

Herausgabevollstreckung: Welche Auskünfte muss der Vermieter (= Schuldner) eidesstattlich versichern?

Betreibt der Zwangsverwalter gegen den Vermieter die Vollstreckung auf Herausgabe der vom Mieter geleisteten Barkaution, schuldet der Vermieter (= Schuldner), der die Kaution nicht herausgeben kann, gemäß § 883 Abs.2 ZPO eine eidesstattliche Versicherung zum Verbleib der Kaution. Wenn er eidesstattlich versichert hat, er habe die Kaution mit rückständigen Mieten verrechnet, ist er nicht zu weitergehenden Auskünften darüber verpflichtet, mit welchen Forderungen er die Kaution verrechnet hat. (LS der Verf.)

BGH, Beschl. v. 21.2.2008 – I ZB 66/07 – www.bundesgerichtshof.de

Der Fall: Der Zwangsverwalter einer Eigentumswohnung beauftragt den Gerichtsvollzieher u.a. damit, dem Vermieter (= Schuldner) die vom Mieter geleistete Barkaution wegzunehmen und an ihn herauszugeben. Die Vollstreckung bleibt erfolglos. In der eidesstattlichen Versicherung gibt der Vermieter an, die Kaution mit Mietrückständen verrechnet zu haben. Der Zwangsverwalter ist mit dieser Auskunft unzufrieden und beauftragt den Gerichtsvollzieher, die eidesstattliche Versicherung um die Erklärung ergänzen zu lassen, mit welchen Forderungen genau die Kaution verrechnet wurde und wie hoch die Miete sei. Der Gerichtsvollzieher weist den Auftrag zurück. Der Zwangsverwalter wehrt sich dagegen mit Erinnerung, sofortiger Beschwerde und zuletzt Rechtsbeschwerde.

Hintergrund: Der Zwangsverwalter darf aufgrund des Beschlusses des Vollstreckungsgerichts über die Anordnung der Zwangsverwaltung (§§ 150 Abs. 2, 152 ZVG) vom Schuldner die Überlassung einer vor der Beschlagnahme vom Mieter des Objekts geleistete Kaution verlangen (BGH, 14.4.2005 – V ZB 6/05 – Info M 2005, 162). Nur die Pfändung eines Bankkontos ist vom Beschluss des Vollstreckungsgerichts nicht gedeckt.

883 ZPO Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen

(1) Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder eine Menge bestimmter beweglicher Sachen herauszugeben, so sind sie von dem Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben.

(2) Wird die herauszugebende Sache nicht vorgefunden, so ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers zu Protokoll an Eides statt zu versichern, dass er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

§ 836 ZPO Wirkung der Überweisung

(3) Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben. Erteilt der Schuldner die Auskunft nicht, so ist er auf Antrag des Gläubigers verpflichtet, sie zu Protokoll zu geben und seine Angaben an Eides statt zu versichern. [...]

Die Entscheidung: Auch die Rechtsbeschwerde bleibt erfolglos. Nach Auffassung des BGH hat der Verwalter keinen Anspruch auf die ergänzenden Angaben.

Zwar könne der Zwangsverwalter aufgrund des Beschlusses zur Anordnung der Zwangsverwaltung die Herausgabe einer Mieterkaution nach § 883 ZPO erzwingen (Verweis auf BGH,

14.4.2005, a.a.O.). Gemäß § 883 Abs. 2 ZPO beschränke sich die entsprechende Offenbarungspflicht des Vermieters aber auf die ihm erinnerlichen Wahrnehmungen und Mitteilungen sowie auf angestellte Nachforschungen zum Verbleib der Kaution (Verweis u.a. auf Stein/Jonas (Brehm), ZPO, 22. Aufl., § 883 Rdn. 34). Nach Abgabe der eidesstattlichen Versicherung könne der Gläubiger grundsätzlich nur noch die sich daraus ergebenden Vollstreckungsmöglichkeiten nutzen oder strafrechtliche Ermittlungen wegen falscher eidesstattlicher Versicherung veranlassen. Eine erneute eidesstattliche Versicherung komme nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der Gläubiger gemäß § 294 ZPO glaubhaft macht, dass der Schuldner in den Besitz der Sache gelangt ist oder Kenntnis von deren Verbleib erlangt hat (Verweis u.a. auf Zöller (Stöber), ZPO, 26. Aufl. 2006, § 883 Rdn. 13).

Für eine andere Beurteilung etwa wegen der Besonderheiten der vom Zwangsverwalter betriebenen Zwangsvollstreckung (Verweis auf BGH, 14.4.2005, a.a.O.) bleibe kein Raum. Insbesondere komme eine Anwendung von § 836 Abs. 3 Satz 2 ZPO nicht in Betracht. Eine unmittelbare Anwendung scheitere daran, dass der Zwangsverwalter die Herausgabe der Kaution nach § 883 ZPO verlangt. Für eine analoge Anwendung sei schon deswegen kein Raum, weil die dort getroffene Regelung nicht lückenhaft sei.

Praxishinweis Pfändungs- und Überweisungsbeschluss:

Wird aufgrund eines Titels nach §§ 704, 794 ZPO vollstreckt, kann das Kautionsguthaben gepfändet und überwiesen werden, §§ 820, 835 ZPO. Dann muss der Schuldner auch die Auskünfte nach § 836 ZPO geben.



RAin FAin MuW Sandra Walburg, Berlin
walburg@baustein-verlag.de

Anwaltszulassung: Darf der Anwalt als Geschäftsführer für eine Immobilien-GmbH tätig sein?

Die Anwaltszulassung ist zu widerrufen (hier: zu versagen), wenn der Rechtsanwalt eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Anwaltsberuf unvereinbar ist. Das ist der Fall, wenn der Rechtsanwalt als Mitgeschäftsführer und Mitgesellschafter einer GmbH tätig ist, die sich auch mit der Vermittlung von Immobilien befasst. Das gilt auch dann, wenn der Mitgeschäftsführer nur für den Verwaltungsbereich zuständig ist. (LS der Verf.)

BGH, Beschl. v. 8.10.2007 – AnwZ (B) 92/06 – BRAK-Mitt. 2008, 25

Der Fall: Ein Rechtsanwalt beantragt nach zeitweisem verzichtsbedingtem Widerruf seiner Zulassung erneut die Zulassung zur Anwaltschaft. Er gibt an, neben seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt auch u.a. als Mitgeschäftsführer und Mitgesellschafter einer Gesellschaft tätig werden zu wollen, die sich mit dem Ankauf, der Vermarktung und Vermittlung sowie der Verwaltung von Immobilien befasst. Er selbst wolle dort nicht akquisitorisch, sondern nur im Verwaltungsbereich tätig sein. Die RAK Hamburg lehnt die Zulassung ab.

§ 7 BRAO Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft

Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist zu versagen, [...]

8. wenn der Bewerber eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann; [...]

§ 45 BRAO Versagung der Berufstätigkeit

Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden:

4. wenn er in derselben Angelegenheit außerhalb seiner Anwaltschaft oder einer sonstigen Tätigkeit im Sinne des § 59a Abs. 1 Satz 1 bereits beruflich tätig war; dies gilt nicht, wenn die berufliche Tätigkeit beendet ist.

(2) Dem Rechtsanwalt ist es untersagt:

2. in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt befasst war, außerhalb seiner Anwaltschaft oder einer sonstigen Tätigkeit im Sinne des § 59a Abs. 1 Satz 1 beruflich tätig zu werden.

§ 46 BRAO Rechtsanwälte in ständigen Dienstverhältnissen

(2) Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden:

1. wenn er in derselben Angelegenheit als sonstiger Berater, der in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis Rechtsrat erteilt, bereits rechtsbesorgend tätig geworden ist;
2. als sonstiger Berater, der in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis Rechtsrat erteilt, wenn er mit derselben Angelegenheit bereits als Rechtsanwalt befasst war.

Hintergrund: Bevor wegen der Gefahr von Pflichtenkollisionen gemäß § 7 BRAO die Anwaltszulassung versagt bzw. widerrufen wird, ist zu prüfen, ob sich die drohende Pflichtenkollision durch ein milderes Mittel vermeiden lässt, insbesondere durch Anordnung von Tätigkeitsverboten gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 2; § 46 Abs. 2 BRAO (BGH, 21.11.1994 – AnwZ (B) 44/94 – BRAK-Mitt. 1995, 163). Die Rechtsprechung ist aber streng und hat die Zulassungsverweigerung bzw. den Zulassungswiderruf gebilligt, wenn der Rechtsanwalt nebenher tätig ist als

- Versicherungsmakler, s. BGH, 14.6.1993 – AnwZ (B) 15/93 – BRAK-Mitt. 1994, 43;
- Vermittler von Finanzdienstleistungen, s. BGH, 18.10.1999, AnwZ (B) 97/98 – BRAK-Mitt. 2000, 43;
- Grundstücksmakler, s. BGH, 21.9.1987 – AnwZ (B) 25/87 – BRAK-Mitt. 1988, 49.

Unbedenklich soll demgegenüber die Tätigkeit des beim Immobilienmakler angestellten Rechtsanwalts sein, dem eine akquisitorische Tätigkeit untersagt ist (BGH, 21.11.1994, a.a.O.).

Die Entscheidung: Der BGH gibt der Anwaltskammer Recht. Die Versagung der Zulassung sei nach § 7 Nr. 8 BRAO rechtmäßig. Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Berufswahlbeschränkung bestünden keine Bedenken (Verweis u.a. auf BVerfG, 4.11.1992 – 1 BvR 79/85 – BVerfGE 87, 287). Die beabsichtigte kaufmännische Tätigkeit als Gesellschafter und Mitgeschäftsführer sei mit der Tätigkeit als Rechtsanwalt unvereinbar. Denn die Gesellschaft sei auch Immobilienmakler, und diese Tätigkeit sei mit der Tätigkeit eines Rechtsanwalts unvereinbar (Verweis auf BGH, 21.9.1987, a.a.O.).

An dieser Bewertung ändere nichts, dass nur eine Tätigkeit im Verwaltungsbereich vorgesehen ist. Zwar scheidet eine Versagung der Zulassung nach § 7 BRAO dann aus, wenn dem Rechtsanwalt als Angestellter einer Maklerunternehmens eine akquirierende Tätigkeit untersagt ist (Verweis u.a. auf BGH, 21.11.1994, a.a.O.). Dies lasse sich aber nicht auf die Tätigkeit des Geschäftsführers übertragen. Denn selbst wenn der Geschäftsführervertrag eine entsprechende Beschränkung vorsehe, behalte er aufgrund seiner Allzuständigkeit „gewisse Überwachungspflichten“, die ihn im Einzelfall auch zum Eingreifen veranlassen (Verweis auf BGH, 15.10.1996 – VI ZR 319/95 – BGHZ 133, 370). Das folge auch aus der Pflicht zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns, § 43 Abs. 1 GmbHG. Ein Geschäftsführer sei seinem Unternehmen zudem stärker verpflichtet als ein Angestellter mit eingeschränktem Aufgabenbereich.

Außerdem sei der Rechtsanwalt als Mitgesellschafter auch für die Bestellung und Abberufung der im Akquisitionsgeschäft tätigen Geschäftsführer sowie für deren Überwachung und Entlastung verantwortlich, § 46 Nr. 5 und 6 GmbHG.

Die Gefährdung der Mandanteninteressen lasse sich auch nicht durch ein Tätigkeitsverbot als milderes Mittel vermeiden; denn die Interessenskonflikte könnten „bei jeder Art von Mandanten“ auftreten, nicht nur bei „bestimmten“ Mandanten (Verweis auf BGH, 13.10.2003, a.a.O.).



RAin FAin MuW Sandra Walburg, Berlin
walburg@baustein-verlag.de