BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 22/10

Verkündet am:
11. Januar 2012
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

SGB II §§ 9, 11, 28, 33

a) Gemäß § 33 Abs. 1 SGB II in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung findet ein Anspruchsübergang nur insoweit statt, als der Unterhaltsberechtigte Leistungen nach dem SGB II empfangen hat. § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II in der seit dem 1. Januar 2009 geltenden Fassung gilt nicht für Leistungen nach dem SGB II, die vor Inkrafttreten der Neuregelung erbracht worden sind (im Anschluss an Senatsurteil vom 1. Dezember 2010 - XII ZR 19/09 - FamRZ 2011, 197).

b) Zum Anspruchsübergang nach § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II in der seit dem 1. Januar 2009 geltenden Fassung, der erfolgt, soweit Kinder unter Berücksichtigung von Kindergeld keine Leistungen empfangen haben und bei rechtzeitiger Leistung des Anderen keine oder geringere Leistungen an die Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft erbracht worden wären.

BGH, Urteil vom 11. Januar 2012 - XII ZR 22/10 - OLG Brandenburg
AG Bad Freienwalde

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 2012 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Dose, Schilling und Dr. Günter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Senats für Familiensachen des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 26. Januar 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über das Teilanerkenntnis hinaus für die Monate März bis August 2008 und Oktober bis Dezember 2008 insgesamt und für den Monat September 2008 wegen eines 143,39 € übersteigenden Betrages zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Bad Freienwalde vom 18. Juni 2009 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin folgenden Kindesunterhalt zu zahlen:

für März bis Juni 2008: monatlich 1,98 €

für Juli 2008: 4,98 €

für August 2008: 7,57 €

für September 2008: 143,39 €

für Oktober bis Dezember 2008: monatlich 7,57 €

für Januar 2009: 151,48 €.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Rechtsmittel werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat die Klägerin zu 5/6 und der Beklagte zu 1/6 zu tragen. Die Kosten der Rechtsmittelverfahren werden der Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt den Beklagten aus übergegangenem Recht auf Zahlung von Kindesunterhalt für die Zeit von März 2008 bis Januar 2009 in Anspruch.

2 Der 1942 geborene Beklagte ist der Vater des am 5. Juni 1998 geborenen Kindes J. S., das bei seiner Mutter lebt. Die Klägerin erbrachte für die Mutter, das Kind J. sowie einen weiteren Sohn in dem streitgegenständlichen Zeitraum Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II. Dies teilte sie dem Beklagten unter dem 10. März 2008 mit und forderte ihn zur Auskunftserteilung über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse auf. Der Beklagte zahlte für das Kind seinerzeit monatlichen Unterhalt von 204,52 €.

3 Mit der Klage hat die Klägerin den Beklagten zuletzt auf Zahlung von monatlich 156,48 € für die Zeit von März bis Dezember 2008 und von 166,48 € für Januar 2009 in Anspruch genommen. Der Beklagte hat die Klageforderung in Höhe von monatlich 1,98 € für März bis Juni 2008, von 4,98 € für Juli 2008,

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

von monatlich 7,57 € für August 2008 sowie für Oktober bis Dezember 2008, von 131,48 € für September 2008 und von 126,48 € für Januar 2009 anerkannt. Das Amtsgericht hat den Beklagten im Umfang des Anerkenntnisses verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Beklagten zur Zahlung von monatlich 156,48 € für März bis Dezember 2008 und von 151,48 € für Januar 2009 verurteilt. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist überwiegend begründet.

I.

5 Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner in FamRZ 2010, 228 veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Beklagten bestimme sich nach der Einkommensgruppe 7 der Anlage I der Unterhaltsleitlinien des Brandenburgischen Oberlandesgerichts (Stand: 1. Januar 2008 bzw. 1. Januar 2009). Der Beklagte habe über Renteneinkünfte von 1.300 € im Jahr 2008 und von 1.303 € im Jahr 2009 verfügt. Darüber hinaus habe er Zinseinkünfte von monatlich 74 € erzielt. Zu berücksichtigen sei weiterhin der Vorteil des mietfreien Wohnens, der mit 405 € monatlich anzusetzen sei. Hiervon seien die verbrauchsunabhängigen Kosten nicht abzusetzen. Aus Vermietung und Verpachtung habe der Beklagte schließlich Einkünfte von monatlich 986 € erwirtschaftet. Hierbei seien die auf die Kreditverbindlichkeiten zu zahlenden Zinsen be-

reits in Abzug gebracht. Tilgungsleistungen könnten nicht berücksichtigt werden, da der Beklagte nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten Vermögen bilden dürfe. Im vorliegenden Fall seien die Tilgungsleistungen auch nicht teilweise als zusätzliche Altersversorgung anzuerkennen, denn der Beklagte sei auf eine solche auch ohne die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nicht angewiesen. Zugrunde zu legen sei daher ein Einkommen von monatlich 2.765 € (2008) bzw. von 2.768 € (2009), das der Einkommensgruppe 5 entspreche. Im Hinblick darauf, dass eine Unterhaltspflicht des Beklagten nur gegenüber dem Kind J. bestehe, sei eine Höhergruppierung um zwei Einkommensgruppen gerechtfertigt. Der Unterhaltsbedarf des Kindes, das seinerzeit der zweiten Altersstufe angehört habe, habe sich deshalb nach Abzug des hälftigen Kindergeldes im Jahr 2008 auf 361 € (438 € abzüglich 77 €) und im Jahr 2009 auf 356 € (438 € abzüglich 82 €) belaufen.

7 Der Übergang der Unterhaltsansprüche des Kindes auf die Klägerin richte sich für den gesamten Zeitraum nach § 33 Abs. 1 SGB II in der seit dem 1. Januar 2009 geltenden Fassung. Die Neuregelung sei zum 1. Januar 2009 ohne Übergangsregelung in Kraft getreten. Sie finde deshalb auch auf - wie hier - noch nicht abgeschlossene Sachverhalte aus der Zeit vor dem 1. Januar 2009 Anwendung. Ein Anspruchsübergang habe nach § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II daher auch stattgefunden, soweit das Kind unter Berücksichtigung von Kindergeld nach § 11 Abs. 1 Satz 4 SGB II keine Leistungen empfangen habe und bei rechtzeitiger Leistung des Anderen keine oder geringere Leistungen an die Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft erbracht worden wären. Der Beklagte habe von März bis Dezember 2008 monatlich 156,48 € (361 € abzüglich 204,52 €) und im Januar 2009 151,48 € (356 € abzüglich 204,52 €) zu wenig an Unterhalt gezahlt. Wenn er den vollen Unterhalt geleistet hätte, so hätte die Klägerin in Höhe der vorgenannten Beträge keine Leistungen an die Bedarfs-

gemeinschaft erbringen müssen. In Höhe der Differenzbeträge seien die Ansprüche des Kindes deshalb auf die Klägerin übergegangen.

8 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

II.

9 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin parteifähig im Sinne des § 50 Abs. 1 ZPO ist. Die Klage ist von einer Arbeitsgemeinschaft (Jobcenter) nach § 44 b SGB II in der bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Fassung erhoben worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Rechts- und Parteifähigkeit einer solchen Arbeitsgemeinschaft in Anlehnung an die zur Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze zu bejahen (Senatsurteil vom 1. Dezember 2010 - XII ZR 19/09 - FamRZ 2011, 197 Rn. 10 und BGH Urteil vom 22. Oktober 2009 - III ZR 295/08 - MDR 2010, 167 Rn. 10).

10 Mit Wirkung zum 1. Januar 2011 ist § 44 b SGB II durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitssuchende vom 3. August 2010 (BGBl. I, S. 1112) neu gefasst worden. Danach bilden die Träger zur einheitlichen Durchführung der Grundsicherung für Arbeitssuchende im Gebiet jedes kommunalen Trägers nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II eine gemeinsame Einrichtung; diese nimmt die Aufgaben der Träger nach dem Sozialgesetzbuch II wahr. Ob im Hinblick hierauf ein Wechsel der Trägerschaft oder der Organisationsform der Klägerin eingetreten ist, kann dahinstehen. Denn nach § 76 Abs. 3 Satz 1 SGB II tritt in diesem Fall die gemeinsame Einrichtung als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der bis dahin klagenden Arbeits-

gemeinschaft. Dies gilt insbesondere für laufende Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Ein solcher gesetzlicher Parteiwechsel ist in jedem Rechtszug möglich (Hüßtege in Thomas/Putzo ZPO 32. Aufl. Vorbem. § 50 Rn. 16).

11 Die gemeinsame Einrichtung ist - ebenso wie die Arbeitsgemeinschaft - parteifähig. Sie ist befugt, Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide zu erlassen (§ 44 b Abs. 1 Satz 3 SGB II); die Organe der gemeinsamen Einrichtung sind die Trägerversammlung (§ 44 c SGB II) und die Geschäftsführung (§ 44 d SGB II). Der Geschäftsführer oder die Geschäftsführerin vertritt die gemeinsame Einrichtung gerichtlich und außergerichtlich (§ 44 d Abs. 1 Satz 2 SGB II). Damit ist diese gleichfalls rechtlich und organisatorisch verselbständigt und Träger eigener Rechte und Pflichten. Die Begründung, mit der die Parteifähigkeit der Arbeitsgemeinschaft bejaht worden ist, gilt deshalb auch für die gemeinsame Einrichtung (so auch Münder in LPK-SGB II 4. Aufl. § 44 b Rn. 15; Knapp in jurisPK-SGB II 3. Aufl. § 44 b Rn. 81; im Ergebnis ebenso Luthe in Hauck/Noftz Sozialgesetzbuch II § 44 b Rn. 17; zur Beteiligtenfähigkeit gemäß § 70 Nr. 1 SGG: BSG NDV-RD 2011, 75 - juris Rn. 11; Wendl/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 8 Rn. 177).

12 Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 44 b SGB II in der Fassung vom 3. August 2010 bestehen nach Auffassung des Senats nicht. Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 91 e) vom 21. Juli 2010 (BGBl. I, S. 944) ist die sogenannte Leistungserbringung aus einer Hand auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitssuchende durch die grundsätzlich vorgesehene Mischverwaltung von Bund und Ländern oder Kommunen geregelt worden (vgl. BSG NDV-RD 2011, 75 - juris Rn. 12; Henneke in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf Kommentar zum Grundgesetz 12. Aufl. Art. 91 e Rn. 42 f.; Klein in Maunz/Dürig Grundgesetz [2011] Art. 91 e Rn. 11 ff. und Volkmann in von Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz-Kommentar 6. Aufl. Art. 91 e Rn. 3 f., wo-

nach es sich nicht um verfassungswidriges Verfassungsrecht handelt). Art. 79 Abs. 3 GG stellt eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift dar, die zwar eine generelle Preisgabe der dort genannten Grundsätze verbietet, den verfassungsändernden Gesetzgeber aber nicht hindert, die positiv rechtliche Ausprägung dieser Grundsätze aus sachgerechten Gründen zu modifizieren (Klein aaO Art. 91 e Rn. 11 ff.). Bei der einfach gesetzlichen Ausgestaltung der gemeinsamen Einrichtung hat sich der Gesetzgeber in dem durch Art. 91 e GG eröffneten Gestaltungsspielraum gehalten (so auch BSG NDV-RD 2011, 75 - juris Rn. 12).

13 2. Die Klägerin ist auch prozessführungsbefugt. Dies folgt aus Art. 44 b Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 SGB II, nach dem die gemeinsame Einrichtung die Aufgaben der Träger nach dem Sozialgesetzbuch II wahrnimmt. Die Klägerin ist deshalb berechtigt, den übergegangenen Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen und Zahlung an sich zu verlangen (so bereits für die Arbeitsgemeinschaft: Senatsurteil vom 1. Dezember 2010 - XII ZR 19/09 - FamRZ 2011, 197 Rn. 11).

III.

14 Das Berufungsgericht hat die Klage indessen zu Unrecht für weitgehend begründet gehalten. Der Beklagte ist zwar für das Kind J. über die gezahlten und anerkannten Beträge hinaus unterhaltspflichtig; der Anspruch ist jedoch nicht in vollem Umfang auf die Klägerin übergegangen.

15 1. Die Unterhaltspflicht des Beklagten für seinen Sohn J. nach den §§ 1601 ff. BGB steht zwischen den Parteien dem Grunde nach nicht im Streit.

Die Höhe des geschuldeten Unterhalts richtet sich nach dem unterhaltsrechtlich maßgebenden Einkommen des barunterhaltspflichtigen Beklagten.

16 a) Dessen Einkünfte sind hinsichtlich der bezogenen Renten, der Zinseinkünfte und des ihm zuzurechnenden Vorteils des mietfreien Wohnens im eigenen Haus ebenfalls unstreitig. Zu Recht und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats hat das Berufungsgericht von dem angesetzten Wohnwert von 405 € (4,50 € pro Quadratmeter) nicht die Kosten für Grundsteuern, Wohngebäudeversicherung, Straßenreinigung und Kaminkehren in Abzug gebracht. Abzugsfähig sind nur diejenigen Kosten, die nicht üblicherweise auf einen Mieter umgelegt werden (Senatsurteil vom 27. Mai 2009 - XII ZR 78/08 - FamRZ 2009, 1300 Rn. 33 ff.). Dies ist hinsichtlich der genannten Aufwendungen nach den beanstandungsfrei getroffenen tatrichterlichen Feststellungen aber der Fall.

17 b) Hinsichtlich der von dem Beklagten erzielten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung hat das Berufungsgericht es abgelehnt, auf die Kreditverbindlichkeiten zu leistende Tilgungsraten in Abzug zu bringen. Das begegnet im Ergebnis keinen rechtlichen Bedenken.

18 Zwar sind im Rahmen der Ermittlung des unterhaltserheblichen Einkommens des Verpflichteten unterhaltsrechtlich relevante Verbindlichkeiten zu berücksichtigen. Ob die Verbindlichkeiten unterhaltsrechtlich berücksichtigungsfähig sind, ist unter umfassender Interessenabwägung zu beurteilen, wobei es insbesondere auf den Zweck der Verbindlichkeiten, den Zeitpunkt und die Art ihrer Entstehung, die Kenntnis von der Unterhaltsschuld und auf andere Umstände ankommt (Senatsurteile vom 27. November 2002 - XII ZR 289/01 - FamRZ 2003, 445, 447 und vom 25. Oktober 1995 - XII ZR 247/94 - FamRZ 1996, 160, 161). Eine solche Beurteilung hat das Berufungsgericht nicht vorge-

nommen. In welcher Höhe im Einzelnen entsprechende Zahlungen in dem hier maßgeblichen Zeitraum erfolgt sind, ist aber nicht festgestellt, ohne dass die Revision insofern übergangenen Sachvortrag rügt. Sie macht allein geltend, das Berufungsgericht habe es zu Unrecht abgelehnt, einen Teil der Tilgungsleistungen als zusätzliche Altersversorgung anzuerkennen. Damit kann die Revision indessen nicht durchdringen.

19 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats ist dem Unterhaltsberechtigten wie dem Unterhaltspflichtigen allerdings grundsätzlich zuzubilligen, in angemessenem Umfang zusätzlichen Vorsorgeaufwand zu betreiben. Dementsprechend muss beiden die Möglichkeit eröffnet sein, diesen Umstand in die Unterhaltsbemessung einfließen zu lassen (Senatsurteile BGHZ 163, 84, 97 ff. = FamRZ 2005, 1817, 1821; BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rn. 27 und vom 5. März 2008 - XII ZR 22/06 - FamRZ 2008, 963 Rn. 22 ff.). Dabei ist es unerheblich, in welcher Weise die zusätzliche Altersvorsorge erfolgt. Auch wenn durch die Entschuldung von Immobilien weiteres Vermögen mit dem Ziel der Erlangung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gebildet wird, ist dies grundsätzlich als besondere Form der zusätzlichen Altersversorgung berücksichtigungsfähig (BGHZ 163, 84, 97 ff. = FamRZ 2005, 1817, 1821 und BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rn. 27).

20 bb) Die vorgenannten Entscheidungen sind indessen in Fällen ergangen, in denen es um das Unterhaltsrechtsverhältnis zwischen Ehegatten bzw. zwischen Eltern und ihren für sie unterhaltspflichtigen Kindern (vgl. insoweit Senatsurteil vom 14. Januar 2004 - XII ZR 149/01 - FamRZ 2004, 792, 793) ging. Ob und gegebenenfalls mit welchen Modifikationen diese Rechtsprechung auf das Unterhaltsrechtsverhältnis zwischen Eltern und ihren unterhaltsberechtigten minderjährigen Kindern zu übertragen ist, wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht einheitlich beantwortet. Teilweise wird die Auffassung vertreten, auch

insoweit komme der angemessenen Altersvorsorge Vorrang zu (Büttner FamRZ 2004, 1918, 1920; Griesche FPR 2006, 337, 341), teilweise wird dies davon abhängig gemacht, dass der Mindestunterhalt eines Kindes dadurch nicht in Frage gestellt wird (OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 1685, 1686; Borth FPR 2004, 549, 551 f.) oder es dem Unterhaltspflichtigen nicht zumutbar ist, die ergänzende Altersvorsorge vorübergehend ruhend zu stellen (Wendl/ Klinkhammer aaO § 2 Rn. 383). Der vorliegende Fall erfordert keine Beantwortung dieser Fragen.

21 cc) Regelmäßig ist mit dem Eintritt in das Rentenalter der Lebensabschnitt erreicht, für den mit Rücksicht auf die sinkenden Einkünfte Vorsorge getroffen worden ist. Dass trotzdem zu Lasten der Unterhaltsberechtigten weiterhin Versorgungsrücklagen gebildet werden können, ist in der Regel zu verneinen, wenn ein nicht selbständig Erwerbstätiger mit Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze, auf die die Vorsorgemaßnahmen zumeist ausgerichtet sind, in den Ruhestand tritt (Senatsurteil BGHZ 186, 350 = FamRZ 2010, 1535 Rn. 26). Dem entspricht im Übrigen, dass auch für den Unterhaltsberechtigten mit dem Erreichen des 65. Lebensjahres der Altersvorsorgeunterhaltsbedarf regelmäßig entfällt (Senatsurteil vom 20. Oktober 1999 - XII ZR 297/97 - FamRZ 2000, 351, 354; Büttner FamRZ 2004, 1918, 1923).

22 Der Beklagte hat in dem streitgegenständlichen Zeitraum das 66. Lebensjahr vollendet. Deshalb scheidet eine Berücksichtigung von Leistungen der zusätzlichen Altersversorgung grundsätzlich aus. Dass im Hinblick auf eine erkennbar unzureichende Altersversorgung ausnahmsweise etwas anderes gilt, ist nach den getroffenen Feststellungen zu verneinen. Das Berufungsgericht ist von einer bereits ausreichenden Altersversorgung ausgegangen. Dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Der Beklagte verfügt neben seinem Renteneinkommen von rund 1.300 € monatlich über Zinseinkünfte von 74 €

monatlich, den Vorteil mietfreien Wohnens - insofern sind keine Kreditverpflichtungen festgestellt - sowie über Vermögen in Form von weiteren drei Immobilien, die vermietet werden und für die sich die Darlehensverbindlichkeiten im Jahr 2007 noch auf rund 213.000 € beliefen. Eine teilweise Berücksichtigung von Tilgungsleistungen unter dem Gesichtspunkt einer zusätzlichen Altersversorgung ist deshalb unabhängig davon, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe derartige Leistungen in dem maßgeblichen Zeitraum erfolgt sind, nicht gerechtfertigt.

23 Mit dem Berufungsgericht ist daher von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung von monatlich 986 € auszugehen.

24 c) Die Bemessung des Unterhalts durch das Berufungsgericht nach der Einkommensgruppe 7 (Einkommensgruppe 5 unter Höherstufung um zwei Einkommensgruppen) ist danach für die hier relevante Zeit nicht zu beanstanden. Das gilt auch für die Höhe des nach Abzug des hälftigen Kindergeldes (§ 1612 b Abs. 1 Nr. 1 BGB) mit monatlich 361 € (2008) und monatlich 356 € (2009) ermittelten Unterhaltsanspruchs. Da der Beklagte durchgehend 204,52 € monatlich gezahlt hat, besteht der Anspruch noch in Höhe von monatlich 156,48 € (2008) bzw. von monatlich 151,48 € (2009).

25 2. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Anspruch für die Zeit von März bis August sowie von Oktober bis Dezember 2008 insoweit kraft Gesetzes auf die Klägerin übergegangen ist.

26 a) § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB II in der Fassung vom 20. Juli 2006 (BGBl. I, S. 1706) sieht insofern für den vorliegenden Fall einen Anspruchsübergang nicht vor. Ein solcher war nämlich u.a. durch die Höhe der an den Unterhaltsberechtigten gezahlten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts begrenzt. Solche Leistungen hat die Klägerin für das Kind J. - mit Ausnahme des Monats

September - im Jahr 2008 aber nur in dem von dem Beklagten anerkannten Umfang erbracht. Da § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB II in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung nach seinem eindeutigen Wortlaut voraussetzt, dass der Unterhaltsberechtigte selbst (weitergehende) Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erhalten hat, scheidet ein Anspruchsübergang über die anerkannten Beträge hinaus aus. Darauf, ob weitergehende Leistungen an die Bedarfsgemeinschaft, der das Kind angehört hat, erfolgt sind, kommt es nicht an. Denn es fehlt an der nach § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB II in der seinerzeit maßgebenden Fassung erforderlichen Personenidentität zwischen ursprünglichem Anspruchsberechtigten und Hilfeempfänger (vgl. Senatsurteil vom 1. Dezember 2010 - XII ZR 19/09 - FamRZ 2011, 197 Rn. 16 ff.).

27 b) Soweit § 33 Abs. 1 SGB II durch das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2917, 2930) mit Wirkung zum 1. Januar 2009 neu gefasst worden ist, wirkt sich diese Änderung nicht auf den vor dem 1. Januar 2009 liegenden Zeitraum aus.

28 Nach § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II findet nunmehr ein Anspruchsübergang auch statt, soweit Kinder unter Berücksichtigung von Kindergeld nach § 11 Abs. 1 Satz 4 SGB II keine Leistungen empfangen haben und bei rechtzeitiger Leistung des Anderen keine oder geringere Leistungen an die Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft erbracht worden wären. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber eine Regelungslücke schließen. Nach § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II tritt nach der Begründung des Gesetzentwurfs auch dann ein Anspruchsübergang ein, wenn ein Kind als Anspruchsinhaber aufgrund eigenen Einkommens und Anrechnung des bei ihm zur Sicherung des Lebensunterhalts benötigten Kindergeldes trotz ausbleibender Leistungserfüllung nicht hilfebedürftig ist. Nach bisheriger Rechtslage wäre der Schuldner privilegiert, wenn Leistungsempfänger und Anspruchsinhaber nicht identisch seien und damit kein An-

spruchsübergang eintreten könne. Dementsprechend hätte der Leistungsträger höhere Aufwendungen zu tragen, da bei rechtzeitiger Leistung das Kindergeld zumindest teilweise den Bedarf anderer Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft gedeckt hätte (BT-Drucks. 16/10810 S. 49).

29 Die Neuregelung kann jedoch, wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden hat, für Zeiträume, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegen, auf hinsichtlich der Leistungserbringung bereits abgeschlossene Sachverhalte keine Geltung beanspruchen. Denn vor dem 1. Januar 2009 bestand keine Rechtsgrundlage für einen Anspruchsübergang hinsichtlich solcher Leistungen, die der Träger anderen Mitgliedern der Bedarfs- bzw. Haushaltsgemeinschaft erbracht hat (Senatsurteil vom 1. Dezember 2010 - XII ZR 19/09 - FamRZ 2011, 197 Rn. 29 ff.). Das Kind J. ist deshalb Inhaber des Unterhaltsanspruchs geblieben, soweit ihm keine Leistungen durch die Klägerin gewährt wurden, der Beklagte aber nicht den vollen Unterhalt gezahlt hat.

30 c) Für September 2008 ist der Unterhaltsanspruch des Kindes in Höhe von 143,39 € auf die Klägerin übergegangen, da nur insoweit Leistungen der Klägerin für das Kind erfolgt sind.

31 3. Hinsichtlich des Unterhalts für Januar 2009 hält das Berufungsgericht dagegen der rechtlichen Nachprüfung stand.

32 a) Insofern richtet sich der Anspruchsübergang nach § 33 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB II in der seit dem 1. Januar 2009 geltenden Fassung. Danach ist nicht mehr allein maßgebend, in welcher Höhe dem ursprünglichen Inhaber des Unterhaltsanspruchs wegen ausgebliebender Unterhaltszahlungen tatsächlich Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II gewährt worden sind. Ein Anspruchsübergang findet vielmehr auch statt, soweit Kinder unter Berücksichtigung von Kindergeld nach § 11 Abs. 1 Satz 4 SGB II keine Leistungen empfangen haben,

Mitgliedern der Haushaltsgemeinschaft aufgrund der Nichterfüllung der Unterhaltsforderung des Kindes aber höhere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erbracht worden sind. Die Regelung, der ersichtlich fiskalische Interessen zugrunde liegen, stellt mithin eine Ausnahme von dem Grundsatz der Personenidentität zwischen dem ursprünglichen Inhaber des Unterhaltsanspruchs und dem Hilfeempfänger dar. Mit ihr soll der Grundsatz des Nachrangs der Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II auch in den Fällen durchgesetzt werden, in denen ein (weitergehender) Unterhaltsanspruch nur in Höhe der gewährten Leistungen erfüllt wird, ein Regress aber an der Kindergeldzurechnung nach § 11 Abs. 1 Satz 4 SGB II scheitern würde, soweit deshalb keine Leistungen auf das Kind entfallen (Kuller FamRZ 2011, 255, 260; Grote-Seifert in jurisPK-SGB II 3. Aufl. § 33 Rn. 44; vgl. auch BT-Drucks. 16/10810 S. 49). Eine vergleichbare Regelung gab es bereits in § 90 Abs. 1 Satz 2 BSHG. Danach konnte der Übergang eines Anspruchs auch wegen der Aufwendungen für diejenige Hilfe zum Lebensunterhalt bewirkt werden, die der Träger der Sozialhilfe gleichzeitig mit der Hilfe für den Hilfeempfänger selbst dessen nicht getrennt lebendem Ehegatten und dessen minderjährigen unverheirateten Kindern gewährte.

33 b) Voraussetzung für den Anspruchsübergang nach § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II ist zunächst, dass das für das Kind gezahlte Kindergeld oder ein Teil hiervon nicht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II bei dem Kindergeldberechtigten als Einkommen berücksichtigt werden konnte, sondern gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 SGB II dem Kind als Einkommen zuzurechnen war, weil es zur Sicherung des Lebensunterhalts - mit Ausnahme der Bedarfe nach § 28 SGB II - benötigt wurde. Erforderlich ist weiterhin, dass das Kind Mitglied einer Haushaltsgemeinschaft ist und bei rechtzeitiger Leistung des Dritten keine oder geringere Leistungen an die anderen Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft erbracht wor-

den wären, weil ihnen das Kindergeld als Einkommen zugerechnet worden wäre.

34 c) Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Das für das Kind J. gezahlte Kindergeld von 164 € monatlich konnte der Mutter nur im geringen Umfang nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II als Einkommen zugerechnet werden, weil das Kind hierauf zur Deckung seines sozialrechtlichen Bedarfs von 366,09 € überwiegend angewiesen war. Unter Berücksichtigung der von dem Beklagten geleisteten Zahlung verblieb ein ungedeckter Bedarfsanteil des Kindes von 161,57 € (366,09 € abzüglich 204,52 €). Wäre das Kindergeld auch insoweit der Mutter als Einkommen zuzurechnen gewesen, hätten der Bedarfsgemeinschaft anstelle des Betrages von insgesamt 659,75 € nur um 161,57 € geringere Leistungen gewährt werden müssen.

35 Das Kind war auch Mitglied der Haushaltsgemeinschaft. Diese Annahme, die voraussetzt, dass die betreffenden Personen nicht nur im selben Haushalt wohnen, sondern "aus einem Topf" wirtschaften (Münder aaO § 9 Rn. 58), ist bei dem Zusammenleben von Mutter und minderjährigem Kind auch ohne nähere Darlegung gerechtfertigt.

36 d) In Höhe des nicht erfüllten Unterhaltsanspruchs von 151,48 € (356 € abzüglich 204,52 €) ist dieser somit für Januar 2009 auf die Klägerin übergegangen. Da der Betrag niedriger ist als das ab im Januar 2009 in Höhe von 164 € gezahlte Kindergeld, bedarf es keiner Entscheidung der Frage, ob der Anspruchsübergang der Höhe nach auf den Kindergeldbetrag beschränkt ist (so Fügemann in Hauck/Noftz aaO § 33 Rn. 69; Grote-Seifert aaO § 33 Rn. 44; Kuller FamRZ 2011, 255, 259; Münder aaO § 33 Rn. 12) oder ob, wie das Berufungsgericht angenommen hat, auch darüber hinaus ein Anspruchsübergang erfolgt.

IV.

37 Das angefochtene Urteil kann danach in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache allerdings abschließend entscheiden, da die Sache zur Endentscheidung reif ist. Der Beklagte hat für die Monate März bis August 2008 sowie Oktober bis Dezember 2008 lediglich den anerkannten Unterhalt zu zahlen. Für September 2008 schuldet er 143,39 € und für Januar 2009 151,48 € (jeweils insgesamt).

Hahne Weber-Monecke Dose

Schilling Günter

Vorinstanzen:
AG Bad Freienwalde, Entscheidung vom 18.06.2009 - 60 F 103/08 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 26.01.2010 - 10 UF 105/09 -