

Leitsatz:

Bei der Geltendmachung von Kindesunterhalt im paritätischen Wechselmodell bei verheirateten Eltern ist die Regelung des § 1629 Abs. 2 i.V.m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BGB teleologisch zu reduzieren.

OLG Dresden, 23. Zivilsenat - Familiensenat, Beschluss vom 11. März 2025,
Az.: 23 UF 833/24



Oberlandesgericht
Dresden

Familiensenat

Aktenzeichen: **23 UF 833/24**
Amtsgericht Chemnitz, 3 F 966/24 eA

BESCHLUSS

In der Familiensache

A. A., ...

- Antragsteller und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwältin

gegen

B. A., geb. C., ...

- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
..... Rechtsanwälte, ...

wegen einstweiliger Anordnung elterliche Sorge

hat der 23. Familiensenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht von B.....,
Richter am Oberlandesgericht E..... und
Richterin am Oberlandesgericht Dr. N.....

ohne mündliche Verhandlung

beschlossen:

1. Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Chemnitz (3 F 966/24 eA) vom 28.10.2024 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Antragsteller.
3. Der Wert des Beschwerdeverfahrens ist 2.000,00 EUR.
4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

G r ü n d e :

I.

Die Beteiligten streiten um das Recht zur Geltendmachung von Kindesunterhalt. Sie sind getrenntlebende Ehegatten und betreuen ihre zwei gemeinsamen Kinder, für die sie die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, im paritätischen Wechselmodell. Das Scheidungsverfahren ist anhängig. Der Antragsteller möchte, dass ihm durch einstweilige Anordnung das Recht zur Entscheidung über die Geltendmachung von Kindesunterhalt und das entsprechende Recht zur Vertretung der minderjährigen Kinder gegenüber der Antragsgegnerin übertragen wird.

Er behauptet, dass die Antragsgegnerin das höhere Einkommen erziele und daher Kindesunterhalt in Form der Unterhaltsspitze aufgrund beiderseitiger Unterhaltspflicht zum Barunterhalt schulde. Weil die Kinder im Wechselmodell lebten und sich daher nicht in seiner Obhut (§ 1629 Abs. 2 BGB) befänden, beantrage er gemäß § 1628 BGB die Alleinentscheidungsbefugnis zur Geltendmachung von Unterhalt. Einen Ergänzungspfleger wünsche er nicht. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.04.2024, XII ZB 459/23 sei nicht einschlägig.

Der Antragsteller hat beantragt,

im Wege der einstweiligen Anordnung ihm für die gemeinsamen minderjährigen Kinder D. und E. das Recht zur Entscheidung über die Geltendmachung von Kindesunterhalt und das entsprechende Recht zur Vertretung der minderjährigen Kinder zur alleinigen Ausübung zu übertragen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.04.2024 sei auch auf die vorliegende Konstellation anzuwenden.

Das Amtsgericht - Familiengericht - Chemnitz hat zunächst ohne mündliche Verhandlung mit Beschluss vom 27.08.2024 und sodann nach mündlicher Verhandlung mit ausführlicher Begründung durch Beschluss vom 28.10.2024 den Antrag zurückgewiesen. Dem Antragsteller fehle ein Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag. Er sei trotz gemeinsamer elterlicher Sorge, bestehender Ehe und Betreuung der Kinder im Wechselmodell hinsichtlich der gerichtlichen Geltendmachung der Kindesunterhaltsansprüche vertretungsberechtigt. Entweder sei in § 1629 Abs. 3 BGB auf das bislang noch hineingelesene Tatbestandsmerkmal der Obhut zu verzichten oder diese Vorschrift zumindest analog anzuwenden (so auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.07.2024, 5 UF 33/24, juris). Damit werde zugleich eine Gleichbehandlung mit der Konstellation nichtverheirateter Eltern hergestellt, nach der beide Elternteile das Kind ohne vorherige Entscheidung nach § 1628 BGB gemäß der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 10.04.2024, XII ZB 459/23) vertreten könnten.

Gegen den am 30.10.2024 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller mit am 13.11.2024 eingegangenem Schriftsatz Beschwerde eingelegt.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs beziehe sich ausdrücklich auf nicht miteinander verheiratete Eltern und schließe damit eine Gleichstellung mit noch verheirateten Eltern aus. Eine analoge Anwendung des § 1629 Abs. 3 BGB sei ebenfalls nicht möglich. Verheiratete Eltern hätten weiterhin keine Vertretungsbefugnis in einem Rechtsstreit des Kindes gegen den Ehegatten,

§ 1824 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BGB.

Er beantragt,

den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Chemnitz vom 28.10.2024 abzuändern und dem Antragsteller für die Kinder D. und E. A. das Recht zur Entscheidung über die Geltendmachung von Kindesunterhalt und das entsprechende Recht zur Vertretung der minderjährigen Kinder zur alleinigen Ausübung zu übertragen.

Die Antragsgegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Gesetzgeber habe bei der Neufassung des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB das Bedürfnis gesehen, den unterhaltsbegehrenden Elternteil nicht mit einem vorgeschalteten Sorgerechtsverfahren zu belasten. Nunmehr trete dieser Fall doch durch das Wechselmodell ein. Damit liege eine planwidrige Regelungslücke vor, die ein für die Kinder belastendes Sorgerechtsverfahren verursache. Daher sei § 1629 Abs. 3 BGB analog anzuwenden.

II.

Die Beschwerde ist nach §§ 58 ff. FamFG zulässig, aber nicht begründet. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht wurde abgesehen, weil ausschließlich eine Rechtsfrage zu beurteilen ist und daher von einer erneuten Verhandlung keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten waren (§ 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG).

1. Gegen die Tenorierung des Familiengerichts bestehen keine Bedenken.

§ 54 Abs. 2 FamFG sieht für die Entscheidung nach mündlicher Verhandlung keine bestimmte Tenorierung vor. Es ist nicht zwingend, die ohne mündliche Verhandlung erlassene Entscheidung in Bezug zu nehmen, indem diese bestätigt, abgeändert oder aufgehoben wird. Das Gericht kann auch ohne Bezugnahme auf den früheren Beschluss neu entscheiden. Damit tritt die bisherige Regelung gem. § 56 Abs. 1 S. 1 außer Kraft (Giers in Sternal, FamFG, 21. Aufl., § 54 Rn. 15).

2. Der Senat ist wie das Familiengericht der Auffassung, dass dem Antragsteller das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 1628 BGB fehlt, weil er ohne Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis die Antragsgegnerin auf Kindesunterhalt für die bei gemeinsamer Sorge im Wechselmodell lebenden Kinder in Anspruch nehmen kann.

Nach § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. § 1824 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 1 BGB besteht ein Vertretungsausschluss bei einem Rechtsstreit zwischen einem Kind und dem Ehegatten des Elternteils, der das Kind vertreten möchte, und ebenso dann, wenn diese beiden unmittelbar gegeneinander prozessieren. Ausgehend hiervon könnte, da vorliegend die Antragsgegnerin mit dem Antragsteller, der das Kind vertreten bzw. den Kindesunterhalt gem. § 1629 Abs. 3 BGB im eigenen Namen geltend machen möchte, verheiratet ist, der Antragsteller das Kind im Unterhaltsrechtsstreit nicht vertreten. Auf § 1629 Abs. 2 BGB kann er sich nicht berufen, weil im Wechselmodell kein Elternteil und damit auch nicht er die Obhut über die Kinder hat. Er benötigte daher eine Entscheidung nach § 1628 BGB, die das Familiengericht ihm mit der Begründung, er könne auch ohne eine solche Entscheidung den Kindesunterhalt gerichtlich geltend machen, verweigert hat.

Die so beschriebene Rechtslage ist jedoch derzeit umstritten.

Denn bei nicht verheirateten, aber gemeinsam sorgeberechtigten Eltern gilt dieser Vertretungsausschluss nach dem Wortlaut des Gesetzes (und seiner Vorgängervorschrift) nicht.

Allerdings hat der Bundesgerichtshof früher auch für nicht (mehr) verheiratete Eltern, die gemeinsam sorgeberechtigt und damit vertretungsbefugt waren, einen Vertretungsausschluss für den vertretenden Elternteil angenommen (BGH NJW 1972, 1708), weil dann, wenn der eine Elternteil wegen gesetzlich vermuteter Interessenkollision (§ 181 BGB) ausgeschlossen sei (der jeweilige Gegner des Kindes), dies auch für den anderen gelten müsse. Dies betraf in der Praxis zunächst nur Statusverfahren, da das Wechselmodell damals kaum oder gar nicht vor- kam und für Unterhaltsprozesse die Vertretungsbefugnis des Obhutselternteils gem. § 1629 Abs. 2 BGB in ausreichender Weise geregelt war. Der Vertretungsausschluss wurde dann konsequenterweise auf Unterhaltsverfahren ohne Obhut eines Elternteils - also Eltern im Wechselmodell - übertragen, so dass diese vorher durch einen Antrag § 1628 BGB oder auf Bestellung eines Ergänzungspflegers klären mussten, ob sie zur Geltendmachung des Unterhalts berechtigt waren (BGH FamRZ 2006, 1015; BGH FamRZ 2014, 917). Diese Rechtsprechung zum Vertretungsausschluss hat der Bundesgerichtshof in BGHZ 229, 239 (Beschluss vom 24. März 2021 – XII ZB 364/19) für die Vaterschaftsanfechtung aufgegeben und dies in BGHZ 230, 378 (Beschluss vom 10. April 2024 – XII ZB 459/23) auf Unterhaltsverfahren zwischen nicht verheirateten Eltern übertragen. Mangels eines weiteren vertretungsbefugten Elternteils (nämlich des zu verklagenden, § 1824 Abs. 2 BGB i.V.m. § 181 BGB) bestehe Alleinvertretungsbefugnis des klagewilligen Elternteils. Da kein gesetzlicher Vertretungsausschluss mehr anzunehmen sei, könne er dann auch ohne Obhut den Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den anderen geltend machen. Die mögliche Interessenkollision zwischen dem vertretenden Elternteil und dem Kind unterscheide sich nicht wesentlich von der alleinigen Vertretung durch einen (Obhuts-)Elternteil und werde vom Gesetz grundsätzlich hingenommen.

Seitdem können unverheiratete Eltern das Kind jeweils einzeln bei der Geltendmachung von Kindesunterhalt vertreten (u.U. gleichzeitig und in einem Verfahren). Dagegen greift für verheiratete Eltern nach § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. § 1824 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 BGB immer noch ein Vertretungsausschluss, so dass sie für die Einleitung eines Unterhaltsprozesses entweder einen Ergänzungspfleger oder eine Entscheidung nach § 1628 BGB benötigen. Das bedeutet gegenüber der Geltendmachung von Unterhalt durch einen nicht verheirateten Eltern- teil eine Verzögerung für die Erlangung des Unterhalts sowie zusätzliche Kosten und im Falle des Ergänzungspflegers die Einbeziehung eines Außenstehenden in die familiären Verhältnisse einschließlich der Befugnis, über diese zu bestimmen.

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte dazu, ob die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf Fälle, in denen die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern verheiratet sind, zu übertragen ist, ist uneinheitlich.

Das OLG Karlsruhe hat mit Beschlüssen vom 15. März 2024 (5 UF 219/23, FamRZ 2024, 1096) und 16. Juli 2024 (5 UF 33/24, FamRZ 2024, 1634) entschieden, dass bei der Geltendmachung von Kindesunterhalt im paritätischen Wechselmodell bei verheirateten Eltern § 1629 Abs. 3 BGB analog anzuwenden sei, sofern man nicht in § 1629 Abs. 3 BGB auf das Tatbestandsmerkmal der Obhut ohnedies verzichte. Zwar sei nach allgemeiner Ansicht in § 1629 Abs. 3 BGB wegen des systematischen Zusammenhangs mit § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB das Tatbestandsmerkmal der „Obhut“ hineinzulesen. Jedoch sei dann wenigstens § 1629 Abs. 3 BGB auf den Fall des paritätischen Wechselmodells anzuwenden. Es liege eine ungewollte Gesetzeslücke vor und die Interessenlagen seien unmittelbar vergleichbar. Denn der Gesetzgeber habe mit § 1629 Abs. 2 und Abs. 3 BGB die Geltendmachung von Kindesunterhaltsansprüchen erleichtern wollen. Zudem sei die Interessenlage bei verheirateten und nicht verheirateten Eltern identisch und der vom BGH als nicht ausschlaggebend angesehene mögliche Interessenkonflikt derselbe. Es sei Zweck des § 1629 Abs. 3 BGB, dass die Fragen des Unterhalts direkt zwischen den Eltern geklärt werden sollten, also dort, wo sie wirtschaftlich auch stattfinden.

Demgegenüber hat das OLG Frankfurt (Beschluss v. 18. Juli 2024, 6 UF 119/24, FamRZ 2024, 1631) entschieden, dass § 1629 Abs. 3 BGB nicht analog anwendbar sei. § 1629 Abs. 3 BGB ergänze § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB, setze also dessen Anwendbarkeit voraus. Der Bundesgerichtshof habe zudem in der Entscheidung vom 10. April 2024 ausdrücklich auf den Vertretungsausschluss verheirateter Eltern hingewiesen.

Der Auffassung des OLG Karlsruhe ist jedenfalls im Ergebnis zu folgen.

Der Gesetzgeber geht von der Möglichkeit der Geltendmachung von Kindesunterhalt auch durch verheiratete Eltern aus, hatte bei den Regelungen des § 1629 BGB und § 1824 BGB das Wechselmodell aber nicht vor Augen und konnte schließlich im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH ungeachtet der Formulierung des § 1824 BGB davon ausgehen, dass verheiratete und unverheiratete Eltern dabei gleichbehandelt würden.

Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum getrenntlebende unverheiratete Eltern mit gemeinsamen Sorgerecht den Unterhalt im Wechselmodell ohne vorgeschaltetes Sorgeverfahren geltend machen können und verheiratete Eltern nicht, wenn das Gesetz selbst die Geltendmachung von Kindesunterhalt durch Eltern ohne ein solches Vorverfahren ermöglicht und damit billigt. Allerdings kann nicht angenommen werden, dass die Eltern im paritätischen Wechselmodell beide die Obhut i.S.v. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB haben (so Obermann NJW 2024, 2851). Dies wäre sprachlich möglich, widerspricht jedoch der derzeitigen Auffassung des BGH, derzufolge mangels Betreuungsschwerpunkt keiner von ihnen die Obhut hat. Durch den Rechtsprechungswandel ist jedoch eine nachträgliche Regelungslücke entstanden, weil die früher bestehende Gleichbehandlung verheirateter und nichtverheirateter Eltern nicht mehr besteht. Daher ist der Auffassung (Langeheine FamRZ 2024, 1095; vgl. auch Viefhues in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., Stand 10.01.2025, § 1612 BGB Rn. 174.35 ff.) zu folgen, wonach diese Lücke bis zu einer gesetzlichen Regelung durch eine teleologische Reduktion des § 1629 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BGB geschlossen werden sollte und kann. Denn das Gesetz macht für Verfahren wegen Kindesunterhalt zwischen verheirateten Eltern schon jetzt eine Ausnahme von dem von § 1824 BGB vermuteten Interessenkonflikt, sofern diese im Residenzmodell leben, und stellt sie damit insoweit den unverheirateten Eltern gleich. Es ist kein Sachgrund erkennbar, weshalb bei Vorliegen eines Wechselmodells verheiratete und unverheiratete Eltern unterschiedlich behandelt werden sollten. Der zusätzliche Interessenkonflikt, dass der von einem Elternteil zu zahlende Barunterhalt die Höhe des Trennungsunterhalts des vertretenden Elternteils beeinflusst, hat demgegenüber kein maßgebliches Gewicht. Ansonsten sind mögliche Interessenkonflikte zwischen Kind und vertretendem Elternteil bei verheirateten und unverheirateten Eltern identisch. Mit dieser Auslegung ist zugleich dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG; dazu Heiderhoff in v. Münch/Kunig, GGG, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 89) Rechnung getragen. Denn die genannten Nachteile des Vertretungsverbots - zeitliche Verzögerung, zusätzliche Kosten, Eingriff in die familiäre Sphäre - gäbe es nur bei bestehender Ehe.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 97 ZPO. Der Wert ergibt sich aus § 40 Abs. 1 FamGKG, § 45 Abs. 1 Nr. 1 FamGKG, § 41 FamGKG.

Die Rechtsbeschwerde war im Hinblick auf die Abweichung von der Entscheidung des OLG Frankfurt zuzulassen, § 70 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 FamFG.