



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## BESCHLUSS

XII ZB 213/19

Verkündet am:  
18. März 2020  
Fahrner,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 1629; SGB II §§ 33, 38

Das Vertretungsrecht nach § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB umfasst nicht die Befugnis des Obhutselternteils, für sein Kind eine Vereinbarung über die Rückübertragung der Unterhaltsansprüche i.S.v. § 33 Abs. 4 Satz 1 SGB II zu schließen.

BGH, Beschluss vom 18. März 2020 - XII ZB 213/19 - OLG Frankfurt am Main  
AG Gelnhausen

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 2020 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des 4. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 21. November 2018 unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsbeschwerde im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beschwerde des Antragsgegners gegen die Verpflichtung zur Zahlung rückständigen Kindesunterhalts für den Zeitraum von September 2013 bis zum 9. April 2015 an die Antragstellerin in Höhe von 6.446,20 € für das Kind B.

und in Höhe von 1.664 € für das Kind A. , geboren am 15. Juli 2006, sowie für den Zeitraum von Februar 2015 bis zum 9. April 2015 in Höhe von 414 € an das Land Hessen, vertreten durch den Main-Kinzig-Kreis, Jugendamt - Unterhaltsvorschusskasse, zurückgewiesen wurde.

Nach übereinstimmender Erledigungserklärung der Beteiligten hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung rückständigen Kindesunterhalts für den Zeitraum von September 2013 bis zum 9. April 2015 in Höhe von 6.446,20 € an die Antragstellerin für das Kind B.

wird die Sache im weiteren Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

A.

1           Der Antragsgegner wendet sich gegen die Verpflichtung zur Zahlung von Kindesunterhalt.

2           Die Antragstellerin und der Antragsgegner schlossen im Juli 1999 die Ehe, aus der die mittlerweile volljährige Tochter B. und die weitere Tochter A., geboren am 15. Juli 2006, hervorgegangen sind. Die Kinder leben seit der Trennung der Eltern im Haushalt der Antragstellerin. Die Ehe wurde im März 2014 rechtskräftig geschieden. Die Antragstellerin forderte den Antragsgegner mit Schreiben vom 18. September 2013 auf, Auskunft über sein Einkommen zu erteilen.

3           Mit ihrem am 10. Dezember 2013 beim Amtsgericht eingegangenen und dem Antragsgegner am 24. Januar 2014 zugestellten Stufenantrag hat die Antragstellerin in der zweiten Stufe – zunächst unbezifferten – Unterhalt für die Kinder, für die den Beteiligten die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, „ab Dezember 2013“ beantragt. Mit später erfolgter Bezifferung hat sie für die Zeit ab 1. September 2013 Kindesunterhalt für die beiden Kinder begehrt. Die Antragstellerin hat ab August 2013 bis zum 9. April 2015 für sich und die gemeinsamen Kinder als Bedarfsgemeinschaft Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch in unterschiedlicher Höhe bezogen. Hierfür liegen verschiedene Rückübertragungsvereinbarungen mit der Antragstellerin vor. A. hat für den Zeitraum vom 1. September 2013 bis einschließlich April 2015 zudem Unterhaltsvorschuss in Höhe von monatlich 180 € erhalten; eine Rückübertragungs-erklärung hierfür liegt nicht vor.

4 Das Amtsgericht hat den Antragsgegner unter anderem zur Zahlung rückständigen Unterhalts für die Zeit von September 2013 bis Mai 2015 in Höhe von 6.834 € (für B.) und für die Zeit von September 2013 bis Juni 2015 in Höhe von 1.664 € (für A.) an die Antragstellerin sowie in Höhe von 2.700 € an das Jugendamt verpflichtet. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Antragsgegners mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Unterhaltsrückstand von 2.700 € für die Zeit von Februar 2014 bis April 2015 an das Land Hessen zu zahlen sei. Gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts wendet sich der Antragsgegner mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde, soweit der Unterhaltszeitraum von September 2013 bis zum 9. April 2015 im Streit steht.

B.

5 Die Rechtsbeschwerde ist – auch hinsichtlich ihrer zeitlichen Beschränkung (vgl. Senatsbeschluss vom 17. April 2019 - XII ZA 63/18 - juris) – zulässig und teilweise begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

6 Die Antragstellerin hat die Sache in der Hauptsache für erledigt erklärt, soweit die für ihre Tochter B. geltend gemachten Ansprüche betroffen sind, nachdem diese erklärt hatte, nach Eintritt ihrer Volljährigkeit nicht in das Verfahren eintreten zu wollen. Hierzu ist die Antragstellerin befugt, weil mit der Verfahrensführungsbefugnis eine Zulässigkeitsvoraussetzung nachträglich entfallen ist (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378 Rn. 9 mwN). Der Antragsgegner hat sich der Erledigung angeschlossen, § 113 Abs. 1 Satz 1 FamFG iVm § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO (vgl. Keidel/Sternal FamFG 20. Aufl. § 22 Rn. 3). Die übereinstimmenden Erledigungserklärungen hinsichtlich der hier gegenständlichen Unterhaltsansprüche der B. beenden

zwingend insoweit die Rechtshängigkeit des Verfahrens in der Hauptsache. Bereits ergangene, noch nicht rechtskräftige Entscheidungen werden in entsprechender Anwendung von § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO wirkungslos, ohne dass es einer ausdrücklichen Aufhebung bedarf (BGH Beschluss vom 14. Dezember 2016 - IV ZR 423/12 - juris Rn. 5).

I.

7 Das Oberlandesgericht hat seine in FamRZ 2019, 1419 veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet: Die erfolgte Rückübertragung der Kindesunterhaltsansprüche sei wirksam, weil die Antragstellerin auch hierfür gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB vertretungsbefugt gewesen sei. Im Übrigen sei die Rückübertragung gemäß § 33 Abs. 4 Satz 1 iVm § 38 Abs. 1 SGB II auf die Antragstellerin und nicht etwa auf die Kinder erfolgt. Dies sei möglich, weil die Antragstellerin als Leistungsempfängerin zu behandeln sei. Der Unterhalt sei rückwirkend ab September 2013 zu zahlen, weil der zunächst unbezifferte Zahlungsantrag für die Zeit ab Dezember 2013 keine Begrenzung des Verzugs bewirke. Soweit für A. Unterhaltsvorschuss geleistet worden sei, könne die Antragstellerin diese Ansprüche für die Zeit nach Rechtshängigkeit mit der Maßgabe geltend machen, dass die Zahlung an das Land zu erfolgen habe.

8 Der Antragsgegner sei im Jahr 2013 über eine Zeitarbeitsgesellschaft beschäftigt gewesen. Den vorliegenden Lohnabrechnungen sei zu entnehmen, dass er im Umfang von monatlich durchschnittlich 167 Stunden gearbeitet habe. Damit erfülle er nicht den nach § 3 ArbZG iVm § 9 Abs. 1 ArbZG möglichen Beschäftigungsumfang, wonach die wöchentliche Arbeitszeit regelmäßig auf (sechs Tage mal acht Stunden =) 48 Stunden begrenzt sei. Vorliegend wäre bereits ein Zusatzverdienst in Höhe von monatlich unter 200 € ausreichend ge-

wesen, um den geschuldeten Unterhalt im Jahr 2013 ohne Gefährdung des notwendigen Selbstbehalts zu zahlen.

9                Im Jahr 2014 sei der Antragsgegner auch ohne Ausübung einer Nebentätigkeit in der Lage gewesen, den titulierten Unterhalt ohne Gefährdung seines Selbstbehalts zu zahlen. Er habe aus einer Tätigkeit vom 1. Februar 2014 bis zum 31. Januar 2015 in einem Umfang von 37,5 Wochenstunden ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 1.807 € erzielt.

10              Auch für die Folgezeit sei von einer Leistungsfähigkeit des Antragsgegners in dem vom Amtsgericht ermittelten Umfang auszugehen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass den Antragsgegner eine gesteigerte Erwerbsverpflichtung treffe, aber auch, dass ihm in Zeiten der unvermeidbaren Arbeitslosigkeit nur ein geringerer Selbstbehalt verbleibe.

## II.

11              Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

12              1. Zu Recht ist das Oberlandesgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Antragstellerin für ihre noch minderjährige Tochter A. das Verfahren als Verfahrensstandschafterin nach § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB über die Scheidung hinaus fortführen durfte (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378 Rn. 6 mwN).

13              2. Die Annahme des Oberlandesgerichts, dass der Anspruch, soweit Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch erbracht worden sind, von der Antragstellerin geltend gemacht werden könne, ist jedoch rechtlich unzutreffend.

14 a) Das Oberlandesgericht hat sich schon nicht die Frage vorgelegt, ob einem Übergang der Unterhaltsansprüche auf den Träger der Leistungen die Vorschrift des § 33 Abs. 2 Satz 3 SGB II entgegensteht. Zwar bleiben die Kinder im Falle eines fehlenden Übergangs trotz der Leistungserbringung weiterhin Anspruchsinhaber hinsichtlich des rückständigen Unterhalts. Der Unterhaltspflichtige könnte ihren Ansprüchen dann aber möglicherweise die Grundsätze von Treu und Glauben, § 242 BGB, entgegenhalten.

15 aa) Soweit im Rahmen des § 33 Abs. 2 Satz 3 SGB II der Übergang von Unterhaltsansprüchen auf den Träger der Grundsicherung betroffen ist, muss eine grundsicherungsrechtliche Vergleichsberechnung durchgeführt werden. Dafür ist allein eine sozialrechtliche Betrachtungsweise maßgeblich, die von unterhaltsrechtlichen Maßstäben durchaus abweichen kann (Senatsbeschluss BGHZ 198, 305 = FamRZ 2013, 1962 Rn. 23 mwN). Abgesehen von der hier zu prüfenden sachlichen Kongruenz von Sozialleistung und Unterhalt und der Begrenzung des Anspruchsübergangs auf die erbrachten Sozialleistungen kommen im Rahmen der nach § 33 Abs. 2 Satz 3 SGB II erforderlichen sozialrechtlichen Vergleichsberechnung bei der Ermittlung des Anspruchsübergangs nur tatsächlich erzielte Einkünfte des Unterhaltspflichtigen in Betracht, während die Berücksichtigung eines fiktiven Einkommens nach sozialrechtlichen Grundsätzen grundsätzlich ausscheidet. Die auf die Sozialleistungsträger übergegangenen Ansprüche sind dementsprechend auf den nach dem tatsächlich erzielten Einkommen berechneten Unterhalt begrenzt (Senatsbeschluss vom 29. Januar 2020 - XII ZB 580/18 - juris Rn. 30 mwN; s. auch Senatsbeschluss BGHZ 198, 305 = FamRZ 2013, 1962 Rn. 23 mwN; vgl. auch Wendl/Dose/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 8 Rn. 98 ff.).

Das Oberlandesgericht hat eine solche grundsicherungsrechtliche Vergleichsberechnung nicht durchgeführt. Dies wäre für die Zeit von September 2013 bis einschließlich Januar 2014 und für die Zeit ab Februar 2015 aber geboten gewesen. Hinsichtlich des Kindesunterhalts für das Jahr 2013 hat das Oberlandesgericht dem Antragsgegner einen Zusatzverdienst von monatlich „unter 200 €“ fiktiv hinzugerechnet. Für das Jahr 2015 beschränken sich die Feststellungen des Oberlandesgerichts darauf, dass von einer Leistungsfähigkeit des Antragsgegners in dem vom Amtsgericht ermittelten Umfang auszugehen sei. Dabei hat das Oberlandesgericht seiner Entscheidung eine gesteigerte Erwerbsverpflichtung zugrunde gelegt. Zudem hat es für die Zeiten einer unvermeidbaren Arbeitslosigkeit einen geringeren Selbstbehalt in Ansatz gebracht. Von welchem konkreten Einkommen das Oberlandesgericht dabei ausgegangen ist, lässt sich seiner Entscheidung nicht entnehmen. Einerseits verweist das Oberlandesgericht auf die Ermittlungen des Amtsgerichts und damit möglicherweise auf das von diesem als „unstreitig“ zugrunde gelegte monatliche Nettoeinkommen von 1.775,66 €. Andererseits hat es ersichtlich eigene Erwägungen zum Einkommen des Antragsgegners angestellt und so etwa für das Jahr 2014 ein hiervon abweichendes Einkommen des Antragsgegners sowie für das Jahr 2015 Leistungen, die für Zeiten der Arbeitslosigkeit des Antragsgegners erbracht worden sind, in seine Unterhaltsberechnung eingestellt. Nach alledem ist davon auszugehen, dass das Oberlandesgericht auch für das Jahr 2015 seiner Unterhaltsberechnung fiktive Einkünfte zugrunde gelegt hat. Für den Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis zum 31. Januar 2015 hat das Oberlandesgericht seiner Entscheidung demgegenüber ein auskömmliches – von der Rechtsbeschwerde nicht in Frage gestelltes – Nettoeinkommen von 1.807 € zugrunde gelegt. Die Höhe des Einkommens im Januar 2014 ist in der angefochtenen Entscheidung nicht festgestellt.

bb) Soweit ein Anspruchsübergang nach den vorgenannten Grundsätzen ausscheidet, bleibt das Kind zwar Anspruchsinhaber. Allerdings könnte der Antragsgegner dessen Unterhaltsbegehren wegen der erhaltenen Sozialleistungen unter Umständen den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenhalten.

18 (1) Der allgemeine Grundsatz, dass Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch nachrangig erbracht werden, gilt im Ausgangspunkt auch in den Fällen, in denen ausnahmsweise der nach § 33 SGB II vorgesehene Übergang des Unterhaltsanspruchs auf den Träger der Leistungen ausgeschlossen ist (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 206, 177 = FamRZ 2015, 1467 Rn. 41 zum SGB XII).

19 Der Grundsatz der Subsidiarität (§§ 1, 3, 9 SGB II) besagt, dass gewisse Sozialleistungen gegenüber Unterhaltsansprüchen nachrangig sind. Die Subsidiarität dieser Leistungen wird dadurch hergestellt, dass der Unterhaltsanspruch kraft Gesetzes auf den Sozialleistungsträger übergeht. Die Folge ist, dass die Sozialleistungen unterhaltsrechtlich nicht als Einkommen zu qualifizieren sind und keine bedarfsdeckende Wirkung haben (Senatsurteil vom 1. Dezember 2010 - XII ZR 19/09 - FamRZ 2011, 197 Rn. 19 mwN; Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 1 Rn. 664). Die Gewährung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts hat aber generell keinen Einfluss auf den Inhalt und den Umfang des zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs und der Unterhaltsverpflichtung. Der Grundsatz der Subsidiarität wird deshalb nicht davon berührt, ob und in welchem Umfang im Einzelfall ein Unterhaltsanspruch nach Gewährung von Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch auf den Leistungsträger übergeht. Diese Leistungen können demgemäß auch in den Fällen eines ausnahmsweise ausgeschlossenen Anspruchsübergangs grundsätzlich nicht als unterhaltsrechtlich bedarfsdeckende

Leistung mit der Folge behandelt werden, dass der Unterhaltsberechtigte zur Behebung seiner Unterhaltsbedürftigkeit auf deren Inanspruchnahme verwiesen werden könnte (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 206, 177 = FamRZ 2015, 1467 Rn. 42 mwN zum SGB XII).

20           (2) Entsprechend besteht auch keine allgemeine, aus § 242 BGB herzu- leitende Treuepflicht des Unterhaltsberechtigten dahingehend, von einer Gel- tendmachung des Unterhaltsanspruchs gegen den Unterhaltspflichtigen abzu- sehen, wenn dieser Unterhaltsanspruch bei Gewährung nachrangiger Sozial- leistungen aufgrund einer Ausnahmegvorschrift abweichend von § 33 SGB II nicht auf den Träger übergeht. Denn dies würde bedeuten, die gesetzlich ge- wollte Subsidiarität der nachrangig gewährten Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch mit Hilfe zivilrechtlicher Generalklauseln außer Kraft zu setzen. Vielmehr bedarf es für die Heranziehung des § 242 BGB einer Abwä- gung der Interessen des Unterhaltsschuldners und des Unterhaltsgläubigers im Einzelfall (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 206, 177 = FamRZ 2015, 1467 Rn. 44 mwN zum SGB XII). Ein Anwendungsbereich für § 242 BGB ist nach der Rechtsprechung des Senats insoweit nur für vergangene Unterhaltszeiträume eröffnet, in denen der Unterhaltsberechtigte bereits nicht rückzahlbare Sozialhil- fe vereinnahmt hat. Nur in diesen Fällen hat es der Senat für möglich gehalten, unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Rechtsgedanken der unterhalts- rechtlichen Berücksichtigung freiwilliger Leistungen Dritter eine (Teil-) Anrech- nung der bereits gezahlten Sozialhilfe auf den Unterhaltsanspruch vorzuneh- men, wenn andernfalls die Gefahr für den Unterhaltspflichtigen bestünde, mit derartig hohen Forderungen aus der Vergangenheit belastet zu werden, dass es ihm voraussichtlich auf Dauer unmöglich gemacht würde, diese Schulden zu tilgen und daneben noch seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen (Senatsbeschluss BGHZ 206, 177 = FamRZ 2015, 1467 Rn. 45 mwN zum SGB XII).

21            b) Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts fehlt es – soweit der Anspruch auf den Träger der Sozialleistungen übergegangen ist – an einer wirksamen Rückübertragung der Unterhaltsansprüche zur gerichtlichen Geltendmachung für ihre Kinder auf die Antragstellerin.

22            Dabei kann dahinstehen, ob der Rechtsbeschwerde dahin zu folgen ist, dass die in den Akten befindlichen Vereinbarungen die hier verfahrensgegenständlichen Ansprüche nicht einmal (vollständig) erfassen. Denn die Befugnis der Antragstellerin zum Abschluss einer Vereinbarung über die Rückübertragung der Unterhaltsansprüche folgt weder aus § 38 Abs. 1 iVm § 33 SGB II noch aus § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB.

23            aa) Anders als das Oberlandesgericht meint, ist die Antragstellerin sozialrechtlich hinsichtlich der ihren Kindern gewährten Sozialleistungen nicht Anspruchsinhaberin und kann daher für diese nach § 33 Abs. 4 Satz 1 SGB II keinen Rückübertragungsvertrag schließen.

24            Gemäß § 33 Abs. 4 Satz 1 SGB II können die Träger der Leistungen nach diesem Buch den auf sie übergegangenen Anspruch im Einvernehmen mit der Empfängerin oder dem Empfänger der Leistungen auf diese oder diesen zur gerichtlichen Geltendmachung rückübertragen und sich den geltend gemachten Anspruch abtreten lassen. Mit der Regelung des § 33 SGB II geht der Anspruch also zunächst kraft Gesetzes über, kann aber zur Geltendmachung des Anspruchs treuhänderisch an den Leistungsempfänger zurückübertragen werden (BT-Drucks. 16/1410 S. 27). Bei dem Rückübertragungsvertrag handelt es sich um einen rein zivilrechtlichen Vertrag (Bayr. LSG Beschluss vom

5. November 2012 - L 7 AS 493/12 B PKH - juris Rn. 15 mwN). Zu Recht weist die Rechtsbeschwerde darauf hin, dass Leistungsempfänger nur diejenigen Personen sein können, die gegenüber dem Leistungsträger bezogen auf die empfangene Leistung auch Anspruchsinhaber sind. Zwar gilt die Antragstellerin nach § 38 Abs. 1 SGB II für die Entgegennahme der Sozialleistungen von den anderen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft (hier die Kinder) als bevollmächtigt und die Auszahlung an sie als Erfüllung. Damit wird sie indes nicht Anspruchsinhaberin und demzufolge auch nicht Empfängerin der jeweiligen, an den Anspruchsinhaber gerichteten Sozialleistung (vgl. Auel in Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB II 5. Aufl. [Stand: 1. März 2020] § 38 Rn. 28, 33). § 38 Abs. 1 SGB II ändert nichts daran, dass jedes Mitglied der Bedarfsgemeinschaft einen eigenen Leistungsanspruch hat (vgl. BSG NZS 2012, 358 Rn. 20 mwN; Schürmann FamRZ 2019, 1422; Valgolio in Hauck/Noftz SGB II [Stand: März 2015] § 38 Rn. 9), während das Zweite Buch Sozialgesetzbuch keinen Anspruch einer Bedarfsgemeinschaft als solcher kennt. Anspruchsinhaber sind also grundsätzlich jeweils die einzelnen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft (BSGE 97, 217 = FamRZ 2007, 724 Rn. 12 mwN). Deshalb bedarf es bei mehrgliedrigen Bedarfsgemeinschaften im Rahmen des § 33 SGB II in einem ersten Schritt der Prüfung, welchem Mitglied Ansprüche gegen Dritte zustehen. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob auch genau dieses Mitglied der Bedarfsgemeinschaft individuell Sozialleistungen bezieht (Fügemann in Hauck/Noftz SGB II [Stand: Januar 2017] § 33 Rn. 70; vgl. zur grundsätzlich erforderlichen Personenidentität auch BSG NJW 2017, 590 Rn. 22 und Fügemann in Hauck/Noftz SGB II [Stand: Januar 2017] § 33 Rn. 60 mwN).

- 25                    bb) Ebenso wenig folgt eine Berechtigung der Antragstellerin zum Abschluss einer Rückübertragungsvereinbarung für die Ansprüche der A. aus § 38 Abs. 1 SGB II. Danach wird grundsätzlich vermutet, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, Leistungen auch für die mit ihm in einer

Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen und entgegenzunehmen. Die Vermutung erfasst alle Verfahrenshandlungen, die mit der Antragstellung und der Entgegennahme der Leistungen zusammenhängen und der Verfolgung des Antrags dienen (BSGE 104, 48 = FamRZ 2009, 2000 Rn. 22 mwN). § 38 SGB II dient damit der Praktikabilität im Verwaltungsverfahren; die Norm hat ausschließlich einen verfahrensrechtlichen Charakter (Schürmann FamRZ 2019, 1422; Valgolio in Hauck/Noftz SGB II [Stand: März 2015] § 38 Rn. 6 und 9). Zu Recht wendet die Rechtsbeschwerde ein, dass der Abschluss der Rückübertragungsvereinbarung weder die Beantragung noch die Entgegennahme der Leistungen betrifft. Aber nur hierauf erstreckt sich die Vermutung der Bevollmächtigung des § 38 Abs. 1 Satz 1 SGB II.

26           cc) Ebenso wenig umfasst das Vertretungsrecht des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB die Befugnis der Mutter, für ihre Kinder Vereinbarungen über die Rückübertragung der Unterhaltsansprüche i.S.v. § 33 Abs. 4 Satz 1 SGB II zu schließen.

27           Steht die elterliche Sorge für ein Kind den Eltern gemeinsam zu, so kann gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB der Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind befindet, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil geltend machen. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, inwieweit § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB dem Obhutselternteil auch eine Vertretungsmacht hinsichtlich der Rückübertragung von übergegangenen Kindesunterhaltsansprüchen i.S.d. § 33 Abs. 4 Satz 1 SGB II einräumt.

28           (1) Nach überwiegender Auffassung erfasst § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB die Rückübertragung dieser Ansprüche nicht (OLG Hamm Beschluss vom 23. Januar 2002 - 12 WF 116/01 - auszugsweise veröffentlicht in FamRZ 2002, 1208; AG Lüdenscheid FamRZ 2002, 1207; Schürmann FF 2016, 105, 115 f.; MünchKommBGB/Huber 8. Aufl. § 1629 Rn. 81; BeckOK BGB/Veit [Stand:

1. November 2019] § 1629 Rn. 78; Palandt/Götz BGB 79. Aufl. § 1629 Rn. 24; Wendl/Dose/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 10 Rn. 46). Diese Ansicht wird unter anderem damit begründet, dass Gegenstand der Rückübertragung nach § 33 Abs. 4 Satz 1 SGB II nicht die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen sei, sondern der treuhänderische Rechtserwerb verbunden mit dem Auftrag, Aufgaben der Verwaltung wahrzunehmen. Dies gehe weit über die Grenzen der durch § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB eingeräumten Befugnis zur Alleinvertretung hinaus. Bei einer Vertragsverletzung drohten Schadensersatzansprüche.

29           (2) Demgegenüber wird in der Literatur vertreten, dass § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB auch den Abschluss einer Rückübertragungsvereinbarung umfasst (FA-FamR/Diehl 11. Aufl. 14. Kap. Rn. 226; Wendl/Dose/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 8 Rn. 274), da § 7 Abs. 4 Satz 3 UVG andernfalls gegenstandslos wäre.

30           (3) Die erstgenannte Auffassung ist zutreffend.

31           Nach dem Wortlaut des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB kann bei gemeinsamer elterlicher Sorge der Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind befindet, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil geltend machen. Eine Vereinbarung über den Abschluss einer Rückübertragung ist vom Wortlaut der Norm nicht erfasst.

32           Bestätigt wird dies durch eine teleologische Auslegung der Norm. Mit § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB hat der Gesetzgeber im Interesse des Kindes die Durchsetzung seiner Unterhaltsansprüche erleichtert (BT-Drucks. 13/4899 S. 96). An der treuhänderischen Geltendmachung rückübertragener Unterhaltsansprüche hat das leistungs- und unterhaltsberechtigtes Kind indes kein eigenes schutzwürdiges Interesse. Ein solches Interesse kann auch nicht damit begrün-

det werden, der Leistungsberechtigte mache seine ursprünglich eigenen gesetzlichen Unterhaltsansprüche geltend. Nachdem er Sozialleistungen erhalten hat, berührt es seine Interessen nicht mehr, ob und gegebenenfalls inwieweit die auf den Leistungsträger übergegangenen Ansprüche durchgesetzt werden. Es bleibt Sache des Leistungsträgers, den Nachrang der Sozialleistung durch Geltendmachung von Ansprüchen gegen Dritte, insbesondere gegen den Unterhaltsschuldner, zu realisieren. Für die Durchsetzung des Nachrangs kann sich der Leistungsträger zwar des Leistungsberechtigten bedienen, der durch die Rückübertragung wieder in vollem Umfang Gläubiger des Unterhaltsanspruchs wird. Mit dessen Geltendmachung nimmt der Berechtigte aber treuhänderisch Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr (Senatsbeschluss vom 2. April 2008 - XII ZB 266/03 - FamRZ 2008, 1159 Rn. 15 mwN; s. auch OLG Hamm - auszugsweise veröffentlicht in FamRZ 2002, 1208).

33            Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB in das Sorgerecht des unterhaltspflichtigen Elternteils und damit in dessen Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG eingreift. Als Ausnahme von der gemeinsamen Sorge erscheint dieser Eingriff insoweit verhältnismäßig, als er der Durchsetzung bestehender Unterhaltsansprüche des Kindes dient (vgl. im Ergebnis ebenso Schürmann FamRZ 2019, 1422, 1423; Wendl/Dose/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 10 Rn. 46). Gegenstand der Rückübertragung ist demgegenüber allein der treuhänderische Rechtserwerb verbunden mit dem Auftrag, Aufgaben der Verwaltung wahrzunehmen (Schürmann FF 2016, 105, 115 f.).

34            Soweit der Gesetzgeber mit der Ermöglichung der Rückübertragung des Unterhaltsanspruchs eine spürbare Mehrbelastung der Verwaltung vermeiden wollte (vgl. BT-Drucks. 13/3904 S. 46), hat er dieses Ziel teilweise auch erreicht. Der Obhutselternteil, der Inhaber der alleinigen Sorge ist, oder der voll-

jährige Unterhaltsberechtigter, der Leistungen für seinen eigenen Unterhalt erhalten hat, können eine Vereinbarung über die Rückübertragung der Unterhaltsansprüche schließen. Nur wenn – wie hier – bei gemeinsamer Sorge Unterhaltsansprüche der Kinder im Streit stehen und der andere Elternteil einer Rückübertragung nicht zustimmt, ist der verfahrensführende Elternteil auf eine gerichtliche Entscheidung nach § 1628 BGB verwiesen. Dass die Regelungen zur Rückübertragung beim Kindesunterhalt gegenstandslos werden könnten, ist daher nicht zu befürchten. Allein verfahrensrechtliche Erschwernisse sind kein Grund für die analoge Anwendung einer Ausnahmeregelung (Schürmann FF 2016, 105, 115 f.).

35           Schließlich sprechen auch systematische und historische Erwägungen gegen eine weite Auslegung des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB. Zwar hat der Gesetzgeber im Sozialrecht erstmals im Jahr 1996 die Möglichkeit einer Rückübertragung der Ansprüche von dem Leistungsträger auf den Unterhaltsberechtigten eingeführt (s. u.a. BT-Drucks. 13/3904 S. 46 zum BSHG und BT-Drucks. 16/1410 S. 26), nachdem der Senat eine solche Vereinbarung zuvor als unwirksam erachtet hatte (Senatsurteil vom 16. März 1994 - XII ZR 225/92 - FamRZ 1994, 829; s. auch Senatsurteil vom 19. Februar 1997 - XII ZR 236/95 - FamRZ 1997, 608). Gleichwohl hat er die Fassung des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB hinsichtlich der Befugnis des Obhutselternteils, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil geltend zu machen, jedenfalls seit dem Jahr 1986 (vgl. BGBl. I S. 301) unverändert gelassen.

36           (4) Gemessen hieran war die Antragstellerin als mitsorgeberechtigte Mutter der in ihrer Obhut befindlichen Kinder nicht befugt, für diese mit dem Träger der Leistungen eine Rückübertragung zu vereinbaren.

37           dd) Schließlich begegnet die Rückübertragung entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts auch rechtlichen Bedenken, soweit dem Leistungsemp-

fänger aufgegeben worden ist, Verfahrenskostenhilfe zu beantragen (vgl. Senatsbeschluss vom 2. April 2008 - XII ZB 266/03 - FamRZ 2008, 1159 Rn. 13 ff. mwN). Eine solche Verpflichtung verstößt gegen § 33 Abs. 4 Satz 2 SGB II, wonach Kosten, mit denen der Leistungsempfänger durch die Rückübertragung selbst belastet wird, zu übernehmen sind. Ob ein solcher Verstoß mit Blick auf § 139 BGB zu einer Nichtigkeit der gesamten Rückübertragungsvereinbarung nach § 32 SGB I führt, demzufolge privatrechtliche Vereinbarungen, die zum Nachteil des Sozialleistungsberechtigten von Vorschriften dieses Gesetzbuchs abweichen, nichtig sind, kann hier jedoch dahinstehen, weil die Rückübertragung ohnehin nicht wirksam erfolgt war.

38            3. Für die Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz kommt es demgegenüber nicht auf eine sozialrechtliche Vergleichsberechnung an. Deshalb ist das Oberlandesgericht dem Grunde nach zutreffend von einem gesetzlichen Übergang des Anspruchs auf den Leistungsträger nach § 7 Abs. 1 UVG ausgegangen (vgl. Senatsbeschluss vom 5. November 2014 - XII ZB 599/13 - FamRZ 2015, 236 Rn. 29 mwN; Senatsurteil vom 27. September 2000 - XII ZR 174/98 - FamRZ 2001, 619, 621).

39            a) Die Verpflichtung des Antragsgegners, die für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit von Februar 2014 bis einschließlich Januar 2015 erbrachten Unterhaltsvorschussleistungen an das Land zurückzuzahlen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, weil das Oberlandesgericht für diesen Zeitraum ein auskömmliches monatliches Nettoeinkommen des Antragsgegners von 1.807 € festgestellt hat (vgl. Senatsurteil vom 29. August 2012 - XII ZR 154/09 - FamRZ 2012, 1793 Rn. 8 mwN).

40            b) Anders verhält es sich indes für die Zeit ab Februar 2015. Die vom Oberlandesgericht bislang getroffenen Feststellungen genügen für die Feststellung der Leistungsfähigkeit des Antragsgegners nicht.

41           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 allerdings 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. Die Zurechnung fiktiver Einkünfte, in die auch mögliche Nebenverdienste einzubeziehen sind, setzt neben den nicht ausreichenden Erwerbsbemühungen eine reale Beschäftigungschance des Unterhaltspflichtigen voraus (Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 1 Rn. 784). Schließlich darf dem Unterhaltspflichtigen auch bei einem Verstoß gegen seine Erwerbsobliegenheit nur ein Einkommen zugerechnet werden, welches von ihm realistischerweise zu erzielen ist (Senatsbeschluss vom 24. September 2014 - XII ZB 111/13 - FamRZ 2014, 1992 Rn. 18 mwN; s. auch BVerfG NJW 2012, 2420 Rn. 19 mwN).

42           bb) Diesen Anforderungen wird die angefochtene Entscheidung für den Unterhaltszeitraum ab Februar 2015 nicht gerecht. Denn sie enthält keine tragfähigen Feststellungen zur Leistungsfähigkeit des Antragsgegners.

43           4. Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass für den Zeitraum von Februar 2014 bis einschließlich Januar 2015 die Antragstellerin gemäß § 1629 Abs. 3

Satz 1 BGB in Verfahrensstandschaft für A. gegen den Antragsgegner über die bereits erbrachten Sozialleistungen hinausgehenden rückständigen Kindesunterhalt geltend machen kann. Weil das Oberlandesgericht aber nicht festgestellt hat, in welcher Höhe A. in diesem Zeitraum Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch erbracht worden sind, die mangels wirksamer Rückübertragung nicht auf das Kind zurückübertragen worden sind, ist noch ungeklärt, in welchem Umfang die Antragstellerin rückständigen Unterhalt fordern kann.

### III.

44 Die angefochtene Entscheidung ist teilweise aufzuheben. Soweit es die Leistungen der Unterhaltsvorschusskasse für Februar 2014 bis einschließlich Januar 2015 anbelangt, kann der Senat abschließend entscheiden, weil hierfür keine weiteren Feststellungen zu treffen sind.

45 Für den übrigen – noch im Streit stehenden – rückständigen Kindesunterhalt für die Zeit von September 2013 bis Januar 2014 und Februar 2015 bis 9. April 2015 wird das Oberlandesgericht noch festzustellen haben, ob der Antragsgegner hinreichend leistungsfähig ist (vgl. auch Senatsbeschlüsse vom 29. Januar 2020 - XII ZB 580/18 - NJW 2020, 925 Rn. 29 und vom 22. Mai 2019 - XII ZB 613/16 - FamRZ 2019, 1415 Rn. 28). Dabei ist dem Oberlandesgericht allerdings darin zu folgen, dass der Unterhalt dem Grunde nach bereits ab September 2013 beansprucht werden kann. Das Oberlandesgericht wird zudem zu klären haben, ob der Anspruch auf Kindesunterhalt auf den Träger der Leistungen nach § 33 SGB II übergegangen ist. Ferner wird es für den gesamten Zeitraum, der Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist, festzustellen zu haben, welche Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch vom Leistungsträger der A. zugeflossen sind. Weil insoweit eine Rückübertragung der

Ansprüche auf die Antragstellerin ausgeschlossen ist, kann sie ihre Anträge für die Zeit ab Rechtshängigkeit, hier also für den ab Februar 2014 geschuldeten Unterhalt, auch insoweit dahin umstellen, dass die entsprechenden Beträge vom Antragsgegner an den Leistungsträger direkt zu zahlen sind (vgl. Senatsurteil vom 29. August 2012 - XII ZR 154/09 - FamRZ 2012, 1793 Rn. 8 mwN).

Dose

Schilling

Günter

Nedden-Boeger

Guhling

Vorinstanzen:

AG Gelnhausen, Entscheidung vom 21.04.2017 - 61 F 1254/13 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 21.11.2018 - 4 UF 137/17 -