

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln **Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

AUS DEM INHALT

Kolumne

Gibt es ein Leben ohne Stress – sogar dann, wenn man Anwältin oder Anwalt ist? (S. 531)

Anwaltsmagazin

Satzungsversammlung hält an Robenpflicht fest (S. 533) • Kammerpräsidenten wollen BGH-Anwaltschaft beibehalten (S. 533) • Richter gegen Vorgabe konkreter Erledigungszahlen (S. 535)

Aufsätze

Lemke, Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis: Gesetzliche Regelungen und Einordnung der Rechtsprechung (S. 545)

Fritzsche, Obhutsverlust im Unterhaltsverfahren – ein „Dauerbrenner“ mit unterschiedlichen Facetten (S. 555)

Sartorius, Rechtsprechungsübersicht zum Sozialrecht (S. 557)

Hillenbrand, Strafzumessung: Wichtig ist, was hinten rauskommt! (S. 575)

Eilnachrichten

BGH: Keine Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung (S. 539)

EuGH: Verpflichtung zur Einrichtung einer Arbeitszeiterfassung (S. 542)

BGH: Wegnahme eines Mobiltelefons zur Datenlöschung (S. 544)





Rechtsprechung

Obhutsverlust im Unterhaltsverfahren – ein „Dauerbrenner“ mit unterschiedlichen Facetten

1. Für die weitere Zulässigkeit eines Unterhaltsverfahrens ist bei Obhutsverlust eines Elternteils danach zu unterscheiden, ob dieser Elternteil als Verfahrensstandschafter oder gesetzlicher Vertreter seines Kindes auftrat.
2. Während im Falle der Verfahrensstandschaft die Zulässigkeit des weiteren Verfahrens in Gänze in Frage steht, hat im Fall der gesetzlichen Vertretung der Obhutsverlust nur Auswirkungen auf Begründetheitsebene.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BGH, Beschl. v. 6.2.2019 – XII ZB 360/18, ZAP-EN-Nr. 346/2019

Bearbeiter: RiOLG Dr. SEBASTIAN FRITZSCHE, Butzbach

I. Sachverhalt

Im Verfahren nahm ein Kind, vertreten durch seinen obhutsausübenden Vater, seine gemeinsam sorgeberechtigte Mutter als Antragsgegnerin auf Barunterhalt in Anspruch. Der Antrag hatte in erster Instanz nur in sehr geringem Umfang Erfolg. Hiergegen richtete sich die Beschwerde der Antragsgegnerin, die das Beschwerdegericht verwarf (OLG Frankfurt, Beschl. v. 11.7.2018 – 2 UF 85/18). Im Laufe des Beschwerdeverfahrens war das Kind in den Haushalt der Antragsgegnerin gewechselt. In dem von der Antragsgegnerin initiierten Rechtsbeschwerdeverfahren erteilte der BGH am 6.2.2019 unter Bezugnahme auf seinen Beschluss vom 1.3.2017 (XII ZB 2/16, Rn 18) u.a. den Hinweis, dass das Kind im Beschwerdeverfahren nicht hinreichend vertreten sein dürfte.

II. Inhalt des Hinweises

Mit der Bezugnahme auf seinen Beschluss vom 1.3.2017 (XII ZB 2/16), macht der BGH deutlich, dass er bei **gesetzlicher Vertretung eines minderjährigen Verfahrensbeteiligten** durch einen Elternteil nach § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB und dem **Obhutswegfall** von einer Beeinträchtigung der Verfahrensführungsbefugnis des Verfahrensbeteiligten ausgeht. Dies bedinge einen neuen gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen im Verfahren, z.B. durch Bestellung eines Ergänzungspflegers.

III. Anmerkung

Ogleich sich dieser Hinweis im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung verhält (OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.7.2016 – 17 UF 284/14, FamRZ 2017, 282 [Ls.]; OLG München FamRZ 2003, 248; OLG Hamm FamRZ 1990, 890; OLG Rostock NJW 2012, 942, 943; aktuell auch OLG Hamburg NZFam 2019, 37, Rn 18), kann ihm in dieser Pauschalität nicht gefolgt werden. Denn es wird nicht in dem erforderlichen Maße unterschieden, ob der die Obhut (ehedem) ausübende Elternteil als Verfahrensstandschafter seines Kindes dessen Recht als fremdes Recht im eigenen Namen geltend macht, § 1629 Abs. 3 S. 1 BGB, oder er aber das Kind bei der Geltendmachung dessen eigenen Rechts im eigenen Namen als gesetzlicher Vertreter im Verfahren vertritt, § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB. Während im Fall der Verfahrensstandschaft in der Tat bei Obhutsverlust die Zulässigkeit des weiteren Verfahrens in Gänze infrage steht, ergeben sich im Vertretungsfall weitgehend nur Konsequenzen auf materiell-rechtlicher Ebene:

1. Verfahrensstandschaft

Die gesetzliche Verfahrensstandschaft eines Elternteils nach § 1629 Abs. 3 S. 1 BGB ist immer dann gegeben, wenn die Eltern eines gemeinsamen Kindes miteinander verheiratet sind, sie getrennt leben oder

Obhutsverlust im Unterhaltsverfahren

zwischen ihnen eine Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftssache anhängig ist und ein **Alleinvertretungsrecht** dieses Elternteils – aufgrund alleiniger (Personen-)Sorge oder nach § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB – besteht (AMEND-TRAUT, in: beckOGK, Stand: 1.1.2019, § 1629 BGB, Rn 90–93). Unter diesen Voraussetzungen ist (nur) der entsprechende Elternteil berechtigt, das für ihn fremde Recht des gemeinsamen Kindes im eigenen Namen geltend zu machen; ihm ist also die **Verfahrensführungsbefugnis übertragen**. Hierunter wird die prozessuale Berechtigung verstanden, ein materielles Recht verfahrensrechtlich durchzusetzen. Gewöhnlich knüpft diese verfahrensrechtliche Befugnis an die Behauptung der Berechtigung bzw. Verpflichtung der Beteiligten entsprechend des zur Entscheidung gestellten materiellen Rechts an (MUSIELAK/VOIT-WETH, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 51, Rn 16); bei (gesetzlicher oder gewillkürter) Verfahrensstandschaft fällt beides auseinander.

Hinweis:

Bestehen die Voraussetzungen dieser Verfahrensstandschaft bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in einer Tatsacheninstanz (BGH NJW-RR 1993, 442) nicht mehr fort, fehlt es sodann an einer Zulässigkeitsvoraussetzung (BGH NJW-RR 2006, 138).

Für diesen Fall wäre der Hinweis des BGH sachgerecht gewesen, indes lag ein solcher Fall nicht vor.

2. Gesetzliche Vertretung

Im Fall der gesetzlichen Vertretung eines Kindes als unmittelbarem Verfahrensbeteiligten bleibt dessen aus der Geltendmachung eines eigenen Rechts im eigenen Namen resultierende Verfahrensführungsbefugnis dagegen unberührt. Dies verkennt der Hinweis des BGH. Durch den Verlust der Obhut des bisher vertretenden Elternteils **endet** nur seine **gesetzliche Vertretungsmacht** nach § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB mit der Folge, dass das verfahrensunfähige, § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 52 ZPO, §§ 104 ff. BGB, Kind **nicht mehr ordnungsgemäß vertreten** ist, § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 51 Abs. 1 ZPO.

Da es sich bei einem Unterhaltsverfahren als Familienstreitsache, § 112 Nr. 1 FamFG, um ein **Anwaltsverfahren** handelt, § 114 Abs. 1 FamFG, hat ein solcher Wegfall der Vertretungsmacht **ipso iure keine Auswirkungen**, führt nicht einmal zur Verfahrensunterbrechung, § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, §§ 241 Abs. 1, 246 Abs. 1 ZPO. Eine **Aussetzung des Verfahrens kommt nur auf Antrag** des anwaltlichen Bevollmächtigten in Betracht, § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 246 Abs. 1 a.E. ZPO.

Hinweis:

Wird ein solcher Antrag nicht gestellt, ist das Verfahren ungeachtet der erloschenen Vertretungsmacht fortzuführen, denn das Kind wird im Verfahren durch seinen ehemals ordnungsgemäß bestellten anwaltlichen Bevollmächtigten, der auch Vollmacht an einen Bevollmächtigten der Rechtsbeschwerdeinstanz erteilen kann (BGH, Beschl. v. 6.2.2019 – VII ZB 78/17, Rn 23), hinreichend vertreten (so schon OLG Frankfurt, Beschl. v. 5.4.2018 – 8 UF 170/17 n.v.).

Gegen die **Anwendbarkeit von § 241 ZPO** – soweit dieser überhaupt problematisiert wurde – ist eingewandt worden, die gesetzliche Vertretungsmacht des Elternteils falle rückwirkend weg (OLG Rostock a.a.O.); dies vermag nicht zu überzeugen. Einerseits würde jegliche frühere Entscheidung des die Obhut verlierenden Elternteils unwirksam, insbesondere auch eine frühere Vereinbarung über den Unterhalt; dem Kind entfielen ggf. ein Rechtsgrund für den Erhalt früherer Unterhaltsleistungen. Andererseits bieten die Unterbrechungs- und Wiederaufnahmeregeln der §§ 239 ff. ZPO ein geeignetes Instrument, auf diese Veränderung in der Vertretung des Minderjährigen zu reagieren.

Dass der **Barunterhaltsanspruch** des Kindes gegen den bisherigen Gegner nach Einzug in dessen Haushalt endet, steht auf einem anderen Blatt, § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB; dies stellt ein **teilweise erledigendes Ereignis für den Verfahrensgegenstand** dar. Der bis zu diesem Zeitpunkt fällig gewordene Unterhaltsanspruch bleibt hiervon gänzlich unberührt. Selbst im Fall, dass der bisher die Obhut ausübende Elternteil gerade den gegen den anderen Elternteil gerichteten Barunterhaltsanspruch erfüllte und damit einen familienrechtlichen Ausgleichsanspruch auslöste (BGH NJW 1981, 2348), geschah dies unabhängig von einem Obhutsverlust (diese Voraussetzung eines familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs verkennt OLG Hamburg a.a.O.).