

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 606

Die Zession im Restschuldbefreiungsverfahren

Von

Moritz Paul Born



Duncker & Humblot · Berlin

MORITZ PAUL BORN

Die Zession im Restschuldbefreiungsverfahren

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 606

Die Zession im Restschuldbefreiungsverfahren

Von

Moritz Paul Born



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2025 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59695-9> abrufbar



Alle Rechte vorbehalten
© 2026 Moritz Paul Born
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: Prime Rate Zrt., Budapest, Ungarn

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-19695-1 (Print)
ISBN 978-3-428-59695-9 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59695-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2025 von der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Juli 2025 fertiggestellt. Literatur und Rechtsprechung konnten bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden.

Von Herzen bedanken möchte ich mich zunächst bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Klaus Bartels, nicht nur dafür, dass er den Anstoß zu diesem Thema gegeben und mich in allen Phasen der Promotion hervorragend betreut hat, sondern auch für die zahllosen Vorlesungen, Arbeitsgemeinschaften und Seminare, die ich bei ihm besuchen durfte. Den ständigen und stets freundlichen Austausch während meiner Studienzeit in Hamburg werde ich immer in wertvoller Erinnerung behalten.

Danken möchte ich zudem Prof. Dr. Robert Koch für die außerordentlich zügige Fertigstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gilt auch allen aus der Kanzlei Costard Tögel & Partner für ihre Hilfe und Ermutigung während meiner gesamten Hamburger Zeit.

Zuletzt gebührt der größte Dank meinen Eltern, meinem Großvater und meiner Schwester, die mich maßgeblich geprägt und bedingungslos unterstützt haben. Besonders hervorheben möchte ich meine Mutter Simone, die die Korrektur dieser Arbeit auf sich genommen hat. Ihnen allein ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im November 2025

Moritz Paul Born

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	11
I. Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung 1999	12
1. Grundzüge des neuen Restschuldbefreiungsverfahrens	13
2. Die Wohlverhaltensperiode	14
3. Die Rolle des Treuhänders	15
4. Beendigung des Restschuldbefreiungsverfahrens	16
5. Zwischenbetrachtung des neuen Restschuldbefreiungsverfahrens	16
II. Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung 2001	17
1. Stundung der Verfahrenskosten	17
2. Die Verlagerung des zeitlichen Anknüpfungspunktes	17
III. Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte 2013	18
1. Zeitlicher Anwendungsbereich der §§ 294 bis 297 InsO a.F.	18
2. Die Erwerbsobliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO a.F.	19
3. Einführung der Erwerbsobliegenheit nach § 287b InsO	20
4. Das Mindestquotensystem	22
5. Ende des Abtretungsprivilegs nach § 114 Abs. 1 InsO	22
6. Die Eingangsentscheidung nach § 287a InsO a.F.	22
IV. Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens 2020	23
B. Die Lohnabtretung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	25
I. Grundlagen der Vorauszession	25
1. Historie der (Voraus)zession	26
2. Die Vorauszession im BGB	27
3. Direkterwerb und Durchgangstheorie	31
a) Die Vorauszession im Konkurs	31
b) Die Vorauszession in der Insolvenz	34
4. Wirkung der Vorauszession	37
II. Ausgangssituation	38
III. Antrag auf Restschuldbefreiung	38
1. Konvaleszenz nach Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens	39
a) Konvaleszenz in Fällen der Freigabe nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO	39
b) Konvaleszenz nach Ende des Insolvenzbeschlages	40

2. Unwirksamkeit einer vorinsolvenzlichen Vorauszession nach § 287 Abs. 3 InsO während des Restschuldbefreiungsverfahrens	42
a) Abkommen im Sinne des § 294 Abs. 2 InsO	42
b) Sondervorteil im Sinne des § 294 Abs. 2 InsO	43
c) Die Nichtigkeit von Sonderabkommen	44
d) Rechtslage vor dem 1.7.2014	45
aa) Beginn der Laufzeit der Abtretungserklärung innerhalb des zeitlichen Anwendungsbereiches des Abtretungsprivilegs	46
bb) Beginn der Laufzeit der Abtretungserklärung außerhalb des zeitlichen Anwendungsbereiches des Abtretungsprivilegs	46
e) Zwischenergebnis	48
3. Anwendbarkeit des § 287 Abs. 3 InsO für den Schuldner mit selbstständiger Tätigkeit	48
IV. Versagung der Restschuldbefreiung	50
V. Erteilung der Restschuldbefreiung	51
1. Binnensystematik des § 301 InsO	51
2. Schicksal einer (gesicherten) Forderung nach § 301 InsO	52
a) Gesicherte Forderungen eines akzessorischen Sicherungsrechts	53
b) Gesicherte Forderungen eines nicht akzessorischen Sicherungsrechts	53
c) Zwischenergebnis	55
d) Sicherungszession kein Anwendungsfall von § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO	55
3. Zwischenergebnis	56
VI. Zusammenfassung	57
C. Die Lohnabtretung während des Restschuldbefreiungsverfahrens gemäß § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO	58
I. Rechtsnatur der treuhänderischen Vorausabtretung	59
1. Materiell-rechtliche Theorie	59
a) Der Vertragsschluss	59
aa) Annahme des Schuldners	60
bb) Angebot des Schuldners	60
cc) Zugang der Erklärung	61
dd) Zwischenergebnis	63
b) Wechsel in der Person des Treuhänders	63
aa) Schicksal der Forderungen im Falle eines Treuhänderwechsels	63
(1) Vererblichkeit des Vermögens des Treuhänders	64
(2) Auflösende Bedingung des Abtretungsvertrages	65
bb) Übergang auf den neuen Treuhänder	66
(1) Angebot an den neuen Treuhänder	66
(2) Berechtigung des neuen Treuhänders	67
cc) Zwischenergebnis	69

2. Prozessuale Theorie	69
a) Von der Parteihandlung und dem Begriff der Prozesshandlung	69
b) Historisch enger Prozesshandlungsbegriff	70
c) Erweiterter Prozesshandlungsbegriff	71
d) Funktionaler Prozesshandlungsbegriff	72
e) Abtretung als Prozessvertrag	73
f) Systematischer Prozesshandlungsbegriff	75
g) Einseitige Rücknahme durch den Schuldner	77
h) Parallele zur Einzelzwangsvollstreckung	80
i) Moment des Forderungsüberganges	81
3. Methodische Untersuchung	82
a) Auslegungsziel und deren Gegenstand	83
b) Auslegung im Wege der subjektiven Theorie	84
aa) Wortlaut	84
bb) Systematik	86
cc) Historie	88
dd) Zwischenergebnis	91
c) Auslegung im Wege der objektiven Theorie	91
aa) Bedeutung der genetischen Auslegung	91
bb) Judizieren contra legem	93
(1) Normwidersprüche	94
(2) Innerer Normwiderspruch	94
(3) Äußerer Normwiderspruch	96
cc) Folge einer Pflicht zur Konsultierung des gesetzgeberischen Willens	97
dd) Zwischenergebnis	98
d) Auslegung des IX. Zivilsenats	98
4. Die Doppelnatur der Abtretungserklärung	100
a) Begriff der Doppelnatur und des Doppeltatbestandes	101
b) Gegenseitige Abhängigkeit von verfahrensgestaltender Wirkung und Veränderung der materiellrechtlichen Lage	103
c) Voraussetzungen der Vornahme der Abtretungserklärung	104
d) Auslegung der Abtretungserklärung	106
e) Versuch der Einordnung des Instituts der Abtretungserklärung	107
II. Massezugehörigkeit	110
1. Wortlaut des § 287 Abs. 2 InsO	111
2. Keine gesicherte Rechtsposition des Zessionars	112
3. Nichtanwendbarkeit von § 81 InsO	113
4. Konzept des Gesetzgebers	114
5. Rechtsprechung zur Massezugehörigkeit	115
6. Eigene Stellungnahme	116

III. Bereicherungsrechtliche Korrekturen von Verteilungsfehlern im Restschuldbefreiungsverfahren	116
1. Bereicherungsrechtliche Beziehung zwischen Schuldner und Treuhänder	117
a) Abtretung von künftigen Forderungen	117
b) Überschüssige Zahlungen des Schuldners an den Treuhänder	118
aa) § 295 Nr. 2 InsO	118
bb) § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO	119
c) Zwischenergebnis	120
2. Bereicherungsrechtliche Beziehung zwischen Drittschuldner und Treuhänder	120
3. Bereicherungsrechtliche Beziehung zwischen Treuhänder und den Insolvenzgläubigern	121
a) Entwicklung im Konkurs- und Insolvenzverfahren	121
aa) Verteilung als Leistung	122
bb) Subsidiaritätsgrundsätze	123
cc) Eingriffskondition eines verkürzten Insolvenzgläubigers	124
dd) Schuldnerbezogene Subsidiarität bei Verteilungsfehlern im Insolvenzverfahren	125
ee) Rechtsgrundfrage unter Berücksichtigung insolvenzrechtlicher Wertungen für die Leistungskondition des Verwalters	126
(1) Praktische Bedürfnisse des Bereicherungsausgleichs	127
(2) Insolvenzsrechtliche Wertungen	127
(a) Gesamtschaden	128
(b) Nachtragsverteilung	128
ff) Eigene Stellungnahme	129
b) Verteilungsfehler im Restschuldbefreiungsverfahren	130
aa) Kondiktionsausschluss des § 301 Abs. 3 InsO	131
bb) Haftung des Treuhänders	132
4. Zwischenergebnis	133
IV. Zusammenfassung	133
D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	135
Literaturverzeichnis	137
Stichwortverzeichnis	147

A. Einführung

Öffentlichkeitswirksamste Neuerung in der 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung gegenüber der Konkursordnung war die Einführung der Restschuldbefreiung für natürliche Personen. Während juristische Personen am Ende eines Konkursverfahrens liquidiert wurden und die jeweiligen Forderungen somit ihren Schuldner verloren, galt für natürliche Personen das unbeschränkte Nachforderrrecht des § 164 Abs. 1 KO. Dies bedeutete für natürliche Personen, dass sie für 30 Jahre einer Nachforderung durch Ihre Gläubiger ausgesetzt waren. Ein Zustand, der sowohl für die Schuldner als auch für die Gläubiger einer Sackgasse gleichkam. Schuldner sahen sich für den Großteil ihres Erwerbslebens in Überschuldung gefangen, aus der sie sich einmal hineingeraten zumeist nie wieder befreien konnten. Fielen diese Menschen und ihre Familien in die staatlichen Sicherungssysteme, so waren sie für die Volkswirtschaft meist dauerhaft verloren. Die Gläubiger, die auf dem Papier ihre volle Forderung zwar behielten, hatten über das Konkursverfahren hinaus somit keine vielversprechenden Aussichten, Befriedigung zu erlangen. Diesen Zustand durchbrechen sollte nun das neue Restschuldbefreiungsverfahren. Der Grundsatz der freien Nachforderung aus § 164 Abs. 1 KO wurde zwar in der Vorschrift des § 201 Abs. 1 InsO beibehalten, erfuhr jedoch über § 201 Abs. 3 InsO im Hinblick auf das neue Restschuldbefreiungsverfahren eine Einschränkung. Ziel war es, dem redlichen Schuldner eine Chance auf einen wirtschaftlichen Neustart zu ermöglichen.¹ Doch der Gesetzgeber versprach sich durch das neue Verfahren auch eine spürbare Verbesserung für die Gläubiger. Deren Aussichten auf Befriedigung nach Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens sollten dadurch erhöht werden, dass der Schuldner während des Restschuldbefreiungsverfahrens gemäß § 295 Satz 1 Nr. 1 InsO a.F. zur aktiven Mitwirkung an der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten angehalten werden sollte.² Das zentrale Instrument hierfür bildet die sogenannte Abtretungserklärung des Schuldners nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO a.F.

Das Geschäftsmodell der Restschuldbefreiung hat sich seit 1999 im Prinzip nicht verändert. Am Anfang der Restschuldbefreiung steht der Antrag des Schuldners nach § 287 Abs. 1 Satz 1 InsO. Absatz 2 Satz 1 sieht dabei vor, dass er dem Antrag eine Abtretungserklärung beifügt. Darin erklärt der Schuldner die Abtretung seines pfändbaren Arbeitseinkommens für einen bestimmten Zeitraum auf einen Treuhänder. Wobei der Gesetzgeber sich ursprünglich an der Abtretung durch Rechts-

¹ BT-Drs. 12/2443, S. 188.

² BT-Drs. 12/2443, S. 82, S. 188.

geschäft orientierte.³ Flankiert wird dies von einer den Schuldner treffenden Erwerbsobliegenheit. Dieses Geschäftsmodell ist seit seiner Einführung jedoch mehrfach reformiert und damit in seinen rechtstechnischen Einzelheiten verändert worden.

Die nachfolgende Arbeit soll einen Beitrag dazu leisten, sich über die grundlegenden Prinzipien des Überganges künftiger Forderungen in der Insolvenz der natürlichen Personen Klarheit zu verschaffen. Hierzu nimmt die Arbeit zunächst die rechtsgeschäftliche Vorauszession, ganz losgelöst von Insolvenzfragen, in den Blick und behandelt deren Schicksal sodann während des Regelinsolvenzverfahrens und des Restschuldbefreiungsverfahrens. Dabei soll es anfangs um die materiellrechtlichen Grundlagen der Vorauszession gehen. Im Regelinsolvenzverfahren muss die Studie sich mit der Wirkungsweise der zentralen Vorschrift des § 91 Abs. 1 InsO auseinandersetzen. Die so gewonnenen Erkenntnisse sollen zu einer sachgerechten Behandlung der vor dem Insolvenzverfahren vereinbarten Vorauszession während des Restschuldbefreiungsverfahrens herangezogen werden. Sodann wendet sich die Untersuchung dem durch das Restschuldbefreiungsverfahren vorgesehenen Forderungsübergang zu. Es gilt hier vor allen Dingen dessen Rechtsnatur zu bestimmen. Des Weiteren wird die Massezugehörigkeit der von der Abtretungserklärung erfassten Forderungen erörtert. Ein komprimierter Lösungsvorschlag zum Ausgleich von Verteilungsfehlern mit den durch die Abtretung vereinnahmten Beträge im Restschuldbefreiungsverfahren schließt die Arbeit ab.

Um sich diesen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Abtretungserklärung stellen, zu nähern, ist es zunächst notwendig, die Entwicklung seit 1999 im Hinblick darauf nachzuzeichnen, damit im Folgenden auf die verschiedenen Reformschritte Bezug genommen werden kann.

I. Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung 1999

Noch zu den Zeiten der Konkursordnung näherte sich die Gesamtvollstreckungsordnung der neuen Bundesländer dem Institut einer Restschuldbefreiung an. § 18 Abs. 2 Satz 3 GesO ließ die Vollstreckung nach Durchführung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in das Vermögen des redlichen Schuldners nur zu, soweit dieser über ein angemessenes Einkommen hinaus zu neuem Vermögen gelangt. Darin bestand für den Schuldner ein besonderer Vollstreckungsschutz, welcher zusätzlich neben die allgemeinen Pfändungsverbote der §§ 811 ff. und 850 ff. ZPO trat und über diese hinausging.⁴ Diese Regelung des Vollstreckungsschutzes entsprach aber damit in ihrer Wirkung noch nicht der eines eigenständigen Verfahrens zur vollständigen Restschuldbefreiung. Und auch vor der Wiedervereinigung sahen die Berichte der Kommission für Insolvenzrecht 1985 und 1986 noch kein eigenes

³ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

⁴ Hess/Binz, KO (1998), § 18 GesO Rn. 88.

Verfahren zur Restschuldbefreiung vor. Stattdessen sollte sich der Schuldner nur in Einvernehmen mit seinen Gläubigern im Wege eines Vergleichs von seinen Verbindlichkeiten befreien können.⁵ Erst der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts des Jahres 1988 enthielt nach vermehrter Kritik während des Gesetzgebungsprozesses⁶ ein Restschuldbefreiungsverfahren. Das 1999 in Kraft getretene Gesetz erhebt die Restschuldbefreiung für natürliche Personen in § 1 Satz 2 InsO sogar zu einem der Ziele des Insolvenzverfahrens.

1. Grundzüge des neuen Restschuldbefreiungsverfahrens

Am Anfang des neuartigen Restschuldbefreiungsverfahrens stand der Antrag des Schuldners. Dieser konnte bereits mit dem Antrag auf Insolvenzeröffnung verbunden werden, war jedoch gemäß § 287 Abs. 1 Satz 2 InsO a.F. spätestens bis zum Berichtstermin zu stellen. Diesem Antrag wurde die Erklärung zur Abtretung der pfändbaren Gehaltsforderung an den Treuhänder sieben Jahre ab Aufhebung des Insolvenzverfahrens beigelegt. Inhaltlich entschieden wurde über den Antrag auf Restschuldbefreiung erst im Schlusstermin.

Um den Gläubigern die Restschuldbefreiung nicht auch bei Unredlichkeit des Schuldners zuzumuten, wurde ihnen im Schlusstermin des Insolvenzverfahrens die Möglichkeit gegeben, einen Versagungsantrag nach § 290 Abs. 1 InsO a.F. zu stellen. Die abschließend aufgeführten Versagungsgründe betrafen die rechtskräftige Verurteilung zu Insolvenzstraftaten, vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Angaben, die die Vergabe von Krediten und öffentlichen Leistungen sowie Leistungen an öffentlichen Kassen betrafen, eine in den letzten zehn Jahren erteilte oder nach den §§ 296, 297 InsO a.F. versagte Restschuldbefreiung, die vorsätzliche oder grob fahrlässige Gläubigerschädigung, die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung von Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und vorsätzlich oder grob fahrlässige Angaben innerhalb des Sonderinsolvenzverfahrens nach §§ 303 ff. InsO a.F. Das Gericht hatte anschließend im Schlusstermin zu entscheiden. Eine Versagung hatte, unabhängig von ihrem Zeitpunkt gemäß § 201 Abs. 1 InsO zur Folge, dass einzelne Gläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner wieder uneingeschränkt geltend machen konnten, dass also der Grundsatz des § 201 Abs. 1 InsO (doch) keine Einschränkungen hinnehmen musste.

Sofern kein Gläubiger einen Versagungsgrund in einem Antrag glaubhaft machte, begann für den Schuldner der wesentliche Teil des Restschuldbefreiungsverfahrens. Nach § 289 Abs. 1 Satz 2 InsO a.F. erging diese Entscheidung, welche vom Gesetz in § 291 InsO a.F. als Ankündigung der Restschuldbefreiung bezeichnet wurde, parallel zum Aufhebungsbeschluss des Insolvenzverfahrens. Im

⁵ Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Leitsatz 6.3.

⁶ *Kübler*, Stellungnahme zu den Reformvorschlägen, S. 41; *Ackmann*, Schuldbefreiung durch Konkurs?, S. 108 ff.; *Engelhard*, ZIP 1986, 1287, 1291; *Balz*, ZIP 1988, 273, 292.

Falle der Einstellung des Insolvenzverfahrens konnte die Restschuldbefreiung nur im Falle der Einstellung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit erlangt werden. Dies bedeutete, dass die Restschuldbefreiung denjenigen Schuldern versperrt blieb, deren Vermögen nicht einmal zur Deckung der Kosten des Verfahrens ausreichte. Kritiker sahen dies als unvereinbar mit den Zielen einer Restschuldbefreiung für natürliche Personen an.⁷

2. Die Wohlverhaltensperiode

Das Gericht bestimmte in dem Beschluss über die Ankündigung der Restschuldbefreiung nach § 291 Abs. 2 InsO a.F. zudem den Treuhänder. Sodann setzte die Abtretung nach § 287 Abs. 2 InsO a.F. mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens ein. Diesen Zeitabschnitt bezeichnete die InsO selbst als „Laufzeit der Abtretungserklärung“. Diese betrug zunächst sieben Jahre. Nach damaliger Gesetzeslage war dieser Begriff gleichbedeutend mit dem der Wohlverhaltensperiode sowie der Treuhandperiode. Der Begriff der Wohlverhaltensperiode fand sich zu keinem Zeitpunkt im Gesetzestext selbst, tauchte jedoch bereits im Gesetzesentwurf der Bundesregierung 1992 auf.⁸ Er bezeichnete eben den Zeitabschnitt, in dem die pfändbaren Bezüge des Schuldners auf den Treuhänder übergingen und in welchem der Schuldner die Obliegenheiten des § 295 Abs. 1 InsO a.F. zu beachten hatte. Eine Besonderheit bildete dabei das Abtretungsprivileg des § 114 Abs. 1 InsO a.F., das die Abtretung des Schuldners von Forderungen aus einem Dienstverhältnis bis zu drei Jahre nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam beließ.

In diesem Verfahrensabschnitt hatte der Schuldner sich an die Obliegenheiten des § 295 InsO a.F. zu halten, um sich als redlich zu erweisen. Dies war zuvorderst die Erwerbsobliegenheit, welche die Werthaltigkeit der abzutretenden Forderungen und so die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger sichern sollte. Die Konkursordnung kannte noch keine Erwerbsobliegenheit, sondern ging nach § 1 Abs. 1 KO vom sogenannten konkursfreien Neuerwerb aus, und auch unter der Insolvenzordnung galt weiterhin, dass die Arbeitskraft des Schuldners nicht zur Masse gehörte⁹. Somit ergab sich auch aus der Mitwirkungspflicht des § 97 Abs. 2 InsO während des Insolvenzverfahrens für den Schuldner keine Pflicht durch Arbeit die Masse zu mehren.¹⁰ Der Schuldner hatte jedoch nach § 295 Abs. 1 InsO a.F. Vermögen, welches er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, an den Treuhänder zur Hälfte des Wertes herauszugeben¹¹, Auskünfte über seinen Wohnsitz und sein Beschäftigungsverhältnis zu erteilen und Zahlungen die Insol-

⁷ *Kohte*, ZIP 1994, 184, 187; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 26.05; schon für § 18 Abs. 2 Satz 3 GesO *Pape*, ZIP 1997, 190, 192.

⁸ BT-Drs. 12/2443, S. 100.

⁹ BGH NJW 2002, 3326, 3328.

¹⁰ *Runkel*, in: FS für Uhlenbruck, S. 315, S. 331.

¹¹ Vgl. *Bartels*, KTS 2003, 41, 61 ff.

venzgläubiger betreffend nur an den Treuhänder zu tätigen. Des Weiteren verlangte eine Versagung nach §§ 295, 296 InsO a.F. im Gegensatz zu § 290 InsO a.F. zusätzlich eine objektive vorliegende Gläubigerbeeinträchtigung, welche aus der jeweiligen Obliegenheitsverletzung resultiert. Über Verstöße hatte das Insolvenzgericht ebenfalls nur nach Gläubigerantrag zu entscheiden. Bis zum Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung kam ebenfalls eine Versagung der Restschuldbefreiung nach § 297 InsO a.F. in Betracht, sofern der Schuldner rechtskräftig wegen einer Insolvenzstraftat verurteilt wurde und ein Gläubiger einen entsprechenden Antrag stellte.

Da die Wohlverhaltensperiode sich zeitlich an das abgeschlossene Insolvenzverfahren anschloss, unterlag das Vermögen des Schuldners nicht mehr dem Insolvenzbeschluss. Um das Schuldnervermögen dennoch unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatz für die Gläubiger zu sichern, untersagte der § 294 InsO a.F. die Zwangsvollstreckung einzelner Insolvenzgläubiger, den Abschluss von Sonderabkommen und schränkte die Aufrechnungsmöglichkeiten desjenigen, der dem Schuldner Forderungen aus einem der Abtretungserklärung unterfallenden Dienstverhältnis schuldete, ein.

3. Die Rolle des Treuhänders

Der Treuhänder hatte währenddessen nach § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO die von der Abtretungserklärung erfassten und auf ihn übergegangenen Forderungen einzuziehen und von seinem sonstigen Vermögen getrennt zu halten. Einmal jährlich fand dann aufgrund des Schlussverzeichnisses die Verteilung an die Gläubiger statt. Unabhängig von der bisher eingetretenen Befriedigung der Gläubiger hatte der Treuhänder mit Fortschreiten der Laufzeit der Abtretungserklärung gewisse jährlich anwachsende Prozentsätze an den Schuldner als Motivationsrabatt abzuführen.

In den Gesetzgebungsmaterialien findet sich keine Antwort darauf, aus welchen Gründen gerade das Institut des Treuhänders gewählt wurde, um die Verteilung des pfändbaren Arbeitseinkommens an die Insolvenzgläubiger im Restschuldbefreiungsverfahren zu organisieren. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Orientierungspunkt hierfür die Person des Insolvenzverwalters als den zentralen Akteur im Regelinsolvenzverfahren war. Während der Insolvenzverwalter aufgrund seines Amtes die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners ausübt¹², so wird nun der Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren bezüglich der abgetretenen Forderungen nach den §§ 287 Abs. 2 Satz 1, 292 Abs. 1 Satz 2 InsO zum Vollrechtsinhaber. Diese Vollrechtsinhaberschaft auf Zeit ist es, was die die bürgerlich rechtliche Figur der Treuhand auszeichnet.¹³ Bei der fiduziarischen Treu-

¹² KPBl/Lüke, § 80 Rn. 37; RGZ 29, 29, 36; BGHZ 220, 200, 205.

¹³ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II, S. 71 ff.; Bartels, ZIP 2013, 1756, 1757.

hand nach römischrechtlichem Vorbild¹⁴ erhält der Treuhänder vom Treugeber das Vollrecht und damit mehr Rechtsmacht als notwendig wäre, um seiner Verpflichtung gegenüber dem Treugeber wahrzunehmen, womit auch immer die Möglichkeit des Missbrauches dieser Vertrauensstellung mit in Kauf genommen wird.¹⁵ Dies trifft auch auf den Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren zu. Verfährt er mit einer auf ihn übergegangenen Forderung entgegen seinen Aufgaben nach § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO, so ist eine solche Handlung wirksam, wobei jedoch Ausgleichsansprüche im Raum stehen.¹⁶ Die Figur des Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren entspricht somit der uneigennützigen¹⁷ fiduziarischen Treuhand des bürgerlichen Rechts. In Abgrenzung zum Begriff Insolvenzverwalter ist die gesetzliche Bezeichnung als Treuhänder daher passend.

4. Beendigung des Restschuldbefreiungsverfahrens

Nach Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung hatte das Insolvenzgericht die Restschuldbefreiung durch gerichtlichen Beschluss zu erteilen, sofern keinerlei begründete Versagungsanträge der Gläubiger gestellt wurden. Die zu diesem Zeitpunkt noch offenen Forderungen wandelten sich damit in unvollkommene Verbindlichkeiten.¹⁸

Wurden nun nach Erteilung weitere Obliegenheitsverstöße des Schuldners bekannt, kam für die Gläubiger noch ein Antrag auf Widerruf der Restschuldbefreiung in Betracht. Dieser setzte nach § 303 a.F. einen qualifizierten Verstoß gegen die Obliegenheiten des § 295 InsO a.F. voraus. Für einen begründeten Widerrufsantrag bedurfte es eines vorsätzlichen Obliegenheitsverstoßes, der zu einer erheblichen Gläubigergefährdung führte.

5. Zwischenbetrachtung des neuen Restschuldbefreiungsverfahrens

Kennzeichnend für dieses neue Verfahren waren damit die klare Trennung der Wohlverhaltensperiode bzw. Treuhandperiode vom Insolvenzverfahren sowie verschiedene Versagens- bzw. Widerrufsgründe für die verschiedenen Verfahrensabschnitte, deren Voraussetzungen sich mit Fortschreiten des Verfahrens zunehmend erhöhten.

¹⁴ Siehe zur *fiducia* Kaser, Das Römische Privatrecht I, S. 266 f. und S. 413 ff.

¹⁵ Regelsberger, AcP 63 (1880), 157, 173; von Tuhr, Der Allgemeine Teil II/2, S. 185 f.; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II, S. 75.

¹⁶ Siehe zur Korrektur von Verteilungsfehlern des Treuhänders C. III. 3. b).

¹⁷ Siehe zu den verschiedenen Begrifflichkeiten der rechtsgeschäftlichen Treuhand Reinhardt/Erlinghagen, JuS 1962, 41.

¹⁸ BT-Drs. 12/2443, S. 194.

II. Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung 2001

Die erste Reform folgte durch das Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung bereits im Jahre 2001. Sie betraf in wesentlichen Teilen die Abtretung des Restschuldbefreiungsverfahrens.

1. Stundung der Verfahrenskosten

Damit reagierte der Gesetzgeber zuvorderst auf den bereits angesprochenen Umstand, dass mittellosen Schuldnern, deren Vermögen nicht ausreichte, um die Kosten eines Insolvenzverfahrens zu decken und so der Zugang zur Restschuldbefreiung versperrt war. Zu diesem Zwecke wurde in den §§ 4a bis 4d InsO a. F. ein Modell zur Verfahrenskostenstundung geschaffen. Danach bestand für jede natürliche Person, welche einen Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt hatte und deren Vermögen zur Deckung der Insolvenzverfahrenskosten nicht ausreichte, die Möglichkeit, Verfahrenskostenstundung zu erwirken. Gewährte das Insolvenzgericht dem Schuldner die Stundung der Verfahrenskosten, erfolgte nun nach § 26 Abs. 1 Satz 2 InsO a. F. keine Abweisung des Insolvenzverfahren mangels Masse mehr sowie nach § 207 Abs. 1 Satz 2 InsO a. F. auch keine Einstellung mangels Masse. Mit diesem Modell ging auch die Änderung des § 287 Abs. 1 InsO a. F. einher, wonach der Restschuldbefreiungsantrag bereits mit dem Antrag auf Insolvenzeröffnung verbunden werden sollte. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollten vollkommen mittellose Schuldner jene drei Anträge als Startpunkt des Insolvenzverfahrens mit anschließender Restschuldbefreiung gemeinsam zugleich bei Gericht stellen.¹⁹ Besonders hervorzuheben ist im Rahmen der Verfahrenskostenstundung noch der § 4c Nr. 4 InsO a. F. Den Schuldner, der den Eröffnungsantrag, den Antrag auf Restschuldbefreiung und den Antrag auf Verfahrenskostenstundung stellte, traf damit erstmals eine Erwerbsobliegenheit bereits während des Insolvenzverfahrens. Kam der Schuldner dieser nicht nach, drohte in jedem Verfahrensabschnitt die Aufhebung der Kostenstundung.

2. Die Verlagerung des zeitlichen Anknüpfungspunktes

Die ersten Praxiserfahrungen mit dem neuen Insolvenzrecht in seiner „Urfassung“ zeigten für die Schuldner zum Teil zufällige Härten auf. Denn Folge der klaren Trennung der beiden Verfahren für die Schuldner war natürlich, dass sich Insolvenzverfahrensdauer und die siebenjährige Laufzeit der Abtretungserklärung addierten. Bei längeren Insolvenzverfahren rückte so die Restschuldbefreiung auch bei redlichen Schuldnern ohne deren Zutun in weite Ferne. Dies war auch nicht im Interesse der Gläubiger, die allein durch ein langes Insolvenzverfahren, in dem der Neuerwerb ohne eine Erwerbsobliegenheit zur Masse fiel, nichts gewannen. Der

¹⁹ BT-Drs. 14/01, S. 40.

Gesetzgeber reagierte 2001 zum einen mit einer Reduzierung der Laufzeit der Abtretungserklärung von sieben auf sechs Jahre. Damit einhergehend war die Kürzung des Abtretungsprivilegs in § 114 Abs. 1 InsO a.F. von drei auf zwei Jahre. Hierdurch sollte verhindert werden, dass der Zeitraum, in dem den ungesicherten Gläubigern der pfändbare Teil des Schuldner Einkommens zufließt, sich im Vergleich zur vorherigen Rechtslage unter dem Strich verkürzte.²⁰ Das Problem der Addition beider Verfahren ging der Gesetzgeber an, indem er die Laufzeit der Abtretungserklärung bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens beginnen ließ. Der Gedanke der Entlastung des Schuldners in zeitlicher Hinsicht tritt in den Materialien deutlich zutage.²¹ Es fehlte jedoch jede Sensibilität für die dogmatische Tragweite dieser Änderung.

Im Wechsel des zeitlichen Anknüpfungspunktes der Laufzeit der Abtretungserklärung ist der erste Schritt hin zu einer Vermischung von Insolvenzverfahren und Restschuldbefreiungsverfahren zu sehen, was erneutes Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich machte.

III. Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte 2013

Weitere notwendige Anpassungen unternahm der Gesetzgeber 2013, die zum 1.7.2014 in Kraft traten. Inzwischen waren die dogmatischen Schwierigkeiten, die die Veränderung des zeitlichen Anknüpfungspunktes der Laufzeit der Abtretungserklärung nach sich zog, deutlich zutage getreten.

1. Zeitlicher Anwendungsbereich der §§ 294 bis 297 InsO a.F.

Waren die Begriffe der Laufzeit der Abtretungserklärung und der Wohlverhaltensperiode vor 2001 noch klar bestimmbar, so zeigte ein Fall vor dem AG Göttingen²² das Gegenteil. Dort wurde über das Vermögen eines ehemaligen Schauspielers das Insolvenzverfahren eröffnet. Das Insolvenzgericht kündigte gemäß § 291 InsO a.F. die Restschuldbefreiung an und bestimmte daraufhin einen Treuhänder. Auf Initiative eines Finanzamtes versagte schließlich das Insolvenzgericht die Restschuldbefreiung. Die Besonderheit des Falles lag nun darin, dass der Antrag des Finanzamtes auf mehrere Obliegenheitsverstöße gegen § 295 InsO a.F. gestützt wurde, welche zeitlich noch vor dem Ankündigungsbeschluss des Insolvenzgerichts lagen. Das Gericht musste sich somit zu der in der Literatur bereits aufgegriffenen Frage²³ verhalten, inwieweit die Vorverlagerung des zeitlichen Anknüpfungspunk-

²⁰ BT-Drs. 14/6468, S. 17.

²¹ BT-Drs. 14/6468, S. 18; BT-Plenarprotokoll 14/179, S. 17681.

²² AG Göttingen NZI 2003, 217.

²³ FK-InsO³/Ahrens, § 287 Rn. 891; Uhlenbruck/Vallender, InsO¹², § 287 Rn. 45.

tes der Abtretungserklärung auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in § 287 Abs. 2 InsO a.F. sich ebenfalls auf den zeitlichen Anwendungsbereich der §§ 294 bis 297 InsO a.F. auswirkt. 2001 hatte der Gesetzgeber am Wortlaut dieser Vorschriften keinerlei Änderungen vorgenommen. Somit knüpfte § 295 InsO a.F. nach wie vor an die Laufzeit der Abtretungserklärung an. Der Gedanke lag nahe, den zeitlichen Anwendungsbereich von § 295 InsO a.F. nach der Änderung von § 287 Abs. 2 InsO a.F. ebenfalls vorzuverlagern und an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens anzuknüpfen.²⁴

Hiergegen ließ sich jedoch der Wortlaut des § 291 Abs. 1 InsO a.F. ins Feld führen:

„Sind die Voraussetzungen des § 290 nicht gegeben, so stellt das Gericht in dem Beschluß fest, daß der Schuldner Restschuldbefreiung erlangt, wenn er den Obliegenheiten nach § 295 nachkommt und die Voraussetzungen für eine Versagung nach § 297 oder § 298 nicht vorliegen.“

Der Ankündigung der Restschuldbefreiung kam für den Schuldner einem Hinweis gleich, dass, wenn er nur die Obliegenheiten des § 295 InsO beachten würde, ihm die Restschuldbefreiung erteilt werden würde. Diese Hinweiskfunktion wäre leergelaufen, wenn der Schuldner diese Obliegenheiten schon vor dem Hinweis zu achten hätte.²⁵ Zudem sah bereits das AG Göttingen selbst die Problematik der Normenkollision von Vorschriften des Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens. Die zeitliche Vorverlagerung des Anwendungsbereiches der §§ 294 bis 297 InsO hätte nämlich dazu geführt, dass diese Normen, welche für die Zeit außerhalb des Regelverfahrens geschaffen wurden, in eben dieses hineingezogen wären. Als Beispiel nannte das AG Göttingen Zwangsvollstreckungsverbot zum einen aus § 89 InsO, zum anderen aus § 294 Abs. 1 InsO.²⁶ Das gleiche Phänomen, das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung, wäre damit von zwei verschiedenen Normen adressiert worden.

2. Die Erwerbsobliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO a.F.

Einen großen Streitpunkt stellte in dieser Diskussion die Erwerbsobliegenheit dar. Gegen eine Vorverlagerung der Obliegenheiten aus § 295 InsO a.F. und damit auch der Erwerbsobliegenheit aus Abs. 1 der Nr. 1 wurde insbesondere die Tatsache angeführt, dass es im einfachen Insolvenzverfahren auch für natürliche Personen eine Erwerbsobliegenheit grundsätzlich nicht gab.²⁷ Einzige Ausnahme stellte der bereits vorgestellte § 4c Nr. 4 InsO dar. Dieser sah jedoch nur für das Stundungsverfahren eine Erwerbsobliegenheit vor. Fiel auch das pfändbare Arbeitseinkom-

²⁴ So das AG Göttingen NZI 2003, 217.

²⁵ Ahrens, NZI 2003, 217, 220.

²⁶ AG Göttingen NZI 2003, 217, 218.

²⁷ Ahrens, NZI 2003, 217, 220.

men grundsätzlich unter den Beschlag, so war die Arbeitskraft des Schuldners jedoch unpfändbar und damit nicht Teil der Insolvenzmasse gemäß § 36 Abs. 1 InsO.²⁸ Eine Mehrung der Insolvenzmasse kann und konnte daher immer nur eintreten, wenn der Schuldner aus eigenem Antrieb durch Einsatz seiner Arbeitskraft pfändbares Einkommen erzielte.²⁹ Die Erstreckung der Erwerbsobliegenheit auf das Insolvenzverfahren hätte nun die Vollendung eines echten Systemwechsel bedeutet. Aus den Materialien zur Änderung des § 287 Abs. 2 InsO a. F. ließ sich jedoch kein Anhaltspunkt für eine solch weitreichende Änderung finden. Auch der Wortlaut sprach nicht dafür. Denn knüpfte der § 295 InsO a. F. unverändert an die „Laufzeit der Abtretungserklärung“ an, so verwendete § 287 Abs. 2 InsO a. F. den Begriff gerade nicht. Dies deutete auf unterschiedliche Regelungsinhalte hin.³⁰

Dieser zurückhaltenden Deutung schloss sich 2008 auch der BGH an.³¹ Indem auch er die Erstreckung der §§ 294 bis 297 InsO a. F. auf diesen frühen Zeitpunkt ablehnte, beschwor er noch einmal die Trennung von Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren. Diese Entscheidung hatte jedoch zur Folge, dass sich der Begriff der Laufzeit der Abtretungserklärung und der Begriff der Wohlverhaltensperiode bzw. Treuhandperiode nicht mehr ohne weiteres deckten. Es war nun zwischen der Dauer des Abtretungsverfahrens und der Wirksamkeit der Abtretung zu unterscheiden, wobei nur im zweiten Abschnitt den Schuldner die Obliegenheiten trafen, welche die Wohlverhaltensphase ausmachten, und in der die abgetretenen Forderungen auf den Treuhänder übergingen.

Diesem Umstand begegnete der Gesetzgeber 2013. Er strich den so in Not geratene Begriff der Laufzeit der Abtretungserklärung und ersetzte ihn durch den der Abtretungsfrist, welcher nun seitdem in § 287 Abs. 2 InsO seine Legaldefinition gefunden hat. Inwieweit dieser Begriff wirklich passend ist, muss im Weiteren genauer untersucht werden. Ebenfalls mit dieser Änderung gingen Anpassungen in den §§ 294 ff. InsO einher. Anknüpfungspunkt dieser Normen stellt seither der „Zeitraum zwischen Beendigung des Insolvenzverfahrens und dem Ende der Abtretungsfrist“ dar. Der Gesetzgeber macht sich damit letztlich das Modell der genannten BGH-Entscheidung zu eigen.³²

3. Einführung der Erwerbsobliegenheit nach § 287b InsO

Im Kontrast dazu scheint jedoch die Einführung des § 287b InsO zu stehen. Wurde vor 2013 gegen die Vorverlagerung der Obliegenheiten noch mit der Trennung von Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren und dem Fehlen einer

²⁸ BGHZ 167, 363, 370.

²⁹ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287b Rn. 12.

³⁰ Ahrens, NZI 2003, 217, 220.

³¹ BGH NJW-RR 2009, 632.

³² Vgl. BT-Drs. 17/11268, S. 24.

Erwerbsobliegenheit im Insolvenzverfahren argumentiert, so stellte die Einführung der Ausweitung auf das Insolvenzverfahren durch den Gesetzgeber nun eine wirkliche Neuerung dar. Das Anliegen des Gesetzgebers leuchtete zunächst ein. Grund für die Vorverlagerung des zeitlich relevanten Anknüpfungspunktes 2001 hin zur Insolvenzeröffnung war ja die Vermeidung von zufälligen Härten für den Schuldner, die aus längeren Insolvenzverfahren resultieren mochten. Mit der Ausweitung der Obliegenheit auf das eigentliche Insolvenzverfahren wollte der Gesetzgeber nun konsequenterweise Unbilligkeiten begegnen, die den Gläubigern bei längeren Insolvenzverfahren daraus entstehen konnten, dass den Schuldner während dieses Verfahrensabschnittes keine Erwerbsobliegenheit trifft.³³ Da der Erwerbsobliegenheit die Funktion der Kompensation für die Restschuldbefreiung zukommt³⁴, war es zwingend, deren zeitlichen Anwendungsbereich wieder vollständig an die neuausgestaltete Abtretungsfrist und damit an das Restschuldbefreiungsverfahren als solches anzugleichen. Der Vollständigkeit halber ist jedoch anzumerken, dass die tatsächlichen Auswirkungen der Einführung des § 287b InsO gering waren, da natürliche Personen überwiegend die Stundung der Verfahrenskosten in Anspruch nehmen müssen und damit ohnehin bereits unter der Erwerbsobliegenheit des § 4c Nr. 4 InsO standen.³⁵ Bemerkenswert sind dabei jedoch die unterschiedlichen Rechtsfolgen, die auf einen Verstoß gegen eine oder auch beide nebeneinander stehenden Erwerbsobliegenheiten folgen. Überwacht das Gericht die Erwerbstätigkeit des § 4c Nr. 4 InsO von Amts wegen³⁶, so wird ein Verstoß gegen § 287b InsO nur durch einen Versagensantrag der Gläubiger sanktioniert. Kommt es nun aufgrund eines solchen Antrages zur Versagung der Restschuldbefreiung, wird die Sperrfrist des § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO in Gang gesetzt. Zur Sperrfrist kommt es jedoch nicht, wenn aufgrund eines Verstoßes der Erwerbsobliegenheit des § 4c Nr. 4 InsO das Insolvenzverfahren mangels Deckung der Verfahrenskosten eingestellt wird³⁷ oder der Treuhänder infolgedessen nach § 298 InsO die Versagung beantragt³⁸. Auch insofern ist die Schaffung des § 287b InsO, der jeden Schuldner betrifft, zu begrüßen, da sie den Anwendungsbereich der Sperrfristen des § 287a Abs. 2 InsO im Interesse der Gläubiger hinsichtlich der Erwerbsobliegenheit während des Insolvenzverfahrens erweitert. Obwohl die Einführung des § 287b InsO nicht unmittelbar die Arbeitskraft des Schuldners zur Insolvenzmasse zog, so bedeutete diese Änderung jedoch eben den Systemwechsel, welchen den BGH noch 2008³⁹ zur Nichterstreckung der Obliegenheiten auf das Insolvenzverfahren bewog. Es markierte mithin einen weiteren Schritt weg von der Trennung hin zur Vermischung von Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren.

³³ BT-Drs. 12/11268, S. 29.

³⁴ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287b Rn. 4.

³⁵ Stephan, ZVI 2014, 214, 215; FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287b Rn. 5.

³⁶ BT-Drs. 14/5680, S. 23.

³⁷ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287b Rn. 3.

³⁸ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 298 Rn. 33.

³⁹ BGH NJW-RR 2009, 632, 633.

4. Das Mindestquotensystem

Erwähnt sei zudem die Einführung eines Mindestquotensystems in § 300 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Satz 4 InsO a.F., das dem Schuldner bei der Erfüllung einer bestimmten Befriedigungsquote die Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens auf bis zu drei Jahren ermöglicht. In diesem Zusammenhang wurde umgekehrt der Motivationsrabatt in § 292 Abs. 1 Satz 4 InsO a.F. abgeschafft. Der Gesetzgeber ging dabei davon aus, dass die Verkürzung der Abtretungsfrist für den Schuldner die größere Erleichterung darstellen würde, als über einen längeren Zeitraum einen Teil der durch die Abtretung vereinnahmten Beträge zurückzuerhalten.⁴⁰ Dies verdeutlichte noch einmal, dass seit der Einführung des Restschuldbefreiungsverfahrens die Verkürzung desselben sich wie ein roter Faden durch jede Novellierung des Restschuldbefreiungsverfahrens zog und sich noch ziehen wird. Bereits in einem Beschluss des BGH aus dem Jahre 2009⁴¹ traten die Konsequenzen aus dieser stetigen Entwicklung zutage. Der BGH sah sich dort mit einer Konstellation konfrontiert, in der die Länge des Insolvenzverfahrens bereits die damalige Laufzeit der Abtretungserklärung überschritt.

5. Ende des Abtretungsprivilegs nach § 114 Abs. 1 InsO

Jedenfalls zu begrüßen war die Abschaffung des Abtretungsprivilegs aus § 114 Abs. 1 InsO. Somit war nun eine Abtretung des Schuldners von Forderungen aus einem Dienstverhältnis nicht mehr bis zu zwei Jahre nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam. Im Folgenden soll noch auf die Probleme dieser Vorschrift eingegangen werden. Dies räumte der Gesetzgeber selbst ein, zum anderen gelang er zu der Erkenntnis, dass sich ein zunehmend kürzer werdendes Restschuldbefreiungsverfahren nicht mit der Privilegierung einzelner Gläubiger vertragen.⁴²

6. Die Eingangsentscheidung nach § 287a InsO a.F.

Weiterhin erfuhr der Verfahrensablauf der Restschuldbefreiung eine Neustrukturierung. Die Ankündigung der Restschuldbefreiung, welche parallel zum Aufhebungsbeschluss den Übergang vom Insolvenz- hin zum Restschuldbefreiungsverfahren markierte, wurde abgeschafft. Neu eingeführt wurde die Eingangsentscheidung des Insolvenzgerichts nach § 287a InsO a.F. Das Gericht hatte nun schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens von Amts wegen zu prüfen, ob dem Schuldner innerhalb von zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag Restschuldbefreiung erteilt oder ihm die Restschuldbefreiung

⁴⁰ BT-Drs. 17/11268, S. 28.

⁴¹ BGH NJW 2010, 2283.

⁴² BT-Drs. 17/11268, S. 23.

freierung in den letzten fünf bzw. drei Jahren nach den genannten Gründen versagt worden ist. Hiermit wurde der Versagensgrund des § 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO a. F. aus dieser Vorschrift herausgelöst und an den Anfang des Restschuldbefreiungsverfahrens gestellt. Somit waren die Sperrfristen nach neuem Recht als Zulässigkeitsvoraussetzungen zu beachten. Die Eingangsentscheidung ist zudem hinsichtlich der Hinweisfunktion für den Schuldner sowie auch für die Gläubiger quasi die Nachfolgerin der Ankündigung der Restschuldbefreiung, indem die Erteilung der Restschuldbefreiung bei Beachtung der Obliegenheiten und Versagensgründe in Aussicht gestellt wird. Der Schuldner soll die Erlangung der Restschuldbefreiung „nunmehr weitgehend selbst in der Hand“⁴³ haben.

Der Wegfall der Ankündigung der Restschuldbefreiung als Fixpunkt wird auch im Hinblick auf die Reformierung der Versagensanträge nach § 290 Abs. 1 InsO a. F. deutlich. Um den Insolvenzgläubigern das Stellen von Versagensanträgen zu erleichtern⁴⁴, konnten diese nun bis zum Schlusstermin bzw. bis zur Einstellung des Insolvenzverfahrens gestellt werden, wenn diese ihre Forderungen im Insolvenzverfahren angemeldet haben. Wurden zudem nach dem Schlusstermin bzw. der Einstellung Versagensgründe nach § 290 Abs. 1 InsO a. F. bekannt, so kam ein Versagensantrag eines Gläubigers nach § 297a InsO in Betracht. Des Weiteren fand eine Erweiterung der Widerrufsmöglichkeiten statt, indem nun eine Verurteilung im Sinne des § 297 Abs. 1 InsO, welche sich erst nach Erteilung der Restschuldbefreiung herausstellt, ebenfalls zum Widerruf führte. § 303 Abs. 1 Nr. 3 InsO reagierte nunmehr auf die verstärkt auftretenden asymmetrischen Insolvenzverfahren, in denen die Schuldner bei erteilter Restschuldbefreiung aber noch nicht abgeschlossenem Insolvenzverfahren immer noch für schwerwiegende Verletzungen von Auskunft- und Mitwirkungspflichten durch Widerruf der Restschuldbefreiung sanktioniert werden sollten.⁴⁵ Die Abschaffung der Ankündigung der Restschuldbefreiung markiert damit auch die Abkehr vom ursprünglichen System, in dem jeder Verfahrensabschnitt über exklusive Versagensgründe verfügte, welche lediglich in dem dazu vorgesehenen Verfahrensabschnitt geltend gemacht werden konnten.

IV. Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens 2020

Aufgrund einer EU-Richtlinie⁴⁶ wurde es notwendig, unternehmerisch tätigen natürlichen Personen die Gewährung der Restschuldbefreiung bereits nach drei

⁴³ BT-Drs. 17/11268, S. 17.

⁴⁴ BT-Drs. 17/11268, S. 27.

⁴⁵ BT-Drs. 17/11268, S. 33.

⁴⁶ (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Ent-

Jahren zu ermöglichen. Der deutsche Gesetzgeber verkürzte daraufhin die Abtretungsfrist für alle natürlichen Personen auf drei Jahre, was die Richtlinie in Art. 1 Abs. 4 UAbs. 1 den Mitgliedsstaaten ausdrücklich freistellte. Somit wurde das 2013 geschaffene Mindestquotensystem wieder aufgegeben. Die erneute Verkürzung der Abtretungsfrist wird jedoch dazu führen, dass die Fälle, in denen die Insolvenzverfahrensdauer die Abtretungsfrist übersteigt, nochmal zunehmen werden. Neben der rechtlichen Vermischung wird es somit auch immer mehr zu einer zeitlichen Vermischung bzw. Überlagerung von Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren kommen.

schuldungsverfahrens und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz) (ABl. L 172 S. 18).

B. Die Lohnabtretung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Künftige Forderungen aus abhängiger Beschäftigung werden für eine Vielzahl von natürlichen Personen das einzige Vermögensgut sein, welches zur Absicherung eines Kredits in Frage kommt. Es entspricht daher der Geschäftspraxis der Banken, mithilfe ihrer AGB Vorausabtretungen zur Sicherung von Verbraucherkrediten zu vereinbaren.⁴⁷ Schuldner, die den Gang in ein Insolvenzverfahren und ein Restschuldbefreiungsverfahren antreten, werden regelmäßig bereits den pfändbaren Teil ihrer Gehaltsforderungen vorauszediert haben. Geht der Schuldner während des Insolvenzverfahrens und des Restschuldbefreiungsverfahrens auch weiterhin einer abhängigen Beschäftigung nach, entstehen sowohl während des Insolvenzbeschlages, nach dessen Ende während des Restschuldbefreiungsverfahrens, als auch nach Versagung oder Erteilung der Restschuldbefreiung grundsätzlich von dieser Abtretung erfassten Forderungen. Das Schicksal dieser Forderungen zu den genannten unterschiedlichen Zeitpunkten soll im Folgenden untersucht werden. Dabei gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass seit Einführung der Insolvenzordnung der pfändbare Neuerwerb während des Regelverfahrens gemäß § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO in Abkehr von der Konkursordnung zur Masse fällt. Spätestens nach Beendigung des Regelverfahrens steht dann eine Kollision der vor Verfahrenseröffnung vereinbarten Vorauszession mit der Abtretungserklärung gemäß § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO im Raum. Insbesondere nach Abschluss des Restschuldbefreiungsverfahrens stellt sich sowohl im Falle der Versagung als auch der Erteilung die Frage nach einem Wiederaufleben der vor Verfahrenseröffnung vereinbarten Vorauszession. Um jedoch die Besonderheiten der Vorauszession in der Insolvenz zu untersuchen, sind zunächst die bürgerlich rechtlichen Grundlagen der Vorauszession zu klären.

I. Grundlagen der Vorauszession

Die §§ 398 ff. BGB selbst äußern sich zu der Abtretung künftiger Forderungen nicht und so wurde in den ersten Jahren des BGB zum Teil heftig über die Zulässigkeit der Vorauszession gestritten.⁴⁸ Bis heute maßgeblich für das Verständnis der

⁴⁷ Ellenberger/Nobbe/*Cranshaw*, Kommentar zum Kreditrecht I, § 398 Rn. 114.

⁴⁸ Hier ist die Kontroverse zwischen Andreas von Tuhr und Max Ernst Eccius zu nennen. Letzterer sprach sich mehrfach vehement gegen Zulässigkeit einer Abtretung künftiger Forderungen aus (DJZ 1904, 53; Gruchot 48 (1904), 465; Gruchot 53 (1909), 1). Die Vor-

Abtretung künftiger Forderungen ist dabei ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1903⁴⁹. Das Reichsgericht erklärte dort die Vorauszession für zulässig und dies sogar in einem Fall, in dem der Rechtsgrund der abzutretenden Forderungen zum Zeitpunkt, in welchem Zedent und Zessionar die Verfügungshandlung vornahmen, noch nicht bestand. Es führte dabei zwei Begründungen für diese Entscheidung an. Erstens sei jetzt spätestens seit einer Entscheidung des dritten Zivilsenats vom 20. Januar 1891 die Zulässigkeit solcher Abtretung im gemeinen Recht nunmehr unbestritten. Zweitens enthalte das BGB zu dieser Frage keine ausdrückliche Regelung, es ließe sich aber weder mittelbar aus sonstigen Vorschriften, noch aus den Materialien kein anderes Ergebnis herleiten.

Hierzu ist zu sagen, dass das angeführte Urteil zum gemeinen Recht zwar verschollen ist, aber selbst danach noch die Abtretung künftiger Forderungen unter Geltung des gemeinen Rechts bestritten⁵⁰ wurde. Tatsächlich ist die Zulässigkeit einer Vorauszession im gemeinen Recht alles andere als eindeutig.

1. Historie der (Voraus)zession

Dies ist vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung der Abtretung selbst zu sehen. Da im römischen Recht ein Schuldverhältnis als ein *vinculum iuris* zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien begriffen wurde, galt die Übertragung einer Forderung im Wege einer Einzelrechtsnachfolge als nicht möglich.⁵¹ Zunächst hatte man sich mit der Novation zu behelfen, die jedoch nicht ohne die Beteiligung des Schuldners auskam.⁵² Schon damals aber begriff man die Forderung als Objekt des Wirtschaftsverkehrs. Und so entstanden die Rechtsfigur *procurator in rem suam*, in der der Begünstigte die fremde Forderung im Wege einer Prozessstellvertretung geltend machen konnte und darauf aufbauend⁵³ die *actio utilis*, welche das Recht der klagweisen Geltendmachung (*actio*) im eigenen Namen⁵⁴ von der Forderung selbst (*obligatio*), die beim ursprünglichen Gläubiger verblieb⁵⁵, ab-

auszession in dieser Zeit ebenfalls ablehnend *Straus*, DJZ 1903, 342; *Bergk*, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, S. 68 ff.; *Barth*, Gruchot 58 (1914), 577.

⁴⁹ RGZ 55, 334.

⁵⁰ *Eccius*, DJZ 1904, 53, 54.

⁵¹ *Von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, S. 15; *Kaser*, Das Römische Privatrecht I, S. 652 f.

⁵² *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II, § 329 Fn. 1 und 3 unter Verweis auf Gai. II. 38.

⁵³ Zu den Nachteilen der Prozessstellvertretung *Luig*, Zur Geschichte der Zessionslehre, S. 4.

⁵⁴ *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, S. 278 Fn. 12; *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 62.

⁵⁵ *Luig*, Zur Geschichte der Zessionslehre, S. 6.

spaltete und auf den Zessionar übertrug.⁵⁶ Diese Trennung⁵⁷ zwischen Forderung und Einziehungsrecht wurde in Deutschland endgültig im 19. Jahrhundert aufgegeben.⁵⁸ Die Zession wurde damit zur Sondernachfolge in eine Forderung eines anderen Subjekts, das nun bei gleichem Inhalt des Rechtsverhältnisses in die Rolle des Gläubigers einrückt.⁵⁹ In dieser Gestalt hat die Zession dann ihren Eingang in das BGB gefunden.

Bezüglich der Vorauszession im gemeinen Recht beriefen sich deren Befürworter auf eine Konstitution aus dem lusitanischen Codex des Kaisers Decius aus dem Jahre 250.⁶⁰

„Dass die Hoffnung auf eine künftig zuständige Klage mit der vollen Einwilligung des Schenkers übertragen werden könne, hat man nicht mit Unrecht angenommen.“⁶¹

Die Deutung dieser Stelle ist nicht eindeutig. Es scheint ebenso möglich, dass der Schenker einer Forderung dem Beschenkten eine künftige Klagemöglichkeit im Sinne der *actio utilis* überträgt⁶², oder dass mit Schenkung einer zuvor gekauften Sache auch die Klage aus beispielsweise deren Mangelhaftigkeit übertragen wird⁶³. Gleichwohl fand die Zession künftiger Forderungen im gemeinen Recht ihre Zustimmung, da die Zessionsformen jedenfalls unter Bedingungen und Befristungen vorgenommen werden konnten und damit auch unter der Bedingung des künftigen Entstehens.⁶⁴

2. Die Vorauszession im BGB

Für das BGB, was von einer Übertragung einer Forderung durch eine Verfügung ausging, war jedoch die Abtretung künftiger Forderungen neu zu begründen.⁶⁵ Die überzeugendste Begründung wurde unmittelbar nach Entscheidung des Reichsgerichts erbracht. Man bediente sich dabei bei dem Gedanken der Konvaleszenz in

⁵⁶ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 308; *Bork*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, FS für Seiler, S. 289, S. 290 f.

⁵⁷ Siehe dazu maßgeblich *Mühlenbruch*, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, S. 38.

⁵⁸ *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts, S. 161 ff.; *Bähr*, Ihering I (1857), 357, 406 f.

⁵⁹ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II, §§ 329 ff.

⁶⁰ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II, § 335 Fn. 12; *Heuer*, DJZ 1903, 28.

⁶¹ C. VIII, 53, 3 in der Übersetzung von *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Iuris Civilis VI, S. 279.

⁶² Vgl. *Kaser*, Das Römische Privatrecht I, S. 654 Fn. 24.

⁶³ *Fargnoli*, in: Das Recht der „Soldatenkaiser“, S. 160, S. 164.

⁶⁴ *Heuer*, DJZ 1903, 28; so auch *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II, § 335 Fn. 12.

⁶⁵ *Eccius*, DJZ 1904, 53, 54.

entsprechender Anwendung des § 185 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 BGB.⁶⁶ Danach sollte der Fall, in dem die Verfügung über ein bereits bestehendes, aber dem Verfügenden noch nicht zustehendes Recht später wirksam wird, wenn dieser das Recht selbst erwirbt, ebenso zu behandeln sein, wie der Fall, in dem jemand über ein noch nicht bestehendes Recht verfügt und dieses später auch in der Weise zur Existenz gelangt, dass es in seiner Person entstanden wäre, wenn es nunmehr nicht von der Vorausverfügung erfasst wäre.⁶⁷ Hiergegen wurde zum einen vorgebracht, dass der § 185 BGB nur Fälle aufzählt, in denen das Recht einem anderen Berechtigten zusteht, statt demjenigen der als Nichtberechtigter verfügt, während das Recht bei der Vorauszession zum Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung noch überhaupt keinem zusteht.⁶⁸ Zum anderen soll es bei Vorauszession durch das Nichtbestehen der Forderung an einem der *essantiae negotii* fehlen und dies könne der § 185 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 BGB in entsprechender Anwendung ebenso wenig konvaleszieren, wie eine Willenserklärung, die an einem solchen Mangel leide.⁶⁹ Dem ist zu entgegen, dass es gerade das Wesen der Analogie ist, dass sich der zu entscheidende Fall nicht in der Vorschrift findet, die entsprechend angewendet werden soll. Des Weiteren fehlt es der Einigung bei einer Vorauszession nicht an einem wesentlichen Vertragsbestandteil, wenn die Forderung nur noch nicht existiert. Es steht der Einigung vielmehr erst dann entgegen, wenn es der zu übertragenden Forderungen an hinreichender Bestimmtheit fehlt.⁷⁰ Die tatsächliche Existenz eines Rechts oder einer Sache ist für eine diese betreffende Einigung jedoch ohne Bedeutung.

Der Wortlaut des § 398 BGB selbst scheint dabei nicht auf die Abtretung zukünftiger Forderungen zugeschnitten:

„Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.“

Dieser Eindruck kann nicht leichthin von der Hand gewiesen werden. Unter Zugrundelegung des Konvaleszenzgedankens wird zunächst bezüglich einer noch nicht existenten Forderung zwischen dem Zedenten und dem Zessionar eine Verfügung vereinbart. Diese Verfügung ist zwar wirksam in der Welt, entfaltet aber angesichts der Nichtexistenz der Forderung hinsichtlich dieser⁷¹ keine rechtliche

⁶⁶ Grundlegend von *Tuhr*, DJZ 1904, 426, 427; noch in heutiger Zeit *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 560.

⁶⁷ *Von Tuhr*, Der Allgemeine Teil II/1, S. 387 ff.

⁶⁸ *Eccius*, Gruchot 53 (1909), 1, 5 f.; *Barth*, Gruchot 58 (1914), 577, 611 f.

⁶⁹ *Dreyfus*, Die Verfügung im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 100 f.; *Bergk*, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, S. 82 f.

⁷⁰ *Von Tuhr*, Der Allgemeine Teil II/1, S. 390; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 313.

⁷¹ Es wird darauf eingegangen werden, dass dieser Verfügung bereits hinsichtlich späterer Verfügungen bezüglich derselben noch nicht existenten Forderung eine rechtliche Wirkung zukommt.

Wirkung. Mit Entstehung der Forderung konvalesziert entsprechend § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB die Verfügung und die Forderung entsteht in Person des Zessionars.⁷² Wenn der erste Satz des § 398 BGB nun davon spricht, dass eine Forderung *von* dem Gläubiger *auf* einen anderen übertragen werden kann, könnte dies jedoch so zu verstehen sein, dass nach der gesetzgeberischen Vorstellung die Forderung von dem Zedenten auf den Zessionar hinüberwandert. Dies ist für den vom Gesetzgeber adressierten Normalfall, der Übertragung bereits existenter Forderungen zweifellos richtig. Bei der Auslegung gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die Abtretung künftiger Forderungen zwar im Blick hatte, sich dennoch entscheidend diese nicht zum Gegenstand der neu geschaffenen §§ 398 ff. BGB zu machen, ohne sich aber gleichzeitig gegen eine Zession künftiger Forderungen auszusprechen.⁷³ Im Falle der Abtretung einer noch nicht existenten Forderung ist daher nicht davon auszugehen, dass die Forderung vom Zedenten auf den Zessionar hinüberwandert, sondern dass die Übertragung aufgrund (*von*) der Verfügung des Zedenten *auf* den Zessionar übergeht. Der Zedent ist zwar nie Inhaber der Forderung, er setzt jedoch durch die Verfügung den Grund für ihren Übergang. Satz 2 des § 398 BGB spricht davon, dass mit Abschluss des Vertrages der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt. Ein mehraktiger Forderungsübergang ist in dieser Formulierung nicht angelegt.⁷⁴ Dies muss aber erneut im Hinblick auf den vom Gesetzgeber adressierten Normalfall, der Abtretung von bereits existenten Forderungen, gesehen werden. Doch auch in diesem Fall besteht keine zwingende Gleichzeitigkeit zwischen von Abschluss des Verfügungsvertrages und dem vollumfänglichen Verdrängen des bisherigen Gläubigers durch dessen Nachfolger. Zunächst ist es möglich, den Verfügungsvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung zu schließen. Des Weiteren vollzieht sich auch mit unbedingtem Abschluss des Verfügungsvertrages der vollkommene Wechsel der Gläubigerstellung nur im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar, nicht im Verhältnis zum Schuldner.⁷⁵ Erhält der Schuldner nämlich von der Abtretung keine Kenntnis, so kann er nach § 407 Abs. 1 BGB weiterhin mit befreiender Wirkung an seinen bisherigen Gläubiger leisten. Der § 398 Satz 2 BGB schreibt demnach nicht zwingend die Gleichzeitigkeit von Abschluss des Verfügungsvertrages und Abtretungswirkung vor⁷⁶, sondern soll seiner Funktion nach ausdrücklich klarstellen, dass es zum Forderungsübergang lediglich eines Verfügungsvertrages und nicht etwa zusätzlich einer Denuntiation bedarf, wie es im Entstehungsprozesses des BGB noch diskutiert⁷⁷ wurde.⁷⁸ Die Abtretung von künftigen Forderungen unter Zugrundelegung des Konvaleszenzge-

⁷² So von Tuhr, Der Allgemeine Teil II/1, S. 392.

⁷³ Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 241 bis 432, S. 745.

⁷⁴ Eichel, Künftige Forderungen, S. 352 f.

⁷⁵ Wendt, Ihering 29 (1890), 29, 57.

⁷⁶ Vgl. auch Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, S. 111.

⁷⁷ Mugdan, Materialien zum BGB II, S. 65.

⁷⁸ Wendt, Ihering 29 (1890), 29, 55 f.

dankens liegt damit bei Berücksichtigung der normativen Wortbedeutung⁷⁹ noch nicht außerhalb jeden Wortsinnes des § 398 BGB.

Demzufolge ist dem BGB nicht nur keine Vorschrift zu entnehmen, nach der diese Frage anders zu entscheiden wäre, sondern dessen Vorschriften bilden selbst Anhaltspunkte für die Zulässigkeit der Vorauszession. Aus den damaligen §§ 571 und 573 BGB lässt sich entnehmen, dass der historische Gesetzgeber zumindest von der Abtretbarkeit künftiger Forderungen ausging, deren Rechtsgrund bereits gelegt war.⁸⁰ Auch machen die §§ 765 Abs. 2, 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2 BGB deutlich, dass künftige Forderungen⁸¹ durchaus als Gegenstand des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs anzusehen sind.⁸²

Auch der Einwand, dass eine Verfügung nach dem BGB die Existenz ihres Gegenstandes voraussetze⁸³, kann nicht überzeugen. Die Verfügung wird durch das BGB nicht definiert und tritt in verschiedenen Formen auf. Dort, wo das Gesetz selbst für die Verfügungshandlungen an die Existenz einer Sache anknüpft, wie bei der Übergabe für Mobilien oder der Grundbucheintragung für Immobilien, scheidet eine Verfügung künftiger Rechte freilich aus.⁸⁴ Bei der Abtretung von Forderungen jedoch verlangt das Gesetz kein besonderes Merkmal neben der Einigung für eine Verfügung. Es besteht mithin eine vergleichbare Interessenlage. Die entsprechende Anwendung von § 185 Abs. 2 BGB liefert zudem die einzige im Gesetz verankerte Kollisionsregel für zeitlich nacheinander vorgenommene Zessionen, in Form des Prioritätsprinzips.⁸⁵ Und so hat die historische Darstellung seit dem römischen Recht versucht, ebenso aufzuzeigen, dass die Entwicklung der Zession stets von den Bedürfnissen und der Praxis des Rechtsverkehrs maßgeblich geprägt worden ist.

⁷⁹ Wank, Juristische Methodenlehre, § 7 Rn. 20.

⁸⁰ Siehe *Mudgan*, Materialien zum BGB II, S. 816 f.

⁸¹ Es ist nicht eindeutig, ob der Gesetzgeber bei Schaffung der genannten Normen unter den „künftigen“ Forderungen solche verstand, deren Rechtsgrund bereits gelegt war, oder auch solche Forderungen bezeichnen wollte, deren Rechtsgrund noch nicht gelegt war. Während die Motive zur Hypothek auf Ersteres hindeuten (*Mudgan*, Materialien zum BGB III, S. 356), so sind die Ausführungen zum Pfandrecht an beweglichen Sachen weiterreichender (*Mudgan*, Materialien zum BGB III, S. 445). Eine klare Stellungnahme in den Materialien scheint im Hinblick auf die zukünftige Ausgestaltung durch die Wissenschaft und Praxis vermieden worden zu sein (*Mudgan*, Materialien zum BGB III, S. 445).

⁸² *Grünebaum*, DJZ 1905, 801, 802.

⁸³ *Eccius*, DJZ 1904, 53, 54; *Bergk*, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, S. 77 f.

⁸⁴ *Von Tuhr*, Der Allgemeine Teil II/1, S. 388 f.

⁸⁵ *Von Tuhr*, Der Allgemeine Teil II/1, S. 392; dagegen abzulehnen ist die Erklärung von *Larenz*, nach der der Zedent nach der ersten Abtretung seine Verfügungsbefugnis verlöre (Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 586). Von einer Verfügungsbefugnis kann ohne einen existenten Bezugsgegenstand noch nicht gesprochen werden (*Bork*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, FS für Seiler, S. 289, S. 300; *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 561 f. m.w.N.).

Heutzutage ist die Vorauszession durch die gelebte Akzeptanz von Rechtsprechung und Praxis gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁸⁶

3. Direkterwerb und Durchgangstheorie

Wegweisend ist die genannte Entscheidung des Reichsgerichts jedoch nicht mit ihrer Begründung, sondern in der Beschreibung der Wirkung der Vorauszession. Der Forderungsübergang soll sich danach mit der Entstehung der Forderung unmittelbar in der Person des Zessionars vollziehen.⁸⁷ Die Entscheidung sprach sich somit für den sogenannten Direkterwerb aus. Die Forderung soll danach genauso in der Person des Zessionars entstehen, wie sie ohne die Abtretung beim ursprünglichen Gläubiger entstanden wäre.⁸⁸ Dabei gilt für die übrigen Vorschriften der §§ 398 ff. BGB, dass der Zedent, der zwar nie Inhaber der Forderung war, als der „bisherige Gläubiger“ im Sinne dieser Vorschriften zu gelten habe.⁸⁹

a) Die Vorauszession im Konkurs

Die These des Direkterwerbes des Zessionars wurde zuvorderst dort angegriffen, wo der Zedent in Konkurs fiel, bevor die abgetretene Forderung zur Entstehung gelangte. Der Theorie des Direkterwerbs ist in diesem Fall unterstellt⁹⁰ worden, dass sie hier nicht zur Anwendung des § 15 Satz 1 KO käme, wenn die Forderung nie in der Person des Gemeinschuldners entstände und kein zur Konkursmasse gehöriger Gegenstand im Sinne dieser Norm vorläge.⁹¹ In diesem Fall müsste also nach den Vertretern der Durchgangstheorie die abgetretene Forderung zumindest für eine juristische Sekunde in der Person des Zedenten entstehen, bevor sie auf den Zessionar übergeht.⁹²

Als der BGH die Gelegenheit bekam, zu § 15 KO in dieser Konstellation zu entscheiden, vermied er jegliches Bekenntnis zu einem der beiden Konstruktionsansätze. In der dortigen Entscheidung⁹³ hatte ein Bauträger zur Sicherung eines

⁸⁶ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung IV, S. 272.

⁸⁷ RGZ 55, 334.

⁸⁸ Grundlegend von Tuhr, Der Allgemeine Teil II/1, S. 392 f.

⁸⁹ Von Tuhr, DJZ 1904, 426, 430; in diesem Sinne bereits andeutend RGZ 55, 334, 335.

⁹⁰ Wobei sich auch unter Annahme eines Direkterwerbs des Zessionars die Anwendbarkeit von § 15 Satz 1 KO begründen ließe, sofern man entsprechend den Schuldnerschutzvorschriften der §§ 398 ff. BGB auf den Zustand abstellte, der ohne die Abtretung bestünde. Für den Direkterwerb und die Anwendbarkeit von § 15 Satz 1 KO jedoch ohne Begründung Blo-meyer, Allgemeines Schuldrecht, S. 270.

⁹¹ Hahnzog, Die Rechtsstellung des Zessionars, S. 77; Lempenau, Direkterwerb oder Durchgangserwerb, S. 86.

⁹² Hahnzog, Die Rechtsstellung des Zessionars, S. 77; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, S. 114.

⁹³ BGH NJW 1955, 544.

Kredites künftige Kaufpreisforderungen abgetreten, die aus dem Verkauf einzelner Parzellen eines dem Bauträger gehörenden Grundstückes entstehen sollten. Als der Bauträger nun in den Konkurs fiel und der Verwalter sich zum Verkauf anschickte, kam es zwischen dem Kreditgeber und dem Verwalter über die Inhaberschaft der im Entstehen begriffenen Forderungen zum Streit. Der BGH gab zwar zu, dass die Frage nach Direkt- oder Durchgangserwerb für den Fall „nicht ohne Bedeutung sei“, kam jedoch mit Überlegungen zur Figur des Anwartschaftsrechtes zur Annahme des § 15 Satz 1 KO und damit zur Verneinung der Konkursfestigkeit dieser Zession, ohne zu ihrer genauen Konstruktion nochmal Stellung zu beziehen. Die Revision machte nämlich geltend, dass der Zedent einer Vorausabtretung an eine einmal vorgenommene Verfügung ebenso gebunden sei, wie derjenige, der eine Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung vornähme und diese Bedingung erst nach Konkurseröffnung einträte. Die Vorauszession führe also wie auch der Eigentumsvorbehalt zur Entstehung eines Anwartschaftsrechtes. Daraus sei nun die konkursrechtliche Gleichbehandlung zu folgern und damit ein Erwerb der Forderung durch den Kreditgeber. Dieser Argumentation erteilte der BGH eine Absage. Das Gericht ging von der klassischen Definition⁹⁴ des Anwartschaftsrechtes aus, wonach ein solches besteht, wenn von einem mehraktigen Entstehungstatbestand schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition⁹⁵ gesprochen werden kann. Für den BGH setze eine gesicherte Rechtsposition des Kreditgebers, welche sich im Konkurs des Zedenten bewährte, vielmehr ein „echtes Anwartschaftsrecht“ voraus. Über eine solche verfüge der Kreditgeber jedoch deshalb nicht, da der Bauträger es durch den Verkauf der Grundstückspartellen selbst in der Hand habe, die Forderung überhaupt zur Entstehung zu bringen oder eben nicht.

Gegen diese Argumentation ist vorgebracht worden, dass der Umstand, dass der Zessionar hier nicht Inhaber eines Anwartschaftsrecht sei, nicht bedeute, dass der Zedent bei Konkurseröffnung ein Anwartschaftsrecht hatte und die Forderung damit zur Konkursmasse gehörte.⁹⁶ Es sei jedoch angemerkt, dass dieser Fall nur zwei mögliche Entscheidungen zulässt. Entweder man erachtet die Rechtsposition des Zessionars als hinreichend gesichert an, dann muss sich der Forderungsübergang als konkursfest erweisen. Oder man verneint dies mit dem BGH und es bleibt die Forderung der Konkursmasse zuzuschlagen.

Tatsächlich ist der Gedanke der gesicherten Rechtsposition für die Frage der Anwendbarkeit von § 15 Satz 1 KO in der Literatur von prominenter Seite in abgewandelter Form aufgegriffen worden.⁹⁷ Danach sei zu differenzieren, inwieweit

⁹⁴ *Westermann*, Sachenrecht, § 5 III. 3. a).

⁹⁵ Dazu ist nach *Westermann* erforderlich, dass nicht durch einseitige Erklärung des Veräußerers die Erwerbsaussicht zerstört werden kann (Sachenrecht, § 5 III. 3. a)).

⁹⁶ *Medicus*, JuS 1967, 385, 387.

⁹⁷ *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 585 f.; aufbauend auf seinen Schüler *Hahnzog*, Die Rechtsstellung des Zessionars, S. 76 ff.

eine Forderung nach ihrem rechtlichen Stadium her noch von ihrer Entstehung entfernt sei. Zu unterscheiden seien Forderungen, die unter einer aufschiebenden Bedingung stehen, Forderungen, die selbst noch nicht bestehen, deren anspruchsbegründendes Rechtsverhältnis jedoch zum Zeitpunkt des Abschlusses der Abtretung bereits besteht und künftige Forderungen, deren anspruchsbegründendes Rechtsverhältnis nicht besteht, sondern deren Entstehen aber jedenfalls möglich erscheint.⁹⁸ In den ersten beiden Fällen, sollte der Zessionar bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Abtretung eine gesicherte und sogar konkursfeste Rechtsposition erworben haben.⁹⁹ Lediglich im letzten Falle scheiterte ein Forderungserwerb des Zessionars an § 15 Satz 1 KO.¹⁰⁰ Dem folgend ist daher angenommen worden, die ersten Fälle seien solche des Direkterwerbes, im Letzten jedoch fände ein Durchgangserwerb statt.¹⁰¹ Die Unterteilung künftiger Forderungen nach ihrem rechtlichen Stadium überzeugte schon unter Geltung der Konkursordnung nur zum Teil. Mitunter wird bestritten, dass der Fall, in dem eine aufschiebend bedingte Forderung übertragen wird, bereits keinen Fall der Vorauszession darstelle. Der Zessionar erwerbe vielmehr schon mit Abschluss des Abtretungsvertrages durch den Schutz des § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB ein *echtes* Anwartschaftsrecht.¹⁰² Lediglich in den beiden anderen Fällen würde ausschließlich über ein künftiges Recht verfügt. Was die Zession von bedingten Forderungen angeht, ist sich zunächst klarzumachen, dass diese Konstellation gerade kein Fall des § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB ist, da diese Vorschrift von einer bedingten Verfügung ausgeht und nicht davon, dass das verfügte Recht selbst unter einer Bedingung steht.¹⁰³ Angesichts der klassischen Definition eines Anwartschaftsrechts¹⁰⁴ ist jedoch festzuhalten, dass dort bereits mit Vornahme der Verfügung ein Recht übertragen wird, wo der Zedent den Erwerb beim Zessionar nicht mehr einseitig verhindern kann. Kommt es nun zum Eintritt der Bedingung und erstarkt dieses Recht zum Vollrecht, hatte die Regel des § 15 Satz 1 KO zurückzustehen.¹⁰⁵

Doch auch dort kann das rechtliche Stadium einer künftigen Forderung, durch die dadurch zum Ausdruck kommenden Erwerbsaussichten, keine Antwort auf deren Konkursfestigkeit geben. Der Zessionar solcher Forderungen verfügt eben

⁹⁸ Hahnzog, Die Rechtsstellung des Zessionars, S. 20.

⁹⁹ Hahnzog, Die Rechtsstellung des Zessionars, S. 83 ff.

¹⁰⁰ Hahnzog, Die Rechtsstellung des Zessionars, S. 85 ff.

¹⁰¹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 585 f.; Müller, ZIP 1994, 342, 345 ff.; Staudinger/Busche (2022), BGB, § 398 Rn. 73 und 75.

¹⁰² Bork, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, FS für Seiler, S. 289, S. 301; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 176; BGHZ 155, 87, 92; BGHZ 70, 75, 77.

¹⁰³ Hahnzog, Die Rechtsstellung des Zessionars, S. 83 f.; Lempenau, Direkterwerb oder Durchgangserwerb, S. 88; Haller, Die gesicherte Rechtsposition, S. 156; Ganter sieht den Wortlaut der Vorschrift zwar nicht erfüllt, sieht jedoch beide Konstellationen ihrer Wertung nach erfasst (in FS für Vallender, S. 151, 156).

¹⁰⁴ Siehe Fn. 94.

¹⁰⁵ Jaeger/Henckel, KO (1997), § 15 Rn. 61.

über keinen rechtlichen Schutz, welcher dem des § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB oder des § 162 BGB auch nur nahekommen würde. Auch der Zessionar einer künftigen Forderung, deren anspruchsbegründendes Rechtsverhältnis bereits besteht, hat im Falle etwa eines Dienstvertrages keinerlei Sicherheit, ob der Zedent den Dienst antritt oder den Vertrag nicht sogar kündigt. Wo lediglich künftige Forderungen übertragen werden, da erwirbt der Zessionar nichts als eine rechtlich ungewisse Hoffnung auf einen zukünftigen Vermögenserwerb.¹⁰⁶ Dass Zessionen solcher künftigen Forderungen konkursrechtlich unterschiedliche Behandlung erfuhren, ist auf andere Gründe zurückzuführen. In der zitierten BGH-Entscheidung musste die Vorauszession deshalb zwingend an § 15 Satz 1 KO scheitern, da die Forderung aus der Veräußerung eines Gegenstandes entspringen sollte, der bei Eröffnung zur Konkursmasse gehörte.¹⁰⁷ Somit war auch die Forderung haftungsrechtlich der Konkursmasse zuzuweisen.¹⁰⁸ Dass nun künftige Forderungen aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis, wie bei einem Dienstvertrag, als konkursfest zu gelten hatten, liegt daran, dass diese Forderungen nach § 1 Abs. 1 KO konkursfreier Neuerwerb waren. Maßgeblich für das Schicksal einer Forderung im Konkurs ist somit nicht das rechtliche Stadium derselben, sondern nur die aus dem Konkursrecht selbst gewonnenen Wertungen. Die Bindung an den bereits geschlossenen Zessionsvertrag zudem ändert nichts daran, dass eine künftige Forderung weder verpfändet noch gepfändet werden kann.¹⁰⁹ Dies spricht ebenfalls dafür, die Forderung im Zeitpunkt ihres Entstehens haftungsrechtlich der Insolvenzmasse zuzuweisen. Demnach kommen für die Vorauszession auch die Theorien vom Direkt- und Durchgangserwerb keine eigenständige Bedeutung zu. Sie können das Phänomen der Vorauszession im Konkurs zwar versuchen zu verbildlichen, leisten jedoch nichts zur Frage der Konkursfestigkeit einer bestimmten Forderung.

b) Die Vorauszession in der Insolvenz

Unter Geltung der Insolvenzordnung muss diese Diskussion für die Vorauszession als gänzlich überholt angesehen werden. Denn die Tatsache, dass nach Insolvenzeröffnung der Rechtserwerb einer Forderung aus einem bestehenden Dienstvertrag an § 91 Abs. 1 InsO scheitert, erklärt sich nicht daraus, dass die Forderung zunächst in der Person des Zedenten entsteht¹¹⁰, bevor sie sich dazu anschickt auf den Zessionar überzugehen, sondern daraus, dass nunmehr nach § 35 Abs. 1 InsO auch der Neuerwerb zur Insolvenzmasse gehört. Es ist daher festzuhalten, dass außerhalb der Insolvenz die Konstruktion eines Durchgangserwerbes ein umständ-

¹⁰⁶ Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, S. 113.

¹⁰⁷ Medicus, JuS 1967, 385, 388.

¹⁰⁸ Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 586.

¹⁰⁹ Jaeger/Henckel, KO (1997), § 15 Rn. 46; siehe auch BGH NJW 1955, 544.

¹¹⁰ Obwohl für solche künftige Forderungen unter der Konkursordnung doch der Durchgangserwerb gelten sollte.

licher Kunstgriff ist¹¹¹, während sie in der Insolvenz schlichtweg nicht von Nöten ist. Eben die in § 35 Abs. 1 InsO zum Ausdruck kommende Entscheidung macht aus jeglicher künftigen Forderung nunmehr zweifellos¹¹² einen Gegenstand der Insolvenzmasse nach § 91 Abs. 1 InsO.

Daran hat sich jedoch stets die Kontrollüberlegung anzuschließen, ob bei einem Gegenstand der Insolvenzmasse auch die Rechtsfolge des § 91 Abs. 1 InsO eintritt und ein Rechtserwerb verhindert wird. Dies wird in der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers deutlich. Wird über das Vermögen des Vorbehaltsverkäufers das Insolvenzverfahren eröffnet, fällt das Eigentum am Vorbehaltsgut in die Insolvenzmasse.¹¹³ Schickt sich der Vorbehaltskäufer nun nach Eröffnung an, die noch offene Kaufpreisforderung zu begleichen, steht somit ein Rechtserwerb an einem Gegenstand der Insolvenzmasse an. Dem Wortlaut nach müsste nun dieser Rechtserwerb an § 91 Abs. 1 InsO scheitern. Es darf aber als unbestritten gelten, dass der Rechtserwerb nicht scheitert und somit der Vorbehaltskäufer auch nach der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers Eigentum am Vorbehaltsgut erwerben kann. Zum Teil wird dieses Ergebnis mit der Regel des § 107 Abs. 1 Satz 1 InsO begründet, da dieser vom erfolgreichen Rechtserwerb des Vorbehaltskäufers ausgeht.¹¹⁴ Überwiegend wird jedoch der § 161 Abs. 1 BGB zur Begründung herangezogen.¹¹⁵ Denn wenn schon die von der Bedingung abhängige Wirkung beeinträchtigende Verfügung des Insolvenzverwalters nach § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist, folgt daraus, dass nicht bereits die Verfahrenseröffnung zur Unwirksamkeit des Bedingungseintritts führen kann.¹¹⁶ Es wird jedenfalls aus der Zusammenschau beider Normen deutlich, dass in der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers, wenn der Vorbehaltskäufer den Kaufpreis vollständig entrichtet, es trotz Vorliegen des Tatbestandes des § 91 Abs. 1 InsO nicht zu dessen Rechtsfolge kommt und das Anwart-

¹¹¹ Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, S. 113 f.

¹¹² Diese gesetzgeberische Entscheidung des § 35 Abs. 1 InsO übersieht meines Erachtens *Eichel*, der den Gedanken der Unwirksamkeit der Vorauszession aufgrund der Massezugehörigkeit einer künftigen Forderung gänzlich ablehnt (Künftige Forderungen, S. 457 f.). Nach dessen Lösung erwiese sich beispielsweise die Abtretung von künftigen Lohnforderungen als insolvenzfest (vgl. Künftige Forderungen, S. 459). Dies widerspricht dem klar geäußerten Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 12/2443, S. 122).

¹¹³ Uhlenbruck/Hirte/Praß, InsO¹⁵, § 35 Rn. 262; a. A. Jaeger/Jacoby, InsO (2021), § 107 Rn. 26, der die mit einem Anwartschaftsrecht belasteten Rechte ausdrücklich nicht der Insolvenzmasse zuordnet. Dagegen spricht jedoch, dass solange der Vorbehaltskäufer den Kaufpreis nicht begleicht, unabhängig von einer Insolvenz, das Eigentum beim Vorbehaltsverkäufer verbleibt. Solange das Anwartschaftsrecht noch nicht erstarkt ist, ist das Vollrecht haftungsrechtlich nur dem Vorbehaltsverkäufer zuzuordnen.

¹¹⁴ Uhlenbruck/Mock, InsO¹⁵, § 107 Rn. 52; MüKo/Ganter, InsO, § 47 Rn. 77; Hess/Röpke, InsO (2013), § 91 Rn. 37.

¹¹⁵ KPB/Lüke, § 91 Rn. 21; Rattunde/Smid/Zeuner/Smid, InsO, § 91 Rn. 24; FK-InsO¹⁰/Raiff, § 91 Rn. 15; Hamburger Kommentar-InsO/Kuleisa, § 91 Rn. 6; HK-InsO¹¹/Kayser, § 91 Rn. 8; Rugullis, KTS 2005, 459, 461; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 179; unter Geltung der Konkursordnung so auch BGH NJW 1955, 544.

¹¹⁶ Medicus, JuS 1967, 385, 391; Wälzholz, GmbHR 2007, 1319.

schaftsrecht in der Person des Käufers zum Vollrecht erstarkt. Hieraus wird zutreffend gefolgert, dass die Norm des § 91 Abs. 1 InsO dort teleologisch zu reduzieren ist, wo der Erwerber sich bereits vor Insolvenzeröffnung eine hinreichend gesicherte Rechtsposition verschafft hat.¹¹⁷

Für künftige Forderungen wird dagegen aus den genannten Gründen eine teleologische Reduktion des § 91 Abs. 1 InsO aufgrund einer gesicherten Rechtsposition regelmäßig nicht in Betracht kommen. Hier ist es dem insolventen Zedenten typischerweise ohne Zustimmung des Schuldners durch einseitiges Verhalten noch möglich, die Erwerbsaussichten trotz dinglichen Abtretungsvertrages zu zerstören.¹¹⁸ Sei es wie in der geschilderten Konstellation in der Entscheidung des BGH¹¹⁹ durch das Unterlassen des Verkaufes oder im Falle eines Dienst- bzw. Arbeitsvertrages durch das Nichtantreten zum Dienst oder der Kündigung des Vertrages. Auch die Rechtsprechung lässt eine Zession künftiger Forderungen grundsätzlich an § 91 Abs. 1 InsO scheitern. Zu begründen ist dieses Ergebnis nicht nur mit dem Willen des historischen Gesetzgebers¹²⁰, sondern auch damit, dass haftungsrechtlich eine noch nicht entstandene Forderung beispielsweise aus einem Dienst- bzw. Arbeitsvertrag noch nicht dem Vermögen des Zessionars zugeordnet werden kann. Zur Frage der haftungsrechtlichen Zuordnung von abgetretenen künftigen Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen nahm die Rechtsprechung zeitweise deren Rechtsnatur als Abgrenzungskriterium in den Blick. Entscheidend sollte sein, ob die abgetretenen Ansprüche

„bereits mit Abschluss des zugrunde liegenden Vertrages ‚betagt‘, also nur in ihrer Durchsetzbarkeit vom Beginn oder vom Ablauf einer bestimmten Frist abhängig sind, oder ob sie gemäß §§ 163, 158 Abs. 1 BGB erst mit Inanspruchnahme der jeweiligen Gegenleistung entstehen.“¹²¹

Wobei nur im ersten Fall ein Rechtserwerb des Zessionars entgegen § 91 Abs. 1 InsO möglich sein sollte. Dabei ermittelte die Rechtsprechung jene Rechtsnatur der abgetretenen künftigen Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, indem sie überprüfte, ob es dem Zedenten noch möglich gewesen wäre, das Entstehen der Forderung zu verhindern.¹²² Wäre dies dem Zedenten noch möglich gewesen, hätte der Zessionar noch über keine gesicherte Rechtsposition verfügt und der Anspruch wäre lediglich als befristet einzuordnen, was einen sonstigen Rechtserwerb des Zessionars zu Lasten der Masse ausgeschlossen hätte.¹²³ In der Literatur wurde

¹¹⁷ *Haller*, Die gesicherte Rechtsposition, S. 46; *BeckOGK/Lieder*, BGB, § 398 Rn. 172; vgl. auch *Kessler*, ZIP 2005, 1041, 1042.

¹¹⁸ *Kessler*, ZIP 2005, 1041, 1042; *Haller*, Die gesicherte Rechtsposition, S. 23.

¹¹⁹ BGH NJW 1955, 544.

¹²⁰ BT-Drs. 12/2443, S. 138.

¹²¹ BGHZ 167, 363, 365 f.; wie auch BGH ZIP 2013, 1181, 1183 Rn. 19; entsprechend für Mietverträge BGH ZIP 2013, 1082, 1085 Rn. 28.

¹²² Siehe in der Begründung exemplarisch BGH ZIP 1997, 513, 514.

¹²³ BGH ZIP 1997, 513, 514; BGHZ 167, 363, 366; BGH ZIP 2013, 1181, 1183 Rn. 19.

daher zutreffend die Rechtsnatur als taugliches Abgrenzungskriterium bezweifelt.¹²⁴ Wenn die Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nur über das Merkmal der gesicherten Rechtsposition zu ermitteln sei, müsse die haftungsrechtliche Zuordnung in Wahrheit allein daran zu messen sein. Die Frage nach der Rechtsnatur sei demnach nur ein künstlicher Umweg.¹²⁵ Zuletzt erwähnte auch der BGH die Rechtsnatur einer einem Dienstvertrag entspringenden und abgetretenen Forderung nicht mehr, sondern begründete das Eingreifen des § 91 Abs. 1 InsO lediglich mit der fehlenden gesicherten Rechtsposition des Zessionars.¹²⁶

Dennoch muss bezüglich jeder künftigen abgetretenen Forderung, die einem Dauerschuldverhältnis entspringt, eine Einzelfallbetrachtung angestellt werden, ob nicht ausnahmsweise doch der Zessionar bereits über eine gesicherte Rechtsposition verfügt und es daher nicht zur Rechtsfolge des § 91 Abs. 1 InsO kommt. Dies zeigt die Abtretung künftiger Forderungen eines Leasingvertrages. Tritt der Leasinggeber die künftigen Leasingraten beim Finanzierungsleasing ab, so gehen die abgetretenen Forderungen auch auf den Zessionar über, wenn über das Vermögen des Leasinggebers zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren eröffnet wird.¹²⁷ Da beim Finanzierungsleasing die Raten während der Grundlaufzeit die Anschaffungskosten, die Finanzierungskosten und den Gewinn des Leasinggebers umfasst, sind während dieser Grundlaufzeit die Kündigungsmöglichkeiten regelmäßig ausgeschlossen.¹²⁸ Dies hat zur Folge, dass der Zessionar bereits mit Abschluss des dinglichen Abtretungsvertrages eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat, was die künftigen Forderungen haftungsrechtlich dem Vermögen des Zessionars zuordnet.¹²⁹

4. Wirkung der Vorauszession

Wird somit ausschließlich eine künftige Forderung abgetreten, so bleibt es bei der Konstruktion, die schon das Reichsgericht aufstellte. Der Übergang vollzieht sich in der unmittelbaren Entstehung in der Person des Zessionars.¹³⁰ In der Insolvenz des Zedenten wird die Abtretung künftiger Forderungen regelmäßig an § 91 Abs. 1 InsO scheitern. Ein Rechtserwerb ist in Ausnahmefällen nur dort möglich, wo der Zessionar bereits vor Verfahrenseröffnung eine gesicherte Rechtsposition erworben hat.

¹²⁴ Christiansen, KTS 2003, 353, 374 f.; Dobmeier, NZI 2006, 144, 147; Haller, Die gesicherte Rechtsposition, S. 177.

¹²⁵ Dobmeier, NZI 2006, 144, 147.

¹²⁶ BGHZ 222, 165, 180 Rn. 37.

¹²⁷ BGHZ 109, 368, 372 ff.

¹²⁸ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 15 Rn. 4; BGHZ 109, 368, 372.

¹²⁹ BGH ZIP 2013, 1082, 1085.

¹³⁰ RGZ 55, 334.

II. Ausgangssituation

Für die nachstehende Untersuchung ist daher folgendes festzuhalten: Überträgt ein Schuldner zur Sicherung einer Darlehensforderung seine künftigen pfändbaren Gehaltsforderungen¹³¹, so kann der Gläubiger diese nach Maßgabe des geschlossenen Sicherungsvertrages verwerten, sobald der Kredit notleidend wird. Verfügt hat der Schuldner hier einmalig durch den Abtretungsvertrag.¹³² Wirksam gehen die jeweiligen Forderungen jedoch erst im Zeitpunkt ihres Entstehens auf den Gläubiger über.¹³³ Geschieht dies und wird nun im Laufe der Zeit das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet, tritt Insolvenzbeschlagnahme ein. Entstehen jetzt in der Person des Schuldners neue Lohnforderungen¹³⁴, so scheitert der Forderungsübergang an § 91 Abs. 1 InsO.¹³⁵

III. Antrag auf Restschuldbefreiung

Handelt es sich nun in diesem Beispiel beim voraussetzenden Schuldner um eine natürliche Person und stellt diese einen Antrag auf Restschuldbefreiung, so ist dieser notwendigerweise mit der Abtretungserklärung aus § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO zu verbinden. Die Kollision dieser beiden Forderungsabtretungen löst scheinbar der § 287 Abs. 3 InsO zugunsten der Vorausabtretung an den Treuhänder auf. Zu beachten ist jedoch, dass seit der Reform 2001 die Abtretungsfrist und damit die Wohlverhaltensperiode gemäß § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO schon mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens beginnt. Solange das Insolvenzverfahren noch andauert, dauert auch der Insolvenzbeschlagnahme an. Es bleibt somit bei der Regel des § 91 Abs. 1 InsO, welche die vorausgehende Zession verhindert. Eine eigenständige Bedeutung kann daher dem § 287 Abs. 3 InsO erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens zukommen, wenn der Insolvenzbeschlagnahme aufgehoben ist und § 91 Abs. 1 InsO keine Wirkung mehr entfaltet. Dem Wortlaut nach sind Vereinbarungen des Schuldners unwirksam, insoweit sie die Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO vereiteln oder beeinträchtigen würden. Es ist daher zu fragen, ob die vorausgegangene Sicherungszession die Abtretung an den Treuhänder vereiteln oder beeinträchtigen würde.

¹³¹ Diese Vorausabtretung soll im Folgenden als *vorinsolvenzliche* Vorausabtretung bezeichnet werden. Der Begriff entstammt einer Formulierung der Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 17/13535, S. 27).

¹³² Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 575.

¹³³ BGH NJW 2003, 2171; BGH NJW 2007, 1588, 1590.

¹³⁴ Im Wege einer Konvaleszenz nach von Tuhr, Der Allgemeine Teil II/1, S. 386 f. und RGZ 55, 334.

¹³⁵ BGH NJW-RR 2013, 248, 249 Rn. 13; BGH NJW-RR 2018, 593, 595 Rn. 22.

1. Konvaleszenz nach Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens

Eine derartige Gefahr der Beeinträchtigung ist überhaupt nur denkbar, wenn die vorinsolvenzliche Vorausabtretung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens – in einem ersten Schritt – wiederaufleben sollte. Rechtsfolge des während des Verfahrens wirkenden § 91 Abs. 1 InsO ist die Unwirksamkeit des Erwerbs nach Eröffnung. Unwirksamkeit bedeutet, dass die angestrebten Rechtsfolgen nicht eintreten.¹³⁶ Der Insolvenzbeschluss hindert also den Übergang von Forderung auf den Sicherungsnehmer, soweit und nur soweit diese nach der Eröffnung zum Entstehen gelangen. In ihren Wirkungen unangetastet, belässt der § 91 Abs. 1 InsO jedoch sowohl den Darlehensvertrag als auch den Sicherungsvertrag, aufgrund dessen die Forderung an den Gläubiger abgetreten wird. Dieser Zwischenstand wird ebenfalls vom Rechtsgedanken des § 103 Abs. 1 InsO getragen. Sobald das Darlehen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens valuiert ist, fallen Darlehens- und Sicherungsvertrag nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift.¹³⁷ Sie bleiben somit auch nach Eröffnung unverändert bestehen. Wird das Insolvenzverfahren nun beendet, bevor die Abtretungsfrist abgelaufen ist, bestimmt das Gericht gemäß § 288 InsO einen Treuhänder. Zu diesem Zeitpunkt endet die Wirkung des § 91 Abs. 1 InsO. Die in ihren Rechtsfolgen, nicht in ihrem Rechtsgrund, ausgesetzte Sicherungszession wird also in einem ersten gedanklichen Schritt beschlagsfrei, ist also gewissermaßen wieder in Betrieb. Dieses Phänomen des Wiederauflebens für die Zukunft ist damit ein Fall von Konvaleszenz.¹³⁸ Die Wiedererlangung der Verfügungsbezugnis durch den Schuldner wirkt hier anders als die Genehmigung durch den Berechtigten gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 BGB nicht rückwirkend, sondern *ex nunc*.¹³⁹ In der jüngeren Rechtsprechung hat das Wiederaufleben einer Sicherungszession nach Ende der Wirkung des § 91 Abs. 1 InsO im Zusammenhang mit der Freigabe durch den Verwalter Beachtung gefunden.¹⁴⁰ Die nachfolgenden Ausführungen sollen jedoch ausleuchten, inwieweit der Konvaleszenz auch über Freigabekonstellationen hinaus eine Bedeutung zukommt.

a) Konvaleszenz in Fällen der Freigabe nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO

Es ging um Konstellationen, in denen selbstständig tätige Ärzte ihre künftigen Vergütungsansprüche gegen die kassenärztlichen Vereinigungen vorauszedierten. Später wurde über das Vermögen dieser Ärzte das Insolvenzverfahren eröffnet. In

¹³⁶ Bork, BGB AT, Rn. 1204.

¹³⁷ Uhlenbruck/Wegener, InsO¹⁵, § 103 Rn. 29 und 42.

¹³⁸ Vgl. zum Begriff der Konvaleszenz: Danwerth, JURA 2014, 559, 560.

¹³⁹ Von Tuhr, Der Allgemeine Teil II/1, S. 386; Neuner, BGB AT, § 54 Rn. 40.

¹⁴⁰ BGH ZIP 2013, 1181; BGHZ 222, 165.

beiden Fällen erteilte der Verwalter die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO.¹⁴¹

Der BGH sah sich mit der Frage konfrontiert, welche Auswirkungen eine solche Freigabe der selbstständigen Tätigkeit auf die vorinsolvenzliche Vorauszession hat, deren Wirksamkeit während des Verfahrens der § 91 Abs. 1 InsO entgegenstand. Denn durch die Freigabe erlangte der Schuldner noch während des Insolvenzverfahrens ihre Verfügungsbefugnis hinsichtlich seiner selbstständigen Tätigkeit zurück.¹⁴² In seiner früheren Judikatur ging nun der IX. Zivilsenat davon aus, dass durch dieses Wiedererlangen der Verfügungsbefugnis des Schuldners seine vor Verfahrenseröffnung vereinbarte Vorauszession konvaleszierte.¹⁴³ Dieser Mechanismus war bereits für eine nach § 81 Abs. 1 InsO unwirksame Schuldnerverfügung anerkannt¹⁴⁴ und es schien daher konsequent, diesen Rechtsgedanken auch auf die Vorschrift des § 91 Abs. 1 InsO zu übertragen. Noch während es dies entschied, sah das Gericht jedoch bereits die Konsequenz dieser Entscheidung mit dem eigentlichen Geschäftszweck der Freigabe kollidieren. Lebte nämlich die vorinsolvenzliche Vorauszession wieder auf, stand dies der Motivation des Schuldners zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit erheblich entgegen und entzog die von der Vorauszession erfassten Forderungen dem Zugriff der Neugläubiger.¹⁴⁵ Aus diesem Grund vollzog der IX. Senat sechs Jahre später eine echte Kehrtwende. Obwohl der Schuldner mit Freigabe seiner selbstständigen Tätigkeit diesbezüglich seine Verfügungsbefugnis zurückerhält, soll nunmehr trotz dessen für die Dauer des gesamten Regelverfahrens die Regelung des § 91 Abs. 1 InsO eingreifen.¹⁴⁶ Eben mit der Folge, dass ein Erwerb beim Zessionar der vorinsolvenzlichen Vorauszession verhindert wird. Stattdessen kann der Schuldner während des Regelverfahrens über sein Vermögen und insbesondere auch über die während des Regelverfahrens entstehenden Forderungen frei verfügen.¹⁴⁷ Abgewonnen wurde dieses Ergebnis den Materialien des § 35 Abs. 2 InsO, welche die während der Freigabe erzielten Einkünfte den Neugläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung stellen wollten.¹⁴⁸

b) Konvaleszenz nach Ende des Insolvenzbeschlages

Die Entscheidung hat jedoch nicht für Fälle der Freigabe Bedeutung, sondern ist für alle vor Verfahrenseröffnung vereinbarte Vorauszessionen relevant. Denn der

¹⁴¹ BGH ZIP 2013, 1181; BGHZ 222, 165.

¹⁴² BGH ZIP 2013, 1181, 1183 Rn. 23; BGHZ 222, 165, 183 Rn. 44; siehe *Bartels*, KTS 2012, 381, 384 ff.

¹⁴³ BGH ZIP 2013, 1181, 1183 Rn. 24.

¹⁴⁴ BGHZ 166, 74, 80 Rn. 20.

¹⁴⁵ BGH ZIP 2013, 1181, 1184 Rn. 27.

¹⁴⁶ BGHZ 222, 165, 183 Rn. 44.

¹⁴⁷ BGHZ 222, 165, 184 Rn. 45.

¹⁴⁸ BGHZ 222, 165, 183 Rn. 43; mit Verweis auf BT-Drs. 16/3227, S. 17.

IX. Senat stellte klar, dass dies nur während des Regelinsolvenzverfahrens gelten sollte. Der Schuldner könne nicht innerhalb dieses Zeitraums über Vermögen aus einer freigegebenen selbstständigen Tätigkeit mit Wirkung für den Zeitraum nach Verfahrenseröffnung verfügen, sofern diese Verfügung mit einer Verfügung vor Verfahrenseröffnung kollidiere.¹⁴⁹ Nach Verfahrensbeendigung endeten sowohl der Zeitraum der Freigabe als auch die Wirkung des § 91 Abs. 1 InsO.

Hier ist dem BGH vollständig zuzustimmen. Mit Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens und Ende der Wirkung des § 91 Abs. 1 InsO endet auch gleichzeitig die Wirkung der Freigabeerklärung, weil ihre Effekte nicht mehr vom Verwalter angeordnet werden müssen. Die Beschlagsfreiheit ergibt sich jetzt durch gerichtlichen Beschluss und Gesetz. Der Schuldner erhält nun seine unbeschränkte Verfügungsbefugnis zurück.

Hierin gleicht also diese Konstellation jeder anderen Vorauszession. Der Umstand, dass der Schuldner zwischen der Verfügung und dem Entstehen der Forderung seine Verfügungsbefugnis durch den Insolvenzbeschluss verliert, ist für die Vorauszession nicht von Bedeutung, da der Schuldner bezüglich noch nicht existenter Forderungen ohnehin nicht verfügungsbefugt sein kann. Die Verfügung konvalesziert in jedem Fall entsprechend § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB erst im Moment des Entstehens der abgetretenen Forderung.

Hat nun der Schuldner bereits einmal vor Verfahrenseröffnung über eine oder mehrere künftige Forderungen, die erst nach Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens entstehen, verfügt und verfügt er über die identischen Forderungen noch einmal während des Zeitraums der Freigabeerklärung, so liegen im Moment der Forderungsentstehung zwei für sich wirksame jedoch miteinander nicht im Einklang stehende Verfügungen vor. Nach den bürgerlich rechtlichen Grundlagen der Vorauszession muss sich entsprechend des § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB die frühere Verfügung durchsetzen.¹⁵⁰ Zutreffend beruft sich auch der BGH auf den Prioritätsgrundsatz.¹⁵¹ Für denjenigen, der während des Zeitraums der Freigabe mit dem Schuldner Geschäfte tätigt, ist besondere Achtsamkeit gefordert. Dieser muss sich bewusst sein, dass der Schuldner während des Zeitraums der Freigabe zwar wirksam und auch für die Zukunft verfügen kann, diese Verfügung einer vor Verfahrenseröffnung und sogar nach Verfahrenseröffnung jedoch vor Zeitraum der Freigabeerklärung vereinbarten Verfügung unterliegt.¹⁵² Die Gefahr, dass natürliche

¹⁴⁹ BGHZ 222, 165, 181 Rn. 40.

¹⁵⁰ *Von Tuhr*, Der Allgemeine Teil II/1, S. 392.

¹⁵¹ BGHZ 222, 165, 181 Rn. 40.

¹⁵² Ein anderes Ergebnis ließe sich auch wohl nicht mit insolvenzrechtlichen Wertungen aus § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO gewinnen. Der dem der Vorschrift zugrunde liegende Gedanke, dass der Schuldner sich durch die Freigabe eine neue wirtschaftliche Existenz schaffen soll, kann sich nicht auf die Zeit nach Beendigung des Verfahrens auswirken, da die Wirkung der Freigabeerklärung sich auf die Dauer des Regelinsolvenzverfahrens bestimmt. Insolvenzzrechtliche Wertungen über das Schicksal von Vorauszessionen nach Verfahrensbeendigung

Personen, über deren Vermögen bereits das Insolvenzverfahren eröffnet ist, künftige Forderungen bereits abgetreten haben, dürfte erheblich sein, da diese zumeist das einzige Sicherungsgut darstellen.

Für alle Verfügungen gilt somit unabhängig von jeder Freigabe durch den Verwalter, dass sie nach Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens wieder aufleben und sich die früheste gegen die übrigen durchsetzt, wenn nach Beendigung eine abgetretene Forderung zum Entstehen gelangt.

2. Unwirksamkeit einer vorinsolvenzlichen Vorauszession nach § 287 Abs. 3 InsO während des Restschuldbefreiungsverfahrens

Für den Fall, dass die Abtretungsfrist nach Beendigung des Insolvenzverfahrens noch nicht abgelaufen ist, muss sich die Abtretung an den Treuhänder gegenüber einer vorinsolvenzlich erklärten Lohnabtretung durchsetzen, wenn den Insolvenzgläubigern zumindest die Möglichkeit einer Kompensation für das Privileg der Restschuldbefreiung gegeben werden soll. Dies ist zwingend notwendig, wenn das Institut der Restschuldbefreiung nicht nur als Wohltat zugunsten des Schuldners verstanden wird, sondern auch den Interessen der Gläubiger dienen soll.¹⁵³ Die dem Insolvenzverfahren vorausgegangene Abtretung scheitert dann entweder an der Schranke des § 287 Abs. 3 InsO oder an der des § 294 Abs. 2 InsO. Da beide Vorschriften im neunten Teil für die Restschuldbefreiung angesiedelt sind, spricht der Wortlaut des § 287 Abs. 3 InsO („insoweit“) für einen Anwendungsvorrang von § 294 Abs. 2 InsO und deutet auf eine Auffangfunktion des § 287 Abs. 3 InsO hin. War der Wortlaut dieser Vorschrift ursprünglich noch auf Abtretungsverbote zugeschnitten, so wollte der Gesetzgeber durch eine sprachliche Neufassung klarstellen, dass vorinsolvenzlich erklärte Lohnabtretungen insgesamt unwirksam seien.¹⁵⁴ Hieraus ist gefolgert worden, dass eine Klarstellung zu bedeuten habe, dass einer solchen Abtretung bereits aus anderen Gründen der Erfolg versagt sei.¹⁵⁵ Zu fragen ist daher, ob eine Vorausabtretung ein Abkommen im Sinne des § 294 Abs. 2 InsO darstellt, durch das ein Sondervorteil verschafft wird.

a) Abkommen im Sinne des § 294 Abs. 2 InsO

Die Sicherungsabtretung fällt als zweiseitige rechtsgeschäftliche Vereinbarung unzweifelhaft unter den traditionell weit ausgelegten Begriff des Abkommens.¹⁵⁶ Die Vorschrift erfasst auch vor der Wohlverhaltensperiode sowie vor Insolvenz-

können daher nur den Vorschriften über die Restschuldbefreiung entnommen werden. Gelingt dies nicht, hat die für die Vorauszession allgemeine Prinzip der Priorität zu gelten.

¹⁵³ Vgl. MüKo/Ganter/Bruns, InsO, § 1 Rn. 101; BT-Drs. 12/2443, S. 188.

¹⁵⁴ BT-Drs. 17/13535, S. 27.

¹⁵⁵ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 330; siehe auch Ahrens, NZI 2014, 529, 531 f.

¹⁵⁶ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 294 Rn. 26 m. w. N.

eröffnung geschlossene Vereinbarungen, solange die Wirkungen vor Ende der Abtretungsfrist eintreten.¹⁵⁷

b) Sondervorteil im Sinne des § 294 Abs. 2 InsO

Schon die amtliche Überschrift zeigt, dass § 294 InsO den Grundsatz *par conditio creditorum* im Restschuldbefreiungsverfahren fortgesetzt wissen möchte. Kennzeichnend für einen Sondervorteil ist also die Besserstellung eines Gläubigers gegenüber der Insolvenzgläubigersamtheit.¹⁵⁸ Verglichen werden muss somit während des Restschuldbefreiungsverfahrens des Schuldners die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers einer Sicherungsabtretung mit der eines ungesicherten Gläubigers. Der ungesicherte Insolvenzgläubiger, der nach Beendigung des Verfahrens noch nicht vollständig befriedigt worden ist, behält seine Forderung auch im Restschuldbefreiungsverfahren. Er kann jedoch auch in dieser Zeit gegen den Schuldner gemäß § 294 Abs. 1 InsO keine Einzelzwangsvollstreckung betreiben. Jede Zahlung oder sonstige Vereinbarung von ihm mit dem Schuldner oder mit einem Dritten wäre aufgrund von § 294 Abs. 2 InsO nichtig. Solange das Restschuldbefreiungsverfahren noch andauert, kann der ungesicherte Insolvenzgläubiger nicht auf das Vermögen des Schuldners selbst zugreifen. Hierin liegt also kein Unterschied zum Sicherungsnehmer einer vor Insolvenzeröffnung vereinbarten Sicherungsabtretung. Selbst wenn man sich den § 294 Abs. 2 InsO wegdächte, scheiterte ein Forderungsübergang während der Treuhandperiode an der Vorschrift des § 287 Abs. 3 InsO. In der Sicherungsabtretung vor Insolvenzeröffnung ist somit kein Sondervorteil im Restschuldbefreiungsverfahren zu sehen.¹⁵⁹ Hiergegen lässt sich auch nicht ein Anwendungsvorrang des § 294 Abs. 2 InsO vor § 287 Abs. 3 InsO anführen.

Denn auch ein Blick auf die Rechtsfolge des § 294 Abs. 2 InsO spricht gegen eine Anwendung auf eine Sicherungsabtretung. Die Nichtigkeit versagt als die stärkste Form der Unwirksamkeit dem Rechtsgeschäft die gewollte Wirkung endgültig und von Anfang an gegenüber jedermann.¹⁶⁰ Die Nichtigkeit der Verfügung in Form der Abtretungsvereinbarung im Sicherungsvertrag müsste in letzter Konsequenz jedoch die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung aller übergangenen Forderungen zur Folge haben, sogar solcher, welche vor Insolvenzeröffnung auf den Gläubiger übergegangen sind und von diesem eingezogen worden sind. Des Weiteren würde die Nichtigkeit ein Wiederaufleben der Sicherungsabtretung in den Fällen verhindern, in welchen die Restschuldbefreiung versagt würde.¹⁶¹ Das Institut der Restschuldbefreiung ist in unserer Privatrechtsordnung in ihren Rechtsfolgen

¹⁵⁷ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 294 Rn. 58.

¹⁵⁸ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 294 Rn. 33; MüKo/Stephan, InsO, § 294 Rn. 55 und 56.

¹⁵⁹ Riedel, ZVI 2015, 91, 92.

¹⁶⁰ Bork, BGB AT, Rn. 1207; Neuner, BGB AT, § 55 Rn. 3.

¹⁶¹ Riedel, ZVI 2015, 91, 92.

so einzigartig weitreichend¹⁶², dass nicht bereits der Antrag eines unredlichen Schuldners¹⁶³ nach § 287 Abs. 1 InsO zur endgültigen Vernichtung einer Sicherungsabtretung vor Verfahrenseröffnung führen kann. § 1 Satz 2 InsO ist insofern bei der Auslegung von Normen des Restschuldbefreiungsverfahrens zwingend Rechnung zu tragen.

Es lässt sich auch im Hinblick auf die Systematik nicht begründen, dass die Sicherungsabtretung während des Insolvenzverfahrens unwirksam ist, mit der Möglichkeit des Wiederauflebens, nach Beendigung des Insolvenzverfahrens mit Eintritt in die Treuhandperiode jedoch endgültig nichtig ist. § 287 Abs. 3 InsO stellt also das Äquivalent zu § 91 Abs. 1 InsO in der Treuhandperiode dar. Die Vorschrift des § 294 InsO möchte den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger im Restschuldbefreiungsverfahren lediglich fortgesetzt wissen. Daraus lässt sich jedoch keine Verschlechterung für gesicherte Gläubiger gegenüber ihrer Rechtsstellung vor der Treuhandperiode im Insolvenzverfahren herleiten. Dies zeigt, dass hier § 294 Abs. 2 InsO kein Anwendungsvorrang zukommt, sondern dass der § 287 Abs. 3 InsO für den Fall der Sicherungsabtretung gerade die speziellere Norm¹⁶⁴ ist und nicht bloßer Auffangtatbestand.

c) Die Nichtigkeit von Sonderabkommen

Die Nichtigkeit von Sonderabkommen geht auf § 181 S. 3 KO zurück.¹⁶⁵ Die damalige Norm schrieb den Grundsatz der Gleichbehandlung für das Institut des Zwangsvergleichs fest.¹⁶⁶ Natürlich kann die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung beim Zwangsvergleich nicht vollständig auf die Gleichbehandlung in der Restschuldbefreiung übertragen werden. Es ist jedoch bedenkenswert, dass Rechtsprechung¹⁶⁷ und Literatur¹⁶⁸ eine Beziehung zwischen Vergleich und Sonderabkommen forderten. Das Sonderabkommen musste also gerade neben einem geschlossenen Vergleich stehen. Verlangte man nun für den heutigen § 294 Abs. 2 InsO ebenfalls eine solche Beziehung, so könnte diese darin gesehen werden, dass ein Sonderabkommen unabhängig vom Zeitpunkt seiner Vereinbarung in seinen Rechtsfolgen

¹⁶² Vgl. *Bartels*, KTS 2013, 349, 370.

¹⁶³ Die Redlichkeit des Schuldners wurde bei Einführung der Restschuldbefreiung besonders hervorgehoben (BT-Drs. 12/2443, S. 188).

¹⁶⁴ *Riedel*, Lohnpfändung und Insolvenz, Rn. 557; a.A. *Ahrens*, der beide Vorschriften unabhängig nebeneinanderstehen sieht (NZI 2014, 529, 533). Indem er jedoch § 294 Abs. 2 InsO auf vor Verfahrenseröffnung vereinbarte Vorauszessionen anwendet und damit für nichtig erklärt, nimmt er sie gleichzeitig aus dem Anwendungsbereich von § 287 Abs. 3 InsO heraus, womit faktisch der Vorschrift des § 294 Abs. 2 InsO doch ein Anwendungsvorrang zukäme.

¹⁶⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 191.

¹⁶⁶ *Jacger/Weber*, KO (1973), § 181 Rn. 1.

¹⁶⁷ BGHZ 6, 232, 238.

¹⁶⁸ *Jacger/Weber*, KO (1973), § 181 Rn. 8; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 181 Rn. 5.

objektiv primär auf die Treuhandperiode abzielt. Dies würde getreu dem Wortlaut noch keine subjektive Komponente verlangen. Ob es einer solchen Beziehung als eine Art ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal wirklich bedarf, kann durchaus bezweifelt werden, sofern man das geschriebene Tatbestandsmerkmal des Sonder Vorteils ernst nimmt und dies nicht annimmt, wenn bereits andere Normen wie der § 287 Abs. 3 InsO rechtlichen Wirkungen entgegenstehen. Dies ist geboten, um die Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht umfangreich auf Abreden auszuweiten, die vor Insolvenzeröffnung geschlossen wurden. Eine solche ausufernde Anwendung von § 294 Abs. 2 InsO würde auch eine etwaige Insolvenzanfechtung überlagern, in deren Anforderungen der Gesetzgeber die Interessen von Gläubiger und Schuldner im Gegensatz zu § 294 Abs. 2 InsO vor Verfahrenseröffnung gegeneinander abgewogen hat.

Wenn aber gerade die Anwendung von § 287 Abs. 3 InsO zur Nichtanwendung von § 294 Abs. 2 InsO führen soll, so fällt insofern doch auf, dass erstere Norm 2013 eine Neufassung erfahren hat. Ein Blick zurück in die Zeit vor 2014 müsste somit ebenfalls die Nichtanwendbarkeit von § 294 Abs. 2 InsO auf die Sicherungsabtretung vor Verfahrenseröffnung bestätigen.¹⁶⁹

d) Rechtslage vor dem 1. 7. 2014

Vor dem 1. 7. 2014 war für Vorausabtretungen vor Insolvenzeröffnung der § 114 Abs. 1 InsO maßgeblich. Diese Sondervorschrift schaltete den § 91 Abs. 1 InsO zeitlich begrenzt aus.¹⁷⁰ Ziel dieses Abtretungsprivilegs war es, die Sicherungsabtretung als Kreditsicherheit in der Insolvenz nicht gänzlich zu entwerfen, da man befürchtete, dass die Kreditvergabe an Personen, die sonst über keinerlei Sicherheiten verfügten, maßgeblich erschwert würde.¹⁷¹ Dieses Abtretungsprivileg hat bis zu seiner Abschaffung 2014 unter verschiedenen Gesichtspunkten dogmatische Schwierigkeiten verursacht. Bereits das Grundverständnis und die Funktionsweise der Norm haben sich von ihrer Einführung bis zu ihrer Abschaffung gewandelt. Zur Einführung ging der Gesetzgeber und mit ihm die ältere Literatur offenbar noch davon aus, dass eine Abtretung von pfändbaren Lohnbezügen im Insolvenzverfahren und darüber hinaus ihre Wirkung grundsätzlich behielte.¹⁷² Der § 91 Abs. 1 InsO wurde in seinen Rechtsfolgen vom Gesetzgeber anscheinend in diesem Zu-

¹⁶⁹ HK-InsO¹¹/Waltenberger, § 287 Rn. 36 will die Vorschrift des § 287 Abs. 3 InsO nur in seiner aktuellen Fassung über die rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbote hinaus angewendet wissen.

¹⁷⁰ BGHZ 167, 363, 367 f.

¹⁷¹ Wittig, WM 1998, 157, 209, 221.

¹⁷² BT-Drs. 12/2443, S. 151; Dobmeier, NZI 2006, 144, 148; HK-InsO²/Irschlinger, § 114 Rn. 1; bereits kritisch Branz, ZInsO 2004, 1185.

sammenhang übersehen.¹⁷³ Denn wenn der Übergang von Forderungen, die erst nach Eröffnung entstehen, an § 91 Abs. 1 InsO scheitern, so kann der § 114 Abs. 1 InsO nur dahingehend verstanden werden, dass die Norm einer solchen Abtretungsvereinbarung in ihrer Wirkung nicht beschränkt, sondern ihr gerade ausnahmsweise Wirkung entgegen der Regel des § 91 Abs. 1 InsO zukommt.¹⁷⁴

Eine wesentliche Frage stellte sich nun bei Verfahren, die unter dem Recht von vor 1. 12. 2001 abgewickelt wurden, wenn man unterschiedliche Zeitpunkte untersuchte, in denen der Schuldner vom Insolvenzverfahren in die Treuhandperiode wechselte.

aa) Beginn der Laufzeit der Abtretungserklärung innerhalb
des zeitlichen Anwendungsbereiches des Abtretungsprivilegs

Die gesetzliche Konzeption von § 114 Abs. 1 InsO und § 287 InsO sah vor, dass der durch eine Sicherungsabtretung vor Verfahrenseröffnung gesicherte Gläubiger im Rahmen der zeitlichen Grenze des § 114 Abs. 1 InsO Inhaber gerade der Forderungen wird, die erst nach Eröffnung des Verfahrens entstünden. Wurde nun das Verfahren beendet und der Treuhänder zu einem Zeitpunkt bestellt, in welchem die Sicherungsabtretung noch privilegiert ist, so ging die Abtretung auf den Treuhänder zunächst ins Leere¹⁷⁵ und entfaltete erst mit zeitlichem Ende des Abtretungsprivilegs ihre Wirkung. Diese Konstellation, von der auch der Gesetzgeber ausging,¹⁷⁶ bereitete konstruktiv keine Probleme.

bb) Beginn der Laufzeit der Abtretungserklärung außerhalb
des zeitlichen Anwendungsbereiches des Abtretungsprivilegs

Sicheren Boden verließ man jedoch, wenn zum Beginn der Laufzeit der Abtretungserklärung das Abtretungsprivileg bereits zeitlich sein Ende gefunden hat. Dieser vielleicht nicht typische aber leicht vorstellbare Fall¹⁷⁷ verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die Sicherungsabtretung in Insolvenz und Restschuldbefreiung nicht vollständig durchdacht hat. Endete die zeitliche Grenze des § 114 Abs. 1 InsO noch innerhalb des Insolvenzverfahrens, so lebte die Vorschrift des § 91 Abs. 1 InsO wieder auf und ließ den weiteren Forderungsübergang auf den gesicherten Gläubiger scheitern. Wie auch unter dem aktuellen Recht lebte somit die Sicherungsab-

¹⁷³ Dies ist insofern erstaunlich, als dass in den Überlegungen zu der Vorläufervorschrift des § 91 Abs. 1 InsO der Fall der Abtretung einer künftigen Forderung vor Eröffnung ausdrücklich angesprochen wird (BT-Drs. 12/2443, S. 138).

¹⁷⁴ BGHZ 167, 363, 368; Ahrens, NZI 2014, 529, 531.

¹⁷⁵ HK-InsO²/Landfermann, § 287 Rn. 7.

¹⁷⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 151.

¹⁷⁷ Das Insolvenzverfahren einer natürlichen Person in BGH NJW 2010, 2283 dauerte beispielsweise über sechs Jahre.

tretung nach Beendigung des Verfahrens und Ende des Insolvenzbeschlages wieder auf. Es kam ebenfalls zu einer Kollision der vorherigen Sicherungsabtretung und der Abtretung an den Treuhänder. Wieder stand das Ergebnis fest. Der Abtretung an den Treuhänder war zwingend Vorzug zu gewähren.

Verstand man wie der BGH¹⁷⁸ und mittlerweile auch der Gesetzgeber¹⁷⁹ zutreffend den § 114 Abs. 1 InsO lediglich als Ausnahmenvorschrift zu § 91 Abs. 1 InsO, so konnte man das gewünschte Ergebnis nicht daraus ziehen, dass der § 114 Abs. 1 InsO die frühere Sicherungsabtretung nur bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt wirksam beließe, die Wirkung somit zeitlich beschränke. Denn die Vorschrift räumt der Sicherungsabtretung ja gerade entgegen § 91 Abs. 1 InsO Wirkung ein. Es bedurfte somit ab Beginn der Laufzeit der Abtretungserklärung eines Mechanismus, der seinen systematischen Standort in der Treuhandperiode hatte. Dort kamen erneut nur § 287 Abs. 3 InsO a. F. und § 294 Abs. 2 InsO in Betracht. Hier schien nun tatsächlich § 294 Abs. 2 InsO zum Zug zu kommen. § 287 Abs. 3 InsO a. F. war seinem Wortlaut und der Vorstellung des Gesetzgebers nach offensichtlich auf vertragliche Abtretungsverbote zugeschnitten.¹⁸⁰ Ebenso wie unter dem aktuellen Recht sprach jedoch die Rechtsfolge der Nichtigkeit gegen die Anwendung von § 294 Abs. 2 InsO. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit von § 287 Abs. 3 InsO a. F. war dagegen durchgehend dazu in der Lage, sachgerechte Ergebnisse zu produzieren. Es lohnt sich daher zu untersuchen, ob der § 287 Abs. 3 InsO a. F. nicht wenigstens im Wege einer Analogie auch eine vor Eröffnung vereinbarte Sicherungsabtretung erfasste.

Die Vorschrift erklärte ihrem früheren Wortlaut nach

„Vereinbarungen, die eine Abtretung der Forderungen des Schuldners auf Bezüge aus seinem Dienstverhältnis oder an deren Stelle tretende laufende Bezüge ausschließen, von einer Bedingung abhängig machen oder sonst einschränken“

für insoweit unwirksam,

„als sie die Abtretungserklärung nach Absatz 2 Satz 1 vereiteln oder beeinträchtigen würden“.

Der Wortlaut ist jedoch nur scheinbar lediglich auf vertragliche Abtretungsverbote zugeschnitten. Denn lebte nun nach Ende des Insolvenzbeschlages die Sicherungsabtretung aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung wieder auf, kollidierte diese mit der Abtretung an den Treuhänder. Gemäß der herrschenden Lehre¹⁸¹ und der ständigen Rechtsprechung des BGH¹⁸² greift in einer solchen Konstellation grundsätz-

¹⁷⁸ BGHZ 167, 363, 368.

¹⁷⁹ BT-Drs. 17/11268, S. 23.

¹⁸⁰ BT-Drs. 12/7302, S. 187.

¹⁸¹ BeckOGK/Lieder, BGB, § 398 Rn. 154; Jauernig/Stürner, BGB, § 398 Rn. 9; MüKo/Kieninger, BGB⁹, § 398 Rn. 78; kritisch dazu: Hennrichs, JZ 1993, 225; Staudinger/Busche (2022), BGB, § 398 Rn. 74.

¹⁸² Seit BGHZ 30, 149, 151.

lich das Prioritätsprinzip. Dies gibt der ersten Vorausabtretung den Vorzug, während die zeitlich spätere Abtretung ins Leere geht und damit unwirksam wird.¹⁸³ Eine solche Vorausabtretung von pfändbaren Gehaltsbezügen vereitelt oder beeinträchtigt damit die Abtretung an den Treuhänder, indem sie einen Übergang an diesen ins Leere gehen lässt. Unter den Wortlaut lässt sich die frühere Vorausabtretung also ohne besonderen Aufwand subsumieren. Eines Analogieschlusses bedarf es daher nicht. Der scheinbar enge Wortlaut ließ sich nur damit erklären, dass der historische Gesetzgeber diese Konstellation nicht komplett durchdachte. Dazu passte auch das erste nachträgliche Einfügen des dritten Absatzes durch den Rechtsausschuss. Man hielt eine vorherige Vorausabtretung wohl durch den § 114 Abs. 1 InsO *erledigt* und wollte anschließend nur noch die rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbote adressieren.¹⁸⁴ Wenn auch unbeabsichtigt, so zeigt bereits der Wortlaut, dass die Vorschrift auf die fragliche Konstellation anwendbar war. Die Rechtsfolgen sprachen damals wie heute ebenso für eine Anwendung der Vorschrift, wenn man sie systematisch mit § 91 Abs. 1 InsO abgleicht. Auch Telos der Restschuldbefreiung, eben dem redlichen und nur dem redlichen Schuldner einen wirtschaftlichen Neuanfang zu ermöglichen, wiesen bereits bei Einführung der InsO weg von § 294 Abs. 2 InsO hin zu § 287 Abs. 3 InsO a.F.

e) Zwischenergebnis

Unter Geltung des § 114 Abs. 1 InsO und dem § 287 Abs. 3 InsO a.F. lebte eine vorherige Vorausabtretung nach der zeitlichen Grenze des § 114 Abs. 1 InsO und anschließender Versagung der Restschuldbefreiung ebenfalls wieder auf.¹⁸⁵ § 287 Abs. 3 InsO a.F. erfasste gemäß seinem Wortlaut über Abtretungsverbote hinaus auch Vorausabtretungen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, soweit diese nicht mehr durch § 114 Abs. 1 InsO privilegiert wurden.

3. Anwendbarkeit des § 287 Abs. 3 InsO für den Schuldner mit selbstständiger Tätigkeit

Auch der selbstständig tätige Schuldner hat als natürliche Person seinem Antrag auf Restschuldbefreiung die Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO beizufügen.¹⁸⁶ Dennoch fallen die Einkünfte des selbstständig tätigen Schuldners nicht unter die von der Abtretungserklärung erfassten Forderungen.¹⁸⁷ Das gesetz-

¹⁸³ BGHZ 32, 361, 363; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 585.

¹⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 151 und BT-Drs. 12/7302, S. 187.

¹⁸⁵ Gleiches galt für den Fall der Nichtbeantragung der Restschuldbefreiung.

¹⁸⁶ BGH NZI 2013, 404 Rn. 6.

¹⁸⁷ BGH NJW-RR 2010, 1142; *KPB/Wenzel*, § 287 Rn. 54; *Uhlenbruck/Sternal*, InsO¹⁵, § 287 Rn. 32; vgl. bereits BT-Drs. 12/2443, S. 192.

liche Modell sieht vor, dass der selbstständig tätige Schuldner nach § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO die Insolvenzgläubiger durch Zahlungen an den Treuhänder so stellt, als wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Währenddessen kommt es zu keinem Forderungsübergang aufgrund der vereinbarten Abtretung. Dieser strukturelle Unterschied zu der angestrebten Befriedigung der Insolvenzgläubiger eines unselbstständig tätigen Schuldners erklärt sich aus dem Umstand, dass der selbstständig tätige Schuldner bei Verweis auf einen Betrag, welcher dem pfändbaren Teil der Einkünfte eines Arbeitnehmers entspricht, seine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit nicht wird aufrechterhalten können.¹⁸⁸

Lebt nun nach Beendigung des Regelinsolvenzverfahren eine vorinsolvenzliche Vorauszession bestimmter Einkünfte eines selbstständig tätigen Schuldner wieder auf, so stellt sich zwar nicht die Frage nach einer Kollision zweier Abtretungen im Restschuldbefreiungsverfahren, für die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger bedeutet jedoch die Konvaleszenz einer Vorauszession, dass dem Schuldner seine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit erheblich erschwert wird und damit auch die Chancen auf eine zumindest teilweise Befriedigung der Insolvenzgläubiger sinken. Für den unselbstständig tätigen Schuldner wurde ausgeführt, dass die Vorschrift des § 287 Abs. 3 InsO im Restschuldbefreiungsverfahren das Äquivalent zu § 91 Abs. 1 InsO im Regelinsolvenzverfahren bildet. Dabei scheint es für den selbstständig tätigen Schuldner an einer entsprechenden Vorschrift zu fehlen.¹⁸⁹ Aus den genannten Gründen scheidet die Anwendung des § 294 Abs. 2 InsO auch für den selbstständig tätigen Schuldner aus, was die Nichtigkeit einer vor Verfahrenseröffnung vereinbarten Vorauszession zur Folge hätte. Um dem selbstständig tätigen Schuldner nach Beendigung des Regelinsolvenzverfahren die Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Existenz zu ermöglichen, spricht sich Heinze sich für eine entsprechende Anwendung des § 91 Abs. 1 InsO aus.¹⁹⁰ Hiergegen bestehen jedoch erhebliche Einwände. Zum einen würde damit eine Norm des Insolvenzbeschlags zeitlich über das Regelinsolvenzverfahren hinaus ausgedehnt.¹⁹¹ Zum anderen mangelt es in dieser Konstellation an einer planwidrigen Regelungslücke. Das Schicksal von vor Verfahrenseröffnung vereinbarten Vorauszessionen im Restschuldbefreiungsverfahren wird durch die §§ 286 ff. InsO selbst abschließend adressiert. Es sei wiederholt, dass auch der selbstständig tätige Schuldner die Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO abgibt. § 287 Abs. 3 InsO gilt daher für jeden Schuldner im Restschuldbefreiungsverfahren. Unabhängig von der Rechtsnatur dieser Abtretung schafft der Schuldner mit der Abgabe der Abtretungserklärung die wirksamen Voraussetzungen für einen Forderungsübergang. An der Wirksamkeit seiner Abtretungserklärung ändert der Umstand, dass die Abtretung in einem späteren Zeitpunkt ins Leere geht, nichts. Der Wortlaut des § 287 Abs. 3 InsO spricht von der

¹⁸⁸ BT-Drs. 16/3227, S. 17.

¹⁸⁹ So Heinze, DZWIR 2020, 107, 123.

¹⁹⁰ Heinze, DZWIR 2020, 107, 123.

¹⁹¹ Bigge/Peters-Lange, ZIP 2014, 2114, 2116.

Unwirksamkeit von Vereinbarungen, soweit *sie die Abtretungserklärung nach Absatz 2 vereiteln oder beeinträchtigen würden*. Mithin ist bereits die Möglichkeit einer Beeinträchtigung vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift erfasst. Dies fügt sich in das Regelungskonzept des Gesetzgebers, der jede natürliche Person, auch die mit selbstständiger Tätigkeit, die Abtretungserklärung abgeben lässt, um für den Fall der Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung den pfändbaren Teil der Einkünfte dem Treuhänder zur Verteilung an die Gläubiger zuzuführen. Systematisch nimmt die Vorschrift des § 287 Abs. 3 InsO im Restschuldbefreiungsverfahren für den selbstständig tätigen Schuldner ebenso wie für den unselbstständigen Schuldner die Funktion des § 91 Abs. 1 InsO während des Regelinsolvenzverfahrens ein. Zu beachten ist nämlich, dass der selbstständig tätige Schuldner den Treuhänder nach § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO so zu stellen hätte, *als wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre*. Die Gesamtheit der Gläubiger soll somit durch die Zahlungen eines selbstständig tätigen Schuldners nicht schlechter stehen, als wenn für einen abhängig beschäftigten Schuldner die Abtretungserklärung greifen würde. Die bereits angesprochenen Fälle, in denen selbstständig tätige Ärzte ihre künftigen Vergütungsansprüche gegen die kassenärztlichen Vereinigungen voraussetzten, zeigen jedoch, dass dies gerade zu befürchten steht, wenn das Wiederaufleben einer früheren Vorauszession im Restschuldbefreiungsverfahren dazu führt, dass aufgrund einer vorinsolvenzlichen Vorauszession eine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit beeinträchtigt würde. Strukturell steht diese Konstellation damit der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners während des Regelinsolvenzverfahrens gleich.¹⁹² Der Rechtsgedanke des wirtschaftlichen Neustarts des selbstständig tätigen Schuldners ergibt sich während des Restschuldbefreiungsverfahrens aus § 295a InsO ebenso wie während des Regelverfahrens aus § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO¹⁹³.

§ 287 Abs. 3 InsO führt damit bereits in direkter Anwendung zur Unwirksamkeit jeglicher vor Verfahrenseröffnung vereinbarten Vorauszession, soweit bereits die Möglichkeit einer Beeinträchtigung eines späteren Forderungsübergangs besteht.

IV. Versagung der Restschuldbefreiung

Der Vorteil der hier vertretenen Konvaleszenzlösung zeigt sich somit in den Fällen, in welchen die Restschuldbefreiung versagt wird. Indem man die Rechtsfolgen für die Vorausabtretung vor Insolvenzeröffnung während des Verfahrens mit denen in der Treuhandperiode angleicht, lebt eine solche Vorausabtretung bei Versagung durch Konvaleszenz insgesamt wieder auf. Dem Ziel des § 1 Satz 2 InsO, nur dem redlichen Schuldner den wirtschaftlichen Neuanfang auf Kosten seiner Gläubiger zu gestatten, wird diese Lösung gerecht, indem sie die Rechts-

¹⁹² Siehe BGHZ 222, 165.

¹⁹³ BGHZ 222, 165, 182 Rn. 42.

stellung eines Zessionars einer vorinsolvenzlichen Vorausabtretung eines unredlichen Zedenten nicht beeinträchtigt.

V. Erteilung der Restschuldbefreiung

Der Umstand, dass die vorinsolvenzliche Vorausabtretung nach § 287 Abs. 3 InsO unwirksam und nicht nach § 294 Abs. 2 InsO nichtig sein soll, wirkt sich im Falle der erteilten Restschuldbefreiung hingegen nicht relevant aus. Für eine vorinsolvenzliche Sicherungsabtretung muss jedoch der § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO mit seinem Bestandsschutz der Kreditsicherheiten in Blick genommen werden. Für den gesicherten Gläubiger stellt sich nämlich die Frage nach dem Fortbestand seines Sicherungsrechts.

Für den Fortbestand eines Sicherungsrechts nach § 310 Abs. 2 InsO müsste ein solches bereits zur abgesonderten Befriedigung *im* Insolvenzverfahren berechtigen. Dies gilt zunächst grundsätzlich auch für eine Sicherungszession. Sind abgetretene Forderungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Entstehung gelangt, so steht dem Zessionar hinsichtlich dieser Forderung ein Recht zur abgesonderten Befriedigung im Sinne des § 51 Nr. 1 InsO zu.¹⁹⁴ Etwas anderes gilt jedoch, wenn wie bei der Gehaltsabtretung der Fall, künftige Forderungen abgetreten werden, die (auch) nach der Insolvenzeröffnung zur Entstehung gelangen. Aufgezeigt worden ist, dass nach Abschaffung des Abtretungsprivilegs aus § 114 Abs. 1 InsO eine vorinsolvenzliche Vorausabtretung im Insolvenzverfahren bezüglich der Forderungen, die erst nach Eröffnung zum Entstehen gelangen, an § 91 Abs. 1 InsO scheitert. Es kommt gerade zu keiner abgesonderten Befriedigung im Sinne des § 51 Nr. 1 InsO.¹⁹⁵ Der zunächst durch die Abtretung gesicherte Gläubiger wird gewöhnlicher Insolvenzgläubiger. § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO liegt daher tatbestandlich nicht vor.¹⁹⁶

1. Binnensystematik des § 301 InsO

Hiergegen ist eingewandt worden, dass der Beschluss zur Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 301 Abs. 1 InsO nur gegen die Insolvenzgläubiger wirkt. Diese Wirkung werde nun unzulässigerweise auf Absonderungsgläubiger ausgedehnt.¹⁹⁷ Hierzu ist festzustellen, dass die Vorschrift des § 301 Abs. 1 InsO sich ihrem Wortlaut nach an die Insolvenzgläubiger richtet. Deren Forderungen sind es,

¹⁹⁴ KPB/Prütting, § 51 Rn. 19; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO¹⁵, § 51 Rn. 34 f.

¹⁹⁵ HK-InsO¹¹/Lohmann, § 51 Rn. 29; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO¹⁵, § 51 Rn. 34 f.

¹⁹⁶ Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 301 Rn. 33; Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 301 Rn. 28; MüKo/Stephan, InsO, § 301 Rn. 32; BeckOK/Riedel, InsO, § 301 Rn. 8a; Kuleisa, ZVI 2015, 85, 89; a. A. Bigge/Peters-Lange, ZIP 2014, 2114, 2116.

¹⁹⁷ Heinze, DZWIR 2020, 107, 123 Fn. 138.

welche durch die Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 301 Abs. 3 InsO in unvollkommene Forderungen wandeln.¹⁹⁸ Der Abs. 2¹⁹⁹ hat demgegenüber die Funktion, die dort aufgezählten Sicherungsrechte auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung zu erhalten und richtet sich damit in erster Linie an Absonderungsgläubiger im Sinne des § 52 InsO. Der Einwand, dass die Wirkung des Abs. 1 des § 301 InsO, also der Verlust der Durchsetzungsfähigkeit eines Rechtes, im Falle einer vorinsolvenzlichen Vorauszession auch auf die Absonderungsgläubiger ausgedehnt wird, kann jedoch deshalb nicht überzeugen, da die Absätze 1 und 2 des § 301 InsO ihrer Rechtsfolge nach zwar zwischen einfachen Insolvenzgläubigern und Absonderungsgläubigern unterscheiden, sie treffen jedoch selbst keine Aussage darüber, wer einfacher Insolvenzgläubiger und wer Absonderungsgläubiger ist. Diese Unterscheidung ist vor Anwendung des § 301 InsO vorzunehmen. Die vorstehenden Ausführungen haben jedoch ergeben, dass der Zessionar einer vorinsolvenzlichen Sicherungsabtretung während des Insolvenzverfahrens und während des Restschuldbefreiungsverfahrens nicht besser steht als ein einfacher Insolvenzgläubiger. Er ist während des Insolvenzverfahrens aber auch während des Restschuldbefreiungsverfahrens nicht zur abgesonderten Befriedigung berechtigt.

Doch auch vor 2014 unter Geltung des Abtretungsprivilegs vermochte § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO einer vorinsolvenzlichen Vorausabtretung nach Erteilung der Restschuldbefreiung keine weiteren Wirkungen zukommen zu lassen.²⁰⁰ § 114 Abs. 1 InsO verlieh einer vorinsolvenzlichen Vorausabtretung gerade nur zeitlich begrenzt auch nach Verfahrenseröffnung weiterhin Wirkung. Vorstellung des Gesetzgebers war es jedoch ausdrücklich, dass der Schuldner, der in den Genuss der Restschuldbefreiung kommt, auch gegenüber dem Zessionar der Sicherungsabtretung frei wird.²⁰¹ Der § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO konnte somit nicht den zeitlich begrenzten Zustand des § 114 Abs. 1 InsO dauerhaft festschreiben. Auch vor 2014 kam es damit nicht zum Fortbestehen dieser Sicherheit nach Erteilung der Restschuldbefreiung.

2. Schicksal einer (gesicherten) Forderung nach § 301 InsO

Bei Erteilung der Restschuldbefreiung kann zudem eine Beurteilung der Sicherungsrechte nicht vorgenommen werden, ohne zugleich die gesicherte und von der Restschuldbefreiung bedrohte Forderung in den Blick zu nehmen. Aus § 301 Abs. 3 InsO ergibt sich, dass die Forderungen gegen den Schuldner nicht erlöschen, sondern sich in unvollkommene Verbindlichkeiten wandeln und damit zwar erfüllbar bleiben, aber nicht mehr erzwingbar fortbestehen.²⁰²

¹⁹⁸ BT-Drs. 12/2443, S. 194.

¹⁹⁹ Diese Regelung ist dem zweiten Satz des § 193 KO nachempfunden.

²⁰⁰ Uhlenbruck/Vallender, InsO¹³, § 301 Rn. 24.

²⁰¹ BT-Drs. 12/2443, S. 151.

²⁰² BT-Drs. 12/2443, S. 194.

a) Gesicherte Forderungen eines akzessorischen Sicherungsrechts

Für ein akzessorisches Sicherungsrecht hat die Anknüpfung an eine unvollkommene Verbindlichkeit als die gesicherte Forderung grundsätzlich zur Folge, dass auch die Sicherheit unvollkommen und damit nicht mehr verwertbar ist.²⁰³ Für den akzessorisch gesicherten Gläubiger eines insolventen Schuldners, dem die Restschuldbefreiung erteilt wird, würde dies bedeuten, dass der Abhängigkeitsgrundsatz in diesem Fall den Sicherungszweck der Kreditsicherheit vereitelt. Die Kreditsicherheit ist jedoch gerade im Hinblick auf die mögliche Insuffizienz des Schuldners vereinbart worden und hat sich in dieser Lage zu bewähren. Die Vorschrift des § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO schreibt daher demgegenüber als abweichende Sonderregelung im Falle der Erteilung der Restschuldbefreiung den Fortbestand der Bürgschaft sowie anderer Sicherungsrechte, welche dem Sicherungsgeber im Insolvenzverfahren ein Absonderungsrecht gibt, vor. Gleichzeitig wird der Schuldner durch die Restschuldbefreiung von einem Regress eines personenverschiedenen Sicherungsgebers nach § 301 Abs. 2 Satz 2 InsO geschützt.

b) Gesicherte Forderungen eines nicht akzessorischen Sicherungsrechts

Unübersichtlicher wird es jedoch, wendet man sich der Sicherung einer unvollkommenen Verbindlichkeit durch eine nicht akzessorische Kreditsicherheit zu. Zunächst einmal wird der Begriff der unvollkommenen Verbindlichkeit teilweise auch für die Spiel- und Wettschuld (§ 762 BGB) sowie für den Ehemäklerlohn (§ 656 BGB) verwendet.²⁰⁴ Mit Verweis auf die oben zitierte Rechtsprechung zu den akzessorischen Sicherheiten spricht sich Lehmann gegen die Sicherung einer unvollkommenen Verbindlichkeit auch durch nicht akzessorische Sicherheiten aus.²⁰⁵ Diesem Verständnis liegt wohl auch eine BGH-Entscheidung zugrunde, in der die Inanspruchnahme eines Garanten einer unvollkommenen Verbindlichkeit nach §§ 55, 59 BörsG a. F. verneint wurde.²⁰⁶

Im römischen Recht hingegen war die Sicherung von Geschäftsschulden eines Gewaltunterworfenen, einer *naturalis obligatio*, noch anerkannt.²⁰⁷

Diese Konstellationen sind dabei zu unterscheiden von dem Fall, in welchem die Forderung nur ihre Durchsetzbarkeit verliert. So wirkt sich etwa die Verjährung der gesicherten Forderung gemäß § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB insbesondere nicht auf eine

²⁰³ RGZ 47, 48, 52 f. für die Hypothek; RGZ 140, 132, 136 und KG NJW 1956, 1481, 1482 für die Bürgschaft.

²⁰⁴ Grüneberg/Sprau, § 762 Rn. 5; Staudinger/Schönenberg-Wessel (2021), BGB, vor §§ 762–764 Rn. 3 und 3a; a. A. MüKo/Habersack, BGB⁹, § 762 Rn. 3; in den Materialien findet sich hierzu der Begriff der unvollkommenen Obligation (*Mugdan*, Materialien zum BGB II, S. 2).

²⁰⁵ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 780.

²⁰⁶ BGH NJW 1984, 2037, 2038.

²⁰⁷ *Kaser*, Das Römische Privatrecht I, S. 481 Fn. 18.

fiduziarische Kreditsicherheit aus.²⁰⁸ Die unvollkommenen Verbindlichkeiten im Sinne der §§ 656 und 762 BGB hingegen sind noch weniger als die in ihrer Durchsetzbarkeit gehinderten Forderungen. Ihnen fehlt nicht lediglich das Zwangsmoment²⁰⁹ einer Forderung, sondern die Rechtsordnung geht in diesen Fällen davon aus, dass der „Gläubiger“ die Leistung überhaupt nicht bekommen, also der „Schuldner“ sie auch nicht erbringen soll.²¹⁰ Damit ist die unvollkommene Verbindlichkeit im Sinne der §§ 656 und 762 BGB schon gar keine Forderung und damit kein Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB.²¹¹ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der „Gläubiger“ die Leistung, hat der „Schuldner“ sie einmal erbracht, gleichwohl behalten darf. Hier ist lediglich die Rückforderung des Erlangten ausgeschlossen.²¹² Es erlischt jedoch keine bestehende Forderung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB. Daraus resultiert konsequenterweise der in den §§ 762 Abs. 2 BGB und 656 Abs. 2 BGB niedergelegte Grundsatz, dass eine nicht bestehende Forderung auch nicht durch ein darauf bezogenes Rechtsgeschäft gesichert werden kann.²¹³ Es ist daher zu bestimmen, ob eine Forderung, die von einer erteilten Restschuldbefreiung erfasst worden ist, lediglich in ihrer Durchsetzbarkeit gehindert ist, gleich einer verjährten Forderung, oder sie sich vielmehr in eine unvollkommene Verbindlichkeit im Sinne der §§ 656 und 762 BGB wandelt. Gemein ist dabei allen, dass die Rückforderung des Erlangten ausgeschlossen ist. Dies mag der Grund sein, weshalb der Gesetzgeber in den Materialien zu § 301 InsO mit der unvollkommenen Verbindlichkeit einen Begriff wählte²¹⁴, der als unvollkommene Obligation bereits im Hinblick auf die §§ 656 und 762 BGB in den Materialien des BGB auftaucht²¹⁵. Der Sache nach entspricht das Modell einer Forderung, welche von der Restschuldbefreiung erfasst worden ist, dem einer verjährten Forderung. Wesentliche Gemeinsamkeit ist dabei, dass eine zunächst von der Rechtsordnung vollwertig anerkannte Forderung erst durch ein späteres Ereignis ihre Durchsetzbarkeit einbüßt. Im Gegensatz dazu steht eine unvollkommene Verbindlichkeit im Sinne der §§ 656 und 762 BGB. Diese steht nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers schon von der Entstehung an in der Nähe der nichtigen Verträge.²¹⁶ Zudem sollte Spiel und Wette von vorneherein nicht der Rechts-

²⁰⁸ Grüneberg/Ellenberger, § 216 Rn. 3.

²⁰⁹ Siehe dazu Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 222.

²¹⁰ Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 225.

²¹¹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 20; §§ 762 Abs. 1 Satz 1 BGB und 656 Abs. 1 Satz 1 BGB erklären in diesen Fällen eine Forderung für nicht begründet.

²¹² §§ 762 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 656 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie auch § 301 Abs. 3 InsO; Larenz und Becker-Eberhard verweisen zu Recht auch auf § 814 BGB (Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 20; Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 225).

²¹³ Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 225.

²¹⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 194.

²¹⁵ Mugdan, Materialien zum BGB II, S. 2.

²¹⁶ Mugdan, Materialien zum BGB II, S. 286 und 360.

ordnung unterworfen werden, da die Beziehungen der Spieler dem Gebiet der Sitte angehören.²¹⁷ Es sind Überlegungen, die auf die von der Restschuldbefreiung erfassten Forderungen nicht übertragbar sind. Gegen die Vergleichbarkeit mit einer verjährten Forderung ließe sich lediglich anführen, dass der Gläubiger den Eintritt der Verjährung durch rechtzeitige Rechtsverfolgung selbst verhindern kann, während der Gläubiger eines redlichen Schuldners keinerlei Möglichkeit die Erteilung der Restschuldbefreiung zu unterbinden.²¹⁸ Hingegen entscheidend gegen eine Vergleichbarkeit mit einer unvollkommenen Verbindlichkeit im Sinne der §§ 656 und 762 BGB sprechen Überlegungen zur Aufrechnung. Besteht eine Aufrechnungslage bezüglich einer Gegenforderung bereits vor Eröffnung des Verfahrens, so ist § 94 InsO zu entnehmen, dass die Aufrechnungslage von sämtlichen insolvenzrechtlichen Verfahrenswirkungen unberührt zu bleiben hat.²¹⁹ Dies hat auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung zu gelten.²²⁰ Eine Aufrechnung gegen eine unvollkommene Verbindlichkeit im Sinne der §§ 656 und 762 BGB ist jedoch nicht möglich.²²¹ Hieraus folgt, dass eine von der Erteilung der Restschuldbefreiung erfassten Forderung lediglich in ihrer Durchsetzbarkeit dauerhaft gehindert ist. Sie bleibt damit grundsätzlich der Sicherung durch ein nicht akzessorisches Sicherungsrecht zugänglich. Die Verwertung ist jedoch eine Frage der Sicherungsabrede. Die Möglichkeit, eine Erteilung der Restschuldbefreiung in die Sicherungsabrede mit aufzunehmen, dürfte kaum der gängigen Praxis entsprechen. Hierin wäre wohl auch ein unzulässiges Abbedingen der Wirkung der Restschuldbefreiung zu sehen.²²²

c) Zwischenergebnis

Die Rechtslage unterscheidet sich für die nicht akzessorischen Sicherheiten hinsichtlich der Erteilung der Restschuldbefreiung somit nur unwesentlich von den akzessorischen Sicherheiten. Grundsätzlich kommt eine Verwertung der Sicherheit zwar in Betracht, das Schicksal eines Sicherungsrechts bestimmt jedoch die Rechtsordnung selbst durch die Vorschrift des § 301 Abs. 2 Satz 2 InsO.

d) Sicherungszession kein Anwendungsfall von § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO

Werden die Ausnahmen des § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO in den Blick genommen, so lassen sich diese in zwei Kategorien einteilen. Rechte gegen den Mitschuldner

²¹⁷ Mugdan, Materialien zum BGB II, S. 1008.

²¹⁸ Vgl. Bartels, KTS 2013, 349, 370.

²¹⁹ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 301 Rn. 31 f.

²²⁰ Siehe RGZ 80, 407, 411 zu § 193 KO.

²²¹ Mugdan, Materialien zum BGB II, S. 360; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 21.

²²² Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 301 Rn. 28.

oder den Bürgen des Insolvenzschuldners betreffen Sicherheiten, die ein Dritter dem jeweiligen Gläubiger einräumt. Vormerkung und Rechte, welche im Insolvenzverfahren zur abgesonderten Befriedigung berechtigen, umfassen zwar auch Sicherheiten, welche der Schuldner selbst den Gläubigern einräumt. Diese sind jedoch auf einzelne Vermögensverwerte beschränkt. Die Sicherungszession, welche vor Verfahrenseröffnung vom Schuldner selbst vereinbart wird, ließe sich nur unter die zweite Kategorie fassen. Zum Recht, im Insolvenzverfahren abgesonderte Befriedigung verlangen zu können, wurde bereits Stellung bezogen. Die Lohnabtretung zu Sicherungszwecken führt zwar genau wie die Grundsuld oder die Sicherungsübereignung nicht zur Haftung des Schuldners mit seinem gesamten Vermögen, sondern die Haftung bleibt auf einzelne Vermögensgegenstände beschränkt. Dennoch besteht zu diesen Sicherungsmitteln ein wesentlicher Unterschied. Bei Grundsuld und Sicherungsübereignung werden Forderungen durch Verwertungsrechte an bereits existenten Gegenständen abgesichert. Der Schuldner, der als Eigentümer diese Gegenstände zur Sicherung hingibt, wird regelmäßig die zum Erwerb dieser Gegenstände erforderliche Gegenleistung bereits erbracht haben. Bei der Lohnabtretung zu Sicherungszwecken dagegen verfügt der Schuldner über noch nicht existente Rechte. Die abgetretenen Gehaltsforderungen entstehen jedoch grundsätzlich erst dann, wenn die Arbeitsleistung für den jeweiligen Bemessungszeitraum erbracht wurde.²²³ Erbringt der Schuldner seine Arbeitsleistung zu einem Zeitpunkt, in dem ihm bereits die Restschuldbefreiung erteilt wurde, kollidiert eine vor Verfahrenseröffnung vereinbarte Sicherungszession mit dem Sinn und Zweck der Restschuldbefreiung. Der Gesetzgeber wollte mit Einführung der Restschuldbefreiung erreichen, dass Schuldner nach Abschluss eines Insolvenzverfahrens nicht in die Schattenwirtschaft und in die Schwarzarbeit flüchten, sondern ihnen ein echter wirtschaftlicher Neustart ermöglicht würde.²²⁴ Nach einem abgeschlossenen Insolvenzverfahren, in dem das Vermögen des Schuldners verwertet worden ist, wird die Arbeitskraft des Schuldners typischerweise sein letzter ihm verbliebener Vermögenswert sein. Würde nun ein redlicher Schuldner, dem die Restschuldbefreiung erteilt worden ist, durch Gläubigerzugriff auf den pfändbaren Teil seines Einkommens auf längere Frist abgedrängt, läge darin gerade kein „*fresh start*“ in eine neue eigenständige wirtschaftliche Existenz.

3. Zwischenergebnis

Damit gehen nach Erteilung der Restschuldbefreiung keine Forderungen mehr aufgrund einer vorinsolvenzlichen Vorauszession zu Sicherungszwecken auf den Zessionar über. Dies erklärt sich aus der Wirkung der erteilten Restschuldbefreiung, die die gesicherte Forderung in eine unvollkommene Verbindlichkeit wandelt. Eine solche kann nach materiell rechtlichen Grundsätzen nicht mehr gesichert werden

²²³ BAG NJW 2015, 1773.

²²⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 81.

bzw. eine vereinbarte Sicherheit kann nicht mehr verwertet werden. Darüber hinaus ordnet die Vorschrift des § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO kein verwertbares Fortbestehen einer solchen Sicherungszession an.

VI. Zusammenfassung

Merkmal einer jeden Vorauszession als Verfügung über ein noch nicht existentes Recht ist damit der Umstand, dass die im Zeitpunkt ihrer Vornahme (noch) wirkungslose Verfügung im Moment der Entstehung der abgetretenen Forderung konvalesziert. Diese Wirkung tritt während des Insolvenzbeschlages aufgrund der Vorschrift des § 91 Abs. 1 InsO nicht ein. Endet nun der Insolvenzbeschluss, gehen grundsätzlich wieder neue Forderungen im Moment ihrer Entstehung aufgrund einer vorinsolvenzlichen Vorauszession über. Schließt nun ein Restschuldbefreiungsverfahren an das Regelverfahren an, setzt sich die Wirkung des § 91 Abs. 1 InsO in der Vorschrift des § 287 Abs. 3 InsO fort. Ein Forderungsübergang aufgrund einer vorinsolvenzlichen Vorauszession findet nicht statt. Dies gilt gleichsam für den abhängig beschäftigten wie für den selbstständig tätigen Schuldner. Die vorinsolvenzliche Vorauszession stellt dabei kein nach § 294 Abs. 2 InsO nichtiges Sonderabkommen dar. Im Falle der Versagung der Restschuldbefreiung führt dies dazu, dass Forderungen, die nach der Versagung entstehen, aufgrund einer vorinsolvenzlichen Vorauszession auf den Zessionar übergehen. Kommt es hingegen zur Erteilung der Restschuldbefreiung, wandelt sich die ursprüngliche durch die vorinsolvenzliche Vorauszession gesicherte Forderung in eine unvollkommene Verbindlichkeit. Eine Verwertung einer Sicherheit hinsichtlich einer unvollkommenen Verbindlichkeit scheidet nach bürgerlich rechtlichen Grundsätzen aus. § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO trifft demgegenüber keine abweichende Rechtsfolge.

C. Die Lohnabtretung während des Restschuldbefreiungsverfahrens gemäß § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO

Der Gesetzgeber ging ursprünglich bei Schaffung der Abtretungserklärung im Restschuldbefreiungsverfahren von einem Forderungsübergang durch Rechtsge-
schäft aus.²²⁵ Dies wurde auch durch die frühere Literatur aufgegriffen.²²⁶ Nach
anfänglicher Kritik²²⁷ entwickelte sich schnell die sogenannte prozessuale Theo-
rie.²²⁸ Nach dieser handelt es sich bei der Abtretungserklärung um eine Prozess-
handlung²²⁹, während sich der Forderungsübergang kraft gerichtlicher Entscheidung
vollzieht²³⁰. Diesem Verständnis hat sich auch der BGH angeschlossen.²³¹ Im Fol-
genden soll die Diskussion vertieft dargestellt und Stellung bezogen werden. Es gilt
zudem die Rechtsfolgen beider Theorien herauszuarbeiten. Mit Hinblick auf die
Haltung des Gesetzgebers in den Materialien hat zudem eine methodische Unter-
suchung des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO zu erfolgen. Abschließend erfolgt eine Er-
örterung einer möglichen Doppelnatur der Abtretungserklärung.

Die Aufhebung der klaren Trennung von Regelinsolvenzverfahren und Rest-
schuldbefreiungsverfahren durch die Reform 2001 macht eine Untersuchung nach
der Massezugehörigkeit der von der Abtretungserklärung erfassten Forderungen
erforderlich.

Wesentliche Aufgabe des Treuhänders während des Restschuldbefreiungsver-
fahrens ist nach § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO die Verteilung der durch die Abtretung
erlangten Beträge. Begeht der Treuhänder hier einen Fehler, so stellen sich Fragen
des Bereicherungsausgleiches.

²²⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

²²⁶ *Döbereiner*, Restschuldbefreiung, S. 176 f.; *Wenzel*, VuR 1990, 121, 124.

²²⁷ *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht (1996), S. 391.

²²⁸ Maßgeblich *Ahrens*, DZWIR 1999, 45.

²²⁹ *Ahrens*, DZWIR 1999, 45, 50.

²³⁰ *Ahrens*, DZWIR 1999, 45, 52.

²³¹ BGH NZI 2006, 599, 600.

I. Rechtsnatur der treuhänderischen Vorausabtretung

Die Rechtsnatur der treuhänderischen Forderungsabtretung im Restschuldbefreiungsverfahren ist von Anbeginn umstritten. Trotz aller Reformen, trotz der Verlagerung des Anknüpfungzeitpunktes an die Verfahrenseröffnung und trotz Abschaffung der Ankündigung der Restschuldbefreiung und der Einführung des Begriffes der Abtretungsfrist ist die Diskussion im Wesentlichen immer noch unverändert. Nochmals: Während eine materiellrechtliche Theorie die Abtretung nach den Normen der §§ 398 ff. BGB behandeln möchte²³², sehen andere in der Abtretungserklärung eine Prozesshandlung²³³.

1. Materiell-rechtliche Theorie

Bereits die Formulierung der „Abtretungserklärung“, offenbar angelehnt an § 1154 BGB²³⁴, deutet auf einen Abtretungsvertrag durch zweiseitiges Rechtsgeschäft hin. Noch deutlicher wird der Gesetzgeber in den Materialien:

„Die Abtretungserklärung des Schuldners wird erst wirksam, wenn das Gericht den Treuhänder benennt und dieser durch die Übernahme des Amtes konkludent sein Einverständnis mit der Abtretung erklärt (vgl. § 398 Satz 1 BGB)“.²³⁵

Angesichts eines solch klaren gesetzgeberischen Willens erscheint es zunächst einmal methodisch fragwürdig, dass sich der BGH ganz ausdrücklich gegen die Konzeption einer Abtretung durch Rechtsgeschäft und für die Einordnung als Prozesshandlung ausspricht²³⁶. Das Bestehen von Schwierigkeiten bei der Konstruktion des materiell gedachten Abtretungsvertragsschlusses ist dem BGH und den übrigen Vertretern der prozessualen Einordnung zuzugestehen. Umso mehr erfordert es allerdings eine kritische Untersuchung.

a) Der Vertragsschluss

Der Übergang von Forderungen vom Schuldner auf den Treuhänder setzt nach Maßgabe der §§ 398 ff. BGB einen Abtretungsvertrag zwischen beiden voraus. In

²³² OLG Zweibrücken, ZVI 2002, 128, 129; Uhlenbruck/*Sternal*, InsO¹⁵, § 287 Rn. 50; KPB/*Wenzel*, § 287 Rn. 46; *Döbereiner*, Restschuldbefreiung, S. 176 f.

²³³ BGH NZI 2006, 599, 600; *Ahrens*, DZWIR 1999, 45; MüKo/*Stephan*, InsO, § 287 Rn. 114; K. Schmidt/*Henning*, InsO, § 287 Rn. 26.

²³⁴ *Jauernig*, in: FS für Uhlenbruck, S. 3, S. 16.

²³⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

²³⁶ BGH NZI 2006, 599, 600.

der Erklärung des Schuldners nach § 287 Abs. 2 InsO wird zunächst ein entsprechendes Angebot gesehen.²³⁷

aa) Annahme des Schuldners

Die Möglichkeit, dass es sich hier zugleich um die Annahme des Schuldners handeln könnte, wird wohl zurecht nicht diskutiert. Grund dafür ist die Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Erklärung des Schuldners die Person des Treuhänders noch nicht feststeht. Man müsste daher an eine Erklärung des Gerichts anknüpfen, welche ein Angebot an den Schuldner zur Forderungsabtretung an den Treuhänder darstellt, und diese dann später dem Treuhänder zurechnen. Eine solche Erklärung könnte im gerichtlichen Hinweis nach § 20 Abs. 2 InsO gesehen werden. Dieser hat den Schuldner ausdrücklich auch auf die Erklärung des § 287 Abs. 2 InsO und die damit verbundenen Folgen hinzuweisen.²³⁸ Legt man diesen Hinweis als Angebot eines Abtretungsvertrages aus, so könnte man die Zurechnung der Erklärung für den Treuhänder dadurch begründen, dass das Gericht für den (noch zu bestimmenden) Treuhänder als Vertreter ohne Vertretungsmacht die Erklärung abgibt und dieser den durch die Erklärung des Schuldners angenommenen Vertrag genehmigt. Es kann jedoch nicht überzeugen, das Gericht, welches einer gesetzlichen Hinweispflicht nachkommt, gleichzeitig als Vertreter ohne Vertretungsmacht anzusehen. Zudem versagt dieser Gedanke in Fällen, in denen das Gericht einen solchen Hinweis nicht erteilt, da der Schuldner bereits von sich aus einen Eigenantrag mit dem Antrag auf Restschuldbefreiung sowie der Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 InsO abgegeben hat. Eine Annahme durch den Schuldner lässt sich daher kaum begründen. Zudem ging auch der Gesetzgeber von einem Angebot durch den Schuldner aus.²³⁹

bb) Angebot des Schuldners

Gegen ein Angebot durch den Schuldner wird vorgebracht, dass zum Zeitpunkt der Erklärung die Person des Treuhänders als Zessionar noch nicht feststeht.²⁴⁰ Dieser wird durch das Gericht gemäß § 288 Satz 2 InsO bestimmt, wenn der Aufhebungs- oder Einstellungsbeschluss ergeht. Die Konstellation ähnelt somit in der Tat der Blankozession.²⁴¹ Dort überlässt es der Zedent einem Dritten, die Person des Zessionars zu bestimmen. Hinter diesem Begriff steht unter anderem die Frage zur rechtlichen Einordnung der Bestimmung durch den Dritten. Der Dritte, hier das

²³⁷ *Wenzel*, VuR 1990, 121, 124; *Döbereiner*, Restschuldbefreiung, S. 176; *Vallender*, VuR 1997, 155, 156; *Wittig*, WM 1998, 157, 209, 213; *KPB/Wenzel*, § 287 Rn. 47; *Uhlenbruck/Sternal*, InsO¹⁵, § 287 Rn. 55; *Römermann/Römermann*, InsO, § 287 Rn. 28.

²³⁸ LG Memmingen, NZI 2004, 44, 45.

²³⁹ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

²⁴⁰ *MüKo/Stephan*, InsO, § 287 Rn. 114.

²⁴¹ *KPB/Wenzel*, § 287 Rn. 47.

Insolvenzgericht, sei danach entweder Bote oder Stellvertreter des Zedenten, wobei die überwiegende Meinung den Dritten zwischen beiden Instituten ansiedelt und dabei die Regeln der Stellvertretung entsprechend anwendet.²⁴² Wird nun eingewandt, das Gericht könne weder Stellvertreter noch Bote sein, weil in der Wahl des Treuhänders keine rechtsgeschäftliche Handlung liege²⁴³ und das Gericht als staatliches Organ nicht dem Rechtskreis des Erklärenden zuzurechnen sei²⁴⁴, so verdeutlicht dies lediglich, dass die gerichtliche Bestimmung des Treuhänders sich nicht in das Muster der Blankozession eingefügt. Die Frage nach der rechtlichen Einordnung wird üblicherweise behandelt beim Problem des abredewidrig ausgefüllten Blanketts. Dies dürfte im Restschuldbefreiungsverfahren kaum Relevanz haben. Das bedeutet jedoch nicht, dass ohne feststehende Person des Treuhänders mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre sich kein wirksames Angebot des Schuldners begründen lässt. Wie für den Vertragsgegenstand genügt bezüglich des Vertragspartners die hinreichende Bestimmbarkeit.²⁴⁵ Die Abtretungserklärung kommt so einem Angebot *ad incertam personam* gleich. Es ist seit jeher anerkannt, dass sich ein Angebot zum Zeitpunkt der Abgabe an eine Person richten kann, die erst im Moment der Annahme endgültig bestimmt wird.²⁴⁶ Anders als jedoch beispielsweise das Aufstellen einer Zapfsäule²⁴⁷ richtet sich das Angebot nicht generell an das Publikum, sondern von vornherein an den kleineren Kreis der gerichtlich bestellten Treuhänder. Die Bestimmung des Treuhänders durch das Gericht stellt ein Factum dar, welches auch ohne rechtsgeschäftliche Qualität die Erklärung auf eine Person individualisiert. Ein Rückgriff auf die Rechtsfigur der Blankozession, welche stets von dem Dritten als ein Subjekt des Privatrechts ausgeht, ist somit nicht zwingend notwendig.²⁴⁸ In der Erklärung des Schuldners lässt sich ohne konstruktive Schwierigkeiten ein wirksames Angebot eines Abtretungsvertrages sehen.

cc) Zugang der Erklärung

Weiterhin wird der Zugang der Schuldnererklärung (Offerte) bestritten, da diese nicht gegenüber dem Gericht und nicht gegenüber dem Treuhänder erklärt wird.²⁴⁹ Um den Zugang doch zu begründen, wird dem Gericht die Rolle des Erklärungsboten zugeschrieben.²⁵⁰ Der BGH steht dieser Konstruktion ablehnend gegen-

²⁴² Keim, NJW 1996, 2774 m. w. N.

²⁴³ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 48.

²⁴⁴ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 142; ohne Begründung BGH NZI 2006, 599, 600.

²⁴⁵ MüKo/Westermann, BGB⁸, § 433 Rn. 29; BeckOGK/Möslein, BGB, § 145 Rn. 109.

²⁴⁶ Sohm, ZHR 17 (1872), 16, 47; vgl. auch RGZ 38, 185, 187.

²⁴⁷ BGH NJW 2011, 2871.

²⁴⁸ Wobei schon Sohm die Blankozession als „*cessio ad incertam personam*“ erfasste (ZHR 17 (1872), 16, 70 f.).

²⁴⁹ Jauernig, in: FS für Uhlenbruck, S. 3, S. 16; Ahrens, DZWIR 1999, 45, 49.

²⁵⁰ Döbereiner, Restschuldbefreiung, S. 176 Fn. 204.

über.²⁵¹ Da er eine Begründung schuldig bleibt, kann nur vermutet werden, dass es gegen das eigene Selbstverständnis verstößt, das Gericht als Erklärungsbote des Schuldners oder Empfangsbote des Treuhänders anzusehen. Zudem soll das Gericht nicht dem Rechtskreis des Schuldners zugeordnet werden können.²⁵² Gleiches ließe sich über den Treuhänder sagen. Bote ist jedoch nicht nur, wer rechtsgeschäftlich ermächtigt wurde oder nach der Verkehrsanschauung dem Rechtskreis des Erklärenden bzw. des Adressaten zugerechnet wird, sondern Bote kann auch sein, wer rechtlich zur Entgegennahme bzw. Weiterleitung einer Erklärung berufen ist.²⁵³ § 287 Abs. 2 InsO bestimmt mangels des noch nicht bestimmten Treuhänders das Gericht als Adressaten. Ergeht nun Beschluss gemäß § 288 Satz 2 InsO, hat dieser auch die Informationen der Abtretungserklärung des Schuldners zu enthalten.²⁵⁴ Dies spricht für das Gericht als Erklärungsboten des Schuldners. Zudem steht dem Treuhänder gegenüber dem Gericht ein Recht auf Akteneinsicht zu.²⁵⁵ Die Abtretungserklärung wird typischerweise in schriftlicher Form dem schriftlichen Antrag auf Restschuldbefreiung beigelegt sein.²⁵⁶ Spätestens mit Amtsantritt durch den Treuhänder hat dieser somit die Möglichkeit, Kenntnis von der Abtretungserklärung des Schuldners zu nehmen. Mehr ist für den Zugang und damit für das Wirksamwerden nicht erforderlich.²⁵⁷ Auch gegenüber einer Behörde genügt bereits der Zugang in der Poststelle.²⁵⁸ Dass die Erklärung ihren weiteren Weg zum zuständigen Sachbearbeiter nimmt, ist nicht erforderlich.²⁵⁹

Darin könnte eine Empfangsbotschaft des Gerichts für den Treuhänder zu sehen sein. Doch der Zugang beim Treuhänder lässt sich somit auch begründen, wenn man das Gericht weder als Erklärungsboten noch als Empfangsboten kraft Gesetzes ansieht, indem auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Treuhänder abgestellt wird.

Der BGH geht davon aus, dass die Annahme durch den Treuhänder sowie deren Zugang nur fingiert werden könne.²⁶⁰ Der Gesetzgeber hingegen sah die Annahme in der Amtsübernahme durch den Treuhänder.²⁶¹ Mit der Amtsübernahme geht die Pflicht des Treuhänders gemäß § 292 Abs. 1 InsO einher, die Rolle des Zessionars in der Forderungsabtretung des Schuldners einzunehmen. Aus der Amtsübernahme ergibt sich somit unzweideutig der Annahmewille des Treuhänders bezüglich der

²⁵¹ BGH NZI 2006, 599, 600.

²⁵² FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 142; Ahrens, DZWIR 1999, 45, 47.

²⁵³ Für den JVA-Mitarbeiter BGH NJW 2018, 3331, 3333.

²⁵⁴ MüKo/Stephan, InsO, § 288 Rn. 37; Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 288 Rn. 22.

²⁵⁵ Vgl. AG Göttingen, Beschluss vom 15. April 2015 – 74 IN 31/15 –, juris.

²⁵⁶ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 155.

²⁵⁷ John, AcP 184 (1984), 385, 404.

²⁵⁸ BGHZ 145, 44, 48.

²⁵⁹ Neuner, BGB AT, § 33 Rn. 13.

²⁶⁰ BGH NZI 2006, 599, 600.

²⁶¹ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

Abtretungserklärung des Schuldners. Den Voraussetzungen einer konkludenten Annahme ist damit genüge getan.²⁶² Auch ist der Zugang in diesem Fall nach § 151 Satz 1 BGB entbehrlich.²⁶³ Es ist anerkannt, dass bei einem Kontrahierungszwang des Erklärungsempfängers keine Annahme zu erwarten ist.²⁶⁴ Bestritten wird zwar die Pflicht des Treuhänders, die Bestellung durch das Gericht anzunehmen²⁶⁵, hat er jedoch sein Amt angetreten, besteht eine solche Pflicht zur Annahme aus § 292 Abs. 1 InsO. Der Schuldner bedarf somit nicht des Zugangs einer ausdrücklichen Annahmeerklärung.

dd) Zwischenergebnis

Es kann daher mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre ein Abtretungsvertrag zwischen Schuldner und Treuhänder konstruiert werden. Der Schuldner gibt durch die Abtretungserklärung ein Angebot auf Abschluss eines Abtretungsvertrags ab, welches durch den Treuhänder durch Amtsantritt angenommen wird.

b) Wechsel in der Person des Treuhänders

Die Konstruktion eines rechtsgeschäftlichen Abtretungsvertrages stößt jedoch noch auf weitere Bedenken. Insbesondere ein Wechsel in der Person des Treuhänders zeigt der materiell-rechtlichen Theorie scheinbar ihre Grenzen auf. Während der Treuhandperiode kommt es zu einem Wechsel in der Person des Treuhänders, wenn dieser stirbt²⁶⁶ oder gemäß §§ 292 Abs. 3 Satz 2, 59 InsO entlassen wird. Das Gericht hat in diesen Fällen durch Beschluss einen neuen Treuhänder zu bestimmen. In beiden Fällen stellt sich die Frage, wie sich das Ausscheiden aus dem Amt auf die rechtliche Zuordnung der abgetretenen Forderungen auswirkt.

aa) Schicksal der Forderungen im Falle eines Treuhänderwechsels

Beim Tod des Treuhänders ist zunächst denkbar, dass die Rechtsposition als Partei des Abtretungsvertrages im Wege der Universalsukzession auf dessen Erben übergeht.²⁶⁷ Dies entspricht weder dem Interesse des Schuldners noch dem des verstorbenen Treuhänders. Des Weiteren entzieht es den Insolvenzgläubigern den Zugriff auf haftendes Vermögen.

²⁶² BGHZ 160, 393, 397.

²⁶³ A. A. Ahrens, DZWIR 1999, 45, 49.

²⁶⁴ Staudinger/Bork (2020), BGB, § 151 Rn. 8.

²⁶⁵ KPB/Wenzel, § 291 Rn. 3; a. A. Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 288 Rn. 18.

²⁶⁶ Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 292 Rn. 12.

²⁶⁷ So FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 144.

(1) *Vererblichkeit des Vermögens des Treuhänders*

Grundsätzlich geht zwar das Treuhandvermögen nach § 1922 BGB über²⁶⁸, jedoch könnte es hier angebracht erscheinen, eine Unvererblichkeit dieser Rechtsposition anzunehmen. Die Rechtsposition als Partei des Abtretungsvertrages liegt in der Rechtstellung des Erblassers als gerichtlich bestellter Treuhänder in einem fortzusetzenden Verfahren begründet und spricht somit für die Unvererblichkeit.²⁶⁹ Weiterhin kann in der Unübertragbarkeit zu Lebzeiten ein Indiz für die Unvererblichkeit gesehen werden.²⁷⁰ Wobei aus einem gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Abtretungs- oder Übertragungsverbot nicht zwingend die Unvererblichkeit einer Rechtsstellung folgt.²⁷¹ Wie bereits dargestellt ist die Abtretung an den Treuhänder durch die Vorschriften §§ 287 Abs. 3 und 294 Abs. 2 InsO vor Verpflichtungen und Verfügungen geschützt. Als ausschließlicher Forderungsinhaber durch die Abtretung des Schuldners ist es dem Treuhänder aber möglich, Forderungen seinerseits abzutreten.²⁷² Eine solche Abtretung würde zwar eine Pflichtverletzung darstellen und die Haftung des Treuhänders auslösen, sie müsste dennoch als wirksam angesehen werden. Dies spricht gegen die Annahme einer Unvererblichkeit der abgetretenen Forderungen, die sich im Vermögen des Treuhänders befinden. Es gilt auch die Konsequenzen zu bedenken, welche aus einer Unvererblichkeit folgen würden. Denn dort, wo das BGB die Unvererblichkeit anordnet, so erlöschen diese Rechte typischerweise mit dem Erbfall.²⁷³ Da das Erlöschen der abgetretenen Forderungen mit dem Tode des Treuhänders unvereinbar mit den Interessen des Schuldners und den Interessen der Insolvenzgläubiger wäre, müsste es bei der Annahme zu einer Sonderrechtsnachfolge kommen. Als Begünstigter einer solchen Sonderrechtsnachfolge käme mangels eines neuen Treuhänders im Zeitpunkt des Todes des alten Treuhänders nur der Schuldner in Betracht. Die Annahme einer solchen Sonderrechtsnachfolge ohne einen positiven Anknüpfungspunkt im Gesetz ist jedoch abzulehnen.²⁷⁴ Zumal würde die Annahme einer Unvererblichkeit noch keine Aussage

²⁶⁸ Staudinger/Kunz (2017), BGB, § 1922 Rn. 378.

²⁶⁹ Vgl. Staudinger/Kunz (2017), BGB, § 1922 Rn. 75.

²⁷⁰ MüKo/Leipold, BGB⁹, § 1922 Rn. 19.

²⁷¹ Staudinger/Kunz (2017), BGB, § 1922 Rn. 73; siehe zur Vererblichkeit von Immaterialgüterrechten Lange, Erbrecht, § 9 Rn. 38; siehe zur Vererblichkeit des postmortalen Persönlichkeitsschutzes Muscheler, Erbrecht I, Rn. 747.

²⁷² § 287 Abs. 3 InsO richtet sich von vornherein nur an den Schuldner, während § 294 Abs. 2 InsO eine Abtretung des Treuhänders nur an einen Insolvenzgläubiger erfassen würde.

²⁷³ So beim Vorkaufsrecht nach § 473 BGB; wie auch beim Nießbrauch an Sachen nach § 1061 BGB und an Rechten § 1068 Abs. 2 BGB; vgl. auch die Urheberschaft i. S. d. § 7 UrhG, welche nicht Wege des § 1922 BGB übergeht.

²⁷⁴ Beispiel einer gesetzlich geregelten Sonderrechtsnachfolge ist etwa das Eintrittsrecht nach § 563 BGB bei Tod des Mieters; auch die treuhänderische Wahrnehmung des Schutzes des ideellen postmortalen Persönlichkeitsrechts durch nahe Angehörige, die nicht zwingend die Erben sein müssen, ist als Sonderrechtsnachfolge im Gesetz angelegt, vgl. Muscheler, Erbrecht I, Rn. 747.

über das Schicksal des Abtretungsvertrages im Falle der Entlassung des Treuhänders gemäß §§ 292 Abs. 3 Satz 2, 59 InsO treffen.

(2) Auflösende Bedingung des Abtretungsvertrages

Anzusetzen ist daher bei der Abtretungserklärung des Schuldners. Diese ist dahin auszulegen, dass nur Partei des Abtretungsvertrages sein kann, wer durchgehend Inhaber des Treuhänderamtes ist. Der Schuldner hat keinerlei Interesse, seine pfändbaren Gehaltsforderungen an einen entlassenen Treuhänder oder an den Erben eines gestorbenen Treuhänders abzutreten. Er nimmt die Abtretung lediglich vor, um erfolgreich das Restschuldbefreiungsverfahren zu durchlaufen, dessen Voraussetzungen die Abtretung an den Treuhänder ist, damit dieser im Wege seines Amtes die erlangten Beträge an die Insolvenzgläubiger verteilt. Der Abtretungsvertrag steht damit unter der auflösenden Bedingung, dass der gerichtlich bestellte Treuhänder sein Amt für die Dauer der Abtretungsfrist nicht verliert.²⁷⁵

Verliert somit der Treuhänder sein Amt, verliert gleichzeitig der Abtretungsvertrag mit dem Schuldner seine Wirkung für die Zukunft nach § 158 Abs. 2 BGB. Ab diesem Moment gehen somit keine Forderungen mehr im Wege der Abtretung über. Geschieht dies vor Ablauf der Abtretungsfrist, so kann dies noch nicht das endgültige Aus der gesetzlich vorgesehenen Treuhandzeit und damit des Restschuldbefreiungsverfahrens bedeuten. In einem Fortschreiten der Treuhandzeit bei gleichzeitigem Ende des Abtretungsvertrages wird nun ein Verstoß gegen § 299 InsO gesehen.²⁷⁶ Ihrem Wortlaut nach ist die Vorschrift auf die Versagung gemäß der aufgezählten Fälle eingerichtet. Hiernach treten *gleichzeitig* das Ende der Abtretungsfrist, das Ende des Treuhänderamtes und das Ende der Beschränkung der Rechte der Gläubiger ein. Aus den Rechtsfolgen des § 299 InsO allein kann jedoch nicht gefolgert werden, dass die Unwirksamkeit des Abtretungsvertrages nicht ohne das Ende der verbleibenden Treuhandzeit gedacht werden kann. Die Vorschrift ist für Fälle der vorzeitigen *endgültigen* Beendigung des Restschuldbefreiungsverfahrens vorgesehen. Der BGH wendet die Vorschrift zudem entsprechend an, wenn es an Gläubigern mit offenen Forderungen im Restschuldbefreiungsverfahren fehlt.²⁷⁷ Aufgrund der vergleichbaren Interessenlage zu den in der Norm selbst aufgezählten Fällen überzeugt es, die Rechtsfolgen des § 299 InsO auf Konstellationen anzuwenden, in den sich ebenfalls das Verfahren endgültig erledigt. Im Falle des Todes oder der Entlassung des Treuhänders hat sowohl der Schuldner als auch seine Gläubiger ein Interesse daran, das Verfahren fortzusetzen. Insofern verstößt die Beendigung des Abtretungsvertrages bei Fortsetzung des Restschuldbefreiungsvertrages nicht gegen § 299 InsO, da die Vorschrift in diesen Fällen nicht anwendbar ist.

²⁷⁵ Ähnlich Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 48.

²⁷⁶ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 144.

²⁷⁷ BGH NZI 2005, 399; BGH NZI 2011, 947.

bb) Übergang auf den neuen Treuhänder

Wird das Restschuldbefreiungsverfahren nun fortgesetzt, so ist zu untersuchen, wie der Forderungsübergang von statten geht, wenn das Gericht nach Tod oder Entlassung des ersten Treuhänders einen neuen Treuhänder bestimmt. Ausgehend von den bisherigen Erkenntnissen über die materiell-rechtliche Theorie hat der auflösend bedingte Abtretungsvertrag seine Wirksamkeit verloren. Damit das Abtretungsmodell des Gesetzgebers aufginge, müsste sich auch mit dem neuen Treuhänder der Abschluss eines Abtretungsvertrages konstruieren lassen.

(1) Angebot an den neuen Treuhänder

Für diesen Abtretungsvertrag bedarf es eines Anknüpfungspunktes für eine Offerte des Schuldners. Da die InsO zu dieser Frage schweigt, kommt als Angebot des Schuldners nur seine ursprüngliche Erklärung nach § 287 Abs. 2 InsO in Betracht. Der BGH deutet selbst die Möglichkeit an, diese Erklärung als ein Angebot zum Abschluss einer Vielzahl von Verträgen auszulegen.²⁷⁸ Hier jedoch dürfte die Auslegung der Erklärung an Grenzen stoßen.²⁷⁹ Denn versteht man nun die Erklärung als Angebot *ad incertam personam*, so ist festzustellen, dass sich die zum Zeitpunkt der Abgabe bezüglich des Vertragspartners noch unbestimmte Erklärung durch die Annahme des gerichtlich bestimmten Treuhänders auf diesen individualisiert.²⁸⁰ Die Erklärung ist also mit ihrer Annahme durch den ursprünglich gerichtlich bestimmten Treuhänder verbraucht. Sie stellt sich nicht als ein Angebot an eine Vielzahl an Personen dar, sondern als ein Angebot an *eine* noch zu bestimmende Person. Der Schuldner wird bei Abgabe der Erklärung nur vom Abschluss eines Abtretungsvertrages ausgehen. Auch wenn man seine Erklärung dahingehend auslegt, dass der Schuldner Restschuldbefreiung unter den jeweils gültigen gesetzlichen Bestimmungen anstrebt,²⁸¹ so bleibt festzuhalten, dass auch die InsO trotz der Möglichkeit eines Treuhänderaustausches nach §§ 292 Abs. 2, 59 InsO nicht ausdrücklich den Abschluss eines weiteren Abtretungsvertrages mit dem neuen Treuhänder vorsieht.

Zu erwägen ist jedoch, ob der Schuldner nach Verlust der Amtsstellung des ursprünglichen Treuhänders nicht dennoch eine neue Abtretungserklärung abgeben könnte, die ihrerseits durch Amtsantritt des neuen Treuhänders angenommen werden könnte. Da es diesbezüglich an einer Regelung fehlt, wird der Schuldner verständlicherweise von sich aus hierzu keine Veranlassung sehen. Es bedürfte somit im Falle des Amtsverlustes eines Treuhänders eines entsprechenden Hinweises durch das Insolvenzgericht an den Schuldner. Ein solches Hinweisgebot ließe sich aus der Fürsorge um den typischerweise rechtlich ungeschulten Schuldner ablei-

²⁷⁸ BGH NZI 2006, 599, 600.

²⁷⁹ So auch aus anderen Gründen FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 145.

²⁸⁰ Vgl. Sohm, ZHR 17 (1872), 16, 69 f.

²⁸¹ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 48 im Hinblick auf BGH NZI 2006, 599, 600.

ten.²⁸² Bei Annahme eines Forderungsüberganges aufgrund eines Abtretungsvertrages wäre der Abschluss eines neuen Abtretungsvertrages nach vorzeitigem Ende eines früheren Vertrages die logische Folge. Mag darin auch eine zusätzliche Formalität gesehen werden. Dem Schuldner entstünde hierdurch kein Nachteil. Der Schuldner kann grundsätzlich²⁸³ jederzeit seinen Antrag auf Restschuldbefreiung zurücknehmen und hierdurch den Abtretungsvertrag zu Fall bringen, dessen Bestand an die Bedingung der Amtsstellung des Treuhänders geknüpft ist. Kommt es nun vorzeitig zum Ende der Amtsstellung des Treuhänders, kann der Schuldner, wie sonst auch, frei entscheiden, ob er sich weiterhin den Anstrengungen des Restschuldbefreiungsverfahrens aussetzt, oder ob er das Verfahren so enden lässt. Dies freilich mit der Konsequenz, dass ihm eine Restschuldbefreiung versagt bliebe. Darüber wäre der Schuldner in dem Hinweis durch das Insolvenzgericht zu unterrichten. Bei Abgabe der neuen Abtretungserklärung ist selbstverständlich die bereits verstrichene Zeit, welche seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens vergangen ist, zu berücksichtigen. Gegen die Abgabe einer neuen Abtretungserklärung durch den Schuldner nach entsprechendem Hinweis durch das Insolvenzgericht lässt sich lediglich anführen, dass es *de lege lata* nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Eine entsprechende Ergänzung des Gesetzestextes steht ebenfalls nicht zu erwarten, da der Gesetzgeber sich seit seinem Verweis auf § 398 Satz 1 BGB im Regierungsentwurf aus dem Jahre 1992 nicht wieder zur Rechtsnatur der Abtretungserklärung und zu den Konsequenzen seines eigenen Modells bekannt hat. So hat die Abgabe einer neuen Abtretungserklärung aufgrund eines entsprechenden Hinweises zugegeben den empfindlichen Nachteil, dass für den Schuldner wie für das Insolvenzgericht der weitere Verfahrensablauf, aufgrund der Nichtadressierung durch das Gesetz, mit einer rechtlichen Unsicherheit verbunden ist. Wobei der Schuldner diese rechtliche Unsicherheit sicherlich dem endgültigen Abbruch des Restschuldbefreiungsverfahrens vorziehen wird. Demgegenüber würde eine weitere Abtretungserklärung des Schuldners diesem vor Augen führen, dass damit das begonnene Verfahren mit einem neuen Treuhänder ab diesem Zeitpunkt fortgesetzt wird. Es ließe sich daher auch eine gesteigerte Rechtssicherheit für den Schuldner und den neuen Treuhänder begründen.

(2) Berechtigung des neuen Treuhänders

Wird das Zustandekommen eines neuen Abtretungsvertrages verneint, so muss das Schicksal der Gehaltsforderungen im fortgesetzten Restschuldbefreiungsverfahren weiter untersucht werden. Bestimmt das Gericht einen neuen Treuhänder und nimmt dieser sein Amt auf, so hat er zunächst nach § 292 Abs. 1 Satz 1 InsO die Drittschuldner in Kenntnis zu setzen. Zieht jetzt der Treuhänder bei einem Drittschuldner Forderungen ein, um Beträge später nach § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO an die

²⁸² BT-Drs. 14/6468, S. 17 f.

²⁸³ Dem könnte lediglich die Sperrfristregelung aus § 287a Abs. 2 InsO entgegenstehen. Siehe dazu C. I. 2. g).

Insolvenzgläubiger zu verteilen, müsste der neue Treuhänder bei konsequenter Anwendung der materiell-rechtlichen Theorie als Nichtberechtigter im Sinne des § 816 Abs. 2 BGB angesehen werden.

Im Hinblick auf die Unterrichtung der Drittschuldner durch den neuen Treuhänder ist eine Analogie von § 409 BGB bedenkenswert.²⁸⁴ Das Auftreten des Treuhänders gegenüber den Drittschuldnern ähnelt dem Fall des vermeintlichen Zessionars, der gemäß § 409 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Abtretungsurkunde vorlegt. Zweifel bezüglich der Ähnlichkeit können zunächst aufkommen, als dass die Unterrichtung gemäß § 292 Abs. 1 Satz 1 InsO keinerlei Form bedarf²⁸⁵. Für eine Ähnlichkeit mit einer Abtretungserklärung ließe sich jedoch anführen, dass die Unterrichtung zumeist durch Übersenden einer Kopie des Ernennungsbeschluss und Kopie der Abtretungserklärung erfolgt.²⁸⁶ Zumal rechtfertigt die gerichtliche Bestellung ein gesteigertes Vertrauen der Drittschuldner an dessen Berechtigung. Dennoch vermag die Lösung einer entsprechenden Anwendung von § 409 BGB nicht zu überzeugen. Mit ihr ließe sich zwar eine befreiende Wirkung einer Zahlung eines Drittschuldners begründen, jedoch müsste dies bei konsequenter rechtlicher Einordnung des neuen Treuhänders als Nichtberechtigter einen Kondiktionsanspruch des Schuldners im Sinne des § 816 Abs. 2 BGB gegen diesen nach sich ziehen. Die Verteilung an die Insolvenzgläubiger jedoch durch einen solchen Anspruch des Schuldners zu gefährden, widerspricht evident den Zielen des Restschuldbefreiungsverfahrens.

Auch eine Genehmigung der Zahlungen von Drittschuldnern an den neuen Treuhänder durch den Schuldner selbst scheint nicht gangbar. Ausdrücklich erklärt der Schuldner eine solche nicht. Für die Annahme einer konkludenten Genehmigung²⁸⁷ durch den Schuldner fehlt es einmal mehr an einem Anknüpfungspunkt. Das bloße Übersichergehenlassen des Restschuldbefreiungsverfahrens ist hierfür nicht ausreichend. Zumal wäre auch bei einer Genehmigung der Schuldner nach § 816 Abs. 2 BGB grundsätzlich dazu in der Lage, beim Treuhänder zu kondizieren.

²⁸⁴ Vgl. Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 50.

²⁸⁵ KPB/Wenzel, § 292 Rn. 9.

²⁸⁶ MüKo/Stephan, InsO, § 292 Rn. 34; Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 292 Rn. 23.

²⁸⁷ Die Genehmigung der Leistungsannahme durch den Nichtberechtigten ist umstritten. Teile der Literatur stehen einer solchen ablehnend gegenüber (Weimar, JR 1966, 461; Roth, JZ 1972, 150, 152; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 355; Staudinger/Lorenz (2007), BGB, § 816 Rn. 32; Staudinger/Linardatos (2024), BGB, § 816 Rn. 0.61). Während andere mit dem BGH eine solche Genehmigung uneingeschränkt bejahen (Grüneberg/Sprau, § 816 Rn. 21; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 192; BGHZ 85, 267, 272 f.; BGHZ 106, 381, 390; BGH NJW-RR 1990, 1200, 1201), verneint Schwab dagegen die Möglichkeit der konkludenten Genehmigungserteilung (MüKo, BGB⁹, § 816 Rn. 99).

cc) Zwischenergebnis

Sofern der neue Treuhänder nicht als Nichtberechtigter anzusehen ist, kann die materiell-rechtliche Theorie allein den Wechsel in der Person des Treuhänders tatsächlich nicht erfassen. Konsequente Fortsetzung des materiell rechtlichen Verständnisses der Abtretungserklärung ist daher die Abgabe einer neuen Abtretungserklärung aufgrund eines entsprechenden Hinweises durch das Insolvenzgericht.

2. Prozessuale Theorie

Nach der prozessualen Theorie handelt es sich bei der Abtretungserklärung des Schuldners nach § 287 Abs. 2 InsO um eine reine Prozesshandlung.²⁸⁸ Begründet wird dies mit der Funktion der Abtretungserklärung als Verfahrensvoraussetzung innerhalb des Restschuldbefreiungsverfahrens.²⁸⁹ Charakteristisch sei danach die verfahrensgestaltende Wirkung der Abtretungserklärung im Sinne eines funktionellen Prozesshandlungsbegriffes.²⁹⁰ Zumal soll sie innerhalb der Prozesshandlungslehre eine Erwirkungshandlung²⁹¹ darstellen.²⁹²

Im Folgenden wird die Entwicklung des Begriffes der Prozesshandlung dargestellt und herausgearbeitet, welche Anforderungen an eine Prozesshandlung zu stellen sind. An diesen Anforderungen soll die Abtretungserklärung des Schuldners gemessen werden.

a) Von der Parteihandlung und dem Begriff der Prozesshandlung

Schon zu Zeiten des gemeinen Rechts findet sich der Begriff der Parteihandlung. Dabei meinte Parteihandlung zunächst lediglich die Handlungen der Parteien, die das Gericht in den Stand versetzen sollten, eine Entscheidung in der Sache zu treffen.²⁹³ Charakteristisch für die Parteihandlung war demnach, dass sie an das Gericht adressiert war.²⁹⁴ Als Willenserklärung der Partei an das Gericht²⁹⁵ war die Parteihandlung noch nicht trennscharf von den Institutionen des materiellen Rechts abgrenzbar. Doch bereits zu dieser Zeit galt die Parteihandlung als im Grundsatz frei

²⁸⁸ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 50 f.

²⁸⁹ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 50.

²⁹⁰ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 51; funktioneller Prozesshandlungsbegriff bei Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 291.

²⁹¹ Begrifflichkeit stammt von Goldschmidt und wird beim erweiterten Prozesshandlungsbegriff erörtert (Der Prozeß als Rechtslage, S. 364).

²⁹² FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 150.

²⁹³ Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 89 f.

²⁹⁴ Bülow, Allgemeines deutsches Zivilprozeßrecht, S. 169.

²⁹⁵ Bülow, Allgemeines deutsches Zivilprozeßrecht, S. 169.

widerrufbar,²⁹⁶ wodurch sie sich von einer Erklärung des materiellen Rechts unterschied. Dies bildet bis heute einen der Eckpfeiler der Prozesshandlungslehre.

Unter Geltung der CPO emanzipierte sich das Zivilprozessrecht zusehends vom materiellen Zivilrecht.²⁹⁷ Diese Entwicklung lässt sich auch an der Parteihandlung nachvollziehen. Für sie findet sich nun vermehrt der Begriff der Prozesshandlung.²⁹⁸ Dabei ist diese Bezeichnung nicht der Versuch, auch die Handlungen des Richters zu erfassen, von ihnen ist innerhalb der Prozesshandlungslehre weniger die Rede,²⁹⁹ sondern er ist Ausdruck der Bestrebungen, die Handlungen der Parteien im Zivilprozess von den bürgerlich rechtlichen Rechtsgeschäften abzugrenzen³⁰⁰. Die prozessrechtliche Qualifikation sollte dabei den Rückgriff auf das materielle Recht im Hinblick auf die Voraussetzungen und Wirkungen vollständig ausschließen.³⁰¹ Insbesondere sprach man sich dafür aus, die Prozesshandlung von den Regeln über die Irrtums- und Täuschungsanfechtung des BGB freizuhalten.³⁰² Zum Teil wurde dies auch mit dem bereits angesprochenen Umstand begründet, dass aufgrund der Möglichkeit des einseitigen Widerrufs der Prozesshandlung kein Bedürfnis für die an die Anfechtungsgründe gebundene Anfechtung bestehen sollte.³⁰³ Ferner wurde der prozessualen Qualifikation für das internationale Privatrecht Bedeutung beigemessen.³⁰⁴

b) Historisch enger Prozesshandlungsbegriff

Nähert man sich tatsächlich einmal der Abtretungserklärung von der Prozesshandlungslehre her, so wäre diese zunächst an dem historisch engen Prozesshandlungsbegriff zu messen. Danach sei eine Handlung einer Partei dann eine Prozesshandlung, wenn diese nach ihrer gedachten, im Gesetz bestimmten, abstrakten Erscheinung unmittelbar das Prozessverhältnis zu begründen, fortzuentwickeln oder zu beenden vermag.³⁰⁵ Nach diesem heutzutage nicht mehr vertretenen Begriff wäre die Abtretungserklärung nicht als Prozesshandlung einzuordnen. Es ist bereits

²⁹⁶ *Bülow*, Allgemeines deutsches Zivilprozessrecht, S. 170.

²⁹⁷ Exemplarisch *Rosenberg*, Lehrbuch Zivilprozessrecht¹, S. 4 f.; besonders drastisch *Kohler*, ZZP 33 (1904), 211, 218.

²⁹⁸ *Wach*, Civilprozessrecht, S. 576 f.; *Hellwig*, in: FG für Gierke II, S. 41, 43 ff.

²⁹⁹ *Stein/Jonas/Kern* (2017), vor § 128 Rn. 237; siehe zu den Prozesshandlungen des Gerichts *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷, S. 292 f.

³⁰⁰ *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, S. 365; *Rosenberg*, Lehrbuch Zivilprozessrecht⁹, S. 273 f.

³⁰¹ *Hellwig*, in: FG für Gierke II, S. 41, 51; *Gaup/Stein/Jonas* (1933), ZPO, vor § 128 V. 1.

³⁰² *Hellwig*, in: FG für Gierke II, S. 41, 104; *Niese*, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 85.

³⁰³ *Gaup/Stein/Jonas* (1933), ZPO, vor § 128 V. 4.

³⁰⁴ *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, S. 9.

³⁰⁵ *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozess, S. 63; *Walsmann*, AcP 102 (1907), 1, 22; vgl. auch RGZ 56, 333, 334.

dargelegt worden, dass die Abtretungserklärung erst ihre Wirkung entfaltet, wenn das Gericht gemäß § 288 Satz 2 InsO gemeinsam mit dem Aufhebungs- oder Einstellungsbeschluss den Treuhänder per Beschluss bestimmt. Zwar ist die Abtretungserklärung notwendige Voraussetzung für die Eingangsentscheidung nach § 287a Abs. 1 InsO, jedoch führen erst der Eröffnungsbeschluss und die Eingangsentscheidung selbst dazu, dass zunächst das Insolvenzverfahren eröffnet wird und der Schuldner im Hinblick auf das folgende Restschuldbefreiungsverfahren die §§ 287b und 290 InsO zu beachten hat. Mithin kommt der Abtretungserklärung keine unmittelbare verfahrensgestaltende Wirkung zu.

c) Erweiterter Prozesshandlungsbegriff

Das Kriterium der Unmittelbarkeit aufgebend definierte ein erweiterter Prozesshandlungsbegriff diejenigen Handlungen der Parteien als Prozesshandlungen, die prozessuale Folgen haben, das heißt die prozessuale Rechtslage in der Form gestalten, dass prozessuale Aussichten, Möglichkeiten, Lasten oder Befreiungen begründet, verändert oder vernichtet werden.³⁰⁶ Auf diesen Begriff aufbauend wird bei Prozesshandlungen unterschieden zwischen Bewirkungshandlungshandlungen und Erwirkungshandlungen.³⁰⁷ Der Begriff der Bewirkungshandlung deckt sich scheinbar mit dem der historisch engen Prozesshandlung. Bewirkungshandlungen nämlich rufen ohne Einwirkung auf einen Richter, also unmittelbar, eine prozessgestaltende Wirkung hervor.³⁰⁸ Diese prozessgestaltende Wirkung steht jedoch in Zweckbeziehung zu einer bereits vorgenommenen oder noch vorzunehmenden Erwirkungshandlung.³⁰⁹ Erwirkungshandlungen sind dazu bestimmt, durch *psychische Einwirkung* auf den Richter eine Entscheidung bestimmten Inhalts herbeizuführen.³¹⁰ Das Verhältnis dieses Begriffspaares wird deutlich am Beispiel von Klageantrag und Klagerücknahme. Während der Klageantrag zunächst auf eine bestimmte gerichtliche Entscheidung abzielt, bewirkt die Klagerücknahme aus sich selbst heraus den Wegfall der Rechtshängigkeit und wird damit *bestimmender Umstand für die Bewertung der Erwirkungshandlung*³¹¹ in Form des Klageantrags.

Die Einordnung der Abtretungserklärung als Erwirkungshandlung³¹² überzeugt dabei nicht. Ihr Zweck ist gerade nicht durch Einwirkung auf den Richter eine Entscheidung bestimmten Inhalts herbeizuführen. Dies soll vielmehr durch den

³⁰⁶ Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 363 f.; Hellwig, in: FG für Gierke II, S. 41, 49 f.

³⁰⁷ Zu diesem Begriffspaar grundlegend Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 364, S. 456 f.

³⁰⁸ Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 456.

³⁰⁹ Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 456.

³¹⁰ Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 364; unter Beachtung von RGZ 56, 333, 335.

³¹¹ Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 457.

³¹² FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 150.

Antrag³¹³ des Schuldners auf Restschuldbefreiung geschehen. Durch die Ausgestaltung der Abtretungserklärung als zwingende Verfahrensvoraussetzung tritt die Zweckbeziehung beider Erklärungen klar hervor. Die Abtretungserklärung wird immer in Bezug auf den Antrag auf Restschuldbefreiung abgeben, wobei gleichzeitig ohne deren Abgabe der Erfolg dieser Erwirkungshandlung versagt bliebe.³¹⁴ Wenn dies auch dafür spricht die Abtretungserklärung innerhalb der Prozesshandlungslehre als Bewirkungshandlung zu qualifizieren, so gilt es insofern zu bedenken, dass ihr zuvor die unmittelbare verfahrensgestaltende Wirkung abgesprochen wurde. Während Goldschmidt noch alles, was nicht Erwirkungshandlung war, als Bewirkungshandlung verstand,³¹⁵ so rückte nach ihm eben diese den Prozess gestaltende Wirkung auch für den Begriff der Bewirkungshandlung in den Blickpunkt³¹⁶.

d) Funktionaler Prozesshandlungsbegriff

Diese Fokussierung auf die prozessgestaltende Wirkung legte das Fundament für den funktionellen Prozesshandlungsbegriff nach heutigem Verständnis. Danach ist eine

„Prozesshandlung jedes äußere, auf einem bewussten Willen (Handlungswillen) beruhende Verhalten einer Partei, dessen charakteristische Wirkung entweder in der Gestaltung des Verfahrens oder in der Schaffung eines Tatbestandes besteht, der sich auf ein bestimmtes Verfahren bezieht und mit der Geltendmachung im Prozess eine Verfahrensgestaltung herbeiführt oder verhindert.“³¹⁷

Das entscheidende Abgrenzungskriterium, um Prozesshandlungen von Handlungen des materiellen Rechts zu unterscheiden, ist das der charakteristischen Wirkung. Charakteristisch meint die Hauptwirkung, es darf sich bei der verfahrensgestaltenden Wirkung nicht um bloße Nebenwirkungen handeln.³¹⁸ Zunächst setzt dieser Begriff jedoch eine Schaffung eines Tatbestandes voraus, mit dem die Verfahrensgestaltung ermöglicht oder verhindert werden kann.³¹⁹

Der Gesetzgeber hat die Abtretungserklärung in § 287 Abs. 2 InsO als zwingende Verfahrensvoraussetzung ausgestaltet.³²⁰ Wird sie vom Schuldner nicht ab-

³¹³ Goldschmidt sieht in den Anträgen den Prototyp einer Erwirkungshandlung (Der Prozeß als Rechtslage, S. 381).

³¹⁴ Vgl. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 457.

³¹⁵ Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, S. 120.

³¹⁶ Stein/Jonas/Pohle (1953), vor § 128 IV 4. b); so noch in heutiger Zeit Stein/Jonas/Kern (2017), vor § 128 Rn. 241.

³¹⁷ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 291; so auch Stein/Jonas/Kern, vor § 128 Rn. 241.

³¹⁸ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 287.

³¹⁹ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 286 f.

³²⁰ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 42.

gegeben, verwirft das Gericht den Restschuldbefreiungsantrag im Rahmen der Eingangsentscheidung als unzulässig.³²¹ Damit kommt der Abtretungserklärung fraglos verfahrensgestaltende Wirkung zu. Diese verfahrensgestaltende Wirkung stellt jedoch nicht die charakteristische Wirkung³²² der Abtretungserklärung dar. Zweck der Abtretungserklärung ist ebenso, unabhängig von der Konstruktion, der Übergang von pfändbaren Forderungen des Schuldners auf den Treuhänder. Dem Abstellen auf diesen Zweck wird jedoch der Einwand entgegengebracht, dass ein tatsächlicher Forderungsübergang keinesfalls zwingend ist, da die Abtretung in den Fällen, in den der Schuldner über kein pfändbares Einkommen verfügt, ins Leere geht und ihr Erfolg damit versagt bleibt.³²³ Dies trifft zu. Es kann aber noch nicht den Forderungsübergang zur bloßen Nebenfolge der Abtretungserklärung degradieren. Zur Verfahrensgestaltung bedürfte es der Abtretungserklärung in der Logik der prozessualen Theorie gerade nicht. Wenn der Forderungsübergang durch gestaltende Entscheidung des Gerichts vollzogen würde³²⁴, könnte dies bereits aufgrund des Antrages auf Restschuldbefreiung geschehen.³²⁵ Der Gesetzgeber entschied sich jedoch, das Institut der Abtretungserklärung parallel zum Antrag auf Restschuldbefreiung zu schaffen und bis heute durch alle Reformen des Restschuldbefreiungsverfahrens an diesem festzuhalten. Somit muss der Abtretungserklärung eine Funktion zukommen, die über die verfahrensgestaltende Wirkung hinausgeht, welche sich mit der des Antrages auf Restschuldbefreiung deckt. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers kommt der Abtretungserklärung neben der Konstruktion eines Abtretungsvertrages eine Warnfunktion zu, um zu verhindern, dass Schuldner leichtfertig den in seiner Ursprungsfassung langwierigen Weg des Restschuldbefreiungsverfahrens einschlagen.³²⁶ Diese Warnfunktion ist jedoch vom tatsächlichen Übergang pfändbarer Forderungen unabhängig. Betrachtet man somit die Abtretungserklärung des Schuldners für sich allein, auch ohne sich von vorneherein auf eine der beiden Konstruktionen festzulegen, so erfüllt sie nicht die Anforderungen des funktionalen Prozesshandlungsbegriffes.

e) Abtretung als Prozessvertrag

Der funktionelle Prozesshandlungsbegriff erlaubt es zudem, auch zweiseitige Handlungen in den Blick zu nehmen. Denn es werden auch prozessrechtliche Ver-

³²¹ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287a Rn. 38, 57; für das Verbraucherinsolvenzverfahren greift dagegen die Rücknahmefiktion des § 305 Abs. 3 Satz 2 InsO, Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 287 Rn. 47.

³²² Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 291.

³²³ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 50.

³²⁴ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 151.

³²⁵ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 49.

³²⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

träge unter den Begriff der Prozesshandlungen gefasst.³²⁷ Für prozessrechtliche oder auch prozessuale Verträge ist charakteristisch, dass diese zum einen wie im Zivilrecht auf dem Austausch von Erklärungen beruhen, zum anderen ihre Wirkung auf prozessualen Gebiet liegen.³²⁸ Ginge man wie der Gesetzgeber vom Abschluss eines Abtretungsvertrages zwischen Schuldner und Treuhänder aus und stellte auf die verfahrensgestaltende Wirkung der Abgabe der Abtretungserklärung ab, so könnte in diesem Vorgang ein Prozessvertrag gesehen werden. Jedenfalls wird deutlich, dass vom Blickwinkel der Prozesshandlungslehre her allein aus der prozessualen Wirkung nicht auf die Einseitigkeit der Handlung geschlossen werden kann. Wer aufgrund der prozessualen Wirkung Prozessrecht auf die Abtretungserklärung anwenden möchte, dem stellt sich immer noch die Frage nach der Einordnung als Prozessvertrag und damit für ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Denn auch für die Prozessverträge findet das Prozessrecht Anwendung.³²⁹ Tatsächlich unterscheidet sich die Abtretung innerhalb des Restschuldbefreiungsverfahrens jedoch von den Prozessverträgen, welche weitgehend Anerkennung³³⁰ erfahren haben.

³²⁷ *Schiedermair*, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 167; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, S. 220; *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 280; *Wagner*, Prozeßverträge, S. 11 ff.; Stein/Jonas/Kern (2017), vor § 128 Rn. 250.

³²⁸ *Wach*, AcP 64 (1881), 201, 245 f.; *Kohler*, Gruchot 31 (1887), 276, 267; *Hellwig*, in: FG für Gierke II, S. 41, 76; *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, S. 457 f.; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, S. 217 f.

³²⁹ Welche Regelungen für einzelne Prozessverträge Anwendung finden, ist seit jeher umstritten. *Rosenberg* beurteilt diese nach rein materiellrechtlichen Regelungen, wobei er auch davon ausgeht, dass nur einseitige Erklärungen Prozesshandlungen darstellen können (Stellvertretung im Prozess, S. 100, S. 104).

Dagegen wendet *Kohler*, auf „prozeßrechtliche Verträge“ lediglich Prozessrecht an, sofern dieses eine ausdrückliche Regelung vorsah (Gruchot 31 (1887), 481, 495 ff.). Materielles Recht sollte lediglich im Wege einer entsprechenden Anwendung Berücksichtigung finden, wenn das Prozessrecht zu dieser Frage nicht Stellung bezog.

Die Anwendung von Prozessrecht auf Prozessverträge ist mittlerweile anerkannt. Doch die Diskussion wird dahingehend weitergeführt, welche Vereinbarungen Prozessverträge sind, auf die dann das Prozessrecht Anwendung findet, und welche Verträge mit nur prozessualen Bezug dem materiellen Recht unterstehen. Siehe dazu *Schiedermair*, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 14 ff. m. w. N.; *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 184 ff.; *Schwab*, in: FS für Baumgärtel, S. 503, S. 509 ff.

³³⁰ Hier sind zuvorderst der Prorogationsvertrag und der Schiedsvertrag zu nennen; *Schiedermair*, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 98, S. 110; *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 230, S. 247; *Schwab*, in: FS für Baumgärtel, S. 503, S. 509; für die materiellrechtliche Natur des Prorogationsvertrages jedoch BGHZ 49, 384; zuletzt BGH NJW 2020, 399, 401; für die materiellrechtliche Natur des Schiedsvertrages BGHZ 23, 198, 200; BGHZ 40, 320, 322.

Auch Musterprozessverträge können als Prozessverträge qualifiziert werden. Entscheidend dazu ist die Disponierung über prozessuale Befugnisse; *Jacoby*, Der Musterprozeßvertrag, S. 124.

Als Vertrag, der während des Prozesses geschlossen wird, gehört auch der Prozessvergleich hierher. Zweifellos kommen diesem prozessuale aber auch materielle Wirkungen zu, was die exakte Einordnung erschwert; *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung,

Prorogationsvertrag, Schiedsvertrag und Prozessvergleich eint der Umstand, dass die unmittelbare Wirkung im und auf den Prozess im Verfügungserfolg begründet liegt. Für Prorogationsvertrag und Schiedsvertrag besteht dieser Verfügungserfolg in der Begründung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichtes. Verfügungserfolg³³¹ des Musterprozessvertrages ist die Bindungswirkung der Musterentscheidung für eine nachfolgende prozessuale Auseinandersetzung.³³² Für den Prozessvergleich ist es die Beendigung des Prozesses.³³³ Aufgrund dieser unmittelbaren prozessgestaltenden Wirkung des Verfügungserfolges, handelt es sich dabei um Bewirkungshandlungen.³³⁴

Anders dagegen verhält es sich mit der Abtretungserklärung im Restschuldbefreiungsverfahren. Diese scheint zwar aufgrund ihrer Zweckbeziehung zum Antrag auf Restschuldbefreiung einer Bewirkungshandlung gleich und es ist, wenn es tatsächlich zu einem Forderungsübergang kommt, auch darin ein Verfügungserfolg zu sehen, diesem kommt eben keine prozessgestaltende Wirkung zu. Die prozessgestaltende Wirkung liegt vielmehr darin, dass sie als zwingende Sachentscheidungsvoraussetzung notwendig für eine positive Eingangsentscheidung nach § 287a Abs. 1 InsO ausgestaltet ist. Wird die Konstruktion eines Abtretungsvertrages zugrunde gelegt, kommt somit nicht dem abgeschlossenen Vertrag, sondern bereits der Vertragsofferte eine prozessuale Wirkung zu. Es wurde jedoch bereits ausgeführt, dass diese nicht unmittelbar auf das Verfahren einwirkt. All dies spricht gegen die Einordnung als Prozessvertrag.

f) Systematischer Prozesshandlungsbegriff

Gegenüber diesem weiten oder auch funktionellen Prozesshandlungsbegriff, der auch die Prozessverträge mitumfasst, wird bis heute ein enger oder auch systematischer Prozesshandlungsbegriff vertreten. Danach zeichnen sich Parteiprozesshandlungen nicht nur durch eine verfahrensgestaltende Wirkung aus, sondern auch dadurch, dass sie in ihren Voraussetzungen und ihren Wirkungen vom Prozessrecht normiert sind.³³⁵ Prozessverträge setzen hingegen zwei übereinstimmende aufein-

S. 192 m. w. N. Ebenfalls wird daher eine Doppelnatur diskutiert; *Niese*, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 86. Von der noch zu reden sein wird.

³³¹ Für den Musterprozessvertrag ist die Besonderheit zu beachten, dass bereits die vertragliche Verpflichtung eine künftige Prozesshandlung nicht auszuüben, die entsprechende Befugnis diese Prozesshandlung vorzunehmen durch *Verfügung* aufgibt; zum Verpflichtungscharakter *Wagner*, Prozeßverträge, S. 232 f.

³³² *Jacoby*, Der Musterprozeßvertrag, S. 160.

³³³ *Walsmann*, AcP 102 (1907), 1, 173.

³³⁴ *Schiedermaier*, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 168.

³³⁵ *Wach*, Zivilprozessrecht, S. 576 f.; *Nußbaum*, Prozeßhandlungen, S. 76; *Niese*, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 85; *Rosenberg*, Lehrbuch Zivilprozeßrecht⁹, S. 271; *Schwab*, in: FS für Baumgärtel, S. 503, S. 505; *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, Rn. 211;

ander bezogene Willenserklärungen voraus und richten sich daher in ihren Voraussetzungen nach materiellem Recht. Der enge Prozesshandlungsbegriff zeichnet sich daher dadurch aus, dass er nur einseitige Handlungen der Parteien ans Gericht adressiert erfasst.³³⁶ Es ist daher zu untersuchen, ob für sich allein die Abtretungserklärung die Anforderungen des engen Prozesshandlungsbegriffes erfüllt. Dabei soll nicht von vorneherein davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Abtretungserklärung um ein Angebot zum Abschluss eines Abtretungsvertrages handelt.

Für die verfahrensrechtliche Normierung der Voraussetzungen der Abtretungserklärung wird angeführt, dass die Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO mit dem Antrag auf Restschuldbefreiung beizufügen ist.³³⁷ Auch die Ausgestaltung, die Erklärung vor Gericht abzugeben, könnte dahin gedeutet werden. Hierzu ist zu sagen, dass das Verfahrensrecht auch an anderer Stelle zusätzliche Anforderungen an rechtswirksames Handeln der Parteien knüpft, ohne dass dies als umfassende Normierung der Voraussetzungen im Sinne des engen Prozesshandlungsbegriffes verstanden wird. Als Beispiele sind hier die Vorschriften § 38 ZPO und § 1031 ZPO zu nennen. Beide Vorschriften erhöhen die Voraussetzung an das jeweilige Institut durch Formschriften und dadurch, dass sie den von der Regelung umfassten Personenkreis einschränken. Im Falle des § 38 ZPO erfolgt zudem eine Erhöhung der Voraussetzungen in zeitlicher Hinsicht. Dennoch fallen beide Institute aus dem engen Prozesshandlungsbegriff heraus,³³⁸ obwohl ihre Voraussetzungen teilweise durch das Verfahrensrecht eine Normierung erfahren haben. Die Normierung einzelner Voraussetzungen kann damit keine Sicherheit darüber geben, inwieweit damit alle Voraussetzungen vom Verfahrensrecht geregelt sind. Ob Voraussetzung der Abtretungserklärung beispielsweise die Prozessfähigkeit des Verfahrensrechts und bzw. oder die Geschäftsfähigkeit des materiellen Rechts ist, soll durch die Abgrenzung gerade beantwortet werden.³³⁹ Ohne dass jegliche möglich normierten Voraussetzungen, wie bei der Klage, im materiellen Recht fehlen, vermag dieser Umstand die Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO nicht zweifelsfrei von der Abtretung nach § 398 Satz 1 BGB abzugrenzen.

Bezüglich der Wirkungen der Abtretungserklärung ist zu differenzieren. Durch das Verfahrensrecht normiert ist die prozessuale Wirkung der Abtretungserklärung, indem sie als zwingende Sachentscheidungsvoraussetzung für die Eingangsentcheidung des Gerichts ausgestaltet ist. Was die Wirkung angeht, wenn es zu einem Forderungsübergang auf einen Treuhänder kommt, liegen die Dinge anders. Die prozessuale Theorie geht von einer Forderungsübertragung kraft Gerichtsbe-

RGZ 77, 324, 329; BGHZ 49, 384, 386; vgl. auch *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 30 Rn. 8.

³³⁶ *Schwab*, in: FS für Baumgärtel, S. 503, S. 504 f.; anders noch *Wach*, der auch den Prozessvergleich als Prozesshandlung begriff (Civilprozessrecht, S. 577).

³³⁷ *Ahrens*, DZWIR 1999, 45, 51.

³³⁸ *Schwab*, in: FS für Baumgärtel, S. 503, S. 504.

³³⁹ *Stein/Jonas/Kern* (2017), vor § 128 Rn. 242.

schlusses aus.³⁴⁰ Davor soll jedoch die Abtretungserklärung als Ermächtigung das Gericht erst zu dieser Übertragung berechtigen.³⁴¹ Die Abtretungserklärung enthalte danach die „Bereitschaftserklärung“, die pfändbaren Bezüge für den gesetzlich bestimmten Zeitraum aus dem Vermögen des Schuldners auszuschneiden.³⁴² Darin läge eine durch § 81 Abs. 2 Satz 2 InsO ausdrücklich vorgesehene Gestaltung durch den Schuldner.³⁴³ Dieses Verständnis lässt jedoch gerade nicht auf eine Prozesshandlung schließen, sondern vielmehr auf ein Rechtsgeschäft. Ein solches zeichnet sich durch zwei Elemente aus, den auf den Erfolg der Handlung gerichteten Willen und die Anerkennung durch die Rechtsordnung, wodurch der Wille die rechtliche Sanktionierung erfährt.³⁴⁴ Die hier vorgetragene Konstruktion stellt, übersetzt man sie in ein Rechtsgeschäft des materiellen Rechts, tatsächlich eine Ermächtigung des Gerichts nach § 185 Abs. 1 BGB durch den Schuldner bezüglich der Abtretung der bestimmten Forderungen dar. Demnach kommt auch die prozessuale Theorie, was die Wirkungen angeht, nicht ohne einen Rückgriff auf das materielle Recht aus. Dies liegt zum einen daran, dass die InsO den Forderungsübergang kraft Gerichtsbeschluss nicht positiv normiert, zum anderen daran, dass wer von einem solchen Forderungsübergang ausgeht, in Erklärungsnot gerät, inwiefern die Abtretungserklärung für den Forderungsübergang *à la cessio legis* überhaupt notwendig ist.

Somit ist festzuhalten, dass die Abtretungserklärung sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihren Wirkungen nicht umfassend vom Verfahrensrecht geregelt ist. Demnach stellt sie im Sinne des engen systematischen Prozesshandlungsbegriffes keine Prozesshandlung dar.

g) Einseitige Rücknahme durch den Schuldner

Eine Folge der Einordnung der Abtretungserklärung als Prozesshandlung ist bzw. wäre die Widerrufbarkeit durch den Schuldner.³⁴⁵ Dies jedoch unter der Einschränkung, dass andere Beteiligte noch keine schützenswerte Position erlangt haben.³⁴⁶ Betrachtet man die Position der Insolvenzgläubiger als andere Beteiligte des Restschuldbefreiungsverfahrens, so fällt es schwer von einer schützenswerten Position der Gläubiger zu sprechen. Der Schuldner wird zwar für die Dauer des Verfahrens der Erwerbsobliegenheit des § 287b InsO unterworfen, was zumindest abstrakt die Chancen der Gläubiger erhöht zumindest teilweise Befriedigung zu

³⁴⁰ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 152.

³⁴¹ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 52.

³⁴² Ahrens, DZWIR 1999, 45, 52.

³⁴³ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 52.

³⁴⁴ Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 4; Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 161; Manigk, DJZ 1902, 279, 280; Rosenberg, Die Stellvertretung im Prozess, S. 90; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 35 f., 68; Larenz, BGB AT, S. 316.

³⁴⁵ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 153; MüKo/Stephan, InsO, § 287 Rn. 114.

³⁴⁶ Stein/Jonas/Kern (2017), vor § 128 Rn. 311.

erlangen, jedoch steht fest, dass sie mit Ablauf der Abtretungsfrist nach § 301 Abs. 1 InsO ihr Recht verlieren die ursprünglich geschuldete Leistung vom *redlichen* Schuldner zu fordern. Auch der BGH geht davon aus, dass der Schuldner bis zur Entscheidung über die Restschuldbefreiung gemäß § 300 Abs. 1 Satz 1 InsO von der Abtretung einseitig Abstand nehmen kann.³⁴⁷ Dennoch ist einer der zentralen Kritikpunkte an der Konstruktion eines Abtretungsvertrages seit jeher seine Anfechtbarkeit.³⁴⁸ Es erschien jedoch nicht plausibel, die Rücknahme des Antrages auf Restschuldbefreiung und damit einen Widerruf ohne Einschränkung zuzulassen und auf der anderen Seite eine Anfechtung, die an das Bestehen eines Anfechtungsgrundes gebunden ist, auszuschließen. Wendet man sich dem Restschuldbefreiungsantrag zu, so kann dieser als Prozesshandlung anerkanntermaßen vom Schuldner zurückgenommen werden.³⁴⁹

Auch hier bietet die Konstruktion eines Abtretungsvertrages einen Ausweg. Nimmt der Schuldner seinen Antrag auf Restschuldbefreiung zurück, findet das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 299 InsO seinen Abschluss.³⁵⁰ Damit endet auch das Amt des Treuhänders. Der Abtretungsvertrag verliert daher durch die bereits skizzierte auflösende Bedingung bezüglich der Treuhändereigenschaft oder durch den übereinstimmenden Willen von Treuhänder und Schuldner auf Vertragsauflösung seine Wirkung für die Zukunft, wodurch der Forderungsübergang ab diesem Moment gekappt wird. Somit spielt auch bei Annahme eines Abtretungsvertrages die Anfechtbarkeit der Abtretungserklärung keine Rolle. Sollte der Schuldner seine Erklärung tatsächlich anfechten, so ist in dieser Anfechtungserklärung gleichzeitig eine Rücknahme des Restschuldbefreiungsantrages zu sehen. Möchte man in dieser Frage zwischen den beiden Konstruktionsansätzen einen tatsächlichen Unterschied herausarbeiten, so kann dies nur dort gelingen, wo die Rücknahme des Restschuldbefreiungsantrages nicht mehr möglich ist. Nach altem Recht vor 2014 war dies dem Schuldner, obwohl gesetzlich nie geregelt, unbestritten bis zum Schlusstermin und der Ankündigung der Restschuldbefreiung möglich.³⁵¹ Gläubiger konnten Versagensanträge erst im Schlusstermin stellen. Somit stellte sich im Hinblick auf § 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO a. F. ab diesem Zeitpunkt bei Vorliegen eines Versagensantrages die Frage nach einer Einschränkung der Rücknahmemöglichkeit des Schuldners. Diese Problematik hat sich durch die Reform 2014 verschärft. Nunmehr ist es den Gläubigern möglich, schon vor dem Schlusstermin einen Versagensantrag zu stellen, während die Entscheidung darüber weiterhin im Schlusstermin erfolgt. Angesichts der in den § 287a Abs. 2 InsO überführten Sperrfristenregelung ist eine Rücknahme des Antrages auf Rest-

³⁴⁷ BGH NZI 2006, 599, 600.

³⁴⁸ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 49; MüKo/Stephan, InsO, § 287 Rn. 114; BGH NZI 2006, 599, 600.

³⁴⁹ Siehe nur BGHZ 186, 223.

³⁵⁰ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 299 Rn. 6.

³⁵¹ BGH NZI 2005, 399, 400; Uhlenbruck/Vallender, InsO¹³, § 287 Rn. 20; FK-InsO³/Ahrens, § 287 Rn. 15; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 26.16.

schuldbefreiung nach Stellung eines Versagungsantrages noch im Insolvenzverfahren problematisch.³⁵² Der BGH sah unter dem alten Recht die Grenze für eine zulässige Rücknahme durch den Schuldner jedenfalls dort, wo das Insolvenzgericht noch nicht rechtskräftig dem Versagungsantrag eines Gläubigers stattgegeben hat³⁵³. Auch unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Umgehung der Sperrfristregelung in § 287a Abs. 2 InsO kann jedoch nicht bereits die Erhebung eines schlüssigen Versagungsantrages eines Gläubigers zur Unzulässigkeit der Rücknahme des Antrages auf Restschuldbefreiung führen. Während dem unredlichen Schuldner die Restschuldbefreiung versagt wird und er so unter die Sperrfristregelung des § 287a Abs. 2 InsO fällt, entsteht dem redlichen Schuldner der empfindliche Nachteil, dass er bis zum Schlusstermin unter die Erwerbsobliegenheit des § 287b InsO fällt. Erst wenn sich mit dem Versagungsantrag befasst worden ist und über diesen negativ entschieden wurde, könnte der Schuldner seinen Antrag auf Restschuldbefreiung zurücknehmen und so die anschließende Durchführung des Restschuldbefreiungsverfahrens verhindern. Eine Rücknahme muss daher bis zur Erörterung im Schlusstermin möglich sein.³⁵⁴ Angesichts dessen kommt der Anfechtung der Abtretungserklärung durch den Schuldner kaum Relevanz zu. Bis zum Schlusstermin kann daher der Schuldner seinen Antrag auf Restschuldbefreiung einschränkungslos zurücknehmen und so den Abtretungserfolg im Restschuldbefreiungsverfahren von vornherein verhindern. In den Fällen, in denen der Schuldner seine Abtretungserklärung noch nach dem Schlusstermin anfecht³⁵⁵, dürfte in aller Regel die Anfechtungsfrist lange verstrichen sein. Dass die Anfechtung der Abtretungserklärung einmal die Sperrfristregelung des § 287a Abs. 2 InsO zu unterlaufen droht, wäre daher nur in einer kaum vorstellbaren Konstellation der Fall. Sollte dies tatsächlich eintreten, wäre immer noch eine analoge Anwendung des § 287a Abs. 2 Nr. 2 InsO bedenkenenswert, wenn der Schuldner nach erfolgreicher Anfechtung einen erneuten Antrag auf Restschuldbefreiung stellt. Die Vorschrift ist angesichts der Materialien zwar grundsätzlich nicht analogiefähig³⁵⁶, jedoch wird dort lediglich auf die Sperrfristrechtsprechung des BGH Bezug genom-

³⁵² Für die Unzulässigkeit der Rücknahme in dieser Konstellation *Pape*, ZInsO 2017, 565, 571; *KPB/Wenzel*, § 287 Rn. 5; *Hamburger Kommentar-InsO/Streck*, § 287 Rn. 6; für die Zulässigkeit der Rücknahme, solange der Versagungsantrag noch nicht im Schlusstermin erörtert wurde, *FK-InsO⁹/Ahrens*, § 287 Rn. 110.

³⁵³ BGH NZI 2017, 75.

³⁵⁴ Mit anderen Gründen *FK-InsO⁹/Ahrens*, § 287 Rn. 110.

³⁵⁵ Dies könnte für den Schuldner in zwei Konstellationen in Betracht kommen. Entweder in den Fällen, in denen bereits eine nicht rechtskräftige Versagensentscheidung ergangen ist, siehe hierfür zutreffend *FK-InsO⁹/Ahrens*, § 287 Rn. 109, oder dort, wo während der Treuhänderperiode bereits Forderungen auf den Treuhänder übergegangen sind und der Schuldner insofern ein Interesse an der rückwirkenden Nichtigkeit der Anfechtung hat.

³⁵⁶ *BT-Drs.* 17/11268, S. 25; für die Analogiefähigkeit jedoch mit guten Gründen *Jacobi*, NZI 2017, 254, 256.

men, welche sich zwar mit der Rücknahme des Antrags aus Restschuldbefreiung auseinandersetzt³⁵⁷, nicht jedoch mit der Anfechtung der Abtretungserklärung.

Zu erwägen wäre des Weiteren in Fällen, in denen eine Anfechtung der Abtretungserklärung das Sperrfristregime zu unterlaufen droht, die Anfechtung aus übergeordneten Gründen dort auszuschließen, da § 287a Abs. 2 InsO einer Anfechtung entgegensteht.³⁵⁸

Es sei allerdings betont, dass angesichts des marginalen Anwendungsbereiches die abstrakte Möglichkeit der Anfechtung der Abtretungserklärung weder gegen die materiell-rechtliche Theorie noch für die prozessuale Theorie spricht.

h) Parallele zur Einzelzwangsvollstreckung

In dem Forderungsübergang durch Gerichtsbeschluss wird eine Parallele zu der individualvollstreckungsrechtlichen Überweisung gemäß § 835 Abs. 1 ZPO gesehen.³⁵⁹ Die beiden Rechtsinstitute eint sicherlich der Gedanke, dass in beiden Fällen eine bzw. mehrere Forderungen einer Verwertung zugunsten des Vollstreckungsgläubigers bzw. der Insolvenzgläubiger zugeführt werden sollen. Bei der Überweisung und vorgehenden Pfändung fehlt es jedoch einer Abtretungserklärung des Schuldners vergleichbaren konstituierenden Mitwirkungsaktes. Zumal scheidet die Forderung nur im Wege der Überweisung an Zahlungs statt gemäß § 835 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 ZPO vollständig aus dem Vermögen des Schuldners, gleich einer Zession, aus. Weiterhin verträgt sich die Einordnung des Forderungsüberganges als gesamtvollstreckungsrechtliche Überweisung nicht mit der Konstellation, in welcher der Schuldner während der Abtretungsfrist den Arbeitsplatz wechselt,³⁶⁰ bzw. neu in ein Angestelltenverhältnis eintritt. Der Überweisung hat notwendig die Pfändung vorauszugehen.³⁶¹ Eine Pfändung künftiger Forderung ist jedoch nur anerkannt, sofern der Rechtsgrund und der Drittschuldner im Zeitpunkt der Pfändung³⁶² bereits hinreichend bestimmbar sind.³⁶³ Damit wären nur Lohnforderungen aus Verträgen erfasst, die bereits zum Zeitpunkt der Treuhänderbestellung bestehen.³⁶⁴ Die unterschiedliche Behandlung³⁶⁵ von künftigen Forderungen im Rahmen

³⁵⁷ BGH NJW 2014, 1887.

³⁵⁸ Vgl. für den Vorrang konkurrierender Sondernormen vor den Regeln der Anfechtung Staudinger/Singer (2021), BGB, § 119 Rn. 111.

³⁵⁹ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 152.

³⁶⁰ KPB/Wenzel, § 287 Rn. 46; Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 287 Rn. 53.

³⁶¹ Stein/Jonas/Würdinger (2017), § 835 Rn. 3.

³⁶² Im Rahmen der prozessualen Theorie also im Zeitpunkt der gerichtlichen Treuhänderbestellung.

³⁶³ BGH NJW 2003, 1457, 1458; Stein/Jonas/Würdinger (2017), § 829 Rn. 6.

³⁶⁴ Anders für die Vorausabtretung BGH NJW 1965, 2197.

³⁶⁵ Diesbezüglich kritisch Gerhardt, Vollstreckungsrecht, S. 128 f.; Schwerdtner, NJW 1974, 1785, 1787.

der Abtretung und Pfändung fügt sich in die Entscheidung des Gesetzgebers ein, für das Restschuldbefreiungsverfahren nicht das Modell der vollstreckungsrechtlichen Überweisung zu wählen, sondern jenes der privatrechtlichen Abtretung.

i) Moment des Forderungsüberganges

Gerade der Forderungsübergang kraft Gerichtsentscheidung durch den Einstellungsbeschluss ist es, was die prozessuale Theorie auszeichnet. Die Literaturvertreter der prozessualen Theorie stimmen darin überein, dass der Moment des Forderungsübergangs der Erlass des Beschlusses gemäß § 288 Satz 2 InsO ist.³⁶⁶ Hierin liegt ein Unterschied zur materiell-rechtlichen Theorie, die ja in der Annahme durch den Treuhänder den Moment des Forderungsüberganges sieht.³⁶⁷ Bemerkenswerterweise hält der BGH in seiner Entscheidung, in welcher er die Abtretungserklärung als Prozesshandlung einordnet, jedoch ausdrücklich sowohl die Treuhänderbestimmung durch das Gericht als auch die Amtsübernahme des Treuhänders für erforderlich.³⁶⁸ Hinter diesem Unterschied steht die Frage, ob das Amt des Treuhänders mit Bestellung oder Amtsübernahme beginnt, oder anders, ob der Treuhänder ein Recht hat, die Bestellung durch das Gericht abzulehnen. Ausdrücklich sieht die InsO nicht vor, dass der gerichtlich bestellte Treuhänder zustimmen müsste oder ablehnen könnte. Daher wird ein solches Recht bestritten.³⁶⁹ Dagegen wird angeführt, dass niemand sich das Amt des Treuhänders aufdrängen lassen müsse.³⁷⁰ Dieses Argument geht jedoch letztlich auf die Gesetzesmaterialien zurück.³⁷¹ Der Gesetzgeber geht eben von der Konstruktion eines Abtretungsvertrages aus³⁷² und muss daher dem Treuhänder auch ein Maß an Privatautonomie zugestehen. Wer von einem Forderungsübergang via Gerichtsbeschluss ausgeht, der bedarf eines solchen Zugeständnisses nicht.³⁷³ An der Entscheidung des BGH fällt daher auf, dass der von der Konstruktion des Gesetzgebers wegführende Weg nicht mit aller Konsequenz zu Ende beschritten wird. Moment des Forderungsübergangs nach der prozessualen Theorie wäre daher exakterweise bereits zum Zeitpunkt der Treuhänderbestellung. Dieser unterschiedliche zeitliche Anknüpfungspunkt drängt die Behandlung von (möglichen) Zwischenverfügungen des Schuldners auf, der nach Bestellung aber vor Amtsantritt des Treuhänders den Versuch einer Forderungsabtretung macht. Wer in der Treuhänderbestellung bereits den Moment des Forderungsüberganges sieht, bedarf dieser Behandlung nicht, da der Schuldner mit Be-

³⁶⁶ FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 151; MüKo/Stephan, InsO, § 287 Rn. 114.

³⁶⁷ Statt aller KPB/Wenzel, § 287 Rn. 49.

³⁶⁸ BGH NZI 2006, 599, 600.

³⁶⁹ KPB/Wenzel, § 291 Rn. 3; FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 151.

³⁷⁰ Römermann/Römermann, InsO, § 292 Rn. 8.

³⁷¹ Siehe auch Döbereiner, Restschuldbefreiung, S. 333.

³⁷² BT-Drs. 12/2443, S. 189.

³⁷³ Uneinheitlich insofern auch MüKo/Stephan, InsO, § 292 Rn. 28 und MüKo/Stephan, InsO, § 287 Rn. 114.

stellung des Treuhänders bereits die Inhaberschaft über den pfändbaren Teil seiner Lohnforderungen verloren hat. Doch auch wenn sich erst in der Annahme des Treuhänders der Forderungsübergang vollzöge, kann mit einer Zwischenverfügung des Schuldners sachgerecht umgegangen werden. § 287 Abs. 3 InsO, der wie bereits ausgeführt vor Insolvenzverfahren Abtretungen des Schuldners erfasst, betrifft somit ebenfalls Abtretungen, welche die Abtretung nach § 287 Abs. 2 InsO beeinträchtigen würden, wenn diese nach Beendigung des Verfahrens vorgenommen werden. Damit wären Zwischenverfügungen des Schuldners relativ unwirksam, während sie nach der prozessualen Theorie von vornherein ins Leere gehen würden.

3. Methodische Untersuchung

Aus den vorangestellten Überlegungen ergibt sich die Erkenntnis, dass keines der beiden gängigen Erklärungsmodelle den Forderungsübergang gemäß § 287 Abs. 2 InsO vollumfänglich zu erfassen vermag. Während die prozessuale Theorie nicht zu erklären vermag, wieso der Gesetzgeber die Abtretungserklärung in § 287 Abs. 2 InsO vorgesehen hat, wenn schon bezüglich des Restschuldbefreiungsantrag eine gerichtliche Entscheidung ergeht, aufgrund derer man einen gesetzlichen Forderungsübergang konstruieren könnte, stößt die Konstruktion eines Abtretungsvertrages zumindest bei einem Wechsel in der Person des Treuhänders an ihre Grenzen. Dort bedarf es entweder eines Forderungsüberganges kraft Bestimmung des neuen Treuhänders oder kraft Erhebung des neuen Treuhänders in den Stand eines Berechtigten bezüglich der einzuziehenden Forderungen, solange nicht der Schuldner eine neue Abtretungserklärung abgibt, welche durch Amtsantritt des neuen Treuhänders angenommen wird. Wenn sich auch die praktische Relevanz dieses Themas aufgrund der stetigen Verkürzung der Abtretungsfrist verringert hat, so war es bislang wesentlicher Bestandteil der Kritik an der materiell rechtlichen Theorie.³⁷⁴

Während die bisherige Diskussion also um die Verträglichkeit der jeweiligen Theorie mit den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre und dem Restschuldbefreiungsverfahren im Regelungszusammenhang der InsO kreiste, so ist bis jetzt eine Untersuchung nach der juristischen Methodenlehre unterblieben. Eine solche bietet sich jedoch gerade an, da bereits mehrfach angesprochen wurde, dass in der Vorstellungswelt des historischen Gesetzgebers die Abtretungserklärung eine rein materiell-rechtliche ist.³⁷⁵ Es soll daher versucht werden, der vorliegenden Frage mit den Mitteln der Methodenlehre, hier also im ersten Schritt mit der Gesetzesauslegung beizukommen.

³⁷⁴ BGH NZI 2006, 599, 600; *Ahrens*, DZWIR 1999, 45, 50; *MüKo/Stephan*, InsO, § 287 Rn. 114.

³⁷⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

a) Auslegungsziel und deren Gegenstand

Um diese konkrete Rechtsfrage im Wege der Auslegung zu beantworten, muss man sich über das Ziel der Interpretation im Allgemeinen Klarheit verschaffen. Dies legt seitjeher letztlich zwei verschiedene juristische Weltanschauungen offen. Hier streitet die subjektive mit der objektiven Theorie.

Auslegungsziel der subjektiven Theorie ist die Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers.³⁷⁶ Dazu wird der Wortlaut, die Systematik und die Historie der Norm herangezogen. Eine teleologische Auslegung in der Weise, dass nach dem Sinn und Zweck einer Rechtsnorm gefragt wird, findet gerade nicht statt. Zum einen wird vorgebracht, dass wenn Auslegungsziel der Normzweck sei, der Sinn und Zweck nicht seinerseits Auslegungsmittel sein könne.³⁷⁷ Andere greifen auf eine teleologische Auslegung lediglich dann zurück, wenn der tatsächliche Wille des historischen Gesetzgebers sich nicht einwandfrei ermitteln lässt.³⁷⁸ Der teleologischen Auslegung kommt dann die Funktion zu, anhand der bisher gewonnen Erkenntnisse der Auslegung den mutmaßlichen Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln.³⁷⁹

Im Gegensatz dazu geht die objektive Theorie davon aus, dass ein Gesetz mit Publikation sich vom Gesetzgeber „losreißt“ und eine eigenständige und unabhängige Existenz erlangt.³⁸⁰ Es komme daher nicht auf den Willen des historischen Gesetzgebers, sondern auf den Willen des Gesetzes an.³⁸¹ Die objektive Theorie bedient sich dabei ebenfalls der grammatischen, systematischen und historischen Auslegung, wobei jedoch der historischen Auslegung unter den anderen gerade nicht das größte Gewicht zukommt.³⁸² Vielmehr nimmt die (objektiv) teleologische Auslegung meist die entscheidende Rolle ein.³⁸³

Es sei an dieser Stelle vorausgeschickt, dass dieser Text nicht den Versuch unternehmen wird, sich zu einem „Streitentscheid“ oder auch nur zu einer Stellungnahme hinsichtlich dieser Kontroverse anzuschicken. Gleichwohl nicht unerwähnt darf der Missbrauch bleiben, welcher mit der objektiven Theorie zu Zeiten des Nationalsozialismus getrieben wurde. An ihm verdeutlicht sich, wie das Recht unter

³⁷⁶ Von Savigny, System des heutigen römischen Rechts I, S. 213; Heck, AcP 112 (1914), 1, 4; Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 29; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 720.

³⁷⁷ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 730a sieht darin einen Zirkelschluss.

³⁷⁸ Vgl. Heck, AcP 112 (1914), 1, 55; Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 160 f.

³⁷⁹ Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 173 f.

³⁸⁰ Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, S. 150; Kohler, Grünhuts Zeitschrift 13 (1886), 1, 3.

³⁸¹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 319 spricht präziser vom normativen Gesetzessinn.

³⁸² Hirsch, JZ 2007, 853, 855.

³⁸³ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 165 f.

zur Hilfenahme objektiver Theorien zum Spielball der jeweils herrschenden Verhältnisse werden kann. Bereits der Abschnitt über die Personen im BGB ließ sich so aus den Angeln heben. Sollte noch 1935 (als Person) im Rechte stehen nicht heißen, in Beziehung zu anderen Individuen zu stehen, sondern bedeuten, in der Ordnung eines Volkslebens seine bestimmte Stelle, seine Funktion, seine Gliedstellung zu haben³⁸⁴,³⁸⁵ so besann man sich 1967 (wieder) auf Kant und Hegel, nach denen die Personen Zweck an sich selbst und nicht nur einen Wert als Mittel für andere waren und jeder einzelne von den anderen als ein freies Wesen respektiert und behandelt werden sollte³⁸⁶. Dieser Makel haftet der objektiven Theorie bis heute an. Und dennoch ist auch richtig, dass keine Methodenlehre dieser Welt von vornherein gegen jegliche Pervertierung gefeit ist. Auch die subjektive Theorie wird immer nur durch den Gebrauch eines konkreten Normanwenders zu ihren Ergebnissen gelangen. Sie bleiben daher ebenso bloße Instrumente eines Einzelnen, welche zum Schlechten wie zum Guten verwendet werden.³⁸⁷

Eine umfassende Auslegung hat daher ebenso eine subjektive wie objektive Auslegung vorzunehmen und die jeweilige Norm nach beiden Ansätzen zu untersuchen.

b) Auslegung im Wege der subjektiven Theorie

Angesichts der benannten Kontroverse, die hinsichtlich der Rechtsnatur der Abtretungserklärung des Schuldners besteht, ist als Arbeitshypothese von einer Mehrdeutigkeit dieser gesetzlichen Regelung auszugehen. § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO soll daher zunächst einer Auslegung unterzogen werden, die einer subjektive Theorie zugrunde liegt. Der Auslegung sei vorangestellt, dass Bezugspunkt der Auslegung die Normfassung ist, welche am 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist. Da die Vorschrift jedoch seit ihrem ersten Inkrafttreten zahlreiche Änderungen erfahren hat, muss ebenfalls berücksichtigt werden, ob und inwiefern eine der Neufassungen das Auslegungsergebnis der ursprünglichen Norm umzustoßen vermag.

aa) Wortlaut

Dem Antrag ist die Erklärung des Schuldners beizufügen, dass dieser seine pfändbaren Forderungen auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis oder auf an deren Stelle tretende laufende Bezüge für den Zeitraum von drei Jahren nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Abtretungsfrist) an einen vom Gericht zu bestimmenden Treuhänder abtritt.

³⁸⁴ Larenz, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 225, S. 240.

³⁸⁵ Dies gipfelte in der berüchtigten Forderung, als vollständig rechtsfähige Person nur den Volksgenossen anzuerkennen, der nur deutschen Blutes sein könne; Larenz, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 225, S. 241.

³⁸⁶ Larenz, BGB AT, S. 58 f.

³⁸⁷ Vgl. Canaris, JZ 2011, 879, 885.

Beginnt man mit der Auslegung des Wortlautes der Vorschrift, so ist für die Konstruktion des Forderungsüberganges maßgeblich, dass der Schuldner dem Antrag die Erklärung beizufügen hat, dass er bestimmte Forderungen für einen bestimmten Zeitraum nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens an einen Treuhänder *abtritt*. Zentral für die Rechtsnatur des Forderungsübergangs ist somit der Begriff der Abtretung. Dieser juristische Fachausdruck bezieht sich nicht auf die physische Wirklichkeit, sondern auf Wertungen oder Abstraktionen und stellt damit einen normativen Begriff dar.³⁸⁸ Im BGB steht dieser Begriff für einen Forderungsübergang durch Vertrag. Bereits die Motive unterscheiden zwischen dieser Bedeutung des Begriffes der Abtretung, der *cessio legis* und der Überweisung im Zwangsvollstreckungsrecht, welche als Übertragung bezeichnet wird.³⁸⁹ Der InsO-Gesetzgeber orientierte sich bei der Schaffung dieser Abtretungserklärung anscheinend an der Regelung des § 1154 BGB.³⁹⁰ Insofern liegt die Vermutung nahe, dass er auch den Begriff der Abtretung dem BGB entsprechend verwenden wollte und keinen autonomen Begriff der Abtretung für die Insolvenzordnung schaffen wollte.

Dabei darf jedoch auch nicht unterschlagen werden, dass auch normative Begriffe Deutungsspielräume aufweisen.³⁹¹ Die Eindeutigkeit des juristischen Sprachgebrauchs hat hiernach dort zurückzustehen, wo verschiedene Sach- und Wertungskontexte dies gebieten.³⁹² Versteht man nun die Überweisung in der Einzelzwangsvollstreckung als Gegenstück zur bürgerlich rechtlichen Abtretung³⁹³, so könnte der § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO eine Entsprechung der bürgerlich rechtlichen Abtretung in der Gesamtvollstreckung sein.³⁹⁴ Der Umstand allein, dass die Abtretung im BGB und die Überweisung begrifflich voneinander getrennt sind, ließe sich dadurch erklären, dass es bei der Überweisung anders als bei der Abtretung nicht zu einem Wechsel der Inhaberschaft der Forderung kommt. § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO dagegen geht ausdrücklich von einem Übergang auf den Treuhänder aus.

Nimmt man den allgemeinen Sprachgebrauch in den Blick, so kann abtreten bedeuten, jemandem etwas zu überlassen oder zur Verfügung zu stellen.³⁹⁵ Unter diesen Wortsinn würde somit nicht nur der Abtretungsvertrag fallen, sondern auch ein Forderungsübergang kraft Gerichtsbeschlusses, für den der Insolvenzschuldner mit seiner Abtretungserklärung die originäre Ursache setzt. Die prozessuale Theorie geht, wie bereits dargestellt³⁹⁶, davon aus, dass der Schuldner im Wege einer pro-

³⁸⁸ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 74 f.

³⁸⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB II, S. 66.

³⁹⁰ *Jauernig*, in: FS für Uhlenbruck, S. 3, S. 16.

³⁹¹ *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, S. 110 ff.

³⁹² *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 274; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 75 f.; siehe auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 142 f.

³⁹³ *MüKo/Smid*, ZPO, § 829 Rn. 3.

³⁹⁴ FK-InsO¹⁰/*Ahrens*, § 287 Rn. 152.

³⁹⁵ Duden – Die deutsche Rechtschreibung²⁸.

³⁹⁶ C. I. 2. f).

zessualen Erklärung mittels der ihm in § 81 Abs. 2 Satz 1 InsO belassenen Verfügungsbefugnis zur Ermächtigung der Übertragung durch das Gericht einsetzt.³⁹⁷ Eine Auslegung des Wortlautes ergibt somit für sich allein noch kein eindeutiges Ergebnis. Obwohl der juristische Sprachgebrauch eher für eine Abtretung durch Vertrag spricht, liegt die Annahme eines Forderungsübergangs kraft Gerichtsbeschluss nicht außerhalb jedes Wortsinnes und wäre damit ebenfalls vom Wortlaut der Vorschrift umfasst.

Auch die Neufassungen vermögen dieses Auslegungsergebnis nicht umzustößen. Allein hierfür in Betracht kommen nur die Versetzung des zeitlichen Anknüpfungspunktes der Abtretung sowie die Einführung des Begriffes der Abtretungsfrist.

Gleich ob man von einer materiell rechtlichen Abtretung in der ursprünglichen Fassung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens oder von einer materiell rechtlichen Abtretung in der heutigen Fassung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeht, so stellt sich eine solche in beiden Fällen als eine Vorausabtretung dar. Für die prozessuale Theorie ändert sich insofern ebenfalls nichts, da für den Forderungsübergang der Gerichtsbeschluss maßgeblich ist.

Die Einführung des Begriffes der Abtretungsfrist dagegen spricht eher für ein materiell rechtliches Verständnis der aktuellen Fassung. Eine Abtretung kann als Rechtsgeschäft ohne weiteres befristet werden. Die ursprüngliche Formulierung der Laufzeit der Abtretungserklärung an anderer Stelle hingegen passt nicht auf die materiell rechtliche Konstruktion, da eine Erklärung keine Laufzeit haben kann³⁹⁸. Die prozessuale Theorie dagegen verhält sich aufgrund der Einzigartigkeit ihres Ansatzes neutral zu beiden Begrifflichkeiten.

bb) Systematik

Bei einer systematischen Auslegung hat der Normanwender die Vorschrift im Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu begreifen.³⁹⁹ Die Vorschrift des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO ist somit in Verhältnis zu anderen Regelungen in der InsO zu setzen.

Es ist bereits angesprochen worden, dass in der ursprünglichen Fassung der InsO von 1994/1999 in § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO der Begriff der Abtretungsfrist noch nicht verwendet wurde. Stattdessen sprach die InsO in § 295 Abs. 1 InsO von der Laufzeit der Abtretungserklärung. Diese Formulierung verträgt sich gerade nicht mit den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre. Eine abgegebene und bereits angenommene Erklärung kann keine „Laufzeit“ haben, sondern nur die so zustande gekommene Vereinbarung.⁴⁰⁰ Die Aussagekraft dieser Formulierung sieht sich je-

³⁹⁷ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 52.

³⁹⁸ Jauernig, in: FS für Uhlenbruck, S. 3, S. 16.

³⁹⁹ Celsus, Dig 1.3, 24.

⁴⁰⁰ Jauernig, in: FS für Uhlenbruck, S. 3, S. 16.

doch Zweifeln ausgesetzt, wenn die uneinheitliche Verwendung⁴⁰¹ der Begriffe „Abtretungserklärung“ und „Abtretung“ in der Insolvenzordnung in den Blick genommen wird. Denn während die Formulierung des § 291 Abs. 1 Satz 1 InsO („Abtretung“) für die Konstruktion eines Abtretungsvertrages spricht, deutet der § 287 Abs. 3 InsO auf ein anderes Verständnis hin. Dort heißt es:

Vereinbarungen des Schuldners sind insoweit unwirksam, als sie die *Abtretungserklärung* nach Absatz 2 vereiteln oder beeinträchtigen würden.

Unter Zugrundelegung der §§ 398 ff. BGB vereitelt oder beeinträchtigt beispielsweise ein vertragliches Abtretungsverbot nicht das Angebot, sondern versagt einem entsprechend geschlossenen Abtretungsvertrag die Wirkung.⁴⁰² Die Formulierung des Abs. 3 lässt sich wiederum damit erklären, dass eben ursprünglich in Abs. 2 von der „Laufzeit der Abtretungserklärung“ gesprochen wurde. Es muss daher konstatiert werden, dass es dem Gesetzgeber nicht gelungen ist, einen einheitlichen Sprachgebrauch um den Begriff der Abtretung aufzubauen. Für beide Konstruktionsansätze lassen sich also in den §§ 286 ff. InsO Anhaltspunkte finden. Auch wenn der Gesetzgeber mittlerweile durch die Einführung des Begriffes der Abtretungsfrist eine aus Sicht der materiellrechtlichen Theorie Ungereimtheit beseitigte, so spricht § 287 Abs. 3 InsO trotz Neufassung auch weiterhin von der Abtretungserklärung.

So ist auch in dem 2001 eingeführten Verweis in § 292 Abs. 1 Satz 3 InsO keine Bestätigung der prozessualen Einordnung der Erklärung zu sehen.⁴⁰³ Bereits für eine rein privatrechtliche Abtretung beruft § 400 BGB die §§ 850 ff. ZPO zur Anwendung. Dies gilt ebenfalls für die Erhöhung des nicht pfändbaren Betrages gemäß § 850f ZPO.⁴⁰⁴ Zudem sind die in § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO genannten Normen nicht abschließend.⁴⁰⁵ Der Verweis löst in erster Linie die Frage der Zuständigkeit bezüglich der Entscheidung über Anträge auf Einschränkung oder Erweiterung der Pfändbarkeit zugunsten des Insolvenzgerichts auf.⁴⁰⁶ Es wird in § 292 Abs. 1 Satz 3 InsO lediglich der Anwendungsbereich von § 400 BGB⁴⁰⁷ im Rahmen der Abtretung an den Treuhänder präzisiert und verträgt sich damit ebenso mit der Konstruktion eines Abtretungsvertrages.

Auch mit Blick auf eine Norm außerhalb der §§ 286 ff. InsO ergibt sich kein einheitliches Bild. Die mit der Abtretungserklärung korrespondierende Norm des § 81 Abs. 2 Satz 2 InsO verdeutlicht nur, wie sich das Modell des Gesetzgebers einer exakten systematischen Einordnung entzieht. Abs. 2 der Vorschrift erfasst

⁴⁰¹ Siehe schon *Jauernig*, in: FS für Uhlenbruck, S. 3, S. 16.

⁴⁰² MüKo/Kieninger, BGB⁹, § 399 Rn. 42.

⁴⁰³ A. A. FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 147.

⁴⁰⁴ BGH NJW-RR 2003, 1367; Staudinger/Busche (2022), BGB, § 400 Rn. 5.

⁴⁰⁵ BGH NZI 2010, 141, 142; Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 292 Rn. 16.

⁴⁰⁶ BT-Drs. 14/6468, S. 18.

⁴⁰⁷ Vgl. HK-InsO¹¹/Waltenberger, § 292 Rn. 16.

Verfügungen über künftige Forderungen des Schuldners, die dieser nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vornimmt. Satz 2 nimmt nun die Abtretung künftiger Forderungen des Schuldners an den Treuhänder aus. Der Schluss liegt nahe, in dieser Regelung eine weitere Bestätigung für die Konstruktion eines Abtretungsvertrages zu sehen. § 81 InsO erfasst die Abtretung an den Treuhänder eben als Verfügung des Schuldners. Nach der prozessualen Theorie hingegen vollzieht sich der Forderungsübergang unmittelbar nicht aufgrund der Abtretungserklärung, sondern kraft der gerichtlichen Treuhänderbestellung durch Beschluss. Dennoch soll der Abtretungserklärung die Funktion einer „Bereitschaftserklärung“⁴⁰⁸ im Sinne einer Ermächtigung des Gerichts nach § 185 Abs. 1 BGB zukommen.⁴⁰⁹ Darin läge gerade keine Verfügung des Schuldners. Des Weiteren jedoch wirft die „Ausnahme“ des zweiten Satzes Fragen bezüglich seiner Funktion und systematischen Stellung auf. Mit Blick auf die Verfügung künftiger Forderungen des Schuldners an den Treuhänder ergeben die Ausführungen, dass der Abtretungsvertrag in dem Moment der Amtsübernahme durch den gerichtlich bestellten Treuhänder zustande kommt. Somit liegt der Verfügungszeitpunkt frühestens⁴¹⁰ erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens also nach Aufhebung des Insolvenzbeschlages außerhalb des zeitlichen Anwendungsbereiches der §§ 80 ff. InsO. Wenn also die Abtretungserklärung zusammen mit dem Restschuldbefreiungsantrag sowie dem Insolvenzantrag des Schuldners ergeht, wie es § 287 Abs. 1 und 2 InsO vorsieht, dann liegen sowohl Angebot als auch Annahme des Abtretungsvertrages außerhalb des zeitlichen Anwendungsbereichs von § 81 InsO und sogar § 91 InsO. Insofern hätte es einer derartigen Regelung in den §§ 80 ff. InsO nicht bedurft. Da die Abtretung an den Treuhänder somit auch ohne die „Ausnahme“ des § 81 Abs. 2 Satz 2 InsO wirksam ist, kommt dann der Regelung bei genauer Betrachtung allenfalls eine Klarstellungsfunktion zu. § 81 Abs. 2 Satz 2 InsO spricht sich damit weder eindeutig für die eine noch für die andere Theorie aus.

Eine systematische Auslegung führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis. Vielmehr scheint sich der Eindruck zu verstärken, dass die Norm gegenüber beiden Konstruktionsansätzen offen zu sein scheint. Werden die zahlreichen Änderungen der §§ 286 ff. InsO mitberücksichtigt, so gilt nichts anderes.

cc) Historie

In Fällen wie diesen, in denen nun die Auslegung des Wortlauts und die Systematik einer Norm zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, kommt nun der historischen Auslegung im Rahmen der subjektiven Theorie eine besondere Rolle zu. Hier ist zunächst zwischen der historischen Auslegung im engeren Sinne und der gene-

⁴⁰⁸ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 52.

⁴⁰⁹ Siehe dazu bereits C. I. 2. f).

⁴¹⁰ Die jeweiligen Forderungen gehen zudem erst im Zeitpunkt ihrer Entstehung über; siehe von Tuhr, Der Allgemeine Teil II/1, S. 387 ff.

tischen Auslegung zu unterscheiden. Während die historische Auslegung im engeren Sinne in mittlerweile außer Kraft gesetzten Vorgängernormen den historischen Willen des Gesetzgebers zu ergründen versucht⁴¹¹, zieht die genetische Auslegung die Gesetzesmaterialien zur Ermittlung des historischen Willens des Gesetzgebers heran⁴¹². Ein Restschuldbefreiungsverfahren mit einhergehender Abtretung der pfändbaren Lohnforderungen ist in Deutschland ohne vergleichbaren Vorläufer.⁴¹³ Wer also den historischen Willen des Gesetzgebers bezüglich § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO zu ermitteln sucht, dem bleibt nur die Untersuchung der Gesetzesmaterialien im Wege der genetischen Auslegung.

Die Begründung für die zentrale Bedeutung der historischen Auslegung innerhalb des Methodenkanons sieht die subjektive Theorie im Verfassungsrecht. Art. 20 Abs. 3 GG soll demnach nicht nur den Richter an Recht und Gesetz binden, sondern auch für den Auslegungsprozess das Rangverhältnis zwischen Judikative und Legislative zugunsten des Gesetzgebers ausgestalten.⁴¹⁴ Nur dies Sorge dafür, dass das Ergebnis der Auslegung seine Legitimation immer noch vom Gesetzgeber her ableite.⁴¹⁵ Zudem widerspreche es der Gewaltenteilung, sowohl den inhaltlichen Maßstab der Auslegung als auch die konkrete Entscheidung im Einzelfall in die Hände des Richters zu geben.⁴¹⁶

Legt man diese Erkenntnisse einer genetischen Auslegung zugrunde, so ist nun von den Materialien auf den Willen des historischen Gesetzgebers zu schließen. Gesetzgebungsmaterialien sind öffentlich zugängliche schriftliche⁴¹⁷ Zeugnisse, die während des Gesetzgebungsverfahrens von den Organen der Gesetzgebung angelegt werden.⁴¹⁸

Eine Äußerung bezüglich der Rechtsnatur der Abtretungserklärung im Restschuldbefreiungsverfahren findet sich lediglich im Regierungsentwurf der neuen

⁴¹¹ *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 155 f.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 4 Rn. 149.

⁴¹² *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 157; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 4 Rn. 157.

⁴¹³ Siehe historische Beispiele der Restschuldbefreiung bei *Bartels*, KTS 2013, 349, 351 ff.

⁴¹⁴ *Hassold*, in: FS für Larenz, S. 211, S. 217; *Zippelius*, in: FS für Larenz, S. 739, S. 745; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 51 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 722; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 170 f.

⁴¹⁵ *Schünemann*, in: FS für Klug, S. 169, S. 173; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 50.

⁴¹⁶ *Zimmermann*, NJW 1954, 1628, 1630; *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 164; vgl. auch *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 49.

⁴¹⁷ Zu mündlichen Auskünften *Fleischer*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, S. 1, S. 15 ff.

⁴¹⁸ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 449; *Unger*, *RebelsZ* 78 (2014), 415, 421.

Insolvenzordnung.⁴¹⁹ Auch in späteren Gesetzgebungsverfahren wird die Rechtsnatur nicht erneut angesprochen.

Bei einem Regierungsentwurf handelt es sich zwar in einem ersten gedanklichen Schritt um die Äußerung eines Organs der Exekutive, jedoch sieht Art. 76 Abs. 1 GG ein Initiativrecht der Bundesregierung vor und durch die Einbringung in das parlamentarische Verfahren und die parlamentarische Abstimmung wird die Äußerung der Bundesregierung Grundlage für die Entscheidung der Legislative.⁴²⁰ Grundsätzlich kann demnach von Regierungsentwürfen auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden.

Der Regierungsentwurf erläutert zunächst die Funktion der Abtretungserklärung des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO. Danach soll der Schuldner, der die Restschuldbefreiung begehrt, durch dieses zusätzliche Verfahrenserfordernis davor gewarnt werden, dass ihm für einen *geraumen* Zeitraum lediglich der pfändbare Teil seines Einkommens verbleibt.⁴²¹ Von einer solchen Warnfunktion erhofft sich der Gesetzgeber die Unterbindung von leichtfertig gestellten Anträgen auf Restschuldbefreiung, wenn dem Schuldner noch die Möglichkeit eines Insolvenzplans bleibt, in dem der Schuldner nicht an den Voraussetzungen der §§ 286 ff. InsO gemessen werden muss.⁴²² Dies erklärt, weshalb der Gesetzgeber das Institut der Abtretungserklärung überhaupt für nötig hält und warum er die Forderungen des Schuldners nicht lediglich automatisch kraft gesetzlicher Anordnung innerhalb des Restschuldbefreiungsverfahrens auf den Treuhänder übergehen lässt.

Sodann wird deutlich, was bereits die systematische Auslegung ergeben hat. Der Gesetzgeber beweist keinen glücklichen Umgang mit dem Begriff der Abtretungserklärung. Nach dem Regierungsentwurf soll die Abtretungserklärung des Schuldners wirksam werden, wenn der Treuhänder durch Übernahme des Amtes konkludent die Annahme erklärt.⁴²³ Der Verweis auf den ersten Satz des § 398 BGB und das Wirksamwerden durch eine konkludente Annahme bringen klar zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber sich inhaltlich die Konstruktion eines Abtretungsvertrags vorstellt. Dementsprechend ist dort der Begriff der Abtretungserklärung ungenau. Durch konkludente Annahme wird die Abtretung bzw. der Abtretungsvertrag wirksam und nicht die Abtretungserklärung. Diese Stelle beweist jedoch, dass sofern Formulierungen bezüglich der Abtretungserklärung einer Konstruktion des Abtretungsvertrages widersprechen⁴²⁴, von einem sprachlichen Versehen des Gesetzgebers ausgegangen werden muss.

⁴¹⁹ Sowohl BR-Drs. 1/92, S. 189 als auch BT-Drs. 12/2443, S. 189.

⁴²⁰ *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 166 ff.

⁴²¹ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

⁴²² BT-Drs. 12/2443, S. 189.

⁴²³ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

⁴²⁴ Siehe C. I. 3. b) bb).

Im Rahmen der subjektiven Theorie kommt solchen inhaltlichen Normvorstellungen des Gesetzgebers Verbindlichkeit zu. Dies liegt in den bereits angesprochenen verfassungsrechtlichen Überlegungen begründet. Da es Aufgabe des Gesetzgebers sei, inhaltlich bestimmte Normen zu erlassen, folge aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz, die Maßstabssetzungskompetenz beim Gesetzgeber zu verorten und nicht in die Hand der Rechtsprechung zu legen, welche die Kompetenz habe den konkreten Einzelfall zu entscheiden.⁴²⁵

dd) Zwischenergebnis

Eine Auslegung nach der subjektiven Theorie ergibt daher, dass die Abtretung des Schuldners auf der Konstruktion eines Abtretungsvertrages beruht. Sofern Wortlaut und Systematik Raum für Zweifel an einem solchen Verständnis lassen, werden diese durch die genetische Auslegung beseitigt. Die prozessuale Theorie lässt sich mit einer Auslegung nach subjektivem Verständnis nicht begründen. Im Rahmen eines solchen Verständnisses kann die prozessuale Theorie nur Ergebnis zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung sein.

c) Auslegung im Wege der objektiven Theorie

Zu klären ist noch, ob die prozessuale Theorie Ergebnis einer objektiven Auslegung sein kann. Bezüglich des Wortlautes und der Systematik bleibt es beim bisher Gesagten. Dem Normtext ist aus sich selbst heraus, auch unter Bezugnahme weiterer Normen in der InsO, kein eindeutiges Ergebnis abzugewinnen.

aa) Bedeutung der genetischen Auslegung

Die objektive Theorie muss sich sodann zu der Frage verhalten, ob einer genetischen Auslegung überhaupt ein Gewicht innerhalb des Auslegungsprozesses zukommen soll. Stimmen, die dies grundsätzlich bestreiten, sind seit Bestehen der Bundesrepublik selten geworden.⁴²⁶ Ganz überwiegend wird innerhalb der objektiven Theorie davon ausgegangen, dass der genetischen Auslegung unter den Auslegungskriterien ein fester Platz eingeräumt wird, ohne sich jedoch dabei festzulegen, inwieweit einem einmal ermittelten gesetzgeberischen Willen wirklich eine Verbindlichkeit zukommt oder eben nicht.⁴²⁷ Die objektive Theorie proklamiert

⁴²⁵ Frieling, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 169.

⁴²⁶ Schlink, Der Staat 19 (1980), 73, 102 f.; Lücke, Begründungszwang und Verfassung, S. 14; Heinz, Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, S. 273 f.; sehr kritisch auch Thiessen, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, S. 45, S. 73 f.

⁴²⁷ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 329; Bork, BGB AT, Rn. 132; Grüneberg/Grüneberg, Einleitung Rn. 45; Staudinger/Honsell (2018), BGB, Einleitung Rn. 137; Finkenaue, in: FS für Schröder, S. 21, S. 46; von Arnald, Rechtstheorie 32 (2001), S. 465, S. 473 Fn. 39; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 173; Schmidt, Zur Methode

somit zumindest eine Konsultierungspflicht.⁴²⁸ Eine Pflicht zur Vornahme einer genetischen Auslegung macht jedoch nur dann Sinn, sofern mit Ergebnissen der genetischen Auslegung anhand bestimmter Kriterien weiter verfahren wird. Andernfalls bestünde die Gefahr, den Willen des Gesetzgebers methodisch beliebig für die eine Entscheidung heranzuziehen, für die andere jedoch zu verwerfen.⁴²⁹ In der Literatur finden sich diesbezüglich verschiedene Differenzierungsansätze.

So wird vertreten, dass die Verbindlichkeit des Willens des Gesetzgebers mit zunehmendem Alter der Norm schwinde.⁴³⁰ Maßgeblich hierfür seien nicht die bloße Anzahl an vergangenen Jahren, sondern der Wandel von tatsächlichen oder normativen Wertvorstellungen.⁴³¹ Nach diesem Maßstab käme dem Willen des Gesetzgebers, die Abtretung als Vertrag zu konstruieren, weiterhin Verbindlichkeit zu. Auch wenn seit Inkrafttreten der InsO mittlerweile über 20 Jahre vergangen sind, so ist doch kein Wandel von tatsächlichen Wertvorstellungen ersichtlich, welche die rechtstechnische Frage der Natur der Abtretung im Restschuldbefreiungsverfahren betreffen. Zudem hat unter Bezugnahme nachfolgender Gesetzesänderungen eine systematische Auslegung ebenfalls keinen Wandel von normativen Wertvorstellungen ergeben.

Wendet man sich dem Inhalt der diesbezüglichen Äußerung des Regierungsentwurfes zu, so handelt es sich dabei um die Vorstellung des Gesetzgebers eines von ihm gewählten normativen Begriffes (*abtritt*)⁴³². Solche konkreten Normvorstellungen gelten innerhalb der objektiven Theorie als unverbindlich.⁴³³ Dennoch sollen sie beachtlich sein, wenn ihnen vernünftige Erwägungen zugrunde liegen.⁴³⁴ Gerade bei solchen Einzelheiten einer Regelung sei auch immer ein möglicher Irrtum des Gesetzgebers zu berücksichtigen.⁴³⁵ Dem Institut der Abtretungserklärung liegt die Überlegung einer Warnfunktion für den Schuldner zugrunde.⁴³⁶ Er soll sich nicht leichtfertig in die (damals noch längere) Wohlverhaltensperiode begeben. Zudem soll dadurch das Insolvenzgericht vor unüberlegten Restschuldbefreiungsanträgen geschützt werden. Dieser Gedanke des Gesetzgebers leuchtet zunächst

der Rechtsfindung, S. 19; *Grigoleit* sieht „deutliche überwiegende teleologische Argumente“ dazu in der Lage, das Ergebnis einer genetischen Auslegung umzustößen (ZNR 2008, 259, 264).

⁴²⁸ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 162.

⁴²⁹ *Bork*, BGB AT, Rn. 132; *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 56.

⁴³⁰ *Zippelius*, in: FG für BVerfG II, S. 108, S. 118; *Wank*, Juristische Methodenlehre, § 6 Rn. 207.

⁴³¹ *Zippelius*, in: FG für BVerfG II, S. 108, S. 118; *Wank*, Juristische Methodenlehre, § 6 Rn. 210; vgl. auch *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 157.

⁴³² Formulierung des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO.

⁴³³ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 329.

⁴³⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 387.

⁴³⁵ *Stratenwerth*, in: FS für Germann, S. 257, S. 264.

⁴³⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

einmal ein. In der Bundesrepublik gab es bislang keinerlei Erfahrungswerte mit einem Restschuldbefreiungsverfahren, in welchem der Schuldner für einen mehrjährigen Zeitraum maximal mit dem pfändbaren Teil seines Gehaltes seine Existenz bestreiten kann. Der Überlegung des Gesetzgebers lässt sich die Vernunft nicht ohne weiteres absprechen. Der Begriff der Abtretung und der Verweis auf die Vorschrift des § 398 Satz 1 BGB lässt auch die Annahme eines Irrtums des Gesetzgebers nicht als plausibel erscheinen. Es überzeugt auch daher nicht, darauf abzustellen, dass die Warnfunktion ebenso erfüllt würde, wenn die Abtretungserklärung als prozessuale Erklärung aufgefasst würde. Zu bedenken ist dabei, dass eine solche konkrete Normvorstellung vom dazu demokratisch legitimierten Gesetzgeber stammt, insofern erkennt auch die objektive Theorie eine besondere Darlegungslast an, wenn von einer derartigen Entscheidung abgewichen werden soll.⁴³⁷

bb) Judizieren contra legem

Angesichts dessen wird das bewusste Abweichen von einer gesetzgeberischen Entscheidung, bei gleichzeitiger Achtung des Wortlautes, sogar als Judizieren *contra legem* aufgefasst.⁴³⁸ Die vorherigen Ausführungen ergaben, dass nach diesem Verständnis die prozessuale Theorie eine Konstruktion *contra legem* darstellt. Unter Zugrundelegung dieser Definition sei ein Judizieren *contra legem* nur zulässig, wenn dabei die Prinzipien der Volkssouveränität und der Rechtssicherheit geachtet würden.⁴³⁹ Danach besteht die Zulässigkeit eines Judizierens *contra legem* in folgenden Fallgruppen: die Norm verstößt gegen die Menschenwürde⁴⁴⁰, die Norm verstößt gegen physische oder psychische Gesetze des Menschen⁴⁴¹ oder Naturgesetze⁴⁴², die Norm gibt für die Erreichung eines Zwecks ein objektiv untaugliches Mittel vor⁴⁴³, der Norm liegen Norm- oder Wertungswidersprüche zugrunde⁴⁴⁴, es kommt zu qualifizierten Veränderungen innerhalb oder außerhalb der Rechtsordnung⁴⁴⁵, einer Norm liegt keinerlei vernünftige Erwägung zugrunde und verstößt so gegen das Willkürverbot⁴⁴⁶, die Norm verstößt in einem atypischen Sachverhalt oder in moralischen Extremfällen gegen das Gebot der Einzelfallgerechtigkeit⁴⁴⁷.

⁴³⁷ Vgl. Grigoleit, ZNR 2008, 259, 263 f.

⁴³⁸ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 132.

⁴³⁹ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 140.

⁴⁴⁰ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 141.

⁴⁴¹ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 141.

⁴⁴² Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 144.

⁴⁴³ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 146.

⁴⁴⁴ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 147.

⁴⁴⁵ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 151 ff.

⁴⁴⁶ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 161.

⁴⁴⁷ Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 171.

Bereits die Auflistung der Fallgruppen verdeutlicht, dass an ein Judizieren contra legem erhöhte Anforderungen gestellt sind.

(1) Normwidersprüche

Für die Begründung der prozessualen Theorie käme allein die Fallgruppe der Norm- oder Wertungswidersprüche in Betracht. Der BGH sah der materiell rechtlichen immerhin derartige *konstruktive Schwierigkeiten* entgegenstehen, dass er sich für die prozessuale Theorie aussprach.⁴⁴⁸ Diese Fallgruppe entspringt dem Rechtsgedanken *ultra posse nemo obligatur*.⁴⁴⁹ Es kann nichts angeordnet werden, was nicht möglich ist. Verfassungsrechtlich lässt sich diese Fallgruppe als ein Ausfluss des Gebotes der Normklarheit begreifen.⁴⁵⁰ Bereits in einer seiner ersten Entscheidungen folgte das Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsgebot, dass ein Gesetz, welches seinen Inhalt nicht zum Ausdruck bringt, missverständlich oder irreführend ist, oder es in sich widerspruchsvoll ist, in extremen Fällen dieser Art nichtig sein könnte.⁴⁵¹ Dies entspricht bis heute der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.⁴⁵² Bedenkenswert erscheint zudem eine Verankerung im Prinzip der Gewaltenteilung, da, wenn die Legislative unklare bzw. widersprüchliche Normen erlässt, der Judikative ein verständlicher Maßstab entbehrt, anhand dessen ein zu entscheidender Lebenssachverhalt beurteilt werden kann.⁴⁵³ Dabei können Normwidersprüche in zweierlei Gestalt auftreten. Es kann innere und äußere Normwidersprüche geben.

(2) Innerer Normwiderspruch

Ein innerer Normwiderspruch liegt vor, wenn ein Gesetz aufgrund eines inneren Widerspruchs nicht auslegungsfähig ist. Dieses Phänomen ist im Zivilrecht vornehmlich unter dem Begriff der Perplexität für die Auslegung von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften anerkannt.⁴⁵⁴ Der Begriff der Perplexität wird jedoch in diesem Sinne auch im öffentlichen Recht in Bezug auf die Auslegung von Gesetzen gebraucht.⁴⁵⁵ Tatsächlich erfährt der Begriff in beiden Rechtsgebieten eine

⁴⁴⁸ BGH NZI 2006, 599, 600.

⁴⁴⁹ Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, S. 147.

⁴⁵⁰ Vgl. Towfigh, Der Staat 48 (2009), 29, 38.

⁴⁵¹ BVerfGE 1, 14, 16, 45.

⁴⁵² BVerfGE 21, 73, 79; BVerfGE 31, 255, 264; BVerfGE 78, 214, 226; BVerfGE 98, 106, 119; BVerfGE 108, 169, 181 f.; BVerfGE 113, 29, 50; BVerfGE 115, 166, 190; BVerfGE 119, 331, 366; BVerfGE 128, 282, 317 f.; BVerfGE 149, 293, 323 f.

⁴⁵³ Towfigh, Der Staat 48 (2009), 29, 63; BVerfG NJW 2007, 2464, 2466.

⁴⁵⁴ BGHZ 20, 109, 110; von Tuhr, Der Allgemeine Teil II/1, S. 214, S. 416; Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 314; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 759; Bork, BGB AT, Rn. 543; Staudinger/Singer (2021), BGB, § 133 Rn. 10; RG JW 1916, 405, 407.

⁴⁵⁵ Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., S. 48 f.; Schröder, ZG 2007, 236, 237 f.; Towfigh, Der Staat 48 (2009), 29, 62 Fn. 175; anders Reimer, der unter Perplexität den äußeren Normwiderspruch fasst (Juristische Methodenlehre, Rn. 213).

entsprechende Behandlung. Es besteht Einigkeit darüber, dass ein Scheitern der Auslegung aufgrund eines inneren Widerspruches den absoluten Ausnahmefall bildet.⁴⁵⁶ Beispiele für die Perplexität sind sowohl im Zivilrecht als auch im öffentlichen Recht äußerst selten. Zu nennen ist hier der Fall einer Erklärung, bei welcher der Adressat die Unrichtigkeit zwar erkennt, jedoch nicht erkennt, was der Erklärende richtigerweise ausdrücken wollte.⁴⁵⁷ Das Bundesverfassungsgericht sah etwa das Gebot der Klarheit und Widerspruchsfreiheit im besonders grundrechtsintensiven Bereich der Zwangsmaßnahmen im Strafvollzug verletzt.⁴⁵⁸ Den Punkt exakt zu bestimmen, ab dem ein innerer Widerspruch unüberwindbar wird, ist dabei schwer möglich. Der Grund hierfür ist sicherlich bereits in der Herleitung aus dem sehr allgemeinen Rechtsstaatsprinzip finden, welches für sich noch nichts zur konkreten Falllösung beizutragen vermag. Des Weiteren wird der geschulte Rechtsanwender stets versucht sein, aus sämtlichen Begleitumständen dem Gesetzgeber oder der erklärenden Partei einen zu unterstellenden Sinn der Regelung, Erklärung oder Vereinbarung nachzuweisen.⁴⁵⁹ Entscheidendes Kriterium, mit dem sich ein Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit bestimmen lässt, ist damit die Vollziehbarkeit eines Gesetzes bzw. die Ausführbarkeit eines Rechtsgeschäfts.⁴⁶⁰ Ein Gesetz muss also nach vorgenommener Auslegung seine Wirkung entfalten können, vom Normadressaten befolgt werden können und von der Rechtsprechung kontrolliert werden können.⁴⁶¹

Wird erneut der Wortlaut des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO in den Blick genommen, so bleibt festzuhalten, dass die Vorschrift anordnet, dass Inhalt der Abtretungserklärung die Abtretung von pfändbaren Forderungen für die Zeit von drei Jahren nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an einen gerichtlich bestellten Treuhänder ist. Die bisherige Auslegung hat einen Forderungsüberübergang aufgrund eines Abtretungsvertrages zwischen dem Schuldner und dem Treuhänder ergeben. Dieser wird jedoch erst nach Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens und mit Amtsantritt durch den Treuhänder geschlossen und kann erst ab diesem seine Wirkung entfalten. Dies würde erst dann einen inneren Widerspruch bedeuten, wenn aufgrund des Wortlautes eine Wirkung der Abtretung, also ein Forderungsübergang, mit Eröffnung des Regelverfahrens zwingend einzusetzen hat. Die Vorschrift gibt jedoch lediglich den Zeitrahmen vor, in dem die Abtretung höchstens ihre Wirkung entfalten kann. Aus dem Wortlaut geht eindeutig hervor, dass die Forderungen auf einen vom Gericht zu bestimmenden Treuhänder übergehen. Demzufolge kann die Abtretungserklärung unabhängig von ihrer Rechtsnatur frühestens ab der Bestim-

⁴⁵⁶ BVerfGE 1, 14, 45; RG JW 1916, 405, 407; BGHZ 20, 109, 110.

⁴⁵⁷ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 759.

⁴⁵⁸ BVerfGE 128, 282, 318 ff.

⁴⁵⁹ *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 314; *Bork*, BGB AT, Rn. 543; anschaulich auch um die Auslegung einer widersprüchlichen Erklärung bemüht BGH NJW 1986, 1035.

⁴⁶⁰ *Goeckel*, Grundsätze des Rechtsstaats in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, S. 55 f.; *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29, 66.

⁴⁶¹ Vgl. *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29, 66.

mung des Treuhänders einen Forderungsübergang bewirken. Der gewählte Zeitraum ist daraus zu erklären, dass zugunsten des Schuldners von vornherein ein klarer Endpunkt des Restschuldbefreiungsverfahrens erkennbar ist.⁴⁶² Das zur Vermeidung von zufälligen Härten aufgrund längerer Regelinsolvenzverfahren an zeitlich an die Verfahrenseröffnung angeknüpft wurde, sagt noch nichts über den Zeitpunkt des Einsetzens des tatsächlichen Forderungsübergangs aus. Dieser Zeitpunkt ist im Moment der Abgabe der Abtretungserklärung noch nicht bestimmbar. Ebenso wie es nicht sicher ist, ob es überhaupt zu einem Forderungsübergang kommt. Die Regelung soll aber sicherstellen, dass es zwischen dem Ende des Regelinsolvenzverfahrens und dem Amtsantritt des Treuhänders zu einer lückenlosen Wirkung hinsichtlich des Forderungsübergangs kommt. Daher umfasst der gewählte Zeitraum, überschießend, auch immer eine Phase, in der die Abtretungserklärung noch nicht vollständig wirken kann. Dargelegt wurde bereits das Wesen der Vorauszession, welche sich gerade dadurch auszeichnet, dass Vornahme der Verfügung und deren Wirksamwerden zu unterschiedlichen Zeitpunkten stattfindet. Der Konstruktion des Abtretungsvertrages im Restschuldbefreiungsverfahren kommt dabei lediglich die Besonderheit zu, dass auch zwischen Angebotsabgabe und Angebotsannahme ein mitunter größerer Zeitraum liegt. Dies ist jedoch nichts, was der Rechtsgeschäftslehre des Bürgerlichen Gesetzbuches unbekannt wäre. Hieraus lässt sich somit kein innerer Normwiderspruch konstruieren.

(3) Äußerer Normwiderspruch

Ein äußerer Normwiderspruch liegt vor, wenn eine Norm zu einer oder mehreren anderen Normen im Widerspruch steht.⁴⁶³ Dabei müssen für einen Sachverhalt mehrere Normen verschiedene Rechtsfolgen anordnen.⁴⁶⁴ Ebenso wie für den inneren Normwiderspruch bildet die Vollziehbarkeit für den Normadressaten und die kontrollierenden Gerichte das entscheidende Kriterium für einen äußeren Normwiderspruch. Bei einem äußerer Normwiderspruch muss sich der Adressat bzw. der Rechtsanwender also in der Situation wiederfinden, nicht mehrere Normen zugleich befolgen zu können.⁴⁶⁵ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass sich dieser äußerer Normwiderspruch nicht schon vorher durch die Anwendung verschiedener Kollisionsregeln auflösen lässt. Dies kann bei Auslandsberührung durch die Normen des Internationalen Privatrechts geschehen, oder bei Inlandssachverhalten durch nationale Normen, wie den Art. 31 GG. Des Weiteren lassen sich Kollisionen durch allgemein anerkannte Rechtssätze auflösen.⁴⁶⁶ Hier sind zuvorderst die Grundsätze *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori* und *lex pos-*

⁴⁶² Vgl. BT-Drs. 14/6468, S. 18.

⁴⁶³ Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 463 f.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 274 f.

⁴⁶⁴ Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 463.

⁴⁶⁵ Schröder, ZG 2007, 236, 241.

⁴⁶⁶ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 275; *Neuner*, BGB AT, § 4 Rn. 70.

terior derogat legi priori zu nennen. Dies gilt es bei der Feststellung eines äußeren Normwiderspruches festzustellen.

Der prozessualen Theorie liegt in erster Linie die Annahme zugrunde, dass ein Abtretungsvertrag aufgrund von Konstruktionsschwierigkeiten lediglich eine Fiktion sei.⁴⁶⁷ Die Konstruktion eines Abtretungsvertrages führt auch nicht zu einem äußeren Normwiderspruch. Dies wäre erst dann der Fall, wenn dies mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre keinesfalls möglich wäre und diese Auslegung des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO mithin mit den §§ 145 ff. BGB unvereinbar wäre. Die vorherige Untersuchung konnte jedoch belegen, dass sich zwischen dem Schuldner und zu bestimmenden Treuhänder durchaus mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre ein Abtretungsvertrag konstruieren lässt. Insofern kommen auch keine allgemeinen Kollisionsregeln zur Anwendung. § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO stellt zwar die speziellere Norm dar, jedoch wird unter Zugrundelegung der materiell rechtlichen Theorie auf die Vorschriften der Zession und damit auch auf die Vorschriften zum Vertrag im BGB verwiesen. Es besteht daher keine Kollisionslage. Der für die Herleitung eines Vertragsschlusses zu betreibende Aufwand setzt der Annahme des Gesetzgebers noch nicht den Vorwurf eines äußeren Normwiderspruches aus. Die materiell rechtliche Theorie kommt somit erst an ihr Ende, wo sich mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre ein Abtretungsvertrag nicht mehr konstruieren lässt. Nach bürgerlichem Recht ließe sich jedoch ohne Weiteres eine neue Abtretungserklärung durch den Schuldner konstruieren. Diese Möglichkeit findet zwar ausdrücklich keine Erwähnung im Gesetzestext, die vorherigen Ausführungen konnten jedoch darlegen, dass eine neue Abtretungserklärung nach entsprechendem Hinweis durch das Insolvenzgericht weder mit den Vorschriften der InsO noch mit denen des BGB im Widerspruch steht. Zumal dies auch ohne nennenswerten Aufwand für die Beteiligten einhergeht. Von einem äußeren Normwiderspruch kann daher keine Rede sein.

cc) Folge einer Pflicht zur Konsultierung des gesetzgeberischen Willens

Wer im Rahmen der objektiven Theorie eine Pflicht zur Konsultierung des gesetzgeberischen Willens vertritt, hat darzulegen, mit welcher Begründung einer konkreten Normvorstellung nicht entsprochen wird. Die Argumente der prozessualen Theorie hinsichtlich der konstruktiven Schwierigkeiten entsprechen jedoch nicht der in der Methodenlehre anerkannten Kriterien, anhand derer der Rechtsanwender sich von einem ermittelten Willen des Gesetzgebers abwenden darf.

Kommt somit bereits die genetische Auslegung bei nicht eindeutigem Wortlaut und Systematik zu einem Auslegungsergebnis, ist nicht auf die objektiv-teleologische Auslegung zurückzugreifen.⁴⁶⁸ Eine methodische Untersuchung hat sie den-

⁴⁶⁷ Siehe nur *Ahrens*, DZWIR 1999, 45, 49; *MüKo/Stephan*, InsO, § 287 Rn. 114.

⁴⁶⁸ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 344; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 454.

noch in den Blick zu nehmen. Eine solche sucht nach dem objektiven Zweck einer Regelung.⁴⁶⁹ Einer uneindeutigen Regelung soll sich von den vorgegebenen Sachstrukturen her genähert werden.⁴⁷⁰ Hierher gehört auch der schillernde Rechtsbegriff von der „Natur der Sache“.⁴⁷¹ Es geht dabei darum, von einem tatsächlichen Lebenssachverhalt auf eine Norm zu schließen, die diesen Lebenssachverhalt regelt. Dies erweist sich im Falle der Rechtsnatur der Abtretungserklärung als schwierig. Denn der Forderungsübergang im Restschuldbefreiungsverfahren ist nichts, was der Gesetzgeber im tatsächlichen menschlichen Miteinander vorgefunden hat, sondern erst durch die Einführung der InsO künstlich geschaffen wurde. Bricht man diesen Vorgang auf seinen unbestrittenen Kern herunter, so gehen Forderungen aus dem Vermögen des Schuldners in das Vermögen des Treuhänders über. Dieser Vorgang steht im Einklang mit dem zivilrechtlichen Institut der Abtretung. In der prozessualen Theorie wird eine Parallele zur Überweisung in der Einzelzwangsvollstreckung gesehen.⁴⁷² Dort findet aber gerade kein Forderungsübergang statt. Auch die freiwillig abgegebene Erklärung als Voraussetzung für einen Forderungsübergang spricht gegen ein an das Vollstreckungsrecht angelehntes Modell. Sofern überhaupt in diesem Fall von einer Sachstruktur auf die Rechtsnatur geschlossen werden kann, zeichnet sich eher ein materiell rechtliches Verständnis ab.

dd) Zwischenergebnis

Eine Auslegung nach objektiver Theorie, welche die genetische Auslegung nicht für schlichtweg unbeachtlich hält, kommt daher ebenfalls zur Konstruktion eines Abtretungsvertrages.

d) Auslegung des IX. Zivilsenats

Anhand dieser methodischen Untersuchung fallen an der Entscheidung des BGH, in der er sich zur Rechtsnatur der Abtretungserklärung äußert, mehrere Aspekte auf. Zunächst einmal nimmt der BGH die Äußerung in den Materialien zur Kenntnis.⁴⁷³ Er greift daraufhin die Argumente der prozessualen Theorie auf und bestreitet so die Möglichkeit der Konstruktion eines Abtretungsvertrages. An dieser Stelle soll auf diese Argumente nicht erneut eingegangen werden. Die obigen Ausführungen konnten insbesondere mit der Rechtsfigur des Angebots *ad incertam personam* einen Vertragsschluss nachweisen. Für den BGH überwiegen jedoch die

⁴⁶⁹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 333; Neuner, BGB AT, § 4 Rn. 40.

⁴⁷⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 334.

⁴⁷¹ Vgl. nur Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 454; mit Differenzierung Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 334; Kritik dazu bei Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 921 ff.

⁴⁷² FK-InsO¹⁰/Ahrens, § 287 Rn. 152.

⁴⁷³ BGH NZI 2006, 599, 600.

„konstruktiven Schwierigkeiten“⁴⁷⁴. Es bleibt unklar, ob der BGH die Konstruktion eines Vertragsschlusses für schlichtweg nicht möglich hält und so entsprechend der *contra legem*-Fallgruppe des Normwiderspruches den Willen des Gesetzgebers für unbeachtlich hält, oder aber nur die konstruktiven Schwierigkeiten gegen die Äußerung in den Materialien abwägt. Die Formulierung der Entscheidung spricht für Letzteres. Der BGH nennt hier die Begründung des Regierungsentwurfes, der etwas „begreift“. Es scheint bewusst die Formulierung vom Willen des Gesetzgebers vermieden zu werden, um die Folgefrage nach der Verbindlichkeit desselben bereits im Keim zu ersticken. Sieht dagegen der IX. Zivilsenat in den konstruktiven Schwierigkeiten eines Abtretungsvertrages bereits einen äußeren Normwiderspruch im Sinne der *contra legem*-Fallgruppe, dann steht gleichzeitig eine Nichtigkeit des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO wegen Verletzung des Gebotes der Normklarheit in Frage.⁴⁷⁵ Steht jedoch nach vorgenommener Auslegung die Nichtigkeit eines Gesetzes im Raum, hat jeder staatliche Spruchkörper nach Art. 100 Abs. 1 GG die Norm dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Dort wo das Gericht einen festgestellten Normwiderspruch selbst auflöst, indem es *contra legem* der jeweiligen Vorschrift eine eigene Auslegung zugrunde legt, verletzt es seine Vorlagepflicht.⁴⁷⁶ Tatsächlich wird der IX. Senat in dieser Sache die Schwierigkeiten bei der Konstruktion eines Abtretungsvertrages keinesfalls als so schwerwiegend angesehen haben, dass dadurch ein äußerer Normwiderspruch folgen würde, welcher in die Nichtigkeit der Norm zu münden hätte. So muss sich der BGH in dieser Entscheidung jedoch den Vorwurf der Beliebigkeit gefallen lassen, was den Umgang mit den Materialien angeht.

Verdeutlicht wird dies, wenn man sich dem aktuellen Verständnis des Bundesverfassungsgerichts bezüglich von Gesetzesmaterialien zuwendet. Kam den Materialien 1957 noch eine „ausschlaggebende Bedeutung in der Regel nicht zu“⁴⁷⁷, so ist spätestens seit dem Sondervotum des zweiten Senats 2009⁴⁷⁸ ein neues Verständnis herrschend. Danach darf die eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers nicht durch eine judikative Lösung ersetzt werden.⁴⁷⁹ Den Materialien kommt bei der Ermittlung einer solchen Entscheidung „eine nicht unerhebliche Indizwirkung“ zu.⁴⁸⁰ In einer späteren Entscheidung des zweiten Senats wird dies bestätigt und anhand eines Regierungsentwurfes ein Auslegungsergebnis bei einem Wortlaut gefunden, der mehrere Deutungsmöglichkeiten zulässt, um dem Regelungsanliegen

⁴⁷⁴ BGH NZI 2006, 599, 600.

⁴⁷⁵ Vgl. BVerfGE 98, 106, 130 ff.; siehe auch *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 686.

⁴⁷⁶ *Neuner*, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 180.

⁴⁷⁷ BVerfGE 6, 389, 431.

⁴⁷⁸ BVerfGE 122, 282.

⁴⁷⁹ BVerfGE 122, 282, 283.

⁴⁸⁰ BVerfGE 122, 282, 283 f.

des Gesetzgebers, trotz der natürlichen Schwierigkeit textliche Eindeutigkeit festzustellen, zum Erfolg zu verhelfen.⁴⁸¹

Die Handhabung des Regierungsentwurfes durch den IX. Zivilsenat steht damit nicht im Einklang des modernen Methodenverständnisses des Bundesverfassungsgerichtes. Dabei darf nicht übersehen werden, dass auch nach den neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts keine absolute Bindungswirkung der Materialien besteht.⁴⁸² Es wird jedoch deutlich, dass die Rechtsprechung dort eine Begründungslast trifft, wo sie sich über einen in den Materialien klar geäußerten Willen hinwegsetzt.⁴⁸³ Anhand der auch vom Bundesverfassungsgericht ins Feld geführten verfassungsrechtlichen Herleitung⁴⁸⁴ sind an eine solche Begründung gesteigerte Anforderungen zu stellen, die die Zweckmäßigkeitsabwägung des IX. Zivilsenats nicht zu erfüllen vermag.⁴⁸⁵

4. Die Doppelnatur der Abtretungserklärung

Abschließend muss konstatiert werden, dass der Gesetzgeber das Modell des Forderungsüberganges aufgrund eines Abtretungsvertrages nicht mit letzter Konsequenz umgesetzt hat. Es spricht vieles dafür, dass mit der Konstruktion eines Abtretungsvertrages zwischen Schuldner und Treuhänder ein unnötig kompliziertes Regime geschaffen wurde. Für die prozessuale Theorie spricht offensichtlich das Vermeiden der zahlreichen dogmatischen Unwägbarkeiten.⁴⁸⁶ Dennoch ist sie im Ergebnis abzulehnen. Der Wille des Gesetzgebers zur Konstruktion eines Abtretungsvertrages findet sich nicht nur in den Materialien,⁴⁸⁷ sondern ergibt sich deutlich aus der Schaffung des Instituts der Abtretungserklärung gemäß § 287 Abs. 2 InsO selbst. Ein Forderungsübergang kraft Gerichtsbeschluss ließe sich normativ unkomplizierter ausgestalten, wenn bereits an den Restschuldbefreiungsantrag selbst angeknüpft würde.⁴⁸⁸ Hierfür braucht es einer gesonderten Abtretungserklärung gerade nicht. Gleichzeitig ist unbestritten, dass der Abtretungserklärung als unverzichtbare Voraussetzung des Restschuldbefreiungsverfahrens nicht allein eine materiell-rechtliche Wirkung beizumessen ist.⁴⁸⁹ Doch auch nach den verschiede-

⁴⁸¹ BVerfGE 133, 168, 205 f.

⁴⁸² BVerfGE 122, 282 f.

⁴⁸³ So auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 163.

⁴⁸⁴ BVerfGE 122, 282.

⁴⁸⁵ In diesem Zusammenhang verdienen unter methodischen Gesichtspunkten die Beschlüsse BGH NSTZ 2024, 420 und BGH NSTZ-RR 2024, 216 die höchste Beachtung. Der 1. Strafsenat und ihm folgend der 5. Strafsenat setzten sich letztlich unter Aufbietung aller Auslegungsmethoden über eine Normvorstellung des Gesetzgebers hinweg. Seiner Konsultierungspflicht und der daraus folgenden Begründungslast kam der BGH dort somit nach.

⁴⁸⁶ So auch BGH NZI 2006, 599, 600.

⁴⁸⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 189.

⁴⁸⁸ *Jaeger/Preuß*, InsO (2019), § 287 Rn. 49.

⁴⁸⁹ *Ahrens*, DZWIR 1999, 45, 47 f.

nen Begriffen der Prozesshandlungslehre kommt eine Einordnung der Abtretungserklärung als Prozesshandlung nicht in Betracht. Zudem liegt auch bei Annahme eines Abtretungsvertrages zwischen Schuldner und Treuhänder kein Prozessvertrag vor.

Es scheint, es sei also denjenigen zuzustimmen, die in der Erklärung des Schuldners eine Erklärung *sui generis*⁴⁹⁰ oder eine besonders geartete Erklärung⁴⁹¹ sehen. Doch diese Bezeichnungen können aus sich selbst heraus das Phänomen der Abtretungserklärung nicht näher konkretisieren, auch wenn es durch sie deutlich wird, dass der Gesetzgeber eben kein Erklärungsmodell aus einem Guss⁴⁹² geschaffen hat, sondern dieser Erklärung eine Doppelnatur zukommt.

a) Begriff der Doppelnatur und des Doppeltatbestandes

Dabei ist der Begriff der Doppelnatur zunächst von dem Begriff des Doppeltatbestandes abzugrenzen. Beide Begriffe haben gemein, dass sie auf Handlungen angewendet werden, bei denen die Zugehörigkeit entweder zum Prozessrecht oder zum materiellen Recht in Frage steht. Doppeltatbestand meint, dass ein nach außen hin einheitlich anmutender Vorgang rechtlich in zwei getrennt zu bewertende Teile gedacht werden muss. Erklärt eine Partei etwa während des Zivilprozesses der anderen Partei die Kündigung eines Vertrages, so ist zwischen dem prozessualen Vorbringen und dem materiellrechtlichen Rechtsgeschäft zu unterscheiden.⁴⁹³ Nur auf den ersten Teil findet das Prozessrecht Anwendung, während sich das Rechtsgeschäft selbst nach bürgerlichem Recht beurteilt. Rechtlich stellt also ein äußerliches Verhalten sowohl eine Prozesshandlung als auch ein Rechtsgeschäft nach bürgerlichem Recht dar, wobei auch jeder der beiden Tatbestände nebeneinander auf dessen jeweilige Voraussetzungen zu prüfen ist, wobei die Unwirksamkeit des einen Tatbestandes grundsätzlich⁴⁹⁴ nicht auch die des anderen Tatbestandes nach sich zieht. Bei der Doppelnatur liegt hingegen *nur ein* Tatbestand vor, bei dem jedoch sowohl Prozessrecht als auch materielles Recht zur Anwendung kommt.⁴⁹⁵ Es ist sich klarzumachen, dass wegen einer solchen Kumulation von prozessualen und materiell rechtlichen Voraussetzungen die Vornahme von solchen Rechtsgeschäften im Prozess erschwert wird.⁴⁹⁶ Eine Doppelnatur besteht jedoch nur dann, wenn die prozessualen Wirkungen und die materiellrechtlichen Wirkungen in ge-

⁴⁹⁰ Smid/Krug/Haarmeyer, InsO, § 287 Rn. 10.

⁴⁹¹ Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, S. 391.

⁴⁹² Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 45.

⁴⁹³ Stein/Jonas/Kern (2017), vor § 128 Rn. 357 f.

⁴⁹⁴ Siehe dazu Stein/Jonas/Kern (2017), vor § 128 Rn. 356.

⁴⁹⁵ Oertmann, Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht, S. 33; Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 86; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 91.

⁴⁹⁶ Stein/Jonas/Kern (2017), vor § 128 Rn. 366.

gegenseitiger Abhängigkeit stehen, also nur, wenn die prozessuale Wirkung ihrerseits einer materiellen Wirkung bedarf und umgekehrt.⁴⁹⁷

Erläutert werden soll das Verhältnis beider Begriffe am Beispiel des Prozessvergleichs. Diesem wurde vielfach eine Doppelnatur zugesprochen.⁴⁹⁸ Bestritten wird die These von der Doppelnatur des Prozessvergleiches unter dem Hinweis auf die bereits beschriebene notwendig hinreichende Abhängigkeit der prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen.⁴⁹⁹ Dazu wird die Möglichkeit angeführt, dass beide Parteien sich über die Beendigung eines Zivilprozesses einigen können, ohne dabei auch die materiell rechtliche Lage zu gestalten.⁵⁰⁰ Auch die verschiedene Willensrichtung bezüglich des prozessualen Teils, wo der Wille zur Beendigung des Prozesses im Vordergrund steht, und des materiellrechtlichen Teils, wo der Wille der Parteien die materiellrechtliche Lage gestaltet, soll gegen eine Doppelnatur des Prozessvergleichs sprechen.⁵⁰¹ Zudem ließe sich die prozessuale Funktion (Urteilsverdrängung) klar von der materiellen Funktion (Gestaltung der Rechtslage) trennen.⁵⁰² Es sei auch nicht möglich, den prozessualen Teil des Vergleichs zu bedingen oder zu befristen, da so eine unklare Prozesslage entstünde, während der materiellrechtliche Teil des Vergleiches Bedingungen und Befristungen zugänglich sei.⁵⁰³ Dementsprechend könne auch nur der materiell rechtliche Teil, nicht der prozessuale Teil, der Anfechtung wegen Willensmängeln unterliegen.⁵⁰⁴ Insgesamt folge daraus, dass ein Prozessvergleich aus zwei getrennt voneinander zu bewertende Teilen bestünde, die jeweils von der Unwirksamkeit des anderen Teils unberührt blieben.⁵⁰⁵ An dieser Stelle soll nicht über die Rechtsnatur des Prozessvergleiches entschieden werden. Jedoch kann anhand der vorgetragenen Argumente eine Einordnung der Abtretungserklärung unternommen werden.

⁴⁹⁷ Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 56; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 91.

⁴⁹⁸ Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 473 f.; Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 187; Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 86; Häsemeyer, ZZP 118 (2005), 265, 303; BGH NJW 2014, 394, 395 m. w. N. in der Rechtsprechung.

⁴⁹⁹ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 203; Wagner, Prozeßverträge, S. 44.

⁵⁰⁰ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 195 m. w. N.; a. A. Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 188.

⁵⁰¹ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 197 f.

⁵⁰² Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 198.

⁵⁰³ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 199.

⁵⁰⁴ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 200.

⁵⁰⁵ Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 203; dagegen Wagner, Prozeßverträge, S. 45.

b) Gegenseitige Abhängigkeit von verfahrensgestaltender Wirkung und Veränderung der materiellrechtlichen Lage

Für die Abtretungserklärung im Restschuldbefreiungsverfahren gilt, dass die *verfahrensgestaltende* Wirkung nicht ohne Veränderung der *materiellrechtlichen* Lage auskommt. Nach den bisherigen Ausführungen ist in der Abtretungserklärung ein Angebot des Schuldners an den Treuhänder zum Abschluss eines Abtretungsvertrages zu sehen. Dieses Angebot wird nach dem gesetzlichen Modell des Restschuldbefreiungsverfahrens auch angenommen, wenn der gerichtlich bestellte Treuhänder sein Amt antritt. Sofern ein Restschuldbefreiungsverfahren bis zu diesem Punkt gelangt, kommt also stets auch ein Abtretungsvertrag zustande. Dass diese Verfügung in den Fällen ins Leere geht, in denen der Schuldner über keine pfändbaren Einkünfte verfügt, ist unerheblich. Der Abtretungsvertrag ist dennoch wirksam in der Welt und stellt eine Veränderung der materiellrechtlichen Lage dar. Somit geht nach der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Restschuldbefreiung die prozessuale Wirkung mit der materiellrechtlichen Wirkung einher. Es überzeugt auch nicht bezüglich der verfahrensgestaltenden Wirkung und der materiellrechtlichen Wirkung von einer unterschiedlichen Willensrichtung des Schuldners auszugehen. Nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO gibt der Schuldner die Abtretungserklärung gemeinsam mit seinem Antrag auf Restschuldbefreiung ab. Es darf dabei unterstellt werden, dass sein Wille bezüglich des Antrags auf Restschuldbefreiung darauf gerichtet sein wird, in den Genuss der Restschuldbefreiung zu kommen und das Regelinsolvenzverfahren dementsprechend durch die zusätzliche Durchführung des Restschuldbefreiungsverfahrens umzugestalten. Die Abgabe der Abtretungserklärung wird dabei von dem Wissen um den Übergang der pfändbaren Bezüge des Schuldners geprägt sein. Für den durchschnittlichen Schuldner wird dieser Antrag nicht gleich dem Antrag auf Restschuldbefreiung mit einer verfahrensgestaltenden Wirkung verbunden sein. Er wird vielmehr davon ausgehen, dass in der Abtretungserklärung ein von dem Antrag auf Restschuldbefreiung zu unterscheidender Sinn liegt.⁵⁰⁶ Eine Trennung in einen prozessualen und einen materiellrechtlichen Teil kann auch im Hinblick auf seine Funktion nicht überzeugen. Anders als der Vergleich im Zivilprozess ist die Abtretungserklärung im Restschuldbefreiungsverfahren fest vorgesehen, wobei sogar die prozessuale Theorie der Abtretungserklärung eine materiell rechtliche Funktion zuschreibt,⁵⁰⁷ indem sie von einer Ermächtigung des Gerichts durch den Schuldner bezüglich der pfändbaren Forderungen ausgeht. Somit kann die prozessuale Funktion, die bei der Abtretungserklärung in der Schaffung einer notwendigen Sachentscheidungsvoraussetzung liegt, nicht ohne eine materiellrechtliche Funktion gedacht werden. Sei es durch das Zustandekommen eines Abtretungsvertrages oder der Ermächtigung zur Abtretung der pfändbaren Forderungen.

⁵⁰⁶ Vgl. dazu BT-Drs. 12/2443, S. 189.

⁵⁰⁷ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 52.

Zudem konnte dargelegt werden, dass die Abtretungserklärung unter der auflösenden Bedingung abgegeben wird, dass der gerichtlich bestellte Treuhänder sein Amt für die Dauer der Abtretungsfrist nicht verliert. Diese Bedingung schafft auch keine für die Verfahrensbeteiligten unklare Rechtslage, sondern sorgt im Gegenteil dafür, dass pfändbare Forderungen bei Tod oder Entlassung des Treuhänders nicht in das Vermögen der Erben oder des entlassenen Treuhänders übergehen und so von der Verteilung an die Insolvenzgläubiger ferngehalten werden. Die Zulässigkeit einer solchen Bedingung ist auch vor dem Umstand zu sehen, dass die Abtretungserklärung schon ihrer gesetzlichen Konzeption nach ja unter einer Befristung abgegeben wird. Die Abtretungserklärung wird daher sowohl bedingt als auch befristet abgegeben.⁵⁰⁸

Eine getrennte Anfechtung des materiell rechtlichen Teils der Abtretungserklärung und ein Ausschluss der Anfechtung hinsichtlich des prozessualen Teils kommt ebenfalls nicht in Betracht. Es konnte dargelegt werden, dass die Anfechtung der Abtretungserklärung nur dort eine eigenständige Bedeutung zukommt, wo die Rücknahme des Antrages auf Restschuldbefreiung wegen der Sperrfristregelung des § 287a Abs. 2 InsO nicht mehr möglich ist. In diesen Fällen jedoch wird die Anfechtungsfrist bereits in aller Regel verstrichen sein. Für die Abtretungserklärung ist daher die Anfechtung nicht von Bedeutung. Wer also die Argumente, die gegen den Prozessvergleich in Stellung gebracht werden, auf die Abtretungserklärung anwendet, der muss feststellen, dass die prozessuale und materiell rechtliche Wirkung tatsächlich in einem Verhältnis von gegenseitiger Abhängigkeit stehen. Somit ist die Abtretungserklärung eines der seltenen Rechtsinstitute⁵⁰⁹, denen eine Doppelnatur zukommt.

c) Voraussetzungen der Vornahme der Abtretungserklärung

Handlungen, denen eine Doppelnatur zukommt, sollen in ihren Voraussetzungen sowohl dem materiellen als auch dem Prozessrecht unterstehen.⁵¹⁰ Eine natürliche Person hätte dabei bei Abgabe der Abtretungserklärung rechtsfähig und parteifähig sowie geschäftsfähig und prozessfähig zu sein. Die Rechtsfähigkeit und die daraus folgende Parteifähigkeit stehen in einem Insolvenzverfahren gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 InsO über das Vermögen einer natürlichen Person zu Lebzeiten des Schuldners außer Frage. Eine Bedeutung erlangt das Nebeneinander von materiellem und Prozessrecht hinsichtlich der Voraussetzung nur im Insolvenzverfahren eines in

⁵⁰⁸ Allerdings dort wo Bedingungen oder Befristungen den gesetzlichen Vorgaben der §§ 286 ff. InsO entgegenstehen, wird der Restschuldbefreiungsantrag als unzulässig zu verwerfen sein.

⁵⁰⁹ Mittlerweile stößt die Annahme eine Doppelnatur selbst für den Prozessvergleich auf Ablehnung. Siehe dazu *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 203; *Wagner*, Prozeßverträge, S. 44; *Stein/Jonas/Kern* (2017), vor § 128 Rn. 360.

⁵¹⁰ *Walsmann*, AcP 102 (1907), 1, 124; *Niese*, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 86; für den Prozessvergleich ebenso *Rosenberg*, Lehrbuch Zivilprozeßrecht², S. 167.

seiner Geschäftsfähigkeit beschränkten Schuldners. Gibt ein solcher neben dem Insolvenzantrag und dem Antrag auf Restschuldbefreiung die Abtretungserklärung selbst ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ab, so wäre das Angebot auf Abschluss des Abtretungsvertrages mit dem Treuhänder nach materiellrechtlichen Grundsätzen zunächst wirksam. Kommt es nun zur Annahme durch Amtsantritt des Treuhänders, so wäre dieser Vertrag bis zur Erteilung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksam.⁵¹¹ Der beschränkt Geschäftsfähige ist jedoch nach § 52 ZPO nicht prozessfähig.⁵¹² Bei Annahme einer Doppelnatur könnte daher der beschränkt Geschäftsfähige die Abtretungserklärung nicht selbst wirksam abgeben, sondern bedürfte seines gesetzlichen Vertreters zur Abgabe. Wer die Einordnung der Abtretungserklärung als Erklärung mit Doppelnatur nicht über die Wirksamkeitsvoraussetzungen entscheiden lassen möchte, der muss anhand der konkreten Konstellation zu einer sachgerechten Lösung kommen.⁵¹³ Wendet man sich noch einmal der Situation zu, in welcher sich der beschränkt Geschäftsfähige einen Insolvenzantrag, einen Antrag auf Restschuldbefreiung inklusive der Abtretungserklärung zu stellen anschickt, so ist zunächst zu bemerken, dass es zur wirksamen Antragsstellung des Insolvenzantrages und des Antrages auf Restschuldbefreiung unstreitig eines prozessfähigen Schuldners bedarf.⁵¹⁴ Es wäre insofern ein Widerspruch, wenn Insolvenzantrag und Antrag auf Restschuldbefreiung vom gesetzlichen Vertreter zu stellen sind, während die Abtretungserklärung auch vom beschränkt geschäftsfähigen Schuldner selbst abgegeben werden könnte. Zumal die Abtretungserklärung ja dem Antrag auf Restschuldbefreiung beizufügen ist. Auch steht die Abtretungserklärung als zwingende Sachentscheidungsvoraussetzung im Zentrum des Restschuldbefreiungsverfahrens. Markenzeichen des Restschuldbefreiungsverfahrens ist seit dessen Einführung der Übergang des pfändbaren Teils der Schuldneinkünfte flankiert von einer Erwerbsobliegenheit. Dieser Geschäftszweck wäre mit einem schwebend unwirksamen Abtretungsvertrag zwischen Schuldner und Treuhänder nicht zu vereinbaren. Die Voraussetzung der Prozessfähigkeit ist demnach eine sachgerechte Lösung. Sie dient den Interessen des Schuldners, welcher sich bei verweigerter Genehmigung umsonst Teile eines Restschuldbefreiungsverfahrens durchlaufen hätte. Sie dient den Interessen der Gläubiger, welche bei verweigerter Genehmigung zunächst keine Befriedigung aus den pfändbaren Einkünften des Schuldners erlangen. Sie dient zuletzt auch den Interessen des Gerichts, dessen Ressourcen vor Anträgen, bei dem die notwendige Genehmigung des gesetzlichen Vertreters noch nicht erteilt wurde, verschont bleiben. Die Annahme einer Doppelnatur und das daraus folgende Nebeneinander von

⁵¹¹ Der dingliche Abtretungsvertrag ist für den beschränkt Geschäftsfähigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

⁵¹² *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, S. 70; *Stein/Jonas/Jacoby* (2021), § 51 Rn. 3.

⁵¹³ *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, S. 40; vgl. im Vorgehen *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 185.

⁵¹⁴ *Uhlenbruck/Wegener*, InsO¹⁵, § 13 Rn. 58; *Jaeger/Preuß*, InsO (2019), § 287 Rn. 15.

Voraussetzungen nach materiellem Recht und Prozessrecht ist für die Abtretungserklärung sinnvollerweise angebracht.

d) Auslegung der Abtretungserklärung

Die Annahme als Doppelnatur und damit die Anwendung von sowohl materiellrechtlichen als auch prozessualen Regeln soll sich ebenfalls auf die Auslegung der Abtretungserklärung auswirken. In der bereits zitierten BGH-Entscheidung⁵¹⁵, in der über die Rechtsnatur entschieden wurde, gab eine Auslegungsfrage den Anlass. Dort gab im Januar 2002 der Schuldner die Abtretungserklärung ab, die sich allerdings noch am Wortlaut des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO in seiner ursprünglichen Fassung, welche bis zum 30.11.2001 galt, orientierte. Zeitlicher Anknüpfungspunkt der Laufzeit der Abtretungserklärung war damals noch der Moment der Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Auch das Insolvenzgericht bemerkte den Fehler zunächst nicht. Der Ankündigungsbeschluss der Restschuldbefreiung ging sodann ebenfalls von einem Forderungsübergang von sechs Jahren nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens aus. Wenige Tage später hob das Gericht diesen Beschluss auf und fasste ihn nunmehr unter der Berücksichtigung der neuen Rechtslage neu, so dass die Laufzeit nun mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begann. Hiergegen wendeten sich nun die Gläubiger. Der BGH billigte die Aufhebung und Neufassung des Insolvenzgerichts und begründete dies inhaltlich mit der Auslegung der Abtretungserklärung. Danach sei eine Erklärung, die hinsichtlich des Umfangs der abgetretenen Forderungen oder der Laufzeit der Abtretung über die gesetzlichen Anforderungen hinausgeht, so auszulegen, dass der Schuldner die Restschuldbefreiung unter den jeweils gültigen gesetzlichen Bedingungen anstrebt.⁵¹⁶ Dieses Auslegungsergebnis soll nur gewonnen werden können, wenn die Abtretungserklärung nach prozessualen Maßstäben auf ihren Inhalt untersucht werde.⁵¹⁷ Dies würde bedeuten, dass sich eine Auslegung nach prozessualen Maßstäben in relevanter Weise von einer Auslegung nach materiellrechtlichen Maßstäben unterscheidet. Dies scheint zweifelhaft. Für eine Auslegung nach prozessualen Maßstäben wird mehrfach betont, dass es besonders auf den objektiven Sinn der Erklärung ankommen soll, um den Verfahrensablauf vor etwaigen Unsicherheiten zu schützen.⁵¹⁸ Einer solchen normativen Auslegung scheint auch der BGH in dieser Entscheidung anzuhängen, wenn er auf die Maßstäbe verweist, die nach der Rechtsordnung vernünftig seien und der recht verstandenen Interessenlage der Partei entsprechen.⁵¹⁹ Dennoch hat auch eine Auslegung einer Handlung im Zivilprozess den wirklichen

⁵¹⁵ BGH NZI 2006, 599.

⁵¹⁶ BGH NZI 2006, 599, 601.

⁵¹⁷ BGH NZI 2006, 599, 600.

⁵¹⁸ *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 113; Stein/Jonas/Kern (2017), vor § 128 Rn. 277.

⁵¹⁹ BGH NZI 2006, 599, 600 f.

Willen zu erforschen.⁵²⁰ Es erscheint insofern überzeugender, die im materiellen Recht entwickelten Grundsätze vielmehr als allgemeingültig anzusehen und ebenso auf Handlungen und Erklärungen anzuwenden, die im Zivilverfahren erfolgen.⁵²¹ In dieser konkreten Konstellation dürften über den wirklichen Willen des Schuldners keinerlei Zweifel bestanden haben. Dieser gab die Abtretungserklärung im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens ab. Er wollte daher den geltenden rechtlichen Anforderungen genügen. Er wählte lediglich versehentlich, wohl der Neuheit der Reform geschuldet, in der Abtretungserklärung den früheren zeitlichen Anknüpfungspunkt für die Laufzeit der Abtretungserklärung. Eine normative Auslegung im Sinne des § 157 BGB ist hier nicht angebracht. Eine solche geht zwingend von der Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Empfängers aus.⁵²² Empfänger der Abtretungserklärung ist nach der hier vertretenen Auffassung der Treuhänder. Dieser wird jedoch nicht im bloßen Interesse der Gläubiger tätig, sondern hat gleichsam auch die Rechte und Interessen des Schuldners zu wahren.⁵²³ Für den Treuhänder wie für jedermann⁵²⁴ ist evident, dass der Schuldner hier die Abtretungserklärung nicht aufgrund privatwirtschaftlicher Erwägungen abgibt, sondern die Erklärung in den verfahrensrechtlichen Grenzen des Restschuldbefreiungsverfahrens erfolgt. Tatsächlich lag in diesem Fall somit ein übereinstimmendes Verständnis beider Parteien vor, sodass nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* der wirkliche Wille des Schuldners zu gelten hatte und die Erklärung den geltenden Rechtsvorschriften entsprechenden Inhalt beizumessen war. Die Anwendung dieses Grundsatzes hat ebenso unter Anerkennung der prozessualen Wirkung der Abtretungserklärung zu erfolgen, wenn auch im Prozess im Wege einer natürlichen Auslegung der wirkliche Wille des Erklärenden Berücksichtigung finden soll.⁵²⁵ Die Rechtsnatur der Abtretungserklärung wirkt sich daher nicht auf deren Auslegung aus. Sie hat vielmehr nach den im Recht allgemeingültigen Auslegungsgrundsätzen zu erfolgen.

e) Versuch der Einordnung des Instituts der Abtretungserklärung

Die Abtretungserklärung hat in dieser Form weder im materiellen Recht noch im Prozessrecht ein Äquivalent. Sie passt aber gerade deshalb zum Institut der Restschuldbefreiung, welches in seinem unabwendbaren und ausgleichsfreien Rechts-

⁵²⁰ RGZ 64, 67, 71; Stein/Jonas/Kern (2017), vor § 128 Rn. 277 m. w. N.

⁵²¹ Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 144; vgl. Stein/Jonas/Althammer (2014), Einleitung Rn. 39.

⁵²² Von Tuhr, Der Allgemeine Teil II/1, S. 539; Bork, BGB AT, Rn. 526; Neuner, BGB AT, § 35 Rn. 30.

⁵²³ Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 292 Rn. 8.

⁵²⁴ Es ist insofern unklar, inwieweit es einen Unterschied machen soll, ob der Treuhänder oder das Gericht als Adressat anzusehen ist. So jedoch BGH NZI 2006, 599, 600.

⁵²⁵ Für die Anwendung des Grundsatzes *falsa demonstratio non nocet* im Prozess vgl. auch Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 304.

verlust⁵²⁶ ebenfalls im deutschen Privatrecht ohne Entsprechung ist. Genau vor diesem Hintergrund ist diese eigentümliche Schöpfung des Gesetzgebers zu sehen. Die Tatsache, dass nicht das Modell der Pfändung und Überweisung der ZPO gewählt wurde, sondern das der Abtretung, lässt den Schluss zu, dass neben der Warnfunktion für den Schuldner die „freiwillige“ Abtretung nach dem unausgesprochenen Verständnis des Gesetzgebers gerade ein besonderer Ausdruck der Redlichkeit des Schuldners ist, unter dessen Umständen ein totaler Rechtsverlust der Gläubiger hinzunehmen ist.

Indem nun der Gesetzgeber zum einen den zeitlichen Anknüpfungspunkt zur Verfahrenseröffnung nach vorne verlagert und die Abtretungsfrist immer weiter verkürzt, nimmt die tatsächliche rechtliche aber auch wirtschaftliche Wirkung der Abtretung immer weiter ab und verkommt mehr und mehr zum bloßen Ritual, in dessen „Freiwilligkeit“ die Redlichkeit des Schuldners ihren Ausdruck finden soll. Tatsächlich in seiner Bedeutung erstarkt jedoch der Neuerwerb während des Regelverfahrens. Seit der Einführung des § 287b InsO fällt der Schuldner schon mit Verfahrenseröffnung unter die Erwerbsobliegenheit. Je nach Dauer des Regelverfahrens werden die Gläubiger, soweit der Schuldner pfändbare Einkünfte bezieht, zeitlich gesehen zu einem erheblichen Teil durch die Verteilung des Verwalters aufgrund des Neuerwerbs Befriedigung erlangen, während die an die Verfahrensbeendigung anschließende verbleibende Laufzeit der Abtretungserklärung gerade im Vergleich zur ursprünglichen Konzeption⁵²⁷ deutlich verringert ausfällt.

Eine methodische Untersuchung hat ergeben, dass im Ausgangspunkt von der Konstruktion eines Abtretungsvertrages auszugehen ist. Wer sich gegen den in den Materialien klar formulierten Willen des Gesetzgebers stellen möchte, unterliegt einer gesteigerten Begründungspflicht. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass sich erst dort gegen ein materiell rechtliches Konzept ausgesprochen werden darf, wo sich ein Abtretungsvertrag mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre nicht mehr konstruieren lässt. Namentlich ist dies bei einem Wechsel in der Person des Treuhänders der Fall, sofern es nicht zur Abgabe einer neuen Abtretungserklärung durch den Schuldner kommt.

Diesbezüglich ist ausgeführt worden, dass sich die Abtretungserklärung des Schuldners bereits auf den ersten vom Gericht bestellten Treuhänder konkretisiert hat und damit verbraucht ist. Sie kann nicht mehr zur Konstruktion eines Abtretungsvertrages herangezogen werden. Hier ist zu klären, wie es dennoch zu einem Forderungsübergang auf den neuen Treuhänder kommt. Hierzu bedient man sich entweder bei der prozessualen Theorie oder es gelingt mit den Mitteln des materiellen Rechts, den Forderungsübergang, in dieser Konstellation zu begründen. In Anlehnung an die prozessuale Theorie wird daher an die Stellung des Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren angeknüpft. Letztlich auf den Restschuldbefrei-

⁵²⁶ *Bartels*, KTS 2013, 349, 370.

⁵²⁷ Sieben Jahre gerechnet nach Verfahrensbeendigung!

ungsantrag zurückgehend wird in der gerichtlichen Bestellung des Treuhänders die Legitimation einer prozessualen Ermächtigung gesehen, die Forderungen des Schuldners im Sinne der Abtretungserklärung im eigenen Namen einzuziehen und an die Insolvenzgläubiger zu verteilen.⁵²⁸ Somit würde es in den Fällen, in denen es zu keinem Wechsel in der Person des Treuhänders kommt, bei dem Forderungsübergang durch materiellrechtliche Verfügung des Schuldners bleiben, dort jedoch, wo das Gericht einen neuen Treuhänder zu bestellen hat, muss sich mit der prozessualen Ermächtigung beholfen werden.⁵²⁹

Der Gedanke einer Ermächtigung bezüglich der abzutretenden Forderungen tauchte bereits auf.⁵³⁰ Im Rahmen der prozessualen Theorie wird die Abtretungserklärung als eine materiellrechtliche Ermächtigung des Gerichts nach § 185 Abs. 1 BGB aufgefasst, die Forderung an einen gerichtlich bestellten Treuhänder abzutreten.⁵³¹ Diese Überlegung könnte jetzt zur Anwendung kommen, wenn versucht wird, den Forderungsübergang auf einen neu bestellten Treuhänder mit materiellrechtlichen Mitteln zu begründen. Wer jedoch in der Abtretungserklärung das Angebot des Schuldners auf Abschluss eines Abtretungsvertrages sieht, der kann diese Erklärung nicht zugleich als Ermächtigung des Gerichts begreifen, die betreffenden Forderungen abzutreten. Dem Geschäftswillen des Erklärenden eines Angebots auf Abschluss eines Abtretungsvertrages entspricht es, dass dieser sich verpflichtet, eine *eigene* Forderung durch *eigene* Verfügung zu übertragen. Dem Geschäftswillen des Erklärenden einer Ermächtigung des Gerichts zur Übertragung einer Forderung dagegen entspricht es, dass dieser seine Verfügungsbefugnis an das Gericht überträgt, damit dieses eine *fremde* Forderung durch *eigene* Verfügung übertragen kann. Beides kann daher nicht Geschäftswille der derselben Erklärung sein. Anzuknüpfen wäre, wie bei der prozessualen Ermächtigung, am Restschuldbefreiungsantrag. Durch diesen bringt der Schuldner gegenüber dem Gericht zum Ausdruck, das Restschuldbefreiungsverfahren durchlaufen zu wollen und die damit verbundenen Anstrengungen auf sich zu nehmen, um als redlicher Schuldner schließlich die Restschuldbefreiung zu erlangen. Die Redlichkeit ergibt sich dabei in erster Linie daraus, dass der Schuldner den pfändbaren Teil seiner wiederkehrenden Forderungen aus einem Dienstverhältnis zur Verteilung unter seinen Insolvenzgläubigern zur Verfügung stellt.⁵³² Damit bekennt sich der Schuldner bereits mit seinem Antrag auf Restschuldbefreiung zu der zumindest angestrebten Befriedigung der Insolvenzgläubiger. Hierfür ist es für den Schuldner sicherlich ohne Bedeutung, ob es während des Restschuldbefreiungsverfahrens zu einem Wechsel in der Person des Treuhänders kommt. Vielmehr wird er gerade kein Interesse daran haben, dass nach Tod oder Entlassung des ersten Treuhänders das Verfahren entsprechend

⁵²⁸ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 50.

⁵²⁹ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 50.

⁵³⁰ C. I. 2. f).

⁵³¹ Ahrens, DZWIR 1999, 45, 52.

⁵³² BT-Drs. 12/2443, S. 188.

§ 299 InsO vorzeitig endet und der Schuldner somit nicht in den Genuss der Restschuldbefreiung kommt. Um den Forderungsübergang materiell rechtlich zu begründen, müsste der Antrag auf Restschuldbefreiung in diesem Sinne als Ermächtigung des Gerichts zur Abtretung der entsprechenden Forderungen ausgelegt werden. Eine derartige Auslegung sähe sich zweifellos dem Einwand ausgesetzt, dass der Schuldner bei Abgabe des Antrags wohl kaum einen entsprechenden Willen gebildet hat. Tatsächlich kommt die Annahme eines diesbezüglichen Geschäftswillens für den Restschuldbefreiungsantrag nicht in Betracht. Dem kann entgegen werden, dass auch dessen Willenserklärung wirksam ist, der sich nicht über die Herbeiführung der ganz konkreten Rechtsfolge im Klaren ist,⁵³³ so wie nach § 116 BGB auch ein innerlich gefasster und der Erklärung entgegenstehender Wille die Wirksamkeit nicht berührt. Vielmehr gelangt der rechtlich relevante Wille erst durch und in Form der Erklärung zur Entstehung.⁵³⁴ Somit dürfte die Auslegung des Restschuldbefreiungsantrages als materiellrechtliche Ermächtigung des Gerichts zur Abtretung der pfändbaren Forderungen zu weit gehen. Denn anders als die materiellrechtliche Ermächtigung aufgrund des Restschuldbefreiungsantrages findet zumindest die Konstruktion eines Abtretungsvertrages im Wortlaut der Abtretungserklärung gemäß § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO eine Stütze. Eine solche materiellrechtliche Ermächtigung wäre daher eine reine Fiktion. In dem Fall, in welchem es in der Person des Treuhänders zu einem Wechsel kommt, ist der Forderungsübergang auf den neuen Treuhänder somit nur mit einer prozessualen Ermächtigung zu erklären, sofern nicht der Schuldner eine neue Abtretungserklärung abgibt, die durch den Amtsantritt des neuen Treuhänders angenommen wird.

II. Massezugehörigkeit

Die ursprüngliche Konzeption der InsO sah eine klare Trennung von Insolvenzverfahren und Restschuldbefreiungsverfahren vor. Zeitlich zusammenfallen konnten zunächst nur die Anträge auf Insolvenzeröffnung und Restschuldbefreiung. Sodann wurde das Insolvenzverfahren durchgeführt. Es bleibt festzuhalten, dass pfändbare Gehaltsforderungen, die der Schuldner während der Verfahrensdauer erwarb, als Neuerwerb gemäß § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO zur Masse fielen.⁵³⁵ Wurde nun das Verfahren beendet und vom Gericht der Treuhänder bestellt, begann die Phase, welche die InsO zunächst als „Laufzeit der Abtretungserklärung“, nun als „Abtretungsfrist“ bezeichnete. Pfändbare Gehaltsforderungen, die nun während dieser Zeit in der Person des Schuldners entstanden, gingen kraft der Erklärung gemäß § 287 Abs. 2 InsO a. F. auf den Treuhänder über. Hieraus ergab sich zudem eine klare Aufgabenverteilung zwischen Insolvenzverwalter und Treuhänder im

⁵³³ Bork, BGB AT, Rn. 600.

⁵³⁴ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 217 Zusatz; Larenz, BGB AT, S. 337.

⁵³⁵ Siehe nur BT-Drs. 12/2443, S. 136.

Restschuldbefreiungsverfahren. Während des Insolvenzverfahrens hat der Insolvenzverwalter im Rahmen der Verwaltung nach § 148 Abs. 1 InsO Forderungen zu ermitteln und einzuziehen.⁵³⁶ Dazu gehört hinsichtlich wiederkehrender Gehaltsforderungen auch die Kontrolle der vom Arbeitgeber vorgenommen Pfändungsberechnung.⁵³⁷ Im Restschuldbefreiungsverfahren obliegt die Forderungseinziehung dann dem Treuhänder, wobei dieser ebenfalls entsprechende Kontrollen durchzuführen hat, unabhängig davon, ob ein Überwachungsauftrag nach § 292 Abs. 2 InsO erteilt wurde.⁵³⁸ Dieses immerhin klare Modell hatte jedoch zur Folge, dass der Zeitpunkt der Erteilung der Restschuldbefreiung für den einzelnen Schuldner zufällig durch die Dauer des Insolvenzverfahrens bestimmt wurde. Dies war der Umstand, den der Gesetzgeber 2001 zum Handeln veranlasste.⁵³⁹

Die Frage darf daher gestellt werden, in welchem Verhältnis die abgetretenen Forderungen zur Masse seit der Anknüpfung an die Verfahrenseröffnung stehen.

Wird einem Arbeitnehmer klar, dass er mit seinem Vermögen und seinem laufenden Einkommen seine Verbindlichkeiten in keiner Weise mehr bedienen kann, so stellt dieser beim örtlich zuständigen Amtsgericht einen Insolvenzantrag und verbindet diesen mit dem Antrag auf Restschuldbefreiung sowie der dazugehörigen Erklärung gemäß § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO. Ergeht nun Eröffnungsbeschluss, tritt der Insolvenzbeschlag ein. Während des nun folgenden Zeitraums arbeitet der Schuldner weiter und erwirbt Gehaltsforderungen gegen seinen Arbeitgeber. Die ganz überwiegende Meinung geht nun davon aus, dass diese Forderungen als Neuerwerb gemäß § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO zur Masse fallen.⁵⁴⁰ Dies ist nur folgerichtig, wenn die Abtretung Rechtswirkungen erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entfalte und nur rechnerisch mit Verfahrenseröffnung beginne.⁵⁴¹

1. Wortlaut des § 287 Abs. 2 InsO

Dieses Verständnis ergibt sich aus der Lektüre des § 287 Abs. 2 InsO jedoch nicht auf Anhieb. Der Wortlaut spricht von der Abtretung der

„pfändbaren Forderungen auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis oder auf an deren Stelle tretende laufende Bezüge für den Zeitraum von drei Jahren nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“

⁵³⁶ Bork, ZIP 2005, 1120.

⁵³⁷ Wipperfurth, Insolvenzverwaltung – Natürliche Personen, Rn. 824.

⁵³⁸ LG Hannover, NZI 2011, 942.

⁵³⁹ BT-Drs. 14/6468, S. 18.

⁵⁴⁰ Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, Teil 5 Kapitel 2 Rn. 53; Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 287 Rn. 40; KPB/Wenzel, § 287 Rn. 49; MüKo/Stephan, InsO, § 287 Rn. 150; Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 287 Rn. 55, 58; K. Schmidt/Henning, InsO, § 287 Rn. 24; HK-InsO¹¹/Waltenberger, § 287 Rn. 32; Vallender, ZAP Fach 14, 439, 443.

⁵⁴¹ Statt aller Riedel, Lohnpfändung und Insolvenz, Rn. 519.

und deutet damit vordergründig auf eine mit Verfahrenseröffnung einsetzende Abtretung hin. Die Massezugehörigkeit von Gehaltsforderungen bei abgegebener Erklärung nach § 287 Abs. 2 InsO ist zudem nicht unbestritten geblieben.⁵⁴²

Denn der angesprochene scheinbare⁵⁴³ Widerspruch der Massezugehörigkeit der Forderungen zum Wortlaut des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO, der ja anordnet, dass der Schuldner die betreffenden Forderungen für einen bestimmten Zeitraum bereits *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den Treuhänder abzutreten habe, bleibt bestehen. Hiernach liegt es nahe, die pfändbaren Bezüge rechtlich gerade nicht der Insolvenzmasse zuzuordnen.⁵⁴⁴ Offen bleibt die Frage, wem oder was sie dann zuzuordnen seien.

2. Keine gesicherte Rechtsposition des Zessionars

Geht man dem unter Zugrundelegung eines Forderungsübergangs kraft Abtretungsvertrages genauer nach, so hat dies nach den materiellrechtlichen Grundsätzen der Zessionslehre zu geschehen. Der Schuldner tritt im Wege des Restschuldbefreiungsverfahrens (zu)künftige Forderungen an den Treuhänder ab. Die maßgebliche Rechtsfigur ist somit die Vorauszession.

Während des Insolvenzverfahrens entscheidet der § 91 Abs. 1 InsO über das Schicksal von vorinsolvenzlichen Abtretungen. Es ist bereits herausgearbeitet worden, dass dort, wo der Zessionar eine gesicherte Rechtsposition erwirbt, die Forderung in Person des Zessionars entsteht und entgegen der Regel des § 91 Abs. 1 InsO nicht zur Masse fällt. Kann daher die Vorschrift des § 91 Abs. 1 InsO mit Hinblick auf eine etwaige gesicherte Rechtsposition des Treuhänders zur Verneinung der Massezugehörigkeit der von der Abtretungserklärung erfassten Forderungen herangezogen werden?

§ 91 Abs. 1 InsO findet bei der Vorauszession in den Fällen Anwendung, in denen der dingliche Abtretungsvertrag bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen wurde und nur das Entstehen der künftigen Forderungen in den Zeitraum des Verfahrens fällt. Im Fall der Abtretung an Treuhänder jedoch, konnte der Zeitpunkt des Zustandekommens des dinglichen Abtretungsvertrages auf den Amtsantritt des Treuhänders bestimmt werden. Damit fehlt es vor und während des Insolvenzverfahrens noch an einer wirksamen Verfügung. § 91 InsO ist daher in der Konstellation der Abtretungserklärung an den Treuhänder nicht einschlägig. Zudem ist auch die Rechtsfigur der gesicherten Rechtsposition hier nicht geeignet, Argumente gegen eine Massezugehörigkeit der von der Abtretungserklärung erfassten

⁵⁴² Gegen die Massezugehörigkeit und für eine mit Verfahrenseröffnung einsetzende Abtretung Uhlenbruck/*Hirte/Praß*, InsO¹⁵, § 35 Rn. 118.

⁵⁴³ Siehe dazu bereits C. I. 3. c) bb) (2).

⁵⁴⁴ *Hirte/Praß* sehen die betreffenden Forderungen nicht als Neuerwerb an, sondern von einer zivilrechtlichen Abtretung erfasst, was den Zugriff von Alt- und Neugläubigern auf sie verwehrt (Uhlenbruck, InsO¹⁵, § 35 Rn. 118).

Forderungen zu liefern. Dem Schuldner ist es im Falle der Abtretungserklärung an den Treuhänder ohne dessen Zustimmung möglich, den Erwerb durch einseitiges Verhalten noch zu verhindern. Und das sogar in doppelter Hinsicht. Nach der hier vertretenen Ansicht wird der Abtretungsvertrag zwischen Schuldner und Treuhänder unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass der gerichtlich bestellte Treuhänder sein Amt nicht verliert. Grundsätzlich kann der Schuldner seinen Antrag auf Restschuldbefreiung jederzeit zurücknehmen und so den Treuhänder entsprechend § 299 InsO aus dem Amt entlassen. Seine Grenze findet das Rücknahmerecht des Restschuldbefreiungsantrages des Schuldners erst dort, wo bereits eine noch nicht rechtskräftige Versagungsentscheidung ergangen ist.⁵⁴⁵ Somit hat im Regelfall der Schuldner die Möglichkeit, selbst den Abtretungsvertrag zu Fall zu bringen.⁵⁴⁶

Doch auch unter dem Gesichtspunkt des Entstehens der künftigen Forderungen wird deutlich, dass es dem Treuhänder an einer gesicherten Rechtsposition fehlt. Tritt der Schuldner vor Insolvenzeröffnung im Privatrechtsverkehr den pfändbaren Teil seines künftigen Arbeitseinkommens ab, so ist das Entstehen und damit auch der Übergang der Forderungen davon abhängig, dass der Schuldner seinen Dienst auch antritt oder diesen nicht kündigt. Hieran ändert sich nichts, wenn der Schuldner zum Zwecke der Restschuldbefreiung künftige Forderungen aus seinem Arbeits- oder Dienstverhältnis an den Treuhänder abtritt. Insbesondere ergibt sich anderes aus der Erwerbsobliegenheit der §§ 287b und 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO, welchen der Schuldner während der Dauer von Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren ausgesetzt ist. Den Schuldner trifft eben nur die Obliegenheit, eine angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben bzw. sich um eine solche zu bemühen. Zur Erwerbstätigkeit gezwungen werden kann der Schuldner nicht.⁵⁴⁷ Dies kann zur Annahme einer gesicherten Rechtsposition des Treuhänders nicht ausreichen.⁵⁴⁸

3. Nichtanwendbarkeit von § 81 InsO

Auch der § 81 InsO gibt keine Antwort auf die Frage der Massezugehörigkeit hinsichtlich von der Abtretungserklärung erfassten Forderungen, da sowohl Angebot als auch Annahme außerhalb des Insolvenzverfahrens und damit nicht im zeitlichen Anwendungsbereich der Vorschrift erfolgen. Der Schuldner verliert zwar nach der Abgabe seines Angebots zum Abschluss des dinglichen Abtretungsvertrages mit Insolvenzeröffnung seine Verfügungsbefugnis, jedoch erlangt er diese

⁵⁴⁵ FK-InsO³/Ahrens, § 287 Rn. 109.

⁵⁴⁶ Dieser Umstand macht jedoch die Bedingung, unter welcher der Abtretungsvertrag geschlossen wird, nicht zur Potestativbedingung, da auch der Treuhänder auf eigenes Betreiben aus dem Amt ausscheiden kann. Vgl. Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 292 Rn. 79.

⁵⁴⁷ BGH NJW 2009, 2973, 2974 Rn. 15.

⁵⁴⁸ BGH NJW 1955, 544 ließ bereits nicht die schuldrechtliche Verpflichtung zur Begründung einer abgetretenen künftigen Forderung genügen.

mit Beendigung des Insolvenzverfahrens zurück. Im Zeitpunkt des Amtsantrittes des gerichtlich bestellten Treuhänders, in dem der dingliche Abtretungsvertrag geschlossen wird, ist der Schuldner daher ohne Weiteres verfügungsbefugt. Gleiches gilt, wenn nach Amtsantritt des Treuhänders die von der Abtretungserklärung erfassten Forderungen zur Entstehung gelangen.

4. Konzept des Gesetzgebers

Unter der Annahme eines Forderungsübergangs aufgrund eines dinglichen Abtretungsvertrages finden die §§ 80 ff. InsO auf die Abtretung an den Treuhänder somit keine Anwendung. Nach den materiellrechtlichen Grundlagen der Vorauszession bleibt es dabei, dass der Schuldner zunächst ein Angebot auf Abtretung der pfändbaren Teile seiner Gehaltsforderungen drei Jahre nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgibt, der Treuhänder dieses jedoch erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens annimmt. Erst dann gehen Forderungen nach deren Entstehung auf den Treuhänder über. Dass zwischen Abgabe des Angebotes, der Annahme und schließlich des Abtretungserfolges ein größerer Zeitraum liegt, ist bei isoliertem Lesen der Vorschrift zwar nicht ohne weiteres erkennbar, stellt jedoch noch kein Widerspruch zum Wortlaut des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO dar. Dass der Schuldner erklärt, er trete den pfändbaren Teil seiner Gehaltsforderung für einen Zeitraum von drei Jahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab, bedeutet nicht, dass auch zwingend Forderungen vollständig in diesem Zeitraum aufgrund der Abtretungserklärung übergehen. Es ist trotz Erwerbsobliegenheit keinesfalls sicher, dass der Schuldner pfändbare Einkünfte erzielt. Somit kollidiert der Umstand, dass sich durch den Zeitpunkt der Annahme durch den Treuhänder die Wirkungen der Abtretungserklärung erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens einsetzen, nicht mit dem Wortlaut des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO. Im Insolvenzverfahren greift stattdessen der Neuerwerb.

Das Konzept des Gesetzgebers geht, wenn auch über Umwege, doch auf. Charakteristisch für das Institut der Restschuldbefreiung war seit Einführung der InsO der Übergang laufender Einkünfte flankiert von einer Erwerbsobliegenheit zum Zwecke der zumindest teilweisen Befriedigung der Gläubiger.⁵⁴⁹ Dies findet weiterhin für den in § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO beschriebenen Zeitraum statt. Während der Wohlverhaltensperiode gehen die Forderungen aufgrund der Abtretungserklärung über, unterstützt durch die Erwerbsobliegenheit in § 295 Satz 1 Nr. 1 InsO. Davor, während des Insolvenzverfahrens, fallen die Forderungen als Neuerwerb zur Masse, wobei der Schuldner nach § 287b InsO zum Erwerb angehalten wird. Die Abtretungsfrist des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO bestimmt damit nicht den Zeitraum, in dem Forderungen aufgrund der Abtretung auf den Treuhänder übergehen, sondern sie bestimmt den Endpunkt bis zu dem längstens ein Forderungsübergang stattfin-

⁵⁴⁹ BT-Drs. 12/2443, S. 192.

det. Sei es durch Neuerwerb während des Regelverfahrens, sei es durch Abtretung während des Restschuldbefreiungsverfahrens.

5. Rechtsprechung zur Massezugehörigkeit

In diesem Sinne versteht dies auch der BGH, der sich im Jahre 2009 weitgehend unbeachtet für die Massezugehörigkeit von Forderungen, die von der Abtretungserklärung erfasst sind, ausgesprochen hat. Anlass zu dieser Entscheidung⁵⁵⁰ hat ein sogenanntes asymmetrisches Verfahren gegeben. Die dortige Insolvenzschnuldnerin verfügte über mehrere Rentenansprüche. Nachdem nun die Abtretungsfrist abließ, bevor das Insolvenzverfahren seinen Abschluss fand, stritten Schuldnerin und Verwalter über die weiteren Rentenansprüche. Der BGH entschied hier, dass der Insolvenzbeschlagn mit Erteilung der Restschuldbefreiung für den Neuerwerb endete. Durch § 287 Abs. 2 InsO trete eine zeitliche Begrenzung der Wirkungen des § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO hinsichtlich des Neuerwerbs ein.⁵⁵¹ Nach dem Verständnis des BGH führt das Ende der Abtretungsfrist bei zu erteilender Restschuldbefreiung damit zur Außerkraftsetzung des § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass, so lange im Insolvenzverfahren die Abtretungsfrist, wie zumeist, noch nicht abgelaufen ist, die Vorschrift des § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO uneingeschränkt zum Zuge kommt. So sieht es auch ausdrücklich der BGH:

„Erst dann beginnt die Wohlverhaltensperiode. Diese dauert nach der jetzt geltenden Fassung des Gesetzes sechs Jahre ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ist bei Ablauf dieser Frist der Ankündigungsbeschluss noch nicht erlassen, entfaltet die Abtretung keine Wirkung. Allerdings fällt bis zu diesem Zeitpunkt der pfändbare Neuerwerb ohnehin gem. § 35 I Alt. 2 InsO in die Masse und ist vom Insolvenzverwalter einzuziehen und zu verwerten.“⁵⁵²

Diese Sichtweise überzeugt unabhängig davon, ob man mit dem BGH von der prozessualen Rechtsnatur der Abtretungserklärung ausgeht oder den Forderungsübergang materiellrechtlich begründet. Denn es wurde aufgezeigt, dass sich beide Theorien zur Rechtsnatur der Abtretungserklärung in dem Zeitpunkt, in welchem die Forderungen übergehen, nur minimal unterscheiden. Nach der prozessualen Theorie gehen die Forderung ab Bestellung des Treuhänders über, nach der materiellen Theorie gehen die Forderungen über, wenn der bestellte Treuhänder sein Amt antritt. Beide Theorien stimmen jedoch darin überein, dass, für die Dauer des Verfahrens, die Abtretungserklärung entgegen ihrem Wortlaut keine Wirkungen entfaltet. Danach hätte das laufende Arbeitseinkommen als Neuerwerb gemäß § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO zur Masse zu fallen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber sich von dieser Grundannahme mit der zeitlichen Vorverla-

⁵⁵⁰ BGH NJW 2010, 2283.

⁵⁵¹ BGH NJW 2010, 2283, 2285 Rn. 31; so auch BGH NJW-RR 2014, 616 Rn. 7.

⁵⁵² BGH NJW 2010, 2283 Rn. 15.

gerung des zeitlichen Anknüpfungspunktes der Abtretungserklärung abwenden wollte.

6. Eigene Stellungnahme

Für die Zession im Restschuldbefreiungsverfahren bedeutet dies, dass, wenn während des Insolvenzverfahrens Forderungen entstehen, welche von der Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO erfasst sind, diese zur Insolvenzmasse fallen. Dieser Forderungsübergang vollzieht sich jedoch nicht aufgrund der Abtretung, da ohne Amtsantritt des bestellten Treuhänders noch kein wirksamer Abtretungsvertrag geschlossen wurde. Ohne die von der Insolvenzordnung gebilligte Abtretung bleibt es bei dem Grundsatz, dass Neuerwerb zur Masse fällt. Es wurde aufgezeigt, dass auch eine Abtretung einer künftigen Forderung, deren Anspruch begründendes Rechtsverhältnis bereits besteht, keine gesicherte Rechtsposition begründet, welche an der Masse vorbei⁵⁵³ übergehen könnte. Die Forderungen aus laufender Arbeitsbeziehung des Schuldners fallen somit während des Insolvenzverfahrens als Neuerwerb zur Masse. Dieses Ergebnis erfasst ebenso sachgerecht Verfahren, in denen das Insolvenzverfahren länger dauert als die Abtretungsfrist und es so nie zu einer Bestellung des Treuhänders kommt. Durch die Verkürzung der Abtretungsfrist auf drei Jahre werden gerade diese Fälle in Zukunft verstärkt vorkommen. Auch bleibt es somit bei der ursprünglich von der InsO vorgesehen Aufgabenverteilung zwischen Insolvenzverwalter und Treuhänder. Wobei angesichts der zurückgehenden Länge der Abtretungsfrist die Rolle des Treuhänders in tatsächlicher Hinsicht an Bedeutung verliert.

III. Bereicherungsrechtliche Korrekturen von Verteilungsfehlern im Restschuldbefreiungsverfahren

Die kaum behandelte Frage nach bereicherungsrechtlichen Korrekturen von Verteilungsfehlern während des Restschuldbefreiungsverfahrens stellt sich für verschiedene Fallgruppen. Zunächst ist es möglich, dass der Treuhänder von einem Drittschuldner eine Zahlung erhält, die über das hinausgeht, was dem Treuhänder aufgrund der Abtretung des Schuldners zusteht. Von geringerer Bedeutung, aber möglich sind überschüssige Zahlungen des Schuldners an den Treuhänder. Des Weiteren ist vorstellbar, dass der Treuhänder bei der jährlichen Verteilung des Erlöses an die Insolvenzgläubiger einen Fehler begeht, also einen Betrag entgegen dem Schlussverzeichnis zuteilt.

⁵⁵³ So jedoch Uhlenbruck/Hirte/Praß, InsO¹⁵, § 35 Rn. 118.

1. Bereicherungsrechtliche Beziehung zwischen Schuldner und Treuhänder

Bezüglich des Falles, in dem der Treuhänder etwas ohne Rechtsgrund erhält, ist zunächst zwischen der Abtretung der Forderung und der Einziehung durch den Treuhänder zu differenzieren. Während die abgetretene Forderung vom Schuldner auf den Treuhänder übergeht, erhält der Treuhänder einen etwaigen überschüssigen Betrag von einem Drittschuldner. Eine Rückabwicklung betrifft damit nicht das Verhältnis zwischen Schuldner und Treuhänder. Es kann jedoch auch vorkommen, dass der Treuhänder überschüssige Zahlungen von Seiten des Schuldners erlangt.

a) Abtretung von künftigen Forderungen

Der hier angenommene Abtretungsvertrag zwischen Schuldner und Treuhänder stellt eine Verfügung dar, der kein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt. Damit liegt fraglos eine Leistung des Schuldners an den Treuhänder vor und im Ergebnis hat sich der Erwerb der Forderungen durch den Treuhänder als kondiktionsfest zu erweisen. Dafür gilt es den Behaltensgrund zu bestimmen.

Die objektive Rechtsgrundtheorie kommt hier zu der Annahme eines Behaltensgrundes. Zur Annahme eines Erwerbs mit rechtlichem Grund müsste nach einem objektiven Rechtsgrundbegriff durch die Abtretung der jeweiligen Forderungen eine „endgültige Neuordnung der Güterlage“ stattgefunden haben.⁵⁵⁴ In einem solchen Fall ist die Abschöpfung eines Bereicherungsgegenstandes ausgeschlossen. Die objektive Rechtsgrundtheorie beantwortet diese Frage nun nicht wie die subjektive Rechtsgrundtheorie mit dem Rückgriff auf Begriffe des Bereicherungsrechts, sondern zieht die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit zu Rate.⁵⁵⁵ Typischerweise bestimmt also das Schuldrecht, wem durch vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse bestimmte Güter zugeordnet sind und diese bilden daher auch den Behaltensgrund.⁵⁵⁶ Im Kontext eines Insolvenzverfahren entscheidet das Insolvenzrecht über die Zuordnung der Güter und muss mithin selbst den Rechtsgrund bilden.⁵⁵⁷

Für die Abtretung im Restschuldbefreiungsverfahren bedeutet das, dass die Vorschrift des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO den Behaltensgrund darstellt. Sie stellt für denjenigen Schuldner, der die Restschuldbefreiung anstrebt, eine Verpflichtung dar. Bezüglich der abgetretenen Forderungen selbst ist jedoch eine Korrektur durch das Bereicherungsrecht so gut wie ausgeschlossen. Denkbar wäre eine solche nur, wenn

⁵⁵⁴ Grüneberg/*Sprau*, § 812 Rn. 6.

⁵⁵⁵ *Von Caemmerer*, in: FS für Rabel I, S. 333, S. 343 f.

⁵⁵⁶ *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 10 f.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II 2, S. 136 f.

⁵⁵⁷ Vgl. *MüKo/Schwab*, BGB⁹, § 812 Rn. 426 f.; in diesem Sinne auch BGHZ 88, 147, 154 f.

der Schuldner, von dem Insolvenzgericht unkorrigiert, eine Abtretungserklärung abgibt, die im Wortlaut eindeutig über die Maßgabe des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO hinausgeht. Dies steht nicht zu befürchten.

Zum gleichen Ergebnis muss gelangen, wer von einem subjektiven Rechtsgrundbegriff ausgeht. In einer derartigen Konstellation, in der es der Verfügung an einem Kausalverhältnis fehlt, scheint die subjektive Rechtsgrundtheorie als Mittel der Wahl. Gefragt wird hier nach der Erreichung des vom Leistenden erfolgen Zweckes.⁵⁵⁸ Im Fall der Abtretungserklärung des § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO verfolgt der Schuldner den Zweck, durch Einhaltung der Vorschriften des Restschuldbefreiungsverfahrens in den Genuss der Restschuldbefreiung zu kommen. Für die Beziehung zwischen Schuldner und Treuhänder hat das Bereicherungsrecht, was die abgetretenen Forderungen angeht, somit keine praktische Bedeutung.

b) Überschüssige Zahlungen des Schuldners an den Treuhänder

Im Restschuldbefreiungsverfahren sind Zahlungen des Schuldners an den Treuhänder von geringer Bedeutung. Im Zentrum der Vorschrift zur Rechtstellung des Treuhänders § 292 InsO steht die Abtretung. Kernaufgabe des Treuhänders ist gemäß § 292 Abs. 1 Satz 1 InsO die Drittschuldner von der Abtretung zu unterrichten und nach Satz 2 diese Forderungen einzuziehen und von seinem Vermögen zwecks späterer Verteilung getrennt zu halten. § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO erwähnt jedoch auch sonstige Leistungen des Schuldners an den Treuhänder. Zu solchen kommt es der gesetzlichen Regelungen nach in zwei Fällen. Zum einen wenn der Schuldner Vermögen nach § 295 Nr. 2 InsO an den Treuhänder herausgibt oder wenn der selbstständige Schuldner Beträge im Sinne des § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO an den Treuhänder abführt.

aa) § 295 Nr. 2 InsO

Gerade in den Fällen des § 295 Nr. 2 InsO, in denen der Schuldner durch eine Erbschaft oder durch einen größeren Lotteriegewinn begünstigt wird, ist es vorstellbar, dass das Vermögen des Schuldners nun plötzlich die verbleibenden Forderungen der Insolvenzgläubiger überschreitet.

Gibt der Schuldner nun in einer solchen Konstellation irrtümlich zu viel an den Treuhänder, so wird der Treuhänder sich gegen einen Bereicherungsanspruch des Schuldners nicht verteidigen können. Dabei einschlägig ist die Leistungskonklusion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB, wenn der Treuhänder einen Betrag vom Schuldner erlangt, den er aufgrund seiner Obliegenheit aus § 295 Nr. 2 InsO abführt und der nominal die Ansprüche der Insolvenzgläubiger übersteigt. Diese Vermögensverschiebung stellt auch keine bloße Zuwendung, sondern eine Leistung

⁵⁵⁸ *Ehmann*, NJW 1969, 398, 401; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 110; *Mazza*, Kausale Schuldverträge, S. 166.

an den Treuhänder dar. Der Leistungszweck wird dabei deutlich, wenn sich erneut die Rolle des Treuhänders vergegenwärtigt wird. Er ist, was die abgetretenen Forderungen angeht, Vollrechtsinhaber auf Zeit nach dem Vorbild der römischrechtlichen fiduziarischen Treuhand.⁵⁵⁹ Die Abführung eines Betrages des Schuldners im Rahmen seiner Obliegenheit aus § 295 Nr. 2 InsO steht zwar nicht im Zusammenhang mit den abgetretenen Forderungen, dennoch ist es Aufgabe des Treuhänders nach § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO entsprechende Beträge entgegenzunehmen und treuhänderisch zu verwahren.⁵⁶⁰ Auch scheitert eine direkte Zahlung des Schuldners an einzelne Insolvenzgläubiger grundsätzlich an § 294 Abs. 2 InsO. Der Schuldner mehrte somit mit Zahlung an den Treuhänder dessen Vermögen zum Zweck der Erfüllung seiner gesetzlichen Obliegenheit aus § 295 Nr. 2 InsO.

Ein Behaltensgrund ergibt sich für den Treuhänder hinsichtlich der entgegengenommenen Zahlungen insoweit wie die Obliegenheit des Schuldners aus § 295 Nr. 2 InsO reicht. Übersteigt daher die Zahlung nominell die Forderungen der Insolvenzgläubiger, findet das Verfahren nach Befriedigung der Gläubiger durch den Treuhänder nach Antrag des Schuldners gemäß § 300 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 InsO seine vorzeitige Beendigung nach § 299 InsO, wodurch auch die Obliegenheiten des Schuldners entfallen. Der Behaltensgrund des Treuhänders folgt daher der Gesamtheit der Forderungen der Insolvenzgläubiger. Soweit die Forderungen der Gesamtheit der Gläubiger befriedigt worden sind, kann daher der Schuldner beim Treuhänder einen verbleibenden Überschuss im Wege der Leistungskondition verlangen.

bb) § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO

Die gleiche Konstellation ist theoretisch denkbar, wenn der selbstständig tätige Schuldner infolge seiner Zahlungen an den Treuhänder die vollständige Befriedigung seiner Insolvenzgläubiger bewirkt. Praxisrelevanter dürfte jedoch der Fall sein, in welchem der Schuldner nach Freigabe seiner selbstständigen Tätigkeit im Regelinsolvenzverfahren die Höhe seiner Zahlung an den Treuhänder gemäß § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO im Restschuldbefreiungsverfahren fälschlicherweise zu hoch ansetzt.

Hierzu gilt es zunächst zwischen der Situation des selbstständigen Schuldners nach Freigabe im Regelverfahren und im Restschuldbefreiungsverfahren zu unterscheiden. Während der Schuldner während des Regelverfahrens zu Zahlungen nach § 35 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO verpflichtet ist, stellen die Zahlungen im Restschuldbefreiungsverfahren lediglich eine Obliegenheit des Schuldners dar.⁵⁶¹ Hieraus folgt unter anderem, dass im Restschuldbefreiungsver-

⁵⁵⁹ Siehe A. I. 3.

⁵⁶⁰ Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 292 Rn. 28.

⁵⁶¹ BGH NZI 2013, 797, 799; BGH NZI 2014, 461; Ahrens, NJW-Spezial 2013, 85, 86; Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 295 Rn. 18.

fahren der Schuldner zur Bestimmung der Zahlungshöhe verpflichtet ist⁵⁶², während diese Aufgabe im Regelverfahren dem Insolvenzverwalter zukommt⁵⁶³, wobei den Schuldner diesbezüglich eine Mitwirkungspflicht⁵⁶⁴ trifft. Im Restschuldbefreiungsverfahren dürfte daher im Vergleich zum Regelverfahren ein höheres Risiko bestehen, dass der Schuldner die Höhe der Zahlung aufgrund fehlender Kenntnisse zu hoch festsetzt.⁵⁶⁵ Zahlt nun der Schuldner an den Treuhänder mehr, als richtigerweise nach § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO abzuführen ist, so liegt darin entsprechend dem eben Gesagten eine Leistung des Schuldners an den Treuhänder. Den Behaltensgrund bildet in diesem Fall der § 295a Abs. 1 Satz 1 InsO in Höhe der Zahlung eines hypothetischen angemessenen Dienstverhältnisses. Was der Treuhänder darüber hinaus erlangt hat, kann der Schuldner im Wege der Leistungskondition herausverlangen.⁵⁶⁶

Dieses Ergebnis ist insofern bemerkenswert, als dass der Schuldner Beträge beim Treuhänder kondizieren kann, auch wenn Insolvenzgläubiger weiterhin über offene Forderungen gegen den Schuldner verfügen. Neben dem Blick auf die offenen Forderungen der Insolvenzgläubiger können somit weitere insolvenzrechtliche Wertungen bei der Bestimmung des Behaltensgrundes treten.

c) Zwischenergebnis

Bei Verteilungsfehlern im Kontext des Restschuldbefreiungsverfahrens gibt das Insolvenzrecht dem Bereicherungsrecht den Behaltensgrund vor. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass insofern nicht die Forderungen der Insolvenzgläubiger maßgeblich sind.

2. Bereicherungsrechtliche Beziehung zwischen Drittschuldner und Treuhänder

Bereicherungsrechtliche Korrekturen werden zudem dort nötig, wo der Treuhänder einmal einen höheren Betrag von einem Drittschuldner erhält und so der unpfändbare Teil der Bezüge des Schuldners teilweise oder ganz durch den Treuhänder vereinnahmt wurde. Zu beachten ist hier jedoch, dass der Drittschuldner, was den zu viel gezahlten Betrag angeht, nicht mit befreiender Wirkung leistet. Vielmehr bleibt er auch weiterhin gegenüber dem Schuldner in Höhe des tatsäch-

⁵⁶² BGH NJW-RR 2013, 996, 998; Jaeger/*Preuß*, InsO (2019), § 295 Rn. 46.

⁵⁶³ BGH NZI 2014, 461, 463.

⁵⁶⁴ BGH NZI 2013, 797, 799.

⁵⁶⁵ So geschehen in LG Leipzig, NZI 2018, 322.

⁵⁶⁶ LG Leipzig, NZI 2018, 322, 323.

lichen unpfändbaren Teils der Gehaltsforderung verpflichtet.⁵⁶⁷ Der Schuldner hält sich also wegen des noch ausstehenden Teils seiner unpfändbaren Gehaltsforderung nicht an den Treuhänder, sondern macht gegenüber dem Drittschuldner weiterhin seinen vertraglichen Anspruch geltend. Lediglich zugunsten des Drittschuldners findet dann eine bereicherungsrechtliche Korrektur in Form der Leistungskondiktion statt.

3. Bereicherungsrechtliche Beziehung zwischen Treuhänder und den Insolvenzgläubigern

Begeht der Treuhänder bei Verteilung der durch den Forderungsübergang erhaltenen Beträge einen Fehler, zahlt er etwa irrtümlich an einen der Insolvenzgläubiger entgegen dem Schlussverzeichnis zu viel aus und droht so eine Verkürzung der übrigen Insolvenzgläubiger, scheint eine bereicherungsrechtliche Korrektur angebracht.

a) Entwicklung im Konkurs- und Insolvenzverfahren

Schaut man zunächst auf die entsprechenden Konstellationen im Regelinsolvenzverfahren, auch unter Berücksichtigung des alten konkursrechtlichen Diskurses, so liefert dies kein einheitliches Bild. Als gesichert ist folgendes voranzustellen: Leitgedanke des Insolvenzverfahrens ist nach einer Zusammenschau von Vorschriften⁵⁶⁸, wie auch schon früher im Konkursverfahren⁵⁶⁹, die Gleichbehandlung der Gläubiger. Kommt es aufgrund eines Verteilungsfehlers zu einer Verkürzung der Masse, so sind die Gläubiger in ihrer Gesamtheit getroffen.⁵⁷⁰ Um diesem Grundsatz zu seiner Geltung zu verhelfen, ist der Bereicherungsausgleich im Falle von Verteilungsfehlern eine Notwendigkeit.⁵⁷¹ Eine gesetzliche Regelung hierzu gab es jedoch nie. Zur Zeiten der Konkursordnung wurden vornehmlich die benachteiligten Gläubiger als ausgleichsberechtigt angesehen.⁵⁷² Seit Einführung der

⁵⁶⁷ Foerste, Insolvenzrecht, Rn. 617; Jaeger/Preuß, InsO (2019), § 292 Rn. 24; dies deckt sich mit der entsprechenden Konstellation bei der Lohnpfändung in der Einzelzwangsvollstreckung. Siehe dazu Bengelsdorf, NZA 1996, 176.

⁵⁶⁸ §§ 1, 38, 39, 87, 92, 187 ff., 245, 251 InsO; siehe Bork, ZIP 2014, 797, 798.

⁵⁶⁹ BGHZ 41, 98, 101; BGHZ 88, 147, 151.

⁵⁷⁰ Vgl. Jaeger/Henckel, KO (1997), § 12 Rn. 1.

⁵⁷¹ Vgl. in der Begründung OLG Brandenburg, WM 2002, 974, 975.

⁵⁷² Jung, Bereicherungsansprüche, S. 151 f.; Jaeger/Weber, KO (1973), § 158 Rn. 11; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 159 Rn. 9; anders schon damals Henckel, der bei noch nicht abgeschlossener Verteilung den Verwalter zur Abschöpfung befugt ansah, danach jedoch den verkürzten Gläubigern einen Kondiktionsanspruch zubilligte (in FS für Weber, S. 237, 244 f.); RGZ 23, 54, 61 sah sowohl den einzelnen Gläubiger als auch den Konkursverwalter zur Abschöpfung berufen; BGHZ 91, 198, 205 für den Fall, dass entgegen dem Schlussverzeichnis verteilt worden war.

Insolvenzordnung geht die moderne Literatur, wie auch die jüngere Rechtsprechung, davon aus, dass der Insolvenzverwalter Verteilungsfehler im Wege der Leistungskondition korrigiert.⁵⁷³ Begründet wird dieses Ergebnis mit dem Vorrang der Leistungskondition, gegenüber der die Eingriffskondition subsidiär sei.⁵⁷⁴

aa) Verteilung als Leistung

Zustimmung verdient dabei, in der Verteilung eine bereicherungsrechtliche Leistung zu sehen. Eine differenzierte Betrachtung hat jedoch hinsichtlich der Person des Leistenden zu erfolgen. Wird überwiegend auf den verteilenden Verwalter abgestellt,⁵⁷⁵ ist ebenfalls bedenkenswert, den Verwalter lediglich als Leistungsmittler des Schuldners anzusehen,⁵⁷⁶ wobei der Verwalter im Wege seiner Befugnis aus § 80 Abs. 1 InsO dann die Leistungskondition des Schuldners ausübt⁵⁷⁷. Die Verteilung nimmt der Verwalter nach §§ 187 Abs. 3 und 188 InsO aufgrund des Verteilungsverzeichnisses vor. Er handelt damit kraft des eigenen Amtes und somit nicht für den Schuldner. Der Verwalter verfolgt mit der Zahlung aus dem beschlagnahmten Vermögen einen eigenen Leistungszweck: Die Befriedigung der Gläubiger nach der insolvenzrechtlichen Rangordnung (§§ 38, 39, 53 InsO) unter Einhaltung des aufgestellten Verteilungsverzeichnisses. Dabei darf jedoch nicht aus dem Blick geraten, dass die Stellung des Gläubigers im Insolvenzverfahren und dessen Quote nach dem Verteilungsverzeichnis mit der angemeldeten ursprünglich geschuldeten Forderung steht und fällt. Sie bleibt durch das Regelverfahren materiellrechtlich unberührt und besteht nach § 201 Abs. 1 InsO fort, soweit sie nicht im Wege der Verteilung erfüllt wurde. Der verteilende Verwalter leistet somit immer (auch) auf fremde Verbindlichkeit.⁵⁷⁸

⁵⁷³ *Mohrbutter*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 56; K. Schmidt/*Jungmann*, InsO, § 188 Rn. 14; *Bartels*, AcP 221 (2021), 317, 347 f.; OLG Brandenburg, WM 2002, 974, 975; zumindest das Leistungsverhältnis zwischen Verwalter und überzahltem Gläubiger bejahend LG Stuttgart 1985, 1518, 1519.

⁵⁷⁴ So ausdrücklich *Weber*, JZ 1984, 1027, 1028; K. Schmidt/*Jungmann*, InsO, § 188 Rn. 14; Römermann/*Westphal*, InsO, § 188 Rn. 24; *Bartels*, AcP 221 (2021), 317, 347 f.; *Mohrbutter* spricht den Subsidiaritätsgrundsatz zwar nicht an, verwirft jedoch eine Eingriffskondition der verkürzten Gläubiger aufgrund des Umstandes, dass in der Verteilung eine Leistung zu sehen ist (Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 51 ff.).

⁵⁷⁵ *Weber*, JZ 1984, 1027, 1028; K. Schmidt/*Jungmann*, InsO, § 188 Rn. 14; Römermann/*Westphal*, InsO, § 188 Rn. 24; *Bartels*, AcP 221 (2021), 317, 347; LG Stuttgart, ZIP 1985, 1518, 1519; OLG Brandenburg, WM 2002, 974, 975.

⁵⁷⁶ *Mohrbutter*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 55.

⁵⁷⁷ *Mohrbutter*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 56.

⁵⁷⁸ Vgl. *Mohrbutter*, der jedoch die Leistung des Verwalters und die Leistungsmittlung des Verwalters für den Schuldner an dieser Stelle vermischt (Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 55).

bb) Subsidiaritätsgrundsätze

An diesem Punkt ist nun nicht vorschnell auf den Vorrang der Leistungskondition abzustellen. Zunächst gilt es, sich darüber im Klaren zu sein, dass der Vorrang der Leistungskondition in zwei verschiedenen Erscheinungsformen auftritt.⁵⁷⁹ Zu unterscheiden sind die gläubigerbezogene und die schuldnerbezogene Subsidiarität.⁵⁸⁰

Die gläubigerbezogene Subsidiarität findet Anwendung in der Konstellation, in welcher ein Leistender den Leistungsgegenstand bei einer Person kondizieren will, die ihrerseits den Leistungsgegenstand durch Leistung eines anderen erhalten hat. Als Beispiel dient eine Lieferkette, in der ein Verkäufer den Kaufgegenstand *sine cause* an einen Zwischenhändler übereignet. Dieser Zwischenhändler veräußert die Sache nun entgeltlich an einen Verbraucher. Es darf als unbestritten gelten, dass in diesem Fall der Verkäufer, der einen Bereicherungsausgleich anstrebt, sich an den Zwischenhändler, als seinen Vertragspartner, zu halten hat und nicht auf den Verbraucher zugreifen kann.⁵⁸¹ Dieses Ergebnis findet seine Begründung historisch im Verdikt der Versionsklage und hat durch die Vorschrift des § 822 BGB seinen Ausdruck im materiellen Recht gefunden.⁵⁸²

Die schuldnerbezogene Subsidiarität geht umfassend davon aus, dass eine Nichtleistungskondition im Mehrpersonenverhältnis dort ausscheidet, wo nur ein Leistungsverhältnis besteht. Dieser Grundsatz kann dabei auf keine so umfangreiche Historie zurückblicken wie die gläubigerbezogene Subsidiarität. Dieser zweite Subsidiaritätsgrundsatz tritt erstmals unter Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches die Bühne.⁵⁸³ Dogmatisch wird er dabei mittlerweile aus der Vorschrift des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB abgeleitet.⁵⁸⁴ Hiernach ist ein Erwerber eines Leistungsgegenstandes von einem Nichtberechtigten vor der Kondition des vorherigen Eigentümers des Leistungsgegenstandes geschützt, sofern der Erwerb gutgläubig und entgeltlich erfolgte. Die schuldnerbezogene Subsidiarität ist jedoch nicht zu verallgemeinern.⁵⁸⁵ Sie versagt dort, wo ein gesetzlicher Eigentumserwerb abhanden gekommener Sachen vorliegt, wenn der neue Eigentümer entgeltlich durch Leistung

⁵⁷⁹ Wallmann, Subsidiaritätsgrundsatz, S. 32; Bartels, *RebelsZ* 78 (2014), 479, 497 ff.

⁵⁸⁰ Begrifflichkeiten bei Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung* Teil 2, S. 25 f.; Wallmann bezeichnet diese als ersten und zweiten Subsidiaritätsgrundsatz (Subsidiaritätsgrundsatz, S. 32).

⁵⁸¹ Siehe nur Lorenz, *JuS* 2003, 729, 731.

⁵⁸² Mugdan, *Materialien zum BGB II*, S. 487 f.; Staudinger/Lorenz (2007), *BGB*, § 822 Rn. 1; *RGZ* 73, 173, 176.

⁵⁸³ *BGHZ* 40 272, 278 unter Berufung auf Esser, *Fälle und Lösungen zum Schuldrecht*, S. 127 f.

⁵⁸⁴ Wallmann, Subsidiaritätsgrundsatz, S. 151; Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung* Teil 2, S. 28.

⁵⁸⁵ Schäfer, *Das Bereicherungsrecht in Europa*, S. 484 ff.; Thomale, *Leistung als Freiheit*, S. 254 ff.; a. A. Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung* Teil 2, S. 40 f.

eines Dritten zunächst erhält und dieser einbaut.⁵⁸⁶ Beide Subsidiaritätsgrundsätze zielen letztlich auf die Beantwortung der Frage, wem ein Leistungsgegenstand bereicherungsrechtlich zugeordnet ist. Diese Frage ist jedoch richtigerweise nicht allein durch das Merkmal der Leistung zu bestimmen, sondern lässt sich nur unter Mitberücksichtigung des rechtlichen Behaltensgrundes ermitteln.⁵⁸⁷

cc) Eingriffskondition eines verkürzten Insolvenzgläubigers

Bevor man den Grundsatz der schuldnerbezogenen Subsidiarität bei Verteilungsfehlern des Insolvenzverwalters als bereicherungsrechtliche Kollisionsregel überhaupt zur Anwendung bringt, lohnt es sich zu prüfen, ob eine Nichtleistungskondition in Person eines verkürzten Insolvenzgläubigers besteht. Bekommt ein Insolvenzgläubiger aufgrund einer falschen Verteilung⁵⁸⁸ des Verwalters mehr als ihm nach dem Verteilungsverzeichnis zusteht, so würden die übrigen Insolvenzgläubiger bei fortgesetzter Verteilung weniger erhalten, als ihnen nach dem Verzeichnis zustünde. Es scheint die Eingriffskondition der übrigen Insolvenzgläubiger statthaft. Der begünstigte Insolvenzgläubiger müsste also in sonstiger Weise auf Kosten eines verkürzten Gläubigers etwas ohne rechtlichen Grund gegenüber diesem erlangt haben. Es ist dargestellt worden, dass die unrichtige Verteilung durch Leistung des Verwalters erfolgt ist. Dagegen liegt erkennbar keine Leistung eines verkürzten Insolvenzgläubiger vor. In diesem Verhältnis vollzog sich der Erwerb in sonstiger Weise. Auf Kosten des verkürzten Gläubigers war dieser Erwerb dann, wenn dieser Eingriff in die Haftungsquote des Verteilungsverzeichnis ein Recht mit Zuweisungsgehalt⁵⁸⁹ darstellt. Ausgangspunkt ist dabei die ursprünglich zur Insolvenztabelle angemeldete Forderung des verkürzten Gläubigers. Forderungen sind als solche als Recht mit Zuweisungsgehalt anerkannt.⁵⁹⁰ Das Verhältnis der Insolvenzgläubiger untereinander zeichnet sich nun seitjeher dadurch aus, dass die ursprünglich geschuldeten Forderungen infolge des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gläubiger eine Einschränkung erfahren.⁵⁹¹ Die nach den Maßgaben des Verteilungsverzeichnis beschränkte Forderung stellt daher ebenfalls ein Recht mit Zuweisungsgehalt dar.⁵⁹² Aus diesem Verhältnis der Insolvenzgläubiger zueinander ergibt sich gleichzeitig, dass jeder Insolvenzgläubiger nur nach Maßgabe des Verteilungsverzeichnisses hinsichtlich der verteilten Beträge über einen Behaltensgrund verfügt. Es liefert somit das Verteilungsverzeichnis die bereicherungsrecht-

⁵⁸⁶ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II 2, S. 246; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 237; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 730; a. A. *Wallmann*, Subsidiaritätsgrundsatz, S. 150.

⁵⁸⁷ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II 2, S. 144 f.

⁵⁸⁸ Etwa aufgrund eines Zahlendrehers bei der Überweisung.

⁵⁸⁹ BGHZ 82, 299, 306; *Staudinger/Lorenz* (2007), BGB, § 812 Rn. 23.

⁵⁹⁰ *Von Caemmerer*, in: FS für Rabel I, S. 333, S. 355.

⁵⁹¹ *Hahn*, Materialien zur Konkursordnung, S. 70 f.

⁵⁹² Vgl. BGHZ 91, 198, 205.

liche *causa*.⁵⁹³ Eine Eingriffskondition eines verkürzten Insolvenzgläubigers könnte in der Höhe gegeben sein, in der die Verteilung dem Kondizierenden gegenüber zu hoch erfolgt ist.

dd) Schuldnerbezogene Subsidiarität bei Verteilungsfehlern
im Insolvenzverfahren

Nach dem Grundsatz der schuldnerbezogenen Subsidiarität wären diese Bereicherungsansprüche sämtlich ausgeschlossen. Mit Blick auf seine dogmatische Herleitung⁵⁹⁴ aus der Vorschrift des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB darf allerdings bezweifelt werden, ob dieser Grundsatz auf die Konstellation der Verteilungsfehler in der Insolvenz passt. Die Vorschrift des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB soll nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers sicherstellen, dass ein Erwerber, der gutgläubig und entgeltlich vom Nichtberechtigten erwirbt, von einem Bereicherungsanspruch des vormals Berechtigten verschont bleibt.⁵⁹⁵ Grund hierfür ist die Verteidigung des Verkehrsschutzes.⁵⁹⁶ In Fällen der §§ 932 ff. BGB wird gutgläubig auf einen Rechtsschein vertraut. In Fällen des gesetzlichen Eigentumserwerb soll der Rechtsverkehr durch die größtmögliche Klarheit von Eigentumsrechten geschützt werden.⁵⁹⁷ In beiden Fällen hat der Erwerber nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB somit keine Kondition des vormals Berechtigten zu befürchten.⁵⁹⁸ Überlegungen des Verkehrsschutz gehen jedoch dort ins Leere, wo ein Insolvenzgläubiger entgegen dem Verteilungsverzeichnis zu viel erhält. Weder vertraut dieser auf einen rechtlich anerkannten Rechtsschein noch greifen bei der Verteilung von Geldbeträgen das Gebot der Klarheit von Eigentumsrechten des gesetzlichen Eigentumserwerbs.

Beachtung verdient insofern eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes.⁶⁰⁰ Dort billigte das Gericht einem verkürzten Gläubiger nach einem Verteilungsfehler eines Konkursrichters einen Kondiktionsanspruch gegen den begünstigten Gläubiger zu. Es stellte dabei ausdrücklich fest, dass die Kondition nicht durch den Umstand ausgeschlossen werden könne, dass die Zahlung nicht durch

⁵⁹³ *Mohrbutler*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 38; *Uhlenbruck/Wegener*, *InsO*¹⁵, § 187 Rn. 20; *Bartels*, *AcP* 221 (2021), 317, 351; *RGZ* 23, 54, 61; *RGZ* 60, 419, 420; *BGHZ* 91, 198, 205.

⁵⁹⁴ Eine solche Herleitung ganz ablehnend *Thomale*, *Leistung als Freiheit*, S. 260.

⁵⁹⁵ *Mugdan*, *Materialien zum BGB III*, S. 124.

⁵⁹⁶ *Mugdan*, *Materialien zum BGB III*, S. 124.

⁵⁹⁷ *Staudinger/Heinze* (2020), *BGB*, Vorbemerkung §§ 946–952 Rn. 1.

⁵⁹⁸ Anders ist dies im Verhältnis des Erwerbers zum Nichtberechtigten. Ist die *causa* dort fehlerhaft besteht ein Kondiktionsanspruch gegen den Erwerber.

⁵⁹⁹ *Wallmann*, Subsidiaritätsgrundsatz, S. 148 f.; *Reuter/Martinek*, *Ungerechtfertigte Bereicherung* Teil 2, S. 40.

⁶⁰⁰ *ROHG* Band VII, 162.

den Kondizienten erfolgt sei.⁶⁰¹ Hinsichtlich der Herleitung aus der Vorschrift des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB von 1896 liegt es auf der Hand, dass das Reichsoberhandelsgericht im Jahre 1872 nicht den Grundsatz der schuldnbezogenen Subsidiarität erörtern konnte. Es macht jedoch den Blick auf eine denkbare Lösungsmöglichkeit frei in einer Konstellation, in welcher der Grundsatz der schuldnbezogenen Subsidiarität keine Anwendung findet. Dies ist bei Verteilungsfehlern des Insolvenzverwalters der Fall.

Allein aus dem Umstand der Leistung des Verwalters ist somit nicht bereits die Subsidiarität der Eingriffskondition der verkürzten Insolvenzgläubiger zu folgern.

ee) Rechtsgrundlage unter Berücksichtigung insolvenzrechtlicher Wertungen für die Leistungskondition des Verwalters

Zum Zwecke der Klärung dieser Konstellation ist somit nun die bereicherungsrechtliche *causa* für die Leistung des verteilenden Insolvenzverwalters zu untersuchen. Verteilungsfehler können dabei in mehrerlei Gestalt auftreten:

Insolvenzforderungen werden irrtümlich als Masseverbindlichkeit vorweg befriedigt.⁶⁰² Umgekehrt werden auch Massegläubiger übergangen, wobei dies den Insolvenzgläubigern zugutekommt.⁶⁰³ Aufgrund etwa eines Zahlendrehers erhält ein Insolvenzgläubiger mehr als ihm nach den Festsetzungen des Verteilungsverzeichnisses zusteht, wobei das zu viel erlangte sich noch mit seiner zur Tabelle angemeldeten Forderung deckt.

Bei der Eingriffskondition der verkürzten Insolvenzgläubiger wurde dargelegt, dass die Festsetzungen des Verteilungsverzeichnisses den Rechtsgrund darstellen. Für den Behaltensgrund bezüglich der Leistungskondition des Verwalters gilt es zunächst, sich das bei der Leistung des Verwalters Gesagte ins Gedächtnis zu rufen:

Der Verwalter leistet in Ausübung seines Amtes auf (fremde) im Insolvenzverfahren angemeldete Verbindlichkeit des Insolvenzschuldners!

Dabei hat der Verwalter nach §§ 187 Abs. 3 und 188 InsO das Verteilungsverzeichnis zu beachten, doch dieses ist Ausdruck der insolvenzrechtlichen Haftungsranfolge und des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gläubiger.⁶⁰⁴ Es gibt damit dem Verhältnis der Insolvenzgläubiger untereinander sein Gepräge. Der Rechtsgrund gibt darüber Auskunft, wem ein Rechtsgut endgültig zuzuordnen ist.⁶⁰⁵ Es liegt dabei auf der Hand, dass der überschießende Betrag nach dem Verteilungsverzeichnis endgültig dem verkürzten Gläubiger und nicht dem Verwalter zusteht. Nach einer bereicherungsrechtlichen Betrachtung müsste den verkürzten

⁶⁰¹ ROHG Band VII, 162, 167.

⁶⁰² RGZ 60, 419; LG Stuttgart, ZIP 1985, 1518; OLG Brandenburg, WM 2002, 974.

⁶⁰³ Angedeutet in BGHZ 68, 276, 280.

⁶⁰⁴ Vgl. Hahn, Materialien zur Konkursordnung, S. 70 f.

⁶⁰⁵ Grüneberg/Sprau, § 812 Rn. 6; BGHZ 91, 198, 200.

Gläubigern, wenn ihnen das Erlangte zusteht, bei formaler Betrachtung auch die Kondition zustehen. Der Verweis auf den Grundsatz des Vorranges der Leistungskondition⁶⁰⁶ ist dabei nicht geeignet die Kondition des Verwalters zu begründen. Denn bei Verteilungsfehlern im Insolvenzverfahren greifen weder das Verbot der Versionsklage noch die hinter § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB stehenden Verkehrsschutzüberlegungen.

(1) Praktische Bedürfnisse des Bereicherungsausgleichs

Dennoch sprechen praktische Erwägungen für die Leistungskondition des Verwalters.⁶⁰⁷ Die genannten Beispiele des fälschlicherweise als Massegläubiger befriedigten Insolvenzgläubiger und des durch ein Versehen bei der Auszahlung über die Maßgaben des Verteilungsverzeichnisses hinaus berücksichtigten Gläubigers weisen strukturell eine Gemeinsamkeit auf. Wäre die Abschöpfung des zu viel Erlangten Aufgabe der verkürzten Insolvenzgläubiger, so sähe sich ein Einzelner einer Zahl mehrerer Konditionsgläubiger ausgesetzt. Je größer die Zahl der Insolvenzgläubiger ist, desto beschwerlicher wird es für den freiwillig an dem Ausgleich des Verteilungsfehlers mitwirkenden Konditionsschuldners die einzelnen Beträge, hinsichtlich derer die Verteilung dem Kondizierenden gegenüber zu hoch erfolgt ist, richtig zu berechnen und entsprechend den Festsetzungen des Verzeichnisses auszuzahlen. Im äußersten Falle müsste jeder der verkürzten Gläubiger seine eigene Klage anstrengen, während der Ausgleich durch den Verwalter nur einer Klage bedürfte. Ein Ausgleich durch die verkürzten Gläubiger selbst ist daher kaum effizient.

Wird ein Massegläubiger zugunsten der Insolvenzgläubiger übergangen, dreht sich diese Struktur um. Der einzelne Massegläubiger tritt für den Bereicherungsausgleich an eine Vielzahl von Insolvenzgläubigern heran. Ein durch den Verwalter organisierte Bereicherungsausgleich würde an dieser Struktur nichts ändern. Es gilt jedoch zu bedenken, dass der Verwalter aufgrund seines Amtes den besseren Überblick über die Beteiligten hat und typischerweise aufgrund seiner Sachkenntnis besser zu einer dem Verzeichnis entsprechenden Verteilung in der Lage ist.⁶⁰⁸

(2) Insolvenzsrechtliche Wertungen

Auch insolvenzsrechtliche Wertungen deuten auf den Ausgleich von Verteilungsfehlern hin. Diese lassen sich aus der Vorschrift des § 92 Satz 1 InsO und dem Institut der Nachtragsverteilung nach den §§ 203 ff. InsO ziehen.

⁶⁰⁶ Weber, JZ 1984, 1027, 1028; K. Schmidt/Jungmann, InsO, § 188 Rn. 14; Römermann/Westphal, InsO, § 188 Rn. 24.

⁶⁰⁷ Bartels, AcP 221 (2021), 317, 348.

⁶⁰⁸ Der verkürzte Gläubiger ist im Falle fehlender Informationen auf den Hilfsanspruch des § 260 BGB gegenüber den übrigen Insolvenzgläubigern angewiesen; siehe zu den Auskunftspflichten im Bereicherungsrecht Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 762 ff.

(a) Gesamtschaden

Die Vorschrift des § 92 Satz 1 InsO regelt die Geltendmachung eines sogenannten Gesamtschadens durch den Verwalter. Dort ist aus Gründen der Prozessökonomie und der Praktikabilität bei einem Anspruchsgegner der Verwalter und nicht die einzeln geschädigten Insolvenzgläubiger zum Ausgleich berufen.⁶⁰⁹ Dies passt strukturell zur Situation des fälschlicherweise als Massegläubiger befriedigten Konkursgläubiger und des Insolvenzgläubigers, der im Rahmen der Verteilung irrtümlich zu viel erhalten hat.⁶¹⁰ Der Gedanke lässt sich jedoch nicht auf den Fall des übergangenen Massegläubigers übertragen.⁶¹¹ Kommt es zur Verkürzung eines einzelnen Gläubigers, sei es Masse- oder Insolvenzgläubiger, so entspricht dies nicht einem Gesamtschaden im Sinne des § 92 Satz 1 InsO, da insofern nicht die Gefahr eines Wettlaufes mehrerer Anspruchsteller besteht.⁶¹²

(b) Nachtragsverteilung

Der Bereicherungsausgleich durch den Verwalter erfährt zudem Bekräftigung durch das Institut der Nachtragsverteilung. Dies zeigt sich, wenn die geschilderten Verteilungsfehler entweder im Rahmen der Schlussverteilung geschehen oder erst infolge der Schlussverteilung zutage treten. Sobald die Schlussverteilung vollzogen ist, erlässt das Insolvenzgericht nach § 200 Abs. 1 InsO den Aufhebungsbeschluss. Mithin erhält der nicht nur seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zurück, es endet auch das Amt des Verwalters.⁶¹³ Eine Geltendmachung eines Kondiktionsanspruches des Verwalters im eigenen Namen müsste nun ausscheiden.⁶¹⁴ Der Insolvenzbefehl und damit auch seine Parteistellung kraft seines Amtes lebt jedoch hinsichtlich solcher Gegenstände wieder neu auf, bezüglich derer eine Nachtragsverteilung nach § 201 Abs. 1 InsO angeordnet wird.⁶¹⁵ Tritt nach dem Schlusstermin ein Verteilungsfehler zutage, so steht dies der Situation gleich, in der nach § 201 Abs. 1 Nr. 3 InsO Gegenstände der Masse ermittelt werden. Gegenstände der Masse meint zunächst das Vermögen des Schuldners in der Zeit des Insolvenzverfahrens, welches erst nach dem Schlusstermin bekannt wurde.⁶¹⁶ Dagegen betreffen die beschriebenen Verteilungsfehler nicht den Schuldner, sondern nur die Insolvenz- und

⁶⁰⁹ Jaeger/Müller, InsO (2007), § 92 Rn. 3.

⁶¹⁰ Bartels sieht in dieser Konstellation trotz dessen, dass ein Insolvenzgläubiger nicht zu den Anspruchstellern gehört sowie dass der Bereicherungsausgleich auf Abschöpfung des zu viel Erlangten und nicht auf den Ausgleich einer Vermögenseinbuße abzielt, eine vergleichbare Interessenlage zum Gesamtschaden im Sinne des § 92 Satz 1 InsO (AcP 221 (2021), 317, 348).

⁶¹¹ Bartels, AcP 221 (2021), 317, 349.

⁶¹² Vgl. BGH NJW 2013, 1434, 1438.

⁶¹³ Jaeger/Meller-Hannich, InsO (2022), § 200 Rn. 13, 24.

⁶¹⁴ Mohrbutter, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 119.

⁶¹⁵ BGH NJW 1973, 1198, 1199; Hess/Hess, KO (1998), § 166 Rn. 7; Jaeger/Meller-Hannich, InsO (2022), § 203 Rn. 10; Uhlenbruck/Wegener, InsO¹⁵, § 203 Rn. 18.

⁶¹⁶ Uhlenbruck/Wegener, InsO¹⁵, § 203 Rn. 11a.

Massegläubiger untereinander sowie den Verwalter. Dennoch gilt für einen Bereicherungsanspruch des Verwalters gegen einen der Insolvenzgläubiger, wie für einen nachträglich bekannt gewordenen Anspruch in der Person des Schuldners, dass beide im Anschluss der Verwertung durch den Verwalter entsprechend dem Schlussverzeichnis der Gläubigergemeinschaft gebühren. Diese Vermögenszuweisung muss daher auch nach Verfahrensaufhebung fortwirken, wenn der den Anspruch begründende Umstand noch während des Regelverfahrens liegt.⁶¹⁷ Auch handelte es sich bei dem abzuschöpfenden Betrag ursprünglich um einen Massebestandteil, der nur unzutreffend verteilt wurde.

Es liegen somit hinsichtlich etwaiger Bereicherungsansprüche des Verwalters die Voraussetzungen der Nachtragverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO vor, sofern solche Verteilungsfehler erst nach dem Schlusstermin zutage treten. Das Institut der Nachtragsverteilung ermöglicht damit die praktische Umsetzung von bereicherungsrechtlichen Korrekturen von Verteilungsfehlern auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens.⁶¹⁸ Dies hat zudem zur Folge, dass das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer Nachtragsverteilung hinsichtlich eines Ausgleiches von Verteilungsfehlern angemessen im Sinne des § 201 Abs. 3 InsO zu sein hat.

ff) Eigene Stellungnahme

Aus den dargestellten Wertungen des Insolvenzrechts ergibt sich, dass eine Kondition durch die verkürzten Insolvenzgläubiger bereits tatbestandlich auszuscheiden hat.⁶¹⁹ Wenn das Verteilungsverzeichnis dem Verhältnis der Insolvenzgläubiger untereinander sein Gepräge gibt und mithin den Behaltensgrund für verteilte Leistungen des Verwalters darstellt, dann sind auch die insolvenzrechtlichen Wertungen miteinzubeziehen, welche die starke Stellung des Verwalters als Zentralgestalt auch für bereicherungsrechtliche Korrekturen vorschreiben. Das Bereicherungsrecht hat dabei diese Wertungen beim Vollzug des Ausgleiches umzusetzen.⁶²⁰ Dieser fehlende Rechtsgrund gibt also Auskunft darüber, wem gegenüber eine Bereicherung herauszugeben ist.⁶²¹ Die Festsetzungen des Verteilungsverzeichnisses, aus denen sich die jeweilige Quote berechnen lässt,⁶²² ordnen zwar das jeweils zu viel Erlangte endgültig den Insolvenzgläubigern zu, zur Ermöglichung

⁶¹⁷ Vgl. in der Argumentation BGH NZI 2009, 771, 772 für Ansprüche der Insolvenzgläubiger nach § 60 Abs. 1 InsO.

⁶¹⁸ Siehe schon *Henckel*, in: FS für Weber, S. 237, 245; Bork/Hölzele/Riedel, Handbuch Insolvenzrecht, S. 679.

⁶¹⁹ Anders RGZ 23, 54, 61. Dort deutet das Reichsgericht an, dass Kondition des Verwalters und Kondition des verkürzten Gläubigers nebeneinander stehen.

⁶²⁰ *Von Caemmerer*, in: FS für Rabel I, S. 333, S. 343; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 52; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II 2, S. 30.

⁶²¹ *MüKo/Schwab*, BGB⁹, § 812 Rn. 426 f.

⁶²² *Mohrbutter*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 38.

eines effizienten Ausgleichs von Verteilungsfehlern weisen jedoch insolvenzrechtliche Wertungen auf den „Umweg“ über den Verwalter.

Gleiches gilt für den Fall, dass der Verwalter irrtümlich eine nicht zur Tabelle angemeldete Forderung begleicht.⁶²³ Auch wenn diese Forderung materiell rechtlich gegenüber dem Schuldner tatsächlich besteht, leistet der Verwalter zwar auch auf eine fremde Verbindlichkeit, handelt jedoch ebenso den Festsetzungen des Verteilungsverzeichnisses zuwider. Der Gläubiger, der seine Forderung nicht zur Tabelle anmeldet, ist dennoch Insolvenzgläubiger im Sinne des § 38 InsO.⁶²⁴ Das Verteilungsverzeichnis gibt sodann das Verhältnis unter den Insolvenzgläubiger vor. Ein Ausgleich durch die verkürzten angemeldeten Insolvenzgläubiger scheint ausgesprochen unpraktikabel, da es ihnen regelmäßig an Informationen über Gläubiger fehlen wird, die schon nicht am Verfahren teilnehmen. Gleichzeitig ist es dem begünstigten nicht angemeldeten Gläubiger, selbst wenn dieser um die Durchführung des Bereicherungsausgleichs bemüht ist, nicht möglich, selbstständig die dem Verteilungsverzeichnis entsprechende Quoten zu berechnen, da er außerhalb des Insolvenzverfahren steht.

b) Verteilungsfehler im Restschuldbefreiungsverfahren

Es liegt nahe, die gewonnenen Erkenntnisse auf Verteilungsfehler des Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren entsprechend anzuwenden. Dennoch stößt der Bereicherungsausgleich im Restschuldbefreiungsverfahren auf Ablehnung.⁶²⁵ Diese findet ihre Begründung in § 301 Abs. 3 InsO, wonach nach Erteilung der Restschuldbefreiung eine Rückforderung ausgeschlossen sein soll, und der begünstigten Gläubiger nichts herauszugeben hat, was nicht über seine ursprüngliche Forderung hinausgeht.⁶²⁶ Verkürzte Gläubiger hätten sich sodann an den Treuhänder aus § 60 InsO zu wenden.⁶²⁷

Hier ist zunächst in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren. Der Treuhänder nimmt die Verteilung nach § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO während der Wohlverhaltensperiode vor. Verteilungsfehler durch den Treuhänder können daher nur vor Erteilung der Restschuldbefreiung vorkommen. Wird der Verteilungsfehler noch während der Abtretungsfrist bemerkt, so kann der Treuhänder diesen im Wege der Leistungskondition ausgleichen. Erst wenn die Restschuldbefreiung erteilt worden ist, stellt sich die Frage, ob dies einem Bereicherungsausgleich entgegensteht. Der gesetzliche Anknüpfungspunkt zur Beantwortung dieser Frage bildet die Vorschrift des § 301 InsO.

⁶²³ Dazu Henckel, in: FS für Weber, S. 237, 245.

⁶²⁴ Jaeger/Eichel, InsO (2023), § 38 Rn. 19.

⁶²⁵ Mohrbutter, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 170 f.

⁶²⁶ Mohrbutter, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 170 f.

⁶²⁷ Mohrbutter, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 170.

Diese Vorschrift wurde bereits in den Blick genommen.⁶²⁸ Sie benennt in ihrem ersten Absatz die betroffenen Gläubiger, im zweiten Absatz werden die Wirkungen bezüglich bestehender Sicherungsrechte beschrieben, während im dritten Absatz das Schicksal der Insolvenzforderung adressiert⁶²⁹ wird. Letzteres geschieht mit einer Regelungstechnik aus dem BGB. Indem die Rückforderung des trotz Restschuldbefreiung Erlangten ausgeschlossen wird, soll zum Ausdruck kommen, dass sich die Forderungen der Insolvenzgläubiger in unvollkommene Verbindlichkeiten wandeln.⁶³⁰ Dabei unterscheidet sich der § 301 Abs. 3 InsO von den §§ 656 Abs. 1 und 762 Abs. 1 BGB dadurch, dass in den Normen des Bürgerlichen Rechts zunächst⁶³¹ dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft die Anerkennung versagt wird, bevor anschließend⁶³² die Rückforderung ausgeschlossen wird. In der Vorschrift des § 301 Abs. 3 BGB wird das Schicksal der Insolvenzforderung nicht ausdrücklich angesprochen. Den Schluss, dass diese auf ein nicht einklagbares Residuum gestützt wird⁶³³, muss der Normanwender selbst ziehen.

aa) Kondiktionsausschluss des § 301 Abs. 3 InsO

Der Wortlaut unterscheidet nicht, aus welcher Richtung die Rückforderung an den befriedigten Gläubiger herangetragen wird. Aus den Gesetzgebungsmaterialien zum § 301 InsO geht scheinbar hervor, dass der Gesetzgeber das Verhältnis von Schuldner und Gläubiger im Blick hatte und nicht das Verhältnis der Insolvenzgläubiger untereinander oder das Verhältnis von Insolvenzgläubiger zum Treuhänder.⁶³⁴ Es drängt sich das Bild des Schuldners auf, der trotz erteilter Restschuldbefreiung die Forderung seines Gläubigers befriedigt. Dort in den Materialien findet sich jedoch ein Verweis auf den heutigen § 254 Abs. 3 InsO. Welcher der Regelung des § 301 Abs. 3 InsO für den Insolvenzplan entspricht:

Ist ein Gläubiger weitergehend befriedigt worden, als er nach dem Plan zu beanspruchen hat, so begründet dies keine Pflicht zur Rückgewähr des Erlangten.

In den Materialien zu § 254 Abs. 3 InsO findet sich der ausdrückliche Hinweis, dass nach dieser Vorschrift der befriedigte Insolvenzgläubiger auch nicht aus Richtung des Verwalters eine Rückforderung zu befürchten hat.⁶³⁵ Aufgrund des angesprochenen Verweises und der gleichen Regelungstechnik ist davon auszuge-

⁶²⁸ B. V. 1. und 2.

⁶²⁹ KPB/Wenzel, § 301 Rn. 1; Uhlenbruck/Sternal, InsO¹⁵, § 301 Rn. 3; MüKo/Stephan, InsO, § 301 Rn. 3.

⁶³⁰ BT-Drs. 12/2443, S. 194.

⁶³¹ §§ 656 Abs. 1 Satz 1 und 762 Abs. 1 Satz 1 BGB.

⁶³² §§ 656 Abs. 1 Satz 2 und 762 Abs. 1 Satz 2 BGB.

⁶³³ Mugdan, Materialien zum BGB II, S. 360.

⁶³⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 194.

⁶³⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 213.

hen, dass der Gesetzgeber dieses Verständnis auch der Vorschrift des § 301 Abs. 3 InsO zugrunde legte.

Hinter all dem steht der zentrale Zweck der Restschuldbefreiung. Dem redlichen Schuldner, der die Anstrengungen eines Restschuldbefreiungsverfahrens auf sich genommen hat, ist ein rechtssicherer Start in eine neue wirtschaftliche Existenz zu gewähren.⁶³⁶ Dieser Gedanke kollidiert nun zunächst nicht mit dem Interesse des Gläubigers, der aufgrund eines dem Verteilungsverzeichnis widersprechenden Verteilungsfehlers zu wenig erhalten hat und nun einen Bereicherungsausgleich durch den Treuhänder anstrebt. Es gilt jedoch, die Interessen eines entgegen den Festsetzungen des Verteilungsverzeichnisses begünstigten Gläubigers zu berücksichtigen, welcher unbestreitbar nach dem Wortlaut des § 301 Abs. 3 InsO ab Erteilung der Restschuldbefreiung keine Rückforderung mehr zu befürchten hat. Die Verteilung hat mit Ende der Abtretungsfrist damit grundsätzlich als rechtssicher abgeschlossen zu gelten.

Ein Bereicherungsausgleich nach Erteilung der Restschuldbefreiung findet nur dort statt, wo ein Gläubiger mehr erhalten hat, als ihm nach Höhe seiner ursprünglichen Forderung zugestanden hat.⁶³⁷ Nach den Ausführungen zum Regelverfahren hat dies nach der Verteilung im Restschuldbefreiung durch den Treuhänder zu geschehen. Wenn dies nach dem Ende der Amtsstellung des Treuhänders erfolgt, so ist eine Nachtragsverteilung durchzuführen. Die Erteilung der Restschuldbefreiung steht dem dabei nicht entgegen⁶³⁸, da hier kein Vermögen betroffen ist, was der Schuldner nach Erteilung der Restschuldbefreiung erworben hat⁶³⁹.

bb) Haftung des Treuhänders

Steht die erteilte Restschuldbefreiung einem Bereicherungsausgleich entgegen, wird der verkürzte Gläubiger nun versucht sein, den Treuhänder im Wege des Schadenersatzes nach § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO in Anspruch zu nehmen, wobei dies freilich im Gegensatz zum Bereicherungsanspruch ein Verschulden des Treuhänders voraussetzt.⁶⁴⁰ Hier gilt es jedoch zu beachten, dass der verkürzte Gläubiger, der es unterlässt, den Treuhänder auf eine Rechtsverfolgung hinzuweisen, sofern er selbst von dem Verteilungsfehler Kenntnis erlangt, gegen seine Schadensminderungsobliegenheit aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB⁶⁴¹ verstoßen kann.⁶⁴²

⁶³⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 188.

⁶³⁷ Vgl. für § 254 Abs. 3 InsO KPB/*Spahlinger*, § 254 Rn. 34; Uhlenbruck/*Lüer/Streit*, InsO¹⁵, § 254 Rn. 24; FK-InsO¹⁰/*Jaffé*, § 254 Rn. 19.

⁶³⁸ BGH NZI 2008, 560, 561; LG Dessau-Roßlau, NZI 2012, 281; offengelassen durch BGH NZI 2016, 365, 367; ausdrücklich BGH ZIP 2024, 2607, 2608.

⁶³⁹ BGH NZI 2013, 191, 194.

⁶⁴⁰ So *Mohrbutler*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 170.

⁶⁴¹ Für die Anwendbarkeit des § 254 BGB im Rahmen von § 60 InsO siehe nur FK-InsO¹⁰/*Jahntz*, § 60 Rn. 22.

4. Zwischenergebnis

Vereinnahmt der Treuhänder mehr als den pfändbaren Teil der abgetretenen Forderung, so steht dem Drittschuldner ein Bereicherungsausgleich nach der Leistungskondiktion zu. Für Verteilungsfehler des Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren gilt daher, dass der Treuhänder im Interesse der Gläubigergesamtheit gegen einen begünstigten Gläubiger mit Hilfe der Leistungskondiktion vorgehen kann. Ein solcher Ausgleich hat jedoch vor Erteilung der Restschuldbefreiung zu erfolgen. Andernfalls steht § 301 Abs. 3 InsO einem Bereicherungsausgleich entgegen. Lediglich in den Fällen, in denen ein Gläubiger über die ursprünglich geschuldete Forderung hinaus eine Befriedigung erlangt, kommt ein Ausgleich im Wege einer Nachtragverteilung in Betracht. Andernfalls verbleiben den verkürzten Gläubigern nur Haftungsansprüche gegen den Treuhänder.

IV. Zusammenfassung

Der Forderungsübergang während des Restschuldbefreiungsverfahrens liegt die Konstruktion eines Abtretungsvertrages zwischen Schuldner und Gläubiger zugrunde. Mithilfe der Rechtsfigur des Angebotes *ad incertam personam* lässt sich ein solcher Abtretungsvertrag konstruieren. Dieser Vertrag kommt mit Amtsantritt des Treuhänders zustande. Der Abtretungsvertrag verliert kraft auflösender Bedingung durch den vorzeitigen Verlust der Amtsstellung des Treuhänders seine Wirkung für die Zukunft. Ein neuer Vertrag ließe sich nur mit einer neuen Abtretungserklärung des Schuldners an den neuen Treuhänder konstruieren. Wird ein solches nicht abgegeben, ist sich mit einer prozessualen Ermächtigung des neuen Treuhänders hinsichtlich der von der Abtretungserklärung erfassten Forderungen durch das Insolvenzgericht zu behelfen. Dagegen ist die prozessuale Theorie abzulehnen. Die Abtretungserklärung fügt sich nicht in die Lehre vom Begriff der Prozesshandlung. Auch eine methodische Untersuchung kommt aufgrund des geäußerten Willens des Gesetzgebers in den Materialien zur Konstruktion eines Abtretungsvertrages. Die Abtretungserklärung stellt eine Erklärung mit einer Doppelnatur dar. Daraus folgt, dass der Insolvenzschuldner rechts- und parteifähig zu sein hat, wie auch geschäfts- und prozessfähig. Der beschränkt Geschäftsfähige kann somit die Abtretungserklärung nicht allein abgeben. Bezüglich der Auslegung gelten dabei die im Recht allgemein anerkannten Grundsätze aus §§ 133, 157 BGB. Zudem kann der Schuldner bis zur rechtskräftigen Versagensentscheidung seinen Antrag auf Restschuldbefreiung zurücknehmen und den Abtretungsvertrag durch das damit verbundene Ende der Amtsstellung des Treuhänders zu Fall bringen.

⁶⁴² Vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 589.

Auch die Gehaltsforderungen desjenigen Schuldners, der die Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO abgibt, fallen während des Regelinsolvenzverfahrens als Neuerwerb gemäß § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO zur Masse.

Vereinnahmt der Treuhänder mehr als den pfändbaren Teil der abgetretenen Forderung, so steht dem Drittschuldner ein Bereicherungsausgleich nach der Leistungskondiktion zu. Verteilt der Treuhänder entgegen den Festsetzungen des Verteilungsverzeichnisses, so kommt ein Bereicherungsausgleich in Betracht, der durch den Treuhänder im Wege der Leistungskondiktion durchgeführt wird. Dieser Ausgleich ist jedoch nur bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung möglich. Andernfalls steht § 301 Abs. 3 InsO einem Bereicherungsausgleich grundsätzlich entgegen. In diesem Fall bleiben den verkürzten Gläubigern lediglich Haftungsansprüche gegen den Treuhänder.

D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit lassen sich thesenhaft folgendermaßen zusammenfassen:

1. Schließt ein Restschuldbefreiungsverfahren an das Regelinsolvenzverfahren an, setzt sich die Wirkung des § 91 Abs. 1 InsO in der Vorschrift des § 287 Abs. 3 InsO fort. Ein Forderungsübergang aufgrund einer vorinsolvenzlichen Vorauszession findet nicht statt. Dies gilt gleichsam für den abhängig beschäftigten wie für den selbstständig tätigen Schuldner. Die frühere Vorauszession stellt dabei kein nach § 294 Abs. 2 InsO nichtiges Sonderabkommen dar.
2. Im Falle der Versagung der Restschuldbefreiung führt dies dazu, dass Forderungen, die nach der Versagung entstehen, aufgrund einer vorinsolvenzlichen Vorauszession auf den Zessionar übergehen.
3. Kommt es zur Erteilung der Restschuldbefreiung, wandelt sich die ursprünglich durch die vorinsolvenzliche Vorauszession gesicherte Forderung in eine unvollkommene Verbindlichkeit. Eine Verwertung einer Sicherheit hinsichtlich einer unvollkommenen Verbindlichkeit scheidet nach bürgerlich rechtlichen Grundsätzen aus. § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO trifft demgegenüber keine abweichende Rechtsfolge
4. Der Forderungsübergang während des Restschuldbefreiungsverfahrens liegt die Konstruktion eines Abtretungsvertrages zwischen Schuldner und Gläubiger zugrunde. Mithilfe der Rechtsfigur des Angebotes *ad incertam personam* lässt sich ein solcher Abtretungsvertrag konstruieren. Dieser Vertrag kommt mit Amtsantritt des Treuhänders zustande. Der Abtretungsvertrag verliert kraft auflösender Bedingung durch den vorzeitigen Verlust der Amtsstellung des Treuhänders seine Wirkung für die Zukunft.
5. Ein neuer Vertrag ließe sich nur mit einer neuen Abtretungserklärung des Schuldners an den neuen Treuhänder konstruieren. Wird ein solches nicht abgegeben, ist sich mit einer prozessualen Ermächtigung des neuen Treuhänders hinsichtlich der von der Abtretungserklärung erfassten Forderungen durch das Insolvenzgericht zu behelfen.
6. Die prozessuale Theorie ist abzulehnen. Die Abtretungserklärung fügt sich nicht in die Lehre vom Begriff der Prozesshandlung. Auch eine methodische Untersuchung kommt aufgrund des geäußerten Willens des Gesetzgebers in den Materialien zur Konstruktion eines Abtretungsvertrages.

7. Die Abtretungserklärung stellt eine Erklärung mit einer Doppelnatur dar. Daraus folgt, dass der Insolvenzschuldner rechts- und parteifähig zu sein hat, wie auch geschäfts- und prozessfähig. Der beschränkt Geschäftsfähige kann somit die Abtretungserklärung nicht allein abgeben.
8. Bezüglich der Auslegung gelten dabei die im Recht allgemein anerkannten Grundsätze aus §§ 133, 157 BGB.
9. Der Schuldner kann bis zur rechtskräftigen Versagensentscheidung seinen Antrag auf Restschuldbefreiung zurücknehmen und den Abtretungsvertrag durch das damit verbundene Ende der Amtsstellung des Treuhänders zu Fall bringen.
10. Auch die Gehaltsforderungen desjenigen Schuldners, der die Abtretungserklärung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO abgibt, fallen während des Regelinsolvenzverfahrens als Neuerwerb gemäß § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO zur Masse.
11. Gerät die Verteilung durch den Treuhänder in Widerspruch zu den Festsetzungen des Verteilungsverzeichnisses, so kommt ein Bereicherungsausgleich in Betracht, der durch den Treuhänder im Wege der Leistungskondition durchgeführt wird. Dieser Ausgleich ist jedoch nur bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung möglich. Andernfalls steht § 301 Abs. 3 InsO einem Bereicherungsausgleich grundsätzlich entgegen. In diesem Fall bleiben den verkürzten Gläubigern lediglich Haftungsansprüche gegen den Treuhänder.

Literaturverzeichnis

- Ackmann*, Hans-Peter, Schuldbefreiung durch Konkurs?, Bielefeld 1983
- Ahrens*, Martin, Prozeßabtretung im Restschuldbefreiungsverfahren Anmerkungen zur Konzeption von § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO, DZWIR 1999, 45
- Ahrens*, Martin, Anmerkung zum Beschluss des AG Göttingen vom 17.1.2003 – 74 IK 191/01, NZI 2003, 217
- Ahrens*, Martin, Leistungspflicht nach einer Negativerklärung, NJW-Spezial, 2013, 85
- Ahrens*, Martin, Lohnabtretung in der Insolvenz nach Aufhebung von § 114 InsO, NZI 2014, 529
- Arnould*, Andreas von, Möglichkeiten und Grenzen dynamischer Interpretation von Rechtsnormen, Rechtstheorie 32 (2001), S. 465
- Bähr*, Otto, Zur Cessionslehre, Ihering 1 (1857), 351
- Balz*, Manfred, Aufgaben und Struktur des künftigen einheitlichen Insolvenzverfahrens, ZIP 1988, 273
- Bartels*, Klaus, Der erbrechtliche Erwerb des Insolvenzschuldners, KTS 2003, 41
- Bartels*, Klaus, Freigabe des Unternehmens und Enthftung des verbleibenden Alterwerbs (Masse) nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO, KTS 2012, 381
- Bartels*, Klaus, Das gegenwärtige Institut der Restschuldbefreiung, KTS 2013, 349
- Bartels*, Klaus, Die Vereinbarungstreuhand im Sicherheitentausch, ZIP 2013, 1756
- Bartels*, Klaus, Zum Rückgriff nach eigennütziger Zahlung auf fremde Schuld – Anleihen bei DCFR und common law für das deutsche Recht, RabelsZ 78 (2014), 479
- Bartels*, Klaus, Der bereicherungsrechtliche Behaltensgrund des Gläubigers im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht, AcP 221 (2021), 317
- Barth*, A., Verfügungen über zukünftige Rechte, Gruchot 58 (1914), 577
- Baumgärtel*, Gottfried, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 2. Auflage, Köln 1972
- Becker-Eberhard*, Ekkehard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld 1993
- Bergk*, Alfred, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, Berlin 1912
- Bigge*, Gerd, Auswirkungen der Streichung des § 114 InsO für gesicherte Gläubiger und Auf-/Verrechnungsberechtigte durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und Stärkung der Gläubigerrechte zum 1.7.2014, ZIP 2014, 2114
- Blomeyer*, Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin 1969

- Bork, Reinhard*, Die Verfügungsbefugnis bei der Vorauszession, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Festschrift für Hans Hermann Seiler, Heidelberg 1999, S. 289 ff.
- Bork, Reinhard*, Verfolgungspflichten – Muss der Insolvenzverwalter alle Forderungen einziehen?, ZIP 2005, 1120
- Bork, Reinhard*, Anfechtung als Kernstück der Gläubigergleichbehandlung, ZIP 2014, 797
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016
- Bork, Reinhard*, Einführung in das Insolvenzrecht, 11. Auflage, Tübingen 2023
- Bork, Reinhard*, Handbuch Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln 2024
- Branz, Karl-Heinz*, § 114 InsO – eine (völlig) misslungene Regelung, ZInsO 2004, 1185
- Brox, Hans*, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage, München 2023
- Bülow, Oskar*, Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht, Vorlesungsnachschrift von L. Fechner aus dem Wintersemester 1868/69, Braun, Johann (Hrsg.), Tübingen 2003
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien 1991
- Caemmerer, Ernst von*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Dölle, Hans/Rheinstein, Max/Zweigert, Konrad (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Tübingen 1954
- Canaris, Claus-Wilhelm*, „Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus“ durch ein Porträt von Karl Larenz?, JZ 2011, 879
- Christiansen, Julian*, Bedingungen und Befristungen im Recht der Insolvenzanfechtung, KTS 2003, 353
- Danwerth, Christopher*, Konvaleszenz – Ein (un)bekannter Rechtsbegriff?, JURA 2014, 559
- Döbereiner, Stephan*, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, Bielefeld 1997
- Dobmeier, Rudolf*, Die Behandlung der Vorausabtretungen von Mietzinsen und pfändbaren Arbeitsentgeltansprüchen in der Insolvenz des Zedenten, NZI 2006, 144
- Dreyfus, Max*, Die Verfügung im Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1911
- Duden, Konrad*, Duden – Die deutsche Rechtschreibung, 28. Auflage, Berlin 2020
- Eccius, Max Ernst*, Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Gruchot 48 (1904), 465
- Eccius, Max Ernst*, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, DJZ 1904, 53
- Eccius, Max Ernst*, Abtretung künftiger Forderungen, Gruchot 53 (1909), 1
- Ehmann, Horst*, Über den Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812 BGB, NJW 1969, 398
- Eichel, Florian*, Künftige Forderungen, Tübingen 2014
- Eickmann, Dieter*, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Heidelberg 2001
- Ellenberger, Jürgen*, Kommentar zum Kreditrecht, Band 1 §§ 13–655e BGB, 4. Auflage, Heidelberg 2023
- Engelhard, Hans A.*, Politische Akzente einer Insolvenzrechtsreform, ZIP 1986, 1287

- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 11. Auflage, Stuttgart 2010
- Enneccerus, Ludwig*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889
- Enneccerus, Ludwig*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Marburg 1958
- Esser, Josef*, Fälle und Lösungen zum Schuldrecht, Karlsruhe 1963
- Esser, Josef*, Schuldrecht Band II Besonderer Teil Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000
- Fargnoli, Iole*, Zu Decius' Kaiserkonstitutionen im Codex Iustinianus, in: Babusiaux, Ulrike/Kolb, Anne (Hrsg.), Das Recht der „Soldatenkaiser“, Berlin 2015, S. 160 ff.
- Finkenauer, Thomas*, Die Redaktion des zweiten Entwurfs eines BGB und die historische Auslegung, in: Kiehle, Arndt (Hrsg.), Festschrift für Jan Schröder, Tübingen 2013, S. 21 ff.
- Fleischer, Holger*, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“, Fleischer, Holger (Hrsg.), Tübingen 2013, S. 1 ff.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992
- Foerste, Ulrich*, Insolvenzrecht, 8. Auflage, München 2022
- Frege, Michael C.*, Handbuch Insolvenzrecht, 9. Auflage, München 2022
- Fridgen, Alexander*, BeckOK Insolvenzrecht, Stand 15. 11. 2021, München 2024
- Frieling, Tino*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, Tübingen 2017
- Ganter, Hans Gerhard*, Die Insolvenzfestigkeit der Abtretung aufschiebend bedingter Forderung, in: Graf-Schlicker, Marie Luise/Prütting, Hans/Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Heinz Vallender, Köln 2015, S. 151 ff.
- Gaup, Ludwig*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Erster Band, 15. Auflage, Tübingen 1933
- Gerhardt, Walter*, Vollstreckungsrecht, 2. Auflage, Berlin 1982
- Goeckel, Klaus*, Die Grundsätze des Rechtsstaats in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1965
- Goldschmidt, James*, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
- Goldschmidt, James*, Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Berlin 1932
- Grigoleit, Hans Christoph*, Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik, ZNR 2008, 259
- Grünebaum, Ernst*, Zur Frage betreffend Verfügungen über künftige Forderungen, DJZ 1905, 801
- Grüneberg, Christian*, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Auflage, München 2023
- Gsell, Beate*, beck-online.Großkommentar BGB, Stand 1. 11. 2021, München 2024
- Hahn, Karl*, Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881
- Hahnzog, Klaus*, Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, München 1962
- Haller, Nicola*, Die gesicherte Rechtsposition im Rahmen des § 91 InsO, Köln 2016

- Häsemeyer*, Ludwig, Insolvenzrecht, 2. Auflage, Köln 1998
- Häsemeyer*, Ludwig, Beteiligtenverhalten im Zivilrechtsstreit, ZVP 118 (2005), 265
- Hassold*, Gerhard, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz, München 1983, S. 211 ff.
- Heck*, Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1
- Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werkausgabe, Frankfurt am Main 1970
- Heinz*, Vanessa, Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, Baden-Baden 2009
- Heinze*, Harald, Verträge und Forderungen, Freigabe, Pfändungsschutz und Erwerbsperre, DZWIR 2020, 107
- Hellwig*, Konrad, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, Zweiter Band, Breslau 1910
- Henckel*, Wolfram, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
- Henckel*, Wolfram, Vom Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in: Bökelmann, Erhard/Henckel, Wolfram/Jahr, Günther (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Weber, Berlin 1975, S. 237 ff.
- Hennrichs*, Joachim, Kollisionsprobleme bei der (Voraus-)Abtretung zukünftiger Forderungen, JZ 1993, 225
- Hess*, Harald, Kommentar zur Konkursordnung, 6. Auflage, Neuwied 1998
- Hess*, Harald, Insolvenzrecht Großkommentar in zwei Bänden, Band I, 2. Auflage, Heidelberg 2013
- Heuer*, Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich?, DJZ 1903, 28
- Hirsch*, Günter, Auf dem Weg zum Richterstaat?, JZ 2007, 853
- Honsell*, Heinrich, Römisches Recht, 4. Auflage, Berlin 1987
- Jacobi*, Alexander, Die Rückkehr der Sperrfristrechtsprechung: Zur Unzulässigkeit der Rücknahme eines Restschuldbefreiungsantrages, NZI 2017, 254
- Jacobi*, Florian, Der Musterprozeßvertrag, Tübingen 2000
- Jaeger*, Ernst, Konkursordnung Zweiter Band 1. Halbband, 8. Auflage, Berlin 1973
- Jaeger*, Ernst, Konkursordnung Erster Band, 9. Auflage, Berlin 1997
- Jaeger*, Ernst, Insolvenzordnung Großkommentar, Zweiter Band, 1. Auflage, Berlin 2007
- Jaeger*, Ernst, Insolvenzordnung Großkommentar, Achter Band, 1. Auflage, Berlin 2019
- Jaeger*, Ernst, Insolvenzordnung Großkommentar, Vierter Band, 2. Auflage, Berlin 2021
- Jaeger*, Ernst, Insolvenzordnung Großkommentar, Siebter Band, 2. Auflage, Berlin 2022
- Jaeger*, Ernst, Insolvenzordnung Großkommentar, Zweiter Band, 2. Auflage, Berlin 2023
- Jakobs*, Horst Heinrich, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 241 bis 432, Berlin 1978

- Jauernig*, Othmar, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Auflage, München 1996
- Jauernig*, Othmar, Versuch, einige Dunkelheiten der Insolvenzordnung aufzuhellen, in: Prütting, Hanns/Vallender, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, S. 3 ff.
- Jauernig*, Othmar, Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München 2011
- Jauernig*, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München 2021
- Jestaedt*, Matthias, Das mag in der Theorie richtig sein ...: vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2006
- John*, Uwe, Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, AcP 184 (1984), 385
- Jung*, Erich, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes“, Leipzig 1902
- Karlowa*, Otto, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877
- Kaser*, Max, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Auflage, München 1971
- Kayser*, Godehard, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 11. Auflage, Heidelberg 2023
- Keim*, Christopher, Das Ende der Blankobürgschaft?, NJW 1996, 2774
- Kessler*, Christian, Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 22. 12. 2004 – 2 U 103/04, ZIP 2005, 1041
- Kohler*, Josef, Ueber die Interpretation von Gesetzen, Grünhuts Zeitschrift 13 (1886), 1
- Kohler*, Josef, Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen, Gruchot 31 (1887), 276, 481
- Kohler*, Josef, Der sogenannte Rechtsschutzanspruch, ZZP 33 (1904), 211
- Kohte*, Wolfhard, Schuldenbereinigungsverfahren – ein untauglicher Versuch, ZIP 1994, 184
- Kramer*, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 6. Auflage, München 2019
- Kübler*, Bruno M., Stellungnahme zu den Reformvorschlägen der Kommission für Insolvenzrecht des Gravenbrucher Kreises, 1986
- Kübler*, Bruno M., Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 91. EL, Köln 2022
- Kuhn*, Georg, Konkursordnung, 11. Auflage, München 1994
- Kuleisa*, Michael, Aufhebung des § 114 InsO – Was wird aus der Abtretung von Bezügen während und nach der Insolvenz, ZVI 2015, 85
- Lange*, Hermann, Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003
- Lange*, Knut Werner, Erbrecht, München 2011
- Larenz*, Karl, Rechtsperson und subjektives Recht zur Wandlung der Rechtsbegriffe, in: Dahm, Georg (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935
- Larenz*, Karl, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Auflage, München 1967
- Larenz*, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987

- Larenz*, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991
- Larenz*, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts Band II Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994
- Larenz*, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995
- Lempenau*, Gerhard, Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, Bad Homburg 1968
- Lieder*, Jan, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Tübingen 2015
- Looschelders*, Dirk, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, Berlin 1996
- Lorenz*, Stephan, Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, JuS 2003, 729
- Lücke*, Jörg, Begründungszwang und Verfassung, Tübingen 1987
- Luig*, Klaus, Zur Geschichte der Zessionslehre, Köln 1966
- Manigk*, Alfred, Zum Begriff des Rechtsgeschäfts, DJZ 1902, 279
- Manigk*, Alfred, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939
- Mazza*, Francesca, Kausale Schuldverträge: Rechtsgrund und Kondizierbarkeit, Tübingen 2002
- Medicus*, Dieter, Kreditsicherung durch Verfügung über künftiges Recht, JuS 1967, 385
- Medicus*, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016
- Medicus*, Dieter, Bürgerliches Recht, 29. Auflage, München 2023
- Mohrbutter*, Peter, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, Köln 1998
- Möllers*, Thomas, Juristische Methodenlehre, 3. Auflage, München 2020
- Mugdan*, Benno, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Berlin 1899
- Mugdan*, Benno, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III. Band, Berlin 1899
- Mühlenbruch*, Christian Friedrich, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Auflage, Greifswald 1836
- Müller*, Gerd, Vorausverfügung über gesellschaftsrechtliche Einzelansprüche und Übertragung der Mitgliedschaft, ZIP 1994, 342
- Muscheler*, Karlheinz, Erbrecht, Band I, Tübingen 2010
- Neuner*, Jörg, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage, München 2005
- Neuner*, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage, München 2020
- Niese*, Werner, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, Göttingen 1950
- Nikisch*, Arthur, Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952
- Nörr*, Knut Wolfgang, Sukzessionen, 2. Auflage, Tübingen 1999
- Nußbaum*, Arthur, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908
- Oertmann*, Paul, Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin 1916

- Otto*, Karl Eduard, Das Corpus Iuris Civilis, Band 6, Leipzig 1832
- Pape*, Gerhard, Keine Prozesskostenhilfe für den Gesamtvollstreckungsschuldner zwecks Restschuldbefreiung?, ZIP 1997, 190
- Pape*, Gerhard, Rücknahme des Antrags auf Restschuldbefreiung durch den Schuldner bei drohender Versagung – alte und neue Probleme, ZInsO 2017, 565
- Rattunde*, Rolf, Insolvenzordnung (InsO), Band 1, 4. Auflage, Stuttgart 2019
- Rauscher*, Thomas, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 6. Auflage, München 2020
- Regelsberger*, Ferdinand, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, AcP 63 (1880), 157
- Reimer*, Franz, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Baden-Baden 2020
- Reinhardt*, Rudolf, Die rechtsgeschäftliche Treuhand – ein Problem der Rechtsfortbildung, JuS 1962, 41
- Reuter*, Dieter, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983
- Reuter*, Dieter, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband, 2. Auflage, Tübingen 2016
- Riedel*, Ernst, Behandlung von Gehaltsabtreibungen nach Wegfall des § 114 InsO, ZVI 2015, 91
- Riedel*, Ernst, Lohnpfändung und Insolvenz, 4. Auflage, Köln 2024
- Rörmann*, Volker, Insolvenzordnung (InsO), 49. Auflage, München 2024
- Rosenberg*, Leo, Die Stellvertretung im Prozess, Berlin 1908
- Rosenberg*, Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Auflage, Berlin 1925
- Rosenberg*, Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Berlin 1929
- Rosenberg*, Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München 1961
- Rosenberg*, Leo, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010
- Roth*, Wulf-Henning, Ist eine Genehmigung bei § 816 II BGB möglich?, JZ 1972, 150
- Rugullis*, Rolf, Der Zahlungsrückstand des Vorbehalts in der Insolvenz des Verkäufers, KTS 2005, 459
- Runkel*, Hans-Peter, Probleme bei Neuerwerb in der Insolvenz, in: Prütting, Hanns/Vallender, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, S. 315 ff.
- Rüthers*, Bernd, Rechtstheorie, 11. Auflage, München 2020
- Säcker*, Franz Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 9. Auflage, München 2022
- Säcker*, Franz Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 8. Auflage, München 2019
- Säcker*, Franz Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 9. Auflage, München 2024
- Säcker*, Franz Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, 9. Auflage, München 2022
- Savigny*, Friedrich Carl von, System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840

- Savigny*, Friedrich Carl von, System des heutigen römischen Rechts, Dritter Band, Berlin 1840
- Schäfer*, Frank Ludwig, Das Bereicherungsrecht in Europa, Berlin 2001
- Schiedermaier*, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935
- Schlink*, Bernhard, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, Der Staat 19 (1980), 73
- Schmidt*, Andreas, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 10. Auflage, Hürth 2024
- Schmidt*, Folke, Zur Methode der Rechtsfindung, Berlin 1976
- Schmidt*, Karsten, Insolvenzordnung, 19. Auflage, München 2016
- Schröder*, Ulrich Jan, Von Lenkungssteuern und Eisenbahnkreuzungen – Normwidersprüche im Bundesstaat, ZG 2007, 236
- Schünemann*, Bernd, Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, in: Kohlmann, Günter (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug, Köln 1983
- Schwab*, Karl Heinz, Probleme der Prozeßhandlungslehre, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel, Köln 1990
- Schwerdtner*, Peter, Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt, NJW 1974, 1785
- Serick*, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band II, Heidelberg 1965
- Serick*, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band IV, Heidelberg 1976
- Smid*, Stefan, Insolvenzordnung (InsO), 1. Auflage, Stuttgart 1999
- Sohm*, Rudolph, Ueber Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta, ZHR 17 (1872), 16
- Staudinger*, Julius von, BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin (Jahr der Bearbeitung) 2007 ff.
- Stein*, Friedrich, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Erster Band, 18. Auflage, Tübingen 1953
- Stein*, Friedrich, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 23. Auflage, Tübingen 2014
- Stein*, Friedrich, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 24. Auflage, Tübingen 2024
- Stein*, Friedrich, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 23. Auflage, Tübingen 2017
- Stein*, Friedrich, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 8, 23. Auflage, Tübingen 2017
- Stephan*, Guido, Die Erwerbsobliegenheit des Schuldners ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ZVI 2014, 214
- Stratenwerth*, Günter, Zum Streit der Auslegungstheorien, in: Noll, Peter/Stratenwerth, Günter (Hrsg.), Festschrift für Oscar Adolf Germann, Bern 1969
- Straus*, E., Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich?, DJZ 1903, 342
- Stürner*, Rolf, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage, München 2020
- Thiessen*, Jan, Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialien für die Rechtsfindung, in: Mystereum „Gesetzesmaterialien“, Fleischer, Holger (Hrsg.), Tübingen 2013

- Thöl*, Heinrich, Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851
- Thomale*, Chris, Leistung als Freiheit, Tübingen 2012
- Towfigh*, Emanuel Vahid, Komplexität und Normenklarheit – Oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, *Der Staat* 48 (2009), 29
- Tuhr*, Andreas von, Verfügung über künftige Forderungen, *DJZ* 1904, 426
- Tuhr*, Andreas von, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Erste Hälfte, Berlin 1914
- Tuhr*, Andreas von, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Zweite Hälfte, Berlin 1918
- Uhlenbruck*, Wilhelm, Insolvenzordnung: InsO, 12. Auflage, 2003
- Uhlenbruck*, Wilhelm, Insolvenzordnung: InsO, 13. Auflage, 2010
- Uhlenbruck*, Wilhelm, Insolvenzordnung: InsO, 15. Auflage, 2019
- Unger*, Oliver, Der Entstehungsprozess von Gesetzen als Forschungsfeld der Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 78 (2014), 415
- Vallender*, Heinz, Ausweg aus dem „modernen Schuldturn“? – Das gesetzliche Restschuldbefreiungsverfahren nach der künftigen Insolvenzordnung, *VuR* 1997, 155
- Vallender*, Heinz, Grundzüge des Restschuldbefreiungsverfahrens, *ZAP Fach* 14, 2003, 439
- Wach*, Adolf, Das Geständniß. Ein Beitrag zur Lehre von den processualischen Rechtsgeschäften, *AcP* 64 (1881), 201
- Wach*, Adolf, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Erster Band, 1. Auflage, Leipzig 1885
- Wagner*, Gerhard, Prozeßverträge, Tübingen 1998
- Walsmann*, Hans, Der Irrtum im Prozeßrecht, *AcP* 102 (1907), 1
- Wälzholz*, Eckhard, Rückforderungsrechte an Gesellschaftsanteilen für den Fall von Insolvenz und Zwangsvollstreckung, *GmbHR* 2007, 1319
- Wandt*, Manfred, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Auflage, München 2022
- Wank*, Rolf, Die juristische Begriffsbildung, München 1985
- Wank*, Rolf, Juristische Methodenlehre, München 2020
- Weber*, Hansjörg, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.5.1984 – VII ZR 333/83, *JZ* 1984, 1027
- Weimar*, Wilhelm, Zweifelsfragen bei Leistung eines gutgläubigen Schuldners an den Zedenten, *JR* 1966, 461
- Wendt*, Otto, Rechtssatz und Dogma, *Ihering* 29 (1890), 29
- Wenzel*, Frank, Restschuldbefreiung bei Insolvenzen von Verbrauchern, *VuR* 1990, 121
- Westermann*, Harry, Lehrbuch des Sachenrechts, Karlsruhe 1951
- Wetzell*, Georg Wilhelm, System des ordentlichen Civilprocesses, 1. Auflage, Leipzig 1856
- Wilburg*, Walter, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Graz 1934

- Wimmer*, Klaus, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, München 2002
- Wimmer*, Klaus, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Auflage, München 2018
- Wimmer*, Klaus, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2, 10. Auflage, München 2023
- Wimmer*, Klaus, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, 10. Auflage, München 2025
- Windscheid*, Bernhard, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856
- Windscheid*, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Band, 7. Auflage, Frankfurt am Main 1891
- Wipperfurth*, Sylvia, Insolvenzverwaltung – Natürliche Personen, 2. Auflage, Köln 2019
- Wittig*, Arne, Insolvenzordnung und Konsumentenkredit, WM 1998, 157, 209
- Zeiss*, Walter, Zivilprozessrecht, 12. Auflage, Tübingen 2014
- Zimmermann*, Reinhard, The Law of Obligations, Oxford 1990
- Zimmermann*, Theo, Mehrstufige Rechtsfindung als Verbindung subjektiver und objektiver Auslegungsmethode, NJW 1954, 1628
- Zippelius*, Reinhold, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Zweiter Band, Tübingen 1976
- Zippelius*, Reinhold, Auslegung als Legitimationsproblem, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz, München 1983

Stichwortverzeichnis

- Absonderungsrecht** 52
Abtretung an Zahlungs statt 80
Abtretungserklärung 11, 58 ff.
Abtretungsfrist 20
Abtretungsprivileg 22, 45 ff.
Abtretungsverbot 47
Ad incertam personam 61
Anfechtung der Abtretungserklärung 77 ff.
Ankündigung der Restschuldbefreiung 13
Anwartschaftsrecht 32
- Bewirkungshandlung** 71
Blankozession 60 f.
- Doppelnatur und Doppeltatbestand** 101 ff.
- Erwerbsobliegenheit** 19 ff.
Erwirkungshandlung 71
- Forderungen, künftige** 30
Freigabe der selbstständigen Tätigkeit 40
- Gesicherte Rechtsposition** 36, 112 f.
- Historische Auslegung** 88 ff.
- Insolvenzbeschlagnahme** 38 ff.
Insolvenzgläubiger 43
- Judizieren contra legem** 93 ff.
- Kondiktionsausschluss, § 301 Abs. 3 InsO** 131 f.
Konkurs 31
Konvaleszenz 27 f., 39 ff.
- Massezugehörigkeit** 34, 110
Materiell-rechtliche Theorie 59 ff.
- Mindestquotensystem** 22
Motivationsrabatt 15, 22
- Nachtragsverteilung** 128 f.
Neuerwerb 34, 115 f.
Normwiderspruch, innerer/äußerer 94 ff.
- Perplexität** 94
Prioritätsprinzip 47 f.
Prozessuale Theorie 69 ff.
Prozessvertrag 73 ff.
- Restschuldbefreiung** 11
- Sonderabkommen** 44 f.
Sondervorteil 43 f.
Sperrfrist, § 287a Abs. 2 InsO 78
Systematische Auslegung 86 ff.
- Treuhänder** 15 f.
- Verbindlichkeit, unvollkommene** 52 ff.
Versagung der Restschuldbefreiung 13 ff., 50
Verteilungsfehler
– Regelverfahren 121 ff.
– Restschuldbefreiungsverfahren 130 ff.
Vorausabtretung, vorinsolvenzliche 38
Vorrang der Leistungskondition 123 ff.
- Widerruf der Restschuldbefreiung** 16, 23
Wohlverhaltensperiode 14 f.
Wortlautauslegung 84 ff.
- Zession (§ 398 BGB)** 27 ff.