

einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen verschaffen müssen. Die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist zwingend geboten (§ 67 I FGG). Auch die Anhörung der Verwandten kann erforderlich sein, um die Wertvorstellungen des Betroffenen ggf. zu ermitteln. Zum weiteren praktischen Verfahren vgl. *Stackmann*, NJW 2003, 1568.

Ungeklärt ist, wie vorgegangen wird, wenn der subjektive mutmaßliche Wille des Betroffenen nicht ohne weiteres festgestellt werden kann, weil eine wirksame und aussagekräftige Patientenverfügung nicht vorliegt. An die Feststellung des Willens werden hohe Anforderungen gestellt, die für das Gericht schwierig zu ermitteln sein werden. Im Zweifel wird das Gericht den Betreuer zur Erhaltung des Lebens des Betreuten verpflichten und die Genehmigung verweigern, weil andere Anhaltspunkte nicht festzustellen sind (AG Frankfurt BtPrax 2002, 223).

Die Situation, dass die medizinischen Voraussetzungen für einen Behandlungsabbruch gegeben sind, ein Wille des Patienten jedoch in keiner Weise feststellbar ist, ist nach wie vor nicht befriedigend gelöst. Die dem Betreuer auferlegte hohe Verantwortung, sowohl dem von ihm Betreuten ein Sterben in Würde zu ermöglichen, als auch dessen Lebenserhalt verpflichtet zu sein, ist für diesen kaum verantwortungsbewusst wahrzunehmen. Daneben bleibt es bei einer evtl. strafrechtlichen Beurteilung des Handelns des Betreuers und des Arztes, die sich, wenn kein feststellbarer Wille des Patienten vorliegt, wohl schwerlich werden entlasten können.

Zu unklar ist nach meiner Auffassung formuliert, dass es einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung dann nicht bedarf, wenn „ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird, sei es, dass sie von vorneherein medizinisch nicht indiziert, *nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich* ist“. Auch dies dürfte dann im Ergebnis nur mit den Mitteln des Strafrechts überprüft werden können, so dass den Betreuern und den Ärzten insoweit zu erheblicher Vorsicht geraten werden muss. Der Betreuer sollte dann in jedem Fall mit dem Arzt diskutieren und mögliche bessernde Behandlungsmaßnahmen einfordern, so es sie geben sollte, um nicht leichtfertig die Meinung des Arztes, der „keine solche Behandlung oder Weiterbehandlung anbietet“ zu folgen. Der Betreuer bleibt klar dem Willen des Patienten verpflichtet (§ 1901 BGB), der zunächst „subjektiv“, also aus dessen feststellbarem Willen zu ermitteln und durch dessen mutmaßliche Sicht und Wertvorstellungen zu konkretisieren ist. Im Übrigen ist er zweifellos der Erhaltung des Lebens des Betroffenen verpflichtet.

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht
und Notarin *Ingeborg Rakete-Dombek*, Berlin

Anm. d. Red.: Vgl. außerdem: OLG München NJW 2003, 1744; ARD-Ratgeber Recht Auszug, FF 2003, 171 (in diesem Heft); *Rakete-Dombek*, Vorsorgevollmacht erübrigt Betreuung – Breite Beratung erforderlich –, FPR 2000, 176 ff.; *Coeppecus*, Anreize zur Errichtung von Patientenverfügungen, ZRP 2003, 175 ff.; *Uhlenbruck*, Bedenkliche Aushöhlung der Patientenrechte durch die Gerichte, NJW 2003, 1710.

Zur Obliegenheit des Unterhaltsschuldners zur Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung

§ 1603 Abs. 2 BGB; §§ 286 ff., 304 ff. InsO; § 850d ZPO

OLG Dresden, Ur. v. 10.1.2003 – 10 UF 684/02 – (AG Meißen)

1. Bei nachhaltiger und dauerhafter Überschuldung ist es in der Regel zumutbar, den Unterhaltsschuldner

auf die Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens und einer Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff., §§ 304 ff. InsO zu verweisen.

2. Unterhaltsrechtlich hat dies zur Folge, dass sich der Schuldner auf bestehende Verbindlichkeiten gegenüber dem Unterhaltsberechtigten nicht berufen kann.

Anm. der Red.: Die Entscheidung ist veröffentlicht in MDR 2003, 575 mit Anm. von *Hauß* (a.a.O. S. 576) und in FamRZ 2003, 1028 mit Anm. von *Schürmann* (a.a.O. S. 1030); s. dazu auch die Anm. von *Biehl*, NJ 2003, 269, und *Melchers*, FamRB 2003, 144, und FamRZ 2003, 1033. Zu beachten bleibt, dass die (ausführlichen) Ausführungen des OLG Dresden im Streitfall als *sog. obiter dictum* erfolgt sind.

Für eine Obliegenheit des Unterhaltsschuldners zur Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung bei gesteigerter Unterhaltungspflicht (§ 1603 Abs. 2 BGB) auch das nachfolgend abgedruckte – allerdings nicht rechtskräftige – Ur. des OLG Stuttgart. Nach Ziff. 10.4.2 der Leitlinien des OLG Oldenburg (Stand: 1.7.2003) können „im Einzelfall ... bei besonders beengten Verhältnissen und insbesondere bei einem möglichen und zumutbaren Antrag auf Restschuldbefreiung Schulden nur bis zur Höhe des pfändbaren Betrages zu berücksichtigen sein“.

Das OLG Naumburg FamRZ 2003, 1215 hat sich unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des BGH – insbesondere BGH FamRZ 1984, 657 – *gegen* eine unterhaltsrechtliche Berücksichtigung der Möglichkeit, einen Verbraucherinsolvenzantrag zu stellen, ausgesprochen; dafür entscheidend sei, „dass sich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nicht nach den Regeln des Vollstreckungsrechts, sondern dem materiellen Unterhaltsrecht richtet“.

Zur Thematik vgl. die bisherigen Nachweise in FF 2002, 145 und 217 sowie den Beitrag von *Hoppertz* in diesem Heft (S. 158 ff.).

Das Thema „Unterhalt und Verbraucherinsolvenz“ ist am 19.9.2003 Gegenstand des Arbeitskreises 18 des 15. Deutschen Familiengerichtstages in Brühl (Leiter: Rechtsanwalt *Hauß*, Duisburg).

OLG Stuttgart, nicht rechtskräftiges Ur. v. 24.4.2003 – 16 UF 268/02 – (AG Bad Saulgau)

Zur Obliegenheit eines mit Drittschulden belasteten Unterhaltspflichtigen, zur Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit ein Insolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung einzuleiten (Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Senats, vgl. FamRZ 2002, 982 = OLGReport Stuttgart 2002, 146).

I. Tatbestand: Die Parteien streiten über Kindesunterhalt für den Kl, den am ...5.1990 geborenen Sohn des Bekl aus geschiedener Ehe, im Abänderungsverfahren. Das Familiengericht hat den Ausgangstitel, ein von der Mutter des jetzigen Kl in Prozessstandschaft erstrittenes Ur. des AG – Familiengericht – Bad Saulgau v. 8.8.2001, worin dem Kl ab Juli 2001 Unterhalt von monatlich 244,20 DM zugesprochen wurde, unter Abweisung der weitergehenden Abänderungsklage dahin abgeändert, dass der Bekl dem Kl ab 1.1.2003 monatlichen Unterhalt von 222,50 EUR schuldet. Gegen das ihm am 14.11.2002 zugestellte Ur. hat der Bekl Berufung mit dem Ziel der Klagabweisung eingelegt, die am 27.11.2002 beim OLG eingegangen ist und sogleich begründet wurde. Der Kl verteidigt das Ur.

Dem abzuändernden Ur. lag ein bereinigtes Erwerbseinkommen des unstreitig allein barunterhaltspflichtigen Bekl von monatlich 2.548 DM zu Grunde. Hieraus musste der

Bekl eine Kreditrate von monatlich 375 DM bedienen, die daraus herrührte, dass die jetzt geschiedenen Eltern des Kl, also der Bekl und die sorgeberechtigte Mutter, während der Ehe ein Hausgrundstück erworben und fremdfinanziert hatten, das sie nach der Trennung verkauften, wobei aber restliche Schulden von damals noch rund 50.000 DM übrig blieben, die zwischen den Eltern geteilt wurden (die Mutter des Kl bezahlt auf den auf sie entfallenden Teil des Kredits Raten in gleicher Höhe). Weitere Abzüge (Bezahlung einer Geldstrafe) blieben unberücksichtigt. Unter Beachtung des notwendigen Selbstbehalts des Bekl von damals 1.500 DM war dieser für Kindesunterhalt i.H.v. 673 DM leistungsfähig, die das Familiengericht nach dem Verhältnis der jeweiligen Regelbeträge auf den jetzigen Kl und seinen am ...1.1.1987 geborenen Bruder T verteilte; auf den Kl entfielen demnach 244,20 DM, auf seinen Bruder 288,80 DM.

Der Kl beruft sich auf gestiegenen Bedarf infolge Erreichens einer höheren Lebensaltersstufe und darauf, dass der Bekl seine Leistungsfähigkeit dadurch steigern könne und müsse, dass er einen Antrag auf Verbraucherinsolvenz mit Restschuldbefreiung stelle. Das Familiengericht, das dieses Argument bereits im Ausgangsurteil geprüft, aber verworfen hatte, ist dem mit der Maßgabe gefolgt, dass es dem Bekl eine Frist bis 1.1.2003 eingeräumt hat, „um mit seiner Bankengläubigerin die notwendigen außergerichtlichen Gespräche zu führen“. Es hat nach Beweisaufnahme ein unterhaltsrelevantes Einkommen des Bekl von nunmehr 1.285 EUR unangegriffen festgestellt, woraus sich bei einem notwendigen Selbstbehalt des Bekl von 840 EUR eine Leistungsfähigkeit für Kindesunterhalt von 445 EUR ergibt, und dem Kl unter Beachtung des Gleichrangs mit seinem Bruder die Hälfte dieses Betrags als Unterhalt ab 1.1.2003 zugesprochen; für den davor liegenden Zeitraum wurde die Klage – insoweit unangefochten – abgewiesen.

Der Bekl wendet sich gegen die Annahme einer Obliegenheit, seine Leistungsfähigkeit durch „Flucht in die Insolvenz“ zu steigern. Weder die inzwischen rechtlich gesicherte Möglichkeit einer Stundung der Verfahrenskosten noch die Anhebung der Pfändungsfreibeträge rechtfertigten eine gegenüber dem abzuändernden Urte. veränderte rechtliche Bewertung derselben Frage. Er beantragt, das angefochtene Urte. aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kl beantragt die Zurückweisung der Berufung.

II. Entscheidungsgründe: Die zulässige, form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat in der Sache aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die sich der *Senat* zu eigen macht, keinen Erfolg.

1. Die Abänderungsvoraussetzungen liegen schon deshalb vor, weil der Bedarf des Kl altersbedingt gestiegen ist.
2. Der angemessene Bedarf des Kl unterschreitet auch unter Berücksichtigung der beengten wirtschaftlichen Verhältnisse des allein barunterhaltspflichtigen Vaters nicht den zugesprochenen Betrag, der nur rund 61 % des mit 135 % des Regelbetrags anzunehmenden Existenzminimums des Kindes beträgt. Für seine eingeschränkte Leistungsfähigkeit ist der Bekl beweibelastet (vgl. BGH FamRZ 2003, 444). Gem. § 1612b Abs. 5 BGB kommt eine Anrechnung des Kindergeldes nicht in Betracht.
3. Die Feststellungen des Familiengerichts zum Einkommen des Bekl greift dieser nicht an. Die Verteilung des Einkommens auf den Kl und seinen Bruder, der denselben Bedarf hat, zu gleichen Teilen entspricht der Rechtslage (BGH FamRZ 1992, 797; 2003, 363). Streitentscheidend ist somit allein, ob die Darlehensverbindlichkeit unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen ist.
4. Generell sind Drittschulden des Unterhaltspflichtigen im Unterhaltsrecht nach Maßgabe einer Interessenabwägung zwischen den Belangen sowohl der Unterhaltsberechtigten

wie auch des Unterhaltspflichtigen und der Drittgläubiger sowie mit Blick auf Zeitpunkt und Anlass der Kreditaufnahme und auf die voraussichtliche Dauer der Belastung mit den Drittschulden einerseits und der Unterhaltspflicht andererseits im Rahmen eines vernünftigen Tilgungsplanes zu berücksichtigen. Auf die Frage, inwieweit die bereits im Vorprozess vorgenommene Interessenabwägung für die Parteien bindend bleibt, ist noch gesondert einzugehen.

Zeitpunkt und Anlass der Kreditaufnahme, die im Einvernehmen der früheren Eheleute zur Schaffung des Familienheimes erfolgt ist, sprechen zunächst ohne Einschränkung für eine Berücksichtigung. Dass das Haus nach der Trennung nicht gehalten werden konnte und die Veräußerung nicht zur endgültigen Entschuldung geführt hat, kann dem Bekl nicht angelastet werden.

Fraglich kann danach nur sein, ob die Tilgung auch der Höhe nach von den Unterhaltsberechtigten hinzunehmen ist, ob sie also einem vernünftigen Tilgungsplan folgt. Dies ist im Vorprozess zwischen der Mutter des Kl und dem Bekl bejaht worden; die dort getroffene, rechtskräftige Entscheidung wirkt auch für und gegen den Kl (§ 1629 Abs. 3 S. 2 BGB). Insbesondere hat das Familiengericht bereits im Vorprozess geprüft, ob dem Bekl – unter Abwägung seiner Interessen mit denen der Unterhaltsberechtigten – die Stellung eines Insolvenzantrages möglich und zumutbar ist und ob dies die Rechtsstellung der Unterhaltsberechtigten verbessern würde, und die Frage verneint.

Im Abänderungsverfahren findet, auch wenn sich in einem für die Verurteilung maßgeblichen Einzelpunkt eine wesentliche Veränderung ergeben hat, keine freie Neufestsetzung des Unterhalts statt. Vielmehr können unverändert gebliebene Umstände rechtlich nicht anders gewürdigt werden als im Ausgangsverfahren, denn die Möglichkeit der Abänderung einer Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen soll nicht generell der Korrektur von Rechtsfehlern, sondern nur von Fehlprognosen dienen (BGH in st. Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 23. Aufl., § 323 Rn 41, auch zur Gegenmeinung). Nachdem die widerstreitenden Interessen der Beteiligten, was die Berücksichtigung der Drittschulden angeht, im Tatsächlichen unverändert geblieben sind, müsste die Abwägung auf Grund der Bindungswirkung der Vorentscheidung gleich ausfallen, wenn auch die Rechtsnormen, die für die Abwägung heranzuziehen sind, unverändert fortgelten würden.

Dies ist indessen, wie das Familiengericht zutreffend festgestellt hat, nicht der Fall. In den Entscheidungsgründen der abzuändernden Entscheidung, die – anders als die Erwägungen des *Senats* in dem Beschl., in dem der Mutter des Kl im Vorprozess Prozesskostenhilfe für ihre beabsichtigte Berufung verweigert wurde – an der Rechtskraft und damit auch an der Bindungswirkung für das neue Verfahren teilnehmen, ist die Auffassung der damaligen Kl, der Bekl könne und müsse zur Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit die „Flucht in die Insolvenz“ antreten, mit der Begründung abgelehnt worden, dass auch bei einer Durchführung des Insolvenzverfahrens der pfändbare Teil seines Einkommens in die Insolvenzmasse falle und seine Leistungsfähigkeit hierdurch beeinträchtigt sei. In der Tat wäre von dem damals vom Familiengericht festgestellten (unbereinigten) Einkommen von 2.473 DM + 150 DM Spesen = 2.623 DM ein Teilbetrag von 236,80 DM als pfändbar in die Insolvenzmasse gefallen und hätte für Unterhaltungszwecke nicht zur Verfügung gestanden; durch die Zahlung allein des pfändbaren Betrages an die kreditierende Bank, sei es infolge Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder durch eigenmächtige Tilgungsstreckung, hätte der Bekl seine Leistungsfähigkeit nur um rund 140 DM erhöht, dafür jedoch seiner Kreditwürdigkeit nachhaltig geschadet. Dem gegenüber ist nach Anhebung der Pfändungsfreibeträge zum 1.1.2002 nach zutreffender Feststellung des Familien-

gerichts das gesamte Nettoeinkommen des Bekl pfändungs- und damit insolvenzfrei. Gegenüber gesetzlichen Unterhaltsansprüchen, wie sie dem Kl und seinem Bruder zustehen, richtet sich die Pfändbarkeit hingegen nach § 850d ZPO; dies würde im Ergebnis dazu führen, dass bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens das gesamte Einkommen des Bekl abzüglich seines notwendigen Selbstbehalts allein für Unterhaltsansprüche verfügbar wäre und die Drittgläubiger so lange das Nachsehen hätten, wie die Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern dem Grunde nach fortbesteht. Diese Folge stünde auch durchaus im Einklang mit der Absicht des Gesetzgebers, der mit der Anhebung der Pfändungsbeträge dem Schutz des Schuldners und seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen gegenüber den Belangen von Drittgläubigern stärkeres Gewicht verschaffen wollte. Diese Änderung der Rechtslage rechtfertigt eine Neubewertung ohne Bindung an die Grundlagen des abzuändernden Urteils.

5. Dabei fällt zu Gunsten des Kl ins Gewicht, dass es sich um ein minderjähriges Kind handelt, das in keiner Weise durch eigene Anstrengungen zur Deckung seines Unterhaltsbedarfs beitragen kann und dem gegenüber der Unterhaltspflichtige alle zumutbaren Anstrengungen zur Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit schuldet (§ 1603 Abs. 2 BGB). Der rechtlichen Beurteilung des Familiengerichts ist deshalb beizutreten. Der *Senat* nimmt vorab auf die ausführliche und zutreffende Begründung der angefochtenen Entscheidung Bezug. Ergänzend ist – auch eingehend auf die Berufungsbegründung – auszuführen:

a) Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung liegen vor. Als Eröffnungsgrund für die Stellung eines eigenen Antrages des Schuldners genügt die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO). Diese ist gegeben, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Ist, wie hier, der Schuldner vermögenslos und übersteigt sein Einkommen die Pfändungsfreigrenze nicht oder nur in geringem Umfang, können die Drittgläubiger also nicht im Vollstreckungswege zum Zuge kommen und nur auf die Zahlungsmoral des Schuldners vertrauen, droht die Zahlungsunfähigkeit jedenfalls dann, wenn es in der Vergangenheit zu Unregelmäßigkeiten gekommen ist. So liegt es hier: Der Kl hat in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen vorgetragen, dass, nachdem auch der titulierte Unterhalt nicht regelmäßig bezahlt worden war, der Bekl zur eidesstattlichen Versicherung geladen und, weil er diese nicht wahrheitsgemäß abgeben hatte, hierwegen strafrechtlich belangt wurde. Unter diesen Umständen lässt sich gegen die drohende Zahlungsunfähigkeit auch nicht einwenden, sie könne nur eintreten, wenn entsprechend dem Begehren des Kl der Unterhalt erhöht werde, weil ohne diese Erhöhung der Unterhalt ohne Beeinträchtigung der Ansprüche der Drittgläubiger aus dem pfändungsfreien Einkommen aufgebracht werden könne.

b) Gesetzliche Hindernisse für eine künftige Restschuldbefreiung, d.h. von vornherein ersichtliche Versagungsgründe nach §§ 290, 297 InsO, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Die vom Kl vorgetragene strafrechtliche Verurteilung des Bekl wegen falscher eidesstattlicher Versicherung fällt nicht unter § 290 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 InsO.

c) Die Mittellosigkeit des Schuldners steht der Stellung eines Eröffnungsantrages nicht (mehr) entgegen, nachdem § 4a InsO eine Stundung der Kosten des Insolvenzverfahrens bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung ermöglicht. Auch diese Gesetzesänderung ist ein i.S.d. § 323 Abs. 2 ZPO neuer Umstand: Das Ende der Schriftsatzfrist im Vorprozess, das dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht, war auf den 22.7.2001 bestimmt; die Gesetzesänderung, die die Rechtslage zu Gunsten des Insolvenz-

antragstellers geklärt hat, ist am 26.10.2001 verkündet worden und am 1.12.2001 in Kraft getreten.

Dass der Schuldner später möglicherweise mit den Kosten belastet wird, wiegt nach Einschätzung des *Senats* die gegenwärtigen Vorteile, die die Durchführung des Insolvenzverfahrens für die Unterhaltsberechtigten, aber auch für ihn bietet, nicht auf: Er muss zwar seine pfändbaren Bezüge für die Dauer von 6 Jahren (nach dem Rechtszustand im Vorprozess: 7 Jahre) an einen Treuhänder abtreten und während dieser Zeit den in § 295 InsO normierten Obliegenheiten nachkommen (die freilich, was die Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit anbelangt, nicht über dasjenige hinausgehen, was ihm dem Kl gegenüber schon kraft Unterhaltsrechts obliegt), wenn er jedoch dieser „Wohlverhaltenspflicht“ nachkommt, werden nicht nur die noch offenen Insolvenzschnulden erlassen (§ 301 InsO), sondern auch die Verfahrenskosten nur nach Maßgabe seiner Leistungsfähigkeit entsprechend den Bestimmungen über die Prozesskostenhilfe nachgefordert werden.

Der Kl hat im Mai 2002 das 12. Lebensjahr vollendet, sein Bruder T. ist 3 Jahre älter. Unter der Annahme, dass sie nach dem Schulabschluss noch eine weiterführende Ausbildung aufnehmen, mit der sie ihren Bedarf zwar teilweise, aber nicht voll decken können, wird jedenfalls der Kl voraussichtlich noch bis 2008 dem Grunde nach unterhaltsbedürftig bleiben. So lange bleibt das (als unverändert unterstellte) Einkommen des Bekl im Wesentlichen unpfändbar. Bei Erfüllung der vom Familiengericht angenommenen Obliegenheit, einen Insolvenzantrag spätestens Ende 2002 zu stellen, dauert die „Wohlverhaltensphase“ gem. § 287 InsO bis Ende 2008. Dem gegenüber müsste der Bekl bei turnusmäßiger Tilgung der offenen Drittschuld die Rate von rund 191 EUR noch für rund 4 Jahre bezahlen, denn im Vorverfahren bestand am 13.6.2001 (...) Einigkeit darüber, dass die Schuldbelastung des Bekl bei turnusmäßiger Rückzahlung mit 375 DM monatlich noch ca. 5–6 Jahre andauern werde. Die Stellung eines Insolvenzantrages, wie vom Familiengericht angesonnen, und die Erfüllung der „Wohlverhaltenspflicht“ für 6 Jahre würde ihn demnach bei vorsichtiger Prognose zwar in zeitlicher Hinsicht 2 Jahre länger in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit binden (aber nicht mehr, als die den Kindern gegenüber bestehende Erwerbsobliegenheit ihm ohnedies abverlangt), ihm jedoch, wirtschaftlich gesehen, Tilgungsraten für rund 3 Jahre im Gesamtbetrag von rund 6.000 EUR ersparen und ihn dafür in die Lage versetzen, der Unterhaltspflicht gegenüber seinen Kindern in deutlich erweitertem Umfang nachzukommen. Selbst wenn die Kosten des Insolvenzverfahrens ihn zusätzlich treffen und, wie er vorträgt, rund 3.000 EUR betragen, ist diese Lösung für ihn lukrativ. Gesteht man ihm hingegen die Tilgung im bisherigen Umfang und den Kindern nur einen entsprechend gekürzten Unterhalt zu, erlangt er seine Bewegungsfreiheit zwar zeitlich 2 Jahre früher, jedoch zu einem Zeitpunkt, zu dem die Kinder aller Voraussicht nach die Schule abgeschlossen haben und nur noch in geringem Umfang unterhaltsbedürftig sein werden. Eine Abwägung im Innenverhältnis der Parteien muss deshalb unter den Voraussetzungen des § 1603 Abs. 2 BGB zu Gunsten des Kl ausfallen. Die Belange der Drittgläubigerin verdienen dem gegenüber nach der nunmehr getroffenen Wertentscheidung des Gesetzes geringeren Schutz.

d) Der Gesichtspunkt einer Einbuße an Kreditwürdigkeit und Sozialprestige, die mit der Stellung eines Insolvenzantrages verbunden sei, kann bei einem Schuldner, der bereits wegen Zahlungssäumigkeit mit titulierten Schulden die eidesstattliche Versicherung (falsch) abgelegt hat, nicht mehr ins Gewicht fallen.

e) Dass rückständige Unterhaltsforderungen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Pfändungsprivileg des § 850d ZPO einbüßen und in die Insolvenzmasse fallen, ist ein

durchaus beachtliches Argument, wo solche in nennenswertem Umfang bestehen. Vorliegend ist das aber nicht der Fall. Im Übrigen kann jedenfalls dann, wenn hiervon alle Unterhaltsgläubiger im gleichen Maße betroffen sind und sie gleichwohl den Unterhaltspflichtigen auf die Durchführung des Insolvenzverfahrens verweisen, der Schuldner kaum mit dem Argument gehört werden, er müsse die Unterhaltsberechtigten vor sich selbst schützen.

6. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 543 Abs. 2 ZPO. Ob und unter welchen Voraussetzungen bei verschärfter Unterhaltspflicht eine Obliegenheit des mit Drittschulden belasteten Unterhaltspflichtigen besteht, zur Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit ein Insolvenzverfahren anzustrengen, ist entscheidungserheblich und von grundsätzlicher Bedeutung.

7. ...

Anm. der Red.: Die zugelassene Revision ist eingelegt worden und beim BGH unter dem Aktenzeichen: XII ZR 114/03 anhängig.

Zur Entscheidung des OLG Stuttgart s. auch *Viefhues*, ZFE 2003, 222.

Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

§ 850c ZPO

OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 21.1.2003 – 1 UF 187/02 – (AG Seligenstadt)

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschränkt sich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners auf den Differenzbetrag zwischen pfändungsfreiem Betrag und dem Selbstbehalt.

Gründe: Mit dem angefochtenen Verbundurt. ist die Ehe der Parteien geschieden, die Folgesachen Sorgerecht und Versorgungsausgleich geregelt und der ASt zur Zahlung von monatlich 115,91 EUR Krankenvorsorgeunterhalt ab Rechtskraft der Scheidung verurteilt worden. Die weitergehende, auf insgesamt 1.200 DM Elementarunterhalt und 315,89 DM Krankenvorsorgeunterhalt gerichtete Klage hat das AG mangels Leistungsfähigkeit des ASt abgewiesen.

Gegen Letzteres richtet sich die Berufung der AG, mit der sie die Feststellung des AG zur Höhe des verfügbaren Einkommens des ASt angreift.

Die von ihr hierfür beantragte Prozesskostenhilfe kann ihr mangels hinreichender Erfolgsaussicht ihrer Rechtsverfolgung (§ 114 ZPO) nicht bewilligt werden.

Die AG möchte dem festgestellten Einkommen des ASt aus seiner Vergütung als Berufssoldat bei der Bundeswehr weitere 200 DM hinzurechnen, und zwar aus dem Gesichtspunkt einer fiktiven Verzinsung eines früher erzielten Verkaufserlöses aus der Veräußerung einer Eigentumswohnung. Bei verzinslicher Anlage und unter Berücksichtigung einer fiktiven Versteuerung von rund einem Drittel ergäbe dies den angegebenen Betrag. Eine entsprechende Hinzurechnung sei bereits in verschiedenen Vorverfahren betreffend Kindes- und Trennungunterhalt der Parteien erfolgt.

Damit kann sie keinen Erfolg haben. Inzwischen ist, wie belegt und auch unstrittig, über das Vermögen des ASt das Insolvenzverfahren eröffnet worden, betrieben von der Volksbank Rh. wegen einer überschuldeten Immobilie der Parteien. Soweit die AG gegen die Berücksichtigungsfähigkeit dieses Umstandes einwendet, der ASt habe den wirtschaftlichen Niedergang bewusst herbeigeführt, um ihre Unterhaltsansprüche zu verkürzen, kann sie damit aller Vo-

raussicht nach nicht durchdringen. Es handelt sich um eine Vermutung ohne verifizierbare Anhaltspunkte.

Aus der zur Unterakte UE des erstinstanzlichen Verfahrens, ..., gereichten Bestätigung der Besoldungsstelle des ASt, der Wehrbereichsverwaltung S., v. 18.4.2002 ist ersichtlich, dass durch Beschl. des AG F. v. 9.3.2002 das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt ... in F. zum Treuhänder bestimmt worden ist. Diesem gegenüber hat die Wehrbereichsverwaltung mit dem genannten Schreiben die pfändbaren Bestandteile der Vergütung des ASt unter Berücksichtigung von drei unterhaltsberechtigten Personen (Ehefrau und 2 Kinder) mit 117 EUR festgestellt und führt sie seither an den Treuhänder ab. Unter diesen Umständen hätten etwa noch vorhandene Bestandteile aus dem früher erzielten Hauserlös keine Auswirkungen auf die Höhe des für Unterhaltszwecke verfügbaren Einkommens des ASt, da sie in die Insolvenzmasse fielen. Der ASt könnte ein derartiges etwa noch vorhandenes Vermögen nur dann für sich und damit auch für die Unterhaltsgläubiger verwenden, wenn es ihm gelänge, dieses gegen gesetzliche Vorschriften vor dem Treuhänder zu verbergen. Ein derartiges Verhalten kann ihm nicht angesonnen werden, sodass es darauf, ob noch etwaige Teile dieses Vermögens vorhanden sind oder bei sparsamer Verwendung noch als fiktiv vorhanden angesehen werden müssten, nicht ankommt.

Aus denselben Erwägungen heraus können fiktive Einkommenserhöhungen aus der Durchführung des steuerlichen Realsplittings und Eintragung eines Freibetrages in der Lohnsteuerkarte entgegen der Beurteilung des AG nicht einkommenserhöhend angesetzt werden. Denn eine entsprechende Erhöhung hätte, wie von dem deswegen um Stellungnahme gebetenen Treuhänder ausdrücklich bestätigt, lediglich eine Erhöhung des an ihn abzuführenden Betrages zur Folge und keine Auswirkungen auf die Höhe des pfändungsfreien und damit für Unterhaltszwecke verfügbaren Betrages. Dieser beträgt nach § 850c ZPO bei drei unterhaltsberechtigten Personen monatlich (930 Grundfreibetrag plus 350 + 195 + 195 =) 1.670 EUR. Dass der als pfändbar abgeführte Betrag von 117 EUR monatlich nicht deckungsgleich ist mit dem Differenzbetrag zwischen dem vom AG unbeanstandet festgestellten Einkommen von monatlich (3.852 DM =) 1.969 EUR und dem Pfändungsfreibetrag von 1.670 EUR, der 299 EUR monatlich beträgt, erklärt sich daraus, dass der Arbeitgeber für die Bestimmung des pfändbaren Betrages nur das laufende monatliche Einkommen berücksichtigt ohne Einbeziehung jahresbezogener Sonderzuwendungen. Die daraus resultierenden Mehrbeträge sind nämlich gesondert zu bewerten und gem. § 850a ZPO zur Hälfte unpfändbar. Dies hat allerdings zur Folge, dass der ASt damit rechnen muss, in den Monaten, in denen die jahresbezogenen Sonderzuwendungen fließen, höhere Beträge als die erwähnten 117 EUR monatlich als Abzug an den Treuhänder hinzunehmen.

Für Ehegattenunterhalt verfügbar ist demnach nur der Differenzbetrag zwischen dem pfändungsfreien Betrag – nach Abzug weiterer berücksichtigungsfähiger Belastungen – und dem großen Selbstbehalt, den der ASt gegenüber dem Anspruch auf Ehegattenunterhalt verteidigen kann. Insoweit haben die Parteien, vom AG zutreffend gewürdigt und mit der Berufung auch nicht angegriffen, vereinbart, dass von dem Nettoeinkommen des ASt der Kindesunterhalt ohne Rücksicht auf Rangverhältnisse auch im Mangelfall vorab abgezogen werden soll und der Ehefrau die Differenz zwischen dem verbleibenden Einkommen und dem großen Selbstbehalt zustehen soll (Niederschrift vor dem AG v. 28.5.2002, ...). Vernachlässigt man den Umstand, dass sich der an den Treuhänder abzuführende Betrag aus den vorbezeichneten Gründen bei korrekter Handhabung in den Monaten mit Jahressonderzuwendungen noch erhöhen müsste, verbleibt damit für Unterhaltszwecke gegenüber der AG