

Geltendmachung des Kindesunterhalts rückwirkend ab Geburt bei erst spät feststehender Vaterschaft, Themengutachten TG-1189	Bernhard Knittel/Petra Birnstengel	Themengutachten, DIJuF-Rechtsgutachten 1. Auflage 2015	Rn. 1-10
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------	--------------------------------------------------------	----------

Geltendmachung des Kindesunterhalts rückwirkend ab Geburt bei erst spät feststehender Vaterschaft, Themengutachten TG-1189

Prof. Dr. Bernhard Knittel und Petra Birnstengel

Stand: 6/2016

1. Auf welcher Rechtsgrundlage kann bei erst spät feststehender Vaterschaft der Kindesunterhalt rückwirkend ab Geburt geltend gemacht werden?
2. Kann der Unterhaltspflichtige bei einer erst mit mehrjährigem zeitlichem Abstand zur Geburt wirksam gewordenen Vaterschaftsfeststellung die Einrede der Verjährung gegen einen Teil der Unterhaltsansprüche erheben?
3. Kann der Unterhaltspflichtige bei später Vaterschaftsfeststellung sich zur Abwehr von Unterhaltsforderungen ab Geburt auf unbillige Härte berufen?
 - 3.1 Grundlegende Ausführungen zum § 1613 Abs. 3 BGB
 - 3.2 Maßgeblichkeit der Kenntnis des Schuldners von seiner Vaterschaft und Auswirkungen der Forderung auf dessen wirtschaftliche und soziale Existenz
 - 3.3 Weitere Ausführungen zum (Teil)-Erlass der Rückstände
 - 3.4 Formulierungsvorschlag für ein außergerichtliches Vergleichsangebot
4. Kann der Unterhaltspflichtige bei später Vaterschaftsfeststellung sich zur Abwehr von Unterhaltsforderungen ab Geburt auf Verwirkung berufen?
 - 4.1 Verhältnis zwischen Verwirkung und § 1613 Abs. 3 BGB
 - 4.2 Anforderungen an das Umstandsmoment der Verwirkung
5. Kann sich der Unterhaltspflichtige auch gegenüber einem Rechtsnachfolger des Kindes auf Verwirkung berufen?

1. Auf welcher Rechtsgrundlage kann bei erst spät feststehender Vaterschaft der Kindesunterhalt rückwirkend ab Geburt geltend gemacht werden?

Der Unterhaltsanspruch eines Kindes **entsteht zwar bereits mit der Geburt** des Kindes und wird auch zugleich fällig (BT-Drs. 13/7338, 31; Bütte ua/Büte BGB § 1613 Rn. 21), der Anspruch kann aber erst ab Anerkennung (§ 1594 Abs. 1 BGB) oder ab Feststellung der Vaterschaft (§ 1600 d Abs. 4 BGB) geltend gemacht werden. Für nichteheliche Kinder hat daher § 1613 Abs. 2 Nr. 2 BGB eine große Bedeutung:

„(2) Der Berechtigte kann für die Vergangenheit ohne die Einschränkung des Absatzes 1 Erfüllung verlangen [...]

2. für den Zeitraum, in dem er
 - a) aus rechtlichen Gründen oder

1

b) aus tatsächlichen Gründen, die in den Verantwortungsbereich des Unterhaltspflichtigen fallen,

an der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs gehindert war.“

Die Vorschrift des **§ 1613 Abs. 2 Nr. 2 a BGB** ermöglicht in Abweichung von der Regel nach § 1613 Abs. 1 S. 1 BGB auch ohne Verzug, Rechtshängigkeit oder Auskunftsverlangen die rückwirkende Geltendmachung des Unterhalts.

Hierzu hat bspw das OLG Schleswig (19.3.2007 – 13 UF 157/05, FamRZ 2007, 2102 [2103]) ausgeführt:

„Nach der genannten Vorschrift kann der Berechtigte für die Vergangenheit auch ohne Verzug, Rechtshängigkeit oder Auskunftsverlangen für den Zeitraum Erfüllung verlangen, in dem er **aus rechtlichen Gründen** an der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs gehindert war. Das betrifft vorliegend den gesamten Zeitraum, bevor der Beklagte die Vaterschaft anerkannte, denn erst mit der Anerkennung stand die Vaterschaft des Beklagten fest, § 1600 d Abs. 4 BGB.“

(Die Richtigkeit dieser Ausführungen wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass statt der an sich zutreffenden Vorschrift des § 1594 Abs. 1 BGB der für gerichtliche Feststellungen maßgebende § 1600 d Abs. 4 BGB zitiert wurde).

Ob die Gründe der Verhinderung in den Verantwortungsbereich des Unterhaltspflichtigen fallen, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Hierauf stellt das Gesetz nur in § 1613 Abs. 2 Nr. 2 b bei „tatsächlichen Gründen“ ab (OLG Karlsruhe 12.9.2005 – 16 UF 153/05 Rn. 27).

Eine Aufforderung des Kindes/Beistands an den Putativvater, also an einen rechtlich noch nicht feststehenden Vater, zur Auskunftserteilung gem. § 1605 Abs. 1 BGB oder gar zur Unterhaltszahlung ist **ohne rechtliche Wirkung**. Sie muss ggf nach der Wirksamkeit der Vaterschaftsfeststellung nachgeholt werden.

Für die daraufhin ggf in Betracht kommende Heranziehung müssen allerdings die allgemeinen Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs des Kindes erfüllt sein. Das gilt insbesondere für die **Leistungsfähigkeit des Pflichtigen nach § 1603 Abs. 1 BGB im jeweiligen Unterhaltszeitraum**: War der Vater in dem Zeitraum, für den er nachträglich in Anspruch genommen werden soll, außerstande, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren, war er nicht leistungsfähig und ist daher nicht zu einer nachträglichen Unterhaltsleistung heranzuziehen.

Bei der rückwirkenden Inanspruchnahme eines Pflichtigen, der in dem fraglichen Zeitraum nicht mit der Heranziehung zum Unterhalt rechnen musste und auch tatsächlich nicht gerechnet hat, kann **nicht etwa der verschärfte Maßstab des § 1603 Abs. 2 BGB** für die Unterhaltshaftung

gegenüber minderjährigen Kindern angewendet werden. Das gilt insbesondere für erhöhte Erwerbsobliegenheiten, etwa durch verstärkte Anstrengungen zur Suche einer neuen Beschäftigung im Fall der Arbeitslosigkeit oder zur Aufnahme von Nebentätigkeiten bei nicht ausreichendem Einkommen. Der Begriff der Obliegenheitsverletzung, den die Rechtsprechung in diesen Fällen zur Rechtfertigung der Zurechnung fiktiven Einkommens gebraucht (vgl BVerfG 18.6.2012 – 1 BvR 774/10 Rn. 17, NJW 2012, 2420 und zuletzt BGH 1.7.2015 – XII ZB 240/14 Rn. 42, FamRZ 2015, 1473), schließt das Element der Vorwerfbarkeit ein. Hieran fehlt es aber, wenn der Schuldner gar keine Kenntnis von den ihm erst nachträglich offenbarten Anforderungen an seine Erwerbsbemühungen hatte.

Ferner kann auch **nicht rückwirkend der verminderte Selbstbehalt** nach Anm. 5 zur Düsseldorfer Tabelle bzw den entsprechenden OLG-Leitlinien herangezogen werden, wenn der Schuldner im fraglichen Zeitraum keine Kenntnis von seiner konkreten Unterhaltspflicht hatte. Die Vorgaben des § 1603 Abs. 2 BGB in der Ausprägung durch die Rechtsprechung beruhen auf der Erwägung, dass sich Eltern in ihrer eigenen Lebensführung entsprechend einschränken müssen, um ihren minderjährigen Kindern Unterhalt zahlen zu können. Kennen sie aber diese Unterhaltspflicht noch nicht, kann ihnen auch nicht vorgehalten werden, dass sie nicht ihr Einkommen in dem hierfür erforderlichen Umfang für die Deckung des Barbedarfs eines Kindes verwendet bzw freigehalten haben.

2. Kann der Unterhaltspflichtige bei einer erst mit mehrjährigem zeitlichem Abstand zur Geburt wirksam gewordenen Vaterschaftsfeststellung die Einrede der Verjährung gegen einen Teil der Unterhaltsansprüche erheben?

Die Einrede der Verjährung kann nicht greifen. Zum einen ist der unter Frage 1 dargestellte Grundsatz zum Zeitpunkt der frühestmöglichen Geltendmachung des Unterhalts zu beachten. Auch wenn der Anspruch bereits mit Geburt des Kindes entsteht und fällig wird (dazu Frage1), dürfte bis zur Klärung der rechtlichen Vaterschaft ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners in zumindest entsprechender Anwendung des § 205 BGB mit der Folge einer Hemmung der Verjährung bestehen.

2

Zum anderen ist allgemein im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern die Verjährung von Ansprüchen nach **§ 207 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a BGB** bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes gehemmt.

3. Kann der Unterhaltspflichtige bei später Vaterschaftsfeststellung sich zur Abwehr von Unterhaltsforderungen ab Geburt auf unbillige Härte berufen?

3.1 Grundlegende Ausführungen zum § 1613 Abs. 3 BGB

Als Korrektiv für die Möglichkeit der weitreichenden rückwirkenden Geltendmachung soll die **spezielle Vorschrift des § 1613 Abs. 3 BGB** unbillige Härten für den Schuldner vermeiden helfen. Die Vorschrift lautet:

3

„(3) In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 2 [Anm.: unter Frage 1 abgedruckt] kann Erfüllung nicht, nur in Teilbeträgen oder erst zu einem späteren Zeitpunkt verlangt werden, soweit die volle oder die sofortige Erfüllung für den Verpflichteten eine **unbillige Härte** bedeuten würde. Dies gilt auch, soweit ein Dritter vom Verpflichteten Ersatz verlangt, weil er anstelle des Verpflichteten Unterhalt gewährt hat.“

Es handelt sich um eine **Einwendung**, die geltend gemacht werden muss (NK-BGB/Menne BGB § 1613 Rn. 36 mwN; MüKo/Born BGB § 1613 Rn. 102; hingegen spricht Erman/Hammermann BGB § 1613 Rn. 39 von einer „**Einrede**“, was aber im hier interessierenden Zusammenhang keinen wesentlichen Unterschied bedeutet).

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Voraussetzungen des § 1613 Abs. 3 BGB trägt der Unterhaltspflichtige wobei es hier insbesondere auch auf seine wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnisse ankommt (OLG Schleswig 19.3.2007 – 13 UF 157/05, FamRZ 2007, 2002; NK-BGB/Menne BGB § 1613 Rn. 36). Zu berücksichtigen ist auch die Gesamthöhe der rückständigen Unterhaltsverpflichtung (MüKo/Born BGB § 1613 Rn. 102).

In einschlägigen Fällen kann der Schuldner deswegen **Stundung, Ratenzahlung sowie ggf teilweisen Erlass der Forderung** verlangen. Das gilt nach Satz 2 der Vorschrift auch bei Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite (bspw nach gesetzlichem Forderungsübergang gem. § 1607 BGB).

3.2 Maßgeblichkeit der Kenntnis des Schuldners von seiner Vaterschaft und Auswirkungen der Forderung auf dessen wirtschaftliche und soziale Existenz

Für die Bejahung einer unbilligen Härte ist wesentlich, von wann ab der Unterhaltsschuldner mit seiner Inanspruchnahme rechnen musste (vgl LG Heilbronn 10.2.1981 – 2 S 312/80, DAVorm 1981, 301; LG Ulm 10.8.1994 – 1 S 112/94, FamRZ 1995, 633, jeweils zur vormaligen sinngemäß übereinstimmenden Billigkeitsvorschrift des § 1615 i Abs. 1 und 2 BGB aF).

4

Deshalb sollte in derartigen Fällen stets **durch Befragen der Mutter und des Vaters geklärt** werden:

- Hatte der Mann seinerzeit Kenntnis von der Schwangerschaft der Mutter und der Geburt des Kindes?
- Falls das zutrifft: Welche Anhaltspunkte dafür hatte er, dass er womöglich nicht der Vater sein könnte?
- Andernfalls: Wann hat ihn die Mutter erstmals konkret mit der Möglichkeit seiner Vaterschaft konfrontiert?

Erfahrungsgemäß liegt bei gerichtlichen Entscheidungen über derartige Sachverhalte ein gewisses Risiko vor, wenn die Mutter sich gegenüber dem nunmehr als Vater feststehenden Mann **seinerzeit unklar bzw widersprüchlich verhalten** hat und er letztlich den Eindruck gewinnen musste, er sei nicht der Vater und werde auch als solcher nicht unterhaltsrechtlich belangt werden. Ein entsprechendes Verhalten der Mutter kann – neben der Verwirkung, dazu unten Frage 4 – auch für die Frage der unbilligen Härte eine Rolle spielen.

Weiterhin muss berücksichtigt werden, wie sich die jetzige Rückzahlungsverpflichtung auf die **wirtschaftliche und soziale Existenz des Schuldners** auswirkt.

Deshalb genügt allein die Behauptung des solventen Schuldners, ihm sei die **Vaterschaft „verheimlicht“** worden, nicht als durchgreifender Einwand. Die rückwirkende Heranziehung zum Unterhalt bis zur Geburt ist keinesfalls davon abhängig, dass dem Unterhaltspflichtigen von Anfang an seine mögliche Vaterschaft bewusst war oder ausdrücklich mitgeteilt wurde. Dies beweist allein die Tatsache, dass Rechtsprechung und Literatur einhellig davon ausgehen, die Vorschrift des § 1613 Abs. 3 BGB erfasse auch die Fälle einer späten Kenntnis des Unterhaltspflichtigen von seiner Vaterschaft (vgl Erman/*Hammermann* BGB § 1613 Rn. 37 unter Hinw. auf BT-Drs. 13/7338, 32: „Als Hauptanwendungsbereich ist der Fall gedacht, dass die Vaterschaft erst später festgestellt wird“).

3.3 Weitere Ausführungen zum (Teil)-Erlass der Rückstände

Die Entscheidung im Rahmen des § 1613 Abs. 3 BGB kann **nur als Einzelfallentscheidung unter konkreter Berücksichtigung aller Umstände beider Parteien** getroffen werden (LG Heilbronn 10.2.1981 – 2 S 312/80, DAVorm 1981, 301 zur vormaligen sinngemäß übereinstimmenden Billigkeitsvorschrift des § 1615 i Abs. 1 und 2 BGB aF).

5

An einen Erlass des gesamten rückständigen Betrags oder eines Teils davon ist vor allem dann zu denken, wenn und soweit der Vater während des Zeitraums, für den er Unterhalt schuldet, **subjektiv redlich** war, also nicht mit der Unterhaltspflicht rechnen musste, wenn durch seine Belastung mit einem hohen rückständigen Betrag der laufende Unterhalt für das Kind oder für andere Kinder oder die Ehefrau des Vaters objektiv gefährdet wäre und wenn die Gefährdung nicht durch mildere Mittel (Stundung oder Herabsetzung des Unterhaltsbetrags) abgewendet werden kann (Staudinger/*Engler* BGB § 1613 Rn. 106 mwN).

Eine ggf derzeit schwierige finanzielle Lage des Schuldners ist folglich zu würdigen.

Keinesfalls folgt aber aus § 1613 Abs. 3 BGB, dass in einschlägigen Fällen auf die Erfüllung der Rückstände stets **insgesamt und vollständig zu verzichten** sei. Das ergibt sich nicht zuletzt aus der bereits in Frage 1

zitierten Entscheidung des OLG Schleswig (19.3.2007 – 13 UF 157/05, FamRZ 2007, 2102).

In dem entschiedenen Fall – es ging um ein scheinheliches Kind, dessen Erzeuger erst zehn Jahre nach der Geburt und nach erfolgreicher Anfechtung durch den Ehemann die Vaterschaft anerkannt hatte – hat der Senat letztlich ausgeführt:

„Die nach der vorgenannten Vorschrift des § 1613 Abs. 3 BGB vorzunehmende Billigkeitsabwägung führt jedoch dazu, dass dem Beklagten ein **erheblicher Teil seiner Rückzahlungsverpflichtung zu erlassen** ist und die Zahlungsverpflichtung auf insgesamt 8.000 EUR beschränkt wird. Zugleich wird die Zahlung des an sich begründeten Zinsanspruchs des Klägers nach den §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB für die Zeit ab 1. Dezember 2003 erlassen.“ (OLG Schleswig 19.3.2007 – 13 UF 157/05 Rn. 92)

Da seinerzeit ursprünglich Unterhaltsrückstände iHv 11.361,76 EUR eingeklagt worden waren, wurden dem Beklagten **im Ergebnis somit 30% dieser Summe** – ohne Berücksichtigung der Zinsen – erlassen.

Ein **völliger Erlass** kommt nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht (BT-Drs. 13/7338, 32; Erman/Hammermann BGB § 1613 Rn. 38), etwa wenn sonst eine Überschuldung droht, die dem Verpflichteten jegliche Motivation zur Leistung von Unterhalt nimmt (AG Göttingen 28.3.1984 – 21 C 561/83, FamRZ 1985, 199).

Denn für den Erlass des Unterhaltsrückstands ist es notwendig, dass die eigene Lebenshaltung, dh die von **Sozialhilfe** unabhängige bürgerliche Existenz, durch die Aufbringung der Rückstände auf Dauer infrage gestellt sein muss (OLG Jena 23.5.2002 – 1 UF 21/02 Rn. 34, NJW-RR 2002, 1154).

3.4 Formulierungsvorschlag für ein außergerichtliches Vergleichsangebot

Dem Unterhaltsgläubiger ist zu empfehlen, in geeigneten Fällen, zur Reduzierung des Streitstoffs in einschlägigen Fällen von vornherein dem Unterhaltspflichtigen ein entsprechendes Entgegenkommen anzubieten. In einem einschlägigen Praxis-Fall hatte das Institut einer anfragenden UVG-Stelle ein ausführliches Antwortschreiben an den anwaltlich vertretenen Schuldner unter Darlegung der oben sowie zu Frage 4 angesprochenen Rechtslage mit folgender abschließender Formulierung vorgeschlagen:

„Als Vertretungsbehörde des Landes sind wir der Auffassung, dass der Rückgriffsanspruch gegen Ihren Mandanten grundsätzlich begründet ist und aus den eingehend dargelegten Gründen weder an der Sperrwirkung des § 1613 Abs. 1 S. 1 BGB noch am Einwand der Verwirkung scheitern kann.

Allerdings ist einzuräumen, dass die Voraussetzungen einer ‚unbilligen Härte‘ im Sinne von Absatz 3 der Vorschrift wohl

grundsätzlich nicht verneint werden können. Wäre das Land bei anhaltender Zahlungsverweigerung Ihres Mandanten gehalten, die Forderung gerichtlich geltend zu machen, würde ein Vergleichsvorschlag des Familiengerichts wohl letztlich auf einen Teilerlass der Forderung im vorgenannten Umfang hinauslaufen.

Zur Vermeidung eines solchen Verfahrens und zur Förderung einer außergerichtlichen gütlichen Einigung wird deshalb vorgeschlagen, die geltend gemachte Forderung in Höhe von 8.696,62 EUR um 30% zu reduzieren und den sich hierbei ergebenden Betrag von 6.087,63 EUR noch weiter abzurunden auf 6.000 EUR. Zugleich wird die Zahlung des an sich begründeten Zinsanspruchs nach den § 286 Abs. 1, § 288 Abs. 1 BGB für die Zeit ab ... erlassen.

Wir sind überzeugt, dass Ihr Mandant im Fall der Rechtsverteidigung gegen den Anspruch in einem gerichtlichen Verfahren auch nicht mehr erreichen könnte als durch dieses Angebot.

Entsprechend der Vorgehensweise im Urteil des OLG Schleswig (19.3.2007 - 13 UF 157/05, FamRZ 2007, 2102) wird weiter angeboten:

■Ihrem Mandanten wird nachgelassen, den Betrag in monatlichen Raten von 150 EUR, beginnend mit dem 1. Dezember ... abzutragen.

■Kommt ihr Mandant mit der Zahlung von mehr als zwei Monatsraten in Rückstand, so wird der gesamte dann bestehende Restbetrag zur sofortigen Zahlung fällig.

Wir sehen Ihrer Rückäußerung zu diesem Schreiben bis

-[konkretes Datum einfügen]-

entgegen. Andernfalls sehen wir uns gehalten, den bereits vorbereiteten Feststellungsantrag beim Familiengericht einzureichen. Ihre Zustellungsvollmacht für das gerichtliche Verfahren haben wir für diesen Fall vorgemerkt.

Mit freundlichen Grüßen"

4. Kann der Unterhaltspflichtige bei später Vaterschaftsfeststellung sich zur Abwehr von Unterhaltsforderungen ab Geburt auf Verwirkung berufen?

4.1 Verhältnis zwischen Verwirkung und § 1613 Abs. 3 BGB

Die Annahme einer Verwirkung wird nach überwiegender Ansicht **nicht durch die Vorschrift des § 1613 Abs. 3 BGB ausgeschlossen**, welche die Härte und wirtschaftliche Belastung aus der rückwirkenden Geltendmachung des Anspruchs erleichtern soll (aA MüKo/Born BGB § 1613 Rn. 103, der von „Ausschließlichkeit“ der Vorschrift ausgeht). Diese führt

7

jedoch iE dazu, dass „der Rechtsbehelf der **Verwirkung** hier besonderer Zurückhaltung unterliegt und im Wesentlichen nur insoweit zur Anwendung gelangt, als die infrage kommenden Belastungen und Beeinträchtigungen des Unterhaltsschuldners außerhalb des Regelungsbereichs des § 1613 Abs. 3 BGB liegen“ (OLG Jena 23.5.2002 – 1 UF 21/02 Rn. 34, NJW-RR 2002, 1154).

4.2 Anforderungen an das Umstandsmoment der Verwirkung

Jedenfalls **genügt der bloße Zeitablauf nicht**, damit sich der Schuldner eines Anspruchs auf Verwirkung berufen kann (BGH 9.10.2013 – XII ZR 59/12 Rn. 10 f, NJW-RR 2014, 195).

8

Selbst wenn im Einzelfall mehr als zehn Jahre zwischen der Geburt des Kindes und der Anerkennung der Vaterschaft vergangen sind, kann das für sich genommen nicht den Verwirkungseinwand begründen.

Hinzukommen muss als Umstandsmoment ein **widersprüchliches und deshalb illoyales Verhalten des Berechtigten** gegenüber dem Verpflichteten. Dabei muss sich ein Kind bei der Geltendmachung seiner Ansprüche gegenüber einem Elternteil ein derartiges Verhalten seiner Mutter als gesetzlicher Vertreterin zurechnen lassen (OLG Köln 19.11.2013 – II-27 UF 92/13, 27 UF 92/13, FamRZ 2014, 1309; vgl. ebenso zur Zurechnung des Verhaltens des Jugendamts als Beistand im Rahmen der Verwirkung OLG Hamm 17.3.2014 – II-6 UF 196/13, 6 UF 196/13 Rn. 28, 29, ZKJ 2014, 385).

So hat das OLG Schleswig (19.12.2007 – 15 UF 142/07 Rn. 65, FamRZ 2008, 2057) **die jahrelange grundlose Passivität der Mutter hinsichtlich der Vaterschaftsfeststellung** mit folgenden Ausführungen zulasten des Kindes gewertet:

„Sie hat - vertreten durch die Klägerin zu 2) - in der Zeit bis Anfang 2005 keinerlei Anstrengungen unternommen, um die Vaterschaft des Beklagten feststellen zu lassen. Die Klägerinnen tragen zwar vor, der Beklagte sei erst nach jahrelangem Druck bereit gewesen, die Vaterschaft anzuerkennen. Diese Behauptung hat sich jedoch nach der Anhörung der Klägerin zu 2) und des Beklagten durch den Senat nicht bestätigt. Die Klägerin zu 2) hat **den Beklagten zu keinem Zeitpunkt unter Fristsetzung mündlich oder schriftlich aufgefordert, die Vaterschaft anzuerkennen**. Vielmehr hatte der Beklagte Anfang 2005 noch vor dem Ablauf von zwei Wochen alles in die Wege geleitet, um die Vaterschaft anzuerkennen, nachdem ihn die Klägerin zu 2) dazu aufgefordert hatte. Außerdem hätte die Klägerin zu 2) im Falle der Weigerung des Beklagten, die Vaterschaft anzuerkennen, jederzeit die Feststellung der Vaterschaft gerichtlich betreiben können.“

Im gleichen Sinne entschieden hat das OLG Köln (19.11.2013 – II-27 UF 92/13, 27 UF 92/13, FamRZ 2014, 1309) ausweislich des veröffentlichten redaktionellen Leitsatzes:

„Auch wenn der Lauf der Verjährungsfrist erst mit rechtskräftiger Feststellung der Vaterschaft beginnt, kann der Einwand der Verwirkung auch vor Ablauf der Verjährungsfrist geltend gemacht werden, wenn die Einleitung des Verfahrens zur Feststellung der Vaterschaft nicht wegen des Verhaltens des Vaters verzögert wurde, sondern der gesetzliche Vertreter **trotz der unzweifelhaften Kenntnis der biologischen Vaterschaft** die Feststellung über mehrere Jahre hinweg nicht betrieb.“

Besonderen Anlass zu einem Vertrauen darauf, dass er nicht mehr zu Unterhaltszahlungen herangezogen werde, hat der erst später festgestellte Vater dann, wenn die Mutter ihn **zunächst ausdrücklich als möglichen Erzeuger bezeichnet**, jedoch anschließend von weiteren Schritten abgesehen hat (bzw sogar einen gerichtlichen Antrag auf Feststellung seiner Vaterschaft zurückgenommen hat).

Für die besondere Fallgestaltung, dass die Mutter mit dem Erzeuger des Kindes jahrelang **in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebte** und erst nach dem Bruch der Beziehung die Vaterschaft feststellen ließ, ist zudem zu bedenken, dass nach Jahren die Erfüllung der Barunterhaltspflicht durch den Vater kaum noch nachzuweisen ist. Unter diesen Umständen kann die Geltendmachung rückständigen Unterhalts eine illoyale Verspätung der Rechtsausübung gem. § 242 BGB darstellen (OLG Jena 23.5.2002 – 1 UF 21/02 Rn. 36, NJW-RR 2002, 1154).

Dasselbe kann auf den Fall zutreffen, dass der rechtlich nicht als Vater feststehende Mann der Mutter durch **Überlassung einer EC-Karte** über Jahre hinweg Kontoabhebungen zugunsten des Kindes ermöglicht, ohne dass deren genauer Umfang und die zweckentsprechende Verwendung der Gelder später noch aufklärbar ist.

5. Kann sich der Unterhaltspflichtige auch gegenüber einem Rechtsnachfolger des Kindes auf Verwirkung berufen?

Selbst wenn unter den zur Frage 4 dargestellten Voraussetzungen womöglich eine **Verwirkung** hinsichtlich der originären Unterhaltsansprüche des Kindes in Betracht kommt, kann dies **nicht von vornherein zulasten eines Rechtsnachfolgers** gehen (zB des Landes gem. § 7 Abs. 1 UVG nach geleistetem Unterhaltsvorschuss).

Für einen insoweit vergleichbaren Fall aus dem Anwendungsbereich des SGB II hat das SächsLSG (13.2.2014 – L 7 AS 34/10 Rn. 37 f) erkannt:

„37 Der etwaige Unterhaltsanspruch ist auch nicht verwirkt. Hierfür ist entscheidend, ob dem Unterhaltsanspruch aufgrund der von dem Kläger geltend gemachten Umstände ein Verstoß gegen Treu

und Glauben nach § 242 BGB entgegensteht. Ein Recht ist nicht schon dann verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend gemacht hat (sog. Zeitmoment). Vielmehr muss der Verpflichtete sich ferner hierauf eingerichtet haben und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf haben einrichten dürfen, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde (sog. **Umstandsmoment**).

38 Da der Unterhaltsanspruch einschließlich des Auskunftsanspruchs gemäß § 33 Abs. 1 SGB II, insbesondere Satz 3 dieser Vorschrift kraft Gesetzes auf den Beklagten übergegangen ist, kam es **ab diesem Zeitpunkt nicht mehr auf das Verhalten der geschiedenen Ehefrau** an, sondern auf das des Beklagten. Dieser hat dem Kläger aber durch sein öffentlich-rechtliches Auskunftsbegehren hinreichend deutlich gemacht, dass er den Unterhaltsanspruch verfolgen werde, sodass schutzwürdiges Vertrauen des Klägers darauf, dass der Berechtigte seinen Anspruch nicht weiter verfolgen wird, gar nicht erst entstehen konnte.“

Wenn es aber ab dem jeweiligen Anspruchsübergang allein auf das **Verhalten des Sozialleistungsträgers** ankommt, ist zu berücksichtigen: Dieser konnte den Anspruch gegen den Vater als potenziellen Unterhaltsschuldner gar nicht geltend machen, solange er ihn **als Person überhaupt nicht kannte** und konnte deshalb auch nicht etwa auf die Mutter einwirken, die Vaterschaftsanerkennung zu betreiben. Dass dies der Mutter ggf möglich war, ist dem Sozialleistungsträger nicht zuzurechnen. Das gilt insbesondere dann, wenn dieser offensichtlich von der Mutter mit falschen Angaben zur potenziellen Vaterschaft bedient wurde, etwa der in damals nicht widerlegbarer Weise aufgestellten Behauptung, das Kind sei mit einem Unbekannten bei einer einmaligen flüchtigen Begegnung gezeugt worden.

Literaturverzeichnis

Büte, D./Poppen, E./Menne, M. (Hrsg) (2015). Kommentar. Unterhaltsrecht. Ehegatten-, Kindes- und Verwandtenunterhalt, Prozessrecht und einschlägige Nebenbestimmungen, 3. Aufl., C. H. Beck, München (zit. Büte ua/*Bearbeiter*)

10

Erman, W. (Begr.) (2014). BGB. Kommentar in zwei Bänden, Westermann, H.-P./Grunewald, B./Maier-Reimer, G. (Hrsg), 14. Aufl., Otto Schmidt, Köln (zit. Erman/*Bearbeiter*)

Kaiser, D./Schnitzler, K./Friederici, P./Schilling, R. (Hrsg) (2014). Bürgerliches Gesetzbuch. Band 4: Familienrecht. §§ 1297-1921, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden (zit. NK-BGB/*Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2012). Band 8. Familienrecht II. §§ 1589-1921. SGB VIII, Säcker, F. J./Rixecker, R. (Hrsg), Schwab, D. (Redakteur), 6. Aufl., C. H. Beck, München (zit. MüKo/*Bearbeiter*)

Staudinger, J. v. (Begr.) (2000). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 4. §§ 1601-1615, Engler, H. (Redakteur), Sellier/de Gruyter, Berlin (zit. Staudinger/Bearbeiter)