

Hauptsacheentscheidung durch das Beschwerdegericht im Rahmen einer Untätigkeitsbeschwerde ?!

– Eine Stellungnahme zu der Entscheidung des OLG Naumburg¹

— Mallory Völker, Richter am AG Saarbrücken²

Vorbemerkung

Die Entscheidung des 3. Familiensenats des OLG Naumburg wirft grundsätzliche Fragen der Untätigkeitsbeschwerde und der Einbenennung nach § 1618 BGB auf.

Sie ist in mehrfacher Hinsicht äußerst bedenklich.

I. Diktion der Entscheidung

Die Schärfe, mit der der 3. Familiensenat des OLG Naumburg das AG abkanzelt, überschreitet die Grenzen sachlicher Kritik. Sie lässt befürchten, dass die in der Diktion ähnlich verblüffenden Beschlüsse desselben Senats vom 30.6.2004 – 14 WF 64/04 – und vom 9.7.2004 – 14 UF 64/04 –³ keine Ausnahme dargestellt haben, wie ich noch in einer Anmerkung zu diesen Beschlüssen⁴ gehofft hatte. Mein dortiger Appell, den Grundsatz „fortiter in re, suaviter in modo“ zu beherzigen, hat nicht gefruchtet. Daher erneut: Es ist schlicht unkollegial und schlechter Stil, einem erstinstanzlichen Richter oder Rechtspfleger den Erlass „einer rechtlich ebenso desorientierten wie desorientierenden Verfügung“ vorzuwerfen. Und es ist gefährlich, weil man bekanntlich im Glashaus sitzend nicht mit Steinen werfen sollte.

II. Rechtliche Probleme

Der vorliegende Beschluss krankt nun aber gleich an mehreren Rechtsfehlern:

1. Untätigkeitsbeschwerde

Nach der Rspr. des BVerfG⁵ begründet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG einen Anspruch des einzelnen Bürgers auf effektiven Rechtsschutz in bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten, der gebietet, dass strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt werden. Ob eine Verfahrensdauer unangemessen lang ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Bestimmend sind vor allem die Natur des

Verfahrens und die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten. Anders als etwa in umgangsrechtlichen Verfahren sind die Auswirkungen einer längeren Verfahrensdauer in namensrechtlichen Verfahren für die betroffenen Familienmitglieder trotz der höchst persönlichen Bedeutsamkeit der Namensführung eher weniger dramatisch. Trotzdem erscheint die Verfahrensdauer (weniger als solche, sondern vor allem angesichts des langen Nichtbetreibens von über einem Jahr) unangemessen lang, so dass die Untätigkeitsbeschwerde vom 3. Familiensenat wohl zu Recht für begründet erachtet wurde.

Der 3. Familiensenat hat dies aber nun zum Anlass genommen, gleich in der Hauptsache zu entscheiden, ohne überhaupt zu begründen, wieso er dazu im Untätigkeitsbeschwerdeverfahren befugt sein soll. Hierzu hätte er sich aber veranlasst sehen sollen. Denn es ist im Rahmen einer Untätigkeitsbeschwerde schlicht unzulässig, in der Hauptsache „durchzuentcheiden“.

Wie das BVerfG aktuell (und eine andere Entscheidung desselben (!) Familiensenats betreffend) entschieden hat,⁶ ist die – weder in der ZPO noch im FGg gesetzlich geregelte – Untätigkeitsbeschwerde von der Rspr. als außerordentlicher Rechtsbehelf geschaffen worden. Sie dient allein dem Zweck, den Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.⁷ Verfahrensgegenstand ist ausschließlich die Untätigkeit des erstinstanzlichen Gerichts, nicht

¹ OLG Naumburg, 3. Senat für Familiensachen, Beschl. v. 19.7.2004 – 14 WF 38/04, FF 2005, 161 (*in diesem Heft*).

² Der Autor ist Familienrichter, Referent für deutsches und internationales Familienrecht an der französischen Ecole Nationale de la Magistrature und Autor im AnwaltKommentar BGB/Familienrecht sowie im juris-Praxis-Kommentar BGB/Familienrecht.

³ KindPrax 2004, 231 ff. bzw. 234 ff. – hier war der 3. Familiensenat in m.E. noch ausgeprägter Diktion mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ins Gericht gegangen.

⁴ KindPrax 2004, 215 ff.

⁵ Vgl. nur BVerfG FamRZ 2004, 689 f. m.w.N.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04.

⁷ Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 53, 54; OLG Dresden FamRZ 2000, 1422 f.; OLG Saarbrücken NJW-RR 1999, 1290 f.; Zöller/Gummer, ZPO, 24. Aufl., § 567 Rn 21; Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 26. Aufl., § 567 Rn 10.

aber die Überprüfung einer – gar nicht existenten – Entscheidung. Denn eine Tätigkeit des Beschwerdegerichts in der Hauptsache setzt voraus, dass eine Entscheidung angegriffen wird.⁸ Das Beschwerdegericht kann daher bei Begründetheit der Untätigkeitsbeschwerde das erstinstanzliche Gericht auch nur anweisen, dem Verfahren Fortgang zu geben.⁹ Die schärfste Maßnahme, die dem Beschwerdegericht zusteht, ist dem Gericht der ersten Instanz äußerste Beschleunigung anzuzurufen¹⁰ und festzulegen, ab welchen Zeitpunkten nicht mehr von äußerster Beschleunigung gesprochen werden kann.¹¹ Unterstellt man einmal die Statthaftigkeit einer Hauptsacheentscheidung, ergeben sich weitere Fragen:

2. Zustimmungserklärung der Kindes

Nach § 1618 S. 3 und 6 i.V.m. § 1617c Abs. 1 S. 2 BGB muss das Kind, wenn es – wie hier – das fünfte Lebensjahr vollendet hat, der Einbenennung zustimmen. Der zum Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmung 11-jährige T konnte sich zwar nach zutreffender Ansicht trotz seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit grundsätzlich mit Zustimmung seiner allein sorgeberechtigten Mutter als gesetzliche Vertreterin auch selbst erklären.¹² Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 1617c Abs. 1 S. 2 BGB, der anordnet, dass ab Vollendung des 14. Lebensjahrs „nur“ das Kind selbst die Erklärung abgeben kann. Also muss es auch schon zuvor die Erklärung selbst abgeben können. Zutreffender Auffassung zufolge kann jedoch in den Fällen des § 1618 BGB der gesetzliche Vertreter weder die erforderliche Zustimmung zur einer eigenen Erklärung des Kindes geben noch die Erklärung selbst für das Kind abgeben, §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB.¹³ Denn anders als in den Fällen des § 1617c BGB (Kindesname bei Namensänderung der Eltern) erfolgt die Namensänderung nicht kraft Gesetzes, so dass § 181 BGB anwendbar ist. Die Gegenauffassung, die parallel laufende Erklärungen, bei denen sich die Beteiligten nicht als Geschäftsgegner gegenüberstehen, vom Anwendungsbereich des § 181 BGB ausnimmt, findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, hätte es der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedurft. Mit diesem Meinungsstreit hätte sich der 3. Familiensenat auseinander setzen müssen.

3. Unterlassene persönliche Anhörung

Viel schwerer wiegt es indes, dass der 3. Familiensenat das Kind, die Antragstellerin und den Antragsgegner nur schriftlich angehört hat. Nicht nur die §§ 12, 50a und 50b FGG, sondern auch § 52 FGG verpflichten allgemeiner Auffassung zufolge zur persönlichen und damit mündlichen Anhörung, die – unter Ausnahme des Kindes – in einem gemeinsamen Termin durchzuführen ist.¹⁴ Denn § 52 FGG schreibt vor, dass das Gericht die Beteiligten so früh wie möglich anhören und außerdem in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken soll. Dies wiederum setzt voraus, dass die

beteiligten Elternteile nicht schriftlich und getrennt voneinander, sondern gemeinsam unter Beteiligung des Jugendamtes angehört werden. Denn nur so können die Interessen aller Beteiligten und ihre Beweggründe festgestellt werden, um möglichst eine einvernehmliche Lösung zu erreichen.¹⁵

4. Beweis- und materiellrechtliche Würdigung

Vielleicht hätte die Durchführung der gebotenen Anhörung zwei weitere Fehlgriffe des 3. Familiensenats vermieden: Zum einen nimmt der 3. Familiensenat nicht nur die schriftlichen Ausführungen des damals 11-jährigen (!) T für bare Münze und stützt seine Entscheidung wie selbstverständlich auf diese. Er lässt es darüber hinaus ausreichen, dass T in seinen Worten „sinngemäß plausibel (!) dargelegt“ habe, „sein leiblicher Vater habe ihn hingegen verleugnet und im November 1997 sogar die Mutter mit dem Messer bedroht und ihn, als er dies bemerkt und geschrien habe, ins Gesicht geschlagen, weshalb er, T, lange Zeit voller Angst gewesen sei und sich immer unter dem Tisch versteckt habe“. Nun, wenn das dem Senat zur *Überzeugungsbildung* ausgereicht hat ... Zum anderen bezieht der 3. Familiensenat die materiellrechtlichen Anforderungen, die der BGH seit seinem Beschl. v. 24.10.2001 – XII ZB 88/99 –¹⁶ an die Ersetzung der Zustimmung des anderen Elternteils stellt, offenkundig nicht in seine Erwägungen ein.

Der BGH hat in dieser Entscheidung darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung in § 1618 S. 5 BGB „zum Wohl des Kindes erforderlich“ eine Verschärfung der Voraussetzungen für die Ersetzung der Einwilligung des nicht sorgeberechtigten Elternteils bezweckt hat, um die fortbestehende Bindung des Kindes an diesen Elternteil zu unterstreichen. Es ist daher nach der Rspr. des BGH stets zu prüfen, ob die Trennung des Namensbandes aus Gründen des Kindeswohls unabdingbar notwendig ist und ob nicht die additive Einbenennung (also die Bildung eines echten Doppelnamens) ausreicht. Dies bedarf einer eingehenden Abwägung des Interesses des Kindes, den gleichen Namen zu tragen wie die neue Familie, mit seinem Interesse an Kontinuität der Namensführung. Letztere dient der Aufrechterhaltung der Beziehung zu dem anderen Elternteil auch und insbesondere dann, wenn der Kontakt zu diesem weit-

⁸ OLG Köln FamRZ 2002, 1125.

⁹ Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 53, 54; OLG Saarbrücken NJW-RR 1999 1290 f.; Zöller/Gummer, a.a.O., Rn 21a.

¹⁰ OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 53, 54.

¹¹ So anschaulich und beispielgebend OLG Karlsruhe OLGR 2004, 33, 35 m.w.N.

¹² Vgl. AnwK-BGB/Löhnig, § 1617c Rn 11 m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

¹³ AnwK-BGB/Löhnig, § 1618 Rn 7 m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

¹⁴ Vgl. nur OLG Naumburg FamRZ 2001, 1161, 1162; OLG Brandenburg FamRZ 2002, 1058; OLG Hamm FamRZ 2003, 1141; AnwK-BGB/Löhnig, § 1618 Rn 13, jeweils mit umfangreichen w.N.

¹⁵ OLG Naumburg OLGR 2001, 14, 15.

¹⁶ FamRZ 2001, 94 f.; siehe dazu auch jurisPR-FamR 20/2004, Anm. 4, Harms.

gehend abgebrochen ist und durch die Einbenennung als nach außen sichtbarer endgültiger Ablösung von ihm verfestigt würde.¹⁷ In der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit besteht auch keine erhebliche Gefahr mehr, dass das Kind im Falle einer additiven Einbenennung etwa von Mitschülern gehänselt wird. Vor diesem Hintergrund sind Zweifel daran angebracht, ob der 3. Familiensenat im Ergebnis zu Recht davon ausging, dass die exklusive Einbenennung aus Gründen des Wohls des T unabhängig notwendig war. Hiervon ohne persönliche Anhörung der Beteiligten auszugehen, ist jedenfalls rechtsfehlerhaft.

III. Schluss

Bleibt zu hoffen, dass die Mehrheit der Mitglieder des 3. Familiensenats des Oberlandesgerichts Naumburg zukünftig dafür Sorge tragen wird, dass etwaige Kritik an erstinstanzlichen Entscheidungen in gemäßigerem Ton geübt wird. Das kann dem kollegialen Umgang miteinander nur dienlich sein.

¹⁷ Vgl. OLG Hamm FamRZ 1999, 1380, 1381.

Dokumentation

Neue Düsseldorfer Tabelle tritt ab 1.7.2005 in Kraft

____ Mitteilung der Pressestelle des OLG Düsseldorf v. 18.5.2005

Düsseldorfer Tabelle (Stand: 1.7.2005)

Nettoeinkommen des Barunterhaltspflichtigen (Anm. 3, 4)	Altersstufen in Jahren (§ 1612 a Abs. 3 BGB)				Vomhundert- satz	Bedarfskon- trollbetrag (Anm. 6)
	0-5	6-11	12-17	ab 18		
Alle Beträge in EUR						
1. bis 1300	204	247	291	335	100	770/890
2. 1300 – 1500	219	265	312	359	107	950
3. 1500 – 1700	233	282	332	382	114	1000
4. 1700 – 1900	247	299	353	406	121	1050
5. 1900 – 2100	262	317	373	429	128	1100
6. 2100 – 2300	276	334	393	453	135	1150
7. 2300 – 2500	290	351	414	476	142	1200
8. 2500 – 2800	306	371	437	503	150	1250
9. 2800 – 3200	327	396	466	536	160	1350
10. 3200 – 3600	347	420	495	570	170	1450
11. 3600 – 4000	368	445	524	603	180	1550
12. 4000 – 4400	388	470	553	637	190	1650
13. 4400 – 4800	408	494	582	670	200	1750
über 4800	nach den Umständen des Falles					

Das Bundesministerium der Justiz hat ab 1.7.2005 die Regelbeträge für den Unterhalt minderjähriger Kinder erhöht. Deshalb wird die Düsseldorfer Tabelle mit Wirkung ab 1.7.2005 geändert. Diese von den Familiensenaten des Oberlandesgerichts herausgegebene Tabelle dient bundesweit als Orientierung bei der Festlegung von Kindesunterhalt. Sie ist mit allen Oberlandesgerichten des Bundesgebiets abgestimmt.

Erläuterungen:

1. Die vom Bundesministerium der Justiz durch Rechtsverordnung für minderjährige Kinder festgelegten Regelbeträge sind Ausgangspunkt der Tabelle. Die Unterhaltsbeträge in Gruppe 1 der Tabelle sind identisch mit den Regelbeträgen.
2. Die Regelbeträge werden vom 01.07.2005 an um ca. 2,5 % erhöht. Sie betragen 204 EUR (statt 199 EUR) für Kinder von 0 – 5 Jahren, 247 EUR (statt 241 EUR) für Kinder von 6 – 11 Jahren und 291 EUR (statt 284 EUR) für Kinder von 12 – 17 Jahren.