

Wie wenig die Ehegatten ihre Interessenlage kennen und wie wenig sie ihre rechtliche Situation übersehen können, wenn sie zum Zweck einer einverständlichen Scheidung gemeinsam einen Rechtsanwalt konsultieren wollen, zeigt mit aller Deutlichkeit der vom OLG Karlsruhe entschiedene Fall. Er ist zugleich geradezu ein Schulbeispiel dafür, dass der Rechtsanwalt bei einem gemeinsamen Beratungsgespräch mal die Interessen des einen und mal die Interessen des anderen Ehegatten im Auge haben muss, um zu einem für beide Ehegatten „neutralen und gerechten“ Ergebnis zu gelangen. Seine Tätigkeit gliche, wenn sie zulässig wäre, einem Eiertanz, der weder den Ehegatten noch dem Rechtsanwalt dienlich sein kann. Im Einzelnen:

Die Position des Unterhaltsgläubigers unterscheidet sich von der des Unterhaltsschuldners grundlegend. Der Unterhaltsgläubiger will möglichst viel Unterhalt haben, der Unterhaltsschuldner möglichst wenig zahlen. Wenn nun beide Ehegatten den Wunsch haben, nicht mehr beanspruchen zu wollen und auch nicht mehr zahlen zu müssen als der gesetzlichen Regelung entspricht, stellen sie jeden Rechtsanwalt vor eine praktisch unlösbare Aufgabe. Zunächst müsste er über vollständige Angaben über das Einkommen beider Eheleute verfügen. Unterstellt er, dass jeder Ehegatte sein Einkommen schonungslos offenbart hat, muss er fragen, ob das reale Einkommen um fiktives Einkommen zu erhöhen oder zu mindern ist, so z.B., ob ein geldwerter Vorteil für das Wohnen im eigenen Haus oder in der eigenen Wohnung auf Seiten des Unterhaltsschuldners dessen reales Einkommen erhöht oder auf Seiten des Unterhaltsgläubigers, wenn er den Wohnvorteil nutzt, dessen Bedürftigkeit mindert. Soweit der Unterhaltsgläubiger über kein eigenes Einkommen verfügt, stellt sich die Frage, ob ihn eine Erwerbsobliegenheit trifft. Lebt der Unterhaltsgläubiger bereits mit einem neuen Partner zusammen, ist zu entscheiden, um welchen Betrag der Unterhalt wegen der Betreuung des neuen Partners zu kürzen ist. Sind Verbindlichkeiten vorhanden, geht es um die Frage, ob die darauf zu entrichtenden Zins- und Tilgungsraten das Einkommen des Unterhaltsschuldners mindern. Das ist nur ein Ausschnitt aus dem Fragenkatalog, dem sich der Rechtsanwalt bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts gegenüberstellt. Die Antworten auf die einzelnen Fragen sind teils für den Unterhaltsgläubiger und teils für den Unterhaltsschuldner vorteilhaft oder nachteilig. Bei einer dem Rechtsanwalt ausschließlich erlaubten Beratung nur eines Ehegatten wird er zwar auch alle Fragen erörtern, in seiner Unterhaltsberechnung jedoch in verschiedenen Punkten einen seiner Partei günstigen Standpunkt einnehmen und es dem Gegner überlassen, sich gegen die Unterhaltsberechnung zu wehren. Wer wie das OLG Karlsruhe vor dem Hintergrund dieser Interessengegensätze die Auffassung vertritt, der Rechtsanwalt dürfe von beiden Ehegatten ein Mandat entgegennehmen, beide Eheleute über den Unterhaltsanspruch eines von beiden beraten und anschließend den gemeinsam errechneten Unterhaltsanspruch des einen Ehegatten gegen den anderen einklagen, ohne pflichtwidrig zu handeln, judiziert an der Realität vorbei. Deshalb kann nicht nachdrücklich genug davor gewarnt werden, der Entscheidung des OLG Karlsruhe für den Bereich des Berufsrechts auch nur die geringste Beachtung zu schenken.

#### IV. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Wann immer Eheleute einen Rechtsanwalt wegen einer Scheidung ihrer Ehe gemeinsam aufsuchen, ist es die berufrechtliche Pflicht des Rechtsanwalts, noch vor Beginn des Beratungsgesprächs das weit verbreitete Missverständnis auszuräumen, ein Rechtsanwalt könne beide Eheleute beraten und/oder vertreten. Zugleich muss er noch vor Beginn des Beratungsgesprächs den Eheleuten die Entscheidung abverlangen, wer von beiden ein Scheidungsmandat

erteilen will. Auf der ganz sicheren Seite ist der Rechtsanwalt, wenn er, nachdem diese Entscheidung getroffen worden ist, das Gespräch mit dem anderen Ehepartner abbricht und ihn bittet, das Besprechungszimmer zu verlassen und im Wartezimmer Platz zu nehmen.<sup>11</sup> Lässt er sich in ein Gespräch mit beiden Ehepartnern verwickeln, ist er unversehens im widerstreitenden Interesse tätig und handelt berufswidrig. Die Folge ist, dass er das ihm von dem einen Ehepartner angetragene Mandat niederlegen muss (§ 3 Abs. 4 BerufsO) und dass er auch den anderen Ehepartner, falls dieser es wünschen sollte, nicht vertreten darf.

Manche Rechtsanwälte wollen nicht unhöflich sein und gestatten dem Ehepartner, der nicht vertreten werden will, die weitere Anwesenheit, nicht selten sogar auf ausdrücklichen Wunsch des Ehepartners, den der Rechtsanwalt vertreten soll. Aber auch das ist berufswidrig nicht zulässig. Eine offene und vorbehaltlose Beratung des von dem Rechtsanwalt zu vertretenden Ehepartners in Gegenwart des anderen Ehepartners bringt den Rechtsanwalt zwangsläufig in Konflikt mit der ihm gem. § 43 Abs. 2 BRAO obliegenden Verschwiegenheitspflicht. Wenn er seinen Mandanten in Gegenwart des Gegners berät, gelangen Tatsachen, die der Mandant dem Rechtsanwalt offenbart, zur Kenntnis des Gegners. Allerdings kann der Mandant den Rechtsanwalt von der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht befreien. Das setzt allerdings voraus, dass dem Mandanten die Rechtslage bewusst ist. Hierüber müsste der Rechtsanwalt – wiederum in Gegenwart des Gegners – seinen Mandanten aufklären. Selbst wenn dieser den Rechtsanwalt von seiner Verschwiegenheitspflicht für die Dauer des Beratungsgesprächs entbindet, ist es nicht vermeidbar, dass der Rechtsanwalt rechtliche Ausführungen machen muss, die dem gegnerischen Ehepartner günstig sind. Das gilt insbesondere für unterhaltsrechtliche Berechnungen, beispielsweise wenn es um die Berücksichtigung von Schulden oder des geldwerten Wohnvorteils geht. So gerät der Rechtsanwalt in einen Teufelskreis, wenn er es zulässt, dass der Gegner bei der Beratung anwesend ist.

Zulässig ist es, nach einem Beratungsgespräch mit einem Ehepartner unter vier Augen den anderen Ehepartner, der sich inzwischen im Wartezimmer aufgehalten hat, noch einmal in das Besprechungszimmer zu bitten und ihn zu informieren, welche Ansprüche sein Ehepartner verfolgen will. Das wird der Rechtsanwalt ihm ohnehin noch schriftlich mitteilen müssen. Bei dieser Information muss es aber auch bleiben. Sobald sich der Rechtsanwalt mit dem Gegner auf ein Gespräch über die seinem Mandanten erteilten Ratschläge einlässt, läuft er Gefahr, Tatsachen zu offenbaren, die seiner anwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegen.

<sup>11</sup> Ausführlich hierzu *Hartung*, in: *Hartung/Holl*, § 3 BerufsO Rn 19–23; vgl. auch *Römermann/Hartung*, *Anwaltliches Berufsrecht*, Lehrbuch, § 18 Rn 8–9.

## Insolvenzordnung und Unterhaltsrecht\*

Vorsitzender Richter am OLG *Dr. Rainer Hoppenz*, Karlsruhe

Seit 1.1.1999 gilt Insolvenzordnung. Gegenüber der bisherigen Konkursordnung, der VerglO und der Gesamtvollstreckungsordnung weist sie wesentliche Änderungen auf. Dadurch ist der Einfluss der staatlichen Schuldenregulierung

\* Vortrag vom 12.3.2003 vor der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht des Freiburger Anwaltsvereins.

auf die unterhaltsrechtlichen Beziehungen gewachsen. Die Frage, ob es dem Unterhaltsschuldner obliegt, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, stellt sich erstmals. Literatur und vor allem Rechtsprechung kommen auf diesem Gebiet nur langsam in Fahrt. Die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen sind bislang an einer Hand aufzuzählen. Die unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Oberlandesgerichte halten sich zurück. Immerhin ist in diesem Jahr die erste Monografie über Unterhalt und Verbraucherinsolvenz veröffentlicht worden.<sup>1</sup> Die Kernfrage nach der Obliegenheit des Unterhaltsschuldners wird unterschiedlich beantwortet. Die Meinungen reichen von klarer Bejahung<sup>2</sup> über vorsichtige Abwägung<sup>3</sup> bis zu eindeutiger Ablehnung.<sup>4</sup> Bei der Würdigung dieser Stellungnahmen ist freilich auch deren Zeitpunkt zu beachten. Reparaturen des Gesetzgebers an der Insolvenzordnung, insbesondere durch das Gesetz vom 26.10.2001,<sup>5</sup> und die Erhöhung der Pfändungsfreigrenzen<sup>6</sup> haben manchen Argumenten die Grundlage entzogen. Im ersten Abschnitt sollen die Grundlagen des Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der unterhaltsrechtlich bedeutsamen Regelungen dargestellt werden. Die Auswirkungen des eröffneten Insolvenzverfahrens auf das materielle und das prozessuale Unterhaltsrecht bilden die folgenden Abschnitte. Zum Schluss soll der Kernfrage nachgegangen werden, ob und gegebenenfalls wann den Unterhaltsschuldner die Obliegenheit zur Beantragung des Insolvenzverfahrens trifft.

## I.

1. Als natürlicher Person droht jedem Unterhaltsschuldner das Insolvenzverfahren. Anwendbar sind die allgemeinen Vorschriften über das so genannte Regelin Insolvenzverfahren. Die Sonderbestimmungen für die Verbraucherinsolvenz (§§ 304 ff.) greifen entweder ein, wenn der Schuldner keine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder gegen ihn keine Forderungen aus Arbeitsverhältnissen bestehen und seine Vermögensverhältnisse überschaubar (weniger als 20 Gläubiger) sind (§ 304).

2. Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist die eingetretene, aber auch die nur drohende Zahlungsunfähigkeit (§§ 17, 18). Überschuldung ist bei natürlichen Personen kein Insolvenzgrund (§ 19).

3. Antragsberechtigt sind die Gläubiger und der Schuldner (§ 13 Abs. 1 S. 2). Das gilt auch für die Verbraucherinsolvenz (§ 306 Abs. 3). Der Unterhaltsgläubiger, der sich Vorteile aus der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verspricht, ist daher nicht auf die Mithilfe des Schuldners angewiesen. Auf diesen Gesichtspunkt soll später noch eingegangen werden.<sup>7</sup>

4. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens spaltet die Unterhaltsforderungen wie nach früherem Recht auf. Nur die zu diesem Zeitpunkt bereits entstandenen Forderungen sind Insolvenzforderungen. Da Unterhaltsforderungen in jedem Zeitpunkt, in dem ihre Voraussetzungen vorliegen, neu entstehen und monatlich im Voraus zu erfüllen sind (§§ 1585 Abs. 1 S. 1, 2, 1612 Abs. 3 S. 1 BGB), bedeutet dies die Ausklammerung der Unterhaltsforderungen für die folgenden Monate aus dem Insolvenzverfahren. § 40 Satz 1 spricht dies ausdrücklich aus.<sup>8</sup> Das gilt auch bei Forderungsübergang, etwa auf öffentliche Stellen nach BSHG oder Unterhaltsvorschussgesetz.

5. Eine wesentliche Neuerung ist die Erstreckung des Insolvenzverfahrens auf Vermögen, welches der Schuldner während des Verfahrens erwirbt, den so genannten Neuerwerb (§ 35). Der Stichtag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat nur noch Bedeutung für die Stellung als Insolvenzgläubiger (§ 38). Für dessen zu diesem Zeitpunkt bestehende Forderung haftet also auch das bis zur Beendigung des Verfahrens erworbene Vermögen. Für den Unterhaltsgläubiger bedeutet das die Haftung des Neuerwerbs für die Unter-

haltsrückstände, nicht aber für den seit Verfahrenseröffnung laufenden Unterhalt. Neudrittgläubiger gehen praktisch leer aus.

6. Das Arbeitseinkommen fällt nur insoweit in die Insolvenzmasse, als es für alle Gläubiger pfändbar ist (§ 36 Abs. 1 S. 2). Durch die Nichterwähnung des § 850d ZPO ist klargestellt, dass der dort geregelte Vorrangbereich dem Pfändungszugriff der Unterhaltsgläubiger erhalten bleibt. Das Insolvenzverfahren hat ihre Vollstreckungsmöglichkeiten insoweit nicht beeinträchtigt. Das bedeutet umgekehrt, dass dieser Vollstreckungsbereich für Unterhaltsrückstände nunmehr verschlossen ist.

7. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens können die Insolvenzgläubiger ihre restlichen Forderungen unbeschränkt gegen den Schuldner geltend machen (§ 201 Abs. 1). Sie treten damit wieder in Konkurrenz zu den Neugläubigern im Zugriff auf das Vermögen des Schuldners wie vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Davon macht die Restschuldbefreiung eine Ausnahme (vgl. unten 9).

8. Das Verbraucherinsolvenzverfahren ist die natürlichen Personen ohne selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit vorbehaltene Verfahrensart. Es kann auch durch Antrag eines Gläubigers eingeleitet werden. Es zeichnet sich durch die Vorschaltung zweier zusätzlicher Verfahrensabschnitte aus: des erfolglosen Versuchs einer außergerichtlichen Schuldenbereinigung und einer gerichtlichen, zwischen Beantragung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens platzierten (§§ 305 bis 310). Ihrer bedarf es nicht, wenn nur der Gläubiger das Insolvenzverfahren beantragt (§ 306 Abs. 3).

In die Schuldenbereinigung sind grundsätzlich alle Insolvenzgläubiger einzubeziehen, also auch die Gläubiger rückständiger Unterhaltsforderungen. Mit Zustimmung aller Gläubiger dürfen auch die nach Eröffnung des Verfahrens entstandenen Unterhaltsansprüche geregelt werden.

Die außergerichtliche Schuldenbereinigung hat die Natur eines außergerichtlichen Vergleichs oder eines Erlassvertrags, die gerichtliche wirkt wie ein Vergleich i.S. des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, ist also ein Vollstreckungstitel (§ 308 Abs. 1 S. 2). Kommt es wegen Scheiterns der außergerichtlichen oder gerichtlichen Schuldenbereinigung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, gilt im Wesentlichen das zum Regelin Insolvenzverfahren Gesagte.

9. Die Einführung der Restschuldbefreiung auf Antrag des Schuldners ist die zweite wesentliche Neuerung. Das Verfahren läuft 6 Jahre lang, gerechnet vom Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Es überdauert damit das Insolvenzverfahren erheblich. In dessen Schlusstermin wird dem Schuldner die Restschuldbefreiung in Aussicht gestellt, wenn deren Voraussetzungen vorliegen werden (§§ 289 Abs. 1, 291). Nach Ablauf der Frist entscheidet sodann das Gericht über die Erteilung der Restschuldbefreiung (§ 300). Wird sie gewährt, entfällt die Nachhaftung des Schuldners (§ 201 Abs. 3).

Der Schuldner hat für die Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens seine pfändbaren Forderungen auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis oder an deren Stelle tretende laufende Bezüge an einen Treuhänder abzutreten (§ 287 Abs. 2). Dieser hat das Erhaltene jährlich einmal an die Insolvenzgläubiger zu verteilen (§ 292 Abs. 1 S. 1, 2). Viel ist

1 Melchers/Hauß, Unterhalt und Verbraucherinsolvenz, 2003.

2 AG Nordenham FamRZ 2002, 896 mit insoweit zust. Anm. Melchers; OLG Dresden MDR 2003, 575 mit zust. Anm. Hauß = FamRZ 2003, 1028 mit zust. Anm. Schürmann; Hauß, MDR 2002, 1163.

3 OLG Hamm FamRZ 2001, 441; Kalthoener/Büttner/Niepmann, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rn 1003.

4 OLG Stuttgart FamRZ 2002, 982.

5 BGBI I, 2710.

6 G. v. 13.12.2001, BGBI I, 3638.

7 IV 3b.

8 Eine Ausnahme gilt nur, soweit der Schuldner als Erbe des Unterhaltsschuldners haftet (§ 40 S. 2).

davon nach Erhöhung der Pfändungsfreigrenzen nicht zu erwarten. Sollte für die Insolvenzgläubiger tatsächlich etwas zu pfänden sein, sind davon nach § 292 Abs. 1 S. 4 nach 4 Jahren seit Aufhebung des Insolvenzverfahrens 10 % und nach 5 Jahren 15 % vom Treuhänder an den Schuldner abzuführen. Das Restschuldbefreiungsverfahren kann damit zur Befriedigung der Insolvenzforderungen auch noch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens führen. Dem entspricht die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen einer Insolvenzforderung in jegliches Vermögen des Schuldners während der Laufzeit des Restschuldbefreiungsverfahrens.

Neugläubiger können nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens und während der restlichen Laufzeit der Restschuldbefreiung zwar grundsätzlich wieder in das Vermögen des Schuldners vollstrecken. Um die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger aus der Forderungsabtretung nicht zu gefährden, ist den Neugläubigern jedoch die Zwangsvollstreckung in künftige Forderungen auf Arbeitslohn verwehrt (§ 89 Abs. 2 S. 1). Das gilt aber nicht für Unterhaltsneugläubiger: Die ihnen schon während des Insolvenzverfahrens mögliche Vollstreckung in den Vorrangbereich des §§ 850d ZPO bleibt ihnen auch während der Laufzeit des Restschuldbefreiungsverfahrens erhalten (§ 89 Abs. 2 S. 2).

Von Bedeutung im Restschuldbefreiungsverfahren ist noch eine Sonderregelung für Neuerwerb. Dieser steht nach Beendigung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich allen Gläubigern zur Verfügung, den im Insolvenzverfahren leer ausgegangen und den Nichtinsolvenzgläubigern. Durch Erbschaft oder mit Rücksicht auf künftiges Erbrecht erworbenes Vermögen hat der Schuldner aber zur Hälfte einem Treuhänder herauszugeben (§ 295 Abs. 1). In diesem Umfang kommt es damit auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung nur den Insolvenzgläubigern zugute.

10. Dem Schuldner und seiner Familie kann Unterhalt aus der Insolvenzmasse gewährt werden (§ 100). Ein Anspruch hierauf besteht nicht. Die Entscheidung der Gläubigerversammlung oder – vorher – des Insolvenzverwalters ist nur auf Rechtsfehler und Ermessensmissbrauch gerichtlich nachprüfbar. Der Beschluss begründet eine nachrangige Masseverbindlichkeit (§ 209 Abs. 1 Nr. 3). Der Anspruch ist außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend zu machen, gegebenenfalls durch Klage gegen den Insolvenzverwalter. Die nur begrenzt mögliche Vollstreckung (§§ 90, 210) erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.

11. Die Aufzählung der unterhaltsrechtlich bedeutsamen Veränderungen durch die Insolvenzzordnung wäre unvollständig, ließe man die Erhöhung der Pfändungsfreigrenzen ab 1.1.2002 außer Betracht.<sup>9</sup> Denn diese markieren beim Arbeitseinkommen, dem in der Regel einzigen Zugriffsobjekt, die Grenze zwischen Insolvenzmasse und insolvenzfreiem Vermögen und damit zwischen Vollstreckungsobjekt für Unterhaltsrückstände und für den laufenden Unterhalt. Sie hat sich nunmehr deutlich verschoben. Bekanntlich sind die Pfändungsfreigrenzen nach der Zahl der Unterhaltsberechtigten und der Höhe der Einkünfte gestaffelt (§ 850c ZPO). Während der Freibetrag für den Schuldner selbst bislang 1.209 DM betrug und sich für den ersten Unterhaltsberechtigten um 468 DM und die folgenden um 351 DM erhöhte, sind nunmehr 930 EUR, bei einem Unterhaltsberechtigten weitere 350 EUR und für jeden weiteren 195 EUR pfändungsfrei. Das für Drittgläubiger nicht pfändbare Arbeitseinkommen beträgt somit z.B. bei Unterhaltspflichten für einen Ehegatten und zwei Kinder 1.670 EUR. Dieser Betrag erhöht sich, wie bisher, soweit Teile des Arbeitseinkommens nach § 850a ZPO der Pfändung nicht unterliegen, und gegebenenfalls gem. § 850f ZPO auf Antrag des Schuldners durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts, soweit der jeweilige Freibetrag den Sozialhilfesatz unterschreitet. In diesen für Drittgläubiger nicht pfändbaren Teil

des Arbeitseinkommens können die Unterhaltsgläubiger nach § 850d ZPO vollstrecken.

## II.

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verändern sich die materiellrechtlichen und nicht nur die vollstreckungsrechtlichen Beziehungen zwischen Unterhaltsgläubiger und Schuldner grundlegend. Dabei muss zwischen dem ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Unterhalt und dem Unterhaltsrückstand unterschieden werden.

### 1. Laufender Unterhalt

Außerhalb des Insolvenzverfahrens haben Verbindlichkeiten des Unterhaltsschuldners gegenüber Dritten Auswirkungen auf Bedarf und Leistungsfähigkeit. Ob sie zu berücksichtigen sind und welche – unterhaltsmindernden – Leistungen auf Zins und Tilgung dem Schuldner zugebilligt werden, entscheidet sich auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung.

a) Diese Konkurrenz entfällt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Darin liegt die entscheidende Änderung der Rechtslage. Während die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Unterhaltsrückstände gleichberechtigt mit Drittschulden aus der Insolvenzmasse befriedigt werden, sind Unterhaltsneuschulden von dieser Altlast befreit. Allenfalls mit Neudrittgläubigern tritt der Unterhaltsgläubiger in Konkurrenz. Da der Schuldner aber sozusagen mit 0 anfängt, fällt dieser Faktor nicht ins Gewicht.

b) Das Durchschlagen des Insolvenzrechts auf das materielle Unterhaltsrecht führt andererseits zur Begrenzung des für den laufenden Unterhalt Verfügbaren. Für Unterhaltsgläubiger reserviert ist nur der für die Drittgläubigervollstreckung nach §§ 850a, c und f ZPO unzugängliche Teil des Arbeitseinkommens. Auch der Neuerwerb kommt nur den Insolvenzgläubigern zugute. Diese Lage bleibt teilweise sogar auch nach Abschluss des Insolvenzverfahrens für die Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens erhalten: Der auf Erbschaft oder künftigem Erbrecht beruhende Neuerwerb ist noch zur Hälfte einem Treuhänder zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger herauszugeben (§ 295 Abs. 1 Nr. 2).

c) Diese Veränderungen beeinflussen die Berechnung der laufenden Unterhaltsrenten.

aa) Entgegen der unterhaltsrechtlich gebotenen Reihenfolge soll aus Gründen des leichteren Verständnisses mit der Leistungsfähigkeit begonnen werden. Sie wird nunmehr insoweit vom Vollstreckungsrecht bestimmt, als für den Unterhalt des Schuldners und der Unterhaltsberechtigten nur das um den für Drittgläubiger pfändbaren Betrag verminderte Arbeitseinkommen des Schuldners zur Verfügung steht. Und gepfändet werden kann nur derjenige Teil des Arbeitseinkommens, der die Pfändungsgrenzen des §§ 850c ZPO übersteigt, wobei er gegebenenfalls noch um unpfändbare Einkommensteile nach § 850a ZPO, wie z.B. Weihnachts- und Urlaubsgeld, zu bereinigen ist. Auf Antrag kann darüber hinaus das Vollstreckungsgericht bzw. nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Insolvenzgericht nach § 850f ZPO dem Schuldner weiteres Einkommen pfändungsfrei belassen (§ 36 Abs. 4). Das kommt vor allem in Betracht, wenn durch die Pfändungsfreigrenzen nach § 850c ZPO der am Sozialhilfebedarf bemessene notwendige Lebensunterhalt des Schuldners oder der Unterhaltsberechtigten nicht gedeckt ist (§ 850f Abs. 1a ZPO).<sup>10</sup> Ob es dem Unterhaltsschuldner obliegt, diesen Antrag zu stellen, braucht nicht geklärt zu werden. Weiteres pfändungsfreies Einkommen kann mit Blick auf § 850f Abs. 1 ZPO wohl

<sup>9</sup> Auf diesen Zusammenhang weist *Melchers*, FamRZ 2001, 1509, zutreffend hin.  
<sup>10</sup> Vgl. dazu näher *Melchers/Hauß*, a.a.O. Rn 187 ff.

nicht fingiert werden, weil das Ergebnis der Abwägung durch das an die Stelle des Vollstreckungsgerichts tretende Insolvenzgericht schwerlich vorausgesagt werden kann. Was davon für den Unterhaltsberechtigten einzusetzen ist, kann entgegen der Auffassung des OLG Koblenz<sup>11</sup> nicht dem § 850d ZPO entnommen werden. Maßgebend ist materielles Unterhaltsrecht. Der für Drittgläubiger unpfändbare Betrag ist deshalb um berufsbedingte Aufwendungen und gegebenenfalls um Leistungen des Schuldners auf berücksichtigungswürdige Neuschulden zu bereinigen. Für die Unterhaltsgläubiger bleibt der nach Abzug des jeweiligen Selbstbehalts resultierende Unterschiedsbetrag.<sup>12</sup>

Soweit der Unterhaltsbedarf von Verwandten vom Einkommen des Pflichtigen abhängt, ist nunmehr der für Drittgläubiger unpfändbare Teil des Schuldnerinkommens zugrunde zu legen.

bb) Beim Ehegattenbedarf geraten die bei Prüfung der Leistungsfähigkeit ausgeschiedenen Belastungen mit Drittschulden wieder in die unterhaltsrechtliche Prüfung, soweit sie eheprägend sind. Als unerwartete, vom Normalverlauf erheblich abweichende Entwicklung<sup>13</sup> dürfte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch auf den Unterhaltsbedarf des Getrenntlebenden und Geschiedenen keinen Einfluss haben. Ob ein Mindestbedarf angesetzt werden darf, wenn kein Mangelfall vorliegt, ist auch nach dem neuesten Urteil des BGH v. 22.1.2003 zur Mangelfallfeststellung und -berechnung zweifelhaft. Damit dürfte nur der Einsatz von Mehrbedarf weiterhelfen. Hierfür ist jetzt auch Raum, weil sich die finanzielle Manövriermasse durch Abschiebung des Drittschuldendienstes in das Insolvenzverfahren erhöht hat.

## 2. Unterhaltsrückstände

Die dem Schuldner mögliche und bei Erfüllung der Wohlverhaltensobliegenheit des § 295 erreichbare Restschuldbefreiung verschlechtert natürlich die Position auch der Unterhaltsinsolvenzgläubiger. Sie wirkt materiellrechtlich, indem sie der Verbindlichkeit die Durchsetzbarkeit nimmt.

Während des Restschuldbefreiungsverfahrens sind die Befriedigungsmöglichkeiten geringer. Angesichts erhöhter Pfändungsfreigrenzen ist von der auch den Unterhaltsgläubigern zugute kommenden Abtretung der Forderung auf Arbeitslohn an den Treuhänder und der Verteilung durch diesen kein besonderer Tilgungseffekt zu erwarten. Wenn nicht Erbschaften hinzukommen (§ 295 Abs. 1 Nr. 2), dürfte der rückständige Unterhalt weitgehend verloren gehen.

## III. Prozessuale Folgen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

1. Nach § 240 ZPO wird ein Verfahren durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen, wenn es die Insolvenzmasse betrifft. Das Gesetz spricht von „wenn“ und nicht „soweit“. In Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut wird z.T. vertreten, dass auch dann das Verfahren einheitlich unterbrochen ist, wenn nur Teile des Streitgegenstandes die Masse betreffen.<sup>14</sup> Da der Streitgegenstand, bezogen auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, i.d.R. bereits Unterhaltsrückstände umfasst, die Insolvenzforderung werden, bedeutete dies, dass der Prozess auch unterbrochen ist, soweit laufender Unterhalt geltend gemacht wird. Der Unterhaltsgläubiger wäre insoweit zeitweise rechtlos gestellt. Aus den in Bezug genommenen Entscheidungen des Reichsgerichts<sup>15</sup> und des BGH<sup>16</sup> kann dies jedenfalls für Unterhaltsforderungen gegen den Schuldner nicht entnommen werden. Die ausdrückliche insolvenzrechtliche Unterscheidung bei Unterhaltsansprüchen gegen den Schuldner zwischen Ansprüchen auf laufenden Unterhalt und auf Unterhaltsrückstand in § 40 Insolvenzordnung hat vielmehr Auswirkungen auf die Auslegung des § 240 ZPO, indem sie bei Passivprozessen die Unterbrechungs-

wirkung auf den – die Insolvenzmasse betreffenden – Unterhaltsrückstand beschränkt.<sup>17</sup> Das Gericht hat sodann die Prozessstrennung anzuordnen (§ 145 ZPO).

2. Ist der Unterhaltsanspruch unter Berücksichtigung von Drittschulden titulierte, kann bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Abänderungsgrund i.S.d. § 323 ZPO sein. Die materielle Rechtslage hat sich verändert, indem die bislang konkurrierenden Drittgläubiger auf das Insolvenzverfahren verwiesen sind. Demgegenüber dürfte die gleichfalls materiellrechtlich und gegenläufig wirkende Beschränkung der Mittel des Unterhaltsschuldners auf den nach § 850c, gegebenenfalls auch nach §§ 850a und 850f ZPO pfändungsfreien Betrag seines Arbeitseinkommens i.d.R. keine praktische Bedeutung haben. In jedem Fall sind die konkreten Auswirkungen zu prüfen. Maßgeblich für die Wesentlichkeit der Änderung im Fall eines Urteils oder für den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Fall eines Prozessvergleichs ist, wie stets, der Vergleich der resultierenden Ansprüche.<sup>18</sup>

3. Schuldenbereinigungspläne sowie die Restschuldbefreiung sind schon deshalb kein Abänderungsgrund, weil sie nicht den zukünftigen Unterhalt betreffen. Das gilt auch für den außergerichtlichen Schuldenbereinigungsplan, sofern er nicht ausnahmsweise auch den laufenden Unterhalt umfasst.

## IV. Obliegenheit des Unterhaltsschuldners?

Hat nun, unabhängig von der tatsächlichen Einleitung eines Insolvenzverfahrens, bereits die durch die Insolvenzordnung geschaffene Möglichkeit, die materiell- und vollstreckungsrechtliche Lage der Unterhaltsgläubiger zu verändern, Einfluss auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners?

1. Bereits diese Möglichkeit ist in Zweifel gezogen worden. Es fehle, so wurde argumentiert, bereits an einem Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Zahlungsunfähigkeit scheidet aus, solange der Schuldner die Drittschulden bediene. Sie träte erst ein, wenn er zu Unterhalt verurteilt würde und nunmehr die Drittschulden nicht mehr bezahlen könne. Das aber sei „mit den geltenden unterhaltsrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar“.<sup>19</sup>

Damit wird das Pferd vom Schwanz her aufgezäumt. Es geht doch darum, ob dem Schuldner angesonnen werden muss, im Interesse der Unterhaltsgläubiger die Zahlungen an die Drittgläubiger zu reduzieren oder einzustellen; diese genießen keinen generellen Vorrang. Ist dies unterhaltsrechtlich geboten, so führt es dazu, dass die Drittschulden nicht mehr bedient werden und damit Zahlungsunfähigkeit eintritt. Es handelt sich dabei nur um einen weiteren Anwendungsfall des Grundsatzes, dass es dem Unterhaltsschuldner obliegt, seine Leistungsfähigkeit herbeizuführen oder zu erhalten.

2. Damit ist bereits die richtige Frage gestellt. Es geht nicht in erster Linie darum, ob dem Unterhaltsschuldner im Einzelfall obliegt, das Insolvenzverfahren zu betreiben. Die Frage ist vielmehr, ob und wie bei der Prüfung von Bedarf und Leistungsfähigkeit Drittschulden zu „berücksichtigen“ sind, wie es in §§ 1581 Satz 1, 1603 Abs. 1 BGB heißt, oder, andersherum gefragt, ob es dem Schuldner zugemutet werden kann, die Bedienung der Drittschulden einzustellen oder zu beschränken. Erst in diesem Rahmen ist die Möglichkeit,

11 FamRZ 2002, 31.

12 OLG Celle FamRZ 2002, 887.

13 BGH FamRZ 1987, 913, 915; 1998, 899. – A.A. OLG Koblenz FamRZ 2003, 109.

14 Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., § 240 Rn 8; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 240 Rn 4; MünchKomm/Feiber, ZPO, 2. Aufl., § 240 Rn 18. A.A. MünchKomm/Schumacher, InsO, Vor §§ 85–87, Rn 26.

15 RGZ 151, 279. Zeitliche Aufteilung unmöglich.

16 BGH NJW 1966, 51: Anspruch auf Unterlassung künftiger Rechtsverletzung betraf auch das konkursfreie Vermögen des Beklagten.

17 Zutr. OLG Koblenz FamRZ 2003, 109.

18 BGH FamRZ 1984, 353.

19 OLG Stuttgart FamRZ 2002, 982.

das Insolvenzverfahren beantragen, in Betracht zu ziehen. Deshalb kann gegen die Einbeziehung der Insolvenzordnung in die Prüfung der Leistungsfähigkeit nicht eingewandt werden, das Insolvenzverfahren werde nicht sofort eröffnet, sondern könne erst nach Durchlaufen des außergerichtlichen und dann des gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens die Leistungsfähigkeit beeinflussen. Die Möglichkeit, das Insolvenzverfahren zu betreiben, macht es dem Schuldner gegebenenfalls schon vor dessen Eröffnung zumutbar, die Bedienung der Drittschulden ganz oder teilweise einzustellen und damit den Unterhaltsgläubigern das zu sichern, was ihnen im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Zugriffsobjekt verbleibt. Das ändert natürlich nichts daran, dass erst die Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens die Einstellung der Drittschuldenbedienung zumutbar macht. Im Folgenden soll deshalb hieran angeknüpft werden.

3. Die Zumutbarkeit der Einleitung eines Insolvenzverfahrens wirft vorweg eine Reihe grundsätzlicher Rechtsfragen auf

a) Da sich das verteilungsfähige Einkommen und Vermögen des Schuldners nicht verändert, geht jede Verbesserung der Stellung einer Gläubigergruppe auf Kosten der anderen. Ist es gerechtfertigt oder richtiger: geboten, Unterhaltsgläubiger gegenüber Drittgläubigern zu begünstigen?

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt den Ansprüchen Unterhaltsberechtigter kein „allgemeiner Vorrang“ vor anderen Verbindlichkeiten des Unterhaltsschuldners zu, wie auch umgekehrt diese nicht ohne Rücksicht auf Unterhaltsinteressen getilgt werden dürfen.<sup>20</sup> Dem Gericht ist jedoch nicht entgangen, dass die Unterhaltsgläubiger im Zwangsvollstreckungsrecht begünstigt sind. Forderungen des Schuldners auf Arbeitslohn unterliegen ihrem erweiterten Pfändungszugriff in den Vorrangbereich des § 850d ZPO, also im Wesentlichen in den Teil des Einkommens, um den die Pfändungsfreigrenze eben wegen der Unterhaltungspflicht des Schuldners gem. § 850c ZPO erhöht ist. Deshalb, so der BGH, sind die Interessen der Drittgläubiger, wenn die Berücksichtigung ihrer Ansprüche den Mindestbedarf der Unterhaltsberechtigten beeinträchtigen würde, nicht weiter zu beachten, als durch die Vollstreckungsvorschriften gewährleistet ist. Das bedeutet aber nichts anderes als ein, wenn auch nicht allgemein, so doch in bestimmten Einkommensbereichen sich auswirkender Vorrang. Daran ändert nichts, dass auch dann noch eine Abwägung so gut wie aller Umstände des Falles für erforderlich gehalten wird. Denn dabei geht es um die Abwägung der Interessen von Unterhaltsgläubiger und Unterhaltsschuldner. **Dessen** Interesse kann es gebieten, vollstreckungsrechtliche Regelungen bei der Aufteilung der verfügbaren Mittel dennoch unberücksichtigt zu lassen.<sup>21</sup> Drittgläubiger werden dadurch nur mittelbar begünstigt. Daraus lässt sich der Grundsatz ableiten, dass die Interessen der Unterhaltsgläubiger höher zu bewerten sind als die von Drittgläubigern. Unterhaltsrechtliche Auswirkungen hat dies aber nur dann, wenn nicht schützenswerte Interessen des Unterhaltsschuldners entgegenstehen. Das aber ist Sache des Einzelfalles. Die Frage nach einer grundsätzlichen Obliegenheit des Schuldners zur Verbesserung der Stellung der Unterhaltsgläubiger gegenüber Drittgläubigern ist deshalb zu bejahen.

b) Wie jeder Gläubiger kann auch der Unterhaltsgläubiger die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen. Sein Antrag führt sogar ohne den Umweg des außergerichtlichen und sodann gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ist es gerechtfertigt, im Interesse des Unterhaltsgläubigers eine Obliegenheit des Schuldners zur Einleitung des Insolvenzverfahrens anzunehmen, wenn der Gläubiger sich selbst helfen kann?

Dafür sprechen mindestens zwei Gründe:

aa) Der Unterhaltsberechtigte hat nicht immer den erforderlichen Einblick in die für die Unterhaltsbemessung relevan-

ten Verhältnisse des Schuldners. Über Drittschulden weiß er, wenn sie nicht schon aus der Zeit des Zusammenlebens herrühren und auch nicht etwa umgeschuldet sind, nichts. Die Auskunftspflicht des Unterhaltsschuldners dürfte sich hierauf nicht erstrecken. Sie soll dem Gläubiger zwar ermöglichen, seinen Anspruch zu errechnen. Das Gesetz bezieht die Auskunft aber nur auf Einkünfte und Vermögen. Dementsprechend ist man sich zwar einig, dass sie sich auf die mit den Einnahmen zusammenhängenden Ausgaben zu erstrecken hat.<sup>22</sup> Dass auch davon unabhängige Verbindlichkeiten, etwa Konsumkredite, anzugeben sind, wird dagegen nirgends vertreten. Und selbst wenn sich der Unterhaltsschuldner, wie in der Praxis häufig, zur Abwehr des Unterhaltsanspruchs vorprozessual auf die Drittschulden beruft, werden dem Unterhaltsgläubiger häufig immer noch die Detailkenntnisse fehlen, die er benötigt, um die Notwendigkeit der Verbindlichkeit und die Art und Weise ihrer Bedienung bewerten zu können.

bb) Verbindlichkeiten des Unterhaltsschuldners können zwar auch den Bedarf bestimmen. Wenn die Bedienung von Drittschulden aber die Befriedigung eines wie immer zu bemessenden Mindestbedarfs gefährdet, ist die Leistungsfähigkeit berührt. Und dies trifft gerade auf insolvenzgeneigte Fälle zu. Die Erhaltung oder Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit ist aber Sache des Schuldners. Prozessual kommt das in den Beweislastregeln zum Ausdruck.

c) Die früher in den Vordergrund gestellte Belastung des Schuldners mit Kosten spielt nach der am 1.12.2001 in Kraft getretenen Änderung der Insolvenzordnung keine entscheidende Rolle mehr.

Nach § 4a werden dem Schuldner, der einen Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt hat, die Kosten des Insolvenzverfahrens einschließlich derjenigen des gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung gestundet, wenn sein Vermögen dafür nicht ausreicht. In diesem Fall wird ihm ein Rechtsanwalt beigeordnet, wenn dies trotz der dem Gericht obliegenden Fürsorge erforderlich erscheint. Die Stundung hat dieselbe Wirkung wie die Prozesskostenhilfe. Eine Verlängerung für die Zeit ab Erteilung der Restschuldbefreiung ist möglich (§ 4b).

Auch im vorgerichtlichen Bereich ist der Schuldner entlastet. Der bei der außergerichtlichen Schuldenbereinigung hinzugezogene Rechtsanwalt erhält gem. §§ 131 ff. BRAGO eine Vergütung aus der Landeskasse.

4. Stehen der Beantragung des Insolvenzverfahrens durch den Schuldner also keine grundsätzlichen Zumutbarkeits-erwägungen entgegen, ist der Blick frei auf die Auswirkungen eines nur möglichen Insolvenzverfahrens auf das Unterhaltsverhältnis.

a) Die Erhöhung der Pfändungsfreigrenzen bildet den Hintergrund. Für sich allein hat sie keine materiellrechtlichen Auswirkungen. Dem Schuldner kann nicht ohne weiteres angesonnen werden, sich Gläubigern gegenüber auf die Pfändungsfreigrenzen zu berufen, um die Erfüllung seiner Unterhaltungspflicht zu gewährleisten. Dem Gewinn von Manövriermasse entspräche ein verringerter Abbau, u.U. sogar eine Zunahme der Drittschulden. Damit würde zwar dem Vorrang der Unterhaltsgläubiger vor Drittgläubigern Rechnung getragen, nicht jedoch dem nach der Rechtsprechung des BGH als drittem Faktor in die Bewertung einzubeziehenden Interesse des Unterhaltsschuldners an der Tilgung

<sup>20</sup> BGH FamRZ 1982, 157; 1984, 657.

<sup>21</sup> Das kommt insbesondere in Betracht, wenn die Verschuldung ein Ausmaß erreicht hat, welches dem Schuldner bei Berücksichtigung der Unterhaltungspflicht nicht einmal mehr die Bezahlung der Kreditzinsen ermöglicht (BGH FamRZ 1984, 657).

<sup>22</sup> Vgl. z.B. *Wendl/Haußleiter*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl., § 1 Rn 568.

von Drittschulden. Erst die Möglichkeit, die Verbraucherinsolvenz mit Restschuldbefreiungsaussicht zu beantragen, gibt dem Schuldner nachhaltig die erforderliche Bewegungsfreiheit.

b) Ob er hierauf verwiesen werden kann, ist wie bei der Berücksichtigung von Drittschulden eine Frage des Einzelfalles. Gleichwohl lassen sich Grundsätze herausarbeiten.

aa) Angesichts beschränkter Tilgungsmöglichkeit während des Restschuldbefreiungsverfahrens und vor allem angesichts der Restschuldbefreiung selbst ist das Interesse des Schuldners an der Bedienung von Drittschulden nicht gänzlich gewahrt. Besonders Beziehungen zwischen Schuldner und Drittgläubiger sind zu berücksichtigen.<sup>23</sup> Es mag zumutbar sein, die Tilgung von Verwandtendarlehen zu strecken oder zeitweilig sogar auszusetzen. Sie aber durch Beantragung der Insolvenzhilfe dem Verfahren der Restschuldbefreiung zu unterwerfen, kann die Grenze des Zumutbaren überschreiten, auch wenn die Erfüllung freigestellt ist, weil die Verbindlichkeiten nicht erlöschen, sondern nur nicht mehr durchgesetzt werden können. Da die Restschuldbefreiung gegenüber allen Gläubigern eintritt, auch wenn sie ihre Forderung nicht angemeldet haben (§ 301 Abs. 1 S. 2), bedeutet die Unzumutbarkeit hinsichtlich einer einzigen Forderung die Unzumutbarkeit des gesamten Insolvenzverfahrens.

bb) Das Verfahren der Restschuldbefreiung läuft sechs Jahre ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens. In dieser Zeit ist die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Schuldners eingeschränkt. Das hat er nur dann hinzunehmen, wenn eine zeitliche Relation zwischen der Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens und der voraussichtlichen Dauer der wirtschaftlichen Zwangslage besteht. Ist das Ende oder die Verminderung der Unterhaltspflicht oder – unter Beibehaltung der bisherigen Zahlungsweise – die Tilgung der Drittschulden absehbar, wird man eine Obliegenheit verneinen müssen.<sup>24</sup> Dasselbe kommt in Betracht, wenn mit einem nahen Vermögenszuwachs zu rechnen ist.

cc) Ist der Drittgläubiger gesichert, wird die Aussetzung der Schuldenbedienung zur Realisierung der Sicherheit führen. Je nach Sicherungsgegenstand kann dies den Schuldner in eine unzumutbare Lage bringen. Ein Beispiel wäre das unter Eigentumsvorbehalt erworbene, für die Berufsausübung unentbehrliche Kraftfahrzeug.<sup>25</sup>

dd) Beruht die Zahlungsunfähigkeit, wie in der Regel, auf der Trennung der Ehegatten, wird erwogen, die Obliegenheit erst nach Ablauf des Trennungsjahres einsetzen zu lassen.<sup>26</sup> Damit wird eine Parallele zur Erwerbsobliegenheit des getrennten Ehegatten nach § 1361 Abs. 2 BGB hergestellt. Daran ist richtig, dass der Schuldner nicht vorzeitig in das Insolvenzverfahren getrieben werden soll. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass gerade dadurch Unterhaltsrückstände geschaffen werden, deren Befriedigung durch das spätere Insolvenzverfahren erheblich erschwert wird. Richtiger erscheint es, auf den Zeitpunkt der Endgültigkeit der Trennung, gegebenenfalls verlängert um die Zeit bis zum erstmaligen Überblick über die Einkommens- und Vermögenslage, abzustellen.

ee) Ist unter Berücksichtigung all dieser Umstände die Einleitung eines Insolvenzverfahrens für den Schuldner zumutbar, so folgt daraus noch nicht eine entsprechende unterhaltsrechtliche Obliegenheit. Wirtschaftliche Vernunft und menschliche Rücksicht können einen solchen Schritt gebieten. Hier besteht anwaltlicher Beratungsbedarf und gegebenenfalls anwaltliches Haftungsrisiko. Zur Obliegenheit wird dieser Schritt nur, wenn für den Unterhaltsgläubiger die Vorteile des Insolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung seine Nachteile deutlich überwiegen.

Dem laufenden Unterhalt kommt sicher ein Vorrang vor Unterhaltsrückständen zu. Zum Ausdruck kommt dies in verschiedenen materiellrechtlichen (z.B. § 1585b Abs. 3 BGB) und prozessualen (z.B. § 850d Abs. 1 S. 4 ZPO) Ein-

schränkungen bei Unterhaltsrückständen. Daraus folgt, dass der Nachteil eingeschränkter Vollstreckungsmöglichkeit und der schließlichen Restschuldbefreiung bei Unterhaltsrückständen gegenüber der Sicherung des laufenden Unterhalts durch Zugriff auf den für Drittgläubiger unpfändbaren Teil des Einkommens zurücktritt. Das gilt auch dann, wenn der Anspruch auf rückständigen Unterhalt auf öffentliche Leistungsträger übergegangen ist.

Dies trifft aber nur generell zu. Im Einzelfall kann die Wertung anders sein. Wenn die unterhaltsrechtlich hinzunehmende Bedienung einer Verbindlichkeit die Zahlung einer Rente erlaubt, die nur geringfügig unter dem liegt, was der Schuldner unter Beachtung der Pfändungsfreigrenze leisten kann, dürfte die Höhe der durch das Insolvenzverfahren aus dem Pfändungsvorrang eliminierten Unterhaltsrückstände zusätzliches Gewicht erhalten. Um eine Abwägung der Vor- und Nachteile des Insolvenzverfahrens ist dann nicht herumzukommen. Der Schuldner darf dabei nicht überfordert werden. Deshalb sollte nur in klaren Fällen eine Obliegenheit bejaht werden.

ff) Regt der Unterhaltsgläubiger selbst die Einleitung eines Insolvenzverfahrens an, so wird man – immer unter der Voraussetzung, dass keine der vorgenannten Interessen des Schuldners entgegenstehen – eine Obliegenheit bejahen müssen.<sup>27</sup> Das gilt natürlich nur dann, wenn keine weiteren Personen, wie z.B. der zweite Ehegatte und Kinder aus anderen Verbindungen, anspruchsberechtigt sind.

5. Bejaht man, wenn auch mit Einschränkungen, eine grundsätzliche Obliegenheit jedes Unterhaltsschuldners, so stellt sich die weitere Frage, an welchem Stadium der wirtschaftlichen Entwicklung des Schuldners sie einsetzt. Wie dramatisch muss seine wirtschaftliche Lage sein, ihn auf das Insolvenzverfahren zu verweisen?

a) Es liegt nahe, an den Mangelfall anzuknüpfen.<sup>28</sup> Führt die Bedienung der Drittschulden dazu, dass der wie auch immer zu bemessende Mindestbedarf der Unterhaltsgläubiger nicht befriedigt werden kann, erwächst grundsätzlich die Obliegenheit. Glücklicherweise haben wir seit dem Urteil des BGH v. 22.1.2003<sup>29</sup> hinreichende Kriterien für die Feststellung eines Mangelfalles.

b) Welches Einkommen unter Berücksichtigung welcher Drittschulden dieser Mangelfallprüfung zugrunde zu legen ist, ergibt sich aus der vorhandenen unterhaltsrechtlichen Lage des Schuldners. Sie wird durch die Belastung mit Verbindlichkeiten in dem Maß bestimmt, das anhand der bisherigen Rechtsprechung durch die Abwägung der verschiedenen Interessen vorgegeben ist. Die insolvenzrechtlichen Möglichkeiten machen deshalb eine Prüfung, welche Drittschulden als berücksichtigungswürdig in die Unterhaltsberechnung einzustellen sind, nicht überflüssig. Das sich hieraus ergebende, für den Unterhalt aller Beteiligten zur Verfügung stehende Einkommen ist dann, i.V.m. der obigen Mangelfallprüfung, Grundlage für die Prüfung der Obliegenheit.

6. Besteht die Obliegenheit im konkreten Fall, so ist das für die Unterhaltsbemessung maßgebende Einkommen nicht anders zu bestimmen als im Fall der tatsächlichen Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Es entspricht den nach §§ 850a, 850c ZPO unpfändbaren Bezügen. Drittschulden aus der Zeit vor dem Einsetzen der Obliegenheit bleiben außer Betracht.

<sup>23</sup> *Hauß*, MDR 2002, 1163 und MDR 2003, 576.

<sup>24</sup> *Hauß*, MDR 2002, 1163 und MDR 2003, 576; *Melchers*, FamRZ 2002, 897; *Melchers/Hauß* a.a.O. Rn 133.

<sup>25</sup> *Schürmann*, FamRZ 2003, 740.

<sup>26</sup> AG Nordenham FamRZ 2002, 896; *Melchers*, FamRZ 2002, 897; *Melchers/Hauß*, a.a.O. Rn 15.

<sup>27</sup> Ähnlich *Melchers/Hauß*, a.a.O. Rn 144 ff.

<sup>28</sup> *Melchers*, FamRZ 2002, 897.

<sup>29</sup> FamRZ 2003, 514.

## V.

Die Einführung des Insolvenzverfahrens i.V.m. der Anhebung der Pfändungsfreigrenzen hat tief greifende Auswirkungen auf die Entscheidung über den laufenden Unterhalt. Die für den Unterhaltsschuldner gewonnene wirtschaftliche Bewegungsfreiheit verhindert oder mildert Mangelfälle. Zugleich verliert die Rechtsfigur des trennungsbedingten Mehrbedarfs ihr Schattendasein. Beides gilt uneingeschränkt, wenn es schon zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens gekommen ist. Fehlt es daran, so ist die Interessenabwägung bei der Prüfung, welche Verbindlichkeiten des Schuldners sich der Unterhaltsgläubiger entgegenhalten lassen muss, um eine Dimension erweitert.

Anwaltschaft und Familiengerichte werden nicht umhin können, sich mit dieser neuen Materie vertraut zu machen. Sie könnte zum täglichen Brot des Unterhaltsrechtsstreits werden.

## Zur neuen Barwert-Verordnung\*

### – Entwicklung und Übergangslösung –

Vorsitzender Richter am OLG a.D. *Dr. Bruno Bergerfurth*, Essen

Nach § 1587a Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 BGB sind diejenigen Anrechte, die nicht voll dynamisch sind und denen auch kein Deckungskapital zugrunde liegt, nicht mit ihrem Nominalwert in den Versorgungsausgleich einzustellen, sondern mit ihrem wirklichen Wert. Es hat mithin eine Umrechnung zu erfolgen, um solche Anrechte mit voll dynamischen Anrechten nach dem Prinzip der gesetzlichen Rentenversicherung vergleichbar zu machen. Dieser für die Erstellung einer brauchbaren Ausgleichsbilanz erforderlichen **Dynamisierung** dient die **BarwertVO**,<sup>1</sup> die im Zuge der Eherechtsreform zeitgleich mit den sonstigen Vorschriften zum Versorgungsausgleich am 1.7.1977 in Kraft trat. Schon bald ergaben sich bei der Anwendung der BarwertVO Schwierigkeiten daraus, dass es neben statischen und voll dynamischen Anrechten auch Zwischenformen von teildynamischen Anrechten gibt. Diesen Schwierigkeiten wurde 1984 mit der **Barwert-ÄnderungsVO**<sup>2</sup> Rechnung getragen, bei der die ursprünglich vier Kapitalisierungstabellen auf sieben erhöht wurden. Spätere Änderungen<sup>3</sup> erfolgten lediglich zur Anpassung an andere Gesetze und waren rein formaler Art.

In den folgenden Jahren tauchten in Rechtsprechung und Schrifttum zunehmend Bedenken gegen eine weitere Anwendung der BarwertVO auf, und zwar mit der zutreffenden Begründung, diese könne wegen **veralteter biometrischer Grunddaten** keine adäquate Wertermittlung mehr sicherstellen, da mit ihr – insbesondere infolge der heute höheren Lebenserwartung – ein umzurechnendes Anrecht zu niedrig bewertet werde.<sup>4</sup> Ein Plan, die BarwertVO wegen ihrer Mängel bereits zum Jahr 1987 auslaufen zu lassen, wurde jedoch nicht verwirklicht. Durch Ur. v. 5.9.2001 hat der **BGH**<sup>5</sup> schließlich die BarwertVO wegen zwischenzeitlich überholter biometrischer Rechnungsgrundlagen (insbesondere Nichtbeachtung der gestiegenen Lebenserwartung) beanstandet und entschieden, diese sei in der bisherigen Form (also ohne Anpassung an die aktuellen Verhältnisse) nur noch für eine am 31.12.2002 auslaufende Übergangszeit anwendbar.

Am 15.10.2002 legte das Bundesministerium der Justiz den **Entwurf eines Gesetzes** zur Ergänzung und Änderung des Versorgungsausgleichs vor, das als Nachfolgeregelung der BarwertVO für eine Übergangszeit bis zur geplanten (grundlegenden) Strukturreform des Versorgungsausgleichs

maßgebend sein sollte. Der Entwurf enthielt keine Fortschreibung der BarwertVO, sondern eine völlig eigenständige Übergangslösung, die ab 1.1.2003 gelten sollte und im Wesentlichen vorsah, die nicht deckungskapitalbezogenen Sonderanrechte des Verpflichteten in den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich zu verweisen. Hiergegen richtete sich die teilweise heftige Kritik der gerichtlichen und anwaltlichen Praxis. Die unterschiedlichen Standpunkte, ob die vom Entwurf angestrebte Lösung für eine kurze Übergangszeit als das kleinere Übel akzeptabel oder aus grundsätzlichen Erwägungen nicht vertretbar sei, ergeben sich einerseits aus der Rede der Bundesministerin der Justiz im Deutschen Bundestag v. 13.2.2003,<sup>6</sup> andererseits aus der Stellungnahme des Familienrechtsausschusses des DAV von Dezember 2002.<sup>7</sup> Hierauf im Einzelnen einzugehen, erübrigt sich, nachdem der Gesetzentwurf zum Übergangsrecht wegen der erwähnten Kritik nicht weiter verfolgt, sondern stattdessen die BarwertVO überarbeitet wurde.

Für die **Zwischenzeit** v. 1.1.2003 bis zur Erarbeitung der neuen BarwertVO fehlte eine Dynamisierungshilfe des Normgebers. Hier kamen für die Praxis verschiedene Entscheidungs- und Verfahrensmöglichkeiten in Betracht.<sup>8</sup> So war es zulässig, in Fällen, in denen eine Rente bereits bezogen wurde oder ein Leistungsfall demnächst bevorstand, den Barwert nicht voll dynamischer Anrechte ausnahmsweise individuell – in der Regel durch Einschaltung eines versicherungsmathematischen Sachverständigen – zu ermitteln.<sup>9</sup> In Einzelfällen war auch an eine Aussetzung des gesamten Scheidungsverbundverfahrens analog § 148 ZPO zu denken. Ansonsten wurde u.a. eine Abtrennung aus dem Verbund in entsprechender Anwendung des § 628 S. 1 Nr. 4 ZPO mit anschließender Aussetzung des Versorgungsausgleichsverfahrens empfohlen.<sup>10</sup> Schließlich kam im isolierten Versorgungsausgleichsverfahren<sup>11</sup> eine Teilentscheidung über einen „aussonderbaren“ Teil des Verfahrensgegenstandes, der einer selbständigen Entscheidung zugänglich war, in Betracht.<sup>12</sup>

\* Der Beitrag gibt in leicht geänderter Fassung Ausführungen aus der Neubearbeitung des Buches „Der Ehescheidungsprozess und die anderen Eheverfahren“ wieder, dessen 14. Aufl. im Juli 2003 im Deutschen Anwaltverlag erschienen ist.

1 Erstfassung v. 24.6.1977 (BGBl. I, 1014).

2 Vom 22.5.1984 (BGBl. I, 692). Siehe hierzu *Zimmermann*, NJW 1984, 2323.

3 Durch Art. 61 RRG 1992 v. 18.12.1989 (BGBl. I, 2261) und durch Art. 22 RRG 1999 v. 16.12.1997 (BGBl. I, 2998).

4 Zur Korrekturbedürftigkeit der BarwertVO vgl. u.a. *Klattenhoff*, FamRZ 2000, 1257 (verfassungswidrig, aber für Übergangszeit noch anwendbar) und *Glockner/Gutdeutsch*, FamRZ 1999, 896 sowie die Erwiderung von *Bergner*, FamRZ 1999, 1487 (der ebenso wie *Glockner/Gutdeutsch* Verfassungswidrigkeit annahm, aber andere Lösungsvorschläge als diese machte); siehe hierzu auch OLG München FamRZ 1999, 1432 mit abl. Anm. von *Bergner*, FamRZ 2000, 97; OLG Nürnberg FamRZ 2000, 538; OLG Stuttgart FamRZ 2000, 1019 u. 2001, 493; OLG Frankfurt FamRZ 2000, 1020; OLG Oldenburg FamRZ 2001, 491 = NJW-RR 2001, 1227; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 495; OLG Koblenz FamRZ 2001, 496; *Borth*, FamRZ 2001, 881.

5 BGH FamRZ 2001, 1695 (mit Anm. von *Kemnade*) = FF 2001, 201 (mit Anm. von *Glockner*) = NJW 2002, 296 (mit Besprechungsaufsatz von *Bergner*, NJW 2002, 260 u. FamRZ 2002, 218).

6 Abrufbar unter [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de); Abdruck in FF 2003, 48.

7 Veröffentlicht in FF 2003, 24.

8 Zu Einzelheiten siehe *Bergner*, FamRZ 2003, 65 und *Klattenhoff/Schmeiduch*, FamRZ 2003, 409.

9 Vgl. hierzu BGH FamRZ 2001, 1695 (weitere Hinweise in Fn 5); OLG Oldenburg FamRZ 2002, 1408; OLG Nürnberg FamRZ 2003, 314. Demgegenüber hat das AG Tempelhof-Kreuzberg (FamRZ 2003, 535) mit Rücksicht auf in concreto unverhältnismäßig hohe Kosten dieser Ermittlung die alte BarwertVO weiter angewandt.

10 So *Bergner*, FamRZ 2003, 65 und *Klattenhoff/Schmeiduch*, FamRZ 2003, 411; siehe auch OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1423 und OLG Oldenburg, Ur. v. 4.2.2003 – 12 UF 123/02, weiterhin – zum Vergleich mit einer rechtsähnlichen Situation nach dem VAÜG – *Bergerfurth*, Ehescheidungsprozess, Rn 447 (unter bb).

11 Denkbar ist eine solche Teilentscheidung auch im Verbundverfahren, wenn nämlich gleichzeitig das Verfahren über den restlichen Ausgleichsanspruch, der sich zurzeit nicht ermitteln lässt, abgetrennt wird.

12 *Bergner*, FamRZ 2003, 68 und *Klattenhoff/Schmeiduch*, FamRZ 2003, 412. Siehe hierzu auch *Kemnade*, FamRZ 2003, 536 (Anm. zu AG Tempelhof-Kreuzberg).