

de Gruyter Lehrbuch



# Familienrecht

von

Dr. Dieter Henrich

o. Professor an der Universität Regensburg

Vierte, neubearbeitete Auflage



1991

Walter de Gruyter · Berlin · New York

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

*CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Henrich, Dieter:**  
Familienrecht / von Dieter Henrich. —  
4. neubearb. Aufl. —  
Berlin, New York : de Gruyter, 1991.  
(De-Gruyter-Lehrbuch)  
ISBN 3-11-012813-6

© Copyright 1991 by Walter de Gruyter & Co., D-1000 Berlin 30.  
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist  
ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere  
für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die  
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.  
Printed in Germany.  
Satz: Knipp Textverarbeitungen, Wetter.  
Druck: Gerike, Berlin.  
Buchbinderische Verarbeitung: Dieter Mikolai, Berlin.

## **Vorwort zur vierten Auflage**

Mehr als zehn Jahre sind seit dem Erscheinen der letzten Auflage vergangen. Das ist für eine Materie, die sich mit außerordentlicher Dynamik weiterentwickelt, eine lange Zeit. Vieles ist seither geschehen: Der Gesetzgeber hat das Unterhaltsrecht, das Recht des Versorgungsausgleichs und das Kinder- und Jugendhilferecht geändert, das Bundesverfassungsgericht hat einige familienrechtliche Vorschriften für verfassungswidrig erklärt, andere neu interpretiert. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit weiterer Normen sind neu entstanden. Die Zahl der nichtehelichen Gemeinschaften hat weiter zugenommen. Der Deutsche Juristentag und der Deutsche Familiengerichtstag haben den Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert. Rechtsvergleichende Untersuchungen haben auf Mängel des geltenden Rechts aufmerksam gemacht. Zuletzt war es die Wiedervereinigung, die neue Anstöße zu einer Reform gegeben hat.

All das hat mich bewogen, das Buch neu zu schreiben. All denen, die mir dabei geholfen haben, sage ich Dank, insbesondere meinen Mitarbeitern Dott. Maria Giovanna Cubeddu, Paul Heinrichsmeier, Peter Huber, Peter König und Ulrich Nickl. Sie haben jedes Kapitel gelesen und mir viele Anregungen gegeben. Schließlich hat meine Sekretärin, Frau Renate Wottava, das Manuskript mit gewohnter Perfektion geschrieben.

Regensburg, im Februar 1991

*Dieter Henrich*



## Inhalt

Abgekürzt zitierte Literatur . . . . .	XIII
§ 1 Der verfassungsrechtliche Rahmen . . . . .	1
I. Die Grundnorm: Art. 6 Abs. 1 GG . . . . .	1
II. Gleichberechtigung von Mann und Frau: Art. 3 Abs. 2 GG . . . . .	3
III. Verbesserung der Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder . . . . .	5
IV. Allgemeines Persönlichkeitsrecht . . . . .	5
V. Rechtsvergleichendes . . . . .	7
§ 2 Familie und Ehe . . . . .	8
I. Familie . . . . .	8
II. Ehe . . . . .	10
§ 3 Nichteheliche Gemeinschaften . . . . .	15
I. Befund . . . . .	15
II. Regelungsbedarf . . . . .	18
III. Regelung de lege lata . . . . .	19
§ 4 Verlöbnis und Eheschließung . . . . .	21
I. Verlöbnis . . . . .	22
II. Eheschließung . . . . .	28
§ 5 Die sachlichen Voraussetzungen der Eheschließung, Ehenich- tigkeit und Eheaufhebung . . . . .	33
I. Geschichtliche Entwicklung . . . . .	33
II. Die sachlichen Eheschließungsvoraussetzungen des gel- tenden Rechts . . . . .	35
III. Die Nichtigerklärung der Ehe und ihre Folgen . . . . .	46
IV. Die Aufhebung der Ehe und ihre Folgen . . . . .	48

§ 6	Die eheliche Lebensgemeinschaft. . . . .	49
	I.    Der Grundsatz. . . . .	50
	II.   Dokumentation nach außen: der gemeinsame Name . .	51
	III.  Ordnung nach innen. . . . .	53
§ 7	Vermögensrechtliche Außenwirkungen . . . . .	61
	I.    Eigentumsvermutungen. . . . .	61
	II.   Schlüsselgewalt. . . . .	63
§ 8	Der Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft und der Ehe- gatten nach innen und außen . . . . .	70
	I.    Die Folgen pflichtwidrigen Handelns im Innenverhältnis	71
	II.   Abwehransprüche nach außen . . . . .	75
§ 9	Unterhaltsansprüche, Ehewohnung und Hausrat . . . . .	80
	I.    Familienunterhalt . . . . .	80
	II.   Unterhaltsansprüche getrenntlebender Ehegatten. . . .	83
	III.  Ehewohnung und Hausrat . . . . .	87
§ 10	Das gesetzliche Ehegüterrecht. . . . .	90
	I.    Geschichtliche Entwicklung . . . . .	90
	II.   Die Zugewinnngemeinschaft. Grundgedanken . . . . .	92
	III.  Nähere Ausgestaltung der Gütertrennung während der Dauer des Güterstandes . . . . .	94
	IV.  Verfügungs- und Verpflichtungsbeschränkungen . . . . .	95
§ 11	Der Zugewinnausgleich . . . . .	104
	I.    Güterrechtlicher Ausgleich . . . . .	104
	II.   Der Zugewinnausgleich beim Tod eines Ehegatten . . .	119
§ 12	Vertragliches Güterrecht. . . . .	125
	I.    Eheverträge . . . . .	125
	II.   Gütertrennung . . . . .	126
	III.  Gütergemeinschaft . . . . .	127
	IV.  Die modifizierte Zugewinnngemeinschaft. . . . .	130
	V.    Güterrechtsregister . . . . .	132

§ 13	Vermögensrechtliche Beziehungen zwischen Ehegatten außerhalb des Güterrechts . . . . .	133
	I.    Schuldrechtliche Verträge zwischen Ehegatten . . . . .	133
	II.   Schenkungen und unbenannte Zuwendungen . . . . .	134
	III.  Gesamtschuldnerausgleich . . . . .	137
§ 14	Die Ehescheidung . . . . .	138
	I.    Geschichtliche Entwicklung – Statistik . . . . .	138
	II.   Die Grundstrukturen des Scheidungsrechts nach dem 1. EheRG . . . . .	140
	III.  Die Scheidungsvoraussetzungen im einzelnen . . . . .	141
	IV.  Wie geht es weiter? . . . . .	147
	V.    Der Scheidungsprozeß . . . . .	148
§ 15	Unterhalt nach der Scheidung . . . . .	151
	I.    Unterhaltsregelung und heutiges Eheverständnis . . . . .	151
	II.   Unterhaltstatbestände . . . . .	154
	III.  Bemessung des Unterhalts . . . . .	160
	IV.  Konkurrierende Unterhaltsansprüche . . . . .	169
	V.    Unterhaltsanspruch bei grober Unbilligkeit . . . . .	170
	VI.  Gestaltung und Ende des Unterhaltsanspruchs . . . . .	175
§ 16	Sonstige Scheidungsfolgen . . . . .	176
	I.    Versorgungsausgleich . . . . .	176
	II.   Ehewohnung und Hausrat . . . . .	182
	III.  Widerruf von Schenkungen . . . . .	183
	IV.  Namensrechtliche Folgen . . . . .	183
§ 17	Abstammung . . . . .	184
	I.    Grundsätzliches . . . . .	184
	II.   Die eheliche Abstammung . . . . .	185
	III.  Die Geltendmachung der Nichtehelichkeit . . . . .	190
	IV.  Die nichteheliche Abstammung . . . . .	197
§ 18	Allgemeine Wirkungen der Abstammung und der Zugehörigkeit zur Hausgemeinschaft . . . . .	204
	I.    Grundsätzliches . . . . .	204

II.	Allgemeine Rechtswirkungen der Abstammung im persönlichen Bereich . . . . .	205
III.	Folgen der Zugehörigkeit zum elterlichen Hausstand .	208
IV.	Vermögensrechtliche Hilfspflichten und Hilfeleistungen	210
§ 19	Elterliche Sorge für eheliche Kinder . . . . .	212
I.	Wesen . . . . .	212
II.	Elterliche Sorge und Elternrecht . . . . .	213
III.	Die eigenverantwortliche Ausübung der elterlichen Sorge durch die Eltern. . . . .	214
IV.	Die Achtung vor dem Willen des Kindes . . . . .	215
V.	Die Personensorge . . . . .	216
VI.	Vermögenssorge . . . . .	223
VII.	Schranken der elterlichen Sorge . . . . .	224
VIII.	Die Verhinderung der Eltern an der Ausübung der elterlichen Sorge. . . . .	230
§ 20	Das Sorgerecht bei Scheidung oder Trennung der Eltern. Umgangsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils . . . . .	232
I.	Das Sorgerecht bei Scheidung oder Trennung der Eltern	232
II.	Das Umgangsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils. . . . .	238
§ 21	Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder. . . . .	241
I.	Geschichte und Rechtsvergleichung . . . . .	241
II.	Der Schutz der Verfassung . . . . .	246
III.	Die elterliche Sorge der Mutter . . . . .	248
IV.	Elterliche Sorge des Vaters? . . . . .	250
V.	Umgangsrecht des Vaters . . . . .	252
§ 22	Staatliche Unterstützung und Kontrolle der elterlichen Sorge	254
I.	Das staatliche Wächteramt . . . . .	254
II.	Jugendhilfe. . . . .	254
III.	Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts . . . . .	255
§ 23	Die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten. . . . .	258

I.	Die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten im allgemeinen. . . . .	258
II.	Die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht. . . . .	260
III.	Reihenfolge der Unterhaltspflichtigen. . . . .	262
IV.	Reihenfolge der Unterhaltsberechtigten . . . . .	265
V.	Der Inhalt des Unterhaltsanspruchs . . . . .	266
VI.	Unterhaltsverträge . . . . .	276
VII.	Besondere Vorschriften für das nichteheliche Kind und seine Mutter. . . . .	277
§ 24	Legitimation nichtehelicher Kinder . . . . .	281
I.	Erscheinungsformen. Geschichte . . . . .	281
II.	Die Legitimation durch nachfolgende Ehe . . . . .	283
III.	Legitimation durch Ehelicherklärung auf Antrag des Vaters . . . . .	284
IV.	Legitimation durch Ehelicherklärung auf Antrag des Kindes. . . . .	285
§ 25	Annahme als Kind – Adoption . . . . .	287
I.	Allgemeines . . . . .	287
II.	Die Annahme Minderjähriger . . . . .	289
III.	Die Annahme Volljähriger. . . . .	298
§ 26	Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft . . . . .	300
I.	Vormundschaft. . . . .	300
II.	Betreuung . . . . .	308
III.	Pflegschaft . . . . .	309
	Sachregister . . . . .	313
	Paragrafenverzeichnis. . . . .	323



### Abgekürzt zitierte Literatur

Beitzke, FamR	Beitzke, Familienrecht, 25. Aufl. 1988
Dölle, FamR	Dölle, Familienrecht, 2 Bände 1964/65
Erman/Bearbeiter	Erman/Bearbeiter, BGB, Handkommentar in zwei Bänden, 8. Aufl. 1989
Gernhuber, FamR	Gernhuber, Familienrecht, 3. Aufl. 1980
Henrich, Fälle und Lösungen	Henrich, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen. BGB-Familienrecht, 3. Aufl. 1990
Johannsen/Henrich/ Bearbeiter	Johannsen/Henrich/Bearbeiter, Ehe- recht, Scheidung, Trennung, Folgen, 1987
MünchKomm/ Bearbeiter	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Bearbeiter, Band 5: Familienrecht, 2 Halbbände 1987/89
Palandt/Bearbeiter	Palandt/Bearbeiter, Bürgerliches Gesetzbuch, 50. Aufl. 1991
Schwab, FamR	Schwab, Familienrecht, 5. Aufl. 1989
Schwab, HdS	Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl. 1989
Soergel/Bearbeiter	Soergel/Bearbeiter, BGB, Bände 7 und 8, 12. Aufl. 1987/89
Staudinger/ Bearbeiter	Staudinger/Bearbeiter, Kommentar zum Bür- gerlichen Gesetzbuch, Viertes Buch, 12. Aufl. 1983/85/89



## § 1 Der verfassungsrechtliche Rahmen

Schrifttum: Bosch, Über die notwendige Beseitigung aller „Heiratswegfallklauseln“, in: FS Geiger (1989), 378; Frank, Die familienrechtliche Ordnung des Grundgesetzes, in: 40 Jahre Grundgesetz. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg (1989), 113; Reinhart, Fortentwicklung des Ehe- und Familienrechts durch das Grundgesetz und die Rechtsvergleichung, in: Rechtsentwicklung unter dem Bonner Grundgesetz. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (1990), 165.

### I. Die Grundnorm: Art. 6 Abs. 1 GG

Das Familienrecht hat es mit Ehe und Familie zu tun. Ehe und Familie sind aber nicht nur Regelungsgegenstände des Vierten Buches des BGB. Sie sind für den Staat so wichtig, daß er sie unter den besonderen Schutz der Verfassung gestellt hat. „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“, heißt es in Art. 6 Abs. 1 GG. Das ist nicht nur ein bloßer Programmsatz. Was er bedeutet, hat das Bundesverfassungsgericht in einer Vielzahl von Entscheidungen umschrieben. Die Vorschrift ist danach

- a) ein klassisches Grundrecht auf Schutz vor störenden Eingriffen des Staates,
- b) eine Institutsgarantie und
- c) eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Ehe und Familie betreffende Recht.

Als Grundrecht vor störenden Eingriffen des Staates verpflichtet Art. 6 Abs. 1 GG etwa die Ausländerbehörde, im Rahmen der Entscheidung über die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis die familiären Bindungen des aufenthaltsbegehrenden Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, zu berücksichtigen (BVerfG FamRZ 1989, 1159).

Besondere Ausprägungen dieses Grundrechts enthalten die Absätze 2 und 3 von Art. 6 GG. Dort ist bestimmt:

- (2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.
- (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

Unter Berufung auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG hat das BVerfG beispielsweise eine Vorschrift für verfassungswidrig erklärt (§ 1671 Abs. 4 Satz 1 BGB), nach der elterliche Sorge für ein Kind nach der Scheidung der Ehe seiner Eltern nur einem Elternteil übertragen werden durfte, auch wenn beide Eltern das Fortbestehen des gemeinsamen Sorgerechts wünschten (BVerfG FamRZ 1982, 1179).

Institutsgarantie bedeutet, daß Ehe und Familie nicht nur nicht abgeschafft werden dürfen, sondern daß sie auch gegenüber anderen Lebensformen eine herausgehobene Stellung haben. Der Staat braucht darum anderen Lebensformen, wie z.B. der nichtehelichen Gemeinschaft, nicht denselben Schutz zuteil werden lassen, wie er ihn der Ehe gewährt. Nichteheliche Partner werden also nicht in unzulässiger Weise diskriminiert, wenn sie – z.B. steuerrechtlich – schlechter gestellt werden als Ehegatten (BVerfG FamRZ 1990, 364).

Aus der Institutsgarantie wird auch ein grundrechtlich geschütztes Recht auf Eheschließung (*Eheschließungsfreiheit*) abgeleitet. Wer heiraten will, soll heiraten dürfen. Der Staat ist zwar nicht daran gehindert, eine Eheschließung in bestimmten Fällen zu untersagen: Ein Vater kann nicht seine Tochter und ein Bruder kann nicht seine Schwester heiraten, und auch, wer verheiratet ist, kann keine zweite Ehe schließen. Aber solche zwingenden Eheverbote sind nur in engen Grenzen zulässig. In den USA hat der Supreme Court im Jahr 1987 eine Vorschrift für verfassungswidrig erklärt, die die Heirat von Strafgefangenen von der Genehmigung des Anstaltsleiters abhängig gemacht hatte (*Turner v. Safely*, 107 S.Ct. 2254). Wir würden ebenso entscheiden. In Frankreich brauchen Angehörige der Streitkräfte eine Genehmigung, wenn sie eine Ausländerin heiraten wollen (*Labrusse-Riou, Droit de la famille. Les personnes*, Bd. I, 1984, S. 47). Dergleichen wäre in Deutschland verfassungswidrig (vgl. BVerwGE 14, 21).

Nichtig sind aber nicht nur direkte Eheschließungsverbote. Auch indirekte Hindernisse können die Eheschließungsfreiheit tangieren, wie etwa sog. Heiratswegfallklauseln, Vorschriften, wonach ein Rentenanspruch (z.B. eine Waisenrente) im Fall einer Verheiratung auch dann

entfällt, wenn der Ehepartner zur Unterhaltsleistung nicht imstande ist (BVerfG FamRZ 1970, 470, 480, 539).

Was schließlich den Charakter von Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm betrifft, so heißt das, daß sowohl der Gesetzgeber als auch jede staatliche Behörde sich ehe- und familienfreundlich zu verhalten hat. So ist z.B. der Gesetzgeber nach einem Spruch des BVerfG bei der Regelung des Scheidungsrechts „an die verfassungsrechtliche Gewährleistung der grundsätzlich unauflösbaren Ehe gebunden“. Das Scheidungsrecht muß „auch eheerhaltende Elemente enthalten. Die Ehescheidung hat für die Rechtsordnung die Ausnahme zu bilden“ (BVerfG FamRZ 1980, 319, 323).

## II. Gleichberechtigung von Mann und Frau: Art. 3 Abs. 2 GG

Stärker noch als Art. 6 Abs. 1 GG hat eine andere Grundrechtsnorm auf das Familienrecht eingewirkt, nämlich Art. 3 Abs. 2 GG: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“. Dieser Satz scheint uns heute selbstverständlich. Vor 40 Jahren, bei Inkrafttreten des Grundgesetzes, bedeutete er eine revolutionäre Umgestaltung des deutschen Familienrechts. Man muß sich an die Vorschriften erinnern, die damals das Familienrecht prägten, um die Bedeutung der Rechtsänderung zu ermessen. Der Mann hatte in der Ehe das Recht zur Entscheidung aller gemeinschaftlichen, das eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten. Er bestimmte insbesondere den Wohnsitz der Familie. Die Frau durfte zwar ohne Zustimmung des Mannes einen Arbeitsvertrag schließen, aber wenn ihre Arbeitsverpflichtung mit ihren ehelichen Pflichten – Haushaltsführung, Kinderbetreuung – kollidierte, hatte der Mann das Recht, den Vertrag zu kündigen. Der Mann verwaltete das Vermögen seiner Frau und hatte daran auch das Recht der Nutznießung – zum Ausgleich dafür, daß er für den Unterhalt von Frau und Kindern sorgen mußte. Er allein hatte die sog. elterliche Gewalt. Die Mutter hatte zwar neben dem Vater das Recht und die Pflicht, die Kinder zu betreuen, die sog. Personensorge. Bei Meinungsverschiedenheiten mußte sie sich aber dem Willen des Vaters unterordnen. So stand es jedenfalls im Gesetz.

Mit der Formulierung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im Jahr 1949 war die Schlacht für die Frauen aber noch nicht gewonnen. Denn jetzt sagte man: Die Gleichberechtigung ist eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes und gebietet ebenso wie dieser nicht, Ungleiches gleich zu behandeln. Frauen und Männer sind unterschiedlich

in ihren natürlichen Wesenseigenschaften und haben darum in der Ehe unterschiedliche Aufgaben. Außerdem braucht jede Gemeinschaft eine Autorität, die die Einheit wahrt. In einer Zweiergemeinschaft kann die letztentscheidende Autorität nur bei einem Partner liegen und das kann natürlich nur der Mann sein (vgl. Dürig, FamRZ 1954, 2, 4).

Anders als die anderen Artikel des Grundgesetzes trat Art. 3 Abs. 2 GG nicht sofort in Kraft. Die Väter (und Mütter) der Verfassung wollten dem Gesetzgeber Zeit zur Anpassung des Rechts an die neue Verfassungslage geben. So schrieben sie in Art. 117 Abs. 1 GG: „Das dem Art. 3 Abs. 2 entgegenstehende Recht bleibt bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31.3.1953“. Dem Gesetzgeber gelang es jedoch nicht, diesen Termin einzuhalten. Das Gleichberechtigungsgesetz, das die Anpassung des Familienrechts an das Gleichberechtigungsgesetz bringen sollte, datiert vom 18.6.1957. Es trat am 1.7.1958 in Kraft.

Das Gleichberechtigungsgesetz spiegelt deutlich den seinerzeitigen Meinungsstand wider. Leitbild war noch immer die sog. Hausfrauenehe. Der Mann sorgte für den Unterhalt, die Frau führte den Haushalt, nunmehr allerdings in eigener Verantwortung. Zu einer Erwerbstätigkeit sollte sie nur berechtigt sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar war. Sehr umstritten war im Gesetzgebungsverfahren, ob man nicht für den Fall von Meinungsverschiedenheiten einem Ehegatten das letzte Wort geben müsse. Heraus kam ein Kompromiß. Bei den ehelichen Angelegenheiten verzichtete man – mit knapper Mehrheit – auf den Stichentscheid des Mannes, im Eltern-Kind-Verhältnis führte man – wiederum mit knapper Mehrheit – den Stichentscheid des Vaters ein. Die Regel lautete folgendermaßen: Die elterliche Sorge steht beiden Eltern zu. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen. Können sie sich nicht einigen, so entscheidet der Vater. Er hat dabei auf die Auffassung der Mutter Rücksicht zu nehmen. Die gesetzliche Vertretung des Kindes obliegt dem Vater.

Diese etwas seltsame Realisierung des Gleichberechtigungsgrundsatzes hielt allerdings nur kurze Zeit der Kritik stand. Dann wurde sie vom BVerfG für verfassungswidrig und nichtig erklärt (Urt. v. 29.7.1959, FamRZ 1959, 416).

Seither ist das Familienrecht dem Gleichberechtigungsgesetz weiter angeglichen worden. Im 1. EheRG (v. 14.6.1976) verzichtete der Gesetzgeber auf die Fixierung eines bestimmten Eheleitbildes. Die Ehegatten sollten nunmehr einvernehmlich bestimmen, wie sie die Rollen verteilen wollen (§ 1356 BGB).

### III. Verbesserung der Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder

Einen besonderen Auftrag an den Gesetzgeber enthält Art. 6 Abs. 5 GG: „Den unehelichen (heute: „nichtehelichen“) 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.“ Diesem Auftrag ist der Gesetzgeber durch das „Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder“ vom 19.8.1969 nachgekommen. Bis zu diesem Gesetz galt ein nichteheliches Kind als mit seinem Vater nicht verwandt (§ 1589 Abs. 2 BGB a.F.). Das heißt, alle Vorschriften, die das Gesetz an die verwandtschaftliche Beziehung zwischen Vätern und Kindern knüpfte – elterliche Sorge, Teilhabe am Lebensstandard des Vaters, Erbrecht – waren auf nichteheliche Kinder nicht anwendbar. Den Vater traf nur eine an der Lebensstellung der Mutter orientierte Unterhaltspflicht. Er war nur „Zahlvater“. Das Nichtehelichengesetz hat diese Fiktion gestrichen. Aus der natürlichen Verwandtschaft ist dadurch eine Verwandtschaft auch im Rechtssinn geworden. Gleichwohl gibt es noch immer Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern. Die elterliche Sorge steht nach wie vor allein der Mutter zu (§ 1705 Satz 1 BGB). Für den Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes gelten besondere Vorschriften (§§ 1615 a ff. BGB). Im Erbrecht tritt bei nichtehelichen Kindern an die Stelle des gesetzlichen Erbteils in bestimmten Fällen ein Geldanspruch, der sog. Erbersatzanspruch (§ 1934 a BGB).

### IV. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Die familienrechtlichen Artikel der Verfassung sind nicht die einzigen, die die Entwicklung des Familienrechts beeinflusst haben. Ehe und Familie sind Gemeinschaften. Die Mitglieder dieser Gemeinschaften sind aber Menschen mit eigenen Rechten, Persönlichkeitsrechten, mit dem Wunsch nach Selbstverwirklichung. Zwischen diesen Individualrechten und den Grundrechten, die Ehe und Familie als Gemeinschaft schützen wollen, besteht nicht selten ein Spannungsverhältnis.

Wenn zwei Menschen miteinander leben, aber nicht heiraten wollen, kann niemand sie zur Ehe zwingen. Es kann ihnen aber auch niemand das Zusammenleben verwehren. Art. 6 GG will nur die Ehe schützen und die Ehegatten vor Benachteiligungen bewahren. Er bietet aber keine Handhabe, *nichteheliche Gemeinschaften* zu unterdrücken; denn auch die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft können sich auf ein Grund-

recht berufen, nämlich auf Art. 2 Abs. 1 GG: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“. Nichteheliche Gemeinschaften verstoßen nach heutiger Auffassung – früher sah man es anders – weder gegen die verfassungsmäßige Ordnung noch gegen das Sittengesetz. Folglich haben die Partner ein Recht darauf, sich ihr Leben so einzurichten, wie sie es wünschen.

Ehegatten haben einen *gemeinsamen Familiennamen*, den sog. Ehenamen zu führen (§ 1355 Abs. 1 BGB). Ehegatten, die das nicht wollten, beriefen sich auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht. Sie machten u.a. geltend, es könne ihnen nicht zugemutet werden, durch die Führung eines gemeinsamen Namens ihren Familienstand nach außen kundzutun, sie hätten Anspruch auf Datenschutz. Damit konnten sie das BVerfG allerdings nicht überzeugen. Die Verfassungsrichter entschieden, der Gesetzgeber habe an die Wertung von Art. 6 Abs. 1 GG anknüpfen können, der das Prinzip der Einheit der Familie gewährleiste und dabei die Familiengemeinschaft und nicht die einzelnen Familienmitglieder in ihrer Individualität schütze (BVerfG FamRZ 1988, 587, 589).

In einem anderen Fall stellte das BVerfG jedoch das allgemeine Persönlichkeitsrecht über den Eheschutz. Kinder, die in einer Ehe geboren werden, gelten als eheliche Kinder der Ehegatten, auch wenn sie in Wahrheit von einem anderen Mann als dem Ehemann der Mutter abstammen. Der Ehemann der Mutter kann aber – innerhalb einer bestimmten Frist – die Ehelichkeit eines solchen Kindes anfechten. Dem Kind steht ein entsprechendes Anfechtungsrecht nur ausnahmsweise zu. Kein Anfechtungsrecht hat es nach § 1596 Abs. 1 BGB insbesondere dann, wenn seine Mutter mit ihrem Ehemann, also dem Scheinvater des Kindes, weiterhin zusammenlebt, die Ehe somit bestehen geblieben ist. Mit dieser Regelung wollte sich ein Kind nicht abfinden. So kam die Sache zum BVerfG. Im Anhörungsverfahren machten die Verteidiger des § 1596 BGB insbesondere geltend, wenn man dem Kind in einem solchen Fall ein Anfechtungsrecht gebe, bestehe die Gefahr einer Störung des Familienfriedens. Damit stehe Art. 6 Abs. 1 GG dem Wunsch des Kindes nach Anfechtung seiner Ehelichkeit entgegen. Das BVerfG entschied dagegen: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfaßt auch das *Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung* (FamRZ 1989, 255). § 1596 Abs. 1 BGB ist mit dem Grundgesetz unvereinbar, soweit darin einem volljährigen Kind nicht nur die Änderung seines familienrechtlichen Status, sondern auch – weil ohne vorherige Anfechtung der Ehelichkeit der wirkliche Vater nicht

festgestellt werden darf (§ 1593 BGB) – die gerichtliche Klärung seiner Abstammung ausnahmslos verwehrt wird.

## V. Rechtsvergleichendes

Ehe und Familie stehen nicht überall unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Ältere Verfassungen sahen dazu keinen Anlaß. Ehe und Familie waren in einer Gesellschaft, die überwiegend aus Bauern und Handwerkern bestand, weniger gefährdet als heute. Die großen Kirchen untersagten oder mißbilligten zumindest die Scheidung. Das gesellschaftliche Verdikt hielt die Ehe – jedenfalls äußerlich – stärker zusammen als gesetzliche Vorschriften es vermocht hätten.

Soweit neuere Verfassungen familienrechtliche Artikel enthalten, wird darin vielfach nur der Schutz des Familienlebens versprochen und das Recht auf Eheschließung garantiert. So steht es in den Artt. 8 und 12 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten. So gilt es in Österreich, wo die Menschenrechtskonvention Verfassungsrang hat. Die Ehe als solche wird nur in wenigen Verfassungen ausdrücklich geschützt, etwa in den Verfassungen Griechenlands oder Irlands. Auch in Italien genießt eine Familie nur Schutz, wenn sie sich auf eine Ehe gründet. Dagegen wird in den neuen Verfassungen Portugals und Spaniens nur noch das Recht auf Eheschließung garantiert. In der am 5.10.1988 in Kraft getretenen brasilianischen Verfassung wird zwar die Familie unter den besonderen Schutz des Staates gestellt, die nichteheliche Gemeinschaft der Ehe aber gleichgeordnet: „Für die Wirkung staatlichen Schutzes wird die dauernde Bindung zwischen Mann und Frau als familiäre Einheit anerkannt.“

Das Fehlen familienrechtlicher Artikel in einer Verfassung bedeutet nicht notwendig das Fehlen eines verfassungsrechtlichen Schutzes. So hat z.B. der amerikanische Supreme Court das Recht auf Eheschließung aus der equal-protection-Klausel des 14. Amendments zur amerikanischen Verfassung abgeleitet: Kein Staat darf „deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws“. Unter Berufung auf diesen Satz hat er das Eheverbot der Rasseverschiedenheit für verfassungswidrig erklärt (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967)). Derselbe Verfassungsartikel wurde dann später auch zur Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder herangezogen (*Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977)).

## § 2 Familie und Ehe

Das Grundgesetz schützt Ehe und Familie. Aber was sind Ehe und Familie? Die Begriffe werden nicht definiert. Die Verfassung setzt sie voraus. Wer bestimmt ihren Inhalt?

### I. Familie

Familie und Ehe sind vorrechtliche Einrichtungen. Die ursprünglichere der beiden ist die Familie. Sie existiert als soziale Gruppe in allen menschlichen Gesellschaften. Ihre Wurzel findet sie in der sehr langen Erziehungs- und Schutzbedürftigkeit des menschlichen Nachwuchses. Menschen lebten schon in der frühesten Zeit in Familienverbänden (Horden) zusammen. Der Zusammenhalt ergab sich aus der gemeinsamen Abstammung. An der Spitze des Verbandes stand meist ein Patriarch. Der typische Verband des römischen Rechts war die Hausgemeinschaft. Dem pater familias unterstanden alle Personen, die zur Hausgemeinschaft gehörten: die Ehefrau, die Kinder, die Hörigen und die Sklaven. Sie bildeten zusammen die familia.

Dem geltenden Recht liegt ein anderer Familienbegriff zugrunde. Er wird unter Rückgriff auf die Gesetzeslage bestimmt. Familie besteht dort, wo das Gesetz familienrechtliche Bindungen vorsieht. Familienrechtliche Bindungen gibt es zwischen Eltern und ihren ehelichen Kindern. Es gibt sie aber auch zwischen der Mutter und ihrem nichtehelichen Kind und – seit dem Nichtehelichengesetz – auch zwischen dem Vater und seinem nichtehelichen Kind. Keine familienrechtlichen Beziehungen gibt es dagegen zwischen dem Vater des nichtehelichen Kindes und dessen Mutter. Wie steht es dann, wenn Vater und Mutter zusammenleben: Bestehen in diesem Fall zwei (Halb-)Familien nebeneinander? So hat man es früher gesehen. Eine solche Sicht widerspricht indessen dem natürlichen Empfinden. Sie stößt auch auf verfassungsrechtliche Bedenken (Maunz-Dürig, GG, Art. 6 Rz 16a). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Europäische Kommission für Grundrechte haben anerkannt, daß nicht nur die eheliche, sondern auch die nichteheliche Familie „Familie“ im Sinne der Menschenrechtskonvention ist (Fall Marckx, EuGRZ 1979, 454) und daß außereheliche Beziehungen zu einer „Familie“ führen können, wenn die Partner ständig zusammenleben und einen gemeinsamen Haushalt führen (EuGRZ 1977, 497, 499). Das dürfte heute allgemein anerkannt sein.

Von diesen Besonderheiten bei außerehelichen Beziehungen abgesehen, ist man sich über den Begriff der Familie im wesentlichen einig. Man unterscheidet die Großfamilie, die Gemeinschaft aller Blutsverwandten, die Sippe des germanischen Rechts, von der Kleinfamilie, die gebildet wird von den Eltern und ihren Kindern. Die Regelungen des BGB betreffen fast ausschließlich die Beziehungen, die zwischen den Mitgliedern der Kleinfamilie bestehen. Es unterscheidet dabei zwischen den Beziehungen der Ehegatten zueinander (Eherecht) und den Beziehungen zwischen den Eltern und ihren Kindern (Kindschaftsrecht). Die Zugehörigkeit zur Großfamilie hat im wesentlichen nur noch im Unterhaltsrecht Bedeutung: Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren (§ 1601 BGB). Das Kind kann nicht nur von seinen Eltern, sondern auch von seinen Großeltern, die Großeltern können nicht nur von ihren Kindern, sondern auch von ihren Enkelkindern Unterhalt verlangen.

### 1. Verwandtschaft

Wir haben die Großfamilie als die Gemeinschaft aller Blutsverwandten umschrieben. Blutsverwandt sind Personen, die von einem gemeinsamen Vorfahren abstammen. Verwandtschaft muß aber nicht immer Blutsverwandtschaft bedeuten. Ein Verwandtschaftsverhältnis kann auch auf einem Gerichtsbeschluß beruhen, wenn nämlich ein Kind adoptiert wird. Außerdem gibt es auch eine Verwandtschaft kraft Rechtsscheins, solange nämlich die Ehelichkeit eines scheinheiligen Kindes (d.h. eines Kindes, das nicht vom Ehemann seiner Mutter abstammt) nicht wirksam angefochten worden ist.

Unterschieden wird zwischen Verwandtschaft in *gerader Linie* und Verwandtschaft in der *Seitenlinie*. In gerader Linie sind Personen verwandt, die voneinander abstammen (§ 1589 Satz 1 BGB): Vater und Tochter, Großmutter und Enkel. In der Seitenlinie sind Personen verwandt, die gemeinsam von einer dritten Person abstammen (§ 1589 Satz 2 BGB): Geschwister, Vettern, Onkel und Nichte.

Bei den Seitenverwandten wiederum ist zu unterscheiden zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern. Vollbürtige Geschwister haben beide Eltern gemeinsam, halbbürtige nur einen Elternteil.

Das „Stiefkind“ ist ebensowenig ein Rechtsterminus wie die „Stiefmutter“. Es kann sich dabei sowohl um halbbürtige Verwandte handeln (der „Stiefbruder“ hat mit seiner „Stiefschwester“ einen Elternteil gemeinsam) als auch um Personen, die überhaupt nicht miteinander verwandt sind (Stiefvater – Stiefkind).

Ehegatten sind als solche nicht miteinander verwandt.

## 2. Schwägerschaft

Von der Verwandtschaft zu unterscheiden ist die Schwägerschaft. Schwägerschaft besteht zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten (§ 1590 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auch hier gibt es eine Schwägerschaft in *gerader Linie* und eine Schwägerschaft in der *Seitenlinie*. In gerader Linie verschwägert ist der Ehemann mit den Personen, die mit seiner Frau in gerader Linie verwandt sind, also z.B. mit seinen Schwiegereltern oder den Kindern seiner Frau aus einer früheren Ehe. In der Seitenlinie verschwägert ist ein Ehegatte z.B. mit den Geschwistern des anderen Ehegatten, also mit Schwager und Schwägerin.

Die Schwägerschaft dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet worden ist, aufgelöst ist (§ 1590 Abs. 2 BGB): „Ehe vergeht, Schwägerschaft besteht“. Ein Mann bleibt mit der Schwester seiner Frau verschwägert, auch wenn er sich von seiner Frau hat scheiden lassen.

Praktische Bedeutung kommt der Schwägerschaft heute fast nur noch im Eheschließungsrecht zu, wenn man vom Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO) absieht. Zwischen Verschwägerten in gerader Linie darf keine Ehe geschlossen werden, wenn nicht das Vormundschaftsgericht von dem Eheverbot Befreiung erteilt hat (§ 4 EheG).

## II. Ehe

Die Familie ist eine Urform menschlicher Gemeinschaft. Für die Ehe gilt dies nicht, es sei denn, man versteht die Ehe anders, als der Begriff heute gebraucht wird. Eine Zweiergemeinschaft von Mann und Frau, auf Dauer angelegt und nach außen hin als Einheit erscheinend, weist die typischen Merkmale einer Ehe auf, muß aber keine Ehe im Rechtssinn sein. Eine Ehe im Rechtssinn kommt nur zustande, wenn eine Eheschließung vor einem Standesbeamten erfolgt (§ 11 Abs. 1 EheG). So ist es jedenfalls im deutschen Recht. Die Form der Eingehung grenzt Ehen und Nichtehen voneinander ab. Eine Ehe, die so geschlossen worden ist, bleibt „Ehe“ auch dann, wenn die „Ehegatten“ die eheliche Gemeinschaft gar nicht aufnehmen, keine Kinder haben wollen, von vornherein willens sind, sich bald wieder scheiden zu lassen und auch nach außen hin nicht als Eheleute in Erscheinung treten. Die Form scheint wichtiger als der Inhalt.

Das war nicht immer und ist nicht überall so. Die ursprüngliche Form der Ehe, wie wir sie überall im Altertum antreffen, ist die *de facto-Ehe*. Ein Paar wurde für ein Ehepaar gehalten, wenn die Partner als Mann und Frau zusammenlebten. Eingehungszeremonien waren zwar nicht unbekannt, aber für die Existenz einer Ehe nicht konstitutiv. *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (Mod. D. 23, 2, 1). Man hat die römische Ehe als verwirklichte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau gekennzeichnet, getragen von der  *affectio maritalis*, der Absicht und dem Bewußtsein der beiden Gatten, daß ihre Gemeinschaft eine Ehe sei.

Weil jedoch die römische Ehe kein Rechtsverhältnis, sondern nur ein soziales Faktum war, gab es weder Rechtsregeln über die Eingehung der Ehe noch über ihre Beendigung. Rechtlich konnte sie jederzeit von jedem Partner aufgelöst werden. Endete die *de facto*-Gemeinschaft, so endete auch die Ehe. Die sittlichen Bindungen waren indessen so stark, daß nur wenige Ehen tatsächlich aufgelöst wurden.

Der Schritt von der sittlichen Bindung zum Rechtsgeschäft vollzog sich langsam. Dabei spielte die Rechtsbindung insbesondere dort eine Rolle, wo Vermögen den Besitzer wechselte. Für Menschen ohne Besitz war die Rechtsbindung nicht wichtig. Die römischen Patrizier verbanden die Eingehung einer Ehe mit einer religiösen Zeremonie. Kaufähnliche Elemente traten hinzu, nicht nur im römischen Recht, sondern auch in den germanischen Rechten. Die Sippe der Braut schloß mit der Sippe des Mannes einen Vertrag, um der Frau während und nach der Ehe einen bestimmten sozialen Status zu garantieren. Solche Ehen nannte man *Sippenvertragsehen*.

Aber auch hier hing die Existenz der Ehe nicht von den Riten und den Verträgen ab. Auch ohne religiöse Zeremonie (*confarreatio*) oder symbolischen Kauf (*coemptio*) konnte eine Ehe geschlossen werden, und zwar durch bloßen *Usus*, durch das bloße Zusammenleben. Später wurden diese Ehebegründungsweisen dann abgelöst durch die *Konsensehe*, die sich von nichtehelichem Zusammenleben allein durch die *affectio maritalis* unterschied.

Die Situation änderte sich erst, als die Kirche die Jurisdiktion über die Ehe beanspruchte und erhielt. Nach jahrhundertlangem Bemühen setzte sie ihre Auffassung durch, daß die Ehe eine göttliche Einrichtung, ein *Sakrament*, und deswegen von Menschen nicht trennbar sei (Konzil von Florenz, 1439). Aber auch damit war die Eingehung der Ehe noch nicht formalisiert; denn nach Lehre der katholischen Kirche spendeten sich das Sakrament der Ehe die Eheleute selbst. Erst auf dem Konzil von Trient verlangte die Kirche für das Zustandekommen der Ehe priesterliche Assistenz (Dekretum Tametsi, 1563).

Ursache für diese Änderung der kirchlichen Haltung war das Überhandnehmen heimlicher Eheschließungen. Elterliche Zustimmungen wurden damit umgangen, der Einfluß der Verwandten zurückgedrängt. Der schwierige Nachweis der tatsächlichen Eheschließung brachte Unsicherheiten mit sich, etwa, wenn es um die Erbfolge ging. Es waren vor allen Dingen solche weltlichen Argumente, die die Kirche zu einer Änderung ihrer Praxis bestimmten.

Um den Eltern wieder eine bessere Kontrolle über die Eheschließung ihrer Kinder zu verschaffen, genügte die Assistenz eines Priesters allein noch nicht. Im Dekretum Tametsi wurde darum zusätzlich ein *Aufgebotsverfahren* eingeführt: Die beabsichtigte Eheschließung mußte öffentlich von der Kanzel angekündigt werden.

Die *evangelischen Länder* folgten alsbald diesem Beispiel: Nachdem Martin Luther heimliche Ehen verdammt hatte, weil sie es Fremden ermöglichten, in wohlhabende Familien ohne Billigung der Eltern der Braut oder des Bräutigams einzuheiraten, ordneten auch die protestantischen Fürsten die Trauung durch einen Geistlichen an und verlangten zusätzlich die Einwilligung der Eltern in die beabsichtigte Eheschließung.

Durch die Reformation wurde die Ehe zwar im evangelischen Raum nach Luthers Wort ein weltlich Ding. Die Jurisdiktion ging auf den Staat über. Das Eheverständnis blieb aber zunächst dasselbe. Lediglich bei der Scheidbarkeit der Ehe gab es Differenzen. Die katholische Kirche hielt an der Unscheidbarkeit fest. Im protestantischen Raum ließ man die Scheidung in bestimmten Ausnahmefällen, insbesondere bei Ehebruch, zu.

Nach den Lehren beider Kirchen war die Ehe ein Rechtsverhältnis, das zwar – möglicherweise – auf einem Vertrag (Konsensus) beruhte, aber kein Vertragsverhältnis war. Man sagte, als natürliche und göttliche Einrichtung sei die Ehe dem Willen der Vertragsschließenden entzogen. Den Eheleuten stehe weder über die Ehezwecke (Kinder) noch über die Ehedauer noch über die ehemännliche Vorrangstellung ein Verfügungsrecht zu.

Der große Bruch mit diesem kirchlich geprägten Eheverständnis kam mit der *Aufklärung*. Die Lehrer des Naturrechts erklärten, die Ehe sei nichts anderes als ein *Vertrag*. Konsequenz: Die Vertragsschließenden entscheiden über den Inhalt. Vorgegebene Ehezwecke (Erzeugung von Nachkommenschaft) gibt es nicht (Fichte), desgleichen nicht eine von Natur aus gegebene Pflicht zur ehelichen Treue und zum ständigen Zusammenleben und – wegen der Gleichordnung der Vertragspartner – auch keine Vorrangstellung des Mannes (Thomasius). Auch Kant hielt die Ehe noch solchermaßen für einen Vertrag.

Diese Vorstellungen prägten dann auch die Gesetzgebungswerke der Aufklärung, allerdings mit einer wichtigen Maßgabe: Wenn es keinen

vorgegebenen Inhalt der Ehe gab, so war der Staat frei, einen solchen Inhalt zu bestimmen. So wurde insbesondere die Vorrangstellung des Ehemannes wieder eingeführt: *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari*, heißt es im Code Napoléon.

Das konservative 19. Jahrhundert brachte dann eine weitere Umkehr. Nunmehr hieß es, z.B. bei Hegel: „Unter den Begriff vom Vertrag kann die Ehe nicht subsumiert werden; diese Subsumption ist in ihrer – Schändlichkeit, muß man sagen – bei Kant aufgestellt.“ Die Vorschriften des bürgerlichen Eherechts wurden als zwingend ausgestaltet, nur im vermögensrechtlichen Bereich ließ man Eheverträge zu. Frei war nur noch die Eingehung der Ehe, über ihren Inhalt konnten die Ehegatten ebensowenig mehr frei bestimmen wie über die Auflösung der Ehe.

Diese Auffassung prägte auch noch das *BGB*. Erst nach dem Ende des zweiten Weltkrieges setzte wiederum eine Gegenbewegung ein. Man besann sich wieder auf die Lehre der Aufklärung, daß die Ehe ein Vertrag sei. Heute sagt man: Das Gesetz gibt zwar einen bestimmten Rahmen vor und legt insbesondere die Voraussetzungen fest, unter denen eine Ehe geschieden werden kann. Innerhalb dieses Rahmens sind aber die Ehegatten frei, den Inhalt ihrer Ehe selbst zu bestimmen: ob sie Kinder haben wollen, ob sie beide berufstätig sein wollen oder ein Ehegatte den Haushalt führen soll usw.

Damit kommen wir wieder zum Anfang zurück: Darüber, ob eine Ehe vorliegt, entscheidet nicht die Art und Weise, wie Mann und Frau zusammenleben, nicht die *affectio maritalis*, sondern allein der Umstand, daß die Eheleute bestimmte Formvorschriften eingehalten haben. Eine Gemeinschaft von Mann und Frau, die Jahre gewährt hat, aus der Kinder hervorgegangen sind, die sich nach außen hin in nichts von einer Ehe unterscheidet, ist gleichwohl keine Ehe, wenn die Partner auf den Gang zum Standesamt verzichtet haben. Andererseits sind zwei Personen, die nur aus ehefremden Motiven eine standesamtliche Ehe eingegangen sind, etwa um Steuern zu sparen oder jemandem zu einer Hinterbliebenenrente zu verhelfen oder um eine Aufenthaltserlaubnis zu bekommen, wirkliche Eheleute.

Die Frage, die sich nun stellt, ist die: Ist dieser Ehebegriff des bürgerlichen Rechts derselbe wie der des Grundgesetzes? Was will das Grundgesetz schützen: die wirkliche Gemeinschaft von Mann und Frau oder die formgültig geschlossene Ehe?

Das Bundesverfassungsgericht hat sich dazu wie folgt geäußert (BVerfG NJW 1983, 511): „Nach den durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Strukturprinzipien, die der Verfügungsgewalt des Gesetzgebers entzogen sind, ist das dieser Norm vorgegebene Institut der Ehe die

Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu einer umfassenden, grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft.“

Das Bundesverfassungsgericht geht also nicht von einem rein formalen Ehebegriff aus. Den verfassungsrechtlichen Schutz genießt eine Ehe nur dann, wenn die Ehegatten mit der Eheschließung eine *umfassende, grundsätzlich unauflösbare Lebensgemeinschaft* eingehen wollten. Fehlt es an einem solchen Willen, dann ist die Ehe zwar nach bürgerlichem Recht zustande gekommen und auch wirksam; denn der Wille, eine Ehe nur zum Schein einzugehen, ist nach deutschem Recht kein Nichtigkeitsgrund. Die Ehegatten einer solchen Ehe können sich aber nicht auf den Schutz des Grundgesetzes berufen, wenn z.B. die staatlichen Behörden dem ausländischen Partner die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängern und seine Ausweisung anordnen.

Was nun die *Form der Eheschließung* betrifft, so hat das Bundesverfassungsgericht erklärt, zwar komme der Mitwirkung eines Standesbeamten als Voraussetzung für eine wirksame Eheschließung nach deutschem Recht als Ordnungselement wesentliche Bedeutung zu. Nicht minder wesentlich sei aber auch die Willensübereinstimmung der Verlobten, miteinander die Ehe eingehen zu wollen (BVerfG NJW 1983, 511). Im konkreten Fall war es so, daß ein Angehöriger der britischen Streitkräfte eine Deutsche in der Bundesrepublik nur vor einem Geistlichen geheiratet hatte. Aus deutscher Sicht war darum keine Ehe zustande gekommen. Dagegen war nach englischem Recht die Ehe wirksam. Der Streit ging darum, ob nach dem Tod des Mannes die Frau eine Witwenrente beanspruchen konnte. Dazu sagte das Bundesverfassungsgericht (aaO): Partner, die bei Abschluß einer solchen Ehe ihre Verbindung als dauernde Gemeinschaft beabsichtigen und versprechen, haben insoweit die Voraussetzungen für eine Ehe erfüllt. Da ihre lebenslange personale Gemeinschaft zudem durch die für den ausländischen Partner maßgebende Rechtsordnung anerkannt wird, kann dieser Verbindung der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG jedenfalls dann nicht versagt werden, wenn es sich um den Anspruch auf Versorgung nach dem Tod eines Partners handelt.

Auch Ehen, die nach deutschem Recht gar nicht existieren, können also in Ausnahmefällen unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG fallen. Es muß von den Eheschließenden aber immer eine Ehe gewollt gewesen sein, und dieser Wille muß auch in irgendeiner Eingehungszeremonie zum Ausdruck gekommen sein.

Damit wird der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG zwar nicht auf Ehen beschränkt, die im Sinne des deutschen bürgerlichen Rechts wirksam zustande gekommen sind. Nichteheliche Gemeinschaften bleiben aber weiterhin vom Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG ausgeschlossen, mögen sie in ihrem äußeren Erscheinungsbild auch alle Merkmale einer Ehe aufwei-

sen. Ihre Regelung – oder Nichtregelung – bleibt darum dem Gesetzgeber überlassen. Das Grundgesetz gebietet keine Regelung, verbietet sie allerdings auch nicht. Nur eine Schranke müsste im Fall einer Regelung beachtet werden: Eine Gleichstellung mit der Ehe würde gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßen (vgl. dazu Hausmann, Nichteheleiche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, 1989, S. 10 f.).

### § 3 Nichteheleiche Gemeinschaften

Schrifttum: Battes, Die rechtliche Behandlung der nichteheleichen Lebensgemeinschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Entwicklungen im Recht der Familie und der außereheleichen Lebensgemeinschaften, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Band 144 (1990) 21; Diederichsen, Rechtsprobleme der nichteheleichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1988, 889; Frank, Vermögensrechtliche Ansprüche beim Scheitern nichteheleicher Lebensgemeinschaften, FS Müller-Freienfels (1986), 131; Hausmann, Nichteheleiche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, 1989; Nehlsen-von Stryk, Zur unterhaltsrechtlichen Relevanz des „auf Dauer angelegten Verhältnisses“, FamRZ 1990, 109; Schwenzler, Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichteheleicher Lebensgemeinschaften, JZ 1988, 781; de Witt/Huffmann, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 1986.

#### I. Befund

Von einer nichteheleichen Gemeinschaft spricht man, wenn zwei Menschen wie in einer Ehe zusammenleben, aber nicht miteinander verheiratet sind. Das kann eine heterosexuelle Gemeinschaft sein, aber auch eine gleichgeschlechtliche Gemeinschaft. Das Recht nimmt von diesen Gemeinschaften – jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland – im allgemeinen keine Notiz. Sie sind aber in den letzten Jahrzehnten zu einem Teil der sozialen Wirklichkeit geworden.

Im Jahr 1960 wurden in der Bundesrepublik Deutschland 521.445 Eheschließungen registriert, im Jahr 1978 nur noch 328.215. Seither nimmt die Zahl langsam wieder zu, lag aber 1988 mit 397.738 immer noch beträchtlich unter den Zahlen von 1960 (StAZ 1990, 100). Das ist ein dramatischer Rückgang. Die Ehe ist nicht mehr die selbstverständliche Form der festen Verbindung von Mann und Frau. Sie wird immer häufiger von der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verdrängt. Lebten im Jahr 1972 273.000 Männer und Frauen in der Bundesrepublik in nichtehelicher Lebensgemeinschaft, so waren es im Jahr 1982 bereits 1.032.000 (Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik, Band 179 der Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, 1985, S. 147). Heute dürfte die Zahl noch höher liegen. Damit stellt sich die Frage nach einem Regelungsbedarf.

Ob und was der Gesetzgeber hier regeln soll, wird lebhaft diskutiert. Dabei geht es zunächst einmal um die Frage, ob es „die“ nichteheliche Lebensgemeinschaft überhaupt gibt oder ob nicht zwischen verschiedenen Erscheinungsformen differenziert werden muß.

Ein erster Unterschied ergibt sich dabei zwischen *gleichgeschlechtlichen* und *heterosexuellen Gemeinschaften*. Innerhalb der heterosexuellen Gemeinschaften kann wiederum unterschieden werden zwischen solchen, deren Partner einander heiraten könnten, und solchen, bei denen eine Ehe ausgeschlossen ist (z.B. weil ein Partner noch in gültiger Ehe lebt). Eine weitere Grenze könnte gezogen werden zwischen Gemeinschaften, die sich nur als *Vorstufe zu einer Ehe* verstehen (nach einer Umfrage haben 33 % der Paare fest vor zu heiraten, 38 % sind sich dessen (noch) nicht sicher, d.h. sie befinden sich in einer Lebensphase, die ihnen Klarheit bringen soll, ob sie die Verantwortung für einen bestimmten Menschen bzw. eine Familie übernehmen wollen; vgl.: Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, aaO S. 171), und solchen, die *auf Dauer*, vielleicht sogar auf Lebenszeit angelegt sind. Eine andere Gruppe bilden ältere Menschen, die zusammenziehen, um nicht allein zu sein, die zwar einen gemeinsamen Haushalt führen, aber z.B. keine Geschlechtsgemeinschaft mehr wollen. Ein besonderes Regelungsbedürfnis könnte schließlich bestehen, wenn Kinder vorhanden sind.

Diese unterschiedlichen Erscheinungsformen machen deutlich, daß es schwer sein dürfte, eine einheitliche Regelung für alle nichtehelichen Gemeinschaften zu schaffen. Tatsächlich zeigt die Rechtsvergleichung, daß dort, wo überhaupt der Gesetzgeber tätig geworden ist, nur Teilbereiche gesetzlich geregelt worden sind.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem persönlichen Geltungsbereich der jeweiligen Gesetze und deren sachlicher Reichweite. Zum

*persönlichen Geltungsbereich:* Fast alle gesetzlichen Regelungen betreffen heterosexuelle Gemeinschaften. Die Gleichsetzung gleichgeschlechtlicher Verbindungen mit Ehen ist noch immer die große Ausnahme. Immerhin gibt es auch dafür ein Beispiel: Nach dem dänischen Gesetz über registrierte Partnerschaften v. 7.6.1989 können zwei Personen gleichen Geschlechts ihre Partnerschaft registrieren lassen. Die Registrierung hat dann, von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen, dieselben Wirkungen wie die Eingehung einer Ehe (vgl. dazu Wacke, FamRZ 1990, 347).

Bei den gesetzlichen Regelungen der heterosexuellen nichtehelichen Gemeinschaften beziehen sich die meisten auf solche Verbindungen, bei denen die beiden Partner auch einander hätten heiraten können, bei denen also kein Ehehindernis besteht. Ausgenommen sind damit insbesondere die Fälle, in denen einer der beiden Partner noch verheiratet ist. Aber auch hier gibt es Ausnahmen, z.B. Erbrechte sowohl für den Ehegatten als auch für den Partner der nichtehelichen Gemeinschaft, etwa in dem De Facto Relationships Act 1984 von New South Wales (Australien).

Was die *sachliche Reichweite* betrifft, so gehen am weitesten die Rechtsordnungen, die die nichtehelichen Gemeinschaften mit einer Ehe völlig gleichstellen. So bestimmt z.B. Art. 12 des slowenischen Gesetzes über die Ehe und die Familienbeziehungen vom Jahr 1976: Eine längere Zeit dauernde Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau, die keine Ehe geschlossen haben, erzeugt für sie die gleichen Rechtsfolgen gemäß diesem Gesetz, wie wenn sie eine Ehe geschlossen hätten, soweit keine Gründe bestanden haben, derentwegen eine Ehe zwischen ihnen ungültig gewesen wäre. Also: Völlige Gleichstellung mit der Ehe für solche Gemeinschaften, die a) längere Zeit bestanden haben und bei denen b) die Partner einander hätten heiraten können.

Die Fälle einer generellen Gleichstellung nichtehelicher Gemeinschaften mit Ehen sind aber im weltweiten Vergleich immer noch eher selten. In den meisten Fällen werden nur bestimmte vermögensrechtliche Folgen geregelt.

So gibt es z.B. in Schweden ein Gesetz über die gemeinsame Wohnung nichtehelich Zusammenlebender, das am 1.1.1988 in Kraft getreten ist. Gegenstand des Gesetzes ist die Aufteilung der Wohnung und des Hausrates bei Auflösung der Partnerschaft.

Nach Art. 2020 des portugiesischen *Codigo civil* hat ein Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft beim Tod des anderen Teils das Recht, aus dem Nachlaß des Verstorbenen Unterhalt zu fordern. Ähnlich ist die Situation in England, wenn der nichteheliche Partner beim Tod des anderen Teils von diesem Unterhalt bezogen hat (Section 1 (e) des *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*).

Unterhalt auch bei bloßer Trennung der Partner kann nach dem Recht verschiedener kanadischer Provinzen verlangt werden, z.B. in Ontario, wenn die nichteheliche Gemeinschaft mindestens fünf Jahre bestanden hat oder aus ihr ein Kind hervorgegangen ist; in British Columbia muß die nichteheliche Gemeinschaft nur zwei Jahre gedauert haben, um entsprechende Ansprüche auszulösen.

In New South Wales/Australien enthält der De Facto Relationships Act 1984 eine umfassende Regelung der nichtehelichen Gemeinschaft: Vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Beendigung der Gemeinschaft, Unterhaltsansprüche, Erbrecht, das Recht, gemeinsam ein Kind zu adoptieren u.a.m. Auch in Süd- und Mittelamerika gibt es z.T. sehr ausführliche Regelungen der Rechtsbeziehungen nichtehelicher Partner, z.B. in Bolivien, Ecuador oder Panama. In anderen Staaten finden sich Klauseln, die die nichteheliche Gemeinschaft unter bestimmten Voraussetzungen der Ehe gleichstellen, z.B. in Guatemala oder in Kuba. Wiederum andere stellen die Partner wenigstens teilweise – güterrechtlich und/oder erbrechtlich – Ehegatten gleich: Mexiko, Peru, Venezuela, Paraguay.

## II. Regelungsbedarf

Ob ein Bedarf für eine gesetzliche Regelung nichtehelicher Gemeinschaften besteht, ist in der Bundesrepublik nach wie vor umstritten. Einig ist man sich lediglich darin, daß eine völlige Gleichstellung mit der Ehe nicht in Betracht kommt. Sie würde schon an Art. 6 Abs. 1 GG scheitern. Es stünde ihr aber auch Art. 2 Abs. 1 GG entgegen. Würde der Gesetzgeber eine nichteheliche Gemeinschaft schlicht der Ehe gleichstellen, so käme dies einer Zwangskopulation gleich. Menschen dürfen aber nicht zu einer Ehe gezwungen werden, wenn sie keine eheliche Bindung wollen. Darum kann auch der Gesetzgeber ihre tatsächliche Verbindung nicht gegen ihren Willen zu einer Ehe erklären.

Anders steht es bei punktuellen Angleichungen. Art. 6 Abs. 1 GG würde nicht verletzt, wenn der Gesetzgeber den Anwendungsbereich einzelner Normen, die für Ehegatten gelten, auf nichteheliche Gemeinschaften ausdehnen würde. Die Frage ist, ob er dies tun soll. Hier sagen die einen: Einem mündigen Bürger soll keine Bindung aufgezwungen werden, wenn er keine Bindung will. Wer sich rechtlich binden will, dem steht es frei zu heiraten. Dem halten die anderen entgegen: Kann es in einem Rechtsstaat einen Verzicht auf Rechtsschutz in existentiellen

Rechtsfragen geben? Ist es nicht Aufgabe des Staates, den Schwachen zu schützen?

Der 57. Deutsche Juristentag 1988 hat dazu folgende Beschlüsse gefaßt (NJW 1988, 2998):

Punktuelle Regelungen kommen in Betracht

- in bezug auf die vermögensrechtlichen Folgen bei Trennung,
- in bezug auf Unterhaltsleistungen in Fällen gemeinschaftsbedingter Bedürftigkeit,
- in bezug auf das Eltern-Kind-Verhältnis,
- in bezug auf sozialrechtliche Tatbestände.

Bei den angesprochenen *vermögensrechtlichen Folgen* bei Trennung geht es vornehmlich um folgendes: Wenn die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft während der Dauer ihres Zusammenlebens Gegenstände von größerem Wert erworben oder geschaffen oder in ihrem Wert gesteigert haben (z.B. gemeinsam ein Haus gebaut haben), dann sollte bei Auflösung der Gemeinschaft eine Aufteilung erfolgen. Ein Regelungsbedürfnis besteht hier insbesondere in den Fällen, in denen die Eigentumsverhältnisse nicht klar und eindeutig sind.

Zum Punkt Unterhaltsleistungen: Nach Auflösung der Partnerschaft sollte ein bedürftiger Partner Unterhaltsansprüche geltend machen können, wenn die Bedürftigkeit „gemeinschaftsbedingt“ ist. Gemeinschaftsbedingt ist die Unterhaltsbedürftigkeit vor allem dann, wenn aus der nichtehelichen Verbindung Kinder hervorgegangen sind, die ein Partner nun betreuen muß und die ihn daran hindern, voll erwerbstätig zu sein.

Zum *Eltern-Kind-Verhältnis* meinte der Juristentag, zwar solle das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder im Grundsatz weiterhin bei der Mutter verbleiben, jedoch solle dann, wenn es das Kindeswohl gebietet, das Vormundschaftsgericht dem Vater die elterliche Sorge übertragen können.

All das ist vernünftig und sollte realisiert werden.

### III. Regelung de lege lata

Einige der Probleme, deren Lösung de lege ferenda diskutiert wird, lassen sich auch schon de lege lata lösen, allerdings nicht mit Hilfe des Familienrechts, sondern mit Hilfe des Schuld- und Sachenrechts.

Haben beispielsweise die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft gemeinsam *Hausratsgegenstände* angeschafft, so spricht vielfach eine Vermutung dafür, daß sie bei dem Kauf auch Miteigentum erwerben

wollten. Für das Bestehen von Miteigentum kann auch die Vermutung des § 1006 BGB herangezogen werden. Bestand zwischen den Partnern Miteigentum, dann kann im Fall einer Trennung eine Aufteilung nach den §§ 752, 753 BGB verlangt werden.

Problematisch ist hier der Fall, daß ein Partner einen Gegenstand für den gemeinsamen Haushalt nachweisbar mit eigenen Mitteln angeschafft hat. Während in der Literatur auch hier teilweise Miteigentum angenommen wird, wenn der Gegenstand von beiden Partnern genutzt wird und der Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dient (so z.B. de Witt/Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 1986, Rz 336 b), lehnt die Rechtsprechung in einem solchen Fall Miteigentum regelmäßig ab (OLG Hamm, FamRZ 1989, 616).

In manchen Fällen können die Regeln des *Gesellschaftsrechts* weiterhelfen. Leitentscheidung dafür ist noch immer ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1965 (FamRZ 1965, 368): In der Nachkriegszeit lebte ein verheirateter Mann mit einer anderen Frau zusammen. Beide errichteten auf dem Grundstück des Mannes in fünfjähriger Arbeit gemeinsam ein Haus. Die Frau steuerte Ersparnisse bei und reinigte außerdem 6000 Trümmersteine. Später verkaufte der Mann das Haus und kam kurz danach bei einem Verkehrsunfall ums Leben. Nun verlangte die Frau von den gesetzlichen Erben des Mannes die Hälfte des Verkaufserlöses. Sämtliche Instanzen gaben ihr Recht. Die Gerichte sahen in dem Verhalten der Beteiligten den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages (§ 705 BGB). Gesellschaftszweck: die Errichtung eines Hauses, das die Partner gemeinsam bewohnen wollten. Der Ausgleichsanspruch der Frau wurde auf die §§ 730 ff. BGB gegründet.

Der heikle Punkt in diesen Fällen ist der Nachweis des *Bindungswillens*. Ein Rechtsgeschäft setzt den Willen voraus, sich rechtlich zu binden. Wollten die Partner, als sie gemeinsam das Haus bauten, eine rechtliche Bindung eingehen? Bei einem Hausbau wird man einen solchen Bindungswillen häufig bejahen können. Das muß aber nicht immer so sein. Falsch wäre es jedenfalls, die nichteheliche Gemeinschaft als solche als Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts zu qualifizieren. Rechtliche Bindungen und rechtlich verbindliche Geschäfte sind im Bereich der nichtehelichen Gemeinschaft die Ausnahme. Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, daß persönliche und wirtschaftliche Leistungen, die im Interesse der Gemeinschaft liegen, ersatzlos von demjenigen erbracht werden, der dazu gerade in der Lage ist (BGH FamRZ 1983, 1213). Das kann sogar dann gelten, wenn ein Partner finanziell zum Bau eines Hauses beiträgt, das im Eigentum des anderen steht. Wenn beispielsweise der verdienende Mann auf diese Weise den Bau oder die Erweiterung eines Hauses ermöglicht, das der Frau gehört,