

Wesentliche Änderungen

Fassung vom 20.05.2010:

- Rz. [33.74](#): Klarstellung, dass bei der Prüfung der Kausalität die Freibeträge nach §§ 11, 30 zu berücksichtigen sind
- Kapitel [7.4](#): Einfügung von Beispielen anstelle eines Orientierungswertes
- [Leitfaden Lohnwucher](#): Aufnahme weiterer Bearbeitungshinweise

Fassung vom 20.01.2010:

- Aktualisierung Gesetzestext
- Rz. 33.7: Änderung der Rechtsauffassung: Leistungen müssen „tatsächlich“ erbracht, d. h. im Regelfall überwiesen, worden sein. Die Bewilligung alleine reicht nicht aus.
- Rz. 33.17: redaktionelle Änderung
- Rz. 33.22: redaktionelle Änderung
- Rz. 33.56 ff: Vorrang der §§ 115 f SGB X gem. § 33 Abs. 5
- Rz. 33.93: Anpassung des Beispiels

Fassung vom 20.03.2009:

- Aktualisierung des Gesetzestextes
- Rz. 33.1: Ergänzung der Aufzählung
- Rz. 33.8a: Neuregelung des § 33 Abs. 1 Satz 2, Verschiebung von Kindergeld
- Rz. 33.14: redaktionelle Anpassung
- Rz. 33.30: Verpflichtung zur regelmäßigen Prüfung, ob Leistungsfähigkeit eingetreten ist.
- Rz. 33.31: Klarstellung, dass auch bei tatsächlich geleisteten Unterhaltszahlungen ein Anspruchsübergang möglich ist und auch in diesen Fällen zu prüfen ist, ob ein tatsächlich höherer Unterhaltsanspruch besteht.
- Rz. 33.52: Änderung der Rechtsauffassung: Durch die Leistungsträger ist ein Prozesskostenvorschuss zu gewähren.

Fassung vom 17.04.2008:

- Rz. 33.14: redaktionelle Anpassung
- Rz. 33.19: Änderung der Rechtsauffassung: Die aufgrund des Alg II – Bezuges zu zahlenden Versicherungsbeiträge

gehören nicht zu den „erbrachten Aufwendungen“ i. S. d. § 33 Abs. 1 Satz 1.

- Rz. 33.20: Verweis auf Kapitel 8.2 Abs. 7, Beispiel
- Rz. 33.27: Unterhaltsreform ergänzt
- Rz. 33.32: Änderung der Rechtsauffassung: Bei der Vergleichsberechnung ist auf den individuellen Bedarf des Unterhaltspflichtigen abzustellen.
- Rz. 33.56: Aufenthalt im Frauenhaus ergänzt
- Rz. 33.57 ff: Leistungen nach dem UhVorschG

Fassung vom 07.02.2007:

- Vollständige Neuüberarbeitung der Fachlichen Hinweise

§ 33

Übergang von Ansprüchen

(1) Haben Empfänger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, einen Anspruch gegen einen anderen, der nicht Leistungsträger ist, geht der Anspruch bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen auf die Träger der Leistungen nach diesem Buch über, wenn bei rechtzeitiger Leistung des anderen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht erbracht worden wären. Satz 1 gilt auch, soweit Kinder unter Berücksichtigung von Kindergeld nach § 11 Abs. 1 Satz 3 keine Leistungen empfangen haben und bei rechtzeitiger Leistung des Anderen keine oder geringere Leistungen an die Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft erbracht worden wären. Der Übergang wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann. Unterhaltsansprüche nach bürgerlichem Recht gehen zusammen mit dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch auf die Träger der Leistungen nach diesem Buch über.

(2) Ein Unterhaltsanspruch nach bürgerlichem Recht geht nicht über, wenn die unterhaltsberechtigte Person

1. mit dem Verpflichteten in einer Bedarfsgemeinschaft lebt,
2. mit dem Verpflichteten verwandt ist und den Unterhaltsanspruch nicht geltend macht; dies gilt nicht für Unterhaltsansprüche
 - a) minderjähriger Hilfebedürftiger,
 - b) von Hilfebedürftigen, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet und die Erstausbildung noch nicht abgeschlossen haben, gegen ihre Eltern,
3. in einem Kindschaftsverhältnis zum Verpflichteten steht und
 - a) schwanger ist oder
 - b) ihr leibliches Kind bis zur Vollendung seines sechsten Lebensjahres betreut.

Der Übergang ist auch ausgeschlossen, soweit der Unterhaltsanspruch durch laufende Zahlung erfüllt wird. Der Anspruch geht nur über, soweit das Einkommen und Vermögen der unterhaltsverpflichteten Person das nach den §§ 11 und 12 zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen übersteigt.

(3) Für die Vergangenheit können die Träger der Leistungen nach diesem Buch außer unter den Voraussetzungen des bürgerlichen Rechts nur von der Zeit an den Anspruch geltend machen, zu welcher sie dem Verpflichteten die Erbringung der Leistung schriftlich mitgeteilt haben. Wenn die Leistung voraussichtlich auf längere Zeit erbracht werden muss, können die Träger der Leistungen nach diesem Buch bis zur Höhe der bisherigen monatlichen Aufwendungen auch auf künftige Leistungen klagen.

(4) Die Träger der Leistungen nach diesem Buch können den auf sie übergegangenen Anspruch im Einvernehmen mit dem Empfänger der Leistungen auf diesen zur gerichtlichen Geltendmachung rückübertragen und sich den geltend gemachten Anspruch abtreten lassen. Kosten, mit denen der Leistungsempfänger dadurch selbst

belastet wird, sind zu übernehmen. Über die Ansprüche nach Absatz 1 Satz 3 ist im Zivilrechtsweg zu entscheiden.

(5) Die §§ 115 und 116 des Zehnten Buches gehen der Regelung des Absatzes 1 vor.

§ 115 SGB X

Ansprüche gegen Arbeitgeber

(1) Soweit der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt und deshalb ein Leistungsträger Sozialleistungen erbracht hat, geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den Leistungsträger bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistungen über.

(2) Der Übergang wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann.

(3) An Stelle der Ansprüche des Arbeitnehmers auf Sachbezüge tritt im Fall des Absatzes 1 der Anspruch auf Geld; die Höhe bestimmt sich nach den nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 des Vierten Buches festgelegten Werten der Sachbezüge.

§ 116 SGB X

Ansprüche gegen Schadensersatzpflichtige

(1) Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen. Dazu gehören auch

1. die Beiträge, die von Sozialleistungen zu zahlen sind, und
2. die Beiträge zur Krankenversicherung, die für die Dauer des Anspruchs auf Krankengeld unbeschadet des § 224 Abs. 1 des Fünften Buches zu zahlen wären.

(2) Ist der Anspruch auf Ersatz eines Schadens durch Gesetz der Höhe nach begrenzt, geht er auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit er nicht zum Ausgleich des Schadens des Geschädigten oder seiner Hinterbliebenen erforderlich ist.

(3) Ist der Anspruch auf Ersatz eines Schadens durch ein mitwirkendes Verschulden oder eine mitwirkende Verantwortlichkeit des Geschädigten begrenzt, geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe von dem nach Absatz 1 bei unbegrenzter Haftung übergehenden Ersatzanspruch der Anteil über, welcher dem Vmhundertersatz entspricht, für den der Schädiger ersatzpflichtig ist. Dies gilt auch, wenn der Ersatzanspruch durch Gesetz der Höhe nach begrenzt ist. Der Anspruchsübergang ist ausgeschlossen, soweit der Geschädigte oder seine Hinterbliebenen dadurch hilfebedürftig im Sinne der Vorschriften des Zwölften Buches werden.

(4) Stehen der Durchsetzung der Ansprüche auf Ersatz eines Schadens tatsächliche Hindernisse entgegen, hat die Durchsetzung der Ansprüche des Geschädigten und seiner Hinterbliebenen Vorrang vor den übergegangenen Ansprüchen nach Absatz 1.

(5) Hat ein Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe auf Grund des Schadensereignisses dem Geschädigten oder seinen Hinterbliebenen keine höheren Sozialleistungen zu erbringen als vor diesem Ereignis, geht in den Fällen des Absatzes 3 Satz 1 und 2 der Schadenersatzanspruch nur insoweit über, als der geschuldete Schadenersatz nicht zur vollen Deckung des eigenen Schadens des Geschädigten oder seiner Hinterbliebenen erforderlich ist.

(6) Ein Übergang nach Absatz 1 ist bei nicht vorsätzlichen Schädigungen durch Familienangehörige, die im Zeitpunkt des Schadensereignisses mit dem Geschädigten oder seinen Hinterbliebenen in häuslicher Gemeinschaft leben, ausgeschlossen. Ein Ersatzanspruch nach Absatz 1 kann dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Schädiger mit dem Geschädigten oder einem Hinterbliebenen nach Eintritt des Schadensereignisses die Ehe geschlossen hat und in häuslicher Gemeinschaft lebt.

(7) Haben der Geschädigte oder seine Hinterbliebenen von dem zum Schadenersatz Verpflichteten auf einen übergegangenen Anspruch mit befreiender Wirkung gegenüber dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe Leistungen erhalten, haben sie insoweit dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe die erbrachten Leistungen zu erstatten. Haben die Leistungen gegenüber dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe keine befreiende Wirkung, haften der zum Schadenersatz Verpflichtete und der Geschädigte oder dessen Hinterbliebene dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe als Gesamtschuldner.

(8) Weist der Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe nicht höhere Leistungen nach, sind vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 je Schadensfall für nicht stationäre ärztliche Behandlung und Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln 5 vom Hundert der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches zu ersetzen.

(9) Die Vereinbarung einer Pauschalierung der Ersatzansprüche ist zulässig.

(10) Die Bundesagentur für Arbeit und die Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch gelten als Versicherungsträger im Sinne dieser Vorschrift.

Inhaltsverzeichnis

1. **Allgemeines**
2. **Vereinbarte Selbsthilfe**
3. **Grundvoraussetzungen des Anspruchsübergangs, § 33 Abs. 1**
 - 3.1 **Anwendungsbereich**
 - 3.2 **Übergangsfähige Ansprüche**
 - 3.3 **Übergang von Ansprüchen**
 - 3.4 **Begrenzung des übergegangenen Anspruches**
 - 3.5 **Rechtliche Auswirkungen des Übergangs**
4. **Übergang von Unterhaltsansprüchen, § 33 Abs. 2**
 - 4.1 **Die bürgerlich-rechtliche Unterhaltspflicht**
 - 4.2 **Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs**
 - 4.3 **Sonstige Voraussetzung des § 33 Abs. 2**
5. **Anspr. für die Vergangenheit, Klage auf künft. Leistungen, § 33 Abs. 3**
6. **Rückübertragung von Ansprüchen zur gerichtlichen Geltendmachung, § 33 Abs. 4**
 - 6.1 **Kosten der Rückübertragung**
 - 6.2 **Rechtsweg**
7. **Vorrang der Übergänge nach §§ 115, 116 SGB X, 33 Abs. 5**
 - 7.1 **Vorraussetzungen des Übergangs, § 115 Abs. 1 SGB X**
 - 7.1.1 **Übergangsfähiger Arbeitsentgeltanspruch**
 - 7.1.2 **Rechtmäßige Leistungserbringung**
 - 7.1.3 **Sachliche und zeitliche Deckungsgleichheit**
 - 7.1.4 **Kausalzusammenhang**

- 7.2 **Rechtliche Auswirkungen des Übergangs**
- 7.3 **Übergangsanzeige an den Arbeitgeber**
- 7.4 **Sonderfall: Lohnwucher**
- 7.5 **Durchsetzung**
- 7.6 **Übergang nach § 116 SGB X**
- 8. **Sonderfälle**
 - 8.1 **Aufenthalt im Frauenhaus**
 - 8.2 **Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz (UhVorschG)**

Anlage 1: Leitfaden „Lohnwucher“

- 1. **Einleitung**
- 2. **Sachverhaltsermittlung**
- 3. **Auswertung**
 - 3.1 **Höhe der Vergütung bei Arbeitsverhältnissen**
 - 3.2 **Sittenwidrigkeit der Vergütungsvereinbarung**
- 4. **Verfahrensrechtliche Vorgehensweise**
 - 4.1 **Grundsätzliches**
 - 4.2 **Prozessuale Voraussetzungen**
 - 4.3 **Gerichtszweig; sachliche und örtliche Zuständigkeit**
 - 4.4 **Einleitung Mahnverfahren**
 - 4.5 **Fristeinhaltung**
 - 4.6 **Vollstreckung**
 - 4.7 **Strafrechtliche Aspekte**

Anlage 2: Muster einer Restlohnklage vor dem Arbeitsgericht (am Beispiel einer in der Praxis erfolgreich durchgeführten Klage)

1. Allgemeines

(1) Liegen die Voraussetzungen des § 33 vor, gehen Ansprüche des Hilfebedürftigen gegen andere, vorrangig verpflichtete Dritte auf die Leistungsträger über.

(2) Mit dem Übergang soll der Zustand herbeigeführt werden, der bestünde, wenn der Dritte rechtzeitig geleistet hätte und deshalb Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht oder nur teilweise gewährt worden wären. Die Regelung dient damit der Verwirklichung des gesetzlich eingeräumten Nachranges der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende.

(3) Der Nachrang der Leistungen nach dem SGB II kann grds. auf verschiedene Weise hergestellt werden, nämlich durch

- die Realisierung vorrangiger Ansprüche durch den Hilfebedürftigen selbst (sog. „Selbsthilfe“)
- die Anrechnung bereits laufender Zahlungen auf der Grundlage von fälligen öffentlich- oder zivilrechtlichen Ansprüchen (z. B. Kindergeld, Unterhaltszahlungen, Unterhaltsvorschuss, vgl. Kapitel 8.2).
- die Geltendmachung/Durchsetzung nach § 33 oder §§ 115, 116 SGB X übergegangenen Ansprüche durch die Leistungsträger.

**Normzweck
(33.1)**

2. Vereinbarte Selbsthilfe

(1) § 33 Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, dass vorrangige Ansprüche auf die Leistungsträger übergehen. Neben der Geltendmachung der Ansprüche durch die Leistungsträger selbst besteht jedoch auch die Möglichkeit, mit dem Hilfebedürftigen zu vereinbaren, dass dieser die Geltendmachung/Durchsetzung übernimmt (Selbsthilfe).

Ist der vorrangige Anspruch bereits nach den Voraussetzungen des § 33 auf die Leistungsträger übergegangen, ist für eine Geltendmachung durch den Hilfebedürftigen eine Rückübertragung nach § 33 Abs. 4 erforderlich. Auf die Ausführungen in Kapitel 6 wird verwiesen.

Wird mit dem Hilfebedürftigen vereinbart, dass er lediglich die Erfüllung künftiger (Unterhalts-)Ansprüche, die noch nicht übergegangen sind, durchsetzen soll, so kommt eine Rückübertragung naturgemäß nicht in Betracht.

Die durch den Hilfebedürftigen realisierte, laufende Zahlung auf künftige Forderungen ist nach Maßgabe der §§ 11 und 12 bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit zu berücksichtigen, vgl. § 33 Abs. 2 Satz 2.

(2) Zu beachten ist, dass die Selbsthilfe dem Hilfebedürftigen zumutbar sein muss. Die Zumutbarkeit ist nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu prüfen. Die Zumutbarkeit kann beispielsweise bei einer besonderen Abhängigkeit des Hilfebedürftigen vom Schuldner fehlen.

**Vereinbarung
der Selbsthilfe
(33.2)**

**Zumutbarkeit
(33.3)**

(3) Bei der Entscheidung, ob die Leistungsträger mit dem Hilfebedürftigen eine Selbsthilfe vereinbaren oder ob sie einen übergebenen Anspruch selbst verfolgen, sind Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkte zu beachten. Verspricht die Selbsthilfe im Einzelfall keinen Erfolg oder ist eine unangemessene „Verzögerung“ des Verfahrens zu befürchten, ist von der Vereinbarung der Selbsthilfe abzusehen.

(4) Die zu treffenden Vereinbarungen beruhen auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit. Daraus folgt, dass die Ablehnung der Selbsthilfe durch den Hilfebedürftigen keine leistungsrechtlichen Folgen nach sich ziehen darf.

(5) Bei der Vereinbarung der Selbsthilfe sind dem Hilfebedürftigen die notwendigen Schritte zu erläutern und ggf. Fristen zu setzen. Der Fortschritt ist von den Leistungsträgern zu beobachten.

3. Grundvoraussetzungen des Anspruchsübergangs, § 33 Abs. 1

3.1 Anwendungsbereich

(1) Nach § 33 Abs. 1 Satz 1 können nur Ansprüche von Empfängern von „Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts“ übergehen. Darunter fallen alle Leistungen des 3. Kapitels, Abschnitt 2, Unterabschnitte 1 und 2 des SGB II.

(2) Leistungen zur Eingliederung in Arbeit gem. §§ 14 ff können daher keinen Anspruchsübergang nach § 33 auslösen.

(3) Einstiegsgeld (ESG) gem. § 16b ist keine Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts. Diese Leistung wird zusätzlich zum Alg II und ggf. über den Leistungsbezug hinaus erbracht. Die Gewährung von ESG löst daher keinen Anspruchsübergang nach § 33 aus.

(4) Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts müssen tatsächlich „erbracht“, d. h. im Regelfall überwiesen, worden sein. Die Bewilligung allein reicht nicht aus.

Beachte: zur Frage, wann innerhalb eines Bewilligungsabschnittes laufende Ansprüche übergehen, vgl. Rz. 33.11.

(5) Die Leistungen müssen rechtmäßig erbracht worden sein. Hat der Hilfebedürftige (teilweise) zu Unrecht Leistungen erhalten, sind sie von ihm unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu erstatten. Ein Rückgriff auf den Schuldner/Dritten gestützt auf § 33 ist hier nicht zulässig.

(6) Der Anspruch zugunsten eines Kindes geht unter bestimmten Voraussetzungen auch dann über, wenn dieses Kind selbst kein Empfänger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist, vgl. § 33 Abs. 1 Satz 2 (Stand 01.01.2009). Voraussetzungen sind, dass das Kind nur deshalb kein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft ist, weil es aufgrund der Anrechnung von Kindergeld nach § 11 Abs. 1 Satz 3 selbst nicht hilfebedürftig ist und bei rechtzeitiger Leistung des anderen keine oder geringere Grundsicherungsleistungen an die übrigen Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft er-

Rechtsfolgen bei Ablehnung der Selbsthilfe (33.4)

Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (33.5)

Einstiegsgeld (33.6)

„Erbrachte“ Leistungen (33.7)

Rechtmäßige Leistungserbringung (33.8)

Verschiebung von Kindergeld (33.8a)

bracht worden wären. In diesem Sonderfall hat das Kind den Anspruch gegen den Dritten, ist selbst jedoch nicht Empfänger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes.

(7) Werden Leistungen nur in Form eines Darlehens erbracht, löst diese Erbringung keinen Anspruchsübergang nach § 33 aus. Der Nachrang des SGB II wird über die Rückzahlung des Darlehens hergestellt.

**Darlehen
(33.9)**

3.2 Übergangsfähige Ansprüche

(1) Grundsätzlich kann jeder privat- oder öffentlich-rechtliche Anspruch übergehen. Ansprüche gegen andere Leistungsträger sind jedoch ausschließlich nach den §§ 102 ff SGB X und Ansprüche auf Arbeitsentgelte und Schadensersatzansprüche sind ausschließlich nach den §§ 115 und 116 SGB X geltend zu machen.

**Privat- und öffentlich-rechtliche Ansprüche
(33.10)**

Folgende Ansprüche kommen beispielsweise in Betracht:

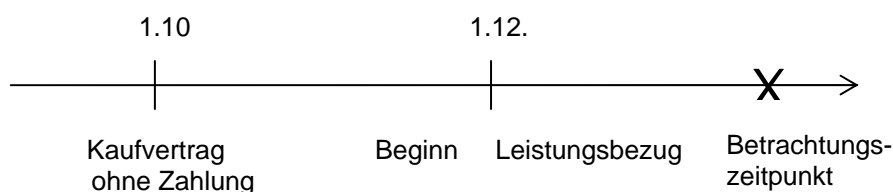
- vertragliche Zahlungsansprüche gegen Dritte
- vertragliche Schadensersatzforderungen
- Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff BGB)
- Pflichtteilsansprüche gegen Erben (§§ 2303 ff BGB)
- Rückforderungsansprüche aus Schenkungen (§ 528 Abs. 1 BGB)
- Ansprüche aus einem Übergabe- oder Altenteilsvertrag
- Ansprüche aus einer betrieblichen Altersversorgung
- nicht erfüllte vertraglich gesicherte Leibrentenzahlung (§§ 759 – 761 BGB)

(2) Der vorrangige Anspruch des Hilfebedürftigen muss in dem Zeitraum realisierbar sein, für den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes erbracht wurden.

**Zeitliche Deckung
(33.11)**

(3) Damit gehen auch ältere, schon fällige Ansprüche nach § 33 über, wenn die Leistungspflicht des Schuldners zur Zeit der Leistungserbringung weiter fortbesteht (z. B. bei Verzug des Schuldners).

Beispiel:



Zu beachten ist, dass Forderungen, die vor Beginn der Bedarfszeit fällig gewesen sind, als Vermögen berücksichtigt werden. Sind For-

derungen erst in der Bedarfszeit fällig, sind sie als Einkommen zu berücksichtigen.

(4) Werden Ansprüche erst während des Leistungsbezuges fällig oder entstehen sie in dieser Zeit, gehen sie erst zum Zeitpunkt der Fälligkeit/des Entstehens über. Dies gilt insb. für Unterhaltsansprüche, die bei Vorliegen der Voraussetzungen jeden Monat neu entstehen.

(5) Die Leistungspflicht des Schuldners besteht grds. bis zum Eintritt der Verjährung (z. B. §§ 194 ff BGB) fort.

(6) Bei Unterhaltsansprüchen ist jedoch zu beachten, dass sie bei Untätigkeit des Gläubigers verwirkt werden, wenn sie längere Zeit nicht geltend gemacht werden. Nach Rechtsprechung des BGH ist im Allgemeinen als längere Zeit ein Zeitraum von einem Jahr, im Einzelfall aber auch früher oder später, anzusehen. Eine zeitnahe Geltendmachung ist daher geboten.

(7) Kann der Anspruch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes nicht zeitnah geltend gemacht werden, ist spätestens nach 6 Monaten eine Zwischennachricht zu erteilen.

(8) Kein sachlicher, die Verwirkung beeinflussender Grund ist nach der Rechtsprechung fehlendes Personal der Träger.

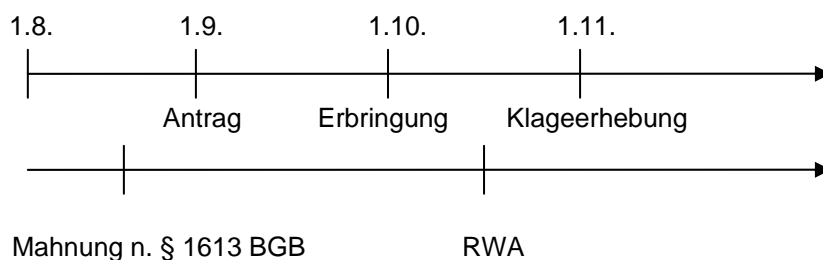
(9) Ist die Verwirkung eingetreten, muss der Unterhaltsanspruch für die Folgezeit erst wieder neu geltend gemacht werden.

(10) Zu beachten ist, dass Unterhaltsansprüche grds. nur unter den Voraussetzungen der §§ 1613 Abs. 1, 1585b BGB oder nach Zugang der Rechtswahrungsanzeige für die Vergangenheit geltend gemacht werden können, vgl. Kapitel 5. Ob ein Anspruch „für die Vergangenheit“ vorliegt, ist abhängig vom Zeitpunkt der Geltendmachung.

Verwirkung von Unterhaltsansprüchen (33.13)

Unterhalt für die Vergangenheit (33.14)

Beispiel:



Lösung:

Erheben die Leistungsträger am 01.11. Klage auf Zahlung von übergegangenem Unterhalt, handelt es sich beim Unterhalt für den Bezugsmonat Oktober bereits um Unterhalt für die Vergangenheit.

Beachte: die im Laufe des Monats Oktober ergangene Rechtswahrungsanzeige erfasst den bereits am 01.10. fälligen Unterhalt nicht. Weil aber bereits vor dem Leistungsbeginn 01.09. eine Mahnung erfolgte, sind die Voraussetzungen für einen rückwirkenden Übergang bereits ab 01.09. erfüllt.

Um einen Übergang von Unterhaltsansprüchen ab Anspruchsbeginn zu gewährleisten, ist eine unverzügliche Sachverhaltsaufklärung und Versendung der Rechtswahrungsanzeige sicherzustellen.

(11) Ein Anspruchsverzicht des Hilfebedürftigen nach Anspruchsübergang ist gegenüber den Trägern unwirksam. Bei einem Anspruch für die Vergangenheit fehlt ihm die Verfügungsbefugnis, da nunmehr die Träger Rechtsinhaber sind.

Anspruchsverzicht (33.15)

(12) Grundsätzlich ist der Verzicht auf einen Anspruch vor dem Übergang möglich, die Rechtsprechung hat jedoch verschiedene Einschränkungen entwickelt: Sittenwidrig gemäß § 138 BGB und damit nichtig ist ein Verzicht, der in der Absicht erfolgt, den Trägern eine Last aufzubürden. Von einer Nichtigkeit ist insbesondere auszugehen, wenn beim Verzicht Bedürftigkeit des Verzichtenden vorlag oder als sicher bevorstehend erkannt wurde, der andere Teil jedoch als leistungsfähig angesehen werden musste, und dies den Parteien auch bewusst war.

(13) Ein Unterhaltsverzicht für die Zukunft ist nur zulässig beim nahehelichen Unterhalt, in den anderen Fällen ist er nichtig (§§ 1614 Abs. 1, 1360a Abs. 3, 1361 Abs. 4 Satz 4, 1615I Abs. 3 Satz 1 BGB).

(14) Der Übergang wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann, § 33 Abs. 1 Satz 2.

(15) Zusammen mit Unterhaltsansprüchen nach dem BGB geht auch der unterhaltsrechtliche Auskunftsanspruch, vgl. §§ 1580, 1605 BGB, auf die Leistungsträger über. Der öffentlich-rechtliche Auskunftsanspruch nach § 60 Abs. 2 bleibt neben dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch bestehen.

Auskunftsanspruch (33.16)

(16) Der unterhaltsrechtliche Auskunftsanspruch kann z. B. im Wege der Stufenklage nach § 254 ZPO gegenüber dem Unterhaltspflichtigen geltend gemacht werden.

(17) Machen die Leistungsträger von dem öffentlich-rechtlichen Auskunftsanspruch nach § 60 Abs. 2 mittels Verwaltungsakt Gebrauch, können sie diesen durch Verwaltungszwang durchsetzen.

(18) Legt der Unterhaltsverpflichtete einen Rechtsbehelf gegen das Auskunftersuchen ein, wirkt dies nur gegen den Auskunftsanspruch nach § 60 Abs. 2.

Wird das Auskunftersuchen auf beide Rechtsgrundlagen gestützt, lässt der Rechtsbehelf den zivilrechtlichen Auskunftsanspruch unberührt. Dieser kann auch im laufenden Rechtsbehelfsverfahren weiter verfolgt werden.

(19) Darüber hinaus erfüllt die verweigerte oder unterlassene Auskunft unter den Voraussetzungen des § 63 Abs. 1 Nr. 4 einen Ordnungswidrigkeitentatbestand.

3.3 Übergang von Ansprüchen

(1) Der Anspruch geht mit Erbringung, d. h. i. d. R. mit erster Überweisung der Leistung (vgl. Rz. 33.7), auf die Leistungsträger über. Bei rückwirkender Erbringung gehen vorrangige ältere Ansprüche zum Zeitpunkt des Erbringens über, sofern sie zu diesem Zeitpunkt (noch) geltend gemacht werden können. Vgl. hierzu Kapitel 3.2.

**Zeitpunkt des Übergangs
(33.17)**

(2) Wird eine Bewilligung nach Anspruchsübergang ganz oder teilweise aufgehoben und hat der Hilfebedürftige die Leistung ganz oder zum Teil erstattet, so gilt die Leistung insoweit nicht mehr als „erbracht“. Da der Anspruch nicht automatisch auf den Hilfebedürftigen zurückfällt, ist dieser auf ihn zurückzuübertragen, womit die Übergangsanzeige an den Dritten gegenstandslos wird. Er ist durch Durchschrift darüber zu informieren.

(3) Entfällt der Anspruch des Hilfebedürftigen bspw. wegen der Aufnahme einer Beschäftigung und des Zuflusses von Arbeitseinkommen, ist die Bewilligung ab dem Zeitpunkt des Zuflusses aufzuheben. Ansprüche, die erst nach diesem Zeitpunkt fällig werden, gehen nicht mehr über - wichtig für laufende Ansprüche wie Unterhaltsansprüche. Bei einer nur teilweisen Aufhebung der Bewilligung gehen die Ansprüche zwar über, jedoch nur in entsprechend verminderter Höhe.

(4) Auch ältere, bereits fällige Ansprüche gehen über, solange die Pflicht zur Erfüllung weiter fortbesteht, vgl. Kapitel 3.2, Absatz 3. War der Hilfebedürftige schon vor dem 01.08.06 im Leistungsbezug und hat er aus dieser Zeit einen fälligen noch realisierbaren Anspruch, geht dieser ab dem 01.08.06 nach Maßgabe des § 33 n. F. von Gesetzes wegen über.

**Leistungsbezug vor dem 01.08.06
(33.18)**

Voraussetzung ist, dass vor dem Stichtag die Voraussetzungen des bürgerlichen Rechts (insbesondere Verzug oder die in § 1613 BGB geregelten Voraussetzungen) für die rückwirkende Geltendmachung erfüllt waren oder die Erbringung der Leistung dem Verpflichteten i. S. d. § 33 Abs. 3 Satz 1 schriftlich mitgeteilt worden ist (Rechtswahrscheinlichkeitsanzeige).

(5) Etwas anderes gilt dann, wenn der Anspruch nach § 33 a. F. bereits durch Verwaltungsakt (Überleitungsanzeige) wirksam übergeleitet wurde. Auf diesen Übergang ist weiterhin die alte Rechtslage anzuwenden.

(6) Wurde vor dem 01.08.06 ein vorrangiger Anspruch übergeleitet und wurde der Leistungsbezug durch Aufhebung der Bewilligung unterbrochen, gilt für einen erneuten Leistungsbezug § 33 n. F.

3.4 Begrenzung des übergegangenen Anspruches

(1) Der Anspruch des Hilfebedürftigen geht nur bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen auf die Leistungsträger über.

**Höhe der geleisteten Aufwendungen
(33.19)**

(2) Unter den geleisteten Aufwendungen sind sämtliche an die Bedarfsgemeinschaft des Hilfebedürftigen als ursprünglichem Anspruchsgläubiger sowie des Kindes i. S. v. § 33 Abs. 1 Satz 2 (Rz. 33.8a) zur Sicherung des Lebensunterhalts zu verstehen, vgl. Kapitel 3.1.

(3) Die aufgrund des Alg II-Bezuges zu zahlenden Sozialversicherungsbeiträge gehören allerdings nicht zu den „geleisteten Aufwendungen“ i. S. d. § 33 Abs. 1 Satz 1. Zu den geleisteten Aufwendungen zählen nur Aufwendungen, für die es einen identischen Anteil im Unterhaltsrecht gibt. Anders als die Zahlung von Unterhalt löst der Bezug von Alg II eine Versicherungspflicht (u. a. in der KV, PV) aus. Bei den durch diese Versicherungspflicht ausgelösten Aufwendungen fehlt es an einer Identität im Unterhaltsrecht - der Erhalt von Unterhaltszahlungen löst keine Versicherungspflicht aus.

(3a) Anders verhält es sich jedoch mit den Zuschüssen zu den Versicherungsbeiträgen nach § 26 Abs. 2 und 3. Diese Zuschüsse werden vom Leistungsträger nicht aufgrund einer gesetzlichen Versicherungspflicht wegen des Alg II-Bezuges geleistet. Die bezuschussten Versicherungsbeiträge müsste der Hilfebedürftige/Unterhaltsberechtigte auch ohne den Alg II-Bezug entrichten. Insofern sind sie mit dem unterhaltsrechtlichen Anspruch identisch.

(4) Bei rechtzeitiger Erfüllung des vorrangigen Anspruchs wären die zu berücksichtigenden Zahlungen nach der Bedarfsanteilmethode auf die Bedarfsgemeinschaft verteilt worden. Zur Berechnung der wegen Nichterfüllung eines vorrangigen Anspruches geleisteten Aufwendungen ist die Bedarfsgemeinschaft demnach so zu stellen, als ob die Zahlungen geleistet worden wären, vgl. Rz. 33.1. Eine ausdrückliche Regelung wurde zum 01.01.2009 bezüglich der „Verschiebung“ von Kindergeld in § 33 Abs. 1 Satz 2 aufgenommen.

**Bedarfsanteils-
methode
(33.20)**

(5) Es muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Nichterfüllung des vorrangigen Anspruchs durch den Schuldner und der Leistungserbringung nach dem SGB II bestehen. Nur wenn bei rechtzeitiger Zahlung durch den Schuldner keine oder geringere Leistungen nach dem SGB II erbracht worden wären, kann der Anspruch nach § 33 übergehen. Daher muss der Anspruch des Hilfebedürftigen geeignet sein, seine Hilfebedürftigkeit (teilweise) zu beseitigen. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob die Leistung des Schuldners entsprechend den §§ 11 und 12 zu einem geringeren Anspruch nach dem SGB II geführt hätte.

**Kausalzusammen-
hang
(33.21)**

Beispiele:

1) Der Hilfebedürftige hat einen Anspruch auf eine Aufwandsentschädigung im Rahmen sonstiger ehrenamtlicher Tätigkeiten (z. B. freiwillige Feuerwehr).

Ein Anspruchsübergang nach § 33 ist ausgeschlossen, da die Aufwandsentschädigung kein Einkommen i. S. d. § 11 darstellt.

2) Der Hilfebedürftige besitzt einen Pflichtteilsanspruch gegen einen Erben aus der Zeit vor Beginn der Bedarfszeit in Höhe von 10.000 €. Sein Freibetrag nach § 12 beträgt 5.000 €.

Der Anspruch war bereits vor Beginn der Bedarfszeit vorhanden und gehört daher zum Vermögen des Hilfebedürftigen, vgl. Hinweise zu § 12, Kapitel 1.1. Er geht nur in Höhe des die Freibeträge übersteigenden Betrages (und soweit Leistungen erbracht wurden) auf die Leistungsträger über.

3.5 Rechtliche Auswirkungen des Übergangs

(1) Liegen die Voraussetzungen des § 33 vor, findet ein gesetzlicher Forderungsübergang statt. Die allgemeinen Vorschriften der §§ 412, 401-404 sowie §§ 406-410 BGB gelten auch hier. Die Leistungsträger können als neue Gläubiger Erfüllung an sich selbst verlangen.

**Gesetzlicher Forderungsübergang
(33.22)**

Allerdings kann der Schuldner den Leistungsträgern nach §§ 412, 404 BGB alle Einwände entgegenhalten, welche er gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger, dem Hilfebedürftigen, hatte. Dies betrifft vor allem privatrechtliche Vereinbarungen (vor Absehbarkeit der Hilfebedürftigkeit) oder unterhaltsrechtliche Ausschlüsse, wie § 1611 Abs.1 BGB bei sittlichem Verschulden des volljährigen unterhaltsberechtigten Kindes oder des unterhaltsberechtigten Ehepartners gem. § 1579 BGB.

(2) Der Anspruch geht nur in Höhe der durch die Leistungsträger erbrachten Aufwendungen über. Sofern die Forderungen aus dem Anspruch höher sind, verbleibt der übersteigende Teil beim Hilfebedürftigen.

(3) Um zu verhindern, dass der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Hilfebedürftigen zahlt, müssen die Leistungsträger den Schuldner über den gesetzlichen Forderungsübergang in Kenntnis setzen, vgl. §§ 412, 407 BGB.

**Übergangsanzeige
(33.23)**

(4) Die Mitteilung über den gesetzlichen Forderungsübergang ist zu unterscheiden von der Rechtswahrungsanzeige (RWA). Die RWA soll den Leistungsträgern ermöglichen, auch für die Vergangenheit einen Unterhaltsanspruch geltend zu machen, vgl. Kapitel 5. Die Mitteilung über den gesetzlichen Forderungsübergang soll hingegen den Schuldner über den „richtigen“ Forderungsinhaber informieren. Die Mitteilung kann zusammen mit der Rechtswahrungsanzeige erfolgen. Wollen die Leistungsträger jedoch den Anspruch gem. § 33 Abs. 4 rückübertragen, kann die Mitteilung über den gesetzlichen Forderungsübergang unterbleiben.

4. Übergang von Unterhaltsansprüchen, § 33 Abs. 2

(1) § 33 Abs. 2 regelt im Wesentlichen, wann Unterhaltsansprüche nach bürgerlichem Recht nicht auf die Leistungsträger übergehen und begrenzt den Umfang des Anspruchsüberganges, damit beim Unterhaltsverpflichteten keine Hilfebedürftigkeit eintritt.

(2) Relevante Unterhaltsansprüche nach bürgerlichem Recht sind solche

- von Verwandten in gerader Linie gegeneinander,
- (§ 1601 BGB),
- der getrennt lebenden Ehegatten gegeneinander,
- der getrennt lebenden Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft gegeneinander,
- nach Scheidung oder Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft,

- des Unterhalts von Mutter und Vater aus Anlass der Geburt und der Betreuung eines nichtehelichen Kindes,
- (§ 1615 I BGB).

(3) Ausgeschlossen ist der Übergang eines Unterhaltsanspruches

- gegenüber Verpflichteten, die in Bedarfsgemeinschaft mit der unterhaltsberechtigten Person leben,
- von Eltern/Großeltern gegen Kinder/Enkel und von Kindern ab Vollendung des 25. Lebensjahres gegen Eltern/Großeltern, es sei denn, die Berechtigten hätten selbst diesen Unterhaltsanspruch geltend gemacht,
- von volljährigen Kindern bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, die ihre (berufliche) Erstausbildung abgeschlossen haben, es sei denn, die Berechtigten hätten selbst diesen Unterhaltsanspruch geltend gemacht,*
- eines Kindes gegenüber den Eltern, wenn es schwanger ist oder sein leibliches Kind bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres betreut.

*Zu beachten ist, dass volljährige Kinder wegen ihrer gesteigerten Erwerbsobliegenheit in der Regel keinen Unterhaltsanspruch haben, vgl. Kapitel 4.2, Absatz 5.

(4) Ein übergangsfähiger Unterhaltsanspruch von Kindern gegenüber den außerhalb der Bedarfsgemeinschaft lebenden Elternteilen ergibt sich nur

- für minderjährige Kinder,
- für Kinder zwischen 18. und bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, die noch in allgemeiner Schulausbildung oder beruflicher Erstausbildung sind oder sich in einer kurzen Wartezeit zwischen Ausbildungsabschnitten befinden.

(5) § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 regelt, dass Unterhaltsansprüche unter Verwandten dann übergehen, wenn sie von diesen tatsächlich geltend gemacht werden. Nach § 1589 BGB sind Personen, deren eine von der anderen abstammt (z. B.: Eltern mit Kindern, Großeltern mit Enkeln) miteinander in gerader Linie verwandt.

**Verwandte
(33.24)**

(6) § 33 Abs. 2 Nr. 2, 2. Halbsatz bezieht sich nach seinem Sinn und Zweck nur auf diejenigen Fälle, in denen sich der U25 tatsächlich in der Erstausbildung befindet oder sie unmittelbar beginnen wird. Die gesetzliche Regelung wurde in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Ausbildungsunterhalt des BGH in das SGB II aufgenommen. Danach haben Eltern im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowohl ihren minderjährigen als auch den volljährigen Kindern nach § 1610 Abs. 2 BGB eine optimale begabungsbezogene Berufsausbildung zu ermöglichen, vgl. BGH, FamRZ 2000, 240. Der Ausbildungsunterhalt wird jedoch nur während der Ausbildung oder während einer angemessenen, kurzen Wartezeit geschuldet.

**Ausbildungsunter-
halt
(33.25)**

(7) Die rechtliche Zuordnung des Kindes zu seinen Eltern wird als Kindschaftsverhältnis bezeichnet. Ein solches tritt entweder durch Abstammung oder durch Annahme (Adoption) ein. Mit der Adoption wird das ursprüngliche Kindschaftsverhältnis gänzlich aufgehoben und ein völlig neues begründet.

Kindschaftsverhältnis (33.26)

(8) Unter Betreuung i. S. d. § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b) ist hier umfassend die Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung des Kindes zu verstehen. Nicht notwendig ist, dass die Betreuung ausschließlich durch Mutter oder Vater erfolgt. Maßgebend ist vielmehr nur, dass der begünstigte Elternteil hauptverantwortlich den wesentlichen Teil der Betreuungsleistung trägt. So ist die Voraussetzung auch erfüllt, wenn das Kind in der Kinderkrippe oder im Kindergarten oder teilweise in Tagespflege (z. B. durch die Großeltern) betreut wird.

(9) Trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts ist dem Sinn und Zweck der Gesetzesvorschrift nach davon auszugehen, dass sie auch dann Anwendung findet, wenn die Betreuung von Mutter oder Vater nicht bis zur Vollendung des 6. Lebensjahres ständig, sondern nur zeitweise erfolgt. Auch können Änderungen der Verhältnisse einen berücksichtigungsfähigen „Betreuungswechsel“ zur Folge haben.

Beispiel:

Die Mutter erfüllt die Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 Nr. 3b) für die ersten drei Lebensjahre des Kindes. Danach geht sie wieder einer Vollzeitbeschäftigung nach und der (hilfebedürftige) Vater übernimmt die Kinderbetreuung.

Folge:

Der Übergang eines Unterhaltsanspruches des Vaters gegen seine Eltern ist ausgeschlossen. Solange diese Verhältnisse unverändert fortbestehen, endet der Ausschluss erst mit Vollendung des 6. Lebensjahres des Kindes.

Beachte: Soweit nach § 33 Abs. 2 Nr. 3b) der Übergang von Ansprüchen gegenüber den Eltern ausgeschlossen ist, gilt dies nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch für Ansprüche gegenüber den übrigen Verwandten in gerader Linie (Großeltern).

4.1 Die bürgerlich-rechtliche Unterhaltspflicht

Da die Fachlichen Hinweise grundsätzlich nur das materielle Recht des SGB II auslegen, gibt die nachfolgende Darstellung des Unterhaltsrechts nur einen Überblick über die allgemeinen Grundsätze. Weiterführende Informationen sind entsprechenden Schulungsunterlagen und Arbeitshilfen zu entnehmen.

Das Unterhaltsrecht des BGB wurde grundlegend reformiert. Die Reform ist zum 01.01.2008 in Kraft getreten. Das Schulungskonzept wurde entsprechend aktualisiert - auf den [Bildungskatalog](#) des BA-Bildungsinstitutes wird verwiesen.

Unterhaltsreform (33.27)

Ergänzend wird auf eine Zusammenfassung der Änderungen im Intranet hingewiesen: Geldleistungen > SGB II > Arbeitshilfen > [§ 33 - Unterstützungspaket](#) > 6. Reform des Unterhaltsrechts zum 01.01.2008.

4.2 Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs

(1) Ein Unterhaltsanspruch hat folgende Voraussetzungen:

- Grundverhältnis
- Bedarf
- Bedürftigkeit
- Leistungsfähigkeit

(2) Als Grundverhältnis kommen in Bezug auf § 33 folgende Unterhaltsansprüche in Betracht:

**Grundverhältnis
(33.27a)**

- Kindes- und Elternunterhalt (Verwandtenunterhalt) (§§ 1601 ff BGB)
- Trennungsunterhalt (§ 1361 BGB)
- Geschiedenenunterhalt (§§ 1569 ff BGB)
- Unterhaltsanspruch aus Anlass der Geburt (§ 1615 I BGB)

(3) Liegen die Voraussetzungen der oben genannten BGB-Vorschriften vor, muss der unterhaltsrechtliche Bedarf des Berechtigten ermittelt werden. Dieser Bedarf bestimmt sich grds. nach der Düsseldorfer-/Berliner-Tabelle, vgl. <http://www.olg-duesseldorf.de/>.

**Bedarf
(33.28)**

Diese unterhaltsrechtliche Bedarfsermittlung ist streng zu unterscheiden von der Bedarfsermittlung nach dem SGB II.

(4) Ist der Bedarf des Unterhaltsberechtigten ermittelt, ist zu prüfen, ob dieser Bedarf durch vorhandene Einkünfte des Berechtigten gedeckt werden kann (Bedürftigkeit). Für die Berücksichtigung des eigenen Einkommens gelten je nach Grundverhältnis und ggf. Alter besondere Regelungen, vgl. hierzu die Leitlinien des für den Unterhaltsberechtigten zuständigen OLG.

**Bedürftigkeit
(33.29)**

(5) Ggf. besteht eine erhöhte Pflicht des Bedürftigen, seinen Bedarf durch eigene Erwerbstätigkeiten/-bemühungen sicherzustellen (sog. Erwerbsobliegenheit). In diesem Fall mindert sich seine Bedürftigkeit (fiktives Einkommen).

Beispiel:

Ein volljähriges Kind besitzt keine abgeschlossene berufliche Erstausbildung. Nach Beendigung der Schulausbildung hat das Kind weder eine Berufsausbildung noch ein Arbeitsverhältnis begonnen oder strebt dies an.

Lösung:

Nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH unterliegen volljährige Kinder einer gesteigerten Erwerbsobliegenheit. Soweit die Möglichkeit besteht, durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit seinen Bedarf zu decken, ist das Kind nicht bedürftig. An die Zumutbarkeit der Tätigkeit sind keine hohen Anforderungen zu stellen, siehe auch Kapitel 4, Absatz 6.

Hinweis:

Beginnt das volljährige Kind (U25) seine Erstausbildung, lebt die Unterhaltspflicht der Eltern (§ 1610 Abs. 2 BGB) wieder auf.

(6) Ist nach den vorgenannten Grundsätzen der Unterhaltsbedarf ermittelt, ist die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten zu prüfen. Die Leistungsfähigkeit ist entsprechend den Leitlinien des für den Unterhaltspflichtigen zuständigen OLG zu ermitteln.

(7) Im Unterhaltsrecht wird - im Gegensatz zum SGB II - auch fiktives Einkommen berücksichtigt und damit ggf. Leistungsfähigkeit bejaht, die ansonsten nicht gegeben wäre. Die Grundsätze zur Berücksichtigung von fiktivem Einkommen ergeben sich aus der einschlägigen Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht.

(8) Ist der Unterhaltsverpflichtete nach Maßgabe des Unterhaltsrechts nicht leistungsfähig, besteht kein Unterhaltsanspruch. Daher findet kein Anspruchsübergang - auch nicht dem Grunde nach - statt.

(9) Wird der Verpflichtete wieder leistungsfähig, z. B. durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, besteht ab diesem Zeitpunkt (wieder) ein Unterhaltsanspruch. Ob Leistungsfähigkeit wieder eingetreten ist, ist in regelmäßigen Abständen, spätestens nach 12 Monaten zu prüfen. Zum Unterhalt für die Vergangenheit vgl. Kapitel 5.

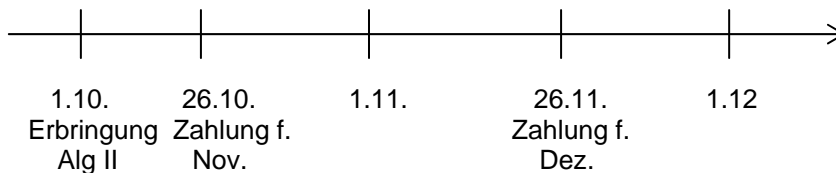
Leistungsfähigkeit (33.30)

4.3 Sonstige Voraussetzung des § 33 Abs. 2

(1) Nach § 33 Abs. 2 Satz 2 haben laufende Unterhaltszahlungen Vorrang vor dem Anspruchsübergang. Zahlt der Unterhaltsverpflichtete laufend Unterhalt, geht der Unterhalt in dieser Höhe nicht auf die Leistungsträger über, sondern wird als Einkommen angerechnet.

Laufende Zahlungen (33.31)

Beispiel:



Lösung:

Der Schuldner zahlt hier regelmäßig Unterhalt ab dem 26.10. Der Unterhaltsanspruch für den Monat Oktober geht auf die Leistungsträger über. In den Folgemonaten geht der Unterhaltsanspruch in Höhe des gezahlten Unterhalts nach § 33 Abs. 2 Satz 2 nicht auf die Leistungsträger über.

Eine laufende Unterhaltszahlung durch den Unterhaltsverpflichteten entbindet nicht von der Prüfung, ob nicht nach den Vorschriften des BGB tatsächlich ein höherer Unterhaltsanspruch besteht (§ 60 Abs. 2 Satz 3). Sofern der Unterhaltsschuldner aufgrund seiner Leistungsfähigkeit zu einem höheren Unterhalt verpflichtet ist, geht der Unterhaltsanspruch auch in Höhe des den tatsächlich gezahlten Unterhaltes übersteigenden Teils auf die Träger der Grundsicherung über. Dies gilt jedoch nur, wenn der Unterhaltsanspruch nicht tituliert ist.

Anderenfalls ist die titulierte Höhe des Unterhaltsanspruchs für den Anspruchsübergang maßgeblich. Ggf. ist zu prüfen, ob für die Zukunft eine Titeländerung erreicht werden kann.

(2) Vorraussetzung ist eine laufende, d. h. „regelmäßige“ und rechtzeitige Zahlung, vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2. Auf eine gleich bleibende Höhe der Zahlungen kommt es nicht an. Eine „wiederholte“ Nachzahlung für vergangene Zeiträume erfüllt nicht den Tatbestand des § 33 Abs. 2 Satz 2.

(3) Können die Leistungsträger einen Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit geltend machen, vgl. Kapitel 5, stehen entsprechende Nachzahlungen ihnen zu. Mit befreiender Wirkung kann der Schuldner an den Hilfebedürftigen nur zahlen, wenn er keine Kenntnis vom gesetzlichen Forderungsübergang hat, vgl. §§ 412, 407 BGB.

(4) Nach Sinn und Zweck des § 33 Abs. 2 Satz 3 soll dem Unterhaltsverpflichteten mindestens ein Einkommen verbleiben, das zur Deckung seines individuellen Bedarfs nach dem SGB II ausreicht (siehe auch Hinweise zu § 11, Kapitel 2.7).

Beispiel:

Unterhaltsverpflichteter lebt mit Partnerin in eheähnlicher Gemeinschaft, monatliche KdU: 400 €, bereinigtes Einkommen 750 €, Unterhaltsverpflichtungen/-zahlungen 200 € monatlich. Auch nach Absetzung der Unterhaltszahlungen tritt Hilfebedürftigkeit für ihn nicht ein (550 € verbleibendes Einkommen stehen 511 € individuellem Bedarf gegenüber).

Vermögen soll er nur einsetzen müssen, soweit dieses auch nach § 12 zu berücksichtigen wäre.

Die Einkommensverteilung nach der Bedarfsanteilmethode ist für die Beurteilung der individuellen Hilfebedürftigkeit im Rahmen der Vergleichsberechnung ohne Belang.

5. Ansprüche für die Vergangenheit, Klage auf künftige Leistungen, § 33 Abs. 3

(1) § 33 Abs. 3 Satz 1 ergänzt die Vorschriften des BGB und schafft neben ihnen eine weitere Möglichkeit, Ansprüche für die Vergangenheit geltend zu machen. Die Leistungsträger haben in diesem Fall dem Schuldner die Erbringung der Leistung schriftlich mitzuteilen (sog. Rechtswahrungsanzeige, „RWA“). Die RWA setzt jedoch einen festgestellten Leistungsanspruch nach dem SGB II voraus.

(2) Die RWA hat mit Zugang beim Schuldner die Wirkung einer Mahnung. Die Leistungsträger haben nun die Möglichkeit, für die Zeit ab Zugang der RWA (Unterhalts-) Ansprüche auch für die Vergangenheit geltend zu machen, vgl. Rz. 33.14).

(3) Im Gegensatz zur Überleitungsanzeige nach § 33 a. F. ist die RWA kein Verwaltungsakt. Sie kann daher nicht mit Rechtsbehelfen angefochten werden.

(4) Wie in Kapitel 3.2 dargelegt, können zukünftige Ansprüche nicht auf die Leistungsträger übergehen. Daher ist es grds. auch nicht möglich, im Voraus auf Erfüllung dieser Ansprüche zu klagen. § 33

**Vergleichsberechnung
(33.32)**

**Rechtswahrungsanzeige
(33.33)**

**Klage auf künftige Ansprüche
(33.34)**

Abs. 3 Satz 2 macht von diesem Grundsatz eine Ausnahme und ermöglicht es den Trägern auch auf künftige Leistungen zu klagen.

(5) Voraussetzung ist, dass die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts voraussichtlich auf „längere Zeit“ erbracht werden. Für die Beurteilung des längeren Zeitraums ist der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgeblich (Prognoseentscheidung). Ein längerer Zeitraum ist in Anlehnung an § 41 Abs. 1 Satz 4 gegeben, wenn ein Leistungsbezug von mindestens sechs Monaten abzusehen ist.

**Voraussichtlich für
längere Zeit
(33.35)**

(6) Bei der Bezifferung der künftigen Ansprüche sind die bisherigen monatlichen Aufwendungen zu Grunde zu legen.

(7) Zu beachten ist, dass der Umfang des Klageerfolges davon abhängig ist, wie lange tatsächlich Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erbracht worden sind. Denn nur soweit Leistungen auch wirklich erbracht werden, geht der Anspruch über.

6. Rückübertragung von Ansprüchen zur gerichtlichen Geltendmachung, § 33 Abs. 4

(1) Die auf die Träger übergegangenen und noch übergehenden Ansprüche können im Einvernehmen mit dem Leistungsempfänger zur gerichtlichen Geltendmachung rückübertragen werden. Ist der Unterhaltsanspruch höher als der Leistungsanspruch nach dem SGB II, verbleibt der die Sozialleistung übersteigende Teil beim Unterhaltsberechtigten. Die Rückübertragung vermeidet in diesem Fall eine doppelte Prozessführung.

**Grundsätzliches
(33.36)**

(2) Auch nach der Rückübertragung haben die Leistungsträger sicherzustellen, dass sie über den Stand des Verfahrens informiert werden: Dies umfasst insbesondere:

**Überwachung
(33.37)**

- Bevollmächtigung eines Anwaltes oder Beistandes,
- Stand des gerichtlichen Verfahrens (Klageerhebung, Ergebnis).

(3) Die Entscheidung liegt im Ermessen der Träger. Ist der Leistungsempfänger nicht gewillt, den Anspruch selbständig durchzusetzen, kann der Anspruch nicht rückübertragen werden. Die weitere Leistungserbringung darf nicht an diese Bereitschaft geknüpft werden.

**Ermessen der
Träger
(33.38)**

(4) Die Rückübertragung ist eine privatrechtliche Vereinbarung. Sie ist schriftlich abzuschließen. Sofern Ansprüche Minderjähriger betroffen sind, ist die Vereinbarung mit dessen gesetzlichem Vertreter zu schließen.

**Inhalt und Form der
Rückübertragung
(33.39)**

(5) Bei Unterhaltsansprüchen kann die Vereinbarung nicht mit dem Beistand des Jugendamtes abgeschlossen werden, da auch bei einer Beistandschaft der Anspruch nicht auf diesen übergeht. Gleichwohl können nach einer Rückübertragung die Ansprüche durch den Leistungsempfänger mit Hilfe des Beistandes geltend gemacht werden.

**Rückübertragung
bei Beistand
(33.40)**

(6) Zulässig ist eine Rückübertragung nur zur gerichtlichen Geltendmachung. Die Vereinbarung ist deshalb mit einer aufschiebenden Bedingung zu schließen. Die aufschiebende Bedingung hat die

**Nur zur gerichtlichen
Geltendmachung
(33.41)**

Einleitung prozessualer Schritte (z. B. Beauftragung Rechtsanwalt) innerhalb einer angemessenen Frist vorzusehen.

(7) Die Rückübertragung ist ausgeschlossen, wenn offensichtlich kein Anspruch besteht. Für eine Rückübertragung muss der Anspruch jedoch nicht bereits beziffert sein.

(8) Eine Unterbrechung des Leistungsbezuges beschränkt die Rückübertragung auf die bislang übergegangenen Ansprüche. Bei erneutem Leistungsanspruch und bestehenden vorrangigen Ansprüchen ist die Möglichkeit der Rückübertragung erneut zu prüfen.

(9) Eine Rückübertragung mit der Bedingung, den Abschluss des gerichtlichen Verfahrens (z. B. durch Vergleich) von der Zustimmung der Leistungsträger abhängig zu machen, ist nach der Rechtsprechung nicht zulässig. Sie umfasst insoweit auch das Recht, gerichtliche Vergleiche abzuschließen.

(10) Die Rückübertragung eines übergegangenen Anspruches ist vollumfänglich. Sie umfasst neben der gerichtlichen Geltendmachung (Erwirkung eines Titels) grds. auch die Vollstreckung.

(11) Betreibt der Hilfebedürftige die Zwangsvollstreckung selbst, haben sich die Leistungsträger den Auszahlungsanspruch des Hilfebedürftigen gegenüber dem Gerichtsvollzieher abtreten zu lassen. Die Abtretung ist dem Gerichtsvollzieher anzuzeigen. Zahlt der Gerichtsvollzieher (dennoch) mit befreiender Wirkung an den Hilfebedürftigen, vgl. Kapitel 3.5, ist die Zahlung als Einkommen anzurechnen. Zu beachten ist, dass bei der Einkommensanrechnung und der Vergleichsberechnung keine doppelte Berücksichtigung von Freibeträgen erfolgt.

(12) In die Rückübertragungsvereinbarung ist aufzunehmen, dass der Hilfebedürftige verpflichtet ist, Zahlungen außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens an die Leistungsträger zu veranlassen.

(13) Der Schuldner ist über die Rückübertragung und ggf. die Pflicht zur Zahlung an die Leistungsträger zu informieren.

(14) Ist zum Zeitpunkt des Anspruchsüberganges bereits ein Prozess rechtshängig, treten die Träger nicht in den Prozess ein. Vielmehr führt der Leistungsberechtigte den Prozess zu Ende und verlangt Zahlung an den Rechtsnachfolger (§ 265 Abs. 2 ZPO).

(15) Sofern bereits ein Titel vorliegt und die dem Titel zu Grunde liegenden Verhältnisse keine Abänderung erforderlich machen, können die Leistungsträger den Titel zur eigenen Geltendmachung auf sich umschreiben lassen.

(16) Sehen die Leistungsträger von einer Titelumschreibung ab, ist der Hilfebedürftige weiterhin berechtigt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Die Träger haben dann lediglich die Möglichkeit, die anschließende Zahlung durch den Schuldner als Einkommen des Hilfebedürftigen anzurechnen.

Ausschluss der Rückübertragung (33.42)

Unterbrechung des Leistungsbezuges (33.43)

Keine gewillkürte Prozessstandschaft (33.44)

Umfang (33.45)

Zwangsvollstreckung durch Hilfebedürftigen (33.46)

Zahlungen außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens (33.47)

Informationen des Pflichtigen (33.48)

Prozessstandschaft (33.49)

Titel bereits vorhanden (33.50)

(17) Vor dem 01.08.06 übergeleitete Ansprüche können nicht rückübertragen werden. Für diese Ansprüche sind weiterhin die bis zum 31.07.06 geltenden Vorschriften maßgebend.

Eine Rückübertragung für nach dem 01.08.06 übergegangene Ansprüche wirkt nicht für Zeiten vor dem 01.08.06, es sei denn, die Leistungsträger sind berechtigt, Unterhalt für die Vergangenheit geltend zu machen. Zur Anwendung altes/neues Recht, vgl. Rz. 33.18.

**Anwendung des Fortentwicklungsgesetzes
(33.51)**

6.1 Kosten der Rückübertragung

(1) Die durch die Rückübertragung entstehenden Kosten sind zu übernehmen.

(2) In Umsetzung des Beschlusses des BGH vom 02.04.2008 (XII ZB 266/03) hat ein Verweis auf die Beantragung/Prüfung von Prozesskostenhilfe (§ 114 ZPO) für rückübertragene Ansprüche nicht zu erfolgen. Der Leistungsempfänger hat gegen die Träger der Grundsicherung einen Anspruch auf Prozesskostenvorschuss und kann die gerichtliche Geltendmachung rückübertragener Ansprüche bis zu dessen Zahlung verweigern. Es ist im Einzelfall zu ermitteln, in welchem Umfang ein Prozesskostenvorschuss für die Geltendmachung rückübertragener Ansprüche durch den Leistungsträger erforderlich ist und gewährt werden muss. Soweit in einem gerichtlichen Verfahren auch nicht übergegangene Ansprüche geltend gemacht werden (sog. „Mischfälle“), besteht für diese dem Grunde nach weiterhin ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe.

**Prozesskostenhilfe
(33.52)**

Bezüglich der Berechnung des Umfangs der durch die Leistungsträger zu tragenden Prozesskosten bei sog. „Mischfällen“ wird eine Arbeitshilfe erarbeitet. Bis zu deren Veröffentlichung sind die Kosten zu übernehmen, die auch bei alleiniger Geltendmachung des übergegangenen Anspruches in einem gesonderten Gerichtsverfahren entstanden wäre. Es ist also als Streitwert die Höhe des auf die Leistungsträger übergegangenen Anspruchs zu Grunde zu legen.

(3) Nähere Informationen zur Verbuchung der Kosten der Rückübertragung werden gesondert bekannt gegeben.

(4) Soweit der Leistungsempfänger im gerichtlichen Verfahren unterliegt, sind auch die Kosten der Gegenseite zu übernehmen.

**Unterliegen
(33.53)**

6.2 Rechtsweg

(1) Über Unterhaltsansprüche wird auf dem Zivilrechtsweg entschieden.

**Zivilrechtsweg
(33.54)**

(2) Die sachliche und örtliche Zuständigkeit richtet sich nach der Art des Unterhaltes. Sie ist weiterhin abhängig vom gewählten Verfahrensweg.

**Sachliche und örtliche Zuständigkeit
(33.55)**

7. Vorrang der Übergänge nach §§ 115, 116 SGB X, 33 Abs. 5

Die Spezialvorschriften der §§ 115, 116 SGB X, wonach Ansprüche des Hilfebedürftigen auf Arbeitsentgelt gegenüber dem Arbeitgeber bzw. auf Schadensersatz gegenüber einem Schadenersatzpflichtigen auf die Leistungsträger übergehen, gehen der Regelung des § 33 Abs. 1 vor.

7.1 Voraussetzungen des Übergangs, § 115 Abs. 1 SGB X

7.1.1 Übergangsfähiger Arbeitsentgeltanspruch

(1) Dem Hilfebedürftigen muss im Zeitpunkt der tatsächlichen Leistungserbringung (Rz. 33.17) ein durchsetzbarer Anspruch auf fälliges Arbeitsentgelt zustehen.

**Grundtatbestand
(33.56)**

(2) Als Arbeitsentgelt kommen nach § 14 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen des Hilfebedürftigen aus seinem Arbeitsverhältnis in Betracht. Es umfasst grundsätzlich das Bruttoarbeitsentgelt und neben dem Gehalt z. B. Urlaubsgeld und Weihnachtsgratifikation sowie ggf. Sachleistungen (§ 115 Abs. 3 SGB X). Der Anspruch kann auf dem Einzelarbeitsvertrag, einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder betrieblicher Übung beruhen. Die einzelnen Leistungen sind nach arbeitsvertraglichen Regelungen auf die Kalendermonate zu verteilen (z. B. Weihnachtsgratifikation und Urlaubsgeld auf die Anzahl der zu vergütenden Kalendermonate).

**Anspruch auf
Arbeitsentgelt
(33.57)**

(3) Der Hilfebedürftige muss noch Inhaber des Arbeitsentgeltanspruchs sein, d. h. er darf diesen nicht bereits durch Abtretung, gesetzlichen Forderungsübergang oder vorherigen wirksamen Verzicht verloren haben.

**Inhaberschaft
(33.58)**

(4) Vor dem Übergang ist ein Verzicht des Hilfebedürftigen grundsätzlich zulässig, z. B. in einer sog. Generalquittung.

**Kein vorheriger wirksamer Verzicht
(33.59)**

Beispiel 1 : Vorheriger Verzicht durch Generalquittung

„durch diese Vereinbarung entfallen alle gegenseitigen Verpflichtungen der beiden Parteien aus dem Arbeitsverhältnis“.

Der Verzicht ist allerdings unwirksam, soweit er zulasten der Leistungsträger bei Vorhersehbarkeit der Hilfebedürftigkeit erklärt wird (Verstoß gegen §§ 32, 46 SGB I bzw. § 138 Abs. 1 BGB analog), vgl. Rz. 33.15.

Beispiel 2: Vorheriger Übergang wegen Insg-Antrags, § 187 SGB III

Hat der Hilfebedürftige vor tatsächlicher Leistungserbringung einen Antrag auf Insolvenzgeld (Insg) nach § 183 SGB III gestellt, ist sein Arbeitsentgeltanspruch nach § 187 Satz 1 SGB III auf die BA als Leistungsträger für Insg übergegangen.

Die Leistungsträger zeigen dann nach ihrer Leistungserbringung unverzüglich Erstattung nach § 104 Abs. 1 SGB X an.

Bestehen Anhaltspunkte für eine Insolvenz des Arbeitgebers, ist zur Wahrung des Nachrangs der SGB II-Leistungen gem. § 5 Abs. 3 der Hilfebedürftige bei der Annahme des SGB II-Antrages, spätestens vor tatsächlichem Zahlungsbeginn aufzufordern, einen - (ggf. auch formlosen) - Insg-Antrag nach §§ 323 Abs. 1 Satz 1, 324 Abs. 3 SGB III innerhalb von zwei Monaten nach dem Insolvenzereignis i. S. v. § 183 Abs. 1 Nrn. 1-3 SGB III zu stellen. Nach vergeblicher Aufforderung können die Leistungsträger diesen Antrag ersatzweise selbst stellen.

Zur Gewährleistung der rechtzeitigen Antragstellung sind Absprachen mit der Insg-Stelle der zuständigen Arbeitsagentur mit gegenseitigen Benachrichtigungen erforderlich.

Wird der Insg-Antrag nach Gewährung der SGB II-Leistungen gestellt, geht wegen des Übergangs des Arbeitsentgeltanspruchs nach § 115 SGB X vor Insg-Antragstellung nach § 188 Abs. 1 SGB III auch der damit untrennbar verbundene Insg-Anspruch über.

Hier stellen die Leistungsträger bei der zuständigen Arbeitsagentur unverzüglich aus übergegangenem Recht Insg-Antrag für Dritte, womit gleichzeitig der Übergang angezeigt wird.

Beispiel 3: vorheriger Übergang wegen sog. Gleichwohlgewährung, §§ 143 Abs. 3, 143a Abs. 4 SGB III

Hat der Hilfebedürftige vor tatsächlicher Erbringung der Leistungen nach dem SGB II trotz seines (noch nicht erfüllten) Arbeitsentgeltanspruchs (gleichwohl) Alg erhalten (sog. Gleichwohlgewährung), ist der Arbeitsentgeltanspruch nach § 115 Abs. 1 SGB X bereits auf die BA als Leistungsträger nach § 143 Abs. 3 bzw. § 143a Abs. 4 SGB III übergegangen.

Diese Fälle betreffen Hilfebedürftige, deren Alg für den Grundbedarf ihrer Bedarfsgemeinschaft nicht ausreicht und durch SGB II-Leistungen aufzustocken ist (sog. Alg-Aufstocker).

(5) Das Arbeitsentgelt muss fällig sein, d. h. vom Hilfebedürftigen bereits verlangt werden können. Die Fälligkeit ist ggf. gesondert für Nebenforderungen (wie Urlaubsgeld, Weihnachtsg Gratifikation etc.) im Einzelfall zu ermitteln.

Fehlt eine tarifliche oder einzelarbeitsvertragliche Regelung, gilt die gesetzliche Vorleistungspflicht des Hilfebedürftigen als Arbeitnehmer nach § 614 BGB. Das Entgelt ist danach erst nach Ablauf des einzelnen Zeitabschnitts, regelmäßig am Ende eines Monats, fällig.

Kein vorheriger Antrag auf Insolvenzgeld (33.60)

Erstattungsanzeige (33.61)

Aufforderung zur Antragstellung Insolvenzgeld (33.62)

Keine Gleichwohlgewährung (33.63)

Fälligkeit (33.64)

(6) Der Anspruch auf Arbeitsentgelt muss noch offen sein, d. h. er darf noch nicht ganz oder teilweise durch den Arbeitgeber nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt sein.

nicht erfüllter Arbeitsentgeltanspruch (33.65)

(7) Soweit der Arbeitgeber bereits vor SGB II-Antragstellung den Anspruch durch Zahlung an den Hilfebedürftigen ganz oder teilweise beglichen hat, ist der Anspruch nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt und damit nicht mehr offen, so dass ein Übergang nach § 115 SGB X ausscheidet. Die Zahlung ist dann als Vermögen gem. § 12 zu berücksichtigen.

Anrechnung statt Übergang (33.66)

(8) Gleiches gilt bei ganzer oder teilweiser Zahlung an den Hilfebedürftigen nach Antragstellung vor tatsächlicher Erbringung der SGB II-Leistungen. Auch hier ist der Anspruch insoweit nicht mehr offen. Hier erfolgt eine Anrechnung der Zahlung als Einkommen gem. § 11. Wurde der Leistungsbescheid bereits zugestellt, ist ein entsprechender Aufhebungs- und Erstattungsbescheid nach §§ 48, 50 SGB X zuzustellen.

(9) Der Anspruch auf Arbeitsentgelt muss durchsetzbar sein. Soweit er verjährt, ausgeschlossen oder gestundet ist, scheidet ein Übergang aus.

Durchsetzbarkeit (33.67)

Der Anspruch auf Arbeitsentgelt verjährt gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB nach drei Jahren ab Ende des Kalenderjahres des Entstehens, jeweils ab Fälligkeit des einzelnen Arbeitsentgeltsanspruchs bzw. der Nebenansprüche. Danach kann der Arbeitgeber die Verjährungseinrede nach § 214 BGB erheben, so dass der Anspruch dauerhaft nicht durchsetzbar ist.

Verjährung (33.68)

Die Geltendmachung des Anspruchs darf nicht durch den Ablauf einer tariflichen oder vertraglichen Ausschlussfrist (auch „Verfall- oder Präklusivfrist“ genannt) ausgeschlossen sein.

Ausschlussfrist (33.69)

Hier ist zu prüfen:

1. ob der Hilfebedürftige und sein Arbeitgeber nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) tariflich gebunden sind, für den Hilfebedürftigen ein allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag (§ 5 TVG) existiert, oder ob in seinem Arbeitsvertrag auf einen Tarifvertrag Bezug genommen ist,
2. ob der Hilfebedürftige als Arbeitnehmer dem Geltungsbereich des Tarifvertrages unterfällt,
3. ob im Tarifvertrag eine Ausschlussfrist geregelt ist, wann sie beginnt und von welcher Dauer sie ist und
4. ausnahmsweise, ob im Arbeitsvertrag eine Ausschlussfrist vereinbart ist.

Soweit und solange der Hilfebedürftige mit dem Arbeitgeber eine Stundung (Hinausschieben der Fälligkeit) im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung vereinbart hat, ist der Anspruch vorübergehend nicht durchsetzbar und damit der Übergang solange ausgeschlossen. Allerdings muss diese vor Absehbarkeit der Hilfebedürftigkeit vereinbart worden sein. Ansonsten ist sie unwirksam. Unter Beachtung der Pfändungsgrenzen für Arbeitseinkommen

Stundung (33.70)

nach §§ 850 ff ZPO für den Arbeitsentgeltanspruch ist sie darüber hinaus nur in Höhe des pfändbaren Teils zulässig.

7.1.2 Rechtmäßige Leistungserbringung

Die Leistungen müssen rechtmäßig erbracht worden sein. Ansonsten ist ein Aufhebungs- und Erstattungsbescheid nach §§ 48, 50 SGB X (ausnahmsweise: §§ 45, 50 SGB X) zuzustellen, vgl. Rz. 33.8.

**Rechtmäßige Leistungserbringung
(33.71)**

7.1.3 Sachliche und zeitliche Deckungsgleichheit

(1) Die erbrachten Leistungen müssen sachlich und zeitlich mit dem Anspruch auf Arbeitsentgelt deckungsgleich sein.

**Deckungsgleichheit
(33.72)**

(2) Nur Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (Rz. 33.5) sind mit dem Anspruch des Hilfebedürftigen auf Arbeitsentgelt sachlich deckungsgleich.

(3) Zeitlich deckungsgleich ist der Anspruch auf Arbeitsentgelt mit den erbrachten Leistungen jedenfalls, sofern er demselben Kalendermonat zuzuordnen ist.

**Übergang für denselben Monat
(33.73)**

(4) Ein Anspruch geht - anders als nach § 33 Abs. 3 - weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft über.

7.1.4 Kausalzusammenhang

Ein Übergang erfolgt nur, soweit die Nichterfüllung des vorrangigen Arbeitsentgeltanspruchs die Erbringung der Leistungen überhaupt oder in zusätzlicher Höhe verursacht hat, vgl. Rz. 33.21 „Kausalzusammenhang“. Hätte die rechtzeitige Zahlung des Arbeitgebers die Leistungserbringung in gleicher Höhe nicht verhindert, fehlt der Kausalzusammenhang. Hier sind insbesondere die Freibeträge nach §§ 11, 30 SGB II zu berücksichtigen.

**Kausalzusammenhang
(33.74)**

Beispiel:

Wenn das Juli-Gehalt bei rechtzeitiger Zahlung am 31. Juli, Antragstellung am 1. August und Überweisung der Leistungen am 20. August, als sog. Schonvermögen nach § 12 Abs. 2 nicht berücksichtigt worden wäre, hätten auch bei rechtzeitiger Zahlung des Arbeitgebers SGB II-Leistungen in gleicher Höhe erbracht werden müssen.

7.2 Rechtliche Auswirkungen des Übergangs

(1) Liegen alle Tatbestandsvoraussetzungen im Zeitpunkt der tatsächlichen Leistungserbringung vor, geht der Anspruch des Hilfebedürftigen nach § 115 Abs. 1 SGB X kraft Gesetzes auf die Leistungsträger über. Sie treten als neue Gläubiger des Arbeitgebers an die Stelle des Hilfebedürftigen. Dieses gilt jedoch nur in Höhe der erbrachten Leistungen, vgl. Rz. 33.19. Gem. § 34a zählen dazu auch die an bestimmte Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft des Anspruchsinhabers erbrachten Leistungen.

**Übergang
(33.75)**

(2) Nach § 115 Abs. 3 SGB X ist ein vereinbarter Teilanspruch auf Sachbezüge in Arbeitsentgelt umzurechnen. Dessen Höhe ist gem. § 17 S. 1 Nr. 3 SGB IV nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung zu ermitteln.

**Sachbezüge
(33.76)**

Beispiele:

Verpflegung, Unterkunft und Wohnung, aber auch z. B. Dienstwagen oder Handy auch zum privaten Gebrauch.

Wegen § 107 Abs. 2 Satz 3 Gewerbeordnung (Truckverbot) sind Sachbezüge nur bis zur Höhe des pfändbaren Teils des Arbeitsentgelts rechtmäßig.

(3) Nach §§ 412, 404 BGB behält der Arbeitgeber den Leistungsträgern als neuen Gläubigern gegenüber alle Einwände, welche er hinsichtlich des Anspruchs gegenüber dem Hilfebedürftigen hatte (z. B. ganze oder teilweise Erfüllung nach § 362 BGB, Versäumung einer Ausschlussfrist, Verjährung oder Stundung).

**Einwände des Arbeitgebers
(33.77)**

(4) Mit dem Übergang des Arbeitsentgeltanspruchs auf die Leistungsträger ist der Hilfebedürftige in Höhe der erbrachten Leistungen nicht mehr berechtigt, über den Anspruch zu verfügen, z. B. durch Verzicht.

**Wegfall der Verfügungsbefugnis
(33.78)**

(5) Da lediglich die Arbeitsentgeltansprüche des Hilfebedürftigen übergehen, verbleiben ihm sämtliche höchstpersönlichen Gestaltungsrechte (z. B. Recht zur Kündigung). Bei Streit über Bestand und Dauer des Arbeitsverhältnisses gilt dies auch für Verfügungen mit Auswirkungen auf den bereits übergegangenen Arbeitsentgeltanspruch. Die Grenze bildet auch hier eine gezielte sittenwidrige Belastung der Träger.

**höchstpersönliches Gestaltungsrecht
(33.79)**

(6) In Höhe des über die erbrachten Leistungen hinaus gehenden Betrages verbleibt ihm allerdings sein Arbeitsentgeltanspruch (Restanspruch) zur freien Verfügung.

**Restanspruch
(33.80)**

7.3 Übergangsanzeige an den Arbeitgeber

(1) Die Leistungsträger haben dem Arbeitgeber zur Wahrung ihrer Rechte als Rechtsnachfolger den Übergang durch eine sog. „Übergangsanzeige“ nach §§ 412, 407 BGB möglichst gerichtsfest (etwa per Einschreiben mit Rückschein) anzuzeigen. Gleichzeitig ist der Hilfebedürftige durch Übersendung einer Durchschrift zu informieren.

**Übergangsanzeige
(33.81)**

(2) Eine Zahlung des Arbeitgebers nach Übergang und vor Kenntnis - i. d. R. vor Zugang (§ 130 BGB) der Übergangsanzeige - wird gem. § 11 als Einkommen beim Hilfebedürftigen angerechnet.

Der Arbeitgeber wird trotz Übergangs noch von seiner Verpflichtung nach § 362 Abs. 1 BGB frei, weil die Leistungsträger als neue Gläubiger gem. § 407 Abs. 1 BGB diese Leistung des Arbeitgebers an den alten Gläubiger (den Hilfebedürftigen) gegen sich gelten lassen müssen, solange der Arbeitgeber als Schuldner den Übergang nicht „kennt“.

Der Hilfebedürftige hat dem Leistungsträger die Zahlung an ihn nach § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB I mitzuteilen. Auch hier ist ein Aufhebungs- und Erstattungsbescheid zuzustellen.

(3) Zahlt der AG nach Zugang der Übergangsanzeige an den Hilfebedürftigen, hat er an die Leistungsträger nochmals zu zahlen, weil er gem. §§ 412, 407 Abs. 1 BGB nach Kenntnis nicht mehr mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hilfebedürftigen zahlen kann. Seine Zahlung ist ihm vom Hilfebedürftigen gem. § 812 Abs. 1, 1. Var. BGB herauszugeben. Auf Verbrauch nach § 818 Abs. 3 BGB kann der Hilfebedürftige sich gem. § 819 Abs. 1 BGB nicht berufen, sofern er Kenntnis vom Forderungsübergang hat.

Zahlung nach Übergangsanzeige (33.82)

(4) Die Leistungsträger können ggf. - u. U. auf Antrag des Arbeitgebers - die Zahlung des Arbeitgebers genehmigen und ihn damit nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB von seiner Leistungspflicht befreien. Nach § 182 Abs. 2 BGB reicht es dazu aus, wenn der Leistungsträger dem Arbeitgeber formlos mitteilt, dass er den übergegangenen Anspruch beim Hilfebedürftigen geltend mache. Es ist ein Aufhebungs- und Erstattungsbescheid zuzustellen.

Genehmigung (33.83)

7.4 Sonderfall: Lohnwucher

(1) Einen Sonderfall der „Nichterfüllung“ eines Anspruches auf Arbeitsentgelt bildet die Zahlung eines zu geringen, sittenwidrigen Lohnes. Hier steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Zahlung der Differenz zur üblichen Vergütung, §§ 612 Abs. 2, 138 Abs. 2 BGB zu.

(2) In Fällen auffälliger, sittenwidriger Lohnzahlungen sind die Leistungsträger gehalten, die nach § 115 SGB X übergegangenen Arbeitsentgeltansprüche durchzusetzen. Als Arbeitshilfe hierzu dient der Leitfaden „Lohnwucher“, vgl. Anlage 1.

Beispiel 1:

H arbeitet als Hilfsarbeiter bei A in O und verrichtet einfachste Tätigkeiten. Aus der Einkommensbescheinigung ergibt sich, dass die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit 14 Stunden (entspricht 56 Stunden im Monat – was H in einem Gespräch mit der Integrationsfachkraft bestätigt) beträgt. H und A haben eine monatliche Bruttovergütung von 162,40 € vereinbart. Der vereinbarte Bruttostundenlohn beträgt mithin 2,90 €. Für die Tätigkeit des H gibt es weder einen Mindestlohn noch einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag. Die Grundsicherungsstelle hat für die Tätigkeit des H einen Bruttostundenlohn von 5 € als ortsüblich ermittelt. Der Lohn, den H mit seinem Arbeitgeber vereinbart hat, beträgt demnach weniger als 2/3 des ortsüblichen Lohnes. Auch die Würdigung der übrigen Einzelfallumstände ergibt, dass die vereinbarte Vergütung sittenwidrig ist.

Beispiel 2:

K arbeitet bei B als Küchenhilfe. Der vereinbarte Bruttostundenlohn beträgt 3,30 €. B zahlt darüber hinaus weder Zusatzleistungen noch wendet er K sonstige geldwerte Vorteile zu (z. B. freie Verpflegung). Die ortsübliche Vergütung für Küchenhilfen beträgt 6 € brutto pro Stunde. Die vereinbarte Vergütung beträgt damit 55 %

der ortsüblichen. Auch nach der Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls ist die vereinbarte Vergütung sittenwidrig.

Beispiel 3:

O arbeit als Kellner zu einem mit seinem Arbeitgeber vereinbarten Bruttostundenlohn von 4 €. Ortsüblich ist ein Lohn von 7,30 € brutto pro Stunde. Auch hier zahlt der Arbeitgeber wie in Beispiel 2 keine weiteren Zusatzleistungen. Der vereinbarte Lohn beträgt lediglich 54,79 % des ortsüblichen Lohnes und ist sittenwidrig.

7.5 Durchsetzung

(1) Die Leistungsträger setzen als neue Gläubiger gem. § 115 Abs. 1 SGB X den Arbeitsentgeltanspruch aus dem Arbeitsverhältnis i. V. m. § 611 BGB arbeitsrechtlich, zunächst - außergerichtlich - durch Zahlungsaufforderung unter Setzung einer angemessenen Frist gegenüber dem Arbeitgeber durch. Hierbei sind evt. Ausschlussfristen zu beachten, vgl. Rz. 33.69.

**Zahlungsaufforderung
(33.84)**

(2) Liegt weder ein Urteil noch ein anderer vollstreckbarer sog. Titel i. S. v. § 794 Abs. 1 ZPO vor, haben die Leistungsträger nach erfolgloser Zahlungsaufforderung zunächst Mahnbescheid zu beantragen. Verweigert der Arbeitgeber allerdings die Zahlung, ist sogleich Lohnklage nach dem ArbGG bzw. der ZPO beim zuständigen Arbeitsgericht zu erheben.

**Titelbeschaffung
(33.85)**

(3) Besitzt der Hilfebedürftige bereits einen Titel (z. B. Urteil, Vollstreckungsbescheid), ist dieser auf die Leistungsträger als Rechtsnachfolger nach § 727 ZPO beim Amtsgericht umschreiben zu lassen.

**Titelumschreibung
(33.86)**

(4) Ist der Übergang nach Rechtshängigkeit einer eigenen Klage (ab Zustellung beim Arbeitgeber als Beklagtem) des Hilfebedürftigen erfolgt, verbleibt ihm seine Klagebefugnis hinsichtlich des gesamten Anspruchs. Zur Vermeidung einer Klageabweisung muss er seine Klage allerdings hinsichtlich des übergegangenen Anspruchs auf Zahlung an die Leistungsträger umstellen. Ist der Übergang vor Rechtshängigkeit einer eigenen Lohnklage des Hilfebedürftigen erfolgt, beschränkt sich seine Klagebefugnis auf den Restanspruch (vgl. Rz. 33.80) und besteht nur, solange die Leistungsträger nicht den auf sie übergegangenen Anspruch einklagen.

**Vorherige Lohnklage
des Hilfebedürftigen
(33.87)**

(5) Soweit ein tatsächliches Hindernis bei der Durchsetzung des übergegangenen Anspruchs besteht, z. B. Insolvenz des Arbeitgebers, hat der Hilfebedürftige nach analoger Anwendung des § 116 Abs. 4 SGB X ein sog. Recht auf vorrangige Befriedigung seines Restanspruchs, vgl. Rz. 33.80. Deshalb haben die Leistungsträger bei Vorliegen eines solchen Hindernisses von einer Durchsetzung abzusehen.

**Tatsächliches
Durchsetzungshindernis
(33.88)**

7.6 Übergang nach § 116 SGB X

§ 116 SGB X betrifft den Übergang von gesetzlichen Schadenersatzansprüchen (z. B. nach § 823 Abs. 1 BGB), soweit die Leistungsträger aufgrund des Schadensereignisses Leistungen zu erbringen haben.

**Übergang nach
§ 116 SGB X
(33.89)**

8. Sonderfälle

8.1 Aufenthalt im Frauenhaus

Im Falle des Aufenthalts in einem Frauenhaus kann im Einzelfall vorläufig von der Geltendmachung des übergegangenen Unterhaltsanspruches abgesehen werden, wenn die Zielsetzung der Hilfe im Frauenhaus – insbesondere Gewährung von Schutz und Zuflucht vor dem gewalttätigen Ehemann – durch die Geltendmachung gefährdet erscheint. Das gleiche gilt, wenn eine zeitnahe Versöhnung der Parteien und eine Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft möglich erscheinen und dies durch die Anhörung nachhaltig gefährdet würde.

Zu beachten ist, dass Dritten unter keinen Umständen Auskünfte über den Aufenthaltsort der Frau erteilt werden dürfen.

Aufenthalt im Frauenhaus (33.90)

8.2 Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz (UhVorschG)

(1) Leistungen nach dem UhVorschG sind vorrangig vor einem Anspruch nach dem SGB II, vgl. § 5 Abs. 1. Werden solche Leistungen bereits gewährt, sind sie als Einkommen des Kindes im Rahmen der §§ 7, 9 und 11 zu berücksichtigen.

UhVorschG (33.91)

(2) Anspruch auf Leistungen nach dem UhVorschG haben Kinder:

- bis zur Vollendung des 12. Lebensjahres für höchstens 72 Monate;
- die im Geltungsbereich des Gesetzes bei einem Elternteil leben,
- der ledig, verwitwet oder geschieden ist oder
- von seinem Ehegatten dauernd getrennt lebt und
- die von dem anderen Elternteil nicht oder nicht regelmäßig Unterhalt in Höhe des maßgeblichen Regelbetrages nach der Regelbetrag-Verordnung erhalten.

(3) Die Ansprüche des Kindes gegen den unterhaltspflichtigen Elternteil gehen in Höhe der Unterhaltsvorschussleistung auf den Träger nach dem UhVorschG über, § 7 UhVorschG. Soweit ein darüber hinaus gehender Unterhaltsanspruch des Kindes besteht, geht dieser nach den Voraussetzungen des § 33 in Höhe der geleisteten Aufwendungen auf die Leistungsträger über.

(4) Sollte dagegen noch keine Antragstellung auf Leistungen nach dem UhVorschG erfolgt sein, so ist darauf hinzuwirken, dass diese unverzüglich nachgeholt wird. Falls erforderlich, ist der Antrag gemäß § 5 Abs. 3 durch den Träger zu stellen. Zugleich ist dem Jugendamt (Unterhaltsvorschuss-Stelle) gegenüber ein Erstattungsanspruch nach § 104 SGB X anzuzeigen.

Vorrangigkeit, Erstattung nach § 104 SGB X (33.92)

(5) Durch die Vorleistung der Leistungsträger geht der Unterhaltsanspruch nach den Voraussetzungen des § 33 in Höhe der geleisteten Aufwendungen auf diese über. Der Übergang auf das Land

(Träger UhVorschG) ist durch § 7 Abs. 1 Satz 2 UhVorschG ausgeschlossen. Im Rahmen des o. g. Erstattungsverfahrens haben die Leistungsträger den auf sie übergegangenen Unterhaltsanspruch in Höhe des vom Land erstatteten Betrags abzutreten. Somit erhält das Land die Möglichkeit, den Unterhaltsschuldner in Regress zu nehmen (Wiederherstellung des Zustandes nach § 7 UhVorschG).

(6) Grundsätzlich richtet sich die Höhe des Erstattungsanspruches nach § 104 Abs. 3 SGB X. Jedoch werden durch diese Vorschrift die Anrechnungsvorschriften des SGB II nicht beseitigt. Durch die Vorleistung sollen die SGB II-Leistungsträger nicht stärker belastet werden als bei rechtzeitiger Erbringung der Leistungen nach dem UhVorschG.

Höhe der Erstattungsforderung (33.93)

(7) Daher hat das Land den nach den Vorschriften des SGB II zu bestimmenden Bedarf des Kindes bis zur Höhe des vollen Leistungsbetrages nach dem UhVorschG zu erstatten. Dem Land muss dementsprechend nachgewiesen werden, dass der SGB II -Träger infolge der Nichtleistung durch den Unterhaltsschuldner insgesamt Aufwendungen in Höhe der UhVorschG- Leistung an das Kind und die mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen geleistet hat ("geleistete Aufwendungen"). Bei der rückwirkenden Bewilligung von Unterhaltsvorschuss muss der Erstattungsbetrag an die SGB II-Träger so hoch sein, dass diese wirtschaftlich so gestellt werden, wie sie bei sofortiger UhVorschG- Bewilligung gestanden hätten. Bei rechtzeitiger Leistung nach dem UhVorschG wäre der Unterhaltsvorschuss nach § 11 in voller Höhe angerechnet worden.

Beispiel:

Sozialgeldanspruch des Kindes:	215,00 €
anteilige KdU:	+ 45,00 €
Gesamtbedarf des Kindes:	= 260,00 €
Anrechnung des Kindergeldes:	./ 184,00 €
Unterhaltsvorschuss noch nicht bewilligt, daher Auszahlung für das Kind:	= 76,00 €

Nachträglich wird ein Anspruch nach dem UhVorschG i. H. v. 133 € festgestellt. Es werden zunächst alle Einkünfte vom Bedarf des Kindes abgesetzt. Dies gilt auch für das Kindergeld, soweit es zur Sicherung des Lebensunterhaltes für das Kind benötigt wird. Entspr. § 11 Abs. 1 Satz 1 und 3 ist der übersteigende Betrag des Kindergeldes auf die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft zu verlagern:

Gesamtbedarf des Kindes (s. o.):	= 260,00 €
abzüglich eigenen Einkommens (UhVorschG):	./ 133,00 €
Restbedarf (vor Abzug Kindergeld):	= 127,00 €
abzüglich Kindergeld:	./ 184,00 €
Restbedarf des Kindes:	= 0,00 €
übersteigender Betrag des Kindergeldes:	= 57,00 €

Um diese 57,00 € ist der Bedarf der Mutter zu verringern. Im Rahmen des Erstattungsanspruches wird der gesamte Unterhaltsvorschuss i. H. v. 133,00 € geltend gemacht. Unerheblich ist, dass vor der Bewilligung des Unterhaltsvorschusses tatsächlich nur 76,- € ausgezahlt

wurden. Die SGB II-Träger sind so zu stellen, wie sie bei rechtzeitiger Bewilligung nach dem UhVorschG gestanden hätten.

Anlage 1: Leitfaden „Lohnwucher“

1. Einleitung

Dieser Leitfaden dient dazu, Fälle sittenwidrigen Lohns zu erkennen und die übergegangenen Ansprüche rechtswirksam geltend zu machen.

2. Sachverhaltsermittlung

Werden im Rahmen des Profilings oder anhand von Abfragen über den operativen Datensatz, Neuanträgen etc. Fälle bekannt, in denen Kunden ein auffällig geringes Arbeitsentgelt erzielen und deshalb ergänzend auf den Bezug von SGB II-Leistungen angewiesen sind, sollten diese unter dem Gesichtspunkt des § 115 SGB X (Ansprüche gegen den Arbeitgeber) einer Prüfung unterzogen werden.

In Erfahrung gebracht werden sollten dabei folgende Informationen:

- in welcher Branche arbeitet der Kunde,
- welcher Lohn wird monatlich exakt erzielt,
- welche konkrete Arbeitsstundenzahl wird monatlich für den erhaltenen Lohn gearbeitet (Anzahl der Stunden absolut, aber auch Aufteilung derselben im entsprechenden Lohnabschnitt: gegebenenfalls Arbeitszeitkonto vom Kunden anfordern), Anhaltspunkte hierfür liefert zunächst die Einkommensbescheinigung,
- welche Löhne werden in dieser Branche üblicherweise (laut Tarifvertrag; fehlt dieser: ortsüblich) gezahlt,
- wie hoch ist die Abweichung des von dem Kunden erzielten/angegebenen Lohnes vom tarifvertraglichen/ortsüblichen Lohn.

3. Auswertung

Liegen die oben aufgeführten Informationen vor, ist zunächst zu prüfen, ob es sich hinsichtlich der Vergütungshöhe um eine sittenwidrige Abrede handelt. Gegebenenfalls kann auch das einseitige Ausnutzen einer Notlage (z. B. Arbeitslosigkeit) des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber vorliegen.

3.1 Höhe der Vergütung bei Arbeitsverhältnissen

Die Höhe der Vergütung richtet sich nach der Vereinbarung der Parteien im Arbeitsvertrag, wobei grundsätzlich - abgesehen von Fällen gesetzes- oder sittenwidriger Vereinbarung - Vertragsfreiheit besteht.

Voraussetzung ist zunächst, dass der Arbeitgeber, zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet ist (Vergütungspflicht). Diese Verpflichtung ergibt sich in den meisten Fällen aus dem zugrundeliegenden Arbeitsvertrag. Bei dessen Fehlen sind die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 NachwG innerhalb dessen ersten Monats vom Arbeitgeber zu dokumentieren.

Fehlt eine Vereinbarung, gilt nach § 612 Abs. 1 BGB eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Hinweis: Fälle einer stillschweigenden Vergütungsabrede liegen vor, wenn Kunden regelmäßig bei ihren Verwandten, Nachbarn oder Freunden z. B. in einem Restaurant „aushelfen“.

Unentgeltlichkeit kann dagegen nur dann angenommen werden, wenn gelegentlich Arbeitsleistungen, für Verwandte etc., erbracht werden. Die Beweislast, ob es sich um eine regelmäßige oder gelegentliche Arbeitsleistung handelt, liegt beim Leistungsträger.

Üblich ist i. S. d. § 612 Abs. 2 BGB eine Vergütung, die an dem betreffenden Ort in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen für gleiche oder ähnliche Dienstleistungen unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse gewöhnlich gezahlt wird.

Die Anerkennung der Üblichkeit setzt daher gleiche Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen voraus.

In der Regel wird die übliche Vergütung eines Arbeitnehmers der einschlägigen tariflichen Vergütungsregelung zu entnehmen sein.

Nur bei einer nichtigen, weil sittenwidrigen Vergütungsabrede wird auf § 612 Abs. 2 BGB zurückgegriffen, da in diesem Fall zumindest Anspruch auf die übliche Vergütung besteht.

3.2 Sittenwidrigkeit der Vergütungsvereinbarung

Ist für das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag verbindlich (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Tarifvertrags-gesetz) oder ein durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag (für sonst nicht tarifgebundenen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer innerhalb des sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs, § 5 TVG), oder ein Tarifvertrag im Arbeitsvertrag in Bezug genommen, dürfen die dort geregelten Bedingungen, insbesondere die Entgelthöhe, nicht unterlaufen werden. Ansonsten ist die Entgeltabrede bereits wegen Verstoßes gegen den Tarifvertrag i. V. m. § 134 BGB nichtig. Und eine sog. Lohnklage auf die Differenz zum vereinbarten bzw. gezahlten Entgelt lässt sich direkt auf den Tarifvertrag i. V. m. dem Arbeitsverhältnis stützen.

Hinweis: Im Intranet der BA sind unter dem Stichwort „Tarifübersicht“ Hilfsmittel zum Thema Tarifverträge zu finden. Ebenso bietet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales auf seiner Internetseite www.bmas.de Informationen zu dieser Thematik.

Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen die guten Sitten verstößt, also sittenwidrig ist. Dieses setzt einen Verstoß „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ voraus.

Eine Entgeltvereinbarung kann wegen Lohnwuchers oder wegen eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts nichtig sein.

Hinweis: Nicht der gesamte Arbeitsvertrag ist sittenwidrig und damit nichtig, sondern lediglich die Entgeltabrede, wobei zur Anpassung der Vergütungshöhe auf § 612 Abs. 2 BGB zurückgegriffen wird (vgl. Kapitel 7.4).

Für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts setzen der zivilrechtliche Lohnwucher nach § 138 Abs. 2 BGB und das wucherähnliche Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus.

Das BAG hat mit Urteil vom 22.04.2009, 5 AZR 436/08, entschieden, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und damit Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 2 BGB vorliegt, wenn die Entlohnung nicht einmal 2/3 eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht.

Maßstab für die Prüfung, ob ein auffälliges Missverhältnis vorliegt, ist das üblicherweise gezahlte Tarifentgelt und zwar ohne tarifliche Zusatzleistungen. Dieses ist im Zweifel das Bruttoentgelt. Die Üblichkeit einer Tarifvergütung kann angenommen werden, wenn mehr als

50% der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50% der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigen.

Hat sich der Tariflohn nicht durchgesetzt, ist von dem allgemeinen Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet auszugehen.

Bei der Ermittlung des ortsüblichen Lohnes kann die Grundsicherungsstelle auch auf Informationen der Bundesagentur für Arbeit, Feststellungen des jeweiligen Statistischen Landesamtes, [Erhebungen der Hans-Böckler-Stiftung](#) oder ähnliche Verdienststrukturerhebungen zurückgreifen. Liegt kein vergleichbarer Tarifvertrag vor, kann auch die [Verdienststrukturerhebung aus dem Jahr 2006](#) des Statistischen Bundesamtes einen ersten Anhaltspunkt für die Feststellung der ortsüblichen Vergütung liefern.

Besondere Einzelfallumstände können, gerade in Grenzfällen, zu einer Abweichung von der 2/3 Grenze führen. Diese Umstände können geldwerte oder nicht geldwerte Arbeitsbedingungen sein. Abschläge vom Wert der Arbeitsleistung kommen insbesondere bei besonders einfachen Tätigkeiten oder bei besonders erheblichen Leistungsdefiziten in Betracht. Auch Dauer und Lage der Arbeitszeit (z. B. überlange, gegen das Arbeitszeitgesetz verstoßende und unregelmäßige Arbeitszeiten) können die Beurteilung der Sittenwidrigkeit beeinflussen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

4. Verfahrensrechtliche Vorgehensweise

4.1 Grundsätzliches

Bei der Vorschrift des § 115 SGB X handelt es sich um einen gesetzlichen Forderungsübergang, so dass dieser mit Leistungserbringung eintritt.

Dennoch ist aus Gründen der Rechtssicherheit dem Schuldner/Arbeitgeber eine Übergangsanzeige zuzustellen (§§ 412, 407 BGB), vgl. Rz. 33.81.

Im Rahmen der „Nichterfüllung“ des Anspruches auf Arbeitsentgelt werden nicht nur die Fälle eingeschlossen, in denen der Arbeitgeber das geschuldete Arbeitsentgelt nicht, sondern auch sittenwidrig betragsmäßig zu wenig zahlt, vgl. Kapitel 7.4.

Hinweis: Bevor rechtliche Schritte (Mahnverfahren, Klage) eingeleitet werden, ist zunächst der Arbeitgeber unter Fristsetzung schriftlich aufzufordern, die übergegangenen Arbeitsentgeltansprüche zu zahlen, vgl. 33.84.

4.2 Prozessuale Voraussetzungen

Aufgrund des gesetzlichen Forderungsüberganges ist der Leistungsträger in Höhe der erbrachten Leistungen als materiell-rechtlicher Inhaber des Rechts nunmehr aktivlegitimiert. Dieses Recht kann er im eigenen Namen aus übergegangenem Recht einklagen (Klagebefugnis).

Nach den Grundsätzen des Zivilprozessrechts muss die Grundsicherungsstelle darlegen und beweisen, dass die Vergütung sittenwidrig ist. Dies schließt den Nachweis der Höhe der ortsüblichen Vergütung mit ein.

Lässt sich eine übliche Vergütung nicht bestimmen, richtet sich die Höhe des Entgeltanspruchs nach billigem Ermessen (§§ 315, 316 BGB). Die Konkretisierung ist dann vom erkennenden Gericht vorzunehmen.

4.3 Gerichtszweig; sachliche und örtliche Zuständigkeit

Bei den nach § 115 SGB X übergegangenen Ansprüchen handelt es sich um solche aus Arbeitsverträgen, so dass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet ist, § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG.

Sachlich zuständig ist das Arbeitsgericht (§ 8 Abs. 1 ArbGG).

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach §§ 12, 17 ZPO, also grundsätzlich nach dem Gerichtsstand der beklagten Partei (= des Arbeitgebers).

Hinweis: Nach § 48 Abs. 1a Satz 1 ArbGG ist für Streitigkeiten u. a. nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 auch das Arbeitsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat.

4.4 Einleitung Mahnverfahren

Vor Erhebung einer zeit- und kostenaufwändigen Klage sollte geprüft werden, ob im Einzelfall die Durchführung des gerichtlichen Mahnverfahrens zweckmäßig ist.

Das gerichtliche Mahnverfahren ist eine Möglichkeit, schnell und einfach einen Vollstreckungstitel (Vollstreckungsbescheid) über eine Geldforderung zu erwirken, wenn Einwendungen des Antragsgegners noch nicht vorliegen oder nicht zu erwarten sind.

Im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen gelten entsprechend § 46a ArbGG die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Mahnverfahren.

Zuständig für die Durchführung des Mahnverfahrens ist das Arbeitsgericht, das für die im Urteilsverfahren erhobene Klage zuständig sein würde (§ 46a Abs. 2 ArbGG), vgl. Rz. 33.85.

Hinweis: Der Internetseite www.mahngerichte.de, können weitere aktuelle Informationen entnommen werden. So können dort auch die jeweils zuständigen Arbeitsgerichte ebenso in Erfahrung gebracht werden, wie Ausfüllhinweise und –hilfen für die Antragsformulare (diese selbst sind unter anderem auch im Buchhandel erhältlich).

4.5 Fristeinhaltung

Die klageweise Geltendmachung des Anspruches auf Restlohn unterliegt grundsätzlich Fristen. Üblicherweise sind in Tarifverträgen oder im Arbeitsvertrag Ausschlussfristen (auch Verfall- oder Präklusivfristen genannt) erwähnt. Diese Ausschlussfristen sind nicht mit den Verjährungsfristen zu verwechseln, wobei letztere lediglich eine Möglichkeit der Einrede des Schuldners darstellen und nicht von Amts wegen geprüft werden.

Innerhalb der Ausschlussfristen, die hingegen von Amts wegen zu prüfen sind, sind Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG darf die Ausschlussfrist nicht kürzer bemessen sein als 3 Monate (Urteil des BAG vom 25.05.2005, 5 AZR 572/04; Urteil des BAG vom 28.09.2005, 5 AZR 52/05).

Hinweis: Klagen sollten vorsorglich innerhalb von 3 Monaten ab Fälligkeit des Anspruchs beim zuständigen Arbeitsgericht eingereicht werden.

4.6 Vollstreckung

Aus den Urteilen, Vergleichen und Beschlüssen (Titel) der Arbeitsgerichte kann die Zwangsvollstreckung betrieben werden, wenn sie einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben. Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung aus den Titeln ist unter anderem die Rechtskraft der

Entscheidung. Urteile der Arbeitsgerichte, gegen die Einspruch oder Berufung zulässig ist, sind vorläufig vollstreckbar.

Im Falle der vorläufigen Vollstreckbarkeit kann sofort aus den Titeln vollstreckt werden, obwohl die Gegenseite noch die Möglichkeit der Einlegung des Rechtsmittels hat.

Auf die Zwangsvollstreckung aus arbeitsgerichtlichen Urteilen, Vergleichen oder Vollstreckungsbescheiden finden die Vorschriften der ZPO Anwendung (§ 62 Abs. 2 ArbGG, §§ 704 ff ZPO).

Nach § 62 Abs. 2 Satz 1 ArbGG finden im Übrigen auf die Zwangsvollstreckung die Vorschriften des Achten Buchs der Zivilprozessordnung (§§ 704 bis 945 ZPO) Anwendung.

Für die Durchführung der Zwangsvollstreckung sind grundsätzlich die Amtsgerichte im Bezirk des Schuldners (= Arbeitgeber) oder der dort zuständige Gerichtsvollzieher das Vollstreckungsorgan. Nur in einzelnen Fällen ist das Arbeitsgericht das Vollstreckungsgericht wie z.B. bei der Durchsetzung der Zeugniserteilung.

4.7 Strafrechtliche Aspekte

Gegebenenfalls sind folgende Straftat- bzw. OWiG-Tatbestände verwirklicht:

- § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB (Lohnwucher),
- § 263 StGB (Leistungsbetrug),
- § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt),
- § 271 StGB (Mittelbare Falschbeurkundung),
- § 9 Schwarz-ArbG (Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen).

Anlage 2: Muster einer Restlohnklage vor dem Arbeitsgericht (am Beispiel einer in der Praxis erfolgreich durchgeführten Klage)

Briefkopf

Adressat: Arbeitsgericht

Adresse

Klage

der Arbeitsgemeinschaft/Jobcenter....

vertreten durch den Geschäftsführer,

Adresse,

-Klägerin-

gegen

Name und Adresse der verklagten Partei,

-Beklagte-

wegen: Zahlung von angemessener Vergütung aus übergegangenem Recht

vorläufiger Streitwert: (hier ist aufgrund des angenommenen angemessenen Bruttolohnes der Differenzbetrag zu dem tatsächlich gewährten Bruttolohn für den streitbefangenen Zeitraum = Leistungszeitraum für maximal die letzten 3 zurückliegenden Jahre einzutragen)

Im Namen der Klägerin erhebe ich Klage mit dem Antrag,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin xxxx €brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Begründung

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Zahlungsanspruch in Höhe von xxxx € aus dem übergegangenen Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin xxxx (= Leistungsempfänger/in) für den Zeitraum vom xx bis xx gemäß § 115 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 612 Abs. 2 BGB.

I. Sachverhaltsschilderung (Seit wann arbeitet der Leistungsempfänger bei der Beklagten, welcher Lohn wurde für welche Arbeit und Arbeitszeit geleistet,.....,

Beweis: z. B: *Entgeltbescheinigung von Monat x bis Monat y 2009, Anlage x*

..... welche Leistungen wurden durch die Klägerin im streitbefangenen Zeitraum ergänzend erbracht....

Beweis:.....

II. Die Klägerin hat gegen die Beklagte hinsichtlich der übergegangenen Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers xx einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von insgesamt xxx € gemäß § 115 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 612 Abs. 2 BGB.

Gemäß § 115 Abs. 1 SGB X geht, soweit der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt und deshalb ein Leistungsträger Sozialleistungen erbracht hat, der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den Leistungsträger bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistungen über.

Nunmehr sind weitere Ausführungen darzustellen, aus welchen sich die Sittenwidrigkeit und somit die Nichtigkeit der zwischen den Arbeitsparteien getroffenen Vergütungsvereinbarung ergibt...z. B.:

Die Beklagte hat den dem Arbeitnehmer x zustehenden Anspruch auf Zahlung von Vergütung nicht in voller Höhe erfüllt. Dem Arbeitnehmer steht gegen die Beklagte für die streitgegenständlichen Monate eine höhere Vergütung als die von der Beklagten vereinbarungsgemäß gezahlten xx € im Monat zu, § 612 BGB. Die zwischen den Arbeitsvertragsparteien getroffene Vergütungsregelung ist unangemessen gering, weshalb dem Arbeitnehmer und damit der Klägerin Ansprüche auf Zahlung von Vergütung in angemessener Höhe entstanden sind (vgl. BAG Urteil vom 22.04.2009 – 5 AZR 436/08; BAG, Urteil vom 19.02.2008 – 9 AZR 1091/06).

Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung liegt nach allgemeiner Rechtsprechung vor, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal 2/3 der üblichen Vergütung erreicht (BGH, Urteil vom 22.04.1997- 1 StR 701/96-; LAG Berlin vom 20.02.1998 – 6 Sa 145/97; BAG, Urteil vom 19.02.2008 – 9 AZR 1091/06; LAG Bremen vom 17.06.2008 – 1 Sa 29/08; BAG Urteil vom 22.04.2009 – 5 AZR 436/08-).

Die Üblichkeit der Vergütung bestimmt sich nach der tariflichen Vergütung. Dass heißt, der jeweils geltende Tarifvertrag indiziert, welche Vergütung als angemessen anzusehen ist (BGH, Urteil vom 22.04.1997 – 1 StR 701/96-; BAG, Urteil vom 22.04.2009 – 5 AZR 436/08; BAG, Urteil vom 19.02.2008 – 9 AZR 1091/06; LAG Berlin, Urteil vom 20.02.1998 – 6 Sa 145/97; LAG Bremen, Urteil vom 17.06.2008 – 1 Sa 29/08 -; ArbG Wuppertal, Urteil vom 24.07.2008 – 7 Ca 1177/08).

Vorliegend steht die von der Beklagten an x vereinbarungsgemäß gezahlte Vergütung in einem auffälligen Missverhältnis zu dessen Arbeitsleistung. Die Unangemessenheit dieser Vereinbarung ergibt sich daraus, dass die Beklagte an den Arbeitnehmer für die von ihm im Zeitraum von xx.xx. 200x bis xx.xx.200x geleistete Arbeit eine Vergütung von lediglich xx € und xx € brutto pro Stunde gezahlt hat.

Für die ausgeübte Tätigkeit als xxx sieht der Entgelttarifvertrag für das xx- Gewerbe in xx die Tarifgruppen x und y vor. Die von der Klägerin angewendete Tarifgruppe x sieht für das Jahr 200x eine monatliche Vergütung in Höhe von xx € brutto und für das Jahr 200x eine monatliche Vergütung in Höhe von xx € brutto vor. Daraus ergibt sich ein Stundenlohn in Höhe von xx € für das Jahr 200x und in Höhe von xx für das Jahr 200x.

Beweis: z. B. Entgelttarifvertrag für das xx- Gewerbe in xxx für das Jahr xxx, Anlage A2

Der von der Beklagten an den Arbeitnehmer x gezahlte Stundenlohn liegt ganz erheblich darunter. Die gezahlte Vergütung erreicht noch nicht einmal die Hälfte der tariflichen Vergütung. Vielmehr zahlte die Beklagte dem Arbeitnehmer nur jeweils xx % und yy % des im Entgelttarifvertrag für das xx- Gewerbe in xx ausgewiesenen Tariflohns. Somit ist die vorliegende Vergütungsvereinbarung unangemessen.

Aufgrund der Unangemessenheit ist die Vergütungsvereinbarung sittenwidrig und damit nichtig, § 138 BGB. Anstelle der sittenwidrigen Vergütung tritt die üblicherweise gezahlte Vergütung gemäß § 612 Abs. 2 BGB (BAG, Urteil vom 26.04.2006, 5 AZR 549/05). Die übliche Vergütung im Sinne von § 612 Abs. 2 BGB ergibt sich aus dem oben bezeichneten und als Anlage x eingereichten Entgelttarifvertrag für das xx- Gewerbe in xx für das Jahr 200x und 200x. Die Berechnung der Forderungshöhe von xx € ergibt sich aus der von der Klägerin erstellten Berechnungstabelle.

Beweis: Berechnungstabelle Arbeitnehmer x für den Zeitraum Monat/Jahr xx bis Monat/Jahr xx, Anlage xx.

Gemäß des unter der Tarifgruppe x (Spalte x) ausgewiesenen monatlichen Entgelts (Spalte x) wurde entsprechend der im betreffenden Monat (Spalte x) geleisteten Arbeitsstunden des Arbeitnehmers (Spalte x) der jeweils anteilige Tarif, mithin das monatlich zu zahlende Arbeitsentgelt berechnet (Spalte x). Unter Abzug der von der Beklagten bereits gezahlten Arbeitsvergütung (Spalte x) ergibt sich der monatlich ausstehende Restlohnanspruch des Arbeitnehmers (Spalte x), welcher gemäß § 115 Abs. 1 SGB X mit monatlicher Leistungserbringung durch die Klägerin an den Arbeitnehmer bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistungen (Spalte x), auf diese übergegangen ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Entgelte der entsprechenden Monate nach den Anrechnungsvorschriften des SGB II jeweils in dem Monat anzurechnen sind, in denen die Auszahlung der Sozialleistung zu erfolgen hat. Die Addition der jeweils monatlich übergegangenen Vergütungsansprüche ergibt dann die Forderungshöhe.

III. Mit Schreiben vom xxx wurde die Beklagte von der Klägerin unter Fristsetzung aufgefordert, die bis dahin auf sie übergegangenen Arbeitsentgeltansprüche zu zahlen.

Beweis: Zahlungsaufforderung vom xx, Anlage x

Am xxx verweigerte die Beklagte ernsthaft und endgültig die Erfüllung der geltend gemachten Ansprüche mit Schreiben vom xxx.

Beweis: Schreiben der Beklagten vom xxx, Anlage x

Somit war Klage geboten.

IV. Der Anspruch auf Zahlung von Zinsen beruht auf den §§ 288, 291 BGB.

Unterschrift