



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 48/21

vom

29. September 2022

in dem Insolvenzverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO aF § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295 Abs. 2

Hat der Insolvenzverwalter die selbständige Tätigkeit des Schuldners freigegeben und erzielt der Schuldner zusätzlich Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung, kann das Insolvenzgericht nicht anordnen, dass der unpfändbare Betrag in erster Linie den Einkünften des Schuldners aus seiner selbständigen Tätigkeit oder den fiktiven Einkünften aus dem angemessenen Dienstverhältnis zu entnehmen ist.

BGH, Beschluss vom 29. September 2022 - IX ZB 48/21 - LG Münster  
AG Münster

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Richter Prof. Dr. Schoppmeyer, die Richterin Möhring, den Richter Röhl, die Richterin Dr. Selbmann und den Richter Dr. Harms

am 29. September 2022

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss der 5. Zivilkammer des Landgerichts Münster vom 10. August 2021 wird auf Kosten des Schuldners zurückgewiesen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Über das Vermögen des Schuldners wurde am 1. Januar 2010 das Insolvenzverfahren eröffnet und der weitere Beteiligte zu 2 zum Insolvenzverwalter bestellt. Seitdem übt der am 16. Januar 1948 geborene Schuldner eine selbständige Tätigkeit als freier Mitarbeiter aus. Am 5. März 2010 gab der Beteiligte zu 2 die selbständige Tätigkeit des Schuldners frei und wies den Schuldner darauf hin, dass er die Insolvenzmasse gemäß § 295 Abs. 2 InsO aF so stellen müsse, als ob er ein vergleichbares Dienstverhältnis eingegangen wäre. Der Schuldner erzielte aus seiner selbständigen Tätigkeit einen Gewinn, führte jedoch keine Beträge an die Insolvenzmasse ab. Seit Juni 2010 bezog der Schuldner zusätzlich

zwei Hinterbliebenenrenten in Höhe von monatlich 996 € und 845 €, für die der Beteiligte zu 2 keine pfändbaren Beträge errechnete. Im März 2015 forderte er den Schuldner auf, seine Einkünfte aus der selbständigen Tätigkeit nachzuweisen. Nach Erteilung der Auskunft machte der Beteiligte zu 2 für den Zeitraum von Juni 2010 bis Dezember 2012 einen im Hinblick auf die freigegebene selbständige Tätigkeit monatlich abzuführenden Betrag von 493 € geltend und forderte den Schuldner vergeblich zu einer Nachzahlung von 15.283 € auf.

2            Nachdem am 31. Dezember 2015 die Laufzeit der Abtretungserklärung endete, das Insolvenzverfahren aber fort dauerte, hörte das Insolvenzgericht mit veröffentlichtem Beschluss vom 11. März 2016 die Insolvenzgläubiger - so auch die weitere Beteiligte zu 1 - zu dem von dem Schuldner gestellten Antrag auf Erteilung der Restschuldbefreiung an. Die Beteiligte zu 1 hat unter Bezugnahme auf die Berichte des Beteiligten zu 2 beantragt, dem Schuldner die Restschuldbefreiung wegen eines Verstoßes gegen § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO aF zu versagen. Das Insolvenzgericht hat dem Schuldner die Restschuldbefreiung versagt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Schuldners ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Schuldner unter Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse die Zurückweisung des Versagungsantrags.

## II.

3            Die zulässige Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

4            1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, der Versagungsantrag sei zulässig und begründet. Dem Schuldner sei die Restschuldbefreiung gemäß § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO aF zu versagen, weil er nach Freigabe seiner selbständigen

Tätigkeit jedenfalls in der Zeit bis einschließlich Dezember 2012 keine Zahlungen gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295 Abs. 2 InsO aF geleistet und damit gegen eine ihm gemäß § 97 Abs. 2 InsO obliegende Mitwirkungspflicht verstoßen habe. Selbst das von dem Schuldner angenommene fiktive Einkommen bei abhängiger Tätigkeit unterstellt, verbleibe für den Zeitraum von Mitte 2010 bis Dezember 2012 bei einer Zusammenrechnung mit den beiden Hinterbliebenenrenten gemäß § 850e ZPO ein monatliches Nettoeinkommen, das oberhalb der Pfändungsfreigrenze liege. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht scheidet nicht deshalb aus, weil es dem Beteiligten zu 2 aufgrund der vorhandenen Abtretungserklärung möglich gewesen sei, die geschuldeten Beträge einzuziehen. Der Schuldner habe zumindest grob fahrlässig gegen seine Mitwirkungspflicht verstoßen; er sei mit der Freigabe auf seine Pflichten nach § 295 Abs. 2 InsO aF hingewiesen worden. Da der Schuldner bis zuletzt die Zahlungen nicht geleistet habe, seien die Gläubiger schlechter gestellt.

5                    2. Dies hält einer rechtlichen Überprüfung stand.

6                    a) Auf den Streitfall finden die Vorschriften der Insolvenzordnung in der bis zum 1. Juli 2014 geltenden Fassung Anwendung, weil das Insolvenzverfahren vor diesem Zeitpunkt beantragt worden ist (Art. 103h Satz 1 EGIInsO).

7                    b) Rechtsfehlerfrei bejaht das Beschwerdegericht die Voraussetzungen für eine Versagung der Restschuldbefreiung nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

8                    aa) Zutreffend hat das Beschwerdegericht die Versagungsgründe des § 290 InsO für maßgeblich erachtet. Ist - wie im Streitfall - die Frist der Abtretungserklärung abgelaufen, bevor dem Schuldner die Restschuldbefreiung angekündigt worden ist, muss schon vor Beendigung des Insolvenzverfahrens über die Restschuldbefreiung gemäß § 300 InsO entschieden werden (BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2009 - IX ZB 247/08, BGHZ 183, 258 Rn. 14). Insoweit

können die Gläubiger die Versagungsgründe des § 290 InsO geltend machen, die sich auf die Zeit vor oder während des durchgeführten Insolvenzverfahrens beziehen (BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2009, aaO Rn. 23 f).

9           bb) Die Beteiligte zu 1 hat einen wirksamen Versagungsantrag nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO gestellt. Ist nach dem Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung im laufenden Insolvenzverfahren über den Antrag des Schuldners auf Restschuldbefreiung zu entscheiden, muss die nach § 289 Abs. 1 Satz 1 InsO vorgeschriebene Anhörung der Insolvenzgläubiger, des Insolvenzverwalters oder Treuhänders und des Schuldners in einer Form durchgeführt werden, die dem Schlusstermin entspricht. Dies kann auch im schriftlichen Verfahren nach § 5 Abs. 2 Satz 1 InsO erfolgen (BGH, Beschluss vom 12. April 2018 - IX ZB 60/16, WM 2018, 1224 Rn. 17). Diese Voraussetzungen hat das Insolvenzgericht beachtet; die Antragstellerin hat den Versagungsantrag wirksam vor Ablauf der Erklärungsfrist gestellt.

10           cc) Gemäß § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist dem Schuldner auf den von einem Insolvenzgläubiger im Schlusstermin gestellten Antrag die Restschuldbefreiung zu versagen, wenn er während des Insolvenzverfahrens Auskunfts- und Mitwirkungspflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat. Dabei kann die Restschuldbefreiung wegen der Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners nur versagt werden, wenn die Pflichtverletzung ihrer Art nach geeignet ist, die Befriedigung der Gläubiger zu gefährden, während es nicht darauf ankommt, ob die Befriedigungsaussichten tatsächlich geschmälert werden (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2009 - IX ZB 73/08, WM 2009, 515 Rn. 10 ff; vom 16. Dezember 2010 - IX ZB 63/09, WM 2011, 176 Rn. 5; vom 16. Juli 2020 - IX ZB 77/18, ZVI 2020, 363 Rn. 10 f). Im Streitfall liegen die Voraussetzungen vor.

- 11 (1) Gibt der Insolvenzverwalter die selbständige Tätigkeit des Schuldners aus der Insolvenzmasse frei, ist dieser nach § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295 Abs. 2 InsO verpflichtet, die Insolvenzgläubiger durch Zahlungen an den Verwalter so zu stellen, als wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Dabei handelt es sich um eine eigenständige Abführungspflicht, auf deren Einhaltung der Insolvenzverwalter einen unmittelbaren Anspruch hat (BGH, Beschluss vom 13. Juni 2013 - IX ZB 38/10, WM 2013, 1612 Rn. 20 mwN) und die im Regelfall zumindest eine jährliche Zahlung gebietet (BGH, Beschluss vom 19. Juli 2012 - IX ZB 188/09, WM 2012, 1597 Rn. 14; vom 13. Juni 2013, aaO). Leistet der Schuldner diese Zahlungen nicht, verletzt er die ihm nach § 97 Abs. 2 InsO obliegende Mitwirkungspflicht und verwirklicht den Versagungsstatbestand des § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO (BGH, Beschluss vom 12. April 2018 - IX ZB 60/16, WM 2018, 1224 Rn. 7 mwN).
- 12 (2) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat der Schuldner gegen die ihm obliegende Pflicht zur Abführung der gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295 Abs. 2 InsO zu zahlenden Beträge in der Zeit von Mitte 2010 bis einschließlich Dezember 2012 objektiv verstoßen.
- 13 (a) Das Beschwerdegericht stellt rechtsfehlerfrei und von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen fest, dass sich unter Einbeziehung der Einkünfte des Schuldners aus den von ihm bezogenen Renten aufgrund des Gewinns aus der freigegebenen selbständigen Tätigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juni 2013 - IX ZB 38/10, aaO Rn. 20 f) ein an die Masse abzuführender Betrag ergibt. Seiner Verpflichtung, die entsprechenden Beträge an den Beteiligten zu 2 zu zahlen, ist der Schuldner in der Zeit von Mitte 2010 bis einschließlich Dezember 2012 nicht nachgekommen.

- 14 (b) Die von dem Beschwerdegericht als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage, ob der Annahme einer Verletzung der Mitwirkungspflicht entgegensteht, dass der Insolvenzverwalter die gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295 Abs. 2 InsO geschuldeten Beträge aufgrund anderer Einkünfte, auf die sich die Abtretungserklärung bezieht, hätte einziehen können, stellt sich nicht. Der Beteiligte zu 2 hatte - wie das Beschwerdegericht richtig sieht - keinen Zugriff auf die Einkünfte des Schuldners aus der freigegebenen selbständigen Tätigkeit. Diese Einkünfte fallen wegen der Freigabe nicht in die Insolvenzmasse.
- 15 Ebensowenig erlaubten weder diese Einkünfte noch die Verpflichtung des Schuldners, die Masse gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295 Abs. 2 InsO aF so zu stellen, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre, einen erweiterten Zugriff auf die Hinterbliebenenrenten. Zwar kann der vom selbständig tätigen Schuldner an die Masse abzuführende Betrag dadurch berechnet werden, dass sowohl das fiktive Einkommen des Schuldners aus einem angemessenen Dienstverhältnis gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295 Abs. 2 InsO aF als auch tatsächlich erzielte Arbeitseinkommen oder Renten entsprechend § 850e Nr. 2 ZPO zusammengerechnet werden (§ 36 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der Schuldner muss die der Masse zufließenden Einkünfte dann um den entsprechenden Betrag aufstocken (vgl. BGH, Beschluss vom 5. April 2006 - IX ZB 50/05, NZI 2006, 413 Rn. 13). Dies hat jedoch auf den pfändbaren Betrag der Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung oder Rentenzahlungen keinen Einfluss. Insbesondere besteht keine Möglichkeit, entsprechend § 850e Nr. 2 Satz 2 ZPO anzuordnen, dass der unpfändbare Betrag in erster Linie den Einkünften des Schuldners aus seiner selbständigen Tätigkeit oder den fiktiven Einkünften aus einem angemessenen Dienstverhältnis zu entnehmen ist. Insoweit findet eine Zusammenrechnung mit Einkünften aus selbständiger Tätigkeit bei § 850e ZPO nicht statt (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 34. Aufl., § 850e Rn. 3; Stein/Jonas/Würdinger, ZPO,

23. Aufl., § 850e Rn. 52 ff). Dies gilt auch für die fiktiven Einkünfte aus § 35 Abs. 2, § 295 Abs. 2 InsO aF.

16 (3) Es ist nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht das Verhalten des Schuldners als grob fahrlässig beurteilt hat.

17 (a) Der Verschuldensgrad der groben Fahrlässigkeit ist in § 290 InsO nicht definiert. Die Rechtsprechung versteht unter grober Fahrlässigkeit ein Handeln, bei dem die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde, wenn ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseitegeschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem aufgedrängt hätte. Bei der groben Fahrlässigkeit handelt es sich um eine auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung (BGH, Beschluss vom 9. Februar 2006 - IX ZB 218/04, WM 2006, 1438 Rn. 10 mwN; vom 27. September 2007 - IX ZB 243/06, WM 2007, 2122 Rn. 9). Der Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht unterliegt es, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff der groben Fahrlässigkeit verkannt oder bei der Beurteilung des Grades der Fahrlässigkeit wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat (BGH, Beschluss vom 9. Februar 2006, aaO Rn. 9; vom 27. September 2007, aaO Rn. 10).

18 (b) Einen solchen Fehler zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf.

19 (aa) Rechtsfehlerfrei hat sich das Beschwerdegericht bei der Beurteilung des Grades der Fahrlässigkeit auf die Erwägung gestützt, dass dem Schuldner in der Freigabeerklärung vom 5. März 2010 der Hinweis erteilt wurde, dass er die Masse so stellen müsse, als ob er ein vergleichbares Dienstverhältnis eingegangen wäre. Einen entsprechenden Hinweis enthält das von dem Schuldner unterzeichnete Abtretungsformular für den Fall der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit. Damit musste sich dem Schuldner im Juni 2010 aufdrängen, dass mit



Blick auf das Gesamteinkommen aus den beiden Hinterbliebenenrenten von zusammen ca. 1.800 € und aus seiner selbständigen Tätigkeit nunmehr die Pfändungsfreigrenzen überschritten und Beträge an die Insolvenzmasse abzuführen waren.

20 (bb) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, dass der Beteiligte zu 2 die von dem Schuldner ab Juni 2010 bis Ende Dezember 2012 abzuführenden Beträge bis zum Jahr 2014 weder der Höhe nach berechnet noch von ihm eingefordert hat. Im laufenden Insolvenzverfahren ist der Insolvenzverwalter gegenüber dem Schuldner nicht von sich aus dazu verpflichtet, die nach § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295 Abs. 2 InsO abzuführenden Beträge zu ermitteln und zu berechnen (vgl. bereits für den Treuhänder BGH, Beschluss vom 17. Januar 2013 - IX ZB 98/11, WM 2013, 380 Rn. 23). Der Schuldner ist selbst dafür verantwortlich, dass er Beträge in der richtigen Höhe abführt (vgl. Uhlenbruck/Sternal, InsO, 15. Aufl., § 295 Rn. 68). Daher entlastet es den Schuldner nicht, dass der Beteiligte zu 2 ihn erst im Jahr 2015 zur Auskunft über seine Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit aufgefordert hat. Unerheblich ist es, ob der Insolvenzverwalter gegenüber den Gläubigern verpflichtet ist, die bei einer freigegebenen selbständigen Tätigkeit des Schuldners an die Insolvenzmasse abzuführenden Beträge einzufordern und durchzusetzen.

21 Auf einen Rechtsirrtum kann der Schuldner sich nicht berufen, weil er auf die bestehende Abführungspflicht ausreichend hingewiesen worden ist und angesichts der Gesamthöhe der von ihm erzielten Einkünfte aus den Hinterbliebenenrenten und der freigegebenen selbständigen Tätigkeit es sich für ihn aufdrängen musste, dass er Beträge aus seiner selbständigen Tätigkeit an die Masse abzuführen hatte. Nach dem Hinweis musste sich dem Schuldner aufdrängen, dass er die Berechnung der abzuführenden Beträge und ihre Zahlweise aktiv klä-

ren musste. Genauso, wie der Selbständige verpflichtet ist, seine Steuervorauszahlungen zu leisten und die Arbeitnehmeranteile abzuführen, ist ihm zuzumuten, sich eine Expertise für die Frage zu besorgen, was der Vergleichsmaßstab eines Angestellten wäre und welche pfändbaren Anteile sich hieraus ergäben (Grote, ZInsO 2011, 1489, 1491; vgl. Harder, NZI 2013, 521, 524). Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass der Schuldner sich zur Klärung an den Beteiligten zu 2 gewandt oder erforderlichen Rechtsrat eingeholt hat.

Schoppmeyer

Möhring

Röhl

Selbmann

Harms

Vorinstanzen:

AG Münster, Entscheidung vom 30.01.2020 - 80 IN 105/09 -

LG Münster, Entscheidung vom 10.08.2021 - 5 T 449/20 -