

3 Schriften zum Zivilverfahrensrecht
und Insolvenzrecht

Herausgegeben von Martin Ahrens

Gabriele Janlewing

Familienrechtliche Ansprüche
gegen den Selbständigen
in der Insolvenz

Einführung

I. Problemstellung

Die Insolvenzeröffnung über das Vermögen einer natürlichen Person hat Auswirkungen auf die familienrechtlichen Anspruchsberechtigten. Bestimmten das Verhältnis der Beteiligten bislang die Regelungen des Familienrechts, so tritt - als weiteres Ordnungsprinzip - das Insolvenzrecht auf den Plan. Dies führt naturgemäß zu Konkurrenzfragen. Für familienrechtliche Gläubiger des Schuldners ergeben sich durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Berechtigten verschiedene ungelöste Probleme. Zunächst stellt sich die Frage, welche familienrechtlichen Ansprüche allein nach den Regelungen des Insolvenzrechts gemäß § 87 InsO geltend zu machen sind und dem insolvenzrechtlichen System der Gläubigergleichbehandlung und Restschuldbefreiung unterfallen. Von besonderem Interesse sind hierbei Ansprüche, die wiederkehrend geschuldet werden, da das Insolvenzrecht auch für nach Insolvenzeröffnung fällig werdende, wiederkehrende Leistungen die Teilnahme am Verfahren gemäß §§ 38, 41, 45, 46 InsO vorsieht. Im Gegensatz dazu bestimmt § 40 Satz 1 InsO, dass familienrechtliche Unterhaltsansprüche, soweit der Schuldner für sie nicht als Erbe haftet, für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gerade nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Es bedarf daher zunächst einer Einordnung, welche familienrechtlichen Ansprüche von den Normzwecken der beiden unterschiedlichen Zuweisungen erfasst sind und welche Rechtsfolgen sich hieraus für die Gläubiger ergeben.

Der selbständige Schuldner verdient hier eine besondere Beachtung, da diese Erwerbsform im Insolvenzverfahren in zwei verschiedenen Konstellationen möglich ist und dies verschiedenartige Auswirkungen für den Schuldner und seine Berechtigten nach sich zieht. Durch die Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse gemäß § 35 Abs. 1 2. Alt. InsO sind die Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit *de lege lata* ausschließlich den Insolvenzgläubigern zugewiesen, wenn der Insolvenzverwalter keine anderweitige Erklärung i.S.v. § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO abgibt. Zwar steht seit der Klarstellung des Gesetzgebers durch die Ergänzung des § 850 i ZPO in § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO außer Frage, dass der Schuldner im Wege des Pfändungsschutzes durch einen entsprechenden Antrag auch an seinem Neuerwerb partizipieren kann. Im Gegensatz zum nicht selbständigen Schuldner erhält der Selbständige jedoch keinen „ex ante-Schutz“, sondern muss um ein vergleichbares,

unpfändbares Einkommen i.S.v. §§ 850 Abs. 2, 850 c ZPO „kämpfen“. Es gilt daher zu untersuchen, wie sich diese Ungleichbehandlung der Einkunftsarten auch auf die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Berechtigten auswirkt und ob dies möglicherweise eine Verfassungswidrigkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG begründet.

Der BGH hat mit der Entscheidung vom 23.02.2005 (FamRZ 2005, 608 ff.) die Obliegenheit des (gesteigert) Unterhaltsverpflichteten zur Stellung eines Verbraucherinsolvenzantrages aufgestellt. Wenig aufgearbeitet ist aber die dogmatische Herleitung einer solchen Obliegenheit, weswegen umstritten ist, in welchen Fällen eine solche Obliegenheit zu fordern ist und welche Konsequenzen sich hieraus ergeben. Hierauf wird es aber auch zur Beantwortung der Frage ankommen, ob den Berechtigten die Obliegenheit trifft, seine Leistungsfähigkeit durch entsprechende Pfändungsschutzanträge gemäß §§ 36 Abs. 1, 4 InsO i.V.m. § 850 i ZPO im Insolvenzverfahren sicher zu stellen.

Hat der Insolvenzverwalter die Erklärung gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO abgegeben, wonach der Neuerwerb des Schuldners nicht Bestandteil der Insolvenzmasse wird, so sieht § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO für diesen Fall die entsprechende Anwendung des § 295 Abs. 2 InsO vor. Demnach obliegt es dem Schuldner, die Insolvenzgläubiger durch Zahlungen so zu stellen, als wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Für die Berechtigten ist in diesem Zusammenhang einerseits von Belang, wie sich das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen des Verpflichteten darstellt. Zur Beantwortung wird es darauf ankommen, wie die „entsprechende“ Anwendung des § 295 Abs. 2 InsO auszulegen ist und wie der abzuführende Betrag zu ermitteln ist. Andererseits stellt sich die Frage, inwiefern die unterhaltsrechtlichen Neugläubiger vollstreckungsrechtlich auf den Neuerwerb zugreifen können.

In der Treuhandperiode ordnet § 295 Abs. 2 InsO für den Fall der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit an, dass es dem Schuldner obliegt, die Gläubiger durch Zahlungen an den Treuhänder so zu stellen, als wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Wenn der Verpflichtete aufgrund der Obliegenheit des § 295 Abs. 2 InsO „fiktive“ Beträge zu leisten hat, er anderenfalls seine Restschuldbefreiung gefährdet, ist für die Berechtigten von Bedeutung ob und ggf. wie sich diese zu leistenden Beträge auf die unterhaltsrechtliche Bedarfsberechnung auswirken. Insofern bedarf es einer Gegenüberstellung der insolvenzrechtlichen Obliegenheit gemäß § 295 Abs. 2 InsO mit den unterhaltsrechtlichen Obliegenheiten. Ebenso ist von Belang, wie die unterhaltsrechtlichen Nachinsolvenzgläubiger in der Treuhandperiode ihre Ansprüche vollstreckungsrechtlich durchsetzen können.

Für den Fall der Regelabwicklung sieht § 100 InsO die Unterhaltsgewährung durch die Gläubigerversammlung (§ 100 Abs. 1 InsO) bzw. durch den Insolvenzverwalter (§ 100 Abs. 2 InsO) vor. Bei der Eigenverwaltung ist der Schuldner

gemäß § 278 Abs. 1 InsO berechtigt, Mittel aus der Insolvenzmasse für sich und seine Angehörigen zu entnehmen. Fraglich ist aber, welche Bedeutung die Unterhaltsgewährung aus § 100 InsO bzw. die Mittelentnahme gemäß § 278 Abs. 1 InsO für den Schuldner und seine Angehörigen hat, insbesondere, ob sich aus dieser Vorschrift ein gebundener Anspruch auf Gewährung des Existenzminimums ergeben kann.

Im Insolvenzplanverfahren gemäß §§ 217 ff. InsO stellt sich für die Berechtigten die Frage, in wiefern ein Insolvenzplan - auch gegen ihren Willen - unterhaltsrechtliche Regelungen - möglicherweise auch für die Zukunft - verbindlich treffen kann.

II. Aufbau der Untersuchung

In Teil 1 der Arbeit geht es, nach der Qualifizierung familienrechtlicher Ansprüche, darum, wie familienrechtliche Insolvenzgläubiger an der Insolvenzmasse partizipieren und in wiefern sie der Restschuldbefreiung unterliegen.

Teil 2 der Arbeit widmet sich den familienrechtlichen Neugläubigern. Hierbei wird einerseits behandelt, wie diese mit ihren nach Insolvenzeröffnung entstehenden Ansprüchen befriedigt werden können. Andererseits wird aufgezeigt, wie sich die Selbständigkeit des insolventen Verpflichteten in materiell-rechtlicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht auswirkt.

In Teil 3 der Arbeit werden die Unterhaltsansprüche gegen die Masse behandelt (§§ 100, 278 Abs. 1 InsO).

Teil 4 widmet sich den familienrechtlichen Gläubigern im Insolvenzplanverfahren gemäß §§ 217 ff. InsO.

In Teil 5 werden die Ergebnisse zusammengefasst.

Teil 1: Familienrechtliche Insolvenzgläubiger

Das Familienrecht regelt die personen- und vermögensrechtlichen Beziehungen der durch Ehe, Verwandtschaft und Partnerschaft miteinander verbundenen Personen.¹ Das Unterhaltsrecht, als Teilgebiet des Familienrechts, hat die Sicherstellung des Lebensbedarfs dieser familiär miteinander verbundenen Personen zum Gegenstand. Da die handelnden Personen naturgemäß in ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen ständiger Entwicklung unterliegen, muss das Unterhaltsrecht die Verhältnisse adaptieren und den im Fluss befindlichen Lebenssachverhalt quasi „einfangen“. Die Insolvenzeröffnung trifft auf diesen, stetiger Veränderungen unterworfenen Lebenssachverhalt. Betrachtet man die Insolvenzeröffnung als Einschnitt in die unterhaltsrechtlichen Rechtbeziehungen, so wird man die Gläubiger, entsprechend der insolvenzrechtlichen Terminologie, in Insolvenz, – Neu - sowie Massegläubiger einteilen müssen.

I. Qualifizierung familienrechtlicher Gläubiger

Gemäß § 1 Satz 1 HS 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen. Der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung dient die Insolvenzmasse, die in § 35 InsO definiert wird. Während in § 1 Satz 1 HS 1 InsO allgemein von *den Gläubigern* gesprochen wird, wird durch § 38 InsO die Insolvenzmasse ausschließlich denjenigen Gläubigern zugewiesen, die *einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch* haben. Diese, durch § 38 InsO als *Insolvenzgläubiger* bezeichneten Gläubiger, werden zugleich dem insolvenzrechtlichen System der gemeinschaftlichen Befriedigung (durch die Verteilung und Verwertung des aus der Insolvenzmasse erzielten Erlöses, § 1 Satz 1 InsO), der ausschließlichen Geltendmachung ihrer Forderungen durch die Vorschriften des Insolvenzverfahrens, § 87 InsO sowie ggf. der Restschuldbefreiung, § 301 InsO, unterworfen. Zur Beantwortung der Frage, in wiefern familienrechtliche Gläubiger diesen Rechtsfolgen unterliegen, erscheint der alleinige Bezug auf § 38 InsO hingegen zu kurz gegriffen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass

1 MüKo-BGB/Koch Einleitung zu Buch 4 des BGB Rdnr. 38; Palandt/Brudermüller vor § 1297 BGB Rdnr. 2.

familienrechtliche Ansprüche, soweit es sich um wiederkehrende Ansprüche handelt, auch nach dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung fällig werden können. Dies unterscheidet familienrechtliche Gläubiger zunächst nicht von den übrigen Gläubigern wiederkehrender Leistungen. Für diese bestimmen §§ 45, 46 InsO, dass auch die nach Insolvenzeröffnung fällig werdenden Forderungen dem insolvenzrechtlichen System unterworfen werden, da für die zur Zeit der Insolvenzeröffnung noch nicht fällige Forderungen gemäß § 41 Absatz 1 InsO die Fälligkeit fingiert wird. Im Gegensatz dazu bestimmt § 40 InsO Satz 1 HS 1 InsO für „familienrechtliche Unterhaltsgläubiger“ eine andere Rechtsfolge als §§ 38, 45, 46, 41 Absatz 1 InsO: diese Gläubiger können ihre Ansprüche für die Zeit „nach der Insolvenzeröffnung“ nur dann im Insolvenzverfahren geltend machen, soweit der Schuldner als Erbe des Verpflichteten haftet.

1. Begriffsbestimmung „Familienrechtlicher Unterhaltsanspruch“

Die Bestimmung eines „familienrechtlichen Unterhaltsanspruches“ i.S.v. § 40 Satz 1 InsO ist eine Kernfrage, da hiervon abhängt, welche familienrechtlichen Gläubiger ihre nach Insolvenzeröffnung entstehenden Forderungen auch im Insolvenzverfahren geltend machen können und hinsichtlich welcher Forderungen eine Geltendmachung im Insolvenzverfahren ausgeschlossen ist.

a) Meinungsstand

§ 40 Satz 1 InsO verwendet den Begriff *familienrechtliche* Unterhaltsansprüche, eine Terminologie, die eigenständig ist,² denn die Bestimmungen des materiellen Unterhaltsrechts im vierten Buch des BGB sehen für verschiedene Arten der familiären Verbundenheit (z.B. Abstammung, Ehe, nicht hingegen geschwisterliche Verbundenheit) einen unterhaltsrechtlichen Tatbestand vor, dessen Verwirklichung an weitere Voraussetzungen (Bedarf, Bedürftigkeit, Leistungsfähigkeit) geknüpft wird. Die Definition eines *familienrechtlichen* Unterhaltsanspruches enthält das BGB jedoch nicht. Die vollstreckungsrechtlichen Bestimmungen sehen ausschließlich für *gesetzliche* Unterhaltsansprüche eines Verwandten, des Ehegatten bzw. früheren Ehegatten, des Lebenspartners bzw. früheren Lebenspartners oder hinsichtlich eines Unterhaltsanspruches gemäß § 1615 I und § 1615 n BGB eine

2 A/G/R-Ahrens § 40 InsO Rdnr. 10.

bevorrechtigte Vollstreckung gemäß § 850 d ZPO vor. Ebenso wird dem Schuldner im Rahmen einer Pfändung gemäß § 850 c ZPO nur dann ein erhöhter Pfändungsfreibetrag zugebilligt, wenn dieser aufgrund einer *gesetzlichen* Unterhaltsverpflichtung dieser berechtigten Person Unterhalt gewährt (§ 850 c Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Nach einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung fallen unter den Anwendungsbereich des § 40 Satz 1 InsO *jedenfalls* die gesetzlichen Unterhaltsansprüche des vierten Buches des BGB (Familienunterhalt und Unterhalt wegen Getrenntlebens, §§ 1360 ff. BGB, Geschiedenenunterhalt, §§ 1569 ff. BGB, Unterhalt nach aufgehobener Ehe, §§ 1318 Abs. 2, 1320 Abs. 2 i.V.m. 1569 ff. BGB, Verwandtenunterhalt, § 1601 BGB, Unterhalt eines nicht ehelichen Elternteils, § 1615 I BGB, Unterhalt des Adoptivkindes, § 1754, 1770 Abs. 3 BGB) sowie die unterhaltsrechtlichen Tatbestände des Lebenspartnerschaftsgesetzes (§§ 5, 12, 16 LPartG). Nach herrschender Ansicht wird auch ein vertraglicher Unterhaltsanspruch hiervon erfasst, wenn dieser einen dem Grunde nach bestehenden gesetzlichen Anspruch lediglich näher ausgestaltet bzw. modifiziert.³ Überwiegend wird zur Begründung auf den Regelungsgehalt zu § 3 Abs. 1 KO bzw. § 25 Abs. 2 VerglO verwiesen, da § 40 Satz 1 InsO nahezu wortgleich sei.⁴

*Schumann*⁵ verweist in diesem Zusammenhang auf den historischen Gesetzgeber. Dieser habe auf die Bezeichnung „familienrechtliche“ Ansprüche verzichtet und die einzelnen Anspruchsnormen jeweils aufgezählt. Dies habe den Nachteil gehabt, dass die einzelnen Bestimmungen wegen zahlreicher Änderungen im Unterhaltsrecht nicht immer den aktuellen Stand gehabt hätten⁶. Diese Unstimmigkeiten sollten durch die Änderung und den Terminus „familienrechtliche“ Ansprüche beseitigt werden⁷. Da § 3 Abs. 2 KO weder Anwendung fand für rechtsgeschäftlich begründete Unterhaltsansprüche, für Leibrentenverträge i.S.v. 759 ff. BGB, für familienrechtlich nicht geschuldete Kapitalabfindungen noch für Unterhaltsansprüche, die dem Recht der unerlaubten Handlung zuzuordnen waren - mit Ausnahme des sittenwidrigen Entzuges der Unterhaltsverpflichtung⁸ - solle dies auch nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung weiter gelten. Der

3 A/G/R-*Ahrens* § 40 InsO Rdnr. 10; FK-InsO/*Bornemann* § 40 Rdnr. 4; Nerlich/Römermann/*Andres* § 40 InsO Rdnr. 3; MüKo-InsO/*Schumann* § 40 Rdnr. 14.

4 Uhlenbruck/*Hirte* § 40 InsO Rdnr. 2; Jaeger/*Henckel* § 40 InsO Rdnr. 2; Andres/Leithaus/*Leithaus* § 40 Rdnr. 1.

5 MüKo-InsO/*Schumann* § 40 InsO Rdnr. 6 ff. sowie eingehend in der 1. Aufl., § 40 InsO Rdnr. 5 ff.

6 MüKo-InsO/*Schumann* § 40 Rdnr. 6.

7 MüKo-InsO/*Schumann* § 40 Rdnr. 6.

8 KS- InsO/*Kohte*, 2. Aufl., S. 781, 784 Rdnr. 11 m.w.N.

historische Gesetzgeber habe durch § 3 Abs. 2 KO nur solche Unterhaltsgläubiger privilegieren wollen, die auch nach Insolvenzeröffnung das vermögensrechtliche Schicksal des Unterhaltsverpflichteten teilen. Der Unterhaltsanspruch sei ein monatlich neu entstehender Anspruch, der aufgrund eines verhältnismäßigen Ausgleiches von Bedarf und Leistungsfähigkeit entstehe. Der Berechtigte solle daher nicht auf die Masse verwiesen werden, sondern - in Abhängigkeit zum vermögensrechtlichen Schicksal des Verpflichteten - Befriedigung aus dem Neuerwerb erlangen. Dieser habe unter Geltung der Konkursordnung nicht als Bestandteil der Insolvenzmasse den Insolvenzgläubigern gedient sondern zur Befriedigung der nach Insolvenzeröffnung neu entstehenden Unterhaltsverbindlichkeiten. Auch nachdem der Reformgesetzgeber den Neuerwerb gemäß § 35 Abs. 1 2. Alt. InsO ebenfalls den Insolvenzgläubigern zuerkannt habe, sei der Grundsatz von der „vermögensrechtlichen Verknüpfung des Unterhaltsgläubigers mit dem Unterhaltsschuldner“ Grund dafür, dass die vom wirtschaftlichen Schicksal des Verpflichteten abhängigen Berechtigten nicht an der Insolvenzmasse partizipierten. Eine Privilegierung dieser, dem Normbereich des § 40 Satz 1 InsO unterstellten Gläubiger, zeige sich seit Geltung der Insolvenzordnung jedoch nur noch darin, dass diese Gläubiger mit ihren nach Insolvenzeröffnung entstehenden Verbindlichkeiten über § 89 Abs. 2 Satz 2 InsO im Wege einer bevorrechtigten Pfändung gemäß § 850 d ZPO vollstrecken könnten.

Auch *Kohte*⁹ versteht unter den „familienrechtlichen Ansprüchen“ des § 40 Satz 1 InsO diejenigen Ansprüche, die aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung zu zahlen sind. *Kohte* möchte sich bei der Auslegung des Terminus jedoch weniger an der Auslegung zu § 3 Abs. 2 KO orientieren. Er verweist vielmehr in diesem Zusammenhang darauf, dass die familienrechtlichen Neugläubiger nach Insolvenzeröffnung gemäß § 89 Abs. 2 Satz 2 InsO in den Vorrechtsbereich des § 850 d ZPO vollstrecken könnten, so dass diejenigen Gläubiger, die grundsätzlich eine Pfändung nach § 850 d ZPO für sich beanspruchen könnten, auch diejenigen Gläubiger sein müssen, zu deren Gunsten neue Verbindlichkeiten entstehen, die sie dann vollstrecken können.

*Schumacher*¹⁰ gibt zu bedenken, dass § 850 d ZPO nur als Grenze verstanden werden könne und nicht der Schluss gezogen werden dürfe, dass *alle* von § 850 d ZPO erfassten Ansprüche auch solche seien, die eine „familienrechtliche Natur“

9 KS-InsO/*Kohte*, 2. Aufl., S. 781, 798 f. Rdnr. 61–63; ebenso: HK-InsO/*Eickmann* § 40 Rdnr. 2.

10 FK-InsO/*Schumacher*, bis zu 6. Aufl., § 40 Rdnr. 2; FK-InsO/*Bornemann*, ab der 7. Aufl., § 40 Rdnr. 2.

i.S.v. § 40 Satz 1 InsO hätten. Fallen jedoch Ansprüche bereits nicht unter den Anwendungsbereich des § 850 d ZPO, so würden diese *erst Recht* vom Anwendungsbereich des § 40 Satz 1 InsO ausgenommen sein.

Auch *Ahrens*¹¹ teilt die Auffassung, dass § 850 d ZPO nur ein „Orientierungsmuster“ darstelle und ergänzt diese Argumentation mit dem Hinweis auf § 850 c Abs. 1 Satz 2 ZPO. Demnach werde bei der Pfändung des Arbeitseinkommens dem Schuldner ein erhöhter Freibetrag nur dann zugebilligt, wenn dieser aufgrund einer *gesetzlichen Verpflichtung* Unterhalt bezahle.

Einigkeit besteht, dass die Vorschrift grundsätzlich restriktiv auszulegen ist, um den Verteilungskonflikt der Neugläubiger möglichst zu begrenzen.¹² Die Einordnung bestimmter Ansprüche ist jedoch umstritten. So wird der Anspruch auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich teilweise als familienrechtliche Unterhaltsforderung i.S.v. § 40 Satz 1 InsO angesehen,¹³ ebenso die im Wege des gesetzlichen Forderungsübergangs gemäß §§ 33 SGB II, 72 Abs. 2 Satz 1 SGB III, 95 SGB VIII, 116 f. SGB X, 93 f. SGB XII, 37 BAföG, 7 Abs. 1 UVG übergegangenen Ansprüche.¹⁴ Auch ist umstritten, ob eine Kapitalabfindung, die an die Stelle eines Unterhaltsanspruches tritt, unter den Anwendungsbereich des § 40 Satz 1 InsO fällt.¹⁵ Die deliktischen Ansprüche auf eine Unterhaltsleibrente wegen einer Körper - oder Gesundheitsverletzung bzw. Tötung einer unterhaltsverpflichteten Person (z.B. gemäß §§ 843, 844 BGB) werden überwiegend als von § 40

11 A/G/R-*Ahrens* § 40 InsO Rdnr. 10.

12 A/G/R-*Ahrens* § 40 InsO Rdnr. 7.

13 Dafür: KS-InsO/*Kohte*, 2. Aufl., S. 781, 798 Rdnr. 61 unter Hinweis auf *Scholz*, Versorgungsausgleich und Konkurs, S. 100 ff.; HK-InsO/*Eickmann* § 40 Rdnr. 3; Uhlenbruck/*Knof* § 40 InsO Rdnr. 5; HambK-InsO/*Lüdtk*e § 40 Rdnr. 8; dagegen: BGH ZInsO 2011, 2184, 2185.; A/G/R- *Ahrens* § 40 InsO Rdnr. 14; FK-InsO/*Bornemann* § 40 Rdnr. 7a; MüKo-InsO/*Schumann* § 40 Rdnr. 12; Karsten Schmidt/*Thonfeld* § 40 InsO Rdnr. 10.

14 Dafür: KS-InsO/*Kohte*, 2. Aufl., S. 781, 800 Rdnr. 67; Uhlenbruck/*Knof* § 40 InsO Rdnr. 9; HK-InsO/*Eickmann* § 40 Rdnr. 5; MüKo-InsO/*Schumann* § 40 Rdnr. 12; Braun/*Bäuerle* § 40 InsO Rdnr. 6; Karsten Schmidt/*Thonfeld* § 40 InsO Rdnr. 11; dagegen: A/G/R-*Ahrens* § 40 InsO Rdnr. 13; FK-InsO/*Bornemann* § 40 Rdnr. 7; HambK-InsO/*Lüdtk*e § 40 Rdnr. 12; Graf-Schlicker/*Kexel* § 40 InsO Rdnr. 6.

15 Überwiegend wird dies verneint, wenn der Anspruch vor Insolvenzeröffnung fällig geworden ist, vgl. A/G/R-*Ahrens* § 40 InsO Rdnr. 14; Braun/*Bäuerle* § 40 InsO Rdnr. 7; Jaeger/*Henckel* § 40 InsO Rdnr. 7; KS-InsO/*Kohte*, 2. Aufl., S. 781, 799 Rdnr. 62; HambK-InsO/*Lüdtk*e § 40 Rdnr. 11; Karsten Schmidt/*Thonfeld* § 40 InsO Rdnr. 8; differenzierend *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rdnr. 16.19.

Satz 1 InsO nicht erfasst angesehen¹⁶. Im Falle des sittenwidrigen Entzuges der Unterhaltspflicht ist dies jedoch wiederum streitig¹⁷.

b) Stellungnahme

aa) *Einschränkungen der Übertragbarkeit der Regelung des § 3 Abs. 2 KO*

Die konkursrechtliche Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass diejenigen familienrechtlichen Gläubiger mit ihren nach Insolvenzeröffnung entstehenden Forderungen nicht an der Insolvenzmasse partizipieren, die zur Zeit der Geltung der Konkursordnung jedoch auf den Neuerwerb zugreifen konnten. Im Konkursrecht war der Neuerwerb gemäß § 1 KO konkursfrei und konnte daher dem Unterhalt des Schuldners und seiner Angehörigen nach Konkurseröffnung dienen. Die Gesetzesbegründung zur Novelle 1898 zur Konkursordnung¹⁸ führt hierzu aus, dass diese Ansprüche nicht eine einheitliche Rechtsfolge eines endgültig abgeschlossenen Tatbestandes darstellten. Sie entstünden vielmehr fort und fort neu „mit dem Eintreten des jeweiligen Bedürfnisses“¹⁹. Von anderen Wiederkehrschuldverhältnissen unterschieden sich familienrechtliche Unterhaltsansprüche dadurch, dass Berechtigter und Verpflichteter durch das Kriterium der Leistungsfähigkeit - als Voraussetzung eines Unterhaltsanspruches - das vermögensrechtliche Schicksal miteinander teilten. Der Berechtigte sollte daher nicht an der Masse teilhaben, sondern, ebenso wie der Schuldner selbst, am Neuerwerb partizipieren²⁰.

Diese Auslegung wird dem Willen des historischen Gesetzgebers insofern gerecht, als eine vermögensrechtliche Verbundenheit zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem anhand des Kriteriums der Leistungsfähigkeit auch im heutigen

16 A/G/R-*Ahrens* § 40 InsO Rdnr. 14; FK-InsO/*Bornemann* § 40 Rdnr. 6.

17 A/G/R-*Ahrens* § 40 InsO Rdnr. 12 m.w.N.

18 *Hahn/Mugdan*, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 7, S. 230 ff.

19 *Hahn/Mugdan*, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 7, S. 234 § 2: „Indessen ist davon auszugehen, daß, wenngleich das Verhältniß, vermöge dessen der Gemeinschuldner unterhaltspflichtig ist, schon vor der Konkurseröffnung begründet war, doch der Unterhaltsanspruch selbst, mit dem jedesmaligen Eintreten des Bedürfnisses neu entsteht.“

20 RT-Drucks. 9/100 S. 25, abgedruckt bei *Hahn/Mugdan*, Materialien, Band 7 S. 234 § 2: „Andererseits widerspricht es auch der Natur und dem Zwecke der Unterhaltspflicht, wenn der Berechtigte gehindert wird, während des Konkursverfahrens seinen Anspruch gegen den Gemeinschuldner insoweit geltend zu machen, als dieser, namentlich durch neuen Erwerb, zur Gewährung des Unterhalts im Standes ist.“