

Verwirkung von Kindesunterhalt, Themengutachten TG-1003	Bernhard Knittel/Petra Birnstengel	Themengutachten, DIJuF-Rechtsgutachten 1. Auflage 2015	Rn. 1-12
---	------------------------------------	--	----------

## **Verwirkung von Kindesunterhalt, Themengutachten TG-1003**

Prof. Dr. Bernhard Knittel und Petra Birnstengel

Stand: 06/2014

1. Was bedeutet Verwirkung?
- 2 Warum kann Verwirkung schon nach einjähriger Untätigkeit des Unterhaltsgläubigers eintreten?
- 3 Muss sich der Schuldner ausdrücklich auf eine Verwirkung berufen?
- 4 Wer trägt im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast für eine Verwirkung?
- 5 Wie kann der Gläubiger den Eintritt der Verwirkung verhindern?
- 6 Wie ist die Behauptung zu beurteilen, nur Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und nicht etwa Mahnungen oder sonstige Gläubigermaßnahmen könnten die Verwirkung verhindern?
- 6.1 Ausgangspunkt des Meinungsstreits
- 6.2 Argumente für die Berücksichtigung auch sonstiger Gläubigermaßnahmen
- 6.3 Entbehrlichkeit von offensichtlich erfolglosen Vollstreckungsmaßnahmen
- 7 Gelten die Grundsätze zur Verwirkung von Unterhaltsforderungen gleichermaßen für einen Rechtsnachfolger?
- 8 Kommen verwirkungsausschließende Mahnungen des Kindes für seinen eigenen Unterhalt auch einem Rechtsnachfolger für den übergebenen Unterhaltsanspruch zugute?
- 9 Können Forderungen auch dann verwirkt sein, wenn der Gläubiger aus rechtlichen Gründen – etwa während des Insolvenzverfahrens oder der Wohlverhaltensperiode – an einer Vollstreckung gehindert ist?

### **1. Was bedeutet Verwirkung?**

Unterhaltsansprüche können – selbst bei noch nicht abgelaufener Verjährungsfrist – verwirkt werden, wenn der Gläubiger **über längere Zeit hinweg die Forderung nicht geltend macht** und beim Schuldner das **begründete Vertrauen hervorrufft, er werde hierfür nicht mehr in Anspruch genommen** (BGH 16.6.1999 – XII ZA 3/99, DAVorm 1999, 711; OLG Frankfurt 31.8.2006 – 5 WF 233/05, FamRB 2007, 293 [Ls]; Wendl/Dose/Gerhardt 2011, § 6 Rn 142 ff).

Eine Verwirkung kommt nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu

**1**

in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Insofern gilt für **Unterhaltsrückstände** nichts anderes als für andere in der Vergangenheit fällig gewordene Ansprüche (BGH 16.6.1982 – IVb ZR 709/80, BGHZ 84, 280, 281; 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698).

Die Verwirkung ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und enthält den **Vorwurf einer illoyal verspäteten Rechtsausübung** an den Gläubiger. Sie setzt neben dem **Zeitmoment**, dh dem Ablauf eines längeren Zeitraums – wofür bei Unterhalt bereits ein Zeitraum von etwas mehr als ein Jahr genügen kann (BGH 23.10.2002 – XII ZR 266/99; 22.11.2006 – XII ZR 152/04, FamRZ 2007, 453) – auch einen **Umstandsmoment** voraus: Der Schuldner muss aus dem Verhalten des Gläubigers das berechnete Vertrauen darauf ableiten können, dass dieser seinen Anspruch nicht mehr geltend machen werde (vgl hierzu Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242 BGB Rn 306 mwN).

## **2 Warum kann Verwirkung schon nach einjähriger Untätigkeit des Unterhaltsgläubigers eintreten?**

Der BGH (10.12.2003 – XII ZR 155/01, FamRZ 2004, 531) hat bereits den Ablauf von nur einem Jahr für ausreichend erachtet, wobei er betont hat, dass dies unterschiedslos **für titulierte wie auch für nicht titulierte Forderungen** gelte.

**2**

Von einem Unterhaltsgläubiger müsse eher als von einem Gläubiger anderer Forderungen erwartet werden, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung des Anspruchs bemühe.

Zum einen seien im Unterhaltsrechtsstreit die für die Bemessung des Unterhalts maßgeblichen Einkommensverhältnisse der Parteien nach längerer Zeit oft nur schwer aufklärbar.

Zum anderen könnten ansonsten Unterhaltsrückstände zu einer **erdrückenden Schuldenlast anwachsen**. Deshalb gebiete der Schuldnerschutz dass der Gläubiger seine Ansprüche zeitnah durchsetze. Dieser Grund sei so gewichtig, dass das Zeitmoment der Verwirkung auch dann erfüllt sein könne, wenn die Rückstände Zeitabschnitte betreffen, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen. Denn nach den gesetzlichen Bestimmungen der § 1585 b Abs. 3, § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB verdiene der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes bei Unterhaltsrückständen für eine mehr als ein Jahr zurückliegende Zeit besondere Beachtung.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem das Recht erstmals hätte geltend gemacht bzw ausgeübt werden können. Bei Forderungen ist daher die Fälligkeit maßgeblich (MüKo/Roth/Schubert 2012, § 242 BGB Rn 353).

### **3 Muss sich der Schuldner ausdrücklich auf eine Verwirkung berufen?**

Anders als die Verjährung, welche als Einrede nur dann zu berücksichtigen ist, wenn sich der Schuldner ausdrücklich auf ein Leistungsverweigerungsrecht beruft (§ 214 Abs. 1 BGB), muss die Verwirkung **als Einwendung ggf von Amts wegen** durch ein im Streitfall mit der Unterhaltsforderung befasstes Gericht berücksichtigt werden, also unabhängig davon, ob sich die begünstigte Partei darauf beruft (stRspr, vgl BGH 12.7.1951 – III ZR 168/50, BGHZ 3, 94, 103 f; 10.11.1965 – Ib ZR 101/63, NJW 1966, 343, 345; Palandt/Grüneberg 2014, § 242 BGB Rn 96).

3

Pfändet bspw der Unterhaltsgläubiger wegen der aufgelaufenen Rückstände Arbeitslohn des Schuldners und zahlt der Arbeitgeber nicht, muss das Arbeitsgericht im Rahmen der Drittschuldnerklage **jedenfalls bei offenkundigen Anhaltspunkten** hierfür auch von sich aus prüfen, ob die Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger nicht wegen Verwirkung treuwidrig iSv § 242 BGB ist.

### **4 Wer trägt im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast für eine Verwirkung?**

Die Darlegungs- und Beweislast für die konkreten Voraussetzungen der Verwirkung seitens des Gläubigers trägt grundsätzlich der Schuldner (hierzu Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242 Rn 332). Allerdings muss der Gläubiger nach entsprechendem Beklagtenvortrag seinerseits substantiiert darlegen, wann und unter welchen Umständen er sein Recht geltend gemacht hat (BGH 19.5.1958 – II ZR 53/57, NJW 1958, 1188, 1189; Anm. zu BGH 13.12.1984 – III ZR 20/83 Baumgärtel JZ 1985, 540). Daher sind **verwirkungshindernde Aktivitäten vorzutragen** (MüKo/Roth/Schubert 2012, § 242 BGB Rn 348).

4

### **5 Wie kann der Gläubiger den Eintritt der Verwirkung verhindern?**

Gegen eine Verwirkung im jeweiligen Einzelfall spricht, wenn der Gläubiger den Schuldner nachweislich **durch periodische Mahnungen an seine ausstehende Zahlungspflicht erinnert** hat. (S. hierzu jedoch die abw. Meinung unter 6) Es genügt also, wenn er ihm jährlich eine Aufstellung über die jeweils bestehenden Rückstände übermittelt und sinngemäß zum Ausdruck bringt, dass deren Begleichung weiterhin erwartet werde.

5

Diese Zustellung einer derartigen Aufforderung durch Einschreiben mit Rückschein kann als Vorsichtsmaßnahme im Einzelfall angezeigt sein, wenn mit einem Bestreiten des Zugangs durch den Schuldner gerechnet werden muss.

Erst recht sind **Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** geeignet, dem Vertrauen des Schuldners entgegen zu wirken, dass er künftig nicht mehr für den Rückstand in Anspruch genommen werde.

Auch **Zahlungen des Schuldners auf die bestehenden Rückstände** sprechen gegen die Annahme einer Verwirkung. Dasselbe gilt dann, wenn er etwa bei einer Vorsprache im Jugendamt erneut ausdrücklich seine Tilgungsverpflichtung bezüglich der Rückstände anerkennt und – unter sinngemäßer Bitte um weitere Stundung – hierfür eine Zahlungsmodalität anbietet.

## **6 Wie ist die Behauptung zu beurteilen, nur Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und nicht etwa Mahnungen oder sonstige Gläubigermaßnahmen könnten die Verwirkung verhindern?**

### **6.1 Ausgangspunkt des Meinungsstreits**

Gelegentlich wird die Meinung vertreten, **nur Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** seien geeignet, das Umstandsmoment der Verwirkung zu vermeiden. Sonstige Formen der Geltendmachung des titulierten Unterhalts, namentlich Mahnungen oder eine ausdrückliche Stundungserklärung, reichten nicht aus.

6

Zum Teil wird hierbei verwiesen auf *Gerhardt* (Wendl/Dose/Gerhardt 2011, § 6 Rn 146):

„Beim Umstandsmoment ist auf die **Untätigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen** abzustellen; ist eine Vollstreckung ohne weiteres möglich, weil der Pflichtige in einem geregelten Arbeitsverhältnis steht, ist das Umstandsmoment zu bejahen, wenn nichts unternommen wird (Fn. 23: OLG München FamRZ 2002, 68).“

In der zitierten Entscheidung, deren Fundstelle im Übrigen in dem Zitat nicht korrekt angegeben ist (OLG München 29.8.2001 – 12 UF 1043/01, OLG-Report München 2002, 68) wird wörtlich dargelegt:

„[4]... Nachdem es sich um eine Verwirkung der Vollstreckung aus einem Titel handelt, ist **allein maßgebend**, ob die Beklagte, bzw. das Kind, das sich ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters nach § 278 BGB anrechnen lassen muss, in der Zeit ab Einstellung der Unterhaltsleistung 1993 **Vollstreckungsversuche unternommen** hat. Dies war bis Mai 2000 unstreitig nicht der Fall.

[5] Wie der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vom 25.10.2000 zeigt, wäre eine **Zwangsvollstreckung aber ohne weiteres möglich gewesen**, nachdem der Kläger in einem festen Arbeitsverhältnis steht. Damit ist sowohl das Zeit- als auch das Umstandsmoment gegeben.“

Auch das OLG Hamm (13.5.2013 – 2 WF 82/13, FamFR 2013, 416) hat in einer VKH-Entscheidung bei den Voraussetzungen des Umstandsmoments der Verwirkung allein auf die Vollstreckung abgestellt und in Rn 17 bemerkt:

„Dieses ist bei einer wie hier titulierten Forderung bereits dann zu bejahen, wenn **keine Vollstreckungsmaßnahmen durchgeführt**

werden, obwohl eine Vollstreckung möglich wäre. Nach dem bislang unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Antragstellers sei er bereits seit 2007 bei seinem jetzigen Arbeitgeber beschäftigt gewesen. Dann aber wäre - ebenso wie derzeit - ein Vollstreckungsversuch nicht von vornherein aussichtslos gewesen. Es ist mithin nach dem Vortrag des Antragstellers davon auszugehen, dass weder die Antragsgegnerin noch das Kind Vollstreckungsversuche gegen den Antragsteller wegen der hier in Rede stehenden Unterhaltsansprüche unternommen haben. Nach alledem könnte das Umstandsmoment schon im Hinblick darauf erfüllt sein, dass die Antragsgegnerin keine Vollstreckungsversuche unternommen hat. Dies wird mithin im Hauptsacheverfahren zu klären sein.“

Allerdings ist der Entscheidung nicht zu entnehmen, ob und in welcher Weise der Schuldner anderweitig etwa durch Mahnungen auf seine fortbestehende Zahlungspflicht für die Rückstände hingewiesen wurde.

## **6.2 Argumente für die Berücksichtigung auch sonstiger Gläubigermaßnahmen**

Die Auffassung, dass nur Zwangsvollstreckungsmaßnahmen den Eintritt der Verwirkung hindern können, ist aber **nicht überzeugend und auch keineswegs unbestritten**. So hat das OLG Celle (10.4.2008 - 17 UF 217/07, FamRZ 2008, 2230) bemerkt:

**7**

„[14] Entgegen der Auffassung der Berufungsbegründung lässt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verwirkung titulierter Unterhaltsrückstände und der darin gebrauchten Wendung über die „Durchsetzung mit Hilfe des Titels“ (BGH Beschluss vom 16. Juni 1999 - XII ZA 3/99 - FamRZ 1999, 1422; vgl. auch BGH Urteil vom 10. Dezember 2003 - XII ZR 155/01 - FamRZ 2004, 531, 532) weder unmittelbar noch zwischen den Zeilen das Erfordernis entnehmen, dass der für die Verwirkung maßgebliche Zeitraum ausschließlich durch eine Tätigkeit des zuständigen Vollstreckungsorgans beendet werden könnte. Die ‚Durchsetzung mit Hilfe des Titels‘ kann in diesem Sinne schon **mit der ernsthaften außergerichtlichen Aufforderung an den Schuldner** beginnen, die titulierte Forderung zu zahlen; dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie es im vorliegenden Fall unzweifelhaft der Fall gewesen ist - der außergerichtlichen Aufforderung zeitnah eine Vollstreckungsmaßnahme folgt. Denn anders als im Falle von Verjährung und Ausschlussfristen muss der Gläubiger bei der Verwirkung nicht darum besorgt sein, innerhalb bestimmter Fristen konkrete prozessuale Handlungen vorzunehmen, sondern es kommt für ihn allein darauf an, beim Schuldner kein berechtigtes Vertrauen dahingehend entstehen zu lassen, dass sich der Gläubiger mit der Nichtzahlung endgültig abgefunden habe. Es ist für den Senat kein sachlich

gerechtfertigter Grund ersichtlich, warum zur Abwendung der Verwirkungsfolgen für den Gläubiger eines nicht titulierten Unterhaltsanspruchs jede geeignete außergerichtliche Tätigkeit hinreicht, während von einem Titelgläubiger in jedem Falle eine Kosten auslösende Einzelvollstreckungsmaßnahme erwartet werden sollte.“

Noch weitergehend wird in obergerichtlicher Rechtsprechung die Verwirkung schon dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger im maßgebenden Zeitrahmen den Schuldner **nur gemahnt hat, ohne anschließend zur Vollstreckung zu schreiten**. Ein Beispiel ist das Urteil des OLG Naumburg 1.12.2009 (3 UF 71/09, FamRZ 2010, 1090 [Ls]):

„[41] Unter den hier vorgefunden Umständen kann entgegen der Auffassung des Klägers von einer Verwirkung des titulierten (und außergerichtlich vereinbarten) Unterhalts durch den Beklagten nicht ausgegangen werden; weder Zeit- noch Umstandsmoment lassen einen derartigen Schluss zu.

Denn der Beklagte hat - und das bestreitet der Kläger im Berufungsverfahren nicht mehr - im Laufe der Jahre wiederholt unter nachvollziehbarer Darstellung des gezahlten und nichtgezahlten Unterhalts **auf die Rückstände hingewiesen und an diesen appelliert**, den laufenden Unterhalt ordnungsgemäß zu entrichten und hierneben auf die Rückstände angemessene Zahlungen zu erbringen. [...]

[42] Angesichts der dortigen Darstellung - zu keinem Zeitpunkt hat der Kläger etwa den Darstellungen widersprochen oder den Einwand der Verwirkung gegen den Beklagten angebracht - musste es für den Kläger als stark säumigen, um die nicht unerheblichen Rückstände wissenden Unterhaltsschuldner **klar** sein, dass der Beklagte darauf **nicht verzichtet hat und er sich auch nicht darauf einstellen** konnte, dass die Rückstände nicht gefordert werden. Diese Umstände lassen also den Schluss auf Verwirkung gerade nicht zu.“

In der weiteren Begründung bemerkt der Senat: Dass der Beklagte im Hinblick auf das negative Zahlungsverhalten des Klägers **nicht schon früher die Vollstreckung eingeleitet** habe, lasse die Sache nicht in einem anderen Licht erscheinen. Denn es reiche, wie das OLG Celle (10.4.2008 - 17 UF 217/07, FamRZ 2008, 2230) ausführe, dass der Unterhaltsgläubiger den Unterhaltsschuldner außergerichtlich wiederholt und ernsthaft - wie hier - auffordert, zu zahlen, sodass bei diesem nicht der Eindruck entstehen kann, auf die Forderungen werde verzichtet.

**In dieselbe Richtung** gehen die nachfolgenden Entscheidungen:

- OLG Brandenburg 12.7.2011 - 10 UF 115/10, FamRZ 2012, 1223
- OLG Saarbrücken 9.9.2010 - 6 UF 29/10, MDR 2011, 168

■ OLG Brandenburg 20.9.2007 – 9 UF 107/07, FamRZ 2008, 906

In diesen Entscheidungen ist jeweils die Rede davon, dass es für den Ausschluss der Verwirkung ausreichen könne, den Schuldner mit den Rückständen „zu konfrontieren“, ggf durch „Gespräche“ (OLG Brandenburg 12.7.2011 – 10 UF 115/10) bzw ihn „zur Zahlung aufzufordern“ (OLG Brandenburg 20.9.2007 – 9 UF 107/07) oder ihm „Zahlungsaufforderungen bzw Mahnungen“ zukommen zu lassen (OLG Saarbrücken 9.9.2010 – 6 UF 29/10).

In der Literatur hat sich ausdrücklich *Liceni-Kierstein* im entsprechenden Sinne geäußert (Rahm/Künkel/Liceni-Kierstein 2011, Teil B. Kindesunterhalt, Rn 380), wenngleich die Formulierung etwas ungenau wirkt, wenn vom Beginn des für die Verjährung maßgebenden Zeitraums die Rede ist. Der Sinn der Aussage erscheint aber klar:

„Zur Durchsetzung des Titels und Abwendung der Verwirkungsfolgen bedarf es nicht zwingend bereits einer Tätigkeit des zuständigen Vollstreckungsorgans. Der für die Verwirkung maßgebliche Zeitraum kann **schon mit der ernsthaften außergerichtlichen Aufforderung** an den Unterhaltsverpflichteten beginnen, die titulierte Forderung zu leisten. Das gilt nicht nur, wenn der außergerichtlichen Aufforderung zeitnah eine Vollstreckungsmaßnahme folgt (Fn. 6: vgl. OLG Celle v. 10.4.2008 – 17 UF 217/07, FamRZ 2008, 2230), sondern auch dann, wenn im Lauf der Zeit (Jahre) fortlaufend auf die Rückstände hingewiesen und an den Unterhaltspflichtigen appelliert wird, den laufenden Unterhalt ordnungsgemäß zu erbringen und daneben auf die Unterhaltsrückstände angemessene Zahlungen zu leisten (Fn. 1: vgl. OLG Naumburg v. 1.12.2009 – 3 UF 71/09, FamRZ 2010, 1090).“

Nach alldem **überzeugt es schon vom Ansatzpunkt her nicht**, wenn die Gegenmeinung **nur Vollstreckungsmaßnahmen** als Verwirkungshindernisse gelten lassen will. Das wird in maßgeblicher obergerichtlicher Rechtsprechung anders beurteilt und lässt sich auch nicht etwa aus Erkenntnissen des BGH ableiten, wie das OLG Celle (10.4.2008 – 17 UF 217/07) dargelegt hat.

Es ist bedauerlich, dass sich in diesem Punkt anders lautende einzelne gerichtliche Beschlüsse idR nicht mit dem Meinungsstand auseinandersetzen, sondern sich – wenn überhaupt – meist nur auf die **vorgenannte einzige Literaturfundstelle** (Wendl/Dose/Gerhardt 2011, § 6 Rn 146) berufen. Deren Autor *Gerhardt* hat auf Nachfrage inzwischen eingeräumt, dass seine dort vertretene Auffassung missverständlich weit formuliert wurde.

Es liegt auf der Hand, dass divergierende Gerichtsentscheidungen in dieser für die Praxis sehr wichtigen Frage ärgerlich sind und unnötige Verunsicherung hervorrufen können. Eine letztverbindliche Klärung wäre nur

möglich, wenn der BGH auf eine zu diesem Punkt unter den Voraussetzungen des § 70 FamFG in einem Hauptsacheverfahren zugelassene **Rechtsbeschwerde den Meinungsstreit endgültig entscheidet**. Die jugendamtliche Praxis kann insoweit nur ermutigt werden, in geeigneten Fällen jedenfalls Beschwerde gegen einschlägige erstinstanzliche Entscheidungen zu Lasten der Gläubiger einzulegen und – wenn erkennbar ist, dass auch der Senat des Oberlandesgerichts derselben Ansicht zuneigt –, auf eine Zulassung der Rechtsbeschwerde zu dringen.

Die vorstehend aufgezeigten Überlegungen haben jedenfalls **für einen verhältnismäßig kurzen und überschaubaren Zeitraum** zu gelten. Dass bei Rückständen, die über zwei bis höchstens drei Jahre hinausgehen – in dem zitierten Fall des OLG München ging es um mehr als acht Jahre – sich mit jedem weiteren Monat die Frage dringlicher stellt, weshalb es der Gläubiger jeweils bei bloßen Saldenmitteilungen und Zahlungsaufforderungen belassen hat, anstatt bei gegebener Möglichkeit hierzu und anhaltender Zahlungsverweigerung des Schuldners diesen auch durch einen Vollstreckungsantrag Nachdruck zu verleihen, muss klar gesehen werden.

Ein dennoch weiterhin untätiger Gläubiger hat somit keine Gewähr dafür, dass im späteren Streitfall nicht doch das Umstandsmoment der Verwirkung bejaht werden könnte, wenn der Schuldner sinngemäß vorbringt, er habe die **offenbar „zahnlosen“ Mahnungen** letztlich nicht mehr als Ausdruck eines vorhandenen Durchsetzungswillens der Gläubigerseite aufgefasst. Dass es hierbei jeweils auf die Gegebenheiten des Einzelfalls ankommen kann, braucht nicht hervorgehoben zu werden.

Solange allerdings die Rechtsfrage nicht abschließend höchstrichterlich geklärt ist, muss ein Jugendamt, welches auf der sicheren Seite sein will, **im Zweifel eher zu Vollstreckungsmaßnahmen greifen**, um den späteren Vorhalt der Verwirkung von vornherein auszuschließen.

### **6.3 Entbehrlichkeit von offensichtlich erfolglosen Vollstreckungsmaßnahmen**

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen allein zur Verhinderung der Verwirkung sind entbehrlich, wenn eine **Vollstreckung von vornherein aussichtslos** ist. Dies ist in der Fachliteratur und der Rechtsprechung unbestritten und wird auch in denjenigen Entscheidungen betont, welche in der Grundsatzfrage der aus hiesiger Sicht unzutreffenden Ansicht zuneigen (zB OLG Hamm 13.5.2013 – 2 WF 82/13, FamFR 2013, 416 Rn 17).

Ebenso hat *Gerhard* (Wendl/Dose/Gerhardt 2011, § 6 Rn 146) wie folgt formuliert:

„Ist eine **Vollstreckung dagegen nicht erfolgsversprechend**, weil der Pflichtige unbekanntem Aufenthaltsort ist, laufend den



Arbeitsplatz wechselt oder kein pfändbares Einkommen hat, wird das Umstandsmoment regelmäßig zu verneinen sein.“

Das OLG Brandenburg (7.3.2013 - 13 UF 66/12) hat wie folgt hervorgehoben:

„1. An die besonderen Umstände, auf Grund derer der Unterhaltsschuldner sich darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass der Unterhaltsgläubiger sein Recht nicht mehr durchsetzen werde, sind strenge Maßstäbe anzulegen, wenn die Verwirkung titulierter Ansprüche in Frage steht (OLG Stuttgart, FamRZ 1999, 859).

2. Verspricht die Vollstreckung eines titulierten Anspruches keinen Erfolg, weil der Schuldner über pfändbares Einkommen nicht verfügt, muss das Umstandsmoment und damit die Verwirkung in aller Regel verneint werden.“

Dem ist jedenfalls der Fall gleichzustellen, dass das pfändbare Einkommen des Schuldners nach eigenem Bekunden so gering ist, dass nicht einmal der laufende Unterhalt in voller Höhe gezahlt werden könnte, geschweige denn, dass Rückstände eingezogen werden könnten.

Auch hier gilt jedoch: Solange die Rechtsfrage nicht abschließend höchstrichterlich geklärt ist, muss ein Jugendamt, welches auf der sicheren Seite sein will, **im Zweifel eher zu Vollstreckungsmaßnahmen greifen**, um den späteren Vorhalt der Verwirkung von vornherein auszuschließen.

### **7 Gelten die Grundsätze zur Verwirkung von Unterhaltsforderungen gleichermaßen für einen Rechtsnachfolger?**

Da der Anspruch im Fall einer gesetzlichen Rechtsnachfolge nicht seinen rechtlichen Charakter als Unterhaltsforderung verliert, gelten diese Grundsätze **unabhängig davon, ob der ursprüngliche Gläubiger oder der Rechtsnachfolger** es unterlassen hat, den Anspruch zeitnah geltend zu machen bzw zu vollstrecken. Wesentlich ist allein, ob sowohl das Zeitmoment als auch das Umstandsmoment der Verwirkung erfüllt sind, sodass ein schutzwürdiges Vertrauen des Schuldners darauf, für den betreffenden Unterhaltszeitraum nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, bejaht werden kann.

Darauf wird auch in **Nr. 7.3.3. UVG-RL**, letzter Absatz, wie folgt hingewiesen:

„Verwirkung

Bereits vor der Verjährung des Unterhaltsanspruchs kann es zu dessen Verwirkung (§ 242 BGB) kommen. Deshalb muss das Rückgriffsverfahren mit der Antragstellung beginnen (vgl. RL 7.). Anderenfalls droht die Verwirkung des Anspruchs, wenn der Gläubiger durch sein Verhalten beim Schuldner den nachvollziehbaren Eindruck hervorruft, er wolle den Anspruch

nicht mehr geltend machen. Gerade bei Unterhaltsansprüchen sind an den Zeitraum der Nichtverfolgung des Anspruchs keine großen Anforderungen zu stellen, da der Unterhaltsgläubiger grundsätzlich lebensnotwendig auf Unterhaltsleistungen angewiesen ist. Der BGH geht davon aus, dass eine Verwirkung nahe liegt, wenn der Unterhaltsgläubiger den Unterhaltsanspruch für Zeitabschnitte, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen, nicht geltend macht (BGH vom 10.12.2003 - XII ZR 155/01). Dies gilt für die Geltendmachung von noch nicht titulierten Ansprüchen und für die Vollstreckung eines vorhandenen Unterhaltstitels.“

### **8 Kommen verwirkungssausschließende Mahnungen des Kindes für seinen eigenen Unterhalt auch einem Rechtsnachfolger für den übergebenen Unterhaltsanspruch zugute?**

Wenn ein Kind – ohne das Bestehen einer treuhänderischen Rückübertragung – eigene ihm verbliebene Unterhaltsrückstände anmahnt, kann dies nicht den Eintritt der Verwirkung bezüglich anderer, auf einen Rechtsnachfolger übergegangener Unterhaltsforderungen verhindern, wenn dieser insoweit untätig bleibt. Es wäre also verfehlt, wenn UVG-Stelle, Jobcenter usw sich jeweils **darauf verlassen würden, dass das Kind** zB über seinen Beistand seine eigenen Unterhaltsansprüche geltend mache und selbst deshalb über längere Zeit hinweg von der Einziehung gesetzlich übergegangener Ansprüche absehen würden.

10

Diese getrennte Betrachtung gilt selbstverständlich **auch im umgekehrten Fall**: Mahnt die UVG-Stelle den Schuldner wegen gem. § 7 Abs. 1 UVG übergegangener Ansprüche, kommt dies nicht dem Kind zugute, wenn es seine eigenen ihm verbliebenen Unterhaltsforderungen gegenüber dem Schuldner nicht geltend macht.

Anders ist dies im Fall **treuhänderischer Rückübertragung**: Da sämtliche Forderungen wieder in der Hand des Kindes vereint sind, erfasst eine entsprechende Zahlungsaufforderung seines gesetzlichen Vertreters an den Schuldner sämtliche Rückstände, unabhängig davon, ob sie dem Kind selbst oder dem Übergangsgläubiger zustehen.

### **9 Können Forderungen auch dann verwirkt sein, wenn der Gläubiger aus rechtlichen Gründen – etwa während des Insolvenzverfahrens oder der Wohlverhaltensperiode – an einer Vollstreckung gehindert ist?**

Es erscheint bereits fraglich, ob der Gläubiger, der aufgrund eines gesetzlichen Verbots (bspw § 89 Abs. 1, § 294 Abs. 1 InsO) zeitweilig gar nicht vollstrecken darf, sich durch vorübergehend unterlassene und erst später fortgesetzte Rechtsverfolgung überhaupt treuwidrig gem. § 242 BGB im Sinne einer Verwirkung verhalten kann. Veröffentlichte Rechtsprechung hierzu ist nicht bekannt.

11

Jedenfalls ist ein Gläubiger aber auf der sicheren Seite, wenn er auch in dem entsprechenden Zeitraum dem Schuldner innerhalb der für das Zeitmoment der Verwirkung unterhaltsrechtlich maßgebenden Jahresfrist jeweils routinemäßig, zB durch entsprechende Schreiben, zu verstehen gibt, dass er **nach wie vor an der Einziehung der bestehenden Forderung interessiert** ist und diese (falls sie nicht aus anderen Gründen wie etwa die erteilte Restschuldbefreiung erloschen ist) wieder geltend machen wird, sobald das Vollstreckungshindernis entfällt.

#### **Literaturverzeichnis:**

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2012). Band 2: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. §§ 241 – 432, Säcker, F. J./Rixecker, R. (Hrsg), Krüger, W. (Redakteur), 6. Aufl., C. H. Beck, München (zit. MüKo/Bearbeiter)

**12**

Palandt, O. (Begr.) (2014). Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl., C. H. Beck, München (zit. Palandt/Bearbeiter)

Rahm, W./Künkel, B. (Hrsg) (Loseblatt). Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, 65. Ergänzungslieferung 2011, Otto Schmidt, Köln (zit. Rahm/Künkel/Bearbeiter)

Staudinger, J. v. (Begr.) (2009). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: Einleitung zum Schuldrecht. §§ 241-243 (Treu und Glauben), Sellier-de Gruyter, Berlin (zit. Staudinger/Bearbeiter)

Wendl, P./Dose, H. J. (Hrsg) (2011). Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. Handbuch, 8. Aufl., C. H. Beck, München (zit. Wendl/Dose/Bearbeiter)