26 WF 87/15
22 F 280/14
Amtsgericht Düren

Erlassen am 31.07.2015
durch Übergabe an die Geschäftsstelle

Heinrichs, Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Köln
Familiensenat
Beschluss

Eingegangen
06. AUG. 2015

In der Familiensache

des Herrn [redacted], 52349 Düren,

Antragsgegners und Beschwerdeführers,

Verfahrensbevollmächtigte: [redacted]

g e g e n

den Kreis Düren - Jobcom, Bismarckstrasse 16, 52351 Düren,

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

hat der 26. Zivilsenat - Familiensenat - des Oberlandesgerichts Köln
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Kleine, die Richterin am Oberlandesgericht Crynen und den Richter am Amtsgericht Dr. Scholten

b e s c h l o s s e n :

Auf die als sofortige Beschwerde auszulegende Beschwerde des Antragsgegners vom 23.02.2015 wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Düren vom 22.01.2015 dahin teilweise abgeändert, dass ihm Verfahrenskostenhilfe bewilligt wird, soweit er sich gegen Unterhalt für die Monate März bis Juli 2013 sowie gegen höheren Unterhalt als monatlich jeweils 299 EUR in den Monaten August bis Dezember 2013, als monatlich jeweils 32 EUR in den Mona-

ten Januar und Februar 2014 und als monatlich jeweils 230 EUR in den Monaten März bis Juni 2014 verteidigt.

Die weitergehende sofortige Beschwerde wird mit der Maßgabe kostenpflichtig zurückgewiesen, dass außergerichtliche Kosten nicht erstattet werden und die Beschwerdegebühr um die Hälfte ermäßigt wird.

Gründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte, als sofortige Beschwerde auszulegende Beschwerde des Antragsgegners vom 23.02.2015 hat in der Sache teilweise Erfolg. Der ihm Verfahrenskostenhilfe bewilligende Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Düren vom 22.01.2015 ist wie aus der Beschlussformel zu entnehmen teilweise abzuändern. Das weitergehende Rechtsmittel ist unbegründet.

1.

Soweit der Antragsgegner die Auffassung vertritt, ein Anspruchsübergang nach § 33 Abs. 1 SGB II finde insgesamt nicht statt, da der Anspruchsübergang nach der vorrangigen Regelung des § 116 SGB X bei Zusammenleben von Familienangehörigen ausgeschlossen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Dabei kann dahinstehen, ob der Anspruchsübergang tatsächlich nach § 116 SGB X ausgeschlossen wäre. Die gesetzlichen Forderungsübergänge gemäß § 115 SGB X und § 116 SGB X sind zwar gegenüber dem Forderungsübergang nach § 33 SGB II vorrangig (§ 33 Abs. 5 SGB II). Soweit ein Anspruchsübergang nach den genannten Vorschriften nicht eintritt, bleibt jedoch bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ein Übergang nach § 33 SGB II möglich (Grote-Seifert in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 4. Aufl. 2015, § 33, zitiert nach juris Rn. 97).

2.

Es greift auch nicht der Übergangsausschluss gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 1 SGB II, wonach der Unterhaltsanspruch nicht übergeht, wenn der Unterhaltsberechtigte mit dem Unterhaltsverpflichteten in einer Bedarfsgemeinschaft lebt. Unstreitig zog der Antragsgegner erst zum 01.11.2014 wieder zurück in die Ehewohnung, so dass er im streitgegenständlichen Unterhaltszeitraum mit seinem Sohn nicht in einer Bedarfs-

gemeinschaft gelebt hat. Dass die unterhaltsberechtigte Person und der Verpflichtete – wie hier – zu einem späteren Zeitpunkt wieder eine Bedarfsgemeinschaft bilden, ist insoweit ohne Belang. Insbesondere vermag dieser Umstand nicht zu bewirken, dass der bereits erfolgte Anspruchsübergang nachträglich ausgeschlossen bzw. unwirksam wird.

3.

Der grundsätzlich gemäß § 33 Abs. 1 SGB II eintretende gesetzliche Forderungsübergang auf den Leistungsträger ist jedoch vorliegend nach den Umständen des Einzelfalles ausnahmsweise gemäß § 33 Abs. 2 S. 3 SGB II nicht vollständig gegeben, weil der Antragsgegner nach seinen tatsächlichen Einkommensverhältnissen nur eingeschränkt leistungsfähig zur Zahlung von Kindesunterhalt war und ein auf fiktiver Leistungsfähigkeit beruhender Kindesunterhaltsanspruch nicht auf den SGB-II-Träger übergeht.

Der Anspruchsübergang ist gemäß § 33 Abs. 2 Satz 3 SGB II ausgeschlossen, wenn und soweit Einkommen und Vermögen der unterhaltsverpflichteten Person das nach §§ 11 bis 12 SGB II zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen nicht übersteigen. Durch diese Vorschrift soll der Unterhaltspflichtige in gleicher Weise wie der Leistungsempfänger geschützt werden; ihr liegt in verfassungsrechtlicher Hinsicht der Gedanke zugrunde, dass der Unterhaltspflichtige im Hinblick auf Achtung und Schutz seiner Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) durch den Rückgriff des Staates auf die Unterhaltsforderung des Leistungsempfängers nicht selbst zum Empfänger staatlicher Leistungen werden soll (BGH, Beschluss vom 23.10.2013 – XII ZB 570/12, BGHZ 198, 305-315, zitiert nach juris Rn. 12 mwN). Bei der von Amts wegen anzustellenden grundsicherungsrechtlichen Vergleichsberechnung ist zu ermitteln, wie hoch der hypothetische Bedarf des Unterhaltspflichtigen auf Leistungen nach dem SGB II wäre und diesem Bedarf anschließend das nach §§ 11 ff. SGB II zu berücksichtigende und zu bereinigende Einkommen gegenüber zu stellen (BGH, a.a.O., Rn. 13). Nur wenn und soweit das Einkommen den Bedarf übersteigt, kann ein Unterhaltsanspruch gegen den Unterhaltspflichtigen auf den Träger der Grundsicherung übergehen (wie vor). Dabei ist allgemein anerkannt, dass in die grundsicherungsrechtliche Vergleichsberechnung nach dem SGB II nur reale Einkünfte einzustellen sind, nicht aber fiktive Einkünfte, die dem Unterhaltspflichtigen bei Verletzung seiner Erwerbsobliegenheit unterhaltsrecht-

lich zugerechnet werden können (BGH, a.a.O., Rn. 23; vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 06.01.2014 – II-3 UF 192/13, NZFam 2014, 217-219, zitiert nach juris Rn. 4; Wendl/Dose-Klinkhammer, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl., § 8 Rn. 248). Für den Übergang von Unterhaltsansprüchen auf den Träger der Grundsicherung ist allein eine sozialrechtliche Betrachtungsweise maßgeblich, die von unterhaltsrechtlichen Maßstäben durchaus abweichen kann (wie vor).

a) Da der Antragsgegner bis Juli 2013 arbeitslos war und mit Ausnahme der als Darlehen gewährten Grundsicherungsleistungen der Antragstellerin über keine Einkünfte verfügte, scheidet ein Anspruchsübergang bezüglich der Monate März bis einschließlich Juli 2013 vollständig aus. Soweit die Antragstellerin dem Antragsgegner mit Bescheid vom 28.06.2013 (Bl. 129 f. GA) Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts als Darlehen gewährt hat, ging sie selbst davon aus, dass die vorhandenen Vermögenswerte jedenfalls nicht sofort verwertbar waren und daher eine Hilfsbedürftigkeit im Sinne der Regelungen des SGB II bestand. Auf den Hinweis im Bescheid vom 21.03.2013 (Bl. 128 GA) wird Bezug genommen. Auf die Bedenken des Senats gegen die von der Antragstellerin angenommene grundsätzliche Verwertbarkeit des hälftigen Miteigentums des Antragsgegners am ehelichen Haus, das während der vorübergehenden Trennung der Eheleute von der Ehefrau und dem Sohn bewohnt wurde, kommt es daher vorliegend im Ergebnis nicht an.

b) In der Folgezeit war der Antragsgegner auf der Grundlage seiner tatsächlichen Einkünfte wie folgt leistungsfähig:

<u>August – Dezember 2013</u>		
Nettoverdienst		1.574,00 EUR
Fahrtkosten	./.	<u>275,00 EUR</u>
		1.299,00 EUR
Selbstbehalt	./.	<u>1.000,00 EUR</u>
		299,00 EUR

<u>Januar und Februar 2014</u>	
Bruttolohn:	1.859,38 EUR
(**11.156,28**/6 = 1.859,38, siehe Bl. 74 GA)	
Steuerbrutto (vor Freibetrag)	1.829,63 EUR

(10977,78/6 = 1.829,63)
(10977,78/6 = 1.829,63)

Sozialversicherungsbrutto		1.829,63 EUR
LSt-Klasse 1		
Kinderfreibeträge 0,5		
Lohnsteuer:		-170,91 EUR
Solidaritätszuschlag		-3,30 EUR
Kirchensteuer 9 %		-8,77 EUR
Rentenversicherung (18,9 % / 2)		-172,90 EUR
Arbeitslosenversicherung (3,0 % / 2)		-27,44 EUR
Krankenversicherung: (14,6 % /2 + 0.9 %)		-150,03 EUR
Pflegeversicherung (AN-Anteil 1,025 %)		-18,75 EUR
Nettoverdienst		1.307,28 EUR
Fahrtkosten	./.	275,00 EUR
		1.032,28 EUR
Selbstbehalt	./.	1.000,00 EUR
		32,28 EUR = rund **32 EUR**

März – Juni 2014

Nettoverdienst		1.307,28 EUR
Nutzungsentschädigung Ehefrau		197,58 EUR
insgesamt		1.504,86 EUR
Fahrtkosten	./.	275,00 EUR
		1.229,86 EUR
Selbstbehalt	./.	1.000,00 EUR
		229,86 EUR = rund **230 EUR**

4.

Da der Antragsgegner danach rechnerisch nur im begrenzten Umfang zur Zahlung von Kindesunterhalt in der Lage war und aufgrund der Vorschrift des § 33 Abs. 2 S. 3 SGB II ein Anspruchsübergang wegen weitergehender Unterhaltsansprüche ausscheidet, erübrigen sich nähere Ausführungen dazu, ob dem Antragsgegner tatsächlich nach den Umständen des Einzelfalls ein (teilweise) fiktives Einkommen auf der Grundlage einer Erwerbstätigkeit im Umfang von insgesamt 206 Stunden monatlich zugerechnet werden kann. Auf welcher Grundlage das Amtsgericht zu der Auffassung gelangt ist, der Antragsgegner habe ab August 2013 einen Stundenlohn von 10,81 EUR bzw. 11,22 EUR auch im Rahmen der ihm zugerechneten Nebentätigkeit erzielen können, ist dem angegriffenen Beschluss nicht zu entnehmen. Die abschlie-

ßende Beurteilung dieser Frage ist – sollte es hierauf ankommen – dem Hauptsacheverfahren vorzubehalten, wobei ggf. zu berücksichtigen sein wird, dass sich trotz der gesteigerten Unterhaltspflicht die Grenzen der vom Unterhaltspflichtigen zu verlangenden Tätigkeiten aus den Vorschriften des Arbeitsschutzes und den Umständen des Einzelfalls ergeben; die Anforderungen dürfen nicht dazu führen, dass eine Tätigkeit trotz der Funktion des Mindestunterhalts, das Existenzminimum des Kindes zu sichern, unzumutbar erscheint (BGH, Beschluss vom 24.09.2014 – XII ZB 111/13, MDR 2014, 1396, zitiert nach juris Rn. 19 mwN). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. Beschluss vom 11.03.2010, 1 BvR 3031/08, FamRZ 2010, 793-795, zitiert nach juris Rn. 18 ff.) ist auch beim Mindestkindesunterhalt grundsätzlich eine zurückhaltende Herangehensweise an die nach den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles zu berücksichtigenden fiktiven Einkünfte geboten. Dies gilt insbesondere im Rahmen der nur summarischen Beurteilung der Erfolgsaussicht der in Aussicht genommenen Rechtsverteidigung im Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfeverfahren (BVerfG, a.a.O., Rn. 18). Ohne nähere Begründung durfte das Amtsgericht vorliegend nicht darauf schließen, dass der Antragsgegner einen Bruttostundenlohn von über 10 EUR bzw. sogar 11 EUR (auch) im Rahmen einer Nebentätigkeit habe erzielen können (vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 19). Dies gilt erst recht, da das Amtsgericht dem Antragsgegner fiktiv Einkünfte aus einer umfangreiche Nebentätigkeit von 32,1 Monatsstunden (206 ./. 173,9 Stunden) entsprechend rund 8 Wochenstunden zugerechnet hat. Ohne nähere Begründung hätte das Amtsgericht nicht auf seine volle Leistungsfähigkeit in Höhe des begehrten Kindesunterhalts schließen dürfen.

5.

Soweit der Antragsgegner rügt, das Amtsgericht habe verkannt, dass durch das mietfreie Wohnen des Sohnes eine faktische Unterhaltsgewährung erfolgt sei, kommt indes eine (weitere) Kürzung des Kindesunterhalts nicht in Betracht. Eine Anrechnung auf den Kindesunterhalt wäre nur in Betracht zu ziehen, wenn der Barunterhaltspflichtige die Kosten der Wohnung trägt, in der der andere Elternteil mit dem Kind lebt (Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 2 Rn. 326; vgl. auch BGH, Urteil vom 17.12.2008 – XII ZR 63/07, NJW-RR 2009, 649-650, zitiert nach juris Rn. 16 a.E.; a.A. wohl Niepmann/Schwamb, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 12. Aufl., Rn. 867 mwN). Dass der An-

tragsgegner im fraglichen Zeitraum neben seinen eigenen Wohnkosten die Wohnkosten seiner Ehefrau bzw. seines Sohnes getragen hat, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Der Umstand, dass der Antragsgegner seiner Ehefrau und seinem Sohn die in seinem hälftigen Miteigentum stehende Wohnung nach der Trennung zur Nutzung überlassen hat, rechtfertigt für sich genommen keine Kürzung des Kindesunterhalts.

Kleine Crynen Dr. Scholten

Ausgefertigt

Remes, Justizsekretärin