

Fristsetzung zu einer Erfüllung des in erster Instanz zugesprochenen Herausgabeanspruchs noch kommt. Als angemessen erscheint nach den insoweit von der Berufungsklägerin gegebenen Anhaltspunkten eine Frist von etwa einem Monat.

Mitgeteilt von RAin Malin Bode, Bochum

### Urteil

#### FamG Dortmund, §§ 1570, 1577 I BGB Nachehelicher Unterhaltsanspruch der nicht erwerbstätigen geschiedenen Ehefrau wegen Kinderbetreuung ohne Anrechnung eines fiktiven Einkommens trotz Zusammenlebens mit einem neuen Partner

Urteil des FamG Dortmund vom 5.10.1993 – Az. 170 F 187/91 – r.k.

Aus den Gründen:

Das Unterhaltsbegehren der Ehefrau ist begründet.

Ihr Unterhaltsanspruch ergibt sich aus § 1570 BGB. Von der Ehefrau kann mit Rücksicht auf die Betreuung der beiden 1983 bzw. 1987 geborenen Kinder der Parteien keine Erwerbstätigkeit erwartet werden.

Die Ehefrau hat auch kein im Rahmen der Vorschrift des § 1577 Abs. I BGB anrechenbares tatsächliches oder fiktives Einkommen.

Ein derartiges Einkommen könnte der Ehefrau nur mit Rücksicht auf die Lebensgemeinschaft mit einem anderen Mann angerechnet werden. In diesem Zusammenhang beruft sich der Ehemann darauf, die Ehefrau müsse sich mit Rücksicht auf eine derartige Lebensgemeinschaft ein fiktives Entgelt für erbrachte Versorgungsleistungen in Höhe von etwa 800,- DM monatlich anrechnen lassen. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Zwar kann nach herrschender Meinung der Unterhalt begehrenden Partei anrechenbares Einkommen aus dem Bestehen einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft erwachsen.

So ist in der Entscheidung BGH FamRZ 80,42, ausgeführt, in derartigen Fällen sei ein Unterhaltsanspruch zwar weder in entsprechender Anwendung von § 1586 Abs. I BGB (Wiederheirat), noch gemäß § 242 BGB (Treu und Glauben), noch in entsprechender Anwendung der §§ 122 Satz 2, 16 BSHG ausgeschlossen. Die letztgenannten Vorschriften gingen insbesondere davon aus, daß die ein einem gemeinsamen Haushalt zusammenlebenden Angehörigen

sittlich zu gegenseitiger Hilfe verpflichtet seien, unabhängig davon, ob eine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht. Im Unterhaltsrecht sei es dagegen anders. Hier würden Leistungen an den Unterhaltsberechtigten, durch die einer (nur) sittlichen Pflicht entsprochen wird, den Zuwendungen aufgrund rechtlicher Verpflichtung nicht gleichgestellt. Soweit der Unterhaltsberechtigte auf ihm von dritter Seite gemachte Zuwendungen keinen Anspruch habe, seien dies freiwillige Leistungen, deren Anrechenbarkeit grundsätzlich von dem Willen des Dritten abhängt. Gehe dieser Wille dahin, daß nur der Beschenkte selbst unterstützt werden soll, so berühre die Zuwendung dessen Bedürftigkeit im allgemeinen nicht. Dies gelte grundsätzlich auch für das Verhältnis von Personen, die in eheähnlicher Gemeinschaft leben würden, da diese als solche keine Rechtsbeziehungen und gegenseitigen Rechtsansprüche zwischen den Partnern schaffe. Erhalte allerdings die unterhaltsbegehrende Partei *tatsächliche* Zuwendungen von seiten des Lebensgefährten und stehe diesen Zuwendungen ein *wirtschaftlicher Gegenwert*, z.B. in Form von Haushaltsdiensten seitens der unterhaltsbegehrenden Partei, gegenüber, so könnten die betreffenden Zuwendungen bis zur Höhe des Gegenwertes als eigenes Einkommen der unterhaltsbegehrenden Partei angesehen werden.

In der Entscheidung BGH FamRZ 80, 668, ist ausgeführt, wenn ein unterhaltsbedürftiger Ehegatte einem Dritten ständig und ganz oder teilweise unentgeltliche Dienste leistet, die normalerweise vergütet würden, sei der Rechtsgedanke des § 850 h Abs. II ZPO heranzuziehen. Eine kostenlose und unverhältnismäßig gering vergütete Hilfeleistung für den Dritten könne hier ebensowenig zu Lasten des unterhaltspflichtigen Ehegatten gehen wie im Bereich der zitierten Vorschrift zum Nachteil des Gläubigers. Aus diesem Grunde müsse sich der bedürftige Ehepartner in derartigen Fällen grundsätzlich eine angemessene Vergütung für seine Dienste anrechnen lassen. Es müsse in solchen Fällen der „wirkliche Wert“ der erbrachten Leistungen als maßgebend angesehen werden.

In der Entscheidung BGH FamRZ 87, 1013, wird schließlich (gestützt auf § 1579 Ziff. 7 BGB?) ausgeführt, bei der Anrechnung einer Vergütung für die Haushaltsführung und Versorgung handele es sich nicht um Einkünfte aus Erwerbstätigkeit, sondern um eine besondere Art anderweitiger Deckung des Unterhaltsbedarfs, den unberücksichtigt zu lassen, unbillig erschiene. Die Frage der Zumutbarkeit einer – regelmäßig außerhalb des Haushalts zu leistenden – echten Erwerbstätigkeit stelle sich deshalb in diesem Zusammenhang nicht. Die tatsächliche Übernahme von derartigen Versorgungsdiensten

stelle im übrigen ein gewichtiges Indiz für die Zumutbarkeit dar.

All diese vorgenannten Ausführungen können nicht überzeugen:

Die in der Entscheidung BGH FamRZ 80, 668 vorgenommene Berufung auf den Rechtsgedanken des § 850 h Abs. II ZPO ist verfehlt.

Die genannte Vorschrift verlangt nämlich, daß Arbeiten oder Dienste geleistet werden, „die nach Art und Umfang üblicherweise vergütet werden“. Bei Diensten, die im Rahmen einer Lebenspartnerschaft erbracht werden, läßt sich aber gerade nicht feststellen, daß diese „üblicherweise vergütet werden“.

Ein Vergleich solcher Tätigkeiten mit kommerziellen Diensten einer Haushälterin versagt. Für eine Haushälterin ist typisch, daß sie an den Räumlichkeiten des Dienstherrn nur ganz eingeschränkte Rechte besitzt. Ihr steht bestenfalls ein Teil der Räumlichkeiten zur eigenen Mitbenutzung zur Verfügung. Im Rahmen einer Lebenspartnerschaft ist die Verfügungsgewalt über die Wohnung und die Hausratsgegenstände hingegen prinzipiell gleichberechtigt geteilt. Eine Haushälterin, die an ihren Dienstherrn das Ansehen einer gleichberechtigten Mitbenutzung der Wohnung stellen würde und ein solches Mitbenutzungsrecht gegebenenfalls auch noch für eigene von ihr in den Haushalt einzubringende Kinder fordern würde, hätte auf dem Arbeitsmarkt überhaupt keine Chance.

Für den männlichen Lebenspartner ist in aller Regel festzustellen, daß Personen, die in entsprechenden wirtschaftlichen Verhältnissen leben, sich überhaupt keine Haushaltshilfe, geschweige denn eine Kraft, welche den eigenen Haushalt umfassend führt, leisten können. Haushälterinnen werden in der Gegenwart nur noch von Personen eingestellt, welche in ganz hervorragenden wirtschaftlichen Verhältnissen leben.

Es kann auch nicht festgestellt werden, daß Personen, die im Rahmen einer Lebensgemeinschaft Haushaltsdienste leisten, hierfür „üblicherweise“ eine Vergütung erhalten, wie dies gemäß § 850 h Abs. II ZPO Voraussetzung ist.

Haben die beiden Partner gleiches Einkommen, werden sie entweder „aus einem Topf“ oder ökonomisch getrennt wirtschaften. Kümmert sich in solchen Fällen die Frau überwiegend um den Haushalt, wird sie regelmäßig hierfür nicht zusätzlich ein Entgelt erhalten. Das vorstehend Gesagte gilt verstärkt, falls die Frau wirtschaftlich besser gestellt ist als der Mann. Lediglich in den Fällen, in denen die Frau wirtschaftlich schlechter gestellt ist *und* die Partner in solidarischer Wirtschaftsgemeinschaft leben, erhält die Frau ökonomische Unterstützung von dem

männlichen Lebenspartner. Diese Unterstützung kann jedoch nicht als Entlohnung für die Haushaltstätigkeit begriffen werden. Sie ist vielmehr als auf der persönlichen Beziehung beider Partner beruhender Solidarbeitrag aufzufassen. Dies zeigt sich, wenn sich der Umfang der Tätigkeiten der Frau – beispielsweise krankheitsbedingt – bei ansonsten unveränderter Lebensgemeinschaft ändert: Die materielle Unterstützung der Frau wird in diesen Fällen nicht „angepaßt“, sondern bleibt völlig gleich, solange nur die Partnerschaft selbst weiter besteht. Wird in solchen Fällen die Frau pflegebedürftig und ist der Mann bereit, die Pflege zu übernehmen, so führt dies nicht dazu, daß der Mann seine bisherige wirtschaftliche Unterstützung der Frau einstellt und seinerseits von der Frau ein Entgelt verlangt.

Dies alles zeigt, daß die wirtschaftliche Unterstützung der haushaltsführenden Frau, wo sie im Einzelfall bei einer Lebenspartnerschaft vorhanden ist, gerade *nicht* ein konkretes Entgelt für bestimmte Haushaltsarbeiten ist, sondern auf der persönlichen Verbindung der beiden Partner beruht.

Gegen diese Überlegung kann auch nicht eingewandt werden, gemäß § 850 h Abs. II ZPO müsse gerade der abstrakte Wert einer Leistung bezahlt werden, wenn im konkreten Fall keine Vergütung oder nur eine unverhältnismäßig geringe Vergütung vereinbart ist. Denn die in Rede stehende Vorschrift gestattet die Festsetzung eines fiktiven Entgeltes nur im *Einzelfall*, wenn „üblicherweise“, d.h. im *Normalfall*, solche Leistungen vergütet werden. Daß es bei einer Lebenspartnerschaft eine Vergütung von Haushaltstätigkeiten aber normalerweise gerade nicht gibt, ist mit den oben stehenden Ausführungen belegt worden.

Aus den vorgenannten Ausführungen ist auch ersichtlich, daß selbst tatsächliche (also nicht nur fiktive) Zuwendungen des Lebenspartners an die unterhaltsbegehrende Partei nicht als Eigeneinkommen angesehen werden können. Derartige Zuwendungen des Lebenspartners auf der einen Seite und Versorgungsleistungen der unterhaltsbegehrenden Partei auf der anderen Seite stehen sich eben gerade nicht als Wert und Gegenwert gegenüber, so daß die Zuwendungen auch nicht als Abgeltung der Versorgungsleistungen angesehen werden können. Es handelt sich vielmehr ausschließlich um Leistungen aufgrund einer (nur) sittlichen Pflicht. Daß derartige Leistungen aber unterhaltsrechtlich nicht erheblich sind, ist in der bereits oben zitierten Entscheidung BGH FamRZ 80,42 selbst überzeugend dargelegt worden.

Für nicht haltbar hält der unterzeichnende Richter schließlich auch die Ausführungen, bei der anzu-

rechnenden Vergütung für die Haushaltsführung und Versorgung handele es sich nicht um Einkünfte aus Erwerbstätigkeit, sondern um eine besondere Art anderweitiger Deckung des Unterhaltsbedarfs, den unberücksichtigt zu lassen unbillig erschiene (BGH FamRZ 87, 1013).

Die in dieser Entscheidung vorzufindende Argumentation reduziert sich auf die bloße Behauptung, die Zurechnung eines Entgeltes sei aus Billigkeitsgründen erforderlich. Eine solche Gedankenführung kann nicht überzeugen. Es entspricht wohl allgemeiner Meinung, daß das, was „billig“ oder „unbillig“ ist, anhand des Inhalts der bestehenden Rechtsordnung und nicht anhand eines subjektiven richterlichen Vorverständnisses festzustellen ist. Die bloße Behauptung, die Zurechnung eines Entgeltes sei aus Billigkeitsgründen erforderlich, kann deshalb nicht als zulässige juristische Argumentation angesehen werden. Das in der genannten Entscheidung BGH FamRZ 87, 1013, behauptete Ergebnis wird zudem durch die Ausführungen der ebenfalls zitierten Entscheidung BGH 80, 41 f. widerlegt. Dort ist überzeugend ausgeführt worden, warum ein anrechenbares Einkommen der unterhaltsberechtigten Partei nicht aufgrund allein sittlich gebotener Zuwendungen erwachsen kann, sondern lediglich aufgrund von Zuwendungen in einem gegenseitigen Leistungsverhältnis.

Da die Ehefrau somit kein eigenes anrechenbares Einkommen hat, ist der von ihr geltend gemachte Unterhaltsanspruch in Höhe von monatlich 1.300,- DM auch seinem Umfang nach gerechtfertigt. Der geltend gemachte Betrag übersteigt lediglich um 150,- DM das „Existenzminimum“ gemäß Ziffer 33 der „Hammer Leitlinien“. Anhaltspunkte dafür, der „volle“ Unterhalt gemäß § 1578 BGB könne überschritten werden, gibt es nicht. Der Ehemann will dies auch wohl selbst nicht geltend machen.

Mitgeteilt von Richter am Familiengericht Schramm,  
Dortmund

### *Beschluß*

AG Bremen, §§ 1723 ff. BGB

### **Keine einseitige Ehelichkeitserklärung – keine Verfahrensaussetzung**

*1. Der Antrag des Kindesvaters, den Sohn S. gem. § 1723 BGB für ehelich zu erklären, wird zurückgewiesen.*

*2. Der Hilfsantrag des Vaters auf Aussetzung des Verfahrens bis zu einer Neuregelung des Nichteheleichenrechts im Hinblick auf die Verfassungswidrigkeit des § 1738 BGB wird abgewiesen.*

*3. Der Hilfsantrag des Vaters, das Verfahren wegen der Verfassungswidrigkeit von § 1705 BGB auszusetzen, wird abgewiesen.*

Beschluß vom 30.12.1994 – 44 VIII 75/94 b – rkr. –

Aus den Gründen:

Der Kindesvater hat durch notarielle Urkunde vom 19.1.1994 beantragt, die Ehelicherklärung seines nichteheleichen Sohnes S. durch ihn zu genehmigen.

Hilfsweise hat er beantragt, das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 1705 BGB.

Er hat des weiteren hilfsweise Aussetzung des Verfahrens mit Rücksicht auf den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 7.5.1991 zu § 1738 BGB beantragt.

Die Kindesmutter bittet um Abweisung der Anträge des Kindesvaters.

Die Kindeseltern haben sich nach Angaben der Mutter vor, nach Angaben des Vaters kurz nach der Geburt des jetzt neunjährigen Kindes getrennt.

Die Kindeseltern sind zerstritten, insbesondere in der Frage des Umgangsrechts gem. § 1711 BGB. In einem gleichzeitig anhängigen Verfahren hat der Kindesvater eine Regelung des ihm zustehenden Umgangsrechts beantragt, die Kindesmutter Ausschluß des Umgangsrechts gem. § 1711 BGB.

Der Vater hat zudem einen Antrag gem. § 1666 BGB gestellt mit dem Ziel, der Mutter untersagen zu lassen, mit dem Kind vorübergehend ins Ausland zu ziehen bzw. ihr die elterliche Sorge zu entziehen, weil sie mit S. und ihrer Familie umziehen und an einer deutschen Auslandsschule unterrichten möchte.

1. Der Antrag des Kindesvaters, seinen nichteheleichen Sohn S. für ehelich zu erklären, ist nicht begründet.

Es fehlt die Einwilligung des Kindes in die Ehelicherklärung, die nach § 1726 BGB unerlässlich ist. Das Gesetz sieht auch keine Möglichkeit vor, diese Erklärung zu ersetzen.

Die Einwilligung der Kindesmutter liegt ebenfalls nicht vor.