

getretenen Fassung des § 1615 I BGB wurde die starre zeitliche Begrenzung des Anspruchs der Mutter bzw. des Vaters eines nichtehelichen Kindes auf drei Jahre nach der Entbindung unter der Voraussetzung aufgelockert, dass es „insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen“.

Vergleicht man die Praxis der Gerichte hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs einer geschiedenen Mutter gem. § 1570 BGB, die vor der Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes keine und erst etwa ab dem 15. Lebensjahr eine vollschichtige Erwerbsobliegenheit trifft, mit der Rechtsprechung zur Dauer eines Unterhaltsanspruchs nach § 1615 I BGB, ist unschwer festzustellen, dass nach der derzeitigen Gesetzeslage durch die als Ausnahme gestaltete Möglichkeit der Verlängerung eines Unterhaltsanspruchs aus § 1615 I BGB aus Billigkeitsgründen eine Gleichstellung der geschiedenen Mütter mit denen eines nichtehelichen Kindes hinsichtlich der Dauer des Unterhaltsanspruchs nicht erreicht werden kann. Aus diesem Grunde haben mehrere Gerichte, die die Befristung für verfassungswidrig halten, ihre Rechtsstreite ausgesetzt und die Frage der Vereinbarkeit des § 1615 I Abs. 2 S. 3 BGB mit Art. 6 Abs. 5 GG dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt, vgl. OLG Hamm, Vorlagebeschluss v. 16.8.2004, FamRZ 2004, 1893 = FF 2004, 301 und KG Berlin, Vorlagebeschluss vom 16.9.2004, FamRZ 2004, 1895. Das OLG Düsseldorf (FamRZ 2005, 234) hält die Befristung zwar für verfassungsgemäß, hat jedoch zur Klärung dieser Frage die Revision zugelassen.

Um so mehr ist es zu begrüßen, dass der BGH in seiner neuen Entscheidung den Zweck des Unterhaltsanspruchs der Mutter, d.h. die Betreuungsbedürftigkeit des Kindes und damit dessen Wohl, noch einmal deutlich herausgearbeitet und § 1615 I Abs. 2 BGB im Lichte des Art. 6 Abs. 4 und 5 GG verfassungskonform dahingehend ausgelegt hat, dass hinsichtlich des dem Unterhaltsschuldner zu belassenden Selbstbehalts eine Gleichbehandlung der Ansprüche aus § 1615 I BGB mit solchen gem. § 1570 BGB geboten ist. Die vom BGH genannte Spanne für den „richtigen“ Selbstbehalt, die nach unten von dem notwendigen und nach oben durch den angemessenen Selbstbehalt begrenzt wird, eröffnet dem Praktiker die Möglichkeit, eine am Einzelfall ausgerichtete Entscheidung zu treffen. Der beratende Anwalt sollte seine Mandanten über dieses Ermessen der Tatrichter und die damit verbundene Unsicherheit bei der Klageerhebung belehren, um Enttäuschungen und vermeintlichen Regressen vorzubeugen.

Der Gesetzgeber sollte die Entscheidung des BGH zum Anlass nehmen, die Rechtsstellung der Mutter bzw. des Vaters eines nichtehelichen Kindes der der geschiedenen Ehefrau auch hinsichtlich der Dauer eines Unterhaltsanspruchs anzugleichen. Die gegen eine derartige Gleichstellung vielfach vertretene Auffassung, die nicht verheiratete Mutter stehe nicht unter dem Schutz der ehelichen Verantwortung und der nahehehlichen Solidarität und deshalb könnten von ihr nach Ablauf der Dreijahresfrist größere Anstrengungen verlangt werden, für

ihren Lebensunterhalt selbst Sorge zu tragen, als von einer geschiedenen Frau, die mit der Betreuung eines ehelichen Kindes den gemeinsamen Lebensplan der Eltern erfülle und deshalb ihren Bedarf nicht selbst decken könne (vgl. BT-Drucks 13/4899, S. 167; Maurer, in: Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., Rn 1211 m.w.N.; BGH, Urt. v. 17.11.2004, XII ZR 183/02, in diesem Heft, S. 103), kann vor dem Hintergrund des für einen Anspruch aus § 1615 I BGB allein maßgeblichen Kindeswohls nicht aufrechterhalten werden. Die vom BMJ angekündigte Besserstellung der nicht verheirateten Mutter durch Absenkung der Schwelle für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts (vgl. Pressemitteilung des BMJ vom 1.11.2004 zur Reform des Unterhaltsrechts zum 1.1.2006, FuR 2004, 529 ff.) ist insoweit nicht ausreichend.

Dr. Regina Bömelburg, Richterin am OLG Köln

Kein Ruhen der elterlichen Sorge

— § 1674 Abs. 1 BGB

Zu den Voraussetzungen des Ruhens der elterlichen Sorge bei einem tatsächlichen Hindernis durch längerfristige Abwesenheit des Elternteils.

BGH, Beschl. v. 6.10.2004 – XII ZB 80/04 – (OLG Köln, AG Heinsberg)

Gründe: I. Die betroffenen minderjährigen Kinder sind wie ihre Eltern türkische Staatsangehörige. Sie wurden am 22.4.2002 gemeinsam mit ihrer Mutter von Großbritannien in die Bundesrepublik Deutschland überstellt. Der Kindesvater hält sich nach wie vor illegal in Großbritannien auf und ist dort zur Aufenthaltsermittlung ausgeschrieben.

Nach bestandskräftiger Ablehnung ihrer Asylanträge wurden die Kindesmutter und die betroffenen Kinder durch Bescheid des Bundesamts für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge aufgefordert, die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen. Die Ausreise scheiterte daran, dass den Kindern mangels Mitwirkung des Kindesvaters keine Reisedokumente ausgestellt werden konnten. Der Vater hat ausdrücklich erklären lassen, er sei nicht bereit und nicht willens, die von den Antragstellern verlangte Erklärung gegenüber dem Türkischen Generalkonsulat abzugeben, um seinen Kindern einen weiteren Aufenthalt in Deutschland und einen Schulbesuch zu ermöglichen. Der Beteiligte zu 3) (Landkreis, Antragsteller) hat beantragt, das Ruhen der elterlichen Sorge des Kindesvaters festzustellen, weil dieser wegen seines Aufenthalts in London nicht in der Lage sei, die elterliche Sorge auszuüben. Dem hat sich die Beteiligte zu 4) (Stadt – Jugendamt –, Antragstellerin) angeschlossen. Mit Beschl. v. 5.12.2003 hat das AG das Ruhen der elterlichen Sorge des Kindesvaters für seine drei Kinder festgestellt. Auf die Beschwerde beider Eltern hat das OLG mit Beschl. v. 12.1.2004 die sofortige Vollziehung des angefoch-

tenen Beschlusses ausgesetzt. Mit weiterem Beschl. v. 25.2.2004 hat es den angefochtenen Beschl. ersatzlos aufgehoben. Dagegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 3).

II. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 621e Abs. 2 Nr. 1 ZPO), weil das Beschwerdegericht sie ausdrücklich zugelassen hat. Daran ist der Senat gebunden (§ 574 Abs. 3 S. 2 ZPO). Der Beteiligte zu 3) ist auch beschwerdeberechtigt, weil die auf seinen Antrag ergangene und ihm günstige Entscheidung durch das Beschwerdegericht abgeändert worden ist (vgl. *Keidel/Weber*, FGG, 15. Aufl. 2003, § 64 Nr. 48 a). Nach § 78 Abs. 4 ZPO muss der Landkreis sich auch als Beteiligter im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BGH nicht durch einen hier zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

2. Die Rechtsbeschwerde ist aber unbegründet, weil das Beschwerdegericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass die elterliche Sorge des Kindesvaters nicht nach § 1674 BGB wegen eines tatsächlichen Hindernisses ruht.

a) Nach Art. 21 EGBGB ist auf das Rechtsverhältnis zwischen Kindern und ihren Eltern das Recht des Staates anwendbar, in dem die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Das ist hier das Recht der Bundesrepublik Deutschland, weil sich die Kinder seit ihrer Überstellung aus Großbritannien am 15.4.2002 gemeinsam mit der Mutter ununterbrochen hier aufhalten. Unmittelbare Kontakte zu anderen Ländern, insbesondere zum Aufenthaltsort des Kindesvaters in Großbritannien, bestehen für die Kinder nicht.

b) Nach § 1674 Abs. 1 BGB ruht die elterliche Sorge eines Elternteils, wenn das Familiengericht feststellt, dass er auf längere Zeit die elterliche Sorge tatsächlich nicht ausüben kann. Ein solches tatsächliches Ausübungshindernis ist aber nur dann anzunehmen, wenn der wesentliche Teil der Sorgerechtsverantwortung nicht mehr von dem Elternteil selbst ausgeübt werden kann. Eine (zulässige) Übertragung der Ausübung auf Dritte ist allerdings kein Hindernis i.S.d. § 1674 BGB, da sie jederzeit widerruflich ist und die Eltern letztlich die Verantwortung für die Ausübung der elterlichen Sorge behalten. Nur wenn diese Steuerungsmöglichkeit praktisch nicht mehr besteht, liegt eine Verhinderung vor, weil die Überlassung der Ausübung des Sorgerechts an Dritte dann auf eine (unzulässige) Übertragung des Sorgerechts hinausläufe (*Staudinger/Coester*, BGB, 13. Bearbeitung 2000, § 1674 Rn 9).

aa) In Rspr. und Literatur wird deswegen zu Recht eine bloße physische Abwesenheit nicht für ausreichend erachtet, wenn der Elternteil – sei es durch den anderen Elternteil, sei es durch sonstige Hilfskräfte bei der Ausübung der elterlichen Sorge – seine Kinder gut versorgt weiß und auf der Grundlage moderner Kommunikationsmittel oder Reisemöglichkeiten auch aus der Ferne Einfluss auf die Ausübung der elterlichen Sorge nehmen kann (vgl. *Staudinger/Coester*, a.a.O., Rn 11; *MüKo-BGB/Finger*, 4. Aufl. 2002, § 1674 Rn 4; *Bamberger/Roth/Veit*, BGB, 2003 § 1674 Rn 2; *Erman/Michalski*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1674 Rn 2; *Weinreich/Klein/Ziegler*, Kom-

paktcommentar Familienrecht, 2002, § 1674 Rn 3, jeweils m.w.N.). Bei langfristiger Abwesenheit von der Familie ist deswegen entscheidend darauf abzustellen, ob dem Elternteil die Möglichkeit verblieben ist, entweder im Wege der Aufsicht oder durch jederzeitige Übernahme der Personen- und Vermögenssorge zur eigenverantwortlichen Ausübung zurückzukehren. Ob dieses der Fall ist, hängt entscheidend von den besonderen Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere auch davon, welche andere Person der Elternteil mit der Ausübung seines Teils der elterlichen Sorge betraut hat.

Deswegen rechtfertigen nach überwiegender Auffassung die Behinderungen in der Ausübung des Sorgerechts durch Verbüßung einer Straftat allein noch keine Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge nach § 1674 BGB (OLG Naumburg FamRZ 2003, 1947; OLG Frankfurt OLGR 2002, 6; OLG Köln FamRZ 1978, 623). Gleiches gilt, wenn sich das Kind in Adoptionspflege befindet, weil der sorgeberechtigte Elternteil allein dadurch noch nicht gehindert ist, das Sorgerecht auszuüben (BayObLG FamRZ 1988, 867). Nur dann, wenn der Elternteil auf längere Zeit nicht entscheidend in die Ausübung des Sorgerechts eingreifen kann, sei es infolge langfristiger Inhaftierung (vgl. OLG Dresden FamRZ 2003, 1038) oder Abwesenheit ohne weitere Kontaktpflege (vgl. OLG Naumburg FamRZ 2002, 258), sei es durch einen Aufenthalt im Ausland ohne Einfluss auf die Ausübung des Sorgerechts (OLG Köln FamRZ 1992, 1093; LG Frankenthal DAVorm 1993, 1237), ist das Ruhen der elterlichen Sorge nach § 1674 BGB festzustellen.

bb) Ein Ruhen der elterlichen Sorge nach § 1674 BGB kommt allerdings auch dann in Betracht, wenn der Elternteil nur Teilgebiete des Sorgerechts langfristig nicht ausüben kann (vgl. *Staudinger/Coester*, a.a.O., Rn 10; *Palandt/Diederichsen*, a.a.O., Rn 1; *MüKo-BGB*, a.a.O., Rn 4; *Bamberger/Roth/Veit*, a.a.O., Rn 4). Denn der Vorschrift des § 1674 BGB lässt sich eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf eine generelle Verhinderung des Elternteils zur Ausübung der gesamten elterlichen Sorge nicht entnehmen. Ein Vergleich mit der Möglichkeit des Ruhens der elterlichen Sorge bei einem rechtlichen Hindernis nach § 1673 BGB zeigt vielmehr, dass davon auch Teilbereiche betroffen sein können, weil eine solche Feststellung auch bei beschränkter Geschäftsfähigkeit in Betracht kommt (§ 1673 Abs. 2 S. 1 BGB). Der Gedanke ist deswegen auf abgrenzbare Teilbereiche der elterlichen Sorge, wie z.B. die Vermögenssorge (vgl. BayObLG FamRZ 1979, 71, 73) oder die Personensorge (vgl. KG FamRZ 1974, 452, 453; *Staudinger/Coester*, a.a.O., Rn 10), übertragbar, wenn der Elternteil langfristig nur diese nicht ausüben kann. Dann kann der gerichtliche Beschl. auch nur in diesem Umfang zum Ruhen der elterlichen Sorge führen.

cc) Nach diesen Maßstäben hat das Beschwerdegericht ein Ruhen der elterlichen Sorge des Kindesvaters zu Recht abgelehnt. Wie das gerichtliche Verfahren gezeigt hat, hält die Kindesmutter nach wie vor Kontakt zu dem mit ihr verheirateten Kindesvater. Nur so konnte dieser von dem laufenden Verfahren

Kenntnis erlangen und sich – anwaltlich vertreten – zur Sache einlassen. Über diesen Kontakt hätte der Kindesvater der Erteilung der Reisedokumente auch zustimmen oder jedenfalls die Mutter der Kinder entsprechend bevollmächtigen können. Dass dies nicht geschehen ist, beruht mithin nicht auf einer fehlenden Einwirkungsmöglichkeit, sondern auf einer Willensentscheidung des Vaters, die er gerade in Ausübung seiner elterlichen Sorge getroffen hat. Der Verpflichtung nach den §§ 4, 68 Abs. 4 AuslG i.V.m. § 25 DVAuslG kommt der Kindesvater also nicht wegen eines tatsächlichen Hindernisses, sondern absichtlich nicht nach, um eine Ausweisung der Familie in die Türkei zu verhindern. Darauf, ob es sich bei dieser Mitwirkungspflicht um einen abgrenzbaren Teilbereich des Sorgerechts handelt, kommt es mithin nicht einmal an. In solchen Fällen ruht die elterliche Sorge nicht, sondern es ist zu prüfen, ob die Ausübung der elterlichen Sorge durch den Vater dem Kindeswohl widerspricht, was aus Sicht des verfassungsrechtlich gebotenen staatlichen Wächteramts ein staatliches Eingreifen begründen könnte (vgl. BVerfG FamRZ 2002, 1021, 1023).

dd) Sollte die fehlende Mitwirkung des Kindesvaters bei der Erteilung der Personaldokumente zu untragbaren Verhältnissen führen, die dem Kindeswohl widersprechen, käme deswegen allenfalls ein partieller Eingriff in die elterliche Sorge nach § 1629 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 1796 BGB oder nach § 1693 BGB in Betracht. Dieses wird das Jugendamt im Interesse des Kindeswohls der minderjährigen Kinder zu prüfen haben. Das Grundrecht des Art. 6 GG dürfte dem jedenfalls nicht entgegenstehen, weil die beabsichtigte Abschiebung der Kinder nur im Familienverbund und gemeinsam mit ihrer Mutter vorgesehen ist und der Kindesvater den persönlichen Kontakt seit der Überstellung aus England im April 2002 ohnehin aufgegeben hat. Der verbliebene Kontakt durch moderne Kommunikationsmittel, mit denen der Vater seinen Einfluss auf die Erziehung der Kinder aufrechterhält, wird durch den Wechsel des ständigen Aufenthalts der restlichen Familie nicht entscheidend beeinflusst.

Bewertung eines Unternehmens im Zugewinnausgleich

— § 1376 BGB

Zur Frage, ob bei der Bewertung eines Unternehmens im Zugewinnausgleich dem vom Sachverständigen ermittelten Ertragswert der Betrag hinzugerechnet werden kann, um den der Verkehrswert eines einzelnen Unternehmensbestandteils dessen Buchwert übersteigt.

BGH, Urt. v. 8.9.2004 – XII ZR 194/01 (OLG Koblenz, AG Montabaur)

Anm. der Red.: Das Urteil ist abgedruckt in FamRZ 2005, 99 m. Anm. Schröder.

Unterhaltsanspruch bei Lebensgemeinschaft mit dem Schwiegersohn

— §§ 1579 Nr. 7, 1361 Abs. 3 BGB

Geht die Ehefrau eine neue Beziehung ein, begründet dies nur dann den Verwirkungstatbestand des § 1579 Nr. 7 BGB, wenn hierdurch der Ehemann in der Öffentlichkeit bloßgestellt oder sonst in seinem Ansehen geschädigt wird (hier: verneint bei einem Zusammenleben mit dem Schwiegersohn).

OLG Jena, Urt. v. 23.9.2004 – 1 UF 140/04 (AG Bad Salzungen)

Sachverhalt: Die Parteien sind Ehegatten und leben seit August 2002 voneinander getrennt. Ein Ehescheidungsverfahren ist zwischenzeitlich rechtshängig. Die Klägerin lebt mit ihrem Schwiegersohn zusammen. Sie nimmt den Beklagten auf Trennungsunterhalt in Höhe von 341,83 EUR monatlich ab Juni 2003 in Anspruch.

Das AG – FamG – hat die Klage abgewiesen, weil ein Fall grober Unbilligkeit (§ 1579 Nr. 7 BGB) gegeben sei. Es müsse sich für den Beklagten als unerträglich darstellen, seine Tochter finanziell unterstützen zu müssen, wenn er andererseits aber das Verhältnis der Klägerin zum Ehemann der gemeinsamen Tochter durch Unterhaltsleistungen finanzieren soll. Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen: ... II. Die Klägerin hat nach den ehelichen Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Parteien zumindest einen Trennungsunterhaltsanspruch (§ 1361 BGB) in Höhe von monatlich 341,83 EUR. ... 2. Der Unterhaltsanspruch der Klägerin scheidet nicht an dem vom Beklagten erhobenen Einwand der groben Unbilligkeit gem. § 1579 BGB.

Soweit die Klägerin mit der Berufung betont, die bloße Aufnahme einer Beziehung zu einem anderen Partner genüge nicht für einen Ausschluss nach § 1579 Nr. 6 BGB, entspricht dies dem Ausgangspunkt des AG und der ständigen Rspr. des BGH (vgl. FamRZ 1981, 753), der der Senat folgt. Um von einer Erfüllung des Tatbestands des § 1579 Nr. 6 BGB auszugehen zu können, muss der Verpflichtete dartun und beweisen, dass ein schwerwiegendes und klar beim Berechtigten liegendes evidentes Fehlverhalten gegeben ist.

Dem wird das Vorbringen des Beklagten, die Klägerin habe die Beziehung im Frühjahr 2002 aufgenommen, die Trennung der Parteien sei aber erst im August 2002 erfolgt, nicht ansatzweise gerecht, nachdem die Klägerin mit Schriftsatz v. 30.10.2003 vorgetragen hat, die Ehe sei schon bei Aufnahme ihrer Beziehung auf Grund einer Verhaltensänderung des Beklagten nicht mehr intakt gewesen.

Es ist nicht zu beanstanden und wird von den Parteien nicht angegriffen, dass das AG noch nicht von einer verfestigten Lebensgemeinschaft, die die Voraussetzungen des § 1579 Nr. 7 BGB erfüllt, ausgegangen ist. Allerdings folgt aus dem Vortrag des Beklagten entgegen der Auffassung des AG auch