



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 224/09

vom

19. Mai 2011

in dem Restschuldbefreiungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 295 Abs. 1 Nr. 1

- a) Zu der Obliegenheit des Schuldners, sich um eine angemessene Beschäftigung zu bemühen, gehört es, sich im Regelfall bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden und laufend Kontakt zu den dort für ihn zuständigen Mitarbeitern zu halten. Weiter muss er sich selbst aktiv und ernsthaft um eine Arbeitsstelle bemühen, etwa durch stetige Lektüre einschlägiger Stellenanzeigen und durch entsprechende Bewerbungen. Als ungefähre Richtgröße können zwei bis drei Bewerbungen in der Woche gelten, sofern entsprechende Stellen angeboten werden.
- b) Der Schuldner wird dem Bemühen um eine Arbeitsstelle nicht gerecht, wenn er durchschnittlich alle drei Monate eine Bewerbung abgibt, sonst aber keine Aktivitäten entfaltet.

BGH, Beschluss vom 19. Mai 2011 - IX ZB 224/09 - LG München

AG München

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Fischer, Grupp und die Richterin Möhring

am 19. Mai 2011

beschlossen:

Auf die Rechtsmittel des Gläubigers werden die Beschlüsse der 14. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 16. September 2009 und des Amtsgerichts München vom 4. März 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsbeschwerde, an das Insolvenzgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Das Insolvenzgericht eröffnete am 27. Mai 2002 auf den Eigenantrag des Schuldners das (vereinfachte) Insolvenzverfahren und kündigte am 28. November 2003 die Restschuldbefreiung an. Am 30. Januar 2004 hob es nach Vollzug der Schlussverteilung das Insolvenzverfahren auf. In der Wohl-

verhaltensperiode war der Schuldner selbständig und unselbständig erwerbstätig; der Treuhänder vereinnahmte in dieser Zeit vom Schuldner insgesamt 13.872,18 €. Im Anhörungstermin zur beabsichtigten Erteilung der Restschuldbefreiung (§ 300 Abs. 1 InsO) beantragte der beteiligte Gläubiger die Versagung der Restschuldbefreiung, weil der Schuldner seiner Erwerbsobliegenheit nicht nachgekommen sei und als Selbständiger keine Gelder an den Treuhänder abgeführt habe, obwohl er dazu nach § 295 Abs. 2 InsO verpflichtet gewesen wäre. Er hätte nach Ansicht des Gläubigers als Leiter eines gehobenen Restaurants zwischen 3.500 € und 4.000 € brutto verdienen und dementsprechend monatlich 1.000 € bis 1.500 € an den Treuhänder abführen können und müssen.

2 Am 4. März 2009 hat das Insolvenzgericht dem Schuldner Restschuldbefreiung erteilt. Die sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das Landgericht zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Gläubiger mit der Rechtsbeschwerde, mit der er weiterhin die Versagung der Restschuldbefreiung erreichen will.

## II.

3 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§§ 7, 6 Abs. 1, § 300 Abs. 3 Satz 2 InsO; § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO), auch im Übrigen zulässig. Sie ist begründet und führt zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Insolvenzgericht.

4 1. Das Beschwerdegericht hat unter anderem ausgeführt: Der Schuldner habe, soweit es ihm möglich gewesen sei, angemessene Erwerbstätigkeiten

ausgeübt, die jedoch stark saisonabhängig immer wieder befristet gewesen seien. Er habe sich in den übrigen Zeiten um eine angemessene Tätigkeit bemüht. In den verbleibenden Zeiträumen ohne Beschäftigungsverhältnisse habe er freiberuflich gearbeitet. Es sei nicht zielführend, zur Klärung der Frage, ob die ausgeführte Erwerbstätigkeit angemessen gewesen sei, auf entsprechende Einkommenstabellen für das Segment der gehobenen Gastronomie abzustellen. Die statistisch möglichen Einkommensmöglichkeiten sagten nichts darüber aus, ob es dem Schuldner auch bei Entfaltung entsprechender Bemühungen habe gelingen können, durchgängig seiner Qualifikation entsprechend angestellt zu werden. Soweit der Schuldner selbständig tätig gewesen sei, könne ein zunächst geringer Gewinn nicht isoliert gesehen werden. Er habe als Selbständiger immerhin einen Gewinn von 19.877 € erwirtschaftet. Dass er nicht noch höhere Einkünfte erzielt habe, sei ihm nicht als Verschulden anzulasten.

5            2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit sie den Zeitraum der ersten selbständigen Tätigkeit des Schuldners in der maßgeblichen Treueperiode (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2008 - IX ZB 249/07, ZInsO 2009, 299 Rn. 8 ff) vom 1. Juni 2004 bis zum 27. Februar 2006 betreffen. Mit dem Beschwerdegericht ist davon auszugehen, dass infolge der vorrangigen Abtretung der pfändbaren Einkünfte eine Gläubigerbenachteiligung erst ab 1. Juni 2004 in Betracht kommt.

6            a) Das Beschwerdegericht hat § 295 Abs. 2 InsO nicht beachtet. Ob der Schuldner als selbständig Tätiger einen Gewinn erzielt hat oder ob er einen höheren Gewinn hätte erwirtschaften können, ist unerheblich. Nach § 295 Abs. 2 InsO obliegt es dem selbständig tätigen Schuldner, die Insolvenzgläubiger durch Zahlungen an den Treuhänder so zu stellen, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Die Vorschrift löst die zu berücksich-

tigenden Erträge vom tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg der selbständigen Tätigkeit des Schuldners. Das anzunehmende fiktive Nettoeinkommen ist dabei aus einem angemessenen Dienstverhältnis zu berechnen. Angemessen ist nur eine dem Schuldner mögliche abhängige Tätigkeit (BGH, Beschluss vom 5. April 2006 - IX ZB 50/05, NZI 2006, 413 Rn. 13).

7           aa) Dabei genügt der Gläubiger im Fall des § 295 Abs. 2 InsO seiner Pflicht zur Glaubhaftmachung der Obliegenheitsverletzung des Schuldners und der Beeinträchtigung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 300 Abs. 2, § 296 Abs. 1 InsO), wenn er darlegt, dass der Schuldner an den Treuhänder nicht den Betrag abgeführt hat, den er bei Ausübung einer vergleichbaren abhängigen Tätigkeit nach dem üblichen Lohnniveau hätte abführen müssen. Der Schuldner muss sich dann von dem Vorwurf entlasten, seine Obliegenheitspflichten schuldhaft verletzt zu haben (§ 296 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO). Erkennt der Schuldner in der Wohlverhaltensphase, dass er mit der von ihm ausgeübten selbständigen Tätigkeit nicht genug erwirtschaftet, um seine Gläubiger so zu stellen, als übe er eine entsprechende abhängige Tätigkeit aus, braucht er seine selbständige Tätigkeit zunächst nicht aufzugeben. Er muss sich dann aber - ebenso wie ein beschäftigungsloser Schuldner - gemäß § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO nachweisbar um eine angemessene Erwerbstätigkeit bemühen, um den Verschuldensvorwurf zu entkräften (BGH, Beschluss vom 7. Mai 2009 - IX ZB 133/07, ZInsO 2009, 1217 Rn. 5).

8           bb) Allerdings scheidet die Versagung der Restschuldbefreiung aus, wenn der Schuldner etwa aufgrund seines Alters oder der ungünstigen Verhältnisse am Arbeitsmarkt nicht die Möglichkeit gehabt hätte, in ein angemessenes abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu wechseln, bei dem er ein höheres

pfändbares Einkommen hätte erzielen können als mit der von ihm ausgeübten selbständigen Tätigkeit (BGH, aaO, Rn. 4).

9 cc) Diese Voraussetzungen hat das Beschwerdegericht nicht geprüft. Weder hat es festgestellt, welchen angemessenen Verdienst der Schuldner in den Jahren 2004 bis 2006 in abhängiger Tätigkeit hätte erzielen können, noch dass sich der Schuldner ausreichend entlastet hat.

10 b) Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar, § 577 Abs. 3 ZPO.

11 aa) Der Gläubiger hat einen zulässigen Versagungsantrag gestellt, § 300 Abs. 2, § 296 Abs. 1 InsO. Er hat sowohl die Obliegenheitsverletzung wie auch die Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung glaubhaft gemacht. Er hat einen Internetauszug vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass ein Restaurantleiter in Bayern zwischen 1.800 € und 4.000 € brutto monatlich verdienen kann, was ungefähr 1.230 € bis 2.295 € netto entspricht. Diese Zahlen hat der Schuldner im Allgemeinen nicht in Frage gestellt. Er hätte danach in den 21 Monaten zwischen Juni 2004 und Februar 2006 jeweils mindestens 170 €, insgesamt also 3.570 €, an den Treuhänder abführen müssen, tatsächlich hat er aber lediglich 810 € an den Treuhänder gezahlt.

12 Allerdings hat der Gläubiger weder dargetan noch glaubhaft gemacht, ab wann er Kenntnis von der Obliegenheitsverletzung des Schuldners hatte (§ 300 Abs. 2, § 296 Abs. 1 Satz 2 und 3 InsO). Dennoch ist sein Versagungsantrag zulässig. Für die Verletzung der den Schuldner aus § 295 Abs. 2 InsO treffenden Obliegenheit beginnt die Frist grundsätzlich erst mit Abschluss der Treuhänderperiode. Soweit vertreten wird, die Zahlungsverpflichtung des Schuldners

nach § 295 Abs. 2 InsO entstehe erst zum Ende der Treuhandperiode (Münch-Komm-InsO/Ehricke, 2. Aufl., § 295 Rn. 112; wohl auch Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 295 Rn. 67; Nerlich/Römermann, InsO, 2011, § 295, Rn. 43 ff; Braun/Lang, InsO, 4. Aufl., § 295 Rn. 18; AG Göttingen, ZInsO 2009, 934 f; AG Charlottenburg, ZInsO 2009, 1219; LG Bayreuth, ZInsO 2009, 1555 f; LG Potsdam, ZInsO 2010, 252, 254), kann eine Kenntnis der maßgebenden Umstände nicht zuvor begründet werden (vgl. AG Göttingen, NZI 2009, 334, 335; FK-InsO/Ahrens aaO, § 296 Rn. 26 aE).

13           Aber auch wenn die Zahlungsverpflichtung aus § 295 Abs. 2 InsO schon während der laufenden Treuhandphase bestehen sollte (vgl. HK-InsO/Landfermann, 5. Aufl., § 295 Rn. 11; LG Bochum, Beschluss vom 12. März 2008 - 10 T 26/08, juris Rn. 21 ff), kann oft erst am Ende dieser Periode sicher festgestellt werden, ob ein Obliegenheitsverstoß vorliegt. Deswegen müssen auch nach dieser Ansicht die Gläubiger regelmäßig berechtigt sein, den Versagungsantrag unabhängig von einer vorherigen Kenntnis von der Nichtabführung einzelner Beträge erst am Ende der Treuhandphase zu stellen. Ein solcher Fall liegt auch hier vor, weil der Schuldner ständig zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit gewechselt hat.

14           bb) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts liegt eine Obliegenheitsverletzung vor. Solange der Schuldner in Anstellung war, hat sich sein Gehalt in dem vom Gläubiger glaubhaft gemachten Rahmen einer üblichen Vergütung bewegt. Selbst wenn zugunsten des Schuldners nur die Zeit seiner abhängigen Beschäftigung nebst Arbeitslosigkeit in der Treuhandperiode berücksichtigt wird (März 2006 bis September 2007, März bis Mitte April 2008), hat er immerhin noch durchschnittlich netto 1.356 € verdient. Gemessen hieran hätte er auch für die Zeit seiner selbständigen Tätigkeit monatlich 255,40 € und

insgesamt 5.363,40 € an den Treuhänder abführen müssen. Tatsächlich hat er in dieser Zeit lediglich 810 € gezahlt.

- 15            Deswegen muss sich der Schuldner von dem Vorwurf entlasten, schuldhaft gehandelt zu haben (§ 296 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO). Er muss darlegen und nachweisen, mit seiner selbständigen Tätigkeit nicht genug erwirtschaftet zu haben, um die ihm obliegenden Beträge abzuführen. Diesen Nachweis hat der Schuldner durch die Vorlage der Jahressteuerbescheide für die Jahre 2004 und 2005 an den Treuhänder erbracht. Aus ihnen ergibt sich, dass er in dieser Zeit nur unwesentlich über dem Pfändungsfreibetrag verdient hat.
- 16            Weiter hätte der Schuldner sich alsbald um eine angemessene Erwerbstätigkeit bemühen müssen, um den Verschuldensvorwurf zu entkräften (BGH, Beschluss vom 7. Mai 2009 - IX ZB 133/07, InsO 2009, 1217 Rn. 5). Dies hat er nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht getan. Das Landgericht verweist pauschal auf 38 schriftliche Bewerbungen in der Zeit vom 7. März 2004 bis zum 2. April 2008. Von ihnen entfallen auf die maßgebliche Zeit vom 1. Juni 2004 bis zum 27. Februar 2006 sechs Bewerbungen, durchschnittlich mithin eine Bewerbung in dreieinhalb Monaten.
- 17            Vom Schuldner kann allerdings nicht gefordert werden, dass er sich, um seinen Obliegenheiten aus § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO gerecht zu werden, zwanzig bis dreißig Mal im Monat bewirbt, wie es teilweise die Familiengerichte von den Unterhaltspflichtigen minderjähriger unverheirateter und ihnen gleichgestellter volljähriger Kinder verlangen. Im Anwendungsbereich des § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird der Schuldner im Regelfall bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet sein und laufend Kontakt zu den dort für ihn zuständigen Mitarbeitern halten müssen. Weiter muss er sich selbst aktiv und ernsthaft um



eine Arbeitsstelle bemühen, etwa durch stetige Lektüre einschlägiger Stellenanzeigen und durch entsprechende Bewerbungen (vgl. auch RegE, BT-Drs. 12/2443, S. 192; FK-InsO/Ahrens, 6. Aufl., § 295 Rn. 34; BerlKomm-InsO/Ley, 2009, § 295 Rn.12; MünchKomm-InsO/Ehricke, 2. Aufl. § 295, Rn. 36; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 295, Rn. 22; Wenzel, in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 295 Rn. 9, Nerlich/Römermann, InsO, 2011, § 295 Rn. 17). Als ungefähre Richtgröße können zwei bis drei Bewerbungen in der Woche gelten, sofern entsprechende Stellen angeboten werden (FK-InsO/Ahrens, 6. Aufl., § 295 Rn. 34).

18            Welchen Umfang die Bemühungen des Schuldners im Einzelnen aufweisen müssen, um eine hinreichende Arbeitsplatzsuche belegen zu können, lässt sich nicht allgemein gültig klären, sondern ist unter Berücksichtigung branchenbezogener, regionaler und individueller Umstände einzelfallbezogen zu beurteilen, wie der Senat bereits entschieden hat (BGH, Beschluss vom 27. April 2010 - IX ZB 267/08, NZI 2010, 693 Rn. 2). Die vom Landgericht festgestellten Bemühungen des Schuldners sind keinesfalls ausreichend.

19            3. Für die restlichen Zeiten erweist sich die Entscheidung des Beschwerdegengerichts im Ergebnis als richtig.

20            a) Bezüglich der Tätigkeit als Selbständiger in der Zeit von Oktober 2007 bis Februar 2008 liegt ein Verstoß des Schuldners gegen § 295 Abs. 2 InsO nicht vor. Er hat in dieser Zeit insgesamt 2.141,60 € an den Treuhänder abgeführt. Dies war ausreichend. Aufgrund seines beruflichen Werdegangs steht fest, dass er - abhängig beschäftigt - nicht in der Lage gewesen wäre, höhere pfändbare Beträge zu verdienen. Der berufliche Werdegang des Schuldners ist

dadurch gekennzeichnet, dass er nicht ständig Restaurants der Spitzenkategorie geleitet und auch nicht ständig Gehälter im Spitzenbereich verdient hat.

21           b) Soweit der Gläubiger im Übrigen die Angemessenheit der Erwerbstätigkeit des Schuldners und das Bemühen in Zeiten der Erwerbslosigkeit um eine angemessene Arbeitsstelle in Frage gestellt hat (März 2006 bis September 2007, 1. März bis 14. April 2008), war der Versagungsantrag unzulässig, soweit er sich auf die Zeit bis zum 26. Juli 2007 bezieht. Denn der Gläubiger hat weder dargelegt noch glaubhaft gemacht, ab wann er Kenntnis von den von ihm behaupteten Verfehlungen hatte, § 296 Abs. 1 Satz 2 und 3 InsO. Außerhalb der Jahresfrist kann der Antrag auch nicht mehr nachgebessert werden (vgl. FK-InsO/Ahrens, 6. Aufl., § 296 Rn. 31).

22           In der verbleibenden Zeit liegt eine Obliegenheitsverletzung des Schuldners nicht vor. Er war bis Ende August 2007 für ein Bruttogehalt von 1.849 € abhängig beschäftigt. Dass er in dieser Zeit mehr hätte verdienen können, ist jedenfalls nicht bewiesen. Sein Gehalt bewegt sich in dem vom Gläubiger glaubhaft gemachten Rahmen. Für den Schuldner streitet deshalb die Vermutung, angemessen tätig gewesen zu sein (vgl. FK-InsO/Ahrens, 6. Aufl., § 295 Rn. 29). Zudem widerspricht sein beruflicher Werdegang der These des Gläubigers, er habe in der Spitzengastronomie eine Anstellung mit Spitzengehältern finden können. Im Übrigen hat der Schuldner sich zur Abwendung der andert-halb Monate dauernden Arbeitslosigkeit Anfang 2008 auf sechs Stellen beworben, eine dieser Bewerbungen hatte schließlich Erfolg. Damit hat der Schuldner seinen Obliegenheiten genügt.

23

4. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Dem Schuldner muss Gelegenheit zur Ergänzung seines Vortrages gegeben werden. Auch wird das Gericht zu prüfen haben, ob ein Verschulden des Schuldners gegebenenfalls deswegen ausscheidet, weil sich dieser eng an die Vorgaben des Treuhänders gehalten hat (vgl. FK-InsO/Ahrens, 6. Aufl., § 295 Rn. 81). Da insoweit gegebenenfalls noch eingehende Feststellungen zu treffen sind, hält der Senat es für sachgerecht, die Sache nach § 577 Abs. 4 Satz 1, § 572 Abs. 3 ZPO an das Insolvenzgericht zurückzuverweisen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 2004 - IX ZB 161/03, BGHZ 160, 176, 185 f).

Kayser

Gehrlein

Fischer

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

AG München, Entscheidung vom 04.03.2009 - 1502 IK 1174/02 -

LG München I, Entscheidung vom 16.09.2009 - 14 T 5588/09 -