

## STELLUNGNAHME

vom 23. November 2009

**Unterhaltsvorschussrecht**

**hier: Auswirkungen des neu eingeführten § 241 FamFG**

**(Vor Gericht erfolgreiches Herabsetzungsbegehren des Unterhaltsschuldners; nunmehr erweitert zulässige rückwirkende Rückforderung überzahlten Unterhalts; hierdurch entstehende Anspruchsberechtigung auf UV-Leistungen; zur Problematik der Zeitschranke für die Antragstellung in § 4 UVG uam)**

Das anfragende Jugendamt schildert folgenden Sachverhalt:

*Wir hatten in der letzten Woche eine interne Fortbildung zum neuen FamFG, an der alle Mitarbeiter aus den Aufgabenbereichen UVG und Beistandschaften teilgenommen haben. Im Zuge der Fortbildung wurde die Problematik der Rückforderung erbrachter Unterhaltszahlungen im Falle eines erfolgreichen Herabsetzungsbegehrens und der damit einhergehenden rückwirkenden Anspruchsberechtigung nach dem UVG erörtert.*

*Vor dem Hintergrund der maximal einmonatigen rückwirkenden Anspruchsberechtigung nach dem UVG wurde vorgeschlagen, bei jedem Herabsetzungsbegehren gleichzeitig einen UV-Antrag stellen zu lassen, dessen Bearbeitung dann bis zum Abschluss des Herabsetzungsverfahrens ruht. Würde dem Herabsetzungsbegehren stattgegeben, könnte dann unbegrenzt rückwirkend auf UV-Leistungen*

angesichts des vorliegenden und noch nicht beschiedenen Antrags zurückgegriffen werden.

Als Verwaltungsrechtler und ehemaliger UV-Sachbearbeiter kann ich mich damit gar nicht anfreunden. Meinen Mitarbeiter/innen in der UV-Stelle geht es auch so. Ich sehe den richtigen Weg eher in der Ablehnung der UV-Leistungen wegen ausreichender Unterhaltzahlungen zum Zeitpunkt des Herabsetzungsbegehrens und der anschließenden Anwendung von § 44 SGB X.

Ich habe hierzu bereits versucht, von unserem für das UVG zuständigen Ministerium eine Aussage zu bekommen. Diese konnte man mir nicht geben und bat, bei Vorliegen eines konkreten Einzelfalls die Thematik nochmals vorzutragen.

In Anbetracht der angekündigten Kindergeld/Freibetragserhöhung und der damit zu erwartenden Herabsetzungsbegehren bin ich mit dieser Aussage nicht so recht zufrieden.

Gibt es seitens des Instituts hierzu bereits eine Aussage bzw. ein Rechtsgutachten oder können Sie eine Empfehlung geben, wie in derartigen Fällen aus Ihrer Sicht unter Wahrung der Interessen der Berechtigten vorgegangen werden könnte?

## **I. Bereicherungsanspruch bei rechtsgrundlos gezahltem Unterhalt**

1. Ein Unterhaltstitel stellt regelmäßig den Rechtsgrund für erbrachte Leistungen dar. Solange er nicht abgeändert ist, kann der Pflichtige erbrachte, aber materiellrechtlich nicht geschuldete Zahlungen nicht nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff BGB) zurückverlangen.

2. Mit einer Abänderung ist allerdings dieser rechtliche Grund entfallen, sodass der Pflichtige in entsprechendem Umfang die Erstattung gem. § 812 Abs. 1 S. 2 BGB fordern kann.

## **II. Wegfall der Bereicherung: Bisheriges Recht**

1. Allerdings führte dies nach bisherigem Recht häufig nicht zum Ziel. Denn derjenige, der eine ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben muss, kann sich im Grundsatz ggf auf einen Wegfall dieser Bereicherung berufen (§ 818 Abs. 3 BGB). Ein typischer Fall hierfür ist der bestimmungsgemäße Verbrauch einer erhaltenen Unterhaltzahlung.

2. Dieser Einwand ist dem Gläubiger nur dann verwehrt, wenn bei der Entgegennahme der Zahlung oder bei deren späterem Verbrauch bereits ein Rückforderungsverlangen rechtshängig war (§ 818 Abs. 4 BGB) oder der Unterhaltsberechtigte bzw sein gesetzlicher Vertreter bösgläubig nach § 819 Abs. 1 BGB bezüglich des Rechtsgrunds war (was aber von vornherein nicht in Betracht kommt, wenn der Titel noch unverändert besteht).

3. Die genannten Fälle begründen demgemäß eine verschärfte Haftung. Diese kam aber vor dem 01.09.2009 nicht schon dann zum Tragen, wenn lediglich eine Klage auf Änderung des Titels rechtshängig wurde. Entscheidend war vielmehr der Zeitpunkt, in dem *nach einer Herabsetzung der Unterhaltsverpflichtung* die Klage auf *Rückzahlung* zugestellt wurde.

### **III. Neuregelung durch § 241 FamFG**

Mit dem Inkrafttreten des FamFG wurde durch § 241 eine schuldnerfreundlichere Regelung eingeführt: Nach dieser Vorschrift setzt die Haftungsverschärfung bereits dann ein, wenn der Antrag auf Abänderung eines Titels rechtshängig wird.

Kommt das Gericht dem Abänderungsverlangen nach, kann der Unterhaltspflichtige somit einen Bereicherungsanspruch für die ab Rechtshängigkeit dieses Antrags geleisteten Zahlungen nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB geltend machen, ohne dass der Unterhaltsberechtigte sich auf einen Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen darf. Das gilt auch dann, wenn das Geld tatsächlich bereits verbraucht wurde. Inwieweit allerdings die Rückforderung gegen das Kind tatsächlich vollstreckt werden könnte, mag vielfach dahinstehen.

### **IV. Exkurs: Zur Problematik einer Aufrechnung gegen künftigen Unterhalt**

1. Eine Aufrechnung mit künftig fällig werdendem Unterhalt ist nicht von vornherein zulässig. Grundsätzlich bestimmt § 394 BGB, dass gegen eine Forderung, die unpfändbar ist, eine Aufrechnung nicht möglich ist. Welche Forderungen unpfändbar sind, ist in §§ 850 ff ZPO geregelt, die zwischen absolut unpfändbaren (§ 850a ZPO) und bedingt pfändbaren (§ 850b ZPO) Bezügen unterscheiden. Gleichwohl sind auch Letztere den unpfändbaren gleichgestellt (vgl BGH FamRZ 1970, 23; OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 970, 971). Unterhaltsforderungen fallen nach § 850b Abs. 1 Nr 2 ZPO unter die bedingt pfändbaren Forderungen, wobei die Vorschrift neben dem

laufenden Unterhalt ua auch Rückstände und Sonderbedarf erfasst (vgl. *Wohlfahrt FamRZ* 2001, 1185, 1186 mwN).

2. Beruht die Forderung des Unterhaltsverpflichteten auf ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff BGB, greift nach hM das generelle Aufrechnungsverbot nach § 394 BGB, §850b ZPO in vollem Umfang ein. Dasselbe gilt für Ansprüche nach § 717 Abs. 2 ZPO.

In diesen Fällen ist eine Aufrechnung nur auf einem umständlichen Weg möglich, nämlich wenn der Schuldner die – titulierte – Unterhaltsforderung durch einen Antrag beim Vollstreckungsgericht nach § 850b Abs. 2 ZPO für pfändbar erklären lässt und sodann die Forderung gegen sich selbst als Drittschuldner pfändet und sich überweisen lässt. Nur dann ist die erforderliche Billigkeitsprüfung, die § 850b Abs. 2 ZPO vorschreibt, und damit der Schutz des Existenzminimums des Unterhaltsgläubigers gewährleistet (vgl. *Büttner/Niepmann NJW* 2000, 2547, 2553; *Wohlfahrt aaO*, 1188).

## **V. Auswirkungen auf die Anspruchsberechtigung nach dem UVG**

1. Die durch § 241 FamFG geschaffene neue Rechtslage hat naturgemäß Auswirkungen auf die Anspruchsberechtigung des Kindes gem. § 1 Abs. 1 Nr 3a UVG. Denn im Fall einer rückwirkenden Herausgabeverpflichtung ist – bei ebenso rückwirkender Betrachtung – im entsprechenden Umfang die Voraussetzung erfüllt, dass das Kind keinen Unterhalt von dem anderen Elternteil erhalten hat.

2. Einer unbegrenzt rückwirkenden Antragstellung auf die Sozialleistung steht aber die Bestimmung des § 4 S. 1 UVG entgegen. Danach wird die Leistung rückwirkend längstens für den letzten Monat vor dem Monat gezahlt, in dem der Antrag hierauf in rechtswirksamer Weise eingegangen ist.

3. Deshalb ist es grundsätzlich richtig, den insoweit vertretungsberechtigten Elternteilen zu empfehlen, alsbald nach Rechtshängigkeit eines Abänderungsantrags gem. §§ 238, 239 FamFG vorsorglich Unterhaltsvorschuss zu beantragen, auch wenn noch nicht feststeht, ob und in welchem Umfang das Gericht den Titel tatsächlich abändern und so die Grundlage für eine Rückforderung schaffen wird (die dann an sich auch tatsächlich bewirkt werden müsste, um dem entsprechenden Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 1 Nr 3a UVG Rechnung zu tragen; vgl. aber unten VIII.).

## VI. Amtspflicht der Beistände zum Hinweis auf eine mögliche Antragstellung

Nach hiesiger Auffassung besteht sogar eine entsprechende Hinweispflicht der jeweils im konkreten Fall tätigen Beistände. Zwar gehört die Antragstellung auf Unterhaltsvorschuss nicht zu deren gesetzlichen Aufgaben. Jedoch hat der BGH mit seinem Urteil vom 17.06.1999 (FamRZ 1999, 1342 = DAVorm 1999, 881) eine Amtshaftung bei unterbliebenen Hinweisen eines Amtspflegers nach früherem Recht immerhin dann für möglich gehalten, wenn die Fachkraft im Jugendamt aufgrund seiner genauen Kenntnis des Sachverhalts bei gezielter Fallbefassung erkennt, dass eine Anspruchsberechtigung auf eine Sozialleistung besteht und der Berechtigte bzw dessen gesetzlicher Vertreter diese Kenntnis nicht hat:

„Der Umstand, daß die Geltendmachung von Ansprüchen nach dem Unterhaltsvorschußgesetz nicht zum Aufgabenbereich des Amtspflegers nach §§ 1706, 1709 BGB a.F. gehörte und demzufolge eine allgemeine Pflicht, das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach diesem Gesetz zu prüfen bzw. auf eine Beantragung dieser Leistung durch die Mutter des Pfleglings hinzuwirken, nicht bestanden hat, **schließt eine Amtshaftung des Jugendamtes des beklagten Landkreises allerdings nicht von vornherein aus.** In der Rechtsprechung des Senats ist der allgemeine Grundsatz anerkannt, daß ein **Beamter nicht "sehenden Auges" zulassen darf, daß der Bürger einen Schaden erleidet**, den er, der Beamte, durch einen kurzen Hinweis, eine Belehrung mit wenigen Worten oder eine entsprechende Aufklärung über die Sach- und Rechtslage zu vermeiden in der Lage ist. Eine dahingehende Amtspflicht setzt zwar nicht notwendig voraus, daß sich der Bürger - wie regelmäßig - "fragend" an die Behörde wendet, jedoch **muß ein konkreter Anlaß dafür bestehen, daß sich die Behörde mit der betreffenden Angelegenheit des Bürgers beschäftigt** (vgl. nur Senatsurteil vom 7. Dezember 1995 – III ZR 141/94 – NVwZ 1996, 512, 514).

Daß der mit der Führung der Amtspflegschaft betraute Bedienstete in dem hier maßgeblichen Zeitraum anlässlich einer konkreten Befassung mit den Angelegenheiten der Kläger erkannt hatte oder es sich ihm hätte aufdrängen müssen, daß die Kläger bzw. ihre Mutter die Stellung eines Antrags auf Zahlung von Unterhaltsleistungen verabsäumen würden oder bereits verabsäumt haben, haben die Kläger indessen nicht behauptet. Das Berufungsgericht hat derartiges auch nicht festgestellt. Es hat lediglich ausgeführt,

daß der die Pflegeraufgaben wahrnehmende Amtsträger "ohnehin den entsprechenden Aktenvorgang zu einem Zeitpunkt vor oder nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung auf dem Tisch" gehabt habe, zu dem auf eine rechtzeitige Antragstellung hätte hingewirkt werden können. Dies reicht indes zur Bejahung einer Amtspflichtverletzung nicht aus. **Nicht jede noch so oberflächliche oder routinemäßige Befassung mit einer Angelegenheit muß dem zuständigen Beamten Veranlassung geben, sein Augenmerk darauf zu richten, ob gesetzliche Leistungen, die außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs liegen, beantragt worden sind oder gewährt werden.** Auch der Umstand, daß das hierfür maßgebliche Leistungsgesetz geändert worden ist oder eine solche Änderung bevorsteht, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Unerheblich ist weiter, daß der Beamte, wenn er sich - ohne dahingehende Rechtspflicht - mit dieser außerhalb seiner Kompetenz liegenden Angelegenheit näher befaßt hätte, unschwer die dem Anspruchsberechtigten drohenden Nachteile hätte erkennen und mit geringem Aufwand für Abhilfe sorgen können."

## VII. Behandlung eingehender Anträge durch die UVG-Stelle

1. Fest steht lediglich, dass die UVG-Stelle in den hier in Rede stehenden Fällen über einen eingehenden Antrag noch nicht positiv entscheiden kann, da zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 UVG noch nicht vollständig erfüllt sind. Solange nicht einmal gewiss ist, dass das Abänderungsverlangen Erfolg hat, haftet das Kind auch nicht auf Rückzahlung.

2. Ob ein – im Übrigen die allgemeinen Voraussetzungen erfüllender – Antrag lediglich zu den Akten genommen und das Verfahren damit bis auf weiteres ruhend gestellt wird oder ob ein ablehnender Bescheid mit der Möglichkeit der späteren rückwirkenden Änderung zugunsten des Berechtigten gem. § 44 Abs. 1 S.1 SGB X erlassen wird, dürfte letztlich eine Geschmacksfrage sein. Aus hiesiger Sicht erscheinen beide Vorgehensweisen jedenfalls zulässig. Sollte sich die UVG-Stelle für die zweite Variante entscheiden, wäre allerdings eine hinreichend verständliche Information über die Zusammenhänge an den antragsberechtigten Elternteil angezeigt. Denn dieser würde sonst mit nachvollziehbarem Unverständnis reagieren, wenn ihm der Beistand zunächst zu einer Antragstellung rät, die UVG-Stelle aber sogleich den Antrag scheinbar „abschmettert“.

Kurzum: Der Verwaltungspraktiker mag zu einem raschen geordneten Verfahrensabschluss neigen und einen gewissen Widerwillen gegen „ruhende“ Anträge haben, zumal nicht absehbar ist, wann und auf welche Weise er tatsächlich erfährt, dass nunmehr die Anspruchsvoraussetzungen nach § 1 Abs. 1 UVG erfüllt sind. Im optischen Sinne bürgerfreundlicher wäre wohl die Entgegennahme des Antrags mit der Aussicht, hierüber zu entscheiden, sobald der Antragsteller die weiteren Voraussetzungen nachweist.

Wir halten es nicht für fern liegend, dass die Problematik zu gegebener Zeit in den Richtlinien zum UVG aufgegriffen wird. Deshalb haben wir uns erlaubt, das zuständige Bundesministerium und die obersten Landesbehörden hierauf anzusprechen.

### **VIII. Probleme der rückwirkenden Bewilligung bei Rückforderungsverlangen des Unterhaltspflichtigen**

1. Klärungsbedürftig erscheint schließlich noch, ob die rückwirkende Bewilligung der UVG-Leistung bereits beim Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über die Abänderung des Titels in Betracht kommt oder erst beim Nachweis der späteren Rückerstattung der vom Unterhaltsschuldner geltend gemachten Zuviel-Forderung. Im formalen Sinne wäre es richtiger, auf den letztgenannten Umstand abzustellen, weil erst dann feststeht, dass der Schuldner im Ergebnis „keinen Unterhalt gezahlt“ hat.

Problematisch dürfte aber sein, dass dem Kind häufig die Mittel fehlen werden, um dem Erstattungsverlangen nachzukommen (die Mutter ist streng genommen hierzu nicht – anstelle des Kindes – verpflichtet. Inwieweit sie einen eigenen, ggf deliktsrechtlichen, Haftungstatbestand gegenüber dem Unterhaltspflichtigen erfüllt, wenn sie Zahlungen für das Kind nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Abänderungsverlangens entgegennimmt und verbraucht, mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben).

Deshalb sollte zumindest erwogen werden, ob die Unterhaltsvorschussleistung nicht bereits dann rückwirkend bewilligt werden kann, wenn der antragsbefugte Elternteil nachweist, dass der Titel rechtskräftig abgeändert und ein entsprechendes Verlangen des Unterhaltspflichtigen auf Rückzahlung erhoben wurde.

2. Ob dann eine Auszahlung zu Händen des antragstellenden Elternteils tunlich ist, dürfte in manchen Fällen fraglich sein. Nicht immer ist wohl gewährleistet, dass dieser Elternteil die empfangenen Zahlungen dazu verwendet, die berechtigten Erstat-

tungsforderungen des Unterhaltspflichtigen zu tilgen. Es ist aber nicht Sinn der rückwirkenden Bewilligung von Unterhaltsvorschuss, im tatsächlichen Ergebnis eine doppelte Befriedigung des Kindes zu bewirken bzw dem antragsbefugten Elternteil finanzielle Mittel „zur freien Verfügung“ zu überlassen.

3. Vernünftiger wäre die Prüfung, ob die Bewilligung nicht mit der Maßgabe verbunden werden kann, dass die Auszahlung an den bürgerlich-rechtlich Erstattungsberechtigten vorzunehmen ist. Hierfür könnte sich der Nachweis einer Abtretung des Anspruchs auf Unterhaltsvorschuss an den Erstattungsberechtigten anbieten.

Die Vorschrift des § 400 BGB steht dem nicht entgegen. Danach kann eine Forderung nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Letzteres trifft im Grundsatz für Unterhalt zu. Jedoch entspricht es ganz Überwiegender Auffassung, dass die genannte Bestimmung nach ihrem Sinn einschränkend auszulegen ist. Unanwendbar ist demnach § 400 BGB, wenn der Abtretende von dem Abtretungsempfänger eine seiner Forderung entsprechende wirtschaftlich gleichwertige Leistung erhält (*Busche*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2005, § 400 Rn 15 mwN).

Gleichgültig ist dabei, ob das Äquivalent von dem Zessionar freiwillig geleistet worden ist (BGHZ 4, 153, 156) oder aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung, zB zur Zahlung von Unterhalt (BGHZ 13, 360, 367 ff; 59, 109, 115) oder zur Gewährung von Sozialhilfe (BGHZ 127, 354, 356). Maßgebend ist jedoch, dass die tatsächlich erbrachte oder zu erbringende Leistung gerade diejenigen Bedürfnisse befriedigt, deren Schutz die Unpfändbarkeitsregel dient (*Busche* aaO). Wer also den finanziellen Bedarf einer Person gedeckt hat – sei es aufgrund gesetzlicher Verpflichtung oder freiwilliger Leistung –, kann sich auch in entsprechender Höhe deren Unterhaltsanspruch für denselben Zeitraum gegen einen Dritten abtreten lassen.

4. Man mag dem entgegenhalten, dass § 1 UVG ein solches zusätzliches Erfordernis für die Bewilligung nicht enthält. Das ist zwar grundsätzlich richtig, andererseits liegt aber auch hier eine atypische Situation vor. Denn da der Bedarf des Kindes im fraglichen Zeitraum durch die später zu Recht rückgeforderten Unterhaltszahlungen bereits gedeckt ist, kann die rückwirkende Bewilligung von Unterhaltsvorschuss letztlich nur dazu dienen, das Kind im Ergebnis von der Rückforderung des Pflichtigen freizustellen. Das könnte es rechtfertigen, die diesen Fall nicht berücksichtigende Vorschrift des § 1 Abs. 1 UVG in einem entsprechenden Sinne auszulegen.

Auch insoweit wäre es hilfreich, wenn die Richtlinien demnächst hierzu Stellung nehmen könnten. Sollte der vorstehend angesprochene Weg für nicht zulässig gehalten



werden, wäre es sinnvoll, wenn der Gesetzgeber korrigierend eingreifen würde. Denn es kann nicht Zweck der eigentlich schuldnerfreundlich gedachten Regelung über die verschärfte Haftung in § 241 FamFG sein, dass diese im Ergebnis leer läuft, weil die hiermit nicht vereinbare Bestimmung über den Anspruch auf Unterhaltsvorschuss dazu zwingt, das Geld stets an den gesetzlichen Vertreter des Kindes auszusahlen, und zwar ohne Gewähr dafür, dass es auch zur Erfüllung der berechtigten Rückforderungsansprüche des Unterhaltspflichtigen verwendet wird.