



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

XII ZB 258/13

Verkündet am:
7. Mai 2014
Küpfeler,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1581, 1609; BEEG § 11

- a) Ist der neue Ehegatte des Unterhaltspflichtigen gegenüber dem geschiedenen Ehegatten nach § 1609 Nr. 3 BGB nachrangig, ist dessen Unterhaltsanspruch im Rahmen der Leistungsfähigkeit grundsätzlich nicht als sonstige Verpflichtung zu berücksichtigen; der unterhaltsrechtliche Vorrang des geschiedenen Ehegatten wirkt sich bei der Billigkeitsabwägung nach § 1581 BGB vielmehr in Höhe des vollen Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen aus, da die Rangvorschriften des § 1609 BGB selbst Ausdruck einer gesetzlichen Billigkeitswertung sind.
- b) Sind ein geschiedener und ein neuer Ehegatte nach § 1609 BGB gleichrangig, ist im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen eine Bil-

ligkeitsabwägung in Form einer Dreiteilung des gesamten unterhaltsrelevanten Einkommens rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281).

- c) Steht der neue Ehegatte des Unterhaltspflichtigen im Bezug von Elterngeld, bleibt der nach § 11 Satz 1 BEEG geschonte Sockelbetrag des Elterngeldes bei der Ermittlung des für die Dreiteilung verfügbaren Gesamteinkommens unberücksichtigt (Fortführung von Senatsurteil vom 21. Juni 2006 - XII ZR 147/04 - FamRZ 2006, 1182).
- d) Übt der neue Ehegatte des Unterhaltspflichtigen wegen der Betreuung der im Haushalt lebenden gemeinsamen minderjährigen Kinder keine Erwerbstätigkeit aus, können ihm bei der Ermittlung des Gesamteinkommens fiktive Erwerbseinkünfte zugerechnet werden, wenn und soweit er im hypothetischen Fall einer Scheidung trotz der Kindesbetreuung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verpflichtet wäre; während der ersten drei Lebensjahre des Kindes kommt dies aber auch dann nicht in Betracht, wenn der Unterhaltspflichtige als Rentner selbst keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht.

BGH, Beschluss vom 7. Mai 2014 - XII ZB 258/13 - OLG Hamburg
AG Hamburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 2014 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Dr. Klinkhammer, Dr. Günter, Dr. Botur und Guhling

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des 1. Familiensenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 3. Mai 2013 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin für die Zeit seit dem 22. Juli 2011 zum Nachteil des Antragstellers erkannt worden ist.

Die weitergehende Rechtsbeschwerde wird mit der klarstellenden Maßgabe zurückgewiesen, dass der Abänderungsantrag des Antragstellers für die Zeit bis einschließlich 21. Juli 2011 insgesamt zurückgewiesen wird.

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

Von Rechts wegen

Gründe:

A.

- 1 Die mittlerweile im Rentenalter stehenden Beteiligten streiten im Rechtsbeschwerdeverfahren um die Abänderung einer Entscheidung zum nachehelichen Unterhalt für den Zeitraum seit dem 7. April 2011.
- 2 Der 1942 geborene Antragsteller und die 1946 geborene Antragsgegnerin heirateten am 30. Dezember 1975. Ihre Ehe, aus der eine im Jahre 1978 geborene Tochter hervorgegangen ist, wurde auf einen am 3. April 2008 zugestellten Scheidungsantrag durch Beschluss des Amtsgerichts vom 12. März 2010 rechtskräftig geschieden. Im Scheidungsverbund wurde der Versorgungsausgleich durchgeführt und der Antragsteller zur Zahlung eines nachehelichen Unterhalts an die Antragsgegnerin verurteilt, dessen Höhe im Berufungsverfahren durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 29. Oktober 2010 rechtskräftig auf monatlich 1.853 € festgesetzt wurde, davon 1.265 € Elementarunterhalt und 588 € Krankenvorsorgeunterhalt.
- 3 Die Antragsgegnerin hatte in den 1970er Jahren an der Universität Frankfurt Philosophie, Psychologie und Romanistik studiert. Nach der Heirat mit dem Antragsteller, einem Umzug nach Hamburg und der anschließenden Geburt der gemeinsamen Tochter gab sie ihr Studium und ihr Promotionsvorhaben auf. Während der Ehezeit versorgte sie die Tochter und war daneben als freiberufliche Übersetzerin - hauptsächlich für den während der Ehe als Hochschul-lehrer tätig gewesenen Antragsteller - beschäftigt.
- 4 Der Antragsteller ist seit dem Jahr 2008 pensioniert. Er bezieht seither ein Ruhegehalt nach beamtenrechtlichen Vorschriften und ist noch freiberuflich wissenschaftlich tätig. Am 28. Dezember 2010 heiratete der Antragsteller seine

jetzige Ehefrau, eine bei ihm angestellte wissenschaftliche Mitarbeiterin, die das Studium der Geschichte und Philosophie mit dem Magister abgeschlossen hat. Aus der neuen Ehe ging das am 22. Juli 2011 geborene Kind G. hervor. Seit der Geburt des gemeinsamen Kindes übt die im Jahr 1976 geborene Ehefrau des Antragstellers, die zunächst Mutterschaftsgeld und danach bis zum 21. Juli 2012 Elterngeld in Höhe von monatlich 608,76 € bezogen hatte, keine Berufstätigkeit mehr aus.

- 5 Seit dem 1. Dezember 2011 bezieht die Antragsgegnerin eine gesetzliche Altersrente in Höhe von monatlich zunächst 1.449,14 € (zuzüglich eines Zuschusses zu ihrer privaten Krankenversicherung in Höhe von 105,79 €), die ganz überwiegend auf den im Versorgungsausgleich erworbenen Rentenansprüchen beruht. Das bis dahin aufgrund des Pensionistenprivilegs ungekürzt gezahlte monatliche (Brutto-)Ruhegehalt des Antragstellers, welches zuvor noch 3.877,46 € betragen hatte, wird seit Dezember 2011 wegen des Versorgungsausgleichs um 1.444,24 € gekürzt.
- 6 Auf den am 7. April 2011 zugestellten Abänderungsantrag des Antragstellers hat das Amtsgericht die im Urteil des Oberlandesgerichts vom 29. Oktober 2010 festgesetzte Unterhaltspflicht für die Zeit seit dem 7. April 2011 auf monatlich 1.614 € (davon 588 € Krankenvorsorgeunterhalt) und seit dem 20. Juli 2011 auf monatlich 1.155,16 € (davon 588 € Krankenvorsorgeunterhalt) herabgesetzt; für den Zeitraum seit dem 1. Dezember 2011 hat es den Antragsteller nur noch zur Zahlung eines Krankenvorsorgeunterhalts in monatlicher Höhe von 207 € verpflichtet gehalten.
- 7 Mit ihrer dagegen gerichteten Beschwerde hat die Antragsgegnerin erstrebt, den Abänderungsantrag des Antragstellers für den Zeitraum bis zum 14. Dezember 2011 insgesamt abzuweisen und den in der Ausgangsentscheidung titulierten Unterhaltsanspruch für den Zeitraum seit dem 15. Dezember

2011 noch in Höhe von 677,70 € (davon 637,70 € Krankenvorsorgeunterhalt) aufrechtzuerhalten. Der Antragsteller hat Zurückweisung der Beschwerde beantragt und sich der Beschwerde der Antragsgegnerin mit dem Ziel angeschlossen, seine Unterhaltspflicht für den Zeitraum seit dem 1. Dezember 2011 vollständig wegfallen zu lassen. Das Oberlandesgericht hat der Beschwerde weitgehend stattgegeben und die Anschlussbeschwerde zurückgewiesen. Es hat eine Abänderung der Ausgangsentscheidung für die Zeit bis zum 30. November 2011 insgesamt abgelehnt und der Antragsgegnerin für die Zeit seit dem 1. Dezember 2011 (allein) einen Krankenvorsorgeunterhalt in Höhe von 512,27 € bzw. von 506,85 € zuerkannt.

- 8 Dagegen wendet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers. Er erstrebt für den Zeitraum bis zum 30. November 2011 eine Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung und für die Zeit seit dem 1. Dezember 2011 weiterhin den vollständigen Wegfall seiner Unterhaltspflicht.

B.

- 9 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg, soweit sie den Unterhaltszeitraum vom 7. April 2011 bis zum 21. Juli 2011 betrifft; im Übrigen führt sie zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

I.

- 10 1. Das Beschwerdegericht hat eine Abänderung der Ausgangsentscheidung für den Unterhaltszeitraum zwischen Rechtshängigkeit des Abänderungs-

antrages am 7. April 2011 und der Geburt des Kindes G. am (richtig:) 22. Juli 2011 abgelehnt und seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

11 Das Familiengericht habe den Antragsteller zu Unrecht als nicht (vollständig) leistungsfähig zur Zahlung des mit der Entscheidung vom 29. Oktober 2010 titulierten Unterhalts an die Antragsgegnerin angesehen. Dies könne nicht daraus hergeleitet werden, dass der Antragsteller nach seiner Wiederverheiratung unter Berücksichtigung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der neuen Ehefrau weniger als den eheangemessenen Selbstbehalt zur Verfügung habe. Die Antragsgegnerin sei der neuen Ehefrau des Antragstellers bis zur Geburt des Kindes unterhaltsrechtlich vorrangig. Die Ehe habe bis zur Zustellung des Scheidungsantrages über 31 Jahre gedauert, so dass der Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin wegen der langen Ehezeit im zweiten Unterhaltsrang (§ 1609 Nr. 2 BGB) einzuordnen sei. Bei dem mit einem Geldbetrag zu veranschlagenden Anspruch der neuen Ehefrau auf Gewährung von Familienunterhalt handele es sich demgegenüber um einen Anspruch nach § 1609 Nr. 3 BGB. Es könne deshalb dahinstehen, ob der Antragsteller in diesem Zeitabschnitt zur Zahlung des nachehelichen Unterhalts an die Antragsgegnerin als auch zur Zahlung von Familienunterhalt an seine Ehefrau leistungsfähig gewesen wäre. Wenn der geschiedene Ehegatte vorrangig sei, bestehe keine Veranlassung, den nachrangigen Unterhalt des neuen Ehegatten bei der Bewertung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen.

12 Auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse sei eine Änderung des Urteils vom 29. Oktober 2010 nicht veranlasst. Der Antragsteller habe Versorgungsbezüge in Höhe von 3.433,05 € netto. Hiervon seien die eigenen Krankenversicherungsbeiträge des Antragstellers in Höhe von 200,11 € und die an die Antragsgegnerin zu zahlende Steuererstattung in Höhe von

74,33 € abzuziehen. Nach weiterem Abzug des titulierten Krankenvorsorgeunterhalts in Höhe von 588 € verblieben noch 2.570,61 €; hiervon die Hälfte ergebe 1.285,30 € und somit mehr, als nach der Ausgangsentscheidung vom 29. Oktober 2010 als Elementarunterhalt geschuldet sei.

13 2. Dies hält rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

14 Der Antragsteller hat sein Abänderungsbegehren für diesen Unterhaltszeitraum auf den Umstand seiner Wiederverheiratung am 28. Dezember 2010 sowie auf ein - infolge gestiegener Krankenversicherungsbeiträge und höherer Steuererstattungen an die Antragsgegnerin - gesunkenes unterhaltsrelevantes Einkommen gestützt. Insoweit handelt es sich um neue Tatsachen, die nach der mündlichen Verhandlung im Ausgangsverfahren entstanden sind (§ 238 Abs. 2 FamFG), aber im Ergebnis nicht zu einer wesentlichen Änderung der für die Unterhaltsbemessung maßgeblichen Verhältnisse führen und damit keine Anpassung der Unterhaltsentscheidung vom 29. Oktober 2010 rechtfertigen.

15 a) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Beschwerdegericht den Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen. Ohne Auswirkung auf den Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen bleibt eine nacheheliche Entwicklung, die keinen Anknüpfungspunkt in der Ehe findet. Dies gilt im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG FamRZ 2011, 437 Rn. 70) insbesondere für die Unterhaltspflicht gegenüber einem neuen Ehegatten, die erst nach der Scheidung der ersten Ehe eintreten kann (Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 26). Gleiches gilt umgekehrt für die aus der neuen Ehe hervorgehenden finanziellen Vorteile wie den Splittingvorteil (vgl. BVerfG FamRZ 2003, 1821, 1823 f.; Senatsurteile BGHZ 163, 84, 90 f. = FamRZ 2005, 1817, 1819 und vom 14. März 2007 - XII ZR 158/04 - FamRZ 2007, 882 Rn. 24) oder sonstige, von der neuen Ehe

abhängige Einkommenszuschläge (Senatsurteile BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 26 und BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rn. 44 ff.).

- 16 aa) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Beschwerdegericht den Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin zu Recht ohne Berücksichtigung des Splittingvorteils bemessen, welcher der neuen Ehe des Antragstellers vorbehalten bleibt. Es hat allerdings verkannt, dass die Wiederverheiratung des Antragstellers Auswirkungen auf die unterhaltsrechtliche Behandlung des ihm gewährten Familienzuschlages der Stufe 1 hat, der gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeamtVG zu seinen ruhegehaltfähigen Dienstbezügen gehört. Der Berechnung des Ruhegehalts wird nach § 50 Abs. 1 BeamtVG iVm § 40 Abs. 1 BBesG ein Familienzuschlag der Stufe 1 zugrunde gelegt, wenn der Versorgungsempfänger verheiratet ist oder wenn er geschieden und aus der geschiedenen Ehe mindestens in Höhe dieses Zuschlages zum Unterhalt verpflichtet ist. Ist der Versorgungsempfänger daher seinem geschiedenen Ehegatten unterhaltspflichtig und ist er nach der Scheidung eine zweite Ehe eingegangen, wird ein Familienzuschlag der Stufe 1 bei der Berechnung des Ruhegeldes aus zwei alternativen Rechtsgründen (§ 50 Abs. 1 BeamtVG iVm § 40 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BBesG) berücksichtigt, um damit sowohl die Unterhaltsbelastungen aus der geschiedenen Ehe als auch die aus der neuen Ehe herrührenden wirtschaftlichen Belastungen abzumildern (vgl. auch Senatsbeschluss vom 2. Februar 2011 - XII ZB 133/08 - FamRZ 2011, 706 Rn. 29). Wird der Familienzuschlag der Stufe 1 mithin wegen der bestehenden (zweiten) Ehe und zugleich wegen einer fortdauernden Unterhaltspflicht aus einer früheren Ehe gezahlt, ist er nach seinem Sinn und Zweck bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau nur hälftig zu berücksichtigen (Senatsurteil BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rn. 46 f.; vgl. weiterhin Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 75; Niepmann/Schwamb Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 12. Aufl. Rn. 65).

17 bb) Im vorliegenden Fall bewirkt allerdings auch dieser Gesichtspunkt kein Absinken der für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs maßgeblichen Einkünfte des Antragstellers gegenüber den in der Ausgangsentscheidung zugrunde gelegten Einkommensverhältnissen. Die gesamten ruhegehaltfähigen Dienstbezüge des Antragstellers betragen in dem hier relevanten Unterhaltszeitraum seit April 2011 monatlich 5.294,30 €. Wird davon die Hälfte (56,52 €) des Familienzuschlages der Stufe 1 abgesetzt, errechnet sich aus den verbleibenden Bezügen von 5.237,78 € ein (fiktives) monatliches Bruttoreuhegehalt in Höhe von 3.800,66 € (entspricht $5.237,78 \text{ €} \times 0,96750$ Anpassungsfaktor nach § 69 e Abs. 3 BeamtVG \times 75 % Ruhegehaltsatz). Hierauf hätte der Antragsteller - unter Berücksichtigung des von ihm tatsächlich in Anspruch genommenen monatlichen Steuerfreibetrages - nach der Grundtabelle (Steuerklasse I) Lohnsteuer in Höhe von 375,08 € und Solidaritätszuschlag in Höhe von 20,62 € zu zahlen, so dass sich ein monatliches Nettoruhegehalt in Höhe von 3.404,96 € ergibt. Die Feststellungen des Beschwerdegerichts zur Höhe der abzusetzenden Beträge für die private Krankenversicherung des Antragstellers (200,11 €) und für den steuerlichen Nachteilsausgleich im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme des begrenzten Realsplittings (74,33 €) werden von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen und lassen keine Rechtsfehler erkennen. Damit ergibt sich auf Seiten des Antragstellers ein unterhaltsrelevantes Einkommen in bereinigter Höhe von 3.130,52 €; dies übersteigt sogar noch den Betrag, der in der Ausgangsentscheidung als Grundlage für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin herangezogen worden ist (3.118 €).

18 b) Mit Recht hat das Beschwerdegericht weiter erkannt, dass die Wiederverheiratung des Antragstellers in dem hier interessierenden Unterhaltszeitraum auch auf die Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit (§ 1581 BGB) keinen Einfluss hat.

19 aa) Allerdings muss der Unterhaltspflichtige nach § 1581 BGB nur insoweit Unterhalt leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht, wenn er nach seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts den vollen Unterhalt der Unterhaltsberechtigten zu zahlen. Die Leistungsfähigkeit gegenüber einzelnen Unterhaltsberechtigten hängt mithin grundsätzlich auch von weiteren Unterhaltsverpflichtungen als sonstigen Verpflichtungen im Sinne des § 1581 BGB ab.

20 bb) Im Ausgangspunkt ist das Beschwerdegericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin gegenüber der neuen Ehefrau des Antragstellers unter dem Aspekt der langen Ehedauer (§ 1609 Nr. 2 BGB), der in besonderem Maße den Schutz "traditioneller" Ehemodelle im Blick hat (vgl. Menne in Büte/Poppen/Menne Unterhaltsrecht 2. Aufl. § 1609 BGB Rn. 17; MünchKommBGB/Born 6. Aufl. § 1609 BGB Rn. 20), unterhaltsrechtlich vorrangig gewesen ist. Die Ehe der Beteiligten hat bis zur Zustellung des Scheidungsantrages mehr als 31 Jahre gedauert, und sie war aufgrund der gewählten Rollenverteilung und der Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von einer engen persönlichen und wirtschaftlichen Verflechtung geprägt (vgl. auch Senatsbeschluss vom 2. Februar 2011 - XII ZB 133/08 - FamRZ 2011, 706 Rn. 70). Diese beruhte auf dem - unstreitig ehebedingten - Abbruch der akademischen Ausbildung der Antragsgegnerin, der Übernahme der Haushaltsführung und Kinderbetreuung und schließlich auch darauf, dass die Antragsgegnerin ihre spätere Tätigkeit als Übersetzerin in der Ehezeit im Wesentlichen für den Antragsteller entfaltete. Demgegenüber war die neue Ehefrau des Antragstellers bis zur Geburt des Kindes G. nach § 1609 Nr. 3 BGB nachrangig; gegen diese Beurteilung erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

21 cc) Ist der neue Ehegatte gegenüber dem geschiedenen Ehegatten nachrangig, ist dessen Unterhaltsanspruch im Rahmen der Leistungsfähigkeit gegenüber dem geschiedenen Ehegatten grundsätzlich nicht als sonstige Verpflichtung zu berücksichtigen. Der unterhaltsrechtliche Vorrang des geschiedenen Ehegatten wirkt sich im Rahmen des § 1581 BGB vielmehr in Höhe des vollen Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen aus, so dass der Unterhaltspflichtige in diesem Umfang regelmäßig auch leistungsfähig ist (Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 49).

22 Eine abweichende Beurteilung ergibt sich unter den obwaltenden Umständen auch nicht deshalb, weil die im Rahmen des § 1581 BGB gebotene Billigkeitsabwägung auch solche Verteilungsergebnisse erlaubt, die sich neben dem Rang auf weitere individuelle Umstände stützen, und als zusätzliches Billigkeitskriterium insbesondere berücksichtigt werden kann, ob der Mindestbedarf eines Berechtigten gedeckt ist (Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 50). Denn es ist grundsätzlich zu beachten, dass der sich aus § 1609 BGB ergebende Rang der Unterhaltsansprüche selbst Ausdruck einer gesetzlichen Billigkeitswertung ist, die den - vollständigen - Vorrang des vom Gesetzgeber als schutzbedürftiger angesehenen Unterhaltsberechtigten sichern soll (MünchKommBGB/Maurer 6. Aufl. § 1609 Rn. 20; Gerhardt/Gutdeutsch FamRZ 2011, 772, 775). Dies wird in der Regel - und auch hier - dazu führen, dem vorrangigen geschiedenen Ehegatten den nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Bedarf insgesamt zu belassen und die neue Ehe ergänzend auf die durch den nachrangigen Ehegatten erzielten oder erzielbaren Einkünfte sowie auf die der neuen Ehe vorbehaltenen wirtschaftlichen Vorteile - hier also insbesondere den steuerlichen Splittingvorteil und den hälftigen Familienzuschlag der Stufe 1 - zu verweisen.

II.

23 1. Das Beschwerdegericht hat eine Abänderung der Ausgangsentscheidung auch für den Unterhaltszeitraum zwischen der Geburt des Kindes G. am 22. Juli 2011 und dem Eintritt der Antragsgegnerin in die gesetzliche Altersrente (und der damit einhergehenden Kürzung der Versorgungsbezüge des Antragstellers) zum 1. Dezember 2011 abgelehnt.

24 Hierzu hat es im Wesentlichen das Folgende ausgeführt: Mit der Geburt des Kindes sei für den Antragsteller eine Unterhaltsverpflichtung entstanden, die gemäß § 1609 Nr. 1 BGB sowohl dem Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin als auch dem Unterhaltsanspruch seiner Ehefrau vorgehe. Solange der Antragsteller indessen noch die nicht durch den Versorgungsausgleich gekürzten Versorgungsbezüge bezogen habe, sei er zur Leistung von Unterhalt an seinen Sohn und seine Ehefrau als auch zur Zahlung des (titulierten) Unterhalts an die Antragsgegnerin leistungsfähig gewesen. Der "für die Bemessung seiner Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin gegenüber einzusetzende Kindesunterhalt" errechne sich aus seinem Nettoeinkommen ohne Berücksichtigung des auf der Wiederverheiratung beruhenden Splittingvorteils. Da der Antragsteller insgesamt drei Personen gegenüber unterhaltspflichtig sei, könne der Kindesunterhalt der Düsseldorfer Tabelle nach Herabstufung um eine Einkommensgruppe entnommen werden; daneben sei der Mehrbedarf des Kindes für seine Krankenversicherungsbeiträge zu berücksichtigen. Das in Höhe von 184 € gezahlte Kindergeld sei gemäß § 1612 b Abs. 1 Nr. 2 BGB in voller Höhe auf den Barbedarf des Kindes anzurechnen, weil das Kind im Haushalt beider Eltern lebe und deshalb davon auszugehen sei, dass es von beiden Elternteilen gemeinsam betreut werde. Das von der Ehefrau des Antragstellers bezogene Elterngeld sei in voller Höhe, mithin unter Einbeziehung des Sockelbetrages von 300 €, zu berücksichtigen. Das Elterngeld sei als Teil der Mittel anzusehen, die

beiden Eltern für die Lebensführung zur Verfügung stünden. Es widerspräche dieser Regelung, diese Mittel nur einem der beiden Elternteile vorzubehalten. Zwar würden gemäß § 11 BEEG Unterhaltspflichten durch die Zahlung des Elterngeldes nur insoweit berührt, als diese 300 € monatlich überstiegen. Bei dem Anspruch auf Familienunterhalt handele es sich aber um einen gegenseitigen Anspruch der Ehegatten. Beide seien verpflichtet, mit ihrer Arbeit und ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten; es gelte der Halbteilungsgrundsatz. Dem Sinn dieser Regelung entspreche es, das Elterngeld als Teil des Familieneinkommens anzusehen mit der Folge, dass es den Bedarf der Familie zu diesem Anteil decke.

25 Bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit gemäß § 1581 BGB könne bei gleichrangigen Unterhaltspflichten darauf abgestellt werden, ob auf die gleichrangigen Unterhaltsberechtigten und die Unterhaltspflichtigen je ein Drittel der zur Verfügung stehenden Mittel entfielen. Dabei könnten im vorliegenden Fall die Beiträge des Antragstellers und der Antragsgegnerin zur Krankenvorsorge vorweg abgezogen werden, zumal die Ehefrau des Antragstellers während der Bezugsdauer des Elterngeldes in der gesetzlichen Krankenversicherung beitragsfrei versichert sei. Werde das (um den Splittingvorteil erhöhte) Nettoeinkommen des Antragstellers um sämtliche zu berücksichtigenden Abzugspositionen (Kindesunterhalt, eigener Krankenversicherungsbeitrag, Krankenvorsorgeunterhalt für die Antragsgegnerin in titulierter Höhe, steuerlicher Nachteilsausgleich) bereinigt, ergebe sich unter Berücksichtigung der Elterngeldbezüge seiner Ehefrau im Rahmen der Dreiteilung ein verteilungsfähiges Einkommen in Höhe von 3.213,37 €. Hiervon ein Drittel betrage 1.071,12 €; werde dieser Betrag wegen der in der neuen Ehe des Antragstellers entstehenden Synergieeffekte zugunsten der Antragsgegnerin um 20 % erhöht, ergebe sich ein Betrag von 1.285,34 € und damit mehr, als zu ihren Gunsten tituliert sei.

26 2. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

27 a) Das Beschwerdegericht hat allerdings zunächst zutreffend erkannt, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse gegenüber der Ausgangsentscheidung in diesem Unterhaltszeitraum durch das Hinzutreten der nach § 1609 Nr. 1 BGB vorrangigen Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind und die mit der Kinderbetreuung verbundene Rangverschiebung auf Seiten der neuen Ehefrau verändert haben. Ferner ist das Beschwerdegericht ersichtlich davon ausgegangen, dass der Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen auch durch das Hinzutreten der weiteren Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind G. nicht nachteilig berührt worden ist. Auch dies ist zutreffend, weil die Unterhaltspflicht für ein nachehelich geborenes Kind weder in der geschiedenen Ehe angelegt noch bei fortbestehender Ehe mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Diese Beurteilung gilt unabhängig davon, ob das nach Rechtskraft der Scheidung geborene Kind in einer neuen Ehe oder außerehelich geboren worden ist (Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 27). Auch insoweit hat der Senat seine frühere, auf dem Stichtagsprinzip beruhende Rechtsprechung (Senatsurteile vom 12. Juli 1990 - XII ZR 85/89 - FamRZ 1990, 1091, 1094 und vom 25. Februar 1987 - IVb ZR 36/86 - FamRZ 1987, 456, 458 f.) wieder aufgegriffen.

28 b) Auch die rechtlichen Ausgangspunkte zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit (§ 1581 BGB) des Antragstellers begegnen keinen grundsätzlichen Bedenken.

29 aa) Steht - wie in dem hier relevanten Unterhaltszeitraum - der Unterhaltsanspruch einer geschiedenen Ehefrau mit dem hinzugetretenen Unterhaltsanspruch der Mutter eines nachehelich geborenen Kindes im gleichen Unterhaltsrang, ist im Rahmen der Billigkeitsprüfung des § 1581 BGB grundsätzlich auch die hinzugekommene gleichrangige Unterhaltsverpflichtung zu be-

rücksichtigen. Der geschiedene Ehegatte kann dann nicht mehr den vollen Unterhalt im Wege der Halbteilung verlangen, weil dem Unterhaltspflichtigen nur ein gleich hoher Betrag seines Einkommens verbliebe, der für seinen eigenen Unterhalt und den hinzugetretenen gleichrangigen Unterhaltsanspruch zu verwenden wäre. Sowohl dem Unterhaltspflichtigen als auch dem gleichrangig hinzugetretenen Unterhaltsberechtigten verbliebe dann deutlich weniger als der geschiedene Ehegatten beanspruchen könnte. Dies führt zu einem relativen Mangelfall zwischen dem Unterhaltspflichtigen und dem geschiedenen Ehegatten, der zu einer Kürzung des Unterhaltsanspruchs nach Billigkeit führen muss. Dem Unterhaltspflichtigen muss im Verhältnis zum geschiedenen Ehegatten somit mehr als die Hälfte des Einkommens verbleiben, um auch den hinzugekommenen gleichrangigen Unterhaltsanspruch bedienen zu können. Wenn der Tatrichter dieser wechselseitigen Beeinflussung im Rahmen der nach § 1581 BGB gebotenen Billigkeit bei gleichrangigen Unterhaltsberechtigten grundsätzlich im Wege der Dreiteilung des vorhandenen Gesamteinkommens aller Beteiligten Rechnung trägt, ist dies aus rechtsbeschwerderechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 41 ff.; Senatsbeschluss vom 19. März 2014 - XII ZB 19/13 - juris Rn. 38 f.).

30 bb) Soweit im Rahmen der Leistungsfähigkeit gegenüber einem geschiedenen und einem gleichrangigen neuen Ehegatten bei der Billigkeitsabwägung eine Dreiteilung des vorhandenen Einkommens erfolgt, ist grundsätzlich das gesamte Einkommen aller Beteiligten zu berücksichtigen. Einzubeziehen sind daher auch der steuerliche Splittingvorteil (Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 47) und der volle Familienzuschlag der Stufe 1 (vgl. auch Senatsurteil BGHZ 177, 356 = FamRZ 2008, 1911 Rn. 52 ff.), weil die Dreiteilung regelmäßig schon zu einer Kürzung der Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten führen wird und es deshalb nicht mehr erforderlich ist, bestimmte Einkommensbestandteile für die neue Ehe zu reservieren.

31 cc) Es ist aus Rechtsgründen ebenfalls nichts dagegen zu erinnern, dass das Beschwerdegericht den Vorteil des Zusammenwohnens für die Ehegatten der neuen Ehe mit einem Abzug von 10 % ihres Gesamtbedarfs in Ansatz gebracht hat (Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 46; Senatsbeschluss vom 19. März 2014 - XII ZB 19/13 - juris Rn. 38 f.).

32 c) Die Feststellungen des Beschwerdegerichts zu den im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 1581 BGB zu berücksichtigenden Einkünften und Verbindlichkeiten der Beteiligten sind allerdings in mehrfacher Hinsicht mit Rechtsfehlern behaftet.

33 aa) Das Beschwerdegericht hat zunächst übersehen, dass dem Antragsteller schon in dem hier interessierenden Unterhaltszeitraum der kindbezogene Anteil des Familienzuschlages (§ 40 Abs. 2 BBesG) zustand, der einem Versorgungsempfänger gemäß § 50 Abs. 1 Satz 2 BeamtVG neben dem Ruhegehalt gewährt wird und im Rahmen einer Billigkeitsabwägung nach § 1581 BGB zu den zu berücksichtigenden Einkünften zählt. Hierdurch ist der Antragsteller allerdings nicht beschwert worden.

34 bb) Rechtlichen Bedenken begegnen die Erwägungen des Beschwerdegerichts zur Bemessung des vorrangigen Kindesunterhalts für das in der neuen Ehe geborene Kind des Antragstellers.

35 (1) Lebt das unterhaltsberechtigten Kind im Haushalt des Unterhaltspflichtigen und seines neuen Ehegatten, richtet sich sein Unterhaltsanspruch im Rahmen des Familienunterhalts (§ 1360 a Abs. 1 BGB) - abgesehen vom Taschengeld - nicht auf eine Geldzahlung, sondern auf die Gewährung von Wohnung, Nahrung, Kleidung und sonstigen Leistungen in Form von Naturalien. Um im Rahmen des § 1581 BGB die damit einhergehende Einschränkung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen bestimmen zu

können, ist es erforderlich, den Anspruch des Kindes auf Leistung von Naturalunterhalt zu monetarisieren. Der Geldwert dieses Naturalunterhaltsanspruchs wird dabei mindestens mit dem (hypothetischen) Anspruch auf Barunterhalt zu veranschlagen sein, den das Kind im Falle einer Trennung seiner Eltern gegen den Unterhaltspflichtigen hätte (vgl. auch OLG Hamburg FamRZ 1993, 1453, 1455). Dies gebietet auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der minderjährigen Kinder aus neuer und geschiedener Ehe. Denn soweit die Lebensstellung aller Kinder des Unterhaltspflichtigen gleichermaßen durch seine Einkommensverhältnisse bestimmt wird, kann sich für das Kind aus neuer Ehe kein geringerer Unterhaltsbedarf ergeben. Daraus folgt auch, dass der als vorrangige Verbindlichkeit im Rahmen des § 1581 BGB abzuziehende (tatsächliche oder hypothetische) Barunterhaltsanspruch der minderjährigen Kinder unter Einbeziehung aller dem Unterhaltspflichtigen zur Verfügung stehenden Mittel und damit - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - auch unter Einschluss des steuerrechtlichen Splittingvorteils zu bemessen ist (Senatsurteile vom 2. Juni 2010 - XII ZR 160/08 - FamRZ 2010, 1318 Rn. 21 und BGHZ 178, 79 = FamRZ 2008, 2189 Rn. 30).

36 (2) Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass der Abzug des vorrangigen Kindesunterhalts bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners für den Ehegattenunterhalt mit dem um das (ggf. anteilige) Kindergeld geminderten Zahlbetrag vorzunehmen ist (Senatsurteil vom 24. Juni 2009 - XII ZR 161/08 - FamRZ 2009, 1477 Rn. 21 ff.). Soweit das Beschwerdegericht indessen auf den Unterhaltsanspruch des Kindes G. das volle gesetzliche Kindergeld in Höhe von 184 € angerechnet hat, begegnet dies rechtlichen Bedenken.

37 Nach § 1612 b Abs. 1 Nr. 1 BGB ist das auf das Kind entfallende Kindergeld zur Hälfte zur Deckung seines Barbedarfs zu verwenden, wenn ein Eltern-

teil im Sinne von § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes erfüllt. In allen anderen Fällen erfolgt die Anrechnung des Kindergeldes gemäß § 1612 b Abs. 1 Nr. 2 BGB in voller Höhe. Die Anrechnungsregel des § 1612 b Abs. 1 Nr. 1 BGB ist auf getrennt lebende Eltern zugeschnitten, in denen (nur) einer der beiden Elternteile das minderjährige Kind betreut, während der nicht betreuende Elternteil zur Zahlung einer Geldrente als Barunterhalt verpflichtet ist. Mit der Auffangvorschrift des § 1612 b Abs. 1 Nr. 2 BGB wollte der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs solche Fälle in den Blick nehmen, in denen das Kind entweder wegen Volljährigkeit einer Betreuung nicht mehr bedarf oder die Betreuung eines minderjährigen Kindes (etwa bei Fremdunterbringung) nicht wenigstens durch einen der beiden Elternteile erfolgt und deshalb nur Barunterhalt zu leisten ist (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 30).

38 Keine dieser Konstellationen, die der Gesetzgeber den Anrechnungsregeln in § 1612 b Abs. 1 BGB zu Grunde gelegt hat, liegt hier vor. Aus dem Gesetz lässt sich die Frage, in welcher Höhe das gesetzliche Kindergeld auf den monetarisierten Naturalunterhaltsanspruch eines von beiden Elternteilen im gemeinsamen Haushalt betreuten minderjährigen Kindes anzurechnen ist, nicht unmittelbar beantworten. Die Halbanrechnung des Kindergeldes beruht auf der gesetzgeberischen Erwägung, dass betreuende Elternteile bei der Erbringung ihrer Betreuungsleistungen unterstützt werden sollen (BT-Drucks. 16/1830 S. 30). Dieser Zweck wird auch bei der Betreuung des Kindes in der intakten Familie nicht verfehlt. Wenn - wie hier - der Barunterhaltsbedarf des in der neuen Ehe geborenen Kindes allein nach den Einkommensverhältnissen des Unterhaltspflichtigen bemessen wird, weil der neue Ehegatte keine oder nur sehr geringe Geldbeträge zum Familienunterhalt beisteuern kann, ist es demnach sachgerecht, das Kindergeld auf den so ermittelten hypothetischen Barunterhaltsanspruch des in der Familie betreuten Kindes nur zur Hälfte anzurech-

nen. Jede andere Handhabung würde den nachrangigen Unterhaltsberechtigten einen zu hohen Anteil an der Verteilungsmasse zur Verfügung stellen und zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung mit minderjährigen Kindern aus geschiedener Ehe des Unterhaltspflichtigen führen.

39 cc) Rechtsfehlerhaft ist ferner die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass der Sockelbetrag des von der Ehefrau des Antragstellers bezogenen Elterngeldes in die Ermittlung des Gesamteinkommens einzubeziehen sei.

40 Nach § 11 Satz 1 BEEG werden Unterhaltsverpflichtungen durch die Zahlung des Elterngeldes nur insoweit berührt, als die Zahlung 300 € monatlich übersteigt. § 11 Satz 1 BEEG umschreibt die "Unterhaltsverpflichtungen" nicht näher, nimmt insoweit aber auch keine Einschränkungen vor, so dass die Schonung des Sockelbetrages von 300 € grundsätzlich Unterhaltsverpflichtungen jeder Art umfasst (Buchner/Becker Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz 8. Aufl. § 11 BEEG Rn. 7 mwN). Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts betrifft dies auch Unterhaltspflichten zwischen zusammenlebenden Ehegatten (von Koppenfels-Spies in Kreikebohm Kommentar zum Sozialrecht 3. Aufl. § 11 BEEG Rn. 2).

41 Dementsprechend hatte der Senat - unter der Geltung des Bundeserziehungsgeldgesetzes und der früheren unterhaltsrechtlichen Rangvorschriften - entschieden, dass das an die zweite Ehefrau eines den minderjährigen Kindern aus erster Ehe unterhaltspflichtigen Unterhaltsschuldners ausgezahlte Erziehungsgeld auch dann nach § 9 Satz 1 BErzGG a.F. unbeachtlich zu bleiben hatte, wenn der Anspruch der zweiten Ehefrau auf Familienunterhalt mit dem Kindesunterhalt im gleichen Rang stand und die Nichtberücksichtigung des Erziehungsgeldes zu einem absoluten Mangelfall und damit zu einer quotalen Kürzung des geschuldeten Kindesunterhalts führte (Senatsurteil vom 21. Juni 2006 - XII ZR 147/04 - FamRZ 2006, 1182, 1183 f.). Auf der Grundlage dieser

Senatsrechtsprechung kommt es - auch mit Blick auf die sozialpolitische Zielsetzung des § 11 Satz 1 BEEG - erst recht nicht in Betracht, den geschonten Sockelbetrag des von der Ehefrau des Antragstellers bezogenen Elterngeldes in eine Billigkeitsentscheidung nach § 1581 BGB einzubeziehen, um im Gefolge der damit einhergehenden Kürzung des monetarisierten Familienunterhaltsanspruchs die für die Bedienung der gleichrangigen Unterhaltsansprüche der Antragsgegnerin verfügbaren Mittel zu erhöhen (vgl. auch OLG Bremen FamRZ 2009, 343, 344; OLG Hamm Beschluss vom 13. Juni 2013 - 4 UF 9/13 - juris Rn. 114). Ein Fall des § 11 Satz 4 BEEG liegt nicht vor und auch die dieser Ausnahmegvorschrift zugrunde liegenden Rechtsgedanken kommen ersichtlich nicht zum Tragen.

III.

42 Für den Unterhaltszeitraum seit Rentenbezug der Antragsgegnerin ab dem 1. Dezember 2011 hat das Beschwerdegericht ihr einen Krankenvorsorgeunterhalt in wechselnder Höhe, zuletzt in Höhe von monatlich 506,85 € zugesprochen. Dabei hat es der Ehefrau des Antragstellers im Rahmen der Ermittlung des für die Dreiteilung auf der Ebene der Leistungsfähigkeit zur Verfügung stehenden Gesamteinkommens seit August 2012, d.h. für die Zeit nach dem Ende des Elterngeldbezuges, fiktive Erwerbseinkünfte in monatlicher Höhe von 560 € brutto zugerechnet und diese Entscheidung wie folgt begründet:

43 1. Die Ehefrau des Antragstellers treffe in dieser Zeit jedenfalls die Verpflichtung zur Ausübung einer Teilzeittätigkeit. Zwar sei ihr gleichrangiger Anspruch auf Familienunterhalt hypothetisch entsprechend dem Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gemäß § 1570 BGB zu ermitteln. Dieser sei grundsätzlich bei einer Betreuung eines noch nicht dreijährigen Kindes gegeben, ohne

dass den betreuenden Elternteil eine Erwerbsobliegenheit treffe. Die Monetarisierung diene der Vergleichbarkeit der Ansprüche bei konkurrierenden Ansprüchen mehrerer Unterhaltsberechtigter. Voraussetzung für die Heranziehung der Unterhaltstatbestände sei allerdings die Gleichartigkeit der Lebensverhältnisse, auf die der Unterhaltsanspruch abstelle. Der Unterhaltsanspruch gemäß § 1570 BGB, der allein aus Gründen des Kindeswohls zur Sicherstellung persönlicher Erziehung und Pflege des Kindes in den ersten drei Lebensjahren gewährt werde, betreffe aber nicht die Lebenssituation, in der sich die Ehefrau des Antragstellers befinde. Der Antragsteller und seine Ehefrau seien nicht getrennt. Der Antragsteller sei in seinem Beruf nur noch gelegentlich tätig, so dass der Anspruch des Kindes G. auf persönliche Betreuung deshalb teilweise auch durch den Vater erfüllt werden könne. Soweit sich der Antragsteller darauf berufe, dass ihm die Betreuung des Kindes aus Altersgründen nicht mehr zugemutet werden könne, sei dem entgegenzuhalten, dass er sich im "Großvateralter" befinde und Großeltern häufig einen Teil der Betreuungsaufgaben bei ihren Enkelkindern übernähmen. Da keine besonderen gesundheitlichen Belastungen vorgetragen seien, könne es dem Antragsteller zugemutet werden, seine Ehefrau teilweise von den Betreuungsaufgaben zu entlasten, damit diese beruflich tätig werden und zum eigenen Unterhalt beitragen könne. Es sei zwar nachvollziehbar, dass die Ehefrau des Antragstellers mit ihrem Studienabschluss nur schwierig einen Arbeitsplatz finden könne. Sie müsse sich aber auch auf berufsfremde Tätigkeiten, etwa als Büroangestellte, verweisen lassen, wo es ihr zumutbar und möglich sei, ein monatliches Bruttoeinkommen in Höhe von 560 € zu erzielen.

44 2. Dies hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

45 a) Die Ehegatten sind gemäß § 1356 BGB berechtigt, ihre Rollenverteilung in der Ehe frei zu wählen und dadurch Ansprüche auf Familienunterhalt

gegeneinander zu begründen. Es ist deshalb grundsätzlich nichts dagegen zu erinnern, wenn die Ehegatten - wie hier - einvernehmlich beschließen, dass der Partner eines bereits aus Altersgründen nicht mehr erwerbstätigen und Alters-einkünfte beziehenden Ehegatten seine Berufstätigkeit aufgeben oder einschränken solle, um sich der persönlichen Betreuung eines gemeinsamen minderjährigen Kindes zu widmen. Im vorliegenden Fall könnte die Rollenwahl in der neuen Familie des Antragstellers schon deshalb nicht dem Verdikt des Rechtsmissbrauchs unterworfen werden, weil die Ehegatten - was das Beschwerdegericht auch grundsätzlich nicht zu bezweifeln scheint ("Großvateralter") - zu der Beurteilung gelangen durften, dass sich die bei Geburt des Kindes 35-jährige Ehefrau des Antragstellers besser zur Betreuung und Versorgung eines Kleinkindes eignet als der seinerzeit im 70. Lebensjahr stehende Antragsteller.

- 46 b) Allerdings muss im Fall der unterhaltsrechtlichen Konkurrenz eines geschiedenen Ehegatten mit dem jetzigen Ehegatten berücksichtigt werden, dass durch die von den Ehegatten der neuen Ehe gewählte Rollenverteilung der bestehende Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten nicht über Gebühr geschmälert werden darf. Dies ergibt sich vor allem aus der gesetzlichen Wertung des § 1609 Nr. 2 BGB, wonach im Falle der Unterhaltskonkurrenz zwischen geschiedenem und neuem Ehegatten beim neuen Ehegatten nicht auf den Familienunterhalt, sondern darauf abzustellen ist, ob er "im Falle einer Scheidung" wegen Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtigt wäre. Dem liegt die allgemeine Billigkeitserwägung zugrunde, dass der neue Ehegatte des Unterhaltspflichtigen seine Erwerbsmöglichkeiten in gleicher Weise ausschöpfen soll, wie es auch von dem geschiedenen Ehegatten in einer vergleichbaren Lebenssituation erwartet werden würde (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 197 = FamRZ 2010, 111 Rn. 49).

- 47 c) Die Erwerbsobliegenheit eines kinderbetreuenden Ehegatten bestimmt sich daher auf der Grundlage einer hypothetischen Betrachtung der Verhältnisse, wie sie sich im Falle einer Scheidung der neuen Ehe darstellen würden. Mit der Einführung des Basisunterhalts bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres (§ 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB) hat der Gesetzgeber dem betreuenden Elternteil die freie Entscheidung eingeräumt, ob er das Kind in dessen ersten drei Lebensjahren selbst erziehen oder andere Betreuungsmöglichkeiten - hierzu gehören grundsätzlich auch Betreuungsangebote des anderen Elternteils - in Anspruch nehmen will (Senatsurteile vom 6. Mai 2009 - XII ZR 114/08 - FamRZ 2009, 1124 Rn. 25 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 20). Eine Erwerbsobliegenheit des betreuenden Ehegatten besteht in diesem Zeitraum nicht, was das Beschwerdegericht im rechtlichen Ausgangspunkt auch erkannt hat. Die vom Beschwerdegericht angeführten Gesichtspunkte rechtfertigen es indessen nicht, die Ehefrau des Antragstellers in Abweichung von den vorgenannten Grundsätzen für erwerbspflichtig zu halten und ihr ein fiktives Erwerbseinkommen zuzurechnen.
- 48 aa) Eine Erwerbsobliegenheit im Basisunterhaltszeitraum kann für die Ehefrau des Antragstellers nicht damit begründet werden, dass sie tatsächlich nicht von dem Antragsteller getrennt lebe und sich ihre Lebenssituation daher von einem getrennt lebenden Betreuungselternteil unterscheide. Das Auseinanderfallen von tatsächlichen und gedachten Verhältnissen liegt in der Natur einer hypothetischen Betrachtungsweise.
- 49 bb) Es kann ebenfalls nicht ausschlaggebend sein, dass der pensionierte Antragsteller allenfalls noch sporadisch wissenschaftlichen Tätigkeiten nachgeht und deshalb an sich für die Betreuung des Kindes zur Verfügung stehen würde.

50

Der im Rentenalter stehende Antragsteller ist gegenüber der Antragsgegnerin nicht mehr zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verpflichtet (vgl. Senatsurteil vom 11. Juli 2012 - XII ZR 72/10 - FamRZ 2012, 1483 Rn. 28 und BGHZ 188, 50 = FamRZ 2011, 454 Rn. 20). Die der Rollenwahl in der neuen Ehe des Antragstellers zugrunde liegende Lebenssituation ist schon deshalb nicht mit den Fällen des Rollentausches vergleichbar, auf denen die sogenannte Hausmann-Rechtsprechung des Senats (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 169, 200, 205 f. = FamRZ 2006, 1827, 1828 mwN) beruht. Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass in der Ehe des Antragstellers eine Art "umgekehrter Rollentausch" vorgenommen worden sei, bei dem es der nicht mehr berufstätige Antragsteller seiner neuen Ehefrau (die keine Unterhaltspflichten gegenüber der Antragsgegnerin hat) durch Übernahme von Betreuungsaufgaben ermöglichen müsse, im Unterhaltsinteresse der Antragsgegnerin zeitweise wieder eine Erwerbstätigkeit auszuüben, lässt sich mit den Maßstäben des § 1570 BGB, die kraft gesetzlicher Wertung in § 1609 Nr. 2 BGB für die Rangfolge konkurrierender Unterhaltsansprüche zwischen neuem und geschiedenem Ehegatten maßgeblich sind, nicht in Einklang bringen. Denn unabhängig von der zwischen den Beteiligten streitigen Frage, ob und in welchem Umfang der Antragsteller zur Betreuung seines Kindes (noch) in der Lage ist, müsste sich die Ehefrau des Antragstellers als geschiedener Ehegatte im Basisunterhaltszeitraum bei hypothetischer Beurteilung ihres Unterhaltsanspruches nach § 1570 BGB nicht auf Betreuungsangebote des Antragstellers einlassen, um in dieser Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können. Wäre daher die Auffassung des Beschwerdegerichts richtig, würde damit der Ehefrau des Antragstellers gegenüber der Antragsgegnerin (faktisch) eine stärkere Erwerbsobliegenheit auferlegt, als im Falle der Scheidung gegenüber dem Antragsteller selbst bestünde.

IV.

51 Die angefochtene Entscheidung kann daher für die Unterhaltszeiträume nach der Geburt des Kindes G. am 22. Juli 2011 keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil weitere tatrichterliche Feststellungen und Würdigungen erforderlich sind.

52 1. Für das weitere Verfahren weist der Senat noch auf folgendes hin:

53 a) Das Beschwerdegericht hat sich an die rechtliche Beurteilung durch das Gericht der Ausgangsentscheidung gebunden gesehen, wonach der im Oktober 2010 erfolgte Kirchenbeitritt des Antragstellers nicht als Eheprägend zu berücksichtigen sei, und es hat folgerichtig die Belastung der Versorgungsbezüge des Antragstellers mit Kirchensteuern bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Antragsgegnerin unberücksichtigt gelassen. Ob das Beschwerdegericht - was aus Rechtsgründen nicht ausgeschlossen wäre - die von dem Antragsteller aufgrund des nachträglichen Kirchenbeitritts zu zahlende Kirchensteuer gleichwohl als berücksichtigungsfähige "sonstige Verpflichtung" im Rahmen des § 1581 BGB ansehen will, lässt sich der Beschwerdeentscheidung nicht entnehmen. Denn das Beschwerdegericht hat die in die Dreiteilung eingestellten Einkünfte für einige Unterhaltszeiträume (2012) mit und für andere Unterhaltszeiträume (2013) ohne Abzug von Kirchensteuern ermittelt.

54 b) Bei der - gegebenenfalls fiktiven - Besteuerung der Versorgungsbezüge des Antragsgegners sind für die Unterhaltszeiträume seit dem 22. Juli 2011 auch die kindbezogenen steuerlichen Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG zu berücksichtigen.

55 c) Ein Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5 % der Einkommensteuer wird vom Steuerpflichtigen nur erhoben, wenn die als Bemessungsgrundlage heran-

gezogene Einkommensteuer für zusammen veranlagte Ehegatten mehr als 1.944 € beträgt (§ 3 Abs. 3 Nr. 1 SolZG). Dies ist bereits nach den - ohne Berücksichtigung der Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG durchgeführten - fiktiven Steuerberechnungen des Beschwerdegerichts für die Jahre 2012 und 2013 durchgehend nicht der Fall gewesen.

- 56 d) Gegen die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass ein verbleibender Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin nicht nach § 1578 b BGB zu begrenzen sei, lassen sich keine rechtlichen Bedenken erheben.

57

2. Auch das Beschwerdegericht geht offensichtlich - und grundsätzlich auch zu Recht - davon aus, dass die Frage der hypothetischen Erwerbsobliegenheit der Ehefrau des Antragstellers mit Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes G. im Juli 2014 erneut zu beurteilen sein wird. Die Zurückverweisung der Sache gibt dem Beschwerdegericht aber auch Gelegenheit zur Befassung mit dem in der Rechtsbeschwerdeinstanz neu gehaltenen Vortrag des Antragstellers, dass seine Ehefrau wieder schwanger sei.

Dose

Klinkhammer

Günter

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

AG Hamburg, Entscheidung vom 13.04.2012 - 281 F 45/11 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 03.05.2013 - 10 UF 59/12 -