



Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

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

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

125. Jahrgang · Oktober 2010

10 | 10

Grundzüge der Reform der Sachaufklärung

Von Stefan Mroß, Schriftleiter der DGVZ*

Die Reform der Sachaufklärung tritt am 1. Januar 2013 in Kraft. Für alle vor diesem Stichtag beim Gerichtsvollzieher eingegangenen Aufträge gilt allerdings das bisherige Recht¹⁾. Im Folgenden werden die zentralen Regelungsinhalte der neuen Vorschriften dargestellt und Hinweise für den Verfahrensablauf gegeben²⁾.

Unverändert bleibt der Gerichtsvollzieher das zentrale Organ der Zwangsvollstreckung³⁾. Mit den neuen Vorschriften ändert sich auch nicht die Zuständigkeit für die verschiedenen Vollstreckungsarten. Insbesondere verbleibt es vorerst bei der geteilten Zuständigkeit für die Pfändung und Verwertung körperlicher Sachen, der Wegnahmevollstreckung und Vermögensoffenbarung beim Gerichtsvollzieher einerseits und der Pfändung von Forderungen und Rechten beim Vollstreckungsgericht andererseits⁴⁾.

Neu hinzugekommen ist als Maßnahme jedoch die Einholung von Auskünften bei Dritten, die dem Gerichtsvollzieher als Ausfluss des neu gestalteten Verfahrens zur Einholung der Vermögensauskunft des Schuldners übertragen wurde (§ 802 I ZPO n. F.).

§ 802 a ZPO n. F. stellt folgende Regelbefugnisse des Gerichtsvollziehers auf:

1. Herbeiführung einer gütlichen Erledigung;
2. Einholung einer Vermögensauskunft des Schuldners;

3. Einholung von Auskünften Dritter über das Vermögen des Schuldners;
4. Pfändung und Verwertung körperlicher Sachen;
5. Durchführung einer Vorpfändung (gemäß § 845 ZPO).

Diese fünf verschiedenen Auftragsarten können vom Gläubiger beauftragt werden⁵⁾. Nach dem Gesetzeswortlaut soll der Gläubiger die gewünschten Maßnahmen im Auftrag bezeichnen⁶⁾. In jedem Fall auch ohne besondere Nennung stets, also obligatorisch, beauftragt ist die gütliche Erledigung⁷⁾. Der Gerichtsvollzieher kann künftig auch alleine mit dem Versuch einer gütlichen Erledigung beauftragt werden⁸⁾.

Daneben schafft § 755 ZPO n. F. das Recht für den Gerichtsvollzieher, den Aufenthaltsort des Schuldners aus den Meldeanschriften zu ermitteln. Soweit hieraus der Aufenthaltsort nicht zu ermitteln ist, darf der Gerichtsvollzieher beim Ausländer-Zentralregister und schließlich der aktenführenden Ausländerbehörde, den Trägern der gesetzlichen Rentenversicherung und beim Kraftfahrt-Bundesamt weitere Anschriftenermittlungen durchführen, wenn die Hauptforderung mindestens 500,- Euro beträgt⁹⁾. Um diese Ermittlungen durchzuführen, ist allerdings ein gesonderter Auftrag des Gläubigers erforderlich, weil hierdurch auch besondere Gebühren und Auslagen ausgelöst werden¹⁰⁾.

* Gerichtsvollzieher in Bühl.

¹⁾ § 39 Nr. 1 EG-ZPO.

²⁾ Zur Kritik an den gesetzlichen Regelungen vgl. grundlegend Seip, DGVZ 2008, S. 38 und N. Fischer, DGVZ 2010, S. 113.

³⁾ § 753 Abs. 1 ZPO bleibt insofern unverändert.

⁴⁾ Zur Kritik hieran vgl. Seip, DGVZ 2008, S. 38 ff. (42); Hess, Rechtspolitische Perspektiven der Zwangsvollstreckung, DGVZ 2010, S. 7.

⁵⁾ Unbeschadet weiterer Zuständigkeiten nach der ZPO und anderen Vorschriften, vgl. § 802 a Abs. 2 ZPO n. F.

⁶⁾ Schwörer/Heßler, ZVI 2007, S. 589 ff. (595).

⁷⁾ § 802 a Abs. 2 Satz 2 ZPO n. F.

⁸⁾ Schwörer/Heßler, a. a. O., S. 595; gesonderter neuer Gebührentatbestand in KV 207 zu GvKostG n. F.

⁹⁾ § 755 Abs. 2 ZPO n. F.

¹⁰⁾ vgl. Bundestagsdrucksache 16/10069 vom 30. August 2008, S. 23/23 zu § 755; des Weiteren KV 440 und KV 708 zum GvKostG n. F.

Gütliche Erledigung

Der Gerichtsvollzieher soll künftig versuchen, in jeder Lage des Verfahrens eine gütliche Erledigung herbeizuführen. Dieser Grundsatz ist im § 802 b Abs. 1 ZPO n. F. normiert und gilt damit ausdrücklich für alle in § 802 a Abs. 2 ZPO n. F. – wie oben – genannten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Künftig kann nun auch unstreitig vor oder nach Verhaftung des Schuldners zur Abgabe der Vermögensauskunft noch eine gütliche Erledigung herbeigeführt werden¹¹⁾. Wie eine gütliche Erledigung aussehen kann, ist nicht vollständig geregelt. Der Gesetzgeber hat lediglich den Abschluss einer Zahlungsvereinbarung in § 802 b Abs. 2 und 3 ZPO n. F. hervorgehoben. Eine Zahlungsvereinbarung darf der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger mit dem Schuldner abschließen, wenn der Gläubiger dies nicht in seinem Auftrag vorher ausgeschlossen hat. Darin darf der Gläubiger aber auch Beträge und Fristen vorgeben¹²⁾.

Der Gerichtsvollzieher kann dem Schuldner eine Zahlungsfrist (zur Vollzahlung) vorschlagen oder eine Ratenzahlung mit ihm vereinbaren. Das Gesetz redet insoweit von einem Zahlungsplan, weshalb davon auszugehen ist, dass dieser schriftlich fixiert werden sollte. Ausgeschlossen ist allerdings nicht, diese Vereinbarung mit dem Schuldner auch mündlich zu treffen und anschließend vom Gerichtsvollzieher zu protokollieren, jedoch dürfte sich eine gemeinsame Protokollierung mit anschließender Unterschrift und Abschriftenerteilung an den Schuldner zur Erhöhung des Bindungswillens empfehlen. Der Schuldner muss die zu vereinbarende Zahlung glaubhaft machen, wobei eine förmliche Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 ZPO nicht erforderlich ist¹³⁾. Bei Ratenzahlung soll der Zeitraum zwölf Monate nicht übersteigen. Aufgrund besonderer Umstände ist jedoch auch eine längere Frist nicht ausgeschlossen¹⁴⁾.

Den mit dem Schuldner vereinbarten Zahlungsplan hat der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger mitzuteilen. Der Gläubiger hat anschließend das Recht, diesem Zahlungsplan unverzüglich zu widersprechen, womit der Zahlungsplan hinfällig wird¹⁵⁾. Hiernach wird die Möglichkeit des Gerichtsvollziehers, eine gütliche Erledigung herbeizuführen, insoweit eingeschränkt, als dass Zahlungsfristen oder Ratenzahlungen nur mit Zustimmung des Gläubigers möglich sind. Diese Zustimmung gilt allerdings stets konkludent als erteilt, soweit der Gläubiger an keiner Stelle eine Zahlungsvereinbarung ausschließt¹⁶⁾. Der Gerichtsvollzieher darf daher bei gegebener Zustimmungslage Vereinbarungen mit materiellrechtlichem Inhalt abschließen¹⁷⁾. Formalrechtlich hat der Abschluss einer Zahlungsvereinbarung die Wirkung des Vollstreckungsaufschubs¹⁸⁾, wodurch die oben bezeichneten Vollstreckungsmaßnahmen vorerst nicht aus- oder weitergeführt werden dürfen. Wenn allerdings der Gläubiger bereits im Auftrag eine Einwilligung zu einer Zahlungsvereinbarung versagt hat, bleibt dem Schuldner nur noch die Möglichkeit, einen Vollstreckungsschutzantrag gemäß § 765 a ZPO zu stellen, da auch im Falle einer durchgeführten Pfändung die Aus-

setzung der Verwertung durch Aufhebung der §§ 813 a und b ZPO nach neuem Recht nicht mehr möglich ist. Die Bedeutung und Fallhäufigkeiten bei der Anwendung von § 765 a ZPO könnten daher nach Inkrafttreten des neuen Rechts deutlich zunehmen, wenn Zwangsvollstreckungsparteien auftreten, die einander vornehmlich schaden wollen, statt mit wirtschaftlicher Vernunft die Befriedigung von titulierten Forderungen herbeizuführen¹⁹⁾.

Wenn der Gläubiger einer nicht von vornherein abgeschlossenen Zahlungsvereinbarung nachträglich widerspricht oder wenn der Schuldner mehr als zwei Wochen mit der vereinbarten Zahlung in Rückstand gerät, wird die Zahlungsvereinbarung hinfällig und es endet der Vollstreckungsaufschub²⁰⁾. Zu beachten ist allerdings, dass der Widerspruch des Gläubigers „unverzüglich“ erfolgen muss. Es handelt sich hierbei um einen legal definierten Rechtsbegriff, der nach den Umständen des Einzelfalles zu bewerten ist²¹⁾. Das Widerspruchsrecht kann daher als erloschen gelten, wenn eine Woche nach Zugang der Mitteilung an den Gläubiger vergangen ist. Bei Rechtsvertretung des Gläubigers wird man aufgrund der Rücksprache mit dem Mandanten zehn Tage annehmen müssen. Danach kann eine abgeschlossene Zahlungsvereinbarung nur noch durch den gesetzlich normierten Zahlungsverzug des Schuldners hinfällig werden.

Die gütliche Erledigung und ihre verfahrensmäßig eigenständige Ausgestaltung führt zu der von vielen Gläubigern gewünschten Möglichkeit, den Gerichtsvollzieher zum Schuldner vor Ort zu bringen. Oftmals ist dies sinnvoll, um dessen Lebensumstände und Zahlungsmöglichkeiten durch einen unmittelbaren Eindruck des Gerichtsvollziehers untermauern zu lassen²²⁾. Erreicht wird dies auch, indem Gläubiger Vollstreckungsbescheide nicht von Amts wegen durch das Mahngericht zustellen lassen, sondern sich direkt die Ausfertigung erteilen lassen und den Gerichtsvollzieher mit der persönlichen Zustellung beauftragen²³⁾. Hierdurch kann der Gerichtsvollzieher beschleunigt persönlich zum Schuldner geschickt werden.

Vermögensauskunft

Am Inhalt der Vermögensauskunft und an der örtlichen Zuständigkeit für die Aufnahme des Vermögensverzeichnisses und Abnahme der eidesstattlichen Versicherung ändert sich gegenüber dem bisherigen Verfahren zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung nichts. Der Ablauf des Verfahrens zur Abgabe der Vermögensauskunft ändert sich im Übrigen jedoch in allen anderen Punkten völlig.

Vor allem ist die Durchführung des Verfahrens zur Abgabe der Vermögensauskunft nicht mehr an besondere Voraussetzungen geknüpft. Bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen zur Durchführung der Zwangsvollstreckung kann der Gläubiger den Schuldner nunmehr auch als einzige Zwangsvollstreckungsmaßnahme (immer neben dem Versuch der gütlichen Erledigung, siehe oben!) zur Abgabe einer Vermögensauskunft anhalten. Damit besteht die Möglichkeit, die

¹¹⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 28 zu § 802 g Abs. 2.

¹²⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 24 zu § 802 b.

¹³⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 24.

¹⁴⁾ *Schwörer/Heßler*, a. a. O., S. 595.

¹⁵⁾ § 802 b Abs. 3 ZPO n. F.; Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 25.

¹⁶⁾ *Seip*, a. a. O., S. 39.

¹⁷⁾ § 754 ZPO n. F.; so auch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses in Bundestagsdrucksache 16/13432 vom 17. Juni 2009, S. 50.

¹⁸⁾ § 802 b Abs. 3 Satz 1 ZPO n. F.

¹⁹⁾ Zurückhaltend hierzu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff. (119).

²⁰⁾ § 802 b Abs. 3 Satz 2 und 3 ZPO n. F.

²¹⁾ „Ohne schuldhaftes Vermögen“, vgl. § 121 BGB; also nicht sofort, aber innerhalb einer den Umständen des Einzelfalles zu bemessenden Prüfungs- und Überlegungsfrist, vgl. Palandt/*Heinrichs/Ellenberger*, 67. Aufl., Rdnr. 2 zu § 121 BGB.

²²⁾ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, a. a. O., S. 49.

²³⁾ Vgl. § 699 Abs. 4 ZPO.

Vermögensauskunft an den Anfang der Zwangsvollstreckung zu stellen. Das Verfahren ist nunmehr in § 802 c bis k ZPO n. F. sowie in § 807 ZPO n. F. geregelt. Die Regelungen zum Schuldnerverzeichnis befinden sich in § 882 b bis h ZPO n. F.

Der grundsätzliche Verfahrensablauf ist in § 802 f ZPO n. F. geregelt. Danach hat der Gerichtsvollzieher in seiner Ladung zur Abgabe der Vermögensauskunft dem Schuldner zuerst die Möglichkeit einzuräumen, die Forderung binnen einer Frist von zwei Wochen zu begleichen. Der Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft kann also erst nach diesem Fristablauf erfolgen, wird jedoch im selben Anschreiben bereits bestimmt für den Fall, dass der Schuldner nicht zahlt. Die Ladung nebst Zahlungsaufforderung sowie die erforderlichen Bestimmungen und Belehrungen sind dem Schuldner zuzustellen²⁴). Die Ladung kann in das Büro des Gerichtsvollziehers, aber auch in die Wohnung des Schuldners erfolgen. Lädt der Gerichtsvollzieher den Schuldner in seiner Wohnung, kann der Schuldner binnen einer Woche nach Zustellung dieser Ortsbestimmung widersprechen. Erfolgt kein fristgemäßer Widerspruch, muss der Schuldner den Termin in seiner Wohnung wahrnehmen²⁵).

Auch eine Sofortabnahme der Vermögensauskunft ist möglich. Hierzu muss der Gläubiger allerdings wie bisher vorab die Pfändung beim Schuldner beantragt haben. Im Falle der Durchsuchungsverweigerung oder fruchtlosen Pfändung kann der Gerichtsvollzieher dann dem Schuldner die Vermögensauskunft gemäß § 807 Abs. 1 ZPO n. F. sofort abnehmen. Allerdings kann der Schuldner auch bei Vorliegen dieser Voraussetzungen der sofortigen Abnahme widersprechen. Der Schuldner ist dann, allerdings ohne Einhaltung der Zahlungsfrist, zu laden (§ 807 Abs. 2 ZPO n. F.). Der Gläubiger hat bei dieser Konstellation kein Recht mehr, der sofortigen Abnahme zu widersprechen²⁶).

Im Termin kann selbstverständlich auch ein Zahlungsplan vereinbart werden (§ 802 b Abs. 1 ZPO n. F., „in jeder Lage des Verfahrens“).

Das Vermögensverzeichnis hat der Gerichtsvollzieher als elektronisches Dokument zu erstellen. Eine bloße Vorlage des Vermögensverzeichnisses ist daher nicht mehr vorgesehen, sondern explizit die Aufnahme der Angaben durch den Gerichtsvollzieher. Offen bleibt allerdings, ob vom Schuldner in einem Verzeichnis gefertigte handschriftliche Angaben nach Bestätigung durch den Gerichtsvollzieher gescannt und in eine Datei umgewandelt werden können oder ob in jedem Fall, das heißt auch bei Abnahmen vor Ort, nur noch die Eingabe der Angaben des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher anhand einer Maske in einem Computer möglich ist²⁷). Für den Fall, dass vom Schuldner vorgelegte Anlagen dem Vermögensverzeichnis beigelegt werden sollen, wird nämlich davon ausgegangen, dass zumindest diese Anlagen in ein elektronisches Dokument übertragen und mit dem Vermögensverzeichnis untrennbar verbunden werden sollen²⁸).

Das in Dateiform vorhandene Vermögensverzeichnis hinterlegt der Gerichtsvollzieher beim Zentralen Vollstreckungsgericht. Dies muss so verstanden werden, dass die Datei an

den Server des Zentralen Schuldnerverzeichnisses zu übermitteln ist. Nicht mehr zu hinterlegen ist das nach § 762 ZPO über die Abnahme der Vermögensauskunft aufzunehmende Protokoll²⁹). Der Gläubiger erhält einen Ausdruck des Vermögensverzeichnisses³⁰). Demnach verbleibt das Protokoll über die Abnahme der Vermögensauskunft in der Sonderakte des Gerichtsvollziehers. Eine Abschrift des Protokolls wird dem Gläubiger nur noch auf ausdrücklichen Antrag gemäß § 760 ZPO erteilt.

Die Anfechtungstatbestände im Vermögensverzeichnis von zwei bzw. vier Jahren knüpfen vom Zeitablauf nunmehr allerdings an die erste Zahlungsfrist des § 802 f Abs. 1 ZPO n. F. an³¹).

Versäumt der Schuldner den Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft oder verweigert er diese im Termin, ist auf Antrag des Gläubigers vom Vollstreckungsgericht der Haftbefehl zu erlassen. Weiterhin erfolgt die Verhaftung durch den Gerichtsvollzieher, der bei Durchführung der Verhaftung eine beglaubigte Abschrift an den Schuldner übergibt. Soweit ist nichts neu. Für die Vollziehung des Haftbefehls besteht nunmehr eine Sperrfrist von zwei Jahren seit Erlass³²).

Bei unvollständigen Unterlagen kann bei Durchführung der Verhaftung die Vollziehung des Haftbefehls durch den Gerichtsvollzieher ausgesetzt werden³³).

Vermögensverzeichnisse

Beim Zentralen Vollstreckungsgericht liegt das Vermögensverzeichnis nur noch in elektronischer Form vor. Dies gilt auch für Vermögensverzeichnisse nach § 284 AO³⁴).

Die Datei des Vermögensverzeichnisses wird vom Zentralen Vollstreckungsgericht zwei Jahre nach dem Abgabetermin gelöscht oder auch, wenn ein neues Vermögensverzeichnis für den selben Schuldner hinterlegt wird. Künftig können neben dem Gerichtsvollzieher jederzeit auch diverse staatliche Stellen Einsicht in das Vermögensverzeichnis nehmen, z. B. die Justizkassen³⁵).

Erneute Vermögensauskunft und Sperrfrist

Hat der Schuldner bereits eine Vermögensauskunft abgegeben, so ist er nunmehr nach zwei statt wie bisher nach drei Jahren zur erneuten Abgabe verpflichtet³⁶). Vor Ablauf von zwei Jahren kann der Gläubiger jedoch eine erneute Vermögensauskunft verlangen, wenn er Tatsachen glaubhaft macht, die auf wesentliche Veränderungen der Vermögensverhältnisse schließen lassen. Diese Formulierung ist allgemeiner gefasst als bisher. Dies führt einerseits zu einer Erweiterung der Tatbestände, andererseits aufgrund des eingeführten Wesentlichkeitsprinzips auch zu einer Beschränkung³⁷). Hier wird zumindest aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffs die Rechtsprechung in Zukunft wieder ein neues Betätigungsfeld finden.

²⁴) § 802 f Abs. 4 ZPO n. F.

²⁵) § 802 f Abs. 2 ZPO n. F.

²⁶) Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 34 zu § 807 Abs. 2.

²⁷) Vgl. Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 27 zu § 802 f Abs. 3 und 5; Seip, a. a. O., S. 39.

²⁸) Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 27 zu § 802 f Abs. 5.

²⁹) Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 27 zu § 802 f Abs. 6.

³⁰) § 802 f Abs. 6 ZPO n. F.

³¹) § 802 c Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO n. F.

³²) Dies entspricht der Sperrfrist des § 802 d, vgl. Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 28 zu § 802 h.

³³) § 802 i Abs. 3 ZPO n. F.

³⁴) § 802 k Abs. 1 ZPO n. F.

³⁵) Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 30.

³⁶) § 802 d Abs. 1 ZPO n. F.

³⁷) Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 26.

Der Begriff des Vermögens erstreckt sich hierbei auf alle Werte, die der Pfändung unterliegen, also auch Forderungen und Rechte sowie immaterielle Vermögensgegenstände. Zur vorzeitigen Aufhebung der Sperrfrist ist eine Veränderung an Vermögensgegenständen erforderlich, wobei vorerst offen bleibt, ob auch eine Verschlechterung oder ein bloßer Austausch von Niedriglohnarbeitsverhältnissen die Wesentlichkeit begründen.

Nach wie vor wird die erneute Vermögensauskunft von der weiterhin bestehenden Möglichkeit der Nachbesserung eines bestehenden Vermögensverzeichnisses unterschieden³⁸⁾. Für die datenmäßige Verarbeitung wird darauf zu achten sein, dass Nachbesserungen keine erneute Vermögensauskunft darstellen, das heißt, als Zusatz zum bisherigen Vermögensverzeichnis auch nachträglich hinzugefügt werden müssen und auch kein neues vollständiges Vermögensverzeichnis erfordern. Auch unterliegen diese Nachbesserungen der Lösungsfrist der ursprünglichen Vermögensauskunft, weshalb die Hinterlegung mehrerer Dateien zu einer Vermögensauskunft erforderlich sein muss.

Hat der Gerichtsvollzieher festgestellt, dass bei einem Antrag auf Abgabe der Vermögensauskunft für den Schuldner innerhalb der Sperrfrist noch eine gültige Vermögensauskunft vorliegt, erteilt nunmehr der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger einen Ausdruck des Vermögensverzeichnisses der letzten Vermögensauskunft und leitet diesen Ausdruck mit Datenschutzhinweisen zu. Der Gerichtsvollzieher nimmt hierzu Zugriff auf die Datei des Servers beim Zentralen Schuldnerverzeichnis und reproduziert hiervon mit seiner IT-Einrichtung den Ausdruck. Von der Erteilung des Ausdrucks erhält auch der Schuldner Nachricht³⁹⁾.

Bedeutsam ist, dass der Titel des Abschriften beantragenden Gläubigers nunmehr gleichfalls unter Umständen in das Schuldnerverzeichnis, nach Vorliegen der Voraussetzungen des § 882 c ZPO n. F. einzutragen ist (siehe unten)⁴⁰⁾.

Rechtsmittel zur Vermögensauskunft

Abgeschafft wurde der Widerspruch gegen die Verpflichtung zur Abnahme der Vermögensauskunft im Termin. Als Rechtsmittel gegen die Verpflichtung zur Abgabe der Vermögensauskunft ist daher nur noch die Erinnerung gemäß § 766 ZPO möglich. Mangels ergänzender Vorschriften kann nunmehr das Rechtsmittel also auch schriftlich vor dem Termin eingelegt werden. Zu bedenken ist allerdings, dass die Erinnerung keine aufschiebende Wirkung hat, denn diese muss erst durch das Vollstreckungsgericht gemäß § 766 Abs. 1 Satz 2 ZPO hergestellt werden, indem das Gericht i. V. m. § 732 Abs. 2 ZPO auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlässt, die auch gegen Sicherheitsleistung möglich ist⁴¹⁾.

In der Praxis wird der Gerichtsvollzieher wie folgt verfahren:

1. Der Gerichtsvollzieher prüft, ob er der Erinnerung abhilft⁴²⁾.
2. Wurde die Erinnerung rechtzeitig vor dem Termin eingelegt und die einstweilige Einstellung beantragt und hilft

der Gerichtsvollzieher nicht ab, so legt er die Sonderakte mit dem Hinweis auf den anstehenden Termin und seinem kurz begründeten Nichtabhilfemerker dem Vollstreckungsgericht zur Entscheidung vor.

3. Ist die Erinnerung kurz vor oder in dem Termin eingelegt, so nimmt der Gerichtsvollzieher den Termin wahr. Erscheint der Schuldner nicht oder verweigert weiterhin, so wird die Akte dem Vollstreckungsgericht mit dem Hinweis auf die eingelegte Erinnerung und dem etwaigen Haftbefehlsantrag vorgelegt, wonach das Gericht über sämtliche Anträge zu entscheiden hat. Hierbei ist es auch möglich, dass das Gericht sogleich bei unbegründetem Rechtsmittel den Haftbefehl erlässt.

Schuldnerverzeichnis

Das Schuldnerverzeichnis wird gleichfalls beim Zentralen Vollstreckungsgericht geführt. Ein solches Schuldnerverzeichnis wird in jedem Bundesland eingerichtet, kann aber über eine zentrale und länderübergreifende Abfrage im Internet unter bestimmten Voraussetzungen eingesehen werden⁴³⁾. Die Eintragung im Schuldnerverzeichnis erfolgt nunmehr nicht mehr automatisch nach Abgabe der Vermögensauskunft, sondern ausdrücklich nur nach Anordnung durch den Gerichtsvollzieher. Die Eintragung ordnet er an, wenn

- der Schuldner nicht zum Termin erschienen ist oder die Vermögensauskunft verweigert;
- nach Abgabe der Vermögensauskunft hieraus ersichtlich ist, dass für den betreibenden Gläubiger eine vollständige Befriedigung nicht zu erwarten ist. Hierbei hat der Gerichtsvollzieher eine eigene Prognose anzustellen, deren Ergebnis er auch bereits in das Protokoll zur Abnahme der Vermögensauskunft aufnehmen kann⁴⁴⁾. Hierbei muss der Gerichtsvollzieher die vom Schuldner angegebenen Vermögensgegenstände insofern bewerten, ob diese durch eine freiwillige Vereinbarung oder durch Zwangsvollstreckungsmaßnahme des Gläubigers zu einer kurzfristigen Befriedigung führen können. Die Eintragung soll nach diesem Tatbestand auf Fälle der offensichtlichen Unzulänglichkeit der Vollstreckungsmasse beschränkt bleiben. Im Zweifelsfall soll die Eintragungsanordnung hierzu unterbleiben⁴⁵⁾;
- wenn der Schuldner nicht binnen einem Monat nach Abgabe der Vermögensauskunft oder Bekanntgabe einer Abschriftserteilung die Befriedigung des Gläubigers nachweist,
- solange ein Zahlungsplan noch läuft (§ 882 c Abs. 1 Nr. 3 ZPO n. F.). Hieraus ist i. V. m. § 802 b ZPO n. F. zu schließen, dass auch nach Abnahme der Vermögensauskunft noch ein Zahlungsplan erstellt werden kann⁴⁶⁾. In diesem Fall ist die Vermögensauskunft wohl dem Gläubiger neben der Zahlungsvereinbarung bekannt zu geben, die Vermögensauskunft aber nicht im Schuldnerverzeichnis einzutragen.

Der Gerichtsvollzieher hat daher eine erhöhte Anforderung an die Terminsüberwachung, um danach nämlich auch die Eintragung zu veranlassen.

Die Eintragungsanordnung hat der Gerichtsvollzieher zu begründen und dem Schuldner zuzustellen, sofern er sie nicht

³⁸⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 26 zu § 802 d.

³⁹⁾ § 802 d Abs. 1 Satz 4 ZPO n. F.

⁴⁰⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 26 zu § 802 d Abs. 1.

⁴¹⁾ So auch Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 28 zu § 802 f Abs. 6.

⁴²⁾ Vgl. Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., Rdnr. 20 zu § 766 ZPO.

⁴³⁾ §§ 882 h, 882 f ZPO n. F.

⁴⁴⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 37.

⁴⁵⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 37 zu § 882 c Abs. 1 Nr. 2.

⁴⁶⁾ So auch Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 38.

bereits im Termin bekannt gegeben und protokolliert hat. Letzteres ist möglich, wenn der Schuldner die Vermögensauskunft abgegeben hat, danach kein Zahlungsplan erstellt wird und keine Befriedigung des Gläubigers nach Angaben des Schuldners und nach dem Inhalt der Vermögensauskunft möglich ist.

Die Eintragung erfolgt auch für nachfolgende Gläubiger, die nur eine Abschrift des Vermögensverzeichnisses beantragen. Hierbei hat also der Gerichtsvollzieher nochmals festzustellen, ob nach dem Inhalt des Vermögensverzeichnisses in Anbetracht der Höhe der Forderung die Möglichkeit einer Befriedigung in diesem Fall besteht. Jeder Fall ist also gesondert zu beurteilen und verfahrensmäßig zu behandeln⁴⁷⁾.

Im Schuldnerverzeichnis eingetragen wird der Schuldner mit Namen, Geburtsdatum, Geburtsort und Wohnsitz sowie das Aktenzeichen und das Gericht (also der Titel), Datum der Eintragungsanordnung und der Grund⁴⁸⁾. Zur Eintragung des Schuldners im Schuldnerverzeichnis nach Terminversäumnis oder Verweigerung hat der Gerichtsvollzieher nunmehr allerdings vollständige Daten nach dem Schuldner hinsichtlich des Geburtsdatums und Geburtsorts zu erheben. Gegebenenfalls hat er diese Daten gemäß § 755 ZPO n. F. von Amts wegen zu ermitteln. Hierfür bedarf es keines gesonderten Antrages, da zumindest eine Gebühr hierfür nicht entsteht⁴⁹⁾. Soweit der Schuldner z. B. wegen Namenshäufigkeit nicht klar identifiziert werden kann, bleiben die Angaben unvollständig⁵⁰⁾.

Gegen die Eintragungsanordnung kann der Schuldner Widerspruch binnen zwei Wochen seit Bekanntgabe (im Protokoll oder nach Zustellung) einlegen. Aus diesem Grunde kann die Eintragungsanordnung frühestens nach Ablauf der Widerspruchsfrist an das Zentrale Vollstreckungsgericht übermittelt werden. Auch während dieser Widerspruchsfrist ist noch eine gütliche Erledigung möglich⁵¹⁾. Ein vom Schuldner eingelegter Widerspruch hemmt allerdings nicht die Vollziehung; diese müsste vom Vollstreckungsgericht gesondert ausgesetzt werden⁵²⁾.

Insgesamt kann sich daher die Eintragung im Schuldnerverzeichnis nach Abgabe der Vermögensauskunft um bis zu sieben Wochen verzögern, wenn nämlich die Möglichkeit der Zahlung durch den Schuldner oder des Vollstreckungszugriffs durch den Gläubiger besteht (im Fall des § 882 c Abs. 3 ZPO n. F.) und damit bereits einen Monat abgewartet werden muss. Erfolgt danach die Anordnung, ist des Weiteren die Widerspruchsfrist abzuwarten. Dies sind alleine sechs Wochen, hinzu kommen Postlaufzeiten, Bearbeitungstage, Feiertage und Ähnliches⁵³⁾.

Die Löschung im Schuldnerverzeichnis erfolgt drei Jahre nach der Eintragungsanordnung. Des Weiteren ist der Schuldner zu löschen, wenn er die vollständige Befriedigung des Gläubigers nachweist, ein Eintragungsgrund fehlt oder der Wegfall bekannt geworden ist oder eine gerichtliche Entscheidung über die Aufhebung der Eintragungsanordnung oder die einstweilige Aussetzung der Eintragung vorgelegt wird⁵⁴⁾.

Die Sperrfrist zur automatischen Löschung im Schuldnerverzeichnis ist deutlich länger als die Aufbewahrungsfrist für das Vermögensverzeichnis. Hierdurch soll der Schutz des Wirtschaftsverkehrs nach wie vor drei Jahre lang gewahrt werden⁵⁵⁾. Die Löschung erfolgt jeweils für jede Eintragung, auch soweit Abschriften für andere Gläubiger erteilt wurden. Durch die Entkoppelung der Abgabe der Vermögensauskunft von der Eintragung im Schuldnerverzeichnis kann im Einzelfall eine Eintragung des Schuldners bis zu knapp fünf Jahren nach Abgabe der Auskunft bestehen bleiben, wenn nämlich die letzte Abschrift einer vor knapp zwei Jahren abgegebenen Auskunft erteilt wurde und auch der dieser Erteilung zugrunde liegende Titel in das Schuldnerverzeichnis eingetragen wurde. Der Inhalt des Schuldnerverzeichnisses wird länderübergreifend gespeichert und ist für registrierte Nutzer elektronisch abrufbar⁵⁶⁾.

Auskünfte Dritter

Auf Antrag des Gläubigers kann der Gerichtsvollzieher Auskünfte bei Dritten einholen. § 802 I ZPO n. F. knüpft hierbei direkt an die Vorschriften zum Verfahren zur Abgabe der Vermögensauskunft an. Daher ist als Voraussetzung für die Einholung von Drittauskünften geregelt, dass

- der Schuldner nicht zum Termin erschienen ist oder die Vermögensauskunft verweigert hat oder
- nach Abgabe der Vermögensauskunft keine vollständige Befriedigung zu erwarten ist.

Hieraus folgt, dass die Drittauskunft in diesen Fällen einzuholen ist, wenn der Gläubiger dies neben der Vermögensauskunft beantragt hat⁵⁷⁾. Des Weiteren ist in beiden Fällen Voraussetzung, dass die Hauptforderung aus dem Vollstreckungsauftrag mindestens 500,- Euro beträgt. Diese kann auch aus der Summe von mehreren titulierten Ansprüchen eines Gläubigers erreicht werden⁵⁸⁾. Titulierte Kosten stellen hierbei eine eigene Hauptforderung dar.

Der Gerichtsvollzieher kann danach den **Arbeitgeber** ermitteln, indem er bei den Trägern der gesetzlichen Rentenversicherung nachfragt. Des Weiteren kann er im Bundeszentralamt für Steuern **Kontoinformationen** abrufen. Hierbei handelt es sich indirekt um die gemäß § 24 c KWG gespeicherten Daten, die Kontonummer, Depot, Tag der Einrichtung und gegebenenfalls drei Jahre lang nach Auflösung des Kontos Name und Geburtsdatum des Kontoinhabers beinhalten. Des Weiteren kann er **Fahrzeug- und Halterdaten** beim Kraftfahrzeugbundesamt erfragen, soweit der Schuldner Halter ist.

Das Ergebnis der eingeholten Auskunft teilt der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger mit, binnen vier Wochen danach erfolgt gleichfalls eine Mitteilung an den Schuldner. Dieser ist daher von der Einholung der Daten bei Dritten obligatorisch zu informieren, jedoch gibt das Gesetz die Möglichkeit, diese Information wegen möglicher Vollstreckungszugriffe durch den Gläubiger (oder durch den Gerichtsvollzieher bei entsprechendem Auftrag) einige Wochen hinauszuschieben⁵⁹⁾. Hierbei bietet sich an, dass der Gläubiger „für den Fall der Ermittlung“ einen Pfändungsauftrag erteilt und einen Auftrag zur Vornahme einer Vorpfändung gemäß § 845 ZPO.

⁴⁷⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 37 und *Schwörer/Hefler*, a. a. O., S. 594.

⁴⁸⁾ § 882 b Abs. 2 und 3 ZPO n. F.

⁴⁹⁾ Vgl. § 882 c Abs. 3 ZPO n. F.; KV 440 zu GvKostG n. F.

⁵⁰⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 39.

⁵¹⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 39.

⁵²⁾ § 882 d Abs. 2 ZPO n. F.

⁵³⁾ So auch *Seip*, a. a. O., S. 41 und 42.

⁵⁴⁾ § 882 e Abs. 3 ZPO n. F.

⁵⁵⁾ *Schwörer/Hefler*, a. a. O., S. 592.

⁵⁶⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 41 und 43.

⁵⁷⁾ Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 32 zu § 802 I Abs. 1.

⁵⁸⁾ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses in Bundestagsdrucksache 16/13432 vom 17. Juni 2009, S. 52.

⁵⁹⁾ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, a. a. O., S. 53.

Ungeklärte und strittige Fragen

Neben den bereits oben angesprochenen unbestimmten Rechtsbegriffen können vorerst folgende Punkte als unklar bzw. noch diskussionsbedürftig bemerkt werden:

- Auswirkungen der programmatischen Leitlinie in § 802 a Abs. 1 ZPO n. F.;
- Rechtscharakter und Ausgestaltungsmöglichkeiten der gütlichen Erledigung neben der gesetzlich vorgesehenen Zahlungsvereinbarung;
- Kein P-Kontomerkmal bei der Kontenabfrage⁶⁰⁾;

⁶⁰⁾ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, a. a. O., S. 52.

- Es ist zu klären, wer im Einzelfall zum Schuldnerverzeichnis Zugang hat. Da diese Abfragen durch einen zertifizierten Zugang jederzeit erfolgen können, müssen detaillierte Vorkehrungen gegen eine missbräuchliche Nutzung getroffen werden⁶¹⁾;
- Unterschiedliche Lösungsfristen von Vermögensverzeichnis und Eintragung im Schuldnerverzeichnis. Wenn derselbe Gläubiger nach Ablauf der Sperrfrist von zwei Jahren eine neue Vermögensauskunft beantragt, bestehen für denselben Titel zwei Eintragungen.

⁶¹⁾ So auch N. Fischer, DGVZ 2010, S. 111 ff. (117).

Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter nach dem MoMiG – Angaben bei Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung

Von Rechtsanwalt Stefano Buck, Rechtsanwalt Dr. Dirk Pehl und Rechtsreferendarin Manuela Becker^{*})

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat die Haftung des Geschäftsführers und des Gesellschafters zahlreiche Änderungen erfahren¹⁾. Diese wirken sich auch auf die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers im Rahmen des Verfahrens zur Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung gegen Kapital- und Personengesellschaften aus. An diesem Punkt setzt der vorliegende Beitrag an.

Für die Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung ist gemäß §§ 807, 899 ff. ZPO der Gerichtsvollzieher funktionell zuständig. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei dem Schuldner um eine Kapital- oder Personengesellschaft handelt. In diesen Fällen ist die Eidesstattliche Versicherung von demjenigen abzugeben, der im Zeitpunkt des hierfür bestimmten Termins gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist²⁾. Inhaltlich bezieht sich die Eidesstattliche Versicherung auf das Vermögen der Gesellschaft. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, ein vollständiges und geordnetes Verzeichnis des Vermögens der Gesellschaft vorzulegen.

Wurde durch die Vertretungsorgane der Gesellschaft bereits ein Insolvenzantrag gestellt, so werden durch das Insolvenzgericht in der Regel Sicherungsmaßnahmen gemäß § 21 InsO angeordnet, die zu einer Einstellung des Verfahrens zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung führen³⁾. Die Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung durch den Gerichtsvollzieher kommt daher nur dann in Betracht, wenn durch die vertretungsberechtigten Personen noch kein Insolvenzantrag gestellt worden ist. Für die Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung wird ein amtlicher Vordruck verwendet. Dieser als „Vermögensverzeichnis“ bezeichnete Vordruck enthält einen Fragenkatalog, den zu beantworten das Vertretungsorgan verpflichtet ist. Ziel der Eidesstattlichen Versicherung ist es, dass der Gläubiger Kenntnis von Ansprüchen der Gesellschaft gegenüber Geschäftsführern und Gesellschaftern erlangt. Diese Ansprüche wiederum kann sich der Gläubiger pfänden und zur Einziehung überweisen lassen. Diese Vorgehensweise

ermöglicht dem Gläubiger eine Durchgriffshaftung auf die Geschäftsführer und Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Schuldner der Gesellschaft.

Einige der im „Vermögensverzeichnis“ enthaltenen Fragen beziehen sich daher explizit auf Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter. Ausgehend hiervon soll im Folgenden aufgezeigt werden, welche Ansprüche, nach den Änderungen durch das MoMiG, sich hinter diesen Fragen verbergen. Darüber hinaus betreffen einige Fragen entgeltliche und unentgeltliche Verfügungen und zielen so auf Anfechtungsansprüche ab. Auch auf diese Ansprüche soll im Folgenden eingegangen werden.

I. Ansprüche gegen den Geschäftsführer

Die Ziffer 21 des Vermögensverzeichnisses fragt explizit nach Ansprüchen gegen Geschäftsführer. Daher werden zunächst die Pflichten des Geschäftsführers einer in die Krise geratenen Gesellschaft vor der Stellung des Insolvenzantrags in die Betrachtung einbezogen. Hieraus ergeben sich Haftungsrisiken, die mit Ansprüchen von Gläubigern einhergehen.

1. Die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Insolvenzantragstellung nach § 15 a Abs. 1 Satz 1 InsO

Gerät ein Unternehmen in die Krise oder kündigt sich eine solche an, besteht eine der zentralen Aufgaben des Geschäftsführers in der Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft. Jedoch stellt sich gerade bei knapper werdender Liquidität die Gleichbehandlung der einzelnen Gläubiger als schwierige Aufgabe dar. Sofern die Gesellschaft allerdings zahlungsunfähig oder überschuldet ist, ergibt sich aus § 15 a Abs. 1 Satz 1 InsO die Verpflichtung des Geschäftsführers, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen.

Nach der Legaldefinition in § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. In der Regel ist Zahlungsunfähigkeit anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat⁴⁾.

^{*}) Die Autoren sind Mitarbeiter der Schultze & Braun Rechtsanwalts-gesellschaft für Insolvenzverwaltung mbH in Achem.

¹⁾ In Kraft getreten am 1. November 2008, BGBl. I S. 2026.

²⁾ Becker, in: Musielak ZPO, 7. Auflage 2009, § 807 Rdnr. 9.

³⁾ Schwörer, DGVZ 2008, S. 17.

⁴⁾ BGH, ZIP 2006, S. 2222.

Die Zahlungsunfähigkeit ist von der insolvenzrechtlich irrelevanten Zahlungsstockung abzugrenzen. Eine bloße Zahlungsstockung liegt vor, wenn innerhalb eines Zeitraums von drei Wochen die benötigten Mittel beschafft werden können, um die fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen. Soweit eine nicht zu beseitigende Liquiditätslücke von weniger als 10 Prozent der fälligen Gesamtverbindlichkeiten verbleibt, ist regelmäßig noch von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners auszugehen, es sei denn, es ist absehbar, dass diese Lücke demnächst größer als 10 Prozent wird. Bei einer nicht zu beseitigenden Liquiditätslücke von mehr als 10 Prozent der fälligen Gesamtverbindlichkeiten ist regelmäßig von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen, es sei denn, es ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass diese Lücke demnächst (fast) vollständig geschlossen werden kann und den Gläubigern im Einzelfall ein Zuwarzen zumutbar ist⁵⁾.

In die Prognoseentscheidung sind sämtliche Liquiditätszuflüsse einzustellen, mit denen innerhalb des Prognosezeitraums sicher gerechnet werden kann⁶⁾. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind im Rahmen der Liquidität auch kurzfristig verwertbare Vermögensbestandteile anzusetzen⁷⁾. Darüber hinaus sind aber auch die finanziellen Mittel zu berücksichtigen, die innerhalb des Prognosezeitraums abfließen werden⁸⁾.

2. Anspruch gegen den Geschäftsführer wegen Insolvenverschleppung

Versäumt der Geschäftsführer trotz Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft die rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags⁹⁾, können sich hieraus sowohl strafrechtliche Konsequenzen nach § 15a Abs. 4 InsO als auch eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH nach § 64 Satz 1 GmbHG ergeben. Durch die Insolvenverschleppung kann sich weiterhin auch eine Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ergeben. Der Vorwurf, der dem Geschäftsführer in diesem Zusammenhang gemacht werden kann, ist einzig die nicht rechtzeitige Insolvenzantragstellung im Sinne des § 15 a Abs. 1 Satz 1 InsO und der damit verbundene weiterführende Schaden für die Gläubiger der Gesellschaft.

Die Insolvenverschleppungshaftung des Geschäftsführers ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 15 a Abs. 1 InsO¹⁰⁾. Hierbei werden nur solche Forderungen von Gläubigern erfasst, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind. Diese deliktsrechtliche Haftung bezieht sowohl Altgläubiger als auch Neugläubiger mit ein. Die Altgläubiger haben bereits vor der Insolvenzreife der GmbH eine Forderung gegen diese erworben. Dagegen haben Neugläubiger ihre Forderung nach Eintritt der Insolvenzreife und vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben. Die Rechtsfolge der Haftung unterscheidet sich hinsichtlich der Schädigung von Alt- und Neugläubigern insofern, als dass Erstere den so genannten Quotenschaden¹¹⁾, das heißt den

Differenzbetrag, um den sich die tatsächlich erzielbare Quote gegenüber der ursprünglich (bei rechtzeitiger Antragstellung) erzielbaren Quote verschlechtert hat¹²⁾, und Letztere den Kontrahierungsschaden¹³⁾ geltend machen können¹⁴⁾. Die Neugläubiger haben Anspruch auf das sogenannte negative Interesse, das heißt sie sind so zu stellen, als hätten sie das betreffende Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft nie abgeschlossen.

Sie werden somit in vollem Umfang entschädigt. Hierbei erfolgt keine Anrechnung der vom Neugläubiger zu beanspruchenden Insolvenzquote, sondern der Geschäftsführer ist Zug um Zug gegen Abtretung der Insolvenzforderung des Neugläubigers zum Schadenersatz verpflichtet. Von der Ersatzpflicht bei verspäteter Antragstellung sind jene Gläubiger ausgenommen, die nicht aufgrund einer vertraglichen, sondern aufgrund einer gesetzlichen – und in diesem Fall insbesondere einer deliktischen Beziehung zur GmbH einen Schaden erlitten haben¹⁵⁾. Denn nach dem Schutzzweck von § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. bzw. § 15 a Abs. 1 InsO sollen nur Gläubiger geschützt werden, die in geschäftlichen Beziehungen zu der GmbH stehen. Nicht geschützt werden diejenigen, die lediglich zufällig von einem durch die GmbH ausgelösten Schadensfall betroffen sind.

Dieser Anspruch gegen den Geschäftsführer steht dem Gläubiger direkt zu. Es handelt sich nicht um einen Anspruch der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer, den sich der Gläubiger pfänden und zur Einziehung überweisen lassen muss.

3. Anspruch gegen den Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG

Ebenso wie der vorstehend beschriebene Anspruch setzt auch der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG voraus, dass der Geschäftsführer der GmbH die rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags versäumt hat. Der Unterschied besteht darin, dass dieser Anspruch der Gesellschaft zusteht. Die Bestimmung des § 64 Satz 1 GmbHG dient dem Schutz der Altgläubiger und der Neugläubiger gegen Insolvenverschleppungsschäden, die sie durch Schmälerung des Gesellschaftsvermögens, also der potentiellen Insolvenzmasse (§ 35 InsO) erleiden¹⁶⁾.

Da der Anspruch Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung voraussetzt, wird er regelmäßig durch den Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren geltend gemacht werden. In diesem Zeitraum steht einer Geltendmachung durch die Gläubiger der Gesellschaft § 92 Satz 1 InsO entgegen. Eine Durchsetzung des Anspruchs durch einen Gläubiger der Gesellschaft kommt dann in Betracht, wenn die Eröffnung des Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist. In diesem Fall können die Gläubiger den Anspruch nach § 64 Satz 1 GmbHG im Wege der Einzelzwangsvollstreckung pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen¹⁷⁾.

⁵⁾ BGH, NZI 2005, S. 547.

⁶⁾ IDW PS 800, in: ZIP 2009, S. 201 (203).

⁷⁾ BGH, ZIP 2007, S. 1666, Rdnr. 30.

⁸⁾ IDW PS 800, ZIP 2009, S. 201, 203.

⁹⁾ § 15a Abs. 4 InsO – Erweiterung der Haftung auf Formverstöße „nicht richtig“.

¹⁰⁾ Näher hierzu *Kleidiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 64 Rdnr. 62.

¹¹⁾ BGH, NJW 1994, S. 2220; BGH, NJW 1998, S. 2667; *Goette*, ZInsO 2001, S. 529 (536).

¹²⁾ Vgl. *Kroth*, in: Braun, InsO, 3. Aufl. 2007, § 92 Rdnr. 8.

¹³⁾ Vgl. BGH, NJW 1999, S. 2182 (2183); BGH, ZIP 2003, S. 1713 (1714).

¹⁴⁾ BGH, NJW 1994, S. 2220 (2223). Zu der geringen Relevanz des Neugläubigeranspruchs in der Praxis *Meyer*, BB 2008, S. 1742.

¹⁵⁾ BGH, GmbHR 2005, S. 1425 (1428) und 1620 mit Kommentar *Wacherbarth*; OLG München, GmbHR 2009, S. 380 mit Kommentar *Blasche/von Räden*.

¹⁶⁾ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG, 10. Auflage 2010, § 64 Rdnr. 6.

¹⁷⁾ *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, 19. Auflage 2010, § 64 Rdnr. 11, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGH, wonach die Pfändung Schranken unterliegt.

4. Anspruch gegen den Geschäftsführer bei Nichtabführung von Sozialabgaben und Lohnsteuer

Anspruchsgrundlage für Ansprüche gegen den Geschäftsführer aufgrund der nicht abgeführten Abgaben ist § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 a, § 14 Abs. 1 Ziffer 1 StGB (Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung) bzw. in Verbindung mit §§ 69, 34 AO (Lohnsteuer). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet der Geschäftsführer gegenüber den Sozialversicherungsträgern im Stadium der Insolvenzreife – aber vor Insolvenzantragstellung – der GmbH auf Schadenersatz, wenn die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nicht abgeführt werden.

Das Tatbestandsmerkmal „Vorenthalten“ des § 266 a Abs. 1 StGB ist auch dann gegeben, wenn kein Lohn an die Arbeitnehmer ausbezahlt wird, denn die Beitragspflicht zur gesetzlichen Sozialversicherung ist lediglich maßgebend für die versicherungspflichtige Beschäftigung eines Arbeitnehmers und damit kommt es für eine Strafbarkeit nach § 266 a Abs. 1 StGB nicht auf eine Lohnzahlung an¹⁸⁾. Kein Vorenthalten liegt vor, wenn die Gesellschaft nicht zahlungsfähig ist, was aber erst dann der Fall ist, wenn die Gesellschaft selbst bei Zurückstellung sonstiger Verbindlichkeiten und der Ausnutzung eines bestehenden Kreditrahmens den Abgaben zur Sozialversicherung nicht nachkommen kann.

Durch den Grundsatz der Allzuständigkeit des Geschäftsführers hat jeder Geschäftsführer – auch derjenige, dem trotz interner Geschäftsverteilung oder Aufgabendelegation ein anderes Ressort innerhalb der Geschäftsführung übergeben ist – dafür Sorge zu tragen und sich selbst aufgrund dieser Überwachungspflicht davon zu überzeugen, dass am Fälligkeitstag hinreichende Zahlungsmittel vorhanden sind, um die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung zu entrichten. Sollte dies nicht der Fall sein, sind rechtzeitig Rücklagen zu bilden, andere Zahlungspflichten zurückzustellen und gegebenenfalls auch Lohnkürzungen vorzunehmen.

Diese unter Strafe angedrohte Verpflichtung zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge steht jedoch im Konflikt zu der nach § 64 Satz 3 GmbHG geregelten Massesicherungspflicht bei Eintritt der Insolvenzreife. Hiernach ist der Geschäftsführer verpflichtet, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Insolvenzantrag zu stellen und ist danach nach § 64 Satz 1 GmbHG zum Schadenersatz für Zahlungen verpflichtet, die er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung geleistet hat¹⁹⁾.

Der Bundesgerichtshof vertritt nunmehr die Auffassung, dass ein Geschäftsführer, der nach Insolvenzreife strafbewehrten Pflichten zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nachkommt, hierbei mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns handelt²⁰⁾. Eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers für solche Zahlungen ist

somit ausgeschlossen. Die Erfüllung strafbewehrter Pflichten hat für den Geschäftsführer damit absoluten Vorrang.

5. Anspruch gegen den Geschäftsführer aus § 64 Satz 3 GmbHG

Nach § 64 Satz 3 GmbHG ist der Geschäftsführer einer GmbH zum Ersatz von Zahlungen an die Gesellschafter verpflichtet, „soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten“, es sei denn, dass diese mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar sind. Damit wird ein weiterer Schutz der Gesellschaftsgläubiger gegen Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern²¹⁾, die nicht von § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst werden und die vor Insolvenzreife eintreten, geschaffen. Außerdem soll der Abzug von Vermögenswerten verhindert werden, die die Gesellschaft bei objektiver Betrachtung zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt²²⁾. Diese Geschäftsführerhaftung des § 64 Satz 3 GmbHG knüpft an das Merkmal „Zahlungen an Gesellschafter“ an. Zahlungen werden hier im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel eines umfassenden Gläubigerschutzes in einem weiten Sinn verstanden und beschränken sich deshalb nicht nur auf Geldleistungen²³⁾, sondern werden von der Verwertungsmöglichkeit abhängig gemacht²⁴⁾. Vom Tatbestand umfasst ist demnach neben Sachleistungen auch die Verwendung eines Schecks zugunsten eines debitorischen Kontos²⁵⁾. Dieses weite Verständnis des Begriffs der Zahlungen wird bereits durch die Gesetzesbegründung nahegelegt, wonach auch sonstige vergleichbare Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens erfasst sein sollen, durch die der Gesellschaft Liquidität entzogen wird²⁶⁾. Nach häufig vertretener Ansicht sollen nicht nur Zahlungen an Gesellschafter erfasst sein, sondern auch Zahlungen an Dritte, die mit diesen in einem engen rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen²⁷⁾.

Eine Einschränkung findet § 64 Satz 3 GmbHG dadurch, dass eine Haftung bei ausreichender liquiditätsrelevanter Gegenleistung entfällt²⁸⁾. Demnach begründet eine Kreditgewährung an einen Gesellschafter keine haftungsbegründende Zahlung, wenn auf Grund der wirtschaftlichen Situation des Gesellschafters ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch besteht²⁹⁾. Voraussetzung für die Eintrittspflicht des Geschäftsführers ist, dass eine Zahlung kausal zur Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens führt. Das Wort „soweit“ soll klarstellen, dass es auf den effektiven Abfluss ankommt, Gegenleistungen des Gesellschafters sind also zu berücksichtigen. Eine Haftung des Geschäftsführers wäre demnach ausgeschlossen.

Der Gesetzgeber hat sich im Fall dieser Geschäftsführerhaftung für eine Begrenzung der Kausalität ausgesprochen. So sind nicht jegliche Zahlungen an Gesellschafter zu ersetzen, die in irgendeiner Weise kausal für eine – möglicherwei-

¹⁸⁾ BGH, DZWIR 2001, S. 251; Bestätigung von BGH, NJW 2000, S. 2993 und BGH, NJW 2001, S. 967.

¹⁹⁾ Vgl. *Schröder*, GmbHR 2005, S. 736 ff.; *Berger/Herbst*, BB 2006, S. 437 ff.

²⁰⁾ BGH, GmbHR 2007, S. 757 mit Kommentar *Schröder*, bestätigt und präzisiert durch BGH, GmbHR 2008, S. 813 mit Kommentar *Lindemann* sowie BGH, GmbHR 2008, S. 815 mit Kommentar *Podewils*. Andere Ansicht des BGH für die Abführung von Arbeitgeberanteilen, BGH, GmbHR 2009, S. 991 mit Kommentar *Bittmann*; nach Eintritt der Insolvenzreife ist die Abführung dieser Beitragsteile nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. § 266 a StGB stellt nämlich nur die Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen unter Strafe.

²¹⁾ Bundestagsdrucksache 16/6140, S. 112.

²²⁾ *Wicke*, in *Wicke GmbHG*, 1. Aufl. (2008), § 64 Rdnr. 25.

²³⁾ Vgl. bezüglich des Zahlungsbegriffs RegE-MoMiG, Bundesratsdrucksache 354/07, S. 107.

²⁴⁾ *Knopf*, DStR 2007, S. 1536 (1538).

²⁵⁾ *Niesert/Hohler*, NZI 2009, S. 345 (349).

²⁶⁾ Bundestagsdrucksache 16/6140, S. 112.

²⁷⁾ Zu den entsprechenden Konstellationen *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, S. 681 (684).

²⁸⁾ Hinweis hierzu in Bundestagsdrucksache 16/6140, S. 112.

²⁹⁾ *Karsten Schmidt*, GmbHR 2008, S. 453; weitere Fälle hierzu bei *Wicke*, in *Wicke GmbHG*, 1. Aufl. (2008), § 64 Rdnr. 31.

se erst mit erheblichem zeitlichen Abstand eintretende – Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geworden sind³⁰). Die Zahlung muss ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit führen, was aber nicht heißt, dass im Moment der Leistung die Zahlungsunfähigkeit eintreten muss. Jedoch muss sich im Moment der Leistung zeigen, dass die Gesellschaft ihren Verbindlichkeiten bei gewöhnlichem Geschäftsverlauf nicht mehr nachkommen kann. Außergewöhnliche Ereignisse, die die Zahlungsfähigkeit hätten erhalten können, mit denen der Geschäftsführer aber im Moment nicht rechnen konnte, bleiben hierbei außer Betracht³¹). Auf die Frage, welchen Prognosezeitraum ein Geschäftsführer hierfür anzupeilen hat, hat der Gesetzgeber bisher noch keine Regelung getroffen.

Eine Entlastungsmöglichkeit wird dem Geschäftsführer auch in § 64 Satz 3 GmbHG für Zahlungen gewährt, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar sind. Der Geschäftsführer haftet dann nicht, wenn er die Umstände des Zahlungsverbotens nicht kannte. Jedoch trägt er die Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich Sorgfaltspflichten ergeben. In der Praxis ist der Geschäftsführer gut beraten, wenn er Zahlungen an Gesellschafter genau dokumentiert. Die Rechtsfolge ist aus der früheren Rechtsprechung zu § 64 Abs. 2 GmbHG abzuleiten, wonach der Erstattungsanspruch keine Schadensersatznorm, sondern einen Anspruch eigener Art darstellt³¹). Der Anspruch ist auf die ungekürzte Erstattung der entgegen § 64 Satz 3 GmbHG vorgenommenen Zahlungen an die Masse Zug um Zug gegen Abtretung etwaiger Ersatz- oder Ausgleichsansprüche der Gesellschaft gegen den von ihm befriedigten Gesellschaftsgläubiger gerichtet³³).

Auch für den Anspruch aus § 64 Satz 3 GmbHG gilt, dass dieser grundsätzlich durch die Gesellschaft geltend zu machen ist. Während des eröffneten Insolvenzverfahrens ist der Anspruch nach § 92 Satz 1 InsO ausschließlich durch den Insolvenzverwalter geltend zu machen. Sofern das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet wird, kann der Gläubiger den Anspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen³⁴).

6. Anspruch gegen den Geschäftsführer aus § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG

Durch die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechtes haben sich neue Haftungsrisiken für den Geschäftsführer ergeben. Die früheren Novellen und Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz hat der Gesetzgeber durch eine neu konzipierte Insolvenzanfechtung abgelöst. Demnach sind Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO dann anfechtbar, wenn sie im letzten Jahr vor der Insolvenz stattgefunden haben. Auf eine Eigenkapitalfunktion des Darlehens kommt es nicht mehr an, das heißt es wird nicht mehr danach unterschieden, ob die Gesellschafterdarlehen in der Krise gewährt wurden oder nicht. Dieser Anspruch steht jedoch ausschließlich dem Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren zu. Außerhalb der Insolvenz sind Gesellschafterdarlehen in den Grenzen des § 64 Satz 3

GmbHG frei rückzahlbar³⁵), da die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen keinen Fall der Einlagenrückgewähr nach § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG darstellt.

Wurde für ein Gesellschafterdarlehen eine Sicherheit innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem bestellt, ist diese anfechtbar. Daneben kann die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen unter § 133 Abs. 2 InsO fallen³⁶), wobei jedoch der Gesellschafter den Nachweis über seine Unkenntnis von der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners (Gesellschaft) führen kann. Ein Problem könnte sich daraus ergeben, dass mancher Geschäftsführer die GmbH mindestens noch ein Jahr nach Rückführung der Gesellschafterdarlehen fortführen möchte, um nicht das Risiko einer Anfechtung der Darlehen einzugehen. Hierbei ist aber nicht zu vergessen, dass er sich dabei der persönlichen Haftung bezüglich der Insolvenzverschleppung aussetzt. Auch hier wäre damit ein möglicher Ansatzpunkt für den Gerichtsvollzieher, den Geschäftsführer auf eine baldige Antragstellung hinzuweisen.

Auch wenn der Geschäftsführer grundsätzlich durch den Wegfall des Eigenkapitalersatzrechtes eine Entlastung erfährt, wird ihm jedoch im Gegenzug eine größere Verantwortung bezüglich der Pflichten hinsichtlich der Insolvenzprävention auferlegt. Nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Bei einem Verstoß gegen diese Norm ist der Geschäftsführer der Gesellschaft nach § 43 Abs. 3 GmbHG zum Ersatz verpflichtet. Dieses formale Kapitalerhaltungsgebot ist bei Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträgen, durch die die Gesellschaft mit ihrem Gesellschafter verbunden ist (Cash Pool), und bei Auszahlungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind (vgl. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), nicht anzuwenden. Die Gesellschaftsgläubiger und die außenstehenden Gesellschafter sind hier durch den Anspruch auf Verlustausgleich analog § 302 AktG geschützt³⁷).

Bei aufsteigenden Darlehen, die die GmbH in Form eines Cash Pools an die Gesellschafter gewährt, kann sich aber dennoch eine Haftung des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 3 GmbHG ergeben. Der Geschäftsführer verhält sich pflichtwidrig, wenn er eine Cash-Pool-Vereinbarung mit einer in die Krise geratenen Muttergesellschaft eingeht oder solch eine Vereinbarung nicht rechtzeitig kündigt. Im Umfang haftet der Geschäftsführer dann aber nicht in Höhe des Ausfalls der Darlehensrückzahlungsforderung, vielmehr gibt § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbH hierfür ein „Alles-oder-Nichts“-Prinzip vor³⁸). Ein Haftungsrisiko des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 3 GmbHG kann demnach schon bei einer geringfügigen Unterdeckung des Rückzahlungsanspruchs bestehen, denn die Leistungen müssen laut Gesetz durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt sein.

Auch den Anspruch aus § 43 Abs. 3 GmbHG kann der Gläubiger pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. An diesem Vorgehen ist er gemäß § 92 Satz 1 InsO aber während des Insolvenzverfahrens gehindert.

³⁰) Bundestagsdrucksache 16/6140, S. 113.

³¹) *Greulich/Rau*, NZG 2008, S. 284 (288).

³²) BGH, DZWIR 2001, S. 202.

³³) BGH, NJW 2001, S. 1280.

³⁴) Hier ergeben sich keine Unterschiede zum Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG, so dass auf die Ausführungen unter I.3. verwiesen werden kann.

³⁵) *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anhang zu § 64, Rdnr. 102.

³⁶) *Spliedt*, ZIP 2009, S. 149 (154).

³⁷) BGHZ 168, S. 285 = GmBHR 2006, S. 928 mit Kommentar *Theiselmann*.

³⁸) *Spliedt*, ZIP 2009, S. 149 (151).

II. Ansprüche gegen den Gesellschafter

Auf Ansprüche gegen Gesellschafter zielt insbesondere die Ziffer 18 des Vermögensverzeichnisses ab. Die dort aufgezählten Ansprüche können in der Regel durch die Gesellschaft oder nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

1. Anspruch gegen den Gesellschafter wegen Insolvenzverschleppung

Ansprüche von Einzelgläubigern gegen Gesellschafter stellen dagegen eine Ausnahme dar. Insoweit kommt ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 15 a Abs. 1 und Abs. 3 InsO in Betracht. Nach § 15 a Abs. 3 InsO trifft die Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auch den Gesellschafter, wenn die Gesellschaft führungslos ist. Inhaltlich ergeben sich keine Abweichungen zum Anspruch gegen den Geschäftsführer³⁹⁾.

2. Haftung der Gesellschafter wegen existenzvernichtenden Eingriffs

Darüber hinaus kommt auch ein Anspruch wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“ in Betracht. Entzieht ein Gesellschafter missbräuchlich Vermögen seiner Gesellschaft und führt dies zu deren Insolvenz, so konnten Gesellschaftsgläubiger den Gesellschafter wegen existenzvernichtenden Eingriffs für ihren Schaden haftbar machen. Der Bundesgerichtshof hat in seiner „Trihotel-Entscheidung“ das Haftungskonzept zum existenzvernichtenden Eingriff jedoch grundlegend geändert. Das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpfte und als Durchgriffshaftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet war, wurde aufgegeben. Stattdessen knüpft die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie – in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft – allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein⁴⁰⁾.

Wegen existenzvernichtenden Eingriffs haftet auch derjenige, der zwar nicht an der GmbH, wohl aber an einer Gesellschaft beteiligt ist, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist (Gesellschafter-Gesellschafter), jedenfalls wenn er einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschafterin ausüben kann⁴¹⁾. Die Existenzvernichtungshaftung setzt zunächst eine Einflussnahme durch positives Handeln voraus. Ein Unterlassen führt demgegenüber nicht zur Inanspruchnahme. Die Handlung liegt im Entzug von Vermögen. Unter den Begriff Vermögen fallen auch Geschäftschancen und -ressourcen. Es wird alles erfasst, was es der Gesellschaft ermöglicht, ihre wirtschaftliche Tätigkeit planmäßig fortzusetzen und Umsatzerlöse zu generieren⁴²⁾.

Der Eingriff muss zur Vernichtung der Existenz der Gesellschaft in der Form der Insolvenz der Gesellschaft geführt haben⁴³⁾. Ob das Insolvenzverfahren tatsächlich eröffnet worden ist, spielt dagegen keine Rolle⁴⁴⁾. Zudem muss der

Eingriff gegen die guten Sitten verstoßen. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesellschafter den planmäßigen Entzug von Gesellschaftsvermögen zum eigenen Vorteil in der Weise handelt, dass dies dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht. Insoweit könnte präzisiert werden, dass ein Verstoß nur dann vorliegt, wenn der Entzug des Gesellschaftsvermögens die Mindestmaßstäbe ordnungsgemäßen kaufmännischen Verhaltens verletzt⁴⁵⁾.

Die Rechtsfolgen des existenzvernichtenden Eingriffs ergeben sich aus den §§ 249 ff. BGB. Es muss der Zustand hergestellt werden, der ohne den existenzvernichtenden Eingriff bestehen würde. Unmittelbar wird nur die Gesellschaft geschädigt. Bei ihr ist der Schaden auszugleichen. Der Schadenersatzanspruch steht daher allein der Gesellschaft zu⁴⁶⁾.

Vor Insolvenzantragstellung dürfte es hier keine Möglichkeit des einzelnen Gläubigers geben, diesen Anspruch zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen. Dies liegt schon darin begründet, dass die Haftung die Vernichtung der Existenz der Gesellschaft in Form der Insolvenz vorsieht. Insoweit steht § 92 Satz 1 InsO einer Geltendmachung durch den einzelnen Gläubiger entgegen. Wird das Insolvenzverfahren dagegen nicht eröffnet, können die Gläubiger der Gesellschaft auch diesen Anspruch pfänden und zur Einziehung überweisen lassen.

3. Durchgriffshaftung

Daneben existieren nach der „Trihotel-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs auch weiterhin Ansprüche von Gesellschaftsgläubigern aufgrund der Durchgriffshaftung⁴⁷⁾. Die in der Praxis einzig relevante Fallgruppe ist die Haftung wegen Vermögensvermischung⁴⁸⁾. Eine persönliche Haftung von GmbH-Gesellschaftern kommt dann in Betracht, wenn die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist und deshalb die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung unverzichtbarer Ausgleich für die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ist, nicht eingehalten werden können⁴⁹⁾. Voraussetzung ist die Unkontrollierbarkeit der Zahlungsvorgänge wegen fehlender Buchführung mit der Folge, dass die Vermögensmassen von Gesellschaft und Gesellschafter nicht mehr unterschieden werden können⁵⁰⁾.

4. Anspruch der Gesellschaft auf Erbringung des Stammkapitals

Nach § 19 GmbHG besteht ein Anspruch der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern auf Erbringung der Stammeinlage. Diese Vorschrift regelt die Pflicht der Gesellschafter zur Leistung der Einlage auf den Geschäftsanteil. Sie dient der Sicherung der realen Kapitalaufbringung im Gläubigerinteresse und soll sicherstellen, dass der Gesellschaft die von den Gesellschaftern geschuldeten Einlagemittel tatsächlich zur Verfügung stehen⁵¹⁾. Die Einforderung von Einzahlungen geschieht, soweit nicht in der Satzung feste Einzahlungstermine vorgesehen sind, durch Gesellschafterbeschluss.

³⁹⁾ Zu den Voraussetzungen des Anspruchs siehe oben (I.1.).

⁴⁰⁾ BGH, GmbHR 2007, S. 927 ff.

⁴¹⁾ BGH, ZIP 2005, S. 117 ff.

⁴²⁾ Strohn, ZInsO 2008, S. 706 (708).

⁴³⁾ Weller, ZIP 2007, S. 1681 (1685).

⁴⁴⁾ Strohn, ZInsO 2008, S. 706 (709).

⁴⁵⁾ BGH, GmbHR 2007, S. 927 (935).

⁴⁶⁾ Strohn, ZInsO 2008, S. 706 (709 f.).

⁴⁷⁾ BGH, GmbHR 2007, S. 927 ff.

⁴⁸⁾ Strohn, ZInsO 2008, S. 706 (711).

⁴⁹⁾ BGH, ZIP 2006, S. 467 (469).

⁵⁰⁾ Weber/Sieber, ZInsO 2008, S. 952 (956).

⁵¹⁾ Wicke, in: Wicke GmbHG, 1. Auflage 2008, § 19 Rdnr. 1.

Diesen Anspruch können Gläubiger der Gesellschaft pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Unabhängig davon, ob es sich um die Mindest- oder die Resteinlage handelt, ist der gesamte Einlageanspruch pfändbar⁵²⁾. Die Gesellschaft muss aber im Gegenzug eine vollwertige Gegenleistung erhalten, die entweder in Geld oder in der Befreiung von einer liquiden, fälligen und vollwertigen Zahlungspflicht besteht. Eine Ausnahme von der Vollwertigkeit ist dann anzunehmen, wenn im Liquidationsstadium die Gesellschaft den Geschäftsbetrieb eingestellt hat, kein weiteres Vermögen vorhanden ist und die Pfändung zugunsten des einzigen Gläubigers der Gesellschaft erfolgt⁵³⁾. Wird eine Einlageforderung gepfändet, so entfällt das Gleichbehandlungsgebot des § 19 Abs. 1 GmbHG⁵⁴⁾. Dies hat zur Folge, dass sie automatisch fällig wird, ohne dass es eines Gesellschafterbeschlusses bedarf⁵⁵⁾.

Insofern besteht kein Unterschied zur Rechtslage nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden ausstehende Stammeinlagen sofort fällig und sind vom Insolvenzverwalter einzuziehen. Eines Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr. 2 GmbHG bedarf es hierfür nicht. Vielmehr ist der Insolvenzverwalter weder an gesetzliche noch an satzungsrechtliche Regelungen gebunden, die die Art und den Zeitpunkt der Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft erschweren⁵⁶⁾.

5. Erstattungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 Abs. 1 GmbHG

Wird das zur Erhaltung des Stammkapitals der Gesellschaft notwendige Vermögen an die Gesellschafter ausgezahlt (§ 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) oder erfolgen Nachschusssrückzahlungen entgegen § 30 Abs. 2 GmbHG, so hat die Gesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG einen Anspruch auf Rückerstattung gegen den Zahlungsempfänger. Dieser Anspruch besteht von der nach § 30 Abs. 1 oder Abs. 2 GmbHG unzulässigen Leistung an und ist sofort fällig⁵⁷⁾. Der Erstattungsanspruch ist grundsätzlich auf die volle Rückgewähr der gegen § 30 Abs. 1 oder Abs. 2 GmbHG verstoßenden Leistung gerichtet.

Da im GmbHG keine entsprechende Regelung zu § 62 Abs. 2 AktG existiert und eine analoge Anwendung ausscheidet, können die Gläubiger der Gesellschaft diesen Anspruch nicht geltend machen. Allerdings kann der Gläubiger den Anspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen⁵⁸⁾. Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof auch die Abtretung des Anspruchs an Gesellschaftsgläubiger zugelassen, wenn dessen Forderung fällig, aber wegen der Lage der Gesellschaft nicht vollwertig ist⁵⁹⁾. Im Insolvenzverfahren ist dieser Anspruch dagegen nur durch den Insolvenzverwalter geltend zu machen.

⁵²⁾ *Ziemons*, in: Beck'scher Online-Kommentar GMBHG, Stand 15. Januar 2010, § 19 Rdnr. 62.

⁵³⁾ *Wicke*, in: *Wicke GmbHG*, 1. Auflage 2008, § 19 Rdnr. 16.

⁵⁴⁾ *Roth*, in: *Roth/Altmeppen GmbHG*, 6. Auflage 2009, § 19 Rdnr. 15.

⁵⁵⁾ *Ziemons*, in: Beck'scher Online-Kommentar GMBHG, Stand 15. Januar 2010, § 19 Rdnr. 64.

⁵⁶⁾ *Haas*, in: *Gottwald Handbuch Insolvenzrecht*, 3. Auflage 2010, § 92 Rdnr. 312.

⁵⁷⁾ *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Heuck GmbH-Gesetz*, 19. Auflage 2010, § 31 Rdnr. 5.

⁵⁸⁾ *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Heuck GmbH-Gesetz*, 19. Auflage 2010, § 31 Rdnr. 6.

⁵⁹⁾ BGH, NJW 1995, S. 326 (330).

III. Ansprüche nach dem Anfechtungsgesetz

Den Ziffern 23 und 24 des Vermögensverzeichnisses liegen Anfechtungsansprüche zugrunde. Im Folgenden werden die Ansprüche, differenziert nach entgeltlichen und unentgeltlichen Verfügungen, dargestellt. Zuvor wird aufgezeigt, in welcher Weise sich diese Ansprüche von der insolvenzrechtlichen Anfechtung der §§ 129 ff. InsO unterscheiden.

1. Unterscheidung von Gläubigeranfechtung und Insolvenzanfechtung

Während die Insolvenzanfechtung die Mehrung der Insolvenzmasse und die Durchsetzung der Gleichbehandlung der Gläubiger zum Ziel hat, besteht der Zweck der Anfechtung durch den Gläubiger selbst in der Rückgängigmachung einer Verfügung des Schuldners, die mit der Absicht erfolgte, einen Vermögenswert dem Zugriff durch Zwangsvollstreckung zu entziehen (§§ 1, 13 AnfG).

In der Konkurrenz von Insolvenzanfechtung und Gläubigeranfechtung geht die Insolvenzanfechtung vor. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nach § 16 Abs. 1 AnfG allein der Insolvenzverwalter berechtigt, die Anfechtung weiter zu verfolgen (§ 17 Abs. 1 AnfG). Hat ein Gläubiger aufgrund einer von ihm erstrittenen Anfechtung nach § 3 AnfG Leistungen erhalten, können diese nach § 16 Abs. 2 AnfG vom Insolvenzverwalter wiederum angefochten werden (§ 130 InsO). Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unterbricht ein Anfechtungsverfahren, das vorher rechtshängig geworden ist (§ 17 Abs. 1 AnfG). Auch wenn dem Gläubiger ein Einzelanfechtungsanspruch vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch ein rechtskräftiges oder vollstreckbares Urteil zuerkannt wurde, kann der Verwalter entsprechend §§ 727, 730 ZPO die vollstreckbare Ausfertigung zugunsten der Masse erwirken (arg § 16 Abs. 1 Satz 1 AnfG). Der Gläubiger kann dann sein Anfechtungsrecht erst wieder nach Beendigung des Insolvenzverfahrens weiterverfolgen (§ 18 AnfG)⁶⁰⁾. Eine dem § 13 Abs. 5 AnfG a. F. entsprechende Regelung, welche die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners über das insolvenzfreie Vermögen auch während des Insolvenzverfahrens ermöglichte, gibt es nicht mehr. Die Anfechtungstatbestände sind in den §§ 3 bis 6 AnfG geregelt. In Ziffer 23 des Vermögensverzeichnisses müssen sowohl die Veräußerungen von Vermögensgegenständen als auch von Forderungen der Vergangenheit angegeben werden. Unterteilt wird dies in die Vornahme entgeltlicher Veräußerungen der letzten zwei Jahre vor dem ersten zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung anberaumten Termin (§ 3 Abs. 2 AnfG) und in unentgeltliche Leistungen der letzten vier Jahre (§ 4 AnfG).

2. Entgeltliche Verfügungen

Nach § 3 Abs. 2 AnfG ist ein vom Schuldner geschlossener entgeltlicher Vertrag – jede Gegenleistung nach dem Willen mindestens einer Partei – bis zu zwei Jahre vor der Anfechtung anfechtbar. Voraussetzung hierfür ist, dass der Vertrag mit einer dem Schuldner nahestehenden Person im Sinne des § 138 InsO geschlossen wurde und der Gläubiger dadurch unmittelbar benachteiligt wurde (§ 8 AnfG). Eine gesetzliche Vermutung für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die positive Kenntnis des Anfechtungsgeg-

⁶⁰⁾ Allgemein hierzu OLG Hamburg, KTS 1982, S. 305 mit Anmerkung *Häsemeyer*; *Kirchhof*, in: *MüKo-InsO*, § 129 Rdnr. 202 ff.; *Baur/Stürner*, EinzelvollstreckungsR, Rdnr. 26.60.

ners vom Vorsatz des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses ist in § 3 Abs. 2 Satz 2 AnfG enthalten. Die Beweislast für die Art der Rechtshandlung und die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung liegt beim Gläubiger. Die Beweislast für die Rechtshandlung vor der Anfechtungsfrist bzw. für die Unkenntnis vom Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, liegt beim Anfechtungsgegner.

3. Unentgeltliche Verfügungen

Nach § 4 AnfG sind unentgeltliche Leistungen innerhalb einer Frist von vier Jahren anfechtbar. Diese Frist gilt für alle Fälle ohne Einschränkung für Ehegatten oder nahestehende Personen. Die Beweislast für eine Zuwendung außerhalb dieser Anfechtungsfrist liegt beim Anfechtungsgegner, also dem Beschenkten. Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung genügt. Unanfechtbar sind nur gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke geringen Wertes (§ 4 Abs. 2 AnfG). Die Anfechtbarkeit kann auch gegenüber dem Rechtsnachfolger geltend gemacht werden, wenn ihm das Erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist (§ 15 Abs. 2 Nr. 3 AnfG)⁶¹.

IV. Zusammenfassung

Es ist festzuhalten, dass nur in geringem Umfang Ansprüche der Einzelgläubiger außerhalb des Insolvenzverfahrens gegenüber Geschäftsführer und Gesellschaftern bestehen. Überwiegend stehen die Ansprüche der Gesellschaft oder nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dem Insolvenzverwalter zu. Diese Tendenz wurde dadurch verstärkt, dass durch das MoMiG Ansprüche gegen Gesellschafter in das Insolvenzrecht verschoben worden sind. Außerhalb des Insolvenzver-

fahrens hat der Gläubiger die Möglichkeit, die Ansprüche der Gesellschaft zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen. Das Vermögensverzeichnis, welches im Rahmen des Verfahrens zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung zur Anwendung kommt, bietet dem Gläubiger die Möglichkeit, Kenntnis von entsprechenden Ansprüchen der Gesellschaft zu erlangen.

Im Rahmen des Verfahrens zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Gerichtsvollzieher zwar auf eine möglichst vollständige Eidesstattliche Versicherung hinwirken soll, er das Vertretungsorgan jedoch nur befragen kann⁶²). Das Vertretungsorgan ist nicht verpflichtet, seine Angaben durch entsprechende Unterlagen zu belegen.

Sollte sich im Rahmen des Auftrags des Gerichtsvollziehers herausstellen, dass sich die GmbH am Rande der Zahlungsunfähigkeit bewegt, eine Pfändung trotz Titels nicht zu erreichen scheint und der Schuldner auch nicht zu Ratenzahlungen gebracht werden kann, so kann der Gerichtsvollzieher vor bzw. neben der Ausstellung der Unpfändbarkeitsbescheinigung darauf hinwirken, dass das gesellschaftsrechtliche Vertretungsorgan einen Insolvenzantrag stellt. Von Interesse dürfte es für jeden Geschäftsführer und jedes Unternehmen sein, bei Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit so bald als möglich einen Insolvenzantrag zu stellen, um möglicherweise der Abgabe einer Eidesstattlichen Versicherung zuvorzukommen. Jedoch entfällt bis zu einer Entscheidung des Insolvenzgerichts über die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen oder über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Pflicht zur Abgabe einer Eidesstattlichen Versicherung nicht.

⁶¹) Vgl. Huber, MittBayNot 1999, S. 113, 123; ders., ZfIR 2008, S. 313.

⁶²) Das Fragerecht ergibt sich aus § 185 Ziffer 2 GVGA.

RECHTSPRECHUNG

§§ 788, 840 ZPO

- 1. Die dem Gläubiger in Vorbereitung eines nicht von vornherein aussichtslosen Drittschuldnerprozesses entstandenen notwendigen Kosten können, soweit sie bei dem Drittschuldner nicht beigetrieben werden können, im Verfahren nach § 788 ZPO festgesetzt werden (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2005 – VII ZB 57/05, NJW 2006, S. 1141).*)**
- 2. Ein Anspruch des Gläubigers gegen den Drittschuldner aus § 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO kann nicht daraus abgeleitet werden, dass er die Forderung zu Unrecht nicht anerkennt.)***
- 3. Anwaltskosten, die dadurch entstehen, dass der Drittschuldner, der nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses die gemäß § 840 Abs. 1 ZPO geforderten Erklärungen nicht innerhalb der 2-Wochen-Frist abgibt, ein weiteres Mal zur Abgabe dieser Erklärungen aufgefordert wird, sind nicht als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung gemäß § 788 ZPO festsetzungsfähig (im Anschluss an BGH, Urteil vom 4. Mai 2006 – IX ZR 189/04, NJW-RR 2006, S. 1566).*)**
BGH, Beschl. v. 14. 1. 2010 – VII ZB 79/09 –

Gründe:

I.

Der Gläubiger erwirkte am 5. September 2007 wegen einer Forderung von insgesamt 77 113,91 Euro einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gegen die Schuldnerin, mit dem deren angebliche Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen gegen den Drittschuldner, einen Notar, gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurden. Nachdem der Drittschuldner die Erklärungen gemäß § 840 Abs. 1 ZPO nicht fristgerecht abgegeben hatte, wurde er mit Anwaltsschreiben vom 29. Oktober 2007 gemahnt. Mit Schreiben vom 7. November 2007 teilte der Drittschuldner mit, dass die Forderungen „nicht als begründet anerkannt“ würden. Daraufhin beauftragte der Gläubiger seine Rechtsanwälte, die Ansprüche einzuklagen. Nachdem der Drittschuldner mit Schreiben vom 14. Dezember 2007 eine Bezahlung in Aussicht gestellt hatte, wurde zunächst von einer Klageerhebung abgesehen. Nach erfolgter Zahlung der gepfändeten Forderungen wurde das Klageverfahren nicht mehr durchgeführt.

Der Gläubiger hat beantragt, die ihm durch die Einschaltung eines Rechtsanwalts entstandenen Kosten in Höhe von 1 643,21 Euro gemäß § 788 ZPO gegen die Schuldnerin festzusetzen. Er hat für das Mahnschreiben eine Geschäftsgebühr und für die Vorbereitung der Klage eine Verfahrensgebühr an-

*) amtlicher Leitsatz

gesetzt. Diesen Antrag hat das Amtsgericht zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das Landgericht unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses und Zurückweisung des weitergehenden Antrags, die von der Schuldnerin an den Gläubiger nach § 788 Abs. 2 ZPO zu erstattenden Vollstreckungskosten auf 1 547,- Euro zuzüglich Zinsen festgesetzt. Dagegen wendet sich die Schuldnerin mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde. Sie erstrebt weiterhin die Zurückweisung des Kostenfestsetzungsantrags.

II.

Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg. Die von der Schuldnerin an den Gläubiger zu erstattenden Kosten sind auf 809,20 Euro zuzüglich Zinsen festzusetzen.

1. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, die gesamten noch zur Überprüfung gestellten Anwaltskosten seien gemäß § 788 ZPO von der Schuldnerin zu tragen. Die Schuldnerin habe Veranlassung zur Zwangsvollstreckung gegeben. Aus Sicht des Gläubigers habe Ende November/Anfang Dezember 2007 kein anderer erfolgversprechender Weg als die vorbereitete Klage gegen den Drittschuldner bestanden, um das damals mehr als vier Monate rechtskräftige Urteil durchsetzen zu können. Die beabsichtigte Klage sei weder mutwillig noch von vornherein aussichtslos gewesen. Dem Gläubiger stehe gegen den Drittschuldner ein direkter, vorrangiger Erstattungsanspruch hinsichtlich der streitgegenständlichen Kosten nicht zu. Ein solcher ergebe sich nicht allein wegen der Säumnis des Drittschuldners bei der Erklärung nach § 840 ZPO. Dem Gläubiger stünden daher die geltend gemachten Gebühren aus einem Streitwert von 77 113,91 Euro zu.

2. Das hält der rechtlichen Überprüfung stand, soweit die Kosten für die Vorbereitung der Klage betroffen sind. Hinsichtlich der für das Mahnschreiben entstandenen Kosten hat die Rechtsbeschwerde Erfolg.

a) Die wegen des Klageauftrags angefallenen Kosten hat das Beschwerdegericht zu Recht gemäß § 788 ZPO festgesetzt.

aa) Der Senat hat bereits entschieden (Beschluss vom 20. Dezember 2005 – VII ZB 57/05, NJW 2006, S. 1141), dass die Kosten eines Rechtsstreits zwischen dem Gläubiger und dem Drittschuldner über eine gepfändete und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesene Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner als Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 788 ZPO erstattungsfähig sein können. Dies gilt in gleicher Weise für die Kosten der Vorbereitung einer solchen Klage. Im einen wie im anderen Fall entstehen die Aufwendungen des Gläubigers aus Anlass der Zwangsvollstreckung (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 788 Rdnr. 3). Bei dem Drittschuldnerprozess und dessen Vorbereitung handelt es sich um Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers, die unmittelbar dazu dienen, den die Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner betreffenden Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zu vollziehen. Die insoweit entstandenen Kosten hat der Schuldner dadurch verursacht, dass er die Forderung des Gläubigers nicht freiwillig erfüllt hat.

bb) Festsetzungsfähig sind diese Kosten gemäß § 788 Abs. 1 ZPO allerdings nur, soweit sie notwendig waren. Auch das Vorliegen dieser Voraussetzung hat das Beschwerdegericht zu Recht festgestellt.

(1) Aus der maßgeblichen Sicht des Gläubigers gab es bei Erteilung des Klageauftrags keine andere erfolgversprechen-

de Möglichkeit, die titulierte Forderung durchzusetzen, als gerichtlich gegen den Drittschuldner vorzugehen. Denn dieser hatte erklärt, die gepfändete Forderung „als nicht begründet anzuerkennen“. Im Hinblick darauf war die vorbereitete Klage nicht mutwillig. Sie war auch, wie sich bereits aus der späteren Erfüllung der Forderung ergibt, nicht von vornherein aussichtslos.

(2) Dies allein rechtfertigt es jedoch nicht, die Kosten der Vorbereitung der Klage als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung anzusehen. Vielmehr sind die Kosten eines nicht von vornherein aussichtslosen Drittschuldnerprozesses oder dessen Vorbereitung nur dann als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner anzusehen, wenn sie von dem Drittschuldner nicht begetrieben werden können (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2005 – VII ZB 57/05, NJW 2006, S. 1141).

Auch diese Voraussetzungen hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen. Dem Gläubiger steht gegen den Drittschuldner ein Anspruch auf Ersatz der für die Vorbereitung der Klage angefallenen Kosten nicht zu. Ein solcher Anspruch ergibt sich entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht aus § 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Danach haftet der Drittschuldner nur, wenn er eine Auskunft gemäß § 840 Abs. 1 ZPO unvollständig, unrichtig, irreführend oder verspätet erteilt (Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl., § 840 Rdnr. 12). Durch die in § 840 Abs. 1 ZPO getroffene gesetzliche Regelung soll die Entscheidung des Pfändungsgläubigers erleichtert werden, ob er aus der gepfändeten angeblichen Forderung seines Schuldners gegen den Drittschuldner vorgehen soll oder nicht. Nur zu diesem Zweck und in dem durch die Pfändung gezogenen Rahmen sind dem Drittschuldner die Auskunftspflichten und die Haftung aus der Nichterfüllung auferlegt (BGH, Urteil vom 25. September 1986 – IX ZR 46/86, BGHZ 98, S. 291, 294).

Der Drittschuldner hat seine Auskunftspflicht gemäß § 840 Abs. 1 Nr. 1 ZPO durch die abgegebene Erklärung nicht verletzt. Nach dieser Vorschrift hat er sich nur dazu zu erklären, ob er die Forderung als begründet anerkennt, nicht darüber, ob die Forderung begründet ist. Eine Haftung gemäß § 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO wegen Nichtanerkennung der Forderung scheidet damit aus.

Wegen verspäteter Abgabe der gemäß § 840 Abs. 1 ZPO zu erteilenden Auskünfte kommt eine Haftung des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 2 ZPO hier nicht in Betracht. Die verspätete Auskunft ist für den dem Gläubiger entstandenen Schaden, die wegen der Vorbereitung der Klage angefallenen Anwaltskosten, nicht kausal geworden. Denn die Entscheidung, klageweise gegen den Drittschuldner vorzugehen, hat der Gläubiger erst nach Abgabe der Drittschuldnererklärung getroffen.

b) Die im Zusammenhang mit dem Mahnschreiben vom 29. Oktober 2007 angefallenen Anwaltskosten können nicht gemäß § 788 ZPO gegen die Schuldnerin festgesetzt werden. Insoweit handelt es sich nicht um notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung. Wie bereits ausgeführt, soll dem Schuldner durch die in § 840 Abs. 1 ZPO getroffene gesetzliche Regelung nur die Entscheidung erleichtert werden, ob er aus der gepfändeten angeblichen Forderung seines Schuldners gegen den Drittschuldner vorgehen soll oder nicht. Erteilt der Drittschuldner nach Zugang der Aufforderung zur Erklärung nach § 840 Abs. 1 ZPO dem Gläubiger innerhalb der 2-Wochen-Frist keine Auskunft, kann dieser ohne Weiteres davon ausgehen, dass hinsichtlich der Beitreibbarkeit der gepfändeten Forderung keine Hindernisse bestehen (BGH, Urteil

vom 4. Mai 2006 – IX ZR 189/04, NJW-RR 2006, S. 1566). Eine nochmalige Aufforderung an den schweigenden Drittschuldner, sich nach § 840 Abs. 1 ZPO zu erklären, ist daher auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers nicht geboten. Damit verbundene Anwaltskosten sind nicht erstattungsfähig (BGH, Urteil vom 4. Mai 2006 – IX ZR 189/04, a. a. O.). Das gilt nicht nur im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Drittschuldner, sondern auch im Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner.

c) Der Gläubiger kann daher nur eine Verfahrensgebühr gemäß RVG-VV Nummer 3101 Ziffer 1 aus einem Streitwert von 77 113,91 Euro erstattet verlangen. Die darüber hinaus für die Mahnung geltend gemachte Geschäftsgebühr ist nicht erstattungsfähig.

Die gemäß § 788 ZPO festzusetzenden Kosten der Zwangsvollstreckung ermitteln sich daher ausgehend von dem Kostenfestsetzungsantrag des Gläubigers wie folgt:

Verfahrensgebühr RVG-VV Nr. 3101	0,8	960,00 Euro
Anrechnung gemäß		
RVG-VV Vorbemerkung 3 Absatz 4	0,25	– 300,00 Euro
Pauschale gemäß RVG-VV Nr. 7002		20,00 Euro
19 % Umsatzsteuer		<u>129,20 Euro</u>
Gesamtbetrag		809,20 Euro

§ 189 ZPO

Eine Heilung eines Zustellungsmangels nach § 189 ZPO kommt nicht in Betracht, wenn ein von Amts wegen förmlich zuzustellendes Dokument im Parteibetrieb zugestellt wird.)*

**BGH, Ur. v. 19. 5. 2010
– IV ZR 14/08 –**

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, ihrer Mutter, im Wege der Stufenklage Auskunft über den Bestand des Nachlasses ihres Großvaters und einen Vorschuss auf den Pflichtteil.

Die Beklagte ist durch Teil-Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren verurteilt worden, an die Klägerin 85 000,- Euro nebst Zinsen und Nebenkosten zu zahlen, Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu geben sowie ein Sachverständigengutachten über den Wert des Grundbesitzes des Erblassers vorzulegen.

Eine vom Landgericht angeordnete Zustellung des Versäumnisurteils an die Beklagte schlug am 27. März 2006 fehl. An diesem Tag wurde nur der Klägerin das Versäumnisurteil zugestellt. Der von der Klägerin beauftragte Gerichtsvollzieher stellte der Beklagten am 19. April 2006 eine beglaubigte Kopie des Versäumnisurteils zu. Am 15. Mai 2006 wurde der Beklagten eine Ausfertigung des Versäumnisurteils von Amts wegen zugestellt. Der Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil ging am 29. Mai 2006 bei dem Landgericht ein.

Das Landgericht hat auf den Einspruch das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und den Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der zugelassenen Revision.

*) amtlicher Leitsatz

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte nicht fristgerecht Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt. Die zweiwöchige Einspruchsfrist des § 339 Abs. 1 Halbsatz 1 ZPO sei verstrichen gewesen, als der Einspruch am 29. Mai 2006 eingegangen sei. Das Versäumnisurteil gelte gemäß § 189 ZPO als am 10. Mai 2006 zugestellt, weil die Beklagte unstreitig spätestens zu diesem Zeitpunkt die ihr durch den Gerichtsvollzieher zugestellte beglaubigte Kopie des Versäumnisurteils in Händen gehabt habe. Grundsätzlich sei zwar ein Versäumnisurteil von Amts wegen zuzustellen. Die fehlerhafte Zustellung sei aber nach § 189 ZPO dadurch geheilt worden, dass das Versäumnisurteil der Beklagten tatsächlich zugegangen sei. § 189 ZPO sei auch dann anwendbar, wenn – wie hier – ein Dokument im Partei- statt im Amtsbetrieb zugestellt worden sei.

II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat den Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil zu Unrecht als unzulässig verworfen. Der Einspruch ging am 29. Mai 2006 fristgerecht bei dem Landgericht ein.

a) Die Einspruchsfrist beträgt gemäß § 339 Abs. 1 ZPO zwei Wochen und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils, die nach § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgeschrieben ist. Im schriftlichen Vorverfahren gemäß § 331 Abs. 3 ZPO ergangene Versäumnisurteile sind an Verkündungs statt zuzustellen (§ 310 Abs. 3 ZPO) und werden erst durch die Zustellung an beide Parteien existent, so dass die Einspruchsfrist erst mit der letzten der von Amts wegen zu bewirkenden Zustellungen in Lauf gesetzt wird (BGH, Beschluss vom 5. Oktober 1994 – XII ZB 90/94, NJW 1994, S. 3359 unter II.a. m. w. N.; Zöller/Herget, ZPO 28. Aufl., § 339 Rdnr. 4).

Da der Klägerin das Versäumnisurteil zuerst zugestellt wurde, kommt es auf den Zeitpunkt der Zustellung an die Beklagte an. Maßgeblich für den Beginn der Einspruchsfrist ist die Amtszustellung des Versäumnisurteils an die Beklagte am 15. Mai 2006. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts begann die Einspruchsfrist nicht spätestens am 10. Mai 2006, als der Beklagten die ihr durch den Gerichtsvollzieher zugestellte beglaubigte Kopie des Versäumnisurteils tatsächlich zugegangen war.

b) Die vorgeschriebene Amtszustellung kann nicht gemäß § 189 ZPO dadurch ersetzt werden, dass das Dokument im Parteibetrieb zugestellt wird und dem Zustellungsadressaten tatsächlich zugeht. Nach dieser Vorschrift gilt ein unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugewandenes Dokument in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugewandenes ist.

aa) Zu der Frage, ob § 189 ZPO auch dann Anwendung findet, wenn ein förmliches Dokument, das von Amts wegen zugestellt werden muss, im Parteibetrieb zugestellt wird, werden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten.

(1) Eine Meinung hält diese Vorschrift auch dann für anwendbar, wenn einer Partei ein von Amts wegen förmlich

zuzustellendes Dokument im Wege der Parteizustellung tatsächlich zugegangen ist oder wenn ein im Parteibetrieb zuzustellendes Dokument von Amts wegen zugestellt wird (OLG Celle, OLGR 2000, S. 332, 333 f. zur Anwendbarkeit des § 187 ZPO a. F. bei Amtszustellung statt Parteizustellung einer einstweiligen Verfügung; OLG Hamm, NJW 1955, S. 873, 874 zur Heilung nach § 187 ZPO a. F. bei Parteizustellung einer Streitverkündungsschrift; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 68. Aufl., § 189 Rdnr. 6, Stichwort „Amtszustellung“; HK-ZPO/Eichele, § 189 Rdnr. 4; MünchKomm-ZPO/Häublein, 3. Aufl., § 189 Rdnr. 6; Musielak/Wolst, ZPO 7. Aufl., § 189 Rdnr. 2; Roth in Stein/Jonas, ZPO 22. Aufl., § 189 Rdnr. 14; Rohe in Wieczorek/Schütze, ZPO 3. Aufl., § 189 Rdnr. 11).

(2) Nach anderer Ansicht können Verstöße gegen die Art der Zustellung gemäß § 189 ZPO nicht geheilt werden (OLG München, MDR 1998, S. 1243, 1244; PG/Kessen, ZPO 2. Aufl., § 189 Rdnr. 5; Zöller/Stöber, a. a. O., § 189 Rdnr. 3, anders noch in der 25. Aufl., § 189 Rdnr. 6).

bb) Der Senat teilt die zuletzt genannte Auffassung.

(1) Dem Wortlaut des § 189 ZPO ist zwar nicht unmittelbar zu entnehmen, dass eine Verletzung zwingender Zustellungsregeln nicht auch in der Wahl der falschen Zustellungsart liegen kann, zumal gemäß § 191 ZPO die Vorschriften über die Zustellung von Amts wegen auf die Zustellung im Parteibetrieb entsprechende Anwendung finden. Allerdings spricht der Zweck des § 189 ZPO dagegen, ihn auch bei Wahl der falschen Zustellungsart anzuwenden. Die Heilung von Mängeln, die bei der Ausführung der Zustellung unterlaufen sind, soll nach dem Willen des Gesetzgebers von Gesetzes wegen eintreten, wenn der Zustellungszweck erreicht ist (Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren [Zustellungsreformgesetz – ZustRG] –, Bundestagsdrucksache 14/4554, S. 24 rechte Spalte unten). Damit soll im Interesse der Rechtssicherheit wie auch der Prozesswirtschaftlichkeit der Nachweis der Tatsache und des Zeitpunkts des Zugangs sichergestellt werden (vgl. BGHZ 130, S. 71, 74; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., Rdnr. 2), wobei der Formalismus bei der Zustellung in Grenzen gehalten werden soll (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., m. w. N.).

Die danach gebotene weite Auslegung des § 189 ZPO darf aber nicht dazu führen, dass ein vollständiges Außerachtlassen des vorgeschriebenen förmlichen Zustellungsverfahrens als unschädlich angesehen wird, wenn nur das Dokument dem Empfänger irgendwie zugeht. Diese Einschränkung findet sich im Wortlaut des § 189 ZPO mittelbar wieder, soweit das Dokument „der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte“, zugegangen sein muss. Daraus folgt, dass eine förmliche Zustellung wenigstens angestrebt worden sein muss (MünchKomm/Häublein, a. a. O., Rdnr. 1). Auch der Gesetzgeber hat vorausgesetzt, dass das zuzustellende Schriftstück tatsächlich zugestellt werden sollte, und einen entsprechenden Zustellungswillen hervorgehoben (Bundestagsdrucksache 14/4554, a. a. O.). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in den bisher zu § 189 ZPO n. F. ebenso wie in den zu § 187 ZPO a. F. ergangenen Entscheidungen gefordert, dass das Gericht mit Zustellungswillen gehandelt haben muss (BGHZ 7, S. 268, 270; BGH, Beschlüsse vom 26. November 2002 – VI ZB 41/02, NJW 2003, S. 1192 unter II.1.c. m. w. N.; vom 4. November 1992 – XII ZB 130/92, FamRZ 1993, S. 309 unter II.; Urteil vom 16. Oktober 1956 – VI ZR 174/55, NJW 1956, S. 1878, 1879). Eine solche Zustellungsabsicht des für die Zustellung

von Amts wegen zuständigen Organs, grundsätzlich des Richters (§ 270 Abs. 1 Satz 1 ZPO), fehlt bei einer Zustellung im Parteibetrieb (PG/Kessen, a. a. O.; Zöller/Stöber, a. a. O.). Der Wille zur Zustellung muss sich auf die – zwar mit Mängeln behaftete, aber durchgeführte – Zustellung beziehen; es genügt nicht, dass der Zugang des Dokuments letztendlich dem früher, etwa bei einem fehlgeschlagenen Zustellversuch, zum Ausdruck gekommenen Willen des zuständigen Organs entspricht.

(2) Die Zustellungsabsicht des zuständigen Gerichts ist von besonderer Bedeutung, wenn – wie hier – mit der Zustellung eine Notfrist in Gang gesetzt wird. Nach § 187 Satz 2 ZPO a. F. konnte grundsätzlich keine Heilung von Zustellungsmängeln eintreten, soweit durch die Zustellung der Lauf einer Notfrist in Gang gesetzt werden sollte. Nunmehr eröffnet § 189 ZPO auch für diese Fälle die Möglichkeit einer Heilung (Bundestagsdrucksache, a. a. O., S. 25 linke Spalte oben). Das entbindet aber nicht vom Erfordernis des Zustellungswillens, weil der Zustellungsadressat wegen der besonderen Bedeutung der Notfrist und der damit für ihn verbundenen Rechtsfolgen nur dann mit einer Heilung eines Zustellungsmangels rechnen muss, wenn er davon ausgehen kann, dass das Gericht ihm das zuzustellende Schriftstück tatsächlich zustellen wollte. Die vom Berufungsgericht angenommene Zustellungsabsicht der Klägerin kann die des Gerichts nicht ersetzen.

2. Da das Berufungsgericht tatsächliche Feststellungen zur Begründetheit der Klage nicht getroffen hat, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif und an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Anmerkung der Schriftleitung:

*Der amtliche Leitsatz des obigen BGH-Urteils ist auf den ersten Blick missverständlich. Wenn man die Gründe hierzu liest, wird deutlich, dass ein Zustellungsmangel bei Parteizustellung lediglich für die Ingangsetzung von Rechtsmittelfristen zum Tragen kommt. Dagegen ist davon auszugehen, dass eine **Parteizustellung** eines bislang nicht nachweislich oder fehlerhaft amtszugestellten Titels **als Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung** gemäß § 750 Abs. 1 ZPO **weiterhin ausreicht**. Alleine hierdurch wird nur keine Rechtsmittelfrist in Gang gesetzt. Zur Beschleunigung der Zwangsvollstreckung kann sogar der vom Gericht geschaffene Titel vorab im Wege der Parteizustellung zugestellt werden (**Lackmann** in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., Rdnr. 18 zu § 750 ZPO).*

§§ 807, 903 ZPO; § 850 h ZPO, § 185 n GVGA

Der Schuldner ist zur Ergänzung einer Eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, wenn er bei einer Vollzeitbeschäftigung einen Stundenlohn von weniger als 5 Euro angegeben hat.

**LG Ingolstadt, Beschl. v. 13. 3. 2010
– 13 T 1908/09 –**

Gründe:

Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin vom 28. Oktober 2009 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Ingolstadt – Vollstreckungsgericht – vom 22. Oktober 2009 ist nach § 793 ZPO statthaft und auch zulässig sowie begründet.

Nach § 807 ZPO ist der Schuldner verpflichtet, ein vollständiges Vermögensverzeichnis vorzulegen und darin für seine

Forderungen auch den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen. Ferner ist er aufgrund § 850 h Abs. 2 ZPO insbesondere auch verpflichtet solche Arbeiten oder Dienste anzugeben, die nach Art und Umfang üblicherweise vergütet werden und die er einem Dritten in einem ständigen Verhältnis unentgeltlich oder gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung leistet.

Nachdem der Schuldner angegeben hat, er erziele bei der Fa. S. ein monatliches Arbeitseinkommen in Höhe von 820,- Euro brutto, dies entspricht bei einer Vollzeitbeschäftigung einem Stundenlohn von weniger als 5,- Euro, besteht angesichts der geringen Höhe des gezahlten Entgeltes eine gewisse Anfangswahrscheinlichkeit, dass hier ein verschleiertes Arbeitseinkommen im Sinne des § 850 h Abs. 2 ZPO vorliegen könnte. Um der Gläubigerin eine Überprüfung zu ermöglichen, ob pfändbare Ansprüche gemäß § 850 h Abs. 2 ZPO gegeben sind und in welcher Höhe, war daher im Vermögensverzeichnis auch anzugeben, welcher Art die vom Schuldner geleistete Arbeitstätigkeit ist und welchen Umfang sie einnimmt. Da diese Angaben nach § 807 ZPO an Eides statt zu versichern sind, reicht es nicht aus, dass der Gerichtsvollzieher aus anderen Quellen über Art und Umfang der geleisteten Arbeitstätigkeit Auskunft zu geben vermag.

Auf die sofortige Beschwerde der Gläubigerin war daher der Beschluss vom 22. Oktober 2009 aufzuheben und der Gerichtsvollzieher entsprechend anzuweisen, den Schuldner zu veranlassen, die Eidesstattliche Versicherung vom 21. April 2009 dahin zu ergänzen, dass er Art und Umfang seiner Tätigkeit für die Fa. S. angibt.

Anmerkung der Schriftleitung:

In Anbetracht grassierender Dumpinglöhne ist eine Grenze von 5 Euro Stundenlohn sicherlich nicht allgemein einschlägig. Ingolstadt ist kein Niedriglohngebiet.

§§ 807, 900 ZPO; § 185 a GVGA

Als Voraussetzung für das Verfahren zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung reicht der Nachweis der Unpfändbarkeit nach vorherigem Vollstreckungsversuch über eine Teilforderung aus.

**LG Kleve, Beschl. v. 22. 4. 2010
– 4 T 82/10 –**

Aus den Gründen:

Die Gläubigerin ist Inhaberin eines Vollstreckungstitels über einen Betrag in Höhe von 468,93 Euro nebst Nebenforderungen. Sie hat gegen die Schuldnerin die Fahrnisvollstreckung betrieben, allerdings lediglich wegen eines Teilbetrages in Höhe von 100,- Euro. Diese Vollstreckung blieb ausweislich des Protokolls des zuständigen Gerichtsvollziehers vom 3. Februar 2010 erfolglos. Mit Anwaltsschriftsatz vom 17. Februar 2010 beantragte die Gläubigerin bei dem Gerichtsvollzieher die Durchführung des Verfahrens zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung durch die Schuldnerin. Mit Schreiben vom 19. Februar 2010 stellte der Gerichtsvollzieher das Verfahren zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung ein. Zur Begründung berief er sich darauf, die Eidesstattliche Versicherung solle über einen Betrag von 468,93 Euro zuzüglich Rechtsanwaltsgebühren erfolgen, während die von ihm am 3. Februar 2010 durchgeführte Zwangsvollstreckungsmaßnahme lediglich wegen eines Teilbetrages in Höhe von 100,- Euro zuzüglich 12,- Euro Rechtsanwaltsgebühren

erfolgt sei. Gegen die Ablehnung der Vollstreckungsmaßnahme hat die Gläubigerin mit Anwaltsschriftsatz vom 1. März 2010 Erinnerung eingelegt. Mit Beschluss vom 25. März 2010 hat das Amtsgericht Emmerich am Rhein diese Erinnerung kostenpflichtig zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Gläubigerin mit der Beschwerde vom 30. März 2010, bei Gericht eingegangen am Folgetag.

In der Sache ist die sofortige Beschwerde begründet. Die Gläubigerin ist berechtigt, wegen der gesamten titulierten Forderung gegen die Schuldnerin das Verfahren zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO zu betreiben, auch wenn die vorherige Fahrnisvollstreckung nur wegen eines Teils der titulierten Forderung erfolgt ist.

Im Streitfall liegen die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung – Vollstreckungstitel, Klausel und Zustimmung (§§ 724 Abs. 1, 750 Abs. 1 ZPO) sowie die weiteren Voraussetzungen der Offenbarungspflicht gemäß § 807 ZPO – die von der Gläubigerin betriebene Zwangsvollstreckung hat nicht zu ihrer Befriedigung geführt (§ 807 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und die Gläubigerin hat Antrag auf Bestimmung eines Termins zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung gestellt (§ 900 Abs. 1 ZPO) – unstreitig vor. Fraglich ist allein, ob das Offenbarungsverfahren (§ 900 Abs. 1 Satz 1 ZPO) bei vorangegangener erfolgloser Vollstreckung nur wegen eines Teilbetrages der titulierten Forderung auf den Gesamtbetrag der titulierten Forderung erweitert werden kann. Das ist entgegen der Auffassung des Gerichtsvollziehers und des Vollstreckungsgerichts zu bejahen.

Allerdings ist besondere Voraussetzung der Offenbarungspflicht im Fall des § 807 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, dass „die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat“. Diese „vollständige Befriedigung“ (§ 362 BGB) kann auch nur die Befriedigung der titulierten Forderung sein, wegen der der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, bei Vollstreckung wegen einer Teilforderung also nur diese Teilforderung und nicht die gesamte titulierte Forderung. Denn eine „Befriedigung des Gläubigers“ (§ 362 BGB) setzt immer das Bestehen einer entsprechenden bestimmten Forderung voraus. An der Geltendmachung der Gesamtforderung trotz vorangegangener erfolgloser Vollstreckung nur wegen einer Teilforderung im Offenbarungsverfahren ist der Gläubiger gleichwohl nicht gehindert. Nach § 807 Abs. 1 Nr. 2 ZPO kann der Gläubiger das Offenbarungsverfahren nämlich auch dann betreiben, wenn er glaubhaft macht, „dass er durch die Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne“. Dieser Fall ist auch dann zu bejahen, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass in letzter Zeit beim Schuldner im Auftrag anderer Gläubiger durchgeführte Pfändungen erfolglos waren (sogenannte Unpfändbarkeitsbescheinigung, § 63 GVGA; vgl. Zöller/*Stöber*, ZPO 28. Aufl., § 807 Rdnr. 18). Dem Fall der Unpfändbarkeitsbescheinigung gleichzustellen ist aber der Fall, dass der Gläubiger – wie hier – durch das Pfändungsprotokoll nachweist, dass der Schuldner schon nicht zur Tilgung einer Teilforderung von 100,- Euro in der Lage war. Denn wenn der Schuldner nachweislich schon zur Begleichung einer solchen Teilforderung außerstande ist, steht damit zugleich fest, dass er erst recht eine sehr viel höhere Forderung – hier die Gesamtforderung von knapp 500,- Euro – nicht zu tilgen vermag.

Dass der Gläubiger das Offenbarungsverfahren bei vorangegangener Vollstreckung nur wegen einer Teilforderung auf diese Teilforderung beschränken kann, bedeutet umgekehrt auch nicht, dass er an der Geltendmachung der titulierten Gesamtforderung im Offenbarungsverfahren gehindert ist.

Das Offenbarungsverfahren ist nämlich nicht die bloße Fortsetzung der vorher von dem Gläubiger betriebenen einzelnen Vollstreckungsmaßnahme, sondern ein eigenständiges Verfahren (§§ 899 ff. ZPO), welches dem Gläubiger die Unterlagen verschaffen soll, auf deren Grundlage er weitere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ergreifen kann (vgl. Zöller/Stöber, a. a. O., § 807 Rdnr. 1).

Zu keiner anderen Bewertung führt auch, dass die Geltendmachung der gesamten titulierten Forderung im Offenbarungsverfahren für den Schuldner mit Nachteilen verbunden ist, weil die vorzeitige Löschung seiner Eintragung im Schuldnerverzeichnis von der Tilgung der Gesamtforderung und nicht nur einer bloßen Teilforderung abhängig ist (§ 915 a Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Insoweit muss sich der Schuldner nämlich entgegenhalten lassen, dass er tatsächlich die gesamte titulierte Forderung schuldet und der Gläubiger demgemäß das Wahlrecht hat, durch Bezifferung der titulierten Forderung, für die das Offenbarungsverfahren betrieben wird – Gesamtforderung oder bloße Teilforderung – den Umfang der für eine vorzeitige Löschung des Schuldners im Schuldnerverzeichnis nötigen Zahlung vorzugeben.

§§ 900 Abs. 4; 903 ZPO; § 185 n GVGA

- 1. Eine einmalige und kurze selbstständige Tätigkeit lässt nicht zwingend auf eine Verbesserung der wirtschaftlichen Gesamtlage des Schuldners und neues pfändbares Vermögen schließen.**
- 2. Der Schuldner hat im Widerspruchsverfahren die Möglichkeit, die Annahme zu entkräften, er habe inzwischen pfändbares Vermögen erworben.**

**LG Baden-Baden, Beschl. v. 26. 6. 2010
– 2 T 12/10 –**

Der seit Jahren erwerbslose und von Sozialleistungen lebende Schuldner hat nach eigener und vom Gläubiger nicht widerlegter Einlassung einmalig für einen Bekannten eine Homepage gestaltet. Der Gläubiger hat daraufhin beantragt, dem Schuldner wiederholt innerhalb der Sperrfrist die Eidesstattliche Versicherung abzunehmen.

Gründe:

I.

Das Amtsgericht hat durch den angefochtenen Beschluss den Antrag der Gläubigerin auf Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung dadurch zurückgewiesen, dass dem Widerspruch des Schuldners gegen die Verpflichtung zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung stattgegeben wurde, weil der Schuldner nach § 903 ZPO nicht verpflichtet sei, eine neue Eidesstattliche Versicherung abzugeben. Gegen diese ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 8. Dezember 2009 zugestellte Entscheidung wendet sich die Gläubigerin mit ihrer am 21. Dezember 2009 bei dem Amtsgericht Bühl eingegangenen sofortigen Beschwerde. Es sei dargelegt worden und werde von dem Schuldner nicht bestritten, dass er für die Fa. B. in einem Bereich tätig geworden sei, der einer geschäftsmäßigen, werbenden Tätigkeit entspricht. Die als Gegenleistung angeblich erbrachten Sachleistungen, z. B. Fahr- und Bringdienste, stünden gemäß § 850 e Nr. 3 ZPO einer Vergütung in Geld gleich. Die für einen Dritten aufzuwendenden Kosten für die Erstellung einer derartigen Website würden mit ca. 2 500,- Euro angegeben werden. Der Schuldner würde somit Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit erzielen. Der von dem

Schuldner vorgelegte Bescheid der ARGE Rastatt stünde dieser Annahme nicht entgegen, da er offensichtlich veraltet sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der getroffenen gerichtlichen Entscheidungen und der eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Beschwerde der Gläubigerin ist zwar gemäß §§ 793, 567 ZPO statthaft und zulässig, bleibt in der Sache selbst jedoch ohne Erfolg. Das Amtsgericht hat die angefochtene Entscheidung zu Recht erlassen.

Gemäß § 903 Satz 1 ZPO muss der Schuldner vor Ablauf der Dreijahresfrist eine nochmalige Eidesstattliche Versicherung abgeben, wenn er neues Vermögen erworben hat. Der Vermögenserwerb ist vom Gläubiger glaubhaft zu machen. Er muss insbesondere darlegen, dass sich die Vermögenslage des Schuldners durch Erwerb pfändbaren Vermögens vorzeitig erheblich verbessert hat. Dabei dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung im Rahmen von § 903 ZPO nicht überspannt werden, um dem Gläubiger, dem es gerade an Informationen über die Vermögensverhältnisse des Schuldners mangelt, den Zugriff auf verwertbares Vermögen des Schuldners nicht unzumutbar zu erschweren. Der Schuldner hat im Widerspruchsverfahren nach § 900 Abs. 4 ZPO die Möglichkeit, die Annahme zu entkräften, er habe inzwischen pfändbares Vermögen erworben. Das bedeutet indes nicht, dass ein Schuldner immer schon dann vor Ablauf der dreijährigen Schutzfrist zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung verpflichtet ist, wenn der Gläubiger nur die bloße Vermutung äußert, der Schuldner habe inzwischen neues Vermögen erworben. Denn es ist zu berücksichtigen, dass es sich bei § 903 Satz 1 ZPO grundsätzlich um eine Schuldnerschutzvorschrift handelt, die lediglich zwei Ausnahmetatbestände enthält.

Eine Verpflichtung zur erneuten Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung vor Ablauf der Dreijahresfrist ist daher in der Regel nur im Falle der Darlegung und Glaubhaftmachung konkreter Umstände gerechtfertigt, die den Schluss auf eine Verbesserung der wirtschaftlichen Gesamtlage des Schuldners zulassen. Dabei kann auch der – von Amts wegen zu berücksichtigenden – allgemeinen Lebenserfahrung Bedeutung zukommen. Diese muss sich allerdings auch darauf erstrecken, dass es naheliegt, dass der Vermögenserwerb eine Größenordnung erreicht hat, die einen erfolgreichen Pfändungszugriff wahrscheinlich erscheinen lässt. Von maßgeblicher Bedeutung sind zudem die jeweiligen Einzelfallumstände (vgl. BGH, NJW-RR 2007, S. 1007).

Nach diesen Grundsätzen hat das Amtsgericht zu Recht dem Widerspruch des Schuldners stattgegeben. Die Kammer schließt sich nach eigener Überzeugungsbildung der Begründung des angefochtenen Beschlusses an und macht sich diese zu eigen.

Lediglich ergänzend mag angeführt werden, dass die Gläubigerin zwar glaubhaft gemacht hat, dass der Schuldner eine Website für ein gewerbliches Unternehmen erstellt hat und auch eine eigene Website betreibt, die die Erbringung von IT-Dienstleistungen durch den Schuldner anbietet, doch hat die Gläubigerin nicht glaubhaft gemacht, dass der Schuldner dadurch inzwischen ein pfändbares Vermögen erworben hat. Vielmehr hat der Schuldner durch Vorlage der Kopie des Bescheides der ARGE Rastatt vom 2. Februar 2010 unter Beweis gestellt, dass er weiterhin Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch erhält. Angesichts dieser Sachlage reichen

die Angaben der Gläubigerin nicht zur Darlegung und Glaubhaftmachung eines vom Schuldner neu erworbenen pfändbaren Vermögens aus.

§§ 807, 903 ZPO; § 185 o GVGA

Ein Schuldner hat als Gastwirt gegebenenfalls im Wege der Nachbesserung zu erklären, ob aus der Selbstständigkeit ein Gewinn verbleibt, welche Entnahmen hierauf getätigt werden und ob Sachleistungen gewährt werden.

**AG Bitterfeld-Wolfen, Beschl. v. 22. 1. 2010
– 9 M 1370/09 –**

Gründe:

Die nach § 766 ZPO statthafte und zulässige Erinnerung ist begründet.

Der Gläubiger kann Nachbesserung verlangen, wenn der Schuldner ein äußerlich erkennbar unvollständiges, ungenaues oder widersprüchliches Verzeichnis vorgelegt hat (vgl. BGH, Beschl. v. 19. 5. 2004 – IXa ZB 297/03, NJW 2004, S. 2979, 2980).

Das Protokoll über die Eidesstattliche Versicherung in Gestalt der Nachbesserungen vom 8. September 2009 und vom 23. Oktober 2009 ist in diesem Sinne unvollständig.

Die Schuldnerin hat bereits am 20. März 2009 erklärt, dass sie Gewerbetreibende bzw. Geschäftsinhaberin einer Gaststätte ist. Der Begriff „Geschäftsführerin“ wird von der Schuldnerin selbst nicht verwendet, dies wäre aber auch bei einem Einzelunternehmen dieser Art unbeachtlich.

Eine derartige Verpflichtung besteht allgemein, wenn der Schuldner ein Vermögensverzeichnis vorlegt, welches nicht so vollständig ausgefüllt ist, wie das nach dem Zweck des § 807 ZPO für die Kenntnis des Gläubigers zum Zugriff auf das Vermögen des Schuldners erforderlich ist. Etwas anderes ergibt sich hier nicht daraus, dass die Schuldnerin den ihr zur Verfügung gestellten Vordruck vollständig ausgefüllt hat. Denn die Verpflichtung zur Ergänzung der Versicherung besteht auch und gerade dann, wenn Anlass für die Annahme besteht, dass der Schuldner Leistungen erhält, nach denen bislang nicht (konkret) gefragt worden ist; ergeben sich etwa Anhaltspunkte für ein verschleiertes Arbeitseinkommen im Sinne des § 850 h (z. B. Arbeit nur für Kost und Logis), muss der Schuldner auch Art und Umfang seiner Tätigkeit angeben (vgl. LG Frankenthal, Beschl. v. 25. 6. 2007 – 1 T 160/07).

Solche Fragen drängen sich hier im Hinblick auf die auch ausgeübte selbstständige Tätigkeit der Schuldnerin auf. Es liegt zwar nahe, dass weder Aufträge noch Außenstände bestehen, weil üblicherweise an Gäste Speisen und Getränke gegen sofort zu entrichtende bare Mittel abgegeben werden, allerdings sind dann Angaben zu einem etwaigen Kassenbestand zu machen – unter Ziffer 1. des Hauptblattes sowie unter Ziffer 11 zu Ansprüchen/Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit. Zwar hat hier die Schuldnerin angegeben, solche Ansprüche nicht zu haben, dies steht jedoch im Widerspruch zu den Angaben, über gewisse Warenbestände im Wert von 200,- bis 300,- Euro zu verfügen, die selbstredend fortlaufend ergänzt und erneuert werden müssen.

Die Schuldnerin hat dann hier zu erklären, ob ihr aus der selbstständigen Tätigkeit ein Gewinn verbleibt, ob sie Entnahmen hierauf tätigt oder ob sie – wie von der Gläubigerin dem Nachbesserungsverlangen zugrunde gelegt – Sachleistungen erhält.

§§ 807, 900 ZPO; § 185 d GVGA

Ein selbstständiger Schuldner ohne angebliche Einkünfte und Außenstände hat seine etwaigen geschäftlichen Aktivitäten für einen zurückliegenden Zeitraum von 12 Monaten zu offenbaren.

**AG Reinbek, Beschl. v. 20. 7. 2010
– 7 M 624/10 –**

Aus den Gründen:

I.

Am 5. Februar 2010 gab der Schuldner die Eidesstattliche Versicherung gegenüber dem Gerichtsvollzieher ab und unterzeichnete das Vermögensverzeichnis vom selben Tag. In diesem Vermögensverzeichnis sind unter der Ziffer 11 weder Arbeitseinkommen noch sonstige monatliche Einkünfte angegeben, unter Ziffer 12 „Ansprüche aus selbstständiger Erwerbstätigkeit und aus Nebenverdiensten“ ist „Nein“ angekreuzt. Der Schuldner gab unter Ziffer 11 an, keinerlei Einkommen zu haben, er lebe im Haushalt seiner Eltern.

Im Eingang des Vermögensverzeichnisses gab der Schuldner als erlernten Beruf „diplomierter Volkswirt/Musiklehrer, zur Zeit selbständig“ an. Unter Ziffer 24 gab der Schuldner an, ein Erwerbsgeschäft zu führen, welches er im Ergänzungsblatt I aufgeführt habe. Im Ergänzungsblatt I zu Nr. 24 des Vermögensverzeichnisses ist zu Ziffer 8 „Liegen Aufträge vor?“ „Nein“ angekreuzt. Ferner ist bei Ziffer 9 „Haben Sie Außenstände?“ ebenfalls ein Kreuz bei „Nein“ gesetzt.

Im Eingang des Ergänzungsblattes I gab der Schuldner als Geschäftszweig des Erwerbsgeschäfts Musikindustrie an. Das Vermögensverzeichnis wurde anschließend der Gläubigerin zugeleitet. Diese beantragte mit Schriftsatz vom 12. Februar 2010 bei dem Gerichtsvollzieher, den Schuldner zur ergänzenden Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung zu laden mit der Begründung, dass bei selbstständig tätigen Personen ab Ergänzungsdatum rückwirkend für 12 Monate die Kunden und Auftraggeber des Schuldners mit vollem Namen und Angabe der Rechtsform und der ladungsfähigen Anschrift anzugeben seien und verwies auf eine Entscheidung des OLG München vom 31. August 2001, DGVZ 5/2002, S. 73.

Diesen Antrag wies der Gerichtsvollzieher mit Schreiben vom 16. Februar 2010 zurück unter Hinweis auf die in Fotokopie beigefügte Anmerkung der Schriftleitung zu dem genannten Urteil des OLG München. Im Vermögensverzeichnis habe der Schuldner versichert, keinerlei Außenstände zu haben. Es seien keine Gründe erkennbar, warum die Gläubigerin diese Angaben durch kostenintensive Maßnahmen nachprüfen müsse. Mit Schriftsatz vom 30. März 2010 legte die Gläubigerin Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung ein wegen der Weigerung des Gerichtsvollziehers, das Nachbesserungsverfahren vorzunehmen.

II.

Die gemäß § 766 Abs. 2 ZPO zulässige Erinnerung ist begründet. Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen liegen vor. Der Schuldner ist ebenfalls nach § 807 Abs. 1 Nr. 4 ZPO zur Abgabe des Vermögensverzeichnisses unter Eidesstattlicher Versicherung verpflichtet. Der Schuldner ist auch verpflichtet, seine Eidesstattliche Versicherung im Hinblick auf den Antrag der Gläubigerin dahingehend zu ergänzen, dass er ab Ergänzungsdatum rückwirkend für 12 Monate seine Kunden und Auftraggeber mit vollem Namen und der

Angabe der Rechtsform und der ladungsfähigen Anschrift angibt.

Ein selbstständig tätiger Schuldner hat im Rahmen der Ergänzung einer Eidesstattlichen Versicherung auch seine geschäftlichen Aktivitäten für einen zurückliegenden Zeitraum zu offenbaren und ergänzende Fragen des Gläubigers sind immer dann zuzulassen, wenn sie nicht offensichtlich auf Ausforschung der allgemeinen Lebensverhältnisse angelegt sind. Bei Selbstständigen dürfen insoweit keine allzu strengen Maßstäbe angelegt werden, weil bei ihnen die Gefahr einer Verschleierung von Einkünften besonders hoch ist. Die Fragen zu abgeschlossenen Aufträgen können vorliegend dem Zweck dienen, der Gläubigerin gegebenenfalls noch weitere Vollstreckungsmöglichkeiten zu eröffnen. Zweck des Offenbarungsverfahrens ist es, den Schuldner dazu zu zwingen, seine Vermögensverhältnisse soweit offenzulegen, dass der Gläubiger Klarheit über die Erfolgsaussicht weiterer Vollstreckungsversuche erhält (vergleiche hierzu Landgericht Verden, JurBüro 2009, S. 441).

Diesen Zweck erfüllen die Angaben des Schuldners in seinem Vermögensverzeichnis vom 4. Februar 2010 nicht. Der Schuldner hat hier angegeben, selbstständig im Bereich der Musikindustrie zu sein. Er hat weiter angegeben, über keinerlei monatliche Einkünfte zu verfügen, er lebe im Haushalt seiner Eltern. Die Angabe, selbstständig tätig zu sein, aber über keinerlei Einkünfte und Außenstände zu verfügen, gegebenenfalls nur vom Wohlwollen der Eltern abhängig zu sein, ist bei dem volljährigen Schuldner schon nicht ganz nachvollziehbar. Um der Gläubigerin Klarheit über die Erfolgsaussicht weiterer Vollstreckungsversuche zu verschaffen, hat der Schuldner seine etwaigen geschäftlichen Aktivitäten auch für einen zurückliegenden Zeitraum zu offenbaren. Das Gericht hält hierbei einen Zeitraum rückwirkend 12 Monate ab Ergänzungsdatum für ausreichend, aber auch erforderlich, um der Gläubigerin die Möglichkeit zu geben, ihre berechtigten Forderungen gegebenenfalls noch einzutreiben (vergleiche auch LG Verden, a. a. O.; AG Bremen, JurBüro 2010, S. 498).

§ 929 Abs. 2 ZPO; § 192 GVGA

Zur Wahrung der Vollziehungsfrist ist es ausreichend, dass die Antragstellung innerhalb der Vollziehungsfrist erfolgt.

**AG Worms, Beschl. v. 17. 6. 2010
– 12 M 628/10 –**

Gründe:

Mit Beschluss vom 2. März 2010, der der Gläubigerin am 5. März 2010 zugestellt worden ist, wurde der Schuldner im Wege der einstweiligen Verfügung verpflichtet, der Gläubigerin Zutritt zur Unterbrechung der Gasversorgung zu gewähren. Da der Name des Schuldners in Antrag und Beschluss falsch angegeben war, wurde dieser mit Beschluss vom 26. März 2010 auf Antrag der Gläubigerin berichtigt. Der berichtigte Beschluss ist der Gläubigerin am 31. März 2010 zugegangen. Am selben Tag beauftragte sie den zuständigen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung und Vollstreckung. Der Antrag ist dem Gerichtsvollzieher am 1. April 2010, Gründonnerstag, zugegangen. Der Gerichtsvollzieher lehnte die Ausführung des Auftrages ab und sandte die Vollstreckungsunterlagen zurück, weil seiner Auffassung nach Zustellung und Sperrung vor Ablauf der Vollziehungsfrist nicht mehr zu realisieren waren. Dagegen wendet sich die Gläubigerin mit der Vollstreckungserinnerung. Sie ist der Auffassung, die Zustellung hät-

te am 1. April 2010 oder am Dienstag nach Ostern bewirkt werden können. Da der Antrag auf Vollstreckung bereits am 1. April 2010 gestellt worden sei, sei dies zur Wahrung der Vollziehungsfrist ausreichend.

Die Vollstreckungserinnerung ist nach § 766 ZPO zulässig und begründet.

Bei einer Duldungsverfügung ist – anders als bei einer Unterlassungsverfügung – die Zustellung im Parteibetrieb allein nicht ausreichend, um die Vollziehungsfrist zu wahren. Ob innerhalb der Vollziehungsfrist die Vollstreckung bereits begonnen oder gar abgeschlossen sein muss, oder ob der Vollstreckungsantrag innerhalb der Monatsfrist zur Fristwahrung ausreicht, war lange Zeit umstritten (zum Meinungsstand Zöller/*Vollkommer*, ZPO, 26. Aufl., § 929 Rdnr. 10). Die Auffassung, die den Beginn oder den Abschluss der Vollstreckungsmaßnahme für erforderlich hielt, stützte sich im Wesentlichen darauf, dass in § 932 Abs. 3 ZPO ausdrücklich geregelt ist, dass der Antrag auf Eintragung der Arresthypothek als Vollziehung gilt. Daraus wurde geschlossen, dass in allen anderen Fällen die Antragstellung nicht ausreichend ist. Folge dieser Auffassung war, dass es von Zufällen, die der Gläubiger nicht beeinflussen kann, abhing, ob die Vollziehungsfrist gewahrt ist.

Die nunmehr überwiegend vertretene Auffassung, dass die Antragstellung innerhalb der Vollziehungsfrist ausreichend ist, stützt sich darauf, dass der Antragsteller mit dem Stellen des Antrags alles getan hat, was ihm möglich ist (BGH, NJW 2006, S. 1290 und BGH, NJW 1991, S. 496, jeweils m. w. N.). Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass Verzögerungen, die nicht in den Verantwortungsbereich eines Antragstellers fallen, sondern sich aus der Bearbeitung bei Gericht ergeben, sich nicht nachteilig für den Antragsteller auswirken dürfen. Mit der Erteilung des Vollstreckungsauftrags hat der Gläubiger seine unmissverständliche Bereitschaft bekundet, gegen den Schuldner vorzugehen. Das Gericht schließt sich daher der Auffassung an, nach der die Antragstellung innerhalb der Monatsfrist ausreicht (so z. B. auch OLG Koblenz, Beschluss vom 2. Mai 2008, Az. 4 U 452/08, OLG Hamburg, Beschluss vom 6. Juni 1996, Az. 3 U 9/96, OLG Rostock, Beschluss vom 24. Mai 2006, Az. 6 U 242/05).

Problematisch ist vorliegend, dass auch die Zustellung noch nicht erfolgt ist und bei erfolgreicher Erinnerung erst mehr als zwei Monate nach Ablauf der Vollziehungsfrist erfolgen kann. Hier wirkt sich allerdings ebenfalls der Grundsatz aus, dass Verzögerungen im Bereich der Justiz sich nicht nachteilig für den Gläubiger auswirken dürfen (§ 167 ZPO, Zöller/*Vollkommer*, a. a. O., Rdnrn. 3 und 10). Grundsätzlich war die Zustellung zu dem Zeitpunkt, zu dem sie beantragt worden ist, noch möglich.

Letztlich steht einer Vollziehung auch nicht entgegen, dass der Antrag auf Zustellung und Vollstreckung so nah vor Ablauf der Vollziehungsfrist gestellt wurde, dass bei realistischer Betrachtung bereits bei Antragstellung nicht damit gerechnet werden konnte, dass innerhalb der Vollziehungsfrist außer der Zustellung auch zumindest mit der Vollstreckungsmaßnahme begonnen werden konnte. Fristen dürfen allerdings grundsätzlich ausgeschöpft werden. Der Gläubigerin ist zudem keine schuldhafte Verzögerung bei der Zustellung im Parteibetrieb zur Last zu legen. Da sie den Berichtigungsbeschluss erst am 31. März 2010 erhalten hat, konnte sie die Zustellung nicht früher veranlassen. Auch hier gilt also, dass Antragstellung innerhalb der Vollziehungsfrist ausreicht, wenn die Voraussetzungen für die beantragte Vollstreckung vor Ablauf der Vollziehungsfrist vorgelegen haben.

■ BUCHBESPRECHUNG

Sachaufklärung und Zwangsvollstreckung in Europa, von Carolin Holzapfl, Nomos Universitätschriften Recht, Band 605, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2009, Broschur, 249 Seiten, ISBN 978-3-8329-4101-7, 48,- Euro.

Mit diesem Buch veröffentlicht die Autorin ihre Mitte 2008 angenommene Dissertation an der Universität Freiburg. Rechtsprechung und Literatur hat sie bis Mai 2008 ausgewertet. Dementsprechend konnte die 2009 verabschiedete Reform der Sachaufklärung nur mit dem Referentenentwurf von 2006 berücksichtigt werden. In Kapitel 1 wird die Geschichte der Einzelvollstreckung im europäischen Kontext dargestellt. Der Rechtsvergleich bezieht sich im gesamten Werk auf Deutschland, Frankreich und England. Im Anschluss werden die Grundzüge des jeweils geltenden Zwangsvollstreckungsrechts ausgeführt. Die Sachaufklärung aus rechtsvergleichender Sicht stellt das Hauptkapitel dar. In Kapitel 3 zieht die Autorin eigene Folgerungen für eine mögliche Reform der deutschen Regelung. Auf den letzten 50 Seiten behandelt *Holzapfl* die Sachaufklärung mit Auslandsbezug, d. h. bei grenzüberschreitender Vollstreckung.

Bereits in der Einleitung nimmt die Autorin die Erkenntnis vorweg, dass bei schwacher Ausgestaltung der Sachaufklärung im Zwangsvollstreckungsverfahren um so mehr Sorgfalt der Teilnehmer am Rechtsverkehr bei der Auswahl ihrer Geschäfts- und Vertragspartner erforderlich sei. Den schwerpunktmäßig rechtsvergleichenden supranationalen Blickwinkel habe sie gewählt, um Gestaltung und Auslegung des deutschen Rechts aus seiner nationalen Beschränkung herauszuheben. Im historischen Teil soll auf die bedeutsame Erkenntnis hingewiesen werden, dass das veränderte Menschenbild bereits vor Inkrafttreten der CPO von 1877 auch in Deutschland dazu führte, die Schuldnerschaft nicht mehr als kriminelle Handlung anzusehen und dass die liberale Grundkonzeption noch unseres heutigen Zwangsvollstreckungsrechts stark vom französischen Code Civile von 1806 beeinflusst ist. Nicht korrekt ist die Verortung der GVO als Verordnung mit Gesetzeskraft und die Aussage, der Gerichtsvollzieher unterstehe als Teil der Justizverwaltung der Dienst- und Fachaufsicht; Letzteres findet allenfalls eingeschränkt Anwendung und ist gerade mangels gesetzlicher Regelung ständig wiederkehrender Streitpunkt. In allen drei Ländern steht die Vollstreckungsart der Forderungspfändung vornehmlich in Bankkonten und Arbeitseinkommen in der praktischen Anwendung stets im Vordergrund. Die Grundzüge des deutschen Zwangsvollstreckungsverfahrens sind zutreffend dargestellt. Nicht gelungen ist allerdings die Aussage zur Abgrenzung zwischen Nachbesserung und erneuter EV, wonach der Nachbesserung auch bei inhaltlicher Unrichtigkeit der Vorzug gegeben werden müsste. Instrukтив, da selten behandelt, ist die Frage des strafrechtlichen Verwertungsverbots bei richtiger EV für sich daraus ergebende strafbare Sachverhalte (z. B. Insolvenzverschleppung, Schwarzarbeit); die Autorin befürwortet es. In Frankreich besteht bis heute keine Offenbarungspflicht, allerdings kann durch die Staatsanwaltschaft bei einer Forderung über 535,- Euro Adressen, Arbeitgeber und Konten bei Behörden ermittelt werden. In England erfolgt die Sachaufklärung hauptsächlich als einstweilige Rechtsschutzmaßnahme im Zuge des Erkenntnisverfahrens individuell für jeden Kläger. Nur Deutschland hat die Sachaufklärung bereits durch das EV-Verfahren innerhalb der Zwangsvollstreckung manifestiert. Die Prangerwirkung des Schuldnerverzeichnisses ist in den anderen beiden Ländern undenkbar. Dafür beruft man sich noch mehr als in Deutschland auf privatwirtschaftliche Detekteien und Auskunftsteien. Die inzwischen verbreitete Dimension auch in Deutschland beschränkt die Autorin alleine auf die Schufa. Wirtschaftspolitisch

führe eine effizientere Zwangsvollstreckung nach Ansicht der Autorin jedenfalls zu einer leichteren Vergabe von Krediten. Untersucht wird auch die Wirkung der Sachaufklärung aus rechtsökonomischer Sicht. Die Untersuchung ist für den Laien schwer nachvollziehbar. Bei der Behandlung der Reform der Sachaufklärung in Deutschland fehlt die Erörterung der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Voranstellung im unangekündigten Anschluss an das Titelverfahren (*Schilken* und *Seip*). Am Referentenentwurf, der insofern nun Gesetz geworden ist, kritisiert die Autorin die Nachrangigkeit der Drittauskunft, die 500-Euro-Grenze und fordert eine Einjahreschutzfrist. Leider lag das Buch nicht rechtzeitig vor Verabschiedung des Gesetzes vor: Die Autorin hebt die praxisbezogene Sichtweise des DGVB und den von ihm stets geforderten Kontakt zum Schuldner hervor und sieht dies unter Umständen als Basis für eine günstige Vollstreckungs-Kosten/-Nutzen-Analyse. Das Kapitel zum Auslandsbezug bleibt notgedrungen in der Darstellung der bestehenden Probleme stecken: die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen gehen vor, eine gemeinschaftsrechtliche Regelung ist nicht erkennbar. Gefordert wird ein gesetzliches Gebot zur Angabe von ausländischem Vermögen im Vermögensverzeichnis, schließlich sollen noch durch den Richter Dritte wie Banken, Steuerberater und Anwälte nach Vermögen befragt werden können. Bis auf diese letzte seltsam anmutende Aussage kann dem rechtspolitisch interessierten Leser dieses Buch sehr empfohlen werden. Der Rezensent stellt es mit der Erkenntnis in den Schrank, dass die in Deutschland verabschiedete Reform der Sachaufklärung erst einmal durchaus ein wegweisender Ansatz ist.

Stefan Mroß

■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

- Böttcher, Roland: „Aktuelle Rechtsprechung zur Zwangsversteigerung in den Jahren 2008/2009.“ In: Zeitschrift für Immobilienrecht. 2010, 10. S. 345–354.
- Cirullies, Michael: „FamFG und Vollstreckung.“ In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe. 2010, 5. S. 174–180.
- Ganter, Hans Gerhard: „Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2009.“ In: NZI. 2010, 10. S. 361–389.
- Hirte, Heribert: „Restrukturierung nach der InsO – Gesetzesplan, Fehlstellen und Reformansätze innerhalb einer umfassenden InsO-Novellierung.“ In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. 2010, 2/3. S. 224–247.
- Jäger, Ulrich: „Formulare für Anträge nach §§ 758 a, 829 ZPO – Bürokratie ohne Nutzen.“ In: ZVI. 2010, 4. S. 121–128.
- Jungbauer, Sabine: „Zwangsvollstreckung in Familiensachen nach dem FamFG. T. 1 – Die allgemeinen Regelungen.“ In: Forderung & Vollstreckung. 2010, 4. S. 66–70.
- Keller, Ulrich: „Aktuelle Rechtsprechung und praktische Fragen zur Zwangsverwaltung.“ In: Zeitschrift für Immobilienrecht. 2010, 9. S. 301–311.
- Müller, Kim J.: „Notarielle Vollstreckungstitel.“ In: Rheinische Notar-Zeitschrift. 2010, 4. S. 167–188.
- Stackmann, Nikolaus: „Terra incognita: Was ist richterlich bekannt?“ In: NJW. 2010, 20. S. 1409–1414.
- Strunk, Frank Rainer: „Vordruckzwang für Forderungspfändung?“ In: ZVI. 2010, 4. S. 128–136.
- Voßkuhle, Andreas: „Das Leitbild des ‚europäischen Juristen‘ – Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland.“ Karlsruhe, Bundesverfassungsgericht, 2010. 31 Seiten – ohne Preisangabe.

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 beigelegt.

CHEFREDAKTION:

Einsendungen von Aufsätzen und Entscheidungen an den Schriftleiter der DGVZ, Stefan Mroß, Aloys-Schreiber-Straße 8, 77815 Bühl, Telefon (0 72 23) 80 76 25, E-Mail: 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.