Seit 1881

Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs- und Kostenrecht

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

125. Jahrgang · April 2010 **4 | 10**

Die Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens im Lichte der Verfassung

Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens

Von Stefan Pilz, M. A. Staatswissenschaften, Ilmenau*)

Das im Juni 2008 in dieser Zeitschrift erstmals vorgestellte Gutachten von Prof. *Hess* hinsichtlich einer Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland behandelt die Verfassungsfragen einer Privatisierung durch Beleihung[1]). Das Gutachten wurde vom Deutschen Gerichtsvollzieherbund (DGVB) in Auftrag gegeben und bezieht sich auf die Überlegungen der Bund/Länder-Arbeitsgruppe zur „Organisation des Gerichtsvollzieherwesens/Privatisierung". Die Arbeitsgruppe wurde im Zuge der 74. Justizministerkonferenz initiiert. Ihre Ergebnisse mündeten im März 2007 in einem Gesetzentwurf zur Modernisierung des Gerichtsvollzieherwesens[2]). Obgleich der eingebrachte Entwurf für ein Gerichtsvollziehergesetz in der 16. Legislaturperiode nicht mehr beschlossen werden konnte und daher mit deren Ablauf gegenstandslos wurde, sollen im Rahmen dieses Beitrags anhand des Gesetzentwurfs und des Gutachtens von Prof. Hess die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Reform des Gerichtsvollzieherwesens dargelegt werden[3]).

I. Problemstellung

Das deutsche Gerichtsvollziehermodell wird hinsichtlich seiner Effizienz und Praktikabilität vielfach in Frage gestellt und sieht sich international durch im Wettbewerb stehende Gerichtsvollzieher herausgefordert. Angesichts der zunehmenden Kritik an der Effizienz der Zwangsvollstreckung, der enormen finanziellen Belastung der Länder sowie dem Bestreben nach einem einheitlichen europäischen Berufsbild des Gerichtsvollziehers[4]) soll dessen Tätigkeit durch ein eigenständiges Gesetz, das sog. Gerichtsvollziehergesetz (im Folgenden: GVZG-E) auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt werden. Das GVZG-E stellt eine eigenständige Kodifikation dar und tritt damit ähnlich dem Rechtspflegergesetz neben das Gerichtsverfassungsgesetz.

Das GVZG-E verfolgt das Ziel, die Effizienz der Zwangsvollstreckung zu verbessern und zugleich für eine Entlastung der öffentlichen Haushalte zu sorgen. Danach sollen nach Durchführung eines Systemwechsels die Aufgaben der Gerichtsvollzieher nicht mehr durch justizeigene Beamte, sondern durch beliehene Private, die auf eigene Rechnung tätig werden, erfüllt werden. So ist durch § 1 GVZG-E die Übertragung aller gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf beliehene Private vorgesehen. Diese üben ihr Amt in eigener Praxis aus. Dazu haben sie in dem ihnen zugewiesenen Amtsbereich[5]) eine Geschäftsstelle mit angemessener personeller und sachlicher Ausstattung zu unterhalten[6]).

Mit dem Wechsel zum Beleihungssystem sollen Leistungsanreize geschaffen werden, die im gegenwärtigen System nicht möglich sind. Insbesondere durch die partielle Aufhe-

*) Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht an der Technischen Universität Ilmenau (Prof. Dr. *Joachim Weyand*).

1) *Burkhard Hess*, Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, 2006.

2) Bundestagsdrucksache 16/5727.

3) Der Bundesrat hat in seiner 866. Sitzung am 12. Februar 2010 beschlossen, den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes in der Fassung der Bundesratsdrucksache 149/07 sowie den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens in der Fassung der Bundesratsdrucksache 150/07 erneut beim Bundestag einzubringen.

4) Vgl. dazu *Stefan Mroß*, Der Fortschritt ist eine Schnecke, DGVZ 2005, S. 49 ff.

5) Vgl. dazu § 8 GVZG-E.

6) Vgl. dazu § 9 GVZG-E.

bung des Gebietsschutzes und die Entlohnung durch vereinnahmte Gebühren, bei gleichzeitigem Wegfall staatlicher Subventionen, sollen Wettbewerbsstrukturen entstehen und ein effizienterer Vollstreckungserfolg herbeigeführt werden.

Die Umstellung auf das Beleihungsmodell macht es allerdings auch notwendig, das gegenwärtige Gerichtsvollzieherkostenrecht zu überarbeiten, um ein kostendeckendes Arbeiten und ein angemessenes Einkommen der Gerichtsvollzieher zu gewährleisten. Vor allem durch den vollständigen Abbau staatlicher Zuwendungen entsteht laut Kostenprognose der Arbeitsgruppe „Organisation des Gerichtsvollzieherwesens/Privatisierung" eine Deckungslücke von ca. 72 000 Euro je Gerichtsvollzieher und Jahr[7]). Um diesen Fehlbetrag auszugleichen, ist es erforderlich, alle Kostentatbestände des Gerichtsvollzieherkostenrechts um den Faktor 2,63 bzw. unter Berücksichtigung der Umsatzsteuer um den Faktor 3,13 zu erhöhen[8]). Problematisch für die Umsetzung des Beleihungsvorhabens ist allerdings, dass sich die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers durch eine erhebliche Grundrechtsrelevanz auszeichnet, die sich darin äußert, dass er unter Anwendung von unmittelbarem Zwang zum Eingriff in die Freiheit oder das Eigentum des Schuldners berechtigt ist. Durch das GVZG-E sollen diese Kompetenzen auf beliehene Private übertragen werden.

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich daher mit der Frage, inwieweit verfassungsrechtliche Bedenken einer Umsetzung des Beleihungsmodells im Wege stehen. Dabei soll zum einen anhand des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs erörtert werden, inwieweit eine Überarbeitung des Gerichtsvollzieherkostenrechts zu einer Beschneidung des effektiven Rechtsschutzes des Gläubigers führen könnte (II.), ehe zum anderen die Beleihung Privater mit den gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf ihre Vereinbarkeit mit dem sogenannten Funktionsvorbehalt für Beamte aus Artikel 33 Absatz 4 GG überprüft werden soll (III.). Abschließend soll untersucht werden, ob verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Reform des Gerichtsvollzieherwesens durch die im Rahmen einer Grundgesetzänderung eingefügte Sonderregelung des Artikels 98 a GG-E überwunden werden können (IV.).

II. Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch

Die durch das Beleihungsmodell angestrebte Reform des Zwangsvollstreckungsrechts muss mit dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch vereinbar sein. Der Justizgewährleistungsanspruch soll einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz des Einzelnen gewährleisten[9]), indem er dem Bürger einen substanziellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle garantiert[10]). Dieser wird zwar im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ist aber verfassungsrechtlich anerkannt[11]). Die allgemeine Justizgewährung stellt die Konsequenz des staatlichen Gewaltmonopols, des Selbsthilfeverbots und der allgemeinen Friedenspflicht des Bürgers dar und wird aus dem Rechtsstaatsprinzip (Artikel 20 Absatz 1 und 3; 28 Absatz 1 Satz 1 GG) sowie aus Artikel 2 Absatz 1 GG oder einem spezielleren Grundrecht hergeleitet[12]). Eine ausdrückliche Garantie des Rechtswegs für einen bestimmten Bereich von Rechtsverletzungen findet sich im Grundgesetz lediglich in Artikel 19 Absatz 4 Satz 1.

1. *Bestandteile des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs*

Der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde allgemeine Grundsatz der Justizgewährung ist hinsichtlich der Zielrichtung inhaltsgleich mit der Rechtsschutzgarantie des Artikels 19 Absatz 4 GG, allein der Schutzbereich ist verschieden. Er sichert den effektiven Rechtsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs des Artikels 19 Absatz 4 GG[13]). Zu den Bestandteilen des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs gehören das Offenstehen des Rechtswegs und der Vorbehalt eines effektiven Rechtsschutzes[14]).

a) Offenstehen des Rechtswegs

(1) Inhalt des Grundsatzes

Der Justizgewährleistungsanspruch sichert den Rechtsschutz des Bürgers durch die Einrichtung einer staatlichen Gerichtsbarkeit, die den Voraussetzungen der Artikel 92 und 97 GG entspricht und bei welcher der Bürger eine Entscheidung ersuchen kann. Der Anspruch enthält auch eine institutionelle Garantie einer Gerichtsbarkeit, die in der Lage ist, dem Bürger einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten[15]).

Der Grundsatz des gerichtlichen Rechtsschutzes entfaltet auch Wirkung im Rahmen der Vollstreckungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers. Dessen Tätigkeiten müssen, soweit sie in die Rechtssphäre des Schuldners eingreifen, vollständig, d. h. in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, der richterlichen Prüfung unterstellt werden können[16]).

(2) Vereinbarkeit mit dem Reformmodell

Das Reformmodell hat keine Auswirkungen auf das Offenstehen des Rechtswegs. Der Gläubiger hat auch unter Zugrundelegung des GVZG-E die Möglichkeit, gegen hoheitliche Maßnahmen des Gerichtsvollziehers den Rechtsweg zu beschreiten. Mit der Reform des Gerichtsvollzieherwesens wird lediglich ein Statuswechsel des Gerichtsvollziehers angestrebt. Die gerichtliche Prüfung und Überwachung seiner Amtsführung bleibt von der Reform unberührt und deshalb auch weiterhin i. S. v. Artikel 92 GG dem Richter vorbehalten. Die gegenwärtigen Rechtsschutzsysteme innerhalb der Zivilprozessordnung gelten auch nach der Reform und werden zudem durch die Installation eines berufsständischen Kammersystems erweitert. Der Rechtsschutz vor Maßnahmen der Zwangsvollstreckung manifestiert sich neben den bereits bestehenden Normierungen der §§ 766 ff. ZPO im zweiten und dritten Teil des GVZG-E, die ausschließlich der Ausgestaltung des berufsständischen Kammersystems[17]), sowie der

---

7) III. Zwischenbericht der Bund/Länder-Arbeitsgruppe (BLAG), S. 72.

8) Bundestagsdrucksache 16/5727, S. 47 ff.

9) Vgl. BVerfGE 101, S. 397 (407).

10) *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Kommentar zum GG, Stand: 2003, Artikel 19 Rdnr. 229.

11) Ebd., Artikel 19 Rdnr. 16 ff.

12) *Peter Michael Huber*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, 1. Aufl. 2005, Artikel 19 Rdnr. 352; vgl. außerdem BVerfGE 93, S. 99 (107).

13) Vgl. BVerfGE 107, S. 395 (401).

14) Zum Gebot des effektiven Rechtsschutzes als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips vgl. BVerfGE 53, S. 127 (127 f.).

15) *Huber* (Fn. 11), Artikel 19 Rdnr. 352; *Walter Krebs*, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig, Kommentar zum GG, 5. Aufl. 2000, Artikel 19 Rdnr. 58.

16) Zum Rechtsschutz gegen Akte der Exekutive vgl. BVerfGE 35, S. 263 (274). Ferner speziell zur Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung einer durch den Rechtspfleger getroffenen Entscheidung vgl. BVerfGE 101, S. 397 (407).

17) Vgl. dazu §§ 65 ff. GVZG-E.

Rechtsaufsicht[18]) und dem Disziplinarverfahren[19]) gewidmet sind.

b) Effektivität des Rechtsschutzes

(1) Inhalt des Grundsatzes

Dem Justizgewährleistungsanspruch wird der Rechtsstaat nicht nur durch die Eröffnung staatlicher Rechtsschutzsysteme gerecht, sondern auch durch die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes. Schließlich würde der Anspruch auf eine vollständige gerichtliche Nachprüfung einer angefochtenen Maßnahme bedeutungslos, wenn hohe verfahrensrechtliche Hindernisse zu einer unzumutbaren Verzögerung des Verfahrens führen würden und dem Schutzinteresse des Rechtsuchenden nicht angemessen Rechnung tragen. Insofern garantiert dieses verfassungsrechtliche Prinzip auch einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz[20]). Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung aus, dass der Justizgewährleistungsanspruch „nicht nur formal die Möglichkeit gewährleistet, die Gerichte anzurufen, sondern dass sie auch die Effektivität des Rechtsschutzes gebietet“[21]). Das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes verbietet alle unangemessen hohen verfahrensrechtlichen Hindernisse. Stattdessen muss der Zugang zum Rechtsweg am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemessen und ausgestaltet werden und für den Rechtsuchenden zumutbar sein[22]).

(2) Vereinbarkeit mit dem Reformmodell

Die mit einer Reform des Gerichtsvollzieherwesens einhergehende Erhöhung der Kostentatbestände des Gerichtsvollzieherkostengesetzes könnte eine Verletzung des effektiven Rechtsschutzes des Gläubigers darstellen, da die Gebührenregelung dazu führen könnte, dass Rechtsschutz vornehmlich nach Maßgabe wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu erlangen ist. Zwar obliegen die Kosten des Zwangsvollstreckungsverfahrens grundsätzlich dem Schuldner, der die Kosten als Verzugsschaden i. S. v. § 286 Absatz 1 BGB zu übernehmen hat, jedoch reicht der Verwertungserlös oftmals nicht aus, um die titulierte Forderung des Gläubigers und die Verfahrensgebühren zu decken. In diesem Fall gehen die Kosten des Verfahrens zu Lasten des Gläubigers, der den Verwertungserlös abzüglich der Gebührenforderung des Gerichtsvollziehers erhält. Die mit der Inanspruchnahme der Dienste des Gerichtsvollziehers verbundenen Kosten dürfen daher nicht so geregelt sein, dass sie bei einer vernünftigen Abwägung mit den Erfolgsaussichten von vornherein rechtsschutzhemmend wirken. Demzufolge ist einerseits zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der Staat überhaupt Gebühren erheben darf, und andererseits, wie hoch die Gebühren sein dürfen.

Es ist allgemein anerkannt, dass der Staat dem Rechtsschutzsuchenden seine Dienste und Instrumentarien nicht kostenlos zur Verfügung stellen muss, da auch fiskalpolitische Interessen an einer Gebührenerhebung zu berücksichtigen sind[23]). Insofern ist es zulässig und verfassungsrechtlich anerkannt, dass der Staat für die Inanspruchnahme staatlichen Rechtsschutzes Gebühren erhebt[24]). Dies verpflichtet den Staat aber auch zur Gewährleistung der Gleichstellung von Bemittelten und Unbemittelten im gerichtlichen Verfahren. Dem wird insbesondere durch die Gewährung von Prozesskostenhilfe nachgekommen, welche in Abhängigkeit sowohl von der finanziellen Situation als auch von der Erfolgsaussicht des Rechtsschutzbegehrens erteilt wird[25]). Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist das Institut der Prozesskostenhilfe auch auf den Gläubiger im Bereich der Zwangsvollstreckung anzuwenden[26]).

Auch wenn der Staat seine Leistungen den einzelnen Beteiligten in Rechnung stellen darf, so müssen sich die entstehenden Kosten am Äquivalenzprinzip messen lassen. Dieses Prinzip, das im Kommunal- und Abgabenrecht von wesentlicher Bedeutung ist, wird aus dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot des Artikels 20 GG hergeleitet und findet Anwendung bei der Ausgestaltung des Finanzierungsbeitrags der Bürger für die Inanspruchnahme staatlicher Leistungen. Nach dem Äquivalenzprinzip werden die Gebühren im Verhältnis zum Wert des aus einer öffentlichen Leistung gezogenen Nutzens für den Beteiligten bemessen[27]).

Da es für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gebührenmaßstäben, Gebührensätzen oder Gebührenhöhen im Verfassungs- und Verwaltungsverfahrensrecht keine Regelungen gibt, muss an dieser Stelle auf die vom Bundesverfassungsgericht formulierten allgemeingültigen Grundsätze zur Gebührenerhebung zurückgegriffen werden. Diese bestimmen zwar nicht, was die Rechtsdurchsetzung im Einzelnen kosten darf, allerdings geht daraus hervor, dass der Gesetzgeber für die Inanspruchnahme der Gerichte Gebühren erheben kann, die sich an den verfassungsrechtlichen Grundsätzen für Gebührenregelungen, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sowie dem Justizgewährungsanspruch messen lassen müssen[28]).

In diesem Zusammenhang definiert das Bundesverfassungsgericht[29]) Gebühren als „öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die aus Anlass individuell zurechenbarer öffentlicher Leistung dem Gebührenschuldner durch eine öffentlich-rechtliche Norm [...] auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken“. In Anlehnung an das Kostendeckungsprinzip folgert das Bundesverfassungsgericht, „dass Gebühren für staatliche Leistungen nicht völlig unabhängig von den tatsächlichen Kosten der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt werden dürfen“[30]). Es muss somit eine sachgerechte Verknüpfung zwischen Kosten und Gebührenhöhe bestehen. Da das Kostendeckungsprinzip aber keine verfassungsrechtliche Qualität besitzt, ist eine Beschränkung der Gebührenhöhe auf die tatsächlichen Kosten einer staatlichen Leistung nicht vorgeschrieben[31]).

---

18) Vgl. dazu §§ 94 ff. GVZG-E.

19) Vgl. dazu §§ 97 ff. GVZG-E.

20) *Michael Sachs*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 4. Aufl. 2007, Artikel 19 Rdnr. 143 f., sowie BVerfGE 85, S. 337 (345 ff.).

21) Vgl. BVerfGE 81, S. 123 (129).

22) *Rupert Scholz*, Freies Gerichtsvollziehersystem und Verfassung, DGVZ 2003, S. 109.

23) Vgl. BVerfGE 80, S. 103 (107).

24) *Schmidt-Aßmann* (Fn. 9), Artikel 19 Rdnr. 242; *Rupert Scholz*, in: ders./Albrecht Randelzhofer/Dieter Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 734.

25) Vgl. *Elisabeth Heister-Neumann*, Die Reform des Gerichtsvollzieherwesens – eine Bestandsaufnahme, ZRP 2007, S. 142; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Artikel 3 Rdnr. 63; *Scholz* (Fn. 23), S. 734.

26) Vgl. BVerfGE 56, S. 139 (143 ff.).

27) *Dieter Birk*, Steuerrecht, 9. Aufl. 2006, S. 11.

28) Vgl. BVerfGE 85, S. 337 (346).

29) Vgl. BVerfGE 85, S. 337 (346 ff.); BVerfGE 97, S. 332 (345 ff.).

30) Vgl. BVerfGE 97, S. 332 (345).

31) Vgl. BVerfGE 97, S. 332 (345).

Eine Beschneidung der Rechtsschutzgarantie wäre dann gegeben, wenn die Gebühren „außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert stehen“, den das gerichtliche Verfahren für den Einzelnen hat. Ebenso wäre die Beschreitung des Rechtsweges praktisch unmöglich, „wenn das Kostenrisiko zu dem mit dem Verfahren angestrebten wirtschaftlichen Erfolg derart außer Verhältnis steht, dass die Anrufung der Gerichte nicht mehr sinnvoll erscheint“. Die Ausgestaltung des Kostenrechts darf daher nicht in der Form erfolgen, dass der Zugang zu den Gerichten faktisch unmöglich gemacht oder in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wird[32]).

Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes stellt einen Maßstab dar, an dem sich die Erhöhung der Kostentatbestände des Gerichtsvollzieherkostenrechts orientieren muss. Da es sich bei der angestrebten Gebührenerhöhung um den Faktor 3,13 lediglich um einen Durchschnittswert handelt, ist eine einzelfallorientierte Betrachtung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Gebührenhöhe mit dem effektiven Rechtsschutzinteresse der Gläubiger notwendig. Dabei soll auf die vier spezifischen Fallkonstellationen[33]) des Gesetzentwurfs Bezug genommen werden[34]).

Während die Gebührenerhöhung in den ersten drei Fallkonstellationen unstrittig keine rechtsschutzhemmende Beeinträchtigung darstellt, muss der vierte Sachverhalt einer kritischen Betrachtung unterzogen werden. Gegenstand der vierten Fallkonstellation sind die Kosten, die bei der Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung nach einem erfolglosen Fahrnispfändungsversuch entstehen. Nach der gegenwärtigen Gebührenregelung wird der Gläubiger bei einem fruchtlosen Vollstreckungsversuch mit Gebühren i. H. v. 42,50 Euro belastet. Diese Summe setzt sich zusammen aus der Gebühr für einen erfolglosen Fahrnispfändungsversuch i. H. v. 12,50 Euro (Nummer 604 KV GvKostG), sowie der anfallenden Gebühr bei Abnahme der eidesstattlichen Versicherung i. H. v. 30,– Euro (Nummer 260 KV GvKostG).

Nach der Reform des Gerichtsvollzieherkostenrechts würden durch die Gebührenerhöhung und die zu entrichtende Umsatzsteuer Gebühren von insgesamt 116,33 Euro anfallen[35]). Dies entspricht einer Gebührenerhöhung um den Faktor 2,74. Daher kommt in dieser Fallkonstellation das Vorliegen eines Verstoßes gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes durchaus in Betracht. So steht die abzuführende Gebühr außer Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten der gebührenpflichtigen Staatsleistung. Der notwendige Aufwand für die Feststellung der Vermögensverhältnisse ist zu gering, als dass er sich in der unangemessen hohen Gebühr von nahezu 120,– Euro widerspiegeln würde. Zudem stellt die Gebührenerhöhung in Fällen der Fruchtlospfändung mit anschließender Abnahme der eidesstattlichen Versicherung gerade bei nur geringfügigen Forderungsbeträgen eine erhebliche Erschwerung des Rechtsweges dar, da das Gebührenrisiko das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers an der Leistung des Gerichtsvollziehers erreicht oder sogar übersteigt. Des Weiteren muss in diesem Sachverhalt der Aspekt der Rechtsanwaltsgebühren betrachtet werden: Der Gläubiger steht im Vollstreckungsverfahren am Ende eines langen Verfahrensweges, an dessen Beginn, im Erkenntnisverfahren, er unter Umständen auf die Dienste eines Rechtsanwalts angewiesen war bzw. weitere Verfahrenskosten angefallen sind. Zwar werden die Rechtsanwaltskosten im Falle des Obsiegens im Verfahren dem Schuldner als Verzugsschaden i. S. v. § 286 BGB angerechnet, allerdings gehen diese Kosten bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ebenfalls zu Lasten des Gläubigers.

Der Rechtsweg ist daher gerade bei geringfügigen Forderungsbeträgen durch die Gebührenerhöhung nicht nur versperrt, sondern vollkommen ausgeschlossen. Die Erhöhung der Gebühren eines fruchtlosen Vollstreckungsversuchs stellt eine faktische Zugangsbeschränkung und damit einen Rechtswegausschluss für den Gläubiger dar. In gleicher Weise argumentiert das Bundesverfassungsgericht, dass es „mit dem Justizgewährungsanspruch und der allgemeinen Handlungsfreiheit“ des Gläubigers nicht vereinbar sei, wenn das „subjektive Interesse [des Gläubigers] bei der Gebührenhöhe außer Betracht bliebe und ihm aufgrund der gesetzlichen Regelung ein Entgelt abverlangt würde, das völlig außer Verhältnis zu dem steht, was ihm die Sache ‚wert‘ ist“[36]).

Verfassungsrechtliche Bedenken können auch nicht durch die Möglichkeit der Prozesskostenhilfe für den Gläubiger ausgeräumt werden, da auch demjenigen ein effektiver Rechtsschutz zu gewährleisten ist, dem aufgrund seines Einkommens keine Prozesskostenhilfe gewährt werden kann[37]). An dieser Stelle des Reformentwurfs des Gerichtsvollzieherkostenrechts wird die Grenze des gebührengesetzgeberischen Gestaltungsspielraums überschritten.

2. Ergebnis

Die vorangegangenen Darstellungen haben gezeigt, dass das Reformmodell nur zum Teil mit dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch vereinbar ist.

Während der gerichtliche Rechtsschutz vom Reformmodell unberührt bleibt, wird der Grundsatz eines effektiven Rechtsschutzes durch das Reformvorhaben zumindest teilweise beschnitten. So geht aus der Gebührenauflistung im Falle der Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung nach einem erfolglosen Fahrnispfändungsversuch hervor, dass die Gebührenregelung gerade bei geringfügigen Forderungsbeträgen einen Verstoß gegen den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes darstellt. Da das Gebührenrisiko das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers übersteigt, wird diesem die Begehung des Rechtswegs nahezu unmöglich gemacht.

III. Der Funktionsvorbehalt des Artikels33 Absatz 4 GG

Die Beleihung eines Privaten mit den gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers ist unzulässig, wenn eine Pflicht zur Amtswahrnehmung durch Beamte i. S. v. Artikel 33 Absatz 4 GG besteht. Hinsichtlich der geplanten Reform könnte der Funktionsvorbehalt eine Schranke für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Beleihungsmodells darstellen.

---

32) Vgl. BVerfGE 85, S. 337 (347).

33) Die Entwicklung des Gebührenaufkommens wird an vier konkreten Fallbeispielen dokumentiert. Dabei handelt es sich um die Vollstreckungskosten im Zuge der Pfändung und Verwertung eines Pkws, einer erfolglosen Fahrnispfändung, in deren Anschluss eine gütliche Erledigung der Forderung in Form von Raten erfolgt sowie die anfallenden Kosten für die Räumung einer Mietwohnung und die Kosten, die bei der Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung nach einem erfolglosen Fahrnispfändungsversuch entstehen.

34) Bundestagsdrucksache 16/5727, S. 49.

35) Vgl. zur Kostenzusammensetzung Bundestagsdrucksache 16/5727, S. 49.

36) Vgl. BVerfGE 85, S. 337 (350).

37) Vgl. BVerfGE 85, S. 337 (342).

1. Zweck der Norm

Artikel 33 Absatz 4 GG stellt gemeinsam mit Artikel 33 Absatz 5 GG eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums dar[38]), die verhindern soll, dass bei der Ausübung von Staatsgewalt nur noch ein unwesentlicher Bereich bei der Berufsbeamtenschaft verbleibt[39]). Die Verfassung will durch die Zuverlässigkeit, die Loyalität, die Unparteilichkeit und das Wissen der Beamten die „personelle Absicherung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“[40]) gewährleisten und damit „einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften“[41]) schaffen.

Der Funktionsvorbehalt stellt somit eine unmittelbar verbindliche[42]) Organisationsnorm[43]) dar, in der sich einerseits die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes manifestiert[44]), andererseits aber auch der Verlagerung auf Nicht-Beamte, d. h. Angestellte des öffentlichen Dienstes und Beliehene, enge Grenzen gesetzt werden[45]). Somit stellt der Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG ein erhebliches verfassungsrechtliches Risiko für die Übertragung der Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene dar[46]).

2. Die Tatbestandsseite des Funktionsvorbehalts

a) „Angehörige des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“

Aus dem Wortlaut des Artikels 33 Absatz 4 GG geht hervor, dass die „Ausübung hoheitlicher Befugnisse […] Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen (ist), die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“. Da eine Legaldefinition zum Begriff des öffentlichen Dienstes im Grundgesetz nicht enthalten ist, muss man sich dem personellen Anwendungsbereich der Norm über ein Charakteristikum des öffentlichen Dienstes nähern. Dieser zeichnet sich im Wesentlichen dadurch aus, dass Tätigkeiten im Dienste einer juristischen Person des öffentlichen Rechts wahrgenommen werden[47]). Darunter sind alle Beamte, Richter, Berufssoldaten, Angestellte und Arbeiter zu subsumieren.

Eingegrenzt wird der Anwendungsbereich allerdings durch die Vorgabe des Dienst- und Treueverhältnisses, das nach herrschender Meinung grundsätzlich nur Beamte, Richter und Berufssoldaten erfasst[48]). Für diese Annahme spricht der systematische Zusammenhang des Funktionsvorbehalts und der hervorgebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums[49]). Aufgrund dessen erscheint es naheliegend, dass der Verfassungsgeber einen bestimmten Aufgabenbereich einer bestimmten Gruppe des öffentlichen Dienstes vorbehalten wollte. Schließlich würde unter der Prämisse, dass alle staatlichen Bediensteten in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, die Normierung des Artikels 33 Absatz 4 und 5 GG ad absurdum geführt werden, da in diesem Fall das Recht der Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes hinsichtlich der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses und des Streikrechts grundlegend überarbeitet werden müsste[50]).

Im Ergebnis erfasst daher der personelle Anwendungsbereich des Artikels 33 Absatz 4 GG Beamte, Richter und Berufssoldaten.

b) Ausübung „hoheitlicher Befugnisse“

Der in Artikel 33 Absatz 4 GG verwendete Begriff der hoheitlichen Befugnisse ist ein unbestimmter Rechtsbegriff[51]), dessen Auslegung kontrovers diskutiert wird[52]). Umstritten ist dabei vor allem die Bestimmung der Reichweite der hoheitlichen Befugnisse. Dabei klassifizieren einige Stimmen im Schrifttum lediglich die Tätigkeiten der Eingriffsverwaltung als Ausübung hoheitlicher Befugnisse[53]), während nach anderer Ansicht[54]) auch die Leistungsverwaltung in den Anwendungsbereich des Artikels 33 Absatz 4 GG fallen muss.

Unstrittig sind jedoch die auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung wahrgenommenen Befugnisse als hoheitlich i. S. v. Artikel 33 Absatz 4 GG anzusehen. Demnach sind die Berufsbeamten ausschließlich für die Ausübung der staatlichen Kernfunktionen zuständig, die sich durch eine erhebliche Grundrechtsrelevanz auszeichnen[55]). Das ist in der Regel dann der Fall, wenn der Staat mit unmittelbarem Zwang in die Freiheit oder das Eigentum des Bürgers eingreift[56]).

Zu den Staatsaufgaben, die unter Einsatz von Befehl und Zwang erfüllt werden, zählen die Gefahrenabwehr, die Zwangsvollstreckung, der Strafvollzug und die Abgabenerhebung[57]). Diese Bereiche zeichnen sich dadurch aus, dass die ausführenden Funktionsträger über substanzielle eigene Entscheidungsbefugnisse für die Ausgestaltung des Staat-Bürger-Verhältnisses verfügen[58]).

Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers ist der Eingriffsverwaltung zuzuordnen[59]), da er als Teil der öffentlichen Verwaltung mit der Wahrnehmung hoheitlicher Gewalt betraut und zum Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechts-

---

38) Vgl. *Peter Badura*, Die hoheitlichen Aufgaben des Staates und die Verantwortung des Berufsbeamtentums, ZBR 1996, S. 326.

39) *Ulrich Battis*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 4. Aufl. 2007, Artikel 33 Rdnr. 45.

40) Vgl. *Barbara Remmert*, Warum muss es Beamte geben?, JZ 2005, S. 58.

41) Vgl. *Ulrich Battis*, Hervorgebrachte Grundsätze vs. Ökonomismus: Das deutsche Beamtenrecht in der Modernisierungsfalle, DÖV 2001, S. 311.

42) *Gertrude Lübbe-Wolff*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, 1. Aufl. 1998, Artikel 33 Rdnr. 54.

43) Vgl. *Volker Haug*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranken, NVwZ 1999, S. 817.

44) *Battis* (Fn. 38), Artikel 33 Rdnr. 45.

45) Vgl. *Felix Hammer*, Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und schlanker Staat, DÖV 2000, S. 618.

46) Anderer Ansicht dagegen *Scholz* (Fn. 21), DGVZ 2003, S. 106.

47) *Battis* (Fn. 38), Artikel 33 Rdnr. 50.

48) So auch *Monika Jachmann*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, 1. Aufl. 2005, Artikel 33 Rdnr. 30 m. w. N.

49) *Thomas Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000, S. 55 f.

50) *Theodor Maunz*, in: ders./Günter Dürig (Hrsg.), Kommentar zum GG, Stand: 2006, Artikel 33 Rdnr. 48.

51) *Haug*, (Fn. 42), NVwZ 1999, S. 817.

52) Ausführliche Wiedergabe des Streitgegenstandes bei *Ulrich Battis/Hans-Dieter Schlenga*, Die Verbeamtung der Lehrer, ZBR 1995, S. 256.

53) Vgl. *Udo Di Fabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt: Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, S. 591; *Haug*, (Fn. 42), NVwZ 1999, S. 817 f.; *Strauß* (Fn. 48), S. 61; *Jachmann* (Fn. 47), Artikel 33 Rdnr. 31; *Lübbe-Wolff* (Fn. 41), Artikel 33 Rdnr. 57.

54) Anderer Ansicht *Battis* (Fn. 38), Artikel 33 Rdnr. 56; *Leisner*, Berufsbeamtentum und Entstaatlichung, DVBL 1978, S. 736; *Maunz* (Fn. 49), Artikel 33 Rdnr. 33.

55) *Barbara Remmert*, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, S. 359 m. w. N.

56) *Strauß* (Fn. 48), S. 107.

57) *Jachmann* (Fn. 47), Artikel 33 Rdnr. 34.

58) Vgl. *Gerrit Manssen*, Der Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG, ZBR 1999, S. 256.

59) Anderer Ansicht *Hess* (Fn. 1), S. 37.

positionen befugt ist[60]). Er ist ein selbständiges Organ der Rechtspflege[61]), das staatliche Hoheitsgewalt ausübt und bei seinen Vollstreckungsmaßnahmen zur Anwendung staatlicher Zwangsgewalt befugt ist[62]). Der Gerichtsvollzieher ist ein selbständiges Vollstreckungsorgan, das nach pflichtgemäßem Ermessen die Vollstreckungsvoraussetzungen überprüft und für die inhaltliche Ausgestaltung des Vollstreckungsaktes selbst verantwortlich ist[63]).

Aufgrund der Berechtigung des Gerichtsvollziehers zum Eingriff in die Freiheit oder das Eigentum des Schuldners unter Anwendung von unmittelbarem Zwang zeichnet sich die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers durch eine erhebliche Grundrechtsrelevanz aus. Diese ist vor allem dann gegeben, wenn der Gerichtsvollzieher die Wohnung des Schuldners zur Durchsuchung aufsucht (§ 758 Absatz 1 ZPO) und verschlossene Haus- und Zimmertüren oder Behältnisse öffnet (§ 758 Absatz 2 ZPO). Zudem ist er befugt, jeden Widerstand zu brechen, der geeignet ist, die Zwangsvollstreckung zu behindern (§ 758 Absatz 3 ZPO i. V. m. §§ 892, 892 a ZPO, § 87 Absatz 3 FamFG). Darüber hinaus ist der Gerichtsvollzieher zur Verhaftung des Schuldners gemäß § 909 ZPO, sowie zum Vollzug des persönlichen Arrestes gemäß §§ 933, 928 ZPO unter Anwendung von körperlichem Zwang i. S. v. § 758 Absatz 3 ZPO in den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes berechtigt.

Die Darstellung der Kompetenzen des Gerichtsvollziehers zeigen, dass er zu Eingriffen befugt ist, die grundrechtlich geschützte Rechtspositionen, wie die Unverletzlichkeit der Wohnung und des Eigentums, sowie die Freiheit der Person betreffen und die ihm unmittelbar zuzurechnen sind. Der Gerichtsvollzieher als selbständiges Organ der Rechtspflege und Amtsträger des öffentlichen Dienstes nimmt demgemäß originär hoheitliche Befugnisse i. S. d. Artikels 33 Absatz 4 GG wahr.

c) Ausübung „als ständige Aufgabe“

Artikel 33 Absatz 4 GG gilt nur für die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse, d. h. alle zeitlich begrenzten oder vorübergehend wahrgenommenen Aufgaben sind trotz gegebenenfalls langjähriger Dauer vom Funktionsvorbehalt ausgeschlossen[64]). Artikel 33 Absatz 4 GG entfaltet somit per se keine Sperrwirkung für die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse durch Nicht-Beamte, sondern ermöglicht der öffentlichen Verwaltung stattdessen einen personalwirtschaftlichen Spielraum hinsichtlich der Wahrnehmung nicht-ständiger Aufgaben durch Nicht-Beamte. Demnach können zeitlich begrenzte Aufgaben, wie z. B. Katastropheneinsätze oder nur vorübergehend wahrgenommene Aufgaben, wie beispielsweise die Vertretung eines erkrankten Amtsinhabers, durch Nicht-Beamte wahrgenommen werden[65]). Hintergrund dieser in Artikel 33 Absatz 4 GG eingesetzten Durchbrechungsmöglichkeit sind fiskalpolitische Erwägungen, wonach der Staat nicht gezwungen sein soll, für die eine zeitlich begrenzte Aufgabe wahrnehmenden Bediensteten ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu begründen, da diese nach Ablauf der Befristung an einer anderen Stelle weiterbeschäftigt werden müssten[66]).

Hinsichtlich des Gerichtsvollziehers muss konstatiert werden, dass dessen Aufgaben auch ständige Aufgaben i. S. d. Artikels 33 Absatz 4 GG sind, da sie weder zeitlich befristet noch vorübergehend von Nicht-Beamten wahrgenommen werden. Allerdings sieht das angestrebte Beleihungsmodell eine dauerhafte Übertragung der gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf beliehene Private, also Nicht-Beamte, vor.

Im Ergebnis erfüllt das Beleihungsmodell die Tatbestandsvoraussetzungen des Artikels 33 Absatz 4 GG, der eine Übertragung der gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene versperren könnte.

3. Rechtsfolgen des Funktionsvorbehalts

Artikel 33 Absatz 4 GG verbietet die Übertragung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe auf Nicht-Beamte. Damit soll im Zusammenspiel mit Artikel 33 Absatz 5 GG, der Garantie der Institution des Berufsbeamtentums, eine möglichst qualifizierte Erledigung bestimmter Aufgaben gewährleistet werden[67]). Dessen ungeachtet wendet sich der Funktionsvorbehalt nicht grundsätzlich gegen die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Nicht-Beamte, sondern eröffnet durch die Formulierung „in der Regel“ die Möglichkeit für Ausnahmen, deren Voraussetzungen im Folgenden näher betrachtet werden sollen.

a) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis

(1) Hintergrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Durch den Wortlaut „in der Regel“ werden die strengen Anforderungen des Artikels 33 Absatz 4 GG gelockert und dem Gesetzgeber etwas Spielraum im Umgang mit dem Funktionsvorbehalt eingeräumt. Dessen ungeachtet macht die Normierung keine Aussagen zur Reichweite des Spielraumes. Zum Teil könnte aus der Formulierung ein freies Wahlrecht der Exekutive abgeleitet werden, das es dieser ermöglicht, unter Angabe eines sachlichen Grundes den Funktionsvorbehalt zu umgehen[68]). Dies würde jedoch dem Zweck des Artikels 33 Absatz 4 und 5 GG zuwiderlaufen, der den Schutz der Garantie der Institution des Berufsbeamtentums verfolgt[69]). Ein freies Wahlrecht würde den Beamten innerhalb der Verwaltung isolieren und zu einer Erosion des Berufsbeamtentums führen, da die personelle Substanz mangels Aufgabenzuweisung nicht mehr gegeben wäre[70]). Daher ist der Einsatz von Nicht-Beamten nur in begründeten Ausnahmefällen möglich[71]). Diese Ansicht ist auch mit der Entstehungsgeschichte der Norm vereinbar. Aus dieser geht hervor, dass durch den Ausnahmetatbestand die Vermeidung eines Verbeamtungszwanges für Mischfunktionen erreicht werden sollte, bei denen die

60) Zwischenbericht der BLAG (Fn. 6), S. 31. Ferner spricht *Hans Arnold*, in: Gerhard Lüke/Alfred Walchshöfer (Hrsg.), Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1. Aufl. 1992, § 758 Rdnr. 1 von § 758 als Eingriffsgrundlage.

61) *Uwe Gottwald*, Zwangsvollstreckung, 5. Aufl. 2005, § 753 Rdnr. 1.

62) *Leo Rosenberg/Hans Friedhelm Gaul/Eberhard Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 1987, § 25 Absatz 4.

63) *Wolfgang Münzberg*, in: Friedrich Stein/Martin Jonas (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2002, § 758 a Rdnr. 4.

64) Eine ausführliche Thematisierung der „Ständigkeit“ aus Sicht des Amtswalters und aus Sicht des Charakters der Aufgabe bei *Remmert* (Fn. 54), S. 255. Nachrangig thematisiert bei *Strauß* (Fn. 48), S. 141; *Haug* (Fn. 42), NVwZ 1999, S. 819; *Jachmann* (Fn. 47), Artikel 33 Rdnr. 37; *Maunz* (Fn. 49), Artikel 33 Rdnr. 42.

65) Maunz (Fn. 49), Artikel 33 Rdnr. 42.

66) *Strauß* (Fn. 48), S. 142.

67) *Manssen* (Fn. 57), ZBR 1999, S. 257.

68) *Haug* (Fn. 42), NVwZ 1999, S. 818.

69) *Lübbe-Wolff* (Fn. 41), Artikel 33 Rdnr. 53.

70) *Strauß* (Fn. 48), S. 144. Ähnlich *Haug* (Fn. 42), NVwZ 1999, S. 819.

71) *Strauß* (Fn. 48), S. 144; *Haug* (Fn. 42), NVwZ 1999, S. 819; *Jachmann* (Fn. 47), Artikel 33 Rdnr. 37; *Lübbe-Wolff* (Fn. 41), Artikel 33 Rdnr. 62; Maunz (Fn. 49), Artikel 33 Rdnr. 42.

Ausübung hoheitlicher Befugnisse nur eine untergeordnete Rolle spielt[72]). Unterstützt wird diese Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht, das eine Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz indiziert, „würde die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang auf Nicht-Beamte übertragen“[73]) werden. Deshalb dürfe es sich bei der Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Nicht-Beamte „nur um Ausnahmefälle handeln“[74]). Diese Ausnahmen können sowohl einzelfallbezogen als auch bereichsspezifisch sein[75]).

(2) Anwendbarkeit des Regel-Ausnahme-Verhältnisses auf die Reform des Gerichtsvollzieherwesens

Um den Schutz des Berufsbeamtentums zu garantieren, müssen neben quantitativen Anforderungen auch qualitative Aspekte einbezogen werden. Die quantitativen Anforderungen sollen gewährleisten, dass die Wahrnehmung von hoheitlichen Befugnissen durch Nicht-Beamte eine Ausnahmeerscheinung sein muss, die nur auf einzelne Zuständigkeiten beschränkt bleiben darf. Allerdings ist dem Sinn und Zweck des Artikels 33 Absatz 4 GG nicht Genüge getan, wenn nur auf die Quote bereits beschäftigter Nicht-Beamter abgestellt wird[76]). Daher muss der qualitative Aspekt berücksichtigt werden, der verlangt, dass das Schwergewicht der hoheitlichen Aufgabenerfüllung bei den Beamten liegt und für jede Ausnahme vom Funktionsvorbehalt ein legitimierender, verfassungsrechtlich fundierter Grund[77]) vorliegt, der sich jedoch nicht auf bloße Kostenvorteile reduzieren lassen darf[78]).

Hinsichtlich der Reform des Gerichtsvollzieherwesens, die eine Übertragung sämtlicher gegenwärtiger Aufgaben der Gerichtsvollzieher auf Beliehene vorsieht, ist zu überprüfen, ob diese Aufgabenübertragung eine Ausnahme von der Regel des Artikels 33 Absatz 4 GG darstellt. Demnach könnte der Wechsel vom System des Bezirksgerichtsvollziehers zum Beleihungssystem eine bereichsspezifische Ausnahme darstellen, wonach ein bestimmter hoheitlicher Aufgabenbereich auf Nicht-Beamte übertragen werden kann. Diese Ausnahme wird nach der herrschenden Lehre anerkannt, solange die Intention des Artikels 33 Absatz 4 GG nicht beeinträchtigt wird[79]). In Artikel 33 Absatz 4 GG hat das Grundgesetz eine Grundsatzentscheidung getroffen, nach der bedeutsame Funktionen von Beamten wahrgenommen werden müssen, deren Dienstverhältnis durch die in Artikel 33 Absatz 5 GG enthaltenen Grundsätze des Berufsbeamtentums ausgestaltet sind. In ihrer Gesamtheit bilden Artikel 33 Absatz 4 und 5 GG eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums, die eine möglichst qualifizierte Erledigung bestimmter Aufgaben durch die Ausübung von Staatsgewalt durch die Berufsbeamtenschaft gewährleisten will[80]).

Die Übertragung aller gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene stellt eine Beeinträchtigung des Schutzzweckes des Artikels 33 Absatz 4 GG dar. Durch eine vollständige Aufgabenverlagerung vom Gerichtsvollzieher auf beliehene Private werden nicht nur bestimmte hoheitliche Aufgaben oder ein Teilbereich hoheitlicher Aufgaben übertragen, sondern die gesamte Struktur des Bezirksgerichtsvollziehersystems wird einem Wandel unterzogen. Der Zweck des Artikels 33 Absatz 4 GG würde ad absurdum geführt, wenn die gesamten Vollstreckungsaufgaben des Gerichtsvollziehers aus dem Beamtentum herausgerissen würden. Das Wesen des Funktionsvorbehalts als eine unmittelbar verbindliche Organisationsnorm, in der sich einerseits die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes manifestiert, andererseits aber auch der Verlagerung auf Nicht-Beamte enge Grenzen gesetzt werden, würde ins Gegenteil verkehrt und der Artikel 33 Absatz 4 und 5 GG obsolet.

Ebenso widerspricht das Reformvorhaben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das sich ausdrücklich gegen eine Übertragung der Ausübung hoheitlicher Befugnisse auf Nicht-Beamte wendet, wenn sie in einem größeren Umfang vorgenommen werden[81]). Analog zu den Aussagen im wissenschaftlichen Schrifttum[82]) setzt das Bundesverfassungsgericht der Indienstnahme Privater eine quantitative Grenze, indem es sicherstellt, dass der Institution des Berufsbeamtentums ein substanziell bedeutsamer Tätigkeitsbereich erhalten bleibt und die Übertragung der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse auf Nicht-Beamte eine Ausnahmeerscheinung bleiben muss[83]). Eine Reform des Gerichtsvollzieherwesens in Form einer vollständigen Übertragung aller gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf beliehene Private stellt keine Ausnahmeerscheinung dar, da es sich nicht um einen Teilbereich der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers handelt, sondern eine vollständige Aufgabenverlagerung vorgenommen wird. Durch eine „Vollprivatisierung“ des Gerichtsvollzieherwesens wird die quantitative Grenze der Übertragung hoheitlicher Befugnisse de facto erreicht, da nun nicht mehr nur mehrheitlich Beamte eingesetzt werden, sondern das Beamtentum vollständig aus dem Gerichtsvollzieherwesen entfernt wird.

Die Beleihung Privater mit den Aufgaben des Gerichtsvollziehers stellt keine bereichsspezifische Ausnahme vom Regeltatbestand des Artikels 33 Absatz 4 GG dar.

b) Das Vorliegen eines sachlichen Grundes

Unterstellt man die Richtigkeit der Annahme von *Hess*[84]), nach der die Aufgabenerfüllung des Gerichtsvollziehers eine unmittelbare Folge der Entscheidungen eines staatlichen Richters ist und dieser den Schwerpunkt der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben trägt, könnte man die Aufgabenübertragung auf Beliehene als bereichsspezifische Ausnahme i. S. v. Artikel 33 Absatz 4 GG unter Angabe eines legitimierenden, verfassungsrechtlich fundierten Grundes rechtfertigen.

Eine nähere Beschreibung der Beschaffenheit eines solchen sachlichen Grundes geht aus dem Schrifttum nicht hervor. Anerkannt ist lediglich der Umstand, dass es sich dabei um ein an den Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu messendes Motiv für eine Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Nicht-Beamte handelt[85]). Dabei muss der

72) Vgl. *Remmert* (Fn. 54), S. 405 ff.

73) Vgl. BVerfGE 9, S. 268 (284).

74) Vgl. BVerwGE 57, S. 55 (59).

75) Vgl. *Rolf Stober*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, NJW 2008, S. 2306; *Lübbe-Wolff* (Fn. 41), Artikel 33 Rdnr. 62; Jachmann (Fn. 47), Artikel 33 Rdnr. 37.

76) *Oliver Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 63.

77) *Jachmann* (Fn. 47), Artikel 33 Rdnr. 37; *Michael Reinhardt*, Die Überwachung durch Private im Umwelt- und Technikrecht, AÖR 1993, S. 623.

78) *Haug* (Fn. 42), NVwZ 1999, S. 819.

79) *Lübbe-Wolff* (Fn. 41), Artikel 33 Rdnr. 62 m. w. N.

80) *Manssen* (Fn. 57), ZBR 1999, S. 257.

81) Vgl. BVerfGE 9, S. 268 (284).

82) Vgl. BVerfGE 97, S. 332 (345).

83) *Strauß* (Fn. 48), S. 207.

84) *Hess* (Fn. 1), S. 37.

85) Statt vieler *Maunz* (Fn. 49), Artikel 33 Rdnr. 42; *Lübbe-Wolff* (Fn. 41), Artikel 33 Rdnr. 62; *Reinhardt* (Fn. 76), AÖR 1993, S. 623.

sachliche Grund umso gewichtiger sein, je bedeutender die Ausübung einer bestimmten hoheitlichen Aufgabe durch Beamte bzw. je höher die Wertigkeit dieser Aufgabe im Kanon der gesamten staatlichen Aufgabenerfüllung ist[86]). Der Hintergrund dieser strengen Anforderungen liegt im Zweck des Artikels 33 Absatz 4 GG, der einen optimalen Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren gewährleisten soll. Damit knüpft der Zweck direkt an einen weiteren Schutzzweck des Artikels 33 Absatz 4 GG an, der darin besteht, den Beamten einen Mindest-Einsatzbereich zu sichern. Dies geschieht nicht aus dem Grund, das Berufsbeamtentum um seiner selbst willen zu schützen, sondern um im Sinne des Bürgers eine rechtsstaatliche Verwaltung zu sichern[87]). Schließlich ist das Rechtswidrigkeitsrisiko dort am größten, wo hoheitliche Befugnisse durch Nicht-Beamte wahrgenommen werden[88]). Um dem Schutzzweck des Artikels 33 Absatz 4 GG gerecht zu werden, muss die Übertragung hoheitlicher Befugnisse mit so gewichtigen Vorteilen verbunden sein, dass die Durchbrechung des Funktionsvorbehalts und damit eine Einschränkung des optimalen Rechtsschutzes für den Bürger hingenommen werden kann. Nur allein fiskalische Gründe genügen jedoch nicht, um eine Ausnahme vom Regeltatbestand des Artikels 33 Absatz 4 GG zu schaffen[89]). Denn gerade die Kostenfrage ist für die Grundentscheidung zum Berufsbeamtentum unerheblich[90]). Zwar ist die Kostenintensität des Berufsbeamtentums grundsätzlich gegeben, allerdings liegt der zu erzielende Nutzen in der Aufgabenwahrnehmung von Berufsbeamten. Deren Tätigwerden ist eng an die Grundsätze des Berufsbeamtentums geknüpft, welche die Grundlagen einer guten Wahrnehmung staatlicher Entscheidungskompetenzen bilden[91]). Die Verfassung will durch die Zuverlässigkeit, die Loyalität, die Unparteilichkeit und das Wissen der Beamten eine möglichst sichere Umsetzung der Rechtsbindung der Verwaltung gwährleisten[92]).

Daher ist das Ziel der Effektuierung der Zwangsvollstreckung als sachlicher Grund für das Abweichen von der Regel des Artikels 33 Absatz 4 GG nicht ausreichend. Auch wenn die Wahrnehmung aller gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers durch Beliehene effizienter sein sollte als unter den gegebenen Rahmenbedingungen, so gibt der Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG der rechtsstaatlichen Absicherung den Vorrang vor staatlichen Zweckmäßigkeitserwägungen[93]).

4. Ergebnis

Im Ergebnis muss konstatiert werden, dass das Reformmodell der Beleihung einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhält.

Aufgrund der Tatsache, dass sich die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers durch die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse auszeichnet, die nicht als eine bereichsspezifische Ausnahme gerechtfertigt werden kann, stellt der Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG eine massive Hürde für das angestrebte Beleihungsmodell dar. Während bei anderen traditionellen Beleihungsvorgängen nur ein sachlich eng begrenzter Bereich betroffen ist, wird bei diesem Reformvorhaben die gesamte Sphäre des Gerichtsvollzieherwesens erfasst. Eine Umsetzung der Reform ist nach der derzeitigen Verfassungslage ausgeschlossen.

IV. Die Wirkung von Artikel 98 a GG-E

Wie die vorangegangene Prüfung von Artikel 33 Absatz 4 GG gezeigt hat, steht der Funktionsvorbehalt der Übertragung aller gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene entgegen. Die Beleihung privater Gerichtsvollzieher bedarf daher einer Verfassungsänderung, aus der die Art und die Reichweite der Übertragung hoheitlicher Befugnisse eindeutig hervorgehen. Dies wird durch die Einfügung eines Artikels 98 a GG-E angestrebt, der die Beleihung Privater mit den Aufgaben des Gerichtsvollziehers durch den einfachen Gesetzgeber legitimiert[94]).

Aus Artikel 98 a GG-E geht hervor:

„Die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen und die Ausübung sonstiger Befugnisse der Gerichtsvollzieher können durch Gesetz, das die staatliche Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben sicherzustellen hat, auf Personen, die nicht Angehörige des öffentlichen Dienstes im Sinne von Artikel 33 Absatz 4 sind, übertragen werden. Artikel 92 bleibt unberührt.“

Die Ergänzung des Grundgesetzes durch Artikel 98 a GG-E ermöglicht die Durchführung eines Systemwechsels zum Beleihungssystem. Obgleich die Übertragung aller gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene mit keinem traditionellen Beleihungsvorgang vergleichbar ist, ist das Reformvorhaben nicht per se ausgeschlossen.

Erinnert sei an dieser Stelle an die Privatisierung der Deutschen Flugsicherung vom 14. Januar 1992. Durch eine Änderung des Luftverkehrsgesetzes sollte die Privatisierung in der Form ermöglicht werden, dass alle Aufgaben der Flugsicherung durch eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter der Bund ist, wahrgenommen werden[95]). Im ersten Versuch scheiterte das Reformvorhaben 1991 am Ausfertigungsverweigerungsrecht des damaligen Bundespräsidenten *Richard von Weizsäcker*, der die Organisationsprivatisierung der Deutschen Flugsicherung ablehnte, da diese „nach der derzeitigen Verfassungslage mit Artikel 33 Absatz 4 GG und Artikel 87 d Absatz 1 GG unvereinbar“ sei. Analog zur aktuellen Diskussion stellte der Funktionsvorbehalt eine entscheidende Hürde dar, da die Tätigkeit der Fluglotsen ihrem Wesensgehalt nach sonderpolizeilicher Art und damit hoheitlicher Natur ist[96]). Eine vollständige Wahrnehmung der Aufgaben der Flugsicherung durch Nicht-Beamte war ausgeschlossen und konnte nur durch eine Verfassungsänderung des Artikels 87 d Absatz 1 GG ermöglicht werden. Kraft dieser wird seit dem 1. Januar 1993 die Deutsche Flugsicherung von der Deutschen Flugsicherungs-GmbH betrieben, deren alleiniger Gesellschafter der Bund ist.

Wie schon Artikel 87 d Absatz 1 GG ermöglicht auch Artikel 98 a GG-E eine bereichsspezifische Aufgabenverlagerung,

---

86) *Jachmann* (Fn. 47), Artikel 33 Rdnr. 37; *Bodo Pieroth*, in: Hans D. Jarass/ders., Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Artikel 33 Rdnr. 31.

87) *Di Fabio* (Fn. 52), JZ 1999, S. 257.

88) *Strauß* (Fn. 48), S. 146.

89) *Haug* (Fn. 42), NVwZ 1999, S. 819.

90) *Badura* (Fn. 37), ZBR 1996, S. 326.

91) *Remmert* (Fn. 39), JZ 2005, S. 59.

92) *Badura* (Fn. 37), ZBR 1996, S. 326.

93) *Manssen* (Fn. 57), ZBR 1999, S. 256.

94) Bundestagsdrucksache 16/5724, S. 1.

95) Bundestagsdrucksache 11/6261, S. 1 ff.; Bundestagsdrucksache 11/7143, S. 25.

96) *Norbert Riedel/Axel Schmidt*, Die Nichtausfertigung des Gesetzes zur Privatisierung der Flugsicherung durch den Bundespräsidenten, DÖV 1991, S. 374.

indem der Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG unter einen Gesetzesvorbehalt gestellt wird. Aus Artikel 98 a GG-E geht eindeutig die Möglichkeit der Übertragung staatlicher Vollstreckungsaufgaben auf beliehene Private hervor. Dies schafft mithin einen bereichsspezifischen Ausnahmetatbestand zum Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG.

Obgleich eine bereichsspezifische Aufgabenverlagerung der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers auf beliehene Private durch Artikel 98 a GG-E verfassungsrechtlich grundsätzlich machbar wäre, ist die tatsächliche Umsetzung doch eher zweifelhaft. Zwar hat die Privatisierung der Flugsicherheit gezeigt, dass der Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG umgangen werden kann, dennoch stellt diese Privatisierungsmaßnahme keinen hinreichenden Präzedenzfall dar, da die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers von erheblich größerer Grundrechtsrelevanz ist, als die Tätigkeit der Fluglotsen. Die Fluglotsen dienen als Teil der Flugverkehrskontrolle der Gefahrenabwehr und üben folglich hoheitliche Befugnisse aus. Dabei sind sie zum Einsatz von Befehl und Zwang berechtigt. Der Gerichtsvollzieher als Teil der Eingriffsverwaltung nimmt ebenfalls hoheitliche Aufgaben wahr. Allerdings greift er häufiger und wesentlicher in die Grundrechte der Bürger ein. Aufgrund dessen ist die Tätigkeit der Gerichtsvollzieher grundrechtswesentlicher als die der Fluglotsen.

Nichtsdestotrotz ist die Übertragung der Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene durch Gesetzesvorbehalt möglich, da auch das staatliche Gewaltmonopol mit dem Beleihungsmodell vereinbar ist. Schließlich übt der Beliehene keine private, sondern staatliche Gewalt aus[97]). Insofern sind grundrechtswesentliche Eingriffe des beliehenen Gerichtsvollziehers verfassungsrechtlich unbedenklich.

V. Fazit

Die Überprüfung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen hat zu dem Ergebnis geführt, dass eine Reform des Gerichtsvollzieherwesens mit erheblichen verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Zum einen ist die mit der Reform einhergehende Überarbeitung der einzelnen Gebührentatbestände des Gerichtsvollzieherkostenrechts zum Teil mit dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch unvereinbar, zum anderen steht die Beleihung Privater mit den Aufgaben des Gerichtsvollziehers in einem massiven Widerspruch zum Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG.

Die Übertragung der gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf beliehene Private ist verfassungsrechtlich bedenklich. Dennoch könnten durch einige Änderungen im GvKostG-E sowie einer Verfassungsänderung die notwendigen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zur Umsetzung einer Reform des Gerichtsvollzieherwesens geschaffen werden. So haben die vorangegangenen Darstellungen gezeigt, dass ein Großteil der im GvKostG-E geregelten Gebührentatbestände mit dem Justizgewährleistungsanspruch des Gläubigers vereinbar ist. Lediglich die Gebühren bei der Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung infolge eines erfolglosen Fahrnispfändungsversuchs stellen gerade bei geringfügigen Forderungsbeträgen einen Verstoß gegen den Vorbehalt des effektiven Rechtsschutzes dar, da das Gebührenrisiko das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers übersteigt. Für diese Sachverhalte müsste eine alternative Ausgestaltung der Gebührentatbestände vorgenommen werden.

Neben dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch stellt insbesondere der Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG eine unüberwindbare Hürde für das Beleihungsmodell dar. Artikel 33 Absatz 4 GG wendet sich gegen eine dauerhafte Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf Nicht-Beamte, die nicht als bereichsspezifische Ausnahme gerechtfertigt werden kann. Da das Beleihungsmodell keinen sachlich begrenzten Bereich der Gerichtsvollziehertätigkeit betrifft, sondern das gesamte Gerichtsvollzieherwesen erfasst, ist eine Reform nach der derzeitigen Verfassungslage ausgeschlossen. Die verfassungsrechtliche Sperrwirkung kann jedoch durch die Einfügung des Artikels 98 a GG-E umgangen werden, da die Norm den Funktionsvorbehalt des Artikels 33 Absatz 4 GG unter einen Gesetzesvorbehalt stellt.

97) *Freitag* (Fn. 75), S. 65.

GVGA und GVO – Vorschriften ade?

Zur (Un-)Entbehrlichkeit der Verwaltungsvorschriften im Gerichtsvollzieherwesen

Von Richter am Oberlandesgericht Dr. jur. Frank Schwörer, Stuttgart

Die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) und die Gerichtsvollzieherordnung (GVO) regeln – teils mit großer Liebe zum Detail – alle Aspekte des Gerichtsvollzieherdienstes. Daher verwundert es nicht, dass diese Vorschriften ins Blickfeld des Bürokratieabbaus geraten. Ob auf den ersten Blick Entbehrliches tatsächlich ohne Weiteres als störender Ballast über Bord geworfen werden kann, oder ob es doch seine Berechtigung hat, bedarf allerdings näherer Prüfung. Dabei sind auch alternative Regelungsformen in Betracht zu ziehen.

I. Hintergrund

Trotz ihrer unterschiedlichen Bezeichnung teilen GVGA und GVO dieselbe Rechtsnatur. Beide Regelungswerke sind keine echten Rechtsnormen, sondern bloße Verwaltungsvorschriften. Erlassen werden sie auf der Grundlage des § 154 GVG von den Landesjustizverwaltungen jeweils für ihren Geschäftsbereich. Trotz der Vielzahl der Urheber gelten in den Ländern weitgehend dieselben Vorschriften, weil sie in einem aufwändigen Verfahren unter der Federführung Niedersachsens zwischen den Landesjustizverwaltungen abgestimmt werden.

Soweit die Länder wegen regionaler Besonderheiten Abweichungen von der abgestimmten Fassung für erforderlich halten, erlassen sie diese in Form gesonderter Verwaltungsvorschriften (Ergänzungsbestimmungen).

Der Inhalt der beiden Verwaltungsvorschriften unterscheidet sich indessen. Während die GVGA das vom Gerichtsvollzieher anzuwendende Verfahren regelt, enthält die GVO Bestimmungen über die Dienststellung und die – in der ZPO grundsätzlich nicht geregelte – örtliche Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers. Hinzu kommen Vorschriften über die Verwaltung des Gerichtsvollzieherbüros und die Aufsicht.

Die Regelungsdichte von GVGA und GVO nährt immer wieder Kritik. Aktuell hat die Arbeitsgruppe der Justizstaatssekretäre „Zwischenlösungen bis zur Umsetzung des Beleihungsmodells im Gerichtsvollzieherwesen“ in ihrem von der Justizministerkonferenz gebilligten Abschlussbericht[1]) empfohlen, eine Facharbeitsgruppe der Landesjustizverwaltungen unter Federführung von Niedersachsen einzurichten. Die Arbeitsgruppe soll unter Einbeziehung der Praxis und der Berufsverbände feststellen und prüfen, welche Vorschriften der GVGA und der GVO im Rahmen einer Deregulierung ersatzlos aufgehoben werden können und bei welchen Normen die Regelungsdichte durch Streichung einzelner Abschnitte verringert werden kann. Dem Vernehmen nach wird die Facharbeitsgruppe ihre Tätigkeit in der ersten Jahreshälfte 2010 aufnehmen; eine erste Praxisbeteiligung wurde bereits durchgeführt.

II. Entbehrlichkeit der GVGA

Die Möglichkeiten zur Reduzierung der Regelungsdichte unterscheiden sich bei GVGA und GVO erheblich.

1. Grundsatz

Der weitaus größte Teil der Verfahrensregelungen in der GVGA beschränkt sich auf die Erläuterung des vom Gerichtsvollzieher zu beachtenden Rechts. Gleichsam als „amtlicher Kommentar“ geben die Regelungen der Verwaltungsvorschrift gesetzliche Bestimmungen des Zustellungs- und Vollstreckungsrechts bzw. die hierzu bestehende Auffassung der Rechtsprechung wieder. So erläutert § 28 Nr. 3 GVGA beispielsweise im Rahmen der Bestimmung der Zustellungsempfänger, wer bei Vereinen, Stiftungen oder Handelsgesellschaften gesetzlicher Vertreter ist. §§ 29 ff. GVGA bieten eine umfassende Darstellung der Voraussetzungen und der Durchführung einer Ersatzzustellung. Weitere Bestimmungen enthalten Übersichten über die Zuständigkeiten des Gerichtsvollziehers als Vollstreckungsorgan (§ 57 GVGA), die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (§ 66 GVGA) oder die in Betracht kommenden Schuldtitel (§§ 67 ff. GVGA); §§ 185 a ff. GVGA stellen umfassend das Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung dar.

Diese Vorschriften sind entbehrlich. Ihre Funktion erschöpft sich im Wesentlichen in einer Serviceleistung gegenüber Gerichtsvollziehern und anderen Rechtsanwendern, denen eine Gesamtübersicht der im Zusammenhang mit der Zustellung und Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher zu beachtenden Rechtsnormen zur Verfügung gestellt wird. § 1 Abs. 2 GVGA bestimmt ausdrücklich, dass die Vorschriften dem Gerichtsvollzieher „das Verständnis der gesetzlichen Vorschriften erleichtern“ sollen, ohne ihn von der Verpflichtung zur Kenntnis von Gesetz und Rechtsprechung zu entbinden. Zwar begründet die GVGA nach ihrem § 1 Abs. 3 und der Rechtsprechung des Reichsgerichts Amtspflichten, aus denen der Gläubiger Staatshaftungsansprüche ableiten kann[2]). Soweit die Bestimmungen der GVGA die Vorschriften der ZPO nur erläutern und keine eigenständigen Regelungen treffen, ergibt sich eine Amtspflichtverletzung aber bereits aus der Missachtung gläubigerschützender Bestimmungen der ZPO. Anders als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften im besonderen Verwaltungsrecht, wie etwa die TA Luft[3]), entfalten die Bestimmungen der GVGA auch keine Außenwirkung; Verstöße gegen die GVGA können von den Parteien der Zwangsvollstreckung nicht mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO geltend gemacht werden[4]).

2. Ausnahmen

Einigen Vorschriften der GVGA kommt allerdings ein eigenständiger Regelungsgehalt zu, der über die zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmungen der ZPO hinausgeht. So findet sich die Erledigung des Vollstreckungsauftrags durch Fruchtlosigkeitsbescheinigung nur in § 63 GVGA; Gleiches gilt für die in § 6 GVGA geregelten Vorgaben zur Bearbeitungszeit oder die Regelung von Amtshandlungen gegenüber Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, in § 10a GVGA.

Die Existenz dieser Vorschriften steht indessen einer Abschaffung der GVGA nicht entgegen; sie könnten im Zuge der Aufhebung der GVGA in formell-gesetzliche Regelungen überführt werden. So hatte der Gesetzentwurf des Bundesrates zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens in der vergangenen Legislaturperiode im Rahmen der Regelungen zur Umsetzung des Beleihungsmodells vorgeschlagen, den Regelungsgehalt des § 63 GVGA in die ZPO[5]) und die Regelungen der §§ 6, 10 a GVGA in ein formelles Gesetz zur Regelung der Dienstpflichten des Gerichtsvollziehers zu übernehmen[6]).

III. Unentbehrlichkeit der GVO

Im Gegensatz zu den Bestimmungen der GVGA sind die Vorschriften der GVO im Allgemeinen nicht entbehrlich.

1. Funktion der Bestimmungen

Mit § 46 Nr. 1 GVO enthält die Verwaltungsvorschrift die Grundlage des gegenwärtigen Gerichtsvollziehersystems, das entsprechend der Überschrift dieser Bestimmung auch als „Geschäftszimmersystem“ bezeichnet wird. Neben der Verpflichtung zur Unterhaltung eines Geschäftszimmers auf eigene Kosten bilden die entsprechenden Verpflichtungen in Bezug auf die Pfandkammer, Schreibhilfen und den Geschäftsbedarf in §§ 48, 49 und 52 GVO das Rückgrat des Geschäftszimmersystems.

Ähnlich bedeutsam ist § 16 Nr. 1 GVO, in dem der aktuelle Bezirksschutz der Gerichtsvollzieher angelegt ist. Weder formelle Gesetze noch sonstige Rechtsnormen außerhalb der GVO geben den Bezirksschutz vor. Im Zusammenhang mit dem Bezirksschutz enthalten §§ 21 ff. GVO Bestimmungen über die in der ZPO nicht geregelte örtliche Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher.

Grundlegende Bedeutung kommt allerdings auch anderen Vorschriften der GVO zu. Diese sind zwar in dem durch § 154 GVG formell-gesetzlich vorgegebenen Beamtenstatus des Ge-

---

1) Vgl. Abschlussbericht S. 36; die insoweit identische Entwurfsfassung ist abrufbar unter http://www.gvbundbw.de/images/stories/GVBUND/PDF%20Dateien/abschlussbericht_040309.pdf.

2) RGZ 145, S. 204, 215.

3) Vgl. BVerwG, NVwZ 1995, S. 994 [juris Rdnr. 4]: Die aufgrund von § 48 Bundesimmissionsschutzgesetz als Verwaltungsvorschrift erlassene TA Luft regelt die nach dem Stand der Technik vermeidbaren Luftverunreinigungen, die von Anlagen ausgehen; die Konkretisierung der im Gesetz enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe ist für die Verwaltungsgerichte verbindlich.

4) Vgl. *Stöber* in Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 766 Rdnr. 11.

5) Vgl. Artikel 4 Nr. 6 Buchstabe b des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens, Bundestagsdrucksache 16/5727 (§ 754 Absatz 2 ZPO-E).

6) Vgl. Artikel 1 §§ 27, 28 des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens, Bundestagsdrucksache 16/5727.

richtsvollziehers angelegt, wie etwa die Aufsichtspflicht des Dienstherrn, werden durch die GVO aber näher ausgestaltet. Dies gilt beispielsweise für die Vorschriften über die Aktenführung in §§ 55 ff. GVO, die Buchführung in §§ 62 ff. GVO, die Kassenführung in §§ 72 ff. GVO oder Geschäftsprüfungen in §§ 96 ff. GVO.

2. Notwendigkeit der Bestimmungen

Die Notwendigkeit der grundlegenden Vorschriften der GVO zum Geschäftszimmersystem und zum Bezirksschutz bedarf keiner weiteren Erörterung, sofern man am gegenwärtigen System festhalten will.

Die übrigen Regelungsbereiche der GVO sind allerdings im Fall der Beibehaltung des Beamtenstatus des Gerichtsvollziehers ebenso wenig entbehrlich. Zwar bieten die detaillierten Vorschriften über die Geschäftsprüfung nicht selten Anlass für Auseinandersetzungen zwischen Gerichtsvollziehern und Aufsichtsbehörden. Auch mag man daran zweifeln, ob mit der Genauigkeit von § 46 Nr. 3 Satz 2 GVO geregelt werden muss, welche Kopiergeräte der Gerichtsvollzieher benutzen darf. Dies kann aber allenfalls dazu führen, dass einzelne Vorschriften aufgehoben werden oder ihre Regelungsdichte reduziert wird. Zu überlegen ist beispielsweise, ob die Einrichtung eines Dienstkontos bei einem Kreditinstitut, das am Amtssitz des Gerichtsvollziehers keine Niederlassung unterhält, von einem Dispens des zuständigen Gerichtspräsidenten abhängig sein muss, wie in § 73 Nr. 1 Satz 4 GVO vorgesehen, oder ob eine allgemeine Erlaubnis bei Erfüllung bestimmter Kriterien genügen könnte.

Eine alternativ denkbare generelle Beschränkung der GVO-Regelungen auf Generalklauseln erscheint demgegenüber wenig sinnvoll. Eine solche Beschränkung könnte die Vorhersehbarkeit der Anforderungen der Aufsichtsbehörden erheblich beeinträchtigen. Dies dürfte kaum im Interesse der Gerichtsvollzieher liegen.

3. Formell-gesetzliche Ausgestaltung der GVO?

Zu überlegen ist indessen, ob die in der GVO enthaltenen Vorschriften künftig formell-gesetzlich geregelt werden sollten.

a) Reformbedarf?

Gegen die gegenwärtige Beschränkung der formell-gesetzlichen Regelungen auf den knappen § 154 GVG sowie die weitgehende Auslagerung der Einzelregelungen auf GVO bzw. GVGA wurden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben[7]). Diese Regelungstechnik verstoße gegen die Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts[8]). Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, im Bereich der Grundrechtsausübung – soweit diese gesetzlicher Regelung überhaupt zugänglich ist – alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen[9]). Verfehlt wäre es allerdings, einen solchen Gesetzesvorbehalt mit der Grundrechtsrelevanz der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers zu begründen[10]); die formell-gesetzlichen Grundlagen für die Eingriffe des Gerichtsvollziehers in die Eigentums- und Freiheitsgrundrechte des Schuldners finden sich in der ZPO. Stattdessen kommt es darauf an, ob die Auswirkungen der GVO-Regelungen auf den Gerichtsvollzieher deren Übertragung in ein formelles Gesetz gebieten. Da sich die Regelungen zum Status des Gerichtsvollziehers grundsätzlich bereits aus den Beamtengesetzen der Länder ergeben, mag dies aber allenfalls für die Anordnung des Geschäftszimmersystems gelten. Vor diesem Hintergrund hat die verfassungsrechtliche Kritik am derzeitigen Regelungssystem zu Recht noch keine nennenswerte Gefolgschaft gefunden.

b) Überführung der Regelungen in das GVG?

Wollte man die verfassungsrechtlichen Bedenken dennoch aufgreifen, könnte man die wesentlichen Vorschriften der GVO betreffend das Geschäftszimmersystem sowie – gegebenenfalls mittels Verordnungsermächtigungen – betreffend Geschäftsprüfungen, Akten-, Buch- und Kassenführung im Anschluss an §§ 154 f. GVG formell-gesetzlich regeln. Sofern damit keine Änderungen in der Sache verbunden würden, wäre für die Gerichtsvollzieher jedoch wenig gewonnen.

Dem stünden allerdings nicht unerhebliche Nachteile gegenüber. Würden die zentralen Regelungen der GVO in das GVG verlagert, würden die Rechtsverhältnisse der Gerichtsvollzieher künftig nicht mehr von den Landesjustizverwaltungen, sondern vom Bundesgesetzgeber bestimmt. Der Bundesgesetzgeber hat sich um die berufsständischen Interessen der Gerichtsvollzieher indessen in den vergangenen Jahren wenig gekümmert. Aufgegriffen wurden die Forderungen des Berufsstandes bislang im Wesentlichen von den Ländern[11]). Würde der Bundesgesetzgeber künftig die Rechtsverhältnisse der Gerichtsvollzieher regeln, bestünde die Gefahr eines rechtspolitischen Stillstandes. Dies belegt der Stillstand bei den berufsständischen Forderungen in dem schon jetzt dem Bundesgesetzgeber zugewiesenen Verfahrensrecht, etwa bei der Regelung des außergerichtlichen Forderungseinzugs durch den Gerichtsvollzieher (Abwendungsverfahren).

c) Schaffung eines Gerichtsvollziehergesetzes?

Anstelle der Übertragung von GVO-Bestimmungen in das GVG durch die Anfügung weiterer Paragrafen nach §§ 154 f. kommt die Schaffung eines eigenständigen Gerichtsvollziehergesetzes in Betracht.

Fraglich ist allerdings, ob die formell-gesetzliche Regelung der Grundlagen des Geschäftszimmersystems, der örtlichen Zuständigkeit sowie von Verordnungsermächtigungen für Geschäftsprüfungen bzw. Akten-, Buch- und Kassenführung die Schaffung eines Sondergesetzes erfordern. Schließlich kommen auch andere Beamtengruppen wie Lehrer oder Polizisten ohne ein „Lehrergesetz“ oder ein „Polizistengesetz“ aus. Gewissen Vorbildcharakter hat im Bereich der Justiz indessen das Rechtspflegergesetz. Neben den Anforderungen an die Ausbildung des Rechtspflegers (§ 2 RPflG), seiner sachlichen Unabhängigkeit (§ 9 RPflG) und dem Rechtsbehelf gegen seine Entscheidungen (§ 11 RPflG) besteht das Rechtspflegergesetz jedoch im Wesentlichen aus den Vorschriften über seine funktionelle Zuständigkeit. Die funktionelle Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers und die in Bezug auf seine Maßnah-

7) *Scholz*, DGVZ 2003, S. 97, 98 f.

8) *Scholz*, DGVZ 2003, S. 97, 99.

9) BVerfGE 77, S. 170, 230 f.; vgl. *Jarass* in Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl., Artikel 20 Rdnr. 46.

10) So allerdings *Scholz*, DGVZ 2003, S. 97, 99.

11) Vgl. die Ankündigung der Umsetzung der Forderung nach einer Fachhochschulausbildung bzw. der Einführung eines leistungsorientierten Gesamtvergütungsmodells in Baden-Württemberg, dazu http://www.dgvb.de/aktuelles/symposium-in-heidelberg.html.

men statthaften Rechtsbehelfe finden sich aber bereits in der ZPO; die Anforderungen an seine Ausbildung ergeben sich aus den laufbahnrechtlichen Vorschriften der Länder.

Ob ein Sondergesetz für das Gerichtsvollzieherwesen geboten ist, stellt vor diesem Hintergrund keine Rechtsfrage, sondern eine rechtspolitische Frage dar. Die Schaffung eines Gerichtsvollziehergesetzes käme Forderungen des Berufsstandes nach einer Aufwertung der Gerichtsvollziehertätigkeit entgegen. Dabei gilt es allerdings zu bedenken, dass nicht zählt „was draufsteht", sondern nur „was drinsteht". Dass die Schaffung eines Gerichtsvollziehergesetzes mit einer vom Berufsstand gewünschten materiellen Aufgabenerweiterung verbunden ist, erscheint derzeit keineswegs gesichert. Demgegenüber müsste der Berufsstand seine Aufwertung durch eine „Auslieferung" an den Bundesgesetzgeber erkaufen. Würde man §§ 154 f. GVG durch ein Gerichtsvollziehergesetz ersetzen, fiele dieses nach Artikel 74 Absatz 1 Nr. 1 GG wohl in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Insoweit gelten die Ausführungen zu einer Verlagerung der Bestimmungen der GVO in das GVG entsprechend[12]).

IV. Fazit

Während die Vorschriften der GVGA ganz überwiegend entbehrlich sind, bilden die Bestimmungen der GVO die Grundlage des gegenwärtigen Gerichtsvollzieherwesens und werden deshalb vorbehaltlich von Deregulierungsmöglichkeiten im Einzelfall weiterhin benötigt. Zu überlegen ist indessen, ob die bislang nur als Verwaltungsvorschrift erlassenen Bestimmungen der GVO in formell-gesetzliche Regelungen überführt werden sollen. Dies könnte allerdings dazu führen, dass die bislang den Ländern zustehende Regelungskompetenz auf den Bund überginge; dies muss nicht unbedingt den Interessen des Berufsstandes entsprechen.

[12]) Vgl. dazu oben b).

Der Gerichtsvollzieher als Spielball der Landesjustizverwaltungen?

Kommentar zum Aufsatz von Frank Schwörer „GVGA und GVO-Vorschriften ade?" in diesem Heft

Von Stefan Mroß, Schriftleiter der DGVZ

Dr. *Frank Schwörer* gibt nicht das erste Mal Gelegenheit zur Diskussion. Die Schriftleitung ist erfreut, einen ausgewiesenen Kenner der Materie „Gerichtsvollzieherwesen" und „Zwangsvollstreckungsrecht" als Autor in der DGVZ zu präsentieren. In seinem oben stehenden Aufsatz schlägt *Schwörer* die Abschaffung der GVGA und Beibehaltung der GVO vor. Einer Überführung der GVO in eine gesetzliche Regelung erteilt er eine Absage. Ob sich der Deutsche Gerichtsvollzieher Bund als größte Organisation der Interessenvertretung der Gerichtsvollzieher seiner Auffassung anschließen will und lieber auf eine gar bundesgesetzliche Regelung verzichten möchte, wird der DGVB sicherlich nach Prüfung aller Möglichkeiten entscheiden. Es ist jedoch fraglich, ob der derzeitige Rechtszustand sinnvoll ist.

Selbst § 154 GVG geht offenbar davon aus, dass weitere Regelungen hinsichtlich der Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher zu treffen sind. Soweit der Gerichtsvollzieher im Gesetz als „ein mit Ladungen betrauter Beamter" bezeichnet wird, ist dies sicherlich sachlich überholt. Mit dem Wegfall der Ladungen durch den Gerichtsvollzieher bereits Anfang des 20. Jahrhunderts entfällt auch die Zuordnung von Gerichtsvollziehern an den Bundesgerichtshof. Auch ist rechtlich unbestritten, dass § 154 GVG keine ausreichende Ermächtigungsnorm für den Erlass von länderspezifischen Vorschriften darstellt[1]). Daher wird auch von keiner Seite behauptet, die GVO sei eine gesetzliche Norm. Stattdessen werden die örtliche Zuständigkeit, die Büroorganisation sowie die Geschäftsführung des Gerichtsvollziehers und dessen Prüfung in einer weitgehend durch Übereinkunft der Länder bundesweit geltenden Verwaltungsvorschrift geregelt.

Es verwundert allerdings sehr, dass für ein Hoheitsorgan mit derart starken Eingriffsmöglichkeiten in die Grundrechte von Bürgern auf eine qualifizierte gesetzliche Norm über seine Stellung als Funktionsträger verzichtet wird. Eine rechtsstaatliche Absicherung der Funktionsweise des Gerichtsvollziehers fehlt daher bis heute. Die Organisationsstrukturen des Gerichtsvollzieherwesens bedeuten die Basis für seine Funktion. Die Funktion des Gerichtsvollziehers ermöglicht erst die Erfüllung der sich aus der ZPO und anderen Gesetzen ergebenden gesetzlichen Aufgaben. Auch im Hinblick auf die selbständige Tätigkeit des Gerichtsvollziehers spielt eine gesetzliche Absicherung sowohl für die Fragen der Abgrenzung von Dienst- und Fachaufsicht, die damit einhergehende erforderliche Weisungsungebundenheit als Beamter und die Regelung zur Ausbildung des Gerichtsvollziehers eine Rolle. Weil eine Ausbildung zur fachspezifischen Rechtsanwendung und dem dafür erforderlichen subsumtiven Denken erforderlich ist, verwundert es sehr, dass für die grundrechtsrelevanten Aufgaben des Gerichtsvollziehers jedes Bundesland nach Gutdünken regeln kann, dass selbst Justizangestellte mittlerweile zu Gerichtsvollziehern „fortgebildet" werden können. Auf der anderen Seite sind natürlich auch Bestrebungen beispielweise des Landes Baden-Württemberg zu begrüßen, ein Fachhochschulstudium als Voraussetzung für die Zulassung zum Gerichtsvollzieherberuf einführen zu wollen. Nur ist zu prüfen, ob nicht auch der Bundesgesetzgeber diesen Gedanken aufgreifen möchte, wenn denn einzelne Länder ohnehin – im Bundesrat zustimmungspflichtig – dieses Bestreben verfolgen.

Verfolgt werden aber auch noch andere Gedanken: Die Aufhebung der festen Bezirke. Ob den Bundesländern, und zwar nicht den gewählten Parlamenten, sondern den Landesjustizverwaltungen, so viel Macht zukommen darf, um hierüber die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach der ZPO künftig zu beeinflussen, darf nun ganz bezweifelt werden. Soweit die finanzielle Ausstattung des Gerichtsvollzieherwesens in die Zuständigkeit der Länder gehört, können diese sicherlich in eigener Regie entscheiden. Wenn aber die gütliche Erledigung, die durch die Reform der Sachaufklärung ab 1. Januar 2013 zum eigenen Verfahrensschritt erhoben wurde,

[1]) Vgl. hierzu ausführlich *Grawert*, DGVZ 1989, S. 97 ff.; *Schwörer*, S. 73 in diesem Heft.

durch einen einfachen Federstrich einer Verwaltungsvorschrift beseitigt würde, indem Gerichtsvollzieher darin konkurrieren, wer den Schuldner als erster in den wirtschaftlichen Tod jagt, sollte der DGVB genau hinschauen, in wessen Händen das Gerichtsvollzieherwesen am besten aufgehoben ist.

Übrigens sind es die Bundesländer selbst, auch unter Initiative von Baden-Württemberg, die soeben über den Bundesrat den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens mit einem Gerichtsvollziehergesetz in den Bundestag eingebracht haben. Am 12. Februar 2010 hat der Bundesrat beschlossen, die bereits im Mai 2007 in den Bundestag eingebrachten Gesetzentwürfe zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 98 a GG) und den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens in unveränderter Form mit einem Gerichtsvollziehergesetz und einer linearen Anpassung des GvKostG erneut einzubringen[2]). Ob hiermit das „freie Gerichtsvollziehersystem" als Beleihungsmodell durchgesetzt wird, bezweifeln Eingeweihte. Beide Entwürfe wurden der Bundesregierung zur Stellungnahme vorgelegt. Diese muss die Entwürfe binnen sechs Wochen an den Deutschen Bundestag weiterleiten.

Bei Drucklegung wird die Stellungnahme der Bundesregierung vorliegen. Die Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* zweifelte noch im November 2009 auf dem gemeinsamen Symposium in Heidelberg an der Realisierungschance aufgrund der erforderlichen Zweidrittelmehrheit für die Grundgesetzänderung[3]).

Wünschenswert ist ein einheitliches Gerichtsvollziehersystem in Deutschland, in dem gut ausgebildete und motivierte Gerichtsvollzieher einen möglichst schnellen und wirtschaftlichen Erfolg für die Gläubiger erreichen können. Über den Weg dahin wird noch manche Diskussion zu führen sein.

[2]) Vgl. Pressemitteilung des Bundesrates Nr. 15/2010 vom 12. Februar 2010, http://www.bundesrat.de/DE/presse/pm/2010/015-2010.html.

[3]) Vgl. *Mroß*, DGVZ 2010, S. 21 (22) im Bericht über das Symposium.

RECHTSPRECHUNG

§ 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO; § 121 GVGA

1. **Unpfändbar sind auch die Gegenstände des Schuldners, die sein Ehegatte zur Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit benötigt.*)**
2. **Zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit im Sinne des § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO erforderliche Gegenstände können auch Kraftfahrzeuge sein, die ein Arbeitnehmer für die täglichen Fahrten von seiner Wohnung zu seinem Arbeitsplatz und zurück benötigt.*)**

BGH, Beschl. v. 28. 1. 2010
– VII ZB 16/09 –

Gründe:

I.

Die Gläubigerin betreibt aus drei Vollstreckungstiteln wegen einer Forderung von insgesamt 2 459,79 Euro die Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin.

Die Schuldnerin ist erwerbsunfähig und bezieht eine Rente in Höhe von etwa 840,– Euro netto. Sie lebt zusammen mit ihrem Ehemann und drei Kindern im Alter zwischen 14 und 18 Jahren in dem Dorf K. Der Ehemann der Schuldnerin ist in der Kreisstadt N. beschäftigt mit regelmäßigen Arbeitszeiten von 7.00 Uhr bis 15.45 Uhr, ab und zu auch bis 17.30 Uhr. Für die Fahrten zur Arbeitsstelle verwendet er einen Pkw Ford Mondeo, Baujahr 1994, den er am 29. April 2006 zum Preis von 1 900,– Euro erworben hat. Der Pkw ist auf die Schuldnerin zugelassen.

Die Gläubigerin hat die Gerichtsvollzieherin beauftragt, diesen Pkw zu pfänden. Die Gerichtsvollzieherin hat den Auftrag abgelehnt. Die dagegen eingelegte Erinnerung der Gläubigerin hat das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss ist ohne Erfolg geblieben. Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit dieser begehrt die Gläubigerin, die Gerichtsvollzieherin anzuweisen, den Vollstreckungsauftrag auszuführen.

II.

Die gemäß § 574 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung bei juris dokumentiert ist, führt aus, der Pkw sei gemäß § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO nicht pfändbar, da er für die Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Ehemanns der Schuldnerin erforderlich sei. Zwar benötige die Schuldnerin selbst das Fahrzeug nicht für eine Erwerbstätigkeit. Doch auch ihr Ehemann gehöre zu dem durch § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO geschützten Personenkreis. Das Zwangsvollstreckungsrecht sei dadurch geprägt, dass dem Schuldner und seiner Familie zumindest so viel verbleiben müsse, dass, wenn auch in bescheidenem Umfang, davon gelebt werden könne. Dem Schuldner müsse daher auch das belassen werden, was dazu diene, die für den notwendigen Lebensunterhalt erforderlichen Mittel zu erzielen. Dabei könne es keinen Unterschied machen, ob der Schuldner selbst mittels eines Fahrzeugs Erwerbseinkommen erziele oder ob er dieses seinem Ehegatten zur Verfügung stelle, damit dieser für den Familienunterhalt sorgen könne. Bleibe dem Ehemann der Schuldnerin der Pkw erhalten, könne er weiterhin seine Unterhaltsverpflichtungen aus § 1360 BGB erfüllen. Eine weite Auslegung von § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO sei daher auch durch Artikel 6 GG geboten. Der Gegenmeinung, die vor allem aus dem Wortlaut schließe, dass § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO nur für den Schuldner gelte, könne aus diesen Gründen nicht gefolgt werden. Der Pkw sei auch zur Ausübung der Erwerbstätigkeit des Ehemanns der Schuldnerin erforderlich. Es werde heute als selbstverständlich angesehen, dass der Arbeitnehmer mit dem Fahrzeug zur Arbeitsstelle fahre. Es sei dem Ehemann der Schuldnerin nicht zuzumuten, gegebenenfalls stundenlang

*) amtlicher Leitsatz

auf ein öffentliches Verkehrsmittel zu warten, wenn es in der ländlichen Region, in der die Familie wohne, überhaupt noch verkehre. Unbestritten heiße es in dem angefochtenen Beschluss des Amtsgerichts, es sei gerichtsbekannt, dass öffentliche Verkehrsmittel zur Realisierung der Arbeitszeiten des Ehemanns der Schuldnerin nicht zur Verfügung stünden.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Zutreffend ist die Ansicht des Beschwerdegerichts, die Schuldnerin könne sich auf § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO berufen, obwohl ihr Ehemann den Pkw für die Fahrten zu seiner Arbeitsstelle benutze. Denn der Schutzbereich der Vorschrift erstreckt sich auch auf ihn.

aa) Nach der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur greift § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO auch dann ein, wenn der beim Schuldner zu pfändende Gegenstand von seinem Ehegatten für eine eigene Erwerbstätigkeit benötigt wird (OLG Hamm, DGVZ 1984, S. 138; LG Nürnberg-Fürth, DGVZ 1963, S. 101; Zöller/*Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 811 Rdnr. 24; Stein/Jonas/*Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rdnr. 55; Schuschke/Walker/*Walker*, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rdnr. 32; MünchKommZPO/*Gruber*, 3. Aufl., § 811 Rdnr. 39; Musielak/*Becker*, ZPO, 7. Aufl., § 811 Rdnr. 17; PG/*Flury*, ZPO, § 811 Rdnr. 27; Wieczorek/Schütze/*Lüke*, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rdnr. 34).

Nach anderer, vor allem am Wortlaut der Norm orientierter Ansicht soll § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO allein für den Schuldner gelten (OLG Stuttgart, DGVZ 1963, S. 152; LG Augsburg, Rpfleger 2003, S. 203; Thomas/Putzo/*Hüßtege*, ZPO, 30. Aufl., § 811 Rdnr. 25; HK-ZPO/*Kemper*, 3. Aufl., § 811 Rdnr. 23; *Müller*, Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, S. 40 ff.).

bb) Die erstgenannte Meinung trifft zu.

(1) Dafür spricht der Gesetzeszweck. Die Pfändungsverbote des § 811 Absatz 1 ZPO dienen dem Schutz des Schuldners aus sozialen Gründen im öffentlichen Interesse und beschränken die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen mit Hilfe staatlicher Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Sie sind Ausfluss der in Artikel 1 GG und Artikel 2 GG garantierten Menschenwürde bzw. allgemeinen Handlungsfreiheit und enthalten eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips (Artikel 20 Absatz 1, Artikel 28 Absatz 1 GG). Dem Schuldner und seinen Familienangehörigen soll durch sie die wirtschaftliche Existenz erhalten werden, um – unabhängig von Sozialhilfe – ein bescheidenes, der Würde des Menschen entsprechendes Leben führen zu können (BGH, Beschluss vom 19. März 2004 – IXa ZB 321/03, NJW-RR 2004, S. 789 = FamRZ 2004, S. 870).

Innerhalb dieses allgemeinen Rahmens soll durch § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO erreicht werden, dass der Schuldner seine Arbeitskraft für sich und seine Familienangehörigen einsetzen kann; er soll auch künftig den Unterhalt für sich und seine Familienangehörigen aus eigenen Kräften erwirtschaften können (MünchKommZPO/*Gruber*, 3. Aufl., § 811 Rdnr. 34; Wieczorek/Schütze/*Lüke*, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rdnr. 30; Musielak/*Becker*, ZPO, 7. Aufl., § 811 Rdnr. 17). Letztlich schützt § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO daher auch den Unterhalt der Familie (Zöller/*Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 811 Rdnr. 24; Stein/Jonas/*Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rdnr. 55; Schuschke/Walker/*Walker*, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rdnr. 32 m. w. N.).

Dieser Schutz der Familie wäre unvollkommen, wenn auch die Gegenstände gepfändet werden könnten, die der Ehegatte des Schuldners für eine Erwerbstätigkeit benötigt, die den Familienunterhalt sichert. Ihm würde es dadurch unmöglich gemacht oder doch wesentlich erschwert, seiner Unterhaltsverpflichtung aus § 1360 BGB nachzukommen. Die wirtschaftliche Existenz der Familie wäre in gleicher Weise gefährdet wie bei einer Pfändung beim erwerbstätigen Schuldner. Welcher Ehegatte den zu pfändenden Gegenstand für seine Erwerbstätigkeit benötigt, kann daher im Rahmen des § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO nicht entscheidend sein. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass ansonsten der Schuldner gesetzlich besser geschützt wäre als der nicht schuldende Ehegatte, der den Gegenstand zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benötigt (OLG Hamm, DGVZ 1984, S. 138, 140; Stein/Jonas/*Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rdnr. 55). Dieses Ergebnis ist mit Sinn und Zweck des § 811 ZPO nicht in Übereinstimmung zu bringen.

(2) Der Wortlaut von § 811 Absatz 1 ZPO zwingt nicht zu einer anderen Auslegung. Zwar ist es richtig, dass die Familie des Schuldners in den Nummern 1, 2, 3, 4, 4 a, 10 und 11 ausdrücklich genannt ist, während in Nummer 5 nur vom Schuldner die Rede ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Gesetzgeber eine erweiternde Auslegung dieser Vorschrift nicht zulassen wollte, die sich am Schutz der Familie und am Sozialstaatsprinzip orientiert. Eine solche Wertung kann weder – wie die Rechtsbeschwerde meint – direkt aus § 1362 BGB noch daraus abgeleitet werden, dass gemäß § 739 ZPO für den Fall der Eigentumsvermutung des § 1362 BGB unbeschadet der Rechte Dritter für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer gilt. Diese Regelungen erleichtern den Gläubigern eines Ehegatten den Zugriff auf dessen Vermögen (BGH, Urteil vom 26. November 1975 – VIII ZR 112/74, NJW 1976, S. 238, 239) und die Zwangsvollstreckung gegen den schuldenden Ehegatten. Sie schalten jedoch nicht die sozialpolitisch motivierten Regelungen des § 811 ZPO aus (LG Nürnberg-Fürth, DGVZ 1963, S. 101 mit Anmerkung *Mümmler*). Mit der Anwendung des § 811 ZPO wird § 739 ZPO entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart (DGVZ 1963, S. 152, 153) nicht sinnentleert. Diese Regelung kommt in vollem Umfang zur Geltung. Die Pfändungsmöglichkeit wird lediglich unter mit dem Gewahrsam nicht zusammenhängenden Gesichtspunkten eingeschränkt. Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde, aus welchen Gründen nicht derjenige Eigentümer ist, der den Gegenstand zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit nutzt. Selbst wenn die Schuldnerin deshalb Eigentümerin des Fahrzeugs sein sollte, weil ihr Ehemann sich in einem Insolvenzverfahren befand und noch Kraftfahrzeugsteuerrückstände hatte, ändert das nichts daran, dass er das Fahrzeug zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benutzt.

b) Zu Unrecht meint die Rechtsbeschwerde, die Feststellung des Beschwerdegerichts, das Fahrzeug sei für den Ehemann der Schuldnerin zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit erforderlich, sei rechtsfehlerhaft erfolgt.

aa) Zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit im Sinne des § 811 Absatz 1 Nummer 5 ZPO erforderliche Gegenstände können auch Kraftfahrzeuge sein, die ein Arbeitnehmer für die täglichen Fahrten von seiner Wohnung zu seinem Arbeitsplatz und zurück benötigt (OLG Hamm, DGVZ 1984, S. 138, 140). Voraussetzung ist jedoch, dass das Kraftfahrzeug für die Beförderung erforderlich ist. Das ist nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer in zumutbarer Weise öffentliche Verkehrsmittel benutzen kann (MünchKommZPO/*Gruber*, 3. Aufl., § 811

Rdnr. 62). Inwieweit die Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln zumutbar ist, ist eine Frage des Einzelfalles, die unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Schuldners, der öffentlichen Verkehrsanbindung und des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden ist. Dabei kann auch eine Rolle spielen, dass es dem Schuldner nach Beendigung der Arbeit in der Regel nicht zuzumuten ist, ungewöhnlich lange auf Bus oder Bahn für den Weg nach Hause zu warten (Schuschke/Walker/*Walker*, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rdnr. 34 m. w. N.).

bb) Ohne Verfahrensfehler hat das Beschwerdegericht diese Voraussetzungen als gegeben angesehen. Es ist dabei davon ausgegangen, dass der Ehemann gelegentlich nicht nur eine Busverbindung zu seinem normalen Arbeitszeitende um 15.45 Uhr, sondern auch um 17.30 Uhr benötige und es ihm nicht zuzumuten sei, zu dieser Zeit stundenlang auf ein öffentliches Verkehrsmittel zu warten, wenn es überhaupt noch verkehre. Weiter ist es aufgrund der Ausführungen des Amtsgerichts davon ausgegangen, dass öffentliche Verkehrsmittel zur Realisierung der Arbeitszeit des Ehemanns der Schuldnerin nicht zur Verfügung stünden. Daraus kann ohne Weiteres entnommen werden, dass es dem Ehemann der Schuldnerin, so er denn um 17.30 Uhr seinen Heimweg antreten muss, nicht zuzumuten ist, öffentliche Verkehrsmittel in Anspruch zu nehmen. Die genauen Abfahrtzeiten der öffentlichen Verkehrsmittel sind zwar nicht mitgeteilt, jedoch ergibt sich aus den Ausführungen der Vorinstanzen, dass der Ehemann der Schuldnerin entweder stundenlang warten muss oder überhaupt keine Busse mehr fahren. Diese Feststellungen sind verfahrensfehlerfrei getroffen. Ihnen steht, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht entgegen, dass das Amtsgericht in seinem Nichtabhilfebeschluss von einer ländlich schwachen Verkehrsanbindung gesprochen hat. Es ist nicht ersichtlich, dass das Amtsgericht damit seine Feststellung, dass dem Ehemann der Schuldnerin öffentliche Verkehrsmittel zur Realisierung der Arbeitszeit nicht zur Verfügung stünden, in Frage stellen wollte. Vielmehr ist das eine Bestätigung dieser Darstellung.

Ein Verfahrensfehler des Landgerichts liegt auch nicht darin, dass es seine Entscheidung ohne Kenntnis der genauen Fahrzeiten der öffentlichen Verkehrsmittel getroffen hat. Die Beschwerde hat zwar „die ländlich schwache Verkehrsanbindung an N." bestritten. Auch kann die Beschwerde auf neue Verteidigungsmittel gestützt werden, § 571 Absatz 2 Satz 1 ZPO. Gleichwohl musste dieses Bestreiten dem Landgericht keinen Anlass geben, weitere Aufklärung zu betreiben. Es wäre Sache des Beschwerdeführers gewesen, die Ausführungen des Amtsgerichts zur unzureichenden Verkehrsanbindung konkret anzugreifen. Dies ist nicht geschehen. Das pauschale Bestreiten mit Nichtwissen reichte nicht aus. Soweit mit der Rechtsbeschwerde nunmehr Daten aus dem Fahrplan behauptet werden, die die Annahme des Amtsgerichts erschüttern sollen, eine zumutbare Verkehrsverbindung stünde nicht zur Verfügung, sind das neue Tatsachen, die im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden können und die der Beschwerdeführer im Übrigen ohne Weiteres bereits im Beschwerdeverfahren hätte vorlegen können.

§§ 712, 719 ZPO

§ 719 Absatz 2 ZPO regelt die gegenüber dem Berufungsverfahren (§ 719 Absatz 1 ZPO) strengeren Voraussetzungen für eine Einstellung im Revisionsverfahren, nicht dagegen die Frage, ob die Einstellung, wenn die Voraussetzungen des § 719 Absatz 2 ZPO erfüllt sind, gegen oder ohne Sicherheitsleistung anzuordnen ist. Insoweit gilt für das Revisionsverfahren ebenso wie für das Berufungsverfahren die in § 719 Absatz 1 Satz 1 ZPO ausgesprochene Verweisung auf die einschränkenden Voraussetzungen des § 707 ZPO, nach denen eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung nur zulässig ist, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 707 Absatz 1 Satz 2 ZPO; vgl. BGH, Beschl. v. 30. 1. 2007 – X ZR 147/06, WuM 2007, S. 143.*)

BGH, Beschl. v. 8. 12. 2009
– VIII ZR 305/09 –

Gründe:

I.

Die Klägerin schloss mit den Beklagten unter dem 15. und 19. März 2003 Franchiseverträge, Unterpachtverträge sowie Beitrittsvereinbarungen für den Betrieb von insgesamt vier M.-Restaurants in F. Der Beklagte zu 1 ist Franchisenehmer, die Beklagten zu 2 bis 5 sind die in die Verträge einbezogenen Betriebsgesellschaften der einzelnen Restaurants.

Mit Schreiben vom 16. Juli 2008 kündigte die Klägerin sämtliche Vertragsverhältnisse mit den Beklagten fristlos und begründete dies unter anderem damit, es bestehe der dringende Verdacht, dass der Beklagte zu 1 in den vier Restaurants gesammelte Spenden von Kunden zugunsten der M.-Kinderhilfe zumindest in der Zeit ab dem Jahr 2004 nicht weitergeleitet, sondern für sich selbst oder andere Zwecke vereinnahmt habe.

Das Landgericht hat die Klage auf Räumung und Herausgabe der vier Gewerberäumlichkeiten abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagten jeweils zur Räumung und Herausgabe der sie betreffenden Räumlichkeiten verurteilt und Vollstreckungsanordnungen nach § 708 Nummer 10, § 711 ZPO getroffen. Einem Vollstreckungsschutzantrag der Beklagten nach § 712 ZPO hat das Berufungsgericht nicht stattgegeben; die Revision hat es nicht zugelassen. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer noch nicht begründeten Nichtzulassungsbeschwerde. Sie beantragen, vorab die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen.

II.

Der Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nicht begründet.

1. Wird Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Berufungsurteil eingelegt, so ordnet das Revisionsgericht auf Antrag an, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und wenn nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Absatz 2 ZPO). Im Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde gilt dies entsprechend (§ 544 Absatz 5 Satz 2 ZPO).

2. Die Voraussetzungen für die von den Beklagten beantragte einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung sind hier nicht erfüllt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagten glaubhaft gemacht haben (§ 719 Absatz 2 Satz 2 ZPO), dass ihnen die Zwangsvollstre-

*) amtlicher Leitsatz

ckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und ein überwiegendes Interesse der Klägerin einer Einstellung ohne Sicherheitsleistung der Beklagten nicht entgegensteht. Der Einstellungsantrag hat bereits deshalb keinen Erfolg, weil die Beklagten nicht glaubhaft gemacht haben, dass sie zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage sind (§ 719 Absatz 2 i. V. m. § 719 Absatz 1 Satz 1, § 707 Absatz 1 Satz 2 ZPO). Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung haben die Beklagten nicht – auch nicht hilfsweise – beantragt.

a) Die Einstellung nach § 719 Absatz 2 ZPO im Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren kommt als letztes Hilfsmittel des Schuldners nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht (BGH, Beschluss vom 24. März 2003 – IX ZR 243/02, ZVI 2003, S. 279, unter II; MünchKommZPO/*Krüger*, 3. Aufl., § 719 Rdnr. 2). Dementsprechend gelten für die Einstellung nach § 719 Absatz 2 ZPO strengere Anforderungen als für die Einstellung in der Berufungsinstanz nach § 719 Absatz 1 ZPO. Gläubigerinteressen stehen im Revisionsverfahren im Vordergrund, weil die Rechte des Schuldners in zwei Tatsacheninstanzen regelmäßig als hinreichend gewahrt erscheinen und nicht Revisionen provoziert werden sollen, die lediglich zum Zwecke der Vollstreckungsverzögerung eingelegt werden (MünchKommZPO/*Krüger*, a. a. O., Rdnr. 2, 12; vgl. auch Musielak/*Lackmann*, ZPO, 7. Aufl., § 719 Rdnr. 1, und Prütting/Gehrlein/*Kroppenberg*, ZPO, § 719 Rdnr. 7 f.).

Aus der von den Voraussetzungen der Einstellung im Berufungsverfahren (§ 719 Absatz 1, § 707 ZPO) losgelösten Regelung des § 719 Absatz 2 ZPO für das Revisionsverfahren folgt aber nicht, dass eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Absatz 2 ZPO – anders als bei der Einstellung nach § 719 Absatz 1 ZPO – in jedem Fall ohne Sicherheitsleistung anzuordnen wäre (so aber Zöller/*Herget*, ZPO, 28. Aufl., § 719 Rdnr. 8; Prütting/Gehrlein/*Kroppenberg*, a. a. O., Rdnr. 9; MünchKommZPO/*Krüger*, a. a. O., Rdnr. 15; Musielak/*Lackmann*, a. a. O., Rdnr. 6). Die gegenteilige Auffassung der Literatur ist mit dem Sinn und Zweck des § 719 Absatz 2 ZPO nicht vereinbar und entspricht auch nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in der eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Absatz 2 ZPO durchaus auch gegen Sicherheitsleistung angeordnet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 13. Juli 2007 – VIII ZR 306/06, WuM 2007, S. 545; BGH, Beschlüsse vom 30. Januar 2007, a. a. O. und vom 15. März 2007 – V ZR 271/06, WuM 2007, S. 545). Aus dem von Zöller/*Herget* (a. a. O.) angeführten Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18. Mai 1951 (I ZR 63/51, JZ 1951, S. 644) ergibt sich nichts anderes; dieser Beschluss befasst sich nicht mit der Frage, ob die Zwangsvollstreckung nach § 719 Absatz 2 ZPO nur ohne oder auch gegen Sicherheitsleistung eingestellt werden kann.

Der Wortlaut des § 719 Absatz 2 ZPO gebietet eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung nicht; er ordnet jedenfalls nicht ausdrücklich an, dass die Zwangsvollstreckung nur ohne Sicherheitsleistung anzuordnen wäre. Aus dem Sinnzusammenhang der Bestimmungen in § 719 Absatz 1 und Absatz 2 ZPO ergibt sich, dass die Frage, ob die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Absatz 2 ZPO ohne oder gegen Sicherheitsleistung anzuordnen ist, in § 719 Absatz 2 ZPO nicht geregelt ist. § 719 Absatz 2 ZPO regelt – in Ergänzung und insoweit abweichend von § 719 Absatz 1 ZPO – lediglich die strengeren Voraussetzungen für „das Ob“ der Einstellung (so auch MünchKommZPO/*Krüger*, a. a. O., Rdnr. 11), nicht aber „das Wie“. Hinsichtlich „des Wie“ der Einstellung gilt für § 719 Absatz 2 ZPO – ebenso wie für § 719 Absatz 1 ZPO – die Verweisung in § 719 Absatz 1 ZPO auf die einschränkenden Voraussetzungen des § 707 ZPO, nach denen eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung nur zulässig ist, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 707 Absatz 1 Satz 2 ZPO). Es widerspräche dem Zweck der Regelung des § 719 Absatz 2 ZPO, wenn diese Bestimmung, die im Interesse des Gläubigers eine Verschärfung der Anforderungen an eine Einstellung der Zwangsvollstreckung im Revisionsverfahren vorsieht, zum Nachteil des Gläubigers nur eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung zuließe, also selbst dann, wenn der Schuldner zur Sicherheitsleistung in der Lage ist. Eine solche Besserstellung des Schuldners im Revisionsverfahren gegenüber dem Berufungsverfahren wäre mit dem Schutzzweck der die Interessen des Gläubigers im Revisionsverfahren stärker gewichtenden Regelung des § 719 Absatz 2 ZPO nicht vereinbar. Deshalb ist für die Frage, ob mit oder ohne Sicherheitsleistung einzustellen ist, auch für die Einstellung im Revisionsverfahren nach § 719 Absatz 2 ZPO auf die Verweisung in § 719 Absatz 1 Satz 1 ZPO auf § 707 ZPO zurückzugreifen (so auch BGH, Beschluss vom 30. Januar 2007, a. a. O.).

Für die Zulässigkeit einer Anordnung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Schuldners nicht nur im Berufungs-, sondern auch im Revisionsverfahren spricht schließlich, dass die Regelung des § 719 Absatz 2 ZPO der des § 712 ZPO nachgebildet ist (Zöller/*Herget*, a. a. O., Rdnr. 4; Musielak/*Lackmann*, a. a. O., Rdnr. 5) und deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nur zur Anwendung kommt, wenn ein Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO in der Berufungsinstanz vergeblich gestellt worden ist (MünchKommZPO/*Krüger*, a. a. O., Rdnr. 13 m. w. N.). Auch die Bestimmung des § 712 ZPO, die Anordnungen des Berufungsgerichts zur Abwendung der Vollstreckung ermöglicht und deren materielle Voraussetzungen denen des § 719 Absatz 2 ZPO entsprechen (Musielak/*Lackmann*, a. a. O.), lässt eine Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil grundsätzlich nur gegen Sicherheitsleistung des Schuldners zu. Eine der Regelung in § 707 Absatz 1 Satz 2 ZPO entsprechende Ausnahme gilt auch im Rahmen des § 712 ZPO; von einer Sicherheitsleistung des Schuldners kann nur dann abgesehen werden, wenn der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 712 Absatz 1 Satz 2 ZPO). Es wäre widersprüchlich, wenn das Berufungsgericht – unter den gleichen materiellen Voraussetzungen, wie sie in § 719 Absatz 2 ZPO geregelt sind – eine Abwendung der Vollstreckung aus dem Berufungsurteil nach § 712 ZPO nur gegen Sicherheitsleistung des Schuldners anordnen darf, wenn der Schuldner Sicherheit leisten kann, während der Bundesgerichtshof im selben Fall in dem sich anschließenden Nichtzulassungsbeschwerde- oder Revisionsverfahren – ohne jede Änderung der Sachlage – die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil ohne Sicherheitsleistung anzuordnen hätte. Ein rechtfertigender Grund für eine solche Abweichung im Revisionsverfahren zum Nachteil des Gläubigers ist nicht ersichtlich. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs über eine Einstellung nach § 719 Absatz 2 ZPO kann in ein und demselben Fall unter unveränderten Voraussetzungen keine andere sein als die des Berufungsgerichts über einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO.

b) Die Beklagten haben nicht, wie es für eine Einstellung der Zwangsvollstreckung erforderlich wäre (§ 719 Absatz 2 i. V. m. § 719 Absatz 1 Satz 1, § 707 Absatz 1 Satz 2 ZPO), glaubhaft gemacht, dass sie nicht imstande sind, zur Ab-

wendung der Vollstreckung seitens der Klägerin Sicherheit zu leisten.

Der Vortrag der Beklagten beschränkt sich insoweit darauf, dass sie in der Begründung des Einstellungsantrags auf ihren in der Vorinstanz gestellten Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO verweisen, zu dessen Begründung im Schriftsatz vom 30. Oktober 2009 ausgeführt wird, die Beklagten könnten Sicherheit nicht leisten, weil die Kredite der Beklagten im Fall einer stattgebenden Berufung gekündigt würden, so dass sich die Beklagten primär um deren Rückzahlung kümmern müssten. Dieses Vorbringen ist – abgesehen davon, dass es durch die eidesstattliche Versicherung des Beklagten zu 1 und Geschäftsführers der Beklagten zu 2 bis 5 vom 30. Oktober 2009 nicht bestätigt wird – schon deshalb nicht glaubhaft gemacht, weil eine Kündigung der Kreditverträge durch die Sparkasse nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten auch im Falle eines der Berufung der Klägerin stattgebenden Urteils des Oberlandesgerichts nicht zu befürchten ist, wenn die Beklagten die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung abwenden. Denn nach dem von den Beklagten vorgelegten Schreiben der Sparkasse vom 5. August 2008 hat sich die Sparkasse bereit erklärt, eine fristlose Kündigung der Kreditverträge nicht auszusprechen, solange die fristlose Kündigung der Klägerin keine bindende Rechtskraft erlangt hat und die Beklagten die Verfügungsgewalt über die vier M.-Restaurants behalten. Eine Kündigung der Kreditverträge und die Rückzahlung der dadurch fällig gestellten Kredite steht daher erst an, wenn die Klägerin die Räumungsvollstreckung durchführt.

Die Beklagten haben weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht, dass sie auch vor einer Kündigung der Kreditverträge nicht in der Lage wären, zur Abwendung einer Räumungsvollstreckung Sicherheit zu leisten. Der von den Beklagten als Unternehmenswert dargelegte Marktwert des Eigenkapitals der Beklagten zu 2 bis 5 in Höhe von derzeit 7 568 028,– Euro sprechen ebenso gegen die Unfähigkeit der Beklagten, Sicherheit zu leisten, wie die geplanten Bilanzgewinne der Beklagten zu 2 bis 5 für die Jahre 2009 bis 2014. Bei der Beurteilung der Vermögenssituation des Beklagten zu 1 ist schließlich zu berücksichtigen, dass dieser nach dem von den Beklagten vorgelegten Schreiben der Klägerin vom 18. Oktober 2007 aus den Beklagten zu 2 bis 5 in den Jahren 2003 bis 2006 Privatentnahmen in Höhe von 1 361 000,– Euro getätigt hat. Angesichts dieser Zahlen ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Beklagten – insbesondere der Beklagte zu 1 als Vollstreckungsschuldner hinsichtlich aller vier Restaurants – nicht imstande wären, zur Abwendung der Räumungsvollstreckung Sicherheit zu leisten.

§ 788 ZPO; § 7 Absatz 1 RVG; VV Nummer 1008 RVG; § 109 GVGA

1. **Lautet ein Titel auf die einzelnen Wohnungseigentümer, sind nur diese berechtigt, aus dem Titel zu vollstrecken. Die Notwendigkeit der für die Tätigkeit ihres Rechtsanwalts im Vollstreckungsverfahren entstehenden Mehrvertretungsgebühr kann daher nicht mit der Begründung verneint werden, die Gebühr wäre nicht angefallen, wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft als teilrechtsfähiger Verband den Vollstreckungsauftrag erteilt hätte (im Anschluss an BGH, Beschl. v. 15. 3. 2007 – V ZB 77/06, NJW-RR 2007, S. 955).*)**
2. **Zur Frage, ob eine Klage der Wohnungseigentümer gegen den Veräußerer von neu errichtetem Wohnungseigentum nach Änderung der Rechtsprechung zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft im Hinblick auf die Obliegenheit, die Kosten der Zwangsvollstreckung niedrig zu halten, auf eine Klage des teilrechtsfähigen Verbandes hätte umgestellt werden müssen.*)**

BGH, Beschl. v. 10. 12. 2009
– VII ZB 88/08 –

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Erstattungsfähigkeit der Erhöhungsgebühr für die Vertretung mehrerer Personen im Vollstreckungsverfahren.

Die Gläubiger sind Miteigentümer einer Wohnungseigentumsanlage, die von der Schuldnerin als Bauträgerin errichtet wurde. Auf die am 18. August 2005 von ihnen erhobene Klage auf Schadensersatz wegen Mängeln und auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung wurde die Schuldnerin u. a. durch rechtskräftiges Schluss- und Endurteil des Landgerichts vom 8. Januar 2008 verurteilt, an die Gläubiger 41 506,70 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Nach Zustellung des Urteils haben die Gläubiger über ihren damaligen Verfahrensbevollmächtigten den zuständigen Gerichtsvollzieher mit der Sicherungsvollstreckung nach § 720 a ZPO wegen dieses Betrages, der Zinsen und der Kosten des Vollstreckungsauftrages beauftragt, wobei sie eine 2,0-Erhöhungsgebühr für die Vertretung mehrerer Personen nach RVG VV Nummer 1008 in Höhe von 2 092,– Euro zuzüglich Umsatzsteuer geltend machten.

Auf die gegen die Vollstreckungsankündigung des Gerichtsvollziehers eingelegte Erinnerung der Schuldnerin hat das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – die Zwangsvollstreckung wegen der Erhöhungsgebühr des Gläubigervertreters mit der Begründung eingestellt, diese Gebühr sei nicht erstattungsfähig, nachdem die Klage erst nach Veröffentlichung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2. Juni 2005 zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft erhoben worden sei. Auf die sofortige Beschwerde der Gläubiger hat das Beschwerdegericht den Beschluss des Amtsgerichts abgeändert und die Erinnerung der Schuldnerin zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Schuldnerin die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung.

II.

Die nach § 574 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2, Absatz 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, durch den Vollstreckungsauftrag der Gläubiger an ihren Verfahrensbevollmächtigten sei nicht nur die Gebühr nach RVG VV Nummer 3309, sondern auch die sogenannte Mehrvertretungsgebühr nach RVG VV Nummer 1008 entstanden. Entscheidend hierfür sei, dass der zu Grunde liegende Vollstreckungstitel – ob zu Recht oder zu Unrecht – ausschließlich auf die fünfzehn Gläubiger persönlich gelautet und deshalb nur für diese eine Vollstreckung ermöglicht habe. Die Kammer schließe sich der Auffassung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs an, dass der Gläubiger eines Titels diesen ohne weitere Maßnahmen, insbesondere Berichtigungen oder Umschrei-

*) amtlicher Leitsatz

bungen, umgehend zur Vollstreckung einsetzen dürfe, auch wenn hierdurch zusätzliche Kosten auf Schuldnerseite entstünden. Der Grundsatz, unnötige Kosten für die Gegenseite zu vermeiden, könne nicht dazu führen, eigene Interessen, z. B. das grundlegende Interesse an der raschen Realisierung eines Urteils durch Zwangsvollstreckung, unterzuordnen. Dies gelte völlig unabhängig von den speziellen Übergangsproblemen im Zusammenhang mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 2. Juni 2005 im Verfahren V ZB 32/05.

2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die von den Gläubigern für das Zwangsvollstreckungsverfahren geltend gemachte Erhöhungsgebühr nach § 7 Absatz 1 RVG i. V. m. RVG VV Nummer 1008 ist erstattungsfähig. Die hierdurch entstandenen Kosten sind notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung.

a) Nach § 788 Absatz 1 Satz 1, § 91 Absatz 1 Satz 1 ZPO fallen die Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, dem Schuldner zur Last. Diese Regelung beruht auf der Entscheidung des Gesetzgebers, dass die obsiegende Partei die notwendigen Kosten der durch das Urteil eröffneten Maßnahmen zur Verfolgung und Durchsetzung ihres Anspruchs von dem unterlegenen Schuldner ersetzt verlangen kann. Die Erstattungspflicht erstreckt sich nur auf die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung. Auch in der Zwangsvollstreckung hat der Gläubiger seine Maßnahmen zur Wahrung seiner Rechte so einzurichten, dass die Kosten möglichst niedrig gehalten werden (Zöller/*Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 788 Rdnr. 8 f.).

b) Diesen Anforderungen sind die Gläubiger unabhängig davon gerecht geworden, ob die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Mängeln und auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung von der Wohnungseigentümergemeinschaft als teilrechtsfähigem Verband der Wohnungseigentümer hätten geltend gemacht werden müssen.

aa) Ob eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme notwendig war und die dadurch veranlassten Kosten erstattungsfähig sind, bestimmt sich grundsätzlich nach der bei Vollstreckungsbeginn gegebenen Rechtslage. Eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme ist danach notwendig, wenn der Gläubiger die Vollstreckungsmaßnahme zur Durchsetzung des titulierten Anspruchs bei verständiger Würdigung der Sachlage objektiv für erforderlich halten durfte (BGH, Beschluss vom 18. Juli 2003 – IXa ZB 146/03, NJW-RR 2003, S. 1581). Diese Voraussetzungen haben die Gläubiger erfüllt. Die Vollstreckung aus dem Schluss- und Endurteil war nur für die einzelnen Wohnungseigentümer möglich.

Das Beschwerdegericht geht – von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet – davon aus, dass Klagepartei unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung richtigerweise nicht die einzelnen Wohnungseigentümer hätten sein dürfen, sondern die Wohnungseigentümergemeinschaft hätte sein müssen. Davon ausgehend konnte jedoch eine Vollstreckung für die Wohnungseigentümergemeinschaft, die eine Erhöhungsgebühr nach RVG VV Nummer 1008 nicht ausgelöst hätte, nicht erfolgen. Denn die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für die sie stattfinden soll, in dem Urteil oder der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind, § 750 Absatz 1 Satz 1 ZPO. Handelt es sich bei dem die Vollstreckung betreibenden Gläubiger und dem Titelgläubiger um unterschiedliche Rechtssubjekte, darf die Vollstreckung nicht durchgeführt werden.

Das Schluss- und Endurteil weist die im Einzelnen aufgeführten Wohnungseigentümer der – nicht rechtsfähigen – Miteigentümergemeinschaft als Gläubiger aus. Diese ist mit dem – teilrechtsfähigen – Verband der Wohnungseigentümer nicht identisch (BGH, Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 77/06, NJW-RR 2007, S. 379).

bb) Die Erstattungsfähigkeit der Mehrvertretungsgebühr lässt sich nicht mit der Begründung verneinen, die Gläubiger seien unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten gehalten gewesen, von vornherein einen auf die Wohnungseigentümergemeinschaft lautenden Titel zu erwirken.

(1) Die Wohnungseigentümer waren unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten nicht verpflichtet, bereits die Klage als Verband zu erheben.

Bis zur Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, Beschluss vom 2. Juni 2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, S. 154 und Urteil vom 24. Juni 2005 – V ZR 350/03, NJW 2005, S. 3146) galt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als nicht rechtsfähig. Die Ansprüche mussten daher von den einzelnen Wohnungseigentümern geltend gemacht werden.

Mit den Entscheidungen vom 2. und 24. Juni 2005 stellte der Bundesgerichtshof die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft, beschränkt auf die Teilbereiche des Rechtslebens, fest, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnehmen. Eine Klärung, inwieweit die Wohnungseigentümergemeinschaft als insoweit rechts- und parteifähiger Verband befugt ist, Rechte der Wohnungseigentümer wegen Mängeln an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums und des Sondereigentums geltend zu machen, ist erst nach Erhebung der Klage mit Urteil des Senats vom 12. April 2007 (VII ZR 236/05, BGHZ 172, S. 42) erfolgt. Im Hinblick auf die bis dahin bestehende Rechtsunsicherheit über den Umfang der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft, kann den Gläubigern unter kostenrechtlichen Aspekten nicht angelastet werden, die Klage im August 2005 durch alle Wohnungseigentümer erhoben zu haben.

(2) Es kann dahinstehen, ob Wohnungseigentümer im Hinblick auf ihre Obliegenheit, die Kosten des Zwangsvollstreckungsverfahrens niedrig zu halten, überhaupt verpflichtet sind, die zu Recht gemeinsam erhobene Klage nach Änderung der Rechtsprechung auf eine Klage des Verbandes umzustellen oder auf eine entsprechende Rubrumsberichtigung hinzuwirken, so dass der Titel dann für die Wohnungseigentümergemeinschaft erginge. Denn gegen eine solche Obliegenheit haben die Gläubiger unter Berücksichtigung der besonderen Umstände dieses Falles nicht verstoßen. Die Entscheidung des Senats vom 12. April 2007 ist im Juli 2007 veröffentlicht worden. Es kann den Gläubigern nicht angelastet werden, dass sie bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Dezember 2007 nicht auf die geänderte Rechtsprechung reagiert haben. Zu diesem Zeitpunkt war der Rechtsstreit bereits knapp zwei Jahre anhängig. Die Rechtsprechung hatte sich noch nicht verfestigt; weder das Gericht noch die Beklagte hatten Einwände gegen die Parteibezeichnung erhoben. Ein unmittelbarer Anlass, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die von den Wohnungseigentümern erhobene Klage weiterhin von ihnen oder von der teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergemeinschaft zu verfolgen sei, war für die Gläubiger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht gegeben.

cc) Den Gläubigern kann auch nicht als Obliegenheitsverletzung vorgeworfen werden, dass sie vor Erteilung des

Vollstreckungsauftrags nicht auf eine Rubrumsberichtigung des Vollstreckungstitels hingewirkt haben. Nachdem die Erwirkung des Vollstreckungstitels für die Wohnungseigentümer aus kostenrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist, waren die Gläubiger hierzu schon wegen der zeitlichen Verzögerung, die mit der Beantragung und der erforderlichen Zustellung des berichtigten Titels verbunden gewesen wäre, nicht verpflichtet. Der Grundsatz, dass eine Partei die Kosten niedrig zu halten hat, die sie von der Gegenseite erstattet verlangen will, darf nicht dazu führen, dass sie in ihren berechtigten Belangen, wozu das Interesse an einer schnellen Vollstreckung zählt, beeinträchtigt wird (BGH, Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 77/06, a. a. O.).

§ 178 ZPO; §§ 30, 43 GVGA

Eine Ersatzzustellung durch Einlegung in einen gemeinsamen Briefkasten ist in analoger Anwendung von § 178 Absatz 2 ZPO unwirksam, soweit es sich um Zustellungen von Schriftstücken unter Prozessgegnern handelt. Dies gilt auch dann, wenn der gemeinsame Benutzer des Briefkastens im Rechtsstreit nicht selbst Partei, sondern lediglich Zeuge ist, der Kläger jedoch aus abgetretenem Recht des Zeugen klagt.

OLG Saarbrücken, Urt. v. 12. 11. 2009
– 8 U 518/08 –

Aus den Gründen:

A.

Der Kläger nimmt den Beklagten aus abgetretenem Recht auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch. Dem liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

Der am 17. März 2001 verstorbene Vater des Beklagten, der von dem Beklagten allein beerbt wurde, traf mit seiner Lebensgefährtin, der Zeugin T., am 15. Januar 2001 eine privatschriftliche Vereinbarung, derzufolge er bestätigte, von Frau T. am 21. Dezember 2000 ein Darlehen in Höhe von 3 000,– DM und am 11. Januar 2001 ein solches in Höhe von 13 000,– DM (insgesamt: 16 000,– DM) erhalten zu haben. Weiter heißt es in der Vereinbarung, dass die Rückzahlung des Darlehens erst nach Ablauf von zehn Jahren ab dieser Vereinbarung mit einer monatlichen Rate in Höhe von 360,– DM beginne und das Darlehen mit zehn Prozent p. a. zu verzinsen sei.

Mit Schreiben vom 25. November 2006 und vom 16. Januar 2007 kündigte die Zeugin T. das Darlehen gegenüber dem Beklagten fristlos.

Der Kläger hat behauptet, die Zeugin T. habe ihren Anspruch gegen den Beklagten auf Rückzahlung des Darlehens am 15. August 2007 an ihn abgetreten. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung des Darlehens sei gemäß § 490 Absatz 1 BGB und gemäß § 314 BGB wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse und sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit des Beklagten gerechtfertigt.

Auf Antrag des Klägers hat das Amtsgericht Uelzen am 7. September 2007 einen Mahnbescheid erlassen, der dem Beklagten am 12. September 2007 unter der Wohnanschrift der Zeugin T. und damaligen Meldeadresse des Beklagten – X-Straße in Y. –, unter der dieser jedoch seit Anfang des Jahres 2001 nicht mehr wohnte, im Wege der Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten zugestellt worden ist. Nachdem gegen den Mahnbescheid kein Widerspruch erhoben worden war, hat das Amtsgericht Uelzen am 16. Oktober 2007 einen Vollstreckungsbescheid über eine Hauptforderung in Höhe von 8 180,67 Euro (= 16 000,– DM) nebst zehn Prozent Zinsen hieraus seit dem 15. Januar 2001 und nebst weiteren Nebenforderungen erlassen. Dieser Vollstreckungsbescheid ist dem Beklagten am 18. Oktober 2007 unter derselben Anschrift wie der Mahnbescheid im Wege der Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten zugestellt worden. Gegen den Vollstreckungsbescheid hat der Beklagte mit am 23. Januar 2008 beim Amtsgericht Uelzen eingegangenem Anwaltsschriftsatz vom selben Tag Einspruch eingelegt.

Der Kläger hat geltend gemacht, der Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid sei verspätet. Dessen Zustellung unter der Meldeadresse des Beklagten sei wirksam. Zudem sei zwischen der Zeugin T. und dem Beklagten eine mündliche Vereinbarung getroffen worden, wonach die Zeugin T. die Post des Beklagten sammle und lagere. Von dem Vollstreckungsbescheid hätten die Prozessbevollmächtigten des Beklagten bereits am 19. Dezember 2007 Kenntnis erlangt.

Der Kläger hat erstinstanzlich den Antrag aus dem Mahnbescheid gestellt.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat geltend gemacht, der Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid sei rechtzeitig erfolgt, da dieser ihm nicht wirksam zugestellt worden sei und seine Prozessbevollmächtigten erstmals am 11. Januar 2008 durch einen von dem Amtsgericht Uelzen übersandten Aktenausdruck aus der Mahnakte Kenntnis von dem Vollstreckungsbescheid erlangt hätten. Die von der Zeugin T. ausgesprochene fristlose Kündigung des Darlehensvertrags hat er für unwirksam erachtet, da die Rückzahlung des Darlehens durch das unstreitig im Eigentum des Beklagten stehende Grundstück ausreichend gesichert sei.

Durch das angefochtene Urteil, auf dessen tatsächliche und rechtliche Feststellungen gemäß § 540 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht den Beklagten nach Durchführung einer Beweisaufnahme zur Zahlung von 8 180,67 Euro nebst zehn Prozent Zinsen seit dem 15. Januar 2001 und Nebenforderungen in Höhe von 48,50 Euro verurteilt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens, dessen Abtretung an den Kläger durch die glaubhafte Aussage der Zeugin T. sowie die Urkunde vom 15. August 2007 bewiesen sei, sei gemäß § 488 BGB aufgrund der wirksamen Kündigung vom 16. Januar 2007 zur Rückzahlung fällig. Die Kündigung sei nach § 490 Absatz 1 BGB gerechtfertigt, weil sich die Vermögensverhältnisse des Beklagten verschlechtert hätten und hierdurch die Rückzahlung des Darlehens gefährdet sei. Eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beklagten sei dadurch eingetreten, dass er nicht in der Lage sei, seine Verbindlichkeiten gegenüber der Bank 1, seinen früheren Rechtsanwälten und gegenüber seiner Schwester aus einem mit dieser geschlossenen gerichtlichen Vergleich zu befriedigen, und die Bank 1, sowie die früheren Rechtsanwälte des Beklagten mittlerweile die Zwangsvollstreckung in das allein verwertbare Vermögen des Beklagten, das Grundstück in der Z-Straße, betrieben. Hinzu komme, dass das Einkommen des Beklagten, das dieser auch nicht regelmäßig beziehe, unter der Pfändungsfreigrenze liege, am 13. August 2008 erfolglos eine Pfändung bei dem Beklagten durchgeführt worden sei und dieser am 29. August 2008 eine eidesstattliche Versicherung abgegeben habe. Da für den streitgegenständlichen Darlehensrückzahlungsanspruch keine Sicher-

heit bestellt worden sei, komme es auf die Werthaltigkeit von Sicherheiten nicht an.

Dieses Urteil ist den Prozessbevollmächtigten des Beklagten am 10. Oktober 2008 zugestellt worden. Mit am 10. November 2008 bei dem Saarländischen Oberlandesgericht eingegangenem Schriftsatz vom selben Tag haben die Prozessbevollmächtigten des Beklagten unter Beifügung einer Erklärung über dessen persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse sowie eines Entwurfs der Berufungsbegründung beantragt, dem Beklagten für die Berufungsinstanz Prozesskostenhilfe zu bewilligen. Mit Beschluss vom 9. Juli 2009, der den Prozessbevollmächtigten des Beklagten am 16. Juli 2009 zugestellt worden ist, hat der Senat dem Beklagten für das beabsichtigte Berufungsverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt. Mit am 16. Juli 2009 vorab per Telefax beim Saarländischen Oberlandesgericht eingegangenem Anwaltsschriftsatz vom selben Tag hat der Beklagte Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt und diese begründet sowie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Fristen zur Einlegung und Begründung der Berufung beantragt.

Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage mit der Maßgabe weiter, dass auch der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Uelzen vom 16. Oktober 2007 aufgehoben werden soll. Er macht geltend, das Landgericht habe übersehen, dass er die Echtheit der Unterschrift seines Vaters auf der Vereinbarung vom 15. Januar 2001 bestritten habe. Zudem habe das Landgericht die Voraussetzungen des § 490 Absatz 1 BGB zu Unrecht bejaht. Die Rückerstattung des Darlehens sei durch die Möglichkeit der Verwertung der Sicherheiten in dem das Grundstück des Beklagten betreffenden Zwangsversteigerungsverfahren nicht gefährdet.

Der Beklagte beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Uelzen vom 16. Oktober 2007 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Uelzen vom 16. Oktober 2007 hinsichtlich der Hauptforderung in Höhe von 8 180,67 Euro nebst zehn Prozent Zinsen hieraus seit dem 15. Januar 2001 aufrechterhalten und im Übrigen aufgehoben wird.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und tritt der Berufung unter Wiederholung und Vertiefung seiner früheren Argumente entgegen.

B.

I.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Sie ist gemäß § 511 Absatz 1, Absatz 2 Nummer 1 ZPO statthaft sowie gemäß den §§ 513, 519 und 520 Absatz 3 ZPO formgerecht eingelegt und begründet worden. Zwar sind die Fristen zur Einlegung und Begründung der Berufung (§§ 517, 520 Absatz 2 ZPO) versäumt. Insoweit ist dem Beklagten jedoch auf seinen form- und fristgerecht eingelegten sowie begründeten, mithin zulässigen Antrag (§ 234 Absatz 1, Absatz 2, § 236 ZPO) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Denn der Beklagte war ohne Verschulden gehindert, die Fristen zur Einlegung und Begründung der Berufung einzuhalten. Die Versäumung einer Frist durch eine Partei ist unverschuldet, wenn die rechtzeitige Vornahme einer fristwahrenden Handlung wegen des wirtschaftlichen Unvermögens der Partei (Mittellosigkeit) unterbleibt und sie innerhalb der versäumten Frist einen vollständigen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beifügung der erforderlichen Unterlagen bei dem zuständigen Gericht einreicht (vgl. BGH, BGHReport 2005, S. 1614, 1615; Stein/Jonas/*Roth*, ZPO, 22. Aufl., § 234 Rdnr. 8; MünchKommZPO/*Gehrlein*, 3. Aufl., § 233 Rdnr. 43 ff.; Zöller/*Greger*, ZPO, 26. Aufl., § 233 Rdnr. 23 Stichwort „Prozesskostenhilfe"). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Der Beklagte ist – wie sich aus dem von seinen Prozessbevollmächtigten innerhalb der Berufungsfrist zu den Akten gereichten (vollständigen) Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ergibt – finanziell nicht dazu in der Lage, die Kosten des von ihm beabsichtigten Berufungsverfahrens allein zu tragen. Nachdem der Beklagte nach Ablauf der Berufungsfrist und Bewilligung von Prozesskostenhilfe durch den Senat Berufung eingelegt und diese begründet hat, ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass sein wirtschaftliches Unvermögen für die Fristversäumung kausal war.

II.

In der Sache hat die Berufung des Beklagten lediglich in geringfügigem Umfang – nämlich soweit infolge einer (versehentlichen) Nichtberücksichtigung des vorangegangenen Vollstreckungsbescheids eine nochmalige Verurteilung des Beklagten erfolgt ist sowie hinsichtlich eines Teils der in dem Vollstreckungsbescheid zugesprochenen Zinsen und der weiteren Nebenforderungen in Höhe von 48,50 Euro – Erfolg. Der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Uelzen vom 16. Oktober 2007 ist hinsichtlich der Hauptforderung in Höhe von 8 180,67 Euro nebst zehn Prozent Zinsen hieraus für die Zeit vom 15. Januar 2001 bis zum 15. November 2006 aufrechtzuerhalten. Im Übrigen ist er aufzuheben und die Klage abzuweisen.

1. Das Landgericht hat – ebenso wie die Parteien bei den von ihnen erstinstanzlich gestellten Anträgen – nicht berücksichtigt, dass gegen den Beklagten bereits am 16. Oktober 2007 ein diesem am 18. Oktober 2007 zugestellter Vollstreckungsbescheid erlassen worden ist. Gemäß § 700 Absatz 1 ZPO steht der Vollstreckungsbescheid einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleich. Aufgrund des Einspruchs des Beklagten vom 23. Januar 2008 gegen den Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Uelzen vom 16. Oktober 2007 ist der Prozess in die Lage vor Erlass des Vollstreckungsbescheids zurückversetzt worden (§ 342 ZPO i. V. m. § 700 Absatz 1 ZPO). Der Einspruch ist zulässig (§§ 338 ff. ZPO i. V. m. § 700 Absatz 1 ZPO). Insbesondere ist er fristgerecht eingelegt worden, da die zweiwöchige Einspruchsfrist (§ 339 Absatz 1 ZPO i. V. m. § 700 Absatz 1 ZPO) mangels wirksamer Zustellung des Vollstreckungsbescheids nicht in Gang gesetzt worden ist.

a) Die hier gewählte Form der Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten nach § 180 ZPO setzt voraus, dass das zuzustellende Schriftstück in einen zu der Wohnung des Zustellungsadressaten gehörenden Briefkasten eingelegt worden ist. Für den Begriff der Wohnung kommt es nicht auf den Wohnsitz i. S. d. § 7 BGB sowie darauf an, ob der Adressat dort polizeilich gemeldet ist (vgl. Zöller/*Stöber*, a. a. O., § 178 Rdnr. 4). Zur Wohnung gehören vielmehr die Räume, in denen der Zustellungsadressat zur Zeit der Zustellung tatsächlich lebt und insbesondere schläft (vgl. BGH, NJW-RR 2005, S. 415 f. Rdnr. 14, zit. nach juris; Zöller/*Stöber*, a. a. O.). Steht fest, dass dies nicht mehr der Fall ist, so kommt weder der Nichtanzeige des Umzugs bei der Meldebehörde und/oder

der unterbliebenen Beseitigung des Namensschildes an der alten Wohnung noch der Möglichkeit, sie weiterhin aufzusuchen und die dort eingegangene Post zur Kenntnis zu nehmen, als bloßen Indiztatsachen eine entscheidende Bedeutung zu (vgl. BGH, a. a. O.).

b) Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist die erfolgte Ersatzzustellung des Vollstreckungsbescheids unwirksam, da der Beklagte unstreitig seit Beginn des Jahres 2001 unter der Zustelladresse X-Straße nicht mehr gelebt und geschlafen, also gewohnt hat. Den von dem Kläger hiergegen angeführten Indiztatsachen, der Beklagte sei dort weiterhin polizeilich gemeldet gewesen, auf dem Briefkasten sei sein Namensschild noch befestigt gewesen und er habe immer noch einen Haustürschlüssel gehabt, kommt vor diesem Hintergrund – wie ausgeführt – keine entscheidende Bedeutung zu. Nichts anderes gilt hinsichtlich der von dem Beklagten bestrittenen Behauptung, zwischen ihm und der Zeugin T. sei mündlich vereinbart gewesen, dass die Zeugin T. die bei ihr eingehende Post des Beklagten sammle und lagere. Hierdurch ist die Zustelladresse nicht zur Wohnung des Beklagten geworden.

c) Eine wirksame Zustellung läge im Übrigen selbst dann nicht vor, wenn der Beklagte noch unter der Zustelladresse gewohnt hätte. In diesem Fall hätte es sich – wie sich aus dem Vorbringen des Klägers, auf „dem“ Briefkasten sei noch ein Namensschild des Beklagten befestigt, ergibt – um einen gemeinschaftlichen Briefkasten des Beklagten sowie der Zeugin T. gehandelt. Eine Ersatzzustellung durch Einlegen in den gemeinsamen Briefkasten ist in entsprechender Anwendung des § 178 Absatz 2 ZPO unwirksam, soweit es sich um Zustellung von Schriftstücken unter Prozessgegnern handelt (vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2004, S. 1517 f. Rdnr. 4, zit. nach juris; Zöller/*Stöber*, a. a. O., § 180 Rdnr. 3). Zwar ist die Zeugin T. im vorliegenden Rechtsstreit nicht Prozessgegnerin des Beklagten. Allerdings macht der Kläger einen Anspruch aus abgetretenem Recht der Zeugin T. geltend. Dies rechtfertigt es, eine Ersatzzustellung auch im Falle des Einlegens in einen von dem Beklagten und der Zeugin T. gemeinsam genutzten Briefkasten als unwirksam anzusehen. Der Sinn und Zweck des § 178 Absatz 2 ZPO besteht darin, die aufgrund der Interessenkollision bestehende Gefahr, dass der Zustellungsgegner das zuzustellende Schriftstück nicht erhält, von vornherein auszuschließen (vgl. Zöller/*Stöber*, a. a. O., § 178 Rdnr. 22). Die Bestimmung ist daher unter Berücksichtigung ihres Schutzzwecks weit auszulegen und umfasst über ihren Wortlaut hinaus auch Zustellungen, bei denen eine konkrete Interessenkollision besteht, etwa die Zustellung an Personen, die dem Gegner des Rechtsstreits nahe stehen (vgl. Zöller/*Stöber*, a. a. O., § 178 Rdnr. 23 f.). Dies trifft auch im Falle einer Ersatzzustellung durch Einlegen in einen Briefkasten, der von dem Zustellungsadressaten und demjenigen, der die im Streit stehende Forderung an den Prozessgegner abgetreten hat, gemeinsam genutzt wird, jedenfalls dann zu, wenn – wie hier – ein Grund für die erfolgte Abtretung nicht ersichtlich ist. In einem solchen Fall ist von einer den Belangen des Zustellungsadressaten entgegenstehenden Kollision zwischen den Interessen des Zustellungsadressaten einerseits und des Zedenten andererseits auszugehen, die eine wirksame Ersatzzustellung nach § 180 ZPO ausschließt.

d) Der Zustellungsmangel ist auch nicht nach § 189 ZPO geheilt worden.

aa) Nach dieser Bestimmung gilt ein Dokument, dessen formgerechte Zustellung sich nicht nachweisen lässt oder das unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen ist, in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Adressat das Dokument tatsächlich erhalten („in die Hand bekommen“) und somit die Möglichkeit erlangt hat, von seinem Inhalt Kenntnis zu nehmen (vgl. BGH, WM 2001, S. 1124 ff. Rdnr. 21, zit. nach juris; Zöller/*Stöber*, a. a. O., § 189 Rdnr. 4).

bb) Diese Voraussetzungen sind nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien bis heute nicht erfüllt. Weder der Kläger noch der Beklagte hat behauptet, dass der am 18. Oktober 2007 zugestellte Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Uelzen vom 16. Oktober 2007 zu einem späteren Zeitpunkt in die Hände des Beklagten oder nach deren Bevollmächtigung in die Hände seiner jetzigen Prozessbevollmächtigten gelangt sei. Dass die Prozessbevollmächtigten des Beklagten dem Vorbringen des Klägers zufolge bereits am 19. Dezember 2007 Kenntnis von der Existenz eines Vollstreckungsbescheids gegen den Beklagten erlangt haben, genügt ebenso wenig wie der von den Prozessbevollmächtigten des Beklagten selbst vorgetragene Umstand, sie hätten am 11. Januar 2008 durch Übersendung eines Aktenausdrucks aus der Mahnakte durch das Amtsgericht Uelzen erstmals Kenntnis von dem Vollstreckungsbescheid erlangt (vgl. BayObLG, NJW 2004, S. 3722 f. Rdnr. 9, zit. nach juris; Zöller/*Stöber*, a. a. O., § 189 Rdnr. 4).

2. In der Sache führt der zulässige Einspruch dazu, dass der Vollstreckungsbescheid – unter seiner Aufhebung und Abweisung der Klage im Übrigen – hinsichtlich der Hauptforderung in Höhe von 8 180,67 Euro nebst zehn Prozent Zinsen hieraus für die Zeit vom 15. Januar 2001 bis zum 15. November 2006 aufrechtzuerhalten ist.

a) Dem Kläger steht aus abgetretenem Recht der Zeugin T. (§ 398 BGB) gemäß § 488 Absatz 1 Satz 2 BGB ein Darlehensrückerstattungsanspruch in Höhe von 8 180,67 Euro (= 16 000,– DM) zu, für den der Beklagte als Erbe seines Vaters gemäß § 1967 Absatz 1 BGB einzustehen hat.

aa) Nach dem unstreitigen Vorbringen des Klägers gewährte die Zeugin T. dem Vater des Beklagten am 21. Dezember 2000 ein Darlehen in Höhe von 3 000,– DM und am 11. Januar 2001 ein solches in Höhe von 13 000,– DM. Ausweislich des unstreitigen Teils des Tatbestands des angefochtenen Urteils trafen die Zeugin T. und der Vater des Beklagten hierüber am 15. Januar 2001 eine Vereinbarung, wonach der Vater des Beklagten bestätigte, die Darlehen erhalten zu haben, diese nach Ablauf von zehn Jahren zurückzuzahlen und mit zehn Prozent p. a. zu verzinsen.

(1) Nach § 314 ZPO liefert der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Beweis für das mündliche Parteivorbringen. Die Beweiswirkung erstreckt sich auch darauf, ob eine bestimmte Behauptung bestritten ist oder nicht (vgl. BGH, BGHReport 2005, S. 1618). Der Beweis durch den Urteilstatbestand kann nur durch das Sitzungsprotokoll, nicht aber durch den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden, so dass bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und der Wiedergabe des Parteivorbringens im Urteilstatbestand die Ausführungen im Tatbestand maßgeblich sind (vgl. BGH, BGHReport 2005, S. 1618).

(2) Demnach ist, da es an einer Entkräftung durch die erstinstanzlichen Sitzungsprotokolle fehlt, davon auszugehen, dass die Zeugin T. mit dem Vater des Beklagten am 15. Januar 2001 unstreitig eine Vereinbarung des vorstehend geschilderten Inhalts traf. ...

bb) Entgegen der Auffassung des Beklagten hat das Landgericht zu Recht angenommen, dass jedenfalls die von der Zeugin T. mit Schreiben vom 16. Januar 2007 ausgesprochene außerordentliche Kündigung des Darlehensvertrags nach § 490 Absatz 1 BGB gerechtfertigt sei.

(1) Nach dieser Bestimmung kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag nach Auszahlung des Darlehens in der Regel fristlos kündigen, wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, durch die die Rückerstattung des Darlehens gefährdet wird. Der Begriff der Vermögensverhältnisse umfasst die gesamte wirtschaftliche und finanzielle Situation des Darlehensnehmers (vgl. MünchKommBGB/*Berger*, 4. Aufl., § 490 Rdnr. 4). Eine Verschlechterung kann etwa vorliegen, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den Darlehensnehmer eingeleitet wird oder er zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO vorgeladen wird (vgl. BGH, NJW-RR 1988, S. 1449 f. Rdnr. 2 ff., zit. nach juris; MünchKommBGB/*Berger*, a. a. O., § 490 Rdnr. 5). Da bereits der drohende Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse ausreicht, ist der Darlehensgeber nicht gezwungen, den tatsächlichen Eintritt der Vermögensverschlechterung abzuwarten. Vielmehr kann er bereits dann kündigen, wenn sich die Vermögensverschlechterung und die daraus resultierende Gefährdung der Rückzahlung des Darlehens aufgrund objektiv verifizierbarer Indizien sichtbar abzeichnen (vgl. MünchKommBGB/*Berger*, a. a. O., § 490 Rdnr. 7).

(2) Diese Voraussetzungen lagen nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen sowie dem weiteren, sich aus den Akten ergebenden unstreitigen Sachvortrag der Parteien zum Zeitpunkt der Kündigung vor. ...

(3) Zwar folgt daraus, dass der Darlehensgeber den Darlehensvertrag nach Valutierung nur in der Regel fristlos kündigen kann, dass im Einzelfall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage Ausnahmen möglich sind. Das ist etwa dann der Fall, wenn es sich nur um eine vorübergehende Vermögensverschlechterung handelt (vgl. OLG Düsseldorf, MDR 2006, S. 919 Rdnr. 18 f.; MünchKommBGB/*Berger*, a. a. O., § 490 Rdnr. 17). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier jedoch nicht vor. Vielmehr war angesichts der Häufung der von dem Beklagten nicht erfüllten Verbindlichkeiten sowie der inzwischen eingeleiteten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von einer nicht nur vorübergehenden Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse auszugehen, so dass es der Zeugin T. nicht zumutbar war, dem Beklagten das Darlehen weiterhin zu belassen.

(4) Entgegen der Auffassung des Beklagten kommt es auch nicht darauf an, ob nach Beendigung der eingeleiteten Zwangsversteigerung des ihm gehörenden Grundstücks unter Berücksichtigung der vorrangigen Befriedigung der Grundpfandrechtsgläubiger mit einem Erlös zu rechnen ist, der zur Befriedigung auch des Darlehensrückzahlungsanspruchs des Klägers ausreicht. Dies wäre lediglich dann entscheidend, wenn der Rückerstattungsanspruch des Klägers durch ein Grundpfandrecht an dem dem Beklagten gehörenden Grundstück ausreichend gesichert wäre. Denn eine werthaltige Sicherheit schließt eine Gefährdung des Rückerstattungsanspruchs aus (vgl. MünchKommBGB/*Berger*, a. a. O., § 490 Rdnr. 9). Daran fehlt es hier. Die Zeugin T. gewährte dem Vater des Beklagten das Darlehen nämlich ohne Gestellung einer Sicherheit.

§§ 756, 883 ZPO; § 84 GVGA

Ein Auftrag zur Herausgabevollstreckung kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass der Gläubiger eine Zug um Zug verpflichtete Zahlung nicht vollständig und fristgemäß erbracht hat. Durch den Zeitablauf kann sich der Schuldner nicht auf das Entfallen seiner Herausgabeverpflichtung berufen.

LG Oldenburg, Beschl. v. 14. 12. 2009
– 6 T 1074/09 –

Gründe:

Der Gläubiger hat Erinnerung gegen die Zurückweisung eines Zwangsvollstreckungsauftrags durch den Gerichtsvollzieher erhoben mit dem Ziel, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, die Zwangsvollstreckung aus dem Prozessvergleich des Landgerichts Oldenburg vom 24. Juni 2009 auf Herausgabe von in einer Halle und in Geschäftsräumen befindlichen Gegenständen durchzuführen Zug um Zug gegen den vom Schuldner zu leistenden Vergleichsbetrag. Ferner wurde beantragt, dem Schuldner zu untersagen, Räumlichkeiten auf dem streitgegenständlichen Grundstück zu betreten und Geräte zu entfernen.

Hintergrund war, dass der Gläubiger im Wege der einstweiligen Verfügung eine Sicherung von Gegenständen erstrebt hatte, die sich auf dem Grundstück in B. befanden, das der Schuldner im Wege der Zwangsversteigerung erlangt hatte. Dieses Verfahren wurde am 24. Juni 2009 durch einen Prozessvergleich abgeschlossen. In diesem verpflichtete sich der Gläubiger, an den Schuldner bis zum 31. August 2009 10 000,– Euro zu zahlen Zug um Zug gegen die Herausgabe von Gegenständen, die sich in den auf dem streitgegenständlichen Grundstück befindlichen Räumlichkeiten befinden. Der Gläubiger zahlte den Betrag von 10 000,– Euro nicht bis zum 31. August 2009.

Dem Konto des Schuldners wurde ein Betrag in Höhe von 7 500,– Euro am 3. September 2009 gutgeschrieben. Der Sohn des Schuldners meldete sich am 4. September 2009, um die Übergabe des Restbetrages in Höhe von 2 500,– Euro abzustimmen. Der Schuldner war nicht bereit, die von dem Vergleich umfassten Gegenstände herauszugeben, weil der Vergleichsbetrag nicht bis zum 31. August 2009 gezahlt worden war. Der Gerichtsvollzieher wies einen sodann erteilten Vollstreckungsauftrag am 9. September 2009 mit der Begründung zurück, die Herausgabe könne er nicht vollstrecken, weil der Gläubiger die Verpflichtung zur Zahlung von 10 000,– Euro zum 31. August 2009 nicht vollständig und fristgemäß erfüllt habe.

Nachdem das Amtsgericht am 11. September 2009 ein Entfernungs- und Verfügungsverbot ausgesprochen hatte, hat es mit Beschluss vom 21. Oktober 2009 die Erinnerung des Gläubigers zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Vergleich sei keine wirksame Grundlage (mehr) für die beantragte Vollstreckung nach § 756 ZPO, da der Betrag von 10 000,– Euro nicht bis zum 31. August 2009 gezahlt wurde. Da dem Gläubiger die rechtzeitige Erbringung der Leistung unmöglich geworden sei, könne er auch nicht mehr die Herausgabevollstreckung betreiben. Dagegen wendet sich der Gläubiger mit der sofortigen Beschwerde.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere nach § 793 ZPO statthaft und fristgerecht erhoben. In der Sache hat sie teilweise Erfolg und führt zu der Anweisung an den Gerichtsvollzieher.

Der Herausgabevollstreckung steht nicht entgegen, dass die Zahlung des Betrages von 10 000,– Euro durch den Gläubiger nicht bis zum 31. August 2009 erfolgt ist. Der Text des Vergleiches vom 24. Juni 2009 lässt sowohl von seinem Wortlaut als auch von seinem Sinn her zweifelsfrei erkennen, dass der Gläubiger sich zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 10 000,– Euro verpflichten wollte und als Gegenleistung Zug um Zug die Herausgabe von Gegenständen aus den angeführten Räumen durch den Schuldner erfolgen sollte. Die Aufnahme des Datums 31. August 2009 im ersten Satz des Vergleiches begründet nur die Fälligkeit der Leistung. Denn ohne diesen Zusatz hätte der Leistungsaustausch sofort erfolgen müssen. Durch den Ablauf des 31. August 2009 entfällt die Verpflichtung des Gläubigers zur Leistung von 10 000,– Euro nicht; eine Unmöglichkeit tritt nicht ein. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, weshalb die Parteien eine Abwicklung nur bis zum 31. August 2009 hätten durchführen wollen.

Ein bestimmtes Ziel, das nur bis zu diesem Tag zu erreichen gewesen wäre, ist aus dem Gesamtzusammenhang nicht ersichtlich. Daher kann sich der Schuldner allein durch den Zeitablauf nicht auf das Entfallen seiner Herausgabeverpflichtung berufen. Für den Fall der nicht rechtzeitigen Leistung stehen einer Partei die Rechte zu, die für den Verzug im Gesetz vorgesehen sind. Danach kann eine vertraglich übernommene Verpflichtung erst entfallen, wenn eine Nachfrist wirksam gesetzt wurde, was hier offensichtlich nicht der Fall ist. Der Vergleich ist auch nicht so zu verstehen, dass der Schuldner sich nur für den Fall zur Herausgabe verpflichten wollte, dass der Gläubiger ihm zuvor einen Betrag in Höhe von 10 000,– Euro bis zum 31. August 2009 überließ. Eine solche Annahme wäre nur dann möglich, wenn die Verpflichtung zur Erbringung der einzelnen Leistungen voneinander getrennt worden wäre.

Die Formulierung „Zug um Zug“ steht einer solchen Annahme aber bereits entgegen. Außerdem ist nicht ersichtlich, weshalb eine Herausgabeverpflichtung nur für den Fall hätte begründet werden sollen, dass der Gläubiger zuvor einen Betrag von 10 000,– Euro bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Verfügung stellte. Der letzte Satz unter Ziffer 1 des Vergleichs lässt keine andere Bewertung zu. Danach kann der Gläubiger die geschuldete Abholung noch bis zum 10. September 2009 erbringen, ohne Verzugsfolgen befürchten zu müssen. Der Schuldner hätte im Fall der Nichterfüllung schon vor dem 10. September 2009 Verzugsrechte in Anspruch nehmen können.

Eine weiter gehende Anweisung an den Gerichtsvollzieher hatte nicht zu erfolgen. Denn der Gerichtsvollzieher hat zu prüfen, ob die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung in der erforderlichen Weise zur Verfügung gestellt wird und ob er sich in der Lage sieht, aufgrund des Titels und der Örtlichkeiten eine Vollstreckung nach § 883 ZPO durchzuführen. Der weiter gehende Antrag des Gläubigers im Schriftsatz vom 28. November 2009 war daher zurückzuweisen.

Grundsätzlich mögen die Parteien für den Fortgang in Erwägung ziehen, dass im Fall eines Streits über im Einzelnen herauszugebende Gegenstände der Vergleich möglicherweise keine hinreichende Vollstreckungsgrundlage bietet. Dies lässt jedoch eine schuldrechtlich begründete Verpflichtung unberührt. Im Wege der Auslegung des Vergleichs lässt sich der Umfang der Herausgabeverpflichtung ermitteln. Zur Vermeidung eines denkbaren weiteren Rechtsstreits, der mit dem Ziel der Auslegung und der Schaffung eines vollstreckungsfähigen Titels geführt werden könnte, wird den Parteien zu bedenken gegeben, ob eine einvernehmliche Verfahrensweise gerade auch aus Kostengründen nicht im Interesse beider Parteien ist.

§ 788 ZPO; § 130 GVGA

Der Gerichtsvollzieher darf einen Restbetrag aus dem Titel nur vollstrecken, wenn auch die bisherigen Vollstreckungskosten nachprüfbar belegt sind.

AG Sigmaringen, Beschl. v. 19. 10. 2007
– 1 M 1746/07 –

Gründe:

Die Weigerung des Gerichtsvollziehers, gegen den Schuldner weiter zu vollstrecken, ist berechtigt.

Der Gerichtsvollzieher hat keinen ordnungsgemäßen Auftrag, weil keine nachvollziehbare Forderungsaufstellung zugrunde liegt.

Der Gläubigervertreter hat am 1. August 2007 gegen den Schuldner beantragt, noch eine Restforderung von 86,99 Euro zuzüglich Tageszinsen zu vollstrecken. Dieser Forderungsaufstellung war eine solche vom 9. Juli 2007 an den Schuldner selbst mit der Endsumme von 62,99 Euro vorausgegangen. In der Forderungsaufstellung vom 1. August 2007 hat der Gläubigervertreter die Rechtsanwaltskosten und -auslagen für diesen Antrag in Höhe von 24,– Euro hinzugefügt.

Allerdings ist es dem Gerichtsvollzieher nicht möglich, zu überprüfen, ob die Endsumme tatsächlich vollstreckbar ist, weil die Vollstreckung seit dem 9. Januar 2002 (Vollstreckungsbescheid über 1 016,47 DM) läuft. Das vom Gläubigervertreter für die Berechnung der Endforderung verwendete Computerprogramm, das seinem Vollstreckungsauftrag vom 1. August 2007 zugrunde liegt, ist nicht nachvollziehbar, ohne dass es erläutert würde. Insbesondere ist das Gericht der Auffassung, dass es sehr wohl Aufgabe des Gläubigers ist, darzulegen, welche Kosten der Vollstreckung aus welchen Gründen geltend gemacht werden. § 130 Nummer 3 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher sieht gerade für solche Fälle vor, dass der Gerichtsvollzieher vom Gläubiger eine Berechnung des Guthabens verlangen kann, weil zahlreiche Posten mit verschiedenem Zinsablauf und mit Abschlagszahlungen und zahlreiche verschiedene Vollstreckungskosten geltend gemacht werden. Rationalisierungsmaßnahmen bei der Kontoführung des Gläubigers dürfen nicht dazu führen, dass die Arbeit des Vollstreckungsorgans erheblich erschwert wird (*Stöber*, Forderungspfändung, 14. Aufl. 2005, Rdnr. 564). Die Abrechnung des Gläubigers muss rechnerisch nachprüfbar sein und angeben, inwieweit Vollstreckungskosten erstattungsfähig sind; ist dies nicht der Fall, muss der Antrag – wie vom Gerichtsvollzieher geschehen – beanstandet werden (*Stöber*, a. a. O. Rdnr. 464).

Bei dieser Darlegung und Glaubhaftmachung zu § 788 ZPO handelt es sich nicht um eine Frage der Verrechnung; denn auch nach der Entscheidung des LG Essen (DGVZ 1992, S. 172) ist Voraussetzung der Tilgung durch Verrechnung, dass die Vollstreckungskostenforderung berechtigt ist (LG Münster, DGVZ 1992, S. 1719).

Da der Gläubigervertreter die Erstattungsfähigkeit der in der Abrechnung dargelegten Kosten nicht glaubhaft gemacht hat, ist der Gerichtsvollzieher derzeit zu weiteren Vollstreckungshandlungen nicht verpflichtet (*Musielak*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2004, Rdnr. 20 zu § 788).

■ BUCHBESPRECHUNG

***Kayser* – Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht**

2. Auflage 2010, 424 Seiten gebunden, 69,– Euro; ISBN 978-3-452-27157-0, Carl Heymann Verlag (Wolters Kluwer Deutschland).

Prof. Dr. *Godehard Kayser*, Richter am BGH, gibt in der 4. Auflage einen systematisierten Band zur höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht mit den Schwerpunkten „Unternehmensinsolvenz" und „Insolvenzanfechtung" heraus. Er ist selbst Mitglied des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH, dessen Entscheidungen im Mittelpunkt des Buches stehen. Eingearbeitet sind aber auch die gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen, die der II. Zivilsenat behandelt. Mit Stand vom Sommer 2009 werden Kernaussagen der höchstgerichtlichen Entscheidungen zu Leitsätzen zusammengefasst. Eine Struktur bekommt das Buch durch seine lehrbuchartige Gliederung. Soweit vom BGH jemals behandelt, folgt die Übersicht den Verfahrensschritten der InsO. Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Fälle werden kurz dargestellt. Bereits hieraus wird ersichtlich, dass selbstverständlich nur die an den BGH geratenen Rechtsstreitigkeiten Erwähnung finden. Daher ersetzt das Buch keinesfalls ein systematisches Lehrbuch oder einen Kommentar zur InsO. Letztendlich handelt es sich um eine Sammlung von Einzelfallentscheidungen, die mit diesem Werk systematisiert werden sollen. Die Grundgedanken der InsO und deren Auslegungsregeln erschließen sich hieraus nicht ohne Weiteres. Weiterhin ungeklärte Rechtsfragen bleiben offen, worauf der Autor vereinzelt auch hinweist.

Behandelt werden die Fragen der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung und am Rande die Auswirkungen der Rückschlagsperre des § 88 InsO. Beim Studium wird klar, wie umfangreich bereits die Rechtsprechung geworden ist, behandelt sie doch die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, Sicherungsmaßnahmen, die Wirkung der Insolvenzeröffnung, das rechtliche Schicksal von Verträgen nach Insolvenzeröffnung, die Abgrenzung zwischen Masseverbindlichkeiten und Insolvenzforderungen, die Prozessverfahrensunterbrechungen sowie Aus- und Absonderungsrechte. Mehr als ein Drittel des Umfangs des Buches nimmt die Insolvenzanfechtung ein. Für die Leser dieser Zeitschrift immer wieder interessant ist die Nahtstelle zwischen Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenzverfahren. Gerade bei der Insolvenzanfechtung wird die Befugnis des Gläubigers zur zwangsweisen Durchsetzung seiner Ansprüche durch das Anfechtungsrecht hinter den Schutz der Gläubigergesamtheit zurückgestellt und damit das Prioritätsprinzip durchbrochen. Sowohl in der Vergangenheit als auch für die Zukunft waren viele strittige Auslegungsfragen vorhanden, die Fülle der auch nach Erscheinen des Buches gerade zur Vorsatzanfechtung ergangenen Rechtsprechung zeigt die Komplexität der Materie. Bedeutsam: eine Vorpfändung ist nicht anfechtungsfest, wenn der Pfüb erst im Anfechtungszeitraum zugestellt wird. Jedoch werden auch Anleihen an die Rechtsprechung zum Zwangsvollstreckungsrecht genommen: eine Zahlung des Schuldners aus Kontoüberziehung ist anfechtbar, wenn der Überziehungskredit für einen Gläubiger pfändbar gewesen wäre. Nur an wenigen Stellen werden kritische Anmerkungen zu bisherigen Entscheidungen zitiert. Verdienstvoll wird die Sensibilität für anfechtungsrechtliche Sachverhalte erhöht. Weiterhin behandelt werden gesellschaftsrechtliche Fragen wie Einlagenrückgewähr, Eigenkapitalersatz und Geschäftsführerhaftung. Bemerkenswert spärlich ist bislang die Rechtsprechung zum Insolvenzplan. Zu loben ist die klare Gliederung, eine durchlaufende Randnummerierung erleichtert die Zitierbarkeit. In Fußnoten ist die einschlägige BGH-Entscheidung und deren Veröffentlichung in insolvenzrechtlichen Zeitschriften genannt. Empfohlen wird das Buch daher als ergänzendes Lehrbuch und Nachschlagewerk für Richter, Rechtspfleger, Rechtsanwälte und alle mit der Insolvenzmaterie befassten und an ihr interessierten Personen.

Stefan Mroß

■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

Graf-Schlicker, Marie-Luise: *„Obligatorische vorgerichtliche Streitbeilegung und Mediation."* In: Schiedsamtszeitung. 2009, 12. S. 268–271.

Helwich, Günther: *„Immobiliarvollstreckung in der Praxis – systematische Übersicht der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. T. 7: Die Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren."* In: Das juristische Büro. 2009, 11. S. 570–574.

Hess, Burkhard: *„Europäisches Zivilprozessrecht – ein Lehrbuch."* – Heidelberg – C.F. Müller, 2010. – XXXII, 752 S. – (lus Communitatis – lus Com) – 978-3-8114-3304-5 – 128,– Euro.

Hintzen, Udo. *„Die Entwicklung im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht seit 2008 – im Anschluss an den Beitrag in Rpfleger 2007, 642 ff."* In: Rpfleger, 2009, 12. S. 659–673.

Keller, Ulrich: *„Grundprinzipien der Zwangsverwaltung im Spannungsfeld zwischen Einzelzwangsvollstreckung, Gesamtvollstreckung und Mieterschutz."* In: NZI. 2009, 15. S. 745–751.

Kloppert, Heinz-Detlef: *„Die Zwangsvollstreckung aus einem beim Schiedsamt geschlossenen Vergleich."* In: Schiedsamtszeitung. 2009, 11. S. 241–245.

Lorse, Jürgen: *„Reform des Laufbahnrechts in Bayern – mehr Leistung oder mehr Nivellierung im bayerischen Staatsdienst?"* In: Zeitschrift für Beamtenrecht. 2009, 11. S. 368–381.

Salten, Uwe: *„Gerichtliches Mahnverfahren und Zwangsvollstreckung/von Uwe Salten; Karsten Gräve."* – 4., [neu bearb.] Aufl. – Köln – Schmidt, 2009. – XXI, 338 S. – 978-3-504-47944-2 – 44,80 Euro.

Schröder, Kirsten: *„Die SCHUFA im Gesetz über das Pfändungsschutzkonto – Kontopfändungsschutz: Verabschiedet und reparaturbedürftig."* In: ZVI. 2009, 10. S. 400–404.

Schulte-Bundert, Kai: *„Die Vollstreckung von verfahrensabschließenden Entscheidungen nach §§ 86 f. FamFG. T. 2."* In: Familie und Recht. 2209, 11. S. 616–619.

Schulz, Dietmar: *„Zahlungsunfähigkeit und ernsthaftes Einfordern – zugleich Besprechung BGH vom 14. Mai 2009 – IX ZR 63/08, ZIP 2009, 1235."* In: ZIP. 2009, 48. S. 2281–2284.

Ulbrich, Katja: *„Die Pfändung von Arbeitseinkommen aus Sicht des Drittschuldners."* In: Das juristische Büro. 2009, 10. S. 509–515.

Wischemeyer, Markus: *„Freigabe einer selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Absatz 2 InsO – Praxisfragen und Lösungswege."* In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht. 2009, 46. S. 2121–2131.

HERAUSGEBER:
Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGVB) – www.dgvb.de – 14089 Berlin, Kladower Damm 21 D. **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 40,– € 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 Grit Wenig, Montanstraße 6, 13407 Berlin, Telefon (030) 4 64 45 48, Telefax (030) 41 40 46 41, E-Mail: Grit.Wenig@web.de.

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

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: info@dgvz.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. Januar 2010 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in der Fassung vom 1. Januar 2010.