

DÖV

## Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens

– Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens –

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

Sowohl im Rahmen der allgemeinen Justizdebatten als auch im Zuge der rechtseinheitlichen Entwicklung auf der Ebene der Europäischen Union ist eine grundlegende Reform des deutschen Gerichtsvollzieherwesens verstärkt in die Diskussion getreten. Der letzte konkrete Reformversuch wurde 2006 im Zuge der 74. Justizministerkonferenz initiiert und mündete in einem Gesetzentwurf zur Modernisierung des Gerichtsvollzieherwesens. Obgleich der eingebrachte Entwurf für ein Gerichtsvollziehergesetz in dieser Legislaturperiode nicht mehr beschlossen werden soll und daher mit deren Ablauf gegenstandslos wird, sollen im Rahmen dieses Beitrags anhand des Gesetzentwurfs die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Reform des Gerichtsvollzieherwesens dargestellt werden.

### 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<sup>1</sup> 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 beliebige Private, die auf eigene Rechnung tätig werden, erfüllt werden. So ist durch § 1 GVZG-E die Übertragung aller gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf beliebige Private vorgesehen. Diese üben ihr Amt in eigener Praxis aus. Dazu haben sie in dem ihnen zugewiesenen Amtsbereich<sup>2</sup> eine Geschäftsstelle mit angemessener personeller und sachlicher Ausstattung zu unterhalten<sup>3</sup>. Mit dem Wechsel zum Beileihungssystem sollen Leistungsanreize geschaffen werden,

die im gegenwärtigen System nicht möglich sind. Insbesondere durch die partielle Aufhebung des Gebietsschutzes und die Entlohnung durch vereinbarte Gebühren, bei gleichzeitigem Wegfall staatlicher Subventionen, sollen Wettbewerbsstrukturen entstehen und ein effizienterer Vollstreckungserfolg herbeigeführt werden.

Die Umstellung auf das Beileihungsmodell 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

Problematisch für die Umsetzung des Beileihungsvorhabens 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 beliebige Private übertragen werden.

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich daher mit der Frage, inwieweit verfassungsrechtliche Bedenken einer Umsetzung des Beileihungsmodells im Wege stehen. Dabei soll zum einen die Beileihung Privater mit den gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf ihre Vereinbarkeit mit dem sog. Funktionsvorbehalt für Beamte aus Art. 33 Abs. 4 GG überprüft werden (II.), ehe zum anderen anhand des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs erörtert werden soll, inwieweit eine Überarbeitung des Gerichtsvollzieherkostenrechts zu einer Beschneidung des effektiven Rechtsschutzes des Gläubigers führen könnte (III.).

### II. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG

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

\* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht an der TU Ilmenau (Prof. Dr. Joachim Weyand).

1 Vgl. dazu Stefan Mroß, Der Fortschritt ist eine Schnecke, DGVZ 2005, 49 ff.

2 Vgl. dazu § 8 GVZG-E.

3 Vgl. dazu § 9 GVZG-E.

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

5 BT-Drs. 16/5727, S. 47 ff.

### 1. Zweck der Norm

Art. 33 Abs. 4 GG stellt gemeinsam mit Art. 33 Abs. 5 GG eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums dar,<sup>6</sup> die verhindern soll, dass bei der Ausübung von Staatsgewalt nur noch ein unwesentlicher Bereich bei der Berufsbeamtenschaft verbleibt.<sup>7</sup> Die Verfassung will durch die Zuverlässigkeit, die Loyalität, die Unparteilichkeit und das Wissen der Beamten die „personelle Absicherung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“<sup>8</sup> gewährleisten und damit „einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften“<sup>9</sup> schaffen.

Der Funktionsvorbehalt stellt somit eine unmittelbar verbindliche<sup>10</sup> Organisationsnorm<sup>11</sup> dar, in der sich einerseits die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes manifestiert<sup>12</sup>, andererseits aber auch der Verlagerung auf Nicht-Beamte, d. h. Angestellte des öffentlichen Dienstes und Beliehene, enge Grenzen gesetzt werden.<sup>13</sup> Somit stellt der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ein erhebliches verfassungsrechtliches Risiko für die Übertragung der Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene dar.<sup>14</sup>

### 2. Die Tatbestandsseite des Funktionsvorbehalts

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

Aus dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Für diese Annahme spricht der systematische Zusammenhang des Funktionsvorbehalts und der hervorgebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums.<sup>17</sup> 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 Art. 33 Abs. 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.<sup>18</sup>

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

#### b) Ausübung hoheitlicher Befugnisse

Der in Art. 33 Abs. 4 GG verwendete Begriff der hoheitlichen Befugnisse ist ein unbestimmter Rechtsbegriff<sup>19</sup>, dessen Auslegung kontrovers diskutiert wird.<sup>20</sup> 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<sup>21</sup>, während nach anderer Ansicht<sup>22</sup> auch die Leistungsverwaltung in den Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG fallen muss.

Unstrittig sind jedoch die auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung wahrgenommenen Befugnisse als hoheitlich i. S. v. Art. 33 Abs. 4 GG anzusehen. Demnach sind die Berufsbeamten ausschließlich für die Ausübung der staatlichen Kernfunktionen zuständig, die sich durch eine erhebliche Grundrechtsrelevanz auszeichnen.<sup>23</sup> Das ist in der Regel dann der Fall, wenn der Staat mit unmittelbarem Zwang in die Freiheit oder das Eigentum des Bürgers eingreift.<sup>24</sup> Zu den Staatsaufgaben, die unter Einsatz von Befehl und Zwang erfüllt werden, zählen die Gefahrenabwehr, die Zwangsvollstreckung, der Strafvollzug und die

6 Vgl. Peter Badura, Die hoheitlichen Aufgaben des Staates und die Verantwortung des Berufsbeamtentums, ZBR 1996, 326.

7 Ulrich Battis, in: Michael Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 4. Aufl. 2007, Art. 33 Rn. 45.

8 Vgl. Barbara Remmert, Warum muss es Beamte geben?, JZ 2005, 58.

9 Vgl. Ulrich Battis, Hervorgebrachte Grundsätze vs. Ökonomismus: Das deutsche Beamtenrecht in der Modernisierungsfalle, DÖV 2001, 311.

10 Gertrude Lübke-Wolff, in: Horst Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, 1. Aufl. 1998, Art. 33 Rn. 54.

11 Vgl. Volker Haug, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranken, NVwZ 1999, 817.

12 Battis (Fn. 7), Art. 33 Rn. 45.

13 Vgl. Felix Hammer, Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und schlanker Staat, DÖV 2000, 618.

14 Andere Ansicht dagegen bei Rupert Scholz, Freies Gerichtsvollzieherwesen und Verfassung, DGVZ 2003, 106.

15 Battis (Fn. 7), Art. 33 Rn. 50.

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

17 Thomas Strauß, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000, S. 55 f.

18 Theodor Maunz, in: ders./Günter Dürig (Hrsg.), Kommentar zum GG, Stand: 2006, Art. 33 Rn. 48.

19 Haug (Fn. 11), NVwZ 1999, 817.

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

21 Vgl. Udo Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt: Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, 591; Haug (Fn. 11), NVwZ 1999, 817 f.; Strauß (Fn. 17), S. 61; Jachmann (Fn. 16), Art. 33 Rn. 31; Lübke-Wolff (Fn. 10), Art. 33 Rn. 57.

22 Anderer Ansicht Battis (Fn. 7), Art. 33 Rn. 56; Leisner, Berufsbeamtentum und Entstaatlichung, DVBl 1978, 736; Maunz (Fn. 18), Art. 33 Rn. 33.

23 Barbara Remmert, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, S. 359 m. w. N.

24 Strauß (Fn. 17), S. 107.

Abgabenerhebung.<sup>25</sup> Diese Bereiche zeichnen sich dadurch aus, dass die ausführenden Funktionsträger über substantielle eigene Entscheidungsbefugnisse für die Ausgestaltung des Staat-Bürger-Verhältnisses verfügen.<sup>26</sup>

Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers ist der Eingriffsverwaltung zuzuordnen<sup>27</sup>, da er als Teil der öffentlichen Verwaltung mit der Wahrnehmung hoheitlicher Gewalt betraut und zum Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen befugt ist.<sup>28</sup> Er ist ein selbstständiges Organ der Rechtspflege<sup>29</sup>, das staatliche Hoheitsgewalt ausübt und bei seinen Vollstreckungsmaßnahmen zur Anwendung staatlicher Zwangsgewalt befugt ist<sup>30</sup>. Der Gerichtsvollzieher ist ein selbstständiges Vollstreckungsorgan, das nach pflichtgemäßem Ermessen die Vollstreckungsvoraussetzungen überprüft und für die inhaltliche Ausgestaltung des Vollstreckungsaktes selbst verantwortlich ist.<sup>31</sup>

Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers zeichnet sich durch eine erhebliche Grundrechtsrelevanz aus, da er unter Anwendung von unmittelbarem Zwang zum Eingriff in die Freiheit oder das Eigentum des Bürgers (des Schuldners) berechtigt ist. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn er die Wohnung des Schuldners zur Durchsuchung aufsucht (§ 758 Abs. 1 ZPO) und verschlossene Haus- und Zimmertüren oder Behältnisse öffnet (§ 758 Abs. 2 ZPO). Zudem ist er befugt, jeden Widerstand zu brechen, der geeignet ist, die Zwangsvollstreckung zu behindern (§ 758 Abs. 3 ZPO i. V. m. §§ 892, 892a ZPO, § 33 Abs. 2 FGG). Darüber hinaus ist der Gerichtsvollzieher zur Verhaftung des Schuldners gem. § 909 ZPO, sowie zum Vollzug des persönlichen Arrestes gem. §§ 933, 928 ZPO unter Anwendung von körperlichem Zwang i. S. v. § 758 Abs. 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 selbstständiges Organ der Rechtspflege und Amtsträger des öffentlichen Dienstes nimmt demgemäß originär hoheitliche Befugnisse i. S. d. Art. 33 Abs. 4 GG wahr.

### c) Ausübung „als ständige Aufgabe“

Art. 33 Abs. 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.<sup>32</sup> Art. 33 Abs. 4 GG entfaltet somit per se keine Sperrwirkung für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch Nicht-Beamte, sondern ermöglicht der öffentlichen Verwaltung stattdessen einen personalwirtschaftlichen Spielraum hinsichtlich der Erfüllung 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 ausgeübt werden.<sup>33</sup> Hintergrund dieser in Art. 33 Abs. 4 GG eingesetzten Durchbrechungsmöglichkeit sind fiskalpolitische Erwägungen, wonach der Staat nicht gezwungen sein soll, für die eine zeitlich begrenzte Aufgabe wahrnehmenden Besten einen Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu begründen, da diese nach Ablauf der Befristung an einer anderen Stelle weiterbeschäftigt werden müssten.<sup>34</sup>

Hinsichtlich des Gerichtsvollziehers muss konstatiert werden, dass dessen Aufgaben auch ständige Aufgaben i. S. d. Art. 33 Abs. 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 Art. 33 Abs. 4 GG, der eine Übertragung der gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene versperren könnte.

### 3. Rechtsfolgen des Funktionsvorbehalts

Art. 33 Abs. 4 GG verbietet die Übertragung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe auf Nicht-Beamte. Damit soll im Zusammenspiel mit Art. 33 Abs. 5 GG, der Garantie der Institution des Berufsbeamtentums, eine möglichst qualifizierte Erledigung bestimmter Aufgaben gewährleistet werden.<sup>35</sup> 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 Art. 33 Abs. 4 GG gelockert und dem Gesetzgeber etwas Spielraum im Umgang mit dem Funktionsvorbehalt eingeräumt. Dessen ungeachtet macht die Normierung keine Aussagen zur Reichweite des Spielraums.

32 Eine ausführliche Thematisierung der „Ständigkeit“ aus Sicht des Amtswalters und aus Sicht des Charakters der Aufgabe bei Remmert (Fn. 23), S. 255. Nachrangig thematisiert bei Strauß (Fn. 17), S. 141; Haug (Fn. 11), NVwZ 1999, 819; Jachmann (Fn. 16), Art. 33 Rn. 37; Maunz (Fn. 18), Art. 33 Rn. 42.

33 Maunz (Fn. 18), Art. 33 Rn. 42.

34 Strauß (Fn. 17), S. 142.

35 Manssen (Fn. 26), ZBR 1999, 257.

25 Jachmann (Fn. 16), Art. 33 Rn. 34.

26 Vgl. Gerrit Manssen, Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, ZBR 1999, 256.

27 Anderer Ansicht Burkhard Hess, Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, S. 37.

28 Zwischenbericht der BLAG (Fn. 4), S. 31. Ferner spricht Hans Arnold, in: Gerhard Lüke/Alfred Walchshöfer (Hrsg.), MünchKommZivilprozessordnung, 1. Aufl. 1992, § 758 Rn. 1 von § 758 als Eingriffsgrundlage.

29 Uwe Gottwald, Zwangsvollstreckung, 5. Aufl. 2005, § 753 Rn. 1.

30 Leo Rosenberg/Hans Friedhelm Gaul/Eberhardt Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 1987, § 25 IV.

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

mes. 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.<sup>36</sup> Dies würde jedoch dem Zweck des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG zuwiderlaufen, der den Schutz der Garantie der Institution des Berufsbeamtentums verfolgt.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> Daher ist der Einsatz von Nicht-Beamten nur in begründeten Ausnahmefällen möglich.<sup>39</sup> Diese Ansicht ist auch mit der Entstehungsgeschichte der Norm vereinbar. Aus dieser geht hervor, dass durch den Ausnahmetatbestand die Vermeidung eines Verbeamtungszwangs für Mischfunktionen erreicht werden sollte, bei denen die Ausübung hoheitlicher Befugnisse nur eine untergeordnete Rolle spielt.<sup>40</sup> 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“<sup>41</sup> werden. Deshalb dürfe es sich bei der Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Nicht-Beamte „nur um Ausnahmefälle handeln“.<sup>42</sup> Diese Ausnahmen können sowohl einzelfallbezogen als auch bereichsspezifisch sein.<sup>43</sup>

#### (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 Art. 33 Abs. 4 GG nicht Genüge getan, wenn nur auf die Quote bereits beschäftigter Nicht-Beamter abgestellt wird.<sup>44</sup> 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<sup>45</sup> vorliegt, der sich jedoch nicht auf bloße Kostenvorteile reduzieren lassen darf.<sup>46</sup>

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 Art. 33 Abs. 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 Art. 33 Abs. 4 GG nicht beeinträchtigt wird.<sup>47</sup> In Art. 33 Abs. 4 GG hat das Grundgesetz eine Grundsatzentscheidung getroffen, nach der bedeutende Funktionen von Beamten wahrgenommen werden müssen, deren Dienstverhältnis durch die in Art. 33 Abs. 5 GG enthaltenen Grundsätze des Berufsbeamtentums ausgestaltet sind. In ihrer Gesamtheit bilden Art. 33 Abs. 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.<sup>48</sup>

Die Übertragung aller gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf Beliehene stellt eine Beeinträchtigung des Schutzzweckes des Art. 33 Abs. 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 Bezirksgerichtsvollzieherwesens wird einem Wandel unterzogen. Der Zweck des Art. 33 Abs. 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 Art. 33 Abs. 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.<sup>49</sup> Analog zu den Aussagen im wissenschaftlichen Schrifttum<sup>50</sup> setzt das Bundesverfassungsgericht der Indienstnahme Privater eine quantitative Grenze, indem es sicherstellt, dass der Institution des Berufsbeamtentums ein substantiell bedeutsamer Tätigkeitsbereich erhalten bleibt und die Übertragung der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse auf Nicht-Beamte eine Ausnahmeerscheinung bleiben muss.<sup>51</sup> 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

36 Haug (Fn. 11), NVwZ 1999, 818.

37 Lübke-Wolff (Fn. 10), Art. 33 Rn. 53.

38 Strauß (Fn. 17), S. 144. Ähnlich Haug (Fn. 11), NVwZ 1999, 819.

39 Strauß (Fn. 17), S. 144; Haug (Fn. 11), NVwZ 1999, 819; Jachmann (Fn. 16), Art. 33 Rn. 37; Lübke-Wolff (Fn. 10), Art. 33 Rn. 62; Maunz (Fn. 18), Art. 33 Rn. 42.

40 Vgl. Remmert (Fn. 23), S. 405 ff.

41 Vgl. BVerfGE 9, 268 (284).

42 Vgl. BVerwGE 57, 55 (59).

43 Lübke-Wolff (Fn. 10), Art. 33 Rn. 62; Jachmann (Fn. 16), Art. 33 Rn. 37.

44 Oliver Freitag, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 63.

45 Jachmann (Fn. 16), Art. 33 Rn. 37; Michael Reinhardt, Die Überwachung durch Private im Umwelt- und Technikrecht, AÖR 1993, 623.

46 Haug (Fn. 11), NVwZ 1999, 819.

47 Lübke-Wolff (Fn. 10), Art. 33 Rn. 62 m. w. N.

48 Manssen (Fn. 26), ZBR 1999, 257.

49 Vgl. BVerfGE 9, 268 (284).

50 Vgl. BVerfGE 97, 332 (345).

51 Strauß (Fn. 17), S. 207.

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 Art. 33 Abs. 4 GG dar.

#### b) Das Vorliegen eines sachlichen Grundes

Unterstellt man die Richtigkeit der Annahme von Hess<sup>52</sup>, 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. Art. 33 Abs. 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.<sup>53</sup> Dabei muss der 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.<sup>54</sup> Der Hintergrund dieser strengen Anforderungen liegt im Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG, der einen optimalen Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren gewährleisten soll. Damit knüpft der Zweck direkt an einen weiteren Schutzzweck des Art. 33 Abs. 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.<sup>55</sup> Schließlich ist das Rechtswidrigkeitsrisiko dort am größten, wo hoheitliche Befugnisse durch Nicht-Beamte wahrgenommen werden.<sup>56</sup> Um dem Schutzzweck des Art. 33 Abs. 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 Art. 33 Abs. 4 GG zu schaffen.<sup>57</sup> Denn gerade die Kostenfrage ist für die Grundentscheidung zum Berufsbeamtentum unerheblich.<sup>58</sup> Zwar ist die Kostenintensität des Berufsbeamtentums grundsätzlich gegeben, allerdings liegt der zu erzielende Nutzen in der Aufgabenwahrnehmung von Berufs-

beamten. Deren Tätigkeit ist eng an die Grundsätze des Berufsbeamtentums geknüpft, welche die Grundlagen einer guten Wahrnehmung staatlicher Entscheidungskompetenzen bilden.<sup>59</sup> Die Verfassung will durch die Zuverlässigkeit, die Loyalität, die Unparteilichkeit und das Wissen der Beamten eine möglichst sichere Umsetzung der Rechtsbindung der Verwaltung gewährleisten.<sup>60</sup>

Daher ist das Ziel der Effektivierung der Zwangsvollstreckung als sachlicher Grund für das Abweichen von der Regel des Art. 33 Abs. 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 Art. 33 Abs. 4 GG der rechtsstaatlichen Absicherung den Vorrang vor staatlichen Zweckmäßigkeitserwägungen.<sup>61</sup>

#### 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 Art. 33 Abs. 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.

### III. 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<sup>62</sup>, indem er dem Bürger einen substanziellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle garantiert.<sup>63</sup> Dieser wird zwar im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ist aber verfassungsrechtlich anerkannt.<sup>64</sup> Die allgemeine Justizgewährung stellt die Konsequenz des staatlichen Gewaltmonopols, des Selbsthilfeverbots und der allgemeinen Friedenspflicht des Bürgers dar und wird aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3; Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) sowie aus Art. 2 Abs. 1 GG oder einem spezielleren Grundrecht hergeleitet.<sup>65</sup> Eine ausdrückliche Garantie des Rechtswegs für einen bestimmten Bereich

52 Hess (Fn. 27), S. 37.

53 Statt vieler Maunz (Fn. 18), Art. 33 Rn. 42; Lübke-Wolff (Fn. 10), Art. 33 Rn. 62; Reinhardt (Fn. 45), AÖR 1993, 623.

54 Jachmann (Fn. 16), Art. 33 Rn. 37; Bodo Pieroth, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 33 Rn. 31.

55 Di Fabio (Fn. 21), JZ 1999, 257.

56 Strauß (Fn. 17), S. 146.

57 Haug (Fn. 11), NVwZ 1999, 819.

58 Badura (Fn. 6), ZBR 1996, 326.

59 Remmert (Fn. 8), JZ 2005, 59.

60 Badura (Fn. 6), ZBR 1996, 326.

61 Manssen (Fn. 26), ZBR 1999, 256.

62 Vgl. BVerfGE 101, 397 (407).

63 Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Kommentar zum GG, Stand: 2003, Art. 19 Rn. 229.

64 Ebd., Art. 19 Rn. 16 ff.

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

von Rechtsverletzungen findet sich im Grundgesetz lediglich in Art. 19 Abs. 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 Art. 19 Abs. 4 GG, allein der Schutzbereich ist verschieden. Er sichert den effektiven Rechtsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>66</sup> Zu den Bestandteilen des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs gehören das Offenstehen des Rechtswegs und der Vorbehalt eines effektiven Rechtsschutzes.<sup>67</sup>

#### 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 Art. 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.<sup>68</sup>

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.<sup>69</sup>

##### (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. Art. 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 Ausge-

staltung des berufsständischen Kammersystems<sup>70</sup>, sowie der Rechtsaufsicht<sup>71</sup> und dem Disziplinarverfahren<sup>72</sup> gewidmet ist.

#### 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 Rechtssuchenden nicht angemessen Rechnung tragen. Insofern garantiert dieses verfassungsrechtliche Prinzip auch einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz.<sup>73</sup> 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“<sup>74</sup>. 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 Rechtssuchenden zumutbar sein.<sup>75</sup>

##### (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 Abs. 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 zulasten 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.

66 Vgl. BVerfGE 107, 395 (401).

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

68 Huber (Fn. 65), Art. 19 Rn. 352; Walter Krebs, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig, Kommentar zum GG, 5. Aufl. 2000, Art. 19 Rn. 58.

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

70 Vgl. dazu §§ 65 ff. GVZG-E.

71 Vgl. dazu §§ 94 ff. GVZG-E.

72 Vgl. dazu §§ 97 ff. GVZG-E.

73 Michael Sachs, in: Michael Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 4. Aufl. 2007, Art. 19 Rn. 143 f., sowie BVerfGE 85, 337 (345 ff.).

74 Vgl. BVerfGE 81, 123 (129).

75 Scholz (Fn. 14), DGVZ 2003, 109.

Es ist allgemein anerkannt, dass der Staat dem Rechtssuchenden seine Dienste und Instrumentarien nicht kostenlos zur Verfügung stellen muss, da auch fiskalpolitische Interessen an einer Gebührenerhebung zu berücksichtigen sind.<sup>76</sup> Insofern ist es zulässig und verfassungsrechtlich anerkannt, dass der Staat für die Inanspruchnahme staatlichen Rechtsschutzes Gebühren erhebt.<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup> Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist das Institut der Prozesskostenhilfe auch auf den Gläubiger im Bereich der Zwangsvollstreckung anzuwenden.<sup>79</sup>

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 Art. 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.<sup>80</sup>

Da es für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gebührenmaßstäben, Gebührensätzen oder Gebührenhöhen im Verfassungs- und Verwaltungsverfahrensrecht keine Regelung 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.<sup>81</sup>

In diesem Zusammenhang definiert das Bundesverfassungsgericht<sup>82</sup> 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“.<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup>

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 Beschreibung 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.<sup>85</sup>

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<sup>86</sup> des Gesetzentwurfs Bezug genommen werden.<sup>87</sup>

Während die Gebührenerhöhungen in den ersten drei Fallkonstellationen unstrittig keine rechtsschutzhemmende Beeinträchtigung darstellt<sup>88</sup>, 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 (Nr. 604 KV GvKostG), sowie der anfallenden Gebühr bei Abnahme der eidesstattlichen Versicherung i.H.v. 30,- Euro (Nr. 260 KV GvKostG). Nach der Reform

76 Vgl. BVerfGE 80, 103 (107).

77 Schmidt-Aßmann (Fn. 63), Art. 19 Rn. 242; Rupert Scholz, in: ders./Albrecht Randelzhofer/Dieter Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 734.

78 Hans D. Jarass, in: ders./Bodo Pieroth, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 63; Scholz (Fn. 77), S. 734.

79 Vgl. BVerfGE 56, 139 (143 ff.).

80 Dieter Birk, Steuerrecht, 9. Aufl. 2006, S. 11.

81 Vgl. BVerfGE 85, 337 (346).

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

83 Vgl. BVerfGE 97, 332 (345).

84 Vgl. BVerfGE 97, 332 (345).

85 Vgl. BVerfGE 85, 337 (347).

86 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 dessen 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.

87 BT-Drs. 16/5727, S. 49.

88 Das Gebührenvolumen beträgt in den ersten drei Fallkonstellationen ca. 10 % des Forderungswertes, d. h. dem Gläubiger werden trotz der Gebührenanhebung über 90 % des Forderungswertes ausgeschüttet.

des Gerichtsvollzieherkostenrechts würden durch die Gebührenerhöhung und die zu entrichtenden Umsatzsteuergebühren von insgesamt 116,33 Euro anfallen.<sup>89</sup> 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 bloße Überprüfung der Vermögensverhältnisse in der Wohnung des Schuldners 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 zulasten 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 Zugangbeschränkung und damit einen Rechtswegausschluss für den Gläubiger dar. In gleicher Weise argumentiert das Bundesverfassungsgericht, dass es „mit dem Justizgewährleistungsanspruch 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 aber verlangt würde, das völlig außer Verhältnis zu dem steht, was ihm die Sache ‚wert‘ ist“<sup>90</sup>.

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.<sup>91</sup> An dieser Stelle des Reformwerts 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 Gebührenaufstellung 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 Rechtsweges nahezu unmöglich gemacht.

## IV. 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 Beilehung Privater mit den Aufgaben des Gerichtsvollziehers in einem massiven Widerspruch zum Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG.

Die Übertragung der gegenwärtigen Aufgaben des Gerichtsvollziehers auf beliehene Private ist verfassungsrechtlich bedenklich. Dennoch könnte 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 Art. 33 Abs. 4 GG eine unüberwindbare Hürde für das Beilehungsmodell dar. Art. 33 Abs. 4 GG wendet sich gegen eine dauerhafte Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf Nicht-Beamte, die nicht als bereichsspezifische Ausnahme gerechtfertigt werden kann. Da das Beilehungsmodell keinen sachlich begrenzten Bereich der Gerichtsvollzieher Tätigkeit betrifft, sondern das gesamte Gerichtsvollzieherwesen erfasst, ist eine Reform nach der derzeitigen Verfassungslage ausgeschlossen.

89 Vgl. zur Kostenzusammensetzung BT-Drs. 16/5727, S. 49.

90 Vgl. BVerfGE 85, 337 (350).

91 Vgl. BVerfGE 85, 337 (342).