

Rollentausch in neuer Familie

_____ §§ 1356 Abs. 2, 1360, 1360a, 1603 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, 1606 Abs. 3 S. 2, 1609 Abs. 1 BGB

a) Ein seinen Kindern aus erster Ehe barunterhaltspflichtiger Elternteil darf aus unterhaltsrechtlicher Sicht in einer neuen Ehe nur dann die Haushaltsführung und Kindesbetreuung übernehmen, wenn wirtschaftliche Gesichtspunkte oder sonstige Gründe von gleichem Gewicht, die

einen erkennbaren Vorteil für die neue Familie mit sich bringen, im Einzelfall den Rollentausch rechtfertigen (im Anschluss an das Senatsurteil vom 13.3.1996 – XII ZR 2/95 – FamRZ 1996, 796).

b) Im Falle eines berechtigten Rollentausches ist die Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern aus erster Ehe auf der Grundlage einer Nebenerwerbstätigkeit und des Taschengeldanspruchs nicht durch einen fiktiven Unterhaltsanspruch begrenzt, der sich ergäbe, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil auch in seiner neuen Ehe vollzeiterwerbstätig wäre und von solchen Einkünften seinen eigenen Selbstbehalt sowie alle weiteren gleichrangigen Unterhaltsansprüche abdecken müsste (Aufgabe der Senatsrechtsprechung in den Senatsurt. vom 31.3.1982 – IVb ZR 667/80 – FamRZ 1982, 590, vom 26.9.1984 – IVb ZR 32/83 – NJW 1985, 318, vom 11.2.1987 – IVb ZR 81/85 – FamRZ 1987, 472, vom 19.11.1997 – XII ZR 1/96 – FamRZ 1998, 286, vom 18.10.2000 – XII ZR 191/98 – FamRZ 2001, 1065 und Weiterführung des Senatsurt. v. 12.11.2003 – XII ZR 111/01 – FamRZ 2004, 364).

BGH, Urt. v. 5.10.2006 – XII ZR 197/02 (OLG Bremen, AG Bremen)

Tatbestand: Die Parteien streiten um Kindesunterhalt für die Zeit ab Februar 2001.

Der am 27.4.1990 geborene Kläger zu 1 und der am 19.8.1991 geborene Kläger zu 2 sind Kinder des Beklagten aus dessen geschiedener Ehe. Der Beklagte ist wieder verheiratet. Aus dieser Ehe sind seine Kinder A, geboren am 25.5.1997, B, geboren am 21.9.1998, und P, geboren am 25.7.2001, hervorgegangen. Die zweite Ehefrau des Beklagten ist Diplompädagogin und betreibt ein Kleinstheim für psychisch auffällige Kinder. Aus dieser Tätigkeit erzielt sie ein bereinigtes Nettoeinkommen, das sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zuzüglich des Vorteils mietfreien Wohnens im Eigenheim in Höhe von monatlich 1.200 DM auf monatlich 4.893,70 DM bzw. 2.502,11 EUR beläuft.

Der Beklagte hat in seiner neuen Ehe die Haushaltsführung und Kinderbetreuung übernommen. Er ist brasilianischer Staatsangehöriger; seine Ausbildung zum Bauzeichner wird in der Bundesrepublik Deutschland nicht anerkannt. Nach seinem unbestrittenen Vortrag wäre er wegen fortbestehender Sprachprobleme allenfalls in der Lage, als ungelernter Arbeiter monatlich 1.600 DM bzw. 850 EUR zu erzielen. Für die Zeit vom 25.7.2001 bis zum 24.1.2002 hat er Erziehungsgeld in Höhe von monatlich 306,78 EUR erhalten.

Das AG hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von Kindesunterhalt in Höhe von jeweils 100 % des Regelbetrags verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und den Beklagten zu Unterhaltsleistungen in unterschiedlicher Höhe, zuletzt in Höhe von 81,6 % des Regelbetrages verurteilt. Mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision begehrt der Beklagte nach wie vor vollständige Klagabweisung.

Aus den Gründen: Die Revision ist nicht begründet.

I. Das Berufungsgericht hat der Klage auf Zahlung von Kindesunterhalt teilweise stattgegeben, weil der Beklagte in diesem Umfang auch unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen leistungsfähig sei. Der Beklagte sei den minderjährigen Klägern gegenüber nach § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet, für deren Unterhalt alle verfügbaren Mittel einzusetzen. Dazu gehöre nicht nur, dass er auf sein Taschengeld zurückgreife, sondern auch seine Arbeitskraft in einem Maß einsetze, das über das Übliche hinausgehe. Deswegen sei dem Kläger – im Rahmen der hier zu akzeptierenden Rollenwahl innerhalb seiner zweiten Ehe – neben der Versorgung dieser Kinder eine geringfügige Erwerbstätigkeit zumutbar. Dass ihm solches im Hinblick auf die Betreuungsbedürftigkeit der minderjährigen Kinder aus zweiter Ehe nicht möglich sei, habe der Beklagte nicht hinreichend schlüssig vorgetragen. Es sei ihm deswegen zumutbar, aus einer Nebentätigkeit ein monatliches Einkommen in Höhe von 630 DM bzw. (ab Januar 2002) in Höhe von 325 EUR zu erzielen. Einer solchen Nebentätigkeit habe es nur in der Zeit nicht bedurft, in welcher der Beklagte Erziehungsgeld für das jüngste Kind erhalten habe.

Der Anspruch der Kläger sei nicht begrenzt durch den Unterhalt, den sie auf der Grundlage eines fiktiven Einkommens des Beklagten aus Vollerwerbstätigkeit unter Wahrung seines notwendigen Selbsthalts und unter Berücksichtigung seiner weiteren gleichrangigen Unterhaltspflichten erhalten würden. Denn der Beklagte habe keinen Anspruch darauf, so behandelt zu werden, als habe ein Rollentausch nicht stattgefunden. § 1603 BGB stelle auf die tatsächlichen Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen ab und bemesse seine Unterhaltspflicht danach, ob und inwieweit er im Stande sei, den begehrten Unterhalt ohne Gefährdung seines eigenen Unterhalts zu gewähren. Verbesserten sich die tatsächlichen Verhältnisse eines Unterhaltspflichtigen durch eine Wiederheirat, so sei auch die dadurch bedingte erhöhte Leistungsfähigkeit für den Kindesunterhalt beachtlich. Bei einem berechtigten Rollentausch des Unterhaltspflichtigen entbehre eine Bemessung der Leistungsfähigkeit nach einem fiktiven Einkommen aus Vollerwerbstätigkeit jeder Grundlage, zumal fiktives Einkommen nur zu berücksichtigen sei, wenn die Obliegenheit zur Ausübung einer angemessenen Erwerbstätigkeit verletzt sei. Dem stehe die Rspr. des BGH nicht entgegen, weil sie sich auf Fälle beziehe, denen entweder kein oder kein gerechtfertigter Rollentausch zu Grunde liege. Soweit nach der früheren Rspr. des BGH aus einer fiktiven Vollzeiterwerbstätigkeit auf das Ausmaß der geschuldeten Nebenerwerbsobliegenheit geschlossen werden könne, folge das Berufungsgericht dem nicht.

Von dem Familieneinkommen der zweiten Ehefrau des Beklagten sei zunächst der Eheprägende Unterhalt für die drei gemeinsamen minderjährigen Kinder abzuziehen. Von dem Restbetrag stehe dem Beklagten als Familienunterhalt die Hälfte zu. Der Taschengeldanspruch des Beklagten, den dieser neben seinen Einkünften aus geringfügiger Tätigkeit für

den Unterhalt der Kläger einzusetzen habe, errechne sich mit 6 % des Familieneinkommens nach Abzug des Kindesunterhalts. Das Einkommen des Beklagten aus Taschengeld und geringfügiger Erwerbstätigkeit sei sodann im Wege der Mangelfallberechnung auf den Bedarf beider Kläger aufzuteilen.

II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält den Angriffen der Revision stand.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht den Unterhaltsanspruch der Kläger nicht auf der Grundlage eines fiktiven Einkommens des Beklagten aus einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit ermittelt.

a) Nach st. Rspr. des Senats (Senatsurt. v. 13.3.1996 – XII ZR 2/95 – FamRZ 1996, 796, 797) entfällt die unterhaltsrechtliche Verpflichtung zur Aufnahme einer zumutbaren Erwerbstätigkeit gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern nicht ohne weiteres dadurch, dass der Unterhaltspflichtige eine neue Ehe eingegangen ist und darin im Einvernehmen mit seinem Ehegatten allein die Haushaltsführung übernommen hat. Zwar können die Ehegatten nach § 1356 Abs. 1 BGB die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen regeln und sie dabei einem von ihnen allein überlassen. Unterhaltsrechtlich entlastet die Haushaltsführung den Ehegatten aber nur gegenüber den Mitgliedern der durch die Ehe begründeten neuen Familie und auch dies nur im Regelfall.

Minderjährigen unverheirateten Kindern aus einer früheren Ehe, die nicht innerhalb der neuen Familie leben, kommt die Haushaltsführung in dieser Familie weder unmittelbar noch mittelbar zugute. Da diese Kinder den Mitgliedern der neuen Familie unterhaltsrechtlich nicht nachstehen (§ 1609 Abs. 1 BGB), darf sich der unterhaltspflichtige Ehegatte nicht ohne weiteres auf die Sorge für die Mitglieder seiner neuen Familie beschränken. Auch dass die vom Beklagten betreuten jüngsten Kinder in der neuen Ehe geboren sind, ändert nichts daran, dass die Unterhaltsansprüche aller minderjährigen unverheirateten Kinder aus den verschiedenen Ehen gleichrangig sind und der Unterhaltspflichtige seine Arbeitskraft zum Unterhalt aller Kinder einsetzen muss.

b) Wenn der Unterhaltspflichtige in der früheren Ehe erwerbstätig war und diese Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Rollenwechsels zu Gunsten der Haushaltsführung und Kinderbetreuung in der neuen Ehe aufgegeben hat, kann der Rollentausch und die sich daraus ergebende Minderung der Erwerbseinkünfte unterhaltsrechtlich nur dann akzeptiert werden, wenn wirtschaftliche Gesichtspunkte oder sonstige Gründe von gleichem Gewicht, die einen erkennbaren Vorteil für die neue Familie mit sich bringen, im Einzelfall den Rollentausch rechtfertigen. Allerdings kann die Möglichkeit, in der neuen Ehe durch den Rollentausch eine Erhöhung des wirtschaftlichen Lebensstandards und eine Verbesserung der eigenen Lebensqualität zu erreichen, dann nicht mehr ohne weiteres als Rechtfertigung dienen, wenn sie gleichzeitig dazu führen würde, dass der Unterhaltspflichtige sich gegenüber den Berechtigten auf seine damit einhergehende Leistungs-

unfähigkeit beruft und damit deren bisherigen Lebensstandard verschlechtert.

Die Kinder aus erster Ehe müssen eine Einbuße ihrer Unterhaltsansprüche also nur dann hinnehmen, wenn das Interesse des Unterhaltspflichtigen und seiner neuen Familie an der Aufgabenverteilung ihr eigenes Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Unterhaltssicherung deutlich überwiegt (Senatsurt. v. 13.3.1996 a.a.O.). Nur in solchen Fällen ist auch der neue Ehegatte nicht verpflichtet, insoweit auf die Unterhaltspflicht seines Partners außerhalb der Ehe Rücksicht zu nehmen, zum Nachteil seiner Familie auf eine eigene Erwerbstätigkeit zu verzichten und stattdessen die Kinderbetreuung zu übernehmen (Senatsurt. v. 12.4.2006 – XII ZR 31/04 – FamRZ 2006, 1010, 1012 m.w.N.).

c) Danach ist das Berufungsgericht in revisionsrechtlich unbedenklicher Weise davon ausgegangen, dass es dem Beklagten hier nicht obliegt, die Haushaltsführung und Kinderbetreuung aufzugeben, um eine vollschichtige Erwerbstätigkeit übernehmen zu können. Denn die zweite Ehefrau des Beklagten erzielt aus ihrer selbständigen Tätigkeit ein weitaus höheres Einkommen, als dieser wegen der fehlenden Anerkennung seiner Berufsausbildung in Deutschland und wegen der noch vorhandenen Sprachprobleme erzielen könnte. Deswegen würde eine vollschichtige Erwerbstätigkeit des Beklagten unter Wahrung seines notwendigen Selbstbehalts und im Rahmen der dann gebotenen Mangelfallberechnung mit den Kindern aus zweiter Ehe sowie der zweiten Ehefrau (vgl. insoweit Senatsurt. v. 13.4.2005 – XII ZR 273/02 – FamRZ 2005, 1154, 1155 f. = BGHZ 162, 384, 387 ff.) ohnehin zu keinen nennenswerten Unterhaltsansprüchen der Kläger führen.

2. Auf der Grundlage der unterhaltsrechtlich somit hinzunehmenden Rollenwahl des Beklagten in seiner neuen Ehe hat das Berufungsgericht den Unterhalt der Kläger zu Recht auf der Grundlage der sog. Hausmannrechtsprechung des Senats ermittelt.

a) Nach st. Rspr. des Senats (vgl. dazu auch BVerfG FamRZ 1985, 143, 145 f.) trifft einen wieder verheirateten barunterhaltspflichtigen Ehegatten ungeachtet seiner Pflichten aus der neuen Ehe selbst dann, wenn die Rollenwahl in dieser Ehe nicht zu beanstanden ist, eine Obliegenheit, erforderlichenfalls durch Aufnahme eines Nebenerwerbs zum Unterhalt von minderjährigen, unverheirateten Kindern aus der früheren Ehe beizutragen. Wegen des Gleichrangs aller Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder (§ 1609 Abs. 1 BGB) darf die mit der Rollenwahl verbundene Verminderung der Leistungsfähigkeit des geschiedenen Ehegatten nicht in unzumutbarer Weise zu Lasten der Kinder aus erster Ehe gehen. Unterhaltsrechtlich entlastet die häusliche Tätigkeit einen unterhaltspflichtigen Ehegatten nämlich nur gegenüber den Mitgliedern seiner neuen Familie, denen die Fürsorge – im Gegensatz zu den nicht im neuen Familienverbund lebenden minderjährigen Kindern aus erster Ehe – allein zugute kommt. Deswegen und wegen der gesteigerten Unterhaltspflicht gegenüber

seinen minderjährigen Kindern (§ 1603 Abs. 2 S. 1 BGB) hat der Unterhaltspflichtige seine Leistungsfähigkeit über die Hausmannrolle in zweiter Ehe hinaus in vollem Umfang auszuschöpfen und im Rahmen der individuellen Möglichkeiten eine Nebentätigkeit aufzunehmen.

Der neue Ehegatte hat die Erfüllung dieser Obliegenheit nach dem Rechtsgedanken des § 1356 Abs. 2 BGB zu ermöglichen, zumal bei der Aufgabenverteilung in der neuen Ehe die beiderseits bekannte Unterhaltslast gegenüber Kindern aus früheren Ehen berücksichtigt werden muss (Senatsurt. v. 18.10.2000 – XII ZR 191/98 – FamRZ 2001, 1065, 1066). Diese Verpflichtung ergibt sich schon aus § 1356 Abs. 2 S. 2 BGB. Denn der neue Ehegatte müsste es auch im Falle der Vollerwerbstätigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten hinnehmen, dass die Einnahmen daraus nicht ganz zur Bestreitung des Familienunterhalts zur Verfügung stünden, sondern z.T. zum Unterhalt der gleichrangigen Kinder aus der früheren Ehe verwendet werden müssten (Senatsurt. v. 31.3.1982 – IVb ZR 667/80 – FamRZ 1982, 590, 592).

Das Einkommen aus seiner Nebentätigkeit kann der Unterhaltsschuldner in vollem Umfang für den Unterhaltsanspruch der minderjährigen Kinder aus erster Ehe verwenden, wenn und soweit sein eigener Selbstbehalt durch seinen Anspruch auf Familienunterhalt in der neuen Ehe abgesichert ist. Nur wenn bei unterhaltsrechtlich hinzunehmender Rollenwahl der neue Ehegatte den Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen durch sein Einkommen nicht vollständig sicherstellen kann, darf der Unterhaltspflichtige seine Einkünfte aus der Nebentätigkeit zunächst zur Sicherung des eigenen notwendigen Selbstbehalts verwenden (Senatsurt. v. 12.4.2006 a.a.O., 1014).

b) Die auf der Grundlage der Hausmannrolle und der Obliegenheit des Beklagten zur Aufnahme einer Nebenerwerbstätigkeit errechnete Unterhaltspflicht ist nicht durch eine fiktive Unterhaltspflicht begrenzt, wie sie sich ergäbe, wenn der Beklagte in seiner neuen Ehe nicht die Hausmannrolle, sondern eine vollzeitige Erwerbstätigkeit übernommen hätte, aus deren Einkünften er unter Berücksichtigung seines eigenen notwendigen Selbstbehalts die Unterhaltsansprüche der Kläger, der damit gleichrangigen Kinder aus zweiter Ehe und ggf. der zweiten Ehefrau sicherstellen müsste. Im Gegensatz zur Auffassung der Revision führt dies nicht zu Wertungswidersprüchen im Vergleich zu Fällen, in denen die Hausmannrolle unberechtigt übernommen wurde und deswegen ein fiktives Einkommen aus Vollzeittätigkeit zu berücksichtigen ist.

aa) Allerdings hat der Senat die Obliegenheit zur Übernahme einer Nebenerwerbstätigkeit in früheren Entscheidungen durch den sich auf der Grundlage einer anderen Rollenwahl mit Vollzeiterwerbstätigkeit des Unterhaltspflichtigen ergebenden Unterhalt begrenzt. Die Obliegenheit könne nur so weit reichen, dass die unterhaltsberechtigten Kinder aus der früheren Ehe nicht schlechter gestellt werden, als sie stünden, wenn der ihnen Unterhaltspflichtige sich in seiner neuen Ehe

nicht auf die Rolle des Hausmanns zurückgezogen hätte, sondern erwerbstätig geblieben wäre. Eine weiter gehende Obliegenheit lasse sich auch aus dem Gleichrang der Unterhaltsansprüche aller minderjährigen Kinder nicht herleiten (Senatsurt. v. 31.3.1982 a.a.O. und vom 26.9.1984 – IVb ZR 32/83 – NJW 1985, 318 f.). In diesem Sinne hat der Senat deswegen die Nebenerwerbsobliegenheit des Unterhaltspflichtigen durch eine fiktive Kontrollberechnung begrenzt.

Zugleich hat der Senat ausgeführt, dass auch der Unterhaltspflichtige durch die Übernahme der Rolle des Hausmanns nicht schlechter stehen dürfe, als wenn er erwerbstätig geblieben wäre (Senatsurt. v. 13.3.1996 a.a.O., 798). Daraus hat der Senat wiederum hergeleitet, dass die minderjährigen, unterhaltsberechtigten Kinder aus der früheren Ehe unter den genannten Voraussetzungen nicht besser stehen dürfen als bei einer Fortführung der Erwerbstätigkeit des Unterhaltspflichtigen (Senatsurt. v. 18.10.2000 a.a.O., 1067 und vom 12.11.2003 – XII ZR 111/01 – FamRZ 2004, 364 f.).

bb) An dieser Rspr. zur Begrenzung der Unterhaltspflicht des Hausmanns durch eine fiktive Kontrollberechnung hält der Senat nicht fest.

Der Senat hatte seine Rspr. zur Kontrollberechnung schon bislang auf Fälle beschränkt, in denen der unterhaltspflichtige Elternteil die Hausmannstätigkeit in zweiter Ehe durch einen Rollentausch übernommen hatte. Müsse der Unterhaltsberechtigte aus der geschiedenen Ehe den Rollentausch nicht hinnehmen, sei dem Hausmann sein früheres Einkommen stets fiktiv zuzurechnen. Sei der Rollenwechsel hingegen gegenüber der früheren Familie gerechtfertigt, sei die regelmäßig vorliegende Obliegenheit zur Aufnahme einer Nebenerwerbstätigkeit entsprechend begrenzt. Eine Begrenzung ist aber dann nicht angebracht, wenn es nicht zu einem Rollentausch gekommen ist, der Unterhaltspflichtige also in der alten wie in der neuen Familie die Haushaltsführung und Kindesbetreuung übernommen hat. Denn die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen richtet sich nach den tatsächlichen Verhältnissen und nicht nach einer hypothetischen Situation, zu deren Herbeiführung den Unterhaltspflichtigen keine Obliegenheit trifft. Deswegen ist die Tatsache der Wiederverheiratung des unterhaltspflichtigen Elternteils unterhaltsrechtlich zu beachten. Ebenso wie die neue Ehe des Unterhaltspflichtigen wegen des Hinzutretens weiterer gleichrangiger Kinder zu einer Schmälerung des Unterhaltsanspruchs der minderjährigen Kinder aus erster Ehe führen kann, kann sich die Wiederverheiratung auch zum Vorteil der erstehelichen Kinder auswirken (Senatsurt. v. 12.11.2003 a.a.O.).

Die zuletzt genannten Erwägungen sind aber nicht auf Fälle zu beschränken, in denen schon in erster Ehe eine Hausmannstätigkeit ausgeübt wurde und somit kein Rollentausch vorliegt; sie gelten vielmehr allgemein für Fälle, in denen der barunterhaltspflichtige Elternteil in einer neuen Ehe die Rolle des Hausmanns (oder der Hausfrau) übernommen hat. Nach st. Rspr. wirkt sich eine Verbesserung der Einkommensver-

hältnisse des Unterhaltspflichtigen schon deswegen auf die Höhe des Unterhaltsanspruchs minderjähriger Kinder aus, weil sich deren Unterhaltsbedarf nach den Einkommensverhältnissen des barunterhaltspflichtigen Elternteils richtet, sie also an dessen verbesserten Verhältnissen teilhaben. Auch die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten nach § 1603 Abs. 1 BGB ist stets mindestens nach den tatsächlichen Verhältnissen zu bemessen. Wenn der unterhaltspflichtige Elternteil in der neuen Ehe die Hausmannrolle tatsächlich übernommen hat, schuldet er seinen unterhaltsberechtigten Kindern aus erster Ehe deswegen stets mindestens den Unterhalt, der sich in dieser Konstellation aus seiner Obliegenheit zur Aufnahme einer Nebenerwerbstätigkeit ergibt.

Weil der Unterhaltspflichtige wegen der gesteigerten Unterhaltspflicht aus § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB zudem gehalten ist, wenigstens den notwendigen Bedarf minderjähriger Kinder sicherzustellen, wirkt sich eine Verbesserung seiner persönlichen Verhältnisse stets auch zu Gunsten der unterhaltsberechtigten Kinder aus erster Ehe aus. Deswegen ist der Umstand der Wiederverheiratung des barunterhaltspflichtigen Elternteils grundsätzlich unterhaltsrechtlich beachtlich (Senatsurt. v. 12.4.2006 a.a.O., vom 12.11.2003 a.a.O. und vom 20.3.2002 – XII ZR 216/00 – FamRZ 2002, 742).

Insbesondere der Gleichrang der Unterhaltsansprüche aller minderjährigen Kinder aus den verschiedenen Ehen des Unterhaltspflichtigen, der die Grundlage der Hausmann-Rspr. des Senats bildet, spricht deswegen gegen eine Begrenzung des Unterhalts in Fällen eines berechtigten Rollenwechsels. Durch das Hinzutreten weiterer Unterhaltsberechtigter in der neuen Ehe ist die gesamte Unterhaltslast angestiegen, was dem Unterhaltspflichtigen erhöhte Anstrengungen abverlangt. Wenn er sich einerseits überwiegend der Haushaltstätigkeit und der Kindererziehung in der neuen Ehe widmet, kann er sich andererseits gegenüber den Kindern aus erster Ehe nicht auf eine frühere – für die Kinder ungünstigere – Einkommenssituation zurückziehen. Geeignetes Kriterium für den Umfang der von ihm zu übernehmenden Nebentätigkeit kann deswegen nicht eine fiktive Einkommenssituation ohne Rollenwechsel, sondern nur die tatsächliche Leistungsfähigkeit nach den individuellen Verhältnissen in der neuen Ehe sein. Soweit der Senat in seiner früheren Rspr. ausgeführt hat, dass der Unterhaltspflichtige durch die Übernahme der Rolle des Hausmanns nicht schlechter gestellt sein dürfe, als wenn er erwerbstätig geblieben wäre, hält er an diesem Kriterium nicht mehr fest.

Entgegen der Auffassung der Revision liegt darin kein Wertungswiderspruch zu Fällen einer unberechtigten Rollenwahl. Zwar schuldet der unterhaltspflichtige Elternteil den minderjährigen Kindern aus erster Ehe in Fällen, in denen die Rollenwahl in der neuen Ehe unterhaltsrechtlich nicht hinzunehmen ist, grundsätzlich Unterhalt auf der Grundlage eines fiktiven Einkommens aus vollschichtiger Erwerbstätigkeit. Diesen – höheren – Unterhalt schuldet der unterhaltspflichtige Elternteil aber deswegen, weil seine Rollenwahl in der neuen

Ehe unterhaltsrechtlich aus den oben dargelegten Gründen nicht akzeptiert wird. Dann kann er sich nicht darauf berufen, kein Einkommen aus vollschichtiger Tätigkeit erzielen zu können. Er muss sich vielmehr so behandeln lassen, als ob er auch in der neuen Ehe einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit nachginge und mit den erzielbaren Einkünften allen gleichrangigen Unterhaltsberechtigten unter Wahrung seines Selbstbehalts unterhaltspflichtig wäre. Dieser fiktive Ansatz kann den nach den tatsächlichen Verhältnissen durch Wahl der Rolle des Hausmanns geschuldeten Kindesunterhalt aber nicht zur Höhe begrenzen. Hat der unterhaltspflichtige Elternteil in der neuen Ehe die Rolle des Hausmanns ergriffen, schuldet er jedenfalls Unterhalt auf dieser Grundlage unter Berücksichtigung seiner zumutbaren Einkünfte aus einer Nebenerwerbstätigkeit. Unterhalt auf der Grundlage einer fiktiven Vollzeiterwerbstätigkeit bei unterhaltsrechtlich nicht hinnehmbarer Rollenwahl schuldet der barunterhaltspflichtige Elternteil deswegen nur dann, wenn der danach berechnete Unterhalt der minderjährigen Kinder aus erster Ehe den Unterhalt nach den tatsächlichen Verhältnissen übersteigt.

Der Senat hat deswegen in jüngster Zeit allgemein darauf hingewiesen, dass die Wiederverheiratung, ebenso wie sie zur Schmälerung des Unterhaltsanspruchs als Folge des Hinzutretens weiterer minderjähriger Kinder aus der neuen Ehe führen kann, sich auch zum Vorteil der erstehelichen Kinder auswirken kann (Senatsurt. v. 12.4.2006 a.a.O., vom 12.11.2003 a.a.O. und vom 20.3.2002 a.a.O.). Das kann dann der Fall sein, wenn der unterhaltspflichtige Elternteil, der die Hausmannrolle in seiner zweiten Ehe übernimmt, durch das Einkommen seiner Ehefrau bis zur Höhe des notwendigen Selbstbehalts abgesichert ist und deswegen eigenes Einkommen voll für den Unterhalt der Kinder aus erster Ehe verwenden kann. Solches Einkommen aus einer zumutbaren Nebentätigkeit und seinem Taschengeldanspruch in der neuen Ehe kann deswegen zu einem höheren Unterhaltsanspruch führen, als dies auf der Grundlage einer eigenen Vollzeiterwerbstätigkeit mit den sich daraus ergebenden weiteren Unterhaltspflichten der Fall wäre.

3. Auch die Bemessung der Unterhaltsansprüche der Kläger auf der Grundlage fiktiver Einkünfte des Beklagten aus einer Nebenerwerbstätigkeit und seines Anspruchs auf Taschengeld in der neuen Ehe begegnet keinen Bedenken.

a) Das Berufungsgericht hat das für den Beklagten aus einer zumutbaren Nebentätigkeit erzielbare Einkommen in revisionsrechtlich nicht angreifbarer Weise ermittelt. Für den Umfang der dem Beklagten zumutbaren Nebenerwerbstätigkeit ist – wie schon ausgeführt – nicht auf die früheren Einkünfte aus einer Vollzeittätigkeit abzustellen. Vielmehr richtet sich die Obliegenheit des Beklagten, neben der Betreuung seiner Kinder aus zweiter Ehe eine Teilzeittätigkeit zur Finanzierung des Barunterhalts der Kinder aus erster Ehe aufzunehmen, nach den individuellen Möglichkeiten in der neuen Ehe. Wie der Senat schon ausgeführt hat, besteht eine solche Obliegenheit zur Aufnahme einer Nebenerwerbstätigkeit nicht, solange

der betreuende Elternteil Einkünfte aus Erziehungsgeld erzielt (Senatsurt. v. 12.4.2006 a.a.O.). Dann hat der Beklagte das gem. § 9 S. 2 BErzGG erlangte Erziehungsgeld für den Unterhalt seiner minderjährigen Kinder einzusetzen (zur Abgrenzung vgl. Senatsurt. v. 21.6.2006 – XII ZR 147/04 – FamRZ 2006, 1182, 1183 f.). Der Umfang seiner Verpflichtung zur Aufnahme einer Nebentätigkeit hängt im Übrigen davon ab, in welchem Maße er nach den individuellen Verhältnissen in seiner zweiten Ehe zu einer solchen Tätigkeit in der Lage ist. Dabei sind neben dem Alter der von ihm betreuten Kinder auch die berufliche Inanspruchnahme seines neuen Ehegatten und sonstige Betreuungsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Ist der neue Ehegatte beruflich derart belastet, dass er den barunterhaltspflichtigen Ehegatten nicht persönlich entlasten kann oder will, ist stets zu prüfen, ob er seiner Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die weiteren Unterhaltspflichten seines Ehegatten nicht auf andere Weise genügen kann. Das kann auch durch die Finanzierung einer Hilfe für die Haushaltsführung und Kindesbetreuung geschehen.

Auf der Grundlage dieser Rspr. hat das Berufungsgericht eine Obliegenheit des Beklagten zur Übernahme einer Geringverdienertätigkeit im Umfang von monatlich 630 DM bzw. (ab Januar 2002) 325 EUR angenommen. Auch das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Soweit die Revision meint, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten übergangen, wonach seine zweite Ehefrau wegen der Betreuung psychisch auffälliger Kinder rund um die Uhr einsatzbereit sein müsse und ihn deswegen in der Betreuung der gemeinsamen Kinder nicht entlasten könne, verhilft ihr das nicht zum Erfolg. Denn dieser Vortrag des Beklagten ist insbesondere im Hinblick auf den Vortrag der Kläger, wonach wegen des Betriebs ihres Kinderheims eine Übernahme von Betreuungstätigkeit sogar leichter möglich ist, unsubstantiiert. Der Beklagte hat auch nichts dazu vorgetragen, dass seine zweite Ehefrau ihn im Hinblick auf ihr gutes Einkommen nicht anderweit zeitweise von der Betreuungstätigkeit entlasten kann.

b) Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht bei der Bemessung der Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber seinen minderjährigen Kindern auch auf dessen Taschengeld zurückgegriffen (vgl. BVerfG FamRZ 1985, 143, 146).

aa) Das Taschengeld ist Bestandteil des Familienunterhalts nach den §§ 1360, 1360a BGB. Nach diesen Vorschriften sind Ehegatten einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten (§ 1360 S. 1 BGB). Der angemessene Unterhalt umfasst alles, was nach den Verhältnissen der Ehegatten erforderlich ist, um die Haushaltskosten zu bestreiten und die persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und den Lebensbedarf der gemeinsamen Kinder zu befriedigen (§ 1360a Abs. 1 BGB). Dazu gehören u.a. Kosten für Wohnung, Nahrung, Kleidung, medizinische Versorgung, kulturelle Bedürfnisse, Kranken- und Altersvorsorge, Urlaub usw., die in der Regel in Form des

Naturalunterhalts gewährt werden. Außerdem hat jeder der Ehegatten Anspruch auf einen angemessenen Teil des Gesamteinkommens als Taschengeld, d.h. auf einen Geldbetrag, der ihm die Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse nach eigenem Gutdünken und freier Wahl unabhängig von einer Mitsprache des anderen Ehegatten ermöglichen soll (Senatsurt. v. 21.1.1998 – XII ZR 140/96 – FamRZ 1998, 608, 609). Wie der gesamte Familienunterhalt hat deswegen auch das Taschengeld zunächst den Zweck, die notwendigen Bedürfnisse des Unterhaltspflichtigen, also seinen gegenüber den minderjährigen Klägern zu wahren notwendigen Selbstbehalt sicherzustellen (Senatsurt. v. 11.2.1987 – IVb ZR 81/85 – FamRZ 1987, 472, 473 f.; zum Erziehungsgeld vgl. Senatsurt. v. 12.4.2006, a.a.O. 1011 f.).

bb) Erlangt der unterhaltspflichtige Elternteil allerdings von seinem neuen Ehegatten Unterhalt, der über den gegenüber seinen minderjährigen Kindern aus erster Ehe zu wahren notwendigen Selbstbehalt hinausgeht, stellt sich die Frage, inwieweit diese Unterhaltsleistungen als Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils zu berücksichtigen und für den Unterhalt der Kinder zu verwenden sind.

Der neue Ehegatte kann seinen Beitrag zum Familienunterhalt im Verhältnis zu dem barunterhaltspflichtigen Beklagten nicht unter Hinweis darauf verweigern, er sei ohne Gefährdung seines Eigenbedarfs zu Unterhaltsleistungen nicht in der Lage. Ein solches Verhalten wäre dem ehgemeinschaftlichen Prinzip fremd und widerspräche der familienrechtlichen Unterhaltsregelung (BVerfG FamRZ 1994, 346, 350). Dieser Gedanke lässt sich jedoch nicht in gleicher Weise auf Unterhaltspflichten übertragen, die nur einen der Ehegatten treffen. Anderenfalls würde der den erstelich geborenen Kindern nicht unterhaltspflichtige zweite Ehegatte über seine Verpflichtung zum Familienunterhalt mittelbar stets auch den Unterhalt dieser Kinder sichern. Weil der neue Ehegatte nicht den aus erster Ehe hervorgegangenen Kindern seines Ehegatten, sondern nur diesem unterhaltspflichtig ist, muss ihm in solchen Fällen bei der Bemessung des Familienunterhalts jedenfalls der – höhere – Ehegattenselbstbehalt verbleiben (Senatsurt. v. 15.3.2006 – XII ZR 30/04 – FamRZ 2006, 683, 684).

Aber auch der dem Beklagten unter Wahrung des Ehegattenselbstbehalts seiner neuen Ehefrau geschuldete Familienunterhalt kann nach der Rspr. des Senats nur bis zur Höhe des Taschengeldes für die Unterhaltsansprüche seiner minderjährigen Kinder aus erster Ehe herangezogen werden. Denn der Anspruch auf Familienunterhalt ist nach seiner Ausgestaltung nicht auf die Gewährung einer – frei verfügbaren – laufenden Geldrente, sondern vielmehr als gegenseitiger Anspruch der Ehegatten darauf gerichtet, dass jeder von ihnen seinen Beitrag zum Familienunterhalt entsprechend seiner nach dem individuellen Ehebild übernommenen Funktion leistet. Nur zur Bestimmung seines Maßes hat es der Senat gebilligt, auf die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien abzustellen, sodass § 1578 BGB als Orientierungshilfe

herangezogen werden kann. Nur ein Teil des Anspruchs auf Familienunterhalt, nämlich der Taschengeldanspruch, ist hingegen auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet (Senatsurt. v. 21.1.1998 a.a.O.). Nur in diesem Umfang führt der Anspruch auf Familienunterhalt zu einem eigenen Einkommen des unterhaltspflichtigen Ehegatten, welches neben seinen Einkünften aus der Teilzeiterwerbstätigkeit für den Unterhalt seiner minderjährigen Kinder aus erster Ehe eingesetzt werden kann, sofern sein eigener notwendiger Selbstbehalt durch den übrigen Anspruch auf Familienunterhalt gesichert ist (vgl. Senatsurt. v. 11.2.1987 a.a.O.).

c) Schließlich ist das Berufungsgericht zu Recht und im Einklang mit der neueren Rspr. des Senats von einem Anspruch auf Familienunterhalt ausgegangen, der – auch ohne den als Taschengeld geschuldeten Anteil – den notwendigen Selbstbehalt des Beklagten in voller Höhe wahrt. Denn das nach Abzug des Unterhalts für die drei minderjährigen Kinder aus zweiter Ehe verbleibende Familieneinkommen betrug nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ursprünglich 3.983,70 DM, für die Zeit von Juli bis Dezember 2001 3.717,70 DM und beläuft sich seit Januar 2001 auf monatlich 1.896,11 EUR. Das Taschengeld, das das OLG im Einklang mit der Rspr. des Senats mit 6 % des zur Verfügung stehenden Nettoeinkommens angenommen hat (Senatsurt. v. 21.1.1998 a.a.O.), kann der Beklagte deswegen in voller Höhe zusätzlich zu dem Einkommen aus Nebentätigkeit für den Unterhalt seiner minderjährigen Kinder aus erster Ehe verwenden.

d) Auf der Grundlage dieser – eingeschränkten – Leistungsfähigkeit des Beklagten hat das Berufungsgericht die Unterhaltsansprüche der Kläger deswegen zu Recht im Wege der Mangelfallberechnung nach dem altersabhängigen Unterhaltsbedarf der Kläger errechnet.

Anmerkung

Die Entscheidung des XII. Zivilsenats stellt einiges richtig, auch zu seiner eigenen Rechtsprechung, und ist insgesamt zu begrüßen, wenn auch einige Fragen offen bleiben.

1) a) Der Senat hält zunächst daran fest, dass die Übernahme der Haushaltsführung und Kindesbetreuung nur vorgenommen werden darf, wenn deutliche wirtschaftliche Gründe den Rollentausch rechtfertigen, er fügt aber hinzu „oder sonstige Gründe von gleichem Gewicht im Einzelfall“. In allen anderen Fällen ist mit fiktivem Einkommen zu rechnen, das die erstehelichen Berechtigten in der Regel – trotz der vom BGH genannten Ausnahme (siehe zu 2) – jedenfalls auf dem Papier besser stellt.¹ Das ist nicht nur Papier, weil es dem Verpflichteten einmal besser gehen kann.

b) Wegen des Gleichrangs aller minderjährigen und privilegiert volljährigen Kinder (aus erster und zweiter Ehe oder nichteheliche) – das wird auch im künftigen Recht so sein, nicht mehr dagegen für die Ehefrau – ist der Ausgangspunkt zweifellos richtig.² Es kann dem Unterhaltspflichtigen nicht freistehen, welche Unterhaltsansprüche er erfüllen will.

c) Der BGH spricht allerdings nur von „deutlichen wirtschaftlichen Gründen“, die den Rollentausch rechtfertigen müssen, ohne zu sagen, wann davon auszugehen ist. Die üblichen Schwierigkeiten der fiktiven Berechnung bestehen, wenn man ermitteln will, von welchem fiktiven Einkommen des jetzigen Hausmanns auszugehen und wie das zu berechnen ist. Im Streitfall war klar, dass der Mann wesentlich weniger zu verdienen in der Lage war als seine zweite Frau. So ist es aber nicht immer. Für die Berechnung, ob der Partner wesentlich mehr verdient, könnte man an die Rspr. zur „Wesentlichkeit“ der Abänderungsklage anknüpfen, also an die 10 %-Grenze.³ Diese Grenze sollte aber für die Vornahme des Rollentauschs nicht ausreichen, weil für eine längerfristige Entscheidung größere Einkommensunterschiede erforderlich sind. Unter „deutlichen“ wirtschaftlichen Gründen werden vielmehr nur die Fälle zu zählen sein, in denen der neue Ehepartner/Lebenspartner jedenfalls mehr als 250 EUR mehr verdient.⁴ Bei einem erzielbaren Nettoeinkommen von 1.700 EUR bedeutet das einen Einkommensunterschied von ca. 15 %, also muss der Partner mindestens 1.950 EUR verdienen.

d) Die Frage ist weiter, was unter „sonstigen Gründen von gleichem Gewicht“ zu verstehen ist. Das sind Fälle, in denen zwar keine deutlichen wirtschaftlichen Gründe den Rollentausch rechtfertigen, wohl aber sonstige Gründe der Bindung an den Beruf des neuen Ehepartners oder Lebenspartners, die für ihn die Aufgabe des Berufs – vielleicht auch wegen der Aufstiegschancen – unzumutbar machen. Der bloße Wunsch, die Kinder selbst zu betreuen, kann aber dafür nicht ausreichen.⁵ Die Unzumutbarkeit der Aufgabe des Berufs des erwerbstätigen Partners im Einzelfall muss von dem kinderbetreuenden Partner, der sich darauf beruft, dargetan und ggf. bewiesen werden.

e) Eine Ausnahme vom Verbot des Rollentausches hat der BGH⁶ bei zureichenden Vorsorgemaßnahmen gemacht. Zureichend werden die Vorsorgemaßnahmen aber nur genannt werden können, wenn sie den gesamten voraussichtlichen Unterhaltsbedarf abdecken. Das wird nur selten der Fall sein.

f) Die Frage nach der Zumutbarkeit des Rollentauschs stellt sich auch, wenn der bisher nicht berufstätige Partner einen neuen Partner heiratet/mit ihm zusammenlebt, und dieser wesentlich weniger verdient als der nicht berufstätige Partner verdienen könnte. Genauso wie der Rollentausch könnte hier das Beibehalten der gewohnten Rolle gegen die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Kinder verstoßen. Das sagt der BGH⁷ aber nicht, sondern das Beibehalten der gewohnten Rolle wird

¹ Vgl. *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rspr. zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl. 2004, Rn 656 ff.

² So schon BGH FamRZ 1996, 796.

³ Vgl. nur *Zöller-Vollkommer*, 26. Aufl., ZPO, § 323 Rn 33.

⁴ Vgl. schon *Büttner*, Anm. zu BGH FamRZ 2001, 614.

⁵ BGH FamRZ 2001, 614.

⁶ FamRZ 1996, 796.

⁷ Wie schon in der Entscheidung FamRZ 2004, 364 m. Anm. *Luthin*.

geduldet. Daraus muss man schließen, dass es keine Pflicht gibt, sich „unterhaltsgünstig“ zu verhalten, sondern nur der Rollentausch wird beanstandet.

2) Ausgesprochen zu begrüßen ist der zweite Leitsatz des BGH: Es gibt keine Begrenzung durch fiktives Einkommen des Nichterwerbstätigen, denn die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen richtet sich nach den tatsächlichen Verhältnissen und nicht nach der hypothetischen Situation. Wenn bei Anerkennung des Rollentauschs der Unterhaltsanspruch der Kinder aus (fiktiver) Nebenerwerbstätigkeit und Taschengeld höher ist, bekommen die erstehelichen Kinder den Mehrbetrag. Diesen Standpunkt hatte der BGH schon in der Entscheidung FamRZ 2004, 364 eingenommen, weicht aber von älteren Entscheidungen ab, wie er auch ausführt.

Die Berechnung des Nebenerwerbseinkommens (das unabhängig von dem Selbstbehalt des Hausmanns ist, falls der erwerbstätige Ehegatte seinen Selbstbehalt sichert)⁸ kann allerdings schwierig sein, weil der BGH auf die individuellen Möglichkeiten in der neuen Ehe/Partnerschaft abstellt. Es muss also in jedem Einzelfall festgestellt werden, wie es um diese individuellen Möglichkeiten bestellt ist. Es dürfte dabei stets auf die objektive Möglichkeit des erwerbstätigen Ehegatten zur Entlastung des kinderbetreuenden Ehepartners ankommen, nicht aber darauf, was er will (so aber BGH unter Punkt 31). Der Hinweis des BGH auf eine (bezahlte!) Hilfe für die Haushaltsführung dürfte in den Durchschnittsfällen kaum weiterhelfen, weil die Kosten für die Haushaltshilfe eher höher sind als der Verdienst aus einer Nebentätigkeit und weil es sich um Kosten der Betreuung des Kindes handelt, die vom Einkommen abzuziehen sein dürften.⁹

Außerdem hat der kinderbetreuende Ehegatte sein Taschengeld für den Unterhalt der erstehelichen Kinder einzusetzen. Hier ist aber zu beachten, dass ein Taschengeldanspruch gegen den erwerbstätigen Ehegatten nicht besteht, wenn der notwendige Bedarf nicht gedeckt ist oder wenn die Eigeneinkünfte für die Deckung des Taschengelds ausreichen.¹⁰ Offenbar ist der BGH aber der Auffassung, dass der Taschengeldanspruch neben den Einkünften aus einer Teilerwerbstätigkeit eingesetzt werden muss (Punkt 38 des Urteils), wohl weil die (fiktive) Teilerwerbstätigkeit nur wegen der Unterhaltsansprüche der erstehelichen Kinder aufgenommen werden musste.

Der BGH bestätigt erneut, dass das Taschengeld 5–7 %, hier 6 %, des verfügbaren Nettoeinkommens beträgt.

Dr. Helmut Büttner, Vorsitzender Richter am OLG i.R., Köln