

des nach § 8 Abs. 1 BRAGO, § 12 Abs. 1 GKG geltenden § 3 ZPO heranzuziehen.<sup>54</sup> Dies gilt entsprechend beim Unterhaltsverzicht. Steht die Höhe des Anspruchs, auf den verzichtet wird – wie meist – nicht fest oder ist dessen Bestehen schon dem Grunde nach zweifelhaft, z.B. bei erst künftigen Ansprüchen oder wegen Verwirkung nach § 1579 BGB, ist regelmäßig ein Bruchteil des zu schätzenden möglichen Anspruchs in Ansatz zu bringen. Im Zweifel wird überwiegend ein Mindestbetrag von 900 EUR, bei gegenseitigem Verzicht von 1.800 EUR angenommen.<sup>55</sup> Bei einer Unterhaltsabfindung ist nicht etwa der Abfindungsbetrag maßgebend, sondern wie allgemein der Jahresbetrag des laufenden Unterhalts, u.U. zzgl. Rückständen. Anderes gilt nur, wenn der Berechtigte nach § 1585 Abs. 2 BGB aus wichtigem Grund eine Abfindung in Kapital geltend gemacht hatte und sich die Parteien auf einen bestimmten Betrag vergleichsweise einigten.<sup>56</sup>

### 3. Gebührenanspruch

Wenn denn zwischen den Parteien kein gerichtliches Unterhaltsverfahren anhängig und auch kein dahin gehender Prozessauftrag erteilt ist, der Anwalt also lediglich außergerichtlich tätig werden soll, entstehen allein die Rahmengebühren von 5/10 bis 10/10 des § 118 Abs. 1 BRAGO. Daneben kommt eine Vergleichsgebühr von 15/10 der vollen Gebühr nach § 23 Abs. 1 S. 1 BRAGO in Betracht. Bei späterer gerichtlicher Protokollierung der Unterhaltsvereinbarung ist nach § 118 Abs. 2 BRAGO die Geschäftsgebühr nach Abs. 1 Nr. 1 dieser Vorschrift, nicht aber die Besprechungsgebühr nach Abs. 1 Nr. 2, auf die 5/10-Prozessgebühr des § 32 Abs. 2 BRAGO anzurechnen. Eine erwachsene Vergleichsgebühr bleibt unangetastet.<sup>57</sup>

War der Anwalt indes beauftragt, im Rahmen des Mandats für ein ohnehin anhängiges Scheidungsverfahren über die Folgesache Unterhalt außergerichtlich zu verhandeln und wird entsprechend dem ursprünglichen Auftrag eine getroffene Unterhaltsvereinbarung sodann gerichtlich protokolliert, so ist die außergerichtliche Verhandlung mit der 5/10-Prozessgebühr nach § 32 Abs. 2 BRAGO insgesamt abgegolten. Daneben kann nach § 23 Abs. 1 S. 1 BRAGO eine 15/10-Vergleichsgebühr erwachsen, wenn die Unterhaltssache oder ein entsprechendes PKH-Verfahren nicht anhängig geworden sind (ansonsten gilt Abs. 1 S. 3: 10/10-Gebühr). Im Zweifel wird vermutet, dass der Anwalt die außergerichtlichen Verhandlungen im Rahmen des Prozessauftrags führt mit der Folge, dass diesbezüglich keine Gebühren nach § 118 BRAGO anfallen. Scheitert die Einigung und wird deshalb kein diesbezüglicher Protokollierungsantrag gestellt, fällt bei folgender Anhängigkeit der Unterhaltssache die volle Prozessgebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO an; bei vorzeitiger Beendigung des Auftrags entsteht die halbe Prozessgebühr nach § 32 Abs. 1 BRAGO.<sup>58</sup> Ein Anwaltsvergleich nach § 796a ZPO unterfällt der allgemeinen Gebührenvorschrift des § 23 BRAGO. Ist – wie meist – ein Rechtsstreit nicht anhängig und soll ein außergerichtlicher Titel geschaffen werden, erhält der Anwalt für seine Mitwirkung beim Vergleichsabschluss 15/10 der vollen Gebühr, andernfalls 10/10. Ist kein Prozessauftrag erteilt, fallen daneben die Geschäftsgebühr und u.U. die Besprechungsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BRAGO an. Im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung nach §§ 796a, 796b ZPO entstehen nach § 46 Abs. 1 BRAGO die Gebühren des § 31 BRAGO, also insbesondere die allg. Prozessgebühr. Die Geschäftsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO ist nach dessen Abs. 2 S. 3 zur Hälfte anzurechnen. Die Protokollierung des Unterhaltsvergleichs im Scheidungsverfahren ist demgegenüber deutlich kostengünstiger (5/10-Gebühr nach § 32 Abs. 2 BRAGO + 15/10-Vergleichsgebühr nach § 23 Abs. 1 S. 1 BRAGO).<sup>59</sup>

## XII. Haftungsfragen

Das anwaltliche Haftungsrisiko sollte bei Unterhaltsvereinbarungen nicht unterschätzt werden. Es werden von der Rechtsprechung nicht nur hohe Anforderungen an die anwaltliche Beratung und Belehrung des Mandanten gestellt. Auch kann ein nicht unerheblicher Schaden drohen. Eine Haftungsbegrenzung nach § 51a BRAO sollte deshalb im Einzelfall erwogen werden.

Vor Abschluss der Unterhaltsvereinbarung hat der Anwalt seinen Mandanten umfassend und gründlich mit Hinweis auf das „Für und Wider“ der Vereinbarung sowie die Risiken und Erfolgchancen eines gerichtlichen Unterhaltsverfahrens zu beraten, wobei der relativ sicherste und gefahrloseste Weg vorzuschlagen ist.<sup>60</sup> Auf die oftmals mangels gesicherter Maßstäbe nicht abzuschätzende Gefahr der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Vereinbarung sollte hingewiesen und dies auch dokumentiert werden. Bei der Abfassung der Unterhaltsvereinbarung ist sodann auf eine dem wirklichen Willen der Partei entsprechende sowie möglichst eindeutige und vollständige Formulierung zu achten, die nicht der späteren Auslegung mit all den damit verbundenen Risiken bedarf.<sup>61</sup> Insbesondere die für eine spätere Abänderung wegen veränderter Verhältnisse maßgebenden Grundlagen der Vereinbarung sowie die Behandlung jetzt schon absehbarer Veränderungen – wie z.B. Wechsel der Steuerklasse, Mehr- bzw. Minderverdienst, Arbeitsaufnahme etc. – sollten unmissverständlich dargestellt werden. Bei fehlender eigener Sachkunde ist steuerrechtliche Beratung einzuholen bzw. anzuraten und zu dokumentieren. Die mit einer ungesicherten Vorleistung verbundenen wirtschaftlichen Gefahren sind aufzuzeigen.<sup>62</sup>

54 *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., B. V. 1. Rn 47; a.A. *Enders*, *JurBüro* 1999, 337, 340: Bruchteil des Jahresbetrags. Nach nochmals anderer Ansicht soll § 9 ZPO heranzuziehen sein.

55 Vgl. *Schwolow*, *FuR* 2002, 307, 311 m.w.N.; OLG Naumburg *FamRZ* 2001, 443.

56 *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., B. V. 1. Rn 72 m.w.N.; *Enders*, *JurBüro* 1999, 337, 340 m.w.N.

57 S. jeweils mit Berechnungsbeispielen *Enders*, *JurBüro* 1998, 561 ff. m.w.N.; *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., J. I. bis V. = Rn 1 ff. m.w.N.; *FA-FamR/Müller-Rabe*, 4. Aufl., 17. Kapitel, Rn 25 ff.

58 S. zu alledem *Enders*, *JurBüro* 1998, 561 ff. m.w.N. und Berechnungsbeispielen; *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., J. I. bis III. = Rn 1 ff. m.w.N. und Berechnungsbeispielen.

59 Vgl. *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., J. IV. = Rn 25 ff. m.w.N.

60 Vgl. OLG Düsseldorf *FamRZ* 2001, 1607 mit Anm. *Weiss*.

61 BGH *FamRZ* 2002, 878 m.w.N.

62 BGH *FamRZ* 1996, 1268.

## Obliegenheit zur „Flucht in die Insolvenz“?

*Gisela Wohlgemuth*, Richterin am OLG a.D., Krefeld

Zunehmend wird Unterhaltsschuldern, die sich auf Leistungsunfähigkeit wegen bestehender Drittschulden berufen, angesonnen, eine Bevorrechtigung des Unterhalts dadurch zu bewirken, dass sie die Einleitung eines Insolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung betreiben.

### I. Problemstellung

Nach materiellem Unterhaltsrecht beurteilt sich die Konkurrenz von Drittschulden und Unterhalt nach einer umfassenden Abwägung, bei der auf den Zweck der Verbindlichkeiten, den Zeitpunkt und die Art ihrer Entstehung, die Dringlichkeit der beiderseitigen Bedürfnisse, die Kenntnis des Unterhaltsschuldners von Grund und Höhe der Unterhaltsschuld und seine Möglichkeiten, die Leistungsfähigkeit

ganz oder teilweise wieder herzustellen, abgestellt werden muss.<sup>1</sup> Zu berücksichtigen ist hierbei auch, ob den Schuldner die Bevorrechtigung von Unterhalt bei Einstellung der Zahlungen an andere Gläubiger in eine steigende Verschuldung führen würde.<sup>2</sup> Für einen solchen Fall könnten Verbindlichkeiten nicht unberücksichtigt bleiben.

Die steigende Verschuldung, so wird argumentiert, sei demgegenüber dadurch zu vermeiden, dass der Schuldner ein Verbraucherinsolvenzverfahren nach §§ 304 f. InsO einleite. Dann könne er für den laufenden Unterhalt auf die Beträge zwischen der Pfändungsfreigrenze nach § 850c ZPO und dem Existenzminimum nach Düsseldorfer Tabelle (730 bzw. 840 EUR) zurückgreifen und für die Drittschulden nach Ablauf von sechs Jahren die Restschuldbefreiung erreichen. Deshalb sei ihm entgegen früherer gegenteiliger Meinung<sup>3</sup> seit der Erweiterung des § 36 Abs. 1 S. 2 InsO um die Verweisung auf §§ 850 f. ZPO zum 1.12.2001 und der Erhöhung der allgemeinen Pfändungsfreigrenze nach § 850c ZPO zum 1.1.2002,<sup>4</sup> die für die Zeit ab 1.7.2003 bis 30.6.2005 unverändert bleiben soll,<sup>5</sup> jedenfalls bei nachhaltiger und dauerhafter Überschuldung zuzumuten, auf diese Weise seine Zahlungsfähigkeit für den Unterhalt aufzubessern.<sup>6</sup> Insoweit hätten die Drittschulden bei der Unterhaltsfestsetzung – auch vor der Urteilsverkündung<sup>7</sup> – außer Ansatz zu bleiben, der Unterhalt erhalte also absoluten Vorrang.

Es fragt sich, ob und wann bei der materiellrechtlichen Abwägung von Drittschulden und Unterhalt zur Aufbesserung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit tatsächlich eine derartige Obliegenheit in Betracht gezogen, gegebenenfalls bei Unterhaltsprozessen von anwaltlicher Seite auf eine solche hingewiesen, zur Entlastung des Schuldners aber auch ihr entgegenstehende Tatsachen ermittelt werden müssen.

## II. Für den Unterhalt relevante Besonderheiten des Insolvenzverfahrens

Der Insolvenzantrag mit Restschuldbefreiung in der vereinfachten Form des Verbraucherinsolvenzverfahrens kann nach § 304 InsO nur bei abhängiger wirtschaftlicher Tätigkeit gestellt werden, aber auch durch wirtschaftlich Selbstständige bei überschaubaren Vermögensverhältnissen, wenn keine Forderungen aus Arbeitsverhältnissen bestehen.

Unterhaltsrückstände, soweit sie bei der Eröffnung des Verfahrens bereits fällig waren, sind aus der Insolvenzmasse zu befriedigen (§§ 35 f. InsO). Für sie gelten bis zur Eröffnung gleiche Grundsätze wie für andere Forderungen i.S. von § 38 InsO;<sup>8</sup> sie werden wie Drittschulden von der Restschuldbefreiung erfasst (§ 40 InsO); diese wird bei Vorliegen der Voraussetzungen mit Ablauf von sechs Jahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erteilt. (§§ 286, 287 Abs. 2 S. 1, 314 Abs. 3, 300 InsO). Fehlt es an ausreichender Masse, laufen die von Rückständen betroffenen Gläubiger damit Gefahr, ihren rückständigen – selbst titulierten – Unterhalt für alle Zeiten, also auch bei späterer Aufbesserung der Leistungsverhältnisse des Unterhaltspflichtigen, zu verlieren.<sup>9</sup> Die Möglichkeit einer Verwirkung der Restschuldbefreiung bei älteren Unterhaltsrückständen nach § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO, von der sich *Schürmann*<sup>10</sup> eine Abmilderung dieser Nachteile erhofft, liegt fern. Denn unterlässt ein Schuldner, für den keine Aussicht auf Besserung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse besteht, die Einleitung des Insolvenzverfahrens, kann nur dann von einer Verwirkung ausgegangen werden, wenn die Verzögerung zu einer Beeinträchtigung aller Insolvenzgläubiger, also auch der Drittschuldner, geführt hat. Eine die Unterhaltsrückstände bevorrechtigende Verwirkung kommt also nicht in Betracht. Somit wird bei der Prüfung der Obliegenheit sehr sorgfältig zu prüfen sein, welche Bedeutung den von einem Insolvenzverfahren betroffenen Unterhaltsrückständen zukommt und welche Aussichten einer Realisierung ohne Insolvenzverfahren bestehen.

Während es sich bei den zwischen Antrag und Eröffnung fällig gewordenen Unterhaltsansprüchen um „Rückstände“ i.S. der InsolvenzO handelt, stellen die laufenden „nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ fällig werdenden Unterhaltsansprüche keine Insolvenzforderungen dar (§ 40 InsO). Nicht die Stellung des Insolvenzantrags, auch nicht die Verhandlung über den Schuldenbereinigungsplan, sondern erst die Eröffnung nach Scheitern des Schuldenbereinigungsplans (§§ 311 f. InsO) führt zu der Unterscheidung insolvenzferassten und insolvenzfrieren Unterhalts.<sup>11</sup>

Für insolvenzfrieren (laufenden) Unterhalt besteht die Besonderheit, dass dessen Gläubiger auch während der Dauer des Insolvenzverfahrens in künftige Forderungen auf – für andere Gläubiger nicht pfändbare – Bezüge des Schuldners aus Dienstverhältnis vollstrecken kann (§ 89 Abs. 2 S. 2 InsO). Während Neuerwerb des Schuldners in die Insolvenzmasse einbezogen ist und selbst Gläubiger, die keine Insolvenzgläubiger sind, in diesen nicht vollstrecken können (§§ 35, 89 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 InsO), ist dem vollstreckenden Unterhaltsgläubiger für den laufenden Unterhalt bei dem Arbeitsentgelt, das dem Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zufließt, der Zugriff auf die Beträge zwischen Pfändungsfreigrenze und Existenzminimum eröffnet.

Nach § 36 Abs. 2 InsO gilt § 850c ZPO, der sich über die Pfändungsfreigrenzen bei Arbeitseinkommen verhält, entsprechend, nicht aber die für die Pfändbarkeit bei Unterhaltsansprüchen einschlägige Sondervorschrift des § 850d ZPO.<sup>12</sup> Insolvenzforderungen, also sowohl rückständiger Unterhalt wie auch Drittschulden, können damit nur unter Wahrung der Freigrenze des § 850c ZPO aus dem Arbeitseinkommen eines Insolvenzschuldners abgedeckt werden.

Nicht von der Insolvenz erfasste Schulden, wie der laufende Unterhalt, bleiben hiervon aber unberührt. Für ihn greifen während des laufenden Insolvenzverfahrens einmal die Bestimmungen der §§ 100, 278 i.V. 100 Abs. 2 S. 2 InsO, wonach der Treuhänder bzw. die Gläubigerversammlung dem Schuldner und seiner Familie notwendigen Unterhalt gewähren oder auch der Schuldner bei angeordneter Eigenverwaltung selbst berechtigt ist, für sich und bestimmte Angehörige, insbesondere auch seine minderjährigen unverheirateten Kinder, die Mittel zu entnehmen, die unter Berücksichtigung der bisherigen Lebensverhältnisse des Schuldners eine bescheidene Lebensführung gestatten. In beiden Fällen sind bei dem Zugriff auf die Insolvenzmasse aber § 850d ZPO (Pfändbarkeit bei Unterhaltsansprüchen) und im Grundsatz auch die BSHG-Sätze zu beachten.<sup>13</sup>

1 BGH FamRZ 2002, 536, 540; FamRZ 1996, 160, 161; FamRZ 1990, 266, 267; FamRZ 1984, 657, 659.

2 BGH FamRZ 1986, 254, 256; OLG Hamm FamRZ 1995, 1217, 1218; FamRZ 1995, 1218, 1219.

3 OLG Stuttgart FamRZ 2002, 982, 983; *Uhlenbruck*, FamRZ 1998, 1478; Anm. *Born*, FamRZ 2001, 441, 442; a.A. OLG Hamm FamRZ 2001, 441; AG Nordenham mit Anm. *Melchers*, FamRZ 2002, 896, 897, 898; *ders.*, FamRZ 2001, 1509, 1510.

4 Gesetz v. 26.10.2001, BGBI I 2001, 2710.

5 Gesetz v. 25.2.2003, BGBI I 2003, 276.

6 OLG Stuttgart FamRZ 2003, 1216 unter ausdrücklicher Abänderung seiner früheren Rechtsprechung; OLG Dresden FamRZ 2003, 1028 mit Anm. *Schürmann*, 1030 f.; OLG Koblenz FamRZ 2003, 109, 110; AG Emmendingen FamRZ 2003, 176 mit Anm. *Melchers*, FamRZ 2003, 1033, 1035; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 62. Aufl., § 1603 BGB Rn 27; *Melchers*, FuR 2003, 145, 149; FamRZ 2003, 1215; *Hoppenz*, FF 2003, 158, 163; *Weisbrodt*, FamRZ 2003, 1240, 1243, 1244; a.A. OLG Naumburg FamRZ 2003, 1215.

7 Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 2003, 1216, 1217; *Hoppenz*, FF 2003, 158, 162.

8 *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 40 Rn 2.

9 *Weisbrodt*, FamRZ 2003, 1240, 1241.

10 Anm. FamRZ 2003, 1030, 1032, 1033.

11 *Uhlenbruck*, InsO, a.a.O., § 40 Rn 3.

12 So auch *Hoppenz*, FF 2003, 158, 159.

13 MünchKomm/Wittig, InsO, 2003, Bd. 3, § 278 Rn 11, 12; *Wimmer* (Hrsg.), Frankfurter Komm./App, 3. Aufl., § 100 Rn 4; *Uhlenbruck*, InsO, a.a.O., § 100 Rn 2, 6, 8.

Die zum anderen durch § 89 Abs. 2 S. 2 InsO ermöglichte Vollstreckung in Neuerwerb des Schuldners bedeutet, dass die für die Vollstreckung maßgeblichen Vorschriften berücksichtigt werden müssen. Somit ist auch hier die Vorschrift des § 850d ZPO zu beachten, in der die Pfändbarkeit bei Unterhaltsansprüchen speziell und abweichend von § 850c ZPO geregelt ist.<sup>14</sup>

§ 850d ZPO verhält sich nicht nur über eine mit dem materiellen Unterhaltsrecht nur teilweise übereinstimmende Rangordnung, die das Vollstreckungsgericht dann auch noch auf Antrag des Schuldners oder eines Berechtigten nach billigem Ermessen in anderer Weise festsetzen kann; die Vorschrift stellt darüber hinaus in Abweichung von den starren Pfändungsfreigrenzen des § 850c ZPO auf die individuellen Verhältnisse des Schuldners ab. Ihm ist so viel zu belassen, wie er für seinen notwendigen Unterhalt und zur Erfüllung seiner laufenden gesetzlichen Unterhaltungspflichten gegenüber den dem Gläubiger vorgehenden Berechtigten oder zur gleichmäßigen Befriedigung der dem Gläubiger gleichstehenden Berechtigten bedarf. Außerdem gilt § 850a ZPO, der die Pfändbarkeit besonderer Bezüge, wie Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Treugelder und Auslösungen beschneidet, in eingeschränkter Form (§ 850 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 ZPO).

Allerdings darf der dem Schuldner gegenüber Unterhaltsgläubigern verbleibende pfändbare Teil seines Arbeitseinkommens den Betrag nicht übersteigen, der ihm nach den Vorschriften des § 850c ZPO gegenüber nicht bevorrechtigten Gläubigern zu verbleiben hätte (§ 850d Abs. 1 S. 3 ZPO). Damit soll vermieden werden, dass die dem Wandel der Sozialhilfesätze unterliegende Bestimmung des notwendigen Selbstbehalts des Schuldners nach § 850d ZPO statt zu einem den Unterhalt begünstigenden geringeren Freibetrag als nach § 850c ZPO zu einer Überschreitung führt. Behält damit ein Schuldner z.B. nach § 850c ZPO bei einem Einkommen von 1.500 EUR und 0 Unterhaltungspflicht den Freibetrag von 1.101 EUR (pfändbar 399 EUR), wäre ihm nach § 850d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 ZPO zuzubilligende Einkommensteil wird nach den jeweiligen konkreten Umständen des Einzelfalls bemessen.<sup>15</sup> Er entspricht in der Regel dem notwendigen Lebensunterhalt i.S. der Abschnitte 2 und 4 des BSHG.<sup>16</sup> Geht der BGH auch davon aus, dass die materiellrechtlichen Selbstbehalte den Sozialhilfebedarf in der Regel maßvoll übersteigen,<sup>17</sup> so sieht er in einer im konkreten Fall nach den Umständen gebotenen Erhöhung des Sozialhilfebedarfs über die materiellrechtlichen Selbstbehalte hinaus doch keinen Grund, von einer Bemessung nach sozialhilferechtlichen Grundsätzen abzuweichen. Miet- und Heizungskosten sind – wie für den Sozialhilfeanspruch gem. § 3 Abs. 1 S. 1 bis 3, Abs. 2 RegelsatzVO – nach dem tatsächlichen Aufwand zu ermitteln, soweit er nicht im Einzelfall unangemessen hoch ist. Vor diesem Hintergrund dürften Kaltmieten von 300 bis 400 EUR, auch für kleinere Wohnungen, jedenfalls im städtischen Bereich, nicht als unüblich (§§ 558c, 558d, 558e BGB) und unangemessen überhöht einzustufen sein. Zu berücksichtigen sind des Weiteren der Mehrbedarfszuschlag für Erwerbstätigkeit nach § 76 Abs. 2a Nr. 1 BSHG sowie der Einmalbedarf gem. § 21 Abs. 1a BSHG, aber auch die mit der Erzielung des Einkommens verbundenen notwendigen Ausgaben (§ 76 Abs. 2 Nr. 5 BSHG) und besondere Belastungen i.S. von § 84 BSHG. Zwar werden vom üblichen

Aufwand abweichende Kosten im Vollstreckungsverfahren nur in Ansatz gebracht, wenn der Schuldner sie geltend macht. Im materiellrechtlichen Unterhaltsverfahren sind die speziellen Lebensumstände des Schuldners aber entweder aktenkundig oder es muss auf entsprechenden Vortrag hingewirkt werden.

Hält man sich die nach Einkommensverhältnissen gestaffelten Pfändungsfreigrenzen in der Anlagetabelle zu § 850c ZPO vor Augen, ergibt sich, dass die Spanne zwischen Pfändungsfreigrenze nach § 850c ZPO und materiellrechtlichem Selbstbehalt, sieht man von dem Zuschlag für Unterhaltsbelastungen ab, – jedenfalls im unteren Einkommensbereich – kaum noch für eine Unterhaltsvollstreckung zur Verfügung steht, wenn man dem Schuldner seinen sozialhilferechtlichen Selbstbehalt belässt. So kann leicht ein Sozialhilfebedarf von über 1.000 EUR in Betracht kommen,<sup>18</sup> während sich die Pfändungsfreigrenze z.B. bei einem Einkommen von 1.250 EUR mit 0 Unterhaltungspflicht auf 1.026 EUR (= 1.250–224 EUR) beläuft. Da die Pfändbarkeit für Drittschulden bei einem Einkommen von 1.250 EUR und 1 Unterhaltungspflicht entfällt, bedeutet das, dass für den Unterhalt vorrangig nur wenig mehr als 224 EUR zur Verfügung stehen, also auch etwa ein 12-jähriges Kind mit einem Unterhaltsanspruch nach Düsseldorfer Tabelle von 307 EUR (= 384–77 EUR) bei der Zwangsvollstreckung durchaus nicht voll vorrangig bedient werden, jedenfalls keineswegs die Spanne zwischen Pfändungsfreigrenze nach § 850c ZPO und materiellrechtlichem Selbstbehalt als verfügbar angesehen werden kann, wenn sich der Schuldner auf seinen sozialhilferechtlichen Bedarf beruft.

Da für konkurrierende Unterhaltsansprüche die Sonderregelung des § 850d Abs. 1 S. 2. Hs. 2 ZPO gilt,<sup>19</sup> wird bei gleichrangigen Berechtigten der nach § 850c ZPO pfändungsfreie Einkommensteil, soweit er über den notwendigen Unterhalt des Schuldners hinausgeht, – vorbehaltlich auf Antrag erfolgnder anderer Ermessensfestsetzung durch das Vollstreckungsgericht (§ 850d Abs. 2a ZPO) – nach dem Verhältnis der Beträge der laufenden gesetzlichen Unterhaltsansprüche verteilt. Verfügt der Schuldner z.B. über ein Einkommen von 2.000 EUR und schuldet einer Ehefrau und 2 Kindern (12 Jahre alt und 18-jährig, aber privilegiert) Unterhalt, sind nach der Tabelle zu § 850c ZPO zwar 1.901 EUR (= 2.000–99 EUR) pfändungsfrei. Da der Schuldner aber nicht gehindert ist, sich auf einen notwendigen Eigenbedarf von 1.000 EUR zu berufen, können die 3 Unterhaltsberechtigten nur mit 901 EUR vorrangig bedient werden, wobei es bei der proportionalen Kürzung auch noch insofern zu einer von dem Titel abweichenden Berechnung kommt, als privilegierte Volljährige in § 850d ZPO trotz ihrer materiellrechtlichen Gleichstellung minderjährigen unverheirateten Kindern im Rang nachgehen.<sup>20</sup>

14 OLG Koblenz FamRZ 2002, 31, 32; Uhlenbruck, FamRZ 1998, 1473, 1477; ders., InsO, a.a.O., § 89 Rn 22; MünchKomm/Schumann, a.a.O., Bd. 1, § 40 Rn 24; ders./Breuer, § 89 Rn 36; Weisbrodt, FamRZ 2003, 1240, 1242; a.A. OLG Frankfurt FF 2003, 182, wonach sich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 850c ZPO nach dem Differenzbetrag zwischen pfändungsfreiem Betrag und materiellrechtlichem Selbstbehalt bemessen soll und auf die Sondervorschrift des § 850d ZPO nicht eingegangen wird.

15 Büttner, FamRZ 1994, 1433, 1435; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 850d ZPO Rn 10; Zöller/Stöber, ZPO, 23. Aufl., § 850d ZPO Rn 10.

16 BGH FamRZ 2003, 1466.

17 BGH FamRZ 2003, 363, 364.

|  |                     |
|--|---------------------|
| 18 Regelsatz in NRW seit 1.7.2003 (FamRZ 2003, 1250)   | 296 EUR             |
| Arbeitsanreiz (50 % von 296 EUR)   | 148 EUR             |
| einmalige Hilfen (20 % von 296 EUR)  | 59,20 EUR           |
| Miete und Heizungskosten, in dieser Höhe je nach Gemeinde, auch für kleinere Wohnungen, nicht unüblich | 450 EUR             |
| berufsbedingter Aufwand, und/oder Sonderbelastung  | 50 EUR              |
|  | <b>1.003,20 EUR</b> |

19 Stöber/Zöller, a.a.O., § 850d ZPO Rn 8.

20 BGH FF 2003, 176.

### III. Auswirkung der insolvenzrechtlichen Besonderheiten auf die Beurteilung der unterhaltsrechtlichen Obliegenheit

Folgt man der Auffassung, dass dem laufenden Unterhalt ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch dessen Einleitung auf Grund der Pfändungsfreibeträge auch materiellrechtlicher Vorrang verschafft werden muss, macht das die von der Rechtsprechung bei der materiellrechtlichen Leistungsfähigkeit geforderte Abwägung der Schulden obsolet, ganz abgesehen davon, dass die Feststellungen des Familiengerichts das Vollstreckungsgericht und im Insolvenzverfahren das Insolvenzgericht nicht binden.<sup>21</sup> Schon mit dieser Begründung aus grundsätzlichen Erwägungen eine Verquickung der materiellrechtlichen Prüfung mit Vorschriften des Vollstreckungsrechts als systemwidrig und damit bedenklich anzusehen, liegt hiernach nahe.<sup>22</sup> So wäre es ja z.B. auch verfehlt, dem Unterhalt der nichtehelichen Mutter materiellrechtlich entgegen § 1615I Abs. 3 S. 3 BGB gleichen Rang einzuräumen, weil § 850d Abs. 2 Ziff. a ZPO einen solchen vorsieht.

In jedem Falle setzt die Feststellung einer materiellrechtlichen Obliegenheit des Schuldners zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens nicht nur, wie nach der eine Obliegenheit bejahenden Meinung,<sup>23</sup> Zumutbarkeitserwägungen, sondern auch und zwar in erster Linie eine differenzierende Tatsachenprüfung voraus, was es denn für den Unterhalt bringt (oder gebracht hätte), wenn der Schuldner das ihm abgeforderte Insolvenzverfahren einleitet (oder eingeleitet hätte). Es überzeugt deshalb nicht, wenn *Hoppenz*<sup>24</sup> Drittschulden – vor dem Hintergrund einer Restschuldbefreiung durch Einleitung eines Insolvenzverfahrens – aus materiellrechtlichen Erwägungen schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und ohne Blick auf § 850d ZPO zurücktreten lässt. Man kann einem Schuldner nicht hypothetisch die Einleitung eines Insolvenzverfahrens ansinnen, hierbei dann aber unbeachtet lassen, welche Wirkungen bei der von dem Schuldner verlangten richtigen Handlungsweise eingetreten wären.

Damit ist einmal dem verfahrensrechtlichen Ablauf des dem Schuldner angesonnenen Insolvenzverfahrens Rechnung zu tragen; darüber hinaus muss sich das Augenmerk darauf richten, worin denn in vollstreckungsmäßiger Hinsicht die Vorteile für laufende Unterhaltsforderungen liegen. Folglich muss, bestreitet der Schuldner wegen der Drittschulden seine materiellrechtliche Leistungsfähigkeit, auch individuell eingeschätzt und berechnet werden, ob, gegebenenfalls ab wann und in welcher Höhe es sich für den Unterhalt günstig auswirkt, würde der Schuldner ein Insolvenzverfahren einleiten oder wäre er so in der Vergangenheit verfahren. Nur insoweit lässt sich – allein auf Grund der Obliegenheit und ohne weitere materiellrechtliche Abwägung – die Befriedigung von Drittschulden zurückstellen.

So bedarf es zunächst einer Prognose darüber, ob denn – ohne dies würde kein Insolvenzverfahren eröffnet – das Schuldenbereinigungsverfahren zum Scheitern verurteilt war. Ist das ohne Zweifel gesichert, erscheint es auch nicht sachgerecht, den Unterhalt insgesamt als durch das dem Schuldner angesonnene Insolvenzverfahren begünstigt anzusehen. Die Begünstigung kommt nur für einen Teil des Unterhalts ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Betracht, wobei die maßgebende Zäsur in der Beschlussfassung nach § 312 InsO liegt.<sup>25</sup> Damit führt kein Weg an der Frage vorbei, ob und ggf. seit wann denn den – in der Vergangenheit ohne Rechtsberatung kaum vorwerfbar handelnden – Schuldner die Obliegenheit traf. Sodann ist einzuschätzen, zu welchem Zeitpunkt es nach dem erforderlichen Vorlauf zur Eröffnung des für die Begünstigung des Unterhalts maßgebenden Insolvenzverfahrens gekommen

wäre. Nur für diesen Unterhalt kann mit einer Bevorrechtigung gegenüber Drittschulden gerechnet werden und das auch nur, wenn die Bevorrechtigung die für den bis dahin fälligen Unterhalt eintretende Benachteiligung aufwiegt.

Die hieran anschließende Betrachtung darf sich nicht darin erschöpfen, den Freibetrag der §§ 850a, 850c ZPO als in jedem Fall materiellrechtlich verfügbar zugrunde zu legen und die besonderen Freigrenzen für die Unterhaltsvollstreckung nach § 850d ZPO unberücksichtigt zu lassen.<sup>26</sup> Begibt man sich, indem man materiellrechtlich eine derartige Obliegenheit unterstellt, auf die Ebene des Insolvenzverfahrens, muss sich hieran auch eine Betrachtungsweise anschließen, die in ihre Erwägungen einbezieht, wie sich in einem solchen Verfahren insgesamt die Konkurrenzen von Drittschulden, Unterhaltsschulden und Selbstbehalt des Schuldners verhalten. Die in einem Insolvenzverfahren bestehende Bevorrechtigung bei der Vollstreckung von insolvenzfremem Unterhalt ist an die vollstreckungsrechtliche Vorschrift des § 850d ZPO gebunden.

Werden die vollstreckungsrechtlichen Freibeträge materiellrechtlich ausgewertet, wird man dem Gesamtgefüge nicht gerecht, wenn man eine Bestimmung herausgreift, die andere aber unberücksichtigt lässt. Der unterhaltsrechtliche Vorrang kann damit nicht isoliert nach § 850c ZPO, sondern nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Pfändbarkeit bei Unterhaltsansprüchen nach § 850d ZPO beurteilt werden.

Beruft sich der Schuldner wegen bestehender Drittschulden auf Leistungsunfähigkeit und geht es darum, das Ausmaß der Unterhaltspflicht des Schuldners gegenüber seinen Unterhaltsgläubigern festzustellen, hilft auch der Verweis auf die Zuteilungszuständigkeit des Treuhänders bzw. der Gläubigerversammlung und die Entnahmemöglichkeiten des Schuldners nach §§ 100, 278 i.V. mit 100 Abs. 2 S. 2 InsO nicht weiter. Eine Anspruchsberechtigung der Unterhaltsgläubiger ergibt sich hieraus nicht.<sup>27</sup> Zudem fehlt es an Verteilungsmaßstäben, weil der Unterhalt des Schuldners und seiner Familie nur als Gesamtheit erfasst werden. Aber auch insoweit ist die Position der Unterhaltsberechtigten – Schuldner und Unterhaltsgläubiger – gegenüber derjenigen im Vollstreckungsrecht nicht begünstigt.

Kommt damit eine Bevorrechtigung von Unterhalt vor Drittschulden nur für die Zeit ab mutmaßlicher Verfahrenseröffnung sowie in Höhe der Spanne zwischen materiellrechtlicher Leistungsgrenze und für Unterhaltsforderungen spezieller Pfändungsfreigrenze des § 850d ZPO in Betracht, ist schließlich zu beachten, dass für den laufenden Unterhalt verfügbar bleibende relativ geringe Differenzen die Einleitung eines Insolvenzverfahrens aus Zumutbarkeitsgründen kaum rechtfertigen.<sup>28</sup>

### IV. Resümee

Bei der Beurteilung der materiellrechtlichen Leistungsfähigkeit auf die Bevorrechtigung des Unterhalts vor Drittschulden bei der Zwangsvollstreckung zu verweisen, verfängt nicht, weil der Gefahr einer steigenden Verschuldung nur durch ein Insolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung gegengesteuert werden kann. Insofern hat die Einleitung eines

21 *Weisbrodt*, FamRZ 2003, 1240, 1242 m.w.N.

22 So OLG Naumburg FamRZ 2003, 1215.

23 Vgl. Fn 6.

24 *Hoppenz*, FF 2003, 158, 161, 162, 163.

25 *Uhlenbruck*, InsO, a.a.O., § 40 Rn 3.

26 So i.E. auch OLG Koblenz FamRZ 2002, 31, 32; a.A. z.B. OLG Frankfurt FF 2003, 182; OLG Celle FamRZ 2002, 887, 888.

27 *Uhlenbruck*, InsO, a.a.O., § 100 Rn 1, 2, 6.

28 Vgl. z.B. OLG Stuttgart FamRZ 2003, 1216, 1217: Für eine Erhöhung der Leistungsfähigkeit um rund 140 DM = 71,58 EUR braucht ein Schuldner seiner Kreditwürdigkeit durch Einleitung eines Insolvenzverfahrens nicht zu schaden.

Insolvenzverfahrens schon Sinn. Doch darf nicht angenommen werden, um Drittschulden im Rahmen der Pfändungsfreigrenze des § 850c ZPO und des Existenzminimums nach Düsseldorfer Tabelle (730 bzw. 840 EUR) unberücksichtigt lassen zu können, bedürfe es nur der Einleitung eines Insolvenzverfahrens, die – weil dem Schuldner im Regelfall zumutbar – ohne weiteres zu diesen Folgen führe.

Da sich eine Bevorrechtigung von Unterhaltsschulden vor Drittschulden nur über eine unterhaltsrechtliche Obliegenheit erreichen lässt, sind vielmehr – wie bei jeder Kausalitätsprüfung einer Obliegenheitsverletzung – Prognosen zu den Auswirkungen der dem Schuldner abverlangten Verhaltensweise unumgänglich. Sie erfordern die Einschätzung:

- dass die Schuldenbereinigung voraussichtlich gescheitert und das Insolvenzverfahren auch eröffnet worden wäre,
- der Dauer des Vorlaufs bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens,
- des im konkreten Fall gegebenen Ausmaßes der Pfändbarkeit nach § 850d ZPO.

Praktisches Ergebnis dieser Betrachtungsweise dürfte sein, dass sich aus tatsächlichen Gründen<sup>29</sup> für den Fall der Einleitung eines Insolvenzverfahrens, das zur Eröffnung führen wird, in vielen Fällen – insbesondere im unteren Einkommensbereich –<sup>30</sup> kaum eine den laufenden Unterhalt eindeutig begünstigende Prognose wird stellen lassen. Von einer Obliegenheit des Schuldners zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens, also auch einer Obliegenheitsverletzung, wird auch nur auszugehen sein, wenn die Prognose hinreichend abgesichert erscheint und sich nicht etwa auf der Vollstreckungsebene eine andere Einschätzung<sup>31</sup> ergeben kann.

29 Was den Schuldner nicht davon entbindet, auch die Tatsachen – Bedenken – vorzutragen, die ihn von der Obliegenheit entlasten können.

30 Jedenfalls bei Einkünften bis ca. 1.250 EUR, vgl. Fn 18.

31 Z.B. auf Grund besonderer Bedürfnisse des Schuldners oder anderer Unterhaltsgläubiger die Möglichkeit anderweitiger Ermessensausübung (§§ 850d Abs. 2a, 850f ZPO) in Betracht kommt.

## Die Erbinwürdigkeitsklage

Dr. Ludwig Kroiß, Vorsitzender Richter am LG Traunstein, Lehrbeauftragter an der Universität Passau

### A. Allgemeines<sup>1</sup>

Die Erbinwürdigkeitsklage fristet in der Praxis ein stiefmütterliches Dasein. Dabei kann sie in vielen Fällen die Erbfolge entscheidend beeinflussen. Grundlage für die Regelung der **Erbinwürdigkeit** ist der Gedanke, dass ein Erbe, der sich schweren Verfehlungen gegen den Erblasser schuldig macht, von der Erbfolge ausgeschlossen sein soll.<sup>2</sup> Sie stellt eine zivilrechtliche Sanktion für regelmäßig strafrechtlich relevantes Fehlverhalten des Erbinwürdigen gegenüber dem Erben dar.<sup>3</sup> Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, wie z.B. in Österreich, Frankreich oder der Schweiz, wo die Erbinwürdigkeit von Amts wegen geprüft wird, muss sie im deutschen Recht durch Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Dabei umfasst die „Erbinwürdigkeit“ auch die Vermächtnis- und Pflichtteilsunwürdigkeit, § 2345 BGB. Die Erbinwürdigkeit bezieht sich jeweils nur auf einen bestimmten Erblasser, dem gegenüber sich der Erbe oder der Pflichtteilsberechtigte vergangen hat (**relative Erbinwürdigkeit**).<sup>4</sup> Die Erbinwürdigkeitsvorschriften gelten auch für noch nicht vollzogene Schenkungen von Todes wegen, § 2301 Abs. 1 BGB, und bei fortgesetzter Gütergemeinschaft, § 1506 BGB. Das Vorliegen eines Erbinwürdigkeitsgrundes führt nicht automatisch zum Ausschluss des

Zugewinnausgleichsanspruchs nach § 1381 BGB.<sup>5</sup> Ist aber die vom ausgleichsberechtigten Ehegatten begangene vorsätzliche und widerrechtliche Tötung des ausgleichspflichtigen Ehegatten darüber hinaus noch als besonders verwerflich zu bewerten, so muss sie einer lang dauernden Eheverfehlung gleichgesetzt werden, die den völligen Ausschluss des Zugewinnausgleichsanspruchs rechtfertigt.<sup>6</sup>

### B. Die Erbinwürdigkeitsgründe<sup>7</sup>

Die in § 2339 Abs. 1 BGB angesprochenen Handlungen, die die Testierfreiheit angreifen, schließen alle Formen der Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe und Mittäterschaft) ein.

#### 1. (Versuchte) Tötung des Erblassers

Unter § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB fallen zunächst die Tatbestände des Totschlags und des Mordes, §§ 211, 212 StGB, wobei auch der **Versuch** ausreichend ist. Da das Gesetz eine **vorsätzliche Tötung** verlangt, scheiden die Tatbestände der §§ 222, 227, 251 StGB aus. Weitere Voraussetzung ist die **Widerrechtlichkeit**, d.h. handelt der Erbe in Notwehr oder liegt ein rechtfertigender Notstand, § 34 StGB, vor, führt dies nicht zur Erbinwürdigkeit. Voraussetzung ist auch, dass der Täter **schuldhaft** handelte. Tötet z.B. ein Kindsvater seine Ehefrau im Vollrausch, liegt kein Fall des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB vor.<sup>8</sup> In den Fällen des entschuldigenden Notstands, § 35 StGB, handelt der Täter ohne Schuld. Er trägt dabei die **Beweislast** für das Vorliegen der Schuldunfähigkeit.<sup>9</sup> Eine Bindung des Zivilgerichts an die Entscheidung im Strafverfahren besteht nicht.<sup>10</sup> Im Hinblick auf die Verzeihung, § 2343 BGB, gehört auch die Tötung auf Verlangen, § 216 StGB, nicht zu den sanktionierten Delikten.<sup>11</sup>

Das Tötungsdelikt muss nicht vollendet sein; auch der Versuch, § 22 StGB, begründet die Erbinwürdigkeit. Tritt der Täter wirksam vom Versuch zurück, § 24 StGB, wird er nicht bestraft und damit auch nicht erbinwürdig.

#### 2. Herbeiführung der Testierunfähigkeit

§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB stellt der Tötung den Fall gleich, dass der Erblasser vom Erben in einen Zustand versetzt wird, in dem ein Testieren tatsächlich oder rechtlich nicht mehr möglich ist. Zu denken ist dabei vor allem an die Fälle, wo z.B. durch körperliche Misshandlung der Erblasser in Geisteskrankheit verfällt. Das Beispiel von *Lange/Kuchinke*, wonach auch derjenige erbinwürdig wird, der einen Schreibkundigen derart über den Kopf schlägt, dass dieser stumm wird,<sup>12</sup> passt nach der Änderung des § 2232 BGB durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz zum 1.8.2002 nun nicht mehr, falls sich der Erblasser anderweitig, z.B. mit Gesten mit einem beurkundenden Notar, verständigen kann.

Der **Vorsatz** muss sich bei § 2339 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB nicht auf die Testierunfähigkeit, sondern auf die Herbeifüh-

1 Der Aufsatz lehnt sich weitgehend an die Kommentierung des neuen Anwalt-Kommentars Band 5 „Erbrecht“ zu den §§ 2339 ff. BGB an (zit. AnwaltKomm/Kroiß).

2 Frank, Erbrecht, § 21 Rn 1.

3 HK-BGB/Hoeren, Vor §§ 2339-2345 BGB Rn 2.

4 Erman/Schlüter, Vor § 2339 Rn 3.

5 OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 823.

6 BGH FamRZ 1966, 560.

7 Vgl. AnwaltKomm/Kroiß, § 2339 Rn 2 ff.

8 Gutachten des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen, DAVorm 1986, 403.

9 BGH NJW 1988, 822.

10 Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2339 Rn 6.

11 Teilweise wird der Ausschluss des § 216 StGB schon aus dem Normzweck des § 2339 abgeleitet, MünchKomm/Frank, § 2339 Rn 12; Ebenroth, Rn 371.

12 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 6 Fn 27.