



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

XII ZB 613/16

Verkündet am:
22. Mai 2019
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1603 Abs. 2 Satz 1

Müssen von konkurrierenden gleichrangigen Kindesunterhaltsverpflichtungen einzelne gemäß § 1613 Abs. 1 BGB nicht mehr erfüllt werden, steht dieses Geld im Sinne des § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB für anderweitigen Mindestkindesunterhalt zur Verfügung. Dies gilt auch, soweit sich auf der Grundlage konkreter Umstände für die Zukunft prognostizieren lässt, dass einzelne gleichrangige Kindesunterhaltsansprüche nicht geltend gemacht werden (Abgrenzung zu Senatsurteil BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154).

BGH, Beschluss vom 22. Mai 2019 - XII ZB 613/16 - OLG Rostock
AG Schwerin

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 2019 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Nedden-Boeger und Guhling und die Richterin Dr. Krüger

für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 1. Familiensenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 6. Dezember 2016 wird auf Kosten des Antragsgegners zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

1 Die Beteiligten streiten über den Mindestunterhalt für zwei minderjährige Kinder.

2 Die Beteiligten leben seit Anfang Januar 2015 getrennt. Aus ihrer Ehe sind die Kinder Lara Fabien, geboren am 25. Januar 2008, und Phil Lennard, geboren am 13. Januar 2015, hervorgegangen. Seit der Trennung leben die Kinder in Obhut der Antragstellerin. Diese verblieb bis zum 1. August 2016 in der Ehwohnung, die im Miteigentum des Antragsgegners und dessen früherer Ehefrau steht.

3 Im Jahr 2014 erzielte der Antragsgegner ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 2.143 €. In der Zeit vom 17. März 2015 bis

15. Juni 2015 bezog er aufgrund eines Arbeitsunfalls Krankengeld in Höhe von monatlich 1.890 €. Seit Ende April 2016 war er erneut krankgeschrieben und erhielt nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Krankengeld in Höhe von mindestens 50 € netto kalendertäglich.

4 Im Zusammenhang mit der Immobilie, deren Miteigentümer der Antragsgegner ist, haftet er gesamtschuldnerisch mit seiner früheren Ehefrau für Kreditverbindlichkeiten in Höhe von insgesamt monatlich 900 € (bei einem Zinsanteil von 313 €). Diese Verbindlichkeiten trägt allein der Antragsgegner, ebenso wie diverse Zahlungsverpflichtungen auf rückständige Versicherungsbeiträge und Wohnnebenkosten.

5 In Absprache mit seiner früheren Ehefrau verpflichtete der Antragsgegner sich durch Jugendamtsurkunden, für seine beiden aus der früheren Ehe hervorgegangenen Kinder, die am 6. November 2000 und am 16. November 2001 geboren wurden, Kindesunterhalt in Höhe von jeweils monatlich 44 € zu leisten. Mit Beginn des Krankengeldbezugs Ende April 2016 stellte er die Zahlung dieser Unterhaltsbeträge ein.

6 Die Antragstellerin hat den Antragsgegner im Februar 2015 aufgefordert, im Hinblick auf die Unterhaltsforderungen der gemeinsamen Kinder Auskunft über seine Einkommensverhältnisse zu erteilen. Mit dem im Juli 2015 bei Gericht eingegangenen Antrag hat sie für die Kinder Unterhalt ab Februar 2015 nach der zweiten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle geltend gemacht.

7 Das Amtsgericht hat den Antragsgegner verpflichtet, für die Zeit von Februar 2015 bis November 2015 rückständigen Unterhalt für Lara Fabien in Höhe von 1.200 € und für Phil Lennard in Höhe von 800 € sowie ab Dezember 2015 laufend monatlich 120 € für Lara Fabien und 80 € für Phil Lennard zu zahlen.

Auf die Beschwerde der Antragstellerin hat das Oberlandesgericht die Entscheidung abgeändert und den Antragsgegner verpflichtet, für die Zeit von Februar 2015 bis November 2016 rückständigen Unterhalt für Lara Fabien in Höhe von 6.231 € und für Phil Lennard in Höhe von 5.170 € sowie ab Dezember 2016 laufend monatlich 289 € für Lara Fabien und 240 € für Phil Lennard zu zahlen. Mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt der Antragsgegner die Ermittlung seiner Leistungsfähigkeit auf der Grundlage seiner gesamten Kindesunterhaltsverpflichtungen ohne Beschränkung auf seine tatsächlich erbrachten Zahlungen und damit die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung.

II.

8 Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

9 1. Das Oberlandesgericht hat seine - in juris veröffentlichte - Entscheidung wie folgt begründet:

10 Nach dem letzten Absatz der Ziffer 10.4 der unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate des Oberlandesgerichts Rostock seien Schulden in der Regel nur bis zur Höhe des pfändbaren Betrags gemäß § 850 c Abs. 1 Satz 2 ZPO zu berücksichtigen, wenn der Unterhaltsschuldner den Mindestunterhalt minderjähriger Kinder aus anderen Mitteln nicht decken könne. Dieser Pfändungsfreibetrag habe sich für den Antragsgegner bis zum 30. Juni 2015 auf 1.876,58 € belaufen und seit dem 1. Juli 2015 auf 1.928,38 €. Bezüge in der Form von Krankengeld seien zumindest nicht in weiterem Umfang pfändbar als Arbeitseinkommen. Nachdem die Antragstellerin selbst von einem Zinsanteil von 313 € ausgehe, der die Differenz zwischen der Pfändungsfreigrenze und

dem jeweiligen tatsächlichen Einkommen des Antragsgegners überschreite, seien die Verbindlichkeiten des Antragsgegners zumindest bis zu den Pfändungsfreigrenzen abzuziehen. Mit einem bereinigten Einkommen in Höhe der Pfändungsfreibeträge falle der Antragsgegner im besten Falle noch in den untersten Bereich der dritten Einkommensgruppe der damaligen Düsseldorfer Tabelle. Da diese Tabellensätze aber auf den Fall zugeschnitten seien, dass der Unterhaltspflichtige zwei Berechtigten Unterhalt zu gewähren habe, der Antragsgegner aber vier minderjährigen Kindern unterhaltspflichtig sei, könne der Bedarf der gemeinsamen Kinder sich vorliegend allein nach der ersten Einkommensgruppe bestimmen.

- 11 In Höhe des sich aus der ersten Einkommensgruppe ergebenden Mindestunterhalts sei der Antragsgegner für die gemeinsamen Kinder der Beteiligten aber in voller Höhe leistungsfähig. Denn die von dem Antragsgegner für seine beiden weiteren Kinder geleisteten Unterhaltsbeträge seien insoweit nur in der Höhe zu berücksichtigen, in der er sie tatsächlich erbringe. Könnten die weiteren Kinder den ihnen zustehenden Unterhalt nach § 1613 Abs. 1 BGB in voller Höhe rückwirkend nicht mehr geltend machen, stelle es eine unbillige Bevorzugung des Unterhaltspflichtigen und eine unbillige Benachteiligung der aktuell Unterhalt begehrenden Kinder dar, wenn man die weiteren Kinder auch für die Vergangenheit mit ihren vollen Unterhaltsbeträgen in die Mangelfallberechnung einstellen wollte. Hinsichtlich der künftig fällig werdenden Unterhaltsansprüche sei es unzumutbar, den Unterhaltsgläubigern das Abänderungserfordernis bezüglich der tatsächlich an die anderen Kinder geleisteten Unterhaltszahlungen aufzuerlegen, während der Unterhaltspflichtige problemlos unmittelbar eine Herabsetzung des titulierten Unterhalts verlangen könne, wenn er an die anderen Kinder höheren Unterhalt leiste.

Der notwendige Selbstbehalt des Antragsgegners sei dadurch nicht gefährdet, da insbesondere in den Zeiten, in denen er nur Krankengeld bezogen und dadurch ein geringeres Einkommen zu verzeichnen habe, auch der Selbstbehalt nicht mehr mit 1.080 € für einen Erwerbstätigen, sondern mit 880 € für einen Nichterwerbstätigen anzusetzen sei.

13 2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

14 a) Zu Recht und von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet hat das Oberlandesgericht den Bedarf der beiden gemeinsamen Kinder der Beteiligten auf der Grundlage der ersten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle jeweils mit dem Mindestunterhalt angesetzt.

15 Die streitgegenständlichen Unterhaltsansprüche der beiden Kinder der Beteiligten nach § 1601 BGB gegen den Antragsgegner als ihren Vater setzten neben Unterhaltsbedarf (§ 1610 BGB) und Bedürftigkeit (§ 1602 BGB) voraus, dass der Antragsgegner während des Unterhaltszeitraums nicht leistungsunfähig war (§ 1603 BGB). Dementsprechend trifft die Antragstellerin die Darlegungs- und Beweislast bezüglich des Unterhaltsbedarfs und der Bedürftigkeit der Kinder während des streitbefangenen Unterhaltszeitraums. Dagegen hat der Antragsgegner seine etwa mangelnde oder eingeschränkte Leistungsfähigkeit darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen (vgl. Senatsbeschluss vom 19. September 2018 - XII ZB 385/17 - FamRZ 2019, 112 Rn. 24 mwN). Die Darlegungs- und Beweislast der Unterhaltsberechtigten erfährt allerdings eine Einschränkung bezüglich des jeweils gesetzlich festgelegten Mindestbedarfs. Dieser ist nach heutiger Rechtslage in § 1612 a Abs. 1 Satz 2 BGB als Mindestunterhalt festgelegt (Senatsbeschluss vom 19. September 2018 - XII ZB 385/17 - FamRZ 2019, 112 Rn. 25).

Auf dieser Grundlage steht den beiden Kindern der Beteiligten jedenfalls der Mindestbedarf zu. Nur dieser wird auch mit der Rechtsbeschwerde weiterverfolgt.

17 b) Die Auffassung des Oberlandesgerichts, dass im Rahmen der Leistungsfähigkeit anderweitige - nicht unterhaltsrechtliche - Verbindlichkeiten des Unterhaltspflichtigen in der Regel nur bis zur Höhe des pfändbaren Betrags nach § 850 c Abs. 1 Satz 2 ZPO zu berücksichtigen sind, wenn der Unterhaltspflichtige den Mindestunterhalt minderjähriger Kinder aus anderen Mitteln nicht decken kann, wird indessen durch die dafür gegebene Begründung nicht getragen. Denn die zur Begründung herangezogene entsprechende Regelung im letzten Absatz der Ziffer 10.4 der unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate des Oberlandesgerichts Rostock steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Senats.

18 Inwieweit allgemein Verbindlichkeiten des Unterhaltspflichtigen im Rahmen der Bestimmung seiner Leistungsfähigkeit einschränkend zu berücksichtigen sind, kann nach der Rechtsprechung des Senats nur im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung nach billigem Ermessen entschieden werden. Insoweit sind insbesondere der Zweck der Verbindlichkeit, der Zeitpunkt und die Art ihrer Entstehung, die Dringlichkeit der beiderseitigen Bedürfnisse, die Kenntnis des Unterhaltsschuldners von Grund und Höhe der Unterhaltsschuld und seine Möglichkeit von Bedeutung, die Leistungsfähigkeit ganz oder teilweise wiederherzustellen (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 10. Juli 2013 - XII ZB 297/12 - FamRZ 2013, 1558 Rn. 19 mwN und Senatsurteil vom 30. Januar 2013 - XII ZR 158/10 - FamRZ 2013, 616 Rn. 19 mwN; Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1603 Rn. 201 mwN; Botur in Büte/Poppen/Menne Unterhaltsrecht 3. Aufl. § 1603 Rn. 52 mwN). Minderjährige Kinder müssen sich dabei grundsätzlich auch diejenigen Kreditverbindlichkeiten

entgegenhalten lassen, die in der Zeit des Zusammenlebens der Eltern zum Zwecke gemeinsamer Lebensführung - und nicht nur zur Wahrnehmung persönlicher Bedürfnisse des Unterhaltspflichtigen - eingegangen worden sind (vgl. Senatsurteil BGHZ 150, 12 = FamRZ 2002, 536 Rn. 19 f.). Weil sie aber jedenfalls bis zum Ende ihrer Schulpflicht keine Möglichkeit haben, durch eigene Anstrengungen zur Deckung ihres Unterhaltsbedarfs beizutragen, und auf die Entstehung der von den Eltern aufgenommenen Schulden keinen Einfluss nehmen konnten, wird die Billigkeitsabwägung bei ihnen im Allgemeinen dazu führen, dass wenigstens der Mindestunterhalt zu zahlen ist, soweit dies nicht nur auf Kosten einer ständig weiter anwachsenden Verschuldung geschehen kann (vgl. Senatsurteile vom 30. Januar 2013 - XII ZR 158/10 - FamRZ 2013, 616 Rn. 19 f. mwN und vom 11. Dezember 1985 - IVb ZR 80/84 - FamRZ 1986, 254, 256). Auch hat der Senat im Fall gesteigerter Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB eine Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen angenommen, ein Verbraucherinsolvenzverfahren einzuleiten, das es dem Unterhaltsberechtigten ermöglicht, für den laufenden Unterhalt auf den Differenzbetrag zwischen den Pfändungsfreigrenzen des § 850 c ZPO und dem dem Schuldner zu belassenden Unterhalt im Sinne von § 850 d Abs. 1 Satz 2 ZPO zuzugreifen (Senatsurteile BGHZ 162, 234 = FamRZ 2005, 608, 610 f. und BGHZ 175, 67 = FamRZ 2008, 497 Rn. 10 ff., 18 ff.).

19 Der für die behauptete fehlende Leistungsfähigkeit darlegungs- und beweispflichtige Antragsgegner (Senatsbeschluss vom 22. Januar 2014 - XII ZB 185/12 - FamRZ 2014, 637 Rn. 11; vgl. auch BVerfG FamRZ 2014, 1977 Rn. 18 mwN) verfolgt indessen mit der Rechtsbeschwerde die Berücksichtigung seiner neben dem Kindesunterhalt bestehenden Verbindlichkeiten nicht weiter. Vielmehr hat er sich mit der Beschwerdebegründung die Auffassung des Oberlandesgerichts ausdrücklich zu eigen gemacht, dass die Beträge, um die die Pfändungsfreigrenzen jeweils seinen notwendigen Selbstbehalt übersteigen,

als Verteilungsmasse für den Kindesunterhalt zur Verfügung stehen. Dies ist für die Rechtsbeschwerde entsprechend zugrunde zu legen.

20 c) Hinsichtlich der anderweitigen gleichrangigen Unterhaltsverpflichtungen des Antragsgegners ist das Oberlandesgericht zutreffend davon ausgegangen, dass sie bei der Bestimmung seiner Leistungsfähigkeit hier nur in Höhe der titulierten Beträge von jeweils 44 € zu berücksichtigen sind.

21 aa) Leistungsfähig ist nach § 1603 Abs. 1 BGB nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Befinden sich Eltern in dieser Lage, so sind sie gemäß § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB ihren minderjährigen Kindern gegenüber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden.

22 Treffen den Unterhaltsschuldner als sonstige Verpflichtungen mehrere Unterhaltsverpflichtungen, besteht eine Rangfolge unter diesen nur nach Maßgabe des § 1609 BGB (Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1603 Rn. 200; Wendl/Gutdeutsch Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 5 Rn. 120 ff; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 37 zu § 1581 BGB). Nicht geregelt ist in § 1609 BGB dagegen, wie die für die Unterhaltsleistungen zur Verfügung stehenden Mittel unter den Unterhaltsberechtigten zu verteilen sind, wenn sie - wie hier (jedenfalls bis November 2018; vgl. im Übrigen § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB) alle minderjährigen Kinder des Antragsgegners gemäß § 1609 Nr. 1 BGB - auf derselben Rangstufe stehen. Während gleichrangig Unterhaltsverpflichtete nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen haften, bleibt es für gleichrangig Unterhaltsberechtigte bei der Regelung des § 1603 Abs. 1 BGB, wonach bei

der Feststellung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen gegenüber jedem einzelnen Bedürftigen seine sonstigen Verpflichtungen berücksichtigt werden müssen. Die einzelnen Ansprüche beschränken sich dabei gemäß § 1603 Abs. 2 BGB gegenseitig, sodass sie verhältnismäßig gekürzt werden müssen (Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1603 Rn. 200, § 1609 Rn. 25; Soergel/Lettmaier BGB 13. Aufl. § 1609 Rn. 9; Wendl/Gutdeutsch Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 5 Rn. 155 ff.). Diese Kürzung erfolgt grundsätzlich proportional zu dem Unterhaltsbedarf der einzelnen Bedürftigen. Danach ist also zunächst zu prüfen, welcher Unterhaltsanspruch jedem Berechtigten bei voller Leistungsfähigkeit des Verpflichteten zustehen würde. Sodann ist jeder Anspruch in dem Verhältnis zu kürzen, in dem die verfügbaren Mittel zu der Summe aller Ansprüche stehen (Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1609 Rn. 26).

23 Wie der Senat bereits entschieden hat (Senatsurteil vom 18. März 1992 - XII ZR 1/91 - FamRZ 1992, 797, 798 f.), wird ein Unterhaltsanspruch grundsätzlich auch nicht dadurch rechtlich beeinträchtigt, dass ein anderer gleichrangiger Unterhaltsberechtigter bereits einen weitergehenden rechtskräftigen Titel über seinen Anspruch erwirkt hat und daraus vollstrecken kann. Er ist vielmehr so zu beurteilen wie bei gleichzeitiger Entscheidung über alle Unterhaltsansprüche. Der Unterhaltsverpflichtete ist dann gegebenenfalls darauf verwiesen, Abhilfe im Wege der Abänderung des bestehenden Titels zu suchen.

24 bb) Ob für die Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen der volle Unterhaltsbedarf eines Berechtigten auch insoweit heranzuziehen ist, als eine Zahlungspflicht für die Vergangenheit ausscheidet, weil der Unterhaltspflichtige von diesem weiteren gleichrangig Berechtigten nicht in Anspruch genommen worden ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.

- 25 (1) Teilweise wird vertreten, dass auch diejenigen Kinder des Unterhaltsverpflichteten mit dem Mindestunterhalt in die Mangelfallberechnung einzustellen sind, denen kein oder ein niedrigerer Unterhalt gezahlt wird (OLG Dresden FuR 2004, 241, 242; OLG Hamm [4. Senat für Familiensachen] FamRZ 2001, 565, 566; Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1609 Rn. 11 f. mwN sofern nicht ein zulässiger Verzicht vorliegt).
- 26 (2) Überwiegend wird dagegen auf die tatsächlichen Zahlungen abgestellt, soweit eine weitergehende Inanspruchnahme nach § 1613 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist (OLG Brandenburg Beschluss vom 8. September 2016 - 13 UF 84/15 - juris Rn. 33 und FamRZ 2013, 1137, 1139; OLG Koblenz Beschluss vom 14. Mai 2014 - 13 UF 107/14 - juris Rn. 34; OLG Naumburg Beschluss vom 20. Dezember 2000 - 14 WF 138/00 - juris Rn. 10; OLG Hamm [2. Senat für Familiensachen] FamRZ 1995, 1488; Palandt/Brudermüller BGB 78. Aufl. § 1603 Rn. 6, 21; jurisPK-BGB/Viefhues [Stand: 17. April 2019] § 1603 Rn. 233; Soergel/Lettmaier BGB 13. Aufl. § 1603 Rn. 44; Erman/Hammermann BGB 15. Aufl. § 1603 Rn. 112; Niepmann/Schwamb Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 13. Aufl. Rn. 103).
- 27 (3) Für Fälle der gesteigerten Unterhaltspflicht ist die letztgenannte Auffassung zutreffend.
- 28 Wenn ein Unterhaltsschuldner gleichrangigen Kindern nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB gesteigert unterhaltspflichtig ist, muss er alle nach Abzug des notwendigen Selbstbehalts verfügbaren Mittel einsetzen, um den Mindestunterhalt der Kinder sicherzustellen. Hat er für einzelne dieser nach § 1609 Nr. 1 BGB gleichrangigen Kinder in der Vergangenheit weniger geleistet, als dies der anteiligen Unterhaltsquote entspricht, und besteht für diese Kinder auch kein (höherer) Unterhaltstitel, können die dem Unterhaltspflichtigen

verbliebenen Beträge im Hinblick auf § 1613 Abs. 1 BGB für die Vergangenheit zur Deckung des Mindestbedarfs der übrigen Kinder eingesetzt werden. Gleiches gilt für künftige Unterhaltsansprüche, wenn die dafür erforderliche Prognose dazu führt, dass einzelne gleichberechtigte Kinder auch in Zukunft weniger Unterhalt erhalten werden, als ihnen quotenmäßig zusteht. Sollte sich diese Prognose später als falsch herausstellen, ist der Unterhaltspflichtige auf eine Abänderung des Unterhaltstitels nach §§ 238 ff. FamFG verwiesen.

29 (a) Zwar hat der Senat zum früheren Recht entschieden, dass der Unterhaltsanspruch eines gegenüber dem Anspruch minderjähriger und privilegiert volljähriger Kinder (§ 1603 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB) nachrangigen neuen Ehegatten auch dann nachrangig bleibt, wenn der gegenüber den Kindern gleichrangige frühere Ehegatte seinen Unterhaltsanspruch nicht geltend macht (BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154, 1155 f.).

30 Allerdings stand nach der früheren Vorschrift des § 1609 Abs. 2 Satz 1 BGB "der Ehegatte" - also sowohl der geschiedene als auch der neue Ehegatte - den minderjährigen unverheirateten Kindern und den sogenannten privilegierten volljährigen Kindern im Rang gleich. Danach hätte sowohl die geschiedene als auch die neue Ehefrau des Unterhaltsschuldners denselben Rang wie die Kinder. Andererseits sah § 1582 BGB a.F. vor, dass bei mehreren unterhaltsbedürftigen Ehegatten der geschiedene Ehegatte jedenfalls wegen seiner Unterhaltsansprüche nach §§ 1570, 1576 BGB oder bei langer Ehedauer dem neuen Ehegatten voring. Mit dieser Rechtsfolge wäre es nicht vereinbar gewesen, die Unterhaltsansprüche der minderjährigen Kinder sowohl den Ansprüchen eines geschiedenen Ehegatten als auch denen eines neuen Ehegatten im Rang gleichzustellen.

31

Weil das Gesetz wegen des Widerspruchs zwischen § 1582 BGB a.F. einerseits und § 1609 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. andererseits keine zwingende Regelung vorgab, bedurfte es einer Auslegung über den Wortlaut der widerstreitenden Regelungen hinaus. Diese musste sich von dem Ziel leiten lassen, dem mit den Rangregelungen verfolgten Sinn des Gesetzes gerecht zu werden, der darin zu sehen war, in Mangelfällen in erster Linie den Unterhalt bestimmter, als besonders schutzwürdig anerkannter Angehöriger zu sichern. Zu den nach dem Willen des Gesetzes in besonderem Maße schutzbedürftigen und schutzwürdigen Unterhaltsberechtigten gehörten zunächst die minderjährigen unverheirateten und die ihnen gleichgestellten privilegierten volljährigen Kinder, denen die Eltern nach § 1603 Abs. 2 BGB erweitert unterhaltspflichtig sind. Neben ihnen räumte das Gesetz in den Fällen des § 1582 BGB a.F. als Nachwirkung der früheren Ehe dem geschiedenen Ehegatten einen besonderen Schutz ein, der seinen Niederschlag in dem Vorrang gegenüber einem neuen Ehegatten des Unterhaltsverpflichteten fand. Diese Vorrangstellung des geschiedenen Ehegatten setzte sich in Mangelfällen uneingeschränkt durch, selbst wenn der neue Ehegatte hierdurch im äußersten Fall, auch unter Berücksichtigung des Splittingvorteils aus der neuen Ehe, darauf verwiesen wurde, für seinen Unterhalt Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen, und wenn der Unterhaltspflichtige auf diese Weise gehalten war, den ihm an sich für seine eigenen Bedürfnisse zustehenden Selbstbehalt mit dem neuen Ehegatten zu teilen. Dem in dieser Weise gekennzeichneten Rangverhältnis zwischen dem geschiedenen und dem neuen Ehegatten konnte bei Vorhandensein minderjähriger unverheirateter Kinder nur dadurch Rechnung getragen werden, dass der Anwendungsbereich des § 1609 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. in Mangelfällen bei einer Kollision mit der Rangregelung des § 1582 BGB a.F. im Wege der teleologischen Reduktion dahin eingeschränkt wurde, dass der Gleichrang mit "dem Ehegatten" nur für den privilegierten geschiedenen und nicht auch für den (relativ) nachrangigen neuen

Ehegatten galt (Senatsurteil BGHZ 104, 158, 165 = FamRZ 1988, 705, 707 mwN).

32 Allerdings war eine teleologische Reduktion der Vorschrift des § 1609 Abs. 2 BGB a.F. nur für solche Fälle geboten, in denen Unterhaltsansprüche zweier (geschiedener) Ehefrauen nebeneinander bestanden und deswegen zu klären war, welcher dieser Ansprüche gleichrangig mit den Unterhaltsansprüchen minderjähriger Kinder war. Nur in solchen Fällen war es nach dem Sinn der gesetzlichen Vorschriften geboten, den (relativen) Nachrang der späteren Ehefrau gegenüber der ersten Ehefrau auch auf das Rangverhältnis gegenüber den minderjährigen und den privilegierten volljährigen Kindern zu übertragen (Senatsurteil BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154, 1155 mwN).

33 Stand dem geschiedenen Ehegatten allerdings an sich ein Unterhaltsanspruch zu und machte er diesen lediglich nicht geltend, um wenigstens den Regelbedarf seiner minderjährigen Kinder zu sichern, blieb es bei dem (relativen) Nachrang des neuen Ehegatten gemäß § 1582 BGB a.F., mit der Folge, dass diesem die minderjährigen Kinder im Rang vorgingen (Senatsurteil BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154, 1155 mwN). Denn ein Widerspruch zwischen § 1609 BGB a.F. und § 1582 BGB a.F. bestand bereits dann, wenn der geschiedene und der neue Ehegatte neben den Kindern unterhaltsberechtigter waren. § 1582 BGB a.F. stellte nicht darauf ab, ob der geschiedene Ehegatte seinen Unterhaltsanspruch tatsächlich geltend machte, sondern lediglich darauf, ob dieser nach dem Gesetz überhaupt unterhaltsberechtigter war. Ein unterhaltsberechtigter geschiedener Ehegatte sollte nicht gezwungen sein, einen eigenen Unterhaltsanspruch tatsächlich geltend zu machen, nur um den Vorrang der Unterhaltsansprüche seiner minderjährigen Kinder vor denen eines neuen Ehegatten zu wahren (BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154, 1155 f. mwN).

- 34 Wenn der geschiedene Ehegatte die Durchsetzung seiner eigenen Unterhaltsansprüche deswegen unterließ, weil er seinen Kindern eine höhere Quote bei der Mangelverteilung sichern wollte, lag darin eine zweckgerichtete Verfügung, die nicht dazu diente, dem sonst nachrangigen Recht des neuen Ehegatten Gleichrang mit dem Kindesunterhalt zu verschaffen. Damit verzichtete der unterhaltsberechtigte geschiedene Ehegatte weder auf seinen Unterhaltsanspruch, noch auf den Vorrang gegenüber einem neuen Ehegatten. Die fehlende Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau war deswegen nach der Zweckrichtung mit freiwilligen Leistungen Dritter vergleichbar, die grundsätzlich nur demjenigen zugutekommen, dem sie nach der Bestimmung des nicht Leistungsverpflichteten allein Vorteile erbringen sollen. Daran änderte sich auch dann nichts, wenn die geschiedene Ehefrau nach § 1585 b Abs. 2 BGB a.F. mangels Verzugs oder Rechtshängigkeit ihres Unterhaltsanspruchs keinen rückständigen Unterhalt mehr verlangen konnte. Auch dann verblieb es bei dem einmal entstandenen (relativen) Vorrang gegenüber dem Unterhaltsanspruch der neuen Ehefrau nach § 1582 BGB a.F. (BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154, 1156 mwN).
- 35 (b) Diese Rechtsprechung ist allerdings auf die Wahrung des Mindestunterhalts der nach neuem Recht gemäß § 1609 Nr. 1 BGB allein im ersten Rang stehenden minderjährigen Kinder nicht übertragbar.
- 36 Ob geschiedene oder neue Ehegatten ihre Unterhaltsansprüche tatsächlich geltend machen, ist seit der gesetzlichen Neuregelung schon deswegen unerheblich, weil ihre Ansprüche nach § 1609 Nr. 2 und 3 BGB gegenüber den Ansprüchen minderjähriger Kinder nachrangig sind. Soweit einzelne gleichrangige Kinder - wie hier die beiden Kinder aus erster Ehe - ihre Unterhaltsansprüche nicht oder nur in eingeschränktem Umfang geltend machen, führt dies nicht zu einer Rangverschiebung. Soweit diese Kinder mit einer Nichtgeltendma-

chung oder einer Titulierung ihres Unterhalts in geringerer Höhe, hier einer Beschränkung auf den in der Jugendamtsurkunde geregelten Unterhalt von monatlich 44 €, vergleichbar mit freiwilligen Leistungen Dritter, die Zweckrichtung verfolgen, allein dem Unterhaltspflichtigen weitere Einkünfte zu belassen, findet dieses am Anspruch auf Mindestunterhalt weiterer minderjähriger Kinder seine Grenze. Denn Eltern, die nicht in der Lage sind, ihren Kindern den Mindestunterhalt zu gewähren, sind gemäß § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB ihren minderjährigen Kindern gegenüber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden (sogenannte gesteigerte Unterhaltspflicht). Dies beruht auf ihrer besonderen Verantwortung für den angemessenen, nicht nur den notwendigen Unterhalt ihrer Kinder (vgl. Senatsurteil vom 30. Januar 2013 - XII ZR 158/10 - FamRZ 2013, 616 Rn. 18 mwN). Diese besonderen Anforderungen an gesteigert unterhaltspflichtige Eltern verbieten eine Absonderung von Mitteln allein auf der Grundlage der Zweckbestimmung Dritter. Bis zur Höhe des Mindestbedarfs ist deswegen allein der notwendige Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen geschützt und auch auf die Einkünfte zurückzugreifen, die andere Unterhaltsberechtigte dem Unterhaltspflichtigen - aus welchen Gründen auch immer - endgültig belassen.

37 Scheidet eine Unterhaltspflicht für die Vergangenheit nach § 1613 Abs. 1 BGB aus, weil der Unterhaltspflichtige von weiteren minderjährigen Kindern nicht in Anspruch genommen wird, bleibt die weitergehende Unterhaltsverpflichtung bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit mithin unberücksichtigt. Entsprechendes gilt, soweit der Unterhaltspflichtige an sie tatsächlich nur einen die Unterhaltsverpflichtung unterschreitenden Betrag leistet, wenn allenfalls der tatsächlich gezahlte Unterhalt tituliert ist und auch die weiteren Voraussetzungen für eine rückwirkende Inanspruchnahme nach § 1613 Abs. 1 BGB nicht erfüllt sind. Dann ist im Rahmen der Leistungsfähigkeit nur der an diese Kinder tatsächlich gezahlte oder der für sie titulierte Unterhalt zu berücksichtigen, weil

nur dieser nicht für Unterhaltsansprüche der anderen Kinder zur Verfügung steht.

38 (c) Dem steht auch nicht aus dogmatischer Sicht entgegen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Senats bei einem Unterhaltsanspruch Bedarf, Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit zeitgleich vorliegen müssen (Senatsbeschluss vom 11. November 2015 - XII ZB 7/15 - FamRZ 2016, 199 Rn. 24 mwN; vgl. auch BVerfG FamRZ 2005, 1051).

39 Der Unterhaltsanspruch beinhaltet zwar keine einheitliche Verpflichtung, sondern entsteht für jeden Zeitabschnitt neu, in dem seine Voraussetzungen vorliegen (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 9. Juli 2014 - XII ZB 719/12 - FamRZ 2014, 1622 Rn. 17). Im Einklang mit der vom Gesetz vorgesehenen Zahlungsweise geschieht dies von Monat zu Monat (Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 1 Rn. 8). Da aber die Leistungsfähigkeit zu Beginn eines Monats naturgemäß für den gesamten Monat noch nicht abschließend festgestellt werden kann, erfordert die Unterhaltsbemessung eine Prognose der dem Unterhaltsanspruch zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse. Wird die Leistungsfähigkeit nicht nur durch die (zu erwartenden) Einkünfte des Unterhaltspflichtigen bestimmt, sondern - wie hier - auch durch weitere gleichrangige Unterhaltsverpflichtungen, richtet sich die Prognose auch darauf, in welcher Höhe der geschuldete weitere gleichrangige Unterhalt tatsächlich gezahlt wird oder bereits tituliert ist. Soweit der weitere Unterhalt nicht tituliert ist, hat der Unterhaltspflichtige, der sich auf die Einschränkung seiner Leistungsfähigkeit beruft, für diese Prognose konkrete Umstände, etwa seine Unterhaltsleistungen in der Vergangenheit, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, die die Annahme rechtfertigen, der zusätzlich geschuldete Unterhalt werde in der behaupteten Höhe auch tatsächlich gezahlt.

40 Das gilt sowohl für die nach § 1612 Abs. 3 BGB monatlich im Voraus geschuldeten Unterhaltsleistungen als auch für die erst künftig entstehenden Unterhaltsansprüche der Kinder. Auch insoweit ist zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit aufgrund konkreter Umstände zu prognostizieren, inwieweit die Einkünfte des Unterhaltspflichtigen nicht für Unterhaltszahlungen zur Verfügung stehen werden, weil weitere gleichrangige Unterhaltsansprüche tituliert sind oder tatsächliche Unterhaltsleistungen erbracht werden. Sollte diese Prognose sich im Nachhinein als unzutreffend erweisen, steht dem Antragsgegner die Möglichkeit der Abänderung des Unterhaltstitels nach den §§ 238 ff. FamFG zur Verfügung.

41 cc) Auf dieser rechtlichen Grundlage hat das Oberlandesgericht im Rahmen der Leistungsfähigkeit zutreffend nur die titulierten Unterhaltsverpflichtungen des Antragsgegners für die aus seiner früheren Ehe hervorgegangenen Kinder in Höhe von monatlich jeweils 44 € berücksichtigt. Die Voraussetzungen des § 1613 Abs. 1 BGB für eine rückwirkend höhere Kindesunterhaltsverpflichtung gegenüber ihnen sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Mangels abweichender Umstände ist das Oberlandesgericht auch für die laufende Unterhaltsbemessung nicht von einer davon abweichenden Prognose ausgegangen.

Dose

Klinkhammer

Nedden-Boeger

Guhling

Krüger

Vorinstanzen:

AG Schwerin, Entscheidung vom 15.12.2015 - 20 F 190/15 -

OLG Rostock, Entscheidung vom 06.12.2016 - 10 UF 16/16 -