

die tatbestandlich schärfere Fassung des § 1578b BGB auch eine strengere Begrenzungsprüfung anzustellen ist, was sich z. B. auf die Dauer der Übergangszeit auswirken kann. Hierzu bestand jedoch nach dem in der vorliegenden Entscheidung wiedergegebenen Sachverhalt kein Anlass, weil in der zur Abänderung anstehenden Entscheidung überhaupt keine Prüfung der Begrenzung bzw. Befristung vorgenommen wurde, sodass auch keine in § 36 Nr. 1 EGZPO geregelte Sachlage eintreten konnte, dass durch das UÄndG 2007 eine wesentliche Änderung eingetreten ist.

Der im Übrigen im 1. Leitsatz (Satz 2) enthaltene Rechtsatz, dass § 36 Nr. 1 EGZPO keine eigenständige Abänderungsmöglichkeit biete, gilt nur in Bezug auf die Begrenzung bzw. Befristung des Aufstockungsunterhalts gemäß § 1573 II BGB und kann bei solchen Sachlagen keine Geltung entfalten, in denen aufgrund der Vorschriften des UÄndG 2007 eine Verschärfung der Erwerbsobliegenheit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nach §§ 1570, 1573 I BGB i. V. mit den §§ 1569, 1574 I, II BGB eingetreten ist. Insoweit ist nach § 36 Nr. 1 EGZPO konkret zu prüfen, inwieweit sich die Verschärfung des Maßstabs der Erwerbsobliegenheit ab dem 1.1.2008 auf die Unterhaltsfestsetzung auswirkt; hierbei ist in den Rechtsfolgen auch die Vertrauensschutzprüfung nach § 36 Nr. 1 EGZPO nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten vorzunehmen.

Helmut Borth

Nr. 1125 BGH – BGB §§ 242, 1611 I S. 1 Alt. 3; SGBXII § 94 III S. 1 Nr. 2

(XII. ZS, Urteil v. 15.9.2010 – XII ZR 148/09 [OLG Hamm])*

1. Gemäß § 1611 I S. 1 Alt. 3 BGB setzt die Verwirkung wegen einer schweren Verfehlung ein Verschulden des Unterhaltsberechtigten voraus. Es genügt nicht, wenn er in einem natürlichen Sinne vorsätzlich gehandelt hat.

2. Eine Störung familiärer Beziehungen im Sinne des § 1611 BGB genügt grundsätzlich nicht, um eine unbillige Härte im Sinne des § 94 III S. 1 Nr. 2 SGBXII zu begründen und damit einen Anspruchsübergang auf den Träger der Sozialhilfe auszuschließen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der nach § 1611 BGB zu beurteilende Lebenssachverhalt aus Sicht des Sozialhilferechts auch soziale Belange erfasst, die einen Übergang des Anspruches nach öffentlich-rechtlichen Kriterien ausschließen (Klarstellung zum *Senatsurteil v. 21.4.2004 – XII ZR 251/01 –*, *FamRZ 2004, 1097*).

(m. Anm. *Hauß*, nachstehend S. 1892)

[1] Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Elternunterhalt für seine 1935 geborene Mutter aus übergegangenem Recht in Anspruch.

[2] Die Klägerin ist Trägerin der öffentlichen Hilfe, die der Mutter des Beklagten, Frau M., seit November 2005 gewährt wird. Frau M. befindet sich seit April 2005 in einem Pflegeheim. Sie litt schon während der Kindheit des Beklagten an einer Psychose mit schizophrener Symptomatik und damit einhergehend an Antriebsschwäche und Wahnideen. Frau M. hat den 1961 geborenen Beklagten bis zur Trennung und Scheidung von ihrem damaligen Ehemann im Jahr 1973 – mit Unterbrechungen wegen zum Teil längerer stationärer Krankenhausaufenthalte – erzogen und versorgt. Seit spätestens 1977 besteht – bis auf gele-

gentliche Zusammentreffen auf Familienfeiern – kein Kontakt mehr zwischen dem Beklagten und seiner Mutter.

[3] Die Klägerin forderte den Beklagten mit Rechtswahrungsanzeige vom 9. November 2005 zur Auskunftserteilung auf. Dieser erteilte Auskunft und berief sich auf Verwirkung gemäß § 1611 BGB. Nach Bezifferung des Anspruchs im Dezember 2006 und Zahlungsaufforderung im März 2007 hat die Klägerin schließlich im April 2008 Klage erhoben.

[4] Das Familiengericht hat den Anspruch auf Zahlung von Elternunterhalt für den Zeitraum von November 2005 bis einschließlich März 2007 gemäß § 242 BGB als verwirkt angesehen. Im Übrigen hat es den Beklagten zur Zahlung rückständigen sowie laufenden Elternunterhalts für die Zeit von Mai 2008 an in Höhe von monatlich 649 € verurteilt.

[5] Die hiergegen eingelegte Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt, rückständigen Elternunterhalt an die Klägerin bereits ab November 2005 und laufenden Unterhalt zu zahlen, u. a. von Januar bis Juni 2009 in Höhe von 674 € sowie von Juli 2009 an in Höhe von monatlich 701 €.

[6] Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

[7] Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

[8] Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in *FamRZ 2010, 303*, veröffentlicht ist, hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

[9] Der Klägerin stehe gegen den Beklagten für die Zeit von November 2005 an Elternunterhalt zu. Die Mutter des Beklagten sei spätestens seit November 2005 unterhaltsbedürftig. Nach Abzug ihrer eigenen Einkünfte von den für sie aufgewandten Heimkosten, dem Barbedarf und den notwendigen einmaligen Beihilfen verbleibe für sie ein ungedeckter Restbedarf von mehr als 701 € monatlich. Unter Berücksichtigung des durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommens des Beklagten, das sich in den Jahren von 2005 bis 2008 zwischen 3.077,47 € und 3.319,44 € bewegt habe, der jeweils hinzuzurechnenden Steuererstattung und unter Beachtung der unterhaltsrechtlich relevanten Abzüge sei der Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum überwiegend leistungsfähig.

[10] Der rückständige Unterhaltsanspruch der Klägerin sei nicht nach § 242 BGB verwirkt. Es bestünden bereits Bedenken dagegen, dass das erforderliche Zeitmoment erfüllt sei. Jedenfalls lägen keine Umstände vor, die es rechtfertigten, dass sich der Beklagte habe darauf einrichten dürfen, von der Klägerin nicht mehr auf Elternunterhalt in Anspruch genommen zu werden. Der Beklagte habe aus dem Inhalt der außergerichtlichen Schreiben der Klägerin vom 18. April 2006 und vom 27. August 2007 zweifelsfrei erkennen können, dass diese die auf sie übergegangenen Unterhaltsansprüche seiner Mutter weiter verfolge.

[11] Der Unterhaltsanspruch der Mutter des Beklagten sei auch nicht gemäß § 1611 BGB verwirkt. Das einmalige Zerschneiden der Kleidung der Kinder, die Verursachung des Waschzwangs und das mehrfache – seinem Umfang nach nicht näher dargelegte – Aussperren aus der Wohnung stellten vor dem Hintergrund der psychischen Erkrankung der Mutter des Beklagten ohne Hinzutreten besonderer Umstände keine schwere Verfehlung dar. Soweit der Beklagte seiner Mutter vorwerfe, sie habe den Kontakt zu ihm nach der Trennung abgebrochen und dabei jedes Maß an emotionaler Zuneigung vermissen lassen, sei sein Vortrag widersprüchlich. Nach dem Inhalt der Beilagen habe seine Mutter im Jahr 1975 einen Antrag auf Regelung der Umgangskontakte gestellt, der an dem Willen des Beklagten gescheitert sei. Ebenso wenig könne eine gröbliche Verletzung der Unterhaltspflicht im Sinne von § 1611 BGB angenommen werden.

[12] Im Übrigen fehle es an einem für eine Verwirkung erforderlichen Verschulden der unterhaltsbedürftigen Mutter des Beklagten. Die vom Beklagten beschriebenen Betreuungsausfälle und ihre Unfähigkeit, spätestens ab 1971 für den Naturalunterhalt und ab dem Zeitpunkt der Trennung vom Vater des Beklagten für seinen Barunterhalt aufzukom-

* Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen.

men, beruhten unstreitig auf der Erkrankung seiner Mutter an schizophrener Psychose.

[13] Schließlich stünde dem Übergang des Unterhaltsanspruchs der Mutter auf die Klägerin auch § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII nicht entgegen. Eine unbillige Härte im Sinne dieser Vorschrift liege dann vor, wenn mit der Heranziehung des Unterhaltspflichtigen zum Elternunterhalt soziale Belange vernachlässigt würden. Seien lediglich familiäre Belange betroffen, komme eine Anwendung des § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII nicht in Betracht. Diese Einschränkung folge daraus, dass den familiären Belangen bereits durch die Vorschrift des § 1611 BGB hinreichend Rechnung getragen sei. Es müssten daher Umstände vorliegen, die es gerade aus dem Blickwinkel des Sozialrechts unzumutbar erscheinen ließen, wenn jemand zum Unterhalt für seine Eltern herangezogen werde. Daran fehle es. Ziel der Gewährung der öffentlichen Hilfe für die Mutter des Beklagten sei nicht die Entlastung des Beklagten von seiner Unterhaltsverpflichtung. Einer solchen Zielsetzung stünde bereits entgegen, dass der Beklagte aufgrund seiner relativ hohen Einkünfte und mangels weiterer Unterhaltsverpflichtungen wirtschaftlich ohne unzumutbare Einschränkung seiner Lebensführung in der Lage sei, den begehrten Unterhalt für seine Mutter zu leisten. Es seien auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Heranziehung des Beklagten zu den der Klägerin entstandenen Kosten zu einer nachhaltigen Störung des Familienfriedens führte.

[14] Schließlich sei ein kausaler Zusammenhang der schicksalhaften Erkrankung der Mutter mit einem Handeln des Staates oder seiner Organe, der soziale Belange begründen könnte, anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall eines psychisch erkrankten Kriegsheimkehrers (*Senatsurteil v. 21.4.2004 – XII ZR 251/01 –*, FamRZ 2004, 1097) nicht feststellbar.

II.

[15] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

[16] 1. Allerdings weist der Beklagte zu Recht darauf hin, dass seine Revision uneingeschränkt zulässig sei.

[17] Zwar hat das Berufungsgericht die Revision „im Hinblick auf den unbestimmten Rechtsbegriff der ‚unbilligen Härte‘ im Sinne des § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII und die erforderliche Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift im Verhältnis zu den Tatbeständen der Verwirkung nach § 1611 BGB“ zugelassen. Die Revision weist jedoch zu Recht darauf hin, dass – sollte hierin eine Beschränkung der Revisionszulassung auf eine bestimmte Rechtsfrage liegen – diese unbedeutlich sei.

[18] Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen Teil des Gesamtstreitstoffes beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilmurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (*BGHZ* 101, 276, 278; *BGH*, Urteil v. 20.5.2003 – XI ZR 248/02 –, *BGHR*, ZPO (1. Januar 2002) § 543 – Revisionszulassung, beschränkte 1 = FamRZ 2003, 1273 [LS.]).

[19] Die Frage der Verwirkung bzw. des Anspruchsübergangs betrifft den gesamten Streitgegenstand, also auch die Geltendmachung rückständigen Unterhalts. Da das Berufungsgericht eine Verwirkung gemäß § 242 BGB abgelehnt hat, mithin den Anspruch von November 2005 an zuerkannt hat, obliegt auch dieser Teil des Streitgegenstands der weiteren Überprüfung, ob er möglicherweise der Verwirkung nach § 1611 BGB unterliegt bzw. ob insoweit ein Übergang des Anspruchs auf die Klägerin wegen unbilliger Härte gemäß § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII ausgeschlossen ist. Es fehlt mithin an einem tatsächlich und rechtlich selbstständigen Teil des Gesamtstreitstoffes, der eine auf diesen Teil beschränkte Überprüfung durch das Revisionsgericht erlaubte.

[20] 2. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu Recht zur Zahlung von Elternunterhalt aus übergegangenem Recht gemäß §§ 1601 BGB, 94 SGBXII verurteilt.

[21] a) Die Revision beanstandet, dass das Berufungsgericht eine Verwirkung nach § 242 BGB bzw. § 1611 BGB abgelehnt und einen Anspruchsübergang auf die Klägerin gemäß § 94 SGBXII bejaht habe.

Die übrigen Feststellungen bzw. Ausführungen des Berufungsgerichts zu Grund und Höhe des geltend gemachten Unterhaltsanspruchs greift die Revision nicht an. Insoweit sind Rechtsfehler auch nicht ersichtlich.

[22] b) Ebenso wenig sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zu beanstanden, wonach der rückständige Unterhaltsanspruch der Klägerin nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwirkt ist.

[23] aa) Eine **Verwirkung** kommt nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu 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

(*Senatsurteile v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99 –*, FamRZ 2002, 1698; v. 22.11.2006 – XII ZR 152/04 –, FamRZ 2007, 453, 455, und v. 10.12.2003 – XII ZR 155/01 –, FamRZ 2004, 531, 532).

Für Unterhaltsansprüche sind an das **Zeitmoment** der Verwirkung keine strengen Anforderungen zu stellen. Von einem Unterhaltsgläubiger, der lebensnotwendig auf Unterhaltsleistungen angewiesen ist, muss eher als von einem Gläubiger anderer Forderungen erwartet werden, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung des Anspruchs bemüht. Anderenfalls können Unterhaltsrückstände zu einer erdrückenden Schuldenlast anwachsen. Abgesehen davon sind im Unterhaltsrechtsstreit die für die Bemessung des Unterhalts maßgeblichen Einkommensverhältnisse der Parteien nach längerer Zeit oft nur schwer aufklärbar. Diese Gründe, die eine möglichst zeitnahe Geltendmachung von Unterhalt nahe legen, sind so gewichtig, dass das Zeitmoment der Verwirkung auch dann erfüllt sein kann, wenn die Rückstände Zeitabschnitte betreffen, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen (*Senatsurteil v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99 –*, FamRZ 2002, 1698, 1699). Dieselben Anforderungen gelten, wenn die aus übergegangenem Recht klagende **Behörde** tätig wird. Zwar ist diese – anders als der ursprüngliche Unterhaltsgläubiger – nicht lebensnotwendig auf die Realisierung der Forderungen angewiesen. Jedoch ist die Behörde aufgrund der Natur, des Inhalts und des Umfangs des Unterhaltsanspruchs, der sich durch den Übergang nicht verändert, gehalten, sich um dessen zeitnahe Durchsetzung zu bemühen (*Senatsurteil v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99 –*, FamRZ 2002, 1698, 1699).

[24] Neben dem Zeitmoment kommt es für die Verwirkung auf das **Umstandsmoment** an, d. h. es müssen besondere Umstände hinzutreten, aufgrund derer der Unterhaltsverpflichtete sich nach Treu und Glauben darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass der Unterhaltsberechtigte sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Dabei kommt es jedoch nicht auf konkrete Vertrauensinvestitionen des Unterhaltsschuldners bzw. auf das Entstehen besonderer Nachteile durch die späte Inanspruchnahme an (*Senatsurteil v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99 –*, FamRZ 2002, 1698, 1699).

[25] bb) Unter Anwendung dieser Maßstäbe ist das Berufungsgericht zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass hier eine Verwirkung nach § 242 BGB ausscheidet.

[26] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin den Beklagten mit Rechtswahrungsanzeige vom 9. November 2005 zur Auskunftserteilung über sein Einkommen aufgefordert. Nachdem dieser die geforderte Auskunft erteilt und zugleich den Einwand der Verwirkung gemäß § 1611 BGB erhoben hatte, hat die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 18. April 2006 und vom 16. November 2006 vergeblich aufgefordert, seinen Vortrag zu den eine mögliche Verwirkung begründenden Umständen zu ergänzen und entsprechende Belege einzureichen. Sodann hat die Klägerin ihre Ansprüche mit Schreiben vom 20. Dezember 2006 beziffert. Den Beklagten hat sie mit Schreiben vom 1. März 2007 vergeblich zur Zahlung des Elternunterhalts aufgefordert. Nach einer schriftlichen Zahlungserinnerung vom 27. August 2007 hat sie im April 2008 Klage erhoben.

[27] Damit ist weder dem Zeitmoment noch dem Umstandsmoment Rechnung getragen.

[28] (1) Für das Zeitmoment sind nicht nur die Aufforderung der Klägerin zur Auskunftserteilung, die Bezifferung des Unterhaltsanspruchs und die Zahlungsaufforderung von Bedeutung. Vielmehr fallen hierunter auch Vorgänge, die zwar nicht unmittelbar der Durchsetzung des Anspruchs, aber ihrer **Vorbereitung** dienen, wie etwa das Einräumen von Stellungnahmefristen, die eine weitere Sachverhaltsaufklärung ermöglichen sollen.

[29] Aus einer Gesamtschau des Schriftverkehrs ergibt sich, dass das Verhalten der Klägerin von dem Bemühen getragen war, den Anspruch zeitnah durchzusetzen. Dem steht nicht entgegen, dass sie dem Beklagten zugleich die Möglichkeit eingeräumt hat, im Hinblick auf die lang zurückliegenden Geschehnisse den von ihm geltend gemachten Verwirkungseinwand zu erhärten. Dabei liegt der längste Abstand von rund acht Monaten zwischen der Zahlungsaufforderung vom 27. August 2007 und der Klageerhebung im April 2008.

[30] (2) Selbst wenn man die Schreiben der Klägerin, die dem Beklagten die Möglichkeit einräumen sollten, den Streit außergerichtlich beizulegen, bei der Prüfung des Zeitmoments unberücksichtigt ließe, stünde jedenfalls – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – das **Umstandsmoment** einer Verwirkung nach § 242 BGB entgegen. Denn dem Beklagten musste aufgrund dieser Schreiben klar sein, dass die Klägerin nach wie vor mit der Prüfung des Anspruchs beschäftigt war, um diesen bei Fehlen erheblicher Einwendungen ggf. einer gerichtlichen Durchsetzung zuzuführen. Dass sich das ganze Verfahren zeitlich gestreckt hat, kann der Klägerin auch deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, weil der Beklagte ausweislich der in Bezug genommenen Schreiben nichts weiter vorgetragen hatte.

[31] c) Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass das Berufungsgericht eine Verwirkung des auf die Klägerin übergegangenen Unterhaltsanspruchs gemäß § 1611 BGB abgelehnt hat.

[32] aa) Nach § 1611 Abs. 1 Satz 1 BGB braucht der Verpflichtete nur einen Beitrag zum Unterhalt in der Höhe zu leisten, die der **Billigkeit** entspricht, wenn der Unterhaltsberechtigte u. a. seine eigene Unterhaltungspflicht gegenüber dem Unterhaltspflichtigen gröblich vernachlässigt oder sich vorsätzlich einer schweren Verfehlung gegen den Unterhaltspflichtigen schuldig gemacht hat. Die Unterhaltungspflicht entfällt vollständig, wenn die Inanspruchnahme des Verpflichteten im Hinblick darauf **grob unbillig** wäre, § 1611 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dabei kann sich eine gröbliche Vernachlässigung der eigenen Unterhaltungspflicht i. S. von § 1611 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB auch auf die Gewährung von Naturalunterhalt beziehen (*Senatsurteil v. 19.5.2004 – XII ZR 304/02 –*, FamRZ 2004, 1559, 1560). Eine schwere Verfehlung gemäß § 1611 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 BGB kann regelmäßig nur bei einer tief greifenden Beeinträchtigung schutzwürdiger wirtschaftlicher Interessen oder persönlicher Belange des Pflichtigen angenommen werden. Dabei kann sich auch eine – durch Unterlassen herbeigeführte – Verletzung elterlicher Pflichten wie etwa der Aufsichtspflicht oder der Pflicht zu Beistand und Rücksicht i. S. von § 1618a BGB als Verfehlung gegen das Kind darstellen (*Senatsurteil v. 19.5.2004 – XII ZR 304/02 –*, FamRZ 2004, 1559, 1560).

[33] bb) Dass das Berufungsgericht diese Voraussetzungen aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen nicht als gegeben angesehen hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

[34] (1) Das Berufungsgericht hat das Vorliegen einer gröblichen Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht seitens Frau M. verneint. Nach seinen Feststellungen ist davon auszugehen, dass Frau M. ab dem neunten bzw. zehnten Lebensjahr des Beklagten krankheitsbedingt nicht mehr in der Lage war, die Kindesbetreuung sicherzustellen. Eine Verpflichtung der Mutter des Beklagten zur Betreuung und Pflege ihrer Kinder habe nur bis zu der Trennung der Eltern im Jahre 1972 bzw.

1973 und dem anschließenden Aufenthalt des Beklagten beim Vater bestanden.

[35] Dass das Berufungsgericht auf Grundlage dieser – von der Revision nicht angegriffenen – Feststellungen eine gröbliche Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht verneint hat, ist vor dem Hintergrund der **Erkrankung** von Frau M., wegen derer sie sich ab 1971 mehrfach in längerfristige stationäre Behandlung begeben musste, nicht zu beanstanden. Denn da die Mutter krankheitsbedingt nicht in der Lage war, den Beklagten angemessen zu betreuen, war sie wegen dieser Einschränkungen – wie ein Barunterhalt schuldender Elternteil bei wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit – nicht zum Unterhalt verpflichtet; Entsprechendes gilt für die nach der Trennung der Eltern eingetretene Barunterhaltungspflicht. Damit kann nicht von einer gröblichen Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht ausgegangen werden.

[36] (2) Zu Recht hat das Berufungsgericht zudem entschieden, dass sich Frau M. **nicht vorsätzlich** einer schweren Verfehlung gegen den Beklagten schuldig gemacht habe.

[37] (a) Das Berufungsgericht hat bereits den objektiven Tatbestand als nicht erfüllt angesehen. Zutreffend hat es darauf hingewiesen, dass § 1611 BGB eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift ist. Wenn das Berufungsgericht unter dieser Prämisse das einmalige Zerschneiden der Kleidung der Kinder, die Verursachung des Waschzwangs beim Beklagten und das mehrfache Aussperren der Kinder aus der Wohnung ohne Hinzutreten besonderer Umstände vor dem Hintergrund der psychischen Erkrankung der Mutter nicht als schwere Verfehlung qualifiziert, ist diese tatrichterliche Würdigung als vertretbar zu erachten.

[38] Soweit der Beklagte seiner Mutter vorwirft, sie habe den Kontakt zu ihm nach der Trennung abgebrochen und dabei jedes Maß an emotionaler Zuneigung missen lassen, weist das Berufungsgericht zu Recht auf die Widersprüchlichkeit dieses Vortrages hin. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat seine Mutter im Jahr 1975 einen Antrag auf Regelung der Umgangskontakte gestellt. Zutreffend verweist es zudem darauf, dass der Antrag letztendlich am Willen des Beklagten gescheitert sei. Auch wenn der Grund für die Ablehnung der Umgangskontakte durch den Beklagten letztlich das damalige Verhalten seiner Mutter gewesen sein dürfte, ändert dies nichts an der Tatsache, dass sich seine Mutter im Rahmen ihrer Möglichkeiten um eine Fortführung des Mutter-Kind-Verhältnisses bemüht hat. Von einer schweren vorsätzlichen Verfehlung kann daher nicht gesprochen werden.

[39] (b) Im Übrigen träfe die Mutter des Beklagten an einer schweren Verfehlung – was auch die Revision einräumt – **kein Verschulden**.

[40] Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1611 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 BGB setzt die Verwirkung voraus, dass der Unterhaltsberechtigte sich vorsätzlich einer schweren Verfehlung gegen den Unterhaltspflichtigen schuldig gemacht hat. Deshalb setzt die Anwendung von § 1611 BGB insoweit – worauf die Revision zutreffend hinweist – ein Verschulden voraus (*Münch-Komm/Born*, BGB, 5. Aufl., § 1611 Rz. 27; *Staudinger/Engler*, BGB, 2000, § 1611 Rz. 25).

[41] Soweit die Revision in Anlehnung an das Pflichtteilsrecht und unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2005 zu § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB (FamRZ 2005, 872, 877) meint, ein Verschulden im rechtstechnischen Sinne sei nicht erforderlich, vielmehr genüge es, wenn der Unterhaltsberechtigte in einem natürlichen Sinne vorsätzlich handle, verkennt sie, dass in § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB – anders als in § 1611 Abs. 1 BGB – ein schuldhaftes Verhalten als Tatbestandsmerkmal nicht aufgenommen worden ist; hierauf hat das BVerfG ausdrücklich abgestellt (*BVerfG*, FamRZ 2005, 872, 877).

Zwar hatte § 1611 Abs. 2 BGB in seiner bis zum 1. Juli 1970 geltenden Fassung für die Verwirkung u. a. auch auf die Pflichtteilsentziehungstatbestände verwiesen (vgl. *Palandt/Lauterbach*, BGB, 26. Aufl., § 1611). Jedoch war damals schon Voraussetzung für eine Verwirkung, dass sich der Unterhaltsberechtigte einer Verfehlung „schuldig“ gemacht hatte, die den Unterhaltspflichtigen berechtigte, ihm den Pflichtteil zu entziehen. Im Übrigen hat der Gesetzgeber bei der Änderung des § 1611 BGB zum 1. Juli 1970, mit der er das Tatbestandsmerkmal des sittlichen Verschuldens um die weiteren – hier zu prüfenden – Verwirkungsgründe ergänzt hat, erläutert, dass auf die Pflichtteilsentziehungsgründe nicht mehr abgestellt werden solle, weil die Voraussetzungen für die Entziehung des Pflichtteils einerseits und für eine Beschränkung des Unterhalts andererseits nicht übereinzustimmen bräuchten (BT-Drucks. V/2370, S. 41).

[42] **d)** Schließlich hat das Berufungsgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung entschieden, dass § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII einem Anspruchsübergang auf die Klägerin nicht entgegensteht.

[43] **aa)** Nach § 94 Abs. 1 Satz 1 SGBXII geht der zivilrechtliche Unterhaltsanspruch eines Sozialhilfeberechtigten bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen mit dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch auf den Träger der Sozialhilfe über. Gemäß § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII geht der Anspruch nicht über, soweit dies eine **unbillige Härte** bedeuten würde. Es handelt sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Anwendung der vollen Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt

(*Senatsurteile v. 23.6.2010 – XII ZR 170/08 –*, FamRZ 2010, 1418 Rz. 32, und *v. 21.4.2004 – XII ZR 251/01 –*, FamRZ 2004, 1097, 1098, zu der entsprechenden Vorgängervorschrift des § 91 Abs. 2 Satz 2 BSHG).

[44] Während die Frage, ob der Unterhaltsanspruch nach § 1611 BGB verwirkt ist, rein zivilrechtlicher Natur ist, richtet sich die Frage des Anspruchsübergangs nach § 94 SGBXII nach öffentlichem Recht. Deshalb genügt eine zivilrechtlich einzuordnende Störung familiärer Beziehungen im Sinne des § 1611 BGB grundsätzlich nicht, um eine unbillige Härte im Sinne des § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII zu begründen und damit einen Anspruchsübergang auf den Träger der Sozialhilfe auszuschließen (vgl. *BVenwGE* 58, 209, 214, zu § 91 Abs. 3 BSHG a. F.; *Oestreicher/Decker*, SGB XII/SGB II, Stand Dezember 2005, § 94 SGB XII Rz. 170; s. auch *Klinkhammer*, FamRZ 2004, 1283). Vielmehr umfasst § 1611 BGB für die Prüfung einer etwaigen Verwirkung nur die für das zivilrechtlich zu beurteilende Familienverhältnis in Frage kommenden Tatbestandsmerkmale. Sind die Voraussetzungen für eine Verwirkung erfüllt, kommt § 94 SGBXII ohnehin nicht zum Tragen, weil es an einem Unterhaltsanspruch fehlt, der auf den Träger der Sozialhilfe übergehen könnte (*Senatsurteile v. 23.6.2010 – XII ZR 170/08 –*, FamRZ 2010, 1418 Rz. 32, und *v. 21.4.2004 – XII ZR 251/01 –*, FamRZ 2004, 1097, 1098). Aber auch eine an sich unter § 1611 Abs. 1 BGB fallende Sachverhaltskonstellation, die jedoch nicht alle Tatbestandsmerkmale dieser Norm – wie etwa das Verschulden – erfüllt und deshalb nicht zu einer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs führt, ist grundsätzlich nicht unter § 94 SGBXII zu subsumieren.

[45] Etwas anderes gilt nur dann, wenn der nach § 1611 BGB zu beurteilende Lebenssachverhalt aus Sicht des Sozialhilferechts **auch soziale Belange** erfasst, die einen Übergang des Anspruches nach öffentlich-rechtlichen Kriterien ausschließen (vgl. *BVenwGE* 58, 209, 215 f.). Das Berufungsgericht hat dies zutreffend damit umschrieben, dass ein erkennbarer **Bezug zum Sozialhilferecht**, insbesondere ein kausaler Zusammen-

hang zu einem Handeln des Staates oder seiner Organe, vorliegen müsse.

Dies zeichnet etwa den vom Senat im Jahr 2004 entschiedenen Fall aus (*Senatsurteil v. 21.4.2004 – XII ZR 251/01 –*, FamRZ 2004, 1097). Zwar reichte dort das krankheitsbedingte Fehlverhalten des Unterhaltsberechtigten, das die Lockerung der Familienbande zur Folge hatte – ebenso wie hier – nicht dafür aus, den Anspruch gemäß § 1611 BGB als verwirkt anzusehen. Die der Vernachlässigung zugrunde liegende psychische Erkrankung war jedoch durch den – dem Staat zuzurechnenden – Kriegsdienst des Vaters verursacht worden.

[46] Entscheidend ist nach alledem, ob aus der Sicht des Sozialhilferechts durch den Anspruchsübergang **soziale Belange berührt** werden. Die Härte kann in materieller oder immaterieller Hinsicht bestehen und entweder in der Person des Unterhaltspflichtigen oder in derjenigen des Hilfeempfängers vorliegen. Bei der Auslegung der Härteklausel ist in erster Linie die Zielsetzung der Hilfe zu berücksichtigen, daneben sind die allgemeinen Grundsätze der Sozialhilfe zu beachten (*Senatsurteile v. 21.4.2004 – XII ZR 251/01 –*, FamRZ 2004, 1097, 1098, und *v. 23.6.2010 – XII ZR 170/08 –*, FamRZ 2010, 1418 Rz. 33). Eine unbillige Härte liegt danach insbesondere vor, wenn und soweit der – öffentlich-rechtliche – Grundsatz der familiengerechten Hilfe, nach dem u. a. auf die Belange und Beziehungen in der Familie Rücksicht zu nehmen ist (vgl. § 16 SGBXII), einer Heranziehung entgegensteht. Weitere Gründe sind, dass die laufende Heranziehung in Anbetracht der sozialen und wirtschaftlichen Lage des Unterhaltspflichtigen mit Rücksicht auf die Höhe und Dauer des Bedarfs zu einer nachhaltigen und **unzumutbaren Beeinträchtigung** des Unterhaltspflichtigen und der übrigen Familienmitglieder führen würde, wenn die Zielsetzung der Hilfe infolge des Übergangs gefährdet erscheint oder wenn der Unterhaltspflichtige den Sozialhilfeempfänger bereits vor Eintritt der Sozialhilfe über das Maß einer zumutbaren Unterhaltsverpflichtung hinaus betreut oder gepflegt hat (*Senatsurteile v. 21.4.2004 – XII ZR 251/01 –*, FamRZ 2004, 1097, 1098, und *v. 23.6.2010 – XII ZR 170/08 –*, FamRZ 2010, 1418 Rz. 34, m. w. N.).

[47] Soweit die Revision darauf hinweist, dass der Gesetzgeber in § 94 Abs. 2 SGBXII eine Sonderbehandlung von Eltern behinderter volljähriger Kinder dergestalt vorsieht, dass der Rückgriff auf bestimmte **Höchstbeträge** begrenzt ist (vgl. *Senatsurteil v. 23.6.2010 – XII ZR 170/08 –*, FamRZ 2010, 1418 Rz. 22 ff.), beruht dies auf anderen gesetzgeberischen Erwägungen, die auf den Elternunterhalt nicht übertragbar sind.

[48] **bb)** Das Berufungsgericht hat unter Beachtung dieser Anforderungen zu Recht einen Ausschluss des Anspruchsübergangs verneint. Es hat darauf abgestellt, dass der Beklagte aufgrund seiner relativ hohen Einkünfte und dem Nichtbestehen weiterer Unterhaltsverpflichtungen wirtschaftlich ohne unzumutbare Einschränkung seiner Lebensführung in der Lage sei, den begehrten Unterhalt zu leisten. Ebenso wenig sei eine nachhaltige Störung des Familienfriedens ersichtlich. Zudem habe der Beklagte seine Mutter vor Inanspruchnahme weder betreut noch gepflegt. Dass das Berufungsgericht dabei keine Umstände für gegeben erachtet hat, die es gerade aus dem Blickwinkel des Sozialrechts unzumutbar erscheinen lassen, den Beklagten zum Unterhalt für seine Mutter heranzuziehen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Vor allem ist nicht zu beanstanden und im Übrigen von der Revision auch nicht gerügt, dass das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten, wonach die Kriegserlebnisse seiner Mutter mitursächlich für ihre psychische Erkrankung an Schizophrenie gewesen seien, als Behauptung ins Blaue hinein qualifiziert hat.

[49] Nach alledem ist nicht ersichtlich, weshalb der Beklagte aus der familiären Verantwortung gegenüber seiner Mutter entlassen werden sollte. Wäre der Staat für die Mutter nicht in Vorleistung getreten, hätte sie gegen den Beklagten ohnehin ihren Unterhaltsanspruch durchsetzen können. Wegen der vom Gesetz geforderten **familiären Solidarität** rechtfertigen die als schicksalsbedingt zu qualifizierende Krankheit der Mutter und deren Auswirkungen auf den Beklagten es nicht, die Unterhaltslast dem Staat aufzubürden.

Anmerkung:

Unipolare Sachverhalte sind selten. Der vom BGH entschiedene Elternunterhaltsfall war eine solche Seltenheit und daher für den BGH die Steilvorlage, die gesamte Palette der Verwirkung eines Unterhaltsanspruchs im Elternunterhalt zu sezieren.

1. Der BGH bestätigt seine Rechtsprechung zur Verwirkung eines Unterhaltsanspruchs nach § 242 BGB und wiederholt, dass im Unterhaltsrecht Verwirkung schon dann eintreten könne, wenn der Unterhaltsgläubiger ein Jahr verstreichen lasse, ohne den Anspruch geltend zu machen (BGH, FamRZ 2002, 1698). Allerdings hat der BGH zu Recht angemerkt, dass der Unterhaltsschuldner dann nicht in seinem Vertrauen darauf, nicht in Anspruch genommen zu werden, schützenswert sei, wenn der Unterhaltsgläubiger sich beim Unterhaltsschuldner selbst um Aufklärung über anspruchserhebliche Tatsachen bemühe. Das Zeitmoment werde nicht nur dadurch unterbrochen, dass der Anspruch geltend gemacht werde, sondern auch durch Einräumung von Stellungnahmefristen zur weiteren Sachverhaltsaufklärung.

Das ist nachvollziehbar und durchkreuzt zu Recht die Praxis mancher Unterhaltsschuldner, durch Wegducken und Schweigen den Unterhaltsgläubiger in die Verwirkungsfalle zu locken. Wer erinnert und um Aufklärung gebeten wird, genießt keinen Vertrauensschutz. Ob allerdings die lapidaren Bearbeitungsmitteilungen einiger Sozialhilfeträger insoweit ausreichend sind, wäre noch zu klären und ist wohl zu bezweifeln.

2. Der BGH prüft sodann, ob in der defizitären Versorgung des Unterhaltsschuldners durch die Unterhaltsgläubigerin in dessen Kindheit und Jugend eine Verwirkung nach § 1611 BGB gesehen werden kann. Krankheitsbedingte und damit unverschuldete Nichterfüllung der Betreuungsverpflichtung stellt nach Auffassung des BGH keine „gröbliche Vernachlässigung“ der Unterhaltspflicht dar. Das ist nicht spektakulär, sondern schlicht richtig.

Auch soweit der BGH einzelne „erzieherische Ausraster“ und auch die spätere Kontaktlosigkeit nicht ausreichen lassen will, eine Verwirkung anzunehmen, ist das nachvollziehbar begründet und praktisch gedacht. Ansonsten sähen sich Gerichte und Behörden mit der Aufarbeitung familiären Fehlverhaltens überbordend konfrontiert.

Bereits in der Entscheidung vom 21.4.2004 (FamRZ 2004, 1097) hatte der BGH darauf hingewiesen, dass die Kontaktlosigkeit eine Verwirkung nach § 1611 BGB nicht begründe. Im damaligen Fall hatte der BGH wegen der Kriegsbedingtheit der Erkrankung des Vaters und damit des öffentlich-rechtlichen Bezuges seiner Erkrankung den Übergang des Unterhaltsanspruchs auf den Sozialhilfeträger als unbillige Härte angesehen (§ 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII).

3. Damit wären wir dann beim letzten Verwirkungsgrund. Der Unterhaltsanspruch geht dann nicht auf den Sozialhilfeträger über, wenn das eine „unbillige Härte“ bedeuten würde (§ 94

Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGBXII). Der BGH sieht eine unbillige Härte in einem Anspruchsübergang, wenn und soweit der Grundsatz familiengerechter Hilfe, nach dem u. a. auf die Belange und Beziehungen in der Familie Rücksicht zu nehmen sei, einer Heranziehung zum Unterhalt entgegensteht. Auch eine über das Maß zumutbare Unterhaltsverpflichtung hinausgehende Pflege und Betreuung des Bedürftigen könne dem Übergang des Unterhaltsanspruchs entgegenstehen.

Auch diesem Gedanken des BGH ist zuzustimmen. Nicht die Kontaktlosigkeit hindert die Inanspruchnahme auf Elternunterhalt, sondern, wie im Fall des OLG Oldenburg (FamRZ 2010, 992), die überobligatorische Aufopferung vor Entstehen der Sozialhilfebedürftigkeit.

Nur, dass der BGH die „vom Gesetz geforderte familiäre Solidarität“ bemüht, um den Unterhaltsanspruch der Mutter rechtsethisch zu legitimieren, wäre entbehrlich gewesen. Das Gesetz ordnet eine Unterhaltspflicht von in gerader Linie verwandten Personen an und nicht eine Solidarität, die als wechselseitiges Lebensprinzip auf Freiwilligkeit beruht und rechtlich nicht verordnet werden kann. Auch „familiäre Verantwortung“ kann es nur für etwas geben, das man beeinflussen kann. Kinder können aber nichts für ihre Eltern. Die Legitimation der Haftung für Elternunterhalt kann man mit solchen Floskeln nicht verhübschen. Sie ist rein positiv rechtlich begründet: Weil sie im Gesetz steht.

Rechtsanwalt Jörn Hauß, Duisburg

Nr. 1126 BGH – FamFG § 78 II; ZPO § 127 II; VV RVG Nr. 3335, 3502

(XII. ZS, Beschluss v. 15.9.2010 – XII ZB 82/10 [OLG Düsseldorf])

Der Streitwert im Verfahren der Rechtsbeschwerde gegen die Ablehnung der Beiordnung eines Verfahrensbvollmächtigten im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe richtet sich – wie der Wert einer Beschwerde gegen die Versagung der beantragten Verfahrenskostenhilfe – nach dem Wert der Hauptsache.

Gründe:

I.

[1] Der Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Vater) und die Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Mutter) sind getrennt lebende Eheleute. Sie stritten um das Umgangsrecht des Vaters mit ihrem gemeinsamen Sohn. Mit Beschlüssen vom 22. Dezember 2009 hatte das Amtsgericht dem Vater und der Mutter Verfahrenskostenhilfe bewilligt; die weiteren Anträge auf Beiordnung eines Rechtsanwalts hatte es abgewiesen. Das Oberlandesgericht hatte die Beschwerde des Vaters gegen die Abweisung seines Antrags auf Beiordnung eines Rechtsanwalts zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Der Senat hat den Antrag des Vaters auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgewiesen und seine Rechtsbeschwerde verworfen.

[2] Den Streitwert für das Verfahren der Rechtsbeschwerde hat der Senat auf 3.000 € festgesetzt. Dagegen richtet sich die Gegenvorstellung des Vaters, mit der er eine Herabsetzung des Streitwerts auf 586,08 € erstrebt.

II.

[3] Die Gegenvorstellung hat keinen Erfolg, weil die Festsetzung des Streitwerts nicht zu beanstanden ist.

[4] Nach § 45 Abs. 1 FamFG beträgt der Streitwert in einer Kindschaftssache, die das Sorgerecht, das Umgangsrecht oder die