

99. 1. Ist das Rechtsverhältnis des Gerichtsvollziehers zu dem ihn mit der Vornahme einer Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger ausschließlich nach dessen Eigenschaft als Staatsbeamter oder nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurteilen?
2. Anwendbarkeit der nach dem Beginne des Prozeßes erlassenen Prozeßgesetze auf die späteren Prozeßhandlungen.

Bereinigte Civilsenate. Beschl. v. 10. Juni 1886 i. S. R. (Rl.)
w. R. (Bekl.) Rep. IV. 232/85.

¹ Büchelt, Bd. 2 S. 228; Hebel, Bd. 1 S. 369.

I. Landgericht Landsberg a./W.

II. Kammergericht Berlin.

Aus den Gründen:

„Der Kläger hat dem Beklagten den Auftrag erteilt, wegen einer ihm gegen die Ehefrau K. zustehenden Forderung die Zwangsvollstreckung zu vollziehen. Da er seiner Behauptung nach infolge des vertrags- und pflichtwidrigen Verhaltens des Beklagten bei Ausführung dieses Auftrages Befriedigung wegen dieser Forderung nicht erhalten hat, fordert er Erstattung dieses Betrages von dem Beklagten. Nachdem der Beklagte vom Landgerichte zu Landsberg a. W. nach dem Klageantrage verurteilt worden, ist die Klage auf die Berufung des Beklagten durch das Urteil des Kammergerichtes zu Berlin vom 22. April 1885 abgewiesen. Das Berufungsgericht nimmt zwar an, daß der Beklagte bei Ausführung des ihm vom Kläger erteilten Auftrages ein grobes Versehen begangen habe, ist jedoch der Ansicht, daß die Vertretungspflicht des Beklagten dem Kläger gegenüber sich nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der §§. 88 flg. A.L.R. II. 10 richte, folgeweise nur eine subsidiäre sei, der Kläger aber die Mittel, welche zu seiner Befriedigung führen können, noch nicht erschöpft habe.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Revision eingelegt.

Der vierte Civilsenat des Reichsgerichtes, festhaltend an den von ihm in dem Urteile vom 17. September 1883,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 233, ausgesprochenen Grundsätzen, daß die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers auch dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber ausschließlich nach dessen Eigenschaft als Staatsbeamter zu beurteilen, derselbe daher in Ansehung der Regreßverbindlichkeit aus Amtshandlungen unter den Schutz des §. 91 A.L.R. II. 10 zu stellen sei, war nach Verhandlung der Revision am 3. Dezember 1885 der Ansicht, daß die Revision zurückzuweisen sei, erachtete sich jedoch verhindert, dieses durch Urteil auszusprechen, weil in einem vom dritten Civilsenate am 5. Juni 1883 erlassenen Urteile,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 9 S. 361, angenommen worden, daß der Gerichtsvollzieher als Beauftragter des Gläubigers anzusehen sei und als solcher nach den Regeln vom Auftrage für seine Handlungen und Unterlassungen bei Ausführung des ihm erteilten Auftrages zur Vornahme einer Zwangsvollstreckung hafte.

Der vierte Civilsenat verwies daher durch Beschluß vom 3. Dezember 1885 in Gemäßheit der Vorschrift in §. 137 G.B.G. die Verhandlung und Entscheidung der Sache vor die vereinigten Civilsenate, indem er die streitige Rechtsfrage dahin formulierte:

„Haftet der Gerichtsvollzieher für den Schaden, welchen er durch vertretbares Versehen bei Ausführung eines Zwangsvollstreckungsauftrages dem Gläubiger verursacht, als Beamter, also im Geltungsbereiche der §§. 88 flg. A.L.R. II. 10 subsidiär, oder civilrechtlich als Beauftragter?“

Daß die Voraussetzungen der Verweisung der Sache vor die vereinigten Civilsenate gegeben seien, kann nach dem Inhalte der erwähnten Urtheile des dritten und vierten Civilsenates und nach dem von dem letzteren in der vorliegenden Sache gefaßten Beschlusse einem Zweifel nicht unterliegen.

Die Frage, ob auf den vorliegenden Konfliktfall die Vorschriften des Gesetzes, betr. Abänderung des §. 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 17. März 1886 Anwendung finden, über die streitige Rechtsfrage also ohne vorgängige mündliche Verhandlung zu entscheiden sei, war zu bejahen.

Durch das Gesetz vom 17. März 1886 ist der §. 137 G.B.G. vom 27. Januar 1877 aufgehoben und durch die in jenem enthaltenen Bestimmungen ersetzt. Prozeßgesetze sind der Regel nach sofort anwendbar; der nach dem Beginne des Prozesses eintretende Wechsel des Gesetzes hat die sofortige Anwendbarkeit des neuen Rechtes auf alle zukünftigen Handlungen und Vorgänge zur Folge, soweit nicht reine Rechtswirkungen der vergangenen Handlungen in Frage kommen.¹ Die in dem Gesetze vom 17. März 1886 enthaltenen Vorschriften über das Verfahren zur Ausgleichung der zwischen mehreren Civilsenaten des Reichsgerichtes bestehenden Meinungsverschiedenheit über dieselbe Rechtsfrage sind daher für alle nach dem Inkrafttreten des Gesetzes abzugebenden Entscheidungen derartiger Konfliktfälle maßgebend. Die Anwendbarkeit des neuen Gesetzes wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß durch den auf Grund des damals geltenden §. 137 G.B.G. vom 27. Januar 1877 gefaßten Beschluß des vierten Civilsenates vom 3. Dezember 1885 die Verhandlung und Entscheidung der rubrizierten

¹ Vgl. Wach, Handbuch des Civilprozeßes Bd. 1 S. 210.

Sache vor die vereinigten Civilsenate verwiesen worden ist. Denn dieser Beschluß hat nicht die Bedeutung einer, prozessualische Rechte der Parteien begründenden Entscheidung, sodasß die Parteien das Recht erworben hätten, daß ihre Sache vor den vereinigten Civilsenaten verhandelt und von diesen entschieden würde, und ebensowenig ist durch jenen Beschluß eine Rechtshängigkeit der Sache vor den vereinigten Civilsenaten begründet. Der Zweck der Vorschriften in §. 137 G.B.G., wie in dem Gesetze vom 17. März 1886, ist vielmehr, die aus der Verschiedenheit der Entscheidungen der verschiedenen Senate des Reichsgerichtes über dieselbe Rechtsfrage entstehenden Unzuträglichkeiten zu verhüten und das Verfahren zur Ausgleichung dieser Meinungsverschiedenheiten zu regeln. Für die Frage, auf welche Weise und in welchem Verfahren die Ausgleichung solcher Meinungsverschiedenheiten zu erfolgen habe, sind diejenigen gesetzlichen Vorschriften maßgebend, welche zu der Zeit in Geltung sind, zu welcher diese Ausgleichung erfolgt, gegenwärtig also die Vorschriften des Gesetzes vom 17. März 1886. Die Verweisung der Sache vor die vereinigten Civilsenate ist durch diese Vorschriften in ihrer Wirkung von selbst modifiziert, und es kann ohne weiteres das in diesen geregelte Verfahren zur Anwendung gebracht werden, weil in dem Verweisungsbeschlusse vom 3. Dezember 1885 die streitige Rechtsfrage, über welche die Entscheidung der vereinigten Civilsenate einzuholen ist, formuliert ist. —

Nachdem beschlossen worden, die zu entscheidende streitige Rechtsfrage, abweichend von der oben erwähnten Formulierung in dem Verweisungsbeschlusse, dahin zu fassen:

„Haftet der Gerichtsvollzieher für den Schaden, welchen er durch vertretbares Versehen bei Ausführung eines Zwangsvollstreckungsauftrages dem Gläubiger verursacht, im Geltungsgebiete der §§. 88 flg. A.L.R. II. 10 nur subsidiär?“

wurde dieselbe aus folgenden Erwägungen verneint.

Daß der Gerichtsvollzieher die Eigenschaft eines öffentlichen Beamten, eines Staatsbeamten, hat, kann nach den Vorschriften der Reichs- und Landesgesetze nicht zweifelhaft sein (vgl. §§. 155. 156 G.B.G., §. 73 des preuß. Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 24. April 1878, §§. 13. 14. 15. 16. 27 flg. der Gerichtsvollzieherordnung vom 14. Juli 1879 und §§. 13. 14. 15. 27. 28. 29 vom 23. Februar 1885). Wäre diese Eigenschaft des Gerichtsvollziehers für

das Rechtsverhältnis desselben zu dem ihn mit der Vornahme einer Amtshandlung, insbesondere einer Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger allein maßgebend, so könnte es im Geltungsgebiete der von den Rechten und Pflichten der Staatsdiener handelnden Vorschriften der §§. 85 flg. A. O. R. II. 10 einem Bedenken nicht unterliegen, daß der Gerichtsvollzieher für den durch vertretbares Versehen bei Ausführung eines Zwangsvollstreckungsauftrages dem Gläubiger verursachten Schaden in Gemäßheit der Bestimmung in §. 91 A. O. R. II. 10 nur dann hafte, wenn kein anderes gesetzliches Mittel, wodurch den nachteiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist.

Die Ansicht, daß die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers auch dem Gläubiger gegenüber ausschließlich nach dessen Eigenschaft als Staatsbeamter zu beurteilen sei, kann jedoch für zutreffend nicht erachtet werden, weil durch die Civilprozeßordnung das Rechtsverhältnis des Gerichtsvollziehers zu dem ihn mit der Vornahme der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger nach den Grundsätzen des Mandates gesetzlich geregelt, der Gerichtsvollzieher im Verhältnisse zu dem ihn beauftragenden Gläubiger die Stellung eines Mandatares hat, und daher auch seine Vertretungspflicht nach den für das Mandat bestehenden Rechtsnormen sich richtet.

Die Civilprozeßordnung¹ spricht überall, wo von dem Verhältnisse des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger die Rede ist, von einem „Auftrage“ des Gläubigers, bezeichnet den Gerichtsvollzieher als „den Beauftragten des Gläubigers“ und diesen letzteren als den „Auftraggeber“ (vgl. §§. 674. 675. 676. 677. 727. 747. 152 flg.)

Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber den ein bestimmtes civilrechtliches Verhältniß bezeichnenden Ausdruck „Auftrag“, „beauftragen“ und nur diesen gebraucht haben würde, wenn er nicht hätte zum Ausdrucke bringen wollen, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger nach diesen Grundsätzen zu beurteilen sei, sondern wenn er lediglich hätte aussprechen

¹ Ebenso die preussische Gerichtsvollzieherordnung vom 14. Juli 1879 (vgl. z. B. §§. 23. 34. 35. 36), die Geschäftsantweisung für die Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879 (vgl. z. B. §§. 2. 3. 4. 5. 6. 20. 21. 49 2c) und die Gerichtsvollzieherordnung vom 23. Februar 1885. D. C.

wollen, daß der mit der Vornahme der Zwangsvollstreckung vom Gesetze betraute Beamte, der Gerichtsvollzieher, nur auf „Antrag, Anrufen, Ansuchen“ einer Partei zur Vollziehung der Zwangsvollstreckung schreiten dürfe, und daß es neben diesem Anrufen der Partei einer Verfügung des Gerichtes nicht bedürfe, daß also der Ausdruck „Auftrag“ im Sinne von „Antrag“ gebraucht sei. Wäre es die Absicht gewesen, nur dieses letztere auszusprechen, so würde der Gesetzgeber ohne Zweifel den dann bezeichnenden und klaren Ausdruck „Antrag“, den er überall auch da gebraucht, wo das Gericht nicht von Amts wegen, sondern nur auf Anrufen der Partei thätig wird, oder den Ausdruck „auf Ansuchen“ gewählt haben, nicht aber den für diesen Fall unpassenden Ausdruck „Auftrag“.

Der „Auftrag des Gläubigers“ zur Vornahme der Zwangsvollstreckung wird also mit klaren Worten im Gesetze als die Voraussetzung und die Grundlage der Thätigkeit des Gerichtsvollziehers hingestellt. Soweit es die Durchführung der Zwangsvollstreckung erfordert, ist aber auch in der Civilprozeßordnung das Rechtsverhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger nach den Grundsätzen des Mandates geregelt, und es sind die aus der Zugrundelegung dieses Rechtsverhältnisses sich ergebenden Konsequenzen gezogen.

Wie der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nur auf Grund eines ihm von dem Gläubiger (welcher unter den mehreren für einen Bezirk angestellten und zuständigen Gerichtsvollziehern die Wahl hat¹) unter Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels erteilten Auftrages beginnen kann, so muß er dieselbe gänzlich oder einseitig einstellen oder beschränken, sobald der Gläubiger den Auftrag zurücknimmt oder beschränkt; der Gerichtsvollzieher ist überhaupt bezüglich der Art der Zwangsvollstreckung an die Weisungen des Gläubigers gebunden, soweit dieselben mit den gesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung und mit dem Inhalte des Vollstreckungstitels nicht in Widerspruch stehen (vgl. §. 685 C. P. O.).

Nach den §§. 675, 676 C. P. O., welche den Umfang der aus dem Auftrage des Gläubigers fließenden Befugnisse des Gerichtsvollziehers regeln, ist der Gerichtsvollzieher, welcher mit der Zwangsvollstreckung

¹ Gerichtsvollzieherordnung §§. 16, 17.

D. C.

beauftragt ist, legitimiert, Zahlungen und sonstige Leistungen des Schuldners in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren, auch dem Schuldner den Schuldbittel auszuhändigen. Der Schuldner wird durch die an den Gerichtsvollzieher geleistete Zahlung liberiert, eine Nachlässigkeit oder Unredlichkeit des Gerichtsvollziehers in Ablieferung des empfangenen Geldes *z* geht auf Gefahr des Gläubigers. Ebenso gilt die Wegnahme gepfändeten Geldes, sowie die Empfangnahme des Erlöses aus der Versteigerung gepfändeter Sachen durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung vonseiten des Schuldners (vgl. §§. 716. 720 C.P.O.). Der Schuldner wird durch die Wegnahme des Geldes und durch die Empfangnahme des Versteigerungserlöses vonseiten des Gerichtsvollziehers bis zur Höhe des weggenommenen, bzw. in Empfang genommenen Betrages ohne weiteres liberiert.

Diese Vorschriften erscheinen gerechtfertigt, wenn man den Gerichtsvollzieher als den Mandatar des Gläubigers, für welchen und in dessen Auftrage er die Zwangsvollstreckung vornimmt, ansieht, wogegen dieselben nicht motiviert erscheinen würden, wenn man davon ausgeht, daß der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren lediglich der auf Anrufen, auf Antrag der Partei thätig gewordene Beamte sei, wenn man im Verhältnisse zum Gläubiger jedes civilrechtliche Rechtsverhältnis, namentlich jede Vertretung des Gläubigers ausschließt. Übrigens ergeben auch die Verhandlungen über §. 665 des Entwurfes (§. 716 C.P.O.), daß es die Absicht der Regierung, wie der Justizkommission war, damit zum Ausdruck zu bringen, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar des Gläubigers sei. Als beantragt wurde, in §. 665 die Worte „die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung vonseiten des Schuldners“ und in §. 669 des Entwurfes (§. 720 des Gesetzes) die Worte „die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung vonseiten des Schuldners“ zu streichen, erklärte sich der Regierungskommissär gegen diesen Antrag und bemerkte dabei, „der Entwurf habe zum Ausdruck bringen wollen, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar des Gläubigers sei.“ Nachdem von verschiedenen Seiten Widerspruch gegen diesen Antrag erhoben worden war, wurde derselbe zurückgezogen (vgl. Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 842).

Der Gläubiger kann die dem Gerichtsvollzieher nach §. 675 gegebene gesetzliche Vollmacht im Verhältnisse zum Gerichtsvollzieher

beschränken, bezw. beseitigen, indem er ihm die in §. 675 a. a. D. erwähnten Handlungen untersagt, wogegen allerdings dem Schuldner und Dritten gegenüber eine solche Beschränkung der Vollmacht unwirksam ist (§. 676).

Nach §. 709 a. a. D. erwirbt ferner der Gläubiger durch die Pfändung des Gerichtsvollziehers ein Pfandrecht an den gepfändeten Sachen.

Der Gerichtsvollzieher hat, weil er Beauftragter des Gläubigers ist, gegen diesen als seinen Auftraggeber einen Anspruch auf Zahlung der gesetzlichen Gebühren und Auslagen, und kann die Übernahme eines Geschäftes von der Zahlung eines zur Deckung der baren Auslagen und des vermutlichen Betrages der Gebühren hinreichenden Vorschusses abhängig machen (vgl. Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878 §§. 18. 19).

Der Gläubiger ist für die Ausführung des dem Gerichtsvollzieher erteilten Auftrages, für den durch die von ihm vorgenommenen Handlungen Dritten verursachten Schaden unter Umständen verantwortlich (vgl. Motive zu §§. 623 flg. des Entwurfes, Hahn, a. a. D. S. 440).¹

Diese Auffassung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung findet auch Bestätigung in den Motiven zum Entwurfe der Zivilprozeßordnung, sowie in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

In den Motiven (vgl. Hahn, Materialien zur C.P.D. Bd. 1 S. 220. 420. 440 flg.) wird zum Ausdruck gebracht, daß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger, für welchen und in dessen Auftrage er die Zwangsvollstreckung vollzieht, durch die Erteilung des Auftrages ein Mandatsverhältnis begründet werde. Denn die Gerichtsvollzieher werden nicht allein als „Beauftragte“ der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen, bezeichnet, sondern es wird auch hervorgehoben, daß der Umfang der aus dem Auftrage fließenden Befugnisse der Gerichtsvollzieher analog demjenigen des Prozeßbevollmächtigten mit Berücksichtigung der veränderten Sachlage bestimmt sei, daß die von dem Amte des Gerichtsvollziehers nicht zu trennende Befugnis der Pfändung und der Wegnahme gepfändeter Sachen den Gläubiger, in dessen Auftrage und zu dessen Vorteile

¹ Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd. 14 S. 364.

dieselbe ausgeführt werde, einer gewissen Verantwortlichkeit aussetze, daß die Wirksamkeit des Auftrages ebensowenig wie bei der Prozeßvollmacht von der Beobachtung einer gewissen Form abhängig gemacht sei; daß die Gerichtsvollzieher die ihnen von den Prozeßparteien erteilten Aufträge selbständig nach den Vorschriften des Gesetzes unter eigener Prüfung ihrer Zulässigkeit und eigener unmittelbarer Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber auszuführen haben.

Was aber die Entstehungsgeschichte des Gesetzes betrifft,

vgl. Hahn, a. a. O. Bd. 1 S. 156 fg.,

so hat bekanntlich das Institut der Gerichtsvollzieher seinen Ursprung in Frankreich, ist unter der napoleonischen Herrschaft in den Rheinlanden eingeführt und hat in neuerer Zeit in Hannover und Bayern, in den neueren Prozeßgesetzentwürfen und in den jetzt geltenden deutschen Justizgesetzen Eingang gefunden. Wenn auch nach diesen letzteren, sowie nach der hannoverschen bürgerlichen Prozeßordnung und den neueren Prozeßgesetzentwürfen der Umfang der Thätigkeit und der Befugnisse der Gerichtsvollzieher im Verhältnisse zu der Stellung, welche sie nach dem französisch-rheinischen Verfahren und nach den Vorschriften der bayerischen Prozeßordnung von 1869 einnehmen, ein erheblich beschränkterer ist, so bestehen doch bezüglich der zur Zeit nur interessierenden Frage über das Verhältniß des Gerichtsvollziehers zu der seine Thätigkeit bei der Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmenden Partei und insbesondere über die bezüglich seiner Haftbarkeit für Verfehen gegenüber dem Gläubiger maßgebenden Grundsätze dieselben Voraussetzungen und Verhältnisse. In allen den Ländern, in welchen das Institut der Gerichtsvollzieher bestanden hat, hatte derselbe eine Doppelstellung, er war zugleich öffentlicher Beamter und Mandatar der betreibenden Partei, sein Rechtsverhältniß zu der letzteren wurde überall nach den Grundsätzen des Mandates beurteilt.¹ An diese

¹ Dalloz, Jurispr. générale tom. 27 s. v. „Huissiers“ namentlich 14 fg. 35 fg. 97 fg. tom. 39 s. v. „Responsabilité“ 469 fg. 485. s. v. „Officiers publics“ 17. 19; Sirey, Les codes annotés, Code civil Art. 1984 Nr. 15. 24, Art. 1985 Nr. 13, Art. 1986 Nr. 6; Laurent, Principes de droit civil français XX S. 539; Weiß, Handbuch für Huissiers S. 24 S. 62. Bayerische Gerichtsvollzieherordnung vom 15. Mai 1870 S. 1 (J.M.Bl. 1870 S. 77 fg.). Civilprozeßordnung 1869 §§. 837. 838; Wernz, Kommentar zur Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten S. 638. 128. Sammlung der Entscheidungen des obersten Ge-

Entwicklung des Institutes hat die Civilprozeßordnung sich angeschlossen und ebenfalls dem Gerichtsvollzieher diese Doppelstellung gegeben.

Ist also in der Civilprozeßordnung nach deren klarem Wortlaute das Rechtsverhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger nicht allein als ein Auftragsverhältnis bezeichnet, sondern dieses Rechtsverhältnis auch in einer Reihe wichtiger Beziehungen unter Zugrundelegung dieser Aufassung gesetzlich geregelt, so muß daraus auch gefolgert werden, daß für die Haftbarkeit des Gerichtsvollziehers die Grundsätze vom Mandate maßgebend seien, sofern es sich um einen dem Gläubiger durch Nichtausführung oder nicht gehörige Ausführung des dem Gerichtsvollzieher erteilten Auftrages zur Vornahme der Zwangsvollstreckung verursachten Schaden handelt.¹ Der Gerichtsvollzieher kann allerdings auch in seiner Eigenschaft als Beamter für begangene Versehen sich verantwortlich

richtshofes für Bayern Bd. 3 S. 146, Bd. 4 S. 529, Bd. 6 S. 191. Hannoverische bürgerliche Prozeßordnung 1850 §§. 531. 532. Motive zu §. 532; Leonhardt, Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover Bd. 2 S. 353. Hannoverischer Entwurf §. 112. Protokolle S. 217. 1132. 4157 fig. 4989. Norddeutscher Entwurf. D. E.

¹ Für diese Ansicht haben sich die Kommentatoren der Civilprozeßordnung ausgesprochen, namentlich Struckmann und Koch, 4. Aufl. S. 722; v. Wil-mowski und Levy, §. 674 Note 3 und Jurist. Wochenschrift 1884 S. 243; Gaupp, Bd. 3 S. 182; Endemann, Bd. 3 S. 154; Seuffert, §. 674 S. 753; Peterfen, S. 945; Hellmann, Bd. 2 S. 43; Sarwey, Bd. 2 S. 132; ferner Mandry, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 341 Note 18; Wach, Vor-träge S. 239, vgl. jedoch Handbuch des Civilprozeßes Bd. 1 S. 322 Note 28; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 941, vgl. jedoch Pandekten Bd. 1 S. 286; Fitting, Reichscivilprozeß §. 20 II; Schulze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung S. 50 fig. 69; Seuffert in Busch, Zeitschrift für Civil-prozeß Bd. 18 S. 190; Weißmann, Hauptintervention S. 41 fig.; Jastrow im Archiv für civilistische Praxis Bd. 68 S. 358; Westerburg in Gruchot, Bei-träge Bd. 23 S. 878. Gegen dieselbe haben sich erklärt: Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 353. 354; Wunjen, Lehre von der Zwangsvoll-streckung §. 26; Meßel in Gruchot, Beiträge Bd. 28 S. 83 fig.; Arsch und Fischer, Das preussische Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 604; Rehbein, Entsch. des Obertrib. Bd. 1 S. 675; M. S. R. Bd. 1 S. 75; v. Schrutka-Rechtenstamm in Grünhut, Zeitschrift Bd. 13 S. 567; Voß in Gruchot, Beiträge Bd. 23 S. 243. Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 37 N. 281. 358; Wengler, Archiv N. F. Bd. 4 S. 472; Annalen Bd. 6 S. 336.

D. E.

machen, und haftet dann nach den für diese Fälle geltenden Normen. Allein im Verhältnisse zu dem ihn mit Vornahme der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger bleibt das Mandatsverhältnis das entscheidende Moment für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gerichtsvollzieher für den durch vertretbares Versehen bei Ausführung des erhaltenen Auftrages diesem verursachten Schaden haftet. Auch im Geltungsgebiete der Vorschriften der §§. 85 flg. N.O.R. II. 10 haftet der Gerichtsvollzieher daher für diesen Schaden nicht nur subsidiär.

Übrigens folgt daraus, daß der Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung bei Vollziehung der Zwangsvollstreckung als Beauftragter des Gläubigers anzusehen ist, nicht, daß er unbeschränkt als dessen Vertreter handele. In der Civilprozeßordnung ist bestimmt, in welchem Umfange der Gerichtsvollzieher durch den Auftrag der Partei zu deren Vertretung legitimiert wird; darüber hinaus hat er eine Vertretungsbefugnis kraft des Gesetzes nicht.¹

Die gegen diese Auffassung der Vorschriften der Civilprozeßordnung geltend gemachten Gründe können nicht für zutreffend erachtet werden. Insbesondere ist zunächst die Annahme nicht gerechtfertigt, daß durch die Eigenschaft des Gerichtsvollziehers als eines öffentlichen Beamten ein Mandatsverhältnis zu dem ihn mit der Vornahme einer Amtshandlung, insbesondere einer Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger ausgeschlossen werde. Es kann vielmehr sehr wohl der Gerichtsvollzieher zugleich als Vollstreckungsbeamter öffentlicher Beamter und Mandatar der Partei sein, wie denn auch eine solche Doppelstellung nicht allein zweifellos bei anderen Beamten vorkommt, sondern den Gerichtsvollziehern überall da beigelegt ist, wo dieses Institut seit längerer Zeit bestanden hat. Es werden nur die Grundsätze über das Mandat in einzelnen Beziehungen Modifikationen erleiden müssen, soweit solche durch das öffentliche Amt des Gerichtsvollziehers und die rechtlichen Normen über den Gegenstand, das Maß und die Form der Zwangsvollstreckung erforderlich erscheinen. Dahin gehört namentlich, daß es nicht von dem freien Willen des Gerichtsvollziehers abhängt, ob er einen von der Partei ihm erteilten Auftrag annehmen oder ablehnen will, sondern daß er nach dem Gesetze verpflichtet ist, die ihm erteilten Aufträge anzunehmen und nach den gesetzlichen Vorschriften

¹ Vgl. Entsch. des R.O.'s in Civilf. Bd. 9 S. 361.

bezw. nach den Anweisungen des Auftraggebers auszuführen, sofern nicht einer der gesetzlichen Gründe vorliegt, welche ihn zur Ablehnung des Auftrages verpflichten oder berechtigen. Es folgt hieraus aber keineswegs, daß die Anwendung der Grundsätze vom Mandat für die Beurteilung des Verhältnisses des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger überhaupt ausgeschlossen sei. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß die Parteien die Zwangsvollstreckung nur durch bestimmte, für einen gewissen Bezirk zuständige Beamte vornehmen lassen können, so müssen selbstredend diese Beamten gesetzlich verpflichtet werden, die ihnen erteilten Aufträge, sofern sie nach den gesetzlichen Bestimmungen zulässig und nicht besondere, in ihrer Person liegende Hindernisse vorhanden sind, anzunehmen. Damit ist jedoch der Wille des Gerichtsvollziehers mit dem Gläubiger, welcher ihn beauftragt, in ein Vertragsverhältnis zu treten, nicht ausgeschlossen. Der Gerichtsvollzieher will, indem er den ihm erteilten Auftrag ausführt, allerdings eine Amtshandlung vornehmen, er will dieses aber als Beauftragter des Gläubigers, weil das Gesetz ihn verpflichtet, als Beauftragter des Gläubigers als Vollstreckungsbeamter thätig zu werden.

Es kann ferner der Ansicht nicht beigetreten werden, daß die oben hervorgehobenen Vorschriften der Civilprozeßordnung nur civilrechtliche Konsequenzen aus dem der Prozeßordnung zu Grunde liegenden Prinzipie der Prozeßleitung durch die Parteien seien, welche die Eigenschaft und die Stellung, die der Gerichtsvollzieher als Träger eines öffentlichen Amtes einnehme, nicht aufheben und berühren. Die Einführung des Institutes der Gerichtsvollzieher und namentlich die Übertragung eines großen Theiles der Zwangsvollstreckung auf sie ist allerdings ein Ausfluß des der Civilprozeßordnung zu Grunde liegenden Prinzipies des unmittelbaren Prozeßbetriebes durch die Parteien. Aus diesem Prinzipie folgt aber keineswegs als notwendige Konsequenz, daß die Handlungen der Gerichtsvollzieher, welchen man als selbständigen Organen die Zwangsvollstreckung übertragen hat, diejenigen civilrechtlichen Wirkungen für den Gläubiger, welcher ihre Dienste in Anspruch nimmt, haben müssen, welche die Civilprozeßordnung denselben beigelegt hat. Diese Wirkungen konnten den Handlungen der Gerichtsvollzieher nur dann beigelegt werden, wenn man den Gerichtsvollzieher als den Mandatar des Gläubigers ansieht, nicht wenn der Gerichtsvollzieher lediglich auf Veranlassung des Gläubigers die ihm als Voll-

streckungsbeamten anvertraute Amtsgewalt geltend macht. Es ist nicht richtig, wie behauptet wird, der Umstand, daß durch die von dem Gerichtsvollzieher infolge des ihm erteilten Auftrages vorgenommenen Handlungen auch für den Gläubiger wirksame Rechtsverhältnisse entstehen, sei nicht eine Wirkung der dem Gerichtsvollzieher innewohnenden Repräsentationsbefugnis des Gläubigers, sondern eine Folge des Gesetzes, hergeleitet aus dem rechtspolitischen Zwecke der Zwangsvollstreckung, welche auf Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners gerichtet sei. Die gedachten Wirkungen der Handlungen des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger beruhen allerdings auf der Vorschrift des Gesetzes, der Civilprozeßordnung. Der Grund dieser gesetzlichen Vorschriften liegt aber nicht in dem rechtspolitischen, auf Befriedigung des Gläubigers gerichteten Zwecke der Zwangsvollstreckung. Dieser Zweck lag in gleicher Weise dem bisherigen Zwangsvollstreckungsverfahren zu Grunde; dennoch wurden an die Bornahme der entsprechenden Vollstreckungshandlungen nicht diejenigen Wirkungen für den Gläubiger, zu dessen Gunsten die Vollstreckung erfolgte, geknüpft, welche ihnen nach der Civilprozeßordnung beigelegt sind. Diese Wirkungen erscheinen nicht lediglich als Ausflüsse der durch den Gerichtsvollzieher gesetzmäßig geübten Staatsgewalt, sondern erklären sich und sind motiviert durch die Auffassung, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar des ihn beauftragenden Gläubigers sei und als solcher für ihn und in seinem Namen Zahlung von dem Schuldner und den Erlös der Zwangsversteigerung in Empfang nimmt.

Auch nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung stellt sich die Zwangsvollstreckung als ein Akt der vollziehenden Gewalt des Staates, als ein Ausfluß der souveränen Macht desselben dar, obgleich die Zwangsvollstreckung nicht mehr in der Hand des Gerichtes liegt, sondern zum großen Teil auf Betreiben der Partei durch untergeordnete, nicht-richterliche Organe der Justizverwaltung, die Gerichtsvollzieher, erfolgt.¹ Allein daraus folgt nicht, daß die Möglichkeit einer Vertretung des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher ausgeschlossen sei, weil die Handlung, welche derselbe vornehme, ein Akt der Staatsgewalt, nicht eine Handlung der Partei sei, welche diese Handlung vorzunehmen nicht in der Lage sei. Auf dem Gebiete des Civilprozesses vollstreckt der

¹ Vgl. Wach, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1 S. 318. D. C.

Staat die richterlichen Urteile nicht unmittelbar im öffentlichen Interesse behufs Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, sondern nur auf Verlangen und im Interesse der Parteien, welche ein Recht auf Ausübung des dem Staate zustehenden Zwangsrechtes behufs Realisierung des ihnen zuerkannten Rechtes haben. Indem der Staat nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung den Betrieb der Zwangsvollstreckung den Parteien überweist, jedoch, da ihnen selbst die Ausübung des Zwangsrechtes gegen den Schuldner nicht überlassen werden kann, besondere Organe geschaffen hat, welchen er die gesetzliche Befugnis erteilt und die Verpflichtung auferlegt hat, im Auftrage der Parteien die Zwangsvollstreckung zu vollziehen, das staatliche Zwangsrecht auszuüben, stellt er diese seine Beamten und Vollzugsorgane in den Dienst der Parteien. Indem die Gerichtsvollzieher als Beauftragte der Parteien die Zwangsvollstreckung vollziehen, verwirklicht der Staat durch seine Organe den Rechtsschutz, und es kommt andererseits das Prinzip, daß der Betrieb der Zwangsvollstreckung Sache der Parteien sei, zur Geltung. Das den Gerichtsvollziehern notwendige und verliehene Imperium kommt bei der von ihnen vorzunehmenden Zwangsvollstreckung dem Schuldner, gegen welchen dieselbe vollzogen wird, sowie dritten Personen gegenüber zur Geltung; dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger gegenüber kann dagegen von einer Zwangsgewalt, welche der Gerichtsvollzieher im Namen des Staates zu üben hätte, nicht die Rede sein, ihm gegenüber kommt von der doppelten Eigenschaft, mit welcher der Gerichtsvollzieher bei Ausübung seiner Dienstgeschäfte bekleidet ist, die des Beauftragten als maßgebend in Betracht.

Daraus aber, daß es bei der Zwangsvollstreckung um eine Amtshandlung des Gerichtsvollziehers sich handelt, welche der Gläubiger selbst nicht vornehmen kann, folgt nicht, daß ein Mandatsverhältnis zwischen diesem und dem Gerichtsvollzieher nicht bestehen kann. Denn der Vertreter kann für den Vertretenen Handlungen vornehmen, zu denen dieser an und für sich nicht befähigt ist."¹

¹ Vgl. Wach, Handbuch des Civilprozeßes Bd. 1 S. 322 Note 28. D. E.