



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

XII ZB 2/16

Verkündet am:
1. März 2017
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

FamFG §§ 243, 249

Allein der Umstand, dass das unterhaltsberechtignte Kind während eines von der Unterhaltsvorschusskasse betriebenen vereinfachten Verfahrens in den Haushalt des Unterhaltspflichtigen wechselt, lässt die Zulässigkeit dieses Verfahrens für Unterhaltsansprüche aus der Zeit bis zum Obhutswechsel unberührt (Fortführung von Senatsbeschluss vom 21. Dezember 2005 - XII ZB 258/03 - FamRZ 2006, 402).

BGH, Beschluss vom 1. März 2017 - XII ZB 2/16 - OLG Jena
AG Erfurt

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 2017 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Schilling, Dr. Günter und Dr. Botur und die Richterin Dr. Krüger

für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des 2. Familiensenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 4. Dezember 2015 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass von den Kosten des Beschwerdeverfahrens der Antragsgegner 72 % und der Antragsteller 28 % zu tragen haben.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden dem Antragsgegner auferlegt.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligten streiten im vereinfachten Verfahren um Kindesunterhalt aus übergegangenem Recht.
- 2 Aus der Ehe des Antragsgegners ist die am 23. November 2003 geborene Tochter hervorgegangen. Nachdem sich die Eltern im Februar 2013 getrennt hatten, verblieb die Tochter im Haushalt ihrer Mutter. Der Antragsteller zahlte ab dem 1. April 2013 für sie Unterhaltvorschuss.

3 Nach einer Rechtswahrungsanzeige vom 2. April 2013 hat der Antragsteller die Festsetzung des ab April 2013 rückständigen sowie des laufenden Unterhalts im vereinfachten Verfahren beantragt. Mit Beschluss vom 18. Dezember 2014 hat das Amtsgericht den vom Antragsgegner zu zahlenden Unterhalt für die Zeit ab dem 1. September 2014 auf 100 % des Mindestunterhalts der zweiten Altersstufe abzüglich des jeweiligen Kindergeldes und den vom Antragsgegner zu zahlenden rückständigen Unterhalt für die Zeit vom 1. April 2013 bis zum 31. August 2014 auf 3.060 € festgesetzt. Im Beschwerdeverfahren hat der Antragsgegner – unbestritten – vorgetragen, dass er seit dem 1. Januar 2015 wieder gemeinsam mit seiner Tochter und seiner Ehefrau in einem Haushalt lebe. Hierauf hat das Oberlandesgericht in Abänderung des amtsgerichtlichen Beschlusses den Antragsgegner dahin verpflichtet, Kindesunterhalt nur für die Zeit vom 1. April 2013 bis einschließlich 31. Dezember 2014 in Höhe von 3.780 € zu zahlen. Den darüber hinausgehenden Antrag hat es zurückgewiesen und die Kosten des Beschwerdeverfahrens gleichwohl dem Antragsgegner auferlegt. Hiergegen wendet er sich mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Sie führt nur wegen der zweitinstanzlichen Kostenentscheidung zu einer Korrektur der angefochtenen Entscheidung.

5 1. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

6 Die Beschwerde des Antragsgegners habe in der Sache Erfolg, soweit er sich gegen die Festsetzung von Unterhalt für die Zeit ab dem 1. Januar 2015

wende. Seit diesem Zeitpunkt lebe das Kind nach dem unstreitigen Vortrag des Antragsgegners wieder mit ihm in einem Haushalt. Damit sei eine Zulässigkeitsvoraussetzung des vereinfachten Verfahrens entfallen.

7 Allerdings sei streitig, ob das vereinfachte Verfahren im Fall des Obhutswechsels insgesamt oder erst mit Wirkung ab dem Einzug des Kindes in den Haushalt des Antragsgegners unzulässig werde, wenn die Antragsberechtigung durch den Obhutswechsel des Kindes nicht betroffen sei. Die zuletzt genannte Auffassung sei zutreffend. In diesen Fällen sei nicht ersichtlich, warum das Verfahren insgesamt unzulässig werden sollte. Eine gegenteilige Annahme erscheine wenig interessengerecht. Der geltend gemachte Unterhaltsanspruch bestehe nach der von der verfahrensrechtlichen Norm des § 249 FamFG aufgenommenen materiell-rechtlichen Anknüpfung der Barunterhaltsverpflichtung an die anderweitige Betreuung bis zum Zeitpunkt des Obhutswechsels zum bisher Barunterhaltspflichtigen.

8 Bezogen auf den verbleibenden Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 31. Dezember 2014 verbleibe es bei der in dem angefochtenen Beschluss festgesetzten Höhe, gegen die der Antragsgegner keine Einwendungen erhoben habe.

9 Trotz des Teilerfolgs seiner Beschwerde seien dem Antragsgegner jedoch gemäß § 243 FamFG die gesamten Verfahrenskosten aufzuerlegen. Denn sein Rechtsmittel habe allein aufgrund des nach Erlass der angefochtenen Entscheidung erfolgten Umzugs des Antragsgegners zu Ehefrau und Tochter Erfolg.

10 2. Dies hält in der Hauptsache rechtlicher Überprüfung stand.

11 Dass das Oberlandesgericht den Kindesunterhalt bis zum Zeitpunkt des Obhutswechsels im vereinfachten Verfahren gegen den Antragsgegner festgesetzt hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

12 a) Gemäß § 249 Abs. 1 FamFG wird der Unterhalt eines minderjährigen Kindes, das mit dem in Anspruch genommenen Elternteil nicht in einem Haushalt lebt, auf Antrag im vereinfachten Verfahren festgesetzt, soweit der Unterhalt vor Berücksichtigung der Leistung nach §§ 1612 b oder 1612 c BGB das 1,2-fache des Mindestunterhalts nach § 1612 a Abs. 1 BGB nicht übersteigt. Der Antrag kann, wie sich aus § 250 Nr. 11 FamFG ergibt, auch von demjenigen gestellt werden, auf den der Unterhaltsanspruch übergegangen ist (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Dezember 2005 - XII ZB 258/03 - FamRZ 2006, 402, 404; Keidel/Giers FamFG 19. Aufl. § 249 Rn. 10 mwN), hier also gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 UVG von der Unterhaltsvorschusskasse.

13 b) Streitig ist allerdings, welche Auswirkungen es hat, wenn das Kind während des laufenden vereinfachten Verfahrens in die Obhut des unterhaltspflichtigen Elternteils wechselt.

14 aa) Nach einer Auffassung darf eine Sachentscheidung im vereinfachten Verfahren nur ergehen, wenn das minderjährige Kind im Zeitpunkt der Unterhaltsfestsetzung durch das Amtsgericht nicht mit dem in Anspruch genommenen Elternteil in einem Haushalt lebt. Das gelte auch für den rückständigen Unterhalt, da der Aufenthalt des Kindes als Zulässigkeitsvoraussetzung das Verfahren insgesamt erfasse. Das vereinfachte Verfahren solle nicht mit schwierigen Rechts- oder Tatsachenfragen für die Festsetzung des Unterhalts belastet werden, wie sie durch den Aufenthaltswechsel des unterhaltsberechtigten Kindes entstehen könnten (OLG Celle, FamRZ 2003, 1475 f. zu § 645 Abs. 1 ZPO; Büte FuR 2012, 585 f.; so auch Keidel/Giers 19. Aufl. § 249 Rn. 11).

- 15 bb) Eine weitere in Rechtsprechung und Literatur vertretene Auffassung gelangt zwar ebenfalls zu dem Ergebnis, dass mit dem Obhutswechsel das vereinfachte Verfahren insgesamt unzulässig wird, begründet dies aber damit, dass mit dem Wechsel des Kindes in den Haushalt des Unterhaltspflichtigen die gesetzliche Vertretung des Kindes bzw. die Voraussetzungen für eine entsprechende Prozessstandschaft entfielen (OLG Koblenz MDR 2015, 836; OLG Bamberg FamRZ 2014, 2014 f.; wohl auch BeckOK FamFG/Nickel [Stand: 1. Dezember 2016] § 249 Rn. 15).
- 16 cc) Nach überwiegender Auffassung wird das vereinfachte Verfahren erst ex nunc für Unterhaltsansprüche ab dem Zeitpunkt an unzulässig, in dem das Kind zu dem unterhaltspflichtigen Elternteil gezogen ist (OLG Köln Beschluss vom 23. Januar 2015 - 4 UF 142/14 - juris Rn. 13 ff.; KG FamRZ 2009, 1847 f.; Wendl/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 10 Rn. 638; MünchKommFamFG/Macco 2. Aufl. § 249 Rn. 17; Johannsen/Henrich/Maier Familienrecht 6. Aufl. § 249 FamFG Rn. 7; ausdrücklich für eine Inanspruchnahme aus übergegangenem Recht Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO 37. Aufl. § 249 FamFG Rn. 3).
- 17 dd) Die zuletzt genannte Auffassung ist zutreffend. Allein der Wechsel des unterhaltsberechtigten Kindes zum Unterhaltspflichtigen führt nicht zur Unzulässigkeit des gesamten Verfahrens.
- 18 Voraussetzung für eine Sachentscheidung bezogen auf den Zeitraum bis zum Obhutswechsel ist freilich, dass durch den Aufenthaltswechsel nicht die Verfahrensführungsbefugnis des Antragstellers in Frage gestellt wird, etwa weil bei Ausübung der gemeinsamen Sorge der Elternteil, bei dem das Kind bislang gelebt hat, es nicht mehr vertreten kann (vgl. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB). Soweit die zweitgenannte Auffassung entscheidend auf diesen Aspekt abstellt,

lässt sie außer Betracht, dass ein Obhutswechsel die Verfahrensführungsbe-
fugnis nicht zwingend beeinflussen muss. Denn ist der Elternteil, bei dem das
Kind zu Beginn des vereinfachten Verfahrens gelebt hat, Inhaber der alleinigen
Sorge oder macht – wie hier – ein Dritter die Unterhaltsansprüche aus überge-
gangenem Recht geltend, lässt der Aufenthaltswechsel des Kindes die Verfah-
rensführungsbefugnis des Antragstellers unberührt.

19 Der Rechtsbeschwerde, die der ersten Auffassung folgt, aber auf den
Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung abstellen will, ist zwar einzuräu-
men, dass die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen wie etwa die Verfah-
rensfähigkeit eines Beteiligten grundsätzlich im Zeitpunkt der letzten Tatsa-
chenverhandlung bzw. – im schriftlichen Verfahren – im Zeitpunkt der letzten
tatsächlichen Entscheidung vorliegen müssen (vgl. BGHZ 18, 98 = WM 1955,
1286, 1288; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 37. Aufl. Vorb. § 253 Rn. 11 mwN).
Die Besonderheit in der vorliegenden Konstellation liegt jedoch darin, dass es
sich bei der in § 249 Abs. 1 FamFG normierten Voraussetzung, wonach das
Kind nicht mit dem in Anspruch genommenen Elternteil in einem Haushalt leben
darf, nicht um eine allgemeine Verfahrensvoraussetzung handelt. Vielmehr
knüpft das Gesetz für die Frage der Statthaftigkeit des vereinfachten Verfahrens
an materiell-rechtliche, die Barunterhaltsverpflichtung regelnde Normen an (vgl.
OLG Köln Beschluss vom 23. Januar 2015 - 4 UF 142/14 - juris Rn. 15). Dass
das unterhaltsberechtigten Kind Barunterhalt nur beanspruchen kann, wenn es
nicht in dem Haushalt des Unterhaltspflichtigen lebt, ergibt sich bereits aus
§ 1612 a Abs. 1 Satz 1 und § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB. Aus diesen materiell-
rechtlichen Vorschriften und der Regelung des § 249 Abs. 1 FamFG ergibt sich
als weitere Voraussetzung für das vereinfachte Verfahren, dass das Kind min-
derjährig ist. Das bedeutet indes ebenfalls nicht, dass der Antrag des Kindes
insgesamt unzulässig wird, wenn es nach Antragstellung volljährig geworden ist
(Senatsbeschluss vom 21. Dezember 2005 - XII ZB 258/03 - FamRZ 2006, 402,

404). Denn das Gesetz stellt auf die Art des zu titulierenden Unterhaltsanspruchs ab, ohne die Befugnis zur Antragstellung von besonderen Eigenschaften des Antragstellers abhängig zu machen; deshalb können sich auch Dritte, auf die der Unterhaltsanspruch übergegangen ist, dieses Verfahrens bedienen (Senatsbeschluss vom 21. Dezember 2005 - XII ZB 258/03 - FamRZ 2006, 402, 404). Die Art des zu titulierenden Unterhaltsanspruchs umfasst dabei nicht nur die Tatsache, dass das Kind minderjährig sein muss, sondern auch, dass es nicht im Haushalt des Unterhaltspflichtigen leben darf.

20 Wollte man der Auffassung der Rechtsbeschwerde folgen, führte das zu dem widersprüchlich erscheinenden Ergebnis, dass ein Obhutswechsel im vereinfachten Verfahren insgesamt zur Unzulässigkeit des Antrages führte, wohingegen ein solcher in einem "streitigen" Unterhaltsverfahren nach §§ 112 Nr. 1, 231 Abs. 1 Nr. 1 FamFG die Zulässigkeit des Antrages bei fortbestehender Verfahrensführungs- bzw. Vertretungsbefugnis unberührt ließe und der Unterhaltsantrag lediglich für die Zeit ab dem Aufenthaltswechsel unbegründet wäre.

21 Gründe, die eine solche unterschiedliche Behandlung rechtfertigten, sind nicht ersichtlich. Die Begründung, wonach das vereinfachte Verfahren nicht mit schwierigen Rechts- und Tatsachenfragen belastet werden soll (vgl. OLG Celle FamRZ 2003, 1475, 1476), überzeugt nicht. Denn der – gemäß § 25 Nr. 2 lit. c RPfIG zuständige – Rechtspfleger müsste im Zeitpunkt der Unterhaltsfestsetzung ohnehin klären, wo das Kind seinen Aufenthalt hat. Entsprechend wird er auch einen etwaigen Obhutswechsel im Laufe des Verfahrens feststellen können. Dieser somit nur unerheblichen Erschwernis steht das ungleich gewichtigere Interesse des Antragstellers gegenüber, seinen bis zum Obhutswechsel bestehenden Unterhaltsanspruch nicht noch einmal in einem "streitigen" Unterhaltsverfahren gerichtlich verfolgen zu müssen.

22 c) Gemessen hieran hat das Oberlandesgericht zu Recht die Unterhaltsfestsetzung im vereinfachten Verfahren für die Zeit bis zum Obhutswechsel des Kindes aufrechterhalten. Weil der Antragsteller hier aus übergegangenem Recht vorgegangen ist, bleibt seine Verfahrensführungsbefugnis durch den Wechsel des Antragsgegners in den Haushalt des Kindes unberührt. Dass die übrigen Voraussetzungen für eine Unterhaltsfestsetzung im vereinfachten Verfahren für die bis zum Obhutswechsel abgelaufene Zeit nicht gegeben gewesen wären, ist weder von der Rechtsbeschwerde dargetan noch sonst ersichtlich.

23 3. Allerdings rügt die Rechtsbeschwerde zu Recht, dass die Kostenentscheidung des Oberlandesgerichts ermessensfehlerhaft ist.

24 a) Gemäß § 243 Abs. 1 FamFG, der auch auf das vereinfachte Verfahren anzuwenden ist (Keidel/Giers FamFG 19. Aufl. § 243 Rn. 1), entscheidet das Gericht in Unterhaltssachen abweichend von den entsprechenden Vorschriften der Zivilprozessordnung nach billigem Ermessen über die Verteilung der Kosten des Verfahrens auf die Beteiligten. Dabei sind nach Satz 2 insbesondere zu berücksichtigen: Das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen einschließlich der Dauer der Unterhaltsverpflichtung (Nr. 1), das Befolgen einer Aufforderung unter anderem zur Auskunftserteilung vor Beginn des Verfahrens (Nr. 2), der Umstand, dass ein Beteiligter seiner gerichtlichen Auskunftspflicht gemäß § 235 Abs. 1 FamFG nicht hinreichend nachgekommen ist (Nr. 3) sowie ein sofortiges Anerkenntnis nach § 93 ZPO (Nr. 4). Die Vorschrift enthält damit eine Sonderregelung für die Kostenverteilung in Unterhaltssachen. Durch das Wort "insbesondere" wird klargestellt, dass die in den Nummern 1 bis 4 aufgezählten Gesichtspunkte nicht abschließend sind. Insgesamt soll die Kostenentscheidung in Unterhaltssachen flexibler und weniger formal gehandhabt werden können, um namentlich dem – von der Streitwertermittlung nicht hinreichend zu erfassenden – Dauercharakter der Verpflichtung Rechnung tragen zu können

(Senatsbeschluss vom 28. September 2011 - XII ZB 2/11 - FamRZ 2011, 1933 Rn. 29 mwN). Auch wenn der Tatrichter grundsätzlich in der Bewertung frei ist, welche Gewichtung er den einzelnen Kriterien verleihen will und wie er damit letztlich die Kostenquote ermittelt, enthebt ihn das nicht seiner Verpflichtung, eine umfassende Ermessensprüfung anhand aller kostenrechtlich relevanten Umstände durchzuführen (Senatsbeschluss vom 28. September 2011 - XII ZB 2/11 - FamRZ 2011, 1933 Rn. 30 mwN).

25 b) Dem wird die Kostenentscheidung des Oberlandesgerichts nicht gerecht. Es hat in seiner Entscheidung allein darauf abgestellt, dass das Rechtsmittel des Antragsgegners nur auf Grund des nach Erlass der angefochtenen Entscheidung des Amtsgerichts erfolgten Umzugs des Antragsgegners zu Ehefrau und Tochter Erfolg gehabt habe.

26 Zwar verbietet es § 243 FamFG nicht, dass der Tatrichter im Einzelfall einem einzigen Abwägungskriterium ein solches Gewicht beimisst, dass ein anderes im Rahmen der Kostenentscheidung dahinter zurückbleibt. Das setzt allerdings eine – hier fehlende – nachvollziehbare Ermessensausübung des Tatrichters voraus (vgl. Senatsbeschluss vom 28. September 2011 - XII ZB 2/11 - FamRZ 2011, 1933 Rn. 33). Gründe, warum diesem Umstand so viel Gewicht beigemessen werden muss, dass das in § 243 Satz 2 Nr. 1 FamFG genannte Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Beteiligten gänzlich außer Acht zu bleiben hat, nennt das Oberlandesgericht nicht. Solche sind auch nicht ersichtlich. Denn das Oberlandesgericht hätte es ohne weiteres bei der erstinstanzlichen Kostenentscheidung bewenden lassen und hinsichtlich der Kostenentscheidung in der Beschwerdeinstanz eine entsprechende Quote-lung nach Obsiegen und Unterliegen aussprechen können. Auch sonst ist nicht ersichtlich, wieso der Antragsteller von den Kosten der zweiten Instanz komplett

befreit sein sollte. Ihm wäre es unbenommen geblieben, seinen Antrag für die Zeit ab dem Obhutswechsel zurückzunehmen.

- 27 4. Der Senat kann gemäß § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG in der Sache abschließend entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist. Vor allem sind weitere Abwägungskriterien zur Kostenentscheidung als die zuvor genannten im Rahmen des § 243 FamFG nicht ersichtlich.

Dose	Schilling	Günter
Botur	Krüger	

Vorinstanzen:

AG Erfurt, Entscheidung vom 18.12.2014 - 35 FH 94/14 -

OLG Jena, Entscheidung vom 04.12.2015 - 2 WF 253/15 -