



# Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

**Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs-  
und Kostenrecht**

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

123. Jahrgang · Januar 2008

**1 | 08**

## **Abgabenrechtliche Mitwirkungspflichten des Gerichtsvollziehers bei Vollstreckungsmaßnahmen**

Von RiFG Dr. jur. Jürgen Eschenbach, Luhden\*)

Grundsätzlich muss der Gerichtsvollzieher bei der Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen die ggf. eintretenden abgabenrechtlichen Konsequenzen für den Vollstreckungsschuldner nicht beachten. Trotzdem werden von diesen in der Praxis häufig Einwendungen geltend gemacht, die im ersten Moment plausibel klingen und bei denen mancher Gerichtsvollzieher „ins Grübeln kommen“ könnte, ob er den vorgebrachten Argumenten nachgehen oder gar nachgeben muss. Zudem enthalten die §§ 86 bis 93 Gerichtsvollzieherordnung – GVO – einen Katalog von Hinweis- und Mitwirkungspflichten zur Sicherung des Aufkommens aus Steuern und (anderen) Abgaben, deren Erfüllung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann. Mit den nachfolgenden Ausführungen sollen die Stichhaltigkeit der häufigsten Einwendungen untersucht und zu den einzelnen Pflichten des Gerichtsvollziehers einige Hinweise gegeben werden.

### **I. Vollstreckungsmaßnahmen zur Durchsetzung von Lohnforderungen**

Weigert sich ein Arbeitgeber, seinem Arbeitnehmer den nach dessen Meinung offenstehenden Lohn zu bezahlen, muss dieser vor dem nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 a Arbeitsgerichtsgesetz<sup>1)</sup> zuständigen Arbeitsgericht Klage erheben mit dem

Antrag, den Arbeitgeber zur Zahlung des rückständigen Arbeitslohns zu verpflichten (§ 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i. V. m. §§ 495 Abs. 1, 253 Abs. 2 Nr. 2 Zivilprozessordnung<sup>2)</sup>). Da die Arbeitsverträge zumeist sogenannte Bruttolohnklauseln enthalten, d. h. die nach § 611 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch<sup>3)</sup> vereinbarte Vergütung des Arbeitnehmers das an ihn auszuzahlende Nettoentgelt zuzüglich der von ihm zu tragenden Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung<sup>4)</sup> und die Steuerabzugsbeträge<sup>5)</sup> umfasst, wird üblicherweise dabei der rückständige gesamte *Bruttoarbeitslohn* geltend gemacht. Diese Vorgehensweise hat die Rechtsprechung –

Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung vom 20. April 2007 (BGBl. I S. 554); abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze, Stand: Juni 2007, Nr. 83.

<sup>2)</sup> ZPO in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202, ber. 2006 S. 431), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 370); abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 100.

<sup>3)</sup> BGB in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und BGBl. I 2003, S. 738), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Reform des Personenstandsrechts vom 19. Februar 2007 (BGBl. I S. 122); abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze, Stand: 1. Juni 2007, Nr. 20.

<sup>4)</sup> Die Beiträge zu den einzelnen Sparten der gesetzlichen Sozialversicherung werden grundsätzlich von Arbeitnehmer und Arbeitgeber jeweils zur Hälfte getragen (vgl. zur Krankenversicherung § 249 Abs. 1 Satz 1 SGB V; zur Rentenversicherung § 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI, zur Arbeitslosenversicherung § 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III und zur Pflegeversicherung § 58 Abs. 1 Satz 1 SGB XI).

<sup>5)</sup> Schuldner der Lohnsteuer als besonderer Erhebungsform der Einkommensteuer ist der Arbeitnehmer (§ 38 Abs. 2 Satz 1 EStG); dies gilt auch für den Solidaritätszuschlag (§ 1 Abs. 2 SolZG) und die Kirchensteuer (vgl. für Niedersachsen § 12 Abs. 2 Satz 1 Nds. KiStRG).

<sup>\*)</sup> Der Verfasser unterrichtet als nebenamtlicher Lehrbeauftragter im Rahmen der Lehrgänge zur Fortbildung zum Gerichtsvollzieherdienst für die Länder Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Bremen und Mecklenburg-Vorpommern das Fach „Grundzüge des Steuerrechts“. – Fortsetzung des Beitrags „Der Gerichtsvollzieher als Arbeitgeber – Abgabenrechtliche Probleme bei der Beschäftigung von Büro- und Schreibhilfen“, DGvZ 2007, S. 179 ff.

<sup>1)</sup> ArbGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, ber. S. 1036), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demografische Entwicklung und zur

ungeachtet des Umstands, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, die abzuführende Lohnsteuer, die übrigen Steuerabzugsbeträge und die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung vom Arbeitslohn einzubehalten (§§ 38 Abs. 3 Satz 1 Einkommensteuergesetz – EStG –, § 28 g Sätze 1 und 2 SGB IV) – seit Langem akzeptiert<sup>6)</sup>. Das nach einer erfolgreichen Klage ergehende Urteil weist als Vollstreckungstitel in derartigen Fällen die eingeklagte Bruttolohnforderung generell zuzüglich der Verzugszinsen auf den Gesamtbetrag<sup>7)</sup> aus.

Unternimmt der Gerichtsvollzieher zur Beitreibung der titulierten Forderung Vollstreckungsmaßnahmen gegenüber dem Arbeitgeber, so sieht er sich regelmäßig dem Einwand ausgesetzt, es müssten zumindest die von ihm einzubehaltenden Beträge von der eingeklagten Forderung abgezogen werden, wobei zur Untermauerung z. B. die Lohnabrechnungen, das steuerrechtliche Lohnkonto<sup>8)</sup> oder die sozialversicherungsrechtlichen Entgeltunterlagen<sup>9)</sup> vorgelegt werden.

Oftmals wird in diesem Zusammenhang auch vorgebracht, der Vollstreckungsschuldner sei auf Grund seiner finanziell angespannten Situation ohne die verständnisvolle Hilfe des Gerichtsvollziehers gar nicht in der Lage, die Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen und mache sich andernfalls nach § 266 a Abs. 1 Strafgesetzbuch<sup>10)</sup> wegen der Vorenthaltung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung und nach § 370 Abs. 1 Nr. 3 Abgabenordnung<sup>11)</sup> wegen Steuerhinterziehung sogar strafbar.

Diesem Drängen darf der Gerichtsvollzieher aber nicht nachgeben. Die gegenüber dem Arbeitnehmer arbeitsvertraglich geschuldete rückständige Vergütung besteht in der im Urteil ausgewiesenen Bruttovergütung. Zwar ist der Arbeitgeber berechtigt und auch verpflichtet, die *Steuerabzugsbeträge* für Rechnung des Arbeitnehmers nach § 38 Abs. 3 Satz 1 EStG vom Arbeitslohn einzubehalten. Mit diesem öffentlich-rechtlich begründeten Anspruch auf Kürzung des Bruttolohns, der im Moment der Lohnzahlung entsteht, korrespondiert eine Duldungspflicht des Arbeitnehmers, der

deshalb auch nicht verlangen kann, den Steuerabzug zu unterlassen<sup>12)</sup>.

Die Einbehaltungspflicht des Arbeitgebers gilt auch bei seiner Verurteilung zur Zahlung von Arbeitslohn oder bei nach Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Dienstverhältnis zu zahlenden Arbeitslohn<sup>13)</sup>. Die bloße Berechtigung zur Kürzung des Bruttoarbeitslohns allein führt aber nicht zum Erlöschen des Bruttovergütungsanspruchs des Arbeitnehmers. Erst wenn der Arbeitgeber seiner in §§ 41 a Abs. 1 Nr. 2 EStG, 1 Abs. 2 SolZG, 12 Abs. 2 Satz 1 Nds. KiStRG geregelten, weitergehenden öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Abführung der Steuerabzugsbeträge an das Finanzamt nachgekommen ist und so die Lohnsteuer-, Lohnkirchensteuer- und Solidaritätszuschlagsschuld des *Arbeitnehmers*<sup>14)</sup> zum Erlöschen gebracht hat<sup>15)</sup>, erwächst ihm gegenüber dem Arbeitnehmer ein Erstattungsanspruch in dieser Höhe, mit dem er die Aufrechnung mit der Bruttolohnforderung des Arbeitnehmers nach § 387 ff. BGB erklären kann. In diesem Moment erlischt die zivilrechtliche Forderung des Arbeitnehmers in Höhe der tatsächlich abgeführten Beträge<sup>16)</sup>.

Hinsichtlich der *Arbeitnehmerbeiträge* zur *Sozialversicherung* hat der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer nach § 28 g Satz 1 SGB IV einen Ausgleichsanspruch, weil er die Arbeitnehmerbeiträge zusammen mit seinen Arbeitgeberbeiträgen nach § 28 h Abs. 1 Satz 1 SGB IV an die zuständige Krankenkasse zu entrichten hat. Dieser Ausgleichsanspruch kann aber – von den im Regelfall nicht einschlägigen Ausnahmen in §§ 28 e Abs. 1 Satz 1, 28g Satz 4 SGB IV abgesehen – nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden. Aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Norm, dem Arbeitgeber eine Erstattung der Aufwendungen nach Ausführung des in § 28 h Abs. 1 Satz 1 SGB IV geregelten gesetzlichen Auftrags im Interesse des Arbeitnehmers zu ermöglichen, folgert die Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer nur dann einen besonderen Erfüllungseinwand gegen den arbeitsrechtlichen Vergütungsanspruch erheben kann, wenn er seiner Verpflichtung gegenüber der Krankenkasse durch Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in vollem Umfang nachgekommen ist<sup>17)</sup>.

<sup>6)</sup> Bundesgerichtshof – BGH –, Beschluss vom 21. April 1966 VII ZB 3/66, Der Betrieb 1966, S. 1196; Bundesarbeitsgericht – BAG –, Urteil vom 29. August 1984 7 AZR 34/83, Der Betrieb 1984, S. 2708; Beschlüsse vom 18. Januar 2000 9 AZR 122/95 (B), Der Betrieb 2000, S. 624, vom 7. März 2001 GS 1/00, Der Betrieb 2001, S. 2196, 2200; OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. Januar 1990 20 W 516/89, Der Betrieb 1990, S. 1291; LAG Niedersachsen, Beschluss vom 18. Februar 1992 14 Ta 340/91, Der Betrieb 1992, S. 1148.

<sup>7)</sup> Durch Beschluss des Großen Senats des BAG vom 7. März 2001 GS 1/00, Der Betrieb 2001, S. 2196 ist mittlerweile höchststrichtrichlerig geklärt, dass der Arbeitnehmer die Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB aus der in Geld geschuldeten Bruttovergütung verlangen kann, obwohl der Arbeitgeber ein Recht auf Einbehaltung der abzuführenden Steuerabzugsbeträge und der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung hat.

<sup>8)</sup> Vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 1 Lohnsteuer-Durchführungsverordnung – LStDV – und die Ausführungen bei *Eschenbach*, DGVZ 2007, S. 179, 182.

<sup>9)</sup> Vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 15 Beitragsverfahrensverordnung – BVV – und die Ausführungen bei *Eschenbach*, DGVZ 2007, S. 179, 184.

<sup>10)</sup> StGB in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch das 39. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. September 2005 (BGBl. I S. 2674); abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 85.

<sup>11)</sup> AO in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866, ber. BGBl. 2003 I S. 2002), zuletzt geändert durch das Jahressteuergesetz 2007 vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2878); abgedruckt bei Beck'sche Textausgaben, Steuergesetze, Stand: 1. Februar 2007, Nr. 800.

<sup>12)</sup> Vgl. *Pflüger*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG-KStG, Loseblattsammlung, Stand: Juni 2007, § 38 EStG Anm. 46; *Eisgruber*, in: Kirchhof (Hrsg.), EStG, 7. Aufl. 2007, § 38 Rdnr. 15.

<sup>13)</sup> Vgl. *Barein*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2007, § 38 Rdnr. 70; *Drenseck*, in: Schmidt, EStG, 26. Aufl. 2007, § 38 Rdnr. 14; *Pflüger*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG-KStG, a. a. O.; *Stache*, in: Bordewin/Brandt, EStG, Loseblattsammlung, Stand: Januar 2007, § 38 Rdnr. 137.

<sup>14)</sup> Vgl. zur Lohnsteuer § 38 Abs. 2 Satz 1 EStG; zum Solidaritätszuschlag § 2 Nr. 1 SolZG; zur Kirchensteuer § 6 Abs. 2 Nr. 1 Nds. KiStRG.

<sup>15)</sup> *Drenseck*, in: Schmidt, EStG, § 38 Rdnr. 3; *Trzaskalik*, in: Kirchhof/Söhn, EStG, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 2006, § 38 Rdnr. C 6, jeweils auch mit Nachweisen zur Gegenauffassung, wonach bereits die Einbehaltung der Steuerabzugsbeträge durch die Auszahlung des Nettolohns zum Erlöschen der Steuerschuld des Arbeitnehmers führen soll.

<sup>16)</sup> BAG, Beschlüsse vom 7. März 2001 GS 1/00, Der Betrieb 2000, S. 2196, 2198; vom 18. Januar 2000 9 AZR 122/95 (B), Der Betrieb 2000, S. 624, 625.

<sup>17)</sup> Bundessozialgericht – BSG –, Urteil vom 29. Juni 2000 B 4 RA 57/98 R, SozR 3-2000 § 210 Nr. 2; BAG, Beschlüsse vom 7. März 2001 GS 1/00, Der Betrieb 2000, S. 2196, 2199; vom 18. Januar 2000 9 AZR 122/95 (B), Der Betrieb 2000, S. 624, 625 mit der ergänzenden Bemerkung, der Anspruch auf Abzug vom Arbeitslohn sei nicht gleichartig mit dem auf Auszahlung des Bruttoarbeitslohns mit der Folge, dass zuvor keine Aufrechnung möglich sei.

Hat der Arbeitgeber aber nach Erlass des Klage stattgebenden Urteils die Abzugsbeträge bereits entrichtet, muss der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung insoweit auf den ausstehenden Nettolohn beschränken, wenn der Arbeitgeber entweder Quittungen oder andere Zahlungsmittelungen des Finanzamts bzw. der als Einzugsstelle zuständigen Krankenkasse (§ 28 h Abs. 1 Satz 1 SGB IV) nach § 775 Nr. 4 ZPO oder aber einen Einzahlungs- oder Überweisungsnachweis einer Bank, Sparkasse oder der Deutschen Post AG nach § 775 Nr. 5 ZPO vorlegt<sup>18)</sup>. In der Praxis gestaltet sich der erforderliche Nachweis aber schwierig, weil der Arbeitgeber für alle seine Arbeitnehmer die Steuerabzugsbeträge, die in einem bestimmten Lohnsteueranmeldungszeitraum entstanden sind, in einer Summe anzumelden und abzuführen hat<sup>19)</sup>. Auch die fälligen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung sind den Krankenkassen, bei denen die Arbeitnehmer Mitglied sind, gebündelt zu melden<sup>20)</sup> und zu entrichten. Aus den dem Arbeitgeber zur Verfügung stehenden Unterlagen lässt sich somit im Regelfall die Zahlung der rückständigen Steuerabzugsbeträge bzw. Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung gerade für den klagenden Arbeitnehmer nicht *unmittelbar* belegen<sup>21)</sup>. Weitergehende Ermittlungen, z. B. die Aufschlüsselung der abgeführten Beträge nach den Lohnkonten und Entgeltunterlagen aller Arbeitnehmer zur Klärung der Frage, ob und in welcher Höhe die streitbefangenen Beträge tatsächlich abgeführt wurden, muss der Gerichtsvollzieher aber nicht anstellen<sup>22)</sup>. Die Rechtsprechung hat ihm nur in dem Sonderfall, dass lediglich ein Arbeitnehmer beschäftigt wird, die Verpflichtung auferlegt, anhand der vom Arbeitgeber auch vorzulegenden Lohnabrechnungen festzustellen, ob die nachgewiesenermaßen überwiesenen Gesamtbeträge an Steuerabzugsbeträgen einerseits und Sozialversicherungsbeiträgen andererseits sich auf den eingeklagten Bruttoarbeitslohn beziehen<sup>23)</sup>. Ohne einen derartigen Nachweis ist der Einwand des Arbeitgebers, er habe die Steuerabzugs- und Sozialversicherungsbeiträge bereits bezahlt, unbeachtlich.

Bei näherem Hinsehen sind die eingangs aufgeführten Argumente des Arbeitgebers, mit denen er den Gerichtsvollzieher zu einer Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf

den Nettolohn bewegen will, auch nicht stichhaltig. Sofern er die Beiträge nach Erhalt des Urteils bereits abgeführt hatte und dies dem Gerichtsvollzieher nur nicht durch präsente Beweismittel i. S. d. § 775 Nr. 4, 5 ZPO nachweisen konnte, kann er nach § 767 Abs. 1 ZPO mit dem Vorbringen, der vollstreckbare Anspruch sei teilweise erloschen, Vollstreckungsgegenklage gegen den Arbeitnehmer vor dem Prozessgericht der ersten Instanz (also dem Arbeitsgericht) erheben<sup>24)</sup>. Hat er dagegen die Beiträge noch nicht an das Finanzamt bzw. die Krankenkasse entrichtet, ist zu differenzieren:

Hinsichtlich der fälligen *Steuerabzugsbeträge* muss der Arbeitgeber keine Doppelbelastung befürchten. Die Lohnsteuer und die übrigen Steuerabzugsbeträge entstehen gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 EStG erst im Moment des Zuflusses des Arbeitslohns beim Arbeitnehmer nach § 11 Abs. 1 EStG. Die hierfür erforderliche wirtschaftliche Verfügungsmacht erlangt dieser erst dann, wenn ihm das gepfändete Geld übergeben bzw. der Erlös aus der Verwertung der gepfändeten Sache an ihn abgeführt worden ist<sup>25)</sup>. Zu diesem Zeitpunkt kann der Arbeitgeber die abzuführenden Steuerabzugsbeträge nicht mehr einbehalten, weil ihm keine ausreichende Barlohnforderung des Arbeitnehmers mehr zur Verfügung steht. Sofern der Arbeitnehmer ihm den notwendigen Betrag auf Anforderung nicht nachträglich zur Verfügung stellt, muss er dies dem für die Erhebung der Steuerabzugsbeträge zuständigen Betriebsstättenfinanzamt anzeigen (§ 38 Abs. 4 Satz 2 EStG)<sup>26)</sup>. Mit Abgabe der Anzeige wird er von seiner Verpflichtung zur Einbehaltung der Steuerabzugsbeträge frei<sup>27)</sup>, damit entfällt auch seine Pflicht nach § 41 a Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG zur Anmeldung und Abführung. Das Betriebsstättenfinanzamt wird nach Eingang der Anzeige die zuwenig erhobenen Steuerabzugsbeträge vom Arbeitnehmer gemäß § 38 Abs. 4 Satz 4 EStG nachfordern.

Anders ist die Rechtslage hinsichtlich der *Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung*. Diese sind – soweit sie auf laufend erzielt Arbeitsentgelt entfallen – bereits am drittletzten Bankarbeitstag des Monats fällig, in dem die Beschäftigung oder Tätigkeit, mit der sie erzielt werden, ausgeübt worden ist (§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Für einmalig gezahltes Arbeitsentgelt muss der Arbeitgeber die Beiträge dagegen nach § 23 Abs. 1 Satz 4 SGB IV am 15. des auf die Auszahlung folgenden Monats entrichten. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entrichtung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags – einschließlich der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung – nach §§ 28 e Abs. 1 Satz 1, 28 h Abs. 1 Satz 1 SGB IV besteht auch dann fort, wenn dieser beim Arbeitnehmer keinen Ausgleich

<sup>18)</sup> Vgl. § 112 Nr. 1 d und e der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher – GVGA – in der ab 1. Mai 1999 geltenden Fassung; abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze – Ergänzungsband –, Nr. 109; ferner BGH, Beschluss vom 21. April 1966 VII ZB 3/66, Der Betrieb 1966, S. 1196; LG Köln, Beschluss vom 11. April 1983 19 T 100/83, DGVZ 1983, S. 157; Lepke, Der Betrieb 1978, S. 839, 840; Müller, Der Betrieb 1978, S. 935; Hartz/Meeßen/Wolf, ABC-Führer Lohnsteuer, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 2005, Stichwort: Pfändung von Arbeitslohn Rdnr. 2; Lackmann, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 775 Rdnr. 7.

<sup>19)</sup> R 133 Abs. 2 Satz 2 LStR.

<sup>20)</sup> § 9 Abs. 1 Satz 2 BVV.

<sup>21)</sup> So auch Müller, Der Betrieb 1978, S. 935; ferner allgemein zu diesem Problem *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 65. Aufl. 2007, § 775 Rdnr. 21; *Karsten Schmidt*, in: Lüke/Walchshöfer (Hrsg.), Münchner Kommentar zur ZPO, 1992, § 775 Rdnr. 19.

<sup>22)</sup> Vgl. zum Umfang der Ermittlungspflicht des Gerichtsvollziehers zur Aufklärung des Sachverhalts *Stöber*, in: Zöller, ZPO, § 775 Rdnr. 9; Lackmann, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 775 Rdnr. 12.

<sup>23)</sup> LG Köln, Beschluss vom 11. April 1983 19 T 100/83, DGVZ 1983, S. 157. Ob der Arbeitgeber die Steuerabzugsbeträge und Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung dagegen korrekt berechnet hat, hat der Gerichtsvollzieher dagegen nach dieser Gerichtsentscheidung nicht zu prüfen; vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Übers. § 803 Rdnr. 2; *Münzberg*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 775 Rdnr. 23 m. w. N. in Fn. 120.

<sup>24)</sup> Eine Erinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO, die beim Amtsgericht als Vollstreckungsgericht nach § 764 Abs. 2 ZPO einzulegen ist, ist dagegen dann der richtige Rechtsbehelf, wenn der Arbeitgeber rügen will, der Gerichtsvollzieher hätte die Zwangsvollstreckung auf Grund der vorgelegten Beweismittel nach § 775 Nr. 4, 5 ZPO beschränken müssen.

<sup>25)</sup> Die Wegnahme des gepfändeten Geldes beim Vollstreckungsschuldner bzw. der Empfang des Erlöses nach einer Verwertung einer gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher bewirken nach §§ 815 Abs. 3, 819 ZPO bereits das Erlöschen der Forderung des Vollstreckungsgläubigers. Diese Fiktion gilt im Steuerrecht wegen der dort vorherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht.

<sup>26)</sup> Nach R 138 Abs. 2 Satz 1 LStR hat die Anzeige schriftlich zu erfolgen, wobei die Verwaltungsvorschrift in Satz 2 genaue Angaben über den erforderlichen Inhalt enthält.

<sup>27)</sup> H 104 „Lohnsteuerabzug“ LStH, 3. Spiegelstrich: Verhältnis Einbehaltungspflicht/Anzeigeverpflichtung.

erlangen kann. Da bis zum Erlass des Klage stattgebenden Urteils in der Regel einige Monate vergehen, läuft der Anspruch des Arbeitgebers auf Ausgleich von Arbeitnehmerbeiträgen nach § 28 g Sätze 1 und 2 SGB IV bei laufendem Arbeitsentgelt leer, da ein Abzug vom Arbeitslohn von den nächsten drei Lohn- und Gehaltszahlungen dann faktisch nicht mehr möglich sein wird<sup>28)</sup>. Ist einmalig gezahltes Arbeitsentgelt eingeklagt worden, kann ein Abzug nur dann noch erfolgen, wenn ein Beschäftigungsverhältnis mit ihm noch besteht, da ansonsten kein kürzungsfähiger Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt mehr zur Verfügung steht<sup>29)</sup>. Der Arbeitgeber läuft damit Gefahr, mit den Arbeitnehmerbeiträgen letztlich zweimal belastet zu werden. Diese Risikoverteilung zugunsten des Arbeitnehmers hat der Gesetzgeber mit der nicht abdingbaren Beschränkung des Ausgleichsanspruchs des Arbeitgebers auf die Möglichkeit des Abzugs vom Arbeitsentgelt bewusst getroffen<sup>30)</sup>.

Sofern der Arbeitgeber seiner lohnsteuerrechtlichen Anzeigepflicht nachkommt, kann er sich auch nicht einer Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 3 AO schuldig machen. Eine Strafbarkeit wegen Vorenthaltung von Beiträgen des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung nach § 266 a Abs. 1 StGB scheidet bis zum Erlass des Klage stattgebenden Urteils aus, weil der Arbeitgeber hinsichtlich des Bestehens der Lohnforderung als Grundlage für das Entstehen von Sozialversicherungsbeiträgen keinen Vorsatz hatte. Mit Zustellung des Urteils an ihn entfällt dieser Irrtum allerdings, sodass er sich im Regelfall – sofern er zur Zahlung auch nach einer Kreditaufnahme in der Lage war – bereits zu diesem Zeitpunkt strafbar gemacht hat.

Der Gerichtsvollzieher ist nach § 86 Nr. 1 GVO verpflichtet, „das für den Vollstreckungsort zuständige Finanzamt“ über die erfolgte Beitreibung der Arbeitslohnforderung zu benachrichtigen, wenn der an den Arbeitnehmer als Vollstreckungsgläubiger abzuführende Betrag höher als 40 Euro ist. Dabei hat der Gerichtsvollzieher das in der Anlage 3 a zur GVO beigefügte amtliche Muster zu verwenden (vgl. auch § 107 Satz 1 GVO). Diese Anordnung und der vorgeschriebene Vordruck sind aus mehreren Gründen unglücklich. Zum Einen ist für den Erlass eines Nachforderungsbescheids gegenüber dem Arbeitnehmer nach § 38 Abs. 4 Satz 4 EStG bzw. eines Haftungsbescheids gegenüber dem Arbeitgeber nach § 42 d Abs. 1 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wenn dieser seiner Anzeigepflicht nach § 38 Abs. 4 Satz 23 EStG nicht unverzüglich nachgekommen ist<sup>31)</sup>, das Betriebsstättenfinanzamt (§ 41 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) zuständig, also das Finanzamt, in dessen Bezirk sich der Betrieb oder Teil des Betriebs des Arbeitgebers befindet, in dem der für die Durchführung des Lohnsteuerabzugs maßgebende Arbeitslohn ermittelt wird (§ 41 Abs. 2 Satz 1 EStG)<sup>32)</sup>. Bei Arbeitgebern, die an mehreren Orten Filialen unterhalten, muss dies somit nicht zwangsläufig das Finanzamt sein, in dessen Bezirk sich der

Vollstreckungsort befindet. Damit das benachrichtigte Finanzamt die Mitteilung nach § 86 Nr. 1 GVO richtig zuordnen kann, sollte der Gerichtsvollzieher die Lohnsteuerarbeitgebersteuernummer beim Vollstreckungsschuldner nachfragen und diese im Muster vermerken. Zum Zweiten sieht der Vordruck keinerlei Angabe zum Vollstreckungsgläubiger vor, sodass das Finanzamt zur Prüfung der Frage, wer letztlich die fälligen Steuerabzugsbeträge tragen soll, durch Nachfrage beim Vollstreckungsschuldner erst einmal die persönlichen Daten des Arbeitnehmers ermitteln muss. Um hier eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen, sollte der Gerichtsvollzieher bei diesem seine aktuelle Adresse und persönliche Einkommensteuernummer erfragen und wiederum vermerken. Schließlich sollte der Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsschuldner bei der Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme mitteilen, dass er zur Benachrichtigung des Finanzamts verpflichtet ist und der Vollstreckungsschuldner trotzdem seine Anzeigepflicht erfüllen muss, will er einer Haftung für die fälligen Steuerabzugsbeträge entgehen.

Nach § 86 Nr. 2 GVO muss der Gerichtsvollzieher zudem den für den Gläubiger zuständigen Sozialversicherungsträger nach Muster 3 b von der Vollstreckungsmaßnahme unterrichten. Zuständig für die Einziehung der Sozialversicherungsbeiträge ist nach §§ 28h Abs. 1 Satz 1, 28 i Satz 1 SGB IV die gesetzliche Krankenkasse, bei der der Arbeitnehmer Mitglied ist. Der Gerichtsvollzieher muss somit zunächst den Vollstreckungsschuldner – und wenn dieser keine Auskunft erteilt – nach § 86 Nr. 2 Satz 2 GVO den Vollstreckungsgläubiger insoweit befragen. Sofern der Vollstreckungsschuldner die notwendigen Informationen gibt, sollte der Gerichtsvollzieher zugleich auch um die Angabe der von der Bundesagentur für Arbeit ihm nach § 5 Abs. 3 Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung – DEÜV – erteilten Betriebsnummer und die persönliche Versicherungsnummer des Arbeitnehmers ersuchen, um der Krankenkasse die Zuordnung der Mitteilung zu erleichtern. In jedem Fall sollte beim Vollstreckungsgläubiger seine Versicherungsnummer erfragt werden und das Musterschreiben um die persönlichen Daten des Arbeitnehmers ergänzt werden.

Die Erfüllung der Mitteilungspflichten gegenüber dem Finanzamt und der Krankenkasse sind nach § 93 Nr. 1 GVO aktenkundig zu machen, was zweckmäßigerweise durch Ablage einer Kopie der Mitteilungen geschieht.

## **II. Umsatzsteuerrechtliche Probleme bei der Verwertung von Sachen im Unternehmensvermögen des Vollstreckungsschuldners**

Der Gerichtsvollzieher ist kein Unternehmer i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 Umsatzsteuergesetz<sup>33)</sup> und kann deshalb auch keine steuerbaren Lieferungen oder sonstigen Leistungen gegenüber seinem Auftraggebern und Dritten ausführen. Es fehlt ihm an der nach § 2 Abs. 1 UStG vorgeschriebenen Selbstständigkeit, weil er als Beamter gegenüber seinem Dienstherrn trotz der ihm nach § 58 Nr. 1 GVGA eingeräumten Freiheiten bei der Ausübung seiner Tätigkeit im Rahmen der Dienstaufsicht weisungsgebunden ist (vgl. §§ 2

<sup>28)</sup> Vgl. *Felix*, in: Wannagat, Sozialgesetzbuch, Loseblattsammlung, Stand: April 2003, § 28 g SGB IV Rdnr. 10.

<sup>29)</sup> Vgl. *Felix*, a. a. O.

<sup>30)</sup> Vgl. bereits zur Vorgängerregelung *Lepke*, Der Betrieb 1978, S. 839, 840 m. w. N. in Fn. 23.

<sup>31)</sup> H 145 „Allgemeines zur Arbeitgeberhaftung“ LStH, 8. Spiegelstrich.

<sup>32)</sup> Vgl. dazu im Einzelnen R 132 LStR. Sofern die Lohnbuchhaltung extern von einem Steuerberater erstellt wird, ist nach § 41 Abs. 2 Satz 2 EStG auf den Mittelpunkt der geschäftlichen Leitung, also die Unternehmenszentrale, abzustellen.

<sup>33)</sup> UStG in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Februar 2005 (BGBl. I S. 386), zuletzt geändert durch das Jahressteuergesetz 2007 vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2878); abgedruckt bei Beck'sche Textausgaben, Steuergesetze, Nr. 500.

Nr. 2, 101 GVO)<sup>34</sup>). Umgekehrt kann er aber auch Umsatzsteuerbeträge, die ihm von Unternehmern für an ihn erbrachte Leistungen in Rechnung gestellt werden, nicht als gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG zu erstattende Vorsteuern beim Finanzamt geltend machen.

Wird im Rahmen einer Zwangsvollstreckung eine Sache durch den Gerichtsvollzieher öffentlich versteigert oder freihändig verkauft oder erfolgt eine freiwillige Versteigerung oder ein Pfandverkauf, treten in der Praxis oftmals gleich zwei Seiten an ihn mit Forderungen heran: Sofern der Vollstreckungsschuldner Unternehmer ist, wird er versuchen, seine umsatzsteuerlichen Pflichten auf ihn abzuwälzen. Gängig ist hierbei entweder die Aufforderung, die fällige Umsatzsteuer gegenüber dem Finanzamt anzumelden und aus dem erzielten Erlös abzuführen, oder aber zumindest die Bitte, ihm die zur Abführung der Steuer erforderlichen Mittel zu überlassen. Ist der Erwerber hingegen auch ein Unternehmer, wird er sich an den Gerichtsvollzieher mit der Bitte um Ausstellung einer Rechnung mit offen ausgewiesener Umsatzsteuer wenden, die er zur Geltendmachung seines Vorsteueranspruchs gegenüber dem Finanzamt benötigt. Diesen Bitten darf der Gerichtsvollzieher aber nicht Folge leisten.

Sofern der Vollstreckungsschuldner Unternehmer ist, führt die Veräußerung von körperlichen Gegenständen an Dritte zu einer Lieferung nach § 3 Abs. 1 UStG, die – wenn sie gegen Entgelt erfolgt und im Inland erbracht wird – gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbar und im Regelfall mangels einschlägiger Steuerbefreiungsvorschrift (§ 4 UStG) auch steuerpflichtig ist. Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuerrechts sind nicht nur Gewerbetreibende, sondern auch z. B. Freiberufler oder auch Vermieter von Grundstücken oder Grundstücksteilen. Eine Lieferung setzt nur voraus, dass der Liefergegenstand zuvor in den unternehmerischen Bereich eingeflossen ist<sup>35</sup>). Wichtiges Indiz für die Zuordnungsentcheidung des Unternehmers ist hierbei der Umstand, dass er bei der Anschaffung des Gegenstands die Vorsteuer aus der an ihn gerichteten Rechnung gegenüber dem Finanzamt geltend gemacht hat<sup>36</sup>). Der Umstand, dass die Eigentumsübertragung der gepfändeten Sache nicht freiwillig durch den Vollstreckungsschuldner erfolgt, steht der Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UStG nicht entgegen. Die Höhe der Steuer richtet sich nach § 10 Abs. 1 Satz 1 UStG nach dem Entgelt, dass der Erwerber der Sache für den Gegenstand aufwendet, jedoch abzüglich der in dem Gesamtbetrag enthaltenen Umsatzsteuer (§ 10 Abs. 1 Satz 2 UStG). Der Steuersatz beträgt im Regelfall 19 v. H. (§ 12 Abs. 1 UStG). Sie ist vom Unternehmer als Steuerschuldner gemäß § 13 a Abs. 1 Nr. 1 UStG zu tragen und von ihm nach § 18 Abs. 1 UStG gegenüber seinem Finanzamt anzumelden und abzuführen. Zugleich ist der Unternehmer nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 UStG verpflichtet, dem Empfänger der Lieferung innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung des Umsatzes eine ordnungsgemäße Rechnung zu erstellen, sofern der

Empfänger ein Unternehmer oder eine juristische Person des Privatrechts (GmbH, AG, eingetragener Verein, KGaA etc.) oder des öffentlichen Rechts (Gemeinden, Land, Bund) ist.

Bewirkt der Gerichtsvollzieher bei einer Versteigerung oder einem freihändigen Verkauf einer Sache im Rahmen einer Zwangsvollstreckung den Eigentumsübergang auf den Ersteigerer oder Erwerber, so tritt er umsatzsteuerrechtlich nicht selbst in Erscheinung. Mit der Pfändung und der Verwertung der Sache erfolgt keine Lieferung durch den bisherigen Eigentümer an ihn und sodann auch keine weitere Lieferung durch ihn an den neuen Eigentümer. Als staatliches Zwangsorgan ist er nur ein Mittel zur Vollziehung eines Zwangsumsatzes zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem Erwerber, zwischen denen allein ein umsatzsteuerrechtlich relevanter Leistungsaustausch besteht<sup>37</sup>). Wird der Gerichtsvollzieher dagegen beauftragt, bei rechtsgeschäftlich begründeten Pfandrechten eine freiwillige Versteigerung oder einen Pfandverkauf durchzuführen, so kommt es im Moment der Pfandverwertung zeitgleich sowohl zu einer Lieferung des Verpfänders an den Pfandgläubiger als auch zu einer zweiten des Pfandgläubigers an den Erwerber<sup>38</sup>). Auch an diesen beiden Leistungsaustauschen ist der Gerichtsvollzieher steuerrechtlich nicht beteiligt.

Bei Beachtung dieser Sach- und Rechtslage darf der Gerichtsvollzieher dem Drängen des Vollstreckungsschuldners auf Kürzung des erlangten Verwertungserlöses um die anfallende Umsatzsteuer nicht nachkommen. Die Modalitäten zur Auszahlung des Erlöses an den Vollstreckungsgläubiger sind in der Zivilprozessordnung nicht ausdrücklich geregelt. Aus §§ 817 Abs. 4 Satz 1, 827 Abs. 2 ZPO wird aber abgeleitet, dass der Gerichtsvollzieher den erzielten Erlös nur um seine Kosten nach § 15 Abs. 1, 2 GvKostG kürzen darf und den Rest bis zur vollständigen Befriedigung dem Vollstreckungsgläubiger unverzüglich auszahlen muss<sup>39</sup>). Kommt er dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung fahrlässig oder vorsätzlich nicht ordnungsgemäß nach, so hat der Vollstreckungsgläubiger einen Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung gegen das Land als Anstellungskörperschaft nach § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Artikel 34 Satz 1 Grundgesetz. Bei grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Fehlverhalten des Gerichtsvollziehers kann dieser sodann vom Dienstherrn in Regress genommen werden (Artikel 34 Satz 2 Grundgesetz i. V. m. § 86 Abs. 1 Satz 1 NBG<sup>40</sup>).

Auch dem Bestreben des Erwerbers der Sache auf Erhalt einer ordnungsgemäßen Rechnung kann und darf der Gerichtsvollzieher nicht abhelfen. Nur eine *durch den leisten-*

<sup>37</sup>) BFH, Urteile vom 19. September 1985 V R 139/76, BStBl. II 1986, S. 500 und vom 16. April 1997 XI R 87/96, BStBl. II 1997, S. 585, 588; Abschn. 2 Abs. 2 UStR; *Forgach*, BB 1985, S. 988; *Weiß*, UR 1989, S. 201.

<sup>38</sup>) Sog. Doppelumsatz; vgl. BFH, Urteil vom 16. April 1997 XI R 87/96, BStBl. II 1997, S. 585, 588; Abschn. 2 Abs. 1 Satz 3 UStR und BMF-Schreiben vom 30. November 2006, BStBl. I 2006, S. 794.

<sup>39</sup>) §§ 169 Nr. 2, 170 Nr. 1 GVGA; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 819 Rdnr. 3; *Schilken*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 819 Rdnr. 7 m. w. N. in Fn. 7; *Alisch*, DGVZ 1979, S. 81, 85.

<sup>40</sup>) Die Beamtengesetze der übrigen Bundesländer enthalten auf Grund der verbindlichen Vorgabe in § 46 Abs. 1 des Rahmengesetzes zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. März 1991 (BGBl. I S. 654), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2748); abgedruckt bei Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungs-gesetze der Bundesrepublik, Stand: 30. April 2007, Nr. 150 gleichlautende Regelungen.

<sup>34</sup>) So bereits Reichsfinanzhof – RFH –, Urteil vom 12. Dezember 1922 V A 479/22, RStBl. 1923, S. 47 zur Tätigkeit der preußischen Gerichtsvollzieher mit dem Hinweis, diese seien Staatsbeamte und an die Bestimmungen der Geschäftsanweisungen für die Gerichtsvollzieher vom 24. März 1914 (PrJMBL. S. 340) gebunden.

<sup>35</sup>) Vgl. Abschn. 192 Abs. 17 Umsatzsteuer Richtlinien 2005 – UStR – vom 16. Dezember 2004 (BStBl. I Sondernummer 3 S. 3); abgedruckt bei Beck'sche Textausgaben, Steuer Richtlinien, Stand: 31. Mai 2007, Nr. 500.

<sup>36</sup>) Abschn. 192 Abs. 21 Nr. 2 Satz 5 UStR.

den Unternehmer ausgestellte Rechnung ermöglicht dem Leistungsempfänger den Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG. Zwar kann sich der Unternehmer durch einen Dritten bei der Ausstellung des Dokuments in seinem Namen und für seine Rechnung vertreten lassen, dies setzt jedoch eine Vollmacht oder bei juristischen Personen eine gesetzliche Vertretungsmacht voraus<sup>41</sup>). Weigert sich der Vollstreckungsschuldner gegenüber einem Unternehmer oder einer juristischen Person als Leistungsempfänger, die Rechnung entgegen seiner Verpflichtung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UStG auszustellen, so muss dieser seinen Anspruch vor den Zivilgerichten im Wege der Klage durchsetzen<sup>42</sup>). Weist der Gerichtsvollzieher eigenmächtig für den Verwertungsvorgang offene Umsatzsteuer aus, so schuldet er diese nach §§ 14 c Abs. 2 Satz 1, 13 a Abs. 1 Nr. 4 UStG, ohne dass eine Anrechnung auf die für die Lieferung entstandene Steuer zulässig wäre.

Nach § 87 Satz 3 GVO hat der Gerichtsvollzieher nach einer Verwertung einer in der Zwangsvollstreckung gepfändeten Sache den Vollstreckungsschuldner und bei einer freiwilligen Versteigerung oder einem Pfandverkauf den Auftraggeber darauf hinzuweisen, dass die Vorgänge der Umsatzsteuer unterliegen und in der Umsatzsteuervoranmeldung und später in der Jahreserklärung anzugeben sind. Wenn auch das Finanzamt über diese Vorgänge nicht unmittelbar informiert wird, macht die Belehrung doch Sinn, weil der Vollstreckungsschuldner/Auftraggeber sich später bei einem steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen Steuerhinterziehung nicht auf Unkenntnis berufen kann. Die Erfüllung dieser Hinweispflichten sind nach § 93 Nr. 1 GVO aktenkundig zu machen, am einfachsten durch Abheftung eines Duplikats.

Da die GVO für die erforderlichen Hinweise keine eigenen verbindlichen Muster vorgibt, wird für den Fall des § 87 Satz 1 GVO folgender Vordruck vorgeschlagen:

	„(Ort), den (Datum)“
DR Nr. (Geschäftszeichen)	
Herrn/Frau (Name des/der Vollstreckungsschuldners/in) (Adresse des/der Vollstreckungsschuldners/in)	
Sehr geehrte/r Herr/Frau (Vollstreckungsschuldner), im Versteigerungstermin am (Datum) ist Ihre gepfändete Sache (Bezeichnung) Herrn/Frau (Name, Adresse) bei einem Gebot in Höhe von (...) zugeschlagen worden/am (Datum) ist Ihre gepfändete Sache (Bezeichnung) an Herrn/Frau (Name, Adresse) freihändig mit einem Bruttokaufpreis in Höhe von (...) freihändig verkauft worden.	
Ich bin nach § 87 Satz 3 der Gerichtsvollzieherordnung verpflichtet, Sie auf mögliche umsatzsteuerrechtliche Konsequenzen aufmerksam zu machen. Sofern Sie nach § 2 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz Unternehmer sind und die verwertete Sache Ihrem Unternehmensvermögen zugeordnet war, haben Sie im Moment der Übergabe der Sache an den/die Ersteigerer/in/Käufer/in eine steuerbare Lieferung i. S. d. § 3 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz erbracht, auch wenn diese gegen Ihren Willen erfolgt ist. In diesem Fall sind Sie verpflichtet, den Umsatz in Ihrer Umsatzsteuervoranmeldung und später auch in Ihrer Umsatzsteuerjahreserklärung gegenüber dem für Sie zuständigen Finanzamt anzugeben.	
Mit freundlichen Grüßen“	

Für die Konstellation des § 87 Satz 2 GVO bietet sich dagegen z. B. folgende Formulierung an:

<sup>41</sup> Vgl. Abschn. 183 Abs. 3 Satz 4 bis 7 UStR; Zeuner, in: Bunjes/Geist, UStG, 8. Aufl. 2005, § 14 Rdnr. 67.

<sup>42</sup> Vgl. Abschn. 183 Abs. 5 Satz 2 UStR.

	„(Ort), den (Datum)“
DR Nr. (Geschäftszeichen)	
Herrn/Frau (Name des Auftraggebers/in) (Adresse des/der Auftraggebers/in)	
Sehr geehrte/r Herr/Frau (Auftraggeber/in), auf Grund des von Ihnen am (Datum) erteilten Auftrags habe ich die von Ihnen übergebene Sache (Bezeichnung) am (Datum) versteigert/verkauft und vom Ersteigerer/Käufer (Name, Adresse) hierbei einen Erlös in Höhe von (...) erzielt.	
Ich bin nach § 87 Satz 3 Gerichtsvollzieherordnung verpflichtet, Sie auf mögliche umsatzsteuerrechtliche Konsequenzen aufmerksam zu machen. Sofern Sie nach § 2 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz Unternehmer sind und die Verwertung der Sache im Rahmen Ihres Unternehmens erfolgte, haben Sie im Moment der Übergabe der Sache gegenüber dem/der Ersteigerer/in/Käufer/in eine steuerbare Lieferung i. S. d. § 3 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz ausgeführt. Sie sind dann verpflichtet, den Umsatz gegenüber dem für Sie zuständigen Finanzamt in Ihrer Umsatzsteuervoranmeldung und später in Ihrer Umsatzsteuerjahreserklärung anzugeben.	
Mit freundlichen Grüßen“	

### III. Steuerrechtliche Folgen bei der Verwertung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft

Werden Anteile an einer Kapitalgesellschaft im Rahmen einer Zwangsvollstreckung verwertet, können sich hieraus für den Vollstreckungsschuldner – sofern er eine Kapitalgesellschaft ist – körperschaftsteuerrechtliche und bei natürlichen Personen einkommensteuerrechtliche Konsequenzen ergeben, wobei wegen der zumeist angespannten finanziellen Situation des Vollstreckungsschuldners die Gefahr besteht, dass die steuerrechtlichen Erklärungspflichten gegenüber dem Finanzamt nicht erfüllt werden. § 88 Satz 1 und Satz 3 GVO ordnen deshalb für den Gerichtsvollzieher Hinweis- und Mitteilungspflichten an. *Kapitalgesellschaften*<sup>43</sup>) mit Geschäftsleitung oder Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes sind unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig (§ 1 Abs. 1 Körperschaftsteuergesetz<sup>44</sup>). Die gängigen Kapitalgesellschaften – GmbH und AG – gelten zivilrechtlich als Handelsgesellschaften (§ 13 Abs. 3 GmbH-Gesetz<sup>45</sup>) bzw. § 3 Abs. 1 Aktiengesetz<sup>46</sup>) und sind deshalb nach §§ 6 Abs. 1, 238 ff. Handelsgesetzbuch<sup>47</sup>) zur Buchführung verpflichtet. Körperschaftsteuerrechtlich erzielen sie deshalb mit ihrem Geschäftsbetrieb nach § 8 Abs. 2 KStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb<sup>48</sup>). Hält eine derartige Gesell-

<sup>43</sup> Also insbesondere Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Genossenschaften, Versicherungs- und Pensionsfondsvereine, nicht dagegen die Personenhandelsgesellschaften wie z. B. die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft oder die GmbH & Co KG.

<sup>44</sup> KStG in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), zuletzt geändert durch das Jahressteuergesetz 2007 vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2878); abgedruckt bei Beck'sche Textausgaben, Steuergesetze, Nr. 100).

<sup>45</sup> GmbHG in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 846), zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19. April 2007 (BGBl. I S. 542); abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 52.

<sup>46</sup> AktG vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089) zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19. April 2007 (BGBl. I S. 542); abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 51.

<sup>47</sup> HGB vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219), zuletzt geändert durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 5. Januar 2007 (BGBl. I S. 10); abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 50.

<sup>48</sup> Vgl. auch R 32 Abs. 3 Körperschaftsteuer-Richtlinien 2004 vom 13. Dezember 2004 (BStBl. I Sondernummer 2 S. 2); abgedruckt bei Beck'sche Textausgaben, Steuerrichtlinien, Nr. 100.

schaft Anteile an einer anderen Kapitalgesellschaft, Genussscheine<sup>49)</sup> oder Anwartschaften auf eine derartige Beteiligung, erzielt sie bei ihrer Veräußerung unabhängig von den näheren Umständen<sup>50)</sup> immer gewinnerhöhende Betriebseinnahmen, kann aber auf der anderen Seite die bei der Anschaffung entstandenen Aufwendungen als Betriebsausgaben gegenrechnen.

Werden die Anteile von einer *Personenhandelsgesellschaft*<sup>51)</sup>, *Partnerschaft*<sup>52)</sup> oder *BGB-Gesellschaft*<sup>53)</sup> gehalten<sup>54)</sup> und richtet sich die Zwangsvollstreckung gegen sie, treten durch die zwangsweise Veräußerung bei ihnen keine ertragsteuerrechtlichen Konsequenzen ein, weil diese Gesellschaften nicht selbst körper- oder einkommensteuerpflichtig sind. Allerdings müssen die in ihnen zusammengeschlossenen Gesellschafter die ihnen jeweils zuzurechnenden anteiligen Einnahmen aus der Veräußerung abzüglich der anteiligen Anschaffungskosten bei ihrer privaten Einkommensteueranmeldung als Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Einkünfte aus selbständiger Arbeit oder – im Fall der BGB-Gesellschaft – eventuell als Einkünfte aus Vermietung oder Verpachtung oder sonstigen Einkünfte – angeben.

Steuerverfahrensrechtlich werden die Einkünfte aus der Betätigung der Gesellschaft von dem Finanzamt, in dessen Bezirk sich ihre Geschäftsleitung oder ihre Verwaltungszentrale befinden (§ 18 Abs. 1 Nr. 2–4 AO), gegenüber allen Gesellschaftern in einem Grundlagenbescheid gesondert und einheitlich verbindlich festgestellt (§§ 179 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2, 180 Abs. 1 Nr. 2 a, 182 Abs. 1 AO). Dieses Finanzamt leitet seine Ermittlungsergebnisse an die für die Einkommensteueranmeldungen der einzelnen Gesellschafter zuständigen Finanzämter weiter.

Werden schließlich Anteile einer *natürlichen Person* zwangsweise verwertet, so ist der Vorgang zunächst dann ohne Weiteres einkommensteuerrechtlich für sie relevant, wenn sie als Selbstständige Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder aber Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit erzielt und die Anteile ihrem Betriebsvermögen zugeordnet sind. Im Übrigen kann die Veräußerung entweder zu sonstigen Einkünften nach §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG<sup>55)</sup> oder sub-

sidiär zu Einkünften aus Gewerbebetrieb nach § 17 Abs. 1 EStG<sup>56)</sup> führen.

Zur Sicherung des steuerlichen Aufkommens hat der Gerichtsvollzieher bei einer Verwertung von entsprechenden Anteilen nach § 88 Satz 1 GVO zunächst den Vollstreckungsschuldner darauf hinzuweisen, dass der erzielte Erlös der Körperschaft- oder Einkommensteuer unterliegen kann und in der Steuererklärung anzugeben ist. Da die Voraussetzungen und auch der Umfang der sich ergebenden Einkünfte vom Gerichtsvollzieher aber nicht im Einzelnen geprüft werden, sollte die entsprechende Belehrung nur generell gefasst sein. Folgende Ausführungen bieten sich an:

	„(Ort), den (Datum)“
DR Nr. (Geschäftszeichen)	
An die (Name der Gesellschaft)	Herrn/Frau (Name des/der Vollstreckungsschuldners/in)
(Adresse der Gesellschaft)	(Adresse des/der Vollstreckungsschuldners/in)
Sehr geehrte Damen und Herren, die Verwertung des von Ihnen gehaltenen Anteils an der (Name der Kapitalgesellschaft)/des Genussscheins an der (Name der Kapitalgesellschaft)/der Anwartschaft auf einen Anteil an der (Name der Kapitalgesellschaft) am (Datum) hat einen Erlös in Höhe von (...) erbracht.	
Nach § 88 Satz 1 Gerichtsvollzieherordnung bin ich verpflichtet, Sie darauf hinzuweisen, dass der Erlös unter Umständen bei Ihnen als Betriebseinnahme/Einnahme zu berücksichtigen ist und in Ihrer Körperschaftsteuererklärung, Einkommensteuererklärung oder Erklärung über die einheitliche und gesonderte Feststellung von Einkünften angegeben werden muss.	
Mit freundlichen Grüßen“	

Weiterhin muss der Gerichtsvollzieher nach § 88 Satz 3 GVO dem für die Steueranmeldung bzw. gesonderte Feststellung zuständigen Finanzamt<sup>57)</sup> innerhalb von zwei Wochen nach der Verwertung eine beglaubigte Abschrift des Protokolls über die Art der Verwertung zuleiten. Um eine Zuordnung der Mitteilung dort zu erleichtern, sieht § 88 Satz 4 GVO die Angabe der Steuernummer vor, wobei der Gerichtsvollzieher diese nur dann angeben kann, wenn der Vollstreckungsschuldner sie ihm freiwillig auf Nachfrage überlässt. Die Übersendung der Abschrift ist nach § 88 Satz 4 GVO dann entbehrlich, wenn die Übertragung der notariellen Form bedarf (§ 88 Satz 5 GVO). Dies ist nur dann der Fall, wenn die Anteile an einer GmbH freihändig verkauft werden<sup>58)</sup>, also nicht bei einer Verwertung durch Versteigerung. Diese Einschränkung der Übersendungspflicht des

<sup>49)</sup> Genussscheine sind Forderungsrechte gegen eine Kapitalgesellschaft, die eine Beteiligung am Gewinn und/oder Liquidationserlös, eventuell zusätzliche Rechte (z. B. feste Verzinsung usw.) gewähren. Sie sind gesellschaftsrechtlich nicht definiert, aber in § 221 Abs. 3 AktG als „Genussrechte“ (verbrieft oder nichtverbrieft) erwähnt.

<sup>50)</sup> Auch der unfreiwillige Verlust der Anteile im Wege einer Zwangsvollstreckung stellt steuerrechtlich eine Veräußerung dar; vgl. *Glanegger*, in: Schmidt, EStG, § 6b Rdnr. 66 m. w. N.

<sup>51)</sup> Vgl. dazu bereits die Abgrenzung in Fn. 44.

<sup>52)</sup> Partnerschaften sind nach § 1 Abs. 1 des Partnerschaftsgesetzes (PartGG vom 25. Juli 1994 [BGBl. I S. 1744]), zuletzt geändert durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10. November 2006 [BGBl. I S. 2553]; abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 50b) Personengesellschaften von Angehörigen Freier Berufe (z. B. Rechtsanwälte, Steuerberater, Architekten, Zahnärzte, Ärzte usw.). Das Betriebsvermögen wird den Partnern zur gesamten Hand zugerechnet; die Partnerschaft tritt selbst im Rechtsverkehr auf, kann klagen und verklagt werden (§ 7 Abs. 2 PartGG).

<sup>53)</sup> Vgl. §§ 705 ff. BGB.

<sup>54)</sup> Nach mittlerweile unbestrittener Auffassung können derartige Personenzusammenschlüsse Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft werden; vgl. *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 1 Rdnr. 32 ff. m. w. N.

<sup>55)</sup> Private Spekulationsgewinne, sofern der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt.

<sup>56)</sup> Der Veräußerungsgewinn ist dabei nur dann als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu berücksichtigen, wenn der Vollstreckungsschuldner an der Kapitalgesellschaft innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung unmittelbar oder über Beteiligungsgesellschaften mittelbar zu mindestens einem Prozent des Eigenkapitals beteiligt gewesen ist.

<sup>57)</sup> Zuständig für die Durchführung der Körperschaftsteueranmeldung ist nach § 20 Abs. 1 AO das Finanzamt, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung der Körperschaft, also der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Oberleitung befindet. Befindet sich dieser Ort nicht im Geltungsbereich des Grundgesetzes, ist stattdessen auf den Sitz der Gesellschaft abzustellen. Bei natürlichen Personen ist das Finanzamt für die Einkommensteueranmeldung zuständig, in dessen Bezirk der Steuerpflichtige seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 19 Abs. 1 AO). Zur Ermittlung der Zuständigkeit bei der einheitlichen und gesonderten Feststellung von Einkünften von Personengesellschaften vgl. die obigen Ausführungen.

<sup>58)</sup> Vgl. zur Reichweite des Formerfordernisses in § 15 Abs. 3 GmbHG bei der Verwertung gepfändeter GmbH-Anteile *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rdnr. 63.

Gerichtsvollziehers ist vor dem Hintergrund, dass der Notar nach § 54 Abs. 1 und 2 Einkommensteuer-Durchführungsverordnung seinerseits verpflichtet ist, dem Finanzamt eine beglaubigte Abschrift der Abtretungsvereinbarung innerhalb von zwei Wochen nach Aufnahme der Urkunde zu übersenden, zu erklären. Die Erfüllung der Pflichten aus § 88 Sätze 1 und 3 GVO ist aktenkundig zu machen (§ 93 Nr. 1 GVO).

Dem Drängen des Vollstreckungsschuldners, die Verwertung des gepfändeten Anteils wegen der steuerrechtlich nachteiligen Folgen für ihn entweder zu verschieben oder gänzlich zu unterlassen, darf der Gerichtsvollzieher nicht nachgeben (§ 88 Satz 6 GVO).

#### IV. Einfuhrabgaben

Werden Waren aus dem Gebiet außerhalb der Europäischen Union in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingeführt, sind regelmäßig Einfuhrabgaben zu entrichten. Die hierbei anzuwendenden Zollverfahren sind in der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften<sup>59)</sup> geregelt. Waren, die in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht werden, unterliegen nach Artikel 37 Abs. 1 ZK vom Zeitpunkt des Verbringens bis zu dem Zeitpunkt der Überführung in den zollrechtlich freien Verkehr, ihrer Wiederausfuhr oder ihrer Zerstörung der zollamtlichen Überwachung. Nicht jede Verbringung in das Zollgebiet löst

<sup>59)</sup> Zollkodex (ZK) vom 12. Oktober 1992 (ABl. EG Nr. L 302 S. 1); abgedruckt bei Beck'sche Textausgaben, Zölle und Verbrauchsteuern, Nr. ZK 10.

die Einfuhrabgabepflicht aus, es ist vielmehr auch möglich, sie z. B. in einer Freizone oder einem Freilager zu lagern. Will der Gerichtsvollzieher Waren des Vollstreckungsschuldners versteigern oder freihändig verkaufen und damit in den freien Warenverkehr der Gemeinschaft überführen, die noch der zollamtlichen Überwachung unterliegen, weil die Einfuhrabgaben noch nicht entstanden und damit auch noch nicht entrichtet worden sind, so muss er zuvor dies der zuständigen Zollstelle anzeigen (§ 89 Satz 1 GVO; vgl. auch § 133 GVGA). Zuständige Zollstelle ist nach § 23 Abs. 1 AO das Hauptzollamt, in dessen Bezirk die Verwertung stattfinden soll. Ohne Zustimmung der Zollstelle dürfen die gepfändeten Waren grundsätzlich nicht aus dem Lager weggeschafft werden. In eng gezogenen Ausnahmen ist eine Fortschaffung durch den Gerichtsvollzieher nach § 89 Satz 6 GVO erlaubt, sofern die Zollstelle unverzüglich über den Verbleib der Ware informiert wird. Weitere Restriktionen bei der Verwertung der Ware enthält § 89 Satz 8 GVO.

#### V. Verbrauchsteuern

§ 90 GVO enthält einige Hinweise, die der Gerichtsvollzieher bei der Verwertung von Tabakwaren, Branntwein, Mineralöl, Kaffee, Bier und Schaumwein zu beachten hat, weil diese Produkte verschiedenen Verbrauchsteuern unterliegen, die in dem Moment entstehen, wenn sie in den freien Verkehr gebracht werden. Im Einzelnen sollte der Gerichtsvollzieher rechtzeitig das für die Erhebung der verschiedenen Verbrauchsteuern nach § 23 Abs. 1 AO örtlich zuständige Hauptzollamt vor Durchführung der Versteigerung oder des freihändigen Verkaufs konsultieren.

## Die vorläufige Vollstreckbarkeit

Von DirAG Dr. Michael Giers, Neustadt am Rübenberge\*)

### I. Allgemeines

Vor Beginn der Zwangsvollstreckung muss der Gerichtsvollzieher (diese Form steht im Folgenden auch für die Gerichtsvollzieherinnen) die Vollstreckbarkeit des Titels prüfen. Voraussetzung dafür ist in einigen Fällen die Rechtskraft, z. B. bei Beschlüssen nach der HausratsVO gemäß § 16 Abs. 3 HausratsVO. Urteile werden mit Ausnahme von Ehe- und Kindschaftssachen für schon vor Rechtskraft vorläufig vollstreckbar erklärt, § 704 ZPO.

Bei einem Auftrag, aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil zu vollstrecken, empfiehlt es sich dringend, zuerst den die vorläufige Vollstreckbarkeit betreffenden Teil des Tenors genau zu lesen. Entscheidend ist dessen Wortlaut. Der Gerichtsvollzieher hat nicht die Richtigkeit der Entscheidung zu prüfen. Auch wenn das Gericht zur vorläufigen Vollstreckbarkeit unrichtig entschieden hat, z. B. ein Urteil wegen laufenden Unterhalts entgegen §§ 708 Nr. 8, 711 ZPO gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt hat, ist diese Entscheidung maßgeblich. Es obliegt nicht dem Vollstreckungsorgan, die eigene – gegebenenfalls richtige – Entscheidung an die Stelle der gerichtlichen Entscheidung zu

setzen. Hat das Gericht die vorläufige Vollstreckbarkeit falsch beurteilt, so ist es Sache der Parteien, für eine Korrektur zu sorgen.

Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit lassen sich in drei Gruppen einteilen:

- vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung und Abwendungsbefugnis
- vorläufige Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung
- vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung mit Abwendungsbefugnis des Schuldners

### II. Ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbare Urteile

Zu den Urteilen, die ohne Sicherheitsleistung und Abwendungsbefugnis vorläufig vollstreckbar sind, zählen gemäß §§ 708 Nr. 1 bis 3, 711 ZPO vor allem Versäumnisurteile und gemäß § 713 ZPO Urteile, die nicht anfechtbar sind. Diese Urteile bereiten in der Regel keine Probleme. Eine Ausnahme gilt in seltenen Fällen für die Prüfung der Prozessfähigkeit. Das Gericht erlässt Versäumnisurteile gemäß §§ 331 Abs. 1 und 3 ZPO gegen einen Beklagten, der nicht zum Termin erscheint, im Termin keinen Antrag stellt oder im schriftlichen Vorverfahren keine Verteidigungsanzeige abgibt. Abgesehen vom Fall des Beklagten, der zum Termin kommt und keinen Antrag stellt, hat das Gericht zu diesem nie Kontakt und somit keine Gelegenheit gehabt, seine Pro-

\*) Der Verfasser dieses Beitrags ist Direktor des Amtsgerichts Neustadt am Rübenberge und Lehrkraft in der Fortbildung zum Gerichtsvollzieherdienst für die Länder Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Schleswig-Holstein.

zessfähigkeit zu prüfen. Stellt der Gerichtsvollzieher vor Ort fest, dass der Beklagte möglicherweise aufgrund einer psychischen Erkrankung, die sich z. B. durch völlige Unzugänglichkeit, wirre Reden usw. äußert, nicht prozessfähig ist, so kann er die Vollstreckung nicht fortsetzen. Er ist gehalten, die Zwangsvollstreckung einzustellen und beim zuständigen Gericht die Einrichtung einer Betreuung anzuregen<sup>1)</sup>).

### III. Gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbare Urteile

Gemäß § 709 ZPO sind, wenn nicht die Ausnahmetatbestände des § 708 ZPO eingreifen, alle Urteile gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Darunter fallen insbesondere die Urteile der Landgerichte. Gemäß §§ 83 Nr. 1, 77 Nr. 3 GVGA darf der Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung erst beginnen, wenn ihm die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen und diese Urkunde zugestellt ist.

Die Bestimmung der Höhe der Sicherheitsleistung ist einfach, wenn der Gläubiger in vollem Umfang vollstrecken will und eine in Euro bestimmte Sicherheit festgesetzt wurde. Bis zum Inkrafttreten der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle war das Gericht gehalten, die Höhe der erforderlichen Sicherheit mit einer bestimmten Summe festzulegen. Das ist auch weiterhin zulässig. Daneben eröffnet § 709 ZPO seitdem die Möglichkeit, bei der Verurteilung zu Geldleistungen die Höhe der Sicherheitsleistung in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages anzugeben. Der Tenor lautet dann also: „Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von X % (empfohlen werden 110 bis 120 %) des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.“ Unklar ist, ob mit dem jeweils zu vollstreckenden Betrag nur die Hauptforderung oder auch Zinsen und Kosten gemeint sind. Da die Festsetzung der Sicherheitsleistung jeweils eine überschlägige Berechnung von Zinsen und Kosten voraussetzt und ein entsprechender Zuschlag auf die Hauptforderung erfolgt<sup>2)</sup> – weshalb die Sicherheit immer höher ist als die Hauptforderung – erscheint es gerechtfertigt, die Sicherheit von „X %“ nur auf die Hauptforderung zu beziehen. Etwas anderes gilt natürlich, wenn wie bei der Klageabweisung nur wegen der Kosten zu vollstrecken ist<sup>3)</sup>. Dann ist § 709 ZPO allerdings nur anwendbar, wenn wegen eines 1 500 Euro zu übersteigenden Betrages zu vollstrecken ist, § 708 Nr. 11 ZPO.

Ebenfalls mit der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle eingeführt wurde die Möglichkeit, aus einem gegen Sicherheit vorläufig vollstreckbaren Urteil Teilbeträge zu vollstrecken, § 752 ZPO. In diesem Fall ist es für den Gerichtsvollzieher vorteilhaft, wenn die Sicherheit in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der jeweils zu vollstreckenden Forderung angegeben ist. Sind beispielsweise 120 % zu erbringen und will der Gläubiger aus einem Urteil über 10 000 Euro einen Teilbetrag von 2 000 Euro vollstrecken, so muss er eine Sicherheit in Höhe von 2 400 Euro nachweisen. Schwieriger wird es, wenn das Gericht die Höhe der Sicherheit mit einer bestimmten Summe festgelegt hat. Ist bei einer Verurteilung zu 10 000 Euro eine Sicherheitsleistung von 12 000 Euro erforderlich, so muss der für die Vollstreckung eines Teil-

betrages von 2 000 Euro erforderliche Betrag mit Hilfe der in § 83 Nr. 2 GVGA wiedergegebenen Dreisatzformel errechnet werden, also  $2\,000\text{ Euro} \times 12\,000\text{ Euro} : 10\,000\text{ Euro} = 2\,400\text{ Euro}$ . Das Ergebnis liegt hier auf der Hand, weil für  $\frac{1}{5}$  der Hauptforderung auch  $\frac{1}{5}$  der Sicherheit nachzuweisen ist. Bei „krummen“ Beträgen muss jedoch der Taschenrechner zu Hilfe gezogen werden. Reicht die Teilsicherheit nicht aus, um den gewünschten Betrag zu vollstrecken, so kann der Gerichtsvollzieher ausrechnen, in welcher Höhe er vollstrecken kann. Wenn z. B. der Gläubiger im obigen Fall nur 1 800 Euro nachweist, so ist die Vollstreckung möglich wegen  $1\,800\text{ Euro} \times 10\,000\text{ Euro} : 12\,000\text{ Euro} = 1\,500\text{ Euro}$ .

Neben der Höhe der Sicherheit ist zu prüfen, ob diese in der richtigen Art und Weise erbracht, urkundlich nachgewiesen und der Nachweis zugestellt ist. Die Art der Sicherheitsleistung kann das Gericht nach § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO bestimmen. Eine derartige Bestimmung, die entweder schon im Tenor oder durch einen gesonderten Beschluss erfolgen kann<sup>4)</sup>, ist eher selten. Dasselbe gilt für die Parteivereinbarung, die dem Gerichtsvollzieher nachzuweisen ist. Hier kommt z. B. die Einzahlung der Sicherheit auf das Anderkonto eines Prozessbevollmächtigten in Betracht. Zu beachten ist, dass der Nachweis der Sicherheitsleistung auch im Fall einer Parteivereinbarung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde zu führen und zuzustellen ist.

Fehlen Bestimmung des Gerichts oder Parteivereinbarung, so sind als Sicherheit zugelassen die Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren und die Bankbürgschaft. Von der Hinterlegung von Wertpapieren wird selten Gebrauch gemacht. Hierbei ist zu beachten, das nach § 234 Abs. 1 BGB allein mündelsichere Wertpapiere i. S. v. § 1807 BGB als Sicherheit geeignet sind und nach § 234 Abs. 3 BGB Sicherheit nur in Höhe von  $\frac{3}{4}$  des Kurswertes geleistet werden kann. Dieser Kurswert kann Bekanntmachungen der Banken oder dem Wirtschaftsteil der Tageszeitungen entnommen werden. Er ist nicht zu verwechseln mit dem eingetragenen Nennwert. Regelmäßig wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder durch Bankbürgschaft geleistet. Bei der Hinterlegung von Geld erhält der Hinterlegende einen Hinterlegungsschein. Der Hinterlegungsschein ist das Zweitstück des Annahmeantrages mit Annahmeverfügung der Hinterlegungsstelle gemäß § 6 HinterlO<sup>5)</sup>. Eine Abschrift des Hinterlegungsscheins, § 192 Abs. 2 ZPO, ist vor oder mit Beginn der Zwangsvollstreckung zuzustellen, § 751 Abs. 2 ZPO, § 83 Nr. 1 GVGA.

Seit der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle ist auch die Bankbürgschaft eine gesetzlich vorgesehene Art der Sicherheitsleistung. Den Anforderungen des § 108 ZPO genügt allerdings nur eine schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts. Eine diesen Anforderungen nicht entsprechende Bürgschaft ist als Sicherheit nur geeignet, wenn sie durch das Gericht zugelassen wird oder die Parteien sich darauf geeinigt haben. Bei der Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft ergeben sich einige Ungereimtheiten. Zunächst setzt die Bürgschaft an und für sich einen Vertragsschluss voraus. Der Vertrag müsste durch ein dem Schuldner zugehendes Angebot der Bank und eine Annahmeerklärung des Schuldners zustande kommen. Der Zugang gilt mit der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gemäß

<sup>1)</sup> AG Bayreuth, DGVZ 2004, 45; Harnacke, DGVZ 2000, 168 f.

<sup>2)</sup> Zöller/Herget, 26. Aufl., § 709 ZPO Rdnr. 4.

<sup>3)</sup> Musielak/Lackmann, 5. Aufl., § 709 ZPO Rdnr. 6.

<sup>4)</sup> Zöller/Herget, 26. Aufl., § 108 ZPO Rdnr. 3.

<sup>5)</sup> Zöller/Stöber, 26. Aufl., § 751 ZPO Rdnr. 4.

§ 132 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 192 ff. ZPO als erfolgt. Die Annahme des Angebots soll nach § 151 S. 1 BGB nicht erforderlich sein, weil das Gericht die Bürgschaft als Sicherheit zugelassen hat<sup>6)</sup>. Ausreichend ist auch die Zustellung von Anwalt zu Anwalt gemäß § 195 ZPO<sup>7)</sup>. Die Urschrift der Bürgschaft muss immer zugestellt werden, wenn diese durch Rückgabe der Urkunde erlischt. Ob im Übrigen die Zustellung einer beglaubigten Abschrift ausreicht wird unterschiedlich beurteilt<sup>8)</sup>. Weiterhin erscheint problematisch, dass § 751 Abs. 2 ZPO den Nachweis der Sicherheit durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde verlangt. Die Bürgschaft wird regelmäßig nicht in dieser Form erteilt. Es wird jedoch kein urkundlicher Nachweis gefordert, wenn der Gerichtsvollzieher zu Beginn der Vollstreckung dem Schuldner die Bürgschaftsurkunde übergibt, weil der Gerichtsvollzieher dann selbst durch die Übergabe der Urkunde bei der Sicherheitsleistung mitwirkt<sup>9)</sup>. Wurde die Bürgschaft schon früher zugestellt, so gilt der Zustellungsnachweis, also auch das Empfangsbekanntnis des Rechtsanwalts, als Urkunde in diese Sinne<sup>10)</sup>. Diese Nachweisurkunde muss nicht noch einmal zugestellt werden<sup>11)</sup>.

Der Nachweis der Sicherheitsleistung ist nicht erforderlich unter den in § 83 Nr. 6 GVGA aufgeführten Voraussetzungen. Wichtigster Fall ist die Rechtskraft, § 83 Nr. 6 a) GVGA, welche (allein) durch eine Rechtskraftbescheinigung gemäß § 706 ZPO zu belegen ist. Der Hinweis auf das Alter des Titels reicht nicht aus. Nach § 83 Nr. 6 b) GVGA ist vom Nachweis der Sicherheitsleistung abzusehen, wenn ein vorläufig vollstreckbares Urteil eines Oberlandesgerichts über die Verwerfung oder Zurückverweisung der Berufung gegen das Urteil Erster Instanz vorgelegt wird. Die Vorschrift berücksichtigt noch nicht, dass seit dem ZPO-Reformgesetz gemäß § 542 ZPO auch gegen Berufungsurteile des Landgerichts, die bis dahin unanfechtbar waren, unter Umständen die Revision möglich ist. Damit ist § 83 Nr. 6 b) auch anzuwenden, wenn ein vorläufig vollstreckbares Urteil eines Landgerichts über die Verwerfung oder Zurückverweisung der Berufung gegen das Urteil Erster Instanz vorgelegt wird. § 83 b Nr. 6 c) GVGA betrifft Beschlüsse des Berufungsgerichts bzw. des BGH, mit denen Urteile gemäß §§ 537, 558 ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, soweit sie nicht angefochten werden, bzw. Vorabentscheidungen des Berufungsgerichts über die vorläufige Vollstreckbarkeit gemäß § 718 ZPO.

#### IV. Sicherungsvollstreckung

§ 83 Nr. 6 d) GVGA verweist auf die Sicherungsvollstreckung. Die Sicherungsvollstreckung gemäß §§ 720 a ZPO, 83 a GVGA darf nicht verwechselt werden mit der Vollstreckung aus ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteilen mit Abwendungsbefugnis des Schuldners, die nachfolgend unter V. behandelt werden. Sie ist nur zulässig aus gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteilen, durch die der Schuldner zur Leistung von Geld ver-

urteilt wurde, und darauf beruhenden Kostenfestsetzungsbeschlüssen. Der Name deutet schon darauf hin, dass allein die Sicherung, nicht aber die Befriedigung des Schuldners ermöglicht wird. Die Vollstreckung darf also in der Mobilienvollstreckung nur insoweit betrieben werden, als bewegliches Vermögen gepfändet wird, §§ 720 a Abs. 1 a) ZPO, 83 a Nr. 3 GVGA. Gepfändetes Geld ist zu hinterlegen, §§ 720 a Abs. 2, 930 Abs. 2 ZPO, 83 Nr. 4 GVGA. Ausnahmsweise ist mit – vom Gläubiger einzuholender – Genehmigung des Vollstreckungsgerichts die Versteigerung möglich, wenn die gepfändeten Sachen der Gefahr einer beträchtlichen Wertminderung ausgesetzt sind oder ihre Aufbewahrung unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde, §§ 720 a Abs. 2, 930 Abs. 3 ZPO, 83 Nr. 5 GVGA. Der Gerichtsvollzieher muss dem Gläubiger einen entsprechenden Hinweis erteilen, falls ein Antrag auf Versteigerung erforderlich ist, z. B. wenn eine Ladung Bananen gepfändet wurde. Der Versteigerungserlös ist wiederum zu hinterlegen. Grundsätzlich gilt also: Vollstrecken aber nicht verwerten, sofern nicht eine Ausnahmegenehmigung des Vollstreckungsgerichts vorliegt.

Voraussetzung der Sicherungsvollstreckung ist nach §§ 750 Abs. 3 ZPO, 83 a Nr. 2 GVGA, dass Urteil und Klausel mindestens zwei Wochen vorher zugestellt wurden. Zur Zustellung der Klausel hat der BGH entgegen der bis dahin überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur<sup>12)</sup> entschieden, dass diese nicht generell, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 750 Abs. 2 ZPO erfolgen muss<sup>13)</sup>. Auch vor der Sicherungsvollstreckung muss daher nur die qualifizierte Klausel zugestellt – und sodann zwei Wochen abgewartet – werden. Der Schuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheit in Höhe des Hauptanspruchs, also ohne einen Zuschlag für Zinsen und Kosten, abwenden, §§ 720 a Abs. 3 ZPO, 83 a Nr. 6 GVGA. Diese Befugnis ergibt sich allein aus dem Gesetz und wird nicht im Tenor des Urteils vermerkt, § 83 Nr. 7 GVGA. Der Gläubiger darf jederzeit, auch wenn er bereits mit der Vollstreckung begonnen hat und der Schuldner Sicherheit in Höhe des Hauptanspruchs geleistet hat, seinerseits die ihm nach dem Urteil obliegende Sicherheit erbringen. Wird diese Sicherheit in der Form des § 751 Abs. 2 ZPO nachgewiesen und der Nachweis zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung ohne die Einschränkungen der Sicherungsvollstreckung fortzusetzen.

#### V. Ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbare Urteile mit Abwendungsbefugnis des Schuldners

Die in §§ 708 Nr. 4 bis 11 aufgeführten Urteile sind gemäß § 711 ZPO grundsätzlich ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Jedoch ist dem Schuldner nachzulassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die wichtigsten Fälle des § 708 Nr. 4 bis 11 sind (zum Teil mit gewissen Einschränkungen, vgl. den genauen Wortlaut der Vorschriften) Streitigkeiten über Räume, § 708 Nr. 7 ZPO, Unterhaltsverfahren, § 708 Nr. 8 ZPO, Berufungsurteile, § 708 Nr. 10 ZPO und Urteile in vermögensrechtlichen Streitigkeiten, wenn der Gegenstand der Verurteilung in der Hauptsache 1 250 Euro nicht übersteigt oder die Vollstreckung nur wegen 1 500 Euro nicht

<sup>6)</sup> Musielak/Foerste, 5. Aufl., § 108 ZPO Rdnr. 10 und 12.

<sup>7)</sup> LG Saarbrücken, Beschluss vom 19. Februar 2004 – 5 T 80/04; LG Augsburg, DGVZ 1998, 122; Zöller/Herget, 26. Aufl., § 108 ZPO Rdnr. 11; Musielak/Foerste, 5. Aufl., § 108 ZPO Rdnr. 11.

<sup>8)</sup> Dafür Zöller/Herget, 26. Aufl., § 108 ZPO Rdnr. 11; dagegen Musielak/Foerste, 5. Aufl., § 108 ZPO Rdnr. 10 f.

<sup>9)</sup> Musielak/Lackmann, 5. Aufl., § 751 ZPO Rdnr. 7.

<sup>10)</sup> LG Augsburg, DGVZ 1998, 122.

<sup>11)</sup> OLG Koblenz, MDR 1993, 470; Musielak/Lackmann, 5. Aufl., § 751 ZPO Rdnr. 7.

<sup>12)</sup> U. a. OLG Karlsruhe, DGVZ 1990, 186; OLG Düsseldorf, DGVZ 1997, 42; Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 720 a Rdnr. 4; Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 750 Rdnr. 18.

<sup>13)</sup> BGH, DGVZ 2005, 138.

übersteigender Kosten möglich ist, § 708 Nr. 11 ZPO. Sofern einer der Tatbestände des § 708 Nr. 4 bis 11 ZPO erfüllt ist und zugleich wegen eines § 709 ZPO unterfallenden Streitgegenstandes eine Entscheidung ergeht, ist das Urteil teilweise ohne Sicherheitsleistung mit Abwendungsbefugnis und teilweise gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Hinsichtlich der Höhe der Sicherheitsleistung bei Geldforderungen ist es aufgrund einer Verweisung auf § 709 S. 2 ZPO möglich, statt einer genauen Bezifferung der Sicherheitsleistung deren Höhe in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages festzusetzen.

Bei der Vollstreckung aus einem gemäß §§ 708, 711 ZPO vorläufig vollstreckbaren Urteil sind vier Fallkonstellationen denkbar:

- Keine Partei leistet Sicherheit
- Nur der Schuldner leistet Sicherheit
- Nur der Gläubiger leistet Sicherheit
- Beide Parteien leisten Sicherheit

Wenn keine Sicherheit erbracht ist, darf der Gerichtsvollzieher einen Schritt weitergehen als bei der Sicherungsvollstreckung. Es darf gepfändet und verwertet werden. Der Erlös bzw. gepfändetes Geld darf aber nicht ausgekehrt, sondern muss hinterlegt werden, §§ 720 ZPO, 83 b Nr. 3 GVGA. Leistet nur der Schuldner Sicherheit, so ist die Zwangsvollstreckung gemäß §§ 775 Nr. 3, 83 b Nr. 2 GVGA einzustellen. Wenn allein der Gläubiger Sicherheit leistet, kann die Vollstreckung ohne die sich aus § 720 ZPO ergebende Einschränkung erfolgen<sup>14)</sup>. Dasselbe gilt, sofern beide Parteien Sicherheit leisten<sup>15)</sup>. Die Formulierung „vor der Vollstreckung“ bedeutet nicht, dass der Gläubiger die Sicherheit nur vor Beginn der Zwangsvollstreckung und vor dem Schuldner leisten darf. Der Gläubiger darf die Sicherheit auch später erbringen und hebt damit die Wirkung einer schon vom Schuldner geleisteten Sicherheit auf, § 83 b Nr. 5 GVGA.

Problematisch ist oft, wer Sicherheit in welcher Höhe leisten muss. Für die Beantwortung dieser Frage ist es geboten, genau auf die Formulierung des Tenors zu achten. Der Tenor müsste richtiger Weise lauten: „Dem (Schuldner) bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von (z. B.) 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der (Gläubiger) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.“ Denn aus der Verweisung auf § 709 S. 2 ZPO folgt, dass der Gläubiger, der einen Teilbetrag vollstrecken will, auch nur den entsprechenden Prozentsatz der zu vollstreckenden Summe als Sicherheit aufbringen muss. Der Schuldner ist dagegen zur Erbringung von Teilsicherheiten ausdrücklich nicht berechtigt. Er darf die Zwangsvollstreckung nur abwenden, wenn er in voller Höhe Sicherheit leistet<sup>16)</sup>. Geht also z. B. das Urteil mit dem oben dargestellten Tenor auf Zahlung von 10 000 Euro müsste der Gläubiger, der wegen eines Betrages von 2 000 Euro vollstrecken und Sicherheit erbringen will, 2 400 Euro nachweisen. Will der Schuldner die Vollstreckung abwenden so muss er nicht lediglich 2 400 Euro, sondern 12 000 Euro als Sicherheitsleistung erbringen. Dennoch

tenorieren einige Gerichte wie folgt: „Der (Schuldner) darf die Zwangsvollstreckung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrags abwenden, sofern nicht der Gläubiger Sicherheit in gleicher Höhe leistet“. In diesem Fall könnte, da es allein auf den Tenor ankommt, der Beklagte bei einer Teilvervollstreckung des Gläubigers die Vollstreckung durch entsprechende Teilsicherheitsleistung in Höhe von 2 400 Euro abwenden.

Unter Berufung auf ein Urteil des OLG Köln<sup>17)</sup> wird allgemein angenommen, dass der Gerichtsvollzieher verpflichtet ist, eine ihm vom Schuldner angebotene Sicherheitsleistung in bar anzunehmen und zu hinterlegen<sup>18)</sup>. Die Befugnis zur Entgegennahme der Sicherheitsleistung wird mit der Ermächtigung des Gerichtsvollziehers aus § 754 ZPO<sup>19)</sup> oder § 755 ZPO<sup>20)</sup> begründet. Diese Begründung überzeugt nicht. § 754 ZPO betrifft das Verhältnis vom Gerichtsvollzieher zum Gläubiger<sup>21)</sup>. Bei der Entgegennahme der Sicherheit handelt es sich jedoch um eine Handlung im Verhältnis des Gerichtsvollziehers zum Schuldner, sodass allenfalls § 755 ZPO einschlägig sein könnte. Diese Vorschrift verweist wiederum auf § 754 ZPO, wonach der Gerichtsvollzieher neben der Vollstreckung ermächtigt ist, die – für den Gläubiger bestimmten – Zahlungen oder sonstigen Leistungen des Schuldners in Empfang zu nehmen. Die Sicherheitsleistung ist keine Zahlung in diesem Sinne. Für die Sicherheitsleistung gilt allein § 108 ZPO, wonach Sicherheit durch Hinterlegung oder Bankbürgschaft zu leisten ist und nicht durch Übergabe an den Gerichtsvollzieher. Außerdem ist nicht geregelt, wer die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sicherheitsleistung auf dem Weg zur Hinterlegungsstelle trägt. Wird Geld gepfändet, so gilt die Pfändung gemäß § 815 Abs. 3 ZPO als Zahlung. Nach freiwilliger Zahlung trägt dagegen der Schuldner das Verlustrisiko. Die Erfüllungswirkung tritt erst mit Ablieferung an der Gläubiger ein<sup>22)</sup>. Für die Sicherheitsleistung fehlt eine entsprechende Regelung. Auch hier soll das Verlustrisiko den Schuldner treffen<sup>23)</sup>. Obwohl somit keine gesetzliche Verpflichtung des Gerichtsvollziehers besteht, die Sicherheit anzunehmen, wird im Hinblick auf die dargestellte allgemeine Auffassung die Annahme der Sicherheit nicht abgelehnt werden können. Dann sollte der Schuldner jedoch ausdrücklich und mit entsprechendem Protokollvermerk auf das ihn treffende Verlustrisiko hingewiesen werden.

## VI. Sonderfälle

Die oben dargestellte Regelung ist an und für sich einerseits kompliziert genug und berücksichtigt andererseits die denkbaren Interessenlagen der Parteien. Dennoch hat der Gesetzgeber noch folgende Ausnahmetatbestände geschaffen:

Nach § 710 ZPO kann das Gericht auf Antrag des Gläubigers ein Urteil, das gemäß § 709 ZPO gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären wäre, für vorläufig vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung erklären, wenn die

<sup>17)</sup> OLG Köln, NJW-RR 1987, 1210.

<sup>18)</sup> *Baumbach/Hartmann*, 65. Aufl. § 754 ZPO, Rdnr. 8; *Zöller/Stöber*, 26. Aufl., § 755 ZPO Rdnr. 5; *Münchener Kommentar/Heßler*, 3. Aufl. § 754 ZPO Rdnr. 8.

<sup>19)</sup> *Baumbach/Hartmann*, 65. Aufl., § 754 ZPO Rdnr. 8.

<sup>20)</sup> *Musielak/Lackmann*, 5. Aufl., § 755 ZPO Rdnr. 4.

<sup>21)</sup> *Musielak/Lackmann*, 5. Aufl., § 754 ZPO Rdnr. 1.

<sup>22)</sup> *Zöller/Stöber*, 26. Aufl. § 755 ZPO Rdnr. 4.

<sup>23)</sup> OLG Köln, NJW-RR 1987, 1210.

<sup>14)</sup> *Musielak/Lackmann*, 5. Aufl., § 720 ZPO Rdnr. 1.

<sup>15)</sup> *Baumbach/Hartmann*, 65. Aufl., § 720 ZPO Rdnr. 3.

<sup>16)</sup> OLG Celle, NJW 2003, 73.

Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer zu ersetzenden oder schwer abzusehenden Nachteil bringen würde oder aus einem sonstigen Grund für den Gläubiger unbillig wäre, insbesondere weil er die Leistung für seine Lebenshaltung oder seine Erwerbstätigkeit dringend benötigt. Der Gläubiger kann dann ohne Sicherheitsleistung vollstrecken. § 710 ZPO gilt gemäß § 711 S. 3 ZPO entsprechend für Urteile, deren vorläufige Vollstreckbarkeit sich nach §§ 708 Nr. 4 bis 11, 711 richtet.

Auf der anderen Seite hat nach § 712 ZPO das Gericht dem Schuldner auf Antrag zu gestatten, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung des Gläubigers abzuwenden, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Ist der Schuldner dazu nicht in der Lage, so ist das Urteil nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären oder die Vollstreckung auf die im Rahmen der Sicherungsvollstreckung bezeichneten Maßregeln zu beschränken. Dem Antrag des Schuldners ist nicht zu entsprechen, wenn ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht. Handelt es sich um ein Urteil, für das § 708 ZPO gilt, so kann das Gericht anordnen, dass das Urteil nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist. Es sind also mehrere Schutzanordnungen möglich:

- Der Schuldner darf die Vollstreckung durch eigene Sicherheitsleistung ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung des Gläubigers abwenden, unabhängig davon, ob das Urteil eigentlich § 709 ZPO oder §§ 708, 711 ZPO unterfällt. Handelt es sich um ein Urteil, das auf eine Geldleistung geht und nach § 709 ZPO gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären wäre, kommt auch die Anwendung von § 709 S. 2 ZPO (Bestimmung der Sicherheit in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages) in Betracht, und zwar hier zugunsten des Schuldners. Wenn der Schuldner keine Sicherheit leistet kann der Gläubiger mit den Einschränkungen des § 720 ZPO vollstrecken.
- Die Vollstreckung wird vor Rechtskraft nicht zugelassen oder auf die nach der Sicherungsvollstreckung zulässigen Maßregeln beschränkt.
- Statt der vorläufigen Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung nach § 708, gegebenenfalls in Verbindung mit § 711 ZPO, mit Abwendungsbefugnis des Schuldners wird die vorläufige Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung angeordnet. Hier kann dann wieder auf § 709 S. 2 ZPO zugunsten des Gläubigers zurückgegriffen werden.

Diese auf den ersten Blick recht verwirrende Vielfalt von Möglichkeiten hat in der Vollstreckungspraxis den Vorteil,

dass die Schutzanordnungen zugunsten des Gläubigers (§§ 710, 711 S. 3 ZPO) oder Schuldners (§ 712 ZPO) gemäß § 714 ZPO bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung zu beantragen und im Tenor genau zu bezeichnen sind. Nicht aus dem Tenor folgt lediglich, dass § 720 ZPO zu beachten ist, wenn dem Schuldner nachgelassen wird, die Vollstreckung durch eigene Sicherheitsleistung ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung des Gläubigers abzuwenden, und er diese Sicherheit nicht erbringt.

Die Vorschriften über die vorläufige Vollstreckbarkeit gelten auch für Kostenfestsetzungsbeschlüsse. Die vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenfestsetzungsbeschlusses richtet sich nach derjenigen des zugrunde liegenden Urteils<sup>24</sup>). Ist dieses z. B. gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, so ist es auch der Kostenfestsetzungsbeschluss. Die Sicherungsvollstreckung ist nicht nur zulässig aus gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteilen, durch die der Schuldner zur Leistung von Geld verurteilt wurde, sondern auch aus darauf beruhenden Kostenfestsetzungsbeschlüssen. Wird das Urteil rechtskräftig, so kann aus dem darauf beruhenden Kostenfestsetzungsbeschluss ohne Sicherheitsleistung vollstreckt werden<sup>25</sup>). Im heute allgemein üblichen selbständigen, d. h. durch besonderen Beschluss erfolgenden und nicht gemäß § 795 a ZPO auf das Urteil gesetzten Kostenfestsetzungsbeschluss soll sich daher immer ein Hinweis auf die Entscheidung des Urteils zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und gegebenenfalls dessen Rechtskraft finden. Ferner ist die Wartefrist gemäß § 798 ZPO zu beachten. Diese gilt auch für den Unterhaltsfestsetzungsbeschluss nach § 649 ZPO. Die Vorschriften über die vorläufige Vollstreckbarkeit sind dagegen auf Unterhaltsfestsetzungsbeschlüsse nicht anwendbar. Der Hinweis in § 83 a Nr. 1 GVGA bezieht sich nur auf die Regelunterhaltsbeschlüsse nach § 642 a ZPO a. F.

Urteile in Ehesachen dürfen wie eingangs ausgeführt gemäß § 704 Abs. 2 ZPO nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Eine Ausnahme gilt bei gleichzeitiger Entscheidung im Verbund über unterhalts- und güterrechtliche Folgesachen. Diese sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären<sup>26</sup>). Zu beachten ist aber, dass die Entscheidung über Folgesachen vor Rechtskraft des Scheidungsausspruchs nicht wirksam wird, § 629 d ZPO. Ob Rechtskraft eingetreten ist muss im Klauselverfahren geprüft werden<sup>27</sup>).

<sup>24</sup>) OLG Naumburg, JurBüro 2002, 38.

<sup>25</sup>) OLG Naumburg, JurBüro 2002, 38.

<sup>26</sup>) Musielak/Borth, 5. Aufl., § 629 d ZPO Rdnr. 7.

<sup>27</sup>) Musielak/Borth, 5. Aufl., § 629 d ZPO Rdnr. 6.

## RECHTSPRECHUNG

### §§ 719 Abs. 2, 712 ZPO

**Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Revisionsgericht ist dann zu versagen, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug einen ihm möglichen und zumutbaren Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO zu stellen.**

**BGH, Beschl. v. 25. 9. 2007  
– KZR 24/07 –**

### Gründe:

I. Die Beklagte ist durch das Berufungsgericht verurteilt worden, „an die Insolvenzschuldnerin“ 475 554,17 Euro und – insoweit unter dem Vorbehalt mehrerer Aufrechnungen – 437 669,34 Euro, jeweils nebst Zinsen, zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Das Urteil ist für vorläufig vollstreckbar erklärt worden. Der Beklagten ist nachgelassen worden, eine Vollstreckung „der Klägerin“ gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstrecken-

den Betrages abzuwenden, wenn nicht „die Klägerin“ in gleicher Höhe Sicherheit leiste. Die Beklagte hat gegen dieses Urteil Revision eingelegt. Sie beantragt,

die Zwangsvollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil des Oberlandesgerichts einstweilen einzustellen.

Zur Begründung macht sie geltend, ihre Existenz sei durch die Vollstreckung bedroht, sie sei nicht in der Lage, die erforderliche Sicherheit in Höhe von 1,355 Mio. Euro aufzubringen, sondern lediglich in Höhe von 310 000 Euro, bei einer Vollstreckung werde sie zahlungsunfähig.

II. Der auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gerichtete Antrag der Beklagten ist nicht begründet.

Das Gesetz knüpft die Einstellung der Zwangsvollstreckung im Revisionsverfahren an besonders strenge Voraussetzungen. Sie kommt nur in Betracht, wenn auf der einen Seite die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und wenn auf der anderen Seite kein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Darüber hinaus entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO regelmäßig dann zu versagen ist, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug einen ihm möglichen und zumutbaren Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO zu stellen (Senatsbeschl. v. 24. 9. 1996 – KZR 17/96, ZIP 1996, 1798; BGH, Beschl. v. 6. 6. 2006 – XII ZR 80/06, NJW-RR 2006, 1088 Tz. 5 ff.; v. 29. 7. 2004 – III ZR 263/04, NJW-RR 2005, 147).

Diese – negative – Voraussetzung ist hier erfüllt. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 20. Februar 2007 keinen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO gestellt, obwohl es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, die nunmehr zur Begründung angeführten Umstände schon damals vorzutragen und glaubhaft zu machen.

Die Beklagte trägt dazu vor, der Jahresabschluss 2006, der die nachteilige Entwicklung der Vermögensverhältnisse und die angespannte Liquiditätssituation der Gesellschaft dokumentiere, sei erst am 31. März 2007, also über einen Monat nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in dem Berufungsverfahren, aufgestellt worden. Aus einem Zwischenabschluss zum 31. Mai 2007 ergebe sich eine weitere Verschlechterung der Vermögenslage.

Dieser Vortrag reicht nicht aus, um darzulegen, dass ein Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO nicht aussichtsreich hätte begründet werden können. Auf den Zeitpunkt der Aufstellung des Jahresabschlusses kommt es entgegen der Auffassung der Beklagten schon deshalb nicht an, weil der Vorstand einer Aktiengesellschaft grundsätzlich verpflichtet ist, die Vermögenslage der Gesellschaft ständig im Auge zu behalten, schon um gegebenenfalls seiner Insolvenzantragspflicht aus § 92 AktG nachkommen zu können (BGHZ 143, 184, 185; BGH, Urt. v. 14. 5. 2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265, 1266).

Deshalb ist davon auszugehen, dass dem Vorstand der Beklagten die maßgeblichen Vermögensverhältnisse des Jahres 2006 jedenfalls zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 20. Februar 2007 bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass sich ihre Vermögensverhältnisse erst im Jahre 2007 oder gar erst nach dem Verhand-

lungstermin am 20. Februar 2007 derart verschlechtert hätten, dass sie nun erst außer Stand gewesen sei, die erforderliche Sicherheit zu stellen.

### § 903 ZPO, § 185 n GVGA

**Hat der Schuldner im Vermögensverzeichnis das Bestehen von Konten verneint, bedarf es einer Nachbesserung des Vermögensverzeichnisses nur dann, wenn der Gläubiger die Existenz verdeckter Konten glaubhaft macht. Dem genügt der bloße Verweis auf den Bezug eines Arbeitseinkommens und die Notwendigkeit der Abwicklung des täglichen Zahlungsverkehrs nicht.**

**AG Schöneberg, Beschl. v. 1. 10. 2007  
– 30 M 8410/07 –**

Gründe:

I. Die Gläubigerin betreibt aufgrund eines Kostenfestsetzungsbeschlusses des Amtsgerichts vom 13. November 2006 gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung. Im Rahmen der Zwangsvollstreckung gab der Schuldner am 18. Mai 2007 die eidesstattliche Versicherung gemäß § 807 ZPO ab und erklärte in dem von ihm ausgefüllten Vermögensverzeichnis, über kein Bankkonto zu verfügen und nicht Inhaber sonstiger Forderungen zu sein. Am 25. Mai 2007 erteilte die Gläubigerin Vollstreckungsauftrag zur Nachbesserung des Vermögensverzeichnisses hinsichtlich der Frage, wie der Schuldner seinen täglichen Zahlungsverkehr in Bezug auf Miete, Strom, Telefon und bezogenen Arbeitslohn abwickle und ob bzw. sofern das Bankkonto eines Dritten benutzt werde, die Angabe von Vor- und Zunamen sowie Anschrift des Dritten.

Der beauftragte Gerichtsvollzieher verweigerte die Ausführung dieses Auftrages mit der Begründung, der Schuldner habe im Vermögensverzeichnis angegeben, über keine Konten zu verfügen. Hiergegen richtet sich die Gläubigerin mit der am 10. Juni 2007 eingelegten Erinnerung.

II. Die gemäß § 766 Abs. 2 ZPO zulässig Erinnerung ist unbegründet.

1. Ein Anspruch auf Nachbesserung des Vermögensverzeichnisses steht der Gläubigerin nicht zu. Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass das Vermögensverzeichnis unvollständig, ungenau oder widersprüchlich ist (*Eickmann* in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 903 Rdnr. 19; *Münzberg* in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 903 Rdnr. 5; *Stöber* in: Zöllner, ZPO, 24. Aufl., § 903 Rdnr. 14). Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn der Schuldner angegeben hat, zwar über ein Arbeitseinkommen, nicht aber über ein Bankkonto zu verfügen.

2. Die Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich.

a) Teilweise wird in Fällen der vorliegenden Art der Nachbesserungsanspruch mit dem umfassenden Bedürfnis des Gläubigers nach Darlegung sämtlicher Vermögenswerte und dem bei Nutzung der Konten Dritter gegebenenfalls bestehenden zusätzlichen Vollstreckungsmöglichkeiten begründet (AG Bad Neuenahr-Ahrweiler, Beschluss vom 24. April 2006, 1 M 1790/05, DGVZ 2006, S. 122 f.).

Die Aussage, über kein Konto zu verfügen, sei insbesondere dann zweifelhaft und nachzubessern, wenn Sozialleistungen bezogen werden, die üblicherweise bargeldlos erfolgen (LG Kassel, Beschluss vom 2. Oktober 2006, 3 T 551/06,

JurBüro 2007, S. 48 f.: Wohngeld; AG Hannover, Beschluss vom 3. August 2006, 760 M 107638/06, DGVZ 2006, S. 142: Rente).

b) Nach anderer Auffassung soll ein Nachbesserungsanspruch nur dann bestehen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass sich der Schuldner des Kontos eines Dritten bedient (AG Stuttgart, Beschluss vom 6. Oktober 2004, E2 M 4796/04, JurBüro 2005, S. 49). Der Verweis auf den Erhalt regelmäßiger Unterhaltszahlungen für ein Kind soll dafür nicht genügen (AG Neustadt a. d. Aisch, Beschluss vom 3. Mai 2005, M 787/05, DGVZ 2005, S. 110 f.).

c) Der zuletzt genannten Ansicht ist zu folgen. Hat der Schuldner angegeben, ein Arbeitseinkommen zu beziehen, aber über kein Bankkonto oder sonstige Forderungen zu verfügen, ist das Vermögensverzeichnis vollständig und widerspruchsfrei. Zum einen besteht die Möglichkeit, dass der Arbeitslohn bar oder per Scheck gezahlt und der tägliche Zahlungsverkehr durch Bareinzahlungen abgewickelt wird. Zum anderen hat der Schuldner vorliegend unter Ziffer 22 des Vordrucks versichert, dass sonstige Forderungen, also auch solche aus der treuhänderischen Kontoführung eines Dritten, nicht existieren.

Diese Angaben genügen den Pflichtangaben nach § 807 ZPO und dem Bedürfnis des Gläubigerin nach Darlegung sämtlicher Vermögenswerte. Ein darüber hinausgehendes berechtigtes Interesse der Gläubigerin zu erfahren, wie der Schuldner seinen Zahlungsverkehr abwickelt, besteht aufgrund fehlender vollstreckungsrechtlicher Relevanz nicht. Eine Ausforschung mit allgemeinen Fragen kann nicht zugelassen werden (LG Heilbronn, Beschluss vom 9. Juli 2002, 1 b T 171/02 St, JurBüro, 2003, S. 104 f.).

Darüber hinaus kann auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs herangezogen werden, wonach ein Schuldner im Falle einer Kontenauflösung grundsätzlich nicht zur wiederholten Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 903 Abs. 1 ZPO verpflichtet ist (vgl. BGH, DGVZ 2007, S. 84). Da die Sach-, Interessen- und Rechtslage insoweit vergleichbar ist, als die Schuldner über keine eigenen Konten – mehr – verfügen, besteht für den Schuldner auch im vorliegenden Verfahren keine Verpflichtung, ergänzende Angaben zu machen.

Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass sich das Vermögensverzeichnis eines Schuldners, der sich eines „verdeckten“ Kontos zur Verwaltung pfändbarer Ansprüche bedient, nicht nur als unvollständig, sondern aufgrund des dann nach § 667 BGB gegen den kontoführenden Dritten bestehenden, pfändbaren Anspruches als falsch erweist. Analog § 903 S. 1 ZPO ist die Fehlerhaftigkeit dann aber von der Gläubigerin nicht nur zu behaupten, sondern glaubhaft zu machen und zwar ungeachtet der in Schrifttum und Rechtsprechung umstrittenen Frage, ob in diesem Fall eine Neuabgabe oder eine Nachbesserung der eidesstattlichen Versicherung zu erfolgen hat (vgl. jeweils mit weiteren Nachweisen Münzberg in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 903 Rdnr. 7; Stöber in: Zöller, ZPO, 24. Aufl., § 903 Rdnrn. 7 und 14).

Der bloße Verweis auf den Bezug von Arbeitslohn und die Notwendigkeit der Abwicklung des alltäglichen Zahlungsverkehrs genügt dem nicht, da – wie bereits ausgeführt – hinsichtlich des Arbeitslohns die Einlösung von Schecks sowie Barauszahlungen und hinsichtlich des Zahlungsverkehrs Bareinzahlungen in Betracht kommen.

**§§ 357 Abs. 2, 397, 807 Abs. 2, 900 Abs. 1 Satz 4 ZPO; 185 b VGVA**

**Fragen, welche dem Schuldner eine Erklärung der bereits ausreichend beantworteten Angaben im Formular für das Vermögensverzeichnis oder Angaben über den Verbleib eines früheren Vermögenswertes über § 807 Abs. 2 ZPO hinausgehend abverlangen, sind unzulässig.**

**AG Oberndorf, Beschl. v. 29. 5. 2007  
– 3 M 314/07 –**

Aus den Gründen:

Die Gläubigerin betreibt gegen die Schuldnerin aus einem Urteil die Zwangsvollstreckung. Sie stellte bei der zuständigen Gerichtsvollzieherin u. a. den Antrag auf Abnahme der eidesstattlichen Versicherung. Die Gerichtsvollzieherin bestimmte den Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung. Die Gläubigerin teilte mit, dass sie an diesem Termin nicht persönlich teilnehmen werde. Sie verwies darauf, dass ausweislich der Begründung des Vollstreckungstitels die Schuldnerin mit notariellem Grundstückskaufvertrag das Grundstück in L. an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts verkauft habe und deshalb festzustellen sei, dass die Schuldnerin vermögend sei. Bezug nehmend auf ihr umfangreiches Fragerecht beantragte sie bei der Gerichtsvollzieherin, über den Fragebogen ZP 325 hinausgehend der Schuldnerin weitere Fragen zu stellen, die sie auf insgesamt 3 ½ maschinenbeschrifteten DIN-A4-Seiten aufführte, darunter:

„2. Was geschah mit diesem Vermögenszuwachs?

[...]

- c) Wurde dieser Geldbetrag in Bruchteilen an Dritte ausbezahlt? Wann genau? An wen genau? Aus welchem Grund? Mit welchen genauen Anteilen? Gibt es Gegenleistungen, die diese Dritten erbracht haben/erbringen? Wenn ja: Welche Gegenleistungen genau?
- d) Bei Erwerb von Sachgütern: Welche Sachgüter wurden wann erworben? Mit welchem genauen Geldbetrag? Befinden sich diese Sachgüter heute noch im Vermögen der Schuldnerin? Ja: Wo genau befinden sich diese Sachgüter? [...] Nein: An wen genau wurden die erworbenen Sachgüter wann genau verkauft?
- e) Bei Verfügungen an Verwandte jeden Grades: Die genauen Angaben betreffend der Daten der Verfügung und des Grundes der Verfügung und der genauen Höhe der Verfügung.“

Die Gerichtsvollzieherin nahm der Schuldnerin unter Verwendung des amtlichen Vordrucks Formular Nr. GV 82 die eidesstattliche Versicherung ab. Der Gläubigerin teilte sie anschließend sinngemäß mit, dass die im Schreiben der Gläubigerin gestellten Fragen mit dem Vermögensverzeichnis beantwortet seien; Fragen, welche über den Fragekatalog des amtlichen Formulars, Form Nr.: GV 82 nebst Anlagen hinaus gestellt wurden, lehne sie ab.

Hiergegen hat die Gläubigerin Erinnerung eingelegt, der die Gerichtsvollzieherin nicht abgeholfen hat.

Die Gläubigerin beantragt:

- 1. Auf die Erinnerung der Gläubigerin wird die Abweisungsverfügung der Gerichtsvollzieherin aufgehoben.
- 2. Die Gerichtsvollzieherin wird angewiesen, Termin zur Nachbesserung der eidesstattlichen Versicherung festzusetzen.

3. Die Gerichtsvollzieherin wird angewiesen, im Termin zur Nachbesserung der eidesstattlichen Versicherung, insbesondere folgende Fragen der Gläubigerin zu stellen:
4. Wann und in welcher genauen Art und Weise wurde über den Kaufpreis für das Grundstück in L. verfügt?
5. Ist dieser Kaufpreis heute noch vorhanden? Wenn ja: Wo genau? Wenn nein: Welche tatsächlichen und rechtlichen Takte und Verfügungen wurden vorgenommen? Wann genau? Wer war der Empfänger der Leistungen? Wo wohnen die Empfänger dieser Leistungen heute?
6. Die Gerichtsvollzieherin wird angewiesen, der Schuldnerin die Fragen auf der Seite 2 Punkte (2) Buchstaben c bis e im Schreiben der Gläubigerin zu stellen.
7. Die Gerichtsvollzieherin wird ferner angewiesen, die Gläubigerin zum Nachbesserungstermin förmlich zu laden.

Die Erinnerung der Gläubigerin gegen die Ablehnung der weisungsgemäßen Ausführung der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung durch die Gerichtsvollzieherin ist zurückzuweisen. Die Erinnerung ist zwar zulässig, insbesondere statthaft gemäß § 766 Abs. 2 ZPO, jedoch unbegründet.

Die Weigerung der Gerichtsvollzieherin, der Schuldnerin im Rahmen der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung die von der Gläubigerin in deren Schreiben aufgeführten, über den amtlichen Vordruck hinausgehenden Fragen zu stellen, erweist sich als richtig. Die Gerichtsvollzieherin durfte bei verfahrensfehlerfreier Sachbehandlung jedenfalls die im Erinnerungsverfahren aufrechterhaltenen Fragen der Schuldnerin im Termin nicht stellen, nachdem diese bereits dem Grunde nach unzulässig sind und die Schuldnerin zu deren Beantwortung nicht verpflichtet ist.

Zwar steht dem Gläubiger bei Teilnahme am Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ein Fragerecht zu. Hinsichtlich vor dem Termin gestellter Fragen handelt es sich jedoch lediglich um eine Anregung des Gläubigers zur Gestaltung der Aufklärungspflicht des Gerichtsvollziehers (vgl. *Zöller*, ZPO, 26. Aufl., § 900 Rdnr. 29). Keinesfalls steht dem Gläubiger aber ein umfassendes Ausforschungsrecht der Vermögensverhältnisse des Schuldners zu (vgl. *Zöller* a. a. O., Rdnr. 28). Der Schuldner hat gemäß § 807 Abs. 1 ZPO ein Verzeichnis seines Vermögens vorzulegen, und zwar grundsätzlich des aktuellen Vermögensbestandes zur Zeit der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung; lediglich im Rahmen von § 807 Abs. 2 ZPO besteht eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung über vergangene Verfügungen (BGH, NJW 1968, 1388). Mit seinem Fragerecht kann der Gläubiger nur darauf hinwirken, dass ein Verzeichnis seines Vermögens durch den Schuldner für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO richtig und vollständig erstellt wird und Unklarheiten ausgeräumt werden. Nicht zulässig sind jedoch Fragen, die dem Schuldner eine Erklärung der bereits ausreichend beantworteten Angaben im Formular für das Vermögensverzeichnis oder Angaben über den Verbleib eines früheren Vermögenswertes über § 807 Abs. 2 ZPO hinausgehend abverlangen. Vorliegend ist die Schuldnerin daher über die im amtlichen Vordruck GV 82 – der gemäß § 107 Satz 1 GVO vom Gerichtsvollzieher bei der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zu verwenden ist – gemachten Angaben hinaus nicht verpflichtet, Auskunft zu erteilen über den Verbleib des Verkaufserlöses des Grundstücks in L., insbesondere nicht, wie es sich „verlor“ oder „mehr oder weniger sinnvoll verbraucht“ wurde. Ob und in welchem Um-

fang der gezahlte Kaufpreis noch im Vermögen der Schuldnerin vorhanden ist, ergibt sich dem Grunde nach aus deren Angaben im Vermögensverzeichnis, ebenso ob Verfügungen im Sinne von § 807 Abs. 2 ZPO vorgenommen worden sind.

#### **§§ 788 Abs. 1 ZPO; Nr. 1009 VV-RVG; 109 GVGA**

**Hebegebühren für den Rechtsanwalt sind in der Regel keine notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung. Dies gilt bei fünf Zahlungseingängen innerhalb eines Jahres.**

**AG Cloppenburg, Beschl. v. 2. 6. 2006  
– 232 M 2316/06 –**

Gründe:

Das Schreiben der Gläubigerin vom 18. Mai 2006 war als Erinnerung gemäß § 766 ZPO gegen die Weigerung des Gerichtsvollziehers anzusehen, die Hebegebühren, die von der Gläubigerin beansprucht werden, zu vollstrecken. Der Gerichtsvollzieher hatte die Vollstreckung gemäß § 788 ZPO verweigert, weil er die Ansicht vertrat, dass die Hebegebühren keine notwendigen Auslagen der Zwangsvollstreckung darstellten.

Das Gericht teilt die Ansicht des Gerichtsvollziehers. Die Hebegebühr gehört zu den Kosten des Rechtsstreites oder der Zwangsvollstreckung und kann durch die Kostenfestsetzung erfasst werden. Ihre Erstattungsfähigkeit setzt allerdings grundsätzlich voraus, dass die Einschaltung des Rechtsanwaltes zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. Es müssen also besondere Umstände gegeben sein, die die Einschaltung eines Rechtsanwaltes erforderlich erscheinen lassen (vgl. OLG Hamm, Juristisches Büro 1971, 242; KG, Juristisches Büro 1981, 1349). Bei dieser Prüfung ist im Allgemeinen ein strenger Maßstab anzulegen; die Einschaltung eines Rechtsanwaltes bei Gelderhebungen ist nach herrschender Meinung (zum Beispiel *Geroldt/Schmidert/Madert*, § 22 BRAGO Rdnr. 21) nur unter ganz besonderen Umständen erforderlich. Zwar befindet sich die Vorschrift über die Hebegebühr des Anwaltes nunmehr in VV 1009 zum RVG. Inhaltlich entspricht diese Regelung jedoch den §§ 22 BRAGO. Es erscheint daher gerechtfertigt, die zum § 22 BRAGO ergangene Rechtsprechung beizubehalten und fortzuführen.

Danach bleibt es dabei, dass die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes bei der Gelderhebung in der Regel nicht erforderlich ist. Ausnahmefälle werden von der obergerichtlichen Rechtsprechung nur bejaht, wenn der Schuldner die Einschaltung eines Rechtsanwaltes zur Gelderhebung dadurch veranlasst, dass er die ausgeklagte Schuldsumme nur in unregelmäßiger und zeitraubender Zahlungsweise ablöst. Hier nimmt die Rechtsprechung die Notwendigkeit der Überwachungstätigkeit durch einen Rechtsanwalt für gegeben an. Allerdings handelt es sich in diesen Ausnahmefällen durchweg um Tilgungszeiten von vier bis fünf Jahren (vgl. KG NJW 1960, 2345). Ausweislich der Antrag- und Forderungsaufstellung waren in diesem Falle allerdings lediglich fünf Zahlungseingänge zu berücksichtigen, die innerhalb eines Jahres eingegangen waren. Insoweit vermag das Gericht die Erforderlichkeit der Einschaltung eines Rechtsanwaltes zur Zahlungsüberwachung nicht zu erkennen.

Es musste daher in diesem Falle bei dem Grundsatz bleiben, dass Hebegebühren zur Gelderhebung in der Regel nicht verlangt werden können.

## ■ BUCHBESPRECHUNGEN

**Jürgen Stamm – Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts** – Ein Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene, Mohr-Siebeck, Tübingen, ISBN 987-3-16-149264-4, 703 Seiten in Leinen, 124,- Euro.

„Die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers ist bis heute vom Gesetzgeber nahezu stiefmütterlich behandelt worden. Es fehlen gesetzliche Regelungen zum Organisations- und disziplinarrechtlichen Status. ... Dies ist verwunderlich, da das Tätigkeitsfeld des Gerichtsvollziehers demjenigen des Rechtspflegers sehr nahe steht. ... Im Sinne anderer europäischer Vollstreckungsordnungen, beispielweise des französischen Modells des allzuständigen Huissiers, ist daher für eine Harmonisierung des Berufsbilds des Gerichtsvollziehers mit demjenigen des Rechtspflegers zu plädieren. ... Die Aufgabenverteilung erschwert ... eine wirkungsvolle Vollstreckung, da die linke Hand nicht weiss, was die rechte tut.“ Wer glaubt, mit diesem Zitat aus der 2005/2006 erfolgreich angenommenen Habilitationsschrift erweist sich das Werk auf der Höhe der Zeit, irrt gewaltig. Das Studium des Literaturverzeichnis zeigt, dass Aufsätze, Lehrbücher und Kommentare nach 1995 so gut wie gar nicht verarbeitet wurden. Die aktuelle Diskussion um die Reform der Zwangsvollstreckung und Modernisierung des Gerichtsvollzieherwesens kommt nicht vor. Der Autor nimmt aus seiner Sicht eine Prinzipienbildung der Zwangsvollstreckung vor, die mit Begriffsbestimmung sowie materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Prinzipien beginnt. Im Weiteren beschreibt er die Voraussetzungen und Vollstreckungshindernisse, beleuchtet die verschiedenen Vollstreckungsarten und -organe und erklärt schließlich das komplizierte Rechtsbehelfssystem. Die Organisationsmodelle der Zwangsvollstreckung nimmt als eigenes Kapitel demgegenüber nur 25 Seiten ein. Damit wird das Buch dem vom Autor gesetzten Anspruch, die zunehmende Europäisierung und dem Bestreben nach Rechtsvereinheitlichung zu behandeln, nicht gerecht. Wie ein roter Faden zieht sich seine dogmatisch interessante Aussage durch sämtliche Kapitel, dass die Zwangsvollstreckung alleine von den Prinzipien des öffentlichen Rechts beherrscht seien und deren Regelungen nur deshalb nicht direkt in das Zwangsvollstreckungsrecht Aufnahme gefunden hätten, weil dieses vorkonstitutionell viel früher, in den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts, entstanden sei. Tatsächlich zieht der Autor mehr Parallelen aus Polizei- und Ordnungsrecht als zum Privatrecht, und so überrascht auch nicht sein Credo, als Vorbild für ein europäisches Vollstreckungswesen das Schweizer Modell der amtsgesteuerten Beitreibungswelbel hervorzuheben. Mangels Aktualitätsbezug fragt sich der anderweitig informierte Leser allerdings, weshalb dann alle ehemaligen Ostblockstaaten im Zuge ihrer EU-Harmonisierung nach gründlicher akademischer und ministerieller Untersuchung freiberufliche Gerichtsvollzieherssysteme mit weitergehenden Aufgabenübertragungen vorsehen, als im deutschen System vorhanden sind.

Weshalb des primär in Befehlshierarchien mündende Verwaltungsrecht gerade nicht als Vorlage für ein Organisationsmodell der Vollstreckungsorgane taugt, zeigt die Praxis. Zutreffend weist der Autor darauf hin, dass Ausgangspunkt der Vollstreckung allein der leistungsunwillige Schuldner sei, dessen Willen es mit Gewalt zu brechen gelte. Ohne es vorher zu wissen, stösst die Zwangsvollstreckung in der Regel auf einen objektiv leistungsunfähigen Schuldner, der nur durch Reorganisation in die Lage versetzt werden könnte, noch nennenswerte Leistungen für den Gläubiger zu erbringen. Hierzu gibt es bisher leider außerhalb des Insolvenzrechts keine wissenschaftlich durchdringenden Vorschläge. Die öffentlich-rechtliche und materiellrechtliche Nähe zwischen Insolvenzrecht, Einzelzwangsvollstreckung und Faustpfandrecht wird immerhin kurz andiskutiert (Seite 170).

Allerdings täte man dem Autor großes Unrecht, das Buch empört und makelhaft dem Staub des Bücherschranks anzuvertrauen. Dazu liefert es nämlich viel zu viel fachlich spannenden Lesestoff, um sich selbst mit Begriff-, Standort und Entwicklungsbestimmung auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung auseinanderzusetzen. Daher kommt dem Werk der große Verdienst zu, Gedankenanstöße und vielfältige Meinungen zu liefern, um endlich die notwendigen Reformdiskussionen um das Zwangsvollstreckungswesen zu beflügeln. Hierzu dient vor allem, dass der Autor auf vielzählige Widersprüche im bestehenden System hinweist, z. B. aus der noch immer unklaren Verortung, ob der Gerichtsvollzieher nun nach der Amtstheorie oder Mandatstheorie handele.

Das Buch lesen sollten daher Rechtspolitiker und -Wissenschaftler, Verbandsfunktionäre, als funktionale Vollstreckungsorgane Tätige und Ministerialbeamte, um hieraus weitergehende Lösungen zu entwickeln. **Stefan Mroß**

### **ABC der pfändbaren und unpfändbaren beweglichen Sachen, Forderungen und andern Vermögensrechte**

Praktikerhandbuch für den Vollstreckungsdienst des Bundes, der Länger, der Landkreise, der Städte und Gemeinden und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts von *Hans Röder*, Hanau. (23. Erg.-Lief., 330 Seiten, DIN A5), Loseblattausgabe. Grundwerk eingeordnet bis zum Liefertag 3 262 Seiten, in zwei Ordnern 112,- Euro bei Fortsetzungsbezug (152,- Euro bei Einzelbezug), ISBN 978-3-7922-0019-3, Verlag Reckinger, Siegburg.

Mit der 23. Ergänzungslieferung werden aktuelle gesetzliche Änderungen auf Bundes- und Landesebene berücksichtigt. Hierbei konnte festgestellt werden, dass sich die Gesetzgebung teilweise von einer schuldnerfreundlichen Neigung hin zu einer gläubigerfreundlichen Entwicklung verändert hat. Dies trifft für den zivil- und verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsbereich zu. Den Gläubigern sind erweiterte bzw. neue Zugriffsmöglichkeiten auf vorhandenes Schuldnervermögen eröffnet worden.

Die einschlägige Rechtsprechung und aktuelle Schrifttum wurde ausgewertet und in die Erläuterungen eingebracht.

#### **HERAUSGEBER:**

Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGVB) – 50259 Pulheim, Manstedtener Berg 27. **Verantwortlich:** Schriftleiter Gerichtsvollzieher Stefan Mroß in 77815 Bühl, Aloys-Schreiber-Straße 8; Stellvertreter: Gerichtsvollzieher Rainer Jung in 35410 Hungen, Bahnhofstraße 31.

#### **VERLAG:**

Heenemann Verlagsgesellschaft mbH, 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91.

#### **DRUCK:**

H. Heenemann GmbH & Co., 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91.

#### **ERSCHEINUNGSWEISE:**

Monatlich 1 Heft, Versand als Postvertriebsstück.

#### **BEZUGSPREIS:**

Jährlich 35,- € einschließlich Versandkosten und Mehrwertsteuer. Einzelheft 4,- €. Für Mitglieder des DGVB Preisermäßigung. Buchhändler-Rabatt 20 %.

#### **ABONNEMENT UND ABO-SERVICE:**

Kassenführer der DGVB, Ingo Stollenwerk, 52249 Eschweiler, Arndtstraße 3, Telefon (0 24 03) 78 59 68, Telefax (0 24 03) 78 59 67, E-Mail: gv-stollenwerk@web.de.

**Einbanddecken** sind zu beziehen bei Firma Grit und Mathias Wenig GbR, Montanstraße 6, 13407 Berlin, Telefon (030) 4 64 45 48, Telefax (030) 41 40 46 41.

Das **Jahres-Inhaltsverzeichnis** wird jeweils der Februar-Ausgabe des folgenden Jahres beigelegt.

#### **CHEFREDAKTION:**

Einsendungen von Aufsätzen und Entscheidungen an den Schriftleiter der DGVB, Stefan Mroß, Aloys-Schreiber-Straße 8, 77815 Bühl, Telefon (0 72 23) 80 76 25, E-Mail: SMross.GV-Buero@t-online.de. Beiträge zur Veröffentlichung werden nur unter der Bedingung angenommen und honoriert, dass sie keiner anderen Zeitschrift angeboten worden sind oder angeboten werden. Mit der Annahme erwirbt die DGVB dauernd das alleinige Nutzungsrecht. Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der weiteren Vervielfältigung im Wege des fotomechanischen, elektronischen oder ähnlichen Verfahrens.

#### **ANZEIGENAUFTRÄGE UND ANZEIGENABWICKLUNG:**

Stellvertretender Schriftleiter, Rainer Jung, Bahnhofstraße 31, 35410 Hungen, Telefon und -fax (0 64 02) 4 05 38, E-Mail: Rainerjung27@aol.com. Es gelten unsere Mediadaten- und Preisliste vom 1. Oktober 2007 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in der Fassung vom 1. Juli 2006.