Seit 1881

Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs- und Kostenrecht

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

125. Jahrgang · Mai 2010

5 | 10

Das vorgerichtliche Abwendungsverfahren

Von Andreas Zedel, Obergerichtsvollzieher, Eisenach

Mit Blick auf die zunehmenden wirtschaftlichen Probleme, die einen mangelhaften Rückfluss von Geldern in einem gesunden Wirtschaftskreislauf verursachen, ist der Gesetzgeber gefordert, praktikable und effiziente Ausgestaltungsmöglichkeiten eines gesetzlich normierten Forderungseinzugs zu erarbeiten und der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen.

Der Rechtsfrieden in einer Gesellschaft hängt in nicht unerheblichem Maße von einem zügigen, unbürokratischen, dem Rechtsuchenden verständlichen Prozedere der Durchsetzung seiner Rechtsansprüche ab.

Der Deutsche Gerichtsvollzieher Bund e.V. sieht sich als berufsständische Vertretung der Gerichtsvollzieher in der Bundesrepublik Deutschland in der Pflicht, **als Dienstleister im Rahmen der gesetzlich legitimierten Zwangsvollstreckung** ein dem veränderten Schuldnerverhalten aber auch den Schuldnerschutzbestimmungen gerecht werdendes effizientes Verfahren für einen transparenten und schnellen Forderungseinzug zu entwickeln und dem Gläubiger anzubieten.

Wie bereits die Verfahrensbezeichnung suggeriert, zeichnet sich der innovative Inhalt durch folgende Merkmale aus:

Vorgerichtlich = einfaches, transparentes, unbürokratisches Erscheinungsbild – durch unmittelbaren Zugang des rechtsuchenden Bürgers (Gläubigers) zu einem mit der Systematik des Forderungseinzugs vertrauten Gerichtsvollzieher;

Abwendung = mit Klage/Gericht mental verbundenes unangenehmes, das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner belastendes Gefühl vermeidend – Problemlösung ohne Zwang;

Verfahren = Jeder Anschein von Willkür oder Handeln am Legalitätsrand („Russeninkasso“, „schwarzer Mann“) wird für die Parteien vermieden – Verankerung des Verfahrens in der ZPO.

Das vorgerichtliche Abwendungsverfahren ist prädestiniert für eine **beschleunigte Durchsetzung von Zahlungsansprüchen, die durch den in Zahlungsverzug geratenen Vertragspartner – Schuldner unbestritten sind**. Dies könnte nach meiner Einschätzung bis zu 65 Prozent aller Forderungen betreffen, die zurzeit im gerichtlichen Mahnverfahren angemeldet werden[1]).

Durch die in den letzten Jahren zunehmende Verschlechterung der Zahlungsmoral haben sich bei juristischen und privaten Personen teils lediglich mental zu begründende Praktiken zur Verzögerung und zeitlichen Ausreizung der Zahlungsverpflichtungen eingeschlichen. Mehrere unbeantwortete Mahnstufen, erfolglose Zahlungsaufforderungsschreiben von Anwälten und Inkassobüros führen erst zum „Erfolg“, wenn zumindest der Mahnbescheid oder Klage auf Zahlung beim zuständigen Amtsgericht beantragt bzw. eingereicht wurden. Diese Kreditierung bringt auch wirtschaftlich gesunde Unternehmen in Existenz- und Liquiditätsnöte, insbesondere bei jenen, die nicht über eigene Rechtsabteilungen oder eigenes Forderungsmanagement verfügen.

Diese über Monate dauernde Prozedur kann wirksam durchbrochen werden. Erfahrungswerte des europäischen Auslands belegen eine exorbitant **hohe Erfolgsquote**, wenn der Schuldner sofort nach den erfolglosen Mahnstufen des Gläubigers vom Gerichtsvollzieher aufgesucht wird.

Allein das Wissen der am Wirtschaftskreislauf beteiligten Personen um ein konsequentes Einfordern von Außenständen durch unmittelbare Einschaltung eines – in der Ultima

[1]) Ermittelt durch telefonisch durchgeführte Befragungen von Mitarbeitern der umliegenden Zivilgeschäftsstellen im Landgerichtsbezirk Mühlhausen/Thüringen.

Ratio letztlich auch mit der Zwangsvollstreckung beauftragten hoheitlichen Organs – könnte helfen, die vorhandenen Missstände abzubauen.

Die Einführung eines Abwendungsverfahrens ist ein rechtsstaatlich legitimiertes optionales Angebot neben Mahn- und Klageverfahren, insbesondere bei Forderungen von geringerer Höhe. **Hauptanwender wären in den freien und gewerblichen Berufen, kleinen bis mittelständischen regional tätigen Unternehmen sowie Privatpersonen zu finden**. Aber **auch** für **Rechtsanwälte und Inkassounternehmen** kann dieses Verfahren gerade im Bereich der so genannten Kleinforderungen aufwendige Mahnprozeduren verkürzen und zur Abdeckung der Fläche durch die Gerichtsvollzieher in Deutschland einen für die Inkassodienste unrentablen Außendienst erübrigen.

Auf Grund der bereits erfolgten persönlichen Vorstellung des Verfahrens bzw. durchgeführter Umfragen bei IHK und Handwerkskammern in einzelnen Bundesländern zeichnet sich eine überaus große Befürwortung von ca. 80 Prozent der befragten Unternehmen ab, insbesondere unter der Prämisse der Einführung des Verfahrens in der Variante II. (s. unten)[2]).

Die Ausgestaltung des Verfahrens wäre in zwei Varianten möglich, die sich hinsichtlich der zu erwartenden Effizienzsteigerung (Verfahrensstraffung) erheblich unterscheiden.

Variante I.: Der Gerichtsvollzieher wird mit der Präsentation/Zustellung der Forderung und der Vereinnahmung der Gelder beauftragt. Im Falle des Scheiterns der vorgerichtlichen Lösung wird der Gläubiger auf das Mahnverfahren/die Leistungsklage verwiesen (weiter unter I.).

Variante II.: Der Gerichtsvollzieher wird mit der Präsentation/Zustellung der Forderung und der Vereinnahmung der Gelder beauftragt. Im Falle des Scheiterns der vorgerichtlichen Lösung erfolgt eine normierte Titulierung durch den Gerichtsvollzieher mit anschließender Durchführung der Zwangsvollstreckung (weiter unter II.).

Gerade die Variante II. als die wesentlich umfassendere sollte die favorisierte Lösung darstellen. Der Gläubiger hat in dem Gerichtsvollzieher **einen zuständigen Ansprechpartner** und nicht wie bisher die verschiedenen zu beachtenden Zuständigkeiten je nach Verfahrensstand zwischen Mahngericht, Vollstreckungsgericht und Gerichtsvollzieher. Erhebliche Synergieeffekte im Bereich der Justiz könnten sich durch eine massive **Entlastung im Personal- und Sachkostenbereich der Mahn- und Zivilgerichte** ergeben, da **unnötige Mahnverfahren** (siehe oben – ca. **65 Prozent** der Forderungen sind **unbestritten**) aber auch **unnötige Klageverfahren** (nach Widerspruch/Einspruch gegen Mahn- bzw. Vollstreckungsbescheid) durch die zu erfolgenden Belehrungen durch den Gerichtsvollzieher im Abwendungsverfahren obsolet werden. In der Praxis zeigt sich, dass geschätzt ca. **40 Prozent** der Widersprüche/Einsprüche **unbegründet** sind und auf Grund mangelnder Sachkenntnis der Schuldner eingelegt werden, z. B. bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners[3]).

Insbesondere vor dem Hintergrund der umzusetzenden Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung, mit der die Vermögensauskunft an den Anfang der Zwangsvollstreckung gesetzt werden soll, ist ein vorgerichtlicher Abwendungsversuch durch den Gerichtsvollzieher zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Mittel zu befürworten.

Die Gewährung von Rechtsstaatlichkeit und Rechtsfrieden basiert nicht nur auf dem vom Staat innegehaltenen Gewaltmonopol, sondern zeichnet sich auch in zunehmenden Maße durch die Suche nach einfachen, den Bürger, den Gewerbetreibenden, den Mittelständler sinnhaltig und verständlich erscheinenden Lösungen von Alltagsproblemen aus.

Dies ist das Anliegen des vorgestellten Verfahrens und sollte im wohlverstandenen Interesse aller sein, die „Recht haben“ und „Recht bekommen“ wollen nicht als diametralen Rechtsausdruck unserer Gesellschaft verstehen.

I.

Vorgerichtliches Abwendungsverfahren ohne Titelschaffung

§ 687 ZPO – neu

1. *Der Gläubiger kann einen Gerichtsvollzieher (im landgerichtlichen Zuständigkeitsbereich des Schuldners) beauftragen, auf Grund einer bestehenden Geldforderung mit dem Schuldner oder einer nach § 178 Absatz 1 Satz 1 ZPO geeigneten Person eine Abwendungsvereinbarung zu treffen und in diesem Rahmen Zahlungen entgegenzunehmen sowie Ratenzahlungen zu vereinbaren und zu überwachen.*

2. *Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner mittels Zustellung gemäß §§ 177 bis 182, 192,194 ZPO einer Zahlungsaufforderung, aus welcher Rubrum, Anspruchsgrund und die Forderung des Gläubigers hervorgeht, zur Zahlung aufzufordern und auf die Möglichkeit einer Abwendungsvereinbarung hinzuweisen. Die Zahlungsaufforderung enthält weiterhin die Aufforderung, im Falle des Bestreitens der Forderung Widerspruch innerhalb von zwei Wochen schriftlich oder mündlich zu Protokoll des Gerichtsvollziehers zu erklären, sowie einen Hinweis, dass eine Schlüssigkeitsprüfung seitens des Gerichtsvollziehers nicht stattfindet.*

3. *Kommt eine Abwendungsvereinbarung zustande, ist dies zu protokollieren. Bei vollständiger Zahlung erhalten Schuldner (neben Quittierung) und Gläubiger eine Erledigungsbestätigung. Bei einer Ratenvereinbarung, welche mit Zustimmung des Gläubigers (obligatorische Zustimmung oder Verneinung durch Dokumentation im Auftrag) dem Schuldner die ratenweise Erledigung ermöglicht, wird der Gläubiger verpflichtet, von weiteren Mahn- oder Beitreibungsmaßnahmen abzusehen. Erklärt sich der Schuldner innerhalb der zweiwöchigen Frist nicht oder hält er eine geschlossene Abwendungsvereinbarung nicht ein, ist das Verfahren einzustellen und die mit der Zustellungsurkunde verbundene Zahlungsaufforderung dem Gläubiger zu übersenden.*

Der Gläubiger oder dessen Bevollmächtigter kann ohne großes Kostenrisiko (Kostenkalkulation siehe unten) den Gerichtsvollzieher beauftragen, eine unbezahlte, angemahnte Forderung zum Versuch der Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen einzuziehen. Mit seinem Antrag, das Abwendungsverfahren durchzuführen, bevollmächtigt er den Gerichtsvollzieher. Unbenommen bleibt dem Gläubiger die

---

[2]) Umfrageergebnis Handwerkskammer Ulm vom November 2004: ca. 1 000 befragte Unternehmen mit 82 Prozent Zustimmung; Umfrageergebnis IHK Frankfurt am Main vom Februar 2005: ca. 1 130 befragte Unternehmen mit 71 Prozent Zustimmung; Umfrageergebnis IHK Baden-Württemberg – Region Stuttgart vom November 2004: ca. 270 befragte Unternehmen mit 73 Prozent Zustimmung.

[3]) Eigene Umfrage, vgl. Fußnote 1.

Möglichkeit, das Abwendungsverfahren beim Gerichtsvollzieher durch Beauftragung eines Rechtsanwaltes oder eines Inkassobüros einzuleiten.

Der persönliche Kontakt zum Schuldner ist bei einem in Aussicht gestellten Abwendungsverfahren von grundlegender Bedeutung. Nur der für den Schuldner örtlich zuständige Gerichtsvollzieher ist für dieses Verfahren von Beginn an prädestiniert. Grundsätzlich soll es im Belieben des Schuldners stehen, ob er sich auf ein solches Abwendungsverfahren einlassen möchte.

Die Bearbeitung des Verfahrens in der Praxis:

Am Beginn des Abwendungsverfahrens stellt der Gerichtsvollzieher gemäß §§ 177, 178, 180 bis 182, 191, 193 ZPO persönlich dem Schuldner eine Zahlungsaufforderung zu (bundeseinheitlicher Vordruck) mit entsprechenden Hinweisen für den Abschluss einer Abwendungsvereinbarung. Der Schuldner wird darin aufgefordert, innerhalb einer Frist von zwei Wochen die Forderung einschließlich aller Kosten zu zahlen oder sich aber zum Abschluss eines Abwendungsverfahrens beim Gerichtsvollzieher zu melden.

Außerdem sind der Zahlungsaufforderung die Rechtsmittelbelehrung (Widerspruch gegen die Zahlungsaufforderung innerhalb zwei Wochen bei der Rechtsantragsstelle des Gerichts oder aber schriftlich oder mündlich zu Protokoll des Gerichtsvollziehers) und der Hinweis, dass eine Schlüssigkeitsprüfung durch den Gerichtsvollzieher nicht stattfindet, beizufügen.

1. *Der Schuldner zahlt:*

Aushändigung der abgeschriebenen Rechnung an den Schuldner, Auskehrung eingezogener Gelder an den Gläubiger nach Einbehalt der Gerichtsvollzieherkosten und Einstellung des Verfahrens.

2. *Die Forderung wird anerkannt, Schuldner entscheidet sich für das Abwendungsverfahren:*

Anerkennt der Schuldner die Forderung und versichert zudem glaubhaft, die Forderung sofort oder in Raten begleichen zu können, wird der Vorgang protokolliert und der Gläubiger entsprechend benachrichtigt. Das weitere Verfahren wird unverzüglich ruhend gestellt. Unter der Prämisse der gütlichen Erledigung in Anlehnung an § 802 b ZPO (n. F. ab 2013) sollte die Abstimmung über die Zeiträume der Ratenzahlungen jeweils mit dem Gläubiger erfolgen.

3. *Die Forderung wird anerkannt, Schuldner erklärt, nicht zahlen zu können, Verletzung der Abwendungsvereinbarung:*

Erklärt der Schuldner – nach Anerkennung der Forderung – zahlungsunfähig zu sein, oder verletzt er die von ihm eingegangene Abwendungsvereinbarung (Einstellung der Ratenzahlungen), so stellt der Gerichtsvollzieher unverzüglich das Verfahren ein und leitet die Unterlagen nach Abrechnung an den Gläubiger weiter.

4. *Der Schuldner wird vor Ort nicht angetroffen, die angetroffene Person erklärt für den Schuldner, keine Zahlungen leisten zu können, oder aber der Schuldner leistet aufgrund der zugestellten Zahlungsaufforderung keinerlei Zahlungen, erklärt sich weder schriftlich noch mündlich innerhalb der Frist von zwei Wochen:*

In diesen Fällen wird wie unter Ziffer 3 verfahren.

5. *Der Schuldner widerspricht der Gesamtforderung oder einem Teil der Forderung in der Zahlungsaufforderung*

Der Widerspruch, welchen der Schuldner schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsvollziehers gegebenenfalls gleich vor Ort oder in dessen Geschäftszimmer innerhalb zweier Wochen nach Zustellung einlegen kann, führt dazu, dass das Verfahren unverzüglich eingestellt wird. Die Unterlagen werden entsprechend dem Gläubigerantrag entweder an diesen zurückgereicht oder aber unmittelbar an das zuständige Gericht zur Durchführung des streitigen Verfahrens abgegeben. Hinsichtlich des unbestrittenen Teiles der Forderung kann das Abwendungsverfahren durchgeführt werden. Näheres bestimmt der Antrag des Gläubigers.

Kostenstruktur

Gebühr: Entspricht der Kostenstruktur des zurzeit gültigen GvKostG

KV: Kostenverzeichnis des zurzeit gültigen GvKostG

Beispiel 1 – Abwendungsvereinbarung und Vollzahlung (Ratenzahlung)

KV	Handlung	Gebühr
	Erlass der Zahlungsaufforderung	12,50 €
100	Zustellung der Zahlungsaufforderung	7,50 €
	Protokoll Abwendungsvereinbarung	18,00 €
430	Hebegebühr	3,00 €
711	Wegegeld, z. B. Stufe 1 (für die erste und im Einzelfall jede weitere Zahlung)	2,50 €
713	Auslagenpauschale	8,60 €
700	Dokumentenpauschale	1,00 €
	Gesamtkosten	**52,10 €**

Beispiel 2 – Zahlungsunfähigkeit/Widerspruch des Schuldners/Verletzung der Abwendungsvereinbarung

KV	Handlung	Gebühr
	Erlass der Zahlungsaufforderung	12,50 €
100	Zustellung der Zahlungsaufforderung	7,50 €
604	Protokoll Zahlungsunfähigkeit, Widerspruch, Verletzung der Abwendungsvereinbarung	12,50 €
711	Wegegeld, z. B. Stufe 1 (für die erste und im Einzelfall jede weitere Zahlung)	2,50 €
713	Auslagenpauschale	6,50 €
700	Dokumentenpauschale	1,00 €
	Gesamtkosten	**42,50 €**

II.

Umfassender Lösungsansatz – vorgerichtlicher Abwendungsversuch mit der Option der Titelschaffung durch den Gerichtsvollzieher

§ 687 ZPO – neu

1. *Der Gläubiger kann den für den Schuldner örtlich zuständigen Gerichtsvollzieher beauftragen, auf Grund einer bestehenden Geldforderung mit dem Schuldner oder einer nach § 178 Absatz 1 Satz 1 ZPO geeigneten Person eine Abwendungsvereinbarung zu treffen und in diesem Rah-*

men Zahlungen entgegenzunehmen sowie Ratenzahlungen zu vereinbaren und zu überwachen.

2. *Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner nach §§ 177 bis 182, 192 ZPO mittels Zustellung einer Zahlungsaufforderung, aus welcher der Anspruchsgrund und die Forderung des Gläubigers hervorgeht, zur Zahlung aufzufordern und auf die Möglichkeit einer Abwendungsvereinbarung hinzuweisen. Die Zahlungsaufforderung enthält weiterhin die Aufforderung, im Falle des Bestreitens der Forderung Widerspruch innerhalb von zwei Wochen schriftlich oder mündlich zu Protokoll des Gerichtsvollziehers zu erklären, sowie einen Hinweis, dass eine Schlüssigkeitsprüfung seitens des Gerichtsvollziehers nicht stattfindet. Eine Rechtsmittelbelehrung ist der Zahlungsaufforderung beizufügen.*

3. *Kommt eine Abwendungsvereinbarung zustande, ist dies zu protokollieren und das Verfahren ist bei vollständiger Zahlung einzustellen, bei einer Ratenvereinbarung ruhend zu stellen. Hält der Schuldner die geschlossene Vereinbarung nicht ein, ist das Verfahren unverzüglich durch die Zustellung eines durch den Gerichtsvollzieher zu fertigenden Vollstreckungsbescheides fortzusetzen. Der Vollstreckungsbescheid enthält die Bezeichnung des Anspruchsgrundes, eine Forderungsaufstellung, eine Zahlungsaufforderung, sowie eine Rechtsmittelbelehrung. Gegen den Vollstreckungsbescheid ist der Einspruch innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen schriftlich oder mündlich zu Protokoll des Gerichtsvollziehers gegeben.*

4. *Erkennt der Schuldner die Forderung an und erklärt seine Zahlungsunfähigkeit, ist dies zu protokollieren. Ein Vollstreckungsbescheid ist unverzüglich zuzustellen.*

5. *Erklärt der Schuldner den Widerspruch gegen die Gesamtforderung, erfolgt die sofortige Einstellung des Verfahrens. Die Unterlagen sind entsprechend dem Gläubigerantrag an diesen zurückzusenden oder aber unverzüglich dem zuständigen Gericht zur Einleitung des streitigen Verfahrens zu übersenden.*

6. *Erklärt der Schuldner den Widerspruch gegen einen Teil der Forderung, so ist der Gläubiger hierüber unverzüglich zu informieren. Hinsichtlich des unbestrittenen Teiles der Forderung verfährt der Gerichtsvollzieher entsprechend Ziffer 3 und 4.*

7. *Wird der Schuldner selbst nicht angetroffen und erklärt die angetroffene Person, für den Schuldner keine Zahlung leisten zu können, oder der Schuldner leistet innerhalb der unter Ziffer 2 erwähnten Frist keine Zahlung, ist nach Fristablauf ein Vollstreckungsbescheid unverzüglich zuzustellen.*

8. *Nach Fristablauf gemäß Ziffer 3 erfolgt nach Gläubigerauftrag die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPO.*

Der Gläubiger oder dessen Bevollmächtigter kann ohne großes Kostenrisiko den Gerichtsvollzieher beauftragen, eine unbezahlte, angemahnte Forderung zum Versuch der Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen einzuziehen. Mit seinem Antrag, das Abwendungsverfahren durchzuführen, bevollmächtigt er den Gerichtsvollzieher.

Unbenommen bleibt dem Gläubiger die Möglichkeit, das Abwendungsverfahren beim Gerichtsvollzieher durch Beauftragung eines Rechtsanwaltes oder eines Inkassobüros einzuleiten.

Der persönliche Kontakt zum Schuldner ist bei einem in Aussicht gestellten Abwendungsverfahren von grundlegender Bedeutung und nur der für den Schuldner örtlich zuständige Gerichtsvollzieher ist für dieses Verfahren von Beginn an prädestiniert. Grundsätzlich soll es im Belieben des Schuldners stehen, ob er sich auf ein solches Abwendungsverfahren einlassen möchte.

Ist die Forderung unbestritten und wird ein Rechtsmittel nicht eingelegt, gelangt der Gläubiger sehr schnell in den Besitz eines Titels mit anschließender unmittelbarer Vollstreckungsmöglichkeit.

Die Bearbeitung des Verfahrens in der Praxis:

Am Beginn des Abwendungsverfahrens stellt der Gerichtsvollzieher gemäß §§ 177, 178, 180 bis 182, 191, 193 ZPO persönlich dem Schuldner eine Zahlungsaufforderung zu (bundeseinheitlicher Vordruck) mit entsprechenden Hinweisen für den Abschluss einer Abwendungsvereinbarung. Der Schuldner wird darin aufgefordert, innerhalb einer Frist von zwei Wochen die Forderung einschließlich aller Kosten zu begleichen. Außerdem sind der Zahlungsaufforderung die Rechtsmittelbelehrung (Widerspruch gegen die Zahlungsaufforderung innerhalb zweier Wochen bei Gericht oder aber schriftlich oder mündlich zu Protokoll des Gerichtsvollziehers) und der Hinweis, dass eine Schlüssigkeitsprüfung durch den Gerichtsvollzieher nicht stattfindet, beizufügen.

1. *Der Schuldner zahlt:*

Aushändigung der abgeschriebenen Rechnung an den Schuldner, Auskehrung eingezogener Gelder an den Gläubiger nach Einbehalt der Gerichtsvollzieherkosten und Einstellung des Verfahrens.

2. *Die Forderung wird anerkannt, Schuldner entscheidet sich für das Abwendungsverfahren:*

Anerkennt der Schuldner die Forderung und versichert zudem glaubhaft, die Forderung sofort oder in Raten begleichen zu können, wird der Vorgang protokolliert und der Gläubiger entsprechend benachrichtigt. Das weitere Verfahren wird unverzüglich ruhend gestellt. Unter der Prämisse der gütlichen Einigung in Anlehnung an § 802 b ZPO (n. F. ab 2013) sollte die Abstimmung über die Zeiträume der Ratenzahlungen jeweils mit dem Gläubiger erfolgen.

3. *Die Forderung wird anerkannt, Schuldner erklärt, nicht zahlen zu können, Verletzung der Abwendungsvereinbarung:*

Erklärt der Schuldner nach Anerkennung der Forderung, zahlungsunfähig zu sein oder verletzt er die von ihm eingegangene Abwendungsvereinbarung (Einstellung der Ratenzahlungen), so fertigt der Gerichtsvollzieher neben seinem Protokoll einen Vollstreckungsbescheid (bundeseinheitlicher Vordruck) und stellt diesen nach §§ 177, 178, 180 bis 182, 189, 191, 193, 194 ZPO dem Schuldner zu. Der Vollstreckungsbescheid enthält die Bezeichnung des Anspruchsgrunds, eine Forderungsaufstellung, eine Zahlungsaufforderung, sowie eine Rechtsmittelbelehrung.

Gegen den Vollstreckungsbescheid ist der Einspruch innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen schriftlich oder mündlich zu Protokoll des Gerichtsvollziehers oder am für den Schuldnersitz zuständigen Amtsgericht gegeben. Im Falle des Einspruchs stellt der Gerichtsvollzieher unverzüglich das Verfahren ein und leitet die Unterlagen nach Abrechnung an

den Gläubiger, oder aber aufgrund des entsprechenden Gläubigerantrags unmittelbar an das Gericht zur Durchführung des streitigen Verfahrens weiter. Die Möglichkeit einer **Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO** nach Ablauf der Einspruchsfrist hinsichtlich des vom Gerichtsvollzieher zugestellten Vollstreckungsbescheids ist dem Schuldner gegeben.

Nach einer Wartefrist, entsprechend § 798 ZPO, kann der Gerichtsvollzieher bei entsprechender Beauftragung mit der Zwangsvollstreckung beginnen.

4. *Der Schuldner wird vor Ort nicht angetroffen, die angetroffene Person erklärt für den Schuldner, keine Zahlungen leisten zu können, oder aber der Schuldner leistet aufgrund der zugestellten Zahlungsaufforderung keinerlei Zahlungen, erklärt sich weder schriftlich noch mündlich innerhalb der Frist von zwei Wochen:*

   In diesen Fällen wird wie unter Ziffer 3 verfahren.

5. *Der Schuldner widerspricht der Gesamtforderung oder einem Teil der Forderung in der Zahlungsaufforderung:*

Der Widerspruch, welchen der Schuldner schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsvollziehers gegebenenfalls gleich vor Ort oder in dessen Geschäftszimmer innerhalb zweier Wochen nach Zustellung einlegen kann, führt dazu, dass das Verfahren unverzüglich eingestellt wird. Die Unterlagen werden entsprechend dem Gläubigerantrag entweder an diesen zurückgereicht oder aber unmittelbar an das zuständige Gericht zur Durchführung des streitigen Verfahrens abgegeben. Hinsichtlich des unbestrittenen Teils der Forderung kann das Abwendungsverfahren durchgeführt werden. Näheres bestimmt der Antrag des Gläubigers.

6. *Der Schuldner legt gegen den zugestellten Vollstreckungsbescheid fristgerecht Einspruch ein:*

Der Einspruch, welchen der Schuldner schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsvollziehers gegebenenfalls gleich vor Ort oder in dessen Geschäftszimmer innerhalb zweier Wochen nach Zustellung einlegen kann, führt dazu, dass das Verfahren unverzüglich eingestellt wird. Die Unterlagen werden entsprechend dem Gläubigerantrag entweder an diesen zurückgereicht oder aber unmittelbar an das zuständige Gericht zur Durchführung des streitigen Verfahrens abgegeben.

Kostenstruktur

Von dem Prinzip der schuldnerischen Kostentragungsverpflichtung ausgehend, ist explizit nur folgender Fall für Gläubiger von besonderem Interesse:

Widerspruch des Schuldners

Hier entstände eindeutig ein Kostennachteil des Auftraggebers in Höhe von derzeit ca. 20,– Euro (Differenz der Kosten Abwendungsverfahren zum gerichtlichen Mahnverfahren bei geringster Wertstufe i. H. v. 600,– Euro – höhere Forderungen heben den Kostennachteil völlig auf). Hier sollte jedoch davon ausgegangen werden können, dass durch die unmittelbare Aufklärungsmöglichkeit des Gerichtsvollziehers vor Ort Widersprüche, die lediglich Zahlungsunfähigkeit indizieren oder zeitlichen Aufschub bewirken sollen (in ca. 40 Prozent aller Fälle), weitestgehend vermieden werden. Lediglich geschätzte 30 Prozent der Widersprüche führen in der Mahngerichtspraxis zur Ausurteilung im Klageverfahren.

Gebühr: Entspricht der Kostenstruktur des zurzeit gültigen GvKostG

KV: Kostenverzeichnis des zurzeit gültigen GvKostG

Beispiel 1 – Abwendungsvereinbarung und Vollzahlung (Ratenzahlung)

KV	Handlung	Gebühr
	Erlass der Zahlungsaufforderung	12,50 €
100	Zustellung der Zahlungsaufforderung	7,50 €
	Protokoll Abwendungsvereinbarung	18,00 €
430	Hebegebühr	3,00 €
711	Wegegeld, z. B. Stufe 1 (für die erste und im Einzelfall jede weitere Zahlung)	2,50 €
713	Auslagenpauschale	8,60 €
700	Dokumentenpauschale	1,00 €
	Gesamtkosten	**52,10 €**

Beispiel 2 – Widerspruch des Schuldners

KV	Handlung	Gebühr
	Erlass der Zahlungsaufforderung	12,50 €
100	Zustellung der Zahlungsaufforderung	7,50 €
604	Protokoll Widerspruch	12,50 €
711	Wegegeld, z. B. Stufe 1 (für die erste und im Einzelfall jede weitere Zahlung)	2,50 €
713	Auslagenpauschale	6,50 €
700	Dokumentenpauschale	1,00 €
	Gesamtkosten	**42,50 €**

Beispiel 3 – Verletzung der Abwendungsvereinbarung

KV	Handlung	Gebühr
	Erlass der Zahlungsaufforderung	12,50 €
100	Zustellung der Zahlungsaufforderung	7,50 €
	Protokoll Abwendungsvereinbarung	18,00 €
	Erlass des Vollstreckungsbescheides	12,50 €
100	Zustellung des Vollstreckungsbescheides	7,50 €
711	Wegegeld, z. B. Stufe 1 (für die erste und im Einzelfall jede weitere Zahlung)	2,50 €
713	Auslagenpauschale	10,00 €
700	Dokumentenpauschale	1,00 €
	Gesamtkosten	**71,50 €**

Beispiel 4 – Zahlungsunfähigkeit

KV	Handlung	Gebühr
	Erlass der Zahlungsaufforderung	12,50 €
100	Zustellung der Zahlungsaufforderung	7,50 €
604	Protokoll Zahlungsunfähigkeit	12,50 €
	Erlass des Vollstreckungsbescheides	12,50 €
100	Zustellung des Vollstreckungsbescheides	7,50 €
711	Wegegeld, z. B. Stufe 1 (für die erste und im Einzelfall jede weitere Zahlung)	2,50 €
713	Auslagenpauschale	10,00 €
700	Dokumentenpauschale	1,00 €
	Gesamtkosten	**66,00 €**

Sinnlose Zwangsvollstreckung durch Insolvenzanfechtung?

Die Vorsatzanfechtung beseitigt Maßnahmen des Gerichtsvollziehers – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 – IX ZR 128/08 –

Von Stefan Mroß, Schriftleiter der DGVZ*)

1. Einführung

Nach der o. g. Entscheidung des BGH kann der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Schuldners Zahlungen anfechten, die der Schuldner vor dem Insolvenzantrag im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsauftrages an den Gerichtsvollzieher geleistet hat[1]).

Rechtshandlungen, die ein Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vornimmt, können vom Insolvenzverwalter angefochten werden, wenn seine Rechtshandlungen die Insolvenzgläubiger benachteiligen (Grundsatz in § 129 InsO). Rechtshandlungen meint alle vom Willen des Schuldners getragenen Betätigungen, die in irgendeiner Weise eine Rechtswirkung auslösen[2]). Als Gläubigerbenachteiligung ist jegliche Verringerung von Aktivvermögen oder Vermehrung von Passivvermögen zu verstehen. Im Allgemeinen ist ein vorsätzliches Handeln hierbei nicht erforderlich[3]). In jedem Fall muss für die Insolvenzgläubiger eine günstigere Befriedigungsmöglichkeit bestanden haben, wenn die Rechtshandlung nicht erfolgt wäre[4]). Der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch gilt als bürgerlich-rechtlich originärer Anspruch, der erst nach einer Insolvenzeröffnung entsteht[5]). Dieser Anspruch steht der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger zu und kann nur durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Er ist kein Anspruch des Schuldners[6]).

Damit wird die Sicherung der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger nicht nur durch das zum Stichtag der Insolvenzeröffnung vorhandene Vermögen erreicht. Die Insolvenzmasse kann im Einzelfall beträchtlich dadurch angereichert werden, indem nachteilige Vertragsabschlüsse, Zahlungsabflüsse, Weggabe von Vermögensgegenständen und ähnliche Handlungen des Schuldner im Extremfall bis zu zehn Jahre vor dem Insolvenzantrag nach erfolgter Eröffnung durch den Insolvenzverwalter rückgängig gemacht werden können. Je weiter die anzufechtende Rechtshandlung zurückliegt, um so schwieriger sind die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an die Erfüllung eines anfechtungsrechtlichen Tatbestandes nachzuweisen.

Ohne Weiteres anfechtbar sind Rechtshandlungen bis zu **einem Monat** vor Insolvenzantragstellung, durch die der begünstigte Anfechtungsgegner eine **inkongruente Deckung** erlangt hat (Fall des § 131 Absatz 1 Ziffer 1 InsO). Als inkongruente Deckung wird hierbei eine Rechtshandlung bezeichnet, die einem Insolvenzgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewährt, die der einzelne Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht zur entsprechenden Zeit zu beanspruchen hatte. Ein typisches Beispiel hierfür ist eine vorfristige Zahlung aus dem Schuldnervermögen an einen einzelnen Gläubiger oder – was hier von Interesse ist – die Befriedigung eines Gläubigers durch dessen Zwangsvollstreckungsmaßnahme. Es kommt in dieser Phase also nicht darauf an, dass der begünstigte Gläubiger und spätere Anfechtungsgegner eine nur irgendwie geartete Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte[7]).

Exkurs: Die Anfechtung ist zu unterscheiden von der **Rückschlagsperre** des § 88 InsO. Darin ist geregelt, dass die Sicherung durch eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme innerhalb eines Monats vor dem Insolvenzantrag unwirksam wird. In diesem Fall wird allerdings nicht auf die Befriedigung des Gläubigers, sondern alleine auf seine Sicherung durch Zwangsvollstreckung abgestellt, wodurch ohne Erklärung einer Anfechtung die absolute Unwirksamkeit dieser Sicherung eintritt[8]). Dies setzt voraus, dass ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Erst dann wirkt sich die Unwirksamkeit bis zu einem Monat vor Antragstellung aus[9]). Hierdurch erlischt das Pfändungspfandrecht, allerdings bleibt die öffentlich-rechtliche Verstrickung durch eine beispielsweise vom Gerichtsvollzieher ausgebrachte Pfändung bestehen. Der Gerichtsvollzieher darf die Pfändung daher nicht aufheben, denn es ist denkbar, dass das Verfahren aufgehoben oder vorzeitig eingestellt wird. Eine Aufhebung sollte daher nur im Wege der Erinnerung durch das Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO erfolgen[10]).

Der zuvor bei der inkongruenten Deckung genannte Zeitraum von einem Monat verlängert sich bis zum dritten Monat vor Antragstellung, wenn der Schuldner in dieser Zeit bereits zahlungsunfähig war (§ 131 Absatz 1 Ziffer 2 InsO). Auch ist die Anfechtung bei inkongruenten Handlungen im **zweiten und dritten Monat** möglich, wenn dem begünstigten Gläubiger bekannt war, dass die Handlung des Schuldners die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger benachteiligt (§ 131 Absatz 1 Ziffer 3). Da eine inkongruente Deckung immer bei Sicherung oder Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung angenommen wird[11]), verdrängt daher die Insolvenzanfechtung in diesem Fall das Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung[12]). Die Befugnis des zwangsvollstreckenden Gläubigers tritt in diesem 3-Monats-Zeitraum hinter den Schutz der Gläubigergesamtheit zurück. Für einen Zeitraum länger als drei Monate vor Insolvenzantragstellung kann demnach keine Insolvenzanfechtung wegen inkongruenter Deckung erfolgen. Davor gilt das Prioritätsprinzip insofern uneingeschränkt[13]).

---

*) Gerichtsvollzieher in Bühl.

1) BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 – IX ZR 128/08 – in diesem Heft, Seite 104.

2) Braun/*De Bra*, InsO 3. Aufl., Rdnr. 11 zu § 129 InsO.

3) Ebd., Rdnrn. 23 bis 25.

4) Ebd., Rdnr. 34.

5) Hierzu BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 – IX ZR 195/07 – ZIP 2009, S. 186.

6) *Kayser*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rdnr. 697.

7) Braun/*De Bra*, a. a. O., Rdnr. 30 zu § 131 InsO.

8) Braun/*Kroth*, a. a. O., Rdnr. 8 zu § 88 InsO.

9) Ebd., Rdnr. 7.

10) So auch Braun/*Kroth*, a. a. O., Rdnr. 9.

11) BGHZ 136, S. 309, 311 = ZIP 1997, S. 1929 f.

12) BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 – IX ZR 211/02 – ZIP 2005, S. 494 (496).

13) Ebd., S. 496.

Aber auch **kongruente Deckungen** sind anfechtbar. Hierbei handelt es sich um Rechtshandlungen, die der Schuldner innerhalb der **letzten drei Monate** vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen hat und die einem einzelnen Insolvenzgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewährt, auf die er sogar einen Anspruch hatte. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Schuldner zahlungsunfähig war und der begünstigte Gläubiger zum Zeitpunkt der Rechtshandlung die Zahlungsunfähigkeit kannte oder den Umständen nach kennen musste (§ 130 Absatz 1 Ziffer 1, Absatz 2 InsO). Anders als bei der inkongruenten Deckung hat der Insolvenzverwalter im Falle der Anfechtung die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit darzulegen. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 Absatz 2 InsO definiert. Zahlungsunfähig ist danach, wer nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Der BGH hat hierbei entschieden, dass regelmäßig dann Zahlungsunfähigkeit vorliegt, wenn nicht innerhalb von drei Wochen mehr als 90 Prozent der gesamten fälligen Verbindlichkeiten erfüllt werden können[14]).

Erfüllt der Schuldner nach Zustellung des Vollstreckungsbescheids die titulierte Forderung innerhalb der gesetzlichen 3-Monats-Frist, liegt eine kongruente Deckung vor, wenn die Zwangsvollstreckung weder angedroht noch eingeleitet wurde[15]).

Gemäß § 132 InsO können auch **Rechtsgeschäfte** des Schuldners angefochten werden, die die Insolvenzgläubiger benachteiligen. Diese Anfechtung wirkt nur auf Rechtsgeschäfte der letzten drei Monate vor dem Eröffnungsantrag zurück, wenn der Schuldner zahlungsunfähig war und der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit kannte (§ 132 Absatz 1 Ziffer 1 InsO). Sowohl diese Anfechtung als auch die Anfechtung wegen kongruenter Deckung gilt nicht bei sogenannten **Bargeschäften**. Als Bargeschäft wird der Zufluss gleichwertiger Gegenleistungen nach objektiven wirtschaftlichen Kriterien verstanden, wobei Leistung und Gegenleistung in einem zeitlich nahen Zusammenhang stehen müssen[16]).

Bis zu einem Jahr vor Insolvenzantrag ist die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens anfechtbar (§ 135 Absatz 1 Ziffer 2 InsO). Bis zu zwei Jahre vor Insolvenzantragstellung sind entgeltliche Beträge mit nahestehenden Personen anfechtbar, wenn hierdurch die Insolvenzgläubiger benachteiligt werden (§ 133 Absatz 2 InsO). Bis zu vier Jahre vor Insolvenzantragstellung sind unentgeltliche Leistungen des Schuldners anfechtbar (§ 134 InsO). Bis zu zehn Jahre vor Insolvenzantrag sind Rechtshandlungen anfechtbar, die die Insolvenzgläubiger vorsätzlich benachteiligt haben (§ 133 Absatz 1 InsO), aber auch die Sicherung eines Gesellschafterdarlehens. Für die Geltendmachung des Anfechtungsrechts gilt eine Verjährungsfrist von drei Jahren seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 146 InsO i. V. m. § 199 BGB).

Relevant wird die Insolvenzanfechtung allerdings faktisch nur bei unternehmerisch tätigen Schuldnern[17]). In Verbraucherinsolvenzverfahren übt das Anfechtungsrecht nämlich nicht der an die Stelle des Insolvenzverwalters tretende Treuhänder aus, sondern jeder Insolvenzgläubiger ist hierzu gemäß § 313 Absatz 2 InsO berechtigt. In der Praxis sind derartige Fälle wegen des Kostenrisikos selten.

2. Die Vorsatzanfechtung bei Zwangsvollstreckung

Gemäß § 133 InsO können Rechtshandlungen des Schuldners bis zu zehn Jahre vor dem Insolvenzantrag angefochten werden, wenn der Schuldner die Rechtshandlung mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat und wenn der begünstigte Einzelgläubiger zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte (§ 133 Absatz 1 Satz 1 InsO). Gemäß § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO wird diese Kenntnis vermutet, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligt. Maßgeblich sind hierbei die Rechtsbegriffe „Rechtshandlung des Schuldners“, „Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung“ sowie „Kenntnis des begünstigten Einzelgläubigers“ und „drohende Zahlungsunfähigkeit“.

Mit der Vorsatzanfechtung wird der Gleichbehandlungsgrundsatz aller Gläubiger auf einen Zeitraum bis zu zehn Jahre vor Insolvenzantrag ausgedehnt, wenn der Schuldner sich bereits in diesem kritischen Zeitraum in einer materiellen Insolvenz befand[18]). Voraussetzung für die Vorsatzanfechtung ist zum einen eine Schuldnerhandlung. Eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme des Gläubigers gilt nicht als Schuldnerhandlung, vielmehr als Handlung des Gläubigers, die einer Anfechtung außerhalb des 3-Monats-Zeitraums nicht unterworfen ist[19]). Bei der Schuldnerhandlung muss hinzukommen, dass der Schuldner mit dem Vorsatz handelt, andere Gläubiger zu benachteiligen. Hierbei genügt eine mittelbare, erst künftig eintretende Gläubigerbenachteiligung, auch wenn zum Zeitpunkt der Handlung des Schuldners noch gar keine anderen Gläubiger bestanden[20]). Ein unlauteres Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger ist hierbei keinesfalls erforderlich[21]).

Dies gilt wohlgemerkt nur dann, wenn sich der Schuldner bereits in einer wirtschaftlichen Krise befand, die der begünstigte Einzelgläubiger zum Zeitpunkt der Schuldnerhandlung kennen musste. Diese Kenntnis knüpft bereits an die zögerliche Erfüllung der ihm gegenüber bestehenden Zahlungspflichten an. In diesem Fall wird davon ausgegangen, dass der Gläubiger wissen muss, dass die Zahlung durch den Schuldner andere mögliche Gläubiger benachteiligt[22]).

Der Gesetzgeber nennt in § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO den Rechtsbegriff der **drohenden Zahlungsunfähigkeit**. Seit Inkrafttreten der InsO zum 1. Januar 1999 gilt die drohende Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO neben der Zahlungsunfähigkeit als eigener Insolvenzgrund. Über die Legaldefinition des § 18 Absatz 2 InsO droht der Schuldner zahlungsunfähig zu werden, wenn er „voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen“. „Voraussichtlich“ bedeutet eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Zahlungsunfähig-

14) Vgl. BGH, Urteil vom 13. August 2009 – IX ZR 159/06 – in diesem Heft, Seite 102 mit Verweis auf BGHZ 163, S. 134 ff.

15) BGH, Urteil vom 7. Dezember 2006 – IX ZR 157/05 – ZIP 2007, S. 136.

16) Braun/*Riggert*, a. a. O., Rdnrn. 3 und 14 zu § 142 InsO.

17) Zur Abgrenzung zwischen Regel- und Verbraucherinsolvenzverfahren vgl. § 304 InsO.

18) *Kayser*, a. a. O., Rdnr. 991.

19) BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 – IX ZR 211/02 – ZIP 2005, S. 494 (497).

20) BGH, Urteil vom 13. August 2009 – IX ZR 159/06 – in diesem Heft, Seite 102.

21) BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 – IX ZR 272/02 – ZIP 2003, S. 1799.

22) BGH, Urteil vom 20. November 2008 – IX ZR 188/07 – ZIP 2009, S. 189.

keit[23]). Hierbei ist eine komplizierte Prognose anzustellen, die allerdings im Zweifel nur der Schuldner selbst erstellen kann. Bemerkenswerterweise gibt es zu diesem Begriff noch keine höchstrichterliche Entscheidung. Es ist auch schwer vorstellbar, wie bei einer Prognoseberechnung für einen künftigen Zeitraum Jahre später festgestellt werden können soll, dass beispielsweise vier Jahre vorher zwei Monate später hätte eine Zahlungsunfähigkeit eingetreten sein können. Interessanterweise knüpft daher die Rechtsprechung vornehmlich an die Zahlungsunfähigkeit an, für die die Rechtsprechung in erheblichem Maß Kriterien entwickelt hat[24]). Jedoch auch hier ist, wie bereits festgestellt, eine sichere Bewertung bei länger zurückliegenden Anfechtungszeiträumen schwierig. Daher hat der BGH festgestellt, dass die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung meist nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden können, weil es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt. Daher könnten nur im Rahmen einer Gesamtwürdigung Tatsachen bewertet werden, die gewichtige Beweisanzeichen darstellen[25]).

Kennt der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder musste er sie kennen, so weiß er auch, dass Leistungen aus dessen Vermögen die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereitelt oder zumindest erschwert und verzögert, weshalb hierdurch auf die Kenntnis einer Gläubigerbenachteiligung durch den einzelnen Gläubiger zu schließen ist[26]).

Die Tatbestandsmerkmale des Schuldnerverhaltens und Gläubigerkenntnis sind daher ineinander verschachtelt[27]). Verschachtelt sind hier auch die Begrifflichkeiten der Inkongruenz und der kongruenten Deckung. Zahlt der Schuldner nämlich aufgrund des Drucks eines Zwangsvollstreckungsauftrags vor der kritischen 3-Monats-Frist der Insolvenzantragstellung, kann dies als inkongruente Deckung bezeichnet werden, die sowohl eine Rechtshandlung des Schuldners mit Benachteiligungsvorsatz gegenüber weiteren Gläubigern als auch eine Kenntnis des vollstreckenden Einzelgläubigers bedeutet[28]). Seit der Entscheidung des BGH vom 10. Februar 2005[29]) ist zumindest entschieden, dass Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eines Gläubigers außerhalb des kritischen 3-Monats-Zeitraums nicht anfechtbar sind, obwohl zuvor die Literatur die Vorsatzanfechtung auch hierauf ausweiten wollte[30]). Allerdings sollen „freiwillige Zahlungen" des Schuldners nach Zwangsvollstreckungsauftrag dennoch die Vorsatzanfechtung greifen lassen. In derselben Entscheidung stellte der BGH den Grundsatz auf, dass eine Rechtshandlung nur dann vorliegt, wenn der Schuldner darüber entscheiden kann, ob er die angeforderte Leistung erbringt oder verweigert. Dies liegt aber dann nicht vor, wenn der Schuldner nur noch die Wahl hat, die vom Vollstreckungsorgan geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch die Vollziehungsperson zu dulden[31]).

Mit Urteil vom 10. Dezember 2009 hat der BGH nunmehr entschieden, dass Teilzahlungen des Schuldners nach fruchtloser Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung anfechtbar sind[32]). Abgestellt hat der BGH hierbei auf eine immer noch irgendwie geartete Entscheidungsfreiheit des Schuldners. Im gegebenen Fall hatte der Gerichtsvollzieher fruchtlos vollstreckt und den Schuldner zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung geladen. Selbst unter dieser Drucksituation werde die Dispositionsfreiheit des Schuldners, über etwaig verbliebene Vermögenswerte zu verfügen, nicht in Frage gestellt. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn der Schuldner dem vollstreckungsbereit anwesenden Gerichtsvollzieher Bargeld übergibt, auf das der Gerichtsvollzieher andernfalls sogleich hätte zugreifen können. Dann liege kein freier Willensentschluss zur Leistung mehr vor, denn der Schuldner kommt in dieser Konstellation nur einem sonst unabwendbaren Zugriff des Gerichtsvollziehers zuvor[33]).

In der Vorinstanz hatte das OLG Karlsruhe umfangreich begründet, dass ein derart unter Druck stehender Schuldner nicht mehr freiwillig leiste und daher eine Vorsatzanfechtung ausscheidet. Das OLG verneinte eine privatautonome Abrede zwischen Schuldner und Gerichtsvollzieher, da durchgängig hoheitliches Handeln des Gerichtsvollziehers Ausdruck der staatlichen Zwangsvollstreckung sei und keine willensgeleitete Rechtshandlung des Schuldners mehr vorliegt[34]).

Dem ist der BGH nunmehr ausdrücklich entgegengetreten. Er bekräftigt stattdessen die bisherige Grundlinie, nach der bereits auch dann eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegt, wenn der Schuldner zur Vermeidung eines voraussichtlich erfolglosen Pfändungsversuchs einen Scheck über den geforderten Betrag übergibt. Auch das Ausstellen eines vom Schuldner selbst ausgeschriebenen und vor den Augen des Gerichtsvollziehers unterschriebenen Schecks stellt danach noch eine „freiwillige Rechtshandlung" dar[35]).

3. Konsequenzen für die Durchführung von Zwangsvollstreckungsaufträgen

Mit Zugang eines Zwangsvollstreckungsauftrags hat der Gerichtsvollzieher die Verpflichtung, dem Gläubiger im Rahmen der von ihm genannten Verfahrensmittel zügig den titulierten Anspruch gegenüber dem Schuldner zu realisieren. Als Zwangsvollstreckungsorgan ist der Gerichtsvollzieher hier zuständig für die Sachpfändung und für die Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung. Die Eidesstattliche Versicherung dient hierbei als Zwangsvollstreckungsverfahren zur Ermittlung von Vermögensgegenständen, die außerhalb des sichtbaren Bereiches der Sachpfändungsbefugnis des Gerichtsvollziehers liegen.

Sowohl im Rahmen des Sachpfändungsverfahrens als auch des Verfahrens zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung soll der Gerichtsvollzieher mit Zustimmung des Gläubigers auf eine gütliche Erledigung hinwirken und Zahlungen des Schuldners entgegennehmen (§§ 806 b, 900 Absatz 3 ZPO). Dies ist auch nach Erteilung eines Haftauftrages zur

---

23) Braun/*Bußhard*, a. a. O., Rdnr. 4 zu § 18 InsO.

24) Vgl. Fußnote 15.

25) BGH, Urteil vom 13. August 2009 – IX ZR 159/06 – in diesem Heft, Seite 102.

26) BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 – IX ZR 211/02 – ZIP 2005, S. 494 (497).

27) Vgl. Anmerkung *Zenker*, NJ 2010, S. 80.

28) *Kayser*, a. a. O., Rdnrn. 1014 und 1055; BGH, Beschluss vom 18. Juni 2009 – IX ZR 7/07 – ZIP 2009, S. 1434.

29) Vgl. Fußnote 12.

30) Vgl. hierzu EWiR 2005, S. 607 (*Eckardt*).

31) Vgl. BGH, Fußnote 12, S. 497.

32) BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 – IX ZR 128/08 – in diesem Heft, Seite 104.

33) Ebd.

34) OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Juni 2008 – 8 U 186/07 – ZIP 2008, S. 1687.

35) BGH, Beschluss vom 19. Februar 2009 – IX ZR 22/07 – ZIP 2009, S. 728.

Erzwingung der Eidesstattlichen Versicherung möglich, wenn der Schuldner zuvor einen Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung unbeachtet gelassen hat und der Gläubiger auch in diesem Verfahrensstadium Teilzahlungen nicht ablehnt. Oftmals zahlen Schuldner nach Beginn von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, wozu sowohl das Erscheinen des Gerichtsvollziehers zur Vornahme eines Pfändungsversuchs vor Ort als auch die Ladung zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung gehören, auf Druck des Gerichtsvollziehers. Denn Zahlungen erfolgen erst dann, wenn durch begonnene Zwangsvollstreckungsmaßnahmen subjektiv empfundene Nachteile für den Schuldner entstehen können.

Subjektive Nachteile sind beispielsweise die Pfändung von Vermögensgegenständen im Betrieb des Schuldners, die nicht dem Pfändungsschutz des § 811 Ziffer 5 ZPO unterliegen, aber dennoch zur Fortführung des Betriebs benötigt werden. Auch die Pfändung sämtlicher Bargeldreserven empfindet der Schuldner sehr nachteilig, da damit seine Liquidität beseitigt wird und eine weitere Disposition zur Fortführung seines Betriebs zerstört wird. Die Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung führt zur Eintragung im Schuldnerverzeichnis und zur Benachrichtigung von Gläubigerschutzunternehmen und -vereinen, wodurch der Bezug von Waren mit späterem Zahlungsziel in der Regel verhindert wird.

Dennoch hat der BGH diese unmittelbar bevorstehenden Übel zwar als Drucksituation bezeichnet, jedoch nicht als Pfändungsdruck in dem Maße bewertet, dass ein selbstbestimmtes Handeln des Schuldners bereits ausgeschaltet ist. Auch wenn die insolvenzrechtliche Literatur, die zumeist als insolvenzverwalterfreundlich bezeichnet werden kann, dieses Ansinnen zur Erweiterung aller möglichen insolvenzanfechtungsrechtlichen Zeiträume begrüßt[36]), muss dennoch gefragt werden, ob die Ausweitung auf derartige Drucksituationen durch hoheitliche Zwangsvollstreckungsorgane nachträglich, im Einzelfall auch viele Jahre danach, mit der Intention des Gesetzgebers übereinstimmt.

Dogmatisch ist die Abgrenzung des BGH durchaus nachvollziehbar. Einem echten Pfändungsdruck ordnet er keine selbstbestimmte Zahlung des Schuldners mehr zu. Dieser Pfändungsdruck muss jedoch unmittelbar und aus dem Vollstreckungsprotokoll des Gerichtsvollziehers nachweisbar bestanden haben, das heißt entsprechendes Bargeld muss zuvor in der Barkasse festgestellt worden sein und dann „freiwillig“ vom Schuldner an den zur Vollstreckung erschienenen Gerichtsvollzieher übergeben worden sein. Hierbei ist es immerhin nicht erforderlich, dass der Schuldner der Durchsuchung der Räume widerspricht, um dennoch den unvermeidbaren Pfändungsdruck anzuerkennen[37]).

Nun weiß der Gerichtsvollzieher bei Entgegennahme einer „freiwilligen Zahlung“ des Schuldners nicht, ob später einmal ein Insolvenzverfahren eröffnet wird und die Entgegennahme dieser Zahlungen dann anfechtbar werden könnte. Keinesfalls macht sich der Gerichtsvollzieher haftbar, wenn er „freiwillige Zahlungen“ vom Schuldner entgegennimmt, denn es handelt sich um einen ausdrücklichen gesetzlichen Auftrag hierfür aus §§ 806 b, 900 Absatz 3 ZPO. Der Wertungswiderspruch zwischen einem Einzelzwangsvollstreckungsverfahren, das durch Teilzahlungsmöglichkeiten neben der Befriedigung eines Titelgläubigers auch noch das Überleben des Schuldners ermöglichen soll, und der Möglichkeit zur Masseanreicherung im Insolvenzverfahren ist vom Gesetzgeber nicht zufriedenstellend gelöst.

Es mutet nämlich merkwürdig an, wenn nunmehr im Ergebnis Handlungen von Vollstreckungsorganen zunichte gemacht werden sollen, die dem Schuldner eine Sanierungs- und Fortführungsmöglichkeit für seinen Betrieb außerhalb eines Insolvenzverfahrens ermöglichen. Die Pfändung eines Kontos (durch Vorpfändung des Gerichtsvollziehers oder Pfändungs- und Überweisungsbeschluss über das Amtsgericht) zerstören gleichfalls Liquidität und Dispositionsbefugnis des Schuldners. Durch die Rechtsprechung soll der Schuldner möglichst frühzeitig gezwungen werden, einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies ist vor allem nicht für kleine Unternehmen sinnvoll, bei denen die Insolvenzkosten nicht im Verhältnis zum erforderlichen Aufwand einer insolvenzrechtlichen Sanierung stehen[38]).

Um dennoch nach der derzeitigen Rechtslage Zahlungen an den Gerichtsvollzieher durch den Schuldner insolvenzfest zu machen und um hiermit die Interessen des einzelzwangsvollstreckenden Gläubigers zu wahren, ist folgendes Vorgehen denkbar:

a) **Bargeld** des Schuldners wird in dessen Räumen auf Vorzeigen des Schuldners gesichtet und protokolliert, die Pfändung angedroht. Die sofort erfolgende freiwillige Zahlung des Schuldners erfolgt unter Pfändungsdruck und ist außerhalb des 3-Monats-Zeitraums anfechtungsfest.

b) **Scheckzahlung**: Der Schuldner stellt einen Scheck zugunsten des Gläubigers aus, den er gerade an den Gläubiger zur Zahlung übersenden will. Der Gerichtsvollzieher kann sich jedoch nicht sicher sein, dass der Schuldner diesen Scheck tatsächlich an den Gläubiger übersendet und pfändet den Scheck.

c) Der Gerichtsvollzieher erfährt bei der Befragung des Schuldners gemäß § 806 a ZPO, bei wem der Schuldner ein Bankkonto oder noch **Forderungen** an seine Kunden hat. Diese Angaben protokolliert er und droht dem Schuldner den Erlass eines vorläufigen Zahlungsverbots an. Daraufhin verspricht der Schuldner, noch am gleichen oder nächsten Tag die Vollstreckungsforderung an den Gerichtsvollzieher zu überweisen. Dieses Modell ist auch bei Teilzahlungen denkbar, da der Gerichtsvollzieher stets erneut die Beschlagnahme der Forderung gemäß § 845 ZPO androht .

Selbstverständlich müssen die Androhungen des Gerichtsvollziehers ernst gemeint sein und im Fall der Nichtzahlung auch von ihm gegenüber dem Schuldner umgesetzt werden. Für das Verfahren zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung besteht gleichermaßen die Möglichkeit zur Aussetzung gemäß § 900 Absatz 3 ZPO und zum insolvenzfesten Einzug, wenn werthaltige Forderungen des Schuldners bestehen, protokolliert wurden und die Vorpfändung angedroht wurde. Im Verhaftungsverfahren besteht die gleiche Gelegenheit, wenn der Gläubiger in seinem Auftragsschreiben Teilzahlungen zugelassen und die Vorpfändung gemäß § 845 ZPO beantragt hat. Sind pfändbare Vermögensgegenstände nicht bekannt, verbleibt es im Fall der (Teil-)Zahlung durch den Schuldner bei Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit bei der möglichen Konsequenz einer Vorsatzanfechtung. Selbstverständlich gibt es keine Gewähr dafür, wie Gerichte und schließlich der BGH zum Insolvenzanfechtungsrecht künftig entscheiden.

---

36) Vgl. z. B. *Janssen*, BB 2010, S. 467.

37) KG, Urteil vom 16. Oktober 2009 – 14 U 18/08 – ZIP 2010, S. 341.

38) Vgl. hierzu *Eidenmüller*, ZIP 2010, S. 649 (652)

Restschuldbefreiung in der Zwangsvollstreckung

Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 25. September 2008 – IX ZB 205/06, DGVZ 2009, S. 39

Von Professor Dr. Christoph G. Paulus, LL.M., Berlin*)

A. Das Problem

Es ist scheinbar so einfach: Die Abgrenzung zwischen „der Art und Weise der Zwangsvollstreckung", deren korrekter, gesetzlich vorgeschriebener Ablauf mit Hilfe der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO gewährleistet werden soll, und den „Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen", die die materielle Berechtigung des Eingriffs in das schuldnerische Vermögen über die eigenständige Klage des § 767 ZPO sicherstellen sollen. Auf einen diesen Schein der Klarheit und Simplizität noch verstärkenden Nenner gebracht, geht es bei der Erinnerung um die Wahrung des formalen Ablaufs – also um Formalien des Vollstreckungszugriffs – und bei der Gegenklage um die materielle Berechtigung zu einem derartigen Zwangszugriff.

Aber wie das mit solchen terminologischen Schubladenzuweisungen häufig so ist: Bei genauerem Hinsehen ruht die dadurch vermittelte Gewissheit auf schwankendem Boden[1]); es mag hier der Hinweis auf vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen und ihre Auslegung genügen[2]). Und vergleichbar wackelig ist der Grund in dem vom BGH jüngst verbeschiedenen Fall.

B. Der Fall

Der irgendwo in Sachsen als angestellter Rechtsanwalt seinem Broterwerb nachgehende Schuldner hat, wie dem Sachverhalt der Entscheidung zu entnehmen ist, seinen Wohnsitz in England. In Deutschland jedoch wird er zur Zahlung eines Geldbetrags verurteilt, auf Grund dessen der Gläubiger etwa ein halbes Jahr später einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss bezüglich des schuldnerischen Einkommens aus seiner Anwaltstätigkeit erhält. Zu diesem Zeitpunkt war allerdings schon seit mehreren Monaten das „Insolvenzverfahren" über das Vermögen des Schuldners in England eröffnet.

Gegen diese Pfändung wendet sich der Schuldner daher im Wege der Erinnerung. Er obsiegt damit vor dem Amtsgericht, verliert aber vor dem OLG. Die „Wartezeit" für den Gang nach Karlsruhe erhält dadurch eine besondere Note, dass der High Court of Justice of London genau währenddessen die Restschuldbefreiung des Schuldners per Entscheidung statuiert. Da der BGH diese Tatsachenänderung – zutreffend – als auch für seine Entscheidung maßgeblich erachtet, spitzt sich für dieses Gericht die Problematik auf die Frage zu, ob der vom Schuldner gegen die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung zu erhebende Einwand im Wege der Erinnerung oder mittels einer Vollstreckungsgegenklage zu erheben ist – ob es sich also, wie einleitend schon erwähnt, um einen formellen oder einen materiellen Einwand handelt, ob das eine Frage der Art und Weise der Vollstreckung ist oder ob der zu vollstreckende Anspruch selbst betroffen ist.

C. Die Lösung des BGH

Der BGH vertritt die Ansicht, dass es sich hierbei um einen gegen das materielle Recht gerichteten Einwand handele. Der Schuldner habe mithin den falschen Rechtsbehelf gewählt. Statt der Erinnerung sei die Abwehrklage zu wählen gewesen. Zur Begründung stellt der Senat im Wesentlichen darauf ab, dass die Vorlage der die Restschuldbefreiung begründenden Entscheidung – noch dazu, wo es sich im konkreten Fall um eine ausländische handele – nicht unter § 775 ZPO subsumierbar sei, auch nicht mit Hilfe einer Analogie. Es handele sich insbesondere nicht um eine vollstreckbare Entscheidung i. S. d. Nummer 1. Zur weiteren Untermauerung dieses Resultats verweist der BGH darauf, dass die mit Hilfe einer Restschuldbefreiung erreichte Umgestaltung der Forderung in eine unvollkommene, weil nicht mehr erzwingbare Verbindlichkeit (Naturalobligation) zu einem materiell-rechtlichen Einwand führe, der allein vom Prozessgericht verifiziert werden könne. Auch deshalb also sei die Klage nach § 767 ZPO der richtige Schutz für den Schuldner.

D. Überprüfung der Stimmigkeit

I. Internationale Implikationen

Bevor zu diesen Erwägungen Stellung genommen werden kann, ist eine Anmerkung zum Fall und seine Wiedergabe angezeigt. An ihm irritiert nämlich die weitgehende Ausblendung der Tatsache, dass die Zwangsvollstreckung während eines im Ausland laufenden Insolvenzverfahrens – der BGH erwähnt nicht einmal in einem Klammerzusatz die originale Verfahrensart: vermutlich handelte es sich um ein Bankruptcy proceeding[3]) – stattgefunden hat. Das ist zu Zeiten eines zunehmend auch im Insolvenzrecht auf der Grundlage der grosso modo gut funktionierenden EuInsVO kooperierenden Europas zumindest verwunderlich.

Es verhält sich nämlich dabei immerhin so, dass der nach Artikel 3 Absatz 1 EuInsVO auch bei Arbeitnehmern nicht notwendig[4]) mit dem Arbeitsort identische Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners offenbar in England ist. Denn dort wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Ob zu Recht oder Unrecht, ist vorbehaltlich eines (nur selten vorstellbaren) Verstoßes gegen den Ordre Public gemäß Artikel 26 EuInsVO allseits hinzunehmen[5]).

Gleichwohl vermittelt die Sachverhaltsschilderung des BGH den Eindruck, als sei die Durchführung einer Zwangsvollstreckung hierzulande auch nach einer Eröffnung des Insol-

---

*) Der Verfasser dieses Beitrags ist Ordinarius an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin und Direktor des Instituts für Interdisziplinäre Restrukturierung (iir) an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1) Siehe zuletzt etwa BGH, Beschluss vom 13. August 2009 – I ZB 91/08, DGVZ 2009, S. 203, zur Geltendmachung eines Vermieterpfandrechts mittels Erinnerung.

2) Siehe etwa *Salzmann* in: Wieczorek/Schütze, 3. Aufl. 1999, § 766 Rdnr. 17 mit 45 ff.; *Münzberg* in: Stein/Jonas, 22. Aufl. 2002, § 766 Rdnr. 22 ff. (ebendort, Rdnr. 29, zum Vorrang der Erinnerung, wenn materiell-rechtliche und vollstreckungsrechtliche Einwände parallel nebeneinander bestehen); *Lackmann* in: Musielak, 7. Aufl. 2009, § 766 Rdnr. 2.

3) Vgl. dazu Anhang A, sub United Kingdom, Spiegelstrich 5, der EuInsVO.

4) Siehe etwa *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. 2008, Artikel 3 Rdnr. 24.

5) Vgl. nur EuGH, Urteil vom 2. Mai 2006 – Rs C-341/04 (Eurofood), ZIP 2006, S. 907, 909 Tz. 42.

venzverfahrens in England die schiere Selbstverständlichkeit[6]) – und das, obwohl sich Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gemäß Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe f EuInsVO allein nach der lex concursus[7]), vorliegend also nach dem englischen Recht bemisst. Sofern es sich tatsächlich um eine Individualinsolvenz, also ein Bankruptcy i. S. d. Insolvency Act, handeln sollte, dürfte s. 285 IA einschlägig sein. Danach kommt es zwar nicht zu einer automatischen Unterbrechung, aber der (englische) Richter hat die Befugnis, jede Rechtsverfolgungsmaßnahme unter Einschluss von Vollstreckungen zu untersagen, egal wo sie gerade stattfinden[8]). Ob der englische Richter aber tatsächlich von dem Vollstreckungsversuch in Sachsen Kenntnis hatte bzw. ob er darüber informiert worden war, erfährt der Leser nicht.

Kurzum, der Sachverhalt wirft einige durchaus entscheidungsrelevante Fragen auf. Sofern nicht irgendetwas dabei missverständlich oder entstellend verkürzt berichtet ist, wird man um die (wohlwollend formulierte) Feststellung nicht umhin können, dass hier einiges ganz gründlich schiefgelaufen ist. Die mit der EuInsVO wie den anderen Verfahrensrechtsverordnungen (Brüssel-I, Brüssel-II, etc.) angestrebte comitas innerhalb Europas bedarf offenbar noch einer längeren Anlaufzeit, bis der Punkt erreicht ist, an dem die Kooperation zwischen den Gerichten zwischen den Mitgliedstaaten ebenso selbstverständlich ist wie die zwischen innerstaatlichen Gerichten.

II. Meinungsstand

1. Da sich der BGH dazu versteht, die neue Tatsache der Verfahrenseinstellung in England und der damit einhergehenden Restschuldbefreiung in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen, verändert sich für ihn in der Tat die Rechtslage. Nun ist nämlich kein laufendes Insolvenzverfahren mehr zu berücksichtigen, und es stellt sich erst jetzt die Frage nach der Wirkung der in England ausgesprochenen Restschuldbefreiung[9]) auf die Verteidigung des Schuldners im Inland. Der BGH kann sich in seiner zuvor mitgeteilten Begründung deswegen so kurz fassen, weil er sich auf die Seite der herrschenden Literatur schlägt[10]).

In den angegebenen Verweisungen finden sich zwar auch keine deutlich ausführlicheren Begründungen, doch spricht durchaus einiges für diese Ansicht. Denn die Erteilung der Restschuldbefreiung verändert in der Tat die materiell-rechtliche Qualität der Forderung, indem sie eine ehedem einklagbare und vollstreckbare Verbindlichkeit in eine unvollkommene, weil eben nicht mehr mit staatlicher Unterstützung einbringbare Forderung umwandelt. Darüber hinaus lässt sich mit Blick auf § 302 InsO vorbringen, dass die Abgrenzung von Forderungen, denen gegenüber die Restschuldbefreiung wirkt, von denen, bei denen das nicht der Fall ist, eine nicht immer ganz einfach zu beantwortende Frage des materiellen Rechts ist[11]).

2. Demgegenüber finden sich in der Literatur auch Stimmen, die sich für die Erinnerung nach § 766 ZPO einsetzen[12]). Zur Begründung weisen diese darauf hin, dass es sich bei der Entscheidung über die Restschuldbefreiung nach § 300 Absatz 1 InsO um eine „vollstreckungshindernde Entscheidung i. S. v. § 775 Nummer 1 ZPO“[13]) handele. Indem diese Ansicht also den verfahrensrechtlichen Vorgang betont, kommt sie zu dem der herrschenden Meinung entgegengesetzten Resultat; für sie ist der richtige Rechtsbehelf mithin die Vollstreckungserinnerung.

III. Eigene Ansicht

1. Wann immer zwei entgegengesetzte Meinungen aufeinanderstoßen, die sich dadurch unterscheiden, dass sie die jeweils andere Seite ein und derselben Medaille als die maßgebliche postulieren, hinterlässt jede der beiden Ansichten ein schales Gefühl, zumal wenn es dabei (wie regelmäßig) nicht um richtig oder falsch, sondern im Ergebnis recht eigentlich um die größere Praktikabiltät des Ergebnisses geht. Das wird besonders deutlich, wenn man die Ausgangsfrage des Falles bei gleichbleibendem Inhalt unterschiedlich formuliert: Man kann sie nämlich mit der Betonung auf die materielle Berechtigung des Gläubigers stellen – ist der Gläubiger einer unvollkommenen Verbindlichkeit zur zwangsweisen Befriedigung berechtigt? – oder aber mit der Berechtigung zum Zugriff auf ein Vermögen, das dem Gläubigerzugriff nicht haftet – darf der Gläubiger auf nicht haftendes Vermögen zugreifen?

Letzteres steht ja in der Tat (auch[14])) zur Debatte, wenn sich der Schuldner auf seine Restschuldbefreiung beruft. So gesehen, drängt sich die Vollstreckungserinnerung allerdings als vorzugswürdiger Rechtsbehelf geradezu auf. Ist er doch einschlägig, wenn es um die Beachtung der Unpfändbarkeitsvorschriften geht, wenn die Zwangsvollstreckung in Unkenntnis der Einstellung nach § 775 ZPO weiter betrieben wird[15]),

---

6) Auf ein bereits eingeleitetes Zwangsvollstreckungsverfahren findet § 240 ZPO keine Anwendung, BGH, Urteil vom 28. März 2007 – VII ZB 25/05, ZIP 2007, S. 983; ob das allerdings auch für Rechtsbehelfsverfahren wie Erinnerung oder Abwehrklage zu gelten hat, erscheint mir unbeschadet dieser überall wiedergegebenen Aussage in ihrer Pauschalität fragwürdig, geht es doch um die prozessbezogene Absicherung des in § 89 InsO enthaltenen Gebotes.

7) Siehe etwa *Henckel-Eckardt*, § 89 Rdnr. 36; *Paulus*, a. a. O., Artikel 4 Rdnr. 27; Eyber, Auslandsinsolvenz und Inlandsrechtsstreit, ZInsO 2009, S. 1225, 1227.

8) Vgl. hierzu nur *Rugullis*, Litispendenz im Europäischen Insolvenzrecht, 2002, S. 140.

9) Dass sie überhaupt im Inland Wirkung entfaltet, ergibt sich aus Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe k EuInsVO. Der BGH hatte sich aber schon vor Erlass dieser Verordnung gegenüber im Ausland erlangten Restschuldbefreiungen aufgeschlossen gezeigt, vgl. etwa BGH, Urteil vom 27. Mai 1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, S. 373 = ZEuP 1994, S. 301 mit Anmerkung *Paulus*; weitere Nachweise etwa bei *Ehricke* in: MüKo-InsO, 2. Aufl. 2008, Vorbemerkung vor §§ 286 bis 303 Rdnr. 105.

10) Siehe zusätzlich zu den Angaben in der Entscheidung jetzt auch *Kolbe*, Deliktische Forderungen und Restschuldbefreiung, 2008, S. 250 f. (der freilich die Möglichkeit des § 766 ZPO offenbar nicht ausgeschlossen haben will); *Lackmann* in: Musielak, 7. Aufl. 2009, § 767 Rdnr. 25 (s. v. Insolvenz).

11) In dieser Richtung argumentierend etwa *Stephan* in: MüKo-InsO, 2. Aufl. 2008, § 301 Rdnr. 20.

12) Vornehmlich *Ahrens* in: Frankfurter Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 301 Rdnr. 12; ferner *Vallender*, Das Schicksal nicht berücksichtigter Forderungen im Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, ZIP 2000, S. 1288, 1290. Nicht mehr dagegen *Streck* in: HambKomm, 3. Aufl. 2009, § 301 Rdnr. 10.

13) Es ließe sich darüber hinaus gerade im Hinblick auf Artikel 57 EuGVVO durchaus erwägen, ob nicht auch (oder gar eher) die Nummer 4 herangezogen werden kann, nachdem sie etwa auch Erlassverträge mitumfasst, vgl. *Noack*, Die vorläufige Einstellung und die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung gemäß § 775 Ziffern 4 und 5, DGVZ 1976, S. 149, 150.

14) Vgl. *Lackmann* in: Musielak, 7. Aufl. 2009, § 766 Rdnr. 9: Er hält eine alternative Einlegung der Rechtsbehelfe für möglich, wenn sowohl materiell-rechtliche wie formale Einwände möglich sind.

15) BGH, Urteil vom 27. Juni 1957 – III ZR 51/56, BGHZ 25, S. 60, 65; KG, Beschluss vom 1. Juli 1965 – 1 W 1540.65, DGVZ 1966, S. 103.

wenn der Einwand des § 89[16]) bzw. des § 294[17]) InsO vorgetragen wird, oder wenn das Vollstreckungsorgan Handlungen vornimmt, die gegen das Verbot des § 888 Absatz 3 ZPO verstoßen[18]). Und § 148 Absatz 2 Satz 2 InsO schließlich deklariert die Erinnerung nach § 766 ZPO ausdrücklich zum maßgeblichen Rechtsbehelf.

Insbesondere der Vergleich mit den §§ 89 und 294 InsO ist aufschlussreich, weil auch dabei ein Insolvenzgläubiger vom Zugriff auf das schuldnerische Vermögen abgehalten werden soll. Allerdings könnte man gegen diese Parallelisierung einwenden wollen, dass § 89 Absatz 1 InsO das Vollstreckungsverbot auf sämtliche Eingriffe „in die Insolvenzmasse (wie) in das sonstige Vermögen des Schuldners" erstreckt. Durch dieses auch für § 294 InsO maßgebliche pauschale Verbot sind schwierige Abgrenzungsfragen nach dem Umfang der Haftungsmasse, vgl. §§ 35 und 36 InsO, unterbunden, so dass die Korrektur der Erinnerung überlassen bleiben kann. Demgegenüber wirkt die gemäß § 300 InsO erteilte Restschuldbefreiung bekanntlich nicht in vergleichbarer Pauschalität; vielmehr nimmt § 302 InsO einige Forderungskategorien von der Befreiung aus und gestattet ihnen mithin weiterhin den (auch) zwangsweisen Zugriff auf das schuldnerische Vermögen. Darin liegt eine Komplikation, vor der die §§ 89 und 294 InsO gerade bewahren, die infolgedessen den Ausschluss der Vollstreckungserinnerung gerechtfertigt erscheinen lassen könnte. Denn rechtliche Komplikationen sollten tunlichst dem Erkenntnisrichter und mithin der Abwehrklage überantwortet werden. Allerdings spielen von den vom Vollstreckungsverbot nach § 302 InsO ausgenommenen Forderungen die deliktischen in der Praxis die dominierende Rolle. Die ohnedies nur zur nachrangigen Befriedigung berechtigten Forderungen auf Geldstrafen und gleichgestellten Verbindlichkeiten (Nummer 2) sowie die Darlehensforderungen nach der Nummer 3 kommen rechtstatsächlich so gut wie nicht vor; da überdies die in Nummer 2 adressierten Forderungen auf Geldstrafen wegen ihrer Nachrangigkeit regelmäßig nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen, vgl. § 174 Absatz 3 InsO[19]), kommt eine Vollstreckung nach Erteilung der Restschuldbefreiung nur dann in Betracht, wenn der Gläubiger schon zuvor einen vollstreckbaren Titel erlangt haben sollte.

In Anbetracht dieses Befundes löst sich die soeben angesprochene Komplikation weitgehend auf. Nachdem nämlich die (wohl) herrschende Meinung[20]) für eine Vollstreckung wegen einer deliktischen Forderung verlangt, dass der zum Vollstreckungstitel erhobene Tabellenauszug eben diese, gemäß den §§ 174 Absatz 2, 175 Absatz 2 InsO bereits zur Anmeldung erforderliche Information über den Rechtsgrund erhält, ist diese einzig praxisrelevante Ausnahme von dem allgemeinen Vollstreckungsverbot bereits in der vollstreckbaren Ausfertigung als eine solche dokumentiert. Schwierige rechtliche Abgrenzungsfragen sind damit nicht verbunden. Sie könnten sich allenfalls im Zusammenhang mit den zuvor erwähnten Alt-Titeln ergeben, mittels derer Geldstrafen und gleichgestellte Forderungen i. S. d. § 302 Nummer 2 InsO eingetrieben werden sollen.

Ob diese eine, doch eher marginale Ausnahmekategorie den Aufwand rechtfertigt, ein eigenständiges Prozessverfahren anstrengen zu müssen, damit der Schuldner die ihm erteilte Restschuldbefreiung einem Vollstreckungsangriff seines Gläubigers entgegenhalten kann, erscheint freilich zweifelhaft. Mit dieser Überlegung ist denn auch das angesichts der wenig ergiebigen terminologischen Einordnung vorzugswürdige Abgrenzungskriterium benannt: Es ist die Relation zwischen Aufwand und Notwendigkeit, die besser als die letzten Endes doch meist etwas willkürlichen Einordnungen als materiell-rechtlich oder formal-rechtlich darüber entscheiden sollte, welcher Rechtsbehelf im Einzelfall vorzugswürdig ist. Handelt es sich um einfache, leicht abgrenzbare Problembereiche, sollte das einfachere Verfahren der Vollstreckungserinnerung den Vorzug erhalten – und sei es der bloßen Prozessökonomie wegen.

2. Das bis hierher erzielte Ergebnis, nämlich die Vorzugswürdigkeit der Erinnerung, lässt sich noch mit einer weiteren Überlegung erhärten: Wenn bei vergleichbarem Sachverhalt nicht ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zur Debatte steht, sondern etwa die Pfändung einer beweglichen Sache – wenn also statt des Vollstreckungsgerichts der Gerichtsvollzieher die Pfändung durchführt, dann erfolgt der Zugriff auf das schuldnerische Vermögen nicht in Gestalt einer distanzierten Beschlussfassung bezüglich eines ohnedies nur in der Virtualität existierenden Vermögensgegenstandes[21]), sondern regelmäßig im Beisein des Schuldners. Zumindest jedoch wird der Schuldner vorab von dem Erscheinen des Vollstreckungsorgans unterrichtet sein. Damit ist dem Schuldner aber hinreichend Gelegenheit geboten, den ihm zustehenden Einwand der Restschuldbefreiung dem Gerichtsvollzieher gegenüber vorzutragen. Ist das geschehen, dürfte unbezweifelbar sein, dass der Vollstreckungsbeamte diesen Einwand zu beachten hat; ist ihm doch sogar im Rahmen einer bereits erhobenen Erinnerung bis zu einem gewissen Grad eine eigene Abhilfebefugnis[22]) eingeräumt. Unter diesen Bedingungen den Schuldner auf den Klageweg nach § 767 ZPO verweisen zu wollen – wie es in der Konsequenz der Entscheidung des BGH liegt –, heißt mit Kanonen auf Spatzen zu schießen.

3. Freilich ist mit dem voranstehend erarbeiteten Ergebnis, dass nämlich die Erinnerung der vorzugswürdige Rechtsbehelf ist, die Problematik des vom BGH verbeschiedenen Ausgangsfalls noch nicht völlig ausgeschöpft. Denn die bisherigen Überlegungen beschränken sich auf rein nationale Fallkonstellationen, während dort die Bescheinigung eines ausländischen Gerichts vorlag, dergemäß die Restschuldbefreiung sich nach dem Recht eben jenes Auslands richtet. Wie schon erwähnt, ist im Bereich der Mitgliedstaaten der EuInsVO Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe k dafür verantwortlich, dass eine Restschuldbefreiung in dieser Region all diejenigen Wirkungen (aber eben auch nur diejenigen) entfaltet, die der betreffende Mitgliedstaat gerade ihrer Restschuldbefreiung beimisst. Es bedarf keiner wirklichen Hervorhebung, dass

16) RGZ 29, S. 79, 81 f.; BGH, Urteil vom 24. Oktober 1957 – VII ZR 429/56, BGHZ 25, S. 395, 400; *Salzmann* in: Wieczorek/Schütze, ZPO 3. Aufl. 1999, § 766 Rdnr. 43; Rosenberg/Gaul/*Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 37 Absatz 3 Satz 2, S. 579. Siehe ferner LG Kiel, Beschluss vom 15. Februar 2007 – 4 T 12/07, ZInsO 2007, S. 1360 mit Anmerkung *Mankowski*, ebenda, S. 1324 ff.

17) LG Köln, Beschluss vom 14. August 2003 – 19 T 92/03, NZI 2003, S. 669; HK-*Landfermann*, 5. Aufl. 2008, § 294 Rdnr. 8; Kolbe, a. a. O., S. 256.

18) *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl. 2002, § 888 Rdnr. 49.

19) *Stephan* in: MüKo-InsO, 2. Aufl. 2008, § 302 Rdnrn. 30 und 32.

20) Siehe etwa *Stephan* in: MüKo-InsO, 2. Aufl. 2008, § 302 Rdnr. 31; *Ahrens* in: Frankfurter Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 301 Rdnr. 19; *Kolbe*, a. a. O., S. 150.

21) Dazu, dass eine Forderung genauso wie etwa das Eigentum oder eine juristische Person rein virtuelle, weil lediglich in der Vorstellung der Juristen existierende Gegenstände sind, *Paulus*, Verbindungslinien zwischen altem und neuem Recht, FS Mayer-Maly, 2002, S. 563, 568 f.

22) Siehe nur *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl. 2008, § 766 Rdnr. 20.

eine Regelung wie die der §§ 300 und 302 InsO keineswegs zwingend andernorts aufzufinden sein dürfte. Vielmehr steht zu vermuten, dass auch in diesem Regelungsbereich erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten existieren[23]).

Noch größere Divergenzen dürfte es freilich dann noch geben, wenn es um Restschuldbefreiungen geht, die außerhalb der Mitgliedstaaten der EuInsVO, also weltweit, erteilt worden sind. Auch sie sind im Inland über § 343 Absatz 2 InsO grundsätzlich anerkennungsfähig[24]), und auch sie werfen Fragen auf, für die das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren in § 293 ZPO eine eigene Ermittlungsart zugewiesen erhalten hat. Infolgedessen wird man pauschal bei derartigen grenzüberschreitend eingeräumten Restschuldbefreiungen sagen müssen, dass es bei ihnen – allein schon wegen der Schwierigkeit der Ermittlung ausländischen Rechts – angemessen ist, den entsprechenden Einwand des Schuldners durch ein eigenes Erkenntnisverfahren überprüfen zu lassen. Hier also – und nur hier – ist die Vollstreckungsabwehrklage der richtige Rechtsbehelf gegen den Zugriff eines Gläubigers.

23) Soweit ersichtlich, fehlt bislang eine umfassende Synopse über die je verschiedenen Insolvenzwirkungen in jedem der Mitgliedstaaten.

24) Siehe nur *Kemper/Paulus* in: Kübler/Prütting/Bork, § 343 Rdnr. 24; *Vallender*, Wirkungen und Anerkennung einer im Ausland erteilten Restschuldbefreiung, ZInsO 2009, S. 616.

E. Resultat

Als Ergebnis ergibt sich mithin aus dem Voranstehenden, dass der Einwand des Schuldners, ihm sei Restschuldbefreiung gewährt, immer dann im Wege der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO vorzutragen ist, wenn es sich dabei um die Entscheidung eines deutschen Gerichts gemäß § 300 InsO handelt. Beruht die Restschuldbefreiung jedoch auf einer ausländischen Entscheidung, ist wegen der Ermittlungsschwierigkeiten hinsichtlich Anerkennungsfähigkeit und Umfang dieser Befreiung die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO der richtige Rechtsbehelf.

Durchsetzbarkeit von Inkassokosten nach der Neuregelung des Rechtsberatungsrechts

Zugleich Besprechung zum Beitrag von Prof. Dr. Curt Wolfgang Hergenröder: „Rechts- und Vollstreckungsschutz bei ‚angeschwollenen' Bagatellforderungen", DGVZ 2009, S. 49 ff.

Von Dr. Thomas Wedel, Rechtsanwalt, Oberasbach

Hergenröder hat in seinem Aufsatz zutreffend darauf hingewiesen, dass die neue Rechtslage seit dem 1. Juli 2008 durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts (das als Kernregelung das neue Rechtsdienstleistungsgesetz enthält) auch Auswirkungen auf die Frage der Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten hat[1]).

Bis zum 30. Juni 2008 war es herrschende Meinung in der OLG-Rechtsprechung, dass die Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten nur dann zu verneinen ist, wenn der Schuldner erkennbar zahlungsunfähig bzw. zahlungsunwillig ist, da in einem solchen Fall die Notwendigkeit, später doch einen Rechtsanwalt beauftragen zu müssen, vorhersehbar ist[2]).

Auch der BGH hat in zwei Entscheidungen (Urteil vom 29. Juni 2005 = NJW 2005, S. 2991 sowie Urteil vom 24. Mai 1967, Az. VIII ZR 278/64) zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten dahingehend argumentiert, dass ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Absatz 2 BGB nur dann gegeben sei, wenn der Gläubiger nach dem Verhalten des Schuldners damit rechnen musste, dass er in jedem Fall den Klageweg werde beschreiten müssen[3]).

Nachdem durch die Neuregelung des Rechtsberatungsrechts die Befugnisse der Inkassounternehmen zum 1. Juli 2008 erheblich erweitert wurden (sie dürfen jetzt auch Forderungen im gerichtlichen Mahnverfahren titulieren lassen und es steht ihnen auch das gesamte Spektrum der Mobiliarzwangsvollstreckung offen), ist jetzt die spätere Einschaltung eines Rechtsanwalts nur noch dann erforderlich, wenn es infolge Widerspruchs oder Einspruchs im gerichtlichen Mahnverfahren zum streitigen gerichtlichen Erkenntnisverfahren kommt.

Damit liegt in Anlehnung an die bisherige herrschende Rechtsprechung ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des § 254 BGB nur noch dann vor, wenn der Gläubiger zum Zeitpunkt der Auftragserteilung an das Inkassounternehmen aufgrund ernsthafter sachlicher Einwendungen des Schuldners davon ausgehen musste, dass er die Forderung nur im streitigen zivilprozessualen Erkenntnisverfahren werde durchsetzen können.

Auf eine erkennbare Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungsunwilligkeit kommt es jetzt nicht mehr an. Wenn keine ernsthaften Einwendungen des Schuldners vorliegen, kann jedenfalls erwartet werden, dass dem Inkassounternehmen die Titulierung der Forderung im gerichtlichen Mahnverfahren gelingen wird[4]).

Seit dem 1. Juli 2008 muss man demgemäß als Gläubiger jedenfalls nicht mehr so leicht „damit rechnen" (BGH!), dass man „in jedem Fall den Klageweg werde beschreiten müssen" (BGH!).

1) DGVZ 2009, S. 52; vgl. auch *Goebel*, Inkassokosten, 2008, S. 169 ff.; *Salten*, ZRP 2007, S. 90.

2) Vgl. z. B. Thüringer OLG, OLG-NL 1994, S. 107; OLG Frankfurt NJW-RR 1990, S. 729 sowie *Wedel*, JurBüro 2006, S. 180 und *Goebel*, a. a. O. S. 166 jeweils m. w. N.. *Hergenröders* Aussage auf S. 52, dass, wenn die Einschaltung eines Inkassobüros keinen Erfolg hat, nach „wohl herrschender Ansicht" auch nur die Anwaltskosten erstattungsfähig seien, ist also nicht zutreffend.

3) Diesbezüglich ist nicht ganz nachvollziehbar, dass *Hergenröder* auf S. 53 ausführt, dass sich der BGH bisher nicht abschließend zu der Frage der Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten geäußert habe und die beiden BGH-Urteile mit keinem Wort erwähnt. Zu den BGH-Urteilen vgl. auch ausführlich *Goebel*, a. a. O., S. 131 und 132.

4) Und auch die anschließende Durchsetzung im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung (oder aber es begleicht dann eine dem Schuldner nahe stehende Person die Forderung). Vgl. dazu auch ausführlich *Goebel*, a. a. O., S. 124 ff., 169 ff., 257).

Zur Höhe der erstattungsfähigen Inkassokosten:

Laut *Hergenröder*, S. 51, 52 mit weiteren Nachweisen bilden nach überwiegender Meinung die Sätze des RVG die Obergrenze, da nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten erstattungsfähig sind. Ähnlich hat jetzt auch ganz aktuell das OLG Stuttgart in einem Urteil vom 8. Dezember 2009, Az. 6 U 99/09, argumentiert: Erstattungsfähig ist die 1,3-Regelgebühr nebst der Auslagenpauschale, da die Sätze des RVG die Obergrenze für die Erstattungsfähigkeit darstellen.

Nachdem die meisten Inkassounternehmen Inkassokosten in Höhe einer 1,3- bis 1,5-RVG-Gebühr verlangen und auch viele Gerichte in jüngster Zeit Inkassokosten in Höhe einer 1,3- bzw. 1,5-RVG-Gebühr zuerkannt haben[5]), kann man dies wohl auch als die zutreffende Größenordnung für die Üblichkeit von Inkassokosten bezeichnen. Darauf, dass die Üblichkeit der richtige Maßstab ist (so auch *Jenisch*, ZVI 2003, S. 441), habe ich bereits in JurBüro 1999, S. 173 hingewiesen. Dies gilt nach der Erweiterung der Befugnisse der Inkassounternehmen umso mehr. Da auch die Plausibilitätsgrenze der Mahngerichte für Inkassokosten, an der sich natürlich auch viele Inkassounternehmen orientieren, bei einer 1,5-RVG-Gebühr zuzüglich Auslagenpauschale und Mehrwertsteuer liegt, sollten Inkassokosten bis zur Höhe einer 1,5-RVG-Gebühr als erstattungsfähig angesehen werden, zumal Inkassounternehmen auch meist einen größeren Aufwand betreiben als Rechtsanwälte (z. B. Telefoninkasso, Informationsermittlung).

Zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten bei Gering- bzw. Bagatellforderungen[6]) hat sich z. B. das OLG Nürnberg (DB 1973, S. 962) wie folgt geäußert: Die Erstattungspflicht bezüglich Inkassokosten ist bei Bagatellforderungen uneingeschränkt zu bejahen, da diese geringfügigen Beträge eine Massenbehandlung bedingen und daher zweckmäßiger, wirtschaftlicher und mit besserem Erfolg von einem Inkassobüro statt von einem Anwalt eingetrieben werden können. *Seitz*, Inkasso-Handbuch, 3. Aufl. 2000, S. 365, hat unter Berufung auf *Stahrenberg*, Effektivität des externen Inkassos, 1993, zutreffend ausgeführt, dass, je geringer die Forderung, desto höher die Erfolgsquote der Inkassounternehmen ist, so dass gerade bei geringer Forderungshöhe gilt, dass der Gläubiger nicht so leicht „damit rechnen muss, dass er in jedem Fall den Klageweg werde beschreiten müssen[7])."

Zur Problematik Inkassokosten im gerichtlichen Mahnverfahren liefert *Hergenröder* auf S. 57 eine zutreffende Darstellung der herrschenden Meinung: Monierung bzw. Zurückweisung ist nur dann möglich, wenn geltend gemachte Inkassokosten offensichtlich überhöht sind, was erst bei einer Überschreitung einer 1,5-RVG-Gebühr der Fall ist[8]).

Der von *Hergenröder* auf S. 58 ff. diskutierte Weg einer Durchbrechung der Rechtskraft eines Vollstreckungsbescheids über § 826 BGB kann in Bezug auf Inkassokosten frühestens dann in Betracht kommen, wenn Inkassokosten entsprechend 3,0 RVG-Gebühren, also dem Doppelten der üblichen Inkassokosten, geltend gemacht werden[9]). *Hergenröder* ist schließlich zuzustimmen, wenn er abschließend auf S. 62 klare materiell-rechtliche Vorgaben des Gesetzgebers in Bezug auf die Höhe von Inkassokosten fordert[10]).

---

5) Vgl. z. B. die Nachweise bei *Goebel*, a. a. O., S. 151, 152 und aus der neueren Rechtsprechung z. B. AG Pfaffenhofen, Urteil vom 8. Mai 2008, Az. 1 C 161/08; AG Osnabrück, Urteil vom 30. Mai 2008, Az. 31 C 506/07 (jeweils 1,5) sowie o. g. Urteil des OLG Stuttgart vom 8. Dezember 2009 (1,3).

6) Diesbezüglich werden meist Wertgrenzen von 200,– Euro (so z. B. Verbraucherzentrale NRW) bis 600,– Euro (unter Hinweis auf § 495 a ZPO) genannt. Für Gläubiger von Geringforderungen besteht im Übrigen seit Kurzem die durchaus interessante Möglichkeit der Inanspruchnahme des Forderungsportals reduzio. Dessen Konzept: Vermittlung von Forderungsmandaten (insbesondere Geringforderungen) postleitzahlenbezogen in die Nähe des Schuldners (www.reduzio.de).

7) Sogar laut dem im Jahre 2005 von der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen herausgegebenen Leitfaden Inkassokosten, S. 62, wird man bei Bagatellforderungen den Gläubiger nicht auf die Beauftragung eines Rechtsanwalts verweisen können, so dass die Inkassokosten zu erstatten seien.

8) Vgl. z. B. AG Stuttgart mit Anmerkung *Wedel*, JurBüro 2006, S. 94, 95.

9) Vgl. auch *Seitz*, a. a. O., S. 448 bis 453, insbesondere S. 452 sowie *Palandt*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 138 Rdnr. 67: Auffälliges Missverhältnis erst bei Überschreiten von mindestens 100 Prozent, „Grenze des Doppelten".

10) Vgl. auch *Salten*, NJW-Beilage zu Heft 27/2008, S. 60, 61.

RECHTSPRECHUNG

§ 133 Absatz 1 InsO

1. **Eine Vorsatzanfechtung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Schuldner zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung noch keine Gläubiger hatte.*)**
2. **Tatsachen, aus denen die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Vorsatzanfechtung gefolgert werden können, begründen keine Vermutung, sondern stellen nur mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen dar.*)**

BGH, Urt. v. 13. 8. 2009
– IX ZR 159/06 –

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 15. Januar 2003 am 1. März 2003 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der S. GmbH (künftig: Schuldnerin). Diese war Mitglied der beklagten Berufsgenossenschaft. Laut Beitragsbescheid der Beklagten vom 23. April 2002 für das Kalenderjahr 2001 belief sich die Beitragsschuld der Schuldnerin am 31. März 2002 auf 82 147,17 Euro. In diesem Betrag waren Säumniszuschläge für 2001 in Höhe von 2 640,31 Euro enthalten. Die Beklagte setzte drei Vorschusszahlungen für 2002 in Höhe von jeweils 28 850,– Euro fest. Der erste Vorschuss war im Betrag von 82 147,17 Euro enthalten, der zweite war am 15. August 2002 fällig, der dritte am 15. November 2002. Die Schuldnerin zahlte am 29. April 12 000,– Euro, am 6. Mai, am 3. Juni und am 1. Juli 2002 jeweils 6 000,– Euro. Am 30. Juli 2002 ließ die Beklagte den Beitragsbescheid vom 23. April mit dem aktuellen Rückstand von 52 147,17 Euro zur Zwangsvollstreckung ausfertigen. Am 10. September 2002 wurde der Vertreter der Schuldnerin von der zwischenzeitlich beauftragten Gerichtsvollzieherin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung auf den 25. September 2002 geladen. Daraufhin zahlte die Schuldnerin an die Gerichtsvollzieherin

*) amtlicher Leitsatz

12 500,– Euro. Von diesem Betrag wurden 10 000,– Euro an die Beklagte weitergeleitet. Am 9. Oktober zahlte die Schuldnerin weitere Beträge in Höhe von 12 488,90 Euro und 12 463,40 Euro, insgesamt somit 64 952,30 Euro. Diesen Betrag fordert der Kläger von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzanfechtung (§ 133 Absatz 1 InsO) zurück. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Rückzahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil in ZInsO 2007, S. 219 veröffentlicht ist, hat ausgeführt: Es könne nicht geprüft werden, ob die Schuldnerin mit dem Vorsatz gehandelt habe, ihre Gläubiger zu benachteiligen, weil der Kläger keine konkreten Tatsachen dazu vorgetragen habe, dass zum Zeitpunkt jeder angefochtenen Rechtshandlung andere Gläubiger vorhanden gewesen seien, deren Forderungen durch die Zahlungen an die Beklagte nicht mehr hätten vollständig befriedigt werden können. Auch könne nicht festgestellt werden, dass die Beklagte zur Zeit der Zahlungen einen Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin gekannt habe. Die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO, wonach diese Kenntnis vermutet wird, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte, lägen nicht vor. Das Bestehen der Beitragsrückstände und die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen reichten nicht aus, um eine Kenntnis der Beklagten von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin nachzuweisen. Es könne unterschiedliche Gründe dafür geben, dass Zahlungen erst nach Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen erfolgten, zumal die Nichtabführung der Beiträge an die Beklagte nicht strafbewehrt sei. Die schleppende Zahlung an die Beklagte könne darauf beruht haben, dass andere Gläubiger bevorzugt befriedigt worden seien. Auch eine Kenntnis der Beklagten von der Benachteiligung anderer Gläubiger sei nicht dargetan oder gar erwiesen.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts setzt weder die Feststellung der für einen Anspruch nach § 143 Absatz 1, § 133 Absatz 1 InsO erforderlichen objektiven Gläubigerbenachteiligung noch des darauf gerichteten Vorsatzes des Schuldners voraus, dass zum Zeitpunkt jeder angefochtenen Rechtshandlung andere Gläubiger vorhanden waren, deren Forderungen durch die Zahlungen an die Beklagte nicht mehr vollständig befriedigt werden konnten. Im Falle der Vorsatzanfechtung nach § 133 Absatz 1 InsO genügt eine mittelbare, erst künftig eintretende Gläubigerbenachteiligung. Für den auf eine solche Benachteiligung gerichteten Vorsatz des Schuldners ist es daher unerheblich, ob er sich gegen alle oder nur einzelne, gegen bestimmte oder unbestimmte, gegen schon vorhandene oder nur mögliche künftige Gläubiger richtet. Eine Anfechtung nach § 133 Absatz 1 InsO ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung noch gar keine Gläubiger hatte (zu § 3 AnfG: RGZ 26, S. 11, 13; BGH, Urteil vom 28. September 1964 – VIII ZR 21/61, WM 1964, S. 1166, 1167; Urteil vom 7. Mai 1987 – IX ZR 51/86, WM 1987, S. 881, 882; zu § 37 KO: BGH, Urteil vom 11. November 1954 – IV ZR 64/54, WM 1955, S. 407, 412; zu § 133 InsO: OLG Dresden ZInsO 2007, S. 497, 499; MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, 2. Aufl. § 133 Rdnr. 16; Jaeger/*Henckel*, InsO § 133 Rdnr. 45; HK-InsO/*Kreft*, 5. Aufl. § 133 Rdnr. 10; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO 12. Aufl. § 133 Rdnr. 24; HmbKomm-InsO/*Rogge*, 3. Aufl. § 133 Rdnr. 14; FK-InsO/*Dauernheim*, 5. Aufl. § 133 Rdnr. 10). Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Hauptbegründung können die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 InsO daher nicht verneint werden.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird auch nicht von der Hilfsbegründung getragen, es sei weder nachgewiesen noch gemäß § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO zu vermuten, dass die Beklagte einen Vorsatz der Schuldnerin zur Benachteiligung ihrer Gläubiger gekannt habe.

a) Eine Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung der Gläubiger nach § 133 Absatz 1 InsO setzt voraus, dass der Anfechtungsgegner zur Zeit der angefochtenen Handlung den Vorsatz des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, kannte. Diese Kenntnis wird nach § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO vermutet, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die jeweilige Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung können – weil es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt – meist nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden. Soweit dabei Rechtsbegriffe wie die Zahlungsunfähigkeit betroffen sind, muss deren Kenntnis außerdem oft aus der Kenntnis von Anknüpfungstatsachen erschlossen werden. Der Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit steht auch im Rahmen des § 133 Absatz 1 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen (BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 – IX ZR 97/06, ZIP 2007, S. 1511, 1513 Rdnr. 25; Urteil vom 20. November 2008 – IX ZR 188/07, ZIP 2009, S. 189, 190 Rdnr. 10 m. w. N.). Es genügt daher, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt (BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 – IX ZR 62/08, ZIP 2009, S. 526, 527 Rdnr. 13 m. w. N., z. V. b. in BGHZ). Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass solche Tatsachen nur mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen darstellen, die eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich machen und nicht schematisch im Sinne einer vom anderen Teil zu widerlegenden Vermutung angewandt werden dürfen. Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung hat der Tatrichter gemäß § 286 ZPO unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen (BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 – IX ZR 235/03, ZIP 2007, S. 2084, 2087 Rdnr. 21; vgl. *Fischer,* NZI 2008, S. 588, 593; *Schoppmeyer*, ZIP 2009, S. 600, 605; *Ganter*, WM 2009, S. 1441, 1443). Soweit frühere Entscheidungen des Senats anders verstanden werden könnten, wird daran nicht festgehalten.

b) Das Berufungsgericht hat eine Kenntnis der Beklagten von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin trotz des Bestehens der Beitragsrückstände und der Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalles als nicht nachgewiesen erachtet. Diese Würdigung lässt wesentliche Gesichtspunkte außer Acht.

aa) Zahlungsunfähig im Sinne von § 17 InsO ist regelmäßig, wer nicht innerhalb von drei Wochen mehr als 90 Prozent

seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten erfüllen kann (BGHZ 163, S. 134 ff.). Zahlungsunfähigkeit droht, wenn eine solche Liquiditätslücke unter Berücksichtigung der bestehenden, aber erst künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten und der im entsprechenden Zeitraum verfügbaren Zahlungsmittel voraussichtlich eintreten wird. Ein einzelner Gläubiger, der von seinem Schuldner Leistungen erhält, wird die zur Beurteilung dieser Voraussetzungen notwendigen Tatsachen meist nicht kennen, weil es ihm an dem erforderlichen Gesamtüberblick fehlt. Er kennt in der Regel nur seine eigenen Forderungen und das auf diese Forderungen bezogene Zahlungsverhalten des Schuldners. Zahlungsunfähigkeit ist jedoch in der Regel auch dann anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (§ 17 Absatz 2 Satz 2 InsO), das heißt wenn ein Verhalten des Schuldners nach außen hervorgetreten ist, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Kenntnis des Gläubigers von drohender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und von einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO in der Regel anzunehmen, wenn die Verbindlichkeiten des Schuldners bei dem späteren Anfechtungsgegner über einen längeren Zeitraum hinweg ständig in beträchtlichem Umfang nicht ausgeglichen werden und diesem den Umständen nach bewusst ist, dass es noch weitere Gläubiger mit ungedeckten Ansprüchen gibt (BGH, Urteil vom 24. Mai 2007, a. a. O., Rdnr. 24 m. w. N.). Diese Formulierung ist allerdings nicht dahin zu verstehen, dass in einem solchen Fall eine entsprechende Kenntnis – widerleglich – vermutet wird. Es handelt sich vielmehr ebenfalls nur um ein Beweisanzeichen im Sinne eines Erfahrungssatzes. Soweit es um die Kenntnis des Gläubigers von einer zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geht, muss deshalb darauf abgestellt werden, ob sich die schleppende, möglicherweise erst unter dem Druck einer angedrohten Zwangsvollstreckung erfolgende oder auch ganz ausbleibende Tilgung der Forderung des Gläubigers bei einer Gesamtbetrachtung der ihm bekannten Umstände, insbesondere der Art der Forderung, der Person des Schuldners und des Zuschnitts seines Geschäftsbetriebs als ausreichendes Indiz für eine solche Kenntnis darstellt (*Ganter*, WM 2009, S. 1441, 1445).

bb) Das Berufungsgericht hat die bestehenden Beitragsrückstände und die Tatsache, dass Zahlungen der Schuldnerin zunehmend nur unter dem Eindruck der bevorstehenden Zwangsvollstreckung erfolgten, als Gesichtspunkte bewertet, die für eine zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin sprachen. Seine Ausführungen lassen jedoch nicht erkennen, warum dies nicht auch für die Beklagte deutlich gewesen ist. Der Beitragsbescheid vom 23. April 2002 enthielt Säumniszuschläge für das Jahr 2001 in Höhe von 2 640,31 Euro. Demnach muss es bereits im Jahr 2001 zu beträchtlichen Rückständen gekommen sein. Nach Erlass des Beitragsbescheids über 82 147,17 Euro leistete die Schuldnerin nur kleinere und unregelmäßige Teilzahlungen, ab September 2002 zudem unter dem Druck eingeleiteter Vollstreckungsmaßnahmen. Soweit das Berufungsgericht der Beklagten zugesteht, sie habe die schleppende Zahlungsweise darauf zurückführen dürfen, dass die Schuldnerin andere Gläubiger bevorzugt bediente, gab es dafür keinen tatsächlichen Anhaltspunkt. Da die Beklagte – trotz Titulierung ihrer Forderungen und der Entfaltung erheblichen Vollstreckungsdrucks – nur schleppend geringe Teilzahlungen auf ihre Gesamtforderungen erhielt, lag es aus ihrer Sicht fern, dass andere Gläubiger, die keinen Titel hatten, pünktlich und vollständig befriedigt wurden.

c) Für die Vermutung des § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO wird weiter die Kenntnis der Beklagten von der Benachteiligung der Gläubiger vorausgesetzt. Das Berufungsgericht hat gemeint, diese Kenntnis nicht feststellen zu können, und hierbei auf seine vorangegangenen Ausführungen zum Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und zur Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit Bezug genommen. Wegen der dort unterlaufenen Rechtsfehler erweist sich auch diese Bezugnahme nicht als tragfähig.

III.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Absatz 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Entscheidung reif ist (§ 563 Absatz 1 Satz 1, Absatz 3 ZPO).

Das Berufungsgericht wird bei seiner neuen Entscheidung den Sachverhalt zur Beurteilung der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung umfassend zu würdigen haben. Insbesondere wird – bezogen auf die Schuldnerin – zu prüfen sein, ob der Schluss auf ihre Zahlungsunfähigkeit und sodann von erkannter Zahlungsunfähigkeit auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (BGHZ 167, S. 190, 195; BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 – IX ZR 79/07, ZIP 2009, S. 573, 574 Rdnr. 13; Urteil vom 5. März 2009 – IX ZR 85/07, ZIP 2009, S. 922, 923 Rdnr. 10, jeweils m. w. N.) auch dann möglich ist, wenn – wie bisher im Streitfall – nur zu den Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber der Beklagten vorgetragen ist. Zusätzlich wird das Berufungsgericht – bezogen auf die Beklagte – untersuchen müssen, ob unter diesen Umständen der Schluss von der Kenntnis des Anfechtungsgegners von drohender Zahlungsunfähigkeit (sofern eine solche anzunehmen sein sollte) auf seine Kenntnis von einer Gläubigerbenachteiligung (BGH, Urteil vom 20. November 2008 – IX ZR 188/07, ZIP 2009, S. 189, 190 Rdnr. 10) möglich ist. Hierfür ist es zumindest erforderlich, dass der Anfechtungsgegner weiß, es mit einem unternehmerisch tätigen Schuldner zu tun zu haben, bei dem das Entstehen von Verbindlichkeiten, die er nicht im selben Maße bedienen kann (wobei künftige Verbindlichkeiten ebenfalls in Betracht kommen), auch gegenüber anderen Gläubigern unvermeidlich ist (*Ganter,* a. a. O.). Der Kläger hat seinen Vortrag bisher auf das Zahlungsverhalten der Schuldnerin gegenüber der Beklagten beschränkt, möglicherweise weil er dies im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des Senats für ausreichend hielt. Durch die Zurückverweisung erhält er Gelegenheit, seinen Vortrag unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zu ergänzen.

§§ 806 b, 900 Absatz 3 ZPO; § 133 Absatz 1 InsO

Teilzahlungen des Schuldners, die dieser nach fruchtloser Zwangsvollstreckung im Rahmen einer vom Gerichtsvollzieher herbeigeführten Ratenzahlungsvereinbarung erbringt, sind wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung anfechtbar (Ergänzung zu BGHZ 155, S. 75; 162, 143).*)

BGH, Urt. v. 10. 12. 2009
– IX ZR 128/08 –

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der R. GmbH & Co. KG (fortan Schuldnerin), das auf deren Antrag vom 13. November 2006 am 29. Dezember 2006 eröffnet wurde. Die Beklagte, eine Trägerin der gesetz-

*) amtlicher Leitsatz

lichen Unfallversicherung, erklärte am 23. März, 29. Juni und 28. Oktober 2005 zuvor gegen die Schuldnerin erlassene Beitragsbescheide über 1 414,– Euro, 2 659,66 Euro und 1 184,– Euro für vollstreckbar. Die vollstreckbaren Ausfertigungen enthielten bereits Anträge auf Ladung zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung. Pfändungsversuche blieben fruchtlos. Der Gerichtsvollzieher bestimmte Termine zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung, die er mehrfach gemäß § 806 b Satz 2, § 900 Absatz 3 ZPO vertagte, weil die Schuldnerin bis einschließlich Mai 2006 verschiedene Zahlungen auf die Beitragsbescheide erbrachte. Diese Zahlungen, die ihm teils vom Geschäftsführer der Schuldnerin in bar übergeben, teils aber auch auf sein Dienstkonto überwiesen wurden, leitete er nach Abzug seiner Kosten an die Beklagte weiter. Auf einen vierten vollstreckbaren Beitragsbescheid über 1 130,– Euro leistete die Schuldnerin keine Zahlungen mehr.

Die – ausschließlich – auf Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO gestützte Klage richtet sich auf Rückgewähr aller Teilzahlungen, die zusammen 5 036,56 Euro betrugen. Das Landgericht hat ihr stattgegeben, das Oberlandesgericht, dessen Urteil in ZIP 2008, S. 1687 veröffentlicht ist, hat sie abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat gemeint, keiner der Zahlungsvorgänge sei eine Rechtshandlung der Schuldnerin im Sinne des § 133 Absatz 1 InsO gewesen. Befriedigungen, die ein Gläubiger außerhalb der letzten drei Monate vor Antragstellung im Wege der Zwangsvollstreckung erhalte, unterlägen grundsätzlich nicht der Insolvenzanfechtung. Die Beklagte habe die Zahlungen der Schuldnerin, die alle vor Erreichen der Dreimonatsgrenze erfolgt seien, jeweils nach Beginn und damit im Wege der Zwangsvollstreckung erhalten. Es sei eine klare Grenzziehung zwischen der unanfechtbaren Befriedigung des Gläubigers im Wege der Einzelzwangsvollstreckung und anfechtbaren Befriedigungshandlungen der Schuldnerin, die noch im Vorfeld und zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung erfolgten, erforderlich. Die vom Bundesgerichtshof bislang verfolgte Abgrenzung danach, ob der Schuldner noch in der Lage sei, frei über die Verwendung seiner verbliebenen Mittel zu disponieren, könne in der Praxis häufig nicht eindeutig getroffen werden. Sie stelle überzogene Anforderungen an die den Insolvenzverwalter im Anfechtungsprozess treffende Darlegungslast. Dagegen sei die Abgrenzung anhand des verfahrensrechtlichen Beginns der Zwangsvollstreckung weit eher praktikabel. Diese Zäsur sei im Streitfall erreicht gewesen. Unerheblich sei, dass die Schuldnerin die einzelnen Ratenzahlungen selbst vorgenommen und dafür den Weg der Bareinzahlung und Banküberweisung gewählt habe. Hierin sei keine anfechtbare freiwillige Mitwirkung an der Vollstreckungshandlung der Beklagten zu sehen. Die Schuldnerin habe nur noch die Wahl gehabt, zu zahlen oder die Fortsetzung der längst begonnenen Vollstreckung in Form der Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung hinzunehmen.

II.

Dies hält rechtlicher Prüfung nicht Stand.

Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern als solche regelmäßig nicht der Anfechtung gemäß § 133 InsO unterliegen, weil diese Norm eine Rechtshandlung des Schuldners voraussetzt. Nach § 133 InsO anfechtbar ist eine im Rahmen oder aus Anlass einer Zwangsvollstreckung erfolgte Vermögensverlagerung nur dann, wenn der Schuldner daran mitgewirkt hat (BGHZ 162, S. 143, 147 ff.; BGH, Beschluss vom 19. Februar 2009 – IX ZR 22/07, ZIP 2009, S. 728 Rdnr. 3; Beschluss vom 18. Juni 2009 – IX ZR 7/07, ZIP 2009, S. 1434, 1435 Rdnr. 8). Die vom Berufungsgericht vertretene verfahrensrechtliche Abgrenzung ist mit dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Vorsatzanfechtung nach § 133 Absatz 1 InsO nicht vereinbar.

1. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Begründung des Entwurfs der Insolvenzordnung geben Anlass zu der Annahme, der Gesetzgeber habe Rechtshandlungen des Schuldners, die die Gläubigergesamtheit beeinträchtigen, von der Insolvenzanfechtung generell ausnehmen wollen, wenn sie nach Beginn eines Verfahrens der Einzelzwangsvollstreckung erfolgt sind. Schon vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung waren gemäß § 31 Nummer 1 KO Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner während eines Einzelzwangsvollstreckungsverfahrens vornahm (Jaeger/*Henckel*, KO 9. Aufl., § 29 Rdnr. 12 und § 31 Rdnr. 2 m. w. N.; *Uhlenbruck*, KO 11. Aufl., § 31 Rdnr. 4). Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung ist davon ausgegangen, dass die Neuregelung der Vorsatzanfechtung (§ 148 RegE, jetzt § 133 InsO) der überkommenen sogenannten Absichtsanfechtung gemäß § 31 KO im Wesentlichen entsprechen sollte (Bundestagsdrucksache 12/2443, S. 160). Überdies sollte die Anfechtbarkeit insgesamt ausgedehnt werden (a. a. O., S. 85, 156). Beides spricht dagegen, die Vorsatzanfechtung in Abkehr von der früheren Rechtslage auf Rechtshandlungen des Schuldners vor Beginn von Einzelzwangsvollstreckungsverfahren zu begrenzen.

2. Mit dem Regelungszweck der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO ist es nicht zu vereinbaren, diejenigen Leistungen, die der Schuldner aufgrund einer Ratenvereinbarung gemäß § 806 b ZPO erbringt, als Ausnahme zu behandeln und von vornherein von der Anfechtbarkeit auszuschließen.

a) Außerhalb der wirtschaftlichen Krise des Schuldners, die anfechtungsrechtliche Relevanz gemäß §§ 130 bis 132 InsO höchstens drei Monate vor der Stellung des Insolvenzantrags entfaltet, unterliegen Gläubiger nur der Vorsatzanfechtung. Gemäß § 133 Absatz 1 InsO ist der zahlungsunfähige Schuldner nicht berechtigt, den Anfechtungsgegner zum Nachteil anderer Gläubiger vorsätzlich zu bevorzugen, soweit die ihnen gegenüber bestehenden Verpflichtungen gleichrangig sind (vgl. BGHZ 162, S. 143, 150; MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, 2. Aufl., § 133 Rdnr. 1; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO 12. Aufl., § 133 Rdnrn. 6 und 12; Jaeger/*Henckel*, InsO, § 133 Rdnr. 2; *Schoppmeyer*, NZI 2005, S. 185, 187). Die Anfechtungsnorm des § 133 Absatz 1 InsO missbilligt bestimmte Verhaltensweisen des Schuldners (vgl. Bundestagsdrucksache 12/2443, S. 160). Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Initiative zu dem die Gläubiger benachteiligenden Handeln vom Schuldner ausgeht. Gläubiger, die mit der von § 133 Absatz 1 InsO geforderten Kenntnis den Schuldner zu einer die Gläubigergesamtheit benachteiligenden Rechtshandlung veranlassen, sind deswegen nicht gegen die Anfechtung geschützt (BGHZ 162, S. 143, 150). Maßgebliche Voraussetzung der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Absatz 1 InsO ist in Abgrenzung zu unanfechtbaren einseitigen Gläubigerhandlungen mithin, ob ein willensgesteuertes Handeln des Schuldners zur Befriedigung beigetragen hat. Nur wer darüber entscheiden kann, ob er die angeforderte Leistung erbringt oder verweigert, nimmt selbst eine Rechtshandlung im Sinne des § 129 InsO vor.

b) Soweit es um Rechtshandlungen im Vorfeld einer erst angedrohten Vollstreckung geht, entspricht diese Auslegung mittlerweile gefestigter Rechtsprechung (vgl. BGHZ 155, S. 75, 83 f.; 162, 143, 151 ff.; BGH, Beschluss vom 19. Februar 2009, a. a. O.), die auch weitgehend die Zustimmung des Schrifttums gefunden hat (vgl. MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, a. a. O., § 133 Rdnr. 9 f.; *Bork* in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rdnr. 7 ff.; Jaeger/*Henckel*, a. a. O., § 133 Rdnr. 5; *Hess*, InsO, § 133 Rdnr. 8 ff.; HmbKomm-InsO/*Rogge*, 3. Aufl., § 133 Rdnr. 7; *Schoppmeyer*, a. a. O., S. 191 f.; *Zeuner*, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl., Rdnr. 177; *Lind*, Zur Auslegung von § 133 InsO, Diss. Frankfurt am Main 2005, S. 68 f.; zustimmend jetzt auch *Kreft*, DStR 2005, S. 1192, 1195; 1232, 1235 sowie HK-InsO/*Kreft*, 5. Aufl., § 133 Rdnr. 6). Leistet der Schuldner zur Abwendung einer ihm angedrohten, demnächst zu erwartenden Vollstreckung, ist eine anfechtbare Rechtshandlung gegeben. Er ist dann noch in der Lage, über den angeforderten Betrag nach eigenem Belieben zu verfügen. Anstatt ihn an den Gläubiger zu zahlen, kann er ihn auch selbst verbrauchen, Dritten zuwenden oder Insolvenzantrag stellen und den Gläubiger davon in Kenntnis setzen. Hat der Schuldner dagegen nur noch die Wahl, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch die bereits anwesende Vollziehungsperson zu dulden, ist jede Möglichkeit zu einem selbstbestimmten Handeln ausgeschaltet. Dann fehlt eine willensgeleitete Rechtshandlung des Schuldners.

c) Die Möglichkeit zu eigenem willensgesteuerten Handeln wird dem Schuldner nicht allein dadurch genommen, dass die Einzelzwangsvollstreckung bereits begonnen hat.

aa) Die Situation, dass eine einzelne Zwangsvollstreckungsmaßnahme erfolglos geblieben ist und deshalb demnächst weitere Maßnahmen drohen, unterscheidet sich nicht wesentlich von derjenigen, in welcher der Beginn der Zwangsvollstreckung noch bevorsteht. Nach wie vor kann der Schuldner frei entscheiden, ob er Vermögenswerte, die das Vollstreckungsorgan bislang nicht aufgefunden hat oder die er noch von dritter Seite bekommen kann, zur Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers einsetzt oder stattdessen die Fortsetzung des Zwangsvollstreckungsverfahrens hinnimmt und die Konsequenz zieht, selbst Insolvenzantrag zu stellen. In der einen wie in der anderen Konstellation beruhen etwaige Leistungen des Schuldners auf seinem eigenen Entschluss, nicht auf dem Zugriff des Gläubigers.

bb) Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts (ebenso OLG Frankfurt am Main, ZInsO 2005, S. 1110, 1111) beruht auf einer unzutreffenden Prämisse. In der Einzelzwangsvollstreckung können ratenweise Leistungen des Vollstreckungsschuldners nicht auf einen einheitlichen hoheitlichen Zugriff zurückgeführt werden. Bleibt ein Pfändungsversuch – wie im Streitfall mehrfach – ganz oder teilweise fruchtlos, setzt sich dieser am Beginn des Verfahrens stehende hoheitliche Zugriff nicht fort, wenn der Schuldner einige Zeit später doch Leistungen an den Gerichtsvollzieher erbringt. Der erste Zugriff ist dann vielmehr zunächst erfolglos geblieben, die spätere Leistung beruht auf der eigenen freien Entscheidung des Schuldners (ebenso MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, a. a. O., § 133 Rdnr. 9 a a. E.; vgl. auch *Gottwald/Huber*, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 48 Rdnr. 9; *Huber*, ZInsO 2005, S. 628, 631; OLG München, OLGR München 2007, S. 533, 534). Die Entscheidungsfreiheit ist nicht dadurch aufgehoben, dass der Schuldner bei fortgesetzter Fruchtlosigkeit die Eidesstattliche Versicherung abgeben müsste. Die Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung stellt seine Dispositionsfreiheit über etwaige verbliebene Vermögenswerte nicht in Frage. Sie gibt dem Schuldner vielmehr Anlass, sich zu entschließen, ob er den vom Gesetz missbilligten Weg geht, einen Insolvenzantrag zum Nachteil der Gläubigergesamtheit hinauszuzögern und nur den momentan vollstreckenden Gläubiger zu befriedigen, oder ob er aus seiner (drohenden) Zahlungsunfähigkeit die Konsequenz zieht, durch ein Insolvenzverfahren der Gläubigergesamtheit zumindest die letzten verbliebenen Vermögenswerte zu bewahren.

3. Die vom Berufungsgericht angestellten praktischen Erwägungen geben keine Veranlassung, die am Regelungszweck ausgerichtete Auslegung des § 133 InsO im Falle von Ratenzahlungen nach § 806 b ZPO aufzugeben.

a) Der bargeldlose Zahlungsverkehr, dessen sich Schuldner nach Beobachtung des Berufungsgerichts häufig auch im Rahmen des § 806 b ZPO zur Erfüllung von Ratenzahlungsvereinbarungen bedienen, erschwert die Abgrenzung zwischen anfechtbaren eigenverantwortlichen Leistungen des Schuldners und unanfechtbaren einseitigen Vollstreckungshandlungen nicht. Auch trägt er nicht zur Beeinträchtigung der Rechtssicherheit des Vollstreckungsgläubigers bei, weil dieser etwaige zusätzlich eröffnete Anfechtungsrisiken vermeiden kann (vgl. dazu *Huber*, ZInsO 2005, S. 628, 630 f.).

aa) Die Abgrenzung ist im Fall einer bargeldlosen Zahlung sogar einfacher als bei Hingabe von Bargeld an den Gerichtsvollzieher. Überweisungen, Lastschriften und Scheckbegebungen erfordern zwingend, dass der Schuldner noch freien Zugriff auf sein Girokonto hat. Ist das Konto wegen Überziehung gesperrt oder unterliegt es einer Pfändung, wird der vom Schuldner veranlasste Zahlungsvorgang erfolglos bleiben. Akzeptiert die Bank die Kontobelastung, beruht die Zahlung auf der eigenverantwortlichen Verfügung des Schuldners über sein Konto und ist daher anfechtbar (BGH, Beschluss vom 19. Februar 2009, a. a. O., Rdnr. 6; vom 6. Oktober 2009 – IX ZR 191/05, ZIP 2009, S. 2009, z. V. b. in BGHZ; MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, a. a. O., § 133 Rdnr. 9 a; FK-InsO/*Dauernheim*, 5. Aufl., § 133 Rdnr. 6; Jaeger/*Henckel*, a. a. O., § 133 Rdnr. 6; *Henckel*, EWiR 2005, S. 901, 902; *Kayser*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 3. Aufl., Rdnr. 876; *Zeuner*, a. a. O.).

bb) Der Vollstreckungsgläubiger kann die Anfechtung vermeiden, indem er – ebenso wie er gemäß §§ 808 ff. ZPO anfechtungsfrei auf körperliche Sachen und Bargeld des Schuldners zugreifen kann – gemäß §§ 828 ff. ZPO auf dessen Kontoguthaben zugreift und den Auszahlungsanspruch des Schuldners pfänden und sich zur Einziehung überweisen lässt. Auch dieser Zugriff unterliegt außerhalb der wirtschaftlichen Krise nicht der Insolvenzanfechtung, weil er einseitig und ohne Mitwirkung des Schuldners erfolgt.

Das Berufungsgericht beachtet nicht hinreichend die im Gesetz vorgenommene Unterscheidung zwischen der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen einschließlich Bargeld einerseits und der Zwangsvollstreckung in Forderungen einschließlich Bankguthaben andererseits (ebenso OLG Frankfurt am Main, a. a. O.). Die fehlgeschlagene Zwangsvollstreckung in körperliche Gegenstände ist nur Anlass für Zahlungen unter Einsatz eines Bankguthabens, bei denen noch ein eigener Willensentschluss des Schuldners hinzutritt (so auch MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, a. a. O., FK-InsO/*Dauernheim*, a. a. O.; *Henkel*, EWiR 2005, S. 901, 902; *Kayser*, a. a. O.). Ohne diesen Willensentschluss könnte der Gerichtsvollzieher auf das Bankguthaben nicht zugreifen. Dies zeigt, dass es sich bei solchen Zahlungen entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und des OLG Frankfurt am Main (a. a. O.)

nicht um den Teil eines zwangsvollstreckungsrechtlichen „Gesamtzugriffs“ handelt.

b) Auch Bareinzahlungen des Schuldners bei einer Bank mit anschließender Überweisung des eingezahlten Betrages auf das Dienstkonto des Gerichtsvollziehers führen nicht zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Sie sind ebenso willensgetragene Leistungen des Schuldners wie Ratenzahlungen, die er in bar am Dienstsitz des Gerichtsvollziehers erbringt. Mithin sind sie der Vorsatzanfechtung zugänglich. Davon geht auch der Gesetzgeber des jüngst verkündeten Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung (BGBl. 2009 I, S. 2258 ff.) aus. Im zweiten Absatz des künftigen § 802 b ZPO, der die bisherige Regelung des § 806 b ZPO ersetzen wird, heißt es, die Vollstreckung sei „aufgeschoben“, soweit der Gerichtsvollzieher dem Schuldner Ratenzahlung gestattet hat. Die Ratenzahlungen sollen mithin außerhalb einer der Vorsatzanfechtung entzogenen Vollstreckungshandlung erfolgen. Der vom Berufungsgericht hervorgehobene Umstand, dass sich Gläubiger in der Praxis auf derlei Ratenzahlungen einlassen, um „überhaupt etwas zu bekommen“, legt die Anfechtung gerade nahe und rechtfertigt keineswegs deren Einschränkung.

c) Die Darlegungslast in Anfechtungsprozessen ist damit nicht überspannt. Bei bargeldlosen Zahlungen des Schuldners bestehen keine Probleme. Findet der Insolvenzverwalter keine geordneten Unterlagen für die Kassenführung und Buchhaltung vor, kann die Entwicklung eines jeden Girokontos mit Hilfe der kontoführenden Bank aufgeklärt werden. Gleiches gilt für Überweisungen im Anschluss an eine Pfändung. Bezüglich in bar geleisteter Zahlungen genügen Erkundigungen bei dem zuständigen Gerichtsvollzieher. Dieser hat gemäß § 762 Absatz 1 ZPO, §§ 110, 135 GVGA über jede Vollstreckungshandlung ein Protokoll aufzunehmen. Schon Zahlungen, die in einem solchen Protokoll als Folge einer Pfändung bzw. eines Pfändungsversuchs verzeichnet sind, unterliegen nicht der Anfechtung.

III.

1. Danach sind mit Ausnahme der vier Barzahlungen, die der Gerichtsvollzieher am 9. Februar und 16. März 2006 auf den zweiten und dritten Beitragsbescheid vereinnahmte, alle Zahlungen gemäß § 133 Absatz 1 InsO anfechtbar. Dies kann der Senat selbst entscheiden, weil der Sachverhalt insoweit hinreichend geklärt ist (§ 563 Absatz 3 ZPO).

a) Bei der Zahlung vom 7. September 2005 auf den zweiten Beitragsbescheid in Höhe von 468,40 Euro und den beiden letzten Zahlungen vom 19. April und 19. Mai 2006 auf den dritten Beitragsbescheid in Höhe von zusammen 391,– Euro handelte es sich um Rechtshandlungen der Schuldnerin. Sie erbrachte sie aus ihrem Barvermögen, auf das der Gerichtsvollzieher im Zahlungszeitpunkt nicht zugreifen wollte, mithin aufgrund eigenverantwortlichen Willensentschlusses. Die Zahlung am 7. September 2005 übergab ihr Geschäftsführer dem Gerichtsvollzieher in bar. Diese Feststellung des Berufungsgerichts ist dem Kläger günstig. Sie wird von der Revisionserwiderung ausdrücklich hingenommen. Die dagegen gerichtete Revisionsrüge ist deshalb unerheblich. Das Berufungsgericht hat des Weiteren nicht festgestellt, dass der Gerichtsvollzieher sich zu jenem Zeitpunkt zum Zwecke eines (weiteren) Pfändungsversuchs in die Geschäftsräume der Schuldnerin begeben habe. Gleiches gilt für die beiden letzten Zahlungen auf den dritten Beitragsbescheid. Beide Beträge zahlte die Schuldnerin in bar bei einer Bank ein, die sie sodann auf das Dienstkonto des Gerichtsvollziehers überwies.

b) Auch bei den fünf Teilzahlungen auf den ersten Beitragsbescheid, die vom 8. Juli bis zum 5. November 2005 erfolgten, sowie denjenigen Überweisungen, die der Gerichtsvollzieher am 18. Oktober, 11. November und 21. Dezember 2005 sowie am 24. April und 23. Mai 2006 auf seinem Dienstkonto auf den zweiten Beitragsbescheid vereinnahmte, handelt es sich um Rechtshandlungen der Schuldnerin. Es kann offen bleiben, ob es sich um Überweisungen vom Bankkonto der Schuldnerin handelte oder um Bareinzahlungen bei der Bank mit anschließender Weiterleitung auf das Dienstkonto des Gerichtsvollziehers. So oder so wären die Zahlungsvorgänge auf einen freien Willensentschluss der Schuldnerin zurückzuführen.

c) Die Zahlungen benachteiligten die Gläubigergesamtheit. Ohne sie hätten die verwendeten Mittel später der Gläubigergesamtheit zur Verfügung gestanden. Die von der Revisionserwiderung aufgegriffenen Zweifel des Berufungsgerichts, ob das Geld aus dem Vermögen der Schuldnerin stammte, können dahinstehen. Auch Zahlungen, die etwaige Dritte aus ihrem Vermögen – etwa unter Gewährung eines Überziehungskredits – für den Schuldner erbracht haben könnten, wären der Anfechtung nicht entzogen. Es genügt, wenn sich die Zahlung für den Gläubiger als Leistung des Schuldners darstellt, die dieser unter Einsatz seiner noch bestehenden Bonität bewirkt hat (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2009, a. a. O., S. 2011, Rdnr. 14).

d) Zum Vorsatz der Schuldnerin, ihre übrigen Gläubiger durch die Zahlungen an die Beklagte zu benachteiligen, hat das Berufungsgericht keine ausdrücklichen eigenen Feststellungen getroffen, weil es für seine Entscheidung darauf nicht ankam. Das Landgericht hatte den Vorsatz festgestellt. Die Beklagte hat dies weder mit ihrer Berufungsbegründung noch mit ihrer Revisionserwiderung angegriffen.

e) Die Beklagte hatte auch Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin. Das Berufungsgericht hat diese Kenntnis festgestellt, indem es (jedenfalls) die „Vermutungsvoraussetzungen des § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO“ für gegeben erachtet hat. Die dagegen gerichtete Rüge der Beklagten, die eine Verletzung des § 286 ZPO geltend macht, bleibt erfolglos. Das Berufungsgericht hat auf die entsprechenden Feststellungen des Landgerichts Bezug genommen, das im Einzelnen ausgeführt hat, welche Umstände objektiv für eine zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin sprechen und warum sich diese der Beklagten aufgedrängt haben. Damit setzt sich die Revisionserwiderung nicht auseinander. Die Ausführungen des Landgerichts sind im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes steht schon eine Kenntnis von Umständen, die zwingend auf eine mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, der Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit sowie von der Benachteiligung anderer Gläubiger gleich (BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 – IX ZR 190/03, ZIP 2004, S. 1512, 1514; vom 24. Mai 2007 – IX ZR 97/06, ZIP 2007, S. 1511, 1513 Rdnr. 25; vom 13. August 2009 – IX ZR 159/06, ZIP 2009, S. 1966, 1967 Rdnr. 8). Von solchen Umständen sind Land- und Berufungsgericht ausgegangen; sie haben auf dieser Grundlage die erforderliche Gesamtwürdigung des Geschehens (vgl. BGH, Urteil vom 13. August 2009, a. a. O.) angestellt.

2. Hinsichtlich der vier Barzahlungen, die der Gerichtsvollzieher am 9. Februar und 16. März 2006 in Höhe von insgesamt 1 000,– Euro vereinnahmte, ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif. Die Sache ist daher insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Absatz 1 Satz 1 ZPO).

a) Das Berufungsgericht hat unangegriffen festgestellt, dass der Gerichtsvollzieher die Schuldnerin an jenen Tagen wegen Nichteinhaltung der nach § 806 b Satz 2 ZPO getroffenen Ratenzahlungsvereinbarung aufsuchte und daraufhin Bargeldbeträge auf den zweiten Beitragsbescheid erhielt, die er in Höhe von 306,10 Euro und 200,– Euro an die Beklagte weiterleitete. In aller Regel ist davon auszugehen, dass derartige Zahlungen keine eigenen Rechtshandlungen des Schuldners mehr sind. Übergibt ein Schuldner dem vollstreckungsbereit anwesenden Gerichtsvollzieher Bargeld, auf das dieser andernfalls sogleich zugreifen könnte, liegt kein freier Willensentschluss zur Leistung mehr vor; vielmehr kommt der Schuldner in einer solchen Situation nur dem sonst unabwendbaren Zugriff des Gerichtsvollziehers zuvor. Anderes gälte nur dann, wenn dessen Zugriff mit einiger Wahrscheinlichkeit tatsächliche Hindernisse – etwa die Verwahrung in einer „schwarzen Kasse" oder einem Versteck – entgegengestanden hätten. Der Vortrag derartiger Besonderheiten obliegt dem Insolvenzverwalter, weil er als Kläger die anspruchsbegründenden Voraussetzungen und mithin auch die Rechtshandlung des Schuldners darzulegen hat. Im Streitfall gibt die Zurückverweisung dem Kläger Gelegenheit, etwaigen Vortrag zu dieser Frage nachzuholen.

b) Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nahm der Gerichtsvollzieher sowohl am 9. Februar als auch am 16. März 2006 jeweils eine weitere Barzahlung der Schuldnerin – insoweit auf den dritten Beitragsbescheid – entgegen, die er in Höhe von 300,– Euro und 193,90 Euro an die Beklagte weiterleitete. Sollten diese Zahlungen, was naheliegt, anlässlich seines Besuchs am Geschäftssitz der Schuldnerin gleichzeitig mit den soeben erörterten Zahlungen erfolgt sein, wären sie rechtlich in gleicher Weise zu behandeln. Sollten sie hingegen zwar am selben Tag, aber andernorts und noch vor oder erst nach Erscheinen des Gerichtsvollziehers am Geschäftssitz der Schuldnerin erbracht worden sein, hätten sie auf freien Willensentschlüssen des Geschäftsführers der Schuldnerin beruht und unterlägen deshalb der Anfechtung. Hierzu wird das Berufungsgericht weitere Feststellungen zu treffen haben.

§§ 80 Absatz 2, 88 InsO; §§ 111 a, 111 g StPO

Das Insolvenzverfahren verdrängt die Einzelzwangsvollstreckung und damit auch den dinglichen Arrest zugunsten Ansprüchen Verletzter einer Straftat, wenn die Verletzten im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht vollstreckt haben.

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 3. 6. 2009
– 3 Ws 214/09 –

Gründe:

I.

Gegen den Angeklagten und einen weiteren Angeklagten wurde vor der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Wiesbaden wegen Untreue in 86 Fällen verhandelt. Hinsichtlich des zugrunde liegenden Sachverhalts wird auf die Anklageschrift vom 17. Juli 2007 in Verbindung mit dem Eröffnungsbeschluss vom 15. November 2007 Bezug genommen. Das mittlerweile ergangene Urteil ist nicht rechtskräftig.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Wiesbaden vom 2. November 2006 (70 Gs – 1130 Js 26113/05) ist zur Sicherung der den Verletzten aus den Straftaten erwachsenen zivilrechtlichen Ansprüche als Wertersatz ein Arrest in das Vermögen der A GmbH in Höhe von 1 212 084,– Euro angeordnet worden. In Vollziehung dieses Arrests wurden mit Beschluss des Amtsgerichts Wiesbaden vom 2. November 2006 die Forderungen der A GmbH gegen die X Bank in O1 bis zu einer Höhe von 1 212 084,– Euro gepfändet.

Über das Vermögen der Firma A GmbH ist nach Antrag vom 7. Februar 2007 am 25. Juni 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt RA1 zum Insolvenzverwalter bestellt worden.

Die B GmbH & Co. KG (fortan: B GmbH) hat gegen die A GmbH im Arrestverfahren durch Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 2. Februar 2007 wegen einer Forderung in Höhe von 300 000,– Euro nebst Zinsen und einer Kostenpauschale von 2 000,– Euro den dinglichen Arrest in das gesamte Vermögen der A GmbH erwirkt (Az. 3 W 3/07). Der Beschluss wurde der A GmbH am 9. Februar 2007 zugestellt. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Titels wurden nicht vorgenommen. Am 13. Februar 2007 stellte die B GmbH einen Antrag auf vorrangige Befriedigung nach § 111 g StPO, über den nicht mehr entschieden wurde.

Den Antrag des Insolvenzverwalters der A GmbH auf Aufhebung des dinglichen Arrests in das Vermögen der Insolvenzschuldnerin sowie die Aufhebung des in Vollzug des Arrests vorgenommenen Forderungspfändungen in die Gesellschaftskonten bei der X Bank in O1 hat das Landgericht Wiesbaden durch Beschluss vom 15. Dezember 2008 zurückgewiesen. Zur Begründung führte es unter anderem aus, dass der Staat bereits ein nach § 88 InsO wirksames Absonderungsrecht erlangt habe. Dies sei durch die am 8. November 2006 erfolgte Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die A GmbH bewirkt.

Dagegen richtet sich die vom Beschwerdeführer als Insolvenzverwalter über das Vermögen der A GmbH eingelegte Beschwerde.

Das Landgericht hat am 22. Dezember 2008 der Beschwerde gegen den Kammerbeschluss vom 15. Dezember 2008 nicht abgeholfen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung sowie zur Aufhebung der Arrest- und Pfändungsbeschlüsse des Amtsgerichts Wiesbaden vom 2. November 2006.

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nach § 89 Absatz 1 InsO eine Einzelzwangsvollstreckung durch die Verletzten – also auch durch die B GmbH – nicht mehr möglich, da weder die B GmbH noch ein anderer Verletzter ein Absonderungsrecht nach § 50 InsO erlangt hat.

1. Nach § 89 Absatz 1 InsO sind Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig. Es gilt das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung nach Verfahrenseröffnung (vgl. Meyer-Goßner, 51. Aufl., § 111 c Rdnr. 12 a; *Greier*, ZInsO 2007, S. 956; Malitz, NStZ 2002, S. 341 f.; *Breuer,* in MünchKomm-InsO, 2. Aufl., § 89 Rdnr. 1). Das Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckung verdrängt die Einzelvollstreckung und damit auch den dinglichen Arrest zugunsten Ansprüche Verletzter einer Straftat (vgl. *Breuer*, a. a. O., § 89 Rdnrn. 5, 6, 13; *Hess*, in InsO 2007, Bd. 1, § 89 Rdnrn. 1, 8; KG, NStZ-RR 2005, S. 322 f.). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners führt zwar dann nicht zur Aufhebung des Arrests, wenn der Gläubiger bereits vor Be-

ginn des in § 88 InsO bezeichneten Monatszeitraums durch dessen Vollzug Sicherheiten erlangt hat, für die ihm ein Absonderungsrecht nach § 50 InsO zusteht (vgl. OLG Köln, ZIP 2004, S. 2013 ff.; *Hess*, a. a. O., § 89 Rdnrn. 17 und 29; *App,* in FK-InsO, 5. Aufl., § 89 Rdnr. 12; KG, a. a. O., S. 322 f.). Dafür müssten jedoch alle Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt gewesen sein. Im vorliegenden Fall haben weder die B GmbH noch ein anderer Verletzter die (zivilprozessuale) Zwangsvollstreckung in das Vermögen der A GmbH vor Eröffnung der Insolvenz betrieben mit der Folge, dass zu ihren Gunsten keine absonderungsfähigen Pfandrechte entstanden sind. Das Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen der A GmbH wurde am 25. Juni 2007 eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt hatte die B GmbH als Gläubigerin durch den Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 2. Februar 2007 (Az. 3 W 3/07) einen vorläufig vollstreckbaren Titel erwirkt, indes keine zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ergriffen, obwohl dies schon vor der richterlichen Zulassung nach § 111 g StPO möglich gewesen wäre (vgl. dazu *Kiethe/Groeschke/Hohmann*, ZIP 2003, S. 186 m. w. N.). Demnach ist kein zur Absonderung berechtigendes Pfandrecht zu Gunsten der B GmbH entstanden, weil der dingliche Arrest nach den zivilprozessualen Regeln nicht vollzogen wurde.

2. Entgegen der Auffassung der B GmbH kommt es auch nicht darauf an, dass sie noch vor Insolvenzeröffnung einen Zulassungsantrag nach § 111 g StPO gestellt hat. Denn § 111 g Absatz 3 Satz 6 StPO bestimmt nur, dass das Pfandrecht des Verletzten ab dem Zeitpunkt der staatlichen Arrestvollziehung wirksam ist. Das ändert aber nichts daran, dass es erst mit der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung in den betreffenden Gegenstand durch den Verletzten entsteht. Die Zulassung durch das Strafgericht ist von der Entstehung unabhängig (*Nack*, KK, 6. Aufl., § 111 g Rdnrn. 2 und 3; Meyer-Goßner, a. a. O., § 111g Rdnr. 5; *Gleichenstein*, ZIP 2008, S. 1151 ff.).

3. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass zu Gunsten des Bundeslandes Y zur Sicherung der den Verletzten aus den Straftaten erwachsenen zivilrechtlichen Ansprüche schon am 2. November 2006 – also vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens – der (strafprozessuale) dingliche Arrest in das Vermögen der A GmbH angeordnet und die Forderungen gegen die X Bank in Vollziehung des Arrests gepfändet wurden. Der dingliche Arrest im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe stellt nach §§ 111 d, 111 g Absatz 3 Satz 6 und 5 StPO nämlich nur ein relatives Veräußerungsverbot im Sinne von § 136 BGB dar. Dieses relative Veräußerungsverbot, das gegen den Schuldner zum Schutz bestimmter Personen erfolgt, ist gemäß § 80 Absatz 2 Satz 1 InsO nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirkungslos mit der Folge, dass es zu Gunsten der Verletzten keine Rückwirkung mehr entfalten kann (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 24. Mai 2007, in NJW 2007, S. 3350 bis 3352; Meyer-Großner, a. a. O., § 111 c Rdnr. 10; *Nack*, a. a. O., § 111 g Rdnr. 10; Ott/Vuia, MünchKomm-InsO, 2. Aufl., § 80 Rdnr. 154; OLG Köln, in ZIP 2004, S. 2013 ff.; LG Köln, in ZIP 2006, S. 1059; KG, in NStZ-RR 2005, S. 322; LG Neubrandenburg, ZInsO Rechtsprechungsreport 2000, S. 676; LG Saarbrücken, Beschluss vom 19. Mai 2003 – 8 Qs 86/03 – zitiert nach juris; LG Berlin, Beschluss vom 11. Dezember 2007 – 534 Qs 224/07 – zitiert nach juris; dazu tendiert auch: OLG Köln, Beschluss vom 21. November 2003 – 2 Ws 593 und 617/03 – zitiert nach juris).

Soweit in der Kommentarliteratur und der Lehre die Meinung vertreten wurde, die Vorschrift begründe ein absolutes Veräußerungsverbot (so *Schäfer* in Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 111 b Rdnr. 50 d; *Kiethe/Groeschke/Hohmann*, ZIP 2003, S. 185 f.) kann diese Auffassung angesichts der eindeutigen Gesetzesbegründung zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten (Bundestagsdrucksache 16/700) nicht aufrechterhalten werden. Danach hat der Gesetzgeber zu § 111 g Absatz 1 bis 4 StPO ausgeführt, dass nach der Norm „alle nach dem Zeitpunkt der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen anderer Gläubiger, insbesondere solche aus Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegenüber dem nach (§ 111 g) Absatz 2 (StPO) zugelassenen Verletzten relativ unwirksam sind“ (Bundestagsdrucksache 16/700, S. 13). Der Gesetzgeber hat zudem klar zu erkennen gegeben, dass er die Opferansprüche im Fall der Insolvenz des Täters nicht mit einem umfassenden Schutz versehen wollte. Vielmehr sollten die im Wege der Rückgewinnungshilfe gesicherten Ansprüche Verletzter nicht insolvenzfest sein (Bundestagsdrucksache 16/700, S. 14). Die strafprozessualen Normen der §§ 111 b StPO ff. sollen danach dem Verletzten einer Straftat nur innerhalb des vom Zivilrecht vorgegebenen Rechtsrahmen bei der Durchsetzung seiner Ansprüche unterstützen. Die Ordnungsfunktion der Insolvenzordnung soll dadurch aber nicht berührt werden (Bundestagsdrucksache 16/700, S. 14).

4. Eine andere Rechtslage ergibt sich hier auch nicht aus § 80 Absatz 2 Satz 2 InsO. Danach bleiben die Vorschriften über die Wirkung einer Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung unberührt. Diese Folge, die für den nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung erlassenen Arrest gilt, findet auch auf den nach § 111 d StPO angeordneten Arrest Anwendung, weil über § 111 d Absatz 2 StPO im Wesentlichen die Normen der Zivilprozessordnung heranzuziehen sind. Soweit daher zu Gunsten des Bundeslandes Y ein dinglicher Arrest gemäß § 111 d StPO angeordnet wurde, sind Pfandrechte zu dessen Gunsten nach § 111 d Absatz 2 StPO in Verbindung mit § 930 ZPO entstanden. Diese Pfandrechte bleiben nach § 80 Absatz 2 Satz 2 InsO trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam und begründen Absonderungsrechte nach § 50 InsO. Dadurch, dass zu Gunsten des Bundeslandes Y der Arrest jedoch allein als Maßnahme der Rückgewinnungshilfe angeordnet wurde, wurden die Vermögenswerte zur alleinigen Sicherung der Ansprüche der Geschädigten arretiert.

Das Bundesland Y kann deshalb nach § 73 StGB daraus keine Rechte (für sich) geltend machen; die erworbenen Pfandrechte stellen somit reine „Platzhalter“ dar (vgl. dazu: *Greier*, ZInsO 2007, S. 957 f.). Haben die Verletzten im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht vollstreckt, dann können sie gemäß § 89 Absatz 1 InsO auch nicht mehr wirksam vollstrecken mit der Folge, dass die Zurückgewinnungshilfe aus Rechtsgründen nicht mehr durchgeführt werden kann. Dies hat wiederum zur Folge, dass die Arretierung von in die Insolvenzmasse fallenden Vermögenswerten nach § 111 d StPO zum Zwecke der Rückgewinnungshilfe nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr aufrecht erhalten bleiben kann (OLG Köln, in ZIP 2004, S. 2013 ff.; LG Köln, in ZIP 2006, S. 1059; KG Berlin, a. a. O., S. 322 f.; LG Neubrandenburg, a. a. O., S. 676; LG Saarbrücken, in NStZ-RR 2004, S. 274; *Gleichenstein*, a. a. O., S. 1160; dazu tendiert auch: OLG Köln, Beschluss vom 21. November 2003 – 2 Ws 593 und 617/03 – zitiert nach juris). Auf das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin ist der aufgrund des Arrestbeschlusses ergangene Pfändungsbeschluss vom 2. November 2006 ebenfalls aufzuheben.

§§ 89, 93 InsO; § 91 GVGA

Auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR findet die Zwangsvollstreckung gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter statt, gegen den der Anspruch mit tituliert wurde.

LG Oldenburg, Beschl. v. 8. 7. 2009
– 6 T 548/08 –

Gründe:

Nachdem der Gerichtsvollzieher die Durchführung eines Vollstreckungsauftrags der Gläubiger vom 23. Februar 2009 abgelehnt hatte, hat das Amtsgericht auf eine Erinnerung der Gläubiger den Gerichtsvollzieher mit Beschluss vom 18. Mai 2009 angewiesen, den Zwangsvollstreckungsauftrag auszuführen. Dagegen wendet sich die Schuldnerin in der erhobenen Beschwerde mit der Begründung, sie sei zusammen mit Herrn X Gesellschafterin der ABC GbR. Über das Vermögen der GbR sei ein Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Beschwerde beigefügt war eine Entscheidung des Amtsgerichts Tostedt hinsichtlich einer beabsichtigten Zwangsvollstreckungsmaßnahme gegenüber Herrn X, wonach eine entsprechende Erinnerung der Gläubiger mit der Begründung zurückgewiesen wurde, durch § 93 InsO sei auch eine Zwangsvollstreckung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter ausgeschlossen.

Die Beschwerde ist als sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO zu behandeln. Diese ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet.

Das Amtsgericht Brake hat mit zutreffender Begründung ausgeführt, dass die Gläubiger zu Recht die Schuldnerin mit dem Zwangsvollstreckungsauftrag in Anspruch genommen haben. Denn die Schuldnerin wird von den Gläubigern nicht als Gesellschafterin der GbR und damit auch nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch genommen. Die Regelung in § 93 InsO steht daher einer Vollstreckungsmaßnahme gegenüber der Schuldnerin persönlich nicht entgegen. Ein Vollstreckungsverbot nach § 89 InsO besteht nicht, da die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR nicht ein Insolvenzverfahren gegenüber der Schuldnerin beinhaltet.

Die vorstehende Bewertung stützt sich darauf, dass in dem Verfahren, aus dem der Titel resultiert, von der Klägerin nicht nur die GbR in Anspruch genommen wurde. Die Klage richtete sich insgesamt gegen drei Beklagte. Neben der GbR wurden die Schuldnerin und Herr X verklagt. Von drei Beklagten verlangte die Klägerin eine Unterlassung. Nach den Kostenfestsetzungsbeschlüssen, aus denen die Gläubiger die Vollstreckung betreiben, haften drei Antragsgegner als Gesamtschuldner für die Kosten der Verfahrensbevollmächtigten. Den Gläubigern steht es daher frei, die Vollstreckung gegen jeden einzelnen Schuldner zu betreiben. Ein Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Schuldners führt nicht dazu, dass eine Vollstreckungshandlung gegenüber einem anderen Schuldner, dessen Vermögen nicht vom Insolvenzverfahren erfasst wird, nicht mehr betrieben werden kann.

Die Herrn X betreffende Entscheidung des Amtsgerichts Tostedt führt zu keinem anderen Ergebnis, da diese von einer Inanspruchnahme der Gesellschafter wegen einer Forderung gegenüber der BGB-Gesellschaft ausgeht. Eine solche Sachlage ist jedoch nicht gegeben, wenn – wie vorliegend – der Gesellschafter auch persönlich eine Verbindlichkeit begründet hat.

Anmerkung der Schriftleitung:

Anders dagegen das AG Celle, Beschluss vom 24. November 2009 – 33 IN 21/09, anschließend abgedruckt.

§§ 89, 93 InsO; § 91 GVGA

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer GbR findet die Zwangsvollstreckung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter aus einer Gesellschaftsschuld nicht mehr statt.

AG Celle, Beschl. v. 24. 11. 2009
– 33 IN 21/09 –

Gründe:

Am 1. April 2009 wurde über das Vermögen der R. & S. GbR das Insolvenzverfahren eröffnet. Es dauert noch an.

In dem Zivilverfahren des Amtsgerichts Celle, welches das Insolvenzgericht beigezogen hat, erging ein Versäumnisurteil gegen die beiden Schuldner I. S. und J. R. Ausweislich des Vortrags der Gläubigerin und insbesondere der dazu vorgelegten Rechnung handelte es sich bei der Forderung um eine Schuld der R. & S. GbR, für welche die beiden Schuldner nach § 128 HGB persönlich haften. Die Gläubigerin beauftragte den Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil.

Dieser lehnte, nachdem er sich die Rechnungen durch die Schuldner (die Gläubigerin weigerte sich) hatte vorlegen lassen, die Zwangsvollstreckung unter Hinweis auf § 93 InsO ab. Hiergegen richtet sich die Erinnerung der Gläubigerin.

Sie ist der Ansicht, dass die Zwangsvollstreckung gegen die Schuldner als Privatpersonen weiterhin zulässig sei, da das Versäumnisurteil sich gegen die Schuldner als Naturalpartei richte und diese nicht in Insolvenz seien. Die Schuldner und die weiteren Beteiligten wurden zu der Erinnerung angehört. Der Gerichtsvollzieher hat der Erinnerung nicht abgeholfen.

Die Erinnerung ist unbegründet. Nach § 93 InsO, der hier einschlägig ist, steht der Gläubigerin die Geltendmachung ihres Anspruchs aus dem Versäumnisurteil während der Dauer des Insolvenzverfahrens betreffend das Vermögen der R. & S. GbR nicht zu, sondern dem Insolvenzverwalter. Denn der Anspruch der Gläubigerin ist eine Gesellschaftsschuld. Ihre Ansprüche gegen die Schuldner als Naturalparteien beruhen auf der akzessorischen Gesellschafterhaftung des § 128 HGB. Das trifft aber auf alle Gesellschaftsschulden der GbR zu. Sinn des § 93 InsO ist es, dass kein einzelner Gläubiger sich einen Vorteil vor anderen Gläubigern einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit im Insolvenzverfahren verschaffen darf, indem er gegen die Gesellschafter privat vorgeht. Genau das versucht die Gläubigerin hier. Der Gerichtsvollzieher hat die Zwangsvollstreckung daher zu Recht abgelehnt.

Anmerkung der Schriftleitung:

Gegenteilig entschieden hat das LG Oldenburg, Beschluss vom 8. Juli 2009 – 6 T 548/09, vorstehend abgedruckt. Im Ergebnis wie das AG Celle hat entschieden der BGH, Beschluss vom 20. November 2008 – IX ZB 199/05, ZIP 2009, S. 47. Für die GbR gilt hier das Gleiche wie für die OHG (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, ZIP 2001, S. 330).

§ 750 Absatz 1 ZPO; § 75 GVGA

Wurde in einem Versäumnisurteil, das den Vollstreckungsbescheid aufrechterhält, die Parteibezeichnung des Schuldners umgestellt, kann eine Vollstreckung gegen die geänderte Partei nicht durchgeführt werden.

AG Erlangen, Beschl. v. 18. 8. 2009
– 1 M 2242/09 –

Gründe:

I.

Es liegt ein Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Coburg gegen Herrn Franz B. vom 6. August 2009 vor. Nach Einspruch hat der Klägervertreter das Rubrum berichtigt in „Franz B. e. K., Inhaber Reinhard F. B.". In diesem Rechtsstreit vor dem Amtsgericht Ansbach (Az. 3 C 1442/08) erging am 20. Januar 2009 ein zweites Versäumnisurteil, das den Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Coburg vom 6. August 2009 verworfen hat.

Darüber hinaus liegt ein Kostenfestsetzungsbeschluss aus dem Verfahren vor dem Amtsgericht Ansbach vor (Az. 3 C 1442/08). Dieser Kostenfestsetzungsbeschluss weist als Beklagten aus: „Franz B. e. K., Inhaber Reinhard F. B.".

Der Gläubigervertreter hat mit Schreiben vom 25. August 2008 bzw. 16. April 2009 den Gerichtsvollzieher beauftragt, aus beiden Titeln in das Vermögen des Reinhard B. als Inhaber der Fa. Franz B. e. K. zu vollstrecken.

Der Gerichtsvollzieher hat mit Schreiben vom 20. April 2009 dem Gläubigervertreter mitgeteilt, dass Franz B. amtsbekannt ca. 1986 verstorben ist. Deshalb könne eine Vollstreckung nur aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss erfolgen, nicht aber aus dem Vollstreckungsbescheid, der als Schuldner „Franz B." ausweise.

Mit Schreiben vom 4. Juni 2009 hat der Gläubigervertreter Erinnerung gemäß § 766 ZPO gegen die Weigerung des Gerichtsvollziehers, aus dem Vollstreckungsbescheid in das Vermögen des Reinhard F. B. als Inhaber der Fa. Franz B. e. K. zu vollstrecken, eingelegt.

II.

Die Erinnerung ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Wesentliche Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung sind neben der Klausel auch Titel und Zustellung. Beim Vollstreckungsbescheid ist die Erteilung einer Klausel nicht notwendig, § 796 Absatz 1 ZPO.

Der Vollstreckungsbescheid vom 6. August 2008 ist ein Vollstreckungstitel (§ 794 Absatz 1 Nummer 4 ZPO).

Dieser Vollstreckungsbescheid richtete sich gegen Herrn Franz B. Damit könnte sowohl die natürliche Person Franz B., als auch die Firma Franz B. e. K. gemeint sein; bei Unklarheiten muss geprüft werden, ob eine Auslegung zur richtigen Wertung führen kann. Gegen die Auslegung, dass die Person Franz B. gemeint ist, könnte sprechen, dass Herr Franz B. bereits 1986 verstorben ist. Allerdings ist hier zu sehen, dass als Anrede das Wort „Herr" verwendet wurde und nicht der Zusatz „Fa." oder „Firma". Das entscheidende Argument ist aber, dass die Firma eines eingetragenen Kaufmanns seit dem 1. April 2003 zwingend mit dem Zusatz „e. K." versehen sein muss. Das war hier nicht der Fall.

Somit ergibt die Auslegung, dass sich der Vollstreckungsbescheid gegen Herrn Franz B. richtet.

Diese Beurteilung ändert sich unter Berücksichtigung des weiteren amtsgerichtlichen Verfahrens.

Es hat vor dem Amtsgericht Ansbach eine Parteiberichtigung stattgefunden; an sich ist eine solche nur zulässig, um die falsche Parteibezeichnung zu berichtigen, nicht aber um eine Parteiänderung herbeizuführen. Vorliegend ist dies jedoch irrelevant, da das zweite Versäumnisurteil, das der Firma Franz B. e. K., Inhaber Reinhard F. B. zugestellt wurde, rechtskräftig ist.

Diese Berichtigung im Einspruchsverfahren berichtigt dann auch den Vollstreckungsbescheid, da eine solche Berichtigung in jedem Stadium des Verfahrens möglich ist.

Allerdings war dies wohl für den Gerichtsvollzieher zunächst nicht erkennbar, da ihm ursprünglich offenbar nur der Vollstreckungsbescheid übermittelt wurde und das zweite Versäumnisurteil erst später erlassen und dem Gerichtsvollzieher übermittelt wurde.

2. Dieser Titel, der sich nach den Ausführungen unter II. 1. jetzt gegen die Firma „Franz B. e. K., Inhaber Reinhard F. B." richtet, ist aber nicht ordnungsgemäß, d. h. wirksam zugestellt worden.

Die Zustellung erfolgte an Herrn Franz B., so wie der Vollstreckungsbescheid adressiert war. Von einer Zustellung an die Firma „Franz B. e. K., Inhaber Reinhard F. B." kann jedenfalls nicht ausgegangen werden.

Dieser Zustellungsmangel kann nicht geheilt werden. Zwar hat offensichtlich Herr Reinhard B. von dem Vollstreckungsbescheid erfahren und Einspruch eingelegt, eine Heilung gemäß § 189 ZPO setzt jedoch voraus, dass der tatsächliche Empfänger auch Adressat der Zustellung war. Adressat war aber eindeutig „Herr Franz B.", der – wie oben erläutert – nicht mit der Firma „Franz B. e. K., Inhaber Reinhard F. B." identisch ist.

Auch ist keine Heilung gemäß § 295 ZPO in der mündlichen Verhandlung erfolgt. Eine solche Heilung setzt voraus, dass die beeinträchtigte Partei erschienen ist. Dies war jedoch offensichtlich nicht der Fall, sonst wäre kein zweites Versäumnisurteil ergangen.

Somit fehlt es an dem Erfordernis der ordnungsgemäßen Zustellung des Titels, da dieser Herrn Franz B. und nicht der Firma „Franz B. e. K., Inhaber Reinhard F. B." zugestellt wurde.

III.

Auch aus dem zweiten Versäumnisurteil kann die Klägerseite nicht vollstrecken, da das zweite Versäumnisurteil keinen eigenen Titel darstellt, sondern lediglich den Vollstreckungsbescheid aufrechterhält und in Bezug auf die Hauptforderung keinen eigenen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist.

IV.

Der Fehler in diesem Verfahren lag darin, dass beim Antrag auf Erlass eines Mahn- bzw. Vollstreckungsbescheids der Name des bereits 1986 verstorbenen Franz B. angegeben wurde, statt der offensichtlich korrekten Bezeichnung: Franz B. e. K., Inhaber Reinhard F. B.

Der Gerichtsvollzieher hat sich somit rechtmäßig und korrekt verhalten; die Erinnerung war deshalb mit der aus § 97 ZPO zu entnehmenden Kostenfolge als unbegründet zurückzuweisen.

■ BUCHBESPRECHUNG

ABC der pfändbaren und unpfändbaren beweglichen Sachen, Forderungen und anderen Vermögensrechte

Handbuch für den Vollstreckungsaußen- und -innendienst, begründet von *Hans Röder*, fortgeführt von *Hans-Jürgen Klotzbach* und *Rainer Goldbach*; 26. Ergänzungslieferung, Stand Januar 2010, 382 Seiten, Loseblattausgaben, Grundwerk ca. 3 600 Seiten, DIN A5, in drei Ordnern, 138,– Euro bei Fortsetzungsbezug (186,– Euro bei Einzelbezug), Verlag Reckinger, Siegburg, ISBN 978-3-7922-0019-3.

Nachdem *Hans Röder* am 6. Dezember 2009 im Alter von 88 Jahren verstorben ist, wird das seit Jahrzehnten eingeführte Handbuch nunmehr von *Hans-Jürgen Glotzbach*, Fachreferent für Verwaltungsvollstreckung und *Rainer Goldbach*, Dipl.-Rechtspfleger beim AG Frankfurt am Main fortgeführt. Mit der vorliegenden Ergänzungslieferung wird das Werk umfassend aktualisiert und erweitert. Das beeindruckende alphabetische Stichwortverzeichnis wurde insbesondere ergänzt um die Pfändung des Altenteils, die Pfändbarkeit der Anlieferungsreferenzmenge eines Milcherzeugers, die Pfändung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und Grunddienstbarkeit, die Vollstreckung in Dauerwohn- und Nutzungsrechte und die Pfändung von Nießbrauch und Reallasten. Aktualisiert wurde es in Bezug auf Ausstellungsgegenstände und Elterngeld sowie Tiere in der Zwangsvollstreckung. Gleichzeitig ergänzt wurde die Literaturliste und die Rechtsprechungsübersicht, die sämtliche vollstreckungsrechtliche relevanten Zeitschriften auswertet. Bei den abgedruckten Gesetzestexten sind in der ZPO bereits die Änderungen zur Reform der Sachaufklärung berücksichtigt. Nach erster Sichtung wird das von *Hans Röder* begründete Werk in gewohnter Qualität weitergeführt und ermöglicht für die schnelle und effiziente Lösung aktueller Vollstreckungsprobleme eine genaue Kenntnis der Grundsätze und Ausnahmen zu den einzelnen Vollstreckungsobjekten. Das Werk kann daher unbedingt weiterhin allen mit der Zwangsvollstreckung befassten Personen empfohlen werden.

Stefan Mroß

Stöber – Forderungspfändung

Forderungspfändung – Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, Erläuterungsbuch für die Praxis mit Mustern und Beispielen, von *Kurt Stöber*, Regierungsdirektor a. D., 15., neu bearbeitete Auflage, Feb. 2010, 1 279 Seiten, gebunden, 128,– Euro, Verlag Ernst & Werner Geiseking, Bielefeld, ISBN 978-3-7694-1038-9.

Seit nunmehr 1964 erscheint das Standardwerk für die Forderungspfändung von *Kurt Stöber*. Mit Stand von November 2009 hat er in die neueste Auflage die Gesetzesänderungen zum Kontopfändungsschutz, den Pfändungsschutz der Altersvorsorge und die aktuelle Rechtsprechung insbesondere vom BGH, aber auch von vielen anderen Gerichten, eingearbeitet. Angepriesen wird die Neuauflage als großes Handbuch für den praktischen Gebrauch. Es besticht durch seine klare Gliederung: Nach kurzer Einführung in die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen werden Einzelfälle hierzu alphabetisch, auch mit Musterformulierungen zur Bezeichnung des Anspruchs, dargestellt, u. a. das Akkreditiv, die Kreditzusage, der Leasingvertrag oder gar Stationierungsschäden. Ausführlich dargestellt ist das Pfändungsverfahren anhand der gesetzlichen Vorschriften gemäß §§ 828 ff. ZPO. Sowohl die Pfändung von Arbeitseinkommen als auch von Sozialleistungen werden jeweils in einem eigenen Kapitel behandelt. Breiten Raum nimmt auch die Pfändung anderer Vermögensrechte ein, die ebenfalls in alphabetische Einzelfälle gegliedert ist. Hier findet man u. a. Gebrauchsmuster, Gesellschaftsanteile, die Internetdomäne und das Meistgebot in der Zwangsversteigerung. Weitere Kapitel werden ausgefüllt mit der Pfändung von Hypothekenforderungen und Grundpfandrechten, Herausgabeansprüchen und verbrieften Forderungen. Auch fehlen nicht die einschlägigen Gesetzestexte zur ZPO, zu SGB und EStG sowie ein ausführliches Sachverzeichnis. Die große Übersichtlichkeit setzt sich in den Texten fort. Vorangestellt ist jedem Abschnitt eine Schrifttumsübersicht. Der Text liest sich sehr fließend, da sämtliche Aussagen durch Rechtsprechung oder Literatur in Fußnoten belegt werden. 2 096 Randnummern stellen eine leichte Zitierbarkeit her. Rechtsprechung und Literatur sind aktuell eingearbeitet und ausgewertet. Zu kurz kommen allerdings die ausländische Forderungspfändung und hierzu bestehende Rechtsentwicklungen (vgl. *Hess*, DGVZ 2010, S. 45 ff.). Wo keine Rechtsprechung existiert, äußert der Autor auch klare Ansichten, z. B. bei der Notwendigkeit der persönlichen Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner durch den Gerichtsvollzieher, um die Rechtsfolgen des § 840 ZPO auszulösen (Rdnr. 633). Aufgrund der ausführlichen Darstellungen und guten Ausformulierungen sprengt das Werk allerdings den Charakter eines Handbuches. Vielmehr stellt es einen Spiegel aus 45 Jahren Rechtsentwicklungen auf dem Gebiet der Forderungspfändung dar und dürfte wissenschaftlichen Ansprüchen bereits vollauf genügen, ist doch anscheinend jeder in der Rechtsprechung verarbeitete Einzelfall verwertet. Dies schmälert keinesfalls den Verdienst, dieses Rechtsgebiet gründlich aufgearbeitet zu haben. Konzeptionell ist allerdings zu fragen, ob es sich noch um ein Praxishandbuch handelt. Wer sich gründlich mit den Fragen und Einzelproblemen zur Forderungspfändung beschäftigen möchte, kommt am „Stöber" keinesfalls vorbei!

Stefan Mroß

■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

Bernstoff, Christof von: *„Gerichtliche Mahnverfahren in der EU"*. In: Außenwirtschaftliche Praxis. 2010, 1. S. 6–8.

Biegelsack, Horst: *„Schuldner in die Warteschleife!"* In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht. 2009, 50. S. 2326–2329.

Bork, Reinhard: *„Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung"*. Von Reinhard Bork und Markus Gehrlein – 11., neu bearb. Aufl. – Köln – RWS-Verl. Kommunikationsforum, 2009 – XI, 197 S. – (RWS-Skript; 82) – 978-3-8145-7782-1 – 44,– Euro.

David, Peter: *„Aktuelle Rechtsbeschwerdeentscheidungen des BGH zur Zwangsvollstreckung aus 2007 bis 2009 – im Anschluss an Rbeistand 2/2007, S. 34 ff."*. In: Der Rechtsbeistand. 2009, 2. S. 34–39.

Dörndorfer, Josef: *„Das neue Pfändungsschutzkonto"*. In: Das juristische Büro. 2009, 12. S. 626–629.

Förster, Michael: *„Die Reform des Dienstrechts in Brandenburg und anderen Bundesländern"*. In: Landes- und Kommunalverwaltung. 2009, 11. S. 497–504.

Günther, Hellmuth: *„Gesetzgebungskompetenzen für das Beamtenrecht, Kodifikationen des allgemeinen Beamtenrechts – vom Kaiserreich bis zur Bundesrepublik nach der Föderalismusreform"*. In: Zeitschrift für Beamtenrecht. 2010, 1/2. S. 1–21.

Heiderhoff, Bettina: *„Zahlungsunfähigkeit angesichts fälliger Forderung und anfechtbares Fälligwerden – BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 – IX – ZR 63/08"*. In: KTS. 2009, 4. S. 523–533.

Klose, Bernhard: *„Die Hemmung der Verjährung durch den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids"*. In: MDR. 2010, 1. S. 11–12.

Lindner, Josef-Franz: *„Berufsbeamtentum und Demokratieprinzip – ein Zwischenruf"*. In: Zeitschrift für Beamtenrecht. 2010, 1/2. S. 26–31.

„Die Nachbesserung des Vermögensverzeichnisses". In: Forderung & Vollstreckung. 2009, 12. S. 232–236.

Ziegler, Rainer: *„FamFG: Neuregelung der Vollstreckung in Kindschaftssachen"*. In: Das Jugendamt. 2009, 12. S. 585–589.

HERAUSGEBER:
Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e. V. (DGVB) – www.dgvb.de – 14089 Berlin, Kladower Damm 21 D. **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 40,– € 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 Grit Wenig, Montanstraße 6, 13407 Berlin, Telefon (030) 4 64 45 48, Telefax (030) 41 40 46 41, E-Mail: Grit.Wenig@web.de.

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

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: info@dgvz.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. Januar 2010 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in der Fassung vom 1. Januar 2010.