

Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften?

Der 57. DJT¹ wird sich mit der Frage einer möglichen gesetzlichen Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften befassen. Damit nimmt er sich eines Themas an, das nicht nur in der Bundesrepublik, sondern auch im Ausland in den letzten zehn Jahren zunehmend Gegenstand literarischer Diskussion² und obergerichtlicher Entscheidungen geworden ist. Im folgenden können nur einige zentrale zivilrechtliche Probleme angesprochen werden, und auch hierbei muß sich der Beitrag aus Raumgründen auf einen kursorischen Überblick beschränken.

I. Einleitung

1. Rechtstatsächliche Grundlagen

Für das In- und Ausland liegen heute eine ganze Reihe sozialwissenschaftlicher Studien zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften sowohl in quantitativer als auch in qualitativer

Hinsicht vor³. Trotz aller Unterschiede im Detail zeichnen sich dabei in den westlichen Industrienationen gemeinsame Grundstrukturen ab.

a) Demographische Daten

Nichtehelele Lebensgemeinschaften können heute kaum mehr als deviantes soziales Phänomen angesehen werden. In der Bundesrepublik betrug ihr Anteil an sämtlichen Haushalten zwar 1982 wohl nur ca. 2 Prozent⁴, im Ausland liegen die Zahlen jedoch teilweise schon beträchtlich höher⁵. Gemeinsames Merkmal der internationalen Entwicklung ist die geradezu explosionsartige Zunahme der Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften seit den 70er Jahren vor allem in den jüngeren Bevölkerungsgruppen. In Wechselwirkung hierzu steht die steigende gesellschaftliche Akzeptanz dieser Lebensform⁶.

b) Motivationslage und Binnenstruktur

Entgegen der weit verbreiteten Ansicht, nichteheliche Lebensgemeinschaften seien oft mit Bindungs- und Verantwortungslosigkeit gleichzusetzen, zeichnen sich aufgrund der vorliegenden qualitativen Untersuchungen über die Motive, die zwei Menschen bewegen, zusammenzuleben ohne zu heiraten, zwei große Gruppen nichtehelicher Lebensgemeinschaften ab: die insbesondere bei den unter 30jährigen weit verbreitete „Probehe“ und die eher bei den über 30jährigen vorzufindende „Alternative zur Ehe“⁷. Letztere scheint vor allem

in der Rechtspraxis (1982); Schwenzer, Vom Status zur Realbeziehung (1987); Striwe, Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (1986); Thomas, Formlose Ehen (1973); deWitt/Huffmann, Nichtehelele Lebensgemeinschaft (2. Aufl. 1986); Trost, Unmarried Cohabitation (Västerås 1979).

³ Vgl. Apelt/Franzkowiak/Liepmann, Diagnose partnerschaftlichen Verhaltens (1980); BMJFG, Nichtehelele Lebensgemeinschaften in der BRD (1985); Freemann/Lyon (Fn. 2); Meyer/Schulze KZfSS 1983, 735 ff.; Pohl ZfBevW 1985, 89 ff.; Trost (Fn. 2); Wingen, Nichtehelele Lebensgemeinschaften (1984).

⁴ Vgl. BMJFG (Fn. 3), S. 147.

⁵ Nachw. bei Schwenzer (Fn. 2), S. 157.

⁶ Vgl. BMJFG (Fn. 3), S. 82; Pohl ZfBevW 1985, 89 (99); Lieb, Gutachten, sub. A. II. 3.

⁷ Vgl. auch Striwe (Fn. 2), S. 24.

¹ 27.-30. 9. 1988 in Mainz; mit Gutachten von Lieb (im folgenden: Lieb, Gutachten) und Referaten von Schmid-Aßmann und von Maydell. Am 23./24. 8. 1988 findet auch eine öffentliche Anhörung der SPD-Bundestagsfraktion zu diesem Thema statt.

² Hingewiesen sei hier nur auf folgende Monographien und Sammelbände: Barton, Cohabitation Contracts (Aldershot/Brookfield, Vt. 1985); Batters, Nichtehelele Zusammenleben im Zivilrecht (1983); Bernet-Gravereaux, L'union libre (Paris 1983); Demain, La liquidation des biens des concubins (Paris 1968); Der Wandel familiärer Verhaltensmuster und das Sozialrecht, Verhandlungen des Deutschen Sozialrechtsverbandes (1985); Douthwaite, Unmarried Couples and the Law (Indianapolis, Ind. 1979); Eekelaar/Katz (Hrsg.), Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies (Toronto 1980); Eser (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (1985); Richard Frank (Hrsg.), Die eheähnliche Gemeinschaft in Gesetzgebung und Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz (Basel 1986); ders. u. a., Die eheähnliche Gemeinschaft im schweizerischen Recht (Bern 1984); Freeman/Lyon, Cohabitation Without Marriage (Aldershot 1983); Hausmann, Grundfragen der rechtlichen Organisation und Abwicklung von Lebensgemeinschaften (Münchener Habilitationsschrift, noch unveröff.); Kunigk, Die Lebensgemeinschaft (1978); Landwehr (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (1978); Limbach/Schwenzer (Hrsg.), Familie ohne Ehe (1988); Locumer Protokolle 3/1980; Marty-Schmid, La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre (Genève 1986); E. M. von Münch, Zusammenleben ohne Trauschein (3. Aufl. 1988); Rubellin-Devichi (Hrsg.), Les concubinages (Paris 1986); Ringeling/Svilar (Hrsg.), Familie im Wandel (Bern 1980); Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (1981); Scholz, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft

für berufstätige Frauen mit hohem Bildungsniveau besondere Attraktivität zu besitzen⁸.

Im Bindungsverhalten und der Bereitschaft, für einander Verantwortung zu übernehmen, wurden zwischen nichtehelich Zusammenlebenden und Verheirateten bei demographisch vergleichbaren Bevölkerungsgruppen bislang kaum signifikante Unterschiede festgestellt⁹. Und auch in Bezug auf die intendierte Dauer der Beziehung scheint es eher so, daß die Partner gerade durch die nicht legalisierte Form der Beziehung eine größere Dauerhaftigkeit anstreben, als es ihnen in der Ehe möglich erscheint: „Man möchte gleichsam der Intention der Ehe nachkommen, indem man sie unterläuft.“¹⁰

Deutliche Unterschiede zwischen Verheirateten und nichtehelich Zusammenlebenden ergeben sich jedoch bezüglich der finanziellen Regelungen¹¹: Zwar macht ca. die Hälfte beider Gruppen mehr oder weniger „gemeinsame Kasse“, im wesentlichen „getrennte Kasse“ macht jedoch ca. ein Drittel der in nichtehelicher Gemeinschaft Lebenden (Verheiratete: ca. 4 Prozent), die klassische Rollenteilung mit dem Mann als Hauptnährer praktizieren nur ca. 10 Prozent der nicht Verheirateten (Verheiratete: ca. ein Drittel).

Überlegungen zur rechtlichen Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft werden an diesen rechtstatsächlichen Befunden nicht vorbeigehen dürfen.

2. Allgemeine Überlegungen

a) Zur Sittenwidrigkeit

Weitgehend Einigkeit besteht heute international darüber, daß zumindest der nichtehelichen Gemeinschaft zweier nicht anderweitig verheirateter Partner – im Gegensatz zu der noch teilweise vor 10 bis 20 Jahren vertretenen Position¹² – nicht mehr der Makel der Sittenwidrigkeit anhaftet. In zunehmendem Maße wird sogar in Fällen, in denen ein oder sogar beide Partner verheiratet sind, die Sittenwidrigkeit verneint¹³.

Praktische Konsequenzen ergeben sich hieraus einmal für die Behandlung der Außenbeziehungen: die nichteheliche Gemeinschaft begünstigende Rechtsfolgen können heute nicht mehr mit einem schlichten Hinweis auf deren Sittenwidrigkeit abgelehnt werden. Für die Binnenbeziehung zwischen den Partnern folgt daraus zunächst, daß ausdrückliche Vereinbarungen wirksam und durchsetzbar sind¹⁴.

Trotz einer international weit verbreiteten Ratgeberliteratur¹⁵, die den in nichtehelicher Gemeinschaft Lebenden Vertragsmuster für die Regelung ihrer Beziehungen an die Hand gibt, wird freilich in der Praxis von der Möglichkeit ausdrücklicher Abreden kaum Gebrauch gemacht¹⁶. Der Grund hierfür dürfte vor allem darin zu sehen sein, daß die Beziehung als auf Dauer angelegt gesehen wird und beispielsweise vorsorgliche Trennungsvereinbarungen als ein Infragestellen der Vertrauensbasis erlebt werden.

Aus dem Fehlen ausdrücklicher Vereinbarungen jedoch zu schließen, die Beteiligten hätten sich für die rechtliche Bin-

dungslosigkeit entschieden¹⁷, Ausgleichsansprüche seien schon deshalb zu versagen, würde zum einen der sozialen Realität Gewalt antun, zum anderen übersieht diese Auffassung, daß auch ein Versagen von Ausgleichsansprüchen eine rechtliche Regelung darstellt, nämlich die Absicherung des formal Berechtigten¹⁸.

b) Gleichstellung mit der Ehe

Eine Reihe ausländischer Rechtsordnungen unterstellt nichteheliche Lebensgemeinschaften, die eine bestimmte Zeit gedauert haben und/oder aus der Kinder hervorgegangen sind, in allen oder in wesentlichen Bereichen den für die Ehe geltenden Rechtsvorschriften¹⁹.

Für die Bundesrepublik würde eine solche Lösung bislang nicht vertreten. Ihr dürften auch grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen. Trotz aller Unterschiede der Auffassungen, die im verfassungsrechtlichen Schrifttum im Detail geäußert werden, ist man sich jedenfalls einig, daß eine Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit der Ehe zum einen mit dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG, zum anderen aber auch mit der ebenfalls in Art. 6 Abs. 1 GG verankerten negativen Eheschließungsfreiheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit der Partner nach Art. 2 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren wäre²⁰. Darüberhinaus würde die pauschale Übernahme eherechtlicher Bestimmungen dem sozialen Sachverhalt nichtehelicher Lebensgemeinschaften Gewalt antun. Wird schon das Eherecht angesichts realer Typenvielfalt von manchen Autoren²¹ als zu wenig ausdifferenziert erachtet, so müßte dies erst recht für nichteheliche Lebensgemeinschaften gelten.

c) Flexible Handhabung

In Betracht kommt mithin nur eine zwischen den beiden Extremstandpunkten „Regelungslosigkeit“ und „Gleichstellung mit der Ehe“ vermittelnde, flexible Lösung, wie sie denn auch von der überwiegenden Mehrzahl ausländischer Rechtsordnungen vertreten wird.

Dabei sollte nicht von vornherein ausgeschlossen werden, einzelne für Ehegatten geltende Normen analog, bzw. die hinter ihnen stehenden Wertungsgesichtspunkte entsprechend auf nichteheliche Lebensgemeinschaften anzuwenden²². Dies setzt freilich voraus, daß die jeweilige Norm nicht allein an den Status der Ehe anknüpft, sondern einen bestimmten, typischerweise aus enger, zwischenmenschlicher Bindung resultierenden Sachverhalt regeln will, und dieser im Einzelfall bei der nichtehelichen Gemeinschaft verwirklicht erscheint. Art. 6 Abs. 1 GG dürfte einer solch punktuellen Gleichstellung nicht entgegenstehen²³, ja man wird umgekehrt sogar aus Art. 2 Abs. 1 GG einen Regelungsauftrag für den Gesetzgeber im Hinblick auf besonders drängende Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft herleiten können²⁴.

II. Regelungsbedürfnis bei bestehender nichtehelicher Lebensgemeinschaft

Ein Regelungsbedürfnis für die Beziehung zwischen den Partnern ist während des Bestehens der Gemeinschaft eindeutig zu

⁸ Vgl. Meyer/Schulze, in: Limbach/Schwenzer (Fn. 2), S. 11 ff.

⁹ Vgl. BMJFG (Fn. 3), S. 59; Straver, Loccumer Protokolle 3/1980, S. 18 (32); Agell, 24 Sc. St. L. 9 (18) (1980); Alt, J. C. P. 1983. I. 3119, Nr. 3; Tapp, in: Eekelaar/Katz (Fn. 2), S. 437 (444); Bull, 30 Sc. St. L. 29 (44) (1986).

¹⁰ BMJFG (Fn. 3), S. 60.

¹¹ Vgl. hierzu i. e. BMJFG (Fn. 3), S. 72; Apelt/Franzkowiak/Liepmann (Fn. 3), S. 136.

¹² Vgl. nur BGH NJW 1968, 932; Weitzman, The Marriage Contract (New York, N. Y. 1981), S. 378 ff.; Demain (Fn. 2), S. 10.

¹³ Vgl. nur BGHZ 77, 55; Alt, J. C. P. 1983. I. 3119, Nr. 7.

¹⁴ Vgl. Bruch, 10 Fam. L. Q. 101 (115 ff.) (1976/77); Rubellin-Devichi, J. C. P. 1986. I. 3241, Nr. 11; vgl. aber OLG Hamm JZ 1988, 240 m. abl. Anm. Finger.

¹⁵ Vgl. nur Kunigk (Fn. 2), S. 104 ff.; Barton (Fn. 2), S. 87 ff.

¹⁶ Vgl. BMJFG (Fn. 3), S. 87: ca. 10% schriftliche oder notarielle Trennungsvereinbarungen; Frankreich: Rubellin-Devichi, J. C. P. 1986. I. 3241, Nr. 11; Norwegen und Dänemark: Bull, 30 Sc. St. L. 29 (39) (1986).

¹⁷ So etwa OLG Hamm FamRZ 1977, 318 (320); OLG Düsseldorf NJW 1979, 1509.

¹⁸ Ähnlich auch Lieb, Gutachten, sub. A. I. 5.

¹⁹ Einzelheiten bei Striewe (Fn. 2), S. 92 ff., 138 ff.; vgl. auch Müller-Freienfels, (1987) 1 Int. J. L. & Fam. 259 (262 ff.).

²⁰ Vgl. etwa von Campenhausen, VVDStRL 45 (1987), 7 (19); Steiger, ebenda, 55 (78).

²¹ Vgl. etwa Gernhuber, Eherecht und Ehetypen (1981), S. 14 f.; Dieckmann, FS Bosch (1976), S. 119 (131).

²² So auch Battes (Fn. 2), S. 23; Lieb, Gutachten, sub. A. V.; Zeidler, in: Benda/Mahofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1 (1984), S. 555 (582); ähnlich Zippelius DÖV 1986, 805 (809).

²³ Vgl. I. von Münch, in: Landwehr (Fn. 2), S. 137 (151); Lieb, Gutachten, sub. A. V.; a. A. wohl Scholz (Fn. 2), S. 35.

²⁴ So ausdrücklich Lieb aaO; vgl. auch Steiger, VVDStRL 45 (1987), 55 (78).

verneinen. Denn wie bei allen engen, personalen Beziehungen gilt auch hier, daß Recht erst in einem Zeitpunkt thematisiert und erst recht mobilisiert wird, wenn die personale Beziehung sich bereits in Auflösung befindet. Regelungsfragen können hier nur im Verhältnis zu Dritten auftreten. Diese sind jedoch größtenteils bereits de lege lata bei entsprechender Auslegung der maßgeblichen Bestimmungen angemessen zu bewältigen²⁵.

III. Rechtsfolgen bei Trennung

Die Rechtsfolgen bei Trennung nichtehelicher Partner stehen im Brennpunkt literarischer Diskussion. Dabei richtet sich das Hauptaugenmerk auf einen möglichen Ausgleich von während der Gemeinschaft vollzogenen Vermögensverschiebungen; ob Unterhalt nach Trennung nichtehelicher Partner zu gewähren ist, ist eine Frage, die erst in neuerer Zeit stärkere Beachtung findet²⁶; das praktisch recht bedeutsame Problem einer möglichen Zuweisung der gemeinsamen Wohnung an einen der Partner wurde bislang kaum diskutiert²⁷.

1. Ausgleichsansprüche nach Trennung

Trennen sich die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft, so sind die dabei auftretenden Probleme im Hinblick auf während der Partnerschaft erworbenes Vermögen denen bei Trennung von Ehegatten häufig nicht unähnlich. Dies gilt namentlich dann, wenn die Gemeinschaft über mehrere, oft viele Jahre gedauert hat und zwischen „Mein und Dein“ nicht unterschieden wurde.

Einigkeit dürfte international darüber bestehen, daß ein wie auch immer gearteter Ausgleich nicht allein deshalb zu versagen ist, weil die Partner in nichtehelicher Gemeinschaft gelebt haben. Auch in der Bundesrepublik nimmt die Zahl jener Autoren ab, die unter Hinweis auf die bewußte Risikovernahme jedweden Ausgleich verneinen und die Partner auf die formale Eigentumslage bei Trennung verweisen wollen. Unklar ist freilich, ob und unter welchen Voraussetzungen eine *Beteiligung* des einen an einem während der Gemeinschaft eingetretenen Vermögenszuwachs des anderen Partners oder jedenfalls eine *Rückgewähr* gegenständlicher Zuwendungen stattfinden soll.

a) Rechtsvergleichender Überblick

Soweit nicht eine Gleichstellung von nichtehelicher Lebensgemeinschaft und Ehe gesetzlich angeordnet wird²⁸, kommt eine Beteiligung am Vermögenszuwachs des Partners in ausländischen Rechtsordnungen unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten in Betracht: Das französische Recht arbeitet mit einer *société de fait*²⁹, das englische mit trust-Grundsätzen³⁰, amerikanische Gerichte seit der grundlegenden Marvin-Entscheidung³¹ überwiegend mit einem „*implied contract*“³².

²⁵ Zu den mietrechtlichen Fragen vgl. *Lieb*, Gutachten, sub. F. 1. und 2. Probleme ergeben sich freilich im Hinblick auf den Rückgriff des Versicherers, nachdem der *BGH* – NJW 1988, 1091 m. Anm. *Striewe* – die Anwendung des Familienprivilegs nach § 116 Abs. 6 SGB X (gleiches gilt für § 67 Abs. 2 VVG, vgl. *OLG München* NJW-RR 1988, 34) abgelehnt hat, vgl. auch schon *Weber*, DAR 1985, 1 (6 ff.). Die Konfliktsituation, die das Familienprivileg verhindern will, tritt bei nichtehelicher Gemeinschaft vergleichsweise so wie in jeder anderen Familiengemeinschaft auf. Das Familienprivileg sollte deshalb allen faktischen Familienangehörigen, d. h. auch dem nichtehelichen Partner zugutekommen, vgl. auch *BGH* NJW 1980, 1486 (Pflegekind).

²⁶ Vgl. *Battes*, FS Pleyer (1986), S. 467 ff.

²⁷ Angesprochen wurde die Frage bei *Struck* ZRP 1983, 215 (219); *Finger* JZ 1981, 497 (509).

²⁸ Vgl. oben bei Fn. 19.

²⁹ Vgl. nur *Marty-Schmid* (Fn. 2), S. 229 ff.; *Huet-Weiller*, in: *Rubellin-Devichi* (Fn. 2), Bd. II, S. 107 (112 ff., Nr. 8 ff.).

³⁰ Vgl. *Fox*, (1980) 10 Fam. L. 106 (108 ff.); *Cretney*, Elements of Family Law (1987), S. 134 ff., Rnr. 12–04 ff.; für Australien vgl. *Baumgartner v. Baumgartner*, (1986) 10 Fam. L. R. 319 (C. A.).

³¹ *Marvin v. Marvin*, 18 Cal.3d 660, 134 Cal. Rptr. 815, 557 P.2d 106 (1976), abgedruckt auch bei *Douthwaite* (Fn. 2), S. 617 ff.

³² Vgl. nur aus neuerer Zeit *Boland v. Catalano*, 202 Conn. 333, 521 A.2d 142 (1987); *Tannehill v. Finch*, 188 Cal. App. 3d 224, 232 Cal. Rptr. 749 (1987).

Jenseits der dogmatischen Einordnung lassen sich dabei – bei allen Unterschieden im Detail – folgende Wertungsgesichtspunkte herausarbeiten: In Frankreich kommt eine – grundsätzlich hälftige – Beteiligung am Vermögenszuwachs heute praktisch nur in Betracht bei gemeinsamem Betrieb eines Gewerbes auf der Basis der Gleichberechtigung oder bei mit Mitteln beider Partner erworbenem Grundstücksvermögen³³.

Die englischen Gerichte gehen einen Schritt weiter und erkennen auch indirekte Beiträge an, wenn etwa ein Partner aus seinem Einkommen ausschließlich den Lebensunterhalt finanzierte, während der andere den Kaufpreis für ein auf seinen Namen erworbenes Haus abbezahlt³⁴. Wie in Frankreich wurde jedoch auch in England bislang noch nie einer Frau, die allein den Haushalt geführt und gemeinsame Kinder großgezogen hatte, eine Vermögensbeteiligung zuerkannt³⁵, sofern sie nicht im Einzelfall größere Anstrengungen unternommen hatte als man sie von jeder Ehefrau erwarten würde³⁶.

Amerikanische Gerichte haben hingegen auch wiederholt der den Haushalt führenden Partnerin hälftige Beteiligung gewährt, wenn die Parteien über lange Jahre zusammengelebt, gemeinsame Konten unterhalten, alles Geld zusammengelegt hatten und womöglich Kinder aus der Verbindung hervorgegangen waren oder Kinder aus früheren Verbindungen der Parteien versorgt wurden³⁷.

Doch auch wo in den genannten Rechtsordnungen eine Beteiligung abgelehnt wird, ist damit noch nicht entschieden, daß nicht gleichwohl eine Rückgewähr erbrachter Leistungen in Betracht kommen könnte. Zwar wird allgemein davon ausgegangen, daß bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine Abrechnung der zum gemeinsamen Zusammenleben erbrachten Beiträge nicht stattfinden soll. Sowohl gegenständliche Aufwendungen auf ein dem anderen Partner gehörendes Vermögensgut als auch Mitarbeit im Betrieb des anderen, ohne daß sich hieraus eine Beteiligung ergäbe, können jedoch insbesondere nach Bereicherungsgrundsätzen auszugleichen sein³⁸.

b) Meinungsstand im deutschen Recht

Einigkeit besteht im deutschen Recht nur darüber, daß nicht allein aufgrund des Zusammenlebens in nichtehelicher Gemeinschaft bereits eine Beteiligung am Vermögen des Partners entsteht, und daß ein Ausgleich wegen der während der Gemeinschaft zum gemeinsamen Leben erbrachten Beiträge nicht stattfinden soll. Im übrigen sind Rechtsprechung und Literatur im deutschen Recht von einem Konsens weit entfernt.

aa) Rechtsprechung

Eine deutliche Zurückhaltung, was die Gewährung von Ausgleichsansprüchen nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft betrifft, kennzeichnet die Rechtsprechung des *BGH*. Nach einer häufig gebrauchten Formel kommt eine Vermögensbe-

³³ Vgl. *Marty-Schmid* (Fn. 2), S. 248; *Rubellin-Devichi*, J. C. P. 1986. I. 3241, Nr. 10; bis zu den 30er Jahren war die Rechtsprechung bei Annahme einer *société de fait* wesentlich großzügiger, vgl. *Demaïn* (Fn. 2), S. 18.

³⁴ Vgl. nur *Grant v. Edwards*, (1986) 3 W. L.R. 114 (C.A.); vgl. auch *Hall v. Hall*, (1982) 3 F. L.R. 379 (C.A.); *Turton v. Turton*, (1988), 1 F.L.R. 23 (C.A.).

³⁵ Vgl. *Burns v. Burns*, (1984) Ch. 317 (C.A.); 17jährige Gemeinschaft, zwei gemeinsame Kinder; zur Kritik hieran vgl. *Lowe-Smith*, (1984) 47 M.L.R. 341 ff.

³⁶ Beteiligung wurde gewährt, wo die Frau jeweils tatkräftig am Bau eines auf den Namen des Mannes erworbenen Hauses mitgearbeitet hatte, vgl. *Cooke v. Head*, (1972) 1 W. L.R. 518 (C.A.); *Eves v. Eves*, (1975) 1 W. L. R. 1338 (C.A.).

³⁷ Vgl. die Nachw. bei *Schwenzer* (Fn. 2), S. 185 Fn. 64.

³⁸ Frankreich: vgl. *Huet-Weiller*, in: *Rubellin-Devichi* (Fn. 2), Bd. II, S. 107 (116 ff., Nr. 14); England: vgl. schon *Diwell v. Farnes*, (1959) 2 All E. R. 379 (C.A.); vgl. aber *Thomas v. Fuller-Brown*, (1988) 1 F.L.R. 237 (C.A.); Arbeiten am Haus als nicht auszugleichender Unterhaltsbeitrag des Mannes bewertet; USA: vgl. jüngst *Watts v. Watts*, 137 Wis.2d 506, 405 N.W.2d 303 (1987).

teilung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen nur hinsichtlich einzelner Vermögensgegenstände in Betracht, „wenn beide Partner durch gemeinschaftliche Leistungen einen Vermögensgegenstand erworben und hierbei die Absicht verfolgt haben, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte“³⁹. In der Sache wurde dies nur bei gemeinsamem Hausbau auf dem Grundstück des einen Partners⁴⁰ oder gemeinsamem Aufbau eines Gewerbebetriebes bejaht⁴¹.

Restriktiv verfährt der BGH aber nicht nur bei der Frage, wann eine Beteiligung in Betracht kommt, vor allem wird bei Ablehnung der Beteiligungslösung auch grundsätzlich keine Rückabwicklung in Erwägung gezogen. Vielmehr wird dann häufig jeder Ausgleich verneint⁴².

bb) Literatur

Die Literatur in der Bundesrepublik bietet ein buntscheckiges Bild. Von einer weitgehenden Beteiligungslösung bis hin zur praktischen Ablehnung jeglichen Ausgleichs werden nahezu alle denkbaren Zwischenpositionen vertreten.

Für die Beteiligungslösung im Falle „gemeinschaftlichen Wirtschaftens“ hat sich wiederholt *Battes*⁴³ eingesetzt. Im Vergleich hierzu steht die übrige Literatur einer Beteiligung überwiegend zurückhaltend, wenn nicht gar ablehnend gegenüber. *Frank*⁴⁴ will zwar eine Beteiligung bei Trennung nichtehelicher Partner im selben Umfang wie nach Auflösung einer Gütertrennungsehe zugestehen, *Schlüter/Belling*⁴⁵ und auch *Lieb* in seinem Gutachten⁴⁶ lehnen die Beteiligungslösung generell ab, wollen jedoch Rückgewähransprüche in recht großzügiger Weise anerkennen⁴⁷. Vor allem *Diederichsen*⁴⁸ will schließlich jeglichen Ausgleich verneinen. Auf die Einzelheiten der in der Literatur vertretenen Standpunkte und dogmatischen Lösungsansätze kann hier leider nicht näher eingegangen werden⁴⁹. Im folgenden sollen vor allem die Wertungsgesichtspunkte, die für die eine oder andere Lösung de lege ferenda sprechen, im Mittelpunkt stehen.

c) Wertungsgesichtspunkte

aa) Beteiligungslösung

Soweit die Wertungen offengelegt und nicht allein auf dogmatischer Grundlage argumentiert wird, findet sich als Hauptargument gegen die Beteiligungslösung, daß eine solche „mit der Entscheidung der Partner, ihrer Gemeinschaft gerade keine feste äußere Form zu geben, nicht zu vereinbaren“⁵⁰ sei, allenfalls aber die Erwartungen nichtehelicher Partner denen von Gatten bei Gütertrennungsehe entsprechen können⁵¹.

³⁹ BGH FamRZ 1980, 1065 (1066); vgl. auch BGH FamRZ 1985, 1232; OLG Hamm NJW 1980, 1530.

⁴⁰ Vgl. BGH WM 1965, 793; BGH FamRZ 1985, 1232; BGH WM 1982, 747; OLG Hamm NJW 1980, 1530.

⁴¹ Vgl. BGH FamRZ 1958, 15; BGH FamRZ 1982, 1065; OLG Hamm NJW 1980, 1530.

⁴² Vgl. nur BGH FamRZ 1983, 1213; BGH FamRZ 1983, 349; BGH FamRZ 1981, 530; OLG Oldenburg NJW 1986, 1817; LG Aachen FamRZ 1988, 717; kritisch *Battes*, FS Hübner (1984), S. 379 (386); *Rainer Frank*, FS Müller-Freienfels (1986), S. 131 (150); *Schlüter/Belling* FamRZ 1986, 405 (408); *Lieb*, Gutachten, sub B. VI.2.

⁴³ (Fn. 2), S. 97 ff.; *ders.*, ZHR 143 (1979), 385 (393 ff.); zustimmend *Zeidler*, in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Fn. 22), S. 555 (583); *deWitt/Huffmann* (Fn. 2), S. 33, Rnr. 78; *Schwenzer* (Fn. 2), S. 192 ff.

⁴⁴ FamRZ 1983, 541 (544 ff.).

⁴⁵ FamRZ 1986, 405 (412 ff.).

⁴⁶ sub. B. IX. 1. b).

⁴⁷ Auch *Rainer Frank*, FS Müller-Freienfels (1986), S. 131 (148 ff.) favorisiert die Rückabwicklungslösung.

⁴⁸ NJW 1983, 1017 (1023).

⁴⁹ Vgl. hierzu die ausführliche Auseinandersetzung bei *Lieb*, Gutachten, sub. B. IV.

⁵⁰ *Lieb*, Gutachten, sub. B. IX. 1. b); vgl. auch *Schlüter/Belling* FamRZ 1986, 405 (409).

Diese Argumente vermögen freilich angesichts der vorliegenden soziologischen Untersuchungen nicht zu überzeugen. Nach der vom BMJFG in Auftrag gegebenen Studie rechnen nur 38 % der Befragten nicht mit einer Teilung, 32 % gingen hingegen von der Erwartung einer Teilung aller gemeinsamen Anschaffungen aus⁵².

Damit ist freilich nur festgestellt, daß die Beteiligungslösung nicht von vorneherein ausscheidet, aber noch nicht, wann sie angemessen ist. Nützlich erscheint insoweit ein Rückgriff auf die Gestaltung der finanziellen Beziehungen zwischen den Partnern bei bestehender Gemeinschaft, wie sie oben berichtet wurde⁵³. Eine Beteiligungslösung für alle nichtehelichen Lebensgemeinschaften kann danach nicht in Frage kommen. Wo die Partner ihre Vermögenssphären während der Gemeinschaft getrennt gehalten haben, kann von der Vorstellung gemeinsamer Berechtigung schlechterdings nicht ausgegangen werden. Hieran ändert auch die Dauer des Zusammenlebens oder das Vorhandensein gemeinsamer Kinder nichts. Andererseits stellt die Zahl derer, die regelmäßig fast alles zusammenlegen, mit ca. einem Viertel⁵⁴ eine durchaus relevante Größe dar. Die Beteiligungslösung bei Trennung erscheint hier, zumal wenn eine solche Regelung über Jahre hinweg praktiziert wurde, als konsequentes Festhalten der Parteien an ihrem eigenen Verhalten⁵⁵.

Problematisch ist der Fall, daß ein Partner ausschließlich den Haushalt und gemeinsame Kinder versorgt hat. Ob die Beteiligungslösung auch hier in Frage kommen kann, hängt vor allem davon ab, ob man Hausarbeit und Kinderpflege als vermögenswerten Beitrag ansieht⁵⁶. M.E. dürfte dies nicht grundsätzlich verneint werden. Im Einzelfall müßten hier freilich die Umstände, aus denen auf den Willen einer gemeinsamen Vermögensbeteiligung geschlossen wird, besonders sorgfältig geprüft werden.

bb) Rückabwicklung

Wo die Beteiligungslösung wegen des während der Gemeinschaft praktizierten Verhaltens der Parteien nicht in Frage kommt, kann gleichwohl nicht davon ausgegangen werden, daß etwaige Vermögensverschiebungen nach Auflösung der Gemeinschaft nicht rückabzuwickeln sind. Zwar ist es sicher zutreffend, daß ein Ausgleich wegen der jeweiligen Beiträge zur gemeinsamen Lebensführung nicht angemessen erscheint, weil hier zu unterstellen ist, daß die Partner diese Beiträge als gleichwertig erachtet haben⁵⁷. Wo jedoch ein Partner Aufwendungen auf ein dem anderen gehörendes Vermögensgut gemacht hat, wird man – wie insbesondere *Lieb*⁵⁸ treffend herausarbeitet – annehmen dürfen, daß es sich insoweit um Zuwendungen handelt, deren Grundlage das Fortbestehen der Gemeinschaft ist, und die mithin bei Auflösung der Gemeinschaft grundsätzlich rückabzuwickeln sind.

d) Aufgabe für den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung?

Fraglich erscheint, ob – will man den o. g. Wertungsgesichtspunkten folgen – dies durch richterliche Rechtsfortbildung erfolgen könnte oder insoweit der Gesetzgeber gefordert wäre.

Daß richterliche Rechtsfortbildung in diesem Bereich möglich ist, zeigt vor allem die ausländische Rechtsprechung

⁵¹ Vgl. *Rainer Frank*, FamRZ 1983, 541 (545); *Steinert* NJW 1986, 683 (68) auch *Lieb*, Gutachten, sub. B. VII. 3. zieht die Parallele zwischen nichtehelicher Gemeinschaft und Gütertrennungsehe.

⁵² Vgl. BMJFG (Fn. 3), S. 89 (28% äußerten ihre Unkenntnis bezüglich Rechtslage).

⁵³ Vgl. oben sub. I.1.b) bei Fn. 11.

⁵⁴ Ein weiteres Viertel legt regelmäßig einen Teil zusammen, vgl. BMJ (Fn. 3), S. 72.

⁵⁵ Vgl. auch schon *Bruch*, 10 Fam. L. Q. 101 (136) (1976/77).

⁵⁶ Grundsätzlich verneinend *Lieb*, Gutachten, sub. B. IX. 1.a).

⁵⁷ Vgl. nur BGH FamRZ 1981, 530; BGH FamRZ 1983, 349; BGH FamRZ 1983, 1213.

⁵⁸ Gutachten, sub. B. VIII.

uch im deutschen Recht stehen mit dem gesellschaftsrechtlichen Ansatz sowie mit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsrundlage⁵⁹ oder der *condictio ob rem*⁶⁰ Rechtsinstitute zur Verfügung, die der Beteiligungs- bzw. Rückabwicklungslösung grundsätzlich nutzbar gemacht werden könnten, auch wenn diese nicht uneingeschränkt passen.

Für ein Eingreifen des Gesetzgebers⁶¹ spricht jedoch einmal, daß hier eine grundsätzliche Wertentscheidung zu treffen ist, zum anderen, daß damit anerkannt werden könnte, daß es sich bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften nicht um eine bloß vermögensrechtliche Beziehung unter Fremden, sondern um die Regelung von Folgen der Auflösung einer Intimbeziehung, die eher dem Familienrecht zuzuordnen ist, handelt.

Eine Norm, die die vermögensrechtlichen Folgen bei Auflösung einer nichtehelichen Gemeinschaft regelt, müßte allerdings – will man die oben aufgezeigten Wertungsgesichtspunkte hinreichend berücksichtigen – äußerst flexibel sein; sie könnte kaum mehr als dem Richter eine Reihe von Kriterien an die Hand geben. Beispielhaft erscheint Sec. 20 Abs. 1 De Facto Relationships Act 1984 von New South Wales⁶², wonach das Gericht

may make such order adjusting the interests of the partners in the property as to 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 de facto partners to the acquisition, conservation or improvement of any of the property of the partners or either of them or to the financial resources of the partners or either of them; and

(b) the contributions, including any contributions made in the capacity of homemaker or parent, made by either of the de facto partners to the welfare of the other de facto partner or to the welfare of the family constituted by the partners and one or more of the following, namely:

(i) a child of the partners;

(ii) a child accepted by the partners or either of them into the household of the partners, whether or not the child is a child of either of the partners.

Man mag einwenden, eine derartige Lösung entspreche zwar angelsächsischer, nicht jedoch kontinentaleuropäischer Tradition⁶³. In der Sache freilich unterscheidet sich der Rechtsfindungsprozeß hier und dort schon heute auf vielen Gebieten kaum mehr gravierend, und eine derartige Norm könnte dazu beitragen, daß ohnehin vorgenommene Interessenbewertungen auch bei uns offengelegt werden.

2. Unterhalt

Das Unterhaltsrecht ist auch heute noch der Bereich, wo sich Eherecht und Recht der nichtehelichen Gemeinschaft jedenfalls vom theoretischen Verständnis her international betrachtet am deutlichsten unterscheiden. Gleichwohl ist auch hier eine gewisse Annäherung zu verzeichnen.

a) Rechtsvergleichung

Ansätze, Unterhalt nach Auflösung einer nichtehelichen Gemeinschaft zu gewähren, finden sich außer in Staaten mit gesetzlicher Regelung⁶⁴ vor allem in den USA⁶⁵. Die Wertungsmaßstäbe entsprechen dabei jenen, die herangezogen werden, um einen Beteiligungsanspruch nach Auflösung der Gemeinschaft zu begründen⁶⁶. Auf einen Unterhaltsanspruch läuft es auch hinaus, wenn französische Gerichte unter be-

stimmten Voraussetzungen der Frau nach nichtehelicher Gemeinschaft einen Schadensersatzanspruch zubilligen⁶⁷, englische Gerichte der Partnerin mit Kindern Wohnung oder Haus des Mannes zur unentgeltlichen Nutzung bis zum Zeitpunkt der Volljährigkeit der Kinder zuweisen⁶⁸.

b) Bundesrepublik

Soweit die Frage eines möglichen Unterhaltsanspruchs in der Bundesrepublik bislang diskutiert wurde, tritt eine Fallgruppe in den Vordergrund, bei der zunehmend die Notwendigkeit eines solchen Anspruchs – mit freilich unterschiedlicher dogmatischer Begründung⁶⁹ – bejaht wird: der Betreuungsunterhalt⁷⁰. Auch der BGH⁷¹ ließ in der bisher einzigen Entscheidung, in der er mit einem Unterhaltsbegehren nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft befaßt war, jedenfalls eine gewisse Sympathie für eine solche Lösung erkennen, indem er sich bereit zeigte, eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Partnern „im Lichte des § 1570 BGB“ zu interpretieren.

M.E. kann die Frage des Unterhalts nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft anhand ähnlicher Wertungskriterien, wie sie für die Vermögensbeteiligung entwickelt wurden, entschieden werden. Es geht letztendlich darum, die Parteien an einem Verhalten, das sie während der Gemeinschaft praktiziert haben, festzuhalten, und die aus gemeinsamer Entscheidung folgenden Risiken nicht einseitig einem Partner (zumeist der Frau) zuzuweisen⁷². Praktisch ist dies eine Frage des Vertrauensschutzes. Dabei gilt es freilich die Fälle, in denen ein Partner legitimerweise auf Unterhalt auch nach nichtehelicher Gemeinschaft vertrauen durfte, klar herauszuarbeiten und den deutlichen Abstand zur Ehe zu wahren.

Sicher zu weitgehend wäre es, in jeder nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Übernahme einer Unterhaltsverpflichtung für die Zeit nach Auflösung sehen zu wollen. Auch wird man nicht allein daraus, daß ein Partner während der Gemeinschaft allein für den Unterhalt aufkam, auf eine Gemeinschaft überdauernde Unterhaltspflicht schließen dürfen. Dies muß selbst dann gelten, wenn der bedürftige Partner im Zeitpunkt der Trennung seinen Unterhalt nicht durch eigene Erwerbstätigkeit sicherstellen kann⁷³.

Unter Beachtung dieser Kriterien wird Unterhalt nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft vor allem in Form des Betreuungsunterhaltes entsprechend § 1570 BGB in Erwägung zu ziehen sein. Zu Recht weist allerdings Lieb auf § 1615 I Abs. 2 BGB hin und fragt, worin „ein über den Tatbestand ‚bloßer‘ nichtehelicher Geburt hinausgehender ... Verpflichtungstatbestand liegen kann“⁷⁴. In der Tat dürfte allein die Geburt eines gemeinsamen Kindes bei Zusammenleben noch nicht ausreichen⁷⁵. Hinzu kommen müssen auch

⁶⁷ Einzelheiten bei Huet-Weiller, in: Rubellin-Devichi (Fn. 2), Bd. II, S. 107 (119 ff.); Bernet-Gravereau (Fn. 2), S. 78 f.; Müller, D. 1986. Chron. 328 (331 ff.).

⁶⁸ Vgl. nur Tanner v. Tanner, (1975) 1 W. L. R. 1346; so auch Law Com. Nr. 118, § 6.7.

⁶⁹ Stillschweigende Unterhaltsvereinbarung: Strätz FamRZ 1980, 301 (307); Rebe ZBJJugR 1981, 78 (90 f.); AK-BGB/MünchK (1981), Anh. § 1302 Rnr. 18; Vertrauenshaftung: Schwab, in: Landwehr (Fn. 2), S. 61 (77); deWitt/Huffmann (Fn. 2), S. 93 f., Rnr. 181 ff.; Schadensersatz wegen Kündigung der Gemeinschaft „zur Unzeit“: Meier-Scherling DRiZ 1979, 296 (300); Strätz FamRZ 1980, 434; Battes, FS Pleyer (1986), S. 467 (482); Analogie zu § 1570 BGB: Roth-Stielow JR 1978, 233 (236); Limbach, in: Limbach/Schwenzer (Fn. 2), S. 31 (48).

⁷⁰ De lege ferenda bejahen hier einen Regelungsbedarf insbesondere auch Battes, FS Pleyer (1986), S. 467 (482 f.); Bartsch JR 1979, 364 (365); Lieb, Gutachten, sub. C. I. 2.

⁷¹ BGH JZ 1986, 239, m. Anm. Battes.

⁷² So auch Lieb, Gutachten, sub. C. I. 2.

⁷³ Unklar bleibt, ob Lieb, Gutachten, sub. C. I. 2. hier generell einen Unterhaltsanspruch für möglich hält – wofür die Bezugnahme auf § 1573 BGB spricht – oder ob er diesen auf Fälle der der Gemeinschaft zurechenbaren Bedürftigkeitslagen beschränken will. ⁷⁴ Lieb, Gutachten, sub. C. I. 2. a).

⁷⁵ Freilich erscheint eine Verlängerung des Anspruchs nach § 1615 I Abs. 2 BGB für alle Mütter nichtehelicher Kinder erwägenswert, vgl. auch Sec. 53 Domestic Proceedings Act 1968 (Neuseeland): 5 Jahre.

⁵⁹ So vor allem Rainer Frank, FS Müller-Freienfels (1986), S. 131 (148 ff.); vgl. auch Lieb, Gutachten, sub. B. X.

⁶⁰ So vor allem Schlüter/Belling FamRZ 1986, 405 (412 ff.).

⁶¹ Bejahend auch Lieb, Gutachten, sub. B. XI.

⁶² Ausführlich zum De Facto Relationships Act Schatte FamRZ 1987, 14 ff.

⁶³ So vor allem Schlüter/Belling FamRZ 1986, 405 (416).

⁶⁴ Vgl. oben bei Fn. 19.

⁶⁵ Man spricht insoweit bereits von „palimony“-cases (pal = Kumpel, Gefährte, alimony = Unterhalt), vgl. Hodges, 102 Mil. L. Rev. 85 (1983).

⁶⁶ Einzelheiten bei Schwenzer (Fn. 2), S. 197 ff.

hier weitere, das besondere Vertrauen rechtfertigende Umstände, wie etwa die im Einvernehmen mit dem Partner erfolgte Aufgabe oder Nicht-Aufnahme eigener Erwerbstätigkeit zur Betreuung des Kindes. Was die Höhe eines Anspruchs auf Betreuungsunterhalt angeht, wird man diesen freilich auf den zur Betreuung erforderlichen Betrag begrenzen müssen. Eine Ausrichtung an den Verhältnissen während der Gemeinschaft muß der Ehe vorbehalten bleiben.

Ein befristeter Unterhaltsanspruch nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft erscheint darüberhinaus erwägenswert nach jahrzehntelanger einverständlicher arbeitsteiliger Gemeinschaft zum Zwecke der Wiedereingliederung oder etwa in Fällen, wo der Lebensplan der Partner so angelegt war, daß z. B. zunächst die Frau arbeiten sollte, während der Mann studierte, um dann anschließend den Unterhalt zu bestreiten, damit die Frau studieren können sollte.

c) Bedürfnis nach gesetzlicher Regelung

Theoretisch erscheint es möglich, in den genannten Fallgruppen einen Anspruch aus Vertrauenshaftung oder aufgrund stillschweigender Vereinbarung⁷⁶ richterrechtlich zu begründen. Wegen der damit verbundenen grundsätzlichen Wertentscheidungen sollte jedoch auch hier der Gesetzgeber eingreifen⁷⁷, wobei wiederum dem Richter wohl nur Wertungskriterien an die Hand gegeben werden können⁷⁸.

3. Zuteilung der gemeinsamen Wohnung

Praktisch kaum diskutiert wurde bislang in der Bundesrepublik die Frage, ob eine entsprechende Anwendung der HausratsVO⁷⁹ jedenfalls bezüglich der gemeinsam genutzten Wohnung bei Trennung nichtehelicher Partner geboten erscheint.

Nach schwedischem Recht⁸⁰ kann die gemeinsame Wohnung dem Partner zugewiesen werden, der diese am dringendsten benötigt, wobei vor allem auf eine mögliche Kinderbetreuung abgestellt wird. Englische und amerikanische Gerichte haben wiederholt der kinderbetreuenden Partnerin ein Nutzungsrecht an einem im gemeinsamen Eigentum der Parteien oder im Alleineigentum des Mannes stehenden Haus zugesprochen⁸¹. In Frankreich hat der Partner, der nicht Mietvertragspartei ist, bei Auszug des anderen Partners das Recht zum Eintritt in den Mietvertrag⁸².

Ein dringendes Regelungsbedürfnis besteht m. E. – wie ja auch das schwedische und angloamerikanische Recht zeigen – vor allem, wenn es darum geht, Kinder vor dem Verlust der ihnen vertrauten Umgebung zu schützen. Wollte man hier die Parteien auf formale Rechtspositionen verweisen, hieße dies, den Kindern aus der mangelnden Bereitschaft ihrer Eltern, eine Ehe eingehen zu wollen, Nachteile erwachsen zu lassen. Wo keine Kinder vorhanden sind, mag man die Partner bei einem Streit untereinander über die künftige Nutzung der gemeinsamen Wohnung auf die formale Mieter- oder Eigentümerstellung verweisen. Bei Wegzug des Mieter-Partners erscheint freilich im Außenverhältnis eine Regelung, wie sie das französische Recht vorsieht, erwägenswert; schützenswerte Interessen des Vermieters, der mit dem Bewohnen durch beide Partner einverstanden war, dürften einem Übernahmerecht grundsätzlich nicht entgegenstehen.

⁷⁶ Vgl. die in Fn. 69 Genannten.

⁷⁷ In diesem Sinne auch *Battes*, FS Pleyer (1986), S. 467 (483); *Lieb*, Gutachten, sub C.I.2.c).

⁷⁸ Vgl. auch Sec. 27 De Facto Relationships Act 1984, New South Wales.

⁷⁹ Vgl. oben Fn. 27; *Lieb*, Gutachten, sub B.XII.2. diskutiert diese Frage nur im Hinblick auf den Hausrat und gelangt insoweit zu einem negativen Ergebnis.

⁸⁰ Vgl. hierzu *Agell*, 29 Am. J. Comp. L. 285 (294) (1981).

⁸¹ Vgl. Fn. 68 sowie *Chandler v. Kerley*, (1978) 1 W.L.R. 693; *In Re Evers' Trust*, (1980) 1 W.L.R. 1327; *Dennis v. McDonald*, (1981) 1 W.L.R. 810; *Kinkon v. Hue*, 207 Neb. 698, 301 N.W.2d 77 (1981).

⁸² Vgl. Art. 13 Abs. 1 Gesetz Nr. 86–1290 vom 23. 12. 1986.

IV. Rechtsfolgen bei Auflösung durch Tod

1. Allgemeine Ausgleichsansprüche

Grundsätzlich gelten bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch Tod dieselben schuld- und sachenrechtlichen Prinzipien, wie sie bei Auflösung durch Trennung zur Anwendung kommen⁸³. Gleichwohl schützt die Rechtsprechung des In- und Auslandes den überlebenden Partner durch je bedarfsweise Anerkennung oder Ablehnung von Ausgleichsansprüchen, je nachdem, ob diese vom Überlebenden oder von dessen Erben geltend gemacht werden⁸⁴.

Erstmalig *Battes*⁸⁵ und nunmehr auch *Lieb*⁸⁶ vertreten die Auffassung, daß beim Tod des Zuwendenden Ausgleichsansprüche (der Erben) zu verneinen seien. Gefolgert wird dies aus dem stillschweigenden oder mutmaßlichen Willen des Zuwendenden. Zuzugeben ist, daß diese Lösung in hohem Maße dem Willen der Beteiligten entsprechen dürfte. Gleichwohl bestehen dagegen erhebliche Bedenken. Auf diese Weise bleiben u. U. beträchtliche Werte, wenn nicht im Einzelfall sogar das ganze Vermögen des Erblassers außerhalb des Nachlasses und damit sowohl für das gesetzliche Erbrecht als auch für Pflichtteilsansprüche unberücksichtigt. Im Einzelfall erscheint es nicht ausgeschlossen, daß ein nichtehelicher Partner beim Tode des Erblassers besser gestellt wäre als ein Ehegatte in vergleichbarer Situation, eine Lösung, die sich wohl kaum mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbaren läßt.

2. Gesetzliches Erbrecht

Ein gesetzliches Erbrecht des überlebenden nichtehelichen Partners kennen die Rechtsordnungen, die Ehe und nichteheliche Lebensgemeinschaft unter bestimmten Voraussetzungen gleichstellen⁸⁷, sowie Israel⁸⁸. In der überwiegenden Zahl der Rechtsordnungen existiert jedoch ein gesetzliches Erbrecht des nichtehelichen Partners nicht, auch eine analoge Anwendung der Vorschriften zum gesetzlichen Erbrecht des Ehegatten wird abgelehnt.

In der Bundesrepublik wurde ein gesetzliches Erbrecht speziell des nichtehelichen Partners in jüngerer Zeit de lege ferenda vor allem von *Stein*⁸⁹ und *Leipold*⁹⁰ in Erwägung gezogen. Letzterer hält ein solches allerdings nur in Härtefällen und vor allem in Konkurrenz zu entfernteren Verwandten oder zum Fiskus als Erbe für diskutabel.

Für ein gesetzliches Erbrecht könnte sprechen, daß das gesetzliche Erbrecht unter anderem dem typischen Erblasserwillen nahekommen sollte und vor allem bei langjähriger nichtehelicher Lebensgemeinschaft eine erbrechtliche Beteiligung des Überlebenden heute wohl dem Rechtsempfinden der Bevölkerung entsprechen dürfte⁹¹. Gleichwohl sollte der Einführung eines gesetzlichen Erbrechtes für nichteheliche Partner nicht näher getreten werden⁹², auch wenn der Verweis darauf, daß die Partner von Todes wegen verfügen können, in vielen Fällen ins Leere gehen wird, ist doch die Testierhäufig-

⁸³ Im angloamerikanischen Recht kommt dem Überlebenden bei Gegenständen, die im Miteigentum der Partner standen, freilich meist die „rule of survivorship“ zugute, d. h. der Anteil des Verstorbenen wächst dem Überlebenden an, vgl. *Freeman/Lyon* (Fn. 2), S. 91.

⁸⁴ Vgl. einerseits *BGHZ* 77, 55; *BGH FamRZ* 1983, 781; andererseits *BGH WM* 1965, 793; *BGH FamRZ* 1982, 1065; vgl. aber jüngst *LG Aachen FamRZ* 1988, 717. Zur us-amerikanischen Rechtsprechung vgl. *Schwenzer* (Fn. 2), S. 213.

⁸⁵ (Fn. 2), S. 50 f.; ders., in: *Eser* (Fn. 2), S. 33 (39); ähnlich auch *deWitt/Huffmann* (Fn. 2), S. 241 f., Rnr. 414 a.

⁸⁶ Gutachten, sub B. IX.2. b.).

⁸⁷ Vgl. die Nachw. bei *Striewe* (Fn. 2), S. 310 ff.

⁸⁸ Sec. 55 Gesetz Nr. 5725–1965; dazu *Striewe* (Fn. 2), S. 312 ff.

⁸⁹ Vgl. *Soergel/Stein*, BGB (11. Aufl. 1981), § 1931 Rnr. 16.

⁹⁰ AcP 180 (1980), 160 (180 f.).

⁹¹ Vgl. zu einer bereits im Jahre 1970/71 durchgeführten EMNID-Umfrage *Stöcker FamRZ* 1971, 609 (616 f.).

⁹² Anders die Entschließung des Deutschen Juristinnenbundes auf einer Arbeitstagung im Oktober 1985, vgl. *Limbach/Schwenzer* (Fn. 2), S. 89; wie hier *Lieb*, Gutachten, sub D.2.

keit unter nichtehelichen Partnern allenfalls unwesentlich höher als beim Durchschnitt der Bevölkerung⁹³. Härtefällen, um deren Abwendung es auch *Leipold* geht, kann mit anderen Mitteln als einem gesetzlichen Erbrecht begegnet werden. Und wo solche nicht in Frage stehen, mag man die Partner auf ihre Eigenverantwortlichkeit verweisen⁹⁴.

3. Unterhaltsansprüche

a) § 1969 BGB

Nach § 1969 BGB haben Familienangehörige, die vom Erblasser in dessen Hausstand unterhalten wurden, für die ersten 30 Tage nach dem Tod des Erblassers einen Unterhaltsanspruch gegen die Erben. Die Vorschrift ist, wie auch die Einbeziehung von Pflegekindern⁹⁵ zeigt, nicht Ausfluß über Ehe und Verwandtschaft vermittelter Familienbande, sondern „des durch die Hausgemeinschaft begründeten besonderen Treueverhältnisses“⁹⁶.

Nach inzwischen wohl bereits überwiegender Auffassung⁹⁷ zählt deshalb auch der nichteheliche Partner zu dem durch diese Vorschrift geschützten Personenkreis. Ein Eingreifen des Gesetzgebers erübrigt sich mithin.

b) Ausdehnung des § 1969 BGB

Wesentlich weitergehend als § 1969 BGB schützt das englische Recht den vom Erblasser finanziell abhängigen Partner. Nach dem Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975⁹⁸ kann er, sofern er vom Erblasser unmittelbar vor dessen Tod unterhalten wurde und bedürftig ist, aus dem Nachlaß „angemessenen“ Unterhalt verlangen.

Auch für das deutsche Recht erscheint erwägenswert, den in § 1969 BGB niedergelegten Unterhaltsanspruch bei Unterhaltsbedürftigkeit des überlebenden Partners zeitlich und betragsmäßig flexibel auszudehnen⁹⁹, um mit dem Tod des Erblassers entstandenen unbilligen Härten, die sich gerade aus dem Fehlen eines gesetzlichen Erbrechtes ergeben können, gegensteuern zu können. Im Rahmen einer solchermaßen flexiblen Norm könnten einmal die Besonderheiten der jeweiligen Beziehung, zum anderen aber auch die Stellung der Erben, gegen die dieser Anspruch gerichtet ist, sowie die Frage, ob es sich um Testat- oder Intestaterbfolge handelt, hinreichend berücksichtigt werden.

Art. 6 Abs. 1 GG dürfte einer derartigen Abwendung konkreter Bedürftigkeitslagen nicht entgegenstehen¹⁰⁰.

c) § 844 Abs. 2 BGB

Wie im deutschen Recht steht auch in ausländischen Rechtsordnungen dem Ehegatten bei Tötung des Partners ein Ersatzanspruch gegen den Schädiger zu. In zunehmendem Maße wird dort der nichteheliche Partner in diesen Schutz einbezo-

gen, sei es durch ausdrückliche gesetzliche Regelung¹⁰¹ oder durch Richterrecht¹⁰².

Im deutschen Recht steht einer analogen Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB auf nichteheliche Partner der eindeutige Wortlaut dieser Vorschrift entgegen¹⁰³. Bereits seit geraumer Zeit wird freilich im deutschen Schrifttum gefordert, § 844 Abs. 2 BGB dahingehend zu reformieren, daß statt an die gesetzliche Unterhaltspflicht an die tatsächliche Unterhaltsgewährung angeknüpft wird¹⁰⁴. Insoweit handelt es sich freilich um das generelle Problem der Anerkennung faktischer Familienbeziehungen, weniger um eine mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenhängende Besonderheit. Gerade aber auch im Hinblick auf nichteheliche Partner sollte eine Reform in diesem Bereich vorangetrieben werden¹⁰⁵. Argumente dafür, weshalb der Schädiger Nutzen daraus ziehen sollte, daß der Getötete „nur“ aufgrund einer sittlichen Verpflichtung eine andere Person unterhalten hat, sind praktisch nicht ersichtlich. Und auch der Hinweis darauf, daß weder während noch grundsätzlich nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft Unterhaltsansprüche zwischen den Partnern bestehen und das Schadensersatzrecht nicht weiter gehen könne¹⁰⁶, verfängt nicht, geht es doch einmal um die Bindung der Partner, das andere Mal um die Einstandspflicht des deliktisch Handelnden.

4. Ausdehnung des § 1932 BGB

Andere Erwägungen als vorstehend zur Frage eines gesetzlichen Erbrechtes müssen hinsichtlich einer möglichen Ausdehnung des § 1932 BGB de lege ferenda angestellt werden. Wo größeres Vermögen vorhanden ist, mag man die Partner auf die Möglichkeit gewillkürter Erbfolge verweisen. Wo jedoch ein Partner gemeinsam mit dem anderen kaum mehr als ein Bett und eine Schrankwand sein eigen nennt, wird wohl kaum das Bewußtsein für die Notwendigkeit einer letztwilligen Verfügung bei den Beteiligten vorhanden sein. Dabei scheinen die Probleme hier unter Umständen noch drängender als bei den Auseinandersetzungsfragen nach Trennung¹⁰⁷, geht es doch darum, dem nichtehelichen Partner die existenzielle Grundlage für die Lebensführung nach dem Tode des Partners zu erhalten.

Freilich kann und sollte es sich in diesem Bereich ebenfalls nur um Abhilfe bei besonderen Bedürftigkeitslagen handeln. Von vorneherein auszuschneiden wäre deshalb m.E. ein Voraus im Umfang des § 1932 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese Vorschrift bezweckt eine Statussicherung zugunsten des überlebenden Ehegatten, auf den nichtehelichen Partner kann sie nicht übertragen werden. Vertretbar und, um einer konkreten Notlage abzuwehren, geboten, erscheint jedoch ein Voraus, der auf die Gegenstände, die zur Führung eines angemessenen Haushaltes erforderlich sind, beschränkt ist (entsprechend § 1932 Abs. 1 Satz 2 BGB)¹⁰⁸.

Daß sich ein solcher Anspruch unter Umständen gegen Abkömmlinge oder den überlebenden Ehegatten des noch

⁹³ Vgl. *BMJFG* (Fn. 3), S. 89; *Leipold AcP* 180 (1980), 160 (194).

⁹⁴ Auf die Frage einer möglichen Reform der Erbschaftsteuer – vgl. Beschluß des Deutschen Juristinnenbundes bei *Limbach/Schwenzer* (Fn. 2), S. 90 – kann hier nicht eingegangen werden.

⁹⁵ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB (47. Aufl. 1988), § 1969 Anm. 1.

⁹⁶ *Soergel/Lange*, BGB (11. Aufl. 1986), Nachtragsband, Anh. zu § 1588 BGB Rnr. 130.

⁹⁷ Vgl. *OLG Düsseldorf NJW* 1983, 1566; *Palandt/Edenhofer*, BGB (47. Aufl. 1988), § 1969 Anm. 1; *MünchKomm/Siegmann*, BGB (1982), § 1969 Rnr. 2; *Soergel/Stein*, BGB (11. Aufl. 1983), § 1969 Rnr. 2; *Lieb*, Gutachten, sub D. 1.; abl. aus neuerer Zeit wohl nur *Bosch FamRZ* 1983, 227 (238); *Steinert NJW* 1986, 683 (686); *Jauernig/Stürmer*, BGB (4. Aufl. 1987), § 1969 Anm. 1.

⁹⁸ Sec. 1 Abs. 1 (e); vgl. dazu *Naresb*, (1980) 96 L.Q.R. 534 ff.; *Freeman/Lyon* (Fn. 2), S. 79 ff.; *Goetz*, Erbrechtliche Ansprüche außerhalb des Familienerbrechts (1985), S. 4 ff.

⁹⁹ Für eine Erweiterung – allerdings in engeren Grenzen – auch *Lieb*, Gutachten, sub D. 4.; vgl. auch *Goetz FamRZ* 1985, 987 (990 f.).

¹⁰⁰ Vgl. *I. von Münch*, in: *Landwehr* (Fn. 2), S. 137 (150); *Zippelius DÖV* 1986, 805 (809).

¹⁰¹ Schweden: vgl. *Agell*, in: *Eekelaar/Katz* (Fn. 2), S. 245 (249 f.); Dänemark: vgl. *Eyben*, 29 Sc. St.L. 49 (68) (1985); England: Sec. 1 Abs. 3 (b) Fatal Accidents Act 1976 i. d. F. 1982; Australien: vgl. *Bruch*, 29 Am. J. Comp. L. 217 (236) (1981); Jugoslawien: vgl. *Cigoj StAZ* 1986, 34 (36).

¹⁰² Frankreich: grundlegend: *Cass.ch.mixte*, 27. 2. 1970, D. 1970.201 = *J. C. P.* 1970. II.16305; zur Entwicklung vgl. *Alt*, *J. C. P.* 1983. I. 3119, Nr. 7; in USA wird zwar ein Anspruch nach den Wrongful Death Statutes grundsätzlich abgelehnt, ein solcher wegen loss of consortium jedoch teilweise bejaht, vgl. *Bulloch v. New Jersey*, 487 F. Supp. 1078 (D.N.J. 1980).

¹⁰³ Vgl. *OLG Frankfurt FamRZ* 1984, 790; *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 844 Rnr. 3.

¹⁰⁴ Vgl. statt aller *von Bar*, in: *BMJ*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II (1981), S. 1681 (1711, 1762).

¹⁰⁵ Jedenfalls für möglich hält eine Ausdehnung des § 844 Abs. 2 BGB auf nichteheliche Partner auch *Becker VersR* 1985, 201 (204).

¹⁰⁶ So aber *Lieb*, Gutachten, sub C. II. 1.

¹⁰⁷ A. A. wohl *Lieb*, Gutachten, sub D. 2.

¹⁰⁸ Der Deutsche Juristinnenbund hat sich generell für eine Erweiterung des § 1932 BGB ausgesprochen, vgl. *Limbach/Schwenzer* (Fn. 2), S. 91.

verheirateten Erblassers richtet, kann – wie auch bei § 1969 BGB – nicht als im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 GG angesehen werden¹⁰⁹, denn es geht hier nur um Abhilfe in einer Notsituation, wo der Erblasser es versäumt hat, letztwillig zu verfügen. Sicher wird man für den Anspruch auf den so umschriebenen Voraus eine gewisse Dauer der Beziehung voraussetzen müssen. Insoweit könnte man freilich mit einer Norm, die an die „gemeinsame Haushaltsführung“ anknüpft, dem Richter den wünschenswerten Gestaltungsspielraum einräumen.

5. Mietrecht

Wie im deutschen Recht in § 569 a, b BGB steht in ausländischen Rechtsordnungen dem überlebenden Ehegatten gewissermaßen ein Sondererbrecht für ein Mietverhältnis bezüglich der Ehewohnung zu. Teils durch den Gesetzgeber¹¹⁰, teils durch die Rechtsprechung¹¹¹ wurde dieses auf den nichtehelichen Partner ausgedehnt.

Auch im deutschen Recht dürften einer Einbeziehung des nichtehelichen Partners in den Schutzbereich der §§ 569 a, b BGB bereits de lege lata keine unüberwindbaren Schwierigkeiten entgegenstehen¹¹².

§ 569 b BGB, der bei gemeinsamem Mietvertrag dem überlebenden Ehegatten ein automatisches Übernahmerecht einräumt, kann durchaus als Auslegungsregel begriffen werden, die daran anknüpft, daß das Mietverhältnis *auch* mit dem Überlebenden begründet wurde und dessen Bestandsinteresse schützen will. Insoweit erscheint eine entsprechende Anwendung nicht nur auf nichteheliche Partner, sondern auf alle Fälle von Mietverträgen mit mehreren Personen geboten¹¹³.

§ 569 a BGB, der den Fall regelt, daß der Mietvertrag nur mit dem Erblasser geschlossen war, gibt dem Ehegatten (Abs. 1) und Familienangehörigen, die mit dem Erblasser in gemeinsamem Hausstand gelebt haben (Abs. 2), ein Eintrittsrecht. Wie in § 1969 BGB muß auch hier der Begriff des Familienangehörigen als Ausfluß der gelebten engen Hausgemeinschaft verstanden werden¹¹⁴. Geschützt werden soll das Interesse des Überlebenden an der Erhaltung seines Lebensmittelpunktes, weshalb denn auch Verwandte und Verschwägerter ohne Rücksicht auf den Grad wie auch Pflegekinder¹¹⁵ einbezogen sein sollen. Letztendlich geht es auch hier um die allgemeine Frage einer allmählichen Anerkennung faktischer Familienbeziehungen. Ein Eingreifen des Gesetzgebers erscheint in diesem Bereich nicht geboten.

VI. Kindschaftsrecht

Kinder nicht verheirateter Eltern sind nichtehelich, auch wenn die Eltern zusammenleben. Der Tatbestand im Rahmen der Gemeinschaft ihrer Eltern aufwachsender Kinder¹¹⁶ wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Nichtehelichengesetz 1969 nicht für regelungsbedürftig angesehen, weil sol-

che Gemeinschaften ohnehin nur von kurzer Dauer seien¹¹⁷. Nun bildet das deutsche Nichtehelichenrecht insgesamt eine Art „Schlußlicht der Entwicklung“¹¹⁸, gerade aber in Bezug auf in der Gemeinschaft ihrer Eltern lebende Kinder treten die vorhandenen Mängel besonders offenkundig zutage.

Das *BVerfGE*¹¹⁹ hat zwar sowohl § 1705 BGB (Sorgerecht) als auch § 1711 BGB (Umgangsrecht) für verfassungsgemäß gehalten, einer Neuregelung durch den Gesetzgeber steht diese Entscheidung jedoch nicht im Wege¹²⁰; für eine Reform des § 1711 BGB liegt seit März diesen Jahres auch bereits ein Referentenentwurf¹²¹ vor.

1. Rechtsvergleichende Überlegungen

Die internationale Entwicklung kennzeichnet eine Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder¹²² sowohl im Sorgerecht als auch im Umgangsrechtsbereich. Oberste Maxime ist allerorten das Kindeswohl. Für dessen Ausfüllung ist aber regelmäßig die Tatsache, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht, irrelevant, hier geht es nur um Aufbau oder Aufrechterhaltung einer Eltern-Kind-Beziehung.

Im einzelnen kann die Rechtslage im Ausland wie folgt skizziert werden: Bei Einigkeit können die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben¹²³. Zusammenleben wird hierfür teilweise nicht für notwendig erachtet. So ist etwa in Frankreich seit einer Reform von 1987¹²⁴ nur noch eine gemeinsame Erklärung der Eltern gegenüber dem Vormundschaftsgericht erforderlich. Trennen sich nicht verheiratete Eltern, so hat das Gericht ebenso wie bei ehelichen Kindern die elterliche Sorge entsprechend dem Kindeswohl zu regeln, was insbesondere auch die Möglichkeit fortbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge beinhaltet¹²⁵. Unterschiedliche Auffassungen finden sich im Ausland nur bezüglich der Frage, ob gemeinsame elterliche Sorge Einigkeit der Eltern voraussetzt oder nicht¹²⁶; generell gilt jedoch, daß auch diese Frage für eheliche und nichteheliche Kinder in der jeweiligen Rechtsordnung einheitlich beantwortet wird.

Schließlich wird auch beim Umgangsrecht – das zunehmend als Recht des Kindes und nicht als solches der Eltern begriffen wird¹²⁷ – die Frage, ob die Eltern verheiratet sind/waren oder nicht, nicht mehr als entscheidungsrelevantes Kriterium angesehen¹²⁸.

2. Deutsches Recht

a) Gemeinsame elterliche Sorge bei Einigkeit der Eltern

Daß die gemeinsame elterliche Sorge auch nicht verheirateter Eltern de lege ferenda ermöglicht werden sollte, dürfte schon angesichts der internationalen Entwicklung kaum zu bezweifeln sein¹²⁹. Es handelt sich dabei auch nicht nur um die „Ausräumung von Unannehmlichkeiten“¹³⁰, die das geltende

¹⁰⁹ Zweifelnd und im Ergebnis einen Anspruch auf den Voraus de lege ferenda verneinend *Lieb*, Gutachten, sub D. 2.

¹¹⁰ Frankreich: Art. 13 Abs. 2 Gesetz Nr. 86–1290 vom 23. 12. 1986.

¹¹¹ England: vgl. zum Rent Act 1977 und Housing Act 1985 *Freeman/Lyon* (Fn. 2), S. 97 ff.; *Cretney* (Fn. 30), S. 142, Rnr. 12–32.

¹¹² Vgl. *Lieb*, Gutachten, sub F. 3; a. A. die wohl h. M., vgl. nur *Palandt/Putzo*, BGB (47. Aufl. 1988), § 569 a Anm. 3; *Staudinger/Sonnenschein*, BGB (12. Aufl. 1981), § 569 a Rnr. 19; *Jauernig/Teichmann*, BGB (4. Aufl. 1987), §§ 569–569 b Anm. 2.

¹¹³ Vgl. *Lieb* aaO; a. A. jüngst *LG Hamburg* WuM 1988, 24.

¹¹⁴ So auch *Klas* ZMR 1982, 289 (290); *Soergel/Lange*, BGB (11. Aufl. 1986), Nachtragsband, Anh. zu § 1588 BGB Rnr. 138; *LG Hannover* NJW 1986, 727; vgl. aber *OLG Karlsruhe* FamRZ 1982, 599.

¹¹⁵ Vgl. *MünchKomm/Voelskow*, BGB (1980), § 569 a Rnr. 9 (str.).

¹¹⁶ Unsicher ist, wieviele nichteheliche Kinder bereits heute in Gemeinschaft mit beiden Eltern aufwachsen. Nach der Studie des BMJFG (Fn. 3), S. 78 sollen in nur 4 % der Gemeinschaften gemeinsame Kinder vorhanden sein; nach Auskunft des Jugendamtes Hannover lebten in den letzten zehn Jahren ca. 30 % der Eltern nichtehelicher Kinder bei Geburt zusammen. Nachw. aus dem Ausland bei *Schwenzler* (Fn. 2), S. 159.

¹¹⁷ Vgl. *Jansen/Knöpfel*, Das neue Unehelichengesetz (1967), S. 79.

¹¹⁸ *Jayme* FamRZ 1981, 221 (222).

¹¹⁹ Vgl. *BVerfGE* 56, 363 ff.

¹²⁰ So auch *Steiger*, VVDStRL 45 (1987), 55 (80).

¹²¹ Vgl. dazu FamRZ 1988, 584.

¹²² Mit ausführlichen Nachw. *Kropholler* AcP 185 (1985), 244 (272 f., 284 ff.).

¹²³ Vgl. die Nachw. bei *Schwenzler* (Fn. 2), S. 253 Fn. 12.

¹²⁴ Vgl. Art. 374 Abs. 2 Cc i. d. F. Gesetz Nr. 87–870 vom 22. 7. 1987, J. O. 1987, 8253; vgl. dazu auch *Morançais-Demeester*, D. 1988. Chron. 7 ff.; *Normann* FamRZ 1988, 568 ff.

¹²⁵ Vgl. etwa Art. 374 Abs. 3 Cc n. F.

¹²⁶ Vgl. *Morançais-Demeester*, D. 1988. Chron. 7 (14).

¹²⁷ Vgl. nur Norwegen: § 44 Abs. 1 KinderG 1981; vgl. auch Art. 6 Abs. 3 Entwurf eines UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes.

¹²⁸ Vgl. die Nachw. bei *Kropholler* AcP 185 (1985), 244 (284 ff.); vgl. auch Art. 374 Abs. 4 Cc n. F.

¹²⁹ In diesem Sinne auch *Staudinger/Göppinger*, BGB (12. Aufl. 1985), Vorbem. zu §§ 1705 ff. Rnr. 54; *Rainer Franke*, Grenzen der Adoption (1978), S. 122; *Zenz/Saigo*, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung (1983), S. 71; enger *Kropholler* AcP 185 (1985), 244 (275); *de Witt/Huffmann* (Fn. 2), S. 130, Rnr. 246.

¹³⁰ So *Lieb*, Gutachten, sub E. 2.

Recht für die Eltern mit der Alleinzuständigkeit der Mutter mit sich bringt, sondern um die Vermeidung konkreter Rechtsnachteile, die sich indirekt auch auf das Kind auswirken: So ist z. B. der Erziehungsurlaub an die elterliche Sorge gekoppelt, der nichteheliche Vater nach geltendem Recht deshalb grundsätzlich hiervon ausgeschlossen¹³¹.

Fraglich kann m. E. nur sein, ob man für die gemeinsame elterliche Sorge das Zusammenleben zur Voraussetzung machen, also eine besondere Regelung für nichteheliche Lebensgemeinschaften schaffen will, oder ob man – weitergehend – den gemeinsamen Antrag der Eltern ausreichen läßt. Die internationale Tendenz dürfte in die letztgenannte Richtung weisen¹³². Zwei wesentliche Gesichtspunkte können für diese Lösung angeführt werden: Einmal könnte das Zusammenleben der Eltern in praxi kaum überprüft werden, will man nicht Personen, die in der Lage sind, ihre Binnenbeziehung selbstverantwortlich zu regeln, staatlicher Intervention in einem Maße unterwerfen, wie sie sonst nur stattfindet, wo die interpersonale Konfliktlösungsfähigkeit nicht mehr vorhanden ist. Zum anderen steht auch nicht zusammenlebenden Eltern ehelicher Kinder grundsätzlich die gemeinsame Sorge zu. Entscheidend ist nur, wie sich auch hieraus ergibt, der Wille zu gemeinsamer Elternverantwortung, nicht aber das Zusammenleben.

De lege ferenda sollte deshalb, will das deutsche Recht nicht auch nach einer möglichen Reform wiederum innerhalb kurzer Zeit „Schlußlicht“ werden, keine Spezialregelung für Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften geschaffen, sondern eine umfassendere Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder in Erwägung gezogen werden, wobei auch die im internationalen Vergleich praktisch einmalige Zwangsbeistandschaft in Form der Amtspflegschaft für jedes nichteheliche Kind aufgegeben werden müßte¹³³.

b) Regelung bei Trennung, Tod, etc.

Bei Trennung nicht verheirateter Eltern, bzw. bei Wegfall der Einigkeit über eine gemeinsame Ausübung der elterlichen

Sorge sollte zugunsten des nichtehelichen Kindes wie für das eheliche Kind ein Verfahren eröffnet werden, in dem das Sorgerecht gemäß dem Kindeswohl Vater oder Mutter zugewiesen werden kann¹³⁴. Insoweit ist an eine § 1672 BGB entsprechende Regelung zu denken¹³⁵. Dies müßte auch für den Fall gelten, daß die Eltern während des Bestehens einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft von der zu schaffenden Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge keinen Gebrauch gemacht haben.

Schließlich ist, um eine Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder im Sorgerechtsbereich zu verwirklichen, auch bei Ruhen der elterlichen Sorge, Entziehung des Sorgerechts oder Tod des sorgeberechtigten Elternteils eine Parallelregelung anzustreben¹³⁶.

c) Umgangsrecht

Nach dem vorliegenden Referentenentwurf des Bundesministers der Justiz zur Reform des Umgangsrechtes nichtehelicher Väter soll § 1711 Abs. 2 Satz 1 BGB folgende Fassung erhalten:

Wenn ein persönlicher Umgang mit dem Vater dem Wohle des Kindes nicht widerspricht, kann das Vormundschaftsgericht dem Vater die Befugnis zum persönlichen Umgang einräumen.

Damit bleibt der Entwurf freilich hinter der bereits heute zu verzeichnenden Position ausländischer Rechtsordnungen zurück. Denn die grundsätzliche Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern im Umgangsrechtsbereich wird nicht angetastet, auch wenn das Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters eine behutsame Erweiterung erfahren soll¹³⁷, damit ein erster Schritt zur Annäherung an die Regelung eheliche Kinder betreffend unternommen wird.

De lege ferenda sollte jedoch – entgegen den Vorstellungen des Referentenentwurfs – auch beim Umgangsrecht an eine Einheitslösung¹³⁸ gedacht werden, wobei freilich noch zu diskutieren wäre, ob eine solche sich tendenziell eher an § 1634 BGB oder an § 1711 BGB orientieren sollte.

¹³¹ Zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses des Vaters (das Mutter-schutzG betreffend) vgl. *BVerfG* NJW 1987, 179. Dabei wird auch eine Umkehrung der Sorgerechtszuständigkeit durch Ehelicherklärung bei nichtehelicher Gemeinschaft grundsätzlich nicht zugelassen, vgl. *KG* NJW 1988, 146.

¹³² Vgl. auch die Empfehlung des Europarates, Recommendation Nr. R (84) 4 vom 28. 2. 1984 „Parental Responsibilities“, Principle 7.1. c): gemeinsame Sorge bei Zusammenleben oder entsprechender Vereinbarung.

¹³³ Vgl. hierzu vor allem *Zenz/Salgo* (Fn. 129), S. 47 ff.; *Kropholler AcP* 185 (1985), 244 (277 ff.).

¹³⁴ Schon heute versuchen Gerichte auf Umwegen in Einzelfällen zu einem kindeswohlorientierten Ergebnis zu gelangen, vgl. *AG Tübingen FamRZ* 1988, 428; Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB; *OLG Hamm* NJW-RR 1988, 836; Ersetzung der Einwilligung der Mutter zur Ehelicheitserklärung.

¹³⁵ In diesem Sinne auch *Lieb*, Gutachten, sub F. 2.

¹³⁶ §§ 1678, 1680, 1681 BGB; so auch *Kropholler AcP* 185 (1985), 244 (276 f.); ansatzweise auch *Lieb*, Gutachten, sub E. 2.

¹³⁷ Vgl. die Begründung des RefE, S. 11.

¹³⁸ So auch *Kropholler AcP* 185 (1985), 244 (287); *Finger ZfJ* 1987, 448 (453).