

23.4.2002 – 4 UF 382/01 –, mitgeteilt in FF 2002, 218: Rente als Surrogat des eheprägenden Einkommens). Zur Berechtigung und Anwendung der Surrogatstheorie s. *Büttner*, FamRZ 2003, 641 ff.

## Zur Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern

§§ 1601, 1603 Abs. 1, 1610, 1360, 1360a BGB

BGH, Urt. v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00 – (OLG Düsseldorf)

1. Zum Unterhaltsbedarf eines – noch einen eigenen Haushalt führenden – Elternteils gegenüber seinem unterhaltspflichtigen Kind.
2. Einem nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigten Unterhaltspflichtigen ist bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt grundsätzlich zuzubilligen, einen Anteil von rund 20 % seines Bruttoeinkommens für seine (primäre) Altersversorgung einzusetzen; dabei steht ihm grundsätzlich frei, in welcher Weise er Vorsorge für sein Alter trifft.
3. Für den Ehegatten des auf Elternunterhalt in Anspruch genommenen Unterhaltspflichtigen ist nicht von vornherein ein bestimmter Mindestbetrag anzusetzen, sondern der nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse bemessene (höhere) Unterhalt.

*Anm. der Red.:* Das vorstehende – zweite – Urteil des BGH zur Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern (erstes Urt. v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99 – = FF 2003, 28: LSe mit *Anm. der Red.*) ist zwischenzeitlich veröffentlicht in NJW 2003, 1660 und FamRZ 2003, 860.

## Zum sog. Umstandsmoment der Verwirkung

§ 242 BGB

BGH, Urt. v. 14.11.2002 – VII ZR 23/02 – (OLG Dresden)

**Verwirkung setzt auch voraus, dass zum Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen.**

*Tatbestand:* Die Kl verlangt von der Bekl im Revisionsverfahren noch Werklohn für nicht erbrachte Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen in Höhe von 203.796,36 DM.

Sie wurde im Jahre 1994 von der Bekl mit den Trockenbauarbeiten eines Bauvorhabens beauftragt. Nach fristloser Kündigung der Bekl, deren Berechtigung im Streit ist, erstellte die Kl am 23.5.1995 Schlussrechnung über 124.698,62 DM, worauf die Bekl insgesamt 92.218,50 DM zahlte. Die Schlussrechnung enthält nur die Abrechnung der erbrachten, streitigen Leistungen. Streitig ist auch, ob die Parteien sich später geeinigt haben, diese Schlussrechnung als „Abschlagsrechnung“ zu behandeln. Am 8.12.1997 erstellte die Kl erneut Schlussrechnung über einen Betrag von 193.393,95 DM. Sie wies darauf hin, dass nicht ausgeführte Leistungen noch separat berechnet würden. Auf diese Schlussrechnung zahlte die Bekl noch weitere kleinere Be-

träge. Bei den sich anschließenden Verhandlungen forderte die Bekl weitere Leistungsnachweise hinsichtlich der erbrachten Leistungen. Die Kl reagierte nicht, sondern erstellte am 18.8.2000 erneut Schlussrechnung, in der sie erstmals die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen zu einem Bruttobetrag von 203.796,36 DM verlangte.

Das LG hat die Klage insoweit wegen Verjährung abgewiesen. Die Berufung der Kl ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt sie ihr Begehren weiter. Der *Senat* hat die Anschlussrevision der Bekl nicht angenommen.

*Entscheidungsgründe:* Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das für das Schuldverhältnis maßgebende Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die „verjährungsrechtliche Lösung“ des LG sei nicht frei von Bedenken. Jedenfalls könne die Kl die Forderung wegen Verwirkung nicht mehr geltend machen, weil sie diesen Anspruch erst rund fünfzehn Jahre nach dem Ende ihrer Tätigkeit für die Bekl erhoben habe. Zu diesem Zeitpunkt habe diese darauf vertrauen dürfen, dass ein derartiger Anspruch seitens der Kl nicht mehr verfolgt würde. Die Verhandlungen hätten sich nur auf die erbrachten Leistungen bezogen. Die Kl sei erstmals in der Rechnung vom 18.8.2000 auf die Forderung nach Vergütung der kündigungsbefristet „ausgefallenen“ Leistungsteile umgeschwenkt. Vorher habe sie nur einen pauschalen Hinweis in der Schlussrechnung vom 8.12.1997 erteilt.

II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Feststellungen des Berufungsgerichts belegen nicht die Annahme, die Bekl könne sich auf Verwirkung berufen.

1. Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (BGH, Urt. v. 26.5.1992 – VI ZR 230/91, ZIP 1992, 1402 = NJW-RR 1992, 1240). Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (BGH, Urt. v. 18.1.2001 – VII ZR 416/99, NJW 2001, 1649 = BauR 2001, 784 = ZfBR 2001, 313 jeweils m.w.N.).

2. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Unabhängig von der Frage, ob die verstrichene Zeit für die Annahme einer Verwirkung überhaupt ausreichend sein könnte, fehlt es jedenfalls an den erforderlichen Anhaltspunkten dafür, dass sich die Bekl darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, die Kl werde auf eine Werklohnforderung für nicht erbrachte Leistungen nicht mehr zurückkommen. Gegen einen derartigen Vertrauensstatbestand, der nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden kann, spricht entscheidend der Hinweis der Kl in der Schlussrechnung vom 8.12.1997. Auch aus dem Umstand, dass die Kl zunächst restlichen Werklohn für erbrachte Leistungen gefordert hatte und erst im Jahre 2000 dazu übergegangen ist, eine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen geltend zu machen, kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts Entscheidendes für die Annahme einer Verwirkung hergeleitet werden. Im Übrigen fehlt es an Feststellungen dazu, dass sich die Bekl, sollte doch von einem seitens der Kl gesetzten Vertrauensstatbestand auszugehen sein, hierauf auch tatsächlich eingerichtet hat.

3. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als zutreffend. Die Verjährungsfrage kann vom *Se-*

nat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden.

*Anm. der Red.:* In einer Anmerkung hat *Büttner* (in: FamRZ 2003 449 f.) darauf hingewiesen, dass der VII. Zivilsenat des BGH im Ur. vom 14.11.2002 an das sog. Umstandsmoment der Verwirkung höhere Anforderungen gestellt hat als (drei Wochen zuvor) der (u.a.) für Familiensachen zuständige XII. Zivilsenat des BGH in seiner (ersten) Entscheidung zum Elternunterhalt vom 23.10.2002 (FF 2003, 28; LSe = FamRZ 2002, 1698, 1699). Während der XII. Zivilsenat eine bloße Untätigkeit des Unterhaltsgläubigers hat ausreichen lassen, verlangt der VII. Zivilsenat besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen.

Nach *Büttner* ist es aus zahlreichen Gründen „nicht richtig, in Unterhaltssachen davon auszugehen, dass derjenige, der seinen Unterhalt nicht geltend mache, ihn ersichtlich nicht brauche, und anzunehmen, schon deshalb sei ein Vertrauen des Verpflichteten begründet“ (a.a.O., S. 450). Es sei „auch i.S.d. Einheit der Rechtsordnung gefährlich, im Familien- oder Unterhaltsrecht grundsätzlich andere Maßstäbe für die Verwirklichung eines Rechts nach § 242 BGB anzulegen, als sie sonst gelten. Jedenfalls besteht wohl Anlass, Abweichungen von der Rechtsprechung anderer Senate genauer zu begründen bzw. den *Großen Senat des BGH* anzurufen“ (a.a.O.).

#### **Ausgleich von Anrechten aus einer Renten-Lebensversicherung mit Kapitalwahlrecht**

§ 1587 BGB

**BGH**, Beschl. v. 5.2.2003 – XII ZB 53/98 –\*  
(OLG Hamm)

**Zum Ausgleich von Anrechten aus einem Renten-Lebensversicherungsvertrag mit Kapitalwahlrecht, wenn der Berechtigte sein Wahlrecht erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausübt.**

*Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist veröffentlicht in FamRZ 2003, 664; eine Anm. von *Deisenhofer* findet sich in FamRZ 2003, 745, s. ferner *Borth*, FamRB 2003, 178 und *Soyka*, Familienrecht kompakt (FK) 2003, 77.

Als Folge der Auffassung des BGH sind für die *anwaltliche Praxis* wesentlich die Ausführungen des *Senats* zur Vermeidung einer manipulativen Benachteiligung des ausgleichsberechtigten Ehegatten in diesen Fällen (vgl. den letzten Absatz unter Ziffer II. 1. der Gründe).

#### **Ausgleich von Anrechten aus einer Renten-Lebensversicherung mit Kapitalwahlrecht**

§§ 1587, 1587a Abs. 3 Nr. 1 BGB

**BGH**, Beschl. v. 19.3.2003 – XII ZB 42/99 –  
(OLG Celle)

**Anrechte aus einer Renten-Lebensversicherung mit Kapitalwahlrecht können, wenn der Berechtigte sein Wahlrecht erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausübt, nicht dadurch im Wege des Versorgungsausgleichs ausgeglichen werden, dass die Kapitalleistung unter Heranziehung des § 1587a Abs. 3 Nr. 1 BGB in eine Rentenleistung umgerechnet wird (Fortfüh-**

**ung des *Senats*beschl. v. 5.2.2003 – XII ZB 53/98\*\* – zur Veröffentlichung bestimmt).**

*Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist veröffentlicht in juris Rechtsprechung: KORE312792003.

#### **Zur Erbeinsetzung von Schwiegerkindern**

§ 2077 BGB

**BGH**, Beschl. v. 2.4.2003 – IV ZB 28/02 –\*  
(OLG Naumburg)

- 1. Ist ein Testament unter der Geltung des Zivilgesetzbuches der DDR errichtet worden und der Erblasser erst nach der Wiedervereinigung gestorben, gilt für die Auslegung des Testaments das Bürgerliche Gesetzbuch; die Ausnahmetatbestände des Art. 235 § 2 EGBGB, die eine Beurteilung nach dem bisherigen Recht zur Folge haben, sind insoweit nicht gegeben.**
- 2. a) Setzt ein Elternteil in einem Testament seinen Sohn und dessen Ehefrau als Erben ein, erlauben – für die vorrangige individuelle Auslegung des Testaments – die bloße Angabe „Ehefrau“ neben deren vollen Namensnennung und die unterbliebene Änderung des Testaments nach der späteren Trennung und Scheidung der Eheleute beim Fehlen sonstiger Umstände keine ausreichenden Schlüsse darauf, ob der Elternteil bei der Testamentserrichtung die Erbeinsetzung seiner Schwiegertochter vom Bestand der Ehe mit seinem Sohn abhängig machen wollte oder nicht.**  
**b) § 2077 BGB ist auf die Erbeinsetzung von Schwiegerkindern nicht entsprechend anwendbar.**  
*(1. und 2 a): Leitsätze der Redaktion)*

*Anm. der Red.:* Die – für die Testamentsgestaltung bei Berücksichtigung von Schwiegerkindern wichtige – Entscheidung ist zwischenzeitlich veröffentlicht in FamRZ 2003, 870.

#### **Gesetzlicher Richter bei Zulassung der Rechtsbeschwerde**

§§ 568 S. 2 Nr. 2 und S. 3, 574 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 S. 2 ZPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

**BGH**, Beschl. v. 13.3.2003 – IX ZB 134/02 –\*  
(LG Münster)

**Entscheidet der Einzelrichter in einer Sache, der er rechtsgrundsätzliche Bedeutung beimisst, über die Beschwerde und lässt die Rechtsbeschwerde zu, so ist die Zulassung wirksam, die Entscheidung unterliegt jedoch auf Rechtsbeschwerde wegen fehlerhafter Besetzung des Beschwerdegerichts der Aufhebung von Amts wegen.**

*Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist veröffentlicht in NJW 2003, 1254, MDR 2003, 588 und FamRZ 2003, 669.

Der Auffassung des IX. Zivilsenates haben sich zwischenzeitlich (soweit ersichtlich) folgende Zivilsenate des BGH angeschlossen: VI. ZS (Beschl. v. 1.4.2003 – VI ZB 54/02), VII. ZS (Beschl. v. 10.4.2003 – VII ZB 17/02 – = juris

\* Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

\*\* S. die vorstehend abgedruckte Entscheidung.