

GUTACHTEN
ZUR MODERNISIERUNG DES FAMILIENRECHTS
IN DER SCHWEIZ

Avis 13-057

Lausanne, den 17. September 2013

INHALTSVERZEICHNIS

Zusammenfassung	8
I. Sachverhalt	9
II. FRAGEN	10
A. Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften.....	10
1. Verankerung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft im Gesetz	10
2. Verankerung einer faktischen Lebensgemeinschaft im Gesetz	10
3. Ausgleich von erworbenen Anrechten auf Versorgung.....	10
4. Erbrecht.....	10
B. Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern	10
1. Kindesverhältnis.....	10
2. Erbrecht.....	11
III. ANALYSE	11
A. Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften.....	11
1. Verankerung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft im Gesetz	11
1.1. Vorbemerkung	11
1.2. Zusammenfassung	11
1.3. Länderberichte	11
2. Verankerung einer faktischen Lebensgemeinschaft im Gesetz.....	13
2.1. Vorbemerkung	13
2.2. Zusammenfassung	13
2.3. Länderübersicht	13
Exkurs: weitere Regelungen	15
3. Ausgleich von erworbenen Anrechten auf Versorgung.....	16
3.1. Zusammenfassung	16
3.2. Länderübersicht	16
4. Erbrecht.....	18
4.1. Vorbemerkung	18
4.2. Zusammenfassung	18
4.3. Länderübersicht	18
B. Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern	21
1. Kindesverhältnis.....	21
2. Grössere Reformprojekte	21
3. Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses	22
3.1. Vorbemerkung	22
3.2. Zusammenfassung	22
3.3. Länderübersicht	22

Exkurs: Die Elterliche Sorge bei Nichtverheirateten (neueste Änderungen)	23
4. Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung.....	23
4.1. Vorbemerkung	23
4.2. Zusammenfassung	23
5. Mutterschaft	24
5.1. Vorbemerkung	24
5.2. Zusammenfassung	24
5.3. Länderübersicht	24
6. Leihmutterschaft.....	25
6.1. Vorbemerkung	25
6.2. Zusammenfassung	25
6.3. Länderübersicht	25
7. Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft	27
7.1. Vorbemerkung	27
7.2. Zusammenfassung	27
7.3. Länderübersicht:	27
8. Vaterschaft bei bestehender Ehe der Mutter.....	29
8.1. Vorbemerkung	29
8.2. Zusammenfassung	29
8.3. Länderübersicht	29
9. Vaterschaft eines nicht mit der Mutter verheirateten Mannes	30
9.1. Zusammenfassung	30
9.2. Länderübersicht:	30
Exkurs: Die Stärkung der Stellung des genetischen, nicht rechtlichen Vaters	31
10. Anfechtung der Vaterschaft.....	32
10.1. Vorbemerkung	32
10.2. Zusammenfassung	32
10.3. Länderübersicht	32
11. Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption	34
11.1. Vorbemerkung	34
11.2. Zusammenfassung	34
11.3. Länderübersicht:	34
12. Allgemeine Adoptionsvoraussetzungen	36
12.1. Zusammenfassung	36
12.2. Länderübersicht	36
13. Insbesondere Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung...	37
13.1. Vorbemerkung	37
13.2. Zusammenfassung	37

13.3.	Länderübersicht	37
14.	Stiefkindadoption.....	39
14.1.	Vorbemerkung	39
14.2.	Zusammenfassung	39
14.3.	Länderübersicht	39
15.	Widerruf der Adoption.....	40
15.1.	Zusammenfassung	40
15.2.	Länderübersicht	40
16.	Erbrecht.....	41
16.1.	Vorbemerkung	41
16.2.	Zusammenfassung	41
16.3	Länderübersicht	42
DEUTSCHLAND		44
A.	Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften.....	44
1.	Verankerung der eingetragenen Partnerschaft im Gesetz	44
2.	Verankerung des Konkubinats im Gesetz	45
3.	Vorsorgeausgleich und Funktionsäquivalente.....	46
4.	Erbrecht.....	47
B.	Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern	48
1.	Kindesverhältnis.....	48
1.1.	Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses	48
1.2.	Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung.....	48
1.2.1.	Mutterschaft	48
1.2.2.	Vaterschaft.....	49
1.3.	Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption	51
1.3.1.	Formen und Rechtswirkungen der Adoption	51
1.3.2.	Widerruf der Adoption	51
1.3.3.	Allgemeine Voraussetzungen der Adoption	51
1.3.4.	Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung	52
2.	Erbrecht.....	52
ENGLAND & WALES.....		54
A.	Family law and couples	54
1.	Legal recognition of registered partnerships.....	54
2.	Legal recognition of cohabiting couples	54
3.	Sharing occupational pensions and equivalents.....	55
4.	Succession	56
B.	Relations between parent and child	57
1.	The parent-child relationship.....	57

1.1.	Existence of different forms of the parent-child relationship	58
1.2.	Creation of the parent-child relationship by filiation	58
1.2.1.	Maternity	58
1.2.2.	Paternity.....	60
1.3	Creation of the parent-child relationship by adoption.....	60
1.3.2.	Revocability of an adoption	61
1.3.3.	General conditions for an adoption.....	61
1.3.4.	Way of life of the adopters as a condition for adoption	61
2.	Succession	62
FRANCE	64
A.	Les rapports au sein des couples.....	64
1.	Reconnaissance légale du partenariat enregistré.....	64
2.	Reconnaissance légale du concubinage.....	64
3.	Partage de la prévoyance professionnelle et équivalents	65
4.	En matière de succession.....	66
B.	Les rapports entre parents et enfants.....	67
1.	Le lien de filiation.....	67
1.1.	L'existence de différentes formes de filiation	67
1.2.	L'établissement du rapport de filiation	67
1.2.1.	Maternité	67
1.2.2.	Paternité	69
1.3.	L'établissement de la filiation par voie d'adoption	69
1.3.1.	Formes et effets de l'adoption	69
1.3.2.	Revocabilité de l'adoption	70
1.3.3.	Conditions de l'adoption.....	70
1.3.4.	Le mode de vie des parents en tant que condition	70
2.	En matière de succession.....	72
ITALIE	73
A.	Les rapports au sein des couples.....	73
1.	Reconnaissance légale du partenariat enregistré.....	73
2.	Reconnaissance légale du concubinage.....	73
3.	Partage de la prévoyance professionnelle et équivalents	75
4.	En matière de succession.....	77
B.	Les rapports entre parents et enfants.....	78
1.	Le lien de filiation.....	78
1.1	L'existence de différentes formes de filiation	78
1.2.	L'établissement du rapport de filiation	78
1.2.1.	Maternité	78

1.2.2.	Paternité	79
1.3.	L'établissement de la filiation par voie d'adoption	80
1.3.1.	Forme et effets de l'adoption	80
1.3.2.	Revocabilité de l'adoption	80
1.3.3.	Conditions de l'adoption.....	80
1.3.4.	Le mode de vie des parents en tant que condition	81
2.	En matière de succession.....	81
NORWEGEN	82
A.	Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften.....	82
1.	Verankerung der gleichgeschlechtlichen Ehe im Gesetz	82
2.	Verankerung des Konkubinats im Gesetz	82
3.	Vorsorgeausgleich und Funktionsäquivalente	82
4.	Erbrecht.....	84
B.	Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern	85
1.	Kindesverhältnis.....	85
1.1.	Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses	85
1.2.	Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung.....	85
1.2.1.	Mutterschaft	85
1.2.2.	Vaterschaft.....	86
1.3.	Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption	88
1.3.1.	Formen und Rechtswirkungen der Adoption	88
1.3.2.	Widerruf der Adoption	89
1.3.3.	Allgemeine Voraussetzungen der Adoption	89
1.3.4.	Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzungen	89
2.	Erbrecht.....	89
ÖSTERREICH	91
A.	Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften.....	91
1.	Verankerung der eingetragenen Partnerschaft im Gesetz	91
2.	Verankerung des Konkubinats im Gesetz	92
3.	Vorsorgeausgleich und Funktionsäquivalente	92
4.	Erbrecht.....	93
B.	Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern	94
1.1.	Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses	95
1.2.	Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung.....	95
1.2.1.	Mutterschaft	95
1.2.2.	Vaterschaft.....	96
1.3.	Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption	98
1.3.1.	Formen und Rechtswirkungen der Adoption	98

1.3.2.	Widerruf der Adoption	98
1.3.3.	Allgemeine Voraussetzungen der Adoption	98
1.3.4.	Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung	99
2.	Erbrecht.....	99

ZUSAMMENFASSUNG

Das vorliegende, vom Bundesamt für Justiz in Auftrag gegebene Gutachten vergleicht die neuesten Rechtsentwicklungen im Familien-, sowie z.T. auch im Erbrecht von **Deutschland, England/Wales, Frankreich, Italien, Norwegen** und **Österreich**. Ziel ist es, etwaige Rechtsänderungen der letzten Jahre im Familienrecht, vor allem in den Nachbarländern, aufzuzeigen und mitunter ähnliche oder aber unterschiedliche Trends ausfindig zu machen. Neben bereits in Kraft getretenen Vorschriften werden dabei auch neueste politische Entwicklungen und Tendenzen in den untersuchten Ländern aufgeführt und gegenübergestellt. Dabei erhebt das Gutachten nicht den Anspruch, die letzten Entwicklungen im gesamten Familienrecht aufzuzeigen. Es wurde daher bewusst auf eine umfassende Kurzzusammenfassung des Familien- und Erbrechts der gewählten ausländischen Rechtsordnungen verzichtet. Vielmehr liegen die Schwerpunkte auf ausgesuchten Bereichen, namentlich der **Abstammung**, der **Adoption**, der **faktischen Lebensgemeinschaft** (schweizerische Terminologie: **Konkubinat**), dem **Vorsorgeausgleich** (bzw. seinem Funktionsäquivalent) und einzelnen Aspekten des **Erbrechts**. Zur besseren Übersicht und Lesbarkeit sind diese Bereiche in zwei Abschnitte aufgeteilt: Die **rechtlichen Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften (A)** sowie die weitaus umfassendere Kategorie der **rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern (B)**. Die dem Gutachten als Anhang beigefügten Länderberichte beschränken sich daher im Wesentlichen auf diese Einzelfragen.

Insgesamt zeigt sich, dass in den untersuchten Ländern im Hinblick auf die **Paarbeziehung** in unterschiedlichem Masse rechtliche Anpassungen vorgenommen worden sind, um den veränderten Formen des Zusammenlebens und den hieraus resultierenden Rechtsbeziehungen vollumfänglich Rechnung zu tragen. Dies gilt zunächst für die Verankerung einer **gleichgeschlechtlichen Partnerschaft** im Gesetz: Während die meisten der untersuchten Rechtsordnungen mittels einer eingetragenen Partnerschaft die Lebensgemeinschaft gleichgeschlechtlicher Paare familienrechtlich regeln, sehen nur die Rechtsordnungen von **Frankreich** und **Norwegen** auch das Institut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare vor. Einzig Italien scheint homosexuellen Paaren keine gesetzliche Grundlage für ein Zusammenleben zu bieten. Im Hinblick auf nichtverheiratete Paare, d.h. sogenannte **faktische Lebensgemeinschaften**, haben die meisten Rechtsordnungen **keine** ausdrücklichen **familienrechtlichen Regelungen** für diese Form des Zusammenlebens getroffen. Lediglich in **Norwegen** bestehen familienrechtliche Regelung bezüglich einer Gemeinschaft, welche einen gemeinsamen Hausstand besitzt. Daneben finden sich in den meisten Ländern einzelne Regelungen im Steuer-, Miet-, Sozialrecht etc., welche mittelbar die faktische Lebensgemeinschaft der Ehe annähern, ohne dass eine ausdrückliche familienrechtliche Regelung besteht. Im Zusammenhang mit dem **Ausgleich von erworbenen Anrechten auf Versorgung** (schweizerische Terminologie: **Vorsorgeausgleich**) zeigen sich sehr unterschiedliche Lösungen in den einzelnen Rechtsordnungen, welche jedoch eine grobe Zuteilung in drei Ländergruppen erlauben: Die Länder, die ausdrücklich einen Versorgungsausgleich vorsehen, die Länder, welche über einen adäquaten Mechanismus eine entsprechende Kompensation anstreben und schliesslich diejenigen Länder, denen weder das eine noch das andere Konzept bekannt ist. So kennt nur das **deutsche Recht** einen dem schweizerischen Recht vergleichbaren Versorgungsausgleich. In **Frankreich** wird hingegen über die sogenannte **prestation compensatoire** eine adäquater Ausgleich gesucht. Auch das italienische und das englische Recht kennen einen gewissen Kompensationsmechanismus für den Ausgleich der beruflichen Vorsorge. In beschränktem Umfang kennt auch das norwegische Recht durch Zahlung eines Einmalbetrags eine Art von Kompensation. Hingegen scheint die Frage des Vorsorgeausgleichs bzw. eines adäquaten Kompensationsmechanismus dem österreichischen Recht nicht bekannt zu sein. Im Hinblick auf erbrechtliche Fragen innerhalb von Lebenspartnerschaften, genauer die Frage des **Pflichtteils** bzw. eines Anspruch auf Versorgung aus dem Nachlass, zeigt sich in den von uns untersuchten Rechtsordnungen, dass hauptsächlich **statusrechtlich fixierte Paarbeziehungen** (Ehegatten und eingetragene Lebenspartner) in Hinblick auf eine Beteiligung am Nachlass

berücksichtigt werden. Hingegen können aus **sonstigen Formen von Paarbeziehung** keine Pflichtteilsrechte hergeleitet werden.

Auch beim **Eltern-Kind-Verhältnis** sind Tendenzen vorhanden, den neuen Lebensformen der Eltern Rechnung zu tragen. So unterscheiden die meisten der untersuchten Rechtsordnungen nach den neuesten Gesetzesänderungen des Jahres **2013** grundsätzlich nicht mehr zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern. Bei der Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung wird deutlich, dass die genetischen Eltern zwar noch als Eltern im rechtlichen Sinne qualifiziert werden. So gilt der Grundsatz "**mater semper certa est**" in den von uns untersuchten Rechtsordnungen fort. Durch den gesellschaftlichen Wandel und die Weiterentwicklung der Fortpflanzungsmedizin wird dieser Grundsatz jedoch zum Teil etwas abgeschwächt. So wurde in **Norwegen** im Jahre **2009** zugleich mit Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe die künstliche Befruchtung für weibliche gleichgeschlechtliche Paare zugelassen. Mit dieser einher ging die sogenannte **Mitmutterschaft** (*medmorskap*), welche die Mitmutter rechtlich dem Vater gleichsetzt. Ferner ermöglicht die **Leihmutterschaft** den Wunscheltern die rechtliche Elternschaft. Obwohl diese in allen von uns untersuchten Ländern bis auf England verboten ist, scheinen sich z.B. in **Italien** und **Österreich** sowie zum Teil auch in **Deutschland** und **Frankreich** im Einzelfall Möglichkeiten aufzuzeigen, eine im Ausland durchgeführte Leihmutterschaft im Inland **anzuerkennen**. Hinsichtlich der Vaterschaft scheint in allen untersuchten Rechtsordnungen nach wie vor die **Ehe** der primäre Anknüpfungspunkt für die Begründung des **Vaterschaftsverhältnisses** zu sein. Hierbei zeichnen sich keine grösseren Reformprojekte ab, auch nichteheliche Lebensgemeinschaften bei der Vaterschaftsbegründung zu berücksichtigen. Gleichzeitig wurden vor allem in **Deutschland** die Rechte des genetischen, nicht rechtlichen (d.h. vor allem nicht mit der Mutter verheirateten) Vaters gestärkt. Bei der Adoption durch zwei Personen ist diese zwar grundsätzlich nur Ehegatten eröffnet. Durch die gleichgeschlechtliche Ehe wurde in **Frankreich** die Adoption nunmehr auch homosexuellen Paaren eröffnet. Zudem bestehen in **Frankreich, Italien** und **Norwegen** zur Zeit **Gesetzesprojekte**, welche auch eine **Adoption durch nicht verheiratete Partner** zum Gegenstand haben.

I. SACHVERHALT

In der gesellschaftlichen Wirklichkeit hat eine Pluralisierung der Formen des Zusammenlebens stattgefunden: Familien bestehen nicht mehr ausschliesslich aus einem verheirateten Ehepaar mit Kindern, sondern auch aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften, unterschiedlichen oder gleichen Geschlechts, mit oder ohne Kinder. Diesen veränderten Lebensformen und den aus ihnen resultierenden Rechtsbeziehungen gilt es grundsätzlich durch entsprechende Rechtsvorschriften Rechnung zu tragen.

Mit dem **Postulat Fehr 12-3607** „Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht“ vom 15. Juni 2012 wird verlangt, der Bundesrat solle in einem Bericht darlegen, wie die zivil- und insbesondere familienrechtlichen Grundlagen in der Schweiz den heutigen und künftigen gesellschaftlichen Bedingungen angepasst werden können. Dabei sei insbesondere den neuen Familienformen, wie beispielsweise der steigenden Anzahl von Konkubinatspaaren im Alter, der Zunahme an binationalen Ehen sowie dem Grundsatz der Gleichberechtigung der unterschiedlichen Lebensformen Rechnung zu tragen.

Der Bundesrat hat am 29. August 2012 die Annahme des Postulats beantragt. Das Postulat ist am **14. Dezember 2012** mit 102 zu 88 Stimmen vom Nationalrat **angenommen** worden.

Das Bundesamt für Justiz als Auftraggeber dieses Gutachtens bereitet hierzu einen Bericht vor. Der Bericht setzt sich mit konzeptionellen Überlegungen zur Modernisierung des Familien- und Privatrechts in der Schweiz auseinander. Neben diesem Gutachten wurden auch weitere Gutachten in Auftrag gegeben, welche in ihrer Gesamtheit ein Bild der aktuellen und zukünftigen Lage zeichnen und etwaigen Handlungsbedarf aufzeigen sollen.

II. FRAGEN

A. Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften

1. Verankerung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft im Gesetz

2. Verankerung einer faktischen Lebensgemeinschaft im Gesetz

- a. Faktische Lebensgemeinschaft als eigenständiges Rechtsinstitut
- b. Anwendungsvoraussetzungen etwaiger Regelungen über die faktische Lebensgemeinschaft
- c. Inhalt etwaiger Regelungen über die faktische Lebensgemeinschaft
- d. Gegenseitige Unterhaltsverpflichtung der nicht-ehelichen Lebenspartner
- e. Existenz eines « vertraglichen Güterstands » der faktischen Lebensgemeinschaft

3. Ausgleich von erworbenen Anrechten auf Versorgung

- a. Prinzipien beruflicher Vorsorge
- b. Behandlung der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge im Falle der Scheidung der Ehegatten
- c. Behandlung der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge im Falle der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft
- d. Behandlung der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge im Falle der Trennung der nicht-ehelichen Lebenspartner

4. Erbrecht

- a. Berücksichtigung des Ehegatten
- b. Berücksichtigung des eingetragenen Partners
- c. Berücksichtigung des nicht-ehelichen Lebenspartners

B. Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern

1. Kindesverhältnis

- a. Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses (ehelich, ausserehelich, adoptiert)
- b. Entstehung des Kindesverhältnisses durch Abstammung
 - i. Mutterschaft : Fortgeltung des Prinzips "mater semper certa est". Anerkennung der Leihmutterschaft.
 - ii. Vaterschaft : Vorzugsbehandlung des Ehemannes der Mutter. Vaterschaft des Konkubinatspartners der Mutter.

- iii. Klagemöglichkeiten des Kindes zur Anfechtung von Mutterschaft und Vaterschaft
- c. Änderungen im Kindesverhältnis durch Adoption
 - i. Möglichkeit einer einfachen Adoption
 - ii. Voraussetzungen der einfachen Adoption und der Volladoption
 - iii. Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung: Möglichkeit der Adoption durch Ehegatten, nicht-eheliche Lebenspartner, eingetragene Partner, gleichgeschlechtliche Paare, Einzelpersonen.
 - iv. Möglichkeit des Widerrufs der Adoption

2. Erbrecht

- a. Gleiche Berücksichtigung der Kinder (ehelich, ausserehelich, adoptiert)
- b. Insbesondere: Pflichtteilsrecht

III. ANALYSE

A. Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften

1. Verankerung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft im Gesetz

1.1. Vorbemerkung

Aus der Perspektive des Familienrechts gibt es verschiedene Möglichkeiten, die Lebensgemeinschaft gleichgeschlechtlicher Partner rechtlich zu verankern. Vorliegend wird auf die Ehe sowie die eingetragene Lebenspartnerschaft abgestellt. Durch beide Institute kann eine Partnerschaft bestehend aus zwei Personen desselben Geschlechts geregelt werden, die ihre Beziehung bestimmten Formalitäten unterstellen wollen. Gegenüber der eingetragenen Partnerschaft bedeutet dabei die gleichgeschlechtliche Ehe aus familienrechtlicher Sicht ein Mehr an Rechten und Pflichten.

1.2. Zusammenfassung

Einige der von uns untersuchten Rechtsordnungen kennen das Institut der Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern, namentlich Frankreich (seit dem Jahre **2013**) und Norwegen (seit dem Jahre **2009**). Ferner kennen die meisten Rechtsordnungen auch das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft, so Deutschland, England und Österreich. Frankreich besitzt darüber hinaus mit dem Pacs, welcher sich als geschlechtsunspezifische „abgeschwächte Ehe“ bezeichnen liesse, eine besondere Form einer familienrechtlich geregelten Lebensgemeinschaft. Einzig Italien scheint weder die gleichgeschlechtliche noch die eingetragene Lebenspartnerschaft zu kennen.

1.3. Länderberichte

In **Norwegen** wurde im Jahre **2009** die **gleichgeschlechtliche Ehe** eingeführt¹ und das Ehegesetz entsprechend angepasst.² Das vorherige, sogenannte Partnerschaftsgesetz³ wurde mit selbem Datum aufgehoben, wobei die bestehenden Partnerschaften in eine Ehe umgewandelt werden konnten.

¹ Gesetz vom 27.6.2008, Nr.53.

² § 1, Gesetz vom 4.7.1991, Nr. 47.

³ Gesetz vom 13.4.1993, Nr. 40.

Auch **Frankreich** hat im Jahre 2013 mit der Ehe für Partner gleichen wie auch unterschiedlichen Geschlechts (umgangssprachlich als *mariage homosexuel/Homoehe* bezeichnet) nunmehr auch homosexuellen Paaren die Möglichkeit geschaffen, eine Ehe einzugehen.⁴ Darüber hinaus bestand schon seit dem Jahre 1999 mit dem **Pacte civil de solidarité** (Pacs)⁵ ein eigenständiges familienrechtliches Institut, welches ursprünglich als abgeschwächte Form einer Ehe, unabhängig vom jeweiligen Geschlecht der Partner, eingeführt wurde. Mit Einführung der Homoehe hat die Bedeutung des Pacs zumindest für homosexuelle Paare abgenommen. Dennoch bleiben einige wesentliche Unterschiede gegenüber der Ehe bestehen.

In Deutschland wurden im Jahre **2013** mehrere **Gesetzesentwürfe** zur Öffnung der **Ehe für homosexuelle Paare** in den Bundestag eingebracht, jedoch nicht weiterverfolgt.⁶ Seit dem Jahre **2001** besteht in **Deutschland** die gesetzliche Möglichkeit⁷, eine sogenannte **eingetragene Lebenspartnerschaft** einzugehen. Sie ist im **Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft** (nachfolgend LPartG) geregelt und ist ein eigenständiges familienrechtliches Institut, das ausschließlich gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht.⁸ Ihre Rechtsfolgen und Wirkungen entsprechen inzwischen im Wesentlichen den Wirkungen einer traditionellen Ehe. Die seit 2001 erfolgten Gesetzesänderungen zum LPartG beruhen weitgehend auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, das Ungleichbehandlungen gegenüber der traditionellen Ehe am Gleichheitsgrundrecht misst. Mit einer **Entscheidung vom 11. Januar 2011**⁹ hat das Bundesverfassungsgericht zudem die Voraussetzungen gelockert, unter denen **homosexuelle Transsexuelle** eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen können.

In **England** ist es seit dem Jahre **2004** aufgrund des **Civil Partnership Act** gleichgeschlechtlichen Paaren möglich, eine der Ehe vergleichbare Verbindung einzugehen. Ziel des Gesetzgebers ist es, die eingetragene Partnerschaft weitestgehend der Ehe gleichzusetzen. Bisher besteht sehr wenig Rechtsprechung zur eingetragenen Partnerschaft. Der einzige bekannte Fall ist **Lawrence v. Gallagher**¹⁰ aus dem Jahre 2012, in welchem sich der Supreme Court erstmals mit Fragen des finanziellen Ausgleichs nach Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft auseinandersetzen musste.

In **Österreich** können sich gleichgeschlechtliche Paare seit dem Jahre **2010** nach dem Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (**Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG 2009**¹¹) registrieren lassen. Die Wirkungen einer solchen eingetragenen Partnerschaft entsprechen im Wesentlichen den Rechten und Pflichten verheirateter Personen.

Einzig in **Italien** besteht nach geltendem Recht keine Anerkennung einer eingetragenen Partnerschaft. Trotz umfassender Reformvorschläge im Bereich der faktischen Lebensgemeinschaft (hierzu

⁴ Loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous.

⁵ Loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs ; Cette loi a été intégrée au Code civil aux articles [515-1 à 515-7-1](#). Ces articles ont été modifiés à plusieurs reprises pour rapprocher le Pacs du mariage. Pour la version en vigueur des textes, V. http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2B795D82F230C1470DBF7C04468F1226.tpdjo06v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130813 (consulté le 13 août 2013).

⁶ Vgl. BT-Drucks. 17/13426 (Gesetzesentwurf des Bundesrates) und BT-Drucks. 17/12677 (Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

⁷ BGBl. 2001, Teil I, Nr. 9, S. 266 ff.

⁸ § 1 LPartG. Das LPartG ist u.a. verfügbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/> (13.08.2013).

⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07 = NJW 2011, 909.

¹⁰ *Lawrence v. Gallagher* [2012] EWCA Civ 394, abrufbar unter <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/394.html> (16.07.2013).

¹¹ BGBl. I Nr. 135/2009, In Kraft seit 1.1.2010.

sogleich) sind z.Z. keine Tendenzen zu erkennen, auch für die homosexuellen Paaren entsprechende gesetzliche Regelungen zu treffen.¹²

2. Verankerung einer faktischen Lebensgemeinschaft im Gesetz

2.1. Vorbemerkung

Neben der Ehe können Partnerschaften (zwischen homo- und heterosexuellen Partnern) auch durch eine faktische Lebensgemeinschaft (Schweizerische Terminologie: Konkubinats, nur bei heterosexuellen Partnern) begründet werden. Anknüpfungspunkte für eine Definition einer solchen Partnerschaft sollen hier die Ausschliesslichkeit sowie längere Dauer der Beziehung von zwei Personen, ihre geistig-seelische und körperliche Verbundenheit sowie auch eine wirtschaftliche Komponente sein (umgangssprachlich auch als „Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft“ bezeichnet). Auch eine solche faktische Lebensgemeinschaft könnte grundsätzlich familienrechtlichen Regelungen unterworfen werden.

2.2. Zusammenfassung

Die faktische Lebensgemeinschaft ist - bis auf eine Ausnahme - in keiner der untersuchten Rechtsordnungen als familienrechtliches Institut gesetzlich geregelt. Einzig Norwegen besitzt eine familienrechtliche Regelung, wonach eine Hausstandsgemeinschaft besonderen Regeln unterworfen ist. Diese bezieht sich allerdings nicht nur auf einen Lebenspartner, sondern allgemein auch auf Mitbewohner.

Da gleichwohl in zahlreichen Ländern die Zahl derjenigen Paare wächst, welche die Form der faktischen Lebensgemeinschaften gewählt haben, wächst auch das Bedürfnis nach zumindest punktuellen Regelungen dieser Form des Zusammenlebens. Dies betrifft zum einen Partnerschaften ohne Kinder, bei denen sich Fragen zu gegenseitigen Rechten und Pflichten während der Partnerschaft, aber auch im Zusammenhang mit der Beendigung der Beziehung stellen, so z.B. dem Unterhalt oder dem Erbe. Daneben besteht in einer faktischen Lebensgemeinschaft vor allem auch das Bedürfnis zur Regelung von Eltern-Kind-Beziehungen, so zu Fragen der (gemeinsamen) Sorge, des Unterhalts sowie auch hier des Erbes. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls finden diese zuletzt genannten Regelungen immer mehr Eingang in die nationalen Rechtsordnungen. Gleichzeitig ist aber eine gewisse Zurückhaltung des nationalen Gesetzgebers bei der ausdrücklichen familienrechtlichen Regelung der faktischen Lebensgemeinschaft zu spüren. Dennoch lassen sich in den untersuchten Rechtsordnungen eine gewisse Tendenz erkennen, dem gesellschaftlichen Wandel entsprechend vereinzelte Aspekte des täglichen Zusammenlebens von nichtverheirateten Paaren punktuell gesetzlich zu regeln. Dabei lässt sich in den meisten Ländern auch beobachten, dass die Rechtsprechung eine etwaige Lücke zu schliessen bemüht ist. Diese Entwicklungen werden im Exkurs nur vereinzelt angesprochen, da sie lediglich einen gewissen Bezug zum Institut der faktischen Lebensgemeinschaft aufweisen.

2.3. Länderübersicht

Norwegen besitzt als einziges der untersuchten Länder eine ausdrückliche **familienrechtliche** Regelung, welche auch die faktische Lebensgemeinschaft im oben erwähnten Sinne umfasst. So

¹² http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/relazione_criscuolo.pdf (“Famiglia legittima, figli naturali, adozioni e rapporti di fatto”);
<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/574545.pdf> (opinion du Senat);
<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00712381.pdf> (Atto del Senato n° 909 du 3 juillet 2013, « Normative sur les unions civiles et les unions d’aide mutuel »).

regelt das Gesetz über die **Auflösung** eines **gemeinsamen Hausstandes**¹³ wesentliche Punkte bei der Auflösung einer gemeinsamen Wohnung wegen Tod eines Mitbewohners oder aus anderen Gründen, wie z.B. der Beendigung der Partnerschaft. Das Gesetz regelt die Frage, welche Mitbewohner die ursprünglich gemeinsame Wohnung sowie die darin befindlichen Haushaltsgegenstände behalten dürfen. Da das Gesetz grundsätzlich für unverheiratete sonstige Hausstandsgemeinschaften (sogenannte **samboer**) gilt, ist es gleichwohl nicht nur auf das Zusammenleben von zwei Personen begrenzt, sondern umfasst z.B. auch sogenannte Wohngemeinschaften. Dennoch findet sich in keiner der anderen untersuchten Rechtsordnungen eine vergleichbare **familienrechtliche** Regelung, die im Falle einer Trennung der Partner einer schützenswerten Partei das Recht zur Übernahme der ursprünglich gemeinsamen Wohnung einräumt (wenn auch gegen Leistung eines angemessenen Wertersatzes). Vielmehr finden sich in den anderen Ländern insbesondere mietrechtliche Regelungen, die die Frage der Zuteilung von Wohnraum, insbesondere nach dem Tod des Partners, der gleichzeitig auch Mieter war, regeln.¹⁴ Gleichwohl bleibt zu bemerken, dass durch die Erforderlichkeit der Leistung eines Wertersatzes die praktische Bedeutung der norwegischen Regelung nur gering ist.

Das **deutsche Recht** kennt kein eigenständiges Rechtsinstitut der faktischen Lebensgemeinschaft. Zuletzt scheiterte im Jahre **2008** eine Petition, mit der die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für nichteheliche Lebensgemeinschaften gefordert wurde.¹⁵

Auch nach **österreichischem Recht** besteht keine gesonderte Form einer faktischen Lebensgemeinschaft. Gesetzesprojekte in dieser Hinsicht sind zur Zeit keine bekannt.

Ebenso wenig anerkennt die **französische Rechtsordnung** im *concubinage* ein eigenständiges Rechtsinstitut.

Auch in **England** ist der Status der *cohabiting couples* nicht gesetzlich geregelt. In Ermangelung einer ausdrücklichen familienrechtlichen Anerkennung der faktischen Lebensgemeinschaft sind die Gerichte nicht befugt, z.B. Regelungen im Zusammenhang mit der Auflösung einer solchen Partnerschaft zu treffen. Ein im Jahre **2007** von der Rechtskommission gemachter Vorschlag, Fragen im Zusammenhang mit der Beendigung einer faktischen Lebensgemeinschaft zu regeln¹⁶ wurde gleichwohl im Jahre **2011** verworfen.¹⁷

Schliesslich ist auch in **Italien** die faktische Lebensgemeinschaft bislang nicht durch das Gesetz geregelt. **Aktuell (2013)** wurden jedoch verschiedene **Gesetzesprojekte** initiiert, welche umfangreiche Regelungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zum Inhalt haben, namentlich ihre Eintragung und Auflösung, den Güterstand, erbrechtliche Regelungen, Fragen der Vorsorge, steuerrechtliche Regelungen, Adoptionsrechte sowie Rechte der solcher Lebensgemeinschaften entsprungener Kinder (vgl. Atto del Senato n° 909 vom 3. Juli 2013¹⁸, Atto della Camera n° 684 vom 9. April

¹³ Gesetz vom 4.7. 1991, Nr. 45, (Lov om rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører).

¹⁴ Eine solche mietrechtliche Regelung findet sich auch im norwegischen Recht (§ 8 Husleieloven), welches seinerseits auf die familienrechtliche Regelung des Gesetzes vom 4.7. 1991, Nr. 45 verweist.

¹⁵ Vgl. https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/2005/09/09/Petition_7.abschlussbegruendung.pdf.pdf (16.08.2013).

¹⁶ The Law Commission, Cohabitation: the Financial Consequences of Relationship Breakdown, July 2007, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc307_Cohabitation.pdf (11.06.2013).

¹⁷ Hansard, Written Ministerial Statements, 6 September 2011, available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmhansrd/cm110906/wmstext/110906m0001.htm#11090644000011> (11.06.2013).

¹⁸ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00712381.pdf>

2013¹⁹, Atto del Senato n° 14 vom 15. März 2013²⁰, Atto del Senato n° 314²¹ sowie n° 204²² vom 15. Mai 2013 Atto del Senato n° 239²³ sowie n° 197 vom 9. Mai 2013²⁴. Diese Projekte stellen unter den untersuchten Ländern die weitreichendsten Reformvorschläge dar. Es bleibt gleichwohl abzuwarten, inwieweit sie umgesetzt werden.

Exkurs: weitere Regelungen

Trotz Fehlens einer ausdrücklichen familienrechtlichen Regelung für die faktische Lebensgemeinschaft, existiert in den verschiedenen Rechtsordnungen eine wachsende Zahl von Normen anderer Rechtsgebiete, welche einzelne Aspekte dieser Form des Zusammenlebens regeln. Dies betrifft Regelungen aus den unterschiedlichsten Lebensbereichen. Diesen ist das Bemühen des jeweiligen Gesetzgebers gemeinsam, die Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft weitgehend den Wirkungen der Ehe anzunähern. So finden sich z.B. **steuerrechtliche Regelungen** in Österreich²⁵ oder in Frankreich²⁶. Auch im **Sozialrecht von Frankreich**²⁷ und Deutschland²⁸ wird eine Gleichstellung der faktischen Lebenspartner gegenüber anderen gesetzlich verankerten Rechtsinstituten angestrebt. In einer Entscheidung aus dem Jahr **2013**²⁹ hat zudem **der deutsche Bundesgerichtshof** das Familienprivileg des Sozialversicherungsrechts im Wege der Analogie auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ausgedehnt. In Österreich³⁰ und in Deutschland³¹ wird ferner in Zusammenhang mit einem Anspruch auf Freistellung von der Arbeit zur Pflege naher Angehöriger auch „Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft“ als Angehörige erfasst.

In der Regel sind nichteheliche Lebensgefährten zudem erfasst, wenn gesetzliche Regelungen an die häusliche Gemeinschaft anknüpfen. Im deutschen **Mietrecht** werden z.B. neben Ehegatten und Familienangehörigen auch „Personen, die mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen,“ geschützt. Im Falle des Todes des Mieters steht ihnen ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag zu.³²

¹⁹ <http://www.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0006030.pdf>

²⁰ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00703433.pdf>

²¹ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00699835.pdf>

²² <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00699382.pdf>

²³ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00699066.pdf>

²⁴ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00698594.pdf>

²⁵ § 33 Abs. 4 Z. 1 Einkommensteuergesetz.

²⁶ En droit fiscal, le quotient familial des concubins est aligné sur celui des couples mariés, v. art. 194 du Code général des impôts.

²⁷ En matière d'assurances maladie et maternité, une personne qui vit depuis une certaine durée avec un assuré social et se trouve à sa charge effective, totale et permanente, a les mêmes droits quant aux prestations en nature qu'un conjoint ou partenaire pacsé de l'assuré, v. art. L. 161-14 du Code de la sécurité social.

²⁸ § 20 Satz 1 SGB XII.

²⁹ BGH, Urt. v. 5.2.2013 – VI ZR 274/12 = NZV 2013, S. 334 ff.

³⁰ § 16 Abs. 1 Z. 3 des Urlaubsgesetzes zur Pflegefreistellung. Als nahe Angehörige im Sinne dieses Bundesgesetzes sind der Ehegatte, der eingetragene Partner und Personen anzusehen, die mit dem Arbeitnehmer in gerader Linie verwandt sind, ferner Wahl- und Pflegekinder, im gemeinsamen Haushalt lebende leibliche Kinder des anderen Ehegatten oder des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten sowie die Person, mit der der Arbeitnehmer in Lebensgemeinschaft lebt.

³¹ § 7 Abs. 3 Nr. 2 Var. 3 PflegeZG. Vgl. das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) vom 28.5.2008, BGBl. 2008, Teil I, Nr. 20, S. 874 ff.

³² § 563 Abs. 2 Satz 4 BGB. Vgl. auch § 549 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Abgesehen von solchen Einzelregelungen, richten sich die Rechtsverhältnisse von Personen, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, nach den **allgemeinen Vorschriften**. Ein Ausgleich gegenseitiger, auf das gemeinsame Zusammenleben bezogener Zuwendungen der Lebensgefährten ist danach im Falle der Trennung grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings hat **der deutsche Bundesgerichtshof** im Jahre **2008** die Möglichkeiten der Lebensgefährten erweitert, im Einzelfall nach einer Trennung Ausgleich für Leistungen zu verlangen, die das für das tägliche Zusammenleben Erforderliche überschreiten.³³ Ferner wurde im Jahre **2007** in **Deutschland** gesetzlich festgelegt, dass der Unterhaltsanspruch durch das Eingehen einer neuen, verfestigten Lebensgemeinschaft des Anspruchsberechtigten diesem gekürzt bzw. gestrichen werden kann.³⁴

3. Ausgleich von erworbenen Anrechten auf Versorgung

3.1. Zusammenfassung

Die Frage eines adäquaten Ausgleichs der beruflichen Vorsorge nach einer Scheidung bzw. Trennung ist aus rechtsvergleichender Perspektive nicht einfach zu beurteilen. Denn das Institut des Vorsorgeausgleichs, wie es das schweizerische Recht kennt, ist nur noch der deutschen Rechtsordnung bekannt. Insbesondere in Systemen, welche eine staatliche soziale Sicherung auch demjenigen gewähren, welcher während der Partnerschaft keiner bzw. einer verminderten Erwerbstätigkeit nachging, tritt die Frage des Versorgungsausgleichs nicht in der gleichen Form auf. Hieraus den Schluss zu ziehen, dass es somit in anderen Ländern keine vergleichbaren Regelungen gäbe, wäre jedoch wohl verfehlt. Vielmehr sollte das Augenmerk auf vergleichbare Formen des Ausgleichs gerichtet werden.³⁵

3.2. Länderübersicht

Nach **deutschem Recht** erfolgt der Ausgleich von während einer Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft erworbenen Anrechten auf Versorgung im Wege des sogenannten Versorgungsausgleichs.³⁶ Dieser erweitert das Prinzip der Zugewinnngemeinschaft auf Versorgungsansprüche.³⁷ Als Vermögensausgleich ist er daher **unabhängig vom Güterstand der Ehegatten sowie ihrer Bedürftigkeit oder Leistungsfähigkeit hälftig durchzuführen**.³⁸

Durch das **Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAstrRefG)** vom 3. April 2009³⁹ wurde der Versorgungsausgleich komplett neu gestaltet und das Gesetz über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz – VersAusglG) eingeführt. Vom Versorgungsausgleich nach neuem Recht sind **sowohl Anwartschaften auf eine künftige Versorgung als auch bereits bestehende Ansprüche auf laufende Versorgungsleistungen** erfasst. Dies gilt für die im Inland sowie die im Ausland bestehenden Rechte. Der Ausgleich betrifft nur die in der Ehezeit erworbenen Anteile der

³³ BGH, Urt. v. 9.7.2008 – XII ZR 179/05 = NJW 2008, S. 3277 ff.

³⁴ § 1579 Nr. 2 BGB. Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007, BGBl. 2007, Teil I, Nr. 69, S. 3189 ff.

³⁵ Zu den Schwierigkeit bei der Abgrenzung zwischen unterhalts- und güterrechtlichen Ansprüchen zwecks Rechtsvergleichung vgl. Boele-Woelki/Ferrand/Gonzales Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses, S. 70.

³⁶ § 1587 BGB, § 20 LPartG.

³⁷ § 1587 BGB i.V.m. dem VersAusglG; hierzu Ivo, in Süß/Ring (Hrsg.), Eherecht in Europa, S. 435 Rz. 89.

³⁸ Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen bei Lebensversicherungen auf Rentenbasis mit Kapitalwahlrecht (bei Ausübung des Kapitalwahlrechts ist die Versicherung im Zugewinnausgleich, nicht im Versorgungsausgleich zu berücksichtigen).

³⁹ In Kraft getreten am 1.9.2009. BGBl. 2009, Teil I, Nr. 18, S. 700 ff.

erfassten Anrechte, die sogenannten Ehezeitanteile. Er erfolgt durch hälftige Teilung der Ehezeitanteile an den einzelnen Anrechten zwischen den Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartnern.

Bei der Auflösung einer **faktischen Lebensgemeinschaft** findet kein Versorgungsausgleich statt. Eine Erstreckung des Versorgungsausgleichs auf faktische Lebensgemeinschaften wurde zwar im Vorfeld des VAstrRefG angesprochen,⁴⁰ im Ergebnis aber abgelehnt.

In **Frankreich** existiert zwar kein dem deutschen Recht entsprechender Versorgungsausgleich. Es besteht jedoch ein familienrechtlicher Anspruch auf eine sogenannte **prestation compensatoire**.⁴¹ Dabei handelt es sich um eine Ausgleichszahlung, die u.a. den scheidungsbedingten Verlust einer Rente ausgleichen soll. Diese dient als Ausgleich der durch Trennung bedingten veränderten Lebensumstände⁴² und wird nach den individuellen Bedürfnissen festgelegt.⁴³ Sie gilt lediglich für den Fall der Scheidung und ist daher weder bei Auflösung eines Pacs noch einer faktischen Lebensgemeinschaft anwendbar.

In **England** erfolgt der Ausgleich im Falle einer Scheidung durch das Gericht mittels des **pension attachment order**⁴⁴ bzw. mittels des **pension sharing order**. Hierbei werden die Pensionsansprüche derjenigen Partei gutgeschrieben, welche ehebedingt geringere Pensionsansprüche besitzt.

In **Italien** besteht ein eigenes Anrecht des geschiedenen nichterwerbstätigen Partners auf Sozialleistungen in Form einer **Hinterlassenenrente**, welche allerdings erst nach dem Tode des Verpflichteten zuerkannt wird.

In Norwegen besteht bei Trennung und Scheidung grundsätzlich **keine Teilung von Pensions-Anwartschaften** aus der öffentlich-rechtlichen Alterspension (erste Säule)⁴⁵. Dies gilt auch für den freiwilligen Erwerb von zusätzlichen öffentlichen Pensionspunkten und für sogenannte Lebensversicherungen ohne Rückkaufswert (Risiko-Lebensversicherungen).⁴⁶ Seit über 15 Jahren gibt es erhebliche Kritik an diesem System, das in der Mehrzahl Männer leicht begünstigt.⁴⁷ **Gesetzesprojekte** sind z.Z. **keine** zu erwarten, da davon ausgegangen wird, dass eine Teilung praktisch nur sehr schwierig durchführbar sei und das Pensionssystem bedeutend verkomplizieren würde.⁴⁸ Gleichzeitig wurde jedoch mittels einer Abgeltung in einem Einmalbetrag eine Art von Kompensation eingeführt, sofern der fehlende Vorsorgeausgleich zu besonders unbilligen

⁴⁰ F. Ruland, Versorgungsausgleich, 3. Auflage 2011, 1. Kapitel, Rn. 75 mit Verweis auf Abg. Dagdelen, BT-StenBer. 16/19286.

⁴¹ Art. 270ss. du Code civil.

⁴² Le but est de « compenser autant que possible la disparité créée par la rupture de mariage dans les conditions de vie » (art. 270 al.1 CC).

⁴³ Art. 271 CC.

⁴⁴ Matrimonial Causes Act 1973, section 23.

⁴⁵ § 61 lit. b Ehegesetz.

⁴⁶ Also nur für sogenannte Ablebensverträge. Erlebensverträge werden hingegen als Sparform geteilt. Aus diesem Grund sind bei norwegischen Lebensversicherungen der Risiko- und Sparteil stets getrennt ausgewiesen.

⁴⁷ Die Gehaltsunterschiede zwischen den Geschlechtern fallen in Norwegen weit weniger gross aus als in vielen anderen Ländern.

⁴⁸ NOU 1994 :6, Velferdsmeldingen nr. 35 (1994-95); zitiert nach Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 241.

Ergebnissen führen würde. In der Zeit von 1998 bis 2009 wurde allerdings in nur zwei Fällen ein entsprechender Ausgleichsanspruch zuerkannt.⁴⁹

Das **österreichische** Recht hingegen kennt weder einen Anspruch auf Versorgungsausgleich⁵⁰ noch scheint ein Mechanismus für eine Kompensation mittels Unterhalt zu bestehen, da der geschiedene Ehegatte einen Unterhaltsanspruch unabhängig vom Pensionsantritt besitzt.

4. Erbrecht

4.1. Vorbemerkung

Um Hinterbliebene angemessen am Nachlass eines vorversterbenden Familienmitglieds zu beteiligen, haben zahlreiche Rechtsordnungen den sogenannten **Pflichtteil** eingeführt. Dabei wird einem als **besonders schützenswert erachteten Personenkreis** unmittelbar ein Recht am Nachlass eingeräumt. Ein solches Recht kann der Erblasser nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen ausschliessen.

Vor dem Hintergrund eines modernen Verständnisses von Familie, soll im Folgenden der Schwerpunkt der Untersuchung auf die Frage gelegt werden, welcher Personenkreis in den einzelnen Rechtsordnungen auf die vorgenannten Arten am Nachlass des Hinterbliebenen beteiligt wird.

4.2. Zusammenfassung

Von den von uns untersuchten Rechtsordnungen kennen die deutsche, die französische, die italienische, die österreichische und die norwegische ein Pflichtteilsrecht im eben beschriebenen Sinne. Pflichtteilsrechte bestehen jedoch nicht in allen, auch nicht in allen von uns untersuchten Rechtsordnungen. Zum Teil wird eine angemessene Beteiligung von Familienmitgliedern am Nachlass mittels eines Anspruchs auf Versorgung aus dem Nachlass angestrebt. So sieht in England der Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 vor, dass z.B. Lebenspartner und Kinder einen Anspruch auf Versorgung aus dem Nachlass haben, wenn der Erblasser sie nicht ausreichend bedacht hat.

Die Betrachtung der hier untersuchten Rechtsordnungen zeigt, dass hauptsächlich **statusrechtlich fixierte Paarbeziehungen** in Hinblick auf eine Beteiligung am Nachlass berücksichtigt werden. Begünstigte sind regelmässig **Ehegatten**, wobei hiervon auch gleichgeschlechtliche Ehegatten erfasst sind, soweit die Eingehung der Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht. In Rechtsordnungen, in denen zwei Personen gleichen Geschlechts nicht die Ehe schliessen können, die aber ein anderes, besonders für **gleichgeschlechtliche Paare** geschaffenes Institut kennen, werden auch die eingetragenen Lebenspartner begünstigt. Hingegen können in den meisten von uns untersuchten Rechtsordnungen aus **sonstigen Formen von Paarbeziehung** keine Pflichtteilsrechte hergeleitet werden.

4.3. Länderübersicht

Das **deutsche** Erbrecht berücksichtigt den **Ehegatten** und den **eingetragenen Lebenspartner** des Erblassers grundsätzlich **in gleicher Weise**. Ihnen steht ein eigenes **gesetzliches Erbrecht** zu, wenn

⁴⁹ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 243: Einmal für eine Ehe, die 30 Jahre gedauert hatte und die Ehefrau hatte selber nie aktive Einkünfte. Und einmal für eine Ehe, die 37 Jahre gedauert hatte; dort wurden 300.000 NOK als Ausgleich zuerkannt.

⁵⁰ Österreichischer Oberster Gerichtshof 13.09.2007, 6 Ob 163/07z.

die Ehe bzw. eingetragene Lebenspartnerschaft beim Tod des Erblassers noch besteht.⁵¹ Hat der Erblasser seinen Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartner von der Erbfolge ausgeschlossen, verbleibt dem Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartner zumindest der **Pflichtteilsanspruch**.⁵² Mangels besonderer Regelungen hat ein nichtehelicher Lebensgefährte nach deutschem Recht nur Rechte am Nachlass, wenn er vom Erblasser ausdrücklich bedacht wurde.

Ebenso stellt sich die Situation im **österreichischen Recht** dar: Während der Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine gesetzlichen Rechte am Nachlass seines Partners hat, haben der überlebende **Ehegatte** wie auch der **eingetragene Partner** ein gesetzliches Erbrecht.⁵³ Aus dem gesetzlichen Erbrecht des Ehegatten (bzw.) eingetragenen Partners folgt auch sein **Pflichtteilsrecht**.⁵⁴

In **Italien**, wo bislang nur die **Ehe** die einzige statusrechtlich anerkannte Beziehungsform ist, ist dies auch die einzige Paarbeziehung, die im Fall des Todes eines Partners ein Pflichtteilsrecht vermittelt.⁵⁵ Darüber hinaus kann der geschiedene Ehegatte, wenn er Anspruch auf nacheheliche Unterhaltszahlung hatte und bedürftig ist, die Zahlung einer Unterhaltsbeihilfe aus dem Nachlass verlangen.⁵⁶ Nichtehele Lebensgemeinschaften finden im Erbrecht grundsätzlich keine Berücksichtigung, soweit der Erblasser sie nicht ausdrücklich in seinem Testament benennt. Neueste **Gesetzesentwürfe** sehen aber auch Regelungen zur Erbfolge zwischen **nichtehelichen Lebensgefährten** vor, z.B. Artikel 8 des **l'Acte de la Chambre n° 684 vom 9. April 2013** oder Artikel 21 des **Acte du Senat n° 14 vom 15. März 2013**. Inwieweit diese tatsächlich umgesetzt werden, ist noch offen.

In **Frankreich** wurde das Pflichtteilsrecht des Ehegatten des Erblassers im Jahre 2001 in das Gesetz aufgenommen⁵⁷. Seit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare steht das Pflichtteilsrecht in gleicher Weise **Ehegatten gleichen Geschlechts** zu. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es unter dem Vorbehalt steht, dass keine anderen Pflichtteilsberechtigten, insbesondere Nachkommen des Erblassers, vorhanden sind. Dem Ehegatten steht folglich nur dann ein Pflichtteilsrecht zu, wenn er der einzige Pflichtteilsberechtigte ist. Die Eingehung eines **Pacs**, der als nicht mit der Ehe vergleichbares Institut geschaffen und weiterhin gesehen wird, sowie das Zusammenleben im Rahmen einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** begründet dagegen im Falle des Vorversterbens eines Partners **keinen Anspruch** auf Teile dessen Nachlasses.⁵⁸

Auch im **norwegischen** Recht besteht ein gesetzliches Erbrecht sowie ein Pflichtteilsrecht zugunsten des überlebenden **Ehegatten**, und zwar auch bei **gleichgeschlechtlichen** Ehepartnern. Eine **wesentliche Erweiterung** des Personenkreises hat die norwegische Rechtsordnung im Jahre **2009** erlebt: Hier wurde das **Pflichtteilsrecht zugunsten eines überlebenden Mitbewohners (Lebenspartners) unabhängig vom personenstandsrechtlichen Status** eingeführt, was von grosser praktischer Bedeutung ist.⁵⁹ Voraussetzung ist das Zusammenleben⁶⁰ in einer eheähnlichen Beziehung (egal

⁵¹ § 1931 BGB, § 10 Abs. 1 bis 3 LPartG.

⁵² § 2303 BGB, § 10 Abs. 6 LPartG.

⁵³ Aufgrund des FamErbRÄG 2004 fallen nicht bloß die den Nachkommen der Großeltern, sondern auch die den Nachkommen der Geschwister (Nichten, Neffen usw.) hypothetisch zustehenden Erbteile dem Ehegatten bzw eingetragenen Partner zu. Die Änderung wurde mit der gewünschten weiteren Besserstellung des Ehegatten im Erbrecht begründet.

⁵⁴ § 762 ABGB.

⁵⁵ Article 536 Code civil.

⁵⁶ Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, Padova, 2012, p. 450.

⁵⁷ Art. 732 CC.

⁵⁸ P. Malaurie, *op. cit.*, p. 73

⁵⁹ Gesetz vom 19.12.2008, Nr. 112, Inkraft seit 1.7.2009. Kapitel 3A, §§ 28a – 28g des Erbgesetzes (*arveloven*).

welchen Geschlechts), bei einzelnen Ansprüchen darüber hinaus auch das Vorhandensein von gemeinsamen Kindern.⁶¹ Keiner der Partner darf mit einem weiteren Partner verheiratet sein.⁶² Es besteht ein **Pflichtteilsrecht** des überlebenden Mitbewohners in Höhe eines fixen Mindestbetrages.⁶³ Dieser Pflichtteil hat auch Vorrang vor dem Erbrecht der Abkömmlinge des Verstorbenen. Er kann testamentarisch ausgeschlossen werden, wenn dies dem überlebenden Partner vor dem Ableben mitgeteilt wurde.⁶⁴

Im **April 2011** ernannte die norwegische Regierung eine **Reformkommission** zum Erbgesetz. Das Ziel war die Anpassung an die moderne Gesellschaft. Unter anderem soll auf folgende Fragen eingegangen werden: die Verbesserung der Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten gegenüber den Nachkommen bzw. anderen Erben, die Neuausrichtung des Pflichtteilsrechts inklusive der Überprüfung von Wertgrenzen, die Stellung des einfachen Lebenspartners des Verstorbenen, die Neujustierung des ungeteilten Nachlasses. Die Ergebnisse der Kommission werden im Dezember 2013 erwartet.⁶⁵

Der **englische Versorgungsanspruch** schliesslich **knüpft nicht nur an Familienbeziehungen** im rechtlichen Sinne an, sondern auch an tatsächlich vom Erblasser vor seinem Tod erbrachte Unterhaltsleistungen und definiert den **privilegierten Personenkreis** so **flexibel**. Unter dem Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 besteht die Möglichkeit, gerichtlich die Zahlung von Versorgungsleistungen aus dem Nachlass zu beantragen, wenn die angemessene finanzielle Versorgung des Antragstellers auf Grundlage des Testaments oder der gesetzlichen Erbfolge nicht gesichert ist. Einen solchen Antrag können einerseits der Ehegatte und der eingetragene Lebenspartner stellen, andererseits jede andere Person, die mindestens zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers in einem Haushalt mit dem Erblasser gelebt hat, als wären sie Ehegatten oder eingetragene Lebenspartner. Unabhängig vom Bestehen einer Paarbeziehung kann schliesslich jede Person, deren Unterhalt ganz oder teilweise vom Erblasser unmittelbar vor dessen Tod geleistet wurde, die Zuerkennung eines Versorgungsanspruchs beantragen.⁶⁶ Die Höhe des Versorgungsanspruchs hängt grundsätzlich vom Unterhaltsbedürfnis des Antragstellers ab. Im Falle von Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartnern kann aber auch ein Versorgungsanspruch in Höhe des im Einzelfall für diese Personen angemessenen Betrages unabhängig von deren Unterhaltsbedürfnis zuerkannt werden.

Am **21. März 2013** hat die britische Regierung angekündigt, die Empfehlungen eines **Law Commission Report**⁶⁷ anzunehmen und die erbrechtlichen Regelungen für den Fall des Todes eines Familienmitglieds zu reformieren (Entwurf einer **Inheritance and Trustees' Powers Bill**⁶⁸).⁶⁹ Die

⁶⁰ Nicht erforderlich ist aber eine gemeinsame Adresse gemäss dem Bevölkerungsregister.

⁶¹ Einige Sonderregeln der Bestimmungen beziehen sich auch auf Lebenspartner ohne Kinder (z.B. § 28b Abs. 1, 2. Fall, Erbgesetz, wonach der Pflichtteil des überlebenden Partners Vorrang vor den Pflichtteilen der Kinder des Anderen hat, wenn die Partner mindestens fünf Jahre zusammengelebt haben und der Anteil testamentarisch vorgesehen war).

⁶² Dies umfasst auch das Getrenntleben sowie eine hängige Scheidungsklage.

⁶³ Der Mindestbetrag beträgt das Vierfache des Grundbetrages gemäss Sozialrecht. Zum 1.5.2012 war ein Grundbetrag 82.122 NOK, ca. 12.000 CHF. Der Pflichtteil beträgt damit ca. 48.000 CHF.

⁶⁴ § 28b Erbgesetz.

⁶⁵ Gemäss E-Mail Verkehr zwischen dem ISDC und dem Leiter der Kommission (Professor und Richter Torstein Frantzen). Diese Verlängerung ist derzeit (August 2013) auf der entsprechenden Regierungsseite zum Erbrechts-Ausschuss nicht ersichtlich.

⁶⁶ Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, section 1(1)(e).

⁶⁷ The Law Commission, Intestacy and Family Provision Claims on Death, 13 December 2011, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc331_intestacy_report.pdf (11.06.2013).

⁶⁸ Inheritance and Trustees' Powers Bill, available under 'related documents' from

Vorschriften, die in Abwesenheit eines Testaments greifen, sollen dadurch vereinfacht werden; die ebengenannten Versorgungsansprüche sind davon jedoch voraussichtlich nicht betroffen. Weitere Empfehlungen⁷⁰, wonach auch **unverheirateten Partnern**, die mindestens fünf Jahre zusammengelebt haben, ein gesetzliches Erbrecht geben würden, werden jedoch **nicht weiterverfolgt**.

B. Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern

1. Kindesverhältnis

Zwischen Eltern und Kindern bestehen in den verschiedenen Rechtsordnungen zahlreiche Rechte und Pflichten. Anknüpfungspunkt dieser Rechte und Pflichten ist die von der jeweiligen Rechtsordnung anerkannte rechtliche Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern. Diese rechtlichen Beziehungen sollen im Folgenden länderübergreifend als Kindesverhältnis bezeichnet werden.

Auch wenn das Kindesverhältnis ursprünglich auf die biologisch-genetische Abstammung zurückgeht, stimmt es heute nicht mehr notwendigerweise mit den genetischen Abstammungsverhältnissen überein. Dies bestätigt auch der Blick auf die von uns untersuchten Rechtsordnungen: Nicht nur durch Adoption, sondern bereits im Rahmen der Abstammung durch Geburt kann es aufgrund der verschiedenen Formen medizinisch unterstützter Fortpflanzung dazu kommen, dass **Elterschaft im rechtlichen Sinne** und **Elterschaft im genetischen Sinne auseinanderfallen**.

2. Grössere Reformprojekte

Der gesellschaftliche Wandel hat in den letzten Jahren zu zahlreichen Reformen und Änderungen im Familienrecht von Deutschland, Frankreich, England/Wales, Italien, Österreich sowie Norwegen geführt. Besonders umfassende Reformen wurden zuletzt in Österreich und Norwegen beschlossen.

Zum **1. Februar 2013** trat in **Österreich** das **Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013**⁷¹ in Kraft, das eine der umfassendsten Reformen des österreichischen Familienrechts seit längerer Zeit darstellte. Dieses Gesetz strukturierte und nummerierte nahezu das gesamte Familienrecht des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB) neu. Dazu wurden umfassende Änderungen des Kindschafts- und Namensrechts sowie des Adoptions-, Unterhalts- und Eherechts vorgenommen. Inhaltlich betreffen die Änderungen sowohl das materielle wie auch das Verfahrensrecht. Auf dem Gebiet des Verfahrensrechtes wurden z.B. die Möglichkeit vorläufiger Entscheidungen ausgebaut und die Instrumente der Familiengerichtshilfe neu geregelt. Materiell wurde z.B. das Namensrecht des ABGB flexibler gestaltet, vor allem wurden Doppelnamen für Kinder und ganze Familien ermöglicht. Auf weitere Änderungen, z.B. in Hinblick auf die elterliche Sorge, soll nachfolgend im thematischen Kontext hingewiesen werden.

Auch in **Norwegen** wurde ein **Reformprojekt** zu Fragen der **Vater- und Mutterschaft** auf den Weg gebracht. Am **21. Juni 2013**⁷² hat das norwegische Parlament wichtige Änderungen auf diesem

<https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/inheritance-trustees-power-bill> (11.06.2013).

⁶⁹ Further information on the reforms is available on the web page of the Law Commission, Intestacy and Family Provision Claims on Death, at <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/intestacy-and-family-provision-claims-on-death.htm> (11.06.2013).

⁷⁰ To be given effect by the draft Inheritance (Cohabitants) Bill, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/inheritance_cohabitation_bill_alternative-version.pdf (11.06.2013).

⁷¹ KindNamRÄG 2013, BGBl. I 15/2013.

⁷² Gesetz Nr. 64.

Gebiet beschlossen. Das Gesetz soll so an gesellschaftliche und technologische Entwicklungen angepasst werden. Zu diesen Entwicklungen zählen insbesondere die Möglichkeiten einer künstlichen Befruchtung und der vergleichsweise sicheren Bestimmung der genetischen Abstammung anhand von DNA-Analysen. In Hinblick darauf ist eine interessante Neuerung, dass künftig der Staat die Mutter aktiv ausfindig machen muss, wenn sie unbekannt ist. Weitere Änderungen auch dieses Reformprojekts sollen nachfolgend ebenfalls in ihrem thematischen Zusammenhang dargestellt werden. Die Änderungen treten in Norwegen zum **1. Januar 2014 bzw. zum 1. Juli 2014 in Kraft**.

Im Folgenden sind die wichtigsten Reformen und Änderungen, die in den von uns untersuchten Rechtsordnungen in den letzten Jahren in Hinblick auf die rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und ihren Kindern erfolgt sind, thematisch zusammengefasst. Entsprechend der uns vorgelegten Fragestellungen liegt der Schwerpunkt der Untersuchung dabei einerseits auf dem Kindesverhältnis als Anknüpfungspunkt der rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und ihren Kindern, andererseits auf dem Erbrecht. Dabei ist der rechtliche Rahmen, in dem die vorgestellten Veränderungen zu sehen sind, kurz erläutert, soweit uns dies sinnvoll erschien.

3. Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses

3.1. Vorbemerkung

Traditionell betrachtet und zum Teil noch heute werden verschiedene Formen des Kindesverhältnisses unterschieden: Je nachdem, ob ein Kind **innerhalb oder ausserhalb einer Ehe** geboren wurde oder ob es im Wege der **Adoption** angenommen wurde, knüpfen und knüpfen einzelne Rechtsordnungen unterschiedliche Rechtswirkungen an das Kindesverhältnis.

3.2. Zusammenfassung

In den von uns untersuchten Rechtsordnungen lässt sich ein **stets geringer werdender Einfluss der Form des Kindesverhältnisses** feststellen. Zwar variieren die Entstehungsvoraussetzungen des Kindesverhältnisses meist noch danach, in welcher Form die Eltern zusammenleben. Grundsätzlich unterscheiden die meisten der untersuchten Rechtsordnungen nach den neuesten Gesetzesänderungen des Jahres **2013** aber nicht mehr zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern. Von den hier untersuchten Rechtsordnungen besteht der **Status des nichtehelichen Kindes lediglich in England** fort.

3.3. Länderübersicht

Nach heutigem **deutschen** Recht ist unbeachtlich, ob das Kindesverhältnis im Wege der Abstammung – ehelich oder nichtehelich – oder durch Adoption entstanden ist.

In **Frankreich** wurden die Bezeichnungen „*légitime*“ (ehelich) und „*naturel*“ (nichtehelich) durch eine Ordonnance vom **4. Juli 2005** abgeschafft und das Verwandtschaftsrecht vereinheitlicht.

Jüngst haben auch Italien und Österreich das Kindesverhältnis vereinheitlicht. In **Italien** ist das entsprechende Gesetz⁷³, mit dem jegliche Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern beseitigt werden soll, zum **1. Januar 2013** in Kraft getreten. Die Bezeichnungen „*legittimo*“ (ehelich) und „*naturale*“ (nichtehelich) wurden aus dem Gesetz genommen. Die italienische Regierung wurde beauftragt, bis zum 1. Januar 2014 die noch verbleibenden Ungleichbehandlungen zwischen ehelichen, nichtehelichen und adoptierten Kindern vollständig abzubauen. In **Österreich**

⁷³ Gesetz vom 10. Dezember 2012, n° 219..

beseitigte das zum **1. Februar 2013** in Kraft getretene Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013⁷⁴ die statusrechtliche Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern.

Demgegenüber bestehen in **England/Wales** nach wie vor die rechtlichen Kategorien „*legitimate*“ (ehelich) und „*illegitimate*“ (nichtehelich). In einigen Punkten beeinflussen sie zwar die rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und ihren Kindern. Die rechtlichen Nachteile, die mit dem Status als nichteheliches Kind verbunden waren, wurden inzwischen aber nahezu umfassend abgeschafft.

Exkurs: Die Elterliche Sorge bei Nichtverheirateten (neueste Änderungen)

In **Deutschland** wurden die Rechte des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters im Rechtssinne zuletzt durch das am **19. Mai 2013** in Kraft getretene **Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern**⁷⁵ gestärkt. Der nicht mit der Mutter verheiratete Vater im Rechtssinne hat nunmehr die Möglichkeit, beim Familiengericht die Übertragung der gemeinsamen oder alleinigen elterlichen Sorge auf sich zu beantragen. Die Zustimmung der Mutter zur Übertragung der elterlichen Sorge ist nicht mehr erforderlich. Damit wurden zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus dem Jahr 2009⁷⁶ und des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2010⁷⁷ umgesetzt.

Das **österreichische KindNamRÄG 2013** hat die Regelungen zur Sorge beider Eltern und zum Kontakt mit dem Kind ebenfalls neu gestaltet. Auch dort kann nunmehr jeder Elternteil, d.h. auch der nicht mit der Mutter verheiratete Vater, gerichtlich die **gemeinsame Sorge** beantragen, ohne dass das Einverständnis der Mutter erforderlich ist. Nicht miteinander verheiratete Eltern können nunmehr auch in Österreich durch formgebundene, gemeinsame Erklärung⁷⁸ die gemeinsame Sorge für das Kind festlegen.

4. Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung

4.1. Vorbemerkung

Als Abstammung soll im nachfolgenden die erstmalige Begründung des Kindesverhältnisses bezeichnet werden, die in der Regel unmittelbar nach der Geburt des Kindes erfolgt. Die Abstammung im rechtlichen Sinne orientiert sich in den meisten Rechtsordnungen an der Abstammung im genetischen Sinne. D.h. grundsätzlich scheint es die Zielsetzung des Rechts zu sein, die genetischen Eltern auch als Eltern im rechtlichen Sinne zu qualifizieren. Durch den gesellschaftlichen Wandel und die Weiterentwicklung der Fortpflanzungsmedizin ist dieser Grundsatz jedoch zunehmend schwer umzusetzen.

4.2. Zusammenfassung

Viele Rechtsordnungen regulieren bereits den Zugang zu medizinisch unterstützter Fortpflanzung. Vereinzelt zeigten sich in den von uns untersuchten Rechtsordnungen darüber hinaus Tendenzen, insbesondere die künstliche Befruchtung einem weiteren Personenkreis zu öffnen. So wurde in

⁷⁴ KindNamRÄG 2013, BGBl. I 15/2013, siehe dazu bereits oben 2.

⁷⁵ BGBl. 2013, Teil I, Nr. 18, S. 795 ff.

⁷⁶ EGMR, Urt. v. 3.12.2009 – 22028/04, Zaunegger/Deutschland = NJW 2010, S. 501 ff.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 420/09 = NJW 2010, S. 3008 ff.

⁷⁸ Gegenüber dem Standesbeamten unter persönlicher und gleichzeitiger Anwesenheit beider Eltern.

Norwegen zum 1. Januar 2009 zugleich mit Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe die künstliche Befruchtung für weibliche gleichgeschlechtliche Paare zugelassen. In Frankreich wurde dem Senat am 19. Juli 2013 ein Gesetzesentwurf⁷⁹ vorgelegt, der ebenfalls gleichgeschlechtlichen Paaren, insbesondere weiblichen, den Zugang zur künstlichen Befruchtung ermöglichen soll.

Diese Entwicklungen schlagen sich im Abstammungsrecht nieder. Dies gilt sowohl für das Kindesverhältnis zur Mutter (Mutterschaft, einschliesslich Mitmutter- und Leihmutterschaft) wie auch für das Kindesverhältnis zum Vater (Vaterschaft, mit oder ohne eheliche Verbindung zur Mutter).

5. Mutterschaft

5.1. Vorbemerkung

Die Bestimmung der Mutterschaft bereitete ursprünglich keine besonderen Schwierigkeiten. Mit der Geburt bestand ein eindeutiges Zeichen für die genetische Abstammung eines Kindes von der Mutter. Daher lautet ein lateinisches Rechtssprichwort „*mater semper certa est*“. Die Vorstellung, dass die Frau, die ein Kind gebärt, stets auch dessen genetische Mutter ist, wird durch die medizinische Entwicklung jedoch in Frage gestellt. Biologische und genetische Mutterschaft fallen insbesondere in Fällen der Leihmutterschaft oder der Ei- oder Embryonenspende auseinander. Dennoch besitzt das Sprichwort „*mater semper certa est*“ in den von uns untersuchten Rechtsordnungen nach wie vor Gewicht. Primärer und zumeist abschliessender Anknüpfungspunkt der Mutterschaft im rechtlichen Sinne ist dort immer noch die Geburt.

5.2. Zusammenfassung

Angesichts der primären Anknüpfung an die Geburt hat sich das Konzept der Mutterschaft im rechtlichen Sinne in den hier untersuchten Rechtsordnungen in den letzten Jahren kaum geändert. Sowohl Deutschland⁸⁰, England⁸¹, Italien⁸², Österreich⁸³ als auch Norwegen⁸⁴ knüpfen die Mutterschaft an die Geburt an: Die Frau, die das Kind geboren hat, ist dessen Mutter. Dabei ist es unbeachtlich, wenn das Kind z.B. aufgrund einer Ei- oder Embryonenspende genetisch von einer anderen Frau abstammt. Diese Definition der Mutterschaft scheint auch nicht in Frage gestellt zu werden.

5.3. Länderübersicht

Der französische Code civil bestimmt zwar nur, dass die Mutterschaft durch die Bezeichnung der Mutter in der Geburtsurkunde des Kindes begründet wird.⁸⁵ In der Geburtsurkunde ist aber wiederum die Frau als Mutter einzutragen, die das Kind geboren hat.

Das **französische Recht** räumt einer Mutter die Möglichkeit ein, ein Kind anonym zur Welt zu bringen (sogenanntes „*accouchement sous X*“).⁸⁶ Sie muss in diesem Fall weder ihre Identität noch sonstige Informationen hinterlassen. Die Möglichkeit einer anonymen Geburt wurde zuletzt jedoch zunehmend restriktiv geregelt. Seit 2002 sollen Mütter besser über die Rechtsfolgen einer anonymen

⁷⁹ Texte n°786 (2012-2013).

⁸⁰ § 1591 BGB.

⁸¹ Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) 2008, section 33(1).

⁸² Art. 269 alinea 3 Codice civile.

⁸³ § 143 ABGB (neu).

⁸⁴ § 2 Kindergesetz.

⁸⁵ Art. 311-25 Code civil.

⁸⁶ Art. 326 Code civil.

Geburt aufgeklärt werden.⁸⁷ Mit Gesetz vom 16. Januar **2009** wurden die Rechtsfolgen einer anonymen Geburt dahingehend geändert, dass die Klage auf Feststellung der Mutterschaft nicht mehr ausgeschlossen ist.⁸⁸

Norwegen führt die geltende Regelung in dem am 21. Juni **2013** beschlossenen Reformprojekt unverändert weiter. Der Begriff der Mutterschaft hat allerdings insofern eine neue Dimension erhalten, als **Norwegen** im Jahr **2009** die sogenannte **Mitmutterschaft** (*medmorskap*) eingeführt hat.⁸⁹ Die Mitmutterschaft steht weiblichen gleichgeschlechtlichen Paaren offen, die im Wege künstlicher Befruchtung ein Kind bekommen haben. Eine Familie kann nunmehr aus Mutter, Mitmutter und Kind bestehen.

Die Mitmutter wird rechtlich dem Vater gleichgesetzt. Ein Kind kann nach dem Kindergesetz nicht gleichzeitig einen Vater und eine Mitmutter haben. Alle für den Vater geltenden Bestimmungen betreffen die Mitmutter.⁹⁰ Die für die Mitmutterschaft geltenden Regelungen sind daher dem Abschnitt zur Vaterschaft zu entnehmen.⁹¹

6. Leihmutterschaft

6.1. Vorbemerkung

Besondere Schwierigkeiten in Bezug auf die Begründung der Mutterschaft im rechtlichen Sinne wirft die Leihmutterschaft auf. Damit sind Fälle gemeint, in denen eine Frau (nachfolgend Leihmutter), ein Kind mit der Absicht austrägt und gebärt, es nach der Geburt dauerhaft Dritten (nachfolgend Wunscheltern) zu überlassen. Dabei kann die Leihmutter das Kind durch künstliche Befruchtung oder durch Übertragung eines bereits gezeugten Embryos empfangen. Das Erbgut kann entweder von der Leihmutter, den Wunscheltern oder von Dritten stammen. Allen Fallkonstellationen ist jedoch gemeinsam, dass nach dem Willen und der Vereinbarung der Beteiligten die Wunscheltern die rechtlichen Eltern des Kindes werden sollen. Insbesondere in Hinblick auf die Begründung der Mutterschaft widerspricht dies offensichtlich dem eben aufgezeigten Grundsatz, wonach die Mutterschaft durch die Geburt begründet wird.

6.2. Zusammenfassung

Die Leihmutterschaft ist entsprechend in allen von uns untersuchten Rechtsordnungen verboten.⁹² Eine Ausnahme hierzu bildet jedoch England.

6.3. Länderübersicht

In **England** regelt der **Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) 2008**⁹³ die Herstellung und Nutzung menschlicher Embryonen ausserhalb des menschlichen Körpers. Die Leihmutterschaft ist

⁸⁷ Vgl. Art. L. 222-6 Code de l'action sociale et des familles.

⁸⁸ Art. 325 Code civil.

⁸⁹ § 4a barnelova, Kindergesetz.

⁹⁰ § 4a Abs. 3 Kindergesetz.

⁹¹ Siehe unten 2.1.3.2.

⁹² Vgl. u.a. für Deutschland §§ 1 f. Embryonenschutzgesetz, für Frankreich Art. 16-7 Code civil, für Italien Gesetz n° 40 vom 19.02.2004, für Österreich § 3 Fortpflanzungsmedizingesetz, für Norwegen vgl. § 2 Kindergesetz.

⁹³ Verfügbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> (16.07.2013).

danach zulässig⁹⁴, wenn sie durch eine lizenzierte Klinik durchgeführt worden ist. Die Leihmutter muss entweder künstlich befruchtet worden sein oder ein Embryo bzw. Spermium und Eizelle müssen ihr eingesetzt worden sein. Kommerziell abgeschlossene Leihmuttervereinbarungen sind auch nach englischem Recht verboten.⁹⁵ Zwischen den Parteien darf kein Geld oder sonstiger Vorteil geflossen sein; angemessene Ausgaben⁹⁶ dürfen der Leihmutter jedoch erstattet werden.

Wie bereits erwähnt, ist auch im englischen Recht die Frau, die das Kind geboren hat, zunächst dessen Mutter im rechtlichen Sinne. Wurde die Leihmutter entsprechend der gesetzlichen Anforderungen vereinbart und durchgeführt, können die Wunscheltern das Kind auf zwei Wegen zu ihrem Kind im rechtlichen Sinne machen: Die Wunscheltern können das Kind entweder adoptieren oder sie können innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt gemeinsam einen gerichtlichen Beschluss⁹⁷ beantragen, der sie als Eltern im rechtlichen Sinne anerkennt. Die letztgenannte Möglichkeit besteht jedoch nur, wenn das Kind durch das Spermium oder die Eizelle mindestens eines der Partner gezeugt wurde und sie verheiratet sind oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder „zu zweit als Partner in einer dauerhaften Familienbeziehung“ leben.⁹⁸

Das Verbot der Leihmuttervereinbarung hat in den meisten Rechtsordnungen auch in **strafrechtlichen Regelungen** Niederschlag gefunden. Dies gilt auch im englischen Recht, soweit die kommerzielle Durchführung der Leihmuttervereinbarung verboten ist. Straffrei bleiben jedoch regelmäßig die Leihmutter selbst und zum Teil auch die Wunscheltern. So sind z.B. in Deutschland die Vornahme medizinischer Eingriffe zur Durchführung einer Leihmuttervereinbarung und die Vermittlung von Leihmüttern unter Strafe gestellt; nicht strafbar machen sich die Leihmutter selbst und die Wunscheltern.⁹⁹ Nach italienischem Recht wird bestraft, wer eine Leihmuttervereinbarung durchführt, organisiert oder bewirbt. Der Mann und die Frau, an denen die verbotenen fortpflanzungsmedizinischen Techniken angewandt wurden, können jedoch nicht bestraft werden.¹⁰⁰

Im **englischen Recht** ist es unter Strafe gestellt, an der Vereinbarung einer kommerziellen Leihmuttervereinbarung mitzuwirken. Ebenfalls strafbar ist es, Werbung zu betreiben, dass eine Frau zum Abschluss einer Leihmuttervereinbarung bereit ist.¹⁰¹ In **Frankreich** steht die Vermittlung einer Leihmutter ebenfalls unter Strafe.¹⁰² Ein im März 2013 vorgelegter **Gesetzesentwurf**¹⁰³ sieht vor, die Strafbarkeit auszudehnen, um insbesondere die wachsende Förderung von Leihmuttervereinigungen zu erfassen.

⁹⁴ Section 1A des Surrogacy Arrangements Act 1985 bestimmt jedoch, dass „keine Leihmuttervereinbarung von oder gegen eine der daran beteiligten Personen vollstreckt werden kann“.

⁹⁵ Surrogacy Arrangements Act 1985.

⁹⁶ In Übereinstimmung mit den Richtlinien des britischen Ärzteverbandes (British Medical Association) können angemessene Ausgaben in Höhe von bis zu £ 10,000 bezahlt werden.

⁹⁷ HFEA 2008, section 54(1).

⁹⁸ HFEA 2008, section 54(2)(a)-(c).

⁹⁹ §§ 1 f. Embryonenschutzgesetz, verfügbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/> (13.08.2013), und §§ 13a ff. Adoptionsvermittlungsgesetz, verfügbar unter http://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/ (13.08.2013).

¹⁰⁰ Art. 12, alinea 7-8, Gesetz n° 40 vom 19.02.2004.

¹⁰¹ Sections 2(1) und 3 Surrogacy Arrangements Act 1985.

¹⁰² Art. 227-12 Code pénal.

¹⁰³ Proposition de loi n° 806, die der Assemblée nationale am 13.03.2013 vorgelegt wurde, verfügbar unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0806.asp> (28.08.2013).

7. Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft

7.1. Vorbemerkung

Angesichts der Unterschiede in der Regelung der Leihmutterschaft, nutzen einige Wunscheltern die Gelegenheit, eine Leihmutterschaft ausserhalb ihres Heimatlandes in Übereinstimmung mit den im Ausland geltenden Vorschriften durchführen zu lassen. Ein Anreiz hierfür besteht insbesondere, wenn das Heimatland Leihmutterschaften vollständig verbietet. Wollen die Wunscheltern nach der Geburt des Kindes in ihr Heimatland zurückkehren, stellt sich die Frage, ob dort die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern und insbesondere der Wunschmutter akzeptiert wird oder ob das Recht des Heimatlandes die Geburtsmutter als Mutter des Kindes im rechtlichen Sinne ansieht.¹⁰⁴ Dabei erkennen zum Teil auch Rechtsordnungen, die die Leihmutterschaft selbst nicht zulassen, die Wunscheltern als Eltern eines im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kindes im rechtlichen Sinne an.

7.2. Zusammenfassung

Die von uns untersuchten Rechtsordnungen haben insbesondere in den letzten Jahren zur Frage der Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft **verschiedene Ansätze** entwickelt. Insgesamt ist jedoch zu beobachten, dass zum Wohle des Kindes nach pragmatischen Lösungen gesucht wird.

7.3. Länderübersicht:

Italien, das die Leihmutterschaft selbst verbietet, lässt im Einzelfall die Anerkennung der in Übereinstimmung mit ausländischem Recht durchgeführten Leihmutterschaft zu. Dies geschieht jedoch nur vor dem Hintergrund des Kindeswohls. So haben bereits **italienische Gerichte** in den **letzten Jahren** ein Kindesverhältnis anerkannt, das nach der Geburt durch eine Leihmutter im Ausland gemäss den Vorschriften des jeweiligen Landes zu den Wunscheltern begründet worden ist. In Hinblick auf das vorrangig zu berücksichtigende Kindeswohl widerspreche eine solche Anerkennung nicht dem italienischen *ordre public*.¹⁰⁵ In vergleichbarer Weise hat der **österreichische Verfassungsgerichtshof** am **11. Oktober 2012**¹⁰⁶ entschieden, dass die rechtliche Elternschaft unter Umständen nach der ausländischen Rechtsordnung zu beurteilen sei. Zur Begründung hat er sich auf Art. 8 der EMRK und die entscheidende Bedeutung, die dem Wohl des Kindes zukommt, berufen. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs sind das Verbot der Leihmutterschaft und der Grundsatz, wonach Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat, nicht Teil des österreichischen *ordre public* und schliessen daher die Anerkennung ausländischer Geburtsurkunden, auf denen die Wunscheltern genannt sind, nicht aus.

Das **französische Recht** lehnt demgegenüber die Anerkennung der Wirkungen einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft ab. Der **französische Kassationsgerichtshof** hat dies **2011** in

¹⁰⁴ Häufig stellt sich diese Frage bereits vor der Einreise in das Heimatland, wenn die Erteilung der Staatsbürgerschaft des Heimatlandes für das Kind beantragt wird. Da die Staatsbürgerschaft nach zahlreichen Rechtsordnungen von der Abstammung des Kindes und damit der Staatsbürgerschaft der Eltern abhängt, erhält das Kind die Staatsbürgerschaft der Wunscheltern nur, wenn das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern in deren Heimatland anerkannt wird.

¹⁰⁵ Corte App. Bari, 25.02.2009; Trib. Napoli, 01.07.2011. Die letztgenannte Entscheidung z.B. hat die Umschreibung von Geburtsurkunden von Kindern erlaubt, die von einer Leihmutter geboren worden sind. Das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und dem Wunschvater wurde dabei anerkannt.

¹⁰⁶ Verfassungsgerichtshof vom 11.10.2012, B 99/12.

verschiedenen Entscheidungen bestätigt.¹⁰⁷ In einem **Rundschreiben** vom **25. Januar 2013** wurden die zuständigen Beamten jedoch darauf hingewiesen, dass ein französischer Staatsangehörigkeitsausweis auszustellen ist, wenn das Kindesverhältnis zu einer französischen Person aus einem im Sinne des französischen Rechts¹⁰⁸ beweiskräftigen Personenstandsakt eines anderen Staates hervorgeht. Dies gelte auch, solange bloss die Vermutung besteht, dass das Kind von einer Leihmutter geboren worden ist.

Auch im **deutschen Recht** wird die Mutterschaft einer deutschen Wunschmutter **grundsätzlich nicht anerkannt**, wenn das Kind im Ausland von einer Leihmutter geboren wurde. Dies gilt selbst, wenn die Wunschmutter in der ausländischen Geburtsurkunde als Mutter im rechtlichen Sinne aufgeführt wird.¹⁰⁹ Allerdings wird nach deutschem **internationalen Privatrecht** die Abstammung sowohl nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes als auch – im Verhältnis zur Wunschmutter – nach der Staatsangehörigkeit der Wunschmutter beurteilt. Daher scheint die Anerkennung der Mutterschaft einer Wunschmutter möglich, wenn die Wunschmutter einem Staat angehört, der ihre Mutterschaft bejaht, oder wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem solchen Staat haben soll.¹¹⁰

Im **englischen Recht** werden Leihmutterschaften nach ausländischem Recht **grundsätzlich nicht anerkannt**, d.h. die Wunschmutter wird auch dann nicht als Mutter im rechtlichen Sinne angesehen, wenn das ausländische Recht dies so vorsieht. Stattdessen hat die englische Rechtsprechung¹¹¹ entschieden, dass in England stets die englischen Gesetze über die Elternschaft Anwendung finden. Dem englischen Recht widersprechende Bestimmungen einer ausländischen Rechtsordnung sind unbeachtlich. Ausländische Geburtsurkunden und Gerichtsbeschlüsse haben in England daher keine Wirkung. Die Wunscheltern eines im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kindes müssen daher nach den Vorschriften des englischen Rechts einen Gerichtsbeschluss beantragen, um in England als Eltern des Kindes anerkannt zu werden. Dabei sind die englischen Vorschriften über die Leihmutterschaft zu beachten. Problematisch ist dies häufig in Hinblick auf das englische Verbot kommerzieller Leihmutterschaft. Um sicherzustellen, dass internationale Leihmutterschaftsvereinbarungen nicht zur Umgehung dieses Verbots genutzt werden, halten sich die **englischen Gerichte** an die in einem **2009** entschiedenen Fall¹¹² entwickelten Leitlinien.

¹⁰⁷ Vgl. die Entscheidungen der 1. Zivilkammer des Kassationsgerichtshofs (première chambre civile de la Cour de cassation) vom 06.04.2011 (Angelegenheiten 09-17130, 09-66486 et 10-19053).

¹⁰⁸ Vgl. Art. 47 Code civil. Danach sind französische und ausländische Personenstandsurkunden verbindlich, wenn sie in der im jeweiligen Land massgeblichen Form errichtet sind und nicht feststeht, dass sie fehlerhaft, gefälscht oder wahrheitswidrig sind.

¹⁰⁹ Nicht anerkannt wurde die Mutterschaft der (deutschen) Wunschmutter z.B. in den folgenden Fällen: VG Berlin, Beschl. v. 15.4.2011 – 23 L 79/11 (Leihmutterschaft in Indien); VG Berlin, Beschl. v. 5.9.2012 – 23 L 283/12 (Leihmutterschaft in der Ukraine); OLG Stuttgart, Beschl. v. 7.2.2012 – 8 W 46/12 = NJW-RR 2012, S. 389 f. (Leihmutterschaft in Kalifornien, USA). Die Möglichkeit der Adoption dürfte den Wunscheltern aber offen stehen.

¹¹⁰ Art. 19 Abs. 1 EBGBG. Die Abstammung kann alternativ nach dem Recht, das auch für die allgemeinen Ehwirkungen gilt, beurteilt werden. Vgl. zum Ganzen C. Benicke, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft, StAZ 2013, S. 101 ff.

¹¹¹ *Re: X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), verfügbar unter <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html> (12.08.2013).

¹¹² *Re S (Parental Order)* [2009] EWHC 2977.

8. Vaterschaft bei bestehender Ehe der Mutter

8.1. Vorbemerkung

Anders als bei der Mutterschaft bestand zur Feststellung der Vaterschaft nie ein sicherer, der Geburt an Eindeutigkeit vergleichbarer Anknüpfungspunkt. Die Vaterschaft im rechtlichen Sinne wurde daher seit jeher anhand von Anknüpfungspunkten jenseits der blossen genetischen Abstammung bestimmt. Das Auseinanderfallen von genetischer und rechtlicher Abstammung wurde dabei in Kauf genommen, wobei meist Korrekturmöglichkeiten vorgesehen waren.

8.2. Zusammenfassung

Dies gilt auch in den von uns untersuchten Rechtsordnungen. Nach wie vor lässt sich in diesen Rechtsordnungen eine Differenzierung danach feststellen, ob die Mutter im Zeitpunkt der Geburt bzw. der mutmasslichen Empfängnis verheiratet war oder nicht. Dabei scheint ungeachtet der wachsenden Bedeutung anderer Lebensformen und Paarbeziehungen die **Ehe** der Mutter nach wie vor der **primäre Anknüpfungspunkt** für die Begründung des Vaterschaftsverhältnisses zu sein. Der Blick auf die von uns untersuchten Rechtsordnungen bestätigt dies: Ist die Mutter des Kindes im Zeitpunkt der Geburt bzw. der mutmasslichen Empfängnis verheiratet, so wird deren Ehemann von allen uns untersuchten Rechtsordnung zunächst als Vater des Kindes im rechtlichen Sinne behandelt.

8.3. Länderübersicht

Im **deutschen** Recht wird, wenn die Mutter bei der Geburt des Kindes verheiratet ist, ihr Ehemann von Gesetzes wegen Vater im Rechtssinne.¹¹³ Stirbt der Ehemann vor der Geburt des Kindes, aber nach dem Zeitpunkt, in dem das Kind mutmasslich gezeugt wurde, gilt dies ebenso.¹¹⁴ Solange die gesetzliche Vaterschaft des Ehemanns der Mutter besteht, ist die Begründung der Vaterschaft eines Dritten ausgeschlossen.

Ebenso bestimmt das **norwegische** Recht, dass als Vater des Kindes der Mann anzusehen ist, mit dem die Mutter bei der Geburt verheiratet ist.¹¹⁵ Sofern der als Vater in Betracht kommende verstirbt, ist der Verstorbene jedoch auch dann als Vater anzusehen, wenn die Mutter das Kind hypothetisch vor seinem Tod empfangen haben kann. Dabei ist daran zu erinnern, dass dieselben Regeln in **Norwegen** auch für die **2009** eingeführte Mitmutterschaft gelten. So gilt **beim Tod der verheirateten Mitmutter vor der Geburt diese rechtlich als Mitmutter, sofern die künstliche Befruchtung hypothetisch zur Schwangerschaft geführt haben könnte.**¹¹⁶

Auch das **österreichische** Recht bestimmt, dass der Vater eines Kindes zunächst der Mann ist, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist.¹¹⁷ Vater kann jedoch nur sein, wer im Zeitpunkt der Geburt Mann im Rechtssinne ist. Auch eine im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe kann der Ehefrau der Mutter nach österreichischem Recht nicht die Vaterschaft vermitteln.

¹¹³ § 1592 Nr. 1 BGB.

¹¹⁴ § 1593 BGB.

¹¹⁵ § 3 Abs. 1 Kindergesetz.

¹¹⁶ § 3 Abs. 4 Kindergesetz: „Ist die Mutter Witwe, soll der Ehepartner als Vater oder Mitmutter angesehen werden, wenn die Mutter schwanger geworden sein kann, bevor der Ehepartner verstarb“ (Übersetzung durch das Institut).

¹¹⁷ § 144 Abs. 1 Nr. 1 ABGB (neu). Dasselbe gilt für den bereits verstorbenen Ehemann der Mutter, wenn sich sein Tod nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes ereignete.

Im **französischen Recht** hat das Kind den Ehemann der Mutter zum Vater, wenn es während der Ehe gezeugt oder geboren wurde.¹¹⁸ Zwar können in Frankreich auch gleichgeschlechtliche Paare seit Inkrafttreten des **Gesetzes vom 17. Mai 2013** die Ehe eingehen. Die Geltung der **Vaterschaftsvermutung** für verheiratete **gleichgeschlechtliche Paare** wurde aber ausdrücklich **ausgeschlossen**.¹¹⁹

Im **englischen** Recht besteht eine Vermutung, dass der Ehemann einer Frau der Vater des ihr geborenen Kindes ist. Dabei genügt unter Umständen bereits das Bestehen der Ehe im Empfängniszeitraum, z.B. wenn die Ehe bei der Geburt des Kindes geschieden oder der Ehemann verstorben ist. In vergleichbarer Weise regelt das italienische Recht, dass der Ehemann der Mutter Vater eines Kindes ist, das während der Ehe gezeugt wurde.¹²⁰

9. Vaterschaft eines nicht mit der Mutter verheirateten Mannes

9.1. Zusammenfassung

Bei der Betrachtung der untersuchten Rechtsordnungen zeichnet sich keine allgemeine Tendenz ab, bei der Vaterschaftsbegründung auch alternative, nichteheliche Formen des Zusammenlebens zu berücksichtigen. Grössere Reformprojekte, die den Vorrang der Ehe in Frage stellen würden, sind nicht ersichtlich; lediglich einzelne Anpassungen sind in den letzten Jahren erfolgt. Eine Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung, die in den von uns untersuchten Rechtsordnungen besteht, ist die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens. Darüber hinaus zeigten sich in allen von uns untersuchten Rechtsordnungen Möglichkeiten, ein Vaterschaftsverhältnis ohne Durchführung eines besonderen gerichtlichen Verfahrens zu begründen.

9.2. Länderübersicht:

In Deutschland¹²¹, Österreich¹²², Italien¹²³, Norwegen¹²⁴ und Frankreich¹²⁵ kann die Vaterschaft schlicht anerkannt werden; nach norwegischem Recht besteht diese Möglichkeit auch für eine Mitmutter¹²⁶.

Künftig soll das Vaterschaftsanerkennnis nach **norwegischem Recht** nicht mehr gegen den Willen der Mutter des Kindes erfolgen können. Im Zuge der **am 21. Juni 2013¹²⁷ beschlossenen Änderung** von Vater- und Mutterschaft ist künftig ein Vaterschaftsanerkennnis nur möglich, wenn die Mutter zustimmt. Die Mitwirkung der Mutter ist in einigen der übrigen hier untersuchten Rechtsordnungen bereits erforderlich, um dem Vaterschaftsanerkennnis Wirksamkeit zu verleihen. Zu diesen Rechtsordnungen zählen z.B. Deutschland¹²⁸ und unter bestimmten Voraussetzungen auch Italien¹²⁹.

¹¹⁸ Art. 312 Code civil.

¹¹⁹ Art. 6-1 Code civil, eingeführt durch Gesetz vom 17. Mai 2013.

¹²⁰ Art. 231 Code civil.

¹²¹ § 1592 Nr. 2 BGB.

¹²² § 144 Abs. 1 Nr. 2 ABGB (neu).

¹²³ Art. 250 Codice civile.

¹²⁴ § 4 Kindergesetz.

¹²⁵ Art. 316 Code civil.

¹²⁶ § 4 Abs. 7 Kindergesetz.

¹²⁷ Gesetz Nr. 64.

¹²⁸ § 1595 BGB.

¹²⁹ Art. 250 Codice civile. Hat das Kind das sechzehnte Lebensjahr vollendet, ist nur noch dessen Zustimmung erforderlich.

Das **englische** Recht kennt neben der Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes der Mutter eine weitere Vermutung der Vaterschaft zugunsten desjenigen, der auf der Geburtsurkunde („birth certificate“) genannt ist.¹³⁰ Die dem zugrundeliegende Eintragung ins Geburtenregister erfolgt wiederum auf einen entsprechenden Antrag hin. Diesen müssen der Vater und die Mutter grundsätzlich gemeinsam stellen.

Das Anerkenntnis setzt grundsätzlich voraus, dass kein anderes Vaterschaftsverhältnis besteht. Nach **österreichischem Recht** ist seit **2001** auch ein sogenanntes „vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis“ möglich. Das Vaterschaftsanerkenntnis wird in diesem Fall rechtswirksam, auch wenn noch ein anderes Vaterschaftsverhältnis besteht. Voraussetzung ist, dass das Kind dem Anerkenntnis zustimmt oder, wenn das Kind noch nicht eigenberechtigt ist, die Mutter den Anerkennenden als Vater bezeichnet. Zur Beseitigung der Rechtswirksamkeit eines solchen Anerkenntnis können der vorherige Vater oder die Mutter, sofern sie nicht den Anerkennenden als Vater bezeichnet hat, bei Gericht Widerspruch erheben.

Eine weitere Möglichkeit zur Begründung eines Vaterschaftsverhältnisses neben der Anerkenntnis besteht in Frankreich: Dort kann die Vaterschaft im rechtlichen Sinne auch durch die Übernahme der faktischen Vaterstellung („possession d'état“), die in einer öffentlichen Urkunde („acte de notoriété“) oder klageweise festgestellt wird, begründet werden.¹³¹

Exkurs: Die Stärkung der Stellung des genetischen, nicht rechtlichen Vaters

Grundsätzlich ist allein die Vaterschaft im rechtlichen Sinne Anknüpfungspunkt der Rechte und Pflichten zwischen dem Vater und seinem Kind. Der genetische Vater, der nicht zugleich rechtlicher Vater des Kindes ist, hat dagegen keine besonderen Rechte in Hinblick auf das Kind. Dies kann insbesondere aufgrund der veränderten Lebensformen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Auch der Europäische Gerichtshof der Menschenrecht hat in den letzten Jahren die Rechtlosigkeit der Väter im Allgemeinen und der bloss genetischen Väter im Besonderen beanstandet.

Insbesondere in **Deutschland** wurde in den letzten Jahren die Stellung des genetischen Vaters, der nicht zugleich Vater im Rechtssinne ist, gestärkt. Die wohl wesentlichen Änderungen sind in diesem Zusammenhang die Einführung eines gesonderten Verfahrens zur Klärung der genetischen Abstammung, die Bestätigung der Vollstreckbarkeit eines Anspruchs auf Nennung des genetischen Vaters gegen die Mutter und ein Umgangsrecht des genetischen Vaters.

Ein eigenständiger Anspruch zur Klärung der genetischen Abstammung wurde durch das **Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren** vom 26. März **2008**¹³² eingeführt. Um herauszufinden, ob der rechtliche Vater auch der genetische Vater eines Kindes ist, gibt es dem Kind, der Mutter und dem rechtlichen Vater jeweils gegeneinander einen Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung. Im Gegensatz zum Anfechtungsverfahren lässt dieses Verfahren die rechtliche Vaterschaft aber unabhängig vom Ergebnis der Untersuchung unberührt.

Einen Anspruch gegen die Mutter auf Benennung des (potentiellen) genetischen Vaters leitet die Rechtsprechung zugunsten des Kindes und unter besonderen Umständen auch zugunsten des rechtlichen Vaters aus allgemeinen Vorschriften her. Mit einer **Entscheidung** aus dem Jahr **2008**¹³³

¹³⁰ Births and Deaths Registration Act 1953, section 34(2).

¹³¹ Art. 317 Code civil.

¹³² BGBl. 2008, Teil I, Nr. 11, S. 441 ff. Dem Gesetz ging ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13.2.2007 (1 BvR 421/05 = NJW 2007, S. 753 ff.) voraus.

¹³³ BGH, Beschl. v. 3.7.2008 – I ZB 87/06 = NJW 2008, S. 2919 ff.

hat der **Bundesgerichtshof** bestätigt, dass dieser Anspruch grundsätzlich im Wege der Verhängung von Zwangsgeld und Zwangshaft gegen die Mutter vollstreckbar sein kann.

Das **Gesetz** zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 4. Juli **2013**¹³⁴ hat die Lage des genetischen Vaters, der nicht Vater im Rechtssinne geworden ist, verbessert. Diesem steht seither ein allein unter dem Vorbehalt des Kindeswohl stehendes Umgangsrecht sowie ein Recht auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes zu.¹³⁵

10. Anfechtung der Vaterschaft

10.1. Vorbemerkung

Angesichts der vielfältigen Anknüpfungsmöglichkeiten der Vaterschaft im rechtlichen Sinne, erscheint es konsequent, dass das Recht Korrekturmöglichkeiten vorsieht und die Beseitigung der rechtlichen Vaterschaft zulässt. Entsprechend kann insbesondere eine bestehende Vaterschaft im rechtlichen Sinne klageweise angegriffen werden. Dabei können sich im Einzelnen die Anfechtungsvoraussetzungen, insbesondere die einzuhaltenden Fristen, sowie der Kreis anfechtungsberechtigter Personen unterscheiden.

10.2. Zusammenfassung

Besonders interessant scheint in Hinblick auf die Berücksichtigung verschiedener Lebensformen und der gegenwärtigen Entwicklung, welchem Personenkreis die einzelnen Rechtsordnungen die Anfechtung ermöglichen. Unterscheiden lassen sich hierbei Rechtsordnungen, die die anfechtungsberechtigten Personen ausdrücklich benennen, von Rechtsordnungen, die die Anfechtung allen interessierten Personen zugänglich machen. Zu erstgenannter Gruppe zählen deutsche, die österreichische oder die norwegische Rechtsordnung, wobei sie den anfechtungsberechtigten Personenkreis unterschiedlich weit ziehen. **Deutschland** z.B. führte nach dem Anfechtungsrecht des genetischen Vaters noch das Anfechtungsrecht der zuständigen Behörde im Jahr **2008** ein. In Österreich hingegen ist es neben dem Kind hauptsächlich der Ehemann der Mutter, der seine eigene Vaterschaft anfechten kann.

Die Anfechtung durch alle interessierten Personen lassen dagegen England und Frankreich zu. Italien hat für verschiedene Anfechtungsarten beide Ansätze aufgegriffen.

10.3. Länderübersicht

In **England/Wales** besteht für alle Personen, die ein hinreichendes persönliches Interesse daran haben die Möglichkeit, eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft zu erheben. Dies schliesst das betroffene Kind ein.¹³⁶ Allerdings steht es im Ermessen des zuständigen Gerichts, den Antrag eines Kindes zurückzuweisen, wenn es eine Entscheidung über den Antrag für nicht im Interesse des Kindes erachtet.¹³⁷

¹³⁴ In Kraft getreten am 13.7.2013 – BGBl. 2013, Teil I, Nr. 36, S. 2176 f. Vorausgegangen waren diesem Gesetz zwei Entscheidungen des EGMR (Urt. v. 21.12.2010 – 20578/07, Anayo/Deutschland = NJW 2011, S. 3565 ff. und Urt. v. 15.9.2011 – 17080/07, Schneider/Deutschland = NJW 2012, S. 2781 ff.).

¹³⁵ Vgl. § 1686a BGB.

¹³⁶ Family Law Act 1986, section 56 and 55A.

¹³⁷ Family Law Act 1986, section 55A(5).

Nach **französischem Recht** kann die Vaterschaft grundsätzlich von allen interessierten Personen angefochten werden. Eingeschränkt ist der Personenkreis allerdings, wenn die rechtliche Vaterschaft mit der faktischen Vaterstellung übereinstimmt: Anfechtungsberechtigt sind dann nur das Kind, seine rechtlichen Eltern und der mutmassliche Vater.¹³⁸ Stets zu berücksichtigen sind die besonderen Klagevoraussetzungen, die in den verschiedenen Konstellationen, in denen die Vaterschaftsanfechtung nach französischem Recht möglich ist, variieren.¹³⁹ Die Staatsanwaltschaft verfügt nach französischem Recht über ein eigenes Anfechtungsrecht für Fälle, in denen die die Vaterschaft begründenden Akte Hinweise enthalten, die die Vaterschaft für unwahrscheinlich erachten lassen, oder für Fälle der Gesetzesumgehung.¹⁴⁰

Im **deutschen Recht** sind die anfechtungsberechtigten Personen abschliessend benannt: Sowohl das Kind, dessen Mutter, dessen rechtlicher Vater und der mutmassliche genetische Vater¹⁴¹ können eine bereits bestehende Vaterschaft anfechten. Im Jahr **2008**¹⁴² wurde das Anfechtungsrecht der zuständigen Behörde eingeführt. Das Anfechtungsrecht der Behörde ist für Fälle gedacht, in denen eine genetisch nicht bestehende Vaterschaft missbräuchlich anerkannt worden ist, um eine Aufenthaltserlaubnis für Mutter oder Kind zu erhalten oder dem Kind die deutsche Staatsangehörigkeit zu verschaffen. Daher ist die Behörde nur zur Anfechtung einer Vaterschaft berechtigt, wenn diese durch Anerkennung begründet worden ist.

Sowohl das Anfechtungsrecht der Behörde wie auch das des mutmasslichen genetischen Vaters stehen nach deutschem Recht unter der Voraussetzung, dass zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht.¹⁴³ Für das Anfechtungsrecht des Kindes bestehen eine vergleichbare Voraussetzung oder sonstige besondere Anfechtungsbeschränkungen¹⁴⁴ nicht.

Das **norwegische Kindergesetz** spricht nicht von Anfechtung der Vaterschaft, sondern von deren Änderung. Entsprechend wird in den meisten Fällen (aber nicht immer) zugleich mit der Anfechtung eine neue Vaterschaft begründet. Der anfechtungsberechtigte Personenkreis ist im norwegischen Recht bestimmt: Das Gericht kann die Vaterschaft ändern, wenn das betreffende Kind, die Mutter oder der bisher als Vater geltende Mann oder auch ein anderer Mann (sic), der behauptet, Vater zu sein, entsprechende Beweise vorlegen.¹⁴⁵ Mit Wirkung zum **1. Januar 2014** wird darüber hinaus eine Anfechtungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis der relevanten Umstände eingeführt werden, die jedoch nicht für das Kind und dessen Mutter gilt.

Im österreichischen Recht haben nur das Kind und der Ehemann der Mutter die Möglichkeit, die an die Ehe der Mutter anknüpfende Vaterschaft anzufechten.¹⁴⁶ Im Falle der Vaterschaft durch Anerkennung ist hingegen Widerspruch einzulegen. Dazu sind grundsätzlich das Kind und seine Mutter berechtigt; unter besonderen Umständen ist auch der Anerkennende widerspruchsberechtigt sowie

¹³⁸ Art. 333 f. Code civil.

¹³⁹ Vgl. Art. 332 bis 337 Code civil.

¹⁴⁰ Art. 336 Code civil.

¹⁴¹ Das Anfechtungsrecht des mutmasslichen genetischen Vaters wurde **2004** durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes vom 23.4.2004 (BGBl. 2004, Teil I, Nr. 18, S. 598 ff.) eingeführt.

¹⁴² Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes vom 13.3.2008, BGBl. 2008, Teil I, Nr. 9, S. 313 ff.

¹⁴³ § 1600 Abs. 2 und 3 BGB.

¹⁴⁴ Anfechtungsfristen gemäss § 1600b BGB gelten jedoch auch für das Anfechtungsrecht des Kindes.

¹⁴⁵ § 6 Kindergesetz.

¹⁴⁶ § 151 ABGB (neu).

im Falle des vaterschaftsdurchbrechenden Anerkenntnisses der vormalige Vater.¹⁴⁷ Das Kind kann die Beseitigung der bereits bestehenden Vaterschaft auch gleichzeitig mit der Feststellung seiner Abstammung beantragen. In einem solchen Fall hat die Feststellung der Abstammung die vom Gericht auszusprechende Wirkung, dass das Kind nicht vom anderen Mann abstammt.¹⁴⁸ Dieses vergleichsweise neue „**Vätertauschverfahren**“ steht dem Kind zeitlich unbefristet offen.

Das italienische Recht schliesslich unterscheidet zwei Arten von Anfechtungsverfahren, die jeweils unterschiedlichen Personenkreisen offenstehen: Einerseits haben der Ehemann der Mutter, die Mutter und das Kind die Möglichkeit, die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter anzufechten.¹⁴⁹ Andererseits kann die auf einer Anerkenntnis beruhende Vaterschaft durch den Anerkennenden, das Kind oder jede andere Person, die ein Interesse daran hat, angefochten werden.¹⁵⁰

11. Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption

In den meisten Rechtsordnungen ist es möglich, ein Kindesverhältnis auch ohne Rücksicht auf die genetische Abstammung zu einem Kind zu begründen. Dies geschieht durch die Adoption eines fremden Kindes, das bedeutet durch die Annahme des fremden Kindes als eigenes Kind. Hierbei bestehen verschiedene Formen der Adoption.

11.1. Vorbemerkung

Unterschiede zwischen verschiedenen Adoptionsformen lassen sich nicht nur beim Vergleich verschiedener Rechtsordnungen feststellen. Während einige Rechtsordnungen nur eine Form der Adoption kennen, bestehen zum Teil selbst innerhalb einer Rechtsordnung verschiedene Adoptionsformen. Findet eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Adoptionsformen statt, richtet sie diese grundsätzlich danach, ob die vor der Adoption bestehenden Verwandtschaftsverhältnisse nach dieser fortbestehen oder nicht. Im Folgenden soll die Form der Adoption, bei der die bestehenden Verwandtschaftsverhältnisse auch nach der Adoption fortbestehen als „einfache Adoption“ bezeichnet werden; die Form der Adoption, die die bestehenden Verwandtschaftsverhältnisse zum Erlöschen bringt, soll im Folgenden als „Volladoption“ bezeichnet werden. Besteht hingegen nur eine Form der Adoption, werden dieser grundsätzlich die Wirkungen einer Volladoption beigelegt.

11.2. Zusammenfassung

Alle hier untersuchten Rechtsordnungen kennen die Adoption. Deren Ausgestaltung und Rechtswirkungen unterscheiden sich jedoch in den verschiedenen Rechtsordnungen teils erheblich voneinander. So gibt es in **England/Wales**, **Norwegen** und **Österreich** nur **eine Adoptionsform**. **Italien** und **Frankreich**, und mit Einschränkungen auch **Deutschland**, unterscheiden hingegen zwischen **verschiedenen Adoptionsformen**.

11.3. Länderübersicht:

Gemäss dem eben Gesagten bestehen in **Frankreich** die „adoption simple“ (**einfache Adoption**)¹⁵¹ und die „adoption plénière“ (**Volladoption**) nebeneinander. Italien lässt sowohl die „adozione in casi

¹⁴⁷ §§ 146, 147 Abs. 3, 154 ABGB (neu).

¹⁴⁸ § 150 ABGB (neu).

¹⁴⁹ Art. 235 Codice civile. Vgl. auch Art. 244 Codice civile. Solange das Kind minderjährig ist, können ein besonderer Beistand oder die Staatsanwaltschaft Klage erheben.

¹⁵⁰ Art. 263 Codice civile.

¹⁵¹ Art. 364 Code civil.

particolari“ (Adoption in besonderen Fällen, gemeint ist die einfache Adoption)¹⁵² als auch die „adozione“ (Volladoption) zu. Das deutsche Recht nimmt insofern eine Sonderstellung ein, als die Möglichkeit, eine Adoption mit den Wirkungen einer einfachen Adoption durchzuführen, nur im Fall der Adoption einer volljährigen Adoption besteht.¹⁵³ Im Regelfall der Adoption eines Minderjährigen ist hingegen nur eine der Volladoption entsprechende Adoption möglich.¹⁵⁴

Nach **englischem** Recht ist die Adoption eine **Volladoption**. Sie führt zu einer vollumfänglichen Übertragung der Verwandtschaftsverhältnisse von den vormaligen Eltern auf die Adoptiveltern.¹⁵⁵ Die rechtlichen Beziehungen des Kindes zu seinen vormaligen Eltern einerseits werden vollständig aufgelöst¹⁵⁶; die volle Verantwortung für das Kind wird auf die Adoptiveltern übertragen.¹⁵⁷

In vergleichbarer Weise erhält das Adoptivkind in **Norwegen** dieselbe Rechtsstellung wie ein leibliches Kind. Die Rechtsbeziehungen zu den leiblichen Verwandten entfallen; nur in Ausnahmefällen sieht das Gesetz etwas anderes vor.¹⁵⁸ Gleichwohl haben die Adoptiveltern dem Adoptivkind, sobald es ratsam ist, zu erzählen, dass es adoptiert wurde. Dementsprechend hat ab Vollendung des 18. Lebensjahres das Kind auch einen Anspruch darauf, vom Ministerium Auskunft zu erhalten, wer seine leiblichen Eltern sind.¹⁵⁹ Diese Informationspflicht scheint eine Besonderheit des norwegischen Rechts zu sein.

Auch im **österreichischen** Recht ist die Adoption grundsätzlich einer **Volladoption** vergleichbar. Die Adoptionswirkungen sind jedoch eingeschränkt. Mit der Adoption entstehen zwar zwischen dem Kind und seinen Adoptiveltern die gleichen Rechte, wie sie durch die eheliche Abstammung begründet werden.¹⁶⁰ Zwischen dem adoptierten Kind und seinen leiblichen Eltern und Verwandten erlöschen aber nur die Beziehungen, die nicht rein vermögensrechtlicher Art sind. Hingegen bleiben die Unterhalts- und Ausstattungspflichten der leiblichen Eltern und deren Verwandten gegenüber dem adoptierten Kind aufrechterhalten. Dasselbe gilt für die Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber seinen leiblichen Eltern.¹⁶¹ Allerdings stehen diese aufrechterhaltenen Pflichten den durch die Annahme begründeten gleichen Pflichten im Range nach.¹⁶² Auch im Erbrecht bestehen die Rechte

¹⁵² Art. 44 ff. Gesetz n° 184/1983.

¹⁵³ § 1770 BGB. Die Adoption einer volljährigen Person ist nach deutschem Recht der Ausnahmefall. Unter besonderen Voraussetzungen ist sie auch in Form der Volladoption möglich, § 1772 BGB. Die folgenden Ausführungen zum deutschen Recht beziehen sich, soweit nicht anders erwähnt, auf den Regelfall der Minderjährigenadoption.

¹⁵⁴ Vgl. §§ 1754 ff. BGB.

¹⁵⁵ Adoption and Children Act 2002, section 46(1) and (2).

¹⁵⁶ It should however be noted that sections 80 and 81 of the Adoption and Children Act 2002 require the maintenance of an **Adoption Contact Register** and an **Adopted Child Register**. The first is a register that enables adopted persons and their birth relatives to contact each other where they both want to do so, and the second is a register that enables an adopted adult to gain access to his or her birth records. The Adoption and Children Act 2002, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents> (16.08.2013).

¹⁵⁷ Adoption and Children Act 2002, section 67.

¹⁵⁸ § 14 Adoptionsgesetz. Dies ist soweit ersichtlich nur für Eheverbote und die Staatsbürgerschaft bedeutend (so Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 369).

¹⁵⁹ § 12 Adoptionsgesetz.

¹⁶⁰ § 197 Abs. 1 ABGB. Die gleichen Rechte entstehen auch gegenüber Nachkommen der Adoptiveltern und unter bestimmten Voraussetzungen Nachkommen des Adoptivkindes.

¹⁶¹ Die Unterhaltspflicht des adoptierten Kindes gegenüber den leiblichen Eltern bleibt jedoch nur aufrechterhalten, sofern diese ihre Unterhaltspflicht gegenüber dem noch nicht vierzehn Jahre alten Kinde vor dessen Annahme an Kindesstatt nicht gröblich vernachlässigt haben.

¹⁶² § 198 ABGB.

zwischen dem adoptierten Kind und seinen leiblichen Eltern fort¹⁶³; die leiblichen Eltern gehen den Adoptiveltern aber wiederum im Range nach.¹⁶⁴

12. Allgemeine Adoptionsvoraussetzungen

12.1. Zusammenfassung

Die einzelnen Adoptionsvoraussetzungen variieren je nach der gewählten Adoptionsform sowie zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen. Eine bedeutende Rolle kommt jedoch stets dem **Kindeswohl** als Massstab jeder Adoption zu. Gesetzlich ausdrücklich niedergelegt ist dies z.B. im deutschen, englischen und norwegischen Recht.

12.2. Länderübersicht

Häufig sind auch formelle **Einwilligungen** der beteiligten Personen erforderlich. So sind nach deutschem Recht insbesondere die Einwilligungserklärungen des Kindes und seiner bisherigen Eltern erforderlich.¹⁶⁵ Dies gilt grundsätzlich auch im norwegischen Recht, wobei die Zustimmung des Kindes erst ab Vollendung dessen zwölften Lebensjahres erforderlich ist; zuvor ist das Kind lediglich zu Informieren und ihm Gelegenheit zur Aussprache zu geben, ehe eine Entscheidung über die Adoptionsbewilligung getroffen wird.¹⁶⁶

Auch in Hinblick auf das **Alter** der Adoptiveltern bestehen in jeder der von uns untersuchten Rechtsordnungen besondere Anforderungen. Hierbei lassen sich verschiedene Herangehensweisen unterscheiden: Möglich ist zum einen die Aufstellung fester, absoluter Grenzen. Diesen Weg wählen z.B. die deutsche, englische und die norwegische Rechtsordnung: Nach **deutschem**¹⁶⁷ sowie **norwegischen** Recht müssen die Adoptierenden grundsätzlich ein **Mindestalter** von **25 Jahren** aufweisen; das englische Recht¹⁶⁸ sieht ein Mindestalter von **21 Jahren** vor. Alle drei Rechtsordnungen ermöglichen in Ausnahmefällen aber auch die Adoption durch jüngere Adoptiveltern.

Das **italienische** Recht zeigt hingegen, dass auch flexible Altersgrenzen, die sich allein an der minimalen bzw. maximalen Altersdifferenz zwischen Adoptiertem und Adoptierendem bemessen, denkbar sind. Gefordert wird dort, dass die Adoptiveltern **mindestens 18 Jahre älter** sind als das Adoptivkind. Im Rahmen der Volladoption ist zudem erforderlich, dass die Adoptiveltern **nicht mehr als 45 Jahre älter** sind als das Adoptivkind.¹⁶⁹

Eine Mischung aus festen und variablen Altersgrenzen sehen schliesslich das **französische**¹⁷⁰ sowie das **österreichische**¹⁷¹ Recht vor: In beiden Rechtsordnungen ist ein **Mindestalter** von **25 Jahren** gefordert. Zugleich müssen die Adoptiveltern mindestens **15 Jahre** im französischen Recht **bzw. 16**

¹⁶³ Dies ist aus unserer Sicht vor allem historisch begründet.

¹⁶⁴ § 199 ABGB.

¹⁶⁵ § 9 Abs. 6 LPartG.

¹⁶⁶ §§ 6 f. Adoptionsgesetz.

¹⁶⁷ § 1743 BGB.

¹⁶⁸ Adoption and Children Act 2002, section 50.

¹⁶⁹ In besonderen Fällen kann von diesen Altersgrenzen im Interesse des adoptierten Kindes abgewichen werden, Art. 6 Gesetz n° 184/1983.

¹⁷⁰ Art. 343 f. Code civil.

¹⁷¹ § 193 ABGB (neu).

Jahre im österreichischen Recht **älter sein** als das Adoptivkind. Auch im französischen Recht sind Ausnahmen von diesen Altersgrenzen möglich.

Hingegen zeigt sich die einer Adoption vorangehende **Probezeit**, in der die Adoptiveltern das Kind bereits in Pflege hatten, im Vergleich der von uns untersuchten Rechtsordnungen als nachrangig. So kennt z.B. das italienische Recht die Voraussetzung, dass eine Volladoption nur nach Abschluss einer mindestens einjährigen Probezeit zulässig ist. Ohne Probezeit und besonders in den Fällen, in denen die Durchführung einer solchen unmöglich ist¹⁷², ist jedoch die einfache Adoption zulässig. Nach deutschem Recht ist ebenfalls eine der Adoption vorangehende Probezeit vorgesehen, deren Dauer eine dem Einzelfall angemessene Zeit betragen soll.¹⁷³ In der Regel beträgt sie mindestens ein Jahr.¹⁷⁴ In Ausnahmefällen kann auf eine Probezeit jedoch ganz verzichtet werden.

13. Insbesondere Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung

13.1. Vorbemerkung

Bei der gemeinsamen Adoption adoptieren zwei Elternteile zusammen ein Kind und begründen so ein Kindesverhältnis zu beiden Elternteilen zugleich. Daher kommt es stets auch auf die Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung an.

13.2. Zusammenfassung

In allen von uns untersuchten Rechtsordnungen wird auch auf die Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung Bezug genommen. So ist die Adoption durch zwei Personen grundsätzlich nur Ehegatten eröffnet. In den hier untersuchten Rechtsordnungen steht die gemeinsame Adoption im deutschen, österreichischen, italienischen, französischen und norwegischen Recht nur Ehegatten offen. Allein England lässt die Adoption durch nicht verheiratete Paare zu. Allerdings bestehen in **Frankreich, Italien** und **Norwegen** zur Zeit **Gesetzesprojekte**, welche auch eine **Adoption durch nicht verheiratete Partner** zum Gegenstand haben.

Spiegelbildlich zur Zulässigkeit der gemeinsamen Adoption durch Ehepartner besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass eine einzelne Person ein Kind alleine adoptieren kann. Durch die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare wurde die Möglichkeit einer gemeinsamen Adoption zwar ausgedehnt, so zuletzt in **Frankreich** im Jahr **2013**. Ansonsten wird die Vorrangstellung der Ehe jedoch beibehalten.

13.3. Länderübersicht

Das **deutsche** Recht regelt, dass die dort sogenannte gemeinschaftliche Adoption nur durch **Ehegatten** möglich ist. Zugleich können Ehegatten auch nur im Wege der gemeinschaftlichen Adoption ein Kind annehmen; die Einzeladoption durch einen Ehegatten ist in der Regel nicht

¹⁷² Z.B. wenn kein Paar, das den gesetzlichen Anforderungen genügt und zur Adoption bereit ist, gefunden werden kann.

¹⁷³ § 1744 BGB.

¹⁷⁴ Vgl. Freie und Hansestadt Hamburg, Adoption – Annahme als Kind, 3. Auflage 2010, S. 13, verfügbar unter <http://www.hamburg.de/contentblob/119108/data/adoptionsbroschuere.pdf> (14.08.2013); Serviceseiten des Landes Baden-Württemberg, verfügbar unter <http://www.service-bw.de/zfinder-bw-web/lifesiuationen.do?llid=1132908&llmid=0&vbid=1132943&vbmId=0&action=processes> (14.08.2013).

möglich.¹⁷⁵ Als Folge steht Personen, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, die sogenannte Alleinadoption offen.¹⁷⁶

Dasselbe gilt in **Österreich**: Die Adoption durch mehr als eine Person ist nur zulässig, wenn die Adoptiveltern miteinander verheiratet sind. In der Regel dürfen auch in Österreich Ehegatten nur gemeinsam adoptieren; Ausnahmefälle sind nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Gründe vorgesehen.¹⁷⁷

Die Rechtslage in **Italien** ist vergleichbar. Auch dort können Paare nur adoptieren, wenn sie verheiratet sind. Darüber hinaus steht die Volladoption auch nur Ehepaaren offen, die seit mindestens drei Jahren verheiratet sind und in einer stabilen Beziehung leben.¹⁷⁸ Die **italienischen Gesetzesentwürfe aus dem Jahre 2013**, die auf die Schaffung eines Rechtsregimes für Konkubinate abzielen, sehen allerdings auch **für Konkubinatspartner** die Einführung eines **Rechts zur gemeinsamen Adoption** eines Kindes vor.¹⁷⁹ Unklar ist jedoch, ob und inwieweit diese Gesetzesentwürfe umgesetzt werden. Die Adoption durch eine einzelne Person ist lediglich als einfache Adoption und nicht als Volladoption möglich.

Im **französischen Recht** ist die Möglichkeit, gemeinsam ein Kind zu adoptieren, nach bisher geltendem Recht ebenfalls auf Ehegatten beschränkt.¹⁸⁰ Soweit nicht beide Ehegatten älter als 28 Jahre sind, erfordert die Adoption eine Mindestehedauer von zwei Jahren.¹⁸¹ Seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 17. Mai **2013** können auch verheiratete **gleichgeschlechtliche Paare gemeinsam ein Kind adoptieren**. Der Bestand einer Ehe als Voraussetzung der gemeinsamen Adoption durch zwei Personen wurde jedoch beibehalten. Ein **Gesetzesentwurf**, der am **16. Januar 2013** der Nationalversammlung vorgelegt wurde, sieht vor, die **Volladoption auch für Partner** zu öffnen, die in einem **PACS** oder in einer stabilen und seit mindestens zwei Jahren bestehenden **Lebensgemeinschaft** leben.¹⁸²

In **Norwegen** können nach der geltenden Gesetzeslage nur Ehegatten ein Kind gemeinsam adoptieren; von wenigen Ausnahmefällen abgesehen müssen verheiratete Person die Adoption auch gemeinsam mit ihrem Ehegatten durchführen. Da die Ehe auch in **Norwegen** gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht, gilt dies auch für gleichgeschlechtliche Ehen. Zur Zeit wird ein grösseres **Reformprojekt** diskutiert, wonach auch **einfachen Lebenspartnern die gemeinsame Adoption eines Kindes** ermöglicht werden soll. Eine neue Reformkommission wurde im September 2012 eingesetzt, die ihre Ergebnisse zum 15. August 2014 vorlegen soll.¹⁸³

¹⁷⁵ § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB. Ein Ehegatte kann ein Kind auch alleine annehmen, wenn der andere Ehegatte geschäftsunfähig ist oder das Mindestalter von 21 Jahren noch nicht erreicht hat, § 1741 Abs. 2 Satz 4 BGB.

¹⁷⁶ Zum Partner des Adoptierenden besteht dann kein Kindschaftsverhältnis. Enge Bezugspersonen des Kindes, die für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben, haben jedoch unabhängig vom Bestehen eines Kindschaftsverhältnisses ein Recht auf Umgang mit dem Kind, § 1685 Abs. 2 BGB. Dies gilt insbesondere für Personen, die mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt haben.

¹⁷⁷ § 191 ABGB (neu).

¹⁷⁸ Art. 6 Gesetz n° 184/1983.

¹⁷⁹ Z.B. Art. 14 des Atto del Senato n° 14 vom 15.03.2013.

¹⁸⁰ Art. 346 Code civil.

¹⁸¹ Art. 343 Code civil.

¹⁸² Proposition de loi n° 595, die am 16.01.2013 der Assemblée nationale vorgelegt wurde. Verfügbar unter <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0595.asp> (30.08.2013).

¹⁸³ NOU 2009:21. Gleichzeitig konkludierte das genannte Reformprojekt, dass eine **weitere und vollständige Überarbeitung des Adoptionsrechts** unumgänglich sei.

Einzig das Recht **in England/Wales** kennt keine vergleichbare Fokussierung auf den Personenstand der Eltern. Dort können Paare in einem weiten Sinn („couples“) gemeinsam ein Kind adoptieren. Dies schliesst sowohl **verheiratete** als auch in einer **eingetragenen Lebenspartnerschaft** lebende Paare ein; ein Paar in diesem Sinne sind „zwei Personen (ob **verschiedenen oder des gleichen Geschlechts**), die als Partner **in einer dauerhaften familiären Beziehung** zusammenleben“. Nach der Rechtsprechung ist nicht einmal erforderlich, dass das Paar auch dauerhaft zusammen wohnt.¹⁸⁴ Eine Adoption durch eine einzelne Person ist zwar auch möglich. Voraussetzung ist dort aber, dass diese Person weder verheiratet ist noch in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt.

14. Stiefkindadoption

14.1. Vorbemerkung

Eine weitere Form der Adoption, die einem Kind zwei Elternteile vermittelt, ist die im folgenden sogenannte Stiefkindadoption. Damit sind Fälle gemeint, in denen das Kind bereits einen Elternteil im rechtlichen Sinne hat. Dessen Partner wird die Adoption des Kindes durch die Stiefkindadoption in der Form ermöglicht, dass das bereits bestehende Kindesverhältnis bestehen bleibt und ein zweites Kindesverhältnis zum adoptierenden Partner entsteht.

14.2. Zusammenfassung

Auch hier zeigen die von uns untersuchten Rechtsordnungen Präferenzen für Ehepaare: Die Möglichkeit einer Stiefkindadoption besteht z.B. in Norwegen und Frankreich ausschliesslich zwischen Ehegatten. Dies gilt auch für **gleichgeschlechtliche Ehen**, es sei denn, das Kind ist ein Adoptivkind, das ursprünglich aus einem fremden Staat kommt, der eine solche Adoption nicht zulässt.¹⁸⁵ **Deutschland** und **Österreich** lassen die Stiefkindadoption durch **Ehegatten** wie auch **eingetragene Lebenspartner** zu. In **Deutschland** hat das **Bundesverfassungsgericht** entschieden, dass das zwischen eingetragenen Lebenspartnern geltende Verbot der Adoption des adoptierten, nicht leiblichen Kindes des eingetragenen Lebenspartners gegen die deutsche Verfassung verstösst. England nimmt mit der Anknüpfung an nicht formalisierte tatsächliche Lebensverhältnisse wiederum eine Sonderstellung ein.

14.3. Länderübersicht

In **Frankreich** hat sich die rechtliche Lage mit Inkrafttreten des Gesetzes vom **17. Mai 2013** gewandelt. Nunmehr ist die Volladoption eines Kindes des Ehegatten zulässig, wenn das Kind keinen anderen Elternteil im rechtlichen Sinne als den Ehegatten hat.¹⁸⁶ Unabhängig von dieser Voraussetzung ist die einfache Adoption eines zuvor vom Ehegatten adoptierten Kindes durch den anderen Ehegatten möglich.¹⁸⁷

¹⁸⁴ In der Entscheidung *Re T (a child)* [2010] EWCH 964, para 16, führte Richter Hedley aus: “Erforderlich ist: erstens, die eindeutige Absicht ein Familienleben zu begründen und aufrechtzuerhalten, und zweitens, eine tatsächliches Umfeld, dass mit dieser Absicht übereinstimmt. Hierbei handelt es sich eindeutig um eine Frage von Tatsachen und Mass in jedem Einzelfall.” Übersetzung durch das Institut.

¹⁸⁵ § 5a Adoptionsgesetz.

¹⁸⁶ Article 345-1 CC.

¹⁸⁷ Nouvel alinéa 3 de l’article 360 CC ajouté par la loi du 17 mai 2013. «L’enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l’être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple ».

Auch in **Österreich** hat sich die Rechtslage kürzlich mit dem **Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013** (AdRÄG 2013) in Umsetzung des Urteils des EMGR vom 19.2.2013¹⁸⁸ geändert. Die **Stiefkindadoption** ist nunmehr für **gleichgeschlechtliche Paare** rechtlich möglich.

Im **deutschen** Recht steht die Stiefkindadoption Ehegatten¹⁸⁹ und eingetragenen Lebenspartnern¹⁹⁰ offen. Das Kind wird dadurch deren gemeinschaftliches Kind. Unbeachtlich ist, ob das Kindschaftsverhältnis auf Abstammung oder auf Adoption beruht. Dies galt zunächst nur für Ehegatten, seit einer **Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Februar 2013**¹⁹¹ gilt dies – bis zu einer gesetzlichen Neuregelung – auch für **eingetragene Lebenspartner**. Das Lebenspartnerschaftsgesetz hatte in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft nur die Möglichkeit der Stiefkindadoption im engeren Sinne vorgesehen, d.h. die Möglichkeit der Adoption des leiblichen, nicht jedoch eines adoptierten Kindes des eingetragenen Partners. Dies verletzte nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sowohl die betroffenen Kinder als auch die eingetragenen Lebenspartner in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, da in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft bereits die Adoption eines leiblichen Kindes des eingetragenen Partners und zwischen Ehegatten auch die Adoption eines adoptierten Kindes des Ehegatten gesetzlich zulässig ist.

In **England** hingegen knüpft die Stiefkindadoption an die **tatsächlichen Lebensverhältnisse** an: Danach kann eine einzelne Person ein Kind adoptieren, wenn sie der Partner (gleichen oder verschiedenen Geschlechts) eines Elternteils des Kindes ist. Erfasst ist hiervon neben dem Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartner auch jede Person, zu der eine „dauerhafte Beziehung“ besteht.¹⁹²

15. Widerruf der Adoption

15.1. Zusammenfassung

Um das rechtliche Kindesverhältnis stabil und dauerhaft zu sichern, sind Widerruf sowie Aufhebung einer Adoption nur in engen Grenzen zulässig. Der Blick auf die hier untersuchten Rechtsordnungen scheint dabei Verbindungen zwischen den Widerrufsmöglichkeiten und den einzelnen Adoptionsformen zu offenbaren. Dies zeigt sich besonders deutlich in den Rechtsordnungen, in denen verschiedene Adoptionsformen bestehen. So ist der Widerruf bzw. die Rückgängigmachung der Adoption grundsätzlich nur möglich, wenn es sich um eine Adoption handelt, die nicht die Wirkungen der Volladoption hat.

15.2. Länderübersicht

Im **französischen** Recht z.B. ist die Volladoption nicht widerruflich.¹⁹³ Der Widerruf der einfachen Adoption kann jedoch bei Vorliegen schwerwiegender Gründe („motifs graves“) unter bestimmten Voraussetzungen sowohl durch das Adoptivkind als auch die Adoptiveltern beantragt werden.¹⁹⁴ Ähnlich ist die Volladoption im italienischen Recht nicht widerruflich. Die Aufhebung der einfachen Adoption kann jedoch beantragt werden, wenn sich das Adoptivkind oder die Adoptiveltern eines Angriffs auf das Leben oder eines Verbrechens eines gewissen Gewichts zulasten des jeweils anderen

¹⁸⁸ Beschw-Nr. 19010/07.

¹⁸⁹ § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB.

¹⁹⁰ § 9 Abs. 7 LPartG.

¹⁹¹ BVerfG, Urt. V. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, S. 847 ff.

¹⁹² Adoption and Children Act 2002, section 144(4) defines ‘partner’ broadly.

¹⁹³ Art. 359 Code civil.

¹⁹⁴ Art. 370 Code civil.

oder dessen Familie schuldig gemacht haben.¹⁹⁵ Der Staatsanwalt kann in Italien die Aufhebung der Adoption beantragen, wenn die Adoptiveltern ihre Pflichten verletzen.¹⁹⁶

Im **deutschen** Recht ist die Adoption ebenfalls grundsätzlich unwiderruflich. Die Aufhebung der Adoption ist nur in Ausnahmefällen möglich. Die Aufhebung ist z.B. möglich, wenn bei der Adoption gravierende Fehler in Hinblick auf besonders bedeutsame Einwilligungen erfolgt sind oder wenn die Aufhebungen der Adoption aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist.¹⁹⁷ Eine besondere Aufhebungsmöglichkeit besteht zudem im Falle der einfachen Adoption eines Volljährigen, die dessen bestehende Verwandtschaftsverhältnisse unberührt gelassen hat: Sie kann aus wichtigem Grund aufgehoben werden.¹⁹⁸

Dass eine Adoption mit den Wirkungen einer Volladoption zumindest überprüft werden können muss, bestätigt auch das englische Recht: Zwar ist die Adoption grundsätzlich unwiderruflich. Gegen den Adoptionsbeschluss besteht jedoch unter besonderen Voraussetzungen und zeitlich beschränkt eine Anfechtungsmöglichkeit.¹⁹⁹

16. Erbrecht

16.1. Vorbemerkung

Wie bereits oben zu den rechtlichen Beziehungen innerhalb von Partnerschaften ausgeführt, konzentriert sich auch die Untersuchung der Wirkungen der rechtlichen Beziehungen zwischen Kindern und Eltern auf die Bestimmung des Personenkreises, dessen Beteiligung am Nachlass des Erblassers geschützt wird. Einzelheiten zu Art und Ausgestaltung der entsprechenden, grundsätzlich unausschliessbaren Rechte sind hingegen nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

16.2. Zusammenfassung

Die Betrachtung der hier untersuchten Rechtsordnungen zeigt, dass alle Rechtsordnungen die angemessene Beteiligung der Kinder eines Erblassers an dessen Nachlass sichern. Die Rechtsordnungen, die ein **Pflichtteilsrecht** kennen, räumen dieses insbesondere den Kindern des Erblassers ein. Abgestellt wird hierbei auf das Bestehen eines statusrechtlichen Kindesverhältnisses. In **Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich** und **Norwegen** können die Kinder also Rechte in Hinblick auf den Nachlass geltend machen, selbst wenn der Erblasser sie nicht ausdrücklich oder nicht angemessen bedacht hat. Dabei sind die Rechte der Kinder unabhängig von der Art des Kindesverhältnisses, d.h. unabhängig von der Frage, ob es durch Abstammung oder Adoption und gegenüber verheirateten oder unverheirateten Eltern entstanden ist. Eine Ausnahme zu diesem Grundsatz bilden Sonderregelungen im französischen Recht, die das Pflichtteilsrecht adoptierter Kinder gegenüber den Verwandten ihrer Adoptiveltern in aufsteigender Linie einschränken. Neben den statusrechtlichen Beziehungen nimmt von den untersuchten Rechtsordnungen, die ein Pflichtteilsrecht kennen, allein das österreichische Recht auch die tatsächlichen Verhältnisse in Bezug, wenn es eine Pflichtteils minderung zulässt, soweit kein tatsächliches Näheverhältnis zwischen dem Erblasser und dessen Kind bestand.

¹⁹⁵ Art. 51 bis 54 Gesetz n° 184/1983.

¹⁹⁶ Art. 53, alinea 1, Gesetz n° 184/1983.

¹⁹⁷ §§ 1759 ff. BGB. Vgl. zum Ganzen: D. Schwab, Familienrecht, 18. Auflage, München 2010, Rn. 803 ff.

¹⁹⁸ § 1771 BGB.

¹⁹⁹ Adoption and Children Act 2002, section 100.

16.3 Länderübersicht

Das **englische Recht** erlaubt es ebenfalls auch Kindern, einen Versorgungsanspruch gegen den Nachlass geltend zu machen. Alle Kinder eines Erblassers, d.h. eheliche und nichteheliche, adoptierte und leibliche Kinder, werden hierbei gleich behandelt.

Im **deutschen Recht** steht den Kindern eines Erblassers, unabhängig davon, ob sie ehelich oder ausserehelich geboren oder adoptiert wurden, ein gesetzliches Erbrecht wie auch ein Pflichtteilsanspruch zu.²⁰⁰ Dies wurde zuletzt durch das **Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder** vom 12. April **2011**²⁰¹ bestätigt. Dieses hat eine Unterscheidung des deutschen Erbrechts zwischen vor und nach dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder beseitigt hat.

Nach **französischem Recht** sind die Kinder eines Erblassers ebenfalls Pflichtteilsberechtigte. Dabei findet keine Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern mehr statt. Sonderregelungen bestehen allerdings in Hinblick auf adoptierte Kinder. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass ein im Wege der einfachen Adoption angenommenes Kind aufgrund der Verdoppelung des Kindesverhältnisses auch im rechtlichen Sinn sowohl bei Versterben eines leiblichen Elternteils wie auch bei Versterben eines Adoptivelternteils zur Erbschaft berufen ist. Allerdings ist ihr Pflichtteilsrecht gegenüber Verwandten der Adoptiveltern in aufsteigender Linie, d.h. deren Eltern, Grosseltern und weiterer Vorfahren mit deren Familien, von Gesetzes wegen ausgeschlossen.²⁰² Ebenso ist das Pflichtteilsrecht gegenüber Verwandten der Adoptiveltern in aufsteigender Linie im Falle der Volladoption ausgeschlossen.²⁰³

Das **italienische Recht** behandelt grundsätzlich alle Kinder im rechtlichen Sinne, d.h. eheliche, nichteheliche und adoptierte Kinder, gleich. Sie sind gesetzliche Erben²⁰⁴ und Pflichtteilsberechtigte²⁰⁵. Die Begriffe des „nichtehelichen Kindes“ und „ehelichen Kindes“ wurden durch das Gesetz vom 10. Dezember **2012** (n° 219) durch den Begriff „Kind“ ersetzt. Dabei bleibt abzuwarten, wie die Regierung die ihr übertragene Aufgabe, alle verbleibenden Differenzierungen zwischen ehelichen, nichtehelichen und adoptierten Kindern bis zum 1. Januar 2014 zu beseitigen, lösen wird.

Im **österreichischen Recht** sind Kinder ebenfalls gesetzliche Erben²⁰⁶ und Pflichtteilsberechtigte²⁰⁷. Eheliche und nichteheliche Kinder wurden einander bereits vor Abschaffung der Unterscheidung im Erbrecht gleichgestellt.²⁰⁸ Wenn der Erblasser und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit in einem **Näheverhältnis** standen, wie es in der Familie zwischen solchen Verwandten gewöhnlich besteht, kommt es nach österreichischem Recht zu einer Pflichtteilsminderung. Dieses Minderungsrecht betrifft faktisch vornehmlich **nichteheliche** Kinder. Der Erblasser kann dann den Pflichtteil auf die Hälfte mindern. Das Recht auf Pflichtteilsminderung steht seit 2001 nicht zu, wenn der Erblasser die Ausübung des Rechts auf persönliche Kontakte mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt

²⁰⁰ §§ 1924, 2303 Abs. 1 BGB.

²⁰¹ Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung vom 12. 4. 2011, BGBl. 2011, Teil I, Nr. 17, S. 615 f. Dem Gesetz voraus ging das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrecht vom 28.5.2009 (3545/04 = BWNotZ 2009, S. 203 ff.).

²⁰² Art. 364 CC.

²⁰³ Art. 733 CC : « La loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder.

Les droits résultant de la filiation adoptive sont réglés au titre de l'adoption ».

²⁰⁴ Article 565 Code civil.

²⁰⁵ Article 536 Code civil.

²⁰⁶ § 730 ABGB.

²⁰⁷ § 762 ABGB.

²⁰⁸ ErbRÄG 1989 BGBl 1989/656; für Erbfälle ab 1.1.1991.

hat.²⁰⁹ Die Beurteilung des üblichen Näheverhältnisses zwischen den infrage kommenden Verwandten beruht auf einer Einzelfallbetrachtung. Es muss jedenfalls über einen gewissen längeren Zeitraum hinweg eine geistige und emotionale Beziehung bestanden haben; gemeinsames Wohnen ist nicht erforderlich.

Nach **norwegischem Recht** haben die Kinder ebenfalls Anspruch auf einen Pflichtteil, und zwar ungeachtet der Frage der Ehelichkeit oder Nichteelichkeit.²¹⁰ Inwieweit die im **April 2011** ernannte **Reformkommission** zum Erbgesetz im Rahmen seiner Untersuchungen zur Neuausrichtung des Pflichtteilsrechts inklusive der Überprüfung von Wertgrenzen auch das Pflichtteilsrecht der Kinder verändern, ist unklar.²¹¹

Das englische Recht kennt kein Pflichtteilsrecht im oben beschriebenen Sinne. Jedoch können einzelne Personen Versorgungsansprüche gegen den Nachlass geltend machen, wenn sie als testamentarische oder gesetzliche Erben nicht angemessen am Nachlass beteiligt werden. Dies umfasst eheliche als auch nichteheliche, adoptierte Kinder sowie ungeborene Kinder des Erblassers²¹². Eine Unterscheidung findet insoweit nicht statt. Zudem ist „jede Person, die nicht zu den vorgenannten Gruppen von Antragsberechtigten gehört, deren Unterhalt aber entweder ganz oder zum Teil vom Erblasser unmittelbar vor seinem Tod finanziert wurde“ antragsberechtig²¹³.

²⁰⁹ § 773a ABGB. Durch den Gesetzgeber 1989 eingeführt.

²¹⁰ § 4 Erbgesetz, Lødrup, Arveretten, 5. Aufl. 2009, S. 18.

²¹¹ S.o. ...

²¹² Sections 1(1)(c) and 25(1).

²¹³ Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, section 1(1)(e).

ANHANG: LÄNDERBERICHTE

DEUTSCHLAND

A. Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften

1. Verankerung der eingetragenen Partnerschaft im Gesetz

Mit dem am 1. August 2001 in Kraft getretenen Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften²¹⁴ wurde in Deutschland die Möglichkeit geschaffen, eine sogenannte **eingetragene Lebenspartnerschaft** einzugehen. Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist im **Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft** (nachfolgend **LPartG**) geregelt. Sie ist ein eigenständiges familienrechtliches Institut, das ausschliesslich gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht.²¹⁵ Mehrere Gesetzesentwürfe zur Öffnung der Ehe für homosexuelle Paare wurden im Jahr 2013 bereits in den Bundestag eingebracht, jedoch nicht weiterverfolgt.²¹⁶

Die Rechtsfolgen und Wirkungen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft entsprechen inzwischen im Wesentlichen den Wirkungen einer traditionellen Ehe. Die seit 2001 erfolgten Gesetzesänderungen beruhen dabei weitgehend auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, das Ungleichbehandlungen gegenüber der traditionellen Ehe am Gleichheitsgrundrecht misst. Zuletzt trat am 19. Juli 2013 eine **Änderung des Einkommensteuergesetzes** in Kraft, mit der die eingetragene Lebenspartnerschaft auch in einkommensteuerrechtlicher Hinsicht der Ehe gleichgestellt wird.²¹⁷

Personen gleichen Geschlechts

Mit einer **Entscheidung vom 11. Januar 2011**²¹⁸ hat das Bundesverfassungsgericht die Voraussetzungen gelockert, unter denen **homosexuelle Transsexuelle** eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen können. Bis zu dieser Entscheidung, konnten homosexuelle Transsexuelle eine eingetragene Lebenspartnerschaft erst begründen, wenn ihr Geschlecht personenstandsrechtlich geändert wurde. Dies setzte nach deutschem Recht u.a. voraus, dass die Person dauernd fortpflanzungsunfähig ist und ihre äusseren Geschlechtsmerkmale operativ dem anderen Geschlecht entsprechend gestaltet worden sind. Diese Voraussetzungen hat das Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit einer transsexuellen Person erklärt.²¹⁹

²¹⁴ BGBl. 2001, Teil I, Nr. 9, S. 266 ff.

²¹⁵ § 1 LPartG. Das LPartG ist u.a. verfügbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/> (13.08.2013).

²¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 17/13426 (Gesetzesentwurf des Bundesrates) und BT-Drucks. 17/12677 (Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

²¹⁷ Gesetz zur Änderung des Einkommenssteuergesetzes in Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 7. Mai 2013 vom 15.7.2013, BGBl. 2013, Teil I, Nr. 38, S. 2397. Diesem Gesetz ging ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.5.2013 (2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07 = DStR 2013, S. 1228 ff.) voraus. Die Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe im Bereich der Erbschafts- und Schenkungssteuer wurde bereits zuvor durch das Jahressteuergesetz 2010 (BGBl. 2010, Teil I, Nr. 62, S. 1768 ff.) gesetzlich umgesetzt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07 = DStR 2010, S. 1721 ff.).

²¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07 = NJW 2011, 909.

²¹⁹ Bis zum Inkrafttreten einer noch ausstehenden gesetzlichen Neuregelungen sind diese Voraussetzungen unanwendbar; homosexuelle Transsexuelle können daher, auch ohne Durchführung einer

2. Verankerung des Konkubinats im Gesetz

Das bloss faktische Konkubinats, das in Deutschland als nichteheliche Lebensgemeinschaft bezeichnet wird, ist im deutschen Recht **nicht als eigenständiges Rechtsinstitut geregelt**. Eine **Petition**, mit der die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für nichteheliche Lebensgemeinschaften gefordert wurde, verfolgte der Bundestag **2008** nicht weiter.²²⁰ Es bestehen gleichwohl vereinzelte Normen, die sich auch auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft beziehen. Gesetzlich verankert wurde 2007 der bereits zuvor von der Rechtsprechung anerkannte Grundsatz, dass der nacheheliche Unterhaltsanspruch beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, wenn der Anspruchsberechtigte „in einer verfestigten Lebensgemeinschaft“ lebt.²²¹ Im Rahmen der 2008 eingeführten Pflegezeit, die einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit zur Pflege naher Angehöriger begründet, sind auch „Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft“ als Angehörige erfasst.²²² Daneben ist z.B. im Sozialhilferecht geregelt, dass „Personen, die in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft leben,“ hinsichtlich der Voraussetzungen sowie des Umfangs der Sozialhilfe nicht besser gestellt werden dürfen als Ehegatten.²²³

In der Regel sind nichteheliche Lebensgefährten zudem erfasst, wenn gesetzliche Regelungen an die häusliche Gemeinschaft anknüpfen. Im deutschen Mietrecht werden z.B. neben Ehegatten und Familienangehörigen auch „Personen, die mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen,“ geschützt. Im Falle des Todes des Mieters steht ihnen ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag zu.²²⁴ Im Versicherungsrecht hat der Gesetzgeber 2007 das Familienangehörigenprivileg, das Regressansprüche der Versicherung gegen Familienangehörige des Geschädigten ausschloss, in ein Haushaltsangehörigenprivileg erweitert und so nichteheliche Lebensgefährten einbezogen.²²⁵ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2013²²⁶ hat der Bundesgerichtshof auch das Familienprivileg des Sozialversicherungsrechts im Wege der Analogie auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ausgedehnt.

Abgesehen von solchen Einzelregelungen, richten sich die Rechtsverhältnisse von Personen, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, nach den **allgemeinen Vorschriften**. Ein Ausgleich gegenseitiger, auf das gemeinsame Zusammenleben bezogener Zuwendungen der Lebensgefährten ist danach im Falle der Trennung grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings hat **der Bundesgerichtshof im Jahr 2008**²²⁷ die Möglichkeiten der Lebensgefährten erweitert, im Einzelfall nach einer Trennung Ausgleich für Leistungen zu verlangen, die das für das tägliche Zusammenleben Erforderliche überschreiten.

Operation der äusseren Geschlechtsmerkmale und ohne dauernd fortpflanzungsunfähig zu sein, eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen.

²²⁰ Vgl. https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2005/_09/_09/Petition_7.abschlussbegruendung.pdf.pdf (16.08.2013).

²²¹ § 1579 Nr. 2 BGB. Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. 2007, Teil I, Nr. 69, S. 3189 ff.

²²² § 7 Abs. 3 Nr. 2 Var. 3 PflegeZG. Vgl. das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) vom 28.5.2008, BGBl. 2008, Teil I, Nr. 20, S. 874 ff.

²²³ § 20 Satz 1 SGB XII.

²²⁴ § 563 Abs. 2 Satz 4 BGB. Vgl. auch § 549 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

²²⁵ § 86 Abs. 3 VVG. Vgl. das Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23.11.2007, BGBl. 2007, Teil I, Nr. 59, S. 2631 ff.

²²⁶ BGH, Urt. v. 5.2.2013 – VI ZR 274/12 = NZV 2013, S. 334 ff.

²²⁷ BGH, Urt. v. 9.7.2008 – XII ZR 179/05 = NJW 2008, S. 3277 ff.

In Ausübung ihrer allgemeinen Vertragsfreiheit können die nichtehelichen Lebensgefährten Partnerschaftsverträge abschliessen. So können sie ihre rechtlichen Beziehungen zueinander regeln. Dabei können sie auf die gesetzlichen Güterstände Bezug nehmen. Ebenso können sie sich den deutsch-französischen Wahlgüterstand gemäss dem Abkommen Deutschlands und Frankreichs über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft, das am 1. Mai 2013 in Kraft getreten ist,²²⁸ zum Vorbild ihrer eigenen Regelungen machen. Partnerschaftsverträge binden aber nur die nichtehelichen Lebensgefährten. Dritten gegenüber entfalten sie keine Wirkung. Auch können sie nicht zu einer Änderung des personenstandsrechtlichen Status der nichtehelichen Lebensgefährten führen.

In oder nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehen **grundsätzlich keine gesetzlichen Unterhaltspflichten** zwischen den nichtehelichen Lebensgefährten. Ausnahmsweise können Unterhaltsansprüche in begrenztem Umfang infolge der Geburt eines Kindes entstehen.²²⁹ Diese Unterhaltsansprüche knüpfen dann jedoch an die Geburt des gemeinsamen Kindes und nicht an das Zusammenleben von Vater und Mutter an, d.h. diese Unterhaltsansprüche stehen dem betreuenden Elternteil unabhängig davon zu, ob er mit dem anderen Elternteil in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenlebt oder nicht.²³⁰

3. Vorsorgeausgleich und Funktionsäquivalente

Die Altersvorsorge setzt sich in Deutschland aus der gesetzlichen Vorsorge, betrieblicher Vorsorge und privater Vorsorge zusammen.

Der Ausgleich von während einer Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft erworbenen Anrechten auf Versorgung erfolgt im Wege des Versorgungsausgleichs.²³¹ Durch das **Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAstrRefG)** vom 3. April 2009²³² wurde der Versorgungsausgleich komplett neu gestaltet und das Gesetz über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz – VersAusglG) eingeführt. Vom Versorgungsausgleich nach neuem Recht sind **sowohl Anwartschaften auf eine künftige Versorgung als auch bereits bestehende Ansprüche auf laufende Versorgungen** erfasst. Dies gilt für die im Inland sowie die im Ausland bestehenden Rechte. Der Ausgleich betrifft nur die in der Ehezeit erworbenen Anteile der erfassten Anrechte, die sogenannten Ehezeitanteile. Er erfolgt durch hälftige Teilung der Ehezeitanteile an den einzelnen Anrechten zwischen den Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartnern.

²²⁸ Vgl. Gesetz zu dem Abkommen vom 4.2.2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft vom 15.3.2011, gemeinsam mit dem Text des Abkommens veröffentlicht in BGBl. 2011, Teil II, Nr. 7, S. 178 ff.

²²⁹ § 1615I BGB. Der Unterhaltsanspruch nicht miteinander verheirateter Eltern wegen der Betreuung von Kindern wurde dem Unterhaltsanspruch geschiedener Eltern wegen der Betreuung von Kindern gemäss § 1570 BGB infolge eines Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 28.2.2007 (1 BvL 9/04 = NJW 2007, S. 1735 ff.) durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007 (BGBl. 2007, Teil I, Nr. 69, S. 3189 ff.) weitgehend angeglichen.

²³⁰ Entsprechend richtet sich die Höhe des Unterhaltsanspruchs nicht nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, sondern allein nach der Lebensstellung des Anspruchsberechtigten und dessen Einkommensverhältnissen vor der Geburt. Das Zusammenleben der Eltern in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann jedoch für eine zeitliche Verlängerung des Unterhaltsanspruchs sprechen, wenn dadurch ein besonderer Vertrauenstatbestand für den Anspruchsberechtigten geschaffen worden ist. Vgl. BGH, Urt. v. 16.7.2008 – XII ZR 109/05 = NJW 2008, S. 3125 ff.

²³¹ § 1587 BGB, § 20 LPartG.

²³² In Kraft getreten am 1.9.2009. BGBl. 2009, Teil I, Nr. 18, S. 700 ff.

Der Versorgungsausgleich wird grundsätzlich als **Wertausgleich** durchgeführt. Das bedeutet, dass jedes einzelne Versorgungsanrecht nach dem bereits beschriebenen Verhältnis geteilt wird. In der Regel geschieht dies im Wege der sogenannten **internen Teilung**. Bei dieser Form werden die Versorgungsanrechte bei dem jeweiligen Versorgungsträger, bei dem sie bestehen (d.h. intern), real geteilt. Das Versorgungsanrecht des ausgleichspflichtigen Teils verringert sich dadurch; für den ausgleichsberechtigten Teil wird entweder ein neues Versorgungsanrecht begründet oder ein bestehendes vergrößert. Daneben besteht die Möglichkeit der sogenannten **externen Teilung**, bei der bei einem anderen Versorgungsträger ein Anrecht in Höhe des auszugleichenden Teils begründet wird. Das Versorgungsanrecht des ausgleichspflichtigen Teils wird entsprechend verringert.

Für einzelne Versorgungsanrechte ist der Wertausgleich ausgeschlossen. Dies betrifft insbesondere Versorgungsanrechte, die bei ausländischen, zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Versorgungsträgern bestehen. In diesem Fall findet der **Ausgleich schuldrechtlich** statt. Der ausgleichsberechtigte Teil hat dann gegen den anderen Teil Anspruch auf Zahlung einer monatlichen Ausgleichsrente oder Abtretung der Versorgungsansprüche gegenüber dem Versorgungsträger in Höhe des auszugleichenden Teils.

Die Ehegatten bzw. eingetragene Lebenspartner können den **Versorgungsausgleich vertraglich regeln**. Eine solche Regelung kann einzelne Fragen betreffen, kann den Versorgungsausgleich aber auch im Ganzen ausschliessen oder als rein schuldrechtlichen Ausgleich gestalten. Die Vereinbarung muss notariell beurkundet werden. Sie bindet das Familiengericht, soweit dieses nicht infolge einer Inhalts- und Ausübungskontrolle nach allgemeinen Vorschriften die Vereinbarung für unwirksam befindet.

Bei der Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft findet kein Versorgungsausgleich statt. Eine Erstreckung des Versorgungsausgleichs auf nichteheliche Lebensgemeinschaften wurde zwar im Vorfeld des VAStRefG angesprochen,²³³ im Ergebnis aber abgelehnt.

4. Erbrecht

Das deutsche Erbrecht berücksichtigt den **Ehegatten und den eingetragenen Lebenspartner des Erblassers grundsätzlich in gleicher Weise**. Dem Ehegatten sowie dem eingetragenen Lebenspartner steht ein eigenes **gesetzliches Erbrecht** zu, wenn die Ehe bzw. eingetragene Lebenspartnerschaft beim Tod des Erblassers noch besteht.²³⁴ Hat der Erblasser seinen Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartner von der Erbfolge ausgeschlossen, verbleibt dem Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartner zumindest der **Pflichtteilsanspruch**.²³⁵

Ehegatten oder eingetragene Lebenspartner haben zudem die Möglichkeit ein sogenanntes **gemeinschaftliches Testament** zu errichten.²³⁶ Die Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartner können so ihre Testamente miteinander verbinden und auch inhaltlich voneinander abhängig machen. Gegenüber einem Erbvertrag bietet das gemeinschaftliche Testament den Vorteil, dass die gesetzlichen Regelungen sich am mutmasslichen Interesse der Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartner als Paar orientieren. Zudem gelten für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments weniger strenge Formvorschriften.

²³³ F. Ruland, Versorgungsausgleich, 3. Auflage 2011, 1. Kapitel, Rn. 75 mit Verweis auf Abg. Dagdelen, BT-StenBer. 16/19286.

²³⁴ § 1931 BGB, § 10 Abs. 1 bis 3 LPartG.

²³⁵ § 2303 BGB, § 10 Abs. 6 LPartG.

²³⁶ §§ 2265 ff. BGB, § 10 Abs. 4 BGB.

In Hinblick auf eine **nichteheliche Lebensgemeinschaft** enthält das deutsche Erbrecht **keine besondere gesetzliche Regelung**. Rechte am Erbe hat ein nichtehelicher Lebensgefährte grundsätzlich nur, wenn er vom Erblasser im Rahmen der allgemeinen Testierfreiheit bedacht wurde.

B. Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern

1. Kindesverhältnis

Das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ist Anknüpfungspunkt zahlreicher Rechte und Pflichten. Dazu gehören insbesondere das elterliche Sorgerecht, wechselseitige Unterhaltspflichten sowie das Erbrecht.

1.1. Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses

Nach heutigem deutschen Recht ist grundsätzlich unbeachtlich, ob das Verwandtschaftsverhältnis im Wege der Abstammung – ehelich oder nichtehelich – oder durch Adoption entstanden ist. Unterschiedliche Regelungen bestehen nur noch, wo aufgrund der Regelungstechnik des deutschen Familienrechts ein Bedürfnis hierfür besteht.

Exkurs: Elterliche Sorge bei Nichtverheirateten (neueste Änderungen)

Die Rechte des nicht mit der Mutter verheirateten rechtlichen Vaters wurden durch das am 19. Mai 2013 in Kraft getretene **Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern**²³⁷ gestärkt. Der nicht mit der Mutter verheiratete Vater im Rechtssinne hat nunmehr die Möglichkeit, beim Familiengericht die Übertragung der gemeinsamen oder alleinigen elterlichen Sorge auf sich zu beantragen. Die Zustimmung der Mutter zur Übertragung der elterlichen Sorge ist nicht mehr erforderlich. Damit wurden zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus dem Jahr 2009²³⁸ und des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2010²³⁹ umgesetzt.

1.2. Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung

Durch die Abstammung wird das Verwandtschaftsverhältnis eines Kindes zu seinen Eltern begründet.

1.2.1. Mutterschaft

Der deutsche Gesetzgeber hat festgelegt, dass Mutter im Rechtssinne stets die Frau ist, **die das Kind geboren hat**.²⁴⁰ Daher ist es unbeachtlich, wenn das Kind z.B. aufgrund einer Ei- oder Embryonenspende genetisch von einer anderen Frau abstammt. Die Mutterschaft ist grundsätzlich nicht anfechtbar.

Leihmutterschaft

Die **Leihmutterschaft** und andere Formen künstlicher Fortpflanzung, durch die die genetische und die biologische Mutterschaft auseinanderfallen könnten, sind nach deutschem Recht verboten.²⁴¹ Die

²³⁷ BGBl. 2013, Teil I, Nr. 18, S. 795 ff.

²³⁸ EGMR, Urt. v. 3.12.2009 – 22028/04, Zaunegger/Deutschland = NJW 2010, S. 501 ff.

²³⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 420/09 = NJW 2010, S. 3008 ff.

²⁴⁰ § 1591 BGB.

²⁴¹ §§ 1 f. des Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – EschG), verfügbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/> (13.08.2013) und §§ 13a ff. des Gesetzes über die

Vornahme entsprechender medizinischer Eingriffe und die Vermittlung von Leihmüttern ist unter Strafe gestellt; die Leihmutter selbst und die Wunscheltern bleiben jedoch straffrei.

Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft

Ausfluss dieses Verbotes ist, dass die Mutterschaft einer deutschen Wunschmutter im Falle der Geburt des Kindes im Ausland durch eine ausländische Leihmutter grundsätzlich in Deutschland nicht anerkannt wird. Dies gilt selbst, wenn sie in der ausländischen Geburtsurkunde als Mutter im rechtlichen Sinne aufgeführt wird.²⁴² Da das deutsche Recht die Abstammung aber sowohl an den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes als auch – im Verhältnis zur Wunschmutter – an die Staatsangehörigkeit der Wunschmutter knüpft, ist die Anerkennung der Mutterschaft einer Wunschmutter im Falle der Leihmutterschaft möglich, wenn die Wunschmutter einem Staat angehört, der die Abstammung des Kindes von der Wunsch- anstelle der Leihmutter bejaht, oder wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem solchen Staat haben soll.²⁴³

1.2.2. Vaterschaft

In Hinblick auf die Vaterschaft bestehen nach deutschem Recht verschiedene Anknüpfungspunkte. Vorrangiger Anknüpfungspunkt ist nach wie vor das Eheverhältnis der Mutter: Ist die Mutter bei der Geburt des Kindes verheiratet, wird ihr **Ehemann von Gesetzes wegen Vater im Rechtssinne**.²⁴⁴ Solange die gesetzliche Vaterschaft des Ehemanns der Mutter besteht, ist die Anerkennung der Vaterschaft durch einen Dritten ausgeschlossen.

Für den **nichtehelichen Lebensgefährten** der Mutter besteht keine vergleichbare Regelung. Seine Vaterschaft kann nur im Wege der **Anerkennung** oder einer **Vaterschaftsfeststellungsklage** begründet werden.

Anfechtung der Vaterschaft

Ein **Anfechtungsrecht** bezüglich der Vaterschaft eines Dritten steht dem Kind, dessen Mutter, dessen rechtl. Vater sowie dem mutmasslichen genetischen Vater²⁴⁵ zu. Wurde das Kind im Einverständnis seiner Mutter und deren Ehemann oder nichtehelichen Lebensgefährten mit einer Samenspende eines Dritten gezeugt, sind das Anfechtungsrecht der Mutter und das ihres Ehemanns oder nichtehelichen Lebensgefährten jedoch ausgeschlossen.²⁴⁶

Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG), verfügbar unter http://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/ (13.08.2013).

²⁴² Nicht anerkannt wurde die Mutterschaft der (deutschen) Wunschmutter z.B. in den folgenden Fällen: VG Berlin, Beschl. v. 15.4.2011 – 23 L 79/11 (Leihmutterschaft in Indien); VG Berlin, Beschl. v. 5.9.2012 – 23 L 283/12 (Leihmutterschaft in der Ukraine); OLG Stuttgart, Beschl. v. 7.2.2012 – 8 W 46/12 = NJW-RR 2012, S. 389 f. (Leihmutterschaft in Kalifornien, USA). Die Möglichkeit der Adoption dürfte den Wunscheltern aber offen stehen.

²⁴³ Art. 19 Abs. 1 EBGBG. Die Abstammung kann alternativ nach dem Recht, das auch für die allgemeinen Ehwirkungen gilt, beurteilt werden. Vgl. zum Ganzen C. Benicke, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft, StAZ 2013, S. 101 ff.

²⁴⁴ § 1592 Nr. 1 BGB.

²⁴⁵ Das Anfechtungsrecht des mutmasslichen genetischen Vaters wurde 2004 durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes vom 23.4.2004 (BGBl. 2004, Teil I, Nr. 18, S. 598 ff.) eingeführt.

²⁴⁶ § 1600 Abs. 5 BGB.

Durch das **Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes** vom 13. März 2008²⁴⁷ wurde das Anfechtungsrecht der zuständigen Behörde eingeführt. Das Anfechtungsrecht der Behörde ist für Fälle gedacht, in denen eine genetisch nicht bestehende Vaterschaft missbräuchlich anerkannt worden ist, um eine Aufenthaltserlaubnis für Mutter oder Kind zu erhalten oder dem Kind die deutsche Staatsangehörigkeit zu verschaffen. Daher ist die Behörde nur zur Anfechtung einer Vaterschaft berechtigt, wenn diese durch Anerkennung begründet worden ist.

Sowohl das Anfechtungsrecht der Behörde wie auch das des mutmasslichen genetischen Vaters stehen unter der Voraussetzung, dass zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht.²⁴⁸ Für das Anfechtungsrecht des Kindes, das verfassungsrechtlich verankert und in seiner heutigen Form seit der Kindschaftsrechtsreform von 1998²⁴⁹ gesetzlich anerkannt ist, bestehen eine vergleichbare Voraussetzung oder sonstige besondere Anfechtungsbeschränkungen²⁵⁰ nicht.

Stärkung der Stellung des genetischen, nicht rechtlichen Vaters

Ein eigenständiger Anspruch zur Klärung der genetischen Abstammung wurde durch das **Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren** vom 26. März 2008²⁵¹ eingeführt. Um herauszufinden, ob der rechtliche Vater auch der genetische Vater eines Kindes ist, gibt es dem Kind, der Mutter und dem rechtlichen Vater jeweils gegeneinander einen Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung und auf Duldung der Entnahme einer geeigneten Probe. Im Gegensatz zum Anfechtungsverfahren lässt dieses Verfahren die rechtliche Vaterschaft unabhängig vom Ergebnis der Untersuchung unberührt.

Einen Anspruch gegen die Mutter auf Benennung des (potentiellen) genetischen Vaters leitet die Rechtsprechung zugunsten des Kindes und unter besonderen Umständen auch zugunsten des rechtlichen Vaters aus allgemeinen Vorschriften her. Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 2008²⁵² hat der Bundesgerichtshof bestätigt, dass dieser Anspruch grundsätzlich im Wege der Verhängung von Zwangsgeld und Zwangshaft gegen die Mutter vollstreckbar sein kann.

Das **Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters** vom 4. Juli 2013²⁵³ hat die Lage des biologischen Vaters, der nicht Vater im Rechtssinne geworden ist, verbessert. Diesem steht seither ein allein unter dem Vorbehalt des Kindeswohl stehendes Umgangsrecht sowie ein Recht auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes zu.

²⁴⁷ BGBl. 2008, Teil I, Nr. 9, S. 313 ff.

²⁴⁸ § 1600 Abs. 2 und 3 BGB.

²⁴⁹ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16. Dezember 1997, BGBl. 1997, Teil I, Nr. 84, S. 2942 ff., in Kraft getreten am 1. Juli 1998.

²⁵⁰ Anfechtungsfristen gemäss § 1600b BGB gelten jedoch auch für das Anfechtungsrecht des Kindes.

²⁵¹ BGBl. 2008, Teil I, Nr. 11, S. 441 ff. Dem Gesetz ging ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13.2.2007 (1 BvR 421/05 = NJW 2007, S. 753 ff.) voraus.

²⁵² BGH, Beschl. v. 3.7.2008 – I ZB 87/06 = NJW 2008, S. 2919 ff.

²⁵³ In Kraft getreten am 13.7.2013 – BGBl. 2013, Teil I, Nr. 36, S. 2176 f. Vorausgegangen waren diesem Gesetz zwei Entscheidungen des EGMR (Urt. v. 21.12.2010 – 20578/07, Anayo/Deutschland = NJW 2011, S. 3565 ff. und Urt. v. 15.9.2011 – 17080/07, Schneider/Deutschland = NJW 2012, S. 2781 ff.).

1.3. Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption

1.3.1. Formen und Rechtswirkungen der Adoption

Durch die Adoption erhält das adoptierte Kind nach deutschem Recht die Stellung eines rechtlichen Kindes der Adoptiveltern. Die rechtlichen Beziehungen des Adoptivkindes zu seinen Adoptiveltern unterscheiden sich nicht von den durch Abstammung vermittelten rechtlichen Beziehungen. Die Verwandtschaftsbeziehungen zu den vormaligen Eltern und deren Verwandten erlöschen (**Grundsatz der Volladoption**).²⁵⁴ Nur im Fall der Adoption einer volljährigen Person, die nach deutschem Recht nur in engen Grenzen zulässig ist, bestehen die Verwandtschaftsverhältnisse zu den vormaligen, in der Regel leiblichen Verwandten grundsätzlich fort.²⁵⁵

1.3.2. Widerruf der Adoption

Die Adoption erfolgt im deutschen Recht durch **Beschluss des Familiengerichts**.²⁵⁶ Sie ist grundsätzlich unanfechtbar; die durch sie begründeten Verwandtschaftsverhältnisse sollen endgültig sein. Die **Aufhebung der Adoption** ist im deutschen Recht daher **nur in Ausnahmefällen** unter besonderen Voraussetzungen möglich: Zum einen kann eine Adoption aufgehoben werden, wenn bestimmte, für die Adoption besonders bedeutsame Einwilligungen nicht abgegeben worden sind oder an besonders gravierenden Fehlern leiden. Zum anderen kann die Adoption aufgehoben werden, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist.²⁵⁷ Eine besondere Aufhebungsmöglichkeit besteht für die einfache Adoption eines Volljährigen, die dessen bestehende Verwandtschaftsverhältnisse unberührt gelassen hat: Sie kann aus wichtigem Grund aufgehoben werden.²⁵⁸

1.3.3. Allgemeine Voraussetzungen der Adoption

Die Zulässigkeit der Adoption hängt massgeblich davon ab, ob sie dem **Wohl des Kindes** dient und zu erwarten ist, dass zwischen dem Adoptierenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht.²⁵⁹ Zu den weiteren Voraussetzungen zählt das **Mindestalter** der Adoptierenden, das nach deutschem Recht bei 25, in Ausnahmefällen bei 21 Jahren liegt.²⁶⁰ Daneben müssen die Einwilligungserklärungen des Kindes und seiner bisherigen Eltern sowie gegebenenfalls des Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartners des Adoptierenden in notariell beurkundeter Form vorliegen.²⁶¹ Eine der Adoption vorangehende **Probezeit**, in der die Adoptiveltern das Kind bereits in Pflege hatten, ist nach deutschem Recht ebenfalls vorgesehen.²⁶² Sie stellt jedoch keine zwingende Adoptionsvoraussetzung dar, sondern soll als Regelfall die Beurteilung der Adoption in Hinblick auf das Kindeswohl durch das entscheidende Gericht erleichtern. Ihre Dauer soll eine dem Einzelfall angemessene Zeit betragen; in

²⁵⁴ Vgl. §§ 1754 ff. BGB.

²⁵⁵ § 1770 BGB. Die Adoption einer volljährigen Person ist nach deutschem Recht der Ausnahmefall. Unter besonderen Voraussetzungen ist sie auch in Form der Volladoption möglich, § 1772 BGB. Die folgenden Ausführungen beziehen sich, soweit nicht anders erwähnt, auf den Regelfall der Minderjährigenadoption.

²⁵⁶ § 1752 BGB.

²⁵⁷ §§ 1759 ff. BGB. Vgl. zum Ganzen: D. Schwab, Familienrecht, 18. Auflage, München 2010, Rn. 803 ff.

²⁵⁸ § 1771 BGB.

²⁵⁹ § 1741 BGB.

²⁶⁰ § 1743 BGB.

²⁶¹ § 9 Abs. 6 LPartG.

²⁶² § 1744 BGB.

der Regel beträgt sie mindestens ein Jahr.²⁶³ In Ausnahmefällen kann auf eine solche Probezeit ganz verzichtet werden.

1.3.4. Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung

Ehegatten können ein Kind nur im Wege der **gemeinschaftlichen Adoption** annehmen.²⁶⁴ Daneben besteht für einen Ehegatten die Möglichkeit, das Kind des anderen Ehegatten anzunehmen.²⁶⁵ Das Kind wird dadurch das gemeinschaftliche Kind beider Ehegatten. Unbeachtlich ist, ob das Kindschaftsverhältnis zum anderen Ehegatten auf Abstammung oder auf Adoption beruht. D.h. sowohl die **Stiefkindadoption** als auch die **Sukzessivadoption** sind zwischen Ehegatten zulässig.

Die gemeinschaftliche Adoption steht anderen Paaren als Ehepaaren nicht offen. Eine Adoption kann dann nur als **Alleinadoption** durch eine Person, d.h. gegebenenfalls durch einen eingetragenen Lebenspartner oder einen nichtehelichen Lebensgefährten allein durchgeführt werden.²⁶⁶

Nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz steht **eingetragenen Lebenspartnern** die Möglichkeit offen, das Kind ihres Lebenspartners anzunehmen, sodass es das gemeinschaftliche Kind der eingetragenen Lebenspartner wird (**Stiefkindadoption**).²⁶⁷ Gesetzliche Voraussetzung ist, dass das Kind der Lebenspartners von diesem abstammt; eine Sukzessivadoption ist nach der gesetzlichen Regelung nicht möglich. Mit einer **Entscheidung vom 19. Februar 2013**²⁶⁸ hat das Bundesverfassungsgericht den Ausschluss der **Sukzessivadoption für eingetragene Lebenspartner** für verfassungswidrig erklärt. Da sowohl die Sukzessivadoption zwischen Ehegatten als auch die Stiefkindadoption zwischen eingetragenen Lebenspartnern nach geltendem Recht möglich seien, verletze das Verbot der Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner sowohl die betroffenen Kinder als auch die eingetragenen Lebenspartner in ihrem Recht auf Gleichbehandlung. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Sukzessivadoption zwischen eingetragenen Lebenspartnern möglich. Ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren wurde noch nicht eingeleitet.

2. Erbrecht

Die **Kinder eines Erblassers** werden im deutschen Erbrecht unabhängig davon, ob sie ehelich oder ausserehelich geboren oder adoptiert wurden, berücksichtigt. Ihnen steht sowohl ein gesetzliches Erbrecht wie auch ein Pflichtteilsanspruch zu.²⁶⁹ Zuletzt wurde durch das **Gesetz zur erbrechtlichen**

²⁶³ Vgl. Freie und Hansestadt Hamburg, Adoption – Annahme als Kind, 3. Auflage 2010, S. 13, verfügbar unter <http://www.hamburg.de/contentblob/119108/data/adoptionsbroschuere.pdf> (14.08.2013); Serviceweiten des Landes Baden-Württemberg, verfügbar unter <http://www.service-bw.de/zfinder-bw-web/lifesituations.do?llid=1132908&llmid=0&vbid=1132943&vbmid=0&action=processes> (14.08.2013).

²⁶⁴ § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB. Ein Ehegatte kann ein Kind auch alleine annehmen, wenn der andere Ehegatte geschäftsunfähig ist oder das Mindestalter von 21 Jahren noch nicht erreicht hat, § 1741 Abs. 2 Satz 4 BGB.

²⁶⁵ § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB.

²⁶⁶ Zum Partner des Adoptierenden besteht dann kein Kindschaftsverhältnis. Enge Bezugspersonen des Kindes, die für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben, haben jedoch unabhängig vom Bestehen eines Kindschaftsverhältnisses ein Recht auf Umgang mit dem Kind, § 1685 Abs. 2 BGB. Dies gilt insbesondere für Personen, die mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt haben.

²⁶⁷ § 9 Abs. 7 LPartG i.V.m. § 1742 BGB a contrario.

²⁶⁸ BVerfG, Urt. V. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, S. 847 ff.

²⁶⁹ §§ 1924, 2303 Abs. 1 BGB.

Gleichstellung nichtehelicher Kinder vom 12. April 2011²⁷⁰ die Unterscheidung des deutschen Erbrechts zwischen vor und nach dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder beseitigt. Den **Eltern des Erblassers** steht im deutschen Recht ebenfalls ein gesetzliches Erbrecht oder der Pflichtteilsanspruch zu.²⁷¹ Hinterlässt der Erblasser Kinder oder weiter entfernte Abkömmlinge, sind

²⁷⁰ Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung vom 12.4.2011, BGBl. 2011, Teil I, Nr. 17, S. 615 f. Dem Gesetz voraus ging das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrecht vom 28.5.2009 (3545/04 = BWNotZ 2009, S. 203 ff.).

²⁷¹ §§ 1925, 2303 Abs. 1, 2309 BGB.

ENGLAND & WALES

A. Family law and couples

1. Legal recognition of registered partnerships

In 2004, Parliament enacted the **Civil Partnership Act**, establishing a mechanism to enable – only – those in same-sex relationships to achieve a status functionally equivalent to marriage, thereby giving recognition to their partnership. The approach of the legislation is almost entirely **to equate the institution of a civil partnership with that of marriage**. It is at the same time a special kind of contract as well as providing a separate legal status.

There is therefore **very little case law specific to civil partnerships**. The only widely reported case is that of *Lawrence v. Gallagher*²⁷² in 2012 (see below under Pensions), where the Supreme Court addressed their first case concerning financial orders following the dissolution of a civil partnership.

2. Legal recognition of cohabiting couples

Although cohabiting couples are recognized in many contexts, such as financial provision on death, there is **no such recognition in relation to the cohabitants' financial and property rights on separation**. Instead, the law determines their ownership of particular assets by reference to the law of contract, property and trusts.

The courts have been known to apply general principles of property and trust law in order to establish ownership of individual assets, relying on parties' intentions regarding the ownership of an asset in dispute. In the **absence of family legislation specifically recognising the rights of cohabitants**, the courts are not (unlike in the case of divorce) entitled to substitute their own view of what is the fair outcome on separation. The law provides no scope for orders that take effect, for example, over parties' pension funds, nor any obligations on one cohabitee to provide future financial maintenance to the other.

In a **2007 review**²⁷³ of the absence of rules in this area, the Law Commission made **proposals for some measure of legal protection for separating cohabitants**. However, it was announced by the Coalition Government in September 2011 that these **recommendations would not be taken forward**.²⁷⁴

²⁷² *Lawrence v. Gallagher* [2012] EWCA Civ 394, available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/394.html> (16.07.2013).

²⁷³ The Law Commission, *Cohabitation: the Financial Consequences of Relationship Breakdown*, July 2007, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc307_Cohabitation.pdf (11.06.2013).

²⁷⁴ Hansard, *Written Ministerial Statements*, 6 September 2011, available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmhansrd/cm110906/wmstext/110906m0001.htm#11090644000011> (11.06.2013).

3. Sharing occupational pensions and equivalents

Regulation of pensions in the UK

The UK government operates a state pension scheme which has recently seen a massive overhaul. On 9th May 2013, the Department for Work and Pensions introduced the **Pensions Bill**²⁷⁵ in Parliament. This vastly simplifies the current system of various tiers of state pension and introduces a flat-rate state pension for anyone reaching retirement age after April 2016.

Entitlement to the pension will be earned by and paid to individuals, and **no longer will married partners be able to claim a second pension (the married couple's pension)** based on their working partner's National Insurance (NI) contributions record (a tax paid to the Government, usually out of salary). The new state pension will be based purely on the length of time each partner has made their own individual NI contributions. Carers and those looking after children will be treated as having made such contributions in relevant years, thereby ensuring they are not penalised for years during which they were unable to contribute.²⁷⁶

Starting from October 2012, **employers will also have to enrol employees into an occupational pension scheme**, who are aged 22 or over and who earn more than a specified minimum salary.²⁷⁷ This 'automatic enrolment' process is being introduced on a phased basis, beginning with large employers. It is therefore an obligation on employers rather than individuals, but the ultimate aim is to help more people have another income, on top of the state pension, when they retire.

There is **no known connection linking pensions and homeownership** which has relevance to matrimonial law.

Pensions on the breakdown of a relationship

As mentioned above, the flat-rate **state pension** will shortly be introduced, and everyone will qualify for it individually, whether single, married, divorced or widowed; there are no special rules for marriage or divorce. Accordingly, there will be no facility to inherit or derive rights to the state pension from a spouse or civil partner.

As to **occupational pension schemes or personal pension schemes**, a court has the power to make two kinds of order where a marriage ends in divorce.

The first is a **pension attachment order**²⁷⁸ where the court has powers to require the person responsible for the pension arrangement (such as the trustees or managers of the pension scheme) to make payments (including lump sums) to the benefit of a pensioner's spouse as and when such payments fall due on retirement. Such order will express the amount of the payment as a percentage of the payment due to the pensioner. These provisions enable a court to ' earmark ' some or all of a spouse's future pension in favour of the other and do not require the court to compensate a spouse for actual or potential loss of future pension benefits.

Given that this relies on future estimations of the value of a pension, and does not allow couples to perform a clean break, the more common option is the second: a **pension sharing order**. This

²⁷⁵ Pensions Bill, available at http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2013-2014/0006/cbill_2013-20140006_en_1.htm (11.06.2013).

²⁷⁶ HM Government, Policy: Making the State Pension simpler and fairer, 10 May 2013, available at <https://www.gov.uk/government/policies/making-the-state-pension-simpler-and-fairer> (11.06.2013).

²⁷⁷ Pensions Act 2008, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/30/contents> (19.08.2013).

²⁷⁸ Matrimonial Causes Act 1973, section 23.

readjusts the spouses' pension entitlements and enables each party to make future pension arrangements independent of the other. The spouse in whose favour the order is made can either become a member of the other's pension scheme in her own right, or she can transfer the value of the ordered share into her own pension arrangement. This will happen at the time of the divorce, and the order will be in the form of a percentage share of the member's rights. For the time being under the current system, this can include the state pension and additional state pension, allowing the divorced spouse or civil partner to receive an enhanced state pension based on the national insurance contributions of their ex-partner. After the new flat-rate state pension is introduced however, people will ultimately no longer be able to derive state pension income based on the National Insurance record of their spouse or civil partner. State pensions will then no longer feature in divorce proceedings. A transitional period will nevertheless apply, and existing pension sharing orders will be honoured.

A further alternative (known as "pension offsetting") is for the court to permit a financial arrangement whereby the partner with the pension will retain their pension, while their partner receives another asset of equal value.

Insofar as **civil partnerships** are concerned however, the principles and rules applying to marriage also apply to civil partnerships. In the 2012 case of *Lawrence v. Gallagher*,²⁷⁹ the Supreme Court addressed their first case concerning financial orders following the dissolution of a civil partnership. It established that the fact **that the dispute arose from the dissolution of a civil partnership rather than a marriage made no difference** since it was accepted that the language of the Civil Partnership Act 2004 (concerning civil partnerships) is identical to the language of the Matrimonial Causes Act 1973 (concerning marriages).

As to **unmarried couples**, as confirmed above, there is no recognition under UK law of cohabitants or common law spouses in the field of family law, and so **marital rules on the allocation of pensions on the breakdown of such a relationship have no parallel**.

Finally, it should also be mentioned that the Law Commission has been examining the **status and enforceability of marital property (pre-nuptial, post nuptial etc.) agreements** since October 2009, and this project was extended in 2011 to also consider the **meaning of "financial needs"** of parties following divorce.²⁸⁰ There is no indication that this review is being undertaken with a view to introducing particular legislation however.

Final recommendations are expected in autumn 2013.

4. Succession

The **Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975** restricts the traditional characteristic of English law of complete freedom of testamentary disposition. It prevents the deceased from making insufficient provision or no provision for his/her partners and children (among others), whether he or she has made a will or died intestate. Specifically, it allows a person to apply to the court for an order on the ground that the disposition of the deceased's estate does not make reasonable financial provision for the applicant.

²⁷⁹ *Lawrence v. Gallagher* [2012] EWCA Civ 394, available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/394.html> (16.07.2013).

²⁸⁰ The Law Commission, *Marital Property Agreements – A Consultation Paper*, 11 January 2011, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp198_Marital_Property_Agreements_Consultation.pdf (11.06.2013).

Potential beneficiaries extend to anyone who immediately before the death of the deceased was being (financially) maintained by the deceased, and **includes the spouse or civil partner of the deceased** as well as **any other person that was living in the same household** as the deceased as if he were his/her spouse or civil partner for at least two years prior to his/her death.

The court is required to follow statutory directions²⁸¹ as to matters to be considered in determining whether the deceased has failed to make reasonable financial provision to the applicant. **All applicants are treated under the same legislative regime.** In the case of spouses or civil partners however, the court may award from the deceased's estate such financial provision as it would be reasonable in the circumstances of the case for a husband or wife or civil partner to receive *whether or not* that provision is required for his or her maintenance; in the case of cohabitants and other applicants, it only means such financial provision the applicant should receive for his or her maintenance.²⁸²

Latest developments on succession

On 21st March 2013, the Government announced that it would accept recommendations of a Law Commission Report²⁸³ and **introduce a draft Inheritance and Trustees' Powers Bill**²⁸⁴ bringing in a range of **reforms to inheritance arrangements on the death of family members**.²⁸⁵ It is understood that these will not directly alter the above regime for seeking financial provision, but will principally simplify intestacy rules to give better access to a broader range of family members connected to the deceased to their assets where they die without having made a will.

Further recommendations²⁸⁶ which would **give unmarried partners who have lived together for five years the right to inherit on each other's death** under intestacy rules will not yet be taken forward.

B. Relations between parent and child

1. The parent-child relationship

Latest Developments in the regulation of parent-child relations

In September 2012, the Government announced **draft legislation**²⁸⁷ incorporating many of the recommendations made by a **review of the UK's family justice system**,²⁸⁸ principally concerning

²⁸¹ Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, section 3.

²⁸² *Ibid*, sections 1(2)(b), 25(1).

²⁸³ The Law Commission, Intestacy and Family Provision Claims on Death, 13 December 2011, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc331_intestacy_report.pdf (11.06.2013).

²⁸⁴ Inheritance and Trustees' Powers Bill, available under 'related documents' from <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/inheritance-trustees-power-bill> (11.06.2013).

²⁸⁵ Further information on the reforms is available on the web page of the Law Commission, Intestacy and Family Provision Claims on Death, at <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/intestacy-and-family-provision-claims-on-death.htm> (11.06.2013).

²⁸⁶ To be given effect by the draft Inheritance (Cohabitants) Bill, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/inheritance_cohabitation_bill_alternative-version.pdf (11.06.2013).

²⁸⁷ Department for Education, Draft legislation on family justice, September 2012, available at <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm84/8437/8437.pdf> (10.06.2013)

²⁸⁸ Norgrove, David, Family Justice Review – Final Report, November 2011, available at

improvements to the protection of children's interests on the breakup of their parents' relationship. The proposed statute (the "Children and Families Bill")²⁸⁹ is **currently being debated** in Parliament.

The Law Commission (responsible for making recommendations on reforms) has also been tasked with **reviewing current statutory powers ordering parents to make financial provision for their children following divorce**. In particular, it will focus on the effectiveness of legal tools available for the enforcement of such orders. This review will commence in autumn 2013.²⁹⁰

1.1. Existence of different forms of the parent-child relationship

As a result of successive Acts of Parliament, the harsh common law position that an illegitimate child had no legal relationship with his father, or initially with his mother, has been significantly mitigated, and the concept of legitimacy has been widened.

The **legal disadvantages attached to illegitimacy have nearly all been removed**, but it should nevertheless be noted that the **basic status of legitimacy and illegitimacy remains** and is to some extent still relevant in determining the legal relationship between a child and his parents. For example, one important difference is that, whereas parties seeking a divorce must necessarily have their plans for their child's future scrutinised by the court, there is no similar scrutiny in cases where unmarried parents separate.²⁹¹

1.2. Creation of the parent-child relationship by filiation

1.2.1. Maternity

English law treats the carrying mother (i.e., the gestational mother rather than the genetic mother) as the legal mother of a child born to her. The Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (HFEA)²⁹² reinforces this default position, stating that the woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm or eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

Surrogacy

A surrogate mother will therefore automatically be treated as the child's legal mother even if she is not the genetic mother, and an order must then be obtained by the commissioning parents which will have the effect of extinguishing the parental status of the birth parent(s) in favour of the commissioning parents.

The HFEA 2008 regulates the creation and use of all human embryos outside the body – whatever the process used in their creation. It also allows for the recognition of both partners in a same-sex relationship as legal parents of children conceived through the use of donated sperm, eggs or embryos. Rules remain complicated, but it is broadly the case that in a lesbian civil partnership which

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181133/FJR-2011.pdf (10.06.2013).

²⁸⁹ Children and Families Bill, available at http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2013-2014/0005/cbill_2013-20140005_en_1.htm (10.06.2013).

²⁹⁰ Family financial orders – enforcement, web page available at <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/family-financial-orders.htm> (10.06.2013).

²⁹¹ Matrimonial Causes Act 1978, section 41.

²⁹² Section 33(1). The Human Fertilisation and Embryology Act 2008 available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> (16.07.2013).

exists at the time of conception, the non-birth mother will now be treated as the child's second legal parent.

The HFEA 2008 furthermore enables people in same sex relationships and unmarried couples to apply to be treated as the parents of a child born using a surrogate. It is **only when surrogacy has been arranged through a licensed clinic** and the surrogate has either been artificially inseminated or implanted with an embryo or sperm and egg that the HFEA is engaged however. To give effect to the surrogacy arrangement, the intended social mother **must either adopt the child** or she can, within six months of the child's birth, **apply together with her partner for a parental order**.²⁹³ In the latter case, the gametes of at least one of the applicants must have been used to bring about the creation of the embryo, and, among other conditions, the applicants must be husband and wife, civil partners or "two persons who are living as partners in an enduring family relationship....".²⁹⁴

Other conditions include that the court which considers the application must be satisfied that no money or other benefit has been given or received by the parties involved (save for reasonable expenses – see below). Surrogacy arrangements in the UK are expressly recognised by the Surrogacy Arrangements Act 1985, and the HFEA 2008 must be read in conjunction with this legislation. **Surrogacy arrangements made on a commercial basis are, under the 1985 Act, prohibited**,²⁹⁵ amounting to a criminal offence for those involved in negotiating or making such an arrangement. It is also a criminal offence for anyone to advertise that a woman is willing to enter into or to facilitate the making of a surrogacy arrangement.²⁹⁶

Recognition of foreign surrogacy

As to **foreign surrogacy**, the HFEA 2008²⁹⁷ clarifies that the carrying mother (and not the genetic mother) is treated as the legal mother of a child, even if she was outside the UK at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs. Case law²⁹⁸ has confirmed that the UK law on parenthood applies for UK purposes, regardless of what the foreign law says. This means that **English law takes precedence over any foreign law on parentage** and that foreign birth certificates and court orders will not be recognised by the UK. As a result, as in domestic surrogacy cases, the **commissioned parents must apply in the UK for a parental order** after the child is born.

In international surrogacy cases, the court will usually expect that the commissioned parents will have paid more than 'reasonable expenses' and so it will need to 'authorise' those payments in accordance with s.54 HFEA 2008. In doing so, UK courts must be satisfied that no money or benefit has been given in consideration of the surrogacy. **Guiding principles**, established in a 2009 case,²⁹⁹ have since been relied on by courts considering such applications, **to ensure that international**

²⁹³ HFEA 2008, section 54(1).

²⁹⁴ HFEA 2008, section 54(2)(c).

²⁹⁵ Although surrogate mothers may be paid reasonable expenses of up to £10,000 in accordance with British Medical Association Guidelines.

²⁹⁶ Sections 2(1) and 3 Surrogacy Arrangements Act 1985. Section 1A of the Surrogacy Arrangements Act 1985 states that 'no surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.' Thus any arrangement concerning the care of the child after birth is enforceable only if it is construed as a consent within the meaning of section 54 HFEA 2008 rather than as a contractual term agreed when the arrangement was originally made.

²⁹⁷ Section 33(1)(c).

²⁹⁸ *Re: X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html> (12.08.2013).

²⁹⁹ *Re S (Parental Order)* [2009] EWHC 2977.

surrogacy arrangements were not being used to circumvent UK laws prohibiting commercial surrogacy.³⁰⁰

1.2.2. Paternity

There has long been a **common law presumption that a woman's husband is the father of any child born to her.**

Contesting paternity

According to section 26 of the **Family Law Reform Act 1969**,³⁰¹ **however, such presumption may, in civil proceedings, be rebutted** on the balance of probabilities. The man named on a child's birth certificate is also presumed to be the child's father.³⁰² This can also be challenged on the balance of probabilities under the same legal provision.

Anyone deemed to have sufficient personal interest may seek a declaration that a person is or was the parent of another person (and **a child may also seek a declaration concerning themselves**).³⁰³ The court, however, retains discretion to refuse to hear an application from a child 'if they consider that the determination of the application would not be in the child's best interests.'³⁰⁴ The Family Reform Act 1969 regulates the powers of the court in relation to scientific tests for determining parentage, and inferences to be drawn where scientific tests cannot be performed.³⁰⁵

In the context of assisted reproduction, the Family Law Reform Act 1987 provides that where a child was born to a married woman as a result of artificial insemination by a donor, no man other than her husband is to be treated as the child's father unless it is shown that the husband did not consent to the insemination.³⁰⁶

The HFEA Act 2008 also regulates situations regarding the legal responsibility of a donor, including where consent is not given by the mother's husband to artificial insemination by a donor and making distinctions between fatherhood by intention and fatherhood by biology.³⁰⁷

1.3 Creation of the parent-child relationship by adoption

1.3.1. Nature and effects of adoption

There is **no direct equivalent under UK law to an "adoption simple"** under which a child may maintain certain contact with his or her biological parents. Instead, an adoption order awarded by a court (being the only way by which adoption may take place) has the effect of completely severing

³⁰⁰ These are ensuring that: (a) commercial surrogacy arrangements were not used to circumvent childcare laws in the UK, so as to result in the approval of arrangements in favour of people who would not have been approved as parents under any set of existing arrangements in the UK; (b) the court was not getting involved in anything that looked like a simple payment for effectively buying children overseas; and (c) although the sums of money that might look modest in themselves, they were not in fact of such substance that they overbore the will of the surrogate.

³⁰¹ Family Law Reform Act 1969, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46> (16.07.2013).

³⁰² Births and Deaths Registration Act 1953, section 34(2).

³⁰³ Family Law Act 1986, section 56 and 55A.

³⁰⁴ Family Law Act 1986, section 55A(5).

³⁰⁵ Family Law Reform Act 1969, section 20(1).

³⁰⁶ Family Law Reform Act 1987, section 27.

³⁰⁷ HFEA 2008, sections 35-40.

the legal relationship between the child and his birth parents,³⁰⁸ vesting full parental responsibility exclusively in the adopters.³⁰⁹

There is also the possibility for former parents, or anyone else, to seek a court order,³¹⁰ with the leave of the courts, to have contact or residence rights with regard to the adopted child. In the case of the former parent(s) however, this will rarely be granted.

1.3.2. Revocability of an adoption

The main effect of an adoption order is to make a **complete and permanent transfer of legal parentage**.³¹¹ In other words, it can be said to be irrevocable. Apart from a right of appeal both against the making and the refusal to make an adoption order (in special circumstances and immediately following the granting of adoption),³¹² **the only other way the adoption status may be changed is by a second adoption by another person.**³¹³

1.3.3. General conditions for an adoption

Other than certain relatives of a child or people acting pursuant to an order of the High Court, it is **only an approved adoption agency that may make arrangements for adoption.**³¹⁴

As to who is appropriate to act as an adoptive parent, the Adoption and Children Act 2002 provides for the **same process to apply in deciding whether to make an adoption order, regardless of the identity of the potential adopter(s)**. The process itself, nevertheless, contains **key principles** which guide courts and adoption agencies in placing a child with an adopter. First, the paramount consideration must be the child's welfare throughout his life; secondly, it must be borne in mind that, in general, any delay in coming to the decision is likely to prejudice the child's welfare; thirdly, the court must not make any order under the Act unless it considers that making the order would be better for the child than not doing so.³¹⁵

1.3.4. Way of life of the adopters as a condition for adoption

The 2002 Act states that an **adoption order may be made in favour of a couple if both are over 21 years old**, or if one of them is the child's mother or father and is at least 18 years old.³¹⁶ A 'couple' means a **married or civilly registered couple** or "two people (whether of different sexes or the same

³⁰⁸ It should however be noted that sections 80 and 81 of the Adoption and Children Act 2002 require the maintenance of an **Adoption Contact Register** and an **Adopted Child Register**. The first is a register that enables adopted persons and their birth relatives to contact each other where they both want to do so, and the second is a register that enables an adopted adult to gain access to his or her birth records. The Adoption and Children Act 2002, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents> (16.07.2013).

³⁰⁹ Adoption and Children Act 2002, section 67.

³¹⁰ Under the Children Act 1989, section 8.

³¹¹ Adoption and Children Act 2002, section 46(1) and (2).

³¹² Adoption and Children Act 2002, section 100: there is no general inherent power to set an adoption aside and, in the absence of procedural irregularities or mistakes, no power exists to revoke an order.

³¹³ Adoption and Children Act 2002, section 46(5).

³¹⁴ Adoption and Children Act 2002, section 92.

³¹⁵ Adoption and Children Act 2002, section 1.

³¹⁶ Adoption and Children Act 2002, section 50.

sex) living as partners in an enduring family relationship.” This latter clearly **includes cohabiting couples**, but case law has indicated that cohabitation is not even required.³¹⁷

The Adoption and Children Act 2002 **also allows for one person to adopt a child** if that person is over the age of 21 and is not married or a registered civil partner.³¹⁸

A person is also **eligible to adopt if he or she is the partner (same-sex or opposite-sex) of a parent of a child** (a so called “step parent” adoption). These provisions apply to the birth parent’s spouse, civil partner or anyone else with whom he or she has an ‘enduring relationship’.³¹⁹

Latest Developments in the regulation of adoption

In March 2012, the UK’s Department for Education published its **Action Plan for Adoption**,³²⁰ setting out proposals designed to **overhaul the current system for prospective adopters** and to strengthen the performance regime for local authorities. Recognising that existing arrangements are too bureaucratic and that it takes too long for children to be placed with potential adopters, the new system will aim to **cut the approval process for new adopters (determining whether a person is suitable for adoption) to six months**. It will further bring in a **system of ‘scorecards’** by which local authorities can be rated by those involved and held to account.

In January 2013, the existing proposals were expanded to include measures **giving potential adopters a much more active role in the matching process** and which **provide more ongoing support** once the adoption process has been completed.³²¹ The final draft provisions form part of the Children and Families Bill (see above), introduced on 4th February 2013 and currently progressing through Parliament.³²²

2. Succession

Treatment of children according to status

As discussed above, it is a traditional characteristic of English law that a testator (the future deceased) generally has complete freedom of testamentary disposition. There is **no specific requirement on a person to make any particular provision for dependants or others in their will**.

The previous common law **presumption that the term ‘children’ in a will applied only to legitimate children was reversed** by the Family Law Reform Act 1969.

Where a person dies without leaving a will, the Family Law Reform Act 1987 provides that for the purposes of the distribution of the estate of an intestate, any relationship shall be construed **without**

³¹⁷ In *Re T (a child)* [2010] EWCH 964, para 16, Hedley J said: “What is required is: first, an unambiguous intention to create and maintain family life, and secondly, a factual matrix consistent with that intention. That is clearly a question of fact and degree in each case.”

³¹⁸ Adoption and Children Act 2002, section 51(2).

³¹⁹ Adoption and Children Act 2002, section 144(4) defines ‘partner’ broadly.

³²⁰ Department for Education, An Action Plan for Adoption: Tackling Delay, March 2012, available at <http://media.education.gov.uk/assets/files/pdf/a/an%20action%20plan%20for%20adoption.pdf> (11.06.2013).

³²¹ HM Government Press Release, New drive to help children find adoptive families, 3 January 2013, available at <https://www.gov.uk/government/news/new-drive-to-help-children-find-adoptive-families> (11.06.2013).

³²² Part 1, Children and Families Bill, *op. cit.*

regard to whether the parents of the deceased, the claimant or any person through whom the claimant is related to the deceased were **married to each other**.

An **adopted child is treated as though he were the child of his adopters and of no other person**.³²³ He or she will be treated as a brother or sister of the whole blood of any other child or adopted child of both the adopters in circumstances where he or she was adopted by a couple; he or she will be treated as a brother or sister of the half blood of any child or adopted child of one of the parents. Similarly, if he or she was adopted by only one person, he will be in the position of a brother of the half blood of any child or adopted child of his adopter. **He or she will have no claims on the death of his or her birth parents** or anyone related to them.

Financial provision for children and surviving parents of children

As discussed above, the **Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975** is the principal exception to the freedom of testamentary disposition, and allows a person to apply to the court for an order on the ground that the disposition of the deceased's estate does not make reasonable financial provision for the applicant. This **includes a child whose parents were not married to each other, an adopted child, and unborn children**.³²⁴ Rules applied in determining such applications do not discriminate between legitimate, illegitimate and adopted children.

Other potential applicants include, "any person, not falling within any other class of applicant, who was being maintained, either wholly or in part, by the deceased immediately before his death."³²⁵ This is a "catch all" provision and will often be relied on by a cohabitant, but can include other members of the same family, such as parents of the deceased or siblings.

³²³ Adoption and Children Act 2002, sections 67, 69 and 73(5).

³²⁴ Sections 1(1)(c) and 25(1).

³²⁵ Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, section 1(1)(e).

FRANCE

A. Les rapports au sein des couples

1. Reconnaissance légale du partenariat enregistré

Par la **loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs** (Pacte civil de solidarité)³²⁶, le droit français a permis, pour la première fois, aux couples de conclure un contrat (le Pacs) pour encadrer leur union. Il est à noter que cette loi n'est pas destinée uniquement aux couples homosexuels³²⁷. D'ailleurs, les statistiques montrent que la majorité des Pacs conclus l'ont été par des couples hétérosexuels³²⁸. La réglementation du Pacs s'est rapprochée au fil du temps de celle du mariage, mais des différences importantes ont quand-même subsistées³²⁹.

L'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous (mariage homosexuel) n'a pas eu pour effet de supprimer ou de modifier les dispositions relatives au Pacs mais la doctrine se demande si le Pacs a encore sa place dès lors qu'il fut conçu pour les couples homosexuels, interdits de mariage jadis. La réponse devrait être positive puisque les deux formes d'engagement présentent des différences notables. Car contrairement au Pacs, le mariage homosexuel emporte, en principe, les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois que le mariage hétérosexuel.³³⁰ En plus, la très grande majorité des Pacs sont conclus par des couples hétérosexuels³³¹.

2. Reconnaissance légale du concubinage

La loi française contient, depuis 1999, un seul article sur le concubinage qui consiste en une **définition** de celui-ci³³². De cette définition, il ressort que le concubinage peut exister «entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe». C'est à la jurisprudence qu'il est revenu de détailler le régime du concubinage. En l'absence de textes précisant le statut patrimonial des concubins et en l'absence de conventions entre les concubins, la jurisprudence a eu recours aux principes généraux. L'analyse de la jurisprudence permet d'identifier trois fondements possibles pour réclamer les créances³³³. En plus, dans des cas particuliers, la jurisprudence a alloué des dommages et intérêts pour rupture fautive du concubinage.³³⁴

³²⁶ Cette loi a été intégrée au Code civil aux articles 515-1 à 515-7-1. Ces articles ont été modifiés à plusieurs reprises pour rapprocher le Pacs du mariage. Pour la version en vigueur des textes, v. http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2B795D82F230C1470DBF7C04468F1226.tpdjo06v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130813 (13.08.2013).

³²⁷ Art. 515-1 du Code civil.

³²⁸ http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATTEF02327 (11.09.2013).

³²⁹ V., en dernier lieu, le Décret n° 2012-966 du 20 août 2012 relatif à l'enregistrement de la déclaration, de la modification et de la dissolution du pacte civil de solidarité reçu par un notaire (JO 22 août 2012, p. 13675).

³³⁰ Art. 6-1 du Code civil.

³³¹ M. Grimaldi, «Brèves réflexions sur la loi instituant un mariage pour tous», *Defrénois* 2013, n° 13-14, p. 719 et, plus spéc., p. 721. Sur les avantages et les inconvénients des différents régimes offerts désormais aux couples homosexuels, V. J. Combret, «Couples entre personnes de même sexe : se marier ou ne pas se marier ? Regards d'un praticien», *Defrénois* 2013, n° 13-14, p. 723.

³³² Art. 515-8 du Code civil.

³³³ Cousin et E. Buat-Ménard, «Les créances entre concubins», *AJ Famille* 2013, n° 1, p. 46. Tout d'abord, on pourrait estimer que le concubin est tenu d'une obligation naturelle d'aider la personne qui partage sa vie laquelle est susceptible de se transformer en obligation civile lorsque peut être constaté

Il existe aussi quelques dispositions spécifiques applicables aux concubins dans des domaines particuliers tels que le droit social et le droit fiscal.³³⁵

3. Partage de la prévoyance professionnelle et équivalents

S'il existe également un système d'assurances sociales obligatoires et volontaires en France, ces dernières ne jouent aucun rôle en cas de divorce ou de dissolution du partenariat enregistré. Elles ne sont en effet pas prises en compte dans la liquidation du régime matrimonial et n'ont pas pour mission de contrebalancer les éventuelles disparités économiques ou personnelles entre les époux.

A défaut d'un pareil correcteur, le droit français prévoit l'attribution d'une prestation compensatoire réglée aux art. 270ss. du Code civil et dont le but est de «compenser autant que possible la disparité créée par la rupture de mariage dans les conditions de vie»³³⁶. Elle vise ainsi à réparer le préjudice matériel causé par le divorce à l'un des époux et donc à rétablir un équilibre entre les deux situations patrimoniales d'une part, mais également à compenser les conséquences des choix de vie opérés par les époux durant le mariage. En effet, le juge doit également tenir compte du fait qu'un époux ait sacrifié ou ralenti sa carrière professionnelle pour s'occuper du ménage et plus particulièrement des enfants alors que son conjoint se consacrait à son travail, à sa formation et à son évolution sur le plan social. D'une certaine manière, il s'agit d'un «rééquilibrage entre deux programmes patrimoniaux d'existence»³³⁷.

Il s'agit d'un capital dont le montant est fixé par le juge selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre³³⁸. Les critères prévus par la loi sont les suivants :

- *la durée du mariage* ; en effet, plus la durée du mariage est longue, plus les époux seront liés économiquement et plus la disparité sera causée par la rupture et justifiera, en conséquence, l'octroi d'une prestation compensatoire³³⁹.
- *l'âge et l'état de santé des époux* ;
- *leur qualification et leur situation professionnelles* ;
- *les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne* ;

un engagement unilatéral de sa part d'exécuter cette obligation naturelle. Ensuite, il serait possible de se baser sur l'article 1873 CC relatif aux sociétés créées de fait même si la jurisprudence récente se montre exigeante (V. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 06-15.249). Enfin, la théorie de l'enrichissement sans cause (ou la gestion d'affaires : Cass. civ. 1^{re}, 12 janv. 2012, n° 10-24.512) pourrait être mobilisée.

334

Cass. civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, n° 04-11.016 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1998, n° 96-10.581.

335

Par exemple en matière d'assurances maladie et maternité, une personne qui vit depuis une certaine durée avec un assuré social et se trouve à sa charge effective, totale et permanente, a les mêmes droits quant aux prestations en nature qu'un conjoint ou partenaire pacsé de l'assuré, v. art. L. 161-14 du Code de la sécurité social. En droit fiscal, le quotient familial des concubins est aligné sur celui des couples mariés, v. art. 194 du Code général des impôts. En matière de bail, la Loi 89-462 du 6 juillet 1989 prévoit que, en cas de décès d'un locataire vivant en concubinage, le concubin survivant peut, sous certaines conditions, demander le transfert du contrat de location à soi-même (art. 14 de la loi).

336

Art. 270 al. 1 du Code civil.

337

CLAUX Pierre-Jean et DAVID Stéphane, Droit et pratique du divorce, Dalloz, Paris, 2010, p. 328.

338

Art. 271 du Code civil.

339

PIWNICA Dominique, Evaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire ?, in AJ Famille, Dalloz, Paris, janvier 2013, p. 14

- le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
- leurs droits existants et prévisibles ;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à la retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa.

L'objectif initial était de conférer une nature résolument indemnitaire à la prestation compensatoire. Aujourd'hui, elle est présentée tantôt comme une indemnité, parfois comme une obligation alimentaire. Aussi, elle est considérée comme insaisissable et ne peut être compensée avec d'autres sommes³⁴⁰.

Elle est réservée au cas de divorce³⁴¹. Concernant la dissolution d'un Pacte civil de solidarité (PACS) et la rupture du concubinage, il n'est pas prévu d'attribution d'une indemnité ayant la même fonction de rééquilibrage de situations patrimoniales de deux partenaires suite à la dissolution/rupture.

4. En matière de succession

En droit français, la vocation successorale du conjoint a été, pendant longtemps, limitée. L'idée était notamment de conserver les biens dans la famille, pour empêcher la transmission du patrimoine du prémourant à la famille de l'époux survivant lorsqu'il décède à son tour. En **2001**, une réforme a accru de manière sensible les droits successoraux du conjoint. Le conjoint successible est le conjoint survivant non divorcé³⁴² mais la séparation de corps n'exclut la vocation successorale que si la convention de séparation l'a prévu³⁴³. Désormais, **le conjoint sera réservataire s'il n'y a pas d'héritiers réservataires (descendants)**. Sa réserve porte sur le quart de la succession³⁴⁴. Il convient de mentionner que lors des débats ayant précédé la réforme de 2001, des auteurs et des praticiens se sont montrés hostiles au principe même d'une réserve à cause de son incitation au divorce (plutôt divorcer que laisser hériter un conjoint mal aimé)³⁴⁵.

Les pactes sur succession future sont en principe interdits en droit français³⁴⁶.

Concernant les pactes successoraux entre époux, l'article 1389 du Code civil dispose que «Sans préjudice des libéralités qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent code, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions». Néanmoins, il est aussi prévu qu'ils peuvent, toutefois, stipuler qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un d'eux, le survivant a la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prédécédé, à charge d'en tenir compte à la succession, d'après la valeur qu'ils ont au jour où cette faculté sera exercée. La stipulation peut prévoir que l'époux survivant qui exerce cette faculté peut exiger des héritiers que lui soit consenti un bail portant sur l'immeuble dans lequel l'entreprise attribuée ou acquise est exploitée³⁴⁷.

³⁴⁰ CLAUDIA Pierre-Jean et DAVID Stéphane, Droit et pratique du divorce, Dalloz, Paris, 2010, p. 322.

³⁴¹ Art. 270 du Code civil.

³⁴² Art. 732 du Code civil.

³⁴³ Art. 301 du Code civil.

³⁴⁴ Art. 914-1 du Code civil.

³⁴⁵ P. Malaurie, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 2012, p. 70.

³⁴⁶ Art. 722 et 1130 du Code civil.

³⁴⁷ Art. 1390 du Code civil.

En l'état du droit positif, le pacsé ou le concubin survivants n'ont pas de droit légal à recueillir la succession de leur partenaire ou leur compagnon³⁴⁸.

Toutefois, les concubins et les partenaires d'un Pacs bénéficient, comme les époux, d'un droit à une rente viagère lorsque leurs concubins et partenaires décèdent à la suite d'un accident³⁴⁹.

B. Les rapports entre parents et enfants

1. Le lien de filiation

1.1. L'existence de différentes formes de filiation

Jusqu'à 2005, le droit français distinguait entre filiation naturelle et filiation légitime. Trois réformes de 1972, de 1982 et de 1993 avaient fait progresser l'égalité entre les deux types de filiation sans la consacrer pour autant. Une **ordonnance du 4 juillet 2005** est venue **unifier la filiation** et a supprimé les qualificatifs «légitime» et «naturel».

1.2. L'établissement du rapport de filiation

1.2.1. Maternité

Le droit français a évolué sur la question de l'**établissement de la maternité**. Jusqu'en 2005, l'acte de naissance ne prouvait que la maternité légitime (à l'égard d'un enfant né dans le cadre d'un mariage). Pour prouver la maternité à l'égard de l'enfant naturel, il fallait une reconnaissance explicite de la mère. A défaut de reconnaissance explicite, il fallait que possession d'état vienne corroborer l'acte de naissance désignant la mère. Ce n'est qu'en 2005 que l'égalité entre les deux types de maternité a été consacrée. Désormais, la **«filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant»**³⁵⁰. La situation matrimoniale de la mère n'a donc plus d'incidence sur cette question.

L'accouchement sous X

Il est à noter que la mère peut taire son identité lors de l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. Le droit français permet aussi l'**accouchement secret** (plus connu sous le nom de **«l'accouchement sous X»**) qui assure l'anonymat de la mère³⁵¹. Néanmoins, le droit au secret de la mère naturelle a évolué dans le sens d'un encadrement plus strict pour prendre en compte l'intérêt de l'enfant et son droit de connaître ses parents. Depuis 2002, la loi prévoit de mieux informer la mère des conséquences juridiques de l'accouchement sous X et des diverses possibilités qu'elle a de donner à tout moment son identité ou des informations³⁵². De plus, avant 2009, l'accouchement sous X constituait une fin de non-recevoir à l'exercice, par l'enfant, d'une action en recherche de maternité naturelle. La loi du 16 janvier 2009 décide désormais que l'accouchement sous X ne constitue plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité³⁵³. D'autres initiatives

³⁴⁸ P. Malaurie, *op. cit.*, p. 73

³⁴⁹ Art. L. 434-8 Code de la sécurité sociale. Pour une application récente de cet article, V. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avril 2013, n° 10-19.233 : «le concubin d'une victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle a droit à une rente viagère égale à une fraction du salaire annuel de cette dernière, lorsque le décès de la victime est survenu à compter du 1^{er} septembre 2001».

³⁵⁰ Art. 311-25 du Code civil.

³⁵¹ Art. 326 du Code civil.

³⁵² Art. L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles.

³⁵³ Art. 325 du Code civil.

visent à encadrer davantage l'accouchement sous X³⁵⁴. Il est à noter que le Conseil constitutionnel³⁵⁵ et la Cour européenne des droits de l'homme³⁵⁶ ont confirmé la conformité de l'accouchement sous X aux droits fondamentaux.

La gestation pour autrui

En droit français, la **gestation pour autrui** (appelée aussi la pratique des **mères de substitution** ou mères porteuses) est prohibée. L'article 16-7 du Code civil (issu d'une loi de 1994) déclare que «toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle». Une proposition de loi récente vise à sanctionner le fait de promouvoir ou de faciliter par l'usage d'un moyen de communication la conception d'un enfant pour autrui³⁵⁷. Il est à noter que l'article 227-8 du **Code pénal** punit le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre.

Reconnaissance de la maternité de substitution étrangère

Selon le **droit international privé français**, il n'est **pas possible de reconnaître les maternités de substitution étrangères**. Plusieurs décisions de la Cour de cassation vont en ce sens³⁵⁸. Le sort de l'enfant issu d'une maternité pour autrui est donc fort incertain. Il est à noter qu'une circulaire du 25 janvier 2013 permet la **délivrance d'un certificat de nationalité française** aux enfants nés à l'étranger d'un parent français ayant eu recours à une gestation pour autrui dès lors que le lien de filiation avec un français résulte d'un acte d'état civil probant au regard de l'art. 47 du Code civil³⁵⁹.

³⁵⁴ Proposition de loi n° 3224 déposée à l'Assemblée nationale le 28 juin 2006 : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion3224.asp> (11.09.2013). Proposition de loi Sénat, n° 109 datant du 21 novembre 2008 : <http://www.senat.fr/leg/pp108-109.html> (11.09.2013). V., en dernier lieu, le rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret remis au Premier ministre début 2011 : http://archives.gouvernement.fr/fillon_version2/premier-ministre/remise-au-premier-ministre-du-rapport-sur-l-accouchement-dans-le-secret.html (11.09.2013). Ce rapport, de 79 pages, retrace l'évolution de la question en droit français, compare les droits de 13 pays, comporte des éclairages sociologiques et préconise d'encadrer davantage l'accouchement sous X.

³⁵⁵ Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC.

³⁵⁶ CEDH, 10 janv. 2008, n° 35991/04.

³⁵⁷ Proposition de loi n° 806 présentée à l'Assemblée nationale le 13 mars 2013 : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0806.asp> (11.09.2013).

³⁵⁸ V. les arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 avril 2011 (affaires 09-17130, 09-66486 et 10-19053) : «Mais attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil».

³⁵⁹ Un auteur (Claire NEIRINCK, «La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi», *Droit de la famille* n° 3, Mars 2013, comm. 42) fait un lien entre cette circulaire et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe : «la circulaire a bien un lien implicite avec la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Elle permet à ces derniers d'obtenir l'enfant que leur sexualité ne leur permet pas de procréer et que la loi leur refuse. Elle les invite à ne pas s'impatiser si la légalisation du don de sperme et le recours à la gestation pour autrui n'est pas réalisé aussi vite qu'ils l'espèrent puisque, dès à présent, le recours frauduleux à la gestation pour autrui ne sera plus sanctionné en fait».

1.2.2. Paternité

Bien que les qualificatifs «légitime» et «naturel» aient été supprimés en matière de filiation, il demeure certaines différences relatives à l'établissement de la filiation. Le droit français reconnaît toujours un traitement préférentiel du mari en vue de l'établissement de sa paternité. En effet, l'article 312 du Code civil dispose que **l'enfant conçu ou né pendant le mariage** a pour père le mari. Cette présomption de paternité se fonde sur l'obligation de fidélité entre les époux et sur l'engagement pris par le mari lors de la célébration du mariage d'élever les enfants du couple³⁶⁰. Cette présomption ne joue pas pour les couples homosexuels mariés tel qu'il découle de l'article 6-1 du Code civil. Elle n'existe pas non plus lorsque l'enfant est né hors mariage et la paternité devra être prouvée séparément.

Pour l'établissement de la paternité d'un enfant issu d'un concubinage ou d'un Pacs, elle pourra être faite par la reconnaissance³⁶¹ ou par la possession d'état³⁶². L'enfant pourra aussi agir en justice pour établir la filiation³⁶³.

Contestation de la filiation

D'emblée, il convient de préciser que, selon l'article 336 du Code civil, le **ministère public** peut contester la filiation légalement établie si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi.

L'enfant peut en principe intenter une action pour remettre en cause sa filiation mais il faut distinguer entre plusieurs hypothèses (qui sont précisées aux articles 332 à 337 du Code civil relatifs aux actions en contestation de la filiation) car les conditions d'exercice de l'action, notamment les délais pour agir, diffèrent.

En revanche, il n'est pas possible pour l'enfant de contester sa filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance si elle a été faite ultérieurement³⁶⁴.

1.3. L'établissement de la filiation par voie d'adoption

1.3.1. Formes et effets de l'adoption

Le droit français connaît deux types de **filiation adoptive** : l'adoption plénière et l'adoption simple.

Depuis une loi de 1966, l'adoption simple ne met pas fin aux rapports entre l'adopté et sa famille d'origine. Ainsi, l'article 364 du Code civil, relatif à l'adoption simple, dispose que **l'adopté reste dans sa famille d'origine** et y conserve tous ses droits, notamment ses **droits héréditaires**. Il ajoute que les prohibitions au mariage s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine. **L'obligation alimentaire** est maintenue dans une certaine mesure³⁶⁵.

³⁶⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000262516&dateTexte=&categorieLien=id> (11.09.2013).

³⁶¹ Art. 316 du Code civil.

³⁶² Art. 317 du Code civil.

³⁶³ Art. 325 ss. du Code civil.

³⁶⁴ Art. 333, al. 2 du Code civil.

³⁶⁵ Art. 367 du Code civil.

1.3.2. Revocabilité de l'adoption

L'adoption plénière est irrévocable³⁶⁶. Ce n'est pas le cas de **l'adoption simple**. Selon l'article 370 du Code civil, «s'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou, lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public. La demande de révocation faite par l'adoptant n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de quinze ans. Lorsque l'adopté est mineur, les père et mère par le sang ou, à leur défaut, un membre de la famille d'origine jusqu'au degré de cousin germain inclus, peuvent également demander la révocation ».

1.3.3. Conditions de l'adoption

Les conditions de l'adoption simple et de l'adoption plénière se ressemblent. Les différences existantes résultent de ce que l'adoption simple est ouverte plus largement que l'adoption plénière car les effets de la première ne sont pas aussi graves que ceux de la seconde.

Les conditions relatives à l'âge de l'adoptant sont les mêmes pour les deux types d'adoption³⁶⁷. Ainsi, «[l]adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, **mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans**»³⁶⁸. «L'adoption peut être aussi demandée **par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans**»³⁶⁹. Il est à noter que la condition d'âge n'est pas exigée en cas d'adoption de l'enfant du conjoint³⁷⁰. En plus de la condition d'âge *strictu sensu*, il est nécessaire qu'il y ait une **différence d'âge** entre l'adoptant et l'adopté. Ainsi, «[l]es adoptants doivent avoir **quinze ans de plus** que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de **dix ans**. Toutefois, le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celles que prévoit l'alinéa précédent»³⁷¹.

1.3.4. Le mode de vie des parents en tant que condition

En droit français, **des époux ou une personne seule** peuvent avoir recours à l'adoption.

L'adoption peut être demandée par des **époux à condition d'être mariés depuis plus de deux ans (ou avoir l'un et l'autre plus de 28 ans)** et de ne pas être séparés de corps³⁷². Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous, **un couple homosexuel marié peut recourir à l'adoption dans les mêmes conditions qu'un couple hétérosexuel marié**³⁷³. L'autre possibilité d'adoption pour un couple homosexuel réside dans l'adoption de l'enfant du conjoint.

En revanche, **des personnes qui ne sont pas mariées ne peuvent adopter**³⁷⁴. Cet article fait donc obstacle à l'adoption par un couple de concubins ainsi que par un couple de pacsés. Ce couple pourra

³⁶⁶ Art. 359 du Code civil.

³⁶⁷ Art. 361 du Code civil.

³⁶⁸ Art. 343 du Code civil.

³⁶⁹ Art. 343-1 du Code civil.

³⁷⁰ Art. 343-2 du Code civil.

³⁷¹ Art. 344 du Code civil.

³⁷² Art. 343 du Code civil.

³⁷³ En 2012, il avait été jugé, dans le cadre d'une demande d'exequatur d'une décision étrangère autorisant une adoption par un couple homosexuel, que «l'article 346 du code civil qui réserve l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français» (Cass. Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-30.261). Il convient de préciser qu'il existe cependant un **obstacle de fait** face à l'adoption par des couples homosexuels ; G. Champenois, «L'adoption et la loi du 17 mai 2013», *Defrénois* 2013, n° 13-14, p. 731 et, plus spéc., p. 733.

³⁷⁴ Art. 346 du Code civil.

décider lequel des deux formera une demande d'adoption mais la filiation créée ne pourra qu'être unilinéaire³⁷⁵. Il est à noter qu'une proposition de loi de 2013 vise à ouvrir l'adoption plénière au profit de deux partenaires liés par un Pacs ou reconnus en communauté de vie stable et continue depuis plus de deux ans³⁷⁶. Quoi qu'il en soit, le droit international privé semble avoir amorcé le processus de renversement de la règle et il est probable que la Cour de cassation admette désormais l'exequatur des décisions étrangères d'adoption par des concubins³⁷⁷.

Une **personne seule** peut aussi recourir à l'adoption à condition d'avoir au moins 28 ans³⁷⁸. Il est à noter que cette condition n'est pas exigée s'il s'agit d'adopter l'enfant du conjoint.

Sur le fondement de cette disposition, des **célibataires homosexuels** ont formé des demandes d'adoption. Conformément à la jurisprudence de la CEDH³⁷⁹, il est désormais établi qu'il n'est pas possible de refuser à un candidat à l'adoption l'agrément administratif le cas échéant requis au seul motif de son orientation sexuelle.

La question s'était posée aussi pour savoir si un homosexuel peut adopter l'enfant de son partenaire. La Cour de cassation avait répondu par la négative³⁸⁰ car l'adoption entraînerait le transfert de l'autorité parentale au seul profit de l'adoptant, l'exercice concurrent de l'autorité parentale n'étant prévu que dans le cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint³⁸¹. Cette solution a été partiellement remise en cause par **la loi du 17 mai 2013** qui a ouvert le mariage aux couples homosexuels. En effet, l'article 345-1 du Code civil dispose que **l'adoption plénière de l'enfant du conjoint** est permise lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ainsi que lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard. L'adoption de l'enfant du conjoint homosexuel est ainsi facilitée car l'agrément et la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption ne sont pas exigés³⁸². De plus, **l'adoption simple de l'enfant précédemment adopté par le conjoint** est désormais possible en vertu d'un nouvel alinéa 3 de l'article 360 du Code civil ajouté par la loi du 17 mai 2013. Il est à noter que cette nouvelle possibilité est aussi offerte aux couples hétérosexuels.

En revanche, si le couple homosexuel (ou hétérosexuel d'ailleurs) n'est pas marié, l'impossibilité d'adopter l'enfant du partenaire demeure³⁸³. Toutefois, la Cour de cassation décide que n'est pas

³⁷⁵ F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 703.

³⁷⁶ Proposition de loi n° 595, présentée à l'Assemblée nationale le 16 janvier 2013 : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0595.asp> (11.09.2013).

³⁷⁷ En ce sens, A.-M. Leroyer, «La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur», *Recueil Dalloz* 2013, p. 1703.

³⁷⁸ Art. 343-1 du Code civil.

³⁷⁹ CEDH, gr. Ch., 22 janv. 2008, n° 43546/02.

³⁸⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-15.647.

³⁸¹ Art. 365 du Code civil.

³⁸² Art. 348-5 du Code civil.

³⁸³ V. l'arrêt précité. La distinction entre couple marié et couple non-marié, en matière d'adoption, n'est pas une discrimination condamnable au regard des droits fondamentaux. Cons. const. , 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : «le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive» ; «en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient

contraire à l'ordre public international, la décision prononçant le partage des prérogatives d'autorité parentale entre la mère biologique d'un enfant et sa partenaire ayant adopté cet enfant³⁸⁴.

2. En matière de succession

Le droit français ne fait pas de différence, au niveau du droit des successions entre les enfants nés pendant le mariage et ceux nés hors mariage. Toutefois, il existe des **règles particulières pour les enfants adoptifs**³⁸⁵. Les enfants ayant fait l'objet d'une **adoption plénière** sont assimilés aux enfants par le sang sauf qu'ils ne sont pas héritiers réservataires des ascendants de l'adoptant³⁸⁶. Lorsqu'il s'agit d'**adoption simple**, la situation est plus compliquée puisque l'adopté se trouve membre de deux familles. **En tant qu'héritier**, il dispose d'une double vocation héréditaire. D'une part, il conserve ses droits successoraux dans **la famille d'origine**³⁸⁷, d'autre part, l'adopté et ses descendants ont dans **la famille de l'adoptant** des droits successoraux mais n'ont pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant³⁸⁸. Pour **la dévolution de la succession de l'adopté lui-même**, il convient de distinguer entre **deux hypothèses**. S'il a des descendants, ceux-ci élimineront en principe les autres successibles. S'il n'a pas de descendants, la succession se divisera, en principe, par moitié entre la famille d'origine et la famille de l'adoptant³⁸⁹.

de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe». La CEDH adopte le même raisonnement (15 mars 2012, 25951/07) mais constate une discrimination lorsque la concubine homosexuelle n'a pas la possibilité d'adopter l'enfant de sa concubine alors que les couples hétérosexuels bénéficient de cette possibilité (CEDH, gr. ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07). Dans cette dernière affaire, la différence de traitement était fondée sur l'orientation sexuelle des intéressées.

³⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740.

³⁸⁵ Art. 733 du Code civil.

³⁸⁶ Art. 368 du Code civil.

³⁸⁷ Art. 364 du Code civil.

³⁸⁸ Art. 368 du Code civil.

³⁸⁹ Art. 368-1 du Code civil.

ITALIE

A. Les rapports au sein des couples

1. Reconnaissance légale du partenariat enregistré

Le partenariat enregistré n'est pas connu en droit italien.

2. Reconnaissance légale du concubinage

Le concubinage n'est pas réglé par le droit italien. Certaines formes de protection pour les couples cohabitants *more uxorio* ont été introduites par des lois régionales et des statuts communaux³⁹⁰.

L'introduction d'une réglementation législative des unions de fait (concubinage) et des droits des couples homosexuels font partie, depuis plusieurs années, du débat politique italien. Il y a, en fait, une importante partie de la population qui vit dans une situation de concubinat.

Au fil des années, plusieurs projets de loi ont été élaborés. Pendant la XVII législature (à savoir, la législature actuelle) les projets de loi suivants ont été déposés :

- Atto del Senato n° 909 du 3 juillet 2013, «Normative sur les unions civiles et les unions d'aide mutuelle»³⁹¹. Ce projet de loi vise à introduire une réglementation législative essentielle et légère des droits, des devoirs et de la discipline juridique des formes de cohabitation qui ne sont pas basées sur le mariage, dans le but principal d'éliminer les effets socialement préjudiciables d'un écart déraisonnable entre la réalité sociale (en Italie, il y a plus d'un million deux-cent mille unions de fait) et la loi, qui reconnaît seulement le mariage. Les parties (deux personnes majeures, pouvant être de même sexe) d'une union civile sont assimilées aux membres d'une famille. Le projet de loi règle les modalités de la certification de l'union, de sa dissolution (par volonté bilatérale ou unilatérale), le régime patrimonial (qui peut être choisi et modifié par les parties), les droits des enfants issus d'une union civile, le droit à l'adoption, l'extension aux membres de l'union civile des droits dont une famille bénéficie, les conséquences en matière fiscale, de prévoyance, de succession. Concernant les «unions d'aide mutuelle», il s'agit des formes de cohabitation qui ne se fondent pas nécessairement et constitutivement sur une relation sexuelle (par exemple, la cohabitation entre étudiants, la cohabitation pour des raisons de soin et assistance aux personnes âgées, ou situations particulières d'interdépendance économique et affective qui ne peuvent pas être comprises dans le paradigme de la relation de couple).
- Atto della Camera n° 684 du 9 avril 2013, «Reconnaissance juridique des droits, des responsabilités et des pouvoirs pour les personnes qui font partie d'une union de fait et délégation au Gouvernement pour la discipline de la succession entre les mêmes personnes»³⁹². Les objectifs de ce projet de loi sont les suivants : a) définir les droits comme droits des personnes dans l'union et non les unions en tant que telles ; b) introduire une certification communale des unions non pas pour célébrer l'union, mais pour officialiser son

³⁹⁰ Plusieurs Communes ont introduit le «Registre pour les unions civiles». L'inscription dans ces registres donne la possibilité aux concubins d'accéder à certains bénéfices qui, sinon, seraient réservés seulement aux couples mariés (comme, par exemple, l'accès aux logements populaires). En tout cas, il n'existe pas une réglementation générale. V. E. Falletti, Famiglie di fatto e convivenze, Cedam, Padova, 2009, chapitre 1, par. 10-11.

³⁹¹ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00712381.pdf> (11.09.2013).

³⁹² <http://www.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0006030.pdf> (11.09.2013).

- existence antérieure, donc, le droit découle du fait et non vice-versa ; c) prévoir que les droits soient proportionnels aux devoirs et qu'ils concernent au moins l'extension de l'assistance sanitaire, pénitentiaire, la succession dans le bail, le titre de préférence pour l'inclusion dans le classement pour l'emploi et pour l'obtention d'un logement populaire, les traitements de prévoyance et les successions.
- Atto del Senato n° 14 du 15 mars 2013, «Discipline des unions civiles»³⁹³. Ce projet de loi est très proche à l' Atto del Senato n° 909 du 3 juillet 2013, «Normative sur les unions civiles et les unions d'aide mutuel».
 - Atto del Senato n° 314 du 25 mars 2013, «Discipline des droits et des devoirs de réciprocité des cohabitants»³⁹⁴. Ce projet de loi vise à régler la situation de cohabitation de fait sans pour autant l'assimiler à celle de la famille fondée sur le mariage, cette dernière étant la seule forme d'union qui peut être destinataire des politiques de soutien économique et social de l'État. Le projet de loi reconnaît et règle le droit d'assistance réciproque entre cohabitants en cas de maladie ou hospitalisation ; la possibilité que l'un des cohabitants prenne des décisions en matière de santé et pour le cas de mort ; le droit d'habitation (si le cohabitant propriétaire de l'habitation meurt, l'autre a le droit de continuer à y habiter, mais la propriété du bien reste du *de cuius* et suit les règles normales de succession) ; la succession dans le contrat de bail ; les obligations alimentaires.
 - Atto del Senato n° 239 du 20 mars 2013, «Introduction dans le Code civil du contrat de cohabitation et solidarité»³⁹⁵. Le projet de loi vise à introduire dans le Code civil le contrat de cohabitation et solidarité, défini comme le contrat par lequel deux personnes règlent les rapports patrimoniaux relatifs à leur vie en commun et à son éventuelle cessation. Notamment, les parties peuvent établir dans le contrat la réglementation des rapports patrimoniaux et successoraux, le droit d'assistance et solidarité. Il y a des dispositions concernant la prestation de travail dans l'entreprise du cohabitant, la succession dans le contrat de bail, les impôts et la loi applicable au contrat.
 - Atto del Senato n° 197 du 15 mars 2013, «Modifications au Code civil en matière de discipline du pacte de cohabitation»³⁹⁶. Ce projet de loi vise à introduire dans le Code civil le pacte de cohabitation. Il est assez proche à l'Atto del Senato n° 239 du 20 mars 2013, «Introduction dans le Code civil du contrat de cohabitation et solidarité».
 - Atto del Senato n° 204 du 15 mars 2013, «Dispositions en matière d'égalité dans l'accès au mariage pour les couples homosexuels»³⁹⁷. Ce projet de loi vise à introduire le mariage pour les couples homosexuels dans le but de se conformer à la conscience sociale actuelle et à l'arrêt n° 138 du 2010 avec lequel la Cour constitutionnelle a reconnu que l'union homosexuelle, considérée comme cohabitation stable entre deux personnes du même sexe, a le droit fondamental de vivre librement en couple en obtenant la reconnaissance juridique des droits et des devoirs conséquents. Le Parlement devrait identifier les formes de tutelle et de reconnaissance desdites unions. Le projet de loi, donc, introduit le principe du mariage égalitaire et prévoit les modifications conséquentes de certains articles du Code civil et du Code de procédure civile.
 - Atto del Senato n° 393 du 5 avril 2013, «Modifications au Code civil en matière d'égalité dans l'accès au mariage en faveur des couples formés de personnes du même sexe»³⁹⁸. Ce projet

³⁹³ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00703433.pdf> (11.09.2013).

³⁹⁴ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00699835.pdf> (11.09.2013).

³⁹⁵ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00699066.pdf> (11.09.2013).

³⁹⁶ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00698594.pdf> (11.09.2013).

³⁹⁷ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00699382.pdf> (11.09.2013).

³⁹⁸ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00703296.pdf> (11.09.2013).

de loi correspond amplement à l'Atto del Senato n° 204 du 15 mars 2013, «Dispositions en matière d'égalité dans l'accès au mariage pour les couples homosexuels».

- Atto del Senato n° 15 du 15 mars 2013, «Dispositions contre la discrimination matrimoniale»³⁹⁹. Le but de ce projet de loi est le même que des deux projets précédents. Toutefois, il s'agit d'une loi plus brève qui se compose de trois articles, visant notamment à imposer une interprétation non discriminatoire du droit existant.

L'état dans lequel les projets susmentionnés se trouvent (déposés ou en cours d'examen dans les commissions parlementaires) ne permet pas de prévoir, à présent, si et quand ils aboutiront à des résultats concrets.

Dans l'état actuel, les unions de fait sont caractérisées par leur précarité et révocabilité unilatérale. Par conséquent, la cohabitation *more uxorio* n'entraîne, en cas de désunion, ni des droits ni des devoirs. Les projets de loi visant à introduire une discipline du concubinat contiennent des dispositions qui prévoient des obligations alimentaires. Par exemple, l'Article 10 de l'Acte de la Chambre n° 684 du 9 avril 2013 prévoit l'obligation de verser une pension alimentaire à l'ex-concubin qui se trouve en état de besoin pendant les deux années suivant la fin du concubinat.

Des dispositions légales relatives à un «régime matrimonial contractuel» entre concubins n'existent pas. Néanmoins, les concubins peuvent régler leur union moyennant des conventions de droit civil, concernant exclusivement certaines questions patrimoniales. On appelle ces conventions «contrat de cohabitation». Il s'agit d'un acte qui vise à régler des questions économiques du couple pour le cas de cessation du rapport sentimental. Des projets de loi ont été déposés pour régler expressément le «pacte de cohabitation» (v., notamment, l'Atto del Senato n° 239 du 9 mai 2013).

3. Partage de la prévoyance professionnelle et équivalents

La prévoyance professionnelle concerne tout travailleur. Toutefois, différentes règles s'appliquent selon la catégorie de travailleurs concernée.

La prévoyance professionnelle en Italie

L'institution de prévoyance la plus importante est l'Inps (l'Institut National de la Prévoyance Sociale). L'Inps est une institution de droit public qui gère l'Assurance Générale Obligatoire (AGO) pour l'invalidité et la vieillesse, pour la tuberculose et le chômage involontaire des travailleurs dépendants (R.D.L. 14 avril 1939, n° 636). Tous les travailleurs dépendants sont automatiquement inscrits à l'AGO. Les cotisations sont versées par l'employeur⁴⁰⁰. À ce régime général s'adjoignent, dans le cadre du travail indépendant et par rapport à certaines catégories, des régimes spéciaux et substitutifs de prévoyance⁴⁰¹.

Enfin, les travailleurs⁴⁰² souhaitant avoir une pension complémentaire peuvent souscrire des «fonds pension»⁴⁰³, réglés par le Décret Législatif n° 252 du 5 décembre 2005⁴⁰⁴. La pension complémentaire

³⁹⁹ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00699891.pdf> (11.09.2013).

⁴⁰⁰ <http://www.inps.it/portale/default.aspx?itemdir=6654> (11.09.2013).

⁴⁰¹ <http://www.inps.it/portale/default.aspx?SID=%3b0%3b5614%3b5618%3b&lastMenu=5618&iMenu=1&iNodo=5618&p4=2> (11.09.2013).

⁴⁰² Article 2 Dlgs. n° 252 du 2005.

⁴⁰³ <http://www.inps.it/portale/default.aspx?SID=%3b0%3b5614%3b6412%3b6416%3b&lastMenu=6416&iMenu=1&iNodo=6416&p4=2> (11.09.2013).

peut être financée, entre autre, avec le «Trattamento di fine rapporto» (**TFR** – traitement de fin rapport). Le TFR est une somme d'argent qui est versée par l'employeur au salarié à la fin du rapport de travail. Il s'agit d'une rétribution différée dans le temps qui mûrit d'année en année à mesure d'un certain pourcentage et par rapport au travail effectué et au salaire gagné⁴⁰⁵. Le TFR du travailleur sujet au D.Lgs. n° 252 du 2005 est utilisé pour financer une pension complémentaire si le travailleur ne manifeste pas expressément sa volonté contraire dans un délai de six mois (Article 8).

Les personnes qui ont un fond complémentaire peuvent obtenir une anticipation pour l'achat de la première maison d'habitation pour eux-mêmes ou pour leurs enfants (Article 11, alinéa 7 D.Lgs. n° 252 du 2005). Pareillement, l'Article 2120 Code civil prévoit que le travailleur, sous certaines conditions, peut obtenir une anticipation sur son TFR.

La prévoyance professionnelle en cas de la rupture d'un couple

Les biens des conjoints, en cas de divorce, seront partagés selon le régime matrimonial applicable au couple marié concerné. Quand l'un des conjoints n'a pas de moyens suffisants et ne peut pas les obtenir autrement pour des raisons objectives, le juge peut obliger l'autre à lui verser périodiquement une somme d'argent («assegno divorzile», qu'on appellera **«pension alimentaire»**). Le juge doit tenir compte des conditions de vie des conjoints, des motifs de la décision, de la contribution personnelle et économique apportée par chacun au ménage familial et à la formation du patrimoine personnel et commun, des revenus des deux conjoints. Il doit évaluer tous ces éléments aussi par rapport à la durée du mariage (Article 5 Loi n° 989 du 1970).

La pension alimentaire cesse d'être due si le conjoint bénéficiaire contracte un nouveau mariage. Selon la jurisprudence, dans le cas où le conjoint bénéficiaire ne contracte pas un nouveau mariage, mais vit dans un **concubinat** stable et continu, **revêtant en effet des caractéristiques d'une famille, le droit à la pension alimentaire peut être suspendu**. Néanmoins, ce droit n'est pas éteint car il «revit» si le concubinat se termine⁴⁰⁶.

La seule disposition qui prend expressément en considération un droit sur la prévoyance est l'Article 9 de la Loi n° 898 du 1^{er} décembre 1970 sur le divorce. Selon cet article, le conjoint divorcé a le droit de recevoir la **pension de réversion**, s'il a **droit à la pension alimentaire**, s'il ne s'est **pas remarié** et si le **rapport sur lequel se fonde le droit à la pension est antérieur à l'arrêt prononçant le divorce**.

La pension de réversion⁴⁰⁷ est une prestation économique attribuée, sur demande, aux parents proches après le décès du retraité. En plus du conjoint divorcé sous les conditions susmentionnées, les personnes qui peuvent recevoir la pension de réversion sont le conjoint survivant, les enfants, les neveux et éventuellement les parents et les frères et sœurs du retraité décédé. Le droit à la pension de réversion est un droit que les membres de famille acquièrent *iure proprio*. Si plusieurs personnes ont droit à la pension de réversion, la répartition de l'argent est faite par le tribunal.

⁴⁰⁴ <http://www.inps.it/portale/default.aspx?SID=0%3b5614%3b6412%3b&lastMenu=6412&iMenu=1&p3=4> (11.09.2013).

⁴⁰⁵ Article 2120 Code civil ; <http://www.inps.it/portale/default.aspx?SID=%3b0%3b5614%3b6412%3b6416%3b&lastMenu=6416&iMenu=1&iNodo=6416&p4=2> (11.09.2013).

⁴⁰⁶ Cour de Cassation, 11 août 2011, n° 17195 ; Cour de Cassation, 12 mars 2012, n° 3923.

⁴⁰⁷ Des informations plus détaillées sont disponibles à l'adresse web suivante : <http://www.inps.it/portale/default.aspx?itemdir=5739> (11.09.2013).

Sous les mêmes conditions, le conjoint divorcé a droit à une partie du TFR reçu par l'autre conjoint à la fin de son rapport d'emploi. Le pourcentage est égal au 40% de l'indemnité totale avec référence aux années où le rapport de travail a coïncidé avec le mariage (Article 9).

En général, les conjoints ne peuvent pas régler les modalités de division des biens pour la période successive au divorce⁴⁰⁸. De tels accords sont normalement invalides pour illicéité de leur cause, dans la mesure où ils portent sur des droits indisponibles.⁴⁰⁹

Comme le droit italien ne connaît pas l'institution du partenariat enregistré et ne règle pas le concubinage, il n'existe pas de dispositions légales semblables relatives à ces formes de couple. Un concubin n'a pas le droit de toucher la pension de l'autre.

4. En matière de succession

Dans la succession légitime (c'est-à-dire en l'absence de testament) la succession est dévolue au conjoint, aux descendants légitimes et naturels, aux ascendants légitimes, aux collatéraux, aux autres parents et à l'État (Article 565 Code civil). Le conjoint est un héritier réservataire (Article 536 Code civil). En l'absence d'autres héritiers, la totalité de la succession est dévolue au conjoint survivant (Article 583 Code civil). La moitié de la succession est dévolue au conjoint s'il concourt avec un seul enfant, un tiers s'il concourt avec plusieurs enfants (Article 581 Code civil). Les deux-tiers de la succession sont dévolus au conjoint s'il concourt avec des ascendants légitimes ou avec des frères et des sœurs (Article 582 Code civil).

Le conjoint et le conjoint séparé ont le même droit à la succession, pourvu que la séparation n'ait pas été prononcée à son tort. Dans ce dernier cas, le conjoint auquel la séparation de corps a été imputé a droit à une rente seulement si, au moment de l'ouverture de la succession, il avait droit aux aliments (Articles 548 et 585 Code civil).

Suite au divorce, les conjoints perdent le droit à la succession. Toutefois, si le divorcé avait droit à la pension alimentaire et s'il est dans le besoin, il peut obtenir une allocation de subsistance à la charge de la succession⁴¹⁰.

En l'état actuel, le concubinage n'est pas pris en compte en matière de succession. Suite à l'arrêt n° 404 du 1988 de la Cour constitutionnelle, le concubin du locataire décédé a le droit de lui succéder dans le contrat de bail. Le *ratio* de la décision était de sauvegarder le droit à l'habitation et non pas d'assimiler concubins et conjoints.

Comme les successions sont dévolues par la loi ou par testament (Article 457, alinéa 1, Code civil), le moyen pour effectuer des legs au concubin est le **testament**. Grâce au testament, il est possible d'attribuer au concubin la quotité disponible, sans entamer la quotité indisponible à laquelle les

⁴⁰⁸ Cour de Cassation, 21.12.2012, n°23713 : **Les accords portants sur les conséquences patrimoniales du divorce avant le mariage**, ainsi que ceux stipulés dans l'accord de séparation envisageant le divorce futur, **sont nuls** quand ils ont le but de régler la totalité de l'aménagement économique des conjoints ou des profils significatifs (comme le paiement de la pension alimentaire), ce qui pourrait entraîner un enrichissement ou un appauvrissement. La Cour a précisé que ces accords sont valables dans le cas où ils portent sur des prestations réciproques et proportionnelles, et quand la crise du rapport entre en considération en tant que condition de l'accord et non pas en tant que cause.

⁴⁰⁹ Le droit à la pension alimentaire est un tel droit indisponible : Cour de Cassation, 4.11.2010, n° 22505.

⁴¹⁰ Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, Padova, 2012, p. 450.

héritiers réservataires⁴¹¹ ont droit. Toutefois, une réglementation de la succession entre concubins est visée par des récents projets de lois déposés au Parlement (v. § I.2.a), par exemple, par l'Article 8 de l'Acte de la Chambre n° 684 du 9 avril 2013, ou par l'Article 21 de l'Acte du Senat n° 14 du 15 mars 2013.

Les pactes successoraux sont interdits en droit italien (Article 458 Code civil)⁴¹².

B. Les rapports entre parents et enfants

1. Le lien de filiation

1.1 L'existence de différentes formes de filiation

Le droit italien distinguait entre filiation légitime (enfant né pendant le mariage), filiation naturelle (enfant issu hors du mariage) et filiation adoptive.

La loi du 10 décembre 2012, n° 219, «Dispositions en matière de reconnaissance des enfants naturels», publiée dans le Journal Officiel n° 293 du 17 décembre 2012, et entrée en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2013, a pour but principal l'élimination de toute distinction entre enfants légitimes et naturels, et affirme le principe de l'**unicité du statut juridique de la filiation**⁴¹³.

1.2. L'établissement du rapport de filiation

1.2.1. Maternité

L'Article 269, alinéa 3, Code civil, affirme que la mère est celle qui a accouché. Par conséquent, le principe «mater semper certa est» peut être encore considéré actuel. En plus, l'article 9, alinéa 2, de la Loi du 19 février 2004, n° 40, régissant la procréation médicalement assistée (PMA), prévoit que **la mère de l'enfant né à la suite de l'application des techniques de PMA ne peut pas déclarer sa**

⁴¹¹ Article 536 Code civil : Héritiers réservataires – «Les personnes en faveur desquelles la loi réserve une quotité des biens d'une succession ou d'autres droits sur celle-ci, sont le conjoint, les enfants, les ascendants légitimes. Les enfants légitimes et les enfants adoptifs sont assimilés aux enfants. La loi réserve en faveur des descendants des enfants qui viennent à la succession au lieu et place de ceux-ci les mêmes droits que ceux qui sont réservés aux enfants». La loi 10 décembre 2012 n° 219, «Dispositions en matière de reconnaissance des enfants naturels», en éliminant toute distinction entre enfants légitimes et naturels, entraînera des conséquences importantes sur le régime des successions. De toute façon, il faudra attendre que le Gouvernement promulgue la réglementation en question pour estimer quels en seront les effets (v. point 1, Filiation).

⁴¹² Avec l'exception du «pacte de famille», c'est-à-dire le contrat avec lequel, sous certaines conditions, l'entrepreneur peut transférer toute ou une partie de son entreprise à un ou plusieurs descendants (articles 768 *bis*-768 *octies* du Code civil, introduits par la Loi 14 février 2006 n° 55).

⁴¹³ <http://leg16.camera.it/561?appro=542> (11.09.2013). Notamment, la loi:

- Reforme la matière de la filiation naturelle et de la reconnaissance des enfants naturels ;
- Introduit des dispositions que garantissent le droit des enfants aux aliments et à l'entretien ;
- Redéfinit la compétence des tribunaux ordinaires et des tribunaux des mineurs en matière de procédés relatifs à la garde et à l'entretien des enfants ;
- Prévoit que les mots «enfants légitimes» et «enfants naturels», partout présents dans le Code civil, soient remplacés par le mot «enfants» ;
- Délègue au Gouvernement d'intervenir sur les dispositions en vigueur pour éliminer toutes les discriminations qui restent encore entre enfants légitimes, naturels et adoptifs. La délégation doit être exercée jusqu'au 1^{er} janvier 2014.

volonté de ne pas être nommée (possibilité que la loi reconnaît à toute mère naturelle⁴¹⁴). Cette interdiction semblerait empêcher l'attribution de la maternité à la femme qui a accouché.

La gestation pour autrui

La Loi du 19 février 2004, n° 40, **interdit** aussi bien les techniques de procréation médicalement assistée de type hétérologue (c'est-à-dire avec donation des gamètes : Article 4, alinéa 3), que **la maternité de substitution** (Article 12, alinéa 6). Selon l'Article 12, alinéa 6, quiconque réalise, organise ou fait des annonces publicitaires concernant la maternité de substitution est puni. En revanche, **l'homme et la femme auxquels les techniques de PMA interdites sont appliquées ne sont pas punissables** (Article 12, alinéa 8).

Reconnaissance de la maternité de substitution étrangère

Quant à la possibilité de reconnaissance des maternités de substitution étrangères, le peu d'arrêts qui se sont prononcés à cet égard ont reconnu le rapport de filiation établi dans un pays étranger suite à l'application de la technique de la subrogation de maternité, en excluant sa contrariété à l'ordre public italien, surtout en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴¹⁵.

1.2.2. Paternité

Il existe un traitement préférentiel du mari en vue de la paternité : l'Article 231 Code civil établit que «le mari est le père de l'enfant conçu pendant le mariage».

Dans le cas du concubinage, la filiation peut être établie moyennant la reconnaissance de l'enfant. Les parents peuvent reconnaître l'enfant spontanément (Article 250 Code civil⁴¹⁶) ou, sinon, suite à l'exercice de l'action en paternité ou maternité (Article 269 Code civil).

Contestation de la filiation

L'enfant, une fois majeur, peut contester la paternité du mari de la mère moyennant l'action en désaveu de la paternité (Article 235 Code civil). Cette action doit être exercée dans le délai d'une année qui suit l'atteinte de la majorité ou, de la connaissance des faits qui justifient l'action (Article 244 Code civil). L'action en désaveu de paternité peut être aussi intentée par le mari, par la mère, par un curateur spécial ou le ministère public quand l'enfant est mineur (Article 235 et 244 Code civil).

La remise en cause de la paternité naturelle ou de la maternité peut être effectuée moyennant l'action en contestation de la reconnaissance pour défaut de véracité. L'action peut être intentée par l'auteur de la reconnaissance, par le reconnu et par quiconque ayant un intérêt (Article 263 Code civil)⁴¹⁷.

⁴¹⁴ V. Article 30, alinéa 1, D.P.R. 30 novembre 2000, n° 396.

⁴¹⁵ Corte App. Bari, 25.02.2009 ; Trib. Napoli, 01.07.2011. Ce dernier arrêt admet la transcription des actes de naissance des enfants nés en utilisant la technique de la substitution de maternité, en reconnaissant le rapport de filiation entre ces enfants et le père social.

⁴¹⁶ La reconnaissance de l'enfant est faite dans l'acte de naissance ou par une déclaration spéciale, ultérieure à la naissance ou à la conception, devant un officier de l'état civil ou devant le juge tutélaire, ou par un acte authentique ou dans un testament quelle que soit la forme de ce dernier (Article 254, alinéa 1, Code civil).

⁴¹⁷ Celui qui a été reconnu ne peut, durant sa minorité ou durant une période d'interdiction, attaquer la reconnaissance. Toutefois, le tribunal, sur requête du ministère public ou du tuteur ou de l'autre parent ou de l'enfant même qui a atteint l'âge de seize ans, peut donner l'autorisation d'attaquer la reconnaissance et nommer un curateur spécial (Article 264 Code civil).

1.3. L'établissement de la filiation par voie d'adoption

L'adoption nationale et internationale des mineurs est régie par la Loi du 4 mai 1983 n° 184 «Droit du mineur à une famille ». Récemment, un projet de loi en matière d'adoption internationale a été déposé : Atto della Camera n° 653 du 4 avril 2013 «Modifications à la loi du 4 mai 1983 n° 184, concernant la réforme de la discipline de l'adoption internationale»⁴¹⁸. Ce projet vise essentiellement à simplifier et encourager les adoptions internationales.

1.3.1. Forme et effets de l'adoption

Le système juridique italien prévoit deux types d'adoption des mineurs : l'adoption légitimant (plénière) et l'adoption non légitimant (simple). Dans ce dernier type d'adoption, dite aussi «adoption en cas particuliers» (articles 44 et suivants), le rapport de filiation ne s'étend pas à la famille de l'adoptant ; **les liens avec la famille d'origine restent**. (L'enfant ne perd par exemple pas le nom de sa famille d'origine, qui s'ajoute au nom de l'adoptant).

1.3.2. Revocabilité de l'adoption

L'adoption plénière ne peut **pas être révoquée**.

En revanche, l'adoption simple **peut être révoquée** en cas d'atteinte à la vie ou d'un délit d'une certaine gravité commis par l'adopté ou l'adoptant au détriment de l'autre ou de sa famille (Articles 51-54). Le ministère public peut demander la révocation de l'adoption si les adoptants manquent à leurs devoirs (Article 53, alinéa 1).

1.3.3. Conditions de l'adoption

L'adoption plénière ne concerne que les enfants qui ont été déclarés en «**état d'adoptabilité**», conformément aux Articles 8-21 (Article 7, alinéa 1). Il s'agit des enfants qui ne reçoivent pas d'assistance morale et matérielle de la part de leurs parents ou des familiers qui y seraient obligés, pourvu que le manque de soutien ne soit pas dû à un cas de force majeure et ne soit pas de nature transitoire.

En cas d'une adoption plénière, les parents adoptifs doivent être âgés d'au moins **dix-huit ans** de plus que l'adopté et de pas plus de **quarante-cinq ans** de plus que l'adopté.⁴¹⁹ Ils doivent avoir eu l'enfant en **garde pré-adoptive pendant au moins une année**.

L'adoption simple n'est admise que dans des cas particuliers énoncés à l'Article 44. Elle permet par exemple aux personnes liées à l'enfant par un lien de parenté ou une relation stable et durable préexistante d'adopter l'enfant orphelin de père et de mère. Elle permet, de l'autre côté, à un conjoint d'adopter l'enfant mineur, même adoptif, de son conjoint.⁴²⁰ En outre, l'adoption simple est

⁴¹⁸ <http://www.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0006470.pdf> (11.09.2013).

⁴¹⁹ Ces limites peuvent être dérogées dans des cas particuliers et dans l'intérêt de l'enfant adopté (Article 6).

⁴²⁰ Conditions nécessaires sont : le consentement de l'adoptant et de la personne à adopter (Article 45, alinéa 1) ; l'assentiment des parents et du conjoint de la personne à adopter. Si un tel assentiment est nié, le tribunal peut, sur demande de l'adoptant, également prononcer l'adoption s'il estime que le refus est injustifié, sauf si l'assentiment est refusé par les parents exerçant l'autorité parentale ou par le conjoint, s'il cohabite avec la personne à adopter.

possible pour le cas d'un enfant handicapé orphelin de père et mère ou si la garde pré-adoptive s'avère impossible⁴²¹.

En vue d'une adoption simple, l'adoptant doit, en général, avoir au moins **dix-huit ans** de plus que l'enfant qu'il entend adopter.

1.3.4. Le mode de vie des parents en tant que condition

L'adoption plénière est réservée aux **conjointes mariés depuis au moins trois ans** et dont le rapport est stable (Article 6 Loi n° 184/1983).

L'adoption simple est ouverte aux personnes mariées ou aux personnes seules. Toutefois, si l'adoptant est marié et non séparé, l'adoption ne peut être prononcée que sur demande des deux époux.

Dans le cas d'un «couple de fait» (**concubinat**), seulement un concubin peut adopter un enfant. Par conséquent, **l'adoption concernerait seulement la personne qui a entrepris la procédure et ne pas le couple**. Les projets de loi mentionnés (§ I.1.a. ; par exemple, l'Article 14 de l'Acte du Senat n° 14 du 15 mars 2013), qui visent l'introduction d'une réglementation législative du concubinat, prévoient le droit d'adopter un enfant aussi pour ces couples.

2. En matière de succession

Les enfants (légitimes, naturels et adoptifs) sont des héritiers légitimes (Article 565 Code civil) et réservataires (Article 536 du Code civil) ; ils reçoivent, en principe, le même traitement.

Toutefois, l'Article 537, alinéa 3, prévoit que «Les enfants (légitimes) ont la faculté de régler en espèces ou en biens immobiliers la portion qui échoit aux enfants (naturels) qui ne s'y opposent pas [...]». On parle de «droit de commutation». Les mots «légitime» et «naturel» ont été effacés par la loi n° 219 du 10 décembre 2012. La disposition semble, par conséquent, avoir perdu son importance et sa capacité discriminatoire.

Enfin, il y a la situation des enfants qui ne peuvent pas être reconnus (car incestueux : Article 251) et qui ont droit à une rente viagère (Article 580 Code civil).

La loi du 10 décembre 2012 n° 219, «Dispositions en matière de reconnaissance des enfants naturels», n'a pas seulement substitué les mots «enfants légitimes» et «enfants naturels» par le mot «enfants» à partir du 1^{er} janvier 2013. **Cette loi délègue aussi au Gouvernement d'intervenir** pour éliminer toutes les discriminations qui restent encore entre enfants légitimes, naturels et adoptifs. La délégation doit être exercée jusqu'au 1^{er} janvier 2014 et elle aura des conséquences importantes sur le régime des successions. De toute façon, il faudra attendre que le Gouvernement promulgue la réglementation correspondante pour estimer quels en seront les effets.

Dans l'absence de descendants, **les parents sont héritiers réservataires** et il n'est pas possible d'aller à l'encontre de cette règle.

⁴²¹ Par exemple, l'impossibilité de trouver un couple remplissant les conditions légales qui serait disponible pour adopter.

NORWEGEN

A. Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften

1. Verankerung der gleichgeschlechtlichen Ehe im Gesetz

Zum 1.1.2009 wurde in Norwegen die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt⁴²² und das Ehegesetz entsprechend angepasst.⁴²³ Norwegen war eines der ersten Länder, das eine solche Gleichstellung vorgenommen hat. Das vorherige, sogenannte Partnerschaftsgesetz⁴²⁴ wurde mit selben Datum aufgehoben. Eine Partnerschaft kann in eine Ehe umgewandelt werden. Gleichzeitig wurde die künstliche Befruchtung für gleichgeschlechtliche, weibliche Paare zugelassen. Auch Religionsgemeinschaften können gleichgeschlechtliche Paare trauen, müssen dies aber nicht.

2. Verankerung des Konkubinats im Gesetz

Das Gesetz über die **Auflösung eines gemeinsamen Hausstandes**⁴²⁵ regelt wesentliche Punkte bei Ende eines gemeinsamen Hausstandes wegen Tod eines Mitbewohners oder aus irgendwelchen anderen Gründen. Die Regelungen betreffen die Frage des Behaltens der gemeinsamen Wohnung sowie der Haushaltsgegenstände. Das Gesetz gilt grundsätzlich für unverheiratete sonstige Hausstandsgemeinschaften, wobei das Zusammenleben nicht auf zwei Personen begrenzt ist (auch z.B. Wohngemeinschaften). Die Zusammenlebenden müssen das Alter von 18 Jahren erreicht haben, ferner finden die Bestimmungen nur Anwendung, wenn die Betroffenen mindestens zwei Jahre zusammengewohnt haben oder sie gemeinsame Kinder haben, gehabt haben oder in Zukunft erwarten. Das Gesetz sieht in seinen Wirkungen vor, dass eine schützenswerte Partei Wohnraum übernehmen kann. Es sieht aber keine Übernahme von Wohnungen, Wohnraum oder Mietverträgen vor, ohne dass ein **angemessener Wertersatz** für die Übernahme vom Übernehmenden zu leisten wäre. Es ist der Marktwert bei Übernahme zu zahlen.⁴²⁶ Insofern hat dieses Gesetz eher wenig praktische Bedeutung.

Seit 2009 gibt es ein erbrechtliches **Pflichtteilsrecht** und einen gesetzlichen Voraus für einen einfachen, eheähnlichen **Lebenspartner** (siehe unten 4.)

3. Vorsorgeausgleich und Funktionsäquivalente

In Norwegen ist es üblich, dass jeder Ehepartner einer Arbeit nachgeht und Steuern bezahlt. Durch Steuerzahlung erwirbt man sogenannte Pensionspunkte als Anspruch gegenüber dem Staat. Frauen erwerben also im Normalfall eigene Pensionspunkte. Weiters gibt es eigene (wenngleich niedrigere) Pensionspunkte für Kindererziehung und Haushaltsarbeit. Diese Ausgangsbasis ist eine andere als in der Schweiz oder Deutschland.

⁴²² Gesetz vom 27.6.2008, Nr.53.

⁴²³ § 1, Gesetz vom 4.7.1991, Nr. 47.

⁴²⁴ Gesetz vom 13.4.1993, Nr. 40.

⁴²⁵ Gesetz vom 4.7. 1991, Nr. 45, (Lov om rett til felles bolig og innbo når husstandsfelleskap opphører).

⁴²⁶ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 355 ff. Dieser Punkt wird in der rechtsvergleichenen Literatur oft übersehen, da er sich nicht direkt aus dem norwegischen Gesetz ergibt, sondern aus den Vorarbeiten und der norwegischen Literatur.

Wichtig zu sehen ist, dass in Norwegen grundsätzlich **keine Teilung von Pensions-Anwartschaften** aus der genannten öffentlich-rechtlichen Alterspension (erste Säule) bei Trennung und Scheidung durchgeführt wird. Dies ist gesetzlich ausdrücklich so vorgesehen⁴²⁷ und gilt auch für den freiwilligen Erwerb von zusätzlichen öffentlichen Pensionspunkten und für sogenannte Lebensversicherungen ohne Rückkaufswert (Risiko-Lebensversicherungen).⁴²⁸

Diese gesetzliche Ausnahme vom sonstigen Grundsatz der Teilung gemeinsam erworbenen Vermögens hat in Norwegen grosse praktische und ökonomische Bedeutung. Seit ca. 1998 gibt es erhebliche Kritik an diesem System, das in der Mehrzahl Männer leicht begünstigt.⁴²⁹ Der Gesetzgeber hat dennoch daran nichts geändert, und zwar mit der Begründung, dass eine **Teilung praktisch enorm schwierig durchführbar** wäre und das Pensionssystem bedeutend **verkomplizieren** würde.⁴³⁰

1998 wurden aber **Abfederungen** zur Nicht-Teilung gesetzlich vorgesehen: Sollte der andere Gatte durch die Nicht-Teilung besonders **unbillig schlecht gestellt** sein, so kann ausnahmsweise eine Abgeltung in einem Einmalbetrag vorgenommen und vom Richter zuerkannt werden. Diese Regelung wirkt in erster Linie als Sicherheitsventil. Sie setzt als Ausnahme einen strengen Massstab an. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, wie die ehelichen Pflichten geteilt waren und wie lange die Beziehung gedauert hat. Die Gesetzesvorarbeiten sprechen von 15-20 Jahren Ehedauer als Minimum. Wird ein Einmalbetrag zuerkannt, kann dieser auch in Raten abbezahlt werden.⁴³¹ Wird ein solcher Ausgleichsbetrag gewährt, ist er bei eventuellen Unterhaltsansprüchen (dazu unten) abzuziehen.⁴³² Die Rechtsprechung ist sehr zurückhaltend, in der Zeit von 1998 bis 2009 scheint es nur zwei Fälle zu geben, in denen Ausgleichsansprüche als Ausnahme zuerkannt wurden.⁴³³

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage eines Vorsorgeausgleichs nach Schweizer und Deutschem Modell in Norwegen in dieser generellen Form ausdrücklich nicht.⁴³⁴

Bei einer Scheidung steht ein **Unterhaltsanspruch** gegen den anderen Partner (nur) dann zu, wenn die Sorge um Kinder oder die Aufteilung der Aufgaben des Paares dazu geführt hat, dass der Anspruchsteller in der Zukunft kein angemessenes Einkommen mehr erzielen kann.⁴³⁵ Dieser Anspruch besteht grundsätzlich nur für 3 Jahre und kann aber ausnahmsweise verlängert werden. Nach 3 Jahren sollte die volle Erwerbsfähigkeit wieder gegeben sein. Diese Regelung ist vor dem Hintergrund des norwegischen Arbeitsmarktes zu sehen (Vollbeschäftigung). Ein solcher Anspruch kann auch in Zeiten von Pensionsbezug bestehen (wenn kein Ausgleichsbetrag zugesprochen wurde).

⁴²⁷ § 61 lit. b Ehegesetz.

⁴²⁸ Also nur für sogenannte Ablebensverträge. Erlebensverträge werden hingegen als Sparform geteilt. Aus diesem Grund sind bei norwegischen Lebensversicherungen der Risiko- und Sparteil stets getrennt ausgewiesen.

⁴²⁹ Die Gehaltsunterschiede zwischen den Geschlechtern fallen in Norwegen weit weniger gross aus als in vielen anderen Ländern.

⁴³⁰ NOU 1994 :6, Velferdsmeldingen nr. 35 (1994-95); zitiert nach Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 241.

⁴³¹ Zu allem der Text in § 61 lit. b Ehegesetz.

⁴³² Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 243.

⁴³³ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 243: Einmal für eine Ehe, die 30 Jahre gedauert hatte und die Ehefrau hatte selber nie aktive Einkünfte. Und einmal für eine Ehe, die 37 Jahre gedauert hatte; dort wurden 300.000 NOK als Ausgleich zuerkannt.

⁴³⁴ So ausdrücklich zu Norwegen im Vergleich mit Deutschland, der Schweiz und den Niederlanden, Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 241.

⁴³⁵ § 79 Abs. 2 ekteskapsloven, Ehegesetz.

4. Erbrecht

Das norwegische Erbgesetz (*arvelov*) stammt aus den 1960er Jahren. Die letzte grössere Änderung erfolgte im Jahr 2008⁴³⁶, womit besondere erbrechtliche Bestimmungen für einfache Lebenspartner geschaffen wurden (dazu sogleich unten).

Im April 2011 ernannte die norwegische Regierung eine **Reformkommission** zum Erbgesetz. Das Ziel war die Anpassung an die moderne Gesellschaft. Unter anderem soll auf folgenden Fragen eingegangen werden: die Verbesserung der Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten gegenüber den Nachkommen bzw. anderen Erben, die Neuausrichtung des Pflichtteilsrechts inklusive der Überprüfung von Wertgrenzen, die Stellung des einfachen Lebenspartners des Verstorbenen, die Neujustierung des ungeteilten Nachlasses. Die Ergebnisse der Kommission sollten am 1. Juni 2013 abgeliefert werden. Die Kommission hat eine Verlängerung der Ablieferfrist bis Dezember 2013 erhalten.⁴³⁷

Das Erbrecht des Ehegatten soll hier aus diesem Grunde nicht im Einzelnen dargestellt werden.

Grosse praktische Bedeutung haben die im Jahr 2009 eingeführten Bestimmungen zum **Erbrecht des überlebenden Mitbewohners (Lebenspartners)**.⁴³⁸ Voraussetzung ist das Zusammenleben⁴³⁹ in einer eheähnlichen Beziehung (egal welchen Geschlechts) und für einige Ansprüche zusätzlich das Vorhandensein von gemeinsamen Kindern.⁴⁴⁰ Keiner der Partner darf mit einem weiteren Partner aufrecht verheiratet sein. Es besteht ein **Pflichtteilsrecht** des überlebenden Mitbewohners in Höhe eines fixen Mindestbetrages (ca. 48.000 CHF).⁴⁴¹ Dieser Pflichtteil hat auch Vorrang vor dem Erbrecht der Abkömmlinge des Verstorbenen. Er kann testamentarisch ausgeschlossen werden, wenn dies dem überlebenden Partner vor dem Ableben mitgeteilt wurde.⁴⁴² Der überlebende Partner hat zusätzlich das Recht die gemeinsame **Wohnung** und den Hausstand zu übernehmen. Gleiches gilt für ein Auto und Ferienwohnsitze, die dem gemeinsamen Gebrauch dienen. Auch hier besteht unter der Voraussetzung der vorherigen Mitteilung an den anderen Partner die Möglichkeit eines Ausschlusses durch Testament.⁴⁴³ Diese Gegenstände können nach der Erbeinsetzung teilweise auch anderen Erben gehören, bleiben aber dem überlebenden Partner ungeteilt zur Verfügung.⁴⁴⁴

⁴³⁶ Gesetz Nr. 112 vom 19.12.2008. Inkraft 2009.

⁴³⁷ Gemäss E-Mail Verkehr zwischen dem ISDC und dem Leiter der Kommission (Professor und Richter Torstein Frantzen). Diese Verlängerung ist derzeit (August 2013) auf der entsprechenden Regierungsseite zum Erbrechts-Ausschuss nicht ersichtlich.

⁴³⁸ Gesetz vom 19.12.2008, Nr. 112, Inkraft seit 1.7.2009. Kapitel 3A, §§ 28a – 28g des Erbgesetzes (*arveloven*).

⁴³⁹ Nicht erforderlich ist aber eine gemeinsame Adresse gemäss dem Bevölkerungsregister.

⁴⁴⁰ Einige Sonderregeln der Bestimmungen beziehen sich auch auf Lebenspartner ohne Kinder (z.B. § 28b Abs. 1, 2. Fall, Erbgesetz, wonach der Pflichtteil des überlebenden Partners Vorrang vor den Pflichtteilen der Kinder des Anderen hat, wenn die Partner mindestens fünf Jahre zusammengelebt haben und der Anteil testamentarisch vorgesehen war).

⁴⁴¹ Der Mindestbetrag beträgt das Vierfache des Grundbetrages gemäss Sozialrecht. Zum 1.5.2012 war ein Grundbetrag 82.122 NOK, ca. 12.000 CHF. Der Pflichtteil beträgt damit ca. 48.000 CHF.

⁴⁴² § 28b Erbgesetz.

⁴⁴³ § 28c Erbgesetz.

⁴⁴⁴ Sogenannte *uskifte*, Nichtteilung.

B. Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern

Jüngst wurden am 21.6.2013⁴⁴⁵ vom norwegischen Parlament weitere wichtige Änderungen zu Vater- und Mutterschaft beschlossen, die erst in der Zukunft zum 1.1.2014 bzw. teilweise erst zum 1.7.2014 in Kraft treten werden und deshalb in den aktuellen⁴⁴⁶ Gesetzesausgaben nicht oder nur teilweise eingearbeitet sind. Das Ziel dieser Neuerungen ist es, das Gesetz an gesellschaftliche und **technologische Entwicklungen** von Familienmustern, an die Möglichkeit der künstlichen Befruchtung und an die sichere Bestimmung der Vaterschaft durch DNA-Analyse anzupassen.

Neu ist, dass bei unbekannter Mutter, der Staat die Mutter aktiv ausfindig machen muss. Die Regelung, dass die **biologische Mutter** auch die juristische Mutter ist, wird unverändert weitergeführt. Das gilt nach den Motiven zur Änderung auch, wenn die Mutter eine **Eispende im Ausland** erhalten und eingesetzt bekommen hat.

Zum Schutz von Frauen wird die Regel eingeführt, dass ein Vaterschaftsanerkenntnis nur möglich ist, wenn die Mutter zustimmt. Es wird eine **Klagefrist** von einem Jahr (wieder) eingeführt, um die Vaterschaft zu bestreiten. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, indem die relevanten Tatsachen der betreffenden Person bekannt werden. Kinder können hingegen stets ein Verfahren zur Änderung der Vaterschaft anstrengen.

1. Kindesverhältnis

1.1. Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses

1.2. Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung

1.2.1. Mutterschaft

Mutter des Kindes ist die Frau, die das Kind geboren hat.

Leihmutterschaft

Verträge, ein Kind für eine andere Frau zur Welt zu bringen (Leihmutterschaft), sind nicht bindend.⁴⁴⁷ Die Eispende ist verboten.⁴⁴⁸

Mitmutterschaft

Betrachtet man die jüngsten Entwicklungen, so war die wohl bedeutendste Änderung der letzten Jahre bei der Mutterschaft, dass für gleichgeschlechtliche Paare zwischen Frauen im Jahr 2009 die sogenannte **Mitmutterschaft** (*medmorskaps*) nach künstlicher Befruchtung im Kindergesetz eingeführt wurde.⁴⁴⁹ Eine Familie kann also aus Mutter, Mitmutter und Kind bestehen. Allerdings bestimmt das Kindergesetz, dass ein Kind nicht sowohl einen Vater und eine Mitmutter haben kann. Die Mitmutter wird rechtlich dem Vater gleichgesetzt; alle Bestimmungen die für den Vater gelten, betreffen auch die Mitmutter.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ Gesetz Nr. 64.

⁴⁴⁶ August 2013.

⁴⁴⁷ § 2 Kindergesetz.

⁴⁴⁸ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 364.

⁴⁴⁹ § 4a barnelova, Kindergesetz.

⁴⁵⁰ § 4a Abs. 3 Kindergesetz.

1.2.2. Vaterschaft

Auch in Norwegen gibt es die Vaterschaftsvermutung bei Ehepaaren: Als Vater des Kindes ist der Mann anzusehen, mit dem die Mutter bei der Geburt **verheiratet** ist.⁴⁵¹

Entsprechendes gilt für die mit der Mutter verheiratete **Mitmutter** bei künstlicher Befruchtung und Zustimmung zu dieser durch die Mitmutter. Im Ausland vorgenommene künstliche Befruchtungen dürfen nur mit dem Samen eines bekannten Spenders erfolgen.⁴⁵²

Sofern der als Vater in Betracht kommende verstirbt, ist der Verstorbene als Vater anzusehen, wenn die Mutter das Kind hypothetisch vor seinem Tod empfangen haben kann.

Diese **Vater- bzw. Mitmutterchaftsvermutung** gilt jedoch nicht, wenn das eheliche Zusammenleben durch Gerichtsentscheidung oder Bewilligung (sog. Separation) bei der Geburt aufgehoben war.⁴⁵³ Ein formloser Bruch des Zusammenlebens hebt die Vermutung hingegen nicht auf, selbst wenn sich die Ehepartner seit Jahren nicht gesehen haben.⁴⁵⁴

Wenn diese gesetzlichen Vaterschaftsvermutungen nicht eingreifen, kann der Vater die Vaterschaft während der Schwangerschaft oder nach der Geburt des Kindes **anerkennen**.⁴⁵⁵ Dies muss er schriftlich entweder in der Anzeige der Geburt oder bei einem persönlichen Erscheinen bei den zuständigen Stellen erledigen. Seine Anerkennung ist zukünftig von der schriftlichen Bestätigung der Mutter abhängig, es sei denn, die Anerkennungserklärung stammt von dem Mann, den die Mutter als Vater angegeben hat.

Wenn der Vater der **Mitbewohner** der Mutter ist, kann er die Vaterschaft derzeit (noch) anerkennen, ohne dass die Mutter zustimmen muss.⁴⁵⁶ Es gibt ein öffentliches Dokument, in dem der Vater von Behörden aufgefordert wird, die Vaterschaft anzuerkennen. Die Angabe des Vaters erfolgte hier durch die Mutter. Mit diesem Dokument kann der Vater ebenso ohne Zustimmung der Mutter eine Anerkennung vornehmen.⁴⁵⁷

Die Regeln über die Anerkennung der Vaterschaft gelten wiederum entsprechend für die **Mitmutter**, wenn diese mit der Mutter nicht verheiratet ist, sondern eine einfache Lebens- und Wohngemeinschaft vorliegt.⁴⁵⁸

Ausser in diesen genannten Fällen, haben Gerichte oder Behörden keine Möglichkeit, eine festgestellte Vater- oder Mitmutterchaft anzuzweifeln oder überprüfen zu lassen.⁴⁵⁹ Hat das Kind nach all diesen Varianten keinen Vater (oder Mitmutter), so haben die dafür zuständigen öffentlichen Stellen hingegen aktiv dafür zu sorgen, dass festgestellt wird, wer der Vater (oder die Mitmutter) ist.

⁴⁵¹ § 3 Abs. 1 Kindergesetz.

⁴⁵² § 3 Abs. 2 Kindergesetz.

⁴⁵³ § 3 Abs. 3 Kindergesetz.

⁴⁵⁴ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 370.

⁴⁵⁵ § 4 Kindergesetz.

⁴⁵⁶ § 4 Abs. 3 Kindergesetz.

⁴⁵⁷ § 4 Abs. 4 Kindergesetz.

⁴⁵⁸ § 4 Abs. 7 Kindergesetz.

⁴⁵⁹ § 8 Kindergesetz.

Anfechtung der Vaterschaft

Das norwegische Kindergesetz spricht nicht von Anfechtung der Vaterschaft, sondern von deren **Änderung**. Es wird folglich meist (aber nicht immer) gleichzeitig ein neuer Vater eingesetzt. Dabei gilt der Grundsatz, dass es dem Recht ein Anliegen ist, dass der **biologische Vater gleichzeitig auch der rechtliche Vater** ist; die Beziehung zum „sozialen“ Vater muss dahinter im Zweifel zurücktreten.⁴⁶⁰ Nach der Ansicht von norwegischen Autoren geht hier das norwegische Recht sehr viel weiter als vergleichbare, und insbesondere die anderen skandinavischen Rechtsordnungen.⁴⁶¹

Es kann die Vaterschaft durch das **Gericht** geändert werden, wenn Beweise durch Beteiligte, d.h. das betreffende Kind, die Mutter oder den bisher als Vater geltenden oder auch einen anderen Mann (sic), der meint der Vater zu sein, vorgelegt werden.⁴⁶² Diese Möglichkeit für einen **Dritten**, in die Familie einzudringen, ist nicht selbstverständlich und findet sich angeblich nicht in anderen skandinavischen Ländern.⁴⁶³ Neu ab 1. Januar 2014 ist eine Anfechtungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis der relevanten Umstände. Das Kind und die Mutter können den Vater hingegen jederzeit als Vater eliminieren.

Eine Anerkennung kann **ohne Gericht** erfolgen, wenn ein anderer als der bisherige Vater die Vaterschaft anerkennt und alle Beteiligten **zustimmen**. Dies gilt jedoch nur, wenn die Behörden die Vaterschaft des Anerkennenden für glaubwürdig halten.⁴⁶⁴ Liegt schon ein Gerichtsurteil vor, so besteht diese Möglichkeit nicht.⁴⁶⁵

Wenn ein Mann aufgrund einer **DNA-Analyse** als Vater feststeht, so soll ein entsprechendes **Gerichtsurteil** ihn zum Vater benennen. Gibt es keine DNA-Analyse oder besteht Grund für einen Fehler der Analyse (z.B. Vater hat einen Zwilling Bruder), so soll der zum Vater bestimmt werden, der in der betreffenden Zeit Beischlaf mit der Mutter gepflegt hat. Gab es Beischlaf mit mehreren, so soll nur jemand zum Vater ernannt werden, wenn seine Vaterschaft mehr wahrscheinlich ist als die der anderen.⁴⁶⁶

Einige Zeit war unklar, inwiefern ältere Fälle, in denen bei Urteilsfällung **keine DNA-Analyse** vorlag, durch neue Methoden wieder aufgenommen werden können. Die Rechtsprechung hatte einen Wiederaufnahmegrund verneint. Nunmehr bestimmt das Kindergesetz klar, dass in diesen Fällen immer eine Wiederaufnahme des Verfahrens möglich ist.⁴⁶⁷

Ein **Samenspender** kann nicht durch das Gericht zum Vater ernannt werden. Das gilt jedoch nicht, wenn eine assistierte Befruchtung mit dem Samen des Ehemannes oder Lebenspartners der Frau durchgeführt wurde.⁴⁶⁸

⁴⁶⁰ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 373 zur Rechtsentwicklung in dieser Frage: „Die Biologie hat gewonnen“.

⁴⁶¹ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 373.

⁴⁶² § 6 Kindergesetz.

⁴⁶³ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 374, 375. Diese Möglichkeit gibt es erst seit 1997.

⁴⁶⁴ § 7 Kindergesetz.

⁴⁶⁵ Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 374.

⁴⁶⁶ § 9 Kindergesetz.

⁴⁶⁷ § 28a Kindergesetz.

⁴⁶⁸ § 9 Abs. 5 Kindergesetz.

Die **künstliche Befruchtung** ist im Biotechnologie-Gesetz geregelt.⁴⁶⁹ Dieses regelt die aber nur Voraussetzungen für eine Erlaubnis der künstlichen Befruchtung. Das Institut, welches die künstliche Befruchtung vornimmt, muss vom Ministerium anerkannt sein. Ferner kann die künstliche Befruchtung nur von einer verheirateten Frau oder von einer Frau vorgenommen werden, die in einem eheähnlichen Verhältnis lebt. Das Paar kann ein gemischt-geschlechtliches oder ein lesbisches sein. Ferner muss die Entscheidung von einem Arzt getroffen werden, nachdem das Paar zugestimmt hat. Das Kind, welches durch künstliche Befruchtung gezeugt und geboren wurde, hat Anspruch darauf, mit Vollendung des 18. Lebensjahres die Identität des Samenspenders zu erfahren.

Mit 1.1.2014 hat das Kind ein Recht darauf zu erfahren, wer sein biologischer Vater ist.⁴⁷⁰

1.3. Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption

Das norwegische Adoptionsgesetz stammt aus dem Jahr 1986⁴⁷¹ und ist damit vergleichsweise veraltet. In der jüngeren Vergangenheit scheint es nur zu kleineren Reformen des Gesetzes gekommen sein. Ein **grösseres Reformprojekt** hatte unter anderem vorgesehen, die Anforderungen an Adoptiveltern genauer gesetzlich zu verankern, dass auch einfache Lebenspartner (und nicht nur Eheleute, gleichen oder unterschiedlichen Geschlechts) gemeinsam Kinder adoptieren können sollen und dass Adoptiveltern zum Zeitpunkt der Antragstellung unter 42 Jahren alt sein müssen.⁴⁷² Soweit ersichtlich wird dieses Reformprojekt derzeit (August 2013) noch diskutiert und ist (noch) nicht verabschiedet. Gleichzeitig konkludierte das genannte Reformprojekt, dass eine **weitere und vollständige Überarbeitung des Adoptionsrechts** unumgänglich sei. Eine neue Reformkommission wurde im September 2012 eingesetzt, die ihre Ergebnisse zum 15. August 2014 vorlegen soll.

1.3.1. Formen und Rechtswirkungen der Adoption

Mit der Adoption erwerben das Adoptivkind und dessen direkte Nachkommen dieselbe Rechtsstellung, **wie** wenn das Kind **leibliches Kind** der Adoptiveltern wäre. Gleichzeitig **entfallen** die Rechtsbeziehungen zu den leiblichen Verwandten (starke Adoptionswirkungen), soweit nicht ganz ausnahmsweise andere gesetzliche Regelungen entgegenstehen.⁴⁷³ Es können über die religiöse Erziehung des Kindes besondere Bestimmungen in der Adoptionsbewilligung getroffen werden. Hat ein Ehegatte ein Kind des anderen Ehegatten adoptiert, so erhält es dieselbe Rechtsstellung, als wäre es gemeinsames Kind der Ehegatten.

Zwar werden die Parteien einer Adoptionssache einander unbekannt gehalten (**anonyme Adoption**), dennoch haben die Adoptiveltern dem Adoptivkind, sobald es ratsam ist, zu erzählen, dass es adoptiert wurde. Diese Informationspflicht scheint uns eine Besonderheit des norwegischen Rechts. Dementsprechend hat ab Vollendung des 18. Lebensjahres das Kind auch einen Anspruch darauf, vom Ministerium Auskunft zu erhalten, wer seine leiblichen Eltern sind.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ Gesetz vom 5.12. 2003, nr. 100, Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi.

⁴⁷⁰ § 6a Kindergesetz (hinzugefügt mit Gesetz vom 21.6.2013, Nr. 64.

⁴⁷¹ Gesetz Nr. 8 vom 28. 2.1986, Lov om adopsjon.

⁴⁷² NOU 2009:21.

⁴⁷³ § 14 Adoptionsgesetz. Dies ist soweit ersichtlich nur für Eheverbote und die Staatsbürgerschaft bedeutend (so Lødrup/Sverdrup, Familienretten, 6. Aufl. 2009, S. 369).

⁴⁷⁴ § 12 Adoptionsgesetz.

1.3.2. Widerruf der Adoption

1.3.3. Allgemeine Voraussetzungen der Adoption

Gemäss dem Adoptionsgesetz 1986 erfolgt die Adoption durch Bewilligung des Ministeriums oder auf der Ebene der *Fylkeskommune* (Kantonebene). Die Adoptionsbewilligung ist nur zu erteilen, wenn angenommen werden kann, dass die Adoption im Sinn des **Kindeswohles** sein wird. Es wird dazu verlangt, dass derjenige, der die Adoption beantragt, das Kind entweder bereits mit aufgezogen hat oder es aufzuziehen wünscht oder dass ein anderer besonderer Grund vorliegt.

Derjenige, der ein Kind adoptieren will, muss das **25. Lebensjahr** vollendet haben. Nur, wenn besondere Gründe dafür sprechen, kann das Ministerium jemandem auch die Genehmigung erteilen, der jünger, mindestens aber 20 Jahre alt ist.

Ein Kind, welches das siebente Lebensjahr vollendet hat, sowie jüngere Kinder, die im Stande sind, eigene Gesichtspunkte zu bilden, sind zu informieren, und es ist ihnen Gelegenheit zur Aussprache zu geben, ehe eine Entscheidung über die Adoptionsbewilligung getroffen wird.⁴⁷⁵

Wer das **zwölfte Lebensjahr** vollendet hat, kann nicht ohne seine Zustimmung adoptiert werden. Wer das **achtzehnte Lebensjahr** noch nicht vollendet hat, bedarf zur Adoption der Zustimmung dessen oder derer, die das elterliche Sorgerecht innehaben. Es kann auch eine volljährige Person adoptiert werden.⁴⁷⁶

Die **Zustimmung der Eltern** darf nicht vor Ablauf von 2 Monaten nach der Geburt des Kindes erteilt werden.

1.3.4. Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzungen

Verheiratete können nur zusammen mit ihrem Ehegatten adoptieren, es sei denn, der Ehegatte ist geisteskrank, in der psychischen Entwicklung behindert oder verschollen. Ein Ehegatte allein kann mit Zustimmung des anderen Ehegatten dessen Kind adoptieren (**Stiefkindadoption**). Dies gilt auch für **gleichgeschlechtliche Ehen**, es sei denn, das Kind ist ein Adoptivkind, das ursprünglich aus einem fremden Staat kommt, der eine solche Adoption nicht zulässt.⁴⁷⁷

2. Erbrecht

Zur Reformbedürftigkeit des und Reformvorarbeiten im Erbrecht siehe oben A.4.

Das derzeitige norwegische Erbrecht folgt in den Grundsätzen dem im deutschen Sprachraum bekannten Parentelsystem. Die Erben sind in Klassen eingeteilt. Die direkten Nachkommen gehören zur ersten Klasse von Erben.⁴⁷⁸ Alle Kinder erben gleich. Ob ein Kind unehelich ist, hat im Erbrecht keine Bedeutung.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ § 6 Adoptionsgesetz.

⁴⁷⁶ § 7 Adoptionsgesetz.

⁴⁷⁷ § 5a Adoptionsgesetz.

⁴⁷⁸ § 1 Abs. 1 Erbgesetz (*arveloven*).

⁴⁷⁹ § 4 Erbgesetz, Lødrup, Arveretten, 5. Aufl. 2009, S. 18.

Die Kinder haben einen Anspruch auf einen **Pflichtteil**. Zwei Drittel des Vermögens des Erblassers muss für Pflichtteile der direkten Nachkommen zur Verfügung stehen. Der Pflichtteil ist aber betragsmässig nach oben begrenzt. Für jeden Pflichtteilerben bzw. für seine Linie ist der maximale Pflichtteil 1 Mill. Norwegische Kronen. Ist ein Kind vorverstorben und hinterlässt es Kinder (Enkelkinder des Erblassers), so erhält jedes Enkelkind mindestens 200.000 Norwegische Kronen.⁴⁸⁰

Qualitativ ist der Pflichtteilsanspruch ein Anteil am Nachlass und **kein Betrag in Geld**. Der Erblasser kann somit keine Verfügung treffen, dass ein Kind seinen Pflichtteil in Geld bekommen soll, während ein anderes Kind z.B. unbewegliches Vermögen erhalten soll.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ § 29 Abs. 1 Erbgesetz.

⁴⁸¹ § 29 Abs. 2 Erbgesetz.

ÖSTERREICH

A. Rechtliche Beziehungen innerhalb von Lebenspartnerschaften

1. Verankerung der eingetragenen Partnerschaft im Gesetz

Gleichgeschlechtliche Paare können sich nach dem Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – **EPG** 2009⁴⁸²) registrieren lassen. Das österreichische Recht bot bis 2010 homosexuellen Paaren keinen rechtlichen Rahmen für ihr Zusammenleben. Auch eine solche Partnerschaft genießt aber den grundrechtlichen Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 der EMRK.⁴⁸³ Die eingetragene Partnerschaft verschafft den Menschen, die eine solche Partnerschaft eingehen, eine adäquate Rechtsstellung.

Das EPG enthält selbst **keine** Bestimmungen, die sich auf **Kinder** beziehen oder die das Kindschaftsrecht ändern. Demnach sollte ursprünglich die Adoption eines Kindes durch die beiden eingetragenen Partner ebenso wie die Adoption des Kindes einer Partnerin oder eines Partners durch den anderen Teil ausgeschlossen bleiben (siehe nunmehr aber zur **Stiefkindadoption** unten B.1.3.4.).

Zwecks **Abgrenzung** der Ehe von der eingetragenen Partnerschaft wurde nicht der Weg von Verweisungen zum geltenden Eherecht gewählt, sondern die entsprechenden zivilrechtlichen Regelungen über die wechselseitigen Rechte und Pflichten in einem eigenen Sondergesetz zusammengefasst.

Als **Voraussetzungen** für die Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft sieht das Gesetz die Gleichgeschlechtlichkeit sowie die Volljährigkeit und die Geschäftsfähigkeit der die eingetragene Partnerschaft eingehenden Personen vor. Personen, die verheiratet sind oder in einer aufrechten eingetragenen Partnerschaft leben, können weder eine weitere Ehe schließen noch eine weitere eingetragene Partnerschaft eingehen. Wird dennoch eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft ungeachtet einer bestehenden Ehe oder eingetragenen Partnerschaft geschlossen bzw. eingegangen, so sehen die Bestimmungen eine Nichtigkeitsfolge vor. Das Strafrecht trifft die entsprechenden strafrechtlichen Begleitmaßnahmen.⁴⁸⁴

Die **Wirkungen** der eingetragenen Partnerschaft entsprechen im Wesentlichen den Rechten und Pflichten verheirateter Personen. Für den gemeinsamen **Namen** gelten aber vom Ehwirkungsrecht abweichende Bestimmungen: Die Begründung der Partnerschaft entfaltet noch keine namensrechtlichen Wirkungen. Allerdings können die in eingetragener Partnerschaft lebenden Personen einen gemeinsamen Nachnamen im Weg des Namensänderungsgesetzes erhalten, auch wurde ihnen – so wie verheirateten Personen – die Möglichkeit eingeräumt, ihren bisherigen Namen voran- oder nachzustellen.

Ausgehend von den Regelungen über die Nichtigerklärung, die Aufhebung und die Scheidung sowie die rechtlichen Folgen dieser Rechtsinstitute wurden die Tatbestände der Scheidung und Aufhebung im EPG zu einer „**Auflösung**“ zusammengefasst, weil diese zum Unterschied zur Nichtigerklärung die Wirkung der Auflösung *ex nunc* haben. Terminologisch wurden Scheidung und Aufhebung in eine gerichtliche „Auflösungsentscheidung“ zusammengefasst. Das Auflösungsrecht geht ebenso wie das geltende Eherecht vom **Verschuldensprinzip** aus. Das EPG sieht aber auch einen **verschuldensabhängigen Unterhalt** nach Beendigung der eingetragenen Partnerschaft vor. Die rechtshistorisch

⁴⁸² BGBl. I Nr. 135/2009, In Kraft seit 1.1.2010.

⁴⁸³ EGMR 24.7.2003, 40016/98, Karner gegen Österreich, ÖJZ 2004/2.

⁴⁸⁴ § 192 StGB.

bedingten speziellen Voraussetzungen und Folgen einer **Scheidung gegen den Willen eines schuldlosen Teiles** wurden allerdings nicht in das EPG übernommen. Die Auflösung ist also einfacher möglich. Die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse wurde dagegen wieder nach dem Vorbild der eherechtlichen Bestimmungen geregelt.

Die eingetragene Partnerschaft wirkt sich nicht bloß auf die Rechte und Pflichten zwischen beiden Teilen, sondern auch im Verhältnis zu **Dritten** aus. Darüber hinaus waren Regelungen, die auf verheiratete Personen Rücksicht nehmen, dahin anzupassen, dass sie auch auf Personen in eingetragener Partnerschaft anwendbar sind. Durch einen **Generalverweis** wurde die Übersichtlichkeit des EPG und die Lesbarkeit anderer Bundesgesetze, auf die verwiesen wird, gewährleistet. Im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) war jedoch eine Differenzierung notwendig; hier wurden Generalverweise nur im **Erbrecht** und im **Güterrecht** vorgesehen. Auch das Ehegesetz, das Fortpflanzungsmedizinengesetz, das IPR-Gesetz (§ 27), die Jurisdiktionsnorm, das StGB und die StPO wurden gesondert geregelt.

2. Verankerung des Konkubinats im Gesetz

Im Familienrecht im engeren Sinne scheint es keine rechtlichen Regelungen zu geben, die einer einfachen Lebensgemeinschaft oder einem einfachen Lebenspartner besonderen Status einräumen würden. Es gibt damit im österreichischen Recht keine gesonderte Konkubinatsform.

Es kann aber freilich in vielen anderen Rechtsbereichen Normen geben, die auf eine einfache Lebensgemeinschaft abstellen.⁴⁸⁵ Die Liste solcher Normen ist zu lang, als das sie hier wiedergegeben werden könnte.

Für das heterogene Konkubinats mit gemeinsamem Kind wurden im KindNamRÄG 2013 neue Regelungen eingeführt, um die **gemeinsame Obsorge** unverheirateter Eltern zu erleichtern. Bei Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern wurde so der Weg für die jungen Eltern in die gemeinsame Obsorge dadurch erleichtert, dass sie entsprechende Erklärungen gemeinsam und persönlich beim Standesamt abgeben können. Weiter wurde ein Antragsrecht auf Begründung der gemeinsamen Obsorge oder der Alleinobsorge – und zwar abhängig von der Interessenlage des Kindes – vorgesehen. Diese Normen sind für unverheiratete Lebenspartner anwendbar, aber auch für andere unverheiratete Eltern, die nicht in einer Lebensgemeinschaft leben, und somit **nicht konkubinatspezifisch**.

3. Vorsorgeausgleich und Funktionsäquivalente

Ein Anspruch auf Versorgungsausgleich (im Sinne einer Teilung einer beruflichen Versorgungspflicht gemäß §§ 1587 ff. des deutschen BGB) ist im österreichischen Recht grundsätzlich nicht vorgesehen (österreichischer Oberster Gerichtshof 13.09.2007, 6 Ob 163/07z). Aus diesem Grund

⁴⁸⁵ Als Beispiel sei § 16 Abs. 1 Z. 3 des Urlaubsgesetzes zur Pflegefreistellung genannt. Eine solche wird für die Pflege „naher Angehöriger“ gewährt. Als nahe Angehörige im Sinne dieses Bundesgesetzes sind der Ehegatte, der eingetragene Partner und Personen anzusehen, die mit dem Arbeitnehmer in gerader Linie verwandt sind, ferner Wahl- und Pflegekinder, im gemeinsamen Haushalt lebende leibliche Kinder des anderen Ehegatten oder des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten sowie die Person, mit der der Arbeitnehmer in **Lebensgemeinschaft** lebt. Ähnlich z.B. auch § 33 Abs. 4 Z. 1 Einkommensteuergesetz zum sogenannten Alleinverdienerabsetzbetrag oder § 72 StGB zum Angehörigenbegriff im Strafrecht. Es wird nicht davon ausgegangen, dass Regelungen dieses Typs für die hier verfolgten Zwecke von Interesse wären.

bestand auch kein Anspruch zwischen österreichischen, geschiedenen Ehegatten hinsichtlich vom Mann in der Schweiz angespartem Pensionsguthaben, weil dem anzuwendenden österreichischen Recht ein Versorgungsausgleich unbekannt ist (OGH 11.05.2005, 9 Ob 70/04s). Hat ein geschiedener Ehegatte einen **Unterhaltsanspruch**, so besteht dieser Anspruch (in der Höhe angepasster Form) auch nach bzw. unabhängig dem Pensionsantritt.

4. Erbrecht

In der österreichischen Rechtsliteratur wird ein allgemeiner, vertiefter **Reformbedarf** des österreichischen Erbrechts diskutiert⁴⁸⁶ und es findet sich im Regierungsübereinkommen der letzten Legislaturperiode. Der Schwerpunkt der erbrechtlichen Reformdiskussion lag in den letzten Jahren im **Pflichtteilsrecht** (dazu unten B.2.) und hier vor allem im Anrechnungsrecht. Es wurde aber in dieser Legislaturperiode kein Reformprojekt gestartet. Es ist davon auszugehen, dass sich dieser Punkt wieder in einem neuen Regierungsübereinkommen nach den Wahlen im September 2013 finden wird.

Das derzeit aktuelle Erbrecht kennt Sonderregelungen für **Ehe** und eingetragene Partnerschaft. Zunächst hat der überlebende Gatte oder eingetragene Partner eine **Erbquote**, die davon abhängt, mit welchen anderen Erben der Ehegatte konkurriert. Der überlebende Ehegatte (oder eingetragene Partner) des Erblassers ist neben Kindern des Erblassers und deren Nachkommen zu einem Drittel des Nachlasses erbberechtigt; neben Eltern und Geschwistern des Erblassers oder neben Großeltern ist er (sie) zu zwei Dritteln des Nachlasses gesetzlicher Erbe (Erbin). Sind neben Großeltern Nachkommen verstorbener Großeltern vorhanden, so erhält überdies der Ehegatte von dem restlichen Drittel des Nachlasses den Teil, der den Nachkommen der verstorbenen Großeltern zufallen würde. Gleiches gilt für jene Erbteile, die den Nachkommen verstorbener Geschwister zufallen würden.⁴⁸⁷ In den übrigen Fällen erhält der Ehegatte den ganzen Nachlass.⁴⁸⁸

Dem überlebenden Ehegatten steht also nach dem Gesetz ein **fixer Erbteil** zu. Dies bedeutet, dass die Größe seines Erbteils nicht von der Anzahl jener Personen abhängt, mit denen er konkurriert.

Voraussetzung ist die **Gültigkeit der Ehe** bzw. der eingetragenen Partnerschaft im Zeitpunkt des Erbfalls.

Aus dem gesetzlichen Erbrecht des Ehegatten (bzw.) eingetragenen Partners folgt auch sein **Pflichtteilsrecht**.⁴⁸⁹

In den Erbteil des Ehegatten ist alles **einzurechnen**, was dieser durch **Ehepakt** oder Erbvertrag aus dem Vermögen des Erblassers erhält.⁴⁹⁰ Die Anrechnungsvorschrift gilt ausdrücklich nur im Fall gesetzlicher Erbfolge und kann vom Erblasser auch erlassen werden. Die Anrechnungspflicht besteht aber auch beim Pflichtteil. Anrechnungspflichtig sind nur Zuwendungen, die dem überlebenden Ehegatten (bzw. eingetragenen Partner) beim Tod des anderen aus Ehepakt oder Erbvertrag zukommen (Versorgungsgedanke).

⁴⁸⁶ R. Welsch, Die Reform des österreichischen Erbrechts, NZ (Notariatszeitung) 2012, 1.

⁴⁸⁷ Aufgrund des FamErbRÄG 2004 fallen nicht bloß die den Nachkommen der Großeltern, sondern auch die den Nachkommen der Geschwister (Nichten, Neffen usw.) hypothetisch zustehenden Erbteile dem Ehegatten bzw eingetragenen Partner zu. Die Änderung wurde mit der gewünschten weiteren Besserstellung des Ehegatten im Erbrecht begründet.

⁴⁸⁸ § 757 Abs. 1 ABGB (zur Gleichstellung der eingetragenen Partner, § 537a ABGB).

⁴⁸⁹ § 762 ABGB.

⁴⁹⁰ § 757 Abs. 2 ABGB.

Abgesehen von einem gesetzlichen Erb- und Pflichtteil steht dem überlebenden Ehegatten zusätzlich das sogenannte **gesetzliche Vorausvermächtnis**⁴⁹¹ zu. Sofern der Ehegatte nicht rechtmäßig enterbt worden ist, gebühren ihm als gesetzliches Vorausvermächtnis nämlich das Recht, in der **Ehewohnung** weiter zu wohnen, und die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind. Der Überlebende erscheint in der Praxis häufig als der „Haupterbe“. Damit wird das Ziel verfolgt, es dem überlebenden Ehegatten (und dem eingetragenen Partner) seine gewohnte häusliche Umgebung zu sichern.

Ist der Ehegatte (bzw. eingetragene Partner) pflichtteilsberechtigt, stellt sich der Voraus als eine (teilweise oder gänzliche) Pflichtteilsdeckung dar. Sein Wert ist in den Pflichtteilsanspruch einzurechnen.⁴⁹²

Dem Partner in einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** steht (derzeit) kein gesetzliches Erbrecht und kein Pflichtteilsrecht zu.

Exkurs: Jüngste Entwicklungen im Ehegüterrecht - Mehr Vertragsfreiheit

Im Ehegüterrecht wurden durch das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 (FamRÄG 2009, BGBl. I Nr. 75/2009) einige veraltete Rechtsinstitute (z.B. das Heiratsgut und die Morgengabe) abgeschafft. Der Anspruch auf Ausstattung blieb erhalten (§§ 1220 bis 1223 ABGB). Was die früheren Regelungen zur **gemeinsamen Ehewohnung** betrifft, so hatten diese in vielen Fällen die Wirkung, Ehen zu verhindern, um nicht für den Falle einer Scheidung lange im Familienbesitz befindliche Immobilien zu verlieren. Nach der Reform können die Ehegatten die Einbeziehung einer eingebrachten, ererbten oder geschenkten Ehewohnung in die Aufteilung vereinbaren. Sie können aber auch vereinbaren, dass bei einer derartigen Wohnung die Übertragung des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes an der Ehewohnung für die naheheliche Aufteilung ausgeschlossen wird.⁴⁹³ Von derartigen Vereinbarungen, die die Eheleute vorweg getroffen haben, kann das Gericht nur dann abweichen, soweit ihre Einhaltung unbillig und unzumutbar ist oder – für die Ehewohnung – die Sicherung der Lebensbedürfnisse des Ehegatten oder eines Kindes gefährdet bzw. zu einer deutlichen Verschlechterung der bisherigen Lebensverhältnisse führt. Vorweg-Vereinbarungen über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und die Ehewohnung müssen in Form eines Notariatsakts abgeschlossen werden. Für vorab geschlossene Vereinbarungen über das übrige Gebrauchsvermögen soll dagegen die einfache Schriftform ausreichen.

B. Rechtliche Beziehungen zwischen Eltern und Kindern

Das **Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013**⁴⁹⁴ ist zum 01.02.2013 in Kraft getreten. Es enthält umfassende Änderungen zum gesamten Kindschafts-, Namens-, Unterhalts-, Adoptions- und Eherecht. Das Kindschaftsrecht des österreichischen ABGB wurde im Bereich der elterlichen Verantwortung, zur Obsorge beider Eltern und zum Kontakt mit dem Kind neu gestaltet. Die Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern wurde vollständig beseitigt. Die Anlegung von Mündelgeld wurde überarbeitet. Auf dem Gebiet des Verfahrensrechtes wurde die Möglichkeit vorläufiger Entscheidungen ausgebaut. Die Instrumente der Familiengerichtshilfe und des Besuchsmittlers wurden neu gesetzlich geregelt. Das Namensrecht des ABGB wurde flexibler gestaltet, vor allem wurden Doppelnamen für Kinder und ganze Familien ermöglicht. Es ist insbesondere darauf

⁴⁹¹ § 758 ABGB.

⁴⁹² § 789 ABGB.

⁴⁹³ „Opt-in-Möglichkeit“ in § 82 Abs. 2 und „Opt-out-Regel“ im § 87 Abs. 1 EheG.

⁴⁹⁴ KindNamRÄG 2013, BGBl. I 15/2013.

hinzuweisen, dass beinahe das gesamte Familienrecht des ABGB neu strukturiert und neu nummeriert wurde. Es handelt sich um eine der umfassendsten Reformen des Familienrechts seit längerer Zeit.

Das österreichische Abstammungsrecht wurde zuvor bereits mit dem **Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004**⁴⁹⁵ grundlegend reformiert. Anlass war eine Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes⁴⁹⁶, womit wesentliche Bestimmungen des alten Rechts unter Verweis auf Art 8 EMRK als verfassungswidrig aufgehoben wurden. Im materiellen Abstammungsrecht ging es um die verfassungskonforme Schaffung eines eigenen Rechtes auch des Kindes auf Feststellung, dass es nicht vom Ehemann seiner Mutter abstammt. Das unbedingte Erfordernis der Klage auf Feststellung der Ehelichkeit für kurz nach Scheidung der Eltern geborene Kinder wurde durch eine Möglichkeit der Vaterschaftsanerkennung beseitigt. Die Schaffung einer ausgewogenen Regelung zwischen dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und dem Schutz der intakten Familie war ein Anliegen des Gesetzgebers. Neu ist auch die Geschäftsfähigkeit nicht Eigenberechtigter in Fragen ihrer Abstammung und der Abstammung von ihnen.

1.1. Unterscheidung verschiedener Formen des Kindesverhältnisses

Die Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern wurde durch das KindNamRÄG 2013 zum 1. Februar 2013 vollständig beseitigt.

1.2. Begründung des Kindesverhältnisses durch Abstammung

1.2.1. Mutterschaft

Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat.⁴⁹⁷ Diese Regelung wurde mit dem Fortpflanzungs-Medizin-Gesetz im Jahr 1992 in das ABGB eingeführt. Die Mutterschaft besteht danach *ex lege*, bedarf also keiner Anerkennung oder Feststellung und kann auch nicht bestritten werden.

Anonyme Geburt und die Weglegung des Kindes in einer „**Babyklappe**“ führen zu einer Situation entsprechend jener eines Findelkindes⁴⁹⁸ (und sind gesondert geregelt), machen das Kind aber nicht mutterlos.

Leihmutterschaft

Die Leihmutterschaft ist nach österreichischem Recht verboten. Die 1992 in das ABGB aufgenommene Regelung dient der statusrechtlichen Absicherung des **Verbots der Leih- oder Ersatzmutterschaft**, indem das Kind auch **entgegen der genetischen Wahrheit** der es gebärenden Frau als Mutter zugeordnet wird.

Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft

Die Regelung, wonach Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat, gilt im Prinzip auch bei im Ausland durchgeführter Behandlung.⁴⁹⁹ Jedoch war die Auffassung einer Behörde, das Verbot der Leihmutterschaft (in Österreich) und die Regelung des § 143 ABGB gehörten zum **ordre public**, womit eine **Anerkennung einer ukrainischen Geburtsurkunde** und eine Anwendbarkeit des ukrainischen Rechts auf Grund von § 6 öIPR-Gesetz schon deshalb ausgeschlossen sei, weil dieses Leihmutter-

⁴⁹⁵ BGBl. I 58/2004.

⁴⁹⁶ 28.6.2003, G 78/00.

⁴⁹⁷ § 143 ABGB (neu).

⁴⁹⁸ § 207 ABGB.

⁴⁹⁹ So Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 13. Aufl., 2006, S. 520.

schaft zulässt, im Hinblick auf das Kindeswohl **denk unmöglich**. Es widerspräche nämlich offensichtlich dem Wohl des Kindes, wenn ihm durch die Versagung der Anerkennung ausländischer Hoheitsakte über die im Ausland begründete rechtliche Mutterschaft für die österreichische Rechtsordnung seine biologische Mutter als Mutter im Rechtssinne genommen und dafür die Leihmutter in die Mutterrolle gezwungen würde, obwohl sie weder biologisch noch nach dem Personalstatut der Leihmutter bzw. jenem der Kinder deren Mutter ist, noch dies sein will und kann und auch mit dem Kind keine Familiengemeinschaft begründet hat. Es ist also in solchen Fällen verfassungsrechtlich ausgeschlossen, für die Beurteilung der Abstammung des Kindes zwingend auf österreichisches Sachrecht und damit auf § 143 ABGB abzustellen. Nicht zuletzt wird das Kind dadurch von allen gegenüber leiblichen Eltern sonst bestehenden Obsorge-, Unterhalts- und sonstigen Vermögensrechten gerade gegenüber den genetischen Eltern (die auch als "faktische Eltern" Teil des gemeinsamen Familienlebens sind) ausgeschlossen. Dazu kommt, dass bei einer Nicht-Anerkennung der nach der ausländischen Rechtsordnung bestehenden rechtlichen Mutterschaft der österreichischen Wunschmutter deren genetische, aber von einer Leihmutter geborene Kinder (falls diese nach dem Staatsbürgerschaftsrecht des fremden Staates wie nach jenem der Ukraine nicht die Staatsbürgerschaft der Leihmutter erwerben) staatenlos wären. Im Lichte des Art. 8 EMRK und der entscheidenden Bedeutung, die im Rahmen der Abwägung dem Wohl des Kindes zukommt, ist daher in Konstellationen wie der hier vorliegenden für die Beurteilung der rechtlichen Elternschaft die ausländische Rechtsordnung maßgeblich.⁵⁰⁰

1.2.2. Vaterschaft

Vater eines Kindes ist der Mann, 1. der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes **verheiratet** ist (oder als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist oder), 2. der die Vaterschaft **anerkannt** hat oder 3. dessen Vaterschaft gerichtlich **festgestellt** ist. Würden mehrere Männer als Vater in Betracht kommen, so ist derjenige von ihnen Vater, der mit der Mutter zuletzt die Ehe geschlossen hat.⁵⁰¹

Die terminologische Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern im Rahmen der Abstammung wurde zwar mit dem KindNamRÄG 2013 abgeschafft, die **Ehe der Mutter** ist aber noch immer primärer Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Vaters.

Allerdings wurde bereits 2001 ein besonderes Verfahren geschaffen, um die Ehelichkeitsvermutung besonders einfach entkräften zu können (sog. „**vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis**“). Steht zum Zeitpunkt der Anerkennung bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes (aufgrund der Ehelichkeitsvermutung) fest, so wird ein Anerkenntnis (des genetischen Vaters) erst rechtswirksam, sobald mit allgemein verbindlicher Wirkung festgestellt ist, dass der andere Mann (Ehemann) nicht der Vater des betreffenden Kindes ist. Ein zu einem Zeitpunkt, zu dem die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann feststand, abgegebenes Vaterschaftsanerkenntnis wird jedoch bereits rechtswirksam, wenn in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde das Kind dem Anerkenntnis zustimmt. Ist das Kind nicht eigenberechtigt, so wird das Anerkenntnis überdies nur rechtswirksam, wenn die einsichts- und urteilsfähige **Mutter** selbst den **Anerkennenden** in der genannten Form **als Vater bezeichnet**. Der Mann, der als Vater feststand, oder die Mutter, sofern sie nicht den Anerkennenden als Vater bezeichnet hat, kann gegen das Anerkenntnis bei Gericht Widerspruch erheben. Für die Zustimmung des minderjährigen Kindes ist der Jugendwohlfahrtsträger gesetzlicher Vertreter des Kindes.⁵⁰² Dass sich aufgrund dieser Voraussetzungen ein **biologischer Vater nicht gegen den Willen von Mutter und Kind** in einen **sozialen Familienverband hereindrängen** kann, steht Art 8 EMRK nicht grundsätzlich entgegen. Der Ausschluss des biologischen Vaters von der

⁵⁰⁰ Zu allem Verfassungsgerichtshof vom 11.10.2012, B 99/12.

⁵⁰¹ § 144 ABGB (neu).

⁵⁰² § 147 ABGB (neu).

Feststellung seiner Vaterschaft mangels Mitwirkung von Mutter oder Kind wird jedoch dann verfassungsrechtlich bedenklich, wenn er bereits ein nach Art 8 EMRK geschütztes, familiäres Verhältnis zum Kind aufgebaut hat.

Vater kann nur sein, wer **Mann** im Rechtssinn ist, oder es zumindest zur Zeit der Geburt des Kindes war. Das (vom Standesbeamten irrtümlich aufgenommene) Vaterschaftsanerkennnis einer Frau wäre amtswegig für unwirksam zu erklären. Auch die im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe kann der Ehefrau der Mutter nicht die Vaterschaft über die Ehe vermitteln.

Das **Kind** kann die Feststellung seiner Abstammung auch beantragen, wenn die Vaterschaft eines anderen Mannes bereits feststeht. In einem solchen Fall hat die Feststellung der Abstammung die vom Gericht auszusprechende Wirkung, dass das Kind nicht vom anderen Mann abstammt.⁵⁰³ In diesem vergleichsweise neuen „**Vätertauschverfahren**“ kann die Feststellung der wahren unter gleichzeitiger Beseitigung der bestehenden Vaterschaft in einem Akt erledigt werden. Das Kind kann aber auch zuerst gegen den Ehemann der Mutter und anschließend gegen den vermeintlich wahren Vater vorgehen. Das Vätertauschverfahren wird nur über Antrag des Kindes eingeleitet, dem diese Möglichkeit zeitlich unbefristet offensteht.

Anfechtung der Vaterschaft

Stammt ein Kind, das während der Ehe der Mutter oder vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des **Ehemanns** der Mutter geboren worden ist, **nicht** von diesem ab, so hat das Gericht dies auf Antrag festzustellen. Der Antrag kann vom Kind gegen den Mann und von diesem gegen das Kind gestellt werden.⁵⁰⁴ Diese Regelung dient der **Beseitigung der ex lege eingetretenen Vaterschaft des Ehemannes**. Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen über die Beseitigung der Vaterschaft sind unwirksam. Der Beweis der (Nicht-)Vaterschaft erfolgt häufig durch ein DNA-Gutachten, aber auch ein blutserologisches oder erbbiologisch-anthropologisches Gutachten kommt in Betracht. Steht die Vaterschaft aufgrund eines DNA-Gutachtens mit einer Wahrscheinlichkeit von über 99,99 % fest, bedarf es keiner weiteren Beweisaufnahme. Der Nachweis des Mehrverkehrs oder dass die Vaterschaft eines anderen Mannes wahrscheinlicher sei, genügt zur Widerlegung der Vaterschaft im Gegensatz zum alten Recht nicht mehr. Es bestehen verfahrensrechtliche Mitwirkungspflichten, die gesondert geregelt sind.

Ein Antrag auf Feststellung, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt, kann binnen **zwei Jahren** ab Kenntnis der hierfür sprechenden Umstände gestellt werden. Diese Frist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes, im Fall einer Änderung der Abstammung frühestens mit der Wirksamkeit der Änderung. Ein Antrag ist nicht zulässig, solange die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann feststeht. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange die antragsberechtigte Person nicht eigenberechtigt ist oder innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis an der Antragstellung gehindert ist. Später als 30 Jahre nach der Geburt des Kindes oder nach einer Änderung der Abstammung kann nur das Kind die Feststellung der Nichtabstammung begehren.⁵⁰⁵

Hat der Ehemann der Mutter einer **medizinisch unterstützten Fortpflanzung** mit dem Samen eines Dritten in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt, so kann nicht die Feststellung begehrt werden, dass das mit dem Samen des Dritten gezeugte Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt.⁵⁰⁶

⁵⁰³ § 150 ABGB (neu).

⁵⁰⁴ § 151 ABGB (neu).

⁵⁰⁵ § 153 ABGB (neu).

⁵⁰⁶ § 152 ABGB (neu).

1.3. Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption

Das **Familienrechts-Änderungsgesetz 2009** (FamRÄG 2009, BGBl. I Nr. 75/2009) beseitigte Unklarheiten darüber, ob eine im Ausland bewilligte Adoption im Inland wirksam ist. Es wurde ein Recht der Beteiligten an einer solchen Adoption eingeführt, diese Frage in einem gerichtlichen Verfahren für alle künftigen gerichtlichen und behördlichen Verfahren verbindlich klären zu lassen. Ohne eine solche Klärung kann jede Behörde – wie früher – die Wirksamkeit der Adoption selbständig als Vorfrage prüfen.

1.3.1. Formen und Rechtswirkungen der Adoption

Eigenberechtigte Personen können an Kindesstatt annehmen. Durch die Annahme an Kindesstatt wird die Wahlkindschaft begründet.

Zwischen dem Annehmenden und dessen Nachkommen einerseits und dem Wahlkind und dessen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Annahme minderjährigen Nachkommen andererseits entstehen mit diesem Zeitpunkt die **gleichen Rechte**, wie sie durch die **eheliche Abstammung** begründet werden.⁵⁰⁷ Diese (privatrechtlichen) Wirkungen sind unabdingbar. Spiegelbildlich erlöschen zugleich die nicht rein vermögensrechtlichen Beziehungen des Wahlkindes und seiner Nachkommen zu den leiblichen Eltern/dem leiblichen Elternteil.

Die im Familienrecht begründeten Pflichten der leiblichen Eltern und deren Verwandten zur Leistung des **Unterhaltes** und der Ausstattung gegenüber dem Wahlkind **bleiben aufrecht**. Das gleiche gilt für die Unterhaltspflicht des Wahlkindes gegenüber den leiblichen Eltern, sofern diese ihre Unterhaltspflicht gegenüber dem noch nicht vierzehn Jahre alten Kinde vor dessen Annahme an Kindesstatt nicht gröblich vernachlässigt haben. Die aufrecht bleibenden Pflichten stehen jedoch den durch die Annahme begründeten gleichen Pflichten im Range nach.⁵⁰⁸

Die im **Erbrecht** begründeten Rechte zwischen den leiblichen Eltern und dem Wahlkind **bleiben aufrecht**. Bei der gesetzlichen Erbfolge in das Vermögen des Wahlkindes in der zweiten Linie gehen die Wahl Eltern und deren Nachkommen einerseits den leiblichen Eltern und deren Nachkommen andererseits vor.⁵⁰⁹ Das Wahlkind und seine Nachkommen behalten das Erbrecht (und damit auch Pflichtteilsrecht) nach den leiblichen Eltern des Wahlkindes und deren Verwandten. Das Wahlkind erhält aber auch das Erbrecht nach den Wahl Eltern und deren Nachkommen; nicht aber nach deren sonstigen Verwandten. Diese Rechtsfolgen sind unabdingbar. Ein Pflichtteilsverzicht unter der Bedingung der nachfolgenden Adoption ist aber zulässig und rechtswirksam.

1.3.2. Widerruf der Adoption

1.3.3. Allgemeine Voraussetzungen der Adoption

Die Wahl Eltern müssen das **fünfundzwanzigste Lebensjahr** vollendet haben. Wahlvater und Wahlmutter müssen mindestens **sechzehn Jahre** älter als das Wahlkind sein.⁵¹⁰ Vor dem KindNamRÄG 2013 betrug der erforderliche Altersunterschied 18 Jahre bzw 16 Jahre, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Wahlkind bereits eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern entsprechende Beziehung bestand, oder das Wahlkind ein leibliches Kind des Ehegatten des Annehmenden oder mit dem Annehmenden verwandt war. Auch der Altersunterschied konnte im Einzelfall geringfügig unterschritten werden.

⁵⁰⁷ § 197 Abs. 1 ABGB.

⁵⁰⁸ § 198 ABGB.

⁵⁰⁹ § 199 ABGB.

⁵¹⁰ § 193 ABGB (neu).

1.3.4. Lebensform der Adoptiveltern als Adoptionsvoraussetzung

Die Annahme eines Wahlkindes durch **mehr als eine Person**, sei es gleichzeitig, sei es, solange die Wahlkindschaft besteht, nacheinander, ist nur zulässig, wenn die Annehmenden miteinander **verheiratet** sind. Ehegatten dürfen in der Regel nur gemeinsam annehmen. Ausnahmen sind zulässig, wenn das leibliche Kind des anderen Ehegatten angenommen werden soll, wenn ein Ehegatte nicht annehmen kann, weil er die gesetzlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Eigenberechtigung oder des Alters nicht erfüllt, wenn sein Aufenthalt seit mindestens einem Jahr unbekannt ist, wenn die Ehegatten seit mindestens drei Jahren die eheliche Gemeinschaft aufgegeben haben oder wenn ähnliche und besonders gewichtige Gründe die Annahme durch nur einen der Ehegatten rechtfertigen.⁵¹¹

Mit dem **Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013** (AdRÄG 2013) wird in Umsetzung des Urteils des EMGR vom 19.2.2013⁵¹² (X u.a. gegen Österreich) die **Stiefkindadoption** für gleichgeschlechtliche Paare rechtlich ermöglicht. Nach bisher geltendem Recht erlöschen bei einer Adoption durch einen Wahlvater bzw. eine Wahlmutter die familienrechtlichen Beziehungen zum leiblichen Vater bzw. zur leiblichen Mutter.⁵¹³ (vgl. § 197 Abs. 2 ABGB). Aufgrund dieser Regelung konnte bislang ein gleichgeschlechtlicher Partner das leibliche Kind des anderen nicht adoptieren, ohne die rechtliche Beziehung zu diesem Elternteil aufzuheben. Der EGMR sah darin eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK. Mit den neuen Regelungen im ABGB und im EPG wird erreicht, dass die familienrechtlichen Beziehungen des leiblichen Elternteils zum Kind nicht durch die Annahme des Kindes durch den gleichgeschlechtlichen Partner dieses Elternteils aufgehoben werden. Außerdem wurde durch eine neue Gliederung der betroffenen Bestimmungen die Verständlichkeit des Gesetzestextes verbessert werden. **Eingetragene Partner** können aber **weiterhin nicht gemeinsam ein fremdes Kind adoptieren**.⁵¹⁴ Die Änderung wurde im Parlament im August 2013 beschlossen⁵¹⁵, aber noch nicht in die offiziellen Gesetzesausgaben eingearbeitet.

2. Erbrecht

Allgemein zum Reformbedarf des Erbrechts siehe bereits oben A.4. zum Erbrecht des überlebenden Ehegatten.

Gesetzliche Erben sind der Ehegatte und diejenigen Personen, die mit dem Erblasser in nächster Linie verwandt sind.⁵¹⁶ Gesetzliche Erben sind folglich: Nach der **Gleichstellung** der ehelichen mit den unehelichen Kindern im Erbrecht⁵¹⁷ alle mit dem Erblasser **blutsverwandten** Personen (also nicht die verschwägerten und die Stiefverwandten); der **Ehegatte, weiters** - nach dem am 1.1.2010 in Kraft getretenen und für Todesfälle nach diesem Zeitpunkt anzuwendenden **Eingetragene Partnerschaft-Gesetz** - der eingetragene Partner⁵¹⁸.

⁵¹¹ § 191 ABGB (neu).

⁵¹² Beschw-Nr. 19010/07.

⁵¹³ § 197 Abs. 2 ABGB.

⁵¹⁴ § 8 Abs. 4 EPG (neu).

⁵¹⁵ BGBl. I Nr. 179/2013. Vom 06.08.2013. Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz geändert werden (**Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013** – AdRÄG 2013).

⁵¹⁶ § 730 ABGB.

⁵¹⁷ ErbRÄG 1989 BGBl 1989/656; für Erbfälle ab 1.1.1991.

⁵¹⁸ § 537a ABGB zur Gleichstellung des eingetragenen Lebenspartners.

Wenn der Erblasser **Kinder des ersten Grades** hat, so fällt ihnen die ganze Erbschaft zu; sie mögen männlichen oder weiblichen Geschlechtes; sie mögen bei Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tode geboren sein. Mehrere Kinder teilen die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Teile. Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge.⁵¹⁹

Die Personen, die der Erblasser in der letzten Anordnung bedenken muss (**Pflichtteilsberechtigte**), sind seine Kinder (in Ermangelung solcher seine Eltern) und der Ehegatte (oder eingetragene Lebenspartner).⁵²⁰ Das Pflichtteilsrecht beschränkt die Parteiautonomie des Erblassers, um bestimmten nahen Angehörigen eine wertmäßige Beteiligung am Nachlass zu sichern. Der **obligatorische** Pflichtteils(ergänzungs)anspruch besteht, wenn der Noterbe weder zu Lebzeiten noch durch letztwillige Verfügung ausreichend bedacht wurde oder wenn sein gesetzlicher Erbteil den Pflichtteil nicht abdeckt. Ein dem Pflichtteilsrecht widersprechendes Testament bleibt aber gültig.

Als Pflichtteil gebührt jedem Kind und dem Ehegatten **die Hälfte** dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre.⁵²¹ Ausnahmen bestehen bei Erbnunwürdigkeit, bei Enterbung und bei der sogenannten Pflichtteilsminderung.

Zur **Pflichtteils-minderung** kommt es, wenn der Erblasser und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit in einem **Naheverhältnis** standen, wie es in der Familie zwischen solchen Verwandten gewöhnlich besteht. Dieses Minderungsrecht betrifft faktisch vornehmlich **uneheliche** Kinder. Der Erblasser kann dann den Pflichtteil auf die Hälfte mindern. Das Recht auf Pflichtteils-minderung steht seit 2001 nicht zu, wenn der Erblasser die Ausübung des Rechts auf persönliche Kontakte mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt hat.⁵²² Die Beurteilung des üblichen Naheverhältnisses zwischen den infrage kommenden Verwandten beruht auf einer Einzelfallbetrachtung. Es muss jedenfalls über einen gewissen längeren Zeitraum hinweg eine geistig emotionale Beziehung bestanden haben; gemeinsames Wohnen ist nicht erforderlich. Dass eine einmal bestehende Nahebeziehung bereits im Kleinkindalter beendet wurde, schadet nicht; ebenso wenig, wenn Besuche nur in Abständen von mehreren Monaten stattgefunden haben. Eine ausdrückliche testamentarische Anordnung wird nicht (mehr) verlangt; es muss aber eine letztwillige Verfügung vorhanden sein, aus der sich der Minderungswille des Erblassers einigermassen klar ableiten lässt.

SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG

Prof. Dr. Christina Schmid
Direktorin

Agata Zielniewicz
Wissenschaftliche Mitarbeiterin

⁵¹⁹ § 732 ABGB.

⁵²⁰ § 762 ABGB.

⁵²¹ § 765 ABGB.

⁵²² § 773a ABGB. Durch den Gesetzgeber 1989 eingeführt.