

Maximen des Vollstreckungsrechts

Martin Spitzer

1. **Ausgangspunkt**
2. **Bewilligungsverfahren**
3. **Vollzugsverfahren im Überblick**
4. **Parteiherrschaft**
 - 4.1. „Pascha“ vs gradus executionis
 - 4.2. Schuldnerschutz
 - 4.3. Grundsatz des gelindesten Mittels?
5. **Priorität vs Gleichbehandlung**
6. **Fazit**

1. Ausgangspunkt

Jede Verfahrensordnung baut auf einer Reihe von Grundsätzen über die Gestaltung des Verfahrens auf. Diese Prinzipien mögen im Gesetz explizit verankert oder nur aus bestimmten Vorschriften ableitbar sein – jedenfalls erleichtern sie der Wissenschaft die Systematisierung, geben dem Gesetzgeber Orientierung und helfen dem Rechtsanwender bei der Auslegung.¹ Sie sind somit *de lege lata et ferenda* „*Garanten der Proportionalität eines Gesamtsystems*“,² ihr Wert kann – so ist zu lesen – „*nicht hoch genug eingeschätzt*“ werden.³

Allerdings scheint im Zwangsvollstreckungsrecht das Maximendenken fast 150 Jahre nach Schaffung der deutschen Reichsjustizgesetze und 125 Jahre nach Einführung der Exekutionsordnung noch nicht ganz angekommen zu sein. *Stürner* konstatiert:

„Während für das prozessuale Erkenntnisverfahren Grundrisse, Lehrbücher oder Kommentare die anerkannten Verfahrensgrundsätze stets ausführlich präsentieren, fehlt für das Vollstreckungsverfahren ein solcher Versuch entweder ganz, oder aber es findet sich eine sehr heterogene und oft zufällig wirkende Reihung mehr oder weniger anerkannter Grundsätze, die – oft als Gedankensplitter dargeboten – nur kurze Erwähnung und Beschreibung erfahren.“⁴

Und auch wenn der Befund heute besser ausfällt, so ist doch festzustellen, dass „*die Konturen vollstreckungsrechtlicher Verfahrensprinzipien sowie ihre dogmatische Begründung in weiten Bereichen noch unscharf*“⁵ sind.

Das dürfte auch damit zusammenhängen, dass die Zwangsvollstreckung neben dem Zivilprozessrecht und dem Insolvenzrecht nicht die strahlendste Teildisziplin des Zivilverfahrensrechts ist. Exekutionsverfahren sind meistens elend und haben die undankbare Aufgabe, den pathologischen Fall zum Quadrat zu regeln: Es hat schon einen Prozess zur Fixierung der Rechtslage gebraucht und der Schuldner tut noch immer nicht, was er tun soll. Dass dem Gläubiger irgendwann der Geduldsfaden reißt, ist verständlich. Jede Schonung des Schuldners findet er dubios. Der Schuldner wiederum will nicht oder kann nicht. Er wird Vollstreckungsmaßnahmen bald als schikanös oder unzumutbare Härte empfinden. Allen Menschen recht getan, ist im Exekutionsrecht eine Kunst, die wirklich niemand kann.⁶

Der Sinnhaftigkeit, auch im Vollstreckungsrecht Grundsätze zu identifizieren, tut das freilich keinen Abbruch. Setzt man nur hoch genug an, wird es ohnehin immer prinzipiell. So lässt sich Verfahrensrecht stets als Kristallisationspunkt des Justizgewährungsanspruchs und des Gesellschaftsvertrags verstehen.⁷ Auch für die Vollstreckung gilt der schöne Satz von John Locke, dass der Staat seine Existenzberechtigung verliert, wenn

1 *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/1³ (2015) Einleitung Rz 1/1, 4.

2 *Stürner*, Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZVP 1986, 291 (292).

3 *Stamm*, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts (2007) 64.

4 *Stürner*, ZVP 1986, 291.

5 *Wendland*, Grundsätze des Vollstreckungsverfahrens, ZVP 2016, 347 (349).

6 Siehe auch *Klein/Engel*, Der Zivilprozeß Österreichs (1927) 501; *Konecny*, Die Exekutionsordnung nach 100 Jahren, in *Mayr* (Hrsg), 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze (1998) 95 (99).

7 Vgl *Gaul*, Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht, ZVP 1999, 135 (143): Vollstreckungsanspruch als Ausprägung des Justizgewährungsanspruchs.

„there is no appeal but to heaven“.⁸ Gelegentlich wird auch das Kippen des staatlichen Gewaltmonopols zu einer „Privatisierung der Rechtsdurchsetzung“⁹ beschworen. Dass das kein akademisch-theoretisches Argument ist, zeigt die Realität in verschiedenen Schattierungen. In Japan gibt es etwa Schulden-Hoppel.¹⁰ Das sind Menschen, die im rosa Hasenkostüm dem Schuldner nachgehen, um ihn so in Verlegenheit zu bringen und zur Zahlung zu bewegen. Deutschland ist weniger schamhaft. Dort wirbt Moskau-Inkasso damit, Geld auf die „russische Art“ einzutreiben.¹¹ Und es geht noch drastischer: *Paulus* berichtet aus Deutschland vom Weiterverkauf ausgefallener Forderungen an die Mafia, die sich dann mit einer Grußkarte beim Schuldner meldet: „Wir gehen davon aus, dass Sie und Ihre Familie solidarisch für die Schuld haften“.¹² Dass das zivilrechtlich gar nicht stimmt, ist nur ein schwacher Trost, wenn das Motiv der Grußkarte eine Mauer mit Einschusslöchern ist.

Wie sich zeigt, ist ein gutes Exekutionsrecht nicht nur von theoretischem, sondern auch von ganz handfestem Wert. Es ist daher sinnvoll, dem nachzuspüren, was dieses Rechtsgebiet prägt.¹³ Dabei kann der Bereich des Rechtsschutzes ausgeklammert bleiben, weil dieser nicht spezifisch vollstreckungsrechtlich, sondern von den Grundsätzen des Erkenntnisverfahrens geprägt ist.¹⁴ Zu untersuchen sind daher zwei selbständige Abschnitte des Exekutionsverfahrens: Das Bewilligungsverfahren und das anschließende Vollzugsverfahren.¹⁵

2. Bewilligungsverfahren

Seinen Ausgang nimmt jedes Exekutionsverfahren beim Exekutionsgericht, also beim Buchgericht des Immobilienvermögens, beim Bezirksgericht des allgemeinen Gerichtsstandes oder des Belegenheitsortes (§ 18 EO). Anders als der historische Gesetzgeber sucht das moderne Exekutionsrecht keine Nähe zum Titelgericht des Erkenntnisverfahrens.¹⁶ Im Gegenteil: Der Titel soll so genommen werden, wie er ist. Das gesamte Bewilligungsverfahren ist daher von starker Formalisierung geprägt,¹⁷ die sich mit einer inhaltlichen Beschäftigung mit dem Titel nicht verträgt.

8 *Locke*, Two Treatises of Government II (1690) Chapter III Section 21.

9 *Paulus*, Die Privatisierung der „Zwangsvollstreckung“ – oder: Wie der Rechtsstaat an seinem Fundament erodiert, ZRP 2000, 296.

10 *Edenfeld*, Der Schuldner am Pranger – Grenzen zivilrechtlicher Schuldbeitreibung, JZ 1998, 645; *Scheffler*, Zur Strafbarkeit der Schuldeneintreibung mittels „Schwarzen Mannes“. Zugleich eine Anmerkung zu LG Leipzig, Urteil vom 31.8.1994, NJ 1995, 573; vgl. LG Leipzig 6 O 4342/94 NJW 1995, 3190; LG Bonn 4 T 742/94 NJW-RR 1995, 1515.

11 www.moskau-inkasso.com (abgefragt am 27.1.2021): „Ihr Schuldner muss kein Russisch können, er wird uns auch so verstehen“.

12 *Paulus*, ZRP 2000, 296.

13 *Stamm*, Prinzipien 66.

14 *Stürner*, ZFP 1986, 291 (294).

15 Siehe zu dieser Gliederung *Jakusch*, Die Zwangsvollstreckung am Schnittpunkt von Justiz und Verwaltung (2004) 15 f.

16 *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ (2015) § 4 EO Rz 1.

17 Siehe dazu *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht¹³ (2006) Rz 6.53 ff; *Gaul* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht¹² (2010) § 5 Rz 39 ff; *Paulus* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO VIII⁴ (2013) Vor § 704 Rz 35 ff; *Rauscher* in *MüKoZPO I*⁶ (2020) Einleitung Rz 436; *Stürner*, ZFP 1986, 291 (315 ff); *Wendland*, ZFP 2016, 347 (369 ff).

Es gibt einen Formblatt-Exekutionsantrag (§ 1 Abs 1 Z 3 AFV 2002¹⁸), dem im Regelfall des sogenannten vereinfachten Bewilligungsverfahrens, also bei Geldforderungen bis EUR 50.000, der Titel nicht einmal beizulegen ist (§ 54b EO). Daraufhin wird die Exekutionbewilligung erlassen, ohne den Schuldner vorher zu vernehmen (§ 3 Abs 2 EO). Der Gedanke dahinter ist pragmatisch: Es wird schon stimmen. Und wenn es nicht stimmt, soll der Schuldner Einspruch erheben (§ 54c EO). Deshalb wird ihm – anders als sonst – die Exekutionbewilligung auch vor dem Vollzug zugestellt. Dieser Vorgang wirkt robust, ist aber nichts Unerhörtes.¹⁹ Im Mahnverfahren werden Zahlungsbefehle bis EUR 75.000 bloß auf Grund der Angaben des Klägers erlassen und auch dort kann der Beklagte nur Einspruch erheben (§§ 244 ff ZPO).

Doch selbst wenn der Titel beigelegt wird, findet keine Nachprüfung statt. Das Exekutionsgericht soll nicht inzident noch einmal ins Erkenntnisverfahren einsteigen. Formalisierung heißt, Entscheidung auf Grund der Aktenlage, ohne Anhörung des Schuldners, der nichts mehr beitragen kann. Es geht nicht mehr um die Ermittlung der Entscheidungsgrundlage, es geht um die Durchsetzung der bereits getroffenen Entscheidung,²⁰ die *Rosenberg* etwas martialisch, aber treffend charakterisiert: „*Im Erkenntnisprozeß wird verhandelt, im Vollstreckungsprozeß gehandelt.*“²¹

3. Vollzugsverfahren im Überblick

Wie sich das exekutive Handeln gestaltet, hängt davon ab, was für ein Anspruch betrieben wird.²² Ist eine Geldforderung hereinzubringen (Geldexekution), kommt nur ein Zugriff auf das Vermögen des Verpflichteten – zB auf dessen Fahrnisse (§§ 249 ff EO), Forderungen (§§ 290 ff EO) oder Liegenschaften (§§ 87 ff EO) – in Betracht.²³ Das geschieht grundsätzlich durch Pfändung, Verwertung und Befriedigung; bei Immobilien durch zwangsweise Pfandrechtsbegründung (§§ 87 ff EO), Zwangsverwaltung (§§ 97 ff EO) oder Zwangsversteigerung (§§ 133 ff EO).

Geht es hingegen darum, Handlungen und Unterlassungen – zB Räumung (§ 349 EO), Herausgabe (§§ 346 ff EO) oder Rechnungslegung²⁴ (§ 354 EO) – zu erwirken (Natural-Exekution), kann der Zugriff auch die Person des Schuldners treffen. Das ist dann der Fall, wenn unvertretbare Handlungen, die nur der Schuldner selbst setzen kann, oder Duldungen und Unterlassungen erwirkt werden sollen (§§ 354 ff EO). Die dazu erforderliche Willensbeugung erfolgt primär durch Geldstrafen von höchstens EUR 100.000 pro Antrag (§ 359 EO). Erst in zweiter Linie kann Haft verhängt werden und zwar maximal zwei Monate pro Strafverfügung (§ 361 EO) und insgesamt nicht länger als sechs Monate

18 ADV-Form Verordnung 2002 BGBl II 2002/510, zuletzt geändert durch BGBl II 2013/45.

19 Siehe auch *Konecny* in *Mayr*, 100 Jahre Zivilprozessgesetze 95 (113 ff).

20 *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 3 EO Rz 13.

21 *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts⁹ (1961) 881; s auch *Roth*, Exekutions- und Insolvenzrecht¹¹ (2019) 22.

22 *Neumann*, System der Executions-Ordnung (1900) 2.

23 *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht⁴ (2018) 20.

24 Typischer Fall einer unvertretbaren Handlung, s *Klicka* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 354 EO Rz 3, 7.

bzw ein Jahr (§§ 354 f EO).²⁵ Diese Mittel stehen auch zu Gebote, um die Abgabe eines Vermögensverzeichnisses zu erzwingen (§ 48 EO).

Um das exekutive „law in the books“ einzuordnen und einen Eindruck von Exekutionsrecht in action zu geben: In der Realität wird Haft sicher nicht überproportional verhängt, sondern eher gar nicht. Das zeigt ein Fall, in dem eine Pflicht zur Rechnungslegung hartnäckig nicht befolgt wurde.²⁶ In den vier Jahren nach der Exekutionsbewilligung wurden dutzende Geldstrafen verhängt, die sich auf EUR 400.000 summierten. Trotzdem war man bei der letzten Geldstrafe mit EUR 40.000 erst bei 40 % des maximalen Strafbetrages angelangt und ist erst dann auf die Idee gekommen, Haft anzudrohen.

Meistens wird Exekution wegen Geldforderungen in das Vermögen des Schuldners geführt. Mit Abstand am häufigsten sind dabei Forderungs- und Fahrnisexekutionen.²⁷ Diese Exekutionsarten mögen im Vergleich zu Beugestrafen nicht so eingriffsintensiv sein, darüber darf aber nicht vergessen werden, dass auch hier der Staat mit seinem ganzen Apparat Zwangsgewalt ausübt. Bei der Fahrnisexekution darf der Gerichtsvollzieher unter bestimmten Umständen eben auch die Tür aufbrechen lassen (§ 26a EO).

4. Parteiherrschaft

Vergegenwärtigt man sich die Eingriffsintensität des ganzen Exekutionsrechts, liegt es nahe, sich der Rollen der Akteure zu vergewissern. Selbstverständlich ist, dass der betreibende Gläubiger entscheidet, ob er einen Exekutionsantrag einbringt oder nicht (§ 3 Abs 2 EO).²⁸ Die Privatautonomie setzt sich hier genauso fort wie bei einem Kläger, der entscheidet, ob er eine Klage einbringt. Umgekehrt zeigt sich die Parteiherrschaft auch an der Möglichkeit des Gläubigers, das Verfahren jederzeit zur Einstellung zu bringen.²⁹ Der Dispositionsgrundsatz charakterisiert also nicht nur das Erkenntnis-, sondern auch das Vollstreckungsverfahren.³⁰

In gewisser Weise hat aber auch die verpflichtete Partei Dispositionsmöglichkeiten. Wer erfüllt, bringt die Exekution zu ihrem Ende.³¹ Außerdem kann der Schuldner Anträge zB auf Aufschiebung (§ 42 ff EO) stellen, sodass insgesamt von einer „Parteiherrschaft über Anfang und Ende der Vollstreckung“³² gesprochen werden kann.

25 *Petschek/Hämmerle/Ludwig*, Das österreichische Zwangsvollstreckungsrecht (1968) 48.

26 OGH 3 Ob 48/11x wbl 2011/206 (*Felzl*) = *ecolex* 2011/367 (*Woller*). Interessant ist, dass erst diese Entscheidung die Frage geklärt hat, inwiefern bei der Exekution nach § 354 EO die Verhängung einer Beugehaft gegen den Geschäftsführer der verpflichteten GmbH in Betracht kommt.

27 *Neumann/Lichtblau* in *Heller/Berger/Stix*, EO III⁴ (1976) § 294 A.1; *Gaul*, Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts JZ 1973, 473 (474); *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht⁴ 252: Im Jahr 2017 fielen 750.097 Fahrnis-, 630.961 Forderungs-, und 12.598 Realexekutionen an.

28 *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 3 EO Rz 9.

29 *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 39 EO Rz 36.

30 *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht⁴ 31 ff; *Roth*, Exekutions- und Insolvenzrecht¹¹ 20 f; *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht¹³ Rz 6.5 ff; *Gaul* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht¹² § 5 Rz 74; *Rauscher* in *MüKoZPO I⁶ Einleitung* Rz 434; *Stürner*, ZZZ 1986, 291 (297 ff); *Wendland*, ZZZ 2016, 347 (351 ff).

31 *Rauscher* in *MüKoZPO I⁶ Einleitung* Rz 435.

32 *Stürner*, ZZZ 1986, 291 (298); *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht¹³ Rz 6.6.

4.1. „Pascha“ vs gradus executionis

Die Parteiherrschaft reicht aber weiter und ist interessanter, als man nach dem bisher Gesagten annehmen würde. Notwendiger Inhalt eines Exekutionsantrags ist nämlich auch die Bezeichnung der anzuwendenden Exekutionsmittel und der Vermögensteile, auf die Exekution geführt werden soll (§ 54 Abs 1 Z 3 EO). Das ist Ausdruck einer gar nicht so selbstverständlichen Stellung des Gläubigers als „*Herr des Exekutionsverfahrens*“³³ oder „*Pascha*“, wie *Stürner* ihn nennt.³⁴

Der Gläubiger bestimmt nämlich nicht nur, ob Exekution geführt wird, sondern auch wie und worauf. So kommen bei der Exekution wegen Geldforderungen (§§ 87–345 EO) verschiedene Exekutionsmittel für verschiedene Vermögensgegenstände in Betracht: Exekution auf unbewegliches Vermögen durch Zwangspfandrecht (§§ 87 ff EO), Zwangsverwaltung (§§ 97 ff EO) oder Zwangsversteigerung (§§ 133 ff EO); Exekution auf bewegliches Vermögen durch Pfändung (§ 253 EO), Verwahrung (§ 259 EO) und Verkauf von Fahrnissen (§§ 265 ff EO), Pfändung und Überweisung von Forderungen (§§ 294 ff EO) oder andere auf das jeweilige Exekutionsobjekt zugeschnittene Vollzugshandlungen.

Dass diese Befugnis des Gläubigers eine Richtungsentscheidung ist, zeigt Art 95 des Schweizer Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)³⁵:

„In erster Linie wird das bewegliche Vermögen mit Einschluss der Forderungen und der beschränkt pfändbaren Ansprüche (Art. 93) gepfändet. Dabei fallen zunächst die Gegenstände des täglichen Verkehrs in die Pfändung; entbehrlidere Vermögensstücke werden jedoch vor den weniger entbehrliehen gepfändet. Das unbewegliche Vermögen wird nur gepfändet, soweit das bewegliche zur Deckung der Forderung nicht ausreicht.“

Dieser Gedanke eines gradus executionis, also einer Rangordnung unter den Exekutionsmitteln bzw Exekutionsobjekten,³⁶ ist dem österreichischen Recht – so ist allenthalben zu lesen – an sich fremd. Die österreichische EO verfolgt jedenfalls prima facie wie die deutsche ZPO das Prinzip des freien Vollstreckungszugriffs.³⁷ Secunda facie zeigt sich aber, dass ein völlig freier Vollstreckungszugriff jedenfalls mittlerweile eine Illusion ist. Es gibt alle möglichen punktuellen – aber wirkmächtigen – Durchbrechungen, die in der österreichischen Diskussion unter dem Aspekt des Schuldnerschutzes behandelt werden, sodass im Sinne einer Maximenbildung eine bloße terminologisch-formale Rückbindung an die Dichotomie von Pascha und gradus executionis zu kurz kommt. Aus den verschiedenen Durchbrechungen des freien Vollstreckungszugriffs ergibt sich somit ein mosaikhaftes Gesamtbild, das vom gradus executionis nicht immer leicht zu unterscheiden ist.

33 *Jakusch in Angst/Oberhammer*, EO³ § 39 EO Rz 36; s auch *Lüke*, Zivilprozessrecht¹⁰ (2011) Rz 503.

34 *Stürner*, ZZZP 1986, 291 (301); *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht¹³ Rz 6.14.

35 Bundesgesetz vom 11.4.1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (AS 11 529; BS 3 3).

36 OGH 26.7.1996, 1 Ob 10/96; *Kieweler*, Zu den Erscheinungsformen des gradus executionis, JBl 2013, 12 (13) mwN.

37 *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht⁴ 40; *Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht¹² § 5 Rz 28, 76; auch rechtsvergleichend *Stürner*, ZZZP 1986, 291 (303 f); *Stamm*, Prinzipien 88 ff.

4.2. Schuldnerschutz

Die Exekutionsordnung enthält nämlich zahlreiche Vorschriften zum Schutz des Schuldners, dessen wirtschaftliche Existenz notwendigerweise zwar beeinträchtigt werden darf, aber nicht vernichtet werden soll.³⁸ Auf die „Klassiker“ der Pfändungsbeschränkungen – das Existenzminimum (§ 291a EO) und unpfändbare Sachen (§ 250 EO) – muss an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. In diesem Zusammenhang interessieren vor allem Spuren für eine Rangordnung der Exekutionsmittel.³⁹ Dazu gehört etwa, dass die Verhängung einer Beugehaft ohne vorhergehende Geldstrafe unzulässig ist (§ 354 Abs 2 EO) oder dass sich auf Antrag des Verpflichteten die Zwangsverwaltung einer Liegenschaft vor die Zwangsversteigerung schiebt (§ 201 EO).

Bei Liegenschaften ist das Gesetz überhaupt besonders sensibel: Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung werden aufgeschoben, wenn parallel eine Fahrnisexekution oder eine Exekution auf wiederkehrende Geldforderungen, die binnen eines Jahres Befriedigung verspricht (idR Gehaltsexekution), geführt wird (§§ 99b, 203 EO). Das ist natürlich eine Rangordnung, die aber immerhin voraussetzt, dass beide Exekutionen geführt werden, nicht dass sie geführt werden könnten.⁴⁰ Dadurch wird die Parteiherrschaft betont und dem strikten gradus eine Absage erteilt.⁴¹

Einen Vorrang der Gehaltsexekution gebietet unter denselben Bedingungen auch die Aufschiebung des Verkaufs von Fahrnissen (§ 264a EO). Die Fahrnisexekution ist ein vergleichsweise intensiver und zugleich unergiebigere Eingriff.⁴² Sie wurde für eine Welt gemacht, in der Schuldner daheim ein Klavier und einen barocken Tabernakelschrank hatten, nicht eine PlayStation und ein BILLY-Regal. Zudem verläuft die exekutive Verwertung oft suboptimal. Es ist bezeichnend, dass es früher Wünsche des Handels gab, in der Adventzeit keine Zwangsversteigerungen durchzuführen, weil im Weihnachtsgeschäft unlautere Konkurrenz durch Dumping befürchtet wurde.⁴³

Fast eine Generalklausel des Schuldnerschutzes enthält schließlich § 14 EO. Danach ist es einerseits möglich, die Exekutionsbewilligung auf einzelne der beantragten Exekutionsmittel zu beschränken, wenn diese zur Befriedigung hinreichen (Abs 1). Andererseits wird bei anhängiger Gehaltsexekution die parallele Fahrnisexekution beschränkt (Abs 2).⁴⁴ Das Gesetz stellt die Fahrnisexekution in der Hoffnung hintan, durch das Gehalt leichter Befriedigung zu erzielen. Sollten findige Gläubiger zuerst nur die Fahrnisexekution beantragen, um dann die Gehaltsexekution nachzuschießen, werden sie für ein Jahr davon ausgeschlossen (Abs 3).

38 Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht⁴ 37; eingehend Eder, Der Schuldnerschutz in der gerichtlichen Exekution (1994); von einem „Grundsatz des beschränkten Vollstreckungszugriffs“ sprechen Stürner, ZZZP 1986, 291 (318 ff); Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht¹³ Rz 6.66 ff.

39 Siehe dazu auch Eder, Schuldnerschutz 115 ff; Kieweler, JBl 2013, 12 (14 ff).

40 Diesen Wortlaut betonend Konecny, Die Aufschiebung der Fahrnisverwertung bei Forderungsexekution gemäß § 264a EO, RZ 1984, 218 (219).

41 Vgl Kieweler, JBl 2013, 12 (17 f).

42 Konecny, RZ 1984, 218; ders, Reihung von Fahrnis- und Forderungsexekution, ZZZP 1992, 401 (402); Eder, Schuldnerschutz 129 ff.

43 Grün, Aus der Geschichte des Exekutionsgerichtes Wien, in Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung (1948) 51 (55); vgl Klein/Engel, Zivilprozeß 497; Konecny in Mayr, 100 Jahre Zivilprozessgesetz 95 (101).

44 Beachte auch das ganz allgemein beim Exekutionsvollzug geltende Übermaßverbot gemäß § 27 EO.

Somit ist festzustellen, dass es materiell in den zahlenmäßig wichtigsten Bereichen erhebliche Abstufungen gibt. Ob man das einen (bedingten)⁴⁵ gradus executionis nennt oder nicht, ist nebensächlich. Funktional wird der freie Vollstreckungszugriff aus Gründen des Schuldnerschutzes beschränkt. Dabei zeigt das Mosaik versprengter Einzelregeln ein durchaus schlüssiges Ganzes, zu dem auch gehört, dass das Exekutionsverfahren nicht zweckentfremdet werden soll. Wo es nicht um Personalexekution geht, soll nicht der Schuldner gequält, sondern dem Gläubiger Befriedigung verschafft werden. Deshalb sind Selbstzweckexekutionen, bei denen nicht zu erwarten ist, dass der Nutzen die Kosten übersteigt, unzulässig (§ 39 Abs 1 Z 8 EO).

4.3. Grundsatz des gelindesten Mittels?

Dieses System ist weder Zufall noch eine gänzlich freie Entscheidung des Verfahrensgesetzgebers. Ein so eingriffsintensives Rechtsgebiet wie das Vollstreckungsrecht steht natürlich unter verfassungsrechtlicher Beobachtung.⁴⁶ In diesem Sinne ist der Schuldnerschutz der Exekutionsordnung – gradus executionis oder nicht – geronnene Verhältnismäßigkeit.⁴⁷ Die möglicherweise verfassungsrechtliche, jedenfalls aber rechtspolitische Frage ist, ob man einen Schritt weitergehen und eine generelle Forderung nach dem „gelindesten Mittel“ aufstellen soll. ME wäre das mit Vorsicht zu genießen.

Aufregung hat es jüngst in Deutschland wegen des Schicksals von Mops Edda gegeben. Edda ist gepfändet und verkauft worden. Liest man über die Umstände des Falles, bekommt man einerseits bestätigt, dass das Exekutionsrecht oft wenig glamourös ist, andererseits beschleicht einen angesichts der Medienberichte ein gewisses Unbehagen: Angeblich sollte zunächst

„der Rollstuhl des querschnittsgelähmten Familienvaters gepfändet werden [...]. Statt dessen fiel die Wahl auf die kleine Hundedame. Die Familie leide immer noch sehr unter dem Verlust des Tieres, erklärt die Mutter von drei Kindern zwischen fünf und neun Jahren [...]. Lediglich ein selbstgemaltes Bild von Edda, ihr Futternapf und ihre Hundeleine erinnere sie noch an ihren Liebling.“⁴⁸

Im Allgemeinen können solche Vorgänge freilich kaum rechtens sein. Grundsätzlich zählen Hilfsmittel zum Ausgleich einer Behinderung und Haustiere bis zu einem gewissen Wert in Österreich wie in Deutschland zu den unpfändbaren Sachen (§ 250 Z 4 und 8 EO; § 811 Z 12, § 811c dZPO).

45 ErläutRV 295 BlgNR 23. GP 19.

46 Neumayr, Grundrechte und zwangsweise Durchsetzung privater Rechte, in *Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda* (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen. Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher (2008) 805.

47 Siehe dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2019) Rz 399 ff; aus spezifisch exekutionsrechtlicher Sicht *Eder*, Schuldnerschutz 33 ff; *Lüke*, Zivilprozessrecht¹⁰ Rz 507 f; *Weyland*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung (1987); *Wieser*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung (1989); s dazu die kritische Rezension von *Peters*, ZJP 1990, 518; krit auch *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht²³ (2010) § 1 Rz 44.

48 RTL.de, Stadtverwaltung pfändet Mops und verkauft ihn bei Ebay, 21.7.2019 <https://www.rtl.de/cms/ahlenstadtverwaltung-pfaendet-mops-und-verkauft-ihn-bei-ebay-4300369.html> (abgefragt am 19.2.2020); s auch The New York Times, Debt Collector Seizes Family's Prized Pug and Sells It on eBay, 28.2.2019 <https://www.nytimes.com/2019/02/28/world/europe/debt-collector-pug-germany.html> (abgefragt am 19.2.2020).

Nichtsdestotrotz wirft der Fall die Frage auf, ob sich das dafürsteht; ob das nicht etwas viel Eingriff für etwas wenig Ertrag ist und jedenfalls nicht das gelindeste Mittel. Allerdings darf der Blick bei solchen Fragen nicht nur einseitig auf den Schuldner gerichtet sein. Natürlich agiert der Staat bei der Zwangsvollstreckung hoheitlich, aber er ist der verlängerte Arm des Gläubigers, mit der Aufgabe, das horizontale Rechtsverhältnis zum Ausgleich zu bringen.⁴⁹ Dabei kann die Justizgewährung an den Gläubiger nicht mit dem Erkenntnisverfahren enden.

Gleichzeitig würde der Schuldner bei einem formalisierten Grundsatz des gelindesten Mittels von der eigenverantwortlichen Person zum seltsam passiven und hilflosen Objekt des Verfahrens.⁵⁰ Wenn dem Gläubiger ein weniger intensiver Eingriff möglich wäre, dann wäre es viel eher am Schuldner, freiwillig das für ihn gelindere Opfer auf sich zu nehmen. Konkret: Gibt es Sachen, die dem Schuldner weniger bedeuten als Mops Edda, so weiß das am ehesten der Schuldner selbst. Dann soll aber er aktiv werden, dh verwerten oder Kredit aufnehmen, um seine Schuld zu tilgen.

So sehr das im horizontalen Verhältnis einleuchtet, so wenig muss das im vertikalen Verhältnis auch so sein. Wo die öffentliche Hand vollstreckt, könnte sie in strengem Maß in die Pflicht genommen werden. Als Beispiel soll der Fall eines Vaters mit einem Kind dienen, das – ohne dass Lebensgefahr bestand – 24 Stunden an einen Atmungsüberwachungsmonitor angeschlossen sein musste.⁵¹ Der OGH entschied in einem anschließenden Amtshaftungsprozess, dass die Räumungsexekution des unternehmerischen Vermieters nicht gemäß § 35 MRG aufgeschoben werden durfte, weil nicht – wie von der stRsp gefordert – zu erwarten war, dass der Mietzins während der Zeit des Aufschubs bezahlt werden würde. Dass dies beim Staat als Vermieter auch zutreffen würde, erscheint nicht zwingend.

5. Priorität vs Gleichbehandlung

Was die zeitliche Dimension der Zwangsvollstreckung betrifft, prägt das materielle Zivilrecht das Vorverständnis, weil beim Rechtserwerb traditionell und allgemein auf das Zuvorkommen abgestellt wird.⁵² Prior tempore, potior iure. Der Hypothekargläubiger, der seine Hypothek als erster eintragen lässt, wird auch als erster befriedigt. So ist es auch im Exekutionsrecht (§ 256 EO).⁵³ Die Befriedigung der betreibenden Gläubiger richtet sich dementsprechend nach dem Zeitpunkt der Begründung ihres Befriedigungsanspruchs.⁵⁴ Wenn eine Gehaltsforderung gepfändet wird, erfolgen solange Zahlungen

49 Vgl *Eder*, Schuldnerschutz 35 ff; *Gaul*, Billigkeit und Verhältnismäßigkeit in der zivilgerichtlichen Vollstreckung öffentlichrechtlicher Abgaben, JZ 1974, 279 (284); *Gerhardt*, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, ZZZP 1982, 467 (490); *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht²³ § 1 Rz 43; *Neumayr in Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda*, Rechtsschutz 805 (808); *Paulus*, Zivilprozessrecht⁶ (2017) Rz 779; abw *Stamm*, Prinzipien 83 ff.

50 *Stürner*, ZZZP 1986, 291 (305); s auch *Eder*, Schuldnerschutz 37.

51 OGH 1 Ob 17/98a wobl 1999/50 (krit *Mohr*).

52 Vgl *Gaul*, ZZZP 1999, 135 (151 ff).

53 *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ (1993) 37 f; *Mini in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO (23. Lfg 2017) § 256 Rz 16.

54 *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht⁴ 37.