

Sonderdruck aus FPR Heft 1 – 2/2008

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Klaus Schnitzler, Euskirchen

**Die verfestigte Lebensgemeinschaft als selbstständiger Härtegrund  
im neuen § 1579 Nr. 2 BGB\***

Seit dem Inkrafttreten der Ehescheidungsreform vor mehr als 30 Jahren am 1. 7. 1977 ist das Unterhaltsrecht nicht mehr zur Ruhe gekommen. Das erste Unterhaltsrechtsänderungsgesetz von 1986 brachte nicht die Entlastung, die sich der Bundesgesetzgeber erwünscht hatte. Das gilt auch für die Ausdehnung von vier auf sieben Nummerierungen im Gesetz (§ 1579 Nrn. 1 bis 7 BGB a. F.). Im Kern geht es seit Beginn um die Frage der Hervorhebung der wirtschaftlichen Eigenverantwortung und auf der anderen Seite um die nachwirkende eheliche Solidarität bzw. die Mitverantwortung für den Schwächeren. Eine ausgewogene Regelung herbeizuführen ist die Schwierigkeit, nach dem das Schuldprinzip im Ehescheidungs- und Unterhaltsrecht weggefallen war.

**I. Einleitung**

Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz ist vom Bundesjustizministerium nach der Wahl des Parlaments am 18. 9. 2005 und der Bildung einer großen Koalition intensiv diskutiert worden<sup>1</sup>. Hierbei sind die Vorarbeiten aus der vorangegangenen Legislaturperiode herangezogen und der Referentenentwurf dem Bundeskabinett am 5. 4. 2006 vorgelegt worden. Das Bundeskabinett hat diesen Entwurf in das Gesetzgebungsverfahren gegeben, und bereits am 29. 6. 2006 wurde das Gesetz in erster Lesung im Deutschen Bundestag beraten und dann in die Ausschüsse überwiesen.

Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat am 16. 10. 2006 eine öffentliche Sachverständigenanhörung zur Reform durchgeführt.

Statt des ursprünglich geplanten Termins für das Inkrafttreten des Gesetzes am 1. 4. 2007 wurde der 1. 7. 2007 vorgezogen.

Danach hat sich das Gesetzgebungsverfahren verzögert, nicht zuletzt auf Grund der Probleme mit den Rangfragen und dem Betreuungsunterhaltsanspruch der nichtehelichen Mütter im Verhältnis zum Betreuungsunterhaltsanspruch der geschiedenen Mutter. Der geplanten Verabschiedung des Gesetzes im Mai 2007 machte dann das *BVerfG* einen Strich durch die Rechnung: Die Entscheidung wurde wenige Tage vor der geplanten zweiten und dritten Lesung im Bundestag bekannt. Der Beschluss vom 28. 2. 2007 wurde erst am

23. 5. 2007 veröffentlicht<sup>2</sup>. Die Bundestagssitzung wurde verschoben.

Schließlich gelang es dem Rechtsausschuss in seiner Sitzung am 7. 11. 2007, Einigkeit über diese vom *BVerfG* auch nach vorne geschobenen Probleme zu erzielen und eine weitgehende Gleichstellung des Betreuungsunterhaltsanspruchs bei ehelichen und nichtehelichen Kindern durchzusetzen.

Der Gesetzentwurf ist in zweiter und dritter Lesung am 9. 11. 2007 im Plenum des Deutschen Bundestages verabschiedet worden. Der Bundesrat hat das Gesetz in seiner Sitzung am 30. 11. 2007 passieren lassen. Das Gesetz datiert vom 21. 12. 2007 und ist am 28. 12. 2007 erst im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden. Es ist zum 1. 1. 2008 in Kraft getreten<sup>3</sup>.

**II. Gesetzgebungsverfahren**

Bei § 1579 BGB ist zunächst festzustellen, dass die Überschrift geändert worden ist. Bisher hieß die Überschrift: „Beschränkung oder Wegfall der Verpflichtung“. Jetzt heißt es: „Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit“.

Neben der Änderung des § 1579 Nr. 1 BGB, der nur eine Übernahme der Rechtsprechung des *BVerfG* beinhaltet, was hier allerdings nicht weiter auszuführen ist, ist ein neuer Härtegrund mit dem § 1579 Nr. 2 BGB als eigenständiger Ausschlussstatbestand eingeführt worden. Die bisherigen

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht in Euskirchen sowie Herausgeber des im Beck-Verlag erscheinenden Münchener Anwaltsdb. FamilienR, 2. Aufl. (2008).

1 Grundmann, FF 2005, 213.  
2 Beschluss des *BVerfG*, NJW 2007, 1735 = FamRZ 2007, 965; hierzu Schumann, FF 2007, 227; zur Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Eltern-Kind-Verhältnisse, vgl. Schürmann, FF 2007, 235, zugleich Anm. zu *BVerfG*, NJW 2007, 1735 m. Anm. Caspary und Art. 6 V 5 GG.  
3 Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 21. 12. 2007, BGBl I, 3189 (abgedruckt auf S. V in diesem Heft); vgl. im Übrigen inzwischen Born, NJW 2008, 1; Borth, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, 2008; Interview mit der Bundesjustizministerin Zypries „Das neue Unterhaltsrecht“, ZKJ 2008, 5; Klein, Das neue UnterhaltsR, 2008; Bosch, FF 2007, 293; Wilutzki, ZKJ 2008, 7; Gerhardt, FuR 2008, 9; Grunold, FF 2008, 11.

Nrn. 2 bis 7 sind nach hinten geschoben worden, so dass also die bisherige Nr. 2 jetzt Nr. 3 usw. geworden ist.

Die neue Vorschrift lautet demzufolge jetzt wie folgt:

Ein Unterhaltsanspruch ist zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes grob unbillig wäre, weil

Nr. 2 der Berechtigte in einer verfestigten Lebensgemeinschaft lebt.

In der hektischen Phase der Endfassung des gesamten Unterhaltsrechts war § 1579 BGB nicht Gegenstand der Auseinandersetzung. Die Auseinandersetzung zwischen Bundestag und Bundesrat hat bereits 2006 stattgefunden, nachdem das Gesetz in der ersten Lesung im Bundestag verabschiedet worden war und der Bundesrat sich mit dem Gesetz insgesamt zu beschäftigen hatte. Hierbei hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme am 19. 5. 2006 die Auffassung vertreten, dass die neue Vorschrift als neue Nr. 7 eingefügt werden sollte und die Nr. 8 dann den Auffangtatbestand bilden sollte.

Die Begründung des Bundesrates leuchtete auf den 1. Blick durchaus ein. Man versuchte damit, die bisher bekannten Verwirklichungsgründe der Nrn. 2 bis 6 beizubehalten, um damit den Rechtsanwendern keine Probleme zu bereiten. Es heißt dann wörtlich: „Da derartige Umstände, wie auch die Begründung des Entwurfs ausführt, aber auch für die Anwendung der Generalklausel der bisherigen Nr. 7 maßgeblich sein können, ist es nicht geboten, den im Entwurf vorgesehenen Härtegrund im Anschluss an die Nr. 1 zu normieren“<sup>4</sup>.

Die Bundesregierung hat sich in ihrer Gegenäußerung allerdings dem Vorschlag des Bundesrates nicht angeschlossen und hat darauf hingewiesen, dass die Intentionen des Bundesrates bereits bei Einbringung des Gesetzes erwogen worden sind. Das Bundesjustizministerium und die Bundesregierung geben allerdings der vorgeschlagenen separaten Nummerierung der einzelnen Verwirklichungsgründe den Vorzug, weil dies dem systematischen Aufbau der Norm gerecht werde<sup>5</sup>.

Im Ergebnis ist dann aber über diese Endfassung, die auch Gesetz geworden ist, nicht mehr weiter diskutiert worden.

### III. Begründung des Gesetzgebers

§ 1579 Nr. 2 BGB gibt keine Definition vor, ab wann die verfestigte Lebensgemeinschaft anzunehmen ist. Die Parteien haben darzulegen, ob der konkrete Fall das Gericht dazu veranlassen kann zu entscheiden, ob eine verfestigte Lebensgemeinschaft vorliegt. Hierbei wird im Wesentlichen auf die bisherige Rechtsprechung des BGH und der obergerichtlichen Rechtsprechung verwiesen.

Im Einzelnen sieht die Begründung folgende objektive Umstände als maßgeblich an:

- ein über einen längeren Zeitraum gemeinsam geführter Haushalt;
- das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit;
- größere Investitionen, wie z. B. der Erwerb eines gemeinsamen Familienheims;
- Dauer der Verbindung.

Keine Rolle spielen folgende Umstände:

- Leistungsfähigkeit des neuen Partners;
- Aufnahme von intimen Beziehungen;
- Partner können eine Ehe bzw. Lebenspartnerschaft eingehen.

Dies wird damit begründet, dass keine Lebensführungskontrolle des geschiedenen Ehegatten erfolgen darf<sup>6</sup>.

Begründet wird dieser Kriterienkatalog damit, dass der geschiedene Ehegatte sich endgültig aus der nachhelichen Solidarität herauslöst und demzufolge Unterhalt gar nicht mehr benötigt. Hierbei wird der Grund für die verfestigte Lebensgemeinschaft als Anwendungsfall der Unbilligkeit begriffen und nicht als Fall der Bedarfsdeckung i. S. von § 1577 I BGB.

Bei einer aufgenommenen Lebensgemeinschaft – im Anfangsstadium – spielt natürlich die Frage der Bedürftigkeit eine Rolle, wie die Leitlinien der Oberlandesgerichte auch in den Neufassungen belegen<sup>7</sup>. Hier wird nach wie vor ein Betrag von 200 Euro bis 550 Euro als bedarfsdeckend angenommen, wenn zum Beispiel der geschiedene Ehegatte mit dem neuen Lebensgefährten gerade zusammengezogen ist und damit aber noch keine verfestigte Lebensgemeinschaft wegen der fehlenden Dauer begründet ist.

### IV. Begriff der verfestigten Lebensgemeinschaft

Die Kritiker des jetzigen Gesetzestextes haben die Auffassung vertreten, dass durch den Begriff nichts gewonnen sei. Insofern sei die verfestigte Lebensgemeinschaft viel zu allgemein geraten, als dass er Konturen haben könne<sup>8</sup>.

Zunächst ist festzustellen, dass unstreitig inzwischen anerkannt wird, dass der Gesetzgeber zum ersten Mal einen Begriff gewählt hat, der deutlich besser ist, als der Auffangtatbestand in der bisherigen Nr. 7 (hierunter ein anderer Grund, der ebenso schwer wiegt, wie die in Nrn. 1 bis 6 aufgeführten Gründe). Mit dieser allenfalls Juristen begeisternden Formulierung konnte niemand als Laie konkret etwas anfangen.

Die Kritiker haben keine Formulierung anbieten können, die besser ist als das, was der Gesetzgeber jetzt auf Grund der gefestigten Rechtsprechung in den letzten Jahren vorgegeben hat.

Der BGH hat in zahlreichen Entscheidungen seit dem Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes von 1986 den Begriff verwendet. Er ist in der Rechtsprechung und Literatur anerkannt<sup>9</sup>. Der Begriff der verfestigten Lebensgemeinschaft ist auch in der Rechtsprechung des BVerfG inzwischen unbestritten<sup>10</sup>.

Danach ist eine verfestigte Lebensgemeinschaft alleine im Regelfall die Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Einstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehung in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.

Richtig ist zweifellos auch, wenn mehrere Autoren wie Büttner oder Klein den Hinweis auf § 7 SGB II bringen. Auch hier ist das Einstehen für den Partner der entscheidende Gesichtspunkt.

- 4 Vgl. BR-Dr 253/06 und wegen der weiteren Darstellung *Grundmann/Menne*, Das neue UnterhaltsR, 2008, S. 70 ff.
- 5 Vgl. wie vor und BT-Dr 16/1830; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 67. Aufl. (2008), § 1579 Rdnr. 34.
- 6 Vgl. hierzu Büttner, in: *Johannsen/Henrich*, EheR, 4. Aufl. (2003), § 1579 Rdnr. 41.
- 7 Süddeutsche Leitlinien in der Fassung ab 1. 1. 2008 oder Hammer Leitlinien, vgl. [www.olg-nrw.hamm.de](http://www.olg-nrw.hamm.de).
- 8 Vgl. *Hobloch*, FF 2005, 217 (220); *Schwab*, FamRZ 2005, 1417; *Büttner*, FamRZ 2007, 773 (776).
- 9 Vgl. in Einzelnen *Schnitzler*, FamRZ 2006, 239; so auch *Gerhardt*, FuR 2008, 9 (13) und *Klein* (o. Fußn. 3), S. 143 f.
- 10 *BVerfGE* 87, 234 (284) = NJW 1993, 643.

## V. Leistungsfähigkeit des Partners

Neu ist zweifellos, dass entsprechend der Begründung des Gesetzes die Leistungsfähigkeit des neuen Partners keine Rolle mehr spielen soll. Es mag sein, dass sich der geschiedene Ehegatte bei beengten finanziellen Verhältnissen überlegen wird, ob er auf die finanzielle Unterstützung durch den geschiedenen unterhaltspflichtigen Ehepartner verzichten will.

Der Gesetzgeber will allerdings den mittellosen brotlosen Künstler sowie den wirtschaftlich schwachen neuen Partner des geschiedenen Ehepartners außen vor lassen. Entgegen der Annahme von *Büttner* und *Schwab* ist diese Regelung allerdings völlig in Ordnung. Hierbei wird übersehen, dass der Solidaritätsgedanke überspannt wird, wenn das Auswahlverschulden einseitig zu Lasten des Unterhaltspflichtigen verschoben wird und der bisherige geschiedene Unterhaltsschuldner weiter in Anspruch genommen wird, nur weil die andere Seite sich den wirtschaftlich schwächeren Partner für die neue Lebensgemeinschaft ausgesucht hat. Ein derartiges Auswahlverschulden kann nicht zu Lasten des Unterhaltspflichtigen gehen. Dies hat auch nichts mit der Konstruktion des Unterhaltsrechts zu tun, wie *Wellenhofer*<sup>11</sup> meint. *Bosch* hat bereits 1978 bei einem ähnlichen Fall unmissverständlich deutlich gemacht, dass Unterhaltsansprüche nie soweit gehen können, dass in einem derartigen Fall der Unterhaltspflichtige noch weiter herangezogen werden kann<sup>12</sup>.

Nach dem klaren Gesetzeswillen ist die Leistungsfähigkeit des neuen Partners unbeachtlich<sup>13</sup>. Dies gilt auch, wenn er aus einer eigenen Ehe zum Beispiel Unterhaltspflichten gegenüber Kindern und der Ehefrau hat. Auch dies kann nicht zu Lasten des geschiedenen Ehepartners gehen.

## VI. Dauer der Lebensgemeinschaft

Die Familiengerichte bis zum *BGH* sind der Auffassung, dass eine Zeitdauer von zwei bis drei Jahren im Regelfall notwendig ist, eine derartige Lebensgemeinschaft zu bejahen.

Hierbei dürfte allerdings die Dauer von zwei bis drei Jahren kein Dogma<sup>14</sup> sein, an das sklavisch angeknüpft werden muss. Zahlreiche Oberlandesgerichte haben inzwischen auch die Zeitdauer von zwei bis drei Jahren dann unterschritten, wenn bestimmte Grundvoraussetzungen in der neuen Partnerschaft geändert worden sind, die entscheidend sind:

1. eine *personelle Veränderung* der Beziehung durch ein Kind oder mehrere Kinder, so dass die beiden Partner, die in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft leben enger aneinander geschweißt sind als ein Paar ohne Nachwuchs<sup>15</sup>;
2. wirtschaftliche Verflechtung; dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Partner eine Wirtschaftsgemeinschaft bilden, die dazu führt, dass sie sich verschulden, Darlehen aufnehmen, um ein Haus oder eine Eigentumswohnung zu erwerben. So hat das *OLG Köln* bereits 1999 beim Getrenntlebensunterhalt schon den Zeitraum von einem Jahr ausreichen lassen, um eine eheähnliche Lebensgemeinschaft als Verwirklichungsgrund ausreichen zu lassen<sup>16</sup>.

Das *OLG Schleswig* hat bei 18 Monaten Verwirkung angenommen, weil der neue Partner in das Familienheim eingezogen war, den Halbbanteil von dem Ehemann käuflich erworben hatte und dort mit der Ehefrau und den ehelichen Kindern dann zusammenwohnte<sup>17</sup>.

Das *OLG Köln* hat in einer Entscheidung von 2005 eine kurze Dauer von 16 Monaten ausreichen lassen, weil Kind und Kauf eines Einfamilienhauses zusammengekommen waren<sup>18</sup>.

Insofern ist die Rechtsprechung, die bisher zur Dauer der eheähnlichen Lebensgemeinschaft ergangen ist, ohne Einschränkung auf die neue verfestigte Lebensgemeinschaft anzuwenden.

Die reine Wohngemeinschaft dürfte nicht ausreichend sein, um eine verfestigte Lebensgemeinschaft anzunehmen.

## VII. Distanzierte Lebensgemeinschaft

Wenn die Parteien nicht zusammenwohnen und einen gemeinsamen Haushalt führen, sondern eine auf Dauer angelegte, bewusst auf Distanz gehaltene nichteheliche Partnerschaft führen, ist es häufig sehr schwierig zu entscheiden, ob eine verfestigte Lebensgemeinschaft gegeben ist. Man wird auf das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit abstellen müssen. Hierzu sind Einzelkriterien abzufragen, was im Einzelfall immer schwierig ist und den Gerichten enorme Probleme bei der Durchführung der Beweisaufnahme bereitet.

Auch die Frage der distanzierten Lebensgemeinschaft ist im Grunde genommen aber so zu behandeln, wie die Rechtsprechung, die bisher hierzu ergangen ist.

Die Erkennbarkeit der verfestigten Lebensgemeinschaft in der Öffentlichkeit ist entscheidend, wobei weniger das gemeinsame Zusammenleben maßgeblich ist, das in diesen Fällen regelmäßig auf ein Minimum reduziert ist.

- Wie wird die Freizeit miteinander verbracht, wie werden Feierlichkeiten, Hochzeitstage von Großeltern, Weihnachten, Ostern, Urlaube verbracht?
- Wie werden die Wochenenden gestaltet?
- Wie wird der gesamte Freizeitbereich abgewickelt? Beiderseitiges Erscheinen in öffentlichen Anzeigen, Benennung als „Papa“ und „Mama“ des neuen Partners durch die Kinder.
- Solidarität in Krankheitsfällen durch den neuen Partner.
- Besteht etwa sogar ein Testament oder Erbvertrag<sup>19</sup>?

In vielen Fällen wird diese auf Distanz angelegte Lebensgemeinschaft nur über Detektive zu ermitteln sein<sup>20</sup>.

Eine besondere Variante der distanzierten Lebensgemeinschaft ist dann gegeben, wenn die Partner bereits längere Zeit in einer gemeinsamen Wohnung zusammengelebt haben, sich dann wieder aus taktischen Gründen im Rahmen eines laufenden Prozesses auf getrennte Wohnungen eingerichtet haben und dann gegebenenfalls wieder zusammenwohnen. Hier sind natürlich alle Möglichkeiten der konkreten Lebensgestaltung denkbar. Interessant sind vor allem die beiden Entscheidungen des *OLG Saarbrücken*<sup>21</sup> und des *OLG Hamm*<sup>22</sup>.

In beiden Fällen haben sich die Oberlandesgerichte mit der behaupteten Distanzierung nicht anfreunden können. Gleiches gilt auch für eine neue Entscheidung des *OLG Köln*<sup>23</sup>.

11 FamRZ 2007, 1282.

12 Vgl. *AG Mainz*, FamRZ 1978, 499 m. ausführl. Anm. *Bosch*; krit. *Büttner*, FamRZ 2007, 773 (776).

13 So auch *Menne*, ZfE 2007, 423 (449).

14 *Luthin*, FamRZ 1986, 1166; *Schwab/Borth*, Hdb. des ScheidungsR., 5. Aufl. (2004), Rdnr. 441; *BGH*, NJW 2007, 2409 = FamRZ 2007, 1303 (1305).

15 *OLG Nürnberg*, FuR 2002, 328 (329).

16 *OLG Köln*, NJW-RR 2000, 371 = FF 1999, 154 m. Anm. *Heuschmid* = FamRZ 2000, 290.

17 *OLG Schleswig*, FPR 2004, 610 = FF 2004, 292 m. Anm. *Schnitzler*.

18 *OLG Köln*, FF 2005, 192 m. Anm. *Schnitzler*.

19 Vgl. *BGH*, FPR 2002, 56 = NJW 2002, 217 = FamRZ 2002, 92 m. Anm. *Schwab* = FF 2002, 21 m. Anm. *Schnitzler*.

20 Vgl. *OLG Koblenz*, NJW-RR 2003, 75; *OLG Frankfurt a. M.*, FF 2002, 142 m. Anm. *Schnitzler* und *Schnitzler* in FF 2001, 84.

21 FF 2003, 252.

22 NJW-RR 2003, 1297 = FF 2003, 253.

23 NJW 2005, 3290 = FF 2006, 60 m. Anm. *Schnitzler*.

### VIII. Intime Beziehung

Weiteres Kriterium für eine verfestigte Lebensgemeinschaft ist nicht unbedingt die Partnerschaft mit einem Partner anderen Geschlechts. Insofern sind gleichgeschlechtliche Partnerschaften sowohl bei Männern als auch bei Frauen genau so zu behandeln, wie bei einer heterosexuellen Lebensgemeinschaft.

Von der bisherigen Rechtsprechung ist die gleichgeschlechtliche Beziehung bereits nach dem Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes als Verwirkungsground angesehen worden. Insbesondere der *BGH* hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2002 deutlich gemacht, dass für die alte Rechtsprechung aus dem Jahre 1995 keine Basis mehr besteht. Wenn der neue Partner in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebt, spielt insofern die Frage der intimen Beziehung keine Rolle. Insofern ist ausschließlich maßgeblich, ob die Parteien füreinander eintreten, was in diesem Fall durch gemeinsame Kreditverträge und das gemeinsame Wohnen gewährleistet war<sup>24</sup>.

Da der sexuelle Bezug von der Rechtsprechung seit Langem nicht als entscheidend angesehen wird, kann eine Verbindung mit einem gleichgeschlechtlichen Partner bei der Einschätzung als verfestigte Lebensgemeinschaft nicht entgegenstehen.

### IX. Kinderschutzklausel

Neu ist auch, dass in vielen Fällen die Kinderschutzklausel die Anwendung des Verwirkungstatbestandes nicht mehr blockieren wird. Dies hängt wiederum damit zusammen, dass das gesamte Gesetz gesehen werden muss. Hier wird eine Verschärfung der Eigenverantwortung deutlich propagiert. § 1569 BGB ist als Obliegenheitsverpflichtung ausgestaltet worden, Ausnahme sollen die Unterhaltstatbestände sein und durch den Wegfall des Altersphasenmodells auf Grund der Gleichschaltung der Unterhaltsansprüche der geschiedenen Ehefrau bei Betreuung eines minderjährigen Kindes über drei Jahren mit dem Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter eines gleichaltrigen Kindes im § 1615 I BGB entfällt die Blockade über die Kinderschutzklausel. Nach dem alten Recht war in vielen Fällen zwar Verwirkung objektiv nachgewiesen, konnte aber nicht durchgreifen, weil die Mutter ein Kind oder mehrere Kinder unter acht Jahren betreute und demzufolge der Schutz des minderjährigen Kin-

des als so wichtig verstanden wurde, dass die Verwirkung nicht greifen konnte.

In diesem Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung die Entscheidung des *OLG Bremen*, die im Vorgriff auf die Entscheidung des Gesetzgebers in einem hervorragend begründeten Beschluss vom 5. 1. 2007 bei einer Mutter, die ein über drei Jahre altes Kind betreute, den Verwirkungseinwand durchgehen ließ<sup>25</sup>.

Demzufolge ist zu erwarten, dass grundsätzlich die Vorschrift des § 1579 Nr. 2 BGB eine Verschärfung der Unterhaltssituation für denjenigen darstellt, der eine derartige eheähnliche Lebensgemeinschaft meint, begründen zu können.

### X. Konkurrenzen

§ 1579 Nr. 2 BGB geht als weitergehende Regelung, weil mit ihr der Unterhaltsanspruch gänzlich versagt und nicht nur herabgesetzt oder zeitlich befristet werden kann (§ 1578 b BGB), der Befristungsvorschrift vor. Insofern muss § 1579 Nr. 2 vor dem § 1578 b BGB geprüft werden<sup>26</sup>.

### XI. Zusammenfassung

Im Ergebnis sind folgende Punkte in dem § 1579 Nr. 2 BGB als neu zu bewerten:

1. Die verfestigte Lebensgemeinschaft als selbstständiger Härtegrund nach § 1579 Nr. 2 BGB wird als objektive Veränderung in den Lebensverhältnissen verstanden, nicht als vorwerfbares Fehlverhalten des geschiedenen Ehegatten.
2. Die Leistungsfähigkeit des neuen Partners bleibt in Zukunft unbeachtlich.
3. Die Kinderschutzklausel dürfte in Zukunft kein Hemmnis bei der Anwendung des Verwirkungstatbestandes spielen, wenn das Kind älter als drei Jahre ist und wenn die verfestigte Lebensgemeinschaft im Kern nachgewiesen ist. ■

<sup>24</sup> *BGH*, FPR 2002, 294 = NJW 2002, 1947 = FamRZ 2002, 951 m. Anm. *Bergschneider*.

<sup>25</sup> Vgl. *OLG Bremen*, NJW 2007, 1892 m. Anm. *Bergschneider* = FF 2007, 202 m. Anm. *Schnitzler*; so auch *Caspary*, FamRB 2007, 164.

<sup>26</sup> Vgl. auch *Palandt/Brudermüller* (o. Fußn. 5), § 1579 Rdnrn. 56, 56 a und *Gerhardt*, FuR 2008, 9 (13); *OLG Hamm*, Strategien im UnterhaltsR, 2008, Rdnrn. 195 ff.