

te offensichtlich den Standpunkt vertrat, sie hafte in Zukunft nicht mehr für den Mietzins. In dem Schreiben liegt jedenfalls ein stillschweigendes Angebot an den Kläger zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses. Der Standpunkt der Beklagten beruhte offensichtlich auf Rechtsunkenntnis. Der Kläger, dem als erfahrener Vermieter eine bessere Rechtskenntnis zuzutrauen ist, war unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben gehalten, die Beklagte mit der gebotenen Deutlichkeit darauf hinzuweisen, daß ihr Rechtsstandpunkt unzutreffend sei, und daß er nicht gewillt sei, auf ihr (stillschweigendes) Angebot zur Vertragsaufhebung einzugehen.

Dazu kommt, daß die Beklagte in den folgenden Monaten bezüglich des Mietzinses vom Kläger tatsächlich auch nicht in Anspruch genommen worden ist. Daraus konnte die Beklagte ebenfalls schließen, daß der Mietzins ordnungsgemäß von ihm in der Wohnung verbliebenen Ehemann gezahlt werde, und daß sich der Kläger auf die neu eingetretene Situation eingerichtet habe. Unstreitig ist die Beklagte in den folgenden Monaten nicht zu einer anteiligen Zahlung des Mietzinses herangezogen worden. Durch dieses monatelange Verhalten des ehemaligen Ehemannes der Beklagten hat er jedenfalls stillschweigend gegenüber der Beklagten sein Einverständnis mit ihrem Ausscheiden aus dem gemeinschaftlichen Mietverhältnis erklärt. Er wäre aufgrund des seinerzeit immer noch bestehenden ehelichen Bandes nach Treu und Glauben gehalten gewesen, rechtzeitig gegenüber seiner Ehefrau zum Ausdruck zu bringen, daß er sie nach wie vor als mithaftend ansehe. Aus diesem Grund entfällt eine Haftung der Beklagten für den Mietzins Dezember 1983.

2.

Die Beklagte haftet aus den dargelegten Gründen auch nicht für die vom Kläger geltend gemachten Kosten des Mahnverfahrens und Räumungsverfahrens gegen den Ehemann. Dies schon deshalb nicht, weil sich aus obigen Darlegungen ergibt, daß die Beklagte zum Zeitpunkt des Anfalls dieser Kosten aus dem Mietverhältnis ausgeschieden war.

Abgesehen davon würde sie nach Auffassung der Kammer auch aus einem anderen Grunde nicht haften: Zwar steht es grundsätzlich im Ermessen des Gläubigers, mehrere Gesamtschuldner gleichzeitig oder sukzessiv zu verklagen. Jeder verklagte oder vorgerichtlich in Anspruch genommene Gesamtschuldner ist aber in aller Regel nur verpflichtet, die Kosten des gegen ihn - allein - gerichteten Vorgehens zu ersetzen. Das Risiko der Inanspruchnahme eines zahlungsunfähigen Schuldners belastet allein den Gläubiger (vgl. Lappe NJW 77,95; vgl. z.B. auch Palandt-Heinrichs, 44. Aufl., Anm. 5 zu § 421 BGB).

Wenn dann, falls der Gläubiger mehrere Gesamtschuldner gleichzeitig verklagt, jeder der in Anspruch genommenen Schuldner allein für die Kosten des gegen ihn gerichteten Vorgehens haftet, so ergibt sich nach Auffassung der Kammer daraus, daß ein Ge-

samtschuldner, welcher nicht vorgerichtlich oder gerichtlich in Anspruch genommen worden ist - weil der Gläubiger nur einen oder mehrere andere Gesamtschuldner in Anspruch genommen hat - für die Kosten des Vorgehens gegen diesen andern oder die anderen Gesamtschuldner nicht haftet. Es kann nämlich keinen wesentlichen Unterschied machen, ob der Gläubiger zugleich mehrere Gesamtschuldner in Anspruch nimmt oder nur einen oder einzelne. Der nicht in Anspruch genommene Schuldner kann haftungsmäßig in diesem Fall nicht schlechter stehen als er stehen würde, wenn er tatsächlich selbst in Anspruch genommen worden wäre: In diesem Fall müßte er nur für solche Kosten aufkommen, die gegen ihn allein entstanden sind. Sind gegen ihn aber keine Kosten entstanden, so entfällt eine Haftung. Es steht auch keinesfalls fest, daß die Beklagte, falls sie vorgerichtlich in Anspruch genommen wäre, es zu einem Gerichtsverfahren hätte kommen lassen. Möglicherweise wären dann überhaupt keine Verfahrenskosten angefallen.

Im übrigen dürfte ein Ehegatte dafür, daß der andere Ehegatte die Räumung vollzieht, nicht gesamtschuldnerisch haften. Es ist nicht ersichtlich, wie der eine Ehegatte die persönliche Räumung durch den anderen Ehegatten erbringen könnte.

Mitgeteilt von Gertrud Hofmann, München

## Urteil

Bayer. LSG, §§ 35 BVG, 1353, 1360 f BGB  
**Grenzen der Hausarbeit**

*Der Begriff „fremde Hilfe“ im Sinne des § 35 Abs. 1 BVG umfaßt auch die Hilfe durch die Ehefrau.*

*Die Ehefrau ist aus §§ 1353, 1360 Satz 2 BGB nicht verpflichtet, dem Ehepartner über die Haushaltsführung hinausgehende Pflegedienste zu leisten; sie ist - ebenso wie der Mann - grundsätzlich berechtigt, erwerbstätig zu sein.*

*Es ist der Zweck des Bundesversorgungsgesetzes, dem Versorgungsberechtigten die für seine Pflege nötigen Mittel zumindest in Form einer pauschalen Abgeltung zur Verfügung zu stellen. Insofern ist die Unterhaltspflicht der Ehefrau nach § 1360 a Abs. 1 BGB subsidiär.*

Urteil des Bayerischen LSG v. 16.2.1984 - L 10/V 49/82 -

Aus dem Sachverhalt:

Der 1927 geborene Kläger fordert Erhöhung der Pflegezulage im Ermessenswege gemäß § 35 Abs. 1 Satz 5 des Bundesversorgungsgesetzes (BVG).

Der Kläger erhält Schwerstbeschädigtenzulage, zuletzt nach Stufe VI, sowie Pflegezulage nach Stufe IV. Im März 1977 beantragte er die Anhebung der Pflegezulage, weil seine tatsächlichen pflegebedingten Aufwendungen den Betrag seiner bisherigen Pflegezulage überschritten; zur Begründung seines Antrags legte er einen mit seiner Ehefrau geschlossenen schriftlichen Arbeitsvertrag vom 14.3.1977 über die ihm zu erbringenden Pflegeleistungen vor. Gleichwohl lehnte der Beklagte diesen Antrag mit der Begründung, daß durch die Pflege seitens der Ehefrau keine außergewöhnliche finan-

zielle Belastung des Familieneinkommens entstanden sei, mit Bescheid vom 7.11.1978 ab. Seine dagegen erhobene Klage stützte der Kläger vor allem auf die Behauptung, daß seine Ehefrau sicherlich wieder in ihren Beruf als kaufmännische Angestellte zurückgekehrt wäre, wenn der Umfang der Pflegemaßnahmen sie daran nicht gehindert hätte.

Am 23.9.1980 schlossen die Beteiligten vor dem Sozialgericht München einen Vergleich, in welchem der Beklagte sich verpflichtete, über den Antrag des Klägers erneut zu entscheiden, wenn dieser nun einen „ordnungsgemäßen Pflegevertrag“ vorlege.

Mit Datum vom 11.11.1980 schloß der Kläger mit seiner Ehefrau einen als Anlage zum Vertrag vom 14.3.1977 bezeichneten weiteren Vertrag; darin verpflichtete die Ehefrau sich zu einer detailliert umschriebenen Pflegetätigkeit im Umfang von täglich 9 1/2 Stunden gegen eine Bruttovergütung von DM 13,25 pro Stunde zuzüglich eines als Weihnachtsgeld zu zahlenden 13. Gehalts und eines jährlichen Urlaubsgeldes von DM 150.

Gleichwohl lehnte der Beklagte den Antrag des Klägers mit Bescheid vom 18.12.1980 wiederum ab; denn es müsse davon ausgegangen werden, daß der Ehegatte eines Pflegezulagenempfängers nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern ausschließlich aufgrund der sich aus der Ehe ergebenden Verpflichtungen pflegerisch tätig werde; werde dennoch ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, so sei dies im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG unerheblich; eine außergewöhnliche Belastung der Familiengemeinschaft liege im Falle des Klägers nicht vor.

Aus den Gründen:

Das Sozialgericht hat den Bescheid des Versorgungsamts München II zu Recht aufgehoben; denn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG sind erfüllt; die Aufwendungen des Klägers für fremde Wartung und Pflege im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG übersteigen den Betrag der Pflegezulage.

Der Kläger bezieht Pflegezulage gemäß Stufe IV. Diese betrug im Jahre 1980 beispielsweise monatlich DM 925, im Jahre 1981 monatlich DM 962; für die folgenden Jahre betrug der Satz DM 1.017 bzw. DM 1.063 (§ 35 Abs. 1 Satz 2 BVG in der jeweils geltenden Fassung). Demgegenüber regelt Ziff. 6 des Pflegevertrages vom 11.11.1980 einen Tagesstundensatz für die Pflegetätigkeit von DM 13,25. Bei einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 40 Stunden ergibt die monatliche Belastung damit den 173fachen Betrag des Stundenlohnes, also weitaus mehr als den Betrag der Pflegezulage nach Stufe IV.

Die Wartung und Pflege des Klägers durch seine Ehefrau ist auch eine „fremde Wartung“ im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG. Dies ergibt der Wortlaut dieser Vorschrift und ein Vergleich mit den Regelungen in § 35 Abs. 1 Satz 1 BVG. Der Ausdruck „fremde“ Wartung steht nach seinem Wortsinn im allgemeinen Sprachgebrauch im Gegensatz zu „eigener“ Wartung und Pflege. Dabei sind im allgemeinen Sprachgebrauch unter „eigener“ Pflege diejenigen Pflegemaßnahmen zu verstehen, die ein Versorgungsberechtigter selbst ausführt. Schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist somit „fremde Wartung und Pflege“ jede Pflegemaßnahme, die eine andere Person als der Versorgungsberechtigte selbst vornimmt. Diese Auslegung nach dem allgemeinen

Sprachgebrauch entspricht der Bedeutung der im § 35 Abs. 1 BVG insgesamt verwendeten Begriffe; denn sie stimmt überein mit dem System der im § 35 Abs. 1 BVG geregelten Ansprüche auf Pflegezulage.

Auch im § 35 Abs. 1 Satz 1 BVG wird der Begriff der „fremden Hilfe“ in dem Sinne verwendet, daß jede Hilfe durch eine andere Person als durch den Versorgungsberechtigten selbst hiervon erfaßt wird. Denn Voraussetzung jedes Anspruchs auf Pflegezulage ist nach § 35 Abs. 1 Satz 1 BVG ein bestimmtes Maß an Hilflosigkeit des Versorgungsberechtigten; dieses Maß definiert das Gesetz selbst im § 35 Abs. 1 Satz 1 BVG dahin, daß der Anspruchsberechtigte „für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens in erheblichem Umfang fremder Hilfe dauernd bedarf“. Soll aber nicht jegliche Pflegezulage davon abhängen, daß andere Personen als die Familienangehörigen des Versorgungsberechtigten die erforderliche Hilfe leisten, so muß auch hier der Begriff „fremde Hilfe“ die Hilfe durch die Ehefrau mitumfassen. Es besteht auch kein Grund, den Begriff „fremder“ Leistung in § 35 Abs. 1 Satz 1 BVG und in § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG jeweils unterschiedlich auszulegen (vgl. hierzu auch Bundessozialgericht – BSG – in Breithaupt 82, S. 414 ff).

Insbesondere spricht nichts dafür, den Begriff der „fremden Wartung und Pflege“ in § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG deshalb auf Tätigkeiten von nicht zur Familie gehörenden Personen zu beschränken, weil nur diese aufgrund einer jeweils erst vertraglich zu begründenden Verpflichtung tätig zu werden hätten, wohingegen der Ehepartner schon nach den Vorschriften des Familienrechts zur Pflege gehalten sei. Denn zum einen ergibt auch dieses Argument keinen Grund, insoweit hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen zwischen dem allgemeinen Anspruch auf Pflegezulage aus § 35 Abs. 1 Satz 1 BVG und dem Tatbestand des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG zu differenzieren. Zum anderen würde die Berücksichtigung der familienrechtlichen Pflichten zu „Wartung und Pflege“ als Kriterium für die Gewährung von Leistungen nach § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen, und schließlich ist auch deren Umfang weit geringer, als der Beklagte bei Erlaß der umstrittenen Bescheide angenommen hat.

Denn auch nach den sich aus § 1353 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) ergebenden Rechtsfolgen ist die Ehefrau des Klägers – unbeschadet ihrer gleichwohl insoweit bestehenden Unterhaltspflicht gemäß §§ 1360, 1360 a BGB – nicht verpflichtet, die umfangreiche Wartung und Pflege des Klägers selbst auszuführen. Zwar ergibt sich aus der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des § 1353 Abs. 1 BGB die Verpflichtung zum gegenseitigen Beistand, insbesondere auch zur Pflege des Ehegatten (vgl. Staudinger-Hübner, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., § 1353 § 1353 Anm. 26). Diese Verpflichtung kann jedoch eine ausnahmslos jegliche Hilfeleistung umfassende

Pflicht zu persönlicher Pflege nicht begründen. Schon die zur Erläuterung der in den genannten Kommentaren vertretenen Ansicht jeweils allein herangezogene Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ, Bd. 70, S. 48 insbesondere S. 50) bestätigt dies; denn in dem dort entschiedenen Fall ging es gerade nicht um die Pflege des einen Ehegatten durch den anderen oder um einen irgendwie vergleichbaren Sachverhalt, sondern ausschließlich darum, mit Hilfe einer aus dem Deliktsrecht der §§ 823 ff BGB – nicht aus Familienrecht (!) – abgeleiteten Sorgfaltspflicht des Ehemannes dessen Haftung für einen durch seine geistesranke Ehefrau einem Dritten zugefügten Schaden zu begründen.

Daß die Pflichten aus der ehelichen Lebensgemeinschaft im Sinne des § 1535 BGB nicht fordern, täglich ca. 7 - 9 Stunden an pflegerischer Tätigkeit für den Ehepartner zu leisten, zeigt im übrigen aber auch ein Vergleich mit den Grenzen der Verpflichtungen aus der ehelichen Lebensgemeinschaft in anderen Bereichen. So ist darauf hinzuweisen, daß bereits „schwierige Wesenszüge des Partners“, deren Ertragen unzumutbar wäre, sogar zur Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft berechtigen (Bundesgerichtshof – BGH – in Lindenmeier-Möhring Nr. 27 zu § 48 des Ehegesetzes (EheG)); die während einer Trennung der Ehegatten mühsam errungene Lebensstellung nimmt dem anderen Ehegatten die Befugnis zu fordern, was zu einer Gefährdung der gesicherten wirtschaftlichen Existenz führen könnte (Reichsgericht Recht 1912 Nr. 388).

Daß die Ehefrau – als in der Regel den ehelichen Haushalt führende Ehepartnerin – aus § 1353 BGB nicht verpflichtet ist, dem Ehepartner über die Haushaltsführung hinausgehende Pflegedienste zu leisten, zeigt auch folgende Überlegung: Ebenso wie der Ehemann ist die Ehefrau grundsätzlich berechtigt, erwerbstätig zu sein (vgl. § 1356 Abs. 2 Satz 1 BGB). Dieses Recht hat keine andere Qualität als die Berechtigung des Ehemannes zur Berufstätigkeit; eine Auslegung des § 1356 Abs. 2 BGB, welche insoweit zwischen Mann und Frau differenzieren wollte, wäre unvereinbar mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung in Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes.

Daß ein Ehemann aus § 1353 Abs. 1 BGB nicht verpflichtet ist, die Pflege seiner gebrechlichen Ehefrau zu übernehmen, und dafür möglicherweise erst noch seinen Beruf aufzugeben, entspricht dem gesellschaftlichen Rollenverständnis so sehr, daß dies keiner weiteren Erörterung bedarf. Ist dies aber so, dann kann auch für eine Ehefrau nichts anderes gelten; denn das unterschiedliche gesellschaftliche Rollenverständnis ist gerade kein Kriterium, welches eine Ausnahme von dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter in Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes rechtfertigt.

Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß es zu einer von der Funktion des § 35 Abs. 1 BVG als Vorschrift der sozialen Entschädigung nicht gedeckten Differenzierung von verheirateten und

unverheirateten Versorgungsberechtigten führen würde, wollte man bei der Gewährung von Pflegezulage darauf abstellen, ob ein Versorgungsberechtigter gleichzeitig aus § 1353 Abs. 1 BGB Ansprüche gegenüber einem Ehepartner geltend machen könnte oder nicht (im Ergebnis ebenso BSG a. a. O., insbesondere S. 416).

Der Kläger hat infolge der Wartung und Pflege durch seine Ehefrau auch „Aufwendungen“ im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG zu erbringen. Als „Aufwendungen“ gelten üblicherweise freiwillige Vermögensopfer für die Interessen eines anderen, wobei im Einzelfall in erster Linie Geldaufwendungen, gewöhnlich aber auch eine Vielzahl anderer Leistungen, wie Sachaufwendungen, die Leistung von Arbeit, die Übernahme von Verpflichtungen, das Eingehen von Risiken usw. in Frage kommen können (vgl. Selb-Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., § 256 Anm. 3 ff). Es ist kein Grund ersichtlich, gerade im Falle des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG von dieser allgemeinen in der Rechtsordnung verwendeten Begriffsbestimmung abzuweichen; ob der Ansicht des BSG (a. a. O.) gefolgt werden muß, wonach hier unter „Aufwendungen“ stets ausschließlich Geldleistungen zu verstehen seien, kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben.

Dementsprechend erbringt der Kläger durch Zahlung der unter Ziff. 6 des Pflegevertrages vom 11.11.1980 vereinbarten Beträge „Aufwendungen“ an seine Ehefrau. Es besteht kein Anlaß, an der Ernsthaftigkeit des Pflegevertrages vom 11.11.1980 und an der Erfüllung der darin festgelegten beiderseitigen Leistungen zu zweifeln. Zunächst muß auch in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß allein aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ge-

mäß § 1353 Abs. 1 BGB ein Anspruch des Klägers auf Pflegetätigkeit in diesem Umfang gegen seine Ehefrau nicht besteht.

Sodann sprechen auch die Umstände, unter denen der Pflegevertrag vom 11.11.1980 zustande gekommen ist, gegen eine Scheinvereinbarung im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB. Dies kann bereits aus dem Verhalten des Beklagten entnommen werden, der – wie der zwischen den Parteien am 23.9.1980 vor dem Sozialgericht abgeschlossene Vergleich zeigt – seinerzeit selbst keinen Grund gesehen hat, an der Ernsthaftigkeit des Klägers bei seinem hier zu würdigenden Vorgehen zu zweifeln. Denn der Beklagte hat dabei selbst den Abschluß eines „ordnungsgemäßen Pflegevertrages“ angeregt und zur Grundlage erneuter Entscheidung über den Antrag des Klägers gemacht. Sodann darf zu Gunsten des Klägers bezüglich der Ernsthaftigkeit des Pflegevertrages vom 11.11.1980 nicht gänzlich außer acht gelassen werden, daß der Kläger und seine Ehefrau sich bei einem bloß fingierten Vertrag eines Vergehens des Betrugs im Sinne des § 263 des Strafgesetzbuches (StGB) schuldig machen würden; die Tatsache, daß die Täuschungshandlung hier offen vor Gericht stattfinden und daß der Kläger hierbei folglich ein erhebliches Risiko eingehen würde, spricht somit ebenfalls gegen eine Vorspiegelung „falscher Tatsachen“.

Für die Ernsthaftigkeit des Pflegevertrages spricht im übrigen auch das Ausmaß der Pflegeleistungen, die beim Kläger anfallen. Diese hat bereits das Gesundheitsamt Bad Tölz in seiner Stellungnahme vom 18.7.1980 dahin beschrieben, daß Tag und Nacht die Anwesenheit einer Pflegeperson notwendig sei, auch wenn diese nicht ständig beschäftigt sei und daß die Angaben, die der Kläger hinsichtlich des Zeitaufwandes gemacht habe – täglich ca. 7 1/2 Stunden allein für Pflegetätigkeit ohne die hinzukommende „Dienstbereitschaft“ – in einem realistischen Rahmen lägen und glaubhaft erschienen. Dementsprechend hat auch die Ehefrau des Klägers bei ihrer Zeugenvernehmung vor dem Sozialgericht in der Sitzung am 14.12.1981 angegeben, die reine Pflege nehme täglich etwa 8 bis 9 Stunden in Anspruch, die Pflegebereitschaft sei unbegrenzt und betrage 24 Stunden.

Hinzu kommt, daß die hier zu erbringenden Pflegeleistungen mehrere besondere Merkmale aufweisen, die sie aus dem üblichen Rahmen persönlicher Pflege herausheben. Hierzu zählt die Notwendigkeit von Nacharbeit, der Zwang zu Arbeiten an Samstagen und Sonntagen und die erheblichen Einschränkungen bei der Inanspruchnahme von Urlaub; schließlich müssen hier auch die Besonderheiten Berücksichtigung finden, die sich aus der Inkontinenz des Klägers ergeben, zumal deren Auftreten zeitlich nicht vorhersehbar ist, so daß die dadurch notwendig werdenden Pflegemaßnahmen nicht im voraus eingeplant werden können.

Auch der Umstand, daß die im Pflegevertrag vom 11.11.1980 vorgesehene Arbeitszeit regelmäßig

die von der Arbeitszeitverordnung festgelegte Höchst-arbeitszeit von 48 bzw. 60 Stunden pro Woche (§§ 3 ff der Arbeitszeitordnung – AZO –) überschreitet, steht der Annahme von „Aufwendungen“ im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG in Gestalt der im Pflegevertrag vereinbarten Leistungen nicht entgegen. Denn dies führt nicht zur Unwirksamkeit des Pflegevertrages; gemäß § 1 Abs. 1 AZO gilt diese – und damit auch die in der Arbeitszeitordnung enthaltene Begrenzung der Höchstarbeitszeit – nur für „Betriebe“, nicht für Haushalte.

Dem Beklagten kann auch nicht zugestimmt werden, soweit er sich bei der Ablehnung des Begehrens des Klägers auf die Nr. 4 Satz 2 der Verwaltungsvorschriften zu § 35 BVG beruft. Nach dieser Verwaltungsvorschrift sind Leistungen nach § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG nur dann zu gewähren, wenn der Umfang der pflegerischen Tätigkeit zu einer außergewöhnlichen finanziellen Belastung der Familiengemeinschaft führen und die Pflegezulage nach § 35 Abs. 1 Satz 1 und 2 dazu keinen Ausgleich bieten würde.

Zumindest sofern der Beklagte eine solche „außergewöhnliche Belastung“ der Familiengemeinschaft hier nur in einer konkreten Notlage sehen will, steht dies mit dem allein maßgebenden Wortlaut des Gesetzes in § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG nicht im Einklang. Dementsprechend hat auch das Bundessozialgericht (a. a. O.) die Frage, ob diese Bestimmung der Verwaltungsvorschriften zu § 35 BVG mit dem Gesetz vereinbar ist, offen gelassen, weil der Versorgungsberechtigte in dem vom BSG zu entscheidenden Fall ohnehin keine Aufwendungen erbracht hatte. Gleichzeitig hat das BSG jedoch darauf hingewiesen, daß die von den Verwaltungsvorschriften zu § 35 BVG geforderte „außergewöhnliche Belastung der Familiengemeinschaft“ – im Ergebnis durchaus im Sinne der hier vertretenen Auslegung – jedenfalls dann vorläge, wenn die Ehefrau des Versorgungsberechtigten wegen der Pflege einen bezahlten Beruf aufgegeben hätte.

Die hier vertretene, in erster Linie an den Tatbestandsmerkmalen des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG orientierte Auslegung wirft die Frage nach dem Schutz vor Mißbrauch auf; insofern erscheinen die Bedenken des Beklagten gegen eine am Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG ausgerichtete Interpretation aufgrund rechtspolitischer Überlegungen nicht gänzlich unberechtigt. Mißbrauchsmöglichkeiten liegen dabei wohl hauptsächlich darin, daß die für § 35 Abs. 1 Satz 5 notwendigen „Aufwendungen“ mittels Scheinverträgen im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB fingiert werden könnten.

Daß das Gesetz in seiner gegenwärtigen Fassung mißbraucht werden kann, rechtfertigt es gleichwohl nicht, bei seiner Anwendung weitere, im gesetzlichen Tatbestand nicht genannte Voraussetzungen zusätzlich zu fordern. Vielmehr muß ein Mißbrauch dadurch unterbunden werden, daß das Vorliegen der

maßgebenden Tatbestandsmerkmale jeweils sorgfältig überprüft wird.

Gegen die hier vertretene Auslegung des § 35 Abs. 1 Satz 5 spricht es auch nicht, daß auch solche Versorgungsberechtigte in den Genuß einer nach dieser Norm erhöhten Pflegezulage kommen können, deren sie betreuende Ehefrauen – anders als die Ehefrau des Klägers – gar nicht die Absicht oder die Möglichkeit haben, ohne die Übernahme der Pflegetätigkeit überhaupt einen selbständigen Beruf auszuüben. Zwar können dann auch Ehen, die von Anfang an als „Hausfrauenehe“ geplant waren, in den Genuß der Erhöhung nach § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG kommen, sofern der Versorgungsberechtigte an seine Ehefrau für deren Pflegeleistung tatsächlich Gegenleistungen aufwendet. Dies steht aber nicht im Widerspruch, sondern gerade im Einklang mit dem ehelichen Unterhaltsrecht des BGB einerseits und dem Zweck des § 35 Abs. 1 BVG als Teil der Vorschriften über die soziale Entschädigung Kriegsschädigter andererseits.

Denn die Ehefrau eines kriegsversehrten Mannes ist – wie dargelegt – auch dann nicht verpflichtet, diesen – über die im Rahmen der Haushaltsführung anfallenden Arbeiten hinaus (§ 1360 Satz 2, 1. Halbsatz BGB) – zu pflegen; sie ist jedoch verpflichtet, diese Pflegeleistungen durch eigene Unterhaltsleistung aus ihrem Einkommen oder Vermögen zu beschaffen, soweit sie hierzu in der Lage ist und soweit der Versorgungsberechtigte selbst nicht über die hierfür notwendigen Mittel verfügt (§ 1360 a Abs. 1 BGB). Dem Versorgungsberechtigten die hierzu notwendigen Mittel – zumindest in Form einer pauschalen Abgeltung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2, in den Sonderfällen des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG auch durch eine darüber hinausgehende Zahlung – zur Verfügung zu stellen, ist Zweck des – wie das Bundesversorgungsgesetz insgesamt – auf Ausgleich von kriegsbedingten Schädigungsfolgen zielenden § 35 Abs. 1 BVG.

Dadurch führt die Regelung des § 35 Abs. 1 BVG insgesamt – einschließlich seines Abs. 1 Satz 5 – zu einer zumindest pauschalierten Entlastung des Ehegatten von denjenigen Unterhaltspflichten, die ihren Ursprung im Versorgungsleiden seines Ehepartners haben. Mit diesem Regelungsziel wäre es nicht zu vereinbaren, einen Versorgungsberechtigten deshalb grundsätzlich schlechter zu stellen, weil sein Ehegatte über seine gesetzliche Pflicht zum Unterhalt hinaus – gleich aus welchen Gründen – auch die Last der persönlichen Pflege auf sich nimmt.

Dasselbe folgt schließlich aus einem Vergleich mit der Situation eines unverheirateten Versorgungsberechtigten; denn dieser wäre in jedem Falle auf familienfremde Pflege angewiesen und befände sich aus diesem Grunde dann finanziell regelmäßig in einer besseren Situation als ein verheirateter Beschädigter.

Etwas anderes folgt schließlich auch nicht daraus, daß im Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG lediglich von einer „angemessenen Erhöhung“ die Rede ist. Denn dieses Kriterium betrifft nicht den Tatbestand der genannten Vorschrift, sondern seine Rechtsfolge; da es sich insoweit um eine Ermessensnorm handelt, stellt die Verpflichtung, lediglich eine „angemessene“ Erhöhung der Pflegezulage zu gewähren, eine Begrenzung des dem Beklagten eingeräumten Ermessens dar. Da die in § 35 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BVG festgelegten Stufen der Pflegezulage den jeweils tatsächlich anfallenden Pflegeaufwand nur zu einem bestimmten Teil ausgleichen, stellt die Beschränkung des Ermessens in § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG durch ihre Bindung an eine „angemessene“ Erhöhung sicher, daß auch bei § 35 Abs. 1 Satz 5 BVG der Maßstab für die Erhöhung der Pflegezulage das in § 35 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 vorausgesetzte Verhältnis zwischen dem tatsächlichen Aufwand und der Höhe der pauschalierten Pflegezulage ist, nicht die volle Differenz zwischen Aufwand und Pflegezulage.

Mitgeteilt von RAin Sabine Wendt, Marburg

*Ulrike Pallmert*

## Aufenthaltsrechtliche Probleme türkischer Frauen

Während meiner Tätigkeit als Mitarbeiterin im zweiten Berliner Frauenhaus wurde ich zunehmend mit der Problematik der ausländischen Bewohnerinnen konfrontiert.

Die Zahl der türkischen Bewohnerinnen nahm ständig zu, unter ihnen waren viele Frauen, die als nachgereiste Familienangehörige nach Berlin gekommen waren. Für diese Frauen stellten sich bald aufenthaltsrechtliche Probleme. Wenn die Ausländerbehörde von der Trennung vom Ehemann Kenntnis erhielt (häufig von diesem selbst, weil er so die Ehefrau loswerden wollte), wurde die Aufenthaltserlaubnis der Frau nicht verlängert.

Die rechtliche Situation ist folgende: die nachgereiste Ehefrau ist in ihrem Aufenthaltsrecht von dem Zweck der Nachreise, also dem familiären Zusammenleben abhängig. Sie erhält erst nach einem Aufenthalt von 5 Jahren einen Anspruch auf eine eigenständige Aufenthaltserlaubnis. Vorher hat die Frau ein nur durch Art. 6 GG vermitteltes Aufenthaltsrecht; ein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis besteht danach nur, solange die eheliche Lebensgemeinschaft besteht.

Mit der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft verliert die Frau die Berechtigung, sich hier aufzuhalten. Die Gründe hierfür – z.B. schwere Miß-