

# ZRI 2021, 55

## Stellungnahme des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands (VID) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes von Gerichtsvollzieherinnen und Gerichtsvollziehern vor Gewalt sowie zur Änderung weiterer zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften

### A. Vorbemerkung

Der vorliegende Referentenentwurf<sup>1</sup> (nachfolgend: Entwurf) des Gerichtsvollziehereschutzgesetzes sieht neben Änderungen der Zivilprozessordnung, des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie weiteren Folgeänderungen auch relevante Änderungen der Insolvenzordnung vor.

### B. Änderung der Insolvenzordnung

Der Entwurf stellt dabei sowohl eine Neufassung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO, als auch eine Ergänzung des § 98 InsO in Aussicht.

#### I. § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E

Nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E gehören im Fall einer selbstständigen Tätigkeit des Schuldners die Sachen nach § 811 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b und Tiere nach § 811 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. b) ZPO-E zur Insolvenzmasse. Die Entwurfsbegründung führt dazu aus:

*„Durch die Neuregelung fallen zunächst alle Sachen, die für die Ausübung der schuldnerischen Erwerbstätigkeit oder die damit in Zusammenhang stehende Aus- oder Fortbildung benötigt werden, in die Insolvenzmasse. Hierdurch werden weitergehende Möglichkeiten für eine mögliche Fortführung oder Veräußerung eines schuldnerischen Betriebs durch den Insolvenzverwalter geschaffen und die Befriedigungsaussichten für die Gläubiger verbessert. Der Insolvenzverwalter kann auch hinsichtlich der neu erfassten Sachen nach § 35 Absatz 2 und 3 InsO über die Freigabe einzelner Vermögensgegenstände zur Fortführung der selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit entscheiden.“<sup>2</sup>*

Die Neuregelung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E, wonach künftig alle Sachen dem Insolvenzbeschluss unterliegen sollen, die der Schuldner für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder die damit in Zusammenhang stehende Aus- oder Fortbildung benötigt, überrascht ebenso wie die Begründung.

Der Schuldnerschutz des Vollstreckungsrechts im Allgemeinen und des § 811 ZPO im Speziellen wird als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20, 28 GG) sowie u. a. von Art. 1 GG („Würde des Menschen“) und Art. 2 GG („freie Entfaltung der Persönlichkeit“) verstanden.<sup>3</sup> Das ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Gläubigerrecht auf zwangsweise Durchsetzung eines als bestehend festgestellten privaten Rechts im Rahmen gebotener Justizgewährung findet dort seine Grenze, wo Grundrechte des Schuldners existenziell betroffen sind.<sup>4</sup>

Mit der vorgesehenen Änderung würden alle beweglichen Sachen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens zum Schutz zentraler Grundrechte und der Existenz des Schuldners dem Gläubigerzugriff entzogen sind, der Verwertung im Insolvenzverfahren zugänglich. Der Insolvenzverwalter könnte sie nicht nur verwerten, sondern er müsste dies zur Meidung eigener Haftung auch tun, solange ein – wie auch immer geringer – Erlös zu erwarten ist, der über den Verwertungskosten liegt. Diese verfassungsrechtlich bedenkliche Änderung erstaunt umso mehr, als auch die Erwerbsobliegenheit des § 287b InsO die Fortgeltung des bisher in § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geregelten Pfändungsschutzes zugunsten eines Schuldners gebietet, der seine selbstständige Tätigkeit auch nach Insolvenzeröffnung fortsetzen kann und will. Denn wenn es dem Schuldner, der Restschuldbefreiung erreichen will, obliegt, einer angemessenen Erwerbstätigkeit nachzugehen, kann man ihm nicht die dafür notwendigen Arbeitsmittel entziehen.<sup>5</sup>

Die Neuregelung würde hiernach einen grundrechtsrelevanten Paradigmenwechsel darstellen, der sich für alle über die Insolvenzeröffnung hinaus selbstständig tätigen Schuldner potentiell existenzgefährdend auswirkt. Die Begründung geht darauf indes mit keinem Wort ein. Zur Rechtfertigung der Änderung wird lediglich auf die Schaffung weitergehender Möglichkeiten für eine Fortführung oder Veräußerung eines schuldnerischen Betriebs durch den Insolvenzverwalter verwiesen sowie auf die Verbesserung der Befriedigungsaussichten für die Gläubiger. Selbst wenn man unterstellt, dass diese Annahmen zutreffen, ist ihre Eignung für die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs zweifelhaft. Zweifelhaft ist aber bereits die Richtigkeit der Annahmen:

Für die Fortführung der selbstständigen Tätigkeit eines Schuldners auf Rechnung der Insolvenzmasse ist unerheblich, ob die zu ihrer Ausübung benötigten Gegenstände dem Insolvenzbeschluss unterliegen oder

nicht. Hierfür ist allein entscheidend, ob der Insolvenzverwalter die „Freigabe“-Erklärung gemäß § 35 Abs. 2 InsO abgibt.

Gibt der Insolvenzverwalter die Erklärung ab, scheitert die Fortführung durch den Schuldner auf eigene Rechnung unter Leistung der Kompensationszahlungen nach den §§ 35 Abs. 2, 295 Abs. 2 InsO nach aktueller Rechtslage jedenfalls nicht daran, dass er keinen Zugriff mehr auf die zur Fortsetzung erforderlichen Gegenstände hat. Denn die erforderlichen Gegenstände unterliegen von vornherein nicht dem Insolvenzbeschlagn<sup>6</sup> und stehen dem Schuldner daher weiter zur Verfügung. Nur Gegenstände, die nicht dem aktuellen Pfändungsschutz des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unterliegen, daher aber auch nicht i. S. d. Vorschrift *erforderlich* für die Erwerbstätigkeit sein können, bleiben in der Insolvenzmasse, weil sie von der Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO nicht berührt werden.<sup>7</sup>

Die Änderung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E ließe somit die Möglichkeit einer Betriebsfortführung auf Rechnung der Insolvenzmasse unberührt und brächte für diese Konstellation keinen Vorteil, würde aber die Fortführung durch den Schuldner nach einer „Freigabe“ gemäß § 35 Abs. 2 InsO erschweren, weil die hierfür erforderlichen Gegenstände in der Insolvenzmasse bleiben. Der Insolvenzverwalter müsste sie individuell aus dem Insolvenzbeschlagn freigeben, was

ZRI 2021, 56

er haftungsfrei nur dürfte, wenn dem Schuldner eine Ablösungszahlung möglich ist, die einem Drittvergleich standhält. Ausgehend von den üblicherweise niedrigen Werten der erforderlichen sächlichen Betriebsmittel Kleinselbstständiger, die bislang noch nicht einmal gesondert nach § 151 InsO erfasst und bewertet werden müssen, ergäbe sich in aller Regel nur ein unwirtschaftlicher Zusatzaufwand.

Eine Gesetzesänderung mit diesem Effekt verwundert auch im Hinblick auf die Erleichterung des Neustarts für insolvente UnternehmerInnen, die durch das Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1023 ermöglicht werden soll. Gerade im Angesicht der aktuellen Pandemiefolgen hat der VID bereits im Rahmen einer Initiative („*Neustart*“ - *Neuanfang ohne Altverbindlichkeiten und mit erleichtertem Insolvenzverfahren*) vorgeschlagen, dass der Schuldner einen gesetzlichen Anspruch auf Entscheidung des Insolvenzverwalters über die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit innerhalb vorgegebener Frist, mit Wirksamwerden der Freigabe bei Fristablauf ohne Erklärung erhält, vergleichbar § 103 Abs. 2 Satz 2 und 3 InsO.<sup>8</sup> Eine durchaus massive Erschwerung des Neustarts durch den vorgesehenen § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E stünde dem sonstigen Trend diametral entgegen.

Somit bleiben von den zur Rechtfertigung der Änderung genannten Gründen als potentielle Vorteile gegenüber der aktuellen Rechtslage nur die Erleichterung einer Betriebsveräußerung und die Verbesserung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger. Die Möglichkeit einer Betriebsveräußerung im Bereich selbstständig tätiger Schuldner dürfte allerdings den Ausnahmefall darstellen, wenn hierfür die Veräußerung der (bislang) nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unpfändbaren Gegenstände erforderlich ist. Denn bei Kleinselbstständigen ist der Betrieb in aller Regel an die Person des Schuldners gebunden und soweit dies nicht der Fall ist und es überhaupt Interessenten für einen Betriebserwerb gibt, werden die nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 unpfändbaren Gegenstände in der weit überwiegenden Zahl der Verfahren nicht von so erheblichem Wert sein, dass der Betriebserwerber sie nicht anderweitig beschaffen oder ersetzen könnte.

Damit beschränkt sich der Vorteil der Gesetzesänderung auf die potentielle Verbesserung der Gläubigerbefriedigung durch die Realisierung des Werts der bis Insolvenzeröffnung unpfändbaren Gegenstände. Handelt es sich um Gegenstände von erheblichem Wert, besteht allerdings schon nach jetziger Rechtslage die Möglichkeit einer Austauschpfändung nach § 811a ZPO.<sup>9</sup> Bei Gegenständen, die wegen Geringwertigkeit keiner Austauschpfändung zugänglich sind, stehen neben dem unwirtschaftlichen Verwertungsaufwand auch absehbare Auseinandersetzungen mit Schuldnern in Aussicht, die um ihre Existenzgrundlagen kämpfen werden. Hinzu käme z. B. bei Fahrzeugen, die bislang nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unpfändbar und damit nicht massebefangen sind, künftig bis zur etwaigen Freigabe eine Belastung der Insolvenzmasse mindestens mit der Kfz-Steuer als Masseverbindlichkeit.<sup>10</sup> Ein entsprechendes Risiko für die Insolvenzmasse bestünde insbesondere auch im Fall eines nicht kooperativen selbstständig tätigen Schuldners, wenn sich die Ermittlungen, die für die Entscheidung über eine Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO notwendig sind, über einen längeren Zeitraum hinziehen und der Insolvenzverwalter ggf. noch gar keine Kenntnis von allen nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E massezugehörigen und potentiell massebelastenden Gegenständen hat, die er für eine (echte) Freigabe konkret benennen muss.

Zusammengefasst ist die vorgesehene Änderung in § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E somit verfassungsrechtlich bedenklich, ohne dass die zur Begründung der Änderung angestellten Erwartungen durchwegs realistisch sein dürften. Zu erwarten wäre vielmehr vorrangig ein wirtschaftlich nicht gerechtfertigter Mehraufwand.

## II. § 98 Abs. 1a (neu) InsO-E

Mit der Einführung des § 98 Abs. 1a InsO-E erhält das Insolvenzgericht künftig die Möglichkeit, Drittauskünfte nach § 802I Abs. 1 Satz 1 ZPO-E einzuholen (Erhebung bei den Trägern der gesetzlichen Rentenversicherung, Erhebung beim Kraftfahrt-Bundesamt und Ersuchen an das Bundeszentralamt für Steuern).

Der VID begrüßt die zusätzlichen Ermittlungsmöglichkeiten des Insolvenzgerichts nach § 98 Abs. 1a InsO-E, insbesondere für Fälle, in denen der Schuldner seiner Auskunftspflicht nach § 97 InsO<sup>11</sup> nicht nachkommt (§ 98 Abs. 1a Nr. 3 InsO-E).<sup>12</sup>

Ebenso wird begrüßt, dass die Entwurfsbegründung die Abfrage durch das Insolvenzgericht aus Effizienzgründen als vorzuzugswürdig erachtet gegenüber der Einschaltung von Gerichtsvollziehern zur Einholung der Auskünfte.<sup>13</sup>

Die unter § 98 Abs. 1a Nr. 1 bis 3 InsO-E aufgestellten Voraussetzungen entsprechen dabei denjenigen des § 802I Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 ZPO-E.<sup>14</sup>

§ 98 Abs. 1a Nr. 4 InsO-E sieht die Möglichkeit der Einholung von Drittauskünften nach § 802I Abs. 1 Satz 1 ZPO-E jedoch auch für den Fall vor, dass *„dies aus anderen Gründen erforderlich erscheint“*.

Die Begründung führt zur Frage der Erforderlichkeit lediglich aus:

*„Bei § 98 Absatz 1a Nummer 4 InsO-E tritt als Voraussetzung für die Befugnis zur Einholung der Drittauskünfte im Insolvenzverfahren allerdings an die Stelle des Erfordernisses der nicht zu erwartenden vollständigen Befriedigung des Gläubigers das Erfordernis, dass die Einholung der Auskünfte erforderlich erscheint.“*

Die Begründung enthält zur Frage, wann Erforderlichkeit vorliegt, kaum Anhaltspunkte und ist dringend zu konkretisieren.

So stellt sich bspw. bereits bei einem Stundungsantrag nach § 4a InsO die Frage, ob die Einholung von Auskünften nach § 802I Abs. 1 Satz 1 ZPO-E durch das Insolvenzgericht erforderlich ist.

Gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 InsO werden für den Fall, dass der Schuldner eine natürliche Person ist und einen Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt hat, auf Antrag die Kosten des Insolvenzverfahrens bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung gestundet, soweit sein Vermögen voraussichtlich nicht ausreichen wird, um diese Kosten zu decken.

Zur Prüfung der Kostendeckung sollte das Gericht bereits aus Haftungsgründen die Möglichkeit erhalten, Auskünfte nach § 802I Abs. 1 Satz 1 ZPO-E einzuholen. Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen Vermögensauskünfte des Schuldners unvollständig oder veraltet sind. Es empfiehlt sich hier eine gesetzliche Konkretisierung von § 98 Abs. 1a Nr. 4 InsO-E durch Ergänzung eines entsprechenden Beispiels.

### Fazit:

**1.** Die Neuregelung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO-E ist abzulehnen. Sie ist verfassungsrechtlich bedenklich und lässt keine Vorteile erwarten, die den mit ihr verbundenen Mehraufwand rechtfertigen würden.

**2.** Die Einführung des § 98 Abs. 1a InsO-E wird begrüßt, sollte jedoch im Hinblick auf die Auslegung des Merkmals der Erforderlichkeit des § 98 Abs. 1a Nr. 4 InsO-E im weiteren Gesetzgebungsverfahren konkretisiert werden.

Berlin, 14. 12. 2020

1 Bearbeitungsstand 12. 11. 2020, 11:35 Uhr;  
<https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gerichtsvollzieherschutz.html>.

2 Entwurfsbegründung, S. 37.

3 MünchKomm-Gruber, ZPO, 6. Aufl., § 811 Rz. 2 m. w. N.

4 MünchKomm-Gruber, ZPO, 6. Aufl., § 811 Rz. 3 m. w. N.

5 Jaeger/Henckel, InsO, § 36 Rz. 4.

6 BFH v. 8. 9. 2011 – II R 54/10, Rz. 18.

7 BFH v. 8. 9. 2011 – II R 54/10, Rz. 18; BGH v. 21. 2. 2019 – IX ZR 246/17, ZVI 2019, 143, Rz. 20 f. Kritisch hierzu und für einen weitergehenden Übergang von Anlage- und Umlaufvermögen Rieß, in: HK-InsO, 10. Aufl., § 35 Rz. 71 und 82 mit Fußn. 236 m. w. N.

8 Papier vom 16. 6. 2020 abrufbar unter [https://www.vid.de/initiativen/neustart-neuanfang-ohne-altverbindlichkeiten-und-mit-erleichtertem-insolvenzverfahren/#\\_ftn4](https://www.vid.de/initiativen/neustart-neuanfang-ohne-altverbindlichkeiten-und-mit-erleichtertem-insolvenzverfahren/#_ftn4).

9 Graf-Schlicker/Kexel, InsO, 5. Aufl., § 36 Rz. 9 m. w. N.

10 BFH v. 8. 9. 2011 – II R 54/10.

- 11 An dieser Stelle darf jedoch auch daran erinnert werden, dass eine fehlende Auskunft und Mitwirkung des Schuldners nicht zwingend auf obstruierendem Verhalten des Schuldners beruhen muss. Ebenso kommt der Verlust notwendiger Unterlagen bspw. durch Umzug, Trennung, Wasserschaden etc. in Betracht.
- 12 Zum bisherigen Meinungsstand der Beauftragung des Gerichtsvollziehers gem. § 802I ZPO bei obstruierenden Schuldnern im Insolvenzverfahren vgl. *Büttner*, *InsbÜO* 2019, 365.
- 13 Entwurfsbegründung, S. 37.
- 14 Entwurfsbegründung, S. 37.