



Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

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

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

123. Jahrgang · Februar 2008

2 | 08

Der Gerichtsvollzieher und die Insolvenz

Das Verhältnis von Einzel- und Gesamtvollstreckung aus der Sicht des Gerichtsvollziehers

Von Regierungsdirektor Dr. jur. Frank Schwörer, Stuttgart*)

Die Zahl der Insolvenzverfahren nimmt stetig zu. Dies bleibt für den Arbeitsalltag des Gerichtsvollziehers nicht ohne Folgen. Da die Gesamtvollstreckung grundsätzlich Vorrang vor der Einzelvollstreckung hat, muss der Gerichtsvollzieher im Einzelfall prüfen, ob er den ihm erteilten Auftrag trotz Insolvenz des Schuldners ausführen darf oder nicht. Die insoweit denkbaren Konstellationen sollen systematisch aufgearbeitet werden.

I. Grundlagen

Das Vollstreckungsrecht unterscheidet zwischen Einzel- und Gesamtvollstreckung. Während die Einzelvollstreckung der Befriedigung einzelner Gläubiger nach dem Prioritätsprinzip dient, bezweckt die Gesamtvollstreckung die gleichmäßige, anteilige Befriedigung aller Gläubiger. Dazu schließt die Gesamtvollstreckung die Einzelvollstreckung grundsätzlich aus.

1. Ablauf des Insolvenzverfahrens

Das Gesamtvollstreckungsverfahren wird durch die Insolvenzordnung geregelt. Im Regelfall gliedert sich das Insolvenzverfahren in die Phase zwischen der Stellung des Insolvenzantrags und der Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens (Insolvenzeröffnungsverfahren) einerseits, sowie das anschließende Verfahren zwischen der Eröffnungsentcheidung und der Aufhebung bzw. Einstellung des Verfahrens (eröffnetes Insolvenzverfahren) andererseits. Ist der Schuldner eine natürliche Person und hat er selbst einen In-

solvenzantrag gestellt, kann sich an das eröffnete Insolvenzverfahren ein Restschuldbefreiungsverfahren anschließen.

Damit soll der Schuldner von den Verbindlichkeiten, die im Insolvenzverfahren nicht befriedigt werden konnten, befreit werden. Voraussetzung hierfür ist, dass er seine pfändbaren Bezüge während eines Zeitraums von sechs Jahren ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an einen Treuhänder abtritt¹⁾, der die so erzielten Einnahmen nach Abzug der Kosten an die Gläubiger verteilt. Sofern keine Versagungsgründe vorliegen, wird die Restschuldbefreiung nach dem Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung erteilt²⁾.

2. Besonderheiten der Verbraucherinsolvenz

Ist der Schuldner eine natürliche Person, die keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und eine solche auch früher nicht ausgeübt hat oder – falls doch – deren Vermögensverhältnisse überschaubar sind und gegen die keine Forderungen aus Arbeitsverhältnissen bestehen³⁾, gelten für das Insolvenzverfahren besondere Regeln (Verbraucherinsolvenzverfahren). Dazu gehört insbesondere das Erfordernis eines Einigungsversuchs mit den Gläubigern vor Stellung des Insolvenzantrags⁴⁾ sowie die – in der Praxis allerdings selten genutzte – Möglichkeit eines gerichtlichen Schuldenbereinigungsplans zwischen der Antragstellung und der Entscheidung über die Eröffnung⁵⁾.

¹⁾ Sog. Wohlverhaltensperiode, vgl. § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO.

²⁾ Vgl. § 300 Abs. 1 InsO.

³⁾ Vgl. § 304 Abs. 1 InsO.

⁴⁾ Vgl. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

⁵⁾ Vgl. §§ 306 ff. InsO.

*) Justizministerium Baden-Württemberg.

3. Bedeutung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Eine zentrale Bedeutung kommt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu. Mit der Verfahrenseröffnung geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis in Bezug auf das Vermögen des Schuldners auf den vom Gericht bestimmten Insolvenzverwalter bzw. im Verbraucherinsolvenzverfahren auf den Treuhänder über⁶⁾. Das Schuldnervermögen wird zugunsten der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger in Beschlag genommen. Die Beschlagnahmewirkung umfasst nach der Insolvenzordnung im Gegensatz zur Konkursordnung nicht nur das pfändbare Schuldnervermögen im Eröffnungszeitpunkt, sondern auch diejenigen pfändbaren Vermögensgegenstände, die der Schuldner während des Insolvenzverfahrens erlangt⁷⁾.

Die Verfahrenseröffnung bewirkt zudem eine Differenzierung unter den Gläubigern. Diejenigen Gläubiger, die im Zeitpunkt der Eröffnung eine vermögensrechtliche Forderung gegen den Schuldner haben, bilden die Gruppe der Insolvenzgläubiger⁸⁾, zu deren Befriedigung das in Beschlag genommene Schuldnervermögen (Insolvenzmasse) dienen soll. Wegen der Begründung des Anspruchs vor der Eröffnung werden diese Gläubiger auch als Altgläubiger bezeichnet. Erwirbt ein Gläubiger dagegen erst nach der Verfahrenseröffnung eine Forderung gegen den Schuldner persönlich oder gegen die vom Insolvenzverwalter bzw. Treuhänder verwaltete Insolvenzmasse, handelt es sich um einen Neugläubiger⁹⁾. Neugläubiger nehmen am Insolvenzverfahren nur teil, wenn sich ihre Forderungen gegen die Masse richten, weil sie nach der Verfahrenseröffnung durch den Verwalter oder durch ungerechtfertigte Bereicherung der Masse begründet wurden (Masseverbindlichkeiten)¹⁰⁾. Auch die Forderung eines Altgläubigers kann sich allerdings gegen die Masse richten. Dies gilt insbesondere für Forderungen, die vor der Eröffnung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter begründet wurden, auf den die Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen übergegangen war¹¹⁾. Schließlich lassen sich die Gläubiger noch in persönliche und dingliche Gläubiger unterscheiden. Während die erste Gruppe nur schuldrechtliche Forderungen gegen den Schuldner hat, ist die zweite Gruppe am Schuldnervermögen dinglich berechtigt, entweder, indem sie insolvenzfesten Rechte inne hat, die sie zur Aussonderung berechtigen, oder indem sie Sicherungsrechte inne hat, die sie zur abgesonderten Befriedigung berechtigen¹²⁾.

4. Reform des Insolvenzrechts

Obwohl die Insolvenzordnung erst am 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist, hat sie bereits eine Reihe grundlegender Änderungen erfahren¹³⁾. Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen¹⁴⁾ steht in absehbarer Zeit eine weitere Reform an,

die vor allem die Insolvenzverfahren natürlicher Personen betreffen wird, deren Masse die Verfahrenskosten nicht deckt. Hier soll künftig auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verzichtet und statt dessen nach der Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse unmittelbar ein Restschuldbefreiungsverfahren angeschlossen werden¹⁵⁾. Dazu müssen allerdings Aufgaben, die bislang im eröffneten Verfahren erledigt wurden, in das Eröffnungsverfahren¹⁶⁾ oder in das Restschuldbefreiungsverfahren¹⁷⁾ verlagert werden.

Im Folgenden ist unter Beachtung der bevorstehenden Rechtsänderungen zu untersuchen, wie sich die verschiedenen Verfahrensabschnitte auf die Tätigkeiten des Gerichtsvollziehers auswirken.

II. Das eröffnete Insolvenzverfahren

1. Das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO

Um das pfändbare Schuldnervermögen zugunsten der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger in Beschlag zu nehmen, erklärt § 89 Abs. 1 InsO Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger während der Dauer des eröffneten Insolvenzverfahrens sowohl in die Masse als auch in das sonstige Schuldnervermögen für unzulässig. Während die Übertragung der Verfügungsbefugnis des Schuldners auf den Insolvenzverwalter oder Treuhänder sicherstellt, dass der Schuldner nicht einzelne Gläubiger zu Lasten der übrigen befriedigt, stellt § 89 Abs. 1 InsO sicher, dass sich einzelne Gläubiger nicht selbst im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung verschaffen¹⁸⁾. Die Vollstreckung eines Insolvenzgläubigers wird nicht nur in die Masse selbst, sondern auch in das sonstige Schuldnervermögen ausgeschlossen¹⁹⁾.

Das Vollstreckungsverbot betrifft allerdings nur persönliche Gläubiger. Dinglich gesicherte Gläubiger werden hinsichtlich ihres Aussonderungsrechts bzw. ihres Rechts auf abgesonderte Befriedigung nicht beeinträchtigt²⁰⁾. Im Grundsatz ebenfalls nicht beschränkt werden die Massegläubiger. Deren Vollstreckung wird durch die Sonderregelung des § 90 Abs. 1 InsO nur für die Dauer von sechs Monaten ab der Eröffnung und nur vorbehaltlich der Gegennahmen des § 90 Abs. 2 InsO ausgeschlossen²¹⁾. Nicht vom Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO betroffen sind schließlich Neugläubiger. Auch hier gilt aber: Keine Regel ohne Ausnahme. § 89 Abs. 2 Satz 1 InsO erstreckt das Vollstreckungsverbot in Bezug auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis auf sämtliche Gläubiger. Auf diese Weise wird parallel zu § 81 Abs. 2 InsO

⁶⁾ Vgl. §§ 27 Abs. 1 Satz 1, 80 Abs. 1 i. V. m. § 313 Abs. 1 InsO.

⁷⁾ Vgl. § 35 Abs. 1 InsO gegenüber § 1 Abs. 1 KO.

⁸⁾ Vgl. § 38 InsO.

⁹⁾ Vgl. Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 38 Rdnr. 1.

¹⁰⁾ Vgl. § 55 Abs. 1 InsO. Die Besonderheiten im Fall der Eigenverwaltung bleiben an dieser Stelle unberücksichtigt.

¹¹⁾ Sog. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter, vgl. § 55 Abs. 2 InsO.

¹²⁾ Vgl. Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 38 Rdnr. 4.

¹³⁾ Zuletzt durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 23. April 2007, BGBl. I S. 509.

¹⁴⁾ Bundesratsdrucksache 600/07. Der Gesetzentwurf wurde im Spätsommer 2007 in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht.

¹⁵⁾ Vgl. § 289 b Abs. 1 InsO-E.

¹⁶⁾ Die Aufgaben des Treuhänders im Zusammenhang mit der Feststellung der Masse werden teilweise auf die neue Figur des vorläufigen Treuhänders im Eröffnungsverfahren verlagert, vgl. § 289a InsO-E. Der im Referentenentwurf enthaltene Vorschlag, den Gerichtsvollzieher mit dieser Aufgabe zu betrauen, wurde nicht in den Regierungsentwurf übernommen.

¹⁷⁾ Im Restschuldbefreiungsverfahren kann künftig eine isolierte Forderungsfeststellung erfolgen, vgl. § 292a InsO-E.

¹⁸⁾ Vgl. Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 1; Gerhardt, Festschrift 100 Jahre KO, S. 111.

¹⁹⁾ Da die Masse alles pfändbare Vermögen einschließlich des Neuerwerbs umfasst, kommt dem aber keine große praktische Bedeutung zu.

²⁰⁾ Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 11; Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 89 Rdnr. 5; zu Absonderungsberechtigten vgl. LG Traunstein, NZI 2000, 438. Bei Absonderungsrechten besteht allerdings die Möglichkeit, dass der Insolvenzverwalter seine Verwertungsbefugnis gem. § 166 Abs. 1 InsO im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 Abs. 1 ZPO geltend macht, vgl. Smid, ZInsO 2001, 433, 434 ff.

²¹⁾ Ein Vollstreckungsverbot für Massegläubiger kann sich außerdem nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit ergeben, vgl. § 210 InsO.

verhindert, dass Neugläubiger das künftige Arbeitseinkommen nach Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens pfänden, das im Rahmen eines anschließenden Restschuldbefreiungsverfahrens zur Verteilung an die Insolvenzgläubiger bestimmt ist²²⁾. Wo eine Ausnahme geregelt ist, darf die Gegenausnahme natürlich nicht fehlen: Für Neugläubiger von Unterhalts- und Deliktsforderungen gelten die Beschränkungen für die Pfändung künftigen Arbeitseinkommens nach § 89 Abs. 2 Satz 2 InsO nicht.

2. Folgen für die Tätigkeiten des Gerichtsvollziehers

Was gilt nun aber, wenn ein Insolvenzgläubiger oder ein ausnahmsweise nach §§ 89, 90 InsO beschränkter sonstiger Gläubiger den Gerichtsvollzieher mit Tätigkeiten beauftragt, die geschütztes Vermögen betreffen?

Lautet der Auftrag auf die **Pfändung** körperlicher Sachen, die der Masse oder dem sonstigen Vermögen des Schuldners angehören, ist seine Ausführung unzulässig. Der Gerichtsvollzieher darf mit der Ausführung des Auftrags weder beginnen noch eine bereits begonnene Ausführung fortsetzen. Etwas anderes gilt nur, wenn der Gläubiger vor der Eröffnung bereits ein insolvenzfestes Pfandrecht erlangt hat, das ihm ein Absonderungsrecht verschafft²³⁾. Die Fortsetzung der Vollstreckung kann hier allerdings nur noch in der Verwertung bestehen²⁴⁾. Sie steht zudem unter dem Vorbehalt, dass der Gläubiger sein Pfandrecht nicht durch die Rückschlagsperre des § 88 InsO verliert²⁵⁾.

Unzulässig ist nicht nur die Ausführung eines Pfändungsauftrags, sondern auch die Ausführung eines Antrags auf **Abnahme der eidesstattlichen Versicherung** nach §§ 807 oder 883 Abs. 2 ZPO²⁶⁾. Zwar dient die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nur der Informationsgewinnung des Gläubigers. Es handelt sich aber ebenso um eine Vollstreckungsmaßnahme wie bei der Pfändung körperlicher Sachen. Ist die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung selbst unzulässig, muss dies auch für die Anordnung und Vollziehung der Maßnahmen zur Erzwingung ihrer Abgabe gelten, insbesondere den Erlass und die Vollziehung eines Haftbefehls nach § 901 ZPO²⁷⁾. Zur Information der Insolvenzgläubiger im eröffneten Verfahren ist die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung und die Anordnung der Haft zu ihrer Erzwingung nur in den Fällen der §§ 98, 153 Abs. 2 InsO vorgesehen.

Was gilt aber, wenn der Gerichtsvollzieher keinen Vollstreckungsauftrag, sondern einen **Zustellungsauftrag** erhält?

Beauftragt der Gläubiger den Gerichtsvollzieher mit der Zustellung eines von ihm selbst ausgefertigten Zahlungsver-

bots an den Drittschuldner nach § 845 ZPO, dient dies an sich nur der Vorbereitung der späteren Forderungspfändung. Dennoch ist bereits die Durchführung einer Vorpfändung nach § 89 Abs. 1 InsO unzulässig. Die Vorpfändung hat nach § 845 Abs. 2 1. Halbsatz ZPO nämlich die Wirkung eines Arrests. Die Vorpfändung bewirkt also gemäß §§ 930 Abs. 1 Satz 1, 829 ZPO bereits die die Beschlagnahme der Forderung²⁸⁾. Die Beschlagnahmewirkung steht lediglich unter der Bedingung, dass die Forderungspfändung durch das Vollstreckungsgericht binnen Monatsfrist bewirkt wird.

Erst recht ist die Zustellung des vom Vollstreckungsgericht erlassenen Pfändungs- und Überbeweisungsbeschlusses an den Drittschuldner nach § 89 Abs. 1 unzulässig²⁹⁾. Zwar erfolgt die Pfändung der Forderung nicht durch den Gerichtsvollzieher, sondern durch das Vollstreckungsgericht. Die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner bewirkt aber nach § 829 Abs. 3 ZPO die Wirksamkeit der Pfändung der Forderung. Insoweit entfaltet sie eine nach § 89 Abs. 1 InsO unzulässige Vollstreckungswirkung³⁰⁾. Hat der Gerichtsvollzieher vor der Verfahrenseröffnung eine wirksame Vorpfändung ausgebracht, kann die Bedingung für die Entstehung des Pfandrechts an der Forderung nach der Verfahrenseröffnung also nicht mehr herbeigeführt werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss schon vor Verfahrenseröffnung erlassen und lediglich noch zuzustellen war.

Ähnliches gilt für die Zustellung eines Arrestbefehls. Da der Arrest dem begünstigten Gläubiger eine besondere Sicherung gewährt, ist schon sein Erlass nach Verfahrenseröffnung gemäß § 89 Abs. 1 InsO unzulässig³¹⁾. Erst recht gilt dies für seine Zustellung. Zwar kann der Arrest nach § 929 Abs. 3 Satz 1 ZPO schon vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner vollzogen werden. Dies gilt nach § 929 Abs. 3 Satz 2 ZPO aber nur, wenn die Zustellung innerhalb einer Woche und vor Ablauf der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO nachgeholt wird. Im Ergebnis ist daher die Zustellung Wirksamkeitsvoraussetzung für den Arrest. Sie ist deshalb ebenso nach § 89 Abs. 1 InsO unzulässig wie der Erlass des Arrests.

3. Vorgehen des Gerichtsvollziehers

Soweit das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO eingreift, ist es nicht erst auf Antrag des Schuldners, sondern von Amts wegen zu berücksichtigen, da es sich um eine gesetzliche Folge der Verfahrenseröffnung handelt³²⁾. Ist dem Gerichtsvollzieher die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners positiv bekannt, muss er Aufträge, die nach § 89 Abs. 1 InsO unzulässige Maßnahmen

²²⁾ Vgl. zur Funktion des § 81 Abs. 2 InsO *Lüke* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 81 Rdnr. 3.

²³⁾ LG Osnabrück, DGVZ 1954, 60; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 3.

²⁴⁾ Da der Verwalter bewegliche Sachen, die mit Absonderungsrechten behaftet sind, nur verwerten darf, wenn sie sich in seinem Besitz befinden (§ 166 Abs. 1 InsO), die Pfändung aber die Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher voraussetzt (§ 808 Abs. 1 InsO), kommt die Verwertungsbefugnis in diesem Fall dem Gerichtsvollzieher zu.

²⁵⁾ Nach § 88 InsO werden mit der Verfahrenseröffnung Sicherungen unwirksam, die ein Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder im Eröffnungsverfahren durch Zwangsvollstreckung erlangt hat.

²⁶⁾ *Viertelhausen*, DGVZ 2001, 36, 37; *Lüke* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 89 Rdnr. 9; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 5.

²⁷⁾ LG Köln, DGVZ 1988, 157; *Lüke* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 89 Rdnr. 9.

²⁸⁾ BGHZ 87, 166, 168; *Behr*, DGVZ 1977, 54; *Stöber* in *Zöller*, ZPO, 26. Aufl., § 845 Rdnr. 5.

²⁹⁾ Da der Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses seinerseits nach § 89 Abs. 1 InsO unzulässig wäre, werden in der Regel Fälle in Betracht kommen, in denen das Verfahren zwischen Erlass und Zustellung eröffnet wird.

³⁰⁾ OLG Stuttgart, JurBüro 1975, 1378; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 9; *Kübler/Prütting*, InsO, § 89 Rdnr. 12.

³¹⁾ *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 6; *Lüke* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 89 Rdnr. 10. Unabhängig davon wird das Arrestverfahren mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens regelmäßig nach § 240 Satz 1 ZPO unterbrochen.

³²⁾ LG Oldenburg, ZIP 1981, 1011, 1012; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 23; *Lüke* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 89 Rdnr. 21; *Stöber* in *Zöller*, ZPO, 26. Aufl., § 775 Rdnr. 5.

betreffen, ablehnen³³⁾). Bereits begonnene Maßnahmen sind einzustellen, soweit sie nicht bereits zu einem Absonderungsrecht geführt haben³⁴⁾).

Ist dem Gerichtsvollzieher die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht positiv bekannt, verpflichtet ihn § 91 Nr. 5 GVGA dazu, beim zuständigen Insolvenzgericht nachzufragen, soweit dies ohne Verzögerung der Zwangsvollstreckung möglich ist. Entgegen dem weiten Wortlaut der Verwaltungsvorschrift wird man eine Erkundigungspflicht aber nicht bei jedem Auftrag annehmen müssen. Hiergegen spricht schon, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners trotz steigender Verfahrenszahlen immer noch den Ausnahmefall darstellt. Eine Erkundigung ist vielmehr nur veranlasst, wenn sich aus den Unterlagen ergibt, dass ein Insolvenzantrag gestellt wurde. Ist danach eine Eröffnungsentscheidung im konkreten Fall zu erwarten und steht damit ein Vollstreckungsverbot nach § 89 InsO im Raum, muss der Gerichtsvollzieher im Rahmen seiner Verantwortung für das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen³⁵⁾ die Sach- und Rechtslage klären.

Führt der Gerichtsvollzieher in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung einen nach § 89 Abs. 1 InsO unzulässigen Auftrag aus, sind die von ihm getroffenen Maßnahmen zwar nicht nichtig, aber materiell-rechtlich unwirksam. Durch eine Pfändung körperlicher Sachen entgegen § 89 Abs. 1 InsO entsteht also kein Pfändungspfandrecht³⁶⁾. Die öffentlich-rechtliche Vollstreckung der gepfändeten Sache bleibt allerdings bis zur Aufhebung der Pfändung wirksam³⁷⁾. Gegen die Maßnahme des Gerichtsvollziehers ist deshalb die Erinnerung gemäß § 766 Abs. 1 ZPO eröffnet. Zu beachten ist, dass § 89 Abs. 3 InsO die Entscheidung über die Erinnerung anstelle des Vollstreckungsgerichts dem **Insolvenzgericht** zuweist.

4. Ausblick auf das künftige Recht

Die anstehende Reform des Insolvenzrechts lässt die Wirkungen des eröffneten Verfahrens im Allgemeinen und das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO im Besonderen unberührt. Für masselose Verfahren natürlicher Personen ergibt sich allerdings eine mittelbare Änderung durch den Umstand, dass auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens künftig verzichtet wird. Vollstreckungsbeschränkungen können sich dort daher nur nach den Grundsätzen ergeben, die für das Insolvenzeröffnungsverfahren und für das Restschuldbefreiungsverfahren gelten.

III. Das Insolvenzeröffnungsverfahren

1. Die Untersagung des Zwangsvollstreckung

Da die Beschlagnahmewirkung grundsätzlich erst mit der Verfahrenseröffnung eintritt, kennt das Insolvenzeröffnungsverfahren kein umfassendes Vollstreckungsverbot entsprechend § 89 Abs. 1 InsO. Die Stellung des Insolvenzantrags

³³⁾ Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 23, hält den Gerichtsvollzieher entsprechend § 139 ZPO für verpflichtet, dem Gläubiger vor einer Ablehnung die Rücknahme des Auftrags anheim zu stellen. Die Anwendbarkeit des für das Erkenntnisverfahren vor dem Richter bestimmten § 139 ZPO auf den Gerichtsvollzieher erscheint allerdings fragwürdig.

³⁴⁾ Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 23; vgl. § 91 Nr. 1 Satz 2 GVGA.

³⁵⁾ Vgl. § 58 Nr. 1 Satz 3 GVGA.

³⁶⁾ Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 24; Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 89 Rdnr. 21.

³⁷⁾ Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 24.

lässt die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner unberührt³⁸⁾).

§ 21 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 InsO ermöglicht dem Insolvenzgericht allerdings, bestimmte Wirkungen der Verfahrenseröffnung in das Eröffnungsverfahren vorzuerlagern, soweit dies zur Verhütung nachteiliger Veränderungen der Vermögenslage des Schuldners geboten ist. Dies gilt auch für das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO³⁹⁾. Dies soll nicht nur einen Wettlauf der Gläubiger im Eröffnungsverfahren verhindern, sondern auch sicherstellen, dass sich die Gläubiger nicht unmittelbar vor der Verfahrenseröffnung Pfändungspfandrechte verschaffen, die sie im eröffneten Verfahren zur abgesonderten Befriedigung berechtigen⁴⁰⁾.

Zudem soll ein vorzeitiges Auseinanderreißen der Vermögensgegenstände des Schuldners verhindert werden, das bei Schuldnern, die ein Unternehmen betreiben, die Möglichkeit zur Betriebsfortführung beeinträchtigen könnte⁴¹⁾.

§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO ermächtigt das Insolvenzgericht, Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu untersagen oder einstweilen einzustellen, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind⁴²⁾. Ein auf diese Weise angeordnetes Vollstreckungsverbot kann sich entweder auf einzelne Vollstreckungsmaßnahmen beziehen oder als allgemeines Vollstreckungsverbot für alle anhängigen und zukünftigen Vollstreckungsmaßnahmen ausgestaltet werden⁴³⁾.

Zu beachten ist, dass die Anordnungen des Gerichts nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO über die Wirkung des Vollstreckungsverbots nach § 89 Abs. 1 InsO im eröffneten Verfahren hinausgehen können. Neben der Vollstreckung durch persönliche Gläubiger kann die Vollstreckung absonderungsberechtigter Gläubiger⁴⁴⁾ und sogar aussonderungsberechtigter Gläubiger⁴⁵⁾ untersagt werden. § 306 Abs. 2 Satz 1 InsO stellt klar, dass eine Sicherungsanordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO auch in Verbraucherinsolvenzfällen möglich ist; dies gilt selbst dann, wenn das Eröffnungsverfahren wegen eines gerichtlichen Schuldenbereinigungsplans ruht.

2. Folgen für die Tätigkeiten des Gerichtsvollziehers

Zu überlegen ist, wie sich ein allgemeines Vollstreckungsverbot nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO auf die Bearbeitung der Aufträge des Gerichtsvollziehers auswirkt.

Ohne Zweifel wird eine Pfändung körperlicher Sachen unzulässig sein, da sie die Vermögensgegenstände des Schuldners auseinander reißt⁴⁶⁾ und dem Gläubiger ein Pfändungspfandrecht verschafft, das ihn vorbehaltlich der Rück-

³⁸⁾ LG Tübingen, DGVZ 2000, 39; Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 26.

³⁹⁾ Ebenso Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 26.

⁴⁰⁾ Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 21 Rdnr. 26. Die Wirksamkeit von Pfändungspfandrechten, die im Eröffnungsverfahren begründet werden, steht allerdings ohnehin unter dem Vorbehalt des § 88 InsO.

⁴¹⁾ Schwörer, Lösungsklauseln für den Insolvenzfalle, Rdnr. 349; vgl. Begr. RegE Zu § 25, Bundesratsdrucksache 1/92, S. 115 f.

⁴²⁾ Die Einstellung der Immobilienvollstreckung ist nach § 30d Abs. 4 ZVG möglich.

⁴³⁾ Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 27.

⁴⁴⁾ Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 28; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 21 Rdnr. 28; vgl. Begr. RegE Zu § 25, Bundesratsdrucksache 1/92, S. 115 f.

⁴⁵⁾ Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 28; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 21 Rdnr. 28; Steder, ZIP 2002, 65, 69.

⁴⁶⁾ Vgl. § 808 Abs. 1 ZPO.

schlagsperre im eröffneten Verfahren zur abgesonderten Befriedigung berechtigt.

Fraglich erscheint allerdings, ob auch die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 807 oder 883 Abs. 2 ZPO unzulässig ist. Im Gegensatz zur Pfändung lässt sie das Vermögen des Schuldners grundsätzlich unberührt. Sie bereitet die Pfändung lediglich vor, indem sie dem Gläubiger bei der Ermittlung möglicher Vollstreckungsobjekte hilft⁴⁷⁾. Diese teleologische Betrachtung ist allerdings mit dem Wortlaut des § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO schwer in Einklang zu bringen, der sich auf sämtliche „Maßnahmen der Zwangsvollstreckung“ bezieht, wozu auch die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung gehört. Hält man die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach der Verfahrenseröffnung aufgrund des Verbots von „Zwangsvollstreckungen“ in § 89 Abs. 1 InsO für unzulässig, wird man sie bei Anordnung eines allgemeinen Vollstreckungsverbots im Eröffnungsverfahren kaum für zulässig erachten dürfen⁴⁸⁾. Hieran ändert auch die Informationsfunktion der eidesstattlichen Versicherung nichts. Dem Schuldner obliegt im Eröffnungsverfahren eine allgemeine Auskunftspflicht gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 3 Satz 3 InsO, die eine Verpflichtung zur Versicherung an Eides statt und die Möglichkeit der Erzwingung der Auskunft durch Haftanordnung einschließt⁴⁹⁾. Eine andere Beurteilung wäre nur geboten, wenn das Insolvenzgericht auf der Grundlage des § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO ausnahmsweise kein allgemeines Vollstreckungsverbot erließe, sondern lediglich einzelne Vollstreckungsmaßnahmen untersagte, ohne die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung aufzuführen.

Da die Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO eine Vorverlagerung des § 89 Abs. 1 InsO in das Eröffnungsverfahren darstellt⁵⁰⁾, sind Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher in gleicher Weise unzulässig wie im eröffneten Insolvenzverfahren. Unzulässig sind damit alle Aufträge, welche die Zustellung eines vom Gläubiger ausgefertigten Zahlungsverbots bzw. eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner oder eines Arrestbefehls betreffen. Dies gilt jedenfalls bei Anordnung eines allgemeinen Vollstreckungsverbots⁵¹⁾.

3. Vorgehen des Gerichtsvollziehers

Während das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO kraft Gesetzes eingreift, muss das Vollstreckungsverbot nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO durch gerichtliche Entscheidung angeordnet werden. Die Anordnung wird allerdings unmittelbar mit dem Erlass des gerichtlichen Beschlusses wirksam; einer Zustellung an die Vollstreckungsgläubiger oder den Schuldner bedarf es nicht⁵²⁾.

Die Auswirkungen der gerichtlichen Anordnung auf die Einzelvollstreckung richten sich nach §§ 775, 776 ZPO. Danach ist dem Gerichtsvollzieher die Ausfertigung der gericht-

lichen Entscheidung vorzulegen⁵³⁾. Das bedeutet allerdings nicht, dass der Gerichtsvollzieher die Anordnung des Gerichts im Übrigen nicht zu beachten hätte. In den Fällen des § 775 Nr. 1 bis 5 ZPO ist die Zwangsvollstreckung vom Gerichtsvollzieher nicht nur einzustellen, wenn der Schuldner die jeweiligen Urkunden vorlegt, sondern auch dann, wenn dem Gerichtsvollzieher auf andere Weise ein Einstellungsgrund bekannt wird⁵⁴⁾. Im Ergebnis hat der Gerichtsvollzieher daher auch Vollstreckungsverbote im Insolvenzeröffnungsverfahren von Amts wegen zu beachten⁵⁵⁾. Anders als in Bezug auf die Verfahrenseröffnung, an die das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO knüpft, trifft den Gerichtsvollzieher in Bezug auf die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO aber keine Ermittlungspflicht⁵⁶⁾.

Wird entgegen einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO eine Vollstreckungsmaßnahme durchgeführt, gilt grundsätzlich dasselbe wie im Fall des Verstoßes gegen das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO im eröffneten Verfahren. Es kann zwar kein Pfändungspfandrecht entstehen, die Maßnahme ist aber nicht nichtig⁵⁷⁾. Sie ist vielmehr im Rahmen einer Vollstreckungserinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO aufzuheben⁵⁸⁾. Über die Erinnerung entscheidet wiederum das Insolvenzgericht anstelle des Vollstreckungsgerichts⁵⁹⁾.

4. Ausblick auf das künftige Recht

Auch auf die Einzelvollstreckung während des Insolvenzeröffnungsverfahrens hat die anstehende Insolvenzrechtsreform nur mittelbare Auswirkungen. Zum einen wird der Schuldner in Verbraucherinsolvenzfällen das Insolvenzeröffnungsverfahren schneller erreichen, weil der außergerichtliche Einigungsversuch mit seinen Gläubigern in aussichtslosen Fällen entbehrlich wird⁶⁰⁾. Zum anderen wird in masselosen Fällen künftig bereits im Eröffnungsverfahren ein vorläufiger Treuhänder bestellt werden, wenn ein Restschuldbefreiungsantrag vorliegt. Auf diesen finden im Wesentlichen die Vorschriften über den vorläufigen Insolvenzverwalter Anwendung⁶¹⁾. Die Möglichkeit der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO bleibt aber unberührt.

IV. Das Restschuldbefreiungsverfahren

1. Das Vollstreckungsverbot des § 294 Abs. 1 InsO

Ist das Insolvenzverfahren abgeschlossen, wird es aufgehoben⁶²⁾. Damit entfallen die Beschlagnahmewirkung der Verfahrenseröffnung und das darauf zurück zu führende allge-

⁵³⁾ Für den Fall der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung ausdrücklich *Stöber* in Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 775 Rdnr. 5. Für den Fall der Untersagung kann nichts anderes gelten, vgl. *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 27.

⁵⁴⁾ *Stöber* in Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 775 Rdnr. 9; *Lackmann* in *Musielak*, ZPO, 3. Aufl., § 775 Rdnr. 12; so schon RGZ 128, 81, 84.

⁵⁵⁾ *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 27.

⁵⁶⁾ Arg.e.cont. § 91 Nr. 5 GVGA; vgl. allgemein zu den Fällen des § 775 ZPO *Lackmann* in *Musielak*, ZPO, 3. Aufl., § 775 Rdnr. 12.

⁵⁷⁾ Vgl. *Pape* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 21 Rdnr. 31.

⁵⁸⁾ Vgl. *Pape* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 21 Rdnr. 31; *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 27.

⁵⁹⁾ § 89 Abs. 3 InsO analog, vgl. *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 27.

⁶⁰⁾ Bundesratsdrucksache 600/07 Artikel 1 Nr. 36 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa.

⁶¹⁾ Bundesratsdrucksache 600/07 Artikel 1 Nr. 20 (§ 289a Abs. 1 Satz 1 InsO-E).

⁶²⁾ Vgl. § 200 Abs. 1 InsO.

⁴⁷⁾ LG Würzburg, NZI 1999, 504, 505; ebenso AG Rostock, NZI 2000, 142.

⁴⁸⁾ Ebenso *Steder*, NZI 2000, 456, 458; ähnlich *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 27.

⁴⁹⁾ Vgl. § 22 Abs. 3 Satz 3 2. Halbsatz i. V. m. § 98 Abs. 1 und 3 InsO.

⁵⁰⁾ Vgl. *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 21 Rdnr. 26.

⁵¹⁾ Beschränkt sich das Vollstreckungsgericht auf die Anordnung Untersagung oder einstweilige Einstellung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen, wird in erster Linie der Inhalt der Anordnung zu beachten sein.

⁵²⁾ *Pape* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 21 Rdnr. 30; a. A. wohl *Vallender*, ZIP 1997, 1993, 1996.

meine Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO⁶³). Gleiches gilt, wenn das Insolvenzverfahren vor seinem Abschluss wegen Masseunzulänglichkeit eingestellt werden muss⁶⁴). Ist der Schuldner eine natürliche Person und schließt sich ein Restschuldbefreiungsverfahren an, tritt an die Stelle des Vollstreckungsverbots nach § 89 Abs. 1 InsO allerdings das Vollstreckungsverbot des § 294 Abs. 1 InsO. Danach sind Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger bis zum Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung sechs Jahre nach der Verfahrenseröffnung unzulässig. Da sich § 294 Abs. 1 InsO nahtlos an das Insolvenzverfahren anschließt, gilt ein ununterbrochenes Vollstreckungsverbot von der Verfahrenseröffnung bis zur rechtskräftigen Erteilung oder Versagung der Restschuldbefreiung. § 294 Abs. 1 InsO ist insoweit über seinen auf die Laufzeit der Abtretungserklärung abstellenden Wortlaut hinaus anzuwenden⁶⁵). Der Gesetzgeber wollte den Schuldner erkennbar nicht kurz vor dem Wirksamwerden der Restschuldbefreiung noch dem Vollstreckungszugriff seiner Gläubiger aussetzen⁶⁶).

Den Vollstreckungsschutz des § 294 Abs. 1 InsO erhält der Schuldner allerdings nur in Bezug auf Altgläubiger. Neugläubiger, deren Forderungen erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, werden durch § 294 Abs. 1 nicht beschränkt. Da das pfändbare Vermögen des Schuldners im Zweifel im Insolvenzverfahren verwertet⁶⁷) und seine pfändbaren Bezüge an den Treuhänder abgetreten sind⁶⁸), wiegt der Vorteil des Neugläubigers indessen nur gering⁶⁹). Entsprechendes gilt für Massegläubiger. Insolvenzgläubiger unterliegen dem Vollstreckungsverbot dagegen mit sämtlichen Forderungen, die im Insolvenzverfahren die Stellung von Insolvenzforderungen hatten. Dies gilt auch dann, wenn es sich um Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen oder um andere Ansprüche handelt, die nach § 302 InsO von der Erteilung der Restschuldbefreiung ausgenommen werden⁷⁰). Das Vollstreckungsrecht der Gläubiger dieser Forderungen lebt erst nach der Erteilung der Restschuldbefreiung wieder auf.

2. Folgen für die Tätigkeiten des Gerichtsvollziehers

Angesichts des übereinstimmenden Wortlauts von § 89 Abs. 1 und § 294 Abs. 1 InsO müssen die für das eröffnete Insolvenzverfahren entwickelten Grundsätze auch für das

⁶³) Vgl. § 201 Abs. 1 InsO.

⁶⁴) Vgl. §§ 207 Abs. 1 Satz 1, 215 Abs. 2 Satz 2, 201 Abs. 1 InsO.

⁶⁵) Nach § 300 Abs. 1 InsO entscheidet das Gericht über die Erteilung der Restschuldbefreiung, wenn die Laufzeit der Abtretungserklärung verstrichen ist.

⁶⁶) *Wenzel* in Kübler/Prütting, InsO, § 294 Rdnr. 2; *Vallender* in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 294 Rdnr. 12.

⁶⁷) Sollte der Schuldner Vermögensgegenstände im Insolvenzverfahren verheimlicht haben, wäre eine Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO durchzuführen, vgl. *Wenzel* in Kübler/Prütting, InsO, § 294 Rdnr. 4 und § 286 Rdnr. 84.

⁶⁸) Ist der Schuldner selbständig erwerbstätig, kann er dem Treuhänder keine Bezüge abtreten. In diesem Fall obliegt es ihm aber, entsprechende Mittel zur Befriedigung seiner Insolvenzgläubiger an den Treuhänder abzuführen, vgl. § 295 Abs. 2 InsO.

⁶⁹) Vgl. *Vallender* in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 294 Rdnr. 17. Fälle, in denen der Schuldner Vermögen von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, das er nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zwar zur Hälfte an den Treuhänder herausgeben muss, in das aber im Übrigen von den Neugläubigern vollstreckt werden kann, dürften in der Praxis selten sein.

⁷⁰) *Wenzel* in Kübler/Prütting, InsO, § 294 Rdnr. 2a; *Vallender* in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 294 Rdnr. 5.

Vollstreckungsverbot im Restschuldbefreiungsverfahren gelten⁷¹).

Unzulässig ist danach die Pfändung körperlicher Sachen⁷²), die Zustellung eines vom Gläubiger ausgefertigten Zahlungsverbots oder eines vom Vollstreckungsgericht erlassenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses⁷³) sowie eines Arrestbefehls, soweit es sich beim Gläubiger um einen Insolvenzgläubiger handelt⁷⁴).

Eher theoretischer Natur dürfte im Restschuldbefreiungsverfahren die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 807 oder 883 Abs. 2 InsO sein. Ist eine Fahrnispfändung unzulässig, wird der Gläubiger in der Regel gar nicht in der Lage sein, die Voraussetzungen für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO darzutun. Muss der Schuldner eine bewegliche Sache nach § 883 Abs. 1 ZPO herausgeben, wird der Gläubiger in der Regel nicht nur Insolvenzgläubiger, sondern auch aus- oder absonderungsberechtigt sein und insoweit von den Beschränkungen des § 294 Abs. 1 InsO nicht erfasst werden⁷⁵).

Dennoch stellt die eidesstattliche Versicherung auch im Restschuldbefreiungsverfahren eine Vollstreckungsmaßnahme dar, die vom Wortlaut des Vollstreckungsverbots umfasst ist. Wie schon während des eröffneten und des Eröffnungsverfahrens wird die Funktion der eidesstattlichen Versicherung zudem von speziellen insolvenzrechtlichen Vorschriften übernommen, insbesondere durch die umfassende Auskunftspflicht des § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

Zwar kann diese Auskunftspflicht vom Insolvenzgericht nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Der Schuldner, der Auskünfte verweigert, riskiert aber die Versagung der Restschuldbefreiung, wenn ein Gläubiger dies beantragt⁷⁶).

Für das Vorgehen des Gerichtsvollziehers während des Restschuldbefreiungsverfahrens gelten die Ausführungen zum eröffneten Verfahren entsprechend. Das Vollstreckungsverbot des § 294 Abs. 1 InsO ist ebenso wie dasjenige nach § 89 Abs. 1 InsO von Amts wegen zu beachten. Verbotswidrig durchgeführte Vollstreckungsmaßnahmen sind materiellrechtlich unwirksam, bestehen aber bis zu ihrer Aufhebung im Rahmen einer Vollstreckungserinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO fort⁷⁷). Eine Zuständigkeit des Insolvenzgerichts anstelle des Vollstreckungsgerichts analog § 89 Abs. 3 InsO wird man nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht mehr annehmen dürfen⁷⁸).

⁷¹) *Vallender* in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 294 Rdnr. 13.

⁷²) *Vallender* in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 294 Rdnr. 8.

⁷³) Richtigerweise wird das Vollstreckungsgericht wegen § 294 Abs. 1 InsO schon am Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gehindert sein. Da sich das Vollstreckungsverbot des § 294 Abs. 1 InsO nur an dasjenige des § 89 Abs. 1 InsO anschließt, sind kaum Fälle denkbar, in denen der Beschluss erlassen wurde, bevor ein Vollstreckungsverbot in Kraft trat.

⁷⁴) Wie im eröffneten Insolvenzverfahren ist schon der Erlass eines Arrestbefehls als unzulässig anzusehen, da er dem begünstigten Gläubiger eine besondere Sicherung gewährt. Anders als im eröffneten Verfahren ist die Durchführung eines Arrestverfahrens nicht schon wegen der Unterbrechungswirkung des § 240 Satz 1 ZPO ausgeschlossen, da diese nur bis zur Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens gilt.

⁷⁵) Vgl. *Wenzel* in Kübler/Prütting, InsO, § 294 Rdnr. 3. Denkbar ist allerdings, dass der Vollstreckungstitel auf Übergabe und Übereignung einer beweglichen Sache lautet, der Gläubiger also nicht dinglich berechtigt ist.

⁷⁶) Vgl. § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO.

⁷⁷) Vgl. *Vallender* in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 294 Rdnr. 13.

⁷⁸) *Vallender* in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 294 Rdnr. 15.

3. Ausblick auf das künftige Recht

Auch im Restschuldbefreiungsverfahren sind von der anstehenden Reform nur mittelbare Auswirkungen auf die Einzelvollstreckung zu erwarten. Wird in masselosen Fällen künftig auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verzichtet, ist anzunehmen, dass die Bedeutung der Einzelvollstreckung durch Neugläubiger⁷⁹⁾ während des Restschuldbefreiungsverfahrens steigt. Eine Verteilung des Schuldnervermögens an die Insolvenzgläubiger erfolgt in masselosen Fällen künftig nur, wenn unter Berücksichtigung der Kosten der Forderungsfeststellung Beträge zur Verteilung zur Verfügung stehen. Sind diese Beträge nur geringfügig, kann sie das Gericht ähnlich § 203 Abs. 3 InsO dem Schuldner überlassen⁸⁰⁾.

⁷⁹⁾ Maßgeblich zur Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern wird in masselosen Fällen künftig anstelle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Abweisung mangels Masse sein, vgl. Bundesratsdrucksache 600/07 (Bechluss) Nr. 2 Zu Artikel 1 Nr. 6a – neu – (§ 38 InsO).

⁸⁰⁾ Bundesratsdrucksache 600/07 Artikel 1 Nr. 24 (§ 292 a Abs. 4 InsO-E).

Da § 294 Abs. 1 InsO zwar nicht nur das vom Treuhänder verwaltete, sondern das gesamte Schuldnervermögen schützt, dabei aber nur Insolvenzgläubiger und nicht Neugläubiger beschränkt, werden die Neugläubiger auf die dem Schuldner überlassenen Beträge zugreifen können.

Zu beachten ist außerdem, dass die Fälle versagter Restschuldbefreiungen zunehmen dürften, weil die Versagung von Amts wegen⁸¹⁾ und aus Gründen, die nach der Ankündigung der Restschuldbefreiung bekannt werden⁸²⁾, eröffnet wird.

Der Kreis der Forderungen, die von der Restschuldbefreiung ausgenommen werden, wird auf vorsätzlich pflichtwidrig nicht geleisteten Unterhalt erweitert⁸³⁾.

⁸¹⁾ Bundesratsdrucksache 600/07 Artikel 1 Nr. 21 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa (§ 290 Abs.1 InsO-E).

⁸²⁾ Bundesratsdrucksache 600/07 Artikel 1 Nr. 28 (§ 297a InsO-E).

⁸³⁾ Bundesratsdrucksache 600/07 Artikel 1 Nr. 32 (§ 302 Abs. 1 Nr. 1 InsO-E).

Das besondere Vollstreckungsverfahren bei ungedeckten Schecks im französischen Recht

Von Rechtsanwalt Jörg Luft*), Strasbourg/Baden-Baden und Michael App, Strasbourg

Jedem, der in Deutschland mit Zwangsvollstreckungsfragen praktisch befasst ist, ist geläufig, dass trotz geänderter Bankpraktiken, die zu einem gewissen Bedeutungsverlust des Scheckprozesses geführt haben, Scheckforderungen¹⁾ im Prinzip relativ schnell vollstreckt werden können: Der Gläubiger kann im Scheckprozess klagen (§ 605 a ZPO), mit stark verkürzter Ladungsfrist (§ 605 a ZPO i.V.m. § 604 Abs. 2 ZPO), wobei Nebenforderungen lediglich glaubhaft gemacht zu werden brauchen (§ 605 a ZPO i.V.m. § 605 Abs. 2 ZPO), und der Scheckaussteller kann sich in diesem Verfahren weder auf Einwendungen aus dem Grundgeschäft berufen²⁾ noch ist er zu einer Widerklage befugt (§ 595 Abs. 1 ZPO). Zur weiteren Beschleunigung der Erlangung eines Vollstreckungstitels kann der Inhaber des Schecks das Scheckmahnverfahren (§ 703 a ZPO) beantragen. Der Gläubiger ist weiter dadurch privilegiert, dass er das erstrittene Urteil unabhängig von der Forderungshöhe vorläufig vollstrecken kann (§ 708 Nr. 4 ZPO).

*) Jörg Luft, der Hauptautor dieses Beitrags, ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Epp, Gebauer & Kühl, Strasbourg/Baden-Baden/Köln, die ausschließlich im Bereich des deutsch-französischen Wirtschaftsrechts tätig ist; zudem ist er Lehrbeauftragter an der Universität Robert Schuman in Strasbourg.

¹⁾ Zu den rechtlich ähnlich gelagerten Wechselforderungen in der Zwangsvollstreckung siehe App, DGVZ 1992 S. 71; der Scheckprozess hat in Deutschland dadurch an Bedeutung eingebüßt, dass Banken Schecks bis zu einem Wert von 3 000 Euro regelmäßig nicht mehr präsentieren, sondern nach Abschnitt II des Abkommens über den Einzug von Schecks nur die im Scheck enthaltenen Daten mitteilen, so dass die Frist zur Vorlegung nach Artikel 29 Abs. 1 und 2 ScheckG häufig abgelaufen ist, wenn der Scheck von der bezogenen Bank nicht eingelöst wird.

²⁾ Solche sind dem Nachverfahren vorbehalten, das durchgeführt wird, wenn sich der aus dem Scheck Verpflichtete im Scheckprozess die Ausführung seiner Rechte vorbehalten hat (§§ 599 Abs. 1, 600 Abs. 1 ZPO), das aber die Zwangsvollstreckung aus dem vom Gläubiger im Scheckprozess erstrittenen Vorbehaltsurteil nicht hemmt.

Noch einschneidender sind die Folgen der Nichtzahlung von Scheckforderungen mangels Deckung auf dem Bankkonto im Nachbarland Frankreich: Wer Schuldner mit Gerichtsstand in Frankreich hat, wird rasch bemerken, dass es in Frankreich noch weit mehr als in Deutschland üblich ist, seine Verbindlichkeiten per Scheck zu bezahlen. In der Regel verfügt jede natürliche und juristische Person, die ein Bankkonto führt, über ein kostenloses dazugehöriges Scheckheft. Neben der Kreditkarte und dem besonders im Zahlungsverkehr mit Behörden bedeutsamen TIP³⁾ ist der Scheck daher in Frankreich das meistgebrauchte Zahlungsmittel.

Für den Fall, dass der vom Schuldner ausgestellte Scheck mangels Deckung (*insuffisance ou défaut de provision*) von der bezogenen Bank zurückgewiesen wird, hat das französische Recht einerseits ein besonderes Vollstreckungsverfahren (I.), und andererseits schwerwiegende Sanktionen für den Scheckaussteller (II.) vorgesehen, die weit über die Sanktionen hinausgehen, die das deutsche Recht bereithält. Dieses Verfahren ist allerdings nicht anwendbar, wenn der Scheck gesperrt wurde, gestohlen wurde oder verloren ging.

I. Das Vorverfahren und das Vollstreckungsverfahren

Dieses Verfahren ermöglicht über den Gerichtsvollzieher (*huissier de justice*) die zwangsweise Beitreibung einer Forderung in Höhe des Scheckbetrages, ohne dass es auf die dem Scheckbetrag zugrunde liegende Anspruchsgrundlage (Kaufpreisforderung, Werklohnforderung etc.) ankommt, und ohne dass der Gang zu den Gerichten erforderlich ist. Insoweit geht das französische Recht weit über das deutsche hinaus, wo der

³⁾ Zum TIP-Verfahren („TIP“ steht für „*titre interbancaire de paiement*“), das in Frankreich insbesondere der Steuerfiskus, Behörden, Strom-, Gas- und Wasserversorgungsunternehmen sowie Versicherungen anbieten, siehe App, DStZ 2005 S. 416.

Scheck zwar die Erlangung eines Vollstreckungstitels erleichtert und beschleunigt, selbst aber noch kein Vollstreckungstitel ist. Die Möglichkeit der Geltendmachung und Titulierung des Anspruchs vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist durch dieses Verfahren nicht ausgeschlossen.

Schecks über einen Betrag bis zu 15 Euro werden stets gutgeschrieben, da dies die bezogenen Banken allgemein garantieren.

In allen anderen Fällen bescheinigt die bezogene Bank dem Scheckbegünstigten, der den Scheck eingereicht hat, zunächst mittels einer sogenannten *attestation de rejet*, dass der vorgelegte Scheck teilweise oder vollständig wegen mangelnder Deckung nicht eingelöst werden konnte und der Scheck daher zurückgewiesen wurde. Diese Bescheinigung wird dem Gläubiger von der Bank kostenlos und ohne gesonderten Antrag zugesandt, zusammen mit dem Originalscheck.

Der Gläubiger hat nunmehr zwei Möglichkeiten:

- Entweder er reicht den Scheck nach 30 Tagen ein zweites Mal bei der bezogenen Bank ein; sollte der Scheck wiederum nicht gutgeschrieben werden, erhält er automatisch von der bezogenen Bank eine Nichtdeckungsbescheinigung (*certificat de non-paiement*)
- oder er beantragt sofort und unter Vorlage des Scheckoriginals bei der bezogenen Bank eine Nichtdeckungsbescheinigung. Der Schuldner erhält auch in diesem Falle letztmalig von seiner Bank die Aufforderung, für eine ausreichende Deckung des Schecks zu sorgen.

Die Nichtdeckungsbescheinigung wird von der bezogenen Bank kostenlos erteilt und dem Gläubiger zusammen mit dem Scheckoriginal zurückgesandt.

Sie ist alsdann auf Betreiben des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher dem Scheckaussteller förmlich zuzustellen. Die Zustellung an den Scheckaussteller durch einen Gerichtsvollzieher gilt gleichzeitig als Zahlungsaufforderung (*commandement de payer*).

Die Gerichtsvollziehergebühren sind vom Schuldner zu tragen, wobei der Gläubiger aber in der Regel einen Vorschuss zu leisten hat, ähnlich wie im deutschen Recht.

Der Gerichtsvollzieher, der innerhalb von zwei Wochen⁴⁾ nach dieser Zahlungsaufforderung keine Zahlung des Scheckbetrages zzgl. der entstandenen Kosten erhalten hat, stellt selbst einen Vollstreckungstitel (*titre exécutoire*) aus. Wir haben hier also den bemerkenswerten Fall, dass ein Vollstreckungsorgan ohne Einschaltung eines Gerichts einen Vollstreckungstitel selbst schaffen kann.

Der Gerichtsvollzieher kann daraufhin vollstrecken, d. h. sämtliche Vollstreckungsmaßnahmen durchführen, die das Recht ihm gestattet (Kontenpfändung, Forderungspfändung, Stilllegung von Kraftfahrzeugen, Zwangsversteigerung, Eintragung einer Zwangshypothek etc.)

II. Sanktionen für den Scheckaussteller

Jeder Vorfall im Zusammenhang mit einem ungedeckten Scheck ist von der bezogenen Bank innerhalb von zwei Tagen nach dem Vorfall an das Nationale Register für Scheckzwischenfälle (*Fichier National des chèques irréguliers*) der französischen Zentralbank *Banque de France* zu melden. Hier auf haben Finanzinstitute und Justizbehörden Zugriff. Nach fünf Jahren wird der Eintrag gelöscht.

Der Aussteller eines ungedeckten Schecks muss sowohl der bezogenen Bank als auch sämtlichen anderen Banken, bei denen er ein Konto unterhält, das dazugehörige Scheckheft zurückgeben. Zudem darf er keinerlei Schecks mehr ausstellen, außer sie sind bankbestätigt. Den Banken ist es untersagt, der betroffenen Person für die Dauer von fünf Jahren neue Schecks zur Verfügung zu stellen.

Weiterhin muss der Scheckaussteller unter gewissen Voraussetzungen eine Geldstrafe entrichten, die bei 22 Euro pro 150 Euro ungedecktem Scheckbetrag liegt und die im Wiederholungsfalle verdoppelt werden kann.

Schließlich hat der Scheckaussteller seiner Bank besondere Gebühren zu entrichten, deren maximale Höhe durch Dekret festgelegt ist.

⁴⁾ Den Zeitraum, den man im Deutschen 14 Tage nennt, bezeichnet man im Französischen als „quinze jours“, also 15 Tage.

RECHTSPRECHUNG

§§ 89 Abs. 2 Satz 2; Abs. 3 InsO; § 576 Abs. 2 ZPO

- 1. Die Vollstreckung in die erweitert pfändbaren Bezüge des Schuldners ist nur Neugläubigern von Unterhalts- und Deliktansprüchen, nicht aber Unterhalts- und Deliktsgläubigern gestattet, die an dem Insolvenzverfahren teilnehmen.**
- 2. Das Insolvenzgericht ist gemäß § 89 Abs. 3 InsO zur Entscheidung über Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung berufen, gleich ob die beantragte Maßnahme angeordnet oder ihr Erlass abgelehnt wurde. Auf eine Verletzung der Zuständigkeitsregelung kann die Rechtsbeschwerde nicht gestützt werden.*)**

BGH, Beschl. v. 27. 9. 2007
– IX ZB 16/06 –

*) amtliche Leitsätze

Gründe:

I.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Heilbronn vom 11. Oktober 2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Die Gläubigerin ist Inhaberin eines vor Insolvenzeröffnung gegen den Schuldner erwirkten Zahlungstitels. Nach ihrer Darstellung liegt der Forderung eine vorsätzlich unerlaubte Handlung des Schuldners zugrunde. Die Gläubigerin erteilte der zuständigen Gerichtsvollzieherin einen Auftrag zur Zwangsvollstreckung, Abnahme der eidesstattlichen Versicherung und Verhaftung. Durch Schreiben vom 2. Juli 2005 teilte die Gerichtsvollzieherin der Gläubigerin mit, dass das Vollstreckungsverfahren wegen des laufenden Insolvenzverfahrens eingestellt werde.

Die von der Gläubigerin gegen die Weigerung der Gerichtsvollzieherin, den Vollstreckungsauftrag zu erledigen, eingelegte Erinnerung hat das Amtsgericht – Vollstreckungsge-

richt – Schwäbisch-Hall zurückgewiesen. Die dagegen von der Gläubigerin erhobene sofortige Beschwerde hat das Landgericht Heilbronn zurückgewiesen. Mit der von dem Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin ihr Begehren weiter.

II.

Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässige (§ 574 Abs. 2 ZPO) Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Zwar war in vorliegender Sache anstelle des Vollstreckungsgerichts das Insolvenzgericht zur Entscheidung berufen (§ 89 Abs. 3 InsO). Sofern die Vollstreckungsverbote des § 89 Abs. 1 und 2 InsO nicht beachtet werden, hat über die dagegen nach allgemeinem Vollstreckungsrecht statthafte Erinnerung (§ 766 ZPO) anstelle des Vollstreckungsgerichts auf Grund seiner größeren Sachnähe gemäß § 89 Abs. 3 S. 1 InsO das Insolvenzgericht zu befinden (Bundestagsdrucksache 12/2443 S. 137 f. zu § 100 RegE zur InsO). Die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts ist nicht nur begründet, falls nach einer tatsächlich durchgeführten Zwangsvollstreckung mit einem Rechtsbehelf Verstöße gegen § 89 Abs. 1 und 2 InsO gerügt werden (MünchKomm-InsO/Breuer, 2. Aufl. § 89 Rdnr. 38; Nerlich/Römermann/Wittkowski, InsO § 89 Rdnr. 30; App, NZI 1999, 138, 140). Vielmehr ist sie auch dann gegeben, wenn die Vollstreckungsorgane – wie hier – unter Berufung auf § 89 Abs. 1 und 2 InsO den Erlaß der beantragten Vollstreckungsmaßnahme ablehnen. Die Verweigerung einer Vollstreckungsmaßnahme kann als *actus contrarius* nicht anders als ihre Anordnung behandelt werden (vgl. Kübler/Prütting/Lüke, InsO § 89 Rdnr. 34). Auf die Unzuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts kann jedoch die Rechtsbeschwerde nicht gestützt werden (§ 576 Abs. 2 ZPO). Dem Rechtsbeschwerdegericht ist auch die Prüfung entzogen, ob das erstinstanzliche Gericht funktionell zuständig war (BGH, Beschl. v. 26. 6. 2003 – III ZR 91/03, FamRZ 2003, 1273 f.; v. 4. 7. 2007 – VII ZB 6/05, Tz. 7 zur Veröffentlichung bestimmt).

2. Das Landgericht hat zur Begründetheit der sofortigen Beschwerde ausgeführt, die Gläubigerin sei Insolvenzgläubigerin im Sinne des § 38 InsO, weil sie aus einer vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens titulierten Forderung vollstreckte. Das Vollstreckungsprivileg des § 89 Abs. 2 S. 2 InsO gelte aufgrund seiner systematischen Stellung und seines Wortlauts nur zugunsten sogenannter Neugläubiger, die ihre Ansprüche gegen den Schuldner erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben hätten. Obwohl Neugläubiger am Insolvenzverfahren nicht teilnahmen, erstrecke § 89 Abs. 2 S. 1 InsO das Vollstreckungsverbot für künftige Forderungen aus einem Dienstverhältnis auf sie. Zur Abmilderung dieser Vollstreckungssperre sehe § 89 Abs. 2 S. 2 InsO eine Ausnahme zugunsten der privilegierten Neugläubiger vor, denen als Unterhalts- oder Deliktsgläubiger wegen ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit die Vollstreckung in den nicht allgemein pfändbaren Teil der künftigen Bezüge gestattet werde. Die von der Gläubigerin geforderte Anwendung der Bestimmung auch auf Insolvenzgläubiger, die zugleich Deliktsgläubiger seien, führe zu einer nicht hinnehmbaren Benachteiligung der Neugläubiger. Eine die analoge Anwendung des § 89 Abs. 2 S. 2 InsO zugunsten aller Deliktsgläubiger rechtfertigende Regelungslücke sei nicht erkennbar.

3. Diese Würdigung hält rechtlicher Prüfung stand.

a) Die Gläubigerin gehört als Insolvenzgläubigerin, selbst wenn ihre Forderung aus einer vorsätzlich unerlaubten Hand-

lung des Schuldners herrührt, nicht zu dem durch § 89 Abs. 2 S. 2 InsO privilegierten Kreis von Neugläubigern, denen die Vollstreckung in erweitert pfändbare künftige Bezüge des Schuldners gestattet ist.

aa) § 89 Abs. 1 InsO schließt zur Sicherstellung der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens jede Einzelvollstreckung der Insolvenzgläubiger sowohl in die Insolvenzmasse als auch in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners aus. Während der Dauer des Insolvenzverfahrens entstehende Bezüge fallen wegen der Einbeziehung des Neuerwerbs durch § 35 InsO in die Insolvenzmasse. Da Insolvenzgläubigern durch § 89 Abs. 1 InsO die Vollstreckung in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners verwehrt ist, umfasst das Verbot auch die Vollstreckung in künftige, nach Verfahrensbeendigung fällig werdende Bezüge des Schuldners aus einem Dienstverhältnis (MünchKomm-InsO/Breuer, a. a. O. § 89 Rdnr. 35; HK-Eickmann, InsO 4. Aufl. § 89 Rdnr. 3).

bb) § 89 Abs. 2 S. 1 InsO erstreckt das für Insolvenzgläubiger geltende Verbot der Vollstreckung in künftige Forderungen aus Dienstverhältnissen auf alle nach Verfahrenseröffnung hinzukommenden Neugläubiger des Schuldners und auf Gläubiger der Unterhaltsansprüche, die gemäß § 40 InsO im Verfahren nicht geltend gemacht werden können, (Nerlich/Römermann/Wittkowski, a. a. O. § 89 Rdnr. 28). Mit Hilfe dieser Regelung soll der Schuldner in den Stand gesetzt werden, nach Verfahrensbeendigung seine pfändbaren Forderungen auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis zum Zwecke der Restschuldbefreiung an einen Treuhänder abzutreten (§ 287 Abs. 2 InsO; FK-InsO/App, 4. Aufl. § 89 Rdnr. 13; MünchKomm-InsO/Breuer, a. a. O. § 89 Rdnr. 35).

cc) Das danach grundsätzlich auf Neugläubiger erstreckte Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 2 S. 1 InsO findet in § 89 Abs. 2 S. 2 InsO zugunsten solcher Neugläubiger eine Ausnahme, die aus Unterhalts- oder Deliktsansprüchen in den Teil der Bezüge vollstrecken, der für sie erweitert pfändbar ist (§§ 850 d, 850 f, Abs. 2 ZPO). Dieser nicht zur Insolvenzmasse gehörende Teil der Bezüge wird von der die Restschuldbefreiung bezweckenden Abtretung der (pfändbaren) Bezüge an den Treuhänder nicht erfasst und unterliegt darum dem Zugriff der privilegierten Neugläubiger (Bundestagsdrucksache 12/2443 S. 137 f. zu § 100 RegE zur InsO). Die Besserstellung durch § 89 Abs. 2 S. 2 InsO gilt – wie die tatbestandliche Anknüpfung an § 89 Abs. 2 S. 1 InsO unzweideutig zum Ausdruck bringt – nur für Neugläubiger von Unterhalts- und Deliktsansprüchen, aber nicht auch für Unterhalts- und Deliktsgläubiger, die an dem Insolvenzverfahren teilnehmen (BGH, Beschl. v. 28. 6. 2006 – VII ZB 161/05, ZinsO 2006, 1166; OLG Zweibrücken ZInsO 2001, 625; MünchKomm-InsO/Breuer, a. a. O. § 89 Rdnr. 36; HK-Eickmann, a. a. O. § 89 Rdnr. 3, 14; HambKomm-InsO/Kuleisa, 2. Aufl. § 89 Rdnr. 16; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 89 Rdnr. 22; Steder, ZIP 1999, 1874, 1881; Bundestagsdrucksache 12/2443 a. a. O.). Wegen ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit wird das Vollstreckungsverbot zugunsten der Neugläubiger, die im Insolvenzverfahren nicht berücksichtigt werden und infolge der Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse (§ 35 InsO) keinen realistischen Vollstreckungszugriff auf das insolvenzfreie Vermögen haben, im Umfang der erweitert pfändbaren Beträge gelockert (OLG Zweibrücken a. a. O. S. 625 f.; Kübler/Prütting/Lüke, a. a. O. § 89 Rdnr. 29). Hingegen soll Unterhalts- und Deliktsgläubigern, die ohnehin an der gemeinschaftlichen Befriedigung im Insolvenzverfahren beteiligt sind, nicht ein zusätzlicher Vollstreckungszugriff gestattet

werden (MünchKomm-InsO/Breuer, a. a. O. § 89 Rdnr. 36). Da die Gläubigerin zu den im Verfahren zu berücksichtigenden Insolvenzgläubigern gehört, kann sie sich nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 89 Abs. 2 S. 2 InsO berufen.

b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann den Vorschriften des § 302 Nr. 1, § 114 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 3 InsO nicht die Wertentscheidung entnommen werden, das Vollstreckungsprivileg des § 89 Abs. 2 Satz 2 InsO über die Neugläubiger hinaus sämtlichen Unterhalts- und Deliktsgläubigern zugute kommen zu lassen.

aa) § 302 Nr. 1 InsO schließt die schuldbefreiende Wirkung der Restschuldbefreiung für Verbindlichkeiten aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung aus, sofern der Gläubiger die Forderung unter Angabe dieses Rechtsgrundes angemeldet hat. Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf die insolvenzrechtliche Nachhaftung, ohne dem Gläubiger innerhalb des Insolvenzverfahrens eine bevorzugte Befriedigungsmöglichkeit zuzuweisen (vgl. BGHZ 149, 100, 106 f.; BGH Urt. v. 21. 6. 2007 – IX ZR 29/06, WM 2007, 1620 zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ).

bb) Gemäß § 114 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 3, § 89 Abs. 2 S. 2 InsO bleiben vor Insolvenzeröffnung erwirkte Vollstreckungsmaßnahmen von Unterhalts- und Deliktsgläubigern in den erweitert pfändbaren Teil der Bezüge wirksam. Diese Regelung beschränkt sich – wie das Beschwerdegericht zutreffend dargelegt hat – auf eine vor Insolvenzeröffnung bewirkte Vollstreckung. Davon abweichend verbietet hingegen § 89 Abs. 2 Satz 2 InsO aus Gründen der Gleichbehandlung aller Gläubiger eine Einzelvollstreckung durch Unterhalts- und Deliktsgläubiger, die Insolvenzgläubiger sind, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. zur ähnlichen Thematik den Aufsatz von Schwörer in diesem Heft, Seite 17 ff.

§§ 4, 4 a InsO; § 114 ZPO; § 1 BerHG

Beabsichtigt der mittellose Schuldner, einen Insolvenzantrag nebst Verfahrenskostenstundung und Restschuldbefreiung zu stellen, kann ihm zur Vorbereitung dieses Antrags kein Rechtsanwalt beigeordnet werden; in Betracht kommt die Gewährung von Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz. *)

**BGH, Beschl. v. 22. 3. 2007
– IX ZB 94/06 –**

Gründe:

I.

Die in den Vorinstanzen durch einen Rechtsbeistand vertretene Schuldnerin beantragte die Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens, Restschuldbefreiung sowie Stundung der Verfahrenskosten. Mit der Begründung, den Vordruck für den Insolvenzantrag nicht allein ausfüllen zu können, hat sie insoweit um die Gewährung von Prozesskostenhilfe nachgesucht. Das Amtsgericht hat diesen Antrag abgelehnt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldnerin ist erfolglos geblieben. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Schuldnerin mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde.

*) amtlicher Leitsatz

Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig. Sie ist jedoch unbegründet. Für die begehrte Beordnung eines Rechtsanwalts zur Mitwirkung an den das Verbraucherinsolvenzverfahren einleitenden Anträgen (§ 4 a Abs. 2, § 305 InsO; §§ 119, 121 ZPO) besteht keine rechtliche Grundlage.

1. Die Schuldnerin hat ihren Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe handschriftlich auf den Vordruck gesetzt, mit dem sie in der Hauptsache den Antrag auf Stundung der Verfahrenskosten (§ 4 a InsO) gestellt hat. Nach § 4 a Abs. 2 Satz 1 InsO wird dem Schuldner, dem die Verfahrenskosten gestundet sind, auf Antrag ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt seiner Wahl beigeordnet, wenn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt trotz der dem Gericht obliegenden Fürsorge erforderlich erscheint. Dies könnte auf das Begehren der Schuldnerin hindeuten, die in § 4 a Abs. 2 InsO unter den genannten Voraussetzungen vorzunehmende Anwaltsbeordnung – entgegen dem Wortlaut der Vorschrift – auf die Antragstellung selbst auszudehnen. Dies kommt jedoch nicht in Betracht. Der Bundesgerichtshof hat bereits wiederholt entschieden, dass die Beordnung eines Rechtsanwalts nach § 4 a Abs. 2 InsO die Stundung der Verfahrenskosten voraussetzt, vor einer Stundung also nicht möglich ist (BGH, Beschl. v. 24. 7. 2003 – IX ZA 12/03, NZI 2003, 647, 648; § 4 a Abs. 2, § 305 InsO; §§ 119, 121 ZPO; vgl. auch HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl. § 4 a Rdnr. 37). Hieran hält der Senat fest.

2. Die Gewährung von Prozesskostenhilfe nebst Anwaltsbeordnung nach § 4 InsO in Verbindung mit § 114 ff. ZPO scheidet ebenfalls aus. Zwar ist anerkannt, dass die Vorschriften der Insolvenzordnung über die Verfahrenskostenstundung (§ 4 a ff. InsO) das Rechtsinstitut der Prozesskostenhilfe in den Fällen des Schuldnerantrages nicht vollständig verdrängen. Insbesondere schließen die Stundungsvorschriften nach der Rechtsprechung des Senats die Gewährung von Prozesskostenhilfe im Beschwerdeverfahren nicht aus (BGH, Beschl. v. 24. 7. 2003 – IX ZB 539/02, NZI 2003, 556, 557, insoweit in BGHZ 156, 92 nicht abgedruckt). Derselben Rechtsprechung kann jedoch entnommen werden, dass der Schuldner für das Stundungsverfahren selbst grundsätzlich nicht die Beordnung eines Rechtsanwalts verlangen kann (BGH, a. a. O. S. 557). Damit hat der Senat auch zum Ausdruck gebracht, dass die Stundungsregelung des § 4 a InsO in diesem Verfahrensabschnitt vorrangig und abschließend ist (BGH, Beschl. v. 3. 11. 2005 – IX ZB 211/03, n. v.; ebenso: Jaeger/Eckardt, InsO § 4 a Rdnr. 15, HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl. § 4 a Rdnr. 3; HmbKomm-InsO/Rüther, § 4 Rdnr. 27; FK-InsO/Schmerbach, 4. Aufl. § 13 Rdnr. 78). Dies erscheint dem Senat auch nicht unbillig. Kann der Schuldner – wie im vorliegenden Fall geltend gemacht ist – die Vordrucke trotz der ihm zuteil werdenden gerichtlichen Fürsorge nicht ohne eine weitergehende rechtliche Hilfe ausfüllen, betreffen diese Schwierigkeiten das Vorfeld eines Insolvenzeröffnungsverfahrens und nicht das gerichtliche Verfahren selbst. Bei Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen, die denen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe angeglichen sind (vgl. § 1 BerHG), ist dem Schuldner deshalb zur Vorbereitung eines Eigenantrags Beratungshilfe zu gewähren (vgl. HK-InsO/Kirchhof, a. a. O. § 4 Rdnr. 9; Lindemann/Trenk-Hinterberger, BerHG § 1 Rdnr. 8 a. E.; FK-InsO/Schmerbach, a. a. O. § 13 Rdnr. 97 f.; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 4 Rdnr. 22, § 4 a Rdnr. 2; siehe ferner Schoreit in Schoreit/Dehn, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe 8. Aufl. § 1 BerHG Rdnr. 12 f.). Weitergehender Bedarf nach einer kostenfreien Hilfe bei der Einreichung eines Insolvenzantrages besteht nicht.

§ 89 Abs. 1 und 3 InsO; §§ 766, 900 Abs. 4 ZPO

- 1. Über Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entscheidet das Insolvenzgericht, unabhängig davon, ob der Vollstreckungsgläubiger Insolvenzgläubiger oder Neugläubiger ist.**
- 2. Ein Auftrag auf Pfändung in das bewegliche Vermögen und Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ist für Neugläubiger auch nach Insolvenzeröffnung zulässig.**

**AG Göttingen, Beschl. v. 2. 10. 2007
– 71 IN 227/03 –**

Aus den Gründen:

I.

Über das Vermögen des Schuldners ist mit Beschluss vom 29. März 2004 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Eine Aufhebung des Verfahrens ist bislang nicht erfolgt. Mit Beschluss vom 19. Januar 2006 verurteilte das Amtsgericht Northeim den Schuldner zur Zahlung eines Betrages vom 1 009,85 Euro an die Vollstreckungsgläubigerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft. Der Verurteilung zugrunde liegen Hauskosten für den Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis 31. Oktober 2004 aufgrund einer am 16. Juli 2005 erstellten Abrechnung. Auf die Forderungsanmeldung vom 3. Mai 2006 teilte der Insolvenzverwalter mit, dass er am 11. Mai 2004 alle Grundstücke aus dem Insolvenzbeschluss freigegeben habe, sodass entstehende Forderungen grundsätzlich an den Schuldner selbst zu richten seien und nicht zur Tabelle angemeldet werden könnten. Die Forderung der Vollstreckungsgläubigerin wurde (auch nicht teilweise) in die Tabelle aufgenommen.

Aufgrund dieser Forderung und eines Kostenfestsetzungsbeschlusses des Amtsgerichtes Northeim vom 3. April 2006 betreibt die Vollstreckungsgläubigerin die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner und hat Antrag auf Bestimmung eines Termines zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gestellt. Im Termin vom 20. Juli 2007 hat der Schuldner gemäß § 900 Abs. 4 ZPO Widerspruch gegen die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eingelegt mit der Begründung, er habe bereits eine eidesstattliche Versicherung abgegeben, seitdem hätten sich keine wesentlichen Neuerungen ergeben, zudem sei über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet worden.

Die Rechtspflegerin des Vollstreckungsgerichtes Northeim hat die Akten dem Insolvenzgericht Göttingen vorgelegt.

II.

Das Insolvenzgericht Göttingen ist zur Entscheidung über den Rechtsbehelf des Schuldners zuständig (1.). Die Entscheidung hat der Richter an sich gezogen (2.). In der Sache hat der Rechtsbehelf keinen Erfolg (3., 4.).

1. Zuständig zur Entscheidung über den Rechtsbehelf ist gemäß § 89 Abs. 3 Satz 1 InsO das Insolvenzgericht. Das Insolvenzverfahren ist eröffnet und noch nicht aufgehoben worden. In der Sache beruft sich der Schuldner darauf, dass das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO eingreift. Dies genügt bereits, um die Zuständigkeit des Insolvenzgerichtes zu begründen unabhängig von der Frage, ob es sich tatsächlich um Vollstreckung eines Insolvenzgläubigers oder eines Neugläubigers handelt. Im Übrigen wird die Auffassung vertreten, dass das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO auch für Insolvenzgläubiger gelte (siehe unten 3 b). Auch aus

diesem Gesichtspunkt folgt die Zuständigkeit des Insolvenzgerichtes.

2. Zuständig zur Entscheidung über den Widerspruch gemäß § 900 Abs. 4 ZPO ist der Rechtspfleger gemäß § 20 Nr. 17 RpfLG. Die Richterzuständigkeit greift nicht ein, da es sich nicht um eine Entscheidung nach § 766 ZPO handelt. Allerdings hat der Insolvenzrichter wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache gemäß § 18 Abs. 2 Satz 3 RpfLG die Entscheidung an sich gezogen.

3. In der Sache ist der Rechtsbehelf unbegründet.

Der Schuldner kann sich nicht darauf berufen, dass er bereits die eidesstattliche Versicherung abgegeben habe und seitdem keine wesentlichen Neuerungen sich ergeben hätten. Die Regelung des § 903 ZPO greift nicht ein. Ausweislich der Mitteilung des Gerichtsvollziehers hat der Schuldner innerhalb der letzten drei Jahre keine eidesstattliche Versicherung abgegeben.

Auch wenn es sich dabei nicht um eine „insolvenzspezifische“ Einwendung handelt, ist zur Entscheidung darüber das Insolvenzgericht berufen. Andernfalls würden sich gespaltene Zuständigkeiten ergeben, eine verfahrensökonomische Abwicklung wäre nicht mehr gewährleistet (AG Göttingen, ZVI 2002, 25, 26 = Rpfleger 2002, 170; FK-InsO/Schmerbach, § 6 Rdnr. 57; a. A. MK-InsO/Ganter, § 6 Rdnr. 63; MK-InsO/Breuer, § 89 Rz. 38; Kübler/Prütting/Lüke, § 89 Rdnr. 34).

4. Der Widerspruch gemäß § 900 Abs. 4 ZPO ist auch nicht deshalb begründet, da über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet und bislang nicht aufgehoben worden ist.

a) Soweit dem Antrag der Vollstreckungsgläubigerin allerdings Ansprüche zugrunde liegen, die vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, greift das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO ein. Die Vollstreckungsgläubigerin ist Insolvenzgläubigerin, auch wenn ihre Forderung nicht in die Tabelle eingetragen ist.

b) Anders verhält es sich für die nach der Verfahrenseröffnung am 29. März 2004 angefallenen Forderungen und die Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Amtsgerichtes Northeim. Insoweit ist die Vollstreckungsgläubigerin nicht Insolvenzgläubigerin, sondern sogenannte Neugläubigerin.

Für Neugläubiger besteht nach Aufhebung des Verfahrens in der sogenannten Wohlverhaltensperiode kein Vollstreckungsverbot, die Vorschrift des § 294 Abs. 1 InsO gilt für sie nicht (FK-InsO/Ahrens, § 294 Rdnr. 9). Für den vorherigen Zeitraum zwischen Eröffnung und Aufhebung des Verfahrens werden hingegen auch Neugläubiger dem Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO unterworfen. Nach dem Wortlaut sind zwar nur Insolvenzgläubiger an der Vollstreckung gehindert. Das Vollstreckungsverbot wird allerdings auch auf Neugläubiger ausgedehnt mit der Begründung, dass die Insolvenzmasse nur der Befriedigung der Insolvenzgläubiger diene (FK-InsO/App, § 89 Rdnr. 5). Allerdings wird die Einschränkung gemacht, dass die Zwangsvollstreckung in das insolvenzfreie pfändbare Vermögen des Schuldners zulässig ist (MK-InsO/Breuer, § 89 Rdnr. 26). Denkbar ist dies beispielsweise, wenn ein Geschäftsbetrieb des Schuldners (gemäß §§ 35 Abs. 2, Abs. 3 InsO) freigegeben wird (PK-HWF-Ries, § 89 Rdnr. 11). Durch eine Freigabe wird der Gegenstand aus dem Insolvenzbeschluss überführt in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners (MK-InsO/Lwowski/Peters, § 35 Rdnr. 115), in das

Neugläubiger vollstrecken können (HambK-Lüdtke, § 35 Rdnr. 75), da kein Neuerwerb i. S. d. § 35 Abs. 1 InsO vorliegt (a. A. Uhlenbruck, § 89 Rdnr. 15; Kübler/Prütting/Lüke, § 89 Rdnr. 14). Weiter kommt in Betracht eine Vollstreckung gemäß § 89 Abs. 2 Satz 2 InsO in den pfändbaren Differenzbetrag gemäß §§ 850 d, 850 f Abs. 2 ZPO erfolgt (HK-InsO/Eickmann, § 89 Rdnr. 14). Eine Vollstreckungsmöglichkeit liegt zudem auch im Interesse von nach Verfahrenseröffnung (weiter) selbständig tätigen Schuldern, die ansonsten mit Nichtbelieferung oder anderen Methoden der Forderungsbeitreibung rechnen müssen.

c) Ob die o. g. Voraussetzungen für eine Vollstreckung vorliegen, kann der Gerichtsvollzieher nicht feststellen. Auch für das Vollstreckungs-/Insolvenzgericht ist eine Feststellung jedenfalls ex ante nicht möglich. Im vorliegenden Fall ist der Schuldner zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verpflichtet. Hinzu kommt, dass der Insolvenzverwalter die Eigentumswohnung, aus der die Verpflichtungen herrühren, zeitnah nach Eröffnung am 11. Mai 2004 sogar freigegeben hat.

d) Insgesamt ist festzuhalten, dass § 89 InsO uneingeschränkt nur die Vollstreckung von Insolvenzgläubigern hindert, von Nachinsolvenz- bzw. Neugläubigern nur eingeschränkt. Für Vollstreckungen von Neugläubigern bedeutet dies, dass

- der Schuldner zur Abgabe zur eidesstattlichen Versicherung verpflichtet ist;
- der Gerichtsvollzieher in das Vermögen des Schuldners vollstrecken kann;
- Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse erwirkt werden können.

Weder Gerichtsvollzieher noch Vollstreckungsrechtspfleger können feststellen, ob die Vollstreckung von den Neugläubigern die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) oder insolvenzfreies, pfändbares Vermögen des Schuldners betrifft (z. B. gemäß § 35 Abs. 2, Abs. 3 InsO). Die Neugläubiger dürfen nicht rechtlos gestellt werden. Sie können einen entsprechenden Nachweis nicht führen. Dies ist eher möglich und zumutbar für den Insolvenzverwalter bzw. den Schuldner, die gegen eine Vollstreckungsmaßnahme Erinnerung gemäß § 766 ZPO einlegen können.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 27. September 2007, IX ZB 16/06 in diesem Heft auf Seite 24 ff. sowie den Aufsatz von Schwörer in diesem Heft auf Seite 17 ff.

§ 89 Abs. 1 InsO; § 766 ZPO

Ein Vollstreckungsauftrag durch einen Neugläubiger ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur zulässig, wenn der Gläubiger darlegt, dass der Schuldner Vermögen besitzt, welches nicht zur Insolvenzmasse gehört oder durch den Insolvenzverwalter freigegeben wurde.

**AG Worms, Beschl. v. 17. 11. 2006
– 10 M 908/2006 –**

Gründe:

Der Gläubiger möchte aus einem Vollstreckungsbescheid des AG Uelzen vom 4. Oktober 2005 gegen den Schuldner vollstrecken. Zugrunde liegt eine Forderung, die am 1. Juni 2005 entstanden ist.

Über das Vermögen des Schuldners wurde durch Beschluss des AG Worms vom 2. Mai 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der zuständige Gerichtsvollzieher lehnte deshalb die Durchführung der Zwangsvollstreckung ab.

Hiergegen hat der Gläubiger form- und fristgerecht Erinnerung eingelegt. Er macht geltend, die Zwangsvollstreckung sei zulässig, da die Forderung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sei.

Die Erinnerung ist zulässig, jedoch unbegründet.

Bei dem Gläubiger handelt es sich um einen sogenannten Neugläubiger, da die Forderung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist. Solche Neugläubiger können zwar ihre Forderungen auch während des Insolvenzverfahrens im Wege der Klage durchsetzen, die Zwangsvollstreckung für diese Forderungen in die Insolvenzmasse ist jedoch nicht zulässig, denn diese ist dem Zugriff der Neugläubiger entzogen (vgl. OLG Gelle, Urt. v. 7. 1. 2003 – AZ 16 U 156/02). Davon unberührt bleibt das Recht des Neugläubigers, in das vom Insolvenzverfahren nicht erfasste „freie Vermögen“ des Schuldners die Zwangsvollstreckung zu betreiben (OLG Celle, a. a. O.).

Der Gläubiger müsste also gegenüber dem Gerichtsvollzieher darlegen, dass der Schuldner Vermögen besitzt, welches nicht zur Insolvenzmasse gehört oder durch den Insolvenzverwalter freigegeben wurde (vgl. AG Stralsund, Beschl. v. 5. 8. 2005 – AZ 12 M 734/05). Dieses hat der Gläubiger trotz Hinweises des Gerichts nicht glaubhaft dargelegt, sodass der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung zu Recht abgelehnt hat.

Anmerkung der Schriftleitung:

Anders entschieden hat das AG Göttingen – siehe vorstehende Entscheidung. Auch Schwörer in seinem Aufsatz in diesem Heft – Seite 17 ff. – hält eine derartige Darlegung für nicht erforderlich. In der Praxis dürfte der Gläubiger häufig auch gar nicht in der Lage sein, differenzierte Vermögensgegenstände des Schuldners zu bezeichnen. Gerade hierfür soll das Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung dienen. Der Ansicht von Schwörer und dem AG Göttingen ist daher der Vorzug zu geben.

§§ 727, 750 ZPO; § 75 GVGA

Ebenso wie bei der bloßen Namensänderung eines Gläubigers handelt es sich bei einer sogenannten formwechselnden Umwandlung nicht um eine Änderung der Rechtsperson des Gläubigers. Ein klarstellender Zusatz zu einer bereits erteilten Klausel ist nicht erforderlich.

**AG Wuppertal, Beschl. v. 30. 11. 2006
– 443 M 51/06 –**

Gründe:

I.

Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid aus dem Jahre 2002, in welchem als Gläubigerin die Q. AG genannt wird. Das Unternehmen der Firma Q. hat im Jahre 2005 seine Rechtsform gewechselt. Dies hat die Gläubigerin dem zuständigen Gerichtsvollzieher auf dessen Einwand durch beglaubigten Auszug des Handels-

registers nachgewiesen. Dort heißt es: „Entstanden durch formwechselnde Umwandlung der Q. Aktiengesellschaft [...]“.

Der Gerichtsvollzieher hat die Vollstreckung auch danach abgelehnt; es sei eine Rechtsnachfolgeklausel oder zumindest eine Beschreibung erforderlich.

Hiergegen richtet sich die Gläubigerin mit ihrer Erinnerung. Der Gerichtsvollzieher hat der Erinnerung nicht abgeholfen.

II.

Die zulässige Vollstreckungserinnerung ist begründet.

Es besteht einhellige Einigkeit, dass im vorliegenden Falle keine Klauselumschreibung erforderlich war. Ebenso wie bei der bloßen Namensänderung eines Gläubigers handelt es sich bei einer sogenannten formwechselnden Umwandlung (wie hier von Aktiengesellschaft zu GmbH) nicht um eine Änderung der Rechtsperson des Gläubigers. Der Gläubiger selbst (nämlich das Q.-Unternehmen) bleibt vielmehr vollständig bestehen und wird lediglich in einer anderen Rechtsform weitergeführt (MüKo-Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 15; § 724 Rdnr. 18; Zöller, § 727 Rdnr. 5; BL-Hartmann, § 727 Rdnr. 24; vgl. dazu auch BGHZ 91, 148).

Bei einer bloßen Namensänderung ist der nachzuweisende neue Name bei Erteilung der Vollstreckungsklausel kenntlich zu machen. Bei einer bereits erteilten Klausel kann der neue Name als klarstellender Zusatz beigeschrieben werden (BayObLGZ 78, 143 = DnotZ 1979, 55; OLG Bremen RPflegler 1989, 172; Zöller-Stöber, § 727 Rdnr. 31; a. A. MüKo-Wolfsteiner, § 726 Rdnr. 21, der offenbar in vielen dieser nachträglichen Fälle bereits das Rechtsschutzbedürfnis verneint: „Freilich darf das Klauselerteilungsverfahren auch nicht in der Weise überfrachtet werden, dass, wozu in der Praxis eine deutliche Tendenz besteht, die Vollstreckungsorgane auch solche Aufgaben ins Klauselverfahren abschieben, die klar solche des Vollstreckungsverfahrens sind“).

Allerdings kann hierauf auch verzichtet werden, weil jedes Vollstreckungsorgan ohnehin selbst die gleiche Prüfungspflicht hat (siehe nur LG Bielefeld JurBüro 1987, 930; Zöller-Stöber, § 727 Rdnr. 33; § 750 Rdnr. 9). Dies wird man nach der Auffassung des ernennenden Gerichtes vor allem deshalb bejahen können, weil für die Erteilung der klarstellenden Namensumschreibung der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zuständig ist, welcher gegenüber dem Gerichtsvollzieher weder bessere Prüfungsmöglichkeiten noch eine überlegene Ausbildung hat.

Unabhängig davon bedarf es bei der Zwangsvollstreckung aus Vollstreckungsbescheiden gemäß §§ 794 Abs. 1 Nr. 4, 795, 796 einer Vollstreckungsklausel ohnehin nur dann, wenn die Zwangsvollstreckung „für einen anderen“ erfolgen soll. Darunter ist jedoch nicht eine bloße Namensänderung (siehe dazu oben), sondern eine echte Rechtsnachfolge im Sinne von § 727 ZPO zu verstehen (vgl. dazu Zöller-Stöber, § 796 Rdnr. 1; MüKo-Wolfsteiner, § 724 Rdnr. 9; BL-Hartmann, § 796 Rdnr. 2). Diese lag hier nicht vor.

Dem Gerichtsvollzieher ist jedoch in einem entscheidenden Punkt zuzustimmen: Voraussetzung für die Durchführung der Vollstreckung bleibt in jedem Fall, dass die Feststellung der Identität zwischen dem im Titel bezeichneten und jetzt vollstreckenden Gläubiger „sicher gewährleistet bleibt“ (LG Verden, JurBüro 1986, 778; Zöller, § 750 Rdnr. 9).

Das erkennende Gericht muss vorliegend nicht entscheiden, ob der Gerichtsvollzieher diese sichere Erkenntnis selbst aus dem Handelsregisterauszug hätte schöpfen müssen. Dies ist bereits deshalb irrelevant, weil das Gericht dies nunmehr selbst überprüfen konnte: Identität liegt vor.

§§ 81, 754, 815 ZPO; §§ 62 Ziff. 2, 106 GVGA

1. Der Gerichtsvollzieher darf die Ausführung eines Vollstreckungsauftrages ablehnen, wenn der Gläubigervertreter auf entsprechende Anforderung hin weder eine Geldempfangsvollmacht vorlegt noch die Bankverbindung mitteilt.

2. Der zurückgewiesene Auftrag gilt als durchgeführt, weshalb hierfür Kosten zu erheben sind.

AG Lehrte, Beschl. v. 19. 7. 2007
– 12 M 71/07 –

Gründe:

1. Die Erinnerung der Gläubigerin ist gemäß § 766 ZPO zulässig. Sie ist aber nicht begründet.

a) Die Gerichtsvollzieherin durfte die Ausführung des Vollstreckungsauftrages ablehnen und die Vollstreckung einstellen, nachdem die Gläubigervertreter auf die entsprechende Anforderung der Gerichtsvollzieherin hin weder eine Geldempfangsvollmacht vorgelegt noch die Bankverbindung der Gläubigerin mitgeteilt haben.

Die Gerichtsvollzieherin ist gemäß § 815 Abs. 1 ZPO verpflichtet, gepfändetes Geld der Gläubigerin abzuliefern und darf dieses nur dann an den Vertreter auszahlen, wenn dieser eine Geldempfangsvollmacht vorlegt, die auf den Einzelfall bezogen ist, § 62 Abs. 2 GVGA. Eine Generalinkassovollmacht genügt entgegen der von den Gläubigervertretern vorgebrachten Auffassung nicht, s. dazu Zöller, Kommentar zur ZPO, § 815 ZPO, Rdnr. 1 m. w. N.

Soweit die Gläubigervertreter weiterhin argumentieren, die Gerichtsvollzieherin hätte ja zunächst eine Pfändung versuchen und dabei feststellen können, ob überhaupt Geld vorhanden wäre, und erst nachträglich eine Geldempfangsvollmacht anfordern können, erscheint diese Vorgehensweise zwar möglich, aber nicht vorgeschrieben. Zu der Frage, ob die Geldempfangsvollmacht in jedem Fall schon bei Beginn der Vollstreckung vorliegen muss, treffen weder die ZPO noch die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher eine Regelung.

Es gilt daher § 58 GVGA, der vorsieht, dass der Gerichtsvollzieher bei der ihm zugewiesenen Zwangsvollstreckung selbständig handelt. Er untersteht dabei zwar der Aufsicht, nicht aber der unmittelbaren Leitung des Gerichtes. Die Gerichtsvollzieherin hat in ihrer ablehnenden Abhilfeentscheidung darauf hingewiesen, dass sie ihr Tätigwerden von der vorherigen Vorlage der Geldempfangsvollmacht abhängig gemacht hat, um vermeidbaren Mehraufwand zu vermeiden, eine zügige Erledigung des Auftrages zu ermöglichen und letztlich auch ihr Haftungsrisiko zu verringern.

Diese Überlegungen sind nicht zu beanstanden. Die Gerichtsvollzieherin ist gemäß § 106 Abs. 6 GVGA verpflichtet, empfangene Leistungen unverzüglich an den Gläubiger abzuliefern. Es ist ihr daher nicht zuzumuten, zunächst einen Pfändungsversuch vorzunehmen und erst dann zu klären, ob das

gepfändete Geld an den Gläubiger selbst oder dessen Vertreter weiterzuleiten ist.

b) Aus den dargestellten Gründen folgt auch, dass der Kostenansatz der Gerichtsvollzieherin zutreffend ist. Nachdem die Gläubigervertreter innerhalb der ihnen von der Gerichtsvollziehern gesetzten – angemessenen – Frist die angeforderte (Einzel-)Geldempfangsvollmacht nicht vorgelegt hatten, galt der Auftrag gemäß § 3 Abs. 4 GvKostG als durchgeführt und es waren für den Auftrag Kosten zu erheben.

§ 806 b ZPO; § 114 a GVGA

1. Hat der Gerichtsvollzieher pfändbare Gegenstände nicht vorgefunden, dann soll die Tilgung der Gläubigerforderung in der Regel innerhalb von sechs Monaten erfolgt sein.

2. Der Gläubiger kann auf die ratenweise Erfüllung binnen der Sechs-Monats-Frist bestehen.

**AG Bad Schwalbach, Beschl. v. 1. 11. 2007
– 8 M 1983/07–**

Gründe:

I.

Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid gegen die Schuldnerin vom 11. Oktober 2006 in Höhe von mehr als 10 000,- Euro. Die zuständige Gerichtsvollzieherin zieht von der Schuldnerin monatliche Teilbeträge in Höhe von 500,- Euro ein. Die Gläubigerin verlangte, dass angesichts der Forderungshöhe die monatlichen Ratenzahlungen so erhöht werden, dass der Auftrag binnen sechs Monaten erledigt ist. Sie bat, bei Unmöglichkeit der Erhöhung die Zwangsvollstreckung durchzuführen.

Die Gerichtsvollzieherin forderte die Schuldnerin auf, entweder die Monatsraten so zu erhöhen, dass die Tilgung binnen sechs Monaten vollzogen ist, oder eine Teilzahlungsvereinbarung mit der Gläubigerin zu schließen. Die Schuldnerin leistete weiter Raten in Höhe von 500,- Euro monatlich. Mehr kann sie offenbar nicht leisten.

Die Gläubigerin legte mit Schriftsatz vom 2. Oktober 2007 Erinnerung ein und beantragte die Überprüfung der Vorgehensweise der Obergerichtsvollzieherin.

Die Schuldnerin hatte rechtliches Gehör.

II.

Die Erinnerung ist zulässig und begründet.

Die Erinnerung ist zulässig gemäß § 766 ZPO. Sie betrifft die Art und Weise der Zwangsvollstreckung durch die Gerichtsvollzieherin.

Die Erinnerung ist auch begründet:

Gemäß § 806 b ZPO soll der Gerichtsvollzieher in jeder Lage des Zwangsvollstreckungsverfahrens auf eine gütliche und zügige Erledigung hinwirken. Findet er pfändbare Gegenstände nicht vor, versichert der Schuldner aber glaubhaft, die Schuld kurzfristig in Teilbeträgen zu tilgen, so zieht der Gerichtsvollzieher die Teilbeträge ein, wenn der Gläubiger hiermit einverstanden ist. Die Tilgung soll in der Regel innerhalb von sechs Monaten erfolgt sein.

Hat der Gerichtsvollzieher pfändbare Gegenstände nicht vorgefunden, dann soll (nicht muss) die Tilgung der nach dem Antrag zu vollstreckenden Gläubigerforderung in der Regel innerhalb von sechs Monaten erfolgt sein (§ 806 b Satz 3 ZPO). Für eine gütliche Erledigung hat der Gerichtsvollzieher auf eine entsprechende Bemessung der Teilbeträge hinzuwirken; bei nicht hinreichender Tilgungsdauer kann gütliche Erledigung nicht bewirkt werden. Der Gerichtsvollzieher hat Teilzahlungen des Schuldners dann nicht mehr weiter entgegenzunehmen; der Gläubiger ist zu verständigen (Zöller/Stöber, 25. Auflage, § 806 b Rdnr. 5).

Vorliegend hat die Gläubigerin mit Schriftsatz vom 13. April 2007 dringend um Erhöhung der Rate gebeten und für den Fall, dass dies nicht möglich sein sollte, gebeten, die Zwangsvollstreckung durchzuführen. Die Schuldnerin konnte die Raten nicht erhöhen, gleichwohl zog die Gerichtsvollzieherin weiterhin Raten in Höhe von 500,- Euro ein. Nach dem Vorgenannten durfte die Gläubigerin auf die ratenweise Erfüllung binnen der Sechs-Monats-Frist des § 806 b Satz 3 ZPO bestehen. Da eine Erhöhung der Rate nicht erfolgte, hatte die Gerichtsvollzieherin die zu geringen Teilzahlungen der Schuldnerin nicht mehr entgegenzunehmen, sondern antragsgemäß die Vollstreckung fortzusetzen. Die Erinnerung ist daher begründet.

Gleichwohl weist die Gerichtsvollzieherin zu Recht darauf hin, dass es in der Praxis üblich ist, Ratenzahlungen zu vereinbaren, die längere Fristen, als die des § 806 b Abs. 3 ZPO enthalten. Ferner ist zu bedenken, dass die Schuldnerin Monatsraten von immerhin 500,- Euro leistet und damit mehr als das Gros der Vollstreckungsschuldner.

§§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 11 EStG

Für die einkommensteuerrechtliche Berücksichtigung einer Rückerstattung von Gebührenanteilen des Gerichtsvollziehers an die Landeskasse kommt es auf den Zeitpunkt der Rückzahlung an.

**Finanzgericht Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23. 5. 2007
– K 3411/04 B –**

Aus den Gründen:

I.

Die Kläger sind Eheleute, die im Jahr 2001 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. Der Kläger erzielte im Jahr 2001 Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit aus der Tätigkeit als Gerichtsvollzieher. Der Beklagte setzte die Einkommensteuer 2001 mit Bescheid vom 21. Januar 2003 ausgehend von Einnahmen des Klägers aus nichtselbstständiger Arbeit insoweit erklärungsgemäß fest. Seit dem 1. März 2004 befindet sich der Kläger im Ruhestand. Mit Schreiben vom 30. Juli 2004 forderte die Justizkasse Berlin den Kläger auf, einen Betrag in Höhe von 6 799,60 Euro binnen zwei Wochen an die Justizkasse Berlin zurückzuzahlen. Er habe in der IV. Quartalsabrechnung 2001 diesen Betrag zu viel an Gebühren einbehalten.

Mit Schreiben vom 2. September 2004 beantragten die Kläger beim Beklagten die Änderung des Einkommensteuerbescheides 2001 und die Herabsetzung des Bruttoarbeitslohns des Klägers um 13 298,86 DM (6 799,60 Euro). Diesen Antrag wies der Beklagte mit Bescheid vom 10. September 2004 zurück. Es gelte das Abflussprinzip. Die Rückzahlung der zu viel einbehaltenen Gebühren sei im Jahre der Rückzah-

lung, also 2004, anzusetzen. Dagegen legten die Kläger am 5. Oktober 2004 Einspruch ein, den der Beklagte mit Einspruchsentscheidung vom 25. November 2004 zurückwies.

Mit ihrer Klage begehren die Kläger weiterhin die Berücksichtigung der Rückzahlung im Veranlagungszeitraum 2001. Die Steuersätze im Jahre 2001 seien höher gewesen als im Jahr 2004. Darüber hinaus seien die Einkünfte des Klägers im Jahr 2004 erheblich geringer gewesen als sie im Jahr 2001 gewesen seien. Deshalb würde bei einer Berücksichtigung des Rückzahlungsbetrages im Jahr 2004 die Steuerermäßigung wesentlich geringer sein als sie es bei einer Berücksichtigung des Rückzahlungsbetrages im Jahr 2001 wäre. Wegen der Veränderung der Steuersätze und der persönlichen Verhältnisse wären sie um die Differenz geschädigt. Weil sie den zu hohen Arbeitslohn des Klägers im Jahr 2001 versteuert hätten, stünde ihnen die Berücksichtigung der Rückzahlung in diesem Jahr und Steuerminderung nach den Verhältnissen in diesem Jahr zu und nicht im Jahr 2004.

Die Kläger beantragen,

den Beklagten unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 10. September 2004 und der dazu ergangenen Einspruchsentscheidung vom 25. November 2004 zu verpflichten, den Einkommensteuerbescheid 2001 vom 21. Januar 2003 zu ändern und bei der Festsetzung der Einkommensteuer 2001 von einem um 6 799,60 Euro geminderten Bruttoarbeitslohn des Klägers auszugehen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung verweist der Beklagte auf die in seiner Einspruchsentscheidung vom 25. November 2004 wieder-gegebene Begründung.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

II.

Der Senat konnte den Rechtsstreit ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil sich die Beteiligten übereinstimmend mit einer schriftlichen Verfahrensweise einverstanden erklärt haben (§ 90 Abs. 2 Finanzgerichtsordnung – FGO –).

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Der Beklagte hat die Änderung des Einkommensteuerbescheides 2001 zu Recht abgelehnt. Es besteht keine Möglichkeit, die Rückzahlung an den Arbeitgeber des Klägers aufgrund der Berechnung im Jahre 2004 durch Änderung des Einkommensteuerbescheides 2001 zu berücksichtigen.

Bei der Überzahlung im Jahr 2001 handelt es sich um Arbeitslohn des Klägers nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Einkommensteuergesetz – EStG –. Nach Satz 2 dieser Vorschrift ist es gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Leistung besteht oder nicht.

Kommt es bei der Zahlung von Arbeitslohn zu einer Überzahlung, auf die kein Rechtsanspruch besteht, und verlangt der Arbeitgeber die Rückerstattung des überzahlten Betrages, so handelt es sich bei der Rückzahlung um so genannte negative Einnahmen, die im Jahr der Rückerstattung zu berücksichtigen sind (vergleiche Bundesfinanzhof – BFH –, Bundessteuerblatt – BStBl. – II 2006, 830 mit weiteren Nachweisen). Denn für Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG gilt das in § 11 EStG normierte Zu-

und Abflussprinzip uneingeschränkt (*Schmidt/Heinicke*, EStG, 26. Auflage München 2007, § 11 Tz. 3). Ausnahmen für den Abzug von Ausgaben sind im Streitfall nicht ersichtlich (siehe dazu *Schmidt/Heinicke*, am angegebenen Ort – a. a. O. –, Tz. 5 bis 7). Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 EStG sind Ausgaben für das Kalenderjahr anzusetzen, in dem sie geleistet worden sind. Im Streitfall ist die Rückzahlung des überzahlten Betrages an die Justizkasse Berlin frühestens im Jahr 2004 erfolgt. Denn erst im Jahr 2004 erfolgten die Berechnung und die Anforderung zur Rückzahlung durch die Justizkasse Berlin.

Es besteht keine Möglichkeit, den zurückbezahlten Betrag im Wege der Änderung des Einkommensteuerbescheides 2001 im Jahre 2001 zu berücksichtigen. Bestandskräftige Steuerbescheide können nur geändert werden, soweit eine Änderungsnorm dies zulässt. Im Streitfall kommt ausschließlich § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Abgabenordnung – AO – als Änderungsnorm in Betracht. Nach dieser Vorschrift ist ein Steuerbescheid unter anderem zu ändern, soweit ein Ereignis eintritt, das steuerliche Wirkung für die Vergangenheit hat. Diese Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor. Die Rückzahlung von steuerpflichtigen Einnahmen, die in einem vorangegangenen Veranlagungszeitraum Steuer erhöhend berücksichtigt worden sind, stellt kein Ereignis dar, welches steuerliche Wirkung für die Vergangenheit hat. Vielmehr wird in dem Veranlagungszeitraum der Rückzahlung ein neuer – negativer – Steuertatbestand erfüllt. Die Rückzahlung führt zu negativen Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit (BFH, a. a. O., mit weiteren Nachweisen). Die Folgen sind in dem Jahr der Rückzahlung zu ziehen. In diesem Jahr sind die Einnahmen und damit auch die Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit um den Rückzahlungsbetrag herabzusetzen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Folgen, die sich im Einzelfall aus dem Auseinanderfallen von Überzahlung und Rückzahlung des überzahlten Betrages in mehrere Veranlagungszeiträume ergeben. Es ist hinzunehmen, wenn es durch das in § 11 EStG normierte Zu- und Abflussprinzip zu Ergebnissen kommt, die als Folge der Einkommensteuerprogression oder fehlender tatsächlicher Ausgleichsmöglichkeiten zu steuerlichen Be- oder Entlastungen führen. Eine zeitabschnittsbezogene Steuerermittlung bewirkt typischerweise Unterschiede der Steuerbelastung zwischen den verschiedenen Abschnitten. Es läuft den Wertungen des Gesetzgebers nicht zuwider, dass der Steuerpflichtige den ihm in einem Jahr zugeflossenen Arbeitslohn ohne Berücksichtigung der erst in einem späteren Jahr geleisteten Rückzahlung versteuern muss.

Dies gilt auch, falls sich die Rückzahlung in dem Jahr der Rückzahlung steuerlich nicht mehr auswirken sollte, weil die Einkünfte im Jahr der Rückzahlung unter den steuerlichen Freibeträgen lagen (BFH, Urteil vom 7. November 2006 – VI R 2/05, Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH – BFH/NV – 2007, 331 mit weiteren Nachweisen). Nicht tangiert ist in diesem Fall der Grundsatz der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und dem Verbot der Übermaßbesteuerung. Denn die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen ist grundsätzlich auf den jeweils zu beurteilenden Einkommensermittlungszeitraum, mithin auf den Veranlagungszeitraum zu beziehen. Dies folgt aus der auf den jährlichen Besteuerungsabschnitt bezogenen steuerlichen Ermittlungstechnik für die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer in ihrer Ausgestaltung als Jahressteuer (BFH, Urteil vom 7. November 2006 – VI R 2/05, a. a. O.).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

■ BUCHBESPRECHUNG

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen

Kommentar begründet von Dr. Adolf Baumbach †, nunmehr verfasst von Dr. Dr. Peter Hartmann, 66. Auflage, 2008, XXI, 3008 Seiten in Leinen gebunden, 134,- €, ISBN 978-3-406-56351-5, Verlag C.H. Beck oHG, München – www.beck.de –

Die 66. Auflage enthält eine Wort für Wort überprüfte Fassung mit nochmaliger völliger Neubearbeitung und teilweise erheblichen Erweiterungen vor allem der Abschnitte zu den Rechtsmitteln, zum Familienrecht, zum schiedsrichterlichen Verfahren und zu weiteren Rechtsgebieten. Berücksichtigt wurde u. a. das 2. Justizmodernisierungsg, die Pfändungsfreigrenzenbekanntmachung 2007, das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge sowie das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens. Die Änderungen zum Unterhaltsrecht sind in einer Nachlieferung beigelegt. Zu einem praktisch brauchbaren Nachschlagewerk wird der Kurzkomentar durch den Verzicht auf eine allzu erdrückende Fülle von Nachweisen zu speziellen Einzelfragen. Eine präzise Gliederung und die sprachlich saubere Darstellung ohne Telegrammstil und Kürzel verhilft dem Leser schnell zum Auffinden der gewünschten Informationen.

Besonders hervorzuheben ist die gute Übersichtlichkeit der kommentierten Vorschriften mit aufgezeigten Beispielfällen, welche bei größerem Umfang in alphabetisch geordnete Stichwörter unterteilt wurden und somit eine gezielte Suche wesentlich vereinfachen. Die aktuelle Auflage steht damit für einen raschen Zugriff auf die gesuchten Hinweisstellen. Interessant für die Gerichtsvollzieherpraxis dürfte beispielsweise die ausführliche Besprechung der anderweitigen Verwertung des § 825 ZPO sein; ein Antrag, der bei geringer werdendem Versteigerungsaufkommen den hohen Kosten entgegenwirkend an Bedeutung gewinnt. Die checklistenartige Aufarbeitung bietet eine wertvolle Hilfe für derartige Rechtsfragen. So wird weiterhin – bezogen auf die Räumungsproblematik und der dazu kürzlich ergangenen Rechtsprechung zum Vermieterpfandrecht – eine lesenswerte Abwägung mit vielen aktuellen Nachweisen geboten. Die neu erschienene Auflage konnte die gewohnte Präzision und Übersichtlichkeit behalten, der Buchumfang ist nahezu unverändert geblieben. Der Kurzkomentar wendet sich in erster Linie an Rechtsanwälte, Richter, Rechtspfleger, Rechtswissenschaftler, Studenten und Referendare, sollte aber auch in einem gut sortierten Gerichtsvollzieherbüro zu finden sein.

Ingo Stollenwerk

■ AKTUELLES

Die Einbeziehung des Gerichtsvollziehers im Verbraucherinsolvenzverfahren – ein Medienecho

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom Januar 2007 sah ursprünglich vor, den Gerichtsvollzieher in das Restschuldbefreiungsverfahren für masselose Insolvenzverfahren einzubinden (vgl. hierzu *Mroß*, DGVZ 2007, Seite 49 ff., Ausgabe 4/07). Mittlerweile hat das Bundesjustizministerium einen neuen Entwurf zur Entschuldung mittelloser Personen vorgelegt, der am 22. 8. 2007 im Bundeskabinett als Regierungsentwurf verabschiedet wurde und nunmehr in das Gesetzgebungsverfahren gelangt. In diesem Entwurf ist plötzlich an keiner Stelle mehr die Betätigung des Gerichtsvollziehers im Verbraucherinsolvenz- oder Restschuldbefreiungsverfahren vorgesehen.

Über die Gründe für diesen plötzlichen Sinneswandel kann nur spekuliert werden. Dr. jur. *Johannes Holzer*, derzeit beim Bundesministerium der Justiz tätig und daneben Herausgeber bei der ZVI, weist in seinem Aufsatz in der ZVI August 2007, Seite 393 ff. darauf hin, dass der Referentenentwurf vom Januar 2007 zwar wegen seines gestrafften Ablaufs und seiner justizlastenden Wirkung auf Zustimmung stieß, Kritik jedoch im Detail erfuhr, z. B. zur vorgesehenen Mitwirkung des Gerichtsvollziehers.

Sein Zitat der ablehnenden Stimmen ist jedoch nur teilweise richtig. *Hellmich* in *ZInsO* 2007, 739 ff. (743) sieht ausdrücklich die gesonderte Erörterung der Verzeichnisse und die Belehrung über die Folgen der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch einen Hoheitsträger, den Gerichtsvollzieher, als nicht unwichtiges Element im ursprünglichen Referentenentwurf an. Er bezieht sich auf Informationen des DGVB-Landesverband Baden-Württemberg, wonach diese Aufgaben aufgrund neuer Ausbildungs- und Weiterbildungsinhalte durchaus von den Gerichtsvollziehern wahrgenommen werden könnten. Einzig kritisiert er den Zeitpunkt des Tätigwerdens im Zuge des Verfahrensablaufs. Dieser müsste vor Abschluss des Eröffnungsverfahrens und Erlass des Abweisungsbeschlusses mangels Masse liegen und nicht erst nach Prüfung der Unterlagen durch das Insolvenzgericht.

Schmerbach, *NZI* 2007, 198 ff. (200) lehnt dagegen deutlich die Funktion des Gerichtsvollziehers im Entschuldungsverfahren ab und begründet dies zum einen mit der zeitlichen Belastung der Gerichtsvollzieher (!) und der mangelnden juristisch entsprechenden Vorbildung, da für die Gläubigerbefriedigung und für die Akzeptanz des Verfahrens es gleichfalls wichtig sei, Insolvenzanfechtungsansprüche aufzudecken, die nicht nur formularmäßig abgefragt werden könnten.

Auch *Vallender*, *InVO* 2007, 219 ff. (224) betont die grundsätzlich positive Einstellung gegenüber dem ursprünglichen Referentenentwurf, kritisiert aber gleichfalls einhellig die zwingende Notwendigkeit für eine Einschaltung des Gerichtsvollziehers. Er sieht hierin keine Entlastung des Insolvenzgerichts, da dies selbst die eingereichten Unterlagen sorgfältig prüfen müsste, moniert die bereits jetzt bei Einzelzwangsvollstreckungsverfahren langen Bearbeitungszeiten der Gerichtsvollzieher und bezweifelt, dass Gerichtsvollzieher bestimmte Sachverhalte, die eine Anreicherung der Masse ermöglichen, nicht richtig erfasst und hinterfragt würden.

Dagegen greift Prof. Dr. *Curt Wolfgang Hergenröder* in *ZVI* 2007, 448 ff. (450) einen weiteren Aspekt auf, nämlich die Anerkennung geeigneter Stellen nach § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO, die eine außergerichtliche Einigung mit den Gläubigern über die Schuldenbereinigung versuchen sollen. Hierbei moniert er, dass bei der Aufzählung der geeigneten Personen eine Berufsgruppe fehle, deren ursprüngliche Bestimmung, nämlich für den Gläubiger die Zwangsvollstreckung zu betreiben, immer mehr in den Hintergrund trete und für die Verhandlungen zwischen Gläubigern und Schuldern mittlerweile zum Alltag ihrer Tätigkeit gehörten: nämlich die Gerichtsvollzieher. Für diese Auffassung, teilt der Autor mit, sei er jedoch auf einer Diskussionsveranstaltung heftig kritisiert worden. Schuldnervertreter bemängelten die Unabhängigkeit des Gerichtsvollziehers und trauten ihm nicht zu, Vergleichsverhandlungen mit mehreren Gläubigern zu führen.

Aus alledem wird deutlich, welches Meinungsbild über die Gerichtsvollzieher in der Fachöffentlichkeit besteht.

Stefan Mroß

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. KG, 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 DGVZ, 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 DGVZ, 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 DGVZ 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.