

# TE OGH 2010/5/5 1Ob160/09z

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.05.2010

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat in der Pflegschaftssache der mj Vanessa C\*\*\*\*\*, und des mj Dennis C\*\*\*\*\*, infolge Revisionsrekurses der durch die Bezirkshauptmannschaft Bregenz vertretenen Kinder gegen den Beschluss des Landesgerichts Feldkirch als Rekursgericht vom 9. Juni 2009, GZ 3 R 163/09g-U27, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Bregenz vom 6. Mai 2009, GZ 14 P 83/07x-U22, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

1. durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie den Hofrat Univ.-Prof. Dr. Bydlinski und die Hofräatinnen Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter am 15. Dezember 2009 den

**B e s c h l u s s**

gefasst:

## **Spruch**

Die Entscheidung über den Revisionsrekurs ist gemäß § 8 Abs 1 Z 2 OGEG in einem verstärkten Senat zu fällen.

2. durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden, die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss, den Vizepräsidenten Dr. Rohrer, die Senatspräsidenten/die Senatspräsidentin Dr. Schinko, Dr. Huber, Hon.-Prof. Dr. Pimmer und Dr. Baumann sowie den Hofrat/die Hofräatinnen Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter den

**B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden mit Ausnahme der bereits in Rechtskraft erwachsenen Teilabweisung (Unterhaltsherabsetzung für April 2009) aufgehoben.

Die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen.

## **Text**

**B e g r ü n d u n g :**

Zu 1.: Entscheidende Bedeutung kommt in diesem - nach Vorliegen der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs zu G 9/09 wieder aufzunehmenden - Verfahren der Beantwortung der Frage zu, welchen Einfluss es auf die Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen - und damit auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage - hat, dass dieser über sein Einkommen aufgrund eines Abschöpfungsverfahrens nur eingeschränkt verfügen kann. Da die höchstgerichtliche Judikatur dazu uneinheitlich ist, liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs 1 Z 2 OGEG vor. Dies gilt auch für die Rechtsprechung zur sogenannten Differenzmethode zu konstatieren.

Zu 2.: Aufgrund eines Beschlusses vom 29. 4. 2008 ist der Vater der Pflegebefohlenen seit 1. 7. 2007 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von 358 EUR für Vanessa und von 301 EUR für Dennis verpflichtet. Infolge rechtskräftiger Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens wurde ein über das Vermögen des Vaters eröffnetes Schuldenregulierungsverfahren am 4. 2. 2009 aufgehoben. Am 9. 2. 2009 wurde er Vater eines weiteren Sohnes. Am 20. 3. 2009 heiratete er dessen Mutter und lebt mit den beiden zusammen. Seine nunmehrige Ehegattin bezieht seit Mai 2009 Kinderbetreuungsgeld von 26,60 EUR täglich. In der Zeit von April 2008 bis März 2009 verfügte der Vater über ein monatliches durchschnittliches Nettoeinkommen von 2.005,09 EUR.

Er beantragte nun unter Hinweis auf seine zusätzlichen Sorgepflichten und das eingeleitete Abschöpfungsverfahren die Herabsetzung seiner Unterhaltpflicht ab 1. 4. 2009, und zwar für Vanessa auf 241 EUR monatlich und für Dennis auf 193 EUR monatlich.

Das Erstgericht wies das Unterhaltsherabsetzungsbegehren für April 2009 (unbekämpft) ab und gab ihm im Übrigen für die Zeit ab 1. 5. 2009 statt. Im Falle einer wesentlichen Änderung entscheidungsrelevanter Umstände sei auch bei bereits rechtskräftig entschiedenen Unterhaltsansprüchen eine Neufestsetzung des gesetzlichen Unterhalts im Wege einer Abänderung der bestehenden Entscheidung vorzunehmen. Die Unterhaltsbemessung erfolge nach ständiger Rechtsprechung nach Prozentsätzen und Altersstufen. Danach betrügen die Unterhaltssätze für Kinder im Alter von Vanessa 20 %, im Alter von Dennis 18 % und im Alter des jüngsten Sohnes 16 % der „Einkommensbemessungsgrundlage“. Das Bestehen weiterer Unterhaltpflichten werde ausschließlich durch Abzüge von Prozentpunkten vom maßgeblichen Unterhaltssatz berücksichtigt, nämlich von einem Prozentpunkt für jedes weitere unterhaltsberechtigte Kind unter zehn Jahren, von zwei Prozentpunkten für ein Kind über zehn Jahren sowie von null bis drei Prozentpunkten für unterhaltsberechtigte Ehegatten je nach ihrem Eigeneinkommen. Hier sei der Vater auch noch für seine (neue) Ehegattin unterhaltpflichtig; das von dieser bezogene Kinderbetreuungsgeld stelle weder Einkommen des Kindes noch des beziehenden Elternteils dar und mindere nicht deren Unterhaltsansprüche. Der Ehegattin komme ein „Unterhaltsergänzungsanspruch“ im Ausmaß von 40 % des gemeinsamen Familieneinkommens abzüglich ihres eigenen Einkommens, wobei von dieser Prozentkomponente für jede weitere konkurrierende Sorgepflicht des Ehegatten 4 % abzuziehen seien, zu, hier also ein Anteil von 28 % am durchschnittlichen Nettoeinkommen des Vaters. Vanessa stünden 301 EUR (15 %), Dennis 241 EUR (12 %) und dem jüngsten Sohn 200 EUR (10 %) zu. Die Gesamtsumme dieser nach der Prozentmethode berechneten, vom Vater zu leistenden Unterhaltsbeiträge ergebe 1.303 EUR, womit er insgesamt überfordert wäre. Im Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung seien die vom unterhaltpflichtigen Schuldner dem Treuhänder abgetretenen Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis (Abschöpfungsbeträge) von der Unterhaltsbemessungsgrundlage ebenso abzuziehen wie die aufgrund eines gerichtlich bestätigten Zahlungsplans geleisteten Schuldenzahlungen. Dem Unterhaltsberechtigten stehe aber jedenfalls ein monatlicher Unterhalt in der Höhe zu, wie er sich aufgrund einer Berechnung nach der Differenzmethode aus der Differenz der Existenzminima nach den §§ 291a und 291b Abs 2 EO ergebe. Dabei sei die sogenannte modifizierte Differenzmethode - ausgehend von der ungetaktten Unterhaltsbemessungsgrundlage - anzuwenden. Es sei zunächst das Existenzminimum des unterhaltpflichtigen Schuldners nach § 291a EO unter Berücksichtigung all seiner Unterhaltsberechtigten - hier vier - nach ExMinVO Tabelle 1bm zu ermitteln. Dieses (gewöhnliche) Existenzminimum betrage ausgehend von einem Einkommen von monatlich durchschnittlich 2.005,09 EUR als Unterhaltsbemessungsgrundlage und vier Sorgepflichten monatlich 1.855,10 EUR. Als zweiter Schritt sei das Unterhaltsexistenzminimum unter Außerachtlassung aller Sorgepflichten nach der ExMinVO Tabelle 2bm zu ermitteln, welches 923,03 EUR betrage. Nach dieser Differenzmethode stehe den Unterhaltsberechtigten die Differenz der beiden ermittelten Existenzminima zur Bedeckung ihrer Unterhaltsansprüche zur Verfügung, somit hier 932,07 EUR. Als letzter Schritt sei nach der erweiterten Differenzmethode zu prüfen, ob die nach der Prozentsatzmethode errechneten Unterhaltsbeträge in dieser Differenz Deckung finden. Sei dies nicht der Fall, müsse es zu einer anteiligen Kürzung der Unterhaltsbeiträge kommen. Bei einer solchen anteilmäßigen Kürzung ergäben sich monatliche Unterhaltsbeiträge für Vanessa von 215 EUR und für Dennis von 172 EUR. Damit sei der - auf höhere Beträge gerichtete - Unterhaltsherabsetzungsantrag des Vaters berechtigt.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs für zulässig. Der Oberste Gerichtshof habe zur Frage der „Abzugsfähigkeit“ von im Rahmen des Abschöpfungsverfahrens abgetretenen Beträgen von der Unterhaltsbemessungsgrundlage zunächst ständig judiziert, dass über den Unterhaltpflichtigen verhängte konkursrechtliche Maßnahmen auf die Unterhaltsverpflichtung keinen Einfluss hätten. Nach einem Teil der

späteren Rechtsprechung des Höchstgerichts habe die Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens über das Vermögen eines Unterhaltpflichtigen hingegen Einfluss auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage. Danach seien die im Rahmen eines Zahlungsplans zurückzuzahlenden Schulden grundsätzlich als außergewöhnliche Belastung des Unterhaltpflichtigen abzugsfähig, diene doch der Zahlungsplan gerade dazu, die Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit des Unterhaltpflichtigen nach dessen Erfüllung wiederherzustellen. Dies widerspreche auch nicht dem „ehernen Grundsatz“ des Unterhaltsrechts, dass Schulden des Geldunterhaltpflichtigen die Bemessungsgrundlage an sich nicht mindern, handle es sich dabei doch um berücksichtigungswürdige (abzugsfähige) Schulden, also um solche, die er eingegangen sei, um sich wieder in die Lage zu versetzen, nach der Schuldenregulierung unbelastet Einkommen zur Deckung seiner Unterhaltsverpflichtung zur Verfügung zu haben. Das Rekursgericht gehe daher von einer Abzugsfähigkeit der dem Vater aufgrund des Abschöpfungsverfahrens nicht zur Verfügung stehenden Einkommensteile aus. Dem Erstgericht sei bei der Berechnung des Unterhaltsanspruchs der Ehegattin des Vaters insoweit ein Irrtum unterlaufen, als diese angesichts der Nichtberücksichtigung ihres Bezugs von Kinderbetreuungsgeld einer einkommenslosen Ehegattin gleichzustellen sei, weshalb ihr Unterhaltsanspruch nach der Rechtsprechung grundsätzlich lediglich 33 % betrage. Angesichts des erforderlichen Abzugs von jeweils vier Prozentpunkten für die weiteren Sorgepflichten des Vaters für insgesamt drei Kinder betrage deren Unterhaltsanspruch richtigerweise 21 %, was - ausgehend von der Bemessungsgrundlage von 2.005,09 EUR - einem Betrag von 421 EUR entspreche. Nach der sogenannten erweiterten Differenzmethode stehe den Unterhaltsberechtigten jedenfalls ein monatlicher Unterhalt in jener Höhe zu, wie er sich aus der Differenz der Existenzminima nach den §§ 291a und 291b Abs 2 EO errechne, auch wenn eine Unterhaltsberechnung nach der Prozentsatzmethode wegen der grundsätzlichen Abzugsfähigkeit der Abschöpfungsbeträge einen geringeren Unterhaltsbeitrag ergebe. Es sei zunächst das Existenzminimum des unterhaltpflichtigen Gemeinschuldners zu ermitteln, wobei die Unterhaltsgrundbeträge nach § 291a Abs 2 Z 2 EO und die Unterhaltssteigerungsbeträge nach § 291a Abs 3 Z 2 EO - und zwar auch für jene Kinder, für die der Unterhalt berechnet werden soll - zu berücksichtigen seien. Im Anschluss daran sei das Unterhaltsexistenzminimum des Unterhaltpflichtigen - allerdings unter Ausklammerung der Unterhaltsgrund- und Unterhaltssteigerungsbeträge der Unterhaltsberechtigten - zu ermitteln. Die Differenz dieser beiden Beträge stehe den Unterhaltsberechtigten zur Bedeckung ihrer Ansprüche zur Verfügung. Fänden die Unterhaltsbeiträge in der genannten Differenz Deckung, komme es zu keiner weiteren Kürzung. Nach einem Teil der Rechtsprechung sei das Existenzminimum nach § 291b EO zwar in „Durchschnittsfällen“ die maßgebliche Untergrenze, nicht jedoch etwa bei einem besonders niedrigen Einkommen und mehreren Sorgepflichten. Reiche das verbleibende Existenzminimum für die Befriedigung der laufenden Unterhaltsansprüche nicht aus, müssten sich nicht nur alle Unterhaltsberechtigten einen anteiligen Abzug gefallen lassen, sondern hätten sich Unterhaltsschuldner und Unterhaltsberechtigte den Fehlbetrag angemessen zu teilen. Die Unterhaltsfestsetzung habe dabei stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen; der Unterhaltpflichtige dürfe dabei dennoch nicht so stark belastet werden, dass er in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wäre. In der Literatur werde teilweise zur Vermeidung einer Besserstellung des Unterhaltschuldners nach Konkursöffnung die sogenannte modifizierte Differenzmethode favorisiert, bei der anstelle des Unterhaltsexistenzminimums des Gemeinschuldners jener Betrag anzusetzen wäre, der seiner „absoluten Leistungsfähigkeitsgrenze“ entspreche. Es werde auch die Ansicht vertreten, dass die Differenz zwischen dem Existenzminimum nach der Tabelle 1bm mit Unterhaltpflichten und der „gewöhnlichen Belastungsgrenze“ eines Unterhaltpflichtigen - im Jahr 2009 676 EUR pro Monat - maßgeblich sein solle. Die Frage der Abzugsfähigkeit der Abschöpfungsbeträge könnte im vorliegenden Fall offen gelassen werden, wenn der prozentmäßige Unterhaltsbeitrag in der Differenz der Existenzminima Deckung fände, weil dieser Differenzbetrag dem Unterhaltpflichtigen jedenfalls zur Verfügung stehen müsse. Bei Anwendung der modifizierten Differenzmethode stünden den hier Unterhaltsberechtigten vom Einkommen des Vaters 1.179,10 EUR (Differenz zwischen dem Existenzminimum laut Tabelle 1bm von 1.855,10 EUR und der „allgemeinen Belastungsgrenze“ von 676 EUR) zur Verfügung. Die Gesamtsumme der Unterhaltsansprüche betrage richtig 1.163 EUR. Diese Summe fände im Betrag von 1.179,10 EUR jedenfalls Deckung, sodass es zu keiner Kürzung der prozentmäßigen Unterhaltsansprüche von Vanessa und Dennis zu kommen hätte. Soweit überblickbar habe die sogenannte modifizierte Differenzmethode in die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs allerdings nicht Eingang gefunden. Werde nicht die Belastungsgrenze, sondern - wie vom Erstgericht - nach der sogenannten erweiterten Differenzmethode das Unterhaltsexistenzminimum ohne Sorgepflichten (Tabelle 2bm) herangezogen, ergebe sich ein für die Bedeckung der Unterhaltsverpflichtung zur Verfügung stehender Differenzbetrag von lediglich 932,07 EUR, in welchem die

Gesamtsumme der Unterhaltsansprüche keine Deckung finde. Die Unterhaltsansprüche seien daher anteilig zu kürzen. Diese anteilige Kürzung führe zu den vom Erstgericht zuerkannten Unterhaltsbeiträgen von 241 EUR für Vanessa und von 193 EUR für Dennis. Der - allerdings im Zusammenhang mit einem Zahlungsplan - in 9 Ob 74/07h geäußerten Rechtsansicht, dass nur jene Schulden (anteilig) abzugsfähig sein sollten, die schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abzugsfähig waren, werde nicht beigetreten, würde dies doch in der Mehrzahl der Fälle wohl dazu führen, dass die verminderte Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners unberücksichtigt bliebe, wodurch die mit der Schuldenregulierung verfolgte Intention des Gesetzgebers, nämlich eine wirtschaftliche Gesundung des Unterhaltsschuldners, verhindert würde. Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil die höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, inwieweit das Schuldenregulierungs- oder Abschöpfungsverfahren Einfluss auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage hat, uneinheitlich sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der dagegen erhobene Revisionsrekurs der Kinder ist zulässig und mit seinem Aufhebungsantrag berechtigt.

Gemäß § 140 Abs 1 ABGB haben die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes beizutragen. Zur Ermittlung des konkreten Unterhaltsanspruchs eines Unterhaltsberechtigten sind einerseits dessen Bedarf, andererseits die Leistungsfähigkeit des Unterhaltpflichtigen zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung hat dazu eine Methode entwickelt, bei der sich der Geldunterhaltsanspruch im Regelfall mit einem bestimmten Prozentsatz der Unterhaltsbemessungsgrundlage bestimmt (vgl dazu etwa RIS-Justiz RS0047419). Bei einem unselbstständig erwerbstätigen Unterhaltpflichtigen stellt regelmäßig dessen monatliches Durchschnittsnettoeinkommen die Bemessungsgrundlage für den monatlich zu leistenden Unterhaltsbeitrag dar. (Laufende) Verbindlichkeiten des Unterhaltsschuldners mindern grundsätzlich nicht die Bemessungsgrundlage und sind von diesem aus dem ihm verbleibenden Einkommensteil zu begleichen. Ein Abzug von der Bemessungsgrundlage kommt nur ausnahmsweise in Betracht, nämlich wenn und soweit unterhaltsrechtlich „gerechtfertigte“ Schulden vorliegen, diese also auch im Interesse der Unterhaltsberechtigten begründet wurden, zB im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Ausstattung einer Wohnung für die Familie oder aus Anlass der Berufsausübung zur Sicherung eines laufenden Einkommens (vgl dazu etwa RIS-Justiz RS0007202).

A) Zum Einfluss eines Abschöpfungsverfahrens auf die Unterhaltpflicht:

Uneinheitlich ist die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob die genannten Grundsätze - nur eingeschränkte „Abzugsfähigkeit“ von laufenden Verbindlichkeiten - auch in jenen Fällen gelten, in denen dem Unterhaltpflichtigen sein Erwerbseinkommen nicht zur Gänze zur Verfügung steht, weil es im Zusammenhang mit einem Schuldenregulierungsverfahren zu einem Abschöpfungsverfahren (§§ 199 ff KO) - bzw einem wirksamen Zahlungsplan (§§ 193 ff KO) - gekommen ist. Im Folgenden sind die Judikaturentwicklung sowie die in Rechtsprechung und Lehre für die in Betracht kommenden unterschiedlichen Lösungen ins Treffen geführten Argumente darzustellen:

Laufende (gesetzliche) Unterhaltsansprüche sind grundsätzlich weder Masse- noch Konkursforderungen. Es handelt sich um ausgeschlossene Ansprüche, die einerseits nicht im Konkurs geltend gemacht werden können, andererseits aber auch nicht den Konkurswirkungen (insbesondere der Restschuldbefreiung) unterliegen. Sie können daher auch während des Konkursverfahrens gegen den Gemeinschuldner selbst geltend gemacht werden. Für die Vollstreckung steht dessen konkursfreies Vermögen zur Verfügung, das insbesondere aus dem den Unterhaltsgläubigern vorbehaltenen Existenzminimum, sofern der Gemeinschuldner Einkünfte nach § 290a EO bezieht, und den nach § 5 KO überlassenen Beträgen besteht (Gitschthaler/Simma, Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs [Teil I], EF-Z 2007/79, 130 [134]; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht4, 46 ff).

Die ältere Rechtsprechung ging davon aus, dass die Eröffnung eines Konkursverfahrens allein grundsätzlich noch nicht die Annahme rechtfertige, dass der im Exekutionstitel festgesetzte Unterhaltsbeitrag der materiellen Rechtslage nicht (mehr) entspricht. Über den Unterhaltpflichtigen verhängte konkursrechtliche Maßnahmen hätten auf seine Unterhaltsverpflichtung gegenüber einem Kind keinen Einfluss (1 Ob 639/90; RIS-Justiz RS0037149; RS0113298). Der Konkursöffnung sei die Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens gleichzuhalten (1 Ob 139/01z ua). Es sei zwischen der Festsetzung der Unterhaltsverpflichtung und den konkursrechtlichen Maßnahmen (gemäß § 5 KO) zu unterscheiden (7 Ob 330/99a ua). Auf die Einbringlichkeit der Forderungen komme es bei der Unterhaltsbemessung nicht an (RIS-Justiz RS0113298). Nach dieser Rechtsprechung rechtfertigt ein rechtskräftig bestätigter Zahlungsplan für sich allein noch nicht, die planmäßig abzustattenden Schulden als Abzugspost von der

Unterhaltsbemessungsgrundlage zu berücksichtigen (1 Ob 139/01z; 7 Ob 176/02m; 3 Ob 201/02h ua). Eine gegenteilige Auffassung liefe „dem eheren Grundsatz“ des Unterhaltsrechts zuwider, dass die Schulden des Unterhaltpflichtigen die Bemessungsgrundlage nicht zu vermindern geeignet sind (1 Ob 139/01z; 3 Ob 201/02h). Die Unterhaltsbemessungsgrundlage blieb demnach von der Konkurseröffnung und von (eingeleiteten) Entschuldungsmaßnahmen unbeeinflusst. Dem unterhaltpflichtigen Gemeinschuldner oblag die Behauptungs- und Beweispflicht dafür, welche konkreten Auswirkungen ein über sein Vermögen eröffnetes Konkurs- oder Schuldenregulierungsverfahren auf seine Leistungsfähigkeit ausühte (7 Ob 299/01y; RIS-Justiz RS0037149).

In der Entscheidung 1 Ob 191/01x, die einen Unternehmerkonkurs betraf, wurde für das Unterhaltsvorschussverfahren jedoch die Auffassung vertreten, dass schon die Tatsache der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Unterhaltsschuldners „begründete Bedenken“ iSd § 7 Abs 1 Z 1 UVG dahin begründen könne, dass die titulierte Unterhaltsschuld von der gesetzlichen Unterhaltpflicht zufolge einer wesentlichen Umstandsänderung abweicht. Die Leistungsfähigkeit des selbständigen Unterhaltsschuldners sei nach dem ihm zur Verfügung stehenden tatsächlichen Nettoeinkommen zu bestimmen. Die Tilgung von Unterhaltsschulden sei nur aus der Differenz der Existenzminima nach § 291b Abs 2 EO und § 291a EO möglich, habe doch der Unterhaltsberechtigte keinen Anspruch auf Gewährung des laufenden Unterhalts aus der Konkursmasse. Dabei sei vom mittleren Jahresnettoeinkommen eines Arbeitnehmers auszugehen, weil im Regelfall angenommen werden könne, dass ein arbeitsuchender ehemaliger Unternehmer ein solches Einkommen erzielen könnte. Diese Rechtsprechung wurde in 1 Ob 242/02y fortgeschrieben.

In weiterer Folge wich der 1. Senat des Obersten Gerichtshofs (1 Ob 86/04k) auch für das Schuldenregulierungsverfahren von der bisherigen Rechtsprechung ab und sprach aus, dass sich die Unterhaltsbemessungsgrundlage aufgrund eines im Schuldenregulierungsverfahren festgelegten Zahlungsplans ändere. Es entspreche der nunmehr einhelligen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (1 Ob 191/01x; 4 Ob 277/02t; 2 Ob 90/03d), dass im Allgemeinen schon durch die Eröffnung des Konkurses - dem die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens gleichzuhalten sei - über das Vermögen eines Unterhaltpflichtigen begründete Bedenken dahin bestehen, dass die titelmäßig festgestellte Leistungspflicht von der materiellen Rechtslage abweicht. Die Leistungsfähigkeit eines Unterhaltsschuldners orientiere sich vorerst einmal an dem ihm zur Verfügung stehenden tatsächlichen Nettoeinkommen, wovon unter Abzug bestimmter zweckgebundener Aufwendungen die Unterhaltsbemessungsgrundlage ermittelt werde. Schon deshalb könne keine Rede davon sein, dass die Unterhaltsbemessungsgrundlage durch die Eröffnung des Konkurses bzw eines Schuldenregulierungsverfahrens keine Änderung erfahre. Es komme daher darauf an, was bzw wieviel dem (Gemein-)Schuldner vom Masseverwalter überlassen wurde bzw zur Rückzahlung welcher Schulden der Schuldner im Weg eines im Schuldenregulierungsverfahren zustande gekommenen Zahlungsplans verpflichtet ist. Diese konkursrechtlichen Maßnahmen hätten, zumal sie die Verfügungsmöglichkeit des Unterhaltsschuldners gesetzlich gravierend einschränken, auch Einfluss auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage und damit auch auf die Festsetzung der Unterhaltsverpflichtung. Die ältere Auffassung, wonach die Verpflichtung des Unterhaltpflichtigen zur Zahlung von Schulden nach einem Zahlungsplan bzw die Konkurseröffnung an sich keinen Einfluss auf die Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage habe, könne daher nicht aufrecht erhalten werden. Die nach dem Zahlungsplan zurückzuzahlenden Schulden seien grundsätzlich als außergewöhnliche Belastung abzugsfähig. Der Zahlungsplan diene gerade dazu, die Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit des Unterhaltpflichtigen nach dessen Erfüllung wiederherzustellen. Dies widerspreche auch nicht dem „eheren Grundsatz des Unterhaltsrechts“, dass Schulden des Geldunterhaltpflichtigen die Bemessungsgrundlage an sich nicht mindern, handle es sich dabei doch um berücksichtigungswürdige (abzugsfähige) Schulden, also solche, die er eingegangen sei, um sich wieder in die Lage zu versetzen, nach der Schuldenregulierung unbelastetes Einkommen zur Deckung seiner Unterhaltsverpflichtungen zur Verfügung zu haben.

Dieser Standpunkt wurde in 1 Ob 176/04w aufrecht erhalten. Die nach dem Zahlungsplan zurückzuzahlenden Schulden seien berücksichtigungswürdige (abzugsfähige) Schulden, wobei die sachliche Rechtfertigung darin zu sehen sei, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Schuldenregulierung gerade deshalb geschaffen habe, um einem Schuldner die Wiedererlangung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in absehbarer Zeit zu ermöglichen. Das versetze ihn in die Lage, nach der Schuldenregulierung unbelastetes Einkommen zur Deckung seiner Unterhaltsverpflichtungen und so zum Wohl der Unterhaltsberechtigten zur Verfügung zu haben.

Dieser Auffassung schloss sich der 7. Senat an (7 Ob 279/05p; 7 Ob 289/05h; 7 Ob 298/05g; 7 Ob 291/05b; RIS-Justiz

RS0119130). In 7 Ob 279/05p wurde argumentiert, dass die vom Gesetzgeber im Schuldenregulierungsverfahren geschaffene Möglichkeit der Entschuldung des Unterhaltpflichtigen unter bestimmten gesetzlichen Vorgaben nicht nur für diesen, sondern auch für dessen unterhaltsberechtigte Kinder eine Chance bedeute, die ein pflichtbewusster Unterhaltsschuldner zu ergreifen in der Regel zweifellos sogar verpflichtet sei. Dies stelle in einer Vielzahl der Fälle den einzigen Weg dar, jemals wieder über unbelastetes Einkommen verfügen und die Unterhaltsverpflichtungen in einem befriedigenden Maß wieder decken zu können. Zu bedenken sei dabei auch, dass sich die aus der Erfüllung des Zahlungsplans resultierenden finanziellen Beschränkungen in aller Regel auch auf die im Haushalt eines solchen pflichtbewussten und rechtsgetreuen Unterhaltpflichtigen lebenden Kinder auswirken. Nicht nur der Unterhaltpflichtige selbst, sondern auch seine Familie müsse sich eben „nach der Decke strecken“. Nicht zu rechtfertigen wäre es, ein nicht im Haushalt des geldunterhaltpflichtigen Elternteils lebendes Kind in einer solchen Situation zu bevorzugen und ihm gegenüber die Belastungen des Zahlungsplans zu ignorieren. Der Gegenmeinung sei vor allem entgegenzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung Schulden des Unterhaltpflichtigen dann berücksichtigungswürdig sind, wenn sie der Erhaltung und Steigerung seiner Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit dienen (RIS-Justiz RS0007202). Gerade dies solle durch die Erfüllung eines Zahlungsplans angestrebt und erreicht werden. Die - im konkreten Fall „nur theoretische“ - Möglichkeit, dass dieses Ziel auch verfehlt werden könnte und ein unterhaltsberechtigtes Kind dann letztlich nicht profitierte, könne daran nichts ändern. Aus diesen Überlegungen sei „jedenfalls in Ansehung eines jüngeren unterhaltsberechtigten Kindes“, für das die Entschuldung des Unterhaltpflichtigen vorteilhaft ist, der zu 1 Ob 86/04k und 1 Ob 176/04w vertretenen Rechtsansicht beizutreten.

In der Entscheidung 7 Ob 291/05b bezeichnete der Senat jene Judikaturlinie, wonach Zahlungsplanraten von der Bemessungsgrundlage abzugfähig sind, als „nunmehr herrschend“. Werde von den Gläubigern eines unterhaltpflichtigen (Gemein-)Schuldners ein Zahlungsplan angenommen und sodann der Konkurs (bzw das Schuldenregulierungsverfahren) aufgehoben, so sei im Sinne dieser Rechtsprechung die Differenzrechnung (der Existenzminima nach § 291b Abs 2 und § 291a EO) - anders als während des laufenden Insolvenzverfahrens - nicht mehr maßgeblich; zu berücksichtigen seien aber die Verpflichtungen aus dem Zahlungsplan.

Der Auffassung des 1. und des 7. Senats schloss sich etwaHopf (in KBB2 § 140 ABGB Rz 15) an. Er führt unter Bezug auf die Rechtsprechung aus, dass bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage „insb auch der Zahlungsplan in einem Schuldenregulierungsverfahren - durch Abzug der zurückzuzahlenden Schulden - zu berücksichtigen“ sei.

Zahlreiche zweitinstanzliche Gerichte (zB LG Linz 15 R 522/04x = EFSIg 110.313; LG St. Pölten 23 R 233/05w = EFSIg 110.314; LGZ Wien 45 R 337/05z = EFSIg 110.315) und Vertreter der Lehre kritisierten hingegen diese Rechtsprechungslinie.

Nach Neuhauser (in Schwimann, ABGB3 I § 140 Rz 57 sowie: Unterhaltserhöhung durch Einleitung des Abschöpfungsverfahrens? Zak 2007, 83) sei die generelle Berücksichtigung von Konkurschulden deshalb verfehlt, weil der Schuldner so eine „Doppelprämie“ in Gestalt einer weitgehenden Entschuldung von Unterhaltsrückständen und der Verringerung der laufenden Unterhaltpflicht erhalte. Mit anderen Worten: Für die Vernachlässigung der Unterhaltpflichten in der Vergangenheit werde die laufende Unterhaltpflicht reduziert, was nicht weit von einer „Einladung“ entfernt wäre, Unterhaltpflichten zu vernachlässigen, weil ja zur nur mehr quotenmäßigen Zahlung der Rückstände auch noch die Herabsetzung der laufenden Unterhaltsbeträge käme. Konkurschulden sollten daher grundsätzlich keine Abzugspost von der Bemessungsgrundlage bilden, es sei denn, diese Verbindlichkeiten wären auch außerhalb des Konkurses nach allgemeinen Kriterien der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen. Eine Minderung der Leistungsfähigkeit durch die Konkursöffnung sei vom Unterhaltpflichtigen zu behaupten und zu beweisen. Die Eröffnung eines Konkurs- bzw Schuldenregulierungsverfahrens führe für sich alleine noch nicht zur Veränderung der Leistungsfähigkeit. Besonders bei selbständig Erwerbstätigen könne sich aber eine Minderung der Leistungsfähigkeit durch die Schließung des Unternehmens und den damit verbundenen Wegfall der Erwerbsgrundlage ergeben. Der (weitgehende) Wegfall der Leistungsfähigkeit könne auch dadurch eintreten, dass das Unternehmen des Unterhaltpflichtigen im Konkurs weitergeführt wird und sämtliche Anstrengungen des Unterhaltpflichtigen dem sanierungswürdigen Unternehmen und damit der Konkursmasse zufließen. Bei unselbständig Erwerbstätigen, die regelmäßig schon vor Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens von mehreren Gläubigern bis zum Existenzminimum gepfändet würden (derartige Pfändungen schmälerten nach ständiger Rechtsprechung die Unterhaltsbemessungsbasis gerade nicht), bedeute die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens jedoch regelmäßig nur einen Umstieg vom Prinzip der Priorität im Exekutionsverfahren zum Prinzip der anteiligen

Befriedigung der Gläubiger im Schuldenregulierungsverfahren mit der Möglichkeit der Entschuldung durch Zwangsausgleich, Zahlungsplan und Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung, aber keine Minderung der Leistungsfähigkeit, weil das Einkommen als wesentlicher Maßstab für die Leistungsfähigkeit unverändert bleibe und insoweit regelmäßig keine wesentliche Änderung eintrete, die Voraussetzung für eine Änderung der Unterhaltshöhe sei.

Auch G. Kodek (Zur Unterhaltsbemessung im Konkurs, Zak 2006, 146) wendet sich gegen die generelle Berücksichtigung von Zahlungsplanraten bei der Unterhaltsbemessung. Es sei nicht einzusehen, wieso Verbindlichkeiten aus einem Zahlungsplan anders behandelt („geadelt“) werden sollten als andere Verbindlichkeiten, obwohl der Abschluss eines Zahlungsplans als solcher bei Heranziehung der sonst im Unterhaltsrecht entwickelten Kriterien über die Berücksichtigungswürdigkeit der Schulden keine Aussage zulasse. Außerdem werde der Schuldner, der im Wege des Zahlungsplans mit Begleichung nur eines - regelmäßig geringen - Teils der Schulden die Restschuldbefreiung erreichen wolle, besser behandelt als ein Schuldner, der seine Schulden zur Gänze abtragen wolle, müsse Letzterer doch seine gesamten Schulden und - wegen Nichtberücksichtigung der Schulden - den unvermindert laufenden Unterhalt bezahlen. Die Berücksichtigung der Zahlungsplanraten als „außergewöhnliche Belastung“ führe im Ergebnis zudem zu einer doppelten Benachteiligung von Unterhaltsgläubigern: Diese verlören nicht nur ihre Ansprüche auf rückständigen Unterhalt, soweit diese die Quote übersteigen, sondern müssten auch während der Laufzeit des Zahlungsplans eine Kürzung ihrer laufenden Unterhaltsansprüche hinnehmen. Im Ergebnis finanzierten die Unterhaltsberechtigten damit die Restschuldbefreiung. Auch das Argument der Rechtsprechung, die Restschuldbefreiung liege im Interesse der Unterhaltsberechtigten, weil diese dann an den besseren Lebensverhältnissen des Unterhaltpflichtigen teilhaben könnten, sei in Anbetracht der üblichen Laufzeit des Zahlungsplans von bis zu sieben Jahren deutlich zu relativieren, kämen doch vor allem jene Unterhaltsberechtigten, die nach der Schule gleich in das Berufsleben eintreten, vielfach nicht oder nur mehr kurze Zeit in die Lage, von der verbesserten Vermögenslage des Unterhaltsschuldners zu profitieren. Als Fazit führt G. Kodek aus, dass die Rechtsprechung zum Einfluss der Konkursöffnung auf die Unterhaltsbemessung nochmals überdacht werden sollte. Dies bedeute nun keineswegs, dass ein unternehmerisches Scheitern oder eine existentielle Notlage des Schuldners im Unterhaltsrecht nicht zu berücksichtigen wäre. Hier sollte aber eine Beurteilung der Ursache der Verbindlichkeiten unabhängig von der Konkursöffnung erfolgen. Die bloße Eröffnung des Konkursverfahrens als solche bilde demgegenüber keinen Grund für die Herabsetzung des laufenden Unterhalts. Gleicher müsse auch für einen Zahlungsplan und das Abschöpfungsverfahren gelten.

Dieser Kritik schloss sich Neumayr (Anm zu 7 Ob 289/05h, FamZ 2006/2) an: Der Effekt der Berücksichtigung des Zahlungsplans sei simpel: Befinde sich der Unterhaltsschuldner im Konkurs, komme es regelmäßig zur Reduktion seiner Unterhaltsverpflichtung; gebe es gegen ihn „nur“ Exekutionen, könne er seine Schulden in aller Regel nicht als Argument gegen die Höhe seiner Unterhaltspflichten heranziehen. Aus diesem Grund sei auch die Berücksichtigung der Zahlungsplanraten wenig überzeugend. Von der Entschuldung des Unterhaltpflichtigen könnten ältere Kinder meist gar nicht mehr profitieren.

In dieselbe Richtung argumentieren Barth/Neumayr (in Klang, ABGB3 § 140 Rz 192) und fügen hinzu, dass der außerhalb des Konkurses gültige Maßstab für die Leistungsfähigkeit - das Einkommen des Verpflichteten unabhängig von allfälligen Schulden, soweit diese nicht aus berücksichtigungswürdigen Gründen eingegangen wurden - auch im Konkurs gelten müsse. Dafür spreche auch, dass es sich bei Forderungen aus laufendem Unterhalt um ausgeschlossene Forderungen handelt, sodass diese vom Konkurs grundsätzlich nicht tangiert werden. Diese Wertungswidersprüche sprächen auch gegen die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung von Zahlungsplanraten und Abschöpfungsbeträgen. Ihr Abzug als außergewöhnliche Belastung führe zudem zu einer doppelten Benachteiligung der Unterhaltsgläubiger; sie würden im Ergebnis die Restschuldbefreiung finanzieren.

Zencica (Konkurs der Unterhaltsbemessung? ÖA 2006, 63) stellt dar, dass sich der Judikaturwandel zur Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten zunächst im Hinblick auf den Unterhaltsvorschuss vollzogen habe und dann auf die Unterhaltsbemessung „übergesprungen“ sei. Er kommt zum Ergebnis, dass durch diese Judikatur den Unterhaltsschuldner nun zusätzlich die Möglichkeit geboten werde, auch die Unterhaltsbemessungsgrundlage um Aufwendungen für beliebige Auslagen drastisch zu kürzen. Da dies nicht mit „ehernen Grundsätzen“ vereinbar sei, sollte die Rechtsprechung wieder dorthin zurückkehren, wo nach dem Grund der Verschuldung gefragt werde und nicht die Vernichtung fremden Kapitals durch ein Insolvenzverfahren per se abzugsfähig sei.

Kritisch zur Berücksichtigung des Zahlungsplans für die Unterhaltsbemessung äußert sich auch Gitschthaler (Anm zu 2 Ob 192/06h, EF-Z 2007/64): Diese Vorgangsweise lasse außer Acht, dass damit allein durch die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens die Qualität der Schulden verändert werde. Es sei nicht einsichtig, warum Schulden, die ursprünglich nicht abzugsfähig gewesen wären (zB Spielschulden oder Schulden aufgrund einer völlig unangemessenen Lebensweise), lediglich deshalb abzugsfähig sein sollten, weil der Unterhaltpflichtige in Konkurs gegangen sei. Waren die Schulden zur Gänze nicht abzugsfähig, könnten auch die Zahlungsplanraten und Abschöpfungen nicht berücksichtigt werden; wären sie hingegen zur Gänze abzugsfähig, gelte dies auch für Letztere. Bei insofern unterschiedlichen Schulden sei deren Verhältnis zueinander zu bestimmen (§ 273 ZPO; § 34 AußStrG); in diesem Verhältnis seien dann auch die Zahlungsplanraten und die Abschöpfungen von der Unterhaltsbemessungsgrundlage in Abzug zu bringen.

Anknüpfend an diese Kritik führen Gitschthaler/Simma (Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs [Teil II], EF-Z 2007/100, 170 [174]) aus, die kritisierte Rechtsprechung führe dazu, dass durch die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens die Qualität der Schulden verändert werde.

Im Wesentlichen auf denselben Argumenten aufbauend folgert Schwarzinger (Kindesunterhalt im Zivilverfahren 279 ff), dass eine generelle Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten von der Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht sachgerecht sei.

Zum selben Ergebnis kommt Kolmasch (Neues im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2008, 26; ebenso auch schonderselbe, Die aktuellen variablen Werte im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2007, 10). Der Abzug habe oft zur Folge, dass nicht einmal der nach der EO primär für laufende Unterhaltsleistungen reservierte Einkommensteil ausgeschöpft werde. Von der Bemessungsgrundlage dürften Schulden nach ständiger Rechtsprechung nur ausnahmsweise abgezogen werden, wenn sie aus berücksichtigungswürdigen Gründen eingegangen worden sind. Warum ein unselbstständig erwerbstätiger Unterhaltsschuldner während des Konkurses, des Zahlungsplans oder der Abschöpfung anders behandelt werden sollte, sei nicht ersichtlich, weil sich dadurch nicht sein Einkommen (die Leistungsfähigkeit im weiteren Sinn) änderte, sondern - wenn überhaupt - höchstens zum Teil dessen Verfügbarkeit.

Ebenso äußert sich Deixler-Hübner (Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft 10 Rz 172a) gegenüber der Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten und Abschöpfungsbeträgen von der Unterhaltsbemessungsgrundlage eher kritisch; die entsprechende Judikaturlinie „mute erstaunlich an“.

Mehrere Senate des Obersten Gerichtshofs haben die Frage nach der Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten und Abschöpfungsbeträgen von der Unterhaltsbemessungsgrundlage (wiederholt) offen gelassen (6 Ob 257/02s; 6 Ob 52/06z; 8 Ob 148/06g; 10 Ob 65/06s; 10 Ob 59/06h; zuletzt 5 Ob 121/09v). In seiner Entscheidung zu 6 Ob 282/06y meinte der 6. Senat - unter Wiedergabe der Argumente der kritischen Literatur - freilich, dass diese Kritik „durchaus beachtenswert“ sei; es bedurfte jedoch einer näheren Auseinandersetzung mit dieser Problematik nicht: Schulden, die vor Konkursöffnung bei der Unterhaltsbemessung abzugsfähig gewesen wären, seien auch nach Konkursaufhebung zu berücksichtigen. Seien daher die Zahlungsplanraten auf abzugsfähige Schulden zurückzuführen, bestünden gegen eine entsprechende Verminderung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nach Konkursaufhebung keine Bedenken. Ähnlich äußerte sich der 8. Senat in der Entscheidung 8 Ob 148/06g. Zwar musste er auf die hier gegenständliche Fragestellung nicht näher eingehen, konstatierte aber, dass sich aus den kritischen Literaturstimmen und zweitinstanzlichen Entscheidungen, die gegen die generelle Abzugsfähigkeit von Zahlungsplanraten gerichtet sind, „bereits vom 6. Senat (6 Ob 282/06y) zutreffend als beachtenswert bezeichnete Bedenken“ ergäben.

Der 2. Senat erkannte zu 2 Ob 228/05a für einen vom Durchschnittsfall abweichenden „Extremfall“ (Zahlungsplanquote 92 %; die zur Insolvenz führenden Verbindlichkeiten resultierten aus einem unangemessenen Konsumverhalten), dass die Zahlungsplanraten nicht von der Unterhaltsbemessungsgrundlage in Abzug gebracht werden könnten. Dabei wurde ausdrücklich festgehalten, dass Erwägungen, ob die neuere Rechtsprechung fortgesetzt werden solle, im Anlassfall entbehrlich seien.

Sowohl der 1. Senat (1 Ob 186/05t) als auch der 7. Senat (7 Ob 289/05h; 7 Ob 291/05b) sprachen aus, dass mit Rechtskraft der Aufhebung des Schuldenregulierungsverfahrens die mit diesem Verfahren verbundenen Beschränkungen der Rechtsstellung des Schuldners wegfielen. Er werde wieder voll verfügsfähig, womit auch für die Unterhaltsbemessung die allgemeinen Regelungen wieder uneingeschränkt Geltung hätten. Es sei kein Grund

dafür ersichtlich, die unterhaltsberechtigten Kinder an diesem (um die Zahlungen laut Zahlungsplan verminderten) Einkommen nicht im Rahmen der sogenannten „Prozentkomponente“ teilhaben zu lassen, sondern sie mit ihren Ansprüchen auf die Differenz zwischen dem Existenzminimum und dem Unterhaltsexistenzminimum einzuschränken.

In der dem 3. Senat zur Entscheidung zugewiesenen Rechtssache2 Ob 192/06h (= EF-Z 2007/64 [Gitschthaler] = Zak 2007, 90 [Neuhauser 83]) wurde folgender Rechtssatz zur Abzugsfähigkeit von Abschöpfungsbeträgen formuliert (RIS-Justiz RS0121675): Im Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung (§§ 199 ff KO) sind die vom unterhaltspflichtigen Schuldner dem Treuhänder abgetretenen Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis (Abschöpfungsbeträge) von der Unterhaltsbemessungsgrundlage ebenso abzuziehen wie die aufgrund eines gerichtlich bestätigten Zahlungsplans geleisteten Schuldenzahlungen. Dem Unterhaltsberechtigten steht aber jedenfalls ein monatlicher Unterhalt in der Höhe zu, wie er sich aufgrund einer Berechnung nach der sogenannten Differenzmethode nach der Differenz der Existenzminima nach den §§ 291a und 291b Abs 2 EO ergibt (RIS-Justiz RS0119114), auch wenn eine Unterhaltsberechnung nach der sogenannten Prozentsatzmethode wegen der grundsätzlichen Abzugsfähigkeit der Abschöpfungsbeträge einen geringeren Unterhaltsbeitrag ergäbe. Ähnlich formulierte der 3. Senat zu 3 Ob 19/07a (= iFamZ 2007/79 [Deixler-Hübner]). Daraus wurde mitunter der Schluss gezogen, dass es durch die Anwendung der Differenzmethode auch zu einer Erhöhung des Unterhalts gegenüber der Prozentsatzmethode kommen könne (so etwa Neuhauser, Zak 2007, 83; Schwarzinger, Kindesunterhalt im Zivilverfahren 283 f; vgl demgegenüber Gitschthaler, EF-Z 2007/64, 102 [104]; Gitschthaler/Simma, EF-Z 2007/79, 130 [136]).

Zu 2 Ob 155/07v entschied der 2. Senat, dass dem Unterhaltsberechtigten auch nach diesem Rechtsprechungszweig jedenfalls ein monatlicher Unterhalt in der Höhe zustehe, wie er sich aufgrund einer Berechnung nach der sogenannten Differenzmethode nach der Differenz der Existenzminima nach den §§ 291a und 291b Abs 2 EO ergibt, auch wenn eine Unterhaltsberechnung nach der sogenannten Prozentsatzmethode wegen der grundsätzlichen Abzugsfähigkeit der Abschöpfungsbeträge oder Zahlungsplanraten einen geringeren Unterhaltsbeitrag ergäbe. An dieser Rechtsprechung wurde auch in der Entscheidung 3 Ob 138/08b (= iFamZ 2009/58 [Neumayr]) unter ausdrücklicher Abstandnahme von den Entscheidungen 7 Ob 289/05h und 1 Ob 252/06z festgehalten. Dem 1. und dem 7. Senat, denen zufolge nach Annahme des Zahlungsplans und Aufhebung des Schuldenregulierungsverfahrens die sogenannte Differenzmethode für die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht mehr von Bedeutung sei, sei deshalb zu widersprechen, weil dabei bei der Abwägung der gegenläufigen Interessen des Unterhaltsschuldners und des Unterhaltsgläubigers den Interessen des Letzteren nicht ausreichend Rechnung getragen werde. Das aufgrund der Steigerungsbeträge erhöhte Existenzminimum verfolge nicht den Zweck, den Unterhaltsschuldner im (dortigen) Abschöpfungsverfahren schneller zu entlasten. Der nach der Differenzmethode sich ergebende Differenzbetrag sei vielmehr als ein zweckgebundenes Einkommen zugunsten des Unterhaltsberechtigten aufzufassen und als Mindestbetrag, den der Unterhaltsschuldner ohne Überspannung seiner Kräfte leisten könne; er limitiere die Mitwirkungspflicht der unterhaltsberechtigten Familienmitglieder beim wirtschaftlichen Neustart des Unterhaltsschuldners. Wenn aber der ungekürzte Unterhalt ohne Abzug der Zahlungsplanraten in der Differenz der Existenzminima Deckung findet, müsse auf die Frage der Abzugsfähigkeit nicht mehr eingegangen werden, weil dann jedenfalls der ungekürzte Unterhalt zustehe. Die sogenannte Differenzmethode sei somit auch hier jedenfalls anzuwenden.

In einem weiteren Fall (3 Ob 122/08z) hielt der 3. Senat - in Anlehnung an 2 Ob 228/05a - fest, dass dann, wenn die zum Konkursantrag führenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten ausschließlich auf strafrechtliches Fehlverhalten zurückzuführen seien, aus dem Abzug der Zahlungsplanraten von der Unterhaltsbemessungsgrundlage die Konsequenz folgte, dass der Unterhaltsgläubiger infolge Rückzahlung der durch die Untreuehandlungen erlangten Beträge im Wege einer Unterhaltskürzung belastet wäre. Es stelle ein untragbares Ergebnis dar, könnte es dem Unterhaltsschuldner auf diesem Weg gelingen, den von ihm durch strafrechtliches Fehlverhalten zu vertretenden Schaden wirtschaftlich ganz oder zumindest teilweise auf den Unterhaltsgläubiger abzuwälzen. Unabhängig davon, ob Zahlungsplanraten also allgemein abzugsfähig sind oder nicht, liege hier ein „Extremfall“ vor, der jedenfalls einen Abzug der Zahlungsplanraten verbiete.

In 9 Ob 74/07h (= EF-Z 2009/75 [Gitschthaler] = EvBl 2009/80 [Geroldinger] = ZIK 2009, 76 [Simma]), fasste der 9. Senat die Bedenken der Lehre zusammen und schloss sich mit „im Wesentlichen gleichlautenden Argumenten“ der „fundierten Kritik an der Rechtsprechung“ an, weshalb der Standpunkt, der eine generelle Abzugsfähigkeit der

Zahlungsplanraten von der Unterhaltsbemessungsgrundlage bejaht, nicht aufrecht erhalten werden könne. Insbesondere sei nicht einzusehen, warum ein Unterhaltsschuldner, der ohne Reduktion seiner Schulden durch ein Insolvenzverfahren Exekutionen ausgesetzt ist, ohne dadurch seine Unterhaltspflichten reduzieren zu können, gegenüber demjenigen ins Hintertreffen geraten soll, der durch eine Schuldenregulierung mit Zahlungsplan einerseits seine früheren, nicht beglichenen Unterhaltsschulden verringert und darüber hinaus noch wegen der Zahlungsplanraten eine weitere Reduktion seiner laufenden Unterhaltsschulden herbeiführen würde. Insbesondere sei nicht überzeugend, dass auch diejenigen Schulden abzugsfähig sein sollten, die sonst zur Verminderung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht geeignet sind. Abzugsfähig sollten daher nur jene Schulden(-teile) bleiben, die schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unterhaltsschuldners abzugsfähig waren, und zwar in jenem Umfang, wie deren Relation zu anderen vom Zahlungsplan erfassten Schulden ist. Den generellen Erwägungen einer wirtschaftlichen Gesundung des Unterhaltsschuldners durch das Schuldenregulierungsverfahren mit Zahlungsplan sei insbesondere entgegenzuhalten, dass so ein „Sonderopfer“ derjenigen erbracht werden müsste, welche Anspruch auf laufenden Unterhalt haben.

Zustimmend zu dieser Entscheidung haben sich etwa Geroldinger (Anm zu 9 Ob 74/07h, EvBl 2009/80), Gitschthaler (Anm zu 9 Ob 74/07h, EF-Z 2009/75), Neumayr (Anm zu 3 Ob 138/08b, iFamZ 2009, 83 f) und Simma (Zahlungsplan und Unterhaltsbemessung, ZIK 2009/126) geäußert. Wenngleich Neuhauser (Unterhalt und Konkurs - Ein Plädoyer für die alte Judikatur, iFamZ 2009, 141) dem 9. Senat nicht ausdrücklich beipflichtet, geht seine Forderung nach der Rückkehr „zur alten Judikatur“ doch auch in die Richtung der Entscheidung 9 Ob 74/07h.

Geroldinger attestiert dem 9. Senat, die besseren Argumente auf seiner Seite zu haben. Aufgrund der Differenzierung nach den Ursachen der Schulden bei der Unterhaltsbemessung auch im Rahmen des Zahlungsplans werde die Entschuldung dem verschwenderischen Gemeinschuldner schwerer, dem bloß wirtschaftlich Glücklosen leichter fallen. Eine Ungleichbehandlung sanierungswilliger Gemeinschuldner, die auf die Ursachen der Insolvenz abstellt, sei dem Gesetz aber durchaus bekannt, wie etwa die hinter § 154 Z 2 KO stehenden, auch generalpräventiven Wertungen zeigen würden.

Auch Gitschthaler (Anm zu EF-Z 2009/75) äußert sich positiv zu dieser Entscheidung. Weiters verweist er auf die soeben referierte Entscheidung zu 3 Ob 122/08z und erinnert daran, dass der 1. Senat (I Ob 2121/96k) bereits ausgesprochen habe, dass die aufgrund eines außergerichtlichen Ausgleichs zu erfüllenden Verbindlichkeiten keine finanziellen Belastungen darstellten, die bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage anders als sonstige Schulden zu behandeln seien.

Neuhauser (iFamZ 2009, 141) vergleicht die Situation des Unterhaltsschuldners „vor, während und nach dem Konkurs“ - unter Miteinbeziehung von Zwangsausgleich, Zahlungsplan und Abschöpfungsverfahren („Nachwirkungen“ des Konkurses) - und kommt zum Schluss, dass dem insolventen Schuldner in all diesen Situationen regelmäßig nur das Existenzminimum verbleibe. Die Rechtsprechung einzelner Senate des Obersten Gerichtshofs behandle jedoch etwa seit 2002 dieselbe wirtschaftliche Situation des Schuldners ohne sachlich einleuchtenden Grund unterschiedlich und damit widersprüchlich. Aus welchen Gründen der Schuldner durch die

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>