

## Entscheidungsanmerkung

### Die freiwillige Leistung in der Zwangsvollstreckung

#### Die Bestimmung des § 815 Abs. 3 ZPO ist auf freiwillige Zahlungen des Schuldners an den Gerichtsvollzieher entsprechend anwendbar. (Amtlicher Leitsatz)

ZPO §§ 815 Abs. 3, 767, 91a, 281 Abs. 3

BGH, Beschl. v. 29.1.2009 – III ZR 115/08 (LG Schwerin, AG Schwerin)<sup>1</sup>

#### I. Sachverhalt

Aus einem Vollstreckungsbescheid vom 3.7.2006 über die Summe von 820,77 € betrieb der Beklagte die Zwangsvollstreckung gegen den Kläger, und vom Gerichtsvollzieher wurde am 9.5.2007 ein Pkw beim Kläger gepfändet. Der Kläger überwies drei Tage später an den Gerichtsvollzieher unter Angabe des Aktenzeichens des Vollstreckungsbescheids und seines Namens 1.500 €. Der Gerichtsvollzieher verrechnete jedoch nur einen geringen Betrag von 61 € auf den Vollstreckungsbescheid und gab das gepfändete Fahrzeug (zunächst) nicht frei. Den Rest der 1.500 € verrechnete der Gerichtsvollzieher auf anderweitige Forderungen, für die er offensichtlich Vollstreckungsaufträge hatte. Es handelte sich dabei aber nicht um Forderungen gegen den Kläger, sondern um solche gegen diverse GmbHs, deren Geschäftsführer der Kläger war. Gegen die Vollstreckung durch den Beklagten ist der Kläger im Wege der Vollstreckungsgegenklage vorgegangen, weil er mit seiner Zahlung die Forderung des Klägers erfüllt habe. Mit dieser – zunächst beim unzuständigen Landgericht eingereichten – Klage hat er vor dem Amtsgericht Erfolg gehabt, beim Berufungsgericht jedoch nur in Höhe von 61 €. Anschließend hat er die vom Berufungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Da zwischenzeitlich der Vollstreckungstitel und der gepfändete Pkw an den Kläger herausgegeben worden waren, haben Kläger und Beklagter nach Eingang der Revisionsbegründung den Rechtsstreit für erledigt erklärt und sich fortan vor dem *III. Zivilsenat* des Bundesgerichtshofs um die Kosten des Verfahrens gestritten.

#### II. Prozessgeschichte

Der Fall hatte eine interessante prozessuale Entwicklung, die sowohl praxistypisch als auch prüfungsrelevant ist.

##### 1. Warum war hier die Vollstreckungsgegenklage der richtige Rechtsbehelf und welche Bedeutung hat für sie die Anwendbarkeit von § 815 Abs. 3 ZPO?

Gegen den Kläger lag ein Vollstreckungstitel vor, denn Vollstreckungsbescheide stehen vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteilen gleich (§ 700 Abs. 1 ZPO) und diese sind Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Nr. 4 ZPO. Ein Voll-

streckungstitel wird im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich nicht mehr daraufhin überprüft, ob der titulierte Anspruch gegen den Schuldner tatsächlich besteht. Dem stehen nämlich der Schutz der Rechtskraft und auch die Formalisierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens entgegen. Wenn allerdings neue Einwendungen gegen den Anspruch entstehen, kann gegen die Vollstreckbarkeit des Titels im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO vorgegangen werden, mit dem Schuldner als Kläger, dem Gläubiger als Beklagtem. Das gilt auch, wenn nach Ablauf der Einspruchsfrist (§§ 700 Abs. 1, 338, 339 ZPO) Einwendungen gegen einen Vollstreckungsbescheid entstehen. Eine solche Einwendung stellt u.a. die Erfüllung der titulierten Forderung dar. Da der Kläger der Ansicht war, seine Zahlung an die Gerichtsvollzieherin habe die Forderung des Beklagten nachträglich beglichen, war die Vollstreckungsgegenklage hier der statthafte Rechtsbehelf.

##### 2. Wieso hat der Kläger den Rechtsstreit für erledigt erklärt, weshalb war der Beklagte damit einverstanden, und warum muss das Gericht sich dennoch mit der Klage befassen?

Mit seiner Vollstreckungsgegenklage wollte der Kläger gegen die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungsbescheids vorgehen. Hat eine solche Klage Erfolg, wird die Vollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt. Zur Erledigungserklärung seitens des Klägers kam es, weil zwischenzeitlich sowohl der Vollstreckungstitel als auch der gepfändete Pkw an den Kläger herausgegeben worden waren. Damit hat der Kläger faktisch sein Ziel erreicht. Die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus einem Titel festzustellen, der sich in den Händen des Vollstreckungsschuldners befindet, ist sinnlos. Obwohl die Vollstreckungsgegenklage weder per se die Herausgabe des Titels bewirkt, noch die Unzulässigerklärung einer bestimmten Vollstreckungsmaßnahme ausspricht, fehlt für eine Vollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Titel an den Schuldner übergeben ist und eine Vollstreckung nicht mehr droht.<sup>2</sup> Um den Prozess nicht zu verlieren, hat deshalb der Kläger den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Für den Beklagten bestand nur noch das Interesse, nicht mit den Kosten eines schon erledigten Rechtsstreits belastet zu werden. Da der Beklagte deshalb der Erledigungserklärung zugestimmt hat, durfte das Gericht auch nicht mehr prüfen, ob der Rechtsstreit sich tatsächlich erledigt hat, sondern hatte nach § 91a Abs. 1 ZPO nur noch über dessen Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden. Die Kosten trägt dann grundsätzlich derjenige, der den Prozess voraussichtlich gewonnen hätte, wenn es nicht zur übereinstimmenden Erledigung gekommen wäre. Fiktiv wird deshalb der Prozessausgang geprüft, obwohl es nur noch um eine Kostenentscheidung geht. Die Klage hielt der Senat – nach dem Sach- und Streitstand zum Zeitpunkt der übereinstimmenden Erledigungserklärung – für begründet. Im Ergebnis hat deshalb der Senat dem Beklagten die Kosten des Rechts-

<sup>1</sup> Der Beschluss war am 14.5.2009 unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) abrufbar.

<sup>2</sup> Vgl. Putzo in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2008, § 767 Rn. 16.

streits auferlegt, da er ihn als den (fiktiven) Verlierer des Prozesses ansah.

*3. Wieso muss der Beklagte nicht alle Kosten tragen, wenn er doch den Rechtsstreit verloren hat?*

Allerdings wurden dem Kläger die durch die Anrufung des sachlich unzuständigen Landgerichts verursachten Kosten auferlegt. Das ist insofern eine Besonderheit, als grundsätzlich über die Kosten eines Rechtsstreits einheitlich entschieden wird. Einheit der Kostenentscheidung bedeutet, dass alle anfallenden Kosten nach Gewinnen oder Verlieren der Parteien (ggf. quotenmäßig) aufgeteilt werden. § 281 Abs. 3 S. 2 ZPO sieht demgegenüber vor, dass die Mehrkosten, die für die Anrufung eines unzuständigen Gerichts angefallen sind, den Kläger auch dann treffen, wenn er den Rechtsstreit gewinnt. Obwohl ein Verfahren auch nach Verweisung im Sinne des § 281 ZPO eine Einheit bleibt, wird über die Kosten deshalb uneinheitlich entschieden, wie es im Senatsbeschluss auch tenoriert wurde.

Die Zuständigkeit des Amts- und nicht des Landgerichts ergibt sich hier aus Folgendem: Für eine Vollstreckungsgegenklage zuständig ist nach § 767 Abs. 1 ZPO grundsätzlich das Gericht des Vorprozesses erster Instanz. Da bei Vollstreckungsbescheiden kein Vorprozess stattgefunden hat, sie vielmehr aufgrund eines Mahnverfahrens ergehen, sieht § 796 Abs. 3 ZPO die Zuständigkeit desjenigen Gerichts vor, das für ein Streitverfahren zuständig gewesen wäre. In sachlicher Hinsicht richtet sich diese Zuständigkeit nach §§ 23 ff., 71 GVG. Für Streitigkeiten, deren Wert fünftausend Euro nicht übersteigt, ist insofern das Amtsgericht zuständig, so dass das Amtsgericht in unserem Fall auch für ein Streitverfahren zuständig gewesen wäre und nach § 796 Abs. 3 ZPO auch für eine Vollstreckungsgegenklage gegen einen Vollstreckungsbescheid zuständig ist. Diese Zuständigkeit ist nach § 802 ZPO eine ausschließliche. Die beim Landgericht eingereichte Klage gehörte also nicht in dessen sachlichen Zuständigkeitsbereich.

### III. Zur Auslegung des § 815 Abs. 3 ZPO

Es ging für die Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage um die Frage, welche Bedeutung die freiwillige Zahlung der 1.500 € durch den Schuldner an den Gerichtsvollzieher für die Vollstreckbarkeit des Titels gegen den Schuldner hat. Dafür hat der Senat die Voraussetzungen von § 362 BGB und von § 815 Abs. 3 ZPO untersucht.

Erfüllung setzt nach § 362 BGB voraus, dass der Schuldner an den Gläubiger die geschuldete Leistung bewirkt. Der Leistungserfolg muss also eingetreten sein. Hier war aber nicht an den Gläubiger (Beklagter der Vollstreckungsgegenklage), sondern an den Gerichtsvollzieher gezahlt, und nur eine geringe Summe (durch Verrechnung) weitergeleitet worden. Deshalb kam eine Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. Erfüllung an einen Dritten ist nach § 362 Abs. 2 BGB zwar möglich, aber nur, wenn der Gläubiger der Leistung an den Dritten zugestimmt hat, entweder durch vorherige Einwilligung oder durch nachträgliche Genehmigung, § 185 BGB. Dafür genügt nach Ansicht des Senats die

gesetzliche Ermächtigung zur Empfangnahme von Zahlungen nach §§ 754, 755 ZPO nicht.

In der Tat ist die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers beim Empfang von Leistungen des Schuldners, ebenso wie sein gesamtes Handeln bei der Zwangsvollstreckung, hoheitlich.<sup>3</sup> Der Gerichtsvollzieher leitet seine Vollstreckungsaufgaben und -befugnisse nicht vom privaten Gläubiger oder dessen privatem Auftrag ab, sondern übt auf Antrag staatliche Vollstreckungsgewalt aus.<sup>4</sup> Auch bei Entgegennahme von Zahlungen im Rahmen der §§ 754, 755 ZPO handelt er nicht als privater Vertreter des Gläubigers, wie es die sog. Vertretertheorie noch annahm.<sup>5</sup> Diese Abgrenzung ist nicht haarspalterisch, sondern hat umfassende Konsequenzen. Auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gerichtsvollzieher, handelnd als staatliches Organ, dem Schuldner und dem Gläubiger findet das Privatrecht keine Anwendung, so dass auch keine privatrechtlichen Ansprüche bei Pflichtverletzungen entstehen können. Nur das Amtshaftungsrecht kann eingreifen. Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers ist keine privatwirtschaftliche, gewerbliche, unternehmerische, was etwa für die Anwendung des Verbraucherschutzrechts, Steuerrechts oder Wettbewerbsrechts eine Rolle spielt.<sup>6</sup> Eine privatrechtliche Erfüllungswirkung konnte deshalb der Zahlung an den Gerichtsvollzieher nicht beigemessen werden. Der Schuldner hätte an den Gläubiger zahlen müssen bzw. Erfüllung wäre nur eingetreten, wenn der Gerichtsvollzieher den gesamten Betrag weitergeleitet hätte.

Gesetzlich ist nun allerdings eine Möglichkeit vorgesehen, wie auch der Empfang von Geld durch den Gerichtsvollzieher zur Schuldnerentlastung führen kann, selbst wenn das Geld noch nicht beim Gläubiger angelangt ist, und zwar im Falle von § 815 Abs. 3 ZPO bei der Verwertung gepfändeten Geldes durch Wegnahme. Der Senat lehnt zu Recht die direkte Anwendung dieser Norm ab, da kein Fall vorliegt, in dem Geld gepfändet worden ist. Anschließend entscheidet er sich für eine analoge Anwendung des § 815 Abs. 3 ZPO, weil eine Regelungslücke bestehe, und die Interessenlage des freiwillig an den Gerichtsvollzieher zahlenden Schuldners mit der Wegnahme von Geld durch den Gerichtsvollzieher vergleichbar sei. Maßgeblich wird die Regelungslücke mit einer historischen Auslegung begründet: Die hoheitliche Einordnung des Handelns des Gerichtsvollziehers, wie sie oben beschrieben wurde, war – wie der Senat richtig darlegt – beim historischen Gesetzgeber (übrigens auch in der früheren Literatur) nicht anerkannt, der vielmehr von einem Handeln des Gerichtsvollziehers als privatrechtlicher Vertreter des Gläubigers ausging. Nach dieser Vorstellung standen deshalb die Wegnahme bei der Pfändung von Geld und die freiwillige Zahlung bei der Empfangnahme von Geld einander gleich, da beides privatrechtlich eingeordnet wurde. Einer dem § 815 Abs. 3 ZPO entsprechenden Regelung bedurfte es deshalb für

<sup>3</sup> *Fahland*, ZJP 92 (1979), 432.

<sup>4</sup> Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 25 IV 1, insbes. d).

<sup>5</sup> Dazu und zur Amtstheorie *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 4).

<sup>6</sup> *Meller-Hannich*, DGVZ 2009, 21.

die freiwillige Zahlung nicht. Für den Gesetzgeber sei es vielmehr selbstverständlich gewesen, so er Senat, dass bei freiwilliger Zahlung an den Gerichtsvollzieher im Rahmen der §§ 754, 755 ZPO die Gefahr auf den Gläubiger übergehe. Da heute beides hoheitlich eingeordnet wird, soll nach Ansicht des Senats auch bei freiwilligen Zahlungen § 815 Abs. 3 ZPO analog angewandt werden.

Auch insoweit ist dem Senat zuzustimmen. Bei Geltung der inzwischen anerkannten Amtstheorie fehlt es in der Tat an einer Regelung, die den freiwillig leistenden Schuldner schützt, wenn die Leistung vom Gerichtsvollzieher empfangen, aber nicht an den Gläubiger weitergeleitet wird. Da mit § 815 Abs. 3 ZPO eine Regelung existiert, die einen Gefahrübergang für den interessemäßig gleich gelagerten Fall der Wegnahme vorsieht, ist der Analogieschluss richtig.<sup>7</sup> Allerdings muss man sich für das abschließende Verständnis verdeutlichen, dass der Senat letztlich die analogiefähige Lücke im Rahmen des Regelungskomplexes der §§ 754, 755 ZPO bzw. der für diese anzuwendenden Amtstheorie verortet und nicht etwa die Entgegennahme einer freiwilligen Leistung der Pfändung von Geld gleichstellt. Das wird vornehmlich daraus deutlich, dass er die direkte Anwendung des § 815 Abs. 3 ZPO ablehnt und über die intensive Prüfung der §§ 754, 755 ZPO im Rahmen des § 362 BGB die Amtstheorie erst stärkt und sodann ihre Lücken umschreiben kann. Schließlich ist klarzustellen, dass auch der Senat nicht dazu kommt, dass die Zahlung an den Gerichtsvollzieher Erfüllungswirkung hat. Eine Wirkung im Sinne des § 362 BGB lehnt er ausdrücklich ab, bevor das Geld beim Gläubiger angekommen ist. Auch bei der Auslegung des § 815 Abs. 3 ZPO tendiert er zu Recht zu der Auffassung, es handele sich nicht um eine Erfüllungsfiktion, sondern um eine Gefahrtragsregel. Dennoch ist der Schluss auf den Erfolg der Einwendung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage richtig, denn der Gläubiger kann sich wegen der Gefahrtragsregel nicht darauf berufen, das Geld sei bei ihm nicht angekommen. Der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht frei, selbst wenn keine Erfüllung eingetreten ist und der Gläubiger noch kein Eigentum erlangt.<sup>8</sup> So lag der Fall hier, denn der Gerichtsvollzieher hatte das Geld – ohne dass der Schuldner dafür konnte – an fremde Gläubiger weitergeleitet.

*Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Halle-Wittenberg*

<sup>7</sup> Ausf. *Fahland*, ZZP 92 (1979), 432 (452 ff.).

<sup>8</sup> Vgl. *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 421.