
Datum: 10.08.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 7 WF 93/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0810.7WF93.10.00

Vorinstanz: Amtsgericht Soest, 16 F 52/10

Tenor:

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Amtsgerichts ? Familiengericht ? Soest vom 19.03.2010 wird zurückgewiesen.

(*1)

Gründe :

Der Senat schließt sich den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung an. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf diese Bezug genommen. 1 2

Der Senat ist ausdrücklich mit dem Amtsgericht und dem 13. Senat des Hauses der Auffassung, dass § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 SGB II nicht die Möglichkeit eines anrechenbaren Hinzuverdienstes in Höhe einer bestehenden Unterhaltsverpflichtung eröffnet, wenn diese nicht bereits vor Beginn des Arbeitslosengeldbezuges bestand. Insoweit hat der 13. Senat in der in Bezug genommenen Entscheidung NJW 2009, 3446 überzeugend ausgeführt, dass mit der Vorschrift keine Ausweitung der bestehenden Möglichkeiten eines anrechenbaren Erzielens von Einnahmen vom Gesetzgeber beabsichtigt war, sondern die Regelung vielmehr allein darauf Rücksicht nimmt, dass ein aufgrund bereits titulierter Unterhaltsansprüche pfändbares Einkommen des Arbeitslosengeldbeziehers diesem nicht zur Verfügung steht und daher bei der Berechnung außer Betracht zu bleiben hat. Es scheint wenig einleuchtend, dass darüber hinaus noch nicht titulierte Ansprüche bzw. erst nach Beginn des Bezuges titulierte Ansprüche Berücksichtigung finden sollten, weil dies zur Folge hätte, dass der Unterhaltsanspruch letztendlich aus öffentlichen Mitteln finanziert würde, was allen 3

sozialrechtlichen und unterhaltsrechtlichen Regelungen widerspricht. Denn grundsätzlich muss derjenige keinen Unterhalt zahlen, der durch die Zahlung selbst bedürftig im sozialrechtlichen Sinne würde.

Der Wortlaut der Vorschrift besagt nichts anderes, sondern spricht eher dafür, dass die Vorschrift nicht die nachträgliche Schaffung von Unterhaltstiteln zu Lasten der Sozialkasse ermöglichen soll.

(*1)

Am 05.01.2011 erging folgender Ergänzungsbeschluss:

Auf die Gehörsrüge des Antragstellers wird der Tenor des Senatsbeschluss vom 10. Aug 2010 wie folgt ergänzt:

Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde wegen der Rechtsfrage zu, ob § 11 II 1 Nr. 7 SGB II die Möglichkeit eines sozialrechtlich anrechnungsfreien Hinzuverdienstes in Höhe eines bei Bewilligung der Sozialhilfeleistung noch nicht titulierten Unterhaltsanspruchs eröffnet.

Gründe:

I.

Der minderjährige Antragsteller nimmt seine Mutter auf Unterhalt in Anspruch und beantragt dafür VKH. Diese bezog bereits vor der Einleitung des vorliegenden Verfahrens Leistungen nach dem SGB II. Daneben erzielt sie aus einer Berufstätigkeit 400 €/Monat, von denen der Leistungsträger ihr 160 € belässt. Der Rest wird auf die ansonsten zustehenden Leistungen nach dem SGB II angerechnet. Der Antragsteller ist der Meinung, dass auch der Differenzbetrag von 240 € der Antragsgegnerin anrechnungsfrei zu verbleiben hätte, wenn sie an ihn Unterhalt zahlte. Dann sei sie leistungsfähig.

Die Antragsgegnerin hält sich wegen der Betreuung von Geschwistern des Antragstellers für nicht leistungsfähig. Sie meint, mehr als 160 €/Monat könne sie nicht hinzuverdienen, ohne dass der Mehrbetrag auf die Leistungen nach dem SGB II angerechnet würden.

Das AG hat unter Hinweis auf die Entscheidung des hiesigen 13. Familiensenats in NJW 2009,3436 VKH abgelehnt, weil nach § 11 II 1 Nr. 7 SGB II ein Hinzuverdienst nur in Höhe eines schon bei Beginn der SGB II-Leistung titulierten Unterhaltsanspruchs bestehe. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, der darauf hinweist, dass die Frage der Auslegung von § 11 II 1 Nr. 7 SGB II zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten umstritten ist. Deshalb hat er mit der Beschwerde hilfsweise die Zulassung der Rechtsbeschwerde beantragt.

Der Senat hat mit Beschluss vom 10. Aug 2010 die Beschwerde unter Hinweis auf die seines Erachtens überzeugendenn Gründe des hiesigen 13. Familiensenats in der Entscheidung NJW 2009,3446 zurückgewiesen, ohne die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Dagegen richtet sich die Gehörsrüge.

II.

Sie hat Erfolg.

Die Gehörsrüge (§ 44 FamFG) ist statthaft und unwiderlegbar rechtzeitig erhoben. Der Senat ist gehalten, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, weil die Entscheidung von einer grundsätzlichen, zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten umstrittenen Rechtsfrage abhängt.

Der Senat hat erwogen, den angefochtenen Beschluss des AG aufzuheben und VKH zu bewilligen, weil umstrittene Rechtsfragen nicht im VKH-Verfahren zulasten des Antragstellers gelöst werden sollen (so für den Konfliktfall zwischen Bewilligung von PKH durch das Beschwerdegericht und Zulassung der Rechtsbeschwerde Musielak/Fischer, § 127 ZPO Rdnr.25). Der Senat hält dies nicht für den gebotenen Weg. Er würde nur dazu führen, dass der Senat demnächst im Hauptverfahren an seiner Ansicht zur Anrechenbarkeit festhalten würde und dann die Rechtsbeschwerde zulassen müsste. Das ist ein zeitraubender Umweg. 18

Der Senat ist der Ansicht, dass die Antragsgegnerin vollständig leistungsunfähig ist. Ihr ist nicht fiktiv ein Einkommen zuzurechnen, dass sie in die Lage versetzen würde, den Unterhaltsanspruch des Antragstellers zu befriedigen. Deshalb kommt es nach Ansicht des Senats auf die Frage an, ob der Antragsgegnerin mit Rücksicht auf die grundsätzlich gegebene Unterhaltspflicht gegenüber dem Antragsteller von ihrem Hinzuverdienst mehr als 160 €/Monat nach § 11 II 1 Nr. 7 SGB II anrechnungsfrei zu belassen sind, obwohl bezüglich dieses Unterhaltsanspruchs bei Beginn des Sozialleistungsbezugs kein Titel bestand. Diese Frage ist nach Ansicht des Senats zu verneinen. Von der Entscheidung dieser Rechtsfrage hängt die Entscheidung über die VKH-Beschwerde ab. 19

Der 13. hiesige Familiensenat hat dazu a.a.O. ausgeführt: 20

Die Bekl. kann auch nicht auf Grund der Vorschrift des § SGB II § 11 SGB II § 11 Absatz II 1 Nr. 7 SGB II weitere anrechnungsfreie Einnahmen erzielen, die zu einer höheren Leistungsfähigkeit bis hin zum Mindestunterhalt führen könnten. 21

Soweit teilweise die Ansicht vertreten wird, dass über die oben genannten anrechnungsfreien Einkünfte hinaus das zur Erfüllung der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § BGB § 1603 BGB eingesetzte Einkommen eines unterhaltspflichtigen ALG II-Empfängers aus einer Nebentätigkeit gem. § SGB II § 11 SGB II § 11 Absatz II 1 Nr. 7 SGB II anrechnungsfrei bleibt (so ausdr. *OLG Hamm*, BeckRS 2007, BECKRS Jahr 19473; *OLG Brandenburg*, ZFE 2008, 69 = BeckRS 2008, BECKRS Jahr 9487; NJW-RR 2008, NJW-RR Jahr 2008 Seite 960 = FamRZ 2008, FAMRZ Jahr 2008 Seite 2304; NJW 2008, NJW Jahr 2008 Seite 3366; NJW-RR 2009, NJW-RR Jahr 2009 Seite 150; *Hoppertz/Hülsmann*, Der reformierte Unterhalt, § 1603 BGB Rdnr. 27), folgt der Senat dem – entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung – nicht. Eine derartige Auslegung der Vorschrift ist unter mehreren Gesichtspunkten nicht angezeigt: 22

a) Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte des § SGB II § 11 SGB II § 11 Absatz II 1 Nr. 7 SGB II ist zu berücksichtigen, dass durch die Einführung dieser Vorschrift zum 1. 8. 2006 keine eigentliche Neuregelung im Sinne einer Ausweitung der anrechnungsfrei erzielbaren Einnahmen über die geltenden Freibeträge hinaus erfolgt ist. Die Rechtsprechung des BVerwG und die ständige 23

Verwaltungspraxis sind lediglich gesetzlich übernommen worden (zur alten Rechtslage unter Hinw. auf Nr. 11.5 der damaligen internen Anordnungen der Bundesagentur für Arbeit m.w. Nachw. auf die sozialrechtliche Rechtsprechung *OLG Koblenz*, NJOZ 2006, NJOZ Jahr 2006 Seite 2143 = FamRZ 2006, FAMRZ Jahr 2006 Seite 297; *OLG Brandenburg*, BeckRS 2009, BECKRS Jahr 7299; NJW 2006, NJW Jahr 2006 Seite 3286 = FamRZ 2006, FAMRZ Jahr 24

b) Auch der Sinn und Zweck der Regelung steht dem entgegen, da eine Ausweitung der bestehenden Möglichkeiten eines anrechnungsfreien Erzielens von Einnahmen vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war. Dem Regelungsinhalt der Vorschrift liegt vielmehr der im Sozialrecht zutreffende Gedanke zu Grunde, dass titulierte Unterhaltsansprüche bereits auf Grund der Möglichkeit einer jederzeitigen Pfändung dem Empfänger von Sozialleistungen nicht als bereites Einkommen zur Verfügung stehen. Dies wird im zu Grunde liegenden Gesetzentwurf vom 9. 5. 2006 – BT-Dr 16/1410, S. 52 – ausdrücklich näher ausgeführt und dargelegt. Anders ausgedrückt akzeptiert das Sozialrecht lediglich, dass derartige Titel (vorübergehend) noch vorliegen können. Dies ist zum Beispiel immer dann denkbar, wenn ein Titel vorliegt, der noch auf der Grundlage zwischenzeitlich überholter Einkommensverhältnisse ergangen ist. In Konsequenz hiervon sieht die im Internet veröffentlichte einschlägige Weisung zur Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld (ALG II-VO) vom 18. 12. 2008 in Nr. 11.89 ausdrücklich vor, dass – soweit der Unterhaltspflichtige durch die Absetzung der Unterhaltsbeträge selbst hilfebedürftig wird – dieser aufzufordern ist, im Rahmen seiner Selbsthilfemöglichkeiten einen Antrag auf Abänderung des in der Regel noch unter anderen Bedingungen ergangenen Unterhaltstitels zu stellen. Anderenfalls würde letztlich der Unterhalt mittelbar aus dem Sozialeinkommen finanziert, ohne dass geprüft werden könnte, ob der Empfänger von Sozialleistungen nach sozialrechtlichen Grundsätzen überhaupt als bedürftig anzusehen wäre (zum Ganzen eingehend *Schürmann*, ZFE 2008, 57).

c) Schließlich ist zu berücksichtigen, dass eine allein auf den Wortlaut des § SGB II § 11 SGB II § 11 Absatz II 1 Nr. 7 SGB II abstellende Auffassung dazu führen würde, dass abhängig von dem jeweiligen Prozessverlauf – ohne Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse – Ansprüche geschaffen werden könnten. Sieht man nämlich als „tituliert“ im Sinne dieser Vorschrift auch einen durch ein erstinstanzliches Gericht noch nicht rechtskräftig zuerkannten Unterhaltsanspruch an (so ausdr. *OLG Brandenburg*, NJW 2008, NJW Jahr 2008 Seite 3366; *OLG Hamm*, BeckRS 2007, BECKRS Jahr 19473), so würde dies dazu führen, dass dieses Urteil bereits dauerhafte Rechtsfolgen hervorrufen würde, obwohl der Rechtsmittelinstanz die Überprüfung vorbehalten ist. Ein solches Ergebnis wäre nur dann gerechtfertigt, wenn im Falle der Möglichkeit der Erzielung von Einkünften neben dem Bezug von Arbeitslosengeld eine Obliegenheit des Unterhaltsschuldners bestünde, eine Kindesunterhaltsverpflichtung zum Beispiel durch eine notarielle Urkunde oder in einer Jugendamtsurkunde – gegebenenfalls sogar vorprozessual – titulieren zu lassen (so ausdr. *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2008, NJW-RR Jahr 2008 Seite 960). Eine derartige Obliegenheit kann indes nicht angenommen werden, da der Unterhaltsschuldner im Streitfall Anspruch darauf hat, die Höhe seiner Unterhaltspflicht im konkreten Einzelfall gerichtlich klären und feststellen zu lassen

Das OLG Düsseldorf NJW LSK2010,460335 hat ausgeführt:

Der Senat folgt der Auffassung, dass § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II nicht zu einer Ausweitung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit für den Fall zu titulierenden Unterhalts führt. Diese Vorschrift ist durch Art. 1 Nr. 9 des sog. Fortentwicklungsgesetzes vom 20.07.2006 (BGBl. 2006 Teil I Seite 1706 f.) eingeführt worden und soll nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/1410 S. 20) sicherstellen, dass nur für den eigenen Lebensunterhalt einsatzfähiges Einkommen bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit berücksichtigt wird (vgl. §§ 9 und 11 Abs. 1 SGB II). Zu dem einsatzfähigen - „bereiten“ - Einkommen gehört danach nicht der für die Erfüllung gesetzlicher Unterhaltspflichten bis zu

dem in einem Unterhaltstitel oder in einer notariell beurkundeten Unterhaltsvereinbarung festgelegte Betrag, und zwar „wegen der jederzeitigen Pfändbarkeit“. Der Hinweis auf die jederzeit mögliche Pfändung zeigt, dass der Gesetzgeber von einem bereits vorhandenen und nicht einem erst noch zu schaffenden Unterhaltstitel ausging, weil nur unter dieser Voraussetzung eine Pfändung zu jeder Zeit möglich ist. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II hat allerdings nichts daran geändert, dass die Leistungsfähigkeit nach § 1603 BGB zu beurteilen ist, der die „gesetzliche Unterhaltsverpflichtung“ für den Bereich des Verwandtenunterhalts begrenzt. Diese Grenzen werden durch eine sozialrechtliche Vorschrift über die Anrechnungsfreiheit bestimmter Einkommensbestandteile nicht erweitert. Andernfalls würde mittelbar eine zusätzliche Einstandspflicht des Leistungsträgers für Angehörige des Hilfebedürftigen begründet, obwohl diese Angehörigen nicht im Haushalt des Hilfebedürftigen leben und nicht zu dessen Bedarfsgemeinschaft im Sinne des § 7 Abs. 2 und 3 SGB II gehören (Scholz a. a. O.). Nach Auffassung des Senats war eine derartige Folge mit der Gesetzesänderung nicht beabsichtigt (vgl. dazu auch Schürmann a. a. O. mit Hinweisen auf die verwaltungsrechtliche Praxis und Rechtsprechung bei Verabschiedung des Fortentwicklungsgesetzes).	
Das alles hält der Senat für überzeugend. Die entgegenstehende Rspr. des OLG Brandenburg a.a.O. überzeugt aus den vom hiesigen 13. Familiensenat dargelegten Gründen nicht.	29
(*1)	30
Am 05.01.2011 erging folgender Ergänzungsbeschluss:	31
Auf die Gehörsrüge des Antragstellers wird der Tenor des Senatsbeschluss vom 10. Aug 2010 wie folgt ergänzt:	32
Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde wegen der Rechtsfrage zu, ob § 11 II 1 Nr. 7 SGB II die Möglichkeit eines sozialrechtlich anrechnungsfreien Hinzuverdienstes in Höhe eines bei Bewilligung der Sozialhilfeleistung noch nicht titulierten Unterhaltsanspruchs eröffnet.	33
Gründe:	34
I.	35
Der minderjährige Antragsteller nimmt seine Mutter auf Unterhalt in Anspruch und beantragt dafür VKH. Diese bezog bereits vor der Einleitung des vorliegenden Verfahrens Leistungen nach dem SGB II. Daneben erzielt sie aus einer Berufstätigkeit 400 €/Monat, von denen der Leistungsträger ihr 160 € belässt. Der Rest wird auf die ansonsten zustehenden Leistungen nach dem SGB II angerechnet. Der Antragsteller ist der Meinung, dass auch der Differenzbetrag von 240 € der Antragsgegnerin anrechnungsfrei zu verbleiben hätte, wenn sie an ihn Unterhalt zahlte. Dann sei sie leistungsfähig.	36
Die Antragsgegnerin hält sich wegen der Betreuung von Geschwistern des Antragstellers für nicht leistungsfähig. Sie meint, mehr als 160 €/Monat könne sie nicht hinzuverdienen, ohne dass der Mehrbetrag auf die Leistungen nach dem SGB II angerechnet würden.	37
Das AG hat unter Hinweis auf die Entscheidung des hiesigen 13. Familiensenats in NJW 2009,3436 VKH abgelehnt, weil nach § 11 II 1 Nr. 7 SGB II ein Hinzuverdienst nur in Höhe eines schon bei Beginn der SGB II-Leistung titulierten Unterhaltsanspruchs bestehe.	38

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, der darauf hinweist, dass die Frage der Auslegung von § 11 II 1 Nr. 7 SGB II zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten umstritten ist. Deshalb hat er mit der Beschwerde hilfsweise die Zulassung der Rechtsbeschwerde beantragt.

Der Senat hat mit Beschluss vom 10. Aug 2010 die Beschwerde unter Hinweis auf die seines Erachtens überzeugendenn Gründe des hiesigen 13. Familiensenats in der Entscheidung NJW 2009,3446 zurückgewiesen, ohne die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Dagegen richtet sich die Gehörsrüge. 39

II. 40

Sie hat Erfolg. 41

Die Gehörsrüge (§ 44 FamFG) ist statthaft und unwiderlegbar rechtzeitig erhoben. Der Senat ist gehalten, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, weil die Entscheidung von einer grundsätzlichen, zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten umstrittenen Rechtsfrage abhängt. 42

Der Senat hat erwogen, den angefochtenen Beschluss des AG aufzuheben und VKH zu bewilligen, weil umstrittene Rechtsfragen nicht im VKH-Verfahren zulasten des Antragstellers gelöst werden sollen (so für den Konfliktfall zwischen Bewilligung von PKH durch das Beschwerdegericht und Zulassung der Rechtsbeschwerde Musielak/Fischer, § 127 ZPO Rdnr.25). Der Senat hält dies nicht für den gebotenen Weg. Er würde nur dazu führen, dass der Senat demnächst im Hauptverfahren an seiner Ansicht zur Anrechenbarkeit festhalten würde und dann die Rechtsbeschwerde zulassen müsste. Das ist ein zeitraubender Umweg. 43

Der Senat ist der Ansicht, dass die Antragsgegnerin vollständig leistungsunfähig ist. Ihr ist nicht fiktiv ein Einkommen zuzurechnen, dass sie in die Lage versetzen würde, den Unterhaltsanspruch des Antragstellers zu befriedigen. Deshalb kommt es nach Ansicht des Senats auf die Frage an, ob der Antragsgegnerin mit Rücksicht auf die grundsätzlich gegebene Unterhaltspflicht gegenüber dem Antragsteller von ihrem Hinzuverdienst mehr als 160 €/Monat nach § 11 II 1 Nr. 7 SGB II anrechnungsfrei zu belassen sind, obwohl bezüglich dieses Unterhaltsanspruchs bei Beginn des Sozialleistungsbezugs kein Titel bestand. Diese Frage ist nach Ansicht des Senats zu verneinen. Von der Entscheidung dieser Rechtsfrage hängt die Entscheidung über die VKH-Beschwerde ab. 44

Der 13. hiesige Familiensenat hat dazu a.a.O. ausgeführt: 45

Die Bekl. kann auch nicht auf Grund der Vorschrift des § SGB II § 11 SGB II § 11 Absatz II 1 Nr. 7 SGB II weitere anrechnungsfreie Einnahmen erzielen, die zu einer höheren Leistungsfähigkeit bis hin zum Mindestunterhalt führen könnten. 46

Soweit teilweise die Ansicht vertreten wird, dass über die oben genannten anrechnungsfreien Einkünfte hinaus das zur Erfüllung der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § BGB § 1603 BGB eingesetzte Einkommen eines unterhaltspflichtigen ALG II-Empfängers aus einer Nebentätigkeit gem. § SGB II § 11 SGB II § 11 Absatz II 1 Nr. 7 SGB II anrechnungsfrei bleibt (so ausdr. *OLG Hamm*, BeckRS 2007, BECKRS Jahr 19473; *OLG Brandenburg*, ZFE 2008, 69 = BeckRS 2008, BECKRS Jahr 9487; NJW-RR 2008, NJW-RR Jahr 2008 Seite 960 = FamRZ 2008, FAMRZ Jahr 2008 Seite 2304; NJW 2008, NJW Jahr 2008 Seite 3366; NJW-RR 2009, NJW-RR Jahr 2009 Seite 150; *Hoppenz/Hülsmann*, Der reformierte Unterhalt, § 1603 BGB Rdnr. 27), folgt der *Senat* dem – entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung – 47

nicht. Eine derartige Auslegung der Vorschrift ist unter mehreren Gesichtspunkten nicht angezeigt:

a) Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte des § SGB II § 11 SGB II § 11 Absatz II 1 Nr. 7 SGB II ist zu berücksichtigen, dass durch die Einführung dieser Vorschrift zum 1. 8. 2006 keine eigentliche Neuregelung im Sinne einer Ausweitung der anrechnungsfrei erzielbaren Einnahmen über die geltenden Freibeträge hinaus erfolgt ist. Die Rechtsprechung des BVerwG und die ständige 48

Verwaltungspraxis sind lediglich gesetzlich übernommen worden (zur alten Rechtslage unter Hinw. auf Nr. 11.5 der damaligen internen Anordnungen der Bundesagentur für Arbeit m.w. Nachw. auf die sozialrechtliche Rechtsprechung *OLG Koblenz*, NJOZ 2006, NJOZ Jahr 2006 Seite 2143 = FamRZ 2006, FAMRZ Jahr 2006 Seite 297; *OLG Brandenburg*, BeckRS 2009, BECKRS Jahr 7299; NJW 2006, NJW Jahr 2006 Seite 3286 = FamRZ 2006, FAMRZ Jahr 2006 Seite 1297). 49

b) Auch der Sinn und Zweck der Regelung steht dem entgegen, da eine Ausweitung der bestehenden Möglichkeiten eines anrechnungsfreien Erzielens von Einnahmen vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war. Dem Regelungsinhalt der Vorschrift liegt vielmehr der im Sozialrecht zutreffende Gedanke zu Grunde, dass titulierte Unterhaltsansprüche bereits auf Grund der Möglichkeit einer jederzeitigen Pfändung dem Empfänger von Sozialleistungen nicht als bereites Einkommen zur Verfügung stehen. Dies wird im zu Grunde liegenden Gesetzentwurf vom 9. 5. 2006 – BT-Dr 16/1410, S. 52 – ausdrücklich näher ausgeführt und dargelegt. Anders ausgedrückt akzeptiert das Sozialrecht lediglich, dass derartige Titel (vorübergehend) noch vorliegen können. Dies ist zum Beispiel immer dann denkbar, wenn ein Titel vorliegt, der noch auf der Grundlage zwischenzeitlich überholter Einkommensverhältnisse ergangen ist. In Konsequenz hiervon sieht die im Internet veröffentlichte einschlägige Weisung zur Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld (ALG II-VO) vom 18. 12. 2008 in Nr. 11.89 ausdrücklich vor, dass – soweit der Unterhaltspflichtige durch die Absetzung der Unterhaltsbeträge selbst hilfebedürftig wird – dieser aufzufordern ist, im Rahmen seiner Selbsthilfemöglichkeiten einen Antrag auf Abänderung des in der Regel noch unter anderen Bedingungen ergangenen Unterhaltstitels zu stellen. Anderenfalls würde letztlich der Unterhalt mittelbar aus dem Sozialeinkommen finanziert, ohne dass geprüft werden könnte, ob der Empfänger von Sozialleistungen nach sozialrechtlichen Grundsätzen überhaupt als bedürftig anzusehen wäre (zum Ganzen eingehend *Schürmann*, ZFE 2008, 57). 50

c) Schließlich ist zu berücksichtigen, dass eine allein auf den Wortlaut des § SGB II § 11 SGB II § 11 Absatz II 1 Nr. 7 SGB II abstellende Auffassung dazu führen würde, dass abhängig von dem jeweiligen Prozessverlauf – ohne Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse – Ansprüche geschaffen werden könnten. Sieht man nämlich als „tituliert“ im Sinne dieser Vorschrift auch einen durch ein erstinstanzliches Gericht noch nicht rechtskräftig zuerkannten Unterhaltsanspruch an (so ausdr. *OLG Brandenburg*, NJW 2008, NJW Jahr 2008 Seite 3366; *OLG Hamm*, BeckRS 2007, BECKRS Jahr 19473), so würde dies dazu führen, dass dieses Urteil bereits dauerhafte Rechtsfolgen hervorrufen würde, obwohl der Rechtsmittelinstanz die Überprüfung vorbehalten ist. Ein solches Ergebnis wäre nur dann gerechtfertigt, wenn im Falle der Möglichkeit der Erzielung von Einkünften neben dem Bezug von Arbeitslosengeld eine Obliegenheit des Unterhaltsschuldners bestünde, eine Kindesunterhaltsverpflichtung zum Beispiel durch eine notarielle Urkunde oder in einer Jugendamtsurkunde – gegebenenfalls sogar vorprozessual – titulieren zu lassen (so ausdr. *OLG Brandenburg*, 51

NJW-RR 2008, NJW-RR Jahr 2008 Seite 960). Eine derartige Obliegenheit kann indes nicht angenommen werden, da der Unterhaltsschuldner im Streitfall Anspruch darauf hat, die Höhe seiner Unterhaltspflicht im konkreten Einzelfall gerichtlich klären und feststellen zu lassen

Das OLG Düsseldorf NJW LSK2010,460335 hat ausgeführt:

52

Der Senat folgt der Auffassung, dass § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II nicht zu einer Ausweitung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit für den Fall zu titulierenden Unterhalts führt. Diese Vorschrift ist durch Art. 1 Nr. 9 des sog. Fortentwicklungsgesetzes vom 20.07.2006 (BGBl. 2006 Teil I Seite 1706 f.) eingeführt worden und soll nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/1410 S. 20) sicherstellen, dass nur für den eigenen Lebensunterhalt einsatzfähiges Einkommen bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit berücksichtigt wird (vgl. §§ 9 und 11 Abs. 1 SGB II). Zu dem einsatzfähigen - „bereiten“ - Einkommen gehört danach nicht der für die Erfüllung gesetzlicher Unterhaltspflichten bis zu dem in einem Unterhaltstitel oder in einer notariell beurkundeten Unterhaltsvereinbarung festgelegte Betrag, und zwar „wegen der jederzeitigen Pfändbarkeit“. Der Hinweis auf die jederzeit mögliche Pfändung zeigt, dass der Gesetzgeber von einem bereits vorhandenen und nicht einem erst noch zu schaffenden Unterhaltstitel ausging, weil nur unter dieser Voraussetzung eine Pfändung zu jeder Zeit möglich ist. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB II hat allerdings nichts daran geändert, dass die Leistungsfähigkeit nach § 1603 BGB zu beurteilen ist, der die „gesetzliche Unterhaltsverpflichtung“ für den Bereich des Verwandtenunterhalts begrenzt. Diese Grenzen werden durch eine sozialrechtliche Vorschrift über die Anrechnungsfreiheit bestimmter Einkommensbestandteile nicht erweitert. Andernfalls würde mittelbar eine zusätzliche Einstandspflicht des Leistungsträgers für Angehörige des Hilfebedürftigen begründet, obwohl diese Angehörigen nicht im Haushalt des Hilfebedürftigen leben und nicht zu dessen Bedarfsgemeinschaft im Sinne des § 7 Abs. 2 und 3 SGB II gehören (Scholz a. a. O.). Nach Auffassung des Senats war eine derartige Folge mit der Gesetzesänderung nicht beabsichtigt (vgl. dazu auch Schürmann a. a. O. mit Hinweisen auf die verwaltungsrechtliche Praxis und Rechtsprechung bei Verabschiedung des Fortentwicklungsgesetzes).

53

Das alles hält der Senat für überzeugend. Die entgegenstehende Rspr. des OLG Brandenburg a.a.O. überzeugt aus den vom hiesigen 13. Familiensenat dargelegten Gründen nicht.

54