

Restschuldbefreiung in der Zwangsvollstreckung

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

Von Professor Dr. Christoph G. Paulus, LL.M., Berlin¹⁾

A. Das Problem

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

Aber wie das mit solchen terminologischen Schubladenzuweisungen häufig so ist: Bei genauerem Hinsehen ruht die dadurch vermittelte Gewissheit auf schwankendem Boden¹⁾; es mag hier der Hinweis auf vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen und ihre Auslegung genügen²⁾. Und vergleichbar wackelig ist der Grund in dem vom BGH jüngst verbeschiedenen Fall.

B. Der Fall

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

Gegen diese Pfändung wendet sich der Schuldner daher im Wege der Erinnerung. Er obsiegt damit vor dem Amtsgericht, verliert aber vor dem OLG. Die „Wartezeit“ für den Gang nach Karlsruhe erhält dadurch eine besondere Note, dass der High Court of Justice of London genau währenddessen die Restschuldbefreiung des Schuldners per Entscheidung statuiert. Da der BGH diese Tatsachenänderung – zutreffend – als auch für seine Entscheidung maßgeblich erachtet, spitzt sich für dieses Gericht die Problematik auf die Frage zu, ob der vom Schuldner gegen die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung zu erhebende Einwand im Wege der Erinnerung oder mittels einer Vollstreckungsgegenklage zu erheben ist – ob es

sich also, wie einleitend schon erwähnt, um einen formellen oder einen materiellen Einwand handelt, ob das eine Frage der Art und Weise der Vollstreckung ist oder ob der zu vollstreckende Anspruch selbst betroffen ist.

C. Die Lösung des BGH

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

D. Überprüfung der Stimmigkeit

1. Internationale Implikationen

Bevor zu diesen Erwägungen Stellung genommen werden kann, ist eine Anmerkung zum Fall und seine Wiedergabe angezeigt. An ihm irritiert nämlich die weitgehende Ausblendung der Tatsache, dass die Zwangsvollstreckung während eines im Ausland laufenden Insolvenzverfahrens – der BGH erwähnt nicht einmal in einem Klammerzusatz die originale Verfahrensart: vermutlich handelte es sich um ein Bankruptcy proceeding³⁾ – stattgefunden hat. Das ist zu Zeiten eines zunehmend auch im Insolvenzrecht auf der Grundlage der grosso modo gut funktionierenden EulnsVO kooperierenden Europas zumindest verwunderlich.

Es verhält sich nämlich dabei immerhin so, dass der nach Artikel 3 Absatz 1 EulnsVO auch bei Arbeitnehmern nicht notwendig⁴⁾ mit dem Arbeitsort identische Mittelpunkt der hauptsächlichsten Interessen des Schuldners offenbar in England ist. Denn dort wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Ob zu Recht oder Unrecht, ist vorbehaltlich eines (nur selten vorstellbaren) Verstoßes gegen den Ordre Public gemäß Artikel 26 EulnsVO allseits hinzunehmen⁵⁾.

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

¹⁾ Der Verfasser dieses Beitrags ist Ordinarius an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin und Direktor des Instituts für Interdisziplinäre Restrukturierung (iir) an der Humboldt-Universität zu Berlin.

²⁾ Siehe zuletzt etwa BGH, Beschluss vom 13. August 2009 – I ZB 91/08, DGVZ 2009, S. 203, zur Geltendmachung eines Vermieterpfandrechts mittels Erinnerung.

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

⁴⁾ Vgl. dazu Anhang A, sub United Kingdom, Spiegelstrich 5, der EulnsVO.

⁵⁾ Siehe etwa *Paulus*, EulnsVO, 2. Aufl. 2008, Artikel 3 Rdnr. 24.

⁶⁾ Vgl. nur EuGH, Urteil vom 2. Mai 2006 – Rs C-341/04 (Eurofood), ZIP 2006, S. 907, 909 Tz. 42.

venzverfahrens in England die schiere Selbstverständlichkeit⁶⁾ – und das, obwohl sich Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gemäß Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe f EuInsVO allein nach der lex concursus⁷⁾, vorliegend also nach dem englischen Recht bemisst. Sofern es sich tatsächlich um eine Individualinsolvenz, also ein Bankruptcy i. S. d. Insolvency Act, handeln sollte, dürfte s. 285 IA einschlägig sein. Danach kommt es zwar nicht zu einer automatischen Unterbrechung, aber der (englische) Richter hat die Befugnis, jede Rechtsverfolgungsmaßnahme unter Einschluss von Vollstreckungen zu untersagen, egal wo sie gerade stattfinden⁸⁾. Ob der englische Richter aber tatsächlich von dem Vollstreckungsversuch in Sachsen Kenntnis hatte bzw. ob er darüber informiert worden war, erfährt der Leser nicht.

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

II. Meinungsstand

1. Da sich der BGH dazu versteht, die neue Tatsache der Verfahrenseinstellung in England und der damit einhergehenden Restschuldbefreiung in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen, verändert sich für ihn in der Tat die Rechtslage. Nun ist nämlich kein laufendes Insolvenzverfahren mehr zu berücksichtigen, und es stellt sich erst jetzt die Frage nach der Wirkung der in England ausgesprochenen Restschuldbefreiung⁹⁾ auf die Verteidigung des Schuldners im Inland. Der BGH kann sich in seiner zuvor mitgeteilten Begründung deswegen so kurz fassen, weil er sich auf die Seite der herrschenden Literatur schlägt¹⁰⁾.

In den angegebenen Verweisungen finden sich zwar auch keine deutlich ausführlicheren Begründungen, doch spricht

durchaus einiges für diese Ansicht. Denn die Erteilung der Restschuldbefreiung verändert in der Tat die materiell-rechtliche Qualität der Forderung, indem sie eine ehemals einklagbare und vollstreckbare Verbindlichkeit in eine unvollkommene, weil eben nicht mehr mit staatlicher Unterstützung einbringbare Forderung umwandelt. Darüber hinaus lässt sich mit Blick auf § 302 InsO vorbringen, dass die Abgrenzung von Forderungen, denen gegenüber die Restschuldbefreiung wirkt, von denen, bei denen das nicht der Fall ist, eine nicht immer ganz einfach zu beantwortende Frage des materiellen Rechts ist¹¹⁾.

2. Demgegenüber finden sich in der Literatur auch Stimmen, die sich für die Erinnerung nach § 766 ZPO einsetzen¹²⁾. Zur Begründung weisen diese darauf hin, dass es sich bei der Entscheidung über die Restschuldbefreiung nach § 300 Absatz 1 InsO um eine „vollstreckungshindernde Entscheidung i. S. v. § 775 Nummer 1 ZPO“¹³⁾ handele. Indem diese Ansicht also den verfahrensrechtlichen Vorgang betont, kommt sie zu dem der herrschenden Meinung entgegengesetzten Resultat; für sie ist der richtige Rechtsbehelf mithin die Vollstreckungserinnerung.

III. Eigene Ansicht

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

Letzteres steht ja in der Tat (auch¹⁴⁾) zur Debatte, wenn sich der Schuldner auf seine Restschuldbefreiung beruft. So gesehen, drängt sich die Vollstreckungserinnerung allerdings als vorzugswürdiger Rechtsbehelf geradezu auf. Ist er doch einschlägig, wenn es um die Beachtung der Unpfändbarkeitsvorschriften geht, wenn die Zwangsvollstreckung in Unkenntnis der Einstellung nach § 775 ZPO weiter betrieben wird¹⁵⁾,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

wenn der Einwand des § 89¹⁶⁾ bzw. des § 294¹⁷⁾ InsO vorgetragen wird, oder wenn das Vollstreckungsorgan Handlungen vornimmt, die gegen das Verbot des § 888 Absatz 3 ZPO verstoßen¹⁸⁾. Und § 148 Absatz 2 Satz 2 InsO schließlich deklariert die Erinnerung nach § 766 ZPO ausdrücklich zum maßgeblichen Rechtsbehelf.

Insbesondere der Vergleich mit den §§ 89 und 294 InsO ist aufschlussreich, weil auch dabei ein Insolvenzgläubiger vom Zugriff auf das schuldnerische Vermögen abgehalten werden soll. Allerdings könnte man gegen diese Parallelisierung einwenden wollen, dass § 89 Absatz 1 InsO das Vollstreckungsverbot auf sämtliche Eingriffe „in die Insolvenzmasse (wie) in das sonstige Vermögen des Schuldners“ erstreckt. Durch dieses auch für § 294 InsO maßgebliche pauschale Verbot sind schwierige Abgrenzungsfragen nach dem Umfang der Haftungsmasse, vgl. §§ 35 und 36 InsO, unterbunden, so dass die Korrektur der Erinnerung überlassen bleiben kann. Demgegenüber wirkt die gemäß § 300 InsO erteilte Restschuldbefreiung bekanntlich nicht in vergleichbarer Pauschalität; vielmehr nimmt § 302 InsO einige Forderungskategorien von der Befreiung aus und gestattet ihnen mithin weiterhin den (auch) zwangsweisen Zugriff auf das schuldnerische Vermögen. Darin liegt eine Komplikation, vor der die §§ 89 und 294 InsO gerade bewahren, die infolgedessen den Ausschluss der Vollstreckungserinnerung gerechtfertigt erscheinen lassen könnte. Denn rechtliche Komplikationen sollten tunlichst dem Erkenntnisrichter und mithin der Abwehrklage überantwortet werden. Allerdings spielen von den vom Vollstreckungsverbot nach § 302 InsO ausgenommenen Forderungen die deliktischen in der Praxis die dominierende Rolle. Die ohnedies nur zur nachrangigen Befriedigung berechtigten Forderungen auf Geldstrafen und gleichgestellten Verbindlichkeiten (Nummer 2) sowie die Darlehensforderungen nach der Nummer 3 kommen rechtstatsächlich so gut wie nicht vor; da überdies die in Nummer 2 adressierten Forderungen auf Geldstrafen wegen ihrer Nachrangigkeit regelmäßig nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen, vgl. § 174 Absatz 3 InsO¹⁹⁾, kommt eine Vollstreckung nach Erteilung der Restschuldbefreiung nur dann in Betracht, wenn der Gläubiger schon zuvor einen vollstreckbaren Titel erlangt haben sollte.

In Anbetracht dieses Befundes löst sich die soeben angesprochene Komplikation weitgehend auf. Nachdem nämlich die (wohl) herrschende Meinung²⁰⁾ für eine Vollstreckung wegen einer deliktischen Forderung verlangt, dass der zum Vollstreckungstitel erhobene Tabellenauszug eben diese, gemäß den §§ 174 Absatz 2, 175 Absatz 2 InsO bereits zur Anmeldung erforderliche Information über den Rechtsgrund erhält, ist diese einzig praxisrelevante Ausnahme von dem allgemeinen Vollstreckungsverbot bereits in der vollstreckbaren Ausfertigung als eine solche dokumentiert. Schwierige

rechtliche Abgrenzungsfragen sind damit nicht verbunden. Sie könnten sich allenfalls im Zusammenhang mit den zuvor erwähnten Alt-Titeln ergeben, mittels derer Geldstrafen und gleichgestellte Forderungen i. S. d. § 302 Nummer 2 InsO eingetriben werden sollen.

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

2. Das bis hierher erzielte Ergebnis, nämlich die Vorzugsübereignung der Erinnerung, lässt sich noch mit einer weiteren Überlegung erhärten: Wenn bei vergleichbarem Sachverhalt nicht ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zur Debatte steht, sondern etwa die Pfändung einer beweglichen Sache – wenn also statt des Vollstreckungsgerichts der Gerichtsvollzieher die Pfändung durchführt, dann erfolgt der Zugriff auf das schuldnerische Vermögen nicht in Gestalt einer distanzierten Beschlussfassung bezüglich eines ohnedies nur in der Virtualität existierenden Vermögensgegenstandes²¹⁾, sondern regelmäßig im Beisein des Schuldners. Zumindest jedoch wird der Schuldner vorab von dem Erscheinen des Vollstreckungsorgans unterrichtet sein. Damit ist dem Schuldner aber hinreichend Gelegenheit geboten, den ihm zustehenden Einwand der Restschuldbefreiung dem Gerichtsvollzieher gegenüber vorzutragen. Ist das geschehen, dürfte unbezweifelbar sein, dass der Vollstreckungsbeamte diesen Einwand zu beachten hat; ist ihm doch sogar im Rahmen einer bereits erhobenen Erinnerung bis zu einem gewissen Grad eine eigene Abhilfebefugnis²²⁾ eingeräumt. Unter diesen Bedingungen den Schuldner auf den Klageweg nach § 767 ZPO verweisen zu wollen – wie es in der Konsequenz der Entscheidung des BGH liegt –, heißt mit Kanonen auf Spatzen zu schießen.

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

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

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

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

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

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

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

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

eine Regelung wie die der §§ 300 und 302 InsO keineswegs zwingend andernorts aufzufinden sein dürfte. Vielmehr steht zu vermuten, dass auch in diesem Regelungsbereich erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten existieren²³⁾.

Noch größere Divergenzen dürfte es freilich dann noch geben, wenn es um Restschuldbefreiungen geht, die außerhalb der Mitgliedstaaten der EuInsVO, also weltweit, erteilt worden sind. Auch sie sind im Inland über § 343 Absatz 2 InsO grundsätzlich anerkennungsfähig²⁴⁾, und auch sie werfen Fragen auf, für die das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren in § 293 ZPO eine eigene Ermittlungsart zugewiesen erhalten hat. Infolgedessen wird man pauschal bei derartigen grenzüber-

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

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

schreitend eingeräumten Restschuldbefreiungen sagen müssen, dass es bei ihnen – allein schon wegen der Schwierigkeit der Ermittlung ausländischen Rechts – angemessen ist, den entsprechenden Einwand des Schuldners durch ein eigenes Erkenntnisverfahren überprüfen zu lassen. Hier also – und nur hier – ist die Vollstreckungsabwehrklage der richtige Rechtsbehelf gegen den Zugriff eines Gläubigers.

E. Resultat

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

Durchsetzbarkeit von Inkassokosten nach der Neuregelung des Rechtsberatungsrechts

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

Von Dr. Thomas Wedel, Rechtsanwalt, Oberasbach

Hergenröder hat in seinem Aufsatz zutreffend darauf hingewiesen, dass die neue Rechtslage seit dem 1. Juli 2008 durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts (das als Kernregelung das neue Rechtsdienstleistungsgesetz enthält) auch Auswirkungen auf die Frage der Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten hat¹⁾.

Bis zum 30. Juni 2008 war es herrschende Meinung in der OLG-Rechtsprechung, dass die Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten nur dann zu verneinen ist, wenn der Schuldner erkennbar zahlungsunfähig bzw. zahlungsunwillig ist, da in einem solchen Fall die Notwendigkeit, später doch einen Rechtsanwalt beauftragen zu müssen, vorhersehbar ist²⁾.

Auch der BGH hat in zwei Entscheidungen (Urteil vom 29. Juni 2005 = *NJW* 2005, S. 2991 sowie Urteil vom 24. Mai 1967, *Az. VIII ZR 278/64*) zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten dahingehend argumentiert, dass ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Absatz 2 BGB nur dann gegeben sei, wenn der Gläubiger nach dem Verhalten des Schuldners damit rechnen musste, dass er in jedem Fall den Klageweg werde beschreiten müssen³⁾.

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

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

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

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

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

Auf eine erkennbare Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungsunwilligkeit kommt es jetzt nicht mehr an. Wenn keine ernsthaften Einwendungen des Schuldners vorliegen, kann jedenfalls erwartet werden, dass dem Inkassounternehmen die Titulierung der Forderung im gerichtlichen Mahnverfahren gelingen wird⁴⁾.

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

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