

HINWEISE

des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. (DIJuF)

vom 16. September 2019

zur Frage der Vertretungsbefugnis des betreuenden Elternteils für den Abschluss eines treuhänderischen Rückübertragungsvertrags (§ 7 Abs. 4 S. 3 UVG) bei gemeinsamer elterlicher Sorge

Werden Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz (UVG) erbracht, so gehen Unterhaltsansprüche des Kindes gegen seinen barunterhaltspflichtigen Elternteil auf den UV-Träger über (gesetzlicher Forderungsübergang, § 7 Abs. 1 S. 1 UVG).

Das Institut hat im Rahmen seiner Beratungstätigkeit stets die Auffassung vertreten, dass der Obhut-Elternteil auch bei gemeinsamer Sorge das Kind bei dem Abschluss eines treuhänderischen Rückübertragungsvertrags allein vertreten kann. Auch das OLG Frankfurt a. M. hat im Oktober 2018 diese Befugnis bejaht (s.u. III. 3.), zwar im Zusammenhang mit Rückübertragungsverträgen nach § 33 SBG II, jedoch dürften die rechtlichen Ausführungen gleichermaßen für den UV-Bereich gelten.

Die Frankfurter Entscheidung ist aktuell zur Überprüfung beim BGH unter dem Aktenzeichen BGH XII ZB 213/19 anhängig.

Das DIJuF regt angesichts der Rechtsunsicherheit (und der erheblichen praktischen Bedeutung) an, gesetzlich klarzustellen, dass der Obhut-Elternteil auch bei gemeinsamer Sorge berechtigt ist, einen Rückübertragungsvertrag zu schließen.

Im Einzelnen:

I. Zur Vertretungsbefugnis des bei gemeinsamer Sorge die Obhut ausübenden Elternteils bei Anträgen auf Unterhaltsvorschuss

Hat ein Elternteil die Alleinsorge für ein Kind, vertritt er dieses umfassend (§ 1629 Abs. 1 S. 1 und 3 Halbs. 1 BGB): Die Antragstellung auf Sozialleistungen wie Unterhaltsvorschuss ist eindeutig hiervon umfasst. Eine gesonderte Regelung über die Antragsbefugnis auf Unterhaltsvorschuss wäre für diese Elternteile überflüssig.

Anders ist dies bei Elternteilen, welche die gemeinsame Sorge innehaben. Sie können grundsätzlich das Kind nur gemeinschaftlich vertreten (§ 1629 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1 BGB). Da dies die Unterhaltsverfolgung gegen einen barunterhaltspflichtigen Elternteil unzumutbar erschweren würde, erklärt das Gesetz in § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB denjenigen Elternteil für vertretungsberechtigt in Unterhaltsbelangen, der die Obhut über das Kind ausübt. Diese Voraussetzung ist im Allgemeinen relativ unschwer festzustellen, soweit sich die Eltern nicht für eine paritätische Wechselbetreuung entschieden haben.

Es entspricht aber allgemeiner Auffassung, dass dies nicht auch die Berechtigung zur Vertretung des Kindes beim Antrag auf Sozialleistungen umfasst. Deshalb hat der Gesetzgeber des UVG hierfür eine eigenständige Antragsbefugnis in § 9 Abs. 1 S. 1 UVG geschaffen. Die Vorschrift verlangt einen schriftlichen Antrag des Elternteils, bei dem der/die Berechtigte lebt, oder des gesetzlichen Vertreters des/der Berechtigten. Hierzu bemerkt das OVG Bautzen:

„Vergleichbar der Regelung des § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass ein Anspruch auf Unterhaltsleistung auch dann geltend gemacht werden kann, wenn das Sorgerecht beiden Elternteilen gemeinsam zusteht, derjenige, bei dem das Kind nicht lebt, jedoch mit einer auch gerichtlichen Verfolgung der Ansprüche nicht einverstanden ist.“ (OVG Bautzen 16.3.2011 – 5 D 181/10, KV 2011, 277)

II. Problematische Fassung des § 9 Abs. 1 S. 1 UVG (eigenständiges Antragsrecht des Elternteils ohne Bezug zur gesetzlichen Vertretung?)

Als problematisch erweist sich aber, dass die Regelung weithin wie folgt verstanden wird: Der darin genannte Elternteil habe ein eigenständiges Antragsrecht; er vertrete also nicht das Kind mit seinem Antrag.

Die inzwischen ganz überwiegende Auffassung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung geht dahin, dass der Elternteil, bei dem das Kind lebt, den Anspruch auf UV-Leistungen im eigenen Namen gerichtlich geltend machen könne (so zuletzt OVG Berlin-Brandenburg 13.12.2018 – OVG 6 B 9.17, NZFam 2019, 134; ebenso OVG Lüneburg 26.5.2014 – 4 LA 198/13 Rn. 6 ff; VGH München 20.1.2014 – 12 C 13.2488 Rn. 7 f, NJW 2014, 876; OVG Bautzen 16.3.2011 – 5 D 181/10 Rn. 8; OVG Münster 23.9.1999 – 16 A 461/99 Rn. 7, FamRZ 2000, 777).

Das OVG Berlin-Brandenburg 13.12.2018 – OVG 6 B 9. 17 hat hierzu ausgeführt:

„Zwar könnte die Norm auch dahingehend verstanden werden, dass sie lediglich eine besondere Vertretungsregelung des alleinerziehenden Elternteils enthält, ohne für diesen eine eigenständige Klagebefugnis zu normieren. Dieser Auffassung steht jedoch entgegen, dass bei einer nur gewollten Vertretungsregelung die Festlegung, dass der Antrag auch durch den gesetzlichen Vertreter gestellt werden kann, überflüssig wäre (VGH München aaO; OVG Bautzen aaO).“

Dieses Argument ist nicht ohne Berechtigung. Es stellt sich aber die Frage, ob dies auf einer reflektierten Entscheidung des Gesetzgebers beruht.

Vermutlich war die leitende Überlegung bei der Einführung zum 1.1.1980 der seither unverändert geltenden Fassung des § 9 Abs. 1 S. 1 UVG:

- Es bedarf einer ausdrücklichen Regelung, aus der hervorgeht, dass Elternteile unabhängig vom Sorgerecht das Kind vertreten können. Das wird gewährleistet durch die Formulierung „schriftlichen Antrag des Elternteils, bei dem der Berechtigte lebt“.
- Es sind aber auch Fallkonstellationen denkbar, in denen das Kind bei der Antragstellung nicht durch einen Elternteil vertreten wird, sondern durch eine/n Vormund/in oder Ergänzungspfleger/in. Vermutlich hat der Gesetzgeber der ursprünglichen Fassung des UVG deshalb die Worte angefügt: „oder des gesetzlichen Vertreters des Berechtigten“.

Zumindest zweifelhaft erscheint, ob hierbei das Bewusstsein vorhanden war, dass dies womöglich folgenden Umkehrschluss zulässt: Wenn neben dem Elternteil der „gesetzliche Vertreter des Berechtigten“ erwähnt wird, besteht das Antragsrecht für den Elternteil somit unabhängig von einer gesetzlichen Vertretung. Es steht ihm in eigener Person zu. Er darf damit zwar selbst den Antrag stellen. Weitergehende Vertretungshandlungen des Elternteils im Rahmen des UVG sind ihm aber versagt.

Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass entsprechende Auslegungszweifel von vornherein nicht entstanden wären, wenn die Formulierung nicht lauten würde: „oder des gesetzlichen Vertreters des Berechtigten“, sondern „oder des **sonstigen** gesetzlichen Vertreters des Berechtigten“.

Damit wäre klargestellt, dass zwischen den beiden Alternativen (Elternteil bzw. gesetzlicher Vertreter) kein scheinbarer Gegensatz konstruiert werden sollte: Auch der jeweilige Elternteil wäre im Rahmen der spezialgesetzlichen Regelung des § 9 Abs. 1 S. 1 UVG zur Vertretung des Kindes befugt. Vielmehr sollte der mit dem Wort „oder“ beginnende Halbsatz nur diejenigen Fälle abdecken, in denen von vornherein kein Elternteil zur Vertretung des Kindes auf den Plan treten kann, sondern etwa ein/e Vormund/in oder Ergänzungspfleger/in (vgl. dazu den abschließenden Vorschlag unter Ziff. IV.).

III. Missliche Folge der unklaren Rechtslage für die Befugnis zur Vertretung des Kindes beim Abschluss von treuhänderischen Rückübertragungen

1. Allgemeine Vorteile treuhänderischer Rückübertragungen

Die Vorschrift des § 7 Abs. 4 S. 3 UVG ermöglicht den Abschluss treuhänderischer Rückübertragungen zwischen dem Land und dem Kind zur Geltendmachung des zunächst gem. § 7 Abs. 1 UVG gesetzlich auf das Land als Rechtsnachfolger übergegangenen Unterhaltsanspruchs.

Diese vom Gesetzgeber zum 1.7.1998 eingeführte Regelung dient der Verfahrensökonomie. Sie vermeidet die parallele Verfolgung von Unterhaltsansprüchen einerseits durch das Kind selbst (hinsichtlich der ihm aus der Vergangenheit zustehenden Rückstände sowie des laufenden Unterhalts) und andererseits durch das Land als Träger des Unterhaltsvorschusses und Rechtsnachfolger hinsichtlich des übergegangenen Unterhaltsanspruchs.

Damit wird die Justiz sowohl in Festsetzungs- als auch in Vollstreckungsverfahren entlastet und zudem ein „Gläubigerwettlauf“ vermieden. Derartige Vereinbarungen dienen auch dem besseren Einsatz von Ressourcen in der Verwaltung, da die UV-Stellen von Rückgriffsaufgaben entlastet werden, für welche die ohnehin auf das Unterhaltsrecht spezialisierten Fachkräfte der Beistandschaft bereitstehen und auch im Einzelfall tätig sind. Treuhandvereinbarungen zwischen dem Sozialleistungsträger und dem Kind liegen letztlich auch im Interesse des Schuldners, der nur mit einem/einer einzigen Ansprechpartner/in auf der Gläubigerseite zu tun hat, etwa bei der Erteilung von Auskünften über sein Einkommen oder bei Ersuchen um Herabsetzung des titulierten Unterhalts bei geminderter Leistungsfähigkeit.

Ein weiterer häufig unterschätzter Vorteil liegt darin, dass im Fall einer treuhänderischen Rückübertragung bei noch laufender Sozialleistung die Koordination zwischen deren Einstellung mit Zukunftswirkung und die gleichzeitige Geltendmachung des laufenden Unterhalts zugunsten des Kindes erleichtert wird, wenn insoweit alles in einer Gläubigerhand liegt und eine Abstimmung mit dem Sozialleistungsträger möglich ist.

Wenn in manchen Äußerungen der Literatur grundsätzliche Skepsis gegen Treuhandvereinbarungen zum Ausdruck kommt, vermag das nicht zu überzeugen. Unklar ist, was zB *Schürmann* (Sozialrecht für die familienrechtliche Praxis, 2016, Rn. 1321) mit der Behauptung meint:

„Verwaltungen sind durchaus bestrebt, ihre Interessen mit Regelungen abzusichern, die den ursprünglichen treuhänderischen Zweck überschreiten“.

Für die entsprechenden Vereinbarungen werden zB in den Richtlinien zum UVG Muster empfohlen, die den wesentlichen Zweck der Treuhandabrede und die Voraussetzungen ihrer Beendigung klar zum Ausdruck bringen. Es bleibt dunkel, worin eine Regelung bestehen könne, „die den treuhänderischen Zweck überschreitet“.

Ferner ist zu bedenken, dass die Treuhandvereinbarung zwar mit dem vertretungsberechtigten Elternteil abgeschlossen wird. Sie ist aber nur dann sinnvoll, und das wird zumeist auch entsprechend vereinbart, wenn gleichzeitig eine Beistandschaft iSv §§ 1712 ff BGB für das Kind besteht und das Jugendamt als Beistand die wirtschaftlich dem Land zustehenden Unterhaltsansprüche neben dem originären Unterhalt des Kindes miteinzieht. Abstrakt ist richtig, dass dem Sozialleistungsträger Schadensersatzansprüche gegen das Kind entstehen können, wenn der Beistand als Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB säumig bleibt und die entsprechenden Forderungen womöglich verjähren oder verwirken. Niemand wird aber in Zweifel ziehen, dass das Kind in diesem Fall aufgrund des Amtshaftungsverhältnisses zum Jugendamtsträger einen Anspruch auf Freistellung von etwaigen Schadensersatzforderungen des Trägers hätte. Letztlich handelt es sich insoweit um ein Scheinargument.

2. Zweifel an der einschlägigen Vertretungsbefugnis des Obhut-Elternteils bei gemeinsamer Sorge in Resprechung und Literatur

2.1 In der Rechtsprechung und Literatur wird in Zweifel gezogen, ob ein Elternteil bei gemeinsamer Sorge überhaupt das Kind beim Abschluss einer treuhänderischen Rückübertragung vertreten darf.

Aus der Regelung des § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB hat das AG Lüdenscheid (14.3.2001 – 5 F 581/9, FamRZ 2002, 1207) in einer die beantragte PKH ablehnenden Entscheidung folgenden Schluss gezogen (zugrunde lag ua die beabsichtigte Geltendmachung von rückübertragenen Ansprüchen sowohl des Sozialhilfeträgers als auch des UV-Trägers):

„Abgesehen davon, dass durch diesen Vertrag die Ansprüche nach dem UVG nicht erfasst sind, ist die Antragstellerin zum Abschluss einer Übereinkunft als Vertreterin ihrer Kinder nicht allein vertretungsberechtigt gewesen. Gem. § 1626 BGB steht den Parteien als Eltern das Sorgerecht für die beiden Kinder gemeinsam zu. Die Alleinvertretungsbefugnis gem. § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB beschränkt sich auf die Geltendmachung von Unterhalt. Für andere Rechtsakte bleibt es bei der Notwendigkeit der gemeinsamen Vertretung durch beide Eltern (vgl. Diederichsen in: Palandt, 59. Aufl., § 1629 BGB Rn. 43). Ein Fall der Notvertretung gem § 1629 Abs. 1 S 4, 1. Halbs BGB liegt ersichtlich nicht vor.

Unter diesen Umständen konnte die Antragstellerin allein keinen rechtsgültigen Vertrag mit Wirkung für ihre Kinder abschließen“.

In der hierzu ergangenen Beschwerdeentscheidung (23.1.2002 – 12 WF 116/01, zit. nach red. Anm. in der FamRZ-Fundstelle des Amtsgericht-Beschlusses) führt das OLG Hamm aus:

„Zu Recht ist das AmtsG davon ausgegangen, dass die Abtretung der auf die Stadt übergegangenen Ansprüche der Kinder J. und K. gegen ihren Vater (den AGg.) durch die Stadt nicht wirksam ist. Der Abtretungsvertrag v. 30.11.1999 ist so zu verstehen, dass die Abtretung an die Kinder J. und K., vertreten durch die ASt., erfolgen sollte. Der ASt. fehlte aber die zur Vereinbarung einer solchen Abtretung erforderliche Vertretungsmacht, wie dies das AmtsG in dem angefochtenen Beschluss im einzelnen ausgeführt hat. Insbesondere ergibt sich die erforderliche Vertretungsmacht nicht aus § 1629 II S. 2 BGB. Diese Vorschrift fördert im Interesse der Kinder die Durchsetzung bestehender Unterhaltsansprüche. Das Interesse der Kinder hieran entfällt aber, soweit der Unterhalt durch erbrachte Sozialhilfeleistungen gesichert ist. Daher ordnet § 91 BSHG für diesen Fall an, dass Unterhaltsansprüche auf den Sozialhilfeträger übergehen. Die Kinder haben auch kein Interesse daran, dass durch Rückerwerb der Unterhaltsansprüche erneut die Voraussetzungen des § 1629 II S. 2 BGB geschaffen werden. Daher wäre es verfehlt, in Vorbereitung einer Anwendung des § 1629 II S. 2 BGB einen Rückerwerb durch Abtretung in entsprechender Weise zu erleichtern. Der Senat verkennt nicht, dass damit der Regreß des Sozialhilfeträgers erschwert wird, der durch die Rückabtretung nach § 91 IV BSHG gerade gefördert werden soll. Es zeigt sich, dass die Regelung des § 91 BSHG trotz mehrfacher Gesetzesänderung nach wie vor unzulänglich ist.“

Hierzu ist lediglich anzumerken: Es trifft nicht allgemein zu, dass die Kinder kein Interesse an einer treuhänderischen Rückübertragung haben können. So wird hierdurch der schon erwähnte „Gläubigerwettlauf“ etwa bei der Vollstreckung wegen rückständiger Forderungen zwischen dem Sozialleistungsträger und dem Kind vermieden.

Auf die amtsgerichtliche Entscheidung nehmen mehrere Kommentarstellen wie folgt Bezug:

- BeckOK/Veit BGB, Stand: 1.5.2019, BGB § 1629 Rn. 78:

„Unter der (sic!) Geltendmachung eines Unterhaltsanspruchs des Kindes fällt nicht nur die gerichtliche, sondern auch die außergerichtliche Geltendmachung des Kindesunterhalts [...]. Nicht erfasst wird dagegen der Abschluss einer Abtretungsvereinbarung für ein Kind mit einem Sozialhilfeträger, der bisher den Unterhalt des Kindes im Rahmen der Sozialhilfe und des Unterhaltsvorschussgesetzes sichergestellt hat (AG Lüdenscheid FamRZ 2002, 1207).“

- MÜKo/Huber BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1629 Rn. 81:

„[...] Andere Rechtsakte als die Geltendmachung von Unterhalt für das Kind werden jedoch nicht erfasst, etwa der Abschluss von (Rück-)Abtretungsvereinbarungen mit dem Sozialhilfeträger (Fn. 153: AG Lüdenscheid FamRZ 2002, 1207 = BeckRS 2001, 31149426).“

- Palandt/Götz BGB, 78. Aufl. 2019, BGB § 1629 Rn. 24 (unter Ausschreibung der in der Originalfundstelle verwendeten Abkürzungen):

„Die Alleinvertretungsbefugnis ist auf die Geltendmachung von Unterhalt beschränkt. Für andere Angelegenheiten bleibt es – von den Geschäften der Alltagssorge (§ 1687) und der Notvertretung (I 4) abgesehen – bei der gemeinsamen Vertretung durch beide Elternteile, zB für eine Abtretungsvereinbarung mit dem Sozialhilfeträger (AG Lüdenscheid FamRZ 2002,1207; Harich Handbuch der Grundsicherung für Arbeitssuchende 2014, Anspruchsübergang Rn. 41; MÜKo/Huber Rn. 80; aA Wendl/Dose/Klinkhammer § 8 Rn. 274 mit dem Argument, dass UVG 7 IV 3 andernfalls leerliefe; dieses Problem wäre allerdings zutreffend im UVG zu lösen; vgl. etwa SGB II 38 II).“

2.2 Die anzutreffende Gegenposition argumentiert wie folgt:

- Gerhardt ua/Diehl Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 11. Aufl. 2018, Kap.14 Rn. 226 argumentiert wie folgt:

„In diesem Zusammenhang bestehen keine Bedenken, wenn der Elternteil, der das Kind in Obhut hat, den Rückübertragungsvertrag unterzeichnet, da § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB unter Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Vertretungsregelungen, z.B des § 9 UVG, so auszulegen ist, dass die Annahme der Rückübertragung als Unterhaltsgeltendmachung zu sehen ist“.

- Wendl/Dose/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl. 2015, § 8 Rn. 274 führt aus:

„Die Vertretungsmacht des Elternteils, in dessen Obhut sich das Kind befindet (§ 1629 II 2 BGB), deckt auch den Abschluss einer Rückabtretungsvereinbarung zwischen dem Kind und dem Land, da § 7 IV 2 UVG andernfalls weitgehend gegenstandslos würde (Fn: aA zu Unrecht AG Lüdenscheid FamRZ 2002, 1207; Palandt/Götz § 1629 Rn. 24).“

Wenn dem entgegenggehalten wird, der Obhut-Elternteil könne sich doch vom Familiengericht die entsprechende Befugnis einzeln gem. § 1628 BGB übertragen lassen (so Schürmann Rn. 1321), ist das zwar formal korrekt, geht aber an den Bedürfnissen der Praxis vorbei. Sofern der zum Abschluss einer Vereinbarung grundsätzlich bereite Elternteil hierfür erst im Vorfeld auf ein aufwändiges gerichtliches Verfahren verwiesen wird, dürfte es häufig gar nicht erst zum Abschluss entsprechender Treuhandabreden kommen.

Gleichwohl ist richtig, dass ein vom Gesetz nicht vorgesehenes Ergebnis nicht allein dadurch herbeigeführt werden kann, dass auf praktische Schwierigkeiten verwiesen wird, wenn es an einer Analogiefähigkeit einer bestimmten Regelung fehlt (so auch *Schürmann* Rn. 1321 aE).

3. Neueste Entwicklung durch OLG Frankfurt a. M. (24.10.2018 – 4 UF 137/17)

In dem genannten Beschluss hat der Senat in einem Unterhaltsrechtsstreit ua wegen zunächst auf das Jobcenter gem. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB II übergegangener und sodann in einem Vertrag mit der Mutter rückübertragener Ansprüche auf Kindesunterhalt ausgeführt:

„Die Antragstellerin ist zudem verfahrensführungsbefugt bezüglich der nach § 33 Abs. 1 S. 1 SGB II [...] zunächst auf das Jobcenter übergegangenen Ansprüche und darüber hinaus auch legitimiert, Zahlung an sich zu fordern, da eine wirksame Rückübertragung vorliegt. Mit Vertrag vom 16.2.2015 (Ehegattenunterhalt und Kindesunterhalt) vereinbarte die Antragstellerin mit dem Leistungsträger [...] gemäß § 33 Abs. 4 S. 1 SGB II die Rückübertragung der übergegangenen Ansprüche und verpflichtete sich zur gerichtlichen Geltendmachung. Der Senat teilt die gegen die Wirksamkeit der Rückübertragung vorgetragenen Bedenken nicht. Sofern, wie in der Literatur und vereinzelt in der Rechtsprechung (AG Lüdenscheid FamRZ 2002, 1207) vertreten wird, die Alleinvertretungsbefugnis gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB sei auf die Geltendmachung von Unterhalt beschränkt, umfasse jedoch nicht andere Rechtsakte wie den Abschluss von (Rück-)Abtretungsvereinbarungen mit dem Sozialhilfeträger (*Schürmann*, FF 2016, 105 [115]; *Palandt/Götz*, 77. Aufl. 2018, [BGB] § 1629 Rn. 24; *MüKo/Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1629 BGB Rn. 81 [...]) kann dem nicht gefolgt werden. Mit der Regelung des § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB weist der Gesetzgeber in Bezug auf die Geltendmachung von Unterhaltsprüchen für gemeinsame Kinder unabhängig von der bestehenden Sorgerechtszuweisung dem Obhutsinhaber die Befugnis zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen gegen den anderen Elternteil zu. Dies umfasst auch Annexansprüche wie Prozesssinsen, beschränkt sich also nicht nur auf die Geltendmachung der Unterhaltsansprüche selbst. Maßgeblich für die Vertretungsbefugnis ist die Obhut des Kindes, weitere Beschränkungen sind dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Befugnis zu Geltendmachung des Unterhalts umfasst auch damit verbundene Rechtsgeschäfte, etwa die Erteilung einer Freistellung im Innenverhältnis. Das Alleinvertretungsrecht des betreuenden Elternteils umfasst daher grundsätzlich auch den Abschluss einer Rückabtretungsvereinbarung (*Klinkhammer* in: *Wendl/Dose* [Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl. 2015], § 8 Unterhalt und Sozialleistungen Rn. 274 [...]; *FA-FamR/Diehl*, 11. Aufl. 2017, 14. Kap. Rn. 226 zu § 7 UVG).

Dies kann letztlich jedoch in vorliegendem Fall dahinstehen, da der Rückübertragungsvertrag ohnehin nur wirksam zwischen dem Leistungsträger und der Antragstellerin geschlossen werden konnte und auch geschlossen wurde und nicht zwischen dem Leistungsträger und den Kindern. Nach § 33 Abs. 4 S. 1 SGB II können die übergegangenen Ansprüche auf die Empfängerin oder den Empfänger der Leistungen rückübertragen werden. Nach § 38 Abs. 1 SGB II besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die oder der erwerbsfähige Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, SGB II-Leistungen auch für die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen entgegenzunehmen. Sozialrechtlich ist damit allein die Antragstellerin (Mutter) Empfängerin der Leistungen und damit Vertragspartnerin des Rückübertragungsvertrags. Sie handelt dabei nicht als gesetzliche Vertreterin der Kinder, sondern nur für sich selbst, als Empfängerin der Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 4 S. 1 SGB II.“

Dem hat *Benner* in einer Entscheidungsbesprechung (NZFam 2019, 449) entgegengehalten:

„[...] Nicht zu folgen ist außerdem der Auffassung des OLG, die Rückübertragung sei wegen § 38 I SGB II mit dem Obhutseinhaber im eigenen Namen zu vereinbaren. Bei § 38 I SGB II handelt es sich lediglich um eine gesetzliche Vermutung, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte vertretungsbefugt ist, die Leistungen für andere Personen der Bedarfsgemeinschaft entgegenzunehmen. Sie ändert nichts daran, dass jedes Mitglied der Bedarfsgemeinschaft Inhaber eines individuellen Leistungsanspruchs und damit Leistungsempfänger ist (Gagel/Kallert, SGB II/SGB III § 38 SGB II Rn. 4). Vertragspartner der Rückübertragung ist deshalb der Leistungsempfänger, dem der zurückzuübertragende Anspruch zustand, dh bei Kindesunterhalt das – ggf. gesetzlich zu vertretende – Kind (Mergler/Zink/Kiss, Handbuch der Grundsicherung und Sozialhilfe, SGB II, 40. EG, § 33 Rn. 36; *DIJuF* JAmt 2012, 91-94). Diesbezüglich besteht kein Unterschied zu § 7 IV 3 UVG und § 94 V 1 SGB XII.“

Auch *Schürmann* tritt der Entscheidung entgegen (FamRZ 2019, 1422 [1423]):

Beim gemeinsamen Sorgerecht werden minderjährige Kinder grundsätzlich durch beide Elternteile vertreten (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB). Aus nachvollziehbaren Gründen enthalten § 1629 Abs. 3 S. 2 BGB) und § 9 UVG besondere Regelungen, die die Alleinvertretung durch einen Elternteil zulassen, um eigene Unterhaltsansprüche des Kindes bzw. Vorschussleistungen gelten zu machen. Als Ausnahme von der Regel ist jedoch die Anwendung dieser Vorschrift auf ihren unmittelbaren Zweck begrenzt. Für eine erweiternde Auslegung bieten sie keinen Raum, insbesondere nicht für einen lediglich fremdnützigen Erwerb von Rechten.“

Hier bleibt nur zu wiederholen: Es trifft nicht allgemein zu, dass die Kinder kein Interesse an einer treuhänderischen Rückübertragung haben können. So wird hierdurch der schon erwähnte „Gläubigerwettlauf“ etwa bei der Vollstreckung wegen rückständiger Forderungen zwischen dem Sozialleistungsträger und dem Kind vermieden.

Zu Recht schreibt *Schürmann* weiter:

„Alle skizzierten Komplikationen beruhen auf einer Rechtslage, die sich in einer Zeit entwickelt hat, als die Alleinsorge nach der Ehescheidung die Regel war und die sich aus der fortdauernden gemeinsamen elterlichen Sorge ergebenden Probleme nur selten eine Rolle spielten.“

4. Vorläufiges Fazit

Es ist nicht abzusehen, wie die Entscheidung des BGH im anhängigen Verfahren ausgehen wird. Es bleibt abzuwarten, ob die Richter/innen im zuständigen XII. Senat des BGH sich über den überwiegend ablehnenden Meinungsstand hinwegsetzen.

IV. Gesetzgeberische Klarstellung

Will man der Option des Abschlusses treuhänderischer Rückübertragungen im Bereich des Unterhaltsvorschusses weiterhin zu praktischer Bedeutung verhelfen, erscheint es sinnvoll, die derzeit insoweit unzuträgliche Rechtslage zu verbessern.

So sollte in § 9 Abs. 1 S. 1 UVG verdeutlicht werden, dass der Antrag in jedem Fall in gesetzlicher Vertretung des Kindes gestellt wird. Das könnte – wie bereits zu Ziff. I. ange-

deutet – dadurch bewirkt werden, dass die Vorschrift künftig lautet:

„Über die Zahlung der Unterhaltsleistung wird auf schriftlichen Antrag des Elternteils, bei dem der Berechtigte lebt, oder des **sonstigen** gesetzlichen Vertreters des Berechtigten entschieden.“

Damit wäre jedenfalls dem Argument der Boden entzogen, dass die Eltern „nur“ ein Antragsrecht hätten, ohne das Kind gesetzlich zu vertreten.

Die Nebenwirkung wäre freilich, dass damit die neuere verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur eigenständigen Klagebefugnis des Elternteils nicht mehr zum Tragen käme. Dies muss und kann aber hingegenommen werden. Es dürfte keine messbare Erschwernis für die Elternteile in verwaltungsrechtlichen Streitfällen darstellen, wenn sie eine Klage als gesetzliche Vertreter des Kindes erheben und nicht im eigenen Namen.

Zusätzlich könnte ein neuer Satz in Absatz 1 des § 9 UVG eingefügt werden:

„Der Antragsteller ist befugt, für den Berechtigten Vereinbarungen nach § 7 Absatz 4 Satz 3 zu schließen.“

Damit wäre jeder Zweifel an der entsprechenden Vertretungsbefugnis auch des Obhut-Elternteils bei gemeinsamer Sorge ausgeräumt. Dass Elternteile mit Alleinsorge und sonstige gesetzliche Vertreter diese Befugnis ohnehin haben, bleibt unberührt. Insoweit würde die Novellierung allenfalls deklaratorisch wirken. Das ist aber insoweit unschädlich, wenn es auf der anderen Seite gelingt, die Vertretungsbefugnis des Obhut-Elternteils unmissverständlich im Gesetz zu verankern.