



Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

**Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs-
und Kostenrecht**

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

123. Jahrgang · Oktober 2008

10 | 08

Die Vollstreckung aus Titeln gegen Minderjährige

Von Dir. AG Dr. Michael Giers, Neustadt am Rübenberge*)

I. Ausgangsfall

Die Vollstreckung von Titeln, die sich gegen Minderjährige richten, stellt den Gerichtsvollzieher (diese Form steht im Folgenden auch für die Gerichtsvollzieherinnen) häufig vor eine Vielzahl von Problemen. Der folgende Beitrag soll einen kurzen Überblick über die möglichen Fallkonstellationen und die vom Gerichtsvollzieher zu prüfenden Vollstreckungsvoraussetzungen geben. Denkbar sind folgende Alternativen:

1. Aus dem Titel folgt, dass der Schuldner bei Titelerlass minderjährig war. Gesetzliche Vertreter sind angegeben, die Zustellung erfolgte an diese. Zum Zeitpunkt der Vollstreckung ist der Schuldner weiterhin minderjährig.
2. Wie Alternative 1; der Schuldner ist zum Zeitpunkt der Vollstreckung volljährig.
3. Der Gerichtsvollzieher stellt erst vor Ort fest, dass der Schuldner bei Titelerlass und zum Zeitpunkt der Vollstreckung minderjährig war bzw. ist. Gesetzliche Vertreter sind nicht bekannt.
4. Wie Alternative 3; der Schuldner ist zum Zeitpunkt der Vollstreckung volljährig.

Die tatsächlichen Hintergründe sind vielfältig. Materiellrechtlich kann es sich um berechtigte Forderungen handeln, für deren Entstehung der Minderjährige selbst verantwortlich ist, z. B. aus unerlaubter Handlung oder aus Verträgen, die mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gemäß §§ 107, 108 BGB wirksam geschlossen wurden. Wurde der Minderjährige im Prozess durch seine gesetzlichen Vertreter vertreten, sind

die Voraussetzungen der Alternative 1, bei zwischenzeitlich eingetretener Volljährigkeit der Alternative 2 erfüllt. Es kommen jedoch auch ohne Kenntnis der gesetzlichen Vertreter Titel, insbesondere Vollstreckungsbescheide, gegen Minderjährige zustande. Materiell-rechtlicher Hintergrund sind häufig von Minderjährigen selbst ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter geschlossene Verträge, z. B. über Mobilfunkleistungen. Wird ohne Wissen der gesetzlichen Vertreter zugestellt, kann ohne Weiteres ein Vollstreckungsbescheid oder auch ein Versäumnisurteil ergehen. Hier handelt es sich dann um die Alternative 3 oder 4. Daneben kommt es immer häufiger zu Titeln gegen Minderjährige, weil Eltern, die die eidesstattliche Versicherung abgegeben haben, unter dem Namen ihrer oft noch sehr kleinen minderjährigen Kinder Waren bestellen bzw. auf Abzahlung kaufen und nicht bezahlen¹⁾. Hier wird Alternative 3 einschlägig sein.

II. Minderjährige im Zivilprozess und in der Zwangsvollstreckung

Grundsätzlich ist es möglich, gegen einen Minderjährigen einen wirksamen Titel zu erlangen und daraus zu vollstrecken. Minderjährige sind parteifähig i. S. v. § 50 Abs. 1 ZPO. Danach ist parteifähig wer rechtsfähig ist. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt, § 1 BGB. Minderjährige sind jedoch i. d. R. nicht prozessfähig. Eine Person ist prozessfähig, soweit sie sich durch Verträge verpflichten kann, § 52 ZPO. Minderjährige, die das 7. Lebensjahr nicht vollendet haben, sind nicht geschäftsfähig, § 104 Nr. 1 BGB. Zwischen Vollendung des 7. und des 18. Lebensjahres sind sie nach §§ 106 ff. BGB beschränkt geschäftsfähig. Sie können

*) Der Verfasser dieses Beitrags ist Direktor des Amtsgerichts Neustadt am Rübenberge und Lehrkraft in der Fortbildung zum Gerichtsvollzieherdienst für die Länder Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Schleswig-Holstein.

¹⁾ Eine derartige Konstellation lag wohl der Entscheidung des AG Würzburg, in diesem Heft Seite 160, zugrunde.

sich mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter vertraglich verpflichten. Der beschränkten Geschäftsfähigkeit entspricht keine beschränkte Prozessfähigkeit. Minderjährige sind daher im Regelfall prozessunfähig und können selbst mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters keine Prozesse führen²⁾. Das gilt auch für die sogenannte Taschengeldgeschäfte i. S. v. § 110 BGB³⁾. Eine Ausnahme in Form der gegenständlich beschränkten Prozessfähigkeit besteht, soweit der Minderjährige gemäß § 112 BGB mit Einwilligung des Vormundschaftsgerichts ein Erwerbsgeschäft betreibt oder gemäß § 113 BGB mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis eingegangen ist. Die selbstständige Führung eines Erwerbsgeschäfts, § 112 BGB, kommt praktisch nicht vor. Die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses hat nur geringe Bedeutung, da die meisten Jugendlichen bis zur Volljährigkeit die Schule besuchen oder in einem Berufsausbildungsverhältnis stehen und Berufsausbildungsverhältnisse nicht unter § 113 BGB fallen⁴⁾. Verheiratete beschränkt geschäftsfähige Minderjährige sind nicht allgemein, sondern nur in Ehesachen gemäß § 607 Abs. 1 ZPO prozessfähig; im Übrigen bleibt es bei der allgemeinen Regel des § 52 ZPO⁵⁾. Eine entsprechende Ausnahme gilt für Vaterschaftsanfechtungsverfahren gemäß § 640 b S. 1 ZPO. Von diesen Ausnahmefällen abgesehen, die hier nicht weiter berücksichtigt werden sollen, können Minderjährige Prozesse nicht allein, sondern nur durch ihre gesetzlichen Vertreter führen. Führt ein Minderjähriger dennoch einen Prozess und nimmt der gesetzliche Vertreter diesen auf, kann er vom Minderjährigen allein vorgenommene Prozesshandlungen genehmigen⁶⁾. Durch rügelose Einlassung des gesetzlichen Vertreters werden etwaige Mängel, insbesondere eine nicht ordnungsgemäße Klagezustellung, gemäß § 295 ZPO geheilt⁷⁾.

Die Vertretung nicht prozessfähiger Parteien richtet sich gemäß § 51 Abs. 1 BGB nach den Vorschriften des BGB. Minderjährige werden im Regelfall durch beide sorgeberechtigte Eltern, § 1629 Abs. 1 BGB, vertreten. Ein Elternteil ist allein vertretungsberechtigt, wenn diesem die elterliche Sorge allein zusteht, z. B. wegen Übertragung des Sorgerechts nach Trennung, § 1671 Abs. 1 BGB. Ferner ist ein Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind befindet, berechtigt, Unterhaltsansprüche gegen den anderen Elternteil geltend zu machen, § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB. Wird der Minderjährige durch beide Eltern vertreten, erfolgt diese Vertretung gemäß § 1629 Abs. 1 S. 2 grundsätzlich gemeinschaftlich. Wenn eine Willenserklärung gegenüber dem Kind abzugeben ist, genügt es allerdings, die Erklärung gegenüber einem Elternteil abzugeben. Ein Elternteil ist darüber hinaus unter der Voraussetzung allein vertretungsberechtigt, dass eine auch stillschweigende Ermächtigung des anderen Elternteils oder ein Notfall vorliegt⁸⁾. Ein Ergänzungspfleger, § 1909 BGB, ist zu bestellen, wenn die sorgeberechtigten Eltern(teile) an der Vertretung des Kindes gehindert sind, §§ 1629, 1795 BGB, z. B. in einem Prozess gegen den anderen sorgeberechtigten Elternteil. Letztlich erfolgt die Vertretung durch einen Vormund, § 1793 BGB, wenn das Kind keine Eltern mehr hat oder die Eltern wegen Ruhens, §§ 1673 bis 1675 BGB, bzw. nach Entziehung der elterlichen Sorge,

§ 1666 BGB, nicht sorgeberechtigt sind. Wurde das Kind adoptiert, so sind die Annehmenden gesetzliche Vertreter.

Die Vielzahl der Möglichkeiten weist schon darauf hin, dass es für den Gerichtsvollzieher vor Ort oft schwer zu ermitteln ist, wer den Minderjährigen vertritt, wenn im Titel kein gesetzlicher Vertreter benannt ist. Gemäß §§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 1 ZPO sollen in der Klageschrift die gesetzlichen Vertreter der Partei angegeben werden. Die Zustellung erfolgt gemäß § 170 Abs. 1 S. 1 ZPO an den gesetzlichen Vertreter, bei mehreren gesetzlichen Vertretern genügt gemäß § 170 Abs. 3 ZPO die Zustellung an einen von ihnen. Im Rubrum des Urteils (d. h. dessen Kopfteil, der früher rot geschrieben wurde, Rubrum ist lateinisch und bedeutet „das Rote“) sind gemäß § 313 Abs. 1 Nr. 1 ZPO neben den Parteien die gesetzlichen Vertreter anzugeben.

Wie die Führung eines Zivilprozesses ist die Vollstreckung gegen einen Minderjährigen zulässig. Verfügt der Minderjährige über pfändbares Vermögen, z. B. aus einer Erbschaft, kann in dieses Vermögen vollstreckt werden. Der Gerichtsvollzieher hat sich bei jeder Vollstreckungshandlung nicht an den Minderjährigen selbst, sondern an den gesetzlichen Vertreter zu halten. Dieser ist berechtigt, die Einwilligung in eine Durchsuchung gemäß § 758 a Abs. 1 ZPO zu erteilen⁹⁾ und er ist offenbarungspflichtig nach § 807 ZPO¹⁰⁾. Aufgrund eines Haftbefehls nach § 901 ZPO ist der gesetzliche Vertreter zu verhaften¹¹⁾. Nur der gesetzliche Vertreter kann Anträge stellen und Rechtsbehelfe einlegen¹²⁾. Sind beide Elternteile vertretungsberechtigt, müssen grundsätzlich beide einbezogen werden oder handeln, also z. B. die eidesstattliche Versicherung abgeben oder Erinnerung einlegen. Ausnahmen gelten wie ausgeführt für die Zustellung und Notmaßnahmen, zu denen die Einwilligung in die Durchsuchung gehören dürfte. Jedoch setzt die Vollstreckung nach § 750 Abs. 1 ZPO nicht voraus, dass der gesetzliche Vertreter der Partei im Titel benannt ist. Enthält der Titel keine Angaben entfällt damit nicht die Vollstreckungsfähigkeit¹³⁾.

III. Prüfungspflicht des Gerichtsvollziehers

1. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen

Die Prozessfähigkeit gehört zu den allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen. Diese sind grundsätzlich bereits im Erkenntnisverfahren zu prüfen, müssen aber auch im Vollstreckungsverfahren vorliegen¹⁴⁾. Zweifelhaft kann im Einzelfall sein, wie weit die Prüfungspflicht des Gerichtsvollziehers geht. Ergibt sich aus dem Titel, dass das Gericht die Prozessfähigkeit geprüft und bejaht hat, ist der Gerichtsvollzieher daran gebunden¹⁵⁾. Hinsichtlich der Minderjährigkeit ist eine solche Prüfung nur denkbar, wenn das Geburtsdatum des Schuldners nicht feststeht. Beruft sich dieser im Erkenntnisverfahren darauf, minderjährig zu sein, und geht das Gericht im Urteil von der Volljährigkeit aus, ist dem Gerichtsvollzieher eine abweichende Beurteilung verwehrt. Im Übrigen ist Zweifeln nachzugehen. Die Feststellung des Geburtsdatums ist im Regelfall nicht mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.

²⁾ Hk-ZPO/Kayser, 2. Aufl., § 52 ZPO Rdnr. 5.

³⁾ LG Trier, DGVZ 1994, 72; Christmann, DGVZ 1994, 65.

⁴⁾ Palandt/Heinrichs/Ellenberger, 67. Aufl., § 113 BGB Rdnr. 2.

⁵⁾ Münchener Kommentar/Bernreuther, 3. Aufl., § 607 ZPO Rdnr. 1.

⁶⁾ OLG Brandenburg, FamRZ 2008, 716.

⁷⁾ BGH, FamRZ 2008, 680.

⁸⁾ BGHZ, 105, 45 = NJW 1988, 2946.

⁹⁾ Thomas/Putzo/Hüßtege, 28. Aufl., § 758 a ZPO Rdnr. 5.

¹⁰⁾ Münchener Kommentar/Eickmann, 3. Aufl., § 807 ZPO Rdnr. 29.

¹¹⁾ Münchener Kommentar/Eickmann, 3. Aufl., § 901 ZPO Rdnr. 11.

¹²⁾ Schuschke, DGVZ 2008, 33, 35.

¹³⁾ AG Hannover, InVO 1997, 139; Zöller/Stöber, 26. Aufl., § 750 ZPO Rdnr. 14; a. A. LG Bielefeld, DGVZ 2003, 92.

¹⁴⁾ Hk-ZPO/Kindl, 2. Aufl., vor §§ 704 ff. Rdnr. 17 m. w. N. zu Einzelfragen.

¹⁵⁾ LG Bonn, NJW 1974, 1387; Münchener Kommentar/Heßler, 3. Aufl., § 750 ZPO Rdnr. 19.

Stellt der Gerichtsvollzieher fest, dass der Schuldner minderjährig ist, so darf er sich damit jedoch nicht begnügen und die Vollstreckung einstellen. Wie ausgeführt, ist die Angabe des gesetzlichen Vertreters nicht Voraussetzung der Vollstreckung i. S. v. § 750 Abs. 1 ZPO. Der Gerichtsvollzieher kann sich also – vorbehaltlich weiterer zu prüfender Vollstreckungsvoraussetzungen – an den gesetzlichen Vertreter halten. Die Ermittlung des gesetzlichen Vertreters ist einfach, wenn ein im Titel bezeichneter Minderjähriger bei seinen zusammen lebenden Eltern wohnt. Durchaus zulässig ist es, den angetroffenen Minderjährigen nach seinen gesetzlichen Vertretern zu fragen, wenn er dafür die notwendige Verstandesreife besitzt. Schwierigkeiten können sich dagegen ergeben, wenn der minderjährige Schuldner im Verband einer Großfamilie lebt und darüber hinaus niemand unter den Angetroffenen die deutsche Sprache ausreichend beherrscht. Um den Umfang der Ermittlungspflicht des Gerichtsvollziehers festzulegen, bieten sich Parallelen an zur Ermittlungspflicht bei Zweifeln an der Identität des Schuldners oder seiner Prozessfähigkeit wegen Störungen der Geistestätigkeit.

Grundsätzlich gilt, dass Gerichtsvollzieher keine Ermittlungsorgane sind¹⁶⁾. Allerdings wird dem Gerichtsvollzieher zugemutet, bei Zweifeln an der Identität des Schuldners Nachforschungen anzustellen, die keine tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten bereiten, keinen unzumutbaren Zeitaufwand erfordern und den Vollstreckungszweck nicht gefährden¹⁷⁾. Einigkeit besteht darüber, dass der Gerichtsvollzieher vor Ort Ermittlungen anstellen muss. Insbesondere kann er den Schuldner selbst oder Nachbarn befragen¹⁸⁾. Teilweise wird darüber hinaus angenommen, dass er auch Einsicht in öffentliche Register nehmen soll¹⁹⁾. Nach zutreffender Auffassung ginge diese Ermittlungspflicht jedoch angesichts des damit verbundenen Zeitaufwands zu weit²⁰⁾. Hat der Gerichtsvollzieher Zweifel an der Geschäftsfähigkeit wegen Störung der Geistestätigkeit, muss er diesen nachgehen und in Erfahrung bringen, ob für den Schuldner evtl. bereits ein Betreuer bestellt wurde²¹⁾. Lassen sich die Zweifel nicht beheben, darf der Vollstreckungsauftrag nicht durchgeführt werden²²⁾. Verbleibende Unklarheiten gehen zu Lasten des Gläubigers²³⁾.

Dies bedeutet bei Minderjährigkeit des Schuldners: Der Gerichtsvollzieher ist an Feststellungen des Urteils zur Minder- oder Volljährigkeit des Schuldners gebunden. Fehlt es (wie meistens) an solchen Feststellungen hat er bei Zweifeln an der Volljährigkeit zumutbare Ermittlungen anzustellen. Handelt es sich offensichtlich um ein Kind, reicht schon der Augenschein aus. Ist der Schuldner älter kann er nach seinem Alter gefragt und gebeten werden, seinen Kinder- oder Personalausweis vorzuzeigen. Wenn der Gerichtsvollzieher feststellt, dass der Schuldner minderjährig ist, muss er versuchen, den oder die gesetzlichen Vertreter zu ermitteln. Auch

hierzu kann der Schuldner selbst befragt werden, wenn er die nötige Verstandesreife besitzt. Andernfalls können die Eltern, sonstige Mitbewohner oder Nachbarn befragt werden. Lässt sich schon nicht feststellen, ob der Schuldner minderjährig oder volljährig ist, oder steht zwar die Minderjährigkeit fest, nicht aber der gesetzliche Vertreter, so ist die Vollstreckung einzustellen und der Vollstreckungsauftrag mit den nötigen Hinweisen an den Gläubiger zurückzugeben.

2. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen: Titel, Klausel und Zustellung, müssen wie bei jeder Vollstreckung vorliegen. Einwendungen der gesetzlichen Vertreter minderjähriger Schuldner werden sich meistens gegen den Titel als solchen richten, weil dieser für nicht wirksam gehalten wird. Das Gegenteil ist richtig. Ein Urteil oder ein Vollstreckungsbescheid, das bzw. der gegen einen nicht ordnungsgemäß vertretenen Schuldner ergangen ist, ist wirksam. Dies folgt aus §§ 578 Abs. 1, 579 Abs. 1 Nr. 4, 586 Abs. 3 ZPO. Danach findet die Nichtigkeitsklage statt, wenn eine Partei im Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Eine Genehmigung ist beim Minderjährigen nur denkbar, wenn der gesetzliche Vertreter das Verfahren fortgesetzt hat oder der Minderjährige im Verlauf des Verfahrens volljährig wurde. Die für diese Klage geltende Frist von einem Monat, § 586 Abs. 1 ZPO, läuft erst ab Zustellung an den gesetzlichen Vertreter, § 586 Abs. 3 ZPO. Der Titel ist somit nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Für die Klausel gelten keine Besonderheiten. Eine Umschreibung oder Berichtigung braucht nicht zu erfolgen, wenn der ursprünglich minderjährige Schuldner volljährig wird²⁴⁾.

Die Zustellung muss gemäß § 170 Abs. 1 S. 1 ZPO an den gesetzlichen Vertreter erfolgen. Eine Zustellung an die nicht prozessfähige Partei ist unwirksam, § 170 Abs. 1 S. 2 ZPO. Möglich ist dagegen die Ersatzzustellung eines an den gesetzlichen Vertreter gerichteten Dokuments durch Übergabe an den Minderjährigen in der Wohnung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, wenn der Minderjährige „erwachsen“ ist. Erwachsen in diesem Sinne bedeutet nicht volljährig. Erwachsen ist vielmehr, wer nach seinem Alter und seiner geistigen Entwicklung erkennbar in der Lage ist, den Zweck einer Zustellung und die Verpflichtung, die Sendung dem Adressaten auszuhändigen, zu begreifen. 15- bis 17-jährige werden dazu i. d. R. in der Lage sein, hinsichtlich 14-jähriger gibt es unterschiedliche Auffassungen. Jüngere Kinder können nicht mehr als erwachsen angesehen werden²⁵⁾.

Voraussetzung der Ersatzzustellung ist aber, dass sich die Sendung an den gesetzlichen Vertreter richtet. Ist Adressat der Minderjährige selbst, kommt eine wirksame Zustellung gemäß § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht in Betracht. Der Zustellungsmangel kann geheilt werden, wenn das an den minderjährigen adressierte Dokument dem gesetzlichen Vertreter tatsächlich zugeht, § 189 ZPO²⁶⁾. Hinzukommen muss die Kenntnisnahme durch den gesetzlichen Vertreter. Die bloße Gelegenheit

¹⁶⁾ AG Göppingen, DGVZ 2000, 126; Münchener Kommentar/*Heßler*, 3. Aufl., § 750 ZPO Rdnr. 26; Hk-ZPO/*Kindl*, 2. Aufl., § 750 ZPO Rdnr. 6; *Baumbach/Hartmann*, 66. Aufl., § 750 ZPO Rdnr. 4.

¹⁷⁾ AG Göppingen, DGVZ 2000, 126; Münchener Kommentar/*Heßler*, 3. Aufl., § 750 ZPO Rdnr. 26.

¹⁸⁾ AG Göppingen, DGVZ 2000, 126; LG Lübeck DGVZ 1997, 140.

¹⁹⁾ AG Göppingen, DGVZ 2000, 126; Münchener Kommentar/*Heßler*, 3. Aufl., § 750 ZPO Rdnr. 27.

²⁰⁾ AG Aalen, DGVZ 2007, 174; *Baumbach/Hartmann*, 66. Aufl., vor §§ 704 ff. ZPO Rdnr. 37.

²¹⁾ *Schuschke*, DVGZ 2008, 33, 35.

²²⁾ LG Lübeck, DGVZ 1997, 140; *Schuschke*, DVGZ 2008, 33, 35.

²³⁾ AG Göppingen, DGVZ 2000, 126; Münchener Kommentar/*Heßler*, 3. Aufl., § 750 ZPO Rdnr. 26.

²⁴⁾ *Zöller/Stöber*, 26. Aufl., § 727 ZPO Rdnr. 37.

²⁵⁾ Zu den Einzelfällen s. *Zöller/Stöber*, 26. Aufl., § 178 ZPO Rdnr. 13 m. w. N.

²⁶⁾ *Zöller/Stöber*, 26. Aufl., § 189 ZPO Rdnr. 6; für den Fall der Zustellung an die Partei statt an den Prozessbevollmächtigten s. BGH, NJW 1984, 926; a. A. offenbar LG Bielefeld, DGVZ 2003, 93; in dieser Entscheidung wird nicht unterschieden zwischen der Wirksamkeit der Zustellung und der Angabe des gesetzlichen Vertreters im Titel, s. o. bei Fn. 12.

zur Kenntnisnahme reicht nicht aus²⁷⁾. Wenn Feststellungen dazu nicht getroffen werden können, genügt es, dass von der Gelegenheit zur Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen Gebrauch zu machen wäre²⁸⁾. Ob davon bei Einlegung in den Briefkasten des gesetzlichen Vertreters immer auszugehen ist erscheint fraglich. Richtet sich das Dokument an einen Minderjährigen, der noch nicht lesen und schreiben kann, wird im Regelfall davon auszugehen sein, dass der gesetzliche Vertreter selbst Kenntnis nimmt²⁹⁾. Dasselbe gilt für niedergelegte Schriftstücke, wenn sie vom gesetzlichen Vertreter abgeholt wurden. Dagegen tritt keine Heilung ein, wenn der gesetzliche Vertreter die Sendung verschlossen an den Minderjährigen weitergibt³⁰⁾. Im Ergebnis kommt es daher gerade für die Frage einer möglichen Heilung auf die genauen Umstände der Zustellung an. Ist der Minderjährige nach Zustellung an ihn volljährig geworden, könnte ebenfalls eine Heilung gedacht werden, weil er dann von dem zunächst unwirksam zugestellten Schriftstück als Volljähriger noch einmal Kenntnis nehmen kann. Da sich derartige Feststellungen nur schwer treffen lassen, ist die erneute Zustellung der sicherere Weg.

Falls die Zustellung nicht wirksam war, dürfte an und für sich die Frist für einen Einspruch oder ein Rechtsmittel nicht zu laufen beginnen. Davon geht ein Teil der Literatur aus³¹⁾. Der BGH hat sich der Gegenauffassung angeschlossen und nimmt an, dass die Zustellung an Prozessunfähige die Einspruchs- bzw. Rechtsmittelfrist in Lauf setzt³²⁾. Damit bleibt dem Minderjährigen auch bei unwirksamer Zustellung nur die Nichtigkeitsklage aus §§ 578 Abs. 1, 579 Abs. 1 Nr. 4, 586 Abs. 3 ZPO.

Eine unwirksame Zustellung an einen Minderjährigen reicht zwar aus, um die Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen, genügt aber nicht den Anforderungen des § 750 Abs. 1 ZPO. Die wirksame Zustellung an den gesetzlichen Vertreter ist Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. Die (untergerichtliche) Rechtsprechung geht übereinstimmend davon aus, dass aus einem dem gesetzlichen Vertreter nicht zugestellten Titel nicht vollstreckt werden darf, weil die Zustellung an den Minderjährigen gemäß § 170 Abs. 1 S. 2 ZPO unwirksam ist³³⁾. Auch der BGH hat in anderem Zusammenhang das Erfordernis der Zustellung an den gesetzlichen Vertreter als Vollstreckungsvoraussetzung betont³⁴⁾. Damit darf der Gerichtsvollzieher vollstrecken, wenn, sei es auch nur durch eine Heilung gemäß § 189 ZPO, an den gesetzlichen Vertreter zugestellt wurde. Erfolgte die Zustellung an den Minderjährigen, muss erneut an den gesetzlichen Vertreter oder den volljährig gewordenen Schuldner zugestellt werden.

3. *Gewahrsam*

Sowohl die Pfändung, § 808 ZPO, als auch die Herausgabevollstreckung, § 883 ZPO, setzen *Gewahrsam* des Schuld-

ners voraus. Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige können *Gewahrsam* als tatsächliche Sachherrschaft ausüben³⁵⁾. Daneben kann der gesetzliche Vertreter *Gewahrsam* für den Schuldner ausüben. Sachen, die er auf diese Weise in *Gewahrsam* hat, sind wie Sachen im *Gewahrsam* des Schuldners zu behandeln, § 118 Nr. 1 GVGA. Will der gesetzliche Vertreter dagegen für sich und nicht für den Schuldner besitzen und ist er auch nicht gemäß § 809 herausgabebereit, kommt eine Pfändung oder Herausgabevollstreckung nicht in Betracht³⁶⁾. Dasselbe gilt für Gegenstände im *Gewahrsam* des gesetzlichen Vertreters, die nach Lage der Dinge nicht zum Vermögen des minderjährigen Schuldners gehören³⁷⁾. Wenn sich der gesetzliche Vertreter entsprechend einlässt und die äußeren Umstände des Falles nicht gegen seine Darstellung sprechen, kann eine Vollstreckung am fehlenden *Gewahrsam* scheitern.

IV. *Ergebnis*

Für die eingangs beschriebenen Fälle ergibt sich folgende Lösung:

1. Aus dem Titel folgt, dass der Schuldner bei Titelerlass minderjährig war. Gesetzliche Vertreter sind angegeben, die Zustellung erfolgte an diese. Zum Zeitpunkt der Vollstreckung ist der Schuldner weiterhin minderjährig:

Titel und Zustellung sind nicht zu beanstanden. Der Gerichtsvollzieher hält sich an den gesetzlichen Vertreter. Probleme können sich aus dem *Gewahrsam* ergeben. Hat der Schuldner evtl. selbst *Gewahrsam* oder übt sein gesetzlicher Vertreter für ihn *Gewahrsam* aus?

2. Wie Alternative 1; der Schuldner ist zum Zeitpunkt der Vollstreckung volljährig:

Ansprechpartner ist nun der volljährige Schuldner. Die Klausel muss nicht umgeschrieben oder berichtigt werden. *Gewahrsamsprobleme* stellen sich im Verhältnis zum gesetzlichen Vertreter nicht mehr.

3. Der Gerichtsvollzieher stellt erst vor Ort fest, dass der Schuldner bei Titelerlass und zum Zeitpunkt der Vollstreckung minderjährig war bzw. ist. Gesetzliche Vertreter sind nicht bekannt:

Da der Schuldner prozessunfähig ist, muss sich der Gerichtsvollzieher an den gesetzlichen Vertreter halten. Lässt sich dieser nicht mit zumutbarem Zeitaufwand ermitteln, ist der Auftrag dem Gläubiger zurückzugeben. Falls der Gerichtsvollzieher den gesetzlichen Vertreter ausfindig macht, bestehen im Hinblick auf den Titel selbst keine Bedenken gegen die Vollstreckung. Der gesetzliche Vertreter muss nicht angegeben werden. Jedoch ist zu prüfen, ob die Zustellung wirksam ist. Sollte dies nicht der Fall sein, muss die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter nachgeholt werden. *Gewahrsamsprobleme* können sich wie im Fall 1 ergeben.

4. Wie Alternative 3; der Schuldner ist zum Zeitpunkt der Vollstreckung volljährig:

Jetzt ist wiederum der volljährige Schuldner Ansprechpartner. Eine unwirksame Zustellung sollte wiederholt werden. *Gewahrsamsprobleme* stellen sich im Verhältnis zum gesetzlichen Vertreter nicht mehr.

²⁷⁾ Christmann, DGVZ 1994, 65, 68; Münchener Kommentar/Häublein, 3. Aufl., § 189 ZPO Rdnr. 8.

²⁸⁾ Münchener Kommentar/Häublein, 3. Aufl., § 189 ZPO Rdnr. 8.

²⁹⁾ AG Würzburg, in diesem Heft Seite 160, wobei jedoch Einlegung und Niederlegung verwechselt werden.

³⁰⁾ Christmann, DGVZ 1994, 65, 68.

³¹⁾ Münchener Kommentar/Häublein, 3. Aufl., § 170 ZPO Rdnr. 4; Zöller/Vollkommer, 26. Aufl., § 52 ZPO Rdnr. 13; Thomas/Putzo/Hüßtege, 28. Aufl., § 170 ZPO Rdnr. 3.

³²⁾ BGH, Beschluss vom 19. März 2008 – VIII ZR 68/07 – DGVZ, in diesem Heft Seite 159 f.; ebenso Musielak/Stadler, 5. Aufl., § 339 ZPO Rdnr. 1; Stein/Jonas/Roth, 22. Aufl., § 170 ZPO Rdnr. 5.

³³⁾ AG Gütersloh, DGVZ 2003, 92; LG Bielefeld, DGVZ 2003, 92; AG Ansbach, DGVZ 1994, 93; LG Trier, DGVZ 1994, 72.

³⁴⁾ BGH, DGVZ 2006, 86.

³⁵⁾ Münchener Kommentar/Gruber, 3. Aufl., § 808 ZPO Rdnr. 17.

³⁶⁾ Münchener Kommentar/Gruber, 3. Aufl., § 808 ZPO Rdnr. 17; Zöller/Stöber, 26. Aufl., § 808 ZPO Rdnr. 10.

³⁷⁾ Zöller/Stöber, 26. Aufl., § 808 ZPO Rdnr. 10.

Der Gerichtsvollzieher in der Zwangsverwaltung

Von Obergerichtsvollzieherin Silke Beier, Zwickau

I. Einleitung

Die Zwangsverwaltung ist eine von drei Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, § 866 Abs. 1 ZPO. Durch die Anordnung der Zwangsverwaltung verfolgt der betreibende Gläubiger in erster Linie das Ziel, gemäß § 155 ZVG die Zuteilung über den Teilungsplan aus den gezogenen Mieten zu erhalten und in zweiter Linie bezweckt er, das Grundstück/Objekt nach Möglichkeit in einen guten Zustand zu bringen bzw. es zu erhalten. Durch diese Wert-erhaltung und dem Schutz vor sonstigen Beeinträchtigungen soll die Wirtschaftlichkeit verbessert und die Erträge erhöht werden, nicht zuletzt soll auch mittelbar der Erlös einer Zwangsversteigerung günstig beeinflusst werden.

Im § 869 ZPO wird auf das besondere „Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung“ (ZVG) verwiesen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgte die Regelung in einem besonderen Gesetz, obwohl die Vorschriften unter dem § 869 ZPO anzuordnen sind. Daher finden auch die Vorschriften der ZPO Anwendung.

II. Gegenstand der Zwangsverwaltung

Die Zwangsverwaltung kann gemäß §§ 864 Abs. 1, 2 bzw. 866 Abs. 1 ZPO angeordnet werden über

- Grundstücke;
- Wohnungs- und Teileigentum (Bruchteilseigentum);
- Gebäudeeigentum;
- Grundstücksgleiche Rechte (z. B. Erbbaurechte, Fischereirechte);
- Bruchteile eines Grundstücks (unter bestimmten Umständen).

Gegenstand der Vollstreckung sind die Grundstücksnutzungen.

III. Anordnungsbeschluss und Beschlagnahme

Auf Antrag des jeweiligen Gläubigers ordnet das Vollstreckungsgericht mittels Beschluss die Zwangsverwaltung über das Grundstück gegen den Schuldner an, welcher grundsätzlich immer derjenige ist, der als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist¹⁾. Diese Beschlagnahme des Grundstücks gilt zugunsten des antragstellenden Gläubigers²⁾. Sie wird wirksam durch:

- die Zustellung des Anordnungsbeschlusses an den Schuldner (§ 22 ZVG);
- oder mit Eingang des Ersuchens um Eintragung des Zwangsverwaltungsvermerkes beim Grundbuchamt, sofern die Eintragung demnächst erfolgt (§ 22 ZVG);
- oder durch die Inbesitznahme des Grundstücks durch den Zwangsverwalter (§ 151 ZVG).

Durch das Vollstreckungsgericht wird von Amts wegen ein Zwangsverwalter eingesetzt, der bei der Ausführung seines Amtes selbstständig handelt, § 150 Abs. 1 ZVG, § 1 Abs. 1 ZwVwV.

Dem Schuldner wird durch die Beschlagnahme die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen und diese geht gleichzeitig auf den vom Gericht eingesetzten Zwangsverwalter über, § 148 Abs. 2 ZVG.

Die Beschlagnahme des Grundstücks umfasst neben dem Grundstück mit Zubehör und Bestandteilen und mithaftenden Gegenständen³⁾ auch Miet- und Pachtforderungen, Ansprüche aus einem mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Recht auf wiederkehrende Leistungen nach § 1126 BGB, land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse und die Forderungen aus deren Versicherung⁴⁾.

Das Vollstreckungsgericht hat dafür zu sorgen, dass der Verwalter die tatsächliche Gewalt über das Grundstück erhält – in den Besitz des Grundstücks gesetzt wird. Die Inbesitznahme kann durch Besitzübergabe an den Zwangsverwalter oder mittels Besitzverschaffung durch den Zwangsverwalter erfolgen, § 150 Abs. 2 ZVG.

Im § 150 Abs. 2 ZVG heißt es:

„Das Gericht hat dem Verwalter durch einen Gerichtsvollzieher (1. Alternative) oder durch einen sonstigen Beamten (2. Alternative) das Grundstück zu übergeben oder ihm die Ermächtigung zu erteilen, sich selbst den Besitz zu verschaffen (3. Alternative).“ (Klammerzusatz der Autorin)

Die *Besitzübergabe* des Grundstücks an den Verwalter *durch das Vollstreckungsgericht* gemäß der vorgenannten Alternativen 1 und 2 zu § 150 Abs. 2 ZVG kann erfolgen durch Gerichtsvollzieher oder sonstige Beamte (z. B. Rechtspfleger) durch tatsächliches Erscheinen am Ort zwecks Übergabe des Objekts. Diese Variante findet in der Praxis kaum Anwendung.

Die *Besitzübernahme durch den Zwangsverwalter* gemäß der vorgenannten 3. Alternative zu § 150 Abs. 2 ZVG hat sich in der Praxis als die einfachste und schnellste Variante durchgesetzt, in den Besitz des Grundstücks/Objekts zu gelangen. Daher nimmt das Gericht grundsätzlich die Ermächtigung des Zwangsverwalters zur Besitzverschaffung gleich in den Anordnungsbeschluss mit auf. Das bedeutet, dass der Zwangsverwalter, wenn er Widerstand vorfindet, einen Gerichtsvollzieher selbstständig zuziehen darf. Ansonsten würde § 150 Abs. 2 Alt. 3 ZVG leer laufen und keine Verfahrenserleichterung gegenüber § 150 Abs. 2 Alt. 1 ZVG darstellen⁵⁾.

IV. Begriffserläuterung:

Schuldner – Besitzer – Eigenbesitzer – Dritter

Das Vollstreckungsverfahren richtet sich primär gegen den Besitzer, der das Grundstück nutzt. Besitzer kann sein:

- der Grundstückseigentümer;
- der Eigenbesitzer (§ 147 Abs. 1 ZVG) (= wer das Grundstück als ihm gehörend besitzt gemäß § 872 BGB, ohne Eigentümer zu sein, z. B. Grundstückskäufer nach Abschluss des Kaufvertrages mit Besitzübergabe, ohne Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch);

¹⁾ Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., Einleitung Rdnr. 16.

²⁾ § 146 Abs. 1 ZVG, § 20 Abs. 1 ZVG.

³⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 5.9.

⁴⁾ § 148 Abs. 1 ZVG.

⁵⁾ AG Ottweiler, Rpfleger 1998, 533.

- ein Dritter, der z. B. das Grundstück auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Nutzungsrechts besitzt (z. B. Nießbrauch, Miete bzw. Pacht).

Für den Gerichtsvollzieher ist es für die Durchführung der zwangsweisen Besitzeinweisung von Bedeutung zu klären, wer der Besitzer ist und in welchen Besitz der Zwangsverwalter einzuweisen ist.

1. Zwangsverwaltung gegen den Eigentümer als Schuldner mit unmittelbarem oder mittelbarem Besitz am Grundstück/Objekt

Die Zwangsverwaltung wird grundsätzlich gegen denjenigen angeordnet, der bei Anordnung des Verfahrens als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist⁶⁾. Der Eigentümer ist entweder unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer, das heißt z. B., er bewohnt das Grundstück/Objekt oder vermietet es. Grundlage für die Zwangsverwaltung ist der Anspruch aus dem dinglichen Recht und/oder aus dem persönlichen Anspruch gegen den Schuldner gemäß dem der Zwangsverwaltung zugrunde liegenden Vollstreckungstitel (z. B. Grundschuldbestellungsurkunde).

2. Zwangsverwaltung gegen den Eigenbesitzer als Schuldner (§ 872 BGB, § 147 ZVG)⁷⁾

Der Eigenbesitzer ist noch nicht Eigentümer des Grundstücks/Objekts, obwohl er es als ihm gehörend besitzt. Die Zwangsverwaltung kann auch angeordnet werden, wenn der Schuldner Eigenbesitzer des Grundstücks/Objekts ist und der Gläubiger aus einem eingetragenen Grundpfandrecht (z. B. Grundschuld, Hypothek) vollstreckt. Das Vollstreckungsgericht hat die allgemeinen und besonderen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen des der Zwangsverwaltung zugrundeliegenden Vollstreckungstitels zu prüfen. Dieser Titel muss sich gegen den Eigenbesitzer selbst richten, auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus dem eingetragenen Recht lauten und gegen den Eigenbesitzer vollstreckbar ausgefertigt sein. Mit dem gegen den Eigenbesitzer erlassenen Anordnungsbeschluss darf der Zwangsverwalter nur in die Rechte des Titel- bzw. Anordnungsschuldners eingreifen.

Anspruch aus einem eingetragenen Recht gegen den Eigenbesitzer gemäß § 147 ZVG kann sein:

- dinglicher Anspruch aus einer Hypothek (auch Sicherungshypothek);
- dinglicher Anspruch aus einer Grundschuld oder Rentenschuld;
- dinglicher Anspruch aus einer Reallast.

3. Zwangsverwaltung gegen einen Dritten

Ist ein Dritter im unmittelbaren Besitz des der Zwangsverwaltung unterstellten Grundstücks /Objekts, kann der Verwalter den Besitz nur erlangen, wenn der Dritte zur Herausgabe bereit ist. Die Einweisung des Verwalters in den Besitz eines nicht herausgabebereiten Dritten ist als Vollstreckungshandlung unzulässig. Es ist Sache des Gläubigers, die recht-

lichen Voraussetzungen für die Zwangsverwaltung zu schaffen⁸⁾.

Ist der Dritte nicht Eigenbesitzer oder geht es um die Vollstreckung eines persönlichen Anspruchs gegen den Grundstückseigentümer, so müsste der Gläubiger einen etwaigen Herausgabeanspruch des Eigentümers pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen und sodann einen Herausgabebetitel gegen den Besitzer erwirken, um nach erfolgter Herausgabe die Zwangsverwaltung durchführen zu lassen.

Ist der Dritte nur Besitzer eines Teils des Grundstücks/Objekts, weist der Gerichtsvollzieher den Zwangsverwalter unter Wahrung der Rechte des besitzenden Dritten in den unmittelbaren bzw. mittelbaren Besitz des der Zwangsverwaltung unterliegenden Teils ein⁹⁾.

Unzulässig ist auch die Besitzverschaffung durch den Zwangsverwalter mittels Zuziehung des Gerichtsvollziehers, wenn der Schuldner weder unmittelbaren noch mittelbaren Besitz am Grundstück/Objekt hat und ein nicht herausgabebereiter Dritter stattdessen den Besitz des gesamten Grundstücks/Objekts inne hat. Die Zwangsverwaltung ist in diesem Fall rechtlich undurchführbar – unzulässig¹⁰⁾!

Hierzu folgende Fallgestaltung:

Durch Übergabe der Eigentumswohnung nach Abschluss eines (später nichtigen) Kaufvertrages hat der Schuldner den unmittelbaren Besitz verloren. Zwischen dem Schuldner/Verkäufer und dem Käufer/neuen Besitzer besteht auch kein Besitzmittlungsverhältnis, da ein solches durch einen nichtigen Kaufvertrag nicht begründet wird¹¹⁾.

V. Begriffserläuterung: Unmittelbarer und mittelbarer Besitzer

1. Schuldner = unmittelbarer Besitzer des Grundstücks/Objekts (§ 854 BGB)

Ist der Schuldner unmittelbarer Besitzer des Grundstücks/Objekts, setzt der Gerichtsvollzieher diesen aus dem unmittelbaren Besitz (§ 854 BGB) und weist den Zwangsverwalter in den Besitz ein (§ 885 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich ist zu beachten, dass dem Schuldner, soweit er zum Zeitpunkt der Beschlagnahme auf dem Grundstück/in dem Objekt wohnt, die für seinen Hausstand unentbehrlichen Räume zu belassen sind (§ 149 Abs. 1 ZVG).

2. Schuldner = nur mittelbarer Besitzer des Grundstücks/Objekts (§ 868 BGB)

Fallgestaltungen:

- Das Grundstück/Objekt ist vermietet oder verpachtet – Schuldner = Vermieter;
- der Schuldner ist deshalb nur mittelbarer Besitzer, weil z. B. ein Dritter ohne sein Wissen eingezogen ist¹²⁾.

⁶⁾ Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., Einleitung, Rdnr. 16; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 147 Rdnr. 1.

⁷⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 147 Rdnr. 2; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 147 Rdnr. 3, 4, 7; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 147 Rdnr. 2 ff.; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 858 ff.

⁸⁾ BGH 96, 61 (66) = Rpfleger 1986, 26; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 146 Rdnr. 10.2; Stöber, Forderungspfändung, 14. Aufl., Rdnr. 2041 ff.; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 147 Rdnr. 5, 8; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 147 Rdnr. 1; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 834.

⁹⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 146 Rdnr. 10.3

¹⁰⁾ BGH 96, 61 (66) = Rpfleger 1986, 26; LG Dortmund, Rpfleger 2002, 472; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 147 Rdnr. 1; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 146 Rdnr. 10.2; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 834 Nr. 6.

¹¹⁾ LG Dortmund, Rpfleger 2002, 472.

¹²⁾ OLG München, OLGZ 1991, 492.

Der Gerichtsvollzieher kann den Zwangsverwalter nur in den mittelbaren Besitz des Schuldners (z. B. Stellung des Vermieters) einweisen (Besitzmittlungsverhältnis = § 868 BGB)¹³⁾. An bestehende Miet- und Pachtverhältnisse ist der Zwangsverwalter gebunden, § 152 Abs. 2 ZVG.

VI. Mögliche Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und deren Durchführung

Der Gerichtsvollzieher kann im Zuge der Zwangsverwaltung mit folgenden Vollstreckungsmaßnahmen beauftragt werden:

1. Besitzübergabe auf Antrag des Gerichts gemäß § 94 ZVG, § 182 Nr. 2 GVGA;
2. Besitzübergabe auf Antrag des Gerichts gemäß § 150 Abs. 2 Alt. 1 ZVG, § 182 Nr. 2 GVGA;
3. Besitzverschaffung auf Antrag des Zwangsverwalters gemäß § 150 Abs. 2 Alt. 3 ZVG, §§ 892, 885 Abs. 1 S. 1 ZPO;
4. Wegnahmevervollstreckung auf Antrag des Zwangsverwalters gemäß § 150 Abs. 2 ZVG, § 883 Abs. 1 ZPO und gegebenenfalls Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung gemäß § 883 Abs. 2 ZPO;
5. Teilräumung auf Antrag des Zwangsverwalters gemäß § 149 Abs. 1 ZVG, § 885 ZPO oder Räumung auf Antrag des Zwangsverwalters gemäß § 149 Abs. 2 ZVG, § 885 ZPO.

1. Besitzübergabe gemäß § 94 ZVG, § 182 Nr. 2 GVGA (= gerichtliche Verwaltung für Rechnung des Erstehers)

Es handelt sich um eine gerichtliche Sicherungsverwaltung, auf welche die Zwangsverwaltungsvorschriften zum Teil anwendbar sind. Sie soll die *Beteiligten* zunächst davor *schützen*, dass der Ersterher als neuer Eigentümer des versteigerten Grundstücks/Objekts vor Bezahlung oder Hinterlegung des baren Meistgebotes schon über das Grundstück und mitversteigerte Gegenstände verfügt und die Nutzungen daraus zieht¹⁴⁾. Daher wird die Verwaltung nach den Zwangsverwaltungsvorschriften geführt, soweit diese mit dem Sicherungszweck vereinbar sind¹⁵⁾. § 94 ZVG ist nicht auf Schiffe und Luftfahrzeuge anwendbar¹⁶⁾.

Das *Vollstreckungsgericht* hat die Möglichkeit, den Gerichtsvollzieher mit der Besitzübergabe und Besitzverschaffung an den Verwalter zu beauftragen. Als Vollstreckungstitel dient der Beschluss auf Anordnung der Verwaltung, welcher dem Ersterher von Amts wegen zugestellt wird, § 329 Abs. 2 ZPO¹⁷⁾; er bedarf gegen diesen keiner Klausel¹⁸⁾.

Der Gerichtsvollzieher verfährt bei der Besitzübergabe (keine Beschlagnahme) analog der nachstehend erläuterten Besitzeinweisung gemäß § 150 Abs. 2 Alt. 3 ZVG. Den Auftrag des Gerichts hat er dem Schuldner bzw. der angetroffenen Person vorzuzeigen und auf Verlangen eine Abschrift

zu übergeben. Einer Zustellung des Auftrages bedarf es nicht¹⁹⁾.

2. Besitzübergabe gemäß § 150 Abs. 2 Alt. 1 ZVG, § 182 Nr. 2 GVGA (= Übergabe des Grundstücks/Objekts durch das Gericht mittels Gerichtsvollzieher)

Das *Vollstreckungsgericht* hat die Möglichkeit, den Gerichtsvollzieher mit der Besitzübergabe und Besitzverschaffung an den Zwangsverwalter²⁰⁾. Als Vollstreckungstitel dient der Anordnungsbeschluss, welcher dem Schuldner von Amts wegen zugestellt wird, § 22 ZVG i. V. m. § 3 ZVG; er bedarf gegen diesen keiner Klausel²¹⁾.

Der Gerichtsvollzieher verfährt bei der Durchführung analog der nachstehend erläuterten Besitzeinweisung gemäß § 150 Abs. 2 Alt. 3 ZVG. Den Auftrag des Gerichts hat er dem Schuldner bzw. der angetroffenen Person vorzuzeigen und auf Verlangen eine Abschrift zu übergeben. Einer Zustellung des Auftrages bedarf es nicht²²⁾.

3. Besitzverschaffung gemäß § 150 Abs. 2 Alt. 3 ZVG (= Übergabe des Grundstücks/Objekts durch den Gerichtsvollzieher im Auftrag des Zwangsverwalters)

Widersetzt sich der Schuldner der Inbesitznahme durch den Zwangsverwalter und verwehrt ihm den Zutritt, kann der Zwangsverwalter zur gewaltsamen Durchsetzung seines Besitzrechts einen Gerichtsvollzieher gemäß § 892 ZPO i. V. m. § 885 Abs. 1 ZPO zuziehen²³⁾.

Der Zwangsverwalter, als Partei kraft Amtes, kann zur Durchsetzung des Gerichtsbeschlusses den Auftrag erteilen:

den Schuldner unter Beseitigung des Widerstandes aus dem Besitz des Grundstücks/Objekts gemäß § 150 Abs. 2 ZVG, § 892 ZPO zu setzen und den Zwangsverwalter in den Besitz des Grundstücks/Objekts gemäß § 885 Abs. 1 ZPO einzuweisen.

Als Vollstreckungstitel dient dem Gerichtsvollzieher der Anordnungsbeschluss nebst der gerichtlichen Ermächtigung zur Besitzergreifung²⁴⁾. Andererseits kann als Vollstreckungsgrundlage die Bestallungsurkunde (Zwangsverwalterausweis) dienen, wenn diese den Beschluss betreffend die Anordnung der Zwangsverwaltung inhaltlich wiedergibt und nach dessen Inhalt der Zwangsverwalter ermächtigt ist, sich selbst den Besitz zu verschaffen²⁵⁾. Einer Vollstreckungsklausel gegen den im Anordnungsbeschluss genannten Schuldner bedarf es nicht²⁶⁾. Der Anordnungsbeschluss bedarf keiner erneuten

¹⁹⁾ § 182 Nr. 2 GVGA.

²⁰⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 5.4; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 150 Rdnr. 8.

²¹⁾ Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 150 Rdnr. 10; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 6.2; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 833 Nr. 6.

²²⁾ § 182 Nr. 2 GVGA.

²³⁾ AG Ottweiler, Rpfleger 1998, 533; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 10 ZwVwV; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 5.1 ff.; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 150 Rdnr. 10; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 833 Nr. 6.

²⁴⁾ AG Ottweiler, Rpfleger 1998, 533; LG München II, Rpfleger 2002, 220; LG Hamburg, Rpfleger 2004, 304; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 6.2; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 833 Nr. 6.

²⁵⁾ Vgl. BGH, Rpfleger 2005, 463.

²⁶⁾ LG Hamburg, Rpfleger 2004, 304; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 6.2.

¹³⁾ OLG Koblenz, DGVZ 1985, 166 ff. = MDR 10/1985, 856 = Rpfleger 1985, 411; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 146 Rdnr. 10.1, § 150 Rdnr. 5.5; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 147 Rdnr. 2; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 834 Nr. 6.

¹⁴⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 94 Rdnr. 2.1.

¹⁵⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 94 Rdnr. 3.1 ff.

¹⁶⁾ Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 94 Rdnr. 1.

¹⁷⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 94 Rdnr. 2.6; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 94 Rdnr. 6.

¹⁸⁾ Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 94 Rdnr. 7.

Zustellung vor der Vollstreckung, da er bereits von Amts wegen an den Schuldner zugestellt wurde, § 22 ZVG i. V. m. § 3 ZVG²⁷⁾).

Einer besonderen richterlichen Anordnung gemäß § 758 a ZPO bedarf es für die Besitzeinweisung nicht, es sei denn, die Inbesitznahme soll z. B. zur Nachtzeit erfolgen (§ 758 a Abs. 4 ZPO)²⁸⁾).

Die zwangsweise Besitzeinweisung wird dadurch vollzogen, dass

- der Gerichtsvollzieher den Widerstand des Schuldners gemäß § 892 ZPO beseitigt;
- der Gerichtsvollzieher den Schuldner grundsätzlich aus dem Besitz setzt und den Zwangsverwalter in den Besitz einweist nach § 885 Abs. 1 ZPO.

Ist der Schuldner unmittelbarer Besitzer, muss der Rechtsanspruch des Schuldners auf Belassung von unentbehrlichen Räumen beachtet werden (§ 149 Abs. 1 ZVG, § 182 Nr. 2 letzter Satz GVGA). Somit erfolgt die Besitzeinweisung durch Austausch der Schlösser und Übergabe der Schlüssel an den Zwangsverwalter.

Ist der Schuldner nur mittelbarer Besitzer, sind bestehende Miet- und Pachtverhältnisse zu beachten (§ 152 Abs. 2 ZVG). Der Austausch von Schlössern wäre somit nur an Hauseingangs- und Bewirtschaftungsräumen möglich;

- ggf. der Gerichtsvollzieher den Schuldner zur freiwilligen Herausgabe der der Beschlagnahme unterliegenden beweglichen Sachen (auch Beweisurkunden) auffordert.

Der Gerichtsvollzieher hat unter Zuziehung eines Fachmanns verschlossene Türen im Auftrag des Zwangsverwalters öffnen zu lassen, um diesem zum Zwecke der Übernahme des Grundstücks/Objekts den Besitz daran zu verschaffen.

Bei Besitzeinweisung in Wohnungs- und Teileigentum sollte für den Gerichtsvollzieher die Abforderung einer Teilungserklärung und des Grundrisses mit genauer Bezeichnung der betreffenden Wohnung vom Zwangsverwalter unerlässlich sein.

4. Wegnahme von Unterlagen und Kaution gemäß § 150 ZVG, § 883 ZPO²⁹⁾ i. V. m. §§ 1120 ff. BGB

Eine Beschlagnahme umfasst alle zum Haftungsverband gemäß §§ 1120 ff. BGB gehörenden beweglichen Sachen, d. h. auch die Übergabe der Beweisurkunden auf Grund dem Recht am Besitz gemäß § 952 BGB. Inbegriffen sind nicht nur Unterlagen, welche das Grundstück selbst betreffen, sondern auch sämtliche Unterlagen über bestehende Miet- und Pachtverhältnisse, über sonstige Ansprüche aus einem mit dem Eigentum verbundenen Recht auf wiederkehrende Leistungen (z. B. Wartungsverträge für Heizung, Rolltore, Fahrstühle,

Sprinkleranlagen, Feuerlöscher, sonstige technische Anlagen; Dienstleistungsverträge für Hausmeister, Heizkostenabrechnung; Verträge mit Versorgungsunternehmen; Versicherungsverträge, Grundsteuerbescheide). Ebenfalls kann die Wegnahme einer vor der Beschlagnahme von einem Mieter des Objekts geleisteten Mietkaution verlangt werden.

Der Zwangsverwalter, als Partei kraft Amtes, kann zur Durchsetzung des Gerichtsbeschlusses den Auftrag erteilen:

zur Wegnahme der der Beschlagnahme unterliegenden Unterlagen, welche im Auftrag konkret bezeichnet werden müssen.

Als Vollstreckungstitel für den Gerichtsvollzieher dient der Anordnungsbeschluss mit der Ermächtigung zur Besitzergreifung, welcher dem Schuldner von Amts wegen zugestellt wird, § 22 ZVG i. V. m. § 3 ZVG; er bedarf gegen diesen keiner Klausel.

Entgegen sonstiger Herausgabetitels ist die herauszugebende individuell bestimmte Sache im Anordnungsbeschluss nicht bezeichnet. Konkretisierung der herauszugebenden Sachen erfolgt analog § 90 Nr. 2 GVGA im Vollstreckungsauftrag (§ 754 ZPO) an den Gerichtsvollzieher. Trotz, dass der Anordnungsbeschluss die herauszugebenden Sachen nicht bezeichnet, stellt dieser einen für die Vollstreckung geeigneten Titel dar³⁰⁾).

Grundsätzlich ist es Aufgabe des Gerichtsvollziehers, die Identität des Vollstreckungsgegenstandes bei der Wegnahme festzustellen³¹⁾. Zur Vermeidung von Meinungsverschiedenheiten ist es jedoch empfehlenswert, den Zwangsverwalter zum Vollstreckungsakt mit hinzuzuziehen, so dass dieser vor Ort die herauszugebenden Unterlagen nach Einsichtnahme zweifelsfrei identifizieren und in Empfang nehmen kann³²⁾. Sollte dieser nicht anwesend sein, so hat der Gerichtsvollzieher die weggenommenen Sachen an den Zwangsverwalter zu versenden³³⁾).

Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner oder eine vom Schuldner beauftragte Person aufzufordern, die der Beschlagnahme unterliegenden beweglichen Sachen herauszugeben (§ 883 Abs. 1 ZPO) bzw. die Durchsuchung der Räume zu gestatten³⁴⁾. Es ist darauf zu achten, dass sich die herauszugebenden Sachen im Gewahrsam des Schuldners oder eines herausgabebereiten Dritten befinden müssen. Erfolgt durch den Schuldner keine freiwillige Herausgabe im Zuge der Zwangsvollstreckung, ist eine richterliche Durchsuchungsanordnung für die weitere Zwangsvollstreckung notwendig, § 758 a ZPO, § 107 GVGA³⁵⁾, da der Anordnungsbeschluss nicht vom Richter, sondern vom Rechtspfleger geschaffen wurde und somit eine nach Artikel 13 des Grundgesetzes richterliche Genehmigung erforderlich ist.

Ist der Dritte zur Herausgabe nicht bereit, obliegt es in diesem Fall dem Zwangsverwalter, beim Vollstreckungsgericht die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Schuld-

²⁷⁾ Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 146 Rdnr. 55; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 146 Rdnr. 9.4, § 150 Rdnr. 6.2; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 834 Nr. 6; Heinz, DGVZ 1955, 17.

²⁸⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 6.3; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 834 Nr. 6.

²⁹⁾ AG Stuttgart, Rpfleger 1995, 375; LG München II, Rpfleger 2002, 220; OLG München, Rpfleger 2002, 373; HansOLG Hamburg, Rpfleger 2002, 216; BGH, Rpfleger 2003, 678; BGH, Rpfleger 2005, 459; BGH, Rpfleger 2005, 463; BGH, DGVZ 2007, 6; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 7; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 17 ff. ZWVwV, § 148 Rdnr. 13 ZVG; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 834 Nr. 6; Beier/Haut, DGVZ 2007, 33 ff.

³⁰⁾ BGH, Beschluss vom 14. April 2005 – V ZB 6/05.

³¹⁾ Zöller, ZPO, § 883 Rdnr. 5.

³²⁾ Beier/Haut, DGVZ 2007, 33 ff.

³³⁾ § 179 Nr. 2 GVGA.

³⁴⁾ Vgl. Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 758 a Rdnr. 10.

³⁵⁾ AG Stuttgart, Rpfleger 1995, 375; LG München II, Rpfleger 2002, 220; BGH, Rpfleger 2005, 463; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 7; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 17 ff. ZWVwV, § 148 Rdnr. 13 ZVG; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 834 Nr. 6.

ners auf Herausgabe der Sachen zu erwirken, § 886 ZPO. Aufgrund des ihm überwiesenen Anspruchs kann der Zwangsverwalter nun vom Dritten die Herausgabe an sich selbst (nicht an den Gerichtsvollzieher) verlangen.

Werden die herauszugebenden Unterlagen nicht vorgefunden, kann der Schuldner gemäß § 883 Abs. 2 ZPO verpflichtet werden, auf Antrag zu Protokoll Angaben über deren Verbleib zu machen und dieses an Eides statt zu versichern. Für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung wäre gemäß § 899 ZPO der Gerichtsvollzieher bei dem Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner zum Zeitpunkt der Auftragserteilung seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat.

Hinsichtlich der Wegnahme der vom Mieter an den Schuldner geleisteten Kautions ist laut *Schmidtberger*³⁶⁾ folgendermaßen zu verfahren:

- Eine separat verwahrte Barkautions ist wegzunehmen und an den Zwangsverwalter auszuzahlen;
- Ein Sparbuch auf den Namen des Schuldners mit einem entsprechenden Vermerk und dem Hinweis, dass es sich um eine Kautions handelt, ist wegzunehmen und dem Zwangsverwalter auszuhändigen. Der Zwangsverwalter wird mit dem Bankinstitut zu verhandeln haben, inwieweit diese den Auskehranspruch des Zwangsverwalters anerkennt;
- Ein Sparbuch auf den Namen des Mieters mit Verpfändungserklärung an den Schuldner ist ebenfalls wegzunehmen und dem Zwangsverwalter auszuhändigen. Die Verwertung ist problemlos, da dem Zwangsverwalter kraft Gesetzes das Pfandrecht zusteht (§ 152 Abs. 2 ZVG);
- Bei einer Bürgschaftsurkunde gilt das Vorgenannte entsprechend;
- Gibt der Schuldner an, dass er die Kautions mit seinem übrigen Vermögen vermischt und vermengt hat, kann eine Wegnahmestreckung nicht durchgeführt werden. Es erhebt sich die Frage einer strafrechtlichen Würdigung wegen des Tatbestandes der Untreue. Der Gerichtsvollzieher kann in diesem Fall nur die Aussage des Schuldners protokollieren;
- Hat der Schuldner gar die Kautions für sich verbraucht, obwohl das Mietverhältnis zu keiner Zeit in einer Leistungskrise war, muss er mit einer Bestrafung rechnen³⁷⁾. Der Gerichtsvollzieher kann in diesem Fall nur die Aussage des Schuldners protokollieren;
- Ist der Insolvenzverwalter im Besitz der ausscheidbaren Kautions des Mieters, ist dieser verpflichtet, sie dem Zwangsverwalter zu übergeben.

5. Räumung gemäß § 149 Abs. 1 ZVG bzw. gemäß § 149 Abs. 2 ZVG³⁸⁾, § 885 ZPO

Wohnt der Schuldner zum Zeitpunkt der Beschlagnahme auf dem Grundstück, so hat er einen Rechtsanspruch auf die Belassung von unentbehrlichen Räumen für seinen Hausstand. Die Entscheidung darüber, welche Wohnräume als

unentbehrlich für den Hausstand des Schuldners anzusehen sind, trifft der Zwangsverwalter.

Neben dem Schuldner werden auch Personen seines Hausstandes oder Erwerbsgeschäfts und die in einem ähnlichen Verhältnis unselbstständig besitzenden Personen³⁹⁾ (Besitzdiener, § 855 BGB) aus dem Besitz gesetzt. Diese haben kein eigenes Besitzrecht⁴⁰⁾.

Die Räumungsvollstreckung gegen Dritte, welche neben dem Schuldner Mitbesitzer⁴¹⁾ sind, erfordert einen eigenen Räumungstitel gegen diese⁴²⁾. Der Gerichtsvollzieher hat die tatsächlichen Besitzverhältnisse zu beurteilen, nicht das Recht zum Besitz. Entscheidend ist also, wie sich die Gewahrsamsverhältnisse für ihn vor Ort darstellen.

5.1. Teilräumung gemäß § 149 Abs. 1 ZVG, § 885 ZPO

Weigert sich der Schuldner z. B. die entbehrlichen Wohnräume an den Zwangsverwalter herauszugeben, kann dieser beim Vollstreckungsgericht auch einen Teil-Räumungsbeschluss beantragen⁴³⁾. Die Teilräumung – beschränkt auf die für den Schuldner entbehrlichen Räume – ist beim Gerichtsvollzieher zu beantragen und gemäß § 149 ZVG i. V. m. § 885 ZPO durchzuführen.

5.2. Räumung gemäß § 149 Abs. 2 ZVG, § 885 ZPO

Wird das Grundstück/Objekt oder die Verwaltung nach Überlassung der Wohnräume durch den Schuldner oder ein Mitglied seines Hausstandes gefährdet, kann jeder Beteiligte (§ 9 ZVG, z. B. betreibender Gläubiger, Zwangsverwalter, sonstige Verfahrensbeteiligte) beim Vollstreckungsgericht beantragen, dass der Schuldner oder auch nur der Zustandsstörer das Grundstück/Objekt zu räumen hat. Durch das Gericht kann die sofortige Räumung angeordnet werden; es kann aber auch eine Frist dafür bewilligen.

5.3. Vollstreckungsvoraussetzungen und Vollstreckungsbesonderheiten

Als Vollstreckungstitel dient ein gerichtlicher Räumungsbeschluss, § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. Es bedarf gegen den Räumungsschuldner keiner Vollstreckungsklausel. Der Beschluss bedarf keiner erneuten Zustellung vor der Vollstreckung, da er bereits von Amts wegen zugestellt wurde, § 22 ZVG i. V. m. § 3 ZVG.

Der Räumungsbeschluss ist sofort vollstreckbar, jedoch sollte die Rechtskraft abgewartet werden. Der Schuldner kann keinen Räumungsschutz gemäß § 721 ZPO verlangen, jedoch kann er Vollstreckungsschutz gemäß § 765 a ZPO beantragen. Eine richterliche Durchsuchungsanordnung ist nicht erforderlich, § 758 a Abs. 2 ZPO. Nach der Neuregelung ab dem 1. Januar 1999 ist es unerheblich, ob der Räumungstitel vom Rechtspfleger oder vom Richter erlassen wurde, eine Unterscheidung in § 758 a ZPO erfolgt nicht mehr⁴⁴⁾. An bestehen-

³⁹⁾ Minderjährige Kinder, erwachsene Kinder (soweit kein Untermietverhältnis besteht), Besucher, Hausangestellte Betriebsangehörige.

⁴⁰⁾ *Stöber*, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 6.2.

⁴¹⁾ Ehepartner; Lebenspartner/nichteheliche Lebensgefährten; erwachsene Familienangehörige; erwachsene Personen, die in der Wohnung mit leben.

⁴²⁾ BGH DGVZ 2004, 138 ff.; *Rieke*, DGVZ 2006, 81 ff.; *Gilleßen*, DGVZ 2006, 145 ff.

⁴³⁾ *Stöber*, ZVG, 18. Aufl., § 149 Rdnr. 3.5.

⁴⁴⁾ *Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen*, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 149 Rdnr. 11 Abs. 2.

³⁶⁾ *Schmidtberger*, Rpfleger 2005, 465.

³⁷⁾ AG Heilbronn, Rpfleger 2007, 564; Text gemäß neuester Mitteilung Hr. *Schmidtberger*.

³⁸⁾ *Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen*, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 149 Rdnr. 11 ff.; *Stöber*, ZVG, 18. Aufl., § 149 Rdnr. 3; *Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth*, ZVG, 12. Aufl., § 149 Rdnr. 9 ff.; *Mohrbutler/Driscbler/Radtke/Tiedemann*, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 868 Nr. 4, 6–10; *Zöller*, ZPO, 26. Aufl., § 885 Rdnr. 3; § 182 Nr. 2 letzter Satz GVGA.

de Miet- und Pachtverhältnisse ist der Zwangsverwalter gebunden, § 152 Abs. 2 ZVG.

6. Zeit der Vollstreckung

Der Gerichtsvollzieher sollte nach vorheriger terminlicher Absprache mit dem Zwangsverwalter dafür sorgen, dass auch dem Schuldner, gegen den zwangsweise die Besitzeinweisung vollstreckt werden soll oder gegen den die Räumung aus dem Besitz beantragt wurde, Tag und Stunde der beabsichtigten Vollstreckung rechtzeitig vor dem Vollstreckungstermin mitgeteilt wird⁴⁵⁾.

Ist der Gerichtsvollzieher mit der Besitzeinweisung beauftragt, empfiehlt sich in der Mitteilung an den Schuldner als Hinweisertext aufzunehmen, dass mit der Besitzeinweisung des Zwangsverwalters dem Schuldner durch die Beschlagnahme die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen wird und er verpflichtet ist, alle der Beschlagnahme unterliegenden beweglichen Sachen, vor allem auch Unterlagen wie z. B. Miet- und Pachtverträge, Versicherungspolice usw. dem Verwalter zu übergeben.

Die Zeit zur Durchführung der Amtshandlung richtet sich nach § 758 a Abs. 4 ZPO, § 8 GVGA. Der Gerichtsvollzieher legt die Zeit der Vollstreckung in eigener Verantwortung fest. Unbillige Härte und Unverhältnismäßigkeit ist auch hier zu vermeiden.

7. Abwesenheit des Schuldners

Die Vollstreckung kann auch in Abwesenheit des Schuldners bewirkt werden. Mit dem Auswechseln der notwendigen Schlösser wird der Zwangsverwalter in die Lage versetzt, die tatsächliche Gewalt über das Grundstück oder sonstige Räume auszuüben.

8. Zeugen

Aufgrund dessen, dass der Schuldner bisher zur Herausgabe des Grundstücks/Objekts nicht bereit war und somit auch mit Widerstand gegen die zwangsweise Vollstreckungshandlung zu rechnen ist sowie der Möglichkeit, dass weder der Schuldner noch eine zu seiner Familie gehörende oder in der Familie dienende erwachsene Person anwesend ist, sollte der Gerichtsvollzieher im Zuge der Zwangsvollstreckung gemäß § 759 ZPO, § 108 GVGA Zeugen zuziehen. Er ist zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zweck polizeiliche Unterstützung anfordern, § 758 ZPO.

9. Dringlichkeit

Der Auftrag des Zwangsverwalters sollte möglichst schnell bearbeitet werden. Die Eilbedürftigkeit ergibt sich aus folgenden Punkten:

- erst mit der Besitzeinweisung des Zwangsverwalters ist zugleich für den Schuldner als auch für die sogenannten Besitzdiener (§ 855 BGB) die ausgeübte tatsächliche Gewalt am Grundstück/Objekt beendet;
- der Zwangsverwalter hat unverzüglich nach Anordnung der Zwangsverwaltung und seiner Bestellung darauf zu achten, dass er den Besitz des Grundstücks/Objekts erlangt⁴⁶⁾;

⁴⁵⁾ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rn 5.3.

⁴⁶⁾ Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., Einleitung Rdnr. 36.

- das Gericht verlangt vom Zwangsverwalter einen schnellen und umfassenden Bericht gemäß § 3 ZwVwV;
- die schnelle Inbesitznahme ist versicherungs- und haftungsrechtlich für den Zwangsverwalter von großer Bedeutung.

10. Vollstreckungsprotokoll

Über die Vollstreckungshandlung hat der Gerichtsvollzieher ein Protokoll nach den Vorschriften der §§ 762, 763 ZPO, §§ 110, 179 Nr. 6 GVGA aufzunehmen. Darin sollte u. a. protokolliert werden:

- die zur Vollstreckungshandlung gehörenden Aufforderungen, Mitteilungen und Erklärungen der Beteiligten;
- wann der Zwangsverwalter in den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz in welches Grundstück/Objekt oder in Teile des Grundstücks/Objekts eingewiesen wurde;
- welche Türen zwangsweise im Rahmen der Besitzeinweisung geöffnet werden mussten;
- welche Unterlagen oder sonstige der Beschlagnahme unterliegenden beweglichen Sachen vom Schuldner oder Dritten freiwillig herausgegeben wurden;
- evtl. Widerstand des Schuldners oder Dritter hinsichtlich der Herausgabe vorgenannter Unterlagen und sonstige der Beschlagnahme unterliegende bewegliche Sachen;
- Hinweise des Gerichtsvollziehers an den Schuldner hinsichtlich der Folgen der Beschlagnahme nach der Besitzeinweisung des Zwangsverwalters.

11. Vollstreckungskosten

Die Kosten des Gerichtsvollziehers sind Vollstreckungskosten im Sinne des § 788 ZPO. Der Gerichtsvollzieher zieht die entstandenen Kosten für die Zwangsvollstreckungsmaßnahme nach dem GvKostG sofort beim Schuldner ein. Ist dies nicht möglich, sind die Kosten durch den Auftraggeber zu erstatten, § 13 GvKostG. Die Durchführung der Amtshandlung kann der Gerichtsvollzieher von der Zahlung eines Kostenvorschusses gemäß des § 4 GvKostG abhängig machen.

VII. Zwangsverwaltung und Insolvenzverfahren

1. *Besitzübergabe gemäß § 150 Abs. 2 Alt. 1 ZVG, § 182 Nr. 2 GVGA*
Besitzverschaffung gemäß § 150 Abs. 2 Alt. 3 ZVG
Wegnahme von Unterlagen und Kautions
gemäß § 150 ZVG, § 883 ZPO⁴⁷⁾ i. V. m. §§ 1120 ff. BGB

Bereits mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens können durch das Insolvenzgericht Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden, § 21 InsO. Die Untersagung oder einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner betrifft nicht die unbeweglichen Gegenstände, § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Das Grundstück als auch die der Verwaltung und Nutzung der durch den Zwangsverwal-

⁴⁷⁾ AG Stuttgart, Rpfleger 1995, 375; LG München II, Rpfleger 2002, 220; OLG München, Rpfleger 2002, 373; HansOLG Hamburg, Rpfleger 2002, 216; BGH, Rpfleger 2003, 678; BGH, Rpfleger 2005, 459; BGH, Rpfleger 2005, 463; BGH, DGVZ 2007, 6; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 150 Rdnr. 7; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 17 ff. ZwVwV, § 148 Rdnr. 13 ZVG; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die ZV-Praxis, 7. Aufl., Bd. 2, S. 834 Nr. 6; Beier/Haut, DGVZ 2007, 33 ff.

ter unterliegenden Gegenstände gehören zur Zwangsverwaltungsmasse.

Die Massen des Insolvenzverfahrens (Insolvenzmasse) und des Zwangsverwaltungsverfahrens (Sondermasse) bleiben getrennt. Über die Sondermasse der Zwangsverwaltung, zu welcher auch alle zur Verwaltung des Grundstücks bzw. des Wohneigentums benötigten Unterlagen gehören, hat der Insolvenzverwalter keine Verfügungsbefugnis und erlangt daran – abweichend von § 148 Abs. 1 InsO – auch keinen Besitz (§ 150 Abs. 2 ZVG)⁴⁸⁾. Das Besitzrecht des Zwangsverwalters bricht den Besitz des Insolvenzverwalters⁴⁹⁾.

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens bleibt eine bereits erfolgte Beschlagnahme aufgrund Anordnung der Zwangsverwaltung wirksam, § 80 Abs. 2 Satz 2 InsO. Für den Insolvenzverwalter stellt sich hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens des Schuldners grundsätzlich die Frage der Verwertung. Aufgrund der zumeist hohen Belastung des Grundstücks/Objekts kommt regelmäßig eine Verwertung nicht in Betracht, so dass die Freigabe des unbeweglichen Vermögens durch den Insolvenzverwalter erklärt wird, § 32 Abs. 3 InsO. Hat der Insolvenzverwalter das Grundstück freigegeben, so erlangt der Schuldner seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein unbewegliches Vermögen wieder, so dass der Zwangsverwalter die Herausgabe der notwendigen Unterlagen vom Schuldner zu fordern hat.

Erfolgt die Beschlagnahme nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, richtet sich das Verfahren der Beschlagnahme gegen den Insolvenzverwalter, wobei ihm die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks/Objekts auf Grund seines Verwaltungsrechts nach § 80 Abs. 1 InsO entzogen wird, § 148 Abs. 2 ZVG. Der Insolvenzverwalter hat die für die Zwangsverwaltung notwendigen Unterlagen an den Zwangsverwalter herauszugeben⁵⁰⁾. Hat der Insolvenzverwalter die Freigabe des unbeweglichen Vermögens gemäß § 32 Abs. 3 InsO erklärt, erhält der Schuldner seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wieder und die Herausgabe der für die Zwangsverwaltung notwendigen Unterlagen obliegt somit dem Schuldner.

Das Insolvenzverfahren stellt letztendlich kein Vollstreckungshindernis bei der Durchsetzung des Anspruchs auf Besitzeinweisung und Herausgabe der der Zwangsverwaltung unterliegenden Gegenstände dar⁵¹⁾.

2. Räumung gemäß § 149 ZVG, § 885 ZPO

Grundsätzlich gelten die Darlegungen unter Punkt VII.1. auch für die Räumung. Der Gerichtsvollzieher hat jedoch zu beachten, dass im Zuge der Räumungsvollstreckung gegen den Eigentümer des Grundstücks/Objekts und/oder als Zustandsstörer ggf. hinsichtlich der aus den Räumen zu entfernenden beweglichen Gegenstände in die Insolvenzmasse gemäß § 35 InsO eingegriffen wird.

Der vorläufige Insolvenzverwalter ist zur Sicherung und Verwahrung der künftigen Masse, der Inventarisierung und Bewertung verpflichtet. Wurde dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot durch das Gericht auferlegt, geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über.

Betreibt der Schuldner ein Unternehmen, hat der vorläufige Insolvenzverwalter bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens dieses Unternehmen fortzuführen, wenn nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden, §§ 21, 22 Abs. 1 InsO. Wurde dem Schuldner durch das Gericht ein allgemeines Verfügungsverbot nicht auferlegt, verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen beim Schuldner, §§ 21, 22 Abs. 2 InsO.

Der bestellte Insolvenzverwalter ist nach Eröffnung u. a. zur Verwaltung, Verwertung und Verteilung des Erlöses verpflichtet. In die Insolvenzmasse fallen gemäß § 36 InsO nicht die unpfändbaren Gegenstände, außer die unter § 811 Abs. 1 Nr. 4 und 9 ZPO aufgeführten Sachen. Der Gewerbebetrieb gehört gemäß § 35 Abs. 2 InsO zur Insolvenzmasse. Gibt der Insolvenzverwalter diesen nicht frei, hat der Gerichtsvollzieher zu beachten, dass die Gegenstände in den Geschäftsräumen verbleiben. Die Räumung ist grundsätzlich durchführbar, da der Räumungstitel kein Vollstreckungstitel ist, mit welchem in die (zukünftige) Insolvenzmasse vollstreckt wird.

Der Gerichtsvollzieher sollte den (vorläufig) bestellten Insolvenzverwalter von der anstehenden Räumung rechtzeitig informieren. Damit wird dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter Gelegenheit gegeben, hinsichtlich der zur (zukünftigen) Insolvenzmasse (§ 35 InsO) gehörenden Gegenstände, welche sich ggf. im Gewahrsam des Schuldners befinden, Maßnahmen zur Sicherung und Verwahrung dieser Gegenstände zu treffen.

Über Einwendungen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung in Gegenstände der Räumung entscheidet das Insolvenzgericht an Stelle des Vollstreckungsgerichts gemäß § 766 ZPO. Beispiel: Der GV räumt (versehentlich oder unwissend) Gegenstände aus der Schuldnerwohnung, die zur (künftigen) Insolvenzmasse gehören, heraus.

Weitergehend werden jedoch Streitigkeiten unter den Beteiligten des Insolvenzverfahrens hinsichtlich der Massezugehörigkeit einzelner Vermögensgegenstände tatsächlich meist durch das Prozeßgericht⁵²⁾ entschieden, vgl. § 771 ZPO. Dabei geht es z. B. um Behauptungen Dritter, ein Aus- oder Absonderungsrecht an bestimmten Gegenständen zu haben oder um die Art und den Umfang der Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO.

Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle noch erwähnt, dass über Einwendungen des Zwangsverwalters gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder u. a. auch gegen die Weigerung des Gerichtsvollziehers den Vollstreckungsauftrag zu übernehmen das Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO entscheidet.

VIII. Fazit

Die Aufgaben des Gerichtsvollziehers im Rahmen der Zwangsverwaltung sind bei näherer Betrachtung viel umfangreicher als meist angenommen wird. Auch der Zwangsverwalter trifft immer häufiger auf sich widersetzende, uneinsichtige oder auch nur ängstliche Schuldner. Somit wird die Zuziehung des Gerichtsvollziehers mehr und mehr von der Theorie in die Praxis rücken.

⁴⁸⁾ Münchener Kommentar, InsO, Bd. 1, § 49 Rdnr. 88.

⁴⁹⁾ Eickmann, ZIP 1986, 1517 ff.

⁵⁰⁾ Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, 4. Aufl., § 3 ZwVwV Rdnr. 18; Eickmann, ZIP 1986, 1517 ff.

⁵¹⁾ Schmidtberger, Rpfleger 2005, 465.

⁵²⁾ Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 148 Rdnr. 23 m. w. N.; Holzer, DGVZ 2008, 69 (72) ff.

§§ 836 Abs. 3, 887, 888 ZPO

Wer einen Anspruch auf Erstattung von Einkommensteuer gepfändet und zur Einziehung überwiesen erhalten hat, kann aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses weder einen Anspruch auf Vornahme von Verfahrenshandlungen im Steuerfestsetzungsverfahren gemäß § 888 ZPO durch Haftantrag gegen den Schuldner vollstrecken noch nach § 887 ZPO ermächtigt werden, Verfahrenshandlungen des Schuldners im Steuerfestsetzungsverfahren selbst vorzunehmen (Aufgabe von BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2003 – IXa ZB 115/03, BGHZ 157, 195).*)

**BGH, Beschl. v. 27. 3. 2008
– VII ZB 70/06 –**

Gründe:

A.

Die Gläubigerin hat eine vollstreckbare Forderung in Höhe von 1 425,98 Euro gegen den Schuldner. Am 15. Juli 2003 hat das Amtsgericht einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlassen, durch den die angebliche Forderung des Schuldners gegen das Finanzamt G. auf Erstattung von Einkommen- und Kirchensteuer sowie Solidaritätszuschlag für die Kalenderjahre 2000 bis 2002 gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen wurde.

Die Gläubigerin hat ursprünglich beantragt, sie zu ermächtigen, das Antragsrecht des Schuldners gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG gegenüber der Drittschuldnerin, Finanzamt G., für die Kalenderjahre 2000, 2001 und 2002 auszuüben und die Einkommensteuererklärungen zu erstellen, zu unterzeichnen und der Drittschuldnerin einzureichen sowie alle zur Anspruchsdurchsetzung notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen einschließlich eventuell notwendiger Einspruchs- und Klageverfahren oder Antragsstellungen gemäß §§ 163, 227 AO. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen.

Mit der sofortigen Beschwerde hat die Gläubigerin nunmehr beantragt, gemäß § 887 ZPO festzustellen bzw. anzuordnen, dass die Gläubigerin oder eine von ihr beauftragte dritte Person berechtigt ist, die für die Durchsetzung des gepfändeten Steueranspruchs notwendigen Rechtsmittel einzulegen und Anträge zu stellen, gegebenenfalls auch klageweise gegenüber der Drittschuldnerin geltend zu machen, um die gepfändeten Steuererstattungsansprüche für die Veranlagungszeiträume 2000, 2001 und 2002 zu realisieren. Die sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin ihren in der Beschwerdeinstanz gestellten Antrag weiter.

B.

Die gemäß §§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2, 575 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

I.

Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, auf der Grundlage des Vortrags der Gläubigerin sei eine Entscheidung darüber, ob sie zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen etwa-

ige Steuerbescheide ermächtigt sei, nicht möglich. Selbst wenn man sich der Auffassung des Bundesgerichtshofs in dessen Entscheidung vom 12. Dezember 2003 (IXa ZB 115/03, BGHZ 157, 195) anschließe, nach der unter bestimmten Voraussetzungen entsprechend § 887 ZPO deklaratorisch die Ermächtigung des Gläubigers auszusprechen sei, nunmehr die Antragsbefugnis gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG anstelle des Schuldners auszuüben, habe die Gläubigerin diese Voraussetzungen nicht schlüssig vorgetragen. Sie behaupte einerseits, ihr lägen Kopien der Änderungsbescheide für 2001 und 2002 vor. Andererseits bestreite sie mit Nichtwissen, dass der Schuldner die Einkommensteuererklärung abgegeben habe. Dies sei widersprüchlich. Zwar beantrage die Gläubigerin im Beschwerdeverfahren nur noch eine (isolierte) Ermächtigung zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen etwaige Steuerfestsetzungsbescheide. Ein Rechtsschutzinteresse könne hieran aber nur bestehen, wenn mit dem Erlass von Steuerfestsetzungsbescheiden überhaupt zu rechnen sei, was nach § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG im vorliegenden Fall die Abgabe einer Einkommensteuererklärung voraussetze. Letzteres bestreite die Gläubigerin jedoch mit Nichtwissen.

II.

Dies hält rechtlicher Überprüfung nur im Ergebnis stand.

1. Zu Unrecht hält das Beschwerdegericht den Vortrag der Gläubigerin für widersprüchlich. Es hat keine Feststellungen getroffen, die seine Annahme, eine Veranlagung des Schuldners werde gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG nur auf Antrag durchgeführt, stützen. Vielmehr legt der Vortrag der Gläubigerin, der Schuldner habe die von ihr verlangten Gewinnermittlungen nicht übersandt, eine Amtsveranlagung nahe. Das Bestreiten mit Nichtwissen, dass der Schuldner Einkommensteuererklärungen abgegeben hat, steht dann nicht im Widerspruch zu dem Vortrag, dass es für 2001 und 2002 bereits Steuerbescheide gebe.

2. Die Gläubigerin kann nicht zur Vornahme von Handlungen zur Durchsetzung des gepfändeten Anspruchs ermächtigt werden. Zum einen fehlt es bereits an einem Titel für ein solches Vollstreckungsbegehren. Zum anderen scheidet eine Vollstreckung wegen einer vertretbaren Handlung im Sinne des § 887 ZPO, die allein zu der beantragten Ermächtigung führen könnte, von vornherein aus.

a) Der IXa. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat allerdings im Beschluss vom 12. Dezember 2003 (IXa ZB 115/03, BGHZ 157, 195) in einem obiter dictum ausgeführt, unter bestimmten Voraussetzungen könne eine Ersatzvornahme bei den Verfahrenshandlungen des Steuerpflichtigen im Festsetzungsverfahren erfolgen. Denn die Eigentumsgarantie in Artikel 14 Abs. 1 Grundgesetz erfordere es, dass eine effektive Zwangsvollstreckung auch in Einkommensteuererstattungsansprüche von Lohnsteuerzahlern möglich bleibe. Dies hat der IXa. Zivilsenat im Einzelnen wie folgt begründet:

Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss begründe ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, zu dem die entsprechend § 836 Abs. 3 Satz 2 und 3 ZPO vollstreckbare Verpflichtung gehöre, den überwiesenen Steuererstattungsanspruch durch Festsetzung der Einkommensteuer zu betreiben. Während der (vorläufigen) Unvertretbarkeit der Einkommensteuererklärung könne der Steuerpflichtige mit den Zwangsmitteln des § 888 ZPO an-

*) amtlicher Leitsatz

gehalten werden, seiner Erklärungspflicht im Interesse des Gläubigers nachzukommen.

Im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht genüge es aber nicht, wenn der Gläubiger darauf verwiesen werde, im Festsetzungsverfahren den Einspruch, die Klage und möglicherweise ein Rechtsmittel unter Umständen noch durch weitere, jeweils neue Vollstreckungshandlungen gegenüber dem Steuerpflichtigen zu erzwingen. Dies sei im Regelfall schon wegen der dafür vorgesehenen gesetzlichen Fristen nicht durchführbar. Verweigere sich der Schuldner der vollstreckungsrechtlichen Pflicht zur Einleitung und Durchführung eines Festsetzungsverfahrens und könne ihre Erfüllung auch nach § 888 ZPO faktisch nicht (mehr) erzwungen werden, dürfe das Finanzverfahrensrecht den Gläubiger nicht endgültig hindern, anstelle des Steuerpflichtigen das Festsetzungsverfahren zu betreiben. Dann müsse die zeitweilige Hemmung der Antragsbefugnis des Gläubigers nach § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG enden und die uneingeschränkte Einziehungsberechtigung des Gläubigers aufleben. Die Formenklarheit des Vollstreckungsverfahrens verlange, ein solches Aufleben vollstreckungsrechtlich mit Wirkung gegenüber dem Schuldner und dem Drittschuldner festzustellen. Hierfür biete sich das Verfahren der Ersatzvornahme (§ 887 ZPO) an, in dem der Gläubiger vom Vollstreckungsgericht deklaratorisch ermächtigt werden könne, nunmehr die Antragsbefugnis des Steuerpflichtigen gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG an seiner statt auszuüben. Titel einer solchen weiteren Hilfsvollstreckung sei entsprechend § 836 Abs. 3 Satz 2 und 3 ZPO der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, weil die deklaratorische Ermächtigung nur die gesetzliche Überweisungswirkung des § 836 Abs. 1 ZPO in Kraft setze.

b) Der erkennende Senat, auf den die Zuständigkeit des IXa. Senats insoweit übergegangen ist, hält an dieser Auffassung, aufgrund derer im vorliegenden Fall die beantragte Ermächtigung der Gläubigerin in Betracht zu ziehen wäre, in entscheidenden Punkten nicht fest.

Ob das besondere Rechtsverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner einen materiell-rechtlichen Anspruch der Gläubigerin begründen kann, das Steuerfestsetzungsverfahren zu betreiben, bedarf keiner Entscheidung. Jedenfalls mangelt es an einem Vollstreckungstitel, auf den die Gläubigerin die hier begehrte Zwangsvollstreckung eines solchen Anspruchs durch Ermächtigung zur Ersatzvornahme stützen könnte. Insbesondere stellt der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss in Verbindung mit § 836 Abs. 3 Satz 2 und 3 ZPO keine geeignete Vollstreckungsgrundlage dar.

aa) § 836 Abs. 3 ZPO ist nicht unmittelbar anwendbar. Er regelt nur die Pflichten des Schuldners, Auskunft zu erteilen und Urkunden herauszugeben. Eine Befugnis des Gläubigers, eine darüber hinausgehende Mitwirkung des Schuldners bei der Beitreibung, insbesondere rechtsgestaltende Handlungen zu verlangen und zu erzwingen, ist der Vorschrift nicht zu entnehmen.

bb) Eine entsprechende Anwendung von § 836 Abs. 3 Satz 2 und 3 ZPO kommt nicht in Betracht.

(1) Die Abgabe der Einkommensteuererklärung und sonstige Verfahrenshandlungen des Schuldners im Steuerfestsetzungsverfahren sind unvertretbare Handlungen, da sie nicht durch einen Dritten vorgenommen werden können, sondern vom Willen des Schuldners abhängen (§ 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dies erschließt sich daraus, dass im Steuerfestsetzungsverfahren die Rechtsstellung des Steuerpflichtigen so eng mit dessen Person verbunden ist, dass ein Übergang von

Rechten und Pflichten des Steuerpflichtigen im Wege der Abtretung, Pfändung oder sonstigen Schuldübernahme ausgeschlossen ist (vgl. im Einzelnen BFHE 187, 1; 191, 311). Nach dieser Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, die auf den auch für die Zivilgerichte in Zwangsvollstreckungssachen verbindlichen spezifischen steuerrechtlichen Besonderheiten des Steuerfestsetzungsverfahrens beruht und die auch der IXa. Zivilsenat im Ansatz nicht in Zweifel zieht, ist der Pfändungsgläubiger daher nicht befugt, gegen den Steuerbescheid des Vollstreckungsschuldners Einspruch einzulegen, Klage zu erheben oder in die prozessuale Rechtsstellung des Vollstreckungsschuldners einzutreten.

Sollte zivilrechtlich im Rahmen des Vollstreckungsverhältnisses eine Verpflichtung des Schuldners bestehen, bestimmte Verfahrenshandlungen vorzunehmen, wäre eine Vollstreckung somit allenfalls nach § 888 ZPO durch Anordnung von Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft, oder von Zwangshaft möglich. Tatsächlich wäre nur die Anordnung von Zwangshaft sinnvoll, da die Anordnung von Zwangsgeld (ohne die Möglichkeit der Ersatzzwangshaft) bei der Vollstreckung wegen einer Geldforderung von vornherein keinen Erfolg verspricht. Dafür könnte jedoch die lediglich aus einer Analogie zu § 836 Abs. 3 Satz 2 und 3 ZPO hergeleitete Hilfsvollstreckung keine rechtlich tragfähige Grundlage bieten. Dem steht nämlich die in Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz gewährleistete Freiheit der Person entgegen, die nach Artikel 104 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes beschränkt werden darf. Die Eingriffsvoraussetzungen müssen sich dabei unmittelbar und hinreichend bestimmt aus dem Gesetz selbst ergeben. Eine analoge Heranziehung materiell-rechtlicher Ermächtigungsgrundlagen für eine Freiheitsentziehung genügt dem strengen Gesetzesvorbehalt aus Artikel 2 Abs. 2 Satz 2, 104 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz nicht (BVerfGE 29, 183, 196; BVerfG, FamRZ 2007, 1874).

(2) Eine Vollstreckung nach § 887 ZPO durch Ermächtigung des Gläubigers, die Verfahrenshandlungen selbst vorzunehmen, ist nicht zulässig. Die im Steuerfestsetzungsverfahren vorzunehmenden Handlungen bleiben auch dann unvertretbar, wenn eine Vollstreckung nach § 888 ZPO faktisch keinen Erfolg (mehr) haben kann. Der Senat erachtet es nicht als angängig, diese unter gebotener Berücksichtigung ihrer sich aus dem Steuerrecht ergebenden Rechtsnatur in Übereinstimmung mit der steuerrechtlichen Rechtsprechung zutreffend als unvertretbar erachteten Handlungen nur deshalb nunmehr als vertretbar zu behandeln, um dem Gläubiger eine leichtere Vollstreckungsmöglichkeit zu eröffnen.

Die dem Gläubiger gewährte, auf eine effektive Zwangsvollstreckung gerichtete Eigentumsgarantie aus Artikel 14 Abs. 1 Grundgesetz gebietet keine andere Beurteilung. Dem grundrechtlichen Schutz des Befriedigungsrechts des Gläubigers im Zwangsvollstreckungsverfahren ist grundsätzlich dadurch genügt, dass dem Gläubiger der Vermögenswert des Schuldners in dem Zustand überwiesen wird, in dem er sich im Vollstreckungszeitpunkt befindet, also mit allen tatsächlichen und rechtlichen Beschränkungen, denen er unterliegt, auch wenn diese seinen Wert und seine Tauglichkeit zur Befriedigung des Gläubigers unter Umständen erheblich zu mindern vermögen. Eine solche vom Gläubiger hinzunehmende Beschränkung kann insbesondere darin bestehen, dass die Realisierbarkeit des gepfändeten Anspruchs von einer unvertretbaren Handlung des Schuldners abhängt. Zwar ermächtigt die Forderungsüberweisung den Gläubiger grundsätzlich zu allen im Recht des Schuldners begründeten, der Befriedigung dienenden Maßnahmen (BGH, Urteil vom 8. Oktober 1981 –

VII ZR 319/80, NJW 1982, 173, 174). Dies betrifft aber nicht unvertretbare Handlungen, die definitionsgemäß nicht durch einen Dritten vorgenommen werden können. Der Gläubiger muss sich insoweit auf die Mitwirkung des Schuldners verweisen lassen; die darin liegende Erschwerung der Vollstreckung ist dem Vollstreckungsgegenstand immanent, nicht anders als eine sonstige wertmindernde Eigenschaft eines Vermögensobjekts.

Offenbleiben kann, ob im Hinblick auf einen Grundrechtsschutz für das Befriedigungsrecht des Gläubigers dessen besonderem Interesse an der Steuerfestsetzung etwa durch Beiladung im Steuerfestsetzungsverfahren Rechnung getragen werden könnte, eine Frage, die nur im steuerrechtlichen Verfahren entschieden werden kann. Jedenfalls ist es verfassungsrechtlich nicht geboten, in das steuerrechtliche Verfahren durch eine vollstreckungsrechtliche Ermächtigung des Gläubigers einzugreifen, der nach den Regeln des Zwangsvollstreckungsrechts die Rechtsgrundlage fehlt.

Anmerkung

von Rechtsbeistand *Bernd Schmidt*, Schwäbisch-Hall

1. In einer spektakulären Entscheidung¹⁾ hat nun der BGH entschieden, dass ein Gläubiger im Zwangswege gegen den Schuldner seine Ansprüche weder über § 887 ZPO noch über § 888 ZPO durchsetzen kann.
 - a) Angeblich sei der Steuererstattungsantrag eine unvertretbare Handlung. Dabei wird auch ein von einem Gläubiger beauftragter Steuerberater mit dem Vermögensverzeichnis und einer Lohnabrechnung ohne große Schwierigkeiten den Steuererstattungsantrag ausfüllen können. Wenn der Steuererstattungsbetrag mangels Mitwirkung des Schuldners bescheiden ausfällt, ist dies ein vom Schuldner zu vertretender Umstand, denn er kann jederzeit den Antrag selbst stellen. Damit wird aber die Feststellung des BGH zur bloßen Behauptung – sonst wäre das Steuererstattungsverfahren in der Tat so kompliziert und undurchsichtig, dass es der einfache (mündige) Bürger selbst nicht mehr handhaben kann. Dann müßte man in der Tat das berühmte „Bierdeckelverfahren“ einführen, welches einstmals von Herrn Merz propagiert wurde.
 - b) Bei einer unvertretbaren Handlung sei § 835 ZPO nicht anwendbar. § 888 ZPO mache aber nur Sinn in der Form einer Haftanordnung, weil Zwangsgeld gegen den vermögenslosen Schuldner sowieso nicht durchgesetzt werden könne. Für eine solche Anordnung bedürfe es aber einer entsprechenden Gesetzesgrundlage unmittelbar aus dem Gesetz, ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss mit einer entsprechenden Anordnung im Sinne von § 836 Abs. 3 Satz 2 und 3 ZPO genüge diesen Anforderungen nicht. Demzufolge fehle eine gesetzliche Ermächtigung und demzufolge sei die Haftanordnung unzulässig. Eine analoge Heranziehung materiellrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen für eine Freiheitsentziehung genügt dem strengen Gesetzesvorbehalt nicht.
 - c) Dass man aber durchaus auch von einer vertretbaren Handlung ausgehen kann und wie in einem solchen Fall das Prozedere wäre, wurde im Rahmen einer alternativen Vollstreckungsmöglichkeit²⁾ bereits vorgestellt.
2. Mit anderen Worten, die Entscheidung, die seinerzeit der IX a. Senat getroffen hatte, ist gesetzwidrig, weil es eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht gibt. Wenn aber Richter ohne gesetzliche Grundlage entscheiden, dann beugen sie wohl das Recht? Das ist spektakulär! Von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen die damaligen Richter des IX a. Senates hat man in Karlsruhe allerdings noch nichts gehört.
3. Wie dem auch sei, Karlsruhe hat auf jeden Fall das erste Kapitel der Justizentlastung weit aufgeschlagen. Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse erübrigen sich, weil dem Gläubiger die Durchsetzungsmöglichkeiten fehlen. Der Beschluss ist sinnlos, weil der Schuldner nach dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss den Antrag nicht selbst stellt. Eine unwahrscheinliche Entlastung für die Gerichte. Natürlich auch für die Gerichtsvollzieher, die am 2. Januar nicht mehr zu Beginn der Dienststunden beim Finanzamt „auf der Matte“ stehen müssen, um vorläufige Zahlungsverbote zuzustellen. Natürlich erübrigt sich auch die Zustellung der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, so dass die Gerichtsvollzieher erheblich entlastet werden. Allerdings verkehrt sich die Sache für die Gerichtsvollzieher ins Gegenteil, wenn sie einmal „privatisiert“ sind und auf Aufträge angewiesen, weil sie daran verdienen und davon (mit)leben. Ob also die Gerichtsvollzieher im Hinblick auf die sinkende Zahl der Sachpfändungsaufträge über die Entscheidung wirklich „glücklich“ sind, scheint fraglich.
4. Freuen werden sich auch die Finanzämter über die Arbeitsentlastung, denn sie müssen keine Drittschuldnererklärungen mehr abgeben und sie müssen auch nicht die Rangverhältnisse klären, wenn es Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse gibt und solche, denen ein vorläufiges Zahlungsverbot vorausgegangen ist. Auch die Frage von Verrechnungsersuchen steht dann nicht mehr zur Diskussion.
5. In der Sache selbst gibt es zwischenzeitlich heftige und berechtigte Kritik³⁾. Dem V. Senat wird vorgeworfen, dass er übersähe, dass nicht § 836 Abs. 3 ZPO Grundlage der Anordnung der Zwangshaft sei, sondern § 888 ZPO. Dies sei aber eine hinreichend bestimmte Grundlage für die Anordnung von Zwangshaft und sei noch nie in Zweifel gezogen worden. Demzufolge handele es sich auch um keine verfassungsrechtliche, sondern um eine einfache gesetzliche Frage, ob der Schuldner zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung verpflichtet sei – wenn man tatsächlich einmal von einer unvertretbaren Handlung ausgeht.
6. Der IX a. Senat hat in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2003⁴⁾ die Mitwirkungspflicht des Schuldners aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis hergeleitet. Bei einer möglichen Vollstreckung über § 887 ZPO war es seither unstrittig, dass eine Entscheidung nach § 836 Abs. 3 ZPO i. V. m. einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss einen Vollstreckungstitel dargestellt hat, wenn es um die Herausgabe von Urkunden ging⁵⁾. Warum dies beim Steuererstattungsverfahren nicht gelten soll, ist wenig einsichtig.

³⁾ Vollstreckung effektiv 6/2008, 100–103.

⁴⁾ BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2003 – IX a ZB 115/03 = Rpfleger 4/2004, 228–231 = InVo 4/2004, 147–151 = DGVZ 4/2004, 57–60.

⁵⁾ *Schmidt*, Das (neue) Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 836 Abs. 3 ZPO, InVo 10/99, 301/302; ders., Pflicht zur Herausgabe von Urkunden im Sinne von § 836 Abs. 3 ZPO, InVo 11/2000, 369–371; ders., Erleichterung bei der Führung von Drittschuldnerprozessen, InVo 12/2002, 487/488.

¹⁾ Vorstehend in diesem Heft, Seite 156 ff.

²⁾ *Schmidt*, InVo 8/2004, 317/318.

7. Wie sagt doch *Kirchhoff*⁶⁾ so schön: „Rin in die Kartoffeln, raus aus die Kartoffeln“.
8. Dem kann Berlin natürlich nicht tatenlos zusehen. Das „P-Konto“ kommt – obwohl von *Bitter*⁷⁾ als untaugliches Konstrukt bezeichnet – und damit das zweite Kapitel der Justizentlastung. Das Verfahren soll dazu führen, dass niemand mehr ein Konto pfändet. Die Gerichte werden sich freuen, natürlich auch die Kreditinstitute; die Gerichtsvollzieher wohl kaum, denn auch hier wird im Hinblick auf die geplante „Privatisierung“ eine Einnahmequelle versiegen.

⁶⁾ ZinsO 8/2008, 395/396.

⁷⁾ WM 4/2008, 141–147.

§ 170 Abs. 1 ZPO; § 28 GVGA

Die unter Verstoß gegen § 170 Abs. 1 ZPO erfolgte Zustellung eines Vollstreckungsbescheids an eine – aus dem zustellenden Titel nicht erkennbar – prozessunfähige Partei setzt die Einspruchsfrist in Gang (Bestätigung von BGHZ 104, 109).*)

**BGH, Urt. v. 19. 3. 2008
– VIII ZR 68/07**

Gründe:

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Vollstreckungsbescheid über 900 Euro nebst Zinsen erwirkt, der dem Beklagten am 24. September 2003 zugestellt worden ist. Am 6. März 2006 hat der Beklagte Einspruch eingelegt und hilfsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Einlegung des Einspruchs beantragt. Zur Begründung hat er vorgetragen, er sei von Mitte des Jahres 2002 bis Ende des Jahres 2004 infolge einer Alkoholerkrankung geschäftsunfähig gewesen.

Das Amtsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag des Beklagten abgelehnt und seinen Einspruch als unzulässig verworfen. Das Landgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Das Amtsgericht habe den Einspruch des Beklagten im Ergebnis zu Recht verworfen. Auf die vom Beklagten behauptete Geschäftsunfähigkeit im Zeitpunkt der Zustellung des Vollstreckungsbescheids komme es nicht an, denn die Einspruchsfrist werde auch durch die Zustellung des Vollstreckungsbescheids an eine – aus dem zuzustellenden Titel nicht erkennbar – geschäftsunfähige Partei ausgelöst. Die prozessunfähige Partei sei durch die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage ausreichend geschützt. Das Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen vom 25. Juni 2001 habe daran mit § 170 Abs. 1 Satz 2 ZPO, der lediglich klarstellenden Charakter habe, nichts geändert.

Die Einspruchsfrist sei mithin bei Eingang des Einspruchs längst abgelaufen gewesen. Einer Wiedereinsetzung stehe schon § 234 Abs. 3 ZPO entgegen.

*) amtlicher Leitsatz

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Der am 6. März 2006 eingelegte Einspruch des Beklagten gegen den ihm am 24. September 2003 zugestellten Vollstreckungsbescheid ist mangels Einhaltung der zweiwöchigen Einspruchsfrist unzulässig.

1. Einer Beweisaufnahme über die Geschäftsfähigkeit des Beklagten im Zeitpunkt der Zustellung des Vollstreckungsbescheids bedurfte es, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, nicht. Die Zustellung des Vollstreckungsbescheids an den Beklagten am 24. September 2003 hat die zweiwöchige Einspruchsfrist gemäß § 700 Abs. 1, § 339 Abs. 1 ZPO auch dann in Gang gesetzt, wenn der Beklagte zu diesem Zeitpunkt geschäfts- und damit auch prozessunfähig war.

a) Zwar ist bei nicht prozessfähigen Personen gemäß § 170 Abs. 1 Satz 1 ZPO an den gesetzlichen Vertreter zuzustellen. Hieraus folgt, dass eine an den Geschäftsunfähigen selbst erfolgte Zustellung unwirksam ist. Dieser Grundsatz entsprach bereits unter der Geltung des § 171 Abs. 1 ZPO a. F. allgemeiner Ansicht (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 21. Aufl., § 171 Rdnr. 15; MünchKomm ZPO/Wenzel, 2. Aufl., § 171 Rdnr. 1; vgl. auch *Häublein* in Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, § 170 Rdnr. 3) und ist in § 170 Abs. 1 Satz 2 ZPO n. F. nunmehr ausdrücklich normiert.

b) Dem Gebot der Rechtssicherheit und der Ausgestaltung der Nichtigkeitsklage wegen mangelhafter Vertretung (§ 578 Abs. 1, § 579 Abs. 1 Nr. 4, § 586 Abs. 3 ZPO) ist jedoch für die Fälle der als prozessfähig behandelten, tatsächlich aber prozessunfähigen Partei eine Ausnahme zu entnehmen, so dass in diesen Fällen die Zustellung von Urteilen und Vollstreckungsbescheiden an die prozessunfähige Partei den Lauf der Rechtsmittel- bzw. Einspruchsfrist auslöst. Dies entsprach unter der Geltung des § 171 ZPO a. F. der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 104, 109, 111 f.; vgl. ferner – für die Zustellung des Zuschlagsbeschlusses – BGH, Beschluss vom 5. November 2004 – IXa ZB 76/04 – NJOZ 2005, 77, unter II 2 a). Mit dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof die bereits vom Reichsgericht (RGZ 121, 63, 64; 162, 223, 225) sowie vom Bundesverwaltungsgericht (NJW 1970, 962 f.) in diesen Fällen für die Zustellung von Urteilen an die prozessunfähige Partei anerkannte Ausnahme fortgeführt und auf die Zustellung von Vollstreckungsbescheiden ausgedehnt. Hierfür war die Überlegung maßgeblich, dass für die Auslösung der Rechtsmittelfrist durch die Zustellung in diesen Fällen ein noch dringenderes Bedürfnis besteht als bei Urteilen, die gemäß § 517 ZPO auch ohne Zustellung rechtskräftig werden können (BGHZ a. a. O.).

Hieran ist auch unter der Geltung des § 170 Abs. 1 ZPO festzuhalten (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 170 Rdnr. 5; Wieczorek/Schütze/Rohe, ZPO, 3. Aufl., § 170 Rdnr. 17; Musielak/Stadler, ZPO, 5. Aufl., § 339 Rdnr. 1; a. A. Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 52 Rdnr. 13; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 28. Aufl., § 170 Rdnr. 3). Aus den Gesetzesmaterialien, in denen von einer bloßen Klarstellung die Rede ist (vgl. Bundestagsdrucksache 14/4554, S. 17), ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Änderung der Rechtslage. Die für die Anerkennung der Ausnahme maßgeblichen Gründe bestehen unverändert fort.

aa) Die Zivilprozessordnung geht – wie sich aus der Systematik von § 578 Abs. 1, § 579 Abs. 1 Nr. 4, § 586 Abs. 3 und § 584 Abs. 2 ZPO ergibt – von der Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage gegen einen Vollstreckungsbescheid aus. Für den

Fall der Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung setzt dies wiederum voraus, dass auch ein Vollstreckungsbescheid rechtskräftig werden kann, obwohl der Geschäftsunfähige im Verfahren nicht vertreten ist und dementsprechend der Vollstreckungsbescheid nicht an den gesetzlichen Vertreter, sondern an die Partei selbst zugestellt wird.

bb) Im Interesse von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit ist es geboten, Prozesse möglichst bald durch den Eintritt der formellen Rechtskraft der Entscheidung zu beenden. Damit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der formelle Akt der Zustellung in seiner Wirkung, die Rechtsbehelfsfrist in Lauf zu setzen, durch Mängel, die bei der Zustellung nicht erkennbar sind und erst in einem längeren Verfahren geprüft werden müssten, in Frage gestellt würde (BGHZ a. a. O.). Auch der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet es nicht, der Zustellung an den Prozessunfähigen jede Wirkung zu versagen, denn das rechtliche Gehör wird dem Prozessunfähigen im Verfahren über die Nichtigkeitsklage nachträglich gewährt.

cc) Entgegen der Auffassung der Revision ist eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung auch nicht im Hinblick auf den Schutz des Geschäftsunfähigen geboten. Der Geschäftsunfähige wird im Prozessrecht in erster Linie dadurch geschützt, dass der Mangel der Prozessfähigkeit gemäß § 56 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Das Gericht ist verpflichtet, Anhaltspunkten für eine fehlende Prozessfähigkeit nachzugehen und gegebenenfalls Beweis zu erheben; dabei ist es nicht an die förmlichen Beweismittel der ZPO gebunden (BGH, Urteil vom 9. Januar 1996 – VI ZR 94/95, NJW 1996, 1059, unter II 2 b). Stellt sich heraus, dass eine Partei wegen Geschäftsunfähigkeit der gesetzlichen Vertretung bedarf, so hat das Gericht Gelegenheit zur Abhilfe zu geben (z. B. durch Bestellung eines Pflegers, vgl. BGH, Urteil vom 9. April 1986 – IVb ZR 10/85 – NJW-RR 1986, 1119, unter II 2); anderenfalls ist die Klage als unzulässig abzuweisen (vgl. BGHZ 143, 122, 126 f.). Für den Fall der im Verfahren unerkannt gebliebenen Geschäftsunfähigkeit ist die davon betroffene Partei durch die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage ausreichend geschützt. Die einmonatige Frist für die Erhebung dieser Klage beginnt mit der Zustellung der anzufechtenden Entscheidung an den gesetzlichen Vertreter bzw. im Falle der Wiedererlangung der Prozessfähigkeit nach vorübergehender Geschäftsunfähigkeit mit der erneuten Zustellung an die wieder prozessfähige Partei. Da eine solche erneute Zustellung hier nicht erfolgt ist, steht dem Beklagten die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage noch zur Verfügung. Die Ausschlussfrist von fünf Jahren ab Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung (§ 586 Abs. 2 Satz 2 ZPO) gilt für die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung nicht (§ 586 Abs. 3 ZPO).

dd) Zu Unrecht meint die Revision, für die Rechtssicherheit wäre nicht viel gewonnen, wenn die Entscheidung nach der Zustellung an die unerkannt prozessunfähige Person zwar formell rechtskräftig werden könne, aber in ihrem Bestand durch die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage dauerhaft bedroht wäre (vgl. MünchKommZPO/Häublein, 3. Aufl., § 170 Rdnr. 4). Diese Argumentation übersieht, dass die formelle Rechtskraft in diesem Fall nicht bereits durch die Behauptung in Frage gestellt wird, dass der Zustellungsempfänger im Zeitpunkt der – gegebenenfalls lange zurück liegenden – Zustellung prozessunfähig gewesen sei. Vielmehr bedarf es eines förmlichen Wiederaufnahmeverfahrens, in dessen Rahmen es erst dann zu einer Durchbrechung der Rechtskraft kommt, wenn der – von Amts wegen zu prüfende – Wiederaufnahmegrund nachgewiesen ist.

2. Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizupflichten, dass dem Antrag auf Wiedereinsetzung schon deshalb nicht entsprochen werden konnte, weil die Jahresfrist seit Ablauf der versäumten Frist (§ 234 Abs. 3 ZPO) abgelaufen war.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu Giers – in diesem Heft – Seite 145 ff.

§§ 170 Abs. 1, 189 ZPO; § 28 GVGA

Erfolgt die Zustellung eines Vollstreckungsbescheides gegen ein minderjähriges Kind durch Einlegung in den Briefkasten, ist davon auszugehen, dass er dem gesetzlichen Vertreter zugegangen ist.

**AG Würzburg, Beschl. v. 18. 12. 2007
– 1 M 6969/07 –**

Gründe:

Der Gläubiger betreibt die Zwangsvollstreckung gegen Chiara K. Auf den Vollstreckungsauftrag vom 13. August 2007 teilte die Gerichtsvollzieherin dem Gläubigervertreter mit, dass die Schuldnerin am 7. Juli 2005 geboren sei, die Mutter Diana K. am 14. Februar 2007 die eidesstattliche Vermögensversicherung geleistet habe und lehnte mit Schreiben vom 1. Oktober 2007 die Vollstreckung ab, da der Schuldtitel nicht ordnungsgemäß zugestellt sei, die Zustellung hätte über die gesetzlichen Vertreter erfolgen müssen.

Hiergegen legte der Gläubigervertreter Erinnerung ein, mit der Begründung, die fehlende Angabe der Kindesmutter im Titel sei kein Anhaltspunkt dafür, dass die Zustellung nicht ordnungsgemäß erfolgt sei. Die Zustellung des Vollstreckungsbescheides sei durch Niederlegung in dem zur Wohnung der Kindesmutter gehörenden Briefkasten erfolgt. Gemäß § 189 ZPO sei der Zustellungsmangel, dass die Zustellung nicht an die gesetzliche Vertreterin namentlich erfolgt sei, geheilt, da die Kindesmutter den Vollstreckungsbescheid erhalten habe.

Die Erinnerung ist zulässig gemäß § 766 Abs. 2 ZPO und begründet.

Da der Vollstreckungsbescheid durch Niederlegung in den Briefkasten erfolgte, der zur Wohnung der gesetzlichen Vertreterin gehörte, ist davon auszugehen, dass der gesetzlichen Vertreterin der Vollstreckungsbescheid auch tatsächlich zugegangen ist. Die Schuldnerin, in deren Namen die gesetzliche Vertreterin offensichtlich Bestellungen aufgegeben hat, kann als Zweijährige den Bescheid nicht selbst entgegengenommen haben. Es steht daher mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit fest, dass die Mutter den Bescheid entgegengenommen hat. Der formal vorliegende Zustellungsmangel, dass die Zustellung nicht gemäß § 170 Abs. 1 ZPO an den gesetzlichen Vertreter erfolgt ist, ist demgemäß nach § 189 ZPO geheilt.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu Giers – in diesem Heft – Seite 145 ff.

§§ 189, 901 ZPO; Artikel 32, 34 ZAbkNTSt; § 3 GVGA

1. Erfolgt bei Zustellung des Vollstreckungsbescheids an einen NATO-Truppenangehörigen entgegen Artikel 32 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut nicht auch eine Unterrichtung der Verbindungsstelle, kann der Zustellungsmangel durch persönlichen Zugang beim Antragsgegner geheilt werden.

2. Der Erlass des Haftbefehls zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung gegen NATO-Truppenangehörige ist unzulässig, wenn nicht vorher die höchste zuständige Behörde des Entsendestaates unterrichtet wurde.

**LG Zweibrücken, Beschl. v. 4. 6. 2007
– 4 T 122/07 –**

Gründe:

I.

Der Gläubiger betreibt die Zwangsvollstreckung aus den den Schuldnern zugewandten Vollstreckungsbescheiden des Amtsgerichts Coburg. Den Vollstreckungsbescheiden lag eine Hauptforderung in Höhe von 2 932,44 Euro aus einem Wohnraummietvertrag zu Grunde. Die Vollstreckung gegen die Schuldner fiel fruchtlos aus.

Seitens des Gerichtsvollziehers wurde Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 807 ZPO anberaumt. Die zum Termin geladenen Schuldner sind nicht erschienen. Daraufhin hat der Gläubigervertreter den Erlass von Haftbefehlen beantragt.

Mit Beschlüssen vom 20. September 2006 (Schuldner zu 1.) sowie vom 21. September 2006 (Schuldnerin zu 2.) hat das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – Landstuhl gegen die Schuldner aufgrund der Vollstreckungsbescheide des Amtsgerichts Coburg auf Antrag des Gläubigers Haftbefehle zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß §§ 807, 899 ff. ZPO erlassen. Aufgrund dieser Haftbefehle wurde erneuter Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung auf den 22. November 2006 bestimmt.

Die Schuldner haben – vertreten durch ihren Verfahrensbevollmächtigten – am 15. Dezember 2006 Erinnerung mit dem Ziel eingelegt, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, jegliche Vollstreckungsmaßnahmen aus den Vollstreckungsbescheiden des Amtsgerichts Coburg einzustellen und bisherige Maßnahmen aufzuheben. Zum einen seien die Vollstreckungsbescheide unrechtmäßig zustande gekommen, da den Schuldnern die Mahnbescheide gemäß An. 32 Abs. 2 Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut (ZAbkNTrSt) hätten zugestellt werden müssen. Die Zustellung der Mahnbescheide hätte der Verbindungsstelle schriftlich angezeigt werden müssen. Ferner seien im Hinblick auf die Haftbefehle Artikel 34 Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut (ZAbkNTrSt) nicht berücksichtigt worden.

Das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – Landstuhl hat mit Beschluss vom 30. Januar 2007 die Erinnerung der Schuldner zurückgewiesen.

Dieser Beschluss wurde den Verfahrensbevollmächtigten der Schuldner am 9. Februar 2007 zugestellt. Mit Schreiben vom 22. Februar 2007 haben die Verfahrensbevollmächtigten der Schuldner gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Vollstreckungsgerichts – Landstuhl vom 30. Januar 2007 „Beschwerde“ eingelegt.

Das Amtsgericht Landstuhl hat mit Beschluss vom 8. März 2007 der Beschwerde nicht abgeholfen und der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die gemäß § 793 ZPO zulässige sofortige Beschwerde hat, soweit sie die Anordnung von Haft betrifft, Erfolg. Im Übrigen ist die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

1. Das Amtsgericht hat, soweit es sich nicht mit der Anordnung der Haft befasst hat, die Erinnerung der Schuldner zu Recht zurückgewiesen.

Da der Schuldner zu 1. dem zivilen Gefolge der US-Armee angehört, findet hinsichtlich der Zustellung von Schriftstücken Artikel 32 des Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut (ZAbkNTrSt) Anwendung. Dies gilt auch für die Schuldnerin zu 2. als Ehefrau des Schuldners zu 1., Artikel 32 i. V. m. Artikel 1 c ZAbkNTrSt.

Nach Auffassung der Kammer ist die Zustellung der beiden Vollstreckungsbescheide als bewirkt anzusehen.

Artikel 32 ZAbkNTrSt tritt an die Stelle der sonst geltenden Vorschriften der ZPO, sofern nicht das deutsche Gericht oder die deutsche Behörde die Zustellung eines Urteils (und daher auch eines anderen Vollstreckungstitels) selbst vornimmt, Artikel 32 Abs. 3 ZAbkNTrSt (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 65. Aufl., 2007, Schlussanhang III Artikel 32 NATO-Truppenstatut, Anm. 1, unter Hinweis auf Amtsgericht Frankfurt, DGVZ 1993, 157, 158).

Gemäß Artikel 32 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 ZAbkNTrSt wird in Fällen, in denen das deutsche Gericht ein Urteil zustellt, die Verbindungsstelle unverzüglich im rechtlich zulässigen Umfang unterrichtet, falls der betreffende Entsendestaat im Einzelfall oder im Allgemeinen darum ersucht. Dies gilt u. a. allerdings dann nicht, wenn der Zustellungsadressat oder ein anderer Verfahrensbeteiligter der Unterrichtung widerspricht. In diesen Fällen unterrichtet das deutsche Gericht die Verbindungsstelle über die Tatsache des Widerspruchs, Artikel 32 Abs. 3 S. 1 Hs. 2, S. 2 ZAbkNTrSt. Zwar wäre gemäß Artikel 32 Abs. 3 S. 1, 2 ZAbkNTrSt die Verbindungsstelle zu unterrichten bzw. ggf. von einem Widerspruch zu unterrichten gewesen. Der Zustellungsmangel liegt mithin alleine darin, dass die Verbindungsstelle der Streitkräfte der Vereinigten Staaten von der Zustellung der Vollstreckungsbescheide nicht unterrichtet worden ist. Im Übrigen ist die Zustellung mangelfrei erfolgt, da den Beschwerdeführern die Vollstreckungsbescheide unstreitig unmittelbar persönlich zugewandten sind.

a. Die Zustellung der Vollstreckungsbescheide ist nach Auffassung der Kammer trotz Nichtbeachtung des Artikel 32 Abs. 3 ZAbkNTrSt aus folgenden Erwägungen als bewirkt anzusehen:

Die förmliche Zustellung bezweckt einerseits, dem Adressaten den Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks zur Kenntnis zu bringen oder ihm zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen, dient andererseits aber auch dem Nachweis sowohl der Tatsache des Zugangs einer schriftlichen Erklärung als auch des Zeitpunkts ihrer Übergabe. Diese Bedeutung kommt der in Artikel 32 Abs. 3 ZAbkNTrSt vorgeschriebenen, im vorliegenden Fall unstreitig unterbliebenen Unterrichtung der Verbindungsstelle nicht zu, was sich schon daraus ergibt, dass es nach der vorgenannten Vorschrift einer förmlichen Zustellung der Urteilsabschrift an die Verbindungsstelle des Entsendestaates, dessen Streitkräfte der an dem Verfahren vor dem deutschen Gericht beteiligten Zivilgefollge angehören, nicht bedarf (vgl. hierzu OLG Köln, IPrax 1983, 44, zur Altfassung des Abkommens). Dass eine solche Unterrichtung von dem Urteil etc. nicht zwingend ist, zeigt auch Artikel 32 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 ZAbkNTrSt, wonach eine Unterrichtung u. a. nicht erfolgt, wenn der Zustellungsadressat oder ein anderer Verfahrensbeteiligter der Unterrichtung widerspricht. Das deutsche Gericht hat in diesem Fall lediglich über die Tatsache des Widerspruchs zu unterrichten, Arti-

kel 32 Abs. 3 S. 2 ZAbkNTrSt. Bei Artikel 32 Abs. 3 ZAbkNTrSt handelt es sich vielmehr um eine Ordnungsvorschrift, die nicht die Unwirksamkeit der Zustellung der Vollstreckungsbescheide zur Folge hat bedarf (vgl. hierzu OLG Köln, a. a. O.).

b. Im Übrigen wurde der Mangel der Zustellung der Vollstreckungsbescheide aufgrund Artikel 32 Abs. 3 S. 1, 2 ZAbkNTrSt zumindest gemäß § 189 ZPO geheilt. Die Vorschrift des § 189 ZPO gilt nicht nur im Erkenntnis- sondern auch im Vollstreckungsverfahren. Es ist kein Grund erkennbar, einen solchen Mangel anders zu behandeln, als sonstige Zustellungsfehler, also vom Anwendungsbereich des § 189 ZPO auszunehmen. Auch das zivile Gefolge der Streitkräfte eines Entsendestaates als Beteiligter eines zivilprozessualen Verfahrens ist Partei. Allgemeine prozessuale Regeln gelten auch für und gegen ihn. Die Verletzung von Zustellungsvorschriften hat mithin letztlich nur die Folge, dass die nach Artikel 34 ZAbkNTrSt zu leistende Vollstreckungshilfe gefährdet ist (vgl. hierzu Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., Rdnr. 2, sowie LG Aachen, NJW-RR 1990, 1344).

c. Ferner gilt anzumerken, dass das aktuelle Zusatzabkommen seit dem 29. März 1998 gilt. Durch die Änderung des Zusatzabkommens dahingehend, dass die Zustellung erheblich vereinfacht worden ist, ist davon auszugehen, dass die völkerrechtlichen Parteien es beabsichtigt haben, die Zustellung insgesamt zu erleichtern. Wenn die Rechtsprechung und Literatur allerdings bereits zur Altfassung des NATO-Truppenstatutes eine Heilungsmöglichkeit gemäß § 189 ZPO angenommen hat bzw. Artikel 32 Abs. 3 ZAbkNTrSt als Ordnungsvorschrift angesehen hat (vgl. hierzu Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., OLG Köln a. a. O., LG Aachen, a. a. O.), muss dies erst recht für die Neufassung des Abkommens gelten. Ein entgegenstehender Wille der völkerrechtlichen Parteien ist nicht ersichtlich.

d. Zuletzt gilt anzumerken, dass etwaige Mängel bei der Zustellung der Mahnbescheide, die auf Artikel 32 Abs. 2 ZAbkNTrSt beruhen könnten, keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vollstreckungsbescheide haben. Zwar hat das Vollstreckungsgericht im Rahmen der Erinnerung grundsätzlich – neben der Klausel und ordnungsgemäßen Zustellung des Titels – die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels zu überprüfen. Eine möglicherweise unwirksame Zustellung der Mahnbescheide führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Vollstreckungsbescheide; diese sind allenfalls mangelhaft, jedoch nicht unwirksam (zur Wirksamkeit von Vollstreckungstitel, vgl. etwa Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, Übersicht zu § 300, Rdnr. 14 ff.).

Soweit die Schuldner die fehlerhafte Zustellung der Mahnbescheide rügen, kann dieser Mangel nach Auffassung der Kammer möglicherweise im Rahmen des Erkenntnisverfahrens – etwa als Einspruch gegen die Vollstreckungsbescheide – geltend gemacht werden (vgl. OLG Köln, a. a. O., AG Frankfurt, a. a. O.). Im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens hat eine möglicherweise fehlerhafte Zustellung keine Auswirkung.

2. Soweit sich die Schuldner gegen die Anordnung der Haft gemäß den Beschlüssen des Amtsgerichts – Vollstreckungsgericht – Landstuhls vom 20. September 2006 bzw. 21. September 2006 wenden, führt die sofortige Beschwerde zum Erfolg. Das Amtsgericht hat bei der Anordnung der Haft nicht Artikel 34 Abs. 2 Unterabs. a S. 4 ZAbkNTrSt berücksichtigt.

Eine Haft darf nur unter den in Artikel 34 Abs. 2 Unterabs. a ZAbkNTrSt genannten Voraussetzungen angeordnet werden. Das gilt sowohl in einem Vollstreckungsverfahren nach den

§§ 888 oder 890 ZPO als auch in einem Verfahren zur Ableistung der eidesstattlichen Versicherung zwecks Offenbarung, § 901 ZPO (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., Schlussanhang III Artikel 34 NATO-Truppenstatut, Anm. 3). Artikel 34 Abs. 2 ZAbkNTrSt schützt auch die Angehörigen i. S. v. Artikel 1 c ZAbkNTrSt (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., Schlussanhang III Artikel 34 NATO-Truppenstatut, Anm. 3).

Gemäß Artikel 34 Abs. 2 Unterabs. a S. 1 ZAbkNTrSt darf eine Haft nur angeordnet werden um die Erfüllung einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung oder Anordnung zu gewährleisten, die der Betreffende schuldhaft nicht befolgt hat oder befolgt. Die schuldhaftige Nichtbefolgung liegt vorliegend darin, dass die Schuldner nicht zu dem Termin zur Ableistung der eidesstattlichen Versicherung zwecks Offenbarung, § 901 ZPO, erschienen sind, obwohl das Zwangsvollstreckungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Es lagen mit Klausel versehene wirksame Titel vor, deren Zustellung ebenfalls als bewirkt anzusehen ist (vgl. oben).

Gemäß Artikel 34 Abs. 2 Unterabs. a S. 4 ZAbkNTrSt hat allerdings die zuständige deutsche Stelle das Vorbringen der höchsten zuständigen Behörde des Entsendestaates in gebührender Weise zu berücksichtigen, dass zwingende Interessen einer Haft entgegenstehen. Ausweislich des Haftbefehls des AG Landstuhls hat das Gericht bei Erlass der Entscheidung nicht vorab die höchste zuständige Behörde des Entsendestaates unterrichtet, so dass naturgemäß etwaige zwingende Interessen nicht berücksichtigt werden konnten. Insoweit wäre zunächst die Benachrichtigung der zuständigen Behörde der US-Streitkräfte erforderlich gewesen. Vor Anordnung der Haft ist daher grundsätzlich die zuständige höchste Behörde zumindest zu hören, damit bei der Anordnung der Haft die Interessen der Streitkräfte berücksichtigt werden können. Bei einem neuen Antrag auf Anordnung von Haft wird das Amtsgericht Artikel 34 Abs. 2 Unterabs. a S. 4 ZAbkNTrSt berücksichtigen müssen. Insoweit waren die Haftbefehle aufzuheben und die Anordnung von Haft für derzeit unzulässig zu erklären.

Für die Verhaftung selbst – die jedoch derzeit nicht Gegenstand des Verfahrens ist – weist die Kammer auf die besonderen Erfordernisse des Artikel 34 Abs. 2 Unterabsätze b und c ZAbkNTrSt hin. Die mögliche Verletzung von Zustellungsvorschriften im Hinblick auf die Zustellung der Mahnbescheide kann zur Folge haben, dass die nach Artikel 34 ZAbkNTrSt zu leistende Vollstreckungshilfe gefährdet ist.

Die Rechtsbeschwerde war gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 3 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO zuzulassen, da die Rechtssache im Hinblick auf die Auslegung und Anwendung der völkerrechtlichen Bestimmungen grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert.

§§ 180, 181, 699, 750, 900 Abs. 4 ZPO; § 66 GVGA

Weist der Schuldner im Widerspruchsverfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach, dass er entgegen dem Zustellungsvermerk auf dem Vollstreckungsbescheid an der angegebenen Anschrift nicht mehr gemeldet war, fehlt es an der Voraussetzung zur Durchführung der Zwangsvollstreckung.

**LG Hannover, Beschl. v. 18. 10. 2007
– 55 T 50/07 –**

Gründe:

Die Gläubigerin erwirkte beim Amtsgericht Burgwedel unter dem Datum vom 24. Februar 2004 einen Mahnbescheid gegen den Schuldner unter der Anschrift A. in Langenhagen, über einen Betrag in Höhe von 4,50 Euro und weiter einen entsprechenden Vollstreckungsbescheid unter dem Datum vom 19. März 2004 mit einem Zustellungsvermerk für den Mahnbescheid auf den 28. Februar 2004.

Der Vollstreckungsbescheid weist einen Zustellungsvermerk des Amtsgerichts Burgwedel auf den 24. März 2004 auf. In der Folge sind diverse Vollstreckungsversuche bzw. -maßnahmen (Durchsuchungsbeschluss, Haftbefehl) erfolgt. Am 28. Juni 2006 teilte die Gerichtsvollzieherin dem Gläubigervertreter mit, dass der Schuldner verzogen sei.

Auf der Basis des Vollstreckungsbescheides hat der Gerichtsvollzieher Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung auf den 20. Dezember 2006 anberaunt. Inzwischen waren Kosten in Höhe von ca. 230,- Euro aufgelaufen. Der Schuldner hat der Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Termin widersprochen und Ratenzahlung in Höhe von monatlich 20,- Euro beantragt. Dieses Angebot hat die Gläubigerin nicht angenommen.

Das Amtsgericht hat den Widerspruch zurückgewiesen. Dagegen hat sich der Schuldner mit seinem als sofortige Beschwerde zu bewertenden Schreiben vom 19. Juni 2007 gewandt und darauf hingewiesen, dass er seit Oktober 2003 umgezogen sei und sich unter der Anschrift B. in Hannover ordnungsgemäß umgemeldet habe und dass ihn weder Mahnungen erreicht hätten noch der Vollstreckungsbescheid zugestellt worden sei. Die entsprechende Meldebescheinigung hat er im Beschwerdeverfahren vorgelegt.

Das Amtsgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen. Es sieht die allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen als gegeben an und hält die Zustellung des Vollstreckungsbescheides wegen eines entsprechenden Zustellungsvermerks auf dem Vollstreckungsbescheid durch das Mahngericht für wirksam.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet.

Zu den zulässigen Eirwendungen im Widerspruchsverfahren gegen die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (§ 900 Abs. 4 ZPO) zählt die Geltendmachung von Vollstreckungsmängeln wie nicht ordnungsgemäße oder nicht erfolgte Zustellung deä Schuldtitels. Im vorliegenden Fall konnte die wirksame Zustellung des Vollstreckungsbescheides nicht festgestellt werden.

Auch wenn der Vollstreckungsbescheid einen entsprechenden Zustellvermerk aufweist, so erbringt er zwar für das Vollstreckungsorgan den Nachweis, dass die als Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung erforderliche Zustellung des Vollstreckungstitels (§ 750 ZPO) erfolgt ist.

Da der Schuldner die Zustellung indes beanstandet hat, darf dieser Einwand aber nicht allein unter Hinweis auf den Zustellungsvermerk zurückgewiesen werden. Es obliegt der Gläubigerin in diesem Fall, die ordnungsgemäße Zustellung durch Vorlage der Zustellungsurkunde bzw. einer beglaubigten Abschrift aus der Akte des Erkenntnisverfahrens nachzuweisen (OLG Köln, Rpfleger 1997, 31–32).

Den entsprechenden Nachweis hat die Gläubigerin trotz entsprechenden Hinweises hier nicht erbracht und konnte für die Kammer ersichtlich nicht erbracht werden, weil sowohl Mahn- wie auch Vollstreckungsbescheid an die Anschrift in Langenhagen gerichtet waren, unter welcher der Schuldner zu

dem Zeitpunkt nicht mehr wohnte. Unter dieser Anschrift erfolgte Zustellungen waren unwirksam.

Das hat zur Folge, dass die Zwangsvollstreckung nicht hätte beginnen dürfen (LG Lübeck, DGVZ 2005, 141–142). Die Gläubigerin hat nichts vorgetragen, woraus sich eine Heilung des Zustellungsmangels ergeben könnte.

§ 811 Abs. 1 ZPO; § 121 GVGA

Ein Fernsehgerät ist auch dann unpfändbar, wenn dem Schuldner daneben ein internetfähiger Computer zur Verfügung steht.

**AG Wuppertal, Beschl. v. 15. 5. 2008
– 44 M 6516/08 –**

Gründe:

I.

Die Gläubigerseite betreibt die Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerseite aus einem Vollstreckungsbescheid. Der Gerichtsvollzieher hat daraufhin beim Schuldner einen LCD-Farbfemseher der Marke „Acer“ gepfändet und wollte diesen am 15. Mai 2008 abholen. Dem Schuldner steht kein anderweitiges Fernsehgerät zu Verfügung, auch kein Radio.

Hiergegen wendet sich der Schuldner unter Hinweis darauf, dass der Fernseher seine einzige Informationsquelle sei und er sich tagsüber beschäftigen müsse. Auch sei der Wert des Fernsehers zu gering angesetzt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

Der Gerichtsvollzieher hat nicht abgeholfen, aber telefonisch zugesichert, er werde bis zu einer gerichtlichen Entscheidung den Fernseher nicht abholen. Er könne dem Schuldner ein Radio zur Verfügung stellen, außerdem besitze der Schuldner einen internetfähigen Computer.

II.

Einer Einstweiligen Regelung bedarf es nicht, nachdem der Gerichtsvollzieher telefonisch zugesichert hat, er werde bis zu einer gerichtlichen Entscheidung den Fernseher nicht abholen.

Soweit die Erinnerung im Übrigen einer richterlichen Entscheidung bedarf, ist sie im Wesentlichen begründet.

Entgegen der Rechtsansicht des Gerichtsvollziehers unterfällt nämlich auch ein hochwertiger Farbfemseher dem Pfändungsschutz des § 811 Abs.1 Nr. 1 ZPO, weil auch ein Fernsehgerät heutzutage einer bescheidenen Lebens- und Haushaltsführung dient (Zöller, ZPO, 26. Aufl. § 811 Rdnr. 15 unter Verweis auf BVerwG 106, 99), und zwar ein Schwarzweißgerät ebenso wie ein Farbfemsehergerät, ohne Rücksicht auf seinen Wert und auch, wenn daneben noch ein Rundfunkgerät vorhanden ist (Zöller, ZPO, 26. Aufl. § 811 Rdnr. 15 unter Verweis auf BFH 159,421). Diese Sichtweise entspricht auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Artikel 5 des Grundgesetzes.

Das Gericht sieht aber davon ab, die Pfändung des Fernsehers insgesamt als unzulässig zu erklären. Denn der Gerichtsvollzieher hat grundsätzlich die Möglichkeit, eine Austauschpfändung mittels eines anderen Fernsehers durchzuführen. Entgegen der Rechtsansicht des Gerichtsvollziehers braucht sich der Schuldner aus den oben genannten Gründen allerdings weder auf einen „internetfähigen Computer“ noch auf ein seitens des Gerichtsvollziehers zur Verfügung gestelltes Radio verweisen zu lassen.

■ AKTUELLES

Modernisierung der Zwangsvollstreckung

Der Bundesrat hat den Gesetzentwurf zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung im Juni in den Bundestag im Wesentlichen unverändert eingebracht (vgl. *Seip*, DGVZ 2008, 38 ff.). Daneben sind weitere kleine Reformen geplant: Eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe der Justizministerien möchte den § 811 ZPO entschlacken sowie die Unpfändbarkeitsbestimmungen der §§ 850 ff. ZPO vereinfachen. Daneben legt das Bundesjustizministerium einen Referentenentwurf vor, der die Möglichkeit der Internetauktion von gepfändeten Gegenständen ohne Antrag der Parteien ermöglicht. Einzelheiten hierzu sollen durch Rechtsverordnungen der Länder geregelt werden können.

Stefan Mroß

■ BUCHBESPRECHUNG

Dassler/Schiffhauer/Engels/Rellermeier – Kommentar zum ZVG

Von Prof. *Udo Hintzen*, RA *Ralf Engels* und Dipl.-Rpfl. *Klaus Rellermeier*, 13. Neubearb. Auflage, 2008, 1885 Seiten in Leinen, 112 Euro, ISBN 978-3-7694-1025-9, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld.

Der 1958 von Dr. *Gerhard Dassler* und *Horst Schiffhauer* bearbeitete Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung erschien bis zur letzten Auflage im Kohlhammer-Verlag. Mit dieser neu überarbeiteten 13. Auflage erscheint der Handkommentar nunmehr im Gieseking-Verlag unter neuer Autorenschaft. Kommentiert wird das ZVG – einschließlich EGZVG und ZwVwV jetzt von *Udo Hintzen*, Professor an der FHSVR in Berlin, *Ralf Engels*, Rechtsanwalt in Euskirchen und *Klaus Rellermeier*, Dipl.-Rechtspfleger in Hamm. Eine neue Auflage des vormaligen Kommentars war nach 17 Jahren überfällig. Durch vielfache Gesetzesänderungen, u. a. dem Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher Bestimmungen, dem Einführungsgesetz zur neuen Insolvenzordnung und direkten Änderungen im kommentierten Gesetz sowie seit der Voraufgabe neu aufgetretenen Rechtsproblemen und hierzu ergangener Rechtsprechung und veröffentlichter Literatur musste im Ergebnis diese neue 13. Auflage fast völlig neu geschrieben werden. Dafür weist die Kommentierung den aktuellen Stand von September 2007 auf.

In seiner Einführung weist *Hintzen* auf die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des ZVGs sowie auf die Notwendigkeit hin, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und sich hieraus ergebende Hinweis- und Belehrungspflichten zu beachten. Diese Sichtweise ist von sozialer Verantwortung geprägt. Die Einführung fasst eine hervorragende Darstellung des systematischen Ablaufs und der Prinzipien des Zwangsversteigerungsverfahrens, das gemäß § 869 ZPO ein Teil der ZPO darstellt. Auch geht der Autor auf die Unterschiede zwischen Zwangs- und Teilungsversteigerungsverfahren ein. Die Kommentierung der einzelnen Paragraphen des ZVG sind in der Regel gegliedert in Anwendungsbereich, Bedeutung der Vorschrift und in spezifische Überschriften zur jeweiligen Regelung. Randziffern erleichtern die Zitierung und das Auffinden der Kommentarstellen. Die Autoren weisen in ihrer Kommentierung in Fußnoten auf einen umfangreichen Fundus an Literatur und Rechtsprechung, wobei sie oftmals auch auf die Konkurrenzwerke *Steiner/Hagemann, Stöber* und *Böttcher* zurückgreifen. Die für einen Handkommentar sehr ausführliche und äußerst klaren Erläuterungen weisen die Autoren als Kenner der Materie aus, die aus ihrer Erfahrung praxisbezogene Probleme des Grundstücks- und Versteigerungsrechts aufgreifen und behandeln. Im Einzelfall findet sogar eine kritische Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und nicht deren bloße Wiedergabe statt, z. B. zur Haftungssituation bei Verschmelzung oder bei Vereinigung von Grundstücken. Mit solchen hervorragenden logischen Darstellungen und Schlussfolgerungen zeigen die Autoren nicht zuletzt auch, wie

lebendig, Streitbar und weiter entwickelbar eine scheinbar trockene Rechtsmaterie sein kann. Alle Rechtsprobleme konnten die Autoren noch nicht vorhersehen: Nicht angesprochen ist die Problematik der Vollstreckung durch eine im Zivilprozess als rechtsfähig anzusehende GbR als Gläubiger in das Grundstück des Schuldners und die Frage, ob die Zwangssicherungshypothek für die GbR ohne Nennung der einzelnen Gesellschafter eintragungsfähig ist (vgl. KG, ZIP 2008, 1178). Bei der auch für die Einzelzwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen wichtige Frage, ob eine Einbauküche als Bestandteil oder Zubehör des Grundstücks gilt, verweisen die Autoren zu Recht auf die unterschiedlichen Verkehrsauffassungen und divergierende Rechtsprechung und enthalten sich einer eigenen Bewertung. Sogar mit konstruktiven Verbesserungsvorschlägen warten die Autoren auf: Ein Einstellungsantrag des Schuldners gemäß §§ 30 ff. ZVG sollte auch an dessen Sanierungsfähigkeit knüpfen können.

Die Stellung des Gerichtsvollziehers könnte stärker hervorgehoben werden: Beispielsweise die Möglichkeit, den Gerichtsvollzieher als Sequester gemäß § 25 ZVG zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung zu bestellen (vgl. Schmidberger, RPfeger 2008, 148) oder die bereits in der Praxis vorkommende Bestellung des Gerichtsvollziehers für die Bewachung und Verwahrung von Schiffen oder Luftfahrzeugen gemäß §§ 165, 171 c ZVG als Treuhänder.

Mit diesem im Grunde neuen ZVG-Kommentar auf dem Markt liegt ein hervorragendes Werk sowohl für Kenner der Materie als auch als Lehrmittel für Studium und Fortbildung vor. An Hinweisen, Eindeutigkeit und Klarheit lässt der Kommentar kaum zu Wünschen übrig. Auch gut sortierten Gerichtsvollziehern ist dieser Kommentar dringend zu empfehlen.

Stefan Mroß

Aus der Justizstatistik der Jahre 2005 und 2006 für die Bundesrepublik Deutschland

	2005	2006
Mahnverfahren	8 567 016	7 905 819
Zwangsvollstr.-aufträge an Gerichtsvollzieher . . .	8 422 605	7 568 871
Vollstr.auftr. der Justizbeh. an Gerichtsvollzieher	498 345	524 152
Verf. zur Genehmigung der Durchsuchung der Wohnung gemäß § 758 a ZPO	167 625	145 282
Verf. zur Abnahme der eidesst. Versicherung	3 617 481	3 281 343
Abgegebene eidesstattliche Versicherungen	1 035 880	979 638
Haftanordnungen in Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung	667 570	658 873
Anträge auf Eröffnung des – Insolvenzverfahrens (o. Verf. nach § 304 InsO)	109 851	102 548
– Verbraucher- und Kleininsolvenzverfahrens (nach § 304 InsO)	85 817	115 334
– Insolvenzverfahrens nach Europäischem Recht (Artikel 102 Abs. 3 EGInsO)	139	264
Eröffnete – Insolvenzverfahren	46 056	46 065
– Verbraucher- und Kleininsolvenzverfahren . . .	71 946	100 721
– Insolvenzverfahren nach Europäischem Recht	36	71
– Konkursverfahren (Anschlusskonkursverfahren)	4 388	k. A.
– Anträge auf Versagung oder Widerruf der Restschuldbefreiung (§§ 299, 303 InsO) . .	1 943	k. A.
Zwangsversteigerungen von unbeweglichen Gegenständen	87 833	87 365
Zwangsverwaltungen	38 532	33 536
Anzahl der bei Amtsgerichten Beschäftigten	52 504	51 791 ¹⁾
Wohnbevölkerung (in Tausend)	82 438	82 314

¹⁾ Die Zahlen der Beschäftigten beziehen sich auf die Jahre 2004 und 2005.

Quelle: Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes Reihe 2.1 der Fachserie 10 für die Berichtsjahre 2005 und 2006 sowie Übersichten in DGVZ 2006 und 2007, jeweils S. 143. Die entsprechenden Zahlen der Jahre 2004 und 2005 sind in der DGVZ 2007, S. 80 veröffentlicht.

HERAUSGEBER:
Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGVB) – www.dgvb.de – 17454 Zinnowitz, Holunderweg 19. **Verantwortlich:** Schriftleiter Gerichtsvollzieher Stefan Mroß in 77815 Bühl, Aloys-Schreiber-Straße 8; Stellvertreter: Gerichtsvollzieher Rainer Jung in 35410 Hungen, Bahnhofstraße 31.

VERLAG:
Heenemann Verlagsgesellschaft mbH, 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91.

DRUCK:
H. Heenemann GmbH & Co. KG, 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 %.

ABONNEMENT UND ABO-SERVICE:
Kassenführer der DGVZ, Ingo Stollenwerk, 52249 Eschweiler, Arndtstraße 3, Telefon (0 24 03) 78 59 68, Telefax (0 24 03) 78 59 67, E-Mail: gv-stollenwerk@web.de.

Einbanddecken sind zu beziehen bei Firma Grit und Mathias Wenig GbR, Montanstraße 6, 13407 Berlin, Telefon (030) 4 64 45 48, Telefax (030) 41 40 46 41.

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

CHEFREDAKTION:
Einsendungen von Aufsätzen und Entscheidungen an den Schriftleiter der DGVZ, Stefan Mroß, Aloys-Schreiber-Straße 8, 77815 Bühl, Telefon (0 72 23) 80 76 25, E-Mail: SMross.GV-Buero@t-online.de. 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, elektronischen oder ähnlichen Verfahrens.

ANZEIGENAUFTRÄGE UND ANZEIGENABWICKLUNG:
Stellvertretender Schriftleiter, Rainer Jung, Bahnhofstraße 31, 35410 Hungen, Telefon und -fax (0 64 02) 4 05 38, E-Mail: Rainerjung27@aol.com. Es gelten unsere Mediadaten- und Preisliste vom 1. Oktober 2007 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in der Fassung vom 1. Juli 2006.