

*Dr. Thomas Budde*

## Die Korrektur des Versorgungsausgleichs wegen grober Unbilligkeit

### I. Einleitung

#### 1. Grundsätze

Am 12.2.2009 hat der Bundestag das von der Bundesregierung<sup>1</sup> eingebrachte Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleiches beschlossen<sup>2</sup>. Das Gesetz soll zum 1.9.2009 in Kraft treten. Mit der Zustimmung des Bundesrates ist zu rechnen, nachdem er seine Stellungnahme bereits abgegeben und die Bundesregierung hierauf geantwortet hat<sup>3</sup>. Der bisherige § 1587 c BGB wird künftig durch § 27 VAG<sup>4</sup> ersetzt. Unter der Überschrift »Beschränkung oder Wegfall des Versorgungsausgleiches« heißt es nunmehr kurz und bündig: »Ein Versorgungsausgleich findet ausnahmsweise nicht statt, soweit er grob unbillig wäre. Dies ist nur der Fall, wenn die gesamten Umstände des Einzelfalles es rechtfertigen, von der Halbteilung abzuweichen«. In der Begründung zum Gesetzentwurf wird darauf hingewiesen, dass § 27 VAG die bisherigen Vorschriften der §§ 1587 c und 1587 h BGB sowie § 3 a Abs. 6 VAHRG ersetzen wird. § 1587 c BGB bleibe materiell in der Sache unverändert, werde aber »sprachlich und strukturell gestrafft«<sup>5</sup>. Die neue, knappe Generalklausel erlaube es, auf die bisherige Rechtsprechung in den bereits geregelten Härtefällen zurückzugreifen und weitere Fallgruppen zu entwickeln: »Eine Änderung des materiellen Rechts ist mit der sprachlichen Neufassung der Norm auf der Tatbestandsseite also nicht verbunden«<sup>6</sup>. Der Rechtsprechung und Literatur bleiben die materiell-rechtlichen Probleme erhalten, ob, wenn ja, in welchem Umfang und für welchen Zeitraum, nunmehr auch für welches einzelne Ausgleichsrecht ein Ausgleichsanspruch gekürzt werden kann oder entfällt<sup>7</sup>. Sowohl die alte, als auch die neue Regelung verstehen sich als Gerechtigkeitskorrektiv. Es ist einerseits der Anspruch des Ausgleichsberechtigten nach Art. 6 Abs. 1 iVm Art. 3 Abs. 2 GG auf gleichmäßige Teilhabe der in der Ehe erworbenen Vermögenswerte, andererseits der Schutz vor einem unberechtigten Eingriff in die durch Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Versorgungsrechte auszutarieren<sup>8</sup>. Maßgeblich sind immer die gesamten Umstände des Einzelfalles<sup>9</sup>. In dieser Gesamtschau ist nunmehr nicht nur das treuwidrige Verhalten des Ausgleichsberechtigten – so die bisherige Regelung des § 1587 c BGB –, sondern auch das Verhalten des Ausgleichsverpflichteten zu würdi-

gen<sup>10</sup>. Der Gesetzgeber hat versucht, eine Grenze dahingehend zu ziehen, dass eine »Härtefallentscheidung keinen Strafcharakter annehmen« dürfe<sup>11</sup>.

#### 2. Fragen

Es bleibt somit dabei, dass der Versorgungsausgleich nur ausnahmsweise, nicht schon dann, wenn er unbillig wäre, sondern erst, wenn eine grobe Unbilligkeit vorliegt, zu korrigieren ist, wobei die Korrektur nicht eine Strafe sein darf. Mithin fragt sich:

- Ist eine Korrektur nur dann angezeigt, wenn sie sich auch wirtschaftlich auswirkt, oder genügt auch ein ausschließlich persönliches Fehlverhalten?
- Wann ist die Eingriffshöhe, die grobe Unbilligkeit, erreicht?
- Wie kann ein Maßstab dafür gefunden werden, in welchem Umfang der Ausgleichsanspruch zu kürzen oder gar zu versagen ist?
- Wann findet die Korrektur eine Grenze, weil sie zur Strafe (Strafvorschrift) mutiert?

Weder in der Literatur, noch in der Rechtsprechung, sind hierzu allgemein anwendbare Kriterien entwickelt worden. Die Entscheidung, ob eine grobe Unbilligkeit vorliegt, soll der Tatsacheninstanz vorbehalten bleiben, die alle Einzelumstände zu prüfen hat.

- 1 Federführend ist das Bundesministerium der Justiz
- 2 Mitteilung der Pressestelle des Bundesministeriums der Justiz vom 12.2.2009; vgl. auch FF 2009 S. 90, 91
- 3 Vgl. Anlage 3, Stellungnahme des Bundesrates, BT-Dr. 16/10144 S. 116 ff und Anlage 4 Gegenäußerung der Bundesregierung der BT-Dr. 16/10144 S. 124 ff; auch der Nationale Normenkontrollrat hat erklärt, dass er keine Bedenken habe: Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates Anlage 2 zur BT-Dr. 16/10144 S. 115
- 4 Versorgungsausgleichsgesetz
- 5 Vgl. BT-Dr. 16/10144–68. Die neue, knappe Generalklausel erlaube es, auf die bisherige Rechtsprechung in den bereits geregelten Härtefällen zurückzugreifen und weitere Entfallgruppen zu entwickeln: »Änderung des materiellen Rechts ist mit der sprachlichen Neufassung der Norm auf der Tatbestandsseite also nicht verbunden«
- 6 So wörtlich BT-Dr. aaO. S. 68
- 7 Unabhängig davon ist die Leistung des Gesetzgebers ausdrücklich hervorzuheben, nach über 30 Jahren ein nunmehr sprachlich und inhaltlich klares Gesetz zum Versorgungsausgleich geschaffen zu haben
- 8 Vgl. BVerfG FamRZ 2003 S. 1173; BVerfG FamRZ 2002 S. 527 sowie bereits BVerfG FamRZ 1980 S. 326 und FamRZ 1984 S. 653; sowie BGH FamRZ 1979 S. 477
- 9 So wörtlich BT-Dr. aaO. S. 68
- 10 Dies ist insofern konsequent, als nicht mehr eine versorgungsrechtliche Gesamtausgleichsbilanz, sondern wegen der vorrangigen internen Ausgleichsregelung alle Anrechte einzeln zu bewerten und auszugleichen sind
- 11 So wörtlich BT-Dr. aaO. S. 68; ebenso die Stellungnahme des Bundesrates in BT-Dr. aaO. S. 126: »...andernfalls könnte die Härteklausel den Boden eines familienrechtlichen Ausgleichs verlassen und den Charakter einer Strafvorschrift annehmen«

Gerade dies kann ein Gerechtigkeitsdefizit bedeuten, da nicht nur die materielle Gerechtigkeit des Einzelfalles, sondern auch die Vorhersehbarkeit einer Rechtsfolge zu beachten sind<sup>12</sup>.

## II. Bestandsaufnahme

### 1. Persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse

**a)** Die Bundesregierung verweist in der Begründung zu § 27 VAG darauf, dass nicht nur die wirtschaftlichen, sondern alle, also »auch die sonstigen persönlichen Lebensumstände der Eheleute zu würdigen« seien<sup>13</sup>. Dabei wird ergänzend darauf verwiesen, dass die Beschränkung im früheren § 1587 h Nr. 1 BGB auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers beruht habe, und somit diese Bestimmung wie § 1587 c BGB weit auszulegen sei, dahingehend, dass alle Umstände, mit hin auch persönliche, zu berücksichtigen seien<sup>14</sup>.

**b)** Da ausdrücklich der bisherige § 1587 c BGB – ebenso § 1587 h BGB – materiell-rechtlich nicht durch § 27 VAG geändert werden soll, muss der Hintergrund der alten Vorschrift zur Frage, welche Umstände für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs maßgebend sind – nur wirtschaftliche oder auch persönliche Verhältnisse? – ermittelt werden.

**aa)** Der Regierungsentwurf zu § 1587 c Nr. 1 BGB hatte in der Formulierung des Rechtsausschusses des Bundestages den Ausschluss des Versorgungsausgleiches vorgesehen, »soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere des beiderseitigen Vermögenserwerbs während der Ehe grob unbillig wäre«<sup>15</sup>. Danach war eine Berücksichtigung persönlicher Umstände nicht vorgesehen. Auf Veranlassung des Bundesrates ist das Wort »wirtschaftliche« (Verhältnisse) entfallen, so dass die Gesetz gewordene Formulierung ... »unter Berücksichtigung der beiderseitigen Verhältnisse, insbesondere des beiderseitigen Vermögenserwerbs« auch eine Prüfung der persönlichen Umstände ermöglicht; dies wird durch den hinzugefügten zweiten Hs. allerdings insoweit eingeschränkt, als Umstände nicht allein deshalb berücksichtigt werden dürfen ...«, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben«<sup>16</sup>.

**bb)** Klar ist damit, dass ein grob unbilliges wirtschaftliches Ungleichgewicht der Korrektur bedarf; offen bleibt, ob der Wortlaut eine Korrektur auch dann zulässt, wenn ohne wirtschaftliche Auswirkung ausschließlich persönliche Umstände zu werten sind. Dabei wird die Beurteilung umso komplizierter, als nach § 1587 c Nr. 1 2. Hs. BGB persönliche Umstände dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn sie zum Scheitern der Ehe geführt haben.

**c)** Bei einer solchen gesetzlichen Vorgabe ist es nicht verwunderlich, dass die Rechtsprechung keinen roten Faden finden konnte, sondern auf die Beurteilung der Gesamtumstände ausweicht<sup>17</sup>. Dementsprechend breit gefächert und für weitere Beurteilungen zukünftiger Fälle offen ist die Beurteilung in den veröffentlichten Gerichtsentscheidungen.

**aa)** In seinem Kammerbeschluss vom 20. 5. 2003<sup>18</sup> hat das BVerfG unter Hinweis auf seine vorausgegangene Rechtsprechung klar gestellt, dass jedenfalls nicht ... »jegliches eheliches Fehlverhalten durch einen Ausschluss oder eine Beschränkung des Versorgungsausgleichs ...« sanktioniert werden darf. Das Gericht hat klar geklärt, dass der Versorgungsausgleich die gleichmäßige Teilhabe der Eheleute an dem erworbenen Vermögen sicherstellen soll<sup>19</sup>. Das Vertrauen der Eheleute, dass sie sich ehегerecht verhalten, wird durch § 1587 c Nr. 1 BGB nicht geschützt. Damit verweist das BVerfG zutreffend auf die Grundregel des Versorgungsausgleichs, die gleichmäßige, wirtschaftliche, vermögensmäßige Teilhabe der Eheleute an den während der Ehe erzielten Versorgungsansprüchen.

**bb)** Der BGH stellt in seiner grundlegenden Entscheidung vom 13. 10. 1982<sup>20</sup> klar, dass eheliches Fehlverhalten auch ohne wirtschaftliche Relevanz die Anwendung des § 1587 c Nr. 1 BGB rechtfertigen könne. Diese

12 Vgl. zu den Bestandteilen der Gerechtigkeit – Gleichheit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit, Radbruch Rechtsphilosophie § 9 Antinomien der Rechtsidee sowie Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs von Dreier und Paulson in Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, Studienausgabe S. 239: Die Trias der Rechtsidee, Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit. Eichenhofer FuR 1994, 66: iustitia commutativa

13 So wörtlich BT-Dr. aaO. S. 68

14 Vgl. BT-Dr. aaO. S. 68 unter Hinweis auf Soergel-Lipp 13. Aufl. 2000, § 1587 h BGB Rdn. 9

15 Vgl. BT-Dr. 7/4361 S. 100

16 Vgl. BT-Dr. 7/4694 S. 17

17 Vgl. Palandt-Brudermüller § 1587 c Anm. 7 »nach Abwägung sämtlicher Lebensumstände der Ehegatten«; Erman-Klattenhoff § 1587 c Anm. 2 »eine schematische Anwendung der Norm durch bloßes Einordnen des Sachverhalts in eine bestimmte Fallgruppe kann deren Funktion, im Einzelfall grobe Unbilligkeiten und Grundrechtsverletzungen auszuschließen ... nicht gerecht werden ...«; MüKo-Dörr § 1587 c Rdn. 2 »dabei sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu würdigen; eine schematische Anwendung des § 1587 c durch bloßes Einordnen des jeweiligen Sachverhalts in bestimmte Fallgruppen kann der Aufgabe der Härteklausel ... nicht gerecht werden«; mit Verweis auf BGH FamRZ 1979 S. 477

Vgl. zusammenfassend Brudermüller FF Sonderheft 2004 S. 178, 179 ff; Rehme FuR 2005, 356 ff, Eichenhofer FuR 1994, 65 ff

18 vgl. BVerfG aaO. FamRZ 2003 S. 1173

19 Vgl. Erman-Klattenhoff § 1587 c Anm. 1: Beim Versorgungsausgleich handele es sich um einen »sektoralen Zugewinnausgleich«

20 vgl. BGH FamRZ 1983 S. 32 = NJW 1983 S. 117

Auffassung hat der BGH mehrfach bestätigt<sup>21</sup>. In diesen Entscheidungen bewertet er das Unterschieben eines nicht vom Ehemann stammenden Kindes als ein persönlich so schwerwiegendes Fehlverhalten, dass es die Anwendung des § 1587 c Nr. 1 BGB rechtfertigt, und zwar unabhängig von wirtschaftlichen Auswirkungen.

**cc)** Ein differenziertes Bild zeigt die Rechtsprechung verschiedener OLG: Einerseits wird das eheliche Fehlverhalten für die Herabsetzung oder den Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 1587 c Nr. 1 BGB dann herangezogen, wenn ein oder mehrere nicht-eheliche Kinder als ehelich untergeschoben wurden<sup>22</sup>; andererseits wird die Auffassung vertreten, dem persönlichen Fehlverhalten – Unterschieben des nichtehelichen Kindes – sei der Beitrag der Ehefrau durch die langjährige Haushaltsführung entgegen zu halten, was gegen die Anwendung des § 1587 c Nr. 1 BGB spreche<sup>23</sup>. Schließlich ist das OLG Bamberg der Auffassung, ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs komme dann in Betracht, wenn der Ehepartner, hier Ehemann, ein sexuelles Doppelleben geführt habe<sup>24</sup>.

## 2. Abgrenzungsprobleme

Die Formel, § 1587 c BGB sei ein »Gerechtigkeitskorrektiv«<sup>25</sup>, ist ebenso richtig, wie in der Praxis unbrauchbar für die Frage, wann zu korrigieren ist. Festzustellen ist:

**a)** Das Verschuldensprinzip ist für die Ehescheidung abgeschafft. Dies gilt umso mehr für den Versorgungsausgleich, dessen Zweck gerade unabhängig von einem Verschulden die gerechte und damit grundsätzlich insgesamt hälftige Verteilung der Versorgungsansprüche festlegt. Eine halbwegs verlässliche Abgrenzung derjenigen Umstände, die zwar die Scheidung rechtfertigen, aber (noch) nicht ausreichen, um die grobe Unbilligkeit iSd § 1587 c Nr. 1 BGB zu begründen, ist nicht möglich; dies umso weniger, als dreistufig vorgegangen werden müsste:

- In der ersten Stufe werden die Umstände geprüft, die lediglich zur Scheidung geführt haben, diese scheiden aus.
- In der zweiten Stufe wäre zu prüfen, ob darüber hinausgehend eine Unbilligkeit vorliegt; wäre auch dies zu bejahen, müsste
- in der dritten Stufe die grobe Unbilligkeit ermittelt werden.

Letztlich ist die Anwendung des § 1587 c Nr. 1 BGB im persönlichen Bereich nur durch ein »Superverschulden« möglich.

Konsequenterweise ist dann bei der Prüfung aller Umstände, wie sie in der Literatur und Rechtsprechung gefordert wird<sup>26</sup>, einerseits das Verhalten vom einfachen

ehewidrigen bis zum »Superverschulden« – des ausgleichsberechtigten Ehegatten zu würdigen, andererseits aber auch das Verhalten des ausgleichsverpflichteten Ehegatten, welches das Verhalten des Berechtigten teilweise oder vollständig kompensieren kann. Damit wäre das Verhalten der Eheleute zueinander während der Ehe zu durchleuchten. Nach altem Recht – § 1587 c BGB – war dies weiter dadurch erschwert, dass nach h. M. der Ausgleichsberechtigte sich seinerseits nicht auf § 1587 c BGB berufen konnte, gleichwohl sein Verhalten aber im Rahmen der Gesamtabwägung von Bedeutung sein sollte<sup>27</sup>. Die Lage wird noch verwirrender, wenn Formulierungen wie »bedingter Vorsatz«<sup>28</sup> verwendet werden, was dann auf Seiten beider Eheleute für die gesamte Ehezeit zu einer wechselseitigen Ermittlung und Abwägung der Verschuldensbeiträge (reicht bei einer schweren Auswirkung auch grobe Fahrlässigkeit?) führt. Hat bei einer schweren Auswirkung auch eine grobe Fahrlässigkeit Folgen nur auf Seiten des Berechtigten oder auch des Verpflichteten?<sup>29</sup> Unversehens, geradezu zwangsläufig, befinden wir uns damit in den Formulierungen des Strafrechts, obgleich nach der Begründung zum neuen Recht »die Härtefallentscheidung keinen Strafcharakter annehmen«<sup>30</sup> darf (!)

**b)** Indessen zeigt sich bei den in der Literatur und Rechtsprechung behandelten und entschiedenen Fällen eine Gemeinsamkeit: Wenn die persönlichen Um-

21 Vgl. BGH FamRZ 1985 S. 267; FamRZ 1987 S. 362; vgl. auch BGH FamRZ 2008 S. 1836, in welcher Entscheidung sich der BGH zu der vorgenannten Entscheidung in FamRZ 1983 S. 267 insoweit abgrenzt, als die Nichtabstammung eines während der Ehe geborenen Kindes vom Ehemann auch berücksichtigt werden könne, wenn diese Tatsache feststehe, ein Statusprozess aber noch geführt werde; mit dieser Entscheidung hat der BGH die vorausgegangene Entscheidung des OLG Oldenburg FF 2007 S. 66 bestätigt

22 Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 1994 S. 1474; OLG Oldenburg aaO. FF 2007 S. 66; OLG Brandenburg FamRZ 1999 S. 932; vgl. auch AG Bochum in FamRZ 2006 S. 428

23 Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2000 S. 159; vgl. auch BVerfG aaO. FamRZ 2003 S. 1173; vgl. BVerfG aaO. FamRZ 2003 S. 1173, wonach dem langjährigen ehewidrigen Verhältnis der Ehefrau zu einem anderen Partner deren Leistungen in der Ehe als Hausfrau gegenüberstehen und in keinem Falle einen vollständigen Ausschluss des Versorgungsausgleichs rechtfertigt

24 OLG Bamberg FamRZ 1998 S. 1369, wobei lt. Sachverhalt sich das »Doppelleben« auf schriftliche Kontakte bezog ohne Nachweis des Austausches persönlicher Intimitäten.

25 Vgl. zuletzt BGH FamRZ 2009, 205 ff unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung; BVerfG FamRZ 1983, 1173

26 Vgl. Erman-Klattenhoff aaO. § 1587 c BGB Rdn. 3 mwN; MüKo aaO. § 1587 c BGB Rdn. 16 mit dem Hinweis, dass ein strengerer Maßstab als bei § 242 BGB anzulegen sei, sowie Rdn. 18 und 19 mwN; Palandt-Brudermüller aaO. Rdn. 14 und 16 mwN; Brudermüller in FF 2004 S. 178 und Rehme in FPR 2205 S. 356

27 Vgl. Palandt-Brudermüller aaO. Randz. 3; OLG Celle in FamRZ 1999 S. 1200

28 OLG Frankfurt FamRZ 1990, 1259

29 Vgl. Rehme FuR 2005, 356, 360; Eichenhofer FuR 1994, 66, 67

30 S. oben BT-Dr. S. 68

stände herangezogen werden, liegen gleichzeitig auch wirtschaftliche Auswirkungen vor: Wird ein nichteheliches Kind »untergeschoben«, sind die finanziellen und wirtschaftlichen Auswirkungen gravierend. Dies gilt nicht nur für den Unterhalt bzw. das Wirtschaftsgeld, sondern auch die erbrechtlichen Auswirkungen und schließlich die gesamten Kosten, die mit dem womöglich aus diesem Grunde eingetretenen Scheitern der Ehe verbunden sind. Bei der einseitigen Finanzierung einer Schul- oder Hochschulausbildung – Stichwort »Studenten-Ehe«<sup>31</sup> oder der sog. »phasenverschobenen Ehe«<sup>32</sup> ist die Feststellung persönlicher Verschuldensmomente ohnehin entbehrlich, da es sich hierbei ebenso wie im Güterrecht<sup>33</sup> um die Frage der wirtschaftlichen Disparität handelt. Hat sich der Ausgleichsberechtigte eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegenüber dem Verpflichteten oder auch einem nahen Angehörigen schuldig gemacht, so soll eine Korrektur beim Versorgungsausgleich nach § 1587 c Nr. 1 BGB begründet sein<sup>34</sup>. Dies soll allerdings dann nicht gelten, wenn der Berechtigte iSv § 20 StGB nicht schuldfähig war<sup>35</sup>. Dass in diesen Fällen das Erbrecht und Pflichtteilsrecht<sup>36</sup> ebenso wie ein etwaiger Unterhaltsanspruch verwirkt sind, ist klar. Problematisch ist aber, ob eine solche Tat nicht nur im Versorgungsausgleich für die Zukunft, sondern auch den bis dahin erworbenen Versorgungsausgleichsanspruch betreffen soll. Schließlich sind bis dahin die Versorgungsansprüche in der Ehe erwirtschaftet worden und lag bis dahin kein Fehlverhalten vor.

### III. Lösungsversuch

#### 1. Beurteilungsmaßstab

Bei der Gesamtabwägung soll der Anspruch auf den Versorgungsausgleich gekürzt werden, notfalls bis auf Null. Wie aber kann ein Maßstab für den Umfang der Kürzung gefunden werden?

**a)** Würden persönliche Gründe ohne wirtschaftliche Auswirkungen bereits die Anwendung des § 1587 c Nr. 1 BGB rechtfertigen, könnte eine verlässliche Grundlage, in welchem Umfang wann zu kürzen ist, schlechterdings nicht gefunden werden. Dies schon gar nicht, wenn bei der geforderten Gesamtabwägung zu berücksichtigen sein sollen: Die Dauer der Ehe, das Ausmaß des persönlichen Verschuldens – des Verschuldens des Ausgleichsberechtigten, womöglich teilweise oder vollständig kompensiert durch das Verschulden des Ausgleichsverpflichteten<sup>37</sup> –, eine in der Zwischenzeit womöglich eingetretene Aussöhnung – seit wann? – Auf diese Art wird der Verlauf der Ehe unter Verschuldensgesichtspunkten rückabgewickelt, wobei die Anwälte und das Gericht ihre eigenen Vorstellungen über die Beurteilung dieser Ehe zum Maßstab

machen müssen. Dies ist keine objektive Beurteilung mehr, sondern überfordert alle Beteiligten und steht letztlich auch im Widerspruch zur Abschaffung des Verschuldensprinzips und endet in strafrechtlichen Kriterien: Fahrlässigkeit, Verschulden, Schuldfähigkeit etc.

**b)** Sachgerecht kann allein die Feststellung wirtschaftlicher Auswirkungen sein. Stehen wirtschaftliche Auswirkungen dem Grunde nach fest, bleibt die Schwierigkeit der Bewertung gleichwohl. Eine völlig freie Gewichtung<sup>38</sup> ist nicht sachgerecht; sie widerspricht der Verpflichtung, eine Entscheidung zu begründen. Sachgerecht erscheinen die Überlegungen:

**aa)** Ist kein wirtschaftlicher Schaden eingetreten, dann muss es bei dem vollen Ausgleichsanspruch verbleiben. Das allein persönliche Fehlverhalten ohne wirtschaftliche Auswirkung führt ggfs. zum Scheitern der Ehe, nicht aber zu einer Sanktionierung, »Bestrafung«, mit Auswirkung für die Vergangenheit. Schließlich haben die Eheleute eben bis zum Scheitern der Ehe gemeinsam gewirtschaftet und – hoffentlich – Vermögen gebildet, gerade auch in Form von Versorgungsansprüchen. Der in der Begründung zum VAG geschilderte Fall, dass womöglich mutwillig eine private Rentenversicherung gekündigt oder ein Arbeitsverhältnis aufgegeben wird, ist ein Fall mit wirtschaftlicher Auswirkung, also gerade nicht ein ausschließlich persönliches Fehlverhalten.

**bb)** Die Zeit, die sich wirtschaftlich auswirkt, also beispielsweise ab Beginn der Unterhaltszahlungen für das untergeschobene nichteheliche Kind, muss berücksichtigt werden. Hier kann der wirtschaftliche Schaden mindestens der Größenordnung nach errechnet und dem Wert des in diesen Zeitraum fallenden Versorgungsausgleichs gegenübergestellt und gegenerechnet werden. Dieses Rechenwerk kann problematisch sein, jedoch immerhin etwa durch den Einsatz des Mindestunterhalts – womöglich wiederum vermindert durch einen realisierten Ersatzanspruch – einerseits, und den auf den fraglichen Zeitraum kapitalisierten Versorgungsausgleichsanspruch andererseits vereinfacht werden. Eine genaue Berechnung ist im Rahmen des § 27 VAG ohnehin nicht gefordert; der Einsatz eines völlig frei gefundenen, in diesem Sinne unbegründeten Betrages verbietet sich aber.

31 Vgl. Palandt-Brudermüller aaO. Anm. 27 mwN

32 MüKo-Dörr § 1587 c Anm. 24 mwN; vgl. auch OLG Koblenz FamRZ 2009, 1071 f

33 Vgl. Erman-Klattenhoff aaO. Rdn. 19; BGH FamRZ 2008, 1836; VA ist sektoraler Zugewinnausgleich

34 OLG Brandenburg MDR 2000 S. 522, FamRZ 2003 S. 384; KG FamRZ 2004 S. 642

35 OLG Karlsruhe NJW RR 2372

36 Vgl. zu Reformfragen im Pflichtteilsrecht Rauscher FF Sonderheft 2004, S. 147

37 Vgl. Borth, VARG 745, der eine Anwendung des § 826 BGB diskutiert; OLG Hamm FamRZ 2009, 1072 ff

38 So OLG Stuttgart aaO. Entscheidung vom 10. 11. 2008 zu 18 UF 133/08

## 2. Ergebnis

§ 27 VAG ermöglicht ebenso wie die früheren Bestimmungen durch § 1587 c und § 1587 h<sup>39</sup> BGB die Korrektur eines Versorgungsausgleichsanspruchs, wenn eine grobe Unbilligkeit festgestellt wird. Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes hatte eine wirtschaftliche Disparität als Voraussetzung vorgesehen. Das Eingreifen des Bundesrates hat zu einer unnötigen und verwirrenden Komplizierung geführt: Das Wort »wirtschaftliche« (Verhältnisse) ist entfallen. Im 2. Hs. wurde klar gestellt, dass Umstände, die zur Scheidung geführt haben, nicht allein zur Anwendung dieser Härteregelung führen können. § 27 VAG hat die früheren § 1587 c und § 1587 h BGB in wünschenswerter klarer und kurzer Sprache ersetzt. Die Begründung des Gesetzes, ebenso die Stellungnahme des Bundesrates und die Erwidern des Bundesministeriums für Justiz übernehmen aber leider die alten Abgrenzungsprobleme: Können allein persönliche Verfehlungen zu einer Herabsetzung des Versorgungsausgleichsanspruchs

führen?; die Gesetzesbegründung und die Stellungnahmen zeigen gleichzeitig durch die Klarstellung, dass keine strafrechtlichen Überlegungen herangezogen werden dürfen, dass die Einführung und Bearbeitung der persönlichen Verfehlungen durch die alte Gesetzesfassung keineswegs notwendig ist. Sachgerechte Ergebnisse werden allein durch die Berücksichtigung wirtschaftlichen Fehlverhaltens erzielt. Nur so kann die vom Gesetzeszweck verbotene Rückabwicklung der Ehe im persönlichen Bereich und ein Abgleiten ins Strafrecht vermieden werden.

*Dr. Thomas Budde, Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Familienrecht und Steuerrecht,  
Dres. Budde, Dr. Walker, B. Eiberger, Rechtsanwälte,  
Kaiserstraße 57, 72764 Reutlingen*

<sup>39</sup> Da im neuen VAG alle Versorgungsansprüche gleichberechtigt behandelt werden, bedarf es keiner gesonderten Regelung wie bisher zu § 1587 h BGB im schuldrechtlichen Versorgungsausgleich mehr

*Michael Henjes*

## Die Verjährung und Verwirkung von Unterhaltsansprüchen

*Unterhalt für die Vergangenheit zu beanspruchen birgt einige Risiken. Zwei davon stellen die Verjährungseinrede und der Verwirkungseinwand dar.*

### I. Geltendmachung rückständigen Unterhalts

Der Unterhalt dient seinem Wesen nach der Deckung des laufenden Lebensbedarfs. Eine Befriedigung dieser Bedürfnisse für eine zurückliegende Zeit ist grundsätzlich nicht möglich, weshalb der Unterhalt für die Vergangenheit eine Ausnahme darstellt. Ihn geltend zu machen richtet sich nach vermeintlich klaren Voraussetzungen. Sowohl für den Trennungs- und nachehelichen Ehegattenunterhalt, als auch für den Unterhalt aus Anlass der Geburt wird auf die für den Kindesunterhalt bestehende Vorschrift des § 1613 Abs.1 BGB verwiesen (vgl. §§ 1360 a Abs. 3, 1585 Abs.2, 16151 Abs.2 BGB). Voraussetzung für die Beanspruchung rückständigen Unterhalts ist danach die Aufforderung zur Auskunft, eine Inverzugsetzung oder die Rechtshängigkeit. Nach Abs.2 dieser Vorschrift kann unter bestimmten Voraussetzungen, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, auch ohne die zuvor genannten Maßnahmen Unterhalt für die Vergangenheit gefordert werden.

Allein das Einhalten der Normen zur Geltendmachung rückständigen Unterhalts führt aber lediglich zur Begründung eines solchen Anspruches. Ob der Unterhaltsschuldner berechtigt ist, die Leistung zu verweigern, hängt weiter davon ab, ob dem Anspruch die Einrede der Verjährung gemäß § 214 BGB oder der von Amts wegen zu berücksichtigende Einwand der Verwirkung gemäß § 242 BGB<sup>1</sup> erfolgreich entgegen gehalten werden kann.

### II. Verjährung

#### 1. Nicht titulierte Unterhaltsansprüche

Unterhaltsansprüche unterliegen der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB. Sie sind über § 197 Abs.2 BGB ausdrücklich aus der im Übrigen bei familienrechtlichen Ansprüchen geltenden dreißigjährigen Verjährungsfrist gemäß § 197 Abs.1 Nr.2 BGB herausgenommen worden. Der Grund dafür ist im Wesentlichen der Schutz des Schuldners vor einem ruinösen Anwachsen von Unterhaltsschulden, die er sonst regelmäßig durch seine laufenden Einkünfte zu bedienen hätte<sup>2</sup>.

Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 199 Abs.1 BGB mit dem Schluss des Jahres in dem der Anspruch ent-

<sup>1</sup> Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt-Kessel, BGB-Kommentar, 4. Aufl. 2009, § 242 Rdn. 53

<sup>2</sup> Vgl. Münchner Kommentar zum BGB/Grothe, 5. Aufl. 2006, § 197 Rdn. 3 mwN