

Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften

The Legal Status of Cohabitants

Herausgegeben von
JENS M. SCHERPE und NADJMA YASSARI

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

81

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Die Rechtsstellung nichtehelicher
Lebensgemeinschaften
The Legal Status of Cohabitants

herausgegeben von
Jens M. Scherpe und Nadjma Yassari

Mohr Siebeck

ISBN 3-16-148705-2 / eISBN 978-3-16-160333-4 unveränderte eBook-Ausgabe 2022
ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2005. www.mohrsiebeck.com

© Jens M. Scherpe und Nadjma Yassari (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist seit 11/2024 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

Gewidmet

H. Peter Dopffel
2.4.1926 – 2.7.2002

Vorwort

Die Beiträge in diesem Band gehen zum größten Teil auf Referate zurück, die auf einer Tagung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg zum Thema „Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants“ am 2./3.2004 gehalten wurden¹. Bei dieser Tagung wurden die Länderberichte am ersten Tag gehalten, am zweiten Tag folgten die auf Sachfragen ausgerichteten Referate von Prof. Dr. *Dieter Martiny*, Prof. Dr. *Marina Wellenhofer* und Prof. Dr. *Nina Dethloff*. Für diesen Band haben wir die Reihenfolge umgekehrt, so dass zunächst die Sachreferate abgedruckt sind und danach die Länderberichte. Den Verfassern der Länderberichte wurde ein Fragebogen zur Verfügung gestellt, der in deutscher und englischer Sprache unmittelbar vor den Länderberichten mit abgedruckt ist.

Weiter wurden einige Beiträge hinzugefügt, namentlich der rechtshistorische Beitrag von Dr. *Stephan Wagner* vom Max-Planck-Institut in Hamburg, der rechtssoziologische Beitrag von Dr. *Michaela Kreyenfeld* und Dr. *Dirk Konietzka* vom Max-Planck-Institut für demographische Forschung in Rostock, die kirchlichen Beiträge von Prof. Dr. theol. *Eberhard Schockenhoff* von der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Dr. *Monika Lüke*, der Länderbericht Norwegen von Prof. Dr. *Eva Ryrstedt* von der Universität Lund, der Bericht zum islamischen Recht sowie der rechtsvergleichende Gesamtbericht. Diese Ergänzungen erschienen uns im Sinne einer umfassenden Behandlung des Themas sinnvoll und notwendig. Allen Autoren gilt unser herzlicher Dank.

Die Tagung wurde von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) und vom Bundesministerium der Justiz finanziert; ohne diese Finanzierung wäre die Tagung und damit auch der jetzt vorliegende Band nicht möglich gewesen. Den beiden Institutionen sowie insbesondere Herrn Dr. *Thomas Meyer* vom Bundesministerium der Justiz gilt daher unser besonderer Dank.

Dank schulden wir auch dem Direktorium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, ohne dessen nachhaltige Unterstützung die Tagung in dieser Form nicht hätte stattfinden können, Prof. Dr. *Walter Pintens* von der Katholieke Universiteit Leuven sowie der Verwaltung des Instituts, insbesondere Frau *Ilse Groß* und Frau *Regina Achterberg*. Dem Verlag Mohr Siebeck und insbesondere Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig* danken wir für die Aufnahme in die Reihe „Beiträge“.

¹ Tagungsberichte in NJW 2004, Heft 27, S. XX-XXI, *RabelsZ* 69 (2005) 150-155 und *ZEuP* 2005, 684-687.

Bei der Fertigstellung des vorliegenden Bandes war die sachkundige Hilfe von Frau *Ingeborg Stahl*, Frau *Uda Strätling*, Herrn Rechtsanwalt *Rudolf Hömberg* und Herrn *Anatol Dutta* von unschätzbarem Wert.

Der Band ist Herrn Dr. H. Peter Dopffel gewidmet, der nach langer, verdienstvoller Tätigkeit am Institut, insbesondere im Bereich des Familienrechts, am 2.7.2002 verstorben ist.

Hamburg, Dezember 2004

Jens M. Scherpe/Nadjma Yassari

Inhaltsübersicht

Autoren	XI
<i>Jens M. Scherpe</i> Einführung – Nichteheleiche Lebensgemeinschaften als Problem für den Gesetzgeber	1
1. Teil: Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie	13
<i>Stephan Wagner</i> Das nichteheliche Zusammenleben aus rechtshistorischer Sicht – eine Tour d’Horizon durch die Geschichte des Konkubinats	15
<i>Michaela Kreyenfeld/Dirk Konietzka</i> Nichteheleiche Lebensgemeinschaften – Demographische Trends und gesellschaftliche Strukturen	45
2. Teil: Regelungsbedarf in Deutschland – Modell für Europa?	77
<i>Dieter Martiny</i> Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht	79
<i>Marina Wellenhofer</i> Rechtsprobleme bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – unter Lebenden und im Todesfall	101
<i>Nina Dethloff</i> Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und Kinder	137
<i>Anatol Dutta</i> Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften: Reformbedarf in Deutschland – Modell für Europa? Ein Diskussionsbericht	163

3. Teil: Stellungnahmen der Kirchen.....	173
<i>Monika Lüke</i>	
Die Stellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften aus dem Blickwinkel der Evangelischen Kirche in Deutschland	175
<i>Eberhard Schockenhoff</i>	
Die Schwierigkeiten des Rechts mit der Liebe – ein theologisch-ethischer Beitrag zum Verhältnis von Ehe und nichtehelichen Lebensgemeinschaften: Eine Stellungnahme der katholischen Kirche in Deutschland.....	181
4. Teil: Länderberichte.....	203
Fragebögen	205
Frankreich – <i>Frédérique Ferrand</i>	211
Spanien und Portugal – <i>Cristina González Beilfuss</i>	249
Belgien – <i>Walter Pintens</i>	277
Niederlande – <i>Katharina Boele-Woelki/Wendy Schrama</i>	307
Slowenien – <i>Vesna Rijavec/Suzana Kraljić</i>	375
Kroatien – <i>Dubravka Hrabar</i>	399
Schweden – <i>Eva Ryrstedt</i>	415
Norwegen – <i>Eva Ryrstedt</i>	439
Dänemark – <i>Ingrid Lund-Andersen</i>	455
Kanada – <i>Winifred H. Holland</i>	479
Australien und Neuseeland – <i>Owen Jessep</i>	529
An Islamic Alternative: Temporary Marriage – <i>Nadjma Yassari</i>	557
5. Teil: Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung	569
<i>Jens M. Scherpe</i>	
Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung – Empfehlungen zur Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften.....	571

Autoren

Cristina González Beilfuss, Dr. Prof. Titular Derecho internacional privado, Universität Barcelona, Spanien

Katharina Boele-Woelki, Prof. Dr., Molengraaff Institut für Privatrecht, Universität Utrecht, Niederlande

Nina Dethloff, Prof. Dr., Institut für deutsches, europäisches und internationales Familienrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Frédérique Ferrand, Prof. Dr., Universität Jean Moulin 3, Lyon, Frankreich

Winifred H. Holland, Prof., Universität von Western Ontario, Kanada

Dubravka Hrabar, Prof. Dr. LL.M., Universität Zagreb

Owen Jessep, Dr. Associate Professor, Universität New South Wales, Sydney, Australien

Dirk Konietzka, Dr., Max-Planck-Institut für demografische Forschung, Rostock

Suzana Kraljić, Mag., Universität Maribor, Slowenien

Michaela Kreyenfeld, Max-Planck-Institut für demografische Forschung, Rostock

Monika Lüke, Dr., juristische Referentin beim Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union

Ingrid Lund-Andersen, Associate Professor, Universität Århus, Dänemark

Dieter Martiny, Prof. Dr., Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

Walter Pintens, Prof. Dr., Instituut voor familiaal vermogensrecht, Katholische Universität Leuven, Belgien

Vesna Rijavec, Prof. Dr., Universität Maribor, Slowenien

Eva Ryrstedt, LL.D. Associate Professor, Universität Lund, Schweden

Jens M. Scherpe, Dr., Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Eberhard Schockenhoff, Prof. Dr. theol., Theologische Fakultät, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Wendy Schrama, Dr. Univ. Doz., Molengraaff Institut für Privatrecht, Universität Utrecht, Niederlande

Stephan Wagner, Dr. M. Jur. (Oxford) M.A., Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Marina Wellenhofer, Prof. Dr., Universität Hamburg

Nadja Yassari, Dr. LL.M. (SOAS), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Einführung: Nichteheliche Lebensgemeinschaften als Problem für den Gesetzgeber

JENS M. SCHERPE

- A. Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften und Notwendigkeit einer Regelung
- B. Ausgangslage in Deutschland
 - I. Fehlen einer kohärenten Regelung
 - II. Einzelfragen
 - 1. Rechtsprobleme während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - 2. Rechtsprobleme bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Tod oder unter Lebenden)
- 3. Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder
- C. Länderberichte
 - I. Frankreich
 - II. Spanien und Portugal
 - III. Belgien
 - IV. Niederlande
 - V. Slowenien und Kroatien
 - VI. Schweden
 - VII. Dänemark und Norwegen
 - VIII. Australien, Neuseeland und Kanada
- D. Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen

A. Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften und Notwendigkeit einer Regelung

Die Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften nimmt in den westlichen Ländern stetig zu. Man mag dies bedauern oder begrüßen, den Verlust des Leitbildes der Ehe beklagen und um die Zukunft der Familie fürchten oder schlicht die Entstehung einer neuen Form von Familie und familiären Beziehungen feststellen.¹ In jedem Fall ist aber die Existenz einer Vielzahl von nichtehelichen Lebensgemeinschaften in verschiedensten Formen ein unumstößliches Faktum, das nicht ignoriert oder wegdiskutiert werden kann: Wie der Beitrag von *Kreyenfeld/Konietzka* (S. 45-75) aufzeigt, wählen viele Menschen für ihre Lebensgemeinschaft nicht die Ehe. Auch ist das Zusammenleben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft vor einer späteren Ehe inzwischen wohl der Regelfall. Dennoch bestehen für diese Lebensgemeinschaften eine Vielzahl von

¹ Einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften gibt der Beitrag von *Wagner* in diesem Band (S. 15-43). Stellungnahmen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft aus kirchlicher Sicht werden von *Lüke* (S. 175-180) und *Schockenhoff* (S. 181-201) gegeben.

Rechtsproblemen, die einer Lösung bedürfen, so insbesondere bei Auflösung der Lebensgemeinschaft durch Trennung oder Tod und wenn aus der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft Kinder hervorgehen.

Angesichts der wachsenden Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften kann sich der Gesetzgeber – unabhängig von jeder Ideologie – nicht ernsthaft der Lösung dieser in der Gesellschaft entstehenden Rechtsprobleme verweigern. Der oft erhobene Verweis darauf, dass es den Menschen doch freistünde, ihr Rechtsverhältnis vertraglich selbst zu gestalten, geht aus zweierlei Gründen fehl: Zum einen ist es schlicht nicht möglich, sämtliche Rechtsverhältnisse vertraglich zu regeln, insbesondere dann, wenn das öffentliche Recht betroffen ist oder aber Rechte Dritter berührt werden. Zum anderen kann nicht ernstlich davon ausgegangen werden, dass sich Paare vor der Begründung ihrer Lebensgemeinschaft oder kurz danach an einen Tisch setzen und ihre „Allgemeinen Lebensgemeinschaftsbedingungen“ aushandeln, schriftlich fixieren und zur Sicherheit noch von einem Notar überprüfen lassen.² Familiäre oder familienähnliche Beziehungen sind kaum von einer solchen Rationalität geprägt. Grundlage eines solchen Vertrages müsste die Erkenntnis potentieller Interessenantagonismen sein; die Liebe verstellt aber zumeist den Blick darauf.

Die gesellschaftliche Realität erfordert in gewissem Umfang eine Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften. Kernfrage ist hierbei genau die Reichweite dieses „gewissen Umfanges“. Hierbei gilt es vor allem zu beachten, dass keine „Alternative“ zur Ehe geschaffen werden soll, sondern tatsächlich existierende rechtliche Probleme zu lösen sind. Auch ist stets zu berücksichtigen, dass eine Vielzahl der Menschen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften sich bewusst gegen eine enge Rechtsbeziehung entschieden hat. Diesen Personen dürfen nicht gegen ihren Willen rechtliche Regelungen aufgezwungen werden. Eine mögliche künftige Regelung steht daher ganz zwischen zwei Polen: dem Schutzbedürfnis der schwächeren Partei und der Kinder einerseits und der Privatautonomie andererseits.

Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften ist zweifelsohne „auf der Tagesordnung“. Nicht nur auf der wissenschaftlichen Tagesordnung, wie die vielen Publikationen nahe legen, nicht nur auf der praktischen Tagesordnung, wie die Urteile in diesem Bereich beweisen, sondern auch auf der politischen Tagesordnung: Die Regierungskoalition will sich nach ihrem Koalitionsvertrag in dieser Legislaturperiode mit diesem Thema auseinandersetzen, auch wenn bislang konkrete Schritte hierzu ausgeblieben sind. Im Justizministerium finden jedoch bereits erste Vorarbeiten statt.

Angesichts der zahlreichen Länder, die über eine Vielzahl von sehr unterschiedlichen Gesetzen zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften verfügen, wäre es sträflich, in Unkenntnis ihrer Erfahrungen einen „deutschen Weg“ zu

² Eheleuten stellt der Gesetzgeber mit dem gesetzlichen Güterstand und Regelungen zu den allgemeinen Ehwirkungen solche allgemeinen Bedingungen zur Verfügung, so dass Verträge unter Eheleuten der Abänderung, nicht der Schaffung von Regelungen dienen.

suchen,³ insbesondere vor dem Hintergrund der langsamen, aber stetigen Heranbildung erster Strukturen eines „europäischen Familienrechts“.

Das 4. Regensburger Symposium zum europäischen Familienrecht⁴ hatte 1999 „Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich“ zum Thema. Dabei wurde erstmalig in dieser Form auch ein Vergleich der deutschen Regelungen zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit denen anderer europäischer Länder vorgenommen. Diesen Ansatz hat die Tagung am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zur „Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften“ am 2./3. April 2004 aufgenommen, die Grundlage für die Beiträge im vorliegenden Band ist und der sich ausschließlich auf nichteheliche Lebensgemeinschaften konzentriert.

Neben den vermögensrechtlichen Beziehungen stehen vor allem die Grundstrukturen der vorhandenen Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften und deren Verhältnis zur Ehe sowie kindschafts- und unterhaltsrechtliche Fragestellungen im Vordergrund. Daneben wird aber auch auf diejenigen Fragen eingegangen werden, die sich rein praktisch für nichteheliche Lebensgemeinschaften stellen und die mit den vorgenannten oftmals eng verbunden sind.

Der vorliegende Band soll wie die Tagung dazu dienen, Wissenschaftlern und Praktikern einen Überblick über die bestehenden Regelungen in Deutschland und in einigen besonders interessanten Rechtsordnungen zu schaffen.

B. Ausgangslage in Deutschland

I. Fehlen einer kohärenten Regelung

In Deutschland fehlt es an einer kohärenten Regelung für nichteheliche Lebensgemeinschaften. Nur vereinzelt nehmen Normen auf Lebensgemeinschaften Bezug (wie z.B. § 563 Abs. 2 S. 4 BGB). Zur Bewältigung der Rechtsprobleme werden in einzelnen Teilbereichen die Regelungen für Ehen entsprechend angewendet oder aber Lösungen über das Vertragsrecht (wie z.B. über den Wegfall der Geschäftsgrundlage), das Gesellschaftsrecht oder das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung konstruiert.⁵ Dass es hierbei durchaus auch zu tragfähigen Lösungen kommt, spricht für die Leistungsfähigkeit der Richterschaft, kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich letztlich um wenig systematische Notbehelfe handelt. Die Vielzahl der Publikationen und Entscheidungen zeigt jedenfalls, dass die Rechtsstellung und Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften einer Klärung bedürfen.

³ Vgl. Schwab, Einführung zum Thema, in: Henrich/Schwab (Hrsg.), Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, 1999, S. 17.

⁴ Tagungsband: Henrich/Schwab (Hrsg.) (Fn. 3).

⁵ Überblick bei Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaften, 1999, S. 59 ff.

Rechtsstreitigkeiten nichtehelicher Lebensgemeinschaften werden auch nicht vor den spezialisierten Familiengerichten sondern vor den allgemeinen Kammern verhandelt. Dabei sind die zugrunde liegenden sozialen Probleme, die sich in Rechtsstreitigkeiten äußern, inhaltlich denen von „echten“ Familiensachen oft nahezu gleich. Letzteres gilt um so mehr, wenn in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Kinder eines Partners oder gemeinsame Kinder leben, deren Interessen auch bei Entscheidungen über Vermögensfragen, Recht an der Wohnung, Unterhalt etc. mit zu berücksichtigen sind bzw. wären. Der Staat ist hier durch Art. 6 Abs. 5 GG in besonderem Maße aufgefordert, seine Schutzpflichten wahrzunehmen.

II. Einzelfragen

Die einzelnen entstehenden Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften aufzuzählen, würde den Rahmen dieser Einführung sprengen. Sie lassen sich aber zumindest in drei Gruppen aufteilen: Rechtsprobleme während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (dazu unten 1.) sowie ausführlich *Martiny* (S. 79-99), bei Auflösung unter Lebenden oder durch Tod (dazu unten 2.) sowie ausführlich *Wellenhofer* (S. 101-136) und Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder (dazu unten 3.) sowie ausführlich *Dethloff* (S. 137-162).

1. Rechtsprobleme während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Auch wenn die Mehrzahl der Rechtsprobleme erst für den Fall der Auflösung der Lebensgemeinschaft juristisch in Erscheinung tritt, so sind auch Rechtsbeziehungen während des Bestehens in einem gewissen Umfang regelungsbedürftig. Die meisten der auftretenden Fragen dürften sich vertraglich lösen lassen, wie etwa im Bereich des Mietrechts, Vertretung und Vollmacht, Besuchs- und Auskunftsrechte etc. Andererseits ist zu konstatieren, dass der Abschluss von Verträgen in der Praxis eher die Ausnahme ist und dann die Gerichte zur Lösung angerufen werden. Insofern wäre (wie im Fall von § 563 Abs. 2 S. 4 BGB) eine gesetzliche „Auffangregelung“ zu erwägen.

Neben den durch Vertrag lösbaren Problemen verbleibt ein Bereich, der vertraglichen Regelungen nicht zugänglich ist, so insbesondere im Bereich des Ausländerrechts (z.B. Aufenthaltsrechte), im Strafprozess (Aussageverweigerungsrecht, allenfalls durch „Blitzverlobung“), Steuerrecht etc.

Darüber hinaus kann auch das Verhältnis Dritten gegenüber regelungsbedürftig sein, ggfs. auch gegen die Interessen der Partner, so dass eine vertragliche Regelung unrealistisch erscheint. Besonders augenfällig ist dies im Fall der Zwangsvollstreckung gegen einen Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Hier gelten §§ 739 ZPO, 1362 BGB nicht, so dass die nichteheliche

Lebensgemeinschaft faktisch gegenüber der Ehe privilegiert ist. Auch im Bereich des Versicherungsrechts (Stichwort: „Familienprivileg“) besteht trotz vorhandener Rechtsprechung noch weiterer Klärungsbedarf.

2. Rechtsprobleme bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Tod oder unter Lebenden)

Gerichtsaktenkundig werden überwiegend Rechtsprobleme bei Auflösung der Lebensgemeinschaft. Im Vordergrund stehen hier naturgemäß Vermögensinteressen, beginnend bei der Aufteilung des Hausstandes über die Vergütung bei Mitarbeit im Geschäft des Partners bis hin zu Unterhaltsfragen. Für den Fall des Todes eines der Partner stehen Fragen des Erbrechts, des Erbschaftssteuerrechts und der Altersvorsorge im Vordergrund. Das eben zur Möglichkeit vertraglicher Regelungen Gesagte gilt auch hier.

3. Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder

Die Rechtsbeziehungen zwischen nichtehelichen Eltern und Kindern stellen sich natürlich sowohl während des Bestehens der Lebensgemeinschaft als auch nach deren Auflösung. Da aber dies der Bereich zu sein scheint, bei dem der dringendste Regelungsbedarf und das größte Schutzbedürfnis besteht, wurde beschlossen, ihn separat zu behandeln. Denn der Verweis darauf, dass die Eltern „ja hätten heiraten können“ hilft zumindest dem Kind jedenfalls nicht weiter, und es ist nicht einzusehen, warum es für eine Unterlassung der Eltern büßen soll. Art. 6 Abs. 5 GG gebietet hier dem Staat, seine Schutzpflichten wahrzunehmen.

a) Gemeinsame Kinder

Durch einige Reformen wurde die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes zwar verbessert, eine Vielzahl von Problemen bleibt jedoch bestehen, wie nicht zuletzt einige BVerfG-Urteile aus jüngerer Zeit belegen.⁶ Problematisch erscheinen insbesondere Sorgerecht, Umgangsrecht sowie teilweise steuerrechtliche Fragen. Darüber hinaus erscheint auch die Regelung des § 1615 I BGB nicht ausreichend, um die Mutter bei Trennung abzusichern, da ihr selbst daneben bzw. nach Ablauf der dort genannten Fristen grundsätzlich kein eigener gesetzlicher Unterhaltsanspruch zusteht, selbst wenn sie aufgrund der Betreuung des gemeinsamen Kindes keine Berufstätigkeit ausüben kann.

⁶ BVerfG 29.1.2003, FamRZ 2003, 285; BVerfG 23.4.2003, FamRZ 2003, 1447.

b) Kinder eines Partners

Neben gemeinsamen Kindern können natürlich auch Kinder eines Partners aus einer früheren Beziehung in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, oft auch über einen sehr langen Zeitraum. Hier sind die Rechte und Pflichten des nichtleiblichen „Elternteils“ problematisch und bedürfen einer Verbesserung. Die Möglichkeit einer (gemeinsamen oder Stiefkind-) Adoption kommt nur bei einer Heirat in Betracht. Insofern sind dem zwar faktischen, aber nicht rechtlichen Elternteil oftmals „die Hände gebunden“, was sich auch zu Lasten des Kindes auswirken kann. Darüber hinaus ist das Kind auch im Hinblick auf Unterhaltsansprüche oder Erbansprüche (einschließlich der Erbschaftsteuer) schlecht gestellt. Die steuerliche Geltendmachung von Aufwendungen für das nichtleibliche Kind ist gleichfalls sehr problematisch.

C. Länderberichte

Bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft handelt es sich natürlich nicht um ein rein nationales Phänomen. Der Trend zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist – wenn auch in unterschiedlichem Maße – in allen westlichen Ländern festzustellen, in jedem Fall aber als „Vorstufe“ zur Ehe bzw. eingetragenen Lebenspartnerschaft nahezu die Regel. Insofern haben sich verschiedene Rechtsordnungen schon mit der Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften beschäftigt und sind dabei zu unterschiedlichen Lösungsansätzen gelangt, die sich nach der Art der Anknüpfung von Rechtsfolgen grob in zwei Gruppen einteilen lassen:

- (1) Anknüpfung der Rechtswirkungen an das bloße faktische Zusammenleben
- (2) Anknüpfung der Rechtswirkungen an ein Rechtsinstitut, das eine Registrierung bzw. einen Vertrag voraussetzt.

Der Inhalt der jeweiligen Regelungen hängt maßgeblich davon ab, welcher Anknüpfungspunkt gewählt wurde, es handelt sich gleichsam um eine echte „Grundfrage“.

Hier gilt es, die Lösungen und Erfahrungen anderer Länder zu vergleichen und deren Vor- und Nachteile zu würdigen. Jedes der im Folgenden aufgeführten Länder wurde gewählt, weil die dortigen rechtlichen Regelungen Besonderheiten aufweisen, die einen Erkenntnisgewinn hinsichtlich einer möglichen Regelung in Deutschland erwarten lassen. Eine genaue, detaillierte Darstellung, insbesondere im Kontext der Gesamtregelung und vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen und sozialen Situation erschien daher viel versprechend. Um zu gewährleisten, dass in allen Länderberichten die relevanten Rechtsprobleme angesprochen werden, wurde ein Fragebogen erstellt, an dem sich die Länderberichte orientieren sollten und der in deutscher und englischer Sprache (S. 205-207 und 208-210) mit abgedruckt ist. Neben den berücksichtigten Län-

dern wären natürlich noch eine Vielzahl anderer Länder in Betracht gekommen, so insbesondere diverse US-Bundesstaaten, Brasilien und Japan. Eine Beschränkung war jedoch erforderlich.

I. Frankreich⁷

Frankreich hat nach langen Beratungen 1999 das Gesetz über den *Pacte civil de solidarité* (PACS) verabschiedet. Dieses Rechtsinstitut wird zwar grundsätzlich vertraglich begründet, gleichwohl ist aber eine gemeinsame Erklärung gegenüber dem *Tribunal d'Instance* erforderlich. Es steht gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren offen und hat nur sehr eingeschränkte Rechtsfolgen. Es ist damit Repräsentant eines der möglichen „Grundtypen“ zur Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, nämlich des Typus „Begründung durch Vertrag“ bzw. „Vertragsmodell“: Es erfordert eine ausdrückliche Erklärung beider Partner. Ob sich dieses in der Praxis sehr beliebte Rechtsinstitut auch bewährt hat und ob es geeignet ist, die anfallenden Probleme befriedigend zu lösen, ist von großem Interesse. Auch soll der Länderbericht Erkenntnisse darüber liefern, in welcher Situation sich Paare befinden, die – aus welchen Gründen auch immer – eben gerade keinen PACS geschlossen haben. Hierfür besteht in Frankreich nebenher die gesetzlich ausdrücklich anerkannte *concubinage*. Das Verhältnis von *concubinage*, PACS und Ehe dürfte exemplarisch die wesentlichen Probleme der Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften aufzeigen.

II. Spanien und Portugal⁸

Spanien ist von Interesse, da hier der Gesetzgeber bislang keine Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften erlassen hat. Lediglich in den autonomen Gebieten (z.B. Katalonien, Aragon, Andalusien), die hier z.T. über eine eigene Rechtssetzungskompetenz verfügen, sind verschiedene Regelungen erlassen worden. Aufgrund der eingeschränkten Regelungskompetenzen kommt es hier

⁷ Vgl. den Länderbericht unten S. 211-248 sowie Ferrand, Das französische Gesetz über den *pacte civil de solidarité*, FamRZ 2000, 517 ff.; dies., Ehehliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im französischen Recht, in: Henrich/Schwab (Fn. 3) S. 100 ff.; dies., Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in Frankreich, in: Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, 2000, S. 111 ff.; Hauser, Nichteheliche Lebensgemeinschaft in Frankreich: Der „*Pacte civil de Solidarité*“ (PACS) nach dem Gesetz n° 99-944 vom 15.11.1999, DEuFamR 2000, 29 ff.

⁸ Vgl. die Länderberichte unten S. 249-275 sowie zu Spanien Martin Casals, Grundzüge der vermögensrechtlichen Situation von Ehegatten und nichtehelichen Lebensgemeinschaften im spanischen und katalanischen Recht, in: Henrich/Schwab (Fn. 3) S. 293 ff.; Schlenker, Die Stellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften in Spanien und den spanischen Teilrechtsordnungen, in: Basedow u.a. (Fn. 7) S. 145 ff., 154 und zu Portugal Siebeneichler de Andrade, Portugiesisches und brasilianisches Güterrecht im Vergleich, in: Henrich/Schwab (Fn. 3) S. 215 ff.

zu „unvollständig“ anmutenden Bestimmungen. Ähnlich wie der französische PACS erfordern sie den Abschluss eines Vertrages und haben eher geringe Rechtsfolgen. Die katalonische Regelung (*unión estable*) z.B. verfügt allerdings über die Besonderheit, dass die Rechtswirkungen auch ohne einen solchen Vertragsschluss eintreten, wenn das Paar zwei Jahre zusammenlebt. Es können also auch ohne eine ausdrückliche Erklärung die Rechtsfolgen der *unión estable* eintreten. Eine solche „Fristenlösung“ ist ein möglicher Ansatz, um den Konflikt zwischen Schutzbedürfnis der schwächeren Partei einerseits und dem Recht auf eine privatautonome Entscheidung andererseits zu lösen. Ob eine solche Fristenlösung hierfür geeignet ist, soll sich aus dem Länderbericht ergeben.

In *Portugal* ist hingegen 1999 ein Gesetz zur Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Kraft getreten, welches seit 2001 unabhängig vom Geschlecht der Partner gilt. Nichtehelichen Lebenspartnern, die mindestens zwei Jahre zusammenleben, werden durch dieses Gesetz zwar z.B. Steuervorteile wie Eheleuten gewährt, andererseits gilt strikte Gütertrennung und es besteht kein gesetzliches Erbrecht. Wohl aber werden für den Fall des Todes eines Partners bestimmte Rechte eingeräumt, darunter z.B. ein befristeter Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass, Wohnrechte etc. Portugal ist damit ein weiterer Vertreter der „Fristenlösung“, aber anders als die spanischen autonomen Gebiete dabei nicht in seiner Regelungskompetenz eingeschränkt.

III. Belgien⁹

In *Belgien* besteht das Rechtsinstitut des „Gesetzlichen Zusammenlebens“, welches allerdings durch einen Vertrag bzw. gemeinsame Erklärung begründet wird. Es steht nicht nur gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren offen, sondern auch engen Verwandten wie z.B. Brüdern oder Mutter und Tochter. Anders als bei den anderen Regelungen in Europa ist somit eine tatsächliche oder zumindest mögliche sexuelle Beziehung keine Voraussetzung, vielmehr sollen davon unabhängig Einstandsgemeinschaften, d.h. enge soziale Beziehungen mit gegenseitigem Fürsorgewillen, rechtlich aufgewertet werden. Die Rechte und Pflichten des „Gesetzlichen Zusammenlebens“ sind zwar gering, aufgrund des ausdrücklichen Einschlusses bloßer Einstandsgemeinschaften ist es in Europa aber wohl einzigartig. Eine Darstellung auch der praktischen Erfahrungen kann Aufschluss darüber geben, ob für solche Gemeinschaften ein Regelungsbedarf besteht.

⁹ Vgl. den Länderbericht unten S. 277-305 sowie *Pintens*, Partnerschaft im belgischen und niederländischen Recht, FamRZ 2000, 69 ff.; *ders.*, Das belgische Recht, in: Henrich/Schwab (Fn. 3) S. 28-33; *ders.*, Länderbericht Belgien, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht; *Becker*, Das Gesetz über die gesetzliche Lebensgemeinschaft in Belgien, Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer 2000, 155 ff.

IV. Niederlande¹⁰

Die *Niederlande* haben 1998 das Rechtsinstitut der Registrierten Partnerschaft eingeführt, welches, anders als die Registrierten Partnerschaften der nordischen Länder oder die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft, sowohl gleich- als auch verschiedengeschlechtlichen Paaren offen steht. Was die Regelungsintensität angeht, so handelt es sich bei der niederländischen Registrierten Partnerschaft um das in Europa weitestgehende Institut: Die Unterschiede zur Ehe sind praktisch gering, die einverständliche Auflösung ist aber um ein erhebliches einfacher. Der Länderbericht sollte Klarheit darüber bringen können, warum die Registrierte Partnerschaft in den Niederlanden sich bei verschiedengeschlechtlichen Paaren einer solchen Beliebtheit erfreut, insbesondere ob sie nicht als Alternative zur Ehe verstanden wird. Des Weiteren steht zu erwarten, dass für viele Lebensgemeinschaften ein Rechtsinstitut mit einer solch großen Regelungsintensität unattraktiv sein dürfte. Unterhalb der Registrierten Partnerschaft dürften daher weitere Regelungen für diese Paare bestehen. Die Niederlande können daher als Beispiel dafür dienen, welche Folgen es zeitigt, wenn nichteheliche Lebensgemeinschaften durch ein Rechtsinstitut „überreguliert“ werden.

V. Slowenien und Kroatien¹¹

In den Vergleich sollen auch osteuropäische Rechtsordnungen mit einbezogen werden. Viele dieser Länder haben sich kürzlich im Bereich des Familienrechtes neue Gesetze gegeben, die eine nähere Betrachtung lohnen, gleiches gilt aber auch für alte Gesetze, die zum Teil noch fortgelten.

In *Slowenien* z.B. wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft schon im fortgeltenden Gesetz zu Ehe- und Familienbeziehungen von 1976 geregelt. Im Ergebnis führt hier eine heterosexuelle nichteheliche Lebensgemeinschaft unter bestimmten Voraussetzungen dazu, dass für die Partner dieselben rechtlichen Regelungen gelten wie für Ehepaare – und zwar unabhängig vom Willen der Partner. Slowenien repräsentiert damit in Europa den radikalsten möglichen Ansatz für eine Anknüpfung an das bloße faktische Zusammenleben, die Über-

¹⁰ Vgl. den Länderbericht unten S. 307-374 sowie *Boele-Woelki/Schrama*, Die Rechtsstellung von Menschen mit homosexueller Veranlagung im niederländischen Recht, in: Basedow u.a. (Fn. 7) S. 51 ff.; *Pintens* (Fn. 9) FamRZ 2000, 69 ff. sowie ausführlich und die niederländischen und deutschen Regelungen vergleichend *Schrama*, De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht, 2004.

¹¹ Vgl. die Länderberichte unten S. 375-397 und S. 399-414 sowie *Geč-Korošec/Kraljić*, Vermögensrechtliche Verhältnisse in der Ehe und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach slowenischem Recht, in: Henrich/Schwab (Fn. 3) S. 272 ff.; *Kraljić*, Consequences deriving from cohabitation-relations between partners and between partners and children, in: Boele-Woelki (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, 2003, S. 339 ff.

tragung der eherechtlichen Normen. *Kroatien* hat zwar ähnliche Bestimmungen, kennt aber anders als Slowenien neben Regelungen für verschiedengeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaften seit 2003 auch separate Regelungen für gleichgeschlechtliche Paare.

VI. Schweden¹²

In den nordischen Ländern ist die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften im europäischen Vergleich am höchsten. *Schweden* hat sich daher bereits 1987 ein Gesetz für verschiedengeschlechtlich Zusammenlebende (Sambolag) gegeben, welches kurz darauf im Wesentlichen auch auf gleichgeschlechtliche Paare übertragen wurde. 2003 wurden schließlich beide Gesetze zu einem gemeinsamen Gesetz zusammengeführt. Das Sambolag als solches ist von geringer Regelungsdichte, erst durch das Zusammenspiel mit anderen Normen des öffentlichen Rechts, insbesondere des Steuer- und Sozialrechts ergibt sich das tatsächliche Bild, welches die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften widerspiegelt. Das schwedische Sambolag ist (gleichsam als Gegenkonzept zum „Vertragsmodell“) der Urtypus einer Regelung, die unabhängig vom Willen der Partner Rechtsfolgen an das bloße Zusammenleben anknüpft, die sich aber dennoch erheblich von denen der Ehe unterscheiden. Die langjährige Erfahrung mit diesem Modell verspricht einen erheblichen Erkenntnisgewinn. Dass die Regelungen im Wesentlichen auch bei der von langer Hand geplanten und ausführlich dokumentierten Reform von 2003¹³ beibehalten wurden, scheint für einen solchen Ansatz zu sprechen.

VII. Dänemark und Norwegen¹⁴

Anders als Schweden verfügen weder *Dänemark* noch *Norwegen* über ein Gesetz für Zusammenlebende. Das überrascht, neigen die nordischen Länder doch aufgrund ihrer sehr vergleichbaren Rechts- und Sozialstruktur im Allgemeinen dazu, zu ähnlichen rechtlichen Lösungen zu kommen. Beide Länder haben sich jedoch ausdrücklich gegen ein solches Gesetz entschieden. Die Länderberichte sollen die Gründe hierfür offen legen und aufzeigen, wie stattdessen mit den weitestgehend identischen Rechtsproblemen verfahren wird.

¹² Vgl. den Länderbericht unten S. 415-437 sowie *Agell*, Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften, *FamRZ* 1990, 817 ff.; *Carsten*, Länderbericht Schweden, in: *Bergmann* u.a. (Fn. 9); *Dopffel/Scherpe*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Recht der nordischen Länder, in: *Basedow* u.a. (Fn. 7) S. 7 ff.; *Arstam*, Advokaten 2003, 24 f.

¹³ Vgl. nur *Regeringens Proposition* 2002/03:80.

¹⁴ Vgl. die Länderberichte unten S. 455-478 und S. 439-454 sowie *Nielsen*, Danish Family Law – matrimonial property and cohabitant's property, in: *Henrich/Schwab* (Fn. 3) S. 41 f.

Norwegen verfügt darüber hinaus – anders als Dänemark – über ein Gesetz für „Haushaltsgemeinschaften“ von 1971, welches für eine beliebige Zahl von Personen die Hausratsaufteilung bei Auflösung der Haushaltsgemeinschaft regelt.

VIII. Australien, Neuseeland und Kanada¹⁵

Neben den zuvor aufgeführten „civil law“-Ländern ist es auch das Anliegen der Veranstaltung, Länder aus dem common law-Rechtskreis mit einzubeziehen.

Hier bot sich in zunächst *Australien* an, wo alle Einzelstaaten über Gesetze zur Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften verfügen, wie z.B. Property (Relationships) Act 1984 (New South Wales) oder De Facto Relationships Act 1991 (Northern Territory). Eine Untersuchung der Unterschiede und der dafür gegebenen Begründungen sowie eine Auswertung der langjährigen Erfahrungen dürfte auch für Europa und insbesondere Deutschland Rückschlüsse zulassen. *Neuseeland* hat mit dem Property (Relationships) Act 1976 die Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Lebensgemeinschaften auf dem Gebiet des Vermögens-, des Unterhalts- und des Erbrechtes eingeführt.

Für *Kanada* schließlich gilt ähnliches wie für Australien (z.B. Regelungen im Family Law Act Ontario Part III, 29.). Ein Länderbericht ist hier aber besonders lohnend, da das Familienrecht in Kanada in jüngster Zeit durch einige aufsehen erregende Urteile in Bewegung geraten ist (vgl. nur *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, (2002-12-19) SCC) und sich insbesondere auch der Bundesgesetzgeber nunmehr mit entsprechenden Fragestellungen zu beschäftigen hat.

D. Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen

Im letzten Beitrag des Bandes werden die verschiedenen Lösungen der in diesem Band untersuchten Rechtsordnungen miteinander verglichen und Empfehlungen für eine mögliche Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften ausgesprochen (S. 569 ff.)

Besonderes Augenmerk wurde dabei auf die Struktur der Regelungen und deren Verhältnis zu den ehelichen Vorschriften, auf Vermögenszuordnung, Unterhalt und Erbrecht sowie auf das Kindschaftsrecht gerichtet. Am Ende des Beitrages werden die Ergebnisse in Thesenform zusammengefasst.

¹⁵ Vgl. die Länderberichte unten S. 529-555 und S. 479-528.

1. Teil: Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie

Das nichteheliche Zusammenleben aus rechtshistorischer Sicht – eine Tour d’Horizon durch die Geschichte des Konkubinats

STEPHAN WAGNER

- | | |
|---|--|
| A. Römisches Recht | D. Die Rolle des kanonischen Rechts in Hoch- und Spätmittelalter |
| B. Die Haltung der Kirche in der Spätantike | E. Frühe Neuzeit |
| C. Das Recht der germanischen Nachfolgestaaten im Frühmittelalter | F. Naturrecht und Aufklärung |
| | G. Die Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert |

Unser heutiges Bild von Ehe und Familie und damit auch von Lebensgemeinschaften außerhalb der Ehe ist geschichtlich gewachsen. Seine Wurzeln reichen dabei zurück bis zum römischen Recht (unten A.), das in der Spätantike zunehmend dem Einfluss des frühen Christentums ausgesetzt war (unten B.). Das Recht der germanischen Nachfolgestaaten des Frühmittelalters wiederum war besonders von germanischen Rechtsvorstellungen geprägt (unten C.). In Hoch- und Spätmittelalter gewannen christliche Wertvorstellungen durch die dominierende Rolle des kanonischen Rechts weiter an Bedeutung (unten D.). Mit diesem geistigen Erbe hatte sich die Frühe Neuzeit auseinanderzusetzen (unten E.), ehe sich dann naturrechtliches und aufklärerisches Gedankengut Bahn brach (unten F.). Die Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert spannt schließlich den Bogen zur Gegenwart (unten G.). Der vorliegende Beitrag möchte also auf knapp dreißig Seiten einen Überblick über rund zweieinhalbtausend Jahre nichteheliches Zusammenleben geben.¹ Vieles kann daher im Folgenden oft nur angedeutet und allenfalls in groben Umrissen skizziert werden.

¹ An übergreifenden Darstellungen vgl. *Eduard Max Löwenstein*, Die Bekämpfung des Konkubinates in der Rechtsentwicklung, 1919 (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 201); *Hugo Vandenberghe*, De juridische betekenis van het concubinaat, 1970, S. 3 ff.; *Dieter Giesen*, „Konkubinats“, HRG, Bd. II, 13. Lfg. (1975), Sp. 1074 f.; *Hans-Jürgen Becker*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Konkubinats) in der Rechtsgeschichte, in: Götz Landwehr (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 13-38; *Clausdieter Schott*, Lebensgemeinschaft zwischen Ehe und Unzucht – ein historischer Überblick, in: Albin Eser (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1985 (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Heft 47 n.F.), S. 13-32; *Eva Maria v. Münch*, Ehe und eheähnliches Zusammenleben – ein geschichtlicher Rückblick, in: Jutta Limbach/Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Ehe ohne Familie, 1988 (Schriften des Deutschen Juristinnenbundes,

Neben der mitunter schmalen Quellenlage bereitet vor allem die Terminologie oft erhebliche Schwierigkeiten. So wird etwa für das nichteheliche Zusammenleben in den meist lateinisch abgefassten Quellen des Mittelalters der Begriff *concubinatus* verwendet, der jeweils eine ganz unterschiedliche Bedeutung haben kann, von der Geschlechtsgemeinschaft *außerhalb* der Ehe, über die Geschlechtsgemeinschaft *neben* einer bestehenden Ehe bis hin zur Geschlechtsgemeinschaft *in* einer Ehe minderen Rechts.² Auch für die Kinder, die aus diesen Verbindungen hervorgingen,³ findet sich eine begriffliche Vielfalt, die in ihrem historischen Gebrauch nicht immer stringent durchgehalten wurde.⁴

Die vorliegende institutionengeschichtliche Darstellung konzentriert sich in räumlicher Hinsicht auf den mitteleuropäischen Raum.⁵ Dabei wird unter dem Begriff des Konkubinats eine dauerhafte Verbindung von zwei Personen ver-

Bd. 3), S. 1-10; *Eva Schumann*, Die nichteheliche Familie – Reformvorschläge für das Familienrecht mit einer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung und unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts, 1998, S. 1-136; *Herbert Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 3. Auflage, 1999 (NJW-Schriftenreihe, Heft 39), S. 4 ff.

² *Becker* (Fn. 1) 14.

³ Vgl. hierzu *Werner Ogris*, „Bankert“, HRG, Bd. I, 2. Lfg. (1965), Sp. 298-300; *ders.*, „Vater“, HRG, Bd. V, 35. Lfg. (1993), Sp. 648-655, 652 ff.; *Horst Herrmann*, Die Stellung unehelicher Kinder nach kanonischem Recht, 1971 (Kanonistische Studien und Texte, Bd. 26); *Gerhard Buchda*, Kinder und Jugendliche im deutschen Recht (Mittelalter und neuere Zeit) – Ihre Fähigkeit zu Rechtsgeschäften und der Einfluss unehelicher Geburt auf ihre Rechtsstellung, RSJB, Bd. 36: L’Enfant (1976), S. 381-415, 397 ff.; *Anke Leineweber*, Die rechtliche Beziehung des nichtehelichen Kindes zu seinem Erzeuger in der Geschichte des Privatrechts, 1978 (Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 7); *Heinrich Mitteis/Heinz Lieberich*, Deutsches Privatrecht, 9. Auflage, 1981, S. 73 ff.; *Hans-Jürgen Becker*, „Uneheliche“, HRG, Bd. V, 34. Lfg. (1992), Sp. 452-456; *Ludwig Schmugge/Béatrice Wiggerhauser* (Hrsg.), Illegitimität im Spätmittelalter, 1994 (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 29); *Ursula Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 4. Auflage, 2001, S. 105 ff. Zum Namensrecht ferner *Eitel Georg Kopp*, Namensrecht der Unehelichen vor dem Inkrafttreten des BGB in Deutschland, 1959; *Wolf D. Hauser*, Der Name des nichtehelichen Kindes – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Frage der Führung eines Doppelnamens durch das im Konkubinats seiner Eltern aufwachsende Kind, Dissertation (Juristische Fakultät Göttingen), 1990, S. 59 ff. mit einem historischen Überblick. Aus rechtssoziologischer Sicht *Gerd Winter*, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen – erörtert an der sozialen Stellung unehelicher Kinder, 1969 (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 17).

⁴ *Buchda*, RSJB, Bd. 36: L’Enfant (1976), S. 402 f.

⁵ Ein erster gemeineuropäischer Überblick bei *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), 1985, § 44, S. 250 ff.; Bd. II: 19. Jahrhundert – Überblick über die Entwicklung in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, 1989, § 55, S. 323 ff. Daneben RSJB, Bd. 36: L’Enfant (1976) mit zahlreichen Beiträgen zur Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder in Europa. Zu England ferner *Dieter Giesen*, Grundlagen und Entwicklung des englischen Eherechts in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts – vor dem Hintergrund der englischen Geschichte, Rechts- und Kirchengeschichte, 1973 (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 74); *Thomas Steffen*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften in England und Deutschland – Rechtsprobleme während ihres Bestehens, Dissertation (Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften Mainz), 1991, S. 26 ff.; *Michael M. Sheehan*, Illegitimacy in Late Medieval England – Laws, Dispensation and Practice, in: *Schmugge/Wiggerhauser* (Fn. 3) 115-121.

schiedenen Geschlechts außerhalb der Ehe zugrunde gelegt. In jeder Epoche bzw. Gesellschaftsordnung wirft dies unweigerlich folgende Fragen auf: „Ist diese nichteheliche Lebensgemeinschaft verboten oder geduldet oder sogar rechtlich anerkannt? Falls der Konkubinat verboten ist, welches sind die Strafen? Falls er geduldet wird oder anerkannt ist, welches sind die Rechtsfolgen für die beteiligten Personen und ihre Kinder?“⁶

Ein hoch komplexer Problembereich, der von der Forschung bei weitem noch nicht erschöpfend behandelt wurde, sind daneben die Ursachen und Motive für das Zusammenleben in einer Lebensgemeinschaft außerhalb der Ehe, das heißt die noch wesentlich weiter gehende Frage nach den jeweiligen rechtlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Nicht nur rechtlich zwingende Ehehindernisse konnten der Ehe entgegenstehen, sondern auch wirtschaftliche Überlegungen, die ihrerseits wiederum durch erb- bzw. eigentumsrechtliche Faktoren bedingt sein mochten.⁷ Auch die Frage, wie hoch überhaupt der tatsächliche Anteil nichtehelicher Lebensgemeinschaften und nichtehelicher Kinder gewesen sein mag, drängt sich in diesem Zusammenhang auf.⁸ Angesichts der Komplexität dieser rechtstatsächlichen Fragen können im Folgenden keine erschöpfenden Antworten, sondern nur Anstöße gegeben werden.

A. Römisches Recht

Das römische Verständnis der Ehe unterscheidet sich vom heutigen grundlegend, als dort die Ehe nicht als ein Rechtsverhältnis, sondern als ein sozialer Tatbestand begriffen wurde, dessen Ausgestaltung im Wesentlichen der Sitte (*mores*) überlassen war.⁹ Die Ehe (*matrimonium*) war demnach die „verwirklichte Lebensgemeinschaft“¹⁰ von Mann und Frau, getragen von der sog. *affectio maritalis*, dem dauernden Willen der beiden Gatten, in einer monogamen, auf lebenslange Dauer angelegten häuslichen Gemeinschaft zu leben, welche die Erzeugung vollberechtigter Nachkommen zum Ziel hat.¹¹ Von der Ehe als sozialem Tatbestand zu trennen ist die rechtliche Frage nach der ehelichen Gewalt (*manus*): Der Übertritt der Frau in die Ehegewalt des Mannes (*conventio in manum*) war ein privatrechtlicher Vorgang, der ein Rechtsverhältnis (*in manu esse*) begründete. Die von einem solchen Gewaltübergang begleitete sog. *manus*-Ehe war bis gegen Ende der Republik üblich, während

⁶ Becker (Fn. 1) 14; ebenso Schott (Fn. 1) 15.

⁷ Schott (Fn. 1) 30 ff.

⁸ Vgl. etwa Neithard Bulst, Illegitime Kinder – viele oder wenige? Quantitative Aspekte der Illegitimität im spätmittelalterlichen Europa, in: Schmutge/Wiggenhauser (Fn. 3) 21-39.

⁹ Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, 1971, § 17 I, S. 71 ff.; § 73 I, S. 310 ff.; Max Kaser/Rolf Knütel, Römische Privatrecht, 17. Auflage, 2003, § 58 I, S. 353 ff.

¹⁰ Ludwig Mitteis, Römische Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Bd. I: Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen, 1908, S. 131 Fußn. 19.

¹¹ Kaser (Fn. 9) § 17 I 3, S. 73.

dann unter dem Prinzipat die sog. *manus*-freie, gewaltfreie Ehe zur Regel wurde.¹²

Eine nicht als Ehe anerkannte, bloß faktische Lebens- und Geschlechts-gemeinschaft von Mann und Frau (*concubinatus*) stand in der Republik außerhalb der Rechtsordnung. Erst durch die bevölkerungs- und sozialpolitisch motivierte Ehegesetzgebung unter Kaiser Augustus rückte der Konkubinatus ins juristische Blickfeld.¹³ Die *lex Iulia de maritandis ordinibus* („über die Verheiratung der Bürgerstände“) und die *lex Iulia de adulteriis coercendis* („gegen Ehebruch“) aus dem Jahre 18 v. Chr. sowie die *lex Papia Poppaea* aus dem Jahre 9 n. Chr. wurden dabei schon bald nach Augustus als ein einheitliches Regelwerk aufgefasst.¹⁴ Nach dieser *lex Iulia et Papia* bestand für Männer von 25-60 bzw. Frauen von 20-50 Jahren eine Ehepflicht, von der freie Bürger erst durch die Erzeugung von drei ehelichen Kindern (*ius trium liberorum*)¹⁵ oder durch ein entsprechendes Privileg frei wurden. Sanktioniert wurde die Ehe- bzw. Kinderlosigkeit dabei in erster Linie durch eine Einschränkung der Erwerbsfähigkeit von Todes wegen: In der Regel konnten Ehelose (*caelibes*) von dem, was ihnen durch Erbfolge oder Vermächtnis eigentlich anfiel, überhaupt nichts erwerben, Kinderlose (*orbi*) nur die Hälfte.¹⁶ Neben dieser Ehepflicht stellte die *lex Iulia* eine Reihe von Eheverboten auf: Freigeborenen Bürgern war danach die Ehe mit anrühigen Frauen (*feminae probrosae*) untersagt wie etwa Dirnen, Kupplerinnen, von Kupplern Freigelassenen sowie überführten Ehebrecherinnen; Senatoren und ihren Abkömmlingen im Mannesstamm darüber hinaus die Ehe mit Freigelassenen, Schauspielern und Schauspielerkindern.¹⁷ Umstritten ist in der Forschung allerdings, welche Folgen ein verbotswidriges Ehe nach sich zog.¹⁸ Spätestens seit Marc Aurel galt jedenfalls

¹² Kaser (Fn. 9) § 73 III, S. 312; § 76 II, S. 323 f. Der Ansatz von Martin Christian Grosse, *Freie römische Ehe und nichteheliche Lebensgemeinschaft*, 1991 (Reihe Rechtswissenschaft, Bd. 123), der der römischen Ehe *sine manu* die heutige nichteheliche Lebensgemeinschaft gegenüberstellt, krankt daran, dass es sich bei den Kindern aus den entsprechenden Verbindungen im ersten Fall um eheliche, im zweiten Fall hingegen um nichteheliche handelt; gegen diesen Ansatz daher zurecht kritisch Raimund Friedl, *Der Konkubinatus im kaiserzeitlichen Rom – von Augustus bis Septimius Severus*, 1996 (Historia – Zeitschrift für Alte Geschichte, Einzelschriften, Heft 98), S. 12 Fußn. 5.

¹³ Kaser (Fn. 9) § 78, S. 328; Becker (Fn. 1) 14 f.; Ph.J. Thomas, *Concubinatus in Roman Law*, in: Huldigungsband Paul van Warmelo, hrsg. von Johann van der Westhuizen u.a., 1984, S. 230-236, 231; Friedl (Fn. 12) 24, 32 f.

¹⁴ Grundlegend hierzu Riccardo Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, 4. Auflage, 1996.

¹⁵ Für Freigelassene galt ein entsprechendes Vierkinderrecht (*ius quattuor liberorum*).

¹⁶ Kaser (Fn. 9) § 75 III 2, S. 320 f.

¹⁷ Kaser (Fn. 9) § 75 II, S. 319. Zum Eheverbot für Provinzialbeamten und -offiziere mit Frauen aus derselben Provinz vgl. Kaser (Fn. 9) § 74 II 6, S. 317; Friedl (Fn. 12) 165. Zum generellen Eheverbot für Soldaten (bis zum Dienstgrad eines Zenturio) und dem daraus resultierenden Militärkonkubinatus vgl. Kaser (Fn. 9) § 74 II 7, S. 317; Friedl (Fn. 12) 229 ff.

¹⁸ Vgl. Friedl (Fn. 12) 165 ff. mit detaillierter Darstellung des Streitstandes. Nach Auffassung von Kaser (Fn. 9) § 75 II, S. 319 waren solche Ehen erst seit Marc Aurel nichtig, zuvor seien sie also nicht ungültig, sondern an sich wirksam gewesen mit der Maßgabe, dass die

eine solche Verbindung als nichtig und daraus hervorgegangene Kinder als illegitim.

Wer trotz eines solchen Eheverbots eine Lebensgemeinschaft eingehen wollte, dem blieb als Alternative nur der Konkubinat, der zwar rechtlich geduldet wurde,¹⁹ ohne jedoch Ehwirkungen zu entfalten: So wurde der Konkubine nicht das Ansehen der Ehefrau (*honor matrimonii*) zuteil und aus einem Konkubinat hervorgegangene Kinder waren folglich illegitim.²⁰ Eine Ausnutzung des Konkubinats zu Zwecken der Polygamie dürfte hingegen eher unwahrscheinlich sein.²¹

Doch nicht nur Eheverbote führten zum Eingehen eines Konkubinats. Häufig wurden Konkubinate auch eingegangen, obwohl eine Ehe an sich rechtlich zulässig war, so vor allem bei standesungleichen Partnern, insbesondere zwischen Freigelassener (*liberta*) und ihrem Freilasser (*patronus*). Hierbei dürften gesellschaftliche Abgrenzung und handfeste wirtschaftliche Interessen eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben, wenn etwa ein Witwer statt einer weiteren Ehe einen Konkubinat einging, um weitere legitime erbberechtigte Nachkommen und Stiefverhältnisse zu vermeiden.²²

Der Konkubinat setzte die Freiheit *beider* Partner voraus. Eine Verbindung, bei der beide oder zumindest ein Partner Sklave war, galt seit alters her als ein bloßes sog. *contubernium*, das keinerlei privatrechtliche Wirkung entfaltete.²³

Gingen wiederum zwei Freigelassene (*liberti*) statt einer Ehe einen Konkubinat ein, so kam mangels legitimer erbberechtigter Kinder das Intestaterbrecht des jeweiligen Patrons zum Tragen.²⁴ Für den Patron muss daher die Veruchung groß gewesen sein, auf die *liberti* entsprechenden Druck auszuüben,

Ehegatten die gleichen Nachteile der *lex Iulia* trafen wie Unverheiratete. Nach der Gegenansicht waren solche Verbindungen bereits unter Augustus nichtig und daraus hervorgegangene Kinder illegitim, so etwa *Enzo Nardi*, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium*, 1938 (Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano, dei diritti dell'Oriente Mediterraneo e di storia del diritto 7), 23 ff.

¹⁹ Dig. 25, 7, 3, 1 (Marcianus): „... concubinatus per leges nomen assumpsit ...“. Die Geschlechtsgemeinschaft mit einer Konkubine stellte insbesondere keine verbotene Unzucht (*stuprum*) dar, vgl. Dig. 48, 5, 35 pr. (Modestinus): „Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina.“

²⁰ *Kaser* (Fn. 9) § 78, S. 328 f.; *Becker* (Fn. 1) 15. Die These von *Paul Martin Meyer*, *Der römische Konkubinat – Nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, 1895 (unveränderter Nachdruck 1966), S. 23 ff., 25, dass Augustus den Konkubinat als Ersatzinstitut für die nach seiner Gesetzgebung unter ein Eheverbot fallenden Verbindungen konzipiert habe, ist inzwischen von der Forschung widerlegt, vgl. *Friedl* (Fn. 12) 168 f.

²¹ *Friedl* (Fn. 12) 214 ff., 228.

²² *Friedl* (Fn. 12) 169 ff., 183.

²³ *Kaser* (Fn. 9) § 29 IV 1, S. 114; § 74 II 4, S. 284; *Jean Gaudemet*, *Union libre et mariage dans la Rome impériale*, *Iura* 40 (1989), 1-23, 12 ff.; *Friedl* (Fn. 12) 75 ff. m.w.N.

²⁴ Zum Intestaterbrecht des Patron vgl. *Kaser* (Fn. 9) § 166 I 4, S. 697 i.V.m. § 167 III, S. 701. Der Freigelassene war zwar testierfähig, unterlag jedoch in seiner Verfügungsfreiheit erheblichen Einschränkungen, zumal der Patron pflichtteilsberechtigt war, vgl. *Kaser* (Fn. 9) § 161 II, S. 682 i.V.m. § 172 II, S. 708 f.

um ihnen Ehe- und Kinderlosigkeit aufzuoktroyieren, wie gerade die gegen solche Missbräuche gerichtete Schutzgesetzgebung zeigt.²⁵

Ob Konkubinate zwischen Freigeborenen (*ingenui*) möglich waren, ist nicht unumstritten,²⁶ jedoch scheint viel für deren Zulässigkeit zu sprechen.²⁷ Voraussetzung für einen solchen Konkubinat war jedenfalls das Hinzutreten eines Publizitätsakts (*testatio*), da andernfalls eine Ehe vermutet wurde.²⁸ Allerdings dürften Konkubinate zwischen Freien in der Klassik eine untergeordnete Rolle gespielt und erst in der Spätantike an Bedeutung gewonnen haben.²⁹

Unter den christlichen Kaiser des 4. und 5. Jahrhunderts wurden zwar die meisten Eheverbote aufgehoben oder gerieten außer Übung, am Verbot der Ehe zwischen Würdenträgen (*dignitatibus praediti*) und Frauen von niedriger Abkunft oder verwerflichem Lebenswandel (*feminae humiles vel abiectae*) wurde jedoch festgehalten.³⁰ Ein Ausweichen solcher Verbindungen in den Konkubinat suchte Konstantin mit besonderem Nachdruck zu unterbinden.³¹ Dennoch gewann das christliche Gedankengut zunehmend an Einfluss. Eine Verbindung, bei der nach christlicher Lehre eine Ehe zulässig war, musste nun auch vom Staat geduldet werden, selbst wenn der von ihm geforderte Ehwille nicht gegeben war.³² Die daraus resultierende zunehmende rechtliche Ausgestaltung des Konkubinats führte gleichsam zu einer Ehe minderen Rechts (*inaequale coniugium*),³³ der aufgrund des mangelnden Ehwillens (*affectio maritalis*) aber die Würde (*dignitas*) und die vermögens- und erbrechtliche Absicherung der Vollehe fehlten.³⁴ Gleichwohl widerfuhr der Konkubine und ihren Kindern nun eine deutlich bessere rechtliche Behandlung als zuvor. So durfte ihnen zu Lebzeiten oder von Todes wegen eine gewisse Quote des Vermögens zugewendet werden, unter gewissen Umständen bestand sogar ein Intestaterbrecht der Konkubine und ihrer Kinder. Darüber hinaus wurde den Konkubinenkindern ein Unterhaltsanspruch gegen den Vater und seine legitimen Kinder zuerkannt.³⁵ Vor allen Dingen aber konnten die Konkubinen-

²⁵ Friedl (Fn. 12) 198 ff., 212 f., der erhebliche Zweifel an der Effizienz dieser Schutzgesetze äußert, vgl. S. 202 f.

²⁶ Vgl. Friedl (Fn. 12) 193 ff. mit detaillierter Darstellung des Streitstandes.

²⁷ Friedl (Fn. 12) 195 f.

²⁸ Dig. 25, 7, 3 pr. (Marcianus): „In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. Alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur; sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.“

²⁹ Friedl (Fn. 12) 198.

³⁰ Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. II: Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Auflage, 1975, § 217 II 4 c, S. 165 m.w.N.

³¹ Kaser (Fn. 30) § 221, S. 183 m.w.N.

³² Kaser (Fn. 30) § 221, S. 183; Becker (Fn. 1) 16.

³³ Vgl. Cod. 5, 27, 3, 2.

³⁴ Kaser (Fn. 30) § 221, S. 184; H. Herrmann (Fn. 3) 45; Becker (Fn. 1) 16.

³⁵ Kaser (Fn. 30) § 221, S. 184; § 230 I 2, S. 220; Becker (Fn. 1) 16.

kinder (*liberi naturales*) durch Legitimation die Stellung ehelicher Kinder (*legitimi*) erreichen, was den übrigen nichtehelichen, illegitimen Kindern (*vulgo quaesiti* bzw. *spurii*) verwehrt war. Nach den unter Justinian zusammengefassten Regelungen standen dabei drei Möglichkeiten der Legitimation offen: durch nachfolgende Ehe (*legitimitio per matrimonium subsequens*), durch Übernahme des – aus Haftungsgründen äußerst unbeliebten – Amtes des Gemeinderats (*legitimitio per oblationem curiae*) oder durch kaiserlichen Gnadenakt (*legitimitio per rescriptum*).³⁶

B. Die Haltung der Kirche in der Spätantike

Während teilweise die Auffassung vertreten wurde, dass die Kirche von Anfang an stets nur eine zulässige Art der Geschlechtsverbindung anerkannt habe,³⁷ kommt inzwischen die Forschung mit Blick auf die Quellen zu einem differenzierteren Ergebnis.³⁸ Danach hat die Kirche den Konkubinat in der Spätantike nicht etwa bekämpft, sondern vielmehr versucht, ihrer Lehre bei der rechtlichen Ausgestaltung des Konkubinats Geltung zu verschaffen. Sofern die maßgeblichen Voraussetzungen einer monogamen, auf Dauer angelegten Verbindung ohne den generellen Ausschluss von Nachkommen (*proles*) erfüllt waren, gab es für die Kirche keine Veranlassung das Rechtsinstitut des Konkubinats in Frage zu stellen. Es war sogar eher von Vorteil für die Kirche, wenn durch den Konkubinat Verbindungen zwischen Gläubigen über Standesgrenzen hinweg ermöglicht wurden, denen die Rechtsordnung eine Vollehe versagte.³⁹ So wird etwa durch das Konzil von Toledo (400) in Kanon 17 der monogame Konkubinat ausdrücklich erlaubt.⁴⁰ Auch *Augustinus* (gest. 430) hat unter den beschriebenen Bedingungen nichts gegen den Konkubinat einzuwenden.⁴¹ Die viel zitierte Stelle aus dem Brief Papst Leo I. an den Bischof Rusticus von Narbonne (458/459) deutet weniger auf eine grundsätzliche Ablehnung des Konkubinats hin, als vielmehr auf die durch Standesunterschiede bedingte Divergenz zur Ehe.⁴²

³⁶ Nov. 89. *Kaser* (Fn. 30) § 230 II, S. 220 f.; *H. Herrmann* (Fn. 3) 47 f.; *Becker* (Fn. 1) 17. Zur weiteren Entwicklung vgl. Fn. 120 ff.

³⁷ *Joseph Freisen*, Geschichte des Canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur, 2. Auflage, 1893 (unveränderter Nachdruck 1963), S. 67.

³⁸ *P.M. Meyer* (Fn. 20) § 54, S. 161 ff.; *Becker* (Fn. 1) 17 f.

³⁹ *Becker* (Fn. 1) 18.

⁴⁰ Decr. Grat. D. 34 c. 4: „Is, qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, a comunione non repellatur: tamen ut unius mulieris, aut uxoris aut concubinae, sit coniunctione contentus.“

⁴¹ *Augustinus*, De bono coniugali, cap. 5 = Decr. Grat. C. 32 q. 2 c. 6.

⁴² Decr. Grat. C. 32 q. 2 c. 12: „Itaque aliud est uxor, aliud concubina; sicut aliud ancilla et aliud libera.“ Vgl. hierzu *Freisen* (Fn. 37) 61; *P.M. Meyer* (Fn. 20) § 54, S. 164; *Löwenstein* (Fn. 1) 9; *H. Herrmann* (Fn. 3) 51 f.; *Becker* (Fn. 1) 17.

Während es am Ende des 9. Jahrhunderts nicht zuletzt unter dem Einfluss der byzantinischen Kirche zu einem völligen Verbot des Konkubinats im ost-römischen Reich kam,⁴³ war an ein solches Verbot in den germanischen Nachfolgestaaten auf dem Boden des weströmischen Reiches noch nicht zu denken.

C. Das Recht der germanischen Nachfolgestaaten im Frühmittelalter

Wenn man den Versuch unternimmt, das ursprüngliche Recht der germanischen Stämme vor der Völkerwanderung zu beschreiben, hat man mit erheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen. Im Gegensatz zum römischen Recht war das germanische Recht nie einheitlich durchgestaltet, sondern stets in Stammes- und Volksrechte gespalten. Zudem ist die Quellenlage zur germanischen Frühzeit denkbar schlecht. Soweit sich überhaupt schriftliche Überlieferungen hierzu finden, handelt es sich in der Regel um römische Beobachtungen.⁴⁴ Vor dem Hintergrund dieser problematischen Ausgangslage ist es nachvollziehbar, dass die Forschung mitunter geneigt war, erhaltene nordische Texte des Mittelalters als ein getreues Spiegelbild der germanischen Frühzeit zu verstehen und aus diesen sowie aus den Volksrechten des Frühmittelalters (*leges barbarorum*) entsprechende Rückschlüsse zu ziehen.⁴⁵

Hinsichtlich der Ehe und eheähnlichen Verbindungen werden für das germanische Recht nach bislang herrschender Ansicht folgende drei Grundtypen unterschieden: Muntehe, Friedelehe und Kebsehe.⁴⁶

⁴³ Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Bd. 28 (1827), S. 359-434, 423 ff.; P.M. Meyer (Fn. 20) § 53, S. 157 ff., 158 f.; Becker (Fn. 1) 18.

⁴⁴ Vgl. etwa zur Ehe des Arminius mit Thusnelda, der Tochter des Segest, die Mitteilungen bei Publius Cornelius Tacitus, Annales 1, 55, 57 f. Hierzu Hermann Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1: Frühzeit und Mittelalter, 2. Auflage, 1962, S. 37 Fußn. 6.

⁴⁵ Hierzu H. Lück, „Recht“, RGA, 2. Auflage, Bd. 24 (2003), S. 209-224, 212 m.w.N. Gegen einen solchen Quellenmischmasch bereits Alfred Schultze, Zum altnordischen Eherecht, Berichte über die Verhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Philologisch-historische Klasse, Bd. 91/Heft 1 (1939), S. 2, 90; ders., Das Eherecht in den älteren angelsächsischen Königsgesetzen, a.a.O., Bd. 93/Heft 5 (1941), S. 1 f.; ders., Über westgotisch-spanisches Eherecht – mit einem Exkurs „Zur Geschichte der westgotischen Rechtsquellen“, a.a.O., Bd. 95/Heft 4 (1943), S. 2.

⁴⁶ Vgl. H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 35 ff.; Paul Mikat, „Ehe“, HRG, Bd. 1, 4. Lfg. (1967), Sp. 809-833, 810 ff.; Wiederabdruck in: ders., Religionsrechtliche Schriften – Abhandlungen zum Staatskirchenrecht und Eherecht, hrsg. von Joseph Listl, 1974 (Staatskirchenrechtliche Abhandlungen, Bd. 5), Halbbd. 2, S. 847-868, 848 ff.; Mitteis/Lieberich (Fn. 3) 55 ff.; R. Schulze, „Eherecht“, RGA, 2. Auflage, Bd. 6 (1986), S. 480-500. Kritisch gegenüber der Abgrenzbarkeit von Friedel- und Kebsehe Stefan Chr. Saar, Ehe – Scheidung – Wiederheirat: Zur Geschichte des Ehe- und des Ehescheidungsrechts im Frühmittelalter (6.-10. Jahrhundert), 2002 (Ius vivens, Abteilung B: Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Bd. 6), S. 207 ff., 211; ferner Andrea Esmyol, Geliebte oder Ehefrau? – Konkubinen im frühen Mittelalter, 2002 (Beihefte zum Archiv für Kulturgeschichte, Heft 52), S. 9 ff. Die ältere Forschung arbeitet demgegenüber mit den Kategorien der *Kaufehe* (mit Zustimmung der Frauensippe) einerseits sowie *Raubehe* (gegen den Willen der Frauensippe) bzw. *Ent-*

Die sog. *Munt-* oder *Sippenvertrags*sehe wird dabei als typische Form der Vollehe zwischen Freien angesehen. Bei ihr verpflichtete sich aufgrund eines Ehevertrags der Muntwalt bzw. die Sippe der Braut dazu, die sog. *munt*⁴⁷ an den Bräutigam zu übertragen. Im Gegenzug hatte der Bräutigam seinerseits den sog. Muntschatz an die Brautsippe zu leisten.

Als eine weitere gleichwertige, aber muntfreie Form der Vollehe wird die sog. *Friedelehe* betrachtet,⁴⁸ der nicht eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Sippen, sondern der Konsens der Brautleute zugrunde lag, ohne dass der Bräutigam die Muntgewalt über die Frau erlangte. Hierfür werden gesellschaftliche und wirtschaftliche Motive verantwortlich gemacht, wie etwa bei Einheirat in das Haus des Schwiegervaters oder bei einem höheren Stand der Braut.⁴⁹

Als dritte, mindere Form gilt schließlich die sog. *Kebsehe*,⁵⁰ eine durch einseitige Verfügung des Mannes über seine Unfreie begründete, auf Dauer angelegte Geschlechtsverbindung.⁵¹ Dabei wird die Kebsehe einerseits durch

führungsehe (zwar gegen den Willen der Frauensippe, aber mit Einwilligung der Frau) andererseits, vgl. *Rolf Lieberwirth*, „Entführung (crimen raptus)“, HRG, Bd. I, 4. Lfg. (1967), Sp. 944 f.; *Adalbert Erler*, „Frauenraub (raptus)“, HRG, Bd. I, 5. Lfg. (1968), Sp. 1210-1212; *St. Ch. Saar/D. Strauch*, „Raub- und Entführungsehe“, RGA, 2. Auflage, Bd. 24 (2003), S. 161-172.

⁴⁷ Zum Begriff der *Munt* vgl. RWB, Bd. IX (1992-1996), Sp. 1001 i.V.m. 973 ff.; *Werner Ogris*, „Munt, Muntwalt“, HRG, Bd. III, 19. Lfg. (1980), Sp. 750-761.

⁴⁸ Zum Begriff der *Friedelehe* vgl. RWB, Bd. III (1935-1938), Sp. 923 f.; *Werner Ogris*, „Friedelehe“, HRG, Bd. I, 6. Lfg. (1969), Sp. 1293-1296; *Else Ebel*, „Friedelehe“, RGA, 2. Auflage, Bd. 9 (1995), S. 598-600.

⁴⁹ So die grundlegende, auf altnordische Quellen gestützte Ansicht von *Herbert Meyer*, *Friedelehe* und Mutterrecht, ZRG GA 47 (1927), S. 198-286; *ders.*, Ehe und Eheauffassung der Germanen, in: FS Ernst Heymann, Teil I: Rechtsgeschichte, 1940, S. 1-51. Ihm folgend *Rudolf Köstler*, Raub-, Kauf- und Friedelehe bei den Germanen, ZRG GA 63 (1943), S. 92-136, 128 ff. Vorsichtiger *Paul Mikat*, Dotierte Ehe – rechte Ehe: Zur Entwicklung des Eheschließungsrechts in fränkischer Zeit, 1978 (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 227), S. 53. Bezogen auf die isländischen Quellen dezidiert gegen die Existenz eine „Friedelehe“ im Sinne H. Meyers aber *Else Ebel*, Die sog. ‚Friedelehe‘ im Island der Saga- und Freistaatszeit (870-1264), in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft – FS zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, hrsg. von Dieter Schwab u.a., 1989, S. 243-258; *dies.*, Der Konkubinat nach altwestnordischen Quellen – Philologische Studien zur sogenannten „Friedelehe“, 1993 (RGA E, Bd. 8), S. 5 ff., 172 ff.; *dies.*, „Friedelehe“, RGA, 2. Auflage, Bd. 9 (1995), S. 598-600. Die Kritik Ebels wiederum relativierend *Dieter Strauch*, Vertrags-, Raub- und Friedelehe – Zur Entwicklung des Ehrechts im mittelalterlichen Island, in: Status Familiae – FS für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag, hrsg. von Hans-Georg Knothe und Jürgen Kohler, 2001, S. 451-485, 475. Generell gegen das „Konstrukt“ der Friedelehe ferner *Esmyol* (Fn. 46) 13 ff., 25 ff.

⁵⁰ Zu den Begriffen *kebisich*, *Kebse* vgl. RWB, Bd. VII (1974-1983), Sp. 680 ff.; *Hans-Wolfgang Strätz*, „Kebsehe, -kind“, HRG, Bd. II, 11. Lfg. (1974), Sp. 695 f.; *G. v. Olberg*, „Kebse“, RGA, 2. Auflage, Bd. 16 (2000), S. 347-352.

⁵¹ Zu Geschlechtsverbindungen mit und unter Unfreien im Frühmittelalter vgl. *Carl Koehne*, Die Geschlechtsverbindungen der Unfreien im fränkischen Recht, 1888 (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 22); *Ernst Hoyer*, Die Ehen minder Rechts in der fränkischen Zeit, 1926, S. 190 ff., 207 ff.; *Hans Günther Müller-*

das Kriterium der Publizität vom bloßen Kebsverhältnis abgegrenzt, während andererseits im Unterschied zur Friedelehe auf die persönliche Unfreiheit der Kebsse abgestellt wird.

Nachdem also sowohl Muntehe als auch Friedelehe als Vollehen gelten, scheint der in den lateinischen Quellen des Frühmittelalters verwendete Begriff *concupinatus* auf den ersten Blick nur auf die Kebsse zuzutreffen. Jedoch wird schon in den Quellen der Merowingerzeit der Begriff der *concupina* nicht nur für Kebsen, sondern auch für Friedeln verwendet.⁵² Auch in der Karolingerzeit werden zum Teil Frauen als *concupina* bezeichnet, die eindeutig nicht als Kebsse zu bewerten sind, wie etwa Richildis, die Schwester eines Grafen, die von Karl dem Kahlen im Herbst 869 zur *concupina* genommen und im Jahr darauf geheiratet wurde.⁵³ Die Ursache hierfür mag zum einen darin liegen, dass sich unfreie Kebsen und freie Friedeln in ihrer äußeren Stellung glichen: „Die Rechtsgeschichte macht hier vielleicht Unterschiede, die die Zeit selbst zuweilen nicht empfunden haben mag“.⁵⁴ Zum anderen war die Kirche wohl zunehmend bemüht, die Friedelehe ebenfalls als *concupinatus* zu bezeichnen und sie somit in die Nähe der minderwertigen Kebsse zu rücken. Die Ursache hierfür wird gemeinhin darin gesehen, dass die Friedelehe weniger förmlich geschlossen und somit leichter aufzulösen war als die Muntehe. Vor allen Dingen aber wird der Friedelehe eine leichtere Verquickung zu polygamen Verbindungen unterstellt, was der monogamen christlichen Eheauffassung zutiefst widersprach.⁵⁵ So zeigt sich in der Karolingerzeit – etwa in den Konzilsbeschlüssen von Mainz (852)⁵⁶ und Tribur (895)⁵⁷ – deutlich, dass es der Kirche

Lindenlauf, Germanische und spätrömisch-christliche Eheauffassung in fränkischen Volksrechten und Kapitularien, Dissertation (Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät Freiburg im Breisgau), 1969, S. 209 ff.

⁵² Mikat (Fn. 49) 56 ff. m.w.N., 61 ff.

⁵³ Vgl. den Bericht des Erzbischofs Hinkmar von Reims, *Annales Bertiniani*, 869, 870: „... Richildem mox sibi adduci fecit et in concubinam accepit. ... praedictam concubinam suam Richildem desponsatam atque dotatam in coniugem sumpsit.“ Vgl. *Georg Heinrich Pertz* (Hrsg.), MGH, Scriptores (in Folio), Tomus 1: Annales et chronica aevi Carolini (1826), S. 419-515, 486; *Georg Waitz* (Hrsg.), MGH, Scriptores rerum Germanicarum in usum scholarum separatim editi, Tomus 5: Annales Bertiniani (1883), S. 107 f.; *Reinhold Rau* (Hrsg.), Quellen zur karolingischen Reichsgeschichte, Teil 2: Jahrbücher von St. Bertin – Jahrbücher von St. Vaast – Xantener Jahrbücher, FVS MA, Bd. 6 (1980), S. 204, 206.

⁵⁴ *Becker* (Fn. 1) 20.

⁵⁵ *Becker* (Fn. 1) 20, 23. Dagegen sieht *Saar*, Ehe – Scheidung – Wiederheirat (Fn. 46), S. 212 f. den Grund für die Etablierung der Muntehe als allein rechte Eheform in der mit ihr verbundenen Dotierung der Frau und nicht etwa in der leichteren Auflösbarkeit der Friedelehe oder der Begünstigung der Polygynie durch letztere. Schon die Existenz der Friedelehe ablehnend *Esmiol* (Fn. 46) 118 f. Zur Polygenie zuletzt *Michael Borgolte*, Kulturelle Einheit und religiöse Differenz – Zur Verbreitung der Polygynie im mittelalterlichen Europa, ZHF 31 (2004), S. 1-36.

⁵⁶ *Concilium Moguntinum*, c. 15, der sich aus Kanon 17 des Konzils von Toledo ableitet (s.o., Fn. 40). Vgl. *Alfred Boretius/Viktor Krause* (Hrsg.), MGH, Legum Sectio II: Capitularia regum Francorum, Tomus 2 (1897), Nr. 249, S. 184 ff., 190; *Wilfried Hartmann* (Hrsg.),

um die Durchsetzung des monogamen Charakters der Ehe ging.⁵⁸ Auch die Bußordnungen des frühen Mittelalters richteten sich vorrangig gegen polygame Verbindungen, monogame Konkubinate hingegen wurden in Anlehnung an Kanon 17 des Konzils von Toledo⁵⁹ ausdrücklich toleriert.⁶⁰

Anhand der vorhandenen Quellen lässt sich die rechtliche Stellung der nichtehelichen Königssöhne noch recht gut skizzieren.⁶¹ Unter den Merowingern, bei denen Mehrehen, Kebsverhältnisse und andere außereheliche Verbindungen üblich waren, hatten alle vom Vater anerkannten Söhne gleiches Erb- und Thronfolgerecht, ohne dass es auf die Art der Verbindung oder den Stand der Mutter ankam.⁶² Unter den Karolingern hingegen hatten nichteheliche Söhne neben den ehelichen keine Erbansprüche mehr, sondern kamen nur noch subsidiär zum Zug, wenn keine ehelichen Söhne vorhanden waren.⁶³

Demgegenüber ist die Quellenlage zur rechtlichen Stellung der nichtehelichen Söhne von Freien bedeutend schwieriger.⁶⁴ Die Volksrechte der Franken, Alemannen, Sachsen und Friesen schweigen hierzu.⁶⁵ Nur die *Lex Baiuvariorum* enthält eine Vorschrift,⁶⁶ die allen Brüdern ein gleiches Erbrecht zubilligte, solange sie von freien Müttern geboren wurden, während die Söhne einer

MGH, Legum Sectio III: Concilia, Tomus 3: Concilia aevi Karolini 843-859 (1984), Nr. 26, S. 235 ff., 250.

⁵⁷ *Concilium Triburiense*, c. 38, der sich aus dem Brief Papst Leo I. an Bischof Rusticus von Narbonne ableitet (s.o., Fn. 42). Vgl. *Boretius/Krause* (Hrsg.), MGH, Legum Sectio II: Capitularia regum Francorum, Tomus 2 (1897), Nr. 252, S. 196 ff., 235.

⁵⁸ Müller-Lindenlauf (Fn. 51) 117 ff.; Becker (Fn. 1) 21 f.

⁵⁹ Siehe oben, Fn. 40.

⁶⁰ *F.W.H. Wasserschleben* (Hrsg.), Die Bußordnungen der abendländischen Kirche nebst einer rechtsgeschichtlichen Einleitung, 1851 (unveränderter Nachdruck 1958): *Halitgar IV*, 12 = *Pseudo-Egbert II*, 9 (S. 325); *Pseudo-Theodor IV*, 33 (S. 583).

⁶¹ Vgl. hierzu *Heinrich Brunner*, Die uneheliche Vaterschaft in den älteren germanischen Rechten, ZRG GA 17 (1896), S. 1-32; *ders.*, Ständerechtliche Probleme, ZRG GA 23 (1902), S. 193-263, 198 ff.; *Wilhelm Sickel*, Das Thronfolgerecht der unehelichen Karolinger, ZRG GA 24 (1903), S. 110-147.

⁶² *Brunner*, ZRG GA 17 (1896), S. 4 ff.; *Sickel*, ZRG GA 24 (1903), S. 110; *Leineweber* (Fn. 3) 35 f.

⁶³ *Brunner*, ZRG GA 17 (1896), S. 6 f.; *Sickel*, ZRG GA 24 (1903), S. 116 ff.; *Leineweber* (Fn. 3) 36 f.

⁶⁴ Zum Forschungsstand vgl. *Dietmar Willoweit*, Von der natürlichen Kindschaft zur Illegitimität – Die nichtehelichen Kinder in den mittelalterlichen Rechtsordnungen, in: *Schmugge/Wiggenhauser* (Fn. 3) 55-66, 56 ff.

⁶⁵ *Leineweber* (Fn. 3) 37.

⁶⁶ *Lex Baiuvariorum*, XV, 9: „[De divisione inter fratres.] Ut fratres hereditatem patris aequaliter dividant. Quamvis multas mulieres habuisset et totae liberae fuissent de genealogia sua quamvis non aequaliter divites, unusquisque hereditatem matris suae possedeat, res autem paternas aequaliter dividant. Si vero de ancilla habuerit filios, non accipiant portionem inter fratres, nisi tantum quantum ei per misericordiam dare voluerint fratres eius, quia in vetere lege scriptum est: ‚Non enim erit heres filius ancillae cum filio liberae‘. Tamen debent misericordiam considerare, quia caro eorum est.“ Vgl. *Ernst v. Schwind* (Hrsg.), MGH, Legum Sectio I: Leges nationum Germanicarum, Tomus 5/2: *Lex Baiuvariorum* (1926), S. 428 f.

unfreien Magd auf freiwillige Zuwendungen ihrer erbberechtigten Brüder verwiesen wurden.⁶⁷

Das Recht der Langobarden weist hingegen eingehende Regelungen zu dieser Frage auf. So wird im *Edictum Rothari* von 643 zwischen dem *filius legitimus* und dem *filius naturalis* unterschieden.⁶⁸ Beiden wurde ein Erbrecht zuerkannt, mit der Einschränkung dass der Anteil aller *naturales* zusammen nur die Hälfte der auf jeden *filius legitimus* entfallenden Erbquote ausmacht.⁶⁹ Mit Einwilligung der *legitimi* durfte der Vater die *naturales* erbrechtlich sogar völlig gleichstellen.⁷⁰ Schwierigkeiten bereitet dabei der nicht weiter definierte Begriff des *filius naturalis*. Unstreitig fallen darunter die freigelassenen, freigekauften und freigedungenen Söhne der eigenen oder fremden Unfreien.⁷¹ Wurde die eigene Unfreie freigelassen, um sie anschließend zu heiraten, so waren die danach von ihr Geborenen sogar *legitimi*.⁷² Dagegen ist die rechtliche Stellung der Söhne, die aus einer muntlosen Ehe oder sonstigen Verbindung mit einer Freien hervorgingen, mangels einer ausdrücklichen Regelung nicht unumstritten.⁷³ Jedoch dürfte einiges dafür sprechen, sie nicht den *naturales*, sondern den besser gestellten *legitimi* zuzuordnen.⁷⁴ Diese alles in allem nicht ungünstige Rechtsstellung der außerhalb einer Muntehe Geborenen verschlechterte sich in der Folgezeit. Hierfür wird in erster Linie der gegen Ende des 7. Jahrhunderts erfolgte Konfessionswechsel der Langobarden vom Arianismus zum Katholizismus und der daraus resultierende Einfluss der katholischen Kirche wie des römischen Rechts verantwortlich gemacht.⁷⁵ So wird in der Gesetzgebung Liutprands (713-735) zum ersten Male von „in verbotener Ehe

⁶⁷ Vgl. hierzu Brunner, ZRG GA 17 (1896), S. 28; Leineweber (Fn. 3) 37 f.

⁶⁸ *Edictum Rothari*, c. 154 ff.: „De filiis legetimis et naturalis.“ Vgl. Franz Beyerle (Hrsg.), Die Gesetze der Langobarden, 1. Auflage, 1947, S. 50 ff. (lat. Original mit dt. Übers.); 2. Auflage, 1962/63 (Germanenrechte, Bd. 3/I-III), S. 29 f. (nur dt. Übers.); zum Ganzen Hermann Winterer, Die Stellung des unehelichen Kindes in der langobardischen Gesetzgebung, ZRG GA 87 (1970), S. 32-56.

⁶⁹ *Edictum Rothari*, c. 154: „Si quis dereliquerit filium legitimum unum (quod est fulboran) et filiū naturalis unum aut plures, filius legitimus tollat duas portiones de patris substantia, naturalis tertiam. Si duo fuerint legitimi, habeant naturales quintam partem, quantumque fuerint; si tres fuerint legitimi, habeant naturales septimam partem; ... si autem plures fuerint, per hoc numero dividant patris substantia.“ Zu weiteren Einzelheiten, insbesondere dem Erbrecht der Töchter, vgl. Winterer, ZRG GA 87 (1970), S. 40 ff.

⁷⁰ *Edictum Rothari*, c. 155: „Nulli sit licentia, naturales filiū aequales aut consemelis facere legetimis filiis, nisi si filii legetimi post completam legetimam aetatem patri consenserint. Legitima aetas est, postquam filii duodecim annū habuerint.“

⁷¹ *Edictum Rothari*, c. 156; Winterer, ZRG GA 87 (1970), S. 33; Leineweber (Fn. 3) 39.

⁷² *Edictum Rothari*, c. 222; Winterer, ZRG GA 87 (1970), S. 55; Leineweber (Fn. 3) 39.

⁷³ Gerhard Bückling, Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder im Mittelalter und in der heutigen Reformbewegung, 1920 (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 129), S. 7 ff. zur älteren Literatur.

⁷⁴ Winterer, ZRG GA 87 (1970), S. 33 f., 40; Leineweber (Fn. 3) 39 m.w.N.

⁷⁵ Winterer, ZRG GA 87 (1970), S. 42 f.; Leineweber (Fn. 3) 41 m.w.N.

Geborenen“ gesprochen (*de illicito matrimonio nati*),⁷⁶ denen jedwedes Erbrecht aberkannt wurde.⁷⁷ Ferner galten nun auch die in der Ehe mit einer Halbfreien (*aldia*) gezeugten Kinder nicht als *legitimi*, sondern nur als *naturales*, wenn nicht zuvor die Halbfreie zur Vollfreien gemacht worden war. Im Ergebnis wurde also unter Liutprand die Rechtsstellung der Halbfreien (*aldia*) und ihrer Kinder der Rechtsstellung der Unfreien (*ancilla*) und deren Kinder angeglichen.⁷⁸ Die Schlussfolgerung, dass damit auch das Erbrecht der übrigen *naturales*, insbesondere der von freien Frauen Geborenen, durch Liutprand beschränkt worden sei,⁷⁹ dürfte jedoch mangels entsprechender Anhaltspunkte zu weit gehen.⁸⁰

Insgesamt ist somit festzuhalten, dass es für die rechtliche Stellung eines Kindes in erster Linie darauf ankam, ob es vom Vater als sein leibliches Kind anerkannt wurde und ob die Mutter frei oder unfrei war. Eine Diskriminierung der Kinder anhand des Typs der zwischen den Eltern bestehenden Verbindung scheint dem Recht der germanischen Nachfolgestaaten des Frühmittelalters jedenfalls fremd gewesen zu sein.⁸¹

D. Die Rolle des kanonischen Rechts in Hoch- und Spätmittelalter

Das Eherecht des Hoch- und Spätmittelalters wurde maßgeblich durch das kanonische Recht geprägt.⁸² Wie bereits dargestellt, hatte die Kirche in Spätantike und Frühmittelalter den Konkubinat nicht schlechthin verboten, sondern toleriert, solange es sich dabei um eine monogame Verbindung handelte. So war auch der Konkubinat dem kanonischen Recht nicht unbekannt. *Gratian* und ihm folgend die Dekretisten definierten den erlaubten Konkubinat als eine vom *affectus coniugalis* getragene Geschlechtsgemeinschaft, der zur Vollehe lediglich die *instrumenta legalia* fehlten. Eine ohne *affectus coniugalis* eingegangene Verbindung stellte hingegen einen verbotenen Konkubinat (*concupitus*)

⁷⁶ *Liutprandi Leges*, Anni XI, c. 32 ff. und Anni XVII, c. 105. Vgl. *Beyerle* (Hrsg.), I. Auflage, 1947, S. 206 f. und 268 ff.

⁷⁷ *Liutprandi Leges*, Anni XI, c. 32: „De his, qui de illicito matrimonio nati sunt, vel nascuntur, id est ..., quia et canones sic habent ...: qui de tale matrimonio natus fuerit, heredes legitimus patri suo non sit, ...“. Vgl. demgegenüber *Edictum Rothari*, c. 185: „De incestas et inleceatas nuptias.“ Dort war zwar auch bereits die Verwandten- und Verschwägertenehe verboten worden, ohne allerdings auf die Rechtsstellung der in solchen Verbindungen Geborenen einzugehen.

⁷⁸ *Liutprandi Leges*, Anni XVII, c. 106; *Hoyer* (Fn. 51) 201 f.; *Winterer*, ZRG GA 87 (1970), S. 43; *Leineweber* (Fn. 3) 42.

⁷⁹ Vgl. etwa *Bückling* (Fn. 73) 15 ff.; *Winterer*, ZRG GA 87 (1970), S. 43; *H. Herrmann* (Fn. 3) 50 f.; *Leineweber* (Fn. 3) 41 f.

⁸⁰ So auch *Willoweit* (Fn. 64) 60 Fußn. 28.

⁸¹ Ähnlich *Willoweit* (Fn. 64) 59 f.

⁸² Vgl. etwa *Volkert Pfaff*, Das kirchliche Eherecht am Ende des zwölften Jahrhunderts, ZRG KA 63 (1977), S. 73-117.

illicitus) dar.⁸³ Dieser begrifflichen Einengung des erlaubten Konkubinats durch die Dekretisten wurde jedoch von den Legisten nicht gefolgt, so dass im Gegensatz zum kanonischen Recht das *Ius civile* den Konkubinat weiter in seiner alten Bedeutung kannte.⁸⁴

Das kanonische Eherecht beruhte auf dem Grundsatz der Konsensehe (*consensus facit nuptias*),⁸⁵ was an sich durchaus mit einer Akzeptanz der auf dem Konsens der Gatten beruhenden Friedelehe vereinbar gewesen wäre. Dass sich stattdessen alleine die Muntehe mit ihren Elementen Verlobung, Dotierung und Trauung als einzig legitime Eheform durchsetzen konnte, wird herkömmlicherweise auf die leichtere Auflösbarkeit der Friedelehe und ihre mögliche Verquickung zu polygamen Verbindungen zurückgeführt.⁸⁶ Hinzu kam das Bestreben der Kirche, geheime Eheschließungen (*occultae nuptiae*) zu unterbinden, so dass auf dem IV. Laterankonzil (1215) das Aufgebotsverfahren und die priesterliche Mitwirkung bei der Eheschließung verpflichtend wurden.⁸⁷

Ganz maßgeblich für die weitere Entwicklung des kanonischen Rechts war jedoch die kirchliche Reformbewegung des 11. Jahrhunderts, die neben der Simonie (der Übertragung von geistlichen Würden und Ämtern gegen Geldzahlung) vor allem die Priesterehe bekämpfte. Durch das von ihr geforderte Zölibat sollte zum einen gewährleistet werden, dass sich die Kleriker ausschließlich dem Dienst der Kirche widmeten. Zum anderen sollte verhindert werden, dass Kirchengut entfremdet und an Klerikersöhne vererbt wurde.⁸⁸ Um ein Ausweichen der Kleriker in außereheliche Verhältnisse zu verhindern,⁸⁹ verurteilten die Reformpäpste folgerichtig den Konkubinat der Majoristen (der drei höheren Weihegrade) unter Androhung der Exkommunikation sowie des Verlustes von Amt und Pfründen.⁹⁰ Die Durchsetzung des Verbots des Benefizienbesitzes für Klerikersöhne trug dann in letzter Konsequenz nicht unerheblich

⁸³ Dictum Gratiani post D. 34 c. 3: „Concubina autem hic ea intelligitur, que cessantibus legalibus instrumentis unita est, et coniugali affectu asciscitur; hanc coniugem facit affectus, concubinam vero lex nominat.“ *Freisen* (Fn. 37) 64 ff.; *Becker* (Fn. 1) 22 f. jeweils m.w.N.

⁸⁴ *Accursius*, Glossa ordinaria, Dig. 23, 2, 24, glossa ad verbum „intelligendae“, a.E.: „Duo enim tantum coitus sunt liciti, secundum leges scilicet cum concubina et uxore, alii omnes sunt illiciti; secundum decreta unus tantum scilicet cum uxore, cum alia vero fornicatio.“

⁸⁵ Lib. Extra 4, 1, 14: „Matrimonium autem solo consensu contrahitur, ...“.

⁸⁶ Siehe oben, Fn. 55.

⁸⁷ Vgl. c. 51, De poena contrahentium clandestina matrimonia, in: COD dt., Bd. II, S. 230 ff., 258 = Lib. Extra 4, 3, 3.

⁸⁸ Zur Entwicklung bis zum II. Laterankonzil 1139, vgl. *H. Herrmann* (Fn. 3) 76 ff. m.w.N.

⁸⁹ Zur spanischen *barraganía* als einer Form der „Minderehe“ für Geistliche, vgl. *Hermann Winterer*, Zur Priesterehe in Spanien bis zum Ausgang des Mittelalters, ZRG KA 83 (1966), S. 370-383; *H. Herrmann* (Fn. 3) 79 ff.; *Becker* (Fn. 1) 26; *Federico R. Aznar Gil*, Die Illegitimen auf der Iberischen Halbinsel im Spätmittelalter, in: *Schmugge/Wiggenhauser* (Fn. 3) 171-206.

⁹⁰ *Becker* (Fn. 1) 23 m.w.N.

dazu bei, in der nichtehelichen Geburt generell ein kanonisches Weihehindernis (*defectus natalium*) zu sehen.⁹¹

Neben dem Konkubinat der Kleriker geriet zunehmend auch der Konkubinat der Laien in Misskredit. So deuten sich erste Maßnahmen gegen den Laienkonkubinat bereits in zwei päpstlichen Synoden unter Urban II. gegen Ende des 11. Jahrhunderts an.⁹² Beginnend mit dem frühen 13. Jahrhundert wurde der Laienkonkubinat auf zahlreichen Regionalsynoden mit Exkommunikation belegt,⁹³ wobei in Südeuropa mitunter nicht alle Laienkonkubinate verboten wurden, sondern nur solche mit Ungläubigen sowie ehebrecherische Konkubinate.⁹⁴ Das kirchliche Verbot des Laienkonkubinats, das also nicht etwa auf einer päpstlichen Bulle oder dem Beschluss eines Generalkonzils beruhte, konnte sich nur langsam durchsetzen, wie die ständigen Wiederholungen dieses Verbots auf den Regionalsynoden dokumentieren.⁹⁵

Doch nicht nur von kirchlicher, auch von weltlicher Seite wurde der Konkubinat seit dem 14. Jahrhundert auf regionaler Ebene bekämpft.⁹⁶ Das Straßburger Stadtrecht (1337) etwa knüpfte an den Tatbestand des *offentlich zur unee sitzen* empfindliche Vermögensstrafen, wenn eine vorangegangene Ermahnung zur Eheschließung fruchtlos geblieben war.⁹⁷ Noch schärfere Sanktionen verhängte ein Weistum aus Seligenstadt am Main (1390): überführte Konkubinarien erhielten danach zunächst eine Geldbuße von je fünf Schillingen, die ein weiteres Mal verwirkt wurde, sollten sie ein Jahr später noch immer nicht verheiratet sein. Die dritte Mahnung führte zu einer weiteren Geldstrafe von je sechs Pfund Heller, bei deren Nichteinbringlichkeit beiden eine schmachvolle Form der Kirchenbuße drohte.⁹⁸ Gefängnis oder Ausweisung waren in Frankfurt am Main (1468) die gesetzliche Sanktion für Konkubinarien,

⁹¹ H. Herrmann (Fn. 3) 74 ff., 91 ff.; Peter Landau, Das Weihehindernis der Illegitimität in der Geschichte des kanonischen Rechts, in: Schmugge/Wiggenhauser (Fn. 3) 41-53.

⁹² Carl Joseph v. Hefele/Alois Knöpfler, Conciliengeschichte – Nach den Quellen bearbeitet, Bd. V, 2. Auflage, 1886: Piacenza 1095 (S. 215 ff., 216); Rom 1099 (S. 255 ff., 255).

⁹³ v. Hefele/Knöpfler, Conciliengeschichte, Bd. V, 2. Auflage, 1886: Narbonne 1227, c. 8 (S. 942 ff., 943); *dies.*, Conciliengeschichte, Bd. VI, 2. Auflage, 1890: Bergen 1278, c. 3 (S. 181); Ofen 1279, c. 47 (S. 189 ff., 194); Nogaret 1303, c. 14 (S. 390 f., 391); Pressburg 1309, c. 5 (S. 481 f., 482); Marcjac 1326, c. 48 (S. 624 ff., 627); Helsingborg 1335, c. 7 (S. 644 f., 645); Angers 1365, c. 30 (S. 715 f., 716); Benevent 1378, c. 57 (S. 936 ff., 939).

⁹⁴ v. Hefele/Knöpfler, Conciliengeschichte, Bd. VI, 2. Auflage, 1890: Valladolid 1322, c. 23 (S. 612 ff., 616); Benevent 1331, c. 57 (S. 633 ff., 634); Palencia 1388, c. 7 (S. 966 f., 967).

⁹⁵ Becker (Fn. 1) 24.

⁹⁶ Hierzu Löwenstein (Fn. 1) 18 ff. mit zahlreichen Beispielen.

⁹⁷ Friedrich Keutgen (Hrsg.), Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte (Ausgewählte Urkunden zur deutschen Verfassungs- und Wirtschaftsgeschichte, Bd. I), 1901 (unveränderter Nachdruck 1965), S. 457 f.; Löwenstein (Fn. 1) 20; Becker (Fn. 1) 24 f.

⁹⁸ Jacob Grimm (Hrsg.), Weistümer, Teil I, 1840 (unveränderter Nachdruck 1957), S. 503 ff., 504; Löwenstein (Fn. 1) 20; Becker (Fn. 1) 25.

die sich weder trennen noch heiraten wollten.⁹⁹ Die Initiative für die immer zahlreicher werdenden Regelungen gegen den Konkubinat ging oft von den Zünften aus, denen zumeist auch deren Durchsetzung oblag.¹⁰⁰

Hinsichtlich der Stellung des nichtehelichen Kindes sind Einflüsse des kanonischen Rechts auf das weltliche Recht bereits im Sachsenspiegel festzustellen.¹⁰¹ Was die Relevanz der Empfängnisfrist als Voraussetzung der ehelichen Geburt angeht,¹⁰² gelten römisch-kanonische Einflüsse als wahrscheinlich.¹⁰³ Die Regel, dass bei vorangegangenem Ehebruch selbst aus einer späteren Ehe der Partner keine ehelichen Kinder hervorgehen können,¹⁰⁴ entstammt nachweislich dem kanonischen Recht.¹⁰⁵ Auch der Rechtsgedanke, dass ein in verbotener und später getrennter Ehe gezeugtes Kind bei gutem Glauben an die Zulässigkeit der Ehe als ehelich angesehen wird,¹⁰⁶ entspringt einer sexualethisch geprägten kanonischen Norm.¹⁰⁷ Anders als etwa im frühmittelalterlichen Recht der Langobarden ging es im Sachsenspiegel jedoch nicht mehr darum, nur die erbrechtliche Position von ehelich und nichtehelich Geborenen voneinander abzugrenzen. Vielmehr wurde die *unechte*, uneheliche Geburt als ein Makel der Illegitimität verstanden, der gegenüber der *echten*, ehelichen auf allen Gebieten durchschlug:¹⁰⁸ Das *unechte* Kind teilte weder den Stand¹⁰⁹ noch den Heerschild¹¹⁰ seines Vaters und war überhaupt lehensun-

⁹⁹ Armin Wolf (Hrsg.), Die Gesetze der Stadt Frankfurt am Main im Mittelalter, 1969 (Veröffentlichungen der Frankfurter Historischen Kommission 13), Nr. 274, S. 357 ff., 358; Löwenstein (Fn. 1) 21; Becker (Fn. 1) 25.

¹⁰⁰ Löwenstein (Fn. 1) 19 f.; Becker (Fn. 1) 24.

¹⁰¹ Hier verwendete Ausgabe: Karl August Eckhardt, MGH, Fontes iuris Germanici antiqui, Nova series, Tomus 1: Sachsenspiegel, Teil 1: Landrecht, 1955 (verbesserter Nachdruck [1973], 1995); Teil 2: Lehnrecht, 1956 (verbesserter Nachdruck [1973], 1989). Vgl. ferner: Der Sachsenspiegel – Die Heidelberger Bilderhandschrift Cod. Pal. Germ. 164, Kommentar und Übersetzung von Walter Koschorrek, neu eingeleitet von Wilfried Werner, 1989.

¹⁰² Ssp. Landrecht I, 36 § 1: „Swe dat wif erst man nimit, wint se kint er er rechten tit, dat dat kint leven moge, men mach it besceden an sime rechte, went it to vro geboren is.“

§ 2: „Wint ok en wif kint na eres mannes dode na er rechten tit, men mach it ok besceden, wen it to spade geboren is.“

¹⁰³ Vgl. Willoweit (Fn. 64) 60 f.

¹⁰⁴ Ssp. Landrecht I, 37: „Swe so enes mannes wif behuret openbare, oder wif oder maget nodedet, nimit he se dar na to echte, echt kint ne wint he nimmer bi er.“

¹⁰⁵ Vgl. Decr. Grat. C. 31, q. 1, c. 3; Leineweber (Fn. 3) 121 f.; Willoweit (Fn. 64) 60 f.

¹⁰⁶ Ssp. Landrecht III, 27: „Swe wif to echte nimit unwetene, de he (to echte) nicht hebben ne mut, unde kindere bi er wint, werden se seder gesceden mit rechte, it ne scadet den kinderen to erme rechte nicht, de er der scedinge geboren sin, noch deme dat de muder dreget.“ Vgl. Cod. Pal. Germ. 164 (Fn. 101), fol. 16 r, Bild 3.

¹⁰⁷ Vgl. Lib. Extra 4, 17, 2; Willoweit (Fn. 64) 61.

¹⁰⁸ Willoweit (Fn. 64) 60 f.

¹⁰⁹ Ssp. Landrecht I, 16 § 2: „Swar it kint is vri unde echt, dar behalt it sines vader recht.“

¹¹⁰ Ssp. Landrecht III, 72: „Dat echte kint unde vri behalt sines vader scilt, unde nimit sin erve unde der muder also, of it er evenbordich is oder bat geboren.“ Vgl. Cod. Pal. Germ. 164 (Fn. 101), fol. 24 v, Bild 3.

fähig.¹¹¹ Es stand auf einer Stufe mit Berufskämpfern, Spielleuten sowie Dieben und Räufern,¹¹² was sich in der Verweigerung eines Prozessvormunds¹¹³ sowie in einem wertlosen, verspottenden Wergeldanspruch¹¹⁴ niederschlug. Nur an einer Stelle finden sich im Sachsenspiegel noch Anklänge an die früher üblichen außerehelichen Verhältnisse.¹¹⁵

Der sinnbildliche Makel der nichtehelichen Abkunft, wie er etwa in der Heidelberger Bilderhandschrift des Sachsenspiegels durch einen hälftig zusammengeflickten Rock dargestellt wird,¹¹⁶ gewann im Spätmittelalter eine Eigendynamik, die schließlich zu einer Diskriminierung der nichtehelichen Geburt führte, wie sie bis dahin unbekannt gewesen war.¹¹⁷ Die treibende Kraft wird dabei häufig in dem Bestreben der Zünfte gesehen, den Kreis ihrer Mitglieder einzuschränken.¹¹⁸ Daneben wird aber auch das spätmittelalterliche Denken in ständischen Kategorien und gesellschaftlichen Rangverhältnissen hierfür verantwortlich gemacht.¹¹⁹ Dem starren „ständischen“ Denken zum Trotz konnte die Schranke der nichtehelichen Geburt aber auch im Spätmittelalter überwunden werden, etwa im Wege der Legitimation durch nachfolgende Eheschließung (sog. Mantelkinder), die dem Sachsenspiegel noch unbekannt gewesen war,¹²⁰ ferner im Wege der Legitimation durch Kaiser oder Papst¹²¹ bzw. durch päpstlichen Dispens.¹²²

¹¹¹ Ssp. Lehnrecht 2 § 1.

¹¹² Ssp. Landrecht I, 38 § 1. Vgl. jedoch die Einschränkung in Landrecht I, 50 § 2, der zwischen Spielmann und unehelich Geborenem einerseits sowie Dieb und Räuber andererseits differenziert.

¹¹³ Ssp. Landrecht I, 48 § 1.

¹¹⁴ Ssp. Landrecht III, 45 § 9. Vgl. Cod. Pal. Germ. 164 (Fn. 101), fol. 20 r, Bild 3.

¹¹⁵ Ssp. Landrecht I, 51 § 2: „Men seget, dat nen kint siner muder keves kint ne si; des n'is doch nicht. En wif mach gewinnen echt kint, adel kint, egen kint unde keves kint. Is se egen, men mach se vri laten; is se keves, se mach echten man nemen, unde mach kindere immer dar binnen gewinnen.“

¹¹⁶ Cod. Pal. Germ. 164 (Fn. 101), fol. 20 r, Bild 3; zu ihrer Datierung auf das frühe 14. Jahrhundert ebd., S. 96 f.; Rolf Sprandel, Die Diskriminierung der unehelichen Kinder im Mittelalter, in: Jochen Martin/August Nitschke (Hrsg.), Zur Sozialgeschichte der Kindheit, 1986 (Veröffentlichungen des Instituts für Historische Anthropologie e.V., Bd. 4), S. 487-502, 492 f.; Willoweit (Fn. 64) 61 f.

¹¹⁷ Willoweit (Fn. 64) 62. Vgl. hierzu K.-S. Kramer, „Ehrliche/unehrliche Gewerbe“, HRG, Bd. I, 4. Lfg. (1967), Sp. 855-858.

¹¹⁸ Sprandel (Fn. 116) 495 ff. Hierzu Knut Schulz, Die Norm der Ehelichkeit im Zunft- und Bürgerrecht spätmittelalterlicher Städte, in: Schmutge/Wiggenhauser (Fn. 3) 67-83.

¹¹⁹ Willoweit (Fn. 64) 64 ff.

¹²⁰ Ferdinand Kogler, Beiträge zur Geschichte der Rezeption und der Symbolik der legitimatio per subsequens matrimonium, ZRG GA 25 (1904), S. 94-171; Albert Weitnauer, Die Legitimation des außerehelichen Kindes im römischen Recht und in den Germanenrechten des Mittelalters – Historisch-rechtsvergleichende Abhandlung, 1940 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 14); Constant Van de Wiel, La légitimation par mariage subséquent chez les romanistes et les décrétalistes jusqu'en 1650, 1962; F. Merzbacher, „Legitimation durch nach-

E. Frühe Neuzeit

Die Forderungen des ausgehenden Mittelalters und der Frühen Neuzeit nach einer Reform von Kirche und Reich hatten auch Auswirkungen auf den Konkubinats. So wandte sich das Konzil von Basel mit Dekret vom 22. Januar 1435 ebenso entschieden gegen den Konkubinats der Kleriker, wie gegen den der Laien:

„Da jede Sünde der Unzucht vom göttlichen Gesetz verboten und unter Strafe der Tod-sünde unbedingt gemieden werden muß, ermahnt die heilige Synode alle Laien, ob verheiratet oder ledig, daß sie ebenso das Konkubinats meiden.“¹²³

Dieses Verbot wurde mit besonderem Nachdruck auf dem V. Laterankonzil wiederholt (5. Mai 1514)¹²⁴ sowie in einer päpstlichen Bulle zwei Jahre später.¹²⁵ Das Konzil von Trient schrieb mit dem Dekret *Tametsi* vom 11. November 1563 das Verbot des Konkubinats endgültig fest:

„Es ist eine schwere Sünde, daß unverheiratete Männer Konkubinen haben, ... Um gegen dieses große Übel mit den geeigneten Mitteln vorzugehen, beschließt die heilige Synode, daß solche Konkubinats, ledige oder verheiratete, gleich welchen Standes, welcher Würden und welchen Berufes, wenn sie diesbezüglich vom Ordinarius dreimal, auch amtlich, ermahnt wurden und die Konkubinen dann immer noch nicht hinausgeworfen und das Verhältnis mit ihnen nicht beendet haben, der Strafe der Exkommunikation verfallen müssen, von der es keine Absolution gibt, bis sie tatsächlich der Ermahnung gehorcht haben. Verbleiben sie ein Jahr lang unter Mißachtung der Strafen im Konkubinats, dann wird gegen sie vom Ordinarius je nach Schwere des Vergehens streng vorgegangen.“¹²⁶

folgende Ehe“, HRG, Bd. II, 15. Lfg. (1977), Sp. 1677-1681; *Adalbert Erler*, „Mantelkinder“, HRG, Bd. III, 17. Lfg. (1978), Sp. 255-258.

¹²¹ *Ferdinand Kogler*, Die legitimatio per rescriptum von Justinian bis zum Tode Karls IV., 1904; *H. Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 410 m.w.N.

¹²² *Leineweber* (Fn. 3) 65 f.; *Ludwig Schmugge*, Kirche, Kinder, Karrieren – Päpstliche Dispense von der unehelichen Geburt im Spätmittelalter, 1995.

¹²³ Sessio XX, Decretum de concubinariis, in: COD dt., Bd. II, S. 485 ff., 487: „Et cum omne fornicationis crimen lege divina prohibitum sit, et sub peccati mortalis poena necessario evitandum, monet omnes laicos tam uxoratos quam solutos, ut similiter a concubinatu abstineant.“ Vgl. v. *Hefele*, Conciliengeschichte, Bd. VII, 1. Auflage, 1874, S. 593 f.; *Becker* (Fn. 1) 27; *Schott* (Fn. 1) 22.

¹²⁴ Sessio IX, Bulla reformationis curiae, in: COD dt., Bd. II, S. 614 ff., 623: „Concubinarii autem, sive laici sive clerici fuerint, eorumdem canonum poenis multentur: neque superiorum tolerantia seu prava consuetudo, quae potius corruptela dicenda est, a multitudine peccantium, aliave quaelibet excusatio eis aliquo modo suffragetur, sed iuxta iuris censuram severe puniantur.“ Vgl. *Becker* (Fn. 1) 27; *Schott* (Fn. 1) 22 f.

¹²⁵ Vgl. *Becker* (Fn. 1) 27 f. m.w.N. in Fußn. 74.

¹²⁶ Sessio XXIV, Canones super reformatione circa matrimonium, c. 8, in: COD dt., Bd. III, S. 755 ff., 758 f.: „Grave peccatum est, homines solutos concubinas habere, ... Quare ut huic tanto malo sancta synodus opportunis remediis provideat, statuit, huiusmodi concubinarios, tam solutos quam uxoratos, cuiuscumque status, dignitatis et conditionis existant, si, postquam ab ordinario, etiam ex officio, ter admoniti ea de re fuerint, concubinas eiecerint, seque ab earum consuetudine non seiunxerint, excommunicatione feriendos esse, a qua non absolvantur, donec re ipsa admonitioni factae paruerint. Quodsi in concubinatu per annum,

Wie die angesprochenen Beschlüsse zeigen, ging die Kirche also nicht mehr nur regional, sondern umfassend gegen den Konkubinat vor.

Bei der Umsetzung der entsprechenden Strafbestimmungen durch den Klerus kam es allerdings zu Missständen, da dieser gegen die Zahlung von Bestechungsgeldern häufig von der Verhängung der angedrohten Strafen absah. Gegen diese Korruption und die mitunter selbst im Konkubinat lebenden Geistlichen wurden daher einige Beschwerden laut, wie etwa in den *Gravamina nationis Germanicae*.¹²⁷

Die einsetzende Reformation verstärkte den Kampf gegen den Konkubinat. Ausgehend vom protestantischen Eherecht,¹²⁸ das insbesondere keinen Zölibat mehr kannte, forderten die frühen evangelischen Kirchenordnungen mit besonderem Nachdruck die Eheschließung durch Konkubinarien.¹²⁹

Auch im weltlichen Recht wurde der Konkubinat nicht mehr nur regional, sondern erstmals durch die Reichspolizeiordnung von 1530 auf Reichsebene verboten, was dergestalt in den Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 beibehalten wurde:

Tit. 33 RPO I „Von leichtfertiger beiwonung. Dieweil auch vil leichtfertig personen ausserhalb von Gott auff gesetzter Ehe zusamen wonen, auch der öffentlich Ehebruch ungestrafft gestatt, dardurch der Almechtig, nach dem es wider sein göttlich gebott hoch beleydigt, auch zu vilen ernunnen ursach gibt, Derhalb ordnen und wöllen wir, daß eyn jede geystlich und weltlich oberkeyt, der solchs ordenlich zugehört eyn billich innsehens haben soll, domit solch öffentlich laster der gebür nach ernstlich gestrafft und nit geduldt werd.“¹³⁰

censuris neglectis, permanserint, contra eos ab ordinario severe pro qualitate criminis procedatur.“ Vgl. *Becker* (Fn. 1) 28; *Schott* (Fn. 1) 23.

¹²⁷ *Adolf Wrede* (Hrsg.), *Deutsche Reichstagsakten, Jüngere Reihe, Bd. 3, 1901* (unveränderter Nachdruck 1963), Nr. 110, S. 645 ff., 679; Art. 57 „Wie die geistlichen richter und official unehlich beiwonung und wucher von gelds wegen gedulden. Item so pfaffen oder ander geistlich öffentliche unehliche weiber, dabei sie kinder in verdampfer geburt erzeugen, haben, oder sonst zwu person in der unehe sitzen, nemen die official und geistlich richter gelt und lassen solch ergerlich person geruchet also in sunden und schanden umb eins jerlichen zins willen, den sie von solchen personen jerlich nehmen, pleiben. ...“.

¹²⁸ Vgl. hierzu *Emil Friedberg*, *Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, 1865, S. 153 ff.; *Ulrich Stutz*, *Zu den ersten Anfängen des evangelischen Eherechtes*, ZRG KA 22 (1933), S. 288-331; *Hartwig Dieterich*, *Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts*, 1970 (*Jus ecclesiasticum – Beiträge zum evangelischen Kirchenrecht und zum Staatskirchenrecht*, Bd. 10); *Karl Michaelis*, *Das abendländische Eherecht im Übergang vom späten Mittelalter zur Neuzeit*, *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse* (1989), Nr. 3, S. 129 ff.

¹²⁹ *Löwenstein* (Fn. 1) 27 ff. m.w.N.; *Becker* (Fn. 1) 29; *Schott* (Fn. 1) 23 f.

¹³⁰ *Matthias Weber* (Hrsg.), *Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577 – Historische Einführung und Edition*, 2002 (*Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte* 146), S. 160 f. Die entsprechende Vorschrift wurde 1548 um zwei Absätze zu öffentlichem Ehebruch und Kuppelerei erweitert (Tit. 25 RPO II), die dergestalt auch 1577 beibehalten wurden (Tit. 26 RPO III), vgl. ebd., S. 201 f. bzw. 256. Hierzu *Josef Segall*, *Geschichte und Strafrecht der Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577, 1914* (*Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 183), S. 157 ff.

Die Territorialgesetzgebung folgte dieser Richtung, so dass die entsprechenden Landesordnungen seit der Mitte des 16. Jahrhunderts den Konkubinats einhellig als Unzucht bewerten und mit schweren Strafen sanktionieren.¹³¹ Die Strafrechtswissenschaft des 17. Jahrhunderts, wie etwa *Althusius*¹³² oder *Carpzov*,¹³³ nahm dabei die Strafbarkeit des Konkubinats als inzwischen selbstverständlich hin, ohne sie weiter in Frage zu stellen.

Während der Konkubinats zunehmend Regelungsgegenstand des Strafrechts geworden war, nahm seine Bedeutung im Privatrecht immer mehr ab, bis er dort zum ersten Drittel des 16. Jahrhunderts nahezu völlig verschwunden war.¹³⁴ So führte beispielsweise das von *Zasius* redigierte Stadtrecht von Freiburg im Breisgau (1520) eine begrifflich scharfe Trennung zwischen Ehe und Nichtehe ein, um den Anwendungsbereich der entsprechenden Normen strikt auf die Ehe zu beschränken.¹³⁵

Die privatrechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes blieb jedoch weiterhin ein Problem, das von den Partikularrechten höchst unterschiedlich behandelt wurde.¹³⁶ Zum Teil wurde das Erbrecht der illegitim Geborenen überhaupt nicht behandelt, zum Teil wurde ein solches Erbrecht einfach ausgeschlossen. Zum Teil jedoch wurde auch weiterhin ein beschränktes Erbrecht des nichtehelichen Kindes anerkannt, in der Regel aber nur für den Fall, dass es sich dabei nicht um sog. Unflatskinder aus verdammter Geburt, sondern um sog. natürliche Kinder lediger Eltern handelte, so beispielsweise die Wormser Reformation (1498).¹³⁷ Das Freiburger Stadtrecht (1520), das demgegenüber unter

¹³¹ *Löwenstein* (Fn. 1) 30 ff., 43 ff. (Brandenburg-Preußen), 56 f. (Mecklenburg), 58 (Sachsen), 61 f. (Bayern), 64 f. (Württemberg), 66 ff. (Baden), 69 f. (Hessen); *Gustaf Klemens Schmelzeisen*, Polizeiordnungen und Privatrecht, 1955 (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 3), S. 22 f.; *Becker* (Fn. 1) 30.

¹³² Vgl. *Johannes Althusius*, *Dicaeologicae libri tres – Totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes*, 2. Auflage, 1649 (unveränderter Nachdruck 1967), I, cap. 125, Nr. 29 f.: „... qualis concubinatus jure veteri impunis erat, ... hodie vero omnis concubitus, praeter matrimonium, illicitus, punitur poena arbitraria, ... cum infamia, ... sicuti etiam concubitus cum ancilla propria, ...“.

¹³³ *Benedikt Carpzov*, *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica secundum ordinem Constitutionum D. Augusti Electoris Saxoniae*, 1. Auflage, 1638, Pars IV, C. 28, D. 5, Nr. 7 f. (S. 1405): „... inter concubinam et matremfamilias, praeter rationem dignitatis, nullam existere differentiam, dicit ... Ulpianus ... Sed rectius informati Principes Saxoniae simpliciter reiiciunt et damnant concubinatum, ...“. Vgl. ferner *ders.*, *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, 2. Auflage, 1646, Pars II, Qu. 70, Nr. 38-42 (S. 163).

¹³⁴ *Schott* (Fn. 1) 25.

¹³⁵ Freiburger Stadtrecht, III, Tit. 2, 6: „Wie eelüt verstanden werden sollen. Und wenn wir von eelüten reden oder setzen, so wöllen wir die ienen verstanden haben, die den kirchgang, byschlaf und bywonung geton haben, es wer dann, das den kirchgang redlich ursachen gehindert haben.“ Zitiert nach *Wolfgang Kunkel* (Hrsg.), *QuNPRG*, Bd. I/1, 1936, S. 277.

¹³⁶ *Hermann Conrad*, *Die Stellung der unehelichen Kinder in der neuzeitlichen Privatrechtsentwicklung Deutschlands, Frankreichs, Österreichs und der Schweiz*, *FamRZ* 9 (1962), S. 322-329; *Leineweber* (Fn. 3) 132 ff. m.w.N.

¹³⁷ Wormser Reformation, Buch IV, Teil 4, Tit. 3 und 5, in: *Kunkel* (Hrsg.), *QuNPRG*, Bd. I/1, 1936, S. 161 ff.

engen Voraussetzungen auch ein Erbrecht der Unflatskinder zuließ,¹³⁸ ist dagegen die seltene Ausnahme.¹³⁹

Was den Unterhalt des nichtehelichen Kindes angeht, so stand ihm im Allgemeinen fast überall ein Anspruch gegen beide Eltern zu, wenngleich hinsichtlich des Anspruchsumfangs mitunter wieder zwischen natürlichen Kindern und Unflatskindern unterschieden wurde, deren Unterhaltsanspruch im letzteren Fall auf den Notbedarf beschränkt war.¹⁴⁰ Für den Fall dass mehrere mögliche Väter in Frage kamen, gewährten das gemeine Recht sowie zahlreiche Partikularrechte dem in Anspruch genommenen Erzeuger die Einrede des Mehrverkehrs (*exceptio plurium concubentium*), während manche Partikularrechte eine solche Einrede ablehnten,¹⁴¹ wie etwa das Freiburger Stadtrecht, wenn die Mutter den Vater benennen konnte.¹⁴²

F. Naturrecht und Aufklärung

Erst das im 17. Jahrhundert einsetzende naturrechtliche Denken führte zu neuen Ansätzen. Zwar wurde die Strafbarkeit des Konkubinats nach kirchlichem und weltlichem Recht nicht in Frage gestellt. Gleichwohl wurde der Versuch unternommen, die Qualität der Geschlechtsverbindungen auf der Grundlage des Naturrechts anstelle des positiven Rechts zu bestimmen.¹⁴³ Für *Grotius* beruhte die Ehe dabei allein auf dem Zusammenleben von Mann und Frau, welches die Frau gleichsam unter die Aufsicht und den Schutz des Mannes stelle. Eine solche Gemeinschaft komme zwar auch bei vielen Tieren vor, beim Menschen als vernunftbegabtes Wesen trete aber noch die Treue hinzu, mit der sich die Frau an den Mann binde.¹⁴⁴ Nach seinem Eheverständnis war der Konkubinat

¹³⁸ Freiburger Stadtrecht, III, Tit. 8, 1-9, in: *Kunkel* (Hrsg.), QuNPRG, Bd. I/1, 1936, S. 311 ff.

¹³⁹ *Schmelzeisen* (Fn. 131) 143 f.; *Leineweber* (Fn. 3) 134.

¹⁴⁰ So etwa das Freiburger Stadtrecht, III, Tit. 8, 9, in: *Kunkel* (Hrsg.), QuNPRG, Bd. I/1, 1936, S. 313. Vgl. *Schmelzeisen* (Fn. 131) 81 ff.; *H. Conrad*, FamRZ 9 (1962), S. 323, 325; *Leineweber* (Fn. 3) 129 ff.; *Schumann* (Fn. 1) 47 ff. jeweils m.w.N.

¹⁴¹ Vgl. *Otto Stobbe/Heinrich O. Lehmann*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. IV: Familienrecht, 3. Auflage, 1900, S. 502 f.; *H. Conrad*, FamRZ 9 (1962), S. 325 f. jeweils m.w.N.

¹⁴² Freiburger Stadtrecht, III, Tit. 8, 1, in: *Kunkel* (Hrsg.), QuNPRG, Bd. I/1, 1936, S. 311: „... Etliche sind, so durch zusammenfügung lediger personen geborn werden, es syg ioch, daß das ledig wybsbild einem man allein zu wart oder sich andern ouch teylhaftig mach, doch daz sy dem kind wyß den vatter zu nennen, ...“.

¹⁴³ Vgl. hierzu *Manfred Erle*, Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts – Ein Beitrag zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen des modernen Eherechts, 1952; *Dieter Schwab*, Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, 1967 (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 45), S. 125 ff.

¹⁴⁴ *Hugo Grotius*, De iure belli ac pacis libri tres, Ausgabe de Kanter-van Hettinga Tromp, 1939 (Nachdruck 1993), lib. II, cap. 5, § 8: „... Coniugium igitur naturaliter esse existimamus talem cohabitationem maris cum femina, quae feminam constituat quasi sub oculis et custodia

daher ebenfalls eine wahre und gültige Verbindung, mochte er inzwischen auch seine natürlichen Wirkungen durch das positive Recht verloren haben. Diese Folgerung sah Grotius zudem durch die Geschichte bestätigt, da es durchaus historische Beispiele für die Anerkennung des Konkubinats gegeben habe, die er im Einzelnen näher ausführt.¹⁴⁵ Die Ansicht von Grotius war freilich nicht unumstritten.¹⁴⁶ In der Sache kam ihm jedoch insbesondere *Pufendorf* recht nahe, der dabei allerdings eine andere Begrifflichkeit zugrunde legte: Den Konkubinat im Sinne Grotius' bezeichnete er als naturrechtliche Ehe, die lediglich im positiven Recht mit minderen Rechten ausgestattet sei; den Begriff Konkubinat selbst verwendete er hingegen für den negativ besetzten außer-ehelichen Verkehr, insbesondere mit Prostituierten.¹⁴⁷

Thomasius sah im Konkubinat ebenfalls eine Art zweitrangigen Ehetyt, der mit dem Naturrecht durchaus in Einklang steht. Sein Ansatz weicht aber insofern ab, als er auf den Zweck der Verbindung abstellte: Während die Ehe in der Absicht eingegangen werde, Kinder zu zeugen, diene der Konkubinat primär der Befriedigung des Geschlechtstriebes, bei der die Zeugung von Kindern lediglich in Kauf genommen werde. Da diese entgegengesetzte Zweckrichtung sich jedoch nicht äußerlich manifestiere, mag der Konkubinat zwar gegen das göttliche Gebot verstoßen, nicht aber gegen das Naturrecht.¹⁴⁸ Angesichts der kontroversen Debatte, die *Thomasius* vor allem mit seiner Dissertation „De Concubinato“ losgetreten hatte, betonte er jedoch nachdrücklich, dass er das Erfordernis der Trauung nie habe in Frage stellen, sondern nur die historische Entwicklung untersuchen wollen.¹⁴⁹

maris. Nam tale consortium, et in mutis animantibus quibusdam videre est. In homine vero, qua animans est utens ratione, ad hoc accessit fides qua se femina mari constringit.“ Vgl. dazu *Erle* (Fn. 143) 27 ff.; *Becker* (Fn. 1) 31.

¹⁴⁵ *Grotius*, De iure belli ac pacis libri tres, lib. II, cap. 5, § 15: „... observandum et hoc est, concubinatum quendam verum ac ratum esse coniugium, etsi effectibus quibusdam iuris civilis propriis privetur, aut etiam effectus quosdam naturales impedimento legis civilis amittat. ... Atqui sicut in statu naturae inter tales quales iam diximus, coniugium verum esse potuit, si femina esset sub custodia maritali et fidem marito dedisset; ...“. Vgl. dazu *Erle* (Fn. 143) 35 f.; *Becker* (Fn. 1) 31; *Schott* (Fn. 1) 27 f.

¹⁴⁶ *Erle* (Fn. 143) 36 f., 62 ff. m.w.N.

¹⁴⁷ *Samuel Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo, lib. VI, cap. 1, § 36; kritische Ausgabe durch Frank Böhling, Gesammelte Werke, hrsg. von Wilhelm Schmidt-Biggemann, Bd. 4, Teile 1-2, 1998, Bd. 4/2, S. 599 f. Vgl. dazu *Erle* (Fn. 143) 127; *Becker* (Fn. 1) 32.

¹⁴⁸ *Christian Thomasius*, Institutiones jurisprudentiae divinae, 1. Auflage, 1688, III 2 §§ 168 ff.; *ders.*, Fundamenta juris naturae et gentium, 1. Auflage, 1705, III 2 § 26 = dt. Übers. *ders.*, Grundlehren des Natur- und Völkerrechts, 1709 (unveränderter Nachdruck 2003), III 2 § 26 (S. 168); *ders.*, Dissertatio Inauguralis Juridica De Concubinato, 1713. Vgl. dazu *Erle* (Fn. 143) 223 ff.; *Becker* (Fn. 1) 32; *Schott* (Fn. 1) 28 f.; *Schumann* (Fn. 1) 57 ff.

¹⁴⁹ *Erle* (Fn. 143) 226; *Gertrud Schubart-Fikentscher*, Die Unehelichen-Frage in der Frühzeit der Aufklärung, Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Philologisch-historische Klasse, Bd. 112/Heft 3 (1967), S. 21 f.; *Becker* (Fn. 1) 32 jeweils m.w.N.

Dieses naturrechtliche Gedankengut war dem aufgeklärten Strafrecht zwar wohlbekannt, dennoch hielt das positive Recht weiterhin an der Strafbarkeit des Konkubinats fest und sanktionierte ihn mit Gefängnis, Geldbuße oder zeitweiliger Landesverweisung.¹⁵⁰ Dies stieß jedoch im aufgeklärten Schrifttum zunehmend auf Ablehnung. *Hommel*¹⁵¹ stellte bei seiner Kritik bevölkerungspolitische Erwägungen an und befürwortete den Konkubinat als ein Mittel, das sich schon bei den Römern bewährt habe und mit dem auch in der Gegenwart der zahlreichen wirtschaftlich bedingten Ehelosigkeit erfolgreich begegnet werden könnte:

„Nach den Familien Vortheilen fragt ein Staatskundiger nicht, sondern er will, daß viel Kinder gebohren werden sollen; vornehme oder geringe, eheliche oder uneheliche? das ist ihm einerley.“¹⁵²

Dieses egalisierende Element zwischen ehelicher und nichtehelicher Abkunft ist die Konsequenz einer Bevölkerungspolitik, die auf demographisches Wachstum setzte, um auf diese Weise Staat und Gesellschaft zu stärken und das allgemeine Wohl zu fördern.¹⁵³ Nicht von ungefähr versuchten daher aufgeklärte Monarchen wie Friedrich II. von Preußen oder Joseph II. der nichtehelichen Geburt den Makel zu nehmen und ledige Mütter gegen gesellschaftliche Verfemung zu schützen, um auf diese Weise dem Kindsmord entgegenzu-

¹⁵⁰ Vgl. etwa *Johann Christian Quistorp*, Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts, 3. Auflage, 1783, I. Theil, 8. Abschnitt, 6. Hauptstück, § 495, S. 950 f.: „So rechtmässig auch der Concubinat nach dem Recht der Natur ist, wenn er nämlich nicht zugleich in wilde Ausschweifungen ausartet, so unzulässig ist er jedoch wegen der Folgen in dem Staat, oder in der bürgerlichen Gesellschaft. Aus diesem Grunde wird heutiges Tages der Concubinat den Verbrechen beygezählet. ... Hiemit stimmen die deutschen Reichsgesetze überein, als welche allen Concubinat, er mag zeitlich, oder immerwährend seyn, schlechterdings verbieten. In Gleichförmigkeit derselben darf daher der Concubinat von keiner Obrigkeit geduldet werden, und diejenigen, welche sich darin befinden, sind nach der Grösse des Vorsatzes, und andern eintretenden Umständen mit Gefängniß, Geldbusse, oder zeitlicher Landesverweisung zu bestrafen; ...“. Ferner *Becker* (Fn. 1) 32 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Mario A. Cattaneo*, Karl Ferdinand Hommel, der „deutsche Beccaria“ [1975], in: *Aufklärung und Strafrecht – Beiträge zur deutschen Strafrechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts*. Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, 1998, S. 63-139.

¹⁵² *Carl Ferdinand Hommel*, Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium, Bd. VI, 4. Auflage, 1785, observatio 741, § 23 („Ist der Concubinat einem Lande schädlich oder nützlich?“), S. 176 f.; ferner abgedruckt bei *Becker* (Fn. 1) 33 f.

¹⁵³ Hierzu allgemein *Martin Fuhrmann*, Bevölkerungs- und Ehepolitik in der deutschen politischen und ökonomischen Theorie – Aufgeklärter Absolutismus und Frühliberalismus (ca 1750 – ca 1820), ZNR 22 (2000), S. 31-51; *ders.*, Die Politik der Volksvermehrung und Menschenveredelung – Der Bevölkerungsdiskurs in der politischen und ökonomischen Theorie der deutschen Aufklärung, in: *Aufklärung 13 (2001): Politische Theorie im 18. Jahrhundert*, hrsg. von Diethelm Klippel, S. 243-282; *ders.*, Volksvermehrung als Staatsaufgabe? – Bevölkerungs- und Ehepolitik in der deutschen politischen und ökonomischen Theorie des 18. und 19. Jahrhunderts, 2002 (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Bd. 101 n.F.).

wirken.¹⁵⁴ So ordnete Joseph II. 1783 an: „Die Mackel unehelicher Geburt ist in allen öffentlichen Diensten oder Handwerken oder bei was immer für einer Beweisführung gänzlich aufgehoben.“¹⁵⁵ Geradezu revolutionär war dann der Schritt Joseph II., als er zum Teil gegen den Rat der juristischen Fachleute im sog. Josephinischen Gesetzbuch von 1786 die nichtehelichen Kinder lediger Eltern sowie Kinder aus ungültigen Ehen bei behebbaren Ehehindernissen den ehelichen Kindern erbrechtlich vollkommen gleichstellte. Nur Kinder, die aus einem Ehebruch oder einer ungültigen Ehe bei nicht behebbaren Ehehindernissen hervorgegangen waren, galten als „wahrhaft unehlich“ und waren auf einen Unterhaltsanspruch beschränkt:

JosGB IV § 15 „Wenn ein unehliches Kind von Aeltern gezeuget worden, welche entweder beide, oder einer derselben zur Zeit der Erzeugung verehlichtet waren, oder wenn zwischen den Aeltern ein Ehehinderniß vorhanden war, das nicht gehoben werden konnte, ist das Kind für wahrhaft unehlich zu halten, und dessen Recht bloß auf den ausgemessenen Unterhalt zu beschränken, ohne daß ihm von der väterlichen, oder von der mütterlichen Seite andere verwandtschaftliche Rechte zukommen.“

JosGB IV § 16 „Hingegen wenn ein Kind zwar ausser der Ehe, doch von zwei unverehlichten Personen gezeuget worden, und desto mehr, wenn ein Kind nur aus einer ungültigen Ehe gebohren ist, wo nämlich das Hinderniß so beschaffen war, daß es hätte gehoben werden können, ist das Kind den ehelichen Kindern gleichzuhalten, ...“¹⁵⁶

Jedoch war die Zeit für eine derart weitreichende Gleichstellung noch nicht reif, so dass diese Regelungen bereits kurze Zeit nach dem Tod Joseph II. zurückgenommen wurden.¹⁵⁷

Die preußischen Kodifikationsentwürfe des 18. Jahrhunderts weisen demgegenüber eine andere Besonderheit auf, als sie zur Überwindung von Standesgrenzen die sog. morganatische Ehe oder Ehe zur linken Hand mit einer Frau niederen Standes ausdrücklich regelten.¹⁵⁸ Gemeinsamkeiten dieses Rechtsinstituts mit dem Konkubinat des römischen Rechts oder mit naturrechtlichen

¹⁵⁴ Zu den Präventivmaßnahmen Friedrich II. vgl. *Hermann Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II: Neuzeit bis 1806, 1966, S. 444 m.w.N.; zu denen Joseph II. vgl. *Harm Klueting* (Hrsg.), Der Josephinismus – Ausgewählte Quellen zur Geschichte der thesesianisch-josephinischen Reformen, FVS NZ, Bd. 12a (1995), Nr. 153, S. 346 ff., 348.

¹⁵⁵ *Klueting* (Hrsg.), FVS NZ, Bd. 12a (1995), Nr. 144, S. 328.

¹⁵⁶ *Klueting* (Hrsg.), FVS NZ, Bd. 12a (1995), Nr. 161, S. 358 ff., 365.

¹⁵⁷ Vgl. *H. Conrad*, FamRZ 9 (1962), S. 322; *Gunter Wesener*, Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich (vom Mittelalter bis zur Gegenwart), RSJB, Bd. 36: L'Enfant (1976), S. 493-515, 504 ff. Zum Kindschaftsrecht des JosGB allgemein *ders.*, Die Stellung des Kindes im Recht der altösterreichischen Länder (vom Mittelalter bis zum ABGB), RSJB, Bd. 36: L'Enfant (1976), S. 453-492, 481 ff.

¹⁵⁸ *Project des Corporis Juris Fridericiani* (1749), Pars I, Lib. 2, Tit. 3, Art. 3, §§ 56 ff.; II 1 §§ 835 ff. AGB (1791); II 1 §§ 835 ff. ALR (1794). Vgl. hierzu *Hermann Conrad/Gerd Kleinheyer* (Hrsg.), Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), 1960 (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Bd. 10), S. 324 ff.; *Peter Krause* (Hrsg.), Die Kronprinzenvorlesungen 1791/1792 – Carl Gottlieb Svarez, Gesammelte Schriften, Erste Abteilung: Eigene Werke, Bd. 4/2: Das positive preußische Recht, 2000, S. 715 ff.

Ideen werden überwiegend abgelehnt.¹⁵⁹ Bei dieser Verbindung, die der besonderen Erlaubnis des Landesherrn bedurfte (II 1 § 836 ALR), teilte die Frau zwar weder Namen noch Stand oder Rang des Mannes, ansonsten trafen die Eheleute jedoch alle persönlichen Pflichten einer vollgültigen Ehe (II 1 §§ 835, 872 ff. ALR).¹⁶⁰ Dieses dem Ancien Régime verhaftete Rechtsinstitut des ALR galt allerdings schon im 19. Jahrhundert als veraltet, wenngleich im Hochadel noch bis zum In-Kraft-Treten der Weimarer Reichsverfassung mitunter morgantische Ehen geschlossen wurden.¹⁶¹

G. Die Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert

Die Strafbarkeit des Konkubinats geriet an der Wende zum 19. Jahrhundert immer stärker in die Kritik. Für *Fichte* hatte der Staat ebenso wenig die Kompetenz, den Konkubinat zu verbieten wie den Selbstmord. Denn dem Staat obliege es nur, dafür zu sorgen, dass keine Frau gegen ihren Willen zu einem solchen Zusammenleben gezwungen werde.¹⁶² Die Trennung von Recht und Moral fand nicht nur in der Rechtsphilosophie, sondern auch in der Gesetzgebungspraxis ihre Befürworter, wie etwa *Feuerbach*, der bei dem von ihm entworfenen Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern von 1813 die Sanktionslosigkeit des Konkubinats durchsetzen konnte.¹⁶³ Rund fünfzig Jahre später allerdings ordnete das bayerische Polizeistrafgesetzbuch von 1861 bei Geldstrafe oder Arrest die Trennung von Konkubinariern an.¹⁶⁴ Dies war freilich keine bayerische Besonderheit, denn in den anderen deutschen Ländern existierten teilweise ähnliche Vorschriften, teilweise wurde einfach auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abgestellt, um

¹⁵⁹ *Glück*, Pandecten, Bd. 28 (1827), S. 432 f.; *Becker* (Fn. 1) 34 f. Vgl. aber II 1 §§ 839, 909 ff. ALR, die zumindest funktional Ähnlichkeiten mit dem römischen Konkubinat insofern aufweisen (s.o., Fn. 22), als das Erbrecht von Kindern aus erster (vollgültiger) Ehe durch eine morgantische Wiederheirat nicht geschmälert wurde, da die zweite Frau (zur linken Hand) nur den im Ehekontrakt vorgesehenen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen den Nachlass hatte.

¹⁶⁰ Zur Paragraphenzählung dieses Abschnitts vgl. *Hans Hattenhauer* (Hrsg.), ALR, 3. Auflage, 1996, S. 379 Fußn. *.

¹⁶¹ *Becker* (Fn. 1) 35 m.w.N. in Fußn. 105; *Dieter Schwab*, „Mißheirat“, HRG, Bd. III, 19. Lfg. (1980), Sp. 603-607, 605 f.; *W. Leiser*, „Morganatische Ehe“, HRG, Bd. III, 19. Lfg. (1980), Sp. 676-678, 677.

¹⁶² *Johann Gottlieb Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, 1796/97 (Neudruck 1960), Anhang I: Familienrecht, II §§ 21 f., S. 326 f.; *Becker* (Fn. 1) 35 f. Zum Ganzen *David Archard*, Family Law (First Annex), in: Grundlage des Naturrechts, hrsg. von Jean-Christophe Merle, 2001 (Klassiker Auslegen, Bd. 24), S. 187-196.

¹⁶³ Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, Bd. I, 1813, Einleitung, § 9, S. 25; *Löwenstein* (Fn. 1) 62 f.; *Becker* (Fn. 1) 36.

¹⁶⁴ Art. 95 BayPStGB (vom 10.11.1861) „Personen, welche in fortgesetzter außerehelicher Geschlechtsverbindung in einer Wohnung zusammenleben, sind an Geld bis zu 25 fl. oder mit Arrest bis zu 8 Tagen zu strafen und von einander zu trennen.“ Vgl. *Franz X. Entmooser*, Das Polizei-Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 1862, S. 64.

solche Lebensgemeinschaften zu trennen.¹⁶⁵ Das bayerische Polizeistrafgesetzbuch von 1871 sah zwar zunächst keine Sanktionen vor, wurde aber 1882 erneut um ein entsprechendes Verbot bei Erregung öffentlichen Ärgernisses ergänzt,¹⁶⁶ das selbst im Landesstraf- und Verordnungsgesetz von 1956 noch aufrechterhalten wurde.¹⁶⁷ Erst bei dessen Novellierung im Jahre 1970 entfiel diese Norm ersatzlos.¹⁶⁸ In der Rechtswirklichkeit hatte sich dieses Verbot längst überlebt, wie das Urteil eines südbadischen Amtsrichters Anfang der sechziger Jahre zeigt, der auf der Grundlage der badischen Parallelvorschrift aus dem Jahre 1923 eine Geldstrafe in Höhe von 1,- DM verhängte.¹⁶⁹

Die rechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes war im 19. Jahrhundert Gegenstand zahlreicher Reformbestrebungen,¹⁷⁰ die jedoch nicht immer zu einer Verbesserung seiner Rechtsposition führten, wie insbesondere im Falle Preußens.¹⁷¹ Dort wurden die entsprechenden, vom Gedankengut der Aufklärung geprägten Vorschriften des ALR namentlich von *Savigny* aus sittlich-moralischen Gründen heftig kritisiert.¹⁷² Die sukzessive Inanspruchnahme mehrerer möglicher Erzeuger, wie sie in II 2 §§ 619 f. ALR vorgesehen war, wurde als zu weitreichend empfunden. Das preußische Reformgesetz vom 24. April 1854¹⁷³ beschränkte sich in dieser Frage jedoch nicht etwa darauf, die hergebrachte Einrede des Mehrverkehrs wieder zuzulassen, sondern führte daneben

¹⁶⁵ Vgl. zu den einzelnen Ländern *Löwenstein* (Fn. 1) 47 ff.; *Becker* (Fn. 1) 37.

¹⁶⁶ Art. 50a BayPStGB (vom 26.12.1871, ergänzt durch Gesetz vom 20.3.1882) „Personen, welche durch fortgesetztes häusliches Zusammenleben in außerehelicher Geschlechtsverbindung zu öffentlichem Ärgernisse Veranlassung geben, werden an Geld bis zu 150 DM oder mit Haft bis zu acht Tagen, im Wiederholungsfalle an Geld bis zu 150 DM oder mit Haft bestraft, und sind durch die Polizeibehörde voneinander zu trennen.“ Vgl. *Georg Ziegler/Josef Ulrich*, Polizeistrafgesetzbuch für Bayern, 1955, S. 73 f.

¹⁶⁷ Art. 25 BayLStVG (vom 17.11.1956, in der Fassung vom 3.1.1967) „Personen, die durch fortgesetztes häusliches Zusammenleben in außerehelicher Geschlechtsverbindung erhebliches öffentliches Ärgernis erregen, werden mit Geldstrafe bis zu fünfshundert Deutsche Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen bestraft.“ Vgl. *Artur Käab/Walther Rösch*, Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, 2. Auflage, 1967, S. 455 ff. Der Entschluss des Bayerischen Staatsministerium des Innern vom 22.8.1967 (ebd., S. 846 ff., 850) führte hierzu aus: „Eheähnliches Zusammenleben Unverheirateter kann in der gleichen Wohnung lebende Kinder und Jugendliche sittlich gefährden. ... Die Gemeinden werden ersucht, als Wohnungsaufsichtsbehörden hierauf besonders zu achten. Ferner sollen sie in diesen Fällen das Jugendamt benachrichtigen.“

¹⁶⁸ Gesetz zur Bereinigung des Landesrechts und zur Anpassung von Straf- und Bußgeldvorschriften an das Bundesrecht vom 31.7.1970, BayGVBl. 1970, S. 345 ff., 346.

¹⁶⁹ Hier zitiert nach *Schott* (Fn. 1) 13.

¹⁷⁰ Vgl. *Hans Stück*, Das Recht der unehelichen Kinder in Deutschland im 19. Jahrhundert – unter Berücksichtigung der in diese Zeit fallenden Reformbestrebungen, 1931 mit einem Überblick zu den einzelnen Ländern.

¹⁷¹ *Beate Harms-Ziegler*, Illegitimität und Ehe – Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991 (Schriften zur Rechtsgeschichte, Bd. 51); *Thomas Heinrich*, Das preußische Nichtehelehenrecht – Von der Aufklärung zur Reaktion, 1993 (Rechtshistorische Reihe, Bd. 113); *Schumann* (Fn. 1) 81 ff.

¹⁷² *Harms-Ziegler* (Fn. 171) 295 f.; *Th. Heinrich* (Fn. 171) 171 f.

¹⁷³ Abgedruckt bei *Th. Heinrich* (Fn. 171) Anhang, S. 317 ff.

die sog. Bescholtenheitseinrede ein, die einer Mutter von „bescholtenem“ Lebenswandel sowie ihrem nichtehelichen Kind jedweden Anspruch gegen den Vater abschneidet (§ 9 Nr. 2 i.V.m. § 13 Nr. 1).¹⁷⁴

Die Einrede des Mehrverkehrs, die in manchen deutschen Ländern bis dahin gegenstandslos gewesen war,¹⁷⁵ hielt schließlich im Jahre 1900 durch § 1717 Abs. 1 Satz 1 BGB im gesamten Reich Einzug. Zwar hatte der ursprünglich von *Gottlieb Planck* vorgelegte Entwurf des Familienrechts auf diese Einrede verzichtet, doch bereits die Erste Kommission beharrte erfolgreich auf ihrer Einführung. Denn ihrer Ansicht nach war es nicht mit dem Rechtsempfinden zu vereinbaren, eine Person in Anspruch zu nehmen, die tatsächlich gar nicht der Erzeuger sei, bzw. der Mutter die Möglichkeit einzuräumen, sich unter mehreren möglichen Vätern den zahlungskräftigsten auszusuchen.¹⁷⁶ Nach § 1589 Abs. 2 BGB galten ein „uneheliches Kind und dessen Vater ... als nicht verwandt“. Die „Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder“ wurde im sechsten Titel des zweiten Abschnitts „Verwandtschaft“ geregelt (§§ 1705-1718 BGB), die „Legitimation unehelicher Kinder“ im siebten Titel (§§ 1719-1740 BGB), nämlich durch nachfolgende Ehe (§§ 1719 ff. BGB) bzw. durch Ehelichkeitserklärung (§§ 1723 ff. BGB). Während das „uneheliche Kind ... im Verhältnisse zu der Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes“ innehatte (§ 1705 BGB), stand ihm gegen den Vater nur ein Unterhaltsanspruch bis zum 16. Lebensjahr zu (§§ 1708 ff. BGB). Ein (subsidiärer) Erbanspruch am väterlichen Nachlass, wie ihn einige Partikularrechte gekannt hatten, war hingegen im BGB nicht mehr vorgesehen, bestehende erbrechtliche Aussichten wurden durch Art. 213 EGBGB einfach beseitigt, sofern der Erbfall nicht vor dem 1.1.1900 eingetreten war.¹⁷⁷

Diese insgesamt eher rückschrittlichen Regelungen des BGB sowie der Erste Weltkrieg und seine katastrophalen demographischen Konsequenzen ließen bald die Notwendigkeit von entsprechenden Reformen erkennen.¹⁷⁸ Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 gab daher in Art. 121 der Legislative auf, für die Chancengleichheit von ehelichen und nichtehelichen Kindern zu sorgen.¹⁷⁹

„Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“

¹⁷⁴ *Harms-Ziegler* (Fn. 171) 297 ff.; *Th. Heinrich* (Fn. 171) 209 ff.; *Schumann* (Fn. 1) 83 f.

¹⁷⁵ Vgl. *H. Conrad*, *FamRZ* 9 (1962), S. 326 m.w.N.

¹⁷⁶ *Benno Mugdan* (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. IV: Familienrecht, 1899 (unveränderter Nachdruck 1979), S. 470 f.; *Schumann* (Fn. 1) 92 ff.

¹⁷⁷ *Schumann* (Fn. 1) 103 m.w.N. Vgl. *Otto v. Gierke*, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889, S. 479 f. der den Verzicht auf ein subsidiäres Erbrecht am väterlichen Nachlass schon am ersten Entwurf heftig kritisiert hatte.

¹⁷⁸ *Schumann* (Fn. 1) 104 f.

¹⁷⁹ Zur Entstehung dieser Vorschrift *Dieter Schwab*, *Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie*, in: *FS für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag*, hrsg. von *Walther J. Habscheid* u.a., 1976, S. 893-907, 904 ff.

Der Gesetzgeber trug dieser Forderung insofern Rechnung, als er auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts etwa in den Versorgungs- und Besoldungsgesetzen die nichtehelichen Kinder den ehelichen weitgehend gleichstellte.¹⁸⁰ Auch im Privatrecht wurden Reformen in Angriff genommen, die zwar zu verschiedenen Gesetzentwürfen (1922, 1925 und 1929) führten,¹⁸¹ aber wegen der 1930 einsetzenden parlamentarischen Krise schließlich ergebnislos blieben.¹⁸²

Die entsprechenden Reformbestrebungen des Dritten Reichs stellen hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen und demographischen Motive keine wirkliche Neuerung dar, sondern erscheinen eher als Fortführung einer Politik, die bereits gegen Ende des Ersten Weltkriegs begonnen und von der Weimarer Republik weiter verfolgt worden war.¹⁸³ Typisch nationalsozialistisches Gedankengut trat demgegenüber in der rassistischen Ausgestaltung der angestrebten Reformen zutage sowie in Projekten wie etwa dem Lebensborn e.V.¹⁸⁴

Nach dem Zusammenbruch erteilte das Grundgesetz 1949 dem Gesetzgeber in Art. 6 Abs. 5 (nahezu wortgleich mit Art. 121 WRV) erneut den verfassungsrechtlichen Auftrag der Gleichstellung der nichtehelichen Kinder:

„Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“

Obwohl die Reformbedürftigkeit des Nichtehelichenrechtes allgemein erkannt wurde, bedurfte es einer ausdrücklichen Ermahnung des Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1969, bis zum Ende der damaligen Legislaturperiode entsprechend zu handeln.¹⁸⁵ Mit dem „Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder“ vom 19. August 1969 gelang schließlich eine weitgehende Angleichung an den rechtlichen Status ehelicher Kinder,¹⁸⁶ insbesondere durch die Streichung von § 1589 Abs. 2 BGB, die Ab-

¹⁸⁰ Knut Wolfgang Nörr, Zwischen den Mühlsteinen – Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, 1988 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 1), S. 96 f.; Schumann (Fn. 1) 106 f.

¹⁸¹ Werner Schubert (Hrsg.), Die Projekte der Weimarer Republik zur Reform des Nichtehelichen-, des Adoptions- und des Ehescheidungsrechts, 1986 (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Heft 43 n.F.); Nörr (Fn. 180) 98 f.; Schumann (Fn. 1) 107 ff.; zum skandinavischen Einfluss zuletzt Urte Nesemann, Die schwedische Familiengesetzgebung von 1734 bis zu den Reformgesetzen von 1915 bis 1920 und deren Einfluss auf die Gesetzgebungsprojekte der Weimarer Republik – Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung der Frau und des unehelichen Kindes, 2003 (Rechtshistorische Reihe, Bd. 275), S. 264 ff., 311 ff.

¹⁸² W. Schubert (Hrsg.), Die Projekte der Weimarer Republik (Fn. 181) 77 ff.

¹⁸³ Schumann (Fn. 1) 115.

¹⁸⁴ Vgl. hierzu Schumann (Fn. 1) 116 ff.

¹⁸⁵ BVerfG Beschluss vom 29.1.1969, BVerfGE 25, 167 (Leitsatz I und Gründe) = NJW 1969, 597.

¹⁸⁶ BGBl. 1969 I S. 1243; Werner Schubert (Hrsg.), Die Reform des Nichtehelichenrechtes (1961-1969) – Entstehung und Quellen des Gesetzes über die Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969, 2003 (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Bd. 106 n.F.). Vgl. Schumann (Fn. 1) 129 ff. Im Jahre 1979 wurde

schaffung der Mehrverkehrseinrede sowie durch die Einführung eines wirtschaftlich gleichwertigen Erbersatzanspruchs und eines Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich gegenüber dem Vater in §§ 1934a ff. BGB.¹⁸⁷

In der DDR hatte man schon wesentlich früher die Gleichstellung der nichtehelichen Kinder insoweit erreicht, als die diskriminierenden Vorschriften des BGB bereits durch Art. 33 der Verfassung vom 7. Oktober 1949 aufgehoben wurden. Eine umfassende materielle Neuregelung erfolgte dann allerdings erst mit In-Kraft-Treten des Familiengesetzbuchs am 1. April 1966.¹⁸⁸

Nach der Wiedervereinigung kam es schließlich durch das „Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Erbrechtsgleichstellungsgesetz – ErbGleichG)“ vom 16. Dezember 1997 zur Aufhebung der §§ 1934a ff. BGB und damit zur vollen erbrechtlichen Gleichstellung des nichtehelichen Kindes gegenüber seinem Vater.¹⁸⁹

Am Ende dieser Tour d'Horizon bleiben, wie bereits eingangs erwähnt, viele Fragen offen. Im Vergleich mit der heutigen nichtehelichen Lebensgemeinschaft lässt sich jedoch für die Vergangenheit folgende Konstante festhalten: „Auch die geschichtlichen Formen nichtehelichen Zusammenlebens haben neben der Ehe bestanden, aber kaum als wählbare Alternative denn als subsidiäre Form für Personen, denen die Ehe aus rechtlichen, sozialen oder wirtschaftlichen Gründen verschlossen war.“¹⁹⁰

einfachgesetzlich der Begriff „unehelich“ durch „nichtehelich“ ersetzt, BGBl. 1979 I S. 1061, 1070.

¹⁸⁷ § 1934c BGB war allerdings wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 5 GG nichtig, BVerfG Beschluss vom 18.11.1986, BVerfGE 74, 33 = NJW 1987, 1007. Zu den §§ 1934a ff. BGB vgl. zuletzt die Kommentierung bei *Edenhofer*, in: Palandt, BGB, 57. Auflage, 1998.

¹⁸⁸ Zur Entwicklung in der DDR vgl. *Schumann* (Fn. 1) 133 f. m.w.N.

¹⁸⁹ BGBl. 1997 I S. 2968.

¹⁹⁰ *Heinz Holzhauer*, Zur Rechts- und Rechtsprechungsgeschichte des Verhältnisses von Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft, besonders im Unterhaltsrecht, in: FS für Erik Jayme, hrsg. von Heinz-Peter Mansel u.a., Bd. II, 2004, S. 1447-1459, 1447.

Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Demographische Trends und gesellschaftliche Strukturen –

MICHAELA KREYENFELD und DIRK KONIETZKA

- A. Einleitung
 - B. Probleme der soziologischen und demografischen Analyse nichtehelicher Lebensgemeinschaften und neuer Familienformen
 - I. Rückgang der Heiratsneigung oder Verschiebung der Eheschließung?
 - II. Zur Bedeutung und Dauerhaftigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften
 - III. Nichteheliche Elternschaft – soziale Problemlage oder moderne Familienform?
 - C. Demographische Entwicklung in Europa
 - I. Lebensform und Lebensalter
 - II. Nichteheliche Geburten
 - D. Lebensformen und Familienstrukturen in Deutschland
 - I. Lebensform und Lebensalter
 - II. Heirat und Familiengründung im Lebenslauf
 - E. Zusammenfassung und Diskussion
- Anhang

A. Einleitung

In Europa haben sich seit den 1960er Jahren die demografischen Verhaltensmuster sowie die Lebens- und Familienformen tief greifend verändert. In mehr oder weniger allen europäischen Ländern sind im Verlauf der letzten drei Jahrzehnte die Heiratsziffern zurückgegangen, die Scheidungsziffern gestiegen und haben neue Lebensformen – vor allem Alleinlebende und nichteheliche Lebensgemeinschaften – an Bedeutung gewonnen. Darüber hinaus ist das Fertilitätsniveau gesunken und der Anteil nichtehelicher Geburten gestiegen. Begleitet waren diese Veränderungen von einem Anstieg des Alters bei der Eheschließung und der Geburt des ersten Kindes. Die genannten Prozesse sind in der Demografie als Europas „zweiter demografischer Übergang“ bezeichnet worden.¹

Die Veränderungen im Geburtenverhalten und in den Familienstrukturen wurden zunächst in Nordeuropa und einige Jahre später auch in Westeuropa beobachtet. Die südeuropäischen Länder gelten als Nachzügler im Hinblick auf

¹ *Lesthaeghe*, Der zweite demographische Übergang in den westlichen Ländern: Eine Deutung, Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft 18 (3), 1992, 313-354; *van de Kaa*, Europe's second demographic transition, Population Bulletin 42 (1), 1987, 1-57.

die genannten demografischen Umwälzungen. In den mittel- und osteuropäischen Ländern herrschten unter den politischen und ökonomischen Voraussetzungen des realexistierenden Sozialismus grundsätzlich andere Geburten- und Familiendynamiken vor. In diesen Ländern haben sich nach dem Zusammenbruch der kommunistischen Regime jedoch in kürzester Zeit Verhaltensveränderungen durchgesetzt, die dem Muster des „zweiten demografischen Übergangs“ in den westlichen Ländern in vielerlei Hinsicht ähneln.²

Als Ursachen des demografischen Wandels werden vor allem die veränderte Rolle der Frau in der Gesellschaft, ein Wertewandel in Richtung zunehmender Selbstverwirklichungs- bzw. Selbstentfaltungswerte sowie fortgeschrittene Individualisierungstendenzen diskutiert.³ Diese Entwicklungen werden als Teil von gesellschaftlichen Modernisierungsprozessen betrachtet, in deren Rahmen auch Ehe, Partnerschafts- und Familienformen einer grundlegenden Neudefinition unterzogen wurden.⁴

Vor allem in der deutschen Familiensoziologie ist die *Pluralisierung der Lebensformen* zu einem eigenständigen Forschungsthema geworden.⁵ Lebensformen werden mitunter unterschiedlich und anhand umfangreicher Kriterienkataloge klassifiziert. Für unsere Analysen sind die wichtigsten Merkmale zur Unterscheidung von Lebensformen zum einen die Existenz einer *Lebensgemeinschaft* (definiert durch das Zusammenleben mit einem Partner im selben Haushalt) und zum anderen die *rechtliche Institutionalisierung* einer Partnerschaft (durch eine Eheschließung). Lebt mindestens ein Kind im Haushalt, dann wird von einer *familialen Lebensform* gesprochen.

Nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern und Alleinerziehende sind die bedeutendsten „neuen Familienformen“ bzw. „neuen familialen Lebensformen“. Von „neuen Familienformen“ zu sprechen ist insofern irreführend, als nichteheliches Zusammenleben und ledige Elternschaft keine historisch neu-

² Die Kontroverse um einen „nachholenden“ Wertewandel oder eine demografische Krise in den Transformationsländern kann hier nicht genauer erörtert werden; vgl. hierzu: *Eberstadt*, Demographic shocks after communism: Eastern Germany, 1989-93, *Population and Development Review* 20 (1), 1994, 137-152; *T. Kučera/O. Kučerová Oparal/Schaich* (Hrsg.), *New Demographic Faces of Europe: The Changing Population Dynamics in Countries of Central and Eastern Europe*, 2000.

³ *Beck*, Risikogesellschaft – auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986; *Inglehart*, Culture Shift in Advanced Industrial Society, 1990.

⁴ Die hier genannten Annahmen sind teilweise heftig kritisiert worden. Umstritten ist u.a. die These eines demografischen Regimewechsels im Sinne einer qualitativ neuartigen und unumkehrbaren Entwicklungsstufe. Für eine Kritik der genannten theoretischen Entwürfe und Erklärungsansätze siehe z.B. *Huinink*, Soziologische Ansätze zur Bevölkerungsentwicklung, in: *Mueller/Nauck/Diekman* (Hrsg.), *Handbuch der Demographie*, Band I, 2000, S. 339-386.

⁵ *Strohmeier*, Pluralisierung und Polarisierung der Lebensformen in Deutschland, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 17/93, 1993, S. 11-22; *Klein*, Pluralisierung versus Umstrukturierung am Beispiel partnerschaftlicher Lebensformen, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 51 (3), 1999, 469-490; *Wagner/Franzmann*, Die Pluralisierung der Lebensformen, *Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft* 25 (1), 2000, 151-173.

artigen Typen von Familie darstellen.⁶ Allerdings waren in den 1950er und 1960er Jahren nichteheliche Lebensgemeinschaften und Alleinerziehende in erster Linie unter Geschiedenen und Verwitweten anzutreffen. Die heutigen neuen Lebens- und Familienformen haben aufgrund ihrer Stellung im Lebenslauf, ihrer Entstehungszusammenhänge und ihrer subjektiven Bedeutung nicht mehr viel mit dem auf bestimmte Milieus begrenzten „Konkubinats“ oder auch den „Onkelehen“ der Nachkriegszeit gemein.

Im weiteren Verlauf dieses Beitrags geben wir einen Überblick über Aspekte des familialen Wandels in Europa und Deutschland. Zunächst resümieren wir in Abschnitt B. Fragestellungen, analytische Probleme und Hauptergebnisse der Forschung über den Wandel von Ehe, Familie und Lebensformen. In Abschnitt C. präsentieren wir die Entwicklung der Lebensformen und nichtehelichen Geburten in Europa. Abschnitt D. befasst sich genauer mit der Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften und nichtehelicher Geburten in Ost- und Westdeutschland. Abschließend diskutieren wir die sozialpolitischen Hintergründe der Unterschiede in den Familienformen in Ost- und Westdeutschland.

Für die Darstellung der Entwicklung in Europa ziehen wir neben den Daten der Bevölkerungsstatistik die Daten des Eurobarometers heran.⁷ Für die Darstellungen der Entwicklung in Deutschland nutzen wir vorrangig den Mikrozensus.⁸

B. Probleme der soziologischen und demografischen Analyse nichtehelicher Lebensgemeinschaften und neuer Familienformen

I. Rückgang der Heiratsneigung oder Verschiebung der Eheschließung?

In allen europäischen Ländern ist das Heiratsalter seit den 1970er Jahren angestiegen. Lag beispielsweise das durchschnittliche Erstheiratsalter von Frauen in Westdeutschland im Jahr 1970 noch bei unter 23, liegt es mittlerweile bei über 28 Jahren (Tabelle A1). Im Zuge des Anstiegs des Heiratsalters gingen die jährlichen Heiratsziffern zurück – was in der Öffentlichkeit häufig mit einer Abkehr von der Institution Ehe gleichgesetzt wird. Diese Interpretation ist jedoch nicht zwangsläufig richtig. Die Frage, ob tatsächlich der Anteil jener

⁶ Abrams, Concubinage, cohabitation and the law: Class and gender relations in nineteenth-century Germany, *Gender and History* 5, 1993, S. 81-100; Mitterauer, Ledige Mütter: Zur Geschichte unehelicher Geburten in Europa, 1983.

⁷ Das Eurobarometer ist eine Befragung, die im Auftrag der Europäischen Kommission mindestens zwei Mal jährlich in verschiedenen europäischen Ländern zu unterschiedlichen Themen durchgeführt wird (siehe <http://europa.eu.int/comm/public_opinion/index_en.htm>).

⁸ Wir verwenden eine 70%-Stichprobe des Mikrozensus 2002. Die Autoren danken dem Dezernat 334 des Statistischen Landesamts NRW für die Nutzung des Mikrozensus 2002, der am regionalen Standort des Forschungsdatenzentrums des Statistischen Landesamts NRW ausgewertet wurde.

zugenommen hat, die dauerhaft bzw. zeitlebens unverheiratet bleiben oder ob nur das Alter bei der Heirat gestiegen ist, kann an Hand von Trends der jährlichen Heiratsziffern nicht beantwortet werden.

Oppenheimer hat für die USA gezeigt, dass Veränderungen des Zeitpunkts – das sogenannte „Timing“ – der Heirat zu den markantesten Veränderungen des demografischen Verhaltens zählen, während die ultimative Heiratsneigung zugleich hoch geblieben ist.⁹ Für Europa ist die Frage nach einer Verschiebung des Heiratsalters oder einer Erosion der Ehe als Lebensform nicht einheitlich zu beantworten. Während in skandinavischen Ländern, insbesondere in Schweden, der Anteil derjenigen zurückgegangen ist, die je geheiratet haben, trifft dies auf andere europäische Länder in weitaus geringerem Maß zu (Tabelle A3). Ein bedeutsames methodisches Problem besteht in diesem Zusammenhang darin, dass das Ausmaß des endgültigen Verzichts auf eine Heirat erst dann abgeschätzt werden kann, wenn die interessierenden Geburtsjahrgänge (Kohorten) ein Alter erreicht haben, in dem eine spätere Heirat unwahrscheinlich geworden ist. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann daher für die jüngeren Kohorten – insbesondere für jene, die 1970 und später geboren sind – die Frage nach dem Anteil dauerhaft Unverheirateter noch nicht verlässlich beantwortet werden.

II. Zur Bedeutung und Dauerhaftigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften

Mit der Verschiebung von Elternschaft und Heirat auf ein späteres Lebensalter war in den meisten – aber nicht allen – europäischen Ländern ein Anstieg der Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften verbunden.¹⁰ Die Verbreitung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften und anderen „neuen Lebensformen“ hängen wiederum mit Unterschieden in der Veränderung des Alters beim Auszug aus dem Elternhaus zusammen.

In den 1950er und 1960er Jahren herrschte in den europäischen Ländern durchgehend das Muster einer „direkten Heirat“ vor. Eheschließung, Auszug aus dem Elternhaus und Zusammenziehen mit dem Partner erfolgten mehr oder weniger simultan oder eng aufeinander. Dieses Muster hat in letzten Jahrzehnten in den meisten europäischen Ländern an Bedeutung verloren.¹¹ In vielen Ländern ist es hingegen zur Norm geworden, nach dem Auszug aus dem Elternhaus für einen mehr oder weniger langen Zeitraum allein, mit dem Partner oder mit Dritten in anderen Haushaltskonstellationen zusammenzuleben.

⁹ Oppenheimer, A theory of marriage timing, *American Journal of Sociology* 94 (3), 1988, 563-591.

¹⁰ Waite/Bachrach/Hinde/Thomson/Thornton (Hrsg.), *The Ties that Bind: Perspectives on Marriage and Cohabitation*, New York 2000; Kiernan, The rise of cohabitation and child-bearing outside marriage in western Europe, *International Journal of Law, Policy and the Family* 15, 2001, 1-21.

¹¹ Kiernan, European perspectives on nonmarital childbearing, in: Wu/Wolfe (Hrsg.), *Out of Wedlock: Causes and Consequences of Nonmarital Fertility*, 2001, S. 77-108.

In der Bundesrepublik Deutschland haben sich Heirat und Familiengründung in den letzten drei Jahrzehnten im Lebenslauf deutlich nach hinten verschoben, nicht jedoch der Auszug aus dem Elternhaus.¹² Im Mittel sind Frauen heute 21 Jahre und Männer 23 Jahre alt, wenn sie einen eigenen Haushalt gründen. Damit liegt Deutschland im europäischen Mittelfeld. In den südeuropäischen Ländern ist das Auszugsalter dagegen – vor allem für die Männer – stark gestiegen.¹³ In diesen Ländern haben sich neue Lebensformen jenseits der Ehe kaum durchgesetzt. Der Übergang in das Erwachsenenalter stellt sich dort nach wie vor überwiegend als eine Statuspassage dar, die von der Herkunftsfamilie direkt in die Ehe und die anschließende Gründung einer eigenen Familie führt.

In den Ländern, in denen das Auszugsalter zurückgegangen bzw. niedrig geblieben ist und sich das Alter bei der Eheschließung erhöht hat, hat sich zunehmend eine neue Lebensphase herausgebildet, in der Männer und Frauen allein oder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften leben. In Deutschland haben nichteheliche Lebensgemeinschaften im frühen Erwachsenenalter zunehmend einen institutionalisierten Charakter gewonnen. Sie haben nicht nur das Stigma abweichenden Verhaltens verloren, sondern es hat sich sogar die Erwartung herausgebildet, dass man vor einer Heirat „zur Probe“ zusammengelebt haben sollte.

Die Frage, ob nichteheliche Lebensgemeinschaften in erster Linie eine Übergangsphase oder Vorstufe auf dem Weg zur Ehe oder eine dauerhafte Alternative zur Ehe sind, kann nicht unabhängig von den gesellschaftlichen und zeitgeschichtlichen Kontexten beantwortet werden.¹⁴ Die rechtlichen und sozialpolitischen Rahmenbedingungen dieser Lebensformen sind in den Ländern Europas unterschiedlich. Zudem hat sich die subjektive Bedeutung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften im Zeitvergleich verändert. Wurden diese in der Bundesrepublik in den 1970er Jahren zumeist als explizite Gegenentwürfe zur bürgerlichen Ehe verstanden, so ist dies heute immer weniger der Fall. Es wäre aber falsch, nichteheliche Lebensgemeinschaften auf die Funktion einer Vorstufe zur Ehe zu reduzieren. Das Zusammenziehen mit dem Partner erfolgt in vielen Fällen unabhängig von der Frage einer späteren Heirat. Da Paare oft mehrere Jahre in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammen

¹² Konietzka/Huinink, Die De-Standardisierung einer Statuspassage? Zum Wandel des Auszugs aus dem Elternhaus und des Übergangs in das Erwachsenenalter in Westdeutschland, *Soziale Welt* 54 (3), 2003, 285-311.

¹³ Billari/Baizán/Philipov, Leaving home in Europe: the experience of cohorts born around 1960, *International Journal of Population Geography* 7 (5), 2001, 339-356.

¹⁴ Rindfuss/van den Heuvel, Cohabitation: A precursor to marriage or an alternative to being single?, *Population and Development Review* 16 (4), 1990, 703-726; Bumpass/Sweet/Cherlin, The role of cohabitation in declining rates of marriage, *Journal of Marriage and the Family* 53 (4), 1991, 913-927; Manting, The changing meaning of cohabitation and marriage, *European Sociological Review* 12 (1), 1996, 53-65; Hill/Kopp, Nichteheliche Lebensgemeinschaften – theoretische Aspekte zur Wahl von Lebensformen, in: Klein/Lauterbach (Hrsg.), *Nichteheliche Lebensgemeinschaften*, 1999, 11-35.

leben, weisen nichteheliche Lebensgemeinschaften zunehmend den Charakter einer eigenständigen Lebensphase auf.¹⁵

Eine weitere kontrovers diskutierte Frage lautet, ob nichteheliche Lebensgemeinschaften ein höheres Trennungsrisiko aufweisen als verheiratete Paare und insbesondere, ob voreheliches Zusammenleben die Stabilität einer folgenden Ehe verringert. Die empirischen Befunde zum Trennungs- bzw. Scheidungsrisiko von Paaren, die zuvor in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelebt haben, sind widersprüchlich. Zwar zeigt sich durchgehend, dass Paare, die vor der Heirat nichtehelich zusammengelebt haben, sich später häufiger scheiden lassen als jene, die direkt geheiratet haben. Dieser empirische Zusammenhang ist aber kein Nachweis dafür, dass voreheliches Zusammenleben ursächlich die Ehestabilität verringert.¹⁶ Paare, die direkt geheiratet haben und solche, die bereits vor der Heirat zusammengelebt haben, unterscheiden sich in einer Reihe von Merkmalen, die einen eigenständigen kausalen Einfluss auf das Trennungsrisiko haben können. Insbesondere in Ländern, in denen das voreheliche Zusammenleben zu einer weit verbreiteten sozialen Realität geworden ist, stellen Paare, die erst heiraten und dann zusammenziehen, zunehmend einen sozial selektiven Personenkreis dar, der traditionelle Normen und Wertvorstellungen vertritt. In diesem Fall fördert nicht die gewählte Lebensform – also der Verzicht auf voreheliches Zusammenleben –, sondern die Werte und Einstellungen der Personen, die „direkt“ heiraten, die Ehestabilität.

III. Nichteheliche Elternschaft – soziale Problemlage oder moderne Familienform?

Nichteheliche Elternschaft stellt aus rechtlicher und sozialpolitischer Perspektive einen bedeutsamen Untersuchungsgegenstand dar. In den meisten europäischen Ländern unterscheiden sich die Rechte und Pflichten unverheirateter und verheirateter Väter. Auch die gegenseitigen Versorgungsansprüche der Partner hängen vielfach von der Frage einer Heirat ab. Aus soziologischer Perspektive sind überdies die sozialstrukturellen Hintergründe nichtehelicher Elternschaft von Interesse. In den 1950er und 1960er Jahren, die ex-post zum „golden age of marriage“ ernannt wurden, war die frühe Heirat ein Bestandteil des vorherrschenden Lebensentwurfs. Die Geburt von Kindern bzw. die Fami-

¹⁵ *Lauterbach*, Die Dauer Nichtehelicher Lebensgemeinschaften: Alternative oder Vorphase zur Ehe?, in: *Klein/Lauterbach* (Fn. 14) 269-307.

¹⁶ *Lillard/Brien/Waite*, Premarital cohabitation and subsequent marital dissolution: A matter of self-selection?, *Demography* 32 (3), 1995, 437-457; *Brüderl/Diekmann/Engelhardt*, Erhöht eine Probeehe das Scheidungsrisiko?, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 49, 1997 (2), 205-222; *Niephaus*, Der Einfluß vorehelichen Zusammenlebens auf die Ehestabilität als methodisches Artefakt, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 51(1), 1999, 124-139.

liengründung fand praktisch ausschließlich im institutionellen Rahmen der Ehe statt.

Seit den 1970er Jahren hat sich in den meisten europäischen Ländern im Zuge der besagten Verschiebung von Heirat und Elternschaft auf ein höheres Alter auch die zeitliche Kopplung von Eheschließung und Familiengründung gelockert. In den nordeuropäischen Ländern – und seit einigen Jahren auch in Ostdeutschland – machen nichteheliche Geburten mehr als die Hälfte aller Geburten aus (Tabelle A2). War unverheiratete Elternschaft lange Zeit überwiegend ein Produkt ungewollter Schwangerschaft und vor allem in unteren sozialen Schichten verbreitet, ist sie heutzutage weniger auf spezifische Milieus begrenzt und zu einer kaum noch stigmatisierten Familienform geworden. In jenen europäischen Ländern, in denen unverheiratete Elternschaft den Status gesellschaftlicher Normalität erlangt hat, verweist sie auch in geringerem Maß auf soziale Problemlagen.¹⁷

In vielen Ländern existieren jedoch weiterhin sozialstrukturelle Unterschiede zwischen Alleinerziehenden, ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern. Frauen, die im Teenager-Alter ein Kind bekommen und über einen geringen oder keinen Bildungsabschluss verfügen, leben vergleichsweise häufig allein, d.h. ohne einen Partner. Vor allem im angloamerikanischen Kontext sind allein erziehende Frauen einem erhöhten Armutsrisiko ausgesetzt bzw. in hohem Maß abhängig von wohlfahrtsstaatlichen Transferzahlungen.

Kontrovers diskutiert werden die Folgen nichtehelicher Elternschaft für das Kindeswohl. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob die Ehe als Lebensform einen positiven Einfluss auf das Kindeswohl hat und durch „marriage campaigns“ Kinderarmut und Sozialhilfeabhängigkeit reduziert werden können.¹⁸ In der Literatur wird die Effektivität derartiger Maßnahmen kritisch beurteilt. Eine Heirat würde wenig an der ökonomischen Position vieler Alleinerziehender ändern, da deren Partner zumeist aus einkommensschwachen Schichten stammen und vielfach von Arbeitslosigkeit betroffen sind.

Auch in Deutschland ist die Gruppe der unverheirateten Frauen mit Kindern sozialstrukturell heterogen. In West- und Ostdeutschland sind allein erziehende Mütter häufiger als andere ohne Bildungsabschluss. Alleinerziehende Frauen mit geringer Bildung und schlechten Arbeitsmarktchancen sind vor allem in den alten Ländern auf wohlfahrtsstaatliche Transferleistungen angewiesen. Mütter mit einem hohen Bildungsabschluss leben dagegen mit größerer Wahrscheinlichkeit in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.¹⁹ Diese Frauen wei-

¹⁷ *Hobson/Takahashi*, The parent-worker model: Lone mothers in Sweden, in: Lewis (Hrsg.), *Lone Mothers in European Welfare Regimes*, 1997, 121-139.

¹⁸ *Sawhill*, Is lack of marriage the real problem?: The American Prospect, *The Politics of Family*, April 2002; *Bitler/Gelbach/Hoynes/Zavodny*, The impact of welfare reform on marriage and divorce, *Demography* 41 (2), 2004, 213-236.

¹⁹ *Konietzka/Kreyenfeld*, Women's employment and non-marital childbearing: A comparison between East and West Germany in the 1990s, *Population (English edition)* 57 (2), 2002, 331-358.

sen eine hohe Erwerbsorientierung auf und verfügen in der Regel über hinreichende Ressourcen, um nicht auf die ökonomisch absichernde Funktion der Ehe angewiesen zu sein.

C. Demographische Entwicklung in Europa

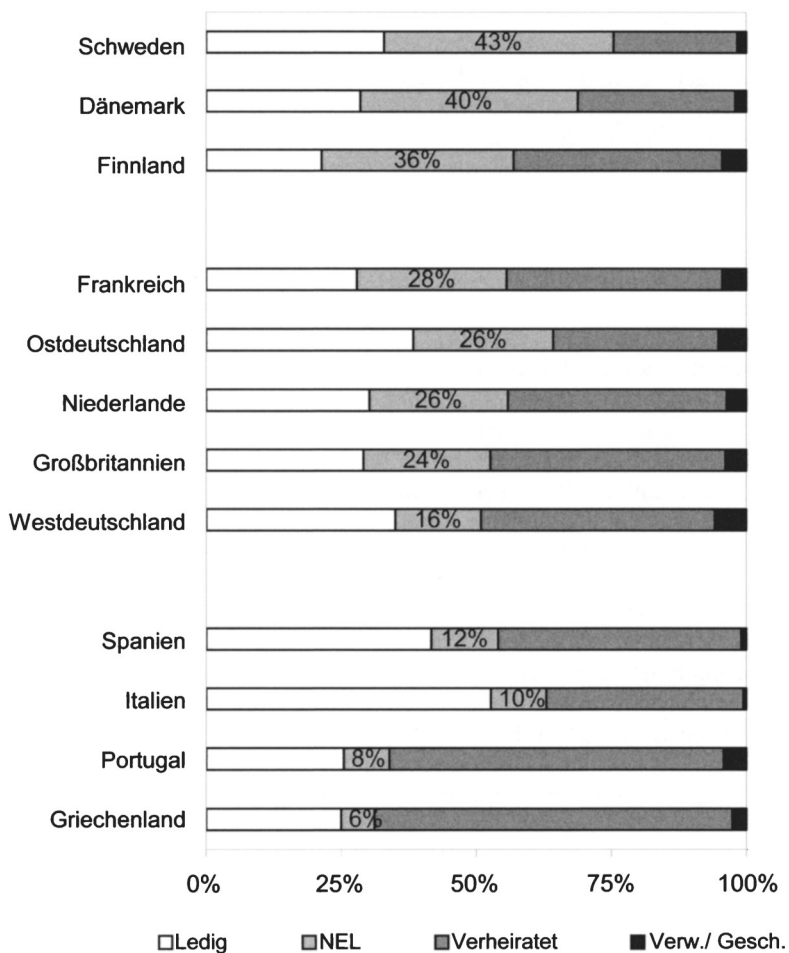
I. Lebensform und Lebensalter

Es ist nicht möglich, auf Basis der nationalen Bevölkerungsstatistiken einen Überblick über die Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Europa zu geben, da diese Lebensform nur in wenigen Bevölkerungsstatistiken standardmäßig erfasst wird. Befragungsdatensätze stellen eine unverzichtbare zusätzliche Informationsquelle dar. Das Eurobarometer ist eine Befragung, die im Auftrag der Europäischen Union in verschiedenen europäischen Ländern durchgeführt wird. Zwar ist das Eurobarometer kein auf die Familienentwicklung spezialisierter Datensatz, jedoch bietet er hinreichende demografische Hintergrundinformationen. Tabelle A3 präsentiert auf Basis des Eurobarometers 2002/2003 einen nach dem Lebensalter differenzierten Überblick über die Lebensform von Frauen in ausgewählten europäischen Ländern. Als Kriterien der Lebensform verwenden wir Informationen über den Familienstand (ist eine Person verheiratet, ledig, oder verwitwet/geschieden?) und für ledige Personen zusätzlich Informationen über die Existenz einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (NEL).²⁰ Die Frage des nichtehelichen Zusammenlebens von Geschiedenen und Verwitweten lassen wir außen vor, da dieser Lebensform für Frauen im Alter bis 40 nur eine geringe Bedeutung zukommt.

In Abbildung 1 sind auf der Basis von Tabelle A3 die Lebensformen für die Gruppe der 26- bis 30-jährigen Frauen wiedergegeben. Es wird ersichtlich, dass eine erhebliche Variation des nichtehelichen Zusammenlebens in Europa vorherrscht. Während in nordischen Ländern etwa 40 Prozent der 26- bis 30-jährigen Frauen in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, ist diese Lebensform in den südeuropäischen Ländern kaum von Bedeutung. Unter den westeuropäischen Ländern hat Frankreich mit 28 Prozent den höchsten Anteil nichtehelicher Lebensgemeinschaften. In Westdeutschland ist der Anteil nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit 16 Prozent eher niedrig, während er in Ostdeutschland bei 26 Prozent liegt (siehe auch Abschnitt D.).

²⁰ Im Eurobarometer werden Befragte gebeten, sich in folgende Kategorien einzuordnen: (1) Verheiratet, (2) wiederverheiratet, (3) ledig, mit Partner zusammen lebend, (4) ledig, niemals mit Partner zusammen gelebt, (5) ledig, schon einmal mit Partner zusammen gelebt, (6) geschieden, (7) getrennt lebend, (8) verwitwet, (9) andere. Für die folgenden Analysen haben wir die Kategorien 1, 2, 7 zu „verheiratet“ zusammen gefasst. Kategorie 3 umfasst nichteheliche Lebensgemeinschaften. Die Kategorien 4 und 5 umfassen ledige Personen. Kategorie 6 und 8 wurde als geschieden/verwitwet klassifiziert. „Andere“ und Personen ohne Angaben (etwa 2 Prozent) haben wir aus den Analysen ausgeschlossen.

Abbildung 1: Lebensformen der 26- bis 30-jährigen Frauen in den Jahren 2002/03 in ausgewählten europäischen Ländern²¹



Quelle: Eurobarometer (eigene Berechnungen, siehe Tabelle A3)

Während nichteheliches Zusammenleben in Nord- und Westeuropa im frühen Erwachsenenalter eine große Verbreitung hat, kommt dieser Lebensform in den südeuropäischen Ländern bislang nur eine geringe Bedeutung zu. Beispielsweise leben in Italien nicht mehr als 10 Prozent der 26- bis 30-jährigen Frauen

²¹ Die graphische Darstellung ist angelehnt an Kiernan (Fn. 10).

in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Ähnliches gilt bislang für die Mehrzahl der mittel- und osteuropäischen Länder.²²

Im mittleren Erwachsenenalter ist die eheliche Lebensgemeinschaft in den meisten europäischen Ländern nach wie vor die mit Abstand häufigste Lebensform (siehe Tabelle A3). Die (geplante) Familiengründung wird insbesondere in Westdeutschland als zentraler Grund betrachtet, eine nichteheliche Lebensgemeinschaft in eine Ehe umzuwandeln und auf diese Weise zu „legitimieren“. Dies gilt in geringerem Maße für Frankreich und Schweden. Insbesondere in den nordischen Ländern ist die Familiengründung kaum noch ein Anlass zur Eheschließung.

II. Nichteheliche Geburten

Tabelle A2 gibt einen Überblick über die Entwicklung nichtehelich geborener Kinder in Europa. Es zeigt sich wiederum ein ausgeprägtes geografisches Muster. In den skandinavischen Ländern ist der Anteil nichtehelich geborener Kinder seit den 1970er Jahren kontinuierlich angestiegen. Er erreichte in Schweden, Island und Dänemark bereits 1980 Anteile von etwa 30 bis 40 Prozent. Im Jahr 2000 waren etwa die Hälfte aller Geburten in diesen Ländern Geburten von unverheirateten Frauen. Für eine Erklärung der Entwicklung in den nordischen Ländern kommen neben den kulturellen Faktoren insbesondere die spezifischen sozialpolitischen Rahmenbedingungen in Frage. Im Laufe der 1970er Jahre wurde in Schweden das Steuerrecht radikal reformiert, es wurde die Individualbesteuerung eingeführt und dadurch die Privilegien der „Versorgerehe“ abgeschafft.²³ Gleichzeitig wurde das Kinderbetreuungssystem ausgebaut. Die sozialpolitischen Neuerungen erhöhten unter anderem die ökonomischen Zwänge der Erwerbstätigkeit von Müttern. Im europäischen Vergleich zeichnen sich heute die skandinavischen Länder durch hohe Frauenerwerbsquoten und ein vergleichsweise hohes Ausmaß von Geschlechtergleichheit auf dem Arbeitsmarkt aus. Es spricht vieles dafür, dass mit der zunehmenden Frauenerwerbstätigkeit die Ehe in den skandinavischen Ländern ihre ökonomische Absicherungsfunktion eingebüßt hat.²⁴

Auch in den meisten westeuropäischen Ländern stieg der Anteil nichtehelich geborener Kinder seit den 1970er Jahren stetig an. In Frankreich waren 1980 noch 11 Prozent, 1990 bereits 30 Prozent aller Geburten nichtehelich. Diese Entwicklung lässt sich ebenfalls mit dem spezifischen institutionellen Kontext in Verbindung bringen. Die französische Familienpolitik hat relativ frühzeitig

²² Philipov/Dorbritz, Demographic consequences of economic transition in countries of central and eastern Europe, 2003.

²³ Hobson/Takahashi (Fn. 17).

²⁴ Bracher/Santow, Economic independence and union formation in Sweden, Population Studies 52 (3), 1998, 275-294.

auf die „neuen Familienformen“ reagiert und die Rechte unverheirateter Väter reformiert.²⁵

Auch in Großbritannien stieg der Anteil von nichtehelichen Geburten Ende der 1980er Jahre auf fast 30 Prozent. Er liegt mittlerweile bei über 40 Prozent. Während in den meisten anderen europäischen Ländern die Bedeutungszunahme nichtehelicher Elternschaft eng mit der Verbreitung nichtehelicher Lebensgemeinschaften einher ging, ist in Großbritannien im Lauf der 1980er Jahre der Anteil allein erziehender Eltern besonders stark gestiegen.²⁶ In Großbritannien werden – ähnlich wie in den USA – sozialpolitische Unterstützungsleistungen für Alleinerziehende für diese Entwicklung verantwortlich gemacht.²⁷

In Westdeutschland war der Anteil nichtehelicher Geburten noch in den 1980er Jahren mit weniger als 10 Prozent ausgesprochen niedrig. In der alten Bundesrepublik waren die Institutionen Ehe und Elternschaft eng miteinander verknüpft, was durch den Begriff der „kindorientierten Eheschließung“ zum Ausdruck gebracht worden ist.²⁸ Bis zum Jahr 2000 ist jedoch der Anteil nichtehelich geborener Kinder in Westdeutschland auf 20 Prozent gestiegen. Dies kommt einer Verdopplung innerhalb eines Zehnjahreszeitraums gleich, auch wenn Westdeutschland damit weiterhin am unteren Ende der europäischen Skala liegt.

In Südeuropa lag mit Ausnahme von Portugal der Anteil nichtehelicher Geburten bis in die 1990er Jahre hinein deutlich unter 10 Prozent. In Griechenland und Italien wurden auch im Jahr 2000 weniger als 10 Prozent aller Kinder von unverheirateten Frauen geboren. Allerdings ist der Anteil nichtehelich geborener Kinder auch in diesen Ländern im Zeitvergleich kontinuierlich gestiegen, so dass vieles dafür spricht, dass in Südeuropa die nord- und westeuropäische Entwicklung teilweise nachgeholt wird.

In den meisten Ländern Mittel- und Osteuropas war der Anteil nichtehelich geborener Kinder zu Zeiten des Sozialismus sehr niedrig. Eine Ausnahme stellten Estland und die DDR dar, wo die Anteile nichtehelicher Geburten bereits in den 1970er Jahren angestiegen waren und gegen Ende der 1980er Jahre bei über 30 Prozent lagen.

In der DDR hatte sich ein Muster der Familiengründung etabliert, bei dem – im Unterschied zum westdeutschen Modell der kindorientierten Eheschließung – der zeitliche Zusammenhang zwischen der Familiengründung und der Heirat gelockert war. Eine plausible Erklärung für die in der DDR seit den 1970er

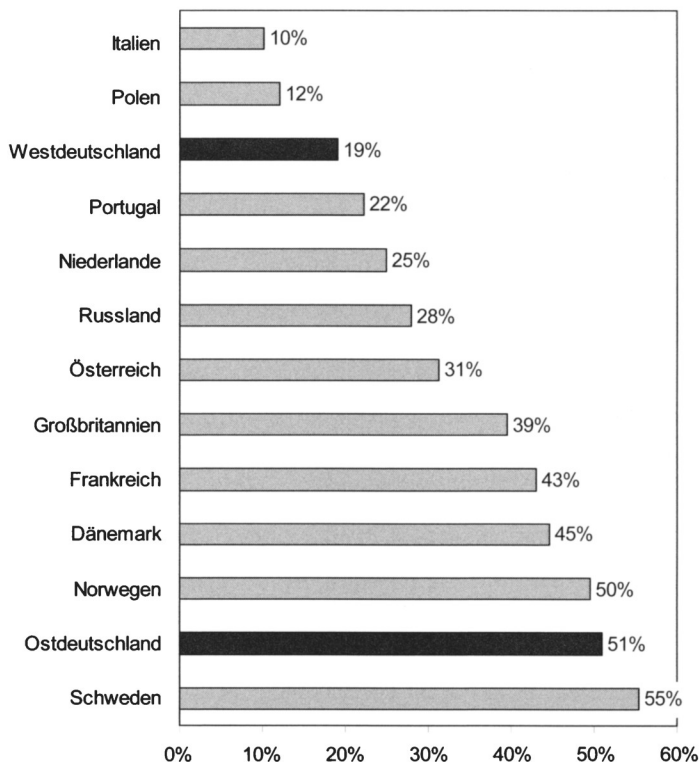
²⁵ *Schultheis*, Familien und Politik: Formen wohlfahrtsstaatlicher Regulierung von Familie im deutsch-französischen Gesellschaftsvergleich, 1999.

²⁶ *Lewis*, Lone mothers: The British case, in: dies. (Fn. 17) 50-75.

²⁷ *Garfinkel/Huang/McLanahan/Gaylin*, The roles of child support enforcement and welfare in non-marital childbearing, *Journal of Population Economics* 16 (1), 2003, 55-70; *Moffitt*, Welfare benefits and female headship in U.S. time series, *American Economic Review* 90 (2), 2000, 373-377.

²⁸ *Nave-Herz*, Familie heute, 1994.

Abbildung 2: Anteil nichtehelich Geborener an allen Geborenen im Vergleich ausgewählter europäischer Länder im Jahr 2000



Quelle: Council of Europe, Recent Demographic Developments in Europe, Strasbourg 2003. (siehe Tabelle A2)

Jahren angestiegene Nichtehelichenquote wurde in sozialpolitischen Maßnahmen gefunden, die unverheirateten Frauen einen bevorzugten Zugang zu Kinderbetreuungsplätzen und bevorzugte Freistellungsregelungen von der Arbeit gewährten.²⁹ Die Zunahme nichtehelicher Geburten wurde als eine unbeabsichtigte Nebenfolge der besonderen Unterstützung von ledigen Müttern in der DDR betrachtet. Überraschenderweise ist die Nichtehelichenquote nach der Übernahme der westdeutschen familienpolitischen Regelungen in den 1990er

²⁹ *Obertreis*, Familienpolitik in der DDR 1946-1980, 1986; *Cromm*, Familienbildung in Deutschland: soziodemographische Prozesse, Theorie, Recht und Politik unter besonderer Berücksichtigung der DDR, 1998.

Jahren weiter angestiegen. Im Jahr 2000 waren über 50 Prozent aller Geburten in Ostdeutschland Geburten von unverheirateten Frauen.³⁰

Damit hat sich die bemerkenswerte Konstellation herausgebildet, dass sich die neuen und die alten Bundesländer im europäischen Maßstab an den entgegengesetzten Enden eines Kontinuums der Nichtehelichenquoten befinden. Westdeutschland liegt trotz der Verdoppelung der Anteile in den letzten 10 Jahren zusammen mit den Niederlanden und den südeuropäischen Ländern am unteren Ende, Ostdeutschland zusammen mit den nordeuropäischen Ländern am oberen Ende der europäischen Skala. Im Vergleich aller 43 vom Council of Europe ausgewiesenen europäischen Länder hatten im Jahr 2000 nur Schweden, Island und Estland eine höhere Nichtehelichenquote als Ostdeutschland.³¹

D. Lebensformen und Familienstrukturen in Deutschland

I. Lebensform und Lebensalter

In Deutschland ist der Mikrozensus einer der bedeutendsten Datenquellen, die Aufschluss über die Haushaltsstruktur und die Lebensformen der Bevölkerung geben. Dies gilt für die „älteren“ Mikrozensus jedoch nur mit Einschränkungen. Bis zum Jahr 1995 wurde im Mikrozensus nur das „traditionelle Familienkonzept“ verwendet, in dem als Familien „Ehepaare mit und ohne Kinder sowie allein Erziehende, die mit ihren ledigen Kindern im gleichen Haushalt leben“, definiert waren.³² Paare, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebten, wurden als zwei separat wirtschaftende Einheiten betrachtet. Seit 1996 verwendet das Statistische Bundesamt außer dem traditionellen Familienkonzept zusätzlich das „neue Konzept der Lebensformen“. Dieses Konzept berücksichtigt auch nichteheliche Lebensgemeinschaften. Eine Person lebt in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, wenn sie zum Befragungszeitpunkt mit dem Lebenspartner im selben Haushalt wohnt.³³ Es kann zwar nicht rekonstruiert

³⁰ Aufgrund der Zusammenlegung einiger ehemals ost- und westdeutscher Bezirke ist es seit 2000 nicht mehr möglich, das Gebiet der ehemaligen DDR und der ehemaligen BRD zu unterscheiden. In der amtlichen Statistik werden aus diesem Grund Ost- und Westdeutschland seit dem Jahr 2000 nicht mehr standardmäßig getrennt ausgewiesen.

³¹ *Council of Europe*, Recent Demographic Developments in Europe, 2003.

³² *Statistisches Bundesamt*, Haushalte und Familien 2000, Fachserie 1, Reihe 3, 2001, S. 13 f.

³³ Im Mikrozensus wird eine nichteheliche Lebensgemeinschaften abgegrenzt, indem eine Bezugsperson im Haushalt definiert wird. Für die anderen Haushaltsmitglieder wird erfragt, ob es sich um den Lebenspartner oder die Lebenspartnerin der vorher festgelegten Bezugsperson handelt. Auf Basis dieser Informationen stellt das Statistische Bundesamt eine Variable bereit, die angibt, ob eine Person in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt. Zudem wird eine Variable zur Verfügung gestellt, die angibt, ob eine Person die Bezugsperson, der Partner bzw. die Partnerin der Bezugsperson oder ein Kind in der Lebensgemeinschaft ist. Vgl.: *Heidenreich/Nöthen*, Der Wandel der Lebensformen im Spiegel des Mikrozensus, Wirtschaft und Statistik (1), 2002, S. 26-38; *Stauder*, Neue Typisierung von Haushalten und Lebens-

werden, wann ein Paar zusammengezogen ist, jedoch kann die altersspezifische Verteilung der unterschiedlichen Lebensformen abgebildet werden. Wir beschränken uns im Folgenden auf eine Darstellung der Lebensformen von Frauen im Alter von 21 bis 40 Jahren (siehe Abbildung 3).

Nichteheliche Lebensgemeinschaften sind insbesondere in der Zeit des frühen Erwachsenenalters von Bedeutung. In Westdeutschland lebten im Jahr 2002 15 Prozent der 21- bis 25-jährigen und 16 Prozent der 26- bis 30-jährigen Frauen in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. In Ostdeutschland waren es sogar 20 Prozent der 21- bis 25-jährigen und 26 Prozent der 26- bis 30-jährigen Frauen, die nicht verheiratet waren, aber mit ihrem Partner zusammen lebten.³⁴

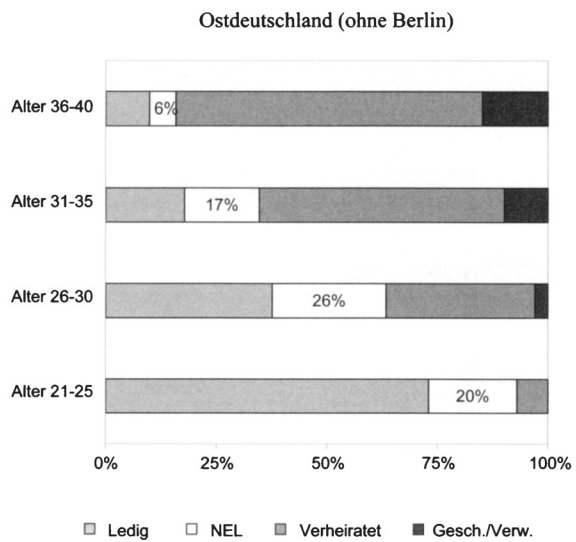
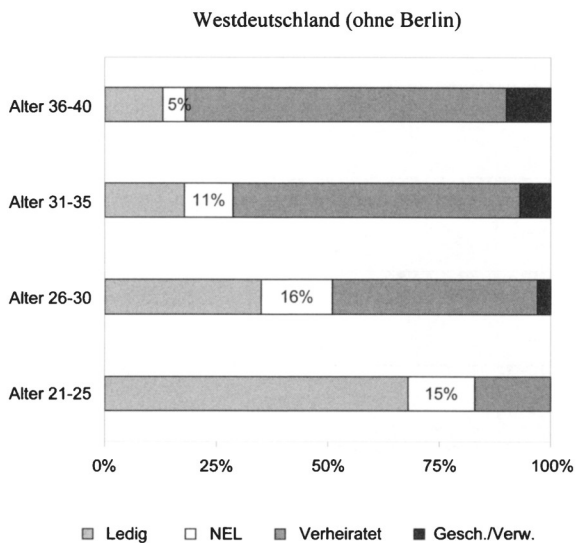
Frauen in höherem Alter leben in beiden Landesteilen seltener in nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Ein wichtiger Grund besteht darin, dass in Westdeutschland spätestens mit der Geburt des ersten Kindes ein großer Teil der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in eine Ehe umgewandelt wird. Auch in Ostdeutschland dominiert jenseits des Alters 30 die Ehe als Lebensform. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass Frauen, die im Jahr 2002 älter als 35 Jahre waren, häufig bereits vor der Wende geheiratet haben. Die Familienform der heute über 35-jährigen ostdeutschen Frauen spiegelt also Entscheidungen wider, die zum größten Teil noch zu DDR-Zeiten getroffen worden sind. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist es nicht möglich, die weitere Entwicklung der Lebensformen der heute 21- bis 25-jährigen Frauen auf der Basis der Lebensformen der heute 36- bis 40-jährigen Frauen vorherzusagen. Die Heiratsneigung ist in den neuen Bundesländern nach der Wiedervereinigung zurückgegangen, so dass damit zu rechnen ist, dass ein relativ hoher Anteil der heute 21- bis 25-jährigen Frauen auch langfristig unverheiratet bleiben wird (siehe Abschnitt D.II.).

Da in Westdeutschland nach wie vor die Geburt des ersten Kindes zu den wichtigsten Anlässe der Eheschließung zählt, ist die Ehe als familiäre Lebensform konkurrenzlos.

formen für den Mikrozensus, Statistische Analysen und Studien NRW (5), 2002, S. 17-35. Für die folgenden Analysen haben wir Personen nach ihrem Familienstand klassifiziert (ledig, verheiratet, verwitwet, geschieden). Ledige Personen haben wir zusätzlich danach unterschieden, ob sie in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben (d.h. Bezugsperson oder Partner bzw. Partnerin der Bezugsperson in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind).

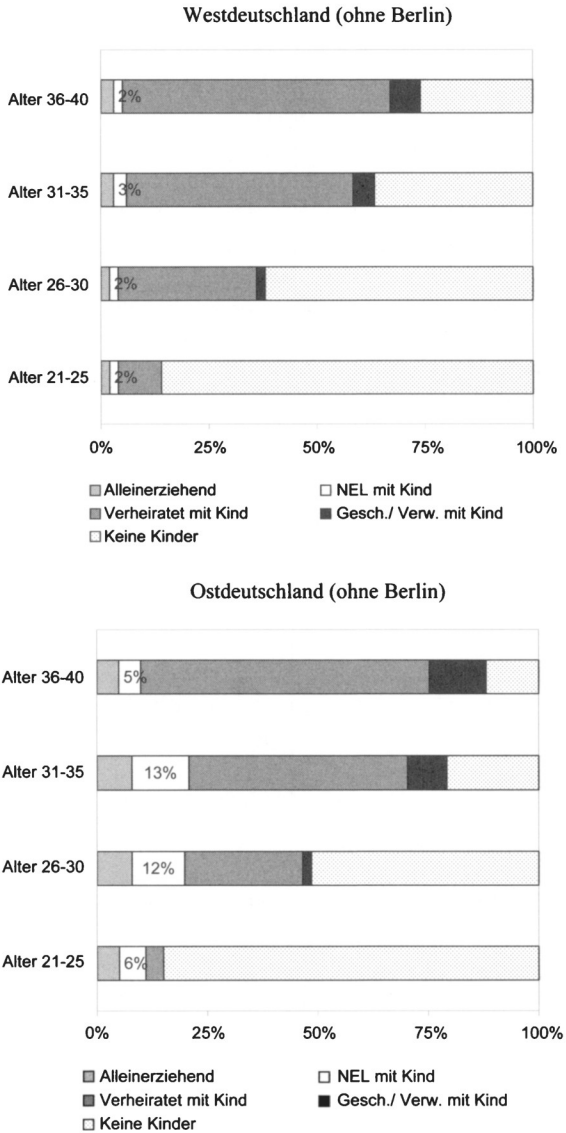
³⁴ Für Ost- und Westdeutschland ergeben sich insbesondere für die Altersklasse der 21 bis 25-jährigen Frauen Abweichungen zwischen den Berechnungen auf Basis des Mikrozensus und des Eurobarometer. Abgesehen von geringfügigen Unterschieden, die den Erhebungszeitraum (Mikrozensus 2002, Eurobarometer 2002/2003) und die Definition von Ost- und Westdeutschland betreffen, sind diese Abweichungen sehr wahrscheinlich auf unterschiedliche Operationalisierungen der Lebensformen zurückzuführen (siehe Fn. 20 und Fn. 33). Das Bezugspersonenprinzip des Mikrozensus kann zudem zur Folge haben, dass die Anteile junger Erwachsener, die noch bei den Eltern leben, leicht überschätzt werden.

Abbildung 3: Lebensformen in Ost- und Westdeutschland im Jahr 2002 (nach Familienstand und Lebensgemeinschaft)



Quelle: Mikrozensus 2002 (eigene Berechnungen, siehe Tabelle A4)

Abbildung 4: Lebensformen in Ost- und Westdeutschland im Jahr 2002 (nach Familienstand, Lebensgemeinschaft und Vorhandensein von Kindern)



Quelle: Mikrozensus 2002 (eigene Berechnungen, siehe Tabelle A5)

Der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommt entsprechend eine untergeordnete Rolle zu, wenn ein Kind vorhanden ist. Wie Abbildung 4 deutlich macht, leben im Alter von 31 bis 35 Jahren nur 3 Prozent der westdeutschen Frauen in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kind, weitere 3 Prozent der Frauen sind allein erziehend.

Im Gegensatz zur Situation in Westdeutschland haben in Ostdeutschland nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern eine relativ große Bedeutung. Im Alter von 31 bis 35 Jahren leben 13 Prozent aller Frauen in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kind, weitere 8 Prozent sind allein erziehend. Ledige Mütter in Ostdeutschland leben also mehrheitlich mit ihrem Partner zusammen und sind nicht allein erziehend. Auffallend hoch ist in den neuen Bundesländern der Anteil der geschiedenen Mütter im Alter von 31 bis 35 und insbesondere im Alter von 36 bis 40 Jahren (siehe Tabelle A5). Erneut muss beachtet werden, dass Frauen, die im Jahr 2002 über 35 Jahre alt waren, zum großen Teil bereits vor der Wende geheiratet hatten. Da diese Frauen bei der Eheschließung sehr jung waren, hatten sie ein hohes Scheidungsrisiko.

II. Heirat und Familiengründung im Lebenslauf

Wir haben gezeigt, dass in Deutschland anhaltende Ost-West-Unterschiede in den Familienstrukturen existieren. Die zu einem bestimmten Zeitpunkt (im Querschnitt) erhobene Familienform der Befragten ist das Produkt einer Reihe von Entscheidungen im Lebenslauf über die Haushaltsgründung, das Zusammenziehen mit dem Partner, die Eheschließung, Familiengründung, Trennung, Scheidung usw. Da der Mikrozensus als Querschnitt Datensatz kaum retrospektive Informationen enthält, lässt sich wenig über die „Kopplung“ und das „Timing“ dieser verschiedenen Ereignisse im Lebenslauf aussagen. Dies betrifft insbesondere die Fragen des Zusammenziehens, der Trennung und Scheidung. Allerdings können mit dem Mikrozensus die Zeitpunkte der Eheschließung und der Familiengründung und damit auch die Kopplung dieser beiden Ereignisse untersucht werden.³⁵

Eine der auffälligsten Veränderungen der demografischen Verhaltensmuster in Ostdeutschland nach der Wende betrifft den Anstieg des Alters bei der Familiengründung. Abbildung 5 zeigt die Anteile der Frauen, die zu einem bestimmten Alter noch kinderlos waren. Lag das mittlere Alter (Median) bei Familiengründung für den ostdeutschen Geburtsjahrgang 1965 bei etwa 22

³⁵ Fragen zum Zeitpunkt der Geburt des ersten und der weiteren Kinder sind leider nicht im Frageprogramm des Mikrozensus enthalten. Das Eheschließungsjahr wird zwar erhoben, jedoch wird nicht nach der Ordnung der jeweiligen Ehe gefragt. Trotz dieser Begrenzungen lässt sich mit ausreichender Genauigkeit die Geburten- und Heiratgeschichte der jüngeren Befragten rekonstruieren. So kann für die jüngeren Jahrgänge die Fertilitätsgeschichte aus der Zahl und dem Alter der Kinder, die zum Zeitpunkt der Befragung im Haushalt der Befragten wohnen, rekonstruiert werden.

Jahren, haben Frauen der Geburtskohorte 1970 im Mittel mit 26 Jahren das erste Kind bekommen. Trotz dieses drastischen Anstiegs des Alters bei der Familiengründung waren die ostdeutschen Frauen dieser Kohorte weiterhin deutlich jünger als die westdeutschen Frauen, als sie das erste Kind bekamen. Westdeutsche Frauen der Kohorte 1970 waren im Mittel fast 30 Jahre bei der ersten Mutterschaft. Für die jüngeren Geburtskohorten lässt sich eine weitere Ost-West-Angleichung des Alters bei Familiengründung feststellen. Jedoch sind auch die Frauen des Geburtsjahrgangs 1975 in Ostdeutschland jünger als in Westdeutschland, wenn sie zum ersten Mal Mutter werden.

Ein anderes Muster zeigt das Heiratsverhalten in Ost und West (Abbildung 6). Während ostdeutsche Frauen der älteren Jahrgänge deutlich früher geheiratet haben als westdeutsche Frauen, hat sich dieser Trend bei den jüngeren Jahrgängen umgekehrt. Das mittlere Heiratsalter des Geburtsjahrgangs 1970 lag in Westdeutschland bei 28 Jahren, in Ostdeutschland bei 30 Jahren. Insbesondere für den 1975er Jahrgang bahnt sich eine ausgesprochen geringe Heiratsneigung in den neuen Ländern an. Etwa 75 Prozent der Frauen waren im Alter von 26 Jahren noch ledig.

In welchem Ausmaß es hier nur um eine Verschiebung des Heiratsalters oder um eine dauerhafte Abkehr von der Institution Ehe handelt, kann gegenwärtig noch nicht beantwortet werden. Einiges deutet jedoch darauf hin, dass in Ostdeutschland die Ehe als Lebensform an Plausibilität und Legitimität verloren hat. So zeigen sich in den jüngeren Jahrgängen gravierende Ost-West-Unterschiede in den Einstellungen zur Heirat. Im Jahr 2002 waren 44 Prozent der 18- bis 30-jährigen Westdeutschen der Ansicht, dass man heiraten sollte, wenn man dauerhaft mit einem Partner zusammen lebt. Von den ostdeutschen Befragten waren nur 26 Prozent der gleichen Meinung.³⁶

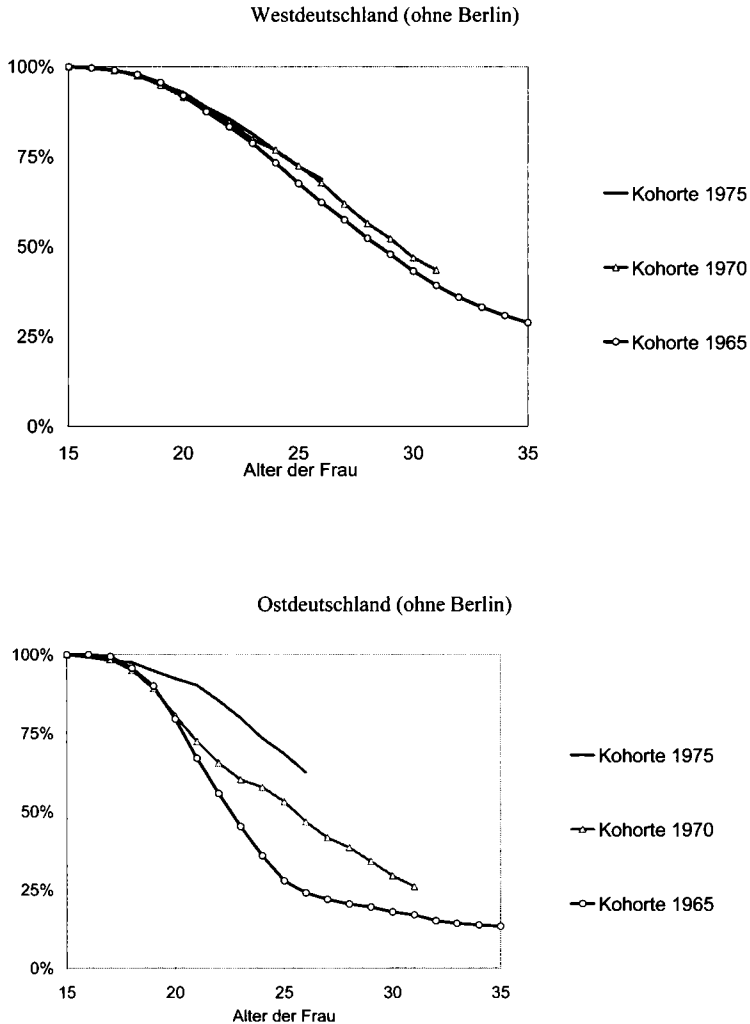
Das unterschiedliche „Timing“ der Eheschließung in Ost und West schlägt sich auch in einer unterschiedlichen Kopplung von Heirat und Familiengründung im Lebenslauf nieder. Abbildung 7 zeigt den Anteil der unverheirateten Frauen nach dem Alter des ersten Kindes. Man erkennt eine enge Kopplung von Heirat und Familiengründung in den alten Bundesländern. Etwa 75 Prozent der 1965 geborenen westdeutschen Frauen waren zum Zeitpunkt der Geburt ihres ersten Kindes verheiratet. 20 Prozent der Frauen haben im Jahr vor der Geburt geheiratet. Im Vergleich der 1965er und der 1970er-Kohorte hat sich überraschenderweise wenig an diesem Muster der „kindorientierten Eheschließung“ verändert.

In Ostdeutschland waren von den Frauen des 1970er-Jahrgangs zum Zeitpunkt der Geburt des ersten Kindes nur 43 Prozent verheiratet. Anders als man vermuten könnte, ist die Heiratsneigung auch in den Jahren nach der Geburt des ersten Kindes nicht sonderlich hoch. 40 Prozent der Frauen der Kohorte 1970 waren 5 Jahre nach der Geburt des ersten Kindes immer noch ledig. Der Kohor-

³⁶ Die Angaben beruhen auf eigenen Berechnungen auf Basis der Allgemeinen Bevölkerungsumfrage (ALLBUS).

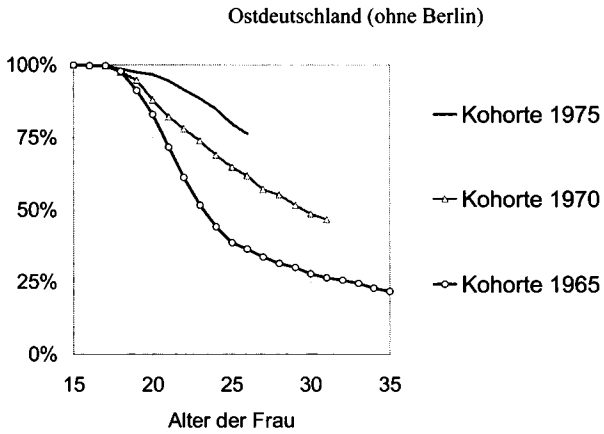
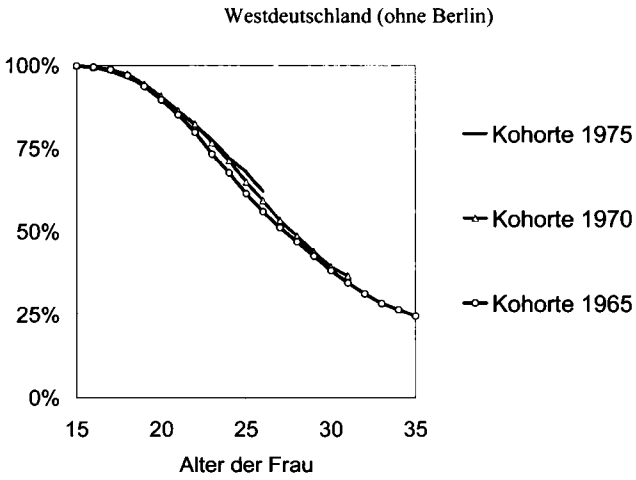
tenvergleich zeigt, dass in Ostdeutschland die Kopplung von Eheschließung und Familiengründung deutlich schwächer geworden ist. Es deutet vor diesem Hintergrund nichts darauf hin, dass sich das westdeutsche Muster der „kindorientierten Eheschließung“ in Ostdeutschland stärker durchsetzt.

Abbildung 5: Anteil der kinderlosen Frauen nach Alter in Ost- und Westdeutschland (Survivorfunktionen)



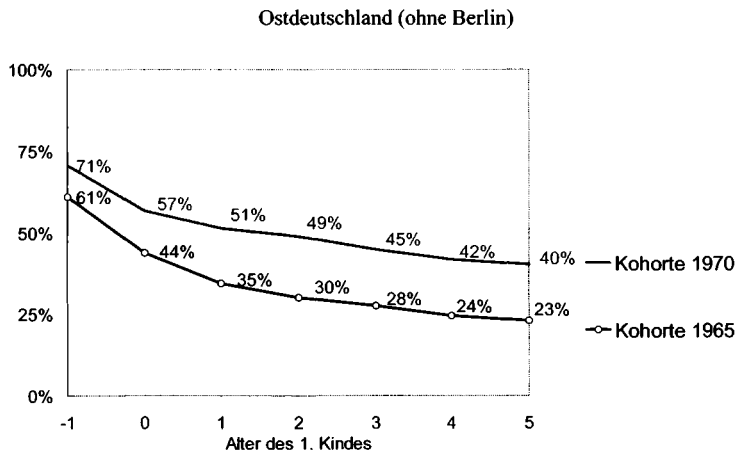
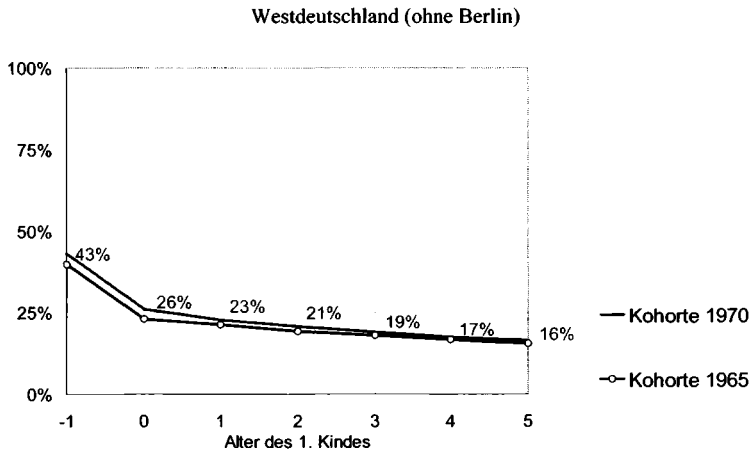
Quelle: Mikrozensus 2002 (eigene Berechnungen)

Abbildung 6: Anteil der unverheirateten Frauen nach Alter in Ost- und Westdeutschland (Survivorfunktionen)



Quelle: Mikrozensus 2002 (eigene Berechnungen)

Abbildung 7: Anteil der unverheirateten Frauen nach Alter des ersten Kindes in Ost- und Westdeutschland (bedingte Survivorfunktionen)



Quelle: Mikrozensus 2002 (eigene Berechnungen)

E. Zusammenfassung und Diskussion

Ziel dieses Beitrags war es, einen Überblick über die Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften und neuer Lebensformen in Ost- und Westdeutschland sowie im weiteren europäischen Kontext zu geben. Die wesentlichen empirischen Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

In den 1950er und 1960er Jahren war das nichteheliche Zusammenleben in Europa vorrangig eine Lebensform von geschiedenen und verwitweten Personen. Seit den 1970er Jahren sind nichteheliche Lebensgemeinschaften zunehmend zu bedeutenden Lebensformen im *frühen Erwachsenenalter* geworden. In den nordeuropäischen Ländern leben etwa 40 Prozent der 20- bis 30-jährigen Frauen in einer NEL, in den westeuropäischen Ländern 20 bis 30 Prozent. In Süd- und Osteuropa kommt dieser Lebensform bislang nur eine geringe Bedeutung zu. Erhebliche geografische Variationen bestehen zudem in Bezug auf die Verbreitung *nichtehelicher Elternschaft*. In den nordeuropäischen Ländern und in *Ostdeutschland* sind mehr als die Hälfte aller Geburten nichtehelich. In Frankreich und Großbritannien trifft dies auf etwa 40 Prozent zu.

In *Westdeutschland* haben nichteheliche Lebensgemeinschaften zwar eine große Bedeutung im frühen Erwachsenenalter erlangt, die endgültige *Heiratsneigung* ist jedoch hoch geblieben. Etwa 75 Prozent der westdeutschen Frauen sind im Alter von 35 Jahren verheiratet. Da die Familiengründung einen wichtigen Anlass zur Eheschließung darstellt, kommt *nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern* eine quantitativ geringe Bedeutung zu. Im Jahr 2002 waren von den 30- bis 35-jährigen westdeutschen Frauen 53 Prozent verheiratet und hatten (mindestens) ein Kind. Nur jeweils 2 Prozent lebten in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und hatten (mindestens) ein Kind oder waren allein erziehend. Weitere 5 Prozent waren geschieden bzw. verwitwet und hatten (mindestens) ein Kind. 37 Prozent waren kinderlos bzw. lebten in einer nicht-familialen Lebensform.

Es gibt sehr große *Ost-West-Unterschiede* in der Heiratsneigung und in den Familienstrukturen. Im Gegensatz zu Westdeutschland, wo etwa 20 Prozent aller Geburten nichtehelich sind, trifft dies auf über 50 Prozent in Ostdeutschland zu. Nichteheliche Lebensformen mit Kindern sind entsprechend viel häufiger in den neuen als in den alten Bundesländern anzutreffen. Im Jahr 2002 lebten unter den 30- bis 35-jährigen ostdeutschen Frauen 50 Prozent in einer Ehe und hatten ein oder mehrere Kinder, 13 Prozent lebten in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kind und 8 Prozent waren allein erziehend. Weitere 9 Prozent waren geschieden oder verwitwet und hatten mindestens ein Kind. 21 Prozent waren (noch) kinderlos.

Wodurch lässt sich die vergleichsweise geringe Bedeutung neuer Familienformen in Westdeutschland erklären? Tradierte Normen und Wertvorstellungen sind sicherlich von Bedeutung für die Entscheidungen von Paaren über die Lebensform. Darüber hinaus nehmen sozial- und familienpolitische Rahmenbedingungen Einfluss auf die Entscheidung zur Familiengründung und Ehe-

schließung. Sozial- und familienpolitische Rahmenbedingungen haben nicht nur eine situativ beschränkende Handlungssteuerungsfunktion. Sie strukturieren vielmehr die Positionen von Frauen und Männern auf dem Arbeitsmarkt und in der Familie sowie deren Lebensläufe insgesamt. Steuer- und Transferleistungen, welche bestimmte Familienmodelle finanziell begünstigen und andere von solchen ausschließen, definieren in diesem Sinne in systematischer Weise individuelle Handlungsspielräume.

Charakteristisch für die deutsche Familienpolitik ist eine ausgesprochene Ehezentrierung, die in einer privilegierten Stellung der Ehe als Lebensform im Steuer- und Sozialversicherungssystem in vielerlei Hinsicht zum Ausdruck kommt. Transferleistungen und Steuersubventionen fördern die Ehe insbesondere als Institution geschlechtlicher Arbeitsteilung, mit anderen Worten die traditionelle „Versorgerehe“. Instrumente wie die gemeinsame Veranlagung der Einkommenssteuer verschaffen aufgrund des progressiven Steuertarifs Ehepaaren die relativ größten Steuervorteile, wenn beide Ehepartner sehr ungleiche Einkommen erzielen, d.h. einer der beiden nicht, geringfügig oder Teilzeit erwerbstätig ist. Im Sozialversicherungssystem erhalten verheiratete Paare indirekte Transferleistungen in Form der Mitversicherung von nichterwerbstätigen Haushaltsmitgliedern in der gesetzlichen Krankenversicherung und in Form der Hinterbliebenenrente in der Rentenversicherung. Pekuniäre Vorteile der Ehe ergeben sich insbesondere dann, wenn einer der beiden Partner – nach der Familiengründung faktisch immer die Frau – die Erwerbsbeteiligung aufgibt, unterbricht oder reduziert. Wie in der vergleichenden Sozialpolitikforschung festgestellt wurde, bietet das Steuer- und Sozialversicherungssystem in keinem anderen europäischen Land einen höheren „Hausfrauen-Bonus“.³⁷

Einiges spricht dafür, dass die ehezentrierte Familienpolitik in Deutschland Tendenzen einer Erosion der Ehe entgegengewirkt hat, die in den west- und insbesondere den nordeuropäischen Ländern voran geschritten sind. Allerdings schränkt das konservativ ausgerichtete Leitbild der deutschen Familienpolitik Handlungsoptionen vor allem für jene Bevölkerungsgruppen ein, für die das traditionelle arbeitsteilige Familienmodell keine akzeptable Lebensoption (mehr) darstellt.

Bis in die 1970er Jahre hinein war die „Versorgerehe“ für weite Bevölkerungsgruppen ein attraktives Familienmodell. Seitdem haben sich jedoch die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen von familialen Prozessen erheblich verändert. Die Bildungsbeteiligung und die Erwerbsorientierung von Frauen sind gestiegen. Zugleich sind die Erwerbsverläufe von Männern größeren Risiken ausgesetzt worden und diese weniger in der Lage oder gewillt, die Rolle des alleinigen Ernährers des Haushalts auszufüllen. Die Möglichkeiten der Kombination einer mehr oder weniger kontinuierlichen Erwerbsarbeit mit

³⁷ *Sainsbury*, Taxation, family responsibilities, and employment, in: dies., *Gender and Welfare State Regimes*, 1997, S. 185-209; *Dingeldey*, European tax systems and their impact on family employment patterns, *Journal of Social Policy* 30 (4), 2001, 563-672.

Familienarbeit für beide Partner haben vor diesem Hintergrund eine stärkere Bedeutung für Entscheidungen über die Familiengründung gewonnen. Die nach wie vor schlechten Vereinbarkeitsoptionen in Westdeutschland stellen Paare vor ein systematisches Entscheidungsdilemma im Hinblick auf die Verfolgung von Erwerbs- oder Familienarbeit. Unter diesen Voraussetzungen stellt sich vielfach nur die Wahl zwischen der Lebensoption „traditionelle Kleinfamilie“ und einem alternativen Lebensentwurf *ohne Kinder*. In der Familiensoziologie werden zwei Folgen der in Westdeutschland schlechten Möglichkeiten, Familienformen jenseits des klassischen Versorgermodells zu realisieren, diskutiert: zum einen die beträchtliche „Strukturstarre“ des Familiensektors,³⁸ die Pluralisierungstendenzen lediglich im Bereich der nicht-familialen Lebensformen zulässt, zum anderen eine relativ hohe Kinderlosigkeit insbesondere von höher gebildeten Frauen.

In Ostdeutschland sind im Unterschied zu Westdeutschland Tendenzen einer „Pluralisierung der Familienformen“ zu beobachten. Dort hat die Versorgung auch in den Jahren nach der deutschen Einheit nicht an Bedeutung gewonnen. Es ist anzunehmen, dass sowohl instabilere Erwerbsverläufe ostdeutscher Männer als auch die höhere Erwerbsorientierung ostdeutscher Frauen für diese Strukturdivergenz der Familienformen verantwortlich sind. Zugleich ist die Kinderlosigkeit in Ostdeutschland geringer ausgeprägt als in Westdeutschland. Dahinter steht nicht nur eine größere Familienorientierung, sondern auf institutioneller Ebene auch bislang gute Vereinbarkeitsoptionen von Familie und Beruf. Da vor diesem Hintergrund in Ostdeutschland eine Familiengründung in den meisten Fällen nicht die Aufgabe der Erwerbsarbeit der Frau erzwingt, entfallen viele ökonomische Motive der Eheschließung. Die zunehmende Verbreitung nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit Kindern kann in diesem Sinne auch als ein Ergebnis der anderen strukturellen Rahmenbedingungen der Gestaltung von Lebensläufen in Ostdeutschland betrachtet werden.

Die starke Bedeutungszunahme nichtehelicher Elternschaft in den neuen Bundesländern hat rechtliche und sozialpolitische Implikationen. Es stellt sich die brisante Frage nach den verteilungspolitischen Folgen der Ungleichbehandlung von miteinander verheirateten und nicht miteinander verheirateten Eltern im Steuer- und Sozialversicherungssystem, wenn nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern fast ausschließlich in den neuen Ländern von Bedeutung sind. Von sozialpolitischer Relevanz dürfte auch die Frage nach dem Grad der sozialen Gefährdung sein, denen unverheiratete Eltern, insbesondere allein erziehende Mütter, unter den unterschiedlichen Rahmenbedingungen der Vereinbarkeit in Ost und West ausgesetzt sind. Insgesamt verweisen die anhaltenden Ost-West-Differenzen der Lebens- und Familienformen auf – u.E. bislang zu wenig beachtete – systematische Differenzen in den Lebensverhältnissen und sozialen Strukturen in Ost und West.

³⁸ *Strohmeier* (Fn. 5).

Anhang

Tabelle A1: Alter von Frauen bei erster Heirat

	1960	1970	1980	1990	2000	2002
<i>Nordeuropa</i>						
Dänemark	22,8	22,8	24,6	27,6	29,5	29,6
Finnland	23,8	23,3	24,3	26,0	28,0	28,5
Island	-	23,2	23,7	26,7	29,9	-
Norwegen	23,7	22,8	23,5	26,2	28,3	28,6
Schweden	24,0	23,9	26,0	27,5	30,2	30,1
<i>Westeuropa</i>						
Belgien	22,8	22,4	22,2	24,2	26,3	26,7
Deutschland (Ost)	22,6	21,9	21,8	23,3	28,0*)	-
Deutschland (West)	23,7	22,7	23,3	25,7	28,5*)	-
Frankreich	23,0	22,6	23,0	25,6	28,0	-
Großbritannien	23,3	22,4	23,0	25,0	27,2	-
Irland	26,9	24,8	24,6	26,6	-	-
Luxemburg	-	22,8	23,0	25,3	27,1	27,7
Niederlande	24,2	22,9	23,2	25,9	27,8	28,2
Österreich	24,0	22,9	23,2	24,9	27,2	27,4
Schweiz	24,9	24,2	25,0	26,8	27,9	28,2
<i>Südeuropa</i>						
Griechenland	24,6	23,5	23,3	24,6	-	-
Italien	24,8	23,9	23,8	25,5	27,4	-
Portugal	24,8	24,2	23,2	23,9	25,3	25,9
Spanien	26,0	24,9	23,4	25,3	27,8	-
<i>Ost- und Mitteleuropa</i>						
Bosnien und Herzegovina	-	-	22,0	23,3	-	-
Bulgarien	21,3	21,4	21,3	21,4	24,1	24,5
Kroatien	22,4	21,4	22,1	23,1	25,3	25,5
Tschechische Republik	22,0	21,6	21,5	21,6	24,5	25,2
Estland	-	23,5	22,6	22,5	24,8	25,5
Ungarn	22,0	21,5	21,2	21,9	24,6	25,5
Lettland	-	-	22,8	22,3	24,5	24,8
Litauen	-	24,0	23,0	22,4	23,6	24,1
Polen	-	22,8	22,7	22,6	23,9	24,4
Rumänien	22,1	21,6	21,5	22,0	23,4	23,8
Serbien und Montenegro	22,0	22,0	22,5	23,4	25,0	-
Slowakische Republik	22,1	22,0	21,9	21,9	24,0	24,6
Slowenien	-	23,1	22,5	23,7	26,7	27,4
Mazedonien	22,1	22,2	23,3	22,6	23,6	23,9

*) Daten wurden auf Anfrage durch das Statistische Bundesamt bereit gestellt.

Quelle: Council of Europe, Recent Demographic Developments in Europe, 2003.

Tabelle A2: Anteile nichtehelich Geborener an allen Geborenen

	1960	1970	1980	1990	2000	2002
<i>Nordeuropa</i>						
Dänemark	7,8	11,0	33,2	46,4	44,6	44,6
Finnland	4,0	5,8	13,1	25,2	39,2	39,9
Island	25,3	29,9	39,7	55,2	65,2	-
Norwegen	3,7	6,9	14,5	38,6	49,6	50,3
Schweden	11,3	18,6	39,7	47,0	55,3	56,0
<i>Westeuropa</i>						
Belgien	2,1	2,8	4,1	11,6	-	-
Deutschland (Ost)	11,6	13,3	22,8	35,0	51,5	-
Deutschland (West)	6,3	5,5	7,6	10,5	18,6	-
Frankreich	6,1	6,8	11,4	30,1	42,6	-
Großbritannien	-	8,0	11,5	27,9	39,5	40,6
Irland	1,6	2,7	5,0	14,5	31,5	31,1
Luxemburg	3,2	4,0	6,0	12,8	21,9	23,2
Niederlande	1,4	2,1	4,1	11,4	24,9	29,1
Österreich	13,3	11,8	17,8	23,6	31,3	33,8
<i>Südeuropa</i>						
Griechenland	-	1,1	1,5	2,2	4,0	-
Italien	2,4	2,2	4,3	6,5	9,7	-
Portugal	9,5	6,9	9,2	14,7	22,2	25,5
Spanien	2,3	1,3	3,9	9,6	17,7	-
<i>Ost- und Mitteleuropa</i>						
Bosnien und Herzegovina	6,2	5,3	5,4	7,4	10,3	10,6
Bulgarien	8,0	8,5	10,9	12,4	38,4	42,8
Estland	13,7	14,1	18,3	27,2	54,5	56,3
Kroatien	7,4	5,4	5,1	7,0	9,0	9,6
Lettland	11,9	11,4	12,5	16,9	40,3	43,1
Litauen	7,3	5,1	6,3	7,0	22,6	27,9
Mazedonien	5,1	6,2	6,1	7,1	9,8	10,7
Polen	4,5	5,0	4,8	6,2	12,1	14,4
Rumänien	-	3,5	2,8	4,0	25,5	26,7
Slowakei	4,7	6,2	5,7	7,6	18,4	21,6
Slowenien	9,1	8,5	13,1	24,5	37,1	40,2
Tschechische Republik	4,9	5,4	5,6	8,6	21,8	25,3
Ungarn	5,5	5,4	7,1	13,1	29,0	31,4

Quelle: Council of Europe, Recent Demographic Developments in Europe, 2003.

Tabelle A3: Lebensformen in Europa in den Jahren 2002/03 (nach Familienstand und Lebensgemeinschaft), Frauen im Alter von 21-40 Jahren, Spaltenprozent

Belgien				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	55	23	17	7
NEL	29	22	11	10
Verheiratet	15	48	63	67
Geschieden/ verwitwet	0	7	10	16
Insgesamt	100	100	100	100
Dänemark				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	46	28	17	16
NEL	43	40	24	18
Verheiratet	10	29	55	57
Geschieden/ verwitwet	1	2	4	9
Insgesamt	100	100	100	100
Deutschland (West)				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	52	35	15	9
NEL	27	16	7	5
Verheiratet	20	43	65	72
Geschieden/ verwitwet	1	6	12	15
Insgesamt	100	100	100	100
Deutschland (Ost)				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	60	38	18	13
NEL	25	26	16	8
Verheiratet	14	31	52	59
Geschieden/ verwitwet	1	5	13	20
Insgesamt	100	100	100	100
Finnland				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	39	21	16	15
NEL	44	36	25	19
Verheiratet	15	39	49	46
Geschieden/ verwitwet	2	4	10	20
Insgesamt	100	100	100	100

Frankreich				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	56	28	22	15
NEL	31	28	22	13
Verheiratet	11	40	50	61
Geschieden/ verwitwet	1	4	6	11
Insgesamt	100	100	100	100
Griechenland				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	68	25	10	4
NEL	11	6	4	1
Verheiratet	21	66	83	90
Geschieden/ verwitwet	0	3	2	5
Insgesamt	100	100	100	100
Großbritannien				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	46	29	19	14
NEL	32	24	15	13
Verheiratet	20	44	58	58
Geschieden/ verwitwet	2	4	7	14
Insgesamt	100	100	100	100
Italien				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	87	53	25	17
NEL	6	10	8	6
Verheiratet	7	36	64	73
Geschieden/ verwitwet	0	1	2	4
Insgesamt	100	100	100	100
Irland				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	69	38	15	11
NEL	20	22	11	5
Verheiratet	10	39	73	83
Geschieden/ verwitwet	1	1	1	1
Insgesamt	100	100	100	100
Luxemburg				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	45	20	9	5
NEL	34	25	8	4
Verheiratet	20	49	75	80
Geschieden/ verwitwet	0	6	9	11
Insgesamt	100	100	100	100

Niederlande				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	60	30	18	13
NEL	26	26	16	9
Verheiratet	12	41	59	68
Geschieden/ verwitwet	1	4	6	10
Insgesamt	100	100	100	100
Österreich				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	52	25	16	8
NEL	28	25	15	9
Verheiratet	17	47	61	71
Geschieden/ verwitwet	2	4	8	12
Insgesamt	100	100	100	100
Portugal				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	57	25	11	8
NEL	10	8	7	3
Verheiratet	31	62	75	79
Geschieden/ verwitwet	2	4	7	10
Insgesamt	100	100	100	100
Schweden				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	57	33	20	15
NEL	37	43	36	29
Verheiratet	6	23	39	47
Geschieden/ verwitwet	0	2	6	9
Insgesamt	100	100	100	100
Spanien				
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	74	74	20	11
NEL	13	13	9	6
Verheiratet	12	12	68	78
Geschieden/ verwitwet	0	0	3	5
Insgesamt	100	100	100	100

Anmerkung: Die Eurobarometer-Daten der Erhebungen aus den Jahren 2002 und 2003 wurden in einen Datensatz gepoolt, um ausreichend Fallzahlen zu gewährleisten (Studiennummer 57.0, 57.1, 57.2, 58.0, 58.1, 58.2, 59.0, 59.1, 59.2, 60.0, 60.1). Zur Definition der Lebensformen im Eurobarometer, siehe Fn. 20.

Quelle: Eurobarometer 2003 (eigene Berechnungen)

Tabelle A4: Lebensformen in Deutschland im Jahr 2002 (nach Familienstand und Lebensgemeinschaft), Frauen im Alter von 21-40 Jahren, Spaltenprozent

	Deutschland			
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	70	36	18	13
NEL	16	18	11	6
Verheiratet	15	44	63	71
Geschieden/ verwitwet	0	3	7	11
Insgesamt	100	100	100	100

	Westdeutschland (ohne Berlin)			
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	68	35	18	13
NEL	15	16	11	5
Verheiratet	17	46	65	72
Geschieden/ verwitwet	0	3	7	10
Insgesamt	100	100	100	100

	Ostdeutschland (ohne Berlin)			
	21-25	26-30	31-35	36-40
Ledig	73	38	18	10
NEL	20	26	17	6
Verheiratet	7	34	56	70
Geschieden/ verwitwet	0	3	10	15
Insgesamt	100	100	100	100

Anmerkung: Eine Person lebt in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (NEL), wenn sie zum Befragungszeitpunkt ledig ist und mit ihrem Partner im gleichen Haushalt wohnt (siehe auch Fn. 33).

Quelle: Mikrozensus 2002 (eigene Berechnungen)

Tabelle A5: Lebensformen in Deutschland im Jahr 2002 (nach Familienstand, Lebensgemeinschaft und Vorhandensein von Kindern), Frauen im Alter von 21-40 Jahren, Spaltenprozente

	Deutschland			
	21-25	26-30	31-35	36-40
<i>Lebensformen ohne Kinder</i>	86	61	35	25
<i>Lebensformen mit Kind</i>				
Verheiratet mit Kind	9	31	52	62
Alleinerziehend	3	3	3	3
NEL mit Kind	3	4	4	3
Geschieden/ verwitwet mit Kind	0	2	5	8
Insgesamt	100	100	100	100

	Westdeutschland (ohne Berlin)			
	21-25	26-30	31-35	36-40
<i>Lebensformen ohne Kinder</i>	86	62	37	26
<i>Lebensformen mit Kind</i>				
Verheiratet mit Kind	10	32	53	62
Alleinerziehend	2	2	3	3
NEL mit Kind	2	2	3	2
Geschieden/ verwitwet mit Kind	0	2	5	7
Insgesamt	100	100	100	100

	Ostdeutschland (ohne Berlin)			
	21-25	26-30	31-35	36-40
<i>Lebensformen ohne Kinder</i>	85	52	21	12
<i>Lebensformen mit Kind</i>				
Verheiratet mit Kind	4	27	50	66
Alleinerziehend	5	8	8	5
NEL mit Kind	6	12	13	5
Geschieden/ verwitwet mit Kind	0	2	9	13
Insgesamt	100	100	100	100

Anmerkung: Eine Person lebt in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (NEL), wenn sie zum Befragungszeitpunkt ledig ist und mit ihrem Partner im gleichen Haushalt wohnt (siehe auch Fn. 33).

Quelle: Mikrozensus 2002 (eigene Berechnungen)

2. Teil: Regelungsbedarf in Deutschland – Modell für Europa?

Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht

DIETER MARTINY

- A. „Gemeinsam Leben“ als Rechtsproblem
- B. Grundfragen
 - I. Grundfragen einer rechtlichen Regelung
 - II. Nichtehelele Lebensgemeinschaft
 - 1. Heterosexuelle Lebensgemeinschaften
 - 2. Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften
 - 3. Kein Publizitätsakt
 - III. Rechtsregeln für die nichteheliche Lebensgemeinschaft
 - 1. Maßgebliche Regeln
 - 2. Partnerschaftsverträge
- C. Einzelne Fragen
 - I. Wirkungen der Lebensgemeinschaft
 - II. Unterhalt
 - III. Vermögensrechtliche Beziehungen
 - IV. Verhältnis zu Dritten
 - 1. Unterhaltsrecht
 - 2. Miet- und Wohnungsrecht
 - 3. Privatversicherungsrecht
 - 4. Deliktische Ansprüche gegen Dritte
 - V. Zwangsvollstreckung
 - VI. Internationales Privatrecht
 - VII. Sozial- und Steuerrecht
 - 1. Sozialrecht
 - 2. Steuerrecht
 - VIII. Ausländerrecht
 - IX. Strafrecht und Strafverfahren
- D. Reform

A. „Gemeinsam Leben“ als Rechtsproblem

Eugen Ehrlich hat einmal über das Verhältnis von Familie und Recht gesagt: „Eine Familie, deren Angehörige sich gegenseitig auf den Rechtsstandpunkt stellen, ist in den meisten Fällen als gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Verband bereits zerfallen: rufen sie den Richter an, so gehen sie auch schon auseinander“.¹ Auch wenn man die nichteheliche Lebensgemeinschaft als faktische Familie ansieht, könnte man daher annehmen, dass es während des Zusammenseins letztlich allein auf außerrechtliche Regeln ankommt und Rechtsregeln für die Beziehungen der Lebensgefährten nur eine geringe Bedeutung haben.² Allerdings dürfte die Unsicherheit über die geltenden Normen und

¹ Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 45.

² In der Terminologie wird vielfach „Lebensgefährte“ in Abgrenzung zum „Lebenspartner“ bevorzugt, so z.B. § 9 II Nr. 2 Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes (BGleIG); Diederichsen, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, vor § 1297 BGB, Rn. 11.

der große Spielraum für ausgehandelte Regeln auch die Lebensgefährten nicht unberührt lassen, so dass für sie Rechtsfragen doch eine erhebliche Rolle spielen. Gleichwohl geht es um die rechtliche Qualifikation der Lebensgemeinschaft und ihre Folgen vor allem im Zusammenhang mit ihrer Auflösung. Freilich stellt sich schon im Verhältnis nach außen, in der Beziehung zu Dritten, eine Fülle von Fragen. Charakteristisch für die Antworten der Rechtsordnung ist ein Schwanken zwischen den gewöhnlichen rechtlichen Regeln für Ledige und denen für Ehegatten. Diesen Problemen soll nachfolgend vor allem für das Privatrecht, aber auch für eine Reihe anderer Aspekte hauptsächlich für das deutsche Recht nachgegangen werden. Auch wenn Deutschland verglichen mit Belgien und den Niederlanden mit deren Zulassung auch der gleichgeschlechtlichen Ehe zu den weniger komplexen Rechtsordnungen gehört, so ist doch ein Vergleich schwierig. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist zwar überall ein Baustein in dem heutigen Puzzle unterschiedlicher Beziehungen, das aber in nahezu jeder Rechtsordnung anders zusammengesetzt wird.

B. Grundfragen

I. Grundfragen einer rechtlichen Regelung

1. Zwar kennt das deutsche Recht – anders als etwa Schweden – keine besondere Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.³ Auch eine Definition wie in Frankreich ist nicht vorhanden.⁴ Aus dem weitgehenden Fehlen genuiner Regeln sollte man aber keine falschen Schlüsse ziehen. Von einem Bedürfnis nach Rechtsklarheit zeugen etwa die Informationsangebote von Anwälten und Notaren, aber auch die Broschüre „Gemeinsam Leben“ des Bundesjustizministeriums.⁵ In der Vergangenheit ist die deutsche wissenschaftliche Diskussion stark durch den besonderen Schutz der Ehe in Art. 6 I der Verfassung beeinflusst worden, wobei es vor allem um den Exklusivitätsanspruch der Ehe ging.⁶ So wichtig die verfassungsrechtliche Absicherung von Ehe und Familie auch sein mag, so sehr kann sie eine pragmatische Erörterung von Einzelfragen hemmen. Heute dürfte ein unbefangenerer Zugang möglich sein. Der eigentliche Tabubruch – die rechtliche Anerkennung von Paarbeziehungen außerhalb

³ Vgl. *Frank*, The Status of Cohabitation in the Legal Systems of West Germany and Other West European Countries, *American Journal of Comparative Law* (Am.J.Comp.L.) 33 (1985), 185 ff.; *Zwißler*, Vorhandene gesetzliche Regelungen für nichteheliche Lebenspartner, *Familie Partnerschaft und Recht* (FPR) 2001, 15 ff.

⁴ Siehe Art. 515-8 Code civil i.d.F. vom 15.11.1999.

⁵ Im Internet zugänglich unter <www.bmj.bund.de/enid/m2.html> (Stand Januar 2005).

⁶ Vgl. *Krings*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine rechtliche Ordnung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, *FPR* 2001, 7 ff.

der Ehe – erfolgte mit dem Lebenspartnerschaftsgesetz,⁷ auch wenn das sog. Ergänzungsgesetz noch auf sich warten lässt. Die das Lebenspartnerschaftsgesetz aufrechterhaltende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat im Übrigen den Stellenwert des sog. Abstandsgebots zur Ehe reduziert.⁸ Dem entspricht ein gewisser Perspektivwechsel, wie er gerade auch in anderen Rechtsordnungen deutlich wird.⁹ Nicht mehr ein eher an der Institution der Ehe orientierter Ansatz dominiert, sondern es wird umgekehrt danach gefragt, wo noch Unterschiede zwischen den Lebensformen gemacht werden sollen. Diskriminierungsverbote und Gleichheitssatz verlangen nach Rechtfertigungen einer Verschiedenbehandlung der Lebensgemeinschaften.

2. Gleichwohl ist die Erfassung des geltenden Rechts angesichts der verstreuten Einzelbestimmungen in unterschiedlichen Gesetzen, des nicht widerspruchsfreien Fallrechts und der zahlreichen Streitfragen nicht einfach. Im Einzelnen geht es regelmäßig um das Für und Wider einer Gleichstellung mit der Ehe. Wegen der Fülle der Einzelfragen ist es besonders wichtig, hier nicht den roten Faden zu verlieren. Die Ehe stellt eine umfassende Bindung der Partner dar, die in dieser Weise beim nichtehelichen Zusammenleben nicht vorhanden ist. Wieweit kann gleichwohl eine Gleichstellung erfolgen und wieweit sind andere Lösungen angebracht? Wieweit kann und muss dem Parteiwillen Vorrang gebühren? Welchen Stellenwert haben Gesichtspunkte wie das Zusammenwohnen und -wirtschaften, die persönliche Nähe, das Auftreten als Paar nach außen? Welches Maß an Rechtssicherheit ist für das Paar selbst erforderlich, das Dispositionen für das Zusammenleben und in vermögensrechtlicher Hinsicht treffen muss? Wie weit bedarf es des Schutzes eines der Partner innerhalb der Lebensgemeinschaft? Und was bedeutet es für Dritte, dass sie es nicht nur mit Einzelpersonen, sondern mit Lebensgefährten zu tun haben?

II. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft

1. Heterosexuelle Lebensgemeinschaften

Die nähere Beschäftigung mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft setzt eine Vorstellung davon voraus, um welche Art von Verbindung es sich überhaupt handelt. Eine Ehe verlangt grundsätzlich eine vor dem Standesbeamten erfolgte Ziviltrauung¹⁰ und einen entsprechenden Ehemillen. Daran fehlt es bei der

⁷ Art. 1 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.2.2001, BGBl. 2001 I 266. Zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.2.2005, BGBl. 2005 I 203.

⁸ BVerfG 17.7.2002, BVerfGE 105, 313, 342 ff. = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2002, 1169 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 2543.

⁹ Siehe etwa *Holland* zum kanadischen Recht (S. 479-528).

¹⁰ Siehe § 1310 BGB n.F.; eine Ausnahme besteht für die Eheschließung von Ausländern vor von einer ausländischen Regierung ermächtigten Personen (Art. 13 III EGBGB).

nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Was ist für sie kennzeichnend? Im Allgemeinen nennt man mehrere Elemente. Regelmäßig besteht eine Wohngemeinschaft, d.h. ein Zusammenwohnen und eine Wirtschaftsgemeinschaft, also ein Zusammenwirtschaften.¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hat sie einmal definiert als „eine Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art entstehen und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Einstehen der Lebensgefährten füreinander begründen, also über die Beziehungen einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen“.¹² Diese Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft muss also mehr sein als eine bloße Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft. Im Allgemeinen wird zwar eine Geschlechtsgemeinschaft, d.h. eine sexuelle Beziehung, gegeben sein; sie ist aber kein gesondert verlangtes Merkmal.¹³

Auch Verlobte wohnen schon vor einer Eheschließung häufig zusammen. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft unterscheidet sich vom Verlöbnis (§§ 1297 ff. BGB) aber gerade dadurch, dass die Lebensgefährten auf Dauer oder gegenwärtig nicht heiraten wollen. Da es am Eheversprechen fehlt, scheidet eine Anwendung des ohnehin nur wenige Fragen regelnden Verlöbnisrechts regelmäßig aus.¹⁴

2. Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften

Heute ist neben die Ehe die eingetragene gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft – eine Lebensgemeinschaft zwischen zwei Männern oder zwei Frauen – getreten. Kann es bei Nichteintragung eine gleichgeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaft im Rechtssinne geben? Die Anerkennung einer solchen Lebensgemeinschaft wurde früher von der höchstrichterlichen Rechtsprechung kategorisch verneint,¹⁵ von den Instanzgerichten und dem Schrifttum hingegen zunehmend bejaht.¹⁶ Möglicherweise war das damalige Fehlen eines Gegenstücks zur Ehe eine wesentliche Ursache für die Ablehnung. Mit der gesetzlichen Anerkennung der Lebenspartnerschaft macht es jedenfalls keinen Sinn mehr zu leugnen, dass es auch im Vorfeld einer formell anerkannten persönlichen Verbindung rechtlich beachtliche Beziehungen gibt. Da auch hier ein

¹¹ Näher *Schreiber*, Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 12 ff.; *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, 2. Auflage, 2004, Rn. 1-2 ff., 1-24.

¹² BVerfG 17.11.1992, BVerfGE 87, 234, 264 = FamRZ 1993, 164 = NJW 1993, 643.

¹³ *Schreiber*, FPR 2001, 14; vgl. *Diederichsen* (Fn. 2) vor § 1297 BGB, Rn. 11.

¹⁴ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-9 ff.

¹⁵ BGH 13.1.1993, BGHZ 121, 116, 124 = FamRZ 1993, 533 = NJW 1993, 999 (für § 569a a.F. BGB); *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-3.

¹⁶ *Schumacher*, Zum gesetzlichen Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften, FamRZ 1994, 857, 860; *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 3. Auflage, 1999, § 2 Rn. 25.

Schutzbedürfnis anzuerkennen ist und solche Verbindungen nicht mehr als anstößig anzusehen sind, setzt sich die rechtliche Anerkennung immer mehr durch.

Ferner stellt sich die Frage, ob die gleichen Regeln für heterosexuelle und für homosexuelle Beziehungen zur Anwendung kommen sollten. Wegen der gleichen Problemlage beim Zusammenleben gewinnt die Auffassung von einer Gleichbehandlung dieser Lebensgemeinschaften immer mehr an Boden.¹⁷ De lege lata wird man daher davon ausgehen können, dass für Paare gleichen Geschlechts im Wesentlichen die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie bezüglich einer heterosexuellen Lebensgemeinschaft.¹⁸ Allerdings ist die Rechtsprechung bislang nicht umfangreich, so dass es im Einzelfall zu einem anderen Ergebnis kommen kann.

Man könnte auch daran denken, bei fehlender Eintragung der Lebensgemeinschaft das Lebenspartnerschaftsgesetz wenigstens teilweise analog anzuwenden. Gegen eine pauschale Analogie spricht jedoch, dass es sich beim LPartG um spezielle Vorschriften handelt, welche an einen auf dem Willen der Parteien beruhenden Registrierungsakt anknüpfen. Dieser fehlt gerade. Zudem ist das LPartG – soweit es vom Eherecht abweicht – speziell auf die Lebenspartnerschaft zugeschnitten. Diese Regeln ohne gesetzliches Gebot anzuwenden, kann auch den Parteiinteressen widersprechen.

3. *Kein Publizitätsakt*

Damit die Regeln für nichteheliche Lebensgemeinschaften zur Anwendung kommen, bedarf es nach geltendem Recht weder eines Vertrages noch einer Eintragung der Lebensgefährten. Nichteheliche Lebensgemeinschaften weisen eine beträchtliche Vielfalt auf; oft handelt es sich um ein Übergangsstadium der Beziehung, teilweise aber auch um eine Lebensform auf Dauer.¹⁹ Wann aber beginnt eine nichteheliche Lebensgemeinschaft? Obgleich sich die unterschiedlichen Verfestigungsgrade in den Definitionen nur unvollkommen widerspiegeln und es keine feste Regelung für die Dauer gibt, scheint das Fehlen eines Publizitätsakts bzw. das Bestehen einer solchen Beziehung nur verhält-

¹⁷ Röthel, Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Neue Rechtsfragen und Regelungsaufgaben im In- und Ausland, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1999, 513, 518 m.w.Nachw.; vgl. auch Dethloff, Nichteheliche Lebensgemeinschaften: Reformbedarf und Reformüberlegungen, in: *Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen* (Hrsg.), Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Reformbedarf und Reformüberlegungen – Dokumentation der Anhörung vom 24.03.2003, 2003, S. 21.

¹⁸ Siehe KG 9.3.1982, FamRZ 1982, 271 = NJW 1982, 1886 f. (Auseinandersetzung); Burger, in: Schröder/Bergschneider (Hrsg.), Familienvermögensrecht, 2003, Rn. 7.248; Sprau, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, § 705 BGB, Rn. 46.

¹⁹ Nave-Herz, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft: eine soziologische Analyse, FPR 2001, 3 ff.

nismäßig selten Probleme aufzuwerfen. Der nicht formalisierten Eingehung der Lebensgemeinschaft entspricht die jederzeit mögliche Auflösung.

III. Rechtsregeln für die nichteheliche Lebensgemeinschaft

1. Maßgebliche Regeln

Auch wenn das deutsche Recht für die nichteheliche Lebensgemeinschaft keine systematisch befriedigende Antwort gibt, so werden doch bestimmte Rechtsregeln angewendet. Dagegen war die nichteheliche Lebensgemeinschaft für eine ältere Auffassung noch kein Thema des Familienrechts. Ihre rechtliche Anerkennung scheidet aus; sie dürfe nicht der Ehe gleichgestellt und aufgewertet werden. Manche haben sogar argumentiert, die Lebensgefährten wollten gar keine Rechtswirkungen, jedenfalls keine eherechtlichen.²⁰ Solche Tendenzen, die Paare sozusagen im juristischen Niemandsland stehen zu lassen, haben sich freilich nie recht durchsetzen können. Heute will man der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ganz überwiegend jedenfalls einen eingeschränkten Mindestrechtsschutz zugestehen.²¹ Auch das Fehlen einer vertraglichen Regelung der Parteien kann viele Gründe haben und bedeutet keinen Verzicht auf Rechtsschutz.²² Allerdings besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft – anders als die Ehe – keinen „Status“ schafft, der dann die Anwendung der familienrechtlichen Bestimmungen nach sich zieht.²³ Dementsprechend kann, wie vertreten wird, eine nichteheliche Lebensgemeinschaft mit einem Dritten auch trotz bestehender Ehe eines Teils eingegangen werden.²⁴

Wenngleich gesetzliche Regeln eher die Ausnahme bilden, so gibt es doch eine Reihe von Normen, welche einen Mindestschutz für mehrere Lebensformen, also auch für nichteheliche Paare vorgeben. Dies gilt etwa für den Gewaltschutz, aber auch für das Mietverhältnis. Ferner bestehen isolierte Einzelregelungen, welche – wie in der Sozialhilfe – nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Ehepaaren gleichstellen.

Im Übrigen werden die anwendbaren Regeln aber weitgehend von der Rechtsprechung geprägt. Dabei stellt sich vielfach die Alternative einer Anwendung der allgemeinen Regeln oder einer Heranziehung von für Ehegatten bzw. für Familienangehörige geltenden Vorschriften. Im Schrifttum ist die rechtliche

²⁰ So etwa BGH 3.10.1983, FamRZ 1983, 1213, 1214; hierzu krit. *Hausmann*, in: *Hausmann/Hohloch* (Hrsg.), *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaften*, 2. Auflage, 2004, Einf., Rn. 17 ff., Rn. 4-3 ff.

²¹ *Diederichsen* (Fn. 2) vor § 1297 BGB, Rn. 16.

²² Ebenso *Dethloff* (Fn. 17) 21.

²³ *Holzauer*, in: *Hausmann/Hohloch* (Hrsg.), *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaften*, 2. Auflage, 2004, Rn. 6-1 f.

²⁴ *Diederichsen* (Fn. 2) vor § 1297 BGB, Rn. 12; vgl. dazu auch *Schreiber*, FPR 2001, 15.

Erfassung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach wie vor Gegenstand lebhaften Streits. Trotz aller Nuancen bezüglich der einzelnen Gebiete und der Beurteilung de lege lata und de lege ferenda, lassen sich die unterschiedlichen – und auch in sich nicht immer schlüssigen – Meinungen in drei Gruppen zusammenfassen. Eine erste will überhaupt keine besondere Regelung, eine zweite strebt eine grundsätzliche Gleichstellung mit der Ehe an und eine dritte plädiert schließlich für eine partielle Gleichstellung.

Die erste Auffassung vermeidet Anleihen im Eherecht. Statt dessen stützt sie sich vor allem auf schuldrechtliche Normen, insbesondere bezüglich der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Eine zweite Meinung verlangt eine grundsätzliche Gleichstellung mit dem Eherecht.²⁵ Ihr Hauptargument ist das Schutzbedürfnis des wirtschaftlich schwächeren Teils und der Gedanke, dass das nichteheliche Zusammenleben nicht gegenüber der Ehe begünstigt werden dürfe. Eine dritte Auffassung sieht durchaus Unterschiede zur Ehe. Sie akzeptiert aber nicht, dass die Lebensgemeinschaft ein „völliges aliud“²⁶ sei und will im Einzelfall Parallelen und Analogien zum Eherecht ziehen.²⁷ Im Übrigen soll es bei den – gegebenenfalls anzupassenden – Regeln des allgemeinen Zivilrechts bleiben. Diese Auffassung setzt sich mit Recht immer mehr durch und öffnet ebenfalls den Weg zu eherechtlichen Bestimmungen.

2. Partnerschaftsverträge

Rechtsfragen innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind weitgehend einer vertraglichen Vereinbarung durch einen Partnerschaftsvertrag zugänglich. Insbesondere die deutschen Notare weisen auf regelungsbedürftige Fragen hin²⁸ und bieten Musterpartnerschaftsverträge an.²⁹ Solche Vereinbarungen zu Fragen des Zusammenlebens und für den Trennungsfall sind ebenso wie nach den vorgestellten ausländischen Rechtsordnungen nicht sittenwidrig und grundsätzlich wirksam.³⁰ Sie können – ähnlich wie Ehe- und Partnerschaftsverträge³¹ – vieles regeln, so etwa eine Abfindung für geleistete

²⁵ Vgl. für Teilaspekte *Trimbach/El Alami*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – eine Herausforderung für den Gesetzgeber, NJ 1999, 57, 62.

²⁶ So *Schlüter*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1981, S. 17.

²⁷ *Holzhauser* (Fn. 23) Rn. 6-2 ff.; *Schwab*, Familienrecht, 12. Auflage, 2003, Rn. 831.

²⁸ Siehe Bundesnotarkammer, Ehe, Partnerschaft und Familie, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, unter: <www.bnotk.de/notartaetigkeiten/ehe_partnerschaft_familie_nichtehelich.htm>.

²⁹ Siehe nur *Grziwotz* (Fn. 16) § 8 Rn. 1 ff.; *ders.*, Partnerschaftsverträge für nichteheliche Lebensgemeinschaften, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1999, 709 ff.; *Hausmann* (Fn. 20) Rn. 13-1 ff.; stillschweigend geschlossenen Kaufverträge kommen allenfalls für einzelne Transaktionen in Betracht, dazu *Schwab*, (Fn. 27) Rn. 840 f.

³⁰ OLG Karlsruhe 13.1.1988, FamRZ 1989, 866; OLG Köln 22.11.2000, FamRZ 2001, 1608; *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-27; *Diederichsen* (Fn. 2) vor § 1297 BGB, Rn. 27.

³¹ Siehe §§ 1409 ff. BGB, § 7 LPartG.

Dienste, die Vollmachtserteilung, die Haftung untereinander, die Vermögenszuordnung, die Nutzung der gemeinsamen Wohnung, Unterhalt und Altersversorgung. Die Rechtsprechung zeigt aber immer wieder, dass von der Vertragsfreiheit offenbar nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht wird. Ursache dafür mag nicht nur die Scheu und die Schwierigkeit sein, sich Lösungen für alle Eventualitäten auszudenken. Skepsis gegenüber Verträgen als universellem Gestaltungsmittel ist auch deshalb geboten, da bei einer Änderung der Verhältnisse jeweils eine Anpassung notwendig wäre. Ferner zeigt die gegenwärtige Debatte um die Grenzen von Vereinbarungen unter Ehegatten, dass Gerechtigkeitsgehalt und Inhalt solcher Vereinbarungen, vor allem dort, wo es um den Verzicht geht, durchaus problematisch sein können.³²

C. Einzelne Fragen

I. Wirkungen der Lebensgemeinschaft

Ausgangspunkt für die Wirkungen der Lebensgemeinschaft ist, dass ihr Eingehen bislang keinen familienrechtlichen Status schafft. Dies gilt zum einen für die Lebensgefährten selbst; aber auch im Verhältnis zu den Familienmitgliedern ihres Lebensgefährten werden sie nicht Verwandte oder Angehörige.

Mangels spezieller gesetzlicher Vorgaben bleibt den Lebensgefährten auch weitgehend selbst überlassen, welche Wirkungen eintreten sollen. Das deutsche Eherecht verzichtet ohnehin auf ein bestimmtes Leitbild; für die nichteheliche Lebensgemeinschaft gilt dies umso mehr. Im Übrigen stellt sich die Frage, wie weit die eherechtlichen Bestimmungen, die sich vor allem in den §§ 1353 ff. BGB finden, herangezogen werden können. Als analogiefähig wird von manchen die Vorschrift über die sog. Schlüsselgewalt angesehen, d.h. die Fähigkeit, den anderen Teil bei Geschäften für den gemeinsamen Haushalt, also insbesondere bei Einkäufen, zu verpflichten (§ 1357 BGB), wenn eine Wirtschaftsgemeinschaft besteht.³³ Dies ist aber angesichts der fehlenden unterhaltsrechtlichen Verpflichtung und mangels güterrechtlicher Bindung der Lebensgefährten problematisch. Die h.M. belässt es daher bei den allgemeinen Regeln des Stellvertretungsrechts (§§ 164 ff. BGB).³⁴ Dagegen kann die Bestimmung über den beschränkten Haftungsmaßstab unter Ehegatten – Haftung bei Schädigung nur für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (§§ 1359, 277 BGB)³⁵ – ent-

³² Dazu BVerfG 6.2.2001, BVerfGE 103, 89, 100 ff. = FamRZ 2001, 343 Anm. Schwab = NJW 2001, 957; M. Becker, Der unfaire Vertrag, 2003, S. 19 ff.

³³ Ablehnend aber die h.M., siehe nur Grziwotz (Fn. 16) § 18 Rn. 5; Holzhauser (Fn. 23) Rn. 6-13 ff.

³⁴ Grziwotz, Vollmachten in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft?, FPR 2001, 45 ff.; Hohloch (Fn. 11) Rn. 1-38 ff.

³⁵ Entsprechend für den Umfang der Sorgfaltspflicht § 4 LPartG.

sprechend herangezogen werden.³⁶ Grundlage der Haftungsmilderung ist die auch ohne Eheschließung bestehende enge Verbindung der Parteien.

II. Unterhalt

Dagegen greift das Unterhaltsrecht nicht ein. Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft haben gegeneinander keine gesetzlichen Unterhaltsansprüche.³⁷ Dies gilt für das Zusammenleben ebenso wie für die Zeit danach. Ein Gegenstück zum Familienunterhalt des Eherechts (§ 1360 BGB)³⁸ existiert nicht. Nur eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Lebensgefährten kann eine vertragliche Unterhaltungspflicht begründen und zwar für die Dauer des Zusammenlebens oder auch nur für den Trennungsfall.³⁹ Der verpflichtete Lebensgefährte kann jedoch anderen Unterhaltsberechtigten nicht entgegenhalten, er versorge seinen nichtehelichen Partner und könne ihnen daher keinen Unterhalt leisten.⁴⁰ Auf der anderen Seite kann sich die Leistungsfähigkeit des Lebensgefährten gegenüber Dritten durch Kostenvorteile aus der gemeinsamen nichtehelichen Haushaltsführung erhöhen und damit anspruchsvergrößernd auswirken.⁴¹

Ansprüche entstehen lediglich im Zusammenhang mit Kindern. Bei der Geburt eines Kindes nicht verheirateter Eltern hat der Vater der Mutter für die Dauer von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt Unterhalt zu leisten. Ferner hat jetzt ein Elternteil, welcher die Sorge und Pflege für ein gemeinschaftliches Kind übernimmt, einen eigenen Anspruch auf Unterhalt, der zwar nicht so weit geht wie der eines geschiedenen Ehegatten (§ 1570 BGB), aber immerhin bis zu drei Jahren nach der Geburt. In besonderen Fällen, vor

³⁶ H.M., OLG Oldenburg 26.3.1986, FamRZ 1986, 675 = NJW 1986, 2259; *Hausmann*, Nichtehele Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, 1989, S. 42; *Grziwotz* (Fn. 16) § 10 Rn. 40; *Holzauer* (Fn. 23) Rn. 6-14 ff.; *Diederichsen* (Fn. 2) vor § 1297 BGB, Rn. 25.

³⁷ *Schumacher* FamRZ 1994, 860; *Ehinger*, Unterhaltsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 25 ff.; *Grziwotz* (Fn. 16) § 24 Rn. 1; *Diederichsen* (Fn. 2) vor § 1297 BGB, Rn. 19.

³⁸ Entsprechend § 5 LPartG (Lebenspartnerschaftsunterhalt).

³⁹ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-46.

⁴⁰ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-49; für den Kindesunterhalt *BMJ*, Gemeinsam leben, S. 8; auch in der Zwangsvollstreckung kann aufgrund von rein tatsächlichen Unterhaltsleistungen keine Erhöhung des Pfändungsfreibetrages (§§ 850a ff. ZPO) verlangt werden; *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-127.

⁴¹ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-51; umgekehrt wird dem unterhaltsberechtigten, geschiedenen Ehegatten der Wert seiner Versorgungsleistungen, welche er seinem neuen Lebensgefährten erbringt, bedürftigkeitsmindernd angerechnet, BGH 5.5.2004, FamRZ 2004, 1173; Anm. *Born* und *Gerhardt* (1545).

allem bei einer Kindesbetreuung wegen Krankheit oder Behinderung, kann auch länger Unterhalt gewährt werden (§ 1615I II S. 3 BGB).⁴²

III. Vermögensrechtliche Beziehungen

Da die Lebensgemeinschaft nach herrschender Auffassung keinen familienrechtlichen Status vermittelt, gelten während ihres Bestehens mangels ehegüterrechtlicher Vorschriften allein die schuld- und sachenrechtlichen Regeln.⁴³ Das bei Eingehung der Lebensgemeinschaft vorhandene Vermögen bleibt folglich getrennt.⁴⁴ Die Lebensgefährten können zwar Miteigentum an gemeinsam angeschafften Gegenständen, etwa dem Hausrat oder einem Grundstück, erwerben (§§ 1008 ff. BGB), aber nur nach den rechtsgeschäftlichen und sachenrechtlichen Grundsätzen (§§ 104 ff., 873 ff., 929 ff. BGB). Es kommt daher auf die konkrete Vereinbarung der Parteien und ihr Auftreten nach außen an,⁴⁵ eine Vermutung für hälftiges Miteigentum besteht nicht.⁴⁶ Auch aus der Finanzierung der Anschaffung durch einen der Lebensgefährten kann man noch nicht auf Alleineigentum des Finanzierenden schließen.⁴⁷ Anerkannt ist dagegen, dass das Eigentum an Gegenständen, welche nur zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind, regelmäßig derjenige Lebensgefährte erwirbt, für dessen Gebrauch sie bestimmt sind.⁴⁸ Lässt sich nicht eindeutig feststellen, ob einer der Lebensgefährten Alleineigentümer ist oder ob Miteigentum besteht, so kann sich der Besitzer auf die Vermutung des § 1006 BGB berufen, wonach er Eigentümer ist.⁴⁹

Genauer über die eher selten erörterte Rechtslage bei Zusammenleben lässt sich ohne Betrachtung der Trennung kaum sagen. Nach herrschender Auffassung sind die Trennungsfolgen allein schuldrechtlich zu bewältigen. Grundsätzlich haben die Parteien keine Ansprüche gegeneinander, da ihre Beziehung lediglich als persönliche eingeordnet wird. Persönliche und wirtschaftliche Leistungen wie die langjährige Führung oder Finanzierung des Haushalts werden nach dem „Grundsatz der Nichtausgleichung“ grundsätzlich nicht vergü-

⁴² Näher *Ehinger*, FPR 2001, 25 ff.

⁴³ *Schumacher*, FamRZ 1994, 860; *Schwab* (Fn. 27) Rn. 854 ff.

⁴⁴ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-29.

⁴⁵ Siehe etwa OLG Hamm 7.6.2002, FamRZ 2003, 529.

⁴⁶ *Diederichsen* (Fn. 2) vor § 1297 BGB, Rn. 22.

⁴⁷ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-34; beim Erwerb von Hausratsgegenständen für den gemeinsamen Haushalt nimmt im Zweifel die Begründung von Miteigentum an *Weinreich*, Vermögensrecht in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 29, 30.

⁴⁸ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-31.

⁴⁹ *Burhoff*, Anwendbarkeit von Normen des Deliktsrechts, Verfahrens- und Prozessrechts auf nichteheliche Lebensgemeinschaften, FPR 2001, 18, 21; *Grziwotz* (Fn. 16) § 20 Rn. 13 m.w.Nachw.

tet;⁵⁰ eine Gesamtabwicklung gibt es nicht. Das Zusammenleben wird daher nicht als entgeltlicher Austauschvertrag konstruiert. Auch die Schenkungsregeln (§§ 516 ff. BGB) kommen für alltägliche Zuwendungen nicht in Betracht. Ähnlich wie im Eherecht nimmt die Rechtsprechung stattdessen eine sog. unbenannte Zuwendung an.⁵¹ Gehen Arbeitsleistungen allerdings über das Maß dessen hinaus, was der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft dient, ist ein Arbeitsverhältnis unter den Partnern möglich. Ein nur stillschweigend geschlossener Arbeitsvertrag wird aber nur sehr selten angenommen.⁵²

Eine Art „Ersatzgüterrecht“ bilden jedoch die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB). Haben etwa beide Lebensgefährten gemeinsam ein Haus gebaut oder ein Unternehmen aufgebaut, hat aber nur einer allein das Eigentum daran erworben, so gewährt die Rechtsprechung einen Ausgleichsanspruch nach Gesellschaftsrecht.⁵³ Zwar stellt das Zusammenleben als solches nur einen rein tatsächlichen Vorgang dar und bildet nach h.M. keinen Gesellschaftszweck;⁵⁴ auch eine Innengesellschaft wird während des Bestehens nicht ohne weiteres angenommen.⁵⁵ Gleichwohl kann ein Ausgleich dieser Wertschöpfung oder Vermögensvermehrung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen erfolgen.⁵⁶ Ein ausdrücklicher oder stillschweigender Vertragsschluss ist nicht notwendig; allerdings muss die Zweckbestimmung bezüglich des gemeinsamen wirtschaftlichen Werts über eine reine Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinausgehen. Die Absicht, einen gemeinschaftlichen Wert – etwa in Bezug auf Grundeigentum oder einen Betrieb – zu

⁵⁰ BGH 24.3.1980, BGHZ 77, 55, 59 = FamRZ 1980, 664 = NJW 1980, 1520; OLG Frankfurt a.M. 23.10.1981, FamRZ 1982, 265 zust. Anm. *Bosch*.

⁵¹ Siehe etwa OLG Köln 22.11.2000, FamRZ 2001, 1608, 1609; *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-26.

⁵² *BMJ* (Fn. 40) 5.

⁵³ Seit BGH 1.4.1965, FamRZ 1965, 368; zu den Schwankungen der Rechtsprechung näher *Battes*, Die rechtliche Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Blaurock* (Hrsg.), Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften, 1989, S. 21 ff.

⁵⁴ BGH 24.3.1980, BGHZ 77, 55, 56 f. = FamRZ 1980, 664 = NJW 1980, 1520; BGH 23.2.1981, FamRZ 1981, 530 = NJW 1981, 1502; z.T. anders etwa *Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VII, 4. Auflage, 2000, Anh. zu § 1302 BGB, Rn. 18 ff.

⁵⁵ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-13 ff., 1-25.

⁵⁶ BGH: 4.11.1991, FamRZ 1992, 408; 8.7.1996, NJW-RR 1996, 1473; 8.7.1996, FamRZ 1996, 1141 = NJW 1996, 2727; *Oehlmann/Stille*, Ausgleich von Vermögensdispositionen nach Gesellschaftsrecht bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 2004, 151 ff.; *Burger* (Fn. 18) Rn. 7.55 ff.; krit. dagegen *Schlüter/Belling*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und ihre vermögensrechtliche Abwicklung, FamRZ 1986, 405, 409 ff.; teilweise wird auch ein Ausgleich nach Bereicherungsrecht wegen Nichteintritt des bezweckten Erfolgs zugelassen (§ 812 I 2 Alt. 2 BGB). Näher *Wacke* (Fn. 54) nach § 1302 BGB Rn. 21. Eine Abwicklung wegen Störung der Geschäftsgrundlage findet ebenfalls Anhänger. Nach der Rechtsprechung lässt allerdings das Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht die Geschäftsgrundlage für bisher erbrachte Leistungen entfallen; BGH 6.10.2003, FamRZ 2004, 94 = NJW 2004, 58.

schaffen, muss vorhanden sein.⁵⁷ Dient die Anschaffung allein der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft, so scheidet ein Ausgleich. Auch wenn ein Darlehen für den anderen Lebensgefährten getilgt wird, ist damit zu rechnen, dass die während des Zusammenlebens gezahlten Raten unentgeltlich erbracht wurden.⁵⁸

IV. Verhältnis zu Dritten

1. Unterhaltsrecht

Während des Bestehens einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind ihre Wirkungen vor allem im Verhältnis zu Dritten bedeutsam. Das ist insbesondere für Ansprüche eines Lebensgefährten auf nachehelichen Unterhalt gegen einen Dritten der Fall. Bezieht der Lebensgefährte Geschiedenenunterhalt, so verliert er den Anspruch mit einer Wiederheirat (§ 1586 I BGB).⁵⁹ Geht er stattdessen eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ein, so wirken nicht nur ökonomische Vorteile aus dieser Verbindung unterhaltsmindernd (§ 1577 BGB).⁶⁰ Er muss auch damit rechnen, dass das Zusammenleben spätestens nach etwa zwei Jahren als Versorgung „wie in einer Ehe“ und einer Wiederheirat gleichgesetzt wird.⁶¹ Obwohl er keine neuen Unterhaltsansprüche erwirbt, verliert er den nachehelichen Unterhalt; sein Verhalten wird als „anderer Grund“ im Sinne der unterhaltsrechtlichen Härteklausel angesehen (§ 1579 Nr. 7 BGB).⁶² Dafür, wann die Unterhaltsverpflichtung als unbillig angesehen wird, hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit mehrere Fallgruppen unterschiedlicher Intensität des Zusammenlebens entwickelt.⁶³ Für diese Berücksichtigung spricht der Zuwachs an Ressourcen durch die Lebensgemeinschaft. Zum Wegfall des Unterhaltsan-

⁵⁷ BGH 21.7.2003, FamRZ 2003, 1542 Anm. *Burger* = NJW-RR 2003, 1658 (Grundstück); auf die Einschränkung, einen besonderen Vermögenswert schaffen zu wollen, will verzichten *Wacke* (Fn. 54) nach § 1302 BGB Rn. 18.

⁵⁸ Vgl. auch *Dethloff* (Fn. 17) 23.

⁵⁹ Entsprechend § 16 II LPartG.

⁶⁰ Ständige Rechtsprechung, s. BGH 28.3.1984, FamRZ 1984, 664; zur Anrechnung näher *Soyka*, Die neue Partnerschaft und Ehegattenunterhalt, Familie und Recht (FuR) 2004, 1 ff.; *Pittrof*, Unterhalt trotz neuer Partnerschaft?, 2000, S. 21 ff.

⁶¹ Eine Frist von zwei bis drei Jahren hält für zu lang *Holzauer*, Zur Rechts- und Rechtsprechungsgeschichte des Verhältnisses von Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft, besonders im Unterhaltsrecht, in: Festschrift Jayme, Band II, 2004, S. 1447, 1458 f.

⁶² Siehe BGH: 24.10.2001, FamRZ 2002, 23 Anm. *Schwab* (92) = NJW 2002, 217 (kein Ausschluss bei auf Distanz angelegtem Verhältnis); BGH 20.3.2002, FamRZ 2002, 810 Anm. *Bergschneider* (951) = NJW 2002, 1947 (Trennungunterhalt; Eheähnlichkeit bei Leben in unmittelbarer räumlicher Nähe mit einem – angeblich – homosexuellen Mann bejaht). Näher *Grziwotz* (Fn. 16) § 24 Rn. 48 ff.; Entsprechendes gilt nach § 16 II 2 LPartG. Siehe auch *Scheiwe*, Maintenance for the Former Wife of a Homosexual Man, International Family Law (IFL) 2002, 178 ff.

⁶³ Siehe BGH 21.12.1988, FamRZ 1989, 487 = NJW 1989, 1089; dazu *Martiny*, Unterhaltsrang und -rückgriff, Band I, 2000, S. 661 ff.

spruchs kommt es allerdings auch bei Mittellosigkeit, wenn eine „ehegleich verfestigte feste soziale Verbindung“ entstanden ist.⁶⁴ Früher konnte auch ein ehegleiches, äußeres Erscheinungsbild einer nichtehelichen Verbindung im Einzelfall genügen. Nur die Betreuung gemeinsamer Kinder kann zu einer Abmilderung des Unterhaltsverlusts, d.h. zu einer bloßen Herabsetzung auf den Mindestbedarf eines nicht erwerbstätigen Ehegatten, führen. Der Anspruch auf nahehelichen Unterhalt erlischt jedoch nicht endgültig; er ruht nur.⁶⁵

2. Miet- und Wohnungsrecht

Im Miet- und Wohnungsrecht wird der Lebensgefährte heute zwar nicht einem Ehegatten gleichgestellt. Gleichwohl hat ein Mieter das Recht, seinen Lebensgefährten auch gegen den Willen des Vermieters mit in seiner Wohnung wohnen zu lassen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Aufnahme hat und dies dem Vermieter zuzumuten ist (§ 553 I BGB).⁶⁶ Der Bundesgerichtshof lässt zwar eine bloße Anzeige der Aufnahme des Lebensgefährten nicht genügen, sondern verlangt eine Erlaubnis des Vermieters.⁶⁷ Die Gründung einer Lebensgemeinschaft ist aber ein solches berechtigtes Interesse.⁶⁸ Der Lebensgefährte wird zwar nicht Vertragspartner.⁶⁹ Stirbt aber der Mieter, so rückt sein Lebensgefährte, der mit ihm „einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt“ geführt hat, kraft Gesetzes in das bestehende Mietverhältnis ein und kann es fortsetzen (§ 563 II 4 BGB).⁷⁰

3. Privatversicherungsrecht

Ein Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen einen Dritten geht auf den Versicherer über, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt hat (§ 67 I 1 VVG). Nach dem sog. Familien- oder Angehörigenprivileg ist ein Forderungsübergang aber dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner des Regressanspruchs ein Familienangehöriger des Versicherungsnehmers ist, der

⁶⁴ BGH 21.12.1988, FamRZ 1989, 487, 491; näher *Pittrof* (Fn. 60) 55 ff.

⁶⁵ BGH 6.5.1987, FamRZ 1987, 689, 690.

⁶⁶ *Kinne*, Nichteheleche Lebensgemeinschaft und Mietverhältnis, FPR 2001, 36, 38; *Weidenkaff*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, § 553 BGB Rn. 4; ebenso schon zu § 549 a.F. BGB BGH 3.10.1984, FamRZ 1985, 42; OLG Hamm 23.10.1991, FamRZ 1992, 308 = NJW 1992, 513; *Röthel*, ZRP 1999, 512 m.w.Nachw.

⁶⁷ BGH 5.11.2003, FamRZ 2004, 91 m. krit. Anm. *Brudermüller* (358) = NJW 2004, 56.

⁶⁸ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-68; ebenso *BMJ* (Fn. 40) 3.

⁶⁹ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-74; *Diederichsen* (Fn. 2) vor § 1297 BGB, Rn. 20; ist nur einer der Lebensgefährten Mieter, so genügt bei Vertragsbeendigung nach h.M. ein Räumungstitel gegen diesen, *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-82 m.w.Nachw.

⁷⁰ Siehe schon zu § 569a a.F. BGB BVerfG 3.4.1990, BVerfGE 82, 6, 13 ff. = FamRZ 1990, 727 = NJW 1990, 1593; BGH 13.1.1993, BGHZ 121, 116, 119 ff. = FamRZ 1993, 533 = NJW 1993, 999.

mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebt und den Schaden nicht vorsätzlich verursacht hat (§ 67 II VVG bzw. § 116 VI Sozialgesetzbuch [SGB] X). Im Interesse des Familienfriedens soll nämlich vermieden werden, dass Streitigkeiten über die Verantwortung von Schadenszufügungen unter Familienangehörigen ausgetragen werden. Da zusammenlebende Familienangehörige meist eine wirtschaftliche Einheit bilden, soll auch verhindert werden, dass der Versicherte durch den Rückgriff mittelbar selbst in Mitleidenschaft gezogen wird. Entgegen einer früheren Entscheidung des BGH⁷¹ argumentiert man vielfach, Lebensgefährten, deren Verbindung auf Dauer angelegt ist und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Einstehen füreinander begründen, seien „Familienangehörige“. Der familiäre Charakter dieses Personenverbands wird insbesondere dann bejaht, wenn die Partner zusammen die Verantwortung für ein gemeinsames Kind übernehmen. Der § 67 II VVG ist mithin zumindest analog auf derartige Lebensgemeinschaften anwendbar.⁷²

Die umgekehrte Problematik stellt sich für den Ausschluss von Haftpflichtversicherungsleistungen bei der Schädigung eines in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen.⁷³ Wegen der abschließenden Aufzählung der Angehörigen wird diese Regelung nicht auf den Lebensgefährten erstreckt.⁷⁴ Den Schutz als mitversicherter Familienangehöriger genießt er nur bei namentlicher Nennung.⁷⁵

4. Deliktische Ansprüche gegen Dritte

Wird einer der Lebensgefährten bei einem Unfall verletzt, so dass er in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr den Haushalt führen kann, so will ihm eine vordringende Auffassung einen deliktischen Anspruch gegen den Schädiger nach § 843 BGB zuerkennen.⁷⁶ Zwar trifft den Verletzten anders als den Ehegatten keine gesetzliche Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Haushaltsführung, wohl aber liegt eine Schädigung im Hinblick auf seine tatsächlich erbrachten Leistungen vor.

Der Partner eines getöteten Lebensgefährten geht jedoch leer aus. Nach h.M. kann die Vorschrift des § 844 II BGB, wonach der Überlebende seinen Unter-

⁷¹ BGH 1.12.1987, BGHZ 102, 257 = NJW 1988, 1091 (zu § 116 VI SGB X); ebenso etwa *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-142; *Wacke* (Fn. 54) nach § 1302 BGB Rn. 25.

⁷² OLG Köln 17.10.1990, NJW-RR 1991, 670; OLG Brandenburg 6.3.2002, NJW 2002, 1581; wohl auch *Burger* (Fn. 18) Rn. 7.228.

⁷³ Siehe § 4 II Nr. 2 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB).

⁷⁴ *Littbarski*, AHB – Haftpflichtversicherung, 2001, § 4 AHB Rn. 404; *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-146.

⁷⁵ *Hohnerlein*, FPR 2001, 55 f.; so auch für die Reisegepäckversicherung *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-145.

⁷⁶ Unentschieden *Burger* (Fn. 18) Rn. 7.233 ff.; näher zu § 843 a.F. BGB *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-96 ff.

haltsschaden geltend machen kann, nicht entsprechend angewendet werden.⁷⁷ Dies ist eine Konsequenz des fehlenden gesetzlichen Unterhaltsanspruchs des Lebensgefährten und der zu engen Konzeption des deutschen Deliktsrechts, das die tatsächliche Gewährung von Unterhalt unberücksichtigt lässt.⁷⁸

V. Zwangsvollstreckung

Für Gläubiger des Paares sind die Eigentums- und Gewahrsamsverhältnisse häufig nicht erkennbar; es besteht ebenso wie bei Ehegatten eine Vermischungs- und Verschiebungsfahrer. Gleichwohl muss der Lebensgefährte nach überwiegender Auffassung keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in sein Vermögen dulden. Die Vorschriften der § 1362 BGB, § 739 ZPO wonach zugunsten der Gläubiger eines Ehepartners vermutet wird, dass die im Besitz eines oder beider Ehegatten stehenden beweglichen Gegenstände dem jeweiligen Schuldner gehören,⁷⁹ gilt nicht.⁸⁰ Da es an einem besonderen Innenverhältnis wie unter Ehegatten fehlt, können sich Lebensgefährten unter Hinweis auf die Eigentumslage der Zwangsvollstreckung widersetzen. Allerdings ist hier an eine Reform zugunsten der Gläubiger zu denken.⁸¹

VI. Internationales Privatrecht

Anders als für die eingetragene Lebenspartnerschaft (Art. 17b EGBGB) fehlt eine besondere Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Internationalen Privatrecht. Eine feststehende Rechtsprechung hat sich noch nicht herausgebildet. Überwiegend wird vom Schrifttum wegen der Eheähnlichkeit eine analoge Anwendung der Art. 13 ff. EGBGB, d.h. der Vorschriften über die Ehe, angenommen;⁸² eine Mindermeinung will allein mit einer schuldrechtlichen Anknüpfung (Art. 27 ff. EGBGB) auskommen.⁸³ Der familienrechtliche Ansatz führt in erster Linie zur Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts der Lebensgefährten. Fehlt es daran, so kommt es auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Paares an (Art. 14 I Nr. 2 EGBGB). Ein Teil der Lehre möchte allerdings

⁷⁷ *Holzauer* (Fn. 23) Rn. 6-26; *Diederichsen* (Fn. 2) Einf. vor § 1297 BGB, Rn. 36; krit. *Battes* (Fn. 53) 28 f.

⁷⁸ Ebenso *Dethloff* (Fn. 17) 24.

⁷⁹ Entsprechend § 8 LPartG.

⁸⁰ *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-125; für die Anwendung dagegen *Röthel*, ZRP 1999, 512; *Holzauer* (Fn. 23) Rn. 6-17 je m.w.Nachw.

⁸¹ Ebenso *Dethloff* (Fn. 17) 24.

⁸² So etwa *Röthel*, Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht, IPRax 2000, 74; *Martiny*, in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, 2. Auflage, 2004, Rn. 12-13 ff.

⁸³ *Heldrich*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, Art. 17b EGBGB, Rn. 11.

wegen des fehlenden familienrechtlichen Status des Paares allein auf den gewöhnlichen Aufenthalt abstellen.⁸⁴

VII. Sozial- und Steuerrecht

1. Sozialrecht

In der gesetzlichen Krankenversicherung umfasst die sog. Familienversicherung – eine eigene Versicherung des begünstigten Familienangehörigen – nur den Ehegatten, den Lebenspartner sowie Kinder von Mitgliedern und mitversicherten Partnern.⁸⁵ Der bloße Lebensgefährte gehört nicht dazu. Auch zu Witwen- und Witwerrente nach dem Tod des Versicherten hat er keinen Zugang.⁸⁶ In anderen Bereichen des Sozialrechts ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft dagegen der Ehe gleichgestellt. Hier wird bei einer Bedürftigkeitsprüfung das Einkommen des anderen, mit dem er in eheähnlicher Gemeinschaft lebt, angerechnet. So ist es etwa beim Bezug von Leistungen zum Lebensunterhalt im Rahmen der Sozialhilfe (§§ 20, 36 SGB XII, früher §§ 16, 122 Bundessozialhilfegesetz; BSHG), ferner bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende (Arbeitslosengeld II, § 9 II SGB II, früher der zur Sozialhilfe gehörenden Arbeitslosenhilfe; §§ 193 III, 194 SGB III) sowie dem nach der Geburt eines Kindes gezahlten Erziehungsgeld (§§ 5 II 3, 6 III S. 2 Bundeserziehungsgeldgesetz; BErzGG). Grundgedanke dieser Regelungen ist es, dem vom Antragsteller durch das „Wirtschaften aus einem Topf“ erzielten Kostenvorteil zu entsprechen und eine Besserstellung im Verhältnis zur Ehe zu verhindern.⁸⁷

2. Steuerrecht

a) Einkommensteuer

Einkommensteuerrechtlich steht der Lebensgefährte einem Ehegatten nicht gleich; der bei Eheschließung gewährte sog. Splitting-Vorteil steht ihm nicht zu.⁸⁸ Da er nicht gesetzlich unterhaltsberechtig ist, werden auch Unterhaltsaufwendungen für ihn grundsätzlich nicht berücksichtigt. Anderes gilt nur bezüg-

⁸⁴ Siehe *Hohloch*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004, vor Art. 13 EGBGB, Rn. 12.

⁸⁵ Siehe § 10 I, II SGB V; vgl. auch *Hohnerlein*, Sozialversicherungsrechtliche und versicherungsvertragliche Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 49, 50 f.

⁸⁶ Zur Beschränkung auf den hinterbliebenen Ehegatten nach § 46 SGB VI s. *Hohnerlein*, FPR 2001, 51.

⁸⁷ Dazu *Battes* (Fn. 53) 23 ff.

⁸⁸ Zu § 26 Einkommensteuergesetz (EStG) s. *Battes* (Fn. 53) 26 ff.; *Bültmann*, in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, 2. Auflage, 2004, Rn. 10-16.

lich des Anspruchs der nichtehelichen Mutter (§ 1615I BGB),⁸⁹ ferner dann, wenn dem Lebensgefährten zum Unterhalt bestimmte öffentliche Mittel, d.h. Sozialleistungen, mit Rücksicht auf die Unterhaltsleistungen des Steuerpflichtigen gekürzt worden sind.⁹⁰ Daher ist die Unterhaltsleistung an den Lebensgefährten insofern berücksichtigungsfähig. Das Steuerrecht läuft also mit dem Sozialrecht parallel und erkennt die sozialrechtlich angenommene Leistung des Steuerpflichtigen steuermindernd an.

b) Erbschaftssteuer

Das Schenken und Erben in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unterliegt der Erbschaftssteuer.⁹¹ Nichtverheiratete Lebensgefährten gehören zur Steuerklasse III und erhalten deshalb wie Familienfremde nur einen bescheidenen Freibetrag von 5.200 €.

VIII. Ausländerrecht

Das Ausländerrecht stellt den Lebensgefährten dem Ehegatten nicht gleich (vgl. §§ 30 ff. AufenthG). Auch den „sonstigen Familienangehörigen“, denen „zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte“ eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann (§ 36 AufenthG), steht er nicht gleich.⁹² Der Lebensgefährte kann daher keine abgeleiteten Aufenthalts- oder Nachzugsrechte geltend machen. Allerdings besteht auch hier ein Anspruch auf die richtige Ausübung behördlichen Ermessens, bei welcher der Schutz des Privatlebens zu berücksichtigen ist (Art. 2 I, 1 I GG, Art. 8 EMRK).

IX. Strafrecht und Strafverfahren

Eine Gleichbehandlung mit Ehegatten findet statt bei Übergriffen des anderen Teils – insbesondere Körperverletzung und Freiheitsberaubung – nach dem Gewaltschutzgesetz. Hat die verletzte Person mit dem Täter einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt geführt, so kann sie u.a. verlangen, ihr die gemeinsam genutzte Wohnung zur alleinigen Benutzung zu überlassen.⁹³

⁸⁹ Ehinger, FPR 2001, 29.

⁹⁰ Zu § 33a I, V EStG n.F. s. Bültmann (Fn. 88) Rn. 10-33.

⁹¹ Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.2.1997 (BGBl. 1997 I 378) unter Berücksichtigung späterer Änderungen.

⁹² So zum früheren § 22 AuslG Schumacher, FamRZ 1994, 862; Wegner, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im deutschen Ausländerrecht, 1998.

⁹³ Siehe § 2 I Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (GewSchG) vom 11.12.2001, BGBl. 2001 I 3513.

Bisher verweigert die Rechtsprechung dem Lebensgefährten einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft jedoch die Privilegien, die Angehörige wie Ehegatten, Lebenspartner, Verlobte und Kinder in Bezug auf Aussagepflichten und Zeugnisverweigerungsrechte – etwa im Rahmen von Strafverfahren – besitzen (§ 383 I Nr. 1-3 ZPO, § 52 I StPO).⁹⁴ Andere weisen dagegen darauf hin, dass auch hier ein Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und der Vermeidung von Nachteilen für den Lebensgefährten bestehen kann.⁹⁵

Ehegatte und Verwandte haben zudem die Möglichkeit, die ihnen drohende Strafe wegen Meineides oder uneidlicher Aussage zu mildern, wenn die Tat von Angehörigen begangen wurde (§ 157 I StGB).⁹⁶ Dieser Milderungsstatbestand greift bei Lebensgefährten einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht ein. Insofern wird eine Gleichstellung des Lebensgefährten mit Angehörigen gefordert.⁹⁷

D. Reform

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich zwar trotz fehlender gesetzlicher Regelung in vielen Fällen eine feste Praxis etabliert hat. Gleichwohl besteht vielfache Rechtsunsicherheit. Für viele Zweifelsfragen wäre daher eine gesetzliche Klarstellung nützlich und angebracht. Dies dürfte heute leichter sein als früher. In der inzwischen erfolgten Zulassung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft liegt die Anerkennung, dass es auch andere rechtlich verbindliche Lebensformen als die Ehe gibt. Die Partnerschaftsgesetzgebung hat den unvermeidlichen Gang nach Karlsruhe überstanden, interessanterweise sind auch im Ausland die verfassungsrechtlichen Angriffe im Allgemeinen gescheitert. Das Bundesverfassungsgericht hat bei dieser Gelegenheit dem Gesetzgeber gestattet, auch bezüglich verschiedengeschlechtlicher Paare „neue Möglichkeiten zu eröffnen“.⁹⁸ Freilich ist, verglichen mit der Partnerschaft, die Diskussion um die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der letzten Zeit nicht sehr intensiv geführt worden und es ist nicht einfach, die Optionen einzugrenzen. Der 57. Deutsche Juristentag hat zwar im Jahre 1988 partielle Reformen verlangt;⁹⁹ dies hat sich jedoch nur sporadisch durchgesetzt. Auch heute noch bil-

⁹⁴ Nachw. bei *Hohloch* (Fn. 11) Rn. 1-115.

⁹⁵ Für eine analoge Anwendung *Burhoff*, FPR 2001, 19.

⁹⁶ Der Begriff des „Angehörigen“ ist in § 11 I Nr. 1 StGB definiert. Die Rechtsprechung lehnt eine entsprechende Anwendung auf nichteheliche Lebensgefährten ab; Nachw. bei *Burhoff*, FPR 2001, 18.

⁹⁷ So *Dethloff* (Fn. 17) 24.

⁹⁸ BVerfG 17.7.2002, BVerfGE 105, 313, 353 = FamRZ 2002, 1169 = NJW 2002, 2543.

⁹⁹ Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Band I, 1988, S. 233 = NJW 1988, 2998; siehe auch *Lieb*, Empfiehlt es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?, Gutachten A für den 57. Deutschen Juristentag Mainz 1988, 1988.

den Rufe nach einer gesetzlichen Regelung¹⁰⁰ eher die Ausnahme. Jedenfalls stellen sich mehrere Grundfragen.

Zwar steht der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe nach Art. 6 I GG einer gesetzlichen Regelung nicht entgegen.¹⁰¹ Doch darf eine bindende Regelung auch die Handlungsfreiheit von Lebensgefährten, die sich gegen eine Ehe entschieden haben, nicht verletzen (vgl. Art. 2 I GG). Die Bindungen der Lebensgefährten können daher nicht so intensiv sein wie in der Ehe. Man wird ferner davon ausgehen dürfen, dass die bisherige gesetzgeberische Entscheidung, die eingetragene Lebenspartnerschaft nicht für Personen unterschiedlichen Geschlechts zu öffnen, nicht in Frage gestellt wird. Dies wäre auch wegen der Eheähnlichkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft des deutschen Rechts keine sinnvolle Alternative. Damit ergibt sich ein grundlegender Unterschied zum französischen PACS. Komplizierte Mehrstufenmodelle des nichtehelichen Zusammenlebens wird es in Deutschland wohl auch in Zukunft nicht geben.

Rechtstechnisch könnte man daran denken, eine mehr oder weniger umfassende Regelung auch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft zu treffen. Eine Beschränkung allein auf schuldrechtliche Aspekte dürfte heute nicht mehr zur Debatte stehen; solche Regeln können persönliche Beziehungen im Rahmen von Lebensgemeinschaften nur unvollkommen erfassen. Auch gegenüber dem Schutz des Schwächeren in der Paarbeziehung sind sie zunächst einmal blind. Es geht jedenfalls bei der verfestigten nichtehelichen Lebensgemeinschaft um ein familienrechtliches Thema.¹⁰² Systematisch richtiger Standort ist daher das Familienrecht des BGB.¹⁰³ Eine Mindestregelung in diesem Kontext, gegebenenfalls auch in einem Sondergesetz,¹⁰⁴ ist daher angebracht.

Eine weitere Frage ist, ob es eine gemeinsame Regelung mit verwandtschaftlichen und nicht verwandtschaftlichen Einstandsgemeinschaften geben sollte. Dieser Weg ist früher auch in Deutschland erörtert worden,¹⁰⁵ hat aber wegen seiner Unschärfen mit Recht keinen Anklang gefunden. Zu entscheiden ist ferner, ob für hetero- und homosexuelle Lebensgemeinschaften die gleichen Rechtsregeln gelten sollten. Für eine solche Gleichbehandlung – die sich etwa auch in der französischen Definition von „concubinage“ findet¹⁰⁶ – spricht, dass sich im Wesentlichen die gleichen Fragen in beiden Arten von Gemeinschaften

¹⁰⁰ Siehe aber Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften (Nichteheliche-Lebensgemeinschaften-Gesetz – NeLgG) der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT- Drucksache 13/7228 vom 14.03.97; im Schrifttum *Schumacher*, FamRZ 1994, 857 ff.; *Trimbach/El Alami*, NJ 1996, 62.

¹⁰¹ *Battes* (Fn. 53) 22 m.w.Nachw.; so auch Beschluss 2 des 57. DJT (Fn. 99).

¹⁰² Ebenso *Dethloff* (Fn. 17) 21; § 1302c des Grünen-Entw. von 1997 (Fn. 100) will dem Lebensgefährten generell den Familienangehörigenstatus zuerkennen.

¹⁰³ Ebenso *Trimbach/El Alami*, NJ 1996, 62.

¹⁰⁴ Dafür *Schumacher*, FamRZ 1994, 863 ff.

¹⁰⁵ Siehe *von Renesse*, Ein rechtliches Dach für Wohn- und Lebensgemeinschaften!, ZRP 1996, 212 ff.

¹⁰⁶ Siehe Art. 515-8 Code civil i.d.F. vom 15.11.1999.

stellen.¹⁰⁷ Daher sind Regeln zu entwickeln, welche sowohl Lebensgemeinschaften von Mann und Frau als auch nicht eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnerschaften angemessen sind.

Freilich findet eine umfassende Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch heute noch keine genügende Anhängerschaft.¹⁰⁸ Die Einführung einer „kleinen Ehe“ oder einer „Ehe zweiten Ranges“ stößt überwiegend auf Skepsis.¹⁰⁹ Die für die Beibehaltung des gegenwärtigen Rechtszustandes hauptsächlich angeführten Gründe – die Möglichkeit einer Heirat und das zunehmend von der Rechtsprechung entwickelte Regelwerk – vermögen allerdings auch nicht zu überzeugen. Die Defizite des geltenden Rechts sind unübersehbar.

Als Alternative zu einer umfassenden Gesetzgebung kommen eher punktuelle Regelungen zu Einzelfragen in Betracht.¹¹⁰ Ein Beispiel einer solchen Einzelregelung für das Verhältnis zu Dritten ist das gesetzlich verankerte Eintrittsrecht des Lebensgefährten in den Mietvertrag.

Hauptproblem ist freilich der Inhalt der möglichen Regelungen. Schwierig ist zum einen die große Vielfalt der Verbindungen, zum anderen kann es sich wegen der Nichteingehung intensiver Bindungen stets nur um ein Minimum an Verpflichtungen handeln. Bei einer gesetzlichen Regelung ist zunächst einmal an eine Festlegung zu denken, was als nichteheliche Lebensgemeinschaft gelten soll. Eine gesetzliche Definition dürfte unvermeidlich sein.¹¹¹ Gleichwohl müsste sie so flexibel sein, dass sie die unterschiedlichen Gestaltungen erfassen kann. Insofern kann man die bisherigen Definitionsversuche der Rechtsprechung jedenfalls zum Ausgangspunkt nehmen.

Ein weiteres Problem ist, ob es für das Eingreifen der gesetzlichen Regelung der Lebensgemeinschaft eines besonderen Publizitätsakts bedarf. Zwar schafft eine Eintragung oder ein förmlicher, etwa notarieller Vertragsabschluss wie nach den Registrierungsmodellen, ein Mehr an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Gleichwohl sollte man – ebenso wie etwa in Schweden – keine konstitutive Publizität verlangen.¹¹² Es geht gerade um die Regelung faktischer

¹⁰⁷ Ebenso Schumacher, FamRZ 1994, 860, 864; Schewe-Gerigk/Beck, Nichteheliche Lebensgemeinschaften gesetzlich anerkennen – Überlegungen zur anstehenden Reform, in: Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen (Hrsg.), Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Reformbedarf und Reformüberlegungen – Dokumentation der Anhörung vom 24.03.2003 (Nov. 2003), S. 3, 5; Dethloff (Fn. 17) 22.

¹⁰⁸ Vgl. Röthel, ZRP 1999, 511 m.w.Nachw.

¹⁰⁹ Vgl. nur 57. DJT (Fn. 99) Beschluss 3; Grziwotz (Fn. 16) § 5 Rn. 47 ff.

¹¹⁰ Dafür etwa 57. DJT (Fn. 99) Beschluss 5.

¹¹¹ Dafür auch Schumacher, FamRZ 1994, 864; Trimbach/El Alami, NJ 1996, 62; eine Definition enthält auch § 1302a des Grünen-Entw. von 1997 (Fn. 100).

¹¹² Ebenso Scherpe, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – Grundstrukturen in Europa, in: Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen (Hrsg.), Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Reformbedarf und Reformüberlegungen – Dokumentation der Anhörung vom 24.03.2003, S. 29 f.; eine Beweiserleichterung sieht §1302b des Grünen-Entw. von 1997 (Fn. 100) vor.

Verhältnisse, die andernfalls nach wie vor nicht erfasst würden. Dies gilt auch für einen bestimmte Rechtswirkungen auslösenden bloß fakultativen Publizitätsakt, welcher zu weiteren Differenzierungen führen würde.¹¹³ Damit scheiden freilich auch Lösungen wie der „pacte civil de solidarité“ aus.¹¹⁴

Inhaltlich wäre auch eine Bestimmung zu schaffen, was die Wirkungen einer nichtehelichen Gemeinschaft sein sollen.¹¹⁵ Das gilt vor allem gegenüber Dritten, auch gegenüber öffentlichen Stellen. Im Innenverhältnis können die Vorschriften rudimentär bleiben. Den Ehwirkungen entsprechende Vorschriften zu schaffen, dürfte sich nur für Einzelaspekte wie etwa die Haftungsmilderung empfehlen.

Unterhaltsansprüche während des Bestehens der Lebensgemeinschaft über das für die Kindesbetreuung erforderliche Maß hinaus werden in der bisherigen Reformdebatte regelmäßig abgelehnt.¹¹⁶ Insofern wird angeführt, dass die Nichteingehung der Ehe oder der eingetragenen Lebenspartnerschaft ein Indiz des Willens der Lebensgefährten ist, keine solche Verpflichtung einzugehen. Das ist nicht von der Hand zu weisen. Andere Lösungen wie etwa die kroatische bilden auch im Ausland die Ausnahme. Eine dem Güterrecht entsprechende Regelung vermögensrechtlicher Fragen wird allgemein für untunlich gehalten. Dies heißt praktisch Gütertrennung, wobei sich die Angemessenheit dieser Lösung vor allem bei Ausgleichsansprüchen nach Auflösung erweisen muss.

Im Übrigen ist zu prüfen, wo – entsprechend der bisherigen Tendenz – in Einzelgesetzen eine Gleichstellung von Ehe und Lebensgemeinschaft erfolgen kann. Inhaltliche Leitlinie einer Regelung sollte sein, dort wo es sich um allgemeine Fragen handelt, die für alle Lebensgemeinschaften gleich beantwortet werden können, auch eine generelle Antwort zu geben. Ein Beispiel hierfür wäre etwa eine Reform des § 844 BGB, der einen Schadenersatzanspruch auch eines Dritten ermöglichen sollte, welcher tatsächlich Unterhaltsleistungen empfangen hat.¹¹⁷ Eine solche Neuregelung könnte Lebensgemeinschaften unterschiedlicher Art erfassen.

Im Ergebnis könnte daher ein Reformgesetz für die immer wichtigeren nichtehelichen Lebensgemeinschaften für Rechtsklarheit sorgen und die bisherigen Regeln über die Ehe und die Lebenspartnerschaft sinnvoll ergänzen.

¹¹³ Für eine fakultative Eintragung jedoch *Schumacher*, FamRZ 1994, 864 ff.

¹¹⁴ Vgl. auch *Winkler von Mohrenfels*, Der Pacte civil de solidarité: ein Modell für das deutsche Familienrecht?, in: Festschrift Sonnenberger, 2004, S. 155 ff.

¹¹⁵ Ebenso *Trimbach/El Alami*, NJ 1996, 62.

¹¹⁶ Ebenso *Schewe-Gerigk/Beck*, in: *Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen* (Hrsg.), Nichteeliche Lebensgemeinschaften – Reformbedarf und Reformüberlegungen – Dokumentation der Anhörung vom 24.03.2003, 2003, S. 5; *Dethloff* (Fn. 17) 24.- Ebenfalls 57. DJT (Fn. 99) Beschluss 10a; § 1302d I des Grünen-Entw. von 1997 (Fn. 100).

¹¹⁷ Ebenso *Dethloff* (Fn. 17) 24.

Rechtsprobleme bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften – unter Lebenden und im Todesfall

MARINA WELLENHOFER

- A. Einführung
- B. Verteilung des Hausrats bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - I. Eigentums- und Besitzverhältnisse
 - II. Vermögensauseinandersetzung bei Allein- und Miteigentum
 - III. Rückforderung von Geschenken
 - IV. Ansprüche wegen Bankkonten
- C. Die Rechtsprechung des BGH zu Ausgleichsansprüchen bei Beendigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften
 - I. Das Problem
 - II. Der „Grundsatz der Nichtausgleichung“
 - 1. Die These
 - 2. Unaufrechenbarkeit laufender Geld- und Dienstleistungen zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft
 - 3. Die Grenzen der Unaufrechenbarkeit als Kernfrage
 - III. Ausnahmsweise Ausgleichsanspruch wegen beendeter Innengesellschaft
- D. Defizite dieser Rechtsprechung
 - I. Nachteile für den hausaltführenden Partner (Hausfrau)
 - II. Die gesellschaftsrechtliche Lösung und ihre Grenzfälle
 - 1. Fälle fehlender gemeinsamer Wertschöpfung
 - 2. Schwere Voraussehbarkeit des Ergebnisses
 - 3. Reduzierung des gesellschaftsrechtlichen Ansatzes auf hochwertige Beiträge bzw. Vermögensgegenstände
 - 4. Sonderrolle der Eigenheimfälle
 - III. Keine Unterscheidung danach, ob die Lebensgemeinschaft durch Trennung oder durch Tod aufgelöst wird
 - IV. Zwischenergebnis
- E. Alternative Lösungswege
 - I. Klärung des Ausgleichsbedürfnisses
 - II. Übersicht zu den Anspruchsgrundlagen
 - III. Die Idee eines umfassenden gesellschaftsrechtlichen Ausgleichs
 - IV. Die Anwendung von Bereicherungsrecht, insbes. von § 812 I 2,
 - 1. Die rechtliche Konstruktion
 - 2. Die dogmatischen Bedenken
 - 3. Gesamtwürdigung
 - V. Die Anwendung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage
 - 1. Die rechtliche Konstruktion
 - 2. Die ablehnende Haltung des BGH
 - 3. Stellungnahme und Vergleich mit den Gütertrennungsfällen
 - 4. Gesamtwürdigung
 - 5. Fazit und Ableitungen
- F. Gemeinsame Haftung für Schulden und Regress im Innenverhältnis
 - I. Einführung
 - II. Die einschlägige Rechtsprechung des BGH
 - III. Kritik an der Linie des BGH
 - IV. Stellungnahme
 - V. Bürgschaftsfälle
- G. Schlussbetrachtung
- H. Zusammenfassung in Thesen

A. Einführung

Die Mehrzahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften wird früher oder später aufgelöst. 20 % trennen sich nach ca. zwei Jahren, nach sechs Jahren ist die Hälfte der Gemeinschaften aufgelöst. Lebensgemeinschaften, die mehr als 10 Jahre dauern, sind selten.¹ Mit der Trennung der Partner sind vielfältige rechtliche Probleme verbunden. Im Mittelpunkt stehen dabei Fragen vermögensrechtlicher Art.² Denn wenn es ums Geld geht, verhärten sich die Fronten. Schließlich steht oft die finanzielle Basis für das weitere eigene Dasein auf dem Spiel.

Dabei geht es zum einen um die Auflösung des Hausstandes, also um die Verteilung der vorhandenen Hausratsgegenstände und ggf. auch um die Rückforderung von Geschenken (dazu unten B.). Die zentrale Frage ist jedoch, ob es im Fall der Trennung Ausgleichsansprüche für zuvor erbrachte vermögenswerte Leistungen gibt (dazu unten C. bis E.). Das reicht von den laufenden Diensten als Hausfrau über die Mitarbeit im Betrieb des anderen bis hin zur Mitfinanzierung des Hausbaus auf dem Grundstück des Partners. Die damit zusammenhängenden Rechtsfragen sind nach wie vor nicht wirklich gelöst. Die Rechtsprechung des BGH, die Ausgleichsansprüche bei gescheiterten Lebensgemeinschaften unverändert restriktiv behandelt, liefert weiterhin Diskussionsstoff.³ Die These von der wilden Ehe als rechtsfreiem Raum hält sich hartnäckig; das richtige Gegenmittel scheint noch nicht gefunden zu sein.

¹ Vgl. *Nave-Herz*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – eine soziologische Analyse, Familie Partnerschaft und Recht (FPR) 2001, 3, 6.

² Beiträge und Aufsätze dazu: *Schlüter/Belling*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und ihre vermögensrechtliche Abwicklung, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1986, 405; *Battes*, Neue Rechtsprechung zum nichtehelichen Zusammenleben, Juristenzeitung (JZ) 1988, 908; *Lipp*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und das bürgerliche Recht – eine dogmatisch-methodische Studie, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 180 (1980), 537, 564 ff.; *ders.*, Ausgleichsansprüche zwischen den ehemaligen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Juristische Schulung (JuS) 1982, 17; *Reinecke*, Rechtsprechungstendenzen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft von Mann und Frau, FPR 2001, 56, 57 f.; *Frank*, Gesellschaften zwischen Gatten und Nichtehegatten, FamRZ 1983, 541; *Weimar*, Ausgleichsansprüche bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften?, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1997, 713; *Weinreich*, Vermögensrecht in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 29; *Steinert*, Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheirateter, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1986, 683; *Simon*, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JuS 1980, 252; *Krause*, Abwicklungsprobleme bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JuS 1989, 455; *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Auflage, 2004, S. 225 ff.; weitere Schrifttumshinweise, insbes. auch zu Dissertationen, bei *Strätz*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage, 2000, Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 75.

³ Vgl. zuletzt BGH, FamRZ 2003, 1542; BGH, NJW 1997, 3371 m. abl. Anm. *Liebs*, Zum Ausgleich von Zuwendungen im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JZ 1998, 408.

Das gilt auch für den dritten hier zu behandelnden Themenkreis, nämlich für die Frage nach etwaigen Regressansprüchen nach Beendigung der Lebensgemeinschaft. Zu klären ist hier, ob ein Partner bei dem anderen Regress nehmen kann, wenn er für dessen Schulden aufgekommen ist, sei es ohne rechtliche Verpflichtung, sei es als Gesamtschuldner oder auch als Bürge (dazu unten F.). Auf weitere mit der Auflösung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften verbundene Problemkreise kann im vorgegebenen Rahmen nicht eingegangen werden. Nicht behandelt werden insbesondere mietrechtliche Fragen.⁴ Deren Bedeutung dürfte aber auch zurückgegangen sein, weil vieles mittlerweile gesetzlich geregelt ist. Ausgeblendet wird weiterhin das Erbrecht; schließlich spielt das sittenwidrige Mätressentestament in der heutigen Praxis keine Rolle mehr. Man könnte allenfalls *de lege ferenda* über die Schaffung eines gesetzlichen Erbrechts von nichtehelichen Partnern nachdenken, das wäre aber ein ganz anderes Thema.

B. Verteilung des Hausrats bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

I. Eigentums- und Besitzverhältnisse

Bei der Zuordnung der Hausratsgegenstände nach Trennung der Partner (unter Lebenden oder durch Tod) gilt einhellig als Ausgangspunkt, dass jeder Partner Eigentümer all der Sachen bleibt, die er in die Gemeinschaft mitgebracht hat.⁵ Zwar erhält der Partner regelmäßig ein Recht zu Mitbesitz und Mitgebrauch,⁶ dieses Recht ist aber frei widerruflich; die Eigentumsverhältnisse bleiben davon unangetastet. Hierfür spricht auch die Vermutung des § 1006 II BGB.

Bei Hausrat, der erst während der Lebensgemeinschaft angeschafft wurde, kann es jedoch im Trennungsfall zu Streit über die Eigentumsverhältnisse kommen. Das gilt insbesondere dann, wenn es sich um langlebige Güter handelt, wie z.B. Fernseher, PC, Küchenausstattung, Waschmaschine oder Möbel. Bei Ehegatten vertritt die Rechtsprechung insoweit die Auffassung, dass nicht zwangsläufig derjenige Eigentümer wird, der den Kaufvertrag schließt oder

⁴ Dazu *Heckelmann*, in: Erman, BGB Band II, 11. Auflage, 2004, Vor § 1353, Rn. 16 f. Zur Auseinandersetzung bei gemeinsam gemieteter Wohnung siehe: *Kinne*, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und Mietverhältnis, FPR 2001, 36, 40; *Steinert*, NJW 1986, 683, 685; *Hausmann* (Fn. 2) 297 f.

⁵ *Schlüter*, BGB Familienrecht, 10. Auflage, 2003, Rn. 497; *Lange*, in: Soergel, BGB, Band VII, 10. Auflage, 1993, Nehel LG, Rn. 22; *C. Schreiber*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Auflage, 2000, Rn. 236; *Grziwotz*, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft, 3. Auflage, 1999, § 20 I; *Hohloch* in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Auflage, 2004, S. 78; *Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 4. Auflage, 2000, Nach § 1302 Rn. 22; *Weinreich*, FPR 2001, 29.

⁶ Vgl. nur *Brudermüller*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, Einl. vor § 1297, Rn. 22.

dem Verkäufer als Vertragspartner erkennbar wird, sondern dass die Grundsätze über den Erwerb „für den es angeht“ Anwendung finden.⁷ Entscheidend ist also die innere Willensrichtung des Erwerbers. Das dürfte auch für nichteheliche Partner der richtige Anknüpfungspunkt sein;⁸ doch was heißt das genau, wenn hier keine konkrete Vereinbarung getroffen wurde bzw. später nichts mehr beweisbar ist?

Hier ist nach wie vor keine klare Linie erkennbar. Zum einen wird vorgeschlagen, grundsätzlich von Miteigentum zu Bruchteilen auszugehen.⁹ Eine dogmatische Begründung hierfür fehlt jedoch. Und ist die Miteigentumlösung schon bei Ehegatten umstritten, so erscheint es erst recht bei Unverheirateten angreifbar, den Partnern regelmäßig den Willen eines gemeinsamen Eigentumserwerbs zu unterstellen.¹⁰ Nach Ansicht des OLG Düsseldorf¹¹ wiederum ist der mutmaßliche Willen der Partner je nach Art, Dauer und Zweck der Beziehung unterschiedlich zu ermitteln. Bei einer (wohngemeinschaftsähnlichen) Ehe auf Probe sei eher von getrennten Eigentumsverhältnissen auszugehen, was für Alleineigentum des Zahlenden spreche. Bei denjenigen hingegen, die an sich gerne heiraten würden, aber aus bestimmten Gründen daran gehindert sind, sei wohl typischerweise Miteigentum gewollt.¹² Hiervon ausgehend hat sich das Gericht dann etwa im Fall des Kaufs eines teuren Teppichs für Miteigentum der Partner entschieden. Gerade bei teureren Gegenständen, die von einem Partner allein finanziert werden, erscheint die Annahme von Miteigentum jedoch fraglich.¹³

Richtig ist an diesem Ansatz aber, dass es wohl keine pauschale Lösung gibt, sondern grundsätzlich auf den Einzelfall wie auch auf die Art des angeschafften Gegenstands abzustellen ist.¹⁴ Eine Rolle spielt, wer den Erwerbsentschluss gefasst hatte, wer die Anschaffung finanziert hat, wer für die Erhaltung und Pflege der Sache aufgekommen ist und wer den Gegenstand überwiegend benutzt hat. So wird bei Gegenständen, die nur dem persönlichen Gebrauch

⁷ BGHZ 114, 74, 79 f. = NJW 1991, 2283, 2285.

⁸ Schwab, Familienrecht, 12. Auflage, 2003, Rn. 848; Grziwotz (Fn. 5) § 20 II 1 b); Hohloch (Fn. 5) 79; Brudermüller (Fn. 6) Einl. vor § 1297, Rn. 22; Lange (Fn. 5) Nehel LG Rn. 23; Weinreich, FPR 2001, 29, 30.

⁹ LG Aachen, FamRZ 1983, 61; wohl auch Weinreich, FPR 2001, 29, 30; Simon, JuS 1980, 252, 253.

¹⁰ Zutreffend Lieb, Empfiehlt es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?, Gutachten A zum 57. Deutschen Juristentag, Mainz 1988, S. A 76. In diesem Sinne auch Coester-Waltjen, Die Lebensgemeinschaft – Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung?, NJW 1988, 2085, 2088; a.A. aber Weinreich, FPR 2001, 29, 30.

¹¹ OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1706.

¹² Zustimmend Schreiber (Fn. 5) Rn. 240.

¹³ Auch Weinreich, FPR 2001, 29, 30, will dann Alleineigentum des Kaufenden bejahen.

¹⁴ So auch Grziwotz (Fn. 5) § 20 II 2 b); Hohloch (Fn. 5) 80; Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, 1994, § 44 III 1; Strätz (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 67.

eines Partners dienen, im Zweifel von dessen Alleineigentum ausgegangen werden können.¹⁵ Bei kleineren Hausratsgegenständen wiederum, die aus dem gemeinsamen Haushaltsgeld finanziert wurden, spricht viel für Miteigentum.¹⁶

Abgesehen hiervon sollte dem Gegenleistungsprinzip als objektiv nachvollziehbarem allgemeinem Grundsatz die Hauptbedeutung zukommen.¹⁷ Eigentümer wird im Zweifel derjenige und will auch derjenige werden, der die für den Erwerb erforderlichen Mittel aufgebracht hat, also wer bezahlt hat. Die Partnerschaft bietet insofern zwar Anlass zur Einräumung von Mitbesitz, nicht aber zur Übertragung zu Miteigentum. Es ist ja auch von getrennten Vermögensmassen auszugehen. Daher wird grundsätzlich nur dann Miteigentum der Partner angenommen werden können, wenn der Kaufpreis beidseitig aufgebracht worden ist. Lässt sich zur Finanzierung aber nichts mehr ermitteln, so ist auf die Vermutung des § 1006 BGB zurückzugreifen und bei Mitbesitz der Partner auch Miteigentum anzunehmen.¹⁸ Gerade aus Beweisgründen ist den Partnern freilich dringend zu raten, frühzeitig ein entsprechendes Inventarverzeichnis anzulegen und fortzuschreiben.¹⁹

Eine dingliche Surrogation analog § 1370 BGB findet nach überwiegender und richtiger Auffassung grundsätzlich nicht statt.²⁰ Diese schon für Ehegatten fragwürdige Vorschrift sollte nicht auch noch auf den Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausgedehnt werden. Im Einzelfall kann sich aber ergeben, dass eine Ersatzanschaffung wiederum zu Gunsten des früheren Eigentümers gewollt war. Zu weit geht es meines Erachtens aber, einen diesbezüglichen Willen grundsätzlich zu unterstellen.²¹

¹⁵ Strätz (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 66; Hausmann (Fn. 2) 293 f. jeweils mit Verweis auf den Gedanken des § 1362 II BGB.

¹⁶ Rauscher, Familienrecht, 2001, Rn. 731; Schwab (Fn. 8) Rn. 848.

¹⁷ So auch BGH, FamRZ 1970, 19, 21; OLG Hamm, FamRZ 1989, 616; OLG Köln, FamRZ 1996, 614, nur LS; Rauscher (Fn. 16) Rn. 731; Schwab (Fn. 8) Rn. 848; Wacke (Fn. 5) Nach § 1302, Rn. 22; wohl auch Steinert, NJW 1986, 683, 685; Brudermüller (Fn. 6) Einl. vor § 1297 BGB, Rn. 22 will hierin nur ein Indiz sehen; a.A. Schlüter (Fn. 5) Rn. 497; Hausmann (Fn. 2) 293; Lieb (Fn. 10) A 78 f. wiederum will auf die „beiderseitigen Beiträge“ abstellen und meint damit eine wertmäßig an den Einkommensverhältnissen orientierte Allein- oder Miteigentümlösung an den Hausratsgegenständen.

¹⁸ Schlüter (Fn. 5) Rn. 497; Gernhuber/Coester-Waltjen (Fn. 14) § 44 III 1; Grziwotz (Fn. 5) § 20 II 2 c); Hausmann (Fn. 2) 291 f.; Hohloch (Fn. 5) 80; Brudermüller (Fn. 6) Einl. vor § 1297 BGB, Rn. 22; Lange (Fn. 6) Nehel LG, Rn. 25, 104; Strätz (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 66; Weinreich, FPR 2001, 29, 31.

¹⁹ Vgl. z.B. Schreiber (Fn. 5) Rn. 245; Steinert, NJW 1986, 683, 685; näher Grziwotz (Fn. 5) § 20 II 3.

²⁰ Schlüter (Fn. 5) Rn. 497; Grziwotz (Fn. 5) § 20 I; Strätz (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 66; a.A. Schreiber (Fn. 5) Rn. 237 f.

²¹ So aber Weinreich, FPR 2001, 29, 31; Wacke (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 22; Grziwotz (Fn. 5) § 20 I; Lange (Fn. 6) Nehel LG, Rn. 23.

II. Vermögensauseinandersetzung bei Allein- und Miteigentum

Wer Alleineigentümer ist, kann bei Trennung Herausgabe seiner Sachen nach § 985 BGB verlangen. Das Recht des anderen zum Mitbesitz erlischt damit. Bei Miteigentum sind die Vorschriften über das Bruchteilseigentum nach §§ 752 ff. BGB einschlägig.²² Da die meisten Gegenstände nicht teilbar sind, ist eine Einigung darüber zu erzielen, wer den Gegenstand zu Alleineigentum erhalten soll und welchen Ausgleichsbetrag er dafür zu leisten hat. Kommt keine Einigung zustande, verbleibt nur der Verkauf an Dritte und die Teilung des Erlöses.²³ Keine Anwendung finden die nur für Ehegatten geltenden Vorschriften über die Hausratsverteilung, die §§ 1361a f. BGB und die Hausratsverordnung.²⁴

III. Rückforderung von Geschenken

Ein Sonderproblem bilden Gegenstände, die dem anderen Partner zugewandt bzw. geschenkt wurden und die insofern zweifelsfrei in dessen Alleineigentum stehen. Hier kann bei wertvollen Sachen ein erhebliches Interesse an der Rückforderung bestehen; und zwar vor allem dann, wenn die Zuwendung erst kurz vor Beendigung der Lebensgemeinschaft erfolgt ist. Der Sache nach denke man an teuren Schmuck oder ein Auto. Sofern es sich tatsächlich um Geschenke im engeren Sinne handelt und damit der Anwendungsbereich der §§ 516 ff. BGB eröffnet ist, hilft das allerdings kaum weiter, denn Ansprüche auf Rückforderung gibt es nur bei einer schweren Verfehlung²⁵ oder grobem Undank des Beschenkten sowie bei Verarmung des Schenkers, vgl. §§ 528, 530, 531 BGB. Damit kann man zwar seltene Einzelfälle erfassen, nicht aber das grundsätzliche Problem bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Insbesondere bedeutet das Herbeiführen der Trennung keinen groben Undank.²⁶ Soweit echte Schenkungen vorliegen, erscheint es aber durchaus auch akzeptabel, es bei dem Grundsatz „Geschenkt ist geschenkt“ zu belassen. Jeder muss sich eben vorher überlegen, was er verschenken will. Jedoch ist fraglich,

²² LG Aachen, FamRZ 1983, 61; *Strätz* (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 97; *Heckelmann* (Fn. 4) Vor § 1353 BGB, Rn. 19. Weitergehend *Derleder*, Vermögenskonflikte zwischen Lebensgefährten bei Auflösung ihrer Gemeinschaft, NJW 1980, 545, 550, der dies auch bei Alleineigentum in Mitbesitz (z.B. am Auto) in Erwägung zieht; dagegen zu Recht *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 411; *Lipp*, AcP 180 (1980), 537, 566; *ders.*, JuS 1982, 17, 20.

²³ Vgl. *Hausmann* (Fn. 2) 289.

²⁴ *Schlüter* (Fn. 5) Rn. 497; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 14) § 44 IV 2; für Schaffung ähnlicher Normen für die nichteheliche Lebensgemeinschaft *Derleder*, NJW 1980, 545, 549; *Lange* (Fn. 5) Nehel LG, Rn. 105.

²⁵ Vgl. OLG Hamm, NJW 1978, 224, der Mann ließ sich von der Frau noch beschenken, als er sich bereits anderen Frauen zugewandt hatte.

²⁶ Ganz h.M., vgl. nur OLG Hamm, NJW 1978, 224, 225; *Grziwotz* (Fn. 5) § 23 I 1 a); *Hausmann* (Fn. 2) 256 f.; *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 56; *Weinreich*, FPR 2001, 29, 35.

welche Zuwendungen zwischen Unverheirateten oder auch Ehegatten tatsächlich Schenkungen im Sinne von § 516 BGB darstellen.²⁷ Richtigerweise werden die meisten Zuwendungen, die in nichtehelichen Lebensgemeinschaften erfolgen, wie etwa auch die Übertragung von Immobilienbesitz, nicht als Schenkung einzuordnen sein. In solchen Fällen stellt sich vielmehr die sogleich unten (ab C.) zu behandelnde, allgemeine Frage nach vermögensmäßigen Ausgleichsansprüchen.

IV. Ansprüche wegen Bankkonten

Probleme bieten ferner faktische Gemeinschaftskonten der Partner, d.h. Bankkonten, die zwar nur auf den Namen eines Partners lauten, faktisch aber im Innenverhältnis als gemeinsame Konten betrachtet werden.²⁸ Die Rechtsprechung ist hier mit Ausgleichsansprüchen des formal nicht berechtigten Partners bei Auflösung der Lebensgemeinschaft sehr zurückhaltend.²⁹ Für ähnliche Konstellationen unter Ehegatten wurde allerdings bereits ein Ausgleich entsprechend §§ 430, 742 BGB bejaht, wenn die faktische gemeinsame Benutzung des Kontos, insbesondere auf Grundlage einer Kontovollmacht, auf eine rechtsgeschäftlich begründete Bruchteilsgemeinschaft am Konto schließen lässt.³⁰ Diese Grundsätze sollten auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften erstreckt werden.³¹

C. Die Rechtsprechung des BGH zu Ausgleichsansprüchen bei Beendigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften

I. Das Problem

Die Frage nach Ausgleichsansprüchen stellt sich, wenn ein Teil erhebliche Dienstleistungen erbracht hat, z.B. im Haushalt oder im Unternehmen, die laufende Finanzierung der Gemeinschaft übernommen hatte, Investitionen in Güter des anderen (Haus oder Betrieb) getätigt oder auch größere Vermögenswerte

²⁷ Näher zuletzt OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1110, 1112; OLG Köln FamRZ 2001, 1608. Für Annahme einer Schenkung bei Bezahlung von Schulden des Partners OLG Karlsruhe, FamRZ 1986, 1095, 1096; aus dem Schrifttum: *Grziwotz* (Fn. 5) § 22 II; ausführlich *Hausmann* (Fn. 2) 250 ff.; *Lieb* (Fn. 10) A 56 ff.

²⁸ Dazu *Hausmann* (Fn. 2) 296 f.; zum Gesamtgläubigerregress beim gemeinsamen Oderkonto *ders.* (Fn. 2) 349 ff. Zur Auseinandersetzung von Kontobeständen *Derleder*, NJW 1980, 545, 550.

²⁹ OLG Düsseldorf, NJW 1979, 1509; OLG Frankfurt, NJW 1982, 1885; so auch *Strätz* (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 138.

³⁰ OLG Brandenburg, FamRZ 1997, 363 (LS); siehe auch OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 562.

³¹ Vgl. *Hausmann* (Fn. 2) 297.

auf den Partner übertragen hat (z.B. Immobilien- oder Aktienbesitz). Die Motive für solche Zuwendungen können sehr unterschiedlich sein. Sei es, dass Werte dem Zugriff von Gläubigern entzogen werden sollen, sei es, dass man den Partner auf Dauer finanziell absichern will, aber etwa seine Erbeinsetzung scheut, weil man Verteilungskämpfe mit gesetzlichen Erben vermeiden will. Oder man hofft schlichtweg, den anderen auf diese Weise an sich binden zu können und die Basis für eine Eheschließung zu legen. Es kann aber genauso gut sein, dass solche Zuwendungen ohne rational nachvollziehbare Begründung erfolgen, also gewissermaßen spontan „aus dem Bauch heraus“, denn weitergehende vorsichtige Überlegungen werden während des Zusammenlebens nicht selten ausgeblendet.³² Und gerade dann kann es im Trennungsfall zum bösen Erwachen kommen.

In den allermeisten Fällen haben die Parteien hier nicht vorausgedacht und keine ausdrücklichen Vereinbarungen³³ getroffen. Dann großzügig von konkludent geschlossenen Verträgen, etwa Dienstverträgen, auszugehen, scheidet nach einhelliger Meinung aus.³⁴ Indiskutabel erscheint auch die analoge Anwendung von ehelichem Güterrecht oder Verlöbnisrecht.³⁵ Also muss überlegt werden, ob und wie eine Lösung mit Hilfe des allgemeinen rechtlichen Instrumentariums gefunden werden kann. Hierüber wird seit mehr als 25 Jahren intensiv nachgedacht. Insbesondere beschäftigte sich auch der 57. Deutsche Juristentag 1988 mit dieser Thematik. *Manfred Lieb* hat damals das einschlägige Gutachten erstattet³⁶ und im Grunde festgestellt, dass man der meisten Probleme bereits im Wege angemessener richterlicher Rechtsfortbildung Herr werden könnte. Demgemäß fragt sich nun gute fünfzehn Jahre später, welchen Weg die Rechtsprechung mittlerweile gegangen ist und nach welchen Prinzipien die Praxis auf Basis der einschlägigen BGH-Rechtsprechung verfährt. Hiervon ausgehend wird zu überlegen sein, wo Defizite verbleiben und wie diese bewältigt werden können.

³² Vgl. *Coester-Waltjen*, NJW 1988, 2085, 2087 f.

³³ Wohl aber im Fall OLG Saarbrücken, FamRZ 1998, 738, 739.

³⁴ *Schlüter* (Fn. 5) Rn. 503; *Steinert*, NJW 1986, 683, 687; ausführlich *Hausmann* (Fn. 2) 243 ff.; LAG Rheinland-Pfalz, FamRZ 1983, 489, für §§ 611, 612.

³⁵ H.M.: OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796, 797; OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 265, 266; LG Aachen, NJW 1988, 450; *Diederichsen*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht, NJW 1983, 1017, 1019 u. 1021; *Derleder*, NJW 1980, 545, 547; *Krause*, JuS 1989, 455, 456; *Lipp*, AcP 180 (1980), 537, 561 f.; *Ziegler/Mäuerle*, Familienrecht, 2. Auflage, 2000, Rn. 609; *Rauscher* (Fn. 16) Rn. 733; *Brudermüller* (Fn. 6) Einl. vor § 1297 BGB, Rn. 32; *Strätz* (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 48 f.; *Lange* (Fn. 5) Nehel LG, Rn. 77 f.; *Hausmann* (Fn. 2) 236. Die analoge Geltung von § 1362 ist allerdings umstr.; abl.: OLG Köln, NJW 1989, 1737 m.w.Nw.; LG Frankfurt, NJW 1986, 729; dafür: *Brudermüller* (Fn. 6) Einl. vor § 1297 BGB, Rn. 28 m.w.Nw.

³⁶ Vgl. oben Fn. 10.

II. Der „Grundsatz der Nichtausgleichung“

1. Die These

Ausgangspunkt der ständigen Rechtsprechung des BGH ist die These, dass es bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich keine vermögensrechtlichen Ausgleichsansprüche gibt. Folgende Formulierung ist seit langem fester Kernbestand einschlägiger Entscheidungen:

„Bei einer solchen Gemeinschaft stehen die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensmäßige Handeln der Partner bestimmen und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht keine Rechtsgemeinschaft besteht. Wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben, werden dementsprechend persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet. Beiträge werden geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten, und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist. Soweit nachträglich noch etwas ausgeglichen wird, geschieht das aus Solidarität, nicht in Erfüllung einer Rechtspflicht.“³⁷

2. Unaufrechenbarkeit laufender Geld- und Dienstleistungen zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft

Richtig erscheint diese These zur Behandlung der beiderseitigen Beiträge zum Unterhalt der Lebensgemeinschaft.³⁸ Soweit die laufende Finanzierung des gemeinsamen Haushalts und der beiderseitigen Bedürfnisse betroffen ist, kann ein stillschweigendes Austauschverhältnis angenommen werden, zu dem jeder nach seinen Möglichkeiten beiträgt, sei es mit Barleistungen, Naturalien, Zurverfügungstellung von Wohnraum oder mit Dienstleistungen in Form von Haushaltsführung,³⁹ Krankenpflege oder Kinderbetreuung. Auch größere Ausgaben wie die Finanzierung von Urlaubsreisen oder Renovierungen in Haus oder Wohnung können dazu gehören. Hier passt weder die Annahme stillschweigender Verträge noch Bereicherungsrecht oder die Geschäftsgrundlagenlehre. Es geht nicht um entgeltliche Dienste, Geschenke oder eine sonstige Bereicherung des Partners. Zweck der Leistungen ist die Ermöglichung der Lebensgemeinschaft zum jeweiligen Zeitpunkt und dieser Zweck wird erreicht.

³⁷ BGHZ 77, 55, 57 = BGH, NJW 1980, 1520, 1521; BGH, NJW 1992, 906, 907; BGH, NJW 1996, 2727; BGH, NJW-RR 1993, 774, 775; BGH, NJW 1997, 3371; ferner BGH, NJW 1981, 1502, 1503; BGH, NJW 1983, 1055; BGH, NJW-RR 1996, 1473; BGH, NJW-RR 1991, 898, 899; OLG Karlsruhe, FamRZ 1986, 1095; OLG Oldenburg, FamRZ 1986, 465; OLG München, FamRZ 1988, 58; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 624; OLG Hamm, FamRZ 1990, 625; OLG Karlsruhe, NJW 1994, 948; OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1110.

³⁸ Vgl. nur *Brudermüller* (Fn. 6) Einl. vor § 1297 BGB, Rn. 32; *Lange* (Fn. 5) *Nehel* LG, Rn. 19; *Strätz* (Fn. 2) *Anh. zu §§ 1287 ff. BGB*, Rn. 93; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 14) § 44 IV 3; *Hausmann* (Fn. 2) 231 f.; *Weinreich*, FPR 2001, 29, 31, 33; *Battes*, JZ 1988, 908, 909; grundsätzlich auch *Lieb* (Fn. 10) A 46; differenzierend aber *Wacke* (Fn. 5) *Nach § 1302 BGB*, Rn. 49; *Lipp*, JuS 1982, 17, 21.

³⁹ Ablehnend hier auch schon OLG München, FamRZ 1980, 239, 240.

Zur Rechtfertigung kann man den hier in gleicher Weise passenden Gedanken des § 1360b BGB heranziehen, wonach derjenige, der während der Ehe mehr zum Familienunterhalt beiträgt als er müsste, deswegen später keinen Ausgleichsanspruch gegen den anderen geltend machen kann. Im Übrigen kann entsprechend § 1360 S. 2 BGB auch für Unverheiratete von der Gleichwertigkeit von Haushaltsführung und Barunterhalt ausgegangen werden. Schließlich muss man auch einsehen, dass es praktisch kaum durchführbar wäre, nach einer jahrelangen Beziehung beiderseitige Unterhaltsbeiträge aufzulisten und gegeneinander abzugleichen.⁴⁰

3. Die Grenzen der Unaufrechenbarkeit als Kernfrage

Das Problem ist nur, wie weitgehend man es bei diesem Grundsatz der Unaufrechenbarkeit bzw. Nichtausgleichung belassen will. Nicht zuzustimmen⁴¹ ist der noch nicht ausgestorbenen und in den Urteilen des BGH immer noch mitschwingende These, dass Paare, die sich bewusst gegen die Ehe und einen rechtlichen Rahmen entscheiden würden, sich damit auch bewusst in wirtschaftlicher Hinsicht für einen rechtsfreien Raum entschieden hätten.⁴² Schließlich sind die Gründe für das Nichtheiraten sehr vielfältig. Viele Paare würden ja vielleicht gerne, können es aber schlichtweg nicht. Oder es will nur einer von beiden, jedoch der andere nicht oder noch nicht. Aber auch die absichtliche Entscheidung gegen die Ehe bedeutet noch lange nicht, dass man sämtliche Rechtsregeln außer Kraft setzen will. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist hier vielmehr, die nichteheliche Lebensgemeinschaft als spezifische „Verflechtung von personen- und vermögensmäßigen Beziehungen“⁴³ auch rechtlich angemessen in den Griff zu bekommen. Der Unterschied zur Ehe ist letztlich doch viel geringer, als manche eingestehen wollen.⁴⁴ Die Frage ist somit, in welchen Fällen bzw. unter welchen Voraussetzungen man vom Grundsatz der Nichtausgleichung abweichen und ausnahmsweise Ausgleichsansprüche gewähren will.

⁴⁰ So im Ergebnis für laufende Lebensgemeinschaft h.M., vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 253; OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 265, 266; *Schlüter* (Fn. 5) Rn. 499; *Lüderitz*, Familienrecht, 27. Auflage, 1999, Rn. 96; *Ziegler/Mäuerle* (Fn. 35) Rn. 610, 616; *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1023; *Koch*, FamRZ 1987, 240, 241.

⁴¹ Ablehnend wie hier auch *Rauscher* (Fn. 16) Rn. 734; *Lieb* (Fn. 10) A 43 f.

⁴² Vgl. *Koch* in: *Landwehr*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Göttingen, 1978, S. 39 ff.

⁴³ *Lipp*, AcP 180 (1980), 537, 572.

⁴⁴ Die Parallele zur Ehe betont zu Recht auch *Lieb* (Fn. 10) A 51, 55.

III. Ausnahmsweise Ausgleichsanspruch wegen beendeter Innengesellschaft

Der BGH findet die Lösung insoweit mit Hilfe der analogen Anwendung von Gesellschaftsrecht. Auf Basis der Regeln der §§ 730 ff. BGB könne ein Anspruch zu bejahen sein, wenn auf Grund der Gesamtwürdigung aller „in Betracht zu ziehender Umstände“⁴⁵ ausnahmsweise eine Art Gesellschaftsverhältnis anzunehmen ist.⁴⁶ Das soll, unabhängig von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Partner,⁴⁷ dann gelten, wenn die Partner über die Lebensgemeinschaft hinaus durch gemeinschaftliche Leistungen einen Vermögensgegenstand erworben und hierbei die Absicht verfolgt haben, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinsamen Wert zu schaffen, der von ihnen nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte.⁴⁸ Die formal-dingliche, also sachenrechtliche Zuordnung kann dabei in den Hintergrund treten,⁴⁹ solange aufgrund gemeinsamen Einsatzes von Arbeit und Kapital auch subjektiv von der Vorstellung ausgegangen wird, etwas Gemeinsames zu schaffen. Praktisch spielt das nur bei großen Vermögenswerten eine Rolle, also etwa beim gemeinsamen Betriebsaufbau oder Hausbau. In einem vom BGH⁵⁰ entschiedenen Fall lief etwa der Betrieb auf den Namen des Mannes, die Frau hatte zu dessen Aufbau aber unter erheblichem⁵¹ finanziellem und persönlichem Einsatz beigetragen. Ähnliches gilt, wenn auf dem Grundstück eines Partners mit Hilfe umfangreicher beiderseitiger Beiträge ein Haus errichtet wird.⁵² Unter solchen

⁴⁵ BGH, FamRZ 2003, 1542, 1543 mit Anm. *Burger*; zustimmend *Langenfeld*, Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (LMK) 2003, 227.

⁴⁶ Ausführliche Darstellung dazu bei *Hausmann* (Fn. 2) 269 ff.

⁴⁷ Dies betonend BGH, WM 2000, 522. Daran wird kritisiert, dass der BGH nur über die Fiktion von Willenserklärungen zur Annahme von Gesellschaftsverhältnissen komme, vgl. *Frank*, FamRZ 1983, 541, 545; *Krause*, JuS 1989, 455, 457.

⁴⁸ BGHZ 84, 388, 390 = NJW 1982, 2863, 2864; BGH, NJW 1981, 1502, 1503 = FamRZ 1981, 530; BGH, NJW 1992, 906, 907 = FamRZ 1992, 408; BGH, NJW 1983, 2375; BGH, NJW-RR 1993, 774, 775 = FamRZ 1993, 939; BGH, NJW-RR 1996, 1473; BGH, NJW 1997, 3371 = FamRZ 1997, 1533; BGH, WM 2000, 522; BGH, NJW 1986, 51; BGH, NJW-RR 1991, 898, 899; BGH, FamRZ 1980, 664; BGH, FamRZ 1985, 1232; OLG Schleswig, FamRZ 2002, 884; OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 1013; OLG Frankfurt, NJW 1985, 810; OLG Hamm, NJW 1980, 1530; OLG Hamm, FamRZ 1990, 625; OLG Köln, FamRZ 1993, 432, 433; OLG Stuttgart, NJW-RR 1993, 1475, 1476; zustimmend aus dem Schrifttum: *Rauscher* (Fn. 16) Rn. 736; *Hausmann* (Fn. 2) 269 ff.; *Steinert*, NJW 1986, 683, 688; *Simon*, JuS 1980, 252, 253; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1023; abl. *Frank*, FamRZ 1983, 541, 545; *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 408 ff., *Lange* (Fn. 5) Nehel LG, Rn. 13 ff.

⁴⁹ Klarstellend BGH, NJW-RR 1993, 774, 775; BGH, NJW 1997, 3371, 3372; ferner BGH, NJW 1992, 906, 907; anders noch BGH, NJW 1983, 2375.

⁵⁰ BGHZ 84, 388 = NJW 1982, 2863 = FamRZ 1982, 1065.

⁵¹ Vgl. demgegenüber BGH, NJW-RR 1993, 774, 775 f., wo ein erheblicher Beitrag des Mannes abzulehnen war.

⁵² BGH, NJW 1992, 906; BGH, NJW-RR 1993, 774 = FamRZ 1993, 939; BGH, FamRZ 1965, 368; BGH, FamRZ 1985, 1232.

Umständen will der BGH dann eine Art Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen bejahen.⁵³

Versucht man, diese Aussagen tatbestandlich zu strukturieren, kommt es laut BGH im Wesentlichen auf drei Voraussetzungen an: (1) Es muss ein hochwertiger Vermögensgegenstand geschaffen worden sein, z.B. Immobilie oder Unternehmen. Dazu müssen (2) von beiden Partnern erhebliche und gewissermaßen „gleichberechtigte“ wirtschaftliche Beiträge geleistet worden sein, sei es in Form von Geld oder Dienstleistungen⁵⁴; wobei für die Erheblichkeit auch auf die konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse der Partner abgestellt wird.⁵⁵ Und (3) muss aus subjektiver Sicht der Partner die Absicht gemeinsamer Wertschöpfung bestanden haben, die gesondert zu prüfen und nicht schon bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen zu vermuten ist.⁵⁶

Auf Basis einer einzelfallbezogenen Beteiligungsberechnung ist dann der konkrete Auseinandersetzungsanspruch analog §§ 730 ff. BGB zu ermitteln. Normalfall wird ein Auszahlungsanspruch analog § 738 I 2 BGB sein,⁵⁷ dessen Umfang nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist. Entscheidend ist dabei, welche Wertsteigerung das betreffende Objekt durch die Beitragsleistungen des Partners erfahren hat und welcher Anteil insofern auf diesen Partner entfällt.⁵⁸ Das ist ggf. vom Gericht zu schätzen.⁵⁹ Wenn also der Mann z.B. das Miethaus der Frau zu 1/3 finanziert hat, gebührt ihm bei Trennung 1/3 des Wertes, den das Haus (ohne Grundstück) im Trennungszeitpunkt hat. Damit wird auch an einer zwischenzeitlichen Wertsteigerung oder -minderung teilgenommen. Nur als Auffanglösung ist auf den Halbtteilungsgrundsatz des § 722 I BGB zurückzugreifen.⁶⁰

D. Defizite dieser Rechtsprechung

I. Nachteile für den haushaltsführenden Partner (Hausfrau)

Probleme ergeben sich für denjenigen Partner, der die Hausfrauen- oder Hausmannrolle übernommen hat und bei Trennung nun, anders als ein Ehegatte, keinen Anspruch auf Zugewinnausgleich hat und regelmäßig auch nicht auf Unterhalt. Schließlich passt der geschilderte gesellschaftsrechtliche Ansatz des BGH

⁵³ Krit. gegenüber der dogmatischen Konstruktion *Schlüter* (Fn. 5) Rn. 502.

⁵⁴ Bei Dienstleistungen reichen untergeordnete Tätigkeiten nicht aus, BGH, DB 1974, 1957.

⁵⁵ BGH, WM 2000, 522, 523.

⁵⁶ BGH, FamRZ 2003, 1542, 1543; restriktiv insoweit auch OLG Schleswig, OLGR 2002, 45 ff.

⁵⁷ So auch *Krause*, JuS 1989, 455, 457; *Hausmann* (Fn. 2) 281; *Weinreich*, FPR 2001, 29, 34.

⁵⁸ Näher dazu *Hausmann* (Fn. 2) 282.

⁵⁹ BGH, WM 2000, 522, 523.

⁶⁰ *Lange* (Fn. 5) *Nehel* LG, Rn. 83 f.

hier nicht, so dass es beim Grundsatz der Nichtausgleichung verbleibt. Der wirtschaftlich schwächere Teil hat also das Nachsehen.⁶¹ Dieses Problem ist meines Erachtens jedoch nicht mit einem finanziellen Ausgleichsanspruch zu lösen.⁶²

Soweit es um Kinderbetreuungsfälle geht, sollte man vielmehr an eine weitere Ausdehnung des Unterhaltsanspruchs aus § 1615I BGB nach dem Vorbild von § 1570 BGB denken. In anderen Fällen mögen Unterhaltsansprüche auf Grund von Vertrauenshaftung in Betracht kommen, wenn die einverständliche und vielleicht sogar vom anderen Teil initiierte Rollenverteilung kausal war für die spätere Bedürftigkeit nach der Trennung.⁶³ Fälle dieser Art sind aber vergleichsweise selten, weil das Bild der nichtehelichen Lebensgemeinschaft heute überwiegend von zwei Berufstätigen ohne Kinder geprägt wird.⁶⁴ Dort, wo Kinder geboren werden und damit ggf. eine neue Rollenverteilung fordern, wird meist bald geheiratet.

II. Die gesellschaftsrechtliche Lösung und ihre Grenzfälle

1. Fälle fehlender gemeinsamer Wertschöpfung

Problematisch sind weiter die Fälle, wo die Rechtsprechung trotz erheblicher Leistungen eines Partners die gesellschaftsrechtliche Lösung ablehnt; etwa weil subjektiv keine gemeinsame Wertschöpfung gewollt gewesen sei.⁶⁵ Dann erweist sich der Ansatz der Rechtsprechung als Alles-oder-Nichts-Prinzip.⁶⁶ So konnte ein Urteil des BGH von 1997 kaum überzeugen, wo eine Schuldentilgung im Umfang von fast 100.000 DM mangels gemeinschaftlicher Wertschöpfungsabsicht als nicht ausgleichsfähig eingeordnet wurde.⁶⁷ Auch das Unterlassen einer dinglichen Absicherung spricht insofern nicht für eine von den Partnern selbst bestimmte Austauschgerechtigkeit.⁶⁸

Besonders prekär wird es insofern in den Fällen, wo Immobilienbesitz übertragen worden ist. Es ist nicht ganz selten, dass etwa die Hälfte des eigenen Hauses dem Partner zu Miteigentum übertragen wird. Die Motive dafür können vielfältig sein (Absicherung des Partners, Vorwegnahme einer erbrechtlichen

⁶¹ S. dazu auch *Strätz* (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 107.

⁶² H.M.; vgl. nur *Steinert*, NJW 1986, 683, 687.

⁶³ Vgl. *Lüderitz* (Fn. 40) Rn. 102; ähnlich *Lieb* (Fn. 10) A 88, wenn die Bedürfnislage dem Partner zuzurechnen sei; insoweit für eine ges. Regelung *Poll*, Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1993, 266, 271.

⁶⁴ Vgl. aktuelle Daten bei *Nave-Herz*, FPR 2001, 3, 4.

⁶⁵ So eben BGH, FamRZ 2003, 1542, 1543, allerdings mit Zurückverweisung an das OLG; BGH, NJW 1997, 3371.

⁶⁶ In diesem Sinne wohl auch *Schlüter* (Fn. 5) Rn. 502; *Rauscher* (Fn. 16) Rn. 736.

⁶⁷ BGH, FamRZ 1997, 1533.

⁶⁸ Vgl. *Derleder*, NJW 1980, 545, 551; *Krause*, JuS 1989, 455, 456; *Koch*, Schuldentilgung nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1987, 240, 241.

Regelung, Bewegung zur Heirat etc.). Sachverhalte dieser Art haben nun mit „gemeinsamer Wertschöpfung“ nichts zu tun. Der BGH hatte über eine solche Konstellation zwar – soweit ersichtlich – noch nicht zu entscheiden; bei Zugrundelegung des gesellschaftsrechtlichen Ansatzes käme er aber wohl zur Verneinung jeglicher Rückübertragungsansprüche. Eben das erscheint jedoch regelmäßig kaum tragbar zu sein.⁶⁹ Hier muss ein anderer oder ergänzender Ausgleichsmechanismus gefunden werden, der sich an anderen Kriterien orientiert. So könnte an den Zweck der jeweiligen Leistung angeknüpft werden.⁷⁰ Dient die Leistung, unabhängig von ihrem Umfang, allein der Verwirklichung der aktuellen Lebensgemeinschaft, so scheiden spätere Ausgleichsansprüche aus. Soll die Leistung jedoch die langfristige Basis der Lebensgemeinschaft absichern und wird dieser Zweck nicht erreicht, so muss über Ausgleichsansprüche nachgedacht werden.

2. Schwere Voraussehbarkeit des Ergebnisses

Mit dem Ansatz des BGH ist zugleich das Problem verbunden, dass es in den wenigsten Fällen wirklich vorhersehbar ist, ob die genannten Kriterien erfüllt sind oder nicht.⁷¹ Sowohl die Voraussetzungen als auch die Berechnung des Ausgleichsanspruchs sind insoweit mit großen Unsicherheiten verbunden.

3. Reduzierung des gesellschaftsrechtlichen Ansatzes auf hochwertige Beiträge bzw. Vermögensgegenstände

Weiterhin fragt man sich, warum die gesellschaftsrechtliche Lösung den gemeinsamen Betriebsaufbau oder den Hausbau erfassen soll, regelmäßig aber nicht kleinere Investitionen und auch nicht Fälle von nur hierarchisch untergeordneter Mitarbeit. So hat das OLG München z.B. gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche verneint bei Investitionen in eine Mietwohnung, obwohl deren Wert mit Auszug dieses Partners für ihn natürlich verloren war.⁷² Es kann zwar keine Patentlösung geben für die Frage, wie laufende, nicht aufrechenbare Unterhaltsbeiträge von darüber hinaus gehenden ausgleichsfähigen Beiträgen abzugrenzen sind. Gleichwohl ist nicht recht einzusehen, warum ausschließlich derjenige mit Ausgleichsansprüchen beglückt werden soll, der objektiv besonders große Einzelleistungen erbracht hat.

⁶⁹ So auch *Rauscher* (Fn. 16) Rn. 737.

⁷⁰ So auch *Lipp*, JuS 1982, 17, 21, der die Abgrenzungen aber anders zieht als hier.

⁷¹ *Schlüter* (Fn. 5) Rn. 502; vgl. auch *Weimar*, MDR 1997, 713, 716.

⁷² Ansprüche ablehnend OLG München, FamRZ 1988, 58.

4. Sonderrolle der Eigenheimfälle

Aber auch die Bejahung des gesellschaftsrechtlichen Anspruchs kann im Einzelfall fragwürdig sein. Das gilt etwa für die Eigenheimfälle. Wenn z.B. ein Mann in größerem Umfang in das Haus seiner Partnerin investiert, so kann hieraus nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ggf. ein Ausgleichsanspruch resultieren. Wenn er aber über Jahre in einer Mietwohnung die Miete zahlt, soll es sich um nicht ausgleichsfähige Beiträge handeln. Doch wo liegt der Unterschied? Die letztlich erbrachte Geldsumme mag die gleiche sein. Zwar mag nach der Investition in das Haus noch ein Mehrwert im Zeitpunkt der Trennung gegeben sein, doch letztlich hat der Mann durch den Vorteil des mietfreien Wohnens in dem Haus doch einen Gegenwert für seine Leistung erhalten. Zumindest müsste man das saldieren. Diesen Schritt scheint der BGH aber nicht zu gehen. Insofern stellt sich jedoch die Frage nach der Abgrenzung zum laufenden gemeinsamen Wirtschaften, das ja wohl nach h.M. keine Ausgleichsansprüche erzeugen soll.⁷³

III. Keine Unterscheidung danach, ob die Lebensgemeinschaft durch Trennung oder durch Tod aufgelöst wird

Schließlich sollte ein Lösungsansatz sowohl im Fall der Auflösung der Lebensgemeinschaft unter Lebenden als auch durch Tod angemessene Ergebnisse bringen. Das gelingt dem BGH jedoch nicht. Unproblematisch sind freilich die Fälle, in denen der potentiell ausgleichspflichtige Partner stirbt. Die Interessenlage entspricht weitgehend derjenigen wie bei Trennung zu Lebzeiten. Zwar mag hier der ausgleichsberechtigte Partner zu Lebzeiten nicht daran gedacht haben, Ansprüche zu stellen, zumal er an den Früchten seiner Investitionen ggf. laufend Teil hatte. Das mag sich aber ändern, wenn sich die Lebensgemeinschaft durch den Tod unverhofft vorzeitig auflöst. Hat der Verstorbene hier nicht per Testament vorgesorgt, mag der Überlebende jetzt mit Ansprüchen von dessen Erben konfrontiert sein, die ihn etwa aus dem Haus oder Betrieb hinaus haben wollen. Dann will man – wie bei Trennung zu Lebzeiten – einen Ausgleich für erbrachte Leistungen.

Wird die Lebensgemeinschaft jedoch durch den Tod des ggf. ausgleichsberechtigten Partners aufgelöst, wird es schwierig. Die Interessenlage kann sich hier um 180 Grad verschieben.⁷⁴ Der Verstorbene wollte vielleicht bestimmte Leistungen erbringen, um die Versorgung seiner Partnerin sicher zu stellen und hat keinesfalls an Rückforderung oder Ausgleichsansprüche gedacht. Treten an seine Stelle nun aber seine Erben, geht es diesen nicht selten nur ums Geld und sie werden bemüht sein, formal bestehende Ansprüche, z.B. aus Gesellschaft,

⁷³ Krit. insofern auch *Schwab* (Fn. 8) Rn. 861.

⁷⁴ Zutreffend *Lieb* (Fn. 10) A 67. A.A. aber wohl *Hausmann* (Fn. 2) 331, der nicht danach differenzieren will, welcher der Partner verstirbt.

durchzusetzen, obwohl es eben gar nicht dem Willen des Erblassers entsprochen hätte. Oft mag es dieser aber nicht mehr geschafft oder nicht mehr für notwendig gehalten haben, diesbezüglich noch etwas testamentarisch klarzustellen. Soweit sich der BGH auch hier auf den Grundsatz der Nichtausgleichung beruft, kommt er bisweilen zufällig zur richtigen Lösung, weil es oft den Interessen des Erblassers entspricht, dass nichts ausgeglichen wird. Insofern mögen einige Urteile im Ergebnis richtig sein,⁷⁵ aber das macht die Begründung noch nicht überzeugend. Und dort wo Ansprüche aus Gesellschaftsrecht formal zu bejahen wären, ergäbe sich eben auch keine interessengerechte Lösung. Man käme dann lediglich in der Weise zum richtigen Ergebnis, dass man dem Verstorbenen einen konkludenten vorherigen Verzicht auf Ausgleichsansprüche unterstellt.⁷⁶

IV. Zwischenergebnis

Das vom BGH im Rahmen seines gesellschaftsrechtlichen Ansatzes in den Vordergrund gerückte Kriterium der gemeinschaftlichen Wertschöpfung vermag nicht zu überzeugen. Es führt zu großer Rechtsunsicherheit bei der Subsumtion, bringt im Ergebnis zufällige Alles-Oder-Nichts-Lösungen und kann auch die Fälle der Auflösung der Lebensgemeinschaft durch Tod nicht interessengerecht erfassen. Außerdem lassen sich die Fälle der Übertragung von Immobilienbesitz damit nicht bewältigen.

E. Alternative Lösungswege

I. Klärung des Ausgleichsbedürfnisses

Das Problem des Vermögensausgleichs nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist damit nach wie vor nicht bewältigt. Wie *Lieb* im bereits erwähnten Juristentagsgutachten schon herausgearbeitet hatte, muss man die Lösung dieser Aufgabe in zwei Schritten angehen. An erster Stelle steht die entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen es überhaupt gerechtfertigt sein soll, vom Grundsatz der Nichtausgleichung abzuweichen und einen Ausgleichsanspruch zu gewähren. Erst dann geht es um die – von den meisten Autoren freilich in den Vordergrund gerückte – Frage, ob und wo es dafür eine passende Anspruchsgrundlage gibt.

Zu beginnen ist also mit der Frage nach der Art von Leistungen, die überhaupt einen Ausgleichsanspruch begründen sollen. Manche setzen insofern Leistungen voraus, die gewöhnlicher Weise niemand ohne rechtliche Bindung,

⁷⁵ Z.B. BGH, NJW 1996, 2727.

⁷⁶ *Lange* (Fn. 5) Anh. § 1588 BGB, Rn. 120; *Strätz* (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 83.

Entgeltabsprache oder ohne konkreten Zweck zu erbringen bereit ist.⁷⁷ Ähnlich hat *Lieb* von Leistungen gesprochen, bei denen sich der Empfänger, wäre diese Frage bedacht worden, mit einer Ausgleichslösung für den Fall der Trennung einverstanden hätte erklären müssen.⁷⁸ Es seien nämlich Zuwendungen, deren Auswirkungen über die Zeit der Lebensgemeinschaft hinaus andauerten bzw. zu einem Mehrwert auf Seiten des Partners führten, ohne dass dieser eine Gegenleistung erbracht habe.⁷⁹ Andere wieder fordern Leistungen, deren Motiv und Zweck offensichtlich abhängig ist vom weiteren Bestand der Lebensgemeinschaft, diese also langfristig ausgestalten sollten. Fasst man das zusammen, geht es um Leistungen größeren Umfangs, die sich im Zeitpunkt der Trennung noch messbar im Vermögen des Leistungsempfängers niederschlagen, deren Wert und Nutzen somit über die Zeit der Lebensgemeinschaft hinausgehen, für die der Leistende aber keine angemessene Gegenleistung erhalten hat, so dass ein Festhalten an der Vermögensverschiebung für ihn wegen der Trennung unzumutbar erscheint.

II. Übersicht zu den Anspruchsgrundlagen

Nimmt man das als Ausgangspunkt, stellt sich dann im zweiten Schritt die Frage nach der richtigen Anspruchsgrundlage für einen Ausgleichsanspruch. Das Meinungsbild hierzu ist seit jeher vielfältig.⁸⁰ Grob lassen sich im Schrifttum und in der Rechtsprechung der unteren Instanzen drei Lösungsansätze unterscheiden: der Weg über das Bereicherungsrecht, § 812 I 2, 2. Alt. BGB, über die Geschäftsgrundlagenlehre und über einen erweiterten gesellschaftsrechtlichen Ansatz. Dazu kommen mehr oder weniger übersichtliche Kombinationsmodelle,⁸¹ die hier aber nicht im Einzelnen dargestellt werden können. Letztlich erscheint die Kombination von Anspruchsgrundlagen auch wenig praktikabel.⁸² Mehrfach vertreten wird allerdings die Auffassung, dass die ge-

⁷⁷ H.P. Westermann, in: Erman, BGB, Band I, 11. Auflage, 2004, Vor § 705 BGB, Rn. 50.

⁷⁸ Vgl. *Lieb* (Fn. 10) A 57 f.

⁷⁹ *Lieb* (Fn. 10) A 60.

⁸⁰ Die Idee eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses zu Recht abl. *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 411; gegen die Konstruktion eines Vertrages sui generis *Lipp*, AcP 180 (1980), 537, 570 f.

⁸¹ Vgl. *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302, Rn. 54 f.: *Wacke* will mehrere Institute nebeneinander zur Anwendung bringen. Die beiderseitigen wirtschaftlichen Beiträge zur Lebensgemeinschaft werden als Beiträge zur Wirtschaftsgemeinschaft im Sinne einer BGB-Gesellschaft verstanden. Leistungen, die nur dem Partner dienen, z.B. Dienstleistungen im Betrieb oder Finanzierungen, seien nach jeweiligem Vertragsrecht bzw. nach Bereicherungsrecht oder Geschäftsgrundlagenlehre abzuwickeln. *Lipp* wiederum differenziert zwischen Leistungen zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft (dann evtl. Anspruch § 812 I 2, 2. Alt.) und Leistungen, die ausschließlich zu Gunsten der Person des Partners erfolgen (dann Geschäftsgrundlagenlösung), vgl. AcP 180 (1980), 537, 585 f.; *ders.*, JuS 1982, 17, 22; krit. demgegenüber *Lieb* (Fn. 10) A 37.

⁸² In diesem Sinne *Lieb* (Fn. 10) A 64.

nannten Lösungsansätze den gesellschaftsrechtlichen Ansatz des BGH nicht verdrängen, sondern lediglich ergänzen sollen.⁸³ Im Übrigen bleibt darauf hinzuweisen, dass keiner der vorgeschlagenen Lösungsansätze exakt auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft zugeschnitten ist, keiner „passt“ so richtig. Jedem geht es nur darum, eines oder mehrere dieser Instrumente für das von ihm anvisierte Ziel nutzbar zu machen.⁸⁴ Aber insofern stellt sich doch die Frage, welche Lösungsansatz dogmatisch am vertretbarsten erscheint.

III. Die Idee eines umfassenden gesellschaftsrechtlichen Ausgleichs

Schon früh wurde erwogen, die vermögensrechtliche Abwicklung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft vollständig dem Gesellschaftsrecht zu unterstellen. Zwar entspricht es h.M., dass nicht schon im nichtehelichen Zusammenleben⁸⁵ als solchem ein Gesellschaftsverhältnis zu sehen ist. Für die wirtschaftlichen Seite⁸⁶ des Zusammenlebens, d.h. das gemeinsame Haushalten und Wirtschaften, wird aber von einer Mindermeinung das Gegenteil behauptet. Die finanzielle Seite des Zusammenlebens begründe ein Gesellschaftsverhältnis, das im Fall der Trennung umfassend abzuwickeln sei.⁸⁷ Der personenrechtliche Einschlag stehe der Annahme einer Gesellschaft nicht entgegen.⁸⁸ Ein Gesellschaftszweck könne auch im gemeinsamen Wirtschaften liegen; ein ausdrücklicher Vertrag hierüber sei – wie auch sonst bei der BGB-Gesellschaft – nicht erforderlich. Es bedürfe auch nicht der Fiktion entsprechender Erklärungen, da ein konkludenter Bindungswille für die Dauer der Gemeinschaft regelmäßig vorhanden sei. Die gewollte Bindungslosigkeit werde ja gerade von

⁸³ Hausmann (Fn. 2) 305 ff.; Krause, JuS 1989, 455, 459.

⁸⁴ Zutreffend in diesem Sinne schon Lieb (Fn. 10) A 30 und 68.

⁸⁵ OLG Düsseldorf, NJW 1979, 1509; OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796, 797 f.; OLG München, FamRZ 1980, 239, 240; OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 265, 266; OLG Naumburg, NJW-RR 2003, 578; Heckelmann (Fn. 4) Vor § 1353 BGB, Rn. 19; Schwab (Fn. 8) Rn. 859; Steinert, NJW 1986, 683, 686; Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 406; Lipp, AcP 180 (1980), 537, 567; Hausmann (Fn. 2) 267; a.A. aber wohl Meier-Scherling, Die eheähnliche Lebensgemeinschaft, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1979, 296 f.

⁸⁶ Auch insoweit ablehnend: BGH, NJW 1997, 3371, 3372; LG Aachen, NJW 1988, 450; Ziegler/Mäuerle (Fn. 35) Rn. 615; Diederichsen, NJW 1983, 1017, 1023; Derleder, NJW 1980, 545, 547; Frank, FamRZ 1983, 541, 545; Lange (Fn. 5) Nehel LG, Rn. 12; Strätz (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 52; Hausmann (Fn. 2) S.265 f.; a.A. aber für Investitionen in Mietwohnung KG, NJW 1982, 1886, 1887; tendenziell Gesellschaft und Wirtschaftsgemeinschaft gleichsetzend LG Bonn, NJW-RR 1989, 1498.

⁸⁷ Wacke (Fn. 5) Nach § 1302, Rn. 18; Meier-Scherling, DRiZ 1979, 296, 297; Krause JuS 1989, 455, 456 f.; Liebs, JZ 1998, 408, 409; Battes, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht, 1983, S. 101; ders. FS Hübner, 1984, S. 379 ff.; ders., Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 143 (1979), 385 ff.; ders., JZ 1988, 908, 910 f.; Schwenzler, Vom Status zur Realbeziehung, 1987, S. 192 ff.; de Witt/Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Auflage, 1986, Rn. 75 ff.

⁸⁸ Wacke (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 18.

der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit des § 723 BGB unterstrichen.⁸⁹ Dass wegen Dienstleistungen (etwa im Haushalt) keine Rückerstattungsansprüche in Betracht kommen, würde durch § 733 II 3 BGB erklärbar.⁹⁰ Von den Rechtsfolgen her enthielten die §§ 730ff. BGB insofern auch noch die sachnächste Regelung. Die Annahme eines einheitlichen Gesellschaftsverhältnisses habe weiterhin den Vorteil, dass auf die Konstruktion womöglich mehrerer einzelobjektbezogener Gesellschaften verzichtet werden könne.⁹¹ Auch die Auseinandersetzung von in Miteigentum stehenden Hausratsgegenständen könne hier gleich miteinbezogen werden.⁹² Schließlich könnten die Fälle der Auflösung durch Tod dadurch bewältigt werden, dass man insoweit von einem stillschweigenden Verzicht auf Ausgleichsansprüche ausgeht.⁹³

Dieser Lösungsansatz erscheint auf den ersten Blick verlockend; er schießt aber wohl über das Ziel hinaus. Zum einen wäre man mit dem Problem konfrontiert zu ermitteln, welche Gegenstände dem Gesellschaftsvermögen und welche nach wie vor dem Eigenvermögen der Partner zuzuordnen wären.⁹⁴ Vor allem aber scheint es unmöglich, alle im Laufe der Zeit erfolgten Beiträge der Parteien wirklich zu erfassen. Das wäre aber wohl schon deshalb unverzichtbar, weil sonst der jeweilige Gesellschaftsanteil der Partner kaum angemessen zu bestimmen wäre. Dieser Schwierigkeit kann man natürlich dadurch aus dem Weg gehen, dass man einfach von hälftigen Anteilen am verbleibenden Vermögensüberschuss ausgeht.⁹⁵ Doch in diesem Fall käme man für nichteheliche Lebensgemeinschaften im Ergebnis faktisch zu einer Art Zugewinnausgleich.⁹⁶ Und das könnte auch deswegen nicht überzeugen, weil die Rechtsfolgen dann weiterreichend wären als bei einer Ehe mit Gütertrennung. Abgesehen davon würde ein derartiger pauschaler Ausgleich auch nicht der Vielfalt der unterschiedlichen Arten von nichtehelichen Lebensgemeinschaften gerecht. Und letztlich geht es ja wohl auch nicht darum, jeglichen Mehrwert auszugleichen. Nur derjenige soll ausnahmsweise zahlen müssen, der im Laufe der Partnerschaft auf Kosten des anderen Vermögensvorteile erzielt hat.

⁸⁹ *Liebs*, JZ 1998, 408, 409.

⁹⁰ *Battes*, ZHR 143 (1979), 385, 397 und 402.

⁹¹ *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 18.

⁹² *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 18.

⁹³ *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 42; *Strätz* (Fn. 2) Anh. zu §§ 1287 ff. BGB, Rn. 109.

⁹⁴ Vgl. Kritik bei *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 410. Zur Lösung dieses Problems *Battes*, ZHR 143 (1979), 385, 398 f.

⁹⁵ So *Krause*, JuS 1989, 455, 457.

⁹⁶ In diesem Sinne auch schon *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 410.

IV. Die Anwendung von Bereicherungsrecht, insbes. von § 812 I 2, 2. Alt. BGB – *condictio ob rem*

1. Die rechtliche Konstruktion

Insoweit könnte das Bereicherungsrecht⁹⁷ näher liegen. Wiederholt ist vorgeschlagen worden, als Anknüpfungspunkt für Ausgleichsansprüche § 812 I 2, 2. Alt. BGB über die Zweckverfehlung zu wählen, die sog. *condictio ob rem*.⁹⁸ So wird argumentiert, dass mit den jeweiligen Leistungen zwar zunächst das unmittelbar Bezweckte erreicht wurde, z.B. die Renovierung eines Hauses, der Abbau von Schulden etc., dass der Zweck aber darüber hinaus auch darin bestand, zumindest für eine gewisse Dauer die Lebensgemeinschaft zu fördern und damit für diese Zeit auch an den Früchten der Leistung teilzuhaben. Demgemäß würden die Leistungen ihren Rechtsgrund in der gegenwärtigen aber auch in der zukünftigen Lebensgemeinschaft finden. Diese mittel- oder langfristige zu sichern und aufrecht zu erhalten, sei der bezweckte Erfolg von größeren Zuwendungen oder Investitionen.⁹⁹ Im Fall einer Trennung würde dann die erkennbare Erwartung, an dem Investitionsgegenstand (z.B. Wohnung, Haus, Betrieb Auto, PC etc.) noch in Form von Mitbesitz und Mitbenutzung partizipieren zu können, enttäuscht.¹⁰⁰ Oder bei Dienstleistungen entfiele dann eben die Möglichkeit, noch länger an den Früchten des Aufgebauten teilzuhaben.

Ein Bereicherungsanspruch sei daher zu bejahen, wenn sich die Lebensgemeinschaft gewissermaßen vor „Vollamortisation“ der jeweiligen Investition auflöst, weil unter solchen Umständen nur partielle Zweckerreichung eingetreten sei. Dann wäre zu ermitteln, inwieweit sich die Leistung noch positiv im Vermögen des Empfängers niederschlägt. Beispielsweise mag der Mann 80 % der Finanzierungskosten eines Pkw übernommen haben, der der Frau gehören soll und auf ihren Namen angemeldet wird, aber vom Mann mitbenutzt werden darf. Mit Trennung kann diese Investition ihren Zweck nicht mehr vollständig erfüllen, zumal auch die Mitbenutzungsmöglichkeit entfällt. Hier könnte ein Bereicherungsanspruch flexibel 80 % vom Restwert des Wagens erfassen. Der Ausgleich bezöge sich nur auf die verbleibende, objektiv vorhandene Berei-

⁹⁷ Zu § 812 I 2, 1. Alt. BGB Lipp, AcP 180 (1980), 537, 567 f. mit abl. Ergebnis.

⁹⁸ OLG Stuttgart, NJW-RR 1993, 1475; OLG Karlsruhe, NJW 1994, 948; Schlüter (Fn. 5) Rn. 504; Lipp, Familienrecht, Examens-Repetitorium, 2001, Rn. 267 f.; ders., AcP 180 (1980) 537, 580, für Teilbereich; ders., JuS 1982, 17, 22; Joost, Zuwendungen unter Ehegatten und Bereicherungsausgleich nach der Scheidung, JZ 1985, 10; ferner für Einzelfälle: Weimar, MDR 1997, 713, 716; Ziegler/Mäuerle (Fn. 35) Rn. 617; Strätz, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, 434, 435; Krause, JuS 1989, 455, 459, in Ergänzung zu einem weiten gesellschaftsrechtlichen Ansatz; so auch Wacke (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 57; Heckelmann (Fn. 4) Vor § 1353 BGB, Rn. 20; abl. Steinert, NJW 1986, 683, 686.

⁹⁹ Lipp, Familienrecht (Fn. 98), Rn. 268; ähnlich Schlüter (Fn. 5) Rn. 504.

¹⁰⁰ Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 414; Lange (Fn. 5) Nehel LG, Rn. 91.

cherung.¹⁰¹ In ähnlicher Weise könnte bei Investitionen in eine Wohnung von deren üblicher Abschreibungszeit ausgegangen werden und je nach Wert und Nutzungsdauer des Geleisteten durch Auslegung ermittelt werden, auf welchen Zeitraum sich die Zweckabrede erstreckt.¹⁰² Im Fall der Übertragung einer Haushälfte wiederum wäre diese selbst zurück zu übertragen.¹⁰³ Fraglich bleibt allenfalls, ob bei der Konkretisierung von Inhalt und Umfang des Anspruchs § 820 BGB zu beachten wäre.¹⁰⁴

2. Die dogmatischen Bedenken

Die bereicherungsrechtliche Konstruktion setzt gemäß § 812 I 2, 2. Alt. BGB einen „nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolg“ voraus.¹⁰⁵ Verlangt wird nach dem Wortlaut damit eigentlich ein Doppeltes: sowohl ein Rechtsgeschäft als auch ein bezweckter Erfolg. Da der BGH der nichtehelichen Lebensgemeinschaft selbst wie auch den vermögenswerten Leistungen der Partner grundsätzlich keine Rechtsnatur zubilligt, verneint er konsequenter Weise das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts bzw. eines Rechtsgrund¹⁰⁶ und lehnt daher die Anwendung von Bereicherungsrecht ab.¹⁰⁷ Doch wie gerade die gesellschaftsrechtliche Lösung des BGH zeigt, kann einzelnen Handlungen der Partner durchaus rechtsgeschäftlicher Charakter zukommen. Abgesehen davon setzt die *condictio ob rem* – entgegen dem Gesetzeswortlaut – ohnehin kein wirksames Rechtsgeschäft voraus. Davon wird gerade auch die Fallgruppe erfasst, dass die vereinbarte Zweckbestimmung die alleinige Grundlage der Leistung bildet.¹⁰⁸ Es geht dann um eine rechtsgrundlos erbrachte Leistung, die aber eben erkennbar auf eine nicht erzwingbare Gegenleistung des Empfängers abzielt. Das Tatbestandsmerkmal des „Rechtsgeschäfts“ ist hier also ohnehin anders einzuordnen¹⁰⁹ und stellt kein Hindernis für die Anwendung von § 812 I 2, 2. Alt. BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft dar.

Weiterhin wird aber ein bezweckter Erfolg vorausgesetzt. Die Parteien müssen eine Zweckabrede etwa in dem Sinne getroffen haben, dass für die gesamte

¹⁰¹ Lipp, AcP 180 (1980), 537, 586; vgl. auch Lange (Fn. 5) Nehel LG, Rn. 94, die Saldotheorie fände keine Anwendung.

¹⁰² Schlüter (Fn. 5) Rn. 504.

¹⁰³ Schlüter (Fn. 5) Rn. 504.

¹⁰⁴ Gegen die Anwendung von § 820 BGB Lange (Fn. 5) Nehel LG, Rn. 94, da nur entfernte Möglichkeit.

¹⁰⁵ Für die nichteheliche Lebensgemeinschaft als denkbaren Rechtsgrund OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796, 798; grundsätzlich zustimmend, im konkreten Fall aber ablehnend OLG München, FamRZ 1980, 239, 240, mangels Erkennbarkeit für den anderen; ähnlich OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 253, 254.

¹⁰⁶ A.A. OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796, 798.

¹⁰⁷ BGH, NJW-RR 1996, 1473, 1474; BGH, FamRZ 1992, 408.

¹⁰⁸ Vgl. nur Sprau, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, § 812 BGB Rn. 89 mit zahlreichen Beispielen und w. Nw.

¹⁰⁹ So auch Lipp, AcP 180 (1980), 537, 580.

Nutzungsdauer des jeweiligen Investitionsgegenstands eine Art Mitbenutzungs- oder Teilhaberecht bestehen sollte. Eine ausdrückliche Vereinbarung dieser Art fehlt regelmäßig. Es ist jedoch anerkannt, dass die Zweckbestimmung auch durch schlüssiges Verhalten im Sinne einer tatsächlichen Willensübereinstimmung zwischen Leistendem und Empfänger über den mit der Leistung bezweckten Erfolg möglich ist.¹¹⁰ Bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften stellt sich hier freilich die Frage, was nur einseitiges Motiv und was bereits beiderseitige stillschweigende Zweckvereinbarung ist. Die primäre Zweck wird ja zunächst erreicht, inwieweit kann man sich dann noch auf einen weiteren Zweck berufen?¹¹¹ Es ist nicht leicht zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Partner seine Leistungen wirklich im engeren Sinne von der Zweckerfüllung abhängig gemacht und wann er damit vielleicht nur unverbindliche Hoffnungen verbunden hat.¹¹² Die Rechtsprechung setzt insofern allgemein voraus, dass der andere Teil die stillschweigende einseitige Erwartung positiv erkennt und die Leistung annimmt, ohne zu widersprechen.¹¹³ Bezogen auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft wird daher teilweise geltend gemacht, dass die *condictio ob rem* nur bei der Erwartung einer ganz konkreten Gegenleistung in Betracht komme.¹¹⁴ In diese Richtung neigt auch ein Teil der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, die die *condictio ob rem* nur in Sonderfällen bejaht; etwa dann, wenn sich eine Frau im Betrieb des Mannes unentgeltlich anstellen lässt in der erkennbaren Erwartung, es komme zu einer Heirat.¹¹⁵ Das OLG Hamm wiederum will Bereicherungsrecht nur anwenden, wenn eine ausdrückliche beiderseitige Willensübereinstimmung über die Zweckbestimmung ermittelt werden kann.¹¹⁶ Allerdings wird man bei größeren Zuwendungen doch sagen können, dass der Leistungsempfänger nicht wirklich damit rechnen kann, dass ihm größere Summen oder etwa eine Haushälfte „einfach so“ übertragen werden. Hier ist regelmäßig erkennbar,¹¹⁷ dass der Leistende dies im festen Vertrauen auf den Fortbestand der Lebensgemeinschaft getan hat. Doch genügt das für eine Zweckvereinbarung?

Weitere Bedenken gegen die bereicherungsrechtliche Lösung werden im Hinblick auf §§ 814 und 815 BGB gemacht. § 814 BGB steht jedoch nicht im Wege, da eben nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wird; diese Norm passt von vornherein nicht auf den Fall der *condictio ob rem* im Sinne

¹¹⁰ Vgl. allg.: BGHZ 44, 321; BGH, NJW 1984, 233; *Sprau* (Fn. 108) § 812 BGB, Rn. 86. Bejaht für Fälle der nichtehelichen Lebensgemeinschaft von: OLG Karlsruhe, NJW 1994, 948; OLG Stuttgart, NJW-RR 1993, 1475, 1477.

¹¹¹ Krit. daher *Rauscher* (Fn. 16) Rn. 733.

¹¹² Vgl. Kritik bei *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1023; *Weinreich*, FPR 2001, 29, 34; *Hausmann* (Fn. 2) 315 f.

¹¹³ BGHZ 115, 261, 263.

¹¹⁴ *Hausmann* (Fn. 2) 314 f.

¹¹⁵ OLG Stuttgart, NJW 1977, 1779.

¹¹⁶ OLG Hamm, FamRZ 1990, 625.

¹¹⁷ Das soll ausreichen, vgl. OLG Stuttgart, NJW 1977, 1779.

von § 812 I 2, 2. Alt. BGB.¹¹⁸ Grundsätzlich liegt auch kein Fall der Verhinderung des Erfolgseintritts wider Treu und Glauben im Sinne von § 815 BGB vor. Der Umstand, dass die Möglichkeit der Trennung bekanntermaßen jederzeit besteht, genügt nicht, um im Fall der Trennung von treuwidrigem Verhalten zu sprechen.¹¹⁹ Insofern ist die bereicherungsrechtliche Lösung auch unabhängig davon, welcher Teil die Trennung herbeiführt.

3. Gesamtwürdigung

Die Vorteile der bereicherungsrechtlichen Lösung liegen zum einen darin, dass eine spezifische Verrechtlichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft vermieden wird. Ihr wird kein bestimmter Vertragstyp übergestülpt; auf die dogmatisch fragliche Konstruktion eines stillschweigenden Gesellschaftsverhältnisses kann verzichtet werden.¹²⁰ Die Rechtsfolgen sind vielleicht auch eindeutiger als wenn man den noch zu beschreibenden Weg über die Geschäftsgrundlagenkonstruktion sucht, denn es kann auf die konkret vorhandene Bereicherung zurückgegriffen werden. Vage Billigkeitsergebnisse werden auf diese Weise vermieden. Hinzu kommt, dass auch kleinere Investitionen flexibel erfasst werden könnten; das zweifelhafte Kriterium der gemeinsamen Wertschöpfung wird gänzlich hinfällig. Und nicht zuletzt könnte gerade der Problemfall der übertragenen Haushälfte angemessen gelöst werden.

Andererseits bleiben die geschilderten dogmatischen Bedenken im Hinblick auf die beiderseitige Zweckvereinbarung. Außerdem beinhaltet der Weg über das Bereicherungsrecht die Gefahr, zu viele Einzelgegenstände oder Investitionen einer Einzelermittlung zu unterziehen.¹²¹ Schließlich wird es oft so sein, dass einer der Partner auf Kosten des anderen mehr wirtschaftliche Vorteile aus der Lebensgemeinschaft gezogen hat als der andere. Für die Frage, ab welcher Schwelle Ausgleichsansprüche greifen sollen, gibt das Bereicherungsrecht insofern aber nichts her. Die diesbezüglichen Grenzen könnte man zwar über die Auslegung der jeweiligen Zweckabrede ermitteln, damit wären aber erhebliche Unsicherheiten verbunden. Ein umfassender Bereicherungsausgleich wiederum brächte uns wieder in die Nähe einer Art Zugewinnausgleich, was aus den genannten Gründen nicht in Betracht kommen kann. Weiterhin lässt sich über den bereicherungsrechtlichen Ansatz nicht hinreichend erklären, warum bei Auflösung der Gemeinschaft durch Tod ggf. keine Ausgleichsansprüche bestehen sollen.

¹¹⁸ Lipp, AcP 180 (1980), 537, 587; a.A. Steinert, NJW 1986, 683, 686.

¹¹⁹ OLG Karlsruhe, NJW 1994, 948, 949; Strätz, FamRZ 1980, 434, 435; Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 414; Lipp, AcP 180 (1980), 537, 587 f.; a.A. Wacke (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 21.

¹²⁰ Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 412.

¹²¹ So auch Kritik bei Derleder, NJW 1980, 545, 551 f.; ähnlich Hausmann (Fn. 2) 316.

V. Die Anwendung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage

1. Die rechtliche Konstruktion

Die beschriebenen Probleme dürften sich im Rahmen des dritten Lösungsansatzes, nämlich bei Anwendung der Geschäftsgrundlagenlehre,¹²² noch besser meistern lassen.¹²³ Es wäre insoweit anzuknüpfen an die entsprechende Ehegatten-Rechtsprechung des BGH.¹²⁴ Danach ist für Ehen mit Gütertrennung anerkannt, dass umfangreiche oder längerfristige Leistungen eines Ehegatten, die deutlich über das unterhaltsrechtlich geschuldete Maß hinaus gehen, die Annahme eines stillschweigenden familienrechtlichen Vertrags rechtfertigen können, dessen Geschäftsgrundlage mit der Scheidung entfällt. Schließlich wird etwa bei entsprechenden Dienstleistungen darauf vertraut, dass man im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft an den gemeinsam erarbeiteten Überschüssen teilhaben und auf diese Weise in den Genuss der Früchte der eigenen Arbeit gelangen werde. Folge ist dann ein Ausgleichsanspruch, dessen Höhe sich bei Dienstleistungen auf die ersparten Arbeitskosten und höchstens auf die noch vorhandene Bereicherung beläuft.¹²⁵

Hierauf gestützt hat etwa schon das OLG Karlsruhe¹²⁶ Ansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage auch bei Unverheirateten bejaht. Die Partnerin hatte hier bei Beginn der Lebensgemeinschaft Schulden, die von dem Mann – freilich zu Lasten eines neuen, in seinem Namen aufgenommenen Kredits – abgetragen wurden. Das war ohne Druck von ihrer Seite allein aus seiner Initiative heraus geschehen. Als es dann zur Trennung kam, war die Frau praktisch schuldenfrei, während seine Schuldenbelastung dem entsprach, was sie anfangs an Schulden mitgebracht hatte. Nun wollte der Mann zumindest hälftigen Ausgleich für die Tilgungsleistungen, die noch nach Beendigung der Lebensgemeinschaft von ihm zu erbringen waren. Hier passte weder die Annahme einer Schenkung noch eines Darlehens oder Auftrags. Auch eine Gesellschaft schied aus, weil keine gemeinsame Wertschöpfung angestrebt war. Das OLG Karlsruhe ging zu Recht von einer unbenannten Zuwendung aus und befand, dass hier unter ähnlichen Voraussetzungen wie bei Ehegatten in Fällen der Gütertrennung ein Ausgleich nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich sein müsse. Schließlich läge der Leistung die Vorstellung

¹²² Dafür: *Frank*, FamRZ 1983, 541, 546; *Lieb* (Fn. 10) 70; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 14) § 44 IV 3; *Hausmann* (Fn. 2) 323 f.; *Rauscher* (Fn. 16) Rn. 737 in Ergänzung zum gesellschaftsrechtlichen Modell; ferner für Einzelfälle auch *Weimar*, MDR 1997, 713, 716; offen *Schwab* (Fn. 8) Rn. 864; abl. *Liebs*, JZ 1998, 408, 410.

¹²³ Abl. für nichteheliche Lebensgemeinschaft: OLG Hamm, FamRZ 1990, 625, 626.

¹²⁴ BGH, NJW 1994, 2545 für Mitarbeit; BGH, FamRZ 1982, 910 für Zuwendungen.

¹²⁵ So auch OLG Koblenz, NJW 2001, 2480.

¹²⁶ FamRZ 1994, 377 = NJW-RR 1994, 1157; OLG Frankfurt, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 1999, 404, allerdings auf Basis eines notariellen Vertrags; geprüft, aber im konkreten Fall verneint von OLG Schleswig, OLGR 2002, 45; auch in Erwägung gezogen von BGH, NJW 1991, 830 bei Schenkung.

und Erwartung der Partner zu Grunde, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde und dass die Leistung als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erbracht werde und hierin ihre Geschäftsgrundlage habe. In ähnlicher Weise hat auch das OLG Koblenz jüngst Ansprüche bejaht, die darauf beruhen, dass die Eltern der Partnerin in das Hausgrundstück des Mannes investiert hatten.¹²⁷

2. Die ablehnende Haltung des BGH

Der BGH lehnt die Geschäftsgrundlagenlösung bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften allerdings seit jeher ab. Geschäftsgrundlage seien „die bei Abschluss des Vertrags zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut“.¹²⁸ Besonderen Wert legt der BGH dabei anscheinend auf das Wort „Vertrag“. Auch § 313 BGB spricht jetzt von der Grundlage „des Vertrags“. Ein solcher Vertrag liegt laut BGH aber eben nicht in dem Umstand, dass sich zwei Partner zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenschließen. Es handle sich vielmehr nur um einen rein tatsächlichen Vorgang, der keine Rechtsgemeinschaft begründe. Damit sei der Anwendung der Geschäftsgrundlagenlehre von vornherein der Boden entzogen.¹²⁹

3. Stellungnahme und Vergleich mit den Gütertrennungsfällen

Diese Argumentation überzeugt kaum. Es geht nicht darum, die nichteheliche Lebensgemeinschaft schlechthin als Rechtsgemeinschaft einzuordnen, sondern nur darum, bestimmte vermögensmäßige Leistungen rechtlich zu erfassen. Und insofern zeigt der BGH selbst mit seiner gesellschaftsrechtlichen Lösung, dass zwischen Unverheirateten auch ohne ausdrücklichen Vertragsschluss durchaus Rechtsbeziehungen bestehen können. Außerdem arbeitet der BGH auch bei Ehegatten mit der Konstruktion eines stillschweigenden familienrechtlichen Vertrags *sui generis*. Vertrag im Sinne der Geschäftsgrundlage ist auch dort nicht die Ehe selbst, sondern das spezifische Zuwendungsverhältnis. Und mag man bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Hemmungen haben, von einem

¹²⁷ OLG, Koblenz NJW 2001, 2480.

¹²⁸ BGH, NJW 1996, 2727; sowie allg.: RGZ 103, 328, 332; BGH, NJW 2001, 1204, 1205.

¹²⁹ BGH, NJW 1996, 2727; BGH, NJW 1997, 3371, 3372; ferner BGH, NJW-RR 1996, 1473; LG Aachen, NJW 1988, 450, 451; OLG Koblenz, FamRZ 1998, 770, 771; OLG Hamm, FamRZ 2002, 159; zustimmend: Ziegler/Mäuerle (Fn. 35) Rn. 618; Schlüter (Fn. 5) Rn. 505; Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 412; OLG Hamm, FamRZ 1990, 625, 626.

„familienrechtlichen“ Vertrag zu sprechen, so könnte man doch auf den Begriff des Zuwendungsvertrags *sui generis* ausweichen.

Schließlich leuchtet nicht ein, dass bei Ehegatten – und auch bei Leistungen von Schwiegereltern¹³⁰ – unter exakt denselben Umständen vom BGH die Geschäftsgrundlagenkonstruktion bejaht, bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft aber verneint wird. Letztlich steht in beiden Fällen der personale Gesichtspunkt im Vordergrund.¹³¹ Soweit diese richterliche Rechtsfortbildung für das Eherecht mit einer Gesetzeslücke zu rechtfertigen ist, muss das erst recht für Unverheiratete gelten. Anders als bei der grundsätzlich lebenslangen Ehe, die mit gesetzlichem Erbrecht, Zugewinnausgleich etc. ausgestattet ist, herrscht hier sogar erst recht die Erwartung eines aktuellen Gegenseitigkeitsverhältnisses und einer entsprechenden Zweckvereinbarung.¹³² Auch hier gilt, dass nicht geschuldete und nicht dem laufenden Lebensunterhalt dienende Zuwendungen selbstverständlich in der erkennbaren Erwartung gemacht werden, die Gemeinschaft habe Bestand.¹³³ Daher muss hier gleichfalls eine Korrektur möglich sein, wenn das Festhalten an der Vermögensverschiebung unzumutbar erscheint.¹³⁴ Zumutbarkeit ergibt sich im Übrigen auch nicht daraus, dass das Trennungsrisiko bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften allgegenwärtig sei und Geschäftsgrundlage nur unbewusst eingegangene Risiken sein könnten.¹³⁵ Diesen Einwand müsste man nämlich bei den aktuellen Scheidungsziffern konsequenter Weise auch im Eherecht gegen die Anwendung der Geschäftsgrundlagenlösung erheben. Im Übrigen kann dieser Aspekt bei der Zumutbarkeitsbetrachtung Berücksichtigung finden.

In der Tat hat der BGH die Geschäftsgrundlagenlösung auch schon bei Zuwendungen von Verlobten, also vor Eheschließung, angewandt.¹³⁶ Dabei wurde die Interessenlage zwischen Verlobten als „durchaus vergleichbar mit derjenigen bei unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung“ bezeichnet.¹³⁷ Zwar wurde auch noch betont, dass sich Verlobte aufgrund des diesbezüglichen Rechtsverhältnisses von der nichtehelichen Lebensgemeinschaft „abheben“ würden, zumal das betreffende Paar dann auch geheiratet hatte. Doch dürfte damit gleichwohl die Nähe zu den Fällen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft deutlich geworden sein.¹³⁸

¹³⁰ BGHZ 129, 259, 263; BGH, FamRZ 1998, 669, 670; BGH, NJW 1999, 353.

¹³¹ Rauscher (Fn. 16) Rn. 737; Hausmann (Fn. 2) 323; Lieb (Fn. 10) A 51 ff.

¹³² Vgl. Lipp, AcP 180 (1980), 537, 585, allerdings zur Rechtfertigung der Anwendung von § 812 I 2, 2. Alt. BGB.

¹³³ Rauscher (Fn. 16) Rn. 737.

¹³⁴ Vgl. für Ehe BGHZ 84, 361, 365.

¹³⁵ So aber Krause, JuS 1989, 455, 458; Wacke (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 57.

¹³⁶ BGHZ 115, 261; OLG Celle, NJW-RR 2001, 1675.

¹³⁷ A.a.O. S. 264.

¹³⁸ In diesem Sinne zu Recht auch schon Lieb (Fn. 10) A 55.

4. Gesamtwürdigung

Gegenüber der Anwendung von Bereicherungsrecht¹³⁹ wie auch Gesellschaftsrecht liegt der Vorteil der Geschäftsgrundlagenlösung darin, dass es nicht zum kleinlichen Abrechnen von Leistungen kommen kann; das Kriterium der Unzumutbarkeit setzt hier von vornherein Grenzen. Wie von vielen gefordert, reduzieren sich Klagen und Ausgleichsansprüche dann auf die Fälle von einzelnen „spektakulären“ Leistungen. Schließlich liegt auch hier besonders nahe, dass diese nicht durch Leistungen des anderen Partners ausgeglichen worden sind.¹⁴⁰

Insofern ist gewährleistet, dass Ansprüche und Klagen nur in besonders unbilligen Fällen in Betracht kommen. Zwar steht man auch damit wieder vor dem Problem des Alles-Oder-Nichts-Prinzips; mit dem Nichts wird man aber eben nur dann konfrontiert, wenn dies unter den jeweiligen Umständen auch tragbar erscheint.

Von den Voraussetzungen und Rechtsfolgen her kann auf die gefestigte Rechtsprechung des BGH zum Eherecht zurückgegriffen und eine parallele Rechtsentwicklung betrieben werden. Auf der Rechtsfolgenseite wiederum bietet die Geschäftsgrundlagenlösung einzelfallorientierte, flexible Gestaltungsmöglichkeiten. Und nicht zuletzt lässt sich das Problem der Auflösung durch Tod im Rahmen der Geschäftsgrundlagenlösung relativ elegant bewältigen.¹⁴¹ Denn als Geschäftsgrundlage des leistenden Partners ist nur seine eigene persönliche Teilhabe oder Nutzung am Geleisteten zu werten; ist diese Nutzung bis zum Tag des eigenen Todes gegeben, so erfüllt sich die zu Grunde liegende Erwartung und die Geschäftsgrundlage fällt nicht weg. Ansprüche der Erben scheiden demgemäß aus.

5. Fazit und Ableitungen

Im Gesamtvergleich dürfte der Geschäftsgrundlagenlösung aus den genannten Gründen der Vorzug zu geben sein. Zwar bedarf es auch bei der Anwendung dieser Lehre durchaus des Mutes zu richterlicher Rechtsfortbildung, doch die Geschäftsgrundlagenlehre dürfte insofern noch die größte Elastizität aufweisen. Um die damit verbundenen Ergebnisse berechenbarer zu machen, bedarf es allerdings einer näheren tatbestandlichen Konkretisierung. Die Voraussetzun-

¹³⁹ Fraglich bleibt das dogmatische Verhältnis von der *condictio ob rem* zur Geschäftsgrundlagenlösung; für Vorrang des Bereicherungsrechts: *Schlüter* (Fn. 5) Rn. 505; *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 57; für Vorrang der Geschäftsgrundlagenlehre: BGHZ 84, 1, 10; BGH, NJW 1975, 776; BGH, NJW 1992, 2690; *Heinrichs*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, § 313 BGB Rn. 27.

¹⁴⁰ Vgl. *Lieb* (Fn. 10) A 62.

¹⁴¹ Vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 14) § 44 IV 3.

gen für einen Ausgleichsanspruch könnten demgemäß wie folgt umschrieben werden:

- (1) Ausgangspunkt sind Leistungen eines Partners (Dienstleistungen, Investitionen, Schuldübernahmen etc.), durch die auf Seiten des anderen Partners eine Vermögensmehrung eintritt, die bei Trennung noch (ganz oder teilweise) vorhanden ist.
- (2) Es müsste sich um Leistungen handeln, die über ihren unmittelbaren Zweck hinaus erkennbar auch dazu dienen sollten, die Lebensgemeinschaft längerfristig abzusichern, so dass von einem Zuwendungsvertrag eigener Art ausgegangen werden kann. Der Bestand der Lebensgemeinschaft und die damit verbundene weitere Partizipation an den Vorteilen der jeweiligen Leistung müssten demzufolge als Geschäftsgrundlage dieses Vertrags anzusehen sein.
Die Geschäftsgrundlage entfällt somit, wenn die Trennung dazu führt, dass die jeweiligen Vorteile (z.B. Teilhabe am Ertrag, Mitbenutzungsrechte etc.) vorzeitig verloren gehen.
- (3) Das Festhalten an der erfolgten Vermögensverschiebung müsste für den Leistenden im Ergebnis unzumutbar bzw. untragbar sein.¹⁴²

Von Zumutbarkeit wäre dabei auszugehen, wenn Zweck der Leistung war, den anderen auf Dauer zu versorgen; wenn die Leistung trotz ihres Umfangs als unselbstständiger Beitrag zur laufenden Verwirklichung der Lebensgemeinschaft gedacht war; wenn die Leistung durch Gegenleistungen des Partners praktisch kompensiert worden ist, z.B. aufgrund langjährigem mietfreien Wohnen im Haus des Partners; wenn die Leistung dem Partner gewissermaßen gegen dessen Willen aufgedrängt worden war (z.B. unnötige Luxusrenovierung in dessen Haus); oder wenn bereits ein Ausgleich nach den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen des BGH zu bejahen ist, weil die Geschäftsgrundlagenlösung insofern nur subsidiär anzuwenden wäre. Für Unzumutbarkeit hingegen spricht, wenn die betreffende Partei bei Kenntnis der Veränderung (hier Trennung) den Vertrag nicht oder nur mit anderem Inhalt abgeschlossen hätte. Das wäre etwa anzunehmen, wenn die Hälfte der bewohnten Immobilie dem anderen zu Miteigentum übertragen worden war in der Erwartung einer lebenslangen Partnerschaft. Unzumutbarkeit kann aber auch bei kleineren Investitionen zu bejahen sein, wenn sie unter den konkreten Umständen bzw. Einkommensverhältnissen ein besonderes Opfer darstellten.

Erscheint danach ein Festhalten an der Vermögensverschiebung als unzumutbar, so ergäbe sich als Rechtsfolge ein Ersatzanspruch gegen den Partner, der regelmäßig auf eine Geldleistung, ausnahmsweise auf Wiederherstellung einer früheren dinglichen Rechtslage (z.B. Rückübertragung des Eigentums an einer Haushälfte) gerichtet wäre.

¹⁴² Vgl. BGHZ 84, 1, 9; BGHZ 121, 378, 393; BGHZ 128, 230, 238.

F. Haftung für Schulden des Partners und Regress im Innenverhältnis

I. Einführung

Den letzten hier zu behandelnden Problembereich bilden die Haftung für Schulden des anderen und damit verbundene Regressansprüche. Virulent werden vor allem Fälle, in denen ein Partner einen Kredit für eigene Zwecke aufnimmt während der andere hierfür die Haftung mit übernimmt, z.B. aufgrund Schuldbeitritts oder in Gestalt einer Bürgschaft.¹⁴³ Wird der andere dann im Außenverhältnis auf Zahlung in Anspruch genommen, stellt sich die Frage, inwieweit er im Innenverhältnis bei seinem Partner Regress nehmen kann. Darüber hinaus kommt es vor, dass ein Teil – ohne dazu verpflichtet zu sein – Schulden des anderen bezahlt oder die Verbindlichkeit vielleicht gleich von vornherein in eigenem Namen eingeht; sei es, weil man dies als Beitrag zum laufenden Haushalt für angemessen hält, sei es, weil man eben helfend zu einem Zeitpunkt einspringt, in dem der Partner gerade nicht liquide ist. Während man im ersten Fall kaum an Regressansprüche denkt, geht man im zweiten Fall vielleicht selbstverständlich davon aus, in absehbarer Zeit vom anderen Ersatz zu bekommen.

II. Die einschlägige Rechtsprechung des BGH

Bezeichnend für den Standpunkt des BGH ist die Grundsatzentscheidung BGHZ 77, 55.¹⁴⁴ Die Partner hatten 1975 ein Haus auf den Namen der Frau erworben, das gemeinsam bewohnt wurde. Der Mann hatte eine Anzahlung auf den Kaufpreis geleistet, das erforderliche Darlehen wurde in beider Namen aufgenommen, die Tilgung wurde allein vom Mann begonnen. Nach dem Tode des Mannes nahmen seine Erben die Frau auf Rückzahlung der Tilgungsleistungen in Höhe von knapp 40.000 DM (1975) in Anspruch. Ansprüche aus Darlehen waren mangels einschlägiger vertraglicher Vereinbarung zu verneinen. Auch einen Anspruch aus Gesellschaftsrecht hat der BGH damals abgelehnt, weil anscheinend keine gemeinsame Wertschöpfung erkennbar war. Vielleicht würde der BGH das heute großzügiger sehen. Aber so führte der Fall zur entscheidenden Frage, ob sich ein Anspruch aus § 426 I 1 BGB ableiten ließ. Der BGH führte aus, dass keine rechtsgeschäftliche Absprache zwischen den Parteien getroffen worden sei, aus der sich Konkretes für das Innenverhältnis entnehmen lasse. Eine anderweitige Bestimmung im Sinne der Vorschrift könne sich aber auch aus der Natur der Sache oder aus dem Inhalt und Zweck des jeweiligen Rechtsverhältnisses ergeben. Dementsprechend sei bei nichtehte-

¹⁴³ Zur Wirksamkeit von Bürgschaften nichtehelicher Partner BGH, ZIP 1997, 409.

¹⁴⁴ = NJW 1980, 1520.

lichen Lebensgemeinschaften regelmäßig vom genannten Grundsatz der Nichtausgleichung als vorrangig zu berücksichtigendem Prinzip auszugehen.¹⁴⁵ Insofern sei hier eben etwas anderes bestimmt und nicht vom Halbteilungsgrundsatz des § 426 I 1 BGB auszugehen.

Das war vom Ergebnis her akzeptabel, weil es um einen Fall der Auflösung der Lebensgemeinschaft durch Tod ging. Und hier lag es wohl wirklich im Interesse des Verstorbenen, dass seine Partnerin zu keinerlei Rückzahlungen verpflichtet würde. Doch eine überzeugende Lösung muss sich daran messen lassen, ob sie beide denkbare Fallvarianten, die Auflösung der Lebensgemeinschaft zu Lebzeiten und durch Tod, sinnvollen Ergebnissen zuzuführen vermag. Und bei einer Trennung zu Lebzeiten hätte es sich hier eben durchaus aufgedrängt, dem Mann einen Ausgleichsanspruch zuzugestehen.

Anders sieht es der BGH nur dann, wenn die Leistung erst nach Beendigung der Lebensgemeinschaft erfolgt. Schließlich könne dann nicht mehr die Rede davon sein, dass man einen Beitrag zum laufenden gemeinsamen Unterhalt erbringen wolle. Wer also nach Beendigung der Lebensgemeinschaft Schulden des anderen bezahlt, kann regelmäßig Ansprüche aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen.¹⁴⁶ Das gilt laut BGH aber nicht, wenn man die betreffende Verbindlichkeit noch während der Lebensgemeinschaft in eigenem Namen eingegangen ist. Im betreffenden Fall hatte der Mann in eigenem Namen Handwerker mit der Ausführung von Werkleistungen im Haus der Partnerin beauftragt. Bald nach Bezahlung des Werklohns war die Lebensgemeinschaft in die Brüche gegangen, so dass der Mann von seiner Investition nichts mehr hatte. Ausgleichsansprüche hat der BGH verneint.¹⁴⁷ Es komme nicht darauf an, ob die Zahlung vor oder nach Trennung erfolge. Entscheidend sei allein der Zeitpunkt der Auftragsvergabe, der hier noch in die Zeit der Lebensgemeinschaft fiel. Dem ist insoweit zuzustimmen, als eine zunächst freiwillig zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft erbrachte Leistung nicht nachträglich in eine Geschäftsführung ohne Auftrag umgedeutet werden kann. Ob deswegen aber Ausgleichsansprüche aller Art scheitern sollen, ist eine andere Frage.

Etwas überzeugender war insofern die Argumentation des BGH im Autofinanzierungsfall.¹⁴⁸ Die Frau nahm bei ihrer Bank einen Kredit auf, der auch dazu dienen sollte, ihrem Partner bei der Abtragung seiner Schulden zu helfen. Letzteres war nämlich Voraussetzung für seine Bank, ihm einen neuen Kredit für die Anschaffung eines dringend benötigten Pkw zu gewähren. Das Auto diente dabei ausschließlich den Interessen des Mannes. Die Frau blieb aber nun mit der laufenden Tilgung ihres Kredits belastet und zwar über die Dauer der

¹⁴⁵ So auch BGH, NJW 1983, 1055; zustimmend *Schlüter* (Fn. 5) Rn. 511.

¹⁴⁶ Unverständlicher Weise abl. OLG Oldenburg, FamRZ 1986, 465, 466.

¹⁴⁷ BGH, NJW 1983, 1055.

¹⁴⁸ BGH, NJW 1981, 1502; ganz ähnlich mit gleicher Argumentation OLG Frankfurt, NJW 1985, 810.

Lebensgemeinschaft hinaus. Nach Trennung wollte sie aber entschädigt werden. Da die Kreditaufnahme durch die Frau als Geschäftsbesorgung im Interesse des Mannes zu deuten war,¹⁴⁹ bestand laut BGH grundsätzlich ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 670 BGB. Allerdings differenzierte der BGH nach der Zeit der Zins- und Tilgungsleistungen.¹⁵⁰ Für die Leistungen während bestehender Lebensgemeinschaft sei kein Ausgleich geschuldet, weil insoweit der Grundsatz der Nichtaufrechenbarkeit gelte. Für die erst nach Trennung erbrachten Leistungen sei der Anspruch aber zu bejahen, weil „sich die Partnerschaft nach ihrer Beendigung wegen solcher Schulden nicht mehr zu Lasten der Frau auswirken könne“.¹⁵¹ Zwar fiel der eigentliche Verpflichtungstatbestand auch hier in die Zeit der Lebensgemeinschaft, der entscheidende Unterschied zum Handwerkerfall lag aber wohl darin, dass die Kreditaufnahme nicht als Beitrag zur Verwirklichung des gemeinsamen Zusammenlebens,¹⁵² sondern als Geschäftsführung nur für den Partner zu deuten war.

Somit kann Folgendes festgehalten werden: Leistungen auf Schulden des Partners wie auch die Eingehung von Verbindlichkeiten, die (ganz oder teilweise) wirtschaftlich dem Partner zugute kommen, führen laut BGH nicht zu Ausgleichsansprüchen, soweit entsprechende Leistungen noch während der Lebensgemeinschaft erbracht werden. Ausnahmen werden nur bei Tilgungs- und Zinszahlungen gemacht, die erst nach Trennung der Partner fällig werden.

III. Kritik an der Linie des BGH

Der Grundansatz des BGH, die These der Nichtaufrechenbarkeit der Leistungen auch auf § 426 I BGB und andere Schuldübernahmefälle zu erstrecken, blieb nicht ohne Kritik.¹⁵³ Es fehlt auch ein empirischer Nachweis dafür, dass die Nichtausgleichung unter unverheirateten Partnern der Normalfall sein soll, wenn die zu Grunde liegende Verbindlichkeit ausschließlich den Interessen des anderen dient. Es wird daher vorgeschlagen, auf den konkreten Einzelfall bzw. das jeweilige Innenverhältnis abzustellen, wie es der Wortlaut von § 426 I BGB eigentlich auch nahe legt. Entscheidend ist demnach der mit der Verschuldung verbundene Zweck.¹⁵⁴ Dient dieser bzw. der Kredit ausschließlich den Inte-

¹⁴⁹ Der BGH ließ offen, ob es sich um einen Fall von § 662 oder § 677 BGB handelte.

¹⁵⁰ Zustimmend *Krause*, JuS 1989, 455, 459; krit. insoweit *Schwab* (Fn. 8) Rn. 841, der einen vollen Anspruch geben will; so auch *Koch*, FamRZ 1987, 240, 241; *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 58.

¹⁵¹ BGH, NJW 1981, 1502, 1503; so auch OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 1013, 1014; OLG Karlsruhe, FamRZ 1986, 1095; OLG Saarbrücken, FamRZ 1998, 738, 739.

¹⁵² Dann bliebe es beim Grundsatz der Nichtaufrechenbarkeit, vgl. OLG Oldenburg, FamRZ 1986, 465, 466.

¹⁵³ *Hausmann* (Fn. 2) 334 ff.; *Rauscher* (Fn. 16) Rn. 738; *Lipp*, Familienrecht (Fn. 98), Rn. 269; *Schwab* (Fn. 8) Rn. 867; *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 407; *Koch*, FamRZ 1987, 240, 241 bez. OLG Karlsruhe, FamRZ 1986, 1095.

¹⁵⁴ So auch *Lipp*, JuS 1982, 17, 21.

ressen eines Partners, z.B. seinen Konsumbedürfnissen oder seiner Berufsausübung, seinen Kindern etc., so ergibt sich regelmäßig für das Innenverhältnis, dass die Schuld allein von diesem Partner zu tragen sei,¹⁵⁵ und zwar unabhängig vom Zeitpunkt der Zahlungen.¹⁵⁶ Zahlt der andere, stehe ihm gemäß § 426 I BGB grundsätzlich ein voller Regressanspruch zu. Dient der Kredit den gemeinsamen Interessen, folge daraus meist eine gemeinsame Verpflichtung. Die Belastung im Innenverhältnis habe damit grundsätzlich in dem Verhältnis zu erfolgen, in dem der Gegenwert dem Vermögen des einen oder anderen Partners zugeflossen ist.¹⁵⁷ Von diesen Grundsätzen ausgehend bedarf es einer besonderen Begründung im Einzelfall, wenn Regressansprüche ganz ausscheiden sollen. Dies kann aber der Fall sein, wenn ein Partner seine Leistung als laufenden Beitrag zur Lebensgemeinschaft begriffen hat oder er den anderen bewusst bereichern wollte. Und schließlich kann der Umstand, dass nur eine Seite erwerbstätig ist und über laufende Einkünfte verfügt, im Innenverhältnis dafür sprechen, dass dieser Teil die Schuld allein abzutragen hat.¹⁵⁸ Das bedarf aber genauerer Begründung. Ist zu all den genannten Aspekten nichts Näheres zu ermitteln, wäre auf den Halbteilungsgrundsatz des § 462 I BGB zurückzugreifen.

IV. Stellungnahme

Dieser differenzierende Standpunkt ist vorzugswürdig, weil er auf die Besonderheiten des Einzelfalls mehr Rücksicht nimmt.¹⁵⁹ Wenn und soweit die Abtragung von Schulden des Partners als unselbstständiger Beitrag zum Unterhalt der Lebensgemeinschaft oder als endgültige Schenkung zu werten ist, scheiden Ansprüche aus. Ähnliches gilt, wenn die Lebensgemeinschaft durch Tod des ausgleichsberechtigten Partners aufgelöst worden ist und angenommen werden kann, dass dieser keine Regressansprüche erhoben hätte. In allen anderen Fällen jedoch ist davon auszugehen, dass die Mithaftung für Kreditschulden, die ausschließlich im Interesse des Partners eingegangen wurden, oder auch die Übernahme solcher Schulden grundsätzlich zu Ausgleichsansprüchen führt, und zwar zeitpunktunabhängig. Es kann nicht darauf ankommen, ob die Tilgung noch voll während der Lebensgemeinschaft erfolgt oder teilweise erst danach.¹⁶⁰ Warum sollten denn auch Ansprüche aus längerfristigen Verbindlich-

¹⁵⁵ OLG Hamm, FamRZ 2001, 95. In diesem Sinne auch *Lüderitz* (Fn. 40) Rn. 96; *Grziwotz* (Fn. 5) § 21 I 3 b); so wohl auch OLG Köln, NJW-RR 1995, 1282; *Lange* (Fn. 5) Nehel LG, Rn. 101.

¹⁵⁶ *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 58.

¹⁵⁷ OLG Köln, NJW-RR 1995, 1282.

¹⁵⁸ In diesem Sinne verfährt die Rechtsprechung auch bei Ehegatten mit „Hausfrauenehe“, vgl. BGH, FamRZ 1983, 797, 799.

¹⁵⁹ So auch *Wacke* (Fn. 5) Nach § 1302 BGB, Rn. 58.

¹⁶⁰ LG Bamberg, NJW 1988, 1219; *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 407; *Grziwotz* (Fn. 5) § 21 I 3 b).

keiten über die Dauer der Lebensgemeinschaft hinaus zufällig teilweise zum Erfolg führen, die rasche Leistung von größeren Tilgungssummen aber bestraft werden? Der Zeitpunkt der Zahlungen kann nicht der allein ausschlaggebende Aspekt sein. Wie der Wortlaut von § 426 I BGB nahe legt, muss stets eine einzelfallbezogene Prüfung stattfinden. Daher ist die Belastung in dem Verhältnis aufzuteilen, in dem der erlangte Gegenwert dem Vermögen des einen oder anderen Partners zugeflossen ist. Im Übrigen wäre hilfsweise immer noch auf den Halbbeteiligungsgrundsatz von § 426 I BGB zurückzugreifen. Ähnliches hat für Ansprüche auf Aufwendungsersatz aus Auftrag bzw. Geschäftsführung ohne Auftrag zu gelten.¹⁶¹ Freilich wird man in vielen Fällen zu ähnlichen Ergebnissen wie der BGH kommen. Oft werden Leistungen während bestehender Lebensgemeinschaft tatsächlich als unselbstständiger Beitrag zum laufenden Unterhalt eingestuft werden können, aber eben nicht zwangsläufig.

V. Bürgschaftsfälle

Wird eine Bürgschaft für eine Schuld des Partners übernommen und zahlt der Bürge, bestimmt § 774 I 1 BGB zu seinen Gunsten den gesetzlichen Forderungsübergang. Der Anspruch, z.B. aus § 488 I BGB bei Darlehensschulden, steht dann dem Bürgen gegen seinen Partner zu. Allerdings bestimmt § 774 I 2 BGB, dass Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis unberührt bleiben. Insofern würde der BGH hier wohl wiederum den für die nichteheliche Lebensgemeinschaft aufgestellten Grundsatz der Nichtausgleichung zur Geltung bringen,¹⁶² es sei denn, die Zahlungen erfolgten erst nach Beendigung der Lebensgemeinschaft und die Schulden waren ausschließlich im Interesse des Partners eingegangen worden. In letzterem Fall würde laut Rechtsprechung wiederum gelten, dass sich die Partnerschaft nach ihrer Beendigung wegen solcher Schulden nicht mehr zu Lasten des Bürgen auswirken darf.¹⁶³ Diese Argumentation ist aus den genannten Gründen aber auch für Bürgschaftsfälle abzulehnen.

Einen anderen Weg geht dementsprechend das OLG Hamm. Es vertritt die Auffassung, dass sich schon aus der Natur der Bürgschaft ergebe, dass stets eine nur subsidiäre Verpflichtung des Partners vorliege.¹⁶⁴ Daher habe der Bürge regelmäßig einen vollen Rückgriffsanspruch gegen seinen Partner, sofern die zu Grunde liegende Kreditverpflichtung allein seinen Interessen diene. Dagegen spricht jedoch, dass die Art der Verpflichtung im Außenverhältnis – Schuldbeitritt oder Bürgschaft – noch keine zwingenden Anhaltspunkte für das Innenverhältnis liefern kann.¹⁶⁵ Es hat vielmehr auch bei der Zahlung des

¹⁶¹ Bejahend etwa OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 1013, 1014.

¹⁶² So auch OLG Celle, NJW 1983, 1063, 1064; LG Bamberg, NJW 1988, 1219.

¹⁶³ OLG Celle, NJW 1983, 1063, 1064.

¹⁶⁴ NJW-RR 1989, 624, 625.

¹⁶⁵ Vgl. Hausmann (Fn. 2) 356.

Partners als Bürgen bei den zuvor (III. und IV.) dargestellten Grundsätzen zu verbleiben, die einzelfallorientiert v.a. darauf abstellen, wem der Gegenwert der jeweiligen Summe wirtschaftlich zu Gute kommt.¹⁶⁶

G. Schlussbetrachtung

Es hat sich gezeigt, dass die wichtigsten vermögensrechtlichen Ausgleichsprobleme im Trennungsfall mit Hilfe des bestehenden rechtlichen Instrumentariums an sich zu lösen wären, sei es mit dem Bereicherungsrecht oder – meines Erachtens vorzugswürdig – mit der Geschäftsgrundlagenlehre. Insoweit ginge es letztlich nur darum, den BGH davon zu überzeugen, einige Grundsätze seiner Ehegattenrechtsprechung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken. Im neuen Jahrtausend sollte die Zeit dafür reif sein.

Bedarf für eine gesetzliche Lösung bestände dann an sich nicht.¹⁶⁷ Schließlich wäre es auch höchst schwierig, die genauen Tatbestandsvoraussetzungen für Ausgleichsansprüche klar zu definieren. Letztlich liefe wohl alles nur auf eine Art Billigkeitsklausel hinaus, die nicht mehr Rechtssicherheit schaffen würde als die hier vorgeschlagene Lösung auf Basis der Geschäftsgrundlagenlehre. Sofern der BGH jedoch auf seinem restriktiven Kurs beharren sollte, scheint Abhilfe tatsächlich nur durch ein Tätigwerden des Gesetzgebers möglich zu sein. Dann wäre auch zu überlegen, ob man nicht einen ganz anderen Weg gehen will und etwa nach dem Vorbild des französischen PACS (*pacte civil de solidarité*) ein neues familienrechtliches Institut unterhalb der Ehe schafft. Mir wäre diese Idee nicht unsympathisch.¹⁶⁸

H. Zusammenfassung in Thesen

1. Werden während der Lebensgemeinschaft Hausratsgegenstände angeschafft, ist grundsätzlich nicht von Miteigentum der Partner auszugehen, sondern auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Lässt sich nichts Näheres ermitteln, hat im Zweifel derjenige Eigentum erworben, der den betreffenden Gegenstand bezahlt hat. Nur hilfsweise gilt die Vermutung des § 1006 BGB, die bei Mitbesitz auf Miteigentum schließen lässt.

2. Im Hinblick auf finanzielle Ausgleichsansprüche vertritt der BGH die These vom „Grundsatz der Nichtausgleichung“. Danach begründet die nichteheliche

¹⁶⁶ So auch *Hausmann* (Fn. 2) 356.

¹⁶⁷ Abl. auch *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 415; vgl. auch *Lieb* (Fn. 10) A 8, der eine gesetzliche Gesamtregelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als utopisch bezeichnet hatte.

¹⁶⁸ Weiterhin könnte nach schwedischem Vorbild nach bestimmter Form und Dauer des Zusammenlebens eine Art Zugewinnausgleich kraft Gesetzes eingeführt werden, vgl. dazu *Coester-Waltjen*, NJW 1988, 2085, 2090.

Lebensgemeinschaft auch in wirtschaftlicher Hinsicht keine Rechtsgemeinschaft. Wirtschaftliche Leistungen werden daher nicht gegeneinander aufgerechnet, so dass bei Beendigung der Lebensgemeinschaft grundsätzlich keine Ausgleichsansprüche bestehen. Zutreffend ist diese These zur Behandlung der laufenden beiderseitigen Beiträge zum Unterhalt der Lebensgemeinschaft. Es wäre auch praktisch unmöglich, nachträglich alle Beiträge zu erfassen und zu verrechnen.

3. In Ausnahmefällen gewährt der BGH auf Basis der §§ 730 ff. BGB analog einen Ausgleichsanspruch aus Gesellschaftsrecht. Voraussetzung dafür ist, dass die Partner, über die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinaus, durch erhebliche beiderseitige Beiträge einen Vermögenswert (Immobilie, Unternehmen) in der Absicht gemeinschaftlicher Wertschöpfung erworben oder geschaffen haben.

4. Die Rechtsprechung des BGH gibt insbesondere in folgenden Punkten Anlass zu Kritik: Der Aspekt der „gemeinschaftlichen Wertschöpfung“ ist als entscheidendes Abgrenzungskriterium ungeeignet. Fälle der Übertragung von Immobilienbesitz lassen sich auf Basis des gesellschaftsrechtlichen Ansatzes nicht lösen. Die gesellschaftsrechtliche Lösung kann die Fälle der Trennung durch Tod nicht interessengerecht bewältigen.

5. Der Vorschlag, die Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in wirtschaftlicher Hinsicht umfassend dem Gesellschaftsrecht (§§ 730 ff. BGB) zu unterstellen, ist abzulehnen. Man käme im Ergebnis zu einer Art Zugewinnausgleich und damit zu weitergehenden Rechtsfolgen als bei einer Ehe mit Gütertrennung.

6. Auch eine Lösung nach Bereicherungsrecht (§ 812 I 2, 2. Alt. BGB, sog. *condictio ob rem*) kann im Regelfall nicht überzeugen. Insbesondere bestände die Gefahr, zu viele Einzelleistungen einem Bereicherungsausgleich zu unterziehen.

7. Den besten Ansatzpunkt für die Beurteilung von Ausgleichsansprüchen bietet die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt § 313 BGB). Insofern kann angeknüpft werden an die gefestigte Rechtsprechung des BGH zu Zuwendungen unter Ehegatten.

8. Die Voraussetzungen für einen Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage können wie folgt gefasst werden:

a) Durch Leistungen eines Partners muss auf Seiten des anderen Partners eine Vermögensmehrung eingetreten sein, die bei Beendigung der Lebensgemeinschaft noch (ganz oder teilweise) messbar vorhanden ist.

b) Die Leistung müsste nach Art, Umfang und Zweck auch dazu gedient haben, die Lebensgemeinschaft mittel- oder langfristig abzusichern und darin ihre Geschäftsgrundlage gefunden haben, so dass im Fall der vorzeitigen Trennung vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gesprochen werden kann.

c) Das Festhalten an der erfolgten Vermögensverschiebung nach Auflösung der Lebensgemeinschaft müsste für den Leistenden unzumutbar sein.

9. Auch bei Regressansprüchen zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aus § 426 I BGB geht der BGH vom Grundsatz der Nichtausgleichung aus, so dass Ansprüche regelmäßig scheitern. Etwas anderes gilt nur für Tilgungs- und Zinszahlungen, die ein Partner erst nach Beendigung der Lebensgemeinschaft zu Gunsten des anderen Partners leistet. In solchen Fällen bejaht der BGH ausnahmsweise Ansprüche aus Auftrag bzw. Geschäftsführung ohne Auftrag. Entgegen der Rechtsprechung des BGH sind Ansprüche aus § 426 I BGB oder auch aus § 774 I BGB einzelfallabhängig zu beurteilen. Sofern die zu Grunde liegende Verbindlichkeit ausschließlich den Interessen des Partners diene, sind Regressansprüche regelmäßig zu bejahen und zwar unabhängig vom Zeitpunkt der Leistung auf die Schuld.

10. In der Gesamtsicht zeigt sich, dass die wichtigsten vermögensrechtlichen Ausgleichsfragen bei der Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften durchaus mit Hilfe des bestehenden rechtlichen Instrumentariums zu lösen wären. Sofern der BGH jedoch weiterhin an seiner zu restriktiven Rechtsprechung festhalten sollte, bedarf es einer Lösung durch den Gesetzgeber.

Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder

NINA DETHLOFF

- A. Einleitung
- B. Rechtsstatsächliche Grundlagen
- C. Rechtliche Regelungen
 - I. Eltern-Kind-Beziehung
 - 1. Gemeinsame Kinder
 - 2. Stiefkinder
 - 3. Zwischenergebnis
- II. Paarbeziehung
 - 1. Unterhalt
 - 2. Beteiligung am Vermögenszuwachs
 - 3. Wohnung
- D. Schluss

A. Einleitung

Die familiären Lebensformen haben sich in Deutschland stark gewandelt. Fast fünf Millionen Menschen leben heute in nichtehelichen Lebensgemeinschaften.¹ In einer steigenden Zahl dieser Partnerschaften wachsen Kinder auf. Familien bestehen zunehmend auch ohne Ehe. Gleichwohl knüpft eine Vielzahl von Vorschriften des deutschen Rechts nicht an das Bestehen einer Lebensgemeinschaft zwischen den Eltern, sondern nach wie vor an die Ehe an. Damit stellt sich die Frage, ob das geltende Recht den gesellschaftlichen Verhältnissen noch entspricht. Einleitend wird der Blick auf die Rechtswirklichkeit gerichtet: Wie leben unverheiratete Partner mit Kindern heute (B.)? Sodann wird untersucht, inwieweit die bestehenden rechtlichen Regelungen der Vielfalt der Familienformen gerecht werden (C.).

B. Rechtsstatsächliche Grundlagen

Im Jahr 2002 lebten in fast 30 % der knapp 2,3 Millionen nichtehelichen Lebensgemeinschaften² Kinder.³ In den alten Bundesländern waren es etwa

¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik, Ausgewählte Ergebnisse des Mikrozensus 2003, Tabelle A1-22: <www.bmfsfj.de/Redaktion/BMFSFJ/Abteilung2/Newsletter/Zukunft-Familie/2004-05/Medien/aktualisierung-familie-im-spiegel.pdf>.

² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Leben und Arbeiten in Deutschland – Ergebnisse des Mikrozensus 2002, S. 20 Schaubild 9: früheres Bundesgebiet: 1,7 Mio. nichteheliche Lebensgemeinschaften; Neue Bundesländer: 543.000 Gemeinschaften.

25 %, in den neuen Bundesländern etwa das Doppelte.⁴ In Westdeutschland hat der Anteil der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern jedoch kontinuierlich zugenommen: Von 1996 bis zum Jahr 2002 ist er um mehr als 50 % auf 430.000 Kinder gestiegen.⁵ Die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ohne Kinder ist im selben Zeitraum dagegen nur um etwa 17 % angestiegen.⁶ Insgesamt waren damit im Jahr 2002 6 % der Eltern-Kind-Gemeinschaften Lebensgemeinschaften mit Kindern, 75 % waren Ehepaare mit Kindern, der Rest Ein-Eltern-Familien.⁷ Mehr als die Hälfte der minderjährigen Kinder in Lebensgemeinschaften wachsen mit Geschwistern im Haushalt auf.⁸

Nur zu einem relativ geringen Teil handelt es sich bei den Kindern in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft um gemeinsame Kinder der Partner.⁹ Der weitaus größere Teil stammt aus vorangegangenen Beziehungen eines oder beider Partner.¹⁰ Überwiegend bringen Frauen Kinder mit in die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Im Jahr 2002 lebten in etwa 68 % der nichtehelichen Lebensgemeinschaften nur Kinder der Frau, in ca. 28 % lediglich Kinder des Mannes.¹¹ Der Anteil der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern der Frau und des Mannes lag dagegen nur bei knapp 5 %.¹² Hierbei handelt es sich sowohl um gemeinsame Kinder als auch um Kinder beider Partner aus vorangegangenen Beziehungen.¹³ Bei fast der Hälfte der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern ist mindestens ein Partner geschieden, bei mehr als 20 % sogar beide Partner.¹⁴

Die Geburt eines Kindes führt vor allem in den alten Bundesländern nach wie vor in der Mehrzahl der Fälle zu einer Eheschließung. Von den westdeut-

³ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 20 Schaubild 9, das sind absolut etwa 703.000 Lebensgemeinschaften mit Kindern.

⁴ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 20 f.

⁵ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 20 Schaubild und erklärender Text S. 19 f. In Ostdeutschland hingegen ist der Anteil der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern seit 1996 in etwa auf demselben Niveau, nämlich um die 50%, geblieben.

⁶ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 20 Schaubild 9 (absoluter Wert 1,3 Mio.).

⁷ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 15 Schaubild 4.

⁸ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 34, im Vergleich dazu haben 80 % der minderjährigen Kinder von Ehepaaren Geschwister.

⁹ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 22 Schaubild 11: 5 % im früheren Bundesgebiet, 4 % in den Neuen Ländern.

¹⁰ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 22 Schaubild 11.

¹¹ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 22 Schaubild 11.

¹² Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 22 Schaubild 11 (Zahl für Gesamtdeutschland 4,6 %, Westdeutschland 5 %, Ostdeutschland 4 %).

¹³ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 22.

¹⁴ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend/Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik-Lebensformen, Familienstrukturen, wirtschaftliche Situation der Familien und familiendemographische Entwicklung in Deutschland, 2003, S. 47 Abb. 22: In 9,5 % der Fälle ist der Mann geschieden und die Frau ledig, in 16,6 % der Fälle ist der Mann ledig und die Frau geschieden, in 21,2 % der Fälle sind beide Partner geschieden.

schen Frauen, die bei der Konzeption in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebten, waren ein Jahr nach der Geburt mehr als 66 % verheiratet.¹⁵ Anders sieht dies in den neuen Bundesländern aus: Dort betrug der Anteil der Eheschließungen während des der Geburt folgenden Jahres nur knapp 30 %, fast 65 % der Paare lebten immer noch in nichtehelicher Lebensgemeinschaft.¹⁶ Die nichteheliche Lebensgemeinschaft stellt damit zum einen eine Lebensform in der Anfangsphase der Paarbildung dar, die bei Geburt eines Kindes – zwar nach wie vor in der Mehrzahl der Fälle, aber mit abnehmender Tendenz – zu einer Institutionalisierung führt.¹⁷ Vor allem handelt es sich bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften – gerade auch mit Kindern – aber um eine Lebensform, die Paare nach dem Scheitern einer früheren Beziehung wählen.

Mehr als 40 % der Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften sind Stiefkinder.¹⁸ Die Stieffamilie oder rekonstituierte Familie tritt damit bei unverheirateten Partnern neben die Kernfamilie. Fast ein Drittel aller Stiefkinder leben in einer nichtehelichen Beziehung.¹⁹ Maßgeblich für Intensität und Qualität der Beziehungen zwischen dem Kind und dem Partner des leiblichen Elternteils sind insbesondere das Alter des Kindes, in dem sein Elternteil die neue Beziehung eingegangen ist, sowie die Dauer der häuslichen Gemeinschaft. Hat ein Stiefelternteil schon im Kleinkindalter die Betreuung übernommen und bestanden keine oder kaum Beziehungen zum anderen leiblichen Elternteil, so wird regelmäßig ein faktisches Eltern-Kind-Verhältnis bestehen.²⁰ Aber auch wenn das Kind bei Beendigung der Beziehung schon älter war und weiterhin eine Beziehung zum leiblichen Elternteil besteht, kann bei positiver Bewältigung nach längerer Zeit ein soziales Eltern-Kind-Verhältnis entstehen. Folge ist

¹⁵ Huinink/Konietzka, Lebensformen und Familiengründung, Nichteeliche Elternschaft in Ost- und Westdeutschland in den 1990-er Jahren, in: Bien/Marbach (Hrsg.), Partnerschaft und Familiengründung, Ergebnisse der dritten Welle des Familien-Survey, 2003, S. 65, 79 Tab. 3 (insgesamt waren ein Jahr nach der Geburt fast drei Viertel der Frauen verheiratet).

¹⁶ Huinink/Konietzka (Fn. 15) 79 Tab. 3.

¹⁷ Vgl. die Daten bei Lauterbach, Die Dauer Nichteelicher Lebensgemeinschaften, Alternative oder Vorphase der Ehe?, in: Klein/Lauterbach (Hrsg), Nichteeliche Lebensgemeinschaften, Analysen zum Wandel partnerschaftlicher Lebensformen, 1999, S. 269, 296 ff. und Huinink/Konietzka (Fn. 15) 79 Tab. 3.

¹⁸ Teubner, Wie viele Stieffamilien gibt es in Deutschland?, in: Bien/Hartl/Teubner (Hrsg.), Stieffamilien in Deutschland, 2002, S. 2 (31 Abb. 2) hingegen sind nur 4 % der Kinder in Ehen Stiefkinder.

¹⁹ Teubner (Fn. 18) 30: Dabei ist die Dominanz der Stiefvaterfamilie auffällig, 91 % der Stiefkinder leben mit der leiblichen Mutter und einem Stiefvater zusammen, 35 Abb. 4.

²⁰ Teubner (Fn. 18) 183 ff. insbesondere Abb. 6,7 Tab. 3,4,5: Etwa 30 % der Kinder haben mehrmals im Monat persönlichen Kontakt zu dem externen Elternteil; immerhin 32 % haben gar keinen Kontakt zu ihrem externen Elternteil, dabei ist festzustellen, dass u.a. die Trennungsdauer (mit zunehmender Trennungsdauer geht die Häufigkeit der Treffen zurück und es steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Kontakt ganz abbricht), die Verehelichung der Stieffamilie, die Geburt eines Kindes in der Stieffamilie und eine Partnerschaft des externen Elternteils die Kontaktwahrscheinlichkeit und die Kontakthäufigkeit negativ beeinflussen.

das Bestehen multipler Elternschaften.²¹ Rekonstituierte Familien sind angesichts der meist großen psychischen Belastungen insgesamt relativ instabil. Dies gilt nicht nur für solche, die auf einer Ehe gründen, sondern auch für nichteheliche Stieffamilien. Die emotionale Bindung zum Stiefelternteil besteht grundsätzlich auch nach einer Trennung von leiblichem Elternteil und Stiefelternteil fort.

Ganz überwiegend handelt es sich bei den nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern um Paare verschiedenen Geschlechts. Zunehmend leben aber auch gleichgeschlechtliche Partner mit Kindern aus einer vorangegangenen Beziehung zusammen.²² Im Jahr 2002 gab es dem Mikrozensus zufolge 53.000 gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften.²³ Schätzungen zufolge lag die tatsächliche Anzahl aber etwa bei 148.000.²⁴ In circa 13 % der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften wuchsen Kinder auf.²⁵ Nach der Erhebung lebten daher etwa 10.600 Kinder in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften,²⁶ den Schätzungen zufolge handelte es sich um 30.000 bis 35.000 Kinder.²⁷ Da bislang nur ein geringer Teil der Paare gleichen Geschlechts eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet hat,²⁸ leben die meisten dieser Kinder in einer nicht formalisierten Partnerschaft. Auch diese Lebensgemeinschaften mit Kindern werden in die Betrachtung einbezogen.

Elternschaft und die Betreuung von Kindern haben Auswirkungen auf eine Partnerschaft. Dies gilt zwar in stärkerem Maße für die Ehe, aber auch für

²¹ Vgl. hierzu und insbesondere für den Fall des Einsatzes künstlicher Fortpflanzungsmethoden *Gross/Honer*, Multiple Elternschaften, Neue Reproduktionstechnologien, Individualisierungsprozesse und die Veränderung von Familienkonstellationen, Soziale Welt 1990, 97.

²² Vgl. hierzu die Ausführungen von *Fthenakis*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und kindliche Entwicklung, in: Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, 2000, S. 351, 365–372.

²³ *Eggen*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften – Gegenwart und künftige Entwicklungen, Praxis der Rechtspsychologie 13 (1) März 2003, 25, 26 und 39 Tabelle 1, Wert für 2001: 49.200 (das sind 0,2 % der Paargemeinschaften insgesamt); Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 25 Tabelle 4, Wert für 2002: 53.000.

²⁴ *Thorn*, The German Law On Same-Sex Partnerships, in: Boele/Woelki/Fuchs (Hrsg.), Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe, 2003, S. 84: 147.000; *Eggen* (Fn. 23) 26 Fußn. 1: 147.000; Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 25: 148.000; *Hahlen*, Statement auf der Pressekonferenz „Leben und Arbeiten in Deutschland – Mikrozensus 2001“, Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 3.5.2002: <www.destatis.de/presse/deutsch/pm2002/p1531024.htm> 150.000 für das Jahr 2001.

²⁵ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 25; *Eggen* (Fn. 23) 25, 26 und 39 Tabelle 1: 16 % der Gemeinschaften leben mit Kindern zusammen.

²⁶ Statistisches Bundesamt (Fn. 2) 25: 10.600 Kinder; *Eggen* (Fn. 23) 39 Tabelle 1: 10.800 Kinder; *Hahlen* (Fn. 24).

²⁷ *Eggen*, Kinder in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, in: Das Online Familienhandbuch: <www.familienhandbuch.de/cmain/f_Fachbeitrag/a_Kindheitsforschung/s_985.html>.

²⁸ *Eggen* (Fn. 23) 36: In den ersten zwölf Monaten haben sich etwa 6.400 Partnerschaften registrieren lassen.

nichteheliche Lebensgemeinschaften. Vor allem in den alten Bundesländern herrscht nicht nur dann, wenn die Eltern verheiratet sind, sondern auch in nichtehelichen Lebensgemeinschaften nach wie vor eine funktionale Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen vor. Mütter brechen immer noch häufiger als Väter zur Kindererziehung ihre Ausbildung ab oder geben ihre Erwerbstätigkeit auf. Sie gehen aus Gründen der Familienarbeit öfter als Männer über längere Zeit keiner außerhäuslichen Erwerbstätigkeit oder nur einer Teilzeitbeschäftigung nach. Die Erwerbstätigkeit und insbesondere auch die Vollzeitätigkeit der Mütter hängt erheblich sowohl vom Alter als auch von der Anzahl der Kinder ab.²⁹ Bis zu einem Alter des Kindes – bzw. bei mehreren Kindern des jüngsten Kindes – von drei Jahren sind 55 % der Frauen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften vom Erwerb des Partners bzw. von den Eltern abhängig.³⁰ Überschreitet das jüngste Kind das Alter von drei Jahren, so sind noch 22 % der Frauen vom Erwerb des Partners oder den Eltern abhängig, 64 % haben ihren eigenen Erwerb als Hauptunterhaltsquelle.³¹ In Westdeutschland sind nach Erreichen des dritten Lebensjahres des jüngsten Kindes 40 % der Partnerinnen nur in Teilzeit beschäftigt, während 30 % in Vollzeit arbeiten.³² In Ostdeutschland arbeiten nur 12 % Teilzeit, 62 % dagegen Vollzeit.³³ Insgesamt sind in den neuen Bundesländern Frauen mit Kindern in nichtehelichen Lebensgemeinschaften ebenso wie verheiratete Frauen zwei- bis dreimal so häufig Vollzeit erwerbstätig wie in den alten Bundesländern.³⁴ Die Erwerbsbeteiligung von Männern hängt demgegenüber kaum von der Familienkonstellation ab.³⁵ Unterschiede im Erwerbsverhalten zeigen sich ferner im Vergleich zwischen Kern- und Stieffamilien. Vor allem in den alten Bundesländern folgen Kern-

²⁹ Familienministerium (Fn. 14) 107 Tabelle 32; 111 Abbildung 57 105 ff.

³⁰ *Kreyenfeld/Konietzka*, Neue Familienformen im konservativen Wohlfahrtsstaat? Heirat, Familiengründung und Lebensformen in Ost- und Westdeutschland: Eine Analyse der Mikrozensus 1996 und 2000, vorläufige Fassung 2003, S. 34 Tabelle 4 (diese Werte beziehen sich auf Westdeutschland): <www.gesis.org/dauerbeobachtung/mikrodaten/documents/veranstaltungen/nutzerkonferenz2003/paper/text%5Fkreyenfeld%5Fkonietzka.pdf>.

³¹ *Kreyenfeld/Konietzka* (Fn. 30) 34 Tabelle 4.

³² *Kreyenfeld/Konietzka* (Fn. 30) 31 Tabelle 3, demgegenüber arbeiten in der gleichen Situation 42 % der Ehefrauen Teilzeit und nur 16 % Vollzeit.

³³ *Kreyenfeld/Konietzka* (Fn. 30) 31 Tabelle 3, demgegenüber arbeiten in der gleichen Situation 14 % der Ehefrauen Teilzeit und 55 % Vollzeit.

³⁴ *Kreyenfeld/Konietzka* (Fn. 30) 31 Tabelle 3, hiernach sind in Westdeutschland 30 % der Partnerinnen mit Kindern in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Vollzeit erwerbstätig, während es in Ostdeutschland 61 % sind. Von den Ehepartnerinnen mit Kindern sind in Westdeutschland 16 % Vollzeit erwerbstätig gegenüber 55 % in Ostdeutschland.

³⁵ Familienministerium (Fn. 14) 113. Männer mit größeren Familien sind zu einem etwas höheren Prozentsatz erwerbstätig und dabei öfter Vollzeit erwerbstätig als Männer ohne oder mit nur einem Kind im Haushalt, vgl. Abb. 60 und Abb. 61.

familien stärker dem traditionellen Muster der Erwerbstätigkeit mit einem Vollzeit erwerbstätigen Elternteil als dies Stieffamilien tun.³⁶

Partner gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften unterscheiden sich in ihrem Erwerbsverhalten nicht wesentlich von dem heterosexueller nichtehelicher Lebensgemeinschaften.³⁷ In rund zwei Drittel der Gemeinschaften sind beide Partner erwerbstätig.³⁸ Das Erwerbsverhalten gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften mit Kindern weicht kaum von diesem Bild ab.

C. Rechtliche Regelungen

Vor dem Hintergrund dieser Rechtstatsachen stellt sich die Frage, ob das geltende Recht der Lebenswirklichkeit gerecht wird: Erstens betrifft dies die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern. Wie wird ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis begründet und wie ist es ausgestaltet (I.)? Zweitens sind die Rechtsverhältnisse der Partner untereinander zu betrachten, die unverheiratet mit Kindern in einer Lebensgemeinschaft zusammenleben (II.).

I. Eltern-Kind-Beziehung

Hinsichtlich der Eltern-Kind-Beziehung ist danach zu unterscheiden, ob die nicht miteinander verheirateten Partner gemeinsame Kinder haben (1.) oder mit Kindern des einen oder beider Partner aus einer vorangegangenen Beziehung zusammenleben (2.).

1. Gemeinsame Kinder

a) Vaterschaft

Wird ein Kind in eine nichteheliche Lebensgemeinschaft hineingeboren, so ist der Partner – anders als der Ehemann der Mutter bei Geburt während Bestehens der Ehe, § 1592 Nr. 1 BGB – nicht rechtlicher Vater des Kindes. Eine Zuordnung des Kindes zu dem mit der Mutter nicht verheirateten Mann erfordert vielmehr eine Anerkennung der Vaterschaft oder deren gerichtliche Feststellung, § 1592 Nr. 2 und 3 BGB. Ist eine solche Differenzierung geboten oder sollte auch die nichteheliche Gemeinschaft Basis für die Vaterschaft sein? Die

³⁶ Teubner (Fn. 18) 104 f. (Abb. 1), hiernach liegt für Gesamtdeutschland der Anteil an Kernfamilien, in denen ein Elternteil Vollzeit erwerbstätig ist, bei 61 %, während der Anteil der Kernfamilien, in denen beide Elternteile Vollzeit erwerbstätig sind, bei nur 9 % liegt. In Stieffamilien ist hingegen in 44 % der Fälle ein Elternteil Vollzeit erwerbstätig, während immerhin in 22 % der Stieffamilien beide Eltern Vollzeit arbeiten.

³⁷ Eggen (Fn. 23) 29.

³⁸ Eggen (Fn. 23) 29.

Ehe der Mutter stellt deshalb die Grundlage der Zuordnung zu einem Mann dar, weil die Lebenserfahrung dafür spricht, dass dieser auch tatsächlich der Vater des Kindes ist.³⁹ Hierbei ist Anknüpfungspunkt der Zuordnung nicht eine „Beiwohnungsvermutung“, sondern lediglich die Tatsache des Bestehens einer Ehe.⁴⁰ Lebt eine Frau mit einem Mann in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen, so spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit auch hier für die Vaterschaft des Partners. Auch bei Kindern, die in einer Ehe geboren werden, ist nicht ausgeschlossen, dass der Ehemann nicht der Vater ist.⁴¹ Erheblich wahrscheinlicher wird die Vaterschaft des unverheiratet mit der Mutter zusammenlebenden Mannes sogar sein als die eines Ehemannes, der von der Mutter – unter Umständen seit vielen Jahren – getrennt lebt, der aber nach geltendem Recht trotzdem Vater des Kindes ist. Gerade bei Statusverhältnissen ist zwar die klare und eindeutige Zuordnung des Kindes zu einem Mann als Vater wichtig. Im Interesse einer der biologischen Abstammung entsprechenden Zuordnung wird man trotzdem stärker als bislang auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellen müssen. Diesem Umstand trägt *de lege lata* bereits die Neuregelung in § 1599 II BGB Rechnung, der die Vaterschaft des Ehemannes dann entfallen lässt, wenn das Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags geboren wird und ein Dritter innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft der Scheidung die Vaterschaft anerkennt. Besteht Einverständnis zwischen Ehemann und Mutter wie auch deren neuem Partner, spricht eine starke Vermutung dafür, dass der neue Partner – und nicht der Ehemann – der wahre Vater ist. In diesen Fällen stets eine gerichtliche Vaterschaftsanfechtung zu verlangen, bedeutet daher einen unnötigen Aufwand.⁴² Dass die privatautonome Disposition über den Status im Einzelfall der biologischen Wahrheit widersprechende Abstammungsverhältnisse ermöglichen kann, muss angesichts dessen zurücktreten, zumal auch sonst die Gefahr bewusst wahrheitswidriger Vaterschaftsanerkennungen besteht und in Kauf genommen wird.⁴³ Haben die Ehegatten zur Empfängniszeit getrennt gelebt, sollte eine Vaterschaft des Ehemannes kraft Ehe grund-

³⁹ *Rauscher*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Band IV, 14. Auflage, 2004, § 1592, Rn. 14.

⁴⁰ *Rauscher*, Familienrecht, 2001, Rn. 771.

⁴¹ Die Zuordnungsregel des § 1592 Nr. 1 BGB wirkt sich daher im Fall der Anfechtung der Vaterschaft als bloße – widerlegbare, beweisrechtlich relevante – gesetzliche Vermutung aus (vgl. § 1600c Abs. 1 BGB); *Rauscher* (Fn. 39) § 1592, Rn. 15; *Diederichsen*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, § 1592, Rn. 3.

⁴² *Wellenhofer-Klein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VIII, 4. Auflage, 2002, Vor § 1599, Rn. 16; § 1599, Rn. 43.

⁴³ So auch *Wellenhofer-Klein* (Fn. 42) § 1599, Rn. 44; kritisch insbesondere *Gaul*, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1997, 1441, 1455 f.; *ders.*, Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht: FamRZ 2000, 1461, 1464.

sätzlich ausscheiden.⁴⁴ Ist ein anerkennungsbereiter Dritter vorhanden, so ist dessen Vaterschaft regelmäßig erheblich wahrscheinlicher als die des Ehemannes. Gleiches gilt auch, wenn die Mutter mit einem anderen Mann in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebt. Man wird daher generell eine Vaterschaft des zum Zeitpunkt der Empfängnis mit der Mutter in häuslicher Gemeinschaft lebenden Partners in Betracht ziehen müssen.⁴⁵

b) Sorgerecht

Steht die Vaterschaft des Partners fest, so stellt sich weiter die Frage nach dem Sorgerecht. Nicht miteinander verheirateten Eltern steht für ihr Kind nur dann gemeinsam das Sorgerecht zu, wenn sie übereinstimmende Sorgeerklärungen nach § 1626a I Nr. 1 BGB abgegeben haben. Anderenfalls ist die Mutter alleine sorgeberechtigt. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts verstößt die grundsätzliche Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter in § 1626a II BGB weder gegen das in Art. 6 II GG geschützte Elternrecht des Vaters noch gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG oder das Gebot der Gleichstellung nichtehelicher Kinder in Art. 6 V GG.⁴⁶ Da auch heutzutage bei nicht miteinander verheirateten Eltern nicht generell davon auszugehen sei, dass die Eltern in häuslicher Gemeinschaft lebten und gemeinsam für das Kind Verantwortung übernehmen wollten oder könnten, sei es gerechtfertigt, das Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter und nicht dem Vater oder beiden Elternteilen gemeinsam zuzuordnen, zumal nicht miteinander verheirateten Eltern, die mit ihrem Kind zusammen lebten, die gemeinsame Sorge durch Abgabe entsprechender Erklärungen eröffnet sei.⁴⁷

Ob das der Mutter damit zukommende Vetorecht tatsächlich verfassungsgemäß ist, erscheint fraglich. Entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts lässt es sich nicht unter Berufung auf die zugrunde liegende Prognose des Gesetzgebers rechtfertigen. Zweifel wird man schon an der Richtigkeit der Prognose anmelden müssen, es werde bei faktisch gemeinsamer Sorge auch zu entsprechenden gemeinsamen Sorgeerklärungen kommen. Keineswegs alle Eltern dürften nämlich bereits während des Bestehens der Partnerschaft rechtliche Regelungen überhaupt für notwendig erachten. Wenn der Gesetzgeber

⁴⁴ Dieser Gedanke liegt auch der Regelung des § 1599 II BGB zugrunde: Wird das Kind erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags geboren, so muss es während des dem Scheidungsantrag in der Regel vorausgehenden Trennungsjahrs gezeugt worden sein.

⁴⁵ So etwa das brasilianische Recht (Art. 1.597 Código Civil) sowie das Recht in sechs Staaten Australiens: Sec. 10 Status of Children Act 1996 (New South Wales); Sec. 18E Status of Children Act 1978 (Queensland); Sec. 8 Status of Children Act 1974 (Tasmania); Sec. 5 Status of Children Act 1978 (Northern Territory); Sec. 189 Family Court Act 1997 (Western Australia); Sec. 7A Birth (Equality of Status) Act 1988 (Australian Capital Territory).

⁴⁶ BVerfG 29.1.2003, FamRZ 2003, 285, 287 ff.

⁴⁷ BVerfG, FamRZ 2003, 287 f.

weiter davon ausgeht, die Mutter werde eine gemeinsame Sorgeerklärung nur dann verweigern, wenn schwerwiegende Gründe des Kindeswohls dies geböten und damit von dem ihr eingeräumten Willkürrecht tatsächlich keinen Gebrauch machen, so mag diese Annahme zwar in einer Vielzahl der Fälle der Realität entsprechen. Dies bedeutet aber nicht, dass Mütter im Einzelfall nicht anders handeln und damit nicht nur das väterliche Elternrecht verletzen, sondern auch entgegen den Kindeswohlinteressen handeln. Ein solches Ergebnis ist aber nicht von der gesetzgeberischen Möglichkeit gedeckt, zu typisieren und zu generalisieren, denn der Gesetzgeber könnte eine Regelung schaffen, durch die auch im Einzelfall die Rechte aller Beteiligten gewahrt würden. So könnten bei Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Eltern grundsätzlich beide Elternteile sorgeberechtigt sein und auf Antrag eine dem Kindeswohl entsprechende Übertragung der Alleinsorge möglich sein. Indem die geltende Regelung der Mutter die Möglichkeit gibt, den Vater dauerhaft vom Sorgerecht auszuschließen, setzt sie daher das Elternrecht des Vaters im Widerspruch zu Art. 6 II GG gegenüber dem der Mutter zurück und verhindert zudem, die Sorgerechtsentscheidung auch für nichteheliche Kinder entsprechend Art. 6 V GG am Kindeswohl zu orientieren.⁴⁸

Bei bestehender Lebensgemeinschaft wird es grundsätzlich dem Kindeswohl am besten gerecht, wenn beiden Elternteilen das Sorgerecht zusteht. Leben die Eltern in häuslicher Gemeinschaft mit ihrem gemeinsamen Kind, so sorgen im Regelfall – wie bei verheirateten Paaren – beide Partner für das Kind. Übernehmen beide Eltern tatsächlich elterliche Verantwortung, so dient auch eine rechtliche gemeinsame Sorge den Kindesinteressen. De lege ferenda sollten daher Eltern, wenn sie in häuslicher Gemeinschaft zusammenleben, schon kraft Gesetzes gemeinsam sorgeberechtigt für ihr Kind sein. Eine Prüfung des Kindeswohls ist in diesem Fall ebenso entbehrlich wie eine Anknüpfung an einen Willensakt beider Eltern. Besteht keine häusliche Gemeinschaft zwischen Eltern und Kind, so sollte eine gemeinsame Sorge aufgrund entsprechender Erklärungen möglich bleiben. Ein gesetzliches gemeinsames Sorgerecht unverheirateter Eltern steht auch mit der neueren europäischen Rechtsentwicklung in Einklang.⁴⁹

⁴⁸ Für eine Verfassungswidrigkeit des Vetorechts der Mutter AG Korbach 16.8.1999: FamRZ 2000, 629, 631; kritisch auch *Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VIII, 4. Auflage, 2002, § 1626a, Rn. 40; *Coester*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Band IV, 13. Auflage, 2000, § 1626a, Rn. 37, 39; *Rauscher* (Fn. 40) Rn. 973; *Schumann*, Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses?, FamRZ 2000, 394; *Lipp*, Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG), FamRZ 1998, 65, 70; *Rauscher*, Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz: FamRZ 1998, 329, 335.

⁴⁹ Ein gemeinsames Sorgerecht unverheirateter Eltern kraft Gesetzes sehen die Regelungen Belgiens (Artt. 373 und 374 Code Civil) und Italiens (Art. 317bis Codice Civile) vor; vgl. zu dieser Entwicklung auch Council of Europe, White Paper on principles concerning the

Vor allem bei einer Trennung der Eltern muss gewährleistet sein, dass eine dem Kindeswohl entsprechende Sorgerechtsregelung möglich ist. Dies ist nach geltendem Recht nicht der Fall. Haben Eltern zwar während des Bestehens der Gemeinschaft beide für das Kind gesorgt, aber keine Sorgeerklärungen abgegeben, so kann dem Vater nach einer Trennung nur mit Zustimmung der Mutter die Alleinsorge übertragen werden, § 1672 BGB. Auch wenn Eltern über längere Zeit gemeinsam mit dem Kind zusammen gelebt haben und das Kind eine enge Bindung zum Vater hat, kann keine am Kindeswohl ausgerichtete Sorgerechtsentscheidung getroffen werden.⁵⁰ Sind dagegen beide Eltern während des Zusammenlebens kraft Gesetzes gemeinsam sorgeberechtigt, besteht bei Trennung die Möglichkeit, dass auf Antrag einem Elternteil die Sorge übertragen wird, wenn dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

2. Stiefkinder

a) De lege lata

Überwiegend sind es nicht die gemeinsamen Kinder der Partner, die mit ihnen in häuslicher Gemeinschaft leben. Wie sieht die Rechtslage aus, wenn der leibliche Elternteil mit einem neuen Partner eine Lebensgemeinschaft begründet hat? Das Recht der Stief- oder Fortsetzungsfamilien bedarf längst einer umfassenden Reform.⁵¹ Besonders gravierend sind die Defizite des geltenden Rechts allerdings, wenn Stiefkinder in nichtehelichen oder nicht formalisierten Lebensgemeinschaften aufwachsen. Dem nicht verheirateten oder verpartnerten Stiefelternteil steht anders als dem Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartner des allein sorgeberechtigten Elternteils weder ein Notvertretungsrecht bei Gefahr im Verzug noch die Befugnis zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes zu; das sog. kleine Sorgerecht nach § 1687b BGB bzw. § 9 LPartG ist dem Ehegatten bzw. dem eingetragenen Lebenspartner vorbehalten.

Auch wenn der leibliche Elternteil stirbt oder ihm die elterliche Sorge entzogen wird, kann der nicht verheiratete Partner grundsätzlich nicht das Sorgerecht erhalten. Lebt der andere leibliche Elternteil noch, muss das Kind unmittelbar

establishment and legal consequences of parentage vom 15.1.2002, CJ-FA (2001) 16 rev, 21 (Principle 23): <www.coe.int/T/E/Legal%5FAffairs/Legal%5Fco%2Doperation/Family%5Fflaw%5Fand%5Fchildren%27s%5Frights/Documents/white%20paper.pdf>; *Gründler*, Die Obsorge nach Scheidung und Trennung der Eltern im europäischen Rechtsvergleich, 2002, S. 228 f.

⁵⁰ Nach Ansicht des BVerfG 23.4.2003, FamRZ 2003, 1447, ist § 1672 BGB verfassungsgemäß.

⁵¹ So schon *von Puttkamer*, Stieffamilien und Sorgerecht in Deutschland und England, 1994, S. 17 f.; jüngst *Peschel-Gutzeit*, Stiefkinder und ihre Familien in Deutschland – Rechtlicher Status und tatsächliche Situation, Familie Partnerschaft und Recht (FPR), 2004, 47, 50.

zu diesem zurückkehren. Dieser kann das Kind auch dann herausverlangen, wenn zwischen ihm und dem Kind keine emotionalen Beziehungen bestehen, etwa weil sich die Eltern schon kurz nach der Geburt des Kindes getrennt haben. Selbst wenn das Kindeswohl durch die Wegnahme gefährdet würde, kann das Familiengericht nicht anordnen, dass das Kind bei dem überlebenden unverheirateten Partner bleibt. Eine Verbleibensanordnung nach § 1682 BGB ist nur zugunsten eines Ehegatten, nicht aber eines unverheirateten Partners möglich.⁵² Nur wenn der andere leibliche Elternteil nicht mehr lebt oder nicht vertretungsberechtigt ist, kann der nichteheliche Partner unter Umständen Vormund werden.⁵³ Der verstorbene Elternteil kann den Partner oder die Partnerin nach § 1776 I BGB als Vormund benannt haben oder das Vormundschaftsgericht bestimmt ihn oder sie, wenn er oder sie zur Führung der Vormundschaft geeignet ist und dies dem mutmaßlichen Willen des Elternteils und den persönlichen Bindungen entspricht (§ 1779 I und II BGB).

Nach der bis zum 29.4.2004 geltenden Fassung des § 1685 BGB war der Kreis der umgangsberechtigten Dritten auf bestimmte Bezugspersonen beschränkt, die dem Kind üblicherweise besonders nahe stehen. Neben dem Ehegatten oder früheren Ehegatten eines Elternteils waren danach der gegenwärtige wie frühere Lebenspartner eines Elternteils umgangsberechtigt. Ein eigenes Umgangsrecht des nichtehelichen Lebenspartners des leiblichen Elternteils, mit dem das Kind in häuslicher Verbundenheit gelebt hat, war dagegen nicht ausdrücklich vorgesehen. Zum Teil wurde vertreten, nach der Neufassung der Vorschrift durch das LPartG⁵⁴ seien nicht nur eingetragene Lebenspartner, sondern vor allem auch die Partner von heterosexuellen nichtehelichen Lebensgemeinschaften unmittelbar von § 1685 II BGB erfasst.⁵⁵ Nach anderer Ansicht war der nichteheliche Lebensgefährte zwar nicht unmittelbar in den Kreis der Umgangsberechtigten mit einzubeziehen, er konnte allerdings in entsprechender Anwendung des § 1685 II BGB als „Pflegeperson“ zu behandeln sein, wenn die Beziehungen zum Kind wichtig und tragfähig waren.⁵⁶ Von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur⁵⁷ wurde dagegen ein über den eindeutigen Wort-

⁵² Für eine analoge Anwendung auf unverheiratete Partner *Finger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VIII, 4. Auflage, 2002, § 1682, Rn. 10; begrenzt auf eine Analogie im Einzelfall „wegen drohender Verletzung verfassungsrechtlich geschützter Positionen: *Salgo*, Verbleibensanordnung bei Bezugspersonen (§ 1682 BGB), FPR 2004, 76, 80 f. und *Salgo*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Band IV, 14. Auflage, 2004, § 1682, Rn. 21.

⁵³ Näher *Carré-Jersch*, Das Stiefkindverhältnis im Sorge- und Umgangsrecht, 1995, S. 26 ff.

⁵⁴ Änderung des § 1685 II BGB durch Art. 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 16.2.2001 (in Kraft seit dem 1.8.2001).

⁵⁵ OLG Karlsruhe 8.4.2002, FamRZ 2002, 1210, 1211; *Diederichsen* (Fn. 41) § 1685, Rn. 7.

⁵⁶ *Finger* (Fn. 52) § 1685, Rn. 11.

⁵⁷ OLG Hamm 19.5.2000, NJW 2000, 2684, 2684; OLG Bamberg 29.1.1999, NJW-RR 1999, 804; OLG Zweibrücken 22.3.1999, FamRZ 1999, 1161; *Rauscher*, Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1998, 329, 336; *Finger*, Die registrierte Partner-

laut des § 1685 II BGB hinausgehendes Umgangsrecht unter Hinweis auf den Zweck der Norm, das Umgangsrecht auf einen engen und überschaubaren Personenkreis klar zu begrenzen, gänzlich abgelehnt. Vereinzelt wurde die Auffassung vertreten, ein Umgangsrecht sei nur über § 1666 BGB unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls zu begründen.⁵⁸ Nach der seit 30.4.2004 geltenden Neufassung des § 1685 II BGB steht auch einem nicht mit dem leiblichen Elternteil verheirateten Partner als enger Bezugsperson nach der Trennung ein Recht auf Umgang mit dem Kind zu.⁵⁹ Gleiches gilt für einen gleichgeschlechtlichen Partner des leiblichen Elternteils. Voraussetzung ist, dass zwischen Partner und Kind vor allem aufgrund länger dauernder häuslicher Gemeinschaft eine sozial-familiäre Beziehung besteht und der Umgang dem Kindeswohl dient. Mit dieser Neuregelung hat der Gesetzgeber erstmals die faktische Beziehung des Kindes zum unverheirateten oder nicht verpartnerten Lebensgefährten rechtlich anerkannt.

Ausgeschlossen ist nach geltendem Recht weiterhin eine Stiefkindadoption durch den unverheirateten Partner. Eine Annahme durch den Partner, ohne dass die Verwandtschaftsbeziehung zwischen Kind und leiblichem Elternteil erlischt – also mit der Folge, dass das Kind deren gemeinschaftliches Kind wird (§ 1754 I BGB) – ist nach § 1741 II 3 BGB Ehegatten vorbehalten. Sowohl dem eingetragenen Lebenspartner und der Lebenspartnerin als auch dem Partner einer nicht formalisierten Beziehung ist eine Stiefkindadoption dagegen verwehrt. Auch wenn zwischen Stiefelternteil und Stiefkind aufgrund langjährigen Zusammenlebens faktisch eine Eltern-Kind-Beziehung besteht, ist diese Beziehung somit in keiner Weise rechtlich anerkannt und nach geltendem Recht kann sie – abgesehen von einzelnen vertraglichen Regelungen⁶⁰ – nicht abgesichert werden. Es bestehen weder ein richtiges Sorgerecht noch Unterhaltsansprüche oder ein gesetzliches Erbrecht.⁶¹ Ferner existieren keine verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Partner und Kind.⁶² Dies ist auch

schaft – Überblick über die Neuregelung und historische Bestandsaufnahme, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 2001, 199.

⁵⁸ OLG Zweibrücken 22.03.1999, *FamRZ* 1999, 1161, 1162; OLG Oldenburg 31.3.2003, *NJW-RR* 2003, 1092.

⁵⁹ Änderung des § 1685 II BGB durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes vom 23.4.2004. Vgl. hierzu *Höfelmann*, Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, *FamRZ* 2004, 745, 750.

⁶⁰ Hierzu *Grziwotz*, *Beratungshandbuch für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Lebenspartnerschaften*, 2003, Rn. 311; *Peschel-Gutzeit* (Fn. 51) 48. Näher zu den Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Beteiligung des Stiefelternteils an der elterlichen Sorge bzw. der Einbeziehung in die Pflege und Erziehung des Kindes über die eherechtliche Generalklausel (§ 1353 BGB) vor Einführung des § 1687 b BGB *Carré-Jersch* (Fn. 53) 32 ff.

⁶¹ Zu vertraglichen Regelungen im Unterhalts- und Erbrecht *Grziwotz* (Fn. 60) Rn. 321 ff.

⁶² Eingetragener Lebenspartner und Kind des anderen Lebenspartners sind verschwägert, § 11 II 1 LPatG.

von Bedeutung, wenn andere Normen – etwa des öffentlichen Rechts (vom Steuerrecht⁶³ über das Krankenversicherungsrecht) – auf das Bestehen einer Eltern-Kind-Beziehung abstellen.

b) De lege ferenda

aa) Sorge-, Unterhalts- und Erbrecht

Hier besteht dringender Reformbedarf. Soziale Elternschaft muss auch rechtlich anerkannt werden. Der faktischen Eltern-Kind-Beziehung ist am besten durch Einführung eines Sorgerechts des Stiefelternteils Rechnung zu tragen. Die Adoption des Stiefkindes, die derzeit für Ehegatten die einzige Möglichkeit darstellt, ein volles Sorgerecht wie im übrigen auch sonstige rechtliche Beziehungen zu begründen, entspricht in der Regel nicht den tatsächlichen in Stieffamilien bestehenden Verhältnissen. Zum einen erlöschen nach § 1755 I 1 BGB mit der Adoption jegliche verwandtschaftliche Beziehungen zum anderen leiblichen Elternteil wie auch zu dessen Familie. Auch wenn nur noch wenig Kontakt zu diesem besteht, widerspricht dies in der Regel den emotionalen Bindungen des Kindes.⁶⁴ Zum anderen begründet das Adoptionsverhältnis eine lebenslange Beziehung, die auch dann fortbesteht, wenn die Beziehung zwischen Stiefelternteil und leiblichem Elternteil scheitern sollte. Dies steht oftmals nicht mit den Bedürfnissen der Beteiligten in Einklang. Ein Sorgerecht wird der tatsächlichen Eltern-Kind-Beziehung besser gerecht.⁶⁵

Nicht näher dargelegt werden kann hier, wie ein über das sog. „kleine“ Sorgerecht nach § 1687b BGB⁶⁶ hinausgehendes Sorgerecht im Einzelnen auszugestalten ist, insbesondere ob über einen gemeinsamen Antrag hinaus eine Prüfung des Kindeswohls, eine bestimmte Dauer des Zusammenlebens oder etwa bei älteren Kindern deren Einwilligung erforderlich sein sollte.⁶⁷ Fest steht jedenfalls, dass der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse von rekonstituierten Familien nur durch differenzierte Regelungen Rechnung getragen werden

⁶³ Kinder im Sinne des Einkommensteuerrechts sind nach § 32 I Nr. 2 EStG zwar auch Pflegekinder; ein Pflegekindschaftsverhältnis zum Steuerpflichtigen besteht aber nicht, wenn zugleich ein Pflege- und Obhutsverhältnis zu einem leiblichen oder rechtlichen Elternteil besteht, *Jachmann*, in: Kirchhoff, Einkommensteuergesetz, 3. Auflage, 2003, § 32, Rn. 5.

⁶⁴ Vgl. *Baer/Paulitz*, Soll aus dem Vollzeit-Pflegekind ein Adoptivkind werden?, in: Paulitz (Hrsg.), Bestandsaufnahme, Entwicklungslinien, Ausblick, 2000, S. 109, 113; *Frank*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Band IV, 13. Auflage, 2000, § 1741, Rn. 43; *Enders*, Stiefkindadoption, FPR 2004, 60, 61.

⁶⁵ Vgl. schon von *Puttkamer* (Fn. 51) 106 ff.; *Conradi*, Zivilrechtliche Regelung des Stiefkindverhältnisses – Alternative zur Adoption des Stiefkindes?, FamRZ 1980, 104; *Seidel*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VIII, 4. Auflage, 2002, § 1626a, Rn. 40; jüngst auch *Peschel-Gutzeit* (Fn. 51) 50.

⁶⁶ Kritisch zur Neuregelung vor allem *Schwab*, Eingetragene Lebenspartnerschaft, FamRZ 2001, 385, 394.

⁶⁷ Näher von *Puttkamer* (Fn. 51) 106 ff.

kann. Dies muss einer umfassenden Reform des Rechts der Fortsetzungsfamilien überlassen bleiben. Wichtig ist im hier interessierenden Zusammenhang aber, dass ein solches der sozialen Elternschaft entsprechendes Sorgerecht nicht Ehegatten und Lebenspartnern des leiblichen Elternteils vorbehalten sein darf, sondern in gleicher Weise auch nichtehelichen Lebensgefährten eingeräumt werden muss. Eine Differenzierung zwischen ehelicher und nichtehelicher Fortsetzungsfamilie ist nicht gerechtfertigt. Entscheidend für das Bedürfnis nach rechtlicher Absicherung ist einzig das Bestehen einer faktischen Eltern-Kind-Beziehung. Deren Intensität und Qualität hängt nicht von der rechtlichen Natur der Beziehung des leiblichen Elternteils zu seinem neuen Partner ab. Je jünger das Kind bei Eingehung der – ehelichen oder nichtehelichen – Lebensgemeinschaft war und je länger das Zusammenleben dauert, umso eher wird ein faktisches Eltern-Kind-Verhältnis entstanden sein. Anknüpfungspunkt für sorgerechtliche Regelungen sollte daher das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft über längere Dauer sein. Wenn in der sozialen Realität multiple Elternschaften bestehen, muss das Recht dies anerkennen. Dies bedeutet, dass die elterliche Sorge unter Umständen auch drei Personen zustehen kann. Einer Regelung bedarf dann natürlich die Frage der Entscheidungskompetenzen. Einen Sorgerechtserwerb des Stiefelternteils oder generell einer mit dem Kind in enger Beziehung stehenden Person ermöglichen eine wachsende Zahl von Rechten. Zumeist wird die Einräumung eines Sorgerechts auch mit einer Unterhaltspflicht des Stiefelternteils verknüpft.⁶⁸ Mit zunehmender Anerkennung faktischer Eltern-Kind-Beziehungen wird man letztlich sogar ein Erbrecht des Stiefkinds mit in die Überlegungen einbeziehen müssen.

Ferner muss nach Trennung der Stiefeltern – unabhängig von der zuvor bestehenden Regelung – grundsätzlich eine dem Kindeswohl entsprechende Verteilung des Sorgerechts möglich sein. Ein Kind, das seit frühester Kindheit – unter Umständen mit gemeinsamen Kindern von leiblichem und Stiefelternteil – in dieser Familie aufgewachsen ist und von dem Stiefelternteil faktisch betreut wurde, darf nach Auflösung der Paarbeziehung nicht ohne jegliche Prüfung des Kindeswohls bei dem leiblichen Elternteil verbleiben müssen.

bb) Stiefkindadoption

(1) Partner verschiedenen Geschlechts

Der sozialen Elternschaft in einer Fortsetzungsfamilie kommt zwar die Einräumung eines Sorgerechts generell besser entgegen als eine Stiefkindadoption.⁶⁹ Es kann aber durchaus Situationen geben, in denen ein Bedürfnis für eine

⁶⁸ Siehe dazu auch *Peschel-Gutzeit* (Fn. 51) 50.

⁶⁹ Zu Recht allgemein für eine restriktive Handhabung der Stiefkindadoption *Enders*, Stiefkindadoption, FPR 2004, 60; *Frank*, Grenzen der Adoption, 1978, 69 ff.; *Bach*, Reformbedarf im Adoptionswesen, in: *Paulitz* (Hrsg.), Bestandsaufnahme, Entwicklungslinien, Ausblick, 2000, S. 42, 54; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Auflage, 1994, § 68 III 5.

Adoption des Stiefkindes besteht. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der andere leibliche Elternteil verstorben oder unbekannt ist. Dass das geltende Recht eine Stiefkindadoption durch den unverheirateten Partner ausschließt, lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass es der nichtehelichen Lebensgemeinschaft an der erforderlichen Stabilität fehlt. Denn zum einen ist bereits der Entschluss der Partner, das faktische Eltern-Kind-Verhältnis des einen Partners zum Kind des anderen durch eine Adoption auf Lebenszeit zu verrechtlichen, Ausdruck zumindest einer gewissen Beständigkeit der Partnerschaft. Zum anderen lässt sich die erforderliche Stabilität der Partnerschaft, die auch bei einer Ehe keineswegs immer gegeben ist, bei dieser wie jener durch zusätzliche Voraussetzungen – wie etwa eine Mindestdauer der Ehe oder häuslichen Gemeinschaft⁷⁰ – sicherstellen. Die Möglichkeit der Adoption eines Stiefkindes sollte daher nicht länger Ehegatten vorbehalten sein. Allerdings bedarf es bei einer Stiefkindadoption – in der nichtehelichen wie der ehelichen Stieffamilie – stets einer besonders sorgfältigen Prüfung, ob sie dem Kindeswohl entspricht. Kann ein Stiefelternteil das Sorgerecht auch ohne Adoption erwerben, so wird eine Annahme als Kind weit seltener in Fällen angestrebt, in denen sie dem Kindeswohl abträglich erscheint.

(2) Gleichgeschlechtliche Paare

Sollte die Möglichkeit der Stiefkindadoption auch einem Partner gleichen Geschlechts offen stehen? Bislang ist dieses Recht selbst Partnern verwehrt, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet und ihre Beziehung damit einem der Ehe durchaus vergleichbaren Rechtsrahmen unterstellt haben: Da das Lebenspartnerschaftsgesetz eingetragene Lebenspartnerschaften nicht allgemein der Ehe gleichstellt, findet die Regelung des § 1741 II 3 BGB keine Anwendung.⁷¹ Besteht zwischen Stiefelternteil und Kind ein faktisches Eltern-Kind-Verhältnis, so entspricht es unabhängig vom Geschlecht des Elternteils grundsätzlich dem Interesse des Kindes, wenn dieses nicht nur durch ein Sorgerecht, sondern auch durch eine Adoption abgesichert werden kann – soweit die Voraussetzungen für eine Annahme als Kind im Übrigen vorliegen. Eingetragenen Lebenspartnern und Lebenspartnerinnen sollte daher das Recht der Stiefkindadoption eingeräumt werden.⁷² In einigen der Länder, die ein eigenes Rechtsinstitut der registrierten Partnerschaft für Paare gleichen Geschlechts geschaffen haben, wurde diesen zwar zunächst das Adoptionsrecht verwehrt,

⁷⁰ So das schweizerische Recht für verheiratete Partner, das nach Art. 264a III Zivilgesetzbuch eine fünfjährige Ehedauer voraussetzt.

⁷¹ Maurer, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VIII, 4. Auflage, 2002, § 1741, Rn. 27.

⁷² Ebenso jetzt Art. 1 Nr. 4 des Gesetzesentwurfs der Fraktionen der SPD und des Bündnis 90/Die Grünen zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 29.6.2004, BT-Drucks 15/3445.

später dann aber – wie etwa in Dänemark⁷³ und Schweden⁷⁴ – zumindest die Stiefkindadoption zugelassen. Anders als bei der gemeinsamen Adoption eines fremden Kindes spielt es keine Rolle, welche Auswirkungen das Aufwachsen des Kindes in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung hat. Denn wenn das Kind ohnehin in der Gemeinschaft lebt und ein faktisches Eltern-Kind-Verhältnis zum Partner des leiblichen Elternteils besteht, geht es lediglich um dessen rechtliche Absicherung – und diese ist für das Kind grundsätzlich von Vorteil. Wie bei Paaren verschiedenen Geschlechts gilt auch hier, dass eine solche Adoption unabhängig von der Rechtsnatur der Partnerschaft zu ermöglichen ist. Eine Adoption des leiblichen Kindes des anderen Partners sollte daher prinzipiell nicht nur durch den eingetragenen Lebenspartner, sondern auch durch einen nicht verpartnerten Lebensgefährten erfolgen können.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist für die Eltern-Kind-Beziehungen festzustellen, dass das geltende Recht in weiten Bereichen nicht den vielfältigen familiären Situationen gerecht wird, in denen unverheiratete Partner mit Kindern leben. Bei Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft sollten Eltern für ein gemeinsames Kind schon kraft Gesetzes gemeinsam sorgeberechtigt sein. Vor allem aber fehlt es an sachgerechten Regelungen für die große Zahl von Stiefkindern in nichtehelichen Partnerschaften. Entscheidend für die Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses ist nicht die rechtliche Beziehung der Eltern, sondern das faktische Eltern-Kind-Verhältnis, das in der Regel durch längeres Zusammenleben entsteht. Anzuknüpfen ist daher an das Bestehen einer – unter Umständen längeren – häuslichen Gemeinschaft.

II. Partnerschaft

Nicht nur die Eltern-Kind-Beziehung, sondern auch die Beziehung der Partner untereinander erfordert Regelungen, die der Lebenswirklichkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit Kindern entsprechen. In einer Gemeinschaft mit Kindern erfüllen die Partner vielfältige Aufgaben, die von der Sicherstellung der finanziellen Mittel für den Unterhalt der Familie bis zur Betreuung und

⁷³ § 4 I Lov om registreret partnerskab Nr. 372, eingefügt durch Gesetz vom 2.6.1999.

⁷⁴ Seit der Neufassung des Kap. 3 § 2 des Lag om homosexuella sambor durch Gesetz vom 5.6.2002 sind die für Ehegatten geltenden Adoptionsvorschriften auch auf registrierte gleichgeschlechtliche Paare anwendbar, so dass auch die gemeinsame Adoption eines fremden Kindes möglich ist; näher *Jäterä-Jareborg*, Schweden: Adoption für eingetragene Partner, FamRZ 2003, 349; zur Gesetzgebungsgeschichte *Savolainen*, The Finnish and the Swedish Partnership Acts – similarities and divergencies, in: Boele-Woelki/Fuchs (Hrsg.), Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe, 2003, S. 24, 38 f.

Erziehung der Kinder und der Führung des Haushalts reichen. Diese Aufgaben obliegen grundsätzlich beiden Partnern. Solange die Beziehung besteht, erbringen regelmäßig beide Partner Leistungen ohne darauf zu achten, wie sich dies auf ihre aktuelle oder künftige wirtschaftliche Lage auswirkt. Grundlage sind die engen emotionalen Beziehungen zwischen den Partnern wie auch gegenüber den Kindern. Wie eingangs dargelegt, kommt es daher häufig zu einer funktionalen Arbeitsteilung zwischen den Partnern. Ein Partner – meist die Partnerin – verzichtet zugunsten der Familienarbeit jedenfalls partiell auf eine eigene Erwerbstätigkeit. Bei Trennung der Partner ergeben sich aus einer solchen Arbeitsteilung oftmals wirtschaftliche Folgen, die für den einen Partner vorteilhaft, für den anderen dagegen nachteilig sind. Die wirtschaftlichen Folgen einer gemeinschaftlich gewählten oder gelebten Aufgabenteilung haben grundsätzlich beide Partner zu tragen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Partner geheiratet oder eine entsprechende Regelung getroffen haben. Das Unterlassen einer rechtlichen Regelung kann verschiedene Ursachen haben. Gerade in einer so tiefen emotionalen Beziehung wie sie zwischen Partnern mit Kindern besteht, kann die Vorsorge für den Fall der Trennung schlicht als unnötig oder sogar als Akt des Misstrauens gegenüber dem Partner angesehen werden. Im Übrigen ist es aber auch durchaus möglich, dass lediglich ein Partner nicht bereit ist zu heiraten oder eine Regelung zu treffen. Auch und gerade für diesen Fall bedarf es jedoch eines Schutzes des anderen Partners. In einer Lebensgemeinschaft mit Kindern darf der Partner, der eine Eheschließung oder eine vertragliche Regelung nicht durchsetzen kann, nicht darauf verwiesen werden, er habe sich trennen können oder zumindest eine für den Fall der Trennung wirtschaftlich nachteilige Übernahme von Aufgaben verweigern müssen. Führt dieser Partner die Beziehung fort und erbringt weiterhin – auch im Interesse der Kinder – trotz fehlender rechtlicher Absicherung bestimmte Leistungen, so ist er anders als bei einer rein geschäftlichen Beziehung schutzwürdig. Für den Fall der Trennung kann er nicht die Nachteile der gemeinsam praktizierten Arbeitsteilung allein tragen müssen, während der andere Partner deren Vorteile ganz für sich beansprucht. Die Regelung der Paarbeziehung kann ferner deshalb nicht völlig der Disposition der Partner überlassen bleiben, weil sie auch die Interessen der Kinder betrifft. Deren Schutz vor allem nach einer Trennung muss die Gestaltung der Beziehung der Partner untereinander ebenfalls Rechnung tragen. Hieraus ergibt sich Regelungsbedarf insbesondere für den Fall der Auflösung der Lebensgemeinschaft, teilweise aber auch für die Zeit während ihres Bestehens. Einige der wichtigsten Konsequenzen werden im Folgenden herausgegriffen: Sie betreffen das Unterhaltsrecht (1.), den vermögensrechtlichen Ausgleich (2.) sowie die Familienwohnung (3).

1. Unterhalt

Gesetzliche Unterhaltsansprüche gewährt das geltende Recht einem unverheirateten Partner lediglich dann, wenn von diesem wegen der Betreuung eines gemeinsamen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Dieser Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1615 I 3 BGB besteht allein als Folge der nichtehelichen Geburt und unabhängig davon, ob die Partner zusammen leben oder gelebt haben. Es ist auch nicht Voraussetzung, dass die Kinderbetreuung die alleinige Ursache für die Nichterwerbstätigkeit darstellt.⁷⁵ Der Betreuungsunterhalt ist im Unterschied zum zeitlich unbegrenzten Unterhaltsanspruch eines geschiedenen Elternteils nach § 1570 BGB grundsätzlich auf drei Jahre nach der Geburt des Kindes beschränkt. Darüber hinaus ist Unterhalt nur dann zu leisten, wenn die Versagung eines Unterhaltsanspruchs insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre. Entsprechend der Regelung zum nahehelichen Unterhalt nach § 1576 BGB ist für eine grobe Unbilligkeit zu fordern, dass die Versagung des Anspruchs dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widerspricht.⁷⁶ Die Schwelle für die Entstehung des verlängerten Unterhaltsanspruchs ist bei verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift, die das Gebot der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Kindern verheirateter und unverheirateter Eltern zu beachten hat, niedrig anzusetzen.⁷⁷ Bei der im Einzelfall vorzunehmenden Billigkeitsabwägung ist die Schlechterstellung des nichtehelichen Kindes – soweit es die gesetzlichen Grenzen erlauben – zu mildern, indem dem Interesse des Kindes an persönlicher Betreuung durch den Elternteil bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände ein besonders hohes Gewicht beigemessen wird.⁷⁸ Im Extremfall kann der nicht betreuende Elternteil zu dauernden Unterhaltsleistungen verpflichtet sein.⁷⁹ Haben die Eltern in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen gelebt, so kann die Versagung weiteren Unterhalts deshalb im Einzelfall unbillig sein.⁸⁰ Generell bei Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft von einer groben Unbilligkeit und damit einem zeitlich unbeschränkten Anspruch auszugehen, entspräche aber wohl weder dem Regel-Ausnahme-Verhältnis der Vorschrift noch der Intention des Gesetzgebers, der einen besonderen Betreuungsbedarf des Kindes aufgrund von Krankheit oder Behin-

⁷⁵ *Diederichsen* (Fn. 41) § 1615 I, Rn. 11.

⁷⁶ *Born*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VIII, 4. Auflage, 2002, § 1615 I, Rn. 26.

⁷⁷ OLG Celle 21.11.2001, FamRZ 2002, 636.

⁷⁸ OLG Celle, FamRZ 2002, 636.

⁷⁹ *Diederichsen* (Fn. 41) § 1615 I, Rn. 13.

⁸⁰ *Born* (Fn. 76) § 1615 I, Rn. 27.

derung vor Augen hatte.⁸¹ Diese unterhaltsrechtliche Situation nichtehelicher Lebensgefährten mit Kindern ist in mehrfacher Hinsicht unzureichend.⁸²

a) Nachpartnerschaftlicher Unterhalt wegen Betreuung von Kindern

Zunächst ist im Interesse der Kinder dringend eine Erweiterung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt erforderlich.⁸³ Dies gilt allgemein, d.h. unabhängig vom Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zwischen den Eltern: Der Anspruch eines unverheirateten Elternteils auf Betreuungsunterhalt bleibt sowohl von der Dauer her als auch in anderen Aspekten deutlich hinter dem Anspruch eines geschiedenen Ehegatten zurück. Während der Betreuungsunterhalt des unverheirateten Elternteils grundsätzlich auf drei Jahre nach der Geburt befristet ist, fehlt es für den nachehelichen Unterhalt an einer zeitlichen Beschränkung. Nach dem Phasenmodell der höchstrichterlichen Rechtsprechung trifft den geschiedenen Ehegatten im Regelfall keine Erwerbsobliegenheit bis das betreute Kind das 8. Lebensjahr bzw. das jüngste der Kinder das 13. oder 15. Lebensjahr vollendet hat.⁸⁴ Da der Betreuungsunterhalt eine im Interesse des Kindes liegende persönliche Betreuung durch einen Elternteil ermöglichen soll,⁸⁵ der Kinder unabhängig vom Bestehen einer Ehe ihrer Eltern bedürfen, stellt die bestehende Beschränkung des Betreuungsunterhalts zwischen unverheirateten Eltern eine mit Art. 6 V GG unvereinbare Diskriminierung nichtehelicher Kinder dar.⁸⁶ Mit der Verfassung in Einklang steht eine Regelung nur

⁸¹ Siehe BT-Drucks. 13/4899 89. Nach OLG Celle 21.11.2001, FamRZ 2002, 636 reicht es aus, wenn bestimmte Störungen vorhanden sind, die für den betreuenden Elternteil einen besonderen persönlichen und zeitlichen Aufwand verursachen.

⁸² Vgl. auch *Ehinger*, Unterhaltsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 25, 26.

⁸³ Ebenso *Puls*, Der Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes, FamRZ 1998, 865, 867, die bezüglich des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt eine Gleichstellung der nichtehelichen mit der geschiedenen Mutter fordert.

⁸⁴ Vgl. BGH 30.11.1994, NJW 1995, 1148; BGH 25.1.1984, NJW 1984, 1537; BGH 23.2.1983, NJW 1983, 1427 (keine Erwerbsobliegenheit bis zum 8. Lebensjahr); zur begrenzten Erwerbsobliegenheit unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zwischen dem 8. und 15. Lebensjahr siehe BGH 28.11.1990, FamRZ 1997, 670; BGH 16.4.1997, FamRZ 1997, 873; BGH 25.11.1998, FamRZ 1999, 367, vgl. auch BGH 20.1.1982, NJW 1982, 1050 (keine Erwerbspflicht bei drei Kindern unter 14 Jahren); BGH 25.11.1998, FamRZ 1999, 372 (bei zwei Kindern im Alter von 12 und 13 Jahren reicht sozialversicherungsfreie Teilzeitbeschäftigung aus); kritisch zum Phasenmodell etwa *Puls* (Fn. 83) 871; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 69) § 30 II 4.

⁸⁵ BT-Drucks. 13/1850 24; *Born* (Fn. 76) § 1615 I, Rn. 1.

⁸⁶ An der Verfassungsmäßigkeit zweifelnd auch *Born* (Fn. 76) § 1615 I, Rn. 6; *Büttner*, Unterhalt für die nichteheliche Mutter, FamRZ 2000, 781, 786; *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern – Altfälle, Familie und Recht (FuR) 1996, 129, 136; *Schwab*, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, 521, 525; *Müller*, Verfassungsmäßigkeit der zeitlichen Begrenzung des Betreuungsunterhalts für unverheiratete Mütter?, Der

dann, wenn dem unverheirateten Elternteil ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt gewährt wird, der dem des geschiedenen Ehegatten zeitlich entspricht.

Das nichteheliche Kind wird aber nicht nur durch die zeitliche Beschränkung sondern auch durch die unterschiedliche Höhe des Selbstbehaltes nach § 1615 I BGB und nach § 1570 BGB diskriminiert. Während dem unverheirateten zum Betreuungsunterhalt verpflichteten Elternteil der angemessene Selbstbehalt zugebilligt wird, wird dem geschiedenen Ehegatten nur der notwendige Selbstbehalt belassen.⁸⁷ Benachteiligt wird das nichteheliche Kind ferner durch die Regelung der Rangverhältnisse. Sowohl minderjährige Kinder als auch spätere Ehegatten sind nach § 1615I III BGB vorrangig unterhaltsberechtig – und dies unabhängig davon, ob sie ihrerseits Kinder betreuen⁸⁸ und auch wenn sie vom unterhaltspflichtigen Ehepartner getrennt leben oder geschieden sind.⁸⁹ Der Nachrang der Mutter gilt auch gegenüber volljährigen Kindern, die nach § 1603 II 2 BGB unterhaltsbedürftig sind, weil sie noch im Haushalt des Vaters leben und sich in einer Schulausbildung befinden. Diese ungünstige Rangstellung des unverheirateten Elternteils ist ein wesentlicher Grund dafür, dass sich seine Ansprüche faktisch nur selten realisieren lassen.⁹⁰ Da Kinder – ob ihre Eltern verheiratet waren oder nicht – gleichermaßen die persönliche Betreuung eines Elternteils benötigen, sollten Ansprüche auf Betreuungsunterhalt grundsätzlich den gleichen Rang einnehmen. Im Übrigen sollte der Anspruch auf Betreuungsunterhalt grundsätzlich Vorrang vor anderen nahehelichen oder nachpartnerschaftlichen Unterhaltsansprüchen haben.

Bedenken bestehen des Weiteren hinsichtlich des Maßes des Unterhaltsanspruchs, wenn zwischen den Eltern eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bestanden hat. Das Maß des Unterhalts bestimmt sich nach überwiegender Ansicht auch bei vorangegangener nichtehelicher Lebensgemeinschaft gemäß § 1610 BGB nach der Lebensstellung des anspruchstellenden Elternteils. Eine Teilhabe an der Lebensstellung des unterhaltspflichtigen anderen Elternteils erfolgt nicht.⁹¹ Unverheiratete und geschiedene Eltern werden somit ungleich

Amtsvormund (DAVorm) 2000, 829, 836; *Puls*, FamRZ 1998, 865, 867; *Wellenhofer-Klein*, Die mittelbare Diskriminierung des nichtehelichen Kindes durch § 1615 I BGB, FuR 1999, 448, 453; *Roth*, Die aktuelle Bedeutung des Art. 6 V GG für das Recht des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1991, 139, 145.

⁸⁷ Zur Bewilligung eines Prozesskostenhilfeantrages für ein Revisionsverfahren, in dem diese Ungleichbehandlung gerügt wurde, BVerfG 4.2.2004, FamRZ 2004, 1013.

⁸⁸ So de lege lata *Diederichsen* (Fn. 41) § 1615 I, Rn. 24.

⁸⁹ *Born* (Fn. 76) § 1615 I, Rn. 40.

⁹⁰ *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 784.

⁹¹ OLG Koblenz 6.8.1999, FamRZ 2000, 637; OLG Köln 15.11.2000, FamRZ 2001, 1322; OLG Naumburg 17.7.2000, FamRZ 2001, 1321; *Born* (Fn. 76) § 1615, Rn. 30; *Engler*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Band IV, 14. Auflage, 2004, § 1615 Rn. 23; *Diederichsen* (Fn. 41) § 1615, Rn. 15; *Büttner*, Unterhalt für die nichteheliche Mutter: FamRZ 2000 781 (783); *Puls*, FamRZ 1998, 865, 873; für eine Beteiligung an der Lebensstellung des anderen Elternteils bei vorangegangener nichtehelicher Lebensgemeinschaft dagegen OLG Zweibrücken 3.5.2000, FamRZ 2001, 444; *Wever/Schilling*, Streitfragen zum Unterhalt nicht

behandelt: Betreut ein geschiedener Elternteil ein Kind, sind für seinen Bedarf gemäß § 1587 I BGB die ehelichen Lebensverhältnisse maßgebend, die auch durch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des unterhaltspflichtigen Ehegatten geprägt sind. Bei früherer nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit dem anderen Elternteil bleiben dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse dagegen außer Betracht.⁹² Da das Kind an der Lebensstellung des betreuenden Elternteils teilhat, stellt dies letztlich auch eine Diskriminierung des nichtehelichen Kindes dar.

b) Nachpartnerschaftlicher Unterhalt aufgrund gemeinschaftsbedingter Bedürftigkeit

Allein die Gewährung von Betreuungsunterhalt genügt nicht. Eines nachpartnerschaftlichen Unterhaltsanspruchs bedarf es auch dann, wenn ein Partner nach der Trennung deshalb seinen Lebensunterhalt nicht durch eigene Erwerbstätigkeit sichern kann, weil er oder sie während des Bestehens der Beziehung wegen der Kinderbetreuung auf eine eigene Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise verzichtet hat. Die Risiken, die sich aus einer Aufgabenteilung für den Fall der Trennung ergeben, hat auch der andere Partner mit zu tragen. Beruht die Bedürftigkeit auf der gemeinschaftlich gewählten oder zumindest gelebten Aufgabenverteilung in der Lebensgemeinschaft, so hat sie der andere Partner zurechenbar mit veranlasst.⁹³ Für den Fall einer aus der Übernahme der Familienarbeit resultierenden Erwerbseinbuße hat er daher aus Gründen des Vertrauensschutzes Unterhalt zu gewähren.⁹⁴ Ebenso gemeinschaftsbedingt ist die Bedürftigkeit dann, wenn während des Bestehens der Partnerschaft die Kinder des anderen Partners betreut wurden. Auch für diesen Fall ist ein nachpartnerschaftlicher Unterhaltsanspruch zu gewähren.

miteinander verheirateter Eltern wegen Kindesbetreuung, FamRZ 2002, 581, 584; für eine Berücksichtigung bei der Bedarfsbestimmung, wenn die Lebensstellung der Mutter durch das Zusammenleben mit dem Vater bereits nachhaltig geprägt worden ist, Ehinger, Unterhaltsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 25, 27.

⁹² Born (Fn. 76) § 1615 I, Rn. 30.

⁹³ Lieb, Empfiehlt es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln? Gutachten A, in: Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Band I, 1988, A 83 f.; Schwenger, Vom Status zur Realbeziehung, 1987, S. 203 ff.; dies., Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften?, JZ 1988, 781, 785 f.; Schumann, Die nichteheliche Familie, 1998, S. 366 f.; Battes, Unterhaltsansprüche aufgrund nichtehelichen Zusammenlebens?, in: Festschrift Pleyer, 1986, S. 467, 481 f.

⁹⁴ Bei nachhaltiger Erwerbseinbuße zeitlich und der Höhe nach begrenzt, Brudermüller, in: Palandt, Fn. 41, Einl. Vor § 1297, Rn. 19.

c) Schadensersatz wegen Tötung des unterhaltleistenden nichtehelichen Partners

Während der Dauer der Beziehung besteht für gesetzliche Unterhaltsansprüche der Partner untereinander kein dringendes Bedürfnis.⁹⁵ Wird aber der nichteheliche Partner durch eine deliktische Handlung eines Dritten getötet, so ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern häufig ein Partner dem anderen auch über die Dauer von drei Jahren nach der Geburt des jüngsten Kindes hinaus tatsächlich Unterhalt leistet. Solche Unterhaltsleistungen können sowohl in Geldleistungen als auch in Familienarbeit bestehen. Der Wegfall tatsächlich gewährten Unterhalts bedeutet für die Familie eine vergleichbare Härte wie der Wegfall des rechtlichen Unterhaltsanspruchs bei Tötung eines Ehegatten.⁹⁶ Erforderlich ist es daher, eine dem § 844 II BGB entsprechende Regelung zu schaffen: Der Schädiger muss dem überlebenden Partner den Schaden ersetzen, den dieser durch den Wegfall des tatsächlich geleisteten Unterhalts seines Partners erlitten hat.⁹⁷ Dies entspräche der Rechtslage in einer Vielzahl europäischer Rechtsordnungen⁹⁸ wie etwa der in den Niederlanden, Englands, Frankreichs, Italiens, Dänemarks und Schwedens. Gegen eine solche Regelung lässt sich auch nicht einwenden, dass die Ermittlung des Umfangs des Ersatzanspruchs besonders schwierig wäre, etwa weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Gegensatz zur Ehe nicht für eine lebenslange Bindung spreche.⁹⁹ Gerade wenn Partner Kinder haben, kann durchaus von einer vergleichbaren Dauerhaftigkeit ausgegangen werden. Im Übrigen hängt auch die Berechnung des Ersatzanspruchs gemäß § 844 II BGB bei Verlust eines gesetzlichen Unterhaltsschuldners von zahlreichen gerichtlichen Prognosen wie etwa der Entwicklung der Einkommensverhältnisse des Getöteten ab,¹⁰⁰ so dass insofern keine erheblichen Unterschiede zur geltenden

⁹⁵ Zur Relevanz von Unterhaltsansprüchen während des Zusammenlebens für das Verhältnis der Partner untereinander sowie zu Dritten aber *Battes* (Fn. 93) 469 ff.; zu der Annahme einer stillschweigenden Unterhaltszusage *Hoffmann*, Unterhaltsansprüche in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, in: Göppinger/Wax (Hrsg.), Unterhaltsrecht, 2003, Rn. 1193; *Limbach*, Familienplanung und Familienarbeit, in: Limbach/Schwenzer (Hrsg.), Familie ohne Ehe, 1988, S. 31, 45 f.

⁹⁶ De lege lata gegen eine analoge Anwendung OLG Frankfurt 29.6.1983, FamRZ 1984 790; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band V, 4. Auflage, 2004, § 844, Rn. 26; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 69) § 42 II 2; für eine Anwendung des § 844 II BGB auf Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft de lege lata unter Hinweis auf andere Rechtsordnungen allerdings *Battes* (Fn. 93) 470, 472.

⁹⁷ A.A. *Lieb* (Fn. 93) A 89 f.

⁹⁸ Vgl. für einen Überblick von *Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, 1999, § 1 Rn. 170 ff.

⁹⁹ So aber *Lieb* (Fn. 93) A 89 f.

¹⁰⁰ *Wagner* (Fn. 96) § 844, Rn. 36.

Rechtslage auftreten würden.¹⁰¹ Zudem schafft § 287 ZPO hier eine erhebliche Darlegungs- und Beweiserleichterung.

2. Beteiligung am Vermögenszuwachs

Eine Partnerschaft mit Kindern und die mit ihr häufig verbundene Aufgabenverteilung können weiter einen vermögensrechtlichen Ausgleich erforderlich machen. Der Partner oder die Partnerin, die wegen der Übernahme der Familienarbeit nicht oder in erheblich geringerem Umfang erwerbstätig war, ist an einem während des Bestehens der Gemeinschaft eingetretenen Vermögenszuwachs des anderen Partners zu beteiligen.¹⁰² Denn der Erwerb des anderen beruht auch auf der Leistung dieses Partners. Hätte er bzw. sie nicht die grundsätzlich beiden Partnern obliegende Betreuung der Kinder übernommen, hätte der andere zumindest nicht im gleichen Umfang erwerbstätig sein und sein Vermögen mehren können. Dies betrifft sowohl das während der Partnerschaft erworbene Vermögen als auch die Versorgungsansparungen aus einer Altersversorgung. Der Blick auf ausländische Rechtsordnungen zeigt verschiedene Möglichkeiten für eine vermögensrechtliche Beteiligung auf, deren Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen sein werden: Die Gewährung von Ausgleichsansprüchen bei Trennung, wie sie australische¹⁰³ Rechte vorsehen, kann eher berücksichtigen, inwieweit die Leistungen des einen Partners zum Vermögenserwerb des anderen im Einzelfall beigetragen haben. So kann die Höhe des bei Trennung entstehenden Ausgleichsanspruchs davon abhängen, wie die Partner während des Bestehens der Partnerschaft die Aufgaben verteilt haben. Insbesondere die Erziehung und Betreuung gemeinsamer sowie von Stiefkindern kann auf diese Weise flexibel berücksichtigt werden.¹⁰⁴ Die Entstehung von

¹⁰¹ Vgl. *de Witt/Huffmann*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Auflage, 1986, Rn. 200 f.

¹⁰² Ein umfassender Ausgleich der beiderseits erzielten Zugewinne wird allgemein – *de lege lata* und *de lege ferenda* – abgelehnt, siehe nur *Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VII, 4. Auflage, 2000, Nach § 1302, Rn. 19 mwN (*de lege lata*) und *Lieb* (Fn. 93) A 60 f. (*de lege ferenda*); allerdings wird teilweise über die derzeitige Rechtsprechungspraxis hinaus gefordert, die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften nicht nur auf die Fälle der Schaffung eines herausragenden Vermögensobjekts zu beschränken, sondern bereits ein „gemeinsames Wirtschaften“ als Gesellschaftszweck anzuerkennen, *Battes* (Fn. 93) 97 ff.; *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung (Fn. 93) 192 ff.

¹⁰³ Sec. 20 De Facto Relationships Act 1984 (New South Wales); näher hierzu *Voß*, Ein Gesetzesvorschlag für die vermögens- und unterhaltsrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland, 1993, 115 ff.; die anderen Staaten und Territorien Australiens haben mittlerweile weitgehend entsprechende Regelungen verabschiedet; siehe nur Sec. 205Z Family Court Act 1997, am 1.12.2002 in Kraft getreten (Western Australia), und Sec. 13 De Facto Relationships Act 1991 (Northern Territory); näher auch zu diesen Rechtsordnungen *Willmott/Mathews/Shoebriidge*, De facto relationships property adjustment law – a national direction (2003) Australian Journal of Family Law (AJFL) 17, LEXIS 4.

¹⁰⁴ Vgl. Sec. 20 De Facto Relationships Act 1984 (New South Wales).

Miteigentum an einzelnen Vermögensgegenständen wie im norwegischen Recht wegen Übernahme der Haushaltsführung¹⁰⁵ oder auch eine automatische Anwendung des ehelichen Güterrechts wie in Kroatien¹⁰⁶ ermöglichen dagegen eine vermögensrechtliche Teilhabe schon während des Bestehens der Beziehung. Der Beitrag des Partners, der die Kinder betreut hat, wird damit bereits in der Partnerschaft berücksichtigt.

3. Wohnung

Für den Fall der Trennung bedarf es schließlich einer Regelung in Bezug auf die Familienwohnung. De lege lata bestimmt sich das Recht zur Nutzung der Wohnung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen, für die die Eigentumsverhältnisse bzw. die Ausgestaltung des Mietverhältnisses unter den Lebensgefährten maßgeblich sind. Sind beide Partner gemeinsam Partei des Mietvertrags, so kommt nur eine einvernehmliche Lösung in Betracht.¹⁰⁷ Eine gerichtliche Nutzungsteilung ist nicht möglich, da eine Nutzungsteilung nach Maßgabe der § 741 ff BGB gemäß § 745 BGB einen Beschluss der Mitmieter erfordert, den das Gericht nicht ersetzen kann.¹⁰⁸ Auch bei Miteigentum der Partner erlaubt eine gerichtliche Neuregelung der Benutzungsvereinbarung im Sinne von § 745 II BGB nicht die Zuweisung der Wohnung an einen Partner, da die Benutzungsregelung ein Mindestrecht beider Teilhaber am Gebrauch des gesamten Gegenstandes wahren muß. Es kann lediglich Aufhebung der Gemeinschaft nach §§ 749, 753 I BGB verlangt werden.¹⁰⁹ Ist nur ein Partner Mieter oder Eigentümer, so kann dieser bei Trennung vom anderen die Räumung der Wohnung und die Einräumung des Alleinbesitzes innerhalb einer angemessenen Frist verlangen.¹¹⁰ Diese Rechtslage ist besonders prekär, wenn Kinder mit im Haushalt leben und dem sorgeberechtigten Partner keine Berechtigung an der Wohnung zusteht. Lediglich bei Gewaltanwendung oder Bedrohung des Partners oder von Kindern ist unabhängig von der vertraglichen oder dinglichen Berechtigung an der Wohnung eine – allerdings zeitlich beschränkte – Nutzungszuweisung an einen der Partner auf der Grundlage des Gewaltschutzgesetzes bzw. der §§ 1666, 1666a BGB möglich.¹¹¹ Das Fehlen von Rege-

¹⁰⁵ *Lodrup*, Norway, in: Hamilton/Perry (Hrsg.), *Family Law in Europe*, 2. Auflage, 2002, S. 495, 517.

¹⁰⁶ Gem. Art. 262 Narodne novine Nr. 162/98, Gesetz 1993 vom 22.12.1998 (Kroatisches Familiengesetz) findet das eheliche Güterrecht auf nichteheliche Lebensgemeinschaften Anwendung, wenn die nichteheliche Lebensgemeinschaft längere Zeit angedauert hat.

¹⁰⁷ *Grziwotz*, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, 3. Auflage, 1999, S. 222.

¹⁰⁸ *Wacke* (Fn. 102) Nach § 1302, Rn. 37.

¹⁰⁹ *Grziwotz* (Fn. 107) 192.

¹¹⁰ LG Berlin 29.05.1990, MDR 1990, 1116; AG Hamburg 14.09.1988, NJW-RR 1989, 271; *Grziwotz* (Fn. 107) 222.

¹¹¹ Der Anwendungsbereich des Gewaltschutzgesetzes ist auf den Schutz erwachsener Opfer vor gewalttätigen Erwachsenen beschränkt, so dass zum Schutz eines Kindes vor Gewalt

lungen, die wie § 1361b BGB und die HausratsVO bei Ehegatten eine Wohnungszuweisung ermöglichen, ist vor allem bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern zweifelhaft.¹¹² Kontrovers diskutiert wird daher schon seit geraumer Zeit eine analoge Anwendung des § 1361b BGB und der HausratsVO auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft, die aber von Rechtsprechung und Literatur¹¹³ mangels Regelungslücke und vergleichbarer Interessenlage überwiegend abgelehnt wird. Zumindest bei Vorhandensein von Kindern ist aber eine gesetzliche Erstreckung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft zu fordern.¹¹⁴ Trennen sich Partner mit Kindern, so kann der Kinder betreuende Partner oder die Partnerin dringend auf die Wohnung angewiesen sein, weil sonst die Obdachlosigkeit droht oder infolge eines Umzugs die Kinderbetreuung nicht gesichert ist. Kinder müssen vor dem Verlust der gewohnten Umgebung geschützt werden können. Dies gilt unabhängig davon, ob ihre Eltern verheiratet sind oder nicht. Für den Fall der Trennung muss daher einem nichtehelichen Partner – auch ohne Gewaltanwendung oder Bedrohung durch den anderen – die gemeinsam genutzte Wohnung zugewiesen werden können.

D. Schluss

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass das geltende Recht den gesellschaftlichen Realitäten nicht Rechnung trägt. Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches geht in seinen Grundstrukturen nach wie vor von der auf der Ehe gründenden Familie aus. Die auf der Ehe beruhende biologische Kernfamilie ist aber nicht mehr die Norm. Faktische Partnerschaften wie auch soziale Eltern-

nur eine Wohnungszuweisung auf der Grundlage der §§ 1666, 1666a in Betracht kommt; *Brudermüller* (Fn. 94) § 3 GewSchG, Rn. 1 f.; *Schumacher*, Gewalt unter Partnern und Erwachsenen, in: *Schumacher/Janzen* (Hrsg.), *Gewaltschutz in der Familie*, 2003, S. 31, 37.

¹¹² Für eine gesetzliche Regelung *Schwab*, Der Schutz der Familienwohnung im deutschen Recht, in: *Henrich/Schwab*, *Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen*, 1995, S. 129, 153 f.

¹¹³ Siehe LG Hagen 5.8.1992, *FamRZ* 1993, 187; AG Berlin-Neukölln 20.3.1992, *NJW-RR* 1993, 133; AG Berlin-Schöneberg 15.12.1992, *NJW-RR* 1993, 1038; vgl. auch *Brudermüller* (Fn. 94) § 1361b Rn. 5; *Hübner/Voppel*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, Band IV, 13. Auflage, 2000, § 1361b, Rn. 3; *Schlüter*, *BGB-Familienrecht*, 10. Auflage, 2003, Rn. 493; *Schwab* (Fn. 112) 153; *ders.*, *Familienrecht*, 12. Auflage, 2003, Rn. 842; *Brudermüller*, *Regelungen der Nutzungs- und Rechtsverhältnisse an Ehwohnung und Hausrat*, *FamRZ* 2003, 1705, 1713; *ders.*, *Zuweisung der Mietwohnung bei Ehegatten, Lebenspartnern, Lebensgefährten*, *FuR* 2003, 433, 439; für eine analoge Anwendung dagegen LG München 1.6.1990: *NJW-RR* 1991, 834; *Grziwotz* (Fn. 107) 190.

¹¹⁴ Vgl. *Wacke* (Fn. 102) § 1302 Rn. 37; *Strätz*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, Band IV, 13. Auflage, 2000, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 186; *Coester*, *Wohnungszuweisung bei getrennt lebenden Ehegatten*, *FamRZ* 1993, 249, 253; *Schreiber*, *Benutzungsregelung nach § 1361b BGB*, *FPR* 1997, 116; *Theimer*, *Wohnungszuweisung bei Trennung nichtehelicher Lebenspartner in Mittel- und Nordeuropa*, *FuR* 1998, 294; vgl. auch einen entsprechenden Gesetzentwurf des Bundesrates aus dem Jahr 1995: BR-Drucks 307/94; BT-Drucks 13/196.

schaft bedürfen angemessener Regelungen. Notwendig ist zum einen ein umfassender Rechtsrahmen für nichteheliche Lebensgemeinschaften. Anknüpfungspunkt für rechtliche Regelungen der Paarbeziehung müssen die tatsächlichen Verhältnisse und nicht ein förmlicher Akt wie eine Registrierung sein. Nur auf diese Weise lässt sich der Schutz realisieren, der bei einem Zusammenleben über längere Zeit wie auch bei einem Zusammenleben mit Kindern geboten ist. Vor allem wenn in einer Partnerschaft Kinder aufwachsen, bedarf es sowohl während des Bestehens der Beziehung als auch für den Fall der Trennung einer Regelung der Paarbeziehung, die die Interessen des Familienarbeit leistenden Partners wie auch der Kinder berücksichtigt. Zum anderen muss soziale oder faktische Elternschaft vor allem in nichtehelichen Lebensgemeinschaften stärkere rechtliche Anerkennung finden. Dort wo eine tatsächliche Eltern-Kind-Beziehung besteht, muss diese unabhängig von der Rechtsnatur der Elternbeziehung durch entsprechende Regelungen abgesichert werden. Nur wenn das Recht der Vielfalt der familiären Lebensformen nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit Kindern Rechnung trägt, kann es seine Ordnungs- und Schutzfunktion erfüllen.

Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften: Reformbedarf in Deutschland – Modell für Europa? Ein Diskussionsbericht

ANATOL DUTTA

Am 3. April 2004, dem zweiten Tag der Konferenz, standen die Referate von *Dieter Martiny* (Frankfurt/Oder)¹, *Marina Wellenhofer* (Hamburg)² und *Nina Dethloff* (Bonn)³ zur rechtlichen und tatsächlichen Situation nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland auf dem Programm. Der folgenden Bericht skizziert die lebhafteste Diskussion, die jeweils im Anschluss an die Referate geführt wurde.

A. Rechtsprobleme während der Lebensgemeinschaft

Referat: *Martiny*, Moderation: *Katharina Boele-Woelki* (Utrecht)

Im Anschluss an das erste Referat von *Martiny* befasste sich – eingeleitet durch *Boele-Woelki* – die Diskussion zunächst mit Möglichkeiten und Grenzen einer Reform des Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Deutschland. *Martiny* sah Bereitschaft beim Gesetzgeber, vereinzelt Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften zu treffen. Die Reformdebatte sei derzeit grundsätzlich auf dem Stand der Diskussion des 57. Deutschen Juristentags, auch wenn es mittlerweile einen Gesetzesentwurf der Partei Bündnis 90/Die Grünen gebe. *Martiny* gab jedoch zu bedenken, dass man sich zunächst über die Regelungen *de lege lata* im Klaren sein müsse – was aktuell nicht der Fall sei – und erst dann eine echte Reformdebatte führen könne.

Sodann wurde bemerkt, dass der größte Reformbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern bestünde. Es zeige sich bereits im Ehe-recht, dass Hauptkonfliktpunkt zwischen den Ehegatten im Falle einer Trennung die gemeinsamen Kinder sind. Nichts anderes gelte für nichteheliche Lebensgemeinschaften. Eine Reform des Rechts der nichtehelichen Lebens-

¹ *Martiny*, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht, abgedruckt oben S. 79 ff.

² *Wellenhofer*, Rechtsprobleme bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – unter Lebenden und im Todesfall, abgedruckt oben S. 101 ff.

³ *Dethloff*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder, abgedruckt oben S. 137 ff.

gemeinschaft müsse deshalb an einer gemeinsamen Elternschaft ansetzen. Demgegenüber vertrat *Martiny* den Standpunkt, dass die rechtlichen Probleme zumindest in Deutschland nicht auf nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern beschränkt seien. Viele Gerichtsentscheidungen würden sich mit Fällen beschäftigen, in denen gemeinsame Kinder kein Thema seien. Es könne deshalb nicht reichen, an eine gemeinsame Elternschaft anzuknüpfen. Auch nichteheliche Lebensgemeinschaften ohne Kinder bedürften eines rechtlichen Regimes.

Ulrich Magnus (Hamburg) hob die Widersprüchlichkeit des deutschen Rechts im Bereich des Unterhaltsrechts hervor. Zum einen werde dritten Unterhaltsberechtigten, aber auch dem Staat gegenüber, soweit es etwa um Sozialleistungen geht, eine Unterhaltspflicht zwischen den Nichtehelichen fingiert. Auf der anderen Seite bestehe ein solcher Anspruch im Verhältnis der Nichtehelichen zueinander grundsätzlich aber nicht. Diese Widersprüchlichkeit ließe sich nur durch die Begründung eines echten Unterhaltsanspruchs zwischen den Nichtehelichen auflösen, der freilich auf bestimmte Konstellationen begrenzt werden müsse. Eine rechtliche Basis könne unter Umständen sogar § 242 BGB bieten. Besser sei es aber, einen solchen Unterhaltsanspruch systematisch anstatt im Schuldrecht im Familienrecht zu verankern. Die Beistandspflicht sollte zum Tragen kommen, wenn Alter, Krankheit oder Kinderbetreuung seitens des einen Nichtehelichen zu einer Unterhaltsbedürftigkeit geführt haben – und zwar gerade auch nach Trennung oder Aufhebung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Zudem forderte *Magnus*, dass nach dem Ende der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein finanzieller Ausgleich für Vermögensverschiebungen erfolgen müsse. Dabei sollte – aus den schlechten Erfahrungen der jetzigen Lösungen lernend – nicht jeder einzelne Vermögenszuwachs nachträglich geprüft werden, sondern ein güterrechtsähnlicher Ausgleich geschaffen werden. Auch *Gerd Brudermüller* (Bad Duckheim) sah Widersprüchlichkeiten vor allem im Unterhaltsrecht bei Ehegatten und bei Nichtehelichen. Hier sei gerade die Schlechterstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft beim Betreuungsunterhalt kaum zu rechtfertigen. *Martiny* stimmte der Feststellung einer Widersprüchlichkeit des deutschen Rechts grundsätzlich zu: Der Staat behandle die Nichtehelichen gleich wie Ehepaare, wenn es ihm wie etwa im Sozialrecht nützte, aber er behandle sie unterschiedlich, wenn er sparen kann. Allerdings dürfe man nicht vergessen, dass familienrechtliche Verhältnisse stets eine privatrechtliche und eine öffentlichrechtliche Seite haben. Auch in anderen Rechtsordnungen – etwa den angelsächsischen – zeige sich, dass der Staat bestimmte Rechtsverhältnisse im Familienrecht anders behandelt als etwa im Sozialrecht. Dennoch war *Martiny* der Gewährung von Unterhaltsansprüchen zwischen Nichtehelichen nicht kategorisch abgeneigt. Man müsse aber Grenzen ziehen. Auch müsse bedacht werden, welche Folgen das Zugestehen eines solcher Unterhaltsanspruchs Dritten gegenüber habe. Sonst könne nämlich der geschiedene Ehegatte, der mit seiner neuen Freundin zusammenzieht, seiner

geschiedenen Ehefrau entgegenhalten, er könne keinen Unterhalt für seine frühere Familie mehr zahlen, da er seine Freundin unterhalten müsse. Man gerate mit so einem Unterhaltsanspruch in die Problematik konsekutiver Familienverhältnisse. Die von *Brudermüller* angesprochene schwächere Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts bei nichtehelichen Paaren gegenüber verheirateten sei in der Tat kaum zu rechtfertigen. Entscheidend sei, dass ein Kind zu betreuen ist, ob die Eltern nun verheiratet sind oder nicht. Das deutsche Recht habe sich hier noch nicht ganz von den alten Kategorien des Unehelichenrechts emanzipiert.

Günter Weick (Gießen) bemerkte, dass der zentrale Punkt für die rechtliche Behandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften deren Definition sei. Er sprach sich gegen das in anderen Rechtsordnungen verbreitete Fristenmodell aus, das nur an eine Lebensgemeinschaft ab einer gewissen Dauer Rechtsfolgen knüpfe: Denn keine Fristenregelung funktioniere ohne Ausnahmeregelungen. *Weick* favorisierte die vom BVerfG gefasste Definition, der sich auch der BGH angeschlossen habe. Danach sei eine nichteheliche Lebensgemeinschaft eine Gemeinschaft zwischen Mann und Frau, die auf Dauer angelegt und unter Ausschluss, andere Gemeinschaften gleicher Art einzugehen, geschlossen sei. Unklarheiten berge allenfalls das Kriterium des Auf-Dauer-Angelegt-Seins. Aber auch hier gebe es Indizien wie gemeinsame Kinder, eine gemeinsame Wohnung oder Ähnliches. Schließlich gelte es nur, sog. *swinger* von ernsthafteren Partnerschaften abzugrenzen. Grundsätzlich sah auch *Brudermüller* das Hauptproblem in der rechtspolitischen Frage, was den Unterschied zwischen Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft ausmache. Die Zäsur im geltenden Recht verlaufe nicht mehr zwischen Ehe und Nicht-Ehe, sondern zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft auf der einen Seite und den vielen verschiedengestaltigen Lebensbeziehungen auf der anderen Seite. Es stelle sich die Legitimationsfrage, warum die Zäsur an dieser Stelle verlaufen müsse. *Brudermüller* erwartete aber, dass der BGH in Zukunft Bewegung zeigen werde. Wie *Weick* erachtete auch *Martiny* die Definition des BVerfG als Ausgangspunkt für eine Begriffsbildung geeignet. Allerdings müsse sie den heutigen Verhältnissen angepasst werden. So sei eine Beschränkung auf eine Beziehung zwischen Mann und Frau kaum mehr zeitgemäß und haltbar. Skeptisch war *Martiny* auch bei dem Definitionselement des Auf-Dauer-Angelegt-Seins. Eine Fristenlösung sei hier in der Tat nicht befriedigend, weil dann wieder Ausnahmen für Lebensgemeinschaften mit Kindern und für besondere Situationen gemacht werden müssten. Es sei deshalb dringend notwendig, dass sich Theorie und Praxis näher mit der Frage auseinandersetzen, wann die nichteheliche Lebensgemeinschaft eigentlich beginnt. Der Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen habe hier erste Schritte unternommen. Auch sei die Frage offen, wann eine Gemeinschaft überhaupt vorliege. So habe der angesprochene Grünen-Entwurf ganz zu Recht versucht klarzustellen, dass es auf eine gemeinsame Wohnung nicht immer ankommen müsse. Der Recht-

sprechung sei grundsätzlich zuzugestehen, dass das Element des Füreinander-Einstehens ein zentrales Element sei. Allerdings sei zu bedenken, dass – auch wenn sich für einander einstehen sehr romantisch anhört – völlig unklar ist, was dieses Kriterium in der Praxis genau bedeutet.

Walter Pintens (Leuven) lenkte die Diskussion auf den konzeptionellen Rahmen eines zukünftigen Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Die wichtige Frage liege darin, ob man ein zweistufiges oder dreistufiges Modell wähle. Während das zweistufige Modell die nichteheliche Lebensgemeinschaft und die Ehe kenne, differenziere das dreistufige Modell zwischen faktischer Lebensgemeinschaft, Lebensgemeinschaft mit besonderen Rechten und Pflichten und der Ehe. *Pintens* selbst favorisierte das zweistufige Modell, gab ihm aber kaum Zukunftschancen, da die Rechtsentwicklung zumindest in Europa klar auf ein dreistufiges Modell zusteure. Auch *Jürgen Basedow* (Hamburg) sprach sich nachdrücklich für das zweistufige Modell aus. Da beim dreistufigen Modell für die nichteheliche Lebensgemeinschaft stets ein Publizitätsakt in Form etwa einer Registrierung erforderlich sei, würde man im Ergebnis wieder die Situation haben, dass der größte Teil der zusammenlebenden Paare in die dritte Kategorie der faktischen Lebensgemeinschaft falle. Man habe dann zwar für die nichtehelichen Lebensgemeinschaft schöne Regeln, müsse sich aber wieder überlegen, wie man die große Zahl der faktischen Lebensgemeinschaften behandle. Zudem sei zu überlegen, ob eine Registrierung der Partnerschaft wirklich für alle Rechtsfolgen relevant ist. Die Registrierung könne etwa zur Verhinderung von Missbrauch sinnvoll sein, wenn es um Rechte oder Pflichten Dritter gegenüber den Nichtehelichen geht, sich ein Nichtehelicher etwa einem Sozialversicherungsträger oder Vermieter gegenüber auf die Lebensgemeinschaft beruft. Dagegen sei für die Rechte und Pflichten zwischen den Partnern ein solcher Publizitätsakt kaum erforderlich. Das Bestehen einer Lebensgemeinschaft werde man hier auch anders beweisen können. Auch *Martiny* befürworte klar das zweistufige Modell, schloss aber rechtspolitisch ein Dreistufenmodell nicht aus. Dennoch gäbe es momentan in Deutschland keine politische Gruppierung, die sich dezidiert für ein Dreistufenmodell ausspräche. Auch sah *Martiny* eine Registrierung der Lebensgemeinschaft Dritten gegenüber als sehr nützlich an. So könne man sich in Frankreich ein *certificat de concubinage* beschaffen etwa für Sozialversicherungszwecke. Solche Ideen eines fakultativen Publizitätsaktes z. B. in Form eines notariellen Aktes seien auch in Deutschland schon geäußert worden. Für einige Rechtsfolgen sei das zu begrüßen.

B. Rechtsprobleme bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Tod oder unter Lebenden)

Referat: *Wellenhofer* vertreten durch *Juliane Richter* (Hamburg), Moderation: *Pintens*

Magnus sprach sich in seinem Diskussionsbeitrag für eine pauschalierende Lösung beim Ausgleich zwischen den Nichtehelichen nach Auflösung der Gemeinschaft aus. Die Aufrechnung einzelner Beträge, welche die Nichtehelichen in die Lebensgemeinschaft investiert haben, führe zum Waschen schmutziger Wäsche und Sorge für ein Klima von Hass und Verbitterung. Auch fragte sich *Magnus*, ob die Gütertrennung wirklich die „Obergrenze“ für ein Güterregime der Nichtehelichen sein könne. Vielmehr müsse man überlegen, ob nicht der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft das Vorbildmodell sein solle, dass man bei den Nichtehelichen analog anwendet. Das Schuldrecht führe zu nicht befriedigenden Lösungen: Der Bereicherungsausgleich scheint schwierig zu konstruieren. Eine Zweckabrede, dass die Zuwendung nur solange gelten soll, wie die Gemeinschaft besteht, könne man nicht so einfach annehmen. Auch versage die Lösung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch Tod, denn der Tod als Wegfall der Geschäftsgrundlage leuchte kaum ein.

Kurt Siehr (Hamburg) lehnte dagegen einen solchen pauschalierten Ausgleich bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ab. Er wies auf das Problem hin, das entstünde, wenn die Zuwendung des einen Nichtehelichen sich nicht im gemeinsamen Vermögen niederschlage, wie etwa die Begleichung von Studiengebühren gemeinsamer Kinder. In der Schweiz sei in solchen Fällen der Weg über das Bereicherungsrecht gewählt worden, wobei *Siehr* der Geschäftsgrundlagenlösung den Vorzug geben würde. Man müsse zwischen verschiedenen Leistungen differenzieren. Dem schloss sich *Peter Winkler von Mohrenfels* (Rostock) in seinem Diskussionsbeitrag an. Eine pauschalierende Lösung sei der falsche Weg. Es gebe bei den Streitigkeiten zwischen Ehegatten und Nichtehelichen keinen Unterschied: In beiden Fällen gehe es um die Trennung einer persönlichen Beziehung und das berge Konfliktpotential. Zudem gebe es auch bei Ehegatten nur eine – im Übrigen sehr umstrittene – pauschalierende Ausgleichsnorm, nämlich § 1371 Abs. 1 BGB. In allen anderen Fällen der Zugewinnngemeinschaft müsste man auch bei den Ehegatten genau die Vermögensbewegungen betrachten.

Basedow sprach sich für einen Gleichlauf zwischen den Ausgleichsregimen bei der Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und einer Ehescheidung aus. Von der Ausgangslage unterschieden sich beide Situationen nicht, zumal sich gezeigt habe, dass die Tendenz weg von der Ehe hin zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft gehe und zahlreiche Lebensgemeinschaften über viele Jahre, oft bis zum Tod eines der Nichtehelichen andauerten. Der

familienrechtspolitischen Zweck des Zugewinnausgleichs bei der Ehescheidung bestehe in dem Bestreben, dass im Falle des Scheiterns einer typischen arbeitsteiligen Ehe derjenige Teil, der sich um die Familie kümmert, versorgt ist und nicht dem Staat auf der Tasche liegt. Dieser rechtspolitische Hintergrund passe auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Deshalb liefe für die Nichtehe-lichen die richtige Lösung auf einen Zugewinn- und Versorgungsausgleich hin-aus. Rechtstechnisch ließe sich das *de lege lata* am Besten mit dem gesell-schaftsrechtlichen Ansatz lösen. Der BGH solle hier die einengenden Voraus-setzungen in Bezug auf den erforderlichen wirtschaftlichen Gesellschaftszweck aufgeben. Darüber hinaus seien eine Familiengründung und ein Kind bei der heutigen demografischen Entwicklung und der Armut der öffentlichen Kassen durchaus eine wirtschaftliche Unternehmung und ein wirtschaftlicher Zweck. Zugleich lehnte *Basedow* die Feststellung ab, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen die Lebensgemeinschaft durch einen faktischen Zugewinnausgleich nicht besser stehen dürfe als eine Ehe bei Gütertrennung. Eine solche Argu-mentation sei nicht akzeptabel, da die Ehe bei Gütertrennung eine Ehe sei, die durch ein vertragliches Regime geschaffen wurde. Der Gesetzgeber könne bei Art. 6 GG nur gehalten sein, auf der Ebene des Gesetzesrechts die Lebens-gemeinschaft nicht besser zu stellen als die Ehe. Aber wenn die Ehegatten selbst auf bestimmten Schutz verzichten, den das Eherecht eigentlich bietet, dann könne das kein Vergleichsmaßstab sein für eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

Auch *Winkler von Mohrenfels* sah für die Ausgleichsansprüche die gesell-schaftsrechtliche Lösung als die vielversprechendste an. Der Gesellschafts-zweck müsse nur über den einer Gemeinschaft hinausgehen. Das sei auch aus der Ehegattinnengesellschaft bekannt. Diese werde zwar im Eherecht meist nur subsidiär angewendet, weil der Zugewinnausgleich in der Regel eine angemes-sene Lösung schaffe. Aber in Fällen der Gütertrennung käme die gesellschafts-rechtliche Lösung öfters zur Anwendung. Allerdings betonte *Winkler von Mohrenfels*, dass das Gesellschaftsrecht nur bei größeren Vermögensinvesti-tionen oder der gemeinsamen Führung eines Unternehmens helfe. Es bleibe aber auch das Bereicherungsrecht sowie die Grundsätze über die unbenannten Zuwendungen – eine Rechtsfigur, die ebenfalls aus dem Eherecht stamme und die Hürde des „groben Undankes“ bei § 523 BGB umgehen solle. Auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften ließen sich die Grundsätze über die unbenannten Zuwendungen unproblematisch anwenden. Es handele sich hierbei um familienvertragliche Ansprüche, die völlig unabhängig von einer Ehe-schließung seien. Eine Analogie zur Ehe oder Orientierung am Eherecht lehnte *Winkler von Mohrenfels* aber strikt ab. Wenn die Nichtehe-lichen solche Rechts-folgen wünschten, dann sollten sie heiraten oder eine Lebenspartnerschaft eintragen lassen. Vielmehr, so *Winkler von Mohrenfels*, sei es erforderlich, dass sich der Gesetzgeber den Problemen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft annehme. Solche faktischen Lebensgemeinschaften – ob homo- oder hetero-

sexuell – müssten ohne eine besondere Registrierung einen rechtlichen Rahmen erhalten.

C. Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder

Referat: *Dethloff*, Moderation: *Martiny*

Zunächst stellte *Dethloff* auf Nachfrage von *Weick* klar, dass entscheidend für den von ihr vertretenen Ansatz allein die faktische Eltern-Kind-Beziehung sei. Das Verhältnis zwischen den Eltern sei zweitrangig. Ob die Eltern in einer Ehe, eingetragenen Lebenspartnerschaft, in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebten oder gar in einer faktischen, nicht formalisierten Beziehung, sei für Fragen der Eltern-Kind-Beziehung und der Sorgerechtszuteilung irrelevant.

Jürgen Samtleben (Hamburg) hinterfragte die methodische Vorgehensweise bei der Erhebung der statistischen Daten, die *Dethloff* in ihrem Referat verwendete hatte: Da die nichtehelichen Lebensgemeinschaften nicht wie etwa die Zahl der Eheschließungen im Statistischen Jahrbuch erfasst werden, könne die Zahl der in Deutschland faktisch gelebten nichtehelichen Lebensgemeinschaften nur über repräsentative Erhebungen ermittelt werden. Nun sei aber der Begriff der Lebensgemeinschaft im Detail umstritten. Es frage sich deshalb, worauf sich die repräsentative Erhebung beziehe: auf die Selbsteinschätzung der Befragten, sie lebten oder lebten nicht in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, oder auf die Klassifizierung durch die Erhebenden. *Dethloff* bestätigte, dass die Zahlen in der Tat auf einer repräsentativen Umfrage, nämlich dem sehr umfangreichen Mikrozensus aus dem Jahre 2002, beruhten. Sie vermute, dass bei der Befragung auf die typischen Kriterien für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft geachtet worden sei: das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft oder einer Einstandsgemeinschaft und ähnliche Faktoren. Soweit aber gemeinsame Kinder vorhanden sind – die für *Dethloff* interessierenden Fälle – sei die Annahme einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft unproblematisch.

Sodann fokussierte sich die Diskussion auf verfassungsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. *Magnus* äußerte Bedenken, ob mit der von *Dethloff* vorgeschlagenen Lösung, bei der kaum noch Unterschiede zwischen der Ehe und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft blieben, nicht das Abstandsgebot des Art. 6 GG verletzt werde. Auch müsse es den Nichtehelichen möglich bleiben, diese von *Dethloff* vorgeschlagenen Rechtsfolgen vertraglich auszuschließen. Gleichfalls auf das Abstandsgebot verwies *Pintens*. Er verstehe nicht, warum sich die Deutschen mit ihrem Art. 6 GG so schwer tun. Es sei für Ausländer oft kaum nachvollziehbar, warum diese verfassungsrechtliche Vorschrift eine Schlechterstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfordere. *Dethloff* betonte, dass bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der Eltern-Kind-Problematik die Unterschiede

zwischen Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft nicht als der grundsätzliche Anknüpfungspunkt gewählt werden dürfen, sondern vielmehr die gemeinsame Elternschaft der zu regelnde Sachverhalt sei. Das heutige Familienrecht gehe nach wie vor von der Ehe als Normalfall aus. Die eherechtlichen Vorschriften seien deshalb so ausgestaltet, dass in der Ehe gemeinsame Kinder dieses Paares leben. Der richtige Anknüpfungspunkt sei aber die gemeinsame Elternschaft. Hier bedürfe es – unabhängig vom sonstigen Verhältnis zwischen den Eltern – allgemeiner Regeln zum Schutz in erster Linie des Kindes und in zweiter Linie auch des anderen Partners. Denn, wenn Kinder aus einer Beziehung entstehen, ändere sich grundlegend die Beziehungen zwischen den Eltern. Es komme dann viel häufiger zu einer Arbeitsteilung zwischen den Partnern, wie sie bei kinderlosen Paaren – auch in Ehen – nur noch selten sei. Bei kinderlosen Paaren – seien sie verheiratet oder in einer sonstigen Beziehung lebend – bestehe nur ein deutlich geringeres Schutzbedürfnis zwischen den Partnern. Man müsse deshalb allgemein Regeln schaffen, die an die gemeinsame Elternschaft anknüpfen. Habe man dies im Hinterkopf, so seien die Schwierigkeiten mit Art. 6 GG gar nicht so groß: Letztendlich stelle man nämlich dann die Ehe und die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht gleich, sondern betrachte nur den regelungsbedürftigen Sachverhalt, der sich eben bei Ehen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften in gleicher Weise stelle, nämlich die gemeinsame Elternschaft. Das BVerfG habe in seiner Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz deutlich gemacht, dass das Abstandgebot nicht verletzt werde, wenn dort, wo Regelungsbedarf bestehe, auch nichteheliche Lebensgemeinschaften anerkannt würden. Zudem wies *Dethloff* auf Nachfrage von *Petar Šarčević* (Rijeka) darauf hin, dass das BVerfG auch die Beziehung zwischen Vater und Kind als von Art. 6 GG geschützt ansehe. Es liege deshalb nahe, dass auch der nichteheliche Lebensgemeinschaft mit ihren Kindern der Schutz des Art. 6 GG zukomme. Diese Tatsache ließe sich durchaus gegenüber der Forderung anführen, man müsse zwischen Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft in Bezug auf Kinder differenzieren. Was das von *Magnus* angesprochene *opting-out* aus einem solchen, an die gemeinsame Elternschaft anknüpfenden Regime angehe, müssten hier Grenzen gesetzt werden. Die Eltern dürften nicht über den Schutz des Kindes und einen gewissen Mindestschutz für den anderen Partner disponieren.

Jörg Pirrung (Luxemburg) lenkte die Diskussion auf die Frage nach der Möglichkeit von transnationalen Adoptionen bei gleichgeschlechtlichen Paaren. Hier müsse die kollisionsrechtliche Ebene beachtet werden, die vom Haager Adoptionsübereinkommen von 1993 geprägt sei. Geschäftsgrundlage dieses Übereinkommens sei eindeutig, dass die Adoption nur dort in Frage käme, wo zwei verheiratete Personen zusammenleben oder eine Einzelperson adoptiert. Der Fall des adoptierenden gleichgeschlechtlichen Paares sei bei den Verhandlungen bewusst ausgeklammert worden. Überlegungen in diese Richtung gefährdeten mithin Dinge, die internationale verhandelt worden seien. Das gelte

insbesondere auch für die Niederlande, die als Vorreiter der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare das Haager Adoptionsübereinkommen in besonderem Maße in Frage stellten. Hiergegen wandte sich jedoch *Pintens*, der darauf hinwies, dass die Niederlande durchaus auf das Haager Adoptionsübereinkommen Rücksicht genommen hätten, da sie die Adoptionsmöglichkeit von gleichgeschlechtlichen Partnern auf inländische Kinder beschränkt haben. *Dethloff* sah die womöglich andere gesetzeshistorische Ausrichtung des Haager Adoptionsübereinkommen auf heterosexuelle Partner in der Rolle der Annehmenden als grundsätzliches Problem internationaler Übereinkommen an, wenn sich die Rechtswirklichkeit in den Vertragsstaaten im Laufe der Zeit weiterentwickelt. Die registrierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaften seien erst in den letzten Jahren in den meisten Rechtsordnungen möglich geworden. Auch sei das Phänomen der Stiefkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare kein regional beschränktes. Die Niederlande stünden nicht alleine da. Auch die Rechtsentwicklung in Skandinavien, Spanien und England gehe in diese Richtung. Langsam werde sich das internationale Konventionsinstrumentarium wieder an die veränderten gemeinsamen Standards anpassen. Zudem bestehe die Möglichkeit dieses Recht der Adoption auf inländische Kinder zu beschränken, um einen Konflikt zu vermeiden.

Auch wies *Pirring* darauf hin, dass auch das europäische Gemeinschaftsrecht Fallmaterial für familienrechtliche Fragen zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften bereithalte. So würden sich für die europäischen Gerichte immer wieder im Zusammenhang mit dem Beamtenstatut Fragen des Familienrechts stellen, etwa wenn ein in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung lebender Beamter Ansprüche auf Familienunterstützung geltend mache. Hier werde es in naher Zukunft eine Vorschrift im Beamtenstatut geben, wonach jede Statusbeziehung, die irgendein Mitgliedstaat der Gemeinschaft anerkennt, ausreiche, um beamtenrechtliche Ansprüche aus diesem Status herzuleiten. *Dethloff* forderte in diesem Zusammenhang, dass auch mit den Vertretern der Haager Konferenz Überlegungen angestellt werden müssten, ob nicht auf der Ebene des internationalen Privatrechts im Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften eine Vereinheitlichung getroffen werden könnte. So könnte zumindest gewährleistet werden, dass Staaten, die solche familienrechtlichen Statutsbeziehungen in ihren Sachrechten nicht kennen, Partnerschaften aus anderen Staaten anerkennen.

Winkler von Mohrenfels wandte sich gegen den Vorschlag, das gemeinsame Sorgerecht ohne einen konkret hierauf gerichteten Konsens der Eltern und vor allem der Mutter zuzulassen. Das BVerfG habe zu Recht festgestellt, dass die Eheschließung einen solchen Konsens über ein gemeinsames Sorgerecht der Kinder enthalte. Deshalb sei das gemeinsame Sorgerecht bei in der Ehe geborenen Kindern gerechtfertigt, nicht aber automatisch bei sonstigen Beziehungen der Eltern zueinander. Dem widersprach *Dethloff*. Es sei zwar im Ergebnis richtig, dass man bei einer Ehe von einem Konsens über das Sorgerecht aus-

gehen könne. Entscheidend sei aber, dass eine häusliche Gemeinschaft, die es auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften geben könne, diesem Konsens gleichstehe. Hiergegen könne man auch nicht mit der geringen Zahl der abgegebenen Sorgeerklärungen argumentieren. Die Mutter würde sich in Fällen, in denen die Eltern zusammenleben, nicht weigern, diese Erklärung abzugeben. Es würde schlichtweg von den Eltern an eine rechtliche Absicherung und Vorsorge nicht gedacht, während die Beziehung intakt ist. Das sei von großem Nachteil für das Kind, wenn die Beziehung scheitere, weil dann eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung nicht möglich sei.

Dagegen stimmte *Winkler von Mohrenfels* im Prinzip der Ansicht *Dethloffs* zu, eine Stiefkindadoption auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften zuzulassen. Allerdings müsse man bei der Zustimmung des tatsächlichen anderen Elternteils differenzieren. Dem nehme man durch die Adoption schließlich das Kind. Da mache es hinsichtlich der Intensität der Zustimmung schon einen Unterschied, ob der annehmende Stiefpartner und der andere wirkliche Elternteil verheiratet sind oder in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben. Demgegenüber konnte *Dethloff* einen solchen Unterschied nicht ausmachen. Das Entscheidende sei das Bestehen einer faktischen Eltern-Kind-Beziehung zwischen dem Stiefpartner und dem Kind.

3. Teil: Stellungnahme der Kirchen

Die Stellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften aus dem Blickwinkel der Evangelischen Kirche in Deutschland

MONIKA LÜKE

- A. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft
- B. Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften
- C. Schluss

Aufgabe einer Betrachtung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften aus evangelischer Sicht kann es nicht sein, eine ins Detail gehende Bewertung des Zusammenlebens von Paaren im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft vorzunehmen und konkrete Empfehlungen für Rechtsfragen zu liefern. Statt dessen sollen die Unterschiede zwischen Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft nach evangelischem Verständnis hervorgehoben werden (A.). Anschließend wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit Kindern besonders betrachtet (B.). Bei dieser Form des Zusammenlebens steht die Perspektive der Kinder im Vordergrund. Deshalb genießt die nichteheliche Lebensgemeinschaft, soweit es um die gemeinsamen Kinder geht, aus evangelischer Sicht als „Familie“ besonderen Schutz.

Die folgenden Ausführungen stützen sich im wesentlichen auf die familienpolitische Stellungnahme des Rates der EKD aus dem Jahre 2002 „Was Familien brauchen“, die Denkschrift der EKD aus dem Jahre 1997 „Gottes Gabe und persönliche Verantwortung. Zur ethischen Orientierung für das Zusammenleben in Ehe und Familie“ und „Ehe und Familie 1994“, ein Wort des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland aus Anlass des Internationalen Jahres der Familie 1994. Im einzelnen gibt der vorliegende Artikel jedoch ausschließlich die persönliche Auffassung der Autorin wieder.

A. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft

Auch wenn es in unserer Lebenswirklichkeit verschiedene Formen des Zusammenlebens von Mann und Frau gibt, so ist doch aus evangelischer Sicht die auf

Dauer angelegte Gemeinschaft in einer Ehe die geeignetste Form.¹ Nach heutigem evangelischen Verständnis verankert die Ehe eine vorbehaltlose Lebensgemeinschaft von Mann und Frau, in der sich die Verbundenheit durch Liebe realisiert und die von gegenseitiger Achtung, Rücksichtnahme und Loyalität geprägt ist. Sie ist auf lebenslange Dauer angelegt und erfolgt durch öffentliches Bekenntnis mit dem Anspruch auf Bindungswirkung. Dadurch werden wichtige Grundlagen für Verbindlichkeit und Verlässlichkeit geschaffen.² Die Bereitstellung rechtlicher Regelungen für die Ehe ist heute Aufgabe des Staates. Das wird von der evangelischen Kirche akzeptiert, solange die staatlichen Formen freie Gattenwahl, Eheschließung auf Lebenszeit und Einehe garantieren.³ Durch das Grundgesetz genießt die Ehe in Artikel 6 als einzige Lebensform zwischen Mann und Frau verfassungsrechtliche Anerkennung und deshalb besonderen Schutz.

Die grundgesetzliche Hervorhebung entspricht aus kirchlicher Sicht der besonderen Bedeutung der Ehe in der Bibel. Die Ehe ist die einzige Lebensform, zu der sich Jesus geäußert hat (Matthäus 19, 6).

Die besondere biblische Hervorhebung der Ehe bedeutet aber andererseits nicht, dass die evangelische Kirche andere Formen partnerschaftlichen Zusammenlebens, insbesondere die nichteheliche Lebensgemeinschaft, verurteilt. Die EKD respektiert die Entscheidung von Menschen, in anderen Formen als der Ehe einen partnerschaftlichen Lebensentwurf zu verwirklichen,⁴ Für ein Zusammenleben von Frau und Mann „ohne Trauschein“ mag es unterschiedliche Gründe geben.⁵

Manche leben über lange Zeit als Lebensgefährtin und Lebensgefährte unverheiratet zusammen und empfinden ihre Gemeinschaft in der Praxis wie eine „Ehe“. Andere bekennen sich zwar zu einer festen Partnerschaft, sehen sich aber noch nicht in der Lage, eine folgenreiche und verbindliche Lebensentscheidung für den Partner bzw. die Partnerin zu treffen. Wieder andere halten den Zeitpunkt für die Ehe für (noch) nicht gekommen, weil sie sich noch in der Ausbildung befinden, keine eigene Wohnung oder kein ausreichendes Eigentum haben. Daneben gibt es auch Situationen, in denen bereits bei einem der Partner eine Ehe gescheitert ist und deshalb aufgrund der erfahrenen Enttäuschung und Verletzungen keine so enge Bindung mehr eingegangen werden soll. Für andere gehört die Ehe in ihrem Empfinden zu einer vergangenen

¹ EKD (Hrsg.), Was Familien brauchen. Eine familienpolitische Stellungnahme des Rates der EKD, EKD-Texte 73, 2002, para. 8.

² EKD (Hrsg.), Denkschrift, Gottes Gabe und persönliche Verantwortung – Zur ethischen Orientierung für das Zusammenleben in Ehe und Familie Gottes Gabe und persönliche Verantwortung, 1997, II. 3.1.

³ Siehe Fn. 1, para.7.

⁴ EKD (Hrsg.), Ehe und Familie 1994 Ein Wort des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland aus Anlaß des Internationalen Jahres der Familie 1994, S. 3.

⁵ Vgl. Fn. 4, 2.

bürgerlich-patriarchalischen Welt mit gesetzlichen Pflichten und überfordernden Bindungen.

Im Gegensatz zur Ehe, bei der die Rechte und Pflichten zwischen den Partnern im Zivilrecht verbindlich festgelegt sind, lässt unverheiratetes Zusammenleben zwischen den Partnern keinerlei Rechte und Rechtspflichten von Gesetzes wegen entstehen. Während die Ehe grundsätzlich auf die lebenslange Übernahme personaler Verantwortung angelegt ist, ist das bei der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht immer der Fall.

Familienrechtliche Regelungen dürfen für die Lösung von Rechtsproblemen bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften deshalb nicht ohne Weiteres herangezogen werden und sind häufig nicht angemessen, weil dies einerseits der besondere Rechtsstatus der Ehe verbietet und andererseits auch nicht dem Rechtscharakter der nichtehelichen Lebensgemeinschaft entspreche: Auf der einen Seite verbietet der Respekt vor der besonderen Entscheidung für die Ehe als Lebensform, die Regelungen des Familienrechts ohne weiteres auf andere Lebensgemeinschaften auszudehnen. Hinzu kommt, dass sich Paare, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben, häufig bewusst außerhalb der Normen des Familienrechts stellen wollen.

Paare, die nicht verheiratet sind und auch nicht heiraten wollen, können jedoch durch Vertrag im Rahmen des Schuldrechts Regelungen von der Art treffen, wie das Gesetz sie für Eheleute vorsieht. Beispielsweise können sie Unterhaltspflichten begründen, sich durch Erbvertrag zu Erben einsetzen, ihre vermögensrechtlichen Beziehungen ordnen oder sich gegenseitig durch Vollmachten eine Art Schlüsselgewalt verschaffen.

Von diesen Möglichkeiten wird in der Praxis wenig Gebrauch gemacht, was in der Regel zu Lasten der wirtschaftlich schwächeren Person geht. Bei einer von wechselseitiger Verantwortung getragenen und damit funktionierenden Beziehung wird kein Bedürfnis für die Anwendung eheähnlicher Regelungen auch in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehen. Geben und Nehmen werden (hoffentlich) in einem ausgewogenen Verhältnis stehen; je mehr die Partner gegenseitig Verantwortung wahrnehmen, desto weniger wichtig wird – rechtlich gesehen – die gewählte Lebensform.⁶

B. Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften

Auch wenn die nichteheliche Lebensgemeinschaft grundsätzlich weder den besonderen Charakter und Status, noch die Rechte und Pflichten einer ehelichen Beziehung teilt, und deshalb nicht durch das Familienrecht, sondern durch schuldrechtliche Regelungen sachgerecht geregelt wird, so muss es hiervon jedoch eine Ausnahme geben, soweit es um die nichteheliche Elternschaft geht. Insofern sollte die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Interesse

⁶ Siehe Fn. 2, I. 2.

der Kinder familienrechtlich behandelt werden. Denn anders als bei einer kinderlosen nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind die Partner durch eine Fürsorge- und Verantwortungsgemeinschaft für gemeinsame Kinder verbunden.⁷ Außerdem dürfen die Kinder aus einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf keinen Fall schlechter gestellt werden, als die in einer Ehe aufwachsenden Kinder; das erfordert die verfassungsrechtliche Regelung des Artikel 6 Absatz 5 Grundgesetz.⁸ In der EKD-Stellungnahme „Gottes Gabe und persönliche Verantwortung. Zur ethischen Orientierung für ein Zusammenleben in Ehe und Familie“ aus dem Jahre 1998 heißt es entsprechend: „Da, wo Kinder geboren werden, entsteht Familie: Familie wird durch Elternschaft konstituiert“.⁹

Damit werden alle Verantwortungsgemeinschaften von ein oder zwei Erwachsenen mit ihren Kindern als Familie anerkannt, die kirchlicher Unterstützung gewiss sein können und aus kirchlicher Sicht nach Artikel 6 Grundgesetz einen Anspruch auf den besonderen Schutz des Staates haben.

Hintergrund für diesen weiten Familienbegriff, der insoweit seitens der EKD vertreten wird, ist die Perspektive der Kinder. Gerade in der heutigen Zeit wird immer wieder deutlich, wie wichtig es ist, dass Menschen/Kinder behütet aufwachsen und Vertrauen lernen. Einen solchen Ort verlässlicher Beziehungen als Lern- und Übungsfelder für soziales Verhalten stellt idealtypischer Weise die Familie dar.¹⁰ Zwar tritt die EKD nach wie vor dafür ein, dass Kinder in einer Ehe aufwachsen,¹¹ sie verschließt sich jedoch nicht der Realität, den tatsächlichen sozialen und kulturellen Verhältnissen, wonach immer mehr Kinder nicht mehr in einer Ehe und damit einer formalisierten Form des Zusammenlebens geboren werden, sondern die elterliche Verantwortung in ganz unterschiedlichen Beziehungsgefügen gelebt wird.¹² Insofern einen integrierenden Ansatz von „Familie“ zu verfolgen, der auch diese Lebensformen erfasst, entspricht christlicher Ethik.

Entsprechend den veränderten Lebenswirklichkeiten, in der immer mehr Eltern ihre Kinder nicht im Rahmen der Institution Ehe erziehen, fordert die EKD eine Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Gemeinschaften, in denen Kinder erzogen werden, in Bezug auf staatliche Leistungen zugunsten der Familie.¹³ Deshalb ist es wichtig, dass Leistungen des Familienlastenausgleichs sowie solche des Familienleistungsausgleichs ohne Unterschied auch Kindern zur Verfügung gestellt werden, die in nichtehelichen Lebensgemeinschaften aufwachsen. Zu den Leistungen des Familienlastenausgleichs

⁷ Siehe Fn. 2, III. 1.

⁸ EKD, Zur Neuregelung des Kindschaftsrechts. Ein Diskussionspapier des Kirchenamtes der Evangelischen Kirche in Deutschland, 1995, I. 2; II. 1.

⁹ Siehe Fn. 2, III. 1.

¹⁰ Siehe Fn. 1, Vorwort.

¹¹ Siehe Fn. 1, para. 11.

¹² Siehe Fn. 1, para. 11.

¹³ Siehe Fn. 1, paras. 10, 47-49.

zählen das Kindergeld, der familienbezogene Teil des Wohngeldes und die Ausbildungsförderung. Des weiteren sollten auch kindbezogene Leistungen des Familienleistungsausgleichs den nichtehelichen Lebensgemeinschaften zustehen. Der Tatbestand der Kindererziehung muss für Eltern ohne Rücksicht auf den Familienstand gleichermaßen berücksichtigt werden können.¹⁴

Die EKD begrüßt, dass Kinder verheirateter und nichtverheirateter Eltern im deutschen Recht vollkommen gleichgestellt sind und so alle Kinder gleichen Schutz im Verhältnis zu ihren Eltern genießen.¹⁵ Das gilt sowohl in Bezug auf das Sorge- wie auch auf die Umgangsrechte. Des weiteren bezieht sich die Gleichstellung auf die Unerhaltsrechte und -pflichten.

Die EKD hat sich seit langem dafür eingesetzt, dass nicht miteinander verheiratete Eltern aufgrund einer gemeinsamen Sorgerechtsklärung ebenfalls gemeinsam das Sorgerecht (Personen- und Vermögenssorge) ausüben können.¹⁶ Das gilt für Situationen, in denen die Eltern einmal in ehelicher Lebensgemeinschaft gelebt haben, aber auch für Trennungs- und Scheidungssituationen. Die evangelische Kirche begrüßt, dass der Staat in diesen Konstellationen nur dann in die Kindersorge eingreift, wenn sich die Eltern nicht über die Sorge einigen können. Neben dem Sorge- und Umgangsrecht der Eltern sind auch die Regelungen für mit den Kindern lebenden Verwandten gleich, ungeachtet ob die Eltern in einer ehelichen oder einer nichtehelichen Gemeinschaft leben.

Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften sind mittlerweile auch unterhaltspflichtig gleichgestellt. Die EKD hat die Reformen unterstützt, die in deren Rahmen der Unterhaltsanspruch einer nichtverheirateten Mutter schließlich so geregelt wurde, dass auch diese Mutter die Möglichkeit hat, das Kind zu betreuen. Müttern oder Vätern, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter Zurückstellung eigener beruflicher Wünsche Kinder betreut und großgezogen haben, müssen nach einer Trennung auch die Unterhaltsansprüche zustehen, die das Familienrecht für verheiratete Paare vorsieht.¹⁷

C. Schluss

Die Anerkennung und soziale Unterstützung nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit Kindern als Familie ist allerdings nicht gleichzusetzen mit der Anerkennung als Institution und Leitbild. Es kann kaum etwas als Leitbild gelten, was im Wesen damit definiert wird, etwas nicht zu sein: nämlich Ehe. Gerade auch mit Rücksicht auf verbindliche und verlässliche Elternschaft und Elternverantwortung schafft die Ehe als verbindliche „Sozialgestalt“ in ihrer rechtlichen und öffentlichen Form nach innen Verbindlichkeit – gegebenenfalls

¹⁴ Siehe Fn. 1, paras. 47 ff.

¹⁵ Siehe Fn. 2, III. 3.2.

¹⁶ Siehe Fn. 2, III. 3.2.

¹⁷ Siehe Fn. 8, I. 6.

auch im Sinne Ehe nachwirkender Pflichten gerade gegenüber Schwächeren (in der Regel Mutter und Kinder) – und nach außen Deutlichkeit, wie ihre Beziehung zueinander gemeint ist.¹⁸

Die ethische Qualifizierung von Ehe als Leitbild fordert nach evangelischem Verständnis Liebe und Verlässlichkeit als untrennbare Einheit.¹⁹ Aber: um es noch einmal klar zu sagen: hieraus folgt weder die Aussage, dass nichtverheirateten Paaren schlechthin die notwendige Verlässlichkeit abzusprechen ist, noch eine zwangsläufige Disqualifikation dieser Lebensform.

¹⁸ Siehe Fn. 2, III. 1.

¹⁹ Siehe Fn. 2, III. 1.

**Die Schwierigkeiten des Rechts mit der Liebe –
ein theologisch-ethischer Beitrag zum Verhältnis von Ehe und
nichtehelichen Lebensgemeinschaften:
Eine Stellungnahme der katholischen Kirche in Deutschland**

EBERHARD SCHOCKENHOFF

- A. Moraltheologische Überlegungen zu den anthropologischen Grundlagen der Ehe
 - I. Das Menschenbild der Bibel
 - II. Sexualität im Dienst existentieller Lebensziele
 - III. Die monogame Eheauffassung als Ausdruck eines Ethos der Menschenwürde
- B. Herausforderungen der herkömmlichen Eheauffassung durch die Akzeptanz alternativer Lebensformen
 - I. Die wachsende Instabilität menschlicher Lebensläufe
 - II. Die Bedeutung der ehebezogenen Familie
- C. Rechtsethische und verfassungsrechtliche Überlegungen
 - I. Was bedeutet der besondere Schutz von Ehe und Familie?
 - II. Eheanaloge Rechtsformen für nichteheliche Lebensgemeinschaften?
 - III. Das Zusammenleben unverheirateter Eltern mit Kindern

Seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts haben sich Bindungs- und Partnerschaftsformen sowie die familialen Lebensverhältnisse vieler Menschen sichtbar verändert. Um die Bedeutung dieses Wandels zu erfassen, genügt es, stichwortartig auf die wichtigsten Entwicklungen hinzuweisen: Die Heiratsneigung geht zurück, nichteheliche Lebensgemeinschaften und Single-Haushalte nehmen zu, immer mehr Paare leben in getrennten Wohnungen zusammen („living apart together“), die Geburtenzahl sinkt unter das demographische Ersatzniveau, die Zahl von kinderlosen Ehen, Stieffamilien und Adoptivfamilien steigt weiter an, die Zwei-Karrieren-Ehe hat die Rolle des Hausmannes und den Mythos der „neuen Väter“ hervorgebracht, Ein-Eltern-Familien oder so genannte Patchwork-Familien sind längst keine Seltenheit mehr, alternative Wohngemeinschaften und gleichgeschlechtliche Partnerschaften werden faktisch gelebt und – mehr oder weniger – geduldet. Hält man sich diese Entwicklung vor Augen, so wird deutlich, dass es sich dabei keineswegs nur um Randerscheinungen, sondern um weitgehende Umbruchstendenzen geht, die auch vor den tragenden Strukturen unserer Lebenswelt, nämlich der sozialen Realität von Ehe, Partnerschaft und Familie, nicht Halt machen.

Dennoch wäre es verfehlt, aus der Summe dieser Einzelphänomene den Schluss zu ziehen, dass Ehe und Familie im gesellschaftlichen Bewusstsein als Auslaufmodell gelten, dem die Menschen keine Orientierungs- und Leitbildfunktion für das eigene Leben mehr zuerkennen. Statistische Daten erweisen neben dem signifikanten Anstieg alternativer Lebensformen eben auch, dass die Orientierung am Leitbild einer ehebezogenen Familie in der Bevölkerung erstaunlich stabil geblieben ist.¹ Die folgenden Überlegungen zeigen deshalb im ersten Schritt auf, wie das in der gegenwärtigen Eheologie vorherrschende Leitbild einer partnerschaftlichen Ehe in einer anthropologisch aufweisbaren Korrespondenz zu wichtigen Grunderfahrungen und existentiellen Bedürfnissen des Menschen steht.² Im zweiten Schritt können dann die Herausforderungen bedacht werden, die sich für die herkömmliche Eheauffassung durch die gesellschaftliche Akzeptanz alternativer Lebensformen ergeben. Während in diesen beiden ersten Argumentationsgängen anthropologisch-ethische Überlegungen im Vordergrund stehen, soll im letzten Teil unter primär verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden, in welchem Rahmen eine rechtliche Besserstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften möglich ist.

A. Moraltheologische Überlegungen zu den anthropologischen Grundlagen der Ehe

I. Das Menschenbild der Bibel

In der biblischen Anthropologie sind drei unverzichtbare Grundaussagen für eine christliche Eheologie und Sexualethik vorgezeichnet, deren Anspruch sie in ihrer konkreten Entfaltung einholen muss: die in der Gottebenbildlichkeit von Frau und Mann gründende *Personwürde* beider Partner, die herausgehobene Bedeutung der *Zweigeschlechtlichkeit* des Menschen und die *leib-seelische Ganzheitlichkeit* seiner personalen Lebensvollzüge. In dieses anthropologische Koordinatensystem ist die Grundaussage der christlichen Eheauffassung eingeschrieben, die beide großen Kirchen unseres Landes in ökumenischer Übereinstimmung zum Ausdruck bringen: die Überzeugung, dass eine auf gegenseitiger Achtung gegründete und zu lebenslanger Treue entschlossene Partnerschaft unter dem Dach der Ehe den angemessenen Schutz- und Entfal-

¹ Vgl. dazu *F.X. Kaufmann*, Zukunft der Familie: Stabilität, Stabilitätsrisiken und Wandel der familialen Lebensformen sowie ihre gesellschaftlichen und politischen Bedingungen, 1990, S. 119 f. Vgl. auch *G. Marschütz*, Familie humanökologisch. Theologisch-ethische Perspektiven, 2000, S. 185 ff.

² Ausführlicher dazu *E. Schockenhoff*, Die Familie als Ort sozialen und moralischen Lernens. Moraltheologische Überlegungen zu ihren anthropologischen Grundlagen, in: N. Goldschmidt u.a. (Hrsg.), Die Zukunft der Familie und deren Gefährdungen, in FS N. Glatzel, 2002, S. 17-29 und *ders.*, Sexualität und Ehe. Moraltheologische Überlegungen zu ihren anthropologischen Grundlagen, Stimmen der Zeit (StdZ) 215 (1997), 435-447.

tungsraum bietet, der dem humanen Anspruch menschlicher Sexualität entspricht.

Dieser in seinem Kern unbestrittene ökumenische Konsens wird von den beiden Kirchen allerdings seit einiger Zeit nicht mehr deckungsgleich vertreten. Während die katholische Kirche in ihren lehramtlichen Aussagen daran festhält, dass unter getauften Christen allein die sakramentale Ehe der exklusive Raum legitimer Sexualbeziehungen ist, formuliert die evangelische Kirche diesen Grundsatz in ihren Denkschriften offener, indem sie von der „besten“ und „angemessensten“ Grundlage für eine menschliche Gestaltung der Sexualität spricht.³ Manche protestantischen Theologen bringen diesen Unterschied auf die Formel, eine evangelische Ethik könne immer nur eine „Höchstgeltung“ der Ehe vertreten, während die katholische Ehelehre auf ihrer „Alleingeltung“ beharre. Demgegenüber betonen jedoch andere Sozialethiker, dass auch für die gegenwärtige protestantische Eheethologie, solange sie der eigenen Bekenntnistradition treu bleiben möchte, allein die Ehe als schriftgemäße Lebensform für das Zusammenleben der Geschlechter in Frage kommen kann.⁴

II. Sexualität im Dienst existentieller Lebensziele

Die Schwierigkeit, die humanen Intentionen des kirchlichen Eheverständnisses und der ihm zugrunde liegenden Sexualethik gegenüber der gegenwärtigen Bewusstseinslage vieler Menschen zur Sprache zu bringen, hängt mit einem epochalen Paradigmenwechsel in der Sinnwahrnehmung menschlicher Sexualität zusammen. Während Sexualität nach biblischem Verständnis einen Auftrag und eine Gabe des Schöpfers darstellt, die der Mensch zur exemplarischen Verwirklichung seiner Bestimmung zu einem Leben in Gemeinschaft einsetzen soll, ist sie im Empfinden vieler Menschen zu einem selbstevidenten Bestandteil ihrer Vorstellung von Glück und Lebensqualität geworden, der keiner weiteren Legitimation bedarf. Selbst die Bindung der Sexualität an eine auf unabsehbare Dauer angelegte menschliche Beziehung erscheint dabei oftmals als eine unzulässige Einschränkung, die nur die ungezwungene Spontaneität und den spielerischen Eigengehalt des sexuellen Lebens missachtet. Sexualität soll Spaß machen, so lautete die Devise der emanzipatorischen Sexualpädagogik, wer mehr von ihr erwartet, der verdirbt sie nur.

Einer solchen Reduktion der Sexualität auf ihre psychologische Erlebnisqualität liegt nicht nur ein eindimensionales Menschenbild, sondern auch ein

³ Vgl. die Denkschriften der evangelischen Kirche in Deutschland, Band 3/1: Ehe, Familie, Sexualität, Jugend. Zur Reform des Ehescheidungsrechts, Erwägungen zum evangelischen Eheverständnis, konfessionsverschiedene Ehe. Denkschrift zu Fragen der Sexualität, Schwangerschaftsabbruch, Erziehungsfragen, Kirche und Sport, mit einer Einführung von E. Wilkens, 1981.

⁴ Vgl. dazu *W. Pannenberg*, Grundlagen der Ethik. Philosophisch-theologische Perspektiven, 1996, S. 124-131.

unzureichendes Verständnis des Sexualtriebes als solchem zugrunde. Darin wird verkannt, dass dieser nicht nur libidinösen Charakter, also die Struktur des leidenschaftlichen Begehrens trägt, sondern auch eine existentielle Tiefendimension besitzt, durch die er zur Quelle vielgestaltiger Sinnerfahrungen im menschlichen Dasein werden kann.⁵ Zu dieser anthropologischen Sinnfülle des Geschlechterverhältnisses gehört, wie der Soziologe *Günter Dux* in seiner Kritik an der tiefenpsychologischen Triebtheorie Sigmund Freuds zu Recht betont, vor allem das Erlebnis von Intimität, die Integration der Körperlichkeit des Lebens in all ihren Ausdrucksformen bis hin zu Krankheit und Tod sowie die gegenüber anderen Sozialverhältnissen unvergleichbare Möglichkeit, sich im Anderen der Bedeutsamkeit des eigenen Daseins zu vergewissern.⁶

Ebenso wenig beschränkt sich die Fortpflanzungsdimension der menschlichen Sexualität auf ihren reinen Naturzweck. Dieser gewinnt auf der Ebene des Menschlichen vielmehr eine existentielle Bedeutsamkeit, da sie den Eltern die Möglichkeit eröffnet, im Muttersein und Vatersein als einem gemeinsamen Dasein für das Kind eine Grundform sittlicher Verantwortung zu erleben.⁷ Schließlich vermag sich der Mensch gerade in der erotischen Liebe als das Wesen der Transzendenz zu erfahren, das an das Unendliche rührt und in sich ein unstillbares Verlangen nach dauerhaftem und bleibendem Glück trägt. Die Bedeutung des Sexualtriebes wird deshalb nicht zureichend erfasst, solange man darin nur die Möglichkeit zur lustvollen Entspannung einer physischen Mangelsituation des Organismus sieht. Eine solche reduktionistische Sichtweise wird gerade der ekstatischen Struktur des Sexualtriebes nicht gerecht, der auf der Ebene des Menschlichen auch Anteil an der Transzendenzbewegung des menschlichen Geistes gewinnt, indem er über sich selbst hinausweist und sich als elementare Grundenergie in den Dienst der Erfüllung menschlicher Lebensziele zu stellen vermag. Der ganzheitliche Sinn der Sexualität, wie er auf der Ebene des Menschen hervortritt, trägt zur Reorganisation von Intimität und Geborgenheit im Erwachsenenalter bei und ermöglicht durch den Aufbau eines gemeinsamen Lebens die exemplarische Verwirklichung der sozialen Existenz, die nach biblischem Verständnis zur Bestimmung des Menschen gehört.

III. Die monogame Eheauffassung als Ausdruck eines Ethos der Menschenwürde

Wenn zwei Menschen einander in ihrem unverrechenbaren, einmaligen Personsein annehmen und sich in diesem Akt der eigenen Individualität als einer „bedeutungsvollen Form des Daseins“ vergewissern, verlangt ihre Liebe nach einer dauerhaften Gestalt, in der ihr Wille zur Vorbehaltlosigkeit und End-

⁵ Vgl. *K. Wojtyła*, *Liebe und Verantwortung. Eine ethische Studie*, 1979, S. 55-56.

⁶ *G. Dux*, *Geschlecht und Gesellschaft. Warum wir lieben*, 1994, S. 1 ff., 98 ff. und 126 ff.

⁷ Vgl. dazu *H. Jonas*, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, 1979, S. 184 ff.

gültigkeit einen verbindlichen Ausdruck findet.⁸ Dieses Verlangen nach Dauer ist jeder wirklichen Liebe eingeschrieben, ohne dass es notwendig den Wunsch nach einer institutionellen Regelung der Beziehung nach sich ziehen muss. Wo sich dieser Wunsch jedoch einstellt, steht er nicht, wie von einer romantischen Ehekritik immer wieder behauptet, im Widerspruch zu den wahren Gefühlen der Liebenden. Der Wille zur endgültigen Bindung erwächst vielmehr aus einem tieferen anthropologischen Bedürfnis nach Annahme und Geborgenheit, das als Verlangen nach einer dauerhaften Liebe auch in offenen Partnerkonstellationen immer wieder durchbricht.

Mentalitätsgeschichtliche Vergleiche des gegenwärtigen Partnerschaftsverhaltens mit den Bindungsformen früherer Epochen verweisen auf die gestiegene Bedeutung, die der faktischen Dauer partnerschaftlicher Beziehungen gerade dann zukommt, wenn diese nicht von Anfang an gewollt oder als institutionelle Voraussetzung bejaht war. *Philipp Ariès* sieht in dem Umstand, dass in den meisten informell eingegangenen Partnerschaften durch ihr tatsächliches Andauern eher beiläufig eintritt, was zunächst nur probeweise angebahnt oder jedenfalls nicht explizit gewollt wurde, eine „untergründige Revanche der dynamischen Kontinuität in einer Gesellschaft, die dem Augenblick und dem Bruch huldigt“.⁹

Was der Historiker ironisch als List des Lebens beschreibt, die den Menschen ein Schnippchen schlägt, wenn diese am Ende doch länger zusammengeblieben sind, als sie zunächst vorhatten, verweist auf ein anthropologisches Grundbedürfnis, das dem geschichtlichen Wandel sozio-kultureller Lebensformen vorausliegt. Weil wir Menschen in der Kontingenz unseres individuellen Daseins auf endgültige Bejahung und Annahme angelegt sind, ist die Dauerhaftigkeit unserer Lebensformen nicht nur eine *zufällig-quantitative* Größe. Sie gewinnt vielmehr, indem sich die Partner bewusst für die Ehe als verlässliche Form ihrer Beziehung entscheiden und diese als eine ihnen vorausliegende Wirklichkeit in freier Wahl hervorbringen, einen *qualitativen Eigenwert*, in dem sich die Einmaligkeit und Unverrechenbarkeit der Partner in ihrer jeweiligen Individualität widerspiegelt. Durch die Endgültigkeit der ehelichen Bindung und den statusverändernden Charakter der monogamen Lebensform findet das Verlangen nach Dauer, das offen bejaht oder nur insgeheim gewollt und von Anfang an in jeder wirklichen Liebe angelegt ist, eine stabilisierende Hintergrunderfüllung.¹⁰

In dem historischen Entwicklungsprozess, der über die römische, biblisch-christliche und romantische Eheauffassung zum gegenwärtigen Ideal der partnerschaftlichen Ehe führte, ist daher eine fortschreitende Humanisierungs-

⁸ *Dux* (Fn. 6) 40.

⁹ *P. Ariès*, *Liebe in der Ehe*, in: ders./A. Béjin (Hrsg.), *Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit*, 1993, S. 165, 174.

¹⁰ Vgl. dazu *Dux* (Fn. 6) 111. Zum Begriff der „Hintergrunderfüllung“ vgl. *A. Gehlen*, *Urmensch und Spätkultur*, 3. Auflage, 1975, S. 50-54.

tendenz wirksam, die ein unaufgebbares Erfahrungspotential der Kulturgeschichte hervorbrachte. Gegenüber einer romantischen Liebeskonzeption, die in der Ehe nur ein bürgerliches Rechtsinstitut sieht, das nahezu zwangsläufig den Tod der Liebe nach sich zieht und gegenüber einer historischen Rekonstruktion des Wandels unserer Lebensformen, die ihre Hoffnung folgerichtig auf eine „allmähliche Auflösung der Ehe durch die Liebe“ setzt,¹¹ ist deshalb mit *Paul Mikat* zu betonen: „Die Lebensform der Monogamie, der Subjekt-Subjekt-Beziehung zwischen Mann und Frau, ist Ausdruck eines Ethos der Menschenwürde. Die in ihr angelegte humane Vernunft markiert eine geschichtlich irreversible Ordnung der Geschlechterbeziehung.“¹² Sowohl der Anspruch ehelicher Treue als auch die Exklusivität der personalen Liebesbeziehung, die das Christentum von Anfang an als wechselseitige Forderung an Frau und Mann verstand, stellen vor diesem Hintergrund wichtige Einsichtsschwellen dar, hinter die ein menschlicher Umgang der Geschlechter miteinander nicht mehr ohne humane Verluste zurückfallen kann.

Es beruht auf einer Verkennung dieser geschichtlichen Zusammenhänge, wenn heute vielen Menschen die Ehe als eine von der gesellschaftlichen Entwicklung überholte Lebensform erscheint, während alternative Partnerschaftsformen als Modelle eines attraktiven, zeitgenössischen Lebensstiles gelten, der dem Bedürfnis nach Selbstbestimmung, Autonomie und Freiheit entgegenkommt. Wenn der gesellschaftliche Wandel im Partnerschaftsverhalten und in den familialen Lebensverhältnissen der Menschen zu einer fortschreitenden Erosion des objektiven Sinngehaltes der tradierten Lebensformen von Ehe und Familie führt, bringt dies zwar auch einen individuellen Freiheitsgewinn für die Betroffenen mit sich, da dieser Vorgang ihnen faktisch einen größeren Freiraum zur autonomen Disposition über die eigene Lebensführung einräumt. Die Kehrseite dieser Entwicklung ist allerdings eine wachsende Entsolidarisierung der Geschlechter, die sich unter dem Deckmantel gesellschaftlicher Individualisierungsprozesse vollzieht. Bei näherem Hinsehen zeigt sich nämlich, dass die Auflösung verlässlicher Bindungsstrukturen und das Zurückweichen der Rechtsordnung davor in aller Regel nur zu einer einseitigen Freisetzung individueller Selbstbestimmung führt, während dieselbe Entwicklung auf der Verliererseite eine größere Recht- und Schutzlosigkeit hervorbringt. Die weitgehende gesellschaftliche Akzeptanz nichtehelicher Lebensgemeinschaften stellt in dieser Hinsicht den epochalen Zivilisationsgewinn wieder in Frage, der im Verlauf der Kulturgeschichte durch den Sieg der Monogamie über die Eheformen minderen Rechts (z.B. die so genannte Minderehe) und den Wegfall der Eheverbote für die niederen Gesellschaftsschichten erreicht wurde. Dass sich die Monogamie als Ausdruck der gleichberechtigten Anerkennung von Frau und Mann durchsetzen konnte und dass diese Form der Subjektbeziehung zwischen den Ge-

¹¹ So der Untertitel der programmatischen Schrift von *Herrad Schenk*, *Freie Liebe, wilde Ehe*, 2. Auflage, 1988.

¹² *P. Mikat*, *Ethische Strukturen der Ehe in unserer Zeit*, 1987, S. 51.

schlechtern heute jedermann offen steht, ist die Errungenschaft eines Ethos der Menschenwürde und einer aufgeklärten Rechtskultur, die in der Diskussion um Notwendigkeit und Grenzen eheanaloger Rechtsformen für nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht zur Disposition gestellt werden darf.

B. Herausforderungen der herkömmlichen Eheauffassung durch die Akzeptanz alternativer Lebensformen

I. Die wachsende Instabilität menschlicher Lebensläufe

Die in soziologischen Gegenwartsbeschreibungen als Grundzug der modernen Lebenswelt herausgestellte Optionserweiterung, die auch vor tragenden Bindungen und Lebensformen nicht Halt macht, stellt für das christliche Eheverständnis eine epochale Herausforderung dar. In Verbindung mit der wachsenden Instabilität und Segmentierung von Einzelbiographien macht sie den Entschluss zur Ehe, wenn er gegenüber anderen ebenfalls offen stehenden Möglichkeiten schließlich getroffen wird, häufig zu einer faktisch korrekturoffenen Entscheidung, die sich in einer nahehelichen Lebensphase auch durch andere Optionen ersetzen lässt. Die innere Distanz des kirchlichen Eheideals zum Druck einer gesellschaftlichen Gegenrealität ist inzwischen so groß geworden, dass auch katholische Moraltheologen zu fragen beginnen, ob die Möglichkeit unwiderruflicher Lebensentscheidungen, mit der die christliche Ethik in der Vergangenheit ganz selbstverständlich rechnete, nicht an die gesellschaftliche Basis einer bürgerlichen Ständegesellschaft gebunden war.¹³

Auch wenn die christliche Ethik an der prinzipiellen Möglichkeit unwiderruflicher Lebensentscheidungen festhalten wird, weil in ihnen die Einmaligkeit der menschlichen Person und die Unwiederholbarkeit ihrer Lebensgeschichte den angemessensten Ausdruck finden, muss sie nach den gewandelten gesellschaftlichen Bedingungen fragen, unter denen solche Entscheidungen heute stehen. Sie wird deshalb nicht alle Formen nichtehelichen Zusammenlebens als Zeichen einer prinzipiellen Bindungsunfähigkeit werten, sondern anerkennen, dass solche Vorstufen im Bewusstsein der Betroffenen der Suche nach dauerhafter Bindung und der Vorbereitung einer tragfähigen Lebensentscheidung dienen können. Wenn in der Bejahung partnerschaftlichen Treue, in der Einbettung des sexuellen Lebens in eine als tragfähig erfahrene personale Beziehung und in der Offenheit auf die spätere Ehe hin positive menschliche Werte realisiert werden, entspricht dies zwar nicht der Vollform verbindlicher Liebe und Treue. Ein solches Suchen und Auf-dem-Weg-Sein darf aber auch nicht auf eine Stufe mit unverbindlichen sexuellen Probeverhältnisse gestellt werden, in denen solche Werte keine Rolle spielen und Sexualität außerhalb einer personalen Bindung gelebt wird.

¹³ Vgl. dazu *D. Mieth*, Rheinischer Merkur vom 17. Januar 1997.

Vor allem in den nichtehelichen Partnerschaften, in denen der Entschluss zur späteren Heirat bereits gefallen ist, sind die wesentlichen Elemente personaler Partnerschaft und auch der Wille zur verbindlichen Treue vorhanden, die dem kirchlichen Eheverständnis entsprechen. Die Tatsache, dass über 80% der Brautpaare vor ihrer kirchlichen Eheschließung in nichtehelichen Lebensgemeinschaften gelebt haben und das bisherige Zusammenleben als ein wichtiges Durchgangsstadium empfinden, das sie zur Ehe hingeführt hat, muss auch in einer theologisch-ethischen Gesamtbewertung Berücksichtigung finden. Vieles spricht dafür, dass zumindest diese Form der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein funktionales Äquivalent zur früheren Verlobungszeit darstellt, mit dem Unterschied freilich, dass sexuelle Beziehungen heute schon lange vor dem formellen Eheabschluss aufgenommen werden.

Trotz der historischen Analogien, die es als Vorformen zur Ehe auch in der Vergangenheit gab, wird eine ethische Beurteilung die bis in weite kirchliche Kreise hinein selbstverständlich praktizierten vorehelichen Beziehungsformen auch mit kritischen Vorbehalten konfrontieren. Natürlich muss es vielfältige Formen des Einander-Erprobens und Einander-Kennlernens geben, unter denen sich die Zusammengehörigkeit der Partner im leib-seelischen Ausdrucksfeld ihrer Beziehung klären kann. Aber keine noch so ernsthafte Probe, kein existentielles Experiment kann die freie Entschiedenheit füreinander ersetzen, die sich ein Leben lang in schöpferischer Treue bewähren muss. Eine unter den Bedingungen einer Nicht-Ehe vorgeschaltete Probezeit kann deshalb im Grunde immer nur die potentiellen Ehepartner, aber nicht das eheliche Leben selbst erproben. Die eigentliche Existenzentdeckung durch die Liebe ereignet sich nicht am Anfang einer Beziehung, sondern erst im Verlauf ihrer Dauer, wenn aus all dem, was den Partner attraktiv und faszinierend macht, die Person des anderen auch in ihrer bleibenden Fremdartigkeit und Andersartigkeit hervortritt. Zu dieser Entdeckung durch die Liebe gehört auch die Erfahrung, dass überzogene Glückserwartungen zerbrechen und dass miteinander durchgestandene Schwierigkeiten die Beziehung stärken können, weil das dauerhafte Glück durch die Andersartigkeit des Partners gerade gefördert wird.

Die eigentliche ethische Problematik vorehelicher Lebensgemeinschaften liegt deshalb weniger in der Aufnahme sexueller Beziehungen vor dem Eheabschluss als in dem Aufschub endgültiger Verantwortungsübernahme füreinander. Man lebt etwas, zu dem man, aus welchen Gründen auch immer, vor der staatlichen und kirchlichen Gemeinschaft noch nicht stehen kann. Das Experiment mit zwar ernst gemeinten, doch vorläufigen Plänen tritt an die Stelle des Wagnisses einer bewussten Lebensführung unter dem Anspruch einer einmaligen, unwiderruflichen Wahl.

Der gedankliche Brückenschlag, der es der theologischen Ethik erlaubt, einerseits an einem anspruchsvollen Eheideal festzuhalten und andererseits auch die vor der bewussten Übernahme dieses Ideals gelebten humanen Werte anzuerkennen, ist in dem Grundsatz der christlichen Erziehung und des kirch-

lichen Lebens zu suchen, den man im Anschluss an eine Formulierung von Papst *Johannes Paul II.* das „Gesetz der Gradualität“ nennt.¹⁴ Danach soll die kirchliche Verkündigung nicht nur auf noch vorliegende Defizite in den Lebenswegen der Menschen achten, sondern ihren bereits zurückgelegten Weg als ein stufenweises Wachstum würdigen, das dem Ziel des Evangeliums entgegenführt. Die Kirche wird keineswegs alles, was heute gängige Praxis ist, als vor dem Evangelium gültige Lebensform akzeptieren können. Aber sie wird auch nicht allen Formen partnerschaftlichen Lebens, in denen sie keine wirkliche Alternative zur Ehe sehen kann, von vornherein *jede* moralische Qualität absprechen und die gemeinsamen Erfahrungen, die von den Betroffenen selbst oft als positiv empfunden werden, als wertlos oder irreführend zurückweisen. Wenn die Botschaft des Evangeliums als eine Ermutigung zum Leben gehört werden soll, müssen kirchliche Stellungnahmen erkennen lassen, dass sie um die praktischen Schwierigkeiten, unter denen der Weg zur Eheschließung und Familiengründung heute steht, wissen und diese auch ernst nehmen.

Nur eine differenzierte Wahrnehmung, nicht aber pauschale Verurteilung gibt das Recht, die pragmatischen Gründe infrage zu stellen, die zum Eheaufschub auch über lange Zeiträume hinweg führen, und an die tiefer liegenden Selbstblockaden zu erinnern, die dem Wagnis einer christlichen Ehe entgegenstehen. Dass viele Menschen heute nicht mehr die Kraft zu unwiderruflichen Lebensentscheidungen finden, lässt sich nicht nur auf das Zerbrechen einer sozialen Ständeordnung, die jedem einen festen Platz im Leben zuwies, und den geänderten Rhythmus von Lebensläufen in einer mobilen Gesellschaft zurückführen. Die gewachsenen Schwierigkeiten, zu tragfähigen Bindungen vorzustoßen und in einer unwiderruflichen Wahl dauerhafte Verantwortung zu übernehmen, hängen auch mit der Herausforderung zusammen, die eine gestiegene durchschnittliche Lebenserwartung für die individuelle Lebensplanung darstellt. Auf einer tieferen Ebene, auf der in stärkerem Maß anthropologische Grundaussagen des christlichen Glaubens ins Spiel kommen, wäre schließlich zu fragen, in welchem Zusammenhang die zunehmende Unfähigkeit zu definitiven Lebensentscheidungen mit der Verdrängung des Wissens um die eigene Sterblichkeit steht.

Das Bewusstsein der eigenen Endlichkeit nötigt den Menschen, sich über die Möglichkeiten seines Lebens im Ganzen Rechenschaft zu geben; die Gewissheit des Todes zwingt zu der Frage, worauf sich im Leben wirklich bauen lässt und verleiht so der individuellen Lebenszeit erst ihren ganzen Ernst. Dagegen führt das Fernhalten des Todes nicht dazu, dass der Mensch seine begrenzte Lebenszeit intensiver erlebt, sondern es verführt ihn zu einem unernten Spiel mit immer neuen illusionären Möglichkeiten. So löst sich das Ganze des Lebens in eine Fülle von Teilabschnitten auf, deren Bindeglieder nur noch die schnell verdrängten Enttäuschungen sind, wenn ein Lebensinhalt nicht gehalten hat, was er zunächst versprach. Wo der Tod aus dem Leben verbannt wird,

¹⁴ Vgl. *Familiaris consortio* Nr. 9.

schwindet dann zugleich die Fähigkeit, durch Enttäuschungen hindurch zu tragfähigen Lebensinhalten vorzustoßen und mit der Möglichkeit endgültiger Erfüllung ernsthaft zu rechnen.¹⁵

II. Die Bedeutung der ehebezogenen Familie

Der Wandel familialer Lebensmuster hat in den letzten Jahrzehnten ohne Zweifel zu einem Bedeutungswandel der Familie geführt, dessen Tragweite theologisch noch kaum erfasst ist.¹⁶ Die fraglose Gleichsetzung von Ehe und Familie war auf einem gesellschaftlichen Hintergrund adäquat, auf dem beide Größen noch mehr oder weniger deckungsgleich waren. Die Ablösung aus der Herkunftsfamilie geschah früher durch die eigene Eheschließung, die zugleich der Auftakt zur Gründung einer neuen Familie war. Für die zurückgelassenen Eltern, die mit der Erziehung ihrer Kinder ihre wichtigste Lebensaufgabe abgeschlossen hatten, begann mit deren Auszug aus der häuslichen Wohngemeinschaft zugleich der Rückzug aus dem Berufsleben und die Vorbereitung auf das Alter. Häufig wurde die noch verbleibende gemeinsame Lebenszeit durch den frühen Tod eines der Partner noch weiter begrenzt, so dass das Ende der Familienphase für den allein zurückbleibenden Teil fast gleichbedeutend mit dem Beginn des Witwenstandes war.

Demgegenüber ist heute die Bedeutung der Familienphase innerhalb der Ehe deutlich zurückgegangen; sie stellt aufs Ganze der gemeinsamen Lebensdauer bezogen einen wichtigen, aber nicht mehr den allein ausschlaggebenden Abschnitt dar. Schon die Tatsache, dass sich die Gesamtdauer der gemeinsamen Lebenszeit im Vergleich zu früheren Generationen beinahe verdoppelt hat, zeigt, dass die Bedeutung der Familienphase in der Sequenz der Lebenszyklen zurückgegangen ist. Die frühere Ablösung aus dem eigenen Familienhintergrund, der vorgezogene Beginn der nachfamilialen Phase durch den Weggang der Kinder und die längere Dauer der so genannten Altersehe machen deutlich, dass die Ehepartner heute in viel stärkerem Maße auf ihre eigene Partnerschaft zurückgeworfen sind. Die kirchliche Ehetheologie sollte diesem Wechsel der familialen Lebenslagen Rechnung tragen, indem sie das familienbezogene Eheideal durch das Leitbild einer partnerschaftsbezogenen Familie ergänzt.¹⁷

Trotz der wesentlichen Offenheit der ehelichen Liebe auf die Fortpflanzung und die Erziehung von Kindern sollte das enge Junktim, das in der kirchlichen Ehelehre zwischen Ehe und Familie herrscht, in Zukunft anders akzentuiert werden. Die eheliche Partnerschaft ist nicht *nur* Grundlage der Familie, wenn-

¹⁵ Vgl. dazu *N. Hinske*, Todeserfahrung und Lebensentscheidung, *Trierer Theologische Zeitschrift* 82 (1973), 206, 220-223 und *K. Demmer*, Die unwiderrufliche Entscheidung. Überlegungen zur Theologie der Lebenswahl, *Communio* 3 (1974), 385-398.

¹⁶ Vgl. dazu *G. Lohfink*, Die christliche Familie – eine Hauskirche?, *Theologische Quartalschrift* 163 (1983), 227-229.

¹⁷ Vgl. *H.G. Gruber*, *Christliche Ehe in moderner Gesellschaft*, 1994, S. 272-276.

gleich sie ihre notwendige Voraussetzung ist. Eine völlige Dissoziation von Ehe und Familie, wie sie von den Vertretern nichtehelicher Lebensgemeinschaften gefordert wird und in der familiensoziologischen und familienrechtlichen Terminologie inzwischen weitgehend üblich ist, würde den notwendigen Schutzraum noch weiter gefährden, in dem Kinder aufwachsen. Es muss im Leben Orte unbedingter Verlässlichkeit geben, die nicht von vornherein durch zeitliche Vorbehalte oder andere Bindungskautele relativiert sind. Vor allem im Hinblick auf die existentiellen Grenzerfahrungen von Not, Unglück, Krankheit und Alter sind keine alternativen Lebensformen in Sicht, die diese Aufgaben anstelle der Familie gewährleisten könnten.¹⁸ Damit die Familie eine soziale Grundeinheit des Lebens bleiben und Kinder an einem Ort aufwachsen können, an dem sie die unbedingte Verlässlichkeit des Lebens modellhaft erleben, sollten die Eltern selbst in ihrer gegenseitigen Beziehung solche Verlässlichkeit repräsentieren. Nur die ehebezogene Familie kann deshalb die Funktion einer sozialen Grundeinheit im Vollsinn des Wortes wahrnehmen, die auch unter gewandelten gesellschaftlichen Bedingungen unersetzbar bleibt.

C. Rechtsethische und verfassungsrechtliche Überlegungen

I. Was bedeutet der besondere Schutz von Ehe und Familie?

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland schreibt in Art. 6 Staat und Politik einen „besonderen“ Schutz von Ehe und Familie vor. Der genaue Umfang dieses Schutzauftrages wird in den verfassungsrechtlichen Kommentaren unterschiedlich bestimmt, doch enthält er nach der vorherrschenden Lehre einen „Kerngehalt“, der dem Gesetzgeber einerseits die Förderung von Ehe und Familie auferlegt und andererseits seinen Gestaltungsspielraum in Bezug auf andere Lebensformen begrenzt. Dabei hat der nach Art. 6 I GG garantierte Schutz von Ehe und Familie nicht nur programmatischen Charakter, sondern er stellt nach einer frühen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes aktuell bindendes Verfassungsrecht dar, dem mögliche rechtliche Regelungen durch Einzelgesetze nicht widersprechen dürfen.¹⁹

Das Verfassungsgebot des besonderen Schutzes von Ehe und Familie steht in einem verhältnismäßig jungen verfassungsgeschichtlichen und einem sehr alten rechtshistorischen Kontext. Die verfassungsgeschichtliche Tradition des Art. 6 I GG reicht nur bis zur Weimarer Reichsverfassung zurück. Art. 119-122 WRV garantierten – und dabei handelte es sich um ein Novum innerhalb der europäischen Verfassungsgeschichte – den Schutz von Ehe, Familie, Mutterschaft, elterlichem Erziehungsrecht, unehelichen Kindern und jugendlichen Personen.

¹⁸ Vgl. A. Auer, Artikel „Ehe und Familie“ I. theologisch, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Band II, 7. Auflage, 1986, S. 86-96.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 6, 55 Leitsatz 5 und dazu R. Gröschner, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I, 1996, Art. 6, Rn. 18.

Im Vergleich zu diesen früheren verfassungsrechtlichen Bestimmungen fällt die zurückhaltende Formulierung von Art. 6 I GG auf: Die Ehe soll nunmehr um ihrer selbst willen und nicht mehr allein „als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation“ geschützt werden; die Aufgaben des Staates gegenüber der Familie werden auf den Erhalt ihrer Funktionsfähigkeit, aber nicht mehr auf ihre „Reinerhaltung, Gesundheit und soziale Förderung“ bezogen; schließlich wird die Erziehung der Kinder als vorrangiges Elternrecht bezeichnet, das diese in eigenverantwortlicher Wahrnehmung ausüben, die elterliche Erziehung wird aber nicht mehr ausdrücklich auf das Ziel der „leiblichen, seelischen und körperlichen Tüchtigkeit“ bezogen. Diese sprachlichen Veränderungen werden von der Verfassungsinterpretation in der Regel als Indiz einer gewachsenen freiheitlichen Tendenz des Grundgesetzes angesehen, die gegenüber dem nationalsozialistischen Missbrauch des Rechts auf die Gewährleistung eines ausreichenden individuellen und sozialen Freiheitsraumes innerhalb der Gesellschaft ausgerichtet ist. Ehe und Familie sind durch die Freiheitsordnung des Grundgesetzes als eine „Sphäre privater Lebensgestaltung“ anerkannt, die staatlicher Einwirkung entzogen ist.²⁰ Ebenso werden die elterlichen Erziehungsziele nicht mehr von Staats wegen definiert, sondern dem Entwurf der Eltern überlassen.

Aus der Absicht des parlamentarischen Rats, durch eine offenere Formulierung des staatlichen Schutzauftrages für Ehe und Familie die Ideologieanfälligkeit von Art. 119 WRV zu vermeiden und die staatlichen Übergriffe aus der Zeit des Nationalsozialismus zurückzuweisen, lässt sich allerdings keine generelle oder gar ausschließliche Individualisierung des Schutzgutes von Ehe und Familie ableiten. Denn Art. 6 I GG schützt diese beiden sozialen Grundeinheiten der Gesellschaft „nicht nur im Interesse der *individuellen Freiheit* der Ehepartner und Familienangehörigen, sondern ebenso um der Freiheit des Einzelnen *in der gelebten Gemeinschaft* und um des Erhalts dieser Gemeinschaft willen“.²¹ Schon die systematische Stellung von Art. 6 I GG zwischen den individuellen Freiheitsrechten und dem Grundrecht auf schulische Bildung (Art. 7) und den gesellschafts- und gemeinschaftsbezogenen Grundrechten (Art. 8 und 9) weist auf einen überindividuellen Bezug dieses Grundrechtes hin. So sehr sich im Grundgesetz von 1949 eine weitergehende Individualisierung des Grundrechtsgedankens niederschlägt, so wenig kann übersehen werden, dass gerade der Wortlaut von Art. 6 I GG Ehe und Familie als solche, d.h. in ihrer institutionellen Ausformung zum Schutzgut erklärt. „Schon der Wortlaut der Norm stellt Ehe und Familie an den Anfang, nicht das gleichwohl ebenfalls geschützte individuelle Recht Jedermanns.“²²

²⁰ BVerfGE 21, 329, 353.

²¹ Vgl. BVerfGE 76, 1, 45 – Urteil zum Familiennachzug, Kursivsetzung im Original.

²² G. Robbers, in: Chr. Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz: Kommentar, Band I, 4. Auflage, 1999, Art. 6 GG, Rn. 15.

Die Gewährleistung eines besonderen Schutzes für Ehe und Familie knüpft dabei, indem sie einen Bereich „gemeinschaftsbezogener Entfaltung“²³ gegen Eingriffe von außen schützt, an rechtshistorisch älteren Grundmustern an, die das Verhältnis von Individuum und Allgemeinheit regeln. Dieser weitere historische Kontext lässt sich ideengeschichtlich bis auf die aristotelische *oikos*-Lehre und rechtshistorisch auf das antike Ehe- und Familienrecht zurückführen. Nach diesem in der Verfassungskommentierung häufig zitierten Befund stand in allen antiken Rechtssammlungen (einzige Ausnahme: Sparta) die engere Haus- und Familiengemeinschaft des *oikos* nur deshalb unter dem Schutz der Polis, weil sie durch die Erzeugung und Erziehung von Nachkommen zu deren Fortbestand und guten Zustand beitrug; auch die in der Antike verbreitete moralische Akzeptanz homosexueller Verhaltensweisen führte nirgends zu ihrer rechtlichen Gleichstellung mit der Ehe.²⁴ Ein staatliches Schutzinteresse gegenüber Ehe und Familie kann sich von dieser ursprünglichen Bedeutung her nicht nur auf die individuellen Entfaltungsmöglichkeiten von Einzelpersonen richten; vielmehr ist das überindividuelle Interesse am Schutz der Reproduktions- und Sozialisationsfunktion von Ehe und Familie rechtshistorisch und rechtsdogmatisch von grundlegender Bedeutung.

Innerhalb dieses weiteren Interpretationsrahmens lassen sich Art und Umfang des verfassungsrechtlichen Schutzgebotes für Ehe und Familie näher bestimmen. Gerade wenn man zur Abwehr ideologieträchtiger Eintragungen in den Verfassungstext seinem Wortlaut vorrangige Bedeutung zumisst, ist einem wichtigen Umstand Rechnung zu tragen: Art. 6 I GG schützt Ehe und Familie *gleichermaßen* und *exklusiv*. Weder wird zwischen beiden eine Differenzierung hinsichtlich ihrer Schutzwürdigkeit vorgenommen noch können vom Wortlaut dieser Grundrechtsformulierung her andere Gemeinschaftsformen gleichrangig in den Schutzzumfang aufgenommen werden, ohne den „besonderen“ Charakter dieses Schutzes zu gefährden. Bereits der Wortlaut von Art. 6 I GG zeigt auch eine enge Verknüpfung von Ehe und Familie an. Zwar wird die Ehe nicht mehr in der Weise als „Grundlage des Familienlebens“ bezeichnet, wie dies in Art. 119 WRV der Fall war, doch werden beide nach Wortlaut und Systematik der Verfassungsnorm nicht nur durch ein nichts sagendes „und“ beziehungslos nebeneinander gestellt. Beide Institutionen kommen in einer gewandelten sozialen Realität zwar auch getrennt vor und können folglich von den in ihnen lebenden Menschen auch als je für sich sinnvoll erlebt werden; dennoch entspricht eine solche grundsätzliche Entkoppelung nicht dem verfassungsrechtlichen Leitbild von Ehe und Familie.

Die einzelnen Schutzgüter des Art. 6 – Ehe, Familie, Elternverantwortung, Schutz der Mutter und die Stellung des nichtehelichen Kindes – stehen weder vom Wortlaut der Norm noch von ihrer Entstehungsgeschichte noch von ihrem verfassungsrechtlichen Sinnzusammenhang her beziehungslos nebeneinander.

²³ *Robbers* (Fn. 22) Art. 6 GG, Rn. 16.

²⁴ Vgl. *Gröschner* (Fn. 19) Rn. 7.

In seinem Familiennachzugsurteil aus dem Jahre 1987 hat das Bundesverfassungsgericht seine lange geübte Zurückhaltung aufgegeben und den in Wortlaut und Systematik der Verfassungsnorm von Art. 6 I GG vorausgesetzten Zusammenhang zwischen den beiden Instituten Ehe und Familie deutlicher formuliert: „Die Ehe ist die rechtliche Form umfassender Bindung zwischen Mann und Frau; sie ist alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft und als solche Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern.“²⁵ Unverkennbar sind hier Ehe und Familie aufeinander bezogen, da die Ehe als „Grundlage“ und „Voraussetzung“ der Familie bezeichnet wird. Dass es daneben auch unvollständige Familien geben kann, in denen durch das Zusammenleben von Eltern und Kindern ähnliche Erziehungs- und Beistandsleistungen erbracht werden, steht dem Leitbild einer „vollständigen“ Familie und der „bestmöglichen“ Verwirklichung dieser Aufgaben nicht entgegen.

Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die besondere Schutzwürdigkeit der beiden aufeinander bezogenen Rechtsinstitute Ehe und Familie hat zur Folge, dass in der konkreten Ausgestaltung der Norm nicht eines der Schutzgüter zu Lasten des anderen bevorzugt werden darf, wie es etwa geschieht, wenn kinderlose Ehepaare oder solche mit wenigen Kindern im Steuerrecht oder der Rentensystematik gegenüber kinderreichen Familien bevorzugt werden. Zwar ist der Gesetzgeber befugt, auch dort stützend und fördernd einzugreifen, wo unterhalts- und beistandsbezogene Familienpflichten von Eltern gegenüber ihren Kindern unabhängig von einer rechtlichen Regelung ihrer Beziehungen durch die Ehe faktisch geleistet werden. Gleichwohl muss er das Leitbild der ehebezogenen Familie rechtlich gewährleisten und seine Grundstrukturen gegen die Gefahr ihrer schleichenden Auszehrung durch soziale Wandlungsprozesse zu bewahren suchen.²⁶ Diese normative Grundentscheidung der Verfassung beruht auch heute noch auf einer im Ganzen tragfähigen Erfahrungsgrundlage: „Mit der Gewährleistung der Ehe schützt und fördert das Grundgesetz die Lebensentscheidung zweier Menschen füreinander, unterstützt sie durch die Bereitstellung rechtlicher und sozialer Stabilität. Es trägt der Erfahrung Rechnung, dass aus solcher Verbindung grundsätzlich Kinder hervorgehen und dass die Entfaltungschancen der Kinder regelmäßig am ehesten gewahrt sind, wenn sie in einer stabilen, auf verlässlicher Beziehung ihrer Eltern untereinander beruhenden familiären Umgebung aufwachsen.“²⁷

Art und Umfang der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für Ehe und Familie lassen sich näherhin unter drei Aspekten verstehen. Demnach kann Art. 6 I GG als Institutionsgarantie, als Freiheitsrecht und als wertentscheidende Grundsatznorm verstanden werden, ohne dass einer dieser Aspekte gegen den anderen ausgespielt werden dürfte. Als *Institutionsgarantie* schützt die genannte

²⁵ BVerfGE 76, 1, 51.

²⁶ Vgl. dazu *Robbers* (Fn. 22) Art. 6 GG, Rn. 10.

²⁷ *Robbers* (Fn. 22) Art. 6 GG, Rn. 18.

Verfassungsnorm das ihr zugrunde liegende Leitbild von Ehe und Familie gegen seine vollständige Aufhebung, seine wesentliche Umgestaltung sowie seine ernsthafte Beeinträchtigung. Allerdings ist auch das verfassungsrechtliche Leitbild von Ehe und Familie nicht abstrakt, sondern in der Ausgestaltung gewährleistet, wie „sie den herrschenden, in der gesetzlichen Regelung maßgebend zum Ausdruck gelangten Anschauungen entspricht“.²⁸ Die Strukturen der Lebenswelt, auf die sich eine verfassungsrechtliche Bestimmung oder ihre geplante Änderung beziehen, müssen daher so konkret wie möglich benannt werden; weder genügt es, ein überkommenes Leitbild von Ehe und Familie nur zu beschwören noch darf aus der gesellschaftlichen Akzeptanz neuer Lebensformen vorschnell darauf geschlossen werden, dass die verfassungsrechtlichen Leitbilder von Ehe und Familie überholt wären und ihre prägende Kraft verloren hätten.²⁹

Insofern Art. 6 I GG auch als *Freiheitsrecht* verstanden werden muss, verpflichtet er die staatliche Gewalt, ungerechtfertigte Eingriffe in den Schutzbereich von Ehe und Familie zu unterlassen. Diese ganz auf der Linie der klassischen liberalen Abwehrrechte liegende Auffassung spricht umgekehrt den Grundrechtsträgern, also den Eheleuten und Familienmitgliedern, die positive Freiheit zu, ihre jeweilige Gemeinschaft in eigener Verantwortung und gegenseitiger Rücksichtnahme frei zu gestalten. Schließlich muss Art. 6 I GG aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes als eine *wertentscheidende Grundsatznorm* angesehen werden, sofern nämlich die Gewährleistung eines „besonderen“ Schutzes die verfassungsrechtliche Bedeutung und Wertschätzung von Ehe und Familie gegenüber anderen Verfassungsgütern hervorhebt. Auch wenn aus dieser wertentscheidenden Grundsatznorm keine konkreten Ansprüche auf bestimmte staatliche Leistungen abgeleitet werden können, impliziert die Verpflichtung auf einen besonderen Schutz doch zumindest soviel, dass in der Abwägung und jeweiligen Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Schutzgüter Ehe und Familie ein erhöhter Rang zukommt. Da bereits die allgemeine Schutzpflicht, die der staatlichen Gewalt bei allen grundrechtlichen Gewährleistungen ohnehin obliegt, den im konkreten Fall bestmöglichen Schutz beabsichtigt, darf der „besondere“ Schutzauftrag von Ehe und Familie keinesfalls als bloß deklamatorische, in allen konkreten Abwägungsentscheidungen jedoch folgenlose Vorschrift angesehen werden.³⁰

In seinem Ehegatten-Splitting-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht auch den Begriff des verfassungsrechtlichen Schutzes präzisiert. Er umfasst danach *positiv* den Auftrag an den Staat, „Ehe und Familie nicht nur vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren, sondern auch durch geeignete Maßnahmen zu fördern“ und *negativ* das Verbot für den Staat selbst, „die Ehe

²⁸ BVerfGE 31, 58, 83 unter Hinweis auf BVerfGE 6, 55, 82; BVerfGE 9, 237, 242 f.; BVerfGE 15, 328, 332.

²⁹ Vgl. dazu *Gröschner* (Fn. 19) Rn. 24.

³⁰ Vgl. dazu *Robbers* (Fn. 22) Art. 6 GG, Rn. 20.

zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen“.³¹ In der Literatur werden die sich aus dem Schutzauftrag dieser Verfassungsnorm ergebenden Rechtsfolgen auch als Eingriffsverbot, Diskriminierungsverbot und Schutzgebot bezeichnet, wobei der letztgenannte Aspekt auch mögliche indirekte Gefährdungen von Ehe und Familie durch gesetzgeberische Maßnahmen im Rahmen anderer Zielsetzungen umfasst.

II. Eheanaloge Rechtsformen für nichteheliche Lebensgemeinschaften?

Bei den Diskussionen um eine Verfassungsänderung im wiedervereinigten Deutschland stand erstmals seit der Verabschiedung des Grundgesetzes durch den parlamentarischen Rat auch der Artikel 6 GG auf dem Prüfstand, ohne dass sich jedoch eine Mehrheit für eine Änderung gefunden hätte. Trotz des engen verfassungsrechtlichen Rahmens werden seitdem verschiedene Anläufe zu einer einfachrechtlichen Übertragung wichtiger Leitgedanken des Ehe- und Familienrechts auf alternative Familienformen unternommen. Im Juli 1996 brachte die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen eine parlamentarische Gesetzesinitiative zur Regelung der Rechtsverhältnisse in nichtehelichen Lebensgemeinschaften ein. Diese sieht die Schaffung eines eigenen Rechtsinstitutes für nichteheliche Lebensgemeinschaften im Familienrecht vor, das sich in verschiedene Unterformen – solche zwischen Partnern verschiedenen oder gleichen Geschlechts und solche mit und ohne Kinder – differenziert. Für die Anerkennung solcher Ehen minderen Rechts bzw. der neu zu schaffenden Rechtsform für nichteheliche Partnerschaften sollen ausschließlich faktische Gegebenheiten wie die dauerhafte Anlage der Beziehung, die innere Bindung zwischen den Partnern, ihr gegenseitiges Einstehen füreinander, das über die Beziehungen einer bloßen Wohngemeinschaft hinausgeht, maßgeblich sein. Dagegen soll bewusst darauf verzichtet werden, das Binnenverhältnis der Partner rechtlich zu regeln. Dahinter steht die These von der prinzipiellen Gleichrangigkeit aller Lebensformen, die den Gesetzgeber dazu verpflichtet, allen Lebensgemeinschaften einen geeigneten Rahmen zur rechtlichen Ausgestaltung ihrer familialen Lebensform bereitzustellen.³² Auch wenn die späteren Gesetzesvorschläge in Einzelheiten von diesem Grundentwurf abweichen, bleiben sie in der Bejahung dieser zentralen Prämisse ganz auf seiner ursprünglichen Linie.

Die These von der prinzipiellen Gleichrangigkeit aller Lebensformen stellt jedoch ein politisch-ideologisches Konstrukt ohne verfassungsrechtliche Grundlage dar. Der Gleichheitsgrundsatz rechtfertigt keineswegs eine unterschiedslose Gleichbehandlung aller faktisch vorkommenden Formen des Zusammen-

³¹ BVerfGE 6, 55, 76.

³² Vgl. dazu *M. Wingen*, Familienpolitik. Grundlagen und aktuelle Probleme, 1997, S. 116-117.

lebens; in der Sonderstellung der Ehe als dem verfassungsrechtlich allein anerkannten Leitbild einer umfassenden familialen Lebensgemeinschaft kommt nämlich der Grundsatz zum Ausdruck, dass Gleiches gleich und Verschiedenes verschieden behandelt werden muss. Auch folgt aus dem Umstand, dass unsere freiheitliche Grundordnung den Bürgern kein bestimmtes Ehemodell vorschreibt, sondern die faktische Ausbildung der ihnen passend erscheinenden Familienform ihrer privaten Lebensgestaltung überlässt, noch lange nicht, dass die Wertentscheidung der Verfassung für den Vorrang der ehebezogenen Familie aufgehoben und diese in den Rang einer beliebigen Option unter mehreren prinzipiell gleich gültigen Varianten herabgestuft würde. Aus der Freiheit einzelner Bürger, die verfassungsrechtliche Wertentscheidung für das Leitbild der ehebezogenen Familie für sich *nicht* übernehmen zu müssen, lässt sich daher kein Gleichstellungsauftrag für andere Lebensformen ableiten. Umgekehrt enthält der besondere Schutzauftrag von Art. 6 I GG allerdings auch kein zwingendes Verfassungsgebot, die Wahl alternativer Bindungsformen durch eine indirekte Bestrafung oder flankierende Repressalien anderer Art zu erschweren.

Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Blick auf die verschiedenen Formen nichtehelicher Lebensgemeinschaften wird jedoch einerseits durch den Kernbereich des verfassungsrechtlichen Eheverständnisses und andererseits durch die autonome Willenserklärung der Partner selbst begrenzt. Sie haben die konkrete Form ihrer Lebensgemeinschaft bewusst gewählt, um eine Verrechtlichung ihrer Beziehung sowie den Eintritt der Ehwirkungen und ihrer rechtlichen Bindungen zu vermeiden. Eine analoge Übertragung der für die Ehe wesentlichen Rechtsbestimmungen auf solche Partnerschaften widerspräche also nicht nur der erklärten Absicht der Verfassung, sondern auch der ursprünglichen Entscheidung der Partner.

Allerdings kann der Respekt des Gesetzgebers vor dieser individuellen Willensäußerung nicht so weit gehen, dass er einen gesellschaftlichen Tatbestand wie den Wandel der faktischen Lebensverhältnisse gänzlich unbeachtet lässt. Auch verzichten nichteheliche Lebenspartner durch den Umstand, dass sie nicht heiraten, nicht schon auf jede Art des rechtlichen Schutzes. Auch wenn sich die Partner dessen zu Beginn ihrer Lebensgemeinschaft nicht ausdrücklich bewusst sein mögen, so stellt diese dennoch keinen gänzlich rechtsfreien Raum dar. Der Auftrag der Rechtsordnung, den Schwächeren vor ungerechtfertigter Benachteiligung zu schützen, bleibt auch gegenüber einer informellen Bindungsform bestehen, in der die Partner bewusst auf die Übernahme rechtlicher Bindungswirkungen verzichten. Im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) muss daher auch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft als durch die Verfassung geschützt angesehen werden.³³

Da das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit aber nur insoweit gewährt wird, als dadurch die Rechte anderer nicht verletzt werden, können

³³ Vgl. dazu *Robbers* (Fn. 22) Art. 6 GG, Rn. 43.

auch in informellen Lebensgemeinschaften, zumal wenn diese von langjähriger Dauer sind, faktische Solidaritätspflichten entstehen, deren Eintritt durch das bloße Fehlen oder den bewussten Ausschluss eines rechtlichen Bindungswillens nicht verhindert wird. Wenn der Gesetzgeber versuchen sollte, diesem auf der sittlich-personalen Ebene unbestreitbaren Sachverhalt durch gesetzliche Sonderbestimmungen in den jeweiligen Rechtsgebieten einen auch rechtlich fassbaren Ausdruck zu geben, muss dies nicht zwangsläufig zu einer weiteren Schwächung der Ehe führen. Es kann auch als nachträgliche Korrektur, ja als durch das Diskriminierungsverbot für Ehe und Familie geforderten Ausgleich dafür angesehen werden, dass diese durch die zurückliegende Entwicklung in gewisser Weise benachteiligt wurde. Durch die Reform des Scheidungsrechts hat sich nämlich das rechtliche Risiko des Eheabschlusses insofern erhöht, als eine nur einseitig gewollte Auflösung erleichtert wurde, während die finanziellen Trennungsfolgen für beide Seiten in erheblicher Höhe festgeschrieben bleiben. Es muss daher gefragt werden, ob der Gesetzgeber durch die innere Aushöhlung des Ehebegriffs, durch die Einführung des Zerrüttungsprinzips und durch die Regelung der finanziellen Ausgleichspflichten im Scheidungsfall nicht ungewollt mit dazu beitrug, die Ehemöglichkeit der Bevölkerung zu schwächen. Wollte er nunmehr analoge Mindeststandards als nach einem bestimmten Zeitraum automatisch eintretende rechtliche Solidaritätspflichten auch für nichteheliche Lebensgemeinschaften kodifizieren, könnte diese Gleichstellung in den als negativ empfundenen Belastungen sich im gesellschaftlichen Bewusstsein indirekt als der Ehe förderlich erweisen.

Eine Interventionspflicht der staatlichen Ordnung zugunsten des schwächeren Partners kann insbesondere für den Fall angenommen werden, dass die Partner zur einvernehmlichen Regelung eines Trennungskonfliktes nicht mehr in der Lage sind und sie die Rechtsfolgenprobleme der Auflösung ihrer Lebensgemeinschaft nicht selbst regeln können. Doch erscheint es auch während des Bestehens einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht von vornherein ausgeschlossen, in analoger Anwendung einfachrechtlicher Bestimmungen einzelne Rechtsfolgen der Ehe wie etwa im Mietverhältnis, bei der Sozialhilfe, beim Erbringen unentgeltlicher Pflegeleistungen oder auch bei der Anerkennung von Zeugnisverweigerungsrechten auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu übertragen. Der Gesetzgeber könnte sich dabei an die Unterscheidungslinie halten, dass formelle Ehwirkungen, die eine Bindung auf Dauer voraussetzen, grundsätzlich nicht auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft angewendet werden, während überall dort, wo eine geplante Regelung an eine faktisch enge Verbindung anknüpft, die analoge Übertragung bestimmter Rechtswirkungen möglich ist. Konkret könnte dies bedeuten: keine gesetzliche Erbberechtigung als „*de-facto*-Ehepartner“, kein gesetzlicher Versorgungsausgleich, kein eheanaloger Unterhaltsanspruch, wohl aber ein rechtlich gesicherter Anspruch auf Entgelt für die Mitarbeit eines Partners beim Beruf oder im Geschäft des anderen, für langjährige Haushaltsführung und ähnliche Dienst-

leistungen oder für den Verzicht auf eigenes Berufseinkommens wegen der Sorge für ein gemeinsames Kind.

Solche subsidiären Hilfestellungen des Rechts können jedoch nur durch privatrechtliche Absprachen der Partner oder – besonders im Konfliktfall – durch richterliche Einzelentscheidung, aber nicht durch die generelle Bereitstellung einer in sich widersprüchlichen Rechtsform minderer Verbindlichkeit sinnvoll sein.³⁴ Ein formelles alternatives Rechtsinstitut in Form eines erst rückwirkend gültigen juristischen Kontrastprogramms würde dem Grundsatz zuwiderlaufen, dass die Vorzüge der Rechtsordnung nur dem offen stehen, der auch die durch sie auferlegten Bindungen zu tragen gewillt ist. Die für den Gedanken rechtlich erzwingbarer Solidarität wesentliche Entsprechung von Rechten und Pflichten lässt sich nicht einseitig und zeitverschoben auflösen, denn man kann nicht in sorglosen Tagen bindungsfrei leben und in Zeiten der Not die Sicherheiten rechtlich geordneter Bindungen in Anspruch nehmen.³⁵

Für das Wertbewusstsein einer Gesellschaft und für die Orientierungsfähigkeit der in ihr lebenden Menschen ist es von erheblicher Bedeutung, dass jedermann weiß, auf welche Art sozialer Beziehungen auch angesichts der Kontrasterfahrungen von Alter und Krankheit, Unglück oder Not Verlass ist. Eben dies ist der Sinn einer *rechtlichen* Ordnung der Geschlechterbeziehung von Frau und Mann durch die Ehe: Die rechtswirksame Bereitschaft, füreinander Verantwortung zu tragen, entzieht die Ehe dem Belieben der Partner und stiftet so im Binnenverhältnis und gegenüber der Öffentlichkeit eine sichtbare, nach außen transparente Verlässlichkeit, die dem informellen Versprechen nicht eigen ist. Die vom Eherecht geforderte Solidarität, die sich für die Dauer der gesamten Eheführung und selbst noch bei Trennung und Scheidung zeigen muss, entlastet die Gesellschaft aber nur dann, wenn sie nicht beliebig erscheint. Zwar kann partnerschaftliches Füreinander-Einstehen auch in nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften geübt werden; entscheidend ist jedoch, dass dies – vor allem auch im Trennungskonflikt – im Belieben der Partner steht. Beide können das Fortdauern der Partnerschaft jederzeit und folgenlos einstellen, wenn sie nicht bereits beim Eingehen ihrer Lebensgemeinschaft eine vertragliche Regelung ihrer Auflösungsmodalitäten getroffen haben. Aus diesem Grund erscheint es gerechtfertigt, dass die staatliche Rechtsordnung die Ehe als die solidarische Geschlechtsgemeinschaft von Frau und Mann in besonderer Weise schützt und die übernommenen Rechtspflichten durch Vorteile wie Steuererleichterungen, Rentengarantien oder Entlastungen im Erbrecht ausgleicht. Nachdem nichteheliche Lebensgemeinschaften im gesellschaftlichen Bewusstsein heute weitgehend akzeptiert sind, erledigt sich im übrigen auch das Argument, durch die Schaffung eines eheanalogen Öffentlichkeits-

³⁴ Vgl. H. Lecheler, Schutz von Ehe und Familie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VI, 1989, S. 211-263, 251.

³⁵ Vgl. dazu M. Wingen, Nichteeliche Lebensgemeinschaften, 1984, S. 72.

status müssten die in ihnen lebenden Familienangehörigen vor gesellschaftlicher Diskriminierung geschützt werden.

III. Das Zusammenleben unverheirateter Eltern mit Kindern

Nochmals anders stellt sich die Lage im Fall nichtehelicher Lebensgemeinschaften dar, in denen die unverheirateten Eltern mit ihren Kindern zusammenleben. Eine grundwertorientierte Rechtspolitik wird solche familialen Lebensformen nicht ausgrenzen wollen, aber dennoch an dem Leitbild der ehebezogenen Familie als einer rechtspolitischen Zielgröße festhalten.³⁶ Die Option für den Vorrang der ehebezogenen Familie stützt sich darauf, dass die verbindliche Bereitschaft, in allen Risiken des Lebens füreinander einzustehen, eine notwendige Voraussetzung für die Fähigkeit ist, Elternverantwortung zu übernehmen. Das Zusammenleben mit Kindern ist mehr als nur eine Privatangelegenheit der Eltern, die ungehindert über ihr Grundrecht der Fortpflanzungsfreiheit verfügen; die Ordnung dieses Zusammenlebens muss schon um der Kinder willen verlässlich, stabil und nach außen transparent sein. Der Auftrag des Staates, die Familie als Lebens- und Erziehungsgemeinschaft in besonderer Weise zu fördern, verbietet es daher, der ehebezogenen Familie andere Rechtsformen des Zusammenlebens gleichrangig zur Seite zu stellen.

Auch wenn man die Zuträglichkeit bestimmter Familienformen für die psychosoziale Entwicklung der in ihr lebenden Kinder nicht aufgrund eines einzelnen Merkmals beurteilen kann, gibt es doch eine ausreichende Erfahrungsbasis für die Vermutung, dass bestimmte Kriterien hierfür von ausschlaggebender Bedeutung sind. Der frühere Präsident des statistischen Landesamtes von Baden-Württemberg *Max Wingen* nennt in seiner Studie zu den Grundlagen der Familienpolitik die Vollständigkeit der Paargemeinschaft, die Elternverantwortung übernimmt, die Stabilität der Elternbeziehung, ihre sichtbare Verbindlichkeit und die öffentliche Anerkennung der Lebensgemeinschaft.³⁷ Einzelne dieser Kriterien, wie etwa die Stabilität der Elternbeziehung, können durchaus auch in nichtehelichen Familienformen gegeben sein, während umgekehrt die formelle Eheschließung der Eltern die Verlässlichkeit ihrer Beziehung nicht schon automatisch garantiert. Dennoch ist es eine im Ganzen tragfähige Präsumption, dass die Kombination solcher Kriterien durch das Leitbild der ehebezogenen Familie in aller Regel am sichersten erreicht oder zumindest erleichtert wird.

Eine erkennbare Privilegierung der ehebezogenen Familie durch das staatliche Recht ist darüber hinaus von erheblicher symbolischer Bedeutung, denn das öffentliche Leitbild von Ehe und Familie erbringt für alle Mitglieder der Gesellschaft, auch für die in nichtehelichen Partnerschaftsformen Lebenden,

³⁶ Vgl. *Wingen*, Familienpolitik (Fn. 32) 123-125.

³⁷ Vgl. *Wingen*, Familienpolitik (Fn. 32) 122.

unerlässliche Orientierungsleistungen. Zwei Drittel aller Menschen, die in solchen informellen Beziehungsmustern leben, verstehen ihre derzeitige Lebensform keineswegs als Daueralternative zur Ehe; meist ist die Geburt eines Kindes der Anlass, die aus pragmatischen Gründen aufgeschobene Eheschließung nachzuholen und so die voreheliche Lebensphase in eine rechtsgültige Ehe zu überführen. Dies ist ein starkes Indiz dafür, dass die Ehe keineswegs eine von der gesellschaftlichen Entwicklung überholte Lebensform ist, die dem wachsenden Bedürfnis nach Selbstbestimmung, Autonomie und Freiheit im Wege steht. Allerdings ist die Erwartung illusorisch, verlässliche familiäre Bindungen könnten ohne kulturelle Vorgaben und ohne verbindliche Wertentscheidungen allein aufgrund individueller Präferenzen und biographischer Bedürfnisse entstehen oder auf Dauer erhalten bleiben.³⁸ Eine Gesellschaft, die nicht mehr gewillt wäre, die ehebezogene Familie als Grundeinheit ihres sozialen Zusammenlebens gegenüber anderen Lebens- und Familienformen hervorzuheben, würde daher ihre eigenen Kohäsionskräfte schwächen und zugleich ihren Mitgliedern notwendige Orientierungsvorgaben vorenthalten.

³⁸ Vgl. dazu *F.X. Kaufmann*, Zukunft der Familie im vereinten Deutschland. Gesellschaftliche und politische Bedingungen, 1995, S. 183 ff.; vgl. auch *P. Kirchhof*, Ehe und Familie als Grundlage einer freiheitlichen Gesellschaft, *Stimmen der Zeit (StZ)* 217 (1999), 507-516.

Teil 4: Länderberichte

Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften Fragebogen für die Länderberichte

A. Struktur und Systematik, historische Entwicklung

Besteht in ihrem Land ein Rechtsinstitut für zusammenlebende Paare gleichen und/oder verschiedenen Geschlechts jenseits der Ehe und eines funktionsgleichen Äquivalents für gleichgeschlechtliche Paare?

=> Die registrierte Partnerschaft nordischen Modells bzw. die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft wären insofern nicht zu besprechen – wohl aber die registrierte Partnerschaft nach niederländischem Recht, der französische PACS etc. Gleichfalls nicht näher zu besprechen ist die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare.

Zu beachten:

- a) In Ländern, die ein formalisiertes Rechtsinstitut für nichteheliche Lebensgemeinschaften kennen, ist im folgenden (I.-VII.) auch auf diejenigen Paarverhältnisse einzugehen, die nicht dem betreffenden Institut unterfallen (in den Niederlanden also diejenigen, die weder verheiratet noch verpartnert sind, in Frankreich diejenigen, die weder verheiratet sind noch einen PACS geschlossen haben etc.).
- b) Bei der Beantwortung soll stets angegeben werden, ob die Regelungen für gleichgeschlechtliche Paare von denen für verschiedengeschlechtliche abweichen (wie z.B. in Slowenien, Kroatien, und Katalonien).

B. Verhältnis zur Ehe/Registrierten Partnerschaft nordischen Modells/eingetragener Lebenspartnerschaft

1. Knüpfen die Rechtsfolgen grundsätzlich an eherechtliche Vorschriften an oder handelt es sich um separate Vorschriften? Wie ähnlich sind die Vorschriften dem Eherecht?
2. Ist ein „Übergang“ zur Ehe etc. ohne weiteres möglich?
3. Wie ist der Meinungsstand zur „Gefährdung der Ehe“ durch nichteheliche LG? Werden die geltenden Regeln als „Konkurrenz“ betrachtet?
4. Welche Bedeutung (auch zahlenmäßig) haben nichteheliche LG in Ihrem Land? Ist ein Einfluss der Regelungen auf die Ehe/Eheschließungsfrequenz feststellbar?
5. Was war die Motivation des Gesetzgebers/der Rechtsprechung für die Regelung von nichtehelichen LG? Waren die Regelungen umstritten?

C. Eingehung

1. Wie wird eine nichteheliche LG begründet (formaler Akt, Vertrag, Registrierung, bloßes Zusammenleben, Fristen?)
2. Wer ist hierfür zuständig (Behörden, Notar, die Partner der LG selbst)?
3. Voraussetzungen für die Eingehung der LG? (Kann z.B. ein anderweitig verheirateter Partner eine nichteheliche LG eingehen?)

D. Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Wir möchten Sie bitten, in ihrem Länderbericht folgende Themenbereiche bzw. die Auswirkung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften auf diese Bereiche zu berücksichtigen

1. Wird der Status eines „Verwandten“ oder eines „Angehörigen“ im Verhältnis zu den Familienmitgliedern des nichtehelichen Lebenspartners erreicht?
2. Vermögenszuordnung (Eigentum, Verbindlichkeiten, Zwangsvollstreckung, „Güterrecht“)
3. Vertretung und Vollmacht (einschl. Haftung für Rechtsgeschäfte)
4. Unterhaltsansprüche während und nach Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
5. Ersatzansprüche bei Verletzung/Tötung des nichtehelichen Lebenspartners
6. Mietrecht/gemeinsames Eigenheim (insbes. Rechte auf Eintritt in Mietvertrag/Verbleib in gemeinsamer Wohnung)
7. Kindschaft (gemeinsame Kinder ebenso wie Kinder mit anderen Partner aus vorangegangenen Beziehungen), (gemeinsames) Adoptionsrecht, künstliche Befruchtung
8. Erbrecht (Wird ein gesetzliches Erbrecht oder sonstige Privilegierung [z.B. für den gemeinsamen Hausrat] eingeräumt?)
9. Welche Gerichte sind für Rechtsstreitigkeiten aus nichtehelichen LG zuständig? Gibt es eine Spezialzuständigkeit (Familiengericht/-kammer)?

Soweit sich dies anbietet oder zum Verständnis der Regelungen erforderlich ist, möchten wir Sie bitten überblicksartig auch die folgenden Bereiche an geeigneter Stelle zu berücksichtigen.

- Auskunfts- und Besuchs-, Anwesenheitsrechte (Krankenhaus, Gefängnis, Beerdigung etc.)
- Steuerrecht (insbesondere Steuerprivilegien bei Einkommensteuer/Erbschaftsteuer)
- Arbeitsrecht (auch Gewährung von Haushaltszuschlägen wie für Ehepaare)
- Sozialrecht (werden Vor- oder Nachteile an nichteheliche Lebensgemeinschaften geknüpft – wie in etwa die Anrechnung des Einkommens des Lebenspartners auf die Sozialhilfe o.ä.)
- Ausländerrecht (insbes. Aufenthalts- und Nachzugsbefugnisse)

- Strafrecht und Strafprozessrecht (Angehörigenprivileg, Aussageverweigerungsrechte etc.)

E. Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter Lebenden

1. Wie wird die nichteheliche LG wieder aufgelöst?
2. Wer ist hierfür zuständig?
3. Voraussetzung für die Auflösung?

F. Internationales Privatrecht

Finden Regelungen des internationalen Privatrechts auf nichteheliche Lebensgemeinschaften Anwendung? Welche?

G. Bewertung und Ausblick

1. Kam es in der Vergangenheit zu relevanten Rechtsstreitigkeiten bzgl. nichtehelicher Lebensgemeinschaften?
2. Sind die bestehenden Lösungen ausreichend? Besteht Reformbedarf und sind entsprechende Bestrebungen bereits unternommen worden?

Legal Status of Cohabitants

Questionnaire for the national reports

A. Structure and historical development

Is there a special legal regime (Rechtsinstitut) in your country for cohabiting couples of opposite and/or same sex, which is not marriage, or an equivalent for same-sex couples?

=> The registered partnership of the Nordic countries and Germany are such equivalents for same-sex couples and will thus not be covered by the conference or the reports. The registered partnership of the Netherlands, on the other hand, is a topic of the conference and the reports, just as the French PACS etc. The opening of marriage for same-sex couples will not be covered by the conference or the reports.

Please note:

- a) For countries which have a special legal regime for cohabitants that requires a formal act of registration/contract, the following questions (II.-VII.) should also be answered with regard to couples who do **not** fulfil this requirement, but nevertheless cohabit (e.g. for the Netherlands that means that the legal rules for couples who are neither married nor registered should be reported as well; for France that means that not only the rules for the PACS should be reported, but those for “concubinage” as well).
- b) When answering the questions, please report if there are differences between the way the law/the courts treats same-sex and opposite-sex cohabitants (as this is the case for example in Croatia, Catalonia, Slovenia etc.).

B. Marriage and cohabitation

1. Do the legal rules for cohabitants refer to the rules for married couples or are there separate rules? If there are separate rules, how closely do they resemble those for married couples?
2. Is a “transfer” from cohabitation to marriage possible?
3. Is cohabitation considered to be a “threat to marriage”? Is cohabitation regarded as an alternative to marriage?
4. How do you assess the societal effects of cohabitation in your country? (please provide figures if possible) Does cohabitation affect the number of marriages concluded?
5. What was the motivation of the legislature/the courts to provide rules for cohabitants? Were the rules controversial?

C. Commencement of cohabitation

1. When do the legal rules for cohabitants apply (formal act like registration or contract, just living together, time periods)?
2. Which authority is competent (administration, notary public, the cohabitants themselves, the courts)?
3. What are the conditions for cohabitation? (For example: Can a married person establish cohabitation with another person?)

D. Legal effects of cohabitation

Please cover the following topics in your report with regard to cohabitants:

1. Does cohabitation establish kinship with regard to family members of the other cohabitant?
2. Property regime (ownership and division of acquired goods, debts & enforcement of judgements)
3. Right of representation/proxy
4. Alimony/support during and after cohabitation
5. Compensation claims in case of death and/or injury of a cohabitant
6. Real estate and rent (Who is allowed to stay in the common home after cohabitation/death of a cohabitant)?
7. Children (of the cohabitants together or with other partners from earlier relationships), adoption, insemination
8. Inheritance (Does a cohabitant inherit on intestacy (i.e. without a will)? Are there other privileges for cohabitants, e.g. for household goods?)
9. Do special bodies for family law matters exist and are these bodies also competent for disputes arising from cohabitation?

As far as it is feasible or necessary for the understanding of the report, please also cover the following topics where appropriate:

- Information and visiting rights (hospital, prison, funeral etc.)
- Tax Law (esp. income tax and inheritance tax)
- Labour Law (bonuses and special rights for cohabitants)
- Social Security Law (Does the state award bonuses or detriments for cohabitants, e.g. is welfare cut for a cohabitant if the other has a higher income?)
- Immigration Laws
- Criminal Law and criminal procedure (For example: Can cohabitants refuse to testify against each other in a court of law?)

E. Dissolution of cohabitation

1. How does cohabitation end legally?
2. Which authority is competent for this?
3. What are the formal requirements for dissolution?

F. Conflict of laws

Which legal rules in the area of the conflict of laws apply to cohabitants?

G. Evaluation and perspectives for the future

1. How many cases regarding cohabitation reached the courts? What matters were dealt with?
2. Do you consider the legal solutions provided to be sufficient to deal with the problems of cohabitants? Is there a need for reform? Have first steps towards reform been taken?

Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich

FRÉDÉRIQUE FERRAND

- A. Struktur und Systematik, historische Entwicklung
- B. Verhältnis zu anderen Lebensformen
 - I. Anknüpfung der Rechtsfolgen
 - II. Übergang zur Ehe
 - III. „Gefährdung der Ehe“ durch nichteheliche Lebensgemeinschaften?
 - IV. Bedeutung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - V. Motivation des Gesetzgebers für die Regelung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften
- C. Eingehung
 - I. Die Begründung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - II. Zuständigkeiten
 - III. Voraussetzungen für die Eingehung der Lebensgemeinschaft
- D. Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - I. Verwandtschaftsstatus der nichtehelichen Lebenspartners
 - II. Vermögenszuordnung
 - III. Vertretung und Vollmacht
 - IV. Unterhaltsansprüche während und nach Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - V. Ersatzansprüche bei Verletzung/Tötung des nichtehelichen Partners
- VI. Mietrecht und gemeinsames Eigenheim
- VII. Kindschaftsrecht in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - 1. Abstammung und Sorgerecht
 - 2. Gemeinsames Adoptionsrecht
 - 3. Künstliche Befruchtung
- VIII. Erbrecht
- IX. Gerichtszuständigkeit für Streitigkeiten aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften
- X. Besondere Rechtsgebiete
 - 1. Auskunfts- und Besuchsrecht
 - 2. Steuerrecht
 - 3. Arbeitsrecht
 - 4. Sozialrecht
 - 5. Ausländerrecht (Aufenthalts- und Nachzugsbefugnisse)
 - 6. Strafrecht und Strafprozessrecht
- E. Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter Lebenden
 - I. Voraussetzung für die Auflösung
 - II. Zuständigkeiten
- F. Internationales Privatrecht
- G. Bewertung und Ausblick
 - I. Rechtsstreitigkeiten bzgl. nichtehelicher Lebensgemeinschaften
 - II. Reformbedarf und entsprechende Bestrebungen

A. Struktur und Systematik, historische Entwicklung

Das französische Recht kennt heute neben dem Institut der Ehe (*mariage*) den *Pacte civil de solidarité* (PACS), der durch das Gesetz vom 15. November 1999 (PACS-Gesetz)¹ eingeführt worden und homo- sowie heterosexuellen Partners zugänglich ist.

Dieses Gesetz hat ebenfalls die *concubinage* (nichteheliche Lebensgemeinschaft) neu definiert: Laut Art. 515-8 C. civil ist die *concubinage* „ein faktisches Zusammenleben, das sich durch eine stabile, dauerhafte Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen unterschiedlichen oder gleichen Geschlechts kennzeichnet, die als Paar zusammenleben“.² Diese Definition soll der Rechtsprechung des Kassationshofs, der sich bis jetzt in den meisten Fällen weigerte, den Begriff *concubinage* und die sich daraus ergebenden rechtlichen Vorteile auf homosexuelle Paare auszudehnen, ein Ende setzen. Der Kassationshof hatte nämlich z.B. 1997³ entschieden, dass Art. 14 des Gesetzes vom 6. Juli 1989, der bestimmt, dass beim Tod des Mieters der Mietvertrag an den *concubin notoire* (offenkundigen Partner) des Mieters übergeht, sofern dieser am Tag des Todes mit dem Mieter seit mindestens einem Jahr zusammengewohnt hat, für homosexuelle Partner keine Anwendung findet.⁴ Am 11. Juli 1989⁵ entschied ebenfalls der Kassationshof, dass die Satzungsbestimmungen von Air France, die dem *concubin* eines Arbeitnehmers Tarifvergünstigungen bei den Flügen einräumt, nur im Sinne der Begünstigung solcher Personen verstanden werden könnten, die beschlossen haben, wie Eheleute zusammenzuleben, was nur ein aus einem Mann und einer Frau bestehendes Paar betreffen könne.

Bis zum PACS-Gesetz bestanden in Frankreich keine Regelungen speziell für homosexuelle Paare bzw. homosexuelle Paare einschließende Bestimmungen. Die Gesetzesbestimmungen, die den *concubins* in Angleichung zu den Ehepaaren gewisse Ansprüche gewährten und nicht zwischen homosexuellen und heterosexuellen *concubins* unterschieden, wurden von den Untergerichten

¹ Journal officiel v. 16. Nov. 1999, S. 16 959. Eine deutsche Übersetzung des Gesetzes vom 15. November 1999 ist abgedruckt in FamRZ 2000, 531.

² “Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple”.

³ Cass. Civ. III 17.12.1997, Dalloz 1998, 114 conclusions *J-F. Weber* und Anm. *J-L. Aubert*; Rép. Defrénois 1998, art. 36, 765 mit Anm. *A. Bénabent*.

⁴ Der Kassationshof entschied, dass es eine *concubinage* (eheähnliche Lebensgemeinschaft) nur bei einer anhaltenden, beständigen, der Ehe ähnlichen Verbindung zwischen Mann und Frau geben könne. Die gleiche Ansicht war schon 1986 vom Pariser Appellationsgericht vertreten worden, das die damals fehlende Definition des *concubinage* durch den Gesetzgeber unterstrich und sich auf einen allgemeinen gesunden Menschenverstand stützte: *Concubinage* sei der Zustand eines Mannes und einer Frau, die zusammenleben, ohne miteinander verheiratet zu sein. Die soziale Tatsache des Bestehens homosexueller Lebensgemeinschaften könne also keine Rechte und Ansprüche schaffen.

⁵ Cass. Soc. 11.6.1989, Bull. Civ. V, Nr. 514 und 515; Dalloz 1990. 582 mit Anm. *Malaurie*; JCP 1990. II. 21 553 mit Anm. *Meunier*.

und vom Kassationshof meistens restriktiv ausgelegt und nicht auf homosexuelle Partner ausgedehnt.

Statistisch hatte die nichteheliche Lebensgemeinschaft in Frankreich seit 1968 jedoch zugenommen. Im Vergleich zu 1968, wo in nur 3% der Lebensgemeinschaften die Partner nicht miteinander verheiratet waren, war Anfang 1990 jede sechste Lebensgemeinschaft eine nichteheliche. Ab Anfang der Neunziger Jahre wurde in Betracht gezogen, den homosexuellen Paaren, die einen Wunsch nach offizieller Anerkennung hatten und durch Lobbies versuchten, die Regierung dazu zu bringen, ein neues, speziell für homosexuelle Paare geschaffenes Institut einzuführen, einen „Eheersatz“ anzubieten. Allerdings waren die Diskussionen ziemlich konfus, denn es wurden auch neue Formen der Solidarität erwähnt, in denen Personen auf Dauer zusammenleben, und sei es nur zunächst aufgrund der Notwendigkeit, Geld zu sparen (z.B. Geschwister, Freunde etc.). Die rechtspolitischen Überlegungen gingen dahin, die Unzulänglichkeiten der Lage zu beheben. Um einen „Fortschritt auf dem Wege der Gleichberechtigung“⁶ zu erreichen, mussten neue Organisationsmodelle für das Zusammenleben zweier Personen erfunden werden, damit Rechte und Pflichten in Gleichheit und Solidarität ausgeglichen begründet werden.

Das französische Parlament traute sich jedoch nicht, nur die homosexuellen Partnerschaften zu behandeln, und dies aus Angst davor, dass der Gesetzentwurf auf höchsten Widerstand stoßen und wegen harter Fronten, insbesondere auf Seite der katholischen Kirche und der Familienschutzvereine scheitern könnte. Daher wurde in den verschiedenen Gesetzesvorlagen, die in Betracht gezogen wurden, ständig allgemein von den *partenaires* die Rede, auch wenn im Grunde genommen sie vor allem darauf abzielten, die Ungerechtigkeiten bei der rechtlichen Behandlung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften zu beheben. Damit sollte der Kritik der Rechtsparteien und der katholischen Kirche begegnet werden, die den Verfassern der Entwürfe vorwarf, eine „Ersatzhe“ (*mariage bis*) für Homosexuelle schaffen zu wollen und dadurch die heterosexuelle Eheschließung zu unterminieren.⁷

Es wurden verschiedene Gesetzentwürfe ausgearbeitet: *Contrat d'union civile* (CUC),⁸ *Contrat d'union sociale* (CUS),⁹ *Contrat d'union civile et sociale*

⁶ Siehe *Proposition de loi relative au contrat d'union sociale (CUS)*, Assemblée nationale, Nr. 3315 (rectifié), S. 4.

⁷ Siehe auch *H. Fulchiron*, Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple, *Rép. Defrénois* 2001, 949 und 958.

⁸ Dieser Vertrag sollte einen Ersatz für die Eheschließung darstellen und praktisch hauptsächlich homosexuellen Paaren eine offizielle Anerkennung garantieren. Die Partner wären dem Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft unterworfen worden, es sei denn, sie hätten vor Notar etwas anderes vereinbart. Sie hätten die gleichen Erbansprüche wie Ehegatten gehabt; sie wären auch Ehegatten im Hinblick auf die vorzugsweise Zuweisung von Sachen und die Gültigkeit von Schenkungen bzw. Vermächtnissen gleichgestellt worden, siehe Gesetzesvorlage Nr. 880 v. 21.12.1993.

⁹ *Proposition de loi relative au contrat d'union sociale*, Assemblée nationale, Nr. 3315 (rectifié), S. 4. Der Kernpunkt dieses Entwurfs war die die vertragsschließenden Parteien

(CUCS),¹⁰ *Pacte d'intérêt commun* (PIC).¹¹ Während CUS, CUC und CUCS eine Art Eheersatz darstellten, wollten die Verfasser des PIC-Vorschlages nur ein Instrument bieten, mit dessen Hilfe die finanziellen Folgen einer Trennung der Partner geregelt werden können. Der PIC war eine Art Gesellschaftsvertrag, bei dem es auf das Geschlecht der Partner und das Bestehen sexueller Beziehungen nicht ankam; er hätte z.B. auch von Geschwistern, Freunden usw. abgeschlossen werden können, während die anderen Modelle bis zu einem gewissen Verwandtschaftsgrad verboten waren. Was das Recht auf ein Kind (*droit à l'enfant*) anging, wollte keiner der Gesetzentwürfe die Frage direkt behandeln, so dass aus diesem Schweigen wohl ein Verbot abgeleitet werden sollte. Allerdings muss hier zwischen homo- und heterosexuellen Partnern unterschieden werden, denn Art. 2142-2 Abs. 3 Code de la santé publique gestattet heterosexuellen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

bindende Solidarität. Die Partner verpflichteten sich gegenseitig zu materieller und seelischer Unterstützung; sie hafteten gesamtschuldnerisch gegenüber Dritten für die von einem Partner im Rahmen des täglichen Lebens eingegangenen Schulden. Die Partner mussten einen Vertrag vor Notar schließen, um ihr Güterregime zu regeln. Die Partner mussten vor dem Standesbeamten eine Erklärung abgeben, damit der CUS nach außen sichtbar wird. Die Auflösung des Vertrags war entweder durch gemeinsame Erklärung der Partner oder, wenn einer der Partner mit dem Beenden des CUS nicht einverstanden war, durch Anrufen des Gerichts möglich. Wenn der Vertrag die Folgen der Trennung nicht regelte oder wenn die Partner sich nicht einig waren, sollte das Gericht die Auflösung des CUS feststellen und begleitende Maßnahmen anordnen. Verschiedene arbeits-, sozial-, mietrechtliche Vorteile waren mit dem CUS verknüpft; die Partner konnten auch sofort gemeinsam besteuert werden. Erbrechtlich war Folgendes vorgesehen: Wenn der Erblasser keine gesetzlichen Erben oder nur Verwandte in Seitenlinie außer Geschwistern bzw. Abkömmlingen von Geschwistern hinterlassen hätte, hätte das ganze Erbe dem überlebenden CUS-Partner gehört. In jedem Falle hätte der überlebende Partner mindestens ein Nießbrauchsrecht am Erwerbsvermögen gehabt; in welcher Höhe sah der Gesetzentwurf aber nicht vor. Die meisten Rechte und Ansprüche hätten allerdings erst nach zwölf Monaten seit CUS-Abschluss geltend gemacht werden können.

¹⁰ Diese Gesetzesvorlage war dem CUS-Entwurf sehr ähnlich und stieß ebenfalls auf heftige Kritik.

¹¹ Der PIC war das Ergebnis der Arbeiten einer Kommission, die von der Regierung einberufen wurde. Den Vorsitz hatte *Prof. Jean Hauser*, Spezialist für Familienrecht, inne. Die Kommission sollte einen Vorentwurf betreffend die Rechtsstellung der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft verfassen. Sie schlug den Pakt gemeinsamen Interesses (*Pacte d'intérêt commun*, PIC) vor, um dem neuen Vertrag keinen symbolischen Wert zu geben. Es sollte nur ein Text über die finanziellen Folgen der Trennung nicht miteinander verheirateter Partner werden. Der PIC wäre nicht im Titel des Code Civil über Personen und Familienrecht, sondern gleich nach dem Titel betreffend das Gesellschaftsrecht eingegliedert worden. So hätten die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Möglichkeit gehabt, eine einfache Gesellschaft unter ihnen zu gründen. Der PIC war folgendermaßen definiert: „Vertrag, durch den zwei natürliche Personen beschließen, ihre finanziellen und vermögensrechtlichen Beziehungen ganz oder teilweise zu regeln, um ihr Zusammenleben zu sichern“ („convention par laquelle deux personnes physiques décident d'organiser tout ou partie de leurs relations pécuniaires ou patrimoniales en vue d'assurer leur communauté de vie“). Der Vertrag hätte entweder der einfachen Schriftform (*acte sous seing privé*) oder im Falle, in dem Immobilien Gegenstand der Vereinbarung gewesen wären, der notariellen Beurkundung (*acte authentique*) bedurft.

nach zweijährigem Zusammenleben, eine künstliche Befruchtung zu beantragen. Dies gilt allerdings unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines PACS-Vertrags zwischen den Partnern.

Schließlich wurde von zwei Abgeordneten, Patrick Bloche¹² und Jean-Pierre Michel¹³ eine Gesetzesvorlage betreffend die Schaffung eines *Pacte civil de solidarité* (PACS) vor die *Assemblée nationale* gebracht. Sie stieß auf heftige Kritik.¹⁴ Nach drei Lesungen wurde der Entwurf trotz der Ablehnung des Sénat (zweiter Parlamentskammer) zum Gesetz vom 15. November 1999.¹⁵ Das Gesetz nimmt den PACS in einem neuen Titel XII des ersten Buches des Code Civil (Art. 515-1 ff: Titre XII: *Du Pacte civil de solidarité*) auf.¹⁶ Er wird als Vertrag bezeichnet, der „zwischen zwei natürlichen volljährigen Personen unterschiedlichen oder gleichen Geschlechts geschlossen werden kann, um ihr Zusammenleben zu regeln“ (Art. 515-1).¹⁷ Verschiedene *décrets* (Verordnungen) wurden ebenfalls erlassen, um die Modalitäten der Erklärung, der Änderung und der Auflösung des PACS¹⁸ festzusetzen, sowie die Voraussetzungen, unter denen die Informationen über die Erklärung, die Abänderung bzw. die Auflösung eines PACS behandelt und aufgehoben werden.¹⁹ Gleich nach seinem Erlass wurde das Gesetz dem Verfassungsrat (*Conseil constitutionnel*) im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens vorgelegt; die Entscheidung des Verfassungsrats vom 9. November 1999²⁰ erklärt den PACS für mit der französischen Verfassung vereinbar, äußert jedoch gewisse Vorbehalte, insb. was die Führung der Register im Hinblick auf den Schutz der Privatsphäre der PACS-Partner angeht, interpretiert den Begriff des Zusammenlebens der Part-

¹² Mitglied der sozialistischen Partei.

¹³ Mitglied der *Mouvement des Citoyens* (MDC), einer politischen Partei, die um die Persönlichkeit des damaligen Innenministers Chevènement ehemalige Sozialisten vereinigt.

¹⁴ Der PACS könne die Ehe gefährden, die „das soziale Monopol der Organisation zu zweit im Rahmen der Privatsphäre bleiben solle“, siehe *Munoz-Darde* und *De Singly*, *Le Monde* v. 25.9.1998.

¹⁵ *Journal Officiel* v. 16. November 1999, S. 16 959.

¹⁶ Eine deutsche Übersetzung des Gesetzestextes ist abgedruckt in *FamRZ* 2000, 531.

¹⁷ Das Gesetz v. 15.11.1999 hat ebenfalls in einem neuen Art. 515-8 C. civil das nichteheliche Zusammenleben (*concubinage*) definiert: Es ist „ein faktisches Zusammenleben, das sich durch eine stabile, dauerhafte Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen unterschiedlichen oder gleichen Geschlechts kennzeichnet, die als Paar zusammenleben“. Diese Definition soll der Rechtsprechung des Kassationshofs ein Ende setzen, der sich bis dahin weigerte, den Begriff *concubinage* und die sich daraus ergebenden rechtlichen Vorteile auf homosexuelle Paare auszudehnen.

¹⁸ *Décret* Nr. 99-1089 v. 21.12.1999.

¹⁹ *Décret* Nr. 99-1090 v. 21.12.1999. Siehe auch *décret* Nr. 99-1091 v. 21.12.1999 betreffend die Behörden, die befugt sind, persönliche Daten zu speichern; durch letzteres wird verboten, anhand der gespeicherten Daten eine bestimmte Kategorie von Personen auszulesen (z.B. um eine Liste der homosexuellen Partner zu erstellen). Siehe ebenfalls die *décrets* v. 3.2.2000, die gewisse Bestimmungen des Code de la sécurité sociale auf die PACS-Partner ausdehnen.

²⁰ Nr. 99-419 DC, *Journal Officiel* v. 16.11.1999; *Dalloz* 2000, *Somm.* 424 mit Anm. *Garneri*; *JCP* 2000. I. 261, Nr. 15 ff., mit Anm. *Mathieu* und *Verpeaux*.

ner und stellt den zwingenden Charakter der Beistandspflicht fest, die Art. 515-4 C. civil den Partnern auferlegt.

Heute bestehen also in Frankreich drei familienrechtliche Institute:

- die Ehe (mariage, Art. 144 ff. C. civil), die nur zwischen heterosexuellen Partnern geschlossen werden kann;
- den Pacte civil de solidarité (PACS, Art. 515-1 ff. C. civil), der zwischen heterosexuellen oder homosexuellen Partnern möglich ist;
- die concubinage (faktisches nichteheliches Zusammenleben zweier hetero- bzw. homosexueller Partner, siehe Art. 515-8 C. civil), die in gewissen Bereichen (Sozial-, Arbeits-, Mietrecht etc.) berücksichtigt wird und den Partnern gewisse Ansprüche gewährt.

B. Verhältnis zu anderen Lebensformen

I. Anknüpfung der Rechtsfolgen

PACS

Die Vorschriften betreffend den PACS sind Sondervorschriften, die in Art. 515-1 ff. Civil und in gewissen anderen Gesetzen bzw. Gesetzesbüchern (z.B. *Code de la sécurité sociale*²¹, *Code général des impôts*²², *Code du travail*²³ etc.) beinhaltet sind. Die Rechtsfolgen des PACS knüpfen nicht an eherechtliche Vorschriften an. Sie sind dem Eherecht meistens auch nicht ähnlich, wobei zwischen verschiedenen Rechtsfolgen unterschieden werden muss.

Art. 515-4 C. civil bestimmt, dass die PACS-Partner sich „eine gegenseitige und materielle Unterstützung“ gewähren (*aide mutuelle et matérielle*). Dies entspricht nicht genau den ehelichen Pflichten, die in art. 212 C. civil festgelegt sind („Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance“); auch der Beitrag zu den ehelichen Lasten (*contribution aux charges du mariage*) von Art. 214 C. civil wird nicht von PACS-Partnern verlangt. Die Pflichten der PACS-Partner gehen also nicht so weit wie die der Ehegatten. Allerdings sieht Art. 515-4 Abs. 2 vor, dass die PACS-Partner gegenüber Dritten für die von einem Partner im Rahmen des täglichen Lebens eingegangenen Schulden und für die die Wohnung betreffenden Ausgaben gesamtschuldnerisch haften. Diese gesamtschuldnerische Haftung könnte weiter gehen als die in Art. 220 C. civil festgelegte Haftung der Ehegatten,²⁴ denn es werden keine ausdrücklichen Aus-

²¹ Sozialversicherungsgesetzbuch.

²² Steuergesetzbuch.

²³ Arbeitsgesetzbuch.

²⁴ Laut Art. 220 C. civil ist jeder Ehegatte befugt, Verträge für den Familienunterhalt bzw. die Kindererziehung allein zu schließen; eine gesamtschuldnerische Haftung wird dadurch begründet, es sei denn, die Ausgabe war offensichtlich übermäßig, oder es handelte sich um Abzahlungskäufe bzw. um Darlehen (es sei denn, das Darlehen überschreitet nicht einen bescheidenen, für das alltägliche Leben notwendigen Betrag).

nahmen zur gesamtschuldnerischen Haftung gesetzlich festgelegt, wobei allerdings nur die im Rahmen des „täglichen Lebens“ eingegangenen Schulden betroffen sind.

Einige Regeln z.B. des Arbeits-²⁵, Sozial-²⁶ und Mietrechts²⁷, die auf die Ehegatten Anwendung finden, wurden ausdrücklich durch das Gesetz vom 15. November 1999 auf PACS-Partner ausgedehnt. Bei jeder dieser gesetzlichen Bestimmungen wurde ein Absatz eingefügt, der ausdrücklich die PACS-Partner anspricht und die Bestimmung auf sie erstreckt.

Concubinage

Die Grundhaltung des französischen Rechts und der Rechtsprechung betreffend die concubinage ist, dass die Ehevorschriften auf sie keine Anwendung finden. Z.B. gelten die Bestimmungen über die Teilung der ehelichen Lasten (Art. 214 C. civil) nicht analog für die concubins;²⁸ das gleiche gilt für die gesamtschuldnerische Haftung der Ehegatten aus Art. 220 C. civil für die Ausgaben betreffend den Familienunterhalt und die Kindererziehung.²⁹ Ebenfalls werden concubins nicht automatisch beide Mieter im Sinne des Mietvertrags, wie es bei den Ehegatten in Art. 1751 C. civil vorgesehen ist.

Wie beim PACS gelten allerdings für die concubins einige Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Mietrechts,³⁰ die ursprünglich nur auf die Ehegatten Anwendung fanden. Dies verlangt aber, dass die gesetzliche Bestimmung ausdrücklich auf die Kategorie der concubins ausgedehnt wird.

²⁵ Siehe z.B. Art. L 223-7 Code du travail (gemeinsamer Urlaub für Ehegatten und Partner, die bei dem selben Unternehmen beschäftigt sind), L 226-1 (zwei Tage Urlaub bei Tod des Ehegatten bzw. des PACS-Partners), L 784-1.

²⁶ Siehe z.B. Art. L 161-14 Code de la sécurité sociale: Derjenige, der mit einem Sozialversicherten zusammenlebt und von ihm unterhalten wird, gilt als Anspruchsberechtigter für den Krankheits- und Mutterschaftsschutz. Dies gilt ebenfalls für einen PACS-Partner und für den *concubin* („personne qui vit maritalement avec un assuré social et qui se trouve à sa charge effective, totale et permanente“).

²⁷ Siehe z.B. Art. 14 Gesetz v. 6.7.1989: “En cas d’abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue:

- au profit du conjoint sans préjudice de l’article 1751 du Code Civil;
- ...
- au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité;
- au profit des ascendants, du concubin notoire ou des personnes à charge qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l’abandon du domicile;”.

Die gleichen Regeln gelten im Falle des Todes des Partners (Art. 14 ebenfalls), der den Mietvertrag abgeschlossen hatte.

²⁸ Siehe Cass. Civ. I 9.1.1979, Bull. Civ. I, Nr. 11; Cass. Civ. I 19.3.1991, Bull. Civ. I, Nr. 92 (Da keine gesetzliche Bestimmung die Beteiligung der concubins an den Lasten der Lebensgemeinschaft vorsieht und regelt, muss jeder von ihnen die Schulden des alltäglichen Lebens, die er eingegangen ist, selbst tragen); Cass. Civ. I 17. 10.2000, Bull. Civ. I, Nr. 244.

²⁹ Cass. Civ. I 11.1.1984, Gaz. Pal. 1985. 1. 133; Cass. Civ. I 2. Mai 2001, Bull. Civ. I, Nr. 111.

³⁰ Siehe die gesetzlichen Bestimmungen, die beim PACS schon erwähnt worden sind.

II. Übergang zur Ehe

PACS

Nur wenn die PACS-Partner unterschiedlichen Geschlechts sind. Dann können sie beschließen zu heiraten; dies ist allerdings nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Art. 515-7 Abs. 1 C. civil bestimmt nur, dass die PACS-Partner, die im Einvernehmen den PACS auflösen wollen, der Geschäftsstelle des Gerichts (*tribunal d'instance*), in dessen Bezirk einer der Partner seinen Aufenthalt hat, eine gemeinsame schriftliche Erklärung vorlegen. Müssen die PACS-Partner diesem Verfahren folgen, wenn sie beschließen, ihren PACS aufzulösen, um zusammen zu heiraten? Wohl nicht, meint die Lehre,³¹ allerdings müssen die Gerichte informiert werden, um die PACS-Auflösung zu vermerken. Eine Eheschließung setzt selbstverständlich voraus, dass keiner der beiden Partner anderweitig schon verheiratet ist.

Das Gesetz vom 15. November 1999 regelt nur den Fall, in dem einer der PACS-Partner einen anderen Partner heiratet. Es ist dann ein automatischer PACS-Auflösungsgrund; laut Art. 515-7 Abs. 3 C. civil muss der Partner, der durch anderweitige Eheschließung den PACS auflöst, den PACS-Partner durch Zustellung der Auflösungserklärung informieren. Er muss ebenfalls das Gericht (*tribunal d'instance*), der die PACS-Erklärung entgegengenommen hatte, informieren.

Concubinage

Die Partner können beschließen zu heiraten, wenn sie unterschiedlichen Geschlechts sind und wenn keiner von ihnen schon anderweitig verheiratet ist. Es besteht keine Sonderbestimmung des Code Civil in dieser Hinsicht, diese Lösung wird gleichwohl zwangsläufig vom Prinzip der Freiheit der Eheschließung abgeleitet.

III. „Gefährdung der Ehe“ durch nichteheliche Lebensgemeinschaften?

Während der Beratung des Gesetzentwurfs über den PACS vor dem Parlament war die Kritik sehr heftig. Insbesondere die katholischen Familienvereine behaupteten, der PACS könne die Ehe gefährden, die „das soziale Monopol der Organisation zu zweit im Rahmen der Privatsphäre bleiben solle“.³² Eine große

³¹ Siehe z.B. *Bénabent*, Droit civil, La famille, 11. Auflage, 2003, Rn. 487.

³² Siehe *V. Munoz-Darde* und *F. De Singly*, Le Monde v. 25.9.1998, die als Philosophin und Soziologe die Kritiken gegen den PACS zusammenfassen und erklären, dass drei Dimensionen der Ehe beim PACS fehlen: Heterosexualität, Recht, Kinder zu adoptieren und Treuepflicht. Ein PACS kann auch leichter gekündigt werden. Der PACS sei jedoch nicht unmoralisch, sondern entspreche im Gegenteil bestimmten ethischen Werten, denn er be-

Angst bestand davor, eine Art „Eheersatz“ (*mariage bis*) für Homosexuelle einzuführen, was viele nicht akzeptieren wollten. Die Rechtsparteien taten alles, um den Gesetzentwurf zunichte zu machen. Fast wäre es ihnen gelungen, als im Oktober 1998 in der Abwesenheit vieler sozialistischen Abgeordneten über eine von den Rechtsparteien vorgelegte Unzulässigkeitsinrede (*motion d'irrecevabilité*) abgestimmt wurde. Diese motion wurde angenommen, was an sich hätte bedeuten müssen, dass kein neuer Gesetzentwurf betreffend den PACS vor Ablauf einer Jahresfrist wieder vor die Assemblée nationale hätte eingebracht werden dürfen. Gleichwohl brachten die sozialistischen Abgeordneten einen leicht abgeänderten Entwurf ein, der zurückhaltender als der ursprüngliche PACS-Entwurf war. Die motion d'irrecevabilité wurde dieses Mal nicht angenommen und trotz der sehr vielen Änderungsvorschläge (circa 1.000!), die die Rechtsparteien zum Zweck der Verzögerung einbrachten, kam es zu Debatten und zu einer ersten Lesung. Am 9. Dezember 1998 wurde die Gesetzesvorlage von der Assemblée nationale in erster Lesung angenommen. Trotz der Ablehnung des *Sénat*, der den Entwurf nicht annahm, sondern nur eine Regelung der concubinage vorschlug,³³ wurde das Gesetz im November 1999 von der Assemblée nationale endgültig angenommen. Die Kritik setzte sich fort, da Abgeordnete der Rechtsparteien das PACS-Gesetz dem Verfassungsrat vorlegten, damit er seine Vereinbarkeit mit der französischen Verfassung überprüfe. Die Entscheidung des Verfassungsrats stellte trotz einiger Vorbehalte und verfassungskonformer Auslegungen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes fest. Der Kampf war also sehr heftig bis zu dieser Entscheidung. Im Laufe der Debatten hatten die Abgeordneten den Text des Gesetzentwurfs auch sehr abgemildert,³⁴ damit seine Akzeptanz nicht gefährdet wurde. Trotzdem wird von einem Teil der Lehre weiterhin behauptet, dass es ausgereicht hätte, wenn man, statt ein besonderes neues Institut zu schaffen, den Partnern einer heterosexuellen Lebensgemeinschaft bestimmte weitere Rechte zuerkannt

günstige die Logik einer ausdrücklichen, öffentlichen Verpflichtung und stelle auf ein Zusammenleben ab, das auf Solidarität beruhe.

³³ Für den konservativen *Sénat* war der PACS nicht notwendig, sondern gefährlich. Dagegen sollte in den Code Civil ein Artikel betreffend die concubinage eingeführt werden. Die Ehe sollte als heterosexuelles Institut, die concubinage als „le fait pour deux personnes de vivre en couple sans être unies par le mariage“ (Tatsache, dass zwei Personen miteinander zusammenleben, ohne miteinander verheiratet zu sein) definiert werden. Dies könne durch alle möglichen Beweismittel nachgewiesen werden und bringe alle gewöhnlichen, schon bestehenden gesetzlichen Vorteile, auch für homosexuelle Paare. Die Assemblée nationale wollte aber nicht auf den PACS verzichten und nahm nur einen Teil des Entwurfs des *Sénat* an. Sie hielt an ihrem ursprünglichen Entwurf fest und ergänzte ihn mit einem *Chapitre II – Du concubinage*, dessen einziger Artikel (515-8 C. civil) nun dieses Institut definiert.

³⁴ Z.B. war ursprünglich vorgesehen, dass die PACS-Partner einem Güterstandsregime unterliegen würden, und zwar der Errungenschaftsgemeinschaft. Das Gesetz hat sich jedoch im Endeffekt nicht für einen echten Güterstand entschieden, sondern nur für das unpraktische System der Gesamthand (indivision).

und diese Rechte auf die Partner homosexueller Lebensgemeinschaften ausgedehnt hätte.³⁵

Jetzt kann allerdings nicht behauptet werden, dass der PACS noch als starke „Konkurrenz“ zur Ehe empfunden wird, denn die Rechtsfolgen eines PACS sind viel bescheidener als die, die die Ehe mit sich bringt. Außerdem zeigen die Statistiken (siehe unten B.IV.), dass die Eingehung von PACS sich nicht stark auf Kosten der Ehe bemerkbar gemacht hat, denn die Zahl der Ehe ist sogar zunächst nach Inkrafttreten des PACS-Gesetzes zugestiegen.

Was nun die einfache concubinage angeht, kann nicht behauptet werden, dass sie zur Ehe eine gefährliche Konkurrenz wäre, denn die Rechte der concubins sind noch beschränkter als die der PACS-Partner. Sie verfügen über keinen Gesamtstatus und werden nur ab und zu durch spezielle Vorschriften den Ehegatten gleichgestellt.

IV. Bedeutung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Gleich nach Erlass des Gesetzes wurde gerätselt, wie viele PACS abgeschlossen werden würden und ob dieser neue Vertragstypus Erfolg haben würde oder nicht. Viele PACS wurden in den ersten Wochen nach Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen. Am 30. Juni 2003 sahen die Statistiken folgendermaßen aus: In ganz Frankreich sind 88.944 PACS abgeschlossen worden (87.994 für die *France métropolitaine*, französisches Mutterland,³⁶ 950 für die *départements d'outre-mer*, Überseedépartements³⁷). Zwischen dem ersten Halbjahr 2002 und dem ersten Halbjahr 2003 ist die Anzahl der PACS um 22% gestiegen. Es wurde ausgerechnet, dass ungefähr 8 PACS abgeschlossen werden, während 100 Ehen geschlossen werden.³⁸ Vor kurzem wurde im Radio und in den Zeitungen mitgeteilt, dass Anfang Januar über 100.000 (genau 104.600) PACS insgesamt registriert seien.³⁹

8,5% der abgeschlossenen PACS sind wieder aufgelöst worden (von 100 Auflösungen sind 80 aufgrund beiderseitigen Einverständnisses der Partner, 10

³⁵ Siehe *Le Monde* v. 27.1.1999: Der PACS sei ein „hinkender Kompromiss zwischen dem Wunsch nach institutioneller Anerkennung und dem Wunsch nach freier individueller Wahl“.

³⁶ Die Statistiken geben sogar die Anzahl der abgeschlossenen PACS nach Region an: Elsass: 2.521; Aquitaine: 4.769; Auvergne: 2.034; Bourgogne: 2.165; Bretagne: 4.283; Centre: 3.084; Champagne-Ardenne: 1.746; Korsika: 220; Franche-Comté: 1.663; Haute Normandie: 2.313; Ile-de-France: 18.581; Languedoc-Roussillon: 4.322; Limousin: 1.089; Lothringen: 3.412; Midi-Pyrénées: 4.798; Nord-Pas de Calais: 4.210; Provence-Alpes-Côte d'Azur: 7.478; Pays-de-Loire: 4.508; Picardie: 1.927; Poitou-Charente: 2.450; Rhône-Alpes: 8.440; zu diesen Zahlen siehe Internetseite <www.France.qrd.org/actualités/article.php3?id_article=522>.

³⁷ Der PACS gilt nicht in Neu Kaledonien, Polynesien, Wallis und Futuna, Mayotte, Saint-Pierre et Miquelon.

³⁸ Siehe <www.senat.fr/rap/r03-117/r03-1173.html>. Siehe auch *Ruelland/Tonnerre*, *Trois années d'application du pacte civil de solidarité*, *Infostat justice* Nr. 64, März 2003.

³⁹ Siehe *Le Monde* v. 21.2.2004.

wegen Eheschließung, 5 aufgrund einseitiger Erklärung eines Partners, 3 nach Tod eines Partners und 2 ohne angegebenen Grund geschehen).⁴⁰

Obwohl keine Statistiken über hetero- bzw. homosexuelle PACS-Verträge erstellt werden dürfen, wird zum Teil behauptet, dass ungefähr 60% der PACS-Verträge von heterosexuellen Paaren geschlossen worden sind.⁴¹

Nur ganz wenige PACS-Abänderungen haben stattgefunden: 219 nur in drei Jahren. Diese Zahl tendiert jedoch dazu, höher zu werden.

Allerdings kann nicht behauptet werden, dass die Schaffung des PACS einen großen Einfluss auf die Eheschließungsfrequenz gehabt hat; es wurden nämlich zwischen November 1999 und März 2001 350.000 Ehen geschlossen; 2000 wurden sogar 20.000 Ehen mehr als das Jahr zuvor geschlossen.⁴² 2001 und 2002 sind allerdings 3% weniger Ehen geschlossen worden. 2003 sind 280.300 Ehen geschlossen worden (-2,1% im Vergleich zu 2002).

Was die Zahl der concubinages angeht, ist sie viel schwieriger zu erfassen, denn eine solche nichteheliche Lebensgemeinschaft verlangt keine Erklärung vor Gericht. Es werden daher keine offiziellen Statistiken erstellt. Aber gewisse Zahlen werden angegeben: über 2.400.000 Paare, die 1999 als concubins zusammenlebten, von denen 1 Million Kinder haben.⁴³ In den sechziger Jahren lebten 3% der Paare in nichtehelicher Lebensgemeinschaft; 1990 waren es 12,4%. 1998 waren es 2.429.000 (also 15% der Paare).⁴⁴ 2001 sind 360.000 Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften geboren worden (damit 45% der gesamten Geburten und 57% der erstgeborenen Kinder).⁴⁵ Circa 60% der Paare, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammenleben, haben keine Kinder.

V. Motivation des Gesetzgebers für die Regelung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften

PACS

Wie schon erwähnt wollte der Gesetzgeber die hohe Anzahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften berücksichtigen und den Partnern einen Status geben. Es ging nicht nur um die klassische Frage der heterosexuellen Partnerschaften. Die

⁴⁰ Vgl. <www.senat.fr/rap/r03-r03-117/r03-1173.html>: innerhalb von drei Jahren sind 7,8% der PACS wieder aufgelöst worden.

⁴¹ Siehe Rapport d'information sur l'application de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, 2001, S. 7: im Lichte der europäischen Erfahrungen (insb. des Prozentsatzes von homosexuellen Paaren in den Niederlanden, die eine Partnerschaft haben eintragen lassen), wurden von P. Festy solche fiktiven Zahlen errechnet.

⁴² Siehe Rapport d'information sur l'application de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, 2001, S. 7.

⁴³ *Bénabent* (Fn. 31) Rn. 521.

⁴⁴ Siehe <www.senat.fr/rap/r03-117/r03-1173.html>.

⁴⁵ Siehe <www.senat.fr/rap/r03-117/r03-1173.html>. 2003 sind 45,2% der 792.600 geborenen Kinder nichtehelich, siehe *Le Monde* v. 21.2.2004.

homosexuellen Partner waren auch sowohl rechtlich als auch symbolisch an einer offiziellen Anerkennung ihres Bestehens interessiert und übten in dieser Hinsicht Druck auf die Politiker der Linksparteien aus. Die sozialistischen Abgeordneten wollten daher die Unzulänglichkeiten der rechtlichen Lage beheben, um einen Fortschritt auf dem Wege der Gleichberechtigung dadurch zu erreichen, dass neue Organisationsmodelle für das Zusammenleben zweier Personen erfunden werden, damit Rechte und Pflichten in Gleichheit und Solidarität ausgeglichen begründet werden. Daher wurde immer allgemein in den verschiedenen Gesetzentwürfen von den *partenaires* gesprochen, selbst wenn es vor allem darum ging, die Ungerechtigkeiten bei der Behandlung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften zu beheben. Die Mischung der hetero- und der homosexuellen Partnerschaften in einem und demselben Text wurde hauptsächlich aus Akzeptanzgründen beschlossen und zum Teil von der Lehre kritisiert.

Die Regelung war sehr umstritten (siehe oben B.III.). Die Kritiken kamen entweder von konservativen Kreisen, die auf keinen Fall eine Art Eheersatz für Homosexuelle wollten, oder von einem Teil der Lehre, die der Ansicht war, das PACS-Gesetz benachteilige nun die klassischen *unions libres (concubinages)*, und dass es rechtlich besser gewesen wäre, die Rechte der heterosexuellen *concubins* zu erweitern (z.B. durch Anerkennung ihrer *possession d'état de concubin* – Statusbesitz)⁴⁶ und daneben einen eventuellen Sonderpakt wie z.B. die registrierte Partnerschaft in den Niederlanden nur für homosexuelle Partner einzuführen.

Concubinage

Das PACS-Gesetz definiert nur in einer präziseren und gegenüber den gleichgeschlechtlichen Paaren liberaleren Weise als die Rechtsprechung zuvor die *concubinage*. Deren Folgen sind jedoch nicht direkt von diesem Gesetz berührt worden. Nur Sondergesetze in gewissen Bereichen (Arbeits-, Sozialrecht etc.) stellen die *concubins* den Ehegatten gleich. Diese Bestimmung (Art. 515-8 C. civil) wurde nicht besonders kritisiert.

C. Eingehung

I. Die Begründung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

PACS

Gemäß Art. 515-3 C. civil müssen die Personen, die einen PACS abschließen wollen, eine gemeinsame schriftliche, ihr Zusammenleben organisierende

⁴⁶ Siehe *J. Théry, Le Monde* v. 15.5.1998 und ihr Bericht *Couple, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, O. Jacob, 1998.

Erklärung verfassen. Diese Erklärung muss bei dem Tribunal d'instance (Amtsgericht) und nicht beim Standesamt wie ursprünglich vorgesehen⁴⁷ abgegeben werden, in dessen Bezirk die Partner ihren gemeinsamen Aufenthalt begründen. Der PACS setzt nämlich ein Zusammenleben der Partner voraus. Die Entscheidung des Verfassungsrats vom 9. November 1999 hat nämlich dazu beigetragen, den PACS als sexuelle und eheähnliche Lebensgemeinschaft zu definieren, da sie bestimmte, dass das verlangte Zusammenleben nicht nur eine Interessengemeinschaft sei, sondern ein echtes *vie de couple* (Zusammenleben als Paar)⁴⁸ beinhalten müsse.

Zwei Exemplare des PACS-Vertrags werden ebenfalls dem Gericht vorgelegt. Eine Kopie der Geburtsurkunde und ein von der Geschäftsstelle des Tribunal d'instance des Geburtsortes der Partner ausgestelltes Zeugnis müssen beigefügt werden. Dieses Zeugnis bescheinigt, dass keiner der beiden Partner schon durch einen PACS oder durch eine Eheschließung gebunden ist. Die Erklärung wird vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle in ein Register eingetragen;⁴⁹ sie wird ebenfalls in einem beim Tribunal d'instance des Geburtsortes beider Partner geführtes Register vermerkt. Der Vertrag ist Dritten gegenüber wirksam, sobald er in das Register des Tribunal d'instance eingetragen worden ist. In letzter Zeit wurde die Frage aufgeworfen, ob gegen eine Unzulässigkeitsentscheidung des Urkundsbeamten, der die Eintragung des PACS in das Register verweigert, ein Rechtsmittel besteht und ggf. vor welchem Gericht. Der Urkundsbeamte (bzw. im Ausland der Konsularbeamte) kann nämlich⁵⁰ eine begründete Unzulässigkeitsentscheidung (*décision d'irrecevabilité motivée*) treffen, wenn er feststellt, dass die Bedingungen⁵¹ für die Eintragung der Erklärung nicht gegeben sind. Am 23. Mai 2003⁵² hat das höchste französische Verwaltungsgericht (*Conseil d'Etat*) entschieden, dass eine solche Entscheidung kein Verwaltungsakt ist, und dass daher die Verwaltungsgerichte nicht zuständig seien, um über ein Rechtsmittel gegen die negative Entschei-

⁴⁷ Viele Gegner des PACS empfanden eine Erklärung beim Standesbeamten als Eheschließungssatz, was vermieden werden sollte.

⁴⁸ „Une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage“. Dieses Zusammenleben als Paar rechtfertigt, dass der Gesetzgeber für den PACS Nichtigkeitsgründe vorgesehen hat, die zum Teil die Eehindernisse widerspiegeln, die vor Inzest schützen sollen, zum Teil eine Verletzung der ehelichen Treuepflicht vermeiden sollen.

⁴⁹ Im Ausland wird die Erklärung zweier Partner, von denen mindestens einer französischer Staatsangehöriger ist, vor einem Konsularbeamten abgegeben und von diesem eingetragen.

⁵⁰ Siehe décret Nr. 99-1089 v. 21.12.1999.

⁵¹ Es ist weder im Gesetz noch in der Verordnung geklärt, ob die Bedingungen, um die es geht, nur formelle sind, oder auch z.B. einen eventuellen Willensmangel einschließen, siehe *Lemouland*, JCP 2000 éd. N, 406. Rundschreiben des Justizministeriums v. 10. Nov. 1999 und v. 11. Okt. 2000 gehen von weiten Kontrollbefugnissen der Urkundsbeamten aus.

⁵² Dalloz 2004, 295.

dung zu urteilen.⁵³ Wahrscheinlich wäre also nur ein Rechtsmittel vor den Zivilgerichten, wohl vor dem *Tribunal de grande instance*⁵⁴ zulässig. Die vertragliche Natur des PACS (*contrat de nature patrimoniale*) rechtfertigt die Zuständigkeit des Zivilgerichts.

Wenn der PACS-Vertrag geändert wird, müssen die Partner zwei Exemplare der Änderungsabrede beim Tribunal d'instance, das die erste Erklärung registriert hatte, vorlegen.

Concubinage

Es werden keine formellen Voraussetzungen verlangt, da die concubinage ein rein faktisches Zusammenleben darstellt. Es findet keine Registrierung statt.

II. Zuständigkeiten

PACS

Das Tribunal d'instance, in dessen Bezirk die Partner ihren gemeinsamen Aufenthalt begründen. Siehe oben C.I.

Concubinage

Keine Registrierung, kein Vertrag notwendig zwischen den Partnern.

III. Voraussetzungen für die Eingehung der Lebensgemeinschaft

PACS

Der PACS ist zwischen Verwandten in auf- und absteigender Linie, zwischen Verschwägerten in direkter Linie verboten sowie zwischen Verwandten in Seitenlinie bis zum dritten Grad einschließlich. Jemand, der schon verheiratet ist, darf auch keinen PACS eingehen. Dieselbe Person darf gleichzeitig nur durch einen PACS gebunden sein (Art. 515-2 C. civil). Es wurde zwar während des Gesetzgebungsverfahrens darüber diskutiert, ob zwei Geschwister (*fratries*) einen PACS eingehen könnten; die Frage wurde schließlich verneint. Weder ein

⁵³ Der Conseil d'Etat begründet seine Entscheidung mit der vertraglichen Natur des PACS und mit den dem Urkundsbeamten anvertrauten Aufgaben. Zur vertraglichen Natur des PACS, siehe *Dekeuwer-Desfossez*, PACS et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTDCiv. 2001, 529.

⁵⁴ Siehe *Gourdou/Lemouland*, Anm. zu CE, 23. Mai 2003, Dalloz 2004, 295.

Minderjähriger noch ein Volljähriger unter Vormundschaft dürfen einen PACS abschließen.⁵⁵

Concubinage

Da die *concubinage* ein rein faktisches Zusammenleben darstellt, werden keine Voraussetzungen vom Gesetz gestellt. Ein anderweitig verheirateter Partner kann also eine faktische Lebensgemeinschaft mit einem anderen Partner als seinem Ehegatten begründen. Damit diese Lebensgemeinschaft allerdings als *concubinage* bezeichnet werden kann, müssen die Bedingungen von Art. 515-8 C. civil erfüllt sein: faktisches Zusammenleben, stabile, dauerhafte Lebensgemeinschaft zwischen zwei hetero- bzw. homosexuellen Partnern, die als Paar zusammenleben.

D. Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

I. Verwandtschaftsstatus der nichtehelichen Lebenspartners

PACS

Der PACS hat keine Wirkung auf den Status und auf die Familienbande.⁵⁶ Es gilt auch keine Vaterschaftsvermutung zugunsten des Mannes im Falle einer heterosexuellen PACS-Beziehung.

Concubinage

Die Rechtslage ist die gleiche wie beim PACS in dieser Hinsicht.⁵⁷

II. Vermögenszuordnung

PACS

Art. 515-4 Abs. 1 C. civil verlangt von beiden Partnern, dass sie sich gegenseitig Beistand (*aide mutuelle et matérielle*) leisten. Der Verfassungsrat hat entschieden,⁵⁸ dass die Beistandspflicht zwingenden Charakter habe; die Partner können die Modalitäten frei bestimmen, jedoch wäre eine Vertragsklausel, die den zwingenden Charakter dieser Pflicht verkennen würde, nichtig.

⁵⁵ Art. 515-1 indirekt für den Minderjährigen, Art. 506-1 für den Volljährigen unter Vormundschaft.

⁵⁶ Siehe *Bénabent* (Fn. 31) Rn. 454.

⁵⁷ Siehe *M. Kornprobst*, „*Concubinage*“, *Rép. Civ.*, Rn. 128.

⁵⁸ Oben erwähnte Entscheidung des C. const. v. 9.11.1999.

Art. 515-4 Abs. 2 C. civil sieht ausdrücklich vor, dass die Partner gegenüber Dritten für die von einem Partner im Rahmen des täglichen Lebens eingegangenen Schulden und für die die Wohnung betreffenden Ausgaben gesamtschuldnerisch haften.

Ursprünglich sah der Gesetzentwurf vor, dass die PACS-Partner dem Regime der Errungenschaftsgemeinschaft unterliegen sollten. Dies sah allerdings in den Augen der PACS-Gegner zu sehr nach Eheersatz aus. Laut Art. 515-5 C. civil unterliegt daher nun das Vermögen der Partner grundsätzlich der Gesamthand (*indivision*):⁵⁹ Wenn in der Erwerbssurkunde nichts anderes bestimmt wird, unterliegen die nach PACS-Abschluss entgeltlich erworbenen Güter dem Regime der Gesamthand. Die Partner können jedoch im PACS-Vertrag bestimmen, ob der Hausrat (*meubles meublants*), den sie nach PACS-Abschluss entgeltlich erwerben werden, der Gesamthand unterliegt oder nicht.⁶⁰ Die anderen Sachen, die die Partner nach PACS-Abschluss erwerben, unterliegen auch diesem Regime, es sei denn, das Rechtsgeschäft bestimmt etwas anderes. Der zwischen Hausrat und anderen Sachen vom Gesetz gemachte Unterschied scheint zu bedeuten, dass bei später erworbenem Hausrat die Partner die Gesamthand allgemein durch Vertrag ausschließen können, während dies bei den anderen Sachen nicht der Fall ist; das jeweilige Rechtsgeschäft muss selbst angeben, wenn an der erworbenen Sache keine Gesamthand besteht.

Das Regime der Gesamthand ist schwerfällig, und in der Praxis schwer handhabbar⁶¹. Es kann zu wirtschaftlich unsinnigen Ergebnissen führen, selbst wenn bei Auflösung der Gesamthand die Möglichkeit einer vorzugsweisen Zuweisung einer Sache an einen der Partner besteht (Art. 832 ff. C. civil). Außerdem stellt sich die Frage der Information der Gläubiger: Wie können sie erfahren, ob eine Sache der Gesamthand unterliegt oder einem der Partner allein gehört und ob bei einem Kauf die Gesamthand ausgeschlossen wurde? Eine in Gesamthand befindliche Sache kann nämlich nicht gepfändet werden, um damit die Schuld nur eines Partners zu begleichen. Der Gläubiger könnte also nur vor Gericht beantragen, dass die Gesamthand über die Sache beendet wird (*action en partage*),⁶² d.h. dass die Sache verkauft wird, damit er ggf. den Geldanteil seines Schuldners an dem Kaufpreis auf diese Weise pfänden kann.

⁵⁹ Der Gesetzentwurf hatte sich ursprünglich für den Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft entschieden, was vernünftiger und leichter zu handhaben gewesen wäre. Die Gesamthand wurde jedoch vorgezogen, um ja nicht den Eindruck eines Eheersatzes zu erwecken, und damit um den Gesetzentwurf akzeptabler zu machen.

⁶⁰ Wenn nichts vereinbart wurde, gelten die Sachen als *indivises par moitié*, d.h., dass jeder Partner einen Anspruch auf 50% hat.

⁶¹ Siehe *J-F. Pillebout*, Le PACS, 2000, S. 35 und 37; *B. Beignier*, Pacte civil de solidarité et indivision: descente aux enfers, Rép. Defrénois 2000, 620; *H. Fulchiron*, Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple, Rép. Defrénois 2001, 949 und 957.

⁶² Siehe ebenfalls *H. Fulchiron*, Rép. Defrénois 2001, 966.

Concubinage

Die concubins verpflichten sich weder zu Treue noch zu Beistand oder Unterstützung.⁶³ Es besteht grundsätzlich keine finanzielle Solidarität zwischen den concubins, sie müssen nicht zu den finanziellen Lasten der Lebensgemeinschaft (*contribution aux charges du ménage*) beitragen.⁶⁴ Allerdings haben einige Appellationsgerichte anders entschieden.⁶⁵

Die concubins unterliegen keinem Güterstand. Grundsätzlich ist jeder Partner Eigentümer der Sachen, die er während der Lebensgemeinschaft entgeltlich bzw. unentgeltlich erworben hat. Wenn allerdings nicht nachgewiesen werden kann, wem eine Sache gehört, gilt sie als Gesamthand der beiden Partner. Es ist auch möglich für die concubins, eine Gesamthand durch Vertrag zu begründen und zu regeln (Art. 1873-1 C. civil); wenn nichts Gegenteiliges vereinbart worden ist, kann dann jeder Partner zu jeder Zeit beantragen, dass der Gesamthand durch Aufteilung (*partage*) ein Ende gesetzt wird. Allerdings kann im Falle einer vertraglichen Gesamthand zwischen den concubins bei Auflösung der Gesamthand keine vorzugsweise Zuweisung von bestimmten Sachen stattfinden.⁶⁶

Wenn die concubins zusammen z.B. eine Wohnung kaufen wollen, können sie einen *pacte tontinier* eingehen. Diese Klausel, auch *clause d'accroissement* genannt, gibt jedem Partner das volle Eigentum an der Sache im Falle des Todes des anderen Partners. Der überlebende Partner gilt nachträglich als ab dem Erwerb voller Eigentümer der ganzen Sache.⁶⁷ Bei dem *pacte tontinier* gilt also jeder Partner als Alleineigentümer der Sache unter der Bedingung, dass der andere Partner vor ihm stirbt.

Die Partner fallen auch nicht unter die allgemeinen Regeln (*régime primaire impératif*), die für alle Ehegatten unabhängig von dem gewählten Güterstand gelten. So wurde diskutiert, ob die Partner für Ausgaben des alltäglichen Lebens wie Ehegatten (Art. 220 C. civil) gesamtschuldnerisch haften.⁶⁸ Grund-

⁶³ Siehe *M. Kornprobst*, „Concubinage“, *Rép. Civ.*, Rn. 14.

⁶⁴ Siehe Cass. Civ. I 9.1.1979, *Bull. Civ. I*, Nr. 11; CA Versailles 14.3.1991, *RTDCiv.* 1992, 67 mit Anm. *Hauser*; Cass. Civ. I 19.3.1991, *Bull. Civ. I*, Nr. 92 („aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées, et il n'y a donc pas lieu d'établir un compte entre les parties“); Cass. Civ. I 17.10. 2000, *Bull. Civ. I*, Nr. 26; *Dalloz* 2001, IR. 1772.

⁶⁵ Siehe CA Rouen 3.4.1996, *Juris-Data* Nr. 049461; CA Bordeaux 26.11.1997, *JCP* 1998, IV. 1644; CA Paris 15.1.1999, *Dr. Famille* 1999, Nr. 111 mit Anm. *Lécuyer*; CA Paris 16.2.1999, *Dr. Famille* 1999, Nr. 95 mit Anm. *H.L.*

⁶⁶ CA Paris 12.1.1994, *Dalloz* 1994, IR. 94; CA Limoges 9.10.1995, *Bull. inf. C. cass.* 15.2.1996, Nr. 19; CA Paris 11.5.1999, *Juris-Data* Nr. 023553; Cass. Civ. I 9.12.2003, *Dr. Famille* März 2004, 30.

⁶⁷ Siehe *M. Kornprobst*, „Concubinage“, *Rép. Civ.*, Rn. 49.

⁶⁸ Die Haftung der Ehegatten gilt für Ausgaben betreffend den Familienunterhalt bzw. die Kindererziehung, die nicht offensichtlich übermäßig sind. Die gesamtschuldnerische Haftung gilt nicht für Abzahlungskäufe und Darlehen, die nur von einem Ehegatten vorgenommen wor-

sätzlich wird diese Frage vom Kassationshof verneint;⁶⁹ jedoch versuchen immer wieder einige Appellationsgerichte, eine gesamtschuldnerische Haftung der concubins für Ausgaben des alltäglichen Lebens zu begründen, mit der Begründung, dass die *union libre* immer mehr Rechte mit sich bringe, die ihre Stellung die der Ehe gleichstelle, so dass die Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft die gleiche Haftung wie Ehegatten für Ausgaben des alltäglichen Lebens treffen müsse.⁷⁰ Die Rechtsprechung⁷¹ hat manchmal den Begriff des „*mariage apparent*“ verwendet, um zu entscheiden, dass, wenn die Gläubiger gutgläubig den Eindruck gewinnen konnten, dass die Partner verheiratet seien, die concubins für die von nur einem Partner eingegangenen Schulden des alltäglichen Lebens gesamtschuldnerisch haften.

Grundsätzlich können die concubins einen *contrat de concubinage* (Vertrag betreffend die nichteheliche Lebensgemeinschaft) abschließen, um ihren Beitrag zu den Lasten der Lebensgemeinschaft und die Liquidierung solcher Lasten im Falle einer Trennung zu regeln.⁷² Nur die finanziellen und vermögensrechtlichen Beziehungen können durch einen solchen Vertrag geregelt werden, nicht ihre persönlichen Beziehungen.⁷³

Zwischen concubins sind Schenkungen und letztwillige Verfügungen möglich. Bis 1999 entschied der Kassationshof, dass die Gültigkeit einer Schenkung bzw. einer letztwilligen Verfügung von ihrer Ursache abhängig war. Sie war nichtig, wenn sie darauf abzielte, unmoralische Beziehungen zu begründen, aufrechtzuerhalten bzw. wieder aufzunehmen, d.h. insbesondere wenn sie eine Vergütung der Aufrechterhaltung solcher Beziehungen darstellte.⁷⁴ Allerdings reichte die Tatsache, dass der Verfügende eine ehebrecherische Beziehung mit der Beschenkten führte, nicht aus, um die Schenkung bzw. letztwillige Verfügung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig zu machen. In einem Urteil vom 3. Februar 1999⁷⁵ hat jedoch der Kassationshof seine vorherige Rechtsprechung aufgegeben und behauptet, „*n'est pas contraire aux bonnes*

den sind, es sei denn, der Betrag des Darlehens ist bescheiden und für das tägliche Leben notwendig.

⁶⁹ Cass. Civ. I 11.1.1984, Bull. Civ. I, Nr. 12; Cass. Civ. I 17.10.2000, Bull. Civ. I, Nr. 26; Cass. Civ. I 2.5.2001, Dalloz 2001, IR. 1772.

⁷⁰ CA Bourges 8.12.1997, Dr. Famille 1998, Nr. 89 mit Anm. *Beignier* (diese Entscheidung wurde jedoch von Cass. Civ. I 2.5.2001, Dalloz 2001, IR. 1772 aufgehoben); CA Nancy 15.12.1997, Dr. Famille 1999, Nr. 2 mit Anm. *H.L.*

⁷¹ Siehe z.B. CA Rouen 30.10.1973, Dalloz 1974, Somm. 19.

⁷² Z.B. kann der Vertrag ein Inventar der Sachen beinhalten, die dem jeweiligen concubin gehören. Er kann auch die finanziellen Lasten des Zusammenlebens zwischen ihnen verteilen und die im Falle einer Trennung geltenden Regeln vorsehen.

⁷³ Siehe *M. Kornprobst*, „*Concubinage*“, Rép. Civ., Rn. 31.

⁷⁴ Siehe z.B. Cass. Civ., 14.10.1940, DH 1940, 174; Cass. Civ. I 29.10.1974, Gaz. Pal. 1975. I. Pan. 4; Cass. Civ. I 2.12.1981, Dalloz 1982. IR. 474.

⁷⁵ Bull. Civ. I, Nr. 43; Dalloz 1999, 267.

mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire".⁷⁶

Wenn ein Partner während des Zusammenlebens für den anderen Partner ohne Vergütung gearbeitet hat, kann er bei der Auflösung der Partnerschaft beantragen, dass ihm auf Grundlage einer *action de in rem verso* (Bereicherungsklage) vom anderen concubin eine Entschädigung bezahlt wird.⁷⁷

Die Rechtsprechung hat ebenfalls manchmal das Bestehen einer faktischen Gesellschaft zwischen concubins bejaht,⁷⁸ damit der Gewinn zwischen den beiden Partnern bei Auflösung der Partnerschaft verteilt werden kann. Eine solche *société de fait* verlangt aber, dass drei Voraussetzungen erfüllt sind: der Wille, als Gesellschafter tätig zu sein (*affectio societatis*), die Absicht, sich am Gewinn und an den Verlusten zu beteiligen, und Einlagen, die durchaus in Arbeit bestehen können.⁷⁹ Mehrmals hat die Rechtsprechung wiederholt, dass eine faktische Gesellschaft nicht nur die Absicht, sich am Gewinn zu beteiligen, sondern auch sich an dem Verlust zu beteiligen, sowie auch die *affectio societatis* voraussetzt.⁸⁰ Z.B. wurde entschieden, dass die Absicht eines Partners, sich an dem Bebauungsplan der Partnerin durch Geldeinlagen zu beteiligen, das Bestehen einer faktischen Gesellschaft begründe, so dass der Partner nach Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein Recht auf Rückerstattung seiner Einlagen habe, da die Partnerin die gesamten Aktiva behalten habe.⁸¹ Das Bestehen einer solchen Gesellschaft kann durch alle Beweismittel nachgewiesen werden. Das Gericht liquidiert dann die Gesellschaft; ein Partner kann eine vorzugsweise Zuweisung beantragen. Die Teilung der Aktiva folgt

⁷⁶ Die Ursache der unentgeltlichen Verfügung verstößt nicht gegen die guten Sitten, selbst wenn der Verfügende dadurch die ehebreyerische Beziehung, die er mit dem Beschenkten unterhält, aufrechterhalten will. Siehe auch Cass. Civ. I 16.5.2000, Petites Affiches 3.10.2000, 20 mit Anm. *Massip*.

⁷⁷ Siehe z.B. Cass. Civ. I 19. 5.1969, Bull. civ. I, Nr. 187. Vgl. CA Toulouse 28.3.2000, Juris-Data Nr. 116177, Dr. famille 2001, Nr. 3 mit Anm. *Lécuyer* (keine ungerechtfertigte Bereicherung in dem konkreten Fall); CA Riom 5.5.1988, Quot. Jur. 8. April 1989, 2 (ungerechtfertigte Bereicherung: der Partner muss der Partnerin 2/3 des Wertes des Autos zurückerstatten); CA Paris 16.11.1999, Dr. famille 2000, Nr. 56 mit Anm. *Lécuyer* (die Frau hatte unentgeltlich an der Tätigkeit des Partners teilgenommen, so dass sie ihre Zeit nicht für eine Erwerbstätigkeit nutzen konnte).

⁷⁸ Siehe *M. Kornprobst*, „Concubinage“, Rép. Civ., Rn. 36 ff.

⁷⁹ Siehe Cass. Civ. I 5.3.1985, Bull. civ. I, Nr. 85: Diese Voraussetzungen können nicht vermutet werden, so dass die Partei, die das Bestehen einer solchen faktischen Gesellschaft geltend macht, es nachweisen muss; CA Paris 17.4.1991, JCP éd. N 1992. II. 275 mit Anm. *Guyon* (Die Tatsache, dass die Partner ein gemeinsames Bankkonto haben, reicht nicht aus); CA Riom, 4.6.2000, Dr. famille 2000, Nr. 138 mit Anm. *Lécuyer* (kein gemeinsames Bankkonto, kein gemeinsamer Immobilienerwerb); CA Grenoble 10.1.2000, Dr. Famille 2000, Nr. 138 mit Anm. *Lécuyer* (eine nichteheliche Lebensgemeinschaft mit vertraglicher Gesamthand genügt nicht, um das Bestehen einer faktischen Gesellschaft zwischen den concubins zu bejahen).

⁸⁰ Siehe z.B. Cass. Civ. I 15.10.1996, Bull. Civ. I, Nr. 357.

⁸¹ CA Bourges 16.3.1987, JCP éd. N 1988. II. 262; Cass. Com. 12.12.1995, Bull. Joly 1996. 225; Cass. Civ. I 11.2.1997, Bull. Civ. I, Nr. 46.

den vertraglichen Regeln unter concubins, wenn es welche gibt; wenn nicht, werden die Gesellschaft liquidiert und die Aktiva nach den Einlagen der beiden concubins geteilt.⁸²

III. Vertretung und Vollmacht

PACS

Es besteht keine Sonderregelung betreffend die Vertretung eines Partners durch den anderen Partner. Die allgemeinen Regeln gelten daher, mit möglichem Auftrag eines Partners an den anderen. Was die Rechtsgeschäfte angeht, siehe oben D.II. Art. 515-4 Abs. 2 C. civil sieht vor, dass die Partner gegenüber Dritten für die von einem Partner im Rahmen des täglichen Lebens eingegangenen Schulden und für die die Wohnung betreffenden Ausgaben gesamtschuldnerisch haften.

Concubinage

Keine Sonderregelung über die Vertretung eines Partners durch den anderen Partner. Nur ein Auftrag zwischen den Partnern ist möglich. Es besteht grundsätzlich keine gesamtschuldnerische Haftung des Partners eines concubin, der einen Vertrag für die Ausgaben des alltäglichen Lebens geschlossen hat, siehe oben D.II.

IV. Unterhaltsansprüche während und nach Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Beim PACS

Die Partner schulden sich während der Dauer des PACS gegenseitige materielle Unterstützung (Art. 515-4 C. civil); das Gesetz definiert eine solche Unterstützung nicht; sie soll durch den PACS-Vertrag geregelt werden. Der Verfassungsrat hat jedoch in seiner Entscheidung vom 9. November 1999 Nr. 99-419 DC entschieden, dass diese materielle Unterstützung eine Pflicht der Partner darstelle, so dass selbst wenn die PACS-Partner in dem Vertrag frei bestimmen dürfen, wie diese Unterstützung gewährt werden soll,⁸³ eine Klausel, die eine solche Unterstützung verkennen bzw. ausschließen würde, nichtig wäre. Im Falle eines Streites zwischen den Partnern muss der Zivilrichter die Modalitäten der materiellen Unterstützung im Hinblick auf die jeweilige Situation und die jeweiligen finanziellen Verhältnisse des Partners bestimmen.

⁸² Cass. Civ. I 20.3.1989, Bull. Civ. I, Nr. 130.

⁸³ „Détermination des modalités de cette aide“.

Nach Auflösung der Lebensgemeinschaft besteht kein Unterhaltsanspruch eines Partners gegenüber dem anderen. Eine mögliche Entschädigung ist allerdings in Art. 515-7 letztem Absatz C. civil vorgesehen: Die Partner liquidieren selbst die Rechte und Pflichten, die sich aus dem PACS ergeben; wenn sie sich nicht einigen können, entscheidet der Zivilrichter über die vermögensrechtlichen Folgen der Auflösung, wobei der Partner, der durch die Auflösung⁸⁴ einen Schaden erlitten hat, Ersatz bekommen kann. Dieser Schadensersatz entspricht aber keinesfalls einem Unterhaltsanspruch.

Concubinage

Es bestehen keine Unterhaltsansprüche während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Das ist ein wichtiger Unterschied zur Ehe und zum PACS. Es besteht auch kein Unterhaltsanspruch nach Auflösung der Lebensgemeinschaft.

Hat aber ein Partner an dem Geschäft bzw. an der beruflichen Tätigkeit des anderen unentgeltlich teilgenommen, kann ggf. eine faktische Gesellschaft begründet worden sein bzw. es kann eine Entschädigung aufgrund einer ungerechtfertigten Bereicherung des anderen Partners gefordert werden. Dies sind Wege, um einen fairen finanziellen Ausgleich zu erreichen, aber ohne dass dadurch Unterhaltsansprüche begründet würden. Außerdem gilt bei der *concubinage* (wie beim PACS)⁸⁵ der Grundsatz der freien Auflösung (*liberté de rupture*).⁸⁶ Die Auflösung der Lebensgemeinschaft stellt daher an sich kein Verschulden dar, das zu einer Schadensersatzpflicht führen könnte,⁸⁷ es sei denn, die Auflösung wurde von Umständen begleitet, die ein den Schaden verursachendes Verschulden charakterisieren. Der Partner kann nur Schadensersatz wegen missbräuchlicher Auflösung (*rupture abusive*) erhalten, wenn er ein von der Auflösung selbst trennbares Verschulden nachweisen kann.⁸⁸ Die Rechtsprechung nimmt aber zum Teil an, dass der Partner, der die Lebensgemeinschaft auflöst, eine moralische Pflicht (*obligation naturelle*) hat, den anderen Partner nicht mittellos zu lassen. Es ist aber keine gesetzlich bestimmte Pflicht, sondern nur eine *obligation naturelle* im Sinne von Art. 1235 C. civil.⁸⁹ Wenn ein Partner dem anderen eine Entschädigung für die Auflösung zahlt, gilt sie daher nicht als Schenkung; die freiwillige bezahlte Entschädigung kann die

⁸⁴ Siehe Entscheidung des französischen Verfassungsrats v. 9. Nov. 1999: Der Partner, dem die Auflösung aufgezwungen wurde, kann Ersatz von dem möglicherweise erlittenen Schadens beantragen, insbesondere im Falle eines Verschuldens des anderen Partners bei den Umständen der PACS-Auflösung.

⁸⁵ Siehe *M. Kornprobst*, „Concubinage“, *Rép. Civ.*, Rn. 15.

⁸⁶ Siehe *Cass. Civ. I* 23.2.1982, *Bull. Civ. I*, Nr. 6: *La notion même de concubinage est incompatible avec la preuve d'un quelconque engagement pour l'avenir.*

⁸⁷ Ständige Rechtsprechung: siehe etwa *Cass. Civ. II* 24.11.1976, *Daloz* 1977. IR. 99.

⁸⁸ Siehe *Cass. Civ. I*, 30. Juni 1992, *Daloz* 1992. IR. 221; *Bull. Civ. I*, Nr. 204.

⁸⁹ Siehe 1235 Abs. 2 C. civil: „La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées“.

moralische Pflicht der obligation naturelle in eine zivilrechtliche Verpflichtung umwandeln.⁹⁰ So wurde z.B. entschieden,⁹¹ dass der Partner, der beim Verlassen der gemeinsamen Wohnung einen Brief hinterlässt, in dem er sich verpflichtet, zu dem Unterhalt der Partnerin beizutragen, dadurch gültig verpflichtet ist und sein Versprechen halten muss.

V. Ersatzansprüche bei Verletzung/Tötung des nichtehelichen Partners

PACS

Es bestehen keine Sonderregelungen im PACS-Gesetz zu dieser Frage, aber es ist davon auszugehen, dass die von der Rechtsprechung schon seit vielen Jahren entwickelten Lösungen zugunsten der concubins a fortiori für PACS-Partner gelten. Siehe zu dieser Rechtsprechung unten D.V.

Concubinage

Im Allgemeinen ist das französische Deliktsrecht recht liberal; so bestimmt etwa Art. 1382 C. civil, dass „tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à la réparer“.⁹² Die französische Rechtsprechung entschädigt in eher großzügiger Weise nicht nur den materiellen bzw. Körperschaden, sondern auch den immateriellen Schaden (*préjudice moral*). Art. 1382 C. civil verlangt keine rechtlichen Bande zwischen demjenigen, der den Schaden erlitten hat und demjenigen, der eine Entschädigung beantragt.⁹³ So wurde vom Kassationshof⁹⁴ ein Urteil aufgehoben, der einen Entschädigungsantrag der Lebenspartnerin im Falle der fahrlässigen Tötung ihres Partners durch einen Dritten nur deswegen abgelehnt hatte, weil die Partnerin eine einfache concubine gewesen sei.

Seit dem Scheidungsreform-Gesetz vom 11. Juli 1975, das den strafrechtlichen Charakter des Ehebruchs aufgegeben hat, kann der concubin, der durch den Tod seines Partners infolge des Verschuldens eines Dritts einen Schaden geltend macht, eine Entschädigung erhalten, selbst wenn die Lebenspartner-

⁹⁰ Siehe Cass. Civ. I 17.11.1999, JCP 2001. II. 10 458 mit Anm. *Chassagnard*: „la cour d'appel retient qu'il n'existe aucune obligation alimentaire entre concubins, sans rechercher si, compte tenu des circonstances de la cause, le concubin n'avait pas entendu exécuter un devoir de conscience et n'avait pas ainsi transformé une obligation naturelle en obligation civile“

⁹¹ Cass. Civ. I 3.6.1998, Petites Affiches 17. Febr. 1999, Nr. 34, S. 10 mit Anm. *Massip*; siehe auch CA Versailles, 25.1.1996, Dr. famille 1997, Nr. 21 mit Anm. *Lécuyer*.

⁹² Jeder, der durch sein Verschulden einen Schaden verursacht, muss diesen Schaden ersetzen.

⁹³ Siehe *M. Kornprobst*, „Concubinage“, Rép. Civ., Rn. 100.

⁹⁴ Cass. Civ. II 15.2.1973, Bull. Civ. II, Nr. 58.

schaft „eherecherisch“ (*concubinage adultérin*) war.⁹⁵ Wenn ein Partner z.B. bei einem Autounfall, der durch einen Dritten verursacht worden ist, stirbt, kann der concubin Ersatz seines Schadens (materieller bzw. immaterieller Art)⁹⁶ verlangen.⁹⁷

Der Kassationshof verlangt nicht einmal, dass die concubins zusammenleben, sondern stellt auf den engen Charakter der Bande und auf die Realität des erlittenen Schadens ab.⁹⁸ So kann keine Entschädigung gewährt werden, wenn die concubinage einen prekären Charakter aufwies.⁹⁹

VI. Mietrecht und gemeinsames Eigenheim

PACS und concubinage

Das PACS-Gesetz änderte die Bestimmungen des Gesetzes vom 6. Juli 1989 dahingehend, dass eine Übertragung des Mietvertrags auf einen PACS-Partner zulässig ist, wenn der andere Partner, der den Mietvertrag abgeschlossen hatte, die Wohnung verlässt oder stirbt. Das gleiche gilt schon länger für den concubin, der in denselben zwei Fällen in der Wohnung bleiben kann; allerdings verlangt Art. 14 des Gesetzes vom 6. Juli, dass die *concubinage notoire* (offenkundig) ist, und dass der Partner schon seit mindestens einem Jahr mit dem Mieter zusammengelebt hat. Im Gegensatz zu den Ehegatten¹⁰⁰ gelten die PACS-Partner bzw. die concubins nicht automatisch beide als Träger des Mietvertrags über die gemeinsame Wohnung.

Einige Gerichtsscheidungen haben die Übertragung des Mietvertrags im Falle einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft verneint,¹⁰¹ da aber das PACS-Gesetz nun den Begriff der concubinage definiert und sowohl hetero- als auch homosexuelle Partnerschaften abdeckt, scheint diese restriktive Rechtsprechung heute hinfällig zu sein.¹⁰²

⁹⁵ Siehe zu dieser wichtigen Rechtstprechungsänderung Cass. Crim. 19.6.1975, Bull. Crim. Nr. 161.

⁹⁶ In diesem Sinne Cass. Civ. II 5.1.1973, Gaz. Pal. 1973. 1. 304.

⁹⁷ Siehe CA Paris 10.11.1976, Dalloz 1978, 458 mit Anm. *Bosquet-Denis*. In einem Fall hat der CA Riom sogar sowohl der Ehefrau als der concubine Schadensersatz zugesprochen, da der Mann beide gleichzeitig unterhielt (CA Riom 9.11.1978, JCP 1979. II. 19 107 mit Anm. *Almairac*).

⁹⁸ Siehe Cass. Crim. 2.3.1982, Bull. Crim. Nr. 64.

⁹⁹ Z.B. weil der Partner seine Zeit zwischen zwei Partnerinnen aufteilte, ohne dass er mit der ersten oder mit der zweiten in einer eheähnlichen Beziehung zusammenlebte, Cass. Crim. 8.1.1985, JCP 1986. II. 20 588 mit Anm. *Endréo*.

¹⁰⁰ Siehe für die Ehegatten Art. 1751 C. civil.

¹⁰¹ Siehe CA Paris 10.5.1990, Dalloz 1990, Somm. 306 mit Anm. *Bihl*; Cass. Civ. III 17.12.1997, Dalloz 1998, 111 mit Anm. *Aubert und Weber*; siehe auch *B. Beignier*, A propos du concubinage homosexuel, Dalloz 1998, Chron. 215.

¹⁰² In diesem Sinne auch *M. Kornprobst*, „Concubinage“, Rép. Civ., Rn. 118.

Wenn ein PACS-Partner oder ein concubin Eigentümer einer Wohnung ist, die er vermietet hat, kann er sich ebenfalls zugunsten seines Partners oder dessen Eltern oder Abkömmlinge auf Eigenbedarf berufen (Art. 15 Gesetz vom 6. Juli 1989). Die concubinage muss hier auch offenkundig sein und seit mindestens einem Jahr bestehen; diese Bedingungen gelten nicht für den PACS-Partner.

VII. Kindschaftsrecht in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

1. Abstammung und Sorgerecht

In dieser Hinsicht gelten weitgehend dieselben Regeln für PACS-Partner und für concubins. Der PACS ändert nichts an der Rechtsstellung der Kinder, die aus der Beziehung zwischen den PACS-Partnern hervorgehen. Es sind daher nichteheliche Kinder, deren väterliche bzw. mütterliche¹⁰³ Abstammung durch Anerkennung bzw. durch gerichtliche Entscheidung festgestellt wird (Art. 334-8 C. civil). Es gelten in dieser Hinsicht dieselben Regeln wie bei der concubinage. Die eherechtliche Vaterschaftsvermutung *Pater is es quem nuptiae demonstrant* gilt nicht. Beide Elternteile sind Träger der elterlichen Sorge (*autorité parentale*) (Art. 372 C. civil), es sei denn, die Abstammung von einem Elternteil wurde über ein Jahr nach Geburt des Kindes bzw. gerichtlich festgestellt. Dann bleibt der Elternteil, dessen Vater- bzw. Mutterschaft schon vorher festgestellt wurde, allein Träger der elterlichen Sorge, es sei denn beide Elternteile machen eine gemeinsame Erklärung bei der Geschäftsstelle des Tribunal de grande instance oder der Familienrichter entscheidet, dass die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt wird.

Was die Kinder mit anderen Partnern aus vorausgegangenen Beziehungen angeht, bestehen keine Regelungen im Code civil. Der PACS-Partner bzw. der concubin des Elternteils hat keine besonderen Rechte, da er dem Kind gegenüber ein Fremder ist; der Code civil kennt keine Rechte und Ansprüche zugunsten dieses Partners, d.h. keine elterliche Sorge *autorité parentale* und kein Umgangsrecht im Falle der Auflösung des PACS.

2. Gemeinsames Adoptionsrecht

Das PACS-Gesetz hat das Adoptionsrecht nicht abgeändert und den Partnern kein gemeinsames Adoptionsrecht eingeräumt. Laut Art. 343 und 344 C. civil

¹⁰³ Wobei in Frankreich eine Frau durchaus noch anonym entbinden kann, siehe Art. 341-1 C. civil.

können nur Ehegatten zusammen oder jede Person, die älter als 28 Jahre ist,¹⁰⁴ ein Kind adoptieren. Die PACS-Partner bzw. die concubins können daher gemeinsam keine Kinder adoptieren. Der Bericht der Assemblée nationale vom 13. November 2001 über die Durchführung des PACS-Gesetzes¹⁰⁵ schlägt jedoch einige Verbesserungen vor, insbesondere die Berücksichtigung der Bande zwischen den Kindern eines PACS-Partners und dem anderen Partner, um ggf. ein Umgangsrecht nach Auflösung des PACS einzuführen sowie die Möglichkeit einer Adoption durch homosexuelle PACS-Partner, um „die gesellschaftlichen Entwicklungen zu begleiten“.¹⁰⁶

3. Künstliche Befruchtung

Das PACS-Gesetz hat die gesetzlichen Bestimmungen nicht abgeändert. Laut Art. L. 2141-2 Code de la santé publique können nur eine Frau und ein Mann eine künstliche Befruchtung beantragen, wenn sie am Leben, verheiratet sind oder seit mindestens zwei Jahren zusammenleben. Dies schließt eine künstliche Befruchtung bei gleichgeschlechtlichen Partnern aus. Das Gesetz stellt nicht auf die Eingehung eines PACS ab, sondern auf ein Zusammenleben von mindestens zwei Jahren, so dass auch einfache heterosexuelle concubins diese Regelung in Anspruch nehmen können, wenn sie diese erfüllen.

VIII. Erbrecht

PACS

Der überlebende Partner hat weder einen gesetzlichen Erbanspruch, noch gehört er zu den Pflichtteilsberechtigten. Bei dem gemeinsamen Hausrat kann er nur die Hälfte verlangen, wenn die Gesamthand nicht durch anderweitige Vereinbarung ausgeschlossen worden war. Der Partner kann nur über den Freibetrag (*quotité disponible*) zugunsten seines Partners verfügen, wenn Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind. Schenkungen und eine letztwillige Verfügung zugunsten des Partners sind möglich.

Was die Erbschafts- und die Schenkungssteuer angeht, geht das PACS-Gesetz nicht sehr weit. Wenn der PACS-Vertrag mindestens zwei Jahre bestanden hat, hat der beschenkte Partner im Falle einer Schenkung seit dem 1. Januar 2002 einen Freibetrag von 57.000 €, der nicht zu versteuern ist. Das Gleiche gilt im Falle einer letztwilligen Verfügung ohne zeitliche Einschränkungen.

¹⁰⁴ Es kann auch eine verheiratete Person sein, aber dann verlangt das Gesetz das Einverständnis ihres Ehegatten, es sei denn, dieser Ehegatte ist nicht in der Lage, seinen Willen zu äußern (Art. 344 Abs. 2 C. civil).

¹⁰⁵ Rapport d'information du 13 novembre 2001 sur l'application de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

¹⁰⁶ Siehe Rapport (Fn. 105) 20.

kung der Dauer des PACS-Vertrags. Für den überschießenden Betrag gilt für die ersten 15.000 € ein Steuersatz von nur 40% (statt 60% bei miteinander nicht verwandten oder verschwägerten Personen) und von 50% für den Rest (Art. 777 bis Code général des impôts, CGI).

Concubinage

Es besteht kein gesetzliches Erbrecht zugunsten des concubin. Nur Schenkungen bzw. letztwillige Verfügungen sind möglich, mit denselben Einschränkungen wie bei PACS-Partnern (Berücksichtigung des Pflichtteils, Verfügung zugunsten des Partners nur über den Freibetrag bei Vorhandensein von Pflichtteilsberechtigten). Anders als bei PACS-Partnern muss der überlebende concubin im Falle eines Testaments zu seinen Gunsten einen sehr hohen Steuersatz (60%, wie unter Fremden, weder verwandten noch verschwägerten Personen) leisten.

Bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen hat die Rechtsprechung schon lange darüber entscheiden müssen, ob solche Verfügungen gegen die guten Sitten verstoßen und daher nichtig sind, wenn sie insbesondere darauf abzielen, unmoralische Beziehungen zu begründen, aufrechtzuerhalten bzw. wieder aufzunehmen. Zu dieser vor kurzem in einem liberalen Sinne entschiedenen Frage, siehe oben D.II. Es besteht zwischen concubins auch keine Privilegierung für den gemeinsamen Hausrat.

IX. Gerichtszuständigkeit für Streitigkeiten aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften

PACS

Das PACS-Gesetz erwähnt nur die Zuständigkeit des *juge* (Richter) im Falle eines Streites betreffend den PACS bzw. dessen Auflösung. Allerdings wird nicht näher bestimmt, um welchen Richter er sich handelt. Da der PACS ein Vertrag zwischen Privatpersonen ist, ist das Zivilgericht zuständig.¹⁰⁷

Da Art. L 312-1 *Code de l'organisation judiciaire*, COJ (Gerichtsverfassungsgesetz) nicht durch das PACS-Gesetz abgeändert wurde und dem Familienrichter (*juge aux affaires familiales*) keine ausdrückliche Zuständigkeit bei PACS-Streitigkeiten zuweist, wäre wohl je nach Streitwert entweder das Tribunal d'instance oder das Tribunal de grande instance zuständig.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Der Verfassungsrat hat in seiner Entscheidung v. 9. November 1999 entschieden, dass es der „*juge du contrat*“, also der Zivilrichter, aber nicht der Familienrichter sein müsse.

¹⁰⁸ Vgl. *Bénabent* (Fn. 31) Rn. 495. Siehe auch CA Douai 27.2.2003, AJ Famille 2003, 313; diese Entscheidung erklärt den Tribunal de grande instance für zuständig.

Concubinage

Die Zivilgerichte: Je nach Materie und Streitwert sind der Tribunal d'instance oder der Tribunal de grande instance zuständig.

X. Besondere Rechtsgebiete

1. *Auskunfts- und Besuchsrecht**PACS*

Diese Fragen sind vom PACS-Gesetz nicht ausdrücklich geregelt worden. Es ist anzunehmen, dass die Lösungen, die die Rechtsprechung für die concubinage bzw. für die Ehegatten entwickelt hat, analog Anwendung finden werden. So hat die Rechtsprechung bei der Frage der Bestattungsmodalitäten entschieden, dass der nicht geschiedene Ehegatte grundsätzlich gegenüber den Kindern, Eltern und Geschwistern des Verstorbenen den Vorzug haben soll,¹⁰⁹ um den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen bei den Bestattungsmodalitäten auszudrücken, es sei denn, besondere Umstände sprechen dagegen. Wahrscheinlich wird der PACS-Partner meistens auch in den Genuss eines solchen Vorzugs kommen.

Concubinage

Es bestehen keine gesetzlichen Bestimmungen zu diesen Fragen, so dass die Rechtsprechung einige Lösungsansätze entwickelt hat. Die Frage des Besuchsrechts im Krankenhaus bzw. im Gefängnis hat anscheinend keinen Anlass zu gerichtlichen Entscheidungen gegeben.

Bei der Bestattung wurden dagegen Lösungen entwickelt. Grundsätzlich muss der Wille des Verstorbenen berücksichtigt werden. Art. 433-31-1 des Strafgesetzbuchs bestraft mit 6 Monaten Gefängnisstrafe und/oder 7.500 € Bußgeld denjenigen, der in Kenntnis des Willens des Verstorbenen bzw. einer Gerichtsentscheidung der Bestattung einen „Charakter gibt, der mit dem Willen des Verstorbenen bzw. einer Gerichtsentscheidung unvereinbar ist“. Hat der Verstorbene hingegen seinen Willen nicht geäußert, so ist im Falle eines Konflikts bei der Auswahl der Person, die über die Bestattungsmodalitäten entscheiden soll, nicht auf die Erbfolge oder auf den Verwandtschaftsgrad abzustellen. Der Richter soll nach seinem freien Ermessen bestimmen, welche Person am Besten den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen ausdrücken kann. Es kann der Ehegatte sein, wenn er nicht geschieden ist; es kann aber auch der concubin;¹¹⁰ allerdings haben einige Gerichte entschieden, dass den

¹⁰⁹ Cass. Civ. I 31.3.1981, Bull. Civ. I, Nr. 114.

¹¹⁰ In diesem Sinne CA Dijon, 22.4.1986, Dalloz 1986, IR. 408; Cass. Civ. I 8.7.1986, Dalloz 1986, IR. 312.

ehelichen Kindern, die zu dem Verstorbenen in Kontakt standen, gegenüber dem Partner der Vorzug gegeben werden soll. Es ist aber in jedem Falle eine Tatfrage, die vom Richter im Rahmen seines Beurteilungsspielraums entschieden wird,¹¹¹ denn der Kassationshof kontrolliert die Ausübung dieses Beurteilungsspielraums grundsätzlich nicht.

2. Steuerrecht

PACS

Gemeinsame Steuererklärung: Die PACS-Partner müssen drei Jahre zusammengelebt haben, um nach den gleichen Regeln wie Ehepaare (d.h.: gemeinsame Steuererklärung) besteuert werden zu können. Dies ist außerdem nur interessant, wenn einer der Partner sehr wenig verdient. Der Bericht der Assemblée nationale vom 13. November 2001¹¹² schlägt die Kürzung dieser Dreijahresfrist vor. Diese Frist gilt nicht für die Vermögenssteuer (*impôt sur la fortune*). Dies ist für die Partner ungünstig, da hier die gemeinsame Besteuerung zwingend ist. Zur Erbschafts- und Schenkungssteuer siehe D.VIII.

Concubinage

Es besteht kein allgemeiner steuerrechtlicher Status der concubins¹¹³. Für die Einkommenssteuer gilt jeder Partner als allein stehend und muss eine eigene Steuererklärung machen.¹¹⁴ Es gibt also keine Möglichkeit einer gemeinsamen Besteuerung. Die Kinder, die aus der concubinage hervorgegangen sind werden bei der Steuererklärung des Partners angegeben, der sie anerkannt hat. Wenn beide Partner die Kinder anerkannt haben, können die Partner frei entscheiden, welcher von ihnen das Kind bei seiner Steuererklärung angibt. Bis 1996 galten für concubins günstigere steuerrechtliche Bestimmungen als für Ehegatten, denn das erstgeborene Kind von concubins zählte als voller Steueranteil (*une part fiscale*), während es bei Ehegatten nur als halber Anteil zählte. Seit 1996 zählt das erste Kind von concubins nur noch als halber Steueranteil, es sei denn, einer der Partner lebt allein und trägt effektiv die Kosten für das Kind (Art. 194.II CGF). Wenn im Laufe eines Jahres ein allein erziehender Elternteil eine Lebensgemeinschaft eingeht, kann er für dieses Jahr einen ganzen Steueranteil für das Kind geltend machen.¹¹⁵

¹¹¹ Siehe P. Berchon, "Sépulture", Rép. Civil, Rn. 15.

¹¹² Rapport (Fn. 105).

¹¹³ Siehe M. Kornprobst, „Concubinage“, Rép. Civ., Rn. 121.

¹¹⁴ CE 9.12.1981, RJF Febr. 1982, Nr. 116.

¹¹⁵ CE 17.11. 2000, Dr. fisc. 2001, Nr. 6.II. 12 559.

Was die Vermögenssteuer angeht, so werden concubins grundsätzlich gesondert besteuert, es sei denn, es handelt sich um eine *concubinage notoire* (Art. 885-E Abs. 2 CGI).

Erbschafts- und Schenkungssteuer: Da die concubinage keine Familienbande zwischen den Partnern begründet, werden Schenkungen bzw. letztwillige Verfügungen mit dem Steuersatz von 60% besteuert, wie bei Fremden (Art. 777 CGI). Wenn allerdings die Schenkung als Vergütung ausgelegt werden kann, wird keine Schenkungssteuer fällig.¹¹⁶

Wenn zwischen den concubins eine faktische Gesellschaft bestanden hat, muss nur die Hälfte der geerbten Gesellschaftsaktiva des überlebenden Partners versteuert werden.

Wenn die concubins bei dem Erwerb ihrer Wohnung einen pacte tontinier geschlossen haben, laut dem der überlebende Partner von Anfang an als Alleineigentümer der Wohnung gilt, dann gilt die Wohnung als unentgeltlich übertragen, so dass Steuern bezahlt werden müssen, es sei denn, es handelt sich um die gemeinsame Hauptwohnung der Partner und ihr Gesamtwert liegt unter 76.000 €. ¹¹⁷

3. Arbeitsrecht

PACS und concubinage

Gewisse arbeitsrechtliche Ansprüche wie z.B. das Recht, mit dem Partner zusammen Urlaub nehmen zu können, gelten auch für PACS-Partner (Art. L 223-7 C. travail), nicht aber für concubins.

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf zwei Tage Urlaub beim Tod seines Ehegatten; dies gilt auch analog für PACS-Partner, dagegen nicht für concubins (Art. L 226-1 C. travail).¹¹⁸

Beamte, die durch einen PACS gebunden sind, können dies ebenfalls geltend machen, um eine Versetzung zu bekommen, damit sie mit dem Partner weiter bzw. wieder zusammenleben können (Art. 8 PACS-Gesetz). Dies gilt für alle Beamtenstellungen (*fonctionnaire de l'Etat, des collectivités territoriales, des hôpitaux*). Eine solche bevorzugte Versetzung kann dagegen bei der concubinage nur stattfinden, wenn Kinder vorhanden sind.

¹¹⁶ Siehe M. Kornprobst, „Concubinage“, Rép. Civ., Rn. 130.

¹¹⁷ Siehe Art. 754 A CGI: „Les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement.

Cette disposition ne s'applique pas à l'habitation principale commune à deux acquéreurs lorsque celle-ci a une valeur globale inférieure à 76 000 €“.

¹¹⁸ Siehe auch eine Bestimmung betreffend die Situation, in der der Betroffene der Ehegatte oder der PACS-Partner des Unternehmensinhabers ist: Art. L 784-1 C. travail.

4. Sozialrecht

PACS

Art. L 161-14 Code de la sécurité sociale (Sozialgesetzbuch) bestimmt, dass derjenige, der mit einem Sozialversicherten zusammenlebt und von ihm unterhalten wird, für den Krankheits- und Mutterschaftsschutz als Anspruchsberechtigter gilt. Dies gilt auch zugunsten desjenigen, der durch einen PACS mit einem Sozialversicherten verbunden ist, sofern er nicht selbst auf einer anderen Grundlage durch die Sozialversicherung geschützt ist.

Bei der Sterbeversicherung (*assurance-décès*) ist der Partner hinsichtlich der Auszahlung des Kapitals einem Ehegatten gleichgestellt (Art. L 361-4 Abs. 2 C. sécurité sociale). In erster Linie kommt die Versicherungssumme denjenigen Personen zugute, die zum Todeszeitpunkt vom Erblasser effektiv, vollständig und dauerhaft unterhalten wurden (Art. L 361-4 Abs. 1 C. sécurité sociale).

Dagegen hat der überlebende Partner keinen Anspruch auf Hinterbliebenenrente (*pension de réversion*).

Der Nachteil besteht darin, dass die Ansprüche auf sozial-versicherungsrechtliche Leistungen erlöschen, wenn der Berechtigte heiratet, einen PACS eingeht oder in concubinage lebt.¹¹⁹

Es wird außerdem allgemein in Art. R 553-2 C. sécurité sociale bestimmt, dass alle Bestimmungen des Code, die auf die concubinage Anwendung finden, analog auf PACS-Partner anwendbar sind. Dies gilt sowohl für günstige als auch für ungünstige Vorschriften. Der moderne französische Gesetzgeber hat concubinage, PACS und Ehe sozialrechtlich gleichgestellt, damit der vom Gesetz zunächst nur im Falle einer Wiederheirat vorgesehene Verlust von sozialrechtlichen Ansprüchen die faktische Lebensgemeinschaft finanziell nicht attraktiv erscheinen lässt. So werden nun bei der concubinage notoire eines (eventuell früher) verheirateten Partners verschiedene Ansprüche gestrichen: Hinterbliebenenrente, Witwenzulage, Unterhalt nach der Scheidung (nur bei Scheidung nach sechsjähriger Trennung bzw. Geisteskrankheit des anderen Ehegatten).

Concubinage

Art. L 161-14 C. sécurité sociale gilt ebenfalls für concubins: Der concubin, der mit einem Sozialversicherten *maritalement* (eheähnlich) zusammenlebt und von ihm unterhalten wird, gilt für den Krankheits- und Mutterschaftsschutz als Anspruchsberechtigter.

¹¹⁹ Siehe Art. L 523-2 C. sécurité sociale für die *allocation de soutien familial*, die voraussetzt, dass der Berechtigte allein erziehend ist; Art. L 356-3 C. sécurité sociale für die *allocation de veuvage*, Witwenzulage, wenn der überlebende Ehegatte wieder heiratet, einen PACS eingeht oder in concubinage lebt.

Dagegen wird bei der Sterbeversicherung der concubin im Gegensatz zum PACS-Partner nicht einem Ehegatten gleichgestellt.

Die Nachteile sind die gleichen wie beim PACS. Die Rechtsprechung tendiert auch dazu, die Bedürfnisse und die Einnahmequellen des Antragstellers anhand der faktischen Lebensgemeinschaft zu beurteilen, wenn es darum geht, eine *allocation de parent isolé* (Zulage als alleinerziehender Elternteil), eine *allocation de complément familial*,¹²⁰ oder eine *allocation de solidarité* (Solidaritätszuschlag)¹²¹ zu bewilligen.

5. Ausländerrecht (Aufenthalts- und Nachzugsbefugnisse)

PACS

Das PACS-Gesetz hat die Situation des ausländischen PACS-Partners berücksichtigt. Wenn im Rahmen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu beurteilen ist, wie eng die Bindungen des Ausländers zu Frankreich sind, wird der PACS-Vertrag berücksichtigt. Allerdings wurde vom französischen Verwaltungsgerichtshof vor kurzem¹²² entschieden, dass der Abschluss eines PACS nicht automatisch zu Erteilung einer solchen befristeten Aufenthaltserlaubnis führe, denn es sei nur ein einfaches die persönliche Situation des Ausländers betreffendes Element, das im Hinblick auf die Dauer des Zusammenlebens in die Beurteilung über die Erteilung der Erlaubnis mit einfließe, um festzustellen, ob die Verweigerung der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis eine Verletzung seines Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens darstellen würde.

Concubinage

Das Zusammenleben eines Ausländers mit einem Franzosen kann ebenfalls berücksichtigt werden, um zu beurteilen, wie eng die Bindungen des Ausländers zu Frankreich im Sinne von Art. 12 bis 7 der Ordonnance vom 2. November 1945 sind. Während das PACS-Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass dabei der Abschluss eines PACS berücksichtigt wird, besteht keine solche Vorschrift für die concubinage. Der ausländische Partner muss nachweisen, dass seine *liens personnels et familiaux en France* (persönliche und familiären Bande in Frankreich) so eng sind, dass die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis sein Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens im Hinblick auf die

¹²⁰ Siehe Cass. Soc. 6.5.1987, Bull. Civ. V, Nr. 265.

¹²¹ CE 13.11.1991, JCP 1991, Nr. 49, Actualités.

¹²² S. CE 29.6.2001, *Préfet de la Haute Garonne c/ Zahri*, req. Nr. 224 166: Der Abschluss eines PACS „n'emporte pas délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire, ne constituant pour l'autorité administrative qu'un simple élément de la situation personnelle de l'intéressé dont elle doit tenir compte pour apprécier si un refus de délivrance de la carte de séjour sollicitée par le demandeur, compte tenu de l'ancienneté de la vie commune avec son partenaire, n'entraînerait pas une atteinte excessive à son droit au respect de sa vie privée“.

Ablehnungsgründe unverhältnismäßig hoch beeinträchtigen würde. Wenn der Ausländer dagegen Vater bzw. Mutter eines französischen minderjährigen Kindes ist, das in Frankreich lebt, und an dem Unterhalt und der Erziehung des Kindes seit mindestens einem Jahr effektiv mitwirkt, kann er ohne weitere Voraussetzung eine Aufenthaltserlaubnis mit dem Vermerk *vie privée et familiale* erhalten (Art. 12 bis, 6° der Ordonnance vom 2. November 1945).

6. Strafrecht und Strafprozessrecht

Es bestehen keine ausdrücklichen Bestimmungen des Strafverfahrensgesetzbuchs (*Code de procédure pénale*), die sich mit diesen Fragen im Hinblick auf PACS-Partner bzw. concubins befassen. So bestimmt z.B. Art. 445 C. procédure pénale, dass der Zeuge angeben muss, ob er *parent ou allié* (verwandt oder verschwägert) des Angeklagten ist. Art. 448 sieht vor, dass gewisse Kategorien von Personen, wenn sie als Zeuge aussagen, keinen Eid leisten müssen: die Eltern, Verwandte in aufsteigender Linie, die Kinder sowie andere Verwandte in absteigender Linie, die Geschwister, Personen, die mit dem Angeklagten verschwägert sind und der Ehegatte. Dieses Recht besteht auch nach der Scheidung. Nirgendwo wird der PACS-Partner bzw. der concubin erwähnt. Die Rechtsprechung hat entschieden, dass diese Liste *limitative* (abschließend) sei, so dass keine anderen Personen hinzugefügt werden dürfen.¹²³

E. Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter Lebenden

I. Voraussetzung für die Auflösung

PACS

Der PACS wird dadurch aufgelöst, dass die Partner bei der Geschäftsstelle des Tribunal d'instance, in dessen Bezirk mindestens einer der Partner seinen Aufenthalt hat, eine gemeinsame schriftliche Erklärung hinterlegen (Art. 515-7 Abs. 1 C. civil). Sind sich die Partner nicht einig, so muss der die Auflösung begehrende Partner dem anderen Partner eine Auflösungserklärung übermitteln eine Kopie der Geschäftsstelle des Tribunal d'instance, bei der die PACS-Erklärung seinerzeit abgegeben wurde, zukommen lassen. In diesem letzteren Fall verliert der PACS drei Monate nach Zustellung der Auflösungserklärung seine Gültigkeit. Die Lehre hat zum Teil diese Regel mit dem Argument kritisiert, dass ein böswilliger Partner während dieser drei Monate versuchen könnte, die gesamtschuldnerische Haftung seines Partners für Ausgaben des alltäglichen Lebens im Sinne von Art. 515-4 Abs. 2 C. civil auszunutzen.

¹²³ Cass. Crim. 20. 6.1952, Dalloz 1953, Somm. 32.

Die Partner legen selbst fest, welche Folgen die PACS-Auflösung mit sich bringen soll (Art. 515-7 C. civil). Sie liquidieren selbst die sich aus dem Pakt ergebenden Rechte und Pflichten. Wenn sich die Partner allerdings nicht einigen können, kann einer von ihnen das Zivilgericht anrufen, das über die vermögensrechtlichen Folgen der Auflösung entscheiden wird. Es kann ebenfalls über den Ersatz des wegen der Auflösung erlittenen Schadens eines Partners urteilen. Der Verfassungsrat hatte schon in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 1999¹²⁴ bestimmt, dass bei einseitiger PACS-Auflösung eine vertragliche Klausel, durch die jeglicher Schadensersatzanspruch des Partners ausgeschlossen wurde, nichtig wäre.

Das PACS-Gesetz ist hier allerdings nicht sehr präzise. Art. 515-7 letzter Absatz C. civil begnügt sich damit, die Zuständigkeit des *juge* festzulegen, wenn Konflikte betreffend die *conséquences patrimoniales de la rupture* (die vermögensrechtlichen Folgen der Auflösung), die einen eventuellen Schadensersatzanspruch einschließen können, gelöst werden müssen. Es wird aber nicht präzisiert, welcher Richter gemeint ist. Es könnte der Amtsrichter (*juge d'instance*), das Tribunal de grande instance oder auch der Familienrichter beim Tribunal de grande instance sein. Da jedoch Art. L 312-1 COJ nicht durch das PACS-Gesetz abgeändert wurde und dem Familienrichter (*juge aux affaires familiales*) keine ausdrückliche Zuständigkeit bei PACS-Streitigkeiten zugewiesen hat, wäre wohl je nach Streitwert entweder das Tribunal d'instance oder das Tribunal de grande instance zuständig.¹²⁵

Der PACS wird außerdem durch den Tod eines der PACS-Partner (Art. 515-7 Abs. 4)¹²⁶ sowie durch die Eheschließung eines Partners aufgelöst (Art. 515-7 Abs. 3).¹²⁷

Es gibt also insgesamt vier Auflösungsgründe für den PACS:

- das Einvernehmen der beiden PACS-Partner;
- die einseitige Auflösung durch einen Partner;
- die Eheschließung durch einen Partner (oder durch beide zusammen);
- der Tod eines Partners.

¹²⁴ Siehe Fn. 20.

¹²⁵ Vgl. *Bénabent* (Fn. 31) Rn. 495. In diesem Sinne, siehe auch CA Douai 27.2.2003, AJ Famille 2003, 313 („la Cour d'appel... considère, d'une part, que la lettre et l'esprit de la loi donnent compétence au juge du contrat, c'est-à-dire au tribunal de grande instance, pour statuer sur les conséquences de la rupture d'un PACS, alors que, d'autre part, le fait que l'aide mutuelle applicable aux partenaires se rapproche de la contribution aux charges du mariage prévue par l'article 214 du code civil n'a pas pour effet de rendre le juge aux affaires familiales compétent“).

¹²⁶ Dann muss der überlebende Partner oder jeder Interessent dem *Tribunal d'instance*, das die PACS-Erklärung entgegengenommen hatte, eine Kopie des Todesscheins zukommen lassen.

¹²⁷ Der Partner, der die Ehe schließt, muss den anderen Partner durch Zustellung darüber informieren und dem Tribunal d'instance, das die PACS-Erklärung entgegengenommen hatte, eine Kopie des zugestellten Dokuments sowie seiner Geburtsurkunde, auf der die Ehe vermerkt ist, zukommen lassen.

Concubinage

Die Auflösung der concubinage verlangt keine Sonderform, da es eine faktische Situation ist. Nur wenn die ehemaligen Partner z.B. über die Rechtsfolgen der Auflösung streiten, kann das Zivilgericht angerufen werden.

Nur wenn bei den Umständen der Auflösung der Lebensgemeinschaft ein Verschulden des Partners nachgewiesen werden kann, kann der andere Partner Schadensersatz beantragen, siehe oben Antwort zu Frage D.IV.

II. Zuständigkeiten

PACS

Siehe oben E.I.

Concubinage

Im Falle eines Streites zwischen den Partnern über die Folgen der Auflösung der Lebensgemeinschaft ist je nach Materie und Streitwert das Tribunal d'instance bzw. das Tribunal de grande instance zuständig.

F. Internationales Privatrecht

PACS

Es finden keine Regelungen des internationalen Privatrechts auf nichteheliche Lebensgemeinschaften Anwendung. Das PACS-Gesetz enthält keine Regelungen zum internationalen Privatrecht, so dass das Institut unter bestehende Normen subsumiert werden muss, um die Regeln des internationalen Privatrechts anzuwenden.¹²⁸ Da der PACS ein Vertrag ist, müsste er daher dem Römer Übereinkommen vom 19. Juni 1980 unterliegen. Folgt man dieser Auffassung, so könnten die Partner auch ein anderes als das französische Recht vereinbaren, um den PACS zu regeln. Dies brächte beträchtliche Schwierigkeiten mit sich. Es erscheint empfehlenswerter, das Recht des Registerorts als anwendbar zu erklären, wie es etwa das deutsche Recht in Art. 17A EGBGB tut.¹²⁹

¹²⁸ Siehe *M. Revillard*, *Droit international privé et pratique notariale*, 5. Auflage, 2001, Rn. 145 ff.

¹²⁹ Zu diesen Frage, siehe *D. Jakob*, *Die eingetragene Partnerschaft im Internationalen Privatrecht*, 2002.

Da der PACS Rechtsfolgen verschiedener Natur (persönliche und vermögensrechtliche Verhältnisse) mit sich bringt, können diese Rechtsfolgen nicht nur an ein einheitliches Recht geknüpft werden.¹³⁰

Concubinage

Da das französische Recht den faktischen Lebensgemeinschaften keine eigene Rechtsstellung einräumt, besteht auch keine Regelung des internationalen Privatrechts betreffend die concubinage. Ein Teil der Lehre hat eine Verknüpfung an den Personenstatut (*statut personnel*) vorgeschlagen,¹³¹ so dass die gleichen Regelungen wie bei der Ehe gelten würden: Anwendung des den Ehegatten gemeinsamen Rechts oder sonst des Rechts des Wohnsitzes. Die Rechtsprechung hat hierzu noch nicht Stellung genommen.¹³² In Frankreich wird erwartet, dass ein internationales Abkommen die internationale Rechtsstellung der faktischen Lebensgemeinschaften regeln wird.¹³³ Wenn internationale Streitigkeiten vor Gericht gebracht werden, werden sie dadurch gelöst, dass zwischen den verschiedenen Rechtsfolgen der concubinage unterschieden wird, was das anwendbare Recht angeht.¹³⁴

G. Bewertung und Ausblick

I. Rechtsstreitigkeiten bzgl. nichtehelicher Lebensgemeinschaften

Zusammenfassend kann hervorgehoben werden, dass das Steuerrecht bis ungefähr 1996 Regelungen vorsah, die zum Teil für die concubins sehr günstig waren, so dass gewisse Familienvereine und sogar der *Conseil économique et social* an den Gesetzgeber appelliert haben, damit er diese Bevorzugung der faktischen Lebensgemeinschaft abschafft, was auch geschehen ist.

Bei der concubinage sind einige wichtige Streitpunkte entweder von der Rechtsprechung oder vom Gesetz gelöst worden: Die Frage der Gültigkeit bzw.

¹³⁰ Siehe *M. Revillard* (Fn. 128) Rn. 162.

¹³¹ *Y. Gauthier*, Les couples internationaux des concubins, *Rev. crit. DIP* 1991, 526; *H. Fulchiron*, Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, *JDI* 2000, 889.

¹³² Siehe z.B. TGI Paris 21.11.1983, *Rev. crit. DIP* 1981, 628 mit Anm. *Lagarde* (Anwendung des französischen Rechts auf die Rechtsfolgen der Auflösung einer faktischen Lebensgemeinschaft zwischen zwei Portugiesen, die bei einer portugiesischen Bank in Frankreich Geld eingezahlt hatten); vgl. CA Aix-en-Provence 26.9.1997, *Dr. famille* 1998, 27 mit Anm. *Fulchiron* (Anwendung des *lex fori* und Feststellung der Nichtigkeit eines zwischen zwei deutschen Partnern in Berlin abgeschlossenen Vertrags).

¹³³ Siehe *M. Revillard* (Fn. 128) Rn. 191; *H. Gaudemet-Tallon*, La désunion du couple en droit international privé (1991) 226 *Rec. Cours Académie de La Haye* 154 ff.

¹³⁴ Siehe *M. Revillard* (Fn. 128) Rn. 191 (sie spricht von einem "dépèçage des effets du concubinage").

Nichtigkeit von Schenkungen und letztwilligen Verfügungen unter concubins im Hinblick auf die guten Sitten; die Annahme von faktischen Gesellschaften zwischen Partnern, damit einer im Falle der Auflösung der Lebensgemeinschaft für seine Arbeit und seinen Einlage entschädigt werden kann; der Ersatz des vom concubin erlittenen Schadens bei fahrlässiger Tötung des Partners; die Gleichstellung hetero- und homosexueller Partnerschaften.

II. Reformbedarf und entsprechende Bestrebungen

Es ist fraglich, ob die Lösungen, für die sich das PACS-Gesetz 1999 entschieden hat, richtig waren. Zunächst wurde aus politischen Akzeptanzgründen nicht zwischen Partnern unterschieden, die nicht heiraten wollen und solchen, die nicht heiraten können. Homo- und heterosexuelle Partnerschaften werden im PACS-Gesetz gleich behandelt; ihnen wird dasselbe Modell angeboten, was nicht unbedingt zweckmäßig ist. Die Rechte der PACS-Partner sind eher beschränkt; nur in wenigen Bereichen wird eine richtige Gleichstellung mit den Ehegatten erreicht. Dies erklärt sich durch den Kleinmut der Regierung, die, um die Akzeptanz des Gesetzentwurfs nicht zu gefährden, trotz ursprünglich weiterführender Ansätze (wie z.B. die Wahl einer Errungenschaftsgemeinschaft als Güterstand der PACS-Partner) die Gesetzesbestimmungen letztendlich abgeschwächt hat, um nicht den Eindruck zu erwecken, sie schaffe mit dem PACS eine *mariage bis*. Die Diskussionen sowohl in der Presse als vor dem Parlament waren sehr kontrovers, starre Fronten hatten sich gebildet. Die Regierung versuchte daher, den „revolutionären“ Charakter des PACS zu mildern.

Es wurde dem PACS-Gesetz zum Teil vorgeworfen, ein neues, nicht notwendiges Institut geschaffen, und dadurch die Rechtsstellung der einfachen concubins geschwächt zu haben. *I. Théry*¹³⁵ befürwortete eher eine Stärkung der Rechtsstellung der concubins. Andere sind mit dem PACS-Modell zufrieden, möchten jedoch noch weitergehen und das Gesetz noch verbessern.

Eine Entwicklung ist vorhersehbar. Der Verwaltungsgerichtshof hat zwar vor kurzem¹³⁶ erklärt, dass das PACS-Gesetz nicht dahin ausgelegt werden könne, dass es PACS-Partner den Ehegatten allgemein gleichstellt. Diese zwei Lebensformen von Personen befänden sich in unterschiedlichen rechtlichen Situationen; das Gleichheitsprinzip verlange nicht, dass sie in jedem Falle gleich behandelt würden. Bestimmungen, die den Ehegatten gewisse Rechte bzw. Vorteile vorbehielten, seien nicht schon mit dem Inkrafttreten des PACS-Gesetzes wegen Verletzung des Gleichheitsprinzips gesetzwidrig. Es obliege jedoch der Exekutive, innerhalb angemessener Frist durch Verordnung die

¹³⁵ Le Monde v. 15. Mai 1998 und ihr Bericht *Couple, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privé*, O. Jacob, 1998.

¹³⁶ CE 28.6.2002, Dalloz 2002, IR. 2236; JCP 2003. I. 101, Nr. 3 mit Anm. *Bosse-Platière*; RTDCiv. 2002, 785 mit Anm. *Hauser*.

notwendigen Änderungen vorzunehmen, um jeglichen offensichtlich unverhältnismäßigen Behandlungsunterschied zu vermeiden. Der Bericht der Assemblée nationale vom 13. November 2001¹³⁷ schlägt ebenfalls einige Verbesserungen vor: Änderung der Regeln, die jeglichen direkten Zugang z.B. der Notare zu dem PACS-Register verbieten, so dass die Tribunaux d'instance sehr viele Informationsanträge der Notare erhalten und beantworten müssen; Verbesserung der statistischen Instrumente; Kürzung der Dreijahresfrist, vor einer gemeinsamen Steuererklärung; Milderung der Regeln über einen ausländischen PACS-Partner, der sich in Frankreich ohne Aufenthaltserlaubnis aufhält; Berücksichtigung der Bande zwischen den Kindern eines PACS-Partners und dem anderen Partner, um ggf. ein Umgangsrecht nach Auflösung des PACS vorzusehen; Möglichkeit einer Adoption durch homosexuelle PACS-Partner, um „die gesellschaftlichen Entwicklungen zu begleiten“.¹³⁸ Es bleibt abzuwarten, ob die Regierung und das Parlament etwas unternehmen werden, um diese Diskriminierungen abzuschaffen.¹³⁹

¹³⁷ Rapport (Fn. 105).

¹³⁸ Siehe Rapport (Fn. 105) 20.

¹³⁹ Nach dem neuen französischen Haushaltsgesetz (Gesetz Nr. 2004-1484 vom 30. Dezember 2004) dürfen PACS-Partner bereits im Jahr der PACS-Eintragung eine gemeinsame Steuererklärung abgeben. Im Falle der Auflösung der PACS kann die gemeinsame Besteuerung rückwirkend annulliert werden. Im Falle eines Erbfallbeschlusses bzw. einer Schenkung unter PACS-Partnern wird für die Inanspruchnahme steuerrechtlicher Vorteile nicht mehr verlangt, dass der PACS seit zwei Jahren besteht.

Spanien und Portugal

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS

- A. Struktur und Systematik, historische Entwicklung
 - B. Das Verhältnis der nichtehelichen Lebensgemeinschaften zur Ehe
 - C. Eingehung
 - D. Wirkungen
 - I. Verwandtschaft
 - II. Vermögenszuordnung
 - III. Vertretung und Vollmacht
 - IV. Unterhalt
 - V. Ersatzansprüche bei Verletzung /Tötung des nichtehelichen Lebenspartners
 - VI. Gemeinsame Wohnung/Mietrecht
 - VII. Kindschaftsrecht
 - VIII. Erbrecht
 - IX. Prozessrecht
 - E. Auflösung der nichtehelichen Lebenspartnerschaft unter Lebenden
 - F. Internationales Privatrecht
 - G. Ausblick
- Abkürzungsverzeichnis

A. Struktur und Systematik, historische Entwicklung

Sowohl Spanien als auch Portugal haben Gesetze erlassen, die die nichteheliche Lebensgemeinschaft gleichgeschlechtlicher und verschiedengeschlechtlicher Paare regeln.

Im Falle Spaniens überrascht die Normvielfalt. Von den 17 Autonomen Gemeinschaften (*Comunidades Autónomas*) die das Land bilden, haben 11 Gesetze erlassen. Diese sind:

- a) Katalonien: Llei 10/1998, de 15 de julio, de unions estables de parella (im Folgenden LKAT)¹
- b) Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas (im Folgenden LAR)²
- c) Navarra: Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (im Folgenden LNAV)³
- d) Valencia : Ley 1/2001, de 6 de abril reguladora de las uniones de hecho (im Folgenden LVAL)⁴

¹ BOE 19.8.1998.

² BOE 21.4.1999.

³ BOE 6.9.2000.

⁴ BOE 10.5.2001.

- e) Balearen: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (im Folgenden LBAL)⁵
- f) Madrid: Ley 11/2001, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid (im Folgenden LMAD)⁶
- g) Asturien : Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables (im Folgenden LAST)⁷
- h) Andalusien: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho (im Folgenden LAND)⁸
- i) Kanarische Inseln: Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias, sobre parejas de hecho (im Folgenden LKAN)⁹
- j) Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo de Extremadura, sobre parejas de hecho (im Folgenden LEX)¹⁰
- k) Baskenland: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco (im Folgenden LPV).¹¹

Zwei andere Comunidades Autónomas, Castilla-La Mancha und Castilla-León, haben zwar keine Gesetze zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft erlassen, aber jeweils ein Register für unverheiratete Paare errichtet.¹²

All diese Gesetze umfassen sowohl gleichgeschlechtliche als auch verschiedengeschlechtliche Paare. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft für beide Paare gleich sind. Eine gewisse Tendenz zur Angleichung ist jedoch festzustellen. Das erste Gesetz, die LKAT, enthielt stark abweichende Regelungen; der katalanische Gesetzgeber hat dies sogar in der Struktur des Gesetzes, das in zwei unterschiedlichen Kapiteln hetero- und homosexuelle Lebensgemeinschaften regelt, ausgedrückt. Dies wurde stark kritisiert.¹³ Eine grundsätzliche Unterscheidung aufgrund der Geschlechtsidentität oder Verschiedenheit der Lebenspartner ist von den anderen spanischen Gesetzgebern nicht mehr befürwortet worden. Sogar im Kindschaftsrecht findet zunehmend eine Angleichung statt. Das Baskenland und die Comunidad Autónoma von Navarra – sowie aufgrund einer Gesetzesänderung seit kurzem Aragón – haben z.B. ein gemeinsames Adoptionsrecht für alle

⁵ BOE 16.1.2002.

⁶ BOE 5.3.2002.

⁷ BOE 2.7.2002.

⁸ BOE 13.1.2003.

⁹ BOE 14.4.2003.

¹⁰ BOE 9.5.2003.

¹¹ BOE 23.5.2003.

¹² Castilla-La Mancha: Decreto 124/2000, de 11 de julio 2000 por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Castilla-León: Decreto 117/2002, de 24 de octubre por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento.

¹³ *Martin Casals*, in: Egea-Ferrer (Hrsg.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'uniones estables de parella i a la Llei de situacions convivencial d'ajuda mutua*, Madrid 2000, S. 1144.

Lebenspartnerschaften vorgesehen,¹⁴ das homosexuellen Paaren die gemeinsame Adoption eines Kindes ermöglichen soll.

Die Normenvielfalt in Spanien erklärt sich nicht nur dadurch, dass Spanien ein Mehrrechtsstaat ist. Nicht alle Autonome Gemeinschaften besitzen Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Zivilrechts. Nur die so genannten historischen *Comunidades Autónomas*, d.h. die Balearen, Katalonien, Aragón, Navarra, das Baskenland und Galizien, können im privatrechtlichen Bereich tätig werden, dies allerdings nicht unbegrenzt. Gemäß Art. 149.1.8 der spanischen Verfassung ermöglicht die Gesetzgebungskompetenz nur die Erhaltung, Veränderung und Fortbildung des schon vorhandenen Rechts. Die Formen der Eheschließung, das Registerwesen und das Kollisionsrecht sind auf jeden Fall dem gesamtspanischen Gesetzgeber vorbehalten.

Verfassungsrechtlich umstritten ist deswegen, ob sich die Gesetzgeber der historischen *Comunidades Autónomas* an diese Grenzen gehalten haben.¹⁵ Ferner wird bezweifelt, ob Valencia, Madrid, Asturien, Andalusien, die Kanarischen Inseln und Extremadura überhaupt Gesetze zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft erlassen können. Zwar stützen sich diese Gesetze auf Gesetzgebungsbefugnisse in Bereichen wie z.B. das Sozial- und Mietrecht, trotzdem sind sie nach überwiegender Meinung zumindest teilweise zivilrechtlicher Natur.¹⁶

Der Mangel an einer allgemeinen Gesetzgebungskompetenz erklärt die Lückenhaftigkeit und relativ schwache Rechtsstellung der Lebenspartner in vielen dieser Gesetze, die darum bemüht waren, den verfassungsrechtlichen Rahmen nicht zu sprengen. In manchen Fällen werden Inhalte regelrecht simuliert, d.h. die Autonomen Gesetzgeber weisen auf Spezialgesetze hin, die die nichteheliche Gemeinschaft begünstigen (siehe unten D.VI.), oder reflektieren Rechtsgrundsätze, die sich problemlos aus dem allgemeinen

¹⁴ Art. 8 LNAV, art. 8 LPV. Art. 10 LAR nach der Gesetzesänderung durch Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOA Nr 54 v. 12-05-2004). In Katalonien gibt es schon Vorarbeiten, die die gemeinsame Adoption durch gleichgeschlechtliche Lebenspartner ermöglichen sollen. Ferner hat die neue Regierung angekündigt, dass sie vorhat, im Bereich des gemeinspanischen Zivilrechts die gemeinsame Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare einzuführen.

¹⁵ Siehe dazu *Gavida Sanchez*, *Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho civil*, La Ley 1999-V, 1970-1978; *Rodriguez Martinez*, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Valencia 2003, S. 27-41.

¹⁶ Die LVAL, die LMAD, die LAS, die LAND, die LKAN und die LEX enthalten trotz fehlender Gesetzgebungskompetenz im Zivilrecht Vorschriften zu den vermögensrechtlichen Beziehungen unter Lebenspartnern. In vielen Fällen sind diese Vorschriften lediglich narrativ, d.h. sie reflektieren nur das schon geltende Recht. Dies ändert aber m.E. nichts an der Tatsache, dass der Gesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz überschritten hat.

Schuldrecht ergeben. Vom Schrifttum werden diese Gesetze deswegen stark kritisiert.¹⁷

Die Normenvielfalt spiegelt jedoch nicht die gesellschaftliche Situation Spaniens wider. Obwohl sich die spanische Gesellschaft sozusagen im Laufschrift an die Situation in anderen europäischen Nachbarländern annähert,¹⁸ ist die Anzahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften (noch) relativ gering. Nur ca. 4% der 18- bis 49-Jährigen leben unverheiratet mit einem verschiedengeschlechtlichen Partner zusammen.¹⁹ Obwohl es für gleichgeschlechtliche Partnerschaften keine Zahlen gibt, dürfte der Prozentsatz noch geringer sein. Nichteheliche Lebensgemeinschaften sind besonders auf den Inseln (Kanarische Inseln und Balearen) und in Valencia, dem Baskenland und Katalonien verbreitet. In Autonomen Gemeinschaften wie Aragón, Castilla-La Mancha, Asturien oder Extremadura sind sie nur in geringer Anzahl zu finden.²⁰ Dies scheint aber für die Gesetzgeber nur von zweitrangiger Bedeutung zu sein. Aragón war die zweite Comunidad Autónoma, die ein Gesetz erließ und auch Asturias und Extremadura, zwei Comunidades Autónomas ohne Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Privatrechts, haben ein eigenes Gesetz zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft erlassen.

Weit bedeutender waren m. E. für die Gesetzgeber politische Erwägungen. Nachdem ein Urteil des spanischen Verfassungsgerichtshofs zu diesem Thema in der Öffentlichkeit Aufsehen erregt hatte²¹ und der katalanische Gesetzgeber 1998 in diesem Bereich eine Vorreiterrolle übernommen hatte, fühlten sich viele Autonome Gemeinschaften *quasi* gezwungen, das nichteheliche Zusammenleben zu regeln. Dieser Nachahmungseffekt verschärfte sich durch den Widerstand des Staates, der auf gesamtspanischer Ebene etliche Gesetzesprojekte zurückwies und auch eigene Gesetzesentwürfe zum nichtehelichen Zusammenleben nicht entschieden vorantrieb.²² Ein besonderer Streitpunkt der

¹⁷ Amunategui Rodríguez, *Uniones de hecho; una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia 2003, S. 209-213.

¹⁸ Meil Landwelin, *Las uniones de hecho en España*, Madrid 2003, S. 50.

¹⁹ Meil Landwelin (Fn. 18) 50 ff.

²⁰ Meil Landwelin (Fn. 18) 61.

²¹ Im Urteil 66 von 1994 von 1994 lehnte der Verfassungsgerichtshof den Anspruch auf Witwenrente einer Frau ab, die 55 Jahre lang mit ihrem Partner unverheiratet zusammengelebt hatte. Teil des Aufsehens in der Presse erklärt sich aus der Tatsache, dass das Paar zu den im Bürgerkrieg Besiegten gehörte und wegen seiner anarchistischen Überzeugungen eine kirchliche Trauung während des Franco-Regimes abgelehnt hatte. Trotz der Einführung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in verschiedenen Teilrechtsordnungen Spaniens haben Lebenspartner bis jetzt keinen Anspruch auf Witwenrente. Dies hat vor kurzem erneut Schlagzeilen gemacht, da etliche der Militärs, die bei einem Flugzeugunfall in der Türkei auf der Rückreise von einer Mission in Afghanistan ums Leben kamen, Lebenspartnerinnen hatten.

²² Von 1996 bis März 2004 regierte die spanische konservative Volkspartei (*Partido Popular*). 1996 wurden von verschiedenen Oppositionsgruppen drei Gesetzentwürfe zur Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft vorgelegt. Alle diese Gesetzentwürfe wurden abgelehnt. 1997 legte die Regierungspartei einen eigenen Gesetzentwurf in der Form einer *Ley Orgánica* vor. Dieser Entwurf scheiterte letztlich wegen mangelnder absoluter Mehrheit im

ideologischen Kontroverse waren die Rechte der gleichgeschlechtlichen Partnerschaften im Kindschaftsrecht.²³

Diese politische Spannungslage ist unter drei Gesichtspunkten bedeutend. Erstens erklärt sie, zumindest zum Teil, das Tätigwerden der Comunidades Autónomas. Andererseits ist der mangelnde Anerkennungswille des gesamtspanischen Gesetzgebers der Grund für die äußerst schwache Rechtsstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in denjenigen Bereichen, in denen der gesamtspanische Gesetzgeber ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen hat wie z.B. im Sozialversicherungs- oder im Ausländerrecht. Und schließlich wird sich die Situation nach dem Wechsel der Parlamentsmehrheit am 14. März 2004 grundlegend ändern. Die Sozialistische Partei hat sowohl ein Gesetz zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft wie auch die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare angekündigt.²⁴ Dies wird notgedrungen für die Comunidades Autónomas bedeutend sein. Eine Revision der Autonomen Gesetze ist deswegen absehbar.

Im Vergleich hierzu ist die Situation in Portugal relativ einfach. Es gilt das Gesetz Nr. 7/2001 vom 11.5.2001 zum Schutz der faktischen Lebenspartnerschaften, das erstmals im portugiesischen Recht sowohl gleichgeschlechtliche als auch verschiedengeschlechtliche Partnerschaften umfasst. Dieses neue Gesetz hebt Gesetz Nr. 135/99 vom 28.8.1999 auf, welches die Geschlechtsverschiedenheit als ein wesentliches Merkmal der Lebenspartnerschaft verankerte.

Parlament. Obwohl die spanische Partido Popular von 2000 bis 2004 über diese absolute Mehrheit verfügte, wurde von der Regierung kein neuer Gesetzentwurf vorgelegt. Verschiedene Gesetzentwürfe der Oppositionsparteien wurden abgelehnt. Siehe *Carro-Werner*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der spanischen Rechtsordnung, Hamburg 2003, S. 74-85; *Schlenker*, Die Stellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften in Spanien und in den spanischen Teilrechtsordnungen, in: Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen 2000, S. 147-153.

²³ Gegen das Gesetz von Navarra sind zwei Verfassungsbeschwerden eingelegt worden (BOE 15.11.2000 u. BOE 7.4.2003). Die Verfassungskonformität des baskischen Lebenspartnerschaftsgesetzes ist auch beanstandet worden (BOE 20.8.2003). Ferner liegt eine Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz der Comunidad Autónoma von Madrid vor (BOE 25.2.2004). Eine, die erste, Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz von Navarra und die Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz des Baskenlandes beanstanden das gemeinsame Adoptionsrecht für gleichgeschlechtliche Paare. Die Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz des Baskenlandes ist zurückgenommen worden (siehe Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 14. Dezember 2004).

²⁴ Kurz nach den Wahlen am 23.4.2004 wurden vier Gesetzesvorschläge zur nichtehelichen Partnerschaft vorgelegt. Es handelt sich um Gesetzesvorschläge von der Opposition; die *Proposición de ley de uniones estables de pareja*, (Boletín Cortes Generales – Congreso – VIII legislatura Serie B Nr. 26-1), die *Proposición de ley de modificación de la ley de 8 de junio de 1957 reguladora del Registro civil para el acceso de la unión estable de pareja o pareja de hecho al Registro civil*, (Boletín Cortes Generales – Congreso – VIII legislatura Serie B Nr. 38-1), die *Proposición de ley de igualdad jurídica para las parejas de hecho* (Boletín Cortes Generales – Congreso – VIII legislatura Serie B Nr. 45-1) und die *Proposición de ley de igualdad jurídica para las uniones de hecho*, (Boletín Cortes Generales – Congreso – VIII legislatura Serie B Nr. 55-1).

Heterosexuelle und homosexuelle Partnerschaften sind im Wesentlichen gleichgestellt. Ein gemeinsames Adoptionsrecht wird aber nur verschiedengeschlechtlichen Paaren gewährt. Außerhalb des öffentlichen Rechtes sind die Wirkungen der Lebenspartnerschaft eher bescheiden.

B. Das Verhältnis der nichtehelichen Lebensgemeinschaften zur Ehe

Im Falle Spaniens muss man von 11 verschiedenen Rechtsinstituten ausgehen, unter denen es sowohl Gemeinsamkeiten als auch bedeutende Unterschiede gibt. Die Normenvielfalt hat sogar einen terminologischen Niederschlag; die verschiedenen Gesetzgeber benutzen verschiedene Begriffe (*uniones estables de pareja, parejas estables no casadas, parejas estables, parejas de hecho, uniones de hecho*), die sich oft nur um eine Nuance unterscheiden.

Die verschiedenen Rechtsinstitute sind auf jeden Fall gegenüber der Ehe zurückgesetzt und sind deswegen treffenderweise als „Miniehen“ bezeichnet worden. Einerseits gibt es Bezüge zur Ehe, da alle spanischen Gesetze in Anlehnung an die Ehe Eingehungshindernisse aufgrund von Familienverbindungen zwischen den Partnern vorsehen, die stark an die Eheverbote erinnern. Die Lebensgemeinschaft ist ein exklusives Rechtsverhältnis, so dass keine Person simultan mehr als eine Lebensgemeinschaft eingehen kann. Andererseits knüpfen aber die Rechtsfolgen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht an die Vorschriften für die Ehe an, sondern sind Vorschriften in separaten Gesetzen. Inhaltlich haben die Folgen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, wie im Folgenden noch zu erläutern sein wird, deutlich schwächere Wirkungen als die der Ehe, vor allem im vermögensrechtlichen Bereich und im Erbrecht. Die Eheschließung untereinander oder mit einem Dritten ist ein Grund für die Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Die Ehe eines oder beider Partner ist ein Eingehungshindernis. Beides weist auf eine Privilegierung der Institution der Ehe hin.

Der Gesetzgeber folgt hiermit einem verfassungsrechtlichem Gebot, das ein der Ehe gleichwertiges Rechtsinstitut, wie zum Beispiel die niederländische registrierte Partnerschaft, zumindest für heterosexuelle Partnerschaften ausschließt.²⁵ Aus diesem Grund wird in Spanien wenig über eine Gefährdung der Ehe gesprochen. Wie bereits vorher erwähnt leben nur 4% der 18- bis 49-Jährigen unverheiratet zusammen. Darüber hinaus ist die Heiratwilligkeit der Spanier immer noch relativ groß und die Scheidungsquote zwar steigend aber im Vergleich zu anderen Europäischen Ländern noch relativ niedrig.²⁶

Die spanischen Rechtsinstitute unterscheiden sich sowohl von der deutschen eingetragenen Lebenspartnerschaft als auch von der registrierten Partnerschaft

²⁵ *Gavidia Sanchez*, ¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?, Revista Jurídica del notariado 1999, 225-226.

²⁶ *Alberdi*, La nueva familia española, Madrid 1999, S. 39.

nordischen Modells, weil sie sowohl hetero- wie auch homosexuellen Paaren offen stehen. In dieser Hinsicht sind diese Rechtsinstitute eher mit dem französischen PACS verwandt, der auch als eine „Ehe“ zweiten Rangs konzipiert worden ist, die gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren offen steht. Wie im Folgenden noch zu analysieren sein wird, weisen die spanischen Rechtsinstitute jedoch eine Besonderheit auf. In vielen dieser Rechtsordnungen begründet das bloße Zusammenleben die nichteheliche Lebenspartnerschaft.

Auch im Falle Portugals ist die Lebenspartnerschaft eine gegenüber der Ehe zurückgesetzte Institution. Erstens sind die Wirkungen der nichtehelichen Lebenspartnerschaft vor allem im privatrechtlichen Bereich geringer als die der spanischen Lebenspartnerschaftsgesetze der historischen Comunidades Autónomas. Zweitens ist die Heirat eines oder beider Lebenspartner ein Auflösungsgrund und eine frühere, nicht aufgelöste Ehe ein Eingehungshindernis. Die Analogie mit der Ehe prägt jedoch das portugiesische Gesetz gleichfalls. Es gibt Eingehungshindernisse aufgrund von Verwandtschaft oder Totschlag des Ehegatten eines der Lebenspartner, die stark an die Ehehindernisse erinnern. In vielen Bereichen stellt der Gesetzgeber lediglich die Rechte der Lebenspartner mit denen der Ehegatten gleich.

C. Eingehung

Die spanischen Rechtsordnungen folgen bei der Eingehungsregelung keinem einheitlichen Modell. Es gibt Rechtsordnungen in denen ein formaler Akt erforderlich ist; es überwiegen aber die gemischten Rechtsinstitute die sowohl eine Eingehung durch einen formalen Akt als auch durch das bloße Zusammenleben vorsehen. In der Detailregelung unterscheiden sich selbst diejenigen Rechtsinstitute, die demselben Regelungsmodell gehören.

Valencia, Madrid, Extremadura, die Balearen und das Baskenland gehören zur ersten Gruppe.²⁷ Ein formaler Akt ist erforderlich, d.h. das bloße Zusammenleben begründet keine nichteheliche Lebenspartnerschaft. Die LKAT unterscheidet zwischen heterosexuellen und homosexuellen Paaren; letztere müssen zwingend einen formalen Akt vornehmen, wenn sie eine nichteheliche Lebensgemeinschaft begründen wollen;²⁸ für erstere ist der formale Akt eine Alternative, weil die Lebensgemeinschaft auch formlos errichtet werden kann.²⁹

Die Gestaltung der erforderlichen formalen Akte in Valencia, Madrid, Extremadura, den Balearen, dem Baskenland und Katalonien (zwingend nur für gleichgeschlechtliche Paare) ist unterschiedlich. Der katalanische Gesetzgeber ging davon aus, dass es ihm verfassungsrechtlich nicht gestattet ist, eine Eintragung ins Personenstandsregister vorzusehen, da die Regelung des Register-

²⁷ Art. 1.1 u.1.2 LVAL, art.1.2 LBAL, art.1.1 LMAD, art. 3.1 LPV u. art. 2. 1 u. 3 LEX.

²⁸ Art.19 LKAT.

²⁹ Art. 1.1 LKAT.

wesens, wie eingangs schon erwähnt, von der Verfassung dem gesamtspanischen Gesetzgeber vorbehalten wird. Die Schaffung eines verwaltungsrechtlichen Registers hielt man in Katalonien im Hinblick auf die Erfahrung mit den von den verschiedenen Gemeinden geschaffenen „Registern“, deren juristischer Stellenwert zweifelhaft ist, nicht für wünschenswert. In Katalonien erfordert deshalb die Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Errichtung einer öffentlichen Urkunde. Eine Registrierung ist nicht vorgesehen, es sei denn ein zukünftiges gesamtspanisches Gesetz schreibt die Registrierung im Personenstandsregister vor. Falls dies geschehen sollte, wäre die Registrierung auch bei Anwendung des katalanischen Gesetzes erforderlich und hätte konstitutive Wirkung.³⁰ Eine der ersten Gesetzesinitiativen der Opposition nach den Wahlen im März 2004 fordert eine Änderung des Personenstandsregisterrechts, die die Eintragung nichtehelicher Lebensgemeinschaften erlaubt.³¹

Die Gesetzgeber von den Balearen, Valencia, Extremadura und dem Baskenland schufen demgegenüber jeweils ein Register der Comunidad Autónoma, das angeblich kein Zivilregister, sondern lediglich verwaltungsrechtliche Natur haben soll. Da zumindest die Gesetze der Balearen und des Baskenlandes zivilrechtliche Wirkungen entfalten und die Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Registrierung in das jeweilige Register erfordert und diese Registrierung allgemein konstitutive Wirkung hat, handelt es sich m.E. um Haarspalterei.³² Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich außerdem dadurch, dass es bis heute keine Vernetzung der Register gibt.

In anderen Comunidades Autónomas, wie Katalonien (für heterosexuelle Paare), Aragón, Navarra, und den Kanarischen Inseln ist die Begründung durch einen formalen Akt eine Alternative zur Begründung durch das bloße Zusammenleben. In Navarra, Aragón und den Kanarischen Inseln ist hiermit die Eintragung in ein von der Comunidad Autónoma hierfür geschaffenes Register gemeint, in Katalonien bedeutet dies wie schon vorher im Falle gleichgeschlechtlicher Paare, die Errichtung einer öffentlichen Urkunde. Schließlich nimmt das Recht Andalusiens eine Sonderstellung ein. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft wird hier durch das bloße Zusammenleben begründet. Die Eintragung in ein hierfür geschaffenes Register hat lediglich Beweisfunktion.³³

Wird die Lebensgemeinschaft durch das bloße Zusammenleben eingegangen, ist generell der Ablauf einer Frist notwendig. Diese Frist beträgt entweder ein³⁴ oder zwei Jahre.³⁵ In einigen Rechtsordnungen ist vorgesehen, dass im Falle gemeinsamer Kinder die Einhaltung einer Frist nicht erforderlich ist.³⁶ Andere

³⁰ Siehe Disposición Final 2ª. Der LKAT. Es gibt in der LVAL und der LNAV entsprechende Vorschriften.

³¹ Siehe oben Fn. 23.

³² *Rodriguez Martinez* (Fn. 15) 54.

³³ Art. 6 LAND.

³⁴ Art.1.1LVAL, art.1.1 LMAD, art.3.2 LAST, art.1.1 LKAN, art.2.1 LEX.

³⁵ Art.1.1 LKAT, art.3.1 LAR.

³⁶ Art.1.2 LKAT, art.2.2 LNAV, art.3.2 LAST, art.1 LKAN, art.2.2 LEX.

erklären, dass die Zeit des Zusammenlebens vor der Auflösung der Ehe eines oder beider Lebenspartner nach Aufhebung dieses Eingehungshindernisses angerechnet werden soll.³⁷ Der Nachweis des Zusammenlebens kann durch jedes zugelassene und ausreichende Beweismittel erfolgen.

Es muss zwischen den Partnern außer dem faktischen Zusammenleben und der Ablauf einer Frist oder der Eintragung eine enge gefühlsmäßige Beziehung (*relación de afecto*) bestehen. Einige der Autonomen Gesetze fordern eine eheähnliche Bindung, d.h. eine *affectio maritalis*, andere erwähnen die Ähnlichkeit mit der Ehe nicht. Letzteres geschieht in den Gesetzen von Valencia und Madrid, in denen die konservative Volkspartei zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses regierte. Jeglicher Hinweis auf die Eheähnlichkeit besonders im Zusammenhang mit homosexuellen Beziehungen löste heftigen Widerstand innerhalb der Partei und bei der katholischen Kirche aus. Es blieb also bei einer bloßen Zuneigungsbeziehung, die theoretisch erlaubt, dass Personen als Paar erfasst werden, unter denen kein eheähnliches Verhältnis besteht. Dies stünde aber im Widerspruch zu den Eingehungshindernissen aufgrund der Verwandtschaft unter den Lebenspartnern und der Exklusivität der Beziehung, die auf die Ähnlichkeit mit der Ehe hinweisen.

Die spanischen Gesetze verlangen gewisse personenbezogene Voraussetzungen. In den Gesetzen von Katalonien, Aragón und Valencia müssen beide Partner volljährig sein; Navarra, die Balearen, Madrid, Asturien, Andalusien, die Kanarischen Inseln, das Baskenland und Extremadura schreiben den besonderen zivilrechtlichen Status der Emanzipation vor. Die Verwandtschaft der Partner in gerader Linie ist nach allen Gesetzen ein Partnerschaftshindernis. Es gibt aber Unterschiede im Grad der verbotenen Verwandtschaft in der Seitenlinie. Die LKAT unterscheidet zwischen heterosexuellen und homosexuellen Partnerschaften. Im ersten Fall wird auf die Eheverbote hingewiesen, so dass die Partnerschaft bis zum dritten Grad der Seitenlinie ausgeschlossen ist, bei homosexuellen Partnerschaften ist unerklärlicherweise die Partnerschaft bei Verwandtschaft nur bis zum zweiten Grad der Seitenlinie ausgeschlossen. Auch Aragón, Navarra, Asturien, Andalusien und das Baskenland schließen eine Verwandtschaft bis zum 2. Grad der Seitenlinie aus, Valencia, Madrid, die Balearen, die Kanarischen Inseln und Extremadura gehen dahingegen bis zum 3. Grad der Seitenlinie. Problematisch ist, dass es keine Möglichkeit der Befreiung wegen Familienverbundenheit gibt, was in einigen Fällen paradoxerweise den Zugang zur nichtehelichen Lebenspartnerschaft restriktiver gestaltet als den zur Heirat.

Alle spanischen Rechtsordnungen schließen die Eingehung einer Lebenspartnerschaft bei noch bestehender Ehe oder Lebenspartnerschaft der Partner aus. Im letzteren Fall ist nicht eine rein faktische Paarbeziehung gemeint, sondern eine Paarbeziehung, die als Lebenspartnerschaft im Sinne der anwendbaren Rechtsordnung gilt. Da die Lebenspartnerschaftsbegriffe in den spani-

³⁷ Art.1.3 LKAT, art.2.2 LNAV, art.2.2 LEX.

schen Rechtsordnungen abweichen, sind kollisionsrechtliche Schwierigkeiten nicht ausgeschlossen. Jemand, der seit einem Jahr mit einem Partner zusammenlebt, ist nach katalanischem Recht keine Lebenspartnerschaft eingegangen, wohl aber nach dem Recht Navarras. Falls diese Person in Navarra eine neue Lebenspartnerschaft eingehen will, ist das auf die Vorfrage anwendbare Recht maßgebend.

Diejenigen Partnerschaften, die die Eingehungserfordernisse der jeweils anwendbaren spanischen Rechtsordnungen nicht erfüllen, können dennoch als nichteheliche Lebenspartnerschaften *lato sensu* anerkannt werden.³⁸ Es gibt außerhalb der Gesetze der Comunidades Autónomas eine Vielzahl von Spezialgesetze, die auf unverheiratete Paare Bezug nehmen. Problematisch ist nur, dass es in diesen Gesetzen keinen einheitlichen Begriff der Lebenspartnerschaft gibt.³⁹ So umfasst der Lebenspartnerschaftsbegriff des Mietrechts sowohl gleich- wie auch verschiedengeschlechtliche Paare,⁴⁰ während das Unfallsrecht homosexuelle Partnerschaftsbeziehungen nicht als Lebenspartnerschaften anerkennt.⁴¹ Es ist also von Fall zu Fall unterschiedlich, ob eine Paarbeziehung, die nicht als nichteheliche Lebensgemeinschaft im Sinne der anwendbaren spanischen Rechtsordnung gilt, den Lebenspartnerschaftsbegriff der Spezialgesetze erfüllt. Ein bloß zusammenlebendes gleichgeschlechtliches Paar ist keine *unió estable de parella* im Sinne des katalanischen Gesetzes, würde im Mietrecht aber als Lebenspartnerschaft verstanden werden, wenn es zwei Jahre zusammengelebt hat. Im Unfallsrecht wäre es keine Lebenspartnerschaft, da hier der Gesetzgeber auf die Geschlechtsverschiedenheit der Partnerschaftsmitglieder abstellt.

Ungeklärt ist ferner die Frage, ob auf eine Partnerschaftsbeziehung, die nicht die Eingehungserfordernisse der jeweils anwendbaren spanischen Rechtsordnung erfüllt, die von der Rechtsprechung erarbeiteten Lösungsansätze für Konfliktfälle angewendet werden können. Obwohl wahrscheinlich unterschieden werden muss, ob die spanische Rechtsordnung die Eingehung durch einen formalen Akt vorschreibt oder nicht und welches der Grund für die fehlende Anerkennung der Paarbeziehung ist, sind die Interessenkonflikte, die der Richter lösen muss, mit denen der anerkannten Lebenspartnerschaft zumindest verwandt, so dass es angemessen erscheint, dieselben Lösungsansätze anzuwenden.⁴²

Das portugiesische Lebenspartnerschaftsgesetz gehört dem faktischen Regelungsmodell an. Eine Lebenspartnerschaft entsteht durch das bloße Zusammenleben zweier Personen, die unabhängig vom Geschlecht seit mehr als zwei Jahren in einer faktischen Lebenspartnerschaft leben. Eingehungshindernisse gibt es *strictu sensu* nicht, da kein formaler Akt für die Errichtung der Lebens-

³⁸ In Bezug auf das Recht Kataloniens, siehe *Martin Casals* (Fn. 13) 1146.

³⁹ *Alvarez Lata*, Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial, *Derecho Privado y Constitución* 1998, 7-68.

⁴⁰ *Infra* D.VI.

⁴¹ *Infra* D.V.

⁴² *Garrido Melero*, *Derecho de Familia*, Madrid 1999, S. 87.

partnerschaft notwendig ist. Die an die Lebenspartnerschaft vom Lebenspartnerschaftsgesetz geknüpften Rechtsfolgen treten aber dann nicht ein, wenn die Partner oder einer der Partner (a) ein geringeres Alter als 16 Jahre haben, (b) offensichtlich geisteskrank sind, (c) an eine frühere nicht aufgelöste Ehe gebunden sind, es sei denn, dass eine gerichtliche Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen wurde, (d) die Partner in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie oder Schwägerschaft in gerader Linie miteinander verwandt sind oder (e) einer der Partner als Täter oder Mittäter eines gegen den Ehegatten des anderen Partners begangenen Totschlages verurteilt worden ist. Laut Art. 1.2 lässt das portugiesische Gesetz andere Vorschriften zum rechtlichen Schutz von Lebenspartnerschaften unberührt, die es ermöglichen, nicht vom Gesetz erfasste Partnerschaftsbeziehungen zu berücksichtigen.

D. Wirkungen

Wie bereits erwähnt, ist der Inhalt der spanischen Gesetze stark von den jeweiligen Gesetzgebungskompetenzen der Comunidad Autónoma abhängig. Die vollständigsten Gesetze sind die der historischen Comunidades Autónomas, weil diese auch im Privatrecht tätig werden können, während die anderen Gesetzgeber hauptsächlich im öffentlichrechtlichen Bereich agieren. Da auch hier die Kompetenzen der Comunidades Autonomas wesentliche Einschränkungen aufweisen und Bereiche des Sozialversicherungs-, des Steuer- und des Ausländerrechts dem Staat vorbehalten sind, haben einige dieser Gesetze einen sehr begrenzten Inhalt. Es handelt sich um Pamphlet- oder Postergesetze, die den Partnern zwar die soziale Anerkennung, aber wenig einklagbare Rechte gewähren.

Das portugiesische Lebenspartnerschaftsgesetz ist im Wesentlichen eine Zusammenfassung von schon bestehenden Rechten.⁴³ Im Vergleich zu den spanischen Gesetzen der historischen Comunidades Autónomas sind die privatrechtlichen Wirkungen der Beziehung im portugiesischen Lebenspartnerschaftsgesetz eher begrenzt. Die Wirkungen im öffentlichen Recht sind hingegen bedeutend. So sind in Portugal Lebenspartnerschaften bei der Einkommensteuer und bei Begünstigungen hinsichtlich Urlaub, Feiertage und Fehlzeiten im Arbeits- und Beamtenrecht Ehegatten gleichgestellt. Ferner sieht das Gesetz Rentenzahlungen im Falle der Invalidität oder des Todes aufgrund eines Arbeitsunfalls oder berufsbedingter Krankheit vor. Im Folgenden sollen einige dieser Bereiche näher erörtert werden.

⁴³ *Pereira Coelho/de Oliveira*, Curso de Direito da Família, vol. I, 3. Aufl., Coimbra 2003, S. 109.

I. Verwandtschaft

Die spanische LAR und LBAL erklären ausdrücklich, dass die nichteheliche Lebenspartnerschaft kein Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Partnern und den jeweiligen Verwandten des einen oder anderen begründet.⁴⁴ Im katalanischen Recht, dem Recht von Navarra und dem baskischen Recht äußern sich die Gesetzgeber nicht, so dass man davon ausgehen muss, dass die Lebenspartnerschaft mangels Regelung keine verwandtschaftlichen Beziehungen entstehen lässt. Die Gesetze der Comunidades Autónomas ohne Gesetzgebungskompetenz im privatrechtlichen Bereich können sich hierzu nicht äußern, was letztendlich auch bedeutet, dass sich aus der nichtehelichen Lebenspartnerschaft keine verwandtschaftlichen Beziehungen gegenüber Dritten ergeben.⁴⁵ Gleiches gilt für das portugiesische Recht.⁴⁶

II. Vermögenszuordnung

In Spanien wurden früher Vereinbarungen unter Lebenspartnern von der Rechtsprechung wegen Sittenwidrigkeit für nichtig erklärt. Heutzutage werden sie allgemein in Anlehnung an das Prinzip der Vertragsfreiheit anerkannt.⁴⁷ Die Lebenspartner können sowohl während des Bestehens als auch für den Fall der Auflösung der Lebensgemeinschaft vermögensrechtliche und persönliche Vereinbarungen treffen. Dies wird von den Autonomen Gesetzen ausdrücklich festgelegt.⁴⁸ Die Lebenspartnerschaftsgesetze spiegeln aber hiermit nur das bereits schon geltende Recht wider und führen keine Neuregelung ein.

Unterschiede gibt es in der Form der Vereinbarung. Das Recht Kataloniens und der Balearen erlaubt neben der Privaturkunde auch die mündliche Vereinbarung. In Aragon und Valencia muss die Vereinbarung in Gestalt einer öffentlichen Urkunde errichtet werden, in Navarra und Asturien sind sowohl private als auch öffentliche Urkunden erlaubt.

Vereinbarungen müssen jeweils die gesetzlichen Mindeststandards respektieren, ein Verzicht auf Unterhalts- und Ausgleichsansprüche nach Auflösung der Beziehung oder auf erbrechtliche Vergünstigungen etwa ist untersagt. Einige Gesetze wie z.B. die LKAT sehen für Gemeinschaftsausgaben eine gesamtschuldnerische Haftung gegenüber Dritten vor, die von den Lebenspartnern vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann.

⁴⁴ Art.14 LAR, art.3 LBAL.

⁴⁵ *Mata de Antonio*, Algunos aspectos de un análisis comparativo entre las distintas leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho en España, *Revista de Derecho de Familia* 2004, 313.

⁴⁶ *Pereira Coelho/de Oliveira* (Fn. 43) 107-108.

⁴⁷ STS 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4907).

⁴⁸ Art. 3.1 LKAT (Heterosexuelle Paare), Art. 22 LKAT (homosexuelle Paare); Art. 5 LAR, Art. 5 LNAV, Art. 4 LVAL, Art. 4 LBAL, Art. 4 LMAD, Art. 5 LAST, Art. 10 AND, Art. 7 LKAN, Art. 5 LPV, Art. 6 LEX.

Nach einigen Gesetzen dürfen Vereinbarungen die Rechte Dritter, die Würde der Partner, zwingende Normen, die Rechtsgleichheit der Partner oder das Kindeswohl nicht beeinträchtigen. In anderen Fällen ist ausdrücklich festgelegt, dass die Lebenspartnerschaft nicht befristet oder unter Bedingung geschlossen werden dürfen. Diese Rechtsvorschriften sind m.E. im Wesentlichen überflüssig. Die schlichte Anwendung der allgemeinen Schuldrechtslehre würde nämlich zur Nichtigerklärung sittenwidriger Vereinbarungen führen.

Umstritten ist, ob trotz fehlender Ehe auch ein (Ehe)Güterstand gewählt werden kann. Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt.⁴⁹ Die Rechtsprechung hat allerdings bereits in mehreren Fällen eine konkludente Rechtswahl eines Ehegüterstandes angenommen.⁵⁰ Das wesentliche Problem der Anwendung des Ehegüterrechts sind die Wirkungen gegenüber Dritten. Da die Regelung des Registerwesens dem Staat vorbehalten ist, mangelt es an Publizität, so dass Vereinbarungen nur *inter partes* Wirkungen entfalten.

Vereinbarungen zum Güterstand sind selbst bei verheirateten Paaren in der Praxis äußerst selten. Deshalb ist der gesetzliche Güterstand besonders relevant. In dieser Hinsicht haben die Gesetze der Autonomen Gemeinschaften wenig Hilfestellung geleistet. Die Rechtsprechung hat die analoge Anwendung des gesetzlichen Ehegüterrechts stets abgelehnt und geht vom Prinzip der Gütertrennung aus.⁵¹ In Katalonien, Aragon, Navarra, auf den Balearen und im Baskenland leben Lebenspartner auch nach Erlass der Lebenspartnerschaftsgesetze, falls nichts anderes vereinbart wurde, weiterhin im Stand der Gütertrennung. Die anderen spanischen Rechtsordnungen enthalten wegen der bereits öfter erwähnten mangelnden Gesetzgebungskompetenz hierzu keine eigenständigen Vorschriften. Im Ergebnis läuft aber alles weiterhin auf die Gütertrennung hinaus.

Die Gesetze Kataloniens, Aragons, Navarras, der Balearen und des Baskenlandes schreiben vor, dass mangels Vereinbarung beide Partner durch Hausarbeit oder Einkünfte einen persönlichen, im Verhältnis zu den jeweiligen Ressourcen stehenden Beitrag zu den Gemeinschaftsausgaben leisten müssen. Die Gesetzgeber der historischen Comunidades Autonomas regeln auch die Haftung der Partner gegenüber Dritten für Verbindlichkeiten zur Deckung der Gemeinschaftsausgaben. Es gibt aber Unterschiede in der Definition der Gemeinschaftsausgaben und in der Ausgestaltung der Haftung. In Katalonien, Aragón und Navarra haften die Partner gesamtschuldnerisch. Abweichend zur Gesamthaftung schreibt das Gesetz der Balearen vor, dass jeder Partner alleine für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten haftet, im Bereich der Gemeinschaftsausgaben haftet der andere Partner subsidiär.

⁴⁹ *Amunategui Rodriguez* (Fn. 17) 159-163.

⁵⁰ STS 18.05.1992 (RJ 1992/4907) und 21.10. 1992 (RJ 1992, 8589); *Seoane Prado*, Liquidación de patrimonios comunes, in: Ortuno Munoz, Las uniones estables de pareja, Madrid 2003, S. 349-450.

⁵¹ STS 22.01. 2001 (RJ 2001, 1678) und 27.03. 2001 (RJ 2001, 4770).

Das portugiesische Recht schafft unter nichtehelichen Lebenspartnern weder einen gesetzlichen Güterstand noch ein Primärrecht, das wesentliche Aspekte der vermögensrechtlichen Beziehungen bestimmt. Die Partner können lediglich gemäß dem allgemeinen Schuldrecht Vereinbarungen treffen, die ihre vermögensrechtlichen Beziehungen regeln.⁵² Im portugiesischen Schrifttum wird aber vertreten, dass die für Ehegatten vorgesehene gesamtschuldnerische Haftung für Gemeinschaftsausgaben aus Art. 1691 b) Código Civil auch für Lebenspartnerschaften gelten soll, da das Zusammenleben den Anschein der Ehe haben kann und die Gutgläubigkeit von Dritten schutzbedürftig sei.⁵³

III. Vertretung und Vollmacht

In den Gesetzen der Comunidades Autónomas históricas wird oft die Betreuung bei Geschäftsunfähigkeitserklärung vorrangig dem Lebenspartner zugesprochen.⁵⁴ Der Gesetzgeber von Navarra stellt auch bei Verschollenenvertretung, Pflegschaft und bei der so genannte *declaración de prodigalidad* (Verfügungsbeschränkungen aufgrund von Verschwendung) Ehepartner und Lebenspartner gleich.⁵⁵

IV. Unterhalt

Eine Regelung zum Unterhaltsrecht enthalten die Gesetze von Katalonien, Aragón, Navarra, den Balearen und dem Baskenland, d.h. alle historischen Gemeinschaften, die ein Spezialgesetz erlassen haben. Die Gesetze von Valencia, Madrid, Asturien, Andalusien, den Kanarischen Inseln und Extremadura enthalten hierzu keine Regelung, da es diesen Comunidades Autonomas an Gesetzgebungskompetenz in diesem Bereich mangelt.

Nach Art. 8 (heterosexuelle Paare) und 26 (homosexuelle Paare) der LKAT haben die Partner einer *unió estable de parella* während des Bestehens der Beziehung eine vorrangige Unterhaltspflicht. Dies ist auch im Recht Aragons, der Balearen und im Baskenland vorgesehen. Die LNAV enthält keine Regelung zum Unterhalt bei bestehender Lebensgemeinschaft. Da aber ein Unterhaltsanspruch bei Auflösung der Beziehung vorgesehen ist, wird allgemein interpretiert, dass auch während der Lebensgemeinschaft eine Unterhaltspflicht besteht.

Nach Auflösung der Partnerschaft kennt die LKAT zwei Ausgleichsansprüche; zum einen einen wirtschaftlichen Ausgleich für den Partner, der ohne Bezahlung im gemeinsamen Haushalt oder für den anderen Partner gearbeitet

⁵² *Pereira Coelho/de Oliveira* (Fn. 43) 121.

⁵³ *Pereira Coelho/de Oliveira* (Fn. 43) 124.

⁵⁴ Art. 7 u. 25 LKAT, art. 12 LAR.

⁵⁵ Art. 9 LNAV.

hat, wenn es eine Ungleichheit in den Vermögen beider Partner gibt, die als ungerechtfertigte Bereicherung qualifiziert werden kann.⁵⁶ Diese Regelung ist im Prinzip keine absolute Neuheit, da die Rechtsprechung mehrmals die Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft anhand des Bereicherungsrechts gelöst hat.⁵⁷ Zum anderen sieht die LKAT einen Anspruch vor, wenn einer der Partner nach der Trennung in Not ist und die Erwerbsfähigkeit des Bedürftigen entweder durch das Zusammenleben oder die Pflege gemeinsamer Kinder gemindert worden ist. Dieser Anspruch ist sowohl ein Unterhalts- als auch ein Ausgleichsanspruch. Dabei hat sich der katalanische Gesetzgeber an dem *De Facto Relationships Act* Australiens orientiert.⁵⁸

Die LAR sieht auch zwei verschiedene Ausgleichsansprüche vor, die zwar im Detail von der katalanischen Regelung abweichen, grundsätzlich aber in der Konzeption mit dieser übereinstimmen. Wenn das Zusammenleben einen Partner gegenüber dem anderen wirtschaftlich schlechter gestellt hat und diese Ungleichheit eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, kann der andere Partner einen wirtschaftlichen Ausgleich fordern. Dies wäre der Fall, wenn er zur Anschaffung, Erhaltung und Verbesserung der Güter des Partners beigetragen hat oder sich ohne oder mit unzureichender Vergütung dem Haushalt oder den Kindern gewidmet hat. Einen differenzierten Anspruch gewährt das Recht Aragons nur, wenn ein Partner Unterhalt benötigt und die Betreuung der gemeinsamen Kindern ihm die Erwerbstätigkeit nicht oder nur schwer ermöglicht. Das katalanische Recht ist hier also großzügiger, da Unterhalt auch dann geleistet wird, wenn das Zusammenleben selbst der Grund für eine geminderte Erwerbsfähigkeit des bedürftigen Partners ist.

Auch die Gesetze von Navarra, von den Balearn und des Baskenlands sehen einen wirtschaftlichen Anspruch aufgrund der ungerechtfertigten Bereicherung eines der Lebenspartner vor. Der Unterhaltsanspruch im Recht Navarras, der Balearn und des Baskenlandes ist dem katalanischen Recht sehr ähnlich, also großzügiger als das Recht Aragons. Die Erwerbsfähigkeit des Bedürftigen kann durch die Betreuung von Kindern oder durch das Zusammenleben selbst gemindert worden sein.

Neben den Foralrechten gibt es in Spanien noch das so genannte gemeinspanische Zivilrecht (*Derecho civil común*). Dieser Begriff ist aber klärungsbedürftig, weil das gemeinspanische Zivilrecht nur in dem Sinn gemeinspanisch ist, als es im Bereich der Foralrechte subsidiär angewandt wird. Gemeinspanisches Zivilrecht kommt vorrangig dann zur Anwendung, wenn es kein Foralrecht gibt, also sowohl in denjenigen Comunidades Autónomas, in denen es zwar ein Gesetz zur nichtehelichen Lebenspartnerschaft gibt, dieses sich aber nicht auf privatrechtliche Beziehungen erstrecken kann (Valencia, Madrid,

⁵⁶ Art. 13 (heterosexuelle Partnerschaften) und 31 (Homosexuelle Partnerschaften LKAT).

⁵⁷ Lopez Azcona, La ruptura de las parejas de hecho. Análisis legislativo y jurisprudencial, Madrid 2002, S. 67-71, Martin Casals (Fn. 13) 1196.

⁵⁸ Martin Casals (Fn. 13) 1197.

Asturien, Andalusien, Kanarische Inseln oder Extremadura), als auch in denjenigen Comunidades Autonomas, in denen es kein Spezialgesetz gibt und die nicht zu den so genannten historischen Comunidades Autónomas gehören.

Im gemeinspanischen Zivilrecht hat die Rechtsprechung stets die Analogie zur Ehe abgelehnt. Das gesetzliche Unterhaltsrecht unter Verwandten ist nicht auf Lebenspartnerschaften anwendbar. Unterhaltsansprüche zwischen Lebenspartnern können nur aufgrund von Vereinbarungen entstehen. Das spanische Recht stuft Unterhaltsleistungen unter Lebenspartnern aber als „*obligaciones naturales*“ ein, was praktisch zur Folge hat, dass zwar Unterhaltsforderungen nicht eingeklagt werden können, aber tatsächlich während des Bestehens der Partnerschaft gebrachte Leistungen nicht zurückgefordert werden können.

Wie schon erwähnt hat die Rechtsprechung viele Konflikte bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft anhand des Bereicherungsrechts gelöst. Das gemeinspanische Recht kennt einen weiteren Anspruch bei Auflösung der Ehe, die so genannte *pensión compensatoria* nach Art. 97 Código Civil. Derjenige Ehegatte, der nach der Trennung, der Nichtigkeitserklärung der Ehe oder der Scheidung wirtschaftlich schlechter gestellt ist als der andere, hat einen Anspruch auf Unterhalt/Ausgleich, wenn sich seine Situation im Vergleich zur Situation während der Ehe verschlechtert hat. Bei der Gewährung dieser Leistung werden eventuelle Vereinbarungen zwischen den Ehepartnern, das Alter und der Gesundheitszustand, die berufliche Qualifikation und die Erwerbsfähigkeit, die Familienarbeit, der unentgeltliche Beitrag im Geschäft des Ehepartners, die Dauer der Ehe und der eventuelle Verlust einer Rente berücksichtigt.

Eine analoge Anwendung der *pensión compensatoria* auf nichteheliche Lebenspartnerschaften wurde lange Zeit von der Rechtsprechung abgelehnt. Seit 2001 befürwortet aber die Rechtsprechung die analoge Anwendung von Art. 97 Código Civil bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften.⁵⁹ Der Rechtsprechungsumschwung wird damit begründet, dass der Gleichheitssatz es nicht erlaube, das nichteheliche Lebenspartnerschaften je nach anwendbarem Zivilrecht schlechter bzw. besser stünden.⁶⁰ Die Gesetze der Autonomen Gemeinschaften hatten auch indirekt außerhalb des jeweiligen Anwendungsbereiches Einfluss.⁶¹

Das portugiesische Gesetz zur nichtehelichen Lebenspartnerschaft enthält keine Ausgleichs- oder Unterhaltsansprüche. Im Prinzip lehnt das portugie-

⁵⁹ STS 27-03-2001 (RJ 2001,4769), STS 05-07-2001 (RJ 2001,4993) u. STS 16-07-2002 (RJ 2002/6246).

⁶⁰ Dieser Argumentation ist m.E. nicht ohne weiteres zuzustimmen. Rechtsverschiedenheit als solche ist kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz.

⁶¹ *Cervilla Garzon*, El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho, Revista Jurídica del Notariado 2002, 127 ff.

sische Recht die Analogie zur Ehe ab und sucht Abhilfe im Bereicherungsrecht und in anderen allgemeinen Instituten des Schuld- und Sachenrechts.⁶²

V. Ersatzansprüche bei Verletzung /Tötung des nichtehelichen Lebenspartners

Keines der Gesetze der Autonomen Gemeinschaften regelt mögliche Schadensersatzansprüche bei Verletzung oder Tötung des Lebenspartners. Die Gewährleistung von Schadensersatz ist aber im spanischen Recht unproblematisch, weil das Schadensersatzsystem auf einer Generalklausel beruht, die es jedem Geschädigten, unabhängig davon, ob er ein Familienangehöriger oder ein Dritter, Erbe oder Nichterbe ist, erlaubt, Schadensersatz wegen materieller und/oder immaterieller Schäden zu beanspruchen.⁶³ Die Anerkennung der Aktivlegitimation für den Lebenspartner bereitet somit keine besonderen Probleme, da der andere Lebenspartner wie in vielen anderen Fällen finanzieller Abhängigkeit materielle Schäden wird nachweisen können. Der moralische oder immaterielle Schaden kann durch die besondere Zuneigung innerhalb der Beziehung begründet werden kann. Problematisch kann nach wie vor der Beweis der Partnerschaft sein. Eine Registrierung der Partnerschaft kann abhelfen.

Verunglückt ein Lebenspartner bei einem Verkehrsunfall, ist die *Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de los vehículos a motor* anwendbar. Der Schaden wird anhand einer Tabelle bestimmt, die Ehegatten und Lebenspartner gleich behandelt. Allerdings schließt der Lebenspartnerschaftsbegriff in diesem Gesetz die gleichgeschlechtliche Partnerschaft aus.⁶⁴

Das portugiesische Recht ist in diesem Bereich viel restriktiver. Die Aktivlegitimation des Lebenspartners kann nur dann anerkannt werden, wenn der Verstorbene den Überlebenden unterhielt; der Kreis der Aktivlegitimierten im Falle eines immateriellen Schadens ist begrenzt; er umfasst den Ehegatten, nicht aber den Lebenspartner.

VI. Gemeinsame Wohnung/Mietrecht

Das spanische Mietrecht enthält Vorschriften zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die unabhängig von den Autonomen Lebenspartnerschaftsgesetzen gelten. In einigen Fällen hat der Autonome Gesetzgeber in dem jeweiligen Lebenspartnerschaftsgesetz überflüssigerweise auf diese Regelung hinge-

⁶² *Pereira Coelho/de Oliveira* (Fn. 43) 129.

⁶³ STS de 14.12.1996 (RJ 1996, 8970).

⁶⁴ *Barceló Doménech*, Las uniones de hecho y la indemnización por muerte en accidente de circulación, Valencia 2002. Nach Abschluss des Manuskriptes wurde aber die gleichgeschlechtliche Partnerschaft in einem Urteil von der Audiencia Provincial von Sevilla vom 6. September 2004 als Lebenspartnerschaft anerkannt. Ein restriktiver Lebenspartnerschaftsbegriff soll gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz verstoßen.

wiesen;⁶⁵ in der LBAL begnügt sich der Gesetzgeber nicht mit einem Hinweis, sondern kopiert die Regelung, was den Eindruck erwecken könnte, er habe die Regelung selbst eingeführt. Allerdings muss immer bedacht werden, dass der Lebenspartnerbegriff des Mietrechts ein eigenständiger ist, der sowohl den gleich- wie den verschiedengeschlechtlichen Partner umfasst und auf das bloße Zusammenleben während einer Frist von zwei Jahren in der Mietwohnung abstellt. Diese Frist muss unabhängig von den Lebenspartnerschaftsgesetzen eingehalten werden. Eine nach dem Recht Kataloniens durch die Errichtung einer öffentlichen Urkunde geschaffene *unió estable de parella* wird vom Mietrecht nur begünstigt, wenn das Paar zwei Jahre lang in derselben Mietwohnung zusammengelebt hat.

Art. 12 der LAU⁶⁶ erfasst solche Situationen, in denen nur einer der Partner Mieter ist. Im Falle von Nichtverlängerung oder Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter behandelt das Gesetz den zusammenlebenden Ehegatten und den Lebenspartner gleich. Der Vermieter muss den Ehegatten oder Lebenspartner von der Kündigung benachrichtigen. Der Ehegatte oder der Lebenspartner verfügen dann über eine Frist von 15 Tagen, in der sie erklären können, dass sie das Mietverhältnis fortsetzen möchten. Wenn der Mieter ohne Kündigung aus der Wohnung auszieht, hat der verbliebene Partner (Ehegatte oder Lebenspartner) eine einmonatige Frist, um dem Vermieter mitzuteilen, dass er in das Mietverhältnis eintreten möchte.

Bei Auflösung der Beziehung hat die Rechtsprechung die Wohnungszuweisung unabhängig von den Lebenspartnerschaftsgesetzen anhand einer Analogie zur Wohnungszuweisung bei Trennung, Scheidung und Nichtigkeitsklärung der Ehe geregelt.⁶⁷ Im Falle von Lebenspartnerschaften mit Kindern wird die analoge Anwendung von Art. 96 Código Civil generell bejaht; falls es keine Kinder gibt, ist die analoge Anwendung von Art. 96.3 problematischer, ist aber vom Obersten Gerichtshof (Tribunal Supremo) ebenfalls befürwortet worden.⁶⁸

Das katalanische Lebenspartnerschaftsgesetz enthält eine zusätzliche Regelung zu Wohnung und Hausrat. Der Lebenspartner, der Alleineigentümer der gemeinsamen Wohnung oder des Hausrates ist, kann ohne Zustimmung seines Partners keine Verfügungen oder Verpflichtungen eingehen, die diese betreffen. Ohne Zustimmung abgeschlossene Geschäfte können für nichtig erklärt werden.⁶⁹

Auch das portugiesische Recht regelt die Wohnungszuweisung bei Trennung, indem es Ehegatten und Lebenspartner gleichstellt. Dieser Grundsatz ergibt sich aus zwei Urteilen des Verfassungsgerichtshofs,⁷⁰ die das portugie-

⁶⁵ Art. 18.3 und 33 LKAT.

⁶⁶ Ley 29/1994. de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos (BOE 25.11.1994).

⁶⁷ Lopez Azcona (Fn. 57) 76-80.

⁶⁸ STS 16.12.1996 (RJ 1996,9020); STS 10.3.1998 (RJ 1998, 1272).

⁶⁹ Art.11 u.28 LKAT.

⁷⁰ Acordo n° 359/91 vom 9 Juli und Acordo n° 1221/96 vom 4.Dezember.

sische Lebenspartnerschaftsgesetz auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften ausdehnen. Es wird unterschieden, je nachdem, ob es sich um eine Miet- oder Eigentumswohnung handelt. Im Fall einer Eigentumswohnung weist das portugiesische Lebenspartnerschaftsgesetz auf Art. 1793 des Código Civil hin, der die Wohnungsauflösung bei Scheidung oder Trennung von Tisch und Bett regelt. Es fällt mangels Vereinbarung letztendlich dem Richter zu zu entscheiden, welcher Lebenspartner, angesichts der jeweiligen Bedürfnisse und der Interessen der gemeinsamen Kinder, die gemeinsame Wohnung erhält. Im Falle einer Mietwohnung ist der Lösungsansatz im Prinzip derselbe. Die Lebenspartner können entscheiden, wer von ihnen in der Wohnung bleibt. Mangels Vereinbarung entscheidet der Richter. Dessen Entscheidung muss die wirtschaftliche Lage der Lebenspartner, die tatsächlichen Umstände hinsichtlich der Benutzung der Wohnung, die Interessen der Kinder usw. berücksichtigen. Auch in diesem Fall weist das Lebenspartnerschaftsgesetz auf die Regelung unter Ehegatten hin.

VII. Kindschaftsrecht

Das spanische Kindschaftsrecht ist stark vom Gleichheitsgrundsatz geprägt: Jegliche Diskriminierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern ist von der Verfassung untersagt.⁷¹ Die Rechtstellung von Vater und Mutter ist von der Tatsache unabhängig, ob Vater und Mutter miteinander verheiratet sind oder nicht.

In diesem Bereich spiegeln die Autonomen Gesetze weitgehend das schon vorher geltende Recht. Vereinbarungen zum Sorge- und Besuchsrecht bei Auflösung der Beziehung sind möglich.⁷² Diese werden aber vom Richter inhaltlich nach dem Kindeswohlmaßstab, eventuell nach Anhörung der Kinder, geprüft. Dasselbe gilt für die Comunidades ohne eigenes Foralrecht und ergibt sich aus der Anwendung von Art. 90-94 des Código Civil.

Die spanischen Lebenspartnerschaftsgesetze erwähnen den Bereich der künstlichen Befruchtung nicht. Dies ist teilweise auf die fehlenden Gesetzgebungskompetenzen der Gesetzgeber zurückzuführen. Andererseits ist das spanische Recht⁷³ in diesem Bereich recht fortschrittlich und somit nicht änderungsbedürftig. Jede volljährige Frau kann sich künstlich befruchten lassen. Die Ungleichbehandlung von Ehemann und Lebenspartner erklärt sich durch die unterschiedliche Regelung der Vaterschaft. Bei einem ehelichen Kind wird die Vaterschaft vermutet, weshalb der Ehemann in die künstliche Befruchtung einwilligen muss;⁷⁴ im Falle der Lebenspartnerschaft muss der Lebens-

⁷¹ Art. 39.2 spanische Verfassung.

⁷² Art. 15 der LKAT, Art. 8 der LAR, Art. 10 LNAV und Art. 11 LBAL.

⁷³ Ley sobre técnicas de reproducción asistida (L 35/1988 de 22 de noviembre). Für Katalonien gilt in diesem Bereich das Familiengesetzbuch.

⁷⁴ Art. 6.2 der Ley sobre técnicas de reproducción asistida.

partner das Kind anerkennen, um als gesetzlicher Vater zu gelten. Die Einwilligung zur künstlichen Befruchtung, die der Lebenspartner erteilen kann, ist ein Vaterschaftsbekanntnis gemäß Art. 48 des Personenstandsregistergesetzes.⁷⁵ Der katalanische Gesetzgeber folgt demselben Ansatz.⁷⁶

Das gemeinsame Adoptionsrecht der heterosexuellen Lebenspartnerschaften, das in einigen spanischen Lebenspartnerschaftsgesetzen erwähnt wird,⁷⁷ ist auch keine Neuheit. Es wurde schon 1987 für das Gebiet des Código Civil eingeführt und galt auch schon vorher im Bereich z.B. des katalanischen Rechts.

Umstritten sind demgegenüber die Rechte der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften. Nur Navarra, das Baskenland und seit kurzem Aragón ermöglichen die gemeinsame Adoption durch gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften.⁷⁸ Katalonien und der staatliche Gesetzgeber, der seit dem Regierungswechsel im März 2004 eine Regelung der Lebenspartnerschaft beabsichtigt, wollen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern ein gemeinsames Adoptionsrecht gewähren. Das wird jedoch m.E. in der Praxis zu wenigen Adoptionen führen, da in Spanien kaum Kinder zur Adoption freigegeben werden und die Ursprungsländer im Falle einer internationalen Adoption im Regelfall die Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare nicht erlauben werden.

In der Praxis relevanter ist die Stiefkindadoption durch den gleichgeschlechtlichen Lebenspartner. Im Januar 2004 hat ein spanisches Gericht erstmals die Adoption des Kindes einer der Lebenspartnerinnen durch die andere Lebenspartnerin ermöglicht. Beide Frauen bildeten eine Lebenspartnerschaft im Sinne des Rechts von Navarra.⁷⁹ Das Gericht ermöglichte die Adoption eines durch künstliche Befruchtung gezeugten Kindes, weil diese dem Kindeswohl entspräche, da das Kind ohnehin bei beiden Frauen aufwüchse.

Das portugiesische Lebenspartnerschaftsgesetz ist im Bereich des Kindschaftsrechts zurückhaltend. Erstmals wird im portugiesischen Recht heterosexuellen Lebenspartnern ein gemeinsames Adoptionsrecht eingeräumt.

VIII. Erbrecht

Im Erbrecht weisen die spanischen Rechtsordnungen erhebliche Unterschiede untereinander auf.

Einige spanische Rechtsordnungen räumen dem überlebenden Lebenspartner gewisse Vergünstigungen ein, die nicht erbrechtlich, sondern familienrechtlich begründet werden. Nach der LKAT, der LAR, der LBAL und der LPV hat der überlebende Lebenspartner das Recht auf Kleidung, Möbel und Hausrat

⁷⁵ Art. 8.2 der Ley sobre técnicas de reproducción asistida.

⁷⁶ Art. 92 u. 97 des katalanischen Codi de família.

⁷⁷ Art. 6 LKAT, Art. 10 LAR, Art. 8 LNAV, Art. LPV.

⁷⁸ Siehe. Fn. 14.

⁷⁹ Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Pamplona, de 22.01. 2004 (*La Ley* n° 5974 vom 12. 3.2004).

(ausgenommen sind Juwelen, Familienerbstücke und wertvolle Kunstgegenstände). Ferner kann er ein Jahr in der gemeinsamen Wohnung verbleiben und während dieser Zeit Unterhalt aus dem Nachlass des Verstorbenen beziehen. Diese Rechte sind dem Lebenspartner auch in Fällen anerkannt worden, in denen die Autonome Regelung nicht anwendbar ist. Anspruchsgrundlage war in diesem Fall die ungerechtfertigte Bereicherung des Verstorbenen.⁸⁰

Im gesetzlichen Erbrecht unterscheidet die LKAT zwischen heterosexuellen und homosexuellen Lebenspartnerschaften. Art. 34 LKAT schafft ein gesetzliches Erbrecht für gleichgeschlechtliche Lebenspartner. Sie werden also gegenüber heterosexuellen (denen keine Rechte zustehen) privilegiert,⁸¹ gegenüber Ehegatten ist aber die Situation der gleichgeschlechtlichen Lebenspartner schlechter. Wenn der nichteheliche Partner mit Abkömmlingen oder Vorfahren des Verstorbenen konkurriert, hat er Anspruch auf ein Viertel des Nachlasses, wenn er selbst nicht über ausreichende Mittel für eine angemessene Lebensführung verfügt. Bei testamentarischer Erbfolge entsteht derselbe Anspruch gegenüber den Erben.

Bei nicht testamentarischer Erbfolge steigt der Anspruch des überlebenden Lebenspartners bis zur Hälfte, wenn es Verwandte in der Seitenlinie gibt. Gibt es keine anderen gesetzlichen Erben, ist der Lebenspartner Alleinerbe.

Die praktische Relevanz dieses gesetzlichen Erbrechtes muss aber relativiert werden. Die katalanische Lebenspartnerschaft unter Homosexuellen bildet sich nicht wie die heterosexuelle durch das bloße Zusammenleben, sondern bedarf der Errichtung einer öffentlichen Urkunde durch einen Notar. Der Gang zum Notar ermöglicht überall in Spanien die Errichtung eines Testaments, in das der Lebenspartner als Erbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzt werden kann.

Die LAR räumt Lebenspartnern keine gesetzlichen Erbansprüche ein. Das Recht von Navarra, den Balearen und des Baskenlands stellt dahingegen Lebenspartner und Ehepartner im Bereich des jeweiligen Zivilrechts gleich.

Die Gesetze von Andalusien, Valencia, Asturien, den Kanarische Inseln, Extremadura und Madrid enthalten keine erbrechtlichen Regelungen, da es den jeweiligen Gesetzgebern an Gesetzgebungskompetenz mangelt. Im Bereich des auch in diesen Autonomen Gemeinschaften anwendbaren Código Civil wird die nichteheliche Lebenspartnerschaft nicht berücksichtigt. Es bleibt also nur die Benennung zum Erben oder zum Vermächtnisnehmer im Testament.

Eine in ganz Spanien geltende Vergünstigung ergibt sich aus dem Mietrecht. Art. 16 der LAU gibt dem Lebenspartner des Mieters ein Eintrittsrecht in das Mietverhältnis bei dessen Tod (*subrogación mortis causa*), wenn dieser Partner dauerhaft mindest zwei Jahre mit dem Mieter in eheähnlicher Beziehung gelebt hat oder gemeinsame Kinder hat. Dies gilt unabhängig von der Sexualorientierung und ist somit sowohl auf gleich- als auch auf verschiedengeschlechtliche Paare anwendbar.

⁸⁰ STS 17.06. 2003 (RJ 2003/4605).

⁸¹ Siehe hierzu kritisch *Amunategui Rodriguez* (Fn. 17) 278.

Das portugiesische Recht enthält einige Vergünstigungen im Falle des Todes eines der Lebenspartner. Der bedürftige Lebenspartner kann Unterhalt aus dem Nachlass beziehen. Diese Regelung wurde bereits 1977 eingeführt. Der Unterhaltsanspruch gegenüber dem verstorbenen Lebenspartner ist aber nicht vorrangig, sondern nur vorgesehen, falls keine Ansprüche von Ehegatten, Abkömmlingen, Verwandten der aufsteigenden Linie oder Geschwistern geltend gemacht werden.

Das Lebenspartnerschaftsgesetz kennt ferner ein dingliches Wohnrecht für den Zeitraum von fünf Jahren oder ein Vorkaufsrecht für den gleichen Zeitraum im Fall des Todes des Partners, der Eigentümer der gemeinsamen Familienwohnung war. Dieses Recht erlischt aber, (a) wenn es Abkömmlinge des Verstorbenen gibt, die jünger als ein Jahr sind, (b) wenn Abkömmlinge des Verstorbenen mehr als ein Jahr mit ihm zusammen gelebt haben und beabsichtigen in der Wohnung zu bleiben, oder (c) eine entgegenstehende testamentarische Verfügung errichtet worden ist.

Schließlich wird auch die Übertragung des Mietverhältnisses von Todes wegen geregelt. Das Eintrittsrecht des Lebenspartners war bereits früher vorgesehen. Das jetzige Lebenspartnerschaftsgesetz hat lediglich die Frist des Zusammenlebens von fünf auf zwei Jahre gesenkt.

IX. Prozessrecht

Im Prozessrecht bereiten die Gesetze der spanischen Autonomen Gemeinschaften viele Schwierigkeiten, die sich z.T. dadurch ergeben, dass es in Spanien nur eine Gerichtsordnung gibt, deren Regelung dem Staat vorbehalten ist. Die Autonomen Gesetzgeber können nur sehr begrenzt zur Regelung der Besonderheiten des eigenen Rechts tätig werden. Von dieser Möglichkeit haben die Autonomen Gesetzgeber bei der Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft keinen Gebrauch gemacht. Die bis 2004 amtierende spanische Volkspartei stand der Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft skeptisch, wenn nicht negativ gegenüber.⁸² Dass der Erlass von 11 Gesetzen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft in verschiedenen Comunidades Autónomas Anlass für die Regelung der prozessualen Aspekte sein könnte, und dass hier der Staat nicht parteipolitisch, sondern als gesamtspanischer Gesetzgeber agieren sollte, ist nicht bedacht worden.

In einigen Gerichtsbezirken gibt es Familiengerichte, d.h. Zivilgerichte erster Instanz, die auf Familienstreitigkeiten spezialisiert sind, deren Kompetenz aber laut Gesetz auf Ehe- und Sorgerechtsstreitigkeiten begrenzt ist. Auch Sorgerechtsstreitigkeiten unverheirateter Eltern unterliegen diesen Familiengerichten. Zweifelhaft war hingegen lange, ob Familiengerichte auch für andere sich aus der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden

⁸² *Supra* C.

Konflikte zuständig seien. Dies ist jetzt vom Spanischen Tribunal Supremo anhand der Analogie zur Ehe bejaht worden; es scheint aber ausgeschlossen, die prozessualen Regelungen für Ehestreitigkeiten auch im Falle von Interessenkonflikten unter Lebenspartnern anzuwenden.⁸³ Die Schließung von Lücken bereitet auch im Falle der territorialen Zuständigkeit Probleme, da das im Jahre 2000 erlassene Zivilprozessgesetz nicht ausdrücklich auf lebenspartnerschaftliche Konflikte Bezug nimmt.⁸⁴

Der portugiesische Gesetzgeber tut sich hier viel leichter. Obwohl die Auflösung einer Lebensgemeinschaft nicht gerichtlich erfolgen muss (unten E.), werden die von der Auflösung abhängigen Ansprüche nach den prozessrechtlichen Regelungen wie eine Klage auf Feststellung eines Verwandtschaftsverhältnisses gehandhabt, auf die Art. 8 des portugiesischen Gesetzes ausdrücklich hinweist.

E. Auflösung der nichtehelichen Lebenspartnerschaft unter Lebenden

Die Auflösungsgründe sind in den spanischen Gesetzen relativ homogen. Die nichteheliche Partnerschaft wird aufgelöst: (a) durch übereinstimmende Willenseinigung, (b) durch den Willen eines Partners, wenn er es dem anderen ordnungsgemäß mitteilt, (c) durch Trennung und (d) durch Heirat. Die Gesetze von Navarra⁸⁵ und Asturien⁸⁶ erlauben, dass die Partner zusätzliche Auflösungsgründe vereinbaren. Einige Gesetzgeber sprechen von einer Trennung von einem Jahr,⁸⁷ andere lassen es bei sechs Monaten bewenden.⁸⁸

Der katalanische Gesetzgeber schreibt vor, dass die Lebenspartner die eventuell errichtete öffentliche Urkunde aufheben müssen.⁸⁹ Eine neue Lebenspartnerschaft kann erst sechs Monate nach der Aufhebung der alten eingegangen werden.⁹⁰ Dieser Regelung folgt auch der Gesetzgeber von Aragon,⁹¹ die Gesetze von Navarra, Asturien, den Kanarischen Inseln und Extremadura haben die sechsmonatige Frist für Errichtung einer neuen Lebenspartnerschaft fallen gelassen. In Valencia, auf den Balearen und in Madrid muss die Auflösung in das Register eingetragen werden.

⁸³ *Hijas Fernandez*, Jurisdicción y competencia, in: Ortuno Munoz (Hrsg.), *Las uniones estables de pareja*, Madrid 2003, S. 212-213.

⁸⁴ *Andres Joven*, Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y de procesos, in: Ortuno Munoz (Hrsg.), *Las uniones estables de pareja*, Madrid 2003, S. 228.

⁸⁵ Art. 4. 1. f) LNAV.

⁸⁶ Art. 4.1. f) LAST.

⁸⁷ LAR, LKAT, LNAV, LBAL, LAND, LEX.

⁸⁸ LVAL, LMAD, LKAN.

⁸⁹ Art. 12.2 LKAT.

⁹⁰ Art. 17 LKAT.

⁹¹ Art. 6.3 und 6.4 LAR.

Die Auflösung der Lebensgemeinschaft macht die gegenseitig erteilten Vollmachten unwirksam. Es können bereits erläuterte Ausgleichs- und Unterhaltsansprüche entstehen.

Das portugiesische Recht ermöglicht die Auflösung der Lebensgemeinschaft unter Lebenden durch den Willen eines der Partner oder durch Eheschließung. Ersterer umfasst sowohl den einseitigen Willen eines der Lebenspartner wie die einvernehmliche Auflösung. Die Auflösung ist nicht gerichtlich auszusprechen (Art. 8.2 a contrario).

F. Internationales Privatrecht

In Spanien, wo 11 verschiedene Gesetze die nichteheliche Lebensgemeinschaft regeln, ist das Kollisionsrecht von entscheidender Bedeutung, da sich Kollisionsrechtsfälle nicht nur in Fällen mit Auslandsbezug ergeben, sondern in rein nationalen Verhältnissen, die Bezüge zu mehr als einer spanischen Rechtsordnung aufweisen.

Die Lösung dieser internen Kollisionsrechtsfälle ist Aufgabe des so genannten Interregionalen Kollisionsrechts, dessen Gestaltung dem gesamtspanischen Gesetzgeber nach Art. 149.1.8 der spanischen Verfassung vorbehalten ist. Obwohl 11 Lebenspartnerschaftsgesetze seit 1998 erlassen worden sind, hat der gesamtspanische Gesetzgeber es nicht für notwendig erachtet, Kollisionsnormen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu erlassen. Diese unerklärliche Lücke des interregionalen Kollisionsrechts ist teilweise auf das Klima ideologischer Konfrontationen im spanischen Parlament zurückzuführen, wo die Volkspartei bis März 2004 die absolute Mehrheit hatte. Andererseits muss aber auch bedacht werden, dass das Interregionale Kollisionsrecht im Wesentlichen vor Erlass der spanischen Verfassung konzipiert wurde und generell reformbedürftig ist.⁹²

Einige der Gesetze der Autonomen Gemeinschaften enthalten einseitige Abgrenzungsnormen. Die LKAT, die LBAL und die LNAV knüpfen an die zivile Rechtsgebietszugehörigkeit (*Vecindad civil*)⁹³ der Lebenspartner.⁹⁴ Das katalanische Gesetz ist anwendbar, wenn einer der Lebenspartner die katalanische *vecindad civil* hat, gleiches gilt für die Gesetze Navarras und der

⁹² Die Reform des Interregionalen Kollisionsrechts ist z.Z. in Spanien eines der wichtigsten Diskussionsthemen im Schrifttum. Siehe mit Nachweisen: *Alvarez Gonzalez*, *Derecho interregional: claves para una reforma*, AEDIPr, t.III, 2003, 37-73.

⁹³ Jeder Spanier hat eine und nur eine *vecindad civil*. Nicht-Spanier können keine *vecindad civil* haben. Die *vecindad civil* ergibt sich nach der Abstammung, kann sich aber durch den gewöhnlichen Aufenthalt ändern. Siehe die Regelung in Art. 14 u. 15 Código civil.

⁹⁴ Art. 1.1 u. 20.2 LKAT, Art.2.3 LNAV, Art.2.2 LBAL.

Balearn. Andere Gesetze wie z.B. das des Baskenlands benutzen die *vecindad administrativa* als Anknüpfungspunkt.⁹⁵

Da die einseitigen Kollisionsnormen auseinander fallen, sind Normhäufung und Normmangel keineswegs ausgeschlossen. Welches ist das anwendbare Recht, wenn ein Mitglied der Partnerschaft die katalanische, der andere Partner aber die *vecindad civil* von Navarra hat? Sowohl das Gesetz Navarras als auch das Gesetz Kataloniens regeln die Lebenspartnerschaft, wenn ein Partner die *vecindad civil* des jeweiligen Rechtsgebiets hat. Das Problem des Normmangels ist hauptsächlich in internationalprivatrechtlichen Fällen akut. So hatte ein Gericht zweiter Instanz in Gerona über Unterhaltsansprüche nach Auflösung einer Lebenspartnerschaft unter zwei Schweizern zu entscheiden.⁹⁶ Das katalanische Recht hat im Prinzip keinen Anwendungswillen, da keiner von den Lebenspartnern die katalanische *vecindad civil* besitzt. Trotzdem gelangt das Gericht auf Umwegen⁹⁷ zur Anwendung des katalanischen Rechts.

Das Hauptproblem dieser Abgrenzungsnormen ist aber die Verfassungskonformität. Im Schrifttum überwiegt die Meinung, die die einseitigen Autonomen Kollisionsnormen für verfassungswidrig hält; andererseits wird auch die These vertreten, dass diese Abgrenzungsnormen erst auf einer zweiten Stufe greifen. Erst einmal muss anhand der Interregionalen Kollisionsnorm entschieden werden, welches spanische Recht anwendbar ist, erst dann müssen die räumlichen oder persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des anwendbaren Rechts erfüllt werden. Diese zweite These wurde von der Audiencia Provincial von Navarra erwogen,⁹⁸ gegen das Urteil ist aber eine Verfassungsbeschwerde eingereicht worden.⁹⁹

Gleich welcher These man folgt, das Interregionale Kollisionsrecht muss über das anwendbare Recht entscheiden. Da es keine Vorschriften zur Lebenspartnerschaft gibt, wird generell auf das Ehwirkungsstatut zurückgegriffen, das bei gemischtnationalen Paaren oder Paaren mit verschiedener *vecindad civil* eine begrenzte Rechtswahl zulässt, und mangels dieser das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes anwendet.¹⁰⁰ Diese Lösung ist aber m.E. nicht angemessen, wenn die Lebenspartnerschaft durch einen formalen Akt entstanden ist.

⁹⁵ Die *vecindad administrativa* erwirbt man durch Registrierung im Einwohnerregister der jeweiligen Gemeinde, in der man seinen Wohnsitz hat. Es gibt aber häufig Fälle, gerade unter jungen Leuten, in denen die *vecindad administrativa* und der gewöhnliche Aufenthalt auseinanderfallen. Hauptgrund dafür ist, dass Wohnungswechsel nicht meldepflichtig sind.

⁹⁶ Siehe AP Girona 2.10.2002 (AC 2002/1493).

⁹⁷ Spanische Gerichte wenden ausländisches Recht nicht *ex officio* an. Die Parteien selber müssen die Anwendbarkeit der ausländischen Rechtsordnung beweisen.

⁹⁸ Siehe AP Navarra 12.6.2002 (JUR 2002/201896).

⁹⁹ Siehe *Gonzalez Beilfuss*, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid 2004, S. 107-113.

¹⁰⁰ *Quinones Escamez*, *Nuevos modelos familiares y Derecho internacional privado*, in: Ortuno Munoz (Hrsg.), *Las uniones estables de pareja*, Madrid 2003, S. 139.

In diesem Falle würde ich eher vorschlagen, auf das Registerrecht zurückzugreifen.¹⁰¹ Dazu bedürfte es aber einer Gesetzesreform.

G. Ausblick

Die spanische Situation ist, wie dargestellt, chaotisch. Die verschiedenen Gesetze sind juristisch unvollständig und lückenhaft. Obwohl sich der Verfassungsgerichtshof zu keinem dieser Gesetze geäußert hat, zeigt allein die Tatsache, dass vier verschiedene Verfassungsklagen angenommen worden sind, dass die spanischen Gesetze aus verschiedenen Gründen verfassungswidrig sein könnten. Der Regierungswechsel 2004 wird aber den Erlass eines neuen gesamtspanischen Gesetzes sowie die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare bedeuten. Dadurch dürfte sich die Situation in der näheren Zukunft klären.

Im Vergleich hierzu ist die portugiesische Regelung bescheidener, aber auch stimmiger. Sie zeigt m.E. auch, dass in der Praxis die Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe im öffentlichen Recht relevanter sein kann als die Schaffung einer Miniehe in der Form einer registrierten Partnerschaft, der sich nur sehr wenige Paare anschließen.

¹⁰¹ *Gonzalez Beilfuss* (Fn. 99) 167-172.

Abkürzungsverzeichnis

BOE	Boletín Oficial del Estado
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LBAL	Balearen: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (im Folgenden LBAL)
LKAT	Katalonien: Llei 10/1998, de 15 de julio, de unions estables de parella
LAR	Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas
LNAV	Navarra: Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables
LVAL	Valencia : Ley 1/2001, de 6 de abril reguladora de las uniones de hecho (im Folgenden LVAL)
LMAD	Madrid: Ley 11/2001, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid
LAST	Asturien : Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables
LAND	Andalusien: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho
LPV	Baskenland: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco
LKAN	Kanarische Inseln: Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias, sobre parejas de hecho
LEX	Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo de Extremadura, sobre parejas de hecho
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
STS	Sentencia Tribunal Supremo

Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Belgien*

WALTER PINTENS

- A. Struktur und Systematik – Historische Entwicklung
 - I. Die Vorgeschichte
 - II. Vom gesetzlichen Zusammenwohnen zur Öffnung der Ehe
- B. Verhältnis des gesetzlichen Zusammenwohnens zur Ehe
- C. Eingehung
 - I. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - II. Faktisches Zusammenleben
- D. Wirkungen
 - I. Allgemeine Wirkungen
 - 1. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - 2. Faktisches Zusammenleben
 - II. Gesetzlicher Güterstand
 - 1. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - 2. Faktisches Zusammenleben
 - III. Partnerschaftsverträge
 - 1. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - 2. Faktisches Zusammenleben
 - IV. Streitschlichtung während der Lebensgemeinschaft
 - 1. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - 2. Faktisches Zusammenleben
 - V. Unterhaltsansprüche während der Lebensgemeinschaft
 - 1. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - 2. Faktisches Zusammenleben
 - VI. Unterhaltsansprüche nach Beendigung der Lebensgemeinschaft
 - 1. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - 2. Faktisches Zusammenleben
 - VII. Ersatzansprüche bei Verletzung oder Tötung des Lebenspartners
 - VIII. Schutz der Familienwohnung
 - 1. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - 2. Faktisches Zusammenleben
 - IX. Kindschaftsrecht
 - 1. Abstammung und elterliche Sorge
 - 2. Adoption
 - 3. Künstliche Befruchtung
 - X. Erbrecht
 - XI. Sozialrecht
 - 1. Renten
 - 2. Arbeitslosengeld
 - 3. Kindergeld
 - 4. Krankenversicherung
 - XII. Steuerrecht
 - 1. Einkommensteuer
 - 2. Erbschaftsteuer
 - XIII. Sonstiges
- E. Auflösung des Zusammenlebens
 - I. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - II. Faktisches Zusammenleben
- F. Internationales Privatrecht
 - I. Registrierte Partnerschaften
 - II. Faktisches Zusammenleben
- G. Bewertung und Ausblick
 - I. Gesetzliches Zusammenwohnen
 - II. Faktisches Zusammenleben

* Der Verfasser dankt seiner Assistentin Frau Rechtsanwältin Ann Maelfait für ihre wertvolle Hilfe bei der Zusammenstellung des Materials.

A. Struktur und Systematik – Historische Entwicklung

I. Die Vorgeschichte

Der belgische Gesetzgeber hat sich, insbesondere im Bereich des Privatrechts, lange nicht um die nichtehelichen Lebensgemeinschaften gekümmert. Meistens umschrieb man die Lage mit den Worten Napoleons: „Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux“. Der Gesetzgeber nahm eine neutrale Haltung an, oder, vielleicht besser umschrieben, der Gesetzgeber ignorierte das Konkubinat. Die Rechtsprechung dagegen hat eine sehr negative Haltung angenommen und das Konkubinat bekämpft. Dies kam besonders darin zum Ausdruck, dass die Gerichte Schenkungen und Vermächtnisse zwischen Zusammenlebenden für nichtig erklärten.¹ Die Rechtsprechung ging davon aus, dass diese Rechtsgeschäfte eine unerlaubte *causa* hatten, wenn sie das Zustandebringen, das Fortbestehen oder die Vergütung des Zusammenlebens beabsichtigten.

Ab den sechziger Jahren hat die Rechtsprechung, wenn auch langsam, ihre Haltung geändert. So genannte einfache nichteheliche Lebensgemeinschaften verstießen demnach nicht mehr gegen den *ordre public* oder die guten Sitten. Im Rahmen eines einfachen nichtehelichen Zusammenlebens, das heißt sofern keiner der Zusammenlebenden verheiratet ist, wurden Schenkungen und Vermächtnisse nur noch für nichtig erklärt, wenn diese als *pretium stupri* zu betrachten waren: Nur wenn die Leistung als eine Bezahlung für sexuelle Dienste galt, wurde sie für nichtig erklärt. War die Schenkung dagegen durch affektive Gründe oder durch Versorgungsgedanken veranlasst, so blieb sie bestehen. Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft, bei der ein oder beide Partner noch durch eine Ehe verbunden waren, wurde prinzipiell noch als ein Verstoß gegen den *ordre public* betrachtet, da diese Personen die Ehepflichten und insbesondere die Treuepflicht verletzen. Aber auch hier hat die Rechtsprechung den unrechtmäßigen Charakter sehr eingeschränkt. In den achtziger Jahren hat die Rechtsprechung ihre Haltung gemildert und seit den neunziger Jahren werden Schenkungen und Vermächtnisse wie in einem einfachen Konkubinat behandelt und nur noch dann für nichtig erklärt, wenn sie als eine Bezahlung für eine sexuelle Leistung zu qualifizieren sind.²

Der Gesetzgeber hat aber keinen privatrechtlichen Minimumstatus für faktisch Zusammenlebende ausgearbeitet. Sie unterliegen dem allgemeinen Recht und dem Schutz des Schuld- und Vertragsrechts. Minimumgarantien wie der Schutz der Familienwohnung stehen ihnen nicht zu. Das Sozial- und das Steuerrecht hingegen berücksichtigen mehr und mehr die Stellung der Zusam-

¹ Hierzu *Pintens/Van Der Meersch/Vanwinckelen*, Inleiding tot het familiaal vermogensrecht, Leuven 2002, 467 ff.

² *Pintens et al.* (Fn. 1) 471 ff.

menlebenden. Dies ist nun auch in vereinzeltten privatrechtlichen Gesetzen der Fall.

Ein erster Schritt auf dem Weg zur Ausarbeitung einer gesetzlichen Regelung für nichteheliche Lebensgemeinschaften war die nach französischem und niederländischem Beispiel Anfang 1996 erfolgte Initiative einiger Städte und Gemeinden, die Registrierung von heterosexuellen und homosexuellen Partnerschaften in einem Gemeinderegister zu ermöglichen. Die Registrierung, die ohne gesetzliche Grundlage erfolgte, war rein symbolischer Natur und hatte keine Rechtsfolgen. Die Gemeinden wollten lediglich ein Signal an den Gesetzgeber geben, um die Diskriminierungen zwischen Ehegatten und unverheirateten Partnern abzubauen.

Die Praxis von Städten und Gemeinden hat zu einer gesetzlichen Regelung geführt, die Königliche Verordnung vom 12.6.1996³ erfahren. Diese versucht, ein einheitliches System für die Registrierung von Eheverträgen und Partnerschaftsverträgen zu schaffen.

Auch die Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes der Verfassung (Art. 10 und 11) haben zur Akzeptanz einer Gesetzesinitiative beigetragen. Auch wenn keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Ausarbeitung eines Statuts besteht,⁴ wies doch die Lehre mehr und mehr darauf hin, dass die juristische Lage von hetero- und homosexuellen Paaren differenziert zu betrachten sei. Da für Heterosexuelle die Möglichkeit einer Ehe offenstand und diejenigen, die hiervon bewusst keinen Gebrauch machten, Partnerschaften abschließen konnten, wurde meistens die Haltung angenommen, dass hier kein Regelungsbedarf bestand. Eine Regelung würde hier nur zu einer zweitrangigen Ehe führen.⁵ Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass der Gesetzgeber nützliche partielle Regelungen verabschieden kann wie z.B. die Einsetzung des überlebenden Partners im Mietrecht. Homosexuelle dagegen haben nicht die Möglichkeit, eine Ehe zu schließen. Hier wurde nun mehr und mehr angenommen, dass ethisch-anthropologisch betrachtet dem Geschlecht keine Relevanz zukommt, so dass Gleichgeschlechtlichen, die eine dauerhafte Verbindung anstreben, ein globaler gesetzlicher Schutz nicht vorzuenthalten sei. In diesem Sinne sind hetero- und homosexuelle Partnerschaften vergleichbar und eine Ungleichbehandlung würde eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aus der Verfassung bedeuten.⁶

³ Belgisches Staatsblatt 27.8.1996, geändert durch Königliche Verordnung vom 5.9.1996, Belgisches Staatsblatt 3.10.1996. Hierzu *Senaeve/Coene*, *Geregistreerd partnerschap*, Antwerpen 1998, S. 102 ff.

⁴ Hierzu *Pintens*, *Partnerschaft im belgischen und niederländischen Recht*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2000, 69.

⁵ Vgl. *Kingreen*, *Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten*, Berlin 1995.

⁶ In diesem Sinne: *Senaeve/Coene* (Fn. 3) 85. Vgl. *Schimmel*, *Eheschließungen gleichgeschlechtlicher Paare*, Berlin 1996, S. 171 ff.

Die Änderung des Ausländerrechts hat ebenfalls zu einer höheren Akzeptanz einer Regelung beigetragen. Mit einem Rundschreiben des Innenministers vom 30.9.1997⁷ ist das Ausländergesetz vom 15.12.1980⁸ anders als vorher ausgelegt und damit *de facto* geändert worden, in dem Sinne, dass nun nicht nur dem Ehegatten, sondern ebenfalls dem Partner einer Person, die einen Titel für einen Aufenthalt in Belgien hat, gestattet werden kann, seinen Aufenthalt in Belgien zu nehmen. Bedingung ist u.a. eine dauerhafte Beziehung. Überdies sind die Partner verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung einen notariellen Partnerschaftsvertrag zu schließen und diesen beim Einwohnermeldeamt registrieren zu lassen. Das Rundschreiben betont, dass diese Möglichkeit nicht nur für eine heterosexuelle, sondern auch für eine homosexuelle Beziehung gilt. Wenn Ausländern die Möglichkeit geboten wird, hetero- und homosexuelle Partnerschaften anerkennen zu lassen und daraus Aufenthaltsrechte zu beanspruchen, fällt es schwer, Belgien eine Registrierung ihrer Partnerschaft zu verweigern.⁹

II. Vom gesetzlichen Zusammenwohnen zur Öffnung der Ehe

Seit 1993 waren beim Parlament mehrere weitreichende Gesetzesvorschläge eingereicht worden, die vom französischen *contrat d'union libre* inspiriert waren.¹⁰ Es kam nie zu einer Besprechung dieser Vorschläge. Erst nach Verhandlungen zwischen den Regierungsparteien zeichnete sich 1997 im Parlament eine Mehrheit ab, um ein aufgrund von Kompromissen abgeschwächtes Statut auszuarbeiten.

Das Parlament hat Ende Oktober 1998 einen Gesetzesentwurf zur Regelung des gesetzlichen Zusammenwohnens¹¹ angenommen.¹² Der Entwurf ist am 23. November 1998 vom König bekräftigt worden.¹³ Den politischen Kompro-

⁷ Belgisches Staatsblatt 14.11.1997.

⁸ Belgisches Staatsblatt 31.12.1980.

⁹ *Pintens*, FamRZ 2000, 69, 71.

¹⁰ Drucksache Kammer 1992-93, Nr. 1143/1 und 1993-94, Nr. 1340/1.

¹¹ *Wettelijke samenwoning/cohabitation légale*. Der Terminus gesetzliches Zusammenwohnen ist im Gegensatz zum faktischen Zusammenleben zu verstehen.

¹² Drucksache Kammer 1997-1998, Nr. 170/16.

¹³ Gesetz vom 23. November 1998 zur Einführung des gesetzlichen Zusammenwohnens, Belgisches Staatsblatt 12.1.1999. Hierzu *Baurain*, La cohabitation légale: miracle ou mirage législatif?, *Revue du notariat belge* 1998, 618 ff.; *Becker*, Das Gesetz über die gesetzliche Lebensgemeinschaft in Belgien, *Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (MittRhNotK)* 2000, 155 ff.; *Casman*, *Wettelijke samenwoning*, *Nieuw Juridisch Weekblad (NjW)* 2004, 182 ff.; *de Schutter/Weyembergh*, La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes du même sexe?, *Journal des Tribunaux* 2000, 93 ff.; *Pintens*, Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich: Das belgische Recht, in: *Henrich/Schwab* (Hrsg.), *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, Bielefeld 1999, S. 28 ff.; *ders.* (Fn. 4); *Renchon*, *Mariage, cohabitation légale et union libre*, in: *Liber Amicorum Meulders-Klein*, Brüssel 1998, S. 549 ff.; *Renchon*/

müssen zufolge sollte das Gesetz nicht sofort in Kraft treten, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, der durch eine im Ministerrat beratene königliche Verordnung festgelegt wurde (Art. 6 des Gesetzes). Vorrangig war der Abbau von Diskriminierungen von Ehegatten im Vergleich zu gesetzlich Zusammenwohnenden bei der Einkommenssteuer angestrebt. Auf politischer Ebene wurde vereinbart, das Inkrafttreten des gesetzlichen Zusammenwohnens mit einer Initiative zu verbinden, welche zu einem allmählichen Abbau der steuerlichen Ungleichbehandlung von Ehegatten beitragen sollte. Nach dem Koalitionswechsel von Mitte 1999 hat die Regierung von dieser Regelung Abstand genommen, und das Gesetz ist am 1. Januar 2000 in Kraft getreten.¹⁴

Die neue Institution wird in einem neuen Titel V bis des dritten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches eingeführt. Um zum Ausdruck zu bringen, dass kein neuer Personenstand geschaffen werden, sondern eine pragmatische Regelung vermögensrechtlicher und finanzieller Fragen gefunden werden sollte, wurden die neuen Bestimmungen nicht in das erste Buch über Personen eingefügt, sondern in das dritte Buch über „Auf welche Weise Eigentum erworben wird“, unmittelbar nach Titel V über das Ehegüterrecht (neue Art. 1475-1479).¹⁵ Das Ziel dieser Gesetzgebung ist offensichtlich weniger weitreichend als bei den früheren Gesetzesvorschlägen. Es wird daher auch nicht von einer „registrierten Partnerschaft“, sondern vor einem „gesetzlichen Zusammenwohnen“ gesprochen. Man kann die Regelung aber als eine registrierte Partnerschaft mit schwachen Wirkungen bezeichnen.

Das gesetzliche Zusammenwohnen ist einerseits, wie im Folgenden noch verdeutlicht wird, ein sehr schwaches Rechtsinstitut mit wenigen Rechtswirkungen, dass deswegen in der Lehre auf Kritik gestoßen ist. Besonders gleichgeschlechtliche Paare fanden die Regelungen im Vergleich zu ausländischen Rechtsinstituten wie die registrierten Partnerschaften in den nordischen Ländern und in den Niederlanden zu schwach. Mehrere Vorschläge zur Einführung einer Partnerschaft mit starken Wirkungen wurden deswegen im Parlament eingereicht. Sie hatten keinen Erfolg. Andererseits ist das gesetzliche Zusammenwohnen im Vergleich zur Ehe ein Statut, das viele Rechte und Vorteile, jedoch wenig Pflichten und eine große Freiheit schafft. Dies wird ebenfalls an Hand der noch darzustellenden Rechtswirkungen deutlich werden.

Etwas überraschend einigten sich die Mehrheitsparteien bei der Bildung einer violetten Koalition (Liberalen, Sozialisten und Grünen) unter Druck der Grünen auf die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Mit dem

Tainmont (Hrsg), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve 2000; *Senaeve*, *De wettelijke samenwoning en het geregistreerd partnerschap in het Belgisch recht*, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1998, 254 ff.; *ders.*, *De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning*, *Echtscheidingsjournaal* 1998, 150 ff.

¹⁴ Königliche Verordnung vom 14.12.1999, Belgisches Staatsblatt 23.12.1999.

¹⁵ Artikel ohne weitere Angaben sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Gesetz vom 13.2.2003¹⁶ hat Belgien als zweites Land nach den Niederlanden die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet. Das Gesetz ist am 1.6.2003 in Kraft getreten. Es fand im Parlament breite Zustimmung und wurde nach Abstimmung im Senat in der Abgeordnetenkammer mit deutlicher Mehrheit angenommen (91 zu 22 Stimmen bei 9 Enthaltungen). Unterstützt wurde das Gesetz von den Liberalen, den Sozialisten und den Grünen, aber auch von den flämischen Christdemokraten. Ziel des Gesetzes ist es, die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften so weit wie möglich zu beenden. Das Rechtsinstitut des gesetzlichen Zusammenwohnens besteht in seiner bisherigen Form aber fort. Sowohl gleich- als auch verschiedengeschlechtlichen Paaren steht somit die Wahl zwischen einem starken und einem schwachen Institut offen.

Belgien vollzieht mit der Öffnung der Ehe die Gleichberechtigung homosexueller Paare in anderer Weise als etwa die nordischen Länder,¹⁷ Deutschland oder der US-Bundesstaat Vermont¹⁸ und begründet kein separates Rechtsinstitut. Vielmehr werden die bestehenden Regelungen für die Ehe durch deren Öffnung für Paare gleichen Geschlechts wie in den Niederlanden umfassend auf gleichgeschlechtliche Paare erstreckt, allerdings mit einigen wichtigen Ausnahmen. Die belgische Lösung, wenn auch vom Ansatz her gänzlich anders, unterscheidet sich somit *im Ergebnis* nicht von den Modellen der registrierten Partnerschaft der nordischen Länder: Zwar wurde dort ein eigenständiges Rechtsinstitut begründet, die Gesetze in diesen Ländern beschränken sich jedoch weitestgehend darauf, pauschal auf die eherechtlichen Vorschriften zu verweisen und Ausnahmen von dieser Verweisung zu definieren. Auch wenn beide Ansätze von ihrer Ausrichtung grundverschieden sind, so führen sie jedoch beide letztlich dazu, dass gleichgeschlechtliche Paare nahezu denselben

¹⁶ Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek/Loi ouvrant le mariage à personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Belgisches Staatsblatt 28.2.2003. Hierzu Ministerialrundschriften v. 8.5.2003, Belgisches Staatsblatt 16.5.2003, ersetzt durch Ministerialrundschriften v. 23.1.2004, Belgisches Staatsblatt 27.1.2004 sowie *Labeeuw*, De invoering van het homohuwelijk in België, Nieuwsbrief Notariaat 2003/8, 1 ff.; *Pintens*, Belgien: Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, FamRZ 2003, 658 f.; *Pintens/Scherpe*, Gleichgeschlechtliche Ehen in Belgien, Das Standesamt – Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands (StAZ) 2003, 321 ff.; *dies*, Gleichgeschlechtliche Ehen im belgischen Privatrecht, StAZ 2004, 290 ff.; *Senaeve*, De Wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht, Echtscheidingsjournal 2003, 50 ff.; *Sterckx*, A propos de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, Journal des tribunaux 2003, 434.

¹⁷ Dazu *Dopffel/Scherpe*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Recht der nordischen Länder, in: Basedow u.a. (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, 2000, S. 7 ff.

¹⁸ Dazu *Lundmark*, Homosexuelle Partnerschaften in den USA: Die Einführung der Civil Union für gleichgeschlechtliche Paare im U.S.-Bundesstaat Vermont und deren Bedeutung für das Bundesrecht, Deutsches und euroäisches Familienrecht (DEuFamR) 2000, 236 ff.

rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen wie verschiedengeschlechtliche Paare.¹⁹

Nominell unterscheidet das belgische Recht nicht zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehen. Da die Regelungen jedoch in einigen Punkten (insbesondere Abstammungsrecht) voneinander abweichen, handelt es sich im Grunde aber doch um zwei verschiedene Rechtsinstitute, so dass die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare letztlich nichts anderes ist als ein eheähnliches Institut, das den ausländischen registrierten Partnerschaften entspricht, unabhängig von seiner Bezeichnung als Ehe.

Die Einführung des gesetzlichen Zusammenwohnens und die Öffnung der Ehe führen dazu, dass das belgische Recht heute über ein Dreistufensystem zur Regelung von Lebensgemeinschaften verfügt. Von schwach nach stark geordnet:

1. die *faktische Lebensgemeinschaft* die nicht als ein gesetzliches Zusammenwohnen eingetragen wurde. Für diese Lebensgemeinschaft bietet das belgische Recht keine minimale Regelung, wie dies in einigen nordischen Ländern der Fall ist. In einzelnen Gesetzen, besonders im Sozial- und im Steuerrecht, ist aber eine Berücksichtigung dieser Lebensgemeinschaft zu finden. Solche Paare können ihre vermögensrechtlichen Vereinbarungen registrieren lassen, ohne dass das Gesetz hieran bedeutende juristische Folgen knüpft;
2. die Lebensgemeinschaft, welche die Form eines *gesetzlichen Zusammenwohnens* angenommen hat und sowohl für verschieden- als auch für gleichgeschlechtliche Paare offen steht;
3. die Lebensgemeinschaft, welche die die Form einer *Ehe* angenommen hat und die sowohl für verschiedengeschlechtliche als gleichgeschlechtliche Paare offen steht.

B. Verhältnis des gesetzlichen Zusammenwohnens zur Ehe

Obwohl der Gesetzgeber die Artikel über das gesetzliche Zusammenwohnen nicht in das Buch über Personen, sondern in das Buch über Vermögenserwerb aufgenommen hat und auf diese Weise Abstand von der Ehe gehalten hat und es sich daher um separate Vorschriften handelt, hat er sich bei der Ausarbeitung eines *régime primaire* eng an den Bestimmungen über die allgemeinen Ehwirkungen orientiert. In einigen Fällen hat er auf eherechtliche Vorschriften verwiesen (z.B. Art. 1477 § 2 mit Verweisung auf die Art. 215, 220 und 224 der allgemeinen Ehwirkungen). Dies führt dazu, dass z.B. das Statut der Familienwohnung oder die Haftung für Haushaltsschulden bei beiden Lebensformen identisch geregelt ist. Das *régime secondaire* ist dagegen anders geregelt, das Ehgüterrecht findet keine Anwendung. Als gesetzlicher Güterstand ist nicht

¹⁹ Pintens/Scherpe, StAZ 2004, 321 f.

der Güterstand der beschränkten Gütergemeinschaft wie bei Eheleuten vorgeschrieben, sondern die Gütertrennung. Eine Abweichung durch einen Partnerschaftsvertrag ist allerdings möglich.

Auch ein Übergang zur Ehe ist ohne weiteres möglich. Das gesetzliche Zusammenwohnen wird nicht nur von Rechts wegen aufzulösen, wenn einer der Partner seinen gesetzlich mit ihm zusammenwohnenden Partner heiratet, sondern auch wenn er einen Dritten heiratet (Art. 1476 § 2, siehe unten E.I.). In diesen Fällen sind zur Auflösung der gesetzlichen Partnerschaft keine Formalitäten vorgeschrieben. Eine Begründung oder eine Intervention des Richters ist nicht vorgesehen.

Diese letzten Elemente weisen deutlich daraufhin, dass das gesetzliche Zusammenwohnen ein der Ehe untergeordnetes Statut ist. Durch seine schwache Wirkung wird es denn auch nicht als Konkurrenz zur Ehe betrachtet. Seine Einführung war nicht sehr umstritten. Zwar ist eine Klage beim Schiedshof mit der Begründung eingereicht worden, dass das gesetzliche Zusammenwohnen als eine Alternative zur Institution der Ehe angesehen werden könne, weil der Gesetzgeber es versäumt habe, die gleichen steuerrechtlichen Folgen mit der Institution des gesetzlichen Zusammenwohnens zu verbinden, wie sie sich aus der Institution der Ehe ergäben. Dadurch sei eine bevorzugte Kategorie von gesetzlich zusammenwohnenden Steuerpflichtigen geschaffen worden. Obwohl der Schiedshof aus formalen Gründen die Klage abgewiesen hat, nahm er doch auch zu den Klagegründen Stellung, so dass keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes bestehen bleiben. Der Schiedshof stellte fest, dass der vermögensrechtliche Schutz der verheirateten Personen insgesamt nicht geringer ist als der Schutz der gesetzlich Zusammenwohnenden. Das gesetzliche Zusammenwohnen wird nur beschränkt vermögensrechtlich geschützt und dieser Schutz hat sich nur teilweise an Bestimmungen aus dem Eherecht orientiert.²⁰

Heute kann man sagen, dass die Diskussion um das gesetzliche Zusammenwohnen völlig verstummt ist. Das Thema wird in der Gesellschaft kaum zur Kenntnis genommen und ist nach Öffnung der Ehe für Gleichgeschlechtliche im öffentlichen Bewusstsein vollkommen in den Hintergrund getreten.

In Belgien liegen keine offiziellen statistischen Angaben über die Anzahl der Personen vor, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben. Aus einer neuen Studie, die sich auf eine Bearbeitung der Volkszählungen sowie auf die im Reichsregister vorgenommenen Eintragungen stützt, geht hervor, dass von 1961 über 1981 und 1991 bis 2003 die Anzahl von 3% über 4% und 4,7% bis 7,2% angestiegen ist.²¹ Besonders in den letzten Jahren hat die Zunahme der

²⁰ Schiedshof 23.2.2000, Belgisches Staatsblatt 18.3.2003, FamRZ 2001, 94, Anm. Pintens.

²¹ *Corijn/Matthijs*, *Gehuwd en ongehuwd samenwonen in België*. Een sociaal-demografisch perspectief, Leuven 2004, S. 3 ff. Die Studie nimmt an, dass die Zahlen unterschätzt sind, da Zusammenwohnende manchmal als Alleinwohnende registriert werden.

nichtehelichen Lebensgemeinschaften einen großen Einfluss auf die Ehezahlen. Die Eheschließungen sind von 1996 bis 2003 von 50.552 auf 41.805²² gesunken. Dies bedeutet eine Eheschließungsdichte von 4,98 auf 100 Einwohner in 1996 und von 4,04 in 2003. Allerdings spielen auch andere Faktoren eine Rolle bei der Abnahme der Ehezahlen, wie etwa das steigende Eheschließungsalter und die eher abschreckend wirkenden Scheidungszahlen.

*Anzahl gesetzlich Zusammenwohnender:*²³

	Gleiches Geschlecht	Verschiedenes Geschlecht	Total
2000	745	4.369	5.114
2001	1.052	20.345	21.397 ²⁴
2002	712	8.189	8.901
2003	789	10.374	11.163
Total	3.298	43.277	46.575

Das gesetzliche Zusammenwohnen hat wohl kaum Einfluss auf die Ehezahlen, da die Ehezahlen nach dessen Einführung nicht abgesunken sind. Das gesetzliche Zusammenwohnen scheint statt einer Alternative zur Ehe vielmehr eine Alternative zum faktischen Zusammenleben zu sein.

C. Eingehung

I. Gesetzliches Zusammenwohnen

Das gesetzliche Zusammenwohnen ist nur möglich zwischen *zwei* Personen.²⁵ Um ein gesetzliches Zusammenwohnen einzugehen, muss man gemäß den allgemeinen Regeln des Schuldrechts geschäftsfähig sein (Art. 1123-1124). Es wird nicht an die Regelung der Geschäftsfähigkeit für die Eheschließung des Artikels 144 angeknüpft, um nochmals zu betonen, dass das gesetzliche Zusammenwohnen keinen mit der Ehe vergleichbaren Status bezweckt. Die schuldrechtliche Anknüpfung hat zur Folge, dass das gesetzliche Zusammenwohnen nicht für Minderjährige offen steht, da die schuldrechtliche Geschäftsfähigkeit keine Dispensregelung wie bei der Eheschließung kennt.

²² Davon ungefähr 250 bis 260 gleichgeschlechtliche Ehen. Genaue Zahlen liegen noch nicht vor.

²³ Ministerium des Innern, Reichsregister, Externe Beziehungen. Hierzu *Pintens/Declerck*, Statistieken over wettelijke samenwoning, Rechtskundig Weekblad 2003-04, 1556 ff.

²⁴ Die große Anzahl im Jahre 2001 ist zu relativieren. Sie geht teilweise auf inzwischen schon wieder abgeschaffte Prämien der Krankenkassen zurück.

²⁵ Hierzu *Pintens*, FamRZ 2000, 71 f.

Man darf weder verheiratet noch durch ein anderes gesetzliches Zusammenwohnen gebunden sein (Art. 1475 § 2). Geschiedene Ehegatten können ein gesetzliches Zusammenwohnen eingehen.

Andere Beschränkungen gibt es nicht, was zur Folge hat, dass auch Verwandte und Verschwägerete, sogar solche, zwischen denen ein Eheverbot besteht, miteinander ein gesetzliches Zusammenwohnen eingehen können. Auch das Geschlecht der Beteiligten ist nicht relevant: Das gesetzliche Zusammenwohnen steht für eine Mann-Frau-Beziehung, eine Mann-Mann-Beziehung und eine Frau-Frau-Beziehung offen. Die neue Institution bezweckt damit nicht nur für die hetero- und homosexuelle Zweierbeziehung eine Lösung zu bieten, sondern auch für die familiäre Zweierbeziehung. Letztgenannte Lebensgemeinschaft war ausdrücklich vom Anwendungsgebiet der früheren Gesetzesvorschläge zur Einführung einer Globalinstitution für außereheliche Zweierbeziehungen ausgeschlossen. Die Beschränkung der familiären Lebensgemeinschaften auf zwei Personen begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Schon während der parlamentarischen Besprechungen wurde die Frage gestellt, ob es vereinbar mit dem Gleichheitssatz sei, dass ein Elternteil nur mit einem Kind ein gesetzliches Zusammenwohnen vereinbaren könne und nicht mit mehreren Kindern; oder warum zwei Geschwister ein gesetzliches Zusammenwohnen abschließen könnten, aber drei Geschwister, die nach dem Tod der Eltern unverheiratet weiter zusammenleben, dies nicht könnten.²⁶

Ein gesetzliches Zusammenwohnen wird mittels schriftlicher Erklärung über das gesetzliche Zusammenwohnen eingegangen, welche dem Standesbeamten des gemeinsamen Wohnsitzes der Partner gegen Empfangsschein übergeben wird (Art. 1476 § 1). Die Erklärung hat folgende Angaben zu enthalten: Datum der Erklärung; Name, Vorname, Ort und Datum der Geburt und Unterschrift der beiden Partner; gemeinsamer Wohnsitz; Angabe des Willens der Partner zum gesetzlichen Zusammenwohnen; Bestätigung der Kenntnis der gesetzlichen Bestimmungen bezüglich des gesetzlichen Zusammenwohnens; Angabe der Vereinbarung, welche die Partner zur Regelung ihres gesetzlichen Zusammenwohnens getroffen haben.

Nach Empfang dieser Erklärung muss der Standesbeamte überprüfen, ob beide Partner die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Sind alle Voraussetzungen erfüllt, trägt er die Erklärung im Melderegister ein. Man hat sich somit für eine Eintragung im Melderegister entschlossen und nicht für die Ausstellung einer Zivilstandsurkunde, weil das gesetzliche Zusammenwohnen keine Statusänderung, sondern ein rein vermögensrechtliches Statut bezweckt.

Ist der Standesbeamte der Meinung, dass die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind und lehnt er die Eintragung ab, ist eine Berufung gegen die Entscheidung beim Gericht erster Instanz möglich (Art. 568, 1° ZPO).

²⁶ Drucksache Kammer 1997-98, Nr. 170, S. 8. Siehe auch *Baurain*, *Revue du notariat belge* 1998, 620.

II. Faktisches Zusammenleben

Das faktische Zusammenleben kommt durch das einfache Zusammenleben zustande. Eine Registrierung des Zusammenlebens als solches ist nicht möglich. Es besteht aber die Möglichkeit einen Partnerschaftsvertrag aufgrund der Königlichen Verordnung vom 12. Juni 1996 registrieren zu lassen (siehe oben A.). Diese Registrierung erfolgt auf Antrag eines Partners durch eine Erklärung vor dem Standesbeamten der Gemeinde wo dieser im Bevölkerungs- oder im Ausländerregister eingetragen ist.

Nur notariell beurkundete Partnerschaftsverträge eingetragen werden können. Der Standesbeamte vermerkt auf Vorlage einer Bestätigung des Notars das Bestehen des notariellen Partnerschaftsvertrags und den Namen des Notars.

D. Wirkungen

I. Allgemeine Wirkungen

1. Gesetzliches Zusammenwohnen

Für das gesetzliche Zusammenwohnen gelten einige Bestimmungen zwingenden Rechts,²⁷ von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann (Art. 1477). Diese Bestimmungen sind aus dem Recht der allgemeinen Ehwirkungen entnommen. Teilweise wird ohne weiteres auf die Bestimmungen der allgemeinen Ehwirkungen verwiesen. Der gesetzliche Schutz der Familienwohnung aus den allgemeinen Ehwirkungen (Art. 215)²⁸ findet während des gesetzlichen Zusammenlebens entsprechende Anwendung.

Außerdem müssen die Partner eines gesetzlichen Zusammenlebens je nach ihren Möglichkeiten zu den Lasten ihres Zusammenlebens beitragen. Auf Grund dieser Regel findet der Art. 221 Abs. 1 hinsichtlich der Pflicht zum Ehelastenbeitrag auf das gesetzliche Zusammenleben entsprechend Anwendung. Verträge sind möglich, aber sie sind lediglich eine Präzisierung der Pflicht zur Hilfeleistung. Der Vertrag kann aber über eine solche Präzisierung nicht hinausgehen, da beide Parteien die Beitragspflicht nach ihren Möglichkeiten zu erfüllen haben.

Schließlich verpflichtet jede Schuld, welche einer der Partner für das Zusammenwohnen und die von beiden erzeugten Kinder²⁹ eingegangen ist, den anderen Partner solidarisch. Der andere Partner haftet jedoch nicht für Schul-

²⁷ Hierzu *Pintens*, FamRZ 2000, 72.

²⁸ Hierzu *Pintens*, Der Schutz der Familienwohnung nach belgischem Recht, in: Henrich/Schwab (Hrsg.), Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen, Bielefeld 1995, S. 1 ff.

²⁹ Diese Regelung beschränkt sich nicht auf gemeinschaftliche Kinder, sondern gilt ebenfalls für jedes Kind, das von beiden Partnern erzeugt wird, also auch für das Kind eines Partners.

den, die unter Berücksichtigung der Erwerbsmittel übermäßig sind. Auch diese Regel wurde einer Bestimmung aus dem Recht der allgemeinen Ehwirkungen nachempfunden, nämlich der solidarischen Haftung der Ehepartner aus Art. 222.

Andere Bestimmungen aus den allgemeinen Ehwirkungen wie z.B. die Regelungen über Vertretung und Vollmacht sind nicht übernommen worden. Hier gilt das allgemeine Recht.

Die Bedeutung dieser Bestimmungen zwingenden Rechts darf nicht allzu hoch eingeschätzt werden. In einem System, das die einseitige Auflösung des gesetzlichen Zusammenlebens ohne allzu viele Formalitäten zulässt, können diese Regeln jederzeit durch die einseitige Auflösung des Zusammenlebens außer Kraft gesetzt werden.

2. *Faktisches Zusammenleben*

Für das faktische Zusammenleben sind keine Bestimmungen vorhanden. Ein Minimalstatus ist nicht vorgesehen.

II. Gesetzlicher Güterstand

1. *Gesetzliches Zusammenwohnen*

Der Güterstand der beschränkten Gütergemeinschaft, der in der Ehe gilt, ist nicht übernommen worden.

Jeder der Partner eines gesetzlichen Zusammenwohnens behält bei Trennung die Güter, deren Eigentum er beweisen kann, die Einkünfte aus diesen Gütern wie auch seine Arbeitserträge (Art. 1478 Abs. 1). Die Güter, bei denen keiner der beiden Partner das Eigentum beweisen kann, und die Einkünfte aus diesen Gütern werden als ungeteiltes Vermögen betrachtet (Art. 1478 Abs. 2). Damit führt der Gesetzgeber den Güterstand der Gütertrennung ein. Dies ist eigentlich eine vollkommen überflüssige Bestimmung, da es sich hier um die allgemeine Regelung der Güter von zusammenwohnenden Partnern handelt, welche Anwendung findet, wenn die Beteiligten diesbezüglich keine abweichende Vereinbarung gemacht haben, ob sie nun ein gesetzliches Zusammenleben eingegangen sind oder nicht.

2. *Faktisches Zusammenleben*

Für das faktische Zusammenleben sind keine Bestimmungen vorhanden. Das allgemeine Recht findet Anwendung.

III. Partnerschaftsverträge

1. Gesetzliches Zusammenwohnen

Die gesetzlich Zusammenwohnenden haben die Möglichkeit, vor oder während des gesetzlichen Zusammenwohnens Partnerschaftsverträge in notarieller Form zu schließen, wobei sie die Bestimmungen zwingenden Rechts ergänzen oder von den ergänzenden Bestimmungen abweichen können. Der Vertrag wird im Einwohnermelderegister vermerkt (Art. 1478 Abs. 4).

Allerdings darf, sowie dies auch beim Ehevertrag, der Partnerschaftsvertrag keine Klauseln beinhalten, die gegen die zwingenden Vorschriften des Art. 1477, den *ordre public* oder die guten Sitten verstoßen oder aber gegen die Regeln über die elterliche Sorge, die Vormundschaft und die gesetzliche Erbfolge (Art. 1478 Abs. 4).

Dies bedeutet z.B., dass eine Treuepflicht nicht vereinbart werden kann. Sie würde die persönliche Freiheit beschränken, würde an das gesetzliche Zusammenleben eine nur mit der Ehe verbundene Pflicht knüpfen und deshalb gegen den *ordre public* verstoßen.

Verträge über nicht eröffnete Nachlässe oder vertragliche Erbeinsetzungen sind ausgeschlossen. Sie unterliegen dem generellen Verbot des Art. 1130 und verstoßen gegen den *ordre public*.

Der Partnerschaftsvertrag kann nicht ohne weiteres den Güterstand der Gütergemeinschaft oder Ehevorteile übernehmen. Diese Regelungen sind ehegebunden.³⁰ Durch die Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann jedoch das gleiche Resultat erreicht werden.³¹

In der Praxis werden allgemeine Partnerschaftsverträge, wie die Vergangenheit gezeigt hat, vermutlich nicht allzu oft abgeschlossen werden. Zusammenwohnende möchten zwar Regelungen treffen, die die Stellung des überlebenden Partners stärken und die steuerrechtlich günstig sind. Hierfür sind aber nicht allgemeine Partnerschaftsverträge, sondern vielmehr Lebensversicherungen, mit der Zusammenwohnende durch die Einzahlung kleinerer periodischer Beiträge die Alterssicherung verwirklichen können, und eine Reihe von Konstruktionen herangezogen, welche die Rechte des Überlebenden auf eine ungeteilte oder auf eine dem zuerst versterbenden Partner gehörenden Immobilie sichern sollen. Häufig werden in einem Kaufvertrag Klauseln vereinbart, wonach dem überlebenden Partner ein mit dem verstorbenen Partner gemeinsam erworbenes Gut in Form eines entgeltlichen aleatorischen Rechtsgeschäfts zugeteilt wird. Sie erlauben zugleich Schenkungs- oder Erbschaftssteuern zwischen Zusammenlebenden zu vermeiden, da sie steuerrechtlich nicht als Schenkung sondern

³⁰ *Casman*, NjW 2004, 185; *Pintens* et al. (Fn. 1) 381.

³¹ *Pintens* et al. (Fn. 1) 381.

als entgeltliches Rechtsgeschäft eingestuft werden.³² Die Bedeutung dieser Techniken nimmt wegen der Senkung der Schenkungs- und Erbschaftssteuer aber ab (siehe unten D.XIII.).

Alle Vertragsklauseln, bei denen dem überlebenden Partner das Gut zugeteilt wird, haben miteinander gemein, dass sie in Form eines aleatorischen Rechtsgeschäftes abgeschlossen werden, wobei der überlebende Vertragspartner mittels einer Zuwachsformel vom Verkäufer oder vom Partner dessen Anteil am Gut gegen Entgelt erwirbt. Der entgeltliche Charakter besteht im todesabhängigen Risiko und es wird vermutet, dass diese Chance für jede Partei gleich hoch ist. Da das aleatorische Rechtsgeschäft ein entgeltlicher Vertrag ist, wird es im Prinzip keiner Kürzung wegen Verletzung des Pflichtteils der Kinder ausgesetzt. Dies trifft jedoch nur dann zu, wenn die Chancen wirklich gleich hoch sind. Dies wird bei einem erheblichen Altersunterschied zwischen den Partnern nicht der Fall sein, außer dies wird durch einen ungleichen Anteil am Kaufpreis kompensiert. Denn beim aleatorischen Rechtsgeschäft wird nur vermutet, dass es sich um einen Vertrag gegen Entgelt handelt. Diese Vermutung ist aufgrund der ungleichen Chance widerlegbar. Sind die Chancen nicht gleich, so wird das Geschäft möglicherweise als eine getarnte Schenkung qualifiziert werden müssen. In einem solchen Fall wird die Schenkung einer Kürzung ausgesetzt. Die Klausel kann jedoch als gültig erachtet werden, wenn nachgewiesen wird, dass die Schenkung einen vergütenden Charakter hat, oder dass die Vertragsklausel, durch die dem überlebenden Ehegatten das Gesamtgut zugeteilt wird, eine natürliche Verpflichtung in eine zivilrechtliche umwandelt.

Das aleatorische Rechtsgeschäft begegnet im Zusammenhang mit den Rechten der pflichtteilsberechtigten Erben Bedenken.³³ Die Qualifizierung des aleatorischen Rechtsgeschäftes als ein Vertrag gegen Entgelt beruht auf einer Fiktion, welche die Chance und den Erwerb des Anteils der Gegenpartei auf unwiderlegbare Weise als gleichwertige Leistungen betrachtet, sofern die Chancen beider Partner gleich sind. Die Chance, das Gut völlig zu erwerben, wenn man der Überlebende ist, kann in der Tat für den Betroffenen so wichtig sein, dass er die Tatsache hinnehmen würde, dass seine Anteile am Gut, wenn er der erstverstorbene Partner ist, ohne irgendeinen finanziellen Ausgleich aus seinem Vermögen verschwinden. Diese Hypothese wirkt sich zu Ungunsten der pflichtteilsberechtigten Erben des Vorverstorbenen aus. Für sie verschwindet ein wichtiger und oft der wichtigste Vermögensbestandteil des Verstorbenen ohne irgendeine Kompensation und ohne Möglichkeit, eine Klage auf Kürzung wegen Verletzung des Pflichtteils einzureichen. Unabhängig davon, welche Haltung man dem Pflichtteil gegenüber einnimmt, die Behandlung der Ver-

³² *Pintens/Van der Meersch*, Vermögensrechtelijke aspecten van ongehuwd samenwonen, in: Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (Hrsg.), *Ongehuwd samenwonen*, Antwerpen 1996, S. 47 ff.

³³ Siehe *Pintens/van der Meersch*, in: Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (Hrsg.) (Fn. 32) 49 mit weiteren Nachweisen.

tragsklausel zwischen Zusammenlebenden, durch die dem überlebenden Partner das gemeinsame Gut zugeteilt wird, unterscheidet sich sehr von der Behandlung der gleichen Vertragsklausel bei einer zweiten Ehe. In beiden Fällen können die Kinder des Vorverstorbenen sich nicht auf das aufgeschobene Erbrecht berufen, was für die betreffende Vertragsklausel nur im Falle einer zweiten Ehe durch eine Neuqualifizierung des aleatorischen Rechtsgeschäfts als Schenkung korrigiert wurde (Art. 1465). Manche ausländische Rechtssysteme behandeln daher solche Vertragsklauseln mit beträchtlichem Misstrauen und raten davon ab. In Frankreich z.B. wird auf zivilrechtlicher Ebene der entgeltliche Charakter dieser Vertragsklausel anerkannt, steuerrechtlich wird sie jedoch als eine Schenkung betrachtet. Hiervon gibt es nur für die gemeinsame Familienwohnung, wenn diese nicht mehr als 500.000 FF (ca. € 76.200) wert ist, eine Ausnahme (Art. 754-A CGI).

Die Klauseln bleiben für Partner ohne Kinder aber mit Eltern interessant. Wenn die Partner sich gegenseitig in einem Testament als Erbe einsetzen, können die pflichtteilsberechtigten Eltern verhindern, dass der gesamte Nachlass dem Überlebenden zukommt. Die aleatorische Klausel führt dazu, dass der Nachlass durch Vertrag übergeht. Eine Berufung auf den Pflichtteil ist sinnlos, da der Nachlass erschöpft ist.

2. *Faktisches Zusammenleben*

Auch im Rahmen eines faktischen Zusammenlebens können Partnerschaftsverträge geschlossen werden. *Mutatis mutandis* finden die oben besprochenen Regeln und Möglichkeiten Anwendung. Die notarielle Form ist hier nicht vorgeschrieben. Sie ist nur erforderlich, wenn ein Vertrag über unbewegliche Güter in das Hypothekenregister eingetragen wird oder wenn die Zusammenlebenden ihren Partnerschaftsvertrag in das Einwohnermelderegister registrieren lassen möchten.

IV. Streitschlichtung während der Lebensgemeinschaft

1. *Gesetzliches Zusammenwohnen*

Art. 1479 bestimmt, dass der Friedensrichter angerufen werden kann, um dringende vorläufige Maßnahmen anzuordnen, wenn das Einvernehmen zwischen den gesetzlich Zusammenwohnenden ernsthaft gestört ist. Jeder Partner kann vorläufige Maßnahmen hinsichtlich der Nutzung der gemeinsamen Wohnung, der Person und Güter der Partner und der gemeinsamen Kinder sowie hinsichtlich der gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen der Partner

beantragen. Der Friedensrichter hat hier die gleiche Zuständigkeit wie bei einem Ehekonflikt.³⁴

Es wurde nicht bestimmt, auf welches Kriterium sich der Friedensrichter stützen soll, um den einen oder den anderen Partner zu ermächtigen, die gemeinsame Wohnung weiter zu bewohnen. Er hat die Parteiinteressen abzuwägen und verfügt hier über eine gewisse Ermessensfreiheit.

Der Friedensrichter bestimmt die Gültigkeitsdauer der Maßnahmen, die er auferlegt, wobei sie jedenfalls spätestens an dem Tag ihre Wirkung verlieren, an dem das gesetzliche Zusammenleben aufgelöst wird (Art. 1479 Abs. 2). Diese Regel mindert selbstverständlich die Bedeutung und die Wirkung dieser Maßnahmen.

2. *Faktisches Zusammenleben*

Im Falle eines faktischen Zusammenlebens besteht die Möglichkeit, den Friedensrichter anzurufen, nicht. Der Schiedshof hält dies nicht für einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz. Es handle sich um zwei verschiedene Statute, überdies hätten die faktisch Zusammenlebenden die Möglichkeit, unter Anwendung des allgemeinen Rechts den Präsidenten des Gerichts erster Instanz anzurufen.³⁵

V. Unterhaltsansprüche während der Lebensgemeinschaft

1. *Gesetzliches Zusammenwohnen*

Beim gesetzlichen Zusammenwohnen besteht eine Unterhaltspflicht aufgrund von Art. 1477 § 3 (siehe oben D.I.1.). Der Friedensrichter kann im Rahmen seiner Befugnis, wegen Dringlichkeit vorläufige Maßnahmen anordnen und die Zahlung von Unterhalt vorschreiben. Diese Maßnahme gilt freilich nur solange das gesetzliche Zusammenwohnen besteht. Es genügt also, das gesetzliche Zusammenwohnen zu beenden, um sich der Zahlungsverpflichtung zu entziehen.³⁶

Ein wichtiger Unterschied zur Ehe ist, dass keine friedensrichterliche Ermächtigung eines Ehegatten möglich ist, um auf die Einkünfte des anderen Ehegatten zuzugreifen, wenn dieser seiner Beitragspflicht nicht nachkommt.³⁷ Hierdurch verliert die Verurteilung auf Unterhaltszahlung bei gesetzlich Zusammenwohnenden viel an Effektivität.

³⁴ *Pintens et al.* (Fn. 1) 372.

³⁵ Schiedshof 23.1.2002, Belgisches Staatsblatt 26.3.2002.

³⁶ *Pintens et al.* (Fn. 1) 371.

³⁷ Vgl. Art. 221 Abs. 2.

2. Faktisches Zusammenleben

Vor oder während des faktischen Zusammenlebens können die Partner eine Regelung über ihre gegenseitigen Beiträge vereinbaren. Ist keine Regelung zustande gekommen, dann fehlt jede Anspruchsgrundlage, da keine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht.

VI. Unterhaltsansprüche nach Beendigung der Lebensgemeinschaft

1. Gesetzliches Zusammenwohnen

Es fehlt eine gesetzliche Grundlage zur Auferlegung einer Unterhaltszahlung nach Auflösung des gesetzlichen Zusammenwohnens. Der Gesetzgeber hat bewusst von einer Regelung Abstand genommen.³⁸ Die Partner haben hier nicht mehr Rechte als Partner, die faktisch zusammengelebt haben.

2. Faktisches Zusammenleben

Da zwischen faktisch Zusammenlebenden keine durchsetzbaren Rechte und Pflichten bestehen, besteht auch keine gesetzliche Unterhaltspflicht nach Beendigung des faktischen Zusammenlebens.

Nach dem Vorbild des französischen und niederländischen Rechts nimmt die neuere Rechtsprechung an, dass eine unvollkommene und uneinklagbare Naturalobligation auf Unterhalt vorliegen kann. Sie hat in der Praxis nur Bedeutung, wenn sie durch Anerkennung in eine zivilrechtliche Verbindlichkeit umgewandelt wird. Hierzu ist erforderlich, dass sie freiwillig ausgeführt wird, oder dass versprochen wird, dies zu tun. Die Umwandlung ist also völlig abhängig vom Willen des vermögenden Partners.³⁹

Eine Unterhaltsvereinbarung kann auch während des Zusammenlebens oder nach Beendigung des Zusammenlebens geschlossen werden. Die Gültigkeit solcher Vereinbarungen wird heute anerkannt, insoweit dadurch keine rein sexuellen Leistungen vergütet werden. Hiergegen kann nicht vorgebracht werden, dass dies gegen den *ordre public* verstößt, da auf diese Weise mit dem Zusammenleben eine Folge verbunden wird, die eigentlich der Ehe vorbehalten ist. Die Unterhaltungsverpflichtung ist nicht typisch für eine Ehe, da sie z.B. auch für Verwandte in gerader Linie gilt. In diesem Zusammenhang kann überdies auf eine Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates hingewiesen werden, in der die Mitgliedstaaten aufgerufen werden, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um zu vermeiden, dass Verträge zwischen

³⁸ *Pintens*, Familiäre Solidarität – Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht im belgischen Recht, in: Schwab/Henrich, Familiäre Solidarität, Bielefeld 1997, S. 37.

³⁹ *Pintens*, in Schwab/Henrich (Fn. 38) 38.

Zusammenlebenden aus dem alleinigen Grund nichtig erklärt werden, dass sie zwischen Zusammenlebenden zustande gekommen sind.

Es können nur dann Probleme entstehen, wenn die Regelung nicht so sehr Unterhaltsleistungen beabsichtigt, sondern verhindern will, dass das Zusammenleben einseitig beendet wird. In diesem Fall ist der Vertrag nichtig.

VII. Ersatzansprüche bei Verletzung oder Tötung des Lebenspartners

Hier sind kaum noch Unterschiede zwischen Ehe, gesetzlichem Zusammenwohnen und faktischem Zusammenleben vorhanden. Zusammenwohnende haben die gleichen Ansprüche aus dem Deliktsrecht wie Eheleute, auch wenn ein oder beide Partner verheiratet sind. Dies wurde mehrmals vom Kassationshof bestätigt.

In einem Fall, wo die Versicherungsgesellschaft sich auf den ehebrecherischen Charakter des Zusammenlebens berief, um dem Partner eine Entschädigung aus einer unerlaubten Handlung mit dem Tod des Partners als Folge zu verweigern, entschied der Kassationshof, dass ein Dritter sich nicht auf den ehebrecherischen Charakter berufen kann. Nur der Ehegatte kann sich hierauf berufen, wenn er sich mit Recht beleidigt fühlt.⁴⁰ In einer späteren Entscheidung hat der Kassationshof dieses Recht weiter eingeschränkt. Er entschied, dass ein Ehebruch ausschließlich das Privatleben der Betroffenen berührt. Der ehebrecherische Charakter der Lebensgemeinschaft nimmt den Interessen des überlebenden Partners auf Entschädigung wegen Tod des anderen Partners ihre Rechtmäßigkeit nicht. Der ehebrecherische Charakter der Beziehung kann ausschließlich vom betrogenen Ehegatten in einer Klage auf Ehescheidung geltend gemacht werden.⁴¹

Eine wichtige Diskriminierung bleibt aber im Falle eines tödlichen Arbeitsunfalls. In diesem Fall steht nur einem überlebenden Ehegatten und nicht einem zusammenlebenden Partner eine Leibrente zu.⁴² Der Schiedshof hat diese ungleiche Behandlung hingenommen, da sie sich auf objektive Gründe stützt, nämlich die unterschiedliche Stellung von Ehegatten und zusammenlebenden Partnern.⁴³ Jemand, der freiwillig das Zusammenleben mit weniger Pflichten bevorzugt und sich nicht zu einer Ehe mit mehr Pflichten entschließt, kann nicht verlangen, dass er stets die gleichen Rechte wie Ehegatten in Anspruch

⁴⁰ Kassationshof 1.2.1989, Arresten van het Hof van Cassatie 1988-89, 64, Journal des Tribunaux 1989, 354, Pasicrisie 1989, I, 582, Rechtskundig Weekblad 1989-90, 8.

⁴¹ Kassationshof 15.2.1990, Arresten van het Hof van Cassatie 1989-90, 776, Journal des Tribunaux 1990, 216, Pasicrisie 1990, I, 694, Rechtskundig Weekblad 1990-91, 339.

⁴² Art. 12 Arbeitsunfallengesetz.

⁴³ Der Schiedshof hat sich ausschließlich über faktisch Zusammenlebende ausgesprochen, aber die Begründung ist *mutatis mutandis* auch auf das gesetzliche Zusammenwohnen anwendbar.

nehmen kann.⁴⁴ In einer späteren Entscheidung hat der Schiedshof keine Unvereinbarkeit dieser Regelung mit den Artikeln 8 und 14 EMRK festgestellt.⁴⁵

VIII. Schutz der Familienwohnung

1. Gesetzliches Zusammenwohnen

Während des gesetzlichen Zusammenwohnens sind die Partner wie Ehegatten durch Art. 215 geschützt (Siehe unter D.I.1.).

Nach Auflösung des Zusammenlebens verfügen die Partner nicht über mehr Rechte, als wenn sie nur faktisch zusammengelebt hätten.⁴⁶

2. Faktisches Zusammenleben

Hier fehlen gesetzliche Bestimmungen, die das Mietrecht an der Familienwohnung schützen.

Die Frage, ob das *régime primaire* auf eine faktische Lebensgemeinschaft Anwendung findet, wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre im allgemeinen verneint. Art. 8 EMRK, der von den Befürwortern einer analogen Anwendung des *régime primaire* auf die eheähnliche Gemeinschaft herangezogen wird, ist hierzu nicht dienlich. In der Entscheidung *Johnston* hat der EuGHMR zwar festgestellt, dass die eheähnliche Gemeinschaft unter den Schutz des Familienlebens von Art. 8 EMRK fällt. Dies bedeutet, dass ein Rechtssystem die eheähnliche Lebensgemeinschaft nicht verhindern darf und sie zu respektieren hat. Eine positive Verpflichtung für den Staat, ein mit der Ehe gleichwertiges Statut für diese Lebensform auszuarbeiten, könne aus dieser Bestimmung jedoch nicht abgeleitet werden.⁴⁷

Ein Teil der Lehre beruft sich sowohl auf die Entscheidung *Marckx* als auf die Entscheidung *Johnston*, um aus Art. 8 in Verbindung mit dem Art. 14 EMRK abzuleiten, dass der Staat die eheähnliche Lebensgemeinschaft nicht diskriminieren darf und deshalb die Verpflichtung hat, ein mit der Ehe gleichwertiges Statut zu entwerfen. Auch für diese These bieten die Entscheidungen *Marckx* und *Johnston* keine Grundlage. Überdies ist eine Diskriminierung nur gegeben, wenn eine Vergleichbarkeit zwischen Ehe und eheähnlicher Lebensgemeinschaft vorliegt.⁴⁸ Laut herrschender Auffassung ist dies nicht der Fall, da Zusammenlebende sich in der Regel den für die Ehe geltenden Regelungen entziehen möchten; zudem ist die eheähnliche Lebensgemeinschaft, die jederzeit

⁴⁴ Schiedshof 21.12.2000, Belgisches Staatsblatt 9.3.2001.

⁴⁵ Schiedshof 21.6.2001, Belgisches Staatsblatt 19.10.2001.

⁴⁶ *Pintens*, FamRZ 2004, 77.

⁴⁷ EuGHMR, 18.12.1986 (*Johnston/Irland*), Series A, Nr. 112, § 56.

⁴⁸ *Senaeve*, De rechtswaardering van het concubinaat anno 1992, in *Senaeve* (Hrsg.), *Concubinaat. De buitenhuwelijkske tweerelatie*, Leuven/Amersfoort, 1992, Nr. 73-74, S. 54.

beendet werden kann, nicht mit einer auf Lebenszeit geschlossenen und nur durch Gerichtsentscheidung beendbaren Ehe zu vergleichen.⁴⁹ Diese These ist vom EuGHMR im Fall *Saucedo Gomez* bestätigt worden.⁵⁰

Deshalb kann der Zusammenlebende während der eheähnlichen Gemeinschaft nur dann Rechte an einer Familienwohnung geltend machen, wenn er dingliche Rechte an dieser Wohnung hat oder als Mitmieter einen Mietvertrag abgeschlossen hat.

Bei Auflösung durch Trennung gilt das Gleiche. Bei Auflösung durch den Tod des Partners hat der Überlebende hingegen nur dann Rechte an der Familienwohnung, wenn er selbst dingliche Rechte oder Mietrechte an der Wohnung hat oder aber er durch Testament als Erbe eingesetzt worden ist. Ist dies nicht der Fall, dann gehört die Wohnung oder das Mietrecht zur Erbschaft. Da der überlebende Partner kein Erbe ist, geht er leer aus.⁵¹

In dem Fall *Karner gegen Österreich* hat der EuGHMR festgestellt, dass das österreichische Mietgesetz, das die Fortsetzung des Mietvertrags durch den Ehegatten oder den Lebenspartner des Mieters erlaubt, im Hinblick auf Art. 8 und 14 EMRK breit auszulegen ist und den homosexuellen Partner deshalb nicht ausschließt.⁵² Es ist zu berücksichtigen, dass das österreichische Recht den Mietvertrag aus dem Nachlass herauslöst und ihm ein eigenes Statut verschafft. In Belgien ist die Lage anders. Trotzdem ist diese Entscheidung bei der Auslegung von Mietverträgen wichtig. Wenn nämlich dem Lebenspartner vertraglich das Recht zugebilligt worden ist, den Mietvertrag fortzusetzen, ist der Begriff Lebenspartner im Sinne dieser Entscheidung auszulegen. Die Drittwirkung der Grundrechte ist zu beachten.

IX. Kindschaftsrecht

1. Abstammung und elterliche Sorge

Das gesetzliche Zusammenwohnen führt nicht zu einer familienrechtlichen Beziehung und hat keinen Einfluss auf die elterliche Sorge. Das Sorgerecht kann nicht gemeinsam von beiden Partnern ausgeübt werden, wenn das Kind nur zu einem Partner in einer familienrechtlichen Beziehung steht. Dies gilt *a fortiori* für faktisch Zusammenlebende.

Diese Problematik wird besonders im Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Partnerschaften intensiv untersucht und diskutiert.⁵³ Eine Studie hat

⁴⁹ Für ein Beispiel siehe Gericht Gent, 9. Januar 1984, Rechtskundig Weekblad, 1984-85, 2961 m. Anm. *Pauwels*.

⁵⁰ EuGHMR 26.1.1999 (*Saucedo Gomez/Spanien*), Nr. 37784/97. Hierzu *Pintens*, FamRZ 2000, 69.

⁵¹ Siehe z.B. Friedensgericht Charleroi 3.3.2003, Journal des Tribunaux 2004, 101.

⁵² EuGHMR 24.7.2003 (*Karner/Österreich*), Hudoc REF0004440.

⁵³ Siehe z.B. *Borghs*, Homosexualiteit en ouderschap, NjW 2004, 326 ff.; *Brewaeyts*, Lesbisch ouderschap, in CGSO-Jaarboek, Gent 1998, S. 41 ff.

verdeutlicht, dass in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften viel mehr Kinder leben und erzogen werden als erwartet.⁵⁴ 8,4% der homosexuellen Männer haben Kinder; bei lesbischen Frauen sind es 14,5%. Die meisten Kinder stammen aus früheren heterosexuellen Beziehungen; bei lesbischen Frauen stammen fast 4% der Kinder aus der lesbischen Beziehung, davon 1% durch in-vitro-Fertilisation. Viele dieser Kinder werden in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft erzogen.⁵⁵ Sehr oft sind die Partner faktisch in gleicher Weise an der Erziehung beteiligt und die Mitmutter oder der Mitvater möchte auch juristisch an der elterlichen Sorge beteiligt werden. Wenn beide Elternteile noch gemeinsam die elterliche Sorge ausüben oder sonst wie an dieser Sorge beteiligt sind, erscheint es nicht opportun, noch eine dritte Person daran zu beteiligen. Ist dies aber nicht der Fall, dann spricht viel dafür, der soziologischen Wirklichkeit Rechnung zu tragen und der Mitmutter oder dem Mitvater Rechte zuzusprechen. Der Schiedshof hat den Gesetzgeber schon dazu aufgerufen.⁵⁶

2. Adoption

Die Adoption ist bisher nur durch Ehepaare möglich. Das neue Adoptionsgesetz vom 24. April 2004,⁵⁷ das noch nicht in Kraft getreten ist, ermöglicht die Adoption durch zwei Personen, die zusammenleben (neuer Art. 343 § 1b). Diese Adoption ist an folgende Bedingungen geknüpft:

1. die zwei Personen müssen unterschiedlichen Geschlechts sein. Die gleiche Bedingung gilt für Ehegatten;
2. die zwei Personen dürfen nicht verwandt sein, ohne Beschränkung im Grad;
3. die zwei Personen müssen auf eine permanente und affektive Weise für drei Jahre zusammengelebt haben.

Diese Bedingungen gelten sowohl für gesetzlich Zusammenwohnende als für faktisch Zusammenlebende.

Nach dieser Regelung ist eine Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare ausgeschlossen, nach der Öffnung der Ehe für homosexuelle Paare ist die Adoption durch solche Paare noch in dieser Legislaturperiode zu erwarten.

⁵⁴ Univ. Gent – Fachbereich Soziologie, Projekt PB097/26/157. Een beleidsgerichte survey van Vlaamse homoseksuele mannen en vrouwen 1998-99.

⁵⁵ Überdies ziehen viele homosexuelle Paare Pflegekinder groß.

⁵⁶ Schiedshof 8.10.2003, Belgisches Staatsblatt 19.1.2004, Rechtskundig Weekblad 2003-04, 1016, Anm. *Robert/Verlinden*.

⁵⁷ Belgisches Staatsblatt 16.5.2003. Das Datum des Inkrafttretens ist vom König zu bestimmen.

3. Künstliche Befruchtung

Die künstliche Befruchtung ist nicht geregelt, weder für Zusammenlebende noch für Ehegatten. In der Praxis können Ehepaare oder Zusammenlebende, deren Beziehung stabil ist, sich künstlich befruchten lassen.

X. Erbrecht

Weder bei dem gesetzlichen Zusammenwohnen noch beim faktischen Zusammenleben hat der überlebende Partner ein gesetzliches Erbrecht, ebenso wenig Privilegien z.B. für die Familienwohnung oder den Hausrat. Ein Unterhalt zu Lasten des Nachlasses ist auch nicht vorgesehen. Nur eine testamentarische Erbeinsetzung kann Abhilfe schaffen. Schenkungen und Vermächtnisse sind möglich, wenn sie nicht zum alleinigen Ziel haben, Sexualeistungen zu vergüten (siehe oben A.I.).

Bei der Bevölkerung besteht ein großer Informationsbedarf. Die aufeinander folgenden Senkungen der Erbschaftssteuer haben dazu geführt, dass breite Schichten der Bevölkerung der Meinung sind, dass Zusammenlebende kraft Gesetzes Erben sind und ein Testament nicht mehr erforderlich ist.

Im Falle eines gesetzlichen Zusammenwohnens ist noch eine Besonderheit zu vermerken. Wenn der überlebende Partner auch Erbe des Verstorbenen ist, wird das ungeteilte Vermögen im Verhältnis zu den pflichtteilsberechtigten Erben als eine Schenkung betrachtet, vorbehaltlich des Gegenbeweises (Art. 1478 Abs. 3). Aus den parlamentarischen Beratungen geht hervor, dass die *ratio legis* dieser Bestimmung die war, zu verhindern, dass ein gesetzliches Zusammenwohnen eines Elternteils mit einem Kind den Pflichtteil der anderen Kinder antasten würde. Deshalb werden die Güter, die als ungeteiltes Vermögen betrachtet werden und die dem zusammenwohnenden Kind zukommen, als Schenkung betrachtet und müssen zur Berechnung des verfügbaren Teils dem Nachlass hinzugefügt werden. Der Teil des ungeteilten Vermögens, der den verfügbaren Teil des Nachlasses überschreitet, ist einzubringen.

Diese Regelung ruft viele Fragen auf. Wird mit Erbe nur der gesetzliche Erbe gemeint oder auch der testamentarische? Meistens wird im ersten Sinne geantwortet. Gilt diese Regelung nur gegenüber Kindern oder auch gegenüber anderen pflichtteilsberechtigten Erben? Gilt die Regelung nur, wenn der Elternteil stirbt oder auch, wenn das Kind als erstes stirbt? Unter Berücksichtigung der *ratio legis* sind diese Fragen zu verneinen. Ist es akzeptabel, dass die Regelung nur zwischen erbberechtigten Verwandten gilt? Ist das pflichtteilsberechtignte Kind eines Homosexuellen, der mit seinem Freund gesetzlich zusammenlebt, nicht schutzbedürftig?

XI. Sozialrecht

Um das belgische sozialrechtliche System zu verstehen, sind vorab zwei Elemente zu erwähnen: erstens kennt das Sozialrecht unterschiedliche Regelungen für Arbeitnehmer, Selbständige und Beamte; zweitens ist nach Sektoren zu unterscheiden (Rente, Arbeitslosengeld, Kindergeld, Krankenversicherung).⁵⁸

1. Renten

In Bezug auf das Ruhegehalt verfügen verheiratete Arbeitnehmer und Selbständige über zwei Möglichkeiten. Entweder entschließen sie sich für zwei Renten, wobei eine Rente pro Person jeweils 60% des plafonierten Gehalts beträgt,⁵⁹ oder sie entschließen sich für eine Familienrente die 75% des plafonierten Gehalts des meistverdienenden Ehegatten beträgt.⁶⁰ Zusammenlebende, ohne Unterschied zwischen gesetzlich und faktisch Zusammenlebenden, haben keine Wahlmöglichkeit und bekommen stets eine individuelle Rente. Hier besteht ein großer Unterschied, wenn ein Partner eine viel höhere Entlohnung hat als der andere, so dass eine Familienrente günstiger wäre.

Für Beamte gibt es keine Option. Die Rente wird als ein zurückgestelltes Gehalt betrachtet, so dass die Familiensituation keine Rolle spielt.

Die Überlebensrente steht in den drei Kategorien nur dem überlebenden Ehegatten zu. Der überlebende Partner hat hier keine Rechte.

2. Arbeitslosengeld

Der Betrag des Arbeitslosengeldes ist abhängig von der Familiensituation. Ehegatten und Zusammenlebende sind hier gleichberechtigt.⁶¹ Seit 1996 wird auch der gleichgeschlechtliche Partner berücksichtigt.⁶²

⁵⁸ Für Arbeitsunfälle siehe oben unter D.VII. Für einen allgemeinen Überblick siehe *van Langendonck/Put*, Handboek socialezekerheidsrecht, Antwerpen 2002; für die Stellung der Zusammenlebende siehe *Castelein/Maelfait*, Ongehuwd samenwonen, Antwerpen 2003, S. 119 ff.; *van Eeckhout*, Sociaalrechtelijke aspecten van ongehuwd samenwonen, in: K.F.B.N. (Hrsg.), Ongehuwd samenwonen, Antwerpen 1996, S. 119 ff.

⁵⁹ Selbständige bekommen eine niedrigere Rente als Arbeitnehmer.

⁶⁰ Siehe z.B. für Arbeitnehmer: Art. 5 § 1 Gesetz über die Modernisierung der Arbeitnehmerrenten.

⁶¹ Art. 110 Königliche Verordnung v. 25.11.1991 über die Arbeitslosigkeitsreglementierung, Belgisches Staatsblatt 31.12.1991.

⁶² Königliche Verordnung v. 4.8.1996, Belgisches Staatsblatt 14.8.1996.

3. Kindergeld

Hier liegen keine Diskriminierungen vor. Wenn es günstiger ist, dass nicht der Elternteil, sondern sein Partner das Kindergeld beansprucht, kann er dies unter den gleichen Bedingungen tun wie ein Ehegatte.⁶³ Dies ist alles darauf zurückzuführen, dass das Kindergeld für Selbständige ungünstiger ist als für Angestellte, so dass eine Option sich lohnt.

4. Krankenversicherung

Auch hier liegen keine Diskriminierungen vor. Wenn einer der Partner keine eigene Krankenversicherung hat, kann er sich beim anderen Partner mitversichern wie ein Ehegatte.⁶⁴

XII. Steuerrecht

1. Einkommensteuer

Seit dem 1. Januar 2004 sind die Diskriminierungen zwischen Ehegatten und gesetzlich oder faktisch Zusammenlebenden in Bezug auf die Einkommensteuer abgeschafft.⁶⁵ Ehegatten und gesetzlich Zusammenwohnende werden – wie auch faktisch Zusammenlebende – getrennt besteuert. Dies gilt sowohl für Einkünfte aus Arbeit als auch für Einkünfte aus persönlichem Vermögen, wenn Gütertrennung vereinbart worden ist. Bei Gütergemeinschaft werden die Einkünfte aus gemeinschaftlichem oder persönlichem Vermögen zur Hälfte geteilt und dem Arbeitseinkommen jedes Ehegatten hinzugefügt, es sei denn bestimmte persönliche Einkommen sind ehevertraglich aus der Gütergemeinschaft ausgeschlossen worden. In diesem Fall werden sie dem Arbeitseinkommen des berechtigten Ehegatten hinzugefügt. Zwischen gesetzlich Zusammenwohnenden wird normalerweise Gütertrennung vereinbart sein. Man kann nicht ohne weiteres, sondern nur durch besondere Konstruktionen zu einem Gesamtgut kommen (siehe oben unter D.II.).

Ein Unterschied bleibt: Das Splitting, das bei einem niedrigen Einkommen stattfindet, gilt sowohl für Ehegatten als für gesetzlich Zusammenwohnende, findet aber auf faktisch Zusammenlebende keine Anwendung.

⁶³ Art. 51 § 3 Königliche Verordnung v. 19.12.1939, Belgisches Staatsblatt 22.12.1939, mehrmals geändert (u.a. durch Gesetz v. 12.8.2000).

⁶⁴ Königliche Verordnung v. 16.5.1980, Belgisches Staatsblatt 13.6.1980.

⁶⁵ *Van De Woestyne*, De hervorming van de personenbelasting door de Wet van 10 augustus 2001: Wijzigingen in de gezinsfiscaliteit, *Echtscheidingsjournaal* 2001, 150 ff.

2. Erbschaftssteuer⁶⁶

Zwei Dekrete des Flämischen Parlamentes vom 15. Juli 1997 und vom 1. Dezember 2000 zur Regelung der Erbschaftssteuer zwischen Zusammenwohnenden haben die Steuersätze in zwei Schritten herabgesetzt.⁶⁷ Heute gelten die gleichen Sätze wie für Ehegatten.

Um für diesen günstigen Tarif in Betracht zu kommen, musste der überlebende Partner am Todestag seit mindestens einem Jahr ununterbrochen mit dem Erblasser zusammengewohnt und mit ihm einen gemeinsamen Haushalt geführt haben. Ein Dekret vom 30. Juni 2000 hat alle Bedingungen gestrichen, die zu erfüllen waren, um die Steuererleichterungen in Anspruch nehmen zu können.⁶⁸ Das gesetzliche Zusammenwohnen genügt, ohne dass eine gewisse Dauer erforderlich ist. Die Frist von einem Jahr gilt somit nur noch für das faktische Zusammenleben. Das Geschlecht des Erben ist nicht relevant.

In der Region Wallonien und in der Region Brüssel-Hauptstadt sind für gesetzlich Zusammenwohnende vergleichbare Regelungen getroffen worden, auch wenn in Wallonien zusätzliche Bedingungen zu erfüllen sind. In beiden Regionen gelten die Vergünstigungen nicht für faktisch Zusammenlebende.

XIII. Sonstiges

Auf anderen Gebieten wird nicht immer die gleiche Linie verfolgt. So berücksichtigt das Gesetz vom 23. Januar 2003 über Partnergewalt sowohl die Gewalt eines gesetzlichen Partners als die eines faktischen Partners (Art. 410 Abs.2 Strafgesetzbuch). Das Aussageverweigerungsrecht in Strafsachen dagegen bleibt auf den Ehegatten beschränkt (Art. 156 und 322 Strafprozessordnung).

Das Gesetz über die Patientenrechte vom 22. August 2002⁶⁹ berücksichtigt sowohl den gesetzlichen als den faktischen Partner. Sie können den Patienten in bestimmten Fällen vertreten und seine Rechte ausüben (Art. 9 und 12).

E. Auflösung des Zusammenlebens

I. Gesetzliches Zusammenwohnen

Das gesetzliche Zusammenwohnen wird wie folgt aufgelöst (Art. 1476 § 2):

- Todesfall eines der Partner;

⁶⁶ *Casman*, NjW 2004, 189 ff.; *Castelein/Maelfait* (Fn. 58) 90 ff.; *Spruyt/Ruysseveldt/Doms*, *Praktijkids Successierecht & -Planning*, Kapelle-op-den-Bos 2003, S. 226 ff.

⁶⁷ Belgisches Staatsblatt 1.10.1997 und 11.1.2001.

⁶⁸ Belgisches Staatsblatt 17.1.2000.

⁶⁹ Belgisches Staatsblatt 26.9.2002.

- wenn einer der Partner seinen gesetzlich mit ihm zusammenwohnenden Partner oder einen Dritten heiratet;
- wenn beide Partner dem Standesbeamten gegenüber *gemeinsam* eine Erklärung in diesem Sinne abgeben, analog der ursprünglichen Erklärung zum gesetzlichen Zusammenwohnen;
- wenn einer der Partner *einseitig* diese Erklärung abgibt. In diesem Fall stellt der Standesbeamte innerhalb von acht Tagen die Erklärung der Beendigung des gesetzlichen Zusammenwohnens dem anderen Partner zu.⁷⁰

Die Beendigung des gesetzlichen Zusammenwohnens durch eine gemeinsame bzw. einseitige Erklärung wird durch den Standesbeamten im Melderegister eingetragen.

Es ist nicht festgelegt worden, was die Folgen sind, wenn die gesetzlich Zusammenwohnenden faktisch auseinander gehen, ohne dass einer von ihnen beim Standesbeamten eine Erklärung abgegeben hat. Nur wenn einer von den beiden heiratet oder stirbt, nimmt das gesetzliche Zusammenleben in diesem Fall von Rechts wegen ein Ende. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, dann ist das gesetzliche Zusammenleben zwar rein faktisch beendet, juristisch bleibt es aber bestehen.

Ein Antrag auf Anordnung vorläufiger Maßnahmen wegen Dringlichkeit kann bis spätestens drei Monate nach Beendigung des gesetzlichen Zusammenlebens gestellt werden, in welchem Fall der Friedensrichter nur diejenigen vorläufigen Maßnahmen anordnen kann, welche der Beendigung des gesetzlichen Zusammenwohnens zufolge gerechtfertigt sind. Auch dieser Möglichkeit kommt keine große Bedeutung zu. Der Friedensrichter kann selbstverständlich keine Maßnahmen anordnen, wodurch die Rechte aus Art. 1477, die durch Auflösung des gesetzlichen Zusammenwohnens beendet worden sind, wieder aufleben. Deshalb hat der Richter keine Möglichkeit, eine Wohnung, die ausschließliches Eigentum des einen ex-Partners ist, dem anderen zuzuweisen oder den Mietvertrag, der nur von dem einen ex-Partner abgeschlossen ist, dem anderem zuzuteilen. Die Maßnahmen müssen sich auf die elterliche Sorge, den Kindesunterhalt, die vorläufige Zuweisung und die Verwaltung vom ungeteilten Vermögen und die Regelung von Verbindlichkeiten aus der Partnerschaft beschränken. Hierbei hat der Friedensrichter die Dauer der Maßnahmen zu bestimmen, welche nicht mehr als ein Jahr sein darf (Art. 1479 Abs. 3).

Nach Ablauf der dreimonatigen Antragsfrist gelten für die Konflikte über die Folgen der Beendigung des gesetzlichen Zusammenwohnens die allgemeinen Zuständigkeitsregeln der Zivilprozessordnung.

⁷⁰ Pintens, FamRZ 2000, 74.

II. Faktisches Zusammenleben

Die Auflösung des faktischen Zusammenlebens ist an keine Vorschriften gebunden. Bei Streitigkeiten ist je nach Streitwert der Friedensrichter oder das Gericht erster Instanz, in Eilverfahren der Präsident dieses Gerichtes zuständig.

F. Internationales Privatrecht

I. Registrierte Partnerschaften

Das neue IPR-Gesetzbuch, das am 1. Oktober 2004 in Kraft getreten ist,⁷¹ beinhaltet eine Regelung für registrierte Partnerschaften, die kein der Ehe gleichwertiges Band schaffen (Art. 58). Für Partnerschaften, die mit der Ehe vergleichbar sind, ist das internationale Eherecht anwendbar (Art. 42 ff.).

Partnerschaften, die nicht mit der Ehe vergleichbar sind, können in Belgien nur registriert werden, wenn beide Partner ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Belgien haben (Art. 59 Abs. 2). Die Beendigung der Partnerschaft kann in Belgien nur registriert werden, wenn die Partnerschaft in Belgien registriert worden ist (Art. 59 Abs. 3).

Anwendbares Recht ist in der Regel das Recht des Staates, in dem die Partnerschaft zum ersten Mal registriert worden ist (Art. 60 Abs. 1).

II. Faktisches Zusammenleben

Das IPR-Gesetz beinhaltet keine Regelungen über das faktische Zusammenleben. Dies bedeutet, dass die allgemeinen Bestimmungen Anwendung finden. Status und Geschäftsfähigkeit einer Person unterliegen dem Recht der Staatsangehörigkeit (Art. 34 § 1 Abs. 1). Ein *renvoi* wird akzeptiert (Art. 34 § 1 Abs. 2). Auf Partnerschaftsverträge ist das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht anwendbar. Dies bedeutet, dass das Römer Abkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht Anwendung findet (Art. 98 § 1).

G. Bewertung und Ausblick

I. Gesetzliches Zusammenwohnen

Das belgische Recht hat sowohl für heterosexuelle als für homosexuelle Lebensgemeinschaften ein einheitliches Statut ausgearbeitet, wie dies auch in

⁷¹ Gesetz v. 16.7.2004, Belgisches Staatsblatt 27.7.2004. Hierzu *Pintens*, Neue Entwicklungen im belgischen Familien- und Erbrecht, FamRZ 2004, 1421.

Frankreich, in den Niederlanden und in Spanien (z.B. Aragon und Katalonien) erfolgt ist. Dieses Modell weicht erheblich von den nordischen und deutschen Gesetzgebungen ab, die ihre Normierung auf die gleichgeschlechtlichen Partnerschaften beschränken.

Das belgische Recht hat ein auf dem ersten Blick bescheidenes Statut für die Partnerschaft ausgearbeitet, das der Ehe untergeordnet worden ist, da die Eheschließung das gesetzliche Zusammenwohnen von Rechts wegen auflöst. Es bringt auf diese Weise eine Hierarchie zwischen Ehe und gesetzlichem Zusammenwohnen zustande. Dass das gesetzliche Zusammenwohnen als ein Statut zweiten Ranges eingestuft wird, geht auch aus der Möglichkeit hervor, das gesetzliche Zusammenwohnen einseitig, ohne jede Begründung und ohne Intervenierung des Richters aufzulösen. Dies kommt letztlich einer Verstoßung gleich.⁷²

Das belgische Modell erscheint reformbedürftig, da es privatrechtlich in seinem Endergebnis kaum mehr als ein Symbol darstellt und die legitimen Interessen der Betroffenen ungenügend schützt. Dies wird besonders deutlich am Schutz der Familienwohnung, dem durch die Auflösung der Partnerschaft ein Ende gesetzt wird. Der Schutz entfällt also gerade dann, wenn er gebraucht wird.

Besonders problematisch ist die Stellung des überlebenden Partners. Er hat im Grunde überhaupt keine Stellung. Bei Auflösung des gesetzlichen Zusammenwohnens durch Tod geht der überlebende Partner leer aus, wenn keine testamentarische Verfügung vorliegt. Selbst wenn man kein Anhänger eines gesetzlichen Erbrechts für den überlebenden Partner ist, verdienen bestimmte Fälle eine gesetzliche Regelung. Ist es zu verantworten, dass die Frau, die ihren Beruf aufgegeben hat, um die Kinder zu erziehen – was in Belgien allerdings eher selten ist – ohne Versorgungsanspruch zurückbleibt? Ist hier nicht wenigstens ein Unterhaltsanspruch zu Lasten des Nachlasses im Gesetz zu verankern?

Auf dem zweiten Blick kann das Statut des gesetzlichen Zusammenwohnens trotzdem verlockend sein. Im Vergleich zur Ehe bietet es viele Vorteile und große Freiheit. Es bringt weniger Pflichten als eine Ehe mit sich; nur einige Bestimmungen über die allgemeinen Ehewirkungen finden Anwendung; der Güterstand ist einfacher zu ändern als in der Ehe; anders als in der Ehe hat der Partner kein Erbrecht und kann man frei über sein Vermögen verfügen. Betrachtet man andere Rechtsgebiete, z.B. das Steuerrecht, dann ist das gesetzliche Zusammenwohnen eher als ein starkes Statut zu qualifizieren. Hier haben die gesetzlich Zusammenwohnenden im Allgemeinen die gleichen Rechte wie Ehegatten.

⁷² *Pintens, FamRZ 2000, 77.*

II. Faktisches Zusammenleben

Auch faktisch Zusammenlebende werden mehr und mehr begünstigt, insbesondere haben sie im Steuerrecht Berücksichtigung erhalten.

Weitgehende Regelungen sind hier nicht zu befürworten. Der Gesetzgeber hält sich hier mit Recht zurück. Trotzdem sind einige Probleme zu regeln, wobei der Schutz der Familienwohnung wohl am ehesten einer gesetzlichen Regelung bedarf. Auch eine Diskussion über das Erbrecht ist nicht überflüssig. In einer Umfrage haben 65% der befragten Bürger sich für ein gesetzliches Erbrecht des überlebenden Partners ausgesprochen.⁷³ Dies heißt nicht, dass ein gesetzliches Erbrecht die einzige Möglichkeit ist. Regelungen über die Familienwohnung und über Unterhalt zu Lasten des Nachlasses in extremen Fällen können auch als Lösung in Betracht kommen. Diese Regelungen sollten an eine gewisse Dauer des Zusammenlebens geknüpft sein.

⁷³ *van Houtte/Franssen/Wambeke*, De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve, in: Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (Hrsg.) *De Erfrechtelijke Reserve in Vraag Gesteld. Examen Critique de la Réserve Successorale II*, Belgisch recht. Droit belge, Brüssel 1997, S. 87-88.

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht*

KATHARINA BOELE-WOELKI und WENDY SCHRAMA

- A. Struktur, Systematik und historische Entwicklung
- B. Verhältnis zwischen den Lebensformen
 - I. Grundgesetzliche und konventionsrechtliche Dimension
 - II. Ehe und eingetragene Partnerschaft
 - 1. Einleitung
 - 2. Keine Bedrohung der Ehe
 - 3. Gründe für die Einführung der eingetragenen Partnerschaft
 - III. Nichteheliche Lebensgemeinschaft
 - 1. Einleitung
 - 2. Keine Bedrohung der Ehe
 - 3. Schlussfolgerung
- C. Die Begründung der Lebensform
 - I. Einleitung
 - II. Ehe und eingetragene Partnerschaft
 - III. Nichteheliche Lebensgemeinschaft
 - IV. Schlussfolgerung
- D. Die Rechtsfolgen der Lebensform
 - I. Einleitung
 - II. Eltern-Kind-Beziehung
 - 1. Abstammung
 - 2. Adoption und künstliche Befruchtung
 - 3. Elterliche Sorge
 - 4. Kindesunterhalt
 - 5. Namensrecht für Kinder
 - 6. Vergleich
 - III. Vermögensrecht
 - 1. Ehe und eingetragene Partnerschaft
 - 2. Nichteheliche Lebensgemeinschaft
 - 3. Vergleich
- IV. Übrige Bereiche des Privatrechts
 - 1. Mietrecht
 - 2. Nähere Erörterung einzelner Vorschriften
- V. Erbrecht
 - 1. Einleitung
 - 2. Ehe und eingetragene Partnerschaft
 - 3. Nichteheliche Lebensgemeinschaft
 - 4. Vergleich
- VI. Öffentliches Recht
 - 1. Einleitung
 - 2. Steuerrecht
 - 3. Sozialversicherungsrecht
 - 4. Das Straf(prozess)recht
- VII. Schlussfolgerung
- E. Beendigung der Beziehung
 - I. Einleitung
 - II. Ehe und eingetragene Partnerschaft
 - 1. Einleitung
 - 2. Übereinstimmungen
 - 3. Unterschiede
 - 4. Verfahrensrecht
 - 5. Rechtsfolgen der Auflösung
 - III. Nichteheliche Lebensgemeinschaft
 - IV. Schlussfolgerung
- F. Internationales Privatrecht
 - I. Einleitung
 - II. Eingetragene Partnerschaft
 - III. Nichteheliche Lebensgemeinschaft
 - IV. Schlussfolgerung
- G. Bewertung und Ausblick
Abkürzungsverzeichnis

* Der Beitrag wurde im September 2004 abgeschlossen. Nur vereinzelt konnten einige neuere Entwicklungen berücksichtigt werden.

A. Struktur, Systematik und historische Entwicklung

Das niederländische Recht unterscheidet zwei institutionalisierte und einige nicht institutionalisierte Lebensformen. Die seit Jahrhunderten bestehende Ehe und die seit 1998 eingeführte eingetragene Partnerschaft gehören gemeinsam zu den institutionalisierten Lebensformen, die beide umfassend im Ersten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches (Familienrecht) geregelt sind. Bis 2001 galt das Gebot der Verschiedengeschlechtlichkeit: Nur ein Mann und eine Frau konnten eine Ehe schließen. Am 1. April 2001 wurde die 'Homoehe' eingeführt. Auch eine eingetragene Partnerschaft kann sowohl von einem Paar gleichen als auch verschiedenen Geschlechts eingegangen werden. Für beide Paare gilt dieselbe gesetzliche Regelung.¹

Außerhalb dieser Regelungen gibt es kein gesetzlich anerkanntes Institut für nichteheliche Lebensgemeinschaften oder andere Lebensformen. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Gesetz die nicht institutionalisierten Lebensformen, wie die nichteheliche Lebensgemeinschaft, negiert. In den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurden die nicht legalisierten Lebensformen zunehmend auch vom Gesetzgeber anerkannt, und seitdem überstürzen sich die Ereignisse. Anfangs wurde die nichteheliche Lebensgemeinschaft nur in einigen Vorschriften berücksichtigt. Das erste gesetzgeberische Eingreifen war im Bereich des nahehelichen Unterhaltsrechts. Hier wurden erstmals Rechtsfolgen an dem Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geknüpft. Nicht nur eine neue Ehe, sondern auch das eheähnliche Zusammenleben führt dazu, dass der Unterhaltsanspruch gegen den früheren Ehegatten erlischt. Das Recht der Erbschaftssteuer, das Miet-, Sozial- und Einkommensteuerrecht sowie das Recht des Erwachsenenschutzes folgten in den darauf folgenden Jahren. Auch heute noch ist das Recht der nicht institutionalisierten Lebensformen in ständiger Bewegung. Illustrativ ist die Neuregelung im Erbrecht, aber auch im Einkommensteuer- und Sozialrecht werden die Regelungen fortwährend neueren Entwicklungen und Erkenntnissen angepasst. Hervorzuheben ist, dass die Gesetzgebung zwischen Paaren gleichen und verschiedenen Geschlechts keinen Unterschied macht. Für beide Gruppen gelten dieselben Regeln.

B. Verhältnis zwischen den Lebensformen

I. Grundgesetzliche und konventionsrechtliche Dimension

Bei der Abgrenzung des Verhältnisses zwischen Ehe, eingetragener Partnerschaft und nicht institutionalisierten Lebensformen ist die grundgesetzliche und konventionsrechtliche Dimension entscheidend.

¹ Gesetz vom 5.7.1997, Stb. 1997, 324 betreffend Änderungen im Ersten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches und in der Zivilprozessordnung wegen Aufnahme einiger Vorschriften über die eingetragene Partnerschaft.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es in den Niederlanden keine mit Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz vergleichbare Bestimmung gibt. Der Ehe und der Familie ist in der niederländischen Verfassung keine besondere Stellung eingeräumt. Das in Art. 1 des niederländischen Grundgesetzes normierte Gleichheitsgebot ist daher für die niederländische Rechtsentwicklung von entscheidender Bedeutung. Darüber hinaus wird in der Rechtspraxis häufig der Gleichheitsgrundsatz des Art. 14 EMRK (in Verbindung mit Art. 8 EMRK) und Art. 26 IPBPR herangezogen.² Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass die Gerichte regelmäßig über die Vereinbarkeit eines bestimmten Unterschiedes zwischen den Lebensformen mit dem Gleichheitsgebot zu urteilen haben. Bis heute spielt die eingetragene Partnerschaft in diesem Zusammenhang übrigens keine Rolle. Andere Unterschiede werden jedoch der richterlichen Überprüfung vorgelegt, wobei in den meisten Verfahren nichteheliche Lebenspartner eine im Vergleich zu Ehegatten (oder umgekehrt) für sie nachteilige Regelung beanstanden. In einer geringen Anzahl von Verfahren beantragen zusammenlebende Verwandte eine Gleichbehandlung mit Ehegatten oder nichtehelichen Partnern. Die Gerichte haben nur selten festgestellt, dass der Gleichheitsgrundsatz verletzt worden ist. In sieben von 34 untersuchten Verfahren wurde diese Schlussfolgerung gezogen, darunter befinden sich fünf höchstrichterliche Entscheidungen.³ Übrigens ist es in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass es in den Niederlanden kein Verfassungsgericht gibt; jedes Gericht urteilt selbständig über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung. Verschiedene Auslegungen sind daher unvermeidlich. Die Fälle, in denen ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz angenommen wurde, haben Bezug zum Familienrecht und zum Arbeitsrecht. Im Sozialversicherungsrecht und Steuerrecht dagegen werden Differenzierungen von den Gerichten als zulässig erachtet. Erstaunlich ist, dass beanstandete Regelungen, obwohl kein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot angenommen wurde, in den meisten Fällen innerhalb kürzester Zeit vom Gesetzgeber angepasst wurden. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in immer mehr Rechtsgebieten eine (teilweise) Gleichstellung von Ehegatten und nichtehelichen Partnern stattgefunden hat, wird in Zukunft das Gleichheitsgebot

² In den Niederlanden gilt das Verbot der Prüfung auf die Verfassungsmäßigkeit einer Norm (Art. 120 Gw). Das Gericht darf ein formelles Gesetz nicht auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz prüfen, jedoch wird oft auf die konventionsrechtlichen Äquivalente im EMRK und IPBPR zurückgegriffen. Siehe ausführlich über die Bedeutung des verfassungsrechtlichen Rahmens: *Schrama*, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, Deventer 2004, S. 232-285.

³ CRvB 13.11.1986, AB 1987, 456 (geringere Vergütung für Unkosten für einen Soldaten einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als für einen verheirateten Soldaten); CRvB 1.10.1992, TAR 1992, 238 (mehr Beihilfe für die Krankenkosten eines verheirateten Partners als für einen unverheirateten Partner mit einem notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrag); HR 21.3.1986, NJ 1986, 585 (gemeinsame elterliche Sorge war verheirateten Eltern vorbehalten); HR 23.9.1988, NJ 1989, 740 (keine Möglichkeit den Namen des nicht verheirateten Elternteils zu wählen); HR 7.5.1993, NJ 1995, 259, mit Anmerkung *EAA* (Gehaltsunterschiede zwischen verheirateten und nicht verheirateten Lehrerinnen).

für die Entwicklung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zunehmend an Bedeutung verlieren.

Neben dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 1 kennt das niederländische Grundgesetz in Art. 10 Abs. 1 eine Vorschrift über das Recht der Bürger, eine Lebensgemeinschaft einzugehen.⁴ Es gibt bisher keine Verfahren, in denen sich die Beteiligten auf dieses Recht berufen haben.⁵ Anzunehmen ist, dass die Grenzen, die sich aus dieser Vorschrift ergeben, weit zu ziehen sind und im konkreten Fall erst dann bedeutsam werden, wenn das Recht eine Lebensgemeinschaft einzugehen, schwerwiegend beeinträchtigt würde. Zu denken ist hierbei an ein Verbot nichtehelichen Zusammenlebens oder die Beurteilung von Partnerschaftsverträgen als sittenwidrig. Das geltende Lebensformenrecht, das zwar Unterschiede zwischen verschiedenen Lebensformen macht, bietet jedoch den Bürgern im Verhältnis zum Staat ausreichend Freiheit, ihre individuelle Lebensform zu wählen.

Sollte der Gesetzgeber zu gegebener Zeit bestimmte Rechtsfolgen an das nichteheliche Zusammenleben knüpfen, würde eine derartige Regelung nicht gegen Art. 10 Abs. 1 Grundgesetz verstoßen, wenn den Partnern die Möglichkeit geboten wird, die gesetzliche Regelung auszuschließen.

II. Ehe und eingetragene Partnerschaft

1. Einleitung

Die Ehe und die eingetragene Partnerschaft ändern den Personenstand. Die gesetzlichen Vorschriften über die Ehe und die eingetragene Partnerschaft stimmen weitgehend überein; in Bezug auf die Vaterschaftsvermutung gelten unterschiedliche Regelungen (siehe unten Abschnitt D.II.1.). Auch die Möglichkeit, eine Lebensgemeinschaft ohne Richterspruch aufzulösen, gilt ausschließlich nur für die eingetragene Partnerschaft (siehe unten Abschnitt E.II.). Der Gesetzgeber hat gleichzeitig mit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare die Umwandlung einer Ehe in eine eingetragene Partnerschaft und umgekehrt eingeführt.⁶ Das Gesetz enthält diesbezüglich eine besondere Regelung in den Art. 1:80c Buchstabe e und 1:149 Buchstabe e BW. Die Umwandlung erfolgt nach Eintragung der Umwandlungsurkunde in die standesamtlichen Register. Es gelten keine besonderen Bedingungen oder Fristen für die Umwandlung. Die Möglichkeit, eine Ehe in eine eingetragene Partnerschaft umzu-

⁴ Siehe auch: *Schrama* (Fn. 2) 233-234.

⁵ Wahrscheinlich spielt das Verbot der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit auch hier eine Rolle.

⁶ Das ursprüngliche Problem, dass Partner ihre dauerhaft zerrüttete eingetragene Partnerschaft erst auflösen mussten, bevor sie eine Ehe eingehen konnten, wurde auf diese Weise gelöst. Vgl. *C. Waaldijk*, *Geregistreerd partnerschap: uitbouwen, afbouwen of ombouwen?*, *Burgerzaken & Recht* 1998, 174-181.

wandeln, kann relativ schnell erfolgen. Daher wird in diesem Zusammenhang auch von der so genannten „Blitzscheidung“ gesprochen.⁷ Viele Ehegatten lassen ihre Ehe beim Standesbeamten in eine eingetragene Partnerschaft umsetzen, um sie danach unmittelbar nach der Umwandlung einverständlich aufzulösen. Auch diese Auflösung erfolgt beim Standesbeamten. Eine richterliche Intervention ist nicht erforderlich. Die Auflösung der Ehe kann theoretisch innerhalb von 24 Stunden erfolgen, jedoch scheint die durchschnittliche Dauer bisher bei 14 Tagen zu liegen. Kürzlich hat der Justizminister angekündigt, die „Blitzscheidung“ abschaffen zu wollen.⁸ Diese Ankündigung hat die Diskussion über die Frage, wie eine Ehe und eine eingetragene Partnerschaft aufgelöst werden sollten und auf welche Weise dabei dem Kindeswohl am besten Rechnung getragen werden kann, erneut belebt. Die verschiedenen politischen Parteien haben ihre Vorstellungen hierzu deutlich gemacht; die Einführung einer Registerscheidung gehört dabei zu den wichtigsten Vorschlägen (siehe unten Abschnitt E.II.).⁹

Auf Konventionsebene schließlich und im Bereich des internationalen Privatrechts gelten besondere Regelungen für die verschiedenen Lebensformen (siehe unten Abschnitt F.).

Im Vergleich zu den ungefähr 140 Vorschriften zur Ehe enthält das Gesetz zur eingetragenen Partnerschaft nur sieben Artikel (Art. 1:80a -1:80g BW). Die geringe Anzahl gesetzlicher Partnerschaftsvorschriften liegt darin begründet, dass die Vorschriften einen verweisenden Charakter haben. In vielen Bereichen beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, die Ehevorschriften auf die eingetragene Partnerschaft entsprechend anzuwenden. Das gilt nicht nur für die Eintragungsfomalitäten, für die Partnerschaftshindernisse und das Eintragungsverfahren, sondern auch für die Aufhebung und Nichtigerklärung der Partnerschaft, die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Partner und die vermögensrechtliche Beziehung.

2. Keine Bedrohung der Ehe

Die eingetragene Partnerschaft wird weder vom Gesetzgeber noch vom Schrifttum oder der Rechtsprechung als eine Gefahr für die Institution der Ehe betrachtet. In Anbetracht der relativ geringen Anzahl eingetragener Partnerschaften in den letzten Jahren gibt es auch keinen Grund von einer Bedrohung

⁷ Vgl. *Boele-Woelki*, Scheidung und nachehelicher Unterhalt in den Niederlanden, in: Hofer/Schwab/Henrich (Hrsg.), *Scheidung und nachehelicher Unterhalt im europäischen Vergleich*, 2003, S. 197-228, (S. 204-205) und *Boele-Woelki*, *De administratieve echtscheiding is een feit*, FJR 2003, 121.

⁸ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, 29 520, Nr. 1. Brief des Justizministers an die Zweite Kammer, 13.4.2004. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 600 VI, Nr. 126 und Nr. 131.

⁹ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 600 VI, Nr. 114 bezüglich des Antrages, die staatliche Intervention bei einer Ehescheidung abzuschaffen.

zu sprechen. Im Jahre 2003 gab es insgesamt ungefähr 13.000 eingetragene Partnerschaften gleichen und verschiedenen Geschlechts.¹⁰ Die Zahl der eingetragenen Partnerschaften gleichen Geschlechts ist nach Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare im Jahre 2001 stark gesunken. Die relativ höhere Anzahl in den Jahren 1998-2001 ist die Folge eines Nachholbedarfs, der sich nach 2001 auf die Ehe konzentrierte.¹¹ Die steigende Anzahl eingetragener Partnerschaften betrifft seit 2001 Ehegatten, die ihre Ehe ohne richterliche Intervention im Wege der Umwandlung auflösen. Die Zahl der „Blitzscheidungen“ betrug im Jahre 2003 ungefähr 5000 gegenüber 32.000 Ehescheidungen. Bei mehr als der Hälfte der eingetragenen Partnerschaften, die im Jahre 2003 registriert wurden, handelte es sich um umgewandelte Ehen.¹² Die ungefähr 13.000 eingetragenen Partnerschaften stellen im Vergleich zu 3,4 Millionen Ehen und 700.000 nichteheliche Lebensgemeinschaften einen bescheidenen Anteil aller Lebensformen dar, vor allen Dingen wenn man bedenkt, dass ein großer Teil der eingetragenen Partnerschaften derzeit im gegenseitigen Einverständnis in kürzester Zeit aufgelöst werden.

3. Gründe für die Einführung der eingetragenen Partnerschaft

Das Zustandekommen des Gesetzes über die eingetragene Partnerschaft beruht auf einer langen Entwicklung, zu der sowohl eine richtungweisende Entscheidung des Hoge Raad¹³, das Gutachten der Kommission Kortmann I¹⁴, als auch Organisationen, die die Interessen von Homosexuellen vertreten,¹⁵ beigetragen haben. Die Einführung der eingetragenen Partnerschaft wurde vom Gesetzgeber zunächst ausschließlich damit begründet, dass für gleichgeschlechtliche Paare ein Rechtsinstitut geschaffen werden sollte. Bis 1998 war diesen Paaren nämlich die rechtliche Anerkennung ihrer Lebensform versagt. Dennoch wurde die Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft auch Paaren verschiedenen Geschlechts ermöglicht, um auf diese Weise den Anschein einer Ungleichbehandlung (die Ehe ist ausschließlich Paaren verschiedenen Geschlechts vorbehalten und die eingetragene Partnerschaft ausschließlich Paaren gleichen Geschlechts) zu vermeiden. Die Entscheidung, die eingetragene Partnerschaft auch

¹⁰ Vgl. <www.cbs.nl/nl/cijfers/statline/index.htm>.

¹¹ Im Jahre 2002 ließen 7.581 Paare verschiedenen Geschlechts und 740 gleichen Geschlechts ihre Partnerschaft eintragen.

¹² Vgl. <<http://www.cbs.nl/nl/publicaties/artikelen/algemeen/webmagazine/artikelen>>.

¹³ HR 19.10.1990, NJ 1992, 129, Anmerkung *Luijten* und *Alkema*.

¹⁴ Leefvormen, Den Haag 1991, kritische Würdigung von *Waalwijk*, *Vrij samen*, *Over het advies van de commissie-Kortmann inzake de vrijwillige registratie van leefvormen*, *Regelmaat* 1992, 43-49.

¹⁵ Vgl. ausführlich zu den Entwicklungen, die für das Partnerschaftsgesetz von Bedeutung waren: *Boele-Woelki/Schrama*, Die Rechtsstellung von Menschen mit homosexueller Veranlagung im niederländischen Recht, in: *Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel* (Hrsg.), *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, 2000, S. 54-60.

verschiedengeschlechtlichen Paaren zur Verfügung zu stellen, wurde im Schrifttum stark kritisiert.¹⁶ Als die Ehe im Jahre 2001 letztendlich auch gleichgeschlechtlichen Paaren zugänglich gemacht wurde, wurde der primäre Grund für die Einführung der eingetragenen Partnerschaft hinfällig. Trotz eines gegenteiligen Gutachtens des Staatsrates¹⁷ entschied sich der Gesetzgeber jedoch nicht für eine Abschaffung der eingetragenen Partnerschaft. Das erst 1998 neu eingeführte Institut sollte beibehalten werden, und nach einigen Jahren sollte die Bedeutung der eingetragenen Partnerschaft evaluiert werden. Als Begründung wurde auf die große Anzahl eingetragener Partnerschaften zwischen Paaren verschiedenen Geschlechts hingewiesen. Diese Zahl mache deutlich, dass offensichtlich ein 'großes Bedürfnis' an der Beibehaltung der eingetragenen Partnerschaft bestehe.¹⁸

III. Nichteheliche Lebensgemeinschaft

1. Einleitung

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist nicht umfassend geregelt; es gibt kein gesetzliches Institut für nichteheliche Lebenspartner. In vielen Bereichen knüpft das Gesetz jedoch Rechtsfolgen an das Zusammenleben zweier Menschen, sowohl im öffentlichen Recht als im Zivilrecht. Eine gesetzliche Regelung in Bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen den Partnern und mit Dritten fehlt; diese Rechtsverhältnisse werden daher den Vorschriften des allgemeinen Schul- und Sachenrechts (Bücher 3, 5, 6, 7 und 7A des BW) unterworfen.

Wichtig ist, dass weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtsprechung zwischen Paaren gleichen oder verschiedenen Geschlechts ein Unterschied gemacht wird. Diese Feststellung gilt sowohl im Bereich des öffentlichen Rechts als auch im Zivilrecht. Die genaue Anzahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist aufgrund fehlender Registrierung schwer festzustellen. Schätzungen des Zentralamtes für Statistik gehen für das Jahr 2003 von ungefähr 1,4 Millionen Menschen aus, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben.¹⁹ Jeder zehnte Haushalt ist eine nichteheliche Lebensgemeinschaft. Im Jahre 2002 lebte jedes sechste Paar unverheiratet bzw. nicht eingetragenen zusammen. In ungefähr 30% der nichtehelichen Lebensgemeinschaften leben dem Haushalt angehörige Kinder. Die Gruppe der nichtehelichen Lebens-

¹⁶ *Hoevenaars*, De wet op het geregistreerd partnerschap, De Notarisklerk 1997, 1356, 177-183; *Koppen/Lekkerkerker*, Geregistreerd samenwonen, verbintenis en lotsverbondenheid (I), Weekblad voor Privaatrecht, WPNR 1992/6067, 772-775; *van Mourik*, Turbulentie in het familierecht, WPNR 1997/6274, 397-400, 398.

¹⁷ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1998-1999, 26 672 Nr. B.

¹⁸ Sitzungsberichte der Ersten Kammer, 2000-2001, 26 672, Nr. 92a. S. 9. Kritische Würdigung dieser Entwicklung: *Boele-Woelki/Schrama* (Fn. 15) 70-76 und die dort angeführte Literatur.

¹⁹ Die CBS Daten sind unter <http://www.cbs.nl/nl/cijfers/statline/index.htm> zu finden.

partner mit Kindern umfasst Partner, die vorher verheiratet gewesen sind und deren Kinder in dieser früheren Beziehung geboren worden sind (27%). Der übrige Anteil (ungefähr 72%) umfasst Partner, die nicht verheiratet gewesen sind. Davon schließt ein Teil nach der Geburt des ersten oder zweiten Kindes nachträglich die Ehe.²⁰

2. *Keine Bedrohung der Ehe*

Weder in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch beim Gesetzgeber noch in der Rechtsprechung wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft als eine Gefahr für das Institut der Ehe empfunden. Die Gesetzgebung, die an die Ehe Rechtsfolgen knüpft, ist von der Zunahme anderer Lebensformen nahezu unbeeinflusst geblieben. Die geplante Reform des niederländischen Ehegüterrechts zeigt, dass es keine Bedenken gibt. Erwägungen, die auf einen besonderen Schutz der Ehe schließen lassen, finden sich in der Vorbereitung der neuen Gesetzgebung nicht. Die gesellschaftlichen Entwicklungen in Bezug auf andere Lebensformen spielen in der parlamentarischen Debatte nur eine untergeordnete Rolle.²¹ Darüber hinaus ergibt sich aus der Art und Weise, wie die nichteheliche Lebensgemeinschaft rechtlich anerkannt wurde, dass eine tatsächliche Bedrohung niemals befürchtet wurde. Bei Annahme einer gegenteiligen Auffassung hätte der Gesetzgeber sich sonst sicherlich in gewissen Bereichen der Einführung gesetzlicher Vorschriften, die begünstigende Rechtsfolgen an das nichteheliche Zusammenleben knüpfen, enthalten.

Es ist nicht möglich, eine (direkte) Kausalbeziehung zwischen der Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften einerseits und der Abnahme von Eheschließungen andererseits herzustellen. Die Frage, wie viele Ehen jährlich geschlossen werden, hängt nämlich von einer Vielzahl von Faktoren ab, die mit komplizierten wirtschaftlichen und sozialkulturellen Entwicklungen zusammenhängen. Besonders wichtige Umstände sind die demographische Entwicklung und das Alter der Bevölkerung: Je höher das Alter der Bevölkerung, desto kleiner die Gruppe der Menschen, die eine Ehe schließen. Von dieser Perspektive aus betrachtet ist es empfehlenswert zu untersuchen, wie hoch die Chancen eingeschätzt werden können, dass die Menschen jemals heiraten. Diese Chance ist zwar im Laufe der letzten Dekade geringer geworden, jedoch erweist es sich als schwierig, diese Feststellung direkt der Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften zuzuschreiben. Auch hier gilt, dass die Entwicklungen das Ergebnis des Zusammenspiels besonders komplexer Faktoren sind, von denen die nichteheliche Lebensgemeinschaft eher als eine Folge denn eine Ursache zu betrachten ist.

²⁰ *Schrama* (Fn. 2) 14-15 und 23-26.

²¹ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 867, Nr. 3, S. 7-8.

Des Weiteren erweist es sich als schwierig, die Ehe und die nichteheliche Lebensgemeinschaft zahlenmäßig miteinander zu vergleichen, weil bisher nur mangelhafte Erkenntnisse zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft selbst vorhanden sind. Verschiedene Formen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind zu unterscheiden: (1) die voreheliche, nichteheliche Lebensgemeinschaft, die insbesondere für die jüngere Generation eine Option darstellt; (2) die nacheheliche nichteheliche Lebensgemeinschaft, die insbesondere von Paaren mittleren Alters geführt wird, die bereits früher eine andere dauerhafte (eheliche oder nichteheliche) Beziehung unterhielten und schließlich (3) die dauerhafte, nichteheliche Lebensgemeinschaft, bei der die Partner auch nach einem längeren Zeitraum ihre Beziehung nicht in Form einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft formalisieren. Über die genannten drei Lebensformen gibt es wenig sozialwissenschaftliche Untersuchungen, die sinnvolle Schlussfolgerungen hinsichtlich der Frage zulassen, ob die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine Bedrohung für die Ehe darstellt. Viele der jungen nichtehelichen Lebenspartner heiratet zu gegebener Zeit. Unbekannt ist ferner, wie viele nacheheliche Beziehungen schließlich zu einer Eheschließung führen. Die Annahme, dass die Gruppe, die eine dauerhafte nichteheliche Lebensgemeinschaft führt, im Vergleich zu den beiden anderen Gruppen sehr klein ist, erscheint gerechtfertigt. Über künftige Entwicklungen gibt es allerdings nur geringe Erkenntnisse.²²

3. Schlussfolgerung

Die Haltung des niederländischen Rechts gegenüber den neuen Lebensformen ist als neutral und pragmatisch zu charakterisieren. Dem Bestreben, materiell gleiche Fälle gleich zu behandeln, wird voll und ganz Rechnung getragen. Moralistische und ideologische Motive, die die Bürger in irgendeiner Weise beeinflussen sollen, sind bisher nicht festzustellen. Die jüngsten Vorschläge für eine Neuregelung des Ehescheidungsrechts der Regierungsfraktion CDA im Kabinet Balkenende II (keine Zulassung einer Registerscheidung),²³ könnten allerdings anders interpretiert werden. Dass die Vorschläge jedoch die neutrale Haltung gegenüber allen Lebensformen beeinträchtigen wird, ist nicht zu erwarten. Das gilt auch für die geltenden Rechtsvorschriften.

²² *Schrama* (Fn. 2) 31-34 und 95-97.

²³ Vgl. Abschnitt E.II. Ferner Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, 29 520, Nr. 4, S. 11 und Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 600 VI, Nr. 132, S. 2 und S. 8: Der Justizminister (der CDA zugehörig) meint, dass die Ehe eine besondere Verbindung sei, die nicht im Wege eines „gewöhnlichen“ Vertrages im gegenseitigen Einverständnis aufgelöst werden könne.

C. Die Begründung der Lebensform

I. Einleitung

Die Art und Weise, wie eine Lebensgemeinschaft zustande kommt, hängt von der gewählten Lebensform ab. Für die Ehe und die eingetragene Partnerschaft gelten grundsätzlich dieselben Vorschriften. Für die nichteheliche Lebensgemeinschaft gibt es keine gesetzlich festgelegten Voraussetzungen.

II. Ehe und eingetragene Partnerschaft

Die Eheschließungsvoraussetzungen stimmen mit den Voraussetzungen, eine eingetragene Partnerschaft einzugehen, größtenteils überein. Gemäß Art. 1:80a BW sind viele Vorschriften des Eheschließungsrechts auf die Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft entsprechend anzuwenden.

Bis zum Jahre 2001 bestimmte Art. 1:80a Abs. 1 und 2 BW, dass eine eingetragene Partnerschaft nur von einer Person mit niederländischer Staatsangehörigkeit oder einem Ausländer mit gültiger Aufenthaltserlaubnis eingegangen werden konnte. Diese Vorschrift wurde abgeschafft, weil der Gesetzgeber der Empfehlung der Kommission Kortmann Folge leistete und die Regelung für Scheinehen auch auf eingetragene Partnerschaften für anwendbar erklärte.²⁴ Seitdem bestimmt das Gesetz, dass eine eingetragene Partnerschaft nichtig erklärt werden kann, wenn einer oder beide Partner nicht die Absicht hatten, die gesetzlichen Pflichten zu erfüllen, sondern nur die Erlangung des Aufenthaltsrechtes in den Niederlanden bezweckte (Art. 1:80a Abs. 5 BW). Das Erfordernis, dass zumindest einer der beiden Partner die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt, in den Niederlanden seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder über eine gültige Aufenthaltserlaubnis verfügt, blieb jedoch bestehen.²⁵

Das Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft erfolgt durch eine Urkunde, die von einem Standesbeamten erstellt wird (Art. 1:80a Abs. 3 BW). Die Urkunde wird im Standesamtsregister aufgenommen. Grundsätzlich müssen die Partner zwei Wochen vorher den Standesbeamten von ihrem Vorhaben, ihre Partnerschaft eintragen lassen zu wollen, in Kenntnis setzen. Die eingetragene Partnerschaft ist wie die Ehe exklusiv: Sie kann nur mit einer anderen Person

²⁴ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 26 862, Nr. 3, S. 5. Gesetz vom 13.12.2000 zur Änderung der Regelung im Ersten Buch des BW der Vorschriften zum Namensrecht, zur Vermeidung von Scheinehen und zum Zeitpunkt des Zustandekommens einer Trennung von Tisch und Bett und einiger anderer Vorschriften.

²⁵ Art. 1:80a Abs. 4 BW in Verbindung mit dem Ausländergesetz. Vgl. *Sumner*, Registered Partnerships and Private International Law: Great Britain and the Netherlands Compared, Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, Actes de la XVI^e Journée de Droit International Privé du 5 mars 2004 à Lausanne, organisée conjointement par l'Institut suisse de Droit Comparé et le Centre de droit comparé, de droit européen et de législations étrangères, Université de Lausanne 2004, S. 33-34.

eingegangen werden. Ist einer der beiden Partner noch verheiratet, besteht ein Partnerschaftshindernis (Art. 1:80a Abs. 2 BW). Des Weiteren bestimmt Art. 1:80a Abs. 6 BW, dass die folgenden Voraussetzungen, die für die Eheschließung gelten, auch bei der Eintragung der Partnerschaft vorliegen müssen:

1. Die Eintragung der Partnerschaft ist unzulässig, wenn das Geistesvermögen einer der Partner in der Weise gestört ist, dass er nicht in der Lage ist, seinen eigenen Willen zu bestimmen oder die Bedeutung seiner Erklärung zu erkennen.
2. Das Mindestalter für die Eintragung beträgt 18 Jahre. Der Justizminister kann aus wichtigen Gründen seine Einwilligung für die Eintragung geben, wenn einer oder beide Partner jünger als 18 Jahre sind.²⁶
3. Ist einer der Partner jünger als 18 Jahre, ist die vorherige Einwilligung der Eltern erforderlich. Die Weigerung der Eltern, in die Eintragung der Partnerschaft einzuwilligen, kann unter Umständen durch eine Genehmigung des *kantonrechter* ersetzt werden.
4. Für unter Kuratel gestellte Personen ist für die Eintragung eine Genehmigung des Kurators oder des *kantonrechter* erforderlich.

Die Vorschriften über die Formalitäten, die Einspruchserhebung, die Nichtigserklärung (Art. 1:80a Abs. 5 und Abs. 7 BW), die Zeremonie und über den Beweis der eingetragenen Partnerschaft stimmen, wie bereits oben ausgeführt, grundsätzlich mit den Vorschriften, die für die Eheschließung gelten, überein.²⁷ Der Standesbeamte kann – er ist hierzu jedoch nicht verpflichtet – die gleiche Zeremonie wie bei einer Eheschließung abhalten, einschließlich des Ja-

²⁶ Hier galt eine Ausnahme hinsichtlich der entsprechenden Anwendung des Art. 1:31 Abs. 2 BW, der bestimmt, dass das erforderliche Alter kein Hindernis darstellt, wenn beide Partner älter als 16 Jahre sind und die Frau ein ärztliches Attest, die ihre Schwangerschaft bescheinigt, vorlegt. Der Grund hierfür war, dass von Rechts wegen keine familienrechtlichen Beziehungen mit dem Vater entstehen. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1995-1996, 23 761, Nr. 7, S. 16. Kritisch äußert sich *van Wamelen*, Registratie-dispensatie, FJR 1998, 33. Die Ausnahme ist inzwischen gestrichen. Siehe ferner Abschnitt D.II.3.

²⁷ Einige Ausnahmen in Bezug auf die entsprechende Anwendbarkeit sind aufgehoben worden, wie Art. 1:44 Abs. 1 Buchstabe i BW (ärztliches Schwangerschaftsattest) und Buchstabe k (Erklärung eines Leiters der örtlichen Polizeibehörde über die gültige Aufenthaltsgenehmigung eines künftigen Ehegatten). Bei der Nichtigserklärung der Partnerschaft dagegen ist Art. 1:74 BW (die Nichtigserklärung kann nicht beantragt werden, wenn die Frau vor dem Tag des Antrages schwanger geworden ist) anwendbar. Es gibt noch einige Ausnahmen bei der entsprechenden Anwendung der Ehevorschriften: Art. 1:49a BW (Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses für Niederländer, die im Ausland eine Ehe eingehen wollen) ist nicht auf eingetragene Partnerschaften anwendbar. Gleiches gilt für Artikel 1:77 Abs. 2 Buchstabe a BW (der Beschluss, der die Ehe für nichtig erklärt, entbehrt rückwirkende Kraft gegenüber den Kindern der Ehegatten). Ferner ist die Beweisvorschrift des Artikel 1:80 BW bei eingetragenen Partnerschaften ausgeschlossen, weil diese Vorschrift sich auf das Eltern-Kind-Verhältnis bezieht.

Wortes.²⁸ Die Anwesenheit von Zeugen ist allerdings obligatorisch (Art. 1:80a Abs. zusammen mit Art. 1:63 BW). Art. 1:68 BW und Art. 1:80a Abs. 6 BW erlauben im Gegensatz zur Ehe außerdem, dass die Partner vor der Eintragung ihrer Partnerschaft eine religiöse Zeremonie abhalten. In der Praxis ist dieser Unterschied jedoch irrelevant, weil es kaum religiöse Autoritäten gibt, die an Zeremonien für eingetragene Partnerschaften mitwirken.

III. Nichteheliche Lebensgemeinschaft

Wegen des Fehlens gesetzlicher Vorschriften für die nichteheliche Lebensgemeinschaft gelten keine besonderen Voraussetzungen für deren Begründung. Ungeachtet des Alters, des Verwandtschaftsgrades, des Geschlechts, der geistigen Fähigkeiten und der Anzahl der Personen, hat jeder die Freiheit eine nichteheliche Lebensgemeinschaft einzugehen. Dieses Recht ist grundgesetzlich in Art. 10 Abs. 1 des Grundgesetzes verbürgt (siehe oben Abschnitt B.I.).

Das bedeutet aber auch, dass Paare bestimmte Voraussetzungen für das Eintreten einer Rechtsfolge erfüllen müssen. Die Bedingungen, die für die Inanspruchnahme bestimmter Regelungen gelten, sind nach Maßgabe der Rechtsgebiete verschieden, jedoch gilt als allgemeine Beschränkung, dass es sich um zwei volljährige Personen handeln muss. Im Einkommensteuerrecht kann man nur einen Steuerpartner haben und auch das Sozialrecht geht von einer Zweierbeziehung von Volljährigen aus.²⁹ Das Geschlecht der betreffenden Personen ist für keine der Regelungen relevant; es gelten allerdings in einigen Bereichen Ausnahmen für Familienangehörige, wie zum Beispiel im Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz in Bezug auf die Beziehung zwischen Eltern und Kindern. Abgesehen davon enthalten die einzelnen Regelungen unterschiedliche Voraussetzungen: Erforderlich ist eine bestimmte Dauer des Zusammenlebens, und das Vorliegen eines notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrages oder das Führen eines gemeinsamen Haushalts. Hier bestehen Unterschiede zwischen einerseits der Sozialgesetzgebung, wo bereits die gemeinsame Haushaltsführung für die Qualifikation als ausreichend erachtet wird, und andererseits dem Mietrecht und dem Einkommens- und Erbschaftssteuerrecht, wo eine gewisse Dauer des Zusammenlebens erforderlich ist. Für bestimmte Rechtsgebiete, wie zum Beispiel dem Erbrecht (siehe unten D.V.) und der Partnerrente, ist für die begüns-

²⁸ Bei der Zeremonie ist Art. 1:67 BW ausgeschlossen. Der Inhalt der Erklärung wird somit den Partnern überlassen, während bei der Eheschließung eine gesetzlich formulierte Erklärung abgegeben werden muss.

²⁹ Vgl. zum Beispiel Art. 3 Abs. 3 Sozialhilfegesetz (siehe unten Abschnitt D.VI.3.). Hier gelten wiederum einige Ausnahmen: Die Vorschriften über Mitmieterschaft (Art. 7:267 BW) sind nicht auf zwei Personen beschränkt. Gleiches gilt beim erbrechtlichen Versorgungsrecht für diejenigen, die mit dem Erblasser einen dauerhaften Haushalt führten (Art. 4:28 Abs. 2 BW, siehe unten Abschnitt D.V.).

tigenden Rechtsfolgen ein notariell beurkundeter Partnerschaftsvertrag notwendig.

In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass die Art und Weise, wie die nichteheliche Lebensgemeinschaft in den einzelnen Gesetzesbestimmungen charakterisiert wird, nebst der Anwendung verschiedener Abgrenzungskriterien, durchaus kritikwürdig ist. Der Gesetzgeber benutzt für die Umschreibung bestimmter Lebensformen mindestens 15 verschiedene Begriffe mit jeweils eigenen Abgrenzungskriterien.³⁰ Diese Begriffe sind nicht nur für ein und dieselbe tatsächliche Situation anwendbar, sondern teilweise auf verschiedene Situationen. Einerseits sind die Begriffe, die einander gleichen, nicht immer inhaltsgleich, andererseits werden in einigen Regelungen zusätzliche Bedingungen gestellt. Der Gesetzgeber wurde sich in den neunziger Jahren der Probleme, die die nichtehelichen Lebensformen in der Gesetzgebung verursachen, bewusst, wobei er die Angleichung der Begriffe als vordringlichstes Ziel erachtete.³¹ Die Regierung hat daraufhin aufgrund eines interdepartementalen Gutachtens Anweisungen für die Gesetzgebung entworfen,³² wobei die Benutzung des Begriffs 'Lebensgefährte' für solche Regelungen empfohlen wurde, die sich auf Rechte und Pflichten nicht-finanzieller Art zweier Volljähriger, die eine enge persönliche Beziehung unterhalten, beziehen. Sollten Vorschriften finanzielle Rechtsfolgen herbeiführen, wäre der Begriff 'nichteheliche(r) Lebenspartner' zu benutzen. Die Führung eines gemeinsamen Haushaltes besteht darin, dass die Partner ihren Hauptwohnsitz in derselben Wohnung begründet haben und einander versorgen, indem sie zu den Kosten des Haushaltes oder auf andere Weise beitragen.

Bis heute hat das Bestreben, die gesetzlichen Begriffe einander anzugleichen, zu keinen großen Anpassungen geführt, und es ist nicht zu erwarten, dass sich hieran etwas ändern wird. Im Gegenteil, es kann festgestellt werden, dass statt einer Angleichung eher eine weitergehende Divergenz entsteht. Die jüngste Erbrechtsreform ist dafür ein illustratives Beispiel (siehe unten Abschnitt D.V.).

Neben der notwendigen Angleichung der Begriffe sollten auch die Abgrenzungskriterien besser aufeinander abgestimmt werden: Es ist unverständlich, warum für eine gesetzliche Regelung eine Dauer des Zusammenlebens von zwei Jahre notwendig ist, während eine andere Vorschrift fünf Jahre verlangt,

³⁰ Vgl. *Schrama* (Fn. 2) 200-206 und 573-580.

³¹ Vgl. bereits den im Jahre 1986 erstellten Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Stcrt. 1987, S. 29). Siehe auch Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1987-1988, 20 255, Nr. 1-2, S. 9. Das Gutachten der Kommission Kortmann I empfahl die Harmonisierung des Rechts der Lebensformen: Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1992-1993, 22 700, Nr. 3. Besprochen von *van Hoeken*, Samenlevingsvormen en de wetgever, AA 1993, 78-85, 80-83.

³² Die Anweisung 72a ist mit der dritten Änderung der Anweisung für die Gesetzgebung eingefügt worden (Stcrt. 1998, Nr. 45 S. 12). Eine wesentliche Änderung ist seitdem nicht erfolgt.

oder warum in einigen Fällen ein notariell beurkundeter Partnerschaftsvertrag vorliegen muss, und in anderen Fällen nicht. Die Vielfalt der in der Gesetzgebung verwendeten Begriffe und Kriterien kann nur mit einem Blick auf das Zustandekommen der gesetzlichen Regelungen erklärt werden. In jedem Rechtsgebiet ist die Bedeutung der neuen Lebensformen isoliert berücksichtigt worden, ohne dass der Gesetzgeber diese Frage im Rahmen einer bestimmten gesetzlichen Maßnahme, oder gar allgemein betrachtet hat. Auf die Frage, welche Bedeutung den neuen Lebensformen im Recht zukommt, ist bisher noch kein allgemeiner Standpunkt formuliert worden. Hier kann noch vieles verbessert werden.³³

IV. Schlussfolgerung

Ehe und eingetragene Partnerschaft sind formelle (und materielle) Lebensformen, bei deren Zustandekommen der Staat eine konstitutive Rolle spielt. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist nur eine materielle Lebensform ohne staatliche Mitwirkung. Gerade weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine materielle Lebensform ist, sollte der Gesetzgeber eine einheitliche Definition dieser Lebensform geben und nähere Abgrenzungskriterien gesetzlich festlegen. Erst dann kann eindeutig festgestellt werden, ob eine Lebensform vorliegt, an die bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden können, und ob im konkreten Fall auch von einer sich qualifizierenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesprochen werden kann. Ein Minuspunkt der geltenden Rechtslage bezüglich der nicht institutionalisierten Lebensformen ist die uneinheitliche Terminologie und der Gebrauch verschiedener Abgrenzungskriterien in der Gesetzgebung.

D. Die Rechtsfolgen der Lebensform

I. Einleitung

Die Frage, welche Lebensform welche Rechtsfolgen begründet, betrifft den Kern der Diskussion über Lebensformen. Die Antwort ermöglicht einen Einblick in den sich daran anschließenden Fragenkomplex, insbesondere die Frage, ob das Recht sich in ausreichendem Maße an die gesellschaftlichen Entwicklungen angepasst hat, und auf welche Art und Weise diese Anpassung gestaltet wurde. Bei den Rechtsfolgen für die Ehe, eingetragene Partnerschaft und nichteheliche Lebensgemeinschaft ist eine Differenzierung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht notwendig. Im öffentlichen Recht sind mit der Lebensform im Allgemeinen viele und weitreichende Folgen verknüpft, aber auch im Zivilrecht ist die Lebensform ein nicht ganz unwichtiger Tatbestand.

³³ Vgl. für konkrete Vorschläge *Schrama* (Fn. 2) 203-206.

Trotz der fortschreitenden Entwicklung der Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit der Ehe, gibt es vier Rechtsgebiete, in denen Unterschiede zwischen institutionalisierten und nicht institutionalisierten Lebensformen weiter bestehen bleiben. Es handelt sich um die Eltern-Kind-Beziehung, das Familienvermögensrecht, das Erbrecht und das Straf(Prozess)recht.

Im Familienrecht gibt es ausführliche Regelungen über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten und eingetragenen Partnern. Derartige Vorschriften fehlen gänzlich für nichteheliche Lebenspartner, sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis. Dieser gravierende Unterschied und die damit verbundenen weitreichenden Folgen rechtfertigen eine besondere Darstellung in einem eigenen Abschnitt (D.III.). Der zweite Problemkreis, der große Unterschiede aufweist, betrifft das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Hier handelt es sich um Gebiete wie Abstammung, Adoption, künstliche Befruchtung, elterliche Verantwortung, Unterhalt und das Namensrecht. Diese Fragen werden im nachfolgenden Abschnitt (D.II.) behandelt, wobei die Differenzierung zwischen den verschiedenen Lebensformen im Zentrum steht. Die Unterschiede, die im Erbrecht bestehen, werden im Abschnitt D.V. besprochen, und dem Straf(prozess)recht wird in Abschnitt D.VI.4. Aufmerksamkeit gewidmet.

II. Eltern-Kind-Beziehung

1. Abstammung

a) Ehe und eingetragene Partnerschaft

Der Gesetzgeber hat die eingetragene Partnerschaft der Ehe nahezu angeglichen. Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Instituten betrifft abstammungsrechtliche Fragen zwischen Vater und Kind.³⁴ Für das Rechtsverhältnis zwischen der Mutter und dem Kind ist die Lebensform irrelevant. Die Mutter ist die Frau, die das Kind geboren oder adoptiert hat (Art. 1:198 BW), unabhängig davon, ob sie verheiratet ist, eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist oder in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt. Beim Vater dagegen ist die Lebensform zwischen ihm und der Mutter entscheidend. Der Ehemann der Mutter eines Kindes, das während der Ehe geboren wird, ist der gesetzliche Vater des Kindes (Art. 1:199 Buchstabe a BW). Diese Vaterschaftsvermutung gilt nicht für Geburten während einer eingetragenen Partnerschaft, selbst dann nicht, wenn es sich um ein verschiedengeschlechtliches Paar

³⁴ Vgl. ausführlich zu den grundlegenden Änderungen im Abstammungsrecht im letzten Jahrzehnt: *Asser/de Boer*, Personen- en familierecht, Deventer 2002, Nr. 689-701; *Vlaardingerbroek*, Afstamming, in: *Vlaardingerbroek/Blankman/Heida/van der Linden/Punselie/van Raak-Kuiper*, Het hedendaagse personen- en familierecht, Deventer 2004, S. 163-213.

handelt.³⁵ Dies hat zur Folge, dass der eingetragene Partner männlichen Geschlechts das Kind vor oder nach der Geburt anerkennen muss, um sein gesetzlicher Vater zu werden (Art. 1:199 Buchstabe c BW). Unterlässt er die Anerkennung des Kindes, dann entsteht keine Vaterschaft. Hervorzuheben ist, dass die weibliche eingetragene Partnerin der Mutter das während der eingetragenen Partnerschaft geborene Kind nicht anerkennen kann. Diese Möglichkeit ist männlichen Partnern vorbehalten.³⁶ Das Bestehen der Vaterschaft ist von großer Bedeutung, weil viele Rechtsfolgen direkt (jedoch nicht immer ausschließlich) an die familienrechtliche Beziehung zwischen den Elternteilen und dem Kind anknüpfen. Die erbrechtliche Stellung des Kindes ist beim Tode des Mannes abhängig vom Bestehen familienrechtlicher Beziehungen (somit der gesetzlichen Vaterschaft). Dasselbe gilt für Unterhaltsansprüche, die Namensgebung, den Erwerb der Staatsangehörigkeit und die elterliche Sorge. Für Kinder, die während einer eingetragenen Partnerschaft geboren werden, treten diese Rechtsfolgen in der Beziehung zum Mann erst dann ein, wenn er das Kind anerkannt hat. Weigert er sich die Vaterschaft anzuerkennen, ist eine Vaterschaftsfeststellung, welche die Mutter oder das Kind beantragen können, möglich (Art. 1:207 ff. BW).³⁷ Bei einer eingetragenen Partnerschaft entsteht, genau wie bei einer Ehe, Schwägerschaft zwischen den Verwandten des eingetragenen Partners und seinem Partner; zwischen einem Kind eines der Partner und seinem eingetragenen Partner entsteht Verwandtschaft (Art. 1:3 Abs. 2 BW).

b) Nichteheliche Lebensgemeinschaft

Die Vaterschaftsvermutung gilt auch dann nicht, wenn das Kind während einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft seiner Eltern geboren worden ist. Die gesetzliche Vaterschaft des Mannes entsteht erst mit der Anerkennung (Art. 1:199 Buchstabe c BW). Im Falle einer Weigerung kann die Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden. (Art. 1:207 ff. BW). Mutter des Kindes ist die Frau, die es geboren oder adoptiert hat.

³⁵ Kritisch: *van Mourik*, WPNR 1997/6274, 398.

³⁶ Bisher steht der Justizminister auf dem Standpunkt, dass eine abstammungsrechtliche Gleichstellung der Paare gleichen Geschlechts (beispielsweise durch Zulassung des gleichgeschlechtlichen Partners zur Anerkennung oder durch Entstehen der Elternschaft von Rechts wegen bei einer Geburt in einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft) sich zu weit vom Ausgangspunkt entfernen würde: Die gesetzliche Elternschaft solle grundsätzlich mit der genetischen Elternschaft zusammenfallen. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, 26 672 en 26 673, Nr. 14.

³⁷ *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 738-749.

2. Adoption und künstliche Befruchtung

Das Adoptionsrecht wurde in den letzten Jahren gründlich reformiert. Der ursprüngliche Charakter als Kinderschutzmaßnahme wurde immer mehr, jedoch nicht völlig, durch eine Adoption ersetzt, die eine Familiengründung ermöglichen soll.³⁸ 1998 wurde das Erfordernis, dass nur ein Ehepaar gemeinsam adoptieren konnte, aufgehoben.³⁹ Seit 1. April 2001 kann auch ein gleichgeschlechtliches Paar ein Kind adoptieren.⁴⁰ Das Kind bekommt in diesem Falle zwei gesetzliche Eltern gleichen Geschlechts. Das Kindschaftsverhältnis zu den leiblichen Eltern erlischt. Für Adoptionen, die in den Niederlanden zustande kommen, spielt die Lebensform der Annehmenden keine Rolle mehr: Verheiratete, eingetragene oder nichteheliche Partner können ein Kind adoptieren, soweit die Voraussetzungen der Art. 1:227-228 BW erfüllt sind.⁴¹ Bei den meisten Adoptionen durch Niederländer handelt es sich allerdings um internationale Adoptionen. Hier gilt das Gesetz für die Aufnahme von Pflegekindern zwecks Adoption. Nur ein Ehepaar verschiedenen Geschlechts oder eine Einzelperson kann die erforderliche Genehmigung für die Zulassung eines im Ausland adoptierten Kindes in die Niederlande beantragen.⁴² Wird im Ausland ein Kind von einer volljährigen Person adoptiert, so kann der gleichgeschlechtliche Partner später im Wege der Stiefelternadoption den Status eines gesetzlichen Elternteils erlangen. Somit kann auch das im Ausland adoptierte Kind – sei es erst nach Ablauf bestimmter Fristen – zwei Elternteile gleichen Geschlechts bekommen.

Für die künstliche Befruchtung⁴³ gelten keine gesetzlichen Beschränkungen hinsichtlich der Lebensform.⁴⁴ Im Jahre 2004 ist das Gesetz über Spenderdaten bei künstlicher Befruchtung in Kraft getreten, das der anonymen Samenspende die Schranken gesetzt hat.⁴⁵ Ein Kind, das älter als 16 Jahre ist, kann Einsicht in die persönlichen Daten des Samen- oder Eizellen-Spenders verlangen. Weigert sich der Spender, seine Zustimmung zu geben, so entscheidet die Stif-

³⁸ *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 760; *van der Burght/Doek*, in: Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Band 1, 2002, Nr. 700.

³⁹ Gesetz vom 24.12.1997, Stb. 1997, 772.

⁴⁰ Gesetz vom 21.12.2000, Stb. 2001, 10. Vgl. ferner: *van Vliet*, *Door de zij-ingang naar niemandsland?*, *Nemesis* 2000, 41-50; *Vlaardingerbroek*, *Adoptie door paren van gelijk geslacht*, *FJR* 2000, 198-202; *Willems*, *Adoptie door homo-ouders en de positie van de spermadonor*, *FJR* 2000, 226-229.

⁴¹ *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 761-779.

⁴² *van der Burght/Doek* (Fn. 38) Nr. 720.

⁴³ Das Strafgesetzbuch verbietet kommerzielle Leihmutterschaft.

⁴⁴ Gesetz vom 20.6.2002, Stb. 2002, S. 338 (Embryonengesetz). Vgl. *Sitzungsberichte der Zweiten Kammer*, 2000-2001, 27 423 Nr. 3, S. 7. Ferner *Vlaardingerbroek* (Fn. 34) 191-204.

⁴⁵ Gesetz vom 25.4.2002, Stb. 2002, S. 240 (Gesetz über die Spenderdaten bei künstlicher Befruchtung). Vgl. zur Situation zweier Mütter mit einem unbekanntem Spender: *Vonk*, *One, two or three parents? Lesbian Co-Mothers and a known donor with 'family life' under Dutch law*, *IJLPF*, 18 (2004), 103-117.

tung Spenderdaten über den Antrag, wobei die Interessen des Kindes und des Spenders gegeneinander abgewogen werden.⁴⁶

3. Elterliche Sorge

a) Ehe und eingetragene Partnerschaft

Das Sorgerecht gehört zu den kompliziertesten Rechtsgebieten des niederländischen Familienrechts. Wegen der Vielfalt der verschiedenen Eltern-Kind-Beziehungen ist es nicht immer einfach, die Anwendbarkeit der entsprechenden Vorschrift festzustellen.⁴⁷ Bei Kindern, die während der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft geboren werden, muss zwischen den Fällen, in denen beide Ehegatten oder eingetragene Partner die gesetzlichen Eltern sind, und den Fällen, in denen nur zwischen einem Ehegatten oder einem eingetragenen Partner (in der Praxis ist dies die Mutter) und dem Kind eine familienrechtliche Beziehung besteht, unterschieden werden. Im ersten Fall sind beide Eltern während der Ehe beziehungsweise der eingetragenen Partnerschaft von Rechts wegen Inhaber der elterlichen Sorge⁴⁸ (Art. 1:251 Abs. 1 BW für die Ehe und Art. 1:253aa BW für die eingetragene Partnerschaft⁴⁹). Handelt es sich um ein gleichgeschlechtliches Paar, so entsteht keine gemeinsame elterliche Sorge von Rechts wegen, weil nicht beide Ehegatten beziehungsweise Partner die gesetzlichen Eltern sind, sondern nur die Mutter. Bei einer eingetragenen Partnerschaft eines verschiedengeschlechtlichen Paares gilt, dass in Anbetracht der Nichtgeltung der Vaterschaftsvermutung der männliche Partner das Kind vor der Geburt anerkannt haben muss.⁵⁰

Besteht nicht zu beiden Eltern eine familienrechtliche Beziehung, so kann unter bestimmten Voraussetzungen die elterliche Sorge doch gemeinsam von Rechts wegen ausgeübt werden. Art. 1:253sa BW bestimmt nämlich, dass bei

⁴⁶ Asser/de Boer (Fn. 34) Nr. 692a; van der Burght/Doek (Fn. 38) Nr. 699.

⁴⁷ Vgl. Nuytinck, De complexiteit van de gezagsregeling, FJR 2002, 190-191. Vgl. kritisch: Doek, Het gezag over minderjarigen, iets over een doolhof en het zoeken van (rode?) draden, FJR 2000, 217-226.

⁴⁸ Von (elterlicher) Sorge spricht das Gesetz nur in den Fällen, in denen einer der Antragsteller auch natürlicher Elternteil des Kindes ist. Der Begriff „gemeinsame Vormundschaft“ ist dem Fall vorbehalten, in dem beide Antragsteller nicht als Elternteil im Sinne des Abstammungsrechts anzusehen sind. Siehe Art. 1:245 Abs. 2 BW.

⁴⁹ Eingeführt durch Gesetz vom 4.10.2001, Stb. 2001, 468, in Kraft getreten am 1.1.2002. Vgl. auch die Begründung: Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 27 047, Nr. 3, S. 1 und 4.

⁵⁰ Denkbar ist, dass auch in diesem Fall gemeinsame elterliche Sorge des Anerkennenden und der Mutter, die mit einer anderen Person eine eingetragene Partnerschaft führt, entstehen könnte. Inzwischen liegt ein Anpassungsentwurf hinsichtlich des Art. 1:253aa BW und des Art. 1:253 sa BW vor, um zu verdeutlichen, dass die Vorschriften nur für Ehegatten und eingetragene Partner gelten. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, Nr. 29 353, Nr. 1 & 2 und Nr. 3, S. 2.

einer Geburt während der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft die gemeinsame elterliche Sorge dem Elternteil und seinem Ehegatten beziehungsweise eingetragenen Partner von Rechts wegen zukommt, soweit das Kind nicht zu einem anderen Elternteil eine familienrechtliche Beziehung unterhält. Die Einführung des Art. 1:253sa BW entspricht den Empfehlungen der Kommission Kortmann II.⁵¹ Zwischen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft wird in dieser Vorschrift nicht differenziert. Das Entstehen der gemeinsamen elterlichen Sorge von Rechts wegen dient dem Wohl des Kindes. In der Praxis ist die Vorschrift in zwei Fällen relevant: (1) ein Kind wird während der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft eines weiblichen Paares von einer der Frauen durch Samenspende⁵² geboren; (2) ein Kind wird während der eingetragenen Partnerschaft eines verschiedengeschlechtlichen Paares geboren, wobei der Mann das Kind nicht anerkannt hat. In beiden Fällen sind die Vorschriften über die gemeinsame elterliche Sorge entsprechend anwendbar (Art. 1:253sa Abs. 2 BW und Art. 1:245 Abs. 5 BW). Das Kind kann den Familiennamen des Ehegatten/Partners, der nicht in familienrechtlicher Beziehung zu dem Kind steht, tragen, soweit bei der Eintragung in das Geburtsregister eine entsprechende Erklärung abgegeben worden ist (Art. 1:253sa Abs. 3 BW).

Steht das Kind, das während der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft eines Elternteils und seines Ehegatten/Partners geboren worden ist, zu einem anderen Elternteil in familienrechtlicher Beziehung, eine Situation, die in der Praxis wohl selten vorkommt, dann steht den Ehegatten/eingetragenen Partnern von Rechts wegen die gemeinsame elterliche Sorge nicht zu. Sie haben allerdings die Möglichkeit, die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge zu beantragen (Art. 1:253t BW).⁵³ Richterliche Intervention ist in diesem Fall notwendig, um die Interessen der beiden Eltern, des Ehegatten/Partners des einen Elternteils und des Kindes gegeneinander abzuwägen. Die Vorschrift verlangt keine bestimmte Lebensform derjenigen, die die gemeinsame elterliche Sorge beantragen. Auch für nichteheliche Lebenspartner ist somit diese Möglichkeit offen. Auf die gemeinsame Sorge sind die Vorschriften über die elterliche Sorge entsprechend anwendbar.⁵⁴ Erwogen wird, erbrechtliche und staatsangehörigkeitsrechtliche Folgen mit der gemeinsamen Sorge und der gemeinsamen Vormundschaft zu verbinden, es ist jedoch bisher noch keine Rede davon.⁵⁵

⁵¹ Die gemeinsame Sorge sollte nach der Ansicht der Kommission jedoch von Rechts wegen eintreten, wenn das Kind während einer eingetragenen Partnerschaft geboren werde. Diesem Wunsch entsprechen die eingeführten Art. 1:253t BW und Art. 1:153aa und sa BW. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 27 047, Nr. 3, S. 2-3.

⁵² Der Vorschlag der Kommission Kortmann II, auch männliche Partner sollten ohne Einschaltung des Gerichts die elterliche Sorge ausüben können, wird von der Regierung abgelehnt. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 27 047, Nr. 3, S. 3.

⁵³ Gesetz vom 30.10.1997, Stb. 1997, S. 506. Ausführliche Besprechung des Gesetzentwurfs 23 714: *van Wamelen*, *Nieuw gezagsrecht*, FJR 1997, 264 ff.

⁵⁴ Art. 1:245 Abs. 5 BW und Art. 1:253v BW.

⁵⁵ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1994-1995, 22 700, Nr. 5, S. 5 und Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1997-1998, 22 700, Nr. 23.

Die gemeinsame Sorge ist wie folgt geregelt.⁵⁶ Zwei Fälle sind zu unterscheiden: (1) Das Kind steht nur mit einem Elternteil, der gleichzeitig Antragsteller ist, in familienrechtlicher Beziehung; (2) das Kind hat zwei gesetzliche Eltern, von denen einer mit seinem Partner den Antrag stellt.

Hat das Kind nur einen Vater oder eine Mutter, dann kann das Gericht dem Antrag auf gemeinsame Sorge stattgeben, wenn: (1) der Antragssteller (Vater oder Mutter) die elterliche Sorge ausübt; (2) der andere Antragssteller eine enge persönliche Beziehung zu dem Kind unterhält,⁵⁷ und (3) es sich um einen gemeinsamen Antrag handelt.

Hat das Kind zwei gesetzliche Eltern, dann gelten ergänzende Bedingungen (Art. 1:253t Abs. 2 BW): (1) Die Antragssteller müssen bereits mindestens während eines ununterbrochenen, dem Antrag unmittelbar vorausgehenden Zeitraums von einem Jahr das Kind gemeinsam versorgt haben; (2) an dem Tag der Antragsstellung muss der Elternteil, der den Antrag gemeinsam mit seinem Partner einreicht, die elterliche Sorge länger als mindestens drei Jahre⁵⁸ ununterbrochen alleine ausgeübt haben; und (3) der andere Elternteil muss die elterliche Sorge ausüben können,⁵⁹ darf zwischenzeitlich nicht unfähig sein, die elterliche Sorge auszuüben und sein Aufenthalt muss bekannt sein.⁶⁰

Anträge sind abzuweisen, wenn mit Rücksicht auf die Interessen des anderen Elternteils zu befürchten ist, dass die Interessen des Kindes bei einer Einwilligung vernachlässigt werden (Art. 1:253t Abs. 3 BW). Gleichzeitig mit dem Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge kann ein Namensänderungsantrag eingereicht werden (Art. 1:253t Abs. 5 BW). Endet die gemeinsame Sorge, dann kann für den anderen Partner eine Umgangsregelung getroffen werden (Art. 1:377f BW). Eine besondere Regelung gilt für die Unterhaltspflicht, die für den Partner an die Ausübung der gemeinsamen Sorge gebunden ist. Nach Beendigung der gemeinsamen Sorge bleibt die Unterhaltspflicht bestehen. Die Dauer entspricht dem Zeitraum, in dem die gemeinsame Sorge ausgeübt worden ist. In besonderen Fällen kann das Gericht einen längeren Zeitraum

⁵⁶ Für die gemeinsame Vormundschaft (Art. 1:282-1:282b BW) gelten grundsätzlich dieselben Vorschriften. Erwartet wird, dass die Anzahl der Anträge auf gemeinsame Vormundschaft gering sein wird, weil in der Praxis die Vormundschaft meistens von einer Vormundschaftsinstanz ausgeübt wird und nicht von den Pflegeeltern. Ein Unterschied ergibt sich jedoch bei der Unterhaltspflicht, die nach der Beendigung der gemeinsamen Vormundschaft endet, Art. 1:282 Abs. 6 BW. Kritisch hierzu: Nederlandse Gezinsraad, 1996. Vgl. van Wamelen, Nieuw gezagsrecht, FJR 1997, 271.

⁵⁷ Ein Zusammenleben ist nicht erforderlich, aber aus der Tatsache, dass ein gemeinsamer Antrag gestellt wird, ist wohl in den meisten Fällen abzuleiten, dass eine enge Beziehung besteht. In diesem Sinne Schols, Gezamenlijk gezag en gezamenlijke voogdij, een goed begin van het nieuwe jaar, WPNR 1998/6296, 1-5, 3. Im übrigen ist eine affektive Beziehung zwischen den Antragsstellern nicht erforderlich, auch zwei Schwestern sind antragsberechtigt.

⁵⁸ Diese Periode braucht dem Antrag nicht unmittelbar vorausgegangen zu sein. Nicht jeder Zeitraum wird jedoch ausreichend sein. Vgl. van Wamelen, Nieuw gezagsrecht, FJR 1997, 266.

⁵⁹ Art. 1:253t Abs. 4 in Verbindung mit Art. 1: 253q Abs. 1 in Verbindung mit Art. 246 BW: unbefugt wegen Minderjährigkeit, Kuratel und gestörter Geistesfähigkeit.

⁶⁰ Art. 1:253t Abs. 4 in Verbindung mit Art. 1:253r BW.

festlegen (Art. 1:253w BW). In jedem Falle endet die Unterhaltspflicht, sobald das Kind das Alter von 21 Jahren erreicht.⁶¹

Welchen Einfluss hat die Beendigung der Beziehung zwischen den (sozialen) Eltern auf die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge? Auch bei dieser Frage muss zwischen den verschiedenen Situationen unterschieden werden. Nach der Ehescheidung dauert die gemeinsame elterliche Sorge der Ehegatten fort, soweit nicht das Gericht auf Antrag eines Elternteils eine anders lautende Maßnahme trifft (Art. 1:251 Abs. 2 BW). Die Rechtsprechung hat strenge Voraussetzungen an die Übertragung der Alleinsorge auf einen Elternteil entwickelt; der Wunsch eines Elternteils, die elterliche Sorge alleine auszuüben ist unzureichend. Verlangt wird, dass das Kind zwischen den Eltern "in der Klemme sitzt", und nach Überzeugung des Gerichts an dieser Situation in absehbarer Zeit keine Änderung zu erwarten ist.⁶² Für die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft gibt es keine gesonderte Vorschrift. Die Gesetzeserläuterung rechtfertigt jedoch die Annahme, dass dasselbe gilt.⁶³

Stirbt einer der Elternteile und hatten beide gemeinsam die elterliche Sorge, so entsteht von Rechts wegen die Alleinsorge zugunsten des überlebenden Elternteils (Art. 1:253f BW). War der verstorbene Elternteil alleiniger Inhaber der elterlichen Sorge, so entscheidet das Gericht, ob dem überlebenden Elternteil oder einem Dritten die Sorge übertragen wird (Art. 1:253g BW). Dem Antrag des überlebenden Elternteils auf Übertragung der Alleinsorge wird grundsätzlich unter Berücksichtigung des Kindeswohls stattgegeben.

Etwas anderes gilt, wenn die elterliche Sorge gemeinsam von einem Elternteil und seinem Ehegatten/Partner ausgeübt wird. Stirbt der Elternteil, der die elterliche Sorge ausübt, dann erhält der hinterbliebene Partner, mit dem er die gemeinsame Sorge innehatte, von Rechts wegen die Vormundschaft (Art. 1:253x Abs. 1 BW). Der andere Elternteil kann jedoch jederzeit die Übertragung der elterlichen Sorge beantragen, ohne dass ihm eine vorrangige Stellung eingeräumt ist (Art. 1:253x Abs. 2 BW).⁶⁴

Wenn frühere Ehegatten oder eingetragene Partner miteinander erneut die Ehe schließen oder eine eingetragene Partnerschaft eingehen, lebt die gemeinsame elterliche Sorge gemäß Art. 1:253 BW wieder auf, wenn einer der Elternteile unmittelbar vor der zweiten Eheschließung beziehungsweise Eintragung der Partnerschaft Inhaber der elterlichen Sorge war.

⁶¹ Der niederländische Familienrat, *Nieuw gezinsrecht* 1996, äußert sich kritisch zu dieser Regelung, weil sie einen freiwilligen Charakter trägt und die Unterhaltspflicht auch danach weiter bestehen sollte. Vgl. *Schols*, *Het geregistreerd partnerschap en de gezamenlijke gezagsuitoefening, een nieuw duo*, *De Notarisklerk* 1998, 58.

⁶² HR 10.9.1999, NJ 2000, 20. Vgl. *Jansen*, *Gezamenlijk gezag na scheiding: over een dubieuze voorwaarde*, *FJR* 2002, 109-111.

⁶³ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 27 047, Nr. 3, S. 4. Vgl. *Vonk*, *IJLPF* 18 (2004), 111-112.

⁶⁴ Kritisch: *de Boer*, *Familierechtelijke vernieuwingen*, *NJB* 1998, 1-8, 8.

b) Nichteheliche Lebensgemeinschaft

Im Gegensatz zur eingetragenen Partnerschaft, wo unter Umständen eine gemeinsame elterliche Sorge von Rechts wegen entstehen kann, ist eine derartige Rechtsfolge bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht vorgesehen. Nichteheliche Lebenspartner müssen stets dem in Art. 1:252 BW vorgesehene Verfahren folgen, das einen gemeinsamen Antrag auf Ausübung der elterlichen Sorge erfordert. Dieser Antrag wird in den bei den Gerichten (*rechtbanken*) geführten öffentlichen Sorgerechtsregistern⁶⁵ eingetragen.⁶⁶ Eine gerichtliche Entscheidung ist nicht erforderlich. Der Vater muss allerdings das Kind anerkannt haben. Ist das nicht der Fall, können die Partner nur gemäß Art. 1:253t BW beim Gericht die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge beantragen. Sind beide nichteheliche Lebenspartner zwar Eltern des Kindes, beantragen sie jedoch nicht die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge, so bleibt es von Rechts wegen bei der Alleinsorge durch die Mutter (Art. 1:253b Abs. 1 BW).

Auch die Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist ohne Einfluss auf das Sorgerechtsverhältnis. Notwendig ist ein beim Gericht einzureichender Änderungsantrag eines oder beider Partner (Art. 1:253n BW). Das Gericht entscheidet, wem die elterliche Sorge zu übertragen ist. Auch hier gelten strenge Voraussetzungen für die Übertragung der Alleinsorge auf einen der Partner.⁶⁷ Stirbt eines der Elternteile, gilt Art. 1:253f BW (siehe oben Abschnitt D.II.3.a)).

Seit dem letzten Jahrzehnt zeichnet sich im Sorgerecht eine deutliche Tendenz ab: Die soziale Elternschaft wird mehr und mehr begünstigt. In einigen Fällen wirkt sich diese Begünstigung sogar nachteilig für den biologisch/gesetzlichen Elternteil aus. Dennoch bestehen noch immer deutliche Unterschiede zwischen der sozialen und natürlichen Elternschaft, die grundsätzlich nicht aufgehoben werden können, meistens ohne richterliche Mitwirkung entstehen und auch Rechtsfolgen in anderen Bereichen haben. Das Bestehen einer familienrechtlichen Beziehung ist noch immer Grundvoraussetzung für die

⁶⁵ Eintragung von Rechtstatsachen, die sich auf die über den Minderjährigen ausgeübten Sorge beziehen (Art. 1:244 BW).

⁶⁶ Die Eintragung wird vom Leiter der Geschäftsstelle abgelehnt, wenn ein oder beide Elternteile zur Sorge nicht berechtigt sind oder einer der beiden Elternteile von der Sorge entbunden oder sie ihm entzogen worden ist und der andere Elternteil die Sorge ausübt, ein Vormund mit der Sorge für das Kind betraut ist oder die Regelung der Sorge über das Kind entfallen ist oder ein Elternteil mit einer anderen Person als dem anderen Elternteil die Sorge ausübt. Art. 1:252 BW gilt nur, wenn die nicht miteinander verheirateten Eltern noch nicht das Sorgerecht ausgeübt haben.

⁶⁷ HR 28.3.2003, *NJ* 2003, 359 m. Anm. *Wortmann*. Der Hoge Raad entschied, dass die elterliche Sorge nichtehelicher Lebenspartner auch nach Beendigung ihrer Beziehung bestehen bleibt. Der Wunsch eines Elternteils, die Sorge alleine ausüben zu wollen, ist für die Bewilligung des Antrages unzureichend.

Stellung als Erbe, sowie im Staatsangehörigkeitsrecht. Ferner gibt es Unterschiede im Unterhalts- und Sorgerecht.

4. Kindesunterhalt

Aufgrund von Verwandtschaft sind die gesetzlichen Eltern verpflichtet, ihren Kindern ungeachtet ihrer Bedürftigkeit, Lebensunterhalt zu gewähren (Art. 1:392 Abs. 1 BW). Die Mutter ist somit stets unterhaltspflichtig. Im Verhältnis zum Vater muss grundsätzlich erst das Bestehen einer familienrechtlichen Beziehung festgestellt werden. Dabei spielt der Unterschied zwischen Ehe, eingetragener Partnerschaft und nichtehelicher Lebensgemeinschaft in Bezug auf die Geltung der Vaterschaftsvermutung eine Rolle (siehe oben Abschnitt D.II.1.). Die Unterhaltspflicht gilt auch bei einem volljährigen Kind weiter.

Der Grundsatz, dass nur der gesetzliche Vater unterhaltspflichtig ist, kennt zwei Ausnahmen. Unterhaltspflichtig ist zum einen auch der Erzeuger des Kindes, das nur eine Mutter hat, und zum anderen auch der Mann, der als Lebensgefährte der Mutter der Zeugung des Kindes mit Hilfe beispielsweise einer künstlichen Insemination zugestimmt hat (Art. 1:394 BW). Erzeuger ist der Mann, der das Kind im Wege des Geschlechtsverkehrs erzeugt hat; er ist nicht der gesetzliche Vater.

Nicht nur die familienrechtliche Beziehung zwischen dem unterhaltsberechtigten Kind und dem Unterhaltsverpflichteten begründet einen Unterhaltsanspruch, sondern auch die Lebensform der Erwachsenen, bei denen das Kind aufwächst. Der Stiefelternteil ist während seiner Ehe oder eingetragenen Partnerschaft verpflichtet, den zu seiner Familie gehörenden minderjährigen Kindern (nicht älter als 18 Jahre) seines Ehegatten oder eingetragenen Partners Lebensunterhalt zu gewähren (Art. 1:395 BW). Die Unterhaltspflicht des Stiefelternteils bleibt für die der Familie angehörig Kinder, die das Alter von 21 Jahren noch nicht erreicht haben, bestehen (Art. 1:395a Abs. 2 BW). Bei Scheidung der Ehe oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft endet die Unterhaltspflicht des Stiefelternteils.

Der männliche Partner, der mit der Mutter in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt und das Kind nicht anerkannt hat, ist somit nur dann gegenüber dem Kind unterhaltspflichtig, wenn er der Erzeuger des Kindes ist. Verlangt die Mutter von ihm Kindesunterhalt, bestreitet er jedoch, das Kind gezeugt zu haben, ist eine Vaterschaftsfeststellung erforderlich. Ist der Mann nicht der Erzeuger, dann begründet ihm gegenüber allein die Tatsache, dass er mit der Mutter eine dauerhafte Beziehung unterhält, keinen Unterhaltsanspruch des in der Familie lebenden Kindes. Hier werden somit die Unterschiede zwischen den verschiedenen (nicht) institutionalisierten Lebensformen deutlich.

Eine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind kann letztendlich auch auf die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge/Vormundschaft gestützt werden. Unter Umständen ist auch der Partner des Elternteils, der nicht in familien-

rechtlicher Beziehung zu dem Kind steht, unterhaltspflichtig, wenn er gemäß Art. 1:253t BW gemeinsam die elterliche Sorge mit dem Elternteil ausübt.⁶⁸ Die Lebensform zwischen den (sozialen) Eltern ist irrelevant. Der Partner ist gemäß Art. 1:253w BW gegenüber Kindern, die seiner elterlichen Sorge unterliegen, unterhaltspflichtig. Diese Unterhaltspflicht endet erst mit dem Erreichen des 21. Lebensjahres, obwohl die elterliche Sorge bereits mit dem Erreichen der Volljährigkeit (18 Jahre) endet. Endet die gemeinsame elterliche Sorge, bevor das Kind volljährig geworden ist, bleibt die Unterhaltspflicht für einen Zeitraum, der der Dauer der gemeinsam ausgeübten elterlichen Sorge entspricht, bestehen, jedoch nur bis zum Erreichen des 21. Lebensjahres (Art. 1:253w BW).

5. Namensrecht für Kinder

Auch bei der Namensgebung für Kinder bestehen je nach Lebensform Unterschiede, die zum größten Teil auf die Tatsache zurückzuführen sind, dass nicht in allen Fällen eine familienrechtliche Beziehung zwischen dem genetischen Vater und dem Kind entsteht.⁶⁹ Seit der Reform des Namensrechts im Jahre 1998⁷⁰ haben die Eltern eine beschränkte Wahlmöglichkeit. Das erste Kind kann den Familiennamen der Mutter oder des Vaters tragen; die Vorschriften für die verschiedenen Lebensformen weichen voneinander ab, wenn die Eltern keine (rechtzeitige) Wahl getroffen haben. Das während der Ehe geborene Kind erhält in diesem Fall den Namen des Vaters (Art. 1:5 Abs. 4 und 5 BW), das während einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geborene Kind erhält den Namen der Mutter, wenn bei der Anerkennung durch den Vater keine abweichende Wahl getroffen worden ist (Art. 1:5 Abs. 2 BW). Bei der Geburt während einer eingetragenen Partnerschaft oder Ehe⁷¹ sind gemäß Art. 1:253sa Abs. 3 BW die Art. 1:5 Abs. 4, 5 und 7 BW entsprechend anwendbar.⁷² Die entsprechende Anwendung gilt nur für die Fälle, in denen ein (gesetzlicher) Elternteil und sein eingetragener Partner, der nicht in familienrechtlicher Beziehung zu dem Kind steht, von Rechts wegen gemeinsam die elterliche Sorge ausüben. Wird bei Angabe der Geburt keine Wahl getroffen, dann bekommt das Kind allerdings den Namen der Mutter. Diese Vorschrift wiederum gilt nicht

⁶⁸ Vgl. Art. 1:282 BW zur gemeinsamen Vormundschaft.

⁶⁹ Vgl. HR 23.9.1988, NJ 1989, 740 m. Anm. *Alkema/Luijten*. Der Hoge Raad entschied, dass eine Änderung des Namensrechts die rechtsschöpferischen Möglichkeiten der Gerichte übersteigt.

⁷⁰ Namensgesetz vom 10.4.1997, Stb. 1997, S. 161. Vgl. *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 41; *van der Burghi/Doek* (Fn. 38) Nr. 20.

⁷¹ Obwohl nicht ausdrücklich angegeben, gilt diese Möglichkeit auch für Ehegatten. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, Nr. 29 353, Nr. 3, S. 5.

⁷² Dieser dritte Absatz soll mit Rücksicht auf die Gesetzssystematik dem Art. 1:5 BW hinzugefügt werden. Ein Gesetzentwurf dieses Inhalts liegt vor. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, Nr. 29 353, Nr. 3, S. 1.

für Kinder, die während einer eingetragenen Partnerschaft (Art. 1:253aa BW) beziehungsweise Ehe ihrer beiden Eltern geboren werden. In diesem Falle muss bei der Anerkennung des Kindes eine Wahl getroffen werden, sonst gilt der Name der Mutter (Art. 1:5 Abs. 2 BW).

Auch bei einer gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft können der Vater und die Mutter gemeinsam den Namen des Vaters für das Kind wählen (Art. 1:5 Abs. 2 BW). Steht das Kind nur in familienrechtlicher Beziehung zur Mutter, so erhält es ihren Namen (Art. 1:5 Abs. 1 BW).

Adoptierte Kinder verheirateter Eltern verschiedenen Geschlechts tragen den Namen des Mannes vorbehaltlich einer abweichenden Wahl (Art. 1:5 Abs. 3 BW). Handelt es sich um ein adoptiertes Kind von nicht miteinander verheirateten Eltern oder eines Ehepaares gleichen Geschlechts, dann behält das Kind seinen Namen, vorbehaltlich der Entscheidung für den Namen eines der beiden Adoptierenden (Art. 1:5 Abs. 3 BW).

Ferner besteht die Möglichkeit, den Namen des Kindes aufgrund sozialer Elternschaft zu ändern. Der Partner, der gemeinsam mit dem Elternteil die elterliche Sorge ausübt, kann gemeinsam mit dem Elternteil den Kindesnamen auf den Namen des Elternteils oder auf seinen eigenen Namen ändern lassen (Art. 1:253t Abs. 5 BW).⁷³ Hierüber hat das Gericht zu entscheiden. Festgestellt werden muss, ob der Änderungsantrag dem Kindeswohl entspricht. Die im Februar 2004 in Kraft getretene Reform des Beschlusses über Änderung von Familiennamen hat die Möglichkeiten den Namen Minderjähriger zu ändern, allerdings beschränkt.⁷⁴

6. Vergleich

Bei der Eltern-Kind-Beziehung sind die Unterschiede zwischen den (nicht) institutionalisierten Lebensformen groß. Entscheidend ist, dass bei der eingetragenen Partnerschaft und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine Vaterschaftsvermutung gilt. Für die familienrechtliche Beziehung zwischen der Mutter und dem Kind ist dieser Unterschied zur Ehe ohne Bedeutung. In der Beziehung Vater-Kind dagegen sind die Unterschiede tief greifender. Bei nichtehelichen Lebenspartnern sind sie bedeutend größer als bei eingetragenen Partnern, weil sie keine Möglichkeit haben, die elterliche Sorge von Rechts wegen zu erlangen und, anders als bei Ehegatten und eingetragenen Partnern,

⁷³ Art. 1:282 Abs. 7 BW für die gemeinsame Vormundschaft. Vgl. *van Wamelen*, Nieuw gezagsrecht, FJR 1997, 267 plädiert für Zurückhaltung bei der Beurteilung derartiger Anträge. Vgl. Hof Den Haag 19.4.2000, FJR 2000, 47.

⁷⁴ Beschluss vom 21.2.2004, Stb. 2004, S. 100. Vgl. auch Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, Nr. 29 353, Nr. 6. Die jüngste Änderung, die am 9.6.2004 (Stb. 2004, S. 239) in Kraft getreten ist, betrifft die Anpassung des Beschlusses an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Sache Garcia/Avello gegen Belgien vom 2.10.2003 (C-148/02).

keine Unterhaltspflicht aufgrund des Zusammenlebens der Eltern begründen wird. Das Nichtbestehen einer familienrechtlichen Beziehung zwischen dem Vater und dem Kind beeinträchtigt die Stellung des Kindes im Erbrecht, im Unterhaltsrecht und im Staatsangehörigkeitsrecht.

Allerdings wird in zunehmendem Maße die Tatsache berücksichtigt, dass das traditionelle Ordnungsmodell, das von der Ehe zwischen Mann und Frau ausgeht, nicht mehr ausschließlich den Schutz der Beziehung zwischen (sozialen) Eltern und Kindern garantieren kann. Ein gewisses Maß an Neutralität ist entstanden: Die Ehe wird nicht von vornherein als die Lebensform betrachtet, in der Kinder aufwachsen sollten, und auch Paare gleichen Geschlechts haben eine eigene Stellung erworben. Diese Neutralität hat auch gewisse pragmatische Züge: Dort wo Probleme signalisiert werden, greift der Gesetzgeber ein. Die Kehrseite der Medaille ist jedoch, dass ein zusammenhängender Rahmen fehlt. Der Gesetzgeber hat sich bisher kaum mit der grundsätzlichen Frage nach der Bedeutung der Lebensform zwischen den (sozialen) Eltern für die Eltern-Kind-Beziehung beschäftigt. Das Ergebnis ist eine zersplitterte Gesetzgebung, die hier und da an die bestehende Struktur, die sich an der Ehe orientiert, anknüpft. Eine Neuorientierung ist daher empfehlenswert.

III. Vermögensrecht

1. Ehe und eingetragene Partnerschaft

Für Ehegatten und eingetragene Partner gilt dieselbe ausführliche gesetzliche Regelung ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen. In den Titeln 6, 7 und 8 des Ersten Buches BW sind für gute wie für schlechte Zeiten die gegenseitigen Rechte und Pflichten normiert. In Titel 6 BW sind die Rechte und Pflichten der Ehegatten (im Folgenden sind darunter auch die eingetragenen Partner zu verstehen) während der Ehe geregelt. Das Gesetz vom 31. Mai 2001 hat u.a. die gegenseitige Verpflichtung zum Zusammenleben (Art. 1:83 BW) aufgehoben.⁷⁵ Unverändert geblieben ist der Kern der gegenseitigen Rechte und Pflichten. Die Ehegatten schulden einander Treue, Hilfe und Beistand, und sie sind verpflichtet einander das Nötige zu verschaffen (Art. 1:81 BW).⁷⁶ Gemäß Art. 1:82 BW sind die Ehegatten gegenseitig verpflichtet, die zur Familie gehörenden minderjährigen Kinder zu versorgen und zu erziehen. Ferner gilt eine Übernahme- und Beitragspflicht für die Kosten der Haushaltsführung (Art. 1:84 BW): Diese Kosten gehen primär zu Lasten des gemeinschaftlichen Einkommens und anteilig zu Lasten der eigenen Einkommen der Ehegatten; soweit dies nicht aus-

⁷⁵ Gesetz vom 31.5.2001 zur Änderung der Titel 6 und 8 des Ersten Buches BW (Rechte und Pflichten der Ehegatten), Stb. 2001, S. 275. Vgl. das Gutachten der Kommission Rechte und Pflichten der Ehegatten vom 12.1997, Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 27 084, Nr. 1.

⁷⁶ Vgl. *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 197-219.

reichend ist, gehen die Kosten zu Lasten des gemeinsamen Vermögens und anteilig zu Lasten des eigenen Vermögens der Ehegatten. Die Ehegatten sind gegenseitig verpflichtet, die für die Kosten der Haushaltsführung notwendigen Mittel zu verschaffen. Die Art. 1:85 und 86 BW betreffen die Haftung für die Haushaltskosten im Außenverhältnis. Beide Ehegatten haften gemeinsam gegenüber Gläubigern für die Gesamtheit der zum Zwecke der gewöhnlichen Haushaltsführung eingegangenen Verbindlichkeiten, wenn nicht das Gericht (*rechtbank*) einen der Ehegatten von dieser Pflicht entbunden hat, weil hierfür triftige Gründe vorliegen. Ferner ist die Handlungsfähigkeit für bestimmte Rechtsgeschäfte (entscheidende Änderung der Wohnumgebung und der Finanzlage) beschränkt. Dafür wird die Einwilligung des anderen Ehegatten benötigt (Art. 1:88 BW). Rechtsgeschäfte, die ohne die benötigte Einwilligung des anderen Ehegatten vorgenommen worden sind, können vom anderen Ehegatten angefochten werden (Art. 1:89 BW). Der Schutz Dritter ist in Art. 1:92 BW geregelt. Titel 6 BW gilt ungeachtet des zwischen den Ehegatten geltenden Ehegüterrechts. Die meisten Vorschriften sind zwingender Natur.

Auch die Titel 7 und 8 des Ersten Buches BW sind Gegenstand von Reformvorschlägen.⁷⁷ Der gesetzliche Güterstand der Gütergemeinschaft soll abgeschafft werden. Der Regierungsentwurf will stattdessen eine beschränkte Gütergemeinschaft einführen. Das voreheliche Vermögen und Vermögenszuwächse, die während der Ehe aufgrund von Erbschaften und Schenkungen erlangt werden, sollen nicht mehr in die Gütergemeinschaft fallen. Nur während der Ehe erworbenes Vermögen soll in die Gütergemeinschaft fallen.⁷⁸ Nach geltendem Recht hat jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte des Vermögens einschließlich des vorehelichen Vermögens und Schenkungen sowie Erbschaften, soweit nicht der Schenker oder Erblasser einen so genannten Ausnahmeverbehalt zugunsten des Erben/Beschenkten erklärt hat. Bei Auflösung der Gemeinschaft (zum Beispiel durch Ehescheidung) hat jeder Ehegatte einen gleichen Anteil an der aufgelösten Gemeinschaft (Art. 1:100 BW). Über die Reformvorschläge für ein neues Ehegüterrecht wird noch heftig diskutiert.⁷⁹

⁷⁷ Die dritte Tranche der Reform des Ehegüterrechts liegt als Gesetzentwurf vor. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 867. Vgl. *Boele-Woelki/Braat/Oderkerk/Steenhoff* (Hrsg.), *Huwelijksvermogensrecht in rechtsvergelijkend perspectief*, *Ars Notariatus CIII*, Deventer 2000, und vgl. den Bericht Ehegüterrecht des Justizministerium in *Boele-Woelki* (Hrsg.), *Algehele gemeenschap van goederen: afschaffen!?*, *Ars Notariatus CVII*, Deventer 2001, S. 7 ff.

⁷⁸ In der Gesetzesbegründung (Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 867, Nr. 3, S. 7-8) wird auf die geänderten Lebensformen eingegangen. Auffallend ist, dass die zunehmende Bedeutung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die mehr Konflikte über den vorehelichen Vermögenszuwachs verursacht, völlig unbeachtet bleibt. Die daraus entstehenden Streitigkeiten sind wegen Beweisschwierigkeiten kaum zu lösen. Eine Aufnahme des vorehelichen Vermögenszuwachses in das gemeinsame Vermögen erscheint unter Umständen vorzugswürdig.

⁷⁹ Vgl. u.a. *Breedveld-de Voogd/Huijgen*, *Naar een beperkte gemeenschap? Niet doen!*, *WPNR* 2004/6562, 43-50; *van der Burght*, *Wetsvoorstel Nieuw Huwelijksvermogensrecht*,

Auch die geltenden Verwaltungsvorschriften (Art. 1:90 und 91 BW) unterliegen starker Kritik.⁸⁰ Im Gesetzentwurf zur Reform des Ehegüterrechts werden einige Anpassungen vorgeschlagen, die der Kritik jedoch nur teilweise gerecht werden. Nach geltendem Recht ist jeder Ehegatte zur Verwaltung seiner eigenen Güter und den Gütern, die von seiner Seite in die Gemeinschaft gefallen sind, berechtigt. Der Gesetzentwurf bestimmt, dass diese Vorschrift sich auf Registergüter und Güter beschränken soll, die für den Betrieb oder den Beruf des Ehegatten genutzt werden. Nur für die übrigen Güter ist jeder Ehegatte zur Verwaltung berechtigt ist.

Titel 8 des Ersten Buches BW regelt den Ehevertrag und die Verrechnungsvereinbarungen; die Vorschriften wurden zum 1. September 2002 reformiert.⁸¹ Die Vorschriften des Titel 9 des Ersten Buches BW über die Auflösung der Ehe sind für den Zeitpunkt des rechtsgeschäftlichen Handelns der Ehegatten von Wichtigkeit. Das Scheidungsrecht enthält einige besondere Vorschriften, wie Unterhalts- und Rentenausgleichsansprüche (siehe unten Abschnitt E.II.). Den Ehegatten und eingetragenen Partnern steht es frei, miteinander vermögensrechtliche Vereinbarungen zu treffen, die von der gesetzlichen Regelung abweichen, vorausgesetzt dass die Vereinbarungen nicht im Widerspruch zu zwingenden Gesetzesbestimmungen, den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung stehen (Art. 1:121 BW). Durch Ehevertrag kann völlige Gütertrennung und/oder der Ausschluss aller Ausgleichsansprüche vereinbart werden. Die kurze Übersicht zeigt, dass die vermögensrechtliche Stellung der Ehegatten und eingetragenen Partner sowohl im Innen- wie im Außenverhältnis und sowohl während als auch nach Auflösung der Ehe beziehungsweise eingetragenen Partnerschaft ausführlich gesetzlich geregelt ist.

2. Nichteheliche Lebensgemeinschaft

a) Anwendung des allgemeinen Vermögensrechts

Für die vermögensrechtlichen Beziehungen der nichtehelichen Lebenspartner gibt es keine eigenständige gesetzliche Regelung, weder im Familienrecht noch

Eerste deel: titel 6 en 8 Boek 1 BW; kamerstuk 27084, WPNR 2000/6409, 493-501; *van der Burght/Luijten/Meijer*, De ingreep in de wettelijke gemeenschap; een mission impossible?, WPNR 2003/6545, 649-657; *Nuytinck*, De derde tranche van de herziening van het huwelijksvermogensrecht, FJR 2003, 150-156; *Schoordijk*, Modernisering van ons huwelijksvermogensrecht, Het concept regeringsontwerp derde tranche, NJB 2003, 218-222; *Verstappen*, Algemene beschouwingen derde tranche wijzigingen huwelijksvermogensrecht, WPNR 2003/6545, 629-636.

⁸⁰ Vgl. zum Beispiel die Emanzipationsberichterstattung zur Änderung des gesetzlichen Güterstandes: Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 867, Nr. 3 S. 24, wo einige Aspekte kritisiert werden und einige Kritiker genannt werden.

⁸¹ Die zweite Tranche ist das Gesetz vom 14.3.2002, Stb. 2002, S. 152 zur Änderung des Titel 8 des Ersten Buches BW.

im Schuldrecht. Somit sind die Vorschriften der Bücher 3, 5, 6, 7 und 7a BW anwendbar. Dabei handelt es sich um das allgemeine Schuld- und Sachenrecht, das für Verhältnisse zwischen natürlichen und juristischen Personen, die nicht in einer affektiven Beziehung zueinander stehen, konzipiert worden ist. Die Beziehungen zwischen nichtehelichen Lebenspartnern unterscheiden sich von allgemeinen Rechtsverhältnissen, die dem Vermögensrecht unterstehen, in dreierlei Hinsicht.

Zunächst spielt die affektive Beziehung zwischen den am Rechtsgeschäft Beteiligten eine große Rolle: Die persönliche Beziehung dominiert und beeinflusst die vermögensrechtliche Beziehung in praktisch allen juristisch relevanten Punkten. Das Vermögensrecht dagegen geht davon aus, dass die Beteiligten grundsätzlich ihr eigenes wirtschaftliches Interesse im Auge haben. Der Umstand, dass die Parteien sich eventuell von Motiven affektiver Art leiten lassen, wird im Vermögensrecht nicht berücksichtigt. Die Anwendung des Vermögensrechts auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist daher in mancherlei Hinsicht problematisch. Die Ausgangspunkte des Vermögensrechts stimmen in diesen Fällen nicht mit der Realität überein, und das führt teilweise zu unerwünschten Ergebnissen. Der *do ut des*-Grundsatz und der *quid pro quo*-Grundsatz lassen sich mit einer Liebesbeziehung, in der die persönliche Beziehung dominiert, gemeinsame wirtschaftliche Interessen vertreten werden und in vielen Fällen Solidarität zwischen den Partnern herrscht, nicht vereinbaren. Dieser Feststellung schließt sich die Tatsache an, dass der Zufall eine große Rolle spielt. Die affektive Beziehung beeinflusst praktisch alle Bereiche des täglichen Lebens: wer welche Güter erwirbt, wer welche Rechnung bezahlt oder auf welchen Namen das Haus eingetragen ist. Solange die Liebe intakt bleibt, sind diese Fragen irrelevant.

Zweitens ist das Zusammenleben in derselben Wohnung ein komplizierter Umstand bei der Anwendung des allgemeinen Vermögensrechts, denn hier gehen eine Reihe gesetzlicher Vermutungen, wie zum Beispiel der Besitz einer Sache, ins Leere. Es ist bedeutend schwieriger, die Vermögen zweier nichtehelichen Lebenspartner zu trennen, wenn sie zusammenleben.

Das dritte Problem betrifft die Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die meistens bei nur zwei bis drei Jahren liegt, jedoch auch bedeutend länger oder kürzer sein kann. Besonders bei einer längeren Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft entstehen bei Beendigung derselben große Beweisprobleme bezüglich des Verlaufs der Beziehung.

Die genannten Umstände zeigen, dass die Anwendung des allgemeinen Vermögensrechts auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft problematisch ist. Der Gesetzgeber scheint sich jedoch nicht ausreichend um diese Problematik zu kümmern. Die Rechtsstellung der gleichgeschlechtlichen Paare und das Gleichheitsgebot haben die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers von der größten Gruppe der nichtehelichen Lebensformen, die keiner gesetzlichen Regelung unterfallen, abgelenkt. Dies wird sich in naher Zukunft kaum ändern. Bei der

Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare im Jahre 2001 meinte der damalige Staatssekretär der Justiz, dass er kein Bedürfnis sehe, die nichteheliche Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln.⁸² Auch die heutige Regierung hat den Lebensformen keine Priorität eingeräumt. Zu erwarten ist, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft weiterhin nur vereinzelt vom Gesetzgeber berücksichtigt werden wird und die Rechtsprechung künftig den nicht immer deutlichen Kurs bestimmt. Anders als bei der Homobewegung, verfügt die nichteheliche Lebensgemeinschaft wegen ihrer Heterogenität nicht über Interessengruppen, die diese Interessen in der Politik und den Medien vertreten. Auch im niederländischen Schrifttum wurde der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, anders als beispielsweise in Deutschland, wenig Aufmerksamkeit gewidmet.⁸³

In der Rechtsprechung bietet die nichteheliche Lebensgemeinschaft regelmäßig Konfliktpotential. Drei verschiedene Fallgruppen sind zu unterscheiden. Die Fälle, in denen der Gleichheitsgrundsatz eine Rolle spielt, wurden bereits im Abschnitt B.I. besprochen. Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen das Gericht über die genaue Reichweite einer Vorschrift zu entscheiden hat. Dabei wird Antwort gegeben auf Fragen wie: Was ist unter einer gemeinsamen Haushaltsführung zu verstehen, oder fällt eine konkrete Beziehung in den Anwendungsbereich einer bestimmten Norm? Die dritte ziemlich umfangreiche Kategorie bezieht sich auf Fälle, in denen eine vermögensrechtliche Streitigkeit zwischen den nichtehelichen Lebenspartnern zu entscheiden ist. Die meisten Entscheidungen in diesem Bereich werden von erstinstanzlichen Gerichten getroffen. Eine große Varietät an Streitfällen ist zu verzeichnen. Viele Entscheidungen betreffen die Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die weitere Benutzung der Wohnung oder die Zuordnung von Eigentum und Ausgleichsansprüche. Im Abschnitt D.III.2.d) wird diese Rechtsprechung näher untersucht. Hier genügt die Feststellung, dass die Entscheidungen zeigen, wie problematisch die Anwendung des allgemeinen Vermögensrechts auf das rechtsgeschäftliche Handeln der nichtehelichen Lebenspartner ist.

b) Bedeutung des Partnerschaftsvertrages

In Anbetracht des Fehlens gesetzlicher Vorschriften für die vermögensrechtliche Beziehung der nichtehelichen Lebenspartner ist deren Freiheit, diese

⁸² Sitzungsberichte der Ersten Kammer, 2000-2001, 26 672, Nr. 92a. S. 7 und 9.

⁸³ In den meisten Lehr- und Handbüchern werden der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zwar eigene Kapitel gewidmet, die Ausführungen sind jedoch äußerst beschränkt. Der Komplexität dieser Lebensform wird kaum Rechnung getragen. In diesem Zusammenhang wird der Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare im letzten Jahrzehnt die meiste Aufmerksamkeit gewidmet. Mit der umfangreichen rechtsvergleichenden Dissertation von W.M. Schrama im Jahre 2004 hat dieses Rechtsgebiet vor kurzem allerdings sein stiefmütterliches Dasein verlassen, vgl. *Schrama* (Fn. 2). Siehe auch *Schrama*, Vermögensrecht voor ongehuwde samenlevers, Deventer 2000.

Beziehung selbst zu gestalten, groß. Ein Verstoß gegen die guten Sitten (Art. 3:40 BW) wird äußerst selten angenommen, nicht weil es sich um eine nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche handelt oder um außerehelichen Geschlechtsverkehr, sondern eher weil bestimmte Verpflichtungen eine unerträgliche Verletzung der persönlichen Lebenssphäre darstellen. Derartige Vereinbarungen sind allerdings selten.⁸⁴ Im Laufe der Jahre sind verschiedene, inzwischen oft übernommene Modellvereinbarungen zustande gekommen, die sich in Bezug auf die gegenseitigen Verpflichtungen der Partner unterscheiden.⁸⁵ Nicht so sehr der Wunsch, ihre vermögensrechtliche Beziehung eindeutig zu regeln, veranlasst die Partner, einen Vertrag zu vereinbaren. Vielmehr wird das Vorhandensein eines notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrages in einigen Bereichen des öffentlichen und Privatrechts verlangt, um eine begünstigende Regelung in Anspruch nehmen zu können. Auch bei der Geltendmachung von Rentenansprüchen kann eine derartige Formalisierung der Beziehung erforderlich sein.

Von allen nichtehelichen Lebenspartnern hat ungefähr die Hälfte einen notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrag.⁸⁶ Die Zahl hat sich im Vergleich zu 1990 verdoppelt; von den Paaren, die zu diesem Zeitpunkt mehr als fünf Jahre zusammenlebten, hatten 44% einen notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrag abgeschlossen.⁸⁷ Trotz des enormen Anstiegs gegenüber dem Jahre 1990 haben ungefähr 50% der nichtehelichen Lebensgemeinschaften keine Vereinbarung getroffen.

Ein Nachteil eines Partnerschaftsvertrages besteht darin, dass eine Anpassung an geänderte Verhältnisse meistens nicht erfolgt. Dies kann weitreichende Folgen haben. Wenn beide Partner ganztägig einen Beruf ausüben und sie finanziell unabhängig voneinander bleiben wollen, vereinbaren sie auf der Grundlage dieser Umstände den Vertrag. Die Verhältnisse ihres Zusammenlebens ändern sich jedoch im Laufe der Zeit. Die Einkommens- und Aufgabenverteilung können sich schnell wegen der Geburt eines Kindes (in den Niederlanden arbeiten viele Mütter in Teilzeit), Arbeitslosigkeit oder Krankheit eines Partners ändern. Unterbleibt eine Anpassung der vertraglichen Vereinbarung, dann ist zweifelhaft, ob die Partner ihre Vereinbarung auch auf die neue Lebenssituation anwenden wollten. Kommt es zu einer Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, dann befindet sich einer der Partner (meistens die Frau) in einer schlechteren finanziellen Lage.

Letztendlich ist es nicht immer einfach, bestimmte Engpässe vertraglich zu lösen. Die Vereinbarung einer ausgewogenen Regelung schuldrechtlicher Ausgleichsansprüche erweist sich als schwierig, weil eine genaue Buchhaltung von den Partnern nur selten geleistet wird. Darüber hinaus ist es nicht möglich,

⁸⁴ Vgl. *Schrama* (Fn. 2) 397-404.

⁸⁵ *van Mourik*, Modelle für die Rechtspraxis, Leids model I-V, Kluwer (Loseblattausgabe).

⁸⁶ *de Graaf*, Helft samenwoners heeft samenlevingscontract, Webmagazine 22.3.2004, CBS.

⁸⁷ Mitteilungen der Königlichen Notariatsgesellschaft 1990, Nr. 12.

bestimmte Befugnisse (Treffen einer bestimmten Maßnahme) im Wege des Vertrages dem Richter zu übertragen (siehe unten Abschnitt E.III.).

c) Anwendung anderer Rechtsvorschriften

Das Fehlen passender Vorschriften könnte mit Hilfe anderer Rechtsvorschriften aufgefangen werden. Im Schrifttum wurde die Anwendung des Gesellschaftsrechts vorgeschlagen, jedoch entschied der Hoge Raad, dass diese Möglichkeit nur dann in Betracht käme, wenn die Partner im Rahmen ihres Berufes oder Betriebes handeln würden.⁸⁸ Das Gesellschaftsrecht ist daher für die meisten nichtehelichen Lebensgemeinschaften kaum relevant. Auch das Eherecht könnte im Wege der Analogie einen Ausweg bieten. Dieser Weg ist jedoch mühsam, weil die meisten Ehevorschriften so sehr mit dem Institut Ehe verbunden sind, dass die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit nicht gegeben ist. Auch die Gerichte schließen die Lücken in der Gesetzgebung nur selten mit einer Analogie zum Eherecht.⁸⁹ Zwar könnte mit dem Gleichheitsgrundsatz die Anwendbarkeit einer bestimmten Ehevorschrift erzwungen werden, jedoch scheitert dieses Unternehmen meistens an der vorgeschriebenen Anknüpfung an die Ehe, die mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht vergleichbar ist.⁹⁰

Festgestellt werden kann, dass die Anwendung anderer Rechtsvorschriften keine besseren Lösungen für die vermögensrechtlichen Probleme zwischen den Partnern bietet. Der Blick ist somit wiederum auf das allgemeine Schuld- und Sachenrecht gerichtet. Die zentrale Frage, die in vielen Fällen beantwortet werden muss, betrifft das Vorhandensein einer Willensübereinstimmung in Bezug auf den Streitgegenstand. Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, alle vermögensrechtlichen Aspekte der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu erörtern; im Folgenden werden die wichtigsten Fragen dargestellt. Das gilt nicht für die Vollmacht und Stellvertretung,⁹¹ das Konkursrecht (siehe jedoch Abschnitt

⁸⁸ HR 8.7.1985, NJ 1986, 358. Vgl. auch *Schrama* (Fn. 2) 416-418.

⁸⁹ Vgl. *Schrama* (Fn. 2) 269-282. In der Rechtsprechung steht die analoge Anwendung des Eherechts in zwei Fällen zur Diskussion: (1). Analoge Anwendung des Ehegüterrechts in der älteren Rechtsprechung und Abweisung dieser Methode in der jüngeren Rechtsprechung: Rb. Groningen 5.11.1976, NJ 1977, 407; Rb. Groningen 27.5.1977, NJ 1977, 570; Rb. Groningen 2.2.1979 (nicht veröffentlicht). Ferner: Rb. Assen 8.3.1983 und 7.2.1984, NJ 1987, 427. Vgl. auch Hof Den Haag 5.1.1977, NJ 1977, 569. (2) Ausgleichsansprüche zwischen Ehegatten in Bezug auf Prozesskosten in der älteren Rechtsprechung. Zugestanden: Pres. Rb. Groningen 9.2.1983, KG 1983, 88; Rb. Utrecht 18.1.1984, PRG 1984, 2083 und Hof Den Haag 13.12.1979, NJ 1980, 556. Abgewiesen: Hof Leeuwarden 1.2.1984, NJ 1984, 673. Die letztgenannte Kategorie ist nicht mehr relevant, weil ein Kostenausgleich inzwischen auch zwischen nichtehelichen Lebenspartnern stattfinden kann.

⁹⁰ *Schrama* (Fn. 2) 272-284.

⁹¹ Hier ergeben sich keine besonderen Probleme. Die Partner können einander (stillschweigend) bevollmächtigen.

D.IV.2. zur Konkursanfechtung) und das Pfändungs- und Vollstreckungsrecht.⁹²

d) Besondere Rechtsfragen

aa) Unterhalt und Kosten der Haushaltsführung

Eine gesetzliche Unterhaltspflicht während oder nach Beendigung der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft besteht nicht.⁹³ Die Vorschrift über den nach-ehelichen Unterhalt ist analog nicht anwendbar.⁹⁴ Es besteht jedoch die Möglichkeit – für die im Schrifttum allgemein plädiert wird⁹⁵ – dass die Partner diesbezüglich schriftlich, mündlich oder sogar stillschweigend eine vertragliche Vereinbarung schließen. Bisher gibt es hierzu kaum Rechtsprechung, und das Vorhandensein einer stillschweigenden Unterhaltsvereinbarung wurde noch nicht angenommen.⁹⁶ Unserer Ansicht nach sollte hier Zurückhaltung geübt werden, nicht nur weil die Unterhaltsverpflichtung eine Ausnahme des Grundsatzes, dass jeder für seinen eigenen Lebensunterhalt zu sorgen hat, darstellt, sondern auch, weil die Annahme einer stillschweigend vereinbarten Unterhaltspflicht Probleme verursacht, die nicht einfach gelöst werden können.⁹⁷

Bezüglich der Haushaltskosten fehlt eine gesonderte Vorschrift, so dass anzunehmen ist, dass beide Partner sie anteilig tragen. In besonderen Fällen erscheint es gerechtfertigt, den affektiven Charakter der Beziehung zu berücksichtigen. Ein Unterschied bezüglich der Einkommens- und Vermögensposition kann relevant sein. Wichtiger ist jedoch, dass eine bestimmte Handlungsweise eine stillschweigende Vereinbarung über die Verteilung der Kosten beinhalten kann. Zu dieser Frage gibt es kaum Entscheidungen, soweit vorhanden, sind sie wenig konsistent.⁹⁸

⁹² Das größte Problem in diesen Fällen betrifft die Feststellung, welchem Partner Rechte in Bezug auf welche Gegenstände zukommen.

⁹³ HR 9.1.1987, NJ 1987, 927 m. Anm. *EAAL* (Roozendaal-van Dilst).

⁹⁴ *Schrama* (Fn. 2) 277-278.

⁹⁵ Art. 3:33 in Verbindung mit Art. 3:37 BW. Vgl. *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 568; *van der Burght/Doek* (Fn. 38) Nr. 624; *Samen-Leven*, De buitenhuwelijkse relatie in het recht, AA, 1977, themanummer, 333-455, 399; *Schrama* (Fn. 2) 434-435.

⁹⁶ Rb. Leeuwarden 31.1.1985, NJ 1985, 728.

⁹⁷ Vgl. *Schrama* (Fn. 2) 436-438. Dabei geht es vor allen Dingen um die Frage, wann die Qualifikation gerechtfertigt ist (Passt eine nach Beendigung der Beziehung weiter bestehende Unterhaltspflicht zum Charakter der nichtehelichen Lebensgemeinschaft?) und wie der Vertragsinhalt festgelegt werden sollte.

⁹⁸ *Schrama* (Fn. 2) 430-431.

bb) Vermögensrechtliche Auseinandersetzung

(1) Eigentumsstreitigkeiten

Ein großer Problemkreis betrifft die Abwicklung der vermögensrechtlichen Beziehung. Das gilt sowohl für die Frage, welchem Partner welche Güter zustehen, als auch für die Frage, welcher Partner aufgrund von Vermögensänderungen während der Beziehung welche Ansprüche gegen den anderen Partner geltend machen kann. Die sachenrechtlichen Probleme beziehen sich meistens auf die Eigentumsfrage. Bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann es sich hinsichtlich des beweglichen Vermögens, als äußerst schwierig erweisen, zu beweisen, wer anspruchsberechtigt ist. Bei Registergütern ist die Sache einfach: Eigentümer ist derjenige, der im Register als solcher eingetragen ist. Nach niederländischem Sachenrecht ist bei der Eigentumsfrage entscheidend, an wen die Sache geliefert worden ist (und in welcher Eigenschaft). Wer die Zahlung für den Erwerb der Sache getätigt hat, ist strikt genommen, nicht relevant. Wie muss das Gericht entscheiden, wenn die Parteien über die Frage, an wen geliefert worden ist, streiten? In der Rechtsprechung werden drei völlig voneinander abweichende Lösungen vertreten. Zunächst einmal wird als entscheidender Anknüpfungspunkt die Lieferung angesehen, die aufgrund anderer Tatsachen als der Lieferung selbst – etwa der Bezahlung der Sache – angenommen wird.⁹⁹ Der Partner, an dem die Sache übergeben worden ist oder der bezahlt hat, wird als Eigentümer anerkannt. Andere Entscheidungen lösen die Eigentumsfrage mit Hilfe der prozessualen Funktion des Besitzes.¹⁰⁰ Gemäß Art. 3:119 BW wird vermutet, dass der Eigenbesitzer eines Gutes Eigentümer ist. Die Anwendung dieser Vorschrift kann zu unbilligen Ergebnissen führen, wenn nach Beendigung der Beziehung ein Partner zufällig bewegliche Sachen besitzt, mit der Folge, dass er als Berechtigter angesehen wird, während feststeht, dass der andere Partner Eigentümer dieser Sachen gewesen ist.¹⁰¹ Die dritte Möglichkeit besteht darin, dass nach Ansicht des Gerichts nicht mehr festgestellt werden kann, wer berechtigt ist, so dass beide Partner anteilig als Eigentümer zu betrachten sind.¹⁰²

Die divergierenden Entscheidungen verursachen Rechtsunsicherheit und Rechtsverschiedenheit. Die Rechtslage könnte hier entscheidend verbessert werden. Drei Wege stehen offen. Erstens könnten die Gerichte öfter eine stillschweigende Vereinbarung bezüglich des Entstehens gemeinsamen Eigentums

⁹⁹ Vgl. u.a. Pres. Rb. Amsterdam 21.7.1983, KG 1983, 248; Rb. Arnhem 7.3.1991, RN 1991, Nr. 5, Nr. 195. Vgl. jedoch Ktg. Apeldoorn 19.3.1986, PRG 1986, 2490.

¹⁰⁰ Ktg. Apeldoorn 19.3.1986, PRG 1986, 2490; HR 8.5.1987, NJ 1988, 700; HR 6.11.1987, NJ 1988, 293.

¹⁰¹ HR 8.5.1987, NJ 1988, 700.

¹⁰² Rb. Utrecht 18.1.1984, PRG 1984, 2083; Rb. Roermond 7.9.1989, Aktenzeichen 91/1988, FJR 1990, 229; Rb. Arnhem 7.3.1991, RN 1991, Nr. 5, Nr. 195. Vgl. Ktg. Zaandam 8.2.2001 und 3.5.2001, PRG 2002, 5833: Annahme von Miteigentum zweier Partner, die nicht zusammenlebten; unklar ist, ob das Gericht von einer Lieferung an beide Partner ausgeht oder dies aufgrund von Beweisschwierigkeiten annimmt.

annehmen, soweit es nicht Registergüter betrifft. Das Risiko, das über die Eigentumsfrage nicht mehr objektiv entschieden werden kann, wird auf diese Art und Weise auf beide Partner verteilt. Als besonderer Vorteil ist dabei zu bewerten, dass der Partner, der nicht Eigentümer ist, jedoch beweisrechtlich stärker dasteht, nicht begünstigt wird. Der Hoge Raad hat in einem Fall, in dem sich die Frau auf das Bestehen einer stillschweigenden Vereinbarung, gemeinschaftlich Eigentum zu erwerben, berufen hat, festgestellt, dass eine derartige Vereinbarung nach den Umständen des Falles zu beurteilen ist. Das höchste Gericht scheint daher die Qualifikation bestimmter Umstände, die die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung rechtfertigen, nicht von der Hand zu weisen.¹⁰³ Ferner können – als zweite Alternative – auch das Institut der Stellvertretung¹⁰⁴ und Art. 3:110 BW¹⁰⁵ den besonderen affektiven Charakter, der zwischen den streitenden Parteien bestanden hat, berücksichtigen. Gegen die Anwendung dieser Institute bestehen jedoch Bedenken, denn die nichteheleche Lebensgemeinschaft ist in der niederländischen Doktrin und Rechtsprechung bisher noch nicht ausreichend typologisiert. Es sind bisher kaum Vorschriften entwickelt worden, die besagen, was die Partner normalerweise voneinander erwarten dürfen, so dass es schwierig ist die Rechtsprechung in diesem Punkt anzugleichen. Eigentumsstreitigkeiten über Nicht-Registergüter haben in vielen Fällen einen relativ kleinen Vermögenswert, weshalb die Partner nur selten bereit sind, ihre Konflikte vor Gericht auszutragen und sogar in die Berufung oder zum Obersten Gericht zu gehen. Eine brauchbare Typisierung wird daher noch einige Zeit auf sich warten lassen.

Die dritte Option besteht darin, eine gesetzliche Vermutung dergestalt zu formulieren, dass alle Güter, die die Partner während ihrer Beziehung erworben haben, gemeinschaftliches Eigentum der Partner sind, vorbehaltlich des Beweises von Alleineigentum. Eine derartige Vorschrift gilt bereits für Ehegatten (Art. 1:131 BW) und könnte auch bei nichtehelechen Lebensgemeinschaften nützlich sein. Diese Vermutung würde nur bewegliche Sachen (Nicht-Registergüter) betreffen. Hat einer der Partner substantiell zum Erwerb oder der Verbesserung eines Registergutes beigetragen, können Ausgleichsansprüche einen Ausweg bieten. Diese Möglichkeit wird im nächsten Abschnitt besprochen.

(2) Ausgleichsansprüche

Tatsächlich sind die Ausgleichsansprüche in vielen Fällen finanziell betrachtet wichtiger als die Eigentumsfrage, insbesondere dann, wenn der eine Partner (insbesondere) für den anderen Partner über einen längeren Zeitraum substan-

¹⁰³ HR 16.1.1987, NJ 1987, 912 m. Anm. *EAAL* (Bruinsma/Smit).

¹⁰⁴ Art. 3:60 ff. BW zur Vollmacht.

¹⁰⁵ Die Vorschrift bestimmt, dass wenn zwischen zwei Personen ein Rechtsverhältnis besteht, das zum Gegenstand hat, dass das, was der eine in bestimmter Weise erhalten wird, von ihm für den anderen besessen werden wird, dann besitzt der eine das zur Erfüllung dieses Rechtsverhältnisses von ihm Erhaltene für den anderen.

zielle Leistungen erbracht hat. Es kann sich dabei um finanzielle Leistungen oder Arbeitsleistungen handeln. Bei Beendigung der Beziehung entsteht die Frage, wie diese Leistungen gewertet werden. Zu dieser Frage gibt es Rechtsprechung, die sich sowohl auf die Mitarbeit im Betrieb des anderen Partners bezieht, als auf den Bau oder den Umbau des Hauses, das auf den Namen des anderen Partners eingetragen ist, und auf die Finanzierung des Erwerbs (oder des Umbaus) einer Wohnung, dessen Eigentümer der andere Partner ist. Deutliche Richtungen sind wegen der geringen Zahl der Entscheidungen nicht erkennbar, zumal die Entscheidungen teilweise von Instanzgerichten getroffen worden sind, und auch hier rächt sich erneut die Tatsache, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft bisher nicht eindeutig begrifflich erfasst worden ist. Weder Richter noch Rechtsanwälte wissen daher genau, wie die Beziehungen zwischen den Partnern zu beurteilen sind. Vertragliche oder außervertragliche Ansprüche werden geltend gemacht, das Ehe- oder Verlöbnisrecht wird herangezogen, so dass von einer undurchsichtigen Anspruchsvielfalt die Rede ist, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

Mit Rücksicht auf diese Randbemerkung können dennoch einige vorsichtige Schlüsse gezogen werden: Die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Mitarbeit im Betrieb des anderen sind meistens erfolgreich.¹⁰⁶ Bei den Investitionen in die Wohnung, dessen Eigentümer der andere Partner ist, ist das Ergebnis unterschiedlich.¹⁰⁷ Ansprüche, die auf die (analoge) Anwendung des Verlöbnis- und Eherechts gestützt werden, sind aussichtslos. Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung oder aufgrund einer stillschweigenden Vereinbarung dagegen können unter Umständen erfolgreich sein. Der Hoge Raad hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass nicht allzu schnell eine stillschweigende Ausgleichsvereinbarung ausgeschlossen werden darf. Das Zusammenlegen der Einkünfte der Partner beispielsweise ist nicht notwendig für die Annahme einer stillschweigenden Ausgleichsvereinbarung. Die höchstrichterlichen Erwägungen scheinen der Annahme einer derartigen Vereinbarung viel Raum zu lassen. Die Tatsachen, die dieser Entscheidung zu Grunde lagen, waren allerdings außergewöhnlich.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Rb. Assen 8.3.1983 und 7.2.1984, NJ 1987, 427; Rb. Arnhem 7.3.1991, RN 1991, Nr. 5, Nr. 195. Vgl. auch Rb. Leeuwarden 12.9.1991, PRG 1992, 3654.

¹⁰⁷ Rb. Alkmaar 11.7.1974, NJ 1975, 54 und Hof Amsterdam, 7.5.1975, NJ 1976, 110 (Zulassung einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe von 7.000 Gulden; das Bestehen eines stillschweigenden Vertrages wurde ausdrücklich verneint); Rb. Assen 8.3.1983 und 7.2.1984, NJ 1987, 427 (Abweisung einer Ersatzklage wegen Mitarbeit und Investitionen, weil die Arbeit als eine gewöhnliche Anstrengung zu bewerten sei); HR 11.4.1986, NJ 1986, 622 (Baartman/Huijbers) (Abweisung einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zwischen früheren Ehegatten, weil beim Ehemann keine Entreicherung vorlag); Pres. Rb. Alkmaar 27.8.1998, KG 1998, 262 (Abweisung einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung bei Arbeitsleistungen und Lieferung von Baumaterial).

¹⁰⁸ HR 26.5.1989, NJ 1990, 23, m. Anm. *EAAL* (Schaubudenbesitzer). Es handelte sich um frühere Ehegatten, die nach der Ehescheidung eine nichteheliche Lebensgemeinschaft führten und die während der 42 Jahre ihres Zusammenlebens ein großes Vermögen erwirtschaftet hat-

Eine wichtige Frage, die bisher nicht in der Rechtsprechung behandelt worden ist, betrifft die Bewertung der Versorgung der Kinder und des Haushaltes über einen längeren Zeitraum durch einen der Partner. Zwar wachsen nur in einer kleineren Anzahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften Kinder auf, dennoch ist die Relevanz der Sorge nicht zu unterschätzen. Die zeitweise oder völlige Unterbrechung der Berufslaufbahn hat weitreichende Folgen, die die Beteiligten nicht nur während der Sorge für die Kinder, sondern auch nach Wiedereintritt ins Berufsleben zu spüren bekommen. In den meisten Fällen sind es die Frauen, die den größten Anteil an der Sorge für die Kinder übernehmen. Diese Frauen befinden sich in einer verletzbaren Position, weil das Recht ihnen nicht den Schutz gewährt, den sie benötigen. Ein Ausgleichsanspruch wegen Versorgung der Kinder erscheint derzeit aussichtslos zu sein, und auch im Sachen- oder Unterhaltsrecht besteht keine Ersatzmöglichkeit. In jedem Falle ist die Sorge und Erziehung der Kinder eine Aufgabe, die unserer Ansicht nach höher bewertet werden sollte.

3. Vergleich

Der Vergleich der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Partnern von (nicht) institutionalisierten Lebensformen zeigt, dass die Unterschiede auffallend groß sind. Für Ehegatten und eingetragene Partner gelten ausführliche gesetzliche Vorschriften für die Dauer der Beziehung und – was viel wichtiger ist – für die Situation nach Auflösung der Beziehung. Die Ehegatten und eingetragene Partner sind verpflichtet, aufeinander Rücksicht zu nehmen. Sie nehmen am Vermögenszuwachs, der während der Beziehung (aufgrund gemeinsamer Leistung) erworben worden ist, teil. Die Stellung des wirtschaftlich schwächeren Partners ist mit ausreichenden Garantien umgeben, wie beispielsweise im Unterhalts- und Güterrecht. Dieser Schutz dient auch dem Wohl der Kinder, die in der Familie aufwachsen: Die gesetzliche Regelung bietet nicht nur ausreichende Rechtssicherheit, der Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei hat auch einen stabilisierenden Einfluss auf das Leben der Kinder.¹⁰⁹ Ergänzend ist hier hinzuzufügen, dass die meisten Kinder nach der Scheidung der Ehe bei der Mutter bleiben.¹¹⁰

Die Anwendung des allgemeinen Vermögensrechts auf nichteheliche Lebenspartner verursacht zwei große Probleme. Zunächst ergeben sich unbillige Ergebnisse, wie zum Beispiel bei der Schlichtung von Eigentumsstreitigkeiten

ten, das zwar auf den Namen des Mannes eingetragen war, an dem die Frau jedoch ihren Arbeitsanteil geleistet hatte.

¹⁰⁹ *Spruijt/Kormos/Burggraaf/Steenweg*, *Het verdeelde kind, Literatuuronderzoek Omgang na Scheiding*, Utrecht 2002, S. 28: Nach der Scheidung wohnen 85% der Kinder bei der Mutter und nur 10% beim Vater.

¹¹⁰ *Spruijt/Kormos/Burggraaf/Steenweg* (Fn. 109) 36-37 Nach der Scheidung könnten die nachteiligen Folgen auf ein Minimum beschränkt bleiben, wenn die Ehegatten in Harmonie miteinander umgehen. Eine der Empfehlungen der Autoren lautet, dass der Staat Initiativen, die zur Konfliktreduzierung während der Scheidung beitragen, fördern sollte (S. 89).

und dem fehlenden Schutz des wirtschaftlich schwächeren Partners. Zweitens illustrieren die Eigentums- und Ausgleichsstreitigkeiten, dass in mehreren Bereichen Rechtsunsicherheit herrscht. Gleiche Fälle werden ungleich behandelt. Dabei geht es um die schwierige Bewertung und Auslegung von Tatsachen und Handlungen der Partner. Einerseits fehlt eine eindeutige Typisierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die es ermöglichen würde, deutliche Grenzen zu ziehen; andererseits ist die Formulierung einer Begriffsbestimmung keine leichte Aufgabe, da wie die sozialwissenschaftliche Forschung zeigt, mindestens drei Formen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu unterscheiden sind. Da die finanziellen Interessen in den meisten Fällen relativ gering sind, sind die Verfahrenskosten und der Zeitaufwand ein Hindernis für die weitere Rechtentwicklung. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Hoge Raad in absehbarer Zeit zu einigen Engpässen Stellung nimmt, ist ziemlich gering. Dass bis vor Kurzem das Schrifttum der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wenig Aufmerksamkeit gewidmet hat, spielt dabei eine untergeordnete Rolle. Gesetzliche Vorschriften, die die vermögensrechtlichen Beziehungen der nichtehelichen Lebenspartner regeln, könnten zur Lösung einiger Probleme beitragen. Allgemein müsste eine Verbesserung der Rechtsstellung des wirtschaftlich schwächeren Partners, der viele gemeinschaftsbedingte Leistungen erbracht hat, erreicht werden. Die Einführung einer gesetzlichen Vermutung des Miteigentums bei Nicht-Registergütern wäre ein erster Schritt.

IV. Übrige Bereiche des Privatrechts

1. Mietrecht

Das Mietrecht gehört zu den ersten Rechtsgebieten des Privatrechts, das im Jahre 1979 andere als die eheliche Lebensform anerkannt hat. Gleichwohl wird noch immer ein Unterschied zwischen den Lebensformen gemacht. Das Bestehen einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft ist nämlich leichter feststellbar, während bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (und anderen Lebensformen) im konkreten Fall überprüft werden muss, ob die Voraussetzungen für die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift erfüllt sind. Das Mietrecht unterscheidet zwischen Ehegatten/eingetragenen Partnern und anderen Lebensformen. Der Ehegatte oder eingetragene Partner ist von Rechts wegen Mitmieter, soweit er in der Wohnung seines Ehegatten/Partners seinen Hauptaufenthalt hat, unabhängig davon, ob der Mietvertrag vor oder nach dem Eingehen der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft geschlossen worden ist (Art. 7:266 BW). Im Falle einer Ehescheidung oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft kann das Gericht auf Antrag eines der Ehegatten/Partner bestimmen, wer Mieter des Wohnraumes wird. Die mietrechtliche Stellung des Ehegatten/ eingetragenen Partners ist ausgesprochen stark, wenn er seinen Hauptaufenthalt in der Wohnung des anderen Ehegatten/ eingetragenen Partners hat. Dessen Zu-

stimmung oder die des Vermieters ist nicht erforderlich. Weitere Voraussetzungen gelten nicht. Für andere Mitbewohner, die ihren Hauptaufenthalt in der Wohnung des Partners haben, gilt eine gesonderte Vorschrift. Der Mitbewohner kann gemeinsam mit dem Mieter (seinem Partner) beim Vermieter die Zustimmung, ihn als Mitmieter anzuerkennen, beantragen. Sollte der Vermieter die Anerkennung der Mitmieterschaft verweigern, steht den Beteiligten der gerichtliche Weg offen. Das Gericht bewilligt den Antrag nach Prüfung dreier Voraussetzungen: (1) Hat der Antragssteller seit mindestens zwei Jahren seinen Hauptaufenthalt in der Mietwohnung und hat er während dieses Zeitraums einen dauerhaften gemeinsamen Haushalt mit dem Mieter geführt? (2) Bezweckt der Antrag offensichtlich nur eine schnelle Anerkennung des Mitbewohners als Mitmieter (Missbrauchsprüfung)? (3) Verfügt der Antragssteller über ausreichende finanzielle Mittel, um die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag zu tragen? Bei einem knappen Wohnungsmarkt, vor allen Dingen in den Großstädten, ist die Stellung als Mitmieter vorteilhaft. Der Mitmieter hat nämlich das Recht, den Mietvertrag fortzusetzen, wenn der Mieter den Vertrag kündigt. Bei einer Beendigung der Beziehung kann das Gericht unter Abwägung der Interessen der beiden Partner und des Vermieters an einem zuverlässigen Mieter dem Mitmieter das Wohnrecht zuzuerkennen.

Ein großer Unterschied zwischen den Ehegatten/eingetragenen Partnern einerseits und den nichtehelichen Lebenspartnern andererseits besteht darin, dass der erstgenannte Personenkreis von Rechts wegen Mitmieter ist, während diese Rechtsstellung den nichtehelichen Partnern erst nach einem besonderen Mietverfahren eingeräumt wird. In der Praxis hat dieser Unterschied weitreichende Folgen, weil sich die nichtehelichen Partner oft erst bei einer heranahenden Beendigung ihrer Beziehung ihrer mietrechtlichen Stellung bewusst werden. Folglich ist der andere Partner/Mieter weniger geneigt, an einem gemeinsamen Antrag auf Mitmieterschaft mitzuwirken. Es wurde zwar versucht, die Mitwirkung des Partners/Mieters gerichtlich zu erzwingen, bisher jedoch nur mit geringem Erfolg.¹¹¹ Fraglich ist ferner, ob zum Zeitpunkt des Antrages noch von einer dauerhaften gemeinsamen Haushaltsführung gesprochen werden kann. Der Hoge Raad hat eine enge Auslegung des Begriffs „dauerhaft“ verworfen, weil sonst dem Schutzgedanken des Art. 7:267 BW keine Rechnung getragen wird.¹¹² Einer der Faktoren, die die Entscheidung

¹¹¹ Pres. Rb. Rotterdam 2.4.1986, KG 1986, 238; Hof Den Haag 13.2.1987, KG 1987, 1048; Pres. Rb. Haarlem 3.8.1990, KG 1990, 281. Erfolgreiche Klage wegen unerlaubter Handlung: Ktg. Amsterdam 11.11.1996, WR 1997, 32.

¹¹² HR 10.10.1980, NJ 1981, 132 m. Anm. *PAS* (Dekker/Petronella). Vgl. auch: *Bolt*, De samenwoner als medehuuder, Een kritische beschouwing over artikel 1623h BW, *NJB* 1984, 1061-1067, 1065 und *Dozy/Jacobs*, Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk, Deventer/Gouda 1999, S. 231. Ferner: HR 21.2.1986, NJ 1986, 383 (Boonacker/Neve) und Ktg. Gouda 2.6.1994, PRG 1994, 4163, wo unter Anwendung der Entscheidung des Hoge Raad in Boonacker/Neve das Bestehen einer dauerhaften gemeinsamen Haushaltsführung verneint wurde.

beeinflusst haben, ist die Schutzbedürftigkeit, die sich erst gegen Ende der Beziehung manifestiert. Daher kann die Mitmieterschaft nicht aus diesem Grunde dem Mitbewohner vorenthalten werden. Das Schrifttum hat kritisch auf diese Entscheidung reagiert.¹¹³ Ist die gemeinsame Haushaltsführung schließlich aufgelöst worden, entfällt die Möglichkeit Mitmieterschaft zu erlangen.¹¹⁴

Hervorzuheben ist ferner, dass der Unterschied zwischen (nicht) institutionalisierten Lebensformen im Mietrecht weniger gravierend geworden ist, weil die Rechtsprechung (vor allem der Instanzgerichte) bei der Beurteilung der Frage, wer den Mietvertrag geschlossen hat, eine flexible Haltung einnimmt. Unter Umständen – es ist nicht die Regel¹¹⁵ – wird der genaue Ablauf des Zustandekommens des Mietvertrages geprüft. Die Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles wird mit verschiedenen Argumenten gerechtfertigt: Das Mietrecht falle in die Bruchteilsgemeinschaft¹¹⁶ oder die Angabe des einen Partners als Mieter sei rein zufällig erfolgt oder zumindest nicht von ausschlaggebender Bedeutung.¹¹⁷ Bei der Beurteilung derartiger Streitigkeiten ist von Bedeutung, ob der Vermieter beiden Partnern gemeinsam die Wohnung zugewiesen hat oder ob gerade der Vermieter nur einen der Partner als Mieter akzeptiert. Auch die Absicht der Partner, die Wohnung gemeinsam zu beziehen, kann Berücksichtigung finden, ebenso der Umstand, dass die Wohnung groß genug ist, um sie gemeinsam (mit Kindern) zu bewohnen. In diesen Fällen steht das Mietrecht beiden Partnern zu, obwohl nur einer von ihnen als Vertragspartei im Mietvertrag genannt ist.

2. Nähere Erörterung einzelner Vorschriften

Nicht nur im Eltern-Kind-Verhältnis und im Mietrecht wird zwischen den Lebensformen differenziert. Auch in anderen Bereichen des Privatrechts ist

¹¹³ Kritisch: *Bockwinkel*, *Huurbescherming bij woonruimte: Verkenningen*, Deventer 1991, S. 205-207. Er meint, dass diese Auslegung den Weigerungsgrund des dritten Absatzes unter Buchstabe 6 überflüssig macht. *Dozy/Jacobs* (Fn. 112) 227 sind der Auffassung, dass mit Rücksicht auf den Zweck der Norm nicht zu schnell von einem Rechtsmissbrauch ausgegangen werden sollte.

¹¹⁴ Ktg. Amsterdam 21.12.1983, PRG 1984, 2100.

¹¹⁵ Ausnahmen: Pres. Rb. Almelo 6.7.1983, KG 1983, 239; Pres. Rb. Amsterdam 25.8.1983, KG 1983, 279; Pres. Rb. Den Haag 22.9.1983, KG 1983, 314; Pres. Rb. Rotterdam 2.4.1986, KG 1986, 238; Pres. Rb. Amsterdam 6.2.1986, KG 1986, 115; Pres. Rb. Haarlem 3.8.1990, KG 1990, 281).

¹¹⁶ Hof Den Haag 13.12.1979, NJ 1980, 556; Pres. Rb. Amsterdam 15.10.1981, KG 1981, 951; Pres. Rb. Utrecht 31.8.1983, KG 1983, 289; Hof Amsterdam 10.4.1986, KG 1986, 197.

¹¹⁷ Pres. Rb. Amsterdam 2. Augustus 1979, KG 1979, 493; Hof Den Haag 13.12.1979, NJ 1980, 556; Pres. Rb. Amsterdam 30.8.1984, KG 1984, 853b; Pres. Rb. Utrecht 15.3.1988, KG 1988, 262; Pres. Rb. Den Haag 23.2.1990, KG 1990, 101; Ktg. Utrecht, 9.2.1994, WR 1994, 41; Pres. Rb. Utrecht 24.8.1995, KG 1995, 388. Eine besondere Entscheidung ist ohne Zweifel Pres. Rb. Amsterdam 23.12.1982, KG 1982, 1556: Beide Parteien waren im Verhältnis zueinander Mitmieter, weil jeder die Hälfte der Miete bezahlte.

dies der Fall. Im Folgenden werden einige Rechtsgebiete einer näheren Betrachtung unterzogen, wobei die Rechtsstellungen der Ehegatten, eingetragenen Partner und nichtehelichen Partner miteinander verglichen werden.

Im nahehelichen Unterhaltsrecht hat seit 1971 eine Gleichstellung zwischen der Ehe und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stattgefunden. Art. 1:160 BW bestimmt, dass die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten endgültig endet, wenn der bedürftige Ehegatte eine neue Ehe oder eingetragene Partnerschaft eingeht oder mit einer anderen Person zusammenzuleben begonnen hat, als wären sie verheiratet oder hätten sie ihre Partnerschaft eintragen lassen. Die Gleichstellung wird damit begründet, dass es sich einerseits um materiell gesehen gleiche Situationen handelt (diese Annahme ist nicht richtig, weil frühere Ehegatten einander unterhaltspflichtig sein können und nichteheliche Lebenspartner nicht). Andererseits wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass Unterhaltsberechtigte eine nichteheliche Lebensgemeinschaft einer erneuten Eheschließung vorziehen, um ihren Unterhaltsanspruch zu bewahren.¹¹⁸

Im Sorgerecht für Volljährige ist auch eine Gleichstellung des Lebensgefährten mit dem Ehegatten/eingetragenen Partner erfolgt. Der Lebensgefährte wurde erstmals bei der Einführung der treuhänderischen Verwaltung zum Schutz Volljähriger im Jahre 1982 vom Gesetzgeber genannt.¹¹⁹ Entscheidend war der Wunsch, der gesellschaftlichen Realität zu entsprechen.¹²⁰ Der Begriff „Lebensgefährte“ betrifft eine Beziehung, die, abgesehen vom Eheband, mit der ehelichen Beziehung vergleichbar ist. Die gerichtliche Feststellung erfolgt an Hand der Umstände der konkreten Beziehung.¹²¹ Eine gemeinsame Haushaltsführung über einen längeren Zeitraum, eine affektive Beziehung sowie eine Schicksalsverbundenheit werden hierbei berücksichtigt, unabhängig vom Geschlecht der Partner. Die Führung eines gemeinsamen Haushaltes wird zwar nicht als konstitutives Element betrachtet, sie ist jedoch ein wichtiges Indiz.¹²² Zusammenlebende Brüder und/oder Schwestern fallen allerdings nicht unter den Begriff „Lebensgefährten“.¹²³ Diese Beschränkung ist in der Rechtsprechung noch nicht beanstandet worden. Der Lebensgefährte hat inzwischen im

¹¹⁸ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, Nr. 28 600 VI, Nr. 104, S. 2; *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 646.

¹¹⁹ Art. 1:431 ff. BW.

¹²⁰ *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 1139.

¹²¹ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1979-1980, 15 350, Nr. 8, S. 3.

¹²² Vgl. hierzu ausführlicher: *Minken Hof*, Over de 'levensgezel' in het beschermingsbewind, in: *Breemhaar/Hidma* (Hrsg.), Samenleven Samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag, Deventer 1983, S. 235-237; *Jansen*, Losbladige Familie- en personenrecht, Art. 432, Anm. 1. Handelingen II, 2.12.1980, S. 1814.

¹²³ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1979-1980, 15 350, Nr. 8, S. 3. Sie haben jedoch als Verwandte bestimmte Rechte, die nicht in jeder Hinsicht mit den Rechten des Lebensgefährten übereinstimmen, vgl. beispielsweise Art. 1:435 Abs. 3 BW: Ehegatten, eingetragene Partner oder andere Lebensgefährten werden den Verwandten und Verschwägerten vorgezogen.

gesamten Bereich des Erwachsenenschutzes eine Gleichstellung mit dem Ehegatten, eingetragenen Partner oder Verwandten erfahren. Sie können die Anordnung der Kuratel über ihren Partner (Art. 1:379 BW) beantragen, die treuhänderische Verwaltung (Art. 1:432 Abs. 1 BW) oder Mentorschaft (Art. 1:451 Abs. 1, 1:452 Abs. 4 BW). Das Gericht ernennt den Antragsteller vorzugsweise als Kurator, Treuhänder oder Mentor.

Auch im Gesetz über den medizinischen Behandlungsvertrag figuriert der Begriff „Lebensgefährte“.¹²⁴ Ist der Patient nicht in der Lage, seine Interessen zu vertreten, so ist der Hilfeleistende sowohl gegenüber dem Ehegatten, eingetragenen Partner als auch dem Lebensgefährten verpflichtet, seiner Informationspflicht nachzukommen. Auch im Adoptionsrecht werden dem Lebensgefährten bestimmte Rechte zuerkannt.¹²⁵ Wer allerdings als Lebensgefährte zu betrachten ist, wird im Gesetz nicht näher umschrieben.

Schließlich wird der Lebensgefährte auch in den Vorschriften zum Rechtsgeschäft im Dritten Buch BW genannt. Bei der Gleichstellung des Lebensgefährten mit dem Ehegatten bei der so genannten *actio Pauliana* (Art. 3:46 Abs. 2 BW) weicht der Gesetzeszweck wesentlich von den bisher erörterten Vorschriften ab. Bei der *actio Pauliana* geht es nämlich nicht primär um eine Maßnahme, die die affektive Beziehung der Partner untereinander anerkennt, sondern um das Verhältnis zu Dritten. Gläubiger sollen gegen betrügerische Rechtsgeschäfte zwischen dem Schuldner und seinem Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten geschützt werden. Eine affektive Beziehung erhöht nämlich die Risiken einer Kollusion und der Vermengung von Vermögen. Wurde ein Rechtsgeschäft mit dem Ziel getätigt, den Gläubiger zu benachteiligen, dann wird Kenntnis der Benachteiligung, die für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes erforderlich ist, bei beiden Partnern vermutet (Art. 3:46 Abs. 1 BW). Der Gläubiger kann auf diese Weise das Rechtsgeschäft einfacher anfechten (Art. 3:45 in Verbindung mit 3:46 BW). Dieselbe Begründung trifft bei Art. 43 Abs. 2 des Konkursgesetzes zu. Bei Anfechtung eines Rechtsgeschäftes im Falle des Konkurses wird der Lebensgefährte dem Ehegatten/ eingetragenen Partner gleichgestellt.

Auch im Zivilprozessrecht gibt es eine Vorschrift über den Ausgleich von Prozesskosten, die zwischen den Ehegatten, eingetragenen Partnern, einigen Verwandten und anderen Lebensgefährten erfolgen kann (Art. 237 Rv).¹²⁶

¹²⁴ Art. 7:465 Abs. 3 BW.

¹²⁵ Art. 1:227 Abs. 2 BW bestimmt, dass ein Lebensgefährte nach einem dreijährigen Zusammenleben mit einem Elternteil die Adoption beantragen kann. Für Ehegatten und eingetragene Partner gilt dieselbe Vorschrift. Für den anderen Lebensgefährten gilt das Erfordernis, dass zwischen ihm und dem Antragsteller keine Ebehindernisse gemäß Art. 1:41 BW bestehen dürfen. Vgl. Art. 1:227 Abs. 1 BW. Auch in Art. 1:228 Abs. 1 Buchstabe g BW und in Art. 1:229 Abs. 3 BW wird der andere Lebensgefährte genannt.

¹²⁶ Vgl. Art. 1:394 BW: Der Mann, der als Lebensgefährte der Mutter einer Handlung, die die Erzeugung eines Kindes zur Folge haben kann, zugestimmt hat, ist zum Beitrag zum Unterhalt verpflichtet, als würde zwischen ihm und dem Kind eine familienrechtliche Beziehung bestehen. Vgl. *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 1072.

Im Schadensersatzrecht ist den nicht legalisierten Lebensformen eine besondere Stellung eingeräumt. Art. 6:108 BW gewährt einem genau bestimmten Personenkreis einen Schadensersatzanspruch. Der Unterhaltsberechtigte, der aufgrund des Todes des Unterhaltsverpflichteten Schaden erleidet, kann gegen den Dritten, der den Tod verursacht hat, einen Ersatzanspruch geltend machen. Der Kreis der Anspruchsberechtigten besteht aus vier Kategorien, wobei zwischen (1) den Ehegatten, eingetragenen Partnern und minderjährigen Kindern, (2) den Verwandten und Verschwägerten und (3 und 4) zwei verschiedenen nichtehelichen Lebenspartnern unterschieden wird. Es gelten unterschiedliche Anforderungen. Den Personen der ersten Kategorie steht ungeachtet der Frage, ob der Verstorbene vor seinem Tode ihren Unterhalt gesichert hat, grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch zu (Art. 6:108 Abs. 1 Buchstabe a BW). Für andere Verwandte und Verschwägere (die zweite Kategorie) gilt, dass der Verstorbene bereits zur Zeit seines Todes ganz oder teilweise ihren Unterhalt bestritten haben muss (Art. 6:108 Abs. 1 Buchstabe b BW). Für nichteheliche Lebenspartner gelten ergänzende Bedingungen, nämlich, dass sie mit dem Verstorbenen im Familienverband zusammenlebten und er zur Zeit seines Todes ihren Unterhalt ganz oder zum größten Teil bestritt.¹²⁷ Ferner muss anzunehmen sein, dass der verstorbene Partner – wäre er am Leben geblieben – den Unterhalt weiter bestritten hätte und der überlebende Partner nicht in angemessener Weise seinen Unterhalt bestreiten kann (Art. 6:108 Abs. 1 Buchstabe c BW). Gemäß Art. 6:108 Abs. 1 Buchstabe d BW sind auch diejenigen anspruchsberechtigt, die mit dem Verstorbenen im Familienverband zusammenlebten und zu dessen Unterhalt der Verstorbene durch die Führung des gemeinsamen Haushaltes beitrug, soweit er dadurch Schaden erleidet, dass nach dem Tode für den Fortgang dieses Haushaltes auf andere Weise gesorgt werden muss. Diese Vorschrift ist als eine Anwendung des Art. 6:108 Abs. 1 Buchstabe c zu betrachten.

V. Erbrecht

1. Einleitung

Auch im Erbrecht, das im Vierten Buch des BW geregelt ist, gibt es große Unterschiede zwischen den nichtehelichen Lebenspartnern einerseits und den Ehegatten und eingetragenen Partnern andererseits; das neue Erbrecht hat allerdings die Rechtsstellung der nicht formalisierten Lebensformen in einigen Punkten verbessert.

¹²⁷ Im Schrifttum wird davon ausgegangen, dass für die Frage, ob als Familie zusammengelebt wird, die Umstände des Falles entscheidend sind, wie zum Beispiel die Gestaltung des Zusammenlebens, die Intensität und der Charakter der emotionalen Bindung. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (auch gleichen Geschlechts) entspräche grundsätzlich diesen Voraussetzungen.

2. Ehe und eingetragene Partnerschaft

Ehegatten und eingetragene Partner haben ein gesetzliches Erbrecht, ebenso wie (Enkel-)Kinder, Eltern, Geschwister und Großeltern. Sie haben kein Pflichtteilsrecht; pflichtteilsberechtigt sind grundsätzlich nur die Kinder. Durch Einführung der so genannten gesetzlich angeordneten Verteilung des Nachlasses im neuen Erbrecht ist die Stellung der Ehegatten und eingetragenen Partner gegenüber Kindern gestärkt (Art. 4:13 ff. BW).¹²⁸ Ehegatten und eingetragene Partner¹²⁹ erben von Rechts wegen den gesamten Nachlass, während die Kinder nur einen aufgeschobenen Geldanspruch gegen den überlebenden Ehegatten/eingetragenen Partner erhalten. Der Erblasser kann testamentarisch anders verfügen. In diesem Falle kann der Ehegatte/eingetragene Partner gegen den (die) eingesetzten Erben einen Anspruch auf Versorgung geltend machen (Art. 4:28-4:30 BW), der im Gebrauch der Wohnung und der Haushaltsgegenstände besteht, und zwar für einen Zeitraum von sechs Monaten nach dem Tod des Erblassers. Unter Umständen sind die Erben sogar verpflichtet, soweit dies für die Versorgung des überlebenden Ehegatten/eingetragenen Partners notwendig ist, ihm einen Nießbrauch an der Wohnung (-seinrichtung) (Art. 4:29 BW) oder anderen Gütern (Art. 4:430 BW) einzuräumen. Die Vorschriften sind zwingend (Art. 4:41 BW). Der Erblasser kann nicht anders verfügen.

3. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft

Nichteheleiche Lebenspartner sind weder gesetzliche Erben noch Pflichtteilsberechtigte des verstorbenen Partners. Gibt es keine gesetzlichen Erben und hat der Erblasser kein Testament gemacht, erbt der Staat und nicht der überlebende Partner. Mit einem Testament kann das Erbrecht des nichtehelichen Partners jedoch gesichert werden. Es gelten allerdings Beschränkungen im Verhältnis zu den pflichtteilsberechtigten Kindern des Erblassers: Sie können das Testament anfechten, sollten sie ihren Pflichtteil nicht erhalten.¹³⁰ Das neue Erbrecht hat jedoch zugunsten des nichtehelichen Partners die Möglichkeit einer Klausel über die Nichtinanspruchnahme gegenüber den gesetzlichen Erben eingeführt (Art. 4:82 BW). Sie gilt nur für den Lebensgefährten, mit dem der Erblasser einen gemeinsamen Haushalt geführt hat (Art. 4:82 BW),¹³¹ und beinhaltet, dass erst nach dem Tode des nichtehelichen Partners die Forderung der Pflichtteilsberechtigten geltend gemacht werden kann. Ergänzende Beschränkungen sind zulässig (Art. 4:83 BW): Der Erblasser kann beispielsweise verfügen, dass der Pflichtteilsanspruch bereits dann geltend gemacht werden kann, wenn der überlebende Partner mit einem neuen Partner eine Ehe, eingetragene Part-

¹²⁸ Asser/Perrick, *Erfrecht en schenking*, Deventer 2002, Nr. 60 ff.

¹²⁹ Art. 4:8 Abs. 1 BW.

¹³⁰ Der Pflichtteil ist die Hälfte des gesetzlichen Erbrechts.

¹³¹ Vgl. hierzu ausführlich: *Schrana* (Fn. 2) 477-480.

nerschaft oder nichteheliche Lebensgemeinschaft eingeht.¹³² Testamente (mit einer derartigen Klausel) müssen notariell beurkundet werden. Des Weiteren müssen die Partner vor dem Todesfall einen notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrag geschlossen haben.

Die erbrechtliche Stellung des überlebenden nichtehelichen Partners hat sich seit Einführung des gesetzlichen Anspruchs auf Versorgung im Jahre 2003 deutlich gebessert. Trotz gewisser Unterschiede zur Regelung für Ehegatten und eingetragene Partner, stimmen die Voraussetzungen im Wesentlichen überein.¹³³ Auch der nichteheliche Partner hat unter bestimmten Umständen gegenüber den Erben das Recht, die Wohnung und die Haushaltsgegenstände bis zu sechs Monate nach dem Tode des Erblassers zu benutzen (Art. 4:28 BW). Dieser Anspruch kann derjenige geltend machen, der mit dem Erblasser vor dessen Tod einen dauerhaften gemeinsamen Haushalt führte. Dafür sind weder eine gewisse Dauer des Zusammenlebens noch ein Partnerschaftsvertrag oder ein Testament erforderlich.

Lebte der überlebende nichteheliche Partner mit dem Erblasser in einer Mietwohnung, so bestimmt Art. 7:268 Abs. 2 BW, dass der Mitbewohner, der zur Zeit des Todes mit dem Mieter einen dauerhaften gemeinsamen Haushalt führte¹³⁴ und der seinen Hauptaufenthalt in der Wohnung hatte, den Mietvertrag bis zu sechs Monate nach dem Tod des Mieters übernehmen darf. In diesem Zeitraum ist der Mitbewohner Mieter mit allen Rechten und Pflichten. Innerhalb der sechs Monate kann er beim Gericht die Anerkennung als Mieter beantragen. Der Antrag darf abgewiesen werden (Art. 7:268 Abs. 3 BW), wenn der Antragsteller seinen Hauptaufenthalt nicht in der Wohnung des Verstorbenen hatte und mit ihm keinen dauerhaften gemeinsamen Haushalt führte, wenn seine finanziellen Mittel unzureichend sind, den Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nachzukommen, oder wenn er nicht über eine Genehmigung des Wohnungsamtes verfügt. Stellt das Gericht fest, dass diese Weigerungsgründe nicht vorliegen, dann ist das Mietrecht des überlebenden Partners für sechs Monate nach dem Tode des Mieters gewährleistet.¹³⁵ Bei Ehegatten und eingetragenen Partnern ist eine derartige Maßnahme entbehrlich, weil beide von Rechts wegen als Mitmieter angesehen werden, soweit sie ihren Hauptaufenthalt in der Mietwohnung hatten (Art. 7:266 BW).

¹³² *Asser/Perrick* (Fn. 128) Nr. 269.

¹³³ *Asser/Perrick* (Fn. 128) Nr. 283.

¹³⁴ Fraglich ist, ob der Gesetzgeber bewusst unterlassen hat, das Bestehen einer dauerhaften gemeinsamen Haushaltsführung zur Zeit des Todes zu verlangen. Denkbar ist, dass der Mitbewohner zwar seinen Hauptwohnsitz in der Wohnung des Verstorbenen und mit ihm auch einen gemeinsamen Haushalt geführt hatte, jedoch nicht unmittelbar zur Zeit des Todes. Oft wird eine derartige Situation allerdings nicht vorliegen.

¹³⁵ Vgl. zu dieser Vorschrift: *Bockwinkel* (Fn. 113) 255-280; *Dozy/Jacobs* (Fn. 112) 236 ff.

4. Vergleich

Im Erbrecht ist die Lebensform der Partner entscheidend. Fehlt eine testamentarische Verfügung des Erblassers, gilt ein gesetzlicher Minimalschutz nur für den überlebenden Ehegatten und eingetragenen Partner. Sie erben einen bestimmten Anteil des Nachlasses. Das neue Erbrecht hat den Unterschied zu den nichtehelichen Lebenspartnern durch Einführung der gesetzlichen Verteilungsanordnung vergrößert. Der überlebende Ehegatte/eingetragene Partner erwirbt den Nachlass von Rechts wegen, und Kinder haben nur einen finanziellen Ausgleichsanspruch im Falle des Todes des überlebenden Ehegatten/eingetragenen Partners. Die neu eingeführten Versorgungsrechte gelten zwar auch für nichteheliche Lebenspartner, sie bieten Ehegatten und eingetragenen Partnern indes mehr Möglichkeiten. Für nichteheliche Lebenspartner ist die Möglichkeit, die Nichtgeltendmachung von Pflichtteilsansprüchen testamentarisch festzulegen, eine große Verbesserung. Auch im neuen Erbrecht wird die formalisierte Lebensform begünstigt, obwohl die nicht formalisierte Lebensform Berücksichtigung gefunden hat. Eine Gleichstellung beider Lebensformen ist in naher Zukunft nicht zu erwarten.

VI. Öffentliches Recht

1. Einleitung

Während vor vierzig Jahren nur die Ehe Rechtsfolgen herbeiführte, wird heutzutage in vielen Bereichen des öffentlichen Rechts kaum mehr zwischen dieser und den (nicht) institutionalisierten Lebensformen unterschieden. Das Verhältnis Bürger-Staat umfasst viele Rechtsgebiete. Im Rahmen dieses Beitrages werden nur das Steuer-, Sozial- und Straf(prozess)recht erörtert.

2. Steuerrecht

a) Erbschaft- und Schenkungsteuer

Im Steuerrecht ist die Anpassung der Erbschaft- und Schenkungsteuer an die gesellschaftlichen Entwicklungen relativ früh erfolgt, nämlich im Jahre 1981.¹³⁶ Der Gesetzgeber erachtete eine Reform der Vorschriften über ermäßigte Gebühren und Freistellungen für geboten, weil sich nichteheliche Lebenspartner objektiv betrachtet in einer mit Ehegatten vergleichbaren Situation befinden.¹³⁷ Anfänglich konnte von einer völligen Gleichstellung nicht die Rede sein, aber inzwischen gelten für den überlebenden nichtehelichen Lebenspartner dieselben

¹³⁶ Schrama (Fn. 2) 128-136.

¹³⁷ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1979-1980, 16 016, Nr. 7, S. 20.

Tarife und Freistellungen wie für Ehegatten und eingetragene Partner.¹³⁸ Abgesehen von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen gibt es zwischen den (nicht) formalisierten Lebensformen keinen Unterschied mehr (Art. 24 Abs. 2, Buchstabe a Erbschaftssteuergesetz von 1956). Der Unterschied, der für die Freistellung im Verhältnis zwischen Personen gilt, die nicht Partner oder Verwandte in gerader Linie¹³⁹ sind, ist groß. Dementsprechend ist es finanziell gesehen von Wichtigkeit, als Partner anerkannt zu sein.¹⁴⁰

Es gibt in diesem Zusammenhang zwei Partnerbegriffe, die für nichteheliche Lebensgemeinschaften gelten. Bei der ersten Kategorie gilt, dass die Partner nach Vollendung ihres 22. Lebensjahres¹⁴¹ mindestens fünf Jahre einen gemeinsamen Haushalt geführt haben müssen, der noch im Zeitpunkt des Erbfalls oder der Schenkung andauert.¹⁴² Die Art der Beziehung ist bedeutungslos, bei einer kommerziellen Beziehung fehlt es jedoch an einer gemeinsamen Haushaltsführung. Daneben kennt das Erbschaftssteuergesetz von 1956 seit einer Novelle im Jahre 2001 eine zweite Kategorie. Die Partner müssen, nachdem sie beide das 18. Lebensjahr vollendet haben, mindestens sechs Monate¹⁴³ ununterbrochen und bis zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers beziehungsweise der Schenkung, mit dem Verstorbenen einen gemeinsamen Haushalt geführt haben.¹⁴⁴ Eine dauerhafte gemeinsame Haushaltsführung wird erst dann angenommen, wenn der Erblasser und der Erbe bis zum Erbfall beim Einwohnermeldeamt mit derselben Adresse eingetragen sind und beide eine gegenseitige Sorgspflicht in einem notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrag vereinbart haben.¹⁴⁵ Die Partner dürfen nicht in gerader Linie miteinander verwandt sein. Mit dem Erfordernis der notariell beurkundeten Sorgpflichtvereinbarung wird die Ehe(-pflicht) wieder als Leitbild herangezogen. Beim erbschaftsteuerrecht-

¹³⁸ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2001-2002, 28 015, Nr. 6, S. 9.

¹³⁹ Für Eltern und Kinder gelten besondere Vorschriften.

¹⁴⁰ Art. 24 Abs. 1 Erbschaftssteuergesetz von 1956. Im Jahre 2003 betrug der Freistellungsbetrag 484.691 Euro. Fehlt es an einer besonderen Beziehung zwischen dem Erben und Erblasser ist dieser Betrag nur 1.795 Euro. Für Schenkungen gelten andere Freistellungsbeträge. Die Tarife werden am Wert des Vermögensgegenstandes gemessen. Zwischen Partnern und anderen Personen bestehen große Unterschiede.

¹⁴¹ In diesem Alter beruhen (affektive) Beziehungen in den meisten Fällen auf einer bewusst getroffenen Wahl. Das ist bei einer Eltern-Kind-Beziehung weniger selten der Fall.

¹⁴² Die Fünfjahresfrist soll Missbrauch ausschließen.

¹⁴³ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2001-2002, 27 789, Nr. 1, S. 10 und Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2001-2002, 28 015, A, S. 15: Die Frist von sechs Monaten ist mit der im Einkommensteuergesetz von 2001 genannten Frist in Übereinstimmung. Die gleichen Fristen werden von den großen Rentenversicherungsanstalten angewandt. Kritisch: *Molmaker*, Wetsvoorstel nr. 28 015 tot wijziging van de Successiewet 1956, een commentaar, WPNR 2001/6461, 856-861, 857.

¹⁴⁴ Für Schenkungen gilt ein Zeitraum von zwei Jahren. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2001-2002, 28 015, Nr. 3. Anderer Ansicht war der Raad van State, vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2001-2002, 28 015, A, S. 15 und Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2001-2002, 28 015, Nr. 6, S. 11.

¹⁴⁵ Art. 24 Abs. 2 Buchstabe a Erbschaftssteuergesetz von 1956.

lichen Partnerbegriff spielt der „steuerrechtliche Partner“-Begriff des Einkommensteuergesetzes von 2001 eine Rolle.¹⁴⁶ Bei Erben, die sich in den letzten fünf Jahren vor der Einkommensteuererhebung als Partner des Erblassers beziehungsweise des Schenkers hätten qualifizieren können, dies jedoch unterlassen haben (oder das Zusammenleben kürzer als fünf Jahre war),¹⁴⁷ ist die Anerkennung als Partner im Sinne des Art. 24 Erbschaftsteuergesetzes von 1956 ausgeschlossen.¹⁴⁸ Wenn die Partner in den letzten fünf Jahren vor dem Erbfall mindestens sechs Monate im Jahr einen gemeinsamen Haushalt geführt haben, müssen sie sich auch tatsächlich als „steuerrechtliche Partner“ angemeldet haben, soweit die übrigen Voraussetzungen der „steuerrechtlichen Partnerschaft“ erfüllt sind (siehe unten Abschnitt D.VI.2.b)), um als „notarielle Lebenspartner“ im Sinne des Erbschaftsteuergesetzes von 1956 anerkannt zu werden. Diese Bedingung wurde im Schrifttum von verschiedenen Seiten kritisiert.¹⁴⁹

Die merkwürdige Folge dieser Gesetzgebung – neben der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft gibt es zwei andere Partnerbegriffe – muss im Lichte des Zustandekommens des Gesetzes betrachtet werden. Entsprechend den Plänen der Kommission Moltmaker¹⁵⁰ sollten anfänglich alle Partner, die die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen konnten, völlig von der Erbschaft- und Schenkungsteuer freigestellt werden. Dieses Vorhaben rechtfertigte eine strenge Regelung, die im Parlament und im Schrifttum scharf kritisiert wurde. Diejenigen, die keinen notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrag abgeschlossen hätten, würden ausgeschlossen und wären noch schlechter dran als unter dem bis 2002 geltenden System. Daher blieben beide Definitionen nebeneinander bestehen. Ferner lehnt das Parlament die von der Regierung vorgeschlagene völlige Freistellung ab. Die strengen Anforderungen, die an die nichteheliche Partnerschaft gestellt wurden, hätten eigentlich geändert werden

¹⁴⁶ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2001-2002, 27 789, Nr. 1, S. 7.

¹⁴⁷ Vgl. zur Undeutlichkeit dieser Voraussetzung: *Moltmaker*, WPNR 2001/6461, 857.

¹⁴⁸ Im Jahre 2001 wurde die „fiskalische“ Partnerschaft im Einkommensteuergesetz eingeführt.

¹⁴⁹ *Moltmaker*, WPNR 2001/6461, 857; *Verstraaten*, Herstructurering Successiewet: beoogde regeling voor partners, WPNR 2001/6458, 804-805; *van Vijfeijken*, De voorgestelde wijzigingen in de Successiewet 1956, WFR 2001/6452, 1384.

¹⁵⁰ Die Kommission Moltmaker hatte in ihren Gutachten „Die warme, kalte und die tote Hand“ empfohlen, schneller eine Gleichstellung mit Ehegatten anzunehmen: eine gemeinsame Haushaltsführung von mehr als drei Jahren, festgelegt in einem notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrag, unter Ausschluss einer Eltern-Kind-Beziehung, sollte für eine völlige Freistellung von der Erbschaftsteuer als ausreichend betrachtet werden. Für diejenigen, die nur eine gemeinsame Haushaltsführung seit mehr als drei Jahren führten, sollte zwar nicht der Ehegatten-Tarif gelten, aber zumindest die günstigeren Tarife. Besprechung des Berichts von *Verstraaten*, Relatievormen en het rapport van de Commissie-Moltmaker, WFR 2000/6387, 761-767.

müssen. Das Gesetzgebungsverfahren stand jedoch unter einem großen Zeitdruck, der eine Anpassung nicht mehr zuließ.¹⁵¹

b) Einkommensteuer

Obwohl seit Mitte der achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts im Einkommensteuerrecht die Gleichstellung aller Lebensformen in vielen Bereichen nahezu verwirklicht worden ist, ist der Anpassungsprozess ständig in Bewegung geblieben.¹⁵² Im Einkommensteuergesetz von 2001 wurde ein neuer Partnerbegriff eingeführt (Art. 1.2 Abs. 2). Unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Entwicklungen bezweckte die Reform eine weiterreichende Gleichbehandlung der nichtehelichen Lebenspartner. Eine konsistentere Behandlung ihrer Rechtsstellung wurde vom Gesetzgeber angestrebt.¹⁵³ Bei der Beurteilung der Frage, ob gleiche Fälle vorliegen, ist entscheidend, ob die Partner gesellschaftlich und wirtschaftlich betrachtet eine Einheit darstellen und sie zur gegenseitigen Sorge verpflichtet sind.¹⁵⁴ Durch die Einführung einer zentralen Vorschrift zum Partnerbegriff, können nichteheliche Lebenspartner vollständig unter das für Ehegatten und eingetragene Partner – die von Rechts wegen als „steuerrechtliche Partner“ angesehen werden¹⁵⁵ – geltende Statut fallen. Bis 2001 mussten bei jeder gesetzlichen Vorschrift die voneinander abweichenden Voraussetzungen geprüft werden.¹⁵⁶

„Steuerrechtliche Partner“ sind volljährige Partner, die während des steuerpflichtigen Jahres mindestens sechs Monate ununterbrochen einen gemeinsamen Haushalt geführt haben¹⁵⁷ und mit derselben Adresse beim Einwohnermeldeamt eingetragen sind. Wohnen ein Elternteil und ein Kind zusammen, müssen beide mindestens 27 Jahre alt sein.¹⁵⁸ Darüber hinaus müssen die Partner jedes Jahr ihre Anerkennung als „steuerrechtliche Partner“ erneuern.¹⁵⁹ Fer-

¹⁵¹ *van Vijfeijken*, WPNR 2002/6478, 182-183.

¹⁵² *Schrama* (Fn. 2) 136-141.

¹⁵³ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1998-1999, 26 727, A, S. 9; Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 26 727, Nr. 7, S. 110 und Nr. 17, S. 54.

¹⁵⁴ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1998-1999, 26 727, A, S. 9.

¹⁵⁵ Es sei denn, sie leben dauerhaft getrennt.

¹⁵⁶ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1998-1999, 26 727, Nr. 3, S. 73. Die bis 2001 geltende Regelung hatte völlig versagt.

¹⁵⁷ Hier gelten dieselben Voraussetzungen, die auch unter dem Einkommensteuergesetz von 1964 galten, nämlich gemeinsame Wohnung und Ernährung. Die damalige Rechtsprechung ist noch stets relevant.

¹⁵⁸ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 26 727, Nr. 7, S. 443.

¹⁵⁹ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1998-1999, 26 727, Nr. 3, S. 74; Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1999-2000, 26 727, Nr. 7, S. 111: Das Wahlrecht bezwecke nicht, die nichtehelichen Lebenspartner zu bevorzugen, sondern beruhe darauf, dass angesichts der großen Vielfalt von nichtehelichen Lebensgemeinschaften eine einfache Vorschrift nicht ausreichend sei, abgesehen von den Ausführungsschwierigkeiten. Da objektive Maßstäbe fehlen

ner gilt der Grundsatz der Exklusivität. Eine Person kann nur mit einer anderen Person eine „steuerrechtliche Partnerschaft“ bilden.¹⁶⁰

Mit der Einführung der „steuerrechtlichen Partnerschaft“ ist im Ergebnis eine Gleichstellung der verschiedenen Lebensformen erreicht worden. Bei den nicht institutionalisierten Lebensformen muss jedoch noch eine Abgrenzung stattfinden, um den Eintritt der Rechtsfolgen zu bewerkstelligen, während die Ehe und eingetragene Partnerschaft selbst als Anknüpfungspunkt ausreichen.

3. Sozialversicherungsrecht

Im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten nimmt das Sozialversicherungsrecht, wo gleichfalls die Lebensform entscheidend ist, eine besondere Stellung ein. Die Anerkennung der nichtehelichen Lebenspartnerschaft bringt nämlich finanzielle Nachteile für die Beteiligten mit sich. Neben den Ehegatten und eingetragenen Partnern wird eine dritte Kategorie anerkannt, und zwar Personen, die einen gemeinsamen Haushalt führen.¹⁶¹ Im Folgenden wird die Regelung im Sozialhilfegesetz (*Algemene Bijstandswet*, Abw) dargestellt. In anderen sozialversicherungsrechtlichen Bereichen gelten vergleichbare Regelungen.¹⁶² Seit den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts beabsichtigt der Gesetzgeber die Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit der Ehe,¹⁶³ mit der Folge, dass nichteheliche Partner nicht mehr als allein stehend angesehen werden und sie daher keinen Anspruch auf einen höheren Sozialhilfebetrag mehr haben. Auf der anderen Seite werden das Einkommen und das Vermögen des anderen Partners bei der Berechnung eines Sozialhilfeantrages mit einbezogen. Ist das gemeinsame Einkommen und Vermögen der Partner zu hoch, wird der Antrag abgewiesen. Je nach dem, ob also eine gemeinsame Haushaltsführung angenommen wird, sind die finanziellen Nachteile für die Beteiligten erheblich. Der Versuch, die Qualifikation als gemeinsame Haushaltsführung zu umgehen und die Behörden nicht wahrheitsgemäß zu informieren, wird daher öfter unternommen. In Art. 3 Abs. 2 Abw wird der nichteheliche Partner, der mit einer anderen Person einen gemeinsamen Haushalt führt, dem Ehegatten und eingetragenen Partner gleichgestellt, soweit es sich nicht um Verwandte ersten Grades handelt.¹⁶⁴ Eine gemeinsame Haushaltsführung besteht, wenn beide Partner

würden, sollten die Partner selbst angeben, wie ihre Beziehung steuerrechtlich zu qualifizieren sei.

¹⁶⁰ Kritisch: *Stevens*, *Boxoverstijgende beschouwingen Wet Inkomstenbelasting 2001*, WFR 2001/6456, 1577-1595, 1580.

¹⁶¹ Bei der Reform des Beihilfegesetzes wurde im Rahmen der Missbrauchsbekämpfung ausführlich über die Abgrenzung der verschiedenen Lebensformen diskutiert. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1993-1994, 22 545, Nr. 18, S. 39-40.

¹⁶² Zum Beispiel im Allgemeinen Alterssicherungsgesetz (AOW) und Allgemeinen Hinterbliebenengesetz. (AnW).

¹⁶³ *Schrama* (Fn. 2) 142-144.

¹⁶⁴ Bis 1996 war das Zusammenleben von Verwandten zweiten Grades ausgeschlossen.

in derselben Wohnung ihren Hauptaufenthalt haben und sie sich gegenseitig versorgen.¹⁶⁵ Gegenseitige Sorge liegt vor, wenn zu den Haushaltskosten beigetragen oder auf andere Weise beigesteuert wird. Objektive Umstände sind entscheidend.¹⁶⁶ Wie der Antragssteller persönlich seine Beziehung wertet, ist nicht relevant.¹⁶⁷ Es geht um die Beurteilung und Wertung aller objektiven Tatsachen, die auch mittels eines Hausbesuches erfolgen können.¹⁶⁸ Bedeutungslos sind sowohl das Fehlen einer affektiven Beziehung als auch das Geschlecht der Beteiligten und – abgesehen von Verwandten ersten Grades¹⁶⁹ – das Verwandtschaftsverhältnis der Partner.¹⁷⁰ Ebenso wie im Einkommensteuerrecht ist die Art der Beziehung irrelevant. Geschäftliche Beziehungen scheitern allerdings an dem Merkmal der gemeinsamen Haushaltsführung.¹⁷¹

Seit 1996 gilt im Sozialhilfegesetz und anderen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften¹⁷² die gesetzliche Vermutung, dass bei bestimmten nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften eine gemeinsame Haushaltsführung vorliegt. Insbesondere die Unwiderlegbarkeit dieser gesetzlichen Vermutung wurde in der parlamentarischen Debatte scharf kritisiert, jedoch beibehalten, um den wachsenden „Lebensformen- und Partnerbetrug“ zu bekämpfen.¹⁷³ Zu dieser Gruppe gehören: a. Personen, die miteinander verheiratet gewesen sind (Art. 3 Abs. 4 Buchstabe a Abw); b. Personen, in deren Beziehung ein Kind geboren ist oder Paare, bei denen das Kind des einen Partners vom anderen Partner anerkannt worden ist (Art. 3 Abs. 4 Buchstabe b Abw); c. diejenigen, die sich

¹⁶⁵ Die Voraussetzungen müssen gleichzeitig vorliegen. Vgl. Raad van State, Afdeling geschillen van bestuur, 18.6.1991, JABW 1991, 236.

¹⁶⁶ Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1991-1992, 22 545, Nr. 3, S. 107. Vgl. Raad van State, Afdeling Geschillen van bestuur, 24.11.1989, JABW 1990, 62; Raad van State, Afdeling geschillen van bestuur 18.3.1991, JABW 1991, 136.

¹⁶⁷ HR 27.11.1992, NJ 1993, 288 m.Anm. P.v.S.

¹⁶⁸ Im Falle der Weigerung des Antragstellers kann sein Anspruch abgewiesen werden. Zu den Grenzen der Untersuchungspflicht der Sozialbehörden vgl. HR 20.3.1992, NJ 1994, 240 m.Anm. EAA und HR 9.1.1987, NJ 1987, 928 m. Anm. EAA.

¹⁶⁹ Art. 3 Abs. 2 Buchstabe a Abw. CRvB 24.11.1998, JABW 1999, 6 und CRvB 24.11.1998, JABW 1999, 8. Vgl. Rb. Rotterdam 17.11.1997, JABW 1998, 6.

¹⁷⁰ Bis zur Reform des Sozialversicherungsrechts im Jahre 1987 fielen Paare gleichen Geschlechts nicht in den Anwendungsbereich der gesetzlichen Vorschrift. Bis 1996 wurde ausdrücklich angegeben, dass es sich um Paare verschiedenen und gleichen Geschlechts handeln kann. Nach 1996 ist auch dieser Hinweis abgeschafft worden. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1993-1994, 22 545, Nr. 14, S. 13 und Nr. 18, S. 36 und S. 87 und Sitzungsberichte der Ersten Kammer, 1994-1995, 26-1095.

¹⁷¹ Sitzungsberichte der Ersten Kammer, 1993-1994, 22 545, Nr. 18, S. 87. Vgl. Raad van State, Afdeling geschillen van bestuur, 23.7.1992, JABW 1992, 234.

¹⁷² Vgl. das Sozialversicherungsgesetz, Stb. 1997, 789. Dies gilt für Sozialversicherungen und Arbeitsversicherungen. Nicht in allen Gesetzen (zum Beispiel nicht bei Arbeitsversicherungen) führt eine gemeinsame Haushaltsführung zur Minderung der Beihilfe. Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1997-1998, 25 641, Nr. 9, S. 5-8.

¹⁷³ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1993-1994, 22 545, Nr. 18, S. 38 und 39-3048; Sitzungsberichte der Ersten Kammer, 1994-1995, 26-1095; Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1997-1998, 25 641, Nr. 9, S. 3.

in einem Partnerschaftsvertrag (eine notarielle Beurkundung ist nicht erforderlich) gegenseitig verpflichtet haben, die Kosten der Haushaltsführung zu tragen (Art. 3 Abs. 4 Buchstabe c Abw) und d. diejenigen, die ihre Beziehung als „gemeinsame Haushaltsführung“ im Sinne des Sozialhilfegesetzes haben eintragen lassen (Art. 3 Abs. 4 Buchstabe d en Art. 3 Abs. 5 Abw).¹⁷⁴ Die gesetzliche Vermutung ist unwiderlegbar, auch wenn im konkreten Fall der Beweis vorliegt, dass kein gemeinsamer Haushalt geführt wird.

Der Gesetzgeber misst somit den nicht institutionalisierten Lebensformen im sozialen Versicherungsrecht in der Weise Bedeutung zu, dass er eine völlige Gleichstellung mit Ehegatten und eingetragenen Partnern verwirklicht hat. Zur Bekämpfung von Betrug und Missbrauch gelten strenge Abgrenzungsvorschriften. Die Nichtanerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft würde andernfalls den beteiligten Partnern im Verhältnis zu Ehegatten und eingetragenen Partnern finanziell zum Vorteil gereichen.

4. Das Straf(Prozess)recht

Im Straf- und Strafprozessrecht steht von jeher die Rechtssicherheit im Mittelpunkt. Das Strafgesetzbuch (*Wetboek van Strafrecht*, Sr) und die Strafprozessordnung (*Wetboek van Strafvordering*, Sv) berücksichtigen daher nur die formalisierten Lebensformen.¹⁷⁵ Bestimmte Rechte und Befugnisse sind einer bestimmten Personengruppe zuerkannt worden, zu der der Ehegatte und eingetragene Partner gehörten, nicht jedoch der nichteheliche Partner.¹⁷⁶ Art. 65 Abs. 2 Sr beispielsweise räumt den Eltern, Kindern, Ehegatten und eingetragenen Partnern eines Verstorbenen, gegen den ein Verbrechen begangen worden ist, dessen Verfolgung von einem Antrag abhängig ist,¹⁷⁷ ein eigenes Antragsrecht zu. Dies bleibt dem nichtehelichen Partner versagt.¹⁷⁸ Auch bei anderen Vorschriften ist nur dem Ehegatten und eingetragenen Partner ein Recht eingeräumt: Das Verheimlichen eines geplanten Verbrechens ist gemäß Art. 137 Sr nicht strafbar, wenn einem (früheren) Ehegatten oder eingetragenen

¹⁷⁴ Um Missbrauch zu vermeiden, bestimmt der Beschluss über die Eintragung gemeinsamer Haushalte, Stb. 1997, 790, dass wenn ein Paar für die Anwendung eines Gesetzes (u.a. Allgemeines Gesetz für besondere Krankenkosten (AWBZ), Allgemeines Alterssicherungsgesetz (AOW) und Krankenversicherungsgesetz (ZFW)), Eintragung als Mitmieter, Ausländergesetz, Erbschaftssteuergesetz von 1956 und Einkommensteuergesetz von 2001) ihre gemeinsame Haushaltsführung hat eintragen lassen, diese Eintragung auch für das Sozialhilfegesetz gilt.

¹⁷⁵ Vgl. *Klink/Royakkers*, Analogie en rechtszekerheid in het strafrecht, DD 29 (1999) 10, S. 977-997 über die Bedeutung der Rechtssicherheit im Strafrecht.

¹⁷⁶ Art. 90octies Sr bestimmt, dass die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist.

¹⁷⁷ Bestimmte Verbrechen sind nur auf Antrag der Betroffenen zu verfolgen, wie zum Beispiel nach Art. 245 Sr (Sexuelle Handlungen mit einer Person, die jünger als 16 Jahre, jedoch älter als 12 Jahre ist), Art. 268 Sr (Verleumdung), Art. 270 Sr (Beleidigung eines Verstorbenen) oder Art. 271 Sr (Verbreitung beleidigender Schriften).

¹⁷⁸ Vgl. ferner Art. 270 Abs. 2 Sr.

Partner Strafverfolgung drohen würde. Wenn eine Person zum genannten Personenkreis gehört, ist sie nicht wegen Unterstützung des straffällig gewordenen Partners strafbar (Art. 189 Abs. 2 Sr). Die Strafbarkeit wegen Bigamie (Art. 237 Sr) gilt selbstverständlich nicht für die nichteheliche Lebensgemeinschaft.¹⁷⁹ Die Strafe wegen Misshandlung kann erhöht werden, wenn sie gegenüber einem Ehegatten oder eingetragenen Partner begangen worden ist (Art. 304 unter 1 Sr). In einigen anderen Vorschriften wird die besondere Beziehung zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern ebenfalls berücksichtigt.¹⁸⁰ In der Strafprozessordnung kommt zum Beispiel bei den Rechten und Pflichten von Zeugen der gleiche Gedanke zum Ausdruck. Ehegatten und eingetragene Partner können die Aussage verweigern (Art. 217 unter 3 Sv), nichteheliche Partner nicht. Das Straf(prozess)recht hat eine Anpassung an die gesellschaftliche Entwicklung nicht nach vollzogen. Fraglich ist, ob dies auch weiterhin zu rechtfertigen ist.

VII. Schlussfolgerung

Die Rechtsstellung wird sowohl im Verhältnis zum Staat als zu Dritten von der Lebensform bestimmt. Seit dem Ende der siebziger Jahre ist ein ständiger Anpassungsprozess im Gange. Der Unterschied zwischen (nicht) institutionalisierten Lebensformen ist kleiner geworden oder sogar weggefallen. Gegenständig gleiche Situationen sollen gleich behandelt werden, auch wenn dies den Beteiligten zum Nachteil gereicht. Der Staat versucht keinen Einfluss auf die Wahl einer bestimmten Lebensform auszuüben; ideologische Auffassungen wie die, die Ehe sei zu bevorzugen, um Kinder zu erziehen, fehlen. Neutralität und Pragmatik kennzeichnen die niederländische Sicht auf die neuen Lebensformen.

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft hat ebenso wie die Ehe und eingetragene Partnerschaft gesetzlich Anerkennung gefunden: (1) als eine Beziehung mit bestimmten finanziellen Rechtsfolgen wie die gegenseitige Sorgspflicht und Einräumung bestimmter Vorteilspositionen wegen der gemeinsamen Haushaltsführung (Steuern, Sozialleistungen, nahehelelicher Unterhalt, Schadensersatz); (2) als ein tatsächliches Zusammenleben (Schutz der Wohnung im Mietrecht) und (3) als eine enge persönliche Beziehung (Erwachsenenschutz, Gläubigerschutz, Adoption). Oft werden verschiedene Faktoren miteinander kombiniert. Auf diese Weise wird der gesellschaftlichen Funktion, die die nichteheliche Lebensgemeinschaft erfüllt, Rechnung getragen.

In vier Rechtsbereichen ist eine zunehmende Gleichstellung der Lebensformen nicht ersichtlich:

¹⁷⁹ Vgl. Art. 281 Abs. 4 Sr im Falle der Eheschließung nach einer Entführung.

¹⁸⁰ Art. 316, 324, 338; 348 und 353 Sr.

1. In der Eltern-Kind-Beziehung hat die fehlende Vaterschaftsvermutung bei nichtehelichen Lebenspartnern weitreichende Folgen, da zwischen dem (genetischen) Vater und dem Kind von Rechts wegen keine familienrechtliche Beziehung entsteht. Eine Anerkennung ist notwendig. Elterliche Sorge entsteht erst dann, wenn beide Eltern die entsprechenden Schritte setzen.
2. Anders als für die vermögensrechtlichen Beziehungen nichtehelicher Lebenspartner gelten für Ehegatten und eingetragene Partner deutliche, vor kurzem reformierte Vorschriften, die beiden viel Freiheit einräumen, ihnen und Dritten jedoch gleichzeitig einen gewissen Minimalschutz gewähren. Dem besonderen affektiven Charakter der Beziehung ist in großem Maße Rechnung getragen. Für die vermögensrechtlichen Beziehungen nichtehelicher Lebenspartner gilt das allgemeine Vermögensrecht, da keine geeigneten Regelungen vorhanden sind. Im Vermögensrecht gilt die Präsuntion, dass die Parteien primär wirtschaftliche Interessen im Auge haben. Dieser Ausgangspunkt widerspricht dem Charakter einer Liebesbeziehung und verursacht insbesondere bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft große Probleme. Die Partner, die durch die Sorge für die Kinder und den Haushalt viel in die Beziehung investiert haben, befinden sich in einer schwachen Position. Auch in anderen Bereichen gibt es entsprechende Probleme, die in der Rechtsprechung teilweise auf pragmatische Weise gelöst werden. Dennoch herrscht Rechtsunsicherheit; die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist noch nicht ausreichend typisiert, mit der Folge, dass Rechtsanwender unterschiedliche Anspruchsgrundlagen anführen.
3. Obwohl das neue Erbrecht zum ersten Mal andere Lebensformen als die Ehe und eingetragene Partnerschaft berücksichtigt hat, bleibt der Unterschied zur nicht formalisierten Lebensform groß, besonders im gesetzlichen Erbrecht.
4. Frappant ist schließlich die Ignoranz gegenüber gesellschaftlichen Entwicklungen im Straf(prozess)recht. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft wird dort überhaupt nicht berücksichtigt.

Unserem Erachtens zufolge wird in den genannten vier Bereichen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht die Anerkennung und der Schutz gewährt, die für ein förderliches Funktionieren der Rechtsordnung unerlässlich sind.

E. Beendigung der Beziehung

I. Einleitung

Bei der Beendigung der Beziehung treten die Unterschiede zwischen den (nicht) institutionalisierten Lebensformen deutlich hervor. Selbstverständlich gelten bei der Scheidung einer Ehe beziehungsweise der Auflösung einer ein-

getragenen Partnerschaft gesetzliche Vorschriften. Gerade die Formalisierung und die staatliche Intervention bei der Begründung und der Auflösung kennzeichnen beide Lebensformen als gesetzlich anerkannte Institutionen.

II. Ehe und eingetragene Partnerschaft

1. Einleitung

Bei den formalisierten Lebensformen ist zwischen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft zu differenzieren, weil die Beendigungsvorschriften in einigen Punkten voneinander abweichen. Nachdem zunächst die Übereinstimmungen beider Regelungen kurz beleuchtet werden (Auflösung durch gerichtliche Entscheidung und Umwandlung von einem Institut in das andere und umgekehrt), werden die Unterschiede (Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft im gegenseitigen Einvernehmen) besprochen. Im Abschnitt E.II.3. wird das Verfahrensrecht erläutert, danach die Rechtsfolgen der Auflösung aus anderen Gründen als durch den Tod eines Partners einer institutionalisierten Lebensform (Abschnitt E.II.4.).

2. Übereinstimmungen

Die Ehe (Art. 1:149 Buchstabe c BW in Verbindung mit 1:151 BW) und eingetragene Partnerschaft (Art. 1:80c Buchstabe d in Verbindung mit Art. 1:80e BW) können durch Gerichtsurteil geschieden beziehungsweise aufgelöst werden, wenn die Beziehung dauerhaft zerrüttet ist.¹⁸¹ Die Behauptung zumindest einer Partei, dass eine dauerhafte Zerrüttung vorliegt, ist ausreichend.¹⁸² Eine Ehe beziehungsweise eingetragene Partnerschaft gilt auch durch Umwandlung in eine eingetragene Partnerschaft beziehungsweise Ehe als aufgelöst, sobald die Umwandlungsakte in das Standesamtsregister eingetragen worden ist (Art. 1:149 Buchstabe e BW resp. Art. 1:80c Buchstabe e BW).

Diese Umwandlungsmöglichkeiten stehen derzeit im Mittelpunkt der parlamentarischen Debatte, nachdem der Justizminister die Abschaffung der sogenannten „Blitzscheidung“¹⁸³ angekündigt hat.¹⁸⁴ Auch im Schrifttum werden

¹⁸¹ Die Einschaltung des Gerichts kann bei einer eingetragenen Partnerschaft nur von einem Partner beantragt werden, während bei der Ehe beide Ehegatten gemeinsam einen Antrag stellen können (Art. 1:154 BW).

¹⁸² Asser/de Boer (Fn. 34) Nr. 603-605 und Boele-Woelki (Fn. 7) 199.

¹⁸³ Boele-Woelki (Fn. 7) 204-205.

¹⁸⁴ Vgl. Rb. Alkmaar 10.10.2002, EB 2003, 12: Nach dem Scheidungsantrag nebst Antrag auf einstweilige Maßnahmen gemäß Art. 827 Rv, hatten die Ehegatten während des Verfahrens ihre Ehe in eine eingetragene Partnerschaft umwandeln lassen, so dass die beantragten Maßnahmen nicht mehr getroffen werden konnten.

die geltenden Umwandlungsmöglichkeiten kritisiert.¹⁸⁵ Der Justizminister begründet sein Vorhaben mit dem Hinweis darauf, dass die „Blitzscheidung“ bei der Anerkennung als Eheauflösung im Ausland, besonders in Deutschland, zu Problemen führt. Zweitens könnten bei der (späteren) Auflösung der eingetragenen Partnerschaft keine Kinderschutzmaßnahmen getroffen werden, obwohl hierfür ein Bedürfnis bestehe. Ferner seien einige Vorschriften des naheheiligen Unterhalts nicht auf die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft entsprechend anwendbar, was eine zeitlich unbegrenzte Unterhaltspflicht (statt der für naheheiligen Unterhalt geltenden 12 Jahresfrist) begründen könnte. Schließlich fehle es an einem Vollstreckungstitel, wenn keine notarielle Urkunde erstellt worden sei. Die Abschaffung beider Umwandlungsmöglichkeiten¹⁸⁶ sei daher geboten. Gleichzeitig entspräche diese Maßnahme seiner Auffassung, dass eine Ehe nur durch Gerichtsurteil geschieden werden darf. Im Übrigen soll eingetragenen Partnern, die im gegenseitigen Einvernehmen ihre Partnerschaft auflösen möchten, die Möglichkeit eröffnet werden, beim Gericht (vorläufige) Maßnahmen zu beantragen, die den Unterhalt und die elterliche Sorge (inzwischen kann auch bei eingetragenen Partnerschaften elterliche Sorge von Rechts wegen ausgeübt werden) betreffen.¹⁸⁷ Die genannten Engpässe, die im Rahmen einer in eine eingetragene Partnerschaft umgewandelten Ehe entstehen würden, müssten auch für eingetragene Partner gelten, die vorher nicht miteinander verheiratet gewesen seien. In Reaktion auf die Ankündigung des Justizministers, strenge Maßnahmen zu ergreifen, hat die liberale Partei VVD einen Gesetzentwurf eingebracht, der die Einführung der Registerscheidung beinhaltet und gleichzeitig neue Vorschriften zur effektiveren Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge unterbreitet.¹⁸⁸ Der Entwurf orientiert sich weitgehend an den Auflösungsmodalitäten, die derzeit für die eingetragene Partnerschaft gelten. Laut Gesetzesbegründung sei vorrangiges Ziel der Vorlage, die Verantwortung für die Ehescheidung und für die Sorge für die Kinder bei den Ehegatten zu belassen. Der Gesetzentwurf würde sich im Übrigen hinsichtlich der „Blitzscheidung“ nahtlos den heutigen Entwicklungen anpassen. Ob die Gesetzesinitiative, die mit den Ansichten des Justizministers kaum in Übereinstimmung zu bringen ist, eine Mehrheit im Parlament¹⁸⁹ findet, bleibt abzuwarten.

¹⁸⁵ *Heida*, Problemen bij flitsscheiding, een inventarisatie, EB 2003, 112-115; *Reinhartz*, Flitsscheidingen in Nederlands-Duitse verhoudingen, in: Lemarie/Vlas (Hrsg.), *Liber Amicorum I.S. Joppe*, Deventer 2002, S. 155-166; *Sumner*, Transformers: Marriages in Disguise?, IFL 2003, 15-23; *Wortmann*, Rechtsontwikkelingen in het personen- en familierecht: flitsscheidingen verkenbedingen, WPNR 2002/6477, 165-172.

¹⁸⁶ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, 29 520, Nr. 1, S. 8-9.

¹⁸⁷ Art. 827 Abs. 1, Buchstabe c Rv betrifft elterliche Sorge, Umgang, Auskunftserteilung in Bezug auf Kinder und Unterhalt.

¹⁸⁸ Gesetzesvorlage vom 1.7.2004, eingebracht vom Mitglied der Zweiten Kammer des Parlaments Luchtenveld, Sitzungsberichte der Zweiten Kammer 2003-2004, 29 676, Nr. 1-7.

¹⁸⁹ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, 29 520, Nr. 4.

Keine Unterschiede zwischen beiden Instituten gibt es im Falle der Verschollenheit. Die Ehe und eingetragene Partnerschaft enden auch, wenn der Partner eines für verschollen erklärten Ehegatten/Partners eine neue Ehe oder eingetragene Partnerschaft eingeht, obwohl der für tot Erklärte noch am Leben ist (Art. 1:149 Buchstabe b BW beziehungsweise Art. 1:80b BW).

3. Unterschiede

Nur eingetragene Partner können ihre Partnerschaft einverständlich auflösen.¹⁹⁰ Der Standesbeamte registriert eine von beiden Partnern und einem Rechtsanwalt oder Notar unterschriebene und datierte Erklärung, dass beide Partner eine Vereinbarung über die Auflösung ihrer eingetragenen Partnerschaft getroffen haben (Art. 1:80c Buchstaben c und d BW). Anders als bei der Ehe ist ein Richterspruch nicht erforderlich. Der Gesetzgeber begründete die unterschiedlichen Regelungen mit der fehlenden Eltern-Kind-Beziehung bei Partnerschaften. Bei ihrer Auflösung braucht auf das Kindeswohl keine Rücksicht genommen zu werden.¹⁹¹ Ursprünglich war dieses Argument stichhaltig, aber gegenwärtig geht der Gesetzgeber selbst von dem Gedanken aus, dass auch in einer eingetragenen Partnerschaft Kinder aufwachsen können, und dass dieser Umstand Folgen für die elterliche Sorge haben kann. Die Begründung, die der einverständlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft im Jahre 1998 zugrunde gelegt wurde, kann nicht mehr aufrechterhalten werden. Überhaupt sollte die Diskussion über die bestmögliche Lösungsmöglichkeit losgelöst von der heutigen Regelung erfolgen, weil diese Frage sowohl für die Ehe als auch für die eingetragene Partnerschaft relevant ist. Fraglich ist allerdings, ob die Reformpläne in Bezug auf die Scheidungs- und Umgangsregelung auch die eingetragene Partnerschaft umfassen werden.¹⁹²

Ferner muss die Auflösungserklärung anführen, dass die eingetragene Partnerschaft dauerhaft zerrüttet ist, und dass die Partner ihre Beziehung auflösen wollen. Des Weiteren bestimmt Art. 1:80d Abs. 1 BW, dass die Partner eine nachpartnerschaftliche Unterhaltspflicht, die Abwicklung ihrer vermögensrechtlichen Beziehung, die Benutzung der Wohnung und die Teilung der Rentenanwartschaften regeln können. Die Vereinbarung ist rechtsgültig, auch wenn derartige Vereinbarungen fehlen. Einige Ehevorschriften sind entsprechend anwendbar (Art. 1:80e Abs. 1 BW).

Die Trennung von Tisch und Bett (Art. 1:169 ff. BW) ist nur bei Ehegatten möglich. An diesem Institut, das besonders der religiösen Überzeugung der Ehegatten diene, würde bei eingetragenen Partnern kein Bedürfnis bestehen.¹⁹³

¹⁹⁰ *Boele-Woelki* (Fn. 7) 204-205.

¹⁹¹ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1993-1994, 23 761, Nr. 3, S. 10.

¹⁹² Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, 29 520, Nr. 1.

¹⁹³ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 1993-1994, 23 761, Nr. 3, S. 9. *Asser/de Boer* (Fn. 34) Nr. 688.

Nach Trennung von Tisch und Bett kann die Auflösung der Ehe nach einem Zeitraum von drei Jahren erfolgen. (Art. 1:179 BW).

4. Verfahrensrecht

Das Verfahren für die Scheidung der Ehe und die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft ist nahezu identisch, soweit das Gericht eingeschaltet wird (Art. 828 in Verbindung mit Art. 815 ff. Rv). Das Zivilverfahrensrecht kennt spezielle Vorschriften zum Scheidungsverfahren (Art. 815 ff. BW in Verbindung mit Art. 261 ff. Rv). Bei der Ehescheidung handelt es sich um ein Antragsverfahren, das im Vergleich zum Klageverfahren weniger straff strukturiert ist und mehr Möglichkeiten bietet, dem affektiven Charakter der Beziehung Rechnung zu tragen. Spezialisierte Familienrichter entscheiden über die Anträge. Beide Parteien können bestimmte Anordnungen beantragen, wie einstweilige Maßnahmen für die Dauer des Verfahrens (Art. 821 ff. BW) oder ergänzende Maßnahmen (Art. 827 BW), wie zum Beispiel Anordnungen bezüglich des (vorläufigen) Gebrauchs der Wohnung(sgegenstände), des Unterhalts und der Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens. Ein wichtiger Unterschied besteht hier zwischen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft im Verhältnis zu Kindern. Wird die Ehe durch Scheidung aufgelöst, kann das Gericht eine Sorge- und Umgangsregelung treffen, eine Auskunftspflicht über das Kind auferlegen und Kindesunterhalt festsetzen. Bei einer eingetragenen Partnerschaft gibt es diese Möglichkeit bisher nicht, obwohl unter Umständen auch gemeinsame elterliche Sorge für ein Kind, das während der Beziehung geboren worden ist, entstehen kann. Eine Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft mit der Ehe in diesem Punkt ist vom Justizminister wie oben ausgeführt inzwischen angekündigt worden.¹⁹⁴

5. Rechtsfolgen der Auflösung

Die Rechtsfolgen der Auflösung sind je nach Rechtsgebiet verschieden. Bei vielen öffentlichrechtlichen Vorschriften ist die Anerkennung als verheiratetes oder eingetragenes Paar auf einen bestimmten Zeitraum (beispielsweise Ablauf eines Kalenderjahres) beschränkt. Für die vermögensrechtliche Beziehung gelten die im Ersten Buch BW vorgeschriebenen Rechtsfolgen: Gemeinsame Güter müssen geteilt werden; es muss geprüft werden, ob eine Partei unterhaltsberechtigt ist und wer in der Wohnung verbleiben darf. Auch die Verteilung der Rentenanwartschaften ist vorgeschrieben. Können die Parteien sich in diesen Punkten nicht einigen, gilt die gesetzliche Regelung und das Gericht kann Maßnahmen ergreifen.

¹⁹⁴ Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2003-2004, 29 520, Nr. 1, S. 9.

III. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft

Bei der Beendigung einer nichteheleichen Lebensgemeinschaft gelten wie bei ihrer Begründung ebenso wenig gesetzliche Vorschriften. Die Beziehung ist beendet, wenn zumindest einer der Partner der Ansicht ist, dass die Beziehung keine Zukunft hat, und beide Partner sich trennen. Neben der Freiheit, eine nichteheleiche Lebensgemeinschaft zu begründen, steht die Freiheit sie nach Belieben zu beenden. Staatliche Intervention ist nicht notwendig. Das ist eine der wesentlichen Merkmale der nichteheleichen Lebensgemeinschaft.

Dementsprechend gibt es im Zivilverfahrensrecht keine besonderen Vorschriften für Streitigkeiten zwischen nichteheleichen Partnern. Das Gericht hat keine Möglichkeit, dem einen Partner die vorläufige Benutzung der Wohnung zuzusprechen, dessen Eigentümer der andere Partner ist. Nur im Klageverfahren können etwaige Ansprüche geltend gemacht werden (Art. 78 ff. Rv), die nicht von einer Familienkammer, sondern von einer Zivilkammer entschieden werden.¹⁹⁵ Die Gefahr unterschiedlicher Ergebnisse ist somit groß, während es auch verfahrensrechtlich und materiell gesehen weniger Möglichkeiten gibt, die Tatsache zu würdigen, dass die streitenden Parteien früher eine Liebesbeziehung unterhielten.

Welche Rechtsfolgen nach Beendigung der Beziehung eintreten, hängt von der betreffenden Gesetzesvorschrift ab. Im Sozialversicherungsrecht werden die Partner nicht länger als eine wirtschaftliche Einheit behandelt, bei der Einkommensteuer wird ihnen unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit geboten, noch für das letzte Jahr ihrer Beziehung gemeinsam die Steuererklärung einzureichen. Vermögen muss von den Partnern getrennt oder geteilt werden, und Entscheidungen sowohl über die Wohnung(sgegenstände) und andere Güter als auch über erbrachte Leistungen müssen von ihnen getroffen werden. Da der Gesetzgeber hier keine deutliche Regelung bereithält, entstehen häufiger Probleme. Auch in der Eltern-Kind-Beziehung können sich Änderungen ergeben, weil trotz gemeinsamer elterlicher Sorge beispielsweise eine Umgangsregelung getroffen werden muss. Hierfür gilt das Antragsverfahren (Art. 1:377a BW). Denkbar ist, dass verschiedene Verfahren bei verschiedenen Gerichten unter Anwendung verschiedener Verfahrensregeln beurteilt werden müssen.

IV. Schlussfolgerung

Es ist nicht erstaunlich, dass in Bezug auf die Beendigung der Lebensformen auffallende Unterschiede zwischen der Ehe und eingetragenen Partnerschaft als legalisierten Lebensformen, die eine staatliche Intervention als konstitutives Element erfordern, und der nichteheleichen Lebensgemeinschaft bestehen. Es erscheint jedoch ratsam, diese gravierenden Unterschiede zu reduzieren. Bei

¹⁹⁵ Die Zuständigkeit des kantongerecht oder der rechtbank ist von der Höhe der Forderung (niedriger oder höher als 5.000 Euro) abhängig.

Streitigkeiten zwischen nichtehelichen Lebenspartnern sollte ebenfalls das Antragsverfahren gelten, und das Familiengericht sollte unter Umständen bestimmte Maßnahmen treffen können.

F. Internationales Privatrecht

I. Einleitung

Im Gegensatz zum internationalen Eherecht und dem eingetragenen Partnerschaftsrecht steht das Internationale Privatrecht der nicht institutionalisierten Lebensformen noch in den Kinderschuhen. Für die Ehe gelten auf regionaler Ebene beide Brüsseler Verordnungen (I und II),¹⁹⁶ auf internationaler Ebene die Haager Ehe(güterrechts)abkommen von 1978 und auf nationaler Ebene Gesetze zum Kollisionsrecht der Ehe(wirkungen)¹⁹⁷ und dem Ehegüterrecht. Das ausführliche Gutachten der Staatskommission für Internationales Privatrecht aus dem Jahre 2002 empfiehlt, bei der Anwendung der Ehevorschriften des internationalen Verfahrensrechts und des Kollisionsrechts grundsätzlich keinen Unterschied zwischen verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren zu machen.¹⁹⁸ Die Ehe „neuen Stils“ falle unter Art. 1 Grundgesetz und Art. 26 IPBPR, und diese Gleichbehandlung von Paaren gleichen und verschiedenen Geschlechts müsse aus niederländischer Perspektive auch auf internationaler Ebene durchgeführt werden. Es sei allerdings damit zu rechnen, dass andere Mitglied- und Vertragsstaaten dieser Auslegung nicht folgen werden. Hinkende Rechtsverhältnisse seien dann die Folge, die aber in Kauf genommen werden müssten.

¹⁹⁶ Die Brüssel I Verordnung gilt für familienrechtliche Unterhaltsansprüche. Die Brüssel II Verordnung wird ab dem 1.3.2005 von der Brüssel II bis Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003, über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für gemeinsame Kinder der Ehegatten und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000) ersetzt.

¹⁹⁷ Deutsche Übersetzung von *Boele-Woelki*, IPR-Gesetzgebung in den Niederlanden – Das Namenkollisions- und das Ehekollisionsgesetz, IPRax 1990, 337-342.

¹⁹⁸ Staatskommission für Internationales Privatrecht, Gutachten zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, Den Haag, 2002. Vgl. ferner *Jessurun d'Oliveira*, Het geregistreerd partnerschap, het "homohuwelijk" en het IPR, NJB 1999, 305-306; *Sumner/Forder*, Bumper Issue: All You Ever Wanted To Know About Dutch Family Law (And Were Afraid To Ask), in: Bainham, *The International Survey of Family Law*, Bristol 2003, S. 263-321, 264 f.

II. Eingetragene Partnerschaft

Am 6. Juli 2004 ist das Gesetz zum Kollisionsrecht der eingetragenen Partnerschaft in Kraft getreten.¹⁹⁹ Bereits vor sechs Jahren veröffentlichte die Staatskommission für Internationales Privatrecht ein ausführliches Gutachten einschließlich Gesetzesvorlage,²⁰⁰ die in den vergangenen Jahren bereits einige Male in der Rechtsprechung angewandt wurden.²⁰¹ Das neue Gesetz enthält Vorschriften über das anwendbare Recht und die Anerkennung von im Ausland eingegangenen Partnerschaften. Als allgemeiner Ausgangspunkt gilt, dass die Gleichstellung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft soweit wie möglich auch auf international privatrechtlicher Ebene zu verwirklichen sei, obwohl die eingetragene Partnerschaft bisher nur in einer beschränkten Anzahl ausländischer Rechtsordnungen eingeführt worden ist.²⁰² Das Gesetz unterscheidet zwischen eingetragenen Partnerschaften, die in den Niederlanden begründet werden, und solchen, die im Ausland zustande gekommen sind. Bei in den Niederlanden begründeten Partnerschaften ist niederländisches Recht als *lex loci regit actus* anzuwenden (Art. 1 Abs. 1). Auch die Fähigkeit, in den Niederlanden eine eingetragene Partnerschaft einzugehen, untersteht dem niederländischen Recht (Art. 1 Abs. 2). Bei einer im Ausland begründeten eingetragenen Partnerschaft erfolgt ein Vergleich des ausländischen Instituts mit der niederländischen eingetragenen Partnerschaft. Es gelten die folgenden Anerkennungs-voraussetzungen (Art. 2):

1. Es muss sich um ein gesetzlich geregeltes Institut handeln, dass nur zwei Personen, die eine enge Beziehung unterhalten, vorbehalten ist;
2. eine Eintragung ist durch die zuständige Autorität erfolgt;
3. das Institut ist exklusiv; andere gesetzliche Lebensformen mit Dritten sind ausgeschlossen;
4. die wichtigsten Rechte und Pflichten der Partner stimmen grundsätzlich mit denen für Ehegatten überein.

Keine Anerkennung erfolgt allerdings, wenn die ausländische Partnerschaft gegen den niederländischen *ordre public* verstößt (Art. 3). Undeutlich ist derzeit, wie diese strenge Regel in der Praxis angewandt werden wird. Die Geset-

¹⁹⁹ Stb. 2004, 344. Das Gesetz ist am 1. Januar 2005 in Kraft getreten.

²⁰⁰ Staatskommission für internationales Privatrecht, FJR 1998, 146-159. Hierzu: *Joppe*, Het geregistreerd partnerschap in het Nederlandse IPR I en II, WPNR 2000/6403, 371-377 und 2000/6404, 391-395; *Jessurun d'Oliveira*, Autonome kwalificatie in het internationaal privaatrecht: geregistreerde niet-huwelijkse relaties, in: Boele-Woelki/Brants/Steenhoff, Het plezier van de rechtsvergelijking, Deventer 2003, S. 1-37.

²⁰¹ Rb. Roermond, 29.3.2001, NIPR 2001, 188; Rb. Den Haag 23.4.2003, NIPR 2003, 173; Rb. Den Haag 27. Augustus 2003, NIPR 2003, 253; Rb. Den Haag 27.10.2003, NIPR 2004, 11.

²⁰² Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 924, Nr. 3, S. 3. Vgl. *Boele-Woelki*, Internationaal Privaatrecht, AA 2003, Katern 89, S. 4848. Ferner *Boele-Woelki*, Private international aspects of registered partnerships, Louisiana Law Review 2000, 1053-1059 und *Sumner* (Fn. 25).

zesbegründung ist hier nicht ganz eindeutig.²⁰³ Das Gesetz enthält ferner Kollisionsnormen für die persönlichen (Art. 5) und vermögensrechtlichen (Art. 6-21) Beziehungen der eingetragenen Partner, die entweder in den Niederlanden oder im Ausland ihre Partnerschaft haben eintragen lassen. Die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft in den Niederlanden ist in den Art. 22-23 geregelt, während Art. 24 die Anerkennung einer im Ausland erfolgten Auflösung betrifft. Art. 25 wiederum ist eine Kollisionsnorm, die für die während der eingetragenen Partnerschaft bestehende Unterhaltspflicht, das Haager Unterhaltsabkommen von 1973 für anwendbar erklärt.

Das Gesetz regelt nicht die internationale Zuständigkeit der niederländischen Gerichte. Nach herrschender Auffassung ist die Brüssel II (*bis*) Verordnung nicht direkt,²⁰⁴ sondern gemäß Art. 4 Abs. 4 Rv nur entsprechend auf Verfahren, die die eingetragene Partnerschaft betreffen, anwendbar. In jedem Falle kann eine eingetragene Partnerschaft in den Niederlanden aufgelöst werden, wenn sie hierzulande begründet worden ist.

III. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft

Für nicht legalisierte Lebensformen sind im niederländischen Internationalen Privatrecht keine gesetzlichen Vorschriften verfügbar, die auf die Fragen der Zuständigkeit, des anwendbaren Rechts und der Anerkennung ausländischer nichtehelicher Lebensgemeinschaften angewendet werden können. Wenn für nichteheliche Lebensgemeinschaften Vorschriften im materiellen Recht fehlen, kann im Falle eines Auslandsbezuges nicht mit dem Vorhandensein von IPR-Normen gerechnet werden. Die Rechtsprechung hatte bisher nur selten Gelegenheit, zu den IPR-Fragen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Stellung zu nehmen. Die Anwendung des Rechts des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts beider Partner kommt in Frage.²⁰⁵ Andererseits könnte insbesondere in Bezug auf die vermögensrechtlichen Beziehungen das internationale Vertrags-

²⁰³ Vgl. Sitzungsberichte der Zweiten Kammer, 2002-2003, 28 924, Nr. 3, S. 3.

²⁰⁴ Vgl. *Mostermans*, Echtscheidung, *Praktijkreeks IPR*, 2. Auflage, 2003, S. 8 und S. 33 ff. mit weiteren Nachweisen.

²⁰⁵ Hof Den Haag 4.4.2001, NIPR 2001, 179 (Der in den Niederlanden wohnende Antragsgegner ist nach australischem Recht gegenüber dem in Australien bei der Mutter wohnendem Kind unterhaltspflichtig, weil er mit der Mutter in Australien bis acht Monate vor der Geburt des Kindes eine nichteheliche Lebensgemeinschaft geführt hatte); *Commissie Gelijke Behandeling* 4.9.1996, NIPR 1997, 234 (Ob die nichteheliche Lebensgemeinschaft als „common law marriage“ nach amerikanischem Recht anzuerkennen ist, beurteilt sich nach niederländischem Recht, weil die Partner in den Niederlanden ihren Wohnsitz haben); HR 19.11.1987, NIPR 1990, 198 (Zum Zeitpunkt der Adoption von Kindern aus Sri Lanka waren die niederländischen Eheleute weniger als fünf Jahre miteinander verheiratet. Bei Anwendung dieser Voraussetzung (Art. 1:228 Buchstabe g BW (alte Fassung) darf jedoch nicht berücksichtigt werden, dass die Eheleute bereits viele Jahre vor ihrer Eheschließung miteinander zusammengelebt hatten).

recht Anwendung finden, weil eine analoge Anwendung des internationalen Ehe- und eingetragenen Partnerschaftsrechts ausgeschlossen ist.²⁰⁶

IV. Schlussfolgerung

Auch im Bereich des Internationalen Privatrechts bestehen die üblichen Unterschiede zwischen den Lebensformen. Anders als in den übrigen Bereichen des Privatrechts ist eine Dreiteilung zu verzeichnen: für die Ehe, die eingetragene Partnerschaft und die nichteheliche Lebensgemeinschaft werden jeweils unabhängig voneinander geltende Vorschriften angewandt. Für die Ehe gibt es auf allen Ebenen (international, regional und national) spezielle Regelungen. Für die eingetragene Partnerschaft gibt es zwar spezielle Gesetzesvorschriften, jedoch nur auf nationaler Ebene.²⁰⁷ Bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Auslandsbezug fehlt es dagegen an gesetzlichen Vorschriften. Daher erscheint nur eine Analogie zum internationalen Vertragsrecht möglich. Die Tatsache, dass die eingetragene Partnerschaft bislang – trotz steigender Tendenz – nur in einigen Rechtsordnungen eingeführt worden ist,²⁰⁸ hat den niederländischen Gesetzgeber daran gehindert, auf internationaler Ebene die Gleichstellung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft verwirklichen zu können. Das hat zur Einführung eines gesonderten Gesetzes geführt, das sich am internationalen Eherecht orientiert, regelmäßig wurden jedoch auch andere Anknüpfungen gewählt. Das IPR der eingetragenen Partnerschaft ist noch unterentwickelt. Sollten die Gerichte sich mit dieser Materie befassen, sind zweifellos Probleme zu erwarten.

G. Bewertung und Ausblick

Bei der Beurteilung des geltenden Lebensformenrechts sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Erstens stellt sich die Frage, inwieweit die Stellung der gleichgeschlechtlichen Paare adäquat berücksichtigt worden ist, und zweitens, ob die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine Rechtsstellung erlangt hat, die ihrer gesellschaftlichen Funktion Rechnung trägt. Dabei darf die zukünftige Entwicklung des Lebensformenrechts nicht aus dem Auge verloren werden.

Im letzten Jahrzehnt wurde insbesondere das Familienrecht im Rahmen der Verbesserung der Rechtsposition gleichgeschlechtliche Paare grundlegend

²⁰⁶ *Boele-Woelki*, AA 2003, Katern 89, S. 4848 und *Boele-Woelki*, Louisiana Law Review 2000, 1056.

²⁰⁷ Der niederländische EU-Vorsitz (2. Hälfte 2004) hätte allerdings die Anerkennung legalisierter Beziehungen in Europa auf die Tagesordnung setzen können. In diesem Sinne: *Jessurun d'Oliveira*, Een plan voor het Nederlandse voorzitterschap van de EU: erkenning van geregistreerde niet-huwelijkse relaties, NJB 2004, 1170-1171.

²⁰⁸ Vgl. *Boele-Woelki/Fuchs* (Hrsg.), Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe, European Family Law Series, Band 1, Antwerpen 2003.

geändert. Der wichtigste Schritt war die Institutionalisierung dieser Beziehungen. Mit einem Schlag wurden die Rechtsfolgen, die nur für Ehegatten galten, in allen anderen Rechtsgebieten wie dem Steuerrecht, dem Sozialversicherungsrecht, dem Straf(Prozess)recht, dem Erbrecht und dem Vermögensrecht auf gleichgeschlechtliche Paare für anwendbar erklärt. Die öffentliche Anerkennung berücksichtigt gleichzeitig die gefühlsmäßige Bindung der Beteiligten. Vor 1998 konnten gleichgeschlechtliche Paare höchstens als nichteheliche Lebenspartner bestimmte Rechte und Pflichten in Anspruch nehmen, was insbesondere im Vermögens- und Erbrecht große Nachteile mit sich brachte. Das Bestreben, eine Gleichstellung herbeizuführen, war die Triebfeder der gesetzlichen Anpassungen. Die Stellung gleichgeschlechtlicher Paare entspricht nunmehr größtenteils der gesellschaftlichen Bedeutung, die dieser Lebensform zuerkannt wird. Doch gibt dies keinen Anlass, allzu überschwänglich zu werden. Dabei geht es nicht um die Gleichbehandlung an sich, sondern um die Art und Weise, wie die Anpassungen erfolgt sind. Die Einführung der eingetragenen Partnerschaft konnte nur begrüßt werden. Nach Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ist sie jedoch im Nachhinein zu bedauern. Die Einführung der eingetragenen Partnerschaft für verschiedengeschlechtliche Paare aus Gleichbehandlungsgründen ist unserer Ansicht nach ein Fehlgriff des Gesetzgebers. Dies hat zu Unübersichtlichkeit im Lebensformenrecht geführt, da nach der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare die eingetragene Partnerschaft nicht mehr abgeschafft werden konnte. Die Beibehaltung der eingetragenen Partnerschaft ist bedenklich, denn der Gesetzgeber hat für ein deutliches Lebensformenrecht zu sorgen. Das ist dem niederländischen Gesetzgeber bei der eingetragenen Partnerschaft nicht gelungen. Die Gründe für das Zustandekommen der gesetzlichen Regelungen ist wenig überzeugend: Die Entscheidungen, heterosexuelle Paare zuzulassen und die eingetragene Partnerschaft beizubehalten, werden damit begründet, dass in der Bevölkerung ein Bedarf bestünde. Ein Eingreifen des Gesetzgebers sei daher geboten. Mit der Öffnung der Ehe für homosexuelle Paar ist der eingetragenen Partnerschaft die Daseinsberechtigung jedoch entzogen, weil der ursprüngliche Zweck, nämlich die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Paare, bereits erreicht worden ist. Mit Rücksicht auf diese Entwicklung wäre eine grundsätzliche Diskussion über die künftige Gestaltung des Lebensformen(vermögens)rechts und der Rolle, die die eingetragene Partnerschaft dabei spielt, notwendig gewesen. Andere Argumente und Interessen hätten eine Rolle spielen können; sie sind, wie sich aus dem Folgenden ergibt, zu Unrecht nicht in die Diskussion eingeflossen.

Der zweite Aspekt betrifft die Frage, wie die Anpassung des Rechts an die nichteheliche Lebensgemeinschaft erfolgt ist. Festzustellen ist, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft in ihrer Funktion als Beziehung zwischen zwei Personen, die emotional und finanziell miteinander verbunden sind, deutlich Anerkennung gefunden hat. Die Anpassung an die gesellschaftlichen Veränderungen ist verhältnismäßig schnell erfolgt. Sowohl die das niederländische

Recht kennzeichnende Pragmatik als auch das Gleichheitsstreben haben dazu beigetragen, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft einen festen Platz im Lebensformenrecht erobert hat, auch wenn von einer Institutionalisierung im Familienrecht nicht entsprochen werden kann. Ein staatlicher Eingriff in die Wahl der Lebensform findet nicht statt. In dieser Hinsicht herrscht uneingeschränkte Neutralität. Das Fehlen einer dem Art. 6 I des deutschen Grundgesetzes vergleichbaren Norm spielt eine nicht zu unterschätzende Rolle. Die notwendige Abgrenzung und Begriffsbestimmung der nicht formalisierten Lebensformen sind ohne besondere Schwierigkeiten verlaufen, obwohl natürlich über die Reichweite der gesetzlichen Definitionen in den Gerichten noch viel gestritten wird. Im Laufe der Zeit hat eine zunehmende Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (und anderer Lebensformen) mit der Ehe stattgefunden. Diese Entwicklung ist an sich zu begrüßen. Die Aufgabe des Rechts besteht nämlich darin, die Beziehungen der Personen zu regeln. Mit Rücksicht auf die Tatsache, dass die Rechtsfragen in Bezug auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft zugenommen haben, ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber sich in einigen Bereichen der Problematik angenommen hat. Dennoch bleibt das geltende Lebensformenrecht nicht von Kritik verschont. Die Anpassung ist schrittweise erfolgt. Dadurch hat der Gesetzgeber es bisher versäumt, einen Blick über den Gegenstand einer Regelung hinaus zu werfen. Zwar wurde untersucht, welche Bedeutung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft beispielsweise im Steuerrecht zukommt, ist jedoch bisher keine generelle Betrachtungsweise zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft entwickelt worden. Einerseits hat dies ein unnötiges Begriffs- und Abgrenzungschaos in den verschiedenen Gesetzen zur Folge, andererseits fehlt es an einer allgemeinen Auffassung zur Bedeutung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Recht. Stattdessen ist von einseitigen Maßnahmen die Rede, die die nichteheliche Lebensgemeinschaft auf die Ebene der Ehe ziehen, ohne dass über die Reform des gesamten Lebensformenrechts nachgedacht wird. Auffällig ist, dass der Gleichstellungsprozess in vier Bereichen bisher nicht stattgefunden hat: (1) in der Eltern-Kind-Beziehung; (2) im Vermögensrecht; (3) im Erbrecht und (4) im Straf(prozess)recht.

Im Abstammungsrecht sind die Unterschiede zwischen der Ehe, der eingetragenen Partnerschaft und der nichtehelichen Partnerschaft beträchtlich, weil vor allem die Vaterschaftsvermutung nur bei Ehegatten gilt. Zu erwägen wäre, die Vaterschaftsvermutung auch für das während einer eingetragenen Partnerschaft und sogar einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geborene Kind einzuführen, soweit es heterosexuelle Paare betrifft. Die gesetzliche Typisierung der Umstände würde in den meisten Fällen den Wünschen der Partner/Eltern entsprechen. Die Schwierigkeit, brauchbare Abgrenzungskriterien zu finden, kann nicht als Entschuldigung dienen. In vielen Bereichen sind geeignete Kriterien gefunden worden. Das zweite Problem, dem sich der Gesetzgeber zuwenden sollte, betrifft das Fehlen einer klaren Struktur in den verschiedenen

Vorschriften; bei der Regelung der elterlichen Sorge wird dies besonders deutlich.

Das zweite Rechtsgebiet, bei dem die Grenzen zwischen den (nicht) institutionalisierten Lebensformen noch bestehen, betrifft das Vermögensrecht und die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten, Streitigkeiten zwischen nichtehelichen Lebenspartnern zu schlichten. Auffallend ist, dass der Gesetzgeber die vermögensrechtlichen Beziehungen der nichtehelichen Lebenspartner bisher überhaupt nicht beachtet hat. Es gibt nämlich gute Gründe, die ein gesetzliches Eingreifen nahe legen. Zunächst einmal lässt das heutige Recht den schwächeren Partner, der viel in die Beziehung, die Kinder oder den Vermögenszuwachs investiert hat, im Stich. Nicht nur das Schuldrecht vernachlässigt den affektiven Charakter der Beziehung gänzlich, auch in der Rechtsprechung ist keine Tendenz wahrnehmbar, die auf den Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei abzielt. An zweiter Stelle muss die in bestimmten Bereichen bestehende Rechtsunsicherheit und Rechtsverschiedenheit genannt werden. Auch ohne die Einführung eines neuen Instituts sollte es doch möglich sein, diese Situation zu verbessern. Eine Vorschrift, die bestimmt, dass, wenn keiner der Partner beweisen kann, dass er alleiniger Eigentümer eines Gegenstandes ist, gemeinsames Eigentum angenommen werden muss, wäre nur ein Beispiel. Dass die Abgrenzung und Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft an sich hier keine Schwierigkeiten bereiten sollte, ergibt sich aus dem Umstand, dass es dem Gesetzgeber auch in anderen Bereichen gelungen ist, eine brauchbare materielle Umschreibung zu geben. Zweifelhaft ist, ob eine derartige Regelung weitreichend genug ist. Die Anwendung der Klageverfahrensvorschriften bieten in bestimmten Stadien nur geringe Möglichkeiten, dem besonderen affektiven Charakter der Beziehung zwischen nichtehelichen Lebenspartnern Rechnung zu tragen. Eine wichtige Aufgabe des Rechts ist die Vermeidung und Kontrolle von Konflikten. Ausreichende Mechanismen für die Lösung von Konflikten zwischen nichtehelichen Lebenspartnern sollten zur Verfügung stehen und Probleme, die bei einer Beendigung der Beziehung entstehen, sollten so weit wie möglich beim gleichen Gericht konzentriert werden. Die Kontroversen sollten vom Familiengericht unter Anwendung des Antrags- statt des Klageverfahrens entschieden werden. Auf diese Weise wird mehr Sachkenntnis konzentriert, im Übrigen sind die Verfahrensvorschriften besser darauf zugeschnitten, dass die Beteiligten früher eine affektive Beziehung unterhielten. Dem Gericht sollten einige Befugnisse, (vorläufige) Maßnahmen in Bezug auf die (befristete) Zuweisung der Wohnung, die Verteilung der Vermögensgegenstände und der elterlichen Sorge- und Umgangsregelung mit Kindern zu treffen, eingeräumt werden.²⁰⁹ Wie im Scheidungsverfahren könnten auf diese Weise alle zusammenhängenden Probleme mehr oder weniger gleichzeitig behandelt werden.

²⁰⁹ Art. 827 Rv gilt für Ehegatten während des Scheidungsverfahrens.

Das dritte Rechtsgebiet, das noch große Unterschiede zwischen der Ehe und eingetragenen Partnerschaft einerseits und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft andererseits aufweist, ist das Erbrecht. Hier sollte die Rechtsstellung des überlebenden nichtehelichen Partners verstärkt werden, wenn es keine gesetzlichen Erben gibt und kein Testament vorliegt. Unserer Ansicht nach besteht kein Grund, in diesen Fällen die Erbschaft dem Staat zufallen zu lassen und nicht denjenigen als Erben zu betrachten, der mit dem Erblasser eine enge persönliche und finanzielle Beziehung unterhielt. Ferner sollte eine Antwort auf die Frage gefunden werden, inwieweit das Erbrecht finanzielle Nachteile, die der wirtschaftlich schwächere Partner erlitten hat, kompensieren kann, und zwar mittels Zuerkennung eines ihm zustehenden Versorgungsrechts. Ob in Zukunft eine weitere Gleichstellung bestimmter nichtehelicher Lebensformen mit der Ehe geboten ist, bleibt abzuwarten. Kurz nach der jüngsten Reform des Erbrechts ist hiermit nicht zu rechnen.

Letztendlich ist eine Anpassung des Straf(prozess)rechts notwendig. Die Augen sollten unter Hinweis auf die Rechtssicherheit nicht weiter vor der gesellschaftlichen Wirklichkeit verschlossen bleiben. An der Einräumung eines gesetzlichen Schutzes der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die als Beziehung zwischen zwei eng miteinander verbundenen Personen gesellschaftlich zu beachten ist, führt kein Weg vorbei.

Für die langfristige Entwicklung des Lebensformenrechts ist eine Neubewertung wünschenswert. Als Ausgangspunkt sollte zunächst festgestellt werden, welche Bedeutung die enge persönliche Beziehung von Personen im Rechtssinne hat, ob es sich nun um eine Ehe, eingetragene Partnerschaft, nichteheliche Lebensgemeinschaft oder eine andere Lebensform handelt. Die Problematik der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sollte vorzugsweise im allgemeinen Rahmen aller Lebensformen besprochen werden; gerade auch das Verhältnis zu anderen Lebensformen entscheidet nämlich über die Frage, ob die Bewertung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft angemessen ist. Nur so kann das Fundament des Familienrechts, das sich auf die affektive Beziehung zwischen Partnern und die Beziehung zu Kindern stützt, mit den gesellschaftlichen Entwicklungen in Übereinstimmung gebracht werden.

Abkürzungsverzeichnis

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
Abw	Algemene Bijstandswet
Anw	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DD	Delikt en Delinkwent
EB	Echtscheidingsbulletin
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EUGHMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EUGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FJR	Tijdschrift voor Familie-en Jeugdrecht
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
IFL	International Family Law
IJLPF	International Journal of Law, Policy and the Family
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JABW	Jurisprudentie Algemene Bijstandswet
KG	Kort Geding
Ktg	Kantongerecht
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht – Repertorium op Verdragenrecht, Wetgeving, Rechtspraak en Literatuur
NJB	Nederlands Juristenblad
Pres	President
Prg	Praktijkgids
Rb	Rechtbank
RN	Nemesis, Actualiteitenkatern, Rechtspraak
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stct.	Staatscourant
Wet IB	Wet Inkomstenbelasting
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WIK	Wet Inkomensvoorziening Kunstenaars
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WR	Woonrecht
ZFW	Ziekenfondswet

Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Slowenien

VESNA RIJAVEC und SUZANA KRALJIĆ

- A. Struktur und Systematik, historische Entwicklung des Rechtsinstituts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - B. Eingehung
 - C. Verhältnis zur Ehe
 - D. Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - I. Vermögensrechtliche Folgen
 - 1. Entstehung vermögensrechtlicher Folgen
 - 2. Vermögen zur gesamten Hand
 - 3. Erwerb des Vermögens zur gesamten Hand in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - 4. Verwaltung des Vermögens zur gesamten Hand und Verfügungsbefugnis
 - 5. Teilung des Vermögens zur gesamten Hand
 - 6. Besonderes Vermögen
 - 7. Verwaltung und Verfügung über das besondere Vermögen
 - II. Kindschaft
 - E. Unterhalt des Partners während und nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - F. Ersatzansprüche bei Verletzung/Tötung des nichtehelichen Lebenspartners
 - G. Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft außerhalb des EheFamG
 - H. Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter Lebenden
 - I. Internationales Privatrecht
 - J. Bewertung und Ausblick
- Abkürzungsverzeichnis

In Slowenien werden verschiedene Formen des Zusammenlebens u.a. unterschieden nach: der Dauer der Lebensgemeinschaft, danach, welche Personen zusammen leben, und den verschiedenen Motiven des Zusammenlebens. Nach dem slowenischen Recht wird denjenigen Lebensgemeinschaften, die der Ehe ähnlich sind, den so genannten nichtehelichen Lebensgemeinschaften, besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Mit Blick auf die ähnliche soziale Struktur intimer Beziehungen wird rechtlich zwischen der Ehe einerseits und der kurzzeitigen Verbindung eines Mannes und einer Frau von geringer Intensität andererseits differenziert.

Die allgemein geltenden Kriterien der Unterscheidung zwischen Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft sind:

- (1) Die Eingehung der Partnerschaft: Während die Eheschließung einem Form Erfordernis unterliegt, kann eine nichteheliche Lebensgemeinschaft auch formlos geschlossen werden.

- (2) Die öffentliche Anerkennung der Partnerschaft: Die Ehe genießt als rechtlich und sozial anerkannte Form der Partnerschaft die Anerkennung der Öffentlichkeit. Sie hebt sich damit von der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die weniger gesellschaftlich etabliert ist und keine so deutliche öffentliche Anerkennung erfährt, ab.
- (3) Die Beendigung der Partnerschaft: Die Beendigung der Ehe ist nur auf gesetzlich vorgeschriebene Art möglich; hingegen wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft auf formlose Weise beendet, so wie sie entstand.

Die Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau, die sich auf eine gegenseitige emotionale Verbundenheit gründet, in deren Rahmen die grundlegenden menschlichen Bedürfnisse befriedigt werden und die auch der Reproduktion dienen kann, nimmt zweifellos in jeder Gesellschaft eine so wichtige Stelle ein, dass sie auch im Recht ihren Raum einnehmen muss. Die in Slowenien geltende Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist im vermögensrechtlichen Bereich nach dem Vorbild der Regelung, die für Ehegatten gilt, ausgestaltet. Sie kann als sehr weitreichend bezeichnet werden.

In einzelnen Rechtsordnungen wurden für nichteheliche Lebensgemeinschaften besondere Modelle entwickelt, die sich untereinander entweder durch die unterschiedliche Art wie die nichteheliche Lebensgemeinschaft zustande kommt, oder nach den verschiedenen Folgen unterscheiden. Häufig werden bei der Regelung der Folgen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Vorbehalte gegen die Eheschließung zwischen den nichtehelichen Partnern, nicht berücksichtigt. So ist die Ehe mit einer dritten Person meistens kein Hindernis für die Geltendmachung einiger Rechte.

A. Struktur und Systematik, historische Entwicklung des Rechtsinstituts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Slowenien war früher Teil Jugoslawiens. In der Zeit des Königreichs Jugoslawien war das Familienrecht stark patriarchalisch strukturiert. Der älteste Rechtsakt, welcher der nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen rechtlichen Status einräumte, war das jugoslawische Gesetz über die Arbeiterversicherung von 1922.¹ Nach diesem Gesetz konnte die nichteheliche Partnerin eines verstorbenen Arbeiters eine materielle Unterstützung erhalten, wenn sie mit ihm mindestens ein Jahr in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebte und in dieser Lebensgemeinschaft ein Kind geboren wurde. Beide genannten Bedingungen mussten kumulativ erfüllt sein.²

Der zweite Rechtsakt, der in den Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft eingriff, ist der Entscheid des Nationalen Befreiungskomitees Jugoslawiens von 1944, welcher der nichtehelichen Partnerin das Recht auf staatliche

¹ Bek. in Službeni list Kraljevine Jugoslavije, Nr. 117/22.

² Dazu *Draškić*, Vanbračna zajednica, Naučna knjiga, Beograd 1988, S. 117.

Unterstützung in gleichem Maße zuerkannte wie einer Ehefrau, wenn ihr nichtehelicher Partner eingezogen wurde oder in Gefangenschaft gestorben oder im Krieg gefallen war, vorausgesetzt sie lebte mit ihm mindestens sechs Monate vor seiner Abreise zur Armee in einem gemeinsamen Haushalt und er bestritt ihren Unterhalt.³

Die späteren positivrechtlichen Vorschriften, vor allem aber das ehemalige jugoslawische Grundgesetz über die Ehe von 1946 wies der nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine Rechtsfolgen zu. Die Rechtsprechung, die in der Nachkriegszeit hierzu entstand, führte dazu, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft für längere Zeit als unmoralisch behandelt wurde. Aus den Gerichtsentscheidungen wurde entnommen, dass nichteheliche Lebensgemeinschaften gesetzlich verboten waren. Diese Auslegung war jedoch nicht zutreffend: verboten wurde tatsächlich nur die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit einer minderjährigen Person, zwischen Blutsverwandten in gerader Linie und zwischen Geschwistern. Solche nichtehelichen Lebensgemeinschaften wurden strafrechtlich sanktioniert.⁴ Da nichteheliche Lebensgemeinschaften aber dennoch existierten, traten in der Praxis Konflikte auf, die sich auf Folgendes bezogen: das Vermögen, das durch Arbeit erworben wurde,⁵ die Obhut und Erziehung der Kinder, den Unterhalt des nichtehelichen Partners, usw. Die Gerichte nahmen bei gleichen Sachverhalten verschiedene Standpunkte ein, weshalb vollkommen klar wurde, dass dieser Zustand nicht von Dauer werden können. Der Oberste Gerichtshof Jugoslawiens beendete diese Vielstimmigkeit mit einer Anweisung über die Art der Regelung von mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verbundenen Konflikten. So begannen die Gerichte gegen Ende der sechziger Jahre beziehungsweise zu Beginn der siebziger Jahre damit, den nichtehelichen Partnern bestimmte Rechte zuzuerkennen, die bis dato nur Ehegatten vorbehalten waren. Die Anwendung der Anweisung des Obersten Gerichtshofes folgte den folgenden Prinzipien:

- (1) Anspruch auf neu geschaffene Vermögenswerte: Hat der nichteheliche Partner eine Sache des anderen Partners so benutzt, dass er sie verbessert hat, hatte er das Recht auf einen Ersatz in der Höhe des geschaffenen Neuwerts der Sache (z.B. Änderung der Zweckbestimmung eines Grundstücks von Acker auf Weinberg).

³ Siehe *Geč-Korošec/Kraljič*, *Družinsko pravo*, 3. spreminjena in dopolnjena izdaja, Univerza v Mariboru, Inštitut za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo, Maribor 2000, 121.

⁴ So *Draškić* (Fn. 2) 120-121.

⁵ Die Vermögensbeziehungen, die zwischen nichtehelichen Partnern entstanden, wurden nach dem Zivilrecht behandelt. So wurden die nichtehelichen Partner Miteigentümer an durch Arbeit erworbenen Sachen im Verhältnis des Beitrags am gemeinschaftlichen Erwerb. Kam es zur Bereicherung eines der Ehegatten, entstand dem anderen ein Ersatzanspruch nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung. Dazu *Popović*, *Porodično pravo*, Savremena administracija, Beograd 1982, S. 158.

- (2) Anspruch auf Rückerstattung des Wertes einer verbrauchten Sache: Wurde eine Sache eines der nichtehelichen Partner für die Deckung der Bedürfnisse der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und der Kinder des nichtehelichen Partners benutzt und dabei verbraucht, hat der Partner, dessen Sache verbraucht wurde, das Recht auf die Rückerstattung des Wertes der Sache nach der Abrechnung des Anteils, der für seinen Unterhalt verwendet wurde.
- (3) Anspruch auf das Vermögen, das in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft entstanden ist: Nach der Anweisung des Obersten Gerichtshofes konnte nur einer der nichtehelichen Partner das Eigentum (Sachenrecht) an während der Lebensgemeinschaft erworbenen Sachen erwerben, während der andere nur einen schuldrechtlichen Anspruch erwarb, und zwar das Recht auf den Ersatz des Geldwertes seines Anteils der mit der gemeinsamen Arbeit erworbenen Sache. Das Eigentum wurde demjenigen Partner zuerkannt, dessen Anteil beim Erwerb größer war. Waren die Anteile gleich, stand es im Ermessen des Gerichts, auch andere Umstände hinsichtlich der Festlegung, welchem Partner das Eigentum zuerkannt werden soll, zu berücksichtigen.
- (4) Anspruch auf Wertersatz für Arbeit: Der nichteheliche Partner hatte das Recht auf Wertersatz, wenn er während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit seiner Arbeit für den kranken Partner oder die Obhut und Erziehung der Kinder aus der früheren Ehe oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft des anderen Partners sorgte. Mit dieser Regelung wurden nichteheliche Partner in eine günstigere Lage versetzt als etwa die Ehefrau, die kein Recht auf Wertersatz für Arbeit hatte. Jedoch wurde diese Entscheidung dadurch begründet, in der Ehe seien die Ehegatten verpflichtet, sich moralisch und materiell zu unterstützen, während diese Verpflichtung bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht gegeben sei.⁶

Auch die allgemeine gesellschaftliche Entwicklung und die Änderung der Stellung der Familie in der Gesellschaft forderten die rechtliche Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Die Ehe war an und für sich keine privilegierte Institution mehr. So reihte das Gesetz über die Ehe und die Familienbeziehungen⁷ (EheFamG) von 1976 auch die Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in seine Rechtsbestimmungen ein. Die Grundlage für die Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ging aus der Verfassung der SFRJ von 1974 hervor, die festlegte, dass die Familie gesellschaftlichen Schutz genieße (Art. 190 Abs. 1 Satz 1).

Auch in der Verfassung der Republik Slowenien (RS) von 1991 ist eine Bestimmung über die nichteheliche Lebensgemeinschaft zu finden. Obwohl festgelegt wird, dass die Beziehungen in der Ehe und der nichtehelichen Lebens-

⁶ Mitić, *Porodično pravo u SFRJ*, Službeni list SFRJ, Beograd 1980, S. 289-290.

⁷ Bek. in Uradni list Socialistične republike Slovenije (Ur. l. SRS), Nr. 15/76; 30/86; 1/89; 14/89; RS 13/94; 82/94; 29/95; 26/99; 70/2000; 64/2001; 110/2002; 42/2003; 16/2004.

gemeinschaft gesetzlich geregelt werden sollen, bedeutet diese Erwähnung einen großen Schritt vorwärts in Richtung auf die Ausweitung des Umfangs der Rechte von nichtehelichen Partnern. So ist die verfassungsrechtliche Grundlage für die gesetzliche Regelung der Anerkennung nichtehelicher Lebensgemeinschaften nicht nur im Familienrecht gegeben, sondern auch in anderen Rechtsgebieten (Wohnungs-, Sozial-, Straf- und Prozessrecht).⁸ Nach 1991 hat eine Anzahl von Gesetzen, den nichtehelichen Partner unter der Erfüllung der gesetzlich festgelegten Voraussetzungen (vor allem der Zeitkomponente) dem Ehegatten gleichgestellt.

B. Eingehung

Nach Art. 12 EheFamG wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft als eine längere Zeit dauernde Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau, die keine Ehe geschlossen haben, definiert und sieht für beide die Rechtsfolgen der Ehe vor, wenn keine Gründe bestehen, wegen derer eine Ehe zwischen ihnen ungültig wäre. In anderen Bereichen hat diese Lebensgemeinschaft Rechtsfolgen, wenn dies gesetzlich festgelegt wird.

Die nichtehelichen Partner werden im Rahmen der Bestimmungen des EheFamG den Ehegatten gleichgestellt, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt werden:

(1) **Verschiedengeschlechtliche Partner:** Die nichteheliche Lebensgemeinschaft kann nur zwischen zwei verschiedengeschlechtlichen Partnern bestehen. Nach dem EheFamG wird nur die Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau rechtlich anerkannt. Die Lebensgemeinschaft gleichgeschlechtlicher Partner genießt nach dem EheFamG (noch) keinen Rechtsschutz. Aus Art. 12 Abs. 1 EheFamG geht auch hervor, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft nur zwischen zwei Partnern gegründet werden kann.

(2) **Lebensgemeinschaft:** Die nichteheliche Lebensgemeinschaft muss eine Lebensgemeinschaft zwischen den Partnern darstellen. Was als Lebensgemeinschaft gilt, hat der Gesetzgeber nicht genauer festgelegt. Geht man von der Formulierung des EheFamG aus, muss die Lebensgemeinschaft nichtehelicher Partner denselben Inhalt wie die von Ehegatten haben. Es handelt sich um eine Lebensgemeinschaft im physisch-natürlichen, moralisch-geistigen, geschlechtlichen und wirtschaftlichen Sinne. Der gemeinsame Haushalt ist das sichtbarste Zeichen dafür, dass zwischen dem Mann und der Frau eine Lebensgemeinschaft besteht. Das gemeinsame Leben beziehungsweise der gemeinsame Haushalt ist also ein konstitutives Element der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Die Geburt von Kindern in der Lebensgemeinschaft ist kein absolutes Indiz für eine

⁸ Dazu *Kraljić*, *Pravna razmerja med zunajzakonskima partnerjema – v ZZZDR in zunaj njega*, *Podjetje in delo* 1/2004, 142, 143 ff.

Lebensgemeinschaft, aber sie kann auf eine gewisse Stabilität der Beziehung der Partner hinweisen.⁹

(3) Dauer der Lebensgemeinschaft: Die Lebensgemeinschaft zwischen den Partnern muss längere Zeit fort dauern. Der Gesetzgeber hat den Begriff der „längere Zeit dauernden“ Lebensgemeinschaft nicht präzisiert. Ob es sich um eine rechtlich geschützte nichteheliche Lebensgemeinschaft handelt oder nicht, muss das Gericht daher in diesem Punkt in jedem Fall gesondert feststellen. Die Partnerschaft muss also für eine längere Zeit bestehen, und zwar so lange, dass eine Ähnlichkeit zwischen ihr und der Lebensgemeinschaft entsteht, wie sie in der Ehe anzutreffen ist. Die Lebensgemeinschaft in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft muss, um mit der Lebensgemeinschaft innerhalb der Ehe gleichgestellt zu werden – wie gesagt –, neben der Befriedigung der emotionalen, moralischen und wirtschaftlichen Bedürfnisse auch andere für die Umgebung gut sichtbare Bedingungen erfüllen, zu denen der gemeinsame Wohnsitz und der gemeinsame Haushalt gehören, also die wirtschaftliche Lebensgemeinschaft: dies alles muss eine relativ lange Zeit bestehen.¹⁰ Die erforderliche Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann auch von der Kindesgeburt entscheidend beeinflusst werden.

(4) Nichtvorliegen von Ehehindernissen (einer potentiell möglichen Ehe): Zwischen den Partnern darf es keine Gründe geben, wegen derer eine potentiell mögliche Ehe zwischen ihnen ungültig wäre. Die Personen (der Mann und die Frau), die eine gültige nichteheliche Lebensgemeinschaft eingehen möchten, müssen freiwillig ihrer Entstehung zustimmen. Eine Ehe kann in Slowenien grundsätzlich nur von volljährigen Personen geschlossen werden, jedoch kann das Zentrum für Sozialarbeit einer Person, die älter als 15 Jahre ist, nach Prüfung der (subjektiven und objektiven) Umstände die Eheschließung erlauben. Nur aus dem Umstand der Minderjährigkeit eines der Partner einer längere Zeit dauernden Lebensgemeinschaft kann nicht gefolgert werden, dass die Anwendung der Rechtsregeln zur Gleichstellung mit Ehegatten nicht angewendet werden können. Das Eintreten der Folgen einer längere Zeit dauernden Lebensgemeinschaft nach Art. 12 EheFamG ist in diesem Fall nämlich vom Vorliegen besonderer Gründe abhängig, wegen derer die Minderjährigkeit als Vorbehalt für eine Eheschließung außer Acht gelassen werden könnte (Art. 23 EheFamG).¹¹ Für die rechtliche Gültigkeit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird des Weiteren, ebenso wie für eine Ehe, die Beachtung des Monogamieprinzips verlangt. Das bedeutet, dass keiner der Partner eine Ehe oder eine andere nichteheliche Lebensgemeinschaft führen darf.

⁹ Zupančič, Izvenzakonska skupnost v pravu Jugoslavije, *Pravnik* 5-7/1987, 271, 275.

¹⁰ Urteil des Obersten Gerichtshofs (OGH) der Republik Slowenien (RS) Nr. VSO3325 vom 12.11.1997.

¹¹ Rechtsgutachten OGH, gefasst am 21. und 22.12.1987 – bek. im slowenischen Rechtsregister, Jahrgang IV, S. 130-131.

Ferner darf keine schwere Geistesstörung oder Urteilsunfähigkeit vorhanden sein. Jedoch ist in diesem Punkt ein wesentlicher Unterschied zur Ehe festzustellen. Wurde die Ehe im Zustand der Urteilsunfähigkeit geschlossen, handelt es sich um eine absolute Ungültigkeit, nach der Beendigung der Urteilsunfähigkeit aber um eine relative Ungültigkeit. Bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist nur die längere Zeit dauernde Urteilsunfähigkeit von Bedeutung: die nichteheliche Lebensgemeinschaft entsteht und endet ohne Bindung an Formvorschriften. Hat einer der Partner zum Zeitpunkt seiner Urteilsunfähigkeit eine nichteheliche Lebensgemeinschaft begonnen, wird ihm ermöglicht, sie auch zu beenden, sobald die Urteilsunfähigkeit beendet wird. Die schwere Geistesstörung und Urteilsunfähigkeit wird nur in dem Fall berücksichtigt, wenn die Lebensgemeinschaft längere Zeit dauerte.

Die nichtehelichen Partner dürfen keine Blutsverwandten in gerader Linie bis zum vierten Grad sein und auch nicht im Vormund-Mündel-Verhältnis stehen. Wie für die Ehe wird auch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft die Absicht des gemeinsamen Lebens verlangt; bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird diese Voraussetzung strenger beurteilt, da gerade das gemeinsame Leben, also die Lebensgemeinschaft, das äußerliche manifestierte Zeichen ist, dass es sich um eine nichteheliche Lebensgemeinschaft handelt. Jedoch ist auch bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft möglich, dass die Partner aus berechtigten Gründen eine bestimmte Zeit getrennt leben (z.B. Arbeit im Ausland, medizinische Behandlung, Gefängnisstrafe). In diesem Fall müssen andere Indizien anzeigen, dass es sich um eine nichteheliche Lebensgemeinschaft handelt (z.B. moralisch-geistige, materielle).

Hinsichtlich der Erfüllung der Voraussetzungen können die nichtehelichen Lebensgemeinschaften eingeteilt werden in:

- (1) Ungültige: Keiner der Partner erfüllt die Voraussetzungen für eine Eheschließung;
- (2) Halbgültige: Nur einer der Partner erfüllt die Voraussetzungen, während der andere durch die Nichterfüllung einer oder mehrerer Voraussetzungen für die Eheschließung behindert wird;
- (3) Gültige: Es gibt keine Hindernisse für eine potentiell mögliche Eheschließung,

Nur die letztgenannte Lebensgemeinschaft zieht die im Folgenden auszuführenden Rechtsfolgen nach sich.¹²

Über das Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann nur als Vorfrage in einem Verfahren, in dem diese Frage auftritt, entschieden werden. Wenn z.B. die Entscheidung über das Erbrecht von der Existenz einer rechtlich anerkannten nichtehelichen Lebensgemeinschaft abhängig ist, wird über das

¹² So *Mladenović*, *Porodično pravo*, Knjiga I, *Porodica i brak*, Privredna štampa, 1981, S. 61.

Bestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nur in diesem Verfahren entschieden und diese Entscheidung hat auch nur für dieses Verfahren Rechtswirkung. Eine Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann abstrakt weder in Gerichts-, noch in Verwaltungsverfahren herbeigeführt werden. Dennoch gilt, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine familienrechtliche Beziehung ist. Deshalb bedeutet die Feststellung ihrer Existenz die Feststellung einer Rechtsbeziehung und stellt nicht nur die Antwort auf eine Tatsachenfrage dar, die nur durch Beweisaufnahme gelöst werden könnte.

C. Verhältnis zur Ehe

Wie bereits erwähnt legt das EheFamG fest, dass die rechtsgültig eingegangene nichteheliche Lebensgemeinschaft für die nichtehelichen Partner dieselben vermögensrechtlichen Rechtsfolgen hat wie eine Eheschließung.

D. Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Das EheFamG regelt nur die vermögensrechtlichen Folgen, einschließlich des Unterhalts des unversorgten Partners und des Kindes des Partners.

I. Vermögensrechtliche Folgen

Für die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe und der anerkannten nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelten nach slowenischem Recht nicht nur die allgemeinen Regeln des Zivilrechts, sondern ein besonderes Rechtsregime (Art. 51-62 EheFamG). Die Bestimmungen des Gesetzes hinsichtlich des Vermögens zur gesamten Hand sind auch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft *ius cogens*. Die Privatautonomie der nichtehelichen Partner ist also hinsichtlich der Rechtswahl und der Wahl des Vermögensregimes eingeschränkt. Eine vertragliche Regelung der Vermögensbeziehungen der nichtehelichen Partner darf jedoch zurzeit den Bestimmungen des EheFamG widersprechen. Eine Familiengesetzrevision ist momentan in Vorbereitung, und sie wird wahrscheinlich den vertraglichen Ausschluss des obligatorischen Vermögens zur gesamten Hand ermöglichen.

1. Entstehung vermögensrechtlicher Folgen

Die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe entstehen mit Eheschließung und enden mit Scheidung, während dieselben vermögensrechtlichen Folgen bei der normierten nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht sofort mit dem Beginn der

Lebensgemeinschaft entstehen, sondern erst dann, wenn diese Lebensgemeinschaft längere Zeit fort dauert und im Sinne von Art. 12 EheFamG anerkannt ist. Vermögensrechtliche Konflikte über das Vermögen zur gesamten Hand, über die gemeinsamen Schulden, über das Privatvermögen, über die Rückgabe von Geschenken, usw. sind nur möglich, wenn es sich um eine rechtlich anerkannte nichteheliche Lebensgemeinschaft handelt.

Die Klageanträge können in diesen Fällen, außer für Unterhaltsstreitigkeiten, nach der Rechtsprechung auch rückwirkend gestellt werden, ab Beginn der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Hierfür ist wichtig, wann die Partner die Lebensgemeinschaft gegründet haben und was sie mit gemeinsamer Arbeit darin erwirtschaftet haben.

Theoretisch gilt, dass Rechtsfolgen entstehen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, was in der Praxis jedoch Probleme aufwirft. Bei einer tatsächlichen Lebensgemeinschaft ist es äußerst schwierig die Grenze zu ziehen, ab welchem Zeitpunkt die einzelnen Tatbestände erfüllt waren und ab wann genau die Lebensgemeinschaft damit rechtlich anzuerkennen ist, denn das Gesetz setzt keine Frist. Die Entscheidung auf Grund einer rechtlich verankerten Frist wäre ein reines Konstrukt und könnte in der Praxis zu unbilligen Härten führen.

2. Vermögen zur gesamten Hand

Das Vermögen zur gesamten Hand der Ehegatten und der Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist als familienrechtliches Rechtsinstitut eine besondere vermögensrechtliche Kategorie. Es ist die Gemeinschaft aller vermögensrechtlichen, also mit einem Geldwert bemessenen, Ansprüche, die beiden Partnern gemeinsam zu unteilbaren Anteilen gehören. Sofern der Gegenstand des Vermögens zur gesamten Hand ein Eigentumsrecht an einer Sache ist, tritt dieses als Eigentum zur gesamten Hand der nichtehelichen Partner beziehungsweise der Ehegatten auf. Das Eigentum zur gesamten Hand ist das Eigentum mehrerer Personen an einer unteilbaren Sache, wenn ihre Anteile nicht vorher festgelegt werden (Art. 72 Sachenrechtsgesetz (SRG)).¹³

Bei der Teilung des gemeinsamen Vermögens kann für einzelne Sachen kein Anteil festgestellt werden. Der jeweilige Gesamthandsanteil wird nur am gesamten Vermögen festgestellt. In der Praxis stellen die Parteien jedoch häufig den Antrag, dass der Anteil an einer konkreten Sache festgelegt wird, und die Gerichte lassen fälschlicherweise eine solche Feststellung zu. Die Feststellung des Anteils am Vermögen zur gesamten Hand gilt unbedingt für das gesamte mit Arbeit erworbene Vermögen, das bei der Feststellung übrig geblieben ist. Der Anteil der Ehegatten beziehungsweise der nichtehelichen Partner am gemeinsamen Vermögen kann nicht vom Anteil an einzelnen Sachen abwei-

¹³ Uradni list Republike Slovenije (Ur. l. RS), Nr. 87/2002.

chen, es sei denn, dass nur ein Teil und nicht die ganze Sache ins Vermögen zur gesamten Hand gehört.¹⁴

3. *Erwerb des Vermögens zur gesamten Hand in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*

Für das Entstehen des Vermögens zur gesamten Hand ist die erste Voraussetzung die Existenz der Ehe oder der rechtlich anerkannten nichtehelichen Lebensgemeinschaft, im Rahmen derer die Partner, jeder für sich oder mit gemeinsamer Arbeit, auf unmittelbare oder mittelbare Art Vermögen schaffen. Unmittelbar wird Vermögen geschaffen durch investierte Arbeit bzw. dadurch erworbene Vermögenswerte; mittelbar wird Vermögen geschaffen, wenn ein Partner nicht unmittelbar bei der Schaffung des Vermögens mitwirkt, sondern nur dem anderen den unmittelbaren Erwerb dadurch ermöglicht, dass er z.B. für den Haushalt, das Heim und die Kinder sorgt.

Das Vermögen zur gesamten Hand setzt sich zusammen aus dem Ergebnis einzelner Arbeitsanstrengungen und den Arbeitsbeiträgen der nichtehelichen Partner. Hauptquellen des Vermögenserwerbs sind: die Einnahmen aus einem Dienstverhältnis, das Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit, Invaliditätsgelder, Honorare, Renten und andere Monatseinkünfte. Auch die Einkünfte aus besonderen Arbeits- und Erwerbsmöglichkeiten der Partner gehören ins Vermögen zur gesamten Hand. Dasselbe gilt für Vermögensrechte aus einem Urheberrecht und geistigen Eigentumsrechten, sowie aus Rechten des gewerblichen Eigentums. Zum Vermögen zur gesamten Hand gehören auch die Erträge aus dem Vermögen zur gesamten Hand.¹⁵

Das Vermögen zur gesamten Hand kann unter den Voraussetzungen entstehen, die das RVG vorschreibt, d.h. auch bei der Vermischung des individuellen Eigentums mit dem Vermögen zur gesamten Hand, z.B. beim Bau auf einem fremden Grundstück.

Bei entgeltlichen Verträgen (Kauf-, Tausch-, Übergabeverträge, usw.) werden die erlangten Vermögenswerte dann Teil des Vermögens zur gesamten Hand, wenn sie mit Mitteln erworben werden, die aus der Arbeit der Partner oder dem Vermögen zur gesamten Hand stammen.

¹⁴ *Rijavec*, Primerjalnopravni prikaz urejanja premoženjskih razmerij izvenzakonskih partnerjev, S. 483 ff.

¹⁵ Dazu *Rijavec*, Premoženjskopravna razmerja zunajzakonskih partnerjev v pravi, v: Institucionalnovarstvo nekaterih človekovih pravic, predvsem s področja družinskih in socialnih razmerij s primerjalnopravnimi vidiki prava Evropske unije ter njenih članic, Inštituta za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 1998, 80, 86 ff.

Das auf Grund eines Übergabevertrags erworbene Vermögen ist Teil des Vermögens zur gesamten Hand beider Partner, auch wenn der Vertrag nur von einem geschlossen wurde.¹⁶

Das Vermögen zur gesamten Hand kann auch einvernehmlich auf vertraglicher Grundlage gegründet werden, wenn die Partner ihr bis dahin gesondertes Vermögen im Vermögen zur gesamten Hand vereinigen. Umgekehrt kann kein gültiger Vertrag geschlossen werden, der im Gegensatz zu den bindenden Vorschriften über die obligatorische Entstehung des Vermögens zur gesamten Hand stünde. Ungültig ist auch ein Vertrag, mit dem im Voraus die Höhe der Anteile am Vermögen zur gesamten Hand festgelegt würde oder mit dem der Ehegatte oder nicht eheliche Partner im Voraus auf seinen Anteil verzichten würde.

Die Anteile der nichtehelichen Partner am Vermögen zur gesamten Hand sind unbestimmt. Keiner der Partner kann mit Rechtsgeschäften unter Lebenden allein über seinen unbestimmten Anteil verfügen und ihn veräußern oder belasten (Art. 54 EheFamG). Das Gesetz legt ausdrücklich fest, dass die Rechte aus Liegenschaften, die Vermögen zur gesamten Hand sind, auf den Namen beider Ehegatten beziehungsweise nichtehelicher Partner als ihr Vermögen zur gesamten Hand zu unbestimmten Teilen ins Grundbuch einzutragen sind (Art. 55 EheFamG). Bei nichtehelichen Partnern kann es zum Kauf der Liegenschaft kommen, bevor die nichteheliche Lebensgemeinschaft anerkannt wird bzw. anerkennbar ist. Die Eintragung ins Grundbuch wird deshalb häufig auf den Namen eines der Partner erfolgen oder aber es wird Miteigentum begründet. Obwohl eine nichteheliche Lebensgemeinschaft existiert, bei der die Anerkennungsvoraussetzungen bereits erfüllt sind, wird die erworbene Liegenschaft dann nicht als Vermögen zur gesamten Hand ins Grundbuch eingetragen, sondern als Miteigentum, damit es keine Schwierigkeiten mit dem Nachweis der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gibt.

Auch sonst ist es beim Erwerb von Liegenschaften und bei Eintragungen ins Grundbuch fälschlicherweise üblich, dass die Ehegatten nicht als Eigentümer zur gesamten Hand eingetragen werden, obwohl offensichtlich ist, dass die Liegenschaft während der Ehe erworben wurde, aber keine Vermögensteilung durchgeführt wurde. Die Partner verlieren jedoch mit der Eintragung ins Grundbuch ihre Rechte aus dem Vermögen zur gesamten Hand nicht. Nach Art. 51 Abs. 2 EheFamG wird das Vermögen zur gesamten Hand im Zeitpunkt des Erwerbs beziehungsweise der Entstehung des Vermögens erworben. Damit erwirbt jeder nichteheliche Partner das Sachenrecht an diesem Vermögen im

¹⁶ Streitig; anderer Ansicht OGH SR Serbien, Rev. 87/79, vom 9.4.1979, vgl. hingegen OGHJ, Gž 58/6 vom 9.9.1964, PSPL, S. 46. Es gibt keine Zweifel, dass das Ergebnis das Vermögen zur gesamten Hand ist, wenn beide nichtehelichen Partner einen solchen Vertrag geschlossen haben.

Umfang seines Beitrags, auch wenn im Grundbuch nur einer als Eigentümer eingetragen ist.¹⁷

4. Verwaltung des Vermögens zur gesamten Hand und Verfügungsbefugnis

Die nichtehelichen Partner verwalten das Vermögen zur gesamten Hand gemeinsam und verfügen auch gemeinsam darüber. Sie können auch vereinbaren, dass nur einer von ihnen das Vermögen verwaltet und darüber verfügt, jedoch muss er dabei immer die Interessen des anderen berücksichtigen (Art. 52 Abs. 1 und 2 EheFamG).

Die Verwaltung wird üblicherweise von nur einem Partner übernommen, wenn dieser für solche Vorgänge kompetenter ist, dies aus sonstigen Gründen vernünftig und ökonomisch ist oder wenn der andere Partner aus objektiven Gründen an der Mitverwaltung gehindert ist (längere Abwesenheit, lang andauernde Krankheit, usw.). Wenn nichts anderes vereinbart wird, kann der Partner, dem die Verwaltung anvertraut wurde, im Rahmen der regelmäßigen Verwaltung auch über das Vermögen zur gesamten Hand zur Gänze oder über einen Teil davon verfügen.

5. Teilung des Vermögens zur gesamten Hand

Die Vorschriften über die Feststellung der Anteile am Vermögen zur gesamten Hand und über die Teilung des Vermögens zur gesamten Hand in normalerweise gleiche Teile kommen auch für das durch Arbeit im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erworbene Vermögen in Betracht.

Den gesetzlichen Anspruch auf Teilung des Vermögens zur gesamten Hand nach der Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder während ihrer Dauer bei Gericht haben zuvörderst beide nichteheliche Partner, daneben aber auch ihre Gläubiger wegen Verpflichtungen, für die der andere, nicht verpflichtete Partner nicht solidarisch haften muss, sowie die Erben des verstorbenen nichtehelichen Partners.

Die nichtehelichen Partner können die Teilung des bereits erworbenen Vermögens zur gesamten Hand einvernehmlich regeln. Später können sie dann nicht einseitig von dieser Vereinbarung zurücktreten. Für die Wertermittlung ist auf den Zeitpunkt der Beendigung der Lebensgemeinschaft abzustellen.¹⁸

¹⁷ OGH SRS, Pž 530/77 vom 27.7.1977, PSPL, S. 46.

¹⁸ OGH APV, Gž 960/55, PSPL, S. 53.

6. Besonderes Vermögen

Das Vermögen, das der nichteheliche Partner bei der Entstehung der Lebensgemeinschaft besitzt, bleibt seines. Sie oder er verfügt darüber selbständig (sog. besonderes Vermögen, Art. 51 Abs. 1 EheFamG).

Das besondere Vermögen eines Partners kann ebenso dasjenige Vermögen sein, das er innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erwirbt, jedoch nicht mit Arbeit beziehungsweise einer anderen anerkannten Grundlage für den Erwerb von Vermögen zur gesamten Hand. So gehören zum Beispiel ausgezahlte Beträge aus Versicherungsverträgen (wie z.B. Invaliditätsversicherung) zum besonderen Vermögen, ebenso wie der Zuwachs des besonderen Vermögens, das ohne Arbeit entstanden ist.¹⁹

Besonderes Vermögen sind auch unentgeltliche Errungenschaften der nichtehelichen Partner. Darunter fallen Geschenke im weiteren Sinne, also alle Vorteile mit einem Vermögenswert, die mit irgendeinem Rechtsgeschäft unentgeltlich geschaffen werden, zum Beispiel mit der Zession einer Forderung, durch Schuldverlass, durch Hilfe bei der Arbeit, durch kostenlose Wohnung, usw.

Die Rechtsprechung hat schon früh hinsichtlich Schenkungen bestimmte Leitlinien herausgearbeitet: Hat der Schenkende ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung angezeigt, für wen das Geschenk bestimmt ist, kommt das Geschenk nur dieser Person als besonderes Vermögen zu. Kommt eine solche Absicht des Schenkenden hingegen nicht zum Ausdruck, so kommt das Geschenk demjenigen zu, dem es der Natur nach dient; wenn der geschenkte Gegenstand beiden Partnern dienen kann, kommt er ihnen als Miteigentümern zu gleichen Teilen zu. Selbst wenn der Schenkende sein Geschenk ausdrücklich zur Schenkung ins Vermögen zur gesamten Hand bestimmt hat, so muss dennoch gelten, dass das Geschenk zu gleichen Teilen Miteigentum beider Partner geworden ist. Der Grund hierfür liegt in der imperativen Natur der Bestimmung über die Entstehung des Vermögens zur gesamten Hand.²⁰

In der Praxis sind freilich Abweichungen von der strengen Auslegung dieser Regel bekannt, so z.B. wenn mit dem Beitrag der Ehegatten durch Geld, persönlicher Arbeit oder investiertem besonderen Vermögen wiederum Vermögen entsteht, falls dieses zeitlich mit der Entstehung des Vermögens zur gesamten Hand übereinstimmt.²¹

¹⁹ *Kraljić*, Nekateri vidiki pravne ureditve premoženjskih razmerij med zakoncema, *Pravnik* 11-12/2001, S. 773.

²⁰ *Gams/Džurović* Bračno i porodično imovinsko pravo, Savremena administracija, Beograd 1985, S. 79; *Sudžum*, Imovinski odnosi bračnih drugova, Beograd 1982, S. 242.

²¹ OGH SRS, Pž 1167/78 vom 3.8.1979, PSPL, S. 46.

7. *Verwaltung und Verfügung über das besondere Vermögen*

Nach dem Prinzip der Gleichberechtigung gilt auch für die nichtehelichen Partner, dass jeder nichteheliche Partner sein besonderes Vermögen selbst verwaltet und darüber verfügt. Dabei können alle Arten von Rechtsgeschäften mit dritten Personen ohne Zustimmung des anderen Partners abgeschlossen werden. Die einzige Einschränkung liegt darin, dass auch für die nichtehelichen Partner, ebenso wie für Ehegatten, Art. 56 Abs. 2 EheFamG gilt, demzufolge die Partner für Verpflichtungen zur Deckung der Bedürfnisse der Familiengemeinschaft auch mit ihrem besonderen Vermögen haften.

Gegenstände aus dem besonderen Vermögen können von den nichtehelichen Partnern gegenseitig per Klage eingefordert werden, was im Zivilprozess zwischen (geschiedenen) Ehegatten und auch bei ehemaligen nichtehelichen Partnern tatsächlich ein verhältnismäßig häufiger Konfliktgegenstand ist.²²

II. Kindschaft

Die Vaterschaft von Kindern ist ebenso wie Unterhaltsansprüche der Kinder in keiner Weise rechtlich von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft beeinflusst. Hingegen sind Unterhaltsansprüche der Mutter außerhalb der Ehe an die Geburt des gemeinsamen Kindes gebunden. Die Vaterschaft muss auf die gesetzlich vorgeschriebene Art und Weise anerkannt oder gerichtlich festgestellt werden.

Nach der Novelle des EheFamG ist ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, für die minderjährigen Kinder seines nichtehelichen Partners im gemeinsamen Haushalt Unterhalt zu leisten, selbst wenn es nicht gemeinsame Kinder sind. Eine solche Verpflichtung besteht allerdings dann nicht, wenn der leibliche Partner oder der andere leibliche Elternteil fähig ist, Unterhalt für sie zu leisten.

In den letzten Jahren ist in Slowenien ein Anstieg der Zahlen der nichtehelichen Lebensgemeinschaften zu verzeichnen, sowohl im Sinne der primären, als auch im Sinne der sekundären Familien. Insbesondere im Rahmen der sekundären Familien (eines der Elternteile ist nicht der leibliche Elternteil des Kindes) ist deswegen ein entsprechender Kinderschutz einzurichten. Die Unterhaltspflicht für das Stiefkind endet mit der Volljährigkeit des Kindes (wenn es eine ordentliche Ausbildung macht, mit dem 26. Lebensjahr).

Kommt es zur Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, endet auch die Unterhaltspflicht für die Stiefkinder, außer wenn die Lebensgemeinschaft durch den Tod des leiblichen Elternteiles beendet wird. In diesem Fall ist der überlebende nichteheliche Partner verpflichtet, für das Kind seines verstor-

²² Nicht veröffentlichte Urteile, AG Maribor, Einheit Maribor IP 399/86, I 8147/86, IP 399/86.

benen Ehegatten oder nichtehelichen Partner Unterhalt zu leisten, wenn er zum Zeitpunkt des Todes des leiblichen Elternteiles mit dem Kind und dem Elternteil in einem gemeinsamen Haushalt lebte (Art. 127 EheFamG).²³

E. Unterhalt des Partners während und nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Auch für nichteheliche Lebensgemeinschaften gilt grundsätzlich eine Unterhaltspflicht für den unversorgten Partner. Bei der Festlegung des Unterhalts für den anderen Partner ist sein Bedarf jedoch nicht das einzige Kriterium. Zu berücksichtigen ist auch die Vermögensstellung des Unterhaltspflichtigen, was sich dann im Lebensstandard des Unterhaltsberechtigten widerspiegeln muss.²⁴ Eine Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist – wie bereits ausgeführt – die Lebensgemeinschaft der Partner, und somit die darin beinhaltet gegenseitige Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt zwischen den Partnern, die normalerweise als selbstverständlich empfunden wird. Insofern ist es nicht überraschend, dass sich hierzu keine Gerichtsentscheidungen zur Frage des Unterhalts während der Dauer der Lebensgemeinschaft finden. Hingegen sind seit 1985 Fälle bekannt, in denen die Frau nach Beendigung der Lebensgemeinschaft Unterhalt begehrt hat; allerdings sind solche Klagen noch selten.

Es kann angenommen werden, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Bewusstsein der Menschen eine besondere Stellung genießt, dass die Folgen im Bereich des Vermögens zur gesamten Hand und des besonderen Vermögens als selbstverständlich hingenommen werden, und dass man hinsichtlich des Unterhaltsrechts der Meinung ist, es gelte nur für geschiedene Ehegatten. Tatsächlich hat aber der nichteheliche Partner, der ohne eigenes Verschulden unversorgt ist (also keine Mittel zum Leben hat und ohne seine Schuld arbeitslos ist), einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch. Bei Ehegatten entscheidet das Gericht über den Unterhalt in der Regel mit dem Ehescheidungsurteil. Es kann auch später entscheiden, jedoch sind die Voraussetzungen für die Zuerkennung von Unterhalt bereits bei der Scheidung zu erfüllen. Diese Regelung kann jedoch nicht einfach auf nichteheliche Partner einer Lebensgemeinschaft übertragen werden. Probleme treten vor allem im Hinblick auf den Zeitraum auf, in dem auch nach Beendigung der Lebensgemeinschaft ein Unterhaltsanspruch geltend gemacht werden kann. Richtigerweise muss eine entsprechende Klage möglichst bald nach Beendigung der Lebensgemeinschaft erhoben werden. Die Bedingungen für die Zuerkennung des Unterhalts müssten bereits im Zeitpunkt der Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfüllt gewesen sein. Ferner kann das Gericht den Unterhaltsanspruch ablehnen, wenn die Pflicht zur

²³ Zupančič, Zunajzakonska skupnost in posvojitev, Pravna praksa, št. 24/1997, S. 21-22.

²⁴ OGH SRS, Rev. 37/73 vom 14.6.1973, PSPL, S. 23.

Unterhaltszahlung mit Blick auf die Ursachen, die zur Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft geführt haben, für den Unterhaltspflichtigen als ungerecht anzusehen wäre. Gleiches gilt, wenn der Berechtigte während des Verfahrens eine Straftat zu Lasten des Unterhaltspflichtigen oder des Kindes oder der Eltern des Unterhaltspflichtigen begangen hat (Art. 81a EheFamG).

Der Anspruch kann nicht rückwirkend geltend gemacht werden, sondern entsteht erst mit Antragstellung bzw. Klageerhebung. Jedoch kann auch der Zeitpunkt einer außergerichtlichen Antragstellung im Gerichtsverfahren berücksichtigt werden.²⁵ Die Partner können überdies eine gegenseitige Unterhaltsvereinbarung schließen.

Eine Vereinbarung, mit der die nichtehelichen Partner im Vorhinein grundsätzlich auf Unterhalt verzichten, ist ungültig. Hingegen ist ein Unterhaltsverzicht bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Form eines Notariatsakts möglich. Der vertragliche Verzicht auf Unterhalt vom jeweiligen ehemaligen Lebenspartner darf jedoch das Wohl der Kinder nicht gefährdet werden (Art. 81b EheFamG).

Nach Art. 83 EheFamG hat der geschiedene Ehegatte dann keinen Anspruch auf Unterhalt, wenn er Vermögen oder eigene Einkünfte erwirbt, mit denen er seinen Unterhalt bestreiten kann, oder wenn er eine neue Ehe schließt oder in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt. Da nach diesem Gesetz die nichteheliche Lebensgemeinschaft dieselben Rechtsfolgen wie die Ehe hat, gelten die Bestimmungen des Artikels 83 EheFamG auch für den Fall des Unterhalts nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Die Eingehung einer (rechtlich anerkannten) nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit einer dritten Person beendet die Unterhaltspflicht, nicht aber ein nur vorübergehendes intimes Verhältnis mit einem anderen Partner. Dahinter steht der Gedanke, dass lediglich eine eheähnliche Lebensgemeinschaft von längerer Dauer zur Befriedigung tatsächlich vorhandener Unterhaltsbedürfnisse führt und eine bloß vorübergehende Lebensgemeinschaft keine Unterhaltsansprüche begründet. Grundsätzlich kommt in diesen Fällen auch eine Verringerung des Unterhalts auf einen minimalen Betrag in Betracht, wenn er faktisch nicht benötigt wird. Sollten sich die Umstände später ändern, wäre eine Änderung der Gerichtsentscheidung zu beantragen (Art. 132 Abs. 5 EheFamG).

Wie erwähnt kann der Unterhaltsanspruch entfallen, wenn der unversorgte Ehegatte Vermögen erwirbt oder eine entgeltliche Beschäftigung findet. Wenn dieses erworbene Vermögen für den Unterhalt ausreicht, also vor allem, wenn es angemessene Einkünfte abwirft, erklärt das Gericht die Unterhaltspflicht für beendet. Für entgeltliche Beschäftigung gilt, dass sie dauerhaft sein muss, und dass der Verdienst ausreichen muss, um die notwendigsten Unterhaltsbedürfnisse zu decken.

²⁵ Beschluss des OGH SRS, Gz 39/56 vom 18.2.1956, PSPL, S. 23.

F. Ersatzansprüche bei Verletzung/Tötung des nichtehelichen Lebenspartners

Das Schuldgesetzbuch (SGB) legt in Art. 173 Abs. 1 fest, dass die Person, die vom Verstorbenen unterhalten oder regelmäßig unterstützt wurde, und die Person, die nach dem Gesetz das Recht hatte, von ihm Unterhalt zu fordern, Ersatz für den Schaden, den sie wegen des Unterhalts- beziehungsweise Unterstützungsverlusts erlitten haben, von dem dafür verantwortlichen Schädiger verlangen kann.

Obwohl im slowenischen Recht einige Zeit lang Zweifel daran bestanden, ob der tatsächlich gewährte Unterhalt für die Bemessung des Schadenersatzanspruchs ausreichend ist, hat sich diese Ansicht inzwischen sowohl in der Lehre als auch in der Praxis etabliert. Der Mindestunterhalt ist gesetzlich vorgeschrieben; wird Unterhalt aber tatsächlich in größerem Umfang gezahlt, so ist der tatsächliche Unterhalt maßgeblich. Den Schadenersatzanspruch für den entgangenen Unterhalt hat sogar der nichteheliche Partner, der die Bedingungen für die Anerkennung nach Art. 12 EheFamG nicht erfüllt (vgl. oben B.), wenn er nachweisen kann, dass der/die Verstorbene tatsächlich Unterhalt geleistet hat.²⁶

Akzeptiert man das Prinzip des tatsächlichen Unterhalts, tritt die schwierige Frage auf, für welchen Zeitraum der Schadenersatz für den Unterhaltsverlust zuzuerkennen ist, wenn nicht feststeht, wie lange der Unterhaltsleistende den Partner unterhalten wollte. Es ist also zu prüfen, ob aus den Lebensumständen des/der Verstorbenen hervorgeht, dass der Unterhalt nur befristet gezahlt werden sollte.

Bei Unterhaltsansprüchen stellt sich auch die Frage, auf welcher Grundlage der Unterhaltsverlust berechnet werden muss. In der rechtlich anerkannten nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist der Partner ebenso wie der Ehegatte verpflichtet, Unterhalt für den unversorgten Partner zu leisten, sofern ihm dies möglich ist. Der Schadenersatz ist deshalb hinsichtlich des Beitrags des Verstorbenen zur Lebensgemeinschaft und der Bedürfnisse der unterhaltenen Person zu berechnen. Hierbei sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltzahlenden zu berücksichtigen, insbesondere auch die Einkünfte, die er gehabt hätte, würde er noch leben. Einzubeziehen sind hierbei nicht nur Geldvorteile, sondern auch sonstige Vorteile des Unterhaltsempfängers, zum Beispiel die Arbeit des Unterhaltsleistenden in der Lebensgemeinschaft.

²⁶ OGH HR, Gz 493/53, 16.6.1952, Odvjetnik, 1957, S. 227.

G. Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft außerhalb des EheFamG

Das EheFamG regelt die Rechtsverhältnisse der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nur für seinen Anwendungsbereich, während es für andere Bereiche des Rechtsverkehrs jedem Gesetz gesondert überlassen bleibt, festzusetzen, ob und wenn ja, unter welchen Bedingungen dem nichtehelichen Partner bestimmte Rechte zuerkannt werden sollen.²⁷ Wie einzelne Gesetze die Rechtsverhältnisse in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft berücksichtigt haben, soll aus den folgenden Beispielen hervorgehen:

(1) Das Erbgesetz (ErbG)²⁸ legt analog zur Stellung der Ehegatten fest, dass sich auch ein Mann und eine Frau, die Partner einer längere Zeit dauernden Lebensgemeinschaft waren und keine Ehe geschlossen hatten, gegenseitig beerben, vorausgesetzt, dass keine Gründe vorlagen, aus denen eine Ehe zwischen ihnen ungültig gewesen wäre (Art. 10 Abs. 2). Das bedeutet, dass der nichteheliche Partner auf der Grundlage dieses Erbgesetzes im ersten und zweiten Erbrang vom Erblasser erbt. Erbt er im ersten Erbrang, erbt er zusammen mit den Nachkommen des Erblassers (den natürlichen und adoptierten) zu gleichen Teilen (vgl. Art. 11 ErbG). Erbt er aber im zweiten Rang (wenn der Erblasser keine Nachkommen hatte), erhält er in der Regel die Hälfte des Nachlasses, und die andere Hälfte erhalten die Eltern des Erblassers oder ihre Nachkommen nach dem Repräsentationsprinzip (vgl. Art. 14 und 15 ErbG).

(2) Das Sozialschutzgesetz (SSG)²⁹ legt in Art. 26 fest, dass eine Person Ansprüche geltend machen kann, wenn sie mindestens ein Jahr in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (die nach dem EheFamG in den Rechtsfolgen mit der Ehe gleichgestellt wird) lebt.

(3) Der Antrag auf Begnadigung nach dem Begnadigungsgesetz (BegG)³⁰ kann von einer Person gestellt werden, mit welcher der Verurteilte in einer Lebensgemeinschaft lebt, beziehungsweise gelebt hat (Art. 6 BegG).

(4) Das Elternschutz- und Familieneinkommengesetz (ESFG)³¹ erkennt als nichtehelichen Partner die Person an, die mindestens ein Jahr mit einer Person in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt, welche nach dem EheFamG in den Rechtsfolgen der Ehe gleichgestellt wird (Art. 3 Punkt 11 ESFG).

²⁷ *Kraljić, Consequences Deriving from Cohabitation – Relations between Partners and between Parents and Children, v: Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Oxford/New York 2003, S. 354.*

²⁸ Bek. in Ur. I. SRS, Nr. 15/76; 23/78; RS 17/91; 13/94; 40/94; 82/94; 117/2000; 67/2001; 83/2001.

²⁹ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 54/92; 56/92; 13/93; 42/94; 1/99; 41/99; 36/2000; 54/2000; 26/2001; 6/2002.

³⁰ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 45/95.

³¹ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 97/2001; 7/2002; 11/2003; 76/2003.

(5) Das Renten- und Invaliditätsversicherungsgesetz (RIVG)³² legt fest, dass die Person, die in den letzten drei Jahren vor dem Tod des Versicherten mit dem Versicherten in einer anerkehbaren nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebte, oder die mit dem Toten im letzten Jahr vor seinem Tod in einer solchen Lebensgemeinschaft gelebt hat und mit ihm irgendwann ein gemeinsames Kind gehabt hat, Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente hat (Art. 114 RIVG).

(6) Der nichteheliche Partner hat nach dem Schuldgesetz (SG)³³ im Todesfall oder im Fall der schweren geistigen Behinderung des Partners einen Anspruch auf Schadenersatz für erlittene seelische Schmerzen, wenn zwischen ihm und dem Verstorbenen beziehungsweise dem Behinderten eine dauerhafte nichteheliche Lebensgemeinschaft bestand (Art. 180 SG).

(7) Das Strafverfahrensgesetz (SVG)³⁴ legt fest, dass die Person, mit welcher der Beschuldigte in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebt, von der Aussagepflicht befreit werden kann (Art. 236 Abs. 1 Punkt 1 SVG).

(8) Das Einkommensteuergesetz (EStG)³⁵ wertet die Person als unterhaltenes Familienmitglied, die im gesamten Jahr, für das die Einkommensteuer bemessen wird, mit dem Versicherten in einer Lebensgemeinschaft gelebt hat, wenn diese keine eigenen Mittel zum Leben hat oder die Mittel dieser Person geringer sind als die Höhe der besonderen Steuererleichterung (Art. 11 alinea 2 EStG).

(9) Die ZPO legt in Art. 233 Abs. 1 fest, dass ein Zeuge die Beantwortung einzelner Fragen ablehnen kann, wenn er dafür schwerwiegende Gründe hat. Solch ein Grund kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Zeuge mit seiner Antwort eine Person belasten würde, mit der er in einer längere Zeit dauernden nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt.

(10) Das Gesetz über die Behandlung von Unfruchtbarkeit und die Befruchtungsverfahren mit biomedizinischer Hilfe (UBBVG)³⁶ legt fest, dass zu Befruchtungsverfahren und biomedizinischer Hilfe ein Mann und eine Frau berechtigt sind, die zusammen in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben (Art. 5 UBBVG).

(11) Als engeres Familienmitglied gilt nach dem Wohngesetz (WG-I)³⁷ auch die Person, mit welcher der Eigentümer in einer den Vorschriften über die Ehe und die Familienbeziehungen entsprechenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt (Art. 11 Abs. 1 WG-I).

³² Bek. in Ur. I. RS, Nr. 56/92; 13/93; 43/93; 67/93; 5/94; 67/94; 7/96; 1/97; 29/97; 7/98; 54/98; 65/2002.

³³ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 83/2001.

³⁴ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 63/94; 70/94; 25/96; 36/96; 5/98; 49/98; 72/98; 6/99; 66/2000; 111/2001; 32/2002; 44/2003; 56/2003.

³⁵ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 71/93; 2/94; 1/95; 2/95; 7/95; 11/95; 11/96; 14/96; 18/96; 44/96; 68/96; 10/97; 87/98; 11/99; 36/99; 15/2000; 13/2001; 19/2002; 19/2003.

³⁶ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 70/2000.

³⁷ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 69/2003.

(12) Ein Veräußerungs- oder Belastungsverbot kann nur ins Grundbuch eingetragen werden, wenn es die nichtehelichen Partnern vereinbart habe. Dann ist es auch gegen dritte Personen wirksam (Art. 38 Abs. 4 Sachenrechtsgesetzbuch (SRG)³⁸).

(13) Als engeres Familienmitglied gilt nach dem Gesetz über die Strafvollstreckung (SVollstrG)³⁹ derjenige, mit der die Person, gegen welche die Strafe vollstreckt wird, in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt (Abs. 10 alinea 3 SVollstrG).

(14) Beim Tod einer Person hat der Partner, der in den letzten beiden Jahren mit ihr in einer den Vorschriften des EheFamG entsprechenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelebt hat, das Recht auf bezahlte Abwesenheit von der Arbeit für einen Arbeitstag (Art. 167 Gesetz über die Arbeitsbeziehungen (ArbG)⁴⁰).

H. Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter Lebenden

So wie die nichteheliche Lebensgemeinschaft auf formlose Art und Weise entsteht, so endet sie auch. Zur Beendigung kann es kommen auf Grund:

- der Vereinbarung zwischen den Partnern;
- der Entscheidung eines der Partner;
- des Todes eines Partners.

In Slowenien leben viele Menschen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Da diese ohne das Zutun einer Staatsbehörde entstehen, können keine konkreten Zahlen benannt werden. Kommt es zur Beendigung der Lebensgemeinschaft (meistens handelt es sich um die Beendigung durch die Entscheidung eines der Partner), ist keine staatliche Handlung nötig. Die Partner können die trennungsbedingten Fragen selbst lösen, was insbesondere dann der Regelfall ist, wenn sie keine gemeinsamen Kinder haben. Meistens ist die einzige Folge, die für die Partner bei der Beendigung eintritt, an das gemeinsame Vermögen gebunden. Häufig sind sich die Partner, insbesondere bei einer kürzeren nichtehelichen Lebensgemeinschaft, des rechtlichen Rahmens, der für ihre Gemeinschaft Anwendung fand, überhaupt nicht bewusst. Das Vermögen, das während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft entstanden ist, wird immer noch getrennt behandelt, so als wäre es ihr besonderes Vermögen. Deshalb gibt es in der Praxis bei der Beendigung hinsichtlich des gemeinsamen Vermögens nicht viele Schwierigkeiten, da die Partner dessen Teilung selbst vereinbaren.

Handelt es sich aber um langfristige nichteheliche Lebensgemeinschaften und um Lebensgemeinschaften, in denen Kinder geboren werden, so kommt es

³⁸ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 87/2002.

³⁹ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 22/2000.

⁴⁰ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 42/2002.

bei der Beendigung auch zu Gerichtsverfahren, in den Fragen der Teilung des gemeinsamen Vermögens und vor allem Fragen hinsichtlich der Regelung der künftigen Beziehungen zwischen den Eltern und den Kindern beantwortet werden müssen.

Die Novelle von 2001 brachte die Neuerung, dass Entscheidungen über die Kindessorge, etc. von den Zentren für Sozialarbeit auf die Gerichte übertragen wurden. Grund hierfür waren Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Zuständigkeit der Zentren für Sozialarbeit, die nur für Kinder aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften bestand, wohingegen die Zuständigkeit für Kinder aus Ehen bei den Gerichten lag. Die Novelle von 2001 hat – mit den Gerichten – eine einheitliche Institution bestimmt, welche jetzt über die Zuteilung der Kinder im Falle der Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft entscheidet.

Die Novelle des EheFamG von 2004 ging noch einen Schritt weiter und hat auch die Entscheidung über den persönlichen Umgang gänzlich auf die Gerichte übertragen. Treffen die Partner selbst eine Vereinbarung über die Obhut, die Erziehung und den Unterhalt der Kinder, sowie den persönlichen Umgang mit ihnen, ist es nicht nötig, sich an das Gericht zu wenden.

Die Möglichkeit des formlosen Beginns und vor allem der formlosen Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erlaubt den Partnern ein großes Maß an Freiheit in ihrer Beziehung, insbesondere dann, wenn die Lebenspartner in der Lage sind, sich zu einigen und auf diese Weise den Eingriff des Staats in ihre Beziehungen vollkommen auszuschließen.

I. Internationales Privatrecht

Das Gesetz über das Internationale Privatrecht und das Verfahren (IPR-Gesetz)⁴¹ legt fest, dass für die Vermögensbeziehungen zwischen Personen, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, primär das *lex nationalis* gilt und nur sekundär ihr *lex domicilii*. Für die Vertragsbeziehungen zwischen Personen, die in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, ist das Recht anzuwenden, das bei der Vertragsschluss für ihre Vermögensbeziehungen gilt (Art. 41 IPR-Gesetz).

J. Bewertung und Ausblick

Aufschlussreiche Daten zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Slowenien sind nicht bekannt. Ein Indikator könnten die Geburtenzahlen von Kindern in nichtehelichen Lebensgemeinschaften sein, ein anderer die Zahl der Gerichtsverfahren. So kann angeführt werden, dass die Zahl der nichtehelich geborenen

⁴¹ Bek. in Ur. I. RS, Nr. 56/99.

Kinder mit den Jahren merklich angestiegen ist. So waren es 1980 13,1% aller Kinder, 1991 26,4%, 1997 32,7%, 2002 40,2% und 2003 bereits 42,5%. Die Zahl der in nichtehelichen Lebensgemeinschaften geborenen Kinder ist also seit 1980 um 350% gestiegen und das Ende dieses Anstiegs ist wohl noch nicht erreicht. Es steht zu erwarten, dass bald die Hälfte aller Kinder nicht in einer Ehe geboren wird.

Die Rechtsbeziehungen der nichtehelichen Partner sind nach Ansicht der Verfasser in Slowenien sehr gut geregelt, da sie in praktisch allen wichtigen Rechtsgebieten den Ehegatten gleichgestellt sind, wenn die entsprechenden Voraussetzungen zur Entstehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach dem EheFamG erfüllt sind.

Weshalb entscheiden sich die Menschen in Slowenien für die nichteheliche Lebensgemeinschaft und nicht für die Ehe? Die Gründe sind vielfältig: der formlose Beginn und das Ende; das Gefühl der „größeren Freiheit“ im Vergleich zum „Ehejoch“; schlechte Erfahrungen mit der Ehe, entweder selbst oder durch die Eltern oder durch Bekannte; bestimmte Vorteile, die man gegenüber Ehepaaren hat (einige nichteheliche Partner leben „amtlich“ in keiner nichtehelichen Lebensgemeinschaft, obwohl sie alle Voraussetzungen für eine gültige nichteheliche Lebensgemeinschaft erfüllen, da ihr „amtlich“ nicht gemeinsames Leben die Grundlage für gewisse Vorteile ist, die sie aufgrund ihres „Getrenntlebens“ haben (z.B. steuerliche Vergünstigungen, niedrigere Kindergartengebühr, höheres Kindergeld, etc.). Einige Partner sehen die nichteheliche Lebensgemeinschaft auch als Vorphase zur Ehe.

So kann für die kommenden Jahre noch ein zusätzlicher Anstieg der Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften und der nichtehelich geborenen Kinder prognostiziert werden, da diese Lebensgemeinschaften und Kinder aus diesen Beziehungen in den Augen der Menschen (zumindest der Mehrheit) in Slowenien nicht mehr als anstößig empfunden werden.

Gleiches kann aber nicht von den Lebensgemeinschaften gleichgeschlechtlicher Partner gesagt werden. Der erste Versuch einer rechtlichen Regelung dieser Beziehungen scheiterte 1997. Diese Lebensgemeinschaften sind in den Augen und dem Bewusstsein der Leute immer noch etwas Schändliches, Unnormales, Ungewöhnliches – leider auch in den Augen so mancher Juristen. Solche Lebensgemeinschaften gibt es, ungeachtet dessen, natürlich auch in Slowenien, weshalb es nötig ist, diesen Lebensgemeinschaften in bestimmtem Umfang juristischen Schutz zu gewähren.

Abkürzungsverzeichnis

ArbG	Arbeitsbeziehungengesetz
BegG	Begnadigungsgesetz
EheFamG	Gesetz über die Ehe und Familienbeziehungen
ErbG	Erbgesetz
ESFG	Elternschutz- und Familieneinkommengesetz
EStG	Einkommenssteuergesetz
IPR-Gesetz	Gesetz über Internationale Privatrecht und das Verfahren
OGH	Oberste Gerichtshof
OGHJ	Oberste Gerichtshof von Jugoslawien
OGH APV	Oberste Gerichtshof von Vojvodina
OGH SRS	Oberste Gerichtshof von Slowenien
OGH SR	Oberste Gerichtshof von Serbien
RIVG	Renten- und Invaliditätsversicherungsgesetz
RS	Republik Slowenien
SG	Schuldgesetz
SRG	Sachenrechtsgesetz
SSG	Socialschutzgesetz
SVG	Strafverfahrensgesetz
SVollstrG	Strafvollstreckungsgesetz
Ur. I. RS	Uradni list Republike Slovenije
Ur. I. SRS	Uradni list Socialistične republike Slovenije
WG	Wohngesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

Legal Status of Cohabitants in Croatia

DUBRAVKA HRABAR

- A. Structure and Historical Development
 - I. Heterosexual Union
 - II. Homosexual Partners
- B. Marriage and Cohabitation
 - I. Legal grounds
 - II. No transition of status to marriage
 - III. Competition with marriage
 - IV. Social parameters
 - V. Socio-legal background of the non-marital union
- C. Commencement of Cohabitation
- D. Legal Effects of Cohabitation
 - I. Relations to other persons
- II. Property regime
- III. Right of representation
- IV. Maintenance
- V. Compensation claims
- VI. Real estate
- VII. Children
- VIII. Other legal fields
- IX. Special bodies for family law matters
- E. Dissolution of Cohabitation
- F. Conflict of Laws
- G. Prospects of the Non marital Union

A. Structure and Historical Development

I. Heterosexual Union

The regulation of cohabitation in Croatia dates from 1978, and it can be shown that, in comparison to legislation elsewhere in Europe, it has been incisive in establishing some legal effects for cohabitants.

Motives may be traced in the then ruling political ideology, being partly¹ under the Soviet legal influence, but nevertheless informed by the liberal thinking of the period.

The shift towards rendering legal protection to cohabitants, commencing before Croatia's independence from Yugoslavia in 1990, is in part a result of the situation of disadvantaged peasant women in the 1950's who, due to their economic difficulties, demanded court protection after the breakdown of non-marital unions and compensation for their contributions to a shared life, namely the division of property acquired during non-marital unions, maintenance etc. Often enough, unprotected women were taken advantage of. Subsequently,

¹ This was not the case with e.g. marital law which after World War II (The Fundamental Act on Marriage, 1946) remained under the direct influence of the Swiss Civil Code (1907); *cf. Korać*, in: Alinčić/Bakarić-Abramović/Hrabar/Jakovac-Lozić/Korać, *Obiteljsko pravo* (Family Law), Zagreb 2001, p. 103.

court practice changed. In 1954, the then Supreme Court of Yugoslavia set out the Guidelines for the Mode of Settlement of Non marital Disputes.

In 1978, Croatia, still a part of Yugoslavia, introduced the *Marriage and Family Relations Act* (hereinafter: MFRA)² under which maintenance and the division of property acquired through joint efforts during a non-marital union were regulated in the same manner as for spouses. Consequently, at that time – albeit with limited effects – the legal scope of the non-marital union especially and only in the family law area moved closer to the provisions for marriage.

It is worth noting, that since 1946 family law has evolved beyond the context of civil law and seen the introduction of specific acts (legislation) and family law principles. The advantages of specific provisions are perceptible in various relations governed by civil law, but particularly in intimate emotional relations that characterize the instances of family law institutes.

Since 1990, following the adoption of the Constitution³ and the independence of the Republic of Croatia, the regulation of non-marital unions has been on the legislative agenda:

Marriage, marital relations and non-marital unions are governed by law. (Art. 61)

This provision has made the regulation of the rights and obligations of a man and woman joined in a specific life union significant for different legal fields. However, the provision has left it to the discretion of the law-maker to define these relations, possibly at variance with marriage and marriage relations. As will be discussed below, there is no consistent concept of the non-marital union.

Turning back to family law regulation of non-marital unions during the last quarter of the last century, it may be observed that grounds and conditions were narrowly though more precisely as whether a man and woman's union should be treated as a non-marital union establishing family law effects.

For a better understanding of the historical background, it should be noted that according to the MFRA the recognition of a non-marital cohabitation required its *extended duration*. If this was given, legal consequences (following a court's decision) covered the obligation of mutual maintenance on dissolution, and a division of property (acquired during the non-marital union) according to the respective contributions of the parties. In practice courts assume *extended duration* for unions existing at least five years.⁴

² The Act was changed in 1988; Narodne novine (Official Gazette), no. 45/1989.

³ Passed in 1990 and amended in 2001; Narodne novine, no. 41/2001.

⁴ Supreme Court –VSH, Rev-648/87 (14. 5. 1987), whereas legal theory suggested that the period of five years should be shortened, especially if there are children; cf. Hrabar, in: Alinčić/Bakarić-Abramović/Belajec/Hrabar/Korać, Komentar Obiteljskog zakona (Commentary to the Family Act), Zagreb, 2002, p. 109.

II. Homosexual Partners

In Croatia, homosexuals enjoyed no advantages or legal protection until 2003. The Croatian Parliament (*Sabor*) decided to introduce the first Act on Same-Sex Unions (hereinafter: ZIZ)⁵ which came into force on 22 July 2003. The enactment of the ZIZ was furthered by pressure from various same-sex associations, but also profited from the support and liberal attitude of the dominant Social Democratic Party. As will be seen hereinafter, the legal effects are limited and do not provide as many rights as the homosexuals had hoped for.

Comparing the rights (and obligations) of heterosexual cohabitants to those of homosexual partners,⁶ we find that while family law effects are identical, the prerequisites for the recognition of such unions are more rigorous.

As non-marital unions are to be discussed below, only basic prerequisites set out by the ZIZ for the recognition of a same-sex union as well as the family law effect of such a union, will be shown here.

The same-sex union is regarded as a union entered into by two adult⁷ persons of the same sex (called partners) who are not deprived of legal capacity and who are not close relatives (Art. 3).⁸ These requirements cannot be waived. The prerequisites are restrictive in respect to the non-marital union; none of them exist for heterosexual cohabitants. As in marriage, the same-sex union is based on the principle of monogamy, thus its recognition demands that neither of the two is married or living in a non-marital or other same-sex union (Art. 1). As opposed to the situation for heterosexual persons, parallel non-marital or same-sex union may cancel legal effects guaranteed by the ZIZ, the problem being that there are no formal requirements for the formation of non-marital and same-sex unions. Subsequently, proof of evasion of mutual maintenance or property division can be established only by court proceedings.

The homosexual union can, provided it is validly established of course, produce legal effects if it has lasted for at least three years. As with heterosexual unions, partners are entitled to claim maintenance only after breakdown of the union (Art. 6).

Art. 2 of the Act defines the grounds and conditions for the recognition of such a union, such as equality of partners, mutual respect and assistance, and commitment. It would seem that the legislator has aimed to comply the requirement of an emotional relationship, dealing with the essence of the relation, while insufficiently safeguarding against adverse interpretation of the

⁵ Zakon o istospolnim zajednicama, Narodne novine, no. 116/2003.

⁶ There is a difference in terms too. According to the Croatian language, persons living in a non-marital union are called non-marital spouses while homosexuals are partners.

⁷ Of age, i.e. 18 years at least.

⁸ i.e. persons not of lineal consanguinity – parents or grandparents and children/grandchildren, siblings and half brothers and sisters, aunts, uncles and nephews, and relatives within the fourth degree of kinship.

provisions, since Art. 2 may be interpreted *argumento a contrario*, that there is no same-sex union if inequality, subordination, insult, exploitation etc. exist.

Legal effects in family law are based on the same principles as for non-marital unions. But contrary to non-marital unions, as will be discussed below, homosexual unions do not generate any particular legal effects outside family law. Rights deriving from other relations (such as inheritance) should be interpreted without regard to sexual orientation.

It is worth noting that there is no system of registration for same-sex unions; there is no court practice and due to the comparatively traditional societal context, no court procedures can be expected after three years, although the Act on Civil Procedure should provide for the exclusion of the public, to protect the right of the parties concerned to privacy and sexual orientation.

The constitutional grounds for the legal regulation of homosexual unions remain a much debated issue, as the provision concerning equality before the law (in regard to sex and other characteristics, Art. 14 of the Croatian Constitution) makes no mention of sexual orientation. Moreover, some commentators argue that Art. 61 of the Constitution (on marriage and non-marital unions) does not imply a legislative imperative to regulate homosexual unions.

The *Act on Gender Equality*⁹ on the other hand prohibits in Art. 6 sec. 2 any discrimination based on marital or family status or sexual orientation. Obviously, the intention is to protect same-sex oriented persons against discrimination in every respect.

B. Marriage and Cohabitation

As mentioned above, a man and woman, when they decide to live together, form a non-marital union with no obligation or possibility of registering. Whether their union constitutes a “legal” non-marital union, will be determined in civil law proceedings related to maintenance or property issues.

I. Legal grounds

The provision governing the definition of the non-marital union (Art. 3 *Family Act*, hereinafter: FA)¹⁰ is the starting point, regardless of other provisions on marriage.

Art. 3 FA: The provisions of this Act concerning the consequences of a non-marital union are applicable to the life union of an unmarried woman and an unmarried man of at least three years' standing or less where there is a child.

⁹ Zakon o ravnopravnosti spolova, Narodne novine, no. 116/2003.

¹⁰ The FA, passed in July 2003, Narodne novine, no. 116/2003, was revised by Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona (Act on the Amendments to the Family Act), Narodne novine, no. 17/2004. Inter alia the definition of the non-marital union was changed.

This fundamental provision governs the prerequisites according to which the life union of heterosexual partners will be considered a non-marital union, indicating its legal effects within family law.

II. No transition of status to marriage

Since the non-marital union is not a formal union, there is no provision for the transition of status from non-marital to marital. If a man and a woman live together (which is not unusual) for at least three years (according to the FA) and get married afterwards, the period of pre-marital cohabitation will be considered as three-year non-marital union (less where there are children). If the required duration was not achieved, the relationship will be judged according to civil law as a partnership.

III. Competition with marriage

The legal approach to the non-marital union presents no threat to marriage, because of its restricted family law effects. As will be discussed below, effects merely concern maintenance and acquisition and division of property. Many family law incidents are more favourable to spouses than to partners. For instance, partners may not jointly adopt a child.

IV. Social parameters

Since the non-marital union is not a formal life union, there are no data on its frequency, establishment, dissolution or duration.

Figures on the decrease in numbers of marriages and the increase of children born out of wedlock suggest that the ratio of non-marital unions is growing. Evidently, the nuptial rate in Croatia is dropping and the non-marital birth rate is rising (per decade).

Demographers find that traditional families, i.e. married couples with children, prevail in Croatia: in 1991 they made up 63.8% of the total number of families.¹¹ Data on single mothers with children (10.3%¹²) suggest that non-marital unions do not constitute a lasting form in a man's or woman's life. The decrease of registered marriages and the presumable increase of non-marital unions are probably a result of shifting value concepts relating to marriage.¹³

¹¹ Cf. *Akrap/Živić*, Demografske odrednice i obilježja obiteljske strukture stanovništva Hrvatske, Društvena istraživanja, *Obitelj i brak*, 10, 2001, 54-55, p. 643.

¹² *Akrap/Živić* (note 11) 643.

¹³ *Akrap/Živić* (note 11) 646.

Nuptial Rate and Non marital Live Births, 1970-2001

	Marriages per 1000 inhabitants	Non marital live births per 1000 live births
1970	8.5	54.1
1975	8.1	48.7
1980	7.3	50.9
1985	6.6	59.8
1990	5.8	69.9
1995	5.1	75.2
2000	5.0	89.9
2001	5.0	102.2. ¹⁴

Furthermore, the frequency of pre-marital unions, especially amongst young people may indicate that such unions are regarded as a test of the partners' compatibility prior to a legalization (particularly in the case of pregnancy), for which various formal requirements must be met.

V. Socio-legal background of the non-marital union

Looking back, statutory regulation of the non-marital union paved a way for change fairly early. For several decades partners enjoyed restricted legal protection, realized in court proceedings concerning maintenance, if only after breakdown. Initially (from 1978 to 1998), partners could acquire and divide their common property according to their shares in the acquisition of property. Under the FA of 1998 (the maintenance provisions did not change) partners acquire an interest in property in the same manner spouses do, but as a novelty they may regulate their property relations by contract.

In the last three decades legal activity has brought only minor improvements (in respect to definition and specification of duration), without evidence of a move towards possible and stronger family law effects or an approximation to the institute of marriage. Inheritance law is the exception, as will be discussed below.

The changes hitherto brought about by the enactment of the FA in 2003 represent substantial advances in statutory regulation. In order to ensure uniform court practice and equal legal protection for partners, legislators have made the duration of cohabitation for specified periods of time a prerequisite for its recognition. Contrary to earlier legislation (MFRA), the non-marital union can be established only by two unmarried persons. This restriction is an affirmation of the principle of monogamy. Moreover, it takes into account the necessity of better protection of maintained persons, ensuring that maintenance awards are not split between, for instance, a spouse, a partner, and children.

¹⁴ Statistički ljetopis Republike Hrvatske 2002 (Statistical Yearbook of the Republic of Croatia 2002), Central Bureau of Statistics, Zagreb 2001, p. 110.

Neither constructive or imputed notice nor ignorance of the marital status of the other partner is relevant to the appraisal of the legality of the non-marital union.

C. Commencement of Cohabitation

There is no formal act acknowledging or establishing non-marital union cohabitation. There is no legal obligation to register, nor is it possible to do so. People who want to live together simply do, without regard to legal consequences. As noted above, in order to benefit from family law provisions, couples must have cohabitated for at least three years, less if there is a joint child.

It is up to the courts to decide whether legal requirements are met. Since there is no formal registration, it may be difficult to ascertain when the non-marital union began, how long it lasted and whether it had the quality of a life union. The latter is closely bound to the need for evidence of the *animus* (which might have been rather less long-lived than three years), i.e. the commitment to a shared life in all respects characteristic of an intimate, close relationship between a man and woman.

Prerequisites are *ius cogens* and refer exclusively to heterosexual partners, neither of whom is married to a third person. Thus, a free marital status is the legal requirement, regardless of the “quality” of the life shared and the mutual commitment of the partners. Whether a person is free or not may become an issue under the provisions of the FA relevant to marriage dissolution.¹⁵ Legal effects of Croatian family law therefore extend to non-marital unions only insofar as they are so-called free unions. Should entry into marriage be invalid¹⁶ for reasons other than an existing marriage, a man and woman remain free to enter into a non-marital union, i.e. they may expect family law protection regarding particular rights. If for instance a girl of 15 enters into a non-marital union with her cousin – two reasons precluding a valid marriage – the couple will be regarded as non-marital partners.

The other impediment concerns the duration of the union. For legal effects are acknowledged only if the union lasted for at least three years, less where there is a child. For the first time, regulation of the non-marital union has been

¹⁵ These are, according to Art. 34, a spouse’s death (a marriage ends on the day of death), a declaration of death of a missing spouse (a marriage ends on the day which the court has established as the day of death) and dissolution and divorce (a marriage ends on the day of the final judgement).

¹⁶ The FA lists as impediments: minority (Art. 26), deprivation of legal capacity and incapability of forming own opinion (Art. 27), consanguinity and adoption (Art. 28) and an existing marriage (Art. 29). A court dispensation may be obtained under certain circumstances by minors over 16 and in cases of full deprivation of legal capacity.

bound to a fixed period of time.¹⁷ Legal certainty is thus secured. The fact that a joint child is born may further substantiate the existence of such a union, but does not exclude situations where pregnancy is the outcome of a sexual relationship not representing a life union. In this case other provisions in regard to establishing paternity (by acknowledgment or court decision) may be applicable.

In practice it is often difficult to establish the commencement and the cessation of a union, because of its informal character. Proof of its existence and duration is a point to be satisfied in court proceedings whenever a partner is seeking legal protection of his or her right of maintenance or property.

But it seems quite logical, and this is recognized by family law theory, that such unions are completely informal. There is no official register or obligatory provision for a notarial statement of either the beginning or the end. The legislator has refrained from passing laws on its formality as it has been done in the case of marriage.

D. Legal Effects of Cohabitation

While being well aware of the restricted legal effects of non-marital union, the legislator evidently did not want to move closer to the provisions for marriage, to equate the position of married and unmarried partners. There seemed little point in regulating two substantially identical life unions in the same manner, differentiating only in terms of their commencement or cessation. Entry into marriage is a very simple procedure. It costs merely about 50 Euros and is possible soon after registration.¹⁸

Legal effects guaranteed by family law basically remain restricted to the protection of material interests (i.e. support and property). In its broader sense, therefore, marriage is the legal institute that gives more legal certainty.¹⁹

I. Relations to other persons

A non-marital union does not create kinship between the partners and the relatives of the other or a steprelationship with the partner's children. The union establishes no duties or obligations in this respect.

¹⁷ Until 2003 duration was defined as an "extended period", which was determined by court practice differently, depending on "the degree of intimacy" that corresponds to conjugal relations (The Supreme Court's judgement, VS RH, Rev. 1498/1991 of 10/10/1991). Another Supreme Court's judgement (VSH, Rev-648/87 of 5/14/1987) decided that an extended period was five years.

¹⁸ The rule, acc. to Art. 13 sec. 2 FA, being between 30 and 45 days, save for exemptions.

¹⁹ Cf. *Korać* (note 1) 445.

II. Property regime

Legislation concerning property is governed by one provision that extends to all rules also applying to spouses, namely that the decision to be bound by statutory or contractual regime is a matter of choice.

The statutes provide that during cohabitation the respective partners hold their own property while possibly acquiring mutual entitlements. Acquired rights in property concern assets that partners have acquired during cohabitation or that derive from such assets. They share equally any assets acquired during their union, unless they have agreed otherwise. Under this provision winnings are assets. However, property that a partner held at the inception of cohabitation remains his or her own personal property. Also exempt is property acquired during cohabitation in legal contexts other than income earned (i.e. inheritance, gifts). Thus, the author's work would be personal property, while financial benefits deriving from copyright and related rights acquired during a union are subject to division.

Partners may, in written and authenticated form, set up their own specific agreements on property relations, without limitation.²⁰ Settlements of this kind may deal with existing or future property. Agreements on the management or disposal of assets have legal effect with respect to third parties if they are entered into land registers or into public records; the entry is mandatory for those who wish to take advantage of statutory rights.

The provisions of real estate and obligatory law are applicable to acquired interests on property. In connection with matters of regular management it is deemed that the partner has given consent unless this partner can prove otherwise. The absence of consent does not affect the rights and obligations of a *bona fide* third party.

III. Right of representation

Cohabitants may represent each other just as they might represent anyone else, that is to say there are no special provisions in respect to their right of representation. If they wish, a proxy may be given, with the required notarized act.

IV. Maintenance

Entitlement to alimony is the second legal effect that derives from cohabitation, but only after its breakdown. It is not possible to enforce claims by a court during cohabitation. Maintenance is an obligation subject to the fulfilment of several conditions. According to Art. 3, 217 and 222 FA a partner who is

²⁰ Except choosing foreign law to be applicable for their property.

unable to support himself or herself adequately or realize the means to this end from his or her assets, is not capable of working or cannot be employed, is entitled to maintenance from his or her partner. The maintenance claim may be submitted within six months of the union's dissolution. A court may decide to limit the maintenance award to a period of one year. The right to maintenance automatically ceases on entry into marriage (with a third person) or by court decision, should the court learn that the supported partner lives in a new non-marital union or if he or she has forfeited this right or if the conditions as defined in Art. 217 FA are no longer applicable.

There is a special provision dealing with maternity protection. When a child is born out of wedlock and paternity has been established, the child's father is obliged to support the child's mother for a year following the birth of the child if she cares for the child and does not have adequate means (Art. 226.) This obligation is independent of the father's obligation to support his child (acc. to Art. 209).

V. Compensation claims

Although cohabitants are bound by the restrictive legal effect of their union, there is no entitlement to compensation in the case of death and/or injury of a cohabitant. They figure as non-related persons.

VI. Real estate

The fact that two persons have lived together in a non-marital union does not ascribe to them any specific rights and obligations in regard to their civil status. They figure as partners in all civil law aspects, with the exception of provisions dealing with joint property, i.e. the acquisition of property to equal shares governed by family law. If there is any dispute as to which assets are solely one partner's property *vs.* his or her share (half), it lies within the discretion of the court to decide. If they have acquired an apartment during cohabitation, the asset must be shared equally; this being the legal default position.

There is no legislative scheme or court practice for protection of a weaker family member after the breakdown of his or her union, for example if the ex-partner lives with his or her child.²¹

In the context of liability for damage caused by the death or severe invalidity of a family member, close family members are, in principle, entitled to reparation on the grounds of pain and suffering (as a non-pecuniary or immaterial

²¹ In fact, in times when private property was legally restricted, courts, after the breakdown of a union, benefited the partner awarded the housing.

damage basically representing an infringement of personal rights).²² Statutory relief is also provided for partners of a non-marital union if a long lasting union between the partner and the deceased or severely invalid person has been established.²³

In view of the fact that the OA was enacted in 1978, the inclusion of cohabitants amongst those entitled to compensation for immaterial damage was obviously a very advanced solution at the time. It was, in a way, the anticipation of legislative adjustment that became necessary in 1996, as a consequence of Croatia's admission to the Council of Europe and in acknowledgment of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. For the European Commission on Human Rights regards as paramount that the family life has been established by fact.²⁴ Court decisions in Croatia involving the application of the OA uphold emotional intimacy between close family members as a major indicator of the existing family life.

The Act on Public Information 1996, although passed much later in an entirely different social and legal climate, defines privacy (Art. 2 sec. 10) as the personal and family life and provides protection of privacy to a specific class of individuals, but not to cohabitants.

This is an obvious lack of legislative coordination.

VII. Children

With regard to joint children, the FA expressly adduces that parents, irrespective of them living together or apart, equally and consensually share custody rights and responsibilities for the welfare of their children (Art. 99 sec. 1). This means that a court is authorized to decide with which parent the child will live and to determine the manner of access and association of the child with the other parent (Art. 100 sec. 1). It may lie in the discretion of the court to delegate some childcare duties to the parent with whom the child does not live (for example care for the child's health, education, representational matters etc.). In this respect it is not relevant whether the parents of the child are joined in a non-marital union and simply disagree on a particular instance of parenting or how best to protect the child's rights, or whether they have terminated their cohabitation and yet remain jointly responsible for a joint child.

²² This question is governed by the Obligations Act (1978; hereinafter: OA), incorporated into the Croatian legal system in 1991. Nevertheless, there is some difference between practice and the law in the case of indirectly caused fear; cf. *Klarić*, *Strah kao nematerijalna šteta*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 47, 1997, 1-2, p. 26-27.

²³ Art. 201 OA.

²⁴ Cf. *A. Korać*, *Sadržaj i doseg prava na poštovanje obiteljskog života u hrvatskom pravnom sustavu* (The Substance and the Range of the Right to Respect for Family Life in the Croatian Legal System), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 49, 1999, 6, p. 765.

Similarly, protective measures may be ordered by the court if a parent, even if he or she is the non-marital parent no longer present, fails to share parenting duties in an adequate manner.

Cohabitants may not adopt a child. The provision permits adoption by an unmarried person only if this is of *particular* benefit to the child (Art. 134 sec. 2 FA) as compared to adoption by spouses, which is possible if it is in the interests of the child (Art. 125 sec. 1).

If a child is, however, adopted by an unmarried person and should the adopter live in a non-marital union, there is no need for the partner's consent, as opposed to cases where only one spouse adopts a child. Adoptions by unmarried persons are rare, because there are very few children available for adoption and it is better for children to be adopted by spouses than single persons.²⁵

Statutes governing assisted procreation are very out of date. Cohabitants are not allowed to undergo assisted procreation; it is reserved for spouses only.²⁶

Rights that partners may enjoy in different legal contexts vary. Cohabitation does not benefit from wide social support, and as will be seen later, legal protection is not uniform, so that the same partners may sometimes have and sometimes miss legal protection.

VIII. Other legal fields

Under the provisions of *inheritance law* cohabitants enjoy the same rights as spouses. These changes are a novelty in Croatian legislation.²⁷ With respect to inheritance laws, cohabitants have identical rights to those of spouses, on condition that the cohabitation has lasted for an extended period and was not terminated before the partner's death. Another provision concerns a union that could just as well be a marriage, i.e. where the prerequisites for a valid marriage have been fulfilled. Obviously, the intention of the legislator was to weaken the position of partners in comparison to that of spouses in view of the fact that there might otherwise, on the death of a cohabitant, be too many claimants.

Although the Inheritance Act (2003, hereinafter: IA) was passed at the same time as the FA, surprisingly it does not require the three-years' duration of the cohabitation that the FA stipulates. In effect, however, the IA is more rigorous,

²⁵ Cf. the research *Hrabar/Korać*, *Primjena obiteljskopравnih mjera za zaštitu dobrobiti djece te zasnivanje posvojenja bez pristanka roditelja* (The application of family-law measures for the protection of children's welfare and adoption without parental consent), Zagreb 2003.

²⁶ (*Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece* (Act on Health Measures to Realize the Right to Free Decision upon Child-Birth), Narodne novine, no. 18/1978 refers only to artificial insemination, abortion and sterilization. Currently, efforts are being made to change and modernize this field.

²⁷ Cf. *Hrabar*, *Obiteljskopравni osvrt na Zakon o nasljeđivanju* (The Review of the Law on Succession in the Light of Family Law), *Hrvatska pravna revija*, III, 2003, 6, p. 74-84.

for a surviving partner is entitled to inherit only if "...the prerequisites for a valid marriage have been fulfilled" (Art. 8 sec. 2). In short, various obstacles to marriage can affect succession to a deceased partner's estate.

Consequently, if other statutory requirements are satisfied (pursuant to the IA), the surviving partner will be in the same position as the spouse, that is if there are no joint children, the estate will be devolved equally on him/her and the partner's parents etc.

As a matter of course, a partner may become a testamentary successor where inheritance duty etc. is concerned; the situation is quite similar to that of a spouse with regard to inheritance duty etc.

The *Social Welfare Act* (1997) makes no distinction between a partner and a spouse in regard to entitlements (for example – counselling, transitional aid, benefits, one-time support, etc.).

Under the *Health Insurance Act* (2001) a non-marital partner is regarded as a family member of the insured person (Art. 6). Thus, he or she will enjoy all health insurance privileges on the grounds that he or she is joined in a non-marital life union with the insured person.

The *Health Protection Act* (2003) however does not provide for representational rights on behalf of an incapacitated partner (decisions on medical treatment, surgery, scientific research).

Protection of family and personal rights are principle matters of concern governing provisions of *criminal law* (honour, reputation),²⁸ but we know of no prosecution where a partner's rights in this respect were violated.

Under the *Code of Criminal Procedure* (1997), cohabitants – due to the intimacy of their relations – may refuse to testify against each other in a court of law.²⁹

The *Penalty Execution Act* (2003) looks upon a cohabitant as a family member of a convicted person and ensures all the privileges given the spouse, including visitation rights.

Labour law treats cohabitants living with employees in a non-marital union as close family members. In case of a partner's serious illness or death, employees have the right to paid emergency leave in order to meet family obligations.³⁰

Pension insurance provisions do not confer any rights to cohabitants.

Under *Immigration law*³¹ a marital union, not however a non-marital union will be considered a criterion in favour of granting a foreigner prolonged residence after his or her three-month' permit has expired, or if he or she wishes to reside permanently. It lies within the discretionary power of the

²⁸ Art. 201 Criminal Code (1997).

²⁹ Art. 244. Code of Criminal Procedure.

³⁰ The Labour Act (1995) prescribes a paid leave of at most seven workdays per year in emergencies such as serious illness or death of a close family member.

³¹ Movement and Residence of Foreigners Act.

relevant authority (Art. 29 sec. 2) to grant permanent residence to foreigners for specific personal reasons, which include cohabitation.

Croatian citizenship by naturalization is granted on entry into marriage with a Croatian citizen. Acquisition of citizenship is not open to two cohabitants.³²

IX. Special bodies for family law matters

Unfortunately, there are no special bodies for family law matters that might be appealed to in the event of disputes between cohabitants. The need to establish special family law courts (or at least family law departments at civil courts) is generally acknowledged, and the idea has been discussed for some years.³³ Civil dispute between cohabitants is subject to the jurisdiction of the regular civil courts.

E. Dissolution of Cohabitation

Cohabitation ends as informally as it began. Without a strong commitment on the part of both partners, it will not last. Joint residence (at the same address) does not necessarily mean that the union still exists. Very often it will have to be established in maintenance proceedings whether such a life-union ceased to exist at a certain time.

Due to the informality of its inception, dissolution of cohabitation does not require any legal action on the part of the cohabitants. If the partners remain on good terms, they may make a joint statement on dissolution of their union before a notary. Since the termination of a union, however, often implies conflicts between partners and property and/or maintenance claims, this seems an unlikely solution.

F. Conflict of Laws

The non-marital union is governed by conflict of laws³⁴ rules, but there is only one provision regarding property relations (Art. 39). It designates *lex patriae* as

³² The Croatian Citizenship Act (1991). In the same vein *cf.* the Constitutional Court's decision (no. U-III.1918/2000, with dissenting opinion of five judges) according to which a non-marital union is not to be considered as sufficient cause for the acquisition of Croatian citizenship.

³³ On this topic the Faculty of Law, Zagreb University organised in the year 2000 a round-table "Zašto obiteljski sudovi? Posebni obiteljski sudovi u RH – potrebe, mogućnosti, nadležnost" ("Family law courts – why? Special family law courts in Croatia – needs, possibilities and competence").

³⁴ Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with the Provisions of Other Countries in Certain Matters (1982).

applicable law, and if both partners are of different nationality, the law of their common residence will apply. For contractual property relations, the applicable law will be the ruling effective at the time of their settlements. But, it is worth noting that the FA does not allow cohabitants (even spouses) to apply foreign law to govern their property contract.³⁵

Surprisingly, conflict of laws rules do not contain any provision on the competent law regarding cohabitants' maintenance, but it is to be expected that these issues will be reconsidered in light of future changes to private international law in Croatia.³⁶

G. Prospects of the Non marital Union

From point of view of the family law, court practice as well as doctrine, changes are considered unnecessary. Moreover, the late amendments to the FA in January 2004 instituted revisions because of previous mistakes.³⁷

Possible changes in favour of registration of cohabitation and broader family law effects (such as common adoption of a child) remain uncertain. In other words, it is held that cohabitation should be distinguished from marriage on the grounds that an identical institute would otherwise exist under two definitions and under two different regimes of establishment. Since the prerequisites for the legal validity of such a union are minimal, the Croatian family legislation is not deemed to be affected.

As to other legal fields, a lack of coordination is obvious. Thus, in accordance with family law provisions, the legal effects for cohabitants with regard to inheritance law, health law, social security etc. should be harmonized. Inconsistencies, however, seem rather to reflect current legislative uncertainty that opposition to certain legal effects.

The draft of the new Bill on Assisted Procreation meets with reservations because it provides assisted procreation for partners in a stable non-marital union.

As to relevant court proceedings, their precise number and frequency are unfortunately not known. There is no public data,³⁸ but there are maintenance claims. The rate of proceedings related to property division has fallen because

³⁵ The above mentioned Act, Art. 37, subsidiarily provides for spouses the aforementioned prohibition, because the choice of foreign law is allowed if prescribed in substantive law. A provision of that kind does not exist for (contractual) property relations between cohabitants.

³⁶ The above mentioned Act in Art. 68, regulating court authority in Croatia for maintenance, argues competence on the grounds that a respondent has property in Croatia.

³⁷ For example, Art. 222 of the FA that did not take into consideration the time limit definition of the non-marital union (acc. to Art. 3) in cases of maintenance.

³⁸ for instance in the Statistical Yearbook of Croatia. But the last census in 1990 shows a considerable increase in the number of unmarried persons living together. In 1980 there were 100,000 of such families, in 1990 there were 146,728. It is assumed that 1/5 of population lives in non-marital unions; cf. Statistički ljetopis Republike Hrvatske 2002 (note 14).

of the new property regime according to which, *per praesumptionem*, equal shares of partners in their property are considered the default position.

Entry into a non-marital union, according to various sociological studies, is more widespread among younger people, as a sort of trial marriage. Most often pregnancy leads to a legalization of such a union, i.e. marriage. In Croatia, a fairly traditional and catholic country, it is more desirable to give birth to a child in wedlock than out of it. Reasons for a preference on the part of older couples for cohabitation were often the possible loss of pension and other material benefits on one hand, and the protection of the inheritance of their own children from possible marital qualifications, though these are no longer followed by the Inheritance Act.

In many legal instances marriage is more favourable than cohabitation. The evolution of society has brought forth family unions of varying forms, and specific social systems and cultures have developed distinct approaches towards them. Undoubtedly in Croatia – though marriage still provides more legal certainty – it is in a crisis, as personal relationships undergo changes in a country in transition. Whether these changes will affect the number of non-marital unions is hard to say, because there is no exact survey data. But the modern legal viewpoint holds that it is more important to establish a family than to contract a marriage. After all, when individuals decide not to marry but to live in a non-marital union, they demonstrate their objection to regulatory interference into their relations and a willingness to forfeit the legal benefits of marriage.

Legal Status of Cohabitants in Sweden

EVA RYRSTEDT*

- A. Introduction and Historical Development
- B. Spouse or Cohabitant?
- C. Property and Life Unions
 - I. Legal Definition of a Cohabitant
 - II. The End of Cohabitation and the Request for a Division of Property
 - III. Property Subject to Division
 - IV. Equal Division and Adjustment
 - V. Occupation of the Joint Home
 - 1. Entitlement and the Right to Remain in the Joint Home
 - 2. Financial Compensation on Award of Occupation Rights Following a Division of Property
 - 3. The Right to Remain in the Joint Home Without a Division of Property
- VI. Minimum Protection for a Surviving Cohabitee
- VII. An Alternative Basis for Division – Covert Joint Ownership
- VIII. Representation and Authorization
- D. Additional Legal Effects of Cohabitation
 - I. Family Relations Established by Cohabitation
 - II. Differential Concepts of Parenthood
 - III. Adoption
 - IV. Custody of Joint Children
- E. Conflict of Laws
- F. Cohabitees Act as a Reflection of Economic Community

A. Introduction and Historical Development

The first civil law regulation regarding the reciprocal relation of cohabitants¹ was introduced in Swedish law in 1973. The provisions covered joint flats with right of tenancy as well as building-society flats – dwellings that are very important from a social standpoint – but solely this kind of property.

* Parts of the paper are adapted from *Ryrstedt, Bodelning och bostad*, Lund 1998; *Ryrstedt, Delning mellan sambor i Sverige – gällande rätt och föreslagna ändringar i ett komparativt perspektiv*, in: Numhauser Henning (ed.) *Normativa Perspektiv*; festskrift till Anna Christenson, Lund 2000 and *Ryrstedt, Adoption i adoptantens intresse?*, in: Bull/Hagström/Tjomsland (eds.), *Bonus Pater Familias*: festskrift till Peter Lødrup, Oslo 2002; *Ryrstedt, Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, SvJT 2003, 554, and in English translation *Ryrstedt/Hocking, Ethics, parenthood and human rights: an evaluation of the reactions to the genetic revolution*, in *Family Life and Human Rights*, Oslo 2004.

¹ “Cohabitee” signifies a person who permanently lives together with another person in a relationship as outlined below.

At this stage the regulation did not entail any division of the property value of the dwelling, it only concerned which of the parties was to be awarded occupational rights when cohabitation ended. Through the Cohabitees (Joint Homes) Act 1987,² which entered into force on 1 January 1988, a net value division of property was introduced – and now nearly all types of joint home were included, as well as household goods. There was, however, still a clear distinction between married and unmarried cohabitation, in that the extent of property to be divided between unmarried cohabitants was limited. On 1 January 1988 a regulation concerning homosexual cohabitants came into force as well.³ Sweden hereby became the first country in the world to incorporate, in some form, relationships between same-sex partners in national family law.⁴

After the Cohabitees (Joint Homes) Act 1987 had been in force for a decade, the question arose whether the law was proving successful and whether it lived up to the demands of equality between homosexual and heterosexual cohabitants.⁵ As a result, the Cohabitees (Joint Homes) Act was replaced on 1 July 2003 by the new Cohabitees Act 2003⁶. The new law applies to both homosexual and heterosexual couples. It does not imply any substantial material differences; the difference is informed mainly by ideological motives, so that the definition of cohabitant now also extends to homosexual cohabitants. In the travaux préparatoires it was emphasized that there was no reason for upholding special regulation regarding homosexual cohabitants. It was pointed out that the previous legislation had obvious shortcomings regarding its lucidity and clarity.⁷

Cohabitation is common in Sweden. In 1985 the number of cohabitants constituted 20% of all couples living together. Today, nearly a third of the people who live together do so as cohabitants. The remaining couples are married or have entered registered partnerships.⁸ Approximately 50% of newborn children are born to cohabiting parents. The number of cohabitants who eventually separate is twice as high that of families where the parents are married, though.⁹ Many cohabitants eventually marry. It is above all small children who have cohabiting parents. Also the fact that many of these cohabitants eventually

² Lagen (1987:232) om sambors gemensamma hem.

³ Lagen (1987:813) om homosexuella sambor.

⁴ *Widergren/Ytterberg*, Homosexuella sambor – innebörd och mottagande av en ny rättsfigur, SvJT 1990, 491.

⁵ Dir. 1997:75, utvärdering av sambolagen m.m., p. 405.

⁶ Sambolag (2003:376).

⁷ Prop. 2002/03:80 Ny Sambolag, p. 26.

⁸ The number of registered partners is however insignificant compared to the number of married couples.

⁹ Prop. 2002/03:80, p. 24.

marry results in decreasing numbers of children with cohabiting parents as the children grow up.¹⁰

B. Spouse or Cohabitant?

The Marriage Code of 1987¹¹ contains regulation regarding the legal relations of spouses. According to Swedish law, each spouse and cohabitant is the sole owner of his/her property and is responsible for his/her debts. A possible latent claim to an interest in property will be enforceable only insofar as the question of division of property arises.¹² The rationale is therefore an equal division of all property – in terms of value – on dissolution of a marriage. Even though the regulation only dates back a few years, it is largely based on the Marriage Code of 1920.¹³ Changes in the regulation concerned mostly the changed outlook on the voluntariness of marriage. Current regulation stipulates that either spouse can request the dissolution of the marriage. Awards of alimony on dissolution of marriage are difficult to obtain. For alimony to be awarded, the cause and effects and difficulties of a spouse to supporting him/herself must be established.¹⁴

The Cohabitees Act rests on the same conceptual foundation as the Marriage Code – two people living together under certain conditions. The idea of a community between the parties is the fundamental reason for the right of a spouse to half of the marital property and equally determinative of the limited division between cohabitants. In Sweden, the legislator wanted to be neutral to the fact that parties' were married or not while at the same time providing a minimum of protection for the weaker party. Consequently, the Cohabitees Act solely applies to certain property pointing to the very definition of cohabitation: the joint dwelling and household goods acquired for joint use.

Even though the concept of cohabitation has in many ways the concept of marriage as a role model, regulation is relatively limited in scope, and there is no reference to the Marriage Code in the Act. In the travaux préparatoires, however, references to the Marriage Code are sometimes made, in particular when it comes to the question of definitions, for example the definition of joint dwelling. The rationale, however, remains the same – equal division. Nevertheless, there is a considerable difference regarding which property is included in this equal division.

¹⁰ Compare Upp till arton, <www.bo.se>, 2004-03-09.

¹¹ Äktenskapsbalk (1987:230).

¹² For spouses, this could be the case when the marriage dissolves or if they enter into a property division agreement while married, for cohabitants only when cohabitation ends. Marriage Code ch. 9 s. 1 resp. Cohabitees Act s. 8.

¹³ Giftermålsbalk (1920:405).

¹⁴ Case NJA 1998 p. 238. NJA is short for "Nytt Juridiskt Arkiv I", a compilation of important cases tried by the Swedish Supreme Court.

There has been an extensive discussion in the travaux préparatoires for many years whether the legislator is truly taking a neutral position regarding the different forms of life union.¹⁵ The issue figured once more in the new Cohabitees Bill, where it is stressed that the Swedish parliament has several times declared that marriage and partnership are legal institutions superior to other life unions when it comes to personal security and legal stability.¹⁶ The basic idea therefore seems to be that the regulation regarding cohabitants cannot extend to a point where a separate, inferior system of legal rules is adopted that competes with the regulation regarding spouses. Thus, the Cohabitees Act should aim to offer legal solutions to problems of a financial nature and in areas where there is and will be a need for protection of the parties.¹⁷ At the same time the importance of the regulation for cohabitants being as similar to the regulation for spouses as possible is stressed.¹⁸ Otherwise, undesired threshold effects might ensue should the cohabitants decide to get married.¹⁹ The Swedish Marriage Code stipulates that in order to enter into a legally valid marriage, the law requires a formal ritual to take place. A relationship between two cohabitants can never assume the status of a marriage, nor can the Marriage Code ever be applied to a cohabitation relationship, regardless of its duration.

After being rather controversial, the regulation concerning cohabitants seems to have gained wide support. The Cohabitation Committee (*Samboendekommittén*) is not of the opinion that the Act has reinforced a development towards fewer marriages.²⁰ There may be other reasons, for example the decreasing influence of the Swedish Lutheran Church.

C. Property and Life Unions²¹

I. Legal Definition of a Cohabitant

The new Cohabitees Act no longer distinguishes between homosexual and heterosexual cohabitants. The law defines cohabitants as two people who permanently live together in a relationship and have a joint household.²² The legal definition has changed, so that it no longer includes the term "relationship resembling marriage". In reality, however, the intention of the legislator has not changed. In the Bill it is emphasized that there is no reason for changing the

¹⁵ *Ryrstedt* 1998 (note *) 266-271 with further references.

¹⁶ Prop. 2002/03:80, p. 25 with reference to, among others, bet. 1997/98:LU10 and bet. 2000/01:LU13.

¹⁷ Prop. 2002/03:80, p. 25.

¹⁸ Prop. 1986/87:1 Om äktenskapsbalk mm., p. 40-41 and 102.

¹⁹ Prop. 1986/87:1, p. 102.

²⁰ Prop. 2002/03:80, p. 24.

²¹ This chapter comprises the commencement as well as the dissolution of cohabitation.

²² Cohabitees (Joint Homes) Act 2003 s. 1.

definition of the legal term cohabitant itself, but that the Act should nevertheless define as clearly as possible what constitutes cohabitation.²³ Consequently, the law still requires that cohabitants permanently live together as partners having sexual relations, that they have a joint household and that they pool resources or, in any case, co-operate financially.²⁴ A factor such as the cohabitants' having a common National Registration address may continue to back a presumption that the parties have a joint home and that their cohabitation relationship is not only temporary.²⁵ The parties are then held to have demonstrated their intention of living together more permanently.²⁶ In cases where the parties have a joint child, it is presumed that their relationship resembles a marriage. The question then might rather be whether the parties live together permanently or if one party merely visits.²⁷ Further, it is probably not possible to apply the new Cohabitees Act on parties that indeed are living together in the prescribed fashion, but where the sexual relation constitutes a criminal act. Sexual relations between brother and sister for instance are forbidden under Swedish law.²⁸

Furthermore, the Act is only applicable to cohabitation relationships where neither of the cohabitants is married or registered partner.²⁹ In this respect there is no difference to prior legislation. The provision was incorporated in the Cohabitees Act in order to avoid collision with the legal rules applicable to married persons.³⁰ It is the civil status of the parties at the time of dissolution of cohabitation that is of determinative significance for the applicability of the Cohabitees Act.³¹

Thus, Swedish law does not require any particular form of registration for the recognition of cohabitants; in fact, no authority where one could register such a relationship exists. The Bill stresses that a formal procedure might indeed facilitate the establishment of an existing cohabitation relationship, while at the same time putting the protective nature of the Cohabitees Act at risk. Furthermore, such a procedure could give the impression that cohabitation,

²³ Prop. 2002/03:80, p. 27.

²⁴ Compare Prop. 2002/03:80, p. 27-28.

²⁵ Compare Prop. 1986/87:1, p. 104, 252-253, 371-372. See also LU 1986/87:18, p. 46. The Committee of Family Law Experts (*Familjelagssakkunniga*) pointed out that this is also presumed in analogy to cases concerning social law, when the parties have had children together, SOU 1981:85 Äktenskapsbalk, p. 139.

²⁶ SOU 1981:85, p. 139.

²⁷ Case NJA 1994, p. 256.

²⁸ SOU 1981:85, p. 140.

²⁹ For registered partners, see the Act on Registered Partnership (Lag 1994:1117 om registrerat partnerskap).

³⁰ Prop 1986/87:1, p. 100.

³¹ Prop. 1973:32 Förslag till lag om ändring i giftermålsbalken mm., p. 168. See also *Tottie*, Äktenskapsbalken och promulgationslag m.m., Stockholm 1990, p. 593.

albeit of less importance, ranks equally with marriage.³² It is instead for the civil courts to decide whether a cohabitation relationship exists.

II. The End of Cohabitation and the Request for a Division of Property

The new Cohabitees Act determines when a cohabitation relationship shall be considered to have ceased.³³ This is the case if one or both cohabitants get married, move apart, if one party dies, if one cohabitant applies for assignment of a division of property-executor,³⁴ if a cohabitant applies for a right to remain in occupation of the dwelling³⁵ or if a cohabitant brings action concerning take-over of the dwelling.³⁶ These provisions are new and can be ascribed to the significance legislators have attached to clear-cut rules on when cohabitation shall be considered to have ceased. This is due to the many legal consequences that emanate from the time of break-up.³⁷ The expression “moved apart” can in itself be a source of misunderstanding. In cases where one of the cohabitants is in hospital or some other kind of nursing facility, the cohabitation relationship has been regarded as continuing if neither of the parties intended otherwise.³⁸

What applies when the cohabitants do not move apart but nevertheless consider their relationship to have ceased? A case tried by the Court of Appeal in 1989³⁹ showed that a cohabitation relationship that at one point had implied a life union resembling marriage could not simply lose this status because one or several criteria which were laid down in the “travaux préparatoires” as requirements for the recognition of such a status no longer applied. The Court of Appeal held that: “The law requires that cohabitation shall resemble marriage – not that it be in every sense the equivalent of an ideal marriage.” The travaux préparatoires to the new Cohabitees Act state that it is not possible to place any decisive significance on the cohabitants’ view of their relationship. This is valid even if the parties are of the same opinion. The starting point is instead expressly that the opinion of the parties is not to be afforded any independent significance; the end of cohabitation shall be manifested in a way sufficiently visible to an outsider.⁴⁰

The examples given in the travaux préparatoires of such manifestation have, however, been incorporated into the regulation concerning the dissolution of

³² Prop. 2002/03:80, p. 27. For an earlier discussion on legislators’ neutrality regarding partners’ choices between cohabitation and wedlock see; *Ryrstedt* 1998 (note *) 266-271 with further references.

³³ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 2.

³⁴ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 26.

³⁵ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 28.

³⁶ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 22.

³⁷ Prop. 2002/03:80 p. 28.

³⁸ Prop. 2002/03:80 p. 46. See also case NJA 1994 p. 61 and case RH 1997:98.

³⁹ Case RH 1989:56.

⁴⁰ Prop. 2002/03:80 p. 29.

cohabitation. But it is also stressed in the Bill that even though the regulation on dissolution of cohabitation is meant to be as comprehensive as possible, it cannot be entirely excluded that cohabitation will be considered as having ceased on other grounds than those mentioned in the law. The cohabitation may, even in cases where it is deemed to have ceased, have been resumed. Judgments must, however, be based on a general assessment, where all circumstances are weighed and the starting-point is the definition of cohabitants in the first section of the law.⁴¹

Division of property becomes necessary when the cohabitation relationship has ceased for any other reason than that the cohabitants have entered into a marriage, on condition that one of the cohabitants demands it and that they have not entered into an agreement stating that there shall be no division of property.⁴² The new Cohabitees Act stipulates that a demand for division of property has to be made within a certain time. The demand must be made no later than one year after cohabitation ceases. However, if the cohabitation relationship has ended because of the death of one of the parties or if an ex-cohabitant dies within a year of dissolution of cohabitation, the demand shall be made no later than the time of the estate inventory proceedings.⁴³ Agreements on division of property shall be drawn up in the same manner as that prescribed for spouses, i.e. in writing and signed by both cohabitants.⁴⁴

The provisions concerning the date of dissolution have their greatest impact when it comes to the time limits mentioned above and with respect to debts that may affect the division of property, according to the travaux préparatoires though, it is probably seldom necessary to determine the end of cohabitation to a day.⁴⁵

In the new Cohabitees Act cohabitants who intend to terminate their cohabitation relationship were offered the option of agreeing on the up-coming division of property, or on other things related to it, by means of a so-called pre-agreement. The pre-agreement has to be drawn up in writing and signed by both cohabitants.⁴⁶ The provisions on pre-agreements correspond to those for spouses.⁴⁷ For a pre-agreement to be valid, it must thus have been entered into in immediate connection with the end of cohabitation. If the pre-agreement was entered into earlier, it is without effect. Further, the pre-agreement only has effect between the parties and thus does not affect the rights of a third party. The pre-agreement can regulate various issues. Apart from the way certain property shall be divided, the cohabitants can for instance decide how the

⁴¹ Prop. 2002/03:80 p. 46.

⁴² Cohabitees (Joint Homes) Act s. 8 and 9.

⁴³ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 8.

⁴⁴ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 20.

⁴⁵ Prop. 2002/03:80, p. 48.

⁴⁶ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 10.

⁴⁷ Prop. 2002/03:80, p. 49.

valuation of the property shall be made or what shares, on division of property, shall be awarded to the respective cohabitants.⁴⁸

The final division of property has to be in writing too. The prescribed form corresponds to that required of spouses. The division of property shall be made based on the property situation on the day of the termination of cohabitation.⁴⁹

III. Property Subject to Division

The value-based division regarding the joint home that was introduced by the 1987 legislation implies a financial redistribution and equalization payments between the parties when cohabitation ends. The present regulation principally covers all types of dwellings and household goods. To be included in the net value-based division scheme, a cohabitant must, however, have acquired respective assets to serve the use of both parties.⁵⁰ Property may thus be included in the value-based division of property even if it was acquired by one of the cohabitants alone, making acquisition dependant on joint use and benefit points to community and co-operation of parties as cogent grounds for property division. Property may, however, be excluded from the division, either because the parties have made an agreement in a prescribed way,⁵¹ or because one party has acquired the property through a gift, as inheritance or by will stipulating, as the condition of a third party, that the property remain undivided. Substitutes of such property are also excluded from the property, known as cohabitation property, which is to be divided between the parties.⁵²

The legal definition of a joint dwelling⁵³ coincides with the definition in the Marriage Code ch. 7 s. 4. Property which is mainly used for leisure activities is, in conformity with the regulation concerning spouses, not included in the definition of the joint dwelling, Cohabitees Act s. 7. The term joint dwelling thus refers only to permanent dwellings. Generally there is only one permanent dwelling; the one where both the man and woman have their nationally registered address.⁵⁴ The expression dwelling refers to rooms in a building, excluding such dwellings, permanent or temporary, which in a legal sense are not buildings, i.e. houseboats, caravans and tents.⁵⁵ Real property is always, in one

⁴⁸ Prop. 2002/03:80, p. 49-50.

⁴⁹ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 20.

⁵⁰ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 3.

⁵¹ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 9.

⁵² Cohabitees (Joint Homes) Act s. 4. Precisely the fact that community of acquisition is required might, however, exclude such property that has been received above all through inheritance or will. See further *Ryrstedt* 1998 (note *) 340-343.

⁵³ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 5. The section corresponds to Cohabitees (Joint Homes) Act 1987 s. 2.

⁵⁴ Prop. 2002/03:80, p. 48. Prop. 1986/87:1, p. 253-254.

⁵⁵ Regarding the terms building and house, see *Walin*, Allmänna hyreslagen: lagen om makes bostad mm. med kommentarer, Stockholm 1969, p. 18, *Lejman*, Den nya hyresrätten:

way or another, involved when one is dealing with the spouses' joint dwelling, irrespective of whether the property belongs to both spouses, just one of them, or to a third party. Consequently, the term is one established in real property law.⁵⁶ When it comes to household goods, the definition includes furniture, household appliances and other domestic property intended for use in the joint home. Here too, there is a limitation in that household goods used solely by one of the cohabitants are not part of the cohabitants' joint household goods.⁵⁷ Nor is property mainly used for leisure activities included.⁵⁸ Like the legal definition of dwelling, the legal definition of household goods coincides with the one in the Marriage Code.⁵⁹

The claim of a cohabitant for a share in specific property with regard to a future division of property might remain totally ineffective if it was not supported by regulation that restricts the owning cohabitant's freedom of action. The Cohabitees Act provides for this by limiting the owning cohabitant's right to disposal of a joint dwelling and of household goods which may be subject to a future division of property, and also of a joint dwelling which the other cohabitant, without division of property, may be entitled to take over. Consequently, without the other party's consent a cohabitant cannot part with the dwelling, let it out or in any way grant someone else occupational rights to such a dwelling. Consent is also required if a cohabitant wants to raise a mortgage on real property or site-leaseholder right where there is a dwelling that may be subject to a future division of property. To pledge other types of property that embody a dwelling that may be subject to a possible future division of property, or a dwelling which the other cohabitant may have the right to take over according to provisions on occupational rights in specific cases, requires consent too. Furthermore, the owning cohabitant cannot dispose of or pawn household goods that may be subject to a future division of property without the consent of the other cohabitant.⁶⁰

The court may, if no consent has been given, permit a measure following an application by the owning cohabitant.⁶¹ Permission will normally be given if no material circumstances to the contrary are established.⁶² The court shall further declare a legal action invalid if the action implies that a cohabitant or a cohabitants' decedent estate has disposed of or, to the other cohabitant's disadvantage, granted occupational rights to property without the required consent

after hyresregleringens avskaffande, Stockholm 1976, p. 8-9 and *Westerlind*, *Kommentarer till Jordabalken* 7 kap., Stockholm 1984, p. 184-185 and 329.

⁵⁶ Prop. 2002/03:80, p. 47. Prop. 1986/87:1, p. 132 and SOU 1981:85, p. 317. See also *Tottie* (note 31) 173.

⁵⁷ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 6.

⁵⁸ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 7.

⁵⁹ Marriage Code ch. 7 s. 4 para. 2.

⁶⁰ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 23.

⁶¹ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 24.

⁶² Prop. 1986/87:1, p. 138-139 and 269.

or the court's permission. The same applies if a cohabitant or the estate of a deceased cohabitant has pawned the cohabitants' household goods without the required consent or permission. A conveyance or pawning of household goods shall, however, not be declared invalid if the new owner acted in good faith at the time of the transfer of possession.⁶³ The cohabitant must react by filing suit within three months of having knowledge of the disposal of the dwelling or the transfer of household goods. Suit may, however, not be filed if a registration of title or registration has been granted because of a conveyance of real property or site-leaseholder right.⁶⁴

IV. Equal Division and Adjustment⁶⁵

The rationale underlying division between cohabitants is the equal division of property enumerated in the Cohabitees Act, i.e. property that has been acquired by a cohabitant or both cohabitants jointly, to serve the use and benefit of both parties. Before equal division can be effected, however, debts must be discharged. Since it is only the joint dwelling and the joint household goods that are subject to a division of property, the debts of the respective cohabitant shall primarily only be covered with such property if the debts are connected with preferential rights or in other ways assignable to that property. Other debts shall primarily be covered with property that is not subject to division. If this property should not suffice, the debt shall be covered with cohabitation property.⁶⁶

When the net value of each cohabitant's divisible property has been assessed it is possible to adjust the division if it is undue that one cohabitant has to cede property to the other in full measure.⁶⁷ The regulation on adjustment for cohabitants is formulated in accordance with the corresponding regulation in the Marriage Code.

Adjustment will, however, only be considered by way of exception.⁶⁸ In the assessment, the duration of cohabitation should be taken into particular consideration. The Committee of Family Law Experts (*Familjelagssakkunniga*) pointed out that the system they wanted to create is based on the idea that inequalities and differences between the parties' contributions in respect of the property and the community must be gradually levelled.⁶⁹ The cohabitants' economic situation and other circumstances, however, were also to be considered. A comprehensive assessment that takes all the circumstances of the indi-

⁶³ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 25 para. 1.

⁶⁴ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 25 para. 2.

⁶⁵ The legislation on equal division and adjustment corresponds to the regulation in the Cohabitees (Joint Homes) Act 1987. Prop. 2002/03:80, p. 50-52. Provisions concerning the obligation to render accounts are new.

⁶⁶ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 14. Prop. 1986/87:1, p. 260-261.

⁶⁷ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 15.

⁶⁸ Compare Prop. 1986/87:1 p. 261.

⁶⁹ SOU 1981:85, p. 147.

vidual case into consideration will determine whether an adjustment shall be made or not.⁷⁰ The contributions of a respective cohabitant to joint efforts are probably of importance as well, and housework ought to be seen as equal to gainful employment.⁷¹ Each of the cohabitants may also keep his or her property as his or her share if the other cohabitant is declared insolvent at the time of division, or if there are other substantial reasons not to divide the cohabitants' property.⁷²

Each cohabitant's part of the property can be adjusted to a certain extent, which means that at most each part keeps his or her property. The cohabitant with less property will consequently never be awarded more through adjustment than through equal division. Nor will the cohabitant with more property ever receive anything from the cohabitant with less property through adjustment. An agreement stating that there should be no division of property, or that certain property shall be excluded from the division, may however also, subject to certain requirements, be adjusted or simply dismissed.⁷³ The same applies to conditions of a pre-agreement.⁷⁴

If one cohabitant has died, the regulations on the right to demand division of property and on occupation apply only in favour of the surviving cohabitant. However, if a division of property is effected between the surviving cohabitant and the heirs of the deceased cohabitant, it may also be deemed undue to award the surviving cohabitant property from the deceased cohabitant's estate. The rule on adjustment does not make an exception for death. The regulation can thus take effect to the advantage as well as to the disadvantage of a surviving cohabitant.⁷⁵

To protect the other cohabitant from disloyal transactions during the time between the end of cohabitation⁷⁶ and the division of property, a cohabitant is under the obligation to render account for his cohabitation property, such as a joint home that may be subject to occupation rights according to s. 22 of the Cohabitees Act or for cohabitation property that the cohabitant has been in possession of, but that belongs to the other cohabitant.⁷⁷ The obligation to render account applies even if the other cohabitant's property is held without an agreement, for example in a situation where the court has awarded the cohabitant the right to remain in the joint dwelling.⁷⁸ The provisions correspond to those applicable to spouses.⁷⁹ The rule is justified by the right of disposition

⁷⁰ Prop. 1986/87:18, p. 47.

⁷¹ *Agell*, *Äktenskap, samboende, partnerskap*, Uppsala 1998, p. 250.

⁷² Cohabitees (Joint Homes) Act s. 15.

⁷³ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 9 para. 3.

⁷⁴ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 10 para. 2.

⁷⁵ *Agell* (note 71) 259.

⁷⁶ Regarding the end of cohabitation see above.

⁷⁷ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 11.

⁷⁸ Prop. 2002/03:80, p. 50.

⁷⁹ Marriage Code ch .9 s. 3.

that a cohabitant may have over the property even after the end of cohabitation and is therefore effective from the day of termination of cohabitation until the division has been effected or until the matter is dropped. The legal obligation to render account is binding not only on the cohabitants personally, but also on the heirs and residuary legatees of a deceased cohabitant.⁸⁰

V. Occupation of the Joint Home

1. Entitlement and the Right to Remain in the Joint Home

The different rules of the Cohabitees Act regarding the value-based division of property do not affect occupation rights. Nor is the adjustment regulation an impediment to the right to remain in occupation or to household goods.⁸¹

The right to remain in occupation is awarded by means of an assessment based on need and equity.⁸² The cohabitant who most needs the joint dwelling and the household goods will receive them. If this implies exclusive occupation, it must, however, also be reasonable with regard to all other circumstances. The provisions on allotment of the joint dwelling were drafted in accordance with the corresponding rule in the Marriage Code. The principles of assessment are the same for cohabitants as for spouses.⁸³

An assessment of occupation rights requires careful weighing of the different interests. On one side there is the need of the cohabitant who wants to remain in the home. This must be balanced against the interest of the other party.⁸⁴ Many different factors can be of significance when need and equity are judged. A special social requirement for occupation of the joint dwelling is still held to be fulfilled where the cohabitants have joint children. The cohabitant with whom the children will be living is generally the one most in need of the dwelling.⁸⁵ Another circumstance that would probably be of significance is the sentimental value that a family estate or a similar dwelling can represent. Further, parties others than the cohabitants themselves may also have an interest in keeping the

⁸⁰ Prop. 2002/03:80, p. 50.

⁸¹ Compare *Tottie* (note 31) 617.

⁸² This assessment will, as a rule, closely follow provisions of the Cohabitees (Joint Homes) Act 1987.

⁸³ Case NJA p. 657, case NJA 1966 p. 1, case RH 1994:59. Prop. 1986/87:1, p. 179. See also *Tottie* (note 31) 395, *Teleman*, Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa, Stockholm 1993, p. 134 and *Agell* (note 71) 187.

⁸⁴ Compare prop. 1986/87:1, p. 178-179.

⁸⁵ Prop. 1986/87:1, p. 179 and 264. Compare also SOU 1972:41 Familj och äktenskap I, p. 215 and 243.

estate, for example when close relatives of the cohabitant live in the same house.⁸⁶

2. *Financial Compensation on Award of Occupation Rights Following a Division of Property*⁸⁷

The cohabitant who is not awarded the right of occupation or household goods – or who receives a smaller part of this property than represents his or her share – shall be compensated. Primarily, this is achieved through reduction. If further compensation is needed, the cohabitant obliged to compensate has the right to decide how this will be done. The choices are compensation property subject to division or money.⁸⁸ However, if the property is of small value, the cohabitant can receive it without reduction. This should apply not only to the owning cohabitant but also to the other party.⁸⁹ As soon as the needs of the respective parties have been assessed, every asset shall be judged separately. Often, the cohabitant who is awarded occupation of the dwelling also has the greatest need of the household goods. This does not, however, imply that the need always extends to all chattels acquired for common use. In making the judgment, one must also consider the implication of fairness. If the latter does not own other property that is exempt from division, it can be unreasonable to allow the former to take over the dwelling as well as all household goods subject to division.⁹⁰

3. *The Right to Remain in the Joint Home without a Division of Property*⁹¹

The Cohabitees Act of 1983 implied an important extension compared to the Act of 1973. At the same time, however, cohabitants were given the possibility to enter into an agreement stating that there would be no division of property. Some mandatory scheme was therefore considered necessary for such cases, as well as for cases in which the joint home was not subject to division. The statutory scheme of 1973 was therefore retained and incorporated in the new

⁸⁶ Compare *Hedfeldt/Ringdén/Hamilton*, *Hysesreglering och besittningsskydd*, 3rd edition by Herman Zetterberg, *Hysesregleringen: jämte kommentarer till 1956 års lagstiftning om hysesregleringens avveckling och om besittningsskydd för hyresgäst*, Stockholm 1959, p. 214-215.

⁸⁷ The legislation on the financial aspects of the right to remain in occupation in connection with the division of property corresponds to the provisions in the Cohabitees (Joint Homes) Act 1987. Prop. 2002/03:80, p. 52.

⁸⁸ Prop. 1986/87:1, p. 181-182 and 264.

⁸⁹ Compare prop. 1986/87:1, p. 180 and 264.

⁹⁰ Prop. 2002/03:80, p. 52.

⁹¹ The legislation on occupation rights corresponds, except for the period of respite, to the regulation in the Cohabitees (Joint Homes) Act 1987. Prop. 2002/03:80, p. 35-36, 43 and 52.

Cohabitees Act. The mandatory regulation of a possible right to remain in occupation⁹² does not in any way imply a value division. Occupation of the home is instead always coupled with financial compensation, provided that the dwelling has a financial value.

The regulation refers to the right to remain in occupation of a flat with the right of tenancy or a building-society flat. If one of the cohabitants possesses the joint dwelling and it does not constitute cohabitation property, the other cohabitant may be given the right to take over the dwelling on breakdown of the cohabitation. The section regarding the assessment of need and the assessment of reasonableness is patterned along the same lines as the section regarding occupation rights following the division of property, and the judgment will presumably be based on similar grounds.⁹³ If the parties have no common children, the right to remain in occupation will only be awarded if there are particular reasons. Thus, certain requirements must be fulfilled for the question of occupation rights to arise. At the same time, such circumstances demonstrate that a greater need exists.

Nowadays, there is a period of respite – based on an interest in predictability for the parties⁹⁴ – for occupation claims regarding flats with right of tenancy or building-society flats. A claim must be made at the latest one year after dissolution. However, if the cohabitant has vacated the dwelling, the claim must be made within three months of this date. If the cohabitant who is in possession of the dwelling dies and the surviving cohabitant remains in occupation, no period of respite applies.⁹⁵ If both cohabitants are alive, it is not enough that a cohabitant remain in the home; he or she must in principle bring forward an occupation claim. In some cases, however, a cohabitant's actions will be held to imply acceptance of the remaining cohabitant's occupation. Therefore, even if an explicit claim has not been brought forward within the period of respite, occupation may become a fact.⁹⁶

VI. Minimum Protection for a Surviving Cohabitant⁹⁷

There is presently no general right of inheritance for cohabitants. For a cohabitant to inherit there must be a will.⁹⁸ However, a certain amount of protection for cohabitants was held to be necessary. There is therefore a minimum protection for a surviving cohabitant. Respective provisions ensure that

⁹² Cohabitees (Joint Homes) Act s. 22.

⁹³ Compare Prop. 1986/87:1, p. 268.

⁹⁴ Prop. 2002/03:80, p. 36.

⁹⁵ Cohabitees (Joint Homes) Act s. 22.

⁹⁶ Prop. 2002/03:80, p. 55.

⁹⁷ The legislation on "the rule of basic amount" corresponds to the regulation in the Cohabitees (Joint Homes) Act 1987. Prop. 2002/03:80, p. 53.

⁹⁸ Today, spouses and cohabitants are exempt from inheritance tax, Act on Inheritance and Gift Tax. (Lag (1941:416) om arvs- och gåvoskatt).

essential property which has been acquired for common use will not be lost by a surviving cohabitant.⁹⁹ The rule implies that the surviving cohabitant, after debt reduction, will always have the right to a share in property at a value of no less than twice the basic amount for national security according to the Act (1962:381) on Social Insurance, as long as the estate suffices.¹⁰⁰ Consequently, the regulation can lead to a surviving cohabitant's receiving more than he/she would have if the principle of equal division had applied. The rule of basic amount has priority over the rule of adjustment of the Cohabitees (Joint Homes) Act s. 15.

VII. An Alternative Basis for Division – Covert Joint Ownership

According to Swedish law, cohabitants as well as spouses, as mentioned above, own their property individually and are personally responsible for their own debts, just like anyone else. The starting point for the ownership of both real property and chattels in case law and doctrine is that whoever acquired the property, i.e. acquired certain property with funds that the party in question had at his/her disposal, becomes the owner.¹⁰¹

However, in relations affected by family law special difficulties arise regarding fundamental questions of ownership. The cohabitation itself and the normally ensuing financial community cause problems when it comes to evaluating who has acquired certain property – especially regarding the joint dwelling. Furthermore, the financial co-operation that develops between the parties can give rise to well-founded financial claims against the formal acquirer of certain property. Ultimately, social requirements of fairness and adjustment of the same kind as manifest themselves in the rest of the family law regulation accrue.

Ownership may concern property as a whole, but also a share in property – i.e. joint ownership. It naturally follows that joint ownership very often emanates from a relationship between two persons living together in the kind of community that exists between spouses and cohabitants. Joint ownership may be expressly declared or not. Overt joint ownership exists when partial owner-

⁹⁹ Prop. 1986/87:1, p. 109-110.

¹⁰⁰ Social Insurance (1962:381) Act s. 6. (lagen (1962:381) om allmän försäkring). The so-called *price basic amount* is a fixed amount determined every year – 39 400 SEK for 2005, <http://www.scb.se/templates/pressinfo__93940.asp>, 2004-07-20.

¹⁰¹ See for example case NJA 1992 p. 163 concerning joint ownership of a boat. Joint ownership was not considered to exist. The Supreme Court in this case initially pointed out that the judgment should be made according to general principles of law of property. In case NJA 1983 p. 550 the Court of Appeal expressed that the starting point of the judgment in a case concerning ownership to real property is that the formal wording of the contract of sale will be held to express the mutual intentions of the parties, unless investigations established the contrary. Compare also *Göransson*, JT 1992-93, 689 and *Agell*, *Åganderätten till fastighet för makar och samboende: en studie av kommissionsköp*, Stockholm 1985, p. 12.

ship is generally visible and openly disclosed. The term covert joint ownership denotes ownership that is not outwardly visible, for example where joint ownership is not supported by a title with both cohabitants' names on it. Only one of the cohabitants appears to be the owner outwardly.¹⁰² The institute of covert joint ownership has emerged through case law as an answer to the special circumstances that characterize the cohabitation relationship between spouses and cohabitants.

The fact that a cohabitant has acquired property to use jointly with the other cohabitant, as well as the nature of the property, seem to be of great importance in establishing whether or not covert joint ownership is at hand.¹⁰³ Not only joint household goods, but also joint homes occupy a unique position in this regard. As does financial co-operation, which justifies the need of a special approach in relation to spouses/cohabitants.

VIII. Representation and Authorization

As in a marriage, the parties to a cohabitation relationship are looked upon as separate individuals. Consequently there is no right of representation or legal authorization. The regulations concerning the right to represent a cohabitant are thus the same as the ordinary rules on representation and authorization.

A cohabitant may, as will be discussed below, through division of property become entitled to a share of the other party's property, either because the relationship dissolves or because the parties move apart or one of the parties dies. The surviving cohabitant may also by virtue of a will lay claim to a share of the estate of the deceased. A cohabitant may therefore have a legitimate interest in the administration of the estate of the deceased. When a person dies, his property passes over to his estate. The estate of a deceased is a legal entity. If special administration of the estate of the deceased has not been arranged,¹⁰⁴ a cohabitant with claims to a share of the estate through division of property, heirs and residuary legatees shall as owners of the estate jointly administer the estate. They represent the estate vis-à-vis a third party and have the right to take action and respond in cases concerning the estate. If there is to be no division of property, or if division of property was effected on the death of the deceased, the cohabitant will not be joint owner of the estate, if he or she is not

¹⁰² Compare prop. 1986/87:1, p. 57-58.

¹⁰³ See for example case NJA 1982 p. 582. Concerning chattels compare for example case NJA 1974 p. 472 where the issue was furniture, ordered and paid for in the name of the woman. In this case, the applicability of the Act on Executive Action was in question, and grounds for joint ownership were held to exist. Compare also case NJA 1992 (note 101) 163.

¹⁰⁴ According to the Inheritance Code ch. 19. (Ärvdabalk [1958:637]).

an heir or residuary legatee.¹⁰⁵ If the deceased was entitled to claim damages or suchlike, the estate is normally represented by the joint owners.

D. Additional Legal Effects of Cohabitation

I. Family Relations Established by Cohabitation

Two people moving in together as cohabitants do not by virtue of the act itself create family ties. The pertinent issue is of course that of the relationship to the children of the family. The legal definition in Swedish law of a stepchild seems to be tied to the regulation in the Children and Parents Code¹⁰⁶ regarding the obligation to pay child support.¹⁰⁷ Nowadays, a subsidiary obligation to pay child support ensues if a person permanently lives with a child and if the person in question is either married to the child's parent or cohabitates with the latter and they also have a joint child of their own. Such a partner is legally regarded as step-parent. On the other hand, the term stepchild is also used in a more extensive way; in everyday life it also includes children in cohabitation relationships where the cohabitants do not have joint children.

II. Differential Concepts of Parenthood

The law's point of reference is ordinary parenthood where biological parenthood coincides with legal parenthood. This rationale is based on the fact that paternity needs to be established, whereas maternity is considered more or less a fact. If the mother is married, the law's "pater-est" rule takes effect. This rule states that the spouse is presumed to be the father of the new-born child. If this rule is not applicable, or if the presumed paternity has been dismissed by order of a court,¹⁰⁸ and if no man has acknowledged the paternity in a legally valid way, paternity must instead be established by a court of law. Acknowledgement of paternity, however, is possible only after some investigation. The Social Board (*Socialnämnden*) is responsible for the investigation of paternity¹⁰⁹ and may confirm paternity only if it can be assumed that the man in question is in fact the father of the child.¹¹⁰ Consequently, the extent of the investigation depends on the circumstances of each individual case. While the reliability of the acknowledgement guides the investigation, the investigation will be lighter

¹⁰⁵ Inheritance Code ch. 18 s.1 para. 2.

¹⁰⁶ Föräldrabalk (1949:381).

¹⁰⁷ Children and Parents Code ch. 7 s. 5.

¹⁰⁸ Regarding the "pater est" presumption see the following sub-section.

¹⁰⁹ Children and Parents Code ch. 2 s. 1.

¹¹⁰ Children and Parents Code ch. 1 s. 4.

if the man that acknowledges paternity lives with the mother than if the parties merely had a short-term relationship.

In addition to legal and/or biological parenthood we are now also concerned with genetic and social parenthood. The basis for genetic parenthood is the conception of a child through the person's sperm or ovum and often coincides with biological parenthood. A woman may, however, be legally regarded as the biological mother without being the child's genetic mother. This is the case if a donated ovum has been implanted in the woman's uterus.¹¹¹

There are various methods of assisted procreation available to childless couples. Donation of sperm can be carried out in two different ways. Insemination means that sperm is inserted into the woman's uterus. Fertilization can also be carried out *in vitro* (IVF), that is, fertilization of the mother's ovum outside her body. The fertilized ovum is thereafter transferred to the woman's body. Further, donation can be performed as an egg donation or as a combination of these treatments.

The Insemination Act (1984:1140)¹¹² provides legal rules for sperm donation. A prerequisite for egg donation in Sweden is that the woman is either married or a cohabitant and that the spouse or the cohabiting partner has given his written consent to the procedure.¹¹³ If the egg does not come from the woman in question, the law requires that the egg have been fertilized with the sperm of the spouse/cohabitant, s. 3 of the Fertilization Act (1988:711) regarding fertilization outside the body.¹¹⁴ This restriction guarantees the child's partly preserved genetic connection to one of the spouses or cohabitants.¹¹⁵

Legal parenthood is regulated in the Children and Parents Code. If insemination has been performed on the mother with the consent of her husband or cohabitant and if, with regard to all relevant circumstances, it is likely that the child has been conceived in this way, the man shall be considered the legal father of the child pursuant to the general provisions regarding establishment of paternity.¹¹⁶ As mentioned above, a prerequisite of insemination is that the spouse or cohabitant of the mother is prepared to accept the actual – social and legal – paternity of the expected child.¹¹⁷ The acceptance itself is the legal fact that leads to the consequence of legal paternity under the Children and Parents Code. The Fertilization Act lays down the same requirement. Thus, the man's approval is necessary for a fertilization of the woman's egg outside the body with his or another man's sperm. The same applies where another woman's egg is fertilized with his sperm and is thereafter inserted in the uterus of his wife or

¹¹¹ Compare SOU 1997:116, Barnets bästa i främsta rummet, p. 212.

¹¹² Lag (1984:1140) om insemination.

¹¹³ Insemination Act, s. 2.

¹¹⁴ Lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen.

¹¹⁵ Prop. 2001/02:89 Behandling av ofrivillig barnlöshet, p. 38.

¹¹⁶ Children and Parents Code ch. 1 s. 6.

¹¹⁷ Prop. 1984/85:2 Om artificiella inseminationer, p. 11.

cohabitant, s. 3 Fertilization Act. Just as with insemination, it is the consent to fertilization outside the mother's body that leads to legal paternity, ch. 1 s. 8 Children and Parents Code. Legal paternity implies that the child attains the same legal status in relation to the man as if the child was conceived in a natural way.¹¹⁸

III. Adoption

Adoption as an institute is governed by the Children and Parents Code ch. 4. Adoption is "strong" in Sweden, which means that the adoption cannot be revoked. On adoption, the adopted child attains the same legal position as the parent's biological children. At the same time, adoption implies a break with the biological family.

The age limit for the adopter is generally 25 years.¹¹⁹ Spouses or registered partners may as a rule only adopt a child jointly.¹²⁰ No couples other than spouses or registered partners may adopt jointly.

Consequently, cohabitants – heterosexual or homosexual – are not allowed to adopt jointly.¹²¹ A person who is single may, however, be granted permission to adopt. It seems therefore that family circumstances are of great importance.

IV. Custody of Joint Children

On 1 October 1998¹²² the Swedish custody regulations were drastically changed. Since the new laws have come into force, parents no longer have to agree on whether the legal custody of their child shall remain with one parent only, or become joint. The change implies that the court can now order joint legal custody, even if one of the parents opposes this form of custody. If both parents oppose joint custody, however, the court cannot ignore their opinion. A child is automatically under the custody of both its parents if they are married. If they divorce, the doctrine is that custody will remain joint. If a child on the other hand is born out of wedlock, the mother is automatically awarded sole custody of the child.¹²³ This does not imply that the man will be barred from sharing custody. If the parents agree, they can give notice of joint custody to the Swedish Tax Agency or to the Social Board in connection with the acknowledgement of paternity. The court can also, upon the joint request of the parents, make an order for joint custody. The court will do so if joint custody is

¹¹⁸ Compare Prop. 1984/85:2, p. 1.

¹¹⁹ Children and Parents Code ch. 4 s. 1.

¹²⁰ Children and Parents Code ch. 4 s. 3.

¹²¹ Children and Parents Code ch. 4 s. 4, SOU 2001:10.

¹²² Act Amending the Children and Parents Code (Lag (1998:319) om ändring i föräldrabalken).

¹²³ Children and Parents Code ch. 6 s. 3.

not obviously incompatible with the best interests of the child.¹²⁴ The father may further bring action on joint custody. The court shall then award custody in accordance with the best interests of the child.¹²⁵

Nowadays, parents can also, by a written agreement that has to be passed by the Social Board in order to take effect, agree on custody. If the parents have agreed on joint custody, the agreement shall be effective if it is not obviously incompatible with the best interests of the child. If on the other hand the agreement determines that one of the parents shall have sole custody, the Board shall sustain the agreement if it is in the best interests of the child.¹²⁶

E. Conflict of Laws

The Cohabitees Act – mainly affects the financial relation of the parties. With regard to conflicts of law the Act on Some International Matters Concerning the Economic Relationship of Spouses and Cohabitees (1990:272) is applicable to cohabitants too.¹²⁷ This law does not have the same limited scope of application as the Cohabitees Act; instead it addresses all kinds of questions on law of property, for example gifts. This law does not contain a definition of the economic relationship of cohabitants, nor that of spouses. The law, however, regulates only family law related aspects of the relationship between cohabitants or future cohabitants. Consequently, a regular contract in the area of law of property is not governed by the law.¹²⁸

The law concerns the jurisdiction of Swedish courts to try cases related to the economic relationship of spouses or cohabitants, conflict of law questions and recognition, and execution of foreign decisions in this area, when there is a connection to another country besides Sweden.¹²⁹ The connection can be of different kinds. For example, it could consist of two Swedes living together in another country, or a Swedish citizen living together with a foreign citizen in Sweden.¹³⁰

¹²⁴ Children and Parents Code ch. 6 s. 4.

¹²⁵ Children and Parents Code ch. 6 s. 5.

¹²⁶ Children and Parents Code ch. 6 s. 6.

¹²⁷ Act Amending the Act on the International Economic Relationship of Spouses. (Lag (2001:1141) om ändring i lagen (1990:272) om makars internationella förmögenhetsförhållanden).

¹²⁸ Prop. 2000/01:148 Internationella frågor om makars och sambors förmögenhetsförhållanden, p. 33.

¹²⁹ Act on Some International Matters Concerning the Economic Relationship of Spouses and Cohabitees s. 1-5. (Lag (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden).

¹³⁰ Prop. 2000/01:148, p. 33-34.

In principle, succession is governed by the law of the nationality of the deceased.¹³¹ Regarding Nordic citizens with domicile within the Nordic countries though, special rules provide that the right to inherit from a Danish, Finnish, Icelandic or Norwegian citizen with domicile in Sweden is normally determined according to Swedish law.¹³² The law of nationality may, however, be applied if the deceased lived in the country of his last domicile for less than five years.¹³³

F. Cohabitees Act as a Reflection of Economic Community

The volume of marriage laws in Sweden today is complex. Marriage and its dissolution through divorce rest on the will of the parties and are based on an agreement between them. Marriage is, to a great extent, guided by common intent – the best interests of the union or family – and evinces several characteristics that are typical of status relationships.¹³⁴ In creating a cohabitation regulation, legislators took care not to have so extensive regulation as to make cohabitation seem a second-class marriage.¹³⁵ At the same time it was felt that regulations should be of similar cast, seemingly to avoid threshold effects.¹³⁶

Both types of life union discussed above represent economic forms of co-operation based on commitment. The difference between them seems mainly to lie in the degree to which parties desire to affirm their relationship by means of formalities offered by society. Those who get married enter into a marriage agreement. By tradition, matrimony is looked upon as life-long,¹³⁷ something that does not apply to cohabitation relationship. This might explain why the property division that affects both is so much more far-reaching on dissolution of a marriage than on break-up of non-marital cohabitation. In the case of marriage, the balancing effect of the principle of equal division mainly reflects the community on which marriage rests, while at the same time the principle of equal division is to some extent probably based upon common principles of division on termination of economic forms of co-operation; i.e. expectations of

¹³¹ Act on International Legal Relations Concerning the Estate of a Deceased Person ch. 1 s. 1. (lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo).

¹³² Act on Estate after Danish, Finnish, Icelandic or Norwegian citizen with domicile in this country, etc s. 1. (lagen (1935:44) om dödsbo efter dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare, som hade sitt hemvist här i riket, m.m.). As to what property is included see the Act on Property of a Deceased Person with Domicile in Denmark, Finland, Iceland or Norway. (Lag (1935:45) om kvarlätenskap efter den som hade hemvist i Danmark, Finland, Island eller Norge).

¹³³ *Bogdan*, Samboende utan äktenskap och svensk internationell privaträtt, in: Festskrift till Lars Hjerper: Studies in international law, Göteborg 1990, p. 41-42.

¹³⁴ Compare *Ryrstedt* 1998 (note *) 30-31 with further references.

¹³⁵ Compare Prop. 2002/03:80, p. 25.

¹³⁶ Prop. 1986/87:1, p. 40-41 and 102.

¹³⁷ See for instance SOU 1981:85, p. 100.

a division based upon the previous form of co-operation. In cohabitation relationship the actual community constitutes the very core of the legal relation, but at the same time the community as basis is less clear, since it is not verified by any formal act. Nor does community reign supreme, but rather vies with economic independence and individual ownership. Consequently, the cohabitation relationship as community, notwithstanding that the cohabitants are regarded as individuals with individual rights is governed by regulatory compromise. In fact, the lack of a community based on formalities is probably yet another reason why the legislator has not wanted to assimilate the legal effects of the two forms of life union, but instead has wanted to show restraint.

The cohabitation regulation was constructed as protective legislation in favour of the weaker party.¹³⁸ Since provisions take community into account to a lesser extent than in the case of matrimony, where parties have wanted to formalize their union, they should reflect to a greater extent the economic community achieved by the different contributions of the parties during cohabitation. The equal value division implied by the regulation supports such a position. The property which is to be divided is the most vital to the cohabitants; the joint home and joint household goods. Without that property the cohabitation relationship could not have been sustained! The division thus addresses precisely such property as constitutes a necessary basis of the relation. In fact, however, the division of property is subjected to further demands; the property must have been acquired for the use and benefit of both parties. Accordingly, no matter the duration of the relationship, property that was acquired before the commencement of cohabitation, or in any case irrespective of upcoming cohabitation, is excluded. If property is sold during cohabitation, it also ceases to be an object of division. A cohabitant has, however, some say in the matter of sales due to the rules on consent as described above.

If the rules on net value division are to reflect the economic circumstances during cohabitation, but do not imply any equity politics, then they appear adequate. Only property acquired in the interest of a cohabitation relationship is to be divided. But the mere fact that property is acquired for the use and benefit of both cohabitants does not reveal to what end that property was acquired for, and depending on circumstance, the situation can be altogether different. One example: a woman and a man move in together and occupy a house (real estate) which the woman previously inherited. They live together in this house for twenty years and they have three children. During cohabitation the man is the main breadwinner of the family and their level of consumption is rather high – they have low housing costs. The relationship then ends, and the man moves out. Since the dwelling was not acquired for the use of both parties, he is awarded no share of the value, even though the couple lived in an economic community. If instead the woman, after a couple of years of living together, had sold the property in order to acquire a new home for the family with the

¹³⁸ Prop. 2002/03:80, p. 25.

proceeds from the sale, the situation totally changes. The man then suddenly would have a right to half the value of the dwelling! The only difference between the two scenarios is whether the original home is kept or not. In the second instance the joint economic efforts of the parties led no more to the acquisition of the dwelling than in the first, rather it was the sale of the woman's inherited home that made it possible.

A lack of consistency thus accompanies Swedish legislation. Randomness is probably a consequence of the expressly declared legislative intent: limited protection for the weaker party. This does, however, not make inconsistency less serious. The results that typically are the main purpose of limited regulation, i.e. a regulation that reflects the need for an economic outcome corresponding to the different contributions made by the parties to the elected model of economic co-operation is not achieved, and the lack of cohesion leads to considerable insecurity regarding the rights of the individual. The weaker party has few possibilities of protecting him/herself and little influence on the possible economic outcome.

Cohabitation legislation today is amended by Swedish case law on joint ownership issues. Courts look at the real circumstances when settling such matters. Even if case law has shown distinct open-mindedness in acknowledging different types of contributions as grounds for joint ownership, this institute leads to some discretionary decisions and significant insecurity regarding individual rights as well.

If the desire is both to protect the weaker party and to ensure a predictable system, it would seem better to let the regulation as a whole reflect the economic co-operation implied by cohabitation on the basis of the model of agreement that the cohabitation really constitutes. A cohabitation regulation should therefore, in my view, imply a value division of property which is an effect of the cohabitation. Such property would have a connection to each party's contributions to the partnership. Economic justice and equality can be achieved if all efforts within a union or family are valued in the same way; this would consequently lead to a division of all property assignable to either party's earnings and accrued during cohabitation. It is hardly possible to disregard the fact that a certain distribution of the efforts during cohabitation may have consequences to life after the dissolution of the cohabitation – an effect which however must be accepted if we are to retain our neutrality as to the choice of life union and our view of the Cohabitees Act as regulatory system providing limited protection.

Legal Status of Cohabitants in Norway

EVA RYRSTEDT*

- A. Introduction – Cohabitants Act?
- B. Spouse or Cohabitant?
- C. Property and life together
 - I. Introduction
 - II. The Act Relating to Property Rights on Dissolution of a Household Community of 4 July 1991 No. 45
 - 1. The Definition of the Household Community
 - 2. Occupation of the Home
 - III. Housewife's Right to Joint Ownership
- IV. Monetary Compensation
- V. Cohabitation Contract
- D. Additional Legal Effects of Cohabitation
 - I. Different Concepts of Parenthood
 - II. Adoption
 - III. Custody of Joint Children in Cohabitation Relationships
 - IV. Right of Representation/Proxy
- E. Conflict of Laws
- F. With or without a Cohabitants Act?

A. Introduction – Cohabitants Act?¹

In Norway there is firm opposition to legislation on cohabitants.² It is held that the legislator should show restraint in making regulations concerning such relationship.³ An inquiry instituted a few years ago occasioned fairly far-reaching suggestions as to how the legal status of heterosexual cohabitants could be regulated.⁴ Findings implied that, to some extent, the regulation should approximate provisions for spouses. The report has, however, not yet

* Parts of the paper are adapted from *Ryrstedt, Bodelning och bostad*, Lund 1998; *Ryrstedt, Delning mellan sambor i Sverige – gällande rätt och föreslagna ändringar i ett komparativt perspektiv*, in: Numhauser-Henning (ed.) *Normativa Perspektiv*; festskrift till Anna Christenson, Lund 2000 and *Ryrstedt, Adoption i adoptantens intresse?*, in: Strøm Bull/Hagstrøm/Tjomsland (eds.), *Bonus Pater Familias*; festskrift till Peter Lødrup, Oslo 2002.

¹ "Cohabitee" signifies, for the purposes of this article, a person who lives with a person of the opposite sex in a relationship resembling marriage. "Cohabitation" signifies, although it normally encompasses all types of shared life, only a cohabitation relationship between cohabitants (as defined above).

² Up until 1972 there was even a so-called "concubine section" in the Penal Code s 379, according to which it was deemed unlawful to live together in a relationship resembling marriage without being married; *Strøm Bull, Ugift Samliv*, Oslo 1990, p. 23.

³ *Lødrup, Familieretten*, 4th edition, Oslo 2001, p. 25.

⁴ NOU 1999:25 *Samboere og samfunnet*.

led to any legislation. On the other hand, Norway regulated entitlements to the joint home and to household goods on dissolution of a household community as early as 1991. But provisions affect only the right to the property as such, not any net value division. Thus, the positions are very limited. The law concerns parties living together and sharing daily household expenses, on condition that they are over 18, have been living together in a household for more than two years or have or are expecting joint children. The so-called Household Community Committee (*Husstandsfellesskapsutvalget*) argued in its proposals that any household community entails some common financial arrangement insofar as the parties share residence and household and also normally share expenses to some extent. They might also share property.⁵ The vast majority of persons falling into this category are of course cohabitants.⁶

B. Spouse or Cohabitant?

In Norway opposition to legislation regarding the legal consequences of cohabitation has been very persistent. At the same time, however, certain regulations or case law has emerged regardless of whether the parties are married or cohabitants. One example of this is the possibility to argue joint ownership on the grounds of domestic contributions.⁷ Opposition to statutory schemes for cohabitants in Norway does not mean that cohabitation is not common. In 2002, 17 % of Norwegians aged 16-79 declared that they were cohabitants, while 50 % were married. In Norway, approx. 500,000 persons of opposite sex are living as cohabitants. Approx. 100,000 persons are cohabitants with joint children. For individuals under 30 it is more common to be cohabiting than to be married.⁸

Notwithstanding the fact that homosexual couples have been able to register their partnership for several years now,⁹ it remains uncertain whether homosexual couples are covered by the present legal definition of cohabitants. In the objectives guiding the inquiry on cohabitants, the term was defined to target persons living together under stable circumstances resembling marriage. In the subsequent report the committee limited its findings to heterosexual cohabitants.¹⁰ This is an approach that endorses the prevailing concept of cohabitation as a relationship between two persons of opposite sex living together at the

⁵ NOU 1988:12 *Husstandsfellesskap*, p. 9-12.

⁶ NOU 1988:12, p. 26-27 and Ot.prp. nr. 52(1990-91) *Om lov om rett till felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører*, p. 7. Compare also *Lødrup* (note 3) 23.

⁷ See further sec. C.III. below.

⁸ <www.ssb.no/emner/02/01/20/familie/main.html>, 2004-03-26.

⁹ The Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples (Registered Partnerships Act) (Lov 1993-04-30 nr 40: *Lov om registrert partnerskap*).

¹⁰ NOU 1999:25, p. 3.

same address in circumstances resembling marriage.¹¹ However, the question seems unresolved, particularly as the definition of cohabitant varies with the legal context.¹² According to Svendrup, there is no real basis for making a difference between the two categories.¹³ The drafting of legislative proposals regarding cohabitants on part of the Norwegian Children and Family Department seems a first step towards placing homosexual couples on an equal footing with their heterosexual counterparts.¹⁴

C. Property and living together¹⁵

I. Introduction

As mentioned above, Norway has made no special laws for cohabitants, although such legislation has now been proposed. If a cohabitant dies, there are no rules that provide for the surviving party. Cohabitants have no succession rights and are not entitled to remain in occupation of an undistributed estate. The rights of a surviving cohabitant depend on the existence of a will.¹⁶ The legal position is, however, not entirely unregulated, there are solutions to existing problems; for example there are provisions enabling members of a household community to claim a joint dwelling and ordinary household goods. Not all net value division of assets are covered by these provisions. Furthermore, there is a possibility to acquire a share in property through housework. Also, an entitlement to compensation has been acknowledged in case law, providing against unjust enrichment of one party at the expense of the other. The parties also have the option of safeguarding against possible future disputes by drawing up a cohabitation contract.¹⁷

¹¹ Ugift samliv, <<http://odin.dep.no/bfd/norks/publ/veiledninger/004005-990206/index-dok000-b-n-a.ht>>, 2004-03-25, p. 2.

¹² St.meld.nr.29 (2002-2003) Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap, p. 61.

¹³ Svendrup, *Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv*, Oslo 1997, p. 319.

¹⁴ Compare St.meld.nr.29 (2002-2003), p. 67.

¹⁵ The following section treats the commencement as well as the dissolution of cohabitation.

¹⁶ Compare *Lødrup*, Arverett, 4th edition, Oslo 1999, p. 57. In Norway neither inheritance duty nor gift duty is due between spouses or cohabitants. The Act Relating to Inheritance Duty and Duty on Certain Gifts, s. 4. (Inheritance Duty Act 1964) (Lov 1964-06-19 nr 14: Lov om avgift på arv og visse gaver).

¹⁷ NOU 1999:25. See also St.meld.nr. 29 (2002-2003), p. 70-72.

II. The Act Relating to Property Rights on Dissolution of a Household Community of 4 July 1991 No. 45¹⁸

1. *The Definition of the Household Community*

A household community is assumed to exist between adults who, without being married, live under the same roof and jointly provide or contribute for the necessities of life. That implies that they jointly cover day-to-day household expenses or expenses that are connected with the home and the household goods.¹⁹ Subsequently, we are dealing with different types of residential community. Apart from cohabitants, household communities can also exist between siblings, between parents and their adult children, between friends or between parties in different such combinations. The reasons why people live in a household community may vary. And where joint financial arrangements are concerned, they may obviously vary both in extent and in their implications. The definition is thus based on external criteria relatively easy to determine.²⁰

The law does not apply to married persons or registered partners. Nor can the law therefore be applied to a residential community between spouses and other adults. Should, however, a marriage end and the surviving spouse continues to live together with other members of the household community, the community would after a requisite period fall under the law. This period commences with the dissolution of the marriage.²¹ Further, the law is only applicable to persons who are 18. If one of the members of an existing household community is 18, the law will be applicable. The requisite period, however, remains mandatory. It begins on the respective member's 18th birthday.²²

2. *Occupation of the Home*

The law gives members of a household community certain rights when the community dissolves. Provisions vary, depending on whether the household community ceases because of the death of a member or for another reason. The basic difference is that in the case of the death of one household member the surviving community members' claims may be in conflict with those of heirs, whereas otherwise members' claims themselves may be adverse. In both cases the law provides for access to the joint home or to household property under certain prescribed conditions. Real estate holds a unique position in that the establishment of a claim requires that the real estate solely or mainly consti-

¹⁸ Household Community Act 1991.

¹⁹ NOU 1988:12, p. 25, and Ot. prp. nr. 52(1990-1991), p. 7. See also *Holmøy/Lødrup*, Ekteskapsloven, og enkelte andre lover med kommentarer, Oslo 2001, p. 594.

²⁰ *Holmøy/Lødrup* (note 19) 594.

²¹ *Holmøy/Lødrup* (note 19) 594-595.

²² Household Community Act 1991, s. 1.

tuted a joint home. When a household community dissolves because of death, particular reasons must favour access, whereas strong reasons must be given when the community dissolves for some other reason. Furthermore, real estate cannot be claimed 1) if the household community dissolves for some other reason than death; 2) if a party has *odelsrätt* (a type of strong right to family estate) to the estate, or 3) if it falls to the family of the party concerned through heritage or gift. There is, however, a chance for a party, when particular reasons exist, to be awarded usufruct of a dwelling in certain situations.

The effects of the Norwegian Household Community Act are limited, especially as it does not provide for any net value division. Furthermore it is optional, even if a contractual stipulation may exclude the application of the Act. In the government bill it is stressed, that a contract that favours only one of the parties, is of lesser importance than a reasonably balanced contract. Circumstances that arise after the conclusion of a contract may also suggest a distribution scheme departing from the one agreed on in the contract.²³

III. Housewife's Right to Joint Ownership²⁴

It is, however, not only the Act on household community that governs relations between members of a household community. Another important rule is the so-called housewife's right to joint ownership (*husmorssameie*). It stipulates that domestic contributions may constitute grounds for the recognition of joint ownership by a spouse or cohabitant – and of course, relationships between spouses and cohabitants are unions where joint ownership is particularly common.

From the point of view of the law of property, however, the starting point is that unmarried cohabitants are treated as singles. The existence of an established union between cohabitants does not affect cohabitants' exclusive ownership of certain property. What a person acquires while living with another person is, in principle, that person's property.²⁵ It does not, however, necessarily follow that the party that has acquired certain property remains its sole owner. Joint ownership has evolved out of a contract law construction.²⁶ Based on the so-called housewife ruling (Rt. 1975 p. 220), the housework of one spouse may, under present law,²⁷ constitute entitlement to joint ownership.²⁸

The presumption is that the parties own equal shares of joint property.²⁹ This presumption may, however, be refutable, by an agreement between the parties,

²³ Ot. Prp. Nr. 52(1990-1991), p. 15.

²⁴ *Husmorssameie*.

²⁵ *Strøm Bull* (note 2) 31. See also *Sverdrup* (note 13) 142.

²⁶ Compare *Sverdrup* (note 13) 88-94, and Rt. 1956, p. 264, Rt. 1966, p. 874.

²⁷ Marriage Act, s. 31(2-3), (Lov 1991-07-04 nr 47: Lov om ekteskap).

²⁸ *Sverdrup* (note 13) 378-379.

²⁹ *Sverdrup* (note 13) 445 and *Stuevold*, Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige "naboeretter", TfR 1983, 384.

the extent of the respective parties' contributions or a third party disposition.³⁰ By analogy, a cohabitant (heterosexual as well as homosexual according to Sverdrup³¹) may also – according to case law – become the joint owner of property acquired by the other cohabitant through domestic contribution.³² In contrast, other types of domestic arrangements, for instance students sharing household, would require an agreement if one of them was able to claim joint ownership of property that the other has acquired with his income.³³ In principle, spouses and cohabitants are free to resort to domestic contract regarding property relations.³⁴

Joint ownership is thus established by joint acquisition. Joint acquisition principally rests on an agreement between the parties or on the will of a giver or decedent, but may also be based on both parties having contributed to the acquisition. There are various types of contribution. Naturally, it might be a direct economic contribution, but a share in property may also derive from one party having paid consumption expenses.³⁵ A party's contribution, then, may also – when it comes to joint ownership of property that has served both parties, such as the joint home and ordinary household goods – have been housework. As Thue notes, an acquisition made possible solely by the efforts of one party without the other party contributing in any way is fairly unproblematic. The acquirer of certain property becomes its sole owner. In contrast, efforts that do not result in direct economic effects are difficult to assess. The most common effort of this type is obviously housework. Thue is of the opinion that

³⁰ Sverdrup (note 13) 445. See also *Falkanger*, Tingsrett, 4th edition, Oslo 1993, p. 114.

³¹ Sverdrup (note 13) 319.

³² Lødrup (note 3) 115 with reference to i.a. Rt. 1984 p. 497, Rt. 1982 p. 1102, Rt. 1978 p. 1352, RG. 1977 p. 311, RG. 1978 p. 668, RG. 1981 p. 764, RG. 1982 p. 910, RG. 1982 p. 923, RG. 1984 p. 662, RG. 1985 p. 416, RG. 1993 p. 379. See also Sverdrup (note 13) 5, 185-186, 221 and 318-320, and *Strøm Bull* (note 2) 33.

³³ Sverdrup (note 13) 186.

³⁴ Sverdrup (note 13) 190-191. See also Ot. prp. nr. 28 (1990-1991) Om lov om ekteskap, p. 104 and NOU 1987:30 Instilling till ny ekteskapslov del II, p. 102, and Sverdrup (note 13) 143 particularly regarding Marriage Act 1991, s. 31(3).

³⁵ Sverdrup (note 13) 11-12, 142-143 and 377-382. See also Rt. 1977 p. 553, Rt. 1979 p. 1463, Rt. 1982, p. 666, Rt. 1982, p. 1102 and Rt. 1984, p. 497. See also NOU 1987:30, p. 63-67 for a classification of – on the one hand – joint ownership based on principles of property law and – on the other hand – joint ownership based on housework. See also *Holmøy/Lødrup* (note 19) 183. Thue distinguishes between “housewife joint ownership” and “mix up joint ownership”, Thue, *Samliv og sameie: husarbeid og sammenblandet økonomi som grunnlag for sameie mellom ektefeller og mellom parter i avtalt samliv*, Oslo 1983, p. 27-39 and 98-110. Compare also *Christensen*, Tfr 1984, 309. See also *Nyberg*, *Makars samäganderätt till bostad och bohag*, Bergen 1994, p. 6. Compare however *Strøm Bull* (note 2) 32, who holds that the term “mix up joint ownership” may be misleading. *Strøm Bull* (note 2) stresses that the starting point is that the one in whose name the acquisition has been made is the owner. *Strøm Bull* (note 2) 156. Compare also Sverdrup (note 13) 142. For occupational rights on separation or divorce, see for instance *Holmøy/Lødrup* (note 19) 469-482; *Lødrup* (note 3) 123-132; *Kirkleit*, *Bruktrett till bolig ved separasjon og skilsmisse i Det juridiske fakultets skriftserie nr 54*, Bergen 1995 and *Molven*, *Familirett*, 4th edition, Oslo 1999, p. 126-131 and 194.

housework should be considered significant insofar as both parties are gainfully employed and contribute mutually to the household. In a situation where the man acquires capital goods and the woman bears household expenses, joint ownership may have been established. Thue holds that the "housewife judgement" of 1975 allowed the courts to take into consideration such cases where the domestic labour of one party as constituting a part of his or her contribution.³⁶ Thus, contribution need not be connected to acquisition, but may consist of a party's participating in paying mortgages. All contributions made by one party until the time the question of rightful ownership arises, shall be taken into account. This approach has retrospectively been laid down in case law.³⁷ The same approach is also evident in the travaux préparatoires.³⁸ It would, however, not be appropriate to base joint ownership on contributions made after the question of rightful ownership arose.³⁹

It is thus not clearly defined what constitutes the housewife's right to joint ownership.⁴⁰ Legal opinion on this point lacks consistency. In the bill, the position of the Marriage Committee (*Ekteskapsutvalget*) prevailed, i.e. that an assessment as to the extent to which domestic contributions entitled to joint ownership to the home and to ordinary household goods, should depend on the type of dwelling, the general financial situation of the spouses, the individual efforts of each spouse regarding the joint home etc. There could be no fixed catalogue of criteria. Nevertheless, domestic contribution is usually sufficient ground for a claim to joint ownership in more ordinary situations, for example where one of the spouses has stayed at home in order to care for a mutual child. The criteria outlined in the bill are merely guidelines. In the end, the decision on how much significance shall be attached to housework depends on the discretionary assessment in each individual case.⁴¹ Three judgements by the Supreme Court⁴² (*Højesterett*) seem to indicate that joint ownership is established on the basis of a discretionary comprehensive judgement governed by two distinct principles. Firstly, the parties' efforts both at home and in their profession are taken into account. Secondly, the character of any acquisition of assets as a joint undertaking of both parties is weighed.⁴³

Thus a party must in some way have contributed to the acquisition. This may have been achieved by providing domestic labour and by securing time or capital for the one who is gainfully employed, thus promoting the acquisition.

³⁶ Thue (note 35) 8-9.

³⁷ See i.a. Rt. 1980 p. 1404. See also *Sverdrup* (note 13) 143. Compare also *Holmøy/Lødrup* (note 19) 183-195.

³⁸ NOU 1987:30, p. 102.

³⁹ *Sverdrup* (note 13) 143.

⁴⁰ *Sverdrup* (note 13) 225-227. See for differing opinions for instance *Thue* (note 35) 95-96, *Lødrup* (note 3) 132-133 and *Strøm Bull*, TFR 1985, 506.

⁴¹ Ot. prp. nr. 28 (1990-1991), p. 59 and 62.

⁴² Rt. 1975 p. 220, Rt. 1976 p. 694 and Rt. 1980 p. 1403.

⁴³ *Sverdrup* (note 13) 225 and 305-306.

Even if exact estimates cannot be given of how large a contribution has to be for entitlement to joint ownership, there are reasons to examine indirect contributions more closely than direct contributions. This is due both to the insecurity that is attached to the assessment of an indirect contribution and to the fact that an indirect contribution does not embody any element obviously suggesting entitlement. An important circumstance to be considered is the level of contribution, but other circumstances are also significant, such as the parties' connection to the property and whether the parties agreed on purchase and financing, as well as in what way they would jointly use the property. In order for joint ownership to be established, the property must thus have been acquired for the parties' joint use.⁴⁴ Special importance should probably be attached to a joint home that both parties agreed on acquiring.⁴⁵

A court's final decision will thus depend heavily on the size of the contribution and the degree of community related to the acquisition. The property's character as a joint undertaking, however, will be the pertinent question when the contribution of one party is indirect.⁴⁶ The closer the acquisition is tied to the family community, the more natural it is for the parties to acquire jointly. As for the indirect contribution that housework constitutes, the Act, expressly notes that this type of contribution is of significance precisely in the assessment of whether property serving the spouses' joint personal use is owned jointly.⁴⁷

IV. Monetary Compensation

There is also the possibility of awarding compensation to a cohabitant, if he or she has contributed to a partner's assets or to the relationship. Awards are then based on the common principles of gain and restitution.⁴⁸ A demand for compensation may also be based on equitable adjustment. Even though compensation rules for spouses cannot be applied by analogy to cohabitants, one can – in determining whether compensation should be awarded to a cohabitant on the grounds of unjust enrichment or equitable adjustment – look at how spouses are treated in this respect.⁴⁹ Compensation may also be awarded to a cohabitant when a partner has benefited financially through the cohabitant's housekeeping or because he or she has been covering the family's living expenses. The starting point here will usually be a contribution towards enhanced value of a partner's assets. In some cases though, compensation could probably be awarded

⁴⁴ *Sverdrup* (note 13) 143-144 and 276-277, with reference to i.a. Rt. 1984 p. 497 and Rt. 1982 p. 1102.

⁴⁵ *Sverdrup* (note 13) 225 and 305-306.

⁴⁶ *Sverdrup* (note 13) 144, with further reference to Rt. 1975 p. 220, Rt. 1980 p. 1403, Rt. 1982 p. 1102 and Rt. 1983 p. 1146.

⁴⁷ *Sverdrup* (note 13) 144.

⁴⁸ Rt. 1984 p. 497. See also *Strøm Bull*, Vederlagskrav overfor ektefelle eller samboer, TfR 1985, 539-558 and *Strøm Bull* (note 2) 104-110. See also *Sverdrup* (note 13) 32.

⁴⁹ *Strøm Bull* (note 2) 101-110.

without any such enhancement. The contribution of one cohabitant may have benefited the other cohabitant.⁵⁰ A Supreme Court decision⁵¹ suggests that the operative conception of enrichment is narrow. This need, however, not imply a restrictive approach to compensation.⁵²

In *Sivilsak nr 296/1999, Inr. 36/2000* the Supreme Court settled (with reference to Rt. 1984 s. 497 and 504) a dispute where a surviving cohabitant claimed compensation for unusually extensive care and nursing services to her cohabitant, a grave alcoholic, over a long period of time. The Supreme Court found that a compensation of 400 000 NKR (app. 48 000 Euro) should be awarded. The decision was based on common principles of gain and restitution. A cohabitant has the right to compensation for care of a partner when the cohabitation ends by his or her death.⁵³

V. Cohabitation Contract

Principally, partners who live in a cohabitation relationship are treated as separate individuals. Cohabitants have the possibility to regulate their economic circumstances through private agreements.⁵⁴ Cohabitants can thus enter into a so-called cohabitation contract before commitment. Such a contract can be drawn up so as to cover the economic issues during cohabitation and how the property should be divided when the relationship ends.⁵⁵ Cohabitation contracts are not as stringently regulated as premarital settlements,⁵⁶ something that allows a great deal of flexibility in the formulation.⁵⁷ A cohabitation contract may, however, conflict with the common rules of the law of contracts and/or provisions of statute law.⁵⁸

D. Additional Legal Effects of Cohabitation

I. Different Concepts of Parenthood

Today it is necessary not only to establish who the biological parents are, but also the genetic, legal, and social ones. In Norway, as in many countries, the

⁵⁰ *Strøm Bull* (note 2) 172-173, with further reference to some lower court case law.

⁵¹ Rt. 1984 p. 497.

⁵² *Strøm Bull* (note 2) 104-110.

⁵³ <www.hoyesterett.no/news/2437.asp>, 2004-05-17.

⁵⁴ St.meld.nr.29 (2002-2003), p. 61.

⁵⁵ Samboerkontrakt, <www.tv2.no/gmn/n2i.vis?par=5318>, 2004-05-07.

⁵⁶ For premarital settlements, see Marriage Act 1991, ch. 11.

⁵⁷ Compare Familierett, Samlivsavtale, <www.judicium.no/index.php?option=content&task=view&id=18&Itemid=40>, 2004-04-27.

⁵⁸ NOU 1999:25, sections 3.1.8. and 3.2.6., <<http://odin.dep.no/bfd/publ/utredninger/NOU/004005-020012/ved001-bn.html>>, 2004-05-11.

determination of biological paternity is based primarily on the so-called *pater est* rule, which implies that a married man is presumed father of the children born in wedlock.⁵⁹ The woman giving birth to the child is considered its biological mother.⁶⁰ If the mother is not married, or if the paternity presumption has been revoked, paternity must be established in another way. This is done by means of an acknowledgment during or after pregnancy or through an order of the court.⁶¹ As mentioned above, it is not always biological or genetic parenthood that is decisive. Legal parenthood as well as social parenthood may be of great importance to the child and to the parents.

There are various methods of assisted procreation available to childless couples. Sperm donation can be performed in two different ways. Insemination means that sperm is inserted into the woman's uterus. Fertilization can also be carried out *in vitro* (IVF), that is, fertilization of the mother's ovum outside her body. The fertilized ovum is thereafter transferred to the woman's body. Furthermore, donation can be performed as an ovum donation, or as a combination of these treatments.

In Norway it is allowed to perform artificial insemination through sperm donation both by inserting sperm into the woman's uterus and through IVF. A fertilized ovum, however, may only be used on the woman from whom it originates.⁶²

The treatment may only be performed on a married woman or on a woman who cohabitates with a man in a relationship resembling marriage.⁶³ The cohabitation may not be of too short a duration; according to the travaux préparatoires it shall have lasted for 3-5 years.⁶⁴ Written consent for any treatment must be given by both parties, the man as well as the woman.⁶⁵

So far, the identity of the sperm donor has been protected, and the child has no right to know its origin.⁶⁶ It has been suggested, though, that sperm donors shall be registered in a donation register.⁶⁷ By means of such registration, the child may, when turning 18, gain access to the identity of the donor.⁶⁸

Legal paternity, in the case of artificial insemination, is constituted by the consent that the husband or the cohabitant has given, unless it is doubtful that

⁵⁹ Children and Parents Act, s 3. (Lov 1981-04-08 nr 07: Lov om barn og foreldre).

⁶⁰ Children and Parents Act, s. 2.

⁶¹ Children and Parents Act, s. 4.

⁶² The Act Relating to the Application of Biotechnology in Medicine etc, s. 15. (Biotechnology Act 2003)(Lov 2003-12-05 nr 100: Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.) Egg transfer is thus forbidden. Biotechnology Act 2003, s. 18.

⁶³ Biotechnology Act 2003, s. 2.

⁶⁴ Ot.prp.nr.37(1993-94) Om lov om medisinsk bruk av bioteknologi, p. 48. See also Ot.prp.nr. 64(2002-2003 Om lov om medisinsk bruk av bioteknologi m.m., section 2.4.5.

⁶⁵ Biotechnology Act 2003, s. 5.

⁶⁶ The Act Relating to the Application of Biotechnology in Medicine s. 7 (Lov 1994-08-05 nr 56: Lov om medisinsk bruk av bioteknologi).

⁶⁷ Ot.prp.nr. 64 (2002-2003), Biotechnology Act 2003, s. 8.

⁶⁸ Ot.prp.nr. 64 (2002-2003), Biotechnology Act 2003, s. 7.

the child has been conceived in the above mentioned way. Consent is thus the legal fact that leads to the legal consequence of legal paternity. The sperm donor cannot become subject to paternity proceedings unless the sperm originates from the husband or the cohabitant himself.⁶⁹

II. Adoption

In Norway, the institution of adoption is regulated in the Adoption Act of 1986.⁷⁰ The age limit for adoption is 25 years.⁷¹ The adoption is “strong”, which implies that it cannot, in principle, be revoked. Through the adoption the adopted child attains the same legal position as the parents’ biological children. At the same time, adoption implies a break with the biological family.⁷² One express object is to eliminate all differences between adopted and biological children.⁷³ Consequently, great importance is placed on the quality of the family environment. The starting point for decisions is the best interests of the child.⁷⁴ Little weight will be attached to the adopter’s needs.⁷⁵ Consideration of the child’s interests takes priority.⁷⁶ The adoptive parents shall, as soon as seems recommendable, tell the child that it is adopted, and the child has from the age of 18 the right to information about its biological parents.⁷⁷ A note on the adoption order shall also be entered next to the name of the adopted child in the National Registry (Folkeregistret) as well as certain other public records.⁷⁸

Spouses must as a rule adopt jointly.⁷⁹ Only spouses (and in some cases registered partners) may jointly adopt children.⁸⁰ One of the parties in a registered partnership may, with the consent of the other party, adopt his or her child, unless that child is a foreign adoptee from a country that does not allow such adoptions.⁸¹ A stepchild may thus enjoy the legal security that an adoption gives.⁸² One circumstance of possible importance is the adopting family being

⁶⁹ Children Act 1981, s. 9.

⁷⁰ Adoption Act (Lov 1986-02-28 nr. 08: Lov om adopsjon).

⁷¹ Adoption Act, s. 3.

⁷² Adoption Act, s. 13.

⁷³ *Hognestad/Steenberg*, Adopsjonsloven med kommentarer, Oslo 2000, p. 49.

⁷⁴ Adoption Act 1986, s. 2.

⁷⁵ *Hognestad/Steenberg* (note 73) 136-137.

⁷⁶ Adoption Act, s. 6.

⁷⁷ Adoption Act, s. 12.

⁷⁸ Adoption Act, s. 16.

⁷⁹ Adoption Act, s. 5.

⁸⁰ Adoption Act, s. 5.

⁸¹ Adoption Act, s. 5a (2), Registered Partnerships Act, s. 4.

⁸² Ot.prp.nr. 71 (2000-2001) Om lov om endringer i lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon og i lov 30. april 1993 nr. 40 om registret partnerskap, ch. 2. See also Innst. O. nr. 101 (2000-2001) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov endringer i lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon og i lov 30. april 1993 nr. 40 om registrert partnerskap, ch. 1:3.

similar to a biological family, both regarding the applicants themselves, the number of children, the age of those children and residence type.⁸³ At the same time there is no obstacle to a single adult adopting. In practice, however, it has turned out to be difficult to get permission for such an adoption. It is normally considered better for a child to be adopted by a family with a mother and a father.⁸⁴ Cohabitants are not allowed to adopt. The draft of a Cohabitants Act however incorporates a proposal for granting cohabitants whose relationship meets certain time requirements the right to joint adoption.⁸⁵

III. Custody of Joint Children in Cohabitation Relationships

In Norway the legislator has chosen to use the terms "parental responsibility" (*foreldreansvar*) and "right of access" (*samværsrett*) in the law regulating the relationship between children and parents.⁸⁶ The terminology stems from the desire to stress the child's rights and the parents' duties.⁸⁷ Rights, duties, powers, responsibilities, and authority in relation to a child's property are regulated in a law on guardianship,⁸⁸ even though a parent with parental responsibility is normally also guardian.⁸⁹

Parents who are married to each other have joint parental responsibility for their children. In case of separation or divorce, the parties can continue to share responsibility. They can, however, also make an agreement that one of them alone shall have the parental responsibility. If the parents cannot agree, either one of them can, in a prescribed way, file suit in the matter of parental responsibility. Until an agreement or a ruling is at hand, parental responsibility will be shared.⁹⁰ If the parents are not married when the child is born, the mother alone has parental responsibility. The parents can, however, after an agreement, inform the National Registry that they will either share parental responsibility or that the father alone shall have it.⁹¹ Either parent may also, in the same way as parents that have been married, file suit in the matter of parental responsibility.⁹²

⁸³ *Hognestad/Steenberg* (note 73) 144.

⁸⁴ Innst. O. nr. 19 (1985-1986), p. 3. *Hognestad/Steenberg* (note 73) 147.

⁸⁵ NOU 1999:25, p. 189-191.

⁸⁶ Children and Parents Act.

⁸⁷ Ot. Prp. Nr 62 (1979-1980) Om lov om barn og foreldre, p. 19.

⁸⁸ Guardianship Act (Lov 1927-04-22 nr 3 om vergemål for umyndige).

⁸⁹ Guardianship Act, s. 3.

⁹⁰ Children and Parents Act, s. 34.

⁹¹ Children and Parents Act, s. 35.

⁹² Children and Parents Act, s. 39, with reference to s. 34(3).

Joint parental responsibility can be ordered against a parent's will, on condition that this is in the best interests of the child. It is however not possible to make such an order against the will of both parents.⁹³

IV. Right of Representation/Proxy

Cohabitants are looked upon as independent individuals. Consequently, no provisions regarding the right to representation or authorization exist.

The rules concerning the right to act on behalf of a partner are thus governed by statute law.⁹⁴ A cohabitant can only inherit through a will.⁹⁵ Norwegian law differentiates between heir and legatee. An heir is someone who inherits a share of the estate or someone who is legally entitled to inherit. A legatee is someone who gets a certain asset.⁹⁶ Only a cohabitant designated as heir in a will has the powers associated with the estate of the deceased, for instance the right to demand distribution of the estate.⁹⁷

E. Conflict of Laws

In Norway there is, as discussed above, no Cohabitants Act. Cohabitation is instead a notion that has different meanings in different contexts. This does not imply an absence of regulation, but rather the existence of certain regulatory schemes whereby cohabitants can determine their financial circumstances, provisions are generally quite pragmatically designed to protect different groups of individuals – e.g. those combining their efforts and earnings or who share a home. There is therefore no regulation applicable to the financial circumstances of cohabitants.

Regarding conflict of laws, a dividing line is drawn between cohabitants who have entered into an agreement about their financial circumstances and cohabitants who live together without having regulated their relationship in this way. A contract will remain valid regardless of whether the parties move to or from Norway. The contract may determine their mutual financial arrangement, or it may be that the rules of their home or their host country shall apply. A right established in one country will tend to be recognized in Norway and vice versa. Such a right may arise in a cohabitation relationship with or without a contract. Provisions with social law elements – such as the Norwegian Household Community Act 1991 – will probably be applicable to property whose

⁹³ Ot. Prp. Nr. 62 (1979-1980), p. 28-29.

⁹⁴ The Act on Termination of Contracts, on Proxy and on Invalid Declarations of Intention, ch. 2 (Lov 1918-05-31: Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljels-erklæringer).

⁹⁵ Administration of Estates Act s. 124 (Lov 1930-02-21 om skifte).

⁹⁶ Administration of Estates Act, s. 124, *Lødrup* (note 16) 268-269.

⁹⁷ Administration of Estates Act 1930, s. 60, *Lødrup* (note 16) 271.

ownership has been established in another country. The law of inheritance follows the principle of domicile.⁹⁸

F. With or without a Cohabitants Act?

For a long time there has been firm opposition to a specific cohabitation regulation in Norway, a stance perhaps partially due to the fact that until 1972 it was unlawful to live together in a relationship resembling marriage without actually being married. Even though a proposal for a cohabitation law was made in 1999, it has not yet led to legislation. The proposals are far-reaching and would, if they were to be realized, entail a regulation very similar to that for spouses.

Cohabitation may exist between siblings as well as between parties to a relationship resembling marriage, so-called cohabitants. Joint financial arrangements between cohabitants are probably typically more extensive than between other parties living together, and cohabitation relationships are also often longer lasting. The economic form of co-operation in question leads to an increased demand for an economic division at the end of the cohabitation. The household community as foundation of the cohabitation will have been counter to economic independence and individual ownership. On termination of cohabitation, the community ceases to exist, giving free rein to individual claims. This is where a regulatory system is needed, a system that reflects mutual contributions and protects the weaker party.

Nevertheless, Norwegian legislators have been reluctant to regulate the relationship between cohabitants. The need may not have seemed pressing, and while there is no regulation to this day, the various issues that arise in connection, above all, with the dissolution of cohabitation are handled in a pragmatic way, free from ideological overtones. Under the provisions of the Household Community Act for occupational rights to the joint home and entitlement to joint household goods, the weaker party is protected. These provisions do not, however, entail any value division, a fact that may make occupation of the home impossible. Two different remedies against economic injustice between the parties have, however, emerged, mainly through case law. They are based on common rules covering beneficial property law interest. The rules on joint ownership enable a cohabitation to make a claim for, in principle, half the net value of the dwelling if he/she has contributed to the acquisition. Even if joint ownership probably rests on the economic community between parties, the path chosen by Norway shows the significance of joint ownership as a complement to other legislation – or its lack. In Norway no contract-law “straitjacket” has been put on the institute. The basis of entitlement can – after a discretionary

⁹⁸ Compare *Thue*, *Internasjonal privatrett: personrett, familierett og arverett – Almennelige prinsipper og de enkelte reguleringer*, Oslo 2002, p. 500-501.

assessment – consist of the housework contributed by a cohabitant. The housework as such can thus qualify for joint ownership to the same extent as an economic contribution might. Even though joint ownership constructed in this manner is based upon the economic community and the economic co-operation of cohabitants, the contribution is qualified and only leads to joint ownership if it stands out as sufficiently significant in relation to, above all, the financial circumstances of the union.

Further, the Norwegian regulations regarding compensation supply an instrument for achieving what is considered a fair division. The rules on compensation are based on principles of gain and restitution⁹⁹ and are probably applicable when the contribution of a cohabitant has led to either an enhancement of a partner's assets or at least a cut in expenses.¹⁰⁰ By means of such an institute, a judgement based on the cohabitants' degree of co-operation is made possible in the individual case. Furthermore, it ensures that the accepted view of an economically just society extends to cohabitation relationships even though the effects of the mutual financial commitment of the parties may not in other respects be sufficient for monetary compensation.

Norway has, despite the lack of specific cohabitation regulation, adopted a prosaic attitude as to how the questions of allocation that may arise as a consequence of economic cohabital commitment should be solved. Through case law a solution has emerged that seemingly weighs what is considered reasonable in the situation or what we often call economic justice. A given problem is simply solved in a way that reflects the contributions – apparent particularly in the possibility to argue joint ownership on the basis of housework. This demonstrates a fairly open mind regarding the assessment of the contributions of both parties in their mutual best interests. With respect to compensation it is mainly a matter of one cohabitant not being able to benefit at the expense of the other. It thus comes down to balancing mutual economic efforts against individual ownership in terms of what went on during the time of cohabitation and what the effects have been. The outcome is a consequence of the cohabitation and the degree of commitment characterizing it.

This pragmatic approach to problems, based – as shown – on the view that cohabitation is a co-operation between two parties where the different contributions of both are to be valued in the same way, creates a situation where it is possible to deliver individual judgements and where one does not run the risk of making cohabitation a second-rate marriage. This might be the case if one chose a less extensive cohabitation regulation with only some protective provisions. Should Norway decide to introduce a Cohabitants Act with consequences similar to those for spouses, the neutrality vis-à-vis different forms of life union would be at risk, engendering the obvious problems such an approach implies.

⁹⁹ *Sverdrup* (note 13) 144.

¹⁰⁰ *Strøm Bull* (note 2) 101-110.

The lack of regulation leads however to significant insecurities regarding the rights of the individual. The parties have a difficult task anticipating the effect of their joint economic arrangements, and some situations fall outside the scope of clear-cut solutions. The absence of rules may also lead to an increase in legal disputes, with the ensuing economic and psycho-social effects, or, alternatively, insecurity as to the outcome may cause a party to choose not to take legal proceedings. A Cohabitants Act that reflects the economic co-operation that prevailed during cohabitation on the other hand should contribute to both predictability and protection for the weaker party. The Act could extend the contract model on which cohabitation basically rests to incorporate a net value division of property acquired during cohabitation. This property is connected to the parties' respective contributions to their union. In this context, economic justice and equality implies that any contribution benefiting the union will be judged equally valuable. Property division of everything leading to an enhancement of assets during cohabitation seems well suited to the pragmatic view applied in Norway today, while probably furthering predictability and security regarding the rights of the individual and mitigating disputes.

Legal Status of Cohabitants in Denmark

INGRID LUND-ANDERSEN

- A. Introduction
- B. Marriage and cohabitation
- C. Commencement of cohabitation
- D. Legal effect of cohabitation
 - I. Kinship
 - II. Property regime
 - III. Right of representation/proxy
 - IV. Alimony/support during and after cohabitation
 - V. Compensation claims in case of death and/or injury of a cohabitant
 - VI. Real estate and rent
 - VII. Children
 - VIII. Inheritance and pension
- IX. Special bodies for family law matters
- X. Information given to a patient's relatives
- XI. Tax law
- XII. Social security law
- XIII. Immigration Laws
- XIV. Criminal Law and criminal procedure
- E. Dissolution of cohabitation
- F. Conflict of laws
- G. Evaluation and perspectives for the future

A. Introduction

In 1989, Denmark was the most progressive country in the world when the Danish Parliament passed the Act on Registered Partnership for same-sex couples.¹ With a few exceptions, especially with regard to children, this Act grants the same legal status to same-sex couples as spouses have.² On the other hand, a special legal regime for cohabitants of opposite sexes does not exist. The legal status of unmarried cohabitants of opposite sexes is the same as the status of cohabiting homosexual couples who chose not to register.

In 1980, the Danish Marriage Committee submitted a report on unmarried cohabitants.³ The Committee rejected the idea of a comprehensive regulation for non-marital cohabitation, as the Committee did not want to create a "second

¹ Act no. 372 of 7 June 1989 on registered partnership, in effect from 1 October 1989.

² The Act is discussed by *Lund-Andersen*, The Danish Registered Partnership Act, in: Boele-Woelki/Fuchs (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, 2003, p. 13-23. See *Lund-Andersen*, *Den danske lov om registreret partnerskab*, in: Dam/Dybdahl/Taksø-Jensen (eds.), *Jura & Historie*, 2003, p. 189-203 and *Lund-Andersen*, in: *Lund-Andersen/Munck/Nørgaard, Familieret*, 2003, p. 181-183.

³ See Report no. 918 (no. 8), *Samliv uden ægteskab I (Cohabitation without marriage)* 1980.

class marriage". Marriage was regarded the best possible frame for family life. In order to avert too much inequity, the Committee suggested the introduction of rules in a few areas where special protection was needed, e.g. concerning inheritance tax and occupational rights to rented residence. These rules were less far-reaching than those applicable on married couples. One might say that what was suggested was, in actual fact the introduction of a third-class marriage.

The development has shown that the attitude of the Marriage Committee was too conservative. Since then legislation on cohabitation has been amended gradually, and with consequences the Marriage Committee had never imagined.

B. Marriage and Cohabitation

When rules for cohabitants were established, there were no references made to the rules applicable to spouses. The rules applying to cohabitants are normally aimed exclusively at non-marital cohabitants. Sometimes, however, the group of persons concerned are extended to next of kin or members of the household.

Whether the rules applicable to cohabitants resemble those applicable to married couples depends on the area in question. The tendency can be observed to bring the rules for cohabitants into line with those for spouses. This is for instance the case in the area of social legislation.⁴ Equality in this area aims to assure that a couple does not have a better economic position because of its civil status as spouses or cohabitants. In case of cohabitation, one or both of the parties may lose social benefits pursuant to the same rules that apply to married couples.

In other areas need for equal protection, e.g. with regard to granting compensation in case of a person's death caused by the wrongful act, neglect or default of another, is presumed necessary. In these cases, the loss of an actual provider is put on the same footing as the loss of a legal provider.⁵

The cautious attitude towards legislation on unmarried cohabitants' conditions adopted by the Marriage Committee in its report from 1980⁶ expresses the Commission's view that non-marital cohabitation would be a threat to the institution of marriage. The development since shows a shift towards regarding non-marital cohabitation an alternative to marriage. This becomes apparent by the fact that the term "cohabitation" is to a wide extent used in the recent legislation and that the number of rules for cohabitants has been increasing. No obstacles have been laid down in any areas regarding the possibility to "status transfer" from cohabitation to marriage.

⁴ See in more detail under D.XI.

⁵ See in more detail under D.V.

⁶ See in more detail under A.

Particularly among young people, cohabitation has replaced the engagement and most often they will contract a marriage after a trial period of some years. There are, however, also quite a large number of older couples who choose not to get married. This may be due to ideological reasons being critical towards marriage – which is often the case for those who are divorced – or the partners have consciously relinquished the legal effects of marriage, e.g. in order to secure the succession rights of children of previous relationships.

The general acceptance of non-marital cohabitation becomes also evident from the mandate given to a succession committee appointed by the Minister of Justice in 2000:

New family patterns with stepbrothers and stepsisters and non-marital cohabitants are generally accepted today and constitute a substantial part of the total number of couples in Denmark. The changing family patterns may afford grounds for a reconsideration of the need for amending the Inheritance Act in order to strengthen the legal status of unmarried cohabitants and consequently the question of whether a legal inheritance right for unmarried cohabitants should be introduced.⁷

Figures: Marriage and cohabitation (recent trends)

	Cohabitation	In % of all married and non-marital cohabitations	Number of unmarried cohabitants with joint children
1979	371,000	13%	38,000
1994	537,000	20%	88,803
2003	583,656	22%	94,494

	Marriages	Divorces per 1,000	Number of divorces per 1,000 existing marriages
1971	31,801	13,401	10.8%
1979	27,096	13,044	10.7%
1995	34,736	12,976	12.2%
2002	37,710	15,304	14.2%

Statistics show⁸ that the trend in Denmark is towards *serial monogamy*. Serial monogamy means that during her/his lifetime a person engages in more than one long-lasting relationship either in the shape of a marriage or of non-marital cohabitation. This development is confirmed by the fact that both the numbers of unmarried cohabitants as well as those for marriages are increasing. Likewise, the number of divorces is increasing.

⁷ The terms of reference are printed in Tidsskrift for Familie- og arveret (Family and Inheritance Law Journal) 2001 p. 3.

⁸ Danmarks Statistik (Statistics Denmark).

In 1979, the estimated number of unmarried cohabitants was 371,000 out of a population of approximately five Millions. In 2003 the number had increased to 583,656 which equals a rise from 13 % to 22 % overall, married and unmarried cohabitants. The number of unmarried cohabitants with children has increased from 38,000 to 94,494 that shows that having children leads to an ever-lessening degree to marriage. Almost half of all children are born of an unmarried mother,⁹ and in most of these cases the mother lives with the father. Usually young couples who become parents for the first time are not married, while parents who have lived together for a number of years often get married when more children arrive.

For several years the number of marriages had been falling, now, however, the number is beginning to go up again. The number of divorces per 1,000 existing marriages is still rising. The divorce rate in Denmark is assumed to be the second highest in Europe, surpassed only by that of Belgium.

C. Commencement of Cohabitation

The demarcation of cohabitation differs according to the legislative area in question. Originally, the expression “marriage-like relations” was often used. In more recent legislation, the term “cohabitation” prevails, for instance in social legislation.

In a number of laws a time requirement has been laid down, most often two years, for example in the rules on loss of breadwinner pursuant to the Industrial Injury Insurance Act, in certain cases three or five years – the presumption being that there is a special need for protection when the cohabitation has assumed a steady character.

Other laws aim at including a more extensive group of persons; here the demarcation is *living in the same household*, which includes siblings, parents and children, or friends. This requirement for instance must be satisfied according to the Danish Rent Act, whenever a member of the household wants, in certain circumstances, to get the right to take over the lease after living two years in the household. This may be the case when only one cohabitant has signed the contract of rent.¹⁰

Most rules are *status rules*, i.e. rights ensue from the mere fact that the couple lives together.

A new means of entitlement is to enter into a *contract* in the shape of a *registration*. These registrations serve to secure a partner the right to a *pension* in the event of the other partner’s death. The individual pension fund itself stipulates the conditions and provides the form for the cohabitants to be signed and returned to the pension fund. Special requirements can be made, such as

⁹ In 2003 44.9 % of all children were born of an unmarried mother.

¹⁰ See in more detail under D.VI.

two years of cohabitation, it might also suffice that the couple live at the same address.¹¹

Thus, a signature alone can entitle a surviving cohabitant to a large amount of money. This is a new development is motivated by the fact that cohabitants with joint financial arrangements have as good reasons as spouses to secure mutual rights in case one of death. Fortunately, the awareness of the option of registration is increasing among cohabitants.

D. Legal Effect of Cohabitation

I. Kinship

Moving in together does not create kinship to family members of the other cohabitant. However, in certain cases importance has been attached to the actual maintenance of a partner's child provided by the other partner.

A borderline example is mentioned in *Ugeskrift for Retsvæsen* 1989 (Weekly Law Journal), p. 343, where a woman was granted compensation for loss of breadwinner because her cohabiting partner had been killed in a car crash caused by a third party. At the time of the accident, the couple had lived together for about 6 months. The woman's child from a previous relationship was also granted compensation for loss of breadwinner as "the child had been maintained by both the mother and the deceased in their shared home, and for legal purposes, the deceased was to be regarded as the provider of the child."¹²

II. Property regime

As the point of departure, cohabitation does not per se have an influence on the partners' economic situation. Each of the partners retains her/his unlimited right of disposal in respect to her/his own assets and is liable to the extent of these assets towards her/his creditors. There are no rules on property division after separation. When resolving disputes on property dispositions between cohabitants or in relation to third parties, the general property contract and tort law rules apply.

A cohabiting couple will often conclude an agreement determining their mutual property relations. Freedom of contract is extensive in connection with an actual separation. Agreements entered into during cohabitation are valid. The partners can enter into loan agreements or agreements stating that the

¹¹ See in more detail under D.VIII.

¹² Section 12 in Damages Liability Act. The compensation was set at half the amount a child normally receives from a non-residential parent, due to the fact that the child had already been awarded maintenance from its biological father. See more about the rules of the Damages Liability Act under D.V.

partners cannot assert claims against each other. To be valid, an agreement must be clear and concrete, and must not, by the partners' later behaviour, have become immaterial.¹³ The latter applies especially to agreements aimed at determining future circumstances. Regarding these agreements, the aspect of broken trust may be significant.

In Ugeskrift for Retsvæsen 1972 (Weekly Law Journal), p. 751 it was found that a man, after separation, could not enforce rights resulting from a borrower's note of 40,000 DKK because the conditions for asserting the claim had ceased to exist. The Supreme Court put emphasis on the fact that the borrower's note concerned money and goods, which the man had put up for his cohabitant's business. The cohabitants had lived on that profit for several years. The man had participated in the day-to-day running of the business. After separation the woman had a negative capital account.

In Denmark, most of the court cases dealing with *property division* after separation concern parties that had not entered into an agreement on their economic situation. The Supreme Court has adopted a cautious course of action in this area. In a central decision in 1980,¹⁴ (discussed below) the Supreme Court concluded that co-ownership cannot be established in cohabitation, beyond the general rules on co-ownership. In other words, a special concept of co-ownership does not exist for cohabitants (as it does not exist for spouses). The question as to who will be regarded as the owner of an asset will depend on an agreement entered into regarding the ownership, co-ownership included,¹⁵ or on *direct* economic contributions either in the form of payment for a purchase, down payment on a loan or trading of an asset. Agreements on handiwork carried out in lieu of payment may be regarded as contribution as well leading to owner/co-ownership. *Indirect* contributions, on the other hand, will not be considered as *quid pro quo* in connection with the acquisition of an asset. Such indirect contributions may consist in domestic work, childcare or payment of expenses for shared consumption, e.g. household expenses.

To protect the economically weaker part after a separation, the Supreme Court, based on the principle of unjust enrichment, established in the said decision that the weaker part may be awarded an amount of money from the stronger part's property: The circumstances in Ugeskrift for Retsvæsen 1980 (Weekly Law Journal), p. 480 were that after having lived for a year and an half in the woman's apartment, a couple had moved to a house, which had been purchased in the man's name. The estate had been acquired to serve as their shared home after the couple had assessed their joint economic capability. One of the reasons for buying it in the man's name was to pay less tax. The man had

¹³ Lund-Andersen, Familieret (note 2) 686.

¹⁴ See Ugeskrift for Retsvæsen (Weekly Law Journal) 1980, 480.

¹⁵ Emphasis may also be put on what conditions the parties have relied on. The formal registration – e.g. of valuable assets such as real estate and cars – must be found to express that the parties have taken a position on the ownership. See on this point regarding spouses Nørgaard, in: Lund-Andersen/Munck/Nørgaard, Familieret, 2003, p. 349-350.

not put up cash, as he had procured money for the down payment by contracting a loan. The couple lived in the house with the woman's child from a previous relationship for two years, and then the woman and her child moved out. During cohabitation, the man's income had been higher than the woman's. Both parties had contributed considerably to paying the expenses of the real estate and of the shared household. Six months after the woman had moved out, the house was sold with a profit of 130,000 DKK. The Supreme Court did not find reasons to establish co-ownership of the real estate proper. A Supreme Court majority (5 Justices) found that, under the circumstances, the woman was entitled to part of the obtained net yield. The amount was "estimated to be 25,000 DKK, taking into consideration the length of the partners' cohabitation and the shared use of the real estate plus the difference between the partners' income during their cohabitation."¹⁶

In a commentary on the decision¹⁷ Supreme Court Justice F. Weber stated that a Supreme Court majority had been of the opinion that the woman's economic contributions during cohabitation had been considerable and necessary for acquiring and keeping the house. The large equity value, which had been accumulated during cohabitation in the shape of savings and profit owing to fluctuations of the market, was therefore to a certain extent to be attributed to the woman's contributions. She had thus a well-founded claim to a part of the equity value corresponding to her contributions. Had the man kept the whole equity value himself, he would have been enriched, which would not seem fair in relation to the woman, considering how the partners had arranged matters during cohabitation.

In its decision, the Supreme Court created a new legal construction, based on a combination of property and family law.¹⁸ According to recent Supreme Court practice, an amount will only be awarded if qualified family law requirements are met. The cohabitation must have lasted for a certain period, about three years. The amount will typically equal approximately one fifth of the stronger part's property if *substantial indirect contributions* have been made, in general contributions to shared expenses.

¹⁶ A Supreme Court minority (2 justices) found that the woman's income during cohabitation had not exceeded what could fairly be considered necessary to cover living expenses, a home for her and her child included. According to this, the woman was not considered to have contributed considerably to paying the expenses of the real estate; consequently she did not have a well-founded claim to part of the profit. The minority thus made a pure property law assumption.

¹⁷ Ugeskrift for Retsvæsen 1982 B, 319-321.

¹⁸ See for further details on this decision and the development of legal practice: *Lund-Andersen*, *Familieret* (note 2) 688-695. See also *Weber*, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1982 B, 319-321; *Mondrup*, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1984 B, 295-296; *Nørgaard*, *Tillæg til Ugeskrift for Retsvæsen* (Supplement to Weekly Law Journal) 1961-1986, 97-113; *Vindeløv*, *De økonomiske forhold mellem ugifte samlevende – dogmatik og retspolitik*, 1987, 103-157; *Vindeløv* in: *Vindeløv/Lund-Andersen/Nielsen*, *Retsstillingen for ugifte samlevende*, 1988, 116-144.

It is worth noting that normally little significance is attached to childcare and housework. As these services are normally rendered by women, there is, thus, a clear gender imbalance. Only in extraordinary cases, emphasis may be put on housework and care. The leading case is from 1984: In *Ugeskrift for Retsvæsen 1984* (Weekly Law Journal), p. 166 a woman was awarded an amount of 200,000 DKK after 16 years of cohabitation, during which she had, as mutually agreed, been a housewife and had given birth to three children. In addition to this, the male partner had been a successful businessperson earning a lot of money. The court established that the value of his property by far exceeded his taxable property of approximately one Million DKK. A Supreme Court majority (5 Justices) found that “the woman’s contribution has been of major importance for establishing and maintaining their home and has thus contributed to improving the appellant’s (the man’s) economy. Under these circumstances the respondent (the woman) is found to be entitled to expect that, on separation, she should not be left practically without means while the appellant has been able to accumulate as large a property as is presumably the case.”¹⁹

In a commentary on the decision,²⁰ Supreme Court Justice S. Mondrup stated that like in *Ugeskrift for Retsvæsen* (the Weekly Law Journal) 1980 p. 480, the Supreme Court has, to a certain degree, had to seek new roads as a Supreme Court majority did not find that the woman should be left in the lurch. The majority attached special importance to the woman’s legitimate expectations and also to the enrichment point of view, namely that her contribution had been of economic importance to the man. Further, Mondrup mentioned that in this case there was a synthesis of concrete circumstances which are not likely to be found in just this combination in many cases. In documented cases, the *expectation argument* has only been applied to a limited extent in more recent court practise.

In a decision from 1985²¹ the Supreme Court has synthesized its view on how to assess these cases into a sort of “rule”:

Based on Supreme Court decisions in similar cases, especially those quoted in *Ugeskrift for Retsvæsen* (the Weekly Law Journal) 1980 p. 480 and 1982 p. 93, it must be considered an established fact that when a long-lasting cohabitation is dissolved, a partner who, by contributing to the partners’ shared expenses – or in other ways – has, to a considerable degree, made it possible for the other partner to create or maintain a not

¹⁹ A Supreme Court minority (4 justices) emphasized that the woman had not contributed to the accumulation of the man’s property through income earned outside the home, consequently the case differed from the two previously decided Supreme Court cases in *Ugeskrift for Retsvæsen 1980*, 480, and *Ugeskrift for Retsvæsen 1982*, 93. The question should therefore be settled by the legislators, not the courts. Thus, there was disagreement between the Supreme Court justices on the division of powers. According to justice Mondrup’s comments in *Ugeskrift for Retsvæsen 1984 B*, 295-296, all justices agreed that the granting of subsequent monetary awards could not be established on analogies in the Marriage Act.

²⁰ *Ugeskrift for Retsvæsen 1984 B*, 295-296.

²¹ See *Ugeskrift for Retsvæsen 1985*, 607.

inconsiderable fortune, may be granted an amount, the size of which will be based on an assessment taking into consideration the length of the cohabitation, the partners' economical conditions etc.

In the particular event that both have contributed equally to acquiring the property, but only one of the partners is listed as the owner, it is possible through substantial direct economic contributions to establish entitlement of the other partner to half of the property.²²

A surviving cohabitant may have a compensation claim against the deceased partner's estate.²³ The courts will attach importance to the same factors as in a claim asserted amongst living cohabitants.²⁴ However, the surviving partner may be debarred from obtaining compensation if she/he has received a substantial amount through testamentary disposition.²⁵

III. Right of Representation/Proxy

The general law of agency applies to cohabitants, and the rules can – as is the case for spouses – be adjusted to take into consideration the special community of interests between the partners. In certain situations, agency will be established as a consequence of the partners' conduct, if that conduct justly gave a third party reason to believe that they had authority to act on the other's behalf.²⁶ Agency may be established if for example a cohabitant, without a distinct agreement of the owner, orders craftwork carried out on the owner's estate and both cohabitants were present at the initial talk with the artisan. If the owner does not react while the work is carried out, his passivity will confirm the artisan's belief that the person ordering the work had the authority to do so.

Likewise, if a couple leads a third party to believe that they are married, consequently the special rules on the liability of spouses apply. For instance, a husband is liable for his wife's medical treatment, as doctor's calls fall under "ordinary legal transactions in satisfaction of the wife's special needs."²⁷

In *Ugeskrift for Retsvæsen 1930* (Weekly Law Journal), p. 540, a man had given two treating physicians enough reason to believe that his cohabiting partner (Alice Dahlstrøm) was his wife, that the physicians' claim against him for paying her treatment was acknowledged. In her dealings with the physicians the woman had used her partner's last name (Sørensen) as her own, which the man had tacitly consented to. Among other things, prescriptions and x-ray

²² See *Ugeskrift for Retsvæsen 1986*, 765.

²³ See *Ugeskrift for Retsvæsen 1983*, 645.

²⁴ See in more detail *Lund-Andersen*, in: *Vindeløv/Lund-Andersen/Nielsen, Retsstilingen for ugifte samlevende*, 1988, p. 178-181.

²⁵ *Ugeskrift for Retsvæsen 1985*, 55.

²⁶ See in more detail *Vindeløv*, *De økonomiske forhold* (note 18) 72-80; *Vindeløv* in: *Vindeløv et al.* (note 18) 36-40.

²⁷ Legal Effects of the Marriage Act Section 11(1).

pictures had been issued to Mrs Sørensen, without the man's protest. One of the physicians had called the couple's home number and asked to speak to Mrs Sørensen, and Alice Dahlstrøm had immediately come to the phone.

If a cohabitant abuses the credit card of his/her partner to make acquisitions on a regular basis, the partner must react to this. As soon as the account holder is presumed to have realized that there is a risk of abuse, he must react; if he/she does nothing to block his/her account, he/she will be liable for the purchases made by the partner.²⁸

IV. Alimony/Support during and after Cohabitation

Cohabitants do not have a legal obligation to contribute to their mutual maintenance, neither during common life nor after separation. However, actual maintenance can be important in some cases; a surviving partner may e.g. be granted compensation for loss of alimony when the partner dies in an accident caused by a third party.²⁹ When both partners contribute to the shared household expenses this means that a single provider will lose social benefits accorded only to single providers when establishing cohabitation.³⁰

The partners' joint funds during cohabitation may entail that in case of a separation mutual claims will be excluded, as the judges will state that the contributed amount is solely to be regarded as a contribution to their joint maintenance.³¹

In *Tidsskrift for Familie- og arveret* (Family and Inheritance Law Journal) 1998 p. 252, a woman's claim that a single transfer of 51,000 DKK to the partner's account constituted a loan could not be established. The court valued the fact that, during the three years of cohabitation, the man had contributed much more to their shared expenses than the woman had, and that the woman had drawn small amounts of money from the man's account when he was away from home. Furthermore, the judges emphasized that the parties had pooled their resources both before and after the 51,000 DKK had been transferred.

If a divorcee who was awarded maintenance from her/his ex-spouse moves in with someone else, the spouse liable to pay maintenance may request the Local Government Office to reduce the maintenance to zero DKK. When maintenance has been awarded, a new cohabitation constitutes a circumstance justifying such a reduction.³² Reduction of maintenance will also be possible even if the partners do not live at the same address, but actually spend so much time together that they will be considered to have established "a certain

²⁸ See *Ugeskrift for Retsvæsen* 1985, 427.

²⁹ See further under D.V.

³⁰ See below under D.XII.

³¹ See more details on the issue in *Vindeløv*, *De økonomiske forhold* (note 18) 45-48; *Vindeløv* in: *Vindeløv et al.* (note 18) 47-50.

³² See Marriage and Matrimonial Causes Act, Section 53.

economical and personal community of interests".³³ A purely sexual relationship or shifting weekend friends, however, cannot incur a discontinuation of maintenance.

The restrictive practice is based on a consideration of fairness, namely that an ex-spouse should not, when engaged in a steady personal and economic relationship with someone else, be entitled to claim maintenance from a former spouse. This practice is very far-reaching and maintenance is in fact often discontinued long before the duty to pay has formally ceased.³⁴

If the new cohabitation lasts less than 2½ years, the person entitled to maintenance may apply for its resumption – the new maintenance ruling, however, will be fixed at a lower rate (between one third and two third of the usual amount).

V. Compensation Claims in Case of Death and/or Injury of a Cohabitant

A party liable for a person's death shall pay damages for loss of breadwinner. When amending the Damages Liability Act in 1984 new principles for the calculating of the compensation for loss of breadwinner were introduced. An important amendment was to place married persons and unmarried cohabitants on an equal footing.³⁵ The crucial requirement for compensation was whether the deceased was actually or legally to be regarded as the provider. Maintenance also includes the value of the deceased's household work. No requirement regarding the length of cohabitation was laid down in the Act. A cohabitation period of approximately six months has been regarded sufficient for a surviving partner to obtain compensation for loss of breadwinner.³⁶

If a person's death is caused by work-related injury, the question of compensation for loss of breadwinner is governed by the Industrial Injury Insurance Act. The surviving partner will only be granted compensation for loss of breadwinner if the cohabitation had lasted for two years until the partner's death.³⁷

³³ See on praxis Skarrildhusberetningen, 1995, p. 11-13. See also *Lund-Andersen/Krabbe*, in: Boele-Woelki/Braat/Summer (eds), *European Family Law in Action, Maintenance Between Former Spouses*, vol. II, 2003, p. 428-429 and *Lund-Andersen*, *Familieret* (note 2) 238- 239.

³⁴ The courts have not found grounds to overrule this extended practise of the Local Government Offices, see *Ugeskrift for Retsvæsen* 1979, 769.

³⁵ See Consolidated Act no. 750 of 4 September 2002. See for more details about the rules of the Damages Liability Act Sections 12 and 13 *Møller/Wisbye*, *Erstatningsansvarsloven med kommentarer*, 2002, p. 310 f.

³⁶ *Ugeskrift for Retsvæsen* 1989, 343. See under D.I.

³⁷ Industrial Injury Insurance Act section 20(1), cf. section 19(3). In 1996 the length requirement was reduced from five to two years.

VI. Real estate and rent

Section 77a of the Rent Act was introduced in 1982. This provision grants cohabitants access to the courts in case they cannot agree on residence in a rented apartment when only one of the partners has signed the lease contract. They must have lived together for two years before splitting up. The court's decision to change the tenant must be based on special grounds, considering especially the protection of the partners' underage children. Section 77a may also be applicable if one of the partners has children from a previous relationship. Even when no partner has children, the rule may apply exceptionally; for example if the partners have moved from an apartment where one of the partners had signed the leasing contract whereas, perhaps incidentally, the new contract is signed by the other partner. The same counts when one of the partners has given up a good and inexpensive dwelling to move in with the other partner who has a better chance of finding a new dwelling.³⁸ The wording of the provision was changed in 1994, granting the partners freedom to make their own agreement on who shall continue the lease.

According to Section 75(2), a surviving cohabitant is entitled to extend the lease provided the partners have shared a household for a period of at least two years until the partners' death.³⁹ Even if the surviving partner was not registered at the same address as the deceased during the two years, shared household can be proved in other ways, e.g. by submitting affidavits from impartial persons.

In *Tidsskrift for Familie- og arveret* (Family and Inheritance Law Journal) 2001 p. 395, a surviving partner had been registered at his parent's address for many years and only at the same address as the deceased for 1½ years before the death of the latter. However, the surviving partner explained that he had lived at the address for many years, and that he, for more than two years, had cared extensively for his partner, who had been seriously ill and in need of around-the-clock attention. The surviving partner's explanation was supported by an affidavit signed by five neighbours in the apartment building where they lived, a solemn declaration from the deceased's physician, and by three witnesses in court. The surviving partner was found to have proved that he had lived at the address for two years.

For the application of sections 77a and 75(2) it is not required that the cohabitation is marriage-like. The rules may thus also apply to cases where siblings or parents and children share the same household.

³⁸ See Report no. 918 (no. 8), *Samliv uden ægteskab I* (Cohabitation without marriage) 1980, 91.

³⁹ Today, see Consolidated Act no. 347 of 14 May 2001 on Rent. See in further detail *Lund-Andersen, Familieret* (note 2) 695-699.

VII. Children

When parents are not married to each other, the mother will have sole *custody*.⁴⁰ This principle was laid down with a view to single parents. In reality, however, unmarried parents living together are the rule

In order to take into account the special problems connected to non-marital cohabitation, the unmarried father's legal status has been strengthened. First, rules granting unmarried parents the right to obtain joint custody were introduced in 1985.⁴¹ Next, the unmarried non-custodial father was conferred immediate visiting rights. Finally, by a law amendment in 1995, a joint custodial parent was entitled to request the Local Government Office to make decisions on visiting rights.⁴² This, in a number of cases, has proven helpful in avoiding that disagreements between the parents on visiting rights leads to a request for termination of joint custody.

Under the current rules, the non-residential parent has visiting rights.⁴³ It is not possible for the Local Government Office to grant visiting rights to an ex-cohabitant's for the child from a previous relationship, as it has no power over this aspect of the law.⁴⁴

A precondition for terminating joint custody is that the parents have separated or intend to separate.⁴⁵ If the parents agree which one of them shall have sole custody, they can submit their agreement to the Local Government Office.⁴⁶ If the parents fail to reach an agreement, the court will decide which of the parent shall have custody.⁴⁷ The decision is made with special attention to the best interests of the child. The court cannot impose on the parents to continue joint custody.

If cohabiting parents have joint custody and one of them dies, custody is awarded to the surviving partner.⁴⁸ In this case, no one else can claim custody. Should the child, however, not have lived with the surviving parent, it is possible for a third party to apply to the Local Government Office for custody. Such an application might come from the deceased's new cohabiting partner. The surviving parent has a priority, but if it is in the best interests of the child, custody may be conferred to the cohabiting partner, in which case the surviving parent will lose custody from the time the decision is made. The rationale of this rule is that collaboration on joint custody cannot necessarily be expected of

⁴⁰ The Parental Custody Act, Section 5(2).

⁴¹ See Report no. 985, *forældremyndighed og samværsret* (Custody and Contact) 1985.

⁴² See Report no. 1279, *fælles forældremyndighed, samværsvanskeligheder, børnesagkyndig rådgivning* (Joint Custody, Contact Problems, Child Expert Counselling) 1994.

⁴³ The Parental Custody Act, Section 16.

⁴⁴ See *Tidsskrift for Familie- og arveret* (Family and Inheritance Law Journal) 2001, 500

⁴⁵ The Parental Custody Act, Section 8.

⁴⁶ The Parental Custody Act, Section 9(1).

⁴⁷ The Parental Custody Act, Section 9(2).

⁴⁸ The Parental Custody Act, Section 14.

the surviving parent and the new custodial parent. The surviving parent, on the other hand, keeps his/her visiting rights. If the deceased parent had sole custody, the surviving parent will have first claim to custody but others too, the deceased's cohabiting partner included, may apply for an order. Paramount consideration of any decision is the best interests of the child.

In 2001 a new Children Act was introduced.⁴⁹ The basic principle of the Act was that married and unmarried parents be placed on an equal footing through the establishment of *paternity*. Unmarried couples may, in connection with the birth of a child, have the paternity registered and thus avoid affiliation proceedings. Both parents must merely declare that they will jointly care and provide for the child.⁵⁰ If paternity is registered in this manner, the parents are automatically awarded joint custody.⁵¹

Women who cohabit with a man in a marriage-like relationship have a right to *assisted fertilization* carried out by or on responsibility of a physician.⁵² Single women and women living in a lesbian relationship, on the other hand, have no such right.⁵³

Unmarried couples are not allowed to *adopt* children, but it is possible – in special cases – for one of the cohabitants to adopt as a single person. An unmarried couple may, however, file an application, provided they plan to be married by the time approval is final.⁵⁴ In order to be approved, a married couple must have lived together for a period of 2½ years before submitting the application, and they may have cohabitated for part of the said period.

The adoption of the cohabiting partner's child from a previous relationship is permissible only on condition that the couple marries.⁵⁵ Adoption of a stepchild creates the same legal status in relation to the spouse as if the child was his/her biological child.⁵⁶

VIII. Inheritance and Pension

Unmarried cohabitants have no succession rights according to the Inheritance Act. A person who wants to secure her/his cohabiting partner's share in the

⁴⁹ Act no. 460 of 7 June 2001. See on the background for the act in the Child Act Committee's Report no. 1350/1997 on the Legal Status of Children.

⁵⁰ The Children Act, Section 2.

⁵¹ The Parental Custody Act, Section 5(1).

⁵² Act no. 460 of 10 June 1997 on Artificial Fertilization in Connection with Medical Treatment, Diagnostics and Research etc., Section 3.

⁵³ See in more detail *Lund-Andersen*, in: Kongstad/Kyvsgaard/Storgaard, *Lesbiske kvinners rettigheder i familieretten, Kvinder på Randen*, 1998, p. 222-232.

⁵⁴ See for further details on the conditions for adoption *Lund-Andersen*, *Familieret* (note 2) 35-43.

⁵⁵ Section 5 of the Adoption Act.

⁵⁶ Section 16(2) of the Adoption Act.

estate will have to make a will. A surviving cohabitant does not inherit unless the deceased partner has made him or her beneficiary in her/his will.⁵⁷

If a will bequeathing the largest possible share to the cohabiting partner has been made, the surviving partner will be the sole heir, provided that there are no surviving spouse or heirs in direct line (children, grandchildren, great-grand children etc.). In such a case, the provisions on the beneficiaries entitled to an indefeasible share in the estate split the partner's share.

If the deceased cohabitant has not made a will, and there are no legal heirs (neither spouse nor children, grandchildren, great-grandchildren, parents, parents' siblings, siblings and children of siblings), the estate will devolve to the State.⁵⁸ In this case the surviving cohabitant may apply to the Ministry of Justice to receive a share in the estate. Under special circumstances, the Ministry of Justice may cede the estate to the relatives of the deceased or to other persons who have been close to the deceased.⁵⁹ According to the practice of the Ministry of Justice, the duration and the degree of shared economy will be taken into consideration. It is of decisive importance that there are no contradictory statements regarding the deceased's last will.⁶⁰

Apart from the points discussed, the Inheritance Act provides no special privileges for unmarried cohabitants. The courts have therefore refrained from awarding statutory benefits applicable to spouses to cohabitants by analogy – such as a possible extension for payment of the couple's underage children's inheritance.⁶¹

The Consolidated Act No. 666 of 5 July 2000 on Taxation of *Pension Schemes* etc. placed cohabitants on an equal footing with married couples; thus pension contributions and premiums to a pension scheme etc. which meet the requirements laid down in the law are tax-free. A cohabitant is either a person who is mentioned by name and who shared a household with the deceased, or a person with whom the deceased could have contracted a marriage or registered partnership, and who, in a will made by the deceased no later than three months before her/his death, was left a share not inferior to the legitimate share which a spouse would have been entitled to in pursuance of the Inheritance Act. In the latter case the deceased must further have shared the household with the person in question for the last two years of her/his life.

⁵⁷ A detailed description of the legal problems that cohabitants may encounter when making a will can be found in *Lund-Andersen*, in: *Vindeløv/Lund-Andersen/Nielsen, Retsstillingen for ugifte samlevende*, 1988, p. 182-200.

⁵⁸ The Inheritance Act section 71(1).

⁵⁹ The Inheritance Act section 71(2).

⁶⁰ See *Danielsen, Arveloven med kommentarer*, 1997, p. 606.

⁶¹ Se *Ugeskrift for Retsvæsen* 1974.1033 V.

IX. Special bodies for family law matters

The Local Government Office decides who shall be awarded custody of a child when a parent has died. There is no higher administrative authority for appeals against such custody orders of the Local Government Office,⁶² but they can be brought before a court of law.⁶³

Likewise, the Local Government Office settles disputes on visiting rights.⁶⁴ The Office determines the extent and the execution of visits. It may change the terms of an agreement or the decision on visiting rights, and it may refuse to lay down rules for visits. The Local Government Office's decisions on visiting rights can be appealed at the Department of Family Affairs.⁶⁵

In cases of disagreement on custody and visiting rights, the Local Government Office shall offer child expert counselling to parents and children.⁶⁶ The case officer at the Local Government Office is a lawyer. In order to get a clear impression of a case, the Local Government Office Lawyer may decide that an investigation of the child and the parents' circumstances be carried out. The consent of the parents is required.

Custody disputes on separation are settled by ordinary courts.⁶⁷ The judges may decide that an investigation be carried out. The ordinary courts also judge cases concerning mutual monetary claims between cohabiting partners – very often an issue on separation.

X. Information given to a patient's relatives

Physicians, nurses and other health professionals⁶⁸ are privy to facts subject to professional discretion⁶⁹ and, may generally not disclose confidential information to relatives without the consent of the patient. A cohabitant will be regarded as a relative. Solicitation of consent to disclose information is a natural part of the routines in connection with hospitalisation, treatment, dis-

⁶² The Parental Custody Act, Section 14(5).

⁶³ The Parental Custody Act, Section 14(6).

⁶⁴ The Parental Custody Act, Section 17.

⁶⁵ The Department of Family Affairs (Familiestyrelsen) is now part of the Ministry for Family and Consumer Affairs, which was established as a new ministry in August 2004. Prior to this, the appellate body was the Department of Private Law (Civilretsdirektoratet) attached to the Ministry of Justice.

⁶⁶ The Parental Custody Act, Section 28.

⁶⁷ The Parental Custody Act, Section 9(2).

⁶⁸ Health professionals are persons who, pursuant to specific legislation, are authorized to perform professional health services, such as physicians, dentists, nurses, midwives, psychologists etc, and persons who act on their responsibility, e.g. care assistants and auxiliary nurses.

⁶⁹ The Act on Patients' Legal Status, section 23.

charges etc.⁷⁰ The consent shall be in writing and be part of the case record. The consent is to be obtained in a dialogue with the patient, and information should be given to the patient on the effects it may have – practically as well as psychologically – if information was to be disclosed to relatives. By far the majority of patients consent to the disclosure of information to their relatives.

In severe cases, information may be disclosed without the consent of the patient – for her/his own sake. Information may e.g. be given to relatives if the patient is incapable of taking care of him or herself due to an acute and serious illness. It may also be justifiable to disclose information for the relatives' sake, e.g. if an HIV positive patient refuses to tell her/his cohabiting partner about the disease and the partner is exposed to an obvious risk of becoming infected.

Professional discretion remains effective after the patient's death. However, a health professional is allowed to disclose information on the course of the disease, the cause and the way of death to the next of kin, provided this is not contrary to the wishes of the deceased or contrary to the interests of the deceased or other private interests.⁷¹ The group of persons to be considered the next of kin, will be determined by an assessment of the particular situation. A cohabiting partner is next of kin.⁷²

XI. Tax law

Principally, cohabitants are taxed singly for income and property just as other unrelated individuals are. Payment for household work is taxable income for the receiver and cannot be deducted from the payer's income. From time to time, a claim has thus been raised for taxation of the value of board and lodging for a cohabiting partner who does not have a sufficient income to cover her/his own living expenses.⁷³ Also a gift point of view has been mentioned as basis for taxation.

In 1989 new estate tax rules were introduced; according to these, persons who shared a household with the deceased for at least two years before his/her

⁷⁰ Sundhedsstyrelsens vejledning om sundhedspersoners tavshedspligt – dialog og samarbejde med patienters pårørende, 2002.

⁷¹ Section 28 of the Act on Patients' Legal Status.

⁷² Beside the cohabiting partner, next of kin are also a spouse and immediate relatives (parents, grandparents, children, grandchildren etc.). Depending on the circumstances of the individual case, siblings and other relatives may be included.

⁷³ As cited in *Ugeskrift for Retsvæsen* 1987.32 H, the Supreme Court found that the value of a woman's board and lodging with her partner was to be regarded taxable income.

death were to pay the same rate of succession duty as children.⁷⁴ A similar rule was introduced in 1998 on gift tax.⁷⁵

XII. Social security law

When a couple is presumed a cohabitant, a number of social benefits fall away. Thus, a cohabiting couple's financial situation is assessed jointly, without consideration of the duration of cohabitation, with regard to free legal aid and public pro bono legal aid,⁷⁶ on special benefits in connection with retirement pensions, and on questions of maintenance in applications for early retirement pension.⁷⁷

When a single parent lives alone with her/his child, she/he is entitled to special social benefits. If she/he moves in with a new partner, she/he will lose these benefits. It suffices that the couple live in a marriage-like relationship and that the new partner contributes to the shared household.⁷⁸ These rules are far-reaching in as much as social benefits are granted in order to give the child the best possible home conditions. Clearly the new cohabiting partner does not have a duty to support the child.

XIII. Immigration Laws

Finnish, Icelandic, Norwegian and Swedish citizens may freely enter and take residence in Denmark. Foreigners who are citizens of an EU member state or a country covered by the Agreement on the European Economic Area may enter

⁷⁴ See Consolidated Act no. 752 of 23 August 2001 on Taxes on Estates of a Deceased and on Gifts, Section 1(2d).

⁷⁵ See Consolidated Act no. 752 of 23 August 2001 on Taxes on Estates of a Deceased and on Gifts, Section 22(1d). The provision came into force on 1 January 1998.

⁷⁶ Rules on assessing cohabitants' joint income were introduced in 1988. See Order no. 980 of 5 December 2003 on Free Legal Aid and Order no. 1140 of 13 December 2002 and no. 945 of 27 November 2003 on Public Pro Bono Legal Aid.

⁷⁷ See on the calculation of the income basis for retirement pensions Act no. 697 of 21 August 2002 on Social Pensions, sections 27, 31, 32 a, and section 49. Rules on putting married and unmarried cohabitants on an equal footing with regard to their income from supplementary pension and personal supplements were introduced in 1998, but in such a way that these rules took effect for cohabitation relationships that were initiated after 1 March 1999.

⁷⁸ Rules establishing that cohabitation with a person who is not the child's parent may cancel entitlement to increased child benefit were introduced in 1973. The explanatory notes mention that a certain degree of joint financial arrangement between cohabitants shall exist. See Consolidated Act no. 765 of 11 September 2002 on Child Benefit and Advance Payment of Child Support, Section 2(2). See in more detail the Instructions of the Ministry of Social Affairs (Socialministeriets vejledning) 54 of 17 June 2002 on child benefit and advance payment of child maintenance chapter 2.

and take residence in Denmark for a period of up to three months, or if in search of work up to six months, from the day of arrival in Denmark.

A foreigner may apply to the immigration authorities for a residence permit for the purposes of family reunification under following conditions: she/he is above 24 years of age, resident at the same address and married to or partner of long standing of a person above the age of 24 who is a resident in Denmark; a Danish citizen or citizen of certain Nordic countries or holder of a residence permit as refugee or with unlimited right to reside in the country for the past three years.⁷⁹ Grounds for issuing a residence permit to a cohabiting partner is the willingness of the already residing partner to resume responsibility for the applicant.⁸⁰ This person must in general furnish proof of her/his capacity to do so and put up 50,000 DKK as security against possible future public expenses.

A relationship between cohabiting partners will normally be considered long-lasting if it has continued for 1½-2 years. Depending on the individual case, shorter periods may be sufficient, e.g. if circumstances have made cohabitation at the same address, here or abroad, impossible, or if the couple has or is expecting a joint child.⁸¹

A foreigner who legally stays in the country or holds a residence permit may be expelled if she/he is sentenced to long-term imprisonment. When making a decision on deportation, emphasis may be put on whether a deportation can be expected to place particularly heavy strain on the foreigner because of her/his attachment to persons living in Denmark.⁸² In legal practice, there are cases where a long-lasting cohabitation has been a crucial factor in the decision not to expel a person.

XIV. Criminal Law and Criminal Procedure

In Denmark intercourse or other kinds of sexual relations with a child below the age of 15 are criminal offences. If the person is a stepchild, a foster child or a charge the age limit is extended to 18.⁸³ The rule is meant to protect 15-17 year olds against abuse in relationships of dependency and to safeguard against disruptive home environments. A cohabitant who has had *sexual relations with a child from her/his partner's previous relationship* will be liable to prosecution, if an assessment shows that the child was under the care of the

⁷⁹ Section 9(1) of the Aliens Act.

⁸⁰ Section 9(2) and (3) of the Aliens Act.

⁸¹ *Christensen et al., Udlændingeret*, 2000, p. 207-208.

⁸² Section 26(1)(iii) of the Aliens Act.

⁸³ Section 223 of the Criminal Code.

said cohabitant.⁸⁴ An attachment comparable to that characterizing the relationship to a foster child must be established.⁸⁵

A person forcing his/her cohabitant to intercourse will be punishable for *rape*. The sentence may be suspended if the partners married after the offence was committed.⁸⁶

A person cohabiting with a partner who is a defendant in a criminal case will not normally be compellable to *testify*. A cohabitant will be classified as the defendant's "next of kin", exempted from the obligation to give evidence.⁸⁷ The court, however, may force a cohabitant to testify if her/his testimony is of decisive importance for the outcome of the case, and if the nature of the case and its significance is such as to justify the decision.

E. Dissolution of Cohabitation

Non-marital cohabitation ends when the partners no longer live together. An important indication of cohabitation is whether the partners are both registered at the same address. The municipal council is obliged to record everyone at her/his residential address in the CPR register. Residential address designates the place (dwelling) where a person regularly sleeps when she/he is not temporarily absent due to vacation, business trip, illness or the like and where she/he keeps her/his belongings. Anyone who changes residence is obliged to notify the local authorities of the new address where she/he subsequently takes up residence within five days.⁸⁸ The notification of the authorities that a partner has moved is a proof for the dissolution of the cohabitation.

F. Conflict of Laws

In Denmark, a *paternity* action may be filed by a mother or child resident in the country, *or* if the man party to the case is resident or established in the country.⁸⁹ An action may also be filed if paternity has already been registered or established by a court decision here.⁹⁰ In paternity suits filed in Denmark con-

⁸⁴ In this case the child cannot be considered a stepchild, as this would require that marriage had been contracted between the biological parent and her/his new partner.

⁸⁵ See the Supreme Court decisions in Ugeskrift for Retsvæsen 1970.477 and Ugeskrift for Retsvæsen 1971.473.

⁸⁶ Section 227 of the Criminal Code.

⁸⁷ Section 171 of the Administration of Justice Act. See e.g. Ugeskrift for Retsvæsen 1983.182 V.

⁸⁸ Act no. 426 of 31 May 2000 on the Centrale Personregister section 12.

⁸⁹ Section 456b(1)(i) and (ii) of the Administration of Justice Act.

⁹⁰ Section 456b (1) (iii) of the Administration of Justice Act.

cerning a child born of an unmarried mother, the judges exclusively apply Danish law, regardless of international aspects to the case.⁹¹

Foreign paternity decisions not made in another Nordic country may be recognized in Denmark as far as their constitutive content is concerned,⁹² on condition that the foreign court has indirect international jurisdiction in accordance with the rules pursuant to section 456 b of the Administration of Justice Act, and that there is an equally high verification standard regarding paternity as in Danish law. Acknowledgment of paternity before a foreign authority abroad will be recognized in Denmark, provided that such acknowledgment can legally be made in the state in question, and provided that the foreign authority has indirect international jurisdiction in pursuance of rules corresponding to section 456 b of the Administration of Justice Act. Furthermore, the acknowledgment must have been made in adequate circumstances.

If an enforceable decision⁹³ has been made on paternity by a Finnish, Icelandic, Norwegian or Swedish court of law, the decision will have binding force in Denmark, cf. section 1 of the Nordic Paternity Act. Likewise, the establishment of paternity by other means than by court order in Finland, Iceland, Norway and Sweden will have binding force in Denmark.

The international jurisdiction of the Danish courts in *custody* cases is governed by section 448c of the Administration of Justice Act. The provision is very extensive in granting the Danish courts international jurisdiction in cases with international elements. Custody action may be filed in Denmark if the defendant is resident here *or* if the plaintiff is resident here and has either lived here for the last two years or has previously lived here. If for example a Danish woman has lived as a cohabitant abroad for a number of years, and she moves back to Denmark on dissolution of the union while her children and their father remain abroad, she can file an action for termination of joint custody. However, a Danish court decision that grants the woman sole custody may not be recognized by countries that have not ratified the European Convention on Custody.⁹⁴ According to the European Convention, a custody decision on the residence of the child or on visiting rights made in one contracting state shall be recognized by another contracting state.⁹⁵ When children have permanent residence in Denmark, the Danish courts will always have international jurisdiction.

Foreign decisions on custody are without object unless the decision has been made in a country signatory to the European Convention on Custody or in another Nordic country. With reference to the European Convention, it is pos-

⁹¹ See *Nielsen*, International privat- og procesret, 1997, 421.

⁹² *Nielsen* (note 91) 423-424.

⁹³ A settlement arrived at before a court of law enjoys the same status as a court decision.

⁹⁴ See *Nielsen* (note 91) 242.

⁹⁵ The European Convention on custody has been implemented in Danish law by the Child Abduction Act, act no. 793 of 27 November 1990 on international enforcement of custody decisions etc. Denmark has ratified the European Convention on custody 11 April 1991.

sible to apply for a foreign decision on custody, on residence of the child, or visiting rights enforced in Denmark. The application must be submitted to the Department of Family Affairs, which as the central authority receives and passes on applications regarding the Convention.⁹⁶ A decision made in another contracting state has the same legal effects as a Danish decision.

The enforcement of Nordic decisions is regulated in detail by the Nordic Act on Court Decisions (Den nordiske domslov).⁹⁷ According to section 5 of the Act, court decisions and administrative decisions – temporary decisions included – on custody or visiting rights may be enforced in Denmark, provided the decision has *res indicata* effect in the country where it was made. The Act also affects decisions regarding children whose parents are not married. A decision may be enforced although it has not yet become final. Likewise, a settlement of a court of law, or an agreement approved by an administrative authority may form the basis for enforcement.

In determining questions on *succession rights*, the law of the testator's last domicile becomes decisive.⁹⁸ In legal practice, it has been accepted that in matters of the administration of the estate, the beneficiaries may agree that the Danish law of succession shall apply.⁹⁹ It is presumed that a testator, in her/his will, can debar beneficiaries from the choice of Danish law. If the deceased was a citizen of one of the Nordic countries and resident in one of these countries, the Nordic Estate Convention (Den nordiske Dødsbokonvention) applies; these provisions are an exception to the rule that jurisdiction depends on a deceased's last domicile, as they incorporate the so-called "five-years-rule". Pursuant to these rules, a beneficiary or legatee for whom this question is of legal significance may demand that the principle of nationality instead of the law of domicile be applied, if the deceased did less than five years in the domicile state.¹⁰⁰ A compromise between the law of the domicile state and the principle of nationality was necessary because the law of domicile is decisive in Norwegian, Icelandic and Danish law while Swedish and Finnish law is based on the principle of nationality.¹⁰¹

G. Evaluation and perspectives for the future

In various areas new legislation has been introduced piecemeal. Overall, therefore, the legal status of unmarried cohabitants is inconsistent and un-

⁹⁶ Section 3 of the Child Abduction Act.

⁹⁷ The Child Abduction Act is not applied in relation to Finland, Iceland, Norway, or Sweden in case other rules apply, see section 2(3).

⁹⁸ See *Nielsen* (note 91) 439.

⁹⁹ See e.g. *Ugeskrift for Retsvæsen* 1934.100 Ø.

¹⁰⁰ Article 1(1) second sentence of the Nordic Estate Convention.

¹⁰¹ See *Nielsen* (note 91) 446.

predictable. However, individual legal contexts normally provide reasonable solutions.

The areas in which there is no legislation for cohabitants characteristically lack basic family law provisions, e.g. succession, support during cohabitation or alimony after separation. Furthermore, there are no rights of representation and no occupational rights to remain in an owned residence. Legislators have been reluctant to regulate the parties' private affairs. This seems a reflection of the parties' choice not to marry, and consequently their choice and their autonomy are respected.

With regard to the important question of property division on separation, the Supreme Court laid down guidelines, which are beneficial that in general the parties' lawyers reach a compromise. Consequently, there are only very few court cases on property division on dissolution of cohabitation.

The court cases fall within four main groups:

1. Cases with respect to mutual division of property: mutual claims, ownership, co-ownership and compensation for unjust enrichment;
2. Cases with respect to occupational rights to the joint home, also in the event of the partner's death. These court cases deal with the assessment whether and which one of the partners is more needful and should have precedence and whether there has been a (marriage-like) cohabitation relationship at all;
3. Custody cases between parents no longer cohabiting;
4. Kinship cases when a man denied paternity.

In my opinion a reform of the legal status of unmarried cohabitants is needed. An overall solution is called for to put an end to more piecemeal solutions. I would like to see the same demarcation of cohabitation applied in the widest possible extent in all legal areas.

In an assessment of legal policy, two main questions crop up: Should legal effects emanate from the mere fact that two people live together (status), or should a system of registration be introduced (contract), upholding the principle of free will?

There are many arguments for a combination of both. Two of the members¹⁰² of the Commission on New Succession Rules for Spouses and Cohabitants appointed in 2000 have advocated a registration model that grants cohabitants the same legal status as spouses. This solution seems in accordance with recent developments in the legal context of pension provisions. With regard to a surviving partner's legal status, decisive emphasis shall be placed on the autonomy of the parties to decide for themselves to grant each other the same legal status as spouses. The autonomy of the parties is thus given priority. The

¹⁰² See *Taksøe-Jensen*, *Tidsskrift for Familie- og arveret* 2004, 5-6, and *Nørgaard's* paper at Det nordiske Juristmøde (the Nordic Meeting for Legal Professionals) in August 2002 in *Förhandlingarna vid Det 36 Nordiska Juristmötet Del II*, 80.

recommendations favour the requirement of cohabiting for a certain period of time, e.g. two years, or that the couple has or expects a joint child. It has been pointed out that in case the parties do not register, a discretionary fair treatment rule might be introduced, making it possible to grant succession rights to a cohabitant based on an assessment of the actual circumstances, for instance the duration of cohabitation, the cohabitants' property, the obligation to support children etc. Its aim would be relief for the weaker part and for underage children. The rule in question would thus engender less far-reaching legal consequences compared to the couple's initiative to register.

If this solution is adopted, it will have a major impact on the legal status of unmarried cohabitants in the future. However, the piecemeal approach remains unsatisfactory. In my opinion, there is need of a Committee entrusted with an overall revision. Only then can the legal status of cohabitants become consistent and predictable.

Legal Status of Cohabitants in Canada

WINIFRED HOLLAND

- A. Structure and Historical Development
 - I. The Federal System in Canada
 - II. Developments Over the Past 30 Years: An Overview
 - 1. Pre-Charter
 - 2. The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms
 - III. The Present Situation in Canada
 - 1. General Overview: A Focus on Ascription
 - 2. Registered Partnerships/Civil Unions
 - 3. Domestic Contracts
 - B. Marriage and Cohabitation
 - I. The Prevalence of Cohabitation in Canada: An Increasing Trend
 - II. Changes in Marriage
 - III. Same-Sex Marriage: The Fight over the "M" Word
 - C. Commencement of Cohabitation
 - I. Defining Cohabitation
 - II. Capacity Issues
 - III. Commencement of cohabitation
 - IV. The length of cohabitation
 - V. Termination of Cohabitation
 - VI. Registered Partnerships
 - D. Legal Effects of Cohabitation
 - I. Property Rights
 - II. Occupational Rights in the Family Home
 - III. Support Obligations
 - IV. Tort Claims Relating to Death or Injury
 - V. Children
 - 1. Legitimacy
 - 2. Custody
 - 3. Child support
 - VI. Intestacy
 - VII. Support from the Deceased Cohabitant's Estate
 - VIII. Social Welfare
 - IX. Pension Entitlement
 - X. Immigration Law
 - XI. Criminal Law – Evidence
 - XII. Tax
 - XIII. Labour Law
 - E. Dissolution of Cohabitation
 - F. Conflict of Laws
 - G. Evaluation and Perspectives for the Future
 - H. Postscript on Same-Sex Marriage
- Appendices
- 1. Technical information
 - 2. Selected Bibliography

A. Structure and Historical Development

Up until the 1970's, marriage was the preferred and privileged family form, and marital status carried with it a unique set of related rights and obligations that were not extended to other relationships. Over the past thirty years, however, there has been increasing legal recognition of unmarried cohabitation. Initially the developments were very limited in scope, applied only to heterosexual cohabitants, and were mainly in the area of support obligations, but, in the past

twenty years or so, recognition of cohabitation (both opposite and same sex) has become widespread in Canada.

Much of the impetus for the more recent far-reaching reforms can be traced to the coming into force of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹ in 1982 (although the equality provisions, which have played such a significant role in the family law area, did not take effect until 1985). In the wake of the Charter, which is discussed in more detail later, Canadian Courts have stressed that the equality provision with its focus on individual dignity requires that recognition be accorded a variety of family forms, all of which are seen as equally deserving of state protection.

I. The Federal System in Canada

To understand developments in the law relating to cohabitation in Canada, it is first necessary to understand the division of legislative powers in relation to family law matters. Canada has a federal system of government, and legislative authority in family law matters is divided between the federal Parliament and provincial legislatures. Most of the rules relating to cohabitation are within provincial jurisdiction.

In the context of cohabitation the following matters, for example, lie within *federal* jurisdiction:

- (a) Marriage (capacity to marry), including nullity and divorce issues and corollary relief (spousal and child support and custody) in the context of divorce and nullity;
- (b) income tax (but coordinated with the provinces);
- (c) a variety of state benefits including the Canada Pension Plan and Old Age Security;
- (d) immigration;
- (e) bankruptcy and insolvency;
- (f) other matters including criminal law, procedure and evidence.

Under *provincial* jurisdiction (there are 10 provinces and 3 territories)² there are following:

- (a) status of children and child support (but excluding corollary relief in divorce and nullity) and child welfare issues;
- (b) property rights;
- (c) support obligations (other than divorce or nullity);
- (d) inheritance issues including support of dependants on death;

¹ Part I of the Constitution Act 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), c. 11 (of the Charter). Developments under the Charter were in turn influenced by earlier decisions under provincial and federal human rights legislation dealing with marital status and sexual orientation discrimination.

² <www.canadainfolink.ca/charttwo.htm> for demographic information.

- (e) tort claims arising from death or injury to family members;
- (f) other issues, e.g. medical decisions and welfare assistance.

Since the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to both levels of government, Charter decisions dealing with matters within provincial jurisdiction (for example in relation to support obligations) have had a very direct impact on the interpretation of the Charter in the federal context, and vice versa.

In a paper designed to give an overview of Canadian developments dealing with cohabitation, it is impossible to deal with the plethora of issues comprehensively, particularly in light of the multiplicity of legislative provisions in each province. I have attempted, however, to give as detailed an account as possible, particularly where provinces have adopted divergent solutions. Where the provisions have a greater degree of commonality, I have focused on the law of Ontario.

II. Developments Over the Past 30 Years: An Overview³

1. Pre-Charter

In the 1950's and 60's unmarried cohabitants as a group were largely invisible⁴ and were accorded little or no recognition within the legal system. However, as already noted, over the past 30 years there has been a seismic shift in the recognition of rights and obligations arising from cohabitation, much of it accomplished on a piecemeal, patchwork-quilt basis.⁵ Ascription of "spousal status" to cohabitants – the extension of the incidents originally associated with marriage – has been the preferred reform route.⁶ Although the legislation in most provinces provides for the use of formal cohabitation agreements, there is little evidence of couples resorting to such contracts. Just recently Nova Scotia and Quebec introduced registered partnerships/civil unions as options for cohabitants (both opposite and same sex), but this is contrary to the general trend in Canada and is unlikely to have a major impact on the legal status of cohabitants. On the whole Canadian cohabitants do not seem to favour the use of formal mechanisms to govern their relationships.

³ The issues are explored more fully in my article *Intimate Relations in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation* (2000) 17 *Canadian Journal of Family Law* (18 *Can.J. Family Law*) 114.

⁴ Even earlier there was some very limited recognition of cohabitation relationships, usually for humanitarian reasons (for example after World War I unions entered into when one partner was already married abroad and had never obtained a divorce might be recognized for the purpose of entitlement to some state benefits), but on the whole cohabitants were legally under the radar.

⁵ The details will be considered below.

⁶ But actually spousal status is not ascribed to the cohabitants – only the incidents of marriage.

In the 1970's the initial statutory reforms extending rights and obligations to cohabitants were in the area of support obligations and arose from a desire to shift the burden of support from the state onto the shoulders of cohabitants themselves. Provinces extended support obligations to cover cohabitants who had cohabited in a conjugal relationship for a specified period of time (for example, in the case of Ontario, initially the requisite period of cohabitation was five years, reduced in 1986 to 3 years), or an unspecified period of cohabitation ("a relationship of some permanence") where a child was born to the couple (later changed to include adoptions). Corresponding changes were made in other areas – for example for support of cohabitants from the estate of a deceased spouse.⁷

Another important development during this period was in the status of children of unmarried couples. At common law an "illegitimate child" had few legal rights, but by the 1970's it had come to be accepted that children should not be prejudiced simply because their parents had not acquired marital status. In 1973 the Ontario Law Reform Commission⁸ recommended that the status of legitimacy be abolished. That important change was accomplished by the Ontario *Children's Law Reform Act*, 1978,⁹ and thenceforward the status of the child was determined independently of the marital status of his or her parents. There have been similar developments in the other provinces. In situations involving unmarried parents there might still be an issue of resolving paternity, but in Ontario, for example, there is a statutory presumption of paternity arising out of cohabitation if the parties cohabit in a "relationship of some permanence" and the child is born during the relationship or within 300 days of their separating.¹⁰

During the 1970's the courts were also developing the use of ordinary private law remedies (particularly the use of the resulting and constructive trusts) in the context of *matrimonial* property disputes. Unfortunately, during this period of time the courts adopted a very strict approach to the use of these remedies,¹¹ and dissatisfaction with the stringency of the tests, and the difficulties in obtaining any relief, led to the enactment of matrimonial property statutes across Canada. In the case of married spouses those statutory schemes for division of assets have largely superseded the private law remedies, but those remedies have continued to play a very significant role in resolving property disputes between cohabitants.

⁷ Under Part v. of the Succession Law Reform Act R.S.O. 1980. c 488 s. 57(d) – in force since 1978.

⁸ Ontario Law Reform Commission Report on Family Law – Part III-Children (1973).

⁹ S.O. 1980, c. 68; see now Children's Law Reform Act. R.S.O. 1990, c. C.12, sections 1(1) and 1(4).

¹⁰ *ibid* s. 8(1)4.

¹¹ See the infamous decision in *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423 in which the Supreme Court denied relief to a woman who had made substantial contributions to the husband's ranch business.

The 1980's were a very significant period for the development of cohabitational rights in Canada. First, the Supreme Court gave its seal of approval to the use of the ordinary private law remedies noted above as a way of resolving property disputes between cohabitants, and that led to general acceptance of those remedies for cohabitants across the common law provinces of Canada (on the other hand they had very little influence in Quebec which has not extended private law remedies under the Civil Code to cohabitants [conjoints]).

By the 1980's the courts had become more flexible in finding evidence of contributions sufficient to trigger claims to a share in property held in the name of one cohabitant, and had abandoned the very strict approach, which had led to widespread dissatisfaction and the ensuing enactment of matrimonial property statutes across Canada during the 1970's. To the dismay of some purists, Canadian courts embraced a very broad concept of unjust enrichment (a form of palm tree justice)¹² as a way of resolving cohabitants' property disputes. As a consequence, one cohabitant who contributed to the purchase of property in the name of the other cohabitant (either directly (for example by helping to finance the purchase of the home) or indirectly through domestic contributions to the household) would be granted a remedy (usually in the form of monetary compensation but, if that were inadequate, an actual interest in the other's property) even though his or her name did not appear on the title to the property. The development, which continues to this day, is discussed more fully below in section D.

2. *The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

The other, and in many respects even more significant, event in the 80's was the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in 1982. The equality provision (s. 15)¹³ which came into force in 1985 (3 years after the advent of the Charter) provided further impetus for reform in relation to both opposite and same-sex relationships. Neither marital status or sexual orientation are express grounds of discrimination under s. 15(1), but it is clear from the wording of Section 15 (1) – as a general statement of equality rights followed by some particularization without, however, the use of words indicating that only the specified grounds are covered – that the grounds of discrimination are not exhaustively defined, and the Supreme Court of Canada has read in both

¹² See for example comments by *Mee*, *Property Rights of Cohabitants*, Oxford 1999, ch. 7.

¹³ Section 15(1) of the Charter provides that "Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability."

marital status and sexual orientation, finding both to be analogous grounds of discrimination.¹⁴

By 1986 the Supreme Court of Canada had made it clear that it would take a very active role in enforcing Charter provisions. For example in the *BC Motor Vehicle Reference Case*¹⁵ the Supreme Court held that s. 7 of the Charter (the life, liberty, and security of the person clause) permitted the court to engage in a review of the substance of the legislation in question, to ensure that it was in conformity with Charter values and that the court was not restricted to a review of procedural issues.¹⁶ If the impugned section of the Act could not be upheld under s. 1 of the Charter¹⁷ then the courts had power to strike it down under s. 52 of the *Constitution Act* (in later decisions the court held that it had the power to strike out the offending words or to add words- in cases of under-inclusion). Clearly, the essential ambiguity in Charter wording coupled with the sweeping power to strike down or in effect to amend the wording of the impugned legislation, had a major impact in all areas of government activity, and not least in the family law area with its traditional bias towards marriage as the preferred family form.

Two significant decisions are illustrative of the use of the Charter to expand the rights and obligations of cohabitants. *Miron v. Trudel*¹⁸ dealt with uninsured motorist coverage, a somewhat unlikely scenario for the development of family law issues. The plaintiff argued that the interpretation of the term "spouse" in the relevant section, which confined coverage to married spouses, violated s. 15(1.) of the Charter. Although marital status was not an enumerated ground of discrimination, it should be read in as an analogous ground of discrimination. If it were so read in, confining the remedy to married spouses would be discriminatory and could not be justified under section 1 of the Charter. The Supreme Court of Canada agreed, and McLachlin J. for the majority (5-4) found that equal benefit of the law had been denied to opposite-sex unmarried cohabitants simply because of their marital status. Since the purpose of the legislation was to provide for *families* when members were injured in an automobile accident, the government had not justified its decision to provide only for the families of married spouses. In granting the remedy of "reading in" to expand the scope of the statute, the court in effect backdated changes to the legislation which had in

¹⁴ *Miron v. Trudel* [1995] 2 S.C.R. 418 (marital status) and *Egan v. Canada* and *M v. H.* [1999] 2 S.C.R. 3 (both dealing with sexual orientation). Several provincial human rights statutes refer to both. For example the Ontario Human Rights Code R.S.O. 1990, c.H.19.

¹⁵ Reference re. Motor Vehicle Act (British Columbia) s. 94(2) [1985] 2 S.C.R.486.

¹⁶ The court found that the section of the statute in question violated section 7 because it provided for the possibility of imprisonment in a situation involving absolute liability (liability without fault).

¹⁷ Section 1 of the Charter provides as follows: "The Canadian Charter ... guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

¹⁸ [1995] 2 S.C.R. 418.

the meantime extended benefits to cohabitants (the claim related to a period prior to the statutory change).

The decision was hailed as a victory for unmarried couples, since the Supreme Court appeared to indicate that it had given its stamp of approval to equating marriage and opposite-sex cohabitation (same-sex relationships were not in issue in the case). Naturally those seeking to maintain a distinction between marriage and cohabitation were less laudatory. However, in a sense the decision was in itself less significant than might at first appear to be the case, since in large part it simply affirmed changes that had already occurred. By 1995 most provincial governments (Alberta being a notable exception) had already begun to pro-actively anticipate successful Charter challenges to the exclusion of opposite-sex cohabitants and during the 1980's had *already* amended their legislation to include such relationships. In a sense it was simply "icing on the cake" for those in favour of assimilation of marriage and cohabitation, but the decision was expected to be a very useful weapon in the anticipated challenge to the matrimonial property provisions and other remaining provisions which continued to be restricted to married spouses.

As far as *same-sex* couples are concerned, developments generally proceeded at a slower pace than those for their opposite-sex counterparts, but they did gain momentum in the 90's. In *Egan v. Canada*¹⁹ the Supreme Court for the first time read in sexual orientation as an analogous ground of discrimination under s. 15(1) of the Charter, but in the context of that particular piece of legislation (involving old age security) the court appeared to adopt a cautious approach to the legislation in question and deferred to the federal Parliament's choice to exclude same-sex couples (showing some reluctance to become embroiled in decisions about the allocation of resources).

The later decision, *M v. H*²⁰ is the most important decision of the Supreme Court in the area of same-sex rights. That case involved a challenge to the definition of "spouse" in Part III of the *Ontario Family Law Act*²¹ which provides for financial support obligations after separation in non-divorce cases. At that time the term "spouse" included married spouses and opposite-sex cohabitants who had cohabited for three years, or in a relationship of some permanence where they were the parents of a child,²² but the provisions did *not* extend to same-sex couples (*M v. H.* involved a lesbian relationship which lasted 10 years and which had involved substantial financial interdependence).

The Court found that the exclusion of such couples violated s. 15(1) of the Charter because it constituted discrimination on the basis of sexual orientation and that the provision could not be saved under s. 1 of the Charter. The objec-

¹⁹ *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513.

²⁰ [1999] 2 S.C.R. 3.

²¹ R.S.O. 1990, c F.3 as amended.

²² As noted above, that change was first effected in 1978. Initially the period of cohabitation was 5 years but that was reduced to 3 years in 1986.

tive of the provisions was to provide for the equitable resolution of economic disputes arising from the breakdown of intimate relationships, and to relieve taxpayers from the burden of providing support for dependants. The exclusion of same-sex couples from such a scheme could not be justified since their relationships were very similar to those of their heterosexual counterparts and there was no justifiable reason to treat them differently.

M v. H was a resounding endorsement by the Supreme Court of the rights of gay and lesbian couples, and it led to sweeping reforms. Rather than providing an immediate remedy which would *not* have been appropriate given the “domino” effect of any changes, the Supreme Court suspended the declaration of invalidity and gave the Ontario government one year within which to revise the *Family Law Act*, and related legislation, to bring it into conformity with the *Charter*. Before the expiry of the year the Ontario legislature passed Bill 5, the *Amendments Because of the Supreme Court of Canada Decision in M v. H Act*²³ which amended some of the key provisions of the *Family Law Act* (including those relating to support and domestic contracts). 66 other Ontario statutes, including those dealing with children, fatal accidents, compensation for victims of crime, and support of dependants from a deceased spouse’s estate, were also changed in the wake of the decision. The solution was to add a new category of “same-sex partner”, defined in similar terms to that already used for heterosexual cohabitants. A “same-sex partner” means either of two persons of the same sex who have cohabited for 3 years, or in a relationship of some permanence, if the cohabitants are the natural or adoptive parents of a child.

Indeed the effect of the *M v. H* decision was to call in question *all* legislation that differentiated between opposite and same-sex cohabitants. One direct consequence of the decision was the wholesale revision of numerous federal statutes by Bill C-23 the *Modernization of Benefits Act*²⁴ which amended 68 statutes (including statutes dealing with income tax, the Canada Pension Plan, bankruptcy and a host of others) designed to bring about the equal application of federal laws to both opposite- and same-sex couples. The legislation uses the gender-neutral designation of “common-law partner” and/or “survivor”. “Common-law partner” is a person who has cohabited in a conjugal relationship for at least one year (it includes both opposite- and same-sex couples) and the term “survivor” includes both married spouses and common-law partners. Prior to the new Act opposite-sex couples were already covered under the term “spouse” in many federal statutes, but after the new Act they were transferred over to the new category of “common law partners”.

In some other areas of federal jurisdiction, perhaps less pressing than those already addressed, there is room for still further change. For example the rules on competence and compellability of spouses, as witnesses in prosecutions against the spouse, have not been amended, and a distinction is still drawn

²³ S.O. 1999, c. 6.

²⁴ Modernization of Benefits and Obligations Act, S.C. 2000, c. 12.

between married spouses and cohabitants (who are fully compellable). In a recent lower level decision, the court used the Charter to strike down the discriminatory common-law provisions (which exempted only married spouses), and the remedy adopted was to eliminate the immunity for all spouses and cohabitants²⁵ rather than extend the immunity to cover cohabitants.

III. The Present Situation in Canada

1. *General Overview: A Focus on Ascription*

In Canada today (with the exception of Quebec which has not extended private law remedies under the Civil Code to cohabitants) the overall trend is to treat opposite- and same-sex couples similarly and, with some notable exceptions discussed below, to treat married spouses and cohabitants similarly. As already noted, the favoured route has been by the increasing *ascription* to cohabitants of the rights and obligations associated with the status of marriage.

While both married spouses and cohabitants are free to structure aspects of their relationship by the use of domestic contract, outside Quebec contracts are not common, and the most common form of contract in common law Canada is the separation agreement, while marriage and cohabitation agreements are still relatively uncommon. Consequently, most developments in the field of cohabitation have been based on ascription of status, with contract playing a very minor role.

After a defined period of cohabitation (which varies from province to province) rights and obligations are automatically ascribed to the couple. Thus provincial legislation providing for support obligations, support from a deceased spouse's estate, tort remedies for death or injury, and a host of other situations too numerous to mention, have been extended to cover cohabitants (both opposite and same sex). Such changes have occurred within the context of the constitutional equality framework provided by the *Canadian Charter*.

Similar developments have taken place at the federal level with increasing recognition of cohabitation in a number of key areas including income tax (no distinction is drawn between married spouses and cohabitants whether same or opposite sex, provided the latter cohabit for the requisite period of time), the Canada Pension Plan and income security, immigration (family class sponsorships include cohabitants), bankruptcy and insolvency, and a host of other areas.²⁶

Although marriage and cohabitation have become more closely assimilated, there are still some important differences in the rights and obligations attached to both. The area of property rights (including occupational rights in the matri-

²⁵ *R. v. Edelenbos* [2000] O.J. No. 2147 (Ont. S.C.).

²⁶ See the Modernization of Benefits Act (n. 24).

monial home) remains one of the most problematic and is one of the key areas where a distinction is still drawn between married spouses and cohabitants. The other main areas are intestacy, limits on spousal testimony, and marital privilege in relation to disclosure of communications. All are considered under section D. *infra*.

2. Registered Partnerships/Civil Unions

As noted above, Canada has favoured the ascription route whereby marital status is automatically ascribed to a couple after cohabitation for a specified period of time. One province (British Columbia) permits couples to contract into the marital property regime. Two provinces – Nova Scotia and Quebec – provide for registered partnerships. Nova Scotia was the first province in Canada to provide for registered domestic partnerships, and the legislation was passed while the decision in *Nova Scotia v. Walsh* (sub nom *Walsh v. Bona*),²⁷ which challenged the exclusion of opposite-sex cohabitants from the matrimonial property regime in Nova Scotia, was proceeding through the system.²⁸

Under the Nova Scotia provisions, two individuals who are cohabiting or intend to cohabit can make a “domestic partner” declaration which must be signed and witnessed. Each cohabitant must be unmarried (and not in a domestic partnership with another), be over the age of majority (19 in that province) and ordinarily resident in the province of Nova Scotia, or be the owner of real property in the province at the time of registration. The partnership takes effect upon registration, and registration gives the partners the same rights and obligations as married spouses under several statutes, particularly the *Matrimonial Property Act*, *Intestate Succession Act* and *Testators’ Family Maintenance Act*. Thus cohabitants who become registered partners will have similar support and property rights (including rights in the family home) and rights on death as their married counterparts.

The option of domestic partnership has added to the complexity for cohabitants in Nova Scotia. In determining rights and obligations it will be necessary to address a number of questions. Are they registered domestic partners? If not, do they have an ordinary domestic contract providing for rights and obligations? If not, they may still be covered under a number of statutes if they have been cohabitants for 2 years, but will have far fewer rights than their married or registered partner counterparts.

In June 2002 the Quebec National Assembly adopted Bill 84, *Loi instituant et établissant de nouvelles règles de filiation*. The Act creates the opportunity for same- or opposite-sex couples to enter into a formal civil union which

²⁷ Discussed more fully below section D.I.

²⁸ Amendment to the Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, C. 494. Section 53(2) provides for a “domestic-partner declaration”.

entails having the same rights and obligations associated with marriage. (Otherwise they may continue to be treated as *conjoints de fait*, i.e. cohabitants²⁹). To enter into a civil union the parties must be at least 18 years of age, must not be close relatives (father, mother, brother, sister, son or daughter), be unmarried and not already in a civil union. They must consent in public before a competent celebrant (court registrar, notary etc.) in the presence of two witnesses. The formation and dissolution of these unions is considered in more detail below (under headings C. and E. respectively).

What impact this legislation will have remains to be seen, especially in light of the fact that in early 2004 Quebec became the third province to uphold same-sex marriages.³⁰ Many couples who might have chosen civil unions may well prefer the marriage option, particularly if one takes into consideration that many gay and lesbian couples perceive civil unions as a second class option. However, they may be attractive for some opposite-sex cohabitants who have far fewer private law rights than do cohabitants in the common-law provinces – but if such couples have chosen not to marry, it is difficult to see why many of them would find the civil union a viable option.

Manitoba may be the next province to provide for registered partnerships, but the legislation is not yet in force (as of the date of writing).³¹

The Federal government is exploring the possibility of the use of civil unions for same-sex couples. Under the Constitutional Reference³² (discussed below) which will be heard by the Supreme Court in 2004 the Supreme Court will almost certainly be asked to rule upon the question whether it is constitutionally permissible to exclude same-sex couples from marriage, and to offer them the option of a civil union instead. Gay and lesbian groups object to that solution on the basis that it provides them with less than full equality. While it might be fine to offer registered partnerships to heterosexual couples (who have the option of getting married), it is a very different proposition to offer a similar solution to same-sex couples who do not have that option.

3. *Domestic Contracts*

Most provinces provide couples with the option of entering into domestic contracts (marriage contracts, cohabitation agreements or separation agreements) that are designed to cover key aspects of their relationship. Such agreements, which do not require registration, may provide for property rights, support

²⁹ <www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/union-civ-a.htm> for a review of the legislation.

³⁰ See section B.III. *infra*.

³¹ The Common-Law Partners' Property and Related Amendments Act, S.M. 2002, x. 48 is not yet in force.

³² For extensive discussion see <www.samesexmarriage.ca> which provides very useful links on the issue.

obligations, custody (subject to the agreement being in the best interests of the child) and other pertinent issues. To take one example, Part IV of the *Ontario Family Law Act*³³ contains detailed provisions on all three forms of contract. However, marriage and cohabitation contracts are still relatively uncommon, and the separation agreement remains the most common form of agreement in the common-law provinces of Canada. The formalities differ somewhat from province to province. Under the *Ontario Family Law Act* domestic contracts are unenforceable unless made in writing, signed and witnessed.³⁴

B. Marriage and Cohabitation

I. The Prevalence of Cohabitation in Canada: An Increasing Trend

There has been a significant increase in the number of cohabiting couples over the past 20 years or so. In 1981 statistics on heterosexual cohabitation were collected for the first time, and at that time only 6% of couples indicated that they were cohabiting. By 1996 that figure had increased to 14%. The 2001 General Social Survey – the most recent available – indicates that an increasing number of couples are favouring cohabitation.

Out of a total of 8,371,020 families in Canada 1,158,410³⁵ are listed as “common-law spouses” (a term that includes same and opposite sex), which represents an increase of 20% since 1995. Of those 503,900 had children at home, 627,505 were without children at home. Quebec (with less than 25% of the total population of 31 million plus) has the highest number of cohabitants (508,525), while cohabitants in Ontario (the most populous province with 38% of the total population) total 298,545.³⁶ Thus the trend towards common-law relationships is strongest in Quebec (the only civil-law province) where the 508,500 common-law families accounted for 30% of all families. Almost 29% of children were living with common-law parents in Quebec, more than double the national average. Cohabitation has been accepted for a longer period in Quebec society, and the figures show that it likely to endure for a longer period of time and to be rather less unstable than it is in other provinces.

It is also clear that a majority of young Canadians (20-29 years of age) are now choosing cohabitation as a first union (42.6% common law as against the 30.9% opting for marriage). With an increase in age the percentage drops most

³³ R.S.O. 1990, c. F.3 (Part IV).

³⁴ *Ontario Family Law Act* (supra note 33) at s. 55(1).

³⁵ Quebec: 508,525; Ontario: 298,545; Alberta: 93,765; British Columbia: 120,125; Manitoba: 29,635; Saskatchewan: 25,255; Newfoundland: 14,900; P.E.I.: 3,630; Nova Scotia: 29,960; New Brunswick: 27,730. The 3 territories Yukon: 1,795; NW Territories: 2,555; Nunavut: 1,990.

³⁶ Statistics Canada – Statistique Canada 2002 Census <www.statscan.ca/english/Pgdb/family54c.htm>.

significantly for those 60 to 69 (only 3.4% choose cohabitation). The Statistics Canada Report indicates that most of those starting out in common-law relationships will eventually opt for marriage, while in Quebec cohabitation is much less likely to lead to marriage.

Cohabitation is also becoming increasingly popular for those entering into subsequent unions. Only 8% of women 50-59 had chosen cohabitation as the *first* union, but approximately 20% had or would be involved in a *later* cohabitation relationship, assuming current trends continue.

The 2001 Census was the first to provide data on same-sex relationships. 34,200 identified themselves as same-sex common-law couples – 0.5% of all couples in the country. It is generally accepted that the total number is likely to be much higher, but many same-sex couples continue to be reluctant to divulge their relationships.

Couples whose first relationship is a common-law one are much more likely to separate than their married counterparts. More than 30% of men and women aged 40-59 who started as married are expected to separate, but the number is twice as high for those who started as cohabitants.

There is no strong sense in Canada that cohabitation is a threat to the institution of marriage. As noted above, although there has been a substantial increase in the incidence of cohabitation, it is still the case that many cohabiting couples eventually do decide to marry. (Most couples in Canada (70%) are indeed married spouses).

Many couples regard cohabitation as an acceptable precursor to marriage – as a trial form of marriage. But for those who do not marry and continue to cohabit there is almost no social opprobrium, and cohabitation is almost universally accepted as an alternative family form.

As far as state recognition is concerned, initially the motivation for recognition of cohabitation seems to have been to relieve the burden on taxpayers by extending support obligations to cohabitants, thus putting the primary burden on the shoulders of the cohabitants themselves. While that still plays a role, it seems clear that the Charter emphasis on equality is of greater significance as an impetus toward reform. Especially since the advent of the *Charter of Rights*, the focus has been very much on an equality analysis and a recognition that individuals are entitled to have their lifestyle choices respected.

These changes do not automatically guarantee that the state will, or even should, provide scarce resources for all relationships. There is nothing to prevent the state from privileging some relationships – for example it may be perfectly legitimate to give preference to one type of family unit (giving tax credits to families with children while denying them to those who are childless is an obvious example), but it is no longer permissible for the state to give preference to couples simply because they are married.

II. Changes in Marriage

The changes in cohabitation over the past 30 years were noted above, but there have also been parallel changes in the nature of marriage itself. In 1986 Canada moved from a fault- based divorce law to one based solely on marriage breakdown. Misconduct has also ceased to play a role in determining support obligations – and now the focus is on ensuring that each spouse is compensated for the contributions of each partner to the relationship, and in making sure that the ongoing needs arising out of the marriage relationship and its termination are met.

Marriage is no longer a relationship for life, and successive marriages or other relationships are much more common. The blended family is becoming quite common, and many familial obligations exist serially or concurrently.

Over the past 30 years women have become more independent within intimate relationships (married or otherwise) and often continue to work outside the home: two-income families have become the norm. Child-rearing responsibilities around the raising of young children are often delegated to outside caregivers (through use of daycare facilities), or there is paid assistance within the home. Husbands and wives are becoming equal partners (although there is evidence that women still bear a disproportionately large share of all tasks, including child rearing). In effect marriage and cohabitation have been growing more similar, and marriage is coming to more closely resemble cohabitation rather than the other way around. With the decreasing emphasis on dependency within marriage, it is clear that now, more than ever, the two types of relationship are functionally very similar. The remaining differences between marriage and cohabitation are explored under section D. *infra*.

III. Same-Sex Marriage: The Fight over the “M” Word

One of the most important, and controversial, family law issues in Canada today is that of same-sex marriage.³⁷ In a sense this represents the last frontier. Gays and lesbians have increasingly acquired rights and obligations (largely as a result of the Charter) and have made enormous strides in gaining equal recognition. However, there is still considerable opposition to extending marriage to gay and lesbian couples. Groups that scarcely registered the increasing ascription of the incidents of spousal status to gays and lesbians insist that the line be drawn at marriage, and that marriage must remain essentially heterosexual. Some concede that if further change is to take place, then it should be in the direction of recognition of civil unions, rather than in the extension of marriage to same-sex couples.

³⁷ See *Marriage and Legal Recognition of Same-Sex Unions, A Discussion Paper* – Department of Justice Canada – November 2003.

Although a majority of Canadians favour the recognition of same-sex marriages³⁸ (particularly younger Canadians in their twenties and thirties where the support rating goes up to over 80%), there is still vociferous opposition from several groups, particularly those with strong religious affiliations. It is not clear why religious groups feel so threatened by the recent changes. Most of those who advocate acceptance of same-sex marriage draw the line at civil marriage and concede that religious institutions should never be forced to perform same-sex marriages (some churches are of course more open than others, and the Metropolitan Community Church of Toronto, for instance, has performed a number of same-sex marriages, but they are not forced to do so).

Initially the courts upheld the refusal of registrars of marriages to register same-sex marriages or to issue licences to marry, but following successful Charter challenges in the Supreme Court notably *Egan* and *M v. H* (both discussed supra in section A.II.2), the way was paved for further Charter challenges based on s. 15(1).

The three most populous provinces in Canada have now recognized same-sex marriages.

The Ontario Court of Appeal in *Halpern v. Canada (Attorney General)*,³⁹ the British Columbia Court of Appeal in *EGALE Canada Inc v. Canada (Attorney General)*,⁴⁰ and most recently the Quebec Court of Appeal in *Hendricks & Leboeuf v. Quebec*⁴¹ have struck down as unconstitutional the common-law – in Quebec, the statutory – definitions of marriage, which excluded same-sex couples from marriage. In essence the courts have essentially redrawn the marriage provisions to permit gay and lesbian marriage.

In *Halpern* the court states:

Marriage is, without dispute, one of the most significant forms of personal relationship. For centuries, marriage has been a basic element of social organization in societies around the world. Through the institution of marriage individuals can publicly express their love and commitment to each other. Through this institution, society publicly recognizes expressions of love and commitment between individuals, granting them respect and legitimacy as a couple. This public recognition and sanction of marital relationships reflect society's approbation of the personal hopes, desires, and aspirations that underlie loving, committed conjugal relationships. This can only enhance an individual's sense of self-worth and dignity.⁴²

The ability to marry, and to thereby participate in this fundamental societal institution, is something that most Canadians take for granted. Same-sex couples do not; they are denied access to this institution simply on the basis of their sexual orientation.

The Supreme Court had already determined that sexual orientation was analogous ground of discrimination within s. 15(1), and all three Courts of Appeal

³⁸ Numerous polls indicate that trend. See for example the recent CP/Leger Poll which showed that over 65% of Canadians support same sex marriage.

³⁹ [2003] O.J. No. 2268 (Ont C.A.).

⁴⁰ [2003] B.C.J. No. 994 (B.C.C.A.).

⁴¹ [2004] J.Q. No. 2593 (C.A.)

⁴² *Halpern* (supra note 39) at para 5.

went on to find that the common-law marriage rules (and the Quebec statute) providing for differential treatment of gays and lesbians did so simply on the basis of sexual orientation which constituted discriminatory treatment that could not be justified by the government under s. 1 of the Charter.

In considering s. 1 of the Charter (which requires the court to consider whether the impugned law is a demonstrably justified reasonable limit on the Charter right in question), the argument was advanced that one of the purposes of marriage was encouraging the birth and rearing of children.

The court states:

We fail to see how the encouragement of procreation and childbearing is a pressing and substantial objective of maintaining marriage as an exclusively heterosexual institution. Heterosexual married couples will not stop having or raising children because same-sex couples are permitted to marry. Moreover, an increasing percentage of children are being born to and raised by same-sex couples.⁴³

The court went on to dismiss the argument that only heterosexual couples could procreate “naturally”, holding that this was not a sufficient reason to exclude same-sex couples from marriage, since they could have children by donor insemination and by adoption.⁴⁴ In addition, of course, not all married couples choose to procreate while others are incapable of procreation. Many spouses marry after their procreative years are over, and no-one would suggest that they do not have capacity to marry because natural procreation is no longer possible.

The court concluded that the violation of the couples’ equality rights under s. 15(1) of the Charter was not justified under s. 1. The Attorney-General had not demonstrated that the objectives of excluding same-sex couples were pressing and substantial and had also failed to show that the means chosen to achieve its objectives were reasonable and justified in a free and democratic society as required by s. 1 of the Charter.

The remedy was to amend the common law definition to permit same-sex marriage. The Ontario Court of Appeal chose not to refer the matter back to Parliament (as the Supreme Court had done in *M v. H* [supra section A.II.2]), because in this case the rule was found in the common law rather than in statute.

The Federal government chose not to appeal the rulings to the Supreme Court of Canada, and so the decisions stand.⁴⁵ However, it is instituting a Constitutional Reference and has referred a draft bill to the Supreme Court for a ruling on the constitutionality of same-sex marriage.⁴⁶ As noted above, the bill

⁴³ *Halpern* (supra note 39) at para 121.

⁴⁴ *Halpern* (supra note 39) at para 130.

⁴⁵ Initially the B.C. Court had referred the matter to Parliament, but after further argument the court followed the Ontario Court in granting an immediate remedy.

⁴⁶ The draft Bill and questions put to the Court can be found at <http://canada.justice.gc.ca/en/news/nr/2003doc_30946.html>. Later a fourth question was added, it can be found at <http://canada.justice.gc.ca/en/news/fs/2004/doc_31110.html>. The change in the wording of the questions led to the Reference being postponed from the spring until October 2004.

expressly exempts religious organizations and so essentially provides for civil marriage for gays and lesbians. One of the key questions will be whether something less than marriage – for example a provision for *civil unions* (registered partnerships) rather than *civil marriage* – would pass muster constitutionally (the position advocated by some opponents of the legislation who will argue that marriage should be reserved for heterosexual couples). Gay and lesbian groups claim that this does not give them equality – that it is similar to being forced to sit at the “back of the bus” – that they are being offered a second class solution rather than the full option of marriage and that the civil-union option should be rejected.⁴⁷

The hearing of the Constitutional Reference is now scheduled for October 2004, having been postponed because of the addition of an extra question for consideration by the court. Whatever the court decides, it is clear that it will be some time before the government formulates any legislative response. In the meantime same-sex marriages continue to be legal in Ontario, British Columbia and Quebec. That has led to Toronto becoming a Mecca for gay and lesbian couples from the U.S. who are prevented from marrying in their home states (most of which have passed DOMA (defence of marriage) provisions defining marriage as exclusively heterosexual. It is still unclear whether the home states of those participating in such marriages in Canada will recognize those marriages. While it is clear that many states will refuse to recognize such marriages, just recently Eliot Spitzer, the Attorney-General for New York, indicated that in his opinion, although the Domestic Relations Law of New York did not permit same-sex marriage in New York state, that had no bearing on whether New York common law would recognize same-sex marriages performed elsewhere. The only exceptions to such recognition occur where recognition is expressly prohibited by statute, or the union is abhorrent to New York’s public policy. He was of the view that New York courts would only deem marriages such as those involving polygamy or incest to be abhorrent, and that they would recognize same-sex marriages contracted outside New York as valid. That seems in accordance with the N.Y. State Supreme Court ruling in *Langan v. St Vincent’s Hospital* which held that a party in a civil union contracted in Vermont must be treated as a spouse for the purposes of the New York wrongful death statute.⁴⁸ Just recently President George W. Bush has announced that he is considering using a constitutional amendment to prohibit same-sex marriage across the U.S.⁴⁹ On the other hand Massachusetts just

⁴⁷ The civil union option was rejected by the Massachusetts justices – see *In Re Opinions of the Justices to the Senate*, 802 N.E. 2d 565 (Mass. 2004) and see *Goodrich v. Department of Public Health*, 798 N.E. 2d 948 (Mass. 2003). Massachusetts is the first state to recognize same-sex marriages.

⁴⁸ *New York Times*: 4 March 2004. See too <www.samesexmarriage.ca>, a useful website for Canadian developments on same-sex marriage.

⁴⁹ <www.whitehouse.gov/news/releases/2004/02/20040224>.

recently became the first state to recognize same-sex marriage (supra note 47), and the first marriages will take place on 17 May 2004.

One of the problems with the approach of the Courts of Appeal in Ontario, B.C. and Quebec to redefine marriage rather than referring the matter back to the Federal Parliament, is that other related issues have not yet been addressed. To take a couple of obvious examples – the divorce provisions are problematic in that they assume an opposite-sex marriage. Marital breakdown is now the sole ground of divorce,⁵⁰ but it can be evidenced by adultery. What will adultery mean in the context of a gay or lesbian union? Moreover, the rules on nullity of marriage have not been amended. A marriage is voidable if the parties were unable to consummate it, but it is not clear what consummation means in the context of same sex-unions. These are just a couple of issues which demonstrate that the domino effect of such a significant change in the definition of marriage would be better addressed through legislative reforms.

C. Commencement of Cohabitation

I. Defining Cohabitation

As we have seen, in many respects cohabitants are treated similarly to their married counterparts, but they do experience problems not encountered by spouses who have gone through a marriage ceremony. One of the issues is how to distinguish conjugal cohabitation from other, more casual, types of relationship. Even if the relationship is conjugal, unlike marriage which is marked by a form of marriage ceremony, there is no clear bright line indicating the commencement of the relationship, and it may be difficult to pinpoint when it actually commenced. Assuming that the relationship is conjugal, it is necessary to check all the pertinent legislation to discover what period of cohabitation is specified under the statute in question. There are so many definitions (even within a particular province), that it must be very confusing for cohabitants to ascertain their rights and obligations.

Another issue, which appears to have received little consideration to date, is whether public policy should militate against the recognition of some cohabitation relationships. Parties who intend to marry must have capacity to do so, but when we turn to cohabitation, we find there are few, if any, rules that address similar concerns.

The issue of defining cohabitation for the purpose of support was addressed in an early decision *Molodowich v. Pentinnen*⁵¹ which is still the most cited

⁵⁰ The Divorce Act, S.C. 1986, c. 4 as amended. See section 8(2).

⁵¹ (1980), 17 R.F.L. (2d) 376 (Ont Dist Ct). For recent statutory definition see the Alberta Adult Interdependent Relationships Act, S.A. 2002, c. A-4.5; s. 17.1 provides for support. Cohabitants acquire rights under the Act by ascription or by contract. Section 1(1)(f) defines a

decision on point. For the purposes of determining support obligations the following factors were considered relevant in determining whether the parties had cohabited:

1. Shelter:

- (a) Did the parties live under the same roof?
- (b) What were the sleeping arrangements?
- (c) Did anyone else occupy or share the available accommodation?

2. Sexual and Personal Behaviour:

- (a) Did the parties have sexual relations?
- (b) Did they maintain an attitude of fidelity to each other?
- (c) What were their feelings toward each other?
- (d) Did they communicate on a personal level?
- (e) Did they eat their meals together?
- (f) What, if anything, did they do to assist each other with problems or during illness?
- (g) Did they buy gifts for each other on special occasions?

3. Services:

What was the conduct and habit of the parties in relation to:

- (a) preparation of meals;
- (b) washing and mending clothes;
- (c) shopping;
- (d) household maintenance; and
- (e) any other domestic services?

4. Social:

- (a) Did they participate together or separately in neighbourhood and community activities?
- (b) What was the relationship and conduct of each of them toward members of their respective families, and how did such families behave towards the parties?

5. Societal:

What was the attitude and conduct of the community toward each of them and as a couple?

relationship of interdependence. For a recent decision in which support was refused see *Medora v. Kohn* (2003), 40 R.F.L. (5th) 213 (Alta Q.B.).

6. *Support (economic):*

- (a) What were the financial arrangements between the parties regarding the provision of or contribution toward the necessities of life (food, clothing, shelter, recreation, etc.)?
- (b) What were the arrangements concerning the acquisition and ownership of property?
- (c) Was there any special financial arrangement between them which both agreed would be determinant of their overall relationship?

7. *Children:*

What was the attitude and conduct of the parties concerning children?

As the Supreme Court has indicated in the later decision in *M v. H*, the criteria must be applied flexibly, and the extent to which the different elements of the relationship will be taken into account must vary with the circumstances of each case.⁵² They are merely guidelines, and how they are applied will vary with the circumstances. For example in at least one decision the parties maintained separate residences because it was better for the children from former relationships to maintain their previous residences. The parties were still found to be cohabiting for the requisite period (*Thauvette v. Malyon*⁵³). More controversially, it has been held that even if a cohabitant is legally married to another, it is still possible to establish a cohabitation relationship,⁵⁴ and so where the parties carried on a 5-6 year relationship during which the respondent was married to another, the court held, on a preliminary motion, that the matter should go to trial on the issue of cohabitation, thus acknowledging that it was possible to be married and to cohabit with another at one and the same time.

II. Capacity Issues

Are there capacity rules for cohabitation, similar to the capacity rules in relation to marriage? If the cohabitants were not free to marry, can they still establish rights and obligations as cohabitants? Although the issue has not received much consideration, there are certainly a number of cases recognizing rights arising from cohabitation even though one or both cohabitants were still married to others. But what of other matters, for example consanguinity that would prove to be an impediment to marriage? There are no decisions on point, but it seems quite likely that the court would refuse to recognize some relationships, for example incestuous ones, on the basis that they are contrary to public policy. But what if there were children of such a relationship? Would failure to

⁵² *Supra* note 20 at paras 58-61.

⁵³ *Thauvette v. Malyon* (1996), 23 R.F.L. (4th) 217 (Ont Gen. Div.)

⁵⁴ *Mahoney v. King* (1998) 39 RFL (4th) 361 (Ont Gen Div.).

recognize such unions penalize the children? In Nova Scotia and Quebec, the only two provinces to introduce domestic partnerships, there are some rules addressing capacity issues, but the whole issue of capacity to enter cohabitation relationships appears to have escaped the attention of the courts.

III. Commencement of cohabitation

There may be difficulty in establishing the commencement of the relationship – was it a friendship (for example students living together) which eventually became conjugal in nature? This may be important if the legislation specifies a particular period of cohabitation. The courts appear to adopt a flexible approach, and the resolution of the issue depends very much on the particular facts of the case. In most situations it is possible to point to a time by which the parties were definitely cohabitating together.

IV. The length of cohabitation

The determination of that period is itself problematic. Each province has adopted its own definition of cohabitation, which may be a source of confusion for cohabiting couples. In Ontario, for example, cohabitation was first fixed at five years (or cohabitation in a relationship of some permanence coupled with the birth of a child), but this was later changed to three years or birth or adoption of a child. Other provinces prefer two years' cohabitation or in another case the legislation simply requires a relationship of some permanence and that it occurred within the preceding year (New Brunswick). The federal Parliament on the other hand has opted for cohabitation for one year.

Even more confusingly, a province may have differing periods. For example Ontario has different criteria for entitlement to support (see above) and for entitlement under the *Compensation for Victims of Crime Act*⁵⁵ that merely requires that the claimant have been living with the deceased victim immediately before his or her death.

The above problems are unavoidable in that cohabitants will always have to establish some form of conjugal cohabitation in order to be legally recognized, otherwise there would be no way of differentiating between more casual relationships (students sharing an apartment) and those which are truly conjugal relationships. It does appear, however, that the criteria, especially the periods of cohabitation specified in different pieces of legislation, seem rather arbitrary and can lead to problems in the sense that the cohabitant can be in "limbo" – caught between several provisions all with separate cohabitation requirements. To take one example – suppose that a couple living in Ontario had a child and lived together for 6 months and then separated. They are considered "spouses"

⁵⁵ R.S.O. 1990, c. C24, sections 1 and 5.

for support purposes under the Ontario *Family Law Act*, but they would *not* be spouses under the federal *Bankruptcy and Insolvency Act* which requires cohabitation for 1 year, and any support order made in Ontario would not be taken into account under the federal statute!

V. Termination of Cohabitation

A further problem (also experienced by married spouses in the context of determining the valuation date for division of assets under the provincial matrimonial property legislation) is the difficulty in determining when the relationship came to an end. There may have been periods when the parties lived apart, for example if they had employment in different cities, or they may have had a difficult relationship punctuated by quarrels followed by brief “cooling-off” periods when they decided to be apart. These are not unusual events and are quite often encountered in relationships, whether married or otherwise. Neither scenario should contradict durance, and the relationship can be said to come to an end only when one party has evidenced the intention to withdraw permanently.⁵⁶ The time line of the relationship is, of course, of significance in determining whether the parties cohabited for the requisite period of time specified in the legislation in question.

Since marriage is brought to an end by a definite event (divorce), again there is a bright line identifying the end of the relationship which is not present in the case of cohabitants. This can result in discriminatory treatment of cohabitants if there is differential entitlement to benefits. For example the Canada Pension Plan covers cohabitants, but they must have been cohabiting with the contributor at the time of the death in order to qualify for continuation of benefits. One cohabitant separated from her fellow cohabitant (whom she alleged was abusive) 4 months before his death, and as a result her entitlement ceased because they had ceased to cohabit prior to the death. Married spouses, on the other hand, continue to be entitled after separation as long as they are not divorced. This differential treatment has been successfully challenged under the Charter,⁵⁷ and the government has been ordered to come up with a scheme which is in conformity with the Charter.

VI. Registered Partnerships

As noted above, both Nova Scotia and Quebec provide for registered partnerships/civil unions. Both stipulate who can enter into a registered partnership,

⁵⁶ See e.g. *Feehan v. Attwells* (1979) 24 O.R. (2d) 248 (Co Ct).

⁵⁷ *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2002 FCA 243 (Fed. Court of Appeal). The case is under appeal to the Supreme Court and was heard on 18 March 2004.

the requisite formalities for doing so, and how each is terminated, thus creating more certainty than exists for other cohabitants. The Nova Scotia legislation⁵⁸ provides that a domestic partner declaration can only be made by someone who is of the age of majority, ordinarily resident in Nova Scotia or has real property in the province, is not already married or has an existing domestic partner declaration, that it must be signed and witnessed and that it must be registered. The partnership is terminated and the person becomes a “former domestic partner” after the earliest of several specified events – the parties file a statement of termination, they live apart for one year, or one of the partners marries another.

Under the Quebec provisions⁵⁹ the parties must be 18, not close relatives, not married or already in a civil union, and they must consent in public before a competent celebrant in the presence of two witnesses. A civil union is dissolved by death, court judgment or joint declaration made before a notary (not an option if there are children of the union).

D. Legal Effects of Cohabitation

I. Property Rights

Some provinces (for example, British Columbia) permit cohabitants to contract into the provisions dealing with matrimonial property and related provisions.⁶⁰ Other provinces have adopted a very different solution. Nova Scotia and Quebec have recently made provision for the parties (whether opposite or same sex) to enter into registered partnerships, or civil unions, thus giving them many of the rights and obligations of their married counterparts.⁶¹ In the absence of the creation of a registered partnership in Nova Scotia, the parties (provided they have cohabited for a requisite period of time) do have rights and obligations but fewer rights than their registered partners/married counterparts, while in Quebec cohabitants who do not enter into civil union have very few private rights and obligations.

Saskatchewan⁶² (one of the smaller provinces in terms of population) has expressly extended its matrimonial property legislation to cover cohabitants, and the definition of “spouse” was recently extended to cover “either of two

⁵⁸ An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modify and Reform the Laws in the Province, S.N.S. 2000, c. 29, sections 32-45 (in force 4 June 2001). The detailed provisions are now in the Vital Statistics Act, R.S.N.S. c. 494 (as amended).

⁵⁹ An Act Instituting Civil Unions and Establishing New Rules of Filiation and Adoption, S.Q. 2002, c. 6 (in force 8 June 2002).

⁶⁰ Family Relations Act, 1996, R.S.B.C. 1996, c. 128 as amended by the Family Relations Act 1997 which added s. 120.1 permitting unmarried cohabitants to contract into the legislation – further amended by the Definition of Spouse Amendment Act, 2000 S.B.C. 2000 c. 24 to include same sex cohabitants.

⁶¹ Discussed *supra* under section A.III.2.

⁶² Miscellaneous (Domestic Relations) Act, 2001 (No. 2) S.S. 2001, c. 51.

persons ... who is cohabiting or has cohabited with the other person as spouses continuously for a period of not less than two years.” The result is that the provisions dealing with property, the matrimonial home, rights on death and so on now apply to all cohabitants whether same- or opposite-sex. Section 51 provides that if there is a prior spouse, the rights of any subsequent spouse are subject to the rights of the first spouse. The courts have applied the act retrospectively to couples who had separated before the Act came into force. Subject to certain restrictions, the parties are free to contract out of the provisions.

In most provinces, however, there continues to be a distinction between married couples and cohabitants as far as property rights are concerned. For example in Ontario, the most populous province, cohabitants do not have property rights similar to those of their married counterparts and must resort to private law remedies, a more uncertain and more costly method of acquiring rights in property.

In order to acquire an interest in property held in the name of another, the cohabitant must establish unjust enrichment. This involves establishing 1. that the other party was enriched by the contributions; 2. that the claimant was deprived of a benefit; and 3. the absence of any juristic reason for the enrichment (for example if money were loaned, then the appropriate remedy would be an action based on debt rather than one based on the acquisition of an interest in property, or the contribution might have been intended as a gift). The remedies noted here are available to anyone,⁶³ whether conjugally cohabiting or not, but they acquired special significance in the context of family disputes and were developed by the Supreme Court in a series of decisions *Rathwell v. Rathwell*⁶⁴ (married spouses), *Pettkus v. Becker*,⁶⁵ and *Sorochan v. Sorochan*⁶⁶ (contributions by cohabitants to home, business or farm).

If the claimant can establish unjust enrichment of the other cohabitant, then the usual remedy is a monetary award – rather than an actual interest in the property, unless there is a clear connection between the contribution and the property, and damages are an insufficient remedy – in which event the imposition of a constructive trust on the property would be the appropriate remedy.

*Peter v. Beblow*⁶⁷ is the most recent pronouncement by the Supreme Court in this area. In that case the woman, W, lived with M in the home owned by M and undertook a number of domestic duties, including looking after their blended families. She also did gardening and related work on the property. M was able to pay off the mortgage and to acquire other assets during the relation-

⁶³ See *Hovius/Youdan*, *The Law of Family Property*, Toronto, 1991, Part I; *Hovius*, Property Division for Unmarried Cohabitees in the Common Law Provinces (2003) 22 C.F.L.Q.175. For a general overview critical of Canadian developments in this field see *Mee* (supra note 12).

⁶⁴ [1978] 2 SCR 436.

⁶⁵ [1980] 2 SCR 834.

⁶⁶ [1986] 2 S.C.R. 38.

⁶⁷ [1993] 1 SCR 980.

ship. The Supreme Court considered the whole issue of domestic contributions as an aspect of unjust enrichment and held that W was entitled to an interest in the property. The Court did emphasize, however, that in the usual case monetary damages would be adequate recompense, and that the constructive trust approach (conferring an actual interest in property) should only be used where there was a link between the contributions and the property in dispute, and where damages would not be an adequate remedy.

There are literally thousands of cases where both opposite- and same-sex couples have succeeded in establishing property claims based on unjust enrichment.⁶⁸ The fact remains, however, that cohabitants are not as well off as their married counterparts, because it is more difficult to establish claims based on unjust enrichment than to make a claim under the provisions for division of assets that are only applicable to married spouses and, even if the action is successful, they do not have access to as broad a range of assets as their married counterparts. In Ontario, for example, there is a legislative scheme for the deferred post-separation⁶⁹ sharing of assets acquired during the marriage, and the default position is that spouses share equally any assets acquired during the marriage (unless the asset was acquired before the marriage or is considered exempt property under the Act). There are special provisions dealing with the matrimonial home, the value of which cannot be deducted from the owner's list of assets, even if acquired prior to the marriage. Under the legislative scheme contributions are *assumed* rather than having to be proved, and overall there are clear advantages to proceeding under the legislative scheme rather than having to establish unjust enrichment.

For a time, in some cases involving unjust enrichment, the courts appeared to be equating the position of cohabitants with their married counterparts and awarding them amounts similar to those which they would have obtained if they had been married and had been able to claim under the Act. However, in *Wylie v. Leclair*⁷⁰ the Ontario Court of Appeal made it clear that cohabitants' claims should not be assessed on the basis of the amount they would have obtained had they been married. Unjust enrichment depended upon *proof* of contribution. The whole relationship was to be viewed in cost/benefit terms, and only where one cohabitant had been unjustly enriched at the expense of the other could there be any remedy. Moreover, when the remedy was a monetary one, the court was to aim to recompense the claimant spouse only to the extent of the actual contribution made. If the parties had been married, on the other hand, equal contributions to the relationship would have been assumed.

Given the willingness to extend rights to cohabitants and the further impetus provided by the Charter, it was anticipated that the Supreme Court would be

⁶⁸ See *Hovius* (2003) 21 C.F.L.Q. 175 at footnotes 43-45 for a list of successful and unsuccessful claims.

⁶⁹ The Act also applies on death.

⁷⁰ [2002] O.J. No. 1560 (Ont C.A.).

willing to dismantle one of the last barriers between cohabitants and married spouses and to declare as unconstitutional statutes which provided only for married couples and excluded cohabitants.

In *Nova Scotia (A-G) v. Walsh*⁷¹ the stage was set for the dismantling of those final barriers. B and W cohabited for approximately 10 years and there were two children of the relationship. After separation the female cohabitant applied for support and for a declaration that the definition of “spouse” in the *Nova Scotia Matrimonial Property Act* was unconstitutional because it did not extend to cohabitants.⁷² In overruling the decision of the Nova Scotia Court of Appeal, the Supreme Court found that the exclusion of cohabitants was not discriminatory within s. 15(1) of the Charter. The court focused on the fact that cohabitants had *chosen* to remain unmarried, and the court was of the view that such a choice should be respected. Although freedom of choice might be illusory in some cases, this did not warrant setting aside an individual’s freedom of choice and imposing on that individual a regime designed for couples who had made an unequivocal commitment through marriage.

Bastarache J., writing for the majority, states:

Where the legislation has the effect of dramatically altering the legal obligations of partners, as between themselves, choice must be paramount. The decision to marry or not is intensely personal and engages a complex interplay of social, political, religious and financial considerations by the individual. While it remains true that unmarried spouses have suffered from historical disadvantage and stereotyping, it simultaneously cannot be ignored that many persons in circumstances similar to those of the parties, that is opposite-sex individuals in conjugal relationships of some permanence, have chosen to avoid the institution of marriage and the legal consequences that flow from it. (para 43)

I cannot accept that the decision to live together, without more, is sufficient to indicate a positive intention to contribute to and share in each other’s assets and liabilities. (para54)

Persons unwilling or unable to marry have alternative choices and remedies available to them.⁷³

There was a strong dissent from L’Heureux-Dube J. who would have found that cohabitants had been discriminated against because the system had failed to acknowledge cohabitation as a legitimate family form. While the discrimi-

⁷¹ 2002 SCC 83 [2002] 4 S.C.R. 325 (at trial and at court of appeal level the case appears sub nom *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 188 (N.S.C.A.).

⁷² While the case was proceeding through the system, the Nova Scotia Legislature passed the statute providing cohabitants with the option of entering into a domestic partnership agreement, and upon registration of the agreement the couple has a number of rights and obligations under a number of statutes, in particular matrimonial property legislation, intestate succession, fatal injuries, pension benefits. The agreement can be terminated in the event of one of specified circumstances. Whether many couples will avail themselves of this option remains open to doubt given the general aversion to the use of domestic contracts (other than separation agreements which are common). This development was discussed supra. Section 1 – Structure etc. A.III.2.

⁷³ Supra note 71 at para 58.

nation against unmarried cohabitants had abated over the years, as more and more rights were extended to them, the denial of equal treatment in property matters was still very problematic. Unmarried cohabitants continue to experience similar problems to those of their married counterparts, and they should be treated similarly since functionally the relationships are very similar.

She rightly points out that the legislation does *not* focus on intention at the start of the relationship,⁷⁴ but rather deals with recognizing the needs of the parties at the end of the relationship. (It should be noted that many married spouses who were married before the extensive matrimonial property reforms of the 70's and 80's had a very different idea of what marriage entailed, and yet the legislation was applied retroactively to them. Scant attention was paid to *their* intentions at the commencement of the marriage). She states:

I hold that heterosexual unmarried cohabitants experience similar needs to their married counterparts when the relationship comes to an end. In this sense, the relationships are functionally similar. Since the purpose of the MPA (Matrimonial Property Act) is to recognize this need and to alleviate it, limiting the recognition to married cohabitants implies that the needs of heterosexual unmarried cohabitants are not worthy of the same recognition solely because the people in need are not married. Further, the MPA equal presumption is based on the recognition of the contribution made by both spouses to the family. Functionally, spouses contribute to various types of families. Failing to recognize the contribution made by heterosexual unmarried cohabitants is a failure to accord them the respect they deserve. This failure diminishes their status in their own eyes and in those of society as a whole by suggesting that they are less worthy of respect and consideration. Their dignity is thereby assaulted: they are the victims of discrimination.

But hers was a lone voice, and the majority preferred to focus on the issue of choice.

This decision represents a significant setback for cohabitants. There seems little reason to draw a clear line between support and property rights – to provide similar support obligations (which often contain compensatory elements) for cohabitants and married spouses alike and yet to continue to insist that when it comes to disputes about property, while married spouses have access to a convenient statutory scheme for division of assets, cohabitants (no matter how long-term the relationship) must continue to resort to the more tortuous process of arguing unjust enrichment.

It is suggested that all provinces should follow the route taken by Saskatchewan and extend matrimonial property rights to cohabitants. This does not mean that married spouses and cohabitants have identical rights in property, because, unlike married spouses, cohabitants must cohabit for a particular period of time before any rights will accrue. Moreover, the matrimonial property legislation in most provinces contains a built-in discretion to depart from the norm of equal sharing. For example, the Ontario legislation provides for unequal sharing of assets in a number of situations, including the situation of the short marriage, and if Part I of the Family Law Act were to be extended to

⁷⁴ *Supra* note 71 at paras 146-157.

cohabitants, that provision would also have applied in cases of short cohabitation. If cohabitants choose to stay completely outside the legislative scheme, then they should be expected to resort to domestic contract to expressly exclude entitlement, but it makes perfect sense to put the obligation on those who wish to avoid responsibilities to take the appropriate action.

II. Occupational Rights in the Family Home

All provinces have detailed legislative provisions dealing with the matrimonial home, which include provisions dealing with the granting of exclusive possession to one spouse after separation (e.g. Part II of the Ontario Family Law⁷⁵ provides for occupational rights in and dealings with the matrimonial home (affecting third parties).⁷⁶ Some provinces, e.g. Newfoundland⁷⁷ and British Columbia,⁷⁸ do provide remedies for cohabitants, but in other provinces cohabitants are left without the sort of protection afforded their married counterparts. In the absence of express statutory provisions their rights are governed by the common law, and the rules are antiquated and complex,⁷⁹ although due to ambiguities in drafting there is some possibility that cohabitants might be able to have an order for exclusive possession as an aspect of an order for support under Part III of the *Family Law Act*.⁸⁰

It was widely believed that the provisions excluding cohabitants would be successfully challenged under the Charter, but the recent Supreme Court decision in *Nova Scotia v. Walsh* (supra), finding that the differential treatment of cohabitants under the division of property provisions was not discriminatory, has called that into question. It is suggested, however, that such a challenge should be successful on the basis that possessory rights in the family home are closely related to support obligations (which, as discussed in the next section, have already been extended to cohabitants).

This is an area much in need of reform. There is no excuse for drawing the line at married spouses and excluding cohabitants from protection, especially if

⁷⁵ R.S.O. 1990 c. F.3 as amended.

⁷⁶ See in particular s. 24 which deals with orders for possession of the home. S. 24(3) sets out the criteria to be applied. Part II defines the term "matrimonial home" (occupation as family residence), provides for designations and addresses alienation and encumbrance of interests in the home.

⁷⁷ Family Law Act, R.S.N.L. 1990 c. F-2. s. 40(1) (d) as amended in 2000. It includes same- and opposite-sex couples if they are without children and have cohabited for 2 years or for 1 year if there are children.

⁷⁸ Family Relations Act, R.S.B.C. 1996 c. 128m s, 124 (as amended) includes both same- and opposite-sex couples who have cohabited for 2 years.

⁷⁹ For a detailed discussion see *Holland, Unmarried Couples: Legal Aspects of Cohabitation*, Toronto, 1982,) p. 75-79 on the use of contractual licences.

⁸⁰ But *Czora v. Lonergan* (1987) 7 R.F.L. (3d) 458 (Dist Ct) contra on the basis that cohabitants cannot fit within the term "matrimonial home".

there are children of the relationship. If they have been brought up in the family home, there is every reason to permit them to stay there during their crucial years unless there is dire economic hardship to the other parent and it is simply not feasible to continue with the previous lifestyle.

III. Support Obligations

All provinces provide for support obligation for cohabitants (the Alberta legislation speaks of “adult interdependent partners”, thus avoiding any reference to same-sex partners)⁸¹ and they include both same- and opposite-sex couples. The relevant statutes are listed in the appendix. Married spouses who are going through a divorce will use the corollary relief provisions in the federal Divorce Act, but cohabitants must use provincial legislation. That is also the case for couples who go through a same-sex marriage in Ontario, British Columbia and Quebec because the Divorce Act ancillary relief provisions still assume heterosexual marriage.⁸²

In Ontario support obligations are dealt with in Part III of the Family Law Act.⁸³ Section 29 defines the term spouse and it includes opposite-sex cohabitants who have cohabited for 3 years or in a relationship of some permanence if they are the natural or adoptive parents of a child. Since 2000 same-sex partners have also been included. Section 33(8) contains a long list of factors to be considered in determining entitlement to support. Section 33(10) makes it clear that support is to be determined without regard to the conduct of the person seeking support, unless the conduct is “so unconscionable as to constitute an obvious and gross repudiation of the relationship.”

IV. Tort Claims Relating to Death or Injury

Most provinces provide statutory relief where a family member has been killed or injured⁸⁴ through the fault of another. The Ontario provision, which extends to both opposite- and same-sex cohabitants, is found in Part V of the *Family Law Act*.

Section 61 of the Act provides:

If a person is killed or injured by the fault or neglect of another under circumstances where the person is entitled to recover damages, or would have been entitled if not killed, the spouse as defined in Part III (Support Obligations), same-sex partner as defined in Part III (Support Obligations), children, grandchildren of the person are entitled to recover their pecuniary loss resulting from the injury or death.

The action must be brought within two years from the time the cause of action arose.

⁸¹ Adult Interdependent Partners Act, S.A. 2002, c. A-4.5.

⁸² Discussed supra under same-sex marriage.

⁸³ Ontario Family Law Act (supra note 33).

⁸⁴ See *van Praagh*: Compensation for Relational Harm, Ottawa 2001.

The Quebec civil law system provides for liability on a wider basis than its common law counterparts.⁸⁵

There is federal legislation dealing with relational injuries that occur in the context of federally regulated activities⁸⁶ (for example air and sea travel).

V. Children

1. Legitimacy

All provinces have abolished distinctions between legitimate and illegitimate children, and they no longer have a status that is dependent upon the marital status of their parents.⁸⁷ The only issue is establishing parentage (usually paternity) rather than legitimacy, and statutes often provide a presumption of paternity arising from cohabitation for a requisite period of time.

2. Custody

In the context of custody and access disputes, it is quite irrelevant whether the children are children of married parents or cohabitants. The focus is on the role of the parents, rather than their marital status. While they are cohabiting both parents are entitled to custody.⁸⁸ If a dispute arises about a particular issue, then they can apply to the court for directions. On separation, if they cannot agree on custody, an application will be made to the court for an order. Even if there is an agreement, the court still has power to override it. In all custody cases the paramount consideration is the "best interests of the child".⁸⁹

3. Child support

Child support upon divorce is dealt with under the federal *Divorce Act* (which does not apply to cohabitants). Nor does it apply to same-sex couples who marry in one of the provinces that permit such marriages, because the *Divorce Act* was drafted on the assumption of an opposite-sex marriage. Further Charter challenges are anticipated.

Instead, children of cohabitants are covered under provincial legislation. In this context I have chosen to focus on the law in Ontario. Part III of the *Family*

⁸⁵ See Law Commission of Canada, *Beyond Conjugalilty*, 2001, p. 38.

⁸⁶ Law Commission (supra note 85) 38-39. There are 2 pieces of legislation: The Carrier by Air Act, R.S.C. 1985, c. C-26, Schedule 2, s. 1, and the Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6.

⁸⁷ For example s. 1 of the Childrens Law Reform Act, R.S.O. 1990.

⁸⁸ See for example s. 20(1) of the Childrens Law Reform Act, R.S.O. 1990.

⁸⁹ *Ibid.* s. 24 of the Childrens Law Reform Act, R.S.O. 1990.

*Law Act*⁹⁰ deals with support for cohabitants and their children after separation. In the late 90's there was a seismic shift in the determination of child support, and it is now determined in accordance with child support "guidelines" (a misnomer because it is really a "grid") that calculate support in accordance with tables setting out the amounts of support based on the income of the paying party and the number of children for whom support is sought. The guidelines were first brought in at the federal level in divorce situations, but are now used in all the provinces. In Ontario the guidelines are found in a regulation made pursuant to the *Family Law Act*.

Generally the tables are relatively inflexible, but the court does have discretion not to apply the specified amounts in a number of cases, for example in the case of very high income levels; where the payer is not the natural parent of the child; where the guideline amounts would result in undue hardship; where parties consent to another order or the child is over the age of majority.

In general, the support obligation does not depend on whether the parents are married or not, but where child support is determined as an aspect of divorce, the federal provisions are rather different from their provincial counterparts (the divorce provisions cover support for adult children whereas the provincial statutes may not – especially in cases of disability).

With the increasing number of blended families many families have children from previous relationships, and that is true whether they are married or cohabiting. Both the *Divorce Act* (which only applies to married spouses) and provincial statutes have changed the definitions of parent/child for the purpose of extending support obligations. Under the Ontario *Family Law Act*, for example, the child support obligation extends to a situation where a person has demonstrated a "settled intention to treat the child as a child of his or her family."⁹¹ There are similar provisions in most of the provinces,⁹² and there is a similar provision under the *Divorce Act* which refers to a person "standing in the place of a parent" (formerly *in loco parentis*).

The Supreme Court had to decide the important issue of whether persons who stand in the place of a parent can relinquish such obligations once they have been assumed. The Court decided that they could not. In *Chartier v. Chartier*⁹³ the parties began a common-law relationship in November 1989 and married on 1 June 1991. A child Jeena was born on 29 August 1990, the parties separated in May 1992, reconciled for a month or so and then permanently separated in September 1992. The wife had a daughter, Jessica, from a previous

⁹⁰ R.S.O. 1990 c. F.3. Section 30 deals with "spousal" support and s 31 with child support.

⁹¹ See *Gordon*, Third Party Child Support: A Post Charter Review (2001) 18 Can.J. Family Law 327.

⁹² British Columbia has a differently worded provision. Under s. 1(1) of the Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128 (as amended) "parent" includes a stepparent if the stepparent contributed to support for at least one year and proceedings commenced within one year after he or she last contributed to support.

⁹³ (1999) 43 R.F.L. (4th) 1 (SCC).

relationship, and while the parties lived together, the husband played an active role in caring for both children and was a father figure to that little girl. The father and mother actually amended her birth registration to falsely claim that the father was Jessica's natural father. He acknowledged in consent judgment that he was a father to both and he was granted access. He agreed to pay support for Jeena, but there was no mention of the wife or of Jessica. The wife commenced divorce proceedings and sought maintenance for both children. The father backtracked and indicated that he did not want to have anything more to do with Jessica. At trial, although support was ordered for the wife, there was no order for Jessica because he had repudiated his relationship with her. By the time the matter reached the Supreme Court it was accepted that best interests of the child was the most important consideration. The court held that once a parent has been found to be standing in the place of a parent, he or she cannot unilaterally withdraw from that position. Children ought to be affected as little as possible by the divorce of their parents.

In determining whether a person has become a parent, the courts are to look at a number of factors – whether there was an intention to assume responsibility; whether “a new family” was formed; what were the usual financial arrangements; who was responsible for disciplining the child; and whether the person represents to the child, the family and the outside world that he or she has assumed responsibility for the child. Each case depends on its own facts.

Although *Chartier* was decided in the context of divorce, it is clear that it applies to “settled intention” cases under provincial legislation and will apply whether the parties are opposite- or same-sex couples.⁹⁴ Children should be disrupted as little as possible after separation of the parents, whether they are married or not.

It is possible that there may be multiple support obligations in relation to a child – the natural parents and stepparents may both be liable, which may well lead to an apportionment of support.⁹⁵

The Ontario Family Law Act used to specify that the primary obligation of support rested on the shoulders of the biological or adoptive parents, but that is no longer the case since the section was repealed by child support guidelines.⁹⁶ Under the new guidelines the biological or adoptive parent has an obligation to pay the determined amount of support and must pay even if a stepparent also has an obligation to do so, but the courts have in fact reduced awards because there are contributions from a stepparent.⁹⁷ Sometimes a stepparent may end up paying more than the biological parent.⁹⁸

⁹⁴ For same sex partners see *M (DE) v. S (HJ)* (1996), 25 R.F.L. (4th) 264 (Sask QB).

⁹⁵ *M (C) v. P (R)* (1997) 26 RFL (4th) 1 (Ont CA).

⁹⁶ Uniform Federal and Provincial Child Support guidelines Act 1997, s. o. 1997 c. 20.

⁹⁷ *Boyle v. Boyle* (1998) 41 RFL (4th) 388 (Ont Gen. Div).

⁹⁸ *MacArthur v. Demers* (1998), 166 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Gen. Div.).

VI. Intestacy⁹⁹

If a spouse dies without having made a will, all provinces have provisions for an automatic share of the estate to go to the surviving spouse. While some provinces have extended their intestacy provisions to cover cohabitants,¹⁰⁰ many of those provisions confine the intestacy provisions to married spouses. However, cohabitants are often covered by other provisions (sometimes called dependants' relief legislation)¹⁰¹ – discussed below – which permit them to apply to the court for support out of the deceased's estate, but these awards are discretionary and depend on establishing that there was or would have been an obligation to pay support. Cohabitants might also resort to the use of unjust enrichment (*supra*) to establish a share in property based on direct or indirect contribution to the property within the estate.

VII. Support from the Deceased Cohabitant's Estate

The first legislation in the Commonwealth providing for maintenance for family dependants after death was passed in New Zealand in 1908. All Canadian provinces have similar legislation. (For example in Ontario such provisions can be found in Part V of the Succession Law Reform Act¹⁰² which permits a defined class of dependants to apply to the court for support from the estate of the deceased where adequate provision has not been made for them by will or through intestacy of the deceased. Originally, the legislation covered a narrow class of dependants, but over the years the categories have been expanded and in most provinces cohabitants are now included. Even more recently several provinces, including Ontario, amended the legislation to include same-sex couples.¹⁰³

VIII. Social Welfare

It is not possible with the parameters of this paper to do justice to this exceedingly complex topic, and I have chosen to note one issue – as aspect of the plight of single mothers in Ontario – to illustrate how different rules relating to cohabitation can impact entitlement to state benefits. Prior to 1995 there was some degree of correspondence between entitlement to support under the *Family Law Act* and entitlement to welfare benefits. After the Conservative government took office in 1995 the welfare termination provisions were re-drafted

⁹⁹ See appendix for list of statutory provisions.

¹⁰⁰ For example, the Northwest Territories and Saskatchewan.

¹⁰¹ See Part v. of the Succession Law Reform Act R.S.O. 1990 c. S 26.

¹⁰² R.S.O. 1990 c.26, s. 58(1).

¹⁰³ One of the changes effected in the wake of the Supreme Ct decision in *M v. H* (1999).

in such a way that the term “spouse” was redefined to include cohabitation in a much broader sense, thus expanding the “spouse in the house” rule. The result was that single mothers on welfare who fell foul of the “spouse in the house rule” found that their benefits were cut off (they had ceased to be “sole support parents”, and that occurred even though they had not cohabited for a sufficient period to entitle them to a support obligation on separation from fellow cohabitants. This provision was successfully challenged under the Charter.¹⁰⁴ The legislation infringed s. 15 (1) of the Charter (discrimination against single mothers on welfare) and was not saved under s. 1.

IX. Pension Entitlement

The federal *Old Age Security Act*¹⁰⁵ provides for a basic pension entitlement for all retired Canadians,¹⁰⁶ and generally entitlement to a pension is determined on an individual basis and is not dependent on relational status (married or otherwise). However, the “monthly” allowance and the GIS (guaranteed income supplement) provide additional support to the elderly since the basic pension is barely sufficient for subsistence. The GIS is based on whether the person is single or living in a conjugal relationship – married or cohabiting – and is based on joint income. The monthly allowance is for low-income persons 60-64 who are widowed or have a conjugal relationship with a pensioner and is based on an income test which takes into account both incomes. Again, it applies to both married and cohabiting couples. The Law Commission¹⁰⁷ recommended that the program should not assume that consumption and protection economies always arise in conjugal relationships and never in other relationships and that the Act should be amended. However, in this respect married couples and cohabitants are both in the same boat – cohabitants are not any more disadvantaged than their married counterparts.

Similarly the Canada Pension Plan (and its Quebec equivalent) establish a national scheme of old age pension and benefits related to employment. It is a contributory scheme financed by both employers and employee payroll deductions. The provision for survivor benefits extends to cohabitants, including same-sex couples, but cohabitants are treated differently than their married counterparts in that the parties must have been cohabiting at the time of death,

¹⁰⁴ *Falkiner v. Ministry of Community and Social Services (Ontario)* [2002] O.J. No. 1771 (Ont C.A.) leave to appeal to S.C.C. granted 20 March 2003).

¹⁰⁵ R.S.C. 1985, c O-9.

¹⁰⁶ Most Canadians are also entitled to a pension under the Canada Pension Plan (financed by employer/employee contributions) and many have private pension plans through employment.

¹⁰⁷ Law Commission (supra note 85) 89 et seq.

whereas if they were married, it is sufficient that they were not divorced. This example of differential treatment is being challenged under the Charter.¹⁰⁸

X. Immigration Law

Immigration law controls the flow of immigrants and refugees. Canada has a general commitment to reunify families split up during the immigration process. Accompanying dependants can be brought into Canada, and in addition one can sponsor a member of his or one's family within the "family class" for immigration purposes. Until recently, "family class" was narrowly defined and only applied to someone related by blood, marriage or adoption. The law did not recognize common-law relationships, but parties were able to sponsor cohabitants under the humanitarian and compassionate provisions of the Act. However, the new *Immigration and Refugee Protection Act*¹⁰⁹ which came into force on 28 June 2002 has enlarged the family class and now includes both spouses and common law partners (same and opposite sex)

XI. Criminal Law – Evidence

A married spouse of the accused is generally not a competent witness for the Crown, so even if a spouse wants to testify, he or she cannot do so. Nor is he or she compellable to testify and so cannot be forced to testify. The basic purpose is to keep the family intact – to not expose a spouse to having to testify against intimate family members. There are several common-law exceptions, for example if he or she was the victim of physical violence, and indeed in such a case the spouse is a compellable witness for the Crown.¹¹⁰ There are also statutory changes to the common law rule under the *Canada Evidence Act*.¹¹¹ Section 4(2) provides that the spouse of the accused is a competent and compellable witness for the prosecution in respect of the listed offences, most of which are sexual offences against children or offences involving domestic relations. There is a further list of offences where the spouse is competent and compellable if the victim is under 14 years of age. The list of exceptions is rather arbitrary, for example if the victim of a murder is over 14, then the spouse is not competent or compellable to testify.

The *Canada Evidence Act* also contains a provision dealing with marital communications privilege¹¹² under which a spouse is not compellable to disclose any communications made to him or her by the other spouse during the

¹⁰⁸ *Hodge* (supra note 57).

¹⁰⁹ S.C. 2001, c. 27, sections 12(1) and (13(1) in particular.

¹¹⁰ *R. v. McGinty* [1986] 4 W.W.R. 86 (BCCA).

¹¹¹ R.S.C. 1985, c.C-5 as amended.

¹¹² *ibid* section 4(3).

marriage. So if the spouse is a witness for the defence or for the Crown in cases where he or she is competent or compellable, the spouse can refuse to divulge marital communications. This also applies to calls intercepted by wire taps. Again the whole purpose is to promote trust and candour in family relationships.

However, none of the above exceptions has been extended to cohabitants. Such exclusion is certainly subject to Charter challenge under s. 15(1) – the equality provision – and it is difficult to justify excluding married spouses but not those in other intimate relationships. The whole problem is that the rules themselves are somewhat archaic and irrational, and it would be better for the government to consider re-drafting them, rather than simply extending the marital exemptions to cohabitants. In one case *R. v. Edelenbos*¹¹³ the court did just that. It found a violation of the Charter, but struck down all the exceptions rather than extending them to cohabitants. This is a lower level decision, and it almost certainly will not be followed at a higher level. There are a number of serious policy concerns, and it would be preferable to address the matter by legislation.¹¹⁴

XII. Tax

In a paper of this nature, it is impossible to address even a fraction of all the tax issues in family law in Canada, but in this context it suffices to say that no distinction is drawn between married couples and cohabitants (whether same or opposite sex). Under Canadian law the basic unit of personal income tax is the individual – income tax is individually, rather than family-based. But there are several provisions in the legislation which deal with relationships and in those contexts married couples and cohabitants are treated similarly. There are over 200 provisions in the Income Tax Act and regulations that refer to “spouse and common-law partner.” The Act contains 500 references to “related person”, a term that applies to spouses, common-law partners and others related by blood or adoption.¹¹⁵ In summary, at the present time no distinction is drawn between married spouses and those who have cohabited for a period of at least one year.

¹¹³ [2000] O.J. No 2147 (Ont. S.C.J.).

¹¹⁴ See Law Commission (supra note 85) 46. The Report is available online at <www.lcc.gc.ca> and contains a very valuable discussion of policy objectives in extending legislation to cover cohabitants and other relationships.

¹¹⁵ See Law Commission (supra note 85) 72.

XIII. Labour Law

Each province has legislation dealing with employment standards, and there is a federal statute, the Canada Labour Code,¹¹⁶ that provides for federal employees. Most of the issues relate to the individual employee, but in certain contexts relationships may become relevant, e.g. bereavement leave. Most of the relational provisions apply to married spouses and cohabitants.

Many employees work in a unionized environment, and it is quite common for collective agreements to provide for family-related entitlements. The vast majority of agreements cover married and cohabiting couples.

E. Dissolution of Cohabitation

The general position under Canadian law is that no formalities are required for dissolution of cohabitation relationships and cohabitation simply ends when the parties separate (assuming it was the intention of at least one of them to bring it to an end). The other cohabitant will acquire rights, including a right to seek support, if the requisite period of cohabitation specified in the particular legislation has been satisfied. Each province has different cohabitation criteria (which can cause confusion), and each province provides different limitation periods for bringing the requisite cause of action.

As discussed above, two provinces – Nova Scotia and Quebec – provide for registered partnerships/civil unions. Under the Nova Scotia legislation which provides for registration of domestic partnerships, such partnerships cease and the person becomes a “former domestic partner” after the earliest of several specified events: 1. the filing by both partners of executed statement of termination; 2. separation for one year and the intention on the part of at least one partner to bring the relationship to an end; 3. one of the partners marries; or 4. the partners have an agreement registered with the court pursuant to a particular provision. When someone becomes a “former partner” he or she is treated as having the same rights that would accrue to a spouse under the listed statutes (they are treated as if they were separated or deceased spouses).¹¹⁷

The Quebec legislation¹¹⁸ provides for civil unions that may be contracted by same- or opposite-sex couples. A civil union that is not contracted in keeping with the provisions of the law may be declared null. When a civil union is declared null, this has the same effect as when a marriage is declared null. A civil union is dissolved by means of the death of one of the spouses, a court judgment or a joint declaration by the spouses, made before a notary. In order to dissolve their civil union by means of a joint declaration, the spouses who

¹¹⁶ R.S.C. 1985, c. L-2.

¹¹⁷ See the Vital Statistics Act (supra note 28) s. 55(1).

¹¹⁸ Discussed under registered partnerships/civil unions supra section A.III.2. See <www.justice.gouv.qc.ca/english/publications.generale/union-civile>.

are joined in a civil union must first have settled all of the consequences of the dissolution, particularly the sharing of the patrimony and the payment of support in a notarized act, and they must have no joint children.

The dissolution of a civil union must not deprive the children of the advantages they are guaranteed under the law or the civil-union contract. Moreover, it does not end the rights and obligations of the parents to their children.

F. Conflict of Laws¹¹⁹

Although there has been some discussion of cross-border implications of the recognition of same-sex marriage in Canada,¹²⁰ to date there has been little consideration of conflict of laws aspects of cohabitation generally.¹²¹ Perhaps the dearth of research can be explained on the basis that there are no special conflict of laws rules relating to cohabitation, which unlike marriage does not create any special status for those within the relationship. While it is true that cohabitants enjoy most of the rights and responsibilities of their married counterparts (with the notable exception of property rights and others discussed above), this does not create any special status which is equivalent to marriage.

The issues of whether a court has jurisdiction to try the case in point and questions concerning the choice of law must be addressed in the context of each individual case. Each province has its own conflict rules dealing with particular issues (though they are similar), and each issue relating to cohabitation must be determined on an *ad hoc* basis. Thus each issue – whether it be support, property, children, contract or other issues – must be examined separately. Some of the conflicts are addressed by statute, while others, particularly issues that affect everyone and not just those in conjugal relationships (e.g. unjust enrichment claims), may have their source in common-law rules. Same-sex marriage (a matter within federal jurisdiction) raised different concerns and is addressed separately.

As far as support obligations are concerned, each province has specified different qualifying periods of cohabitation, and that may well present difficulties for cohabitants who move from one province to another. The legislation does not specify that cohabitation has to occur within that province, and so

¹¹⁹ See generally *Rafferty* (ed), *Private International Law in Common Law Canada*, 2nd edition, Toronto, 2003.

¹²⁰ *Adams*, *Same-Sex Relationships and Anglo-Canadian Choice of Law: An Argument for Universal Validity* (1996) 34 *Can. Yearbook of International Law* 103; *Bailey*, *How Will Canada Respond to Same-Sex Marriage?* (1998) 32 *Creighton University L.Rev.* 105 and *Bailey*, *Same-Sex Relationships Across Borders* (2004) 49(4) *McGill L.J.* 1005. I am indebted to Professor Bailey for sending me a copy of her paper in advance of publication.

¹²¹ *Bailey* (supra note 120) contains a brief discussion of the issues but focuses primarily on same-sex marriage and registered partnerships. And see Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Private International Law Aspects of Cohabitation Outside of Marriage and Registered Partnerships*, Prel. Doc. No. 9, May 2000.

cohabitants could cohabit in province A (or outside Canada) and then move to province B. Province B may have more generous rules which would benefit the applicant cohabitant, but conversely, if province B has more restrictive rules, then the cohabitant would not be able to apply for support until he or she satisfied the longer period of cohabitation. Even more dramatically, the parties may live in a foreign jurisdiction that does not extend support obligations to cohabitants, but once they move to Canada there could be a claim for support based on the prior period of cohabitation.¹²²

Another issue that may arise is that of enforceability of a support order obtained in another jurisdiction. Each province has legislation dealing with enforcement of support orders and there are separate rules for enforcement of support orders issued by courts in sister provinces and those which emanate from foreign reciprocating jurisdictions.¹²³

As noted above, in most provinces the matrimonial property provisions do not extend to cohabitants,¹²⁴ and instead they must resort to remedies based on unjust enrichment. Most of the provinces have provisions dealing with conflict aspects of matrimonial property disputes. (For example, under s. 15 of the Ontario *Family Law Act*, in determining the property rights of married spouses, the court will apply the law of the parties' last common habitual residence or, if none, will apply Ontario law,¹²⁵ but there are no special provisions dealing with claims by cohabitants – and conflict of laws issues rarely arise in practice, which may explain why there has been no impetus for clarification.

In the absence of statutory provisions one looks for a conflict of laws rule in relation to unjust enrichment, only to find once again a dearth of cases addressing the issue. In one recent case the parties had moved several times during the period of cohabitation both within the U.S. and in Canada, and the issue was the relevant choice of law rule in regard to the claim for unjust enrichment.¹²⁶ The British Columbia Court of Appeal in a fairly brief judgment simply characterized the unjust enrichment claim as a claim in equity and invoking *Dacey and Morris*¹²⁷ held that the proper law to be applied was the law of the country where the enrichment occurred, consequently the matter was remitted to the trial court to make the necessary findings of fact. At the subsequent hearing the judge determined, in the absence of evidence of the law of the

¹²² See e.g. *Christopher v. Zimmerman* [2001] B.C.J. No. 1764 (B.C.S.C.).

¹²³ See for example the Ontario Interjurisdictional Support Orders Act S.O. 2002 c. 13 (formerly the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act).

¹²⁴ Discussed supra D.I. Saskatchewan is the only province to extend the provisions to cohabitants – both opposite and same sex. In British Columbia cohabitants may opt into the legislation by contract, and in Nova Scotia there is the possibility of entering into a registered domestic partnership, thereby creating rights under the matrimonial property provisions.

¹²⁵ The rules are criticized by *Welling*, Conflict of Laws Issues Arising from Matrimonial Property Statutes in Canada (1992-93) 9 Canadian Fam.L.Q 225.

¹²⁶ *Christopher v. Zimmerman* [2000] B.C.J. No. 2051 (B.C.C.A.) Parties lived in Hawaii, mainland U.S.A. and British Columbia.

¹²⁷ *Dacey/Morris*, Conflict of Laws, 12th edition, London 1993, p. 1471.

states in question, that the law of British Columbia should apply, and the female cohabitant was awarded \$160,000 under a constructive trust remedy.¹²⁸ Cost factors may be prohibitive in such cases, and unless there are large amounts of money at stake, it is unlikely that a cohabitant will take the steps to establish the foreign rules, thus ensuring that the law of the forum will be determinative of the issue.

In this case the parties had lived in Canada and in the United States (which could have made a difference to the result, had the law of those jurisdictions been proven), but where the parties have always lived within Canada but in different provinces, there is unlikely to be much variation in the application of the principles of unjust enrichment.

If the parties have a contract defining their relationship, then the matter is governed by conflict rules relating to contracts. If a province does not have a specific statutory provision dealing with conflict aspects of domestic contracts, then the common law relating to conflict aspects of contract will apply. But several provinces do have express statutory provisions that address choice of law issues (and which often reflect common-law principles). For example, under s. 58 of the Ontario Family Law Act¹²⁹ the manner and formalities of the contract (whether marriage contract, cohabitation or separation agreement) and its essential validity and effect are governed by the “proper law of the contract” (the law chosen by the parties, or if none, the law of the state most closely associated with the transaction). The forum may specify particular rules relating to the contract – under 58(c) of the Ontario Family Law Act, for example, a provision in a cohabitation agreement dealing with custody or access to children is not enforceable in Ontario.

It was noted above that three Canadian provinces permit same-sex marriage.¹³⁰ Whether the Canadian government goes further and passes legislation making provision for same-sex marriage Canada-wide is dependent on the Reference case currently before the Supreme Court.

The issue of cross-border recognition of same-sex marriage is increasingly becoming an issue.

Will courts in other provinces recognize same-sex marriages contracted in one of the three provinces? Will other jurisdictions recognize same-sex marriages contracted in Canada?¹³¹

Canada is not a signatory to the Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriage and follows its own rules on recognition of foreign marriages. Under Canadian law capacity to marry is deter-

¹²⁸ See *Christopher v. Zimmerman* [2001] B.C.J. No. 1754 (B.C.S.C.).

¹²⁹ R.S.O.1990, c F.3.

¹³⁰ See *supra* section B.III.

¹³¹ The issue has received more extensive consideration in the U.S. For a list of relevant materials see *Bailey* (*supra* note 120).

mined by the law of the domicile¹³² of each of the participants at the time of the marriage (both must have capacity to marry – the dual domicile rule)¹³³ –, and formal validity is governed by *the lex loci celebrationis*.¹³⁴

If the parties to a same-sex marriage are domiciled in British Columbia, Ontario or Quebec, there should be no problem recognizing that marriage as valid in other provinces. If parties attempt to marry in a province other than Ontario, British Columbia or Quebec, there is no guarantee that other courts will accept the interpretation of section 15(1) espoused by the courts of appeal in those provinces.

One province, Alberta, has been reluctant to accept same-sex marriage,¹³⁵ and indeed has passed legislation defining marriage in traditional terms. The validity of such legislation is in doubt, given that marriage is within federal, not provincial jurisdiction, but it is conceded that a province can legislate to affect the formalities of marriage (which are within provincial jurisdiction) and perhaps try to block gays and lesbians from obtaining licences or prevent their registration. Provinces can also deal with the incidents of marriage that fall within provincial jurisdiction and could differentiate between different forms of marriage for that purpose. While such discrimination would normally be subject to a Charter challenge, Alberta has invoked the “notwithstanding clause”¹³⁶ that permits legislatures to pass laws which would otherwise violate some of the Charter sections, including the equality provision (legislatures have been extremely reluctant to invoke this controversial clause – which can only be invoked for a limited time and is likely to stir up a hornet’s nest politically). It might also be argued that the judgments in the other provinces dealing with same-sex marriage should not be enforced in Alberta on the grounds of public policy, but such arguments are unlikely to succeed.¹³⁷

¹³² *Schwebel v. Unger* [1964] 1 O.R. 420 (C.A.), aff’d [1965] S.C.R. 148 following the common law rule in *Brook v. Brook* (1861), 9 H.L. Cas 193.

¹³³ Although there is some academic support for use of the law of the parties’ intended domicile as the appropriate choice of law rule *Briggs*, *The Conflict of Laws*, Oxford 2002, and that does make sense.

¹³⁴ Under Quebec law formal validity is governed by the law of the place of solemnization or by the law of country of domicile or nationality of one of the spouses – Civil Code of Quebec, 1991, c. 64 art. 3088.

¹³⁵ Though it has passed legislation giving rights to cohabitants – Adult Interdependent Partners Act, S.A., c. A-4.5.

¹³⁶ Section 33 of the Charter provides that Parliament or a legislature may expressly declare that the Act or a provision thereof is to operate notwithstanding certain Charter provisions (including s. 15(1)). Such declaration ceases to have effect after 5 years.

¹³⁷ See *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* [1990] 3 S.C.R. 1077 where La Forest J. stated that the Canadian system makes unnecessary an explicit “full faith and credit” clause similar to that in the U.S. and that “a regime of mutual recognition of judgments across the country is inherent in a federation.” See too *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416 where the court also took a very narrow view of the public policy defence.

More problematic will be whether marriages contracted in Canada by foreign nationals (most likely those from one of the U.S. states) will be recognized within the states in question.

The U.S. enacted the *Defence of Marriage Act* (DOMA) in 1996 which defines marriage as that between parties of the opposite sex and provides that no state is obliged to recognize any other form of marriage which might be found to be valid in another state (thus abrogating the full faith and credit clause in the context of same-sex marriage). Since then 38 states have passed their own versions of DOMA providing that same-sex marriage will not be recognized. Marriages contracted in Canada will not be recognized in those states, but it is possible that Canada would recognize them even if the parties did not have capacity to marry at the time of the marriage, provided that they adopt a domicile of choice in Ontario, British Columbia or Quebec afterwards.¹³⁸

New York is one of the states without a DOMA provision, and just recently the Attorney-General for NY has indicated that in his opinion the common law of New York would recognize same-sex marriages contracted in Canada – by analogy with the ruling that civil unions contracted in Vermont would also be recognized.¹³⁹ Although it is possible for the state to invoke public policy to deny recognition, in practice such arguments are rarely successful.

Both Quebec and Nova Scotia have provisions for civil unions.¹⁴⁰ Nova Scotia was the first province to provide for registered partnerships in 2001, and Quebec followed, with a broader version of the civil union (which also provides for filiation and adoption), in 2002. Quebec provides that the *lex loci celebrationis* governs both essential and formal validity of the union, but Nova Scotia has no choice of law provision regarding validity.

The impact of civil unions in other Canadian jurisdictions is still to be tested. Will they be able to apply as spouses under the matrimonial property provisions in other provinces? That could be problematic, since the spousal definitions in the other provinces do not refer to registered partnerships. As a last resort they may be able to argue that the relationship is contractual in nature and that the parties intended to be bound by the provisions of the Nova Scotia statute even though no longer resident there.

Finally, it is worth noting that in recent years the Supreme Court of Canada has shown a willingness to reformulate conflict of laws rules to take into account a rapidly changing world characterized by increasing globalization and

¹³⁸ See *Canada v. Narwal* (1990), 26 R.F.L. (3d) 95 (Fed. Ct. Appeal Div.).

¹³⁹ *Langan v. St Vincent's Hospital*, 765 N.Y.S.2d411 (Sup. Ct 2003) currently under appeal. The issue in that case was whether the plaintiff, who had entered into a civil union in Vermont, was a "spouse" within the meaning of the NY wrongful death statute which did not define the term "spouse." The court considered that the only difference between marriage and a Vermont civil union was the sexual orientation of the partners.

¹⁴⁰ See *supra* Section A.III.2.

mobility¹⁴¹ and has acknowledged the need to re-examine old conflict rules formulated in a very different setting. None of these decisions deal with “family law” issues, but one can assume that the Court will be prepared to be open to considering new approaches when faced with conflict of laws aspects of cohabitation, civil unions and same-sex marriages. However statutory reforms clarifying some of the more important issues would be preferable, particularly in light of the pressing problems presented by same-sex marriages and registered partnerships.

G. Evaluation and Perspectives for the Future

There have been very significant advances in the recognition of cohabitation over the past thirty years. The distinction in the rights and obligations of married spouses and cohabitants (both same and opposite sex) have been reduced significantly to the point where they are close to being assimilated.

There are, however, some remaining areas – particularly in the area of property rights, rights in the family home, intestacy, and other issues such as spousal testimony in criminal trials – which continue to present problems. In light of the Supreme Court decision in *Nova Scotia v. Walsh*¹⁴² where the court rejected the argument based on s. 15(1), finding that it was not discriminatory to exclude cohabitants from matrimonial property legislation because they had chosen not to marry, it is unlikely that legislatures will dismantle the final barriers separating cohabitation and marriage. However, we may yet see incremental changes, for example where cohabitants are denied entitlement to state benefits, cases in which it is difficult to justify treating cohabitants and married spouses differently. There may also be some recognition that occupational rights in the family home should be extended to cohabitants, since that may be seen as being more closely related to support claims rather than being a claim in relation to property.

It was argued in this paper that provinces that have not already done so should follow the example of the province of Saskatchewan which has extended its matrimonial property legislation to include cohabitants, but it must be conceded that the changes to the Saskatchewan legislation occurred before the Supreme Court decision in *Walsh* and may have been in response to the decision of the Nova Scotia Court of Appeal which had found exclusion of cohabitants to be discriminatory. In the view of the author, property rights and the matter of occupational rights in the family home are the most pressing issues crying out for reform.

¹⁴¹ *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* [1990] 3 S.C.R. 1077, *Hunt v. T & N PLC* [1993] 4 S.C.R. 289, *Tolofson v. Jensen* [1994] 3 S.C.R. 1022 and *Beals v. Saldanha* [2003] 3 S.C.R. 416.

¹⁴² *Supra* note 71.

It is also suggested that greater attention should be paid to attempting to work towards common definitions of the period of cohabitation. There is a plethora of definitions across Canada and inconsistency even within each province, and that can only lead to unnecessary confusion. Often the choice of the period seems arbitrary, and it is suggested that it would be preferable to adopt a common definition. However, in some instances the choice of different periods may make sense – for example acquisition of property rights might require a longer period of cohabitation than, say, support. In each case, however, the choice of the period of cohabitation should be carefully considered, rather than left arbitrarily divergent.

On the marriage front same-sex couples can claim victories in British Columbia, Ontario and Quebec (the 3 most populous provinces), and we await the answers to the questions posed to the Supreme Court in the Constitutional Reference (which will be heard in October 2004). Will the Supreme Court accept that same-sex couples should be entitled to contract civil unions, but that it is not discriminatory to confine marriage to heterosexual couples? This seems very unlikely indeed and would be contrary to all recent jurisprudence. Nevertheless, it is an issue that has stirred strong passions, and it is difficult to predict accurately what the court will do. There will be several new and other relatively new members of the Court when the Reference is heard, and that makes prediction of the result even more difficult. Whatever the Court does, it will find itself at the centre of a maelstrom.

If the Court does find that the common-law definition of marriage is discriminatory, then it will be up to the Federal Parliament to introduce legislation making same-sex marriage available throughout Canada. At that point it must also change all the related provisions dealing with ancillary relief on divorce (including support) and it must clarify how issues such as nullity and adultery are to be applied to same-sex couples.

If the Court refuses to find the traditional definition of marriage to be discriminatory, then Parliament will be obliged to explore other options including civil unions. Canada was one of the first countries to permit same-sex marriage, and it is hoped that the Supreme Court will not roll back the clock and permit Parliament to create a second-class status for gay and lesbian couples. Until recently the Court had an excellent record in the development of equity jurisprudence, showing a fine, nuanced approach to very complex equality issues. Its decision in *Walsh v. Nova Scotia*, however, was a surprising setback in which the judges, in focusing on cohabitants' choice not to marry,¹⁴³ seem to have embraced a very rough individualistic approach to what are very complex questions.

¹⁴³ The choice not to marry may be a crucially important issue for some cohabitants, but for others it is of much less significance. In some relationships one partner alone may have chosen not to marry. And even if there is choice, why should decisions made at the inception of the relationship prevail over the realities of the relationship as it developed?

To conclude on a more hopeful note – while the focus on the choice not to marry was to the detriment of cohabitants, it may be that it will ultimately redound to the benefit of same-sex couples who have been *denied* the right to choose marriage.

H. Postscript on Same-Sex Marriage

This paper was completed on May 10, 2004 and since then courts in a number of other Canadian provinces have agreed with their counterparts in Ontario, British Columbia and Quebec and have found the definition of marriage to be unconstitutional. Courts in Saskatchewan¹⁴⁴, Nova Scotia¹⁴⁵, Manitoba¹⁴⁶ and the Yukon¹⁴⁷ have all amended the common law definition of marriage and it is now the voluntary union for life of *two persons* to the exclusion of all others. Thus by the end of 2004 most provinces had amended the old definition of marriage to include same sex couples. The most significant holdout was the province of Alberta which has traditionally opposed recognition of same sex marriage.

In December of 2004 the Supreme Court of Canada handed down its eagerly awaited decision in the *Same-Sex Marriage Reference*.¹⁴⁸ The Governor in Council referred four questions to the Supreme Court on the constitutionality of proposed legislation dealing with same sex marriage. The key sections of the proposed legislation that were considered are as follows:

- (a) Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.
- (b) Nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs.

The court held that Section 1 of the proposed legislation is *intra vires* Parliament. The section relates to the legal capacity for civil marriage and falls within the subject matter of s. 91(26) of the *Constitution Act, 1867*¹⁴⁹ and thus is constitutionally valid as an exercise in federal power.

Section 2 is *ultra vires* Parliament as it relates to those who perform marriages and falls within the subject matter allocated to the provinces under s. 92(12). This is hardly surprising since the provinces do have exclusive jurisdiction over solemnization of marriage.

¹⁴⁴ *N.W. v. Canada (Attorney General)* (2004), 246 D.L.R. (4th) 345.

¹⁴⁵ *Boutilier v. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. No. 357 [Q.L.].

¹⁴⁶ *Vogel v. Canada (Attorney General)*, [2004] M.J. No. 418 [Q.L.].

¹⁴⁷ *Dunbar v. Yukon*, [2004] Y.J. No. 61 [Q.L.].

¹⁴⁸ *Reference re Same-Sex Marriage* (2004), 246 D.L.R. (4th) 193.

¹⁴⁹ (U.K.), 30 & 31 Vict., c-3, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.

Further, the court found that Section 1 of the proposed legislation is consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.¹⁵⁰ The purpose of s. 1 is to extend the right to civil marriage to same-sex couples and thus represents the government's stance in relation to the s. 15(1) equality concerns of same-sex couples. In addition, the court held that the guarantee of religious freedom enshrined in s. 2(a) of the *Charter* is broad enough to protect religious officials from being compelled to perform civil or religious same-sex marriages. Lastly, the court declined to answer whether the common law opposite-sex requirements for civil marriage is consistent with the *Charter* because it was of the opinion that it mirrored issues already disposed of in the lower courts and the government had chosen not to appeal those decisions, even though it could have done so. In effect the Supreme Court gave the federal government the "green light" to go ahead with the proposed legislation.

The Canadian Parliament is currently debating legislation – Bill C-38: *The Civil Marriage Act*,¹⁵¹ which, if passed, will codify a definition of marriage which will be effective across Canada. The bill is controversial and political support is divided. Nevertheless it is expected to pass into law. Instead of a patchwork quilt there will be one definition of marriage that will apply in all provinces and territories. In accordance with the draft legislation considered in the Reference case, the bill defines civil marriage as "the lawful union of two person to the exclusion of all others," thereby extending civil marriage to same-sex couples. Clause 3 of the Bill recognizes that officials of religious denominations may refuse to perform marriages that are at odds with their religious beliefs. The clause is worded differently than that considered by the Supreme Court but there may well still be some question whether it is *ultra vires* given that the provinces have exclusive jurisdiction over marriage solemnization.

The legislation also makes it clear that a marriage is not voidable on the sole basis that the spouses are of the same sex and so they will be voidable on the same grounds as apply to heterosexual marriages. That may cause problems because inability to consummate is a ground of nullity for heterosexual couples and it is not clear what consummation means in the context of a same sex marriage. There are consequential amendments to the Divorce Act which now contains gender-neutral provisions.

At the provincial level Ontario recently passed the *Spousal Relationships Statute Law Amendment Act, 2005*.¹⁵² In general, the term "spouse" has been defined in Ontario statutes to include opposite-sex couples who are married or

¹⁵⁰ Part 1 of the *Constitution Act 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982 c. 11 [*Charter*].

¹⁵¹ Bill C-38, *An Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*, 1st Sess., 38th Parl., 2005.

¹⁵² Bill-171, *Spousal Relationships Statute Law Amendment Act*, 1st Sess., 38th Parl., 2005 (assented to 9 March 2005).

who live together in conjugal relationship outside marriage.¹⁵³ The *Spousal Relationships* bill amends around 70 Ontario statutes to reflect that same-sex couples have been able to marry in Ontario since June 10, 2003. The Bill replaces the existing terminology and uses the term “spouse” to include opposite-sex and same-sex couples who are married or who live together in conjugal relationships outside marriage.

It also contains a clause protecting religious officials who refuse to perform marriages on the ground that it is contrary to the person’s religious beliefs or the doctrines, rites, usages or customs of the religious body to which the person belongs.

¹⁵³ But couples living together outside marriage are excluded from some key statutory provisions, in particular the statutory matrimonial property regime. That regime applies only to married spouses which will now include same sex married couples.

Appendices

I. Technical information

a) Canadian Citations

Reports – SCR Supreme Court Reports; DLR Dominion Law Reports; RFL Reports of Family Law; O.R. Ontario Reports; BCLR British Columbia Law Reports.

Many reports are accessible to subscribers of online services e.g. Lexis/ Quick-Law. Westlaw/ecarswell.

Journals – There are two major family law journals: The Canadian Journal of Family Law (Can J. Fam L) and the Canadian Family Law Quarterly (CFLQ) but articles on family law also appear in other journals including the Canadian Bar Review (C.B.R.) and other university-based journals.

b) Online access

Many decisions and most relevant statutory materials may be accessed online <www.canlii.org/index_en.html>. On Same-sex marriage the following site is particularly valuable <www.samesexmarriage.ca>

c) Selective list of relevant statutory provisions*

Federal statutes

Modernization of Benefits Act, S.C. 2000, c. 12
 Immigration and Refugee Act, S.C. 2001, c. 27
 Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th supp.)
 Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-2.
 Canada Pension Plan R.S.C. 1985, c.C-8.
 Old Age Security Act, R.S.C. 1985, c.O-9.
 Canadian Human Rights Code, R.S.C. 1985, c.H-6.
 Criminal Code, R.S.C. 1985, c.C-46.
 Canada Evidence Act R.S.C. 1985, c.C-5.

* Statutes: Federal statutes S.C. = Statutes of Canada

Periodically the statutes are consolidated and appear as R.S.C. Revised Statutes of Canada. Provincial Statutes: each province is identified e.g. S.A. = Statutes of Alberta, or S.O. = Statutes of Ontario. Periodically provinces consolidate their legislation which then appears as R.S.A. = Revised Statutes of Alberta, or R.S.O. = Revised Statutes of Ontario and so on for the other provinces.

Provincial statutes

- Alberta – Matrimonial Property Act RSA 2000, c. M-8 (married spouses)
– Adult Interdependent Relations Act c.A-4. (cohabitants)
- British Columbia – Family Relations Act, RSBC 1996, c. 128 as amended by the Family Relations Amendment Act 1997, S.B.C. c. 20; The Definition of Spouse Amendment Act, S.B.C. 2000 c. 24
- Manitoba – The Marital Property Act R.S.M. 1987, c.M45 as amended
– The Family Maintenance Act R.S.M. 1987, c. F20, ss. 1, 4(1), and 14(1) (support obligations extended to “common law partners”);
– The Manitoba Legislature has adopted The Common Law Partners’ Property and Related Amendments Act, S.M. 2002 c. 48 but the statute has not yet been proclaimed in force. It would amend the Marital Property Act to include cohabitants
- New Brunswick – Marital Property Act S.N.B. 1989, c. M-1.1
– Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3), as am. S.N.B. 2000, c. 59, s. 1 (support obligations extended to cohabitants).
- Newfoundland – Family Law Act R.S.N. 1990, c. F-2 as amended
– Family Law Act, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 35[c], as am. S.N.L. 2000, c. 29, s. 1 (support obligations extended to “partners”);
- Nova Scotia – Matrimonial Property Act R.S.N.S. 1989, c. 275 (as amended)
– Maintenance and Custody Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, s.2, as am. S.N.S. 2000, c. 29, s. 3 (support obligations extended to “common-law partners”)
– Vital Statistics Act R.S.N.S. 1989 c. 494 as amended in 2000 permits the use of domestic partner declarations for same and opposite sex cohabitants.
- Ontario – Family Law Act R.S.O. 1990 as amended (Part I (division of assets and Part II (matrimonial home) do not apply to cohabitants but Parts III (support), IV (domestic contracts) and V –tortious claims for injury and death do apply to cohabitants.
(Under Parts III-V the term “spouse” extends to opposite sex cohabitants who have cohabited for 3 years or in a relationship of some permanence if they are the natural or adoptive parents of a child and same-sex partners (defined similarly) are also included in those parts of the legislation.
- Prince Edward Island – The Family Law Act – S.P.E.I. 1995, c. 12 as amended
– support extended to cohabitants
- Quebec – Civil Code of Quebec C.C.Q. 1991, c. 64 as amended. Formal Civil Unions were permitted for the first time in June 2002.

Saskatchewan – The Family Property Act S.S. 1997m c.M-6.11 Saskatchewan became the first province to extend its matrimonial property legislation to cover cohabitants both same and opposite sex.

2. *Selected Bibliography*

Holland & Stalbecker, eds. *Cohabitation: The Law in Canada* (looseleaf) (1990-present) Toronto: Carswell. This book is undergoing a major revision which will be completed late 2004.

Hovius, *Family Law – Cases Notes and Materials* 5th ed. (2000) Toronto: Carswell

Hovius and Youdan, *The Law of Family Property* (1991) Toronto: Carswell

Berend Hovius, *Property Division for Unmarried Cohabitees in the Common Law Provinces* (2003) 22 C.F.L.Q 175

Winifred H. Holland, *Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?* (2000) 17 Can J. Fam.L. 114

Winifred H. Holland, *Cohabitation and Marriage – A Meeting at the Crossroads?* 7 C.F.L.Q. 31

Winifred H. Holland, *Marriage and Cohabitation: Has the Time Come to Close the Gap?* in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1993 Family Law Roles, Fairness and Equality* (1994) Scarborough, Ontario: Carswell

Kuffner, Kara L., *Common-Law and Same-Sex Relationships under the Matrimonial Property Act*, (2000) 63 Sask. L. Rev. 237

Smart, Carol “*Stories of Family Life: Cohabitation, Marriage and Social Change*” (2000) 17 Can J. Fam L. 20

Wu Zheng, *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living*, (2000) Don Mills Ontario: Oxford University Press

Caswell, Donald, *Moving Toward Same-Sex Marriage*, (2001) 80 Can Bar Rev.810

The Law Commission of Canada: *Beyond Conjuality – Recognizing and Supporting Close Personal Adult Relationships* 2001, available online at: <www.lcc.gc.ca>

Legal Status of Cohabitants in Australia and New Zealand

OWEN JESSEP

Australia

- A. Introduction and historical development
- B. Marriage and cohabitation
- C. Commencement of cohabitation
- D. Legal effects of cohabitation today
- E. Dissolution of cohabitation

F. Conflict of laws

- G. Evaluation and perspectives for the future
- New Zealand
Appendices

Australia

A. Introduction and historical development

In this chapter I will outline the approach in Australia and in New Zealand to the recognition and regulation of domestic relationships outside of marriage. It is not however possible in a single paper to give an exhaustive account of the laws applicable to such relationships, mainly because of the multiplicity of jurisdictions involved (the national government and 8 state governments in Australia, and the national government in New Zealand). Instead I will concentrate on the laws relevant to financial adjustment on separation (property division and maintenance, including the right to make financial agreements) and on death (inheritance), with brief reference to other legal contexts where appropriate. In general terms, while it would be rather misleading to speak of a formal “regime” of laws applicable to non-marital relationships, in each jurisdiction there are many statutes which apply to the parties to current or former relationships outside of marriage if certain statutory definitions and requirements are satisfied. These statutes may involve rights and responsibilities as between the parties themselves (in which case it is normally possible for the parties to make a formal agreement to avoid the legal consequences otherwise applicable), as well as against third parties, and sometimes against the State. In what follows, I will refer firstly to Australia, and then turn to New Zealand.

Some background information may help to set the scene. Australia has a federal system of government, in which the national government and the eight

state and territory governments¹ have different powers over different aspects of family law. Under the federal constitution, the national government has power to pass laws about marriage, and about divorce and matters connected to divorce.² In contrast, the eight states have power to pass laws about unmarried people. This used to mean also that the states had powers in relation to children of non-marital relationships, but by 1990 the states had agreed to give up their powers over guardianship and parental rights and custody and maintenance of those children to the national government. As a result, there are now national laws which apply to all disputes over custody or maintenance of children in Australia, regardless of whether or not the parents were ever married to each other or lived together.³ All other disputes between unmarried persons remain to be dealt with in state courts according to the law of each state. The states also retain power over major areas of criminal and civil law, together with other areas of law affecting children, such as adoption of children, protection of abused children, juvenile delinquency, and so on. In addition, the states have power in relation to inheritance for all persons, married or otherwise.

I should also say something about the type of family law that exists in Australia for married people. Very briefly, divorce is freely available, and the only ground for divorce without exception is one year's separation in fact.⁴ In relation to maintenance, the ideal is for spouses to become self-supporting where possible, and long term maintenance awards are uncommon. But where maintenance is awarded, there is no concept of fault in relation to the marriage breakdown, and the criteria for the award are the reasonable needs of one spouse (usually the wife), and the reasonable capacity to pay of the other spouse.⁵

In relation to property, entry into marriage does not change the property rights of husband or wife. During the marriage a system of separate property applies, in the sense that his property remains his, and her property remains hers. According to these rules, property acquired after the marriage may legally be his, or hers, or may belong to both of them (e.g. if a property is bought in both their names). In brief, and ignoring a number of exceptions, we can say that under the general principles of the law of property, which may become relevant for example in relation to the bankruptcy or the death of a spouse, items of property will be owned by the spouse who paid for them. This means

¹ There are six states and two territories, namely New South Wales, Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia, Tasmania, Northern Territory and the Australian Capital Territory. For convenience, I will refer to them collectively as the "eight states" of Australia.

² Australian Constitution, s 51(xx) and (xxii).

³ See especially Family Law Act 1975 (Cth), Child Support (Assessment) Act 1989 (Cth). A slightly different situation applies in Western Australia, but the differences are not important for purposes of this discussion. [Note: "(Cth)" is an abbreviation for "Commonwealth", and indicates a statute of the national Parliament.]

⁴ Family Law Act 1975 (Cth), ss 48-50.

⁵ Family Law Act 1975 (Cth), ss 72, 74, and 75(2).

that a spouse who stays at home and provides domestic labour rather than money is in a very vulnerable position under the general law.

After the marital breakdown and divorce, however, a very different law applies. In the event of a dispute, unless the couple have provided otherwise for their financial affairs by an agreement,⁶ a judge of the Family Court is given a very wide statutory discretion to divide or redistribute all of the property of each spouse, whether acquired before or during the marriage or after separation, in order to produce a just result (see Appendix 1).⁷ This power to divide and redistribute property is exercised according to a list of statutory criteria – the two most important of which are the different sorts of contributions made by him and her during the marital relationship (e.g. financial contributions, non-financial contributions such as home repairs, and all sorts of domestic contributions such as housework and having and raising children);⁸ and secondly the economic circumstances of each of them looking into the future (especially their age and state of health, their earning capacity and the continuing responsibility for care of children).⁹

As to the law of inheritance in the different states of Australia (the details of which may vary from state to state, although there are many similarities), there is no concept of guaranteed or reserved shares for spouses or children of the deceased person. Instead, the law starts with the idea of testamentary freedom, that a person can do what he or she wants with their property. If there is no valid will (i.e. a situation of intestacy), the relevant state statute will set out the people (e.g. spouse, children, other relatives) who will inherit the property.¹⁰ On the other hand, if there is a valid will, but for example the property has all been left to a charity or a favourite football team or a secret companion, then certain persons (e.g. spouse, children, other dependants) may apply to the court to receive a share of the property, under what is called family provision legislation. This is a very different situation from a guaranteed share, however; the court has a number of criteria according to which it will exercise its discretion as to whether to override the terms of the will or not, and the result of the court's decision may be quite difficult to predict.¹¹

So, with this brief description of some significant aspects of Australian law, I turn now to consider the development of laws dealing with domestic relationships outside of marriage. For reasons which will become plain, it is useful in this respect to concentrate on the course of events in New South Wales, one of

⁶ Family Law Act 1975 (Cth), Pt VIII A.

⁷ Family Law Act 1975 (Cth), s 79.

⁸ Family Law Act 1975 (Cth), s 79(4)(a)-(c).

⁹ Family Law Act 1975 (Cth), s 79(4)(e), which incorporates the provisions of s 75(2).

¹⁰ See for example Wills, Probate and Administration Act 1898 (NSW), ss 61 A-F.

¹¹ See for example Family Provision Act 1982 (NSW), ss 7, 9. The criteria to be considered include the moral duty of the testator, the character and conduct and financial position and needs of the applicant, any contributions previously made by the applicant to the deceased's welfare, the size of the estate and the needs of other relevant parties.

the states of Australia. Twenty years ago, in 1984, this state became the first Australian jurisdiction to make special laws for non-marital heterosexual cohabitation. This followed the publication in 1983 by the NSW Law Reform Commission of a lengthy report in which it recommended changes to the law affecting heterosexual de facto relationships.¹² The arguments considered in this 1983 report have since been repeated in many other common law (and civil law) systems. In their research and recommendations, the Law Reform Commission made frequent reference to the following points:

- first, the statistics indicating an increase in the number of heterosexual couples living in de facto relationships, in domestic situations which in many ways resembled those of married couples;¹³
- secondly, various cases in which judges and other commentators had criticised the lack of legal protection for de facto partners compared to the position of married partners, which could lead to situations of injustice and hardship and exploitation. For instance, if a de facto partner, usually the woman, had stayed home for years to keep house and raise the children, under the general principles of property law she might receive little or no share of the property on separation. Similarly, among a multitude of other examples, de facto partners had no right to seek maintenance from each other, nor to bring a claim if the other partner was killed in an accident, and their rights under the law of inheritance were fewer than those of married partners;¹⁴
- thirdly, the notion that marriage retained a special significance in the community, and that the law should respect and uphold this important social institution;¹⁵
- fourthly, the argument that the law should respect the right of people not to be married, that is if people chose not to be married, the government should not rush in and subject them to laws similar to those applying to married persons;¹⁶ and
- finally, some practical problems to be faced if new laws were to be passed, such as how should a de facto relationship be defined for legal purposes, and for how long should it have to continue before becoming subject to any new law.¹⁷

In the event, the Law Reform Commission recommended that there should be changes to the law, but they did not think that de facto partners should have

¹² NSW Law Reform Commission, Report No 36, *De Facto Relationships*, Sydney 1983.

¹³ NSW Law Reform Commission (note 12) Ch 3. In particular, it was noted (at p 44) that the number of people living in de facto relationships had more than doubled between 1976 and 1982 (from 2.2 % of all couples in 1976 to 4.7% in 1982).

¹⁴ NSW Law Reform Commission (note 12) Chs 8, 12 and 13.

¹⁵ NSW Law Reform Commission (note 12) Ch 5.

¹⁶ NSW Law Reform Commission (note 12) Chs 5 and 11.

¹⁷ NSW Law Reform Commission (note 12) Ch 17.

exactly the same rights as married partners in all situations. Changes were certainly required to prevent further examples of injustice arising from *de facto* relationships in relation say to accident claims and the law of inheritance.¹⁸ Nevertheless, the special status of marriage meant that in some contexts (such as property division and adult maintenance), *de facto* partners should not have identical rights under state law to those of married partners under the national law. The argument about preserving the freedom of choice of persons not to be married was also accepted to some extent: according to the Commission, the new laws should apply automatically to persons coming within the definition of “*de facto* relationship”, but *de facto* partners should be able to avoid at least some of the new laws, if they wished, by making their own agreements (subject to certain conditions, such as the requirement for each party to obtain a certificate from a lawyer stating that the party had received independent legal advice prior to signing the agreement).¹⁹

B. Marriage and cohabitation

All of the recommendations of the Law Reform Commission were accepted by the NSW government, and changes to a number of laws were introduced with effect from the middle of 1985.²⁰ In order to define a “*de facto* relationship”, the NSW government borrowed some terminology used in national social security legislation at that time, which referred to “living together as husband and wife on a *bona fide* domestic basis although not married to each other”.²¹ This definition will be discussed in the next section.

I mentioned that in some cases the new 1985 law did not equate the position of married and unmarried partners, but gave *de facto* partners a kind of “in-between” or intermediate status. This was particularly so in relation to financial adjustment, that is division of property and adult maintenance (see Appendix 2). In short, the NSW law allowed the court to divide up the property of *de facto* partners by taking into account all sorts of contributions to the property

¹⁸ NSW Law Reform Commission (note 12) Chs 12 and 13.

¹⁹ NSW Law Reform Commission (note 12) Ch 11. See *De Facto Relationships Act 1984* (NSW) [now *Property (Relationships) Act 1984* (NSW)], ss 44-49.

²⁰ Some of the other areas in which the rights of unmarried heterosexual cohabitants were affected at this time included accident claims, inheritance, adoption of children in some circumstances, and remedies for domestic violence.

²¹ See *De Facto Relationships Act 1984* (NSW), s 3(1); cf now *Property (Relationships) Act 1984* (NSW), s 4. For discussion, see NSW Law Reform Commission (note 12) Chs 4 and 17. Although most laws affecting unmarried parties are found at the state level, it should be noted that unmarried cohabitation may also have legal consequences in relation to some areas of national legislative responsibility, such as social security (see *Social Security Act 1991* (Cth)), taxation (*Income Tax Assessment Acts 1936 and 1997* (Cth)), immigration (*Migration Act 1958* (Cth)), and superannuation or other work-related benefits for federal employees (e.g. *Superannuation Industry (Supervision) Act 1993* (Cth)).

and to the relationship, that is financial and non-financial contributions and also domestic and child-raising contributions of all sorts.²² Unlike the federal law applying to married persons, however, the state court was not specifically instructed to look into the future to take into account the parties' overall economic position and earning capacities and the responsibility for future care of children.²³ So a de facto partner who stayed home to raise the family could now expect under the NSW statute to get a greater share of the property than would have been possible under the general principles of property law, but not as much as a married partner in the same position who would be applying under the national law, the Family Law Act 1975 (Cth). As to adult maintenance, it was now possible for the first time for a de facto partner to bring a claim under the NSW law, but only in more restricted circumstances and for a shorter period of time than would have been applicable to a married spouse under the national law.²⁴

C. Commencement of cohabitation

As mentioned, the NSW legislation adopted as a definition of "de facto relationship" the notion of "living together as husband and wife on a bona fide domestic basis although not married to each other".²⁵ Obviously, the application of this or similar definitions to the varying circumstances of non-marital relationships can cause problems, and courts may be faced with difficult questions in borderline cases as to whether a de facto relationship existed at all, or as to when a particular relationship began or ended. At the time of the NSW changes in 1985, the legislation did not contain any fixed set of criteria for determining the existence of a de facto relationship, but the courts soon developed a list of factors which might be relevant, including the following: the length of the relationship, the nature and extent of common residence, whether or not a sexual relationship existed, the degree of financial interdependence or financial support, the ownership and use of property, having and caring for children, performing household tasks, the degree of mutual commitment and support, and matters of public reputation and use of names.²⁶

²² De Facto Relationships Act 1984 (NSW) [now Property (Relationships) Act 1984 (NSW)], s 20.

²³ The interpretation of the relevant NSW provision (s 20) remains a controversial matter among the NSW judges – see e.g. *A de Costa*, Searching for justice and equity after *Evans v Marmont*: Property adjustment following the termination of domestic relationships in New South Wales" (2002) 16 *Australian Journal of Family Law* 116-138.

²⁴ De Facto Relationships Act 1984 (NSW) [now Property (Relationships) Act 1984 (NSW)], ss 27, 30.

²⁵ See De Facto Relationships Act 1984 (NSW), s 3(1) (original version of legislation – see Appendix 2).

²⁶ See e.g. *D v McA* (1986) 11 Fam LR 214 (NSW Supreme Court); cf now Property (Relationships) Act 1984 (NSW), s 4(2). It is possible for the Supreme Court on application by

Other requirements set out in the 1985 law are still applicable today. A married person is not legally prohibited from entering a *de facto* relationship, and depending on the facts it may even be possible, if unusual, for a person to be a party to more than one *de facto* relationship at the same time.²⁷ Once the existence of a relevant relationship is established, there are some additional points to be satisfied. For a claim to be brought in NSW, the parties have to have been resident in that state for a substantial period (normally not less than one third of the length of the relationship), and the parties or one of them must be resident in the state at the time of filing the application.²⁸ To avoid claims for financial adjustment arising from very short relationships, the NSW law contains a requirement that in general the relationship should have continued for a minimum period of two years, but the court has discretion to allow a claim in the case of shorter relationships where there is a child, or if substantial contributions have been made which would otherwise go uncompensated, and in each case if not to make an order would lead to serious injustice.²⁹ Once a relationship has come to an end, claims for financial adjustment normally have to be brought within two years, but again there is an exception – the court may grant leave for the claim to be brought out of time according to the degree of relative hardship otherwise caused to the applicant.³⁰ In other contexts, the various requirements may be slightly different. In the case of a claim under the inheritance legislation, for example, the relevant relationship would normally have to be continuing at the date of death in order for a claim to be made, and in some cases would also have to have a minimum duration of two years.³¹

D. Legal effects of cohabitation today

Let us now jump ahead 20 years to the present. What has happened in the meantime? In short, the number of non-marital relationships has continued to increase,³² and there has been a consistent stream of legislative activity among

an interested party to make a declaration as to the existence of the relationship at a certain time or between certain dates, which declaration will be conclusive for purposes of NSW law unless subsequently revoked: see *De Facto Relationships Act 1984 (NSW)* [now *Property (Relationships) Act 1984 (NSW)*], s 56.

²⁷ See the discussion in NSW Law Reform Commission (note 12) Ch 17, at pp 310-311.

²⁸ *De Facto Relationships Act 1984 (NSW)* [now *Property (Relationships) Act 1984 (NSW)*], s 15.

²⁹ *De Facto Relationships Act 1984 (NSW)* [now *Property (Relationships) Act 1984 (NSW)*], s 17.

³⁰ *De Facto Relationships Act 1984 (NSW)* [now *Property (Relationships) Act 1984 (NSW)*], s 18.

³¹ See eg *Family Provision Act 1982 (NSW)*, s 6 (definition of “eligible person”); and *Wills, Probate and Administration Act 1898 (NSW)*, ss 32G, 61B.

³² See NSW Law Reform Commission, *Review of the Property (Relationships) Act 1984 (NSW)*, Discussion Paper 44, Sydney 2002, Ch 1. There it is mentioned (at p 9, nn 18 and 19)

all the states of Australia, following the NSW model of 1984 but at the same time modifying and expanding the scope and contents of the legislation.³³ New South Wales itself changed some aspects of its legislation in 1999. Today, every one of the eight states has legislation dealing with non-marital relationships.³⁴ What is striking is that no two states have precisely the same laws. The end result is that unlike the situation of a married couple in dispute, for whom there is a uniform national law dealing with all of the financial incidents of separation and divorce, in the case of an unmarried couple their legal rights and responsibilities will vary, sometimes significantly, depending upon which part of the country they live in. While this may well be an unfortunate result, it is of course not an uncommon occurrence for people who live under a federal system of government.

I will summarise as briefly as possible the legal situation at the present time. There may well be over fifty laws in each state relevant to different aspects of non-marital cohabitation, and to deal with all of them would be exhausting and not particularly illuminating. Instead, as noted earlier, I will focus on the laws relevant to financial adjustment on separation (property division and maintenance, including the right to make financial agreements) and on death (inheritance).³⁵

The first point to note is that the type and range of non-marital relationships covered by the legislation has increased over the years. Today, of the eight states, only one (South Australia) has continued to restrict its legislation to heterosexual unmarried couples. The legislation in the other seven states (including NSW, which changed its law in 1999) now extends to same-sex couples as well. Although the terminology and definitions may vary slightly from one state to another, a common practice has been to extend the definition of “de facto relationship” by removing the requirement of heterosexuality. The legislation in NSW for example now defines “de facto relationship” as:

a relationship between two adult persons (a) who live together as a couple, and (b) who are not married to one another or related by family.³⁶

that in 1999 an estimated 9.4% of all couples were in a de facto relationship, and that 69% of couples married in 1999 had lived together prior to getting married.

³³ See NSW Law Reform Commission (note 32) Ch 1.

³⁴ See Domestic Relationships Act 1994 (ACT); De Facto Relationships Act 1991 (NT); Property Law Act 1974 (Qld), Part 19 (in force since 1999); De Facto Relationships Act 1996 (SA); Relationships Act 2003 (Tas) (replacing De Facto Relationship Act 1999 (Tas)); Property Law Act 1958 (Vic), Part IX (in force since 1988); and Family Court Act 1997 (WA), Part 5A (in force since 2002).

³⁵ Some of the other areas in which the rights of unmarried cohabitants are affected typically include accident compensation (extending to road accidents, work injuries, criminal injuries compensation and the like), stamp duty, decision making during illness and after death, anti-discrimination law, superannuation and insurance, employment and industrial relations law, adoption of children, and the law of evidence.

³⁶ See Property (Relationships) Act 1984, s 4(1).

The same statute (like that of other states) now contains a list of criteria to help the court to determine whether a relationship in the relevant sense existed at the time in question.³⁷

In those seven states where same-sex couples are covered, the legal consequences within each state in those financial contexts with which I am concerned (and gradually but increasingly in other areas as well) are exactly the same for both unmarried heterosexual and homosexual couples.

In relation to the application and scope of the legislation, I should also add that the statutes in 3 states (Australian Capital Territory, NSW and Tasmania) have gone beyond the field of sexual relationships altogether, to include a further category of non-sexual relationships which are sometimes called "caring relationships". In NSW for example (see Appendix 3), the legislation now extends to persons in a "close personal relationship", or more specifically:

a close personal relationship (other than a marriage or a de facto relationship) between two adult persons, whether or not related by family, who are living together, one or each of whom provides the other with domestic support and personal care.³⁸

As a result the Act conceivably now covers financial disputes between adult siblings, between adult children and their parents, and between other relatives or friends. The reason for extending the legislation in this way was similar to that mentioned in relation to heterosexual de facto relationships by the NSW Law Reform Commission 20 years ago, namely that the general principles of property law do not deal adequately with the dynamics and reality of domestic and family relationships, especially where one person has devoted substantial time and domestic labour for the benefit of another. So far the other five Australian states have not shown any signs of wanting to follow suit.

Secondly, in relation to maintenance claims arising from the breakdown of a non-marital relationship, three states (Queensland, South Australia and Victoria) do not allow any maintenance claims at all. Of the five states which do allow claims, New South Wales and the Northern Territory define the grounds and duration of any such orders very narrowly. In contrast, the other three states whose legislation has been introduced more recently (Australian

³⁷ See Property (Relationships) Act 1984, s 4(2), referring to the length of the relationship; the nature and extent of common residence; whether or not a sexual relationship exists; the degree of financial dependence and any arrangements for financial support between the parties; the ownership, use and acquisition of property; the degree of mutual commitment to a shared life; the care and support of children; the performance of household duties; and the reputation and public aspects of the relationship. It is important however to note the terms of s 4(3), which states that no finding in respect of any of these matters in the list is to be regarded as necessary for the existence of a de facto relationship, and the court may have regard to such matters and attach such weight to any matter as may seem appropriate in the circumstances. Similar provisions exist in the other states.

³⁸ Property (Relationships) Act 1984 (NSW), s 5(1)(b). The same section excludes situations where domestic support and personal care is supplied "for fee or reward", or on behalf of a charity or government agency (s 5(2)).

Capital Territory, Tasmania and Western Australia) have defined the grounds and conditions of maintenance more generously, and have moved closer to the provisions for married persons contained in the national Family Law Act 1975 (Cth).

Thirdly, while all states give the court a discretionary power to divide up the property of the unmarried parties to produce a just resolution after separation, the criteria for doing so are by no means the same in every state. The legislation in all states allows the court to take into account the financial, non-financial and domestic and parenting contributions made by the parties. In three states (NSW, Northern Territory, and Victoria), the court is not specifically instructed to consider any other factors. In contrast, in the other five states (Australian Capital Territory, Queensland, South Australia, Tasmania and Western Australia), where in most cases the legislation has been introduced more recently, the court can also take into account forward-looking factors relating to the overall economic position of the parties, their earning capacity and responsibilities for future care of children. These additional factors again resemble to an increasing extent the matters relevant for married partners under the national legislation (Family Law Act 1975 (Cth)). It is fair to conclude then that the argument of the NSW Law Reform Commission 20 years ago as to the special status and position of marriage as a social institution in the community, which was used at that time to justify special treatment for married persons, is today less persuasive and much less likely to be accepted.³⁹ In other words, there is a gradual convergence of the state laws applying to unmarried partners and the national law applicable to married persons.

Finally, in relation to inheritance (in particular, distribution of property on intestacy and the possibility of bringing family provisions claims), the position can be summarised briefly: unmarried heterosexual cohabitants in each state have more or less similar rights to those of married partners (subject sometimes to questions of priorities or of sharing of property where the deceased is still married to someone else at the time of death).⁴⁰ As to same-sex partners, seven states now give similar rights to those enjoyed in that state by unmarried heterosexual partners. The remaining state, South Australia, has also announced plans to review the legal position of same-sex couples, but has so far not introduced any draft legislation. In the three states where additional domestic relationships (that is, "caring" relationships) are recognised, amendments to the inheritance legislation have also been made or are being considered, to provide analogous rights in some circumstances on the death of the person being cared for.⁴¹

³⁹ NSW Law Reform Commission (note 32) Chs 1 and 2.

⁴⁰ See e.g. Wills, Probate and Administration Act 1898 (NSW), ss 32G, 61B; and compare Administration and Probate Act 1958 (Vic), ss 3(1) (definition of "domestic partner") and 51A.

⁴¹ See e.g. Family Provision Act 1969 (ACT), s 7(1)(b); Family Provision Act 1982 (NSW), s 6 (definition of "eligible person", para (a)(ii)).

I will conclude this section on Australia by referring to a very recent development. The overall trend in the last 20 years among the Australian states has been to follow the lead of NSW in making the statutory provisions automatically applicable to partners who can bring themselves within the definitions. In the event of a dispute a court will hear evidence and decide whether the details of the domestic arrangement amount to a relationship in the relevant sense for the purposes of the legislation. If unmarried parties wish to “opt out” and avoid the consequences of the statute (e.g. as to division of property or maintenance claims), they may make a specific agreement to that effect, according to guidelines and requirements set out in the legislation. That is to say, none of the Australian states has followed the example found in some European, Scandinavian and North American jurisdictions of “registered partnerships”, according to which unmarried persons who wish to take advantage of statutory rights or entitlements must specifically “opt in”, that is, make a positive choice to be bound by the law by complying with the formalities of registration.

This remains the case today, even though Tasmania has introduced from 1 February 2004, for the first time in Australia, a system of registration of “personal relationship agreements” (see Appendix 4).⁴² It is important to note that these new provisions are not obligatory. That is to say, the consequences of registration are primarily to make proof of the relationship much easier; in the absence of such a registered agreement, the Tasmanian statute (like that of other states) contains a list of criteria to help the court to determine whether a relationship in the relevant sense existed at the time in question.⁴³

E. Dissolution of cohabitation

Just as there are no formal requirements for the formation of a non-marital relationship, there are similarly no formal requirements for the dissolution of such relationships. The issue may cause difficulty for a court, especially where one of the points in dispute is the length of the relationship, or how long ago the relationship terminated, or whether the relationship was still ongoing at a particular time (e.g. the date of a death or an accident, the coming into force of new amendments, and so on). To determine when a relationship terminated the court will be weighing similar matters to those relevant in the first place to the existence and formation of the relationship,⁴⁴ and to what extent those factors are now lacking or have changed sufficiently to indicate that the parties’ relationship has come to an end. In the case of Tasmania, however, where since 1 February 2004 the possibility has been introduced of registering a deed (i.e.

⁴² Relationships Act 2003 (Tas), Parts 2 and 3.

⁴³ Relationships Act 2003 (Tas), ss 4 and 5.

⁴⁴ See e.g. Property (Relationships) Act 1984 (NSW), s 4 (set out in Appendix 3).

agreement) of relationship to facilitate proof of the relationship in the event of a dispute, it seems that the relationship in such a case is deemed to continue until the deed of relationship is revoked, or alternatively one of the parties dies or enters a marriage with another person.⁴⁵

F. Conflict of laws

There are no special laws prescribing which laws apply in conflict situations involving non-marital relationships. As mentioned earlier, the statutes dealing with financial adjustment usually have requirements relating to residence of the parties in the relevant state for a substantial period of the relationship, and that the parties or one of them be resident in the state at the time of filing the application.⁴⁶ If for example the parties had moved around Australia, and when the relationship broke down and the dispute arose they appeared to satisfy the prerequisites for initiating proceedings in more than one state, the issue if contested might well be resolved according to which state had the most real and substantial connection with the subject matter of the dispute, with reference as well sometimes to balance of convenience issues (such as the location of witnesses, the speed and cost of the proceedings, and the like).⁴⁷

G. Evaluation and perspectives for the future

As to the future, it is possible that other states will follow the Tasmanian example and establish a relationships register, but it is very unlikely that this will become a compulsory requirement. Given that Australia does not have a Bill of Rights and there is currently not much interest in making marriage available to same-sex couples, it is likely at least in the short term that the same piecemeal or partial approach will continue among the states, leading to a gradual equation of the position of all couples, married and unmarried, in more and more legal contexts (adoption of children, stamp duty, accident claims, medical decision-making, pension rights, and so on).⁴⁸ Another firm possibility is that the states will agree to give up their legislative power over financial adjustment in non-marital relationships to the national government so that national legislation may be introduced on this particular topic. At the moment however there are some political and ideological differences between the states

⁴⁵ Relationships Act 2003 (Tas), ss 14 and 15.

⁴⁶ See e.g. Property (Relationships) Act 1984 (NSW), s 15.

⁴⁷ See also *Sykes/Pryles*, Australian Private International Law, 3rd edition, 1991.

⁴⁸ Other issues of definition and scope of the state legislation will also continue to be raised, for example whether it should be essential that the parties be adults, or should have to live together (in the Australian Capital Territory, for example, common residence is not required – see Domestic Relationships Act 1994 (ACT), s 3). For a general discussion of the issues, see NSW Law Reform Commission (note 32).

and the national government about the scope of this potential development (the states arguing that the reference of power should extend also to same sex relationships but the national government so far being willing only to consider heterosexual de facto relationships), so reform at this level may be at least a few years away.

New Zealand

Finally, I would like to say something about New Zealand, which unlike Australia has a unified national legal system. Interestingly, and notwithstanding a cultural and historical background similar to that of Australia, New Zealand has followed its own path in the area of family law. This is especially true concerning division of property at the end of a domestic relationship. In relation to matrimonial property, the Matrimonial Property Act 1976 (NZ) was introduced at the same time as the Family Law Act 1975 (Cth) came into force in Australia. The New Zealand legislation however had quite a different focus, introducing a system for division of matrimonial property which was much less discretionary than that in Australia, and in fact had more in common with some systems of deferred community property found in Europe and elsewhere.

The New Zealand system was based on a strong presumption of equal sharing, reflecting the notion of marriage as a partnership to which the spouses might contribute in different ways. Subject to any agreement to the contrary made between the parties, the presumption of equal division applied firstly to the matrimonial home and furniture, and to other conventional domestic possessions, but could sometimes also extend to other property, and it was expressly stated that domestic contributions were generally to be regarded as equal in value to financial contributions. For the rule of equal sharing not to apply to the relevant property, it had to be shown that there were extraordinary circumstances that would make equal sharing “repugnant to justice”, in which case the division would be determined according to the respective contributions of the parties.⁴⁹

In the 1990's numerous attempts were made to review this legislation, and suggestions were also put forward (prompted in part by statistics indicating a dramatic increase in the level of unmarried cohabitation)⁵⁰ to make amendments to the law applicable to relationships outside marriage. Eventually, all the proposed amendments took place at once, with the passage of the Property (Relationships) Amendment Act 2001 (NZ), in force from 1 February 2002. The principal statute, now re-named the Property (Relationships) Act 1976 (NZ), has a much wider coverage, extending to both unmarried heterosexual and homosexual couples as well as to married couples, and providing for distribution of property both in the event of separation and in the event of death.

25. The rather radical approach of the New Zealand legislation (see Appendix 5) can be seen from the following short extracts from the preliminary provisions of the Act (s 1M):

⁴⁹ See *Atkin/Parker*, *Relationship Property in New Zealand*, Wellington 2001, Ch 1.

⁵⁰ *Atkin*, *Family Property*, in Henaghan/Atkin (ed.), *Family Law Policy in New Zealand*, 2nd edition, Wellington 2002, Ch 4 (pp 179-199) at pp 179-180, referring to a 1996 figure of approximately 250,000 unmarried cohabitants (of a total national population of about 4 million persons).

The purpose of this Act is –

- (a) to reform the law relating to the property of married couples and of couples who live together in a de facto relationship;
- (b) to recognise the equal contribution of husband and wife to the marriage partnership, and of de facto partners to the de facto partnership;
- (c) to provide for a just division of the relationship property between the spouses or de facto partners when their relationship ends by separation or death ...

To this should be added the definition of “de facto relationship” in s 2D(1), namely:

- a relationship between two persons (whether a man and a woman, or a man and a man, or a woman and a woman –
- (a) who are both aged 18 years or older; and
- (b) who live together as a couple; and
- (c) who are not married to each other.”

In this simple and elegant way, the New Zealand legislation makes it clear (again subject to the possibility of couples making a contrary arrangement by agreement)⁵¹ that exactly the same principles of property division should apply to both married couples and unmarried couples (whether heterosexual or same-sex), and that a partner whose relationship has ended by death should not be in a worse position than if the relationship had ended on separation.

The normal requirement is that a “de facto relationship” should continue for a minimum of three years in order to come within the statute, except where there is a child or the applicant has made a substantial contribution to the relationship, and in either case if the failure to allow an order to be made would result in serious injustice.⁵² The statute also contains a list of criteria (borrowed directly from the NSW law) to help the court decide whether the relationship in question is a “de facto relationship” or not, and (if relevant) when the relationship began or ended.⁵³

Very briefly, the main features of the amended legislation are as follows:

- what is now called the “relationship property”, consisting of the family home, family furniture and belongings, all jointly owned property, and most property acquired by the parties after the relationship began (other than by way of inheritance, gift or as a beneficiary of a trust), is to be divided equally unless there are extraordinary circumstances that would make equal sharing repugnant to justice;⁵⁴
- the court may order a compensatory payment out of the property where the income and living standards of one party at the end of the relationship are likely to be significantly higher than those of the other, as a result of the

⁵¹ Property (Relationships) Act 1976 (NZ), Part 6.

⁵² Property (Relationships) Act 1976 (NZ), s 14A(2). See also s 14, in relation to marriages of short duration.

⁵³ Property (Relationships) Act 1976 (NZ), s 2D(2).

⁵⁴ Property (Relationships) Act 1976 (NZ), ss 8-14.

effects of the division of functions within the relationship while the parties were living together;⁵⁵

- where the relationship has come to an end by the death of one of the parties, the survivor may elect to take the appropriate share of the relationship property that would have been available under the Act in the event of separation, rather than the share that would be available under the will or on intestacy;⁵⁶ and
- in relation to partner maintenance, an order for maintenance may be made by the court where the claimant's reasonable needs cannot be met personally.⁵⁷

In summary, the New Zealand system treats married couples and unmarried couples of more than three years standing in exactly the same way in relation to property division, maintenance, and inheritance. It differs from the situation in Australia in having one system for the whole country, in dealing with both married and unmarried people at the same time, in providing for a system of property division which relies more on rules than on discretion, and in making the same rules applicable regardless of whether the relationship ends on separation or on death. According to two New Zealand commentators in a recent study of the new legislation:

In New Zealand ... while we are not yet in a position of the complete equation of married and de facto relationships, for many legal purposes there is no distinction. New Zealand leads the world in its application of the same rules of property division to marriages, same-sex relationships and de facto relationships.⁵⁸

⁵⁵ Property (Relationships) Act 1976 (NZ), s 15 (and see also s 15A).

⁵⁶ Property (Relationships) Act 1976 (NZ), Part 8 (see especially s 61 and following). See also Administration Amendment Act 2001 (NZ). A claim under the Family Protection Act 1955 may also be available in some circumstances – see Family Protection Amendment Act 2001 (NZ).

⁵⁷ Family Proceedings Act 1980 (NZ), Part VI (especially s 64 and following).

⁵⁸ *Atkin/Parker* (note 49) at p 26. See also *Atkin*, *The Rights of Married and Unmarried Couples in New Zealand – Radical New Laws on Property and Succession* (2003) 15 *Child and Family Law Quarterly* 173-184.

Appendices

APPENDIX 1

FAMILY LAW ACT 1975 (CTH)

[National family law legislation for married persons in Australia]**SECTION 79 Alteration of property interests**

- (1) In proceedings with respect to the property of the parties to a marriage or either of them, the court may make such order as it considers appropriate altering the interests of the parties in the property, including an order for a settlement of property in substitution for any interest in the property and including an order requiring either or both of the parties to make, for the benefit of either or both of the parties or a child of the marriage, such settlement or transfer of property as the court determines. ...
- (2) The court shall not make an order under this section unless it is satisfied that, in all the circumstances, it is just and equitable to make the order.
- (4) In considering what order (if any) should be made under this section in proceedings with respect to any property of the parties to a marriage or either of them, the court shall take into account:
 - (a) the financial contribution made directly or indirectly by or on behalf of a party to the marriage or a child of the marriage to the acquisition, conservation or improvement of any of the property of the parties to the marriage or either of them, or otherwise in relation to any of that last-mentioned property, whether or not that last-mentioned property has, since the making of the contribution, ceased to be the property of the parties to the marriage or either of them;
 - (b) the contribution (other than a financial contribution) made directly or indirectly by or on behalf of a party to the marriage or a child of the marriage to the acquisition, conservation or improvement of any of the property of the parties to the marriage or either of them, or otherwise in relation to any of that last-mentioned property, whether or not that last-mentioned property has, since the making of the contribution, ceased to be the property of the parties to the marriage or either of them;
 - (c) the contribution made by a party to the marriage to the welfare of the family constituted by the parties to the marriage and any children of the marriage, including any contribution made in the capacity of homemaker or parent;
 - (d) the effect of any proposed order upon the earning capacity of either party to the marriage;
 - (e) the matters referred to in subsection 75(2) so far as they are relevant; [see below]
 - (f) any other order made under this Act affecting a party to the marriage or a child of the marriage; and
 - (g) any child support under the *Child Support (Assessment) Act 1989* that a party to the marriage has provided, is to provide, or might be liable to provide in the future, for a child of the marriage.

SECTION 75

- (2) The matters to be so taken into account are:
- (a) the age and state of health of each of the parties;
 - (b) the income, property and financial resources of each of the parties and the physical and mental capacity of each of them for appropriate gainful employment;
 - (c) whether either party has the care or control of a child of the marriage who has not attained the age of 18 years;
 - (d) commitments of each of the parties that are necessary to enable the party to support:
 - (i) himself or herself; and
 - (ii) a child or another person that the party has a duty to maintain;
 - (e) the responsibilities of either party to support any other person;
 - (f) subject to subsection (3), the eligibility of either party for a pension, allowance or benefit under:
 - (i) any law of the Commonwealth, of a State or Territory or of another country; or
 - (ii) any superannuation fund or scheme, whether the fund or scheme was established, or operates, within or outside Australia; and the rate of any such pension, allowance or benefit being paid to either party;
 - (g) where the parties have separated or the marriage has been dissolved, a standard of living that in all the circumstances is reasonable;
 - (h) the extent to which the payment of maintenance to the party whose maintenance is under consideration would increase the earning capacity of that party by enabling that party to undertake a course of education or training or to establish himself or herself in a business or otherwise to obtain an adequate income;
 - (j) the extent to which the party whose maintenance is under consideration has contributed to the income, earning capacity, property and financial resources of the other party;
 - (k) the duration of the marriage and the extent to which it has affected the earning capacity of the party whose maintenance is under consideration;
 - (l) the need to protect a party who wishes to continue that party's role as a parent;
 - (m) if either party is cohabiting with another person – the financial circumstances relating to the cohabitation;
 - (n) the terms of any order made or proposed to be made under section 79 in relation to the property of the parties;
 - (na) any child support under the *Child Support (Assessment) Act 1989* that a party to the marriage has provided, is to provide, or might be liable to provide in the future, for a child of the marriage; and
 - (o) any fact or circumstance which, in the opinion of the court, the justice of the case requires to be taken into account; and
 - (p) the terms of any financial agreement that is binding on the parties. ...

APPENDIX 2

DE FACTO RELATIONSHIPS ACT 1984 (NSW)

[NSW was the first Australian state to introduce laws for unmarried (heterosexual) couples. For the current definitions of eligible applicants after reforms in 1999, see Appendix 3. Note that the terms of ss 17, 18, 20, 27 and 30 (below) have not changed, except for the replacement in 1999 of the original term “de facto relationship” by the new term “domestic relationship”.]

SECTION 3 [... definition of “de facto relationship”]

... “de facto relationship” means the relationship between a man and a woman who, although not legally married to each other, live together as husband and wife on a bona fide domestic basis; ...

SECTION 17 Prerequisites for making of order – length of relationship etc

(1) Except as provided by subsection (2), a court shall not make an order under this Part unless it is satisfied that the parties to the application have lived together in a de facto relationship for a period of not less than 2 years.

(2) A court may make an order under this Part where it is satisfied:

(a) that there is a child of the parties to the application, or

(b) that the applicant:

(i) has made substantial contributions of the kind referred to in section 20 (1) (a) or (b) for which the applicant would otherwise not be adequately compensated if the order were not made, or

(ii) has the care and control of a child of the respondent,

and that the failure to make the order would result in serious injustice to the applicant.

SECTION 18 Time limit for making applications

(1) If a de facto relationship has ceased, an application to a court for an order under this Part can only be made within the period of 2 years after the date on which the relationship ceased, except as otherwise provided by this section.

(2) A court may, at any time after the expiration of the period referred to in subsection (1), grant leave to a party to a de facto relationship to apply to the court for an order under this Part (other than an order under section 27 (1) made where the court is satisfied as to the matters specified in section 27 (1) (b)) where the court is satisfied, having regard to such matters as it considers relevant, that greater hardship would be caused to the applicant if that leave were not granted than would be caused to the respondent if that leave were granted.

(3) Where, under subsection (2), a court grants a party to a de facto relationship leave to apply to the court for an order under this Part, the party may apply accordingly.

SECTION 20 Application for [property] adjustment

(1) On an application by a party to a de facto relationship for an order under this Part to adjust interests with respect to the property of the parties to the relationship or either of them, a court may make such order adjusting the interests of the parties in the property as it seems just and equitable having regard to:

(a) the financial and non-financial contributions made directly or indirectly by or on behalf of the parties to the relationship to the acquisition, conservation or improvement of any of the property of the parties or either of them or to the financial resources of the parties or either of them, and

(b) the contributions, including any contributions made in the capacity of homemaker or parent, made by either of the parties to the relationship to the welfare of the other party to the relationship or to the welfare of the family constituted by the parties and one or more of the following, namely:

(i) a child of the parties,

(ii) a child accepted by the parties or either of them into the household of the parties, whether or not the child is a child of either of the parties.

(2) A court may make an order under subsection (1) in respect of property whether or not it has declared the title or rights of a party to a de facto relationship in respect of the property. ...

SECTION 27 Order for maintenance [adult]

(1) On an application by a party to a de facto relationship for an order under this Part for maintenance, a court may make an order for maintenance (whether for periodic maintenance or otherwise) where the court is satisfied as to either or both of the following:

(a) that the applicant is unable to support himself or herself adequately by reason of having the care and control of a child of the parties to the relationship or a child of the respondent, being, in either case, a child who is, on the day on which the application is made:

(i) except in the case of a child referred to in subparagraph (ii) – under the age of 12 years, or

(ii) in the case of a physically handicapped child or mentally handicapped child — under the age of 16 years,

(b) that the applicant is unable to support himself or herself adequately because the applicant's earning capacity has been adversely affected by the circumstances of the relationship and, in the opinion of the court:

- (i) an order for maintenance would increase the applicant's earning capacity by enabling the applicant to undertake a course or programme of training or education, and
- (ii) it is, having regard to all the circumstances of the case, reasonable to make the order.

(2) In determining whether to make an order under this Part for maintenance and in fixing any amount to be paid pursuant to such an order, a court shall have regard to:

- (a) the income, property and financial resources of each party to the relationship (including the rate of any pension, allowance or benefit paid to either party to the relationship or the eligibility of either party to the relationship for a pension, allowance or benefit) and the physical and mental capacity of each party to the relationship for appropriate gainful employment,
- (b) the financial needs and obligations of each party to the relationship,
- (c) the responsibilities of either party to the relationship to support any other person,
- (d) the terms of any order made or proposed to be made under section 20 with respect to the property of the parties to the relationship, and
- (e) any payments made, pursuant to an order of a court or otherwise, in respect of the maintenance of a child or children in the care and control of the applicant.

(3) In making an order for maintenance, a court shall ensure that the terms of the order will, so far as is practicable, preserve any entitlement of the applicant to a pension, allowance or benefit.

SECTION 30 Duration of orders for periodic maintenance

(1) An order under this Part for periodic maintenance, being an order made where a court is satisfied solely as to the matters specified in section 27 (1) (a), may apply for such period as may be determined by the court, not exceeding the period expiring when the child to whom section 27 (1) (a) applies, or the younger or youngest such child, as the case may require:

- (a) except in the case of a child referred to in paragraph (b) – attains the age of 12 years, or
- (b) in the case of a physically handicapped child or mentally handicapped child – attains the age of 16 years.

(2) An order under this Part for periodic maintenance, being an order made where a court is satisfied solely as to the matters specified in section 27 (1) (b), may apply for such period as may be determined by the court, not exceeding:

- (a) 3 years after the day on which the order is made, or
- (b) 4 years after the day on which the relationship ceased, or last ceased,

whichever is the shorter. ...

APPENDIX 3

PROPERTY (RELATIONSHIPS) ACT 1984 (NSW)

[This is the current legislation in NSW, replacing the De Facto Relationships Act 1984 (NSW) after amendments in 1999 to extend the application of the Act to same-sex couples, and to other “close personal relationships”. The terms of ss 17, 18, 20, 27 and 30 have not changed (see Appendix 2), except for the replacement in 1999 of the original term “de facto relationship” by the new term “domestic relationship”.]

SECTION 4 De facto relationships

(1) For the purposes of this Act, a de facto relationship is a relationship between two adult persons:

- (a) who live together as a couple, and
- (b) who are not married to one another or related by family.

(2) In determining whether two persons are in a de facto relationship, all the circumstances of the relationship are to be taken into account, including such of the following matters as may be relevant in a particular case:

- (a) the duration of the relationship,
- (b) the nature and extent of common residence,
- (c) whether or not a sexual relationship exists,
- (d) the degree of financial dependence or interdependence, and any arrangements for financial support, between the parties,
- (e) the ownership, use and acquisition of property,
- (f) the degree of mutual commitment to a shared life,
- (g) the care and support of children,
- (h) the performance of household duties,
- (i) the reputation and public aspects of the relationship.

(3) No finding in respect of any of the matters mentioned in subsection (2) (a)–(i), or in respect of any combination of them, is to be regarded as necessary for the existence of a de facto relationship, and a court determining whether such a relationship exists is entitled to have regard to such matters, and to attach such

weight to any matter, as may seem appropriate to the court in the circumstances of the case. ...

SECTION 5 Domestic relationships

(1) For the purposes of this Act, a domestic relationship is:

(a) a de facto relationship, or

(b) a close personal relationship (other than a marriage or a de facto relationship) between two adult persons, whether or not related by family, who are living together, one or each of whom provides the other with domestic support and personal care.

(2) For the purposes of subsection (1) (b), a close personal relationship is taken not to exist between two persons where one of them provides the other with domestic support and personal care:

(a) for fee or reward, or

(b) on behalf of another person or an organisation (including a government or government agency, a body corporate or a charitable or benevolent organisation). ...

NOTE TO APPENDIX 3

The current relevant statutes dealing with financial adjustment in the other states and territories of Australia are the following:

Australian Capital Territory: Domestic Relationships Act 1994 (ACT);

Northern Territory: De Facto Relationships Act 1991 (NT) (extended to same-sex partners in 2004);

Queensland: Property Law Act 1974 (Qld), Part 19 (in force since 1999);

South Australia: De Facto Relationships Act 1996 (SA);

Tasmania: Relationships Act 2003 (Tas) (replacing De Facto Relationship Act 1999 (Tas) and extending coverage to same-sex relationships and “carer” relationships); [see **Appendix 4**]

Victoria: Property Law Act 1958 (Vic), Part IX (in force since 1988, extended to same-sex partners in 2001); and

Western Australia: Family Court Act 1997 (WA), Part 5A (in force since 2002).

APPENDIX 4**RELATIONSHIPS ACT 2003 (TAS)**

[Recent legislation in the state of Tasmania introduced the possibility of registration of relationships – NB registration is not obligatory.]

SECTION 4 Significant relationships

(1) For the purposes of this Act, a significant relationship is a relationship between two adult persons –

- (a) who have a relationship as a couple; and
- (b) who are not married to one another or related by family.

(2) If a significant relationship is registered under Part 2, proof of registration is proof of the relationship.

(3) If a significant relationship is not registered under Part 2, in determining whether two persons are in a significant relationship, all the circumstances of the relationship are to be taken into account, including such of the following matters as may be relevant in a particular case:

- (a) the duration of the relationship;
- (b) the nature and extent of common residence;
- (c) whether or not a sexual relationship exists;
- (d) the degree of financial dependence or interdependence, and any arrangements for financial support, between the parties;
- (e) the ownership, use and acquisition of property;
- (f) the degree of mutual commitment to a shared life;
- (g) the care and support of children;
- (h) the performance of household duties;
- (i) the reputation and public aspects of the relationship.

(4) No finding in respect of any of the matters mentioned in subsection (3)(a) to (i), or in respect of any combination of them, is to be regarded as necessary for the existence of a significant relationship, and a court determining whether such a relationship exists is entitled to have regard to such matters, and to attach such weight to any matter, as may seem appropriate to the court in the circumstances of the case.

SECTION 5 Caring relationships

(1) For the purposes of this Act, a caring relationship is a relationship other than a marriage or significant relationship between two adult persons whether or not related by family, one or each of whom provides the other with domestic support and personal care.

(2) For the purposes of subsection (1), a caring relationship is taken not to exist between two persons where one of them provides the other with domestic support and personal care –

- (a) for fee or payment in the nature of wages; or

- (b) under an employment relationship between the persons; or
- (c) on behalf of another person or an organisation (including a government or government agency, a body corporate or a charitable or benevolent organisation).

(3) For the purpose of subsection (2)(a), a fee does not include a carer allowance or carer payment under the *Social Security Act 1991* of the Commonwealth made to a party to a caring relationship in respect of care provided by that party to the other party to the relationship.

(4) If a caring relationship is registered under Part 2, proof of registration is proof of the relationship.

(5) If a caring relationship is not registered under Part 2, in determining whether two persons are in a caring relationship, all the circumstances of the relationship are to be taken into account including such of the following matters as may be relevant in a particular case:

- (a) the duration of the relationship;
- (b) the nature and extent of common residence;
- (c) the degree of financial dependence or interdependence, and any arrangements for financial support, between the parties;
- (d) the ownership, use and acquisition of property;
- (e) the degree of mutual commitment to a shared life;
- (f) the performance of household duties;
- (g) the reputation and public aspects of the relationship;
- (h) the level of personal care and domestic support provided by one or each of the partners to the other.

(6) No finding in respect of any of the matters mentioned in subsection (5)(a) to (h), or in respect of any combination of them, is to be regarded as necessary for the existence of a caring relationship, and a court determining whether such a relationship exists is entitled to have regard to such matters, and to attach such weight to any matter, as may seem appropriate to the court in the circumstances of the case. ...

SECTION 6 Personal relationships

For the purposes of this Act, a personal relationship is –

- (a) a significant relationship; or
- (b) a caring relationship.

PART 2 - REGISTRATION OF DEED OF RELATIONSHIP

SECTION 11 Application to register deed of relationship

(1) Two adult persons –

- (a) who are domiciled or ordinarily resident in the State; and
- (b) who are not married or a party to a deed of relationship; and
- (c) who are in a significant or caring relationship –

may apply to the Registrar, in a form approved by the Registrar, for registration of a deed of relationship in relation to that significant or caring relationship.

- (2) An application under subsection (1) is to be accompanied by –
- (a) a statutory declaration from each of the applicants verifying that the person who is the subject of the application –
 - (i) consents to the registration; and
 - (ii) is not married; and
 - (iii) is not a party to a deed of relationship or in another personal relationship; and
 - (b) evidence of the identity and age of each applicant (as provided for in the form of application); and
 - (c) in the case of a caring relationship, a certificate referred to in subsection (3); and
 - (d) the fee prescribed under section 30(1)(a); and
 - (e) any other document or information that the Registrar requires.

(3) Each party to a caring relationship must lodge a certificate, in a form approved by the Registrar, from a solicitor of the Supreme Court of Tasmania which states that the solicitor provided legal advice to that party, independently of the other party to the relationship, as to –

- (a) the effect of the registration of a deed of relationship on the rights of the parties; and
- (b) the advantages and disadvantages, at the time that the advice was provided, to the party of registering a deed of relationship. ...

SECTION 14 Effect of registration of deed of relationship

If a deed of relationship is registered under this Part, the persons are, for the purposes of, but subject to, any law in force in this State, taken to be in a personal relationship. ...

APPENDIX 5

PROPERTY (RELATIONSHIPS) ACT 1976 (NEW ZEALAND)

[This Act replaced the Matrimonial Property Act 1976 (NZ), after amendments in 2001 to extend the operation of the legislation to unmarried heterosexual and same-sex couples.]

SECTION 1M Purpose of this Act

The purpose of this Act is –

- (a) to reform the law relating to the property of married couples and of couples who live together in a de facto relationship;
- (b) to recognise the equal contribution of husband and wife to the marriage partnership, and of de facto partners to the de facto partnership;

(c) to provide for a just division of the relationship property between the spouses or de facto partners when their relationship ends by separation or death, and in certain other circumstances, while taking account of the interests of any children of the marriage or children of the de facto relationship.

SECTION 1N Principles

The following principles are to guide the achievement of the purpose of this Act:

- (a) the principle that men and women have equal status, and their equality should be maintained and enhanced;
- (b) the principle that all forms of contribution to the marriage partnership, or the de facto relationship, are treated as equal;
- (c) the principle that a just division of relationship property had regard to the economic advantages or disadvantages to the spouses or de facto partners arising from their marriage or de facto relationship or from the ending of their marriage or de facto relationship;
- (d) the principle that questions arising under this Act about relationship property should be resolved as inexpensively, simply, and speedily as is consistent with justice.

SECTION 2D Meaning of de facto relationship

(1) For the purposes of this Act, a de facto relationship is a relationship between two persons (whether a man and a woman, or a man and a man, or a woman and a woman) –

- (a) who are both aged 18 years or older; and
- (b) who live together as a couple; and
- (c) who are not married to each other.

(2) In determining whether two persons live together as a couple, all the circumstances of the relationship are to be taken into account, including such of the following matters as may be relevant in a particular case:

- (a) the duration of the relationship,
- (b) the nature and extent of common residence,
- (c) whether or not a sexual relationship exists,
- (d) the degree of financial dependence or interdependence, and any arrangements for financial support, between the parties,
- (e) the ownership, use and acquisition of property,
- (f) the degree of mutual commitment to a shared life,
- (g) the care and support of children,
- (h) the performance of household duties,
- (i) the reputation and public aspects of the relationship.

(3) In determining whether two persons live together as a couple –

- (a) no finding in respect of any of the matters stated in subsection (2), or in respect of any combination of them, is to be regarded as necessary; and
- (b) a court is entitled to have regard to such matters, and to attach such weight to any matter, as may seem appropriate to the court in the circumstances of the case. ...

An Islamic Alternative: Temporary Marriage

NADJMA YASSARI

- A. Introduction and historical development
- B. Permanent marriage (nikāh)
 - I. Contractual character
 - II. Essential requirements
 - III. Effects of nikāh
- C. Temporary marriage (mut^ʿa)
 - I. Contractual character
 - II. Registration
 - III. Time limitation
 - IV. Dower
- D. Legal effects of temporary marriage
 - I. Non financial effects
 - II. Financial effects
 - III. Children
 - IV. Succession
- E. Dissolution of temporary marriage
 - I. Expiry of time, waiver and annulment
 - II. Waiting period
- F. Conclusion and Evaluation

A. Introduction and historical development

In the Shīʿī school of Islamic jurisprudence one can find the institution of temporary marriage (mut^ʿa). Mut^ʿa is a contract of marriage in which a man and an unmarried woman decide to marry each other for a stipulated period of time. Under the concept of temporary marriage a couple is allowed religiously and legally to live as husband and wife, i.e. have licit sexual relations without necessarily binding themselves in a life long commitment.

Mut^ʿa is not a non-marital cohabitation. In the context of Islamic countries it must however be borne in mind, that sexual relations out of wedlock are considered fornication and can carry heavy penal sanctions. Sexual relations are only considered legitimate and legal within the framework of marriage. Since getting married requires substantive financial means, the concept of a legal bond, whereby sexual relation become legitimate without creating a life long commitment, may be an institution worth some attention.

Mut^ʿa, meaning “marriage of pleasure”, is a pre-Islamic tradition of the Arabian Peninsula. It has retained legitimacy only in the Shīʿī school of law, while it has been outlawed by the Sunnī school of Islamic jurisprudence. The Sunnī authorities agree that temporary marriage was permitted at the time of the prophet Mohammad,¹ but they maintain that it was prohibited under the

¹ The source of temporary marriage in the Qur’an is Sura 4 Verse 24: “Also (prohibited are) women already married, except those whom your right hands possess: Thus hath God ordained (Prohibitions) against you: Except for these, all others are lawful, provided ye seek

second Caliph Omar in the seventh century A.D.² In contrast, the Shī'ī argue that since the Prophet did not ban it, it is not permissible to forbid it³ and they cite numerous hadith⁴ from Sunnī as well as Shī'ī sources to prove their point of view.⁵ As far as codification of temporary marriage is concerned, only the Iranian Civil Code of 1935 regulates it explicitly,⁶ whereas Sunnī Islamic countries do not accept temporary marriage as a legitimate marriage.⁷

Although the attitude towards *mut'ā* in Islamic countries has often been one of disdain and ambivalence,⁸ it is the legal consequence of *mut'ā* that this paper wants to examine. Notwithstanding the moral aspects and the discussions on *mut'ā* within the Islamic community, possible gains for non-marital cohabitation may be deduced from certain of the provisions of *mut'ā*, in particular the regulations on the legal status of children born into such a temporary marriage.

It must be borne in mind that the concepts underlying Muslim marriage follow essentially a patriarchal pattern. In many respects the law differentiates between men and women in a discriminatory manner. For the sake of completeness the regulations will be presented as they exist; for the purpose of extracting some inspiration for non-marital cohabitation, however the specific gender issues will be disregarded and the regulations shall be analysed by supposing an equal treatment of man and woman.

B. Permanent marriage (*nikāh*)

I. Contractual character

In Islamic jurisprudence marriage is a solemn civil contract, entered into by a man and a woman, whereby their sexual relationship becomes legitimate. Marriage is the only legal framework for the procreation of children.⁹ Whereas many emphasize the purely civil character of marriage,¹⁰ it must not be for-

(them in marriage) with gifts from your property – desiring chastity, not lust, seeing that ye derive benefit from them, give them their dowers (at least) as prescribed; but if, after a dower is prescribed, agree mutually (to vary it), there is no blame on you, and God is All-knowing, All-wise.)”.

² See *Haeri*, Law of Desire, Temporary Marriage in Iran, 1989, p. 1.

³ See *Emāmī*, *Hoqūq-e madanī* [Civil Law], vol. V, 2. ed. 1984, p. 99.

⁴ A hadith is a narration about the life of the Prophet Mohammad, his deeds and actions. They are to be followed as an example by the Islamic community and are considered the second source of law after the Qur'an.

⁵ See for the hadith on *mut'ā* '*Allāmeḥ-Hā'erī*, *Ezdevāḡ-e movaqqat dar hoqūq-e Īran* [Temporary Marriage in Iran], 2001, p. 71-80.

⁶ Art. 1075-1077, 1085, 1113, 1139 Iranian Civil Code, hereafter abbreviated CC.

⁷ *Bakhtiar*, *Encyclopedia of Islamic Law – a Compendium of the Major Schools*, 1996, p. 461.

⁸ See for a thorough discussion *Haeri* (n. 2 2) 199-211.

⁹ *Pearl/Menski*, *Muslim Family Law*, 3. ed. 1998, p. 139.

¹⁰ *Fyze*, *Outlines of Muhammadan Law*, 4. ed. 1974, p. 9.

gotten that Muslim marriage has religious elements and can not be purely defined as a matter of contractual agreement between two individuals.¹¹

II. Essential requirements

Marriage requires the two essential elements of offer and acceptance expressed in the same meeting with the intention of marriage. Normally the woman makes the offer while the man accepts it. The parties must be free of all marriage hindrances such as blood relationship, relationship by marriage, and foster relationship.¹² There should not be any religious hindrances either: as such a Muslim woman cannot marry a non-Muslim man. This prohibition is not valid in the other direction: i.e. a Muslim may marry a woman who is adherent to one of the book-religions. Furthermore, the identities of the prospected spouses must be clearly specified.

Another essential element especially under the Sunnī schools is the presence of two witnesses for the valid conclusion of a marriage contract.¹³ For the Sunnī this element of publicity makes the difference between a valid and a void marriage. This rule is however not applicable under the Shīʿī school which does not require any witnesses for the formal validity of the marriage contract. In essence, a Muslim marriage is consensual and requires little formalities. This simplicity and informality – hailed as a general encouragement for marriage – poses particular problems in the modern, highly mobile and complex societies of our times. Today the proof of the conclusion of the marriage takes precedence over the informal character of marriage, and in most Islamic countries there is a requirement of registration of matters of personal status. Although non-compliance with this requirement is often only followed by criminal sanctions, without registration a marriage will not be given legal effect.¹⁴

III. Effects of nikāh

A valid marriage carries rights, duties and responsibilities. Many of them fall into the domain of the religious and spiritual. There are however many strictly legal consequences. The first effect of marriage is that the sexual relation is put on a legal basis, since sexual intimacy is only permitted in the context of mari-

¹¹ *Pearl/Menski* (n. 8) 139-140.

¹² For a detailed account refer to *Mohaqqeq-Damad*, *Legal and Civil Aspects of Marriage in Islam According to Shīʿī Tradition in: Basedow/Yassari, Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts*, 2004, p. 59-62.

¹³ See for example Art. 34 of the Lebanese Family Code or Art. 6 I d) of the Iraqi Code of Personal Status.

¹⁴ Under Iranian law marriage must be registered with official registration offices Art. 1 III of the Act on Marriage, *qānun rāḡe be ezdevaḡ* of August 1931.

tal union.¹⁵ Closely connected to this is the element of joint residence. A common matrimonial home is an essential element to Muslim marriage, unless there is a valid reason for separate residences. Under the Islamic conception, there is some degree of control over the movements and action of the wife by the husband.¹⁶ Furthermore, as the husband is conceived as the head of the family, the wife is expected to be obedient. This right shall not be abused of by the husband. While the wife is conceptually required to be obedient, the corresponding duty of the husband is to provide a dower and adequate maintenance. The dower generally consists of a specified amount of property, cash or other benefit. Dower is a direct effect of the marriage and is due even if the contract of marriage is silent on the issue. Finally, there is the duty to provide for maintenance during marriage. If not stipulated otherwise, the amount of maintenance is determined according to the societal position of the wife.¹⁷ After divorce, maintenance will only be due for three months in the so called waiting period, *‘idda*, if not specified otherwise in the marriage contract.

C. Temporary marriage (*mut‘a*)

I. Contractual character

A marriage of *mut‘a* is a marriage that is contracted for a fixed period of time. Other expressions denoting a marriage limited in time are *nikāh-e monqate‘* (discontinued marriage) and *nikāh-e movaqqat* (temporary marriage). Shi‘ī jurists discuss temporary marriage with all the care they bestow upon permanent marriage.

As with *nikāh*, *mut‘a* is a contract that requires offer and acceptance. The commencement of *mut‘a* rests upon the will and agreement of the couple.¹⁸ The marriage hindrances, as well as the religious restrictions, apply in the same manner as for *nikāh*; a Muslim woman can only contract a *mut‘a* with a Muslim man; a Muslim man only with women adherent to the monotheist Abrahamic religions.¹⁹

II. Registration

The consent of the parties is sufficient for the valid conclusion of such an union. Whereas permanent marriage must be registered with state offices to have legal effects, this is not required for temporary marriage, although it may

¹⁵ *Mohaqq-Damad* (n. 12) 58.

¹⁶ *Pearl/Menski* (n. 8) 177.

¹⁷ See Art. 1107 CC.

¹⁸ *Emāmī* (n. 3) 101.

¹⁹ *Haeri* (n. 2) 52.

be registered.²⁰ Mut^ca is concluded without witnesses or a religious ceremony.²¹ It is an informal act, with no publicity, requiring only the declaration of the consent of the parties.

III. Time limitation

The most important difference between permanent and temporary marriage is the limitation in time; i.e. the mut^ca has an expiry date.²² The time period must be definitive and delineated in a manner which allows no possibility of increase or decrease. The commencement and the ending of the marriage must be completely clear.²³ There is no upper or lower limit to the duration of the time period. It makes no difference whether the period is extremely long, so one doubts whether the parties will survive its duration; or extremely short, so that there is no possibility of consummation. In other words, any time period is permissible, as long as the parties are aware of the situation and agree.²⁴ Some have argued that the possibility to marry temporarily for a very short period of time makes mut^ca comparable to prostitution.²⁵ This argument can be refuted in so far as after expiry of the time the woman has to observe a waiting period (ʿidda) of two months before she may contract a new mut^ca. The ʿidda period has to be observed regardless of the duration of the marriage.²⁶

If the stipulated time is not mentioned, it is questionable whether a valid marriage is concluded, and if so, what kind of marriage is created: if the time limitation is missing, while the marriage was intended to be temporary, some argue that the marriage is null and void, since the pillar, on which the distinction between nikāh and mut^ca rests is the existence of an *explicitly mentioned* time limitation.²⁷ If that clause is not included though it was intended, everything that depends on it will be invalidated; thus the contract is null and void. Furthermore, since the most important feature of marriage is the actual will of the parties to contract it in a specific manner, an intended temporary marriage where the time period is not stated can not be transformed into a permanent one.²⁸ It is argued that in terms of their legal conceptualisation temporary and permanent marriage are of different nature and concluded for different reasons.

²⁰ ʿAllāmeḥ-Ḥāʿerī (n. 5) 93.

²¹ *Haeri* (n. 2) 53.

²² Art. 1075 CC.

²³ *Emāmī* (n. 3) 102.

²⁴ *Hāʿerī-Šāhbāq*, *Šarḥ-e qānūn-e madanī* [Commentary to the Civil Code], 1998, p. 937.

²⁵ See also the discussion on this issue *Haars*, Summary of the Discussion on Part I, in: Basedow/Yassari, *Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts*, 2004, p. 99.

²⁶ See below E.II.

²⁷ *Emāmī* (n. 3) 102.

²⁸ See the discussion in *Gorḡī*, *Ezdevāḡ-e movāqqat – mut^ca* [Temporary marriage], 1991, p. 34-35.

The transformation of one into another must be supported by the will of the couple; an accidental omitting of the time period will not effect the will of the parties.²⁹

In spite of the legal stringency of this opinion, the majority of the Shī'ī ulama hold that if the time period is not mentioned, the contract shall not be invalidated, but transformed into a permanent one.³⁰ The principle in marriage is that of a permanent bond, so that in absence of an explicit time limitation, the marriage must be permanent. The same is said whenever the parties disagree on the nature of the concluded marriage; the principle is to suppose a permanent marriage.³¹

IV. Dower

In temporary marriage as in permanent marriage, the dower is an essential part of the contract. In permanent marriage the marriage will be valid even if the dower is not explicitly mentioned in the marriage contract and is then due as the proper dower. In temporary marriage however, there is a critical difference.³² The contract must mention a dower of known value, whether in cash or kind. If the dower is not mentioned in a temporary marriage contract, the marriage will be null and void.³³

D. Legal effects of temporary marriage

I. Non-financial effects

As in permanent marriage, man and wife are committed to good behaviour toward each other.³⁴ As marriage in its concept is the only legal frame for the procreation of children, spouses are to assist each other in strengthening the basis of the family and in the education of their children.³⁵ In temporary marriage this only applies if its duration is of some length, since it is only then that a close and long-term relationship and responsibilities towards one another

²⁹ *Şafā'ī/Emāmī*, *Mohtaşar-e hoqūq-e ḥānevade* [A Concise Family Law], 5. ed. 2002, p. 25.

³⁰ *Gorǧī* (n. 28) 34; *Hā'eri-Şāhbāq* (n. 24) 936.

³¹ See Supreme Court of Iran, Case Number 30/404 from August 15, 1994 as quoted in *Bāzǧīr*, *Qānūn-e madanī dar āyīn-e ārā' dīvan-e 'ālī-ye keşvar* [Civil Law in the Judicature of the Supreme Court] vol. I, 2. ed. 2001, p. 157.

³² *Emāmī* (n. 3) 103.

³³ Art. 1095 CC: If the dower is not mentioned in the marriage contract, the marriage will be considered void.

³⁴ Art. 1103 CC.

³⁵ Art. 1104 CC.

and children can develop.³⁶ Whereas permanent spouses are required to live together, temporary spouses may live apart.³⁷ The same degree of freedom applies to the control of the wife by the husband. The degree of her obedience is limited and she is more free in her activities than a permanently married woman.³⁸ The non-financial effects emanating from temporary marriage are thus limited as compared to permanent marriage.

II. Financial effects

Marriage does not change the spouse's economic situation. Each of the spouses has the right to dispose of his/her assets as before marriage and is only liable towards his/her own creditors.³⁹ The property regime does not change with separation. There are no rules on the division of property after separation *ex lege*. When resolving disputes on property dispositions between spouses or in relation to third parties, the general rules on property and tort are applied. These rules apply to permanent and temporary marriage alike.

As far as maintenance is concerned, there is no such duty in a temporary union, unless stipulated otherwise in the contract.⁴⁰ If the contract mentions maintenance without determining the amount, the societal position of the wife will not be consulted as in permanent marriage; maintenance will rather be determined by customs and the capability of the man.⁴¹

III. Children

One of the most important issues in unions that are not permanent is the legal status of children. Here the *mut'a* offers a solution whereby the rights of the child are preserved as in permanent marriage.⁴² A child born into a marriage is considered legitimate, provided it is born within six months after the conclusion of the marriage (i.e. licit sexual intercourse) and no later than 10 months thereafter.⁴³ A child is considered illegitimate if born out of wedlock or into wedlock but outside these specific times.

³⁶ *Emāmī* (n. 3) 105.

³⁷ *Emāmī* (n. 3) 107.

³⁸ *Emāmī* (n. 3) 105.

³⁹ *Pearl/Menski* (n. 8) 184.

⁴⁰ According to Art. 1113 CC in a temporary marriage maintenance is not due unless stipulated otherwise; *Emāmī* (n. 3) 108.

⁴¹ *Emāmī* (n. 3) 108.

⁴² *Şafā'ī/Emāmī* (n. 29) 24-25.

⁴³ Art. 1158 CC.

The effects of illegitimacy have long been subject to a variety of opinions in Iran:⁴⁴ while the main view was that such a child had no right in regard to its parents, such as custody or maintenance and that it was upon the infringed society to take care of them,⁴⁵ others argued that the child was innocent in this situation and should not be deprived of its necessary protection.⁴⁶ For a long time the view remained that an illegitimate child had no rights of parental protection against its illegitimate parents, that no action for maintenance or support could be raised. Even though the commentators of the Iranian Civil Code insisted that this rule was not meant to punish the child but the parents who had disturbed social order and good morals,⁴⁷ the negative effects for the child remained. It was argued that were illegitimate children to be given legal protection, then this would encourage illicit non-marital relationship.

Finally, acknowledging that a clarification was desperately needed, in 1997 the Office of the Supreme Court made a statement⁴⁸ in which it declared that a child born out of wedlock will be considered the child of its biological parents with all legal obligations that are attached, with the exception of intestate succession.⁴⁹

Children born into temporary marriage are considered the legitimate children of both their parents, with all rights bestowed on them, including succession rights.⁵⁰ The parents owe them care and custody, regardless of their being temporary or permanent spouses. They cannot be deprived of their rights towards their children. At the end of the union, the same regulation applies as at the dissolution of a permanent marriage. In this respect the idea has prevailed that the children should not be disadvantaged if their parents have decided to live together on a temporary basis.

⁴⁴ *Kātūziān*, *Hoqūq-e madanī* [Civil Law], vol. II, 5. ed. 1999, p. 25; *Şafā' i/Emāmī*, *Hoqūq-e hānevāde* [Family Law], vol. II, 2. ed. 1997, p. 112.

⁴⁵ This was conceived in the Act for the Protection of Women and Children without a Guardian, *qānūn-e ta'mīn-e zanān va kūdakān-e bī sarparast*, from November 15, 1992, Law Collection of the year 1992, p. 466-468.

⁴⁶ See for further discussion *Yassari*, Who is a child? Consideration of tradition and modernity in Iranian Child Law in: Rutten (ed.) *Recht van de Islam 22: teksten van het op 18 juni 2004 te Leiden gehouden tweëntwintigste RIMO-symposium*. – Maastricht 2005, p. 17-30.

⁴⁷ *ʿEbādī*, *hoqūq-e kūdak* [The rights of children], 1999, p. 101.

⁴⁸ Declaration of the Office of the Supreme Court, No. 617 from June 24, 1997, quoted in *Şafā' i/Emāmī* (n. 29) 329; see also *ʿEbādī* (n. 47) 102-105.

⁴⁹ The only difference between legitimate and illegitimate children rests in succession law, since the only article of the Iranian civil code that deals with illegitimate children is Art. 884 CC, which provides that a child conceived in out of wedlock will not inherit from its illegitimate parents.

⁵⁰ *Raġabi/Mahmudīān*, Temporary marriage and troubles caused to women in: *hoqūq-e zanān* [Right of women] juristic periodical (22) 2002, p. 5-9 (6); *Bakhtiar* (n. 7) 462; Art. 1158-1163 CC on children apply also to children born from a temporary marital bond.

IV. Succession

There are no succession rights between temporary spouses. There are however diverting opinions whether succession rights can be created through respective stipulations in the marriage contract.⁵¹ Some Shī'ī scholars deny the spouse the creation of such rights under the contract, as succession rights are awarded by law and are exclusively reserved for permanent spouses.⁵² Others base their argument on the principle of private autonomy⁵³ and demand that such a contractual stipulation must be upheld by the parties.⁵⁴ In the Iranian Civil Code succession rights have been denied to temporary spouses. Art. 940 and 1077 CC make a distinction between permanent and temporary spouses and grant succession rights only to permanent spouses. This also is explained and justified by the principle of private autonomy: had the parties wished for further rights and duties, permanent marriage is always open to them. There is however no impediment to bequest the temporary spouse in a testamentary disposition.

E. Dissolution of temporary marriage

I. Expiry of time, waiver and annulment

Mut^ca can not be dissolved by divorce as permanent marriage can. In this mut^ca and nikāh are different. Mut^ca dissolves with passage of time, waiver or annulment.⁵⁵ The dissolution of mut^ca need not be witnessed or registered.⁵⁶

If the couple wishes to end the mut^ca before the prescribed time, they may do so by waiver of time through agreement. The man has however always a unilateral right to dissolve the mut^ca by waiver of time without the consent of his temporary wife, if he so wishes. The earlier dissolution results in the restitution of the due dower proportionate to the time left.⁵⁷

Mut^ca can furthermore be dissolved by annulment of the marriage for the same reason as under permanent marriage.⁵⁸ The contract of mut^ca is renewable, if certain conditions are met. Mut^ca cannot be renewed before it expires,⁵⁹

⁵¹ For a discussion between Iranian jurists see *Emāmī* (n. 3) 109-110; for the discussion between Islamic Shī'ī scholars see *Gorǧī* (n. 28) 47.

⁵² *Hā'erī-Šāhbāq* (n. 24) 939; *Emāmī* (n. 3) 109.

⁵³ That principle is derived from the Qur'an Sura 5, Verse 1: "O ye who believe! fulfil (all) obligations."

⁵⁴ *Gorǧī* (n. 28) 46, providing numerous hadith supporting this argument.

⁵⁵ Art. 1139 CC; *Gorǧī* (n. 28) 44.

⁵⁶ *Emāmī* (n. 3) 115.

⁵⁷ *Emāmī* (n. 3) 119.

⁵⁸ *Şafā'ī/Emāmī* (n. 29) 26. These are mostly physical deficiencies not known at the time of marriage.

⁵⁹ *Hā'erī-Šāhbāq* (n. 24) 937.

the temporary spouses must wait the expiry date and renew their contract or agree on a permanent marriage. There is no limitation in the option of renewal; a couple may contract the mut^{ʿa} as often as it wishes. Finally, the death of a temporary spouse ends the mut^{ʿa}.

II. Waiting period

Regardless of the length of the mut^{ʿa}, women must keep a period of abstinence, ʿidda, after its dissolution.⁶⁰ The waiting period is also prescribed in permanent marriage, the ʿidda in mut^{ʿa} is, however, shorter.⁶¹ The abstinence is justified by the need to determine pregnancy and hence establish paternity.

F. Conclusion and Evaluation

Temporary marriage creates a marital bond. This is obviously different from non-marital cohabitation in Western countries. This has however only a societal connotation, since sexual relations out of wedlock are considered a crime. Temporary marriage might be seen as a light version of marriage serving societal needs: creating a legitimate bond between the spouses, but with greater flexibility and less responsibilities. It is incepted without formality; it generates some financial duties and preserves the regime of separation of property. A characteristic of mut^{ʿa} is its contractual character and the possibilities to construe a personalised marriage contract.

The defenders of mut^{ʿa} have argued that it prevents illicit relationships and allows young couples to be married without having to commit themselves permanently. Mut^{ʿa} can thus be seen as marriage on probation, to see whether the couple is able to live together or not while abiding by the law. It can also serve persons with marriage experience who want to have a partner, but wish to avoid all personally unwelcome implications of yet another prospected life commitment. Mut^{ʿa} is less costly and allows poorer people to also find a spouse, be it temporarily. There are hardly any formalities for its conclusion and it is dissolved by passage of time, waiver of remaining time or annulment for physical or medical reasons. It can be renewed easily, if the union is to be continued. There are no succession rights between the spouses to mark that their commitment is not meant to go beyond a certain period.

One interesting point about mut^{ʿa} is its unconditional acceptance of the rights of the children born into such a union. Children born into temporary marriage will be considered legitimate. Whereas the responsibilities of the parties towards each other are reduced, the full protection of the law applies as

⁶⁰ *Bakhtiar* (n. 7) 462.

⁶¹ *Emāmī* (n. 3) 128.

far as the children are involved. The light version of marriage is therefore no impediment to the full rights of the children.

The one fact that may be troubling about temporary marriage is its understanding of being a relationship with an expiry date. This idea runs counter to the concept of marriage in general, and even in non-marital cohabitation generally the partners don't think about the end of their relationship at its beginning. This circumstance might mystify. But looking at the statistics on the duration of personal relationships, a limited but consensually renewable agreement to live together as a couple, with legal certainty may sometimes suit modern circumstances better.

5. Teil: Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung

Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen zur Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften

JENS M. SCHERPE

- A. Einleitung
 - I. Nichtehelele Lebensgemein-schaften als Faktum
 - II. Begriff und Abgrenzung der „nichtehelichen Lebensgemein-schaft“
- B. Struktur und Systematik, Verhältnis zur Ehe
 - I. Einzelregelungen
 - II. Bündelung
 - III. Formalisierte Rechtsinstitute
 - IV. Nichtehelele Lebensgemein-schaften in der Verfassung und Verhältnis zur Ehe
 - V. Richterrecht
- C. Eingehung der nichtehelichen Lebens-gemeinschaft
 - I. Sachliche Voraussetzungen: Zwei Regelungsmodelle – und einige Variationen
 - 1. Einfache Lebensgemeinschaft
 - 2. Formalisierte Lebensgemein-schaft
 - 3. Mischformen und Variationen
 - II. Persönliche Voraussetzungen
 - III. Stellungnahme
- D. Rechtswirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
 - I. Vermögenszuordnung, Unterhalt und Erbrecht
 - 1. Lösung nach allgemeinen Vorschriften
 - 2. Lösung nach einem beson-deren Regime für nichtehe-liche Lebensgemeinschaften
 - 3. Gleichlauf von Ehe und nichtehelicher Lebens-gemeinschaft
 - 4. Stellungnahme
 - II. Kindschaft
 - 1. Sorgerecht für gemein-schaftliche Kinder
 - 2. Sorgerecht für Kinder des anderen Partners
 - 3. Künstliche Befruchtung
 - 4. Adoption
 - 5. Stellungnahme
 - III. Sonstiges
- E. Auflösung der nichtehelichen Lebens-gemeinschaft
- F. Internationales Privatrecht
- G. Zusammenfassung in Thesen

A. Einleitung

I. Nichtehelele Lebensgemeinschaften als Faktum

Die Ehe ist in der westlichen Welt nur noch eine von vielen Familienformen, wenn auch weiterhin die vorherrschende. Dennoch hat sie als traditionelle Familienstruktur nicht mehr die Bedeutung, die sie noch vor 50 oder sogar 20 Jahren hatte. Hierzu haben nicht nur gestiegene Scheidungsquoten beigetragen, sondern insbesondere auch die Tatsache, dass immer mehr Menschen ohne

Eheschließung zusammenleben. Immer häufiger gehen aus solchen nichtehelichen Beziehungen auch Kinder hervor. So werden in *Schweden* rund 50 % der Kinder nichtehelich geboren, in *Frankreich* sind es 44 % (und sogar 57 % der Erstgeburten), in *Slowenien* 42 %.¹

Unabhängig davon, wie man zu diesen „Ehen ohne Trauschein“ oder gar „wilden Ehen“ steht, so sind sie doch inzwischen ein realer Bestandteil der modernen Gesellschaft und können als solcher nicht im napoleonischen Sinne ignoriert werden.² In gelebten Gemeinschaften entstehen unweigerlich Probleme, die in zunehmendem Maße auch die Gerichte beschäftigen. Daher finden sich denn auch in allen untersuchten Rechtsordnungen auf die eine oder andere Weise Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften, die inhaltlich eine beachtliche Spannweite aufweisen. Gerichte und Gesetzgeber sind zu dem zutreffenden Ergebnis gekommen, dass es mit dem Hinweis „dass diese Leute selber Schuld seien, da sie ja hätten heiraten können“ nicht sein Bewenden haben kann, sondern vielmehr existierende rechtliche Probleme auch angemessener Lösungen bedürfen, insbesondere – aber nicht nur – wenn Kinder aus solchen Verbindungen hervorgehen. Die Notwendigkeit des Schutzes des schwächeren Partners und der Kinder ist unabhängig vom formellen Status der Beziehung. Dies ist eine gesellschaftliche Aufgabe, der sich auch und insbesondere der Gesetzgeber zu stellen hat.

Im Folgenden sollen nunmehr die in den Länderberichten beschriebenen Regelungen miteinander verglichen und bewertet werden. Dies ist insofern problematisch, als dass die einzelnen Regelungen in hohem Maße vor dem jeweiligen gesellschaftlichen und sozialen Hintergrund zu beurteilen sind und die Intensität der Regelung auch sehr von dem gewählten Regelungsmodell abhängt. Zudem bestehen zahlreiche Interdependenzen zu anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem öffentlichen Recht, die nur sehr oberflächlich dargestellt werden können, die aber dennoch von erheblicher Bedeutung sind. Die jeweiligen nationalen Regelungen sind insofern eingebettet in einen umfassenden Regelungsrahmen, dessen Darstellung aus Platzgründen schon in den Länderberichten nicht zu leisten war und daher erst recht an dieser Stelle nicht geleistet werden kann. Insofern muss sich der Vergleich auf die Grundstrukturen beschränken. Dabei wird weitgehend der Grobstruktur des Fragebogens (oben S. 205-207 bzw. S. 208-210) gefolgt.

II. Begriff und Abgrenzung der „nichtehelichen Lebensgemeinschaft“

Zuvor ist jedoch noch zu klären, was der Begriff „nichteheliche Lebensgemeinschaften“ zumindest für die Zwecke dieses Beitrages genau bezeichnet. Er soll

¹ Vgl. die Länderberichte *Schweden* (S. 416), *Frankreich* (S. 220 f.) und *Slowenien* (S. 396) sowie *Kreyenfeld/Konietzka*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Demographische Trends und gesellschaftliche Strukturen, in diesem Band, S. 45 ff., 50 ff. und 54 ff.

² „Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux“.

hier nicht nur „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ umfassen, sondern grundsätzlich auch Zusammenlebende gleichen Geschlechts, also nach deutschem Verständnis gleichgeschlechtliche Paare, die nicht in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft zusammenleben (auch „nichtverpartnerte“ Lebensgemeinschaften).³ Der englische Begriff „cohabitation“ ist insofern treffender, da er das Zusammenleben unabhängig von der Ehe und unabhängig vom Geschlecht der Partner beschreibt.⁴

Neben dem Schutz des schwächeren Partners und der Kinder war eine weitere Motivation zur Schaffung von Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften in einigen Ländern die rechtliche Anerkennung und damit auch der Schutz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften. So wurden in *Frankreich*, den *Niederlanden*, den *spanischen Comunidades* und *Belgien* Rechtinstitute geschaffen, die sowohl gleich- als auch verschiedengeschlechtlichen Paaren offen stehen.⁵ Damit wurde versucht, „zwei Fliegen mit einer Klappe zu schlagen“: einerseits eine Regelung für verschiedengeschlechtliche Paare zu schaffen, die keine Ehe eingehen wollen, ihre dauerhafte Partnerschaft dennoch aber gewissen Regelungen unterwerfen wollen, andererseits eine Regelung für gleichgeschlechtliche Paare zur Verfügung zu stellen, um deren Bedürfnis nach einer Anerkennung und Formalisierung ihrer Beziehung nachzukommen. Dass hierbei zwei grundverschiedene Problemstellungen, zum einen Paare, die nicht heiraten wollen, und zum anderen Paare, die nicht heiraten können, mit einer einzigen Lösung bedacht werden, ist wenig sachgerecht und vielfach zu Recht kritisiert worden.⁶ In den *Niederlanden* und *Belgien* hat dies letztlich dazu geführt, dass zusätzlich zu den zunächst für gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paare geschaffenen Regelungen dann – um die weiter bestehende Ungleichbehandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren zu beseitigen – doch die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet wurde.⁷

³ Von den untersuchten Ländern finden lediglich in *Slowenien* und im australischen Bundesstaat *South Australia* die Regelungen für nichteheliche Paare grundsätzlich keine Anwendung auf gleichgeschlechtliche Paare. Teilweise gelten jedoch für gleichgeschlechtliche Paare auch in den anderen Ländern abweichende Regelungen, wie etwa in *Katalonien* und *Kroatien*.

⁴ Für *Hausmann*, Einführung, in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 2004, S. 48 ff. schließt der Begriff 'nichteheliche Lebensgemeinschaft' zwar gleichgeschlechtliche Paare aus, aber die Regelungen für verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften sollen auf gleichgeschlechtliche übertragen werden.

⁵ Vgl. die Länderberichte S. 211-247, S. 307-374, S. 249-275 und S. 277-305.

⁶ Vgl. etwa Länderbericht *Frankreich*, S. 246-247 und Länderbericht *Niederlande*, S. 310-313 und 369 f.

⁷ Vgl. dazu die Länderberichte zu den *Niederlanden*, S. 308-313 und *Belgien*, S. 280-283 sowie *Pintens/ Scherpe*, Gleichgeschlechtliche Ehen in Belgien, Das Ständesamt – Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands (StAZ) 2003, 321-323.

Deutschland und die nordischen Länder haben es daher vorgezogen, ein eigenes Rechtsinstitut für homosexuelle Paare als Eheäquivalent zu schaffen.⁸

Eheäquivalente für gleichgeschlechtliche Paare, wie sie die registrierte Partnerschaft in den nordischen Ländern⁹ sowie die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft¹⁰ darstellen, sind jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrages. Die niederländische registrierte Partnerschaft ist insofern ein Sonderfall, als dass sie sowohl gleich- als auch verschiedengeschlechtlichen Paaren offen steht und von ihren Rechten und Pflichten der Ehe sehr ähnlich ist.¹¹ Dennoch soll für die Zwecke dieses Beitrages auch dieses Rechtinstitut als „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ verstanden werden, da in den Niederlanden Paaren unabhängig von ihrem Geschlecht auch die Eheschließung möglich ist.

B. Struktur und Systematik, Verhältnis zur Ehe

I. Einzelregelungen

In allen untersuchten Rechtsordnungen finden sich zahlreiche Einzelregelungen, die auf nichteheliche Lebensgemeinschaften Anwendung finden. Meist handelt es sich um „Stückwerk“, d.h. dass die einzelnen Regelungen nach und nach geschaffen wurden, sei es durch Rechtsprechung oder Gesetze. Dies betrifft vor allem das öffentliche Recht, wo z.B. in nahezu allen untersuchten Rechtsordnungen etwa der Anspruch auf gewisse staatliche Leistungen entfällt, wenn die betreffende Person in einer dauerhaften nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt. Naturgemäß fehlt es wie etwa in *Deutschland*, *Dänemark*,

⁸ So lautete auch die Empfehlung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht an den deutschen Gesetzgeber, vgl. *Kötz/Dopffel/Scherpe*, Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen in: Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, 2000, S. 391-423 (421 f.).

⁹ Dazu *Dopffel/Scherpe*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Recht der nordischen Länder in: Basedow u.a. (Fn. 8) S. 7-49 sowie für Dänemark *Scherpe*, Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark – Zur Novellierung des Gesetzes von 1989, Deutsches und Europäisches Familienrecht (DEuFamR) 2000, 32-37; *ders.*, Erfahrungen mit dem Rechtsinstitut der registrierten Lebenspartnerschaft in Dänemark, Familie Partnerschaft Recht (FPR) 2001, 439-441.

¹⁰ Dazu vgl. nur *Schwab*, Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick, FamRZ 2001, 385-398; *Schwab/Walter*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft, 2002; *Wellenhofer-Klein*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft, 2003; *dies.*, Das neue Recht für eingetragene Lebenspartnerschaften, NJW 2005, 705-709; *Dethloff*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein neues familienrechtliches Institut, NJW 2001, 2598-2604; *dies.*, The Registered Partnership Act of 2001, Annual Survey of International Society of Family Law 2002, S. 171-180; *Muscheler*, Das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2004; *Röthel*, Eingetragene Lebenspartnerschaft – Allgemeine Grundlagen und ausgewählte Einzelprobleme, in: Hausmann/Hohloch (Fn. 4) S. 137-192.

¹¹ Vgl. den Länderbericht 307-374 sowie *Boele-Woelki/Schrama*, Die Rechtsstellung von Menschen mit homosexueller Veranlagung im niederländischen Recht, in: Basedow u.a. (Fn. 8) S. 51 ff.

Norwegen oder in den *Niederlanden* (für nichtregistrierte Partnerschaften) bei diesen punktuellen Lösungen oft an einer konsistenten Behandlung oder gar Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.¹² Je nach Gesetz oder Rechtsgebiet werden kürzere oder längere Fristen des Zusammenlebens oder andere Voraussetzungen gefordert. Dies mag zwar für die jeweiligen Rechtsgebiete zu angemessenen Regelungen führen, die Betroffenen sehen sich jedoch mit unzähligen rechtlichen Begriffen und Abgrenzungen konfrontiert, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt.

II. Bündelung

Daneben finden sich wie etwa in *Schweden, Portugal, Kroatien, Slowenien, Neuseeland* und den Staaten *Australiens* Gesetze, die für einige Rechtsbereiche eine gewisse Bündelung der nichteheliche Lebensgemeinschaften betreffenden Rechtsnormen vornehmen – wenngleich dennoch wiederum hiervon zum Teil bei weiteren Einzelgesetzen abgewichen wird und dort andere Voraussetzungen gelten. Teilweise gelten diese „Bündelungsgesetze“ auch nur für bestimmte Bereiche, etwa für das Vermögensrecht, Unterhaltsfragen und Erbrecht.

III. Formalisierte Rechtsinstitute

Schließlich finden sich in einigen der untersuchten Rechtsordnungen, insbesondere in *Frankreich, Belgien* und den *Niederlanden*, Rechtsinstitute, die einen formalisierten Akt zur Begründung der (dann formell anerkannten) Lebensgemeinschaft erfordern und somit über einen klaren Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolgen der Lebensgemeinschaft verfügen. In diesen Ländern bestehen dann freilich auch weitere Regelungen für diejenigen Paare, die jenen formellen Akt nicht vorgenommen haben, so dass dort die oben beschriebenen Probleme gleichermaßen auftreten.

IV. Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Verfassung und Verhältnis zur Ehe

In *Kroatien, Slowenien* und den *Niederlanden* ist sogar in der Verfassung festgelegt, dass auch nichtehelichen Lebensgemeinschaften ein gewisser Schutz zukommen muss bzw. sie zu regeln sind.

¹² Vgl. die Länderberichte *Dänemark* (S. 455-478), *Norwegen* (S. 439-454) und *Niederlande* (S. 307-374). So wird beispielsweise in den *Niederlanden* in verschiedenen Normen mit insgesamt fünfzehn unterschiedlichen Begriffen von „nichtehelicher Lebensgemeinschaft“ operiert, vgl. den Länderbericht, S. 319. Für einen Überblick über auf nichteheliche Lebensgemeinschaften Bezug nehmende deutsche Regelungen siehe *Zwißler*, Vorhandene gesetzliche Regelungen für nichteheliche Lebenspartner, Familie Partnerschaft Recht (FPR) 2001, 15 ff.

Die kroatische Verfassung bestimmt in Art. 61, dass Ehe und nichteheliche Lebensgemeinschaft geregelt werden sollen;¹³ Entsprechendes findet sich in der slowenischen Verfassung.¹⁴ In der jugoslawischen Verfassung von 1974 hatte es in Art. 190 noch geheißen, dass „Familien“ gesellschaftlichen Schutz genießen. Zwar enthalten die jetzt geltenden Verfassungen Kroatiens und Sloweniens keine inhaltlichen Vorgaben und bestimmen auch explizit keine Schutzpflicht für den Staat, dennoch bedeuten diese Bestimmungen aber eine verfassungsrechtliche Anerkennung nichtehelicher Lebensgemeinschaften.

In Art. 10 Abs. 1 des niederländischen Grundgesetzes heißt es, dass alle Bürger das Recht haben, eine Lebensgemeinschaft einzugehen. Nach herrschender Auffassung ist dieser Norm zu entnehmen, dass den Bürgern damit die Wahl ihrer Lebensgemeinschaft und insbesondere deren Form frei stehen müssen. Unklar ist freilich, inwieweit der Gesetzgeber unter Achtung von Art. 10 Abs. 1 zwischen den verschiedenen Formen von Lebensgemeinschaften differenzieren darf.¹⁵

In den Ländern mit verfassungsrechtlicher Verankerung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind die bestehenden Regelungen auch ideologisch unumstritten. In den meisten anderen Ländern hingegen wurden umfangreichere Regelungen für nichteheliche Paare meist nach recht langer und intensiver Diskussion verabschiedet, nicht zuletzt weil sich ihre Wirkung auch und insbesondere auf gleichgeschlechtliche Paare erstrecken sollte.¹⁶ Bemerkenswert ist aber, dass dennoch den Länderberichten zufolge durchweg in den bestehenden Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften keine „Bedrohung“ für das Rechtsinstitut der Ehe mehr gesehen wird, sobald diese Regelungen erst einmal etabliert waren. Anstatt als Konkurrenz oder „Ehe light“ angesehen zu werden, wurden die Regelungen mit der Zeit als Anerkennung der gesellschaftlichen Realität akzeptiert. Ein Grund hierfür ist sicherlich, dass die Regelungsintensität und -dichte der Normen zudem hinter denen der Ehe zurückbleibt.¹⁷ Die Regelungen verweisen denn auch allenfalls partiell auf die eherechtlichen Vorschriften, damit auch auf diese Weise klargestellt wird, dass es sich bei den geregelten nichtehelichen Lebensgemeinschaften um ein Aliud zur Ehe darstellt. Auch ist in allen untersuchten Rechtsordnungen ein Übergang, gewissermaßen ein „upgrade“, zur Ehe für verschiedengeschlechtliche Paare möglich, in Belgien und den Niederlanden¹⁸ auch für gleichgeschlechtliche Paare.

¹³ Vgl. den Länderbericht, S. 400.

¹⁴ Vgl. den Länderbericht, S. 378 f.

¹⁵ Vgl. den Länderbericht, S. 318 f.

¹⁶ Vgl. etwa für Frankreich den Länderbericht, S. 212-216.

¹⁷ Außer in den Niederlanden.

¹⁸ In den Niederlanden kann sogar eine Ehe ohne größeren Aufwand in eine registrierte Partnerschaft umgewandelt werden. Da registrierte Partnerschaften anders als Ehen in den Niederlanden relativ leicht aufzulösen sind, hat dies zu dem Phänomen geführt, dass scheidungswillige Eheleute ihre Ehe zunächst in eine registrierte Partnerschaft umwandeln, nur um sie dann möglichst schnell wieder aufzulösen (sog. Blitzscheidung). Vgl. dazu den Länder-

Auch hierdurch kommt klar zum Ausdruck, dass die Ehe als die höherrangige Lebensgemeinschaft angesehen wird.

V. Richterrecht

Für alle Rechtsordnungen gilt, dass die Gerichte, wenn sie mit unregulierten Bereichen des nichtehelichen Zusammenlebens konfrontiert werden, sich mit Anleihen aus anderen Rechtsgebieten behelfen, so insbesondere dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, dem Gesellschaftsrecht sowie stillschweigenden Verträgen und dem Wegfall einer (vermuteten) Geschäftsgrundlage. Hierbei werden durch die Gerichte zum Teil durchaus angemessene Ergebnisse gefunden, es fehlt jedoch an einer konsistenten Linie und damit an Rechtssicherheit für die Betroffenen.

C. Eingehung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

I. Sachliche Voraussetzungen: Zwei Regelungsmodelle und einige Variationen

Bei der Untersuchung, wie eine nichteheliche Lebensgemeinschaft begründet wird bzw. ab welchem Zeitpunkt sich Rechtsfolgen an die Lebensgemeinschaft anknüpfen, haben sich zwei grundsätzliche Modelle herausgebildet: Die einfache (dazu unten C.I.1.) und die formalisierte (dazu unten C.I.2.) nichteheliche Lebensgemeinschaft.

1. Einfache Lebensgemeinschaft

In Schweden, Dänemark, Norwegen, Kroatien, Portugal, Slowenien, Aragón, Andalusien, Katalonien (für verschiedengeschlechtliche Paare), Navarra, den Kanarischen Inseln, den kanadischen Provinzen und Territorien (außer Nova Scotia und Quebec), den australischen Teilstaaten und Neuseeland ist kein formeller Akt zur Etablierung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erforderlich. Grundvoraussetzung ist nur ein bloßes „Zusammenleben“, wobei Fristen und etwaige sonstige Voraussetzungen zum Teil erheblich voneinander abweichen – teilweise sogar innerhalb des jeweiligen Landes je nach Regelungstatbestand. Oftmals wird bei Vorhandensein eines gemeinsamen Kindes auch

bericht zu den Niederlanden S. 310 f. und *Boele-Woelki*, Scheidung und nachehelicher Unterhalt in den Niederlanden, in: Hofer/Schwab/Henrich (Hrsg.), Scheidung und nachehelicher Unterhalt im europäischen Vergleich, 2003, S. 197 ff., *dies.*, De administratieve echtscheiding is een feit, FJR 2003, 121 sowie *Sumner*, Dissolution of Registered Partnerships: Excursion in Conversion, *International Family Law (IFL)* 2004, 231 ff.

von einer Mindestfrist abgesehen und das nichteheliche Zusammenleben vermutet.

a) Fristen und Relevanz gemeinsamer Kinder

Kroatien und *Neuseeland* beispielsweise machen grundsätzlich ein dreijähriges Zusammenleben zur Voraussetzung,¹⁹ in *Portugal* genügen zwei Jahre,²⁰ in den *spanischen* Comunidades genügt teilweise schon ein Jahr.²¹ In *Dänemark* schwanken die Fristen je nach Gesetz zwischen zwei und fünf Jahren.²² Andere Staaten wie etwa *Schweden*, *Slowenien* und *Frankreich* (für die concubinage) nennen keine ausdrückliche Frist, sondern halten ein „längeres“ oder „dauerhaftes“ Zusammenleben für ausreichend, so dass der Rechtsprechung im Einzelfall ausreichender Spielraum verbleibt.²³ Eine starre zeitliche Festlegung erscheint denn auch wenig sinnvoll, nimmt man den wesentlichen Zweck der Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ernst, den Schutz des schwächeren Partners zu gewährleisten. Das „Verfehlen“ der erforderlichen Dauer des Zusammenlebens um einige Wochen ändert im Zweifel nichts am Schutzbedürfnis; andererseits bedeutet auch ein mehrjähriges Leben in derselben Wohnung nicht notwendigerweise ein nichteheliches Zusammenleben, auch wenn es ein solches vielleicht vermuten lässt. Erst eine Gesamtschau der Umstände ermöglicht eine solche Entscheidung, so dass eine feste Frist nicht festgelegt werden sollte.

In einigen Ländern, die ein Fristerfordernis kennen, wie etwa *Kroatien*, einigen *spanischen* Comunidades und *Neuseeland* führt das Vorhandensein gemeinsamer Kinder dazu, dass vom Fristerfordernis abgesehen und bei Zusammenwohnen unabhängig von der Dauer eine Lebensgemeinschaft vermutet wird.²⁴ Die Regelungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dienen nicht zuletzt auch dem Schutz gemeinsamer Kinder; auch ist ein Partner, der zu Hause bleibt und die Kinder versorgt, in besonderem Maße schutzwürdig. Hier widerspräche ein Festhalten an einer starren Fristenregelung erst recht dem Schutzzweck der Vorschriften, so dass in den genannten Ländern eine gesetzlich verankerte Vermutung für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bei Vorhandensein einer gemeinsamen Wohnung und gemeinsamer Kinder folgerichtig ist. In den übrigen Ländern werden Kinder richtigerweise gleichfalls als starkes Indiz für das Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesehen, dazu sogleich.

¹⁹ Vgl. die Länderberichte, S. 405 und S. 544.

²⁰ Vgl. den Länderbericht, S. 258.

²¹ Vgl. den Länderbericht, S. 255-258.

²² Vgl. den Länderbericht, S. 458 f.

²³ Vgl. die Länderberichte, S. 418-420, S. 380, S. 224.

²⁴ Vgl. die Länderberichte, S. 405, S. 256 f. und S. 543.

b) „Zusammenleben“

„Zusammenleben“ als Begriff ist ein wenig klares Anknüpfungskriterium und bedarf daher einer Auslegung. In *Schweden* und *Norwegen* ist z.B. nach dem Gesetzeswortlaut eine gemeinsame Haushaltsführung erforderlich.²⁵ Ob daher das so genannte „living apart together“ oder das z.B. berufsbedingte Getrenntleben, ein längerer Krankenhaus- oder Gefängnisaufenthalt die Anwendung der Vorschriften über die nichtehelichen Lebensgemeinschaften ausschließt, ist unklar. In *Frankreich*, wo die concubinage in Art. 518-8 Code civil definiert ist, und dem australischen Bundesstaat *New South Wales* wird hingegen ein Zusammenleben „als Paar“ vorausgesetzt, in *Dänemark* nennen einige (vor allem ältere), aber nicht alle Vorschriften ein „eheähnliches Zusammenleben“ als Tatbestandsmerkmal.²⁶ In *Schweden* hingegen wurde im Zuge der letzten Gesetzesrevision, die die bis dahin getrennten Gesetze für gleich- und verschiedengeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaften zusammenführte, der Verweis auf die Eheähnlichkeit bewusst gestrichen. Das Vorhandensein oder zumindest die Möglichkeit einer sexuellen Beziehung liegt dennoch den meisten untersuchten Regelungen zugrunde. In Australien sind hingegen in *New South Wales*, *Tasmanien* und dem *Capital Territory* auch sog. „caring relationships“ von den rechtlichen Regelungen umfasst, also reine als Einstands- und Fürsorgegemeinschaften ohne das Erfordernis einer sexuellen oder Partnerschaft (siehe dazu unten sogleich C.II. zu den persönlichen Voraussetzungen.)

Eine klare Definition für ein rechtlich relevantes „Zusammenleben“ findet sich in keinem der untersuchten Länder und wäre wohl auch nicht sinnvoll. In *New South Wales*, *Tasmanien* und *Neuseeland* finden sich in den Gesetzen aber einige Kriterien, die bei der Beurteilung neben allen anderen Umständen zu berücksichtigen sein können, darunter etwa die Dauer der Beziehung, gemeinsame Wohnung, ob eine sexuelle Beziehung vorlag, eine gemeinsame Haushaltsführung und gemeinsame Finanzen, Teilhabe an der Erziehung der Kinder des anderen Partners etc.²⁷ Ähnliche Kriterien finden sich in den anderen Ländern in Rechtsprechung²⁸ oder wie etwa in *Schweden* in den travaux préparatoires zu den Gesetzen.²⁹ In allen untersuchten Rechtsordnungen ist zudem das Vorhandensein gemeinsamer Kinder ein starkes Indiz für das Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, wenn die Partner zusammen mit den Kindern wohnen oder zumindest wohnten. Wie im vorigen Abschnitt a) angeführt,

²⁵ Vgl. die Länderberichte, S. 418-420 und S. 442.

²⁶ Vgl. die Länderberichte, S. 225, S. 533-535 und S. 458 f.

²⁷ Vgl. sec. 4 (2) De Facto Relationships Act 1984 (*New South Wales*); sec. 5 (3) Relationships Act 2003 (*Tasmanien*); sec. 2D (2) Property (Relationships) Act 1976 (*Neuseeland*).

²⁸ Etwa in *Kanada* in *Molodowich v. Pentinnen*, (1980) 17 R.F.L. (2d) 376 (Ont. Dist. Ct.) und für das England in *Kimber v. Kimber*, [2000] 1 FLR 383.

²⁹ Vgl. den Länderbericht, S. 418-420.

lassen gemeinsame Kinder auch eventuell bestehende Fristerfordernisse entfallen.

Ob in Gesetz oder Rechtsprechung, letztlich sind diese Kriterien allenfalls als Indizien zu sehen, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen allein aber nicht ausreicht, um festzustellen, ob ein rechtlich relevantes nichteheliches Zusammenleben vorliegt. Eine solche Feststellung kann lediglich anhand des Einzelalles erfolgen, so dass in allen Ländern richtigerweise auf eine enge Definition verzichtet wurde. Die Nennung einiger möglicher Kriterien zur Prüfung im Gesetz wie in *New South Wales*, *Tasmanien* und *Neuseeland* kann hier hilfreich sein. Dabei muss allerdings klargestellt werden, dass die Aufzählung nicht abschließend ist und das Vorliegen der genannten Kriterien nicht zwingend auf das Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft schließen lassen.

2. Formalisierte Lebensgemeinschaft

Frankreich, Belgien, Niederlande, die kanadischen Provinzen *Nova Scotia* und *Quebec* sowie in Spanien *Valencia, Madrid, Extremadura*, die *Balearen* und das *Baskenland* hingegen kennen ein eigenes formelles Rechtsinstitut für nichteheliche Lebensgemeinschaften.³⁰ Zur Begründung dieser formalisierten Lebensgemeinschaft ist dementsprechend ein formeller Akt erforderlich.

In *Frankreich* können die Partner mit dem *Pacte civil de solidarité (PACS)* einen Vertrag schließen, welcher beim Amtsgericht zu registrieren ist; des Weiteren ist auch ein Zusammenleben als Paar (*vie de couple*) erforderlich.³¹ In *Belgien* wird für das „Gesetzliche Zusammenleben“ gleichfalls ein Vertrag geschlossen, der aber beim Standesamt zu registrieren ist.³² In den *spanischen Comunidades*, die einen formalen Akt erfordern, sind gleichfalls Registrierungen bei eigens geschaffenen Registern erforderlich, außer in *Katalonien* wo eine öffentliche Urkunde genügen soll.³³ In der kanadischen Provinz *Nova Scotia* ist neben einer Erklärung zur *domestic partnership*, die zudem von Zeugen unterschrieben sein muss, auch eine Registrierung erforderlich, damit die *domestic partnership* voll rechtswirksam wird.³⁴ In den *Niederlanden* wird eine registrierte Partnerschaft beim Standesbeamten eingegangen, der darüber eine öffentliche Urkunde ausfertigt;³⁵ ähnlich ist es auch in *Quebec* für *civil unions*, die vor einer zuständigen Stelle wie einem Notar oder Registerbeamten bei Gericht vor Zeugen geschlossen werden.³⁶

³⁰ In *Katalonien* ist nur für gleichgeschlechtliche Paare eine öffentliche Urkunde zur rechtlichen Anerkennung der Lebensgemeinschaft erforderlich.

³¹ Vgl. den Länderbericht, S. 222-224.

³² Vgl. den Länderbericht, S. 285-287.

³³ Vgl. den Länderbericht, S. 255-258.

³⁴ Vgl. den Länderbericht *Kanada*, S. 488.

³⁵ Vgl. den Länderbericht, S. 316-318.

³⁶ Vgl. den Länderbericht *Kanada*, S. 488 f.

Insgesamt ist somit festzustellen, dass mit der Ausnahme von *Katalonien* in allen Ländern, die eine formalisierte Form der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kennen, in irgendeiner Form eine öffentliche Registrierung erforderlich ist und nicht etwa privatrechtliche Verträge genügen. Dies ist auch insofern einleuchtend, als dass eines der stärksten Argumente für das Erfordernis eines formellen Aktes ja gerade die durch die Erkennbarkeit nach außen geschaffene Rechtssicherheit ist.

Das Erfordernis eines formellen Aktes hat den entscheidenden Vorteil, dass die daran geknüpften Rechtsfolgen durch die bewusste und freiwillige Entscheidung der Partner legitimiert sind. Es ist jedoch auffällig, dass in allen untersuchten Ländern mit formalisierten Formen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in gewissem Umfang auch Regelungen für diejenigen Paare bestehen, die den erforderlichen formellen Akt nicht vollzogen haben. So kommt es durch die Einführung eines Rechtsinstitutes, dass eine Formalisierung erfordert, im Ergebnis nur zu einer neuen Stufe familienrechtlicher Regelungen, denn die zuvor bestehenden Regelungen für einfache, also nichtformalisierte Lebensgemeinschaften bestehen daneben weiter bzw. werden sogar neu geschaffen. So kommen letztlich für Lebensgemeinschaften dann vier Regelungsstufen in Betracht:

1. Ehe (überwiegend nur für verschiedengeschlechtliche Paare)
2. Formalisierte nichteheliche Lebensgemeinschaft)
3. Einfache, nichtformalisierte Lebensgemeinschaft und
4. Paare, auf deren Lebensgemeinschaft nicht einmal die Regelungen für nichtformalisierte Lebensgemeinschaften Anwendung finden (etwa wegen zu kurzer Dauer, mangelnder Verbindlichkeit etc.).

Für Regelungen für einfache, nichtformalisierte Lebensgemeinschaften besteht auch eine Notwendigkeit, denn es kann nicht ernstlich erwartet werden, dass alle Lebensgemeinschaften sich registrieren lassen, sei es aus Unkenntnis oder als bewusste Entscheidung. Das Ziel der Rechtssetzung in diesem Bereich, der Schutz des schwächeren Partners und der Kinder, ist jedoch gänzlich unabhängig von einem formellen Akt und besteht somit auch bei einfachen Lebensgemeinschaften unverändert fort. Wenn also das Ziel der Einführung formalisierter nichtehelicher Lebensgemeinschaften eine Verbesserung des Schutzes für alle nichteheliche Partner und Kinder war, so muss dieses unweigerlich scheitern, da nur diejenigen Paare in den Genuss der Regelungen kommen, die den erforderlichen formellen Akt auch vollziehen. Dabei dürfte es sich nach den Erfahrungen, die aus den entsprechenden Länderberichten zu entnehmen sind, nicht nur nicht um die Mehrzahl der Lebensgemeinschaften handeln, sondern sogar im Gegenteil um eine kleine Minderheit der Lebensgemeinschaften. Das Modell der formalisierten nichtehelichen Lebensgemeinschaft erweist sich somit als „Mogelpackung“ und vermag die Probleme der meisten nichtehelichen Lebensgemeinschaften nicht zu lösen.

3. Mischformen und Variationen

Neben „reinen“ Modellen zur einfachen und formalisierten Lebensgemeinschaft finden sich in einigen der untersuchten Länder interessante Mischformen, etwa in *Katalonien* (nur für verschiedengeschlechtliche Paare), *Aragón*, *Navarra*, den *Kanarischen Inseln* und *Tasmanien*. Hier kann die Lebensgemeinschaft zwar auch durch bloßes Zusammenleben begründet werden, Paare haben jedoch auch die Möglichkeit, sich zu registrieren und damit den Regelungen für die nichtehelichen Lebensgemeinschaften zu unterfallen (sog. „opt-in“). Eine solche Lösung erscheint zur Ergänzung eines Regelungsmodells, das grundsätzlich an das bloße Zusammenleben anknüpft, nützlich, da sicherlich nicht in allen Fällen ein mehrjähriges Abwarten erforderlich oder zumutbar ist. Darüber hinaus kennen einige Länder, hierunter das in diesem Buch nicht untersuchte *Island* sowie die *Niederlande* (für nicht registrierte Partnerschaften), ergänzend die Möglichkeit zur amtlichen Registrierung der Lebensgemeinschaft ausschließlich für Zwecke des öffentlichen Rechts. Eine solche Registrierung hat dann z.B. zur Folge, dass Steuervorteile für die nichtehelichen Partner gewährt werden.³⁷

II. Persönliche Voraussetzungen

Ganz überwiegend gelten für die nichtehelichen Lebensgemeinschaften ähnliche Eingehungsvoraussetzungen wie für die Ehe. So darf zumeist keiner der Partner anderweitig verheiratet sein. Es finden sich jedoch auch Ausnahmen: So kann in *Frankreich* eine *concubinage* mit entsprechenden Rechtsfolgen durchaus neben einer Ehe eines (oder beider) Partner bestehen; entscheidend ist nur, ob die sonstigen Kriterien für die *concubinage* erfüllt sind.³⁸ Entsprechendes gilt z.B. im australischen Bundesstaat *New South Wales*³⁹ sowie in *Portugal*,⁴⁰ wenn für die Ehe eine Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen wurde.

Weiter dürfen die Partner meist nicht eng miteinander verwandt sein und es wird ein gewisses Mindestalter vorausgesetzt. Damit orientieren sich die Regelungen entweder ausdrücklich oder implizit an der Ehe, es wird also ein „eheähnliches“ Zusammenleben vorausgesetzt, sowohl für gleich- als auch für verschiedengeschlechtliche Paare.

Nur in *Belgien* sowie in Australien in *New South Wales*, *Tasmanien* und dem *Capital Territory*, wird von der „Eheähnlichkeit“ vollends abgegangen.⁴¹ Hier

³⁷ Vgl. den Länderbericht *Niederlande*, S. 355.

³⁸ Vgl. den Länderbericht, S. 225.

³⁹ Vgl. den Länderbericht *Australien*, S. 535.

⁴⁰ Vgl. den Länderbericht, S. 259.

⁴¹ Vgl. die Länderberichte *Belgien*, S. 285-287 und *Australien* und *Neuseeland*, S. 534 f., 543 f.

können auch nahe Verwandte, also etwa Vater und Sohn oder Vater und Tochter sowie Geschwister, eine formalisierte nichteheliche Lebensgemeinschaft eingehen. Dahinter steht der Gedanke, dass nicht etwa eine sexuelle Beziehung für die Gemeinschaft relevant ist, sondern vielmehr deren Charakter als Einstands- und Fürsorgegemeinschaft, die das tägliche Leben teilt (in *New South Wales* z.B. auch als „close personal relationship“ oder „caring relationship“ bezeichnet).

In *Norwegen* schließlich ist sogar eine *husstandsfelleskap* mehrerer Personen möglich und wird vom entsprechenden Gesetz erfasst; dies liegt freilich darin begründet, dass der Inhalt der Regelungen von geringer Reichweite ist, im Grunde auf bloße Wohngemeinschaften abzielt und im Wesentlichen die Aufteilung des gemeinsamen Hausrates umfasst.⁴²

III. Stellungnahme

Das Modell der formalisierten Lebensgemeinschaft als Grundmodell zur Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften bietet einen entscheidenden Vorteil: Mit dem Vollzug des formellen Aktes findet sich ein klarer Anknüpfungspunkt, von dem an alle Rechtswirkungen gelten. Das Erfordernis eines formellen Aktes schafft Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Zudem haben sich die Partner willentlich für die Formalisierung ihrer Lebensgemeinschaft entschieden – und damit auch für deren Rechtsfolgen. Jedoch, wie soeben unter C.I.2 aufgezeigt, führt die Schaffung einer formalisierten Form nichtehelicher Lebensgemeinschaften nicht dazu, dass allen Lebensgemeinschaften bzw. dem schwächeren Partner und den Kindern der gewünschte Schutz zuteil werden kann. Es verbleiben immer Lebensgemeinschaften, die den erforderlichen formellen Akt nicht vollzogen haben. Die Einführung einer formalisierten nichtehelichen Lebensgemeinschaft schafft daher lediglich eine weitere familienrechtliche Zwischenstufe, löst aber die zugrunde liegenden Probleme nicht. Die Entstehung dieser formalisierten Lebensgemeinschaften erklärt sich auch überwiegend damit, dass in den entsprechenden Rechtsordnungen (etwa *Frankreich*, den *Niederlande*, *Belgien*, *Quebec* und den *spanischen Comunidades*) Regelungen für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen werden sollten (vgl. dazu oben A.II.). Auch um die Akzeptanz des neu zu schaffenden Rechtsinstituts zu stärken, wurde dessen Anwendungsbereich auch auf verschiedengeschlechtliche Paarbeziehungen erweitert; die Verquickung von zwei Problemstellungen, die Rechtsstellung von Paaren, die nicht heiraten können, und von Paaren, die nicht heiraten wollen, hat im Ergebnis zu wenig überzeugenden Lösungen geführt.

Zum einen gingen gleichgeschlechtlichen Paaren die Regelungen zumeist nicht weit genug, zumal wenn sie wie insbesondere in *Frankreich* und *Belgien*

⁴² Vgl. den Länderbericht, S. 442.

nur eine geringe Regelungsintensität aufweisen. Zudem fühlten sich gleichgeschlechtliche Paare weiterhin diskriminiert, da verschiedengeschlechtlichen Paaren mit der Ehe weiterhin eine Wahlmöglichkeit mehr offen stand. Diese Erwägungen waren es, die in *Belgien* und den *Niederlanden* letztlich zur Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare geführt haben.

Zum anderen vermag aber auch für verschiedengeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaften, wie bereits ausgeführt, ein formalisiertes Modell keine abschließende Lösung bringen. Diejenigen, die – aus welchen Gründen auch immer – dem Formerfordernis nicht genügen, kommen nicht in den Genuss der Regelungen; dies gilt natürlich ebenso für gleichgeschlechtliche Paare. Daher bestehen auch in allen untersuchten Ländern neben den Regelungen für formalisierte nichteheliche Lebensgemeinschaften weiterhin solche für einfache nichteheliche Lebensgemeinschaften.

Der richtige Ansatz – sollen grundsätzlich alle nichtehelichen Lebensgemeinschaften erfasst werden – ist also der der „einfachen“ Lebensgemeinschaft, die keinen formalisierten Akt für ihre Rechtswirkungen erfordert, sondern bei der an das faktische Vorliegen einer Lebensgemeinschaft angeknüpft wird.

Hiergegen wird häufig der Einwand erhoben, damit würde die Privatautonomie der Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verletzt, die sich ja eben gerade nicht für eine Ehe und damit für rechtliche Bindungen entschieden haben, und die Partner staatlich bevormundet. Dem muss jedoch zunächst entgegen gehalten werden, dass natürlich nicht in jeder gelebten Gemeinschaft eine solche Entscheidung bewusst getroffen wurde,⁴³ sondern dass sich solche Beziehungen entwickeln und dieser Entwicklung nicht immer eine rationale Entscheidung zugrunde liegt, die gleichsam die rechtlichen Parameter absteckt. Dennoch mag für viele Paare zutreffen, dass eine bewusste negative Entscheidung gegen die Ehe getroffen wurde. Aber auch diese Paare haben sich positiv dazu entschlossen, miteinander eine Lebensgemeinschaft einzugehen. Diese positive Entscheidung kann und sollte auch rechtliche Konsequenzen haben. Es ist nicht einzusehen, warum der negativen Entscheidung gegen die Ehe eine größere Bedeutung beigemessen werden sollte als der positiven zur Lebensgemeinschaft; dass die Rechtsfolgen von Ehe und Lebensgemeinschaft gleich oder ähnlich sind bzw. sein können, kann jedenfalls zur Begründung des Ausschlusses jeglicher Rechtsfolgen nicht genügen. Mit der Entscheidung für eine Lebensgemeinschaft, insbesondere wenn sie langfristig ist (oder sich so entwickelt hat), wird auch bewusst in gewissem Umfang eine Verantwortung für den anderen Partner übernommen. Anstatt also pauschal davon auszugehen, dass die negative Entscheidung gegen die Ehe bzw. das faktische Nicht-Heiraten gleichzeitig auch eine bewusste Entscheidung gegen jede Form der recht-

⁴³ Im Gegenteil, häufig gehen die Paare sogar davon aus, dass sie bestimmten Rechtswirkungen unterliegen, vgl. etwa *Barlow/James*, *Regulating Marriage and Cohabitation in 21st Century Britain*, (2004) 67 *Modern Law Review* 143 ff. (161 ff.); *Hale*, *Unmarried Couples in Family Law*, (2004) 34 *Family Law* 419 ff.

lichen Bindung und für einen „rechtsfreien Raum“ beinhaltet,⁴⁴ sollten die Regelungen für nichteheliche Paare wie ausgeführt an die faktische Lebensgemeinschaft anknüpfen; dann aber sollte wie in *Schweden*, *Kroatien*, *Neuseeland* und *Slowenien* den Partnern die Möglichkeit gegeben werden, sich bewusst und aktiv gegen bestimmte Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft zu entscheiden, sofern sie dies wünschen (sog. „opt-out“).⁴⁵ Hierbei wären hinsichtlich der Zulässigkeit und Wirksamkeit dann freilich ähnliche Maßstäbe anzulegen wie bei Eheverträgen (vgl. auch unten D.I.4.a) am Ende).

Bei der Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist zur Zurückhaltung zu raten; wie oben ausgeführt, sind starre Fristerfordernisse sowie sonstige enge Voraussetzungen wenig geeignet, die Vielfalt der gelebten Gemeinschaften richtig zu erfassen. Natürlich sind das Vorhandensein gemeinsamer Kinder, ein gemeinsamer Hausstand, die Dauer der Beziehung etc. starke Indikatoren für das Vorhandensein einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Dennoch wäre es vernünftig, der Rechtsprechung ausreichenden Spielraum zu gewähren, um die für diesen Rechtsbereich erforderliche Flexibilität zu gewährleisten.

Zu begrüßen sind freilich Regelungen wie in z.B. in *Tasmanien*, *Aragón*, *Navarra* und den *Kanarischen Inseln*, die zwar grundsätzlich ein dauerhaftes Zusammenleben genügen lassen, zusätzlich aber Paaren die Möglichkeit geben, sich durch einen formellen Akt Rechtssicherheit zu schaffen, so dass die Regelungen nach dem Vollzug dieses formellen Aktes Anwendung finden.

Was die persönlichen Voraussetzungen anbelangt und insbesondere die Frage, ob eine sexuelle bzw. eheähnliche Beziehung Voraussetzung für die Anwendung der Normen sein sollte, so ist diese Frage abstrakt schwerlich zu beantworten, vielmehr kann dies nur bei genauer Würdigung des Inhaltes und der Wirkung des Rechtsregimes erfolgen. Zwar kann auch für reine Fürsorge- und Einstandsgemeinschaften ein Bedürfnis für rechtliche Regelungen bestehen; *Belgien* sowie in Australien *New South Wales*, *Tasmanien* und das *Capital Territory* billigen daher auch solchen Gemeinschaften Rechte zu. Eheähnliche Paarverhältnisse unterscheiden sich jedoch zumeist nicht nur emotional, sondern auch in der Art und Weise der Lebensführung von solchen reinen Fürsorge- und Einstandsgemeinschaften, so dass letztlich wohl eine Differenzierung geboten erscheint.

Schließlich ist zu überlegen, ob das anderweitige Bestehen einer Ehe wie in den meisten untersuchten Rechtsordnungen die Anwendung der Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften ausschließen sollte. Ein solcher Ausschluss liegt offenbar in dem vorherrschenden Erfordernis der „Eheähnlichkeit“ der Lebensgemeinschaft begründet, was durch eine anderweitig bestehende Ehe naturgemäß ausgeschlossen ist. Dennoch erscheint durchaus vorstellbar, dass eine anderweitige Ehe über Jahre wenn nicht Jahrzehnte als leere Hülle fortbe-

⁴⁴ Vgl. auch *Hausmann*, Einführung, in: *Hausmann/Hohloch* (Fn. 4) S. 55 f.

⁴⁵ Vgl. die Länderberichte S. 424, S. 407, S. 542 und S. 382.

steht, während einer oder beide Ehegatten längst mit anderen Partnern zusammenleben und vielleicht sogar schon mit diesen Kinder gezeugt haben. Die neue Beziehung und die neuen Partner und eventuelle gemeinsame Kinder schutzlos zu lassen, nur weil noch eine anderweitige Ehe fortbesteht, ist wenig sinnvoll und widerspricht auch der der Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften zugrunde liegenden Motivation. Daher sollte dem anderweitigen Bestehen einer Ehe kein Ausschlusscharakter bei der Beurteilung zukommen, ob denn nun eine nichteheliche Lebensgemeinschaft vorliegt.⁴⁶ Als Indiz für das Gegenteil kann und sollte sie natürlich berücksichtigt werden.

D. Rechtswirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Die Rechtswirkungen nichtehelicher Lebensgemeinschaften in den einzelnen Rechtsordnungen variieren erheblich. Sie im Detail miteinander zu vergleichen, wäre wenig gewinnbringend, daher sollen im Folgenden nur einige Punkte herausgegriffen werden. Zunächst (unten D.I.) gilt es, die Rechtswirkungen im Bereich der Vermögenszuordnung, des Unterhalts und des Erbrechts näher zu untersuchen. Diese Bereiche betreffen die Situation, wo ein Schutzbedürfnis sich am stärksten manifestiert: bei Trennung oder Tod eines der Partner. Dann werden (unten D.II.) die rechtlichen Beziehungen der Partner und ihrer Kinder analysiert. Schließlich werden noch einige weitere Aspekte (unten D.III.) der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kurz angesprochen, hierunter Ersatzansprüche, bei Tötung oder Verletzung eines Partners, Mietrechtsnachfolge und Zeugnisverweigerungsrecht.

I. Vermögenszuordnung, Unterhalt und Erbrecht

Die Schutzbedürftigkeit des schwächeren Partners und der Kinder manifestiert sich wie bei der Ehe auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften insbesondere bei Auflösung der Lebensgemeinschaft durch Tod oder Trennung. Insofern sind es genau die in diesen Situationen betroffenen Rechtsfragen zu Vermögenszuordnung, Unterhalt und Erbrecht, die zur Gewährung des erforderlichen Schutzes ausgestaltet sein können bzw. sollten. Erstaunlicherweise sind aber gerade diese Bereiche in der Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen nicht oder nur sehr lückenhaft geregelt.

⁴⁶ Vgl. auch *Hohloch*, Nichteheleche Lebensgemeinschaft – Allgemeine Grundlagen und ausgewählte Einzelprobleme, in: Hausmann/Hohloch (Fn. 4) S. 67 f.

1. Lösung nach allgemeinen Vorschriften

In denjenigen Ländern, wo ausdrückliche Regelungen zu Vermögenszuordnung, Unterhalt und Erbrecht für nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht bestehen (u.a. *Deutschland, Norwegen, Dänemark, Frankreich* für concubins, *Portugal* und die *Niederlande* für einfache nichteheliche Lebensgemeinschaften)⁴⁷ bzw. wo Gütertrennung für nichteheliche Lebensgemeinschaften ausdrücklich vorgesehen ist (*Belgien* und die *spanischen Comunidades*),⁴⁸ wird daher gegebenenfalls über andere juristische Konstruktionen bzw. das allgemeine Zivilrecht mehr oder weniger erfolgreich versucht, einen sachgerechten Interessenausgleich bzw. einen Schutz des Schwächeren herbeizuführen.⁴⁹ Eherechtliche Vorschriften werden hier weder direkt noch entsprechend angewendet. Die rechtliche Situation der nichtehelichen Partner bei Trennung oder Tod des anderen Partners ist damit recht unsicher. Dennoch ist es aber nicht ausgeschlossen, dass sich z.B. einer der Partner ganz oder zumindest überwiegend der Hausarbeit und/oder Erziehung der gemeinsamen Kinder widmet, während der andere seinem Beruf nachgeht. Hier kann es zu einem erheblichen Vermögensungleichgewicht kommen, da der im Haushalt verbliebene Partner keine vergleichbaren Einkünfte erzielen kann. Zudem sind natürlich auch mit dem Ausscheiden aus dem Berufsleben oder zumindest der nur eingeschränkten Teilnahme daran gleichfalls Nachteile verbunden, nicht zuletzt für die Altersvorsorge. In solchen Konstellationen sind häufig Ausgleichszahlungen angebracht, die die Rechtsprechung dann mühsam über das allgemeine Zivilrecht konstruieren muss. Unter bestimmten Voraussetzungen wären sicherlich auch Unterhaltszahlungen denkbar, hierfür finden sich im allgemeinen Zivilrecht jedoch keine wirklichen Anspruchsgrundlagen.

Ohne entsprechende letztwillige Verfügung ist der überlebende nichteheliche Partner überdies nahezu ohne Anspruch, wenn der andere Partner verstirbt; lediglich, wenn er oder sie beweisen kann, dass Miteigentumsrechte o.ä. an den während der Lebensgemeinschaft erworbenen Vermögensgegenständen bestehen, kann zumindest ein Anteil daran nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen von den gesetzlichen Erben gefordert werden. Bezüglich der Vermögensgüter geht der überlebende Partner im Übrigen leer aus. Die Rechtsstellung nichtehelicher Partner bei Auflösung der Lebensgemeinschaft durch Trennung oder Tod ist daher in den genannten Ländern ausgesprochen unsicher, was insofern besonders befremdet, als es gerade diese Situationen sind, in denen das Schutzbedürfnis der Betroffenen am größten ist.

⁴⁷ Vgl. die Länderberichte, S. 442-447, S. 459-463, S. 227-230, S. 262 und S. 335-343.

⁴⁸ Vgl. die Länderberichte, S. 288 f. und S. 260-262

⁴⁹ Vgl. dazu für *Deutschland* etwa die Berichte von *Wellenhofer*, Probleme bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, und *Dethloff*, Nichteeliche Lebensgemeinschaft und Kinder, beide in diesem Band, S. 101-136 und S. 137-162.

Zumindest ist die unsichere Rechtsstellung des überlebenden nichtehelichen Partners in einigen *spanischen* Comunidades und *Portugal* sowie einigen *kanadischen* Provinzen bzw. Territorien erkannt worden, wo zur sozialen Absicherung des überlebenden Partners in gewissem Umfang Ansprüche gegen den Nachlass des verstorbenen Partners bestehen können.⁵⁰

2. Lösung nach einem besonderen Regime für nichteheliche Lebensgemeinschaften

In *Schweden* besteht eine eigenständige Regelung für die Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft: Es findet eine wertmäßige Güterteilung statt, die im Prinzip eine hälftige Teilung aller während der Lebensgemeinschaft von einem oder beiden Partnern für die Lebensgemeinschaft erworbenen Güter vorsieht; dies schließt auch das Wohnhaus oder die Eigentumswohnung mit ein.⁵¹ Nicht Bestandteil des Teilungsgutes sind dabei Gegenstände des persönlichen Bedarfs, Erbschaften und Geschenke mit entsprechender Zweckbestimmung sowie vertraglich ausgenommene Vermögensgegenstände. Ergibt sich beim Vergleich der während der Lebensgemeinschaft erworbenen Vermögensmassen ein Überschuss bei einem der Partner, so wird dieser hälftig geteilt. Ausnahmen von der hälftigen Teilung sind ähnlich wie bei Ehegatten⁵² möglich, wenn eine solche Teilung nach den Umständen unangemessen wäre. In *Frankreich* wird durch Art. 515-5 Code civil für das Vermögen der PACS-Partner die Gesamthand (indivision) angeordnet.⁵³

3. Gleichlauf von Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft

Schließlich werden in einer Reihe von Ländern in den Bereichen Vermögenszuordnung, Unterhalt und Erbrecht Ehegatten und Partner nichtehelicher Lebensgemeinschaften (unter gewissen Voraussetzungen) gleich behandelt.

In *Neuseeland* hat der Property (Relationships) Act 1976 den zuvor bestehenden Matrimonial Property Act 1976 vollständig ersetzt. Damit finden in Neuseeland dieselben Bestimmungen im Güterrecht, im Unterhaltsrecht und im Erbrecht auf Ehegatten und nichteheliche Partner Anwendung. Für nichteheliche Lebensgemeinschaften ist jedoch erforderlich, dass sie sich als solche im

⁵⁰ Vgl. die Länderberichte, S. 269 f. und S. 511.

⁵¹ Zur Kritik an den bestehenden Regelungen ausführlich Länderbericht *Schweden*, S. 420-429, 435-437.

⁵² Vgl. dazu *Scherpe*, Privatautonomie im Familienrecht der nordischen Länder, in: Hofer/Schwab/Henrich (Hrsg.), From Status to contract? – Die Bedeutung des Vertrages im Europäischen Familienrecht, 2005, S. 209-253.

⁵³ Ursprünglich war die Errungenschaftsgemeinschaft als „Güterstand“ vorgesehen, um den PACS jedoch nicht zu „eheähnlich“ auszugestalten, wurde dann jedoch die Gesamthand festgesetzt, vgl. den Länderbericht *Frankreich*, S. 226 f., insbes. Fußn. 59.

Sinne des Gesetzes qualifizieren, d.h. dass ein Zusammenleben von drei Jahren erforderlich ist (bzw. gemeinsame Kinder). Ist dies der Fall, dann bestehen im selben Umfang güterrechtliche und Unterhaltsansprüche sowie ein gesetzliches Erbrecht.⁵⁴

Auch in den *australischen* Bundesstaaten findet eine Vermögensaufteilung unter den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft⁵⁵ statt und es besteht ein gesetzliches Erbrecht.

Ähnliches gilt in *Kroatien*, wo gleiche Regelungen für Ehegatten und verschiedengeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaften gelten.⁵⁶ Dadurch kommt es bei Auflösung der Lebensgemeinschaft zu einer Teilung des Wertes der während der Lebensgemeinschaft erworbenen Vermögensgüter. Wie bei Ehegatten ist für alle Lebensgemeinschaften hier eine abweichende vertragliche Vereinbarung möglich. Nach Auflösung der Lebensgemeinschaft kann ein Anspruch auf Unterhalt bestehen und die nichtehelichen Partner sind gesetzliche Erben, wenn die Lebensgemeinschaft bei Tod des Erblassers noch bestand.⁵⁷

Schließlich unterliegen auch in *Slowenien* Vermögenszuordnung, Unterhalt und Erbrecht nach dem Gesetz über die Ehe und Familienbeziehungen für Ehegatten und verschiedengeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaften denselben rechtlichen Bestimmungen.⁵⁸ Das Vermögensregime ist das der Gesamthand und betrifft während der Lebensgemeinschaft erworbene Vermögensgegenstände. Abweichende vertragliche Vereinbarungen sind möglich.⁵⁹

4. Stellungnahme

Wie bei der Ehe ist das Schutzbedürfnis des schwächeren Partners und der Kinder bei Auflösung der Lebensgemeinschaft durch Tod oder unter Lebenden am größten. Insbesondere bei langfristigen nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist daher zu überlegen, ob tatsächlich eine Ungleichbehandlung von Ehegatten und nichtehelichen Partnern erforderlich und sinnvoll ist, oder ob

⁵⁴ Vgl. den Länderbericht, S. 542-544.

⁵⁵ Vgl. den Länderbericht, S. 535-539. Lediglich *South Australia* beschränkt diese Regelungen auf verschiedengeschlechtliche Partnerschaften.

⁵⁶ Für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften besteht ein separates Gesetz, welches ähnliche Regelungen wie für verschiedengeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaften vorsieht, vgl. Länderbericht *Kroatien*, S. 401 f.

⁵⁷ Vgl. den Länderbericht, S. 411.

⁵⁸ Für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften bestehen hingegen in *Slowenien* keine Regelungen.

⁵⁹ Vgl. den Länderbericht, S. 382-388.

nicht statt an die Form vielmehr an die Funktion des familiären Zusammenlebens angeknüpft werden sollte.⁶⁰

a) Vermögenszuordnung

Wird während der Beziehung Vermögen aufgebaut, so kann wie bei der Ehe nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass dies ausschließlich das Verdienst des Partners ist, in dessen Eigentum sich die Vermögenspositionen befinden. Vielmehr profitieren beide Partner von der in Lebensgemeinschaften üblichen Arbeitsteilung, zumeist aber in ungleichem Maße. Bleibt also z.B. einer der Partner zu Hause oder arbeitet weniger und ermöglicht dem anderen, dadurch seine Karriere zu verfolgen und einen entsprechenden Vermögenszuwachs, so hat er daran sicherlich seinen Anteil, der auch bei Trennung entsprechend gewürdigt werden sollte.⁶¹ Entsprechendes gilt bei der häufig vorkommenden unentgeltlichen Mitarbeit im Betrieb des Partners, umfangreiche Arbeiten an Immobilien des anderen Partners etc., wo bereits heute Ausgleichsansprüche anerkannt werden, die sich freilich auf das allgemeine Zivilrecht stützen.⁶² Da sich aber, vor allem bei langfristigen nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit gemeinsamen Kindern, die soziale Situation der Partner nicht von der von Eheleuten unterscheidet, böte sich grundsätzlich ein dem gesetzlichen Güterstand vergleichbares Regime an bzw. die Anwendung der für Eheleute geltenden Vorschriften, wie etwa in *Neuseeland*, *Slowenien* und *Kroatien*.

Natürlich sind (wie bei der Ehe auch) Konstellationen denkbar, wo beide Partner während der gesamten Beziehung berufstätig sind und der eine Partner erheblich mehr verdient als der andere und so mehr Vermögen aufbauen kann. Hier wäre eine starre und schematische Regelung zumeist unangemessen. Ebenso ist denkbar, dass sich einer der Partner auf das Nichtstun beschränkt und vom Geld des anderen lebt; dem arbeitenden Partner dann für den Fall der Trennung auch noch mit einem Vermögensausgleich zu belasten, erscheint grob unbillig. Auch sollte die Dauer der Lebensgemeinschaft Berücksichtigung finden. Insofern könnte eine Norm Abhilfe schaffen, wie sie in u.a. *Schweden* üblich ist: Für den Fall, dass nach den Umständen eine hälftige Teilung des sog. gemeinschaftlichen Vermögens unangemessen ist, kann ausnahmsweise

⁶⁰ Vgl. *Barlow/James* (Fn. 43) insbesondere 153 ff. und 166 ff. sowie *Probert/Barlow*, *Displacing Marriage – Diversification and Harmonisation within Europe* (2000) 12 *Child and Family Law Quarterly*, 153 ff.

⁶¹ Ebenso *Dethloff*, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder*, in diesem Band, S. 152-157 sowie *Barlow/James* (Fn. 43) 153 ff., 166 ff.; *Hale* (Fn. 43) 419 ff. Vgl. auch *Lieb*, *Empfiehlt es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln*, Gutachten A für den 57. Deutschen Juristentag 1988, S. A 51 ff., aber auch S. A 60 ff.

⁶² Vgl. dazu etwa *BGH* 14.11.1991, NJW 1992, 906; *BGH* 1.12.1993, NJW-RR 1993, 774; *BGH* 12.7.1982, NJW 1982, 2863.

eine andere Vermögensaufteilung angeordnet werden bzw. die Ausgleichszahlungspflicht des vermögendere Partners (letztlich bis auf Null) herabgesetzt werden.⁶³

Weiterhin sollte es zulässig sein, dass die Partner wie etwa in *Schweden*, *Slowenien*, *Kroatien* und *Neuseeland* (und wie bei der Ehe) einen solchen Vermögensausgleich vertraglich ausschließen,⁶⁴ wobei hier im Zweifel hinsichtlich der Zulässigkeit und Wirksamkeit des Ausschlusses dieselben Maßstäbe anzulegen sind wie bei Eheverträgen.

b) Unterhalt und Altersvorsorge

Auch bei der Unterhaltsfrage und der Altersvorsorge⁶⁵ unterscheidet sich der zugrunde liegende soziale Sachverhalt bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht zwangsläufig von dem einer Ehe. Bedingt durch die Beziehung kann es für einen der Partner wie im vorigen Abschnitt beschrieben zu erheblichen Nachteilen beim Aufbau einer Altersvorsorge und beim beruflichen Aufstieg kommen bzw. der Wiedereinstieg in das Berufsleben verkompliziert oder gar, bei sehr lang dauernden Lebensgemeinschaften, unmöglich geworden sein. In besonderem Maße gilt dies natürlich dann, wenn sich einer der Partner der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet hat bzw. sich nach dem Ende der Lebensgemeinschaft weiter widmet. Hier sind in gewissem Umfang Unterhaltszahlungen zweifellos angezeigt,⁶⁶ wie sie in einigen Ländern ja durchaus schon für nichteheliche Lebensgemeinschaften vorgesehen sind, etwa in *Neuseeland*, den *Niederlanden* (für registrierte Partnerschaften), *Slowenien*, *Kroatien*, den *kanadischen* und einigen *australischen* Provinzen.⁶⁷

⁶³ Vgl. oben Länderbericht *Schweden*, S. 424-426. Entsprechendes gilt in allen nordischen Ländern auch bei der Vermögensaufteilung bei Scheidung (sog. Schiefteilung), vgl. dazu *Scherpe*, Privatautonomie im Familienrecht der nordischen Länder, in: Hofer/Schwab/Henrich (Fn. 52) S. 209-253.

⁶⁴ Vgl. auch *Barlow/James* (Fn. 43) 174 f.

⁶⁵ Abhängig von der jeweiligen Rechtsordnung und dem betroffenen Finanzinstrument werden Ansprüche auf Altersvorsorge auch als Vermögen gewertet und teilweise entsprechend aufgeteilt. Angesichts des Versorgungscharakters sind sie jedoch in diesen Abschnitt mit aufgenommen worden, ohne dass hierdurch eine Erfassung durch eine Vermögensteilung ausgeschlossen werden soll.

⁶⁶ Ebenso *Dethloff*, Nichteheleche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 152-157; *Barlow/James* (Fn. 43) 153 ff., 166 ff.; *Hale* (Fn. 43) 419 ff. Vgl. auch *Lieb* (Fn. 61) S. A 82 ff.

⁶⁷ Vgl. die Länderberichte auf den S. 542-544, S. 332-334, S. 389 f., S. 408, S. 507 und S. 535-539. In *Frankreich*, *Belgien*, *Portugal* und bei nichtregistrierten Lebensgemeinschaften in den *Niederlanden* bestehen hingegen keine Unterhaltspflichten. Gleiches gilt in *Schweden* und *Norwegen*, wobei hier zu berücksichtigen ist, dass dort auch Scheidungsunterhalt nur in sehr geringem Umfang gewährt wird, vgl. dazu *Scherpe*, Privatautonomie im Familienrecht der nordischen Länder, in: Hofer/Schwab/Henrich (Fn. 52) S. 209-253.

Eine starre Anordnung von Unterhaltsverpflichtungen und eines Ausgleichs bei der Altersvorsorge wird jedoch kaum in allen Fällen eine angemessene Lösung darstellen (so bei Doppelverdienerbeziehungen oder gänzlicher Untätigkeit eines der Partner, vgl. dazu soeben oben D.I.4.a)). Zahlungen sollten nur dann geleistet werden müssen, wenn der Empfänger bedürftig ist und sich diese Bedürftigkeit auch aus der beendeten Lebensgemeinschaft ergibt. Es ist nicht einzusehen, warum der bedürftige Partner nach der Beziehung besser stehen sollte als vorher, wenn die Bedürftigkeit unabhängig von der Lebensgemeinschaft besteht. Als Ausnahme könnte hier eine Bedürftigkeit wegen Krankheit o.ä. in Betracht kommen, mit anderen Worten eine Art Härteklauseel. Jedenfalls ist eine Orientierung an den gemeinsamen Lebensverhältnissen während der Beziehung nicht angezeigt. Hinsichtlich Höhe und Dauer des Anspruchs sollten vielmehr die Gesamtumstände und insbesondere auch die Dauer der Lebensgemeinschaft berücksichtigt werden. Auch sollten die im Wege des Vermögensausgleichs erhaltenen Zahlungen berücksichtigt werden können; ein Partner, der aufgrund der Trennung umfangreiche Vermögensgüter übertragen bekommt, kann dann nur schwerlich als bedürftig angesehen werden. Insofern wäre eine entsprechende Vorschrift weit zu formulieren und ihre Ausfüllung der Rechtsprechung im Einzelfall zu überlassen.

c) Erbrecht

In einigen der untersuchten Rechtsordnungen, namentlich in *Neuseeland*, den *australischen Bundesstaaten*, *Slowenien* und *Kroatien* wird nichtehelichen Partnern ein gesetzliches Erbrecht zugestanden. Hierdurch wird den Interessen des überlebenden Partners Rechnung getragen und Härten vermieden; andererseits kann es dadurch gegenüber anderen (gesetzlichen) Erben auch zu Härten bzw. ungewünschten Ergebnissen kommen, wie folgendes Beispiel verdeutlicht: Eine Witwe und ein Witwer leben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Beide haben substantielles Vermögen und Kinder aus ihrer früheren Ehe. Würde ein gesetzliches Erbrecht bestehen, so würde der andere Partner ohne Testament stets erben, bei testamentarischer Verfügung zumindest den Pflichtteil⁶⁸ – auch wenn dies gar nicht den Wünschen des Erblassers entspricht, der nämlich sein Erbe seinen Kindern zukommen lassen möchte. Zwar stellt sich dasselbe Problem, wenn Witwe und Witwer heiraten und somit das gesetzliche Erbrecht der Eheleute greift; genau dies mag aber ein Grund gewesen sein, warum die beiden nicht die Ehe eingegangen sind. Kann der Gesetzgeber tatsächlich davon ausgehen, dass der Erblasser tatsächlich immer seinem Partner als Erben wissen will?

Eine andere Überlegung ist es, es zunächst bei der Notwendigkeit einer letztwilligen Verfügung zu belassen und den nichtehelichen Partner steuerlich

⁶⁸ Sofern die betreffende Rechtsordnung den Pflichtteil kennt.

zu privilegieren, wie dies in einigen Rechtsordnungen bereits der Fall ist. Nimmt man freilich den Schutzgedanken auch im Erbfall ernst, so wird man konstatieren müssen, dass natürlich nicht alle nichtehelichen Partner Testamente errichten (und auch nicht notwendigerweise den anderen Partner dabei als Erben einsetzen!); zudem wäre das Erbe auch im Falle einer letztwilligen Verfügung mit Pflichtteilsansprüchen belastet, wenn die Rechtsordnung solche Ansprüche kennt. Der bloße Verweis auf die Testierfreiheit vermag also selbst mit Steuerprivilegien den erforderlichen Schutz im Todesfall nicht zu gewährleisten.⁶⁹

Denkbar wäre es weiterhin, wie in einigen *spanischen* Comunidades und *Portugal* sowie einigen *kanadischen* Provinzen bzw. Territorien dem überlebenden Partner in der einen oder anderen Weise einen Anspruch gegen den Nachlass zuzugestehen und ihn des Weiteren bezüglich des gemeinsamen Hausrates zu begünstigen.

Da im Mittelpunkt der Überlegungen zum Erbrecht – wie bei allen Überlegungen zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften – der Schutz des Schwächeren, also letztlich der Versorgungsgedanke stehen sollte, kommen wohl zwei Lösungen in Betracht: Einräumung eines gesetzlichen Erbrechtes oder aber Einräumung eines Anspruches gegen den Nachlass.⁷⁰ Letzteres hätte den Vorteil, dass anstatt pauschal einen Anteil am Erbe zuzuteilen, die Bedürftigkeit des überlebenden Partners berücksichtigt werden könnte. Andererseits könnten die Erben solche Ansprüche leichter bestreiten als etwa einen gesetzlich verankerten Erbanspruch und so gegebenenfalls den bezweckten Schutz vereiteln oder zumindest verzögern.

II. Kindschaft

In einer Vielzahl von nichtehelichen Lebensgemeinschaften wachsen Kinder auf, gemeinsame und solche aus früheren Beziehungen. Dies wirft besondere Rechtsprobleme auf, nicht nur im Verhältnis der Eltern/Stiefeltern zu den Kindern (dazu unten sogleich), sondern natürlich auch im Verhältnis der Eltern zueinander. Hierauf wurde oben unter D.I. bereits eingegangen, dennoch seien wegen der großen praktischen Bedeutung dieses Problemfeldes noch einmal kurz die Schlussfolgerungen wiederholt:

Das Vorhandensein gemeinsamer Kinder führt in der Regel zu einer funktionalen Arbeitsteilung zwischen den Partnern, die sich dann regelmäßig nachteilig zu Lasten des einen Partners im Hinblick auf Vermögensbildung, Altersvorsorge, Erwerbschancen etc. auswirkt. Daher ist wie oben unter D.I.4.a) und D.I.4.b) ausgeführt bei Trennung der Partner eine umfassende Berücksichti-

⁶⁹ Zudem führt eine Steuerprivilegierung in der Praxis oftmals dazu, dass die Partner der Lebensgemeinschaft meinen, kein Testament mehr errichten zu müssen.

⁷⁰ Vgl. auch *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung, 1987, S. 206 ff.

gung für die Lebensgemeinschaft erbrachten Leistungen bei Vermögenszuordnung, möglichen Unterhaltsansprüchen ebenso zu berücksichtigen wie künftig noch zu erbringende Leistungen wie die Betreuung und Erziehung der gemeinsamen Kinder. Verbleibt der Kindesbetreuende Partner trotz fehlender Erwerbsmöglichkeit ohne eigenen Unterhaltsanspruch, so betrifft dies auch massiv die Interessen des Kindes, das mit diesem Partner ja faktisch „aus einer Kasse“ lebt.⁷¹ Darüber hinaus bedarf es auch für den Fall des Todes eines der Partner wie oben unter D.I.4.c) ausgeführt einer Absicherung des überlebenden Partners.

1. Sorgerecht für gemeinschaftliche Kinder

Einige der untersuchten Rechtsordnungen, hierunter etwa *Kroatien, Frankreich, Spanien* und *Kanada*, sehen grundsätzlich ab Geburt ein gemeinsames Sorgerecht der Eltern für das gemeinsame Kind vor.⁷² In den anderen untersuchten Rechtsordnungen erhält bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften nur die Mutter mit Geburt des Kindes automatisch das Sorgerecht. In *Dänemark* und *England* erhält der Vater aber das Sorgerecht, wenn er bei der Geburt des Kindes amtlich registriert worden ist.⁷³ In den restlichen untersuchten Ländern ist zumeist eine gemeinschaftliche Erklärung oder ein Anerkennungsverfahren o.ä. erforderlich, damit der nichteheliche Vater an der Kindessorge beteiligt wird. Väter sind insofern benachteiligt, in gewissem Maße verfügen damit die Mütter über eine Art „Vetorecht“⁷⁴ als dass sie es in der Hand haben, den Vater des nichtehelichen Kindes von der elterlichen Sorge auszuschließen.

2. Sorgerecht für Kinder des anderen Partners

Zu den Kindern des anderen Partners aus einer früheren Beziehung stehen nichteheliche Partner in den untersuchten Rechtsordnungen überwiegend in keinerlei Rechtsbeziehung.⁷⁵ Es besteht dann kein Sorgerecht und auch keine

⁷¹ Vgl. *Dethloff*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 152 f.; *Puls*, Der Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes, FamRZ 1998, 865 ff. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit vgl. *Dethloff*, a.a.O., S. 154 f., mit zahlreichen Nachweisen in Fußn. 86. Zu dieser Situation bei Eheverträgen, die einen Betreuungsunterhalt ausschließen *Schwab*, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, 521, 525; *Büttner*, Grenzen ehevertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten, FamRZ 1998, 1, 6 f.

⁷² Vgl. die Länderberichte, S. 410, S. 234, S. 267 und S. 508.

⁷³ Vgl. den Länderbericht *Dänemark*, S. 467 f. sowie Births and Deaths Registration Act 1953, s. 34.

⁷⁴ So *Dethloff*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 144-146; dort auch zur Frage, ob ein solches Vetorechts mit dem Kindeswohl zu vereinbaren ist und zu den Zweifeln an dessen Verfassungsmäßigkeit, m.w.N.

⁷⁵ Lediglich in *Slowenien* bestehen u.U. Unterhaltsansprüche von Kindern gegen den ehemaligen Partner eines leiblichen Elternteils, siehe Länderbericht, S. 388 f.

rechtliche Grundlage für Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens oder in Notfällen. Bei Tod des leiblichen Elternteils kann darüber hinaus z.B. in *Deutschland* nach § 1682 BGB keine Verbleibensanordnung zugunsten des überlebenden Partners getroffen werden, selbst wenn das Kind über Jahre mit diesem Partner zusammen gelebt hat.⁷⁶

3. Künstliche Befruchtung

In nahezu allen untersuchten Ländern⁷⁷ ist für unverheiratete Paare die Erfüllung eines Kinderwunsches durch künstliche Befruchtung möglich. Paare, die aus biologischen Gründen keine gemeinsamen Kinder zeugen können, können also unabhängig von ihrem familienrechtlichen Status ein aus rechtlicher Sicht „gemeinsames“ Kind bekommen; dahinter steht offenbar der Gedanke, dass dies anderen Paaren ohne biologische Probleme jederzeit offen steht und dass eine Ungleichbehandlung hier nicht zu rechtfertigen wäre.

4. Adoption

Ein gemeinsames Adoptionsrecht für nichteheliche Paare hingegen kennen nur einige der *spanischen Comunidades*, *Portugal*, die *Niederlande* und *Belgien*.⁷⁸ Grund für den Ausschluss eines gemeinsamen Adoptionsrechts dürfte die Annahme sein, dass ein Adoptivkind aus Gründen des Kindeswohls in einem stabilen Lebensumfeld aufwachsen soll.

Die Adoption des Kindes des anderen Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist in den untersuchten Rechtsordnungen nicht gesondert geregelt.

5. Stellungnahme

a) Sorgerecht

Wenn bei Geburt des Kindes das Sorgerecht zumindest zunächst nur der Mutter zukommt, so stellt dies eine erhebliche Einschränkung des Elternrechts für den nichtehelichen Vater dar. Diese Diskriminierung nichtehelicher Väter wird von BVerfG und EuGHMR dadurch als gerechtfertigt angesehen, dass bei nichtehel-

⁷⁶ Vgl. *Dethloff*, Nichteeliche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 146 f.; z.T. wird aber eine analoge Anwendung für nichteheliche Lebensgemeinschaften befürwortet, vgl. etwa MünchKommBGB/*Finger*, § 1682 Rn. 10 m.w.N. In der Neufassung des § 1685 Abs. 2 BGB wurde aber die Bedeutung der sozialen Elternschaft insoweit anerkannt, als dass ehemaligen nichtehelichen Partnern ein Umgangsrecht zustehen kann.

⁷⁷ So etwa *Schweden*, *Dänemark*, *Frankreich*, *Spanien*, den *Niederlanden*, *Slowenien* und dem hier nicht untersuchten *Vereinigten Königreich*, nicht jedoch in *Kroatien*.

⁷⁸ Vgl. die Länderberichte, S. 268, S. 323 und S. 297.

lichen Kindern nicht generell davon auszugehen sei, dass die Eltern sich gemeinsam dem Kind annähmen oder in häuslicher Gemeinschaft lebten; zudem stünde ja der Weg zur Anerkennung bzw. gemeinsamen Sorgerechtsklärung offen.⁷⁹ Hingegen wird offenbar davon ausgegangen, dass das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft und eine Teilhabe des Vaters an der Sorge bei einer Ehe stets der Fall sei.

Die pauschale Unterstellung der Instabilität der sozialen Beziehung zwischen nichtehelichem Kind und Vater berücksichtigt weder die Interessen des Kindes noch die des Vaters ausreichend und ist bedenklich. Dass EuGHMR und BVerfG eine Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Vätern grundsätzlich als konventions- bzw. verfassungskonform betrachten,⁸⁰ schließt eine andere solche Väter gleich behandelnde Regelung wie sie in *Kroatien, Frankreich, Spanien und Kanada* besteht, keinesfalls aus. Bislang wurden überdies vor dem EuGHMR solche Verfahren stets vor dem Hintergrund der Diskriminierung des Vaters betrieben. Die Nichtgewährung des elterlichen Sorgerechts für den nichtehelichen Vater kann aber auch als eine Ungleichbehandlung des Kindes verstanden werden. Die bisherige Rechtsprechung des EuGHMR⁸¹ verbietet die Diskriminierung nichtehelicher Kinder jedoch ebenso wie Art. 6 Abs. 5 GG. So betrachtet bestehen durchaus begründete Bedenken hinsichtlich der Konventions- bzw. Verfassungsmäßigkeit der pauschalen Nichtgewährung eines Sorgerechts für den Vater eines nichtehelichen Kindes.⁸²

Zudem ist schon die „häusliche Gemeinschaft“ als Indikator dafür, dass ein Vater für das Kind Verantwortung übernehmen will, wenig geeignet und beruht auf einem Idealbild der Familie, welches zugleich aber die Bedeutung des Vaters für das Kind und das Kindeswohl zu verkennen scheint. Auch ein Vater, der nicht mit der Mutter zusammen lebt, kann dennoch ein treusorgender Elternteil sein, der seine Verantwortung wahrnimmt und für das Kind eine wichtige Bezugsperson darstellt und mit dem Kind ein Familienleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK hat.⁸³ Die Vater-Kind-Beziehung ist daher richtigerweise losgelöst von der rechtlichen Beziehung zwischen Vater und Mutter zu werten.

⁷⁹ Vgl. BVerfG 29.1.2003, FamRZ 2003, 285 ff.; ebenso EuGHMR 24.2.1995 (*McMichael/Vereinigtes Königreich*, No. 16424/90) (1995) 20 European Human Rights Reports (EHRR) 205 = [1995] 2 Family Court Reporter (FCR) 718 = [1995] Family Law 478, insbes. para. 98; EuGHMR 14.9.1999 (*B/Vereinigtes Königreich*), [2000] 1 FCR 289 = [2000] 1 Family Law Reports (FLR) 1 = [2000] Family Law 88 = IPrax 2001, 91 m. Anm. Schulz.

⁸⁰ Vgl. die Nachweise in voriger Fn.

⁸¹ Vgl. nur EuGHMR 13.6.1979 (*Marckx/Belgien*, A/31), (1979-1980) 2 EHRR 330 = NJW 1979, 2449 sowie EuGHMR 8.7.1993 (*Sahin/Bundesrepublik Deutschland*, No. 30943/96), (2003) 36 EHRR 43 = [2003] 2 FCR 619 = [2003] 2 FLR 671 = [2003] Family Law 727.

⁸² Ebenso *Dethloff*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 144-146, mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Fn. 48.

⁸³ Der EuGHMR stellt in Umgangsfragen regelmäßig darauf ab, ob zwischen dem Vater und dem Kind faktisch ein Familienleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK besteht; ob zwischen den Eltern eine häusliche Gemeinschaft besteht oder bestand ist zwar ein wichtiger Indikator, aber

Darüber hinaus gestaltet sich die Lebensrealität oftmals anders: Lebt das Kind erst einmal mit den nichtehelichen Eltern in einem gemeinsamen Haushalt, und dies durchaus über Jahre, so sind die dahinter stehenden rechtlichen Beziehungen zumeist wenig relevant, weil sich das tägliche Leben zumeist ohne Rückgriff auf rechtliche Kategorien und Wertungen bewältigen lässt, wenn es sich um einen leiblichen Elternteil handelt. So erhält das Sorgerecht – und damit das „Vetorecht“ der Mutter – häufig erst im Krisenfall Bedeutung – zum Nachteil des Vaters.⁸⁴ Auch deshalb erscheint der umgekehrte Ansatz richtig, wie z.B. in *Kroatien, Frankreich, Spanien* und *Kanada* von Gesetzes wegen ab Geburt ein gemeinsames Sorgerecht einzuräumen. Eine Übertragung auf nur einen Elternteil kann dann soweit erforderlich unter Berücksichtigung des Kindeswohls und der Interessen beider Elternteile erfolgen.

Zu den Kindern des anderen Partners, die mit in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, steht der nichtleibliche Partner – mit geringfügigen Ausnahmen in *Slowenien* – in den untersuchten Rechtsordnungen in keinerlei intensiver Rechtsbeziehung, unabhängig davon wie sich die soziale Wirklichkeit darstellt. Die Bedeutung der sozialen Elternschaft wird somit vom Recht nicht wiedergegeben. In *Deutschland* ist sie immerhin in 2004 mit der Änderung des § 1685 Abs. 2 BGB und der Zubilligung eines Umgangsrechts anerkannt worden. Diesen Weg gilt es weiter zu gehen. Angesichts der großen praktischen Bedeutung ist die Einführung eines (eventuell beschränkten) Sorgerechts auch für Stiefeltern als soziale Eltern dringend geboten, etwa wie in *Deutschland* das sog. kleine Sorgerecht in § 1687b BGB bzw. § 9 LPartG. Dadurch muss ein Fortbestehen z.B. der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge der leiblichen Eltern nicht notwendigerweise ausgeschlossen sein; eine elterliche Sorge ist nicht zwingend nur für zwei Personen möglich, wie die z.B. *parental responsibility* in *England* zeigt,⁸⁵ sie kann auch durchaus mehreren Personen zustehen.⁸⁶ Abzustellen für Gewährung eines Sorgerechts ist auf die tatsächlichen sozialen Umstände und das Kindeswohl. Wenn eine feste, dauernde soziale Beziehung

nicht entscheidend. Vgl. EuGHMR 1.6.2004 (*Lebbink/Niederlande*), (2005) 40 EHRR 18 = [2004] 3 FCR 59 = [2004] 2 FLR 463 = [2004] Family Law 643, insbes. para. 35 f.

⁸⁴ Vgl. *Dethloff*, Nichtehele Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 144 ff. Vgl. aber *Schwenzer* (Fn. 70) S. 268.

⁸⁵ Vgl. sec. 2 ff. des Children Act 1989, insbesondere sec. 2.5, 2.6 sowie sec. 4A (acquisition of parental responsibility by step-parent). Sec. 4A gilt jedoch nur für den Fall, dass der leibliche Elternteil mit dem Stiefelternanteil verheiratet ist. Dennoch ist festzuhalten, dass das englische Recht grundsätzlich von der Möglichkeit der *parental responsibility* von mehr als zwei Personen ausgeht.

⁸⁶ So auch *Dethloff*, Nichtehele Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 150. Die Frage nach der Entscheidungskompetenz im Streitfall ist dann der nächste Schritt und bedürfte der Klärung; dabei unterscheidet sich die Lage freilich nicht grundsätzlich von derjenigen, in der sich zwei Sorgeberechtigte uneins über solche Entscheidungen sind.

zum Partner des leiblichen Elternteils besteht, so kann das Kindeswohl die Einräumung von Rechten (und Pflichten) sogar erfordern.⁸⁷

b) Künstliche Befruchtung und Adoption

Während mit Ausnahme von *Kroatien* in allen untersuchten Ländern nichtehelichen Paaren unter gewissen Voraussetzungen der Weg zu einer künstlichen Befruchtung offen steht, ist ihnen außer in *spanischen Comunidades, Portugal, den Niederlande und Belgien* die gemeinschaftliche Adoption verwehrt. Den Ausschlag für die Verweigerung der gemeinschaftlichen Adoption geben Erwägungen des Kindeswohles: Das Kind soll in einem möglichst stabilen Lebensumfeld aufwachsen, das bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften nicht gewährleistet sei. Es überrascht, dass diese Erwägungen offenbar für durch künstliche Reproduktionstechniken gezeugte Kinder nicht in gleichem Maße zu gelten scheinen.

Bei der Adoption durch Eheleute (und auch durch Einzelpersonen) kommt es richtigerweise regelmäßig zu einer intensiven, am Kindeswohl orientierten Einzelfallprüfung; auch hier wird nicht pauschal vom Vorhandensein einer Ehe auf ein stabiles Lebensumfeld für das Kind geschlossen. Der umgekehrte Schluss, dass nichteheliche Lebensgemeinschaften grundsätzlich kein solche Lebensumfeld bieten können, ist indes ebenso unangemessen (vgl. auch oben D.II.5.a)). Daher wäre es richtig, auch bei gemeinschaftlicher Adoption durch die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaften wie bei Eheleuten und Einzelpersonen eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, anstatt sie im vornherein auszuschließen.

Auch bei einer Stiefkindadoption gelten die soeben angestellten Überlegungen: Maßstab muss stets das Kindeswohl sein und nicht ein familienrechtlicher Status. Bei der Stiefkindadoption ist daher bei dieser Frage genau wie bei der Stiefkindadoption durch Ehegatten freilich besonders zu berücksichtigen, dass die Adoption das rechtliche Band zu einem leiblichen Elternteil durchtrennt. Für die meisten Aspekte des täglichen Lebens dürfte daher die Einräumung eines Sorgerechtes (vgl. oben D.II.5.a)) ausreichen und vorzugswürdig sein,⁸⁸ Unterhalts- und Erbsprüche werden so freilich nicht erworben.

III. Sonstiges

Anders als der deutsche § 844 Abs. 2 BGB sehen die meisten der untersuchten Rechtsordnungen wie etwa *Dänemark, Frankreich, Spanien, Portugal, Slowenien* und *Belgien* einen *Ersatzanspruch bei Tötung oder Verletzung* eines nicht-

⁸⁷ Vgl. *Dethloff*, Nichteeliche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 149-151.

⁸⁸ Vgl. *Dethloff*, Nichteeliche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 150 f.

ehelichen Partners unabhängig von einer gesetzlichen Unterhaltspflicht vor; sie lassen richtigerweise ein faktisches Unterhaltsverhältnis genügen, d.h. sie gewähren Ersatzansprüche unabhängig vom familienrechtlichen Status.⁸⁹ Das Festhalten an einer gesetzlichen Unterhaltspflicht verkennt die rechtliche Realität und die Bedeutung des faktisch gewährten Unterhalts, insbesondere wenn in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Kinder aufwachsen, und sollte aufgegeben werden.⁹⁰

Hingegen ist eine *Mietrechtsnachfolge* bei Tod des Partners in nahezu allen untersuchten Rechtsordnungen möglich, auch wenn die Verfahren und Voraussetzungen hierfür erheblich voneinander abweichen. Bei Trennung kennen z.B. *Schweden* und *Dänemark* eine Regelung, die dem bedürftigen Partner, häufig demjenigen, der die Kinder nach der Trennung hauptsächlich betreut, das Recht an der Mietwohnung zuweisen und auch einen Mietvertrag. In anderen Ländern wie etwa *Belgien*⁹¹ und auch *Deutschland*⁹² fehlt eine solche Regelung, mit der Folge, dass andere der Partner sogar die Räumung der Wohnung verlangen kann,⁹³ selbst wenn dies offensichtlich weder dem Wohl der Kinder noch dem Schutzbedürfnis des schwächeren Partners entspricht. Eine gesetzlich eingeräumte Möglichkeit der Zuweisung der gemeinsamen Wohnung ist daher zum Schutze des schwächeren Partners und der Kinder notwendig.

In vielen der untersuchten Rechtsordnungen ist eine Tendenz festzustellen, bestimmte *Steuervorteile* unabhängig vom familienrechtlichen Status zu gewähren bzw. Eheleute und nichteheliche Lebensgemeinschaften grundsätzlich gleich zu behandeln. Dies gilt vor allem bei der Einkommensteuer, wo häufig wie z.B. in *Dänemark*, *Belgien* und *Kanada* ohnehin eine getrennte Veranlagung stattfindet und eine Konstruktion wie das deutsche Ehegattensplitting unbekannt ist.⁹⁴ Eine steuerliche Gleichbehandlung von Ehegatten und nichtehelichen Lebensgemeinschaften kennen z.B. *Belgien*, *Kanada* (sofern das Fristerfordernis erfüllt ist) und die *Niederlande* (für die registrierte Partnerschaft, für einfache nichteheliche Lebensgemeinschaften ist eine Anmeldung als Partner bei den Steuerbehörden erforderlich).⁹⁵ Darüber hinaus werden Steuerprivilegien speziell für nichteheliche Lebensgemeinschaften in den anderen untersuchten Ländern nur recht eingeschränkt gewährt. So erhalten z.B. in *Frankreich* PACS-Partner in gewissem Umfang steuerliche Vergünstigungen bei Erbschafts- und Schenkungssteuer, sowie bei der Einkommensteuer nach

⁸⁹ Vgl. die Länderberichte, S. 465 f., S. 232 f., S. 265, S. 391 und S. 294 f.

⁹⁰ Ebenso *Dethloff*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 158 f. Vgl. aber *Lieb* (Fn. 61) S. A 89 ff.

⁹¹ Kritisch dazu der Länderbericht *Belgien*, S. 295 f.

⁹² Vgl. *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 3. Aufl. 1999, S. 191 ff., 222 f.; *Dethloff*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder, in diesem Band, S. 160 f.

⁹³ Vgl. etwa *AG Hamburg* 14.9.1989, NJW-RR 1989, 271 und *LG Berlin* 29.5.1990, MDR 1990, 1116.

⁹⁴ Vgl. dazu auch *Donath*, Ehe, Familie und Steuern, *RabelsZ* 57(1993) 401-437.

⁹⁵ Vgl. die Länderberichte, S. 300 f., S. 514 und S. 352-356.

dreijährigem Bestehen des PACS. In *Dänemark* werden des Weiteren nichteheliche Partner nach zweijähriger Partnerschaft bei der Erbschafts- und Schenkungssteuer wie Kinder des Erblassers bzw. Schenkers gestellt. Im sonstigen *öffentlichen Recht*, namentlich im *Sozialrecht*, ist in vielen Rechtsordnungen zu erkennen, dass zumindest die Nachteile der nichtehelichen Lebensgemeinschaft „anerkannt“ werden, d.h. dass bei Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gewisse Vergünstigungen wie Sozialhilfe etc. nicht mehr gewährt werden, weil davon ausgegangen wird, dass eine Bedürftigkeit aufgrund der Partnerschaft entfallen ist. Dies gilt pikanterweise auch in jenen Staaten, die wiederum eine Unterhaltspflicht bzw. einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegen den Partner nicht anerkennen.⁹⁶ Erklärlich ist eine solche Regelung freilich unschwer dadurch, dass es Empfänger staatlicher Leistungen nicht in der Hand haben sollen, durch bloße Nicht-Heirat weiter Gelder zu empfangen und diese so gegenüber Ehegatten zu privilegieren. Dennoch scheint es etwas unausgewogen, wenn nichtehelichen Lebensgemeinschaften dann aber gewisse staatliche Leistungen bzw. Privilegien vorenthalten werden. Insofern wäre es angezeigt zu überprüfen, in welcher Weise der Staat von langfristigen nichtehelichen Lebensgemeinschaften profitiert bzw. wo im Verhältnis zu Eheleuten Unterschiede bestehen. Ist der Nutzen für den Staat aus der Lebensgemeinschaft unabhängig vom familienrechtlichen Status gleich oder zumindest vergleichbar, so ist eine Ungleichbehandlung nur schwer zu rechtfertigen.⁹⁷

Dass eine nichteheliche Lebensgemeinschaft eine ähnliche soziale Zwangslage schaffen kann wie ein Verwandtschaftsverhältnis oder eine Ehe ist in z.B. in *Slowenien* und *Kroatien* sowie eingeschränkt auch in *Dänemark* gesetzlich anerkannt und führt dort zu einem *Zeugnisverweigerungsrecht*.⁹⁸ In *Deutschland* ermöglicht zumindest noch ein schnelles Verlöbnis verschiedengeschlechtlichen Paaren nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO eine Zeugnisverweigerung, gleichgeschlechtlichen Paaren steht ein Äquivalent nicht zur Verfügung. Die Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechtes für nichteheliche Lebensgemeinschaften ist zumindest überlegenswert, da insbesondere bei langfristigen Beziehungen vergleichbare Loyalitätskonflikte wie bei der Ehe entstehen können.⁹⁹ Die in Deutschland bestehende Möglichkeit zur „Blitzverlobung“ zur Erlangung eines Zeugnisverweigerungsrechtes ist rechtspolitisch jedenfalls weniger leicht zu rechtfertigen als ein gleiches Recht für Paare, die über einen längeren Zeitraum eine Paarbeziehung geführt haben.

Schließlich ist festzustellen, dass selbst in den Ländern, die eine separate *Familiengerichtsbarkeit* kennen wie etwa *Frankreich*, die Streitigkeiten nicht-

⁹⁶ Der Anspruch gegen den Staat entfällt dann, ohne dass ein durchsetzbarer Anspruch gegen den Partner an dessen Stelle tritt.

⁹⁷ Vgl. auch *Barlow/James* (Fn. 43) 153 ff., 167 ff.

⁹⁸ Vgl. die Länderberichte, S. 393, S. 411 und S. 474.

⁹⁹ Ebenso *Grziwotz* (Fn. 92) S. 163 f.; *Burhoff*, Anwendbarkeit von Normen des Deliktsrechts, Verfahrens- und Prozessrechts auf nichteheliche Lebensgemeinschaften, FPR 2001, 18, 19 f.

ehelicher Lebensgemeinschaften wie in *Deutschland* grundsätzlich dennoch vor den allgemeinen Zivilgerichten verhandelt werden (mit der Ausnahme von Kindschaftssachen).¹⁰⁰ Da die zugrunde liegenden sozialen Konflikte sich aber zumeist nicht von denen in einer Ehe unterscheiden, wäre es sinnvoll, sie auch von den darauf spezialisierten Gerichten behandeln zu lassen.

E. Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

In allen untersuchten Rechtsordnungen ist ein „Übergang“ von nichtehelicher Lebensgemeinschaft zur Ehe möglich: Durch die Eheschließung der Partner wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft aufgelöst, was gleichsam das Rangverhältnis von Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft klarstellt. Auch ist die Ehe mit einer dritten Person regelmäßig ein Auflösungsgrund. Selbstverständlich ist auch durch den Tod eines der Partner stets die Lebensgemeinschaft aufgelöst.

Die formelle Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist naturgemäß nur in den Rechtsordnungen genauer geregelt, die auch die Eingehung formellen Kriterien unterwerfen. Sie ist dort jedoch wesentlich leichter zu bewerkstelligen als etwa eine Ehescheidung. Ohne die Vornahme des erforderlichen formellen Aktes bleiben die Rechtswirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehen; anders als in den anderen Rechtsordnungen genügt also die rein faktische Trennung nicht.

In *Frankreich* wird ein PACS entweder durch eine gemeinsame schriftliche Erklärung gegenüber dem Amtsgericht aufgelöst oder aber durch Zustellung einer einseitigen schriftlichen Erklärung an den Partner und einer Kopie dieser Erklärung an das Amtsgericht. In letzterem Falle dauert es freilich drei Monate ab Zustellung der Erklärung bis die Rechtswirkungen des PACS entfallen.¹⁰¹ Vergleichbar ist die Auflösung des „Gesetzlichen Zusammenlebens“ in *Belgien* geregelt: Erforderlich ist entweder eine gemeinsame oder aber eine einseitige Erklärung gegenüber dem Standesbeamten. Im ersteren Falle ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft sofort aufgelöst, in zweitem Falle nach Zustellung der Erklärung an den anderen Partner durch den Standesbeamten, die innerhalb von acht Tagen zu erfolgen hat.¹⁰² Für die einverständliche Auflösung der registrierten Partnerschaft in den *Niederlanden* genügt die standesamtliche Registrierung der von beiden Parteien und einem Rechtsanwalt oder Notar unterschriebenen Auflösungserklärung. Fehlt es am Einverständnis, so ist wie bei Ehe eine gerichtliche Auflösung erforderlich.

¹⁰⁰ Vgl. den Länderbericht *Frankreich*, S. 236 f.

¹⁰¹ Vgl. hierzu und zur Kritik an dieser Regelung Länderbericht *Frankreich*, S. 243 f.

¹⁰² Vgl. den Länderbericht S. 302 f. sowie *Pintens*, Partnerschaft im belgischen und niederländischen Recht, FamRZ 2000, 74.

F. Internationales Privatrecht

Neben den sachrechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaften sind bei Auslandsberührung auch international-privatrechtliche Fragen zu klären. Mit der steigenden Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Allgemeinen wird es nicht ausbleiben, dass auch kollisionsrechtliche Fragen von den Gerichten und/oder dem Gesetzgeber entschieden werden müssen, was angesichts der Vielzahl der verschiedenen Formen der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ein ausgesprochen schwieriges Unterfangen ist;¹⁰³ umfassende Lösungen waren in keiner der untersuchten Rechtsordnungen zu finden.

Die meisten der untersuchten Rechtsordnungen lösen internationalprivatrechtliche Probleme mit Hilfe der allgemeinen Vorschriften, d.h. im Regelfall unter Rückgriff auf das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit, hilfsweise das Recht des gemeinsamen Aufenthaltsortes, oder aber – sofern vertragliche Elemente vorhanden sind – nach dem Vertragstatut. Für formalisierte Lebensgemeinschaften greifen die *Niederlande*¹⁰⁴ und *Belgien*¹⁰⁵ jedoch unter bestimmten Voraussetzungen auf das Recht des Registerortes zurück.

Eine umfassende Untersuchung der kollisionsrechtlichen Problematik kann und soll an dieser Stelle nicht erfolgen. Festzuhalten ist jedoch, dass einiges dafür spricht, bei formalisierten nichtehelichen Lebensgemeinschaften grundsätzlich an das Recht des Registerstaates bzw. des Ortes der Formalisierung anzuknüpfen. Bei „einfachen“, d.h. nicht formalisierten Lebensgemeinschaften ist unabhängig vom Geschlecht der Partner de lege lata wohl an die gemeinsame Staatsangehörigkeit als Hauptanknüpfung im Personen- und Familienrecht zurückzugreifen und subsidiär auf das Recht des gemeinsamen Aufenthaltes.¹⁰⁶ Ob der primäre Rückgriff auf das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit angesichts der gestiegenen Mobilität der Menschen noch sinnvoll und zeitgemäß ist, darf allerdings bezweifelt werden.¹⁰⁷ Begründen und beenden z.B. zwei Portugiesen ihre Lebensgemeinschaft in Frankreich, ohne jemals

¹⁰³ Ausführlich hierzu *Martiny*, Internationales Privatrecht, in: Hausmann/Hohloch (Fn. 4) S. 773-840.

¹⁰⁴ Vgl. den Länderbericht *Niederlande*, S. 366-369, sowie *Sumner*, Dissolution of Registered Partnerships: Excursion in Conversion, *International Family Law (IFL) 2004*, 231 ff.

¹⁰⁵ Vgl. den Länderbericht *Belgien*, S. 303 f. sowie zu den neuen belgischen Regelungen auch *Pintens/Scherpe*, Gleichgeschlechtliche Ehen im belgischen internationalen Privatrecht, *StAZ 2004*, 290-292.

¹⁰⁶ Vgl. *Martiny*, Internationales Privatrecht, in: Hausmann/Hohloch (Fn. 4) S. 790, Rn. 13 mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁰⁷ Vgl. nur *Henrich*, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: *Festschrift Stoll*, 2001, S. 437 ff.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2004, S. 267 ff.; *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988; *G. Fischer*, Die Entwicklung des Staatsangehörigkeitsprinzips in den Haager Übereinkommen, *RebelsZ 57* (1993) 1 ff.; *Basedow/Diehl-Leistner*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland, in: *Jayme/Mansel* (Hrsg.), *Nation und Staat im internationalen Privatrecht*, 1990, S. 13 ff., 39 ff.; *Baetge*, *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*, 1994, S. 28 ff.

gemeinsam in Portugal gelebt zu haben, so ist die Anwendung portugiesischen Rechts für die Betroffenen vermutlich schwer nachzuvollziehen; sie werden vielmehr mit der Anwendung französischen Rechts gerechnet haben, da sich ihre gesamte Beziehung auch in diesem kulturellen und rechtlichen Lebensumfeld abgespielt hat. Insgesamt scheint eine grundsätzliche Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt vorzugswürdig, auch wenn sich natürlich bei der Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts das Problem des Statutenwechsels stellt. Ferner gilt es zu bedenken, dass ein durchgehendes Festhalten an der soeben aufgezeigten Grundanknüpfung bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften ebenso wenig angezeigt sein dürfte wie bei der Ehe und dass daher bei der jeweiligen Anknüpfung je nach Natur und Inhalt des Anspruches wie bei der Ehe unterschieden werden sollte.¹⁰⁸

G. Zusammenfassung in Thesen

Die rechtsvergleichende Untersuchung hat gezeigt, dass in allen Rechtsordnungen die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften ein virulentes Problem ist, das einer kohärenten Lösung bedarf. Es ist zu hoffen, dass die Beiträge des vorliegenden Bandes hierfür Anregungen zu geben vermögen. Zum Abschluss des rechtsvergleichenden Teiles sollen dessen Ergebnisse noch einmal in Thesenform zusammengefasst werden. Dies erfordert eine Verkürzung auf knappe Sätze und natürlich das Fehlen von Erläuterungen. Für sich betrachtet mögen die Thesen daher im Einzelnen nicht ohne weiteres verständlich sein, so dass insoweit auf die jeweiligen Ausführungen im Text bzw. den Texten verwiesen sei.

1. Ein Registrierungs- oder Vertragsmodell ist zur Lösung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften unzureichend. Stattdessen sollte auf das faktische Bestehen einer solchen Lebensgemeinschaft abgestellt werden.¹⁰⁹ Eine Möglichkeit zum „opt-in“, d.h. zur bewussten Entscheidung für die Anwendbarkeit der Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften sollte dennoch bestehen, damit sich Paare Rechtssicherheit verschaffen können.¹¹⁰
2. Zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist grundsätzlich nicht zu differenzieren. Die Regelungen

¹⁰⁸ Ebenso Staudinger-Mankowski, Rn. 61 ff. zu Art. 13 EGBGB; Erman-Hohloch, Rn. 10 vor Art. 13 EGBGB; Martiny, Internationales Privatrecht, in: Hausmann/Hohloch (Fn. 4) S. 792, Rn. 16.

¹⁰⁹ Ausnahmen wären hier möglich, wo eine größere Rechtssicherheit bzw. Verbindlichkeit erforderlich ist, etwa durch eine Partnerschaftserklärung für steuerliche Zwecke etc., vgl. oben C.I.2. sowie D.III.

¹¹⁰ Hierbei könnte es sich um eine Partnerschaftserklärung o.ä. handeln, die dann gleichsam zur Anwendbarkeit weiterer Regelungen, etwa im Steuerrecht führen könnte, vgl. oben Fn. 109 sowie Länderbericht *Niederlande*, S. 355. Zum „opt-out“ vgl. unten 4.

für nichteheliche Lebensgemeinschaften sind überdies ungeeignet, um die Rechtsprobleme gleichgeschlechtlicher Paare umfassend zu lösen, hierfür bedarf es weiterer Schritte.¹¹¹

3. Die Voraussetzungen des Bestehens einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sollten nicht definiert werden, sondern grundsätzlich der Überprüfung durch die Rechtsprechung überlassen werden. Entscheidend sollte eine dauerhafte, stabile Paarbeziehung bzw. ein „Zusammenleben“ als Paar sein. Auch sollte generell keine Frist festgelegt werden. Eine anderweitig bestehende Ehe sollte die Anwendbarkeit der Regelungen nicht grundsätzlich ausschließen.¹¹²
4. Bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sollte ein Vermögensausgleich zwischen den Partner stattfinden, der den gemeinsam während der Lebensgemeinschaft erwirtschafteten Vermögenszuwachs umfassen sollte. Hierbei sind insbesondere auch Hausarbeit und Leistungen zur Kindeserziehung zu berücksichtigen. Den Partnern sollte die Möglichkeit offen stehen, eine anderweitige vertragliche Vereinbarung zu treffen, wobei die Zulässigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen sich an den für Eheverträge geltenden Regelungen orientieren sollten.¹¹³
5. Bei Bedürftigkeit eines Partners, die auf die Lebensgemeinschaft zurückzuführen ist, insbesondere bei fortdauernder Kindesbetreuung, sollte dieser einen Unterhaltsanspruch gegen den anderen Partner haben. Bei der Feststellung der Bedürftigkeit, die nicht an den Lebensverhältnissen während der Lebensgemeinschaft zu messen ist, sollten die Gesamtumstände der Lebensgemeinschaft und auch ein vom anderen Partner geleisteter Vermögensausgleich berücksichtigt werden.¹¹⁴
6. Auch hinsichtlich der Altersvorsorge sollte ein Ausgleich stattfinden.
7. Für den Fall des Todes eines der Partner sollte der andere durch ein gesetzliches Erbrecht oder aber zumindest Ansprüche gegen den Nachlass abgesichert sein.¹¹⁵
8. Unabhängig vom familienrechtlichen Status der Eltern sollten grundsätzlich Vater und Mutter ab Geburt des Kindes gemeinsam sorgeberechtigt sein.¹¹⁶

¹¹¹ Wie aufgezeigt (oben A.II.) sind freilich in einigen Ländern wie *Frankreich*, den *Niederlanden*, *Belgien* und den *spanischen* Comunidades Regelungen geschaffen worden, die zugleich die Rechtsprobleme von verschiedengeschlechtlichen Paaren, die nicht heiraten wollen, und von gleichgeschlechtlichen Paaren, die nicht heiraten können, lösen sollten. Solche Regelungen sind wegen dieser Vermischung für beide Gruppen wenig geeignet und insbesondere kein Ersatz für ein Eheäquivalent (wie mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft in *Deutschland* und den registrierten Partnerschaften in den *nordischen Ländern*) oder die Öffnung der Ehe (wie in *Belgien* und den *Niederlanden*) für gleichgeschlechtliche Paare (vgl. oben C.III).

¹¹² Vgl. oben C.III.

¹¹³ Vgl. oben D.I.4.a).

¹¹⁴ Vgl. oben D.I.4.b).

¹¹⁵ Vgl. oben D.I.4.c).

¹¹⁶ Vgl. oben D.II.5.a).

9. Für Kinder des anderen Partners sollte zumindest ein eingeschränktes Sorgerecht bestehen, welches die soziale Elternschaft anerkennt und auch für den Fall des Versterbens des leiblichen Elternteiles eine Verbleibensanordnung möglich macht.¹¹⁷ Bestehende Rechte des anderen Elternteils sollten hiervon unberührt bleiben.
10. Das Recht zur gemeinsamen Adoption sollte nicht am familienrechtlichen Status der Adoptierenden sondern ausschließlich am Kindeswohl orientiert sein, d.h. dass eine gemeinschaftliche Adoption durch nichteheliche Partner nicht per se ausgeschlossen sein sollte.¹¹⁸
11. Die Adoption des Kindes des anderen Partners der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, eine Stiefkindadoption, sollte unter denselben Voraussetzungen möglich sein wie bei Ehegatten.¹¹⁹
12. Bei Tötung oder Verletzung eines der nichtehelichen Partner sollten dem anderen wie bei Ehegatten Schadenersatzansprüche zustehen, bei denen auf faktisch gewährten Unterhalt abgestellt werden sollte.¹²⁰
13. Neben der Mietrechtsnachfolge im Todesfall sollten auch Regelungen geschaffen werden, die dem schwächeren Partner (und gegebenenfalls den Kindern) bei Trennung ein Verbleib in der Wohnung ermöglichen.¹²¹
14. Soweit das öffentliche Recht und insbesondere das Steuerrecht betroffen ist, sollte überprüft werden, ob nach dem Normzweck eine Differenzierung zwischen Eheleuten und nichtehelichen Partnern tatsächlich geboten ist und gegebenenfalls eine Anpassung vorgenommen werden.¹²²
15. Streitigkeiten aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften sollten den Familiengerichten zugewiesen werden.¹²³

¹¹⁷ Vgl. oben D.II.5.a).

¹¹⁸ Vgl. oben D.II.5.b).

¹¹⁹ Vgl. oben D.II.5.b). So ist wie bei der Stiefkindadoption durch Ehegatten besonderes zu gewichten, dass durch die Adoption das rechtliche Band zu einem leiblichen Elternteil durchtrennt wird. Im Regelfall dürfte daher die Einräumung eines Sorgerechtes o.ä. vorzugswürdig sein.

¹²⁰ Vgl. oben D.III.

¹²¹ Vgl. oben D.III.

¹²² Vgl. oben D.III.

¹²³ Vgl. oben D.III.

