

# **Diplomarbeit**

zur Erlangung des akademischen Grades  
einer Magistra der Rechtswissenschaften  
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Karl-Franzens-Universität Graz

## **Der Kindesunterhalt bei Insolvenz des Unterhaltspflichtigen**

eingereicht von  
Verena BINDER

bei Univ.-Prof. Dr. Susanne FERRARI

Graz, im Juni 2009

## **Ehrenwörtliche Erklärung**

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

.....

Graz, im Juni 2009

## **Vorwort**

*An dieser Stelle möchte ich mich bei meiner Familie bedanken, die mir mein Studium nicht nur finanziell, sondern auch durch emotionalen Beistand ermöglicht hat. Vor allem meiner Mutter bin ich zu großem Dank für ihre langjährige Unterstützung, den seelischen Rückhalt und das Beibringen des – für dieses Studium so entscheidenden – Unterschieds von „Recht und Unrecht“ verpflichtet.*

*Danken möchte ich auch meinem Freund, der mir vor jeder Prüfung Kraft und Zuspruch gegeben und mich in meinen Entscheidungen bestärkt hat.*

*Außerdem danke ich dem Personal des BG Jennersdorf für die Vermittlung des Praxiswissens, das für meine weitere Berufslaufbahn von Vorteil ist, ganz besonders aber dem Rechtspfleger, Herrn Rudolf Hafner, dem ich den Titel dieser Arbeit zu verdanken habe.*

*Abschließend ein herzliches Dankeschön an all meine Freunde, Verwandten und Bekannten, die während dieser Zeit zu mir gestanden sind.*

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG</b> .....	<b>2</b>
<b>VORWORT</b> .....	<b>3</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>4</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>10</b>
<b>A. EINLEITUNG</b> .....	<b>13</b>
<b>B. MATERIELL-RECHTLICHER TEIL</b> .....	<b>15</b>
<b>1. Kurze Einführung in das Unterhaltsrecht</b> .....	<b>15</b>
1.1. Allgemeine Grundsätze.....	15
1.2. Bemessungsgrundlage .....	16
1.2.1. Allgemeines.....	16
1.2.2. Minderung der Bemessungsgrundlage durch Schulden bzw Kredite des Unterhaltspflichtigen .....	17
1.2.3. Der Anspannungsgrundsatz.....	18
1.3. Unterhaltshöhe.....	18
1.3.1. Allgemeines.....	18
1.3.2. Der Regelbedarf .....	19
1.3.3. Der Sonderbedarf.....	20
1.3.4. Die Prozentwertmethode.....	20
1.3.5. Die Belastungsgrenze des Unterhaltspflichtigen.....	21
1.4. Unterhaltsverfahren .....	23
1.4.1. Zuständigkeit .....	23
1.4.2. Die Vertretung des Kindes .....	23

1.4.3. Die Verfahrensgrundsätze.....	24
<b>2. Kurze Einführung in das Insolvenzrecht.....</b>	<b>24</b>
2.1. Der (Unternehmer-)Konkurs .....	24
2.1.1. Allgemeines.....	24
2.1.2. Die Konkursmasse .....	25
2.1.3. Die Wirkungen der Konkurseröffnung.....	25
2.1.4. Der Unterhalt des Gemeinschuldners .....	26
2.1.5. Konkursgläubiger, Massegläubiger und ausgeschlossene Gläubiger .....	29
2.1.6. Anmeldung und Feststellung von Konkursforderungen .....	30
2.1.7. Die (wichtigsten) Wirkungen der Aufhebung des Konkurses .....	30
2.1.8. Der Zwangsausgleich.....	31
2.2. Das Schuldenregulierungsverfahren – „Der Privatkonkurs“ .....	32
2.2.1. Das Schuldenregulierungsverfahren.....	32
2.2.2. Der Zahlungsplan.....	32
2.2.3. Das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung .....	33
2.3. Der Ausgleich.....	35
2.4. Die Zuständigkeit im Insolvenzverfahren.....	35
<b>3. Auswirkungen der Konkurseröffnung auf den Unterhaltsanspruch .....</b>	<b>36</b>
3.1. Die bisherige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes.....	36
3.1.1. Die Rechtsprechung der Jahre 1990 bis 2000.....	36
3.1.2. Der Beginn des Judikaturwandels zum Thema Unterhaltsbemessung im Konkurs - die OGH-Entscheidung 1 Ob 191/01x.....	41
3.2. Die Unterhaltsbemessung im Konkurs – die derzeitige Rechtsprechung.....	44

3.2.1. Allgemeines.....	44
3.2.2. Beim unselbstständig erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen.....	45
3.2.2.1. Allgemeines .....	45
3.2.2.2. Die Pflicht zur bescheidenen Lebensführung.....	46
3.2.2.3. Die neue Berechnung des Unterhalts - Die Differenzmethode.....	46
3.2.2.4. Der Anwendungsbereich der Differenzmethode.....	48
3.2.2.5. Die Vorgehensweise bei der Differenzmethode .....	50
3.2.2.6. Die Belastungsgrenze des Unterhaltspflichtigen während des Konkurses.....	55
3.2.2.7. Die Anspannung des Unterhaltspflichtigen während des Konkurses.....	56
3.2.3. Beim selbstständig erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen.....	57
3.2.3.1. Allgemeines .....	57
3.2.3.2. Bindung der Arbeitskraft im Unternehmen .....	57
3.2.3.3. Schließung des Unternehmens im Konkurs .....	58
3.2.3.4. Der Anspannungsgrundsatz im Konkurs des selbstständig erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen.....	59
3.2.4. Exkurs: Im Unterhaltsvorschussverfahren.....	60
3.2.4.1. Allgemeines .....	60
3.2.4.2. Das Vorliegen von begründeten Bedenken.....	60
3.2.4.3. Der Unterhaltsvorschuss bei Konkurseröffnung in der Schweiz.....	61
3.3. Die Kritik an der neuen Judikaturlinie .....	61
3.3.1. Allgemeines.....	61

3.3.2. Probleme bei der Berechnung der Differenz nach der Differenzmethode .....	62
3.3.3. Kritik an der erweiterten Differenzmethode .....	63
3.3.4. Kritik an der modifizierten Differenzmethode .....	63
3.3.5. Die Differenzmethode – Ein Missverständnis .....	63
3.3.6. Die Ungleichbehandlung von Fällen fehlender Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners.....	64
3.3.7. Fälschliche Vorsicht bei der Schaffung nicht exequierbarer Unterhaltstitel .....	65
3.3.8. Doppelte Begünstigung für Unterhaltspflichtige durch Konkureröffnung.....	65
3.3.9. Absurde Ergebnisse nach Anwendung der Differenzmethode .....	66
3.3.10. Die Differenzmethode und das Problem des ewigen Konkurses.....	66
3.3.11. Anwendung der Grundsätze aus einem Unterhaltsvorschussverfahren auf ein Unterhaltsbemessungsverfahren .....	67
3.4. Lösungsvorschläge der Literatur zur Verbesserung der Situation von Unterhaltsberechtigten im Konkurs des Unterhaltspflichtigen .....	67
3.4.1. Änderung des Anwendungsbereiches der Differenzmethode.....	67
3.4.2. Unterscheidung zwischen Leistungsfähigkeit und Verfügbarkeit.....	68
3.4.3. Verschärfte Konkursantragspflicht .....	68
3.4.4. Kürzung des Unterhalts nur als Ausnahme.....	68
3.4.5. Rückständiger Unterhalt als ausgeschlossene Forderung.....	69
3.4.6. Rückkehr zur „alten“ Rechtsprechung.....	69
<b>4. Der Unterhalt nach Beendigung des Insolvenzverfahrens.....</b>	<b>70</b>

4.1. Die bisherige Rechtsprechung.....	70
4.1.1. Die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung .....	70
4.1.2. Der Beginn des Judikaturwandels.....	72
4.2. Die Rechtsprechung zur Rechtslage nach Beendigung des Insolvenz- verfahrens .....	73
4.2.1. Allgemeines.....	73
4.2.2. Die Auswirkungen des Zahlungsplans auf die Unterhaltsbemessungs- grundlage .....	74
4.2.3. Die Auswirkungen des Zwangsausgleiches auf die Unterhalts- bemessungsgrundlage .....	79
4.2.4. Die Auswirkungen der Abschöpfungsbeträge auf die Unterhalts- bemessungsgrundlage .....	80
4.2.5. Die Auswirkung eines (außer-)gerichtlichen Ausgleichs .....	83
4.3. Die Kritik an der neuen Rechtsprechung .....	83
4.4. Die Lösungsvorschläge der Literatur .....	87
<b>C. VERFAHRENSRECHTLICHER TEIL .....</b>	<b>88</b>
<b>5. Auswirkung der Konkurseröffnung auf außerstreitige Unterhalts- verfahren im Hinblick auf § 8a KO .....</b>	<b>88</b>
5.1. Unterhaltsanspruch bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung.....	88
5.1.1. Vorbemerkung zu § 8a KO.....	88
5.1.2. Die geltende Rechtslage .....	89
5.1.3. Geltendmachung der Unterhaltskonkursforderung .....	92
5.2. Unterhaltsanspruch nach dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung .....	93
<b>6. Lohnpfändung bei Konkurs des Unterhaltspflichtigen .....</b>	<b>94</b>



6.1. Die Exekution in konkursfreies Vermögen zugunsten einer Unterhaltskonkursforderung .....	94
6.1.1. Allgemeines .....	94
6.1.2. Die Entwicklung der diesbezüglichen Rechtsprechung .....	95
6.1.3. Die Doppelverfolgung der Unterhaltskonkursforderungen und die Meinung der Lehre .....	96
6.2. Auswirkungen der Zulässigkeit einer Exekutionsführung in konkursfreies Vermögen zugunsten einer Unterhaltskonkursforderung während des Konkurses auf die Bemessung des unpfändbaren Freibetrages .....	98
6.2.1. Die Legitimation zur Antragstellung auf Herabsetzung des unpfändbaren Freibetrages nach § 292b EO für Unterhaltskonkursgläubiger .....	98
6.2.2. Die Legitimation zur Antragstellung auf Herabsetzung des unpfändbaren Freibetrages nach § 292b EO für Gläubiger laufender Unterhaltsansprüche .....	98
6.3. Auswirkungen der Konkurseröffnung auf eine anhängige Gehaltsexekution .....	98
6.3.1. Vorbemerkung .....	98
6.3.2. Bei laufenden Unterhaltsansprüchen .....	99
6.3.3. Bei rückständigen Unterhaltsansprüchen (Unterhaltskonkursforderungen) .....	99
<b>D. SCHLUSSWORT .....</b>	<b>100</b>
<b>ANHANG .....</b>	<b>102</b>
<b>Die Berechnungswerte für die Differenzmethode (2009) .....</b>	<b>102</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>107</b>
<b>JUDIKATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>110</b>

## **ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung
AußStrG	Außerstreitgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EF (EFSlg)	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EheG	Ehegesetz
EO	Exekutionsordnung
ExMin	Existenzminimum
ExMinVO	Existenzminimumverordnung
f	folgende(r)
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GIN	Gerichtsgebühren- und Insolvenzrechtsnovelle
GS	Gemeinschuldner
hM	herrschende Meinung
hRsp	herrschende Rechtsprechung
idZ	in diesem Zusammenhang
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht

InsR	Insolvenzrecht
iSd	im Sinn(e) des
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristenblätter
JN	Jurisdiktionsnorm
KO	Konkursordnung
krit	kritisch
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilsachen
mE	meines Erachtens
MietSlg	Entscheidungssammlung „Mietrechtliche Entscheidungen“
MV	Masseverwalter
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖA	Der österreichische Amtsvormund
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖJZ EvBl	Österreichische Juristenzeitung: Evidenzblatt der Entscheidungen und des Schrifttums
ÖJZ-LSK	Österreichische Juristenzeitung-Leitsatzkartei
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft aktuell
RpflG	Rechtspflegergesetz
RPflSlg	Rechtspflegersammlung (Sammelmappe für die Rechtspfleger-Besprechungen)
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
RZ	Richterzeitung
S	Satz
sog	sogenannte(r)
stRsp	ständige Rechtsprechung

SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	unter anderen
uU	unter Umständen
UVG	Unterhaltsvorschussgesetz
VaStr	Verfahren außer Streitsachen („Außerstreitverfahren“)
vgl	vergleiche
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (Zeitschrift)
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRInfo	Zivilrechtsinfo
zT	zum Teil

## **A. Einleitung**

Kinder sind besonders schutzbedürftig. Darum werden sie von der Rechtsordnung auch unter besonderen Schutz der Gesetze gestellt. Das Unterhaltsrecht stellt einen wichtigen Aspekt dieses rechtlichen Schutzes dar. Der Unterhaltsanspruch des Kindes - vor allem gegenüber seinen Eltern - ist unerlässlich zur Deckung seiner menschlichen Bedürfnisse. Dort, wo nicht Naturalunterhalt geschuldet wird,<sup>1</sup> sondern Geldunterhalt, ist aber nicht nur das generelle Bestehen eines Anspruches auf Unterhalt von Bedeutung, sondern auch dessen Höhe. Diese bestimmt sich nach dem tatsächlichen Einkommen des Unterhaltspflichtigen.

Angesichts der jährlich steigenden Anzahl von Insolvenzverfahren in Österreich, insbesondere der „Privatkonkurse“,<sup>2</sup> scheint es angebracht die Stellung des Kindesunterhalts im Insolvenzverfahren des Unterhaltspflichtigen näher zu betrachten.

Um dem Leser das Verstehen der Zusammenhänge der einzelnen Kapitel zu erleichtern, sei hier der „rote Faden“ dieser Arbeit erklärt. Die Arbeit ist in zwei Teile gegliedert: in einen materiell-rechtlichen und einen verfahrensrechtlichen Teil. Im Erstgenannten sollen zu Beginn (Kapitel 1 und 2) die Grundsätze des Unterhaltsrechts und des Insolvenzrechts dargestellt werden. Diese sind nötig, um sich in der darauf folgenden Spezial-Materie „Unterhaltsanspruch bei Insolvenz des Unterhaltspflichtigen“ zurecht zu finden. Im dritten Kapitel werden dann konkret die Auswirkungen der Konkursöffnung auf den Unterhaltsanspruch behandelt, wobei nicht nur die geltende Rechtslage bzw die derzeit herrschende Rsp erörtert wird, sondern auch die bisherige (ältere) Rsp. Die Kritik an der Rsp des OGH und die Verbesserungsvorschläge der Literatur sind dann am Ende des 3. Kapitels zu finden. Die Erörterung der Unterhaltsbemessung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens

---

<sup>1</sup> Dies bei getrennter Haushaltsführung von Kind und Unterhaltspflichtigem und bei Unterhaltsverletzung.

<sup>2</sup> KSV-Insolvenzstatistik: Mit 8.480 eröffneten Insolvenzverfahren ist die Anzahl der Privatkonkurse im Jahr 2008 im Vergleich zum Jahr 2007 um 15,3% gestiegen. 2007 betrug die Zuwachsrate im Vergleich zu 2006 16,5%; 2005 bis 2006 18% und 2004 bis 2005 15,9%. Die Tendenz geht also definitiv in Richtung Anstieg der Privatinsolvenzen. Auch im 1. Quartal des Jahres 2009 kann wieder - im Vergleich zum Vorjahr 2008 - ein Zuwachs von 5,6% an Privatkonkursen verzeichnet werden. Im Gegensatz dazu scheint die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen 2008 stabil zu sein (+ 0,3%, verglichen mit 2007). Näheres siehe bei <http://www.ksv.at/KSV/1870/de/5presse/3statistiken/1insolvenzen/index.html> (20.05.2009).

findet sich samt Kritik und Lösungsvorschlägen der Literatur in Kapitel 4. Der verfahrensrechtliche Teil handelt von der Auswirkung der Konkurseröffnung auf außerstreitige Unterhaltsverfahren (Kapitel 5) und von der Thematik der Lohnpfändung bei Konkurs des Unterhaltspflichtigen (Kapitel 6).

Abschließend sei, um die Werte in den Berechnungsbeispielen nachempfinden zu können, auf die im Anhang befindliche Tabelle mit den Berechnungswerten (2009) für die Differenzmethode hingewiesen.

## **B. Materiell-rechtlicher Teil**

### **1. Kurze Einführung in das Unterhaltsrecht**

#### 1.1. Allgemeine Grundsätze

Gemäß § 140 Abs 1 ABGB haben die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen. Mit dem Unterhalt soll der gesamte Lebensbedarf des Kindes und dessen menschliche Bedürfnisse gedeckt werden.<sup>3</sup>

Die Unterhaltspflicht beginnt mit Geburt des Kindes bzw mit dem Zeitpunkt des Adoptionsvertragsabschlusses und endet mit dem Tod des Kindes. Wird das Kind selbsterhaltungsfähig, so entfällt sein Unterhaltsanspruch.<sup>4</sup>

Die Regelung des § 140 ABGB gilt für alle Kinder gleich, egal ob sie ehelich, unehelich, minderjährig oder volljährig sind.<sup>5</sup>

Unterhaltsberechtigter (nicht selbsterhaltungsfähiger) Kinder haben Anspruch auf angemessenen Unterhalt gegen deren Eltern, die „nach ihren Kräften“, dh „*anteilig*“ je nach ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, gemeinsam verpflichtet sind diesen zu decken.<sup>6</sup> Doch auch die Bedürfnisse des Kindes dürfen nicht unberücksichtigt bleiben: so ist auf seine „*Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten*“ bei der Bestimmung des Unterhalts Bedacht zu nehmen. Im Großen und Ganzen soll das Kind den Lebensstandard der Eltern teilen.<sup>7</sup>

Nach § 140 Abs 2 ABGB stellt die Betreuung des Kindes durch den haushaltsführenden Elternteil einen vollen Unterhaltsbeitrag an das Kind dar. Nur

---

<sup>3</sup> *Schwimmann/Kolmasch, Unterhaltsrecht*<sup>4</sup> (2009) 4, *Neuhauser in Schwimmann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>3</sup> (2005) § 140 Rz 2 und *Gitschthaler, Unterhaltsrecht*<sup>2</sup> (2008) Rz 1.

<sup>4</sup> *Schwimmann/Kolmasch, Unterhaltsrecht*<sup>4</sup>, 76 und *Gitschthaler, Unterhaltsrecht*<sup>2</sup> Rz 13 ff.

<sup>5</sup> *Feil/Marent, Familienrecht* (2007) § 140 Rz 1, *Neuhauser in Schwimmann, ABGB* I<sup>3</sup> § 140 Rz 9 und *Schwimmann/Kolmasch, Unterhaltsrecht*<sup>4</sup>, 75.

<sup>6</sup> *Neuhauser in Schwimmann, ABGB* I<sup>3</sup> § 140 Rz 10 f, *Feil/Marent, Familienrecht* § 140 Rz 1 und *Schwimmann/Kolmasch, Unterhaltsrecht*<sup>4</sup>, 75.

<sup>7</sup> *Hinteregger, Familienrecht*<sup>3</sup> (2004) 158 und *Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*<sup>13</sup> (2006) 533 f.

ausnahmsweise<sup>8</sup> muss der Haushaltsführende Geldunterhalt leisten.<sup>9</sup>

Grundsätzlich ist der Unterhalt bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft von Unterhaltsberechtigtem und Unterhaltspflichtigem in natura<sup>10</sup> zu leisten. Bei Unterhaltsverletzung<sup>11</sup>, drohender Unterhaltsverletzung oder bei getrennten Haushalten wandelt sich der Anspruch auf Naturalunterhalt in einen Geldunterhaltsanspruch.<sup>12</sup>

Gemäß § 1418 ABGB wird der Geldunterhalt jeweils am Monatsersten im Vorhinein fällig, wenn keine andere Vereinbarung getroffen wurde.<sup>13</sup>

Unterhaltsansprüche können rückwirkend geltend gemacht oder auch rückwirkend erhöht oder herabgesetzt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die fälligen Unterhaltsbeiträge noch nicht gem § 1480 ABGB verjährt sind. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre, zurückgerechnet vom Tag der Antragstellung.<sup>14</sup> Wurde der Unterhalt aber gerichtlich festgesetzt, so unterliegen die fälligen Beiträge als Judikatschuld der 30-jährigen, die geltend zu machenden titulierten laufenden Beiträge aber der 3-jährigen Verjährungsfrist.<sup>15</sup>

## 1.2. Bemessungsgrundlage

### **1.2.1. Allgemeines**

Als Bemessungsgrundlage für den Unterhalt wird das tatsächliche Nettoeinkommen bzw die „*Summe aller*“ dem Unterhaltspflichtigen „*tatsächlich zufließenden Mittel*“, welche Einkünfte auch immer, herangezogen. Ausschlaggebend ist die freie

---

<sup>8</sup> Dies, wenn der andere Elternteil ausfällt oder den Geldunterhalt nicht allein zu leisten imstande ist.

<sup>9</sup> Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 10, Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 75 und Hinteregger, Familienrecht<sup>3</sup>, 159 f.

<sup>10</sup> Das ist die unmittelbare Befriedigung menschlicher Bedürfnisse durch Sach- oder Dienstleistungen.

<sup>11</sup> Siehe zur Unterhaltsverletzung Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 31 ff und Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 133 f.

<sup>12</sup> Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>, 536, Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 107 ff, Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 131 f und Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 29 ff.

<sup>13</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 67.

<sup>14</sup> Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 62 ff, Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 12 f und Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>, 538.

<sup>15</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 67 und Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 69a.



Verfügbarkeit des Unterhaltspflichtigen über diese Mittel.<sup>16</sup> Nettoeinkommen ist das Gesamteinkommen abzüglich öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten.<sup>17</sup> An dieser Stelle sei darauf hinzuweisen, dass die genaue und schwierige Ermittlung der korrekten Bemessungsgrundlage – wegen Irrelevanz für diese Arbeit - hier nicht dargestellt wird, es sei deshalb auf die diese Thematik ausführlich behandelnde Literatur<sup>18</sup> verwiesen.

### **1.2.2. Minderung der Bemessungsgrundlage durch Schulden bzw Kredite des Unterhaltspflichtigen**

Im Rahmen dieser Arbeit relevant erscheint jedoch die Frage, ob Kredite und Schulden des Unterhaltspflichtigen geeignet sind die Unterhaltsbemessungsgrundlage zu mindern. Im Allgemeinen gibt es nur wenige berücksichtigungswürdige Ausgaben des Unterhaltspflichtigen, die von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden können. Dies sind zB lebens- und existenznotwendige bzw existenzsichernde Ausgaben, notwendige berufsbedingte Ausgaben und solche im Zusammenhang mit krankheits- oder behinderungsbedingten Mehraufwendungen, sofern diese nicht durch Sozialleistungen gedeckt werden.<sup>19</sup> Bezüglich Schulden und Krediten ist festzustellen, dass diese noch seltener abzugsfähig sind, da es ihnen meistens an der Berücksichtigungswürdigkeit fehlt. Somit sind „*Kreditrückzahlungsraten grundsätzlich nicht abzugsfähig*“, bilden daher grundsätzlich keine Abzugspost. Jedenfalls ist die Abzugsfähigkeit bei „*leichtfertig und ohne verständlichen Grund oder zu luxuriösen Zwecken*“ eingegangenen Schulden zu verneinen. Ausnahmsweise sind Schulden nach einer Interessensabwägung, bei der auf einzelne Umstände der Schulden/des Kredites geachtet wird, nach billigem Ermessen zu berücksichtigen. Ansonsten mindern „*nur Kredite zur Bestreitung unabwendbarer außergewöhnlicher Belastungen*“ und Kredite „*zur Deckung lebens- und existenznotwendiger Aufwendungen*“ die Bemessungsgrundlage, wohingegen

---

<sup>16</sup> Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 81.

<sup>17</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 5.

<sup>18</sup> Siehe dazu Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 81 ff, Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 5 ff und Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 51 ff.

<sup>19</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 29 f.

„*exekutiv betriebene Schulden*“ diese Wirkung nicht entfalten können.<sup>20</sup>

### **1.2.3. Der Anspannungsgrundsatz**

Dem Unterhaltspflichtigen obliegt es, seine „*Kräfte anzuspannen*“ und alle ihm zumutbaren und möglichen (finanziellen wie persönlichen) Mittel zu ergreifen, um seiner Leistungsfähigkeit entsprechend, Unterhalt gewähren zu können. Unterlässt es der Unterhaltspflichtige schuldhaft deutlich höhere, zumutbare Einkünfte zu erzielen oder überhaupt einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, so wird er auf das ihm mögliche und zumutbare fiktive Einkommen angespannt (Anspannungsgrundsatz; § 140 Abs 1 ABGB).<sup>21</sup> Voraussetzung für eine Anspannung auf ein den realen Erwerbsmöglichkeiten entsprechendes Einkommen ist, dass den Unterhaltsschuldner ein Verschulden an der mangelnden Ausnutzung seiner Kräfte trifft. Dies ist vor allem bei Gründen, wie Krankheit, Alter, Schwangerschaft und Haft, zu verneinen.<sup>22</sup> Festzuhalten ist, dass die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes im jeweiligen Einzelfall genau geprüft werden muss und von dessen besonderen Verhältnissen abhängig ist.<sup>23</sup> Zum Anspannungsgrundsatz, siehe die einschlägige Literatur.<sup>24</sup>

## 1.3. Unterhaltshöhe

### **1.3.1. Allgemeines**

Bei der Bestimmung der Unterhaltshöhe sind die individuellen Bedürfnisse des Kindes und die Lebensverhältnisse bzw die Leistungsfähigkeit der Eltern zu berücksichtigen.<sup>25</sup> Jedoch gibt es kein explizites Berechnungssystem für die Unterhaltsbemessung, das im Gesetz verankert ist. Es ist auch unmöglich, dass der OGH fixe Tabellen vorgibt, die auf jeden Unterhaltsberechnungsfall anzuwenden

---

<sup>20</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 208 ff.

<sup>21</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 136, *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 52 f und *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 64 ff.

<sup>22</sup> *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 53.

<sup>23</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 137.

<sup>24</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 136 ff, *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 52 ff und *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 64 ff.

<sup>25</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 237, *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 13 und *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 86.

sind.<sup>26</sup> Vielmehr muss die Höhe des Unterhalts für den jeweiligen Einzelfall festgelegt werden, wobei der OGH die Umstände, auf die es bei der Berechnung ankommt, aufzählen kann.<sup>27</sup>

### 1.3.2. Der Regelbedarf

Als „Hilfsmittel“ bzw erster Anhaltspunkt für die Unterhaltsbemessung ist der Regelbedarf anzusehen. Der Regelbedarf gibt den Bedarf an, den ein in Österreich lebendes Kind in einer jeweiligen Altersstufe neben der Betreuungsleistung durch den haushaltsführenden Elternteil hat.<sup>28</sup> In der Praxis wird die jährlich vom LGZ Wien mit dem Verbraucherpreisindex aufgewertete Kinderkostenanalyse<sup>29</sup> der Statistik Österreich als Regelbedarf veröffentlicht und gilt jeweils in einem Zeitraum von 1. Juli bis 30. Juni des folgenden Jahres.<sup>30</sup>

Aktuelle Regelbedarfsätze pro Monat <sup>31</sup>					
	2004/05	2005/06	2006/07	2007/08	2008/09
0 – 3 Jahre	€ 160,--	€ 164,--	€ 167,--	€ 170,--	€ 176,--
3 – 6 Jahre	€ 204,--	€ 209,--	€ 213,--	€ 217,--	€ 225,--
6 – 10 Jahre	€ 264,--	€ 270,--	€ 275,--	€ 280,--	€ 290,--
10 – 15 Jahre	€ 302,--	€ 309,--	€ 315,--	€ 321,--	€ 333,--
15 – 19 Jahre	€ 355,--	€ 363,--	€ 370,--	€ 377,--	€ 391,--
19 – 28 Jahre	€ 447,--	€ 457,--	€ 465,--	€ 474,--	€ 491,--

Zu beachten ist aber, dass der Regelbedarf mangels Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit der Eltern nur als Vergleichs- und Kontrollgröße dienen kann. Er

<sup>26</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 237.

<sup>27</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 86 und *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 237.

<sup>28</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 258 f, *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 86 f und *Hinteregger*, Familienrecht 162.

<sup>29</sup> Statistik über die Haushaltsausgaben für Kinder. Erstmals 1970 vom Statistischen Zentralamt veröffentlicht.

<sup>30</sup> *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 13 und *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 87.

<sup>31</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 87.

bietet dem Rechtsanwender eine erste Hilfestellung zur Orientierung bei der Bemessung der Unterhaltshöhe im Durchschnittsfall.<sup>32</sup>

### **1.3.3. Der Sonderbedarf**

In Ausnahmefällen kann der Unterhaltspflichtige zur Deckung eines Sonderbedarfs des Kindes verpflichtet sein. Sonderbedarf (Individualbedarf) ist der „*Bedarf, der dem Unterhaltsberechtigten infolge Berücksichtigung der bei der Ermittlung des Regelbedarfs bewusst außer Acht gelassenen Umstände erwächst*“. Die Voraussetzungen für die Zuerkennung des ausnahmsweisen Sonderbedarfs sind die Entstehung durch gerechtfertigte Gründe, die Außergewöhnlichkeit, Individualität und Dringlichkeit der Mehrkosten und der Deckungsmangel, dh, dass die Kosten nicht aus dem (Regel-)Unterhalt zu bestreiten oder durch Leistungen der Sozialversicherungsträger abzudecken sein dürfen.<sup>33</sup>

### **1.3.4. Die Prozentwertmethode**

Eine „*brauchbare Handhabe*“ zur Unterhaltsbemessung stellt im Gegensatz zum Regelbedarf die Prozentwertmethode dar. Der Unterhalt wird hiernach nach Prozentsätzen von der Unterhaltsbemessungsgrundlage berechnet. Dadurch kann – anders als beim starren Regelbedarf – auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen Bedacht genommen werden und es sichert dem Unterhaltsberechtigten die Teilhabe an den Lebensverhältnissen seiner Eltern.<sup>34</sup> Wenngleich diese Methode Verteilungsgerechtigkeit, Verfahrensökonomie und Rechtssicherheit schafft, so ist sie doch „*kein allgemeinverbindliches Berechnungssystem*“, vielmehr ist sie eine „*Orientierungshilfe für Durchschnittsfälle*“.<sup>35</sup> Daher bedarf sie in atypischen Fällen Anpassungen, die gerechtfertigt werden müssen: So gibt es bei sehr hohem Einkommen des Unterhaltspflichtigen den Unterhaltsstopp („*Luxusgrenze*“, „*Playboy-Grenze*“), der im

---

<sup>32</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 258, *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 13 und *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 87.

<sup>33</sup> *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 32 ff und *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 271 ff.

<sup>34</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 238.

<sup>35</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 88 und *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 40 f.

Bereich des 2 bis 2,5-fachen des Regelbedarfs liegt.<sup>36</sup> Bei sehr niedrigem Einkommen ist auf die genaue Anwendung der Prozentmethode auch zu verzichten, da ansonsten der Unterhaltspflichtige übermäßig belastet und seine Existenz gefährdet wäre.<sup>37</sup>

Die stRsp hat pauschalisierte Prozentsätze für bestimmte Altersgruppen angewandt und bestimmte, dass bei mehreren Unterhaltspflichten eines Unterhaltsschuldners diese nicht durch Abzüge der Unterhaltsbeträge von der Bemessungsgrundlage zu berücksichtigten sind, sondern durch Verringern der altersspezifischen Prozentsätze um ein Prozent bei einem weiteren Kind unter 10 Jahren, um zwei Prozent bei einem weiteren Kind über 10 Jahren und bei einem unterhaltsberechtigten (geschiedenen) Ehegatten um null bis drei Prozent.<sup>38</sup>

Prozentsätze zur Anwendung der Prozentmethode			
Anteil der Bemessungsgrundlage		Abzug für weitere Sorgepflichten	
Alter des Kindes	Prozentsatz	Unterhaltspflicht für	Abzug von (je)
Unter 6 Jahren	16 %	Kind unter 10 Jahren	1 %
6 – 10 Jahre	18 %	Kind über 10 Jahren	2%
10 – 15 Jahre	20 %	(geschiedenen) Ehegatten	0 – 3 %
Über 15 Jahre	22 %		

### 1.3.5. Die Belastungsgrenze des Unterhaltspflichtigen

Wichtig erscheint im Zusammenhang mit der Prozentwertmethode, wie weit der Unterhaltspflichtige durch Unterhaltszahlungen belastet werden darf. Dies ist die Frage der (absoluten) Belastungsgrenze.

Vorauszuschicken ist, dass von einem „pflichtbewussten Vater“ auszugehen ist, der seine Kinder „an seinen – wenngleich kärglichen – Einkommensverhältnissen

<sup>36</sup> Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 241 und 254.

<sup>37</sup> Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 43.

<sup>38</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 99, Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 248 f und Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 44 f.

teilhaben“ lässt.<sup>39</sup>

Als Belastungsgrenze ist zunächst das Unterhaltsexistenzminimum nach § 291b EO anerkannt, wobei dies aber nicht die absolute Belastungsgrenze darstellt. Die Freibeträge nach § 291b EO und nach der ExMinVO können jeweils nach den Umständen des Einzelfalles noch unterschritten werden.<sup>40</sup> Doch darf die Belastung nicht so weit reichen, dass die „wirtschaftliche Existenz“ des Unterhaltspflichtigen „gefährdet“ ist.<sup>41</sup>

Gemäß § 292b Z 1 EO hat das Exekutionsgericht auf Antrag den für Forderungen nach § 291b Abs 1 EO (für Unterhaltsforderungen) geltenden unpfändbaren Freibetrag angemessen herabzusetzen, wenn laufende gesetzliche Unterhaltsforderungen durch die Exekution nicht zur Gänze hereingebracht werden können.<sup>42</sup> Der Betrag nach § 291b EO kann also noch aus gerechtfertigten Gründen unterschritten werden, zB wenn der Unterhaltspflichtige mit einem über Einkommen verfügendem Partner in Haushaltsgemeinschaft lebt und sich daher die Wohnkosten teilen oder sogar ersparen kann. Auch eine Erhöhung kommt bei krankheits- oder behinderungsbedingten Mehrkosten des Unterhaltsschuldners in Frage.<sup>43</sup>

<b>Richtwerte für die Belastungsgrenze: Unterhaltsexistenzminimum ohne Steigerungsbetrag<sup>44</sup></b>			
<b>(pro Monat, 12 mal jährlich)</b>			
	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>
<b>Allgemein</b>	€ 635	€ 653	€ 676
<b>Haushaltsgemeinschaft</b>	€ 477	€ 490	€ 507

Bei der Unterschreitung des Freibetrages nach § 291b Abs 1EO ist jedoch darauf zu

<sup>39</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 263.

<sup>40</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 268, *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 65, *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 47 und *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 27.

<sup>41</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 268.

<sup>42</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 269.

<sup>43</sup> *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 65 f und *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 270 f.

<sup>44</sup> *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 65 und Zak 2008/752, 432.

achten, dass „dem Unterhaltspflichtigen ein Betrag zu verbleiben hat, der zur Erhaltung seiner Körperkräfte und seiner geistigen Persönlichkeit notwendig ist, wobei“ für die Gerichte „ein Ermessensspielraum besteht“. Hier stößt der Rechtsanwender also auf die absolute Belastungsgrenze (§ 292b EO) des Unterhaltspflichtigen.<sup>45</sup>

Übersteigt die Summe der Unterhaltsbeträge den für Unterhaltsforderungen zur Verfügung stehenden Einkommensteil (Belastungsgrenze) und scheint die Deckung der lebensnotwendigen Bedürfnisse des Unterhaltsschuldners nicht mehr gesichert, so sind die „Unterhaltsansprüche sämtlicher Berechtigter anteilig zu kürzen“ (Gleichbehandlungsgrundsatz).<sup>46</sup>

## 1.4. Unterhaltsverfahren

### **1.4.1. Zuständigkeit**

Gemäß § 114 JN sind alle gesetzlichen Unterhaltsansprüche zwischen Verwandten in gerader Linie im Außerstreitverfahren geltend zu machen, gleichgültig ob es sich um die Festsetzung, Herabsetzung/Erhöhung oder das Erlöschen der Unterhaltspflicht handelt.<sup>47</sup> Das sachlich und örtlich zuständige Gericht ist bei volljährigen Unterhaltsberechtigten entweder das Bezirksgericht, in dessen Sprengel der Unterhaltsberechtigte seinen allgemeinen Gerichtsstand für Streitsachen hat, mangels eines solchen im Inland, dort, wo der Unterhaltsschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand für Streitsachen hat oder bei minderjährigen Kinder das PflEGsgericht (§ 114 Abs 1 iVm § 109 JN). Die funktionelle Zuständigkeit liegt gem § 19 Abs 1 RpflG beim Rechtspfleger.<sup>48</sup>

### **1.4.2. Die Vertretung des Kindes**

Da es dem minderjährigen Kind im Unterhaltsverfahren an der Verfahrensfähigkeit

---

<sup>45</sup> Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 269, Feil/Marent, Familienrecht § 140 Rz 31, Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 66 und Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 47.

<sup>46</sup> Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 265a, Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 66 und Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 48.

<sup>47</sup> Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 428, Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 143, Feil/Marent, Familienrecht § 140 Rz 51 und Mayr/Fucik, Das neue Verfahren außer Streitsachen<sup>3</sup> (2006) Rz 434 f.

<sup>48</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 143, Feil/Marent, Familienrecht § 140 Rz 51 und Mayr/Fucik, VaStr<sup>3</sup> Rz 434 f und 449 f.

mangelt (e contrario § 104 AußStrG), bedarf es der Vertretung. Diese Aufgabe übernimmt grundsätzlich der Elternteil, der für die Obsorge des Kindes zuständig ist oder (bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft mit dem in Anspruch genommenen Unterhaltsschuldner) der zum Unterhaltssachwalter bestellte Elternteil oder ansonsten ein Kollisionskurator<sup>49, 50</sup>.

### **1.4.3. Die Verfahrensgrundsätze**

Das Unterhaltsverfahren kann gem § 8 AußStrG nur durch Antrag eingeleitet werden (Antragsprinzip).<sup>51</sup> Zu den weiteren Verfahrensgrundsätzen - Anwaltpflicht, Verfahrenshilfe, Untersuchungsgrundsatz, Beweislast, Auskunftspflichten, Kostenersatz und Rechtsmittel - siehe die einschlägige Literatur.<sup>52</sup>

## **2. Kurze Einführung in das Insolvenzrecht**

### 2.1. Der (Unternehmer-)Konkurs

#### **2.1.1. Allgemeines**

Sind die Voraussetzungen<sup>53</sup> für die Konkurseröffnung gegeben, so hat sie der Schuldner gem § 69 Abs 2 KO ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beantragen.

Der Masseverwalter (MV) ist der „*Hauptakteur des Konkursverfahrens*“. Er wird vom zuständigen Konkursgericht ausgewählt und bestellt (§ 80 KO). Er ist zur Interessenwahrung aller am Verfahren Beteiligten (Gläubiger, Gemeinschuldner) verpflichtet. Seine Aufgaben sind ua die Verwaltung der Konkursmasse, die Entscheidung über das Fortbestehen oder die Schließung des Unternehmens des

---

<sup>49</sup> Dieser wäre nötig, wenn „*beide Elternteile gegeneinander namens ihres Kindes einschreiten*“.

<sup>50</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 432 ff, *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 147, *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 52.

<sup>51</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 447, *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 143 und *Mayr/Fucik*, VaStr<sup>3</sup> Rz 436.

<sup>52</sup> Siehe *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 447a ff, *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 144 ff und *Mayr/Fucik*, VaStr<sup>3</sup> Rz 105 ff, 436 ff und 451 f.

<sup>53</sup> Bei natürlichen Personen ist dies die **Zahlungsunfähigkeit** gem § 66 KO und bei eingetragenen Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, bei juristischen Personen und bei Verlassenschaften die Zahlungsunfähigkeit gem § 66 KO und die **Überschuldung** gem § 67 KO.



Gemeinschuldners (GS) und die Vertretung der Konkursmasse (vgl §§ 81 f KO).<sup>54</sup>

### **2.1.2. Die Konkursmasse**

Nach § 1 Abs 1 KO wird durch die Eröffnung des Konkurses das gesamte der Exekution unterworfenen Vermögen, das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Konkurses erlangt hat (Konkursmasse), dessen freier Verfügung entzogen. An die Stelle der Verfügungs- und Verwaltungsmacht des Gemeinschuldners tritt die des Masseverwalters.<sup>55</sup> Zur Konkursmasse gehört nur das exekutionsunterworfenen Vermögen des GS. Vermögen, das der Exekution entzogen ist, stellt keinen Teil der Konkursmasse dar.<sup>56</sup> Daher bleibt dem GS die Verfügungsfähigkeit über das Existenzminimum erhalten, da gem § 290a EO die darin aufgezählten Forderungen (zB Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis) nur beschränkt pfändbar sind, und zwar nur insoweit (exekutionsfähig) als die Beträge der Forderungen das Existenzminimum übersteigen (§§ 290a iVm 291a f EO).<sup>57</sup>

Vermögensbestandteile, die nicht in die Konkursmasse fallen, bilden das konkursfreie Vermögen. Hierauf hat die Konkursöffnung keinen Einfluss, weshalb der GS auch während des Konkurses voll Verfügungsfähig bleibt. Konkursfrei sind zum Beispiel: exekutionsfreies Vermögen, aus der Konkursmasse ausgeschiedenes Vermögen (vgl § 119 Abs 5 KO), der vom MV überlassene Unterhalt für eine bescheidene Lebensführung (§ 5 KO) und die Ansprüche aus Aktivprozessen, in die der MV nicht eingetreten ist (§ 8 KO).<sup>58</sup>

### **2.1.3. Die Wirkungen der Konkursöffnung**

Nach § 2 KO treten die Konkurswirkungen mit Beginn des Tages ein, der der öffentlichen Bekanntmachung des Inhalts des Konkursedikts folgt.

Die Wirkungen der Konkursöffnung sind:

---

<sup>54</sup> *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht<sup>2</sup> (2004) Rz 105 ff.

<sup>55</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, Österreichisches Insolvenzzrecht I<sup>4</sup> (2000) § 1 Rz 41 und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht<sup>2</sup> Rz 156.

<sup>56</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 1 Rz 87.

<sup>57</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 1 Rz 100.

<sup>58</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 1 Rz 119 ff und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht<sup>2</sup> Rz 166.

- Bildung der Konkursmasse (§ 1 Abs 1 KO)
- Konkursbeschlagnahme: die Konkursgläubiger nehmen an der Verteilung der Konkursmasse teil; Verstrickung<sup>59</sup>
- Konkursordnungsrechtliche Verwahrung und Verwaltung der Konkursmasse
- Befriedigung der Konkursgläubiger aus der Konkursmasse
- Ausgleichssperre: Die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens ist nicht mehr zulässig.<sup>60</sup>
- Rechtshandlungen des GS, welche die Konkursmasse betreffen, sind nach der Konkurseröffnung den Konkursgläubigern gegenüber (ex lege) unwirksam (§ 3 Abs 1 KO).<sup>61</sup>
- Zu den verfahrensrechtlichen Wirkungen der Konkurseröffnung, siehe Kapitel 5.1.1.

#### **2.1.4. Der Unterhalt des Gemeinschuldners**

Gemäß § 5 Abs 1 S 1 KO *hat der Gemeinschuldner keinen Anspruch auf Unterhalt aus der Masse*. Auch die Familie des GS hat keinen Anspruch aus der Masse unterstützt zu werden. Vielmehr muss sie ihre gesetzlichen Unterhaltsansprüche konkursunabhängig im (normalen) Unterhaltsverfahren geltend machen. Ist der Unterhalt auch für eine bescheidene Lebensführung zu gering, so hat der GS für seine unterhaltsberechtigten Familienangehörigen eine Unterhaltserhöhung zu erwirken.<sup>62</sup>

Der insolvenzrechtliche Anspannungsgrundsatz besagt, dass sich der GS während des Konkurses um eigenen Erwerb zu bemühen hat. Er ist verpflichtet durch seine Arbeitskraft, die nicht Bestandteil der Masse ist, die Konkursmasse zu vermehren.<sup>63</sup>

Übt der GS schuldhaft keine Erwerbstätigkeit aus und bezieht daher kein

---

<sup>59</sup> Das ist der Verlust der Verfügungsmacht über die in die Konkursmasse fallenden Vermögensbestandteile des GS, dh das massezugehörige Vermögen wird beschlagnahmt.

<sup>60</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 1 Rz 2.

<sup>61</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 3 Rz 2 f und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht<sup>2</sup> Rz 373 f.

<sup>62</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 1 und *Mohr*, Die Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung<sup>10</sup> (2006) § 5 E 10.

<sup>63</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 1.

Einkommen, so ist ihm aus der Konkursmasse nichts zu überlassen (§ 5 Abs 2 KO).<sup>64</sup>

Fraglich erscheint das Verhältnis des insolvenzrechtlichen Anspannungsgrundsatzes zum familienrechtlichen. Die insolvenzrechtliche Anspannung des GS besteht gegenüber allen Gläubigern im Konkurs. Die familienrechtliche Anspannung seiner Kräfte schuldet er nur seinen Unterhaltsberechtigten. Werden daher Unterhaltsrückstände (die Konkursforderungen darstellen) geschuldet, so kommt es zur „*Kooperation*“ der beiden Anspannungsgrundsätze, andernfalls sind auch die Unterhaltsberechtigten verpflichtet ein bescheidenes Leben zu führen.<sup>65</sup> Soweit laufende Unterhaltsansprüche betroffen sind, ist festzuhalten, dass diese nur aus dem konkursfreien Vermögen des GS befriedigt werden können. Da „*der Konkurs den familienrechtlichen Anspannungsgrundsatz der §§ 94, 140 ABGB nicht außer Kraft setzt*“, hat der GS sich auch um die Vergrößerung dieses Vermögens zu bemühen. Daher: Auch im Konkurs ist der familienrechtliche Anspannungsgrundsatz anwendbar.<sup>66</sup>

#### Die Arten der Unterhaltsgewährung im Konkurs

Geht der GS einer Erwerbstätigkeit nach, so kommt es zur (Unterhalts-)Überlassung nach § 5 Abs 1 KO. Ist er nicht erwerbstätig, so gilt § 5 Abs 2 KO.<sup>67</sup>

*Was der GS durch eigene Tätigkeit erwirbt oder was ihm während des Konkurses unentgeltlich zugewendet wird, ist ihm zu überlassen, soweit es zu einer bescheidenen Lebensführung für ihn und für diejenigen, die gegen ihn einen gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt haben, unerlässlich ist (§ 5 Abs 1 KO).*

Damit es zur Unterhaltsüberlassung nach § 5 Abs 1 KO kommt, muss der GS – dem insolvenzrechtlichen Anspannungsgrundsatz entsprechend – einem Erwerb nachgehen. Die Einkünfte aus diesem Erwerb, die eigentlich in die Konkursmasse fließen würden, werden dem GS, der ansonsten nicht einmal ein bescheidenes

---

<sup>64</sup> *Gitschthaler/Simma*, Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs (Teil 1), EF-Z 2007, 130 (132).

<sup>65</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 5.

<sup>66</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 8.

<sup>67</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 13 und *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 130 ff.

Leben führen könnte, im erforderlichen Ausmaße überlassen.<sup>68</sup> Zu beachten ist aber, dass der Unterhalt nach Abs 1 die maximale Höhe des Überlassungsanspruches des GS darstellt. Nur ein, nach Einrechnung des konkursfreien Vermögens und jedem Einkommen seiner ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten, festgestellter Mangel ist durch die Überlassung nach § 5 Abs 1 KO zu decken.<sup>69</sup>

*Gemäß § 5 Abs 2 KO hat der MV, soweit dem GS nichts zu überlassen ist, mit Zustimmung des Gläubigerausschusses ihm und seiner Familien das zu gewähren, was zu einer bescheidenen Lebensführung unerlässlich ist; jedoch ist der GS aus der Masse nicht zu unterstützen, soweit er nach seinen Kräften zu einem Erwerb durch eigene Tätigkeit imstande ist.*

Der Anspruch auf Unterhalt gem Abs 2 ist eine (auf sozialen Gründen beruhende) Ausnahme, denn bei Fehlen einer Erwerbstätigkeit ist grundsätzlich kein Unterhalt zu gewähren (insolvenzrechtlicher Anspannungsgrundsatz; § 5 Abs 2 letzter Satzteil). Ist der GS aber nicht „zum Erwerb durch eigene Tätigkeit imstande“, weil zB die Suche nach einer zumutbaren Arbeit erfolglos bleibt oder weil er wegen Krankheit oder Alter außerstande ist zu arbeiten, so wird ihm durch Massemittel eine bescheidene Lebensführung ermöglicht.<sup>70</sup> Außerdem ist der GS nach Abs 2 aus der Konkursmasse zu unterstützen, wenn eine etwaige Überlassung nach Abs 1 für eine bescheidene Lebensführung nicht ausreicht.<sup>71</sup>

Der GS und seine Familienmitglieder haben ab Konkureröffnung nur mehr Anspruch auf die für eine „bescheidene Lebensführung“ notwendigen Mittel.<sup>72</sup> Für *Buchegger* bedeutet dieser Begriff ein „Mehr im Verhältnis zum Existenzminimum“ und ein „Weniger dagegen im Vergleich zum bisher gewohnten (...) Unterhalt oder Lebensaufwand“.<sup>73</sup> Ablehnend treten dem *Gitschthaler/Simma* entgegen, die das

---

<sup>68</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 14 und *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 130 f.

<sup>69</sup> *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 4 und *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 22.

<sup>70</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 132 und *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 28 ff.

<sup>71</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 28.

<sup>72</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 130 und *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 19.

<sup>73</sup> *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 21.

Leben mit dem bzw am Existenzminimum der bescheidenen Lebensführung gleichsetzen. Das Existenzminimum nach § 291a EO unter Außerachtlassung der Steigerungsbeträge gem § 291a Abs 2 und 3 EO entspreche dem notwendigen Unterhalt gem § 795 ABGB.<sup>74</sup> Auch der OGH verwendet als objektiven Maßstab für die bescheidene Lebensführung das Existenzminimum.<sup>75</sup>

### **2.1.5. Konkursgläubiger, Massegläubiger und ausgeschlossene Gläubiger**

Konkursgläubiger sind Gläubiger mit Konkursforderungen nach § 51 KO gegen den GS. Gemäß § 51 Abs 1 KO *sind Konkursforderungen Forderungen von Gläubigern, denen vermögensrechtliche Ansprüche an den Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustehen (Konkursgläubiger).*

Ausnahmsweise auch Konkursforderungen stellen *aus dem Gesetz gebührende (gesetzliche) Unterhaltsansprüche für die Zeit nach der Eröffnung des Konkurses, soweit der Gemeinschuldner als Erbe des Unterhaltspflichtigen haftet* (§ 51 Abs 2 Z 1 KO), dar. Die Unterhaltsberechtigten solcher Ansprüche sind also keine ausgeschlossenen Gläubiger (siehe dazu gleich unten), sondern Konkursgläubiger. Im Gegensatz dazu sind Unterhaltsgläubiger des laufenden, dh nach Konkurseröffnung zustehenden Unterhalts ausgeschlossene Gläubiger.<sup>76</sup>

Massegläubiger sind Gläubiger mit Forderungen gegen den GS für die Zeit nach Konkurseröffnung. Masseforderungen sind in § 46 KO taxativ aufgezählt und sind gem § 47 Abs 1 KO voll zu befriedigen.<sup>77</sup>

Ausgeschlossene Gläubiger sind nicht berechtigt am Konkursverfahren teilzunehmen, dh sie werden nicht aus der Konkursmasse befriedigt. Da für sie die Prozesssperre des § 6 KO daher auch nicht gilt, müssen sie zur Eintreibung ihrer (ausgeschlossenen) Forderungen während des Konkursverfahrens in das konkursfreie Vermögen vollstrecken. Ausgeschlossene Forderungen sind zB

---

<sup>74</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 131 ff.

<sup>75</sup> OGH 6 Ob 284/02m ZIK 2004/20 = ÖA 2004/U416 = ecolex 2004/10.

<sup>76</sup> *Feil*, Konkursordnung<sup>6</sup> (2008) § 51 Rz 1 und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 230.

<sup>77</sup> *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 259 f.

Neuforderungen des GS<sup>78</sup>, Forderungen nach § 58 KO<sup>79</sup> und (wie oben erwähnt) der laufende Unterhalt nach Konkurseröffnung.<sup>80</sup>

### **2.1.6. Anmeldung und Feststellung von Konkursforderungen**

Rechtsstreitigkeiten, die *Ansprüche auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen* betreffen, können während des Konkursverfahrens nicht mehr geltend gemacht werden (Prozesssperre; § 6 Abs 1 KO). Insofern greift der Gleichbehandlungsgrundsatz (*par conditio creditorum*), welcher die Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger mit ihren Konkursforderungen vorschreibt. An die Stelle der Einzelklagsführung tritt während des Konkurses die Forderungsanmeldung der Konkursforderungen.<sup>81</sup> Ob die Forderung wirklich besteht, wird vom Gericht in der Prüfungstagsatzung (vgl § 74 Abs 3, § 105 KO) geprüft, und zwar nur im Fall der Bestreitung durch den MV, durch Konkursgläubiger oder durch den GS. Gem § 109 Abs 1 KO gilt eine Forderung als im Konkurs festgestellt, wenn sie unbestritten bleibt. Wird die Forderung aber bestritten, so muss der betroffene Gläubiger eine Feststellungsklage erheben, woraufhin die Prüfung nicht im Konkursverfahren, sondern im Zivilprozess („Prüfungsprozess“) stattfindet (vgl § 110 KO). Jedoch ist gem § 111 Abs 1 KO ausschließlich das Konkursgericht zuständig über Klagen wegen bestrittener Forderungen zu entscheiden.<sup>82</sup>

### **2.1.7. Die (wichtigsten) Wirkungen der Aufhebung des Konkurses**

Der Konkurs wird durch gerichtlichen Beschluss aufgehoben, wenn ein Aufhebungsgrund vorliegt. Aufhebungsgründe sind ua<sup>83</sup> die rechtskräftige Bestätigung eines Zwangsausgleiches (§ 152b Abs 2 KO) oder eines

---

<sup>78</sup> Diese begründet der GS selbst nach Konkurseröffnung. Mangels Verfügungsmacht über die Konkursmasse kann der GS die Neuforderungen nicht wirksam gegenüber den Konkursgläubigern eingehen.

<sup>79</sup> Das sind die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen der Konkursgläubiger, Geldstrafen wegen strafbarer Handlungen jeder Art und Ansprüche aus Schenkungen und Vermächtnissen.

<sup>80</sup> *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 272 ff.

<sup>81</sup> *Schneider*, Außerstreitverfahren und Konkurs – zum neuen § 8a KO, ZIK 2006/41, 38 (38 f) und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 234 f.

<sup>82</sup> *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 464 ff und vertiefend *Feil*, KO<sup>6</sup> §§ 109 ff.

<sup>83</sup> Zu den Aufhebungsgründen, siehe *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 541 ff und *Feil*, KO<sup>6</sup> § 59 Rz 1.

Zahlungsplanes (§ 196 Abs 1 KO) und die rechtskräftige Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens (§ 200 Abs 4 KO).<sup>84</sup>

Gemäß § 59 KO tritt der Gemeinschuldner nach Konkursaufhebung wieder in das Recht, über sein Vermögen frei zu verfügen (Ende des Konkursbeschlags). Er kann wieder „voll wirksame“ Rechtshandlungen setzen (vgl § 3 KO) und Prozesse über alle seine Vermögensbestandteile führen. Die Exekutionssperre gem § 10 Abs 1 KO ist beendet, sodass die einstigen Konkursgläubiger ihre teilweise unberichtigten Forderungen nun wieder unbeschränkt per Exekution eintreiben können (§ 60 KO; nicht so beim Zwangsausgleich oder Zahlungsplan).<sup>85</sup>

### **2.1.8. Der Zwangsausgleich**

Der Zwangsausgleich ist für den GS eine Möglichkeit von den über die Konkursquote hinausgehenden Forderungen befreit zu werden („Ausgleich im Konkurs“). Eine Möglichkeit, die ja bei normaler Aufhebung des Konkurses nicht besteht. Durch Zahlung der Zwangsausgleichquote (20 Prozent innerhalb von zwei Jahren) erlangt der GS Restschuldbefreiung für die über die Quote hinausgehenden Verbindlichkeiten.<sup>86</sup>

Der GS muss einen Antrag auf Abschließung eines Zwangsausgleiches stellen (§ 140 Abs 1 KO), der vom Konkursgericht einer Vorprüfung unterzogen wird (§ 142 KO). Wird der Antrag nicht zurückgewiesen, so findet eine Ausgleichstagsatzung statt, die der *Verhandlung und Beschlussfassung über den Ausgleich* dient (§ 145 Abs 1 KO). Zur Annahme des Zwangsausgleiches bedarf es der Zustimmung der Mehrheit der zur Ausgleichstagsatzung erschienenen stimmberechtigten Konkursgläubiger und der Tatsache, dass *die Gesamtsumme der Forderungen der zustimmenden Konkursgläubiger wenigstens drei Viertel der Gesamtsumme der Forderungen der bei der Tagsatzung anwesenden stimmberechtigten Konkursgläubiger beträgt* (§ 147 Abs 1 KO). Nach Annahme des Zwangsausgleiches ist er durch das Konkursgericht zu bestätigen (§ 152 Abs 1 KO) und nach Rechtskraft

---

<sup>84</sup> Feil, KO<sup>6</sup> § 59 Rz 1 und Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 545 ff.

<sup>85</sup> Feil, KO<sup>6</sup> § 59 Rz 2 und Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 549 ff.

<sup>86</sup> Feil, KO<sup>6</sup> § 140 Rz 1; Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 558 f und §§ 140 f KO.

der Bestätigung der Konkurs aufzuheben (§ 152b KO).<sup>87</sup>

Gemäß § 156 Abs 1 KO *wird der GS durch den rechtskräftig bestätigten Ausgleich von der Verbindlichkeit befreit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen (...), gleichviel ob sie am Konkursverfahren oder an der Abstimmung über den Ausgleich teilgenommen haben (...).* Gerät der GS aber mit der Erfüllung des Ausgleichs in Verzug (Zahlung der Zwangsausgleichsraten), so kommt es zum quotenmäßigen Wiederaufleben der Forderungen (§ 156 Abs 4 und 5 KO).<sup>88</sup>

## 2.2. Das Schuldenregulierungsverfahren – „Der Privatkonkurs“

### **2.2.1. Das Schuldenregulierungsverfahren**

Das Schuldenregulierungsverfahren wurde durch die KO-Novelle 1993 eingeführt und gilt nur für natürliche Personen, die kein Unternehmen betreiben. Trotz seiner Bezeichnung ist es ein Konkursverfahren, auf das zusätzlich (neben den subsidiär geltenden allgemeinen Bestimmungen der §§ 1 bis 180 KO) die Sonderbestimmungen der §§ 181 bis 216 KO anzuwenden sind.<sup>89</sup>

Ein Nichtunternehmer ist vor der Konkursöffnung verpflichtet einen außergerichtlichen Ausgleich (vor einer Schuldnerberatungsstelle) zu versuchen (§ 183 Abs 2 KO). Scheitert dieser, kann der Konkurs bzw das Schuldenregulierungsverfahren eröffnet werden.<sup>90</sup>

Gemäß § 186 Abs 1 KO steht dem Schuldner, sofern das Gericht nicht anderes bestimmt, die Eigenverwaltung der Konkursmasse zu; andernfalls ist ein MV zu bestellen und der Schuldner verliert die Verfügungsberechtigung über die Konkursbestandteile.<sup>91</sup>

### **2.2.2. Der Zahlungsplan**

Die erste Gelegenheit zur Entschuldung im Konkurs bietet der Zwangsausgleich.

---

<sup>87</sup> §§ 140 ff KO; siehe vertiefend *Feil*, KO<sup>6</sup> § 140 ff und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 562 ff.

<sup>88</sup> § 156 KO; siehe vertiefend *Feil*, KO<sup>6</sup> § 156 und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 602 ff.

<sup>89</sup> *Feil*, KO<sup>6</sup> § 181 Rz 1 und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 659 und 676.

<sup>90</sup> *Feil*, KO<sup>6</sup> § 181 Rz 5 und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 664.

<sup>91</sup> *Feil*, KO<sup>6</sup> § 181 Rz 8 und *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 681.



Werden die Quoten des Zwangsausgleiches (Unternehmer: 20 % innerhalb von 2 Jahren; Nichtunternehmer: 30 % innerhalb von maximal 5 Jahren; § 141 Z 3 KO) nicht erfüllt oder wird er nicht angenommen, so kommt es zur Verwertung des Schuldnervermögens.<sup>92</sup>

Die zweite Chance sich dann seiner Schulden endgültig zu entledigen, gibt der vom Schuldner zu beantragende Zahlungsplan gem § 193 KO (eine Sonderform des Zwangsausgleiches), der anders als der Zwangsausgleich keine gesetzlichen Mindestquoten vorschreibt und dessen Zahlungsfrist auf sieben Jahre erstreckt werden kann.<sup>93</sup> Die Verwandtschaft zum Zwangsausgleich wird durch § 193 Abs 1 S 2 KO bekundet, der bei Fehlen von Sondervorschriften die Anwendung der Bestimmungen über den Zwangsausgleich vorschreibt.<sup>94</sup> Die Wirkung des rechtskräftigen Zahlungsplanes besteht – wie beim Zwangsausgleich – in der Befreiung den über die erfüllte Quote bestehenden Ausfall zu ersetzen (§ 193 Abs 1 iVm § 156 Abs 4 KO).<sup>95</sup> Zu den Sonderregelungen beim Zahlungsplan, siehe §§ 197 f KO.

Der letzte Ausweg aus der Schuldenfalle – bei Scheitern des Zahlungsplanes - ist das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung (§§ 199 ff KO).<sup>96</sup>

### **2.2.3. Das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung**

Das Abschöpfungsverfahren stellt „ein Nachverfahren zum Konkursverfahren“ dar, das vom Schuldner ebenfalls zu beantragen ist (§ 199 Abs 1 KO), wobei die Gläubigerzustimmung für die Einleitung nicht erforderlich ist.<sup>97</sup>

Gem § 199 Abs 2 KO hat der Antrag die Erklärung des Schuldners zu enthalten, *dass er den pfändbaren Teil seiner Forderungen auf Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis oder auf sonstige wiederkehrende Leistungen mit Einkommensersatzfunktion für die Zeit von sieben Jahren nach Eintritt der*

---

<sup>92</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 666 f.

<sup>93</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 668.

<sup>94</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 691.

<sup>95</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 706

<sup>96</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 669.

<sup>97</sup> Feil, KO<sup>6</sup> § 199 Rz 1.

*Rechtskraft des Beschlusses, mit dem das Abschöpfungsverfahren eingeleitet wird, an einen vom Gericht zu bestellenden Treuhänder abtritt (Abtretungserklärung).*<sup>98</sup>

Zur Erfüllung der Obliegenheiten des Schuldners (§ 210 KO), bei sonstiger vorzeitigen Einstellung des Abschöpfungsverfahrens (§ 211 Abs 1 Z 2 KO), siehe die angegebene Literatur.<sup>99</sup>

Gemäß § 213 Abs 1 KO wird die Restschuldbefreiung vom Gericht ausgesprochen, wenn der Schuldner

- innerhalb von 3 Jahren 50 % der Forderungen beglichen hat, oder
- innerhalb von 7 Jahren mindestens 10 % der Forderungen erfüllt hat.

Schafft es der Schuldner nicht innerhalb von 7 Jahren die 10 %-Quote zu erfüllen, so kann das Gericht, wenn es der Billigkeit entspricht, vor allem aber bei nur geringfügiger Unterschreitung der Quote, die Restschuldbefreiung dennoch aussprechen (§ 213 Abs 2 KO). Kommt eine solche Billigkeitsentscheidung nicht in Betracht, so kann das Gericht die Entscheidung über die Restschuldbefreiung bis zu drei Jahre aussetzen und bestimmen, inwieweit der Schuldner die 10 %-Quote noch erfüllen muss (§ 213 Abs 3 KO) oder das Abschöpfungsverfahren um maximal drei Jahre verlängern und danach eventuell die Restschuldbefreiung aussprechen (§ 213 Abs 4 KO).<sup>100</sup>

Nach Erteilung der Restschuldbefreiung ist der Schuldner gegenüber allen Konkursgläubigern befreit, auch gegenüber denen, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben (§ 214 Abs 1 KO). Jedoch unterliegen *Verbindlichkeiten, die nur aus Verschulden des Schuldners unberücksichtigt geblieben sind und solche aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung oder einer vorsätzlichen strafgesetzwidrigen Unterlassung* nicht der restschuldbefreienden Wirkung (§ 215 KO).<sup>101</sup> So unterliegen zB laufende Unterhaltsansprüche nach Konkurseröffnung nicht der Restschuldbefreiung, da sie – sofern nicht der Erbe des Unterhaltsschuldners dafür haftet – keine Konkursforderungen sind.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Feil, KO<sup>6</sup> § 199 Rz 4 und Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 725 f.

<sup>99</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 729 ff und Feil, KO<sup>6</sup> §§ 210 f.

<sup>100</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 745 ff und Feil, KO<sup>6</sup> § 199 Rz 1.

<sup>101</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 752 und Feil, KO<sup>6</sup> § 214 Rz 2.

<sup>102</sup> Feil, KO<sup>6</sup> § 215 Rz 1.

### 2.3. Der Ausgleich

Einen Mittelweg zwischen außergerichtlichem Ausgleich und Konkursverfahren stellt der Ausgleich nach der Ausgleichsordnung (AO) dar.<sup>103</sup>

Der Ausgleich kann nur vom Schuldner beantragt werden, wobei die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung oder drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegen müssen (§ 1 Abs 1 AO). Ist ein Ausgleichsverfahren anhängig, so tritt Konkursperre ein (§ 7 Abs 2 AO).<sup>104</sup>

Die Ausgleichseröffnung zieht Beschränkungen der Verfügungsfreiheit des Schuldners nach sich, nämlich die Notwendigkeit der Zustimmung des Gerichts bei Schließung oder Wiedereröffnung des Unternehmens, bei Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen bedarf der Schuldner der Zustimmung des Ausgleichsverwalters und die Möglichkeit des Ausgleichsverwalters Einspruch gegen Rechtsgeschäfte, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören (§ 8 Abs 2 AO).<sup>105</sup>

Der Ausgleichsvorschlag des Schuldners (§ 2 Abs 1 Z 1 AO), der die Bezahlung von mindestens 40% der Forderungen innerhalb von zwei Jahren vorsehen muss (§ 3 Abs 1 Z 3 AO), gilt bei einer Zustimmung der Mehrheit der bei der Ausgleichstagsatzung anwesenden Gläubiger als angenommen, wenn außerdem die Forderungen der Zustimmenden mindestens drei Viertel der Gesamtsumme der Forderungen der anwesenden Gläubiger beträgt (§ 42 Abs 1 AO).<sup>106</sup>

Auch der *rechtskräftige Ausgleich befreit den Schuldner von der Verbindlichkeit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, zu ersetzen* (§ 53 Abs 1 AO).

### 2.4. Die Zuständigkeit im Insolvenzverfahren

Das sachlich zuständige Gericht im Konkurs- und Ausgleichsverfahren (§ 63 Abs 1 KO iVm §§ 1 Abs 1, 76 AO) ist der Gerichtshof erster Instanz. Hier liegt die funktionelle Zuständigkeit immer beim Einzelrichter.<sup>107</sup>

Handelt es sich aber um ein Schuldenregulierungsverfahren („Privatkonkurs“), so ist

---

<sup>103</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 764.

<sup>104</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 768 f.

<sup>105</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 783 ff.

<sup>106</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 814 ff.

<sup>107</sup> Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 45 f.

gem § 182 KO das Bezirksgericht zuständig. Die Zuständigkeit ist nur ausnahmsweise<sup>108</sup> dem Einzelrichter zugeteilt; in weiten Bereichen ist der Rechtspfleger das funktionell zuständige Entscheidungsorgan.<sup>109</sup>

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 63 KO. Erster Anknüpfungspunkt ist der *Sprengel, in dem der Schuldner sein Unternehmen betreibt oder mangels eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat* (Abs 1). Liegen diese Anknüpfungspunkte nicht im Inland, so ist *jenes Gericht zuständig, in dessen Sprengel sich eine Niederlassung, mangels einer solchen das Vermögen des GS befindet* (Abs 2).<sup>110</sup>

Zu beachten ist weiters die ausschließliche Zuständigkeit des Konkursgerichts für Prüfungsprozesse (§ 111 Abs 1 KO). In solchen Verfahren sind nicht die Bestimmungen der KO oder anderer insolvenzrechtlicher Gesetze anzuwenden, sondern zB die Bestimmungen der ZPO, da es sich um „normale Zivilprozesse“ handelt.<sup>111</sup>

### **3. Auswirkungen der Konkurseröffnung auf den Unterhaltsanspruch**

#### 3.1. Die bisherige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes

##### **3.1.1. Die Rechtsprechung der Jahre 1990 bis 2000**

Der OGH hat früher in seinen Entscheidungen<sup>112</sup> ausgesprochen, dass sich die Unterhaltsbemessungsgrundlage durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Unterhaltspflichtigen nicht ändert. Das bedeutete, dass die Konkurseröffnung keine Auswirkungen auf die Bemessungsgrundsätze hatte.<sup>113</sup> „Im

---

<sup>108</sup> Vor allem wenn die Aktiva € 50.000 übersteigen.

<sup>109</sup> *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzsrecht<sup>2</sup> Rz 46 f.

<sup>110</sup> *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzsrecht<sup>2</sup> Rz 48.

<sup>111</sup> *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzsrecht<sup>2</sup> Rz 50 f.

<sup>112</sup> OGH 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBl 1991/64 = EF 65.020; OGH 10. 7. 1991, 9 Ob 1761/91; 7 Ob 1526/92 ÖA 1992/F44 = EF 67.808; 2 Ob 202/98i ÖA 1999/F192 = ZIK 1999, 32 = EF 86.018; 3 Ob 25/98t EF 89.101 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; 7 Ob 330/99a ZIK 2001/56 = EF 92.186; 1 Ob 139/01z EF 95.663 = ZIK 2002/50 = ZRInfo 2001/232; 7 Ob 69/02a EF 99.498.

<sup>113</sup> *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs: Die Sonderbestimmungen für das Konkursverfahren natürlicher Personen (2002) Rz 227; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt im Zivilverfahren: Außerstreit-, exekutions- und konkursrechtliche Aspekte (2008) 271; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>3</sup> (2004) 51; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 71; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht (2001) Rz 234; *Kodek*, Zur Unterhaltsbemessung im Konkurs, Zak 2006, 146 (146) und *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 134.

Allgemeinen“ war bezüglich des Unterhalts „für die Zeit nach Konkurseröffnung von einer unveränderten Bemessungsgrundlage auszugehen“. <sup>114</sup>

Der hRsp entsprach es auch, dass allein wegen der Tatsache der Konkurseröffnung über das Vermögen des Unterhaltspflichtigen noch nicht angenommen werden konnte, „dass der im Exekutionstitel festgesetzte Unterhaltsbeitrag der materiellen Rechtslage nicht (mehr) entspräche“. <sup>115</sup> Vielmehr musste davon ausgegangen werden, dass der Unterhaltspflichtige selbst nach Eröffnung des Konkurses weiterhin das Einkommen erzielen könne, das er vorher verdiente. <sup>116</sup> Dies deshalb, weil auch für einen sich im Konkurs befindlichen Unterhaltspflichtigen die Anspannungstheorie gilt. <sup>117</sup>

Für die Festsetzung des Unterhalts im Konkurs war es nicht von Bedeutung („unerheblich“), ob die Einbringlichmachung – angesichts der im Konkurs (nicht) zustehenden Mittel - dem Unterhaltsberechtigten auch wirklich gelingen wird. <sup>118</sup> Das Risiko der erfolglosen Vollstreckung, das die Unterhaltsberechtigten damit trugen, wurde ihnen durch das Unterhaltsvorschussgesetz (UVG) teilweise abgenommen. Diese mögliche Konsequenz hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen (vgl § 4 Z 1 UVG). <sup>119</sup> Ablehnend stand dieser Rsp aber *Gitschthaler* gegenüber, der von

---

<sup>114</sup> OGH 1 Ob 139/01z ZIK 2002/50; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = ecolex 2003/3 = *JUS-Extra* 2002/3464 = ZIK 2003/79 = EF 99.498; *Zencica*, Konkurs der Unterhaltsbemessung?, ÖA 2006, 63 (63).

<sup>115</sup> OGH 1 Ob 636/90; 7 Ob 1526/92 ÖA 1992/F44; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 134; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 233; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 271 und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 227.

<sup>116</sup> OGH 6 Ob 277/99z EF 89.102 = EF 90.569 = ZIK 2000/205 = ÖA 2000/UV166; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 231 und 233; *Zencica*, ÖA 2006, 64 f.

<sup>117</sup> OGH 6 Ob 517/91 EF 65.230.

<sup>118</sup> OGH 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBl 1991/64 = EF 65.020; 7 Ob 636/90 RZ 1991/44 = ÖA 1992/UV36; 7 Ob 1526/92 ÖA 1992/F44; 3 Ob 25/98t EF 89.101 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; 2 Ob 202/98i ÖA 1999/F192 = EF 85.967; 7 Ob 330/99a ZIK 2001/56 = EF 92.038; LGZ Wien 44 R 45/99i EF 89.105; 1 Ob 139/01z ZIK 2002/50 = EF 95.488; 7 Ob 299/01y ÖA 2002/U359 = ZIK 2002/124 = ZRInfo 2002/246 = EF 99.336; 7 Ob 69/02a EF 99.336; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = ecolex 2003/3 = ZIK 2003/79 = EF 99.336; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 233; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>3</sup>, 51; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 272; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 228; *Kodek*, Zak 2006, 146 und *Gitschthaler*, Anwendung der Differenzmethode bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unterhaltspflichtigen, EF-Z 2006, 23 (23).

<sup>119</sup> OGH 7 Ob 1526/92 ÖA 1992/F44; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 233 und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 228.

einem „Abschieben der Verantwortung auf die Allgemeinheit“ sprach.<sup>120</sup>

Ebenso belanglos war, ob und in welcher Höhe dem GS ein Unterhalt gem § 5 Abs 1 oder Abs 2 KO überlassen wurde. Für die Bestimmung des Unterhaltsbeitrages war es irrelevant, welche Mittel der GS tatsächlich zur Verfügung hatte.<sup>121</sup> Kritik übte *Gitschthaler* auch an dieser Aussage der Rsp, denn - seiner Meinung nach - hätte geprüft werden müssen, was dem GS vom Masseverwalter tatsächlich überlassen wurde.<sup>122</sup>

Grundsätzlich war zwischen der Unterhaltsfestsetzung und der Überlassung nach § 5 Abs 1 und 2 KO, die eine konkursrechtliche Maßnahme darstellt, zu unterscheiden. Diese vermochten an der Bemessungsgrundlage nichts zu ändern.<sup>123</sup> Dieser Grundsatz galt auch für die Bemessung des Unterhalts von Kindern, die mit dem GS in Haushaltsgemeinschaft lebten.<sup>124</sup> *Gitschthaler* warf die Frage der Ungleichbehandlung von Kindern, die Geldunterhalt erhielten und jenen, die bloß Anspruch auf Naturalunterhalt hatten, da sie mit dem unterhaltspflichtigen GS in einem gemeinsamen Haushalt lebten, auf. Denn letztere müssen den nach Konkurseröffnung niedrigeren Lebensstandard miterdulden und können nicht wie erstere - mangels Voraussetzungen - Vorschüsse nach dem UVG beantragen.<sup>125</sup>

Auch eine konkursrechtliche Maßnahme, wie das Erwirken eines vom MV zu gewährenden höheren Unterhalts durch den GS, wirkte sich auf die Bestimmung des Unterhalts nicht aus.<sup>126</sup> Vor allem dann nicht, wenn die bisher dem

---

<sup>120</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 234.

<sup>121</sup> OGH 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBl 1991/64 = EF 65.020; 6 Ob 517/91; OGH 10. 7. 1991, 9 Ob 1761/91; 3 Ob 25/98t EF 89.101 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; 2 Ob 202/98i ÖA 1999/F192 = ZIK 1999, 32; 7 Ob 330/99a ZIK 2001/56 = EF 92.186; 7 Ob 299/01y ÖA 2002/U359 = EF 99.501; 7 Ob 69/02a EF 99.501; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221; 7 Ob 176/02m; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 234; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 272; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 227; *Zencica*, ÖA 2006, 63.

<sup>122</sup> OGH 2 Ob 202/98i ÖA 1999/F192 = ZIK 1999; ablehnend *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 234.

<sup>123</sup> OGH 1 Ob 139/01z; 7 Ob 299/01y ÖA 2002/U359 = ZIK 2002/124 = ZRInfo 2002/246; 7 Ob 330/99a ZIK 2001/56; *Zencica*, ÖA 2006, 63.

<sup>124</sup> OGH 2 Ob 202/98i ÖA 1999/F192 = ZIK 1999, 32 = EF 86.019; 7 Ob 330/99a EF 92.188; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 234.

<sup>125</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 234.

<sup>126</sup> OGH 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBl 1991/64 = EF 65.020; 7 Ob 636/90 EF 63.654 = RZ 1991/44 = ÖA 1992/UV36; 2 Ob 202/98i ÖA 1999/F192 = ZIK 1999,32; 1 Ob 139/01z; 7 Ob 69/02a; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233.

Unterhaltspflichtigen auferlegten Unterhaltsbeträge dem Unterhaltsberechtigten ohnehin nur eine bescheidene Lebensführung ermöglichten.<sup>127</sup>

Der OGH gestand jedoch ein, dass die Konkureröffnung im Einzelfall Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen, die ja die Grundlage für die Unterhaltsbemessung ist, haben könne. Wollte der unterhaltspflichtige GS diese konkreten (also nicht bloß abstrakten) Auswirkungen geltend machen, um so eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruches zu erreichen, war er dafür behauptungs- und beweispflichtig.<sup>128</sup> Dieser Obliegenheit war aber nicht schon durch den „*bloßen Hinweis auf die erfolgte Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen*“ Genüge getan.<sup>129</sup>

In einzelnen Entscheidungen hat sich die oberstgerichtliche Judikatur mit der Problematik der Leistungsfähigkeit von selbstständig Erwerbstätigen im Konkurs befasst. Hiernach konnte „*eine durch die Konkureröffnung erzwungene Einstellung oder auch bloße Einschränkung der Erwerbstätigkeit des Unterhaltspflichtigen zumindest für eine Umstellungs- und Übergangszeit die Leistungsfähigkeit des in Konkurs verfallenen Unterhaltspflichtigen völlig aufheben oder doch weitgehend einschränken.*“<sup>130</sup> Jedoch war hiervon der Fall eines unselbstständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldners zu unterscheiden. Bezog er also weiterhin das Einkommen aus unselbstständiger Arbeit, das er schon vor Konkureröffnung hatte, so würde nach

---

<sup>127</sup> OGH 6 Ob 277/99z EF 89.102 = EF 90.569 = ZIK 2000/205 = ÖA 2000/UV166; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233.

<sup>128</sup> OGH 6 Ob 573/92 ÖA 1993, 29 = ÖJZ EvBI 1993/34 = EF 67.809; 4 Ob 321/97b EF 83.148; 2 Ob 202/98i ÖA 1999/F192 = ZIK 1999, 32 = EF 86.018; 3 Ob 25/98t EF 89.101 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; 7 Ob 330/99a ZIK 2001/56; 1 Ob 139/01z ZRInfo 2001/232; 7 Ob 299/01y EF 99.502 = ÖA 2002/U359 = ZIK 2002/124 = ZRInfo 2002/246 = EF 99.502; 7 Ob 69/02a EF 99.502; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = ZIK 2003/79 = EF 99.502; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 234; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>3</sup>, 51; *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 57; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 272; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 229; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 134; *Zencica*, ÖA 2006, 63.

<sup>129</sup> OGH 6 Ob 573/92 ÖA 1993, 29 = ÖJZ EvBI 1993/34 = EF 67.809.

<sup>130</sup> OGH 6 Ob 573/92 ÖA 1993, 29 = ÖJZ EvBI 1993/34 = EF 67.809; 4 Ob 321/97b EF 83.148; 3 Ob 25/98t EF 89.101 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; 2 Ob 202/98i ÖA 1999/F192 = ZIK 1999, 32; 7 Ob 330/99a ZIK 2001/56; LG Eisenstadt 20 R 197/00w EF 95.669; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 234; *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 57; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 272 und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 229.

hRsp seine Leistungsfähigkeit nicht gemindert werden.<sup>131</sup> Dies deshalb, da Einkommensbestandteile, die das Existenzminimum nach § 291a EO nicht überschreiten, nicht in die Konkursmasse fallen. Daher unterliege der Unterhaltspflichtige in Bezug auf den unpfändbaren Teil seines Arbeitseinkommens keiner Beschränkung seiner Verfügungsfähigkeit.<sup>132</sup> Brachte er auch nach Konkurseröffnung noch dasselbe Einkommen ins Verdienen, so war das bisherige Einkommen der Bemessungsgrundlage zugrunde zu legen. Dass ihm tatsächlich aber weniger verblieb (das pfändungsfreie Existenzminimum), war für die Festsetzung des Unterhalts unerheblich.<sup>133</sup>

Die Unterhaltsberechtigten des GS hatten keinen eigenen Anspruch auf Unterstützung aus der Masse gem § 5 Abs 1 und 2 KO. Daher war der GS gehalten vom MV eine Erhöhung des Unterhalts zu erwirken, wenn der ihm bisher gewährte Betrag zu einer bescheidenen Lebensführung für sich und seine Familie nicht hinreichte.<sup>134</sup> Als objektiven Maßstab für eine bescheidene Lebensführung nahm die Rsp den Richtsatz für pensionsberechtigte Halbwaisen an, der eine unter dem Durchschnitt liegende Lebensweise ermöglichte und deutlich unter den Regelbedarfsätzen lag. Dem OGH kam es darauf an, dass alle Unterhaltsberechtigten eines Unterhaltspflichtigen im Konkurs ein „*annähernd gleiches bescheidenes Auslangen finden*“.<sup>135</sup>

Gem § 7 Abs 1 Z 1 UVG *hat das Gericht Vorschüsse ganz oder teilweise zu versagen, soweit in Fällen der §§ 3, 4 Z 1 und 4 UVG begründete Bedenken bestehen, dass die im Exekutionstitel festgesetzte Unterhaltspflicht besteht oder die gesetzliche Unterhaltspflicht entsprechend zu hoch festgesetzt ist*, wobei bei die Voraussetzungen des § 7 UVG nach einem strengen Maßstab geprüft werden

---

<sup>131</sup> OGH 4 Ob 321/97b EF 83.148; 7 Ob 330/99a ZIK 2001/56; 1 Ob 139/01z; 7Ob 299/01y ÖA 2002/U359 = ZIK 2002/124 = EF 99.499; 7 Ob 69/02a EF 99.499; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = ecolex 2003/3 = JUS-Extra 2002/3464 = ZIK 2003/79 = EF 99.499; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 272; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 71; *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 57; *Zencica*, ÖA 2006, 63.

<sup>132</sup> OGH 3 Ob 25/98t EF 89.104 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298.

<sup>133</sup> LG Eisenstadt 20 R 197/00w EF 95.673.

<sup>134</sup> OGH 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBl 1991/64 = EF 65.020; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233 und *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 232.

<sup>135</sup> OGH 6 Ob 277/99z EF 89.102 = EF 90.569 = ÖA 2000/UV166; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 232 und *Zencica*, ÖA 2006, 64.



mussten (müssen).<sup>136</sup> In Bezug auf Unterhaltsvorschussverfahren bestand in der Tatsache der Konkurseröffnung aber nicht schon eine Rechtfertigung um die Aussichtslosigkeit einer Exekutionsführung iSd § 3 Z 2 UVG annehmen zu können.<sup>137</sup> Vielmehr wurde von der Rsp eine hohe Wahrscheinlichkeit gefordert, dass der dem Exekutionstitel zugrunde liegende Unterhaltsbetrag nicht mehr besteht oder mit der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen in Widerspruch steht. „*Bloß objektiv gerechtfertigte Zweifel*“ waren dafür nicht ausreichend.<sup>138</sup> Konnte mit den vor Konkurseröffnung vorschussweise gezahlten Unterhaltsbeträgen ohnehin nur eine bescheidene Lebensführung ermöglicht werden, so entstanden durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Unterhaltspflichtigen allein noch keine begründeten Bedenken iSd § 7 Abs Z 1 UVG.<sup>139</sup>

Zusammenfassend muss aber auch gesagt werden, dass sich die bisherige Rsp des OGH über die Auswirkungen des Konkurses auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht immer einig war. So hat beispielsweise der siebente Senat<sup>140</sup> im Jahr 1990 ausgesprochen, dass die Konkurseröffnung allein noch keine Rechtfertigung für die Annahme sei, dass der im Exekutionstitel festgesetzte Unterhaltsbetrag nicht der materiellen Rechtslage entspreche. Ablehnend stand dieser Ansicht der dritte Senat<sup>141</sup> im Jahr 1992 gegenüber, wobei er meinte, dass es bei einer Konkurseröffnung nahe liege, dass sich die bisherige Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners und somit seine Unterhaltspflicht gegenüber den Unterhaltsberechtigten geändert habe.

### **3.1.2. Der Beginn des Judikaturwandels zum Thema Unterhaltsbemessung im Konkurs - die OGH-Entscheidung 1 Ob 191/01x**

Mit dem Argument „*Wenn nicht der Konkurs eine Reduzierung der Leistungsfähigkeit*

---

<sup>136</sup> OGH 3 Ob 324/98p ÖA 2000/UV174 = ZIK 2001/116 = ZfRV 2000/95 = EF 92.190 = EF 94.118.

<sup>137</sup> OGH 6 Ob 636/90; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 228.

<sup>138</sup> OGH 6 Ob 573/92 ÖA 1993, 29 = ÖJZ EvBl 1993/34; 3 Ob 324/98p ÖA 2000/UV174 = ZIK 2001/116 = ZfRV 2000/95 = EF 92.190 = EF 94.118; 6 Ob 277/99z EF 90.556 = EF 90.557 = ÖA 2000/UV166; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 272 und *Zencica*, ÖA 2006, 64.

<sup>139</sup> OGH 6 Ob 277/99z EF 89.102 = EF 90.569 = ZIK 2000/205 = ÖA 2000/UV166; *Zencica*, ÖA 2006, 64.

<sup>140</sup> OGH 7 Ob 636/90 RZ 1991/44 = ÖA 1992/UV36.

<sup>141</sup> OGH 25. 11. 1992, 3 Ob 544/92.

*mit sich bringen sollte, was sonst?*“ wurde die bisherige Rsp von der Literatur kritisiert.<sup>142</sup>

Der von einzelnen Literaturstimmen gewünschte Judikaturwandel wurde mit der E 1 Ob 191/01x im August 2001 eingeleitet. In dieser Rechtssache ging es um die Versagung von Unterhaltsvorschüssen infolge Bestehens begründeter Bedenken iSd § 7 UVG. Hier hat der erste Senat erstmals ausgesprochen, dass *„begründete Bedenken“* gegen das Weiterbestehen der Unterhaltspflicht in Höhe des bisherigen Unterhaltstitels im Allgemeinen schon durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Unterhaltspflichtigen entstehen. Dies deshalb, da der GS nach § 5 KO für sich und seine Unterhaltsberechtigten *„nur mehr Anspruch auf Überlassung der für eine bescheidene Lebensführung erforderlichen Mittel“* habe. Diese neue Rsp sei insofern anzuwenden, als mit dem bisherigen Unterhaltstitel mehr als nur ein bescheidenes Leben geführt werden könne. Denn der Einkommensteil des Unterhaltspflichtigen, der dem Unterhaltsberechtigten die Finanzierung eines höheren Lebensstil ermöglichen würde, fließt gem § 1 Abs 1 KO in die Konkursmasse. *„Insofern beeinflusst also die Konkurseröffnung nicht nur die Einbringlichkeit einer titulierten Unterhaltsschuld, sondern verringert in geradezu typischerweise auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des GS als Grundlage für die Bemessung des laufenden Unterhalts“*.<sup>143</sup>

Abgelehnt wurde der Richtsatz für pensionsberechtigte Halbweisen als bisheriger Maßstab für eine bescheidene Lebensführung bzw als *„brauchbare Größe für die Ermittlung einfacher Verhältnisse“*, sei er doch (wie im Anlassfall) - wegen beträchtlicher Überschreitung der Unterhaltsregelbedarfsätze - auf der Höhe nach begrenzte Unterhaltsvorschüsse unanwendbar. Als Ersatz wurde das Existenzminimum nach der jeweils geltenden ExMinVO gewählt, denn *„mit dem Existenzminimum“* könne *„schon begrifflich niemals mehr als eine bescheidene Lebensführung finanzierbar“* sein.<sup>144</sup>

Weiters konnte der erste Senat der Ansicht der bisherigen Rsp, nämlich dass es dem

---

<sup>142</sup> Buchegger in Buchegger/Bartsch/Pollak, InsR I<sup>4</sup> § 5 Rz 6 FN 15; krit Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 234.

<sup>143</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 97.700 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; Schwarzinger, Kindesunterhalt 272 f; Gitschthaler, EF-Z 2006, 23; Zencica, ÖA 2006, 64.

<sup>144</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 97.701 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; Zencica, ÖA 2006, 64.

GS trotz Konkurseröffnung aufgrund des Anspannungsgrundsatzes dennoch möglich sei, das bisherige Einkommen auch nach Konkurseröffnung zu erzielen, nicht beitreten. Nach dem Anspannungsgrundsatz solle die Unterhaltsbemessungsgrundlage der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners entsprechen. Er berücksichtigt also „den zumutbaren Einsatz eigener Kräfte des Unterhaltsschuldners“. Die Anspannung des unterhaltspflichtigen GS kann nur im Einzelfall erfolgen, und zwar dann, wenn er es schuldhaft unterlässt, ein seinen „persönlichen Verhältnissen und der Arbeitsmarktlage“ entsprechendes Einkommen zu erwirtschaften. Zur Feststellung der Anspannungskriterien bedarf es jedoch eines Ermittlungsverfahrens.<sup>145</sup>

Da es in dieser Rechtssache um Unterhaltsvorschüsse ging, mussten die „begründeten Bedenken“ am Bestand der bisherigen Unterhaltspflicht (§ 7 UVG), die zur Herabsetzung oder Versagung von Vorschüssen führen, geprüft werden. Der OGH hielt fest, dass „begründete Bedenken“ „schon allein durch die Tatsache der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Unterhaltsschuldners erweckt werden können“ und zwar auch ohne eine (jedenfalls notwendige) Durchführung eines Ermittlungsverfahrens.<sup>146</sup> Denn während sich der unselbstständig erwerbstätige Unterhaltsschuldner in Konkurs befindet, ist die „Tilgung von Unterhaltsschulden nur aus der jeweiligen Differenz der Existenzminima nach § 291b Abs 2 EO und § 291a EO möglich“, da dieser Teil des Einkommens den Unterhaltsgläubigern vorbehalten ist (Differenzmethode). Soweit die Unterhaltsbeträge im Exekutionstitel die nach der Differenzmethode errechneten Beträge übersteigen, sind begründete Bedenken iSd § 7 Abs 1 Z 1 UVG gegeben.<sup>147</sup>

In der Folge haben andere Senate die eben dargestellte Rsp des ersten Senats übernommen.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 95.670 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; *Zencica*, ÖA 2006, 64 f.

<sup>146</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 97.700 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76.

<sup>147</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 95.670 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 273; *Kodek*, Zak 2006, 146; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 23.

<sup>148</sup> OGH 1 Ob 38/02y EF 99.503; 1 Ob 242/02y ÖA 2003/UV206 = EF 99.503 = ZIK 2003/232 = JBI 2003, 461 = AnwBI 2003/7874; RIS Justiz RS0119114, RS0115702 und RS0113298; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 273 und *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 23.

In einer Entscheidung des OGH<sup>149</sup> aus dem Jahr 2003 wurden die für Unterhaltsvorschussverfahren neu entwickelten Grundsätze auf ein Unterhaltsbemessungsverfahren angewandt, denn es mache „*keinen wesentlichen Unterschied*“, ob es sich um die Prüfung der angemessenen Höhe des Unterhaltstitels nach § 7 Abs 1 Z 1 UVG handelt oder um die Prüfung eines Unterhaltsänderungsantrages.<sup>150</sup> Nach dieser Entscheidung ist die Höhe eines Unterhaltsanspruches während des Konkurses des Unterhaltspflichtigen mit dem Betrag, der sich aus der Differenz des Unterhaltsexistenzminimums und des Existenzminimums ergibt, begrenzt.<sup>151</sup>

### 3.2. Die Unterhaltsbemessung im Konkurs – die derzeitige Rechtsprechung

#### **3.2.1. Allgemeines**

Nach der neuen Rsp des OGH erfährt die Unterhaltsbemessungsgrundlage durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Unterhaltspflichtigen eine Änderung.<sup>152</sup> Damit hat sich der OGH von der bisherigen Rsp verabschiedet.<sup>153</sup> Die Eröffnung eines Konkursverfahrens<sup>154</sup> „*beeinflusst nicht nur die Einbringlichkeit einer titulierten Unterhaltsschuld, sondern in geradezu typischer Weise auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des GS als Grundlage für die Bemessung des laufenden Unterhalts.*“<sup>155</sup> Die Unterhaltsbemessungsgrundlage wird aus dem tatsächlichen Nettoeinkommen unter Abzug bestimmter zweckgebundener Aufwendungen ermittelt

---

<sup>149</sup> OGH 6 Ob 284/02m EF 103.521 = ZIK 2004/20 = ÖA 2004/U416 = ecolex 2004/10.

<sup>150</sup> OGH 6 Ob 284/02m EF 103.521 = ÖA 2004/U416 = ecolex 2004/10; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 23; vgl aber die E 7 Ob 299/01y ÖA 2002/U359 = ZIK 2002/124 = ZRInfo 2002/246 = EF 99.498 ff.

<sup>151</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 273; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>3</sup>, 51 f.

<sup>152</sup> Anderer Meinung *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 47, die keine Änderung der Bemessungsgrundlage sehen, da trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Einkommen in gleicher Höhe bestehen bleibt, sondern eine Änderung der Verfügbarkeit des Einkommens; dem widersprechend OGH 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = ÖJZ EvBl 2004/201 = ÖJZ-LSK 2004/214/215 = ecolex 2004/405 = ZRInfo 2004/293 = ZIK 2005/192 = JBI 2004, 730.

<sup>153</sup> *Deixler-Hübner/Mitgutsch*, Rechtlicher Schutz in Familie und Partnerschaft (2007) 172; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 46 und *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 66.

<sup>154</sup> Dem ist die Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahren gleichzuhalten.

<sup>155</sup> OGH 7 Ob 279/05p ÖA 2006/U477; 3 Ob 1/05a ÖA 2006/U475 = ZIK 2005/190; 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = ÖJZ EvBl 2004/201 = ÖJZ-LSK 2004/214 = ecolex 2004/405 = ZRInfo 2004/293 = ZIK 2005/192 = JBI 2004, 730 (730 f); 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 97.700 = ÖA 2002/UV186; *Zencica*, ÖA 2006, 65 f; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 67; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 231.

(vgl oben Kapitel 1.2.). Das tatsächliche Nettoeinkommen muss dem Unterhaltspflichtigen auch zu seiner Verfügung stehen. In Anbetracht dessen, dass der Unterhaltsschuldner im Konkurs nur über den unpfändbaren Teil seiner Einkünfte Verfügungsberechtigt ist und ihm aber die Verfügungsbefugnis über den pfändbaren Teil seiner Einkünfte fehlt, kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass die Konkurseröffnung keine Auswirkungen auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage hat. Daher kann die Ansicht der bisherigen Rsp, eine Minderung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen trete nicht ein, sofern er weiterhin Einkünfte aus unselbstständiger Arbeit erziele (vgl Kapitel 3.1.1.), nicht aufrecht erhalten werden.<sup>156</sup>

Es kommt auch darauf an, ob und in welcher Höhe dem GS vom MV etwas überlassen wurde.<sup>157</sup>

Konkursrechtliche Maßnahmen haben Einfluss auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage und somit auf die Höhe des Unterhalts, „*zumal sie die Verfügungsmöglichkeit des Unterhaltsschuldners gesetzlich gravierend einschränken*“. Wie oben erwähnt, hat die bisherige Rsp außer Acht gelassen, dass der GS nur über den unpfändbaren Teil seiner Einkünfte verfügen kann und der pfändbare Teil in die Konkursmasse fällt.<sup>158</sup>

### **3.2.2. Beim unselbstständig erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen**

#### **3.2.2.1. Allgemeines**

Übersteigen die Bezüge des unselbstständig Erwerbstätigen das Existenzminimum des § 291a EO nicht, so fallen diese gem § 1 Abs 1 KO nicht in die Konkursmasse.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> OGH 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = EF 107.210 = ÖJZ EvBI 2004/201 = ÖJZ-LSK 2004/214 = ecolex 2004/405 = ZRInfo 2004/293 = ZIK 2005/192 = JBI 2004, 730; *Zencica*, ÖA 2006, 65 f.

<sup>157</sup> OGH 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = ÖJZ EvBI 2004/201 = ecolex 2004/405 = ZRInfo 2004/293 = ZIK 2005/192 = JBI 2004, 730; 6 Ob 284/02m EF 103.522 = ZIK 2004/20 = ÖA 2004/U416 = ecolex 2004/10; *Zencica*, ÖA 2006, 66.

<sup>158</sup> OGH 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = ÖJZ EvBI 2004/201 = ecolex 2004/405 = ZIK 2005/192 = JBI 2004, 730; 6 Ob 284/02m EF 103.522 = ÖA 2004/U416; *Zencica*, ÖA 2006, 66.

<sup>159</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234 und *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 47.

### 3.2.2.2. Die Pflicht zur bescheidenen Lebensführung

Der Unterhaltsschuldner und seine Unterhaltsberechtigten haben ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung nur mehr Anspruch auf die für eine bescheidene Lebensführung erforderlichen Mittel (siehe Näheres unter Kapitel 2.1.4.).<sup>160</sup> Da alle Unterhaltsberechtigten gleich zu behandeln sind, ist an die „bescheidene Lebensführung“ ein objektiver Maßstab anzulegen, der „keine Klassenunterschiede“ erlaubt.<sup>161</sup> Der neue objektive Maßstab für eine bescheidene Lebensführung ist das Existenzminimum nach der jeweils in Geltung stehenden Existenzminimums-Verordnung (ExMinVO).<sup>162</sup> So gehört das Existenzminimum, das eine bescheidene Lebensführung ermöglicht, nicht zur Konkursmasse. Der das ExMin übersteigende Einkommensteil wird aber der Verfügungsmacht des GS entzogen und fällt in die Konkursmasse.<sup>163</sup>

### 3.2.2.3. Die neue Berechnung des Unterhalts - Die Differenzmethode

„Die Tilgung von Unterhaltsschulden ist nur aus der jeweiligen Differenz der Existenzminima nach § 291b Abs 2 EO“ (Existenzminimum) „und § 291a EO“ (Unterhaltsexistenzminimum) „möglich,<sup>164</sup> also aus jener Einkommensportion, die

---

<sup>160</sup> Siehe vor allem *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 130 ff; außerdem *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 231; LGZ Wien 45 R 306/07v EF 116.402; OGH 8 Ob 50/06w MietSlg 58.793 = ZIK 2007/223; 2 Ob 160/02x ZIK 2004/21 = ecolex 2003/336 = ÖA 2004/UV212 = EF 105.201; 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = ZIK 2002/76 = ÖA 2002/UV186.

<sup>161</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 97.700 = ZIK 2002/76 = ÖA 2002/UV186; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 231.

<sup>162</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 2 Ob 160/02x ZIK 2004/21 = ÖA 2004/UV212 = EF 105.202; 6 Ob 284/02m ZIK 2004/20 = ÖA 2004/U416 = ecolex 2004/10; 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433; 8 Ob 50/06w MietSlg 58.793 = ZIK 2007/223.

<sup>163</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 47; OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 8 Ob 50/04t ÖJZ EvBI 2005/1 = ÖA 2005/U434 = EF 107.212; 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188.

<sup>164</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 95.670 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 2 Ob 160/02x EF 103.521 = ÖA 2004/UV212 = ecolex 2003/336; 1 Ob 242/02y ÖA 2003/UV206 = EF 99.503 = ZIK 2003/232 = JBI 2003, 461 = AnwBI 2003/7874; 6 Ob 284/02m EF 103.521 = ZIK 2004/20 = ÖA 2004/U416 = ecolex 2004/10 = ZRInfo 2003/480; 8 Ob 50/04t EF 107.212 = ÖA 2005/U434 = ÖJZ EvBI 2005/1 = ÖJZ-LSK 2004/225; 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188; 7 Ob 298/05g EF 113.338; 6 Ob 52/06z EF 113.338 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = Zak 2006/265 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234; *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 44; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 69; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 23; *Kodek*, Zak 2006, 146.

dem Zugriff der Unterhaltsgläubiger vorbehalten ist,<sup>165</sup> hat doch der Unterhaltsberechtigte keinen Anspruch auf Gewährung des laufenden Unterhalts aus der Konkursmasse“.<sup>166</sup> Das heißt, dass der Unterhaltspflichtige 25 Prozent von seinem Existenzminimum für seine Unterhaltsgläubiger (mit ihren laufenden Unterhaltsansprüchen) frei halten muss.<sup>167</sup> Der Unterhaltsanspruch wird berechnet (dazu später), ist aber höhenmäßig mit dem Differenzbetrag begrenzt.<sup>168</sup> Dieser Differenzbetrag ist die „Grundlage des für eine bescheidene Lebensführung notwendigen Unterhalts“<sup>169</sup> und „entspricht der typischen Leistungsfähigkeit des Gemeinschuldners als Unterhaltsschuldner“, den eine Sorgepflicht trifft.<sup>170</sup>

Der Gesamtbetrag der Unterhaltsansprüche, die der Unterhaltspflichtige monatlich zu begleichen hat, darf während eines anhängigen Insolvenzverfahrens die nach der Differenzmethode errechnete Differenz nicht übersteigen („besondere Belastungsgrenze“).<sup>171</sup> Andernfalls wäre es nicht möglich – angesichts des Verlustes der Verfügungsfähigkeit über den pfändbaren Teil seines Einkommens – und das ist der Sinn der Differenzmethode, einen Betrag für den Unterhaltspflichtigen

---

<sup>165</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 95.670 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 1 Ob 242/02y JBI 2003, 461 = ZIK 2003/232 = ÖA 2003/UV206; 8 Ob 50/04t ÖA 2005/U434 = ÖJZ EvBI 2005/1 = ÖJZ-LSK 2004/225; 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234; *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 44; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 23; *Kodek*, Zak 2006, 146.

<sup>166</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 95.670 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 8 Ob 50/04t ÖA 2005/U434 = ÖJZ EvBI 2005/1; 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234; *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 44; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 23.

<sup>167</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 134.

<sup>168</sup> OGH 6 Ob 284/02m ZIK 2004/20 = ÖA 2004/U416 = *ecolex* 2004/10 = EF 103.521; 8 Ob 50/04t ÖA 2005/U434 = ÖJZ EvBI 2005/1 = EF 107.212; 1 Ob 186/05t ÖA 2006/U491 = EF 110.318; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 273.

<sup>169</sup> OGH 2 Ob 160/02x ZIK 2004/21 = EF 103.521 = ÖA 2004/UV212 = *ecolex* 2003/336.

<sup>170</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 95.670 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 6 Ob 284/02m EF 103.521 = ÖA 2004/U416; 2 Ob 160/02x EF 103.521 = ÖA 2004/UV212 = ZIK 2004/21; 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433; 8 Ob 50/04t EF 107.212 = ÖA 2005/U434; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 69; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234.

<sup>171</sup> OGH 7 Ob 298/05g EF 113.338; 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = EF 113.338 = Zak 2006/265; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234, *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 47; *Kolmasch*, Neues im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2008, 26 (26 f); *Kolmasch*, Die aktuellen variablen Werte im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2007, 10 (11); *Kolmasch*, Die aktuellen variablen Werte im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2006, 8 (9).

sicherzustellen, der zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts ausreichend ist.<sup>172</sup>

Der Grundgedanke der Differenzmethode besteht darin, dass die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen, die ja die Grundlage für die Bemessung des Unterhalts ist, durch den Mangel an verfügbaren Mitteln beeinflusst wird. *Kolmasch* hält dies sinnvoll und verallgemeinerungsfähig, doch müsse die Unterhaltsbemessungsgrundlage klar von der Belastungsgrenze getrennt werden.<sup>173</sup>

#### 3.2.2.4. Der Anwendungsbereich der Differenzmethode

Die Differenzmethode wird nur bei der Bemessung des Unterhalts vom Einkommen eines zur Zeit der Konkurseröffnung unselbstständig erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen angewendet. Dem gleichzuhalten ist aber, wenn der Unterhaltspflichtige zwar im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch selbstständig erwerbstätig war, sein Unternehmen aber in weiterer Folge vom MV gem § 114 KO geschlossen wurde. Im Falle der Unselbstständigkeit nach Unternehmensschließung ist bei der Bemessung nach der Differenzmethode ein aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit tatsächlich erzielt oder nach Anwendung des Anspannungsgrundsatzes erzielbares Einkommen maßgeblich.<sup>174</sup>

Die Differenzmethode gilt aber nur für Durchschnittsfälle (Normalfälle). Ein solcher Durchschnittsfall ist der Bezug eines durchschnittlichen Einkommens und das Bestehen einer Sorgspflicht. Im Gegensatz dazu ist sie im Extremfall – höheres bzw. hohes Einkommen und mehrere Unterhaltsberechtigten – nicht anzuwenden, da sie hier zu keinem billigen Ergebnis führen würde. Bei hohem Einkommen bleibt den Unterhaltsberechtigten nämlich genügend pfändungsfreies Einkommen zur Berechnung und Einbringung ihrer Unterhaltsansprüche.<sup>175</sup> So bezeichnet man die

---

<sup>172</sup> OGH 7 Ob 298/05g EF 113.339; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 47; *Kolmasch*, Zak 2008, 26 f; *Kolmasch*, Zak 2007, 11; *Kolmasch*, Zak 2006, 9.

<sup>173</sup> *Kolmasch*, Zak 2007, 11.

<sup>174</sup> OGH 6 Ob 51/04z EF 107.214 = EF 107.228 = EF 107.230 = ÖA 2005/U433; 6 Ob 52/06z EF 113.343 = EF 113.338 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBl 2006/136 = Zak 2006/265 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 274; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 134 und *Kodek*, Zak 2006, 146 f.

<sup>175</sup> OGH 6 Ob 51/04z EF 107.214 = ZIK 2005/188 = ÖA 2005/U433; 2 Ob 228/05a ÖA 2007/U509 = iFamZ 2007/59 = Zak 2007/263 = EF 116.487; 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBl 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 273; *Kodek*, Zak 2006, 147; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24; *Kolmasch*, Zak 2006, 9.



Differenzmethode als eine „*nur auf Durchschnittsfälle zugeschnittene Orientierungsregel*“.<sup>176</sup>

„*In den oberen und unteren Randbereichen*“ (des Bedarfes des Unterhaltsberechtigten und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen) ist ein Abweichen von der Differenzmethode nötig, denn es sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Atypische Fälle erfordern eben eine andere Lösung als (Durchschnitts-)Normalfälle.<sup>177</sup>

Im Extremfall ist so bei der Unterhaltsbemessung vorzugehen, dass „*der Entscheidung ein hypothetisch erfolgreicher Herabsetzungsantrag der Unterhaltsberechtigten gem § 292b EO zugrunde zu legen*“ ist, wobei als Bemessungsgrundlage das „*dem Zugriff des MV entzogene Unterhaltsexistenzminimum*“ dient.<sup>178</sup> Oder, anders formuliert: Als Belastungsgrenze des Unterhaltspflichtigen sind die Freibeträge des § 291b EO und der ExMinVO heranzuziehen, jedoch kann es zu einer Unterschreitung im Einzelfall (gem § 292b EO) kommen, sodass dem Unterhaltspflichtigen nur jener Betrag zu verbleiben hat, der seiner absoluten Belastungsgrenze (dazu später) entspricht.<sup>179</sup>

Sind zwar die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung gegeben, ist aber tatsächlich noch kein Konkursverfahren eröffnet, weil der „*Unterhaltspflichtige den zur Einleitung desselben nötigen Schritt noch nicht gewagt hat*“, so kommt es nicht zur Anwendung der Differenzmethode. Die Rsp, die die Differenzmethode eingeführt hat, beruht auf dem Gedanken, dass durch ein Insolvenzverfahren die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners wiederhergestellt werden soll. Durch diese Wiederherstellung würden auch die Unterhaltsberechtigten profitieren. Da dies aber auf einen Unterhaltsschuldner, über dessen Vermögen der Konkurs noch nicht eröffnet wurde, nicht zutrifft, wird der Unterhalt seiner Unterhaltsberechtigten

---

<sup>176</sup> OGH 6 Ob 51/04z EF 107.214 = ZIK 2005/188 = ÖA 2005/U433; 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Kodek, Zak* 2006, 147; *Gitschthaler, EF-Z* 2006, 24.

<sup>177</sup> OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188; 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Schwarzinger, Kindesunterhalt* 273; *Gitschthaler, EF-Z* 2006, 24; *Kodek, Zak* 2006, 147.

<sup>178</sup> OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = EF 107.214 = ZIK 2005/188.

<sup>179</sup> OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = EF 107.214 = ZIK 2005/188; *Gitschthaler, Unterhaltsrecht*<sup>2</sup> Rz 234; *Schwarzinger, Kindesunterhalt* 273.

weiterhin nach allgemeinen Grundsätzen (siehe oben Kapitel 1.3.) und nicht nach der Differenzmethode berechnet.<sup>180</sup>

Die Differenzmethode ist nur während des anhängigen Konkursverfahrens anzuwenden. Außerhalb eines Konkursverfahrens wird der Unterhalt nach den allgemeinen Regeln berechnet. Mit dem Aufhebungsbeschluss fallen die konkursspezifischen Beschränkungen des Unterhaltsschuldners weg und er erlangt über sein Vermögen wieder die volle Verfügungsfähigkeit.<sup>181</sup>

### 3.2.2.5. Die Vorgehensweise bei der Differenzmethode

Die Rsp des OGH hat in der Vergangenheit in einigen Entscheidungen<sup>182</sup> die Differenzmethode fehlerhaft angewandt, was der Literatur Grund zur Kritik (dazu unten Kapitel 3.3.2.) gab. Aus diesem Grund sah sich der sechste Senat im Jahr 2006 angehalten, die genaue Vorgehensweise bei der Berechnung des Unterhalts nach der Differenzmethode zu erklären. In der E 6 Ob 52/06z<sup>183</sup> wurden damit erstmals die Berechnungsschritte dargelegt:

Der erste Schritt ist die Ermittlung des Existenzminimums des unterhaltspflichtigen GS.<sup>184</sup> Im Unterhaltsrecht werden grundsätzlich sämtliche Jahreseinkünfte auf 12 Monate umgelegt, dh dass Sonderzahlungen bereits in der monatlichen Unterhaltsbemessungsgrundlage eingerechnet sind. Für die Feststellung des ExMin ist daher der erhöhte allgemeine Grundbetrag nach § 291a Abs 2 Z 1 EO maßgeblich.<sup>185</sup> Bei der Ermittlung des ExMin sind aber auch Unterhaltsgrundbeträge

---

<sup>180</sup> OGH 9 Ob 144/06a EF 116.411 = ZIK 2008/111 = iFamZ 2007, 235; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236c; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24.

<sup>181</sup> OGH 5 Ob 48/04a ÖA 2005/U431 = JBI 2004, 734 = EF 107.452; 1 Ob 186/05t ÖA 2006/U491 = EF 110.321 = EF 110.322; 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = EF 113.341 = Zak 2006/265; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 274; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24; *Kodek*, Zak 2006, 146 f.

<sup>182</sup> ZB OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188.

<sup>183</sup> Diese Berechnungsweise übernehmend 10 Ob 65/06s ÖA 2007/U527.

<sup>184</sup> OGH 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = EF 113.340 = Zak 2006/265; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24.

<sup>185</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24.

nach § 291a Abs 2 Z 2 EO und Unterhaltssteigerungsbeträge nach § 291a Abs 3 Z 2 EO zu berücksichtigen, und zwar auch für die Kinder, für die der Unterhalt berechnet werden soll.<sup>186</sup> Wenn das ExMin festgestellt werden soll, ist also auf alle Unterhaltsverpflichtungen des Unterhaltsschuldners Bedacht zu nehmen.<sup>187</sup> Die Gläubiger des GS sollen auf den unpfändbaren Teil seines Einkommens (§ 290a EO) keinen Zugriff haben, da dieser dem GS und seinen Unterhaltsberechtigten zusteht.<sup>188</sup>

Das ExMin ist daher nach der Tabelle 1 bm der geltenden ExMinVO zu ermitteln.<sup>189</sup>

Der zweite Schritt besteht in der Ermittlung des Unterhaltsexistenzminimums.<sup>190</sup> Gem § 291b Abs 2 EO beträgt das Unterhaltsexistenzminimum 75 Prozent des unpfändbaren Freibetrages nach § 291a EO. Wichtig ist aber hier, dass Unterhaltsgrund- und Unterhaltssteigerungsbeträge nicht (zu Gunsten des Unterhaltspflichtigen) zu berücksichtigen sind.<sup>191</sup> Eine andere Handhabung – wie der OGH sie in früheren Entscheidungen<sup>192</sup> anwandte – würde dazu führen, dass die Differenz der beiden Existenzminima zu klein ausfallen würde. Auch der OGH hält nun fest, dass *„eine andere Betrachtungsweise dazu führen würde, dass die Unterhaltsberechtigten allein aus der Tatsache, dass sie berechtigt sind, Nachteile*

---

<sup>186</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24.

<sup>187</sup> LGZ Wien 45 R 306/07v EF 116.405; *Kolmasch*, Zak 2006, 9.

<sup>188</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a.

<sup>189</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = Zak 2006/265 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24, *Kolmasch*, Zak 2006, 9.

<sup>190</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24.

<sup>191</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.339 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275; *Kolmasch*, Zak 2008, 27; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24; *Kolmasch*, Zak 2006, 9.

<sup>192</sup> ZB OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188; 7 Ob 298/05g EF 113.339.

erlangen würden. Unterhaltsgrund- und Unterhaltssteigerungsbeträge, die an sich ihnen zugute kommen sollen, würden sie nunmehr belasten.“<sup>193</sup> Durch die Außerachtlassung der Unterhaltsgrund- und Unterhaltssteigerungsbeträge wird erreicht, dass die Differenz zwischen den Existenzminima erweitert bzw größer ausfällt, was für die Unterhaltsberechtigten von Vorteil ist, da sie nun auf eine erweiterte Einkommensportion greifen können (daher **erweiterte Differenzmethode**).<sup>194</sup>

Das Unterhaltsexistenzminimum ist somit nach der Tabelle 2 bm, 1. Spalte (für 0 Unterhaltsberechtigte) der geltenden ExMinVO zu ermitteln.<sup>195</sup>

Als dritter Schritt ist nun die Differenz der beiden ermittelten Existenzminima zu berechnen. Diese steht den Unterhaltsberechtigten zur Begleichung ihrer Unterhaltsansprüche zur Verfügung.<sup>196</sup>

Letzter Schritt nach der erweiterten Differenzmethode ist die Prüfung, ob die nach der Prozentwertmethode errechneten Unterhaltsbeträge in dieser berechneten Differenz Deckung finden. Sollte dies nicht der Fall sein, müsste es zu einer anteiligen Kürzung der Unterhaltsbeträge kommen.<sup>197</sup> Die Kürzung hat derart zu erfolgen, dass nach der Aufteilung der Unterhaltsbeträge aus der Differenz wieder das Verhältnis der (fiktiven) Unterhaltstitel hergestellt ist.<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24.

<sup>194</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135.

<sup>195</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = Zak 2006/265 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a, *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275; *Kolmasch*, Zak 2008, 27; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24; *Kolmasch*, Zak 2006, 9.

<sup>196</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a, *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 25.

<sup>197</sup> OGH 6 Ob 52/06z EF 113.340 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a, *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 25.

<sup>198</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135.

Beispiel (mit den Berechnungswerten 2009):

Unterhaltsbemessungsgrundlage des GS ist € 1.600,-. Er hat 2 Kinder, 12 Jahre und 17 Jahre alt. Nach der Prozentwertmethode werden deren Unterhaltsansprüche mit 20 % (22 % - 2 %) und 18 % (20 % - 2 %) der Bemessungsgrundlage berechnet, also € 320,- und € 288,-. Insgesamt hat der GS also monatlich € 608,- an Unterhalt zu bezahlen. Nach der Tabelle 1 bm, 2. Spalte beträgt das ExMin € 1.404,50, nach der Tabelle 2 bm, Spalte 0 das Unterhaltsexistenzminimum € 833,03. Die Differenz beträgt daher € 571,47. Da die Differenz kleiner als der Gesamtbetrag der Unterhaltsansprüche nach der Prozentwertmethode ist, hat es zu einer Kürzung der Unterhaltsbeträge zu kommen. Dabei sind die Prozentwerte zusammenzuzählen (20 + 18 = 38) und jeweils durch diese Gesamtzahl (20/38 und 18/38) zu dividieren.<sup>199</sup> Hiernach erhält man den Anteil eines jeden Unterhaltsberechtigten am Differenzbetrag. Hier erhält Kind 1 53 % und Kind 2 erhält 47 % des Differenzbetrages (€ 571,47), also € 302,88 und € 268,59.

*Gitschthaler/Simma* haben die Differenzmethode modifiziert. Dabei ließen sie sich von dem Gedanken der Rsp<sup>200</sup> leiten, dass, wenn die „Differenzmethode zu einem völlig unbilligen Ergebnis zu Lasten seiner Unterhaltsberechtigten führt, dem GS nur jener Betrag zu belassen ist, der seiner absoluten Belastungsgrenze entspricht“.<sup>201</sup> Die Modifizierung besteht darin, dass bei einem Deckungsmangel der Unterhaltsbeträge in der Differenz, die Bildung einer neuen Differenzmasse zu erfolgen hat (5. Schritt). Und zwar ist anstelle des Unterhaltsexistenzminimums „jener Betrag, der seiner absoluten Leistungsfähigkeit entspricht“ einzusetzen. Erst bei erneutem Deckungsmangel der Unterhaltsansprüche in der neuen Differenz sind diese aliquot zu kürzen (6. Schritt).<sup>202</sup> Die **modifizierte Differenzmethode** hat den Vorteil, dass sie die durch die Konkurseröffnung bedingte Besserstellung des

---

<sup>199</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135.

<sup>200</sup> OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188.

<sup>201</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275.

<sup>202</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 275 f.

Unterhaltsschuldners<sup>203</sup> beseitigt, indem sie dem GS auch im Konkurs nur einen Betrag überlässt, der auch außerhalb des Konkursverfahrens seiner absoluten Leistungsfähigkeit (absolute Belastungsgrenze, siehe später) entspricht. Die Ungleichbehandlung eines Unterhaltsschuldners außerhalb des Konkurses im Vergleich zu einem Unterhaltsschuldner, der sich in Konkurs befindet, fällt durch die modifizierte Differenzmethode weg.<sup>204</sup> „Die Belastbarkeitsgrenze des Unterhaltspflichtigen kann sich infolge der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht zu seinen Gunsten erhöhen“.<sup>205</sup>

Beispiel:

Beispiel wie auf Seite 53. Nach der modifizierten Differenzmethode ist hier anstatt der sofortigen Kürzung eine neue Differenzmasse zu bilden, und zwar aus dem ExMin und der absoluten Belastungsgrenze des GS. Das ExMin beträgt € 1404,50 und die absolute Belastungsgrenze € 676,- (bei Alleinstehenden) bzw € 507,- (bei Haushaltsgemeinschaft; siehe Kapitel 1.3.5.). Die neue Differenz beträgt also € 728,50. Da die beiden Unterhaltsbeträge der Kinder in Höhe von € 608 in der neuen Differenz (€ 728,50) Deckung finden, ist eine anteilige Kürzung nicht vorzunehmen.

*Gitschthaler/Simma* sind von der Vorteilhaftigkeit der (modifizierten) Differenzmethode überzeugt. Sie führe zur Entlastung der Konkursorgane. Dies deshalb, weil im Falle des Bezuges von Einkommen nach § 290a EO es Aufgabe der bezugsauszahlenden Stelle (zB Arbeitgeber, Sozialversicherungsträger, ...) sei, die jeweiligen Werte und Unterhaltsansprüche zu ermitteln und danach die Auszahlung an die Unterhaltsberechtigten zu veranlassen.<sup>206</sup>

Für die Berechnung nach der Differenzmethode ist die Unterhaltsbemessungsgrundlage des unterhaltspflichtigen GS maßgeblich. Diese ist

---

<sup>203</sup> Besserstellung dadurch, dass dem Unterhaltspflichtigen ab Konkurseröffnung nach der erweiterten Differenzmethode nun auch  $\frac{3}{4}$  des allgemeinen Steigerungsbetrages nach § 291a Abs 3 Z 1 EO iVm § 291b EO belassen wird.

<sup>204</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a Anmerkung; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 276.

<sup>205</sup> OGH 6 Ob 200/07s EF 116.407 = EF-Z 2008/14 = Zak 2007/678 = ZIK 2008/163; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a.

<sup>206</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 136.

das tatsächliche Einkommen nach § 290a Abs 1 EO in voller Höhe, auch wenn dem GS nur das ExMin verbleibt, oder das nach Anspannung seiner Kräfte erzielbare Einkommen.<sup>207</sup>

Die Berechnungswerte für die Differenzmethode (2009), siehe Anhang.

### 3.2.2.6. Die Belastungsgrenze des Unterhaltspflichtigen während des Konkurses

„Die Belastungsgrenze des Unterhaltspflichtigen kann sich nicht infolge der Eröffnung eines Konkursverfahrens erhöhen“ (Grundgedanke der modifizierten Differenzmethode).<sup>208</sup> Absolute Belastungsgrenze des Unterhaltspflichtigen ist (auch im Konkurs) jener Betrag, der „zur Erhaltung seiner Körperkräfte und seiner geistigen Persönlichkeit notwendig ist“.<sup>209</sup> Die Belastungsgrenze kann aber nicht genau berechnet werden,<sup>210</sup> vielmehr muss für den jeweiligen Einzelfall die für den Unterhaltspflichtigen und die/den Unterhaltsberechtigten „noch am ehesten tragbare Regelung“ gefunden werden.<sup>211</sup> Da eine genaue Berechnung unmöglich ist und es keine starre Untergrenze gibt, haben die Gerichte bei der Bestimmung der absoluten Belastungsfähigkeit einen Ermessensspielraum.<sup>212</sup>

Hat der unterhaltspflichtige GS nur ein besonders niedriges Einkommen zur Verfügung, so soll er „als pflichtbewusster Familienvater (Unterhaltsschuldner) seine Kinder dennoch an seinen kärglichen Einkommensverhältnissen teilhaben lassen“.

---

<sup>207</sup> LGZ Wien 42 R 624/06k EF 116.406; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z2007,135.

<sup>208</sup> OGH 6 Ob 200/07s EF 116.407 = EF-Z 2008/14 = ZIK 2008/163 = Zak 2007/678; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Gitschthaler*, Neue Untergrenze bei Differenzmethode, EF-Z 2008, 28.

<sup>209</sup> OGH 6 Ob 184/06m ÖA 2006/U493 = ÖJZ EvBI 2007/12 = JBI 2007/449 = EF 113.514 = EF-Z 2006/78; 4 Ob 155/06g ÖA 2007/U525 = EF 113.519: 530 Euro; 6 Ob 52/06z: rund 600 Euro; 1 Ob 7/04t ÖA 2004/UV214 = EF 107.285: 540 Euro; 5 Ob 48/04a EF 107.445 = ÖA 2005/U431 = JBI 2004, 734: 600 Euro; 4 Ob 236/04s EF 107.443 = EF 107.445 = ÖA 2005/U435; 2 Ob 122/99a EF 89.371; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234; *Kodek*, Zak 2006, 147.

<sup>210</sup> OGH 6 Ob 200/07s EF-Z 2008/14 = ZIK 2008/163 = Zak 2007/678; 6 Ob 184/06m EF 113.516 = EF-Z 2006/78 = ÖA 2006/U493 = ÖJZ EvBI 2007/12 = JBI 2007/449; 4 Ob 155/06g ÖA 2007/U525; 4 Ob 236/04s ÖA 2005/U435 = EF 107.447; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a; *Gitschthaler*, EF-Z 2008, 28.

<sup>211</sup> OGH 6 Ob 200/07s ZIK 2008/163 = Zak 2007/678; 6 Ob 184/06m ÖA 2006/U493 = ÖJZ EvBI 2007/12 = JBI 2007/449 = EF 113.516 = EF-Z 2006/78; 4 Ob 155/06g ÖA 2007/U525; 5 Ob 48/04a EF 107.451 = ÖA 2005/U431 = JBI 2004, 734 = *ecolex* 2004/401; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a.

<sup>212</sup> OGH 6 Ob 200/07s ZIK 2008/163; 4 Ob 155/06g ÖA 2007/U525; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a.

Hier kann es zu einer Unterschreitung der Pfändungsgrenze des § 291b EO kommen (siehe oben Kapitel 1.3.5.).<sup>213</sup> Er muss eben „*strengste Einschränkungen bei der Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse*“ hinnehmen.<sup>214</sup>

Zu den aktuellen Werten der Belastungsgrenze, siehe Kapitel 1.3.5.

### 3.2.2.7. Die Anspannung des Unterhaltspflichtigen während des Konkurses

Der Anspannungsgrundsatz soll sicherstellen, dass der Unterhaltspflichtige das Einkommen – welches dann als Unterhaltsbemessungsgrundlage dient – erzielt, dass seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entspricht. Er muss seine Kräfte anspannen, um das ihm zumutbare höhere Einkommen erzielen zu können. „*Die Anspannung auf ein fiktives Einkommen in der Höhe des bisherigen Realeinkommens kann aber nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalls erfolgen*“. Dafür muss dem unterhaltspflichtigen GS ein Verschulden zur Last fallen, „*dass er das seinen persönlichen Verhältnissen und der Arbeitsmarktlage nach mögliche Einkommen real nicht mehr erzielt*“.<sup>215</sup> Der Anspannungsgrundsatz ist also auch während des Konkursverfahrens anwendbar, weshalb der Unterhaltsschuldner auf das erzielbare, aber schuldhaft nicht erzielte Einkommen angespannt werden kann.<sup>216</sup> Die Feststellung des Verschuldens bzw in weiterer Folge die Anspannung des unterhaltspflichtigen GS ist aber nur nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens möglich.<sup>217</sup> Die bloße Tatsache der Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) ist für sich allein aber kein Grund den GS anzuspannen.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188 = EF 107.214.

<sup>214</sup> OGH 1 Ob 242/02y JBI 2003, 463 = ZIK 2003/232 = ÖA 2003/UV206.

<sup>215</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 95.670 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 3 Ob 1/05a ÖA 2006/U475 = ZIK 2005/190 = ZRInfo 2005/429 = Zak 2005/47; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 231.

<sup>216</sup> OGH 3 Ob 1/05a ÖA 2006/U475 = ZRInfo 2005/429 = ZIK 2005/190; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 46; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 75; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 274; *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 45; *Kodek*, Zak 2006, 146 f.

<sup>217</sup> OGH 3 Ob 1/05a ÖA 2006/U475 = ZIK 2005/190.

<sup>218</sup> OGH 3 Ob 1/05a ÖA 2006/U475 = ZIK 2005/190 = Zak 2005/47 = ZRInfo 2005/429; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 47; *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 45.



### **3.2.3. Beim selbstständig erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen**

#### **3.2.3.1. Allgemeines**

In der Entscheidung 1 Ob 242/02y hat der OGH die Auswirkungen der Konkurseröffnung für selbstständig erwerbstätige Unterhaltsschuldner, deren Unternehmen nicht gem § 114 KO geschlossen werden, berücksichtigt. Damit hat die Rsp die Änderung der Bemessungsgrundlage infolge einer Konkurseröffnung für selbstständig Erwerbstätige anerkannt.<sup>219</sup> Jedoch ist die Differenzmethode nicht bei selbstständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldnern im Konkurs anzuwenden.

#### **3.2.3.2. Bindung der Arbeitskraft im Unternehmen**

Ist die Arbeitskraft des Unterhaltspflichtigen im eigenen Unternehmen gebunden, so steht ihm der allgemeine Arbeitsmarkt nicht offen.<sup>220</sup> Er kann daher nicht auf ein „*mittleres Einkommen eines Arbeiters*“ in Österreich verwiesen werden.<sup>221</sup>

Wird das Unternehmen des GS vom MV nicht gem § 114 KO geschlossen und arbeitet der GS daher (de facto) im Unternehmen mit, so gehören alle Einkünfte aus dieser Tätigkeit zur Konkursmasse. Er hat aber Anspruch auf eine angemessene (für eine „*bescheidene Lebensführung*“ notwendige) Entlohnung gem § 5 Abs 1 KO. Der über das ExMin hinausgehende Wert seiner Vergütung ist pfändbar und wird für die Mehrung der Konkursmasse verwendet.<sup>222</sup> Als Unterhaltsbemessungsgrundlage gilt aber trotzdem der Wert seiner Arbeitsleistung und nicht das ExMin.<sup>223</sup> Ganz im Gegenteil dazu hat das LG Salzburg<sup>224</sup> entschieden, dass jener Betrag der Unterhaltsbemessungsgrundlage zugrunde zu legen ist, den der GS aus der Masse

---

<sup>219</sup> Müller, Berechnung der Höhe des Unterhaltsvorschlusses, AnwBl 2003, 285.

<sup>220</sup> OGH 1 Ob 242/02y JBI 2003, 462 = ZIK 2003/232 = ÖA 2003/UV206 = EF 99.506; 7 Ob 260/03s EF 103.523 = ÖA 2005/U432; 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBl 2006/136 = EF-Z 2006/12 (Gitschthaler); Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 235; Schwarzinger, Kindesunterhalt 274; Gitschthaler, EF-Z 2006, 24.

<sup>221</sup> OGH 1 Ob 242/02y JBI 2003, 462 = ZIK 2003/232 = ÖA 2003/UV206 = EF 99.506; 7 Ob 260/03s EF 103.523 = ÖA 2005/U432; Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 235; Schwarzinger, Kindesunterhalt 274 FN 1406.

<sup>222</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 46; Gitschthaler/Simma, EF-Z 2007, 132 und 137; Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 75; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>3</sup>, 51.

<sup>223</sup> Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 75.

<sup>224</sup> LG Salzburg 21 R 599/06v EF 116.409.

für die eigene Lebensführung erhält.

In der Praxis kommt es auch vor, dass der GS vom MV mittels Dienstvertrag verpflichtet wird, in seinem fortgeführten Unternehmen mitzuarbeiten. In solchen Fallkonstellationen stellt sich die Frage, ob die Differenzmethode auf solche Unterhaltsschuldner anzuwenden ist.<sup>225</sup>

Festzuhalten ist, dass bei der Mitarbeit des GS wegen der Verpflichtung im Dienstvertrag der MV die Stellung eines Dienstgebers übernimmt und der GS ab Abschluss des Dienstvertrages unselbstständig erwerbstätig ist. Als Konsequenz stellen die Einkünfte des GS Forderungen iSd § 290a EO dar, dh sie sind Einkünfte aus unselbstständiger Arbeit.<sup>226</sup> *Gitschthaler/Simma* halten die Anwendung der Differenzmethode auf solche GS für naheliegend,<sup>227</sup> mE ist die Anwendung nicht nur naheliegend, sondern schon aus Gründen der Gleichbehandlung der in Konkurs befindlichen Unterhaltsschuldner ein Muss. Denn der durch Dienstvertrag mitarbeitende GS unterscheidet sich nicht von einem schon vorher unselbstständig gewesenen GS, und zwar insofern nicht, als ein eventueller Gewinn des Unternehmens nicht dem GS, sondern der Konkursmasse zu Gute kommt.

### 3.2.3.3. Schließung des Unternehmens im Konkurs

Wird das Unternehmen des GS vom MV gem § 114 KO während des Konkursverfahrens geschlossen, ist „*seine Arbeitskraft nicht mehr notwendigerweise im Unternehmen gebunden*“. Daher steht dem GS wieder – wie jedem anderen unselbstständig Erwerbstätigen – der allgemeine Arbeitsmarkt offen.<sup>228</sup> Er hat eine zumutbare Erwerbstätigkeit anzunehmen<sup>229</sup> und kann auf das „*mittlere Einkommen eines Arbeiters*“ verwiesen werden.<sup>230</sup> Daher unterscheiden sich solche Unterhaltsschuldner nicht von unselbstständig erwerbstätigen

---

<sup>225</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 132.

<sup>226</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 132 und 137.

<sup>227</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 137.

<sup>228</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 1 Ob 38/02y; 7 Ob 260/03s EF 103.523 = ÖA 2005/U432; 7 Ob 298/05g EF 113.337; *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*<sup>2</sup> Rz 235.

<sup>229</sup> *Schwimann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*<sup>3</sup>, 51.

<sup>230</sup> OGH 1 Ob 38/02y.

Unterhaltspflichtigen.<sup>231</sup>

#### *3.2.3.4. Der Anspannungsgrundsatz im Konkurs des selbstständig erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen*

Ist die Arbeitskraft des Unterhaltspflichtigen im Unternehmen gebunden, so kann er keine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausüben und ein Verweis auf den allgemeinen Arbeitsmarkt, ist wie erwähnt, nicht möglich. Aus diesem Grund ist auch der Anspannungsgrundsatz nicht anwendbar.<sup>232</sup>

Allerdings ist im Sinne des familienrechtlichen Anspannungsgrundsatzes zu prüfen, ob die Fortführung bzw Weiterarbeit im Unternehmen noch sinnvoll erscheint. Vor allem deswegen, weil die Überlassung (§ 5 KO) des MV an den GS meistens eine kleinere Unterhaltsbemessungsgrundlage ergibt als die Bezüge aus unselbstständiger Arbeit. Besteht für die Zukunft keine Hoffnung, dass sich die Fortsetzung der selbstständigen Erwerbstätigkeit auszahlen werde, ist der unterhaltspflichtige GS angehalten, sich nach einer zumutbaren unselbstständigen Erwerbstätigkeit umzusehen. Eine Anspannung seiner nicht genutzten Kräfte infolge negativer Zukunftsprognose kommt dann erst nach einem angemessenen Zeitraum für die Suche nach einer Arbeit und unter Beachtung der tatsächlichen Chancen auf dem Arbeitsmarkt in Betracht.<sup>233</sup> Arbeitet der GS ohnehin (schuldhaft) nicht im Unternehmen mit oder wird seine Mitarbeit nicht länger benötigt, ist eine Prüfung nötig, ob es dem GS zumutbar wäre durch eine (Neben-)Beschäftigung nicht nur die Konkursmasse zu vermehren, sondern auch seine Kräfte - entsprechend dem Anspannungsgrundsatz - anzuspannen, um die Unterhaltsbemessungsgrundlage zu vergrößern.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> Zencica, ÖA 2006, 69.

<sup>232</sup> OGH 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (Gitschthaler); Schwarzinger, Kindesunterhalt 274; Gitschthaler, EF-Z 2006, 24; Kodek, Zak 2006, 146.

<sup>233</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 46 f; Gitschthaler/Simma, EF-Z 2007, 137 und Zencica, ÖA 2006, 69: eventuelle Anspannung „bei konkursaushösend fahrlässiger Geschäftsgebarung des Unternehmers oder mangelnder Initiative bei der Arbeitssuche“.

<sup>234</sup> Gitschthaler/Simma, EF-Z 2007, 137.

### 3.2.4. Exkurs: Im Unterhaltsvorschussverfahren

#### 3.2.4.1. Allgemeines

Gemäß § 7 Abs 1 UVG hat das Gericht die Vorschüsse ganz oder teilweise zu versagen, soweit in den Fällen der §§ 3 und 4 Z 1 UVG begründete Bedenken bestehen, dass die im Exekutionstitel festgesetzte Unterhaltspflicht (noch) besteht oder der gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht entsprechend bzw zu hoch festgesetzt ist. Der Vorschuss, den das Kind erhält, soll daher immer der jeweiligen materiellen gesetzlichen Unterhaltspflicht angepasst sein.<sup>235</sup> § 7 Abs 1 UVG beugt somit der „missbräuchlichen Inanspruchnahme von Unterhaltsvorschüssen“ vor.<sup>236</sup>

#### 3.2.4.2. Das Vorliegen von begründeten Bedenken

Die materielle Unrichtigkeit des bestehenden Titels muss nicht erwiesen sein, sondern es genügt, wenn „begründete Bedenken gegen den aufrechten materiellen Bestand des zu bevorschussenden gesetzlichen Unterhaltsanspruches“ bestehen.<sup>237</sup>

Doch reichen „objektiv gerechtfertigte Zweifel“ noch nicht aus um Vorschüsse versagen zu können, vielmehr muss „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ angenommen werden können, dass die titulierte Unterhaltspflicht nicht mehr besteht.<sup>238</sup> „Begründete Bedenken“ können sich aber auch schon aus den Akten ergeben.<sup>239</sup>

Wird der Konkurs über das Vermögen des Unterhaltsschuldners eröffnet, so bestehen begründete Bedenken iSd § 7 Abs 1 Z 1 UVG gegen das Weiterbestehen der titulierten Unterhaltspflicht, und zwar dann, wenn die bisherige Unterhaltspflicht die Differenz der Existenzminima nach § 291a und § 291b EO übersteigt.<sup>240</sup> Ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestehen begründete Bedenken, dass die einst festgestellte Unterhaltspflicht des Unterhaltspflichtigen von der nunmehrigen „materiellen Rechtslage abweicht“. Der Unterhaltsschuldner hat für sich und seine

---

<sup>235</sup> OGH 3 Ob 1/05a ÖA 2006/U475 = ZIK 2005/190 = EF 111.544.

<sup>236</sup> OGH 7 Ob 298/05g.

<sup>237</sup> LG Linz 15 R 406/04p EF 108.533.

<sup>238</sup> OGH 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; 3 Ob 1 /05a ÖA 2006/U475.

<sup>239</sup> OGH 7 Ob 289/05h EF-Z 2006/13 (*Gitschthaler*) = EF 114.564 = ÖJZ EvBI 2006/93.

<sup>240</sup> OGH 7 Ob 298/05g; *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 45.

Unterhaltsberechtigten nur mehr Anspruch auf die Mittel für eine bescheidene Lebensführung.<sup>241</sup>

### 3.2.4.3. Der Unterhaltsvorschuss bei Konkurseröffnung in der Schweiz

Wird in der Schweiz der Konkurs über das Vermögen des Unterhaltspflichtigen eröffnet, so ist das Schweizer Schuldbetreibungs- und Konkursrecht maßgebend. Hiernach gehört „sämtliches Vermögen, das dem GS zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, sowie Vermögen, das dem GS vor Schluss des Konkursverfahrens anfällt, soweit es nicht (...) der Exekution entzogen ist“, zur Konkursmasse. Das Schweizer Bundesgericht hat entschieden, dass der Begriff „anfallen“ so zu interpretieren ist, dass nicht massezugehörig ist, was der GS „durch persönliche Tätigkeit“ erwirbt (zB Einkünfte aus seiner Erwerbstätigkeit). Das Schweizer Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ist dem österreichischen Konkursrecht in dieser Hinsicht also nicht vergleichbar, da der GS hier hinsichtlich seines Einkommens nicht beschränkt ist. Durch die Konkurseröffnung in der Schweiz bestehen allein keine begründeten Bedenken, weshalb sie keinen Einfluss auf die Unterhaltspflicht bzw auf die Gewährung von Unterhaltsvorschüssen hat.<sup>242</sup>

## 3.3. Die Kritik an der neuen Judikaturlinie

### **3.3.1. Allgemeines**

Die neue Rsp wird nicht von allen begrüßt, sondern von einigen Literaturstimmen scharf kritisiert. Manche Kritiker fordern sogar die Rückkehr zur alten Judikaturlinie. Im Folgenden werden die Hauptvorwürfe der Literatur in Bezug auf die Differenzmethode dargestellt, wobei die Judikatur schon einigen in der Vergangenheit Beachtung geschenkt hat.

---

<sup>241</sup> OGH 7 Ob 298/05g EF 113.337; 7 Ob 289/05h EF-Z 2006/13 (*Gitschthaler*) = ÖJZ EvBl 2006/93 = ÖA 2006/UV251; 3 Ob 1/05a ÖA 2006/U475 = ZIK 2005/190 = EF 111.544; 1 Ob 242/02y ÖA 2003/UV206 = AnwBl 2003/7874 = JBl 2003, 461 = ZIK 2003/232; 1 Ob 191/01x SZ 74/138 = EF 97.700 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 70; *Zencica*, ÖA 2006, 65.

<sup>242</sup> OGH 3 Ob 324/98p ÖA 2000/UV174 = ZIK 2001/116 = ZfRV 2000/95 = EF 92.190 = EF 94.118.

### **3.3.2. Probleme bei der Berechnung der Differenz nach der Differenzmethode**

Ursprünglich hat der OGH die Differenz zwischen den Existenzminima falsch berechnet:

Es wurde das Unterhaltsexistenzminimum nach den Regeln für Arbeitsverhältnisse mit Anspruch auf Sonderzahlungen ermittelt. Korrekterweise hätten die Regeln für Einkommen ohne Sonderzahlungen (erhöhter allgemeiner Grundbetrag iSd § 291a Abs 1 Z 1 EO) zur Anwendung kommen müssen, da der Unterhalt 12-mal jährlich - berechnet nach dem monatlichen Durchschnittseinkommen - ausbezahlt ist. Die zweite Möglichkeit hätte in der Umlegung des Einkommens auf 12 Monate bestanden, also hätten die Sonderzahlungen verteilt auf die 12 Monateinkommen hinzugerechnet werden sollen.<sup>243</sup>

Der zweite Fehler bestand in der Berücksichtigung der Unterhaltsgrund- und Unterhaltssteigerungsbeträge bei der Ermittlung des Unterhaltsexistenzminimums. Diese führte dazu, dass die Differenz zwischen den Existenzminima - zum Nachteil der Unterhaltsgläubiger - sehr gering ausfiel. Das bedeutete, je mehr Sorgepflichten der Unterhaltspflichtige zu erfüllen hatte, umso mehr verblieb ihm für seinen eigenen Bedarf. Die Unterhaltsberechtigten wurden also durch die Unterhaltsgrund- und Unterhaltssteigerungsbeträge, die ihnen eigentlich zugute kommen sollten (Gesetzeszweck), benachteiligt.<sup>244</sup>

Der OGH selbst erachtete dieses Ergebnis als so unbillig, dass er die Differenzmethode als „*ebenso nur eine auf Durchschnittsfälle zugeschnittene Orientierungsregel, wie dies auch für die Prozentsatzmethode gilt*“, bezeichnete.<sup>245</sup> In einer - für die heute richtige Berechnung der Differenzmethode - wichtigen

---

<sup>243</sup> Schwimann/Kolmasch, *Unterhaltsrecht*<sup>4</sup>, 49; Schwimann/Kolmasch, *Unterhaltsrecht*<sup>3</sup>, 52; Kolmasch, *Zak* 2006, 9; Schwarzinger, *Kindesunterhalt* 273 f; Gitschthaler, *EF-Z* 2006, 24; Kodek, *Zak* 2006, 147; Zencica, *ÖA* 2006, 67.

<sup>244</sup> Schwimann/Kolmasch, *Unterhaltsrecht*<sup>4</sup>, 49; Schwimann/Kolmasch, *Unterhaltsrecht*<sup>3</sup>, 52; Kolmasch, *Zak* 2006, 9; Schwarzinger, *Kindesunterhalt* 274; Gitschthaler, *EF-Z* 2006, 25; Kodek, *Zak* 2006, 147.

<sup>245</sup> OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188.

Entscheidung hat der OGH die korrekte Vorgehensweise bei der Anwendung der Differenzmethode dargestellt (siehe Kapitel 3.2.2.5.).<sup>246</sup>

### **3.3.3. Kritik an der erweiterten Differenzmethode**

Bis zum Zeitpunkt der Konkureröffnung ist einem Unterhaltsschuldner die Belastung mit Unterhaltungspflichten bis zu seiner absoluten Belastungsgrenze zuzumuten. Ab Konkureröffnung hat er nach der erweiterten Differenzmethode aber noch zusätzlich 75 Prozent des allgemeinen Steigerungsbetrages nach § 291a Abs 3 Z 1EO iVm § 291b EO zur Verfügung. Diese „*Unschlüssigkeit*“<sup>247</sup> bzw dieser Wertungswiderspruch ist nicht zu verstehen, soll doch der Unterhaltsschuldner durch die Konkureröffnung nicht mehr Mittel zur Verfügung haben als vorher.<sup>248</sup> Durch die Konkureröffnung darf sich die Belastungsgrenze des Unterhaltsschuldners keinesfalls erhöhen.<sup>249</sup>

### **3.3.4. Kritik an der modifizierten Differenzmethode**

*Gitschthaler* ist der Meinung, dass durch die modifizierte Differenzmethode den Kritikern der Differenzmethode „*der Wind aus den Segeln*“ genommen wurde, da sie auch im Konkurs als unteren Wert die - auch außerhalb des Konkurses maßgebliche - absolute Belastbarkeitsgrenze verwendet.<sup>250</sup> *Schwimann/Kolmasch* kritisieren aber, dass sie dennoch zur Ungleichbehandlung führt, und zwar insofern, als auf die Verfügbarkeit des Einkommens Bedacht genommen wird, was außerhalb des Konkurses nicht geschieht.<sup>251</sup>

### **3.3.5. Die Differenzmethode – Ein Missverständnis**

Bemängelt wird weiters, dass die Differenzmethode als Bemessungsregel missverstanden werde, obwohl sie nur eine „*Orientierungsregel*“ ist. Anstatt die Differenz gemäß der Prozentsatzmethode auf die Unterhaltsberechtigten aufzuteilen,

---

<sup>246</sup> OGH 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = EF 113.340 = Zak 2006/265; dieser E folgend 10 Ob 65/06s ÖA 2007/U527.

<sup>247</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135.

<sup>248</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 135; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 283; *Kolmasch*, Zak 2007, 11; *Kodek*, Zak 2006, 147; *Zencica*, ÖA 2006, 68.

<sup>249</sup> *Gitschthaler*, EF-Z 2008, 28.

<sup>250</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 234a Anmerkung.

<sup>251</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 50.

würde fälschlicherweise der ganze Differenzbetrag aufgeteilt werden, obwohl die Berechnung nach der Prozentsatzmethode einen geringeren Unterhaltsbetrag als Ergebnis haben könnte. Es sei sinnvoller, auch im Konkursverfahren die „bewährte zweistufige Unterhaltsbemessung (Anwendung der Prozentmethode auf die Bemessungsgrundlage, danach uU Kürzung aufgrund der Belastungsgrenze)“ anzuwenden.<sup>252</sup> Die Folge könne sein, dass der Unterhaltspflichtige ab Konkurseröffnung höhere Unterhaltsbeträge an die Unterhaltsberechtigten zu zahlen hat als vor Konkurseröffnung.<sup>253</sup>

*Gitschthaler/Simma* verteidigen die Differenzmethode, indem sie auf den Fehler *Neuhausers*<sup>254</sup> bei der Interpretation der Entscheidung 2 Ob 192/06h hinweisen. *Neuhauser* hat die genannte Entscheidung missverstanden, indem er meinte, dass die nach der Differenzmethode errechnete Differenz den Unterhaltsberechtigten ohne Berücksichtigung der Prozentsätze für die jeweilige Altersstufe an der Unterhaltsbemessungsgrundlage (Prozentwertmethode) zustehe. Der OGH hat jedoch judiziert, dass der volle, nach der Prozentwertmethode ermittelte Unterhaltsbetrag solange zusteht, als dieser in der Differenz der beiden ExMin gedeckt sei, nicht aber, dass der Differenzbetrag jedenfalls in voller Höhe den Unterhaltsberechtigten zustehe.<sup>255</sup>

### **3.3.6. Die Ungleichbehandlung von Fällen fehlender Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners**

Viel Kritik wird an der Tatsache geübt, dass Unterhaltsschuldner je nachdem, ob sie sich in Konkurs befinden, außerhalb eines Konkursverfahrens bis auf das ExMin gepfändet oder abgeschöpft werden, hohe Zahlungsplanraten zu erfüllen oder freiwillige Schulden zu zahlen haben, ungleich behandelt werden. Die Ungleichbehandlung besteht in der Anwendung der Differenzmethode nur auf Unterhaltsschuldner über deren Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, obwohl die Verfügbarkeit des Einkommens in allen Fällen – egal, ob rechtlich oder

---

<sup>252</sup> *Kolmasch*, Zak 2008, 27; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltrecht<sup>4</sup>, 47.

<sup>253</sup> *Kolmasch*, Zak 2008, 27; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltrecht<sup>4</sup>, 47; *Neuhauser*, Unterhaltserhöhung durch Einleitung des Abschöpfungsverfahrens?, Zak 2007, 83 (83).

<sup>254</sup> *Neuhauser*, Zak 2007, 83.

<sup>255</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 136.



tatsächlich – in gleicher Weise beschränkt ist.<sup>256</sup> *Kodek* weist darauf hin, dass zwischen Beschlagswirkung des Konkurses und der Wirkung einer Gehaltsexekution „kein qualitativer Unterschied“ bestehe, weil die Verfügungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners im Konkurs nicht eingeschränkter ist als bei einer Gehaltsexekution (Forderungsexekution). Aus diesem Grund bestünden „keine konkurrenzspezifischen Gründe für eine unterschiedliche Behandlung von Exekution und Konkurs“.<sup>257</sup>

### **3.3.7. Fälschliche Vorsicht bei der Schaffung nicht exequierbarer Unterhaltstitel**

Scharf kritisiert wird die vom OGH derzeit judizierte Abhängigkeit der Titelschaffung bzw Titelbemessung von der Wahrscheinlichkeit der Einbringlichmachung. Die Rsp vor der Judikaturwende hat die Höhe des Unterhalts unabhängig davon festgesetzt, ob die Unterhaltsbeträge auch einbringlich gemacht werden konnten. Es kann bzw darf für die Festsetzung der Höhe des Titels nicht von Bedeutung sein, ob es den Unterhaltsgläubigern später gelingen wird, ihre Unterhaltsbeträge mittels Exekution einzubringen. Hierzu ein demonstratives Beispiel: Niemand würde die Darlehensklage einer Bank mit der Begründung, dass die Forderung beim Schuldner ohnehin nicht hereingebracht werden kann, abweisen.<sup>258</sup> Der OGH hält die Schaffung nicht exequierbarer Unterhaltstitel für „eine aus dem Unterhaltsrecht nicht ableitbare Zukunftsvorsorge“,<sup>259</sup> jedoch entgegnet dem *Neuhauser*, indem er meint, dass dies für die meisten Anspannungsfälle ja auch gelte.<sup>260</sup>

### **3.3.8. Doppelte Begünstigung für Unterhaltspflichtige durch Konkurseröffnung**

Die „Doppelprämie“ für Unterhaltsschuldner ergibt sich dadurch, dass rückständige Unterhaltsbeträge als Konkursforderungen nur mehr quotenmäßig zu befriedigen sind und der laufende Unterhalt durch die Anwendung der Differenzmethode anstatt der Prozentwertmethode und durch die Abzugsmöglichkeit von Zahlungsplanraten

---

<sup>256</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltrecht<sup>4</sup>, 51; *Kolmasch*, Zak 2008, 27.

<sup>257</sup> *Kodek*, Zak 2006, 148; übernehmend *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 283.

<sup>258</sup> *Kodek*, Zak 2006, 147; *Neuhauser*, Zak 2007, 84; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 284.

<sup>259</sup> OGH 2 Ob 192/06h Zak 2007/149 (*Kolmasch*) = Zak 2007/144 (*Neuhauser*) = JBl 2007, 447 = EF-Z 2007/64 (*Gitschthaler*) = ÖJZ EvBl 2007/84.

<sup>260</sup> *Neuhauser*, Zak 2007, 84.

von der Bemessungsgrundlage (siehe Kapitel 4.2.2.) gekürzt wird.<sup>261</sup> Somit enthält die geltende Rechtslage sogar „Anreize, die Unterhaltspflicht zu vernachlässigen“: Je länger die Unterhaltsbeträge nicht gezahlt werden und die Beantragung der Konkursöffnung hinausgezögert wird, umso höher ist der Unterhaltsrückstand, der dann als Konkursforderung im Konkurs nur quotenmäßig zu befriedigen ist.<sup>262</sup>

### **3.3.9. Absurde Ergebnisse nach Anwendung der Differenzmethode**

Die Differenzmethode hat bei niedrigem Einkommen und mehreren Unterhaltspflichten zur Folge, dass die errechneten Unterhaltsbeträge oft in erheblichem Maße unter den Beträgen nach der Prozentwertmethode liegen.<sup>263</sup>

In anderen (Einzel-)Fällen kann sich der laufende Unterhalt sogar verdoppeln.<sup>264</sup> Der OGH hat das Problem der unterschiedlichen Ergebnisse der Differenzmethode je nach Anzahl der Sorgepflichten und Alter der Unterhaltsberechtigten dadurch entschärft, dass er die Differenzmethode eben als eine „*nur auf Durchschnittsfälle zugeschnittene Orientierungsregel*“ bezeichnete und darauf verwies, dass in den oberen und unteren Randbereichen ein Abweichen von der Berechnungsregel erforderlich ist.<sup>265</sup>

### **3.3.10. Die Differenzmethode und das Problem des ewigen Konkurses**

Benachteiligt können die Unterhaltsberechtigten auch verstärkt dadurch sein, als nicht behauptet werden könne, der Konkurs dauere in jedem Fall nur kurz. Kommt es zu keiner Restschuldbefreiung im Konkurs, so darf der Konkurs nicht aufgehoben werden, solange mit Einkünften für die Konkursmasse gerechnet werden kann („*ewiger Konkurs*“). Dass dies angesichts der Möglichkeit der Erzielung von nur sehr geringen Unterhaltsbeträgen nach Anwendung der Differenzmethode sehr zum

---

<sup>261</sup> Neuhauser, Zak 2007, 84; Zencica, ÖA 2006, 69.

<sup>262</sup> Neuhauser, Rückständige gesetzliche Unterhaltsforderungen als Konkursforderungen und Konkursantragspflicht, Zak 2008, 89 (89 f); Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 57.

<sup>263</sup> Vgl die Berechnungsbeispiele bei Kodek, Zak 2006, 147; Neuhauser, Zak 2007, 83; Schwarzinger, Kindesunterhalt 283.

<sup>264</sup> Vgl die Berechnungsbeispiele bei Neuhauser, Zak 2007, 83; Schwarzinger, Kindesunterhalt 283.

<sup>265</sup> OGH 6 Ob 51/04z ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188 und 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (Gitschthaler).

Nachteil der Unterhaltsgläubiger ausgeht, bedarf keiner weiteren Erklärung.<sup>266</sup>

### **3.3.11. Anwendung der Grundsätze aus einem Unterhaltsvorschussverfahren auf ein Unterhaltsbemessungsverfahren**

*Zencica* weist darauf hin, dass der OGH in den ersten Entscheidungen, in denen er die neu entwickelten Grundsätze des Unterhaltsvorschussverfahrens auch in Bemessungsverfahren angewandt hat, nicht begründet hat, warum diese auch im Unterhaltsbemessungsverfahren zur Anwendung kommen sollen und weshalb der Schutzbestimmung für das Bundesbudget nunmehr Relevanz im Bemessungsverfahren zukommt.<sup>267</sup> Der OGH meinte jedoch, es mache „*keinen wesentlichen Unterschied*“, ob es sich um die Prüfung der angemessenen Höhe des Unterhaltstitels nach § 7 Abs 1 Z 1 UVG handelt oder um die Prüfung eines Unterhaltsänderungsantrages.<sup>268</sup>

## 3.4. Lösungsvorschläge der Literatur zur Verbesserung der Situation von Unterhaltsberechtigten im Konkurs des Unterhaltspflichtigen

### **3.4.1. Änderung des Anwendungsbereiches der Differenzmethode**

Um die Ungleichbehandlung der Fälle fehlender Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners (siehe Kapitel 3.3.6.) beseitigen zu können, wird vorgeschlagen, die Differenzmethode als Berechnungsmodell im Konkurs aufzugeben oder sie auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens anzuwenden, wobei Letzterem der Vorzug gegeben wird. Bevorzugt wird die Anwendung nicht nur im Konkurs deshalb, weil man davon ausgeht, dass die Leistungsfähigkeit von der fehlenden Verfügbarkeit über das Einkommen aufgrund einer Verschuldung nicht unbeeinflusst bleibt. Denn selbst in einer intakten Familie würde eine Verschuldung des Unterhaltspflichtigen nicht ohne Auswirkungen auf die Unterhaltsberechtigten bleiben. Der laufende Unterhalt sollte dabei aus der Differenz des verfügbaren Einkommens und den Mitteln, die der Unterhaltsschuldner selbst als Eigenbedarf

---

<sup>266</sup> *Kodek*, Zak 2006, 147.

<sup>267</sup> *Zencica*, ÖA 2006, 65.

<sup>268</sup> OGH 6 Ob 284/02m ÖA 2004/U416 = ecolex 2004/10.

benötigt, gedeckt werden.<sup>269</sup>

### **3.4.2. Unterscheidung zwischen Leistungsfähigkeit und Verfügbarkeit**

Vereinzelt wird auch die Trennung der Leistungsfähigkeit von der Verfügbarkeit als Hilfestellung erwähnt. Unterhaltsbeträge sollten aus der Differenz zwischen verfügbarem Einkommen und dem Einkommensteil, der den Eigenbedarf des Unterhaltspflichtigen abdeckt, erfüllt werden. Der Verfügbarkeit des Einkommens schenkt die Differenzmethode als „*besondere Belastungsgrenze*“ besondere Beachtung.<sup>270</sup>

### **3.4.3. Verschärfte Konkursantragspflicht**

Der „*Doppelprämie*“ des Unterhaltsschuldners im Konkurs (siehe Kapitel 3.3.8.) könnte durch eine schnellere Konkurseröffnung begegnet werden. Ist der (private) Unterhaltsschuldner zahlungsunfähig, so hat er gem § 69 Abs 2 KO ohne schuldhaftes Zögern die Konkurseröffnung zu beantragen. In der Praxis wird diese 60-tägige Frist so gut wie gar nicht eingehalten, wobei man dem Unterhaltsschuldner zumindest leichte Fahrlässigkeit (= Verschulden) anlasten kann. Die Verletzung der zusätzlichen „*unterhaltsrechtlichen Konkursantragspflicht*“ bleibt jedoch - bis auf die unterhaltsrechtliche „*Anspannung auf ein Verhalten eines rechtstreuen Familienvaters*“ - sanktionslos. Ein Lösungsvorschlag wäre die „*amtswegige Konkurseröffnung*“ gesetzlich festzulegen, dh das Anknüpfen an den tatsächlichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Dadurch würde verhindert werden, dass mehr Unterhaltsrückstand entsteht, der dann nur - je nach Quote - teilweise zu befriedigen wäre.<sup>271</sup>

### **3.4.4. Kürzung des Unterhalts nur als Ausnahme**

Die Anwendung der modifizierten Differenzmethode ist im Konkurs als sinnvoll anzusehen, da durch sie und ihre Berücksichtigung der absoluten Belastungsgrenze gesichert ist, dass sich primär der Unterhaltspflichtige in seinen eigenen Bedürfnissen einschränken muss. Erst wenn diese Einschränkung nicht ausreicht die

---

<sup>269</sup> Schwimann/Kolmasch, *Unterhaltsrecht*<sup>4</sup>, 51; Kolmasch, Zak 2008, 27.

<sup>270</sup> Schwimann/Kolmasch, *Unterhaltsrecht*<sup>4</sup>, 51 f; Kolmasch, Zak 2008, 26 f; vgl auch Zencica, ÖA 2006, 66, der die Leistungsfähigkeit in die Arbeitsfähigkeit und die Zahlungsfähigkeit unterteilt.

<sup>271</sup> Neuhauser, Zak 2008, 89 f.

Unterhaltungspflichten zu erfüllen, weil diese die Differenz zwischen verfügbarem Einkommen und der Belastungsgrenze übersteigen, kann eine verhältnismäßige Unterhaltskürzung vorgenommen werden, und zwar „in gravierenden Ausnahmefällen“.<sup>272</sup>

### **3.4.5. Rückständiger Unterhalt als ausgeschlossene Forderung**

*Neuhauser* schlägt vor, zur Vermeidung einer bloß quotenmäßigen Befriedigung des Unterhaltsrückstandes die rückständigen Unterhaltsbeträge von Minderjährigen als im Konkurs ausgeschlossene Ansprüche gem § 58 KO zu behandeln. Der Vorteil läge in der vollen Befriedigung anstatt der bloß quotenmäßigen wie derzeit nach der geltenden Rechtslage. Er relativiert diese Idee aber mit der daraus resultierenden Gleichstellung von Unterhaltsforderungen mit Geldstrafen wegen strafbarer Handlungen und meint selbst, dass dies „ein falsches Signal des Gesetzgebers wäre“.<sup>273</sup>

Meines Erachtens sollten rückständige Unterhaltsbeträge im Konkurs wie laufender Unterhalt behandelt werden. Dadurch wären sie nicht mehr Konkursforderungen, die nur teilweise zu erfüllen sind, sondern ausgeschlossene Ansprüche, die voll zu befriedigen sind. Allerdings müsste dann geklärt werden, ob auch der Unterhaltsrückstand (rückwirkend) nach der Differenzmethode zu berechnen wäre (was ja nach derzeitiger Rsp zu verneinen wäre, da es sich um jenen Teil des Unterhalts handelt, der außerhalb des Konkursverfahrens fällig geworden ist, dh, dass der Unterhaltsrückstand nicht im Anwendungsbereich der Differenzmethode läge). Der Unterschied zu *Neuhauser* ergäbe sich aus der Nichtaufnahme in den Katalog des § 58 KO, wodurch auch kein „falsches Signal“ gesetzt werden würde. Allein die Schutzwürdigkeit von unterhaltsberechtigten (minderjährigen) Kindern würde den Ausschluss der Unterhaltsforderungen von der Teilnahme am Konkursverfahren rechtfertigen.

### **3.4.6. Rückkehr zur „alten“ Rechtsprechung**

Nach *Kodek* sollte die derzeitige „Rsp nochmal überdacht“ werden.<sup>274</sup> Den

---

<sup>272</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 51.

<sup>273</sup> *Neuhauser*, Zak 2008, 90.

<sup>274</sup> *Kodek*, Zak 2006, 148.

krassesten Vorschlag liefert *Neuhauser*, der ein „Plädoyer zur Rückkehr zur ‚alten‘ Judikaturlinie“ (siehe Kapitel 3.1.1.) hält.<sup>275</sup>

## 4. Der Unterhalt nach Beendigung des Insolvenzverfahrens

### 4.1. Die bisherige Rechtsprechung

#### **4.1.1. Die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung**

Nach der bisherigen Rsp war es irrelevant, welcher Betrag dem Unterhaltspflichtigen nach Zahlung der Zahlungsplanverpflichtungen für seine eigenen Bedürfnisse verbleibt. Die Unterhaltsbemessungsgrundlage wurde aufgrund eines Zahlungsplanes höhenmäßig nicht verändert.<sup>276</sup> Allein das Vorliegen eines rechtskräftigen Zahlungsplanes, „*der den Vater zur planmäßigen Rückzahlung seiner Schulden verpflichtet*“, rechtfertigte noch nicht, dass diese Schulden bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage berücksichtigt werden sollten. „*Die gegenteilige Auffassung liefe dem ehernen Grundsatz des Unterhaltsrechts zuwider, dass die Schulden des Unterhaltspflichtigen die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht zu vermindern geeignet sind*“.<sup>277</sup> Allein die Zahlung von Schulden nach einem bestimmten Plan (Zahlungsplan) war kein Grund, „*diese Schulden bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage als Abzugspost zu werten*“,<sup>278</sup> es sei denn, sie hätten auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden können.<sup>279</sup> Die Beweislast dafür, dass Schulden ausnahmsweise von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzuziehen waren, traf immer den

---

<sup>275</sup> *Neuhauser*, Zak 2007, 84 f; vgl aber OGH 6 Ob 284/02m letzter Absatz: „*Eine Rückkehr zur Rsp, dass die Konkurseröffnung ohne Einfluss auf die Höhe der Unterhaltsverpflichtung gegenüber Kindern sei, ist (...) nicht angezeigt*“.

<sup>276</sup> OGH 1 Ob 139/01z ZIK 2002/50 = ZRInfo 2001/232; 3 Ob 201/02h EF 99.508 = ZIK 2003/79; 7 Ob 69/02a EF 99.508; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236a; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>3</sup>, 53; *Zencica*, ÖA 2006, 63.

<sup>277</sup> OGH 1 Ob 139/01z ZRInfo 2001/232 = ZIK 2002/50; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = ecolex 2003/3 = EF 99.508 = ZIK 2003/79; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236a; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 277; *Zencica*, ÖA 2006, 63.

<sup>278</sup> OGH 1 Ob 139/01z ZIK 2002/50; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = ecolex 2003/3 = JUS-Extra 2002/3464 = ZIK 2003/79 = EF 99.508; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236a; *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 57; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 74; *Zencica*, ÖA 2006, 63.

<sup>279</sup> *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 57.

Unterhaltspflichtigen.<sup>280</sup>

Schulden/Kredite waren nach der bisherigen ständigen Rsp von der Bemessungsgrundlage abzugsfähig, wenn sie der „*Finanzierung existenznotwendiger Bedürfnisse, unabwendbarer außergewöhnlicher Belastungen oder zur Erhaltung der Arbeitskraft*“ des Unterhaltspflichtigen dienen.<sup>281</sup> Ansonsten waren Konkursschulden bzw Schuldenbelastungen im Zusammenhang mit einem Konkursverfahren samt den daraus entspringenden Pfändungen von der Bemessungsgrundlage nicht abzuziehen,<sup>282</sup> es sei denn, sie waren auch außerhalb des Konkurses nach allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsätzen abzugsfähig.<sup>283</sup>

Abschöpfungsbeträge waren der Bemessungsgrundlage wieder hinzuzurechnen, dh sie konnten die Bemessungsgrundlage auch nicht schmälern.<sup>284</sup>

Was Zwangsausgleichsraten anbelangt, so hat der OGH im Jahr 1997 ausgesprochen, dass die „*Erfüllung des Zwangsausgleiches nicht auf Kosten des Unterhaltsberechtigten geschehen kann*“, weshalb sie nicht geeignet waren die Unterhaltsbemessungsgrundlage zu schmälern.<sup>285</sup> Gleiches hatte auch für Zinsen der Kredite, die zur Erfüllung des Zwangsausgleiches aufgenommen wurden, zu gelten. Damit waren die im Revisionsrekurs geltend gemachten Einwendungen des Vaters, die Erfüllung des Zwangsausgleiches komme auch dem Unterhaltsberechtigten zugute, weshalb die Zwangsausgleichsraten abzugsfähig seien, unberechtigt.<sup>286</sup>

Anders hatte der fünfte Senat in einer Entscheidung aber noch 1995 entschieden, in

---

<sup>280</sup> OGH 1 Ob 139/01z EF 96.408 = ZIK 2002/50; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = ecolex 2003/3 = ZIK 2003/79 = EF 99.508; LG Salzburg 21 R 82/01g EF 95.674; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 277; *Zencica*, ÖA 2006, 63.

<sup>281</sup> OGH 5 Ob 520/95 ÖA 1996/U144 = ZIK 1996, 35; 1 Ob 2121/96k ÖA 1997/U174 = EF 80.532; 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = ecolex 2003/3 = *JUS-Extra* 2002/3464 = ZIK 2003/79 = EF 99.629 = EF 99.647 = EF 99.648; 7 Ob 69/02a EF 99.629 = EF 99.647 = EF 99.648.

<sup>282</sup> LGZ Wien 43 R 411/99g EF 89.269; LGZ Wien 45 R 323/99b EF 89.270; OGH 7 Ob 299/01y ÖA 2002/U359 = ZIK 2002/124 = EF 99.712.

<sup>283</sup> LGZ Wien 44 R 45/99i EF 89.271.

<sup>284</sup> LGZ Wien 44 R 45/99i EF 89.105.

<sup>285</sup> OGH 4 Ob 321/97b EF 83.590.

<sup>286</sup> OGH 7 Ob 176/02m.

der er die Kreditrückzahlungen zur Finanzierung eines Zwangsausgleiches, mit dem sich der Unterhaltsschuldner von 80 Prozent seiner Schulden befreien konnte, zur Hälfte von der Bemessungsgrundlage abgezogen hat.<sup>287</sup>

#### **4.1.2. Der Beginn des Judikaturwandels**

Der OGH hat im August 2002 seine Einstellung zu Zahlungsplanraten bzw zu den Voraussetzungen für den Abzug von Schulden von der Bemessungsgrundlage geändert. In seiner Entscheidung hat er festgehalten, dass Zahlungsplanraten dann abzugsfähig sein sollen, *„wenn sie aus einer Schuld stammen, die ex ante betrachtet, erforderlich war, die existenzsichernde Ertragskraft eines Unternehmens zu erhalten bzw zu verbessern“*, wobei der Unterhaltspflichtige hierfür die Beweislast trägt.<sup>288</sup>

In der Entscheidung 1 Ob 86/04k hat der OGH ausgesprochen, dass zu berücksichtigen ist, welche Schulden der Unterhaltspflichtige im Rahmen des Zahlungsplans zurückzahlen muss. *„Die Unterhaltsbemessungsgrundlage ändert sich vielmehr aufgrund eines im Schuldenregulierungsverfahren festgelegten Zahlungsplans; die danach zurückzuzahlenden Schulden sind eben grundsätzlich als außergewöhnliche Belastung abzugsfähig“*. Begründet hat er dies damit, dass diese Schulden eingegangen worden seien, um den Unterhaltspflichtigen wieder in die Lage zu versetzen, unbelastetes Einkommen zur Deckung seiner Unterhaltsverpflichtungen zur Verfügung zu haben.<sup>289</sup> Auch Darlehens- und Kreditverbindlichkeiten, die zur Erfüllung des Zahlungsplanes eingegangen worden sind, schmälern die Unterhaltsbemessungsgrundlage.<sup>290</sup> Diese neue Rsp widerspreche auch *„nicht dem ehernen Grundsatz des Unterhaltsrechts, dass Schulden des Geldunterhaltspflichtigen die Bemessungsgrundlage an sich nicht mindern, handelt es sich doch dabei um berücksichtigungswürdige (abzugsfähige)*

---

<sup>287</sup> OGH 5 Ob 520/95 ÖA 1996/U144 = ZIK 1996, 35; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> 236a und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 227.

<sup>288</sup> OGH 3 Ob 201/02h ÖA 2003/F221 = *ecolex* 2003/3 = *JUS-Extra* 2002/3464 = ZIK 2003/79 = EF 99.508; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 277.

<sup>289</sup> OGH 1 Ob 84/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = *ÖJZ EvBI* 2004/201 = *ecolex* 2004/405 = *ZRInfo* 2004/293 = *JB* 2004, 730; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 277.

<sup>290</sup> OGH 1 Ob 176/04w ÖA 2006/U474 = ZIK 2005/191 = *NZ* 2006/28; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 277.



Schulden“.<sup>291</sup>

Im Jahr 2006 hat der siebente Senat des OGH - infolge des kritiklosen Übernehmens der neuen Rsp in anderen Entscheidungen von anderen Senaten<sup>292</sup> - diese als nunmehr herrschende Auffassung bezeichnet.<sup>293</sup>

#### 4.2. Die Rechtsprechung zur Rechtslage nach Beendigung des Insolvenzverfahrens

##### **4.2.1. Allgemeines**

Nach rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses fallen die konkurrenzspezifischen Beschränkungen der Rechtsstellung des Unterhaltsschuldners weg. Er wird wieder voll Verfügungsfähig.<sup>294</sup> Es sind wieder die allgemeinen Regelungen für die Unterhaltsbemessung anzuwenden.<sup>295</sup> Der Unterhaltspflichtige kann sein Einkommen wieder für seinen Eigenbedarf verwenden. *„Ein Grund, die Unterhaltsberechtigten an diesem Einkommen nicht im Rahmen der ‚Prozentkomponente‘ teilhaben zu lassen, sondern sie mit Ansprüchen auf die Differenz zwischen dem ExMin und dem Unterhaltsexistenzminimum zu beschränken, ist nicht ersichtlich“.*<sup>296</sup> Die Differenzmethode ist nun also nicht mehr maßgeblich für die Unterhaltsbemessung, vielmehr sind die Verbindlichkeiten aus

---

<sup>291</sup> OGH 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = EF 107.210 = ÖJZ EvBI 2004/201 = JBI 2004, 730; 1 Ob 176/04w ÖA 2006/U474 = ZIK 2005/191 = NZ 2006/28 = EF 107.210; *Zencica*, ÖA 2006, 66.

<sup>292</sup> OGH 1 Ob 176/04w ÖA 2006/U474 = ZIK 2005/191 = NZ 2006/28 = EF 107.210; 7 Ob 279/05p ÖA 2006/U477 = EF 110.311 = Zak 2006/119 (krit *Kolmasch*) und 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265.

<sup>293</sup> OGH 7 Ob 291/05b.

<sup>294</sup> OGH 1 Ob 186/05t ÖA 2006/U491 = 110.322; 7 Ob 291/05b EF 113.342; 7 Ob 289/05h ÖA 2006/UV251 = ÖJZ EvBI 2006/93 = EF-Z 2006/13 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24.

<sup>295</sup> OGH 1 Ob 186/05t ÖA 2006/U491 = EF 110.322; 7 Ob 289/05h EF 113.342 = ÖA 2006/UV251 = ÖJZ EvBI 2006/93 = EF-Z 2006/13 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/266; 7 Ob 291/05b EF 113.342; 6 Ob 52/06z EF 113.342 = ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>3</sup>, 53.

<sup>296</sup> OGH 1 Ob 186/05t ÖA 2006/U491; 7 Ob 289/05h ÖA 2006/UV251 = ÖJZ EvBI 2006/93 = ÖJZ-LSK 2006/119 = EF-Z 2006/13 (*Gitschthaler*) = RZ 2006/EÜ204; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24.

dem Zahlungsplan von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzuziehen.<sup>297</sup>

Wie bereits erwähnt (siehe Kapitel 3.2.2.7.), gilt der Anspannungsgrundsatz auch für einen Unterhaltsschuldner über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet wurde. Deshalb *„bestehen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens umso weniger Gründe für eine Einschränkung des allgemeinen Grundsatzes, dass dem Unterhaltspflichtigen bei Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit zugemutet werden muss, ein nach seinen persönlichen Umständen und wirtschaftlichen Bedingungen erzielbares Einkommen auch tatsächlich zu erreichen“*.<sup>298</sup> Unterlässt es der Unterhaltspflichtige ein seinen „Kräften“ entsprechendes Einkommen zu erwerben, so wird er auf das fiktive (höhere) Einkommen angespannt, das der Unterhaltsbemessung zugrunde zu legen ist.<sup>299</sup> *„Was der anhängige Konkurs an den Unterhaltsfestsetzungsgrundsätzen nicht ändert, vermag ein aufgehobener Konkurs noch weniger“*.<sup>300</sup>

#### **4.2.2. Die Auswirkungen des Zahlungsplans auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage**

Vorwegzunehmen ist, dass die Rsp des OGH zu den Auswirkungen des Zahlungsplans auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage bisher keineswegs geradlinig bzw chronologisch verlaufen ist, sondern im *„Zick-Zack-Kurs“*.<sup>301</sup>

Nach der neueren Judikatur - eingeführt durch die Entscheidung 1 Ob 86/04k - ändert sich die Unterhaltsbemessungsgrundlage aufgrund eines im Schuldenregulierungsverfahren zustande gekommenen Zahlungsplans. *„Die danach zurückzuzahlenden Schulden sind eben grundsätzlich als außergewöhnliche Belastung abzugsfähig“*. Dies deshalb, weil der Zahlungsplan gerade den Zweck hätte, die *„Arbeitskraft und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen wieder*

---

<sup>297</sup> OGH 7 Ob 289/05h ÖA 2006/UV251 = EF 113.345 = ÖJZ-LSK 2006/119 = EF-Z 2006/13 (*Gitschthaler*) = RZ 2006/EÜ204 = Zak 2006/266; für die Zeit während eines Abschöpfungsverfahrens 2 Ob 192/06h Zak 2007/149 (*Kolmasch*) = Zak 2007/144 (*Neuhauser*) = JBI 2007, 447 = EF-Z 2007/64 (*Gitschthaler*) = ÖJZ EvBI 2007/84; 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265; *Kodek*, Zak 2006, 147.

<sup>298</sup> OGH 6 Ob 517/91 EF 65.230; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236.

<sup>299</sup> OGH 6 Ob 517/91 EF 65.230; *Gitschthaler/Simma*, Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs (Teil II), EF-Z 2007, 170 (173); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236.

<sup>300</sup> OGH 6 Ob 517/91 EF 65.230; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236.

<sup>301</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 47.

herzustellen“. Dieser Vorgehensweise widerspreche „auch nicht dem ehernen Grundsatz des Unterhaltsrechts, dass Schulden des Geldunterhaltspflichtigen die Unterhaltsbemessungsgrundlage an sich nicht mindern“, handle es sich „doch dabei um berücksichtigungswürdige (abzugsfähige) Schulden, also solche die er eingegangen ist, um ihn wieder in die Lage zu versetzen, nach der Schuldenregulierung unbelastetes Einkommen zur Deckung seiner Unterhaltspflicht zur Verfügung zu haben“. Nach dieser Auffassung sind die Zahlungsplanraten also in voller Höhe von der Bemessungsgrundlage abzuziehen.<sup>302</sup> Der erste Senat (1 Ob 86/04k) wurde in weiterer Folge vom sechsten und vor allem vom siebenten Senat bestätigt.<sup>303</sup>

Eine weitere (logische) Konsequenz dieser Auffassung war, laut OGH, dass bei Berücksichtigung des Inhalts des Zahlungsplans<sup>304</sup> auch die Verbindlichkeiten aus einem Darlehen oder einem Kredit, welches/r der Finanzierung des Zahlungsplans diene, bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage mindernd zu berücksichtigen war.<sup>305</sup>

In der Entscheidung 7 Ob 291/05b bezeichnete der OGH die eben dargestellte Judikatur zur generellen Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten als nunmehr ständige Rsp.<sup>306</sup>

Die neue(re) Rechtsansicht des OGH wurde bzw wird von der Literatur und den Zweitinstanzengerichten stark kritisiert (siehe Kapitel 4.3.). Der OGH hat diese Kritik

---

<sup>302</sup> OGH 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = EF 107.210 = ÖJZ EvBI 2004/201 = ecolex 2004/405 = ZRInfo 2004/293 = JBI 2004, 730; 1 Ob 176/04w ÖA 2006/U474 = ZIK 2005/191 = EF 107.210 = NZ 2006/28; 7 Ob 289/05h ÖA 2006/UV251 = EF-Z 2006/13 (*Gitschthaler*) = EF 113.345; 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265; 1 Ob 252/06z ÖA 2007/U513 = Zak 2007/147; LG Salzburg 21 R 601/06p EF 116.484; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236b; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 73; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 173; *Neuhauser*, Zak 2007, 84; *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 24; *Kodek*, Zak 2006, 147; *Zencica*, ÖA 2006, 66.

<sup>303</sup> OGH 1 Ob 176/04w ÖA 2006/U474 = ZIK 2005/191 = EF 107.210 = NZ 2006/28; 7 Ob 279/05p ÖA 2006/U477 = EF 110.311 = Zak 2006/119 (krit *Kolmasch*); 7 Ob 289/05h ÖA 2006/UV251 = ÖJZ EvBI 2006/93 = ÖJZ-LSK 2006/119 = EF-Z 2006/13 (*Gitschthaler*) = RZ 2006/EÜ204 = Zak 2006/266 = EF 113.345; 7 Ob 291/05b, 7 Ob 298/05g EF 113.337 = EF 113.338 = EF 113.339 und 6 Ob 52/06z ÖA 2006/U476 = JBI 2007, 258 = ÖJZ EvBI 2006/136 = ÖJZ-LSK 2006/178 = RZ 2006/EÜ267 = EF-Z 2006/12 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/265.

<sup>304</sup> *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 72.

<sup>305</sup> OGH 1 Ob 176/04w ÖA 2006/U474 = ZIK 2005/191 = NZ 2006/28.

<sup>306</sup> OGH 7 Ob 291/05b; diese weiters als stRsp bezeichnend *Gitschthaler*, EF-Z 2006, 26 (Praxistipp).

zT angenommen und seine Auffassung geändert, zT aber auch dagegen argumentiert. Die aussagekräftigsten Argumente des OGH und die Änderungen seiner Rechtsanschauung sollen nun im Folgenden chronologisch dargestellt werden.

Der OGH verteidigte seine Rsp indem er meinte, dass gerade durch die gesetzliche Möglichkeit des Unterhaltsschuldners, sich seiner Schulden im Schuldenregulierungsverfahren zu entledigen, die unterhaltsberechtigten Kinder ebenfalls einen Vorteil dadurch hätten. Es sei für die Kinder eine „*Chance, die ein pflichtbewusster Unterhaltspflichtiger zu ergreifen - idR zweifellos sogar - verpflichtet sein wird*“, um wieder von der vollen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners profitieren zu können. Es stelle „*doch in einer Vielzahl der Fälle den einzigen Weg dar, jemals wieder über unbelastetes Einkommen zu verfügen und die Unterhaltspflicht in einem befriedigendem Maß wieder decken zu können*“. Weiters solle es nicht zu einer Ungleichbehandlung von Kindern, die Geldunterhalt beziehen und jenen, denen in der intakten Familie Naturalunterhalt zusteht, kommen. Bevorzugt wäre hier das geldunterhaltsberechtigende Kind, da sich ein im Haushalt des Unterhaltsschuldners lebendes Kind, wie auch die ganze Familie des GS, „*nach der Decke strecken*“ müsste. Im Gegensatz dazu hätte Ersteres trotz verringerter Leistungsfähigkeit (Belastungen aus dem Zahlungsplan) des Unterhaltspflichtigen einen unveränderten Unterhaltsanspruch.<sup>307</sup>

Schulden seien berücksichtigungswürdig, wenn sie die Arbeitskraft und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen erhalten bzw steigern, wobei genau dies der Zweck des Zahlungsplans sei. Eine eventuelle Zweckverfehlung könne an diesen Grundsätzen nichts ändern.<sup>308</sup>

In der Entscheidung 7 Ob 279/05p bestätigte der OGH die Rsp seit der Entscheidung 1 Ob 86/04k und fügte hinzu, dass die Entschuldung des Unterhaltspflichtigen für das Kind, vor allem im Hinblick auf dessen Alter (zum Entscheidungszeitpunkt 9 Jahre), noch von Vorteil sei. Es seien deshalb die monatlichen Verpflichtungen aus dem

---

<sup>307</sup> OGH 7 Ob 279/05p ÖA 2006/U477 = EF 110.311; 1 Ob 252/06z ÖA 2007/U513 = EF 113.346; bei einer Maßstabfigur eines normgerechten pflichtbewussten Unterhaltspflichtigen grundsätzlich folgend 2 Ob 192/06h JBI 2007, 447 = EF-Z 2007/64 (*Gitschthaler*); *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236b; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 277 f.

<sup>308</sup> OGH 7 Ob 279/05p ÖA 2006/U477 = EF 110.311; 1 Ob 252/06z ÖA 2007/U513 = EF 113.346; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236b.

Zahlungsplan als berücksichtigungswürdige Schulden von der Bemessungsgrundlage abzuziehen.<sup>309</sup> Doch auch im Falle einer 16-jährigen Unterhaltsberechtigten hat der OGH – trotz wahrscheinlicher Selbsterhaltungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Entschuldung durch einen Zahlungsplan – die Zahlungsplanraten als abzugsfähig gewertet. Es sei „*die solidarische Aufteilung von Lasten innerhalb der Familie als Schicksalsgemeinschaft*“ nicht davon abhängig zu machen, „*ob einzelnen Unterhaltsberechtigten wegen der von ihnen temporär mitgetragenen wirtschaftlichen Einschränkungen später noch ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen kann*“.<sup>310</sup>

Der Kritik der Literatur entgegnet der OGH, dass sie nicht berücksichtigt hätte, dass es „*im Privat- und Geschäftsleben auch ein durch unerfüllte Erwartungen verursachtes, einigermäßen redliches Scheitern mit den daraus notwendig folgenden wirtschaftlichen Problemen gibt*“, was den Regelfall darstelle. Ein Grund die Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit eines solchen GS nicht zu ermöglichen, sei nicht zu erkennen. Die Tatsache der Unterhaltsminderung samt der damit verbundenen Einschränkung ändere daran nichts.<sup>311</sup>

Als Reaktion auf die Kritik von *Kodek* (siehe Kapitel 4.3.), antwortete der OGH, dass durch die Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten der GS nicht gegenüber einem „*Schuldner, der sich redlich bemühe, seine Schulden ‚pünktlich zu bedienen‘*“ besser gestellt werden soll, sondern sie soll redlich gescheiterten Gemeinschuldern „*eine baldige - auch für Unterhaltsgläubiger nützliche - wirtschaftliche Erholung ermöglichen*“.<sup>312</sup>

Im Dezember 2006 wurde die Kritik zur generellen Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten vom sechsten Senat erstmals als „*durchaus beachtenswert*“ bezeichnet, doch bedurfte es in diesem Fall (ohnehin berücksichtigungswürdige

---

<sup>309</sup> OGH 7 Ob 279/05p ÖA 2006/U477 = EF 110.311 = Zak 2006/119; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236b und *Feil/Marent*, Familienrecht § 140 Rz 45.

<sup>310</sup> OGH 1 Ob 252/06z ÖA 2007/U513 = EF 113.346 = Zak 2007/147.

<sup>311</sup> OGH 1 Ob 252/06z ÖA 2007/U513 = EF 113.346; 8 Ob 148/06g ZIK 2007/235; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236b.

<sup>312</sup> OGH 1 Ob 252/06z ÖA 2007/U513 = EF 113.346; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236b.

Schulden) keiner Auseinandersetzung mit der abgelehnten Rsp.<sup>313</sup> Schulden, die schon vor Konkurseröffnung abzugsfähig waren, bleiben dies auch nach Konkursaufhebung. „Sind daher die Zahlungsplanraten auf berücksichtigungswürdige Schulden zurückzuführen, bestehen gegen eine entsprechende Verminderung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nach Konkursaufhebung keine Bedenken“.<sup>314</sup> Fazit: Bevor die Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten bejaht werden kann, müssen die ihnen tatsächlich zugrunde liegenden Schulden geprüft werden. Bestehen die Gesamtschulden teilweise aus abzugsfähigen und zum anderen Teil aus nicht abzugsfähigen Schulden, so sind auch die Zahlungsplanraten nur in diesem Verhältnis von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzuziehen.<sup>315</sup>

Im März 2007 hat der OGH entschieden, dass bei einem Extremfall, dh bei „nicht aus einer beruflichen Tätigkeit, sondern aus unangemessenen Konsumverhalten (Autos und Umschuldungsmaßnahmen)“ resultierenden Schulden, die zur Insolvenz geführt haben und bei einer Zahlungsplanquote von 92 %, die Belastungen aus dem Zahlungsplan nicht abzugsfähig sind. In einer solchen Fallkonstellation diene der Zahlungsplan nicht der Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, sondern decke „beinahe die gesamten Verbindlichkeiten unter Vermeidung weiter auflaufender Zinsen“ ab.<sup>316</sup>

Die eben dargestellte neueste Judikaturwende, dass Zahlungsplanraten doch nicht grundsätzlich abzugsfähig sein sollen<sup>317</sup> und nach dem Grund der Verschuldung zu fragen ist, wird von der Literatur begrüßt.<sup>318</sup>

Die aktuellste Rsp des OGH geht davon aus, dass die Differenzmethode auch nach Konkursaufhebung bei Zahlungsplanerfüllung anzuwenden ist. Hiernach stünde den

---

<sup>313</sup> OGH 6 Ob 282/06y ÖA 2007/U514 = EF 113.344 = JBI 2007, 446 = Zak 2007/148; zustimmend 8 Ob 148/06g EF 116.485; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 173 und *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 278.

<sup>314</sup> OGH 6 Ob 282/06y ÖA 2007/U514 = EF 113.344 = JBI 2007, 446 = Zak 2007/148; 8 Ob 148/06g; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236a; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 173.

<sup>315</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 174 und *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236a.

<sup>316</sup> OGH 2 Ob 228/05a EF 116.487 = Zak 2007/263 = iFamZ 2007/59 = ÖA 2007/U509; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236a; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 173; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 278 f.

<sup>317</sup> OGH 2 Ob 228/05a ÖA 2007/U509 = iFamZ 2007/59 = Zak 2007/263 = EF 116.487; 6 Ob 282/06y ÖA 2007/U514 = EF 113.344 = Zak 2007/148 und 8 Ob 148/06g.

<sup>318</sup> Als sachgerecht bezeichnend *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 281 f.

Unterhaltsberechtigten jener Betrag zur Verfügung, der sich aus der Differenz der Existenzminima der §§ 291a und 291b EO ergibt, „und zwar selbst wenn sich nach der sogenannten Prozentwertmethode wegen der grundsätzlichen Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten ein geringerer Unterhaltsbeitrag ergäbe“.<sup>319</sup> Anders formuliert der zweite Senat im Jahr 2008, indem er meint, dass kein Abzug von Zahlungsplanraten zu erfolgen hat, solange die nach der Prozentwertmethode ermittelten Unterhaltsbeträge in der Differenz der Existenzminima Deckung finden.<sup>320</sup> Kolmasch spricht von einer fehlenden „allgemeinen, konsistenten Lösung für diese Situationen“ (meint: die Handhabung von Abschöpfungsbeträgen und Zahlungsplanraten nach Konkursaufhebung).<sup>321</sup>

Da, wie oben erwähnt, der Zahlungsplan und das Schuldenregulierungsverfahren gerade auf die Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit hinzielen, reicht es für den Abzug von Schulden nicht aus, dass nur die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens vorliegen, der Schuldner „den zur Einleitung des Verfahrens nötigen Schritt aber noch nicht gewagt hat“.<sup>322</sup>

#### **4.2.3. Die Auswirkungen des Zwangsausgleiches auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage**

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 hat der OGH die Kreditbelastungen, die zur Finanzierung des Zwangsausgleiches dienten, zur Hälfte von der Bemessungsgrundlage abgezogen.<sup>323</sup> Zwei Jahre später hat er ausgesprochen, dass „die Erfüllung des Zwangsausgleiches nicht auf Kosten des Unterhaltsberechtigten

---

<sup>319</sup> OGH 3 Ob 19/07a EF 116.488 = iFamZ 2007/79 (Deixler-Hübner) = Zak 2007/298 (Neumayr); erstmals für Abschöpfungsbeträge vertretend 2 Ob 192/06h Zak 2007/149 (Kolmasch) = Zak 2007/144 (Neuhauser) = JBI 2007, 447 = EF-Z 2007/64 (Gitschthaler) = ÖJZ EvBl 2007/84 = EF 116.489 = RZ 2007/EÜ224; Schwarzingler, Kindesunterhalt 278; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48; Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236b; Gitschthaler/Simma, EF-Z 2007, 173.

<sup>320</sup> OGH 2 Ob 155/07v iFamZ 2008/61 = Zak 2008/226; 8 Ob 148/06g ZIK 2007/235; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48 FN 230.

<sup>321</sup> Kolmasch, Unterhaltsbemessung während des Abschöpfungsverfahrens, Zak 2007, 91.

<sup>322</sup> OGH 9 Ob 144/06a ZIK 2008/111 = iFamZ 2007/116; Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236c; Schwarzingler, Kindesunterhalt 279; Gitschthaler/Simma, EF-Z 2007, 174.

<sup>323</sup> OGH 5 Ob 520/95 ÖA 1996/U144 = ZIK 1996, 35; Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236a.

geschehen“ kann.<sup>324</sup> Die neue oberstgerichtliche Rsp hatte das Thema Zwangsausgleichsraten und Unterhaltsbemessung noch nicht zu beurteilen. Nach *Gitschthaler/Simma* - und diesen folgend *Schwimann/Kolmasch* - wären Zwangsausgleichsraten aber wie Zahlungsplanraten zu behandeln.<sup>325</sup> Im Gegensatz dazu hat das LGZ Wien 2001 judiziert, dass die „*Verbindlichkeiten zur Erfüllung eines Zwangsausgleiches angemessen zu berücksichtigen*“ sind.<sup>326</sup>

In aller Kürze soll hier noch die Wirkung des Zwangsausgleiches bezüglich von Unterhaltskonkursforderungen, die der des Zahlungsplans entsprechen, behandelt werden.

Die restschuldbefreiende Wirkung des bestätigten Zwangsausgleiches/Zahlungsplans bewirkt, dass der Unterhaltsschuldner Unterhaltsforderungen für die Zeit vor Konkurseröffnung nur bis zur Quote befriedigen muss. Deshalb kann ein Unterhaltsbeschluss bezüglich dieser Unterhaltskonkursforderungen nach Bestätigung des Zwangsausgleiches dem Unterhaltsberechtigten nur die Quote zusprechen.<sup>327</sup> Der Teil der Unterhaltsforderung, der die Quote übersteigt, wird nicht vernichtet, sondern verliert nur seine Klagbarkeit (Naturalobligation).<sup>328</sup> Ist der Unterhaltspflichtige mit der Erfüllung der Zwangsausgleichsraten in qualifiziertem Verzug (§ 156 Abs 4 KO), so kommt es zum quotenmäßigen Wiederaufleben der Unterhaltskonkursforderung und der Unterhaltsberechtigte muss wieder darüber hinaus befriedigt werden.<sup>329</sup>

#### **4.2.4. Die Auswirkungen der Abschöpfungsbeträge auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage**

Im Jahr 2005 hat die Rsp ganz allgemein festgehalten, dass auch

---

<sup>324</sup> OGH 4 Ob 321/97b EF 83.590; so auch 7 Ob 176/02m.

<sup>325</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 174 und *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48.

<sup>326</sup> LGZ Wien 43 R 429/01h EF 95.929.

<sup>327</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 270 und 291 f; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 475; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 130 und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 225.

<sup>328</sup> OGH 5 Ob 254/05x ÖA 2006/U495; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 475; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 292 und *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 130.

<sup>329</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 270; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 475; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 130 und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 225.



Abschöpfungsbeträge während des Abschöpfungsverfahrens die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen beeinträchtigen.<sup>330</sup> In der Entscheidung 2 Ob 192/06h hat der OGH dann erstmals konkret über die Auswirkungen von Abschöpfungsbeträgen auf die Bemessungsgrundlage entschieden. Hiernach sind die vom Unterhaltsschuldner im Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung gem §§ 199 ff KO „*dem Treuhänder abgetretenen Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis (Abschöpfungsbeträge)*“ wie Zahlungsplanraten von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzuziehen.<sup>331</sup> Eine Änderung hat der zweite Senat herbeigeführt, indem er die Differenzmethode zur Berechnung des monatlichen Unterhalts während des Abschöpfungsverfahrens für maßgeblich erklärte. Der Unterhaltsanspruch bestehe jedenfalls in der Höhe des Differenzbetrages, „*auch wenn eine Unterhaltsberechnung nach der Prozentsatzmethode wegen der grundsätzlichen Abzugsfähigkeit der Abschöpfungsbeträge einen geringeren Unterhaltsbeitrag ergäbe*“.<sup>332</sup> *Gitschthaler/Simma* befürworten diese Vorgehensweise, sei doch der Unterhaltspflichtige im Abschöpfungsverfahren aufgrund der bloßen Überlassung des ExMin in einer vergleichbaren Situation wie während des Insolvenzverfahrens. Anwendbar sei auch in einem solchen Fall die modifizierte Differenzmethode, wobei von einer „*ungekürzten Unterhaltsbemessungsgrundlage*“ auszugehen ist.<sup>333</sup> Der achte Senat hat 2007 den Abzug von Abschöpfungsbeträgen verneint, weil die nach der Prozentwertmethode ermittelten Unterhaltsbeträge in der Differenz der Existenzminima Deckung fanden. Begründet hat er diese Entscheidung damit, dass „*das aufgrund der Steigerungsbeträge erhöhte ExMin jedenfalls nicht den Zweck verfolge, den Unterhaltspflichtigen im Abschöpfungsverfahren schneller zu entschulden*“, sondern dass der Differenzbetrag „*zweckgebundenes Vermögen*“ sei, das den

---

<sup>330</sup> OGH 3 Ob 1/05a ÖA 2006/U475 = ZIK 2005/190 = ZRInfo 2005/47 = Zak 2005/47.

<sup>331</sup> OGH 2 Ob 192/06h Zak 2007/149 (*Kolmasch*) = Zak 2007/144 (*Neuhauser*) = JBI 2007, 447 = EF-Z 2007/64 (*Gitschthaler*) = ÖJZ EvBI 2007/84 = EF 116.489 = RZ 2007/EÜ224; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236d; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 173; *Feil*, KO<sup>6</sup> § 199 Rz 7.

<sup>332</sup> OGH 2 Ob 192/06h Zak 2007/149 (*Kolmasch*) = Zak 2007/144 (*Neuhauser*) = JBI 2007, 447 = EF-Z 2007/64 (*Gitschthaler*) = ÖJZ EvBI 2007/84 = EF 116.489 = RZ 2007/EÜ224; 2 Ob 155/07v Zak 2008/226 = iFamZ 2008/61; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236d; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 173; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup>, 48; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 279; *Feil*, KO<sup>6</sup> § 199 Rz 7.

<sup>333</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 174 und *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236d Anm.

Unterhaltsberechtigten als „*Mindestbetrag*“ auch während des Abschöpfungsverfahrens zustünde.<sup>334</sup>

Bezüglich Unterhaltsvorschussverfahren ist die Rsp widersprüchlich: Einerseits hat sie das Vorliegen begründeter Bedenken iSd § 7 UVG mangels Gewissheit der Restschuldbefreiungserteilung negiert;<sup>335</sup> andererseits sieht sie die Leistungsfähigkeit des GS und die Einbringlichkeit der Unterhaltsschuld (für die Unterhaltsbemessung) durch die Eröffnung eines Abschöpfungsverfahrens beeinflusst und wendet die Differenzmethode an.<sup>336</sup>

Parallel zur Rsp über Zahlungsplanraten wird judiziert, dass Abschöpfungsbeträge die Bemessungsgrundlage nicht mindern können, wenn ihnen Schulden zugrunde liegen, die nicht den Zweck der „*Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz*“ hatten.<sup>337</sup>

Das Abschöpfungsverfahren hat nicht dieselbe Wirkung wie die Zwangsausgleichs- bzw Zahlungsplanbestätigung, denn der Leistungsbefehl kann auf die volle Unterhaltsschuld lauten. Dies deshalb, weil mit dessen Einleitung nicht automatisch von einer späteren Restschuldbefreiung ausgegangen werden kann. Wird die Restschuldbefreiung später rechtskräftig erteilt, entfaltet sie Auswirkungen auf den Leistungsbefehl.<sup>338</sup>

Im Gegensatz zur Rechtslage beim Zahlungsplan/Zwangsausgleich werden Unterhaltsforderungen bei gröblicher Verletzung der Unterhaltspflicht gem § 198 StGB nicht von der Wirkung der Restschuldbefreiung erfasst, selbst bei Fehlen einer gerichtlichen Verurteilung (§ 215 Abs 1 Z 1 KO). Sie können in voller Höhe geltend gemacht werden.<sup>339</sup>

---

<sup>334</sup> OGH 8 Ob 148/06g ZIK 2007/235, 137 f.

<sup>335</sup> OGH 2 Ob 90/03d ÖJZ-LSK 2003/228 = ÖJZ EvBl 2004/6 = EF 105.176 = ZIK 2004/77; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 5 E 75.

<sup>336</sup> OGH 8 Ob 50/04t ÖA 2005/U434; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 279.

<sup>337</sup> OGH 8 Ob 148/06g; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 279.

<sup>338</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 271 und *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 131.

<sup>339</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 271; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 131 und *Feil*, KO<sup>6</sup> § 214 Rz 4.

#### **4.2.5. Die Auswirkung eines (außer-)gerichtlichen Ausgleichs**

Die Ausgleichsverfahrenseröffnung zur Erreichung eines (gerichtlichen) Ausgleichs allein bewirkt „noch keine Minderung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen“. In der konkreten Entscheidung hätte es dem Unterhaltsschuldner obliegen, eine konkrete Minderung zu behaupten und zu beweisen.<sup>340</sup>

Hat der Unterhaltspflichtige Raten aufgrund eines außergerichtlichen Ausgleichs zu leisten, sind die Zahlungen nicht anders als sonstige Schulden zu behandeln. Schulden bzw Kredite sind abzugsfähig, wenn sie der „Finanzierung existenznotwendiger Bedürfnisse bzw unabwendbarer außergewöhnlicher Belastungen“ oder der „Erhaltung der Arbeitskraft des Unterhaltsschuldners“ dienen.<sup>341</sup>

#### 4.3. Die Kritik an der neuen Rechtsprechung

Die Kritik an der unter 4.2. dargestellten Rechtsprechung ist groß. Im Folgenden werden die Kontra-Rsp-Argumente der Literatur und der Zweitinstanzgerichte zusammengefasst behandelt:

Die Rsp zum Thema Rechtslage nach Konkursaufhebung (allgemein) und Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten und Abschöpfungsbeträgen (konkret) von der Unterhaltsbemessungsgrundlage ist uneinheitlich und unklar und bedarf der Klarstellung durch den Gesetzgeber bzw durch die Höchstgerichte.<sup>342</sup>

Der erste Einwand ist, dass ein Schuldner, der sich redlich bemühe, seine Schulden pünktlich zu bezahlen und über dessen Vermögen nicht der Konkurs eröffnet worden ist, zumindest hinsichtlich der Unterhaltsforderungen schlechter gestellt sei als ein Schuldner, der es auf die Konkurseröffnung ankommen ließe.<sup>343</sup>

Stark kritisiert wurde bzw wird die generelle Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten

---

<sup>340</sup> OGH 4 Ob 583/95 ÖA 1996/U155 = EF 76.807; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 233 und *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>3</sup>, 53.

<sup>341</sup> OGH 1 Ob 2121/96k ÖA 1997/U174 = EF 80.532; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 236a.

<sup>342</sup> *Kolmasch*, Zak 2008, 26 und *Kolmasch*, Zak 2007, 91 Anm.

<sup>343</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 173.

bzw Abschöpfungsbeträgen von der Bemessungsgrundlage.<sup>344</sup> Daraus erwüchse den Unterhaltsberechtigten ein doppelter Nachteil: Zum einen würde ihr rückständiger Unterhalt nur quotenmäßig befriedigt, zum anderen würde der laufende Unterhalt noch durch den Abzug der Zahlungsplanraten weiter gekürzt. Das Ergebnis: Die Unterhaltsberechtigten finanzieren ihren Unterhalt (bzw die Restschuldbefreiung des Unterhaltsschuldners) zum Teil selbst.<sup>345</sup> Eine weitere Verminderung des laufenden Unterhalts durch Abzug der Zahlungsplanraten von der Bemessungsgrundlage sei nicht sachgerecht.<sup>346</sup> Die (Rechts-)Lage würde aber noch durch die lange Laufzeit des Zahlungsplans von bis zu 7 Jahren verschärft werden. Bedenkt man, dass viele Unterhaltsberechtigte nach der Schule einen Beruf ergreifen, so sei festzustellen, dass sie zwar die Lasten des Zahlungsplans/der Abschöpfung durch Reduktion ihres Unterhalts mitgetragen haben, aber später aus der Entschuldung keinen Vorteil mehr hätten. Mit diesem Beispiel wird das Argument der Rsp, die Entschuldung sei auch für die Unterhaltsberechtigten vorteilhaft, relativiert.<sup>347</sup> Das LG St. Pölten spricht davon, dass die Kinder „*die Last der Sanierung*“ mittrügen, „*ohne an deren Früchte partizipieren zu können*“.<sup>348</sup> Durch die generelle Abzugsfähigkeit der Zahlungsplanraten von der Unterhaltsbemessungsgrundlage kann der Schuldner weiters dazu verleitet werden, seinen Gläubigern Raten anzubieten, die nicht nur den pfändbaren Teil seines Einkommens betreffen, sondern auch jenen, der den Unterhaltsgläubigern vorbehalten sein soll. Dadurch würde die Entschuldung des Unterhaltspflichtigen auf Kosten der Unterhaltsberechtigten geschehen.<sup>349</sup>

Kritik wird (wurde) an der Tatsache geübt, dass „*allein durch die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens die Qualität der Schulden verändert wird*“.<sup>350</sup> Kodek

---

<sup>344</sup> Schwarzinger, Kindesunterhalt 281; Kolmasch, Zak 2008, 27; Neuhauser, Zak 2007, 84; Kolmasch, Zak 2007, 11; Kodek, Zak 2006, 148; Zencica, ÖA 2006, 68.

<sup>345</sup> Schwarzinger, Kindesunterhalt 281; Neuhauser, Zak 2007, 84; Kodek, Zak 2006, 148; Zencica, ÖA 2006, 68.

<sup>346</sup> Schwarzinger, Kindesunterhalt 282; Neuhauser, Zak 2007, 84; vgl auch Kodek, Zak 2006, 148.

<sup>347</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48; Schwarzinger, Kindesunterhalt 281 f; Kodek, Zak 2006, 148.

<sup>348</sup> LG St. Pölten 6.9.2006, 23 R 191/06w.

<sup>349</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48; Kodek, Zak 2006, 148; Neuhauser in Schwimann, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 57.

<sup>350</sup> Gitschthaler/Simma, EF-Z 2007, 174.

spricht idZ sogar davon, dass Schulden durch Konkurseröffnung „geadelt“ würden.<sup>351</sup> Der Umstand, dass durch die Konkurseröffnung Schulden in Abzug gebracht werden können, die sonst nicht abzugsfähig wären, sei nicht zu akzeptieren. Auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens könnten nur berücksichtigungswürdige Schulden die Bemessungsgrundlage mindern.<sup>352</sup> Jedoch betonen *Gitschthaler/Simma*, dass auch in die umgekehrte Richtung zu denken ist: Berücksichtigungswürdige Schulden, die dem Aufbau oder der Sicherung einer Einkunftsquelle dienen, sollen auch nach Konkurseröffnung in Abzug gebracht werden können. Daher dürfe die Differenzmethode (siehe gleich unten) keinen höheren Betrag ergeben als die Prozentwertmethode mit gekürzter Bemessungsgrundlage.<sup>353</sup>

*Zencica* bemängelt die vom OGH verwendete Phrase „handelt es sich dabei um berücksichtigungswürdige (abzugsfähige) Schulden, also solche, die er ‚eingegangen‘ ist, um ihn wieder in die Lage zu versetzen, (...) unbelastetes Einkommen (...) zur Verfügung zu haben“, wobei er darauf hinweist, dass der Unterhaltspflichtige keine neuen Schulden eingegangen sei, sondern bloß einen Teil seiner Schulden bezahle.<sup>354</sup>

Weiterer Hauptkritikpunkt der Lehre ist die Ungleichbehandlung der Leistungsfähigkeitsfälle Exekution und Konkurs. Es dürfe bezüglich der Abzugsfähigkeit von Schulden nicht unterschieden werden, ob der Schuldner bis auf das ExMin gepfändet wird oder in Konkurs ist. Die Möglichkeit (sogar nicht berücksichtigungswürdige) Schulden nur im Konkurs abzuziehen, ist nicht zu rechtfertigen. Vielmehr solle es darauf ankommen - egal, ob Exekutions- oder Konkursverfahren - dass es sich um berücksichtigungswürdige Schulden handle.<sup>355</sup>

Treffend meint *Zencica*, dass sich das Image des Konkurses (mit Einführung der Sonderbestimmungen für natürliche Personen in die KO) geändert hat: „vom

---

<sup>351</sup> *Kodek*, Zak 2006, 148.

<sup>352</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 173 f; *Kodek*, Zak 2006, 147 f; diese Kritik referierend OGH 2 Ob 228/05a ÖA 2007/U509 = iFamZ 2007/59 = Zak 2007/263 = EF 116.487 und 6 Ob 282/06y EF 113.344 = ÖA 2007/U514 = JBI 2007, 446.

<sup>353</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 174.

<sup>354</sup> *Zencica*, ÖA 2006, 66.

<sup>355</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 51; *Kolmasch*, Zak 2008, 27; *Kodek*, Zak 2006, 147 f.

*schändlichen Scheitern zum Neuanfang für „Unschuldige“.*<sup>356</sup>

Zum neuesten „Einfall“ des OGH – die Anwendung der Differenzmethode auch während der Erfüllung des Zahlungsplans bzw während des Abschöpfungsverfahrens - wird festgehalten, dass die Entscheidungen hierzu noch auslegungsbedürftig sind.<sup>357</sup> 2007 hat *Neuhauser* zur Entscheidung 2 Ob 192/06h angemerkt, dass es nicht einsichtig wäre, warum nun die Differenzmethode auch im Abschöpfungsverfahren anzuwenden sei, nicht jedoch während des Zeitraumes der Zahlungsplanerfüllung. Dies sei ein „*Wertungswiderspruch zur Unterhaltsbemessung beim Zahlungsplan*“ und mangle an einer sachlichen Begründung. Die Konsequenz sei die Benachteiligung der Unterhaltsgläubiger beim Zahlungsplan, da diesen nicht die Differenz der ExMin zugestanden werde.<sup>358</sup> Mittlerweile wurde aber auch schon beim Zahlungsplan die Differenzmethode angewandt.<sup>359</sup>

Im Gegensatz dazu haben *Gitschthaler/Simma* die Frage aufgeworfen, ob eine Gleichbehandlung von Zahlungsplan-, Zwangsausgleichs- und Abschöpfungsverfahren richtig sei und sind zu dem Ergebnis gekommen, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, mit einem erfolgreichen Abschöpfungsverfahren die Entschuldung des Unterhaltspflichtigen herbeizuführen. Daher sei die Abzugsfähigkeit der Abschöpfungsbeträge zu bejahen und die modifizierte Differenzmethode anzuwenden.<sup>360</sup>

*Neuhauser* hat erstmals darüber nachgedacht, wie sich ein Scheitern der angestrebten Entschuldung beim Zahlungsplan auf die herabgesetzten Unterhaltsbeträge auswirke. Der Unterhaltsberechtigte trüge dafür das Risiko, „*wenn nicht eine bis zum Herabsetzungsbeginn rückwirkende Unterhaltserhöhung zugelassen*“ werde.<sup>361</sup> Daraus ergibt sich ein verjährungsrechtliches Problem: Die Verjährung kann erst dann beginnen, wenn die Entschuldung endgültig gescheitert ist, weshalb - bei sonstigem Verlust großer Teile des Unterhalts - die rückwirkende

---

<sup>356</sup> *Zencica*, ÖA 2006, 67.

<sup>357</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 48 FN 230 und *Kolmasch*, Zak 2007, 91 Anm.

<sup>358</sup> *Neuhauser*, Zak 2007, 83 f.

<sup>359</sup> OGH 3 Ob 19/07a EF 116.488 = iFamZ 2007/79 (*Deixler-Hübner*) = Zak 2007/298 (*Neumayr*) und 2 Ob 155/07v.

<sup>360</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 174.

<sup>361</sup> *Neuhauser*, Zak 2007, 84; vgl auch *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 51.

Geltendmachung von Unterhaltserhöhungen mehr als sieben, anstatt bisher drei Jahre (§ 1480 ABGB), zu gestatten sein müsse.<sup>362</sup>

#### 4.4. Die Lösungsvorschläge der Literatur

Abschließend sollen in diesem Kapitel die Lösungsvorschläge der Literatur erörtert werden.

Grundsätzlich solle sich zuerst der Unterhaltspflichtige in seiner Lebensweise einschränken, wenn er nicht berücksichtigungswürdige Schulden zu bezahlen hat, doch müssen auch ihm ausreichend Mittel zur Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts bleiben.<sup>363</sup>

Der mE wichtigste Vorschlag ist, dass konsequent nur solche Zahlungsplan-, Zwangsausgleichsraten und Abschöpfungsbeträge zum Abzug von der Bemessungsgrundlage zugelassen werden sollen, denen berücksichtigungswürdige Schulden zugrunde liegen. In diesem Fall wäre gesichert, dass sich die Qualität der Schulden nicht durch Konkurseröffnung verändert. Berücksichtigungswürdige Schulden, die auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens abzugsfähig sind, sollen dies auch nach Konkurseröffnung bleiben.<sup>364</sup> In diesem Zusammenhang sollen aber nur angemessene und nicht überhöhte Quoten abzugsfähig sein.<sup>365</sup> Außerdem scheint eine Einschränkung der Abzugsfähigkeit selbst von berücksichtigungswürdigen Schulden möglich, wenn der Unterhaltspflichtige – entgegen der Anspannungstheorie – es unterlässt, sich um die Restschuldbefreiung zu bemühen.<sup>366</sup>

Gefordert wird auch die Gleichbehandlung der Leistungsfähigkeitsfälle Exekutions- und Insolvenzverfahren. Hier sollen exekutiv erzwungene und freiwillig geleistete Zahlungen die gleichen Auswirkungen wie Zahlungsplanraten oder Abschöpfungsbeträge haben.<sup>367</sup> *Kolmasch* schlägt die allgemeine Anwendung der

---

<sup>362</sup> *Neuhauser*, Zak 2007, 84; zustimmend *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 284 f.

<sup>363</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 51.

<sup>364</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 51 f; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 282; *Kodek*, Zak 2006, 148 und *Zencica*, ÖA 2006, 69.

<sup>365</sup> *Neuhauser*, Zak 2007, 84 und *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 282.

<sup>366</sup> *Kodek*, Zak 2006, 149 FN 26 und *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 282 f.

<sup>367</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 52.

Differenzmethode vor, also unabhängig davon, ob der Unterhaltsschuldner bis auf das ExMin gepfändet wird, sich in Konkurs befindet oder einen Zahlungsplan zu erfüllen hat.<sup>368</sup>

Auch für Zahlungsplanraten und Abschöpfungsbeträge wünscht sich die Literatur einen Schritt zurück in Richtung alte Judikaturlinie,<sup>369</sup> bei der die Insolvenz grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage hatte, aber der Unterhaltsschuldner trotzdem bei Vorliegen von berücksichtigungswürdigen Schulden dies behaupten und beweisen konnte.<sup>370</sup>

## **C. Verfahrensrechtlicher Teil**

### **5. Auswirkung der Konkursöffnung auf außerstreitige Unterhaltsverfahren im Hinblick auf § 8a KO**

#### **5.1. Unterhaltsanspruch bis zum Zeitpunkt der Konkursöffnung**

##### **5.1.1. Vorbemerkung zu § 8a KO**

Nach § 6 Abs 1 KO *können Rechtsstreitigkeiten*, die massezugehörige Ansprüche betreffen, *nach der Konkursöffnung gegen den GS weder anhängig gemacht noch fortgesetzt werden*. Nach § 7 Abs 1 KO werden idZ *alle anhängigen Rechtsstreitigkeiten*, mit Ausnahme von Gemeinschuldnerprozessen gem § 6 Abs 3 KO, *durch die Konkursöffnung unterbrochen*. Da die §§ 6 und 7 KO nur von „*Rechtsstreitigkeiten*“ sprechen, waren sie bisher nur auf Verfahren in Streitsachen anzuwenden. Die hM hat diese Grundsätze aber analog auf Außerstreitverfahren übertragen.<sup>371</sup>

Der Mangel einer expliziten Regelung für Außerstreitverfahren wurde durch den Verweis in § 25 Abs 1 Z 4 AußStrG auf die KO deutlich. Aus diesem Grund wurde §

---

<sup>368</sup> Kolmasch, Zak 2007, 11.

<sup>369</sup> Schwarzinger, Kindesunterhalt 282; Neuhauser, Zak 2007, 85; Kodek, Zak 2006, 148 und Zencica, ÖA 2006, 69.

<sup>370</sup> Neuhauser, Zak 2007, 85.

<sup>371</sup> Tunkel, Gerichtsgebühren- und Insolvenzrechts-Novelle 2006, JAP 2006/2007, 237 (238); Schneider, ZIK 2006, 38 und Schwarzinger, Kindesunterhalt 285 f.



8a KO durch die Gerichtsgebühren- und Insolvenzrechts-Novelle 2006<sup>372</sup> in die KO eingefügt. Dieser bestimmt, dass die *Bestimmungen betreffend Rechtsstreitigkeiten sinngemäß für Außerstreitverfahren* gelten.<sup>373</sup>

### **5.1.2. Die geltende Rechtslage**

Bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen muss verfahrensrechtlich zwischen Unterhaltsrückstand und laufendem Unterhalt unterschieden werden:

Rückständige gesetzliche Unterhaltsansprüche für die Zeit vor Konkurseröffnung stellen Konkursforderungen dar und sind nach den Bestimmungen der KO zu behandeln.<sup>374</sup> Unterhaltsforderungen nach Konkurseröffnung sind nur dann Konkursforderungen, wenn der GS als Erbe des Unterhaltspflichtigen dafür haftet.<sup>375</sup>

Im Gegensatz dazu sind vertragliche Unterhaltsansprüche immer Konkursforderungen, wobei sie als kapitalisierter Betrag (§ 15 KO) anzumelden sind.<sup>376</sup> Konkursforderungen sind nur mehr quotenmäßig zu befriedigen.<sup>377</sup> Bei der Feststellung des Unterhaltsrückstands ist auf § 1418 ABGB Bedacht zu nehmen. Hiernach ist die Unterhaltsforderung, die im Konkurseröffnungsmonat fällig wird, noch zur Gänze Konkursforderung, da Alimente mangels Vereinbarung einen Monat im Voraus fällig werden.<sup>378</sup>

---

<sup>372</sup> GIN 2006, BGBl I 2006/8; am 1.3.2006 in Kraft getreten.

<sup>373</sup> *Tunkel*, JAP 2006/2007, 238; *Schneider*, ZIK 2006, 38 und *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 286.

<sup>374</sup> OGH 8 Ob 14/07b EF-Z 2007/108; 7 Ob 169/04k SZ 2004/116 = JBI 2005, 113 = ZIK 2005/91 = ZRInfo 2004/341; 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = JBI 2004, 730; 9 Ob 40/03b EF 104.176 = ZIK 2004/69 = ÖA 2003/U400; 3 Ob 25/98t ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBI 1991/64 = EF 65.020 = EF 65.021; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 44; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 269 und 287; *Neuhauser*, Zak 2008, 89; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 138; *Feil*, KO<sup>6</sup> § 7 Rz 1; *Gitschthaler*, Unterhaltsrückstand im Konkurs, EF-Z 2007, 180; *Schneider*, Zak 2006, 39; *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 128; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 224; *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, KO<sup>4</sup> § 5 Rz 10.

<sup>375</sup> § 51 Abs 2 Z 1 KO; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 44; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 287; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 138.

<sup>376</sup> *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 134 und *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 45.

<sup>377</sup> OGH 9 Ob 40/03b EF 104.176 = ÖA 2003/U400; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 44; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 475.

<sup>378</sup> OGH 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = ÖJZ EvBI 2004/201 = ÖJZ-LSK 2004/214 = ecolex 2004/405 = ZRInfo 2004/293 = EF 107.682 = JBI 2004, 730 = ZIK 2005/192; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 44; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 287; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 138; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 224; *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR<sup>4</sup> § 5 Rz 10.

Ein zur Zeit der Konkureröffnung anhängiges Unterhaltsverfahren wird daher durch die Eröffnung des Konkurses<sup>379</sup> oder eines Schuldenregulierungsverfahrens ex lege (§ 7 KO) unterbrochen.<sup>380</sup> Eines Unterbrechungsbeschlusses bedarf es nicht; er hätte nur deklarative Wirkung.<sup>381</sup> Fällt das Außerstreitgericht trotz Unterbrechung eine Entscheidung, so ist sie nichtig.<sup>382</sup> Das Unterhaltsverfahren kann aber als Prüfungsprozess während des Insolvenzverfahrens fortgeführt werden.<sup>383</sup> Ebenso unterbrochen wird ein Verfahren, in dem die Herabsetzung des Unterhalts<sup>384</sup> sowie die Erhöhung<sup>385</sup> oder die Feststellung des Erlöschens<sup>386</sup> oder auch die erstmalige Festsetzung des Unterhaltsrückstands begehrt wird.<sup>387</sup> Aktuell hat jedoch der OGH entschieden, dass durch die Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens das Unterhaltsherabsetzungsverfahren nicht unterbrochen werde, sofern dem Schuldner die Eigenverwaltung zusteht. Es komme bei Eigenverwaltung nur dann zur Verfahrensunterbrechung, wenn der Schuldner zur Prozessführung eine gerichtliche Genehmigung gem § 187 Abs 1 Z 3 KO benötigt.<sup>388</sup>

---

<sup>379</sup> OGH 8 Ob 14/07b EF-Z 2007/108; 8 Ob 116/00t EF 92.870; 7 Ob 330/99a; 3 Ob 25/98t ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298 = EF 89.633; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 45; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 286 f; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 138; *Gitschthaler*, EF-Z 2007, 180; *Feil*, KO<sup>6</sup> § 7 Rz 1 und § 8a Rz 3; *Schneider*, ZIK 2006, 39.

<sup>380</sup> OGH 8 Ob 14/07b EF-Z 2007/108; 7 Ob 169/04k SZ 2004/116 = JBI 2005, 113 = ZIK 2005/91; 1 Ob 86/04k SZ 2004/77 = ÖA 2005/U432 = ÖJZ EvBl 2004/201 = ZRInfo 2004/293 = ZIK 2005/192 = JBI 2004, 730 = EF 107.682; 9 Ob 40/03b EF 104.177 = ZIK 2004/69 = ÖA 2003/U400; 8 Ob 116/00t ZIK 2001/100 = EF 92.870; 3 Ob 25/98t ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298 = EF 89.633; 2 Ob 215/98a ÖA 1999/U252 = ZIK 1999, 160 = JBI 1999, 397 = EF 88.423 = JUS-Extra 1998/2616; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474 f; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 286 FN 1469; *Feil/Marent*, Außerstreitgesetz<sup>2</sup> (2007) § 25 Rz 9; *Gitschthaler*, EF-Z 2007, 180; *Feil*, KO<sup>6</sup> § 7 Rz 1; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 224.

<sup>381</sup> OGH 9 Ob 40/03b ZIK 2004/69 = ÖA 2003/U400; LGZ Wien 45 R 214/01f EF 96.435; *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 25 Rz 9.

<sup>382</sup> OGH 8 Ob 14/07b; 9 Ob 40/03b EF 104.177 = EF 105.932 = EF 106.575 = JUS-Extra 2004/3699 = ZIK 2004/69 = ÖA 2003/U400; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474a.

<sup>383</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 45.

<sup>384</sup> OGH 8 Ob 116/00t ZIK 2001/100 = EF 92.870; 3 Ob 25/98t ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298 = EF 89.631; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 287; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 224.

<sup>385</sup> OGH 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBl 1991/64.

<sup>386</sup> OGH 8 Ob 116/00t ZIK 2001/100 = EF 92.870; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 287; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 224.

<sup>387</sup> OGH 8 Ob 14/07b; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 287; *Gitschthaler*, EF-Z 2007, 180.

<sup>388</sup> OGH 8 Ob 120/08t Zak 2009/28 = EF-Z 2009/31 = JUS-Extra 2009/4604.

Das Unterhaltsverfahren kann nur wieder aufgenommen werden, wenn die Unterhaltsgläubiger ihre Ansprüche im Konkurs angemeldet haben, sie dort geprüft und bestritten worden sind.<sup>389</sup> Zur Fortsetzung des Verfahrens bedarf es jedoch eines Aufnahmeantrages und eines daraus folgenden Gerichtsbeschlusses (§ 165 ZPO, § 26 Abs 3 AußStrG), sodass die Konkursaufhebung allein noch nicht die Unterbrechungswirkung aufhebt.<sup>390</sup> Ob die Unterhaltskonkursforderungen zu Recht bestehen, wird gem § 110 Abs 3 KO im Außerstreitverfahren festgestellt. Das Konkursgericht hat aber über deren Rangordnung zu entscheiden.<sup>391</sup>

Ist das Unterhaltsverfahren einmal unterbrochen, sind Verfahrenshandlungen, die sich nicht auf die Unterbrechung beziehen, bis auf eine Ausnahme, wirkungslos. Daher sind Parteihandlungen während der Unterbrechung ohne Wirkung. Sie werden vom Gericht zurückgewiesen.<sup>392</sup> Über Rechtsmittel, die nach Verfahrensunterbrechung eingebracht werden, kann das Gericht nicht meritorisch entscheiden, sondern sie sind von selbigem zurückzuweisen. Dieser Grundsatz wird im Falle der Beschwer einer Partei durch eine gerichtliche Entscheidung durchbrochen, sodass diese angefochten werden kann.<sup>393</sup>

Wird der zwingende Vorrang des konkursrechtlichen Prüfungsverfahrens vor der Verfahrensfortsetzung (des Außerstreitverfahrens) nach § 7 KO missachtet, so stellt dies einen „Verfahrensverstoß dar, der im Grunde und auch nach seinem Gewicht der Unzulässigkeit des Rechtsweges iSd § 477 Abs 1 Z 6 ZPO gleichzusetzen und daher ebenfalls mit Nichtigkeit bedroht ist“.<sup>394</sup>

Wird der Konkurs im Rechtsmittelstadium des Unterhaltsverfahrens eröffnet, so ist

---

<sup>389</sup> OGH 8 Ob 14/07b EF-Z 2007/108; 9 Ob 40/03b EF 104.179 = EF 107.684 = ZIK 2004/69 = ÖA 2003/U400; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474a; *Gitschthaler*, EF-Z 2007, 180; *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 25 Rz 9.

<sup>390</sup> OGH 9 Ob 40/03b EF 107.684 = EF 105.777 = ZIK 2004/69 = JUS-Extra 2004/3699 = ÖA 2003/U400; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 45; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474a; *Gitschthaler*, EF-Z 2007, 180; *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 25 Rz 9 und *Feil*, KO<sup>6</sup> § 7 Rz 1.

<sup>391</sup> OGH 8 Ob 164/02d ÖJZ EvBI 2003/40 = ÖJZ-LSK 2003/26 = EF 100.174 = RZ 2003/EÜ101 = ZIK 2003/41; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 295 f und *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 475.

<sup>392</sup> OGH 3 Ob 85/06f ÖJZ EvBI 2006/143 = ÖJZ-LSK 2006/198 = EF 115.898; 9 Ob 40/03b ZIK 2004/69 = ÖA 2003/U400 = EF 105.776; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474a.

<sup>393</sup> OGH 3 Ob 85/06f ÖJZ EvBI 2006/143; 4 Ob 109/07v ZIK 2007/320; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 474a.

<sup>394</sup> OGH 9 Ob 40/03b ZIK 2004/69 = JUS-Extra 2003/1699 = ÖA 2003/U400 = EF 105.932 = EF 106.575; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 291 und *Feil*, KO<sup>6</sup> § 7 Rz 1.

diese Tatsache novum productum und für die meritorische Entscheidung irrelevant. Es ist die Sachlage zum Zeitpunkt des Schlusses des Verfahrens erster Instanz entscheidungsrelevant. Jedoch gilt die verfahrensrechtliche Unterbrechungswirkung der Konkursöffnung auch für die zweite Instanz und den OGH.<sup>395</sup>

Ein Unterhaltsvorschussverfahren wird durch die Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens nicht unterbrochen. Denn es handelt sich hier nicht um einen Anspruch des Kindes gegen den Unterhaltspflichtigen, sondern gegen den Bund. Die Entscheidung über den Unterhaltsvorschuss wirkt sich auch nicht unmittelbar auf die Konkursmasse aus und der bloß mittelbare Einfluss<sup>396</sup> reicht nicht aus um die Verfahrensunterbrechung hervorzurufen.<sup>397</sup>

### **5.1.3. Geltendmachung der Unterhaltskonkursforderung**

Der Unterhaltsrückstand ist als Konkursforderung im Konkursverfahren des Unterhaltspflichtigen anzumelden. Diese Anmeldung soll die unzulässige Exekutionsführung (Exekutionssperre gem § 10 KO) ersetzen.<sup>398</sup> Zur Forderungsfeststellung siehe Kapitel 2.1.6. und die einschlägige Literatur.<sup>399</sup> Wird die Forderung im Konkurs nicht angemeldet, kommt es auf den Ausgang der Insolvenzsituation an, ob die Unterhaltskonkursforderung (noch) besteht bzw wie sie getilgt wird. Vergleiche die Beispiele bei *Schwarzinger*.<sup>400</sup>

Über die Frage, ob Unterhaltskonkursforderungen zu Recht bestehen, entscheidet gem § 110 Abs 3 KO das Außerstreitgericht, welches also als (Konkurs-) Prüfungsgericht fungiert. Das Konkursgericht hat aber über deren Rangordnung zu

---

<sup>395</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 477 Anm und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 230.

<sup>396</sup> OGH 10 Ob 41/08i: „Auch nicht vermögensrechtliche, ja sogar personenstandsrechtliche Streitigkeiten (wie zB Ehe- und Abstammungsverfahren)“ haben „manchmal erhebliche Auswirkungen (Ehepakete, Unterhalt) auf die Konkursmasse“, obwohl sie auch von der Unterbrechungswirkung ausgenommen sind.

<sup>397</sup> OGH 10 Ob 41/08i EF-Z 2008/121 = RZ 2008/EÜ417 = Zak 2008/462 = ÖJZ EvBl 2008/155 = JBI 2008, 733 f = iFamZ 2008/118.

<sup>398</sup> OGH 8 Ob 14/07b EF-Z 2007/108; 9 Ob 40/03b ZIK 2004/69 = ÖA 2003/U400; 8 Ob 116/00t ZIK 2001/100 = EF 92.871; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 475; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 288; *Gitschthaler*, EF-Z 2007, 180 und *Deixler-Hübner/Mitgutsch*, Rechtlicher Schutz 172.

<sup>399</sup> §§ 60 f und 109 ff KO; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 288 ff.

<sup>400</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 292 f.

entscheiden.<sup>401</sup> Zur örtlichen, sachlichen und funktionellen Zuständigkeit, siehe unter 1.4. und 2.4.

## 5.2. Unterhaltsanspruch nach dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung

Der gesetzliche Kindesunterhalt nach Konkurseröffnung (laufender Unterhalt) stellt keine Konkursforderung dar und ist daher „während des Konkursverfahrens gegen den GS anhängig zu machen und fortzusetzen“.<sup>402</sup> Er ist eine vom Konkursverfahren ausgeschlossene Forderung, da er die Konkursmasse nicht betrifft (Gemeinschuldnerprozess iSd § 6 Abs 3 KO). Er ist daher in voller Höhe zu befriedigen.<sup>403</sup> Gleiches gilt für Unterhaltserhöhungs-<sup>404</sup> und Unterhaltsherabsetzungsanträge.<sup>405</sup> Nicht massezugehörige Ansprüche können vom und gegen den GS geltend gemacht werden, da diesbezüglich nur „der GS selbst Verfügungsberechtigt ist und allein zum Einschreiten legitimiert“ ist, nicht jedoch der MV.<sup>406</sup> Wie bereits erwähnt, ist jener laufende Unterhalt, für den der GS als Erbe des Unterhaltspflichtigen haftet, ausnahmsweise eine Konkursforderung.<sup>407</sup> Beim

---

<sup>401</sup> OGH 8 Ob 164/02d ÖJZ EvBI 2003/40 = ÖJZ-LSK 2003/26 = EF 100.174 = RZ 2003/EÜ101 = ZIK 2003/41; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 295 f und *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 475.

<sup>402</sup> OGH 10 Ob 41/08i EF-Z 2008/121 = ÖJZ EvBI 2008/155 = JBI 2008, 733 f = iFamZ 2008/118; 7 Ob 169/04k SZ 2004/116 = JBI 2005, 113 = ZIK 2005/91 = ZRInfo 2004/341; 7 Ob 299/01y ÖA 2002/U359 = ZIK 2002/124 = EF 100.172; 8 Ob 116/00t ZIK 2001/100; 2 Ob 215/98a ÖA 1999/U252 = ZIK 1999, 160 = JBI 1999, 397 = EF 86.020 = JUS-Extra 1998/2616; 3 Ob 25/98t EF 89.630 = EF 89.631 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBI 1991/64; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 45; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 476; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 297; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 138; *Schneider*, ZIK 2006, 39; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 6 E 121; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 226.

<sup>403</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 269 und 297; *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 128; siehe auch *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 44; *Neuhauser*, Zak 2008, 89; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 6 E 120; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 226; *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR<sup>4</sup> § 5 Rz 11; OGH 3 Ob 205/00v SZ 74/31 = ecolex 2001/266 = JUS-Extra 2001/3213 = ÖA 2001/Ex3 = ZIK 2001/263.

<sup>404</sup> OGH 3 Ob 25/98t EF 89.631 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; 1 Ob 639/90; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 476; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 297; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 226.

<sup>405</sup> OGH 3 Ob 25/98t EF 96.439 = EF 89.631 = ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 476; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 297; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 226; *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 8a E 17.

<sup>406</sup> OGH 1 Ob 639/90 RZ 1992/4 = ÖJZ EvBI 1991/64; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 476; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 297 und *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR<sup>4</sup> § 5 Rz 11; vgl auch *Mohr*, KO<sup>10</sup> § 6 E 121 und E 107: Nichtigkeit gem § 477 Abs 1 Z 5 ZPO des vom MV zu Unrecht geführten Verfahrens; *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 129.

<sup>407</sup> *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 44; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 287; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 138; *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 140 Rz 128; *Kodek*, Privatkonkurs Rz 226.

laufenden Unterhalt kann selbst während des Konkursverfahrens - wegen der hier fehlenden Geltung der §§ 6 Abs 1 und 10 Abs 1 KO - ein Titel gegen den GS erwirkt werden und zu seiner Durchsetzung eine Lohnexekution in konkursfreies Vermögen geführt werden.<sup>408</sup> Auch die restschuldbefreiende Wirkung des Zahlungsplans/Zwangsausgleichs oder des erfolgreichen Abschöpfungsverfahrens erstreckt sich nicht auf laufenden Unterhalt.<sup>409</sup>

## 6. Lohnpfändung bei Konkurs des Unterhaltspflichtigen

### 6.1. Die Exekution in konkursfreies Vermögen zugunsten einer Unterhaltskonkursforderung

#### **6.1.1. Allgemeines**

Während des Konkursverfahrens bestehen (für die Unterhaltsgläubiger) zwei Haftungsfonds: die Konkursmasse und das konkursfreie Vermögen.<sup>410</sup> Da der rückständige Kindesunterhalt eine Konkursforderung darstellt, bedarf es keiner weiteren Erklärung, dass dieser aus der Konkursmasse zumindest teilweise befriedigt werden kann. Fraglich ist aber, ob auch Unterhaltsgläubiger mit Unterhaltskonkursforderungen auf das konkursfreie Vermögen Zugriff haben. Dies ist zu bejahen, auch sie können zur Hereinbringung ihres Unterhaltsrückstands mittels Exekution auf das konkursfreie Vermögen des Unterhaltspflichtigen greifen.<sup>411</sup> Allerdings hat die Befriedigung der laufenden Unterhaltsansprüche Vorrang vor jener des Unterhaltsrückstandes.<sup>412</sup>

Das konkursfreie Vermögen (siehe oben Kapitel 2.1.2.) besteht hauptsächlich aus

---

<sup>408</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 297; siehe auch *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR<sup>4</sup> § 5 Rz 11.

<sup>409</sup> *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 44 und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 226.

<sup>410</sup> *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen: Grundfragen des Massebegriffes und der Haftungsordnung im Konkurs (1998) 137.

<sup>411</sup> OGH 3 Ob 107/05i EF 115.331 = Zak 2006/564 = ecolex 2006/353 = ZIK 2006/265 (Unterhalt nach § 55a EheG); 3 Ob 206/00s ZIK 2001/263 = ecolex 2001/266; 3 Ob 205/00v SZ 74/31 = ecolex 2001/266 = JUS-Extra 2001/3213 = ÖA 2001/Ex3 = ZIK 2001/263 = EF 98.517; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 45; *Gitschthaler*, Unterhaltsrech<sup>2</sup> Rz 474a; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 293; *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007, 134; *Feil*, KO<sup>6</sup> § 8a Rz 3; *Schneider*, ZIK 2006, 39; *Zencica*, Rechtsprechung in Exekutionssachen, ÖA 2001/Ex 3.

<sup>412</sup> § 291b Abs 3 EO; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 45; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 299.

dem unpfändbaren Teil des Einkommens nach § 291a EO. Den Unterhaltsgläubigern ist die sog „*Unterhaltsmasse*“, die sich aus der Differenz des ExMin und des UnterhaltsExMin (75 % des allgemeinen ExMin) ergibt (§ 291b Abs 2 EO) - somit 25 Prozent des ExMin nach § 291a EO - vorbehalten.<sup>413</sup>

### **6.1.2. Die Entwicklung der diesbezüglichen Rechtsprechung**

Ursprünglich ließ die Rsp die Exekution auf das konkursfreie Vermögen nur für Forderungen aus Lieferungen und Leistungen für den täglichen Bedarf des GS und seiner Familie und für laufenden Unterhalt zu.<sup>414</sup> Das LG Linz hat dann erstmals entschieden, dass auch Gläubiger von Unterhaltskonkursforderungen in die „*Unterhaltsmasse*“ exekutieren können. Begründet hat es diese Entscheidung damit, dass die Exekutionssperre gem § 10 KO nicht für konkursfreies Vermögen gelte.<sup>415</sup>

In der Folge hat sich auch der OGH von seiner früheren Rsp<sup>416</sup> verabschiedet, indem er zugunsten von Unterhaltsrückständen die Exekution in konkursfreies Vermögen zuließ, ohne dass ein Konkursteilnahmeverzicht nötig wäre. Allerdings müsse der Unterhaltspflichtige den Unterhaltsrückstand bei Bestätigung eines Zwangsausgleiches oder Zahlungsplans nicht über die Quote befriedigen. Die privilegierte Stellung rechtfertigt der OGH mit der Vergleichbarkeit der Unterhaltskonkursforderungen mit dem Absonderungsrecht iSd § 48 KO. Auf die bloße Vergleichbarkeit muss er zurückgreifen, da die Unterhaltskonkursforderungen ansonsten nicht einer etwaigen Restschuldbefreiung unterliegen würden und der Unterhaltspflichtige sie über die Quote zu befriedigen müsste. Der Vergleich der Unterhaltskonkursforderung zum Absonderungsrecht ergebe sich aus der absonderungsähnlichen Stellung der „*Unterhaltsmasse*“, die den Unterhaltsgläubigern vorbehalten ist. Da auch außerhalb des Konkurses die Gläubiger nicht auf diese Masse greifen könnten und alle Konkursgläubiger ohnehin auf den ExMin übersteigenden Einkommensteil Zugriff haben, würden die anderen

---

<sup>413</sup> *Nunner*, Freigabe 155 und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 231.

<sup>414</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 299; *Buchegger* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR<sup>4</sup> § 5 Rz 27.

<sup>415</sup> LG Linz 11 R 203/00v RPfISlGE 2000/91; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 299.

<sup>416</sup> OGH 3 Ob 2376/96z ZIK 1998, 96 = EF 85.401.

Konkursgläubiger gegenüber Unterhaltskonkursgläubigern nicht benachteiligt.<sup>417</sup> Außerdem sei zwischen konkursfreiem und freigegebenem Vermögen zu unterscheiden. „Da das konkursfreie Vermögen nie zur Konkursmasse gehört hat, kann hierfür auch die in § 6 KO normierte Prozesssperre nicht gelten“.<sup>418</sup>

Nach *Schwarzinger* handelt es sich jedoch hierbei um eine „gekünstelte Begründung“, privilegieren der OGH dennoch Unterhaltskonkursgläubiger nach § 11 Abs 1 und § 132 KO. Es bestehe trotz fehlendem Verzicht auf die Konkursteilnahme die Möglichkeit der Exekutionsführung.<sup>419</sup>

### **6.1.3. Die Doppelverfolgung der Unterhaltskonkursforderungen und die Meinung der Lehre**

Die Lehre ist sich keineswegs einig über die exekutive Doppelverfolgung bei Unterhaltskonkursforderungen. Sie soll hier in aller Kürze dargestellt werden:

*Jelinek* und *Nunner* bejahen die Zulässigkeit der Exekutionsführung unter der Voraussetzung, dass der Unterhaltsgläubiger auf die Teilnahme am Konkursverfahren verzichtet („*gewillkürt ausgeschlossener Anspruch*“).<sup>420</sup> Anderer Meinung sind *Sprung/Fink*, die für eine Exekutionsführung auch ohne Konkursteilnahmeverzicht eintreten. Das konkursfreie Vermögen unterliege nicht der Exekutionssperre des § 10 KO und § 61 KO<sup>421</sup> betreffe die Zeit vor Konkursaufhebung.<sup>422</sup> *Kodek* begründet die Exekutionsführungszulässigkeit ohne Konkursteilnahmeverzicht dadurch, dass er aus § 61 KO nicht herauslesen könne, dass die Exekution während des laufenden Konkursverfahrens nicht zulässig sein

---

<sup>417</sup> OGH 3 Ob 205/00v SZ 74/31 = JUS-Extra 2001/3213 = ÖA 2001/Ex3 = ZIK 2001/263 = EF 98.517; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 299 f; siehe auch *Schneider*, ZIK 2006/41, 39.

<sup>418</sup> OGH 3 Ob 205/00v SZ 74/31 = JUS-Extra 2001/3213 = ÖA 2001/Ex3 = ZIK 2001/263; *Schneider*, ZIK 2006/41, 39.

<sup>419</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 300.

<sup>420</sup> *Nunner*, Freigabe 143; *Jelinek*, Konkursfreiheit und Gläubigerrecht, in FS *Kralik* (1986) 229 (237 f); zusammenfassend *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 302.

<sup>421</sup> § 61 KO besagt, dass wenn eine Forderung im Konkurs festgestellt und vom GS nicht ausdrücklich bestritten worden ist, kann wegen dieser Forderung auch auf Grund der Eintragung in das Anmeldeverzeichnis auf das zur freien Verfügung bleibende oder nach der Konkursaufhebung erworbene Vermögen des GS Exekution geführt werden. [...].

<sup>422</sup> *Sprung/Fink*, Privatbeteiligung des Konkursgläubigers in einem Strafverfahren gegen den Gemeinschuldner und „konkursrechtliches Titelerwerbsverbot“, in FS *Fasching* (1988) 491 (504); zusammenfassend *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 302 f.



solle.<sup>423</sup> *Schwarzinger* führt mE treffend an, dass die Exekutionszulässigkeit von Unterhaltskonkursforderungen nur sinnvoll sei, wenn der Unterhaltsschuldner keine laufenden Unterhaltspflichten mehr zu erfüllen hat. Andernfalls würde der Differenzbetrag der beiden ExMin „einen zu dürftigen Haftungsfonds“ bieten, vor allem in Anbetracht dessen, dass der laufende Unterhalt vor dem Unterhaltsrückstand zu befriedigen ist (§ 291b Abs 3 EO).<sup>424</sup> Mit einem Auszug aus dem Anmeldeverzeichnis könne der Unterhaltsgläubiger aber bereits während des Konkurses Exekution führen.<sup>425</sup> Dies sei nach einer Interessenabwägung zwischen Unterhaltskonkursgläubigern und den allgemeinen Konkursgläubigern deshalb zulässig, da das Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung ausnahmsweise aus gerechtfertigten Gründen durchbrochen werden könne. Unterhaltskonkursgläubiger seien regelmäßig auf ihre Forderungen angewiesen, um damit ihre Existenz sichern zu können. Diese Tatsache und der systematische Blick auf die gesamte Rechtsordnung rechtfertige eine Privilegierung dieser Gläubigergruppe.<sup>426</sup> Im Gegensatz dazu meinen *Jelinek* und *Nunner*, dass Unterhaltskonkursgläubiger nicht privilegiert seien und erst nach Konkursaufhebung Exekution führen könnten. Dies folge aus dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, der eine Simultanhaftung von konkursunterworfenem und konkursfreiem Vermögen ausschließe.<sup>427</sup> Dem schließt sich *Schneider* an und fordert für die Exekutionszulässigkeit während des Konkurses einen Konkursverzicht.<sup>428</sup>

---

<sup>423</sup> *Kodek* in *Buchegger/Bartsch/Pollak*, InsR<sup>4</sup> IV § 109 Rz 21 ff; zusammenfassend *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 302.

<sup>424</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 303; so zuvor *Jelinek* in *Kralik-FS* 238 f und *Nunner*, Freigabe 143; vgl auch zusammengefasst OGH 3 Ob 205/00v SZ 74/31 = ÖA 2001/Ex3 = ZIK 2001/263.

<sup>425</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 304 und 295: dies wäre der „kostengünstigste“ Exekutionstitel.

<sup>426</sup> *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 304 f.

<sup>427</sup> *Jelinek* in *Kralik-FS* 238 und *Nunner*, Freigabe 142 f; siehe auch *Feil*, KO<sup>6</sup> § 8a Rz 3; *Schneider*, ZIK 2006/41, 39 und OGH 3 Ob 205/00v SZ 74/31 = ÖA 2001/Ex3 = ZIK 2001/263.

<sup>428</sup> *Schneider*, ZIK 2006/41, 39.

6.2. Auswirkungen der Zulässigkeit einer Exekutionsführung in konkursfreies Vermögen zugunsten einer Unterhaltskonkursforderung während des Konkurses auf die Bemessung des unpfändbaren Freibetrages

**6.2.1. Die Legitimation zur Antragstellung auf Herabsetzung des unpfändbaren Freibetrages nach § 292b EO für Unterhaltskonkursgläubiger**

Unterhaltskonkursgläubiger sind berechtigt einen Antrag auf Herabsetzung des unpfändbaren Freibetrags zu stellen (§ 292b EO). § 292b Z 1 EO spricht aber von „*laufenden gesetzlichen Unterhaltsforderungen*“, sodass die Antragstellung nach Z 1 für Unterhaltskonkursgläubiger nicht möglich ist. In Betracht käme nur eine Beantragung der Herabsetzung nach den Z 2 und 3 des § 292b EO.<sup>429</sup>

**6.2.2. Die Legitimation zur Antragstellung auf Herabsetzung des unpfändbaren Freibetrages nach § 292b EO für Gläubiger laufender Unterhaltsansprüche**

Anders als Unterhaltskonkursgläubiger können Gläubiger von laufenden Unterhaltsforderungen auch nach Konkurseröffnung des Unterhaltspflichtigen die Herabsetzung des unpfändbaren Freibetrags beantragen. Allerdings ist während des anhängigen Konkurses die Differenzmethode auf diese Forderungen anzuwenden, sodass eine Herabsetzung nach § 292b Z 1 EO nicht möglich ist. Doch wie es in berücksichtigungswürdigen Einzelfällen bei der Differenzmethode Abweichungen von der Regel geben kann, so muss es auch in einem solchen Fall zu einer (beantragten) Herabsetzung gem § 292b Z 1 EO kommen können.<sup>430</sup>

6.3. Auswirkungen der Konkurseröffnung auf eine anhängige Gehaltsexekution

**6.3.1. Vorbemerkung**

Gemäß § 12a Abs 3 KO *erlöschen Absonderungsrechte, die vor Konkurseröffnung durch Exekution zur Befriedigung oder Sicherstellung einer Forderung auf Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis (...) erworben worden sind,*<sup>431</sup> *mit Ablauf des zur Zeit der Konkurseröffnung laufenden Kalendermonats. Wird der Konkurs nach dem 15. Tag des Monats eröffnet, so erlischt das Absonderungsrecht erst mit Ablauf des*

<sup>429</sup> Schwarzinger, Kindesunterhalt 306.

<sup>430</sup> Schwarzinger, Kindesunterhalt 306 f.

<sup>431</sup> Dh exekutive Pfandrechte.

folgenden Kalendermonats.

### **6.3.2. Bei laufenden Unterhaltsansprüchen**

Pfändungen zugunsten gesetzlicher Unterhaltsansprüche, die die Konkursmasse nicht betreffen (laufender Unterhalt), unterliegen nicht dem Anwendungsbereich des § 12a KO. Ihre Befriedigung ist während des Konkurses auf die Differenz der Existenzminima gem § 291b Abs 2 und § 291a EO (Unterhaltsmasse) beschränkt. Daher hat die Konkurseröffnung auf die anhängige Gehaltsexekution keine Auswirkungen.<sup>432</sup>

### **6.3.3. Bei rückständigen Unterhaltsansprüchen (Unterhaltskonkursforderungen)**

Die Geltung der Exekutionssperre des § 10 Abs 1 KO erstreckt sich nur auf konkursunterworfenen Vermögen („an den zur Konkursmasse gehörigen Sachen“), wobei nach Konkurseröffnung keine Gehaltsexekution mehr geführt werden kann. In konkursfreies Vermögen kann der Unterhaltskonkursgläubiger aber vollstrecken, sodass Gehaltsexekutionen in die Unterhaltsmasse (Differenzbetrag) auch zugunsten von Unterhaltskonkursforderungen aufrecht bleiben.<sup>433</sup> Für die zulässige Exekutionsführung ist eine Bescheinigung nötig, dass der Unterhaltspflichtige Einkommen bezieht, sodass von einem nicht in die Konkursmasse fallenden unpfändbaren Einkommensteil ausgegangen werden kann, in den mittels Gehaltsexekution vollstreckt werden kann.<sup>434</sup>

---

<sup>432</sup> OGH 3 Ob 205/00v SZ 74/31 = ÖA 2001/Ex3 = ZIK 2001/263; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 307 f und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 231.

<sup>433</sup> OGH 3 Ob 205/00v SZ 74/31 = ecolex 2001/266 = JUS-Extra 2001/3213 = ÖA 2001/Ex3 = ZIK 2001/263 = EF 98.517; *Schwarzinger*, Kindesunterhalt 308 und *Kodek*, Privatkonkurs Rz 231.

<sup>434</sup> *Kodek*, Privatkonkurs Rz 232.

## **D. Schlusswort**

Es hat sich gezeigt, dass sich die Rsp rund um die Thematik „Der Kindesunterhalt bei Insolvenz des Unterhaltspflichtigen“ keineswegs immer einig war bzw ist. Vor allem von der Literatur und den Zweitinstanzgerichten wurde an ihr viel Kritik geübt. Wenn es um einen so sensiblen und wichtigen Rechtsbereich wie das Unterhaltsrecht geht, kann es nicht zu dulden sein, dass allgemeine Lösungen für die Rechtsprobleme, die bei Insolvenz des Unterhaltsschuldners auftreten, fehlen.

Vor allem eine Frage hat sich mir vor bzw während der Verfassung dieser Arbeit gestellt: Wie kann es sein, dass ein Unterhaltsschuldner nach Konkurseröffnung in Bezug auf seine Unterhaltsverpflichtungen besser gestellt ist als ein Schuldner, der noch mit all seinen Kräften versucht sich vor einem drohenden Insolvenzverfahren zu retten und seine Rechnungen und Verbindlichkeiten noch pünktlich zu bezahlen versucht? Hier kommt es mE eindeutig zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Fällen, in denen den Unterhaltsschuldnern gleichermaßen die Leistungsfähigkeit fehlt. Deshalb kann ich mich nur den Literaturstimmen (siehe 3.4.1.) anschließen und auf eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Differenzmethode dringen. Denn prinzipiell befürworte ich die Anwendung der Differenzmethode auf (Unterhalts-)fälle fehlender Leistungsfähigkeit, obwohl auch sie nur auf typische Durchschnittsfälle zugeschnitten ist. Da dies aber auch auf die Prozentwertmethode zutrifft, kann gegen ihre Anwendung nichts einzuwenden sein. Nur stimme ich mit der Rsp nicht überein, dass die Differenzmethode nur auf Unterhaltspflichtige, die sich in Konkurs befinden, anzuwenden ist. Der Anwendungsbereich muss zB auch solche Unterhaltsschuldner erfassen, die bis zum ExMin gepfändet werden.

Untragbar ist auch die „Doppelprämie“ (siehe 3.3.8.) für besonders nachlässige Unterhaltspflichtige. Zwei Möglichkeiten bieten sich hier an: Entweder man verschärft die gesetzliche Konkursantragspflicht (bis hin zur Einführung einer amtswegigen Konkurseröffnung, die als Rechtsfolge an die Tatbestandserfüllung der Zahlungsunfähigkeit zu knüpfen ist) oder man legt gesetzlich fest, dass Unterhaltsrückstände ausgeschlossene Forderungen und nicht Konkursforderungen, die nur quotenmäßig zu befriedigen sind, darstellen (siehe 3.4.5.).

Bezüglich der Abzugsfähigkeit der Zahlungsplan- und Zwangsausgleichsraten und der Abschöpfungsbeträge ist zu sagen, dass eine generelle Abzugsfähigkeit mE auf jeden Fall verfehlt wäre. Vielmehr muss geprüft werden, inwieweit die Konkursschulden auf berücksichtigungswürdige Schulden, die auch außerhalb eines Konkursverfahrens von der Bemessungsgrundlage abzuziehen wären, zurückzuführen sind. Sollte das nicht der Fall sein, soll ein Abzug der Raten nicht möglich sein. Demgemäß kann dem OGH in seiner E 2 Ob 228/05a (siehe 4.2.2.) betreffend Schulden aus unangemessenen Konsumverhalten voll zugestimmt werden. Der neueste Judikaturumschwung hin zur Anwendung der Differenzmethode bei Zahlungsplanerfüllung – also nach Beendigung des Insolvenzverfahrens – bedarf weiterer Erläuterungen des OGH.

Obwohl ein Teil der Unterhaltsschuldner „redlich“ gescheitert sein kann, so kann es - ganz prinzipiell - doch nicht sein, dass sich die Imageänderung des Konkurses („*Vom schändlichen Scheitern zum Neuanfang für ‚Unschuldige‘*“; siehe 4.3.) auf Kosten von schutzbedürftigen Kindern, die auf die Unterhaltsleistungen angewiesen sind und deren Existenz davon abhängig ist, vollzieht. Mit diesem Grundsatz im Hinterkopf soll der OGH künftig seine Entscheidungen in Fällen, in denen der Unterhaltspflichtige insolvent wird, treffen.

## Anhang

### Die Berechnungswerte für die Differenzmethode (2009)

Nettolohn monatlich in Euro	Existenzminimum (Tabelle 1 bm) Unpfändbarer Freibetrag bei Unterhaltspflicht für						Unterhalts- existenzminimum (Tabelle 2 bm)
	0	1	2	3	4	5	
Bis 919,99	901,00	alles	alles	alles	alles	alles	675,75
920,00 bis 939,99	906,70	alles	alles	alles	alles	alles	680,03
940,00 bis 959,99	912,70	alles	alles	alles	alles	alles	684,53
960,00 bis 979,99	918,70	alles	alles	alles	alles	alles	689,03
980,00 bis 999,99	924,70	alles	alles	alles	alles	alles	693,53
1000,00 bis 1019,99	930,70	alles	alles	alles	alles	alles	698,03
1020,00 bis 1039,99	936,70	alles	alles	alles	alles	alles	702,53
1040,00 bis 1059,99	942,70	1055	alles	alles	alles	alles	707,03
1060,00 bis 1079,99	948,70	1057	alles	alles	alles	alles	711,53
1080,00 bis 1099,99	954,70	1065	alles	alles	alles	alles	716,03
1100,00 bis 1119,99	960,70	1073	alles	alles	alles	alles	720,53
1120,00 bis 1139,99	966,70	1081	alles	alles	alles	alles	725,03
1140,00 bis 1159,99	972,70	1089	alles	alles	alles	alles	729,53
1160,00 bis 1179,99	978,70	1097	alles	alles	alles	alles	734,03
1180,00 bis 1199,99	984,70	1105	alles	alles	alles	alles	738,53
1200,00 bis 1219,99	990,70	1113	1209	alles	alles	alles	743,03
1220,00 bis 1239,99	996,70	1121	1214,50	alles	alles	alles	747,53
1240,00 bis 1259,99	1002,70	1129	1224,50	alles	alles	alles	752,03
1260,00 bis 1279,99	1008,70	1137	1234,50	alles	alles	alles	756,53
1280,00 bis 1299,99	1014,70	1145	1244,50	alles	alles	alles	761,03
1300,00 bis 1319,99	1020,70	1153	1254,50	alles	alles	alles	765,53
1320,00 bis 1339,99	1026,70	1161	1264,50	alles	alles	alles	770,03

1340,00 bis 1359,99	1032,70	1169	1274,50	alles	alles	alles	774,53
1360,00 bis 1379,99	1038,70	1177	1284,50	1363	alles	alles	779,03
1380,00 bis 1399,99	1044,70	1185	1294,50	1373,20	alles	alles	783,53
1400,00 bis 1419,99	1050,70	1193	1304,50	1385,20	alles	alles	788,03
1420,00 bis 1439,99	1056,70	1201	1314,50	1397,20	alles	alles	792,53
1440,00 bis 1459,99	1062,70	1209	1324,50	1409,20	alles	alles	797,03
1460,00 bis 1479,99	1268,70	1217	1334,50	1421,20	alles	alles	801,53
1480,00 bis 1499,99	1074,70	1225	1344,50	1433,20	alles	alles	806,03
1500,00 bis 1519,99	1080,70	1233	1354,50	1445,20	1517,00	alles	810,53
1520,00 bis 1539,99	1086,70	1241	1364,50	1457,20	1519,10	alles	815,03
1540,00 bis 1559,99	1092,70	1249	1374,50	1469,20	1533,10	alles	819,53
1560,00 bis 1579,99	1098,70	1257	1384,50	1481,20	1547,10	alles	824,03
1580,00 bis 1599,99	1104,70	1265	1394,50	1493,20	1561,10	alles	828,53
1600,00 bis 1619,99	1110,70	1273	1404,50	1505,20	1575,10	alles	833,03
1620,00 bis 1639,99	1116,70	1281	1414,50	1517,20	1589,10	alles	837,53
1640,00 bis 1659,99	1122,70	1289	1424,50	1529,20	1603,10	alles	842,03
1660,00 bis 1679,99	1128,70	1297	1434,50	1541,20	1617,10	1671,00	846,53
1680,00 bis 1699,99	1134,70	1305	1444,50	1553,20	1631,10	1678,20	851,03
1700,00 bis 1719,99	1140,70	1313	1454,50	1565,20	1645,10	1694,20	855,53
1720,00 bis 1739,99	1146,70	1321	1464,50	1577,20	1659,10	1710,20	860,03
1740,00 bis 1759,99	1152,70	1329	1474,50	1589,20	1673,10	1726,20	864,53
1760,00 bis 1779,99	1158,70	1337	1484,50	1601,20	1687,10	1742,20	869,03
1780,00 bis 1799,99	1164,70	1345	1494,50	1613,20	1701,10	1758,20	873,53
1800,00 bis 1819,99	1170,70	1353	1504,50	1625,20	1715,10	1774,20	878,03
1820,00 bis 1839,99	1176,70	1361	1514,50	1637,20	1729,10	1790,20	882,53
1840,00 bis 1859,99	1182,70	1369	1524,50	1649,20	1743,10	1806,20	887,03
1860,00 bis 1879,99	1188,70	1377	1534,50	1661,20	1757,10	1822,20	891,53
1880,00 bis 1899,99	1194,70	1385	1544,50	1673,20	1771,10	1838,20	896,03

1900,00 bis 1919,99	1200,70	1393	1554,50	1685,20	1758,10	1854,20	900,53
1920,00 bis 1939,99	1206,70	1401	1564,50	1697,20	1799,10	1870,20	905,03
1940,00 bis 1959,99	1212,70	1409	1574,50	1709,20	1813,10	1886,20	909,53
1960,00 bis 1979,99	1218,70	1417	1584,50	1721,20	1827,10	1902,20	914,03
1980,00 bis 1999,99	1224,70	1425	1594,50	1733,20	1841,10	1918,20	918,53
2000,00 bis 2019,99	1230,70	1433	1604,50	1745,20	1855,10	1934,20	923,03
2020,00 bis 2039,99	1236,70	1441	1614,50	1757,20	1869,10	1950,20	927,53
2040,00 bis 2059,99	1242,70	1449	1624,59	1769,20	1883,10	1966,20	932,03
2060,00 bis 2079,99	1248,70	1457	1634,50	1781,20	1897,10	1982,20	936,53
2080,00 bis 2099,99	1254,70	1465	1644,50	1793,20	1911,10	1998,20	941,03
2100,00 bis 2119,99	1260,70	1473	1654,59	1805,20	1925,10	2014,20	945,53
2120,00 bis 2139,99	1266,70	1481	1664,50	1817,20	1939,10	2030,20	950,03
2140,00 bis 2159,99	1272,70	1489	1674,50	1829,20	1953,10	2046,20	954,53
2160,00 bis 2179,99	1278,70	1497	1684,50	1841,20	1967,10	2062,20	959,03
2180,00 bis 2199,99	1284,70	1505	1694,50	1853,20	1981,10	2078,20	963,53
2200,00 bis 2219,99	1290,70	1513	1704,50	1865,20	1995,10	2094,20	968,03
2220,00 bis 2239,99	1296,70	1521	1714,50	1877,20	2009,10	2110,20	972,53
2240,00 bis 2259,99	1302,70	1529	1724,50	1889,20	2023,10	2126,20	977,03
2260,00 bis 2279,99	1308,70	1537	1734,50	1901,20	2037,10	2142,20	981,53
2280,00 bis 2299,99	1314,70	1545	1744,50	1913,20	2051,10	2158,20	986,03
2300,00 bis 2319,99	1320,70	1553	1754,50	1925,20	2065,10	2174,20	990,53
2320,00 bis 2339,99	1326,70	1561	1764,50	1937,20	2079,10	2190,20	995,03
2340,00 bis 2359,99	1332,70	1569	1774,50	1949,20	2093,10	2206,20	999,53
2360,00 bis 2379,99	1338,70	1577	1784,50	1961,20	2107,10	2222,20	1004,03
2380,00 bis 2399,99	1344,70	1585	1794,50	1973,20	2121,10	2238,20	1008,53
2400,00 bis 2419,99	1350,70	1593	1804,50	1985,20	2135,10	2254,20	1013,03
2420,00 bis 2439,99	1356,70	1601	1814,50	1997,20	2149,10	2270,20	1017,53
2440,00 bis 2459,99	1362,70	1609	1824,50	2009,20	2163,10	2286,20	1022,03



2460,00 bis 2479,99	1368,70	1617	1834,50	2021,20	2177,10	2302,20	1026,53
2480,00 bis 2499,99	1374,70	1625	1844,50	2033,20	2191,10	2318,20	1031,03
2500,00 bis 2519,99	1380,70	1633	1854,50	2045,20	2205,10	2334,20	1035,53
2520,00 bis 2539,99	1386,70	1641	1864,50	2057,20	2219,10	2350,20	1040,03
2540,00 bis 2559,99	1392,70	1649	1874,50	2069,20	2233,10	2366,20	1044,53
2560,00 bis 2579,99	1398,70	1657	1884,50	2081,20	2247,10	2382,20	1049,03
2580,00 bis 2599,99	1404,70	1665	1894,50	2093,20	2261,10	2398,20	1053,53
2600,00 bis 2619,99	1410,70	1673	1904,50	2105,20	2275,10	2414,20	1058,03
2620,00 bis 2639,99	1416,70	1681	1914,50	2117,20	2289,10	2430,20	1062,53
2640,00 bis 2659,99	1422,70	1689	1924,50	2129,20	2303,10	2446,20	1067,03
2660,00 bis 2679,99	1428,70	1697	1934,50	2141,20	2317,10	2462,20	1071,53
2680,00 bis 2699,99	1434,70	1705	1944,50	2153,20	2331,10	2478,20	1076,03
2700,00 bis 2719,99	1440,70	1713	1954,50	2165,20	2345,10	2494,20	1080,53
2720,00 bis 2739,99	1446,70	1721	1964,50	2177,20	2359,10	2510,20	1085,03
2740,00 bis 2759,99	1452,70	1729	1974,50	2189,20	2373,10	2526,20	1089,53
2760,00 bis 2779,99	1458,70	1737	1984,50	2201,20	2387,10	2542,20	1094,03
2780,00 bis 2799,99	1464,70	1745	1994,50	2213,20	2401,10	2558,20	1098,53
2800,00 bis 2819,99	1470,70	1753	2004,50	2225,20	2415,10	2574,20	1103,03
2820,00 bis 2839,99	1476,70	1761	2014,50	2237,20	2429,10	2590,20	1107,53
2840,00 bis 2859,99	1482,70	1769	2024,50	2249,20	2443,10	2606,20	1112,03
2860,00 bis 2879,99	1488,70	1777	2034,50	2261,20	2457,10	2622,20	1116,53
2880,00 bis 2899,99	1494,70	1785	2044,50	2273,20	2471,10	2638,20	1121,03
2900,00 bis 2919,99	1500,70	1793	2054,50	2285,20	2485,10	2654,20	1125,53
2920,00 bis 2939,99	1506,70	1801	2064,50	2297,20	2499,10	2670,20	1130,03
2940,00 bis 2959,99	1512,70	1809	2074,50	2309,20	2513,10	2686,20	1134,53
2960,00 bis 2979,99	1518,70	1817	2084,50	2321,20	2527,10	2702,20	1139,03
2980,00 bis 2999,99	1524,70	1825	2094,50	2333,20	2541,10	2718,20	1143,53
3000,00 bis 3019,99	1530,70	1833	2104,50	2345,20	2555,10	2734,20	1148,03

3020,00 bis 3039,99	1536,70	1841	2114,50	2357,20	2569,10	2750,20	1152,53
3040,00 bis 3059,00	1542,70	1849	2124,50	2369,20	2583,10	2766,20	1157,03
3060,00 bis 3079,99	1548,70	1857	2134,50	2381,20	2597,10	2782,20	1161,53
3080,00 und darüber	1554,70	1865	2144,50	2393,20	2611,10	2798,20	1166,03

## **Literaturverzeichnis**

*Buchegger/Bartsch/Pollak*, Österreichisches Insolvenzrecht I<sup>4</sup> (2000)

*Deixler-Hübner/Mitgutsch*, Rechtlicher Schutz in Familie und Partnerschaft (2007)

*Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> (2004)

*Feil*, Konkursordnung<sup>6</sup> (2008)

*Feil/Marent*, Außerstreitgesetz<sup>2</sup> (2007)

*Feil/Marent*, Familienrecht (2007)

*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> (2008)

*Gitschthaler*, Neue Untergrenze bei Differenzmethode, EF-Z 2008

*Gitschthaler*, Unterhaltsrückstand im Konkurs, EF-Z 2007

*Gitschthaler*, Anwendung der Differenzmethode bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unterhaltspflichtigen, EF-Z 2006

*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht (2001)

*Gitschthaler/Simma*, Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs (Teil I), EF-Z 2007

*Gitschthaler/Simma*, Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs (Teil II), EF-Z 2007

*Hinteregger*, Familienrecht<sup>3</sup> (2004)

*Jelinek*, Konkursfreiheit und Gläubigerrecht, in FS *Kralik* (1986)

*Kodek*, Zur Unterhaltsbemessung im Konkurs, Zak 2006

*Kodek*, Handbuch Privatkonkurs: Die Sonderbestimmungen für das Konkursverfahren natürlicher Personen (2002)

*Kolmasch*, Neues im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2008

*Kolmasch*, Unterhaltsbemessung während des Abschöpfungsverfahrens, Zak 2007

*Kolmasch*, Die aktuellen variablen Werte im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2007

*Kolmasch*, Die aktuellen variablen Werte im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2006

*Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht<sup>13</sup> (2006)

*Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen<sup>3</sup> (2006)

*Mohr*, Die Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung<sup>10</sup> (2006)

*Müller*, Berechnung der Höhe des Unterhaltsvorschusses, AnwBl 2003

*Neuhauser*, Rückständige gesetzliche Unterhaltsforderungen als Konkursforderungen und Konkursantragspflicht, Zak 2008

*Neuhauser*, Unterhaltserhöhung durch Einleitung des Abschöpfungsverfahrens?, Zak 2007

*Neuhauser* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>3</sup> (2005)

*Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen: Grundfragen des Massebegriffes und der Haftungsordnung im Konkurs (1998)

*Schneider*, Außerstreitverfahren und Konkurs – zum neuen § 8a KO, ZIK 2006

*Schwarzinger*, Kindesunterhalt im Zivilverfahren: Außerstreit-, exekutions- und konkursrechtliche Aspekte (2008)

*Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup> (2009)

*Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>3</sup> (2004)

*Sprung/Fink*, Privatbeteiligung des Konkursgläubigers in einem Strafverfahren gegen den Gemeinschuldner und „konkursrechtliches Titelerwerbsverbot“, in FS *Fasching* (1988)

*Tunkel*, Gerichtsgebühren- und Insolvenzrechts-Novelle 2006, JAP 2006/2007

*Zencica*, Konkurs der Unterhaltsbemessung?, ÖA 2006

*Zencica*, Rechtsprechung in Exekutionssachen, ÖA 2001

<http://www.ksv.at/KSV/1870/de/5presse/3statistiken/1insolvenzen/index.html>

(20.05.2009)

## Judikaturverzeichnis

- OGH 1 Ob 639/90** RZ 1992/4 = ÖJZ EvBl 1991/64 = EF 65.020 =  
EF 65.021 = EF 65.895
- OGH 7 Ob 636/90** RZ 1991/44 = EF 63.654 = ÖA 1992/UV36 =  
EF 63.734
- OGH 6 Ob 517/91** EF 65.230
- OGH 10. 7. 1991, 9 Ob 1761/91**
- OGH 25. 11. 1992, 3 Ob 544/92**
- OGH 6 Ob 573/92** ÖA 1993, 29 = EvBl 1993/34 = 67.809
- OGH 7 Ob 1526/92** EF 67.808 = ÖA 1992/F44
- OGH 4 Ob 583/95** EF 76.807 = ÖA 1996/U155
- OGH 5 Ob 520/95** ÖA 1996/U144 = ZIK 1996, 35
- OGH 1 Ob 2121/96k** ÖA 1997/U174 = EF 80.532
- OGH 3 Ob 2376/96z** ZIK 1998, 96 = EF 85.401
- OGH 4 Ob 321/97b** EF 83.148 = EF 83.590
- OGH 2 Ob 202/98i** ÖA 1999/F192 = EF 85.967 = EF 86.018 =  
EF 86.019 = ZIK 1999, 32
- OGH 3 Ob 25/98t** EF 89.101 = EF 89.103 = EF 89.104 = EF 89.630 =  
EF 89.631 = EF 89.633 = EF 96.439 =  
ZIK 2000/124 = ÖA 1999/U298
- OGH 2 Ob 215/98a** JBl 1999, 397 = ÖA 1999/U252 = EF 86.020 =  
EF 88.423 = EF 88.603 = EF 88.604 =  
ZIK 1999, 160 = Jus-Extra 1998/2616
- OGH 3 Ob 324/98p** ZIK 2001/116 = ÖA 2000/UV174 = ZfRV 2000/95 =  
EF 92.190 = 94.118

<b>OGH 2 Ob 122/99a</b>	EF 89.369 = EF 89.370 = EF 89.371
<b>OGH 7 Ob 330/99a</b>	ZIK 2001/56 = EF 92.038 = EF 92.186 = EF 92.188
<b>OGH 6 Ob 277/99z</b>	EF 89.102 = EF 90.550 = EF 90.556 = EF 90.557 = EF 90.569 = ZIK 2000/205 = ÖA 2000/UV166
<b>OGH 8 Ob 116/00t</b>	ZIK 2001/100 = EF 92.024 = EF 92.870 = EF 92.871
<b>OGH 3 Ob 205/00v</b>	SZ 74/31 = ZIK 2001/263 = ÖA 2001/Ex3 = ecolex 2001/266 = JUS-Extra 2001/3213 = EF 98.517
<b>OGH 3 Ob 206/00s</b>	ZIK 2001/263 = ecolex 2001/266
<b>OGH 1 Ob 139/01z</b>	ZIK 2002/50 = EF 95.488 = EF 95.663 = EF 95.671 = EF 95.672 = EF 96.408 = EF 98.766 = ZRInfo 2001/232 = ÖA 2002/U346
<b>OGH 1 Ob 191/01x</b>	SZ 74/138 = ÖA 2002/UV186 = ZIK 2002/76 = EF 95.670 = EF 97.700 = EF 97.701
<b>OGH 7 Ob 299/01y</b>	EF 100.172 = ÖA 2002/U359 = ZIK 2002/124 = ZRInfo 2002/246 = EF 99.336 = EF 99.499 = EF 99.500 = EF 99.712 = EF 100.172
<b>OGH 1 Ob 38/02y</b>	EF 99.503 = EF 102.093 = EF 102.094 = EF 102.772 = ZIK 2003/53 = ÖJZ EvBl 2002/193 = ÖJZ-LSK 2002/217
<b>OGH 7 Ob 69/02a</b>	EF 99.336 = EF 99.498 = EF 99.499 = EF 99.500 = EF 99.501 = EF 99.502 = EF 99.507 = EF 99.508 = EF 99.629 = EF 99.647 = EF 99.648
<b>OGH 2 Ob 160/02x</b>	EF 103.521 = EF 105.201 = EF 105.202 = EF 105.205 = ZIK 2004/21 = ecolex 2003/336 = ÖA 2004/UV212

- OGH 8 Ob 164/02d** EF 100.174 = EF 102.727 = ZIK 2003/41 =  
ÖJZ-LSK 2003/26 = ÖJZ EvBl 2003/40 =  
RZ 2003/EÜ101
- OGH 7 Ob 176/02m** EF 99.336 = EF 99.498 = EF 99.894 = EF 99.925 =  
EF 99.936 = EF 99.940 = EF 99.942 = EF 99.943 =  
EF 99.960
- OGH 3 Ob 201/02h** EF 99.336 = EF 99.498 = EF 99.499 = EF 99.502 =  
EF 99.508 = EF 99.629 = EF 99.636 = EF 99.647 =  
EF 99.648 = EF 99.712 = ZIK 2003/79 =  
ÖA 2003/F221 = ecolex 2003/3 =  
JUS-Extra 2002/3464
- OGH 1 Ob 242/02y** JBI 2003, 461 = ZIK 2003/232 = AnwBl 2003/7874  
= ÖA 2003/UV206 = EF 99.503 = EF 99.504 =  
EF 99.506 = EF 100.151
- OGH 6 Ob 284/02m** EF 103.521 = EF 103.522 = ecolex 2004/10 =  
ZRInfo 2003/480 = ZIK 2004/20 = ÖA 2004/UV416
- OGH 9 Ob 40/03b** EF 103.527 = EF 104.176 = EF 104.177 =  
EF 104.179 = EF 105.776 = EF 105.777 =  
EF 105.932 = EF 106.575 = EF 107.684 =  
ZIK 2004/69 = ÖA 2003/U400 =  
JUS-Extra 2004/3699
- OGH 2 Ob 90/03d** ÖJZ-LSK 2003/228 = ÖJZ EvBl 2004/6 =  
ZIK 2004/77 = EF 105.176 = EF 105.200 =  
EF 105.253
- OGH 7 Ob 260/03s** EF 103.522 = EF 103.523 = ÖA 2005/U432
- OGH 1 Ob 7/04t** EF 107.285 = ÖA 2004/UV214
- OGH 5 Ob 48/04a** EF 107.443 = EF 107.445 = EF 107.451 =  
EF 107.452 = JBI 2004, 734 = ecolex 2004/401 =  
ÖA 2005/U431



- OGH 8 Ob 50/04t** EF 107.212 = EF 107.366 = ÖA 2005/U432 =  
ÖJZ EvBl 2005/1 = ÖJZ-LSK 2004/225
- OGH 6 Ob 51/04z** EF 107.214 = EF 107.228 = EF 107.230 =  
ÖA 2005/U433 = ZIK 2005/188
- OGH 1 Ob 86/04k** SZ 2004/77 = EF 107.208 = EF 107.210 =  
EF 107.682 = JBl 2004, 730 = ZIK 2005/192 =  
ÖA 2005/U432 = ÖJZ EvBl 2004/201 =  
ÖJZ-LSK 2004/214/215 = ZRInfo 2004/293 =  
ecolex 2004/405
- OGH 7 Ob 169/04k** SZ 2004/116 = JBl 2005, 113 = ZIK 2005/91 =  
ZRInfo 2004/341 = EF 109.267
- OGH 1 Ob 176/04w** EF 107.208 = EF 107.210 = EF 107.218 =  
ÖA 2006/U474 = ZIK 2005/191 = NZ 2006/28
- OGH 4 Ob 236/04s** EF 107.401 = EF 107.406 = EF 107.414 =  
EF 107.427 = EF 107.443 = EF 107.445 =  
EF 107.447 = EF 107.453 = ÖA 2005/U435
- OGH 3 Ob 1/05a** ZIK 2005/190 = ÖA 2006/U475 = ZRInfo 2005/429  
= Zak 2005/47 = EF 111.544 = EF 111.557
- OGH 3 Ob 107/05i** Zak 2006/564 = ecolex 2006/353 = ZIK 2006/265 =  
EF 115.331
- OGH 1 Ob 186/05t** ÖA 2006/U491 = EF 110.318 = EF 110.319 =  
EF 110.321 = EF 110.322
- OGH 2 Ob 228/05a** EF 116.487 = Zak 2007/263 = iFamZ 2007/59 =  
ÖA 2007/U509
- OGH 5 Ob 254/05x** Zak 2006/321 = EF-Z 2006/70 = iFamZ 2006/28 =  
ÖA 2006/U495 = EF 113.264 = EF 113.272 =  
EF 113.276 = EF 113.290 = EF 113.294 =  
EF 113.688 = EF 113.689 = EF 113.690 =

	EF 113.692
<b>OGH 7 Ob 279/05p</b>	EF 110.136 = EF 110.311 = Zak 2006/119 = ÖA 2006/U477
<b>OGH 7 Ob 289/05h</b>	EF 113.342 = EF 113.345 = EF 114.561 = EF 114.564 = EF 114.614 = EF-Z 2006/13 = Zak 2006/266 = iFamZ 2006/2 ( <i>Neumayr</i> ) = ÖJZ-LSK 2006/119 = ÖJZ EvBl 2006/93 = RZ 2006, 155 = ÖA 2006/UV251
<b>OGH 7 Ob 291/05b</b>	EF 113.243 = EF 113.314 = EF 113.342 = EF 113.568
<b>OGH 7 Ob 298/05g</b>	EF 113.337 = EF 113.338 = EF 113.339
<b>OGH 8 Ob 50/06w</b>	ZIK 2007/223 = MietSlg 58.793
<b>OGH 6 Ob 52/06z</b>	EF 113.338 = EF 113.340 = EF 113.341 = EF 113.342 = EF 113.343 = Zak 2006/265 = RZ 2006/EÜ267 = JBl 2007, 258 = ÖA 2006/U476 = ÖJZ-LSK 2006/178 = ÖJZ EvBl 2006/136 = EF-Z 2006/12 ( <i>Gitschthaler</i> )
<b>OGH 10 Ob 65/06s</b>	ÖA 2007/U527
<b>OGH 3 Ob 85/06f</b>	ÖJZ-LSK 2006/198 = ÖJZ EvBl 2006/143 = EF 115.898
<b>OGH 9 Ob 144/06a</b>	EF 116.411 = ZIK 2008/111 = iFamZ 2007/116
<b>OGH 8 Ob 148/06g</b>	EF 116.485 = ZIK 2007/235
<b>OGH 4 Ob 155/06g</b>	ÖA 2007/U525 = EF 113.500 = EF 113.519
<b>OGH 6 Ob 184/06m</b>	EF-Z 2006/78 = Zak 2006/669 = ÖA 2006/U493 = ÖJZ EvBl 2007/12 = RZ 2007/EÜ51 = JBl 2007, 449 = EF 113.513 = EF 113.514 = EF 113.516 = EF 113.517 = EF 113.520

<b>OGH 2 Ob 192/06h</b>	EF 116.489 = JBI 2007, 447 = Zak 2007/149 = EF-Z 2007/64 ( <i>Gitschthaler</i> ) = ÖJZ EvBl 2007/84 = RZ 2007/EÜ224 = Zak 2007/144 ( <i>Neuhauser</i> )
<b>OGH 1 Ob 252/06z</b>	EF 113.346 = Zak 2007/147 = ÖA 2007/U513
<b>OGH 6 Ob 282/06y</b>	EF 113.344 = JBI 2007, 446 = Zak 2007/148 = ÖA 2007/U514
<b>OGH 8 Ob 14/07b</b>	EF-Z 2007/108 = JusGuide 2007/25/4826
<b>OGH 3 Ob 19/07a</b>	EF 116.488 = iFamZ 2007/79 ( <i>Deixler-Hübner</i> ) = Zak 2007/298 ( <i>Neumayr</i> )
<b>OGH 4 Ob 109/07v</b>	ecolex 2007/364 = ZIK 2007/320 = RdW 2008/104 = GesRZ 2008, 37
<b>OGH 2 Ob 155/07v</b>	iFamZ 2008/61 = Zak 2008/226
<b>OGH 6 Ob 200/07s</b>	EF 116.407 = ZIK 2008/163 = Zak 2007/678 = EF-Z 2008/14
<b>OGH 10 Ob 41/08i</b>	EF-Z 2008/121 = JBI 2008, 733 = iFamZ 2008/118 = Zak 2008/462 = RZ 2008/EÜ417 = ÖJZ EvBl 2008/155
<b>OGH 8 Ob 120/08t</b>	Zak 2009/28 = EF-Z 2009/31 = JUS-Extra 2009/4604
<b>LGZ Wien 44 R 45/99i</b>	EF 89.271 = EF 89.105
<b>LGZ Wien 45 R 323/99b</b>	EF 89.270
<b>LGZ Wien 43 R 411/99g</b>	EF 89.269
<b>LG Eisenstadt 20 R 197/00w</b>	EF 95.669 = EF 95.673
<b>LG Linz 11 R 203/00v</b>	RPfISlgE 2000/91

<b>LG Salzburg 21 R 82/01g</b>	EF 95.674
<b>LGZ Wien 45 R 214/01f</b>	EF 96.435
<b>LGZ Wien 43 R 429/01h</b>	EF 95.929
<b>LG Linz 15 R 406/04p</b>	EF 108.533
<b>LG St. Pölten 6.9.2006, 23 R 191/06w</b>	
<b>LG Salzburg 21 R 599/06v</b>	EF 116.409
<b>LG Salzburg 21 R 601/06p</b>	EF 116.484
<b>LGZ Wien 42 R 624/06k</b>	EF 116.406
<b>LGZ Wien 45 R 306/07v</b>	EF 116.402 = EF 116.405

RIS Justiz **RS0119114**

RIS Justiz **RS0115702**

RIS Justiz **RS0113298**