

22. Kann der Staat für einen Schaden, der einem Gläubiger dadurch entstanden ist, daß der mit der Zwangsvollstreckung von ihm beauftragte Gerichtsvollzieher bei Vollziehung der Zwangsvollstreckung in Empfang genommene Gelder unterschlagen hat, unter dem Gesichtspunkte haftbar gemacht werden, daß der Schaden in Ausübung der dem Gerichtsvollzieher anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügt sei?

VL. Civilsenat. Ur. v. 29. Oktober 1903 i. S. Fiskus von Elsaß-Lothringen (Bekl.) w. Gebr. D. (Kl.). Rep. VI. 105/03.

I. Landgericht Straßburg.

II. Oberlandesgericht Colmar.

Der Gerichtsvollzieher R. in L. hatte einen Geldbetrag von 118 M, den er aus Anlaß einer Pfändung, die er im Auftrage der

Klägerin auf Grund eines Urteils des Amtsgerichts L. vom 5. Juni 1901 gegen den Handelsmann B. W. in W. vollzog, von diesem erhalten hatte, an die Klägerin nicht abgeliefert, sondern sich rechtswidrig zueignet.

Das Konkursverfahren über das Vermögen des K. führte nicht zu einer Befriedigung der Klägerin, ebensowenig die Inanspruchnahme seiner Kaution. Die Klägerin nahm daher auf Grund der Bestimmung des § 40 Abs. 1 des Gesetzes, betr. die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Elsaß-Lothringen, vom 17. April 1899 für den eingetretenen Schaden den Landesfiskus in Anspruch und erhob demgemäß Klage gegen diesen mit dem Antrage auf seine Verurteilung zur Bezahlung von 113 M nebst Zinsen. Durch Urteil des Landgerichts wurde die Klage abgewiesen. Das Landgericht erkannte zwar an, daß der Gerichtsvollzieher das ihm vom Schuldner für den Gläubiger bei der Ausführung der Pfändung vom Schuldner übergebene Geld in Ausübung seiner amtlichen Stellung als Gerichtsvollzieher empfangen und also auch unterschlagen habe, sowie auch, daß der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner, wenn auch als Beauftragter des Gläubigers, doch in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vornehmen dürfe. Der Schaden, den der Gerichtsvollzieher durch die Unterschlagung des empfangenen Geldes dem Gläubiger zufüge, sei aber nicht als ein Schaden anzusehen, den der Gerichtsvollzieher in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 77 Einf.-Ges., bzw. des § 40 Ausf.-Ges. zum V.G.B. zugefügt habe. Die Ausübung der öffentlichen Gewalt bei der Zwangsvollstreckung richte sich gegen den Schuldner und etwaige dritte Personen, nicht aber gegen den Gläubiger, in dessen Auftrage der Gerichtsvollzieher tätig werde. Diesem gegenüber komme bei Ausführung der Zwangsvollstreckung lediglich die rechtliche Stellung als sein Beauftragter in Frage.

Auf die Berufung der Klägerin wurde jedoch das Urteil des Landgerichts aufgehoben, und der Beklagte verurteilt, der Klägerin 113 M nebst Zinsen zu bezahlen. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

... „Das Berufungsgericht geht im Anschlusse an den Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 10. Juni 1886,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 396, davon aus, daß der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren dem Schuldner gegenüber lediglich ein mit der Ausübung staatlichen Zwangsrechtes betrauter Beamter sei, dagegen zwischen dem den Gerichtsvollzieher beauftragenden Gläubiger und jenem ein Vertragsverhältnis bestehe, das nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich als Dienstmiete darstelle. Der Gerichtsvollzieher erscheine dabei in seinen Geschäftsbeforgungen als der Vertreter des Gläubigers, auf den die Vorschriften des § 164 B.G.B. Anwendung fänden. Die an den Gerichtsvollzieher R. gezahlten 113 *M* seien nach dem Grundsatz des § 164 B.G.B., wonach alle Willenserklärungen des Vertreters unmittelbar für den Vertreter wirkten, nicht in das Eigentum des Gerichtsvollziehers, sondern direkt in das Eigentum der Klägerin übergegangen. Die Haftung des Staates aus § 40 Ausf.-Ges. zum B.G.B. beziehe sich nur auf diejenigen Schäden, für welche der Beamte deliktisch hafte. Der Gerichtsvollzieher, der zwangsweise beigetriebenes Geld unterschlage, hafte dem Gläubiger unabweisbar aus dem Dienstvertrage. Neben der obligatorischen Haftung aus den §§ 687 und 675 B.G.B. finde aber eine deliktische Haftung jedenfalls da statt, wo ein absolutes Recht verletzt worden sei. Ein solches absolutes Recht sei aber das dingliche Recht gewesen, das die Klägerin an den zwar im Besitze des Gerichtsvollziehers befindlichen, ihr aber eigentümlich zugehörigen Geldstücken gehabt habe; R. hafte hiernach der Klägerin auch nach § 823 Abs. 2 B.G.B. (vgl. Pland, B.G.B. Bd. 2 S. 602 Abs. 2. S. 608 Abs. 4) deliktisch.

Das Berufungsgericht führt nun weiter aus, der Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 10. Juni 1886 sage keineswegs, daß der Gerichtsvollzieher im Verhältnisse zu dem Gläubiger aufhöre, Beamter zu sein, und begründet, unter Hinweis auf die Entscheidung des IV. Civilsenats vom 11. Juni 1887 in Bd. 17 S. 332 der Entsch. des R.G.'s in Civils. auf eine weitere Entscheidung des III. Civilsenats vom 8. April 1884 (ebenda Bd. 11 S. 208) und auf die Entscheidungen der Strafsenate in Bd. 18 S. 341 und Bd. 19 S. 70, sowie auf die Bestimmungen des § 815 Abs. 2 C.P.D. über die unter gewissen Voraussetzungen angeordnete Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nach Befreiung des Schuldners, der §§ 45 und 56 der elsäß-lothringischen Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher und der §§ 11

und 12 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher die Rechtsanschauung, daß der Gerichtsvollzieher auch dem Gläubiger als öffentlicher Beamter gegenüberstehe, so lange die Zwangsvollstreckung dauere. R. hafte sonach für die zum Nachtheile der Klägerin begangene Unterschlagung auch auf Grund des § 839 B.G.B. Hiernach handle es sich um einen Schaden, den der Gerichtsvollzieher R. als Beamter des Staates der Klägerin zugefügt habe. Soweit der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren überhaupt als Beamter tätig sei, sei er als ein mit öffentlicher Gewalt ausgestatteter Beamter tätig, handle er also in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt. Auch die Ablieferung des durch Zwangsvollstreckung erlangten Geldes gehöre prinzipiell zu der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers als Zwangsvollstreckungsbeamten, eines in Ausübung des staatlichen Zwangsrechtes und der ihm hierfür anvertrauten öffentlichen Gewalt handelnden Staatsbeamten. Geschehe die Ablieferung des Geldes durch den Gerichtsvollzieher in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, so müsse auch die den Gesetzen und der Dienstanweisung zuwiderlaufende Unterlassung der Ablieferung als in Ausübung eben derselben öffentlichen Gewalt geschehen angesehen werden. Die weiteren Voraussetzungen des § 40 Ausf.-Ges. zum B.G.B., die Schädigung der Klägerin und die Unmöglichkeit, von R. selbst einen Ersatz zu erlangen, seien vom Beklagten ausdrücklich zugegeben worden.

Die Revision macht geltend, dem auftraggebenden Gläubiger gegenüber sei der Gerichtsvollzieher lediglich Dienstverpflichteter gemäß § 675 B.G.B., und nicht Beamter. Neben der vertragsmäßigen Haftung sei jedenfalls für eine deliktische kein Raum mehr. Die Verwertung des § 815 Abs. 2 E.P.O. sei schon um deswillen verfehlt, weil auf den vorliegenden Fall nicht § 815, sondern § 754 E.P.O. zur Anwendung zu kommen habe, der dem Auftragsverhältnisse entspreche. Das Berufungsgericht, das den Unterschied zwischen den Begriffen der Amtshandlung und der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht verkenne, messe demselben in Anwendung auf die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers bei Ablieferung von Geldern aus Anlaß der Zwangsvollstreckung zu Unrecht keine Bedeutung bei. Von Ausübung öffentlicher Gewalt als Ausfluß der souveränen Macht des Staates könne aber selbstverständlich nur in Ansehung der Vollstreckungshandlungen gegenüber dem Schuldner die Rede sein. Das Berufungs-

gerichtet nehme aber ohne weiteres „Amtshandlung“ für gleichbedeutend mit „Ausübung öffentlicher Gewalt“ an. Verfehlt seien jedenfalls die Gründe hierfür, die aus einem Gegensatz von Art. 77 Einf.-Ges. zum B.G.B. zu §§ 31 und 89 des Bürgerlichen Gesetzbuchs darin hergeleitet würden, daß erstere die Handlungen in Ausübung öffentlicher Gewalt begreife, während die letztere diejenigen im Auge hätte, die in Vertretung privatrechtlicher Interessen des Staates erfolgten. Der Gegensatz sei vielmehr der von Handlungen der Beamten des Staates (der Gemeinden *ic*) zu Handlungen der verfassungsmäßig berufenen Vertreter des Staates.

Die Revision konnte nicht als begründet erachtet werden.

Gemäß Art. 77 Einf.-Ges. zum B.G.B. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden. Gemäß § 40 des Gesetzes, betr. die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Elsaß-Lothringen, vom 17. April 1899 haftet für den Schaden, den ein Beamter des Staates, eines Bezirks, einer Gemeinde oder einer anderen öffentlichen Anstalt in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten zufügt, der Staat, der Bezirk, die Gemeinde oder die öffentliche Anstalt, in deren Dienst der Beamte steht, in gleicher Weise, wie der Beamte, soweit der Ersatz von diesem nicht zu erlangen ist. Während also das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 31 und 89 die Haftung des Staates für den Schaden regelt, den Beamte in Vertretung privatrechtlicher Interessen des Staates oder der Gemeinde *ic* zufügen, löst § 40 des erwähnten Gesetzes im Sinne von Art. 77 Einf.-Ges. zum B.G.B. die Frage der Haftung des Staates für von Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden. Also nicht Handlungen der Beamten zu Handlungen verfassungsmäßiger Vertreter des Staates und der Gemeinden *ic* bilden den Gegensatz. Der Gegensatz der Regelung der Haftung des Staates für Dritte schädigende Handlungen seiner Beamten liegt vielmehr in dem Gebiete, dem diese Handlungen angehören, also darin, ob die Handlung dem Gebiete des Privatrechts, oder dem des öffentlichen Rechts, dem der Ausübung von Hoheitsrechten des Staates, angehört.

Die Ausübung eines Hoheitsrechtes besteht nun nicht notwendig in der Ausübung eines staatlichen Zwangsrechtes. Ausübung eines Hoheitsrechtes kann auch in einem Akte des staatlichen Schutzes, der staatlichen Fürsorge liegen. Derselbe Akt, der den Willen des einen der vom Staate gesetzten Ordnung und damit der Anordnung oder dem Befehl des zur Ausführung bestellten Beamten unterwirft, kann für den, der die Gewalt des Staates anruft, oder für die Allgemeinheit ein Akt der Schutzes oder der Fürsorge sein. Ein solcher Akt der Ausübung eines Hoheitsrechtes kann sich in eine Reihe von auf einen Zweck gerichteten Handlungen der Vorbereitung, des Vollzugs, der Ausführung spalten. Alle fallen aber in den einen Bereich der Betätigung der öffentlichen Auktorität und Gewalt. Eine Betätigung dieser liegt somit auch vor, wenn auch die konkrete Handlung oder Unterlassung nicht unmittelbar auf die Ausübung eines Zwanges gerichtet ist. Es erscheint hiernach nicht zulässig, eine einzelne Äußerung der öffentlichen Gewalt, weil sie für sich allein keinen Zwangscharakter trägt, als nicht mehr dem öffentlichen Rechte angehörig auszuscheiden. Es geht ebensowenig an, einer unzweifelhaften Amtshandlung je nach der Stellung der an ihr interessierten oder von ihr betroffenen Person einen privatrechtlichen, oder öffentlichrechtlichen Charakter beizulegen.

Daraus, daß der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren eine Zwangsgewalt nur gegen den Schuldner und dritte Personen, nicht aber dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber ausübt, folgt nicht, daß der Gerichtsvollzieher dem auftraggebenden Gläubiger gegenüber sich nur in einem Vertragsverhältnisse, also einem lediglich privatrechtlichen Verhältnisse, befindet und dem Gläubiger gegenüber die dem ihm übertragenen Imperium entspringende Handlung den Charakter einer dem zugewiesenen Ressort angehörigen Amtshandlung verliert. Die vom Prozeßbedollmächtigten des Revisionsklägers angezogene Ausführung des Beschlusses der vereinigten Civilsenate, „daß den Gerichtsvollziehern notwendige und verleihe Imperium komme bei der von ihnen vorzunehmenden Zwangsvollstreckung dem Schuldner, gegen den dieselbe vollzogen werde, sowie dritten Personen gegenüber zur Geltung, dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger gegenüber könne dagegen von einer Zwangsgewalt, die der Gerichtsvollzieher im Namen des Staates zu üben

hätte, nicht die Rede sein, ihm gegenüber komme von der doppelten Eigenschaft, mit der der Gerichtsvollzieher bei Ausübung seiner Dienstgeschäfte bekleidet sei, die des Beauftragten als maßgebend in Betracht“ (Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 16 S. 409), könnte etwa den Schein erwecken, als habe dieser Beschluß diese Konsequenz ziehen wollen. Wie aber in der Entscheidung des IV. Civilsenats vom 10. Januar 1887,

Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 17 S. 332,

ausgeführt wird, ist auch in dem Beschlusse der vereinigten Civilsenate anerkannt, daß der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamter sehr wohl zugleich öffentlicher Beamter und Mandatar der Partei sein könne, die ihm erteilten Aufträge nach den gesetzlichen Vorschriften auszuführen habe, in Ausführung des erteilten Auftrages eine Amtshandlung vornehmen wolle, und daß nach den Vorschriften der Civilprozessordnung die Zwangsvollstreckung sich als ein Akt der vollziehenden Gewalt des Staates darstelle, und der Staat dem Gerichtsvollzieher die gesetzliche Befugnis erteile, das staatliche Zwangsrecht auszuüben. Hiernach ist nicht anzunehmen, daß die Konsequenz gezogen werden sollte, dem beauftragenden Gläubiger gegenüber stehe der Gerichtsvollzieher lediglich in einem Vertragsverhältnisse, also in einem nur privatrechtlichen Verhältnisse.

Übrigens betrifft der erwähnte Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 10. Juni 1886 nicht die Frage der Haftung des Staates für seine Beamten, sondern lediglich die Frage der Art und des Maßes der Haftung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger und entscheidet sie für das Gebiet des preussischen Allgemeinen Landrechts dahin, daß sich die Haftung nicht nach den Bestimmungen dieses Rechts (§§ 88 flg. A.L.R. II. 10) über die Haftung von Beamten, sondern nach dem Vertragsverhältnisse, dem Mandate, richte, der Gerichtsvollzieher also nicht nur subsidiär hafte.

Ist auch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts anzunehmen, daß auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Haftung des Gerichtsvollziehers dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber nach den Grundsätzen des Auftrages im Sinne des früheren Rechts, dem jetzt der eine Geschäftsbesorgung betreffende Dienstvertrag der §§ 675 und 611 B.G.B. entspräche, zu beurteilen ist, dem Gerichtsvollzieher also die Subsidiarität des § 839 B.G.B. nicht zu statten käme,

vgl. Entscheidung des III. Civilsenats des R.G.'s vom 11. Oktober 1901, Rep. III. 210/01, Jurist. Wochenschr. 1901 S. 783, so folgt daraus nicht die Veränderung oder Aufhebung des Charakters einer vom Gerichtsvollzieher vorgenommenen, zur Zwangsvollstreckung gehörigen Handlung als einer Amtshandlung, die in den Bereich des ihm auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung eingeräumten Imperiums fällt.

Mit Recht nimmt der Berufungsrichter an, daß die Ablieferung des gepfändeten Geldes den letzten Akt der Zwangsvollstreckung bildet. Es weist mit Recht ferner darauf hin, daß die Bestimmung des § 815 Abs. 2 C.P.D., der §§ 45 und 56 der Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher in Elsaß-Lothringen und der §§ 11 und 12 des Gebührengesetzes für Gerichtsvollzieher die Auffassung der Ablieferung des gepfändeten Geldes als einer Amtshandlung unzweifelhaft entnehmen lassen. Der § 815 Abs. 2 C.P.D. trifft für den Fall, daß an gepfändetem Gelde ein die Veräußerung hinderndes Recht eines Dritten besteht, Weisungen und Anordnungen, die nicht durch den Inhalt des Auftrages des Gläubigers bestimmt werden, sondern die dienftliche Obliegenheit des Gerichtsvollziehers für diesen Fall regeln. Die §§ 45 und 56 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher,

vgl. Peruche, Der Gerichtsvollzieher in Elsaß-Lothringen S. 110 u. 123,

legen dem Gerichtsvollzieher die Beschleunigung der Durchführung der Zwangsvollstreckung zweifellos als Amtspflicht auf. Der § 11 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher setzt eine besondere Gebühr für freiwillige Leistung an den Gerichtsvollzieher fest, während der § 12 der Gebührenordnung unter Ziff. 4 als Einzelhandlungen, welche unter die durch die Gebühren der §§ 4—11 abgelohnte gesamte Tätigkeit des Gerichtsvollziehers fallen, die Ablieferung oder Hinterlegung der schuldigen Leistungen, sowie des gepfändeten oder erlösten Geldes auführt.

Die rechtswidrige Zueignung solcher Gelder begründet gemäß § 350 St.G.B. den Tatbestand eines Vergehens der Unterschlagung im Amte. Entscheidend wäre dies für die vorliegende Frage für sich allein allerdings insofern nicht, als dieses Amtsvergehen nicht notwendig eine mit der Ausübung von Hoheitsrechten ausgestattete Beamtenstellung voraussetzt.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Straßf. Bd. 14 S. 348, Bd. 32 S. 259.



Ob dies zutrifft, entscheidet der Inhalt der dem Amte zugewiesenen Befugnisse.

Daß dem Gerichtsvollzieher in der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen die Ausübung eines staatlichen Zwangs, somit die Ausübung öffentlicher Gewalt, anvertraut ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Die Verletzung einer Amtspflicht kann aber ebensowohl durch das Tun des Unzulässigen, als auch durch das Nichttun des Gebotenen, also durch Handlungen wie durch Unterlassungen, begangen werden. Hier handelt es sich überdies nicht bloß um die Unterlassung der Ablieferung, sondern auch um die rechtswidrige Zueignung des vereinnahmten Geldes.“ . . .