

bar als die aus der in Betracht kommenden Nr. des § 1579, kann sich im Rahmen der Billigkeitsprüfung des § 1578b BGB-E eine der dort ermöglichten Rechtsfolgen ergeben.

2. Umbau von §§ 1578b, 1579 des Entwurfs?

Zu klarerer Abgrenzung und stärkerer Konturierung der Billigkeitsregeln der §§ 1579, 1578b BGB-E könnte man erwägen, die Nr. 1 und 2 des § 1579 (des jetzigen Entwurfs) in einen Absatz 4 des § 1578b des jetzigen Entwurfs zu verlagern und so zwei Normen mit Beschränkungsmöglichkeiten des Unterhaltsanspruchs – eine aus subjektiven, die andere aus objektiven Gründen – zu schaffen. Der Gedanke trägt aber nicht. Grobe Unbilligkeit und einfache Unbilligkeit sind verschieden und lassen sich nicht so verwischen, dass die Unterschiede zu vernachlässigen sind; die Rechtsfolgen mögen ähnlich sein,⁶¹ die Voraussetzungen sind es aber nicht. Besser ist dann die jetzt durch den Entwurf vorgeschlagene Struktur.

V. Schlussbetrachtung

Die vom Gesetzgeber für den nahehelichen Unterhalt angestrebten Ziele der Vereinfachung und der Betonung des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit werden in unterschiedlichem Maße erreicht. Was die Vereinfachung angeht, geht § 1579 Nr. 2 BGB-E kaum über das hinaus, was schon da ist. Eine weitergehende Vereinfachung hätte hier geschehen können, wenn der Gesetzgeber – generalisiert und abstrahiert – festgelegt hätte, welche Indizien die Verfestigung einer Le-

bensgemeinschaft nahe legen und welche nicht. Insoweit besteht nach wie vor Unsicherheit und folglich Regelungsbedarf. Hinsichtlich Stärkung der Eigenverantwortlichkeit kann § 1578b BGB-E als überwiegend gelungen betrachtet werden. Die Abgrenzungsschwierigkeiten zu § 1579 BGB-E sind nicht überzubewerten.

Im Übrigen muss die Kritik sich zurückhalten. Der Entwurf zielt auf „Änderung“, nicht „Neukonzeption“ des nahehelichen Unterhalts. Zu beurteilen ist, ob die änderungsbedürftigen Regelungen sinnvoll geändert werden und Regelungslücken, die den Gesetzgeber auf den Plan rufen sollen, geschlossen werden. Letzteres ist bei § 1579 Nr. 2 BGB-E der Fall, indes in noch nicht befriedigender Weise. Besser gelungen ist dem Entwurf § 1578b; freilich ist hier der Gewinn für die kommende Praxis fraglicher als bei § 1579 Nr. 2 der Entwurfsfassung. Bei der „verfestigten Lebensgemeinschaft“ wird sich praktisch nichts ändern, wenn aus „7“ die neue „2“ geworden ist. Was aus den Vorgaben des § 1578b BGB-E werden kann, muss erst die Bereitschaft der Praxis zu nachhaltiger Herabsetzung und Begrenzung zeigen; indes sind hier Grenzen zu sehen. Eigenverantwortung nach der Ehe mit dem Erfolg der Erzielung genügender Erwerbseinkünfte zu praktizieren, ist maßgeblich auch von den Möglichkeiten gekennzeichnet, die die Erwerbswelt bietet. Daraus dürfte resultieren, dass die mit § 1578b BGB-E erzielbaren Veränderungen eher schrittweise erkennbar werden können.

⁶¹ Vgl. bereits jetzt *Johannsen/Henrich/Büttner*, Eherecht, § 1573 BGB Rn 44 zu § 1573 Abs. 5 und § 1579 Nr. 1 BGB.

Unterhalt und Hartz IV

_____ *Wolfram Hußmann*, Rechtsanwalt, Wesel

I. Vorbemerkung

Mit In-Kraft-Treten der Sozialgesetzbücher II und XII zum 1.1.2005 wurde das Sozialrecht z.T. gänzlich neu geregelt. Das bisherige BSHG wurde im SGB XII neu gefasst. Die Sozialhilfe, die bisher abschließend im BSHG geregelt war, und die Arbeitslosenhilfe, die bislang als Sozialleistung des SGB III gewährt wurde, wurden als Leistung der Grundsicherung für Arbeitssuchende im neu geschaffenen SGB II für den Personenkreis der 15- bis 64-jährigen, erwerbsfähigen Personen zusammengefasst. Damit ist ein Großteil der bisherigen Empfänger von laufender Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem BSHG nunmehr Leistungsempfänger nach dem SGB II,

insbesondere getrennt lebende/geschiedene Ehegatten und Mütter nichtehelicher Kinder, und zwar jeweils mit ihren haushaltsangehörigen Kindern.

Überraschend hat der Gesetzgeber im SGB II nicht den gesetzlichen Anspruchsübergang des BSHG übernommen, sondern bestimmt, dass der Anspruchsübergang durch Überleitung der Ansprüche bewirkt werden muss, so wie dies der Rechtslage in der Sozialhilfe vor Änderung des § 91 BSHG im Jahre 1993 entsprach. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen Dritte wird also nicht mehr differenziert zwischen Unterhaltsansprüchen und sonstigen Ansprüchen. Auch Unterhaltsansprüche müssen gem. § 33 SGB II erst übergeleitet

werden und gehen nicht kraft Gesetzes über. Die Auswirkungen werden nachfolgend dargestellt.

II. Personenkreis

Nach § 7 Abs. 1 SGB II sind Personen leistungsberechtigt (Arbeitslosengeld II), die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, erwerbsfähig sind, hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Nach § 7 Abs. 2 SGB II erhalten auch Personen Leistungen (Sozialgeld), die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben, wobei die Bedarfsgemeinschaft in § 7 Abs. 3 SGB II definiert ist.

III. Anspruchsübergang durch Überleitung, § 33 Abs. 1 SGB II

Die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Dritten wird generell durch schriftliche Anzeige, dass der Anspruch bis zur Höhe der erbrachten Leistungen auf den Sozialleistungsträger übergeht, bewirkt, § 33 Abs. 1 S. 1 SGB II. Auch gegenüber dem unterhaltsberechtigten Leistungsempfänger ist der Anspruchsübergang anzuzeigen.

1. Verwaltungsakt

Die Überleitungsanzeige ist ein Verwaltungsakt, und zwar sowohl gegenüber dem Unterhaltsgläubiger als auch gegenüber dem Unterhaltsschuldner. Es gelten die allgemeinen verfahrensrechtlichen Bestimmungen der §§ 31 ff. SGB X. Der VA muss also den Bestimmtheits- und Formvorschriften des § 33 SGB X genügen, er muss nach § 35 SGB X begründet werden und da es sich um einen belastenden VA handelt, hat vor der Überleitung eine Anhörung nach § 24 SGB X zu erfolgen, wobei allerdings Verfahrens- und Formfehler nach § 41 SGB X heilbar sind.

Da die Überleitungsanzeige öffentlich-rechtlicher Natur ist, ist der Sozialrechtsweg eröffnet. Es wird also eine Rechtswegteilung vorgenommen, so dass über die Rechtmäßigkeit der Überleitungsanzeige die Sozialgerichte entscheiden und über einen etwaigen Unterhaltsanspruch die Familiengerichte. Damit wird die gesamte Entwicklung des Sozialhilferegresses der letzten zwölf Jahre ignoriert. Denn 1993 war der gesetzliche Anspruchsübergang eingeführt worden, wegen der zuvor auch im BSHG vorgesehenen unpraktikablen Überleitung mit der daraus resultierenden Rechtswegteilung. Dabei prüfte der Familienrichter seitdem auch die Einhaltung der sozialhilfrechtlichen Schutzvorschriften, etwa des § 91 II BSHG, ob der Anspruchsübergang keine unbillige Härte darstellte oder die sozialhilferechtliche Vergleichsberechnung beachtet wurde. Nunmehr wird über die Rechtmäßigkeit der Überleitungs-

anzeige ggf. erst nach Jahren entschieden werden, wenn der Instanzenweg der Sozialgerichte ausgeschöpft ist. Gegen die Überleitungsanzeige sind als Rechtsbehelfe Widerspruch und im Anschluss Anfechtungsklage gegeben. Widerspruch und Anfechtungsklage haben keine aufschiebende Wirkung, § 39 Nr. 2 SGB II. Dies kann zur Konsequenz haben, dass der Sozialleistungsträger bereits geraume Zeit Unterhaltsansprüche realisiert hat, die bei einer erfolgreichen Anfechtungsklage rückabzuwickeln wären. Der Anspruchsübergang durch Verwaltungsakt und die Rechtswegteilung führen also nicht nur zu einer Flut von unnötigen Verfahren, sondern auch zu völlig unpraktikablen Ergebnissen.

In der Überleitungsanzeige muss noch nicht die Bezifferung des Unterhaltsanspruchs erfolgen, sondern es ist eine Überleitung dem Grunde nach zulässig. Dann muss jedoch nach Bezifferung des Unterhaltsanspruchs eine zweite Überleitungsanzeige vorgenommen werden, die wiederum eigenständig anfechtbar ist. Nur so kann überhaupt die Einhaltung der sozialrechtlichen Schutzvorschriften überprüft werden.

2. Ermessensentscheidung

Es handelt sich bei der Überleitung um eine Ermessensentscheidung, die ermessensfehlerfrei auszuüben ist. Dabei ist allerdings dem Nachranggrundsatz des § 2 SGB II erhebliches Gewicht beizumessen, so dass ein Absehen von einer Heranziehung – außer in den Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Leistungsempfänger die Ansprüche selbst geltend macht – die Ausnahme sein wird.

Der Ermessensentscheidung kommt allerdings insofern große Bedeutung zu, als über sie die gesetzgeberischen Versehen zu korrigieren sind. Die in der Gesetzesbegründung zum SGB II gemachten Ausführungen decken sich teilweise nicht mit dem Gesetzeswortlaut. So sollte der Anspruchsübergang bei laufender Zahlung ausgeschlossen sein. Ebenso sollte ein Anschluss bei unbilliger Härte vorliegen.¹ All dies findet jedoch bereits im Gesetzesentwurf keine Erwähnung.² Auch ist nicht ersichtlich, weshalb eine dem § 94 Abs. 1 S. 6 SGB XII entsprechende Regelung zu den Unterkunftskosten nicht getroffen wurde. Im Einzelnen:

a) Verbot der Überleitung bei laufender Zahlung/Ausschluss des Anspruchsübergangs

Dass eine Überleitung für bereits geleistete Unterhaltszahlungen wegen der insoweit eingetretenen Erfüllungswirkung ausgeschlossen ist, ergibt sich zwingend, da überhaupt kein Anspruch besteht, der noch überzuleiten wäre. Insofern bedurfte es auch keiner Regelung. Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Sozialleistungsträger selbst einen Titel für die Zukunft auf Zahlung an sich bewirkt hat. Die Bundes-

¹ BT-Drucks 15/1516, S. 62.

² BT-Drucks 15/1516, S. 17.

agentur (BA) sieht in ihren Hinweisen³ vor, dass nach Überleitung mit befreiender Wirkung nur noch an die BA selbst geleistet werden kann (33.32). Dennoch kann m.E. im Hinblick darauf, dass der Übergang zukünftiger Ansprüche unter der aufschiebenden Bedingung der Leistungsgewährung steht, dem Unterhaltspflichtigen nicht verwehrt werden, laufende Zahlungen an den Hilfeempfänger direkt zu erbringen.⁴

b) Verbot der Überleitung bei unbilliger Härte

Auch aus dem Umstand, dass eine Härtefallregelung nicht explizit aufgenommen wurde, kann nicht gefolgert werden, dass Härtegründe einer Überleitung nicht entgegenstehen können. Soziale Belange, die eine unbillige Härte begründen können, sind vielmehr im Rahmen der Ermessensentscheidung, ob ein Unterhaltsanspruch übergeleitet wird, zu berücksichtigen. Dies sehen auch die Arbeitshinweise der BA vor (33.15). Die Rechtsprechung zu § 91 Abs. 2 S. 2 BSHG bzw. § 94 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB II wird demnach entsprechend anzuwenden sein.

c) Verbot der Überleitung entsprechend § 40 Abs. 2 SGB II in Höhe von 56 % der Unterkunftskosten

Bisher erhielten Sozialhilfeempfänger Wohngeld nach dem WoGG. Da das Wohngeldgesetz keine Regressmöglichkeit gegen Unterhaltspflichtige vorsah, reduzierte sich deren Inanspruchnahme auf die insofern niedrigeren Sozialhilfearwendungen. Ein übersteigender Unterhaltsanspruch verblieb bei der leistungsberechtigten Person. Seit dem 1.1.2005 sind gem. § 1 Abs. 2 WoGG u.a. Empfänger von Leistungen des Arbeitslosengeldes II und des Sozialgeldes nach dem SGB II von der Wohngeldberechtigung ausgeschlossen. Die Aufwendungen des Arbeitslosengeldes II steigen demnach gegenüber der bisherigen Sozialhilfe um den bislang durch die Inanspruchnahme von Wohngeld gedeckten Bedarf an, mit der Konsequenz, dass ein Anspruchsübergang in voller Höhe stattfände. Dies würde eine deutliche Verschlechterung für die Leistungsberechtigten bedeuten. Der Unterhaltsanspruch ginge in erheblich größerem Umfang auf den Sozialhilfeträger über und bei übersteigenden Unterhaltsansprüchen verbliebe für die Leistungsberechtigten entsprechend weniger. Im Sozialhilferecht wird dem durch § 94 Abs. 1 S. 6 SGB XII Rechnung getragen und so im Ergebnis die bisherige Rechtslage, dass der Anteil des Wohngeldes an den Unterkunftskosten nicht erstattungsfähig ist, beibehalten. Die Vorschrift erklärt § 105 Abs. 2 SGB XII beim Übergang von Unterhaltsansprüchen von Leistungsberechtigten der Hilfe zum Lebensunterhalt für entsprechend anwendbar. § 105 SGB XII regelt die Kostenersatzpflicht von Leistungsempfängern, die Doppelleistungen mehrerer Sozialleistungsträger erhalten haben. Nach § 105 Abs. 2 S. 1 SGB XII sollen 56 % der Kosten der Unterkunft, mit Ausnahme der Kosten für Heizungs- und Warmwasserversorgung, nicht der Rückforderung unterlie-

gen. Dies soll lediglich nicht gelten für den Fall des § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X (Entfall des Vertrauensschutzes wegen besonders schwerer Sorgfaltspflichtverletzung, Täuschung etc.) oder aber, wenn neben der Hilfe zum Lebensunterhalt gleichzeitig Wohngeld nach dem Wohngeldgesetz gewährt worden ist. Eine dem § 94 Abs. 1 S. 6 SGB XII entsprechende Regelung fehlt in § 33 SGB II. Nach Wegfall der Anspruchsberechtigung auf Wohngeld für den Personenkreis der Bezieher von Arbeitslosengeld II würde also anders als im SGB XII ein vollumfänglicher Anspruchsübergang in Höhe der gesamten Unterkunfts-kosten eine deutliche Verschlechterung der Situation der Hilfeempfänger gegenüber der vorherigen Rechtslage bedeuten. Dass dies ausgerechnet beim Personenkreis der hier am häufigsten betroffenen allein erziehenden Mütter beabsichtigt ist, kann wohl ausgeschlossen werden, zumal in § 40 Abs. 2 SGB II ausdrücklich eine dem § 105 SGB XII entsprechende Regelung getroffen wurde. Dies muss erst recht bei Unterhaltsansprüchen gelten.⁵ Dementsprechend ergibt sich das Verbot der Überleitung entweder direkt aus § 40 Abs. 2 S. 3 SGB II, sofern man einer ausdrücklichen Verweisung bei den Vorschriften des Anspruchsübergangs (wie der Regelung des § 94 Abs. 1 S. 6 SGB XII) nur deklaratorischen Charakter beimessen wollte, oder aber im Wege der Analogie müsste der Verweis auf § 40 Abs. 2 SGB II in § 33 ergänzend angewendet werden. *Münder* sieht eine Berücksichtigung im Rahmen der Ermessensausübung vor.⁶ Die Regelung hat erhebliche praktische Bedeutung, denn damit wird der Sozialleistungsträger verpflichtet, bei der Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen die Unterkunftskosten offen zu legen und die Überleitung auf 44 % der Unterkunftskosten zu beschränken. In der Praxis erfolgte dies, soweit ersichtlich, bislang nicht, sondern die Überleitungsanzeigen enthalten meist die Formulierung, dass der Unterhaltsanspruch bis zur Höhe der Aufwendungen übergeht. Da die Schutzvorschriften nunmehr im Sozialrechtsweg überprüft werden, ist es erforderlich, Widerspruch gegen die Überleitungsanzeige zu erheben, da diese sonst bestandskräftig wird.⁷

Auch für den Unterhaltsprozess ist jedoch von Bedeutung, ob nunmehr 56 % der Unterkunftskosten faktisch als „Zuschuss“ gewährt werden. Bislang gab es eine dezidierte Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen Wohngeld als unterhaltsrechtliches Einkommen des Unterhaltsgläubigers zu behandeln ist.⁸ Da im Grunde die bisherige Rechtslage beibehalten werden sollte, käme eine entsprechende Behandlung bei der Bedürftigkeitsprüfung in Betracht.⁹

³ Siehe unter www.tacheles-sozialhilfe.de.

⁴ So auch *Münder*, SGB II § 33 Rn 44, 47.

⁵ So auch *Münder*, SGB II § 33 Rn 48.

⁶ *Münder*, a.a.O.

⁷ *Klinkhammer*, FamRZ 2004, 1909, 1915.

⁸ Vgl. BGH FamRZ 1982, 587.

⁹ Ausführlich *Hußmann*, FPR 2004, 534, 538.

3. Zeitliche Wirkung der Überleitungsanzeige

Es ist nicht erforderlich, dass die Überleitungsanzeige bei jeder Hilfestellung neu erfolgt. Erst bei einer zeitlichen Unterbrechung der Hilfestellung von mehr als zwei Monaten verliert die Überleitungsanzeige ihre Wirkung und muss erneut vorgenommen werden, § 33 Abs. 3 SGB II. Die Regelung gewährleistet, dass bei kurzfristigen Leistungsunterbrechungen von weniger als zwei Monaten keine neue Überleitung erfolgen muss.

IV. Voraussetzungen des Anspruchsübergangs

1. Bestehen eines zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs

Für die Rechtmäßigkeit der Überleitungsanzeige ist es ausreichend, dass ein Unterhaltsanspruch überhaupt nur infrage kommt, da die Überleitung nur den Anspruchsübergang bewirken soll und nicht zum Ziel hat, die Unterhaltsprüfung auf die Sozialgerichte zu verlagern. Das tatsächliche Bestehen eines Unterhaltsanspruchs ist demnach nicht erforderlich.

Im Unterhaltsprozess ist es jedoch erforderlich, dass der gewährten Hilfe ein entsprechender Unterhaltsbedarf gegenübersteht. Da im SGB II selbst keine Einschränkungen gemacht werden, wird gefolgert, dass auch alle Leistungen der Sicherung des Lebensunterhalts im Unterhaltsregress zu erstatten sind.¹⁰ Dies ist jedoch bedenklich. So ist m.E. etwa das Einstiegsgeld nach § 29 SGB II nicht erstattungsfähig, da es als Lohnsubvention ausschließlich Anreizfunktion hat¹¹ und seiner Zweckbestimmung nach nicht der Deckung des Lebensunterhalts dient. Die Arbeitshinweise der BA sehen zu § 33 (33.2) demnach auch eine Überleitung nur bei Ansprüchen nach §§ 19–25, 27 und 28 SGB II vor. Auch die Zuschüsse zu Beiträgen bei Befreiung von der Versicherungspflicht nach § 26 SGB II werden demnach nicht gefordert.

Bei Darlehen wird differenziert. Grundsätzlich können Unterhaltsansprüche übergeleitet werden (33.8), auch wenn die Hilfe nur als Darlehen gewährt wird. Eine Überleitung bei einem Darlehen nach § 23 SGB II soll jedoch erst zulässig sein, wenn es nicht vom Empfänger selbst zurückgezahlt wird (33.12 der Arbeitshinweise). Auch bei nur vorschussweiser Hilfestellung nach § 42 SGB II soll eine Überleitung ausgeschlossen sein (Arbeitshinweise a.a.O.)

Ein zivilrechtlicher Bedarf kann auch dadurch ausgeschlossen sein, dass Hilfe gewährt wird, obwohl den Hilfeempfänger zivilrechtlich eine Erwerbsobliegenheit trifft. Die sozialrechtliche Erwerbsobliegenheit nach dem SGB II und die unterhaltsrechtliche Erwerbsobliegenheit sind nicht immer identisch. § 10 Abs. 1 SGB II bestimmt zur Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes des Forderns, dass dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen jede Arbeit zumutbar ist, wobei dann die Ausnahmen folgen.

So darf nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II durch die Ausübung der Arbeit die Erziehung eines Kindes nicht gefährdet werden,

wobei eine Konkretisierung vorgenommen wird, wann in der Regel nicht von einer Gefährdung auszugehen ist. Bei Kindern unter drei Jahren scheidet demnach eine Erwerbsobliegenheit aus und bei Kindern über drei Jahren ist Voraussetzung, dass die Betreuung des Kindes sichergestellt ist. Das Unterhaltsrecht hingegen bestimmt die Erwerbsobliegenheit unterschiedlich, jeweils nach dem bestehenden Verhältnis zwischen Unterhaltspflichtigem und Unterhaltsberechtigten. Während die Kindesmutter, bevor sie einen Unterhaltsanspruch gegen ihre Eltern geltend machen kann, alle Möglichkeiten, die Betreuung des Kindes sicherzustellen, ausnutzen muss, um einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können,¹² trifft den betreuenden Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten nach § 1570 BGB auf Grund der Mitverantwortung des barunterhaltspflichtigen Ehegatten für das gemeinsame Kind zumindest bis zur Vollendung des 8. Lebensjahres des Kindes gar keine Erwerbsobliegenheit und darüber hinaus zumindest bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres nur eine teilweise Erwerbsobliegenheit.¹³ Die Leitlinien der einzelnen Oberlandesgerichte sehen beim Unterhalt nach § 1570 BGB z.T. noch weitergehende Freistellungen von der Erwerbsobliegenheit vor. Eine Privilegierung gewährt zudem § 1574 BGB, wonach der unterhaltsberechtigte Ehegatte nur eine angemessene Erwerbstätigkeit ausüben muss.

Unterscheidet sich die Pflicht zum Einsatz der Arbeitskraft nach SGB II und BGB, stehen beide Rechtsgebiete völlig getrennt nebeneinander. So wird z.B. der geschiedene Ehegatte, der unterhaltsrechtlich nach § 1570 BGB mindestens bis zur Vollendung des 8. Lebensjahres des Kindes nicht selbst erwerbstätig sein muss, vom Sozialleistungsträger wesentlich eher aufgefordert, sich um Arbeit zu bemühen. Der Hilfeempfänger kann hier gegenüber dem Sozialleistungsträger nicht geltend machen, dass nach § 1570 BGB noch keine Erwerbsobliegenheit bestehe. Dieses Privileg gilt nur gegenüber dem geschiedenen Ehegatten, nicht aber gegenüber dem Sozialleistungsträger. Auch bei der Bestimmung des Begriffs der Zumutbarkeit der Arbeit gem. § 10 SGB II sind die Maßstäbe des § 1570 BGB nicht heranzuziehen.¹⁴

Umgekehrt kann der unterhaltspflichtige Ehegatte gegenüber dem Sozialleistungsträger oder dem Ehegatten im Unterhaltsprozess nicht einwenden, die sozialrechtliche Arbeitsverpflichtung nach § 10 SGB II beseitige die Privilegierung des Unterhaltsberechtigten aus § 1570 BGB. Der zivilrechtliche Unterhaltsanspruch bleibt durch den Anspruchsübergang seinem Wesen nach unverändert. Durch die Gewährung von Sozialleistungen darf die Position des unterhaltsbegehrenden Ehegatten bezüglich seiner zivilrechtlichen Erwerbsobliegenheit nicht geschwächt werden.

¹⁰ Klinkhammer, FamRZ 2004, 1909, 1917.

¹¹ Vgl. Münder, SGB II § 29 Rn 1.

¹² Vgl. BGH FamRZ 1985, 273, 274; Wendt/Scholz, § 2 Rn 50 ff.

¹³ Palandt/Brudermüller, § 1570 Rn 9.

¹⁴ Vgl. VGH Baden-Württemberg FamRZ 1999, 409 zum bisherigen BSHG.

Auch weiterhin wird es nicht ausreichend sein, lediglich bei der Bundesagentur arbeitssuchend gemeldet zu sein, um seiner Erwerbsobliegenheit zu genügen. Obwohl im SGB II die Mitwirkungspflichten des Leistungsempfängers wesentlich detaillierter geregelt wurden, ist zum einen bislang die Umsetzung in der Praxis nur in geringem Umfang erfolgt und zum anderen werden auch weiterhin die Anforderungen an den Unterhaltspflichtigen zumindest nach § 1603 II BGB über die des § 10 SGB II hinausgehen.¹⁵

2. Rechtmäßigkeit der Hilfe

Obwohl nach wohl h.M. die Rechtmäßigkeit der Hilfestellung keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Überleitung bzw. eines Anspruchsübergangs ist,¹⁶ sehen die Arbeitshinweise der Bundesagentur im SGB II dies vor (2.2.2 [2]). Sollten die Sozialgerichte dem folgen, würde auf Grund des Amtsermittlungsgrundsatzes eine vollumfängliche Überprüfung der gewährten Hilfe vorgenommen werden.

3. Sonstige Voraussetzungen

Im Übrigen gelten auch nach § 33 SGB II einige bewährte Regelungen fort. So ist der Anspruchsübergang der Höhe nach auf die erbrachte Hilfe beschränkt.¹⁷ Der Übergang des Anspruchs darf nur insoweit bewirkt werden, als bei rechtzeitiger Leistung des anderen Leistungen der Sicherung des Lebensunterhalts nicht erbracht worden wären, § 33 Abs. 1 S. 2 SGB II. Dies folgt bereits aus der Subsidiarität der Sozialleistung, die in diesen Fällen nicht gegeben ist. Der Übergang ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann, § 33 Abs. 1 S. 3 SGB II. Nach § 33 Abs. 4 SGB II gilt der Vorrang der §§ 115 und 116 SGB X, also sind Ansprüche gegen den Arbeitgeber des Hilfeempfängers bzw. Schadensersatzansprüche gegen Dritte vorab zu realisieren.

II. Verbot der Überleitung, § 33 Abs. 2 SGB II

§ 33 Abs. 2 SGB II schränkt die Überleitungsbefugnis wesentlich ein.

1. Ansprüche innerhalb der Bedarfsgemeinschaft mit dem Unterhaltspflichtigen, Satz 1 Nr. 1

Hier sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften über den Einkommens- und Vermögenseinsatz nach den §§ 11 und 12 SGB II innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft abschließend. Bei nicht getrennt lebenden Ehegatten bzw. Lebenspartnern kann also nicht etwa neben den Bestimmungen des Sozialhilferechts ein Unterhaltsanspruch nach § 1360 BGB im Rahmen des Familienunterhalts auf den Leistungsträger über-

gehen oder für Kinder, die im Haushalt leben, Unterhalt nach der Düsseldorfer Tabelle.

2. Ansprüche gegen Verwandte mit Ausnahme der Ansprüche minderjähriger Hilfebedürftiger und Hilfebedürftiger unter 25 Jahren in Erstausbildung gegen ihre Eltern, Satz 1 Nr. 2

Die Regelung stellt eine deutliche Einschränkung des Personenkreises der Unterhaltspflichtigen dar, auch gegenüber der Unterhaltsheranziehung nach § 94 SGB XII.

Zunächst wird durch die Formulierung „mit dem Unterhaltspflichtigen verwandt ist und den Unterhaltsanspruch nicht geltend macht“ herausgestellt, dass bei eigener Geltendmachung von Ansprüchen durch den Unterhaltsberechtigten die Unterhaltsleistungen sehr wohl als bedarfsdeckendes Einkommen anzurechnen sind. Eine Geltendmachung soll nach den Arbeitshinweisen der BA bereits vorliegen, wenn eine Mahnung oder ein Auskunftersuchen erfolgt ist (33.36). Eine Möglichkeit des Unterhaltspflichtigen, den Unterhaltsberechtigten auf die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB II zu verweisen, besteht auf Grund des Nachrangs der Leistungen ohnehin nicht. Allerdings wird der Sozialleistungsträger nicht berechtigt sein, den Hilfebedürftigen auf Selbsthilfe zu verweisen und ihn aufzufordern, Unterhaltsansprüche gegen Personen geltend zu machen, gegen die er einen Anspruchsübergang nicht bewirken darf.

Die Regelung kommt einem praktischen Bedürfnis nach Verwaltungsvereinfachung nach. Beim Personenkreis der minderjährigen Kinder und der unter 25-jährigen in Erstausbildung stehenden Kinder liegt in der Regel Bedürftigkeit vor. In den übrigen Fällen hingegen wäre diese fraglich. Leistungen nach dem SGB II werden Personen gewährt, die eine Erwerbsobliegenheit trifft oder die mit solchen Personen in einer Bedarfsgemeinschaft leben. Insofern werden wegen der strengen Anforderungen an die eigene Erwerbsobliegenheit der Berechtigten Unterhaltsansprüche gegen Verwandte meist bereits mangels Bedürftigkeit ausscheiden. Die Vorschrift trägt dem Rechnung und zwingt die Sozialleistungsträger nicht zu einer Vielzahl von vornherein wenig aussichtsreichen Unterhaltsüberprüfungen. Unterhaltsansprüche gegen den geschiedenen und getrennt lebenden Ehegatten bleiben unberührt, da dieser kein Verwandter ist.

Völlig unverständlich ist allerdings die Regelung in den Arbeitshinweisen der BA, wonach bei nicht gesteigerter Unterhaltspflicht nur 50 % des sich ergebenden Unterhaltsbeitrages gefordert werden sollen (33.78).

¹⁵ *Klinkhammer*, FamRZ 2004, 1909, 1913.

¹⁶ *Wendl/Scholz*, § 6 Rn 503; *Wahrendorf*, BSHG/SGB 1994, 449, 454; *Günther*, in: *Anwaltshandbuch Familienrecht*, § 13 Rn 22 m.w.N.; a.A. *Münder*, NJW 1994, 494; *FuR* 1997, 281.

¹⁷ Zur Problematik der Aufteilung einmaliger Beihilfen und Unterkunftskosten vgl. *Heiß/Born-Hußmann*, Kap. 16 Rn 33 ff.

3. Ansprüche von Kindern, die schwanger sind oder ihr leibliches Kind bis zur Vollendung seines sechsten Lebensjahres betreuen, Satz 1 Nr. 3

Die Regelung wurde 1992 im Rahmen des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes ins BSHG aufgenommen und steht im Zusammenhang mit der Neuregelung der strafrechtlichen Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch. Ziel der Regelung ist es, die Atmosphäre zwischen der Frau und deren Eltern nicht durch mögliche Regressansprüche des Sozialhilfeträgers zu belasten.¹⁸ Geändert wurde die Vorschrift insofern, als bislang in § 91 BSHG nur ein Ausschluss gegenüber den Verwandten der Mutter vorgesehen war, während nunmehr der Ausschluss geschlechtsneutral gilt. Dabei soll nach den Arbeitshinweisen der BA der Ausschluss nur für einen Elternteil gelten können, so dass nicht die Verwandten des Vaters und der Mutter gemeinsam den Ausschlussbestand für sich in Anspruch nehmen können. Kann nicht festgestellt werden, welcher Elternteil die überwiegende Betreuung übernimmt, soll darauf abgestellt werden, welcher Elternteil den Antrag auf Erziehungsurlaub gestellt hat (33.39 der Arbeitshinweise).

4. Ansprüche bei Unterschreitung der Einkommens- und Vermögensgrenzen des SGB II, Satz 2

a) Personenkreis

Die Regelung stellt eine sozialrechtliche Vergleichsberechnung dar. Es soll verhindert werden, dass der Unterhaltspflichtige selbst unter die Einkommens- und Vermögensgrenzen des SGB II fällt.

Bereits zu § 91 Abs. 2 S. 1 BSHG war umstritten, ob sich die Vergleichsberechnung nur auf den Unterhaltspflichtigen selbst zu beziehen hat oder auch auf die Haushaltsangehörigen (dafür, dass nur der Unterhaltspflichtige selbst nicht sozialhilfebedürftig werden durfte, *Hampel*, FamRZ 1996, 513, 518; Empfehlungen des 12. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 1998, 473; für eine Einbeziehung auch der weiteren Unterhaltsberechtigten *Schellhorn/Schellhorn*, FuR 1993, 261, 265; Empfehlungen des Deutschen Vereins, FamRZ 2002, 931, 942; *Wendl-Scholz*, § 6 Rn 543; *Günther*, in: *Anwaltshandbuch Familienrecht*, § 13 Rn 72). M.E. führte der Umstand, dass Sozialhilfe ein Individualanspruch war und deshalb derjenige, der über genügend Einkommen verfügte, um seinen Bedarf selbst zu decken, nicht zum Hilfeempfänger werden konnte, dazu, dass die Vergleichsberechnung nur für ihn alleine und nicht für seine Haushaltsangehörigen vorzunehmen war. Obwohl die Regelung dem § 94 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII angeglichen ist und die Arbeitshinweise der BA (33.76) ausdrücklich klarstellen, dass nur auf den Leistungsempfänger selbst abzustellen sei und nicht auf seine im Haushalt lebenden Angehörigen, halte ich dies wegen der Vorschrift des § 9 Abs. 2 S. 3 SGB II, anders als im SGB XII, für nicht vertretbar. Im Gegensatz zur Bedarfsgemeinschaft

nach § 19 SGB XII, bei welcher derjenige, der über ausreichendes Einkommen verfügt, nicht selbst sozialhilfebedürftig wird, bestimmt § 9 Abs. 2 S. 3 SGB II, dass in einer Bedarfsgemeinschaft, in der nicht der gesamte Bedarf aus eigenen Kräften und Mitteln gedeckt ist, jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig gilt. Dies heißt, dass sich der Unterhaltspflichtige – anders als nach § 94 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII – nach § 33 Abs. 2 S. 2 SGB II darauf berufen kann, dass zunächst der Unterhaltsbedarf auch seiner mit ihm in Haushaltsgemeinschaft lebenden Kinder gedeckt wird. Denn solange auch nur ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft bedürftig bleiben würde, würde jedes Mitglied der Bedarfsgemeinschaft zum Leistungsempfänger werden, einschließlich des über genügend Einkommen für seinen eigenen Bedarf verfügenden Unterhaltspflichtigen. Die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 3 SGB II ist höchst bedenklich im Hinblick darauf, dass damit die bislang in der Sozialhilfe vorzunehmende Einkommensanrechnung auf den Individualbedarf aufgegeben wird. Da dies kaum gewollt sein konnte, soll die Vorschrift nach *Münder* wie folgt zu verstehen sein: „Ist bei Personen einer Einsatzgemeinschaft der individuelle Bedarf nicht aus eigenen Mitteln und Kräften zu decken, so gilt jede hilfebedürftige Person im Verhältnis ihres eigenen (ungedeckten) Bedarfs zum ungedeckten Gesamtbedarf als hilfebedürftig; in diesem Maß (also im Verhältnis der Restleistungsansprüche) sind ihr überschüssende Mittel der zum Einsatz heranzuziehenden Personen der Bedarfsgemeinschaft zuzuordnen.“¹⁹ Danach soll § 9 Abs. 2 S. 3 SGB II also lediglich einen Verteilungsschlüssel bestimmen, wie übersteigendes Einkommen eines Elternteils, der seinen eigenen Bedarf decken kann, auf die übrigen Personen der Bedarfsgemeinschaft zu verteilen ist. Diese sicherlich sinnvolle und wünschenswerte Bestimmung ist jedoch mit dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, die eine Auslegung nicht erlaubt, nicht zu vereinbaren. Dementsprechend ist der gegenteiligen Auffassung zu folgen,²⁰ dass der Begriff „Bedarfsgemeinschaft“ bedeuten soll, dass von einem Gesamtbedarf und von einer gemeinsamen Hilfebedürftigkeit auszugehen ist. So sehen es wohl auch die Arbeitshinweise der BA zu § 9 SGB II.

b) Berechnung

Das sozialrechtliche Einkommen und Vermögen bestimmen §§ 11 und 12 SGB II sowie die auf Grund der Ermächtigung in § 13 SGB II erlassene Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/ Sozialgeld nach dem SGB II (ALG II-VO).

¹⁸ BT-Drucks 12/2875, S. 97.

¹⁹ *Münder*, SGB II § 9 Rn 32-34.

²⁰ *Grube/Wahrendorf*, § 9 SGB II Rn 7.

Die Einkommensbereinigung nach dem SGB II weist wesentliche Unterschiede zum Unterhaltsrecht auf. Insbesondere § 30 SGB II, der hohe Freibeträge bei Erwerbstätigkeit vorsieht, führt dazu, dass eine Leistungsberechtigung auf Arbeitslosengeld II bereits bei Vollzeitbeschäftigten in niedrigen Lohngruppen entstehen kann. Dabei ist die Vorschrift des § 30 SGB II durch § 3 Nr. 2 ALG II-VO derart kompliziert ausgestaltet, dass die von den Leistungsträgern vorgenommenen Berechnungen kaum nachvollzogen werden können. Die Berechnung erfolgt in drei Schritten: Zuerst wird eine Quote zwischen dem Bruttoeinkommen und dem um alle Absetzbeträge, also auch Werbungskosten und Versicherungen, bereinigten Einkommen gebildet. Dann wird der vorläufige Bruttofreibetrag gebildet und dieser wird in einem dritten Schritt mit dem im ersten Schritt ermittelten Quotienten multipliziert.

c) Existenzminimum/notwendiger Selbstbehalt

Durch die hohen pauschalen Freibeträge des § 30 SGB II bei der Einkommensbereinigung wird das Existenzminimum häufig über dem notwendigen Selbstbehaltssatz der Unterhaltstabellen liegen. Seit dem 1.1.2005 wird das Existenzminimum durch das Arbeitslosengeld II in Form der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der angemessenen Kosten der Unterkunft und Heizung bestimmt, § 19 Nr. 1 SGB II. Nach *Schürmann* soll danach das Existenzminimum bei Erwerbstätigen in den alten Bundesländern bei ca. 885 EUR liegen.²¹ Dabei hat *Schürmann* nur eine Warmmiete von 317 EUR angesetzt, wobei er selbst darauf verweist, dass dieser Satz sehr niedrig ist. In der Praxis wird jedoch eine vergleichbare Warmmiete wie beim notwendigen Selbstbehalt, nämlich mit 360 EUR, anzusetzen sein. Damit werden die neuen Selbstbehaltssätze der Düsseldorfer Tabelle für Erwerbstätige von 890 EUR in einer Vielzahl von Fällen nicht ausreichen, um das Existenzminimum zu gewährleisten. Eine Beschränkung des Anspruchsübergangs nach § 33 Abs. 2 S. 2 SGB II wird also häufig vorkommen. Der Einwand, dass eine Verletzung des § 33 Abs. 2 S. 2 SGB II vorliegt, ist im sozialgerichtlichen Verfahren zu erheben. Doch auch im Unterhaltsprozess kann dies die Leistungsfähigkeit direkt begrenzen. Es ist anerkannt, dass dem Unterhaltspflichtigen das Existenzminimum zu verbleiben hat. Anderenfalls liegt ein Verstoß gegen die Menschenwürde des Unterhaltspflichtigen (Art. 1 GG) und des Sozialstaatsgebots (Art. 20 Abs. 1 GG) vor.²² Die Opfergrenze eines Unterhaltspflichtigen ist sogar allgemein etwas über dem Sozialhilfebedarf anzusetzen.²³ Bei Nachweis der SGB II-Grenze im Unterhaltsprozess ist deshalb der Selbstbehalt auf diese Grenze zu erhöhen.

d) Fiktives Einkommen

Ein bislang in der Praxis sehr bedeutender Fall war die Behandlung fiktiven Einkommens beim Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger.

Der BGH hat mit der überwiegenden Meinung insbesondere der Zivilgerichte den Anspruchsübergang eines auf fiktiven Einkünften beruhenden Unterhaltsanspruchs ausgeschlossen.²⁴ Zur Begründung verweist der BGH auf § 91 Abs. 2 S. 1 BSHG. Fiktives Einkommen falle nicht unter den sozialhilferechtlichen Einkommensbegriff, der nur von tatsächlichen Einkünften ausgehe und dementsprechend auch beim Unterhaltspflichtigen nicht berücksichtigt werden dürfe. Aus der Ahndung verschuldeter Bedürftigkeit bzw. Leistungsunfähigkeit auch im Sozialhilferecht folge nicht, dass Unterhalts- und Sozialhilferecht die vorwerfbar verweigerte Arbeitsaufnahme übereinstimmend sanktioniert. Die Entscheidung führte jedoch zu unbefriedigenden Ergebnissen und ist auch von der Argumentation her nicht zwingend. Zwar erfolgt die Sanktionierung vorwerfbar verweigerter Arbeitsaufnahme im Sozialhilferecht tatsächlich nach anderen Maßstäben, doch wäre zur Harmonisierung von Unterhalts- und Sozialhilferecht ein Übergang auch von Ansprüchen, die auf fiktivem Einkommen beruhen, geboten gewesen. Sozialhilfe wird zur Abwendung einer gegenwärtigen Notlage gewährt. Dementsprechend kann zunächst auch nur tatsächliches Einkommen als „bereite Mittel“ berücksichtigt werden. Doch auch das Sozialhilferecht akzeptiert nicht die schuldhafte Herbeiführung der Notlage. So entfällt nach § 31 Abs. 1 SGB II der Anspruch auf Sozialhilfe, wenn der Hilfebedürftige seiner Arbeitsverpflichtung nicht nachkommt. Der BGH²⁵ wies zur vorherigen Vorschrift des § 25 BSHG darauf hin, dass damit nicht zwangsläufig eine Einstellung der Sozialhilfe erfolgte, sondern lediglich der Rechtsanspruch auf Sozialhilfe entfiel. Der Sozialhilfeträger habe aber weiterhin Verantwortung für den Hilfeempfänger. Er ist nur bei der Gestaltung der Hilfe freier gestellt. Dementsprechend könne § 25 Abs. 1 BSHG nicht als allgemeine Sanktion für unsachgemäßes, vorwerfbares Verhalten des Hilfeempfängers verstanden werden. Durch den vom BGH daraufhin gefolgerten generellen Ausschluss des Anspruchsübergangs bei fiktivem Einkommen hatte der Sozialhilfeträger diese Gestaltungsfreiheit gegenüber dem Unterhaltspflichtigen jedoch nicht. Vielmehr blieb das vorwerfbare Verhalten des Unterhaltspflichtigen ohne Konsequenzen, wenn nicht der Hilfeempfänger selbst den Unterhalt geltend machte. Insofern entstand für den Unterhaltspflichtigen eine vom Gesetzgeber wohl kaum beabsichtigte Besserstellung.²⁶ Überraschend war die von den Zivilgerichten abgelehnte Anrechnung des fiktiven Einkommens beim Anspruchsübergang auch im Hinblick auf die Recht-

²¹ FamRZ 2005, 148.

²² BSG FamRZ 1985, 379; BGH FamRZ 1996, 1272; FamRZ 1990, 849.

²³ BGH FamRZ 1990, 849.

²⁴ BGH FamRZ 1998, 818 m.w.N.; a.A. BVerwGE 51 61/64; OLG Karlsruhe FamRZ 1995, 615/616; *Brudermüller*, FuR 1995, 20, 21; *Hampel*, FamRZ 1996, 513, 517.

²⁵ A.a.O.

²⁶ Kritisch wegen des unbefriedigenden Ergebnisses auch *Kalthoener/Büttner*, NJW 1998, 2012, 2017, die eine gesetzliche Regelung fordern.

sprechung zur Prozesskostenhilfe. Auch die Einkommensermittlung im Rahmen des § 115 ZPO erfolgt nach den sozialrechtlichen Regeln. Dennoch ist hier die Anrechnung fiktiven Einkommens weitgehend anerkannt, da sonst die Rechtsprechung nicht in der Lage wäre, sich arbeitsunlustiger Antragsteller zu erwehren.²⁷ Auch bei anderen „fiktiven“ Einkommensanrechnungen, wie etwa der des Wohnvorteils, der auch kein tatsächliches Einkommen darstellt und deshalb nicht unter den Einkommensbegriff des Sozialhilferechts fällt, wurde ein Anspruchsübergang nicht problematisiert.

Eine Rückgriffsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers ergab sich nach der Entscheidung des BGH nur noch unter den Voraussetzungen des § 92a BSHG, dem heute § 34 SGB II entspricht. Er gibt dem Sozialhilfeträger einen öffentlich-rechtlichen Kostenersatzanspruch gegen Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und die Voraussetzungen für die Gewährung der Sozialhilfe an sich oder an ihren unterhaltsberechtigten Angehörigen durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten herbeigeführt haben.

Zukünftig werden nicht mehr die Zivilgerichte für die Prüfung der Schutzvorschriften zuständig sein, sondern die Sozialgerichte im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Überleitungsanzeige. Es bleibt abzuwarten, wie diese den Anspruchsübergang bei fiktivem Einkommen werten werden. Im Unterhaltsprozess wird demnach der Familienrichter dem Sozialleistungsträger nicht mehr entgegenhalten können, dass ein Anspruchsübergang ausgeschlossen sei.

III. Die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs

1. Unterhaltsheranziehung für die Vergangenheit

Nach § 33 Abs. 2 S. 3 SGB II kann der Sozialleistungsträger den Übergang eines Unterhaltsanspruchs für die Vergangenheit nur unter den Voraussetzungen des § 1613 BGB bewirken. Damit hat der Sozialleistungsträger nicht die Möglichkeit wie in § 94 Abs. 4 S. 1 SGB XII, durch schriftliche Mitteilung der Hilfestellung die Ansprüche zu sichern. Dies ist umso unverständlicher, als die Geltendmachung des Anspruchsübergangs durch anfechtbare Überleitungsanzeige die Unterhaltsheranziehung ohnehin bereits erschwert. Übersehen wurde auch, dass sich Unterhaltsansprüche geschiedener Ehegatten für die Vergangenheit nicht nach § 1613 BGB, sondern nach § 1585 b Abs. 2 BGB richten und dem Wortlaut der Vorschrift nach gar nicht geltend gemacht werden könnten. Es ist allerdings kein Grund ersichtlich, weshalb gewollt sein sollte, rückständige Ehegattenunterhaltsansprüche auszuschließen, so dass wohl von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen ist. Dabei besteht ein dringendes Regelungsbedürfnis. Insofern ist die Vorschrift dahin gehend zu erweitern, dass zumindest auch unter den Voraussetzungen des § 1585b Abs. 2 BGB eine Unterhaltsheranziehung für die

Vergangenheit bewirkt werden kann, wenn nicht sogar eine analoge Anwendung des § 94 Abs. 4 S. 1 SGB XII infrage käme.²⁸

Allerdings ist ohnehin nicht absehbar, wie die Voraussetzungen des § 1585b Abs. 2 BGB vom Sozialleistungsträger überhaupt geschaffen werden sollen. Entgegen der Gesetzesbegründung²⁹ wurde nicht bestimmt, dass der Auskunftsanspruch durch eine Überleitung mit übergeht. Einer derartigen gesetzlichen Regelung bedarf es jedoch, da es sich bei dem Auskunftsanspruch nicht um ein unselbständiges Nebenrecht handelt, das dem Leistungsanspruch nach § 412 i.V.m. § 401 BGB folgt.³⁰ Insofern ist der Leistungsträger auf den öffentlich-rechtlichen Auskunftsanspruch nach § 60 SGB II beschränkt. Ob dieser geeignet ist, eine Stufenmahnung zu begründen, ist zweifelhaft. Nach *Klinkhammer*³¹ sollen zudem sowohl die verzugsbegründende Mahnung als auch die Aufforderung zur Auskunft nach § 1613 BGB nur vom Berechtigten ausgesprochen werden können. Es muss hiernach also entweder der Leistungsträger den Unterhaltsberechtigten zu einer Aufforderung veranlassen oder diese – nach Anspruchsüberleitung – selbst aussprechen. Nicht ausreichen werden jedenfalls noch vor Inkrafttreten des SGB II vom Sozialhilfeträger nach dem BSHG ausgesprochene Mahnungen oder Rechtswahrungsanzeigen.

2. Auskunftersuchen

Der Auskunftsanspruch des Sozialleistungsträgers gegen Unterhaltspflichtige richtet sich nach § 60 Abs. 2 S. 3 SGB II. Das Auskunftersuchen ist ein Verwaltungsakt, gegen den der Sozialrechtsweg eröffnet ist. Auf Grund von § 60 Abs. 4 Nr. 1 SGB II besteht anders als im Unterhaltsrecht auch gegen den nicht unterhaltspflichtigen Ehegatten ein Auskunftsanspruch. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage nach § 116 BSHG. Da es der Gesetzgeber jedoch versäumt hat, auch den Übergang des Auskunftsanspruchs zu regeln, besteht ein solcher für den Sozialleistungsträger nicht.³² Damit hat er auch keine Möglichkeit, Stufenklage nach § 254 ZPO zu erheben. Unberührt bleibt der Auskunftsanspruch nach § 21 Abs. 3 S. 4 SGB X gegenüber dem Finanzamt.

3. Verbot der Rückübertragung

Da eine Inverzugsetzung nur durch den Anspruchsinhaber möglich sein soll³³ und eine Rechtswahrungsanzeige nicht vorgesehen ist, wäre zur Sicherung der Ansprüche eine frühzeitige Überleitung erforderlich. Nach einmal erfolgter Überleitung

²⁷ Zöller/*Philippi*, § 115 Rn 7 m.w.N.; OLG Bremen FamRZ 1998, 1180.

²⁸ *Hußmann*, FPR 2004, 534, 542; ähnlich *Klinkhammer*, FamRZ 2004, 1909, 1916.

²⁹ BT-Drucks 15/1516, S. 62.

³⁰ BGH FamRZ 1986, 568; FamRZ 1991, 542.

³¹ FamRZ 1909, 1916.

³² BGH FamRZ 1986, 586.

³³ *Klinkhammer*, FamRZ 2004, 1909, 1916.

scheidet jedoch eine Rückübertragung auf den Hilfeempfänger, wie sie § 94 Abs. 5 S. 1 SGB XII regelt, aus.³⁴ Der Leistungsträger muss sich also bereits frühzeitig entscheiden, ob er beabsichtigt, Unterhalt selbst durchzusetzen, oder aber den Leistungsberechtigten auffordert, unter Hinweis auf den Nachranggrundsatz des § 2 SGB II die Ansprüche selbst durchzusetzen. Wegen der zahlreichen Probleme des § 33 SGB II bietet sich der Verweis auf Selbsthilfe an. Um dem Leistungsberechtigten nicht die Aktivlegitimation zu nehmen, muss der Leistungsträger dann von einer Überleitung absehen. Entscheidet er sich überzuleiten, hat der Leistungsträger die Befugnis, auch auf zukünftigen Unterhalt zu klagen, § 33 Abs. 2 S. 4 SGB II.

IV. Fazit

Die Regelung des § 33 SGB II bedeutet einen unverständlichen Rückschritt um mehr als ein Jahrzehnt. Der 1993 in § 91 BSHG eingeführte Anspruchsübergang kraft Gesetzes hatte sich – nicht zuletzt durch immer wieder erfolgte weitere

Änderungen, wie etwa die Einführung der Rückübertragungsmöglichkeit – in der Praxis bewährt. Nunmehr werden alle damit bereits beseitigten Probleme, etwa der Rechtswegteilung und der zusätzlichen Verwaltungsverfahren, wieder eingeführt. Dies ist umso unverständlicher, als es doch eine Aufgabe des Sozialgesetzbuches sein soll, eine Vereinheitlichung herbeizuführen. Stattdessen wird im Gegensatz zu § 94 SGB XII für denselben Sachverhalt eine gänzlich unterschiedliche Regelung getroffen, die zudem auch noch die alten bereits korrigierten Fehler wieder aufnimmt, wie etwa das Versäumnis, einen Übergang des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs zu bestimmen. Zudem werden neue Fehler gemacht, etwa die Möglichkeit der Unterhaltsheranziehung für die Vergangenheit durch Mitteilung der Hilfe (Rechtswahrungsanzeige) vorzusehen. Insgesamt bleibt deshalb zu hoffen, dass der Gesetzgeber die Vorschrift schnellstmöglich dem § 94 SGB II anpasst und zum Anspruchsübergang kraft Gesetzes zurückkehrt.

³⁴ Vgl. BGH FamRZ 1997, 608; 1996, 1203.

Die erbrechtliche Stellung eines Kindes nach Adoption durch den anderen Lebenspartner einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft aus verfassungsrechtlicher Sicht

— Andreas Schlütter, Rechtsanwalt, Nottuln

Die Novelle des Lebenspartnerschaftsgesetzes¹ der rot-grünen Regierungskoalition baut die rechtliche Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner weiter aus und nähert deren Rechtsstellung weitgehend den Rechten von Ehegatten an. Dies spiegelt sich insbesondere in der Einführung der Möglichkeit eines Verlöbnisses sowie der Neuregelung einer sog. Stiefkindadoption wider, wonach ein Lebenspartner das Kind des anderen Lebenspartners allein annehmen kann. Das angenommene Kind gilt dann als gemeinschaftliches Kind beider Lebenspartner (§ 9 Abs. 7 LPartG, § 1754 Abs. 1 BGB).²

I. Problemfeld

Mit dieser Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes mit den Stimmen der rot-grünen Mehrheit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages berührt der Gesetzgeber einen hochsensiblen Bereich des gesellschaftlichen Lebens. Dies gilt vor allem deshalb, weil sich die Neuregelungen kaum mit den Wertvorstellungen der in der Gesellschaft weitgehend ver-

breiteten monotheistischen Religionen vereinbaren lassen. Auch dürften diesbezüglich Probleme bei den Beitrittsverhandlungen der EU mit der islamisch geprägten Türkei zu erwarten sein, wenn eine so weitgehende Gleichstellung von Ehe und homosexueller Lebenspartnerschaft zum Standard einer europäischen Wertegemeinschaft gehören soll.³ Außerdem ist die gleichgeschlechtliche Elternschaft kraft Gesetzes eine Konstruktion, die biologisch unmöglich ist. Entsprechend groß ist daher die Gefahr, dass das so adoptierte Kind und damit auch mittelbar die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft im Alltag der Diskriminierung ausgesetzt wird. Mit seinem neuerlichen Vorstoß, die gleichgeschlechtliche

¹ Art. 1 LPartRüBG, Änderung des Lebenspartnerschaftsgesetzes v. 15.12.2004 (BGBl I, S. 3396), in Kraft getreten am 1.1.2005.

² Vgl. Finger, zum 1.1.2005: Neues Recht der registrierten Lebenspartnerschaft, FuR 2005, 5 ff.

³ Die einzigen Länder in der EU, die die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare erlauben, sind die Niederlande u. Belgien. Die Stiefkindadoption durch gleichgeschlechtliche Partner erlauben Dänemark, die Niederlande, Schweden und Deutschland. Eingetragene Lebenspartnerschaften finden sich hingegen in einer Vielzahl von Ländern innerhalb der EU.