

Die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen

Rechtsanwalt Dr. Rolf Kofler*

Ungeachtet der Möglichkeiten der Herabsetzung und zeitlichen Befristung von Unterhaltsansprüchen muss sich die Rechtsprechung immer wieder, auch aktuell, mit dem Einwand einer vollständigen Verwirkung des Unterhaltsanspruchs beschäftigen. Schwerpunkte sind dabei die mögliche Verwirkung wegen Vorliegens einer verfestigten Lebensgemeinschaft, beim Elternunterhalt (in der Regel geltend gemacht vom Träger öffentlicher Leistungen für die Eltern) die Verwirkung wegen eigener früherer unterhaltsrechtlicher Verfehlungen und Verwirkung wegen Zeitablaufs.


I. Verwirkung nach § 1611 BGB

Bei sittlichem Verschulden, gröblicher Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht oder vorsätzlicher schwerer Verfehlung gegen den Unterhaltspflichtigen oder einen nahen Angehörigen ist nur Billigkeitsunterhalt geschuldet. Die Unterhaltsverpflichtung entfällt ganz, wenn die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre.

In der Praxis wird dies insbesondere bedeutsam, wenn ein Elternteil im Alter für Heimkosten nicht aus eigenen Mitteln aufkommen kann und der Sozialhilfeträger übergegangene Unterhaltsansprüche geltend macht. Hier kann gegebenenfalls Verwirkung eingewandt werden, wenn der Unterhaltsberechtigte seinerseits die Unterhaltsverpflichtung gegenüber seinen Kindern grob vernachlässigt und sich dieser vorsätzlich entzogen hat. Der *BGH*¹ hat einen Anspruch auf Elternunterhalt verneint, weil die Mutter ihre Tochter im Kleinkindalter den Großeltern überlassen und sich nie mehr um sie gekümmert hat.

Der *BGH*² hat Verwirkung abgelehnt in einem Fall, in dem die Mutter den Sohn zwar in seiner Jugend nicht betreute, jedoch schon während der Kindheit des Sohnes auf Grund einer Erkrankung an einer schizophrenen Psychose litt, wegen der sie jetzt nach drei Jahrzehnten in einem Heim untergebracht war. Dass sie damals in einem natürlichen Sinne vorsätzlich gehandelt habe, reiche nicht aus – es müsse sich um eine schwere Verfehlung handeln.

Kofler: Die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen (NJW 2011, 2470)

2471 

Der Anspruch eines studierenden Kindes auf Ausbildungsunterhalt entfällt bei Verletzung des dem § 1610V BGB inwohnenden Gegenseitigkeitsverhältnisses, ohne dass es der besonderen Verwirkungsgründe des § 1611I BGB bedarf.

Es handelt sich um ein normales Unterhaltsverfahren ohne öffentlich-rechtliche Besonderheiten. Der Träger öffentlicher Hilfe kann nur die übergeleiteten Unterhaltsansprüche der Eltern geltend machen – keine eigenen öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche –, und zwar in einem regulären Unterhaltsverfahren vor dem Familiengericht. Insoweit gelten die allgemeinen Verfahrensvorschriften betreffend das Unterhaltsverfahren.

II. Verwirkung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit, § 1579 BGB

1. Geltungsbereich

§ 1579 BGB gilt für den nachehelichen Unterhalt, gem. § 1361III BGB auch für den Trennungunterhalt. § 12 S. 2 LPartG nimmt Bezug auf § 1361 BGB. Für die Unterhaltsansprüche nicht miteinander verheirateter Eltern gilt § 1579 BGB entsprechend³.

2. Billigkeitsprüfung

Wichtig bei der Regelung des § 1579 BGB ist, dass im Rahmen einer umfassenden Billigkeitsprüfung zu entscheiden ist, ob Unterhaltsansprüche herabzusetzen, zeitlich zu befristen oder zu versagen sind. Die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs ist daher nur die ultima ratio der Billigkeitsprüfung.

Die grobe Unbilligkeit kann sich aus vorwerfbarem Fehlverhalten (Nrn. 3 bis 7, Nr. 8) ergeben oder aus einer objektiven Unzumutbarkeit der Unterhaltsleistung.

Die Möglichkeit der Kombination von Herabsetzung und zeitlicher Begrenzung ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut. Die Rechtsprechung hat schon nach früherem Recht herabgesetzt und befristet.

§ 1579 BGB ist eine Einwendung⁴, das Vorliegen seiner Voraussetzungen ist daher von Amts wegen zu beachten.

Ein nach sonstigen Vorschriften grundsätzlich bestehender Unterhaltsanspruch kann wegen grober Unbilligkeit beschränkt werden. Dabei zählt § 1579 BGB die Gründe im Einzelnen auf, die eine grobe Unbilligkeit auslösen könnten. Auch wenn eine Beschränkungsmöglichkeit vorliegt, hat jedoch bei der erforderlichen Interessenabwägung insbesondere eine Prüfung stattzufinden, inwieweit die Interessen eines minderjährigen Kindes, das der Unterhaltsberechtigte betreut, durch eine Unterhaltsbeschränkung berührt werden würden. Es kann also durchaus sein, dass es auch bei Vorliegen eines eindeutigen Beschränkungstatbestands letztlich zu einer Beschränkung nicht kommt, weil die Billigkeitsprüfung zum Ergebnis hat, dass insbesondere die Interessen der Kinder daran, dass ihnen ein Elternteil als Betreuungsperson erhalten bleibt und nicht arbeiten gehen muss, Vorrang haben.

Da bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1579 BGB immer eine Billigkeitsabwägung vorzunehmen ist, kann einem Auskunftsverlangen nicht mit der Begründung entgegengetreten werden, eine Auskunft sei nicht geschuldet, da der Unterhalt nach § 1579 BGB „verwirkt“ sei.

3. Die Beschränkungstatbestände im Einzelnen

a) *Nr. 1 – Kurze Ehedauer*. Eine Beschränkung kommt zunächst in Betracht bei nur kurzer Ehedauer. Nr. 1 wurde der Rechtsprechung des *BVerfG*⁵ angepasst. Die Zeit der Kindererziehung ist nicht in die Ehedauer einzurechnen. Zunächst ist die tatsächliche Ehedauer festzustellen. Erst im Anschluss hat dann eine Billigkeitsabwägung im Hinblick auf die Kindesbetreuung zu erfolgen.

Nach der Rechtsprechung des *BGH* ist von einer kurzen Ehedauer auszugehen, wenn zwischen Eheschließung und Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags weniger als zwei Jahre vergangen sind⁶. Bei einer Ehedauer von mehr als drei Jahren kann in der Regel nicht mehr von einer kurzen Ehe gesprochen werden⁷. In dem Zeitraum zwischen zwei und drei Jahren kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an⁸. Demgegenüber kann bei einem Zeitraum zwischen drei und fünf Jahren eine kurze Ehedauer nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden⁹.

Der Ehedauer steht die Zeit gleich, in welcher der Berechtigte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach § 1570 BGB Unterhalt verlangen konnte. In diesem Zusammenhang hat das *BVerfG*¹⁰ entschieden, dass sich die Vorschrift bei verfassungskonformer Auslegung nur auf zurückliegende Zeiten der Kindererziehung bezieht, nicht aber auf zukünftige. Dementsprechend ist also zunächst die tatsächliche Ehezeit festzustellen. Die Belange des Kindes werden dagegen nur im Rahmen der Billigkeitsabwägung berücksichtigt. Dieser Beschränkungstatbestand der kurzen Ehedauer gilt nicht für Trennungsunterhalt, § 1361 III BGB.

Wenn der Scheidungsantrag verfrüht gestellt wurde und die Scheidung ausgesprochen wird, gilt auch hier die Ehezeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Die verfrühte Antragstellung kann aber bei der Billigkeitsabwägung berücksichtigt werden¹¹.

In einer Entscheidung vom 30. 3. 2011 hat der *BGH*² bei einer Ehe, die bis zum Beginn des Scheidungsverfahrens vier Jahre gedauert hatte, eine Verwirkung wegen kurzer Ehedauer gem. § 1579 Nr. 1 BGB abgelehnt.

b) *Nr. 2 – Verfestigte Lebensgemeinschaft*. Darunter versteht man eine auf Dauer angelegte eheähnliche Lebensgemeinschaft, die ihrem äußeren Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit nach den Eindruck einer gefestigten sozialen Bindung erweckt.

Ein ehewidriges Verhalten kann hierin nach dem Scheitern der Ehe nicht mehr gesehen werden. Ein derartiger Sachverhalt fällt daher nicht unter Nr. 2. Andererseits kann für den Unterhaltsverpflichteten durch ein solches Zusammenleben des Berechtigten mit einem neuen Partner in einer verfestigten Lebensgemeinschaft die Grenze des Zumutbaren überschritten sein. Relativ unproblematisch sind in diesem Zusammenhang die Fälle, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte mit dem neuen Partner zusammenlebt und eine Unterhalts- bzw. Haushaltsgemeinschaft besteht. Insoweit gesteht der *BGH* allerdings dem Unterhaltsberechtigten zu, dass ihm vor Auswirkungen auf den Unterhalt eine gewisse Überlegungszeit zuzubilligen sein muss. Er ist geschieden, also nicht mehr zur ehelichen Treue verpflichtet. Er darf versuchen, sich eine neue Beziehung aufzubauen – er darf aber auch das Scheitern dieser Beziehung mit einkalkulieren. Für die Frage, ob das

Kofler: Die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen (NJW 2011, 2470)

2472 

Eingehen einer neuen Beziehung den Verlust des Unterhaltsanspruchs rechtfertigt, wird es dabei auch auf die Leistungsfähigkeit des neuen Partners ankommen. Wenn sich die Beziehung aber auf Dauer gefestigt hat und ersichtlich wird, dass eine Eheschließung nur unterlassen wird, um sich den Unterhaltsanspruch zu erhalten, rechtfertigt dies eine Unterhaltsbeschränkung nach § 1579 BGB¹³.

Problematisch sind in diesem Zusammenhang die Fälle, in denen pro forma ein anderer Wohnsitz des Partners aufrechterhalten wird, z. B. bei dessen Eltern. Der *BGH* hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass in derartigen Fällen nicht der Nachweis erforderlich ist, wie sich das Zusammenleben tatsächlich abspielt – dieser Nachweis wird in der Regel nur über Erklärungen der beiden Partner der neuen Beziehung geführt werden können –, vielmehr ist das Erscheinungsbild der neuen Beziehung in der Öffentlichkeit entscheidend. Deshalb ist auch kein Nachweis einer intimen Beziehung erforderlich, da dieser Nachweis in der Regel nicht geführt werden kann. Es kommt einzig darauf an, wie die Partner der neuen Beziehung in der Öffentlichkeit auftreten.

Indizien dafür können sein, dass man üblicherweise – ungeachtet getrennter formeller Wohnsitze – gemeinsam in der Öffentlichkeit auftritt, dass man gemeinsame Urlaube verbringt, gemeinsam an Familienfeiern teilnimmt bzw. den Nachbarn und Bekannten gegenüber den Eindruck erweckt wird, man sei ein „Paar“. Entscheidend ist, dass über das Erscheinungsbild der Beziehung in der Öffentlichkeit für Außenstehende der Eindruck entsteht, dass diese Partnerschaft an die Stelle einer Ehe getreten ist.

Für ein verfestigtes Erscheinungsbild einer Beziehung in der Öffentlichkeit fordert der *BGH* eine gewisse Mindestdauer. Damit soll dem unterhaltsberechtigten Ehegatten die Chance gelassen werden, zunächst einmal eine neue Beziehung zu erproben, bevor man das Risiko eingeht, den Unterhaltsanspruch endgültig zu verlieren. Nach Ansicht des *BGH* sollte die Mindestdauer im Einzelfall nicht unter zwei bis drei Jahren liegen¹⁴. Die Zeit kann verkürzt werden, wenn die neuen Partner eine gemeinsamen Wohnzwecken dienende Immobilie gekauft haben und dort zusammenleben und/oder aus der Beziehung gemeinsame Kinder hervorgegangen sind¹⁵.

Nach einer Entscheidung des *OLG Frankfurt a. M.* liegt eine gefestigte soziale Bindung nicht vor, wenn beide Seiten ihren eindeutigen Lebensmittelpunkt in verschiedenen Wohnungen haben und der neue Partner erkennbar nur als Besucher in Erscheinung tritt¹⁶. Andererseits stehen getrennte Wohnungen der Annahme

einer gefestigten sozialen Bindung nicht entgegen, wenn sich die Beziehung auf Grund starker Verflechtung der Lebensbereiche auch für Außenstehende als ehgleiche Gemeinschaft darstellt¹⁷.

Der *BGH* hat eine Entscheidung des *OLG Koblenz*¹⁸ bestätigt, welches eine gefestigte soziale Bindung ablehnte, obwohl die Partner zwar über Jahre hinweg ihre Freizeit zusammen verbrachten und in der Öffentlichkeit als Paar auftraten, jedoch getrennte Haushalte hatten und ihre Lebensbereiche bewusst getrennt hielten¹⁹.

Nach dem *OLG Schleswig* ist eine feste soziale Bindung auch anzunehmen, wenn die Unterhaltsberechtigte noch eine eigene Wohnung unterhält, aber drei- bis viermal in der Woche bei ihrem Partner übernachtet, beide gemeinsam einkaufen, Urlaub machen und bei Familienfesten auftreten²⁰. Wenn ein Schuldner trotz Kenntnis einer gefestigten Bindung noch 20 Jahre lang weiter Unterhalt bezahlt, kann daraus keine Bereitschaft zu unbegrenzter Unterhaltsleistung abgeleitet werden²¹. Detektivkosten zum Nachweis einer gefestigten Bindung sind erstattungsfähig²².

Auch ohne das Zeitelement der verfestigten Lebensgemeinschaft kann eine neue Beziehung einen schwerwiegenden Grund i. S. des § 1579 Nr. 7 BGB darstellen. Dazu ist erforderlich, dass die neue Beziehung wegen besonderer, etwa kränkender oder sonst anstößiger Begleitumstände geeignet ist, den Verpflichteten in außergewöhnlicher Weise zu treffen, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen oder sonst in seinem Ansehen zu schädigen²³.

Das *OLG Jena*²⁴ hat dies verneint in einem Fall, in dem die Ehefrau nach 30-jähriger Ehe mit dem Schwiegersohn im Nachbarort zusammenlebte. *Schnitzler*²⁵ kommt in seiner Urteilsanmerkung zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung zeige, dass die kränkenden oder sonst anstößigen Begleitumstände von dem Verpflichteten konkret und umfassend vorzutragen seien. Eine gefestigte soziale Bindung kann auch vorliegen, wenn die Unterhaltsberechtigte und ihr neuer Partner zwei getrennte Wohnungen in einem Zweifamilienhaus bewohnen²⁶.


Nach dem *OLG Koblenz*²⁷ reicht ein gemeinsamer Telefaxanschluss zum Nachweis des Bestehens einer Lebensgemeinschaft aus.

Das *OLG Zweibrücken*²⁸ hat eine verfestigte Lebensgemeinschaft auch bei getrennten Wohnungen bejaht. Dafür sprechen gemeinsame Urlaube sowie die Tatsache, dass die Antragsgegnerin über mehrere Monate hinweg ihren Stellplatz vor ihrer Wohnung (auch) für den Pkw ihres Partners reservierte, indem sie ein Schild mit dem Kennzeichen seines Autos anbrachte.

c) *Nr. 3 – Verbrechen oder Vergehen gegen den Verpflichteten.* Es kommen nur schwerwiegende Tatsachen in Betracht, entweder Verbrechen (Mindeststrafe ein Jahr Freiheitsstrafe) oder schwere vorsätzliche Vergehen wie Untreue, Unterschlagung, Diebstahl, Betrug, schwere Körperverletzung etc.

Ein besonders schweres Vergehen wird man in der Regel jedenfalls dann anzunehmen haben, wenn es sich um Straftaten mit familiärem Einschlag handelt, insbesondere unter Ausnutzung des besonderen Vertrauens innerhalb der Familie. Als Opfer reicht auch ein naher Angehöriger aus, es muss nicht der Unterhaltspflichtige selbst betroffen gewesen sein. Kritisch ist hier insbesondere die Abtreibung gegen den Willen des unterhaltspflichtigen Ehemanns²⁹.

Kofler: Die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen (NJW 2011, 2470)

2473 

Der nacheheliche Unterhaltsanspruch ist verwirkt, wenn eine Ehefrau ein während der Ehe empfangenes, nicht vom Ehemann abstammendes Kind diesem mit bedingtem Vorsatz als eheliches Kind untergeschoben hat³⁰.

Verwirkung liegt vor bei (versuchtem) Prozessbetrug im Zugewinnverfahren (Vortrag einer nicht existierenden Darlehensforderung)³¹. Wenn die Ehefrau den Ehemann durch gefährliche Körperverletzung verletzt, kommt es dennoch nur zur Herabsetzung des Unterhalts, wenn dem Ehemann ein nicht unerhebliches Mitverschulden anzurechnen ist und die Eheleute in sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen leben (Herabsetzung des Elementarunterhalts von 6000 DM auf 3000 DM)³².

d) *Nr. 4 – Mutwillig herbeigeführte Bedürftigkeit.* Unter Mutwilligkeit ist hier eine rein unterhaltsbezogene Mutwilligkeit³³ zu verstehen. In Betracht kommt mutwillige Aufgabe des Arbeitsplatzes, selbstverschuldeter Verlust des Arbeitsplatzes³⁴, Verschenken oder Verschleudern größerer Vermögenswerte (so z. B. Übertragung vorhandener Vermögenswerte auf die Kinder) und dadurch eingetretene Unterhaltsbedürftigkeit und Ähnliches. Kritisch ist hier die Frage der Alkoholabhängigkeit: Mutwilligkeit wird vorliegen, wenn es der Alkoholabhängige unterlässt, die gebotenen Entziehungs- und Heilungsmaßnahmen in die Wege zu leiten. Eine Alkoholerkrankung ist für sich genommen nicht vorwerfbar. Vorwerfbar ist aber der Abbruch einer Entzugstherapie bei voller Einsichtsfähigkeit in die eigene Krankheit und deren (insbesondere unterhaltsbezogene) Auswirkungen³⁵. Als nicht mutwillig wird in der Regel einzustufen sein, wenn ein Alkoholabhängiger eine begonnene Entziehungsmaßnahme mangels krankheitsbedingter Einsichtsfähigkeit nicht durchhält³⁶.

Unter Umständen kann in Fällen der Alkohol- oder Drogenabhängigkeit auch eine Beschränkung des Unterhalts auf den Mindestunterhaltsbedarf stattfinden³⁷. Bei Arbeitsunfähigkeit infolge neurotischer Depression ist eine Therapie erforderlich. Bewusstes Vermeiden ärztlicher Hilfe stellt einen Fall des § 1579 Nr. 3 BGB dar und führt dazu, dass der Unterhaltsgläubiger als erfolgreich therapiert anzusehen ist³⁸.

e) *Nr. 5 – Verletzung schwerwiegender Vermögensinteressen.* Gemeint ist hier insbesondere, dass das Verhalten des Unterhaltsberechtigten zu einer Verminderung der Einkünfte des Unterhaltsverpflichteten geführt hat. Allerdings muss ein Schaden nicht tatsächlich eingetreten sein, eine Gefährdung reicht aus³⁹.

Hierunter fällt z. B., wenn die Ehefrau den Ehemann von einer berechtigten Ehelichkeitsanfechtung abhält⁴⁰, das Verächtlichmachen des Unterhaltsverpflichteten bei seinem Arbeitgeber, falsche oder leichtfertige Strafanzeigen⁴¹. Letzteres könnte insbesondere der Fall sein, wenn die Ehefrau im Rahmen der gemeinsamen steuerlichen Veranlagung der Ehegatten seit Jahren Steuerhinterziehungen des Ehemanns gedeckt hat, sie jetzt aber dem Finanzamt anzeigt.

Eine begründete Strafanzeige kann ein Verwirkungsgrund sein, wenn der Unterhaltsberechtigte zu dem verletzten Rechtsgut in keinerlei Beziehung steht⁴². So könnte eine Strafanzeige wegen Trunkenheitsfahrt eine Verwirkung bedeuten – jedoch nicht, wenn der Unterhaltsschuldner das Kind nach dem Umgang mehrfach in angetrunkenem Zustand heimgefahren hat.

Keine Verletzung der Vermögensinteressen des Unterhaltspflichtigen ist es, wenn der Unterhaltsberechtigte durch Strafverfolgungsmaßnahmen versucht, eigene berechnete Vermögensinteressen gegen den Unterhaltspflichtigen durchzusetzen, z. B. Strafanzeige wegen Unterhaltspflichtverletzung⁴³, oder wenn die gerichtliche Verfolgung eigener unterhaltsrechtlicher Interessen – etwa der Hinweis, dass der Unterhaltsschuldner so genannte „Schwarzeinnahmen“ verschweigt, dass der Jahresabschluss verfälscht ist etc. – dazu führt, dass das Familiengericht eine Steuerprüfung beim Unterhaltsschuldner veranlasst. Gleiches gilt, wenn die Ehefrau einen von ihr entdeckten sexuellen Missbrauch der gemeinsamen Tochter durch den Vater anzeigt und dieser hierdurch berufliche Nachteile hat. In diesem Fall hat die Verpflichtung der Mutter gegenüber ihrer Tochter Vorrang vor finanziellen Interessen des Vaters.

In der Regel rechtfertigt auch das Abheben größerer Beträge vom Konto des Verpflichteten im Zusammenhang mit der Trennung keinen Unterhaltsausschluss, weil hier meist die Sicherung des Unterhalts für eine gewisse Zeit im Vordergrund steht und z. B. dann, wenn die Ehefrau nur Vollmacht zum

Konto des Ehemanns hatte, die Annahme vorherrscht, es handle sich dann um ein gemeinsames Konto. Nr. 2 und Nr. 4 werden sich in der Praxis oft überschneiden.


Der Tatbestand kann auch erfüllt sein, wenn der Unterhaltsberechtigte einen erheblichen Anstieg seiner Einkünfte verschweigt⁴⁴.

f) *Nr. 6 – Verletzung der Pflicht zum Familienunterhalt.* Die Vorschrift hat keine praktische Bedeutung.

g) *Nr. 7 – Schwerwiegendes Fehlverhalten.* Wenn dem Berechtigten ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten zur Last fällt. Diese Bestimmung entspricht der früheren Rechtsprechung des *BGH*, wonach ein Unterhaltsausschluss in Betracht kommen konnte, wenn ein „schwerwiegendes, klar bei dem unterhaltsbedürftigen Ehegatten liegendes Fehlverhalten“ vorlag⁴⁵. Das in dieser Vorschrift sanktionierte Fehlverhalten liegt darin, dass ein Ehegatte sich aus einer zumindest durchschnittlich verlaufenen Ehe gegen den Willen des anderen trennt und mit einem anderen Partner eine eheähnliche Gemeinschaft eingeht oder ein auf Dauer angelegtes intimes Verhältnis begründet⁴⁶. Entscheidend dabei ist nicht, ob es mit dem neuen Partner zu nachweisbaren geschlechtlichen Kontakten kommt; entscheidend ist vielmehr, ob sich die neu aufgenommene Beziehung ihrem äußeren Erscheinungsbild nach als mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbar darstellt. Dazu reichen aus: ein ständiges gemeinsames Auftreten in der Öffentlichkeit, gemeinsame Urlaube und selbstverständlich eine gemeinsame Wohnung.

Das *OLG Frankfurt a. M.* hat entschieden, dass dann, wenn der Unterhaltsberechtigte die Trennung herbeigeführt hat, eine anschließend erfolgte Aufnahme einer auf Dauer angelegten intimen Beziehung zu einem neuen Partner einen Verwirkungstatbestand darstellt⁴⁷. Der unterhaltspflichtige Ehe

Kofler: Die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen (NJW 2011, 2470)

2474 

gatte muss das Vorliegen des Beschränkungsgrundes nachweisen, ihn trifft insoweit die volle Darlegungs- und Beweislast. Hingegen muss der unterhaltsberechtigte Ehegatte seinen Einwand, die Ehe sei bereits vorher gescheitert gewesen und die Zuwendung zu einem anderen Partner die Reaktion auf das bereits erfolgte Scheitern der Ehe, lediglich darlegen und hinreichend substantzieren. Es reicht nicht aus, dass es in der Ehe Probleme und Spannungen gegeben hat. Der andere muss durch sein Verhalten zu erkennen gegeben haben, dass er auch nicht an einer Fortsetzung der Ehe interessiert ist⁴⁸.

Der Einwand ist hinreichend substantziiert, wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte Dritten gegenüber schon früher ernsthafte Trennungs- oder Scheidungsabsichten geäußert hatte⁴⁹. Ausreichen wird wohl auch, wenn sich der unterhaltsberechtigte Ehegatte vor der Zuwendung zu einem anderen Partner schon einmal anwaltlich wegen Scheidungsabsichten hat beraten lassen – es sei denn, er hat sich über die Konsequenzen beraten lassen, die ein einseitiges Fehlverhalten für ihn haben könnte. Allerdings lässt die Rechtsprechung nicht genügen, wenn ein Ehegatte behauptet, er habe die Ehe für sich zunehmend als unerträglich empfunden, ohne dass er dies dem anderen zu erkennen gegeben hätte und dieser damit die Chance gehabt hätte, sein Verhalten im Interesse einer Aufrechterhaltung der Ehe zu verändern. Der Rückzug in die „innere Emigration“ soll also nicht dafür ausreichen, dass unterhaltsrechtlich bereits von einer gescheiterten Ehe ausgegangen werden könnte⁵⁰.

Ist der Unterhaltsanspruch einmal wegen eines derartigen einseitigen Fehlverhaltens weggefallen, lebt er nach einer Aufgabe dieses Fehlverhaltens nicht wieder auf. Die Aufgabe der ehewidrigen intimen Beziehung begründet also kein Wiederaufleben des früheren Unterhaltsanspruchs⁵¹.

Eine fortgesetzte massive und schuldhafte Vereitelung des Umgangsrechts soll in schwerwiegenden Fällen zu einer (Teil-)Verwirkung des Ehegattenunterhalts nach § 1579 Nr. 6 BGB führen können⁵².

Das *OLG Karlsruhe*⁵³ hat in einem Fall eine Verwirkung des Trennungsunterhalts wegen einseitigen Ausbrechens bejaht, den Unterhalt aber wegen guter wirtschaftlicher Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen zeitlich gestaffelt herabgesetzt.

h) *Nr. 8 – Andere Gründe*. Eine Beschränkung kommt ebenfalls in Betracht, wenn ein anderer Grund vorliegt, der ebenso schwer wiegt wie die in den Nrn. 1–7 aufgeführten Gründe. Dies könnte z. B. der Fall sein, wenn ein Unterhaltsberechtigter seine Informationspflicht gegenüber dem Unterhaltsverpflichteten über veränderte Grundlagen einer Vereinbarung verletzt. Insofern müsste unaufgefordert die Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit mitgeteilt werden, ebenso der Zufluss von Kapital aus Erbschaft oder Lottogewinn, aber auch die Begründung einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft mit einem neuen Partner. Dies gilt wohl auch, wenn Grundlage der Unterhaltsverpflichtung ein Beschluss ist. Darüber hinaus gilt diese Mitteilungspflicht auch dann, wenn der Unterhaltsberechtigte davon ausgeht, dass sich die veränderten Umstände auf den Unterhalt nicht auswirken. Insoweit könnte bei Mitteilung der veränderten Umstände darauf hingewiesen werden, dass und warum die Veränderung keine unterhaltsrechtlichen Auswirkungen habe⁵⁴.

Nr. 8 könnte auch Anwendung finden, wenn zwar keine kurze Ehedauer i. S. der Nr. 1 vorliegt, die Ehegatten aber nur wenige Monate zusammengelebt haben⁵⁵ oder wenn nie eine eheliche Lebensgemeinschaft hergestellt wurde⁵⁶ oder wenn die Ehegatten während einer 24 Jahre dauernden Ehe nie zusammenlebten und sich nur einige Male im Jahr trafen⁵⁷.

Nr. 8 ist kein Auffangtatbestand in dem Sinne, dass er anzuwenden wäre, wenn andere Tatbestände des § 1579 BGB knapp verfehlt wurden.

4. Unterhaltsrechtliche Auswirkungen

Ein Ausschluss wird neben der Betreuung von Kleinkindern praktisch kaum in Betracht kommen. Unter Umständen kommt in einer entsprechenden Einzelfallkonstellation die Beschränkung auf den Mindestunterhalt in Betracht oder die Feststellung, dass die Erwerbsobliegenheit des unterhaltsberechtigten Ehegatten neben der Kindesbetreuung schon in einem jüngeren Kindesalter einsetzt als im Normalfall.

Bei Betreuung eines gemeinsamen Kindes erfolgt bei Unterhaltsverwirkung i. S. des § 1579 BGB nur eine Reduzierung auf den Mindestunterhalt. Allerdings ist dann für die Zeit ab dem zwölften Geburtstag des Kindes eine konkrete Abwägung der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes, der beruflichen Chancen der Unterhaltsberechtigten und sonstiger Umstände erforderlich⁵⁸.

Das *BVerfG*⁵⁹ hat die Entscheidung eines *OLG* aufgehoben, das bei ehevertraglich vereinbartem Unterhaltsverzicht im Interesse der gemeinsamen Kinder den Mindestunterhalt zugesprochen hatte. Begründung: Das *OLG* hätte nicht nur die Interessen der Kinder berücksichtigen dürfen, sondern auch die Interessen des unterhaltsberechtigten Elternteils mit einbeziehen müssen.

Im Rahmen der Billigkeitsabwägung ist zu berücksichtigen, ob der Verpflichtete in Kenntnis der Verfehlung des Berechtigten über längere Zeit hinweg den Unterhalt weiterbezahlt hat. In einem solchen Fall bringt er zum Ausdruck, dass er aus dem ihm bekannten Verwirkungsgrund keine Konsequenzen ableiten will⁶⁰. Hat allerdings ein geschiedener Ehegatte trotz Verwirkung Unterhalt bezahlt, um eine Kürzung seiner Rente durch den Versorgungsausgleich zu verhindern, kann er sich ab Rentenbezug des Unterhaltsempfängers noch auf Verwirkung berufen⁶¹ (die Unterhaltsempfängerin lebte seit zehn Jahren und fortdauernd mit einem neuen Partner zusammen).

Ist ein Verwirkungstatbestand gem. § 1579 BGB erfüllt, muss sich der unterhaltsberechtigte Ehegatte auch Erziehungsgeld nach dem BErzGG anrechnen lassen⁶².


§ 1579 BGB ist auf Grund der Verweisung in § 1611 I PartG auf eingetragene Lebenspartnerschaften entsprechend anzuwenden.

III. Verwirkung nach Treu und Glauben

1. Rückständiger Unterhalt

Der Einwand der Verwirkung wird oft erhoben, wenn Unterhaltsansprüche längere Zeit nicht geltend gemacht wurden. Hierbei muss zwischen rückständigem und laufendem Unterhalt unterschieden werden. Für rückständigen Unterhalt wird die Möglichkeit einer Verwirkung nach Treu und Glauben

Kofler: Die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen (NJW 2011, 2470)

2475 

bejaht, wenn auch die kurze Verjährungsfrist von drei Jahren dem Anwendungsbereich der Verwirkung enge Grenzen setzt⁶³. Das *OLG Saarbrücken*⁶⁴ hat in einer Entscheidung vom 9. 9. 2010 die Vollstreckung titulierter Unterhaltsansprüche, die erst mehr als fünf Jahre nach Titulierung erstmals vollstreckt werden sollten, wegen Verwirkung für unzulässig erklärt.

Die Verwirkung erfordert zum einen, dass der Berechtigte seinen Anspruch längere Zeit nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment); hier orientiert sich der *BGH* an der Jahresfrist des § 1585 bIII BGB⁶⁵. Zum anderen muss sich aber der Unterhaltsverpflichtete auf Grund des Verhaltens des Berechtigten darauf eingerichtet haben, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (Umstandsmoment). An das Umstandsmoment stellt der *BGH* strengere Anforderungen als an das Zeitmoment.

2. Zukünftiger Unterhalt

Hingegen hat der *BGH* die Möglichkeit einer Verwirkung zukünftiger Unterhaltsansprüche nur deswegen, weil sie über Jahrzehnte hinweg nicht geltend gemacht wurden, verneint. Eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs als solcher komme nur unter den engen Voraussetzungen der (oben zitierten) konkreten Verwirkungstatbestände in Betracht, die allesamt an ein schwerwiegendes Fehlverhalten des Unterhaltsberechtigten anknüpfen. Wird hingegen ein Unterhaltsanspruch längere Zeit nicht geltend gemacht, beruht dies in vielen Fällen darauf, dass die Unterhaltsbedürftigkeit des Berechtigten in dieser Zeit nicht gegeben war. Daher begründet das Stillhalten des Unterhaltsberechtigten auch über längere Zeit regelmäßig kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass dieser Zustand anhalten werde. Deshalb treffe der eigentlich dem Einwand der Verwirkung nach § 242 BGB zu Grunde liegende Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten typischerweise auf Unterhaltsansprüche nicht zu. Allerdings sind hier die unterhaltsrechtlichen Einsatzzeitpunkte zu beachten⁶⁶.

Anders das *OLG Oldenburg*⁶⁷ im Jahr 2004: Verwirkung kommt in Betracht, wenn ein Recht längere Zeit nicht mehr ausgeübt wurde und der Schuldner daher davon ausgehen durfte, dass er nicht mehr in Anspruch genommen werden würde.

IV. Unterhalt für die Vergangenheit

1. Voraussetzungen für die rückwirkende Geltendmachung von Unterhalt

Die Regelung des § 1613 BGB, wonach rückständiger Unterhalt nicht nur ab Verzug oder Rechtshängigkeit verlangt werden kann, sondern schon von dem Zeitpunkt an, zu welchem der Verpflichtete zum Zwecke der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs aufgefordert worden ist, über seine Einkünfte und sein Vermögen Auskunft zu erteilen, gilt für den Verwandtenunterhalt und über § 1360 aIII BGB auch für den Trennungunterhalt. Für den nahehelichen Unterhalt verweist der neue § 1585 bII BGB ebenfalls auf § 1613I BGB.

Die Auskunftsaufforderung begründet allerdings keinen Verzug. Sinnvoll ist es deshalb, den Auskunftsschuldner immer durch eine Stufenmahnung in Verzug zu setzen.

Grundsätzlich setzt ein gerichtlich geltend gemachter Auskunftsanspruch voraus, dass der Anspruch und damit ein entsprechend dem Anspruch ergehender Beschluss einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben. Ein Anspruch, der Schuldner solle Auskunft über sein Einkommen erteilen, hat keinen vollstreckungsfähigen Inhalt. Es sollte deshalb darauf geachtet werden, dass konkret dargelegt wird, für welchen Zeitraum und für welche Einkunftsarten Auskunft verlangt wird und welche Belege für diese Auskunft verlangt werden.

Ohne Zahlungsaufforderung kann nach § 1613II BGB innerhalb eines Jahres seit seiner Entstehung Sonderbedarf geltend gemacht werden; für die Zeit nach Ablauf eines Jahres nur bei Verzug oder Rechtshängigkeit. Dies gilt nach § 1585 bI BGB auch für nachehelichen Unterhalt.

Verzug kann auch eintreten durch Aufrechnung mit Unterhaltsansprüchen gegen eine vom Unterhaltspflichtigen gegen den Unterhaltsberechtigten geltend gemachte Forderung⁶⁸. Dies ist eine häufige Konstellation, wenn der Unterhaltspflichtige erhebliche monatliche Zins- und Tilgungsleistungen für das im gemeinsamen Miteigentum stehende Familienheim zu erbringen hat und deswegen in seiner unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist.


Aus einem Titel auf Trennungunterhalt können nach längerem Wiederzusammenleben der Ehegatten keine Rechte mehr hergeleitet werden. Etwas anderes gilt, soweit Kindesunterhalt tituliert ist. Allerdings ist der Anspruch auf Kindesunterhalt für die Zeit des Zusammenlebens durch den Familienunterhalt erfüllt⁶⁹.

2. Verwirkung rückständigen Unterhalts

Zu beachten ist die Jahresfrist des § 1585 bIII BGB vor Rechtshängigkeit für die Geltendmachung von nachehelichem Unterhalt. Ein Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe ist nicht ausreichend⁷⁰. Nach Ansicht des *OLG Zweibrücken*⁷¹ gilt dies auch für ein Leibrentenversprechen, das in erster Linie der Unterhaltssicherung dient.

Im Bereich des Trennungunterhalts hat der *BGH*⁷² darauf hingewiesen, dass Verwirkung rückständigen Unterhalts ein Zeitmoment und ein Umstandsmoment enthalte. Für das Zeitmoment könne das Verstreichenlassen einer Frist von mehr als einem Jahr ausreichend sein, es sei denn, der Unterhaltsberechtigte sei durch Umstände, die im Verantwortungsbereich des Schuldners liegen, an einer zeitnahen Geltendmachung seines Rechts gehindert gewesen. Für das Umstandsmoment hat es der *BGH* im entschiedenen Fall für ausreichend erachtet, dass der Unterhaltsanspruch von Anfang an umstritten gewesen sei. Er hat deshalb die Entscheidung des *OLG Frankfurt a. M.* bestätigt, das bei einer gerichtlichen Geltendmachung drei Jahre nach Verzug Unterhaltsansprüche, die länger als ein Jahr zurücklagen, als verwirkt angesehen hat. Zum Elternunterhalt hat der *BGH*⁷³ entschieden, dass an das Umstandsmoment für den Schuldner keine überspannten Erwartungen gestellt werden dürften. Werden rückständige Ansprüche auf Zahlung von Trennungunterhalt nach Versagung von Verfahrenskostenhilfe mehr als ein Jahr lang nicht weiter verfolgt, liegen die Voraussetzungen der Verwirkung in der Regel vor⁷⁴.

Kofler: Die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen (NJW 2011, 2470)

2476 

V. Zusammenfassung

Das Unterhaltsrechtsverhältnis beruht auf Gegenseitigkeit. Der Unterhaltsberechtigte hat nicht nur einen Anspruch auf Unterhalt, er hat vielmehr auch Pflichten und Obliegenheiten gegenüber dem Unterhaltspflichtigen. Kommt es von Seiten des Unterhaltsberechtigten in diesem gegenseitigen Verhältnis zu schwerwiegendem Fehlverhalten, kann für den Pflichtigen die Grenze der Zumutbarkeit für weitere Unterhaltszahlungen überschritten sein. Gleiches gilt, jedenfalls für rückständigen Unterhalt, wenn der Pflichtige wegen Zeitablaufs nicht mehr mit seiner Inanspruchnahme rechnen musste.

Erforderlich ist in Fällen, in denen Unterhaltsverwirkung eingewandt wird, immer eine umfassende Einzelfallprüfung und -abwägung, die die Belange beider Seiten angemessen berücksichtigt.

* Der Autor ist Fachanwalt für Familienrecht und Partner der Kanzlei *VOELKER* in Reutlingen; er ist Geschäftsleitender Vorsitzender des Anwaltsgerichts für den Bezirk der Rechtsanwaltskammer Tübingen.

¹ NJW 2004, 3109 = FamRZ 2004, 1559.

² NJW 2010, 3714; s. hierzu die Bespr. von *Hußmann*, NJW 2010, 3695.

³ Vgl. *Borth*, Praxis des UnterhaltsR, 2. Aufl. (2011), Rdnr. 811.

⁴ *BGH*, NJW 1991, 1290 = FamRZ 1991, 670.

⁵ NJW 1989, 2807 = FamRZ 1989, 941.

⁶ *BGH*, NJW 1981, 754 = FamRZ 1981, 140.

⁷ *BGH*, NJW 1982, 823 = FamRZ 1982, 254; NJW 1999, 1630 = FamRZ 1999, 710; NJW 2011, 1582 = FamRZ 2011, 791.

⁸ *BGH*, NJW 1982, 2064 = FamRZ 1982, 582.

⁹ *OLG Köln*, FamRZ 1992, 65; *OLG Hamm*, FamRZ 1992, 326 = BeckRS 2011, 2395.

¹⁰ NJW 1989, 2807 = FamRZ 1989, 941.

¹¹ *OLG Schleswig*, FamRZ 2003, 763.

¹² NJW 2011, 1582 = FamRZ 2011, 791.

¹³ Zusammenfassung der *BGH*-Rspr. in NJW 1989, 1083 = FamRZ 1989, 487.

¹⁴ *BGH*, NJW 1989, 1086.

¹⁵ *OLG Köln*, NJW-RR 2000, 371 = FamRZ 2000, 290; *OLG Schleswig*, FPR 2004, 610 = FamRZ 2005, 277; *OLG Köln*, FF 2005, 192 = BeckRS 2005, 13343; *OLG Schleswig*, FamRZ 2006, 954 = BeckRS 2008, 24789.

¹⁶ *OLG Frankfurt a. M.*, NJWE-FER 1999, 257 = FamRZ 2000, 427.

¹⁷ *OLG Frankfurt a. M.*, FamRZ 2003, 99.

¹⁸ NJW-RR 2000, 1097.

¹⁹ *BGH*, NJW 2002, 217 = FamRZ 2002, 23.

²⁰ *OLG Schleswig*, FamRZ 2000, 28, ähnlich auch *OLG Hamm*, NJW-RR 1999, 1233 = FamRZ 2000, 29 L; FamRZ 2000, 1375 L.

²¹ *OLG Hamm*, FamRZ 2003, 877 = BeckRS 2007, 2192.

²² *OLG Koblenz*, NJW-RR 2003, 75 = FamRZ 2003, 238.

²³ *BGH*, NJW 1989, 1083 = FamRZ 1989, 487; NJW 1995, 655 = FamRZ 1995, 344.

²⁴ NJW-RR 2005, 6 = FF 2005, 107.

²⁵ FF 2005, 108.

²⁶ *OLG Stuttgart*, NJOZ 2005, 2089 = FamRZ 2005, 1746.

²⁷ *OLG Koblenz*, FamRZ 2006, 705 = BeckRS 2008, 24392.

²⁸ *OLG Zweibrücken*, FamRZ 2008, 1630 = BeckRS 2008, 8901.

²⁹ Ausführliche Dokumentation entschiedener Einzelfälle in *Palandt/Brudermüller*, BGB, 70. Aufl., (2011), § 1579 Rdnrn. 16 ff.

³⁰ *OLG Köln*, FamRZ 1998, 749.

³¹ *OLG Köln*, NJW-RR 2003, 507 = FamRZ 2003, 678.

³² *OLG Koblenz*, NJWE-FER 1998, 122 = FamRZ 1998, 745.

³³ *BGH*, NJW 1986, 1340.

³⁴ *BGH*, NJW 1994, 258 = FamRZ 1994, 240.

³⁵ *KG*, FamRZ 2001, 1617.

³⁶ *BGH*, NJW 1988, 1147 = FamRZ 1988, 375.

³⁷ *OLG Düsseldorf*, FamRZ 1981, 1177.

- 38 *OLG Hamm*, FamRZ 1999, 237.
- 39 *Häberle*, FamRZ 1986, 311 (312).
- 40 *BGH*, NJW 1985, 428.
- 41 *OLG München*, FamRZ 1982, 270 = BeckRS 2010, 14619.
- 42 *OLG Zweibrücken*, EzFamR aktuell 2000, 151.
- 43 *OLG Stuttgart*, FamRZ 1979, 40 = BeckRS 2010, 22935.
- 44 *BGH*, NJW 2008, 2581 = FamRZ 2008, 1325.
- 45 Vgl. etwa *BGH*, NJW 1984, 1537 = FamRZ 1984, 356.
- 46 *BGH*, NJW 1984, 2358; NJW 1984, 2692; s. auch NJW 2008, 2779 = FamRZ 2008, 1414.
- 47 *OLG Frankfurt a. M.*, FamRZ 1999, 1135.
- 48 *OLG Hamm*, FamRZ 2001, 1611 = BeckRS 2005, 13594.
- 49 *BGH*, FamRZ 1983, 670 = BeckRS 2010, 12054.
- 50 *OLG Frankfurt a. M.*, NJW-RR 1994, 456 = FamRZ 1994, 169.
- 51 *OLG Düsseldorf*, FamRZ 1982, 699 (700).
- 52 *OLG Schleswig*, FamRZ 2003, 688; *OLG München*, FamRZ 1998, 750; *BGH*, NJW 2007, 1969 = FamRZ 2007, 882.
- 53 FamRZ 2008, 2279 = BeckRS 2009, 1257.
- 54 *OLG Bamberg*, FamRZ 2001, 834.
- 55 *BGH*, NJW-RR 1988, 834 = FamRZ 1988, 930.
- 56 *BGH*, NJW 1996, 2793 = FamRZ 1996, 1272.
- 57 *OLG München*, FamRZ 2003, 874 (875).
- 58 *BGH*, NJW 1997, 1851 = FamRZ 1997, 671.
- 59 NJW 2001, 2248 = FamRZ 2001, 985.
- 60 *OLG Hamm*, NJW-RR 1994, 1287 = FamRZ 1994, 704 (705); *OLG Düsseldorf*, FamRZ 1997, 1159.
- 61 *BGH*, NJW-RR 2003, 505 = FamRZ 2003, 521.
- 62 *OLG Schleswig*, FamRB 2005, 254 m. Anm. *Brielmaier*.
- 63 *BGH*, NJW 1982, 1999 = FamRZ 1982, 898.
- 64 FamRZ 2011, 648 L = BeckRS 2010, 23183.
- 65 *BGH*, NJW-RR 2004, 649 = FamRZ 2004, 531.
- 66 *BGH*, NJWE-FER 1999, 269 = FamRZ 1999, 1422.
- 67 NJW-RR 2004, 1303.
- 68 *BGH*, NJWE-FER 1996, 15 = FamRZ 1996, 1067.
- 69 *BGH*, NJW 1997, 735 = FamRZ 1997, 281; *OLG Hamm*, FamRZ 1999, 30 = BeckRS 2009, 10707.
- 70 *OLG Karlsruhe*, FamRZ 1988, 400 = BeckRS 2009, 28802.
- 71 ZEV 2008, 400 = FamRZ 2008, 513.
- 72 NJW 1988, 1137 = FamRZ 1988, 370; NJW 2007, 1273 = FamRZ 2007, 453.
- 73 NJW 2003, 128 = FamRZ 2002, 1698.
- 74 *OLG Hamm*, NJW-RR 2004, 1011 = FamRZ 2004, 1968.