BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

XII ZB 39/11

Verkündet am:
19. Juni 2013
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1603, 1629 Abs. 3; FamFG § 113 Abs. 1 Satz 2; ZPO §§ 50, 263; SGB II (idF bis 31. März 2011) § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7; SGB II § 11 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7

a) Endet die gesetzliche Verfahrensstandschaft eines Elternteils nach § 1629 Abs. 3 BGB mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes, so kann das Kind als Antragsteller in das Verfahren nur im Wege des gewillkürten Beteiligtenwechsels eintreten (teilweise Aufgabe der Senatsurteile vom 23. Februar 1983 - IVb ZR 359/81 - FamRZ 1983, 474 und vom 30. Januar 1985 - IVb ZR 70/83 - FamRZ 1985, 471). Dieser ist nicht von der Zustimmung des Antragsgegners abhängig.

b) Durch die sozialrechtliche Berücksichtigung titulierter Unterhaltspflichten bei einem Antrag des Unterhaltspflichtigen auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende erhöht sich dessen unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit nicht.

BGH, Beschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - OLG Frankfurt a.M.
AG Marburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling, Dr. Günter und Dr. Botur

für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 2. Familiensenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2010 wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

A.

1 Die Beteiligten streiten um Kindesunterhalt für die Zeit ab November 2009.

2 Die Mutter der Antragstellerin und ursprüngliche Antragstellerin ist die geschiedene Ehefrau des Antragsgegners. Die im September 1994 geborene Antragstellerin ist deren aus der Ehe hervorgegangene Tochter.

3 Der 1953 geborene Antragsgegner ist gelernter Maler und Lackierer. Er war als solcher aber nie berufstätig, sondern übte Tätigkeiten auf verschiedenen anderen Berufsfeldern aus (u.a. als Zeitsoldat, Verkäufer, im Versicherungsaußendienst und - bis 2002 - als selbständiger Versicherungsvertreter,

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

später projektweise als Mitarbeiter bei einem Jobcenter). Spätestens seit November 2009 ist er arbeitslos und bezieht Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II. Die Parteien streiten darüber, ob dem Antragsgegner wegen Verstoßes gegen seine Erwerbsobliegenheit ein fiktives Einkommen zuzurechnen ist oder ob er für den Unterhalt deswegen hinreichend leistungsfähig ist, weil er die geforderten Beträge - bei Titulierung des Unterhalts - im Rahmen einer Nebentätigkeit auf die Grundsicherung für Arbeitsuchende anrechnungsfrei hinzuverdienen könne.

4 Das Amtsgericht hat den Antragsgegner antragsgemäß zum Unterhalt verpflichtet. Das Oberlandesgericht hat auf die Beschwerde des Antragsgegners den Unterhaltsantrag abgewiesen. Dagegen hat die ursprüngliche Antragstellerin die zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt. Die während des Rechtsbeschwerdeverfahrens volljährig gewordene Antragstellerin ist anstelle ihrer Mutter in das Verfahren eingetreten. Sie verfolgt das Unterhaltsbegehren weiter.

B.

5 Rechtsbeschwerde und Unterhaltsantrag sind zulässig, haben aber in der Sache keinen Erfolg.

I.

6 Der Antrag ist zulässig. Die Antragstellerin ist in wirksamer Weise anstelle ihrer Mutter in das Verfahren eingetreten. Die auf Seiten der ursprünglichen Antragstellerin bestehende Verfahrensstandschaft nach § 1629 Abs. 3 Satz 1

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BGB bestand zwar über die Scheidung hinaus zunächst noch fort (Senatsurteil BGHZ 109, 211 = FamRZ 1990, 283, 284). Sie ist aber mit Eintritt der Volljährigkeit der Antragstellerin entfallen, was auch wegen des Unterhalts für die Vergangenheit gilt (Senatsurteil vom 23. Februar 1983 - IVb ZR 359/81 - FamRZ 1983, 474, 475). Indessen ist die Antragstellerin in zulässiger Weise anstelle ihrer Mutter in das Verfahren eingetreten.

7 1. Wie dem Wegfall der Verfahrensstandschaft bei Eintritt der Volljährigkeit des Kindes im Verfahren Rechnung zu tragen ist, ist umstritten. Nach der früheren Rechtsprechung des Senats trat - in Anlehnung an den Eintritt des Gemeinschuldners anstelle des Konkursverwalters nach Beendigung des Konkursverfahrens - ein Parteiwechsel kraft Gesetzes ein, durch den das unterhaltsberechtigte Kind ohne weitere prozessuale Erklärungen an die Stelle des Elternteils treten sollte (Senatsurteile vom 23. Februar 1983 - IVb ZR 359/81 - FamRZ 1983, 474, 475 und vom 30. Januar 1985 - IVb ZR 70/83 - FamRZ 1985, 471, 473). Dagegen ist der Senat in einer neueren Entscheidung - bei Einlegung der Revision durch das volljährig gewordene Kind - davon ausgegangen, dass das Kind ein Recht hat, in den Prozess einzutreten, welches durch Erklärung geltend zu machen ist (Senatsurteil BGHZ 109, 211 = FamRZ 1990, 283, 284). Auch im Schrifttum ist in Zweifel gezogen worden, dass sich der Parteiwechsel schon kraft Gesetzes vollzieht (Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 5. Aufl. § 1629 Rn. 12; Bamberger/Roth/Veit BGB 3. Aufl. § 1629 Rn. 51.1 mwN; Schwab/Streicher Handbuch des Scheidungsrechts 6. Aufl. I Rn. 568; Eschenbruch/Klinkhammer Unterhaltsprozess 5. Aufl. Kap. 5 Rn. 64 f.).

8 Der Senat hält an seiner eingangs genannten früheren Rechtsprechung nicht fest. Aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Prozess- bzw. Verfahrensstandschaft nach § 1629 Abs. 3 BGB folgt vielmehr, dass es der freien

Entscheidung des volljährig gewordenen Kindes überlassen bleiben muss, ob es sich am Verfahren beteiligt und dieses fortsetzt. Dass das Kind einerseits die Möglichkeit hat, dem Verfahren beizutreten, es andererseits hierzu aber auch nicht gezwungen werden darf, lässt sich nur durch einen gewillkürten Kläger- bzw. Antragstellerwechsel sicherstellen. Entsprechend war in den genannten, vom Senat entschiedenen Fällen (Senatsurteile vom 23. Februar 1983 - IVb ZR 359/81 - FamRZ 1983, 474, 475 und vom 30. Januar 1985 - IVb ZR 70/83 - FamRZ 1985, 471, 473) das Verfahren jeweils vom volljährig gewordenen Kind fortgesetzt worden.

9 Die als zwingend ausgestaltete Regelung in § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB lässt die Geltendmachung des Unterhalts nur im eigenen Namen des sorgeberechtigten Elternteils zu und verfolgt den Zweck, das Kind aus dem Streit der Eltern herauszuhalten (BT-Drucks. 10/4514 S. 23; Staudinger/Peschel-Gutzeit BGB [2007] § 1629 Rn. 44 mwN). Dem widerspräche es, wenn das Kind mit Eintritt seiner Volljährigkeit ohne Rücksicht auf seinen Willen zur Partei bzw. zum Beteiligten des Verfahrens würde. Sollte das Kind sich etwa entschließen, das Verfahren nicht weiterzuführen, müsste es den Unterhaltsantrag mit der Kostenfolge nach §§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, 269 Abs. 3 ZPO zurücknehmen. Eine einseitige Erledigungserklärung wäre mangels eines erledigenden Ereignisses unbegründet. Aber auch eine übereinstimmende Erledigungserklärung wäre für das Kind mit einem Kostenrisiko verbunden. Dagegen kann der ehemalige Verfahrensstandschafter den Antrag - abgesehen von einer etwaigen Antragsumstellung auf einen (in seiner Person entstandenen) familienrechtlichen Ausgleichsanspruch - notfalls einseitig für erledigt erklären, weil mit der Verfahrensführungsbefugnis eine Zulässigkeitsvoraussetzung nachträglich entfallen ist (vgl. Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 5. Aufl. § 1629 Rn. 12; Bamberger/Roth/Veit BGB 3. Aufl. § 1629 Rn. 51.1 sowie Senatsurteil vom 26. April 1989 - IVb ZR 42/88 - FamRZ 1989, 850).

10 Durch einen hier allein möglichen gewillkürten Beteiligtenwechsel wird demnach nicht nur der Verfahrensherrschaft des (ursprünglichen) Antragstellers Rechnung getragen, sondern vor allem auch dem Umstand, dass das Kind nicht ohne seinen Willen Beteiligter des Verfahrens werden darf und aus dem Streit der Eltern herausgehalten werden soll.

11 2. Die Antragstellerin hat mit Zustimmung ihrer Mutter den Eintritt in das Verfahren erklärt. Da der Beteiligtenwechsel allein im Wegfall der Verfahrensführungsbefugnis begründet liegt und nicht mit einer Änderung des Streitstoffs verbunden ist, bedurfte es keiner Zustimmung des Antragsgegners (vgl. Senatsurteil BGHZ 109, 211 = FamRZ 1990, 283, 284; Senatsbeschluss vom 27. Juni 2012 - XII ZR 89/10 - FamRZ 2012, 1489 Rn. 11; vgl. auch BGHZ 123, 132 = NJW 1993, 3072). Im Gegensatz zum Parteiwechsel bei Einzelrechtsnachfolge (vgl. Senatsurteil vom 29. August 2012 - XII ZR 154/09 - FamRZ 2012, 1793 Rn. 15) ist der Beteiligtenwechsel nicht - wie gemäß §§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO - kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung an die Zustimmung des Verfahrensgegners gebunden (vgl. BGHZ 123, 132 = NJW 1993, 3072). Der Beteiligtenwechsel ist dementsprechend auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz zulässig (vgl. Senatsurteil BGHZ 109, 211 = FamRZ 1990, 283, 284; Senatsbeschluss vom 27. Juni 2012 - XII ZR 89/10 - FamRZ 2012, 1489 Rn. 11; Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO 34. Aufl. § 50 Vorbem. Rn. 24).

II.

12 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

13 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist der Antragsgegner zur Zahlung von Kindesunterhalt auch nach den Anforderungen der gesteigerten Unterhaltspflicht gemäß § 1603 Abs. 2 BGB nicht leistungsfähig, denn er könne ohne Gefährdung seines eigenen Selbstbehalts von 900 € bzw. (ab Januar 2011) 950 € keine Beträge für den Kindesunterhalt erübrigen. Der Antragsgegner könne erst bei einem Bruttoeinkommen von 1.265 € (Stundenlohn von 7,30 €) bzw. 1.355 € (7,83 €) den ersten Euro an Unterhalt zahlen. Ein solches Einkommen könne er, ohne dass es auf seine gesundheitlichen Beschwerden ankomme, nicht erzielen. Aufgrund seiner bisherigen Erwerbsvita seien für ihn Ganztagsstellen, bei denen auch nur 7,30 € erzielt werden könnten, verschlossen. Der Antragsgegner sei beruflich gestrandet, aus welchen Gründen auch immer. Er sei in so vielen verschiedenen Berufen tätig gewesen, dass er nirgendwo eine wirkliche Qualifikation habe erwerben können. Auch nach dem von ihm gewonnenen persönlichen Eindruck sei es unwahrscheinlich, dass er noch eine nennenswerte Chance auf dem Arbeitsmarkt für Vollzeitstellen habe. Er werde auf Dauer unverschuldet arbeitslos sein.

14 Das bedeute aber nicht, dass er deshalb als leistungsfähig anzusehen sei, weil er gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II (aF) soviel hinzuverdienen könne, dass er den Mindestunterhalt für sein Kind sichern könne. Die Bestimmung lasse es zwar zu, dass titulierte Unterhaltspflichten vom Einkommen abzuziehen seien. Dies gelte aber nicht für in einem laufenden Verfahren noch zu erstellende, sondern lediglich für bei Eintritt der Arbeitslosigkeit schon vorhandene Titel. In den Gesetzesmaterialien zum Sozialgesetzbuch II lasse sich keine Stütze für das Gegenteil finden. Die Annahme eines fiktiven Einkommens in Höhe des Unterhaltsbetrages würde vielmehr zu dem absurden Ergebnis führen, dass der Unterhaltspflichtige sich im Interesse des Kindes auf keinen Fall um einen Arbeitsplatz bemühen dürfe, der ihm ein Einkommen oberhalb des titulierten Unterhalts ermögliche, er also arbeitslos bleiben müsse. Der "unter-

haltsrechtlichen Bedarfsdeckung" komme der Vorrang gegenüber öffentlich-rechtlichen Regelungen dieser Art zu. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II (aF) erhöhe die Leistungsfähigkeit nicht und dürfe dem Unterhaltspflichtigen auch nicht die Möglichkeit einer Abänderungsklage verschließen.

15 2. Das hält der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

16 a) Die vom Oberlandesgericht getroffene Feststellung, dass der Antragsgegner kein Einkommen erzielen kann, das ihm die Zahlung von Kindesunterhalt ermöglicht, bewegt sich noch im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung.

17 aa) Nach § 1603 Abs. 1 BGB ist nicht unterhaltspflichtig, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Eltern, die sich in dieser Lage befinden, sind gemäß § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB ihren minderjährigen unverheirateten Kindern gegenüber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden (sog. gesteigerte Unterhaltspflicht). Darin liegt eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Unterhaltsrecht. Aus diesen Vorschriften und aus Art. 6 Abs. 2 GG folgt auch die Verpflichtung der Eltern zum Einsatz der eigenen Arbeitskraft. Wenn der Unterhaltsverpflichtete eine ihm mögliche und zumutbare Erwerbstätigkeit unterlässt, obwohl er diese bei gutem Willen ausüben könnte, können deswegen nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht nur die tatsächlichen, sondern auch fiktiv erzielbare Einkünfte berücksichtigt werden (Senatsurteile BGHZ 189, 284 = FamRZ 2011, 1041 Rn. 29 und vom 3. Dezember 2008 - XII ZR 182/06 - FamRZ 2009, 314 Rn. 20; Wendl/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 2 Rn. 366 ff.).

18 Die Zurechnung fiktiver Einkünfte, in die auch mögliche Nebenverdienste einzubeziehen sind, setzt neben den nicht ausreichenden Erwerbsbemühungen eine reale Beschäftigungschance des Unterhaltspflichtigen voraus (Senatsurteile BGHZ 189, 284 = FamRZ 2011, 1041 Rn. 30 f. und vom 3. Dezember 2008 - XII ZR 182/06 - FamRZ 2009, 314 Rn. 28). Schließlich darf dem Unterhaltspflichtigen auch bei einem Verstoß gegen seine Erwerbsobliegenheit nur ein Einkommen zugerechnet werden, welches von ihm realistischerweise zu erzielen ist (BVerfG FamRZ 2010, 793).

19 bb) Die angefochtene Entscheidung genügt diesen Maßstäben.

20 Das Oberlandesgericht ist davon ausgegangen, dass der Antragsgegner im Verlauf seiner wechselvollen Erwerbsbiografie keine Qualifikation erwerben konnte, die es ihm heute ermöglichen würde, eine Vollzeitstelle zu erlangen. Dafür hat es die unterschiedlichen Tätigkeitsfelder aufgezeigt, in denen der Antragsgegner beschäftigt war und auch dem Umstand Rechnung getragen, dass es ihm zuletzt (seit 2002) auf wechselnden Arbeitsstellen nicht mehr gelungen ist, eine Erwerbstätigkeit nachhaltig zu sichern. Auch soweit die Rechtsbeschwerde beanstandet, gerade die Vielseitigkeit der Tätigkeiten eröffne dem Antragsgegner eine reale Beschäftigungschance, bleibt die Würdigung des Oberlandesgerichts nach den Maßstäben des Rechtsbeschwerdeverfahrens noch vertretbar. Da das Oberlandesgericht nicht zuletzt das Alter des Antragsgegners und den persönlichen Eindruck, den es von ihm gewonnen hat, in die Würdigung einbezogen hat, verstößt seine tatrichterliche Würdigung weder gegen Denkgesetze noch gegen Erfahrungssätze (vgl. Senatsurteil vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104 Rn. 20).

21 b) Das Oberlandesgericht hat im Ergebnis zu Recht auch von der Zurechnung eines (fiktiven) Einkommens abgesehen, das dem Antragsgegner

neben seinem Leistungsbezug gemäß dem Sozialgesetzbuch II anrechnungsfrei zu belassen wäre.

22 aa) Allerdings schließt der Bezug eines (Erwerbs-)Einkommens neben einer bedürftigkeitsabhängigen Sozialleistung für sich genommen noch nicht aus, dass das (Erwerbs-)Einkommen für den Unterhalt zur Verfügung stehen kann. Vielmehr kann der Unterhaltspflichtige unter Umständen auch dann unterhaltsrechtlich leistungsfähig sein, wenn er seinen unterhaltsrechtlichen Selbstbehalt aus Sozialleistungen bestreiten und ein den Selbstbehalt übersteigendes Nebeneinkommen für den Unterhalt einsetzen kann (vgl. Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 111 ff. mwN).

23 Davon ist im vorliegenden Fall aber nicht auszugehen. Zwar hat das Oberlandesgericht keine Feststellungen dazu getroffen, dass es dem insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Antragsgegner nicht möglich sei, eine Geringverdienertätigkeit auszuüben (vgl. auch Senatsurteil vom 18. Januar 2012 - XII ZR 178/09 - FamRZ 2012, 517), durch die er neben der Grundsicherung für Arbeitsuchende ein nach § 11 b Abs. 2, 3 SGB II (zuvor §§ 11 Abs. 2, 30 SGB II idF bis 31. Dezember 2010) teilweise anrechnungsfreies Einkommen erzielen könnte. Indessen hat die Rechtsbeschwerde nicht aufgezeigt, dass dem Antragsgegner bei Zurechnung eines (fiktiven) Einkommens mehr als der sogenannte notwendige Selbstbehalt nach der Düsseldorfer Tabelle und den Leitlinien der Oberlandesgerichte (in diesem Fall Zwischenbetrag zwischen Erwerbstätigen- und Nichterwerbstätigenselbstbehalt) zur Verfügung stünde, so dass er für den Unterhalt teilweise leistungsfähig sein könnte.

24 bb) Zutreffend hat das Oberlandesgericht die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners auch nicht aus einer möglichen Titulierung des Kindesunterhalts hergeleitet.

25 Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II in der bis 31. März 2011 geltenden Fassung (im Folgenden: § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II aF; nunmehr § 11 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 SGB II) sind vom Einkommen eines Antragstellers der Grundsicherung für Arbeitsuchende Aufwendungen zur Erfüllung gesetzlicher Unterhaltsverpflichtungen bis zu dem in einem Unterhaltstitel oder in einer notariell beurkundeten Unterhaltsvereinbarung festgelegten Betrag abzusetzen. Diese Regelung betrifft die Einkommensermittlung für Leistungsberechtigte der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Sie knüpft an den Grundsatz an, dass die Sozialleistungsbedürftigkeit einer Person sich an den ihr zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts tatsächlich zur Verfügung stehenden Mitteln orientiert (vgl. BT-Drucks. 16/1410 S. 20).

26 Daraus ist von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung die Folgerung gezogen worden, dass den Unterhaltspflichtigen, der leistungsberechtigt für die Grundsicherung für Arbeitsuchende ist, die unterhaltsrechtliche Obliegenheit treffe, eine Nebentätigkeit auszuüben und zugleich einen Titel errichten zu lassen, damit ihm das diesbezügliche Einkommen zur Unterhaltszahlung verbleibe (OLG Brandenburg FamRZ 2006, 1297, 1299; FamRZ 2007, 1905, 1906; FamRZ 2008, 2304, 2306 mwN; NJW 2008, 3366, 3368; OLG Schleswig NJW-RR 2010, 221, 222; KG FamRZ 2011, 1302).

27 Dem folgt der Senat nicht. Vielmehr kann durch die Titulierung des Unterhalts und den dadurch ermöglichten Abzug nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II aF (§ 11 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 SGB II) die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit nicht erhöht werden (ebenso OLG Hamm FamRZ 2010, 570,

571 f.; OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 1740, 1741; Wendl/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 8 Rn. 197).

28 Von der Einsetzbarkeit teilweise anrechnungsfreien Einkommens unterscheidet sich die vorliegende Fragestellung dadurch, dass der Unterhalt schon bei der Ermittlung der Sozialleistungsbedürftigkeit des Unterhaltspflichtigen Berücksichtigung findet. Insoweit muss also zunächst geklärt werden, welches Einkommen dem Unterhaltspflichtigen nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zur Verfügung steht. Zur Vermeidung eines Zirkelschlusses kann dies nur ohne Berücksichtigung einer wegen des Unterhalts erhöhten Sozialleistung durchgeführt werden.

29 Dem entsprechen auch die sozialrechtlichen Wertungen. Indem der Gesetzgeber des Sozialgesetzbuchs II für die Höhe des vom Einkommen abzusetzenden Unterhaltsbetrags an den in einem Unterhaltstitel festgesetzten Unterhaltsanspruch als Obergrenze für die Berücksichtigung der Unterhaltszahlungen als Abzugsbetrag anknüpft, unterstellt er lediglich im Sinne einer verwaltungspraktischen Anwendbarkeit der SGB II-Vorschriften zur Einkommensberücksichtigung typisierend, dass ein nach Maßgabe der §§ 1601 ff. BGB gegebener Unterhaltsanspruch auch in der festgelegten Höhe besteht. Es bedarf daher regelmäßig keiner eigenen Feststellungen des Trägers der Grundsicherung für Arbeitsuchende oder der Sozialgerichte zur Höhe des Unterhaltsanspruchs (BSG FamRZ 2011, 810 Rn. 16). Damit setzt die sozialgesetzliche Regelung voraus, dass der bestehende Unterhaltstitel nach bürgerlichem Recht ermittelt worden ist und bestimmt zugleich, dass sowohl die zuständigen Behörden als auch die Sozialgerichte die Unterhaltshöhe grundsätzlich nicht zu überprüfen haben. Diese beschränken sich auf die Überprüfung, ob der titulierte Unterhalt tatsächlich gezahlt wird (BSG FEVS 60, 392, 395; BSG FamRZ 2011, 810 Rn. 13).

30 Daraus wird deutlich, dass der Unterhalt allein nach den §§ 1601 ff. BGB zu ermitteln ist, bevor die Sozialleistungsbedürftigkeit des Unterhaltspflichtigen festgestellt wird. Es ist also nicht zulässig, für die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit den möglichen Bezug von Sozialleistungen unter Berücksichtigung eines nach zivilrechtlichen Kriterien unzutreffend bemessenen oder inzwischen durch die tatsächliche Entwicklung überholten Unterhaltstitels zu ermitteln.

31 Dieselben Grundsätze gelten im Übrigen auch in Abänderungsverfahren (aA OLG Koblenz FamRZ 2006, 546; AG Flensburg FamRZ 2012, 1910). Denn auch hier richtet sich die Bestimmung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit nach § 1603 BGB und ist die unterhaltsrechtliche Bewertung in Bezug auf die Frage, welcher Unterhalt nach § 11 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 SGB II (bzw. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II aF) abzugsfähig ist, vorrangig.

Dose Klinkhammer Schilling

Günter Botur

Vorinstanzen:
AG Marburg, Entscheidung vom 19.08.2010 - 72 F 19/10 UK -
OLG Frankfurt a.M., Entscheidung vom 22.12.2010 - 2 UF 274/10 -