AG Hersbruck, Beschluss v. 09.03.2021 – 08 F 783/20

Titel:

Zur Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis zur Geltendmachung von Kindesunterhalt nach § 1628 BGB im Falle eines echten Wechselmodells

Normenketten:

BGB § 1612 Abs. 1, 2, § 1606 Abs. 3 S. 1, § 1628, § 1629 Abs. 2 S. 2, § 1795
FamFG § 51 Abs. 4, § 81 Abs. 1 S. 1

Leitsatz:

Im Falle des echten Wechselmodells liegen die Voraussetzungen für die Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis zur Geltendmachung von Kindesunterhalt nach § 1628 BGB regelmäßig nicht vor. (Rn. 16)

Schlagworte:

Übertragung, Alleinentscheidungsbefugnis, Kindesunterhalt, Alleinentscheidung, Wechselmodell

Tenor

1. Der Antrag der Antragstellerin auf Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen von M. wird zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten des Verfahrens tragen die beteiligten Eltern je zur Hälfte. Die außergerichtlichen Kosten werden nicht erstattet.

3. Der Verfahrenswert wird auf 1.500,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Beteiligten führten bis Dezember 2019 eine nichteheliche Lebensgemeinschaft und sind die Eltern der beiden minderjährigen Kinder M., geb. am …, und J., geb. am …. Die elterliche Sorge wird gemeinsam ausgeübt.

2
Im Rahmen des unter dem Aktenzeichen 8 F 106/20 wegen des Aufenthaltsbestimmungsrechts geführten Eilverfahrens einigten sich die Beteiligten am 03.03.2020 vorläufig darauf, dass J. ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort bei der Antragstellerin haben und M. im Rahmen des paritätischen Wechselmodells betreut werden solle. In dem noch laufenden Hauptsacheverfahren wegen des Aufenthaltsbestimmungsrechts, Az. …/20, wurde zur Vorbereitung der Entscheidung, bei welchem Elternteil die beiden Kinder J. und M. ihren zukünftigen Aufenthaltsort haben sollen oder ob das Wechselmodell ihrem Wohl am besten entspreche, ein familienpsychologisches und kinderpsychiatrisches Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben. Dieses liegt bislang nicht vor.

3
In einem weiteren Verfahren, Az. …/21, hat die Antragstellerin beantragt, den Antragsgegner zur Zahlung von Kindesunterhalt für J. und zur Zahlung von Unterhalt für die Antragstellerin gemäß § 1615 l BGB zu verpflichten.

4
Die Antragstellerin beantragt, ihr gemäß § 1628 BGB die Entscheidung zur Geltendmachung von Kindesunterhaltsansprüchen für M. auf sich allein zu übertragen. Sie ist der Ansicht, es entspreche dem Wohl des Kindes, den ihm aufgrund des im Vergleich zu ihrem Einkommen deutlich höheren Einkommens des Antragsgegners zustehenden Unterhalt zu erhalten. Im Falle des Wechselmodells bestünde aufgrund fehlender Obhut eines Elternteils aber keine Vertretungsbefugnis zur Geltendmachung von Kindesunterhalt gemäß § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB und somit könne ein Antrag gemäß § 1628 BGB gestellt werden. Ein

solcher Antrag verdiene gegenüber der Bestellung eines Ergänzungspflegers auch den Vorzug, weil die Bestellung nur zusätzliche Kosten auslöse und eine weitere Person in das Unterhaltsverfahren einbinde. Es bestünde für die Antragstellerin insbesondere auch kein Interessenkonflikt im Falle der Alleinentscheidungsbefugnis, da zwar die Erhöhung des Haftungsanteils des nicht befugten Elternteils unmittelbar zur Herabsetzung des Haftungsanteils des zur Vertretung befugten Elternteils führe, dies aber ausschließlich auf die Einkommens- und Vermögenssituation zurückzuführen sei. Die Alleinentscheidungsbefugnis beziehe sich auch auf eine konkrete Situation, da nicht davon auszugehen sei, dass weitere Unterhaltsverfahren geführt werden müssen.

5
Der Antragsgegner beantragt die Zurückweisung des Antrags. Er ist der Ansicht, dass die Übertragung der alleinigen Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen für M. aufgrund des zwischen den Beteiligten bestehenden Interessenkonflikts nicht seinem Wohl entspreche und ein Ergänzungspfleger zu bestellen sei. Dies zeige sich insbesondere auch daran, dass die Antragstellerin ihre eigene Leistungsfähigkeit im Rahmen der Unterhaltsberechnung absichtlich zu gering darstelle. Des Weiteren ergäbe die Unterhaltsberechnung, dass der Antragsgegner nur in Höhe von 47,08 Euro zur Zahlung des Kindesunterhalts für M. leistungsfähig sei, so dass es sich auch nicht um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung handle.

6
Wegen der weiteren Einzelheiten des Beteiligtenvortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze und das Protokoll des Anhörungstermins vom 23.02.2021 (Bl. 82 ff. d. A.) Bezug genommen. Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

II.

7
Der Antrag war zurückzuweisen.

8
Nach Auffassung des Gerichts liegen die Anwendungsvoraussetzungen des § 1628 BGB nicht vor. Zwar steht keinem der beiden Elternteile die Alleinvertretungsbefugnis für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes gegen den jeweils anderen Elternteil gemäß § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB zu. Das Gericht hält in dieser Konstellation jedoch die Bestellung eines Ergänzungspflegers für erforderlich.

9
1. Aufgrund der unstreitig gleichwertigen Betreuungsanteile beider Elternteile befindet sich M. nicht in der Obhut eines von beiden jeweils sorgeberechtigten Elternteilen. Keinem von beiden Elternteilen steht daher die Alleinvertretungsbefugnis für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes gegen den jeweils anderen Elternteil gemäß § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB zu.

10
2. Die Anwendungsvoraussetzungen des § 1628 BGB liegen nach Auffassung des Gerichts im vorliegenden Fall nicht vor.

11
In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob die Geltendmachung von Kindesunterhaltsansprüchen im Falle eines „echten“ Wechselmodells, also mit gleich hohen bzw. gleichwertigen Betreuungsanteilen beider Elternteile ohne feststellbaren Betreuungsschwerpunkt, unter § 1628 BGB fällt oder ob die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich ist. Das Gericht hält im Ergebnis § 1628 BGB für die vorliegende Fallkonstellationen nicht für anwendbar.

12
a) Der Bundesgerichtshof hat in zwei Entscheidungen (Beschluss vom 21.12.2005 - XII ZR 126/03, FamRZ 2006, 1015 sowie Beschluss vom 12.03.2014 - XII ZB 234/13, FamRZ 2014, 917) jeweils in einem obiter dictum ausgeführt, ließe sich ein Schwerpunkt der Betreuung bei einem Wechselmodell nicht ermitteln und läge damit ein Obhutsverhältnis im Sinne des § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB nicht vor, so müsse „der Elternteil, der den anderen für barunterhaltspflichtig hält, entweder die Bestellung eines Pflegers für das Kind herbeiführen, der dieses bei der Geltendmachung seines Unterhaltsanspruchs vertritt, oder der Elternteil muss beim Familiengericht beantragen, ihm gemäß § 1628 BGB die Entscheidung zur Geltendmachung

von Kindesunterhalt allein zu übertragen“ (BGH, a.a.O.). Insoweit bleibt jedoch mangels weiterer Ausführungen zu dieser dort jeweils nicht entscheidungserheblichen Frage (in beiden Entscheidungen ging es um Fälle, in denen das Kind überwiegend von einem Elternteil betreut wurde und daher ein Obhutsverhältnis im Sinne des § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB bestand) offen, unter welchen weiteren Voraussetzungen die Anwendbarkeit des § 1628 BGB zu bejahen ist oder ob in dieser Konstellation stets ein Wahlrecht zwischen § 1628 BGB und der Bestellung eines Ergänzungspflegers bestehen soll.

13
b) Für ein solches Wahlrecht spricht sich das OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 12.07.2016 - 6 UF 60/16) aus und weist darauf hin, dass insbesondere gegen die Anwendung von § 1628 BGB keine Bedenken bestünden, weil auch die Regelung in § 1629 Abs. 3 S. 1 BGB bewirken sollte, dass das Kind aus dem elterlichen Konflikt herausgehalten werde, ein Ergänzungspfleger aber im Namen des Kindes vorgehen müsste .

14
Teilweise wird in der Rechtsprechung auch der Lösungsweg über § 1628 BGB sogar als vorzugswürdig erachtet, weil mit dieser Entscheidung auch das „Ob“ der Einleitung des Unterhaltsverfahrens geregelt werde (OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.10.2016 - 6 UF 242/16; so auch OLG Hamburg, Beschluss vom 30.08.2018 - 2 UF 70/18; OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.06.20120 - 9 UF 36/20) und andernfalls außerdem beiden Elternteilen die elterliche Sorge für den Teilbereich Kindesunterhalt entzogen werden müsste, statt nur einem (OLG Hamburg, a.a.O.; OLG Brandenburg, a.a.O.).

15
c) Teile der Rechtsprechung und gewichtige Stimmen der Literatur vertreten, dass es zur ordnungsgemäßen Vertretung eines im Wechselmodell lebenden minderjährigen Kindes stets oder zumindest in der Regel der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedürfe (OLG Köln, Beschluss vom 21.03.2014 - 4 UF 1/14; BeckOGK/Amend-Traut, 1.7.2020, BGB § 1629 Rn. 82; Götz, FF 2015, 146 ff.; Seiler, FamRZ 2015, 1845 ff.; Spangenberg, NZFam 2017, 1089; AG Westerstede, Beschluss vom 28.02.2017 - 87 F 7097/16).

16
d) Das Gericht folgt der zuletzt genannten Ansicht. Im vorliegenden Fall liegen nach Auffassung des Gerichts die Anwendungsvoraussetzungen des § 1628 BGB nicht vor, für die Geltendmachung etwaiger Kindesunterhaltsansprüche ist damit die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich.

17
aa) Allein aus der Tatsache, dass der Bundesgerichtshof in den oben genannten Entscheidungen sowohl den Antrag auf Bestellung eines Ergänzungspflegers als auch denjenigen nach § 1628 BGB auf Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis zur Geltendmachung von Kindesunterhalt genannt hat, lässt sich nicht ohne weiteres folgern, dass beide Möglichkeiten auch in allen Fallkonstellationen alternativ anwendbar sind. In keiner der beiden den Entscheidungen des BGH zugrundeliegenden Fallkonstellationen ging es um ein echtes Wechselmodell, weshalb die Entscheidungen keine weitere Begründung und keine Ausführungen zu möglichen weiteren Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von § 1628 BGB oder die Bestellung eines Ergänzungspflegers enthalten.

18
bb) Eine Anwendung von § 1628 BGB setzt voraus, dass sich der Antrag auf Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis auf eine einzelne Angelegenheit im Sinne des § 1628 BGB bezieht. Das ist vorliegend aber nicht der Fall. Der Anwendungsbereich des § 1628 BGB ist in dieser Hinsicht eng auszulegen, um eine Ausdehnung zu Lasten der nur unter engeren Voraussetzungen zulässigen Übertragung eines Teilbereichs der elterlichen Sorge nach § 1671 BGB zu vermeiden (BeckOGK/Amend-Traut, Stand 1.1.2021, BGB § 1628 Rn. 34; BeckOK BGB/Veit, 57. Ed. 1.11.2019, BGB § 1628 Rn. 5; MüKoBGB/Huber, 8. Aufl., § 1628 Rn. 10). § 1628 beschränkt sich daher auf die Auflösung elterlicher Meinungsverschiedenheiten, die „punktuell-sachbezogene Konflikte“ zum Gegenstand (BeckOGK/Amend-Traut, a.a.O.) und einen konkreten situativen Bezug haben (MüKoBGB/Huber, a.a.O.). Die Alleinentscheidungsbefugnis zur Geltendmachung von Kindesunterhalt ist keine solche einzelne Angelegenheit, denn zu ihr gehören über die Schaffung eines Titels hinaus auch die Überwachung der Zahlungseingänge, die Zwangsvollstreckung, die regelmäßige Überprüfung der Leistungsfähigkeit des Schuldners durch Auskunftsanträge und ggf. die Abänderung des Titels (Knittel, FamRZ 2013, 800 ff.;

MüKoBGB/v.Sachsen Gessaphe, § 1712 Rn. 12). Es handelt sich somit um eine Daueraufgabe (Götz, a.a.O.). Die Lösung kann auch nicht darin bestehen, die Alleinentscheidungsbefugnis zum Beispiel auf nur ein konkretes Verfahren zu beschränken, denn dies hätte zur Folge, dass nach Abschluss dieses Verfahrens für jedes weitere Tätigwerden in Zusammenhang mit dem Kindesunterhalt stets zunächst ein neues Verfahren zur Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis gemäß § 1628 BGB geführt werden müsste. Unbeschadet der Tatsache, dass dies einen für alle Beteiligten unzumutbaren Aufwand nach sich ziehen würde, ist es allein schon deshalb rechtlich im Regelfall nicht zulässig, weil es kaum dem Kindeswohl entsprechen dürfte, wenn für jedes Handeln in Zusammenhang mit dem Kindesunterhalt ein eigenes Verfahren nach § 1628 BGB erforderlich wäre. Das Kindeswohl erfordert es, die gerichtlichen Verfahren, an denen die Kindeseltern beteiligt sind, insbesondere in Kindschaftssachen, auf das zur Durchsetzung des Kindeswohls notwendige Minimum zu beschränken.

19
Das Argument der Gegenansicht, wonach ein Vorgehen nach § 1628 BGB den Vorteil hätte, dass nicht im Namen des Kindes selbst, sondern im Namen des zur Alleinentscheidung befugten Elternteils ein Antrag gegen den anderen Elternteil auf Verpflichtung zur Zahlung von Kindesunterhalt gestellt werden muss, vermag hingegen nicht zu überzeugen. Zum einen hat der Gesetzgeber in § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB auch geregelt, dass der Unterhaltsanspruch des Kindes in dessen eigenen Namen geltend gemacht werden muss, zum anderen dürfte es dem minderjährigen Kind, das persönlich in keiner einzigen Konstellation am Verfahren teilnimmt, keinen Nachteil bringen, wenn es den Anspruch im eigenen Namen, vertreten durch einen Ergänzungspfleger, geltend machen muss. Dem in Anspruch genommenen Elternteil ist sicherlich bewusst, dass die Entscheidung über die Geltendmachung nicht das minderjährige Kind trifft. Tatsächlich dürfte es eher dem Wohl des Kindes dienen, wenn ein Ergänzungspfleger die Ansprüche gegen einen seiner Elternteile geltend macht, als wenn sich beide Eltern (wiederholt) als „Gegner“ in einem Gerichtsverfahren gegenüberstehen, da letzteres das höhere Konfliktpotential birgt und die Gefahr besteht, dass sich Konflikte der Eltern negativ auf das betroffene Kind auswirken. Auch zur Bestellung des Ergänzungspflegers ist zwar der Antrag eines Elternteils erforderlich, ein solches Verfahren hat aber weniger Konfliktpotential für die Eltern und somit auch ein geringeres Risiko für das Kindeswohl als ein Unterhaltsverfahren.

20
cc) Zuletzt sprechen auch prozessuale Gesichtspunkte gegen eine Bevorzugung der Anwendung des § 1628 BGB. In den Fällen des echten Wechselmodells haben grundsätzlich beide Elternteile für den Barunterhalt des Kindes, dessen Unterhaltsbedarf sich nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern bemisst und etwaigen Mehrbedarf umfasst, einzustehen (BGH, Beschluss vom 11.01.2017 - XII ZB 565/15).

21
Aufgrund dieser Tatsache müsste bei Anwendbarkeit von § 1628 BGB in der Konsequenz beiden Elternteilen jeweils die Befugnis übertragen werden, Unterhaltsansprüche gegen den anderen Elternteil geltend zu machen, womit das Verfahren nach § 1628 BGB allerdings ad absurdum geführt wäre (Spangenberg, a.a.O.).

22
Es ist daher in der obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass das Kind beim Wechselmodell den Unterhalt nur gegen denjenigen Elternteil geltend machen kann, der unter Berücksichtigung der beiderseitigen Einkünfte und der erbrachten bedarfsdeckenden (Natural-)Unterhaltsleistungen zu einer Ausgleichszahlung verpflichtet ist und nach dem Rechtsgedanken des § 1612 Abs. 1, 2 BGB jedenfalls kein Barunterhaltsanspruch des Kindes gegen den weniger leistungsfähigen Elternteil besteht (OLG Nürnberg, Beschluss vom 20.12.2016 - 11 UF 673/16, NZFam 2017, 257).

23
Die Anwendbarkeit von § 1628 BGB würde somit dazu führen, dass inzident schon in dem Kindschaftsverfahren geprüft werden müsste, welcher Elternteil dem anderen Elternteil tatsächlich Unterhalt schuldet, zumal es auch sicher nicht dem Wohl des Kindes dient, wenn durch den alleinentscheidungsbefugten Elternteil Kindesunterhalt geltend gemacht werden würde, obwohl gar kein Anspruch besteht.

24

Ein Kindschaftsverfahren ist aber nicht dazu geeignet, inzident darüber zu entscheiden, welchen Elternteil tatsächlich eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind bzw. eine Pflicht zu einer Ausgleichszahlung und ggf. in welcher Höhe ihn diese trifft. Die Entscheidung darüber kann abschließend nur im Rahmen eines gesonderten Unterhaltsverfahrens erfolgen. Eine nur vorläufige Prüfung ohne Geltung für das spätere Unterhaltsverfahren im Rahmen des Kindschaftsverfahrens ist aus prozessualer Sicht nicht sachdienlich.

25
dd) Bedenken gegen eine Anwendung des § 1628 BGB bestehen außerdem, weil für den Elternteil mit der Alleinentscheidungsbefugnis ein Interessenkonflikt bestehen würde, denn dessen Haftungsanteil reduziert sich unmittelbar durch die Erhöhung des Haftungsanteils des anderen Elternteils (Götz, a.a.O.; Seiler, a.a.O.)

26
Ein solcher Interessenkonflikt besteht im Falle des echten Wechselmodells im Gegensatz zur Geltendmachung des Kindesunterhaltsanspruchs durch den Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind befindet gemäß § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB - jedenfalls in Bezug auf den Kindesunterhalt - nämlich dadurch, dass in letzterem Fall mit Ausnahme der Konstellation, in denen das Einkommen des betreuenden Elternteils mindestens dreimal so hoch ist und auch eine Barunterhaltspflicht dieses Elternteils in Betracht kommen kann, nur der andere Elternteil Barunterhalt schuldet. Es kommt für die Höhe des Kindesunterhalts somit ausschließlich auf dessen Einkommen und Vermögen an.

27
Im Falle des Wechselmodells schulden aber eben beide Elternteile anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen Barunterhalt (§ 1606 Abs. 3 S. 1 BGB) und es findet ein unterhaltsrechtlicher Ausgleich zwischen den Eltern typischerweise nur in Form einer den Tabellenunterhalt nicht erreichenden Ausgleichsbetrag statt (BGH, Beschluss vom 20.04.2016 - XII ZB 45/15). Die Herabsetzung des Einkommens des einen Elternteils führt somit unmittelbar zur Erhöhung des Anteils des anderen Elternteils. Der zur Geltendmachung des Kindesunterhalts befugte Elternteil hat somit ein Interesse daran, sein Einkommen so gering wie möglich darzustellen.

28
Dieser Interessenkonflikt entfällt auch nicht dadurch, dass der etwaige höhere Unterhaltsbetrag nur dem Kind zugute kommt, denn es ändert sich nicht die Höhe des Unterhaltsbetrages, sondern nur der aufgrund der Einkommensverhältnisse beider Elternteile errechnete, auf jeden von beiden entfallende Anteil und somit die Höhe der Ausgleichszahlung. Der diese Zahlung erhaltende Elternteil müsste selbst dann einen entsprechend geringeren Betrag für das Kind aufwenden.

29
Die Situation im Wechselmodell unterscheidet sich deshalb durchaus wesentlich von der Situation, in der sich das Kind in der Obhut eines Elternteils befindet, und dieser Elternteil einen eigenen Unterhaltsanspruch geltend macht (so auch BeckOGK/Amend-Traut, 1.7.2020, BGB § 1629 Rn. 82).

30
Zwar besteht auch kein Vertretungsverbot gemäß § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 1795 Abs. 1 Nr. 3 BGB, wenn der vertretungsberechtigte Elternteil neben Unterhaltsansprüchen der Kinder zusätzlich eigene geltend macht oder wegen eines erheblichen Einkommensunterschieds für den Barunterhalt mithaftet. Allerdings ist der vertretungsbefugte Elternteil dann eben entweder gar nicht zu Barunterhalt verpflichtet, weil er seine Unterhaltsverpflichtung ausschließlich in Form des Naturalunterhalts erfüllt oder dieser Naturalunterhalt wird in Bezug auf den zu leistenden Barunterhalt zumindest in Abzug gebracht.

31
e) Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall selbst dann, wenn man der Rechtsprechung der OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 17.10.2016 - 6 UF 242/16) und OLG Brandenburg (a.a.O.) folgt, im vorliegenden Fall der Rückgriff auf § 1628 BGB ausgeschlossen. Dies ist nach der in ihrer Entscheidung vertretenen Rechtsauffassung der Fall, wenn im Einzelfall ein konkreter Interessenkonflikt festgestellt werden kann.

32
Dies wäre hier zu bejahen, denn bei Zugrundelegung der von Antragstellerseite im Verfahren gemachten Angaben in Bezug auf die Einkommensverhältnisse des Antragsgegners bestünde nach überschlägiger Berechnung ein Ausgleichsanspruch in Höhe von über 155,00 Euro, während sich dieser

Ausgleichsanspruch bei Zugrundelegung der Angaben des Antragsgegners auf nur 47,08 Euro beliefe. Hierbei noch nicht berücksichtigt sind die sich auf die Ausgleichszahlungen ebenfalls unmittelbar auswirkenden Haftungsanteile beider Beteiligter für etwaige Mehrbedarfe für M, denn auch hier würde ein höherer Anteil des Antragsgegners unmittelbar zur Herabsetzung des Anteils der Antragstellerin führen.

33
3. Von einer Anhörung des Kindes vor Gericht wurde abgesehen, weil die Neigungen, Bindungen und der Wille des noch nicht 14 Jahre alten Kindes für die Entscheidung nicht von Bedeutung waren und eine persönliche Anhörung auch aus sonstigen Gründen nicht angezeigt waren (§ 159 Abs. 2 FamFG).

III.

34
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 51 Abs. 4, 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG. Für die Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung gelten die allgemeinen Vorschriften.

35
Die Festsetzung des Verfahrenswertes beruht auf §§ 41, 45 FamGKG.