

Prof. Dr. Regina E. Aebi-Müller / Carmen Ladina Widmer

Die nichteheliche Gemeinschaft im schweizerischen Recht

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, die heute schlichtweg «Lebenswirklichkeit» darstellt, bildet nach schweizerischem Recht kein Rechtsinstitut sui generis. Entsprechend fehlen sowohl eine allgemeingültige Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als auch eine umfassende Regelung der mit der Gemeinschaft verbundenen Rechtsfolgen. Es kann daher stets nur darum gehen, die Rechtswirkungen der jeweiligen Lebensgemeinschaft in Bezug auf konkrete Rechtsbereiche darzustellen. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben in ausgewählten Lebensbereichen auseinander.

Rechtsgebiet(e): Familienrecht

Zitiervorschlag: Regina E. Aebi-Müller / Carmen Ladina Widmer, Die nichteheliche Gemeinschaft im schweizerischen Recht, in: Jusletter 12. Januar 2009

Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen
 1. Begriff und Entstehung der nichtehelichen Gemeinschaft
 2. Rechtsquellen
 - a) Grundsatz
 - b) Anwendung von Rechtsregeln anderer Rechtsinstitute auf die nichteheliche Gemeinschaft als Ganze?
 - i) Eherecht
 - ii) Recht der einfachen Gesellschaft
- II. Rechtsregeln für das nichteheliche Zusammenleben
 1. Rechtsregeln während bestehender Gemeinschaft
 - a) Sachenrecht
 - b) Geldleistungen und Unterhalt
 - i) Grundsatz
 - ii) Familien- und nacheheliches Unterhaltsrecht
 - iii) Haftpflichtrecht
 - iv) Sozialversicherungs- und Sozialhilferecht
 - v) Zwangsvollstreckungsrecht
 - c) Gemeinsame Mietwohnung
 - d) Arbeitsleistungen
 - e) Stellung gemeinsamer Kinder
 - f) Vorsorgerecht
 - g) Steuerrecht
 - h) Gesundheitsrecht
 - i) Erbrecht
 2. Rechtsregeln für die Auflösung der Gemeinschaft
 - a) Grundsatz der jederzeitigen Auflösbarkeit
 - b) Liquidation der Gemeinschaft
 - c) Nachpartnerschaftlicher Unterhalt
- III. Ergebnis und Ausblick
- IV. Literatur

I. Grundlagen

1. Begriff und Entstehung der nichtehelichen Gemeinschaft

[Rz 1] Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist in der Schweiz **nicht als eigenes Rechtsinstitut** mit spezifischen Wirkungen anerkannt, weshalb es auch an einer **allgemeingültigen gesetzlichen Umschreibung** des Konkubinats **fehlt**. Dennoch ist das nichteheliche Zusammenleben in verschiedener Hinsicht rechtlich relevant.

[Rz 2] Unabhängig von der Bedeutung des nichtehelichen Zusammenlebens im jeweiligen Kontext ist für die Begründung einer solchen Gemeinschaft generell **kein förmlicher Begründungsakt** notwendig; bei einer nichtehelichen Gemeinschaft handelt es sich schlicht um eine **Lebenswirklichkeit**.¹ Deren Begründung ist in der Schweiz heute grundsätzlich ohne Einschränkungen möglich, sie wird als eine auf Stufe des Verfassungsrechts anerkannte Lebensform rechtlich geschützt.² Dass dies lange Zeit keine Selbstverständlichkeit

darstellte, lässt sich etwa daran erkennen, dass die letzte kantonale Strafnorm zur Bestrafung des Konkubinats erst 1995 abgeschafft wurde.³

2. Rechtsquellen

a) Grundsatz

[Rz 3] Da die nichteheliche Gemeinschaft keine Rechtsgemeinschaft *sui generis* bildet,⁴ finden sich im Gesetz weder eine allgemeingültige Umschreibung des rechtlich relevanten nichtehelichen Zusammenlebens noch eine umfassende Regelung der damit verbundenen Rechtsfolgen.⁵ Tatsächlich hat es der Gesetzgeber sogar wiederholt explizit abgelehnt, die nichteheliche bzw. die eheähnliche Gemeinschaft gesetzlich zu verankern und umfassend zu regeln.⁶ Mangels allgemeingültiger Definition und umfassender Regelung sind sowohl die Umschreibung als auch die Rechtswirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stets in Verbindung mit ganz bestimmten Rechtsfragen zu untersuchen. Es stellt sich dabei zum einen die Frage, wie **Gesetz, Rechtsprechung und Lehre** das rechtlich relevante Zusammenleben bezogen auf den konkreten Kontext umschreiben, und zum anderen, welche Rechtswirkungen an das nichteheliche Zusammenleben im betreffenden Bereich geknüpft werden. Das Bundesgericht hat sich dem nichtehelichen Zusammenleben denn auch in unterschiedlichen Kontexten angenommen.⁷

[Rz 4] Verschiedene Bereiche des Zusammenlebens, insbesondere vermögensrechtliche Aspekte, stehen einer **rechtsgeschäftlichen Regelung** durch die Partner offen.⁸ Obwohl eine solche für bestimmte Sachlagen – namentlich bei fester Aufgabenteilung in der Gemeinschaft und/oder beim Vorhandensein von Kindern – teilweise eindringlich empfohlen wird,⁹ bilden Vereinbarungen unter den Partnern die Ausnahme.¹⁰

[Rz 5] Allein daraus, dass die Partner für ihr Zusammenleben keine spezifischen Vereinbarungen getroffen und eine

³ Letzte Strafnorm in Kraft bis 1995 im Kanton Wallis; zu den einstigen kantonalen Verboten MARTY-SCHMID, S. 82 ff.; NÄGELI/GUYER/SCHOCH, S. 29 f.; FRANK, in Frank et al., § 2 Rz. 1 ff.; ausserdem BGE 71 IV 46; BGE 71 IV 52; BGE 97 I 389 (407 f.), E. 12.

⁴ HAUSHEER, Beweisfragen, S. 285.

⁵ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.14; für eine solche umfassende gesetzliche Regelung etwa SCHWANDER, S. 926 ff.

⁶ Letztmals war dies im Jahr 1997 der Fall: AB NR 1997 2696 ff. und 2702 ff.; BÜCHLER, S. 62. Es ist daher auch nicht davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber in näherer Zukunft einer entsprechenden Regelung annehmen wird.

⁷ Eine bundesgerichtliche Umschreibung der «eheähnlichen» bzw. der «qualifizierten eheähnlichen Gemeinschaft» existiert insbesondere im Zusammenhang mit dem nachehelichen Unterhalt; dazu hinten, Ziff. II.1.b.ii.

⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.15.

⁹ BÜCHLER, S. 67 ff.; PICHONNAZ, S. 678; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 903; zu möglichen Inhalten der Vereinbarungen PICHONNAZ, S. 678.

¹⁰ BÜCHLER, S. 70; PULVER, S. 25; GROSSEN/GUILLOD, S. 275.

¹ HAUSHEER, Beweisfragen, S. 285.

² Art. 12 EMRK, Art. 23 UN-Pakt II, Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV, ausserdem Art. 8 Abs. 2 BV; HAUSHEER, Familienrechte, S. 61.

Lebensform gewählt haben, die nicht eigens gesetzlich geregelt ist, darf nicht geschlossen werden, sie wollten ihr Zusammenleben jeglichen rechtlichen Regelungen entziehen.¹¹ Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass es sich bei der nichtehelichen Gemeinschaft um einen formlos begründbaren **Innominatkontrakt** auf Dauer handelt. Mit anderen Worten liegt zwischen den Partnern stets eine Vereinbarung in Bezug auf die Gemeinschaft als Ganze vor, selbst wenn diese stillschweigend zustande kommt.¹² Welche Regeln im Einzelfall auf dieses Gebilde allerdings anzuwenden sind, ist von Fall zu Fall zu entscheiden.¹³ Die nichteheliche Gemeinschaft stützt sich deshalb – abgesehen von punktuellen gesetzlichen Regelungen – grösstenteils auf **Richterrecht**. Damit fehlt es an einer rechtlichen Gesamtbetrachtung.¹⁴

[Rz 6] Schliesslich stellt sich zuweilen die Frage, ob die Regelungen gewisser anderer Rechtsinstitute **per Analogie** auf das nichteheliche Zusammenleben als Ganzes übertragen werden könnten.¹⁵ Zur Diskussion steht dabei namentlich eine analoge Anwendung des Eherechts bzw. des Rechts der einfachen Gesellschaft. Darauf soll im Folgenden kurz eingegangen werden.

b) Anwendung von Rechtsregeln anderer Rechtsinstitute auf die nichteheliche Gemeinschaft als Ganze?

i) Eherecht

[Rz 7] Die Frage, ob eine – zumindest genügend gefestigte – nichteheliche Gemeinschaft als Ganze (analog) den Regeln des Eherechts unterworfen werden könnte, wird in der Schweiz einhellig verneint.¹⁶ Diese Ansicht stützt sich auf unterschiedliche Gründe:

[Rz 8] Zunächst wird die **Verschiedenartigkeit der nichtehelichen Gemeinschaften** untereinander hervorgehoben:¹⁷

Es sind Gemeinschaften unterschiedlichster Form und Verbindlichkeit denkbar, die jeweils in gewisser Hinsicht rechtlich relevant sein können. Diese generell dem Eherecht zu unterwerfen, kann deshalb von vornherein nicht in Frage kommen. Zudem wird auch der **Unterschied** nichtehelicher Gemeinschaftsformen **zur Ehe** betont, welcher eine analoge Anwendung des Eherechts ausschliesse.¹⁸

[Rz 9] Schliesslich wird angeführt, die Partner hätten sich dadurch, dass sie eine *nichteheliche* Lebensgemeinschaft führten, **bewusst gegen das Eherecht entschieden**.¹⁹

ii) Recht der einfachen Gesellschaft

[Rz 10] Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die nichteheliche Gemeinschaft als Ganze dem Recht der einfachen Gesellschaft zu unterstellen sei. Eine solche liegt dann vor, wenn sich zwei oder mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln vertragsmässig verbinden.²⁰ Das Recht der einfachen Gesellschaft würde sich gemäss gewissen Stimmen für eine Regelung der nichtehelichen Gemeinschaft ganz besonders eignen: Zum einen zeichne es sich durch eine Gleichrichtung der Interessen der Gesellschafter aus, zum anderen bestehe zwischen den Gesellschaftern ein spezielles Treueverhältnis, welches sie zur Rücksichtnahme auf die gemeinschaftlichen Belange und die Person des anderen Gesellschafter verpflichtet, was auch bei einer nichtehelichen Gemeinschaft der Fall sei.²¹ Ausserdem stelle die einfache Gesellschaft wie die nichteheliche Gemeinschaft ein sich entwickelndes, ständigen Wandlungen unterworfenen Dauerverhältnis dar, welches sich nicht in einem kurzfristigen Austausch von Leistungen und Gegenleistungen erschöpfe.²²

[Rz 11] Die **vertragsmässige Verbindung** zu einer einfachen Gesellschaft ist sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend möglich;²³ allerdings muss sich der Wille zum Vertragsabschluss bei stillschweigendem Zustandekommen aus den objektiven Umständen ergeben.²⁴ Bei nichtehelichen Ge-

¹¹ BGE 108 II 204 (206 ff.), E. 3a; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.16.

¹² RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 901; WERRO, Rz. 109, der ausdrücklich davon absieht, die nichteheliche Gemeinschaft generell den Bestimmungen über die einfache Gesellschaft zu unterwerfen, selbst wenn diese Regeln oft passend seien; PICHONNAZ, S. 675. Dagegen scheint SANDOZ, union libre, S. 591, davon auszugehen, dass auch ein rein faktisches Zusammenleben die «union libre» begründen könne, dass also nicht in jedem Fall ein (zumindest stillschweigend geschlossener) Vertrag vorliegen müsse. Eingehend zum Zustandekommen eines stillschweigenden Vertrags zwischen den Partnern bereits MARTY-SCHMID, S. 117 ff.

¹³ Ganz allgemein sind auf Innominatkontrakte die *jeweils passenden* dispositiven gesetzlichen Regeln anzuwenden; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1248. So kann es durchaus vorkommen, dass in einem gewissen Fall eher die Bestimmungen des Eherechts heranzuziehen sind, während dies in einem anderen ausgeschlossen wäre; HAUSHEER, Familie, S. 615; vgl. auch RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 901.

¹⁴ RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 898 ff.; SANDOZ, union libre, S. 592, spricht von einer «jurisprudence assez incohérente».

¹⁵ Wobei damit freilich die Frage noch nicht beantwortet ist, *wann überhaupt* ein solches rechtlich relevantes nichteheliches Zusammenleben vorliegt.

¹⁶ BGE 108 II 204 (206), E. 3; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 901; BÜCHLER, S. 73; SANDOZ, union libre, S. 596.

¹⁷ BÜCHLER, S. 63; DUSSY, S. 47 und 50; PULVER, S. 15 f.

¹⁸ SANDOZ, union libre, S. 591; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.29.

¹⁹ BGE 108 II 204 (206), E. 3; PICHONNAZ, S. 677; a.A. DUSSY, S. 47, der geltend macht, die Partner hätten sich lediglich gegen die Ehe (als Institution) ausgesprochen, nicht jedoch in jedem Fall gegen deren Rechtswirkungen.

²⁰ Art. 530 Abs. 1 OR.

²¹ DUSSY, S. 57; bei der einfachen Gesellschaft steht denn auch die Persönlichkeit der Mitglieder und nicht deren Kapitalbeteiligung im Vordergrund; FELLMANN/MÜLLER, BeKomm, N 20 zu Art. 530 OR.

²² DUSSY, S. 57. Die objektive Geeignetheit der Regeln der einfachen Gesellschaft rechtfertigt allerdings noch nicht die systematische Anwendung auf jede nichteheliche Gemeinschaft; MARTY-SCHMID, S. 402; GROSSEN/GUILLOD, S. 292.

²³ Vgl. Art. 1 Abs. 2 OR; FELLMANN/MÜLLER, BeKomm, N 432 zu Art. 530 OR; BGE 108 II 204 (208), E. 4.

²⁴ DUSSY, S. 77.

meinschaften ist diesbezüglich Zurückhaltung angebracht.²⁵ Das blosse Zusammenleben lässt jedenfalls noch nicht auf einen so umfassenden **Rechtsbindungswillen** schliessen, wie es eine analoge Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft zur Folge hätte.²⁶ Die (gravierenden) Auswirkungen einer umfassenden einfachen Gesellschaft zeigen sich in erster Linie im Zusammenhang mit der Liquidation:²⁷ Haben die Partner keine besonderen Regelungen getroffen, hat bei einer Liquidation jeder (Ex-)Partner – unabhängig von deren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit – gleichen Anteil an Gewinn und Verlust.²⁸

[Rz 12] Nicht nur der mangelnde Rechtsbindungswille steht aber einer (stillschweigenden) Verbindung zu einer umfassenden einfachen Gesellschaft entgegen, sondern auch das gesetzliche Erfordernis eines **gemeinsamen Zwecks**.²⁹ Was nämlich genau der zu erreichende Zweck einer nichtehelichen Gemeinschaft generell sein soll bzw. ob ein solcher im vorliegenden Kontext durch eine stillschweigende vertragsmässige Verbindung zwischen den Partnern definiert werden kann,³⁰ scheint zumindest fraglich.³¹

[Rz 13] Diesen Vorbehalten zum Trotz stellt das Bundesgericht jedenfalls für die zivilrechtlichen Folgen einer Auflösung des nichtehelichen Zusammenlebens auch in jüngster Zeit durchaus auf die Regeln der einfachen Gesellschaft ab.³²

II. Rechtsregeln für das nichteheliche Zusammenleben

1. Rechtsregeln während bestehender Gemeinschaft

a) Sachenrecht

[Rz 14] Bei sämtlichen Sachleistungen, welche die Partner in die Gemeinschaft einbringen, gelten die **allgemeinen Regeln des Sachenrechts**. Die Begründung einer nichtehelichen Gemeinschaft ändert grundsätzlich nichts an der sachenrechtlichen Zuordnung; jede Partei ist und bleibt Eigentümerin der von ihr eingebrachten und angeschafften Sachen.³³ Ist umstritten und kann nicht bewiesen werden, wer Eigentümer einer bestimmten beweglichen Sache ist, wird auf den Besitz abgestellt: Die Sache gehört vermutungsweise derjenigen Person, welche sie im Besitz hat.³⁴ Bei – häufig vorkommendem – Mitbesitz wird deshalb vermutungsweise (je hälftiges) Miteigentum an der Sache angenommen.³⁵

[Rz 15] Den Partnern steht es dabei offen, die Eigentumsverhältnisse **abweichend zu regeln**. Denkbar ist etwa das laufende Führen von Inventaren.³⁶ Besteht zwischen den Partnern aufgrund einer Vereinbarung ausserdem eine einfache Gesellschaft (sei es gesamthaft, sei es lediglich in Bezug auf gewisse Bereiche der Gemeinschaft) und werden die Sachen zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht, so besteht daran Gesamteigentum.³⁷

b) Geldleistungen und Unterhalt

i) Grundsatz

[Rz 16] Zwischen den Partnern einer nichtehelichen Gemeinschaft besteht **keine (gesetzliche) Verpflichtung zu gegenseitigem Unterhalt**. Dennoch erbrachte Leistungen sind lediglich als Gefälligkeit oder Erfüllung sittlicher Pflichten zu betrachten.³⁸

[Rz 17] Dieser Grundsatz schliesst ausdrückliche oder stillschweigende **vertragliche Abreden** nicht aus.³⁹ Eine

²⁵ BGE 108 II 204 (208 f.), E. 4a; bestätigt etwa im Urteil des Bundesgerichts 4A_482/2007 vom 29. Februar 2008, E. 1.4 f.; Dussy, S. 61; insofern nicht eindeutig PICHONNAZ, S. 675.

²⁶ BÜCHLER, S. 79; Dussy, S. 60 f.; PULVER, S. 17 f., 22 ff.; WEBER, in Frank et al., § 6 Rz. 8 und 13 ff.; so wohl schon MEIER-HAYOZ, S. 579.

²⁷ Erst bei einer Liquidation der Gemeinschaft erlangt die Frage, ob eine einfache Gesellschaft vorliegt oder nicht, praktische Bedeutung: Während des Zusammenlebens der Partner verständigen sich die Partner laufend über die Organisation; die Verständigung über Rechte und Pflichten hat immer in gegenseitiger Übereinstimmung zu erfolgen; Dussy, S. 73.

²⁸ Art. 533 Abs. 1 OR. Die Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft auf die nichteheliche Gemeinschaft als Ganze führt damit letztlich dazu, dass den Partnern im Nachhinein eine Art Gütergemeinschaft in vermögensrechtlicher Hinsicht «übergestülpt» wird; HAUSHEER, Familienrechte, S. 78 und Fn. 20, S. 59; HAUSHEER, Beweisfragen, S. 287; kritisch auch BÜCHLER, S. 79.

²⁹ Der gemeinsame Zweck ist objektiv wesentlicher Vertragspunkt und muss so konkret gefasst sein, dass sich daraus die Rechte und Pflichten der Gesellschafter ableiten lassen; FELLMANN/MÜLLER, BeKomm, N 459 zu Art. 530.

³⁰ MEIER-HAYOZ, S. 579 f., bekräftigt die Wichtigkeit einer Definition des Zwecks, schliesst aber eine solche nicht grundsätzlich aus; Dussy, S. 73, hält demgegenüber eine Abgrenzung des Gesellschaftszwecks nicht für wichtig.

³¹ Vgl. GROSSEN/GUILLOD, S. 291 f.; MARTY-SCHMID, S. 402.

³² Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_441/2007 vom 17. Januar 2008.

³³ BÜCHLER, S. 74; PULVER, S. 54; WEBER, in Frank et al., § 6 Rz. 10.

³⁴ Art. 930 ZGB.

³⁵ Art. 646 ff. ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.45; BÜCHLER, S. 74; so auch Dussy, S. 29 f.; siehe ferner STEINAUER, Rz. 1117

³⁶ Für einen entsprechenden Formulierungsvorschlag BÜCHLER, S. 71.

³⁷ Vgl. Art. 652 ff. ZGB; FELLMANN/MÜLLER, BeKomm, N 16 zu Art. 530 OR. Gesamteigentum ist nach schweizerischem Recht stets an eine bestimmte, dem Gesamthandverhältnis zugrunde liegende Verbindung zwischen den Partnern gebunden; STEINAUER, Rz. 1368, 1372 und 1374.

³⁸ SANDOZ, problèmes patrimoniaux, S. 48; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 904. Zur Frage, ob eine sittliche Pflicht oder eine Schenkung vorliege Dussy, S. 157 f.

³⁹ BÜCHLER, S. 75; Dussy, S. 16. In diesen Situationen werden zumindest stillschweigende Absprachen häufiger anzunehmen sein; HAUSHEER/GEISER/

Regelung bezüglich Unterhaltsleistungen wird insbesondere dann ausdrücklich empfohlen, wenn eine Partei ihre Erwerbstätigkeit aufgibt, um sich um den Haushalt und die (gemeinsamen oder nichtgemeinsamen) Kinder zu kümmern.⁴⁰ Haben die Partner sich für den Zusammenschluss zu einer einfachen Gesellschaft entschieden, so sind im Sinne des Gesellschaftsrechts Beiträge (jeglicher Natur) in dem Umfang zu leisten, wie es der Zweck der Gemeinschaft erfordert⁴¹ – allerdings nur bis zur Auflösung der Gesellschaft.⁴²

[Rz 18] Obwohl in einer nichtehelichen Gemeinschaft grundsätzlich keine Unterstützungs- bzw. Unterhaltungspflicht zwischen den Partnern besteht, hat die **faktische Leistung von regelmässigem Unterhalt** für andere Rechtsgebiete Folgen. Die wichtigsten Fälle einer solchen Rückwirkung werden im Folgenden kurz betrachtet.

ii) Familien- und naheheliches Unterhaltsrecht

[Rz 19] Das schweizerische Scheidungsrecht kennt auch nach der im Jahr 2000 in Kraft getretenen Revision nach wie vor (bei so genannt «lebensprägenden» Ehen⁴³) langfristige naheheliche Unterhaltsansprüche, die bis zur Pensionierung bzw. bis zum Tod fort dauern können. Die Wiederverheiratung des geschiedenen Unterhaltsgläubigers lässt eine Unterhaltsrente des geschiedenen Ehegatten regelmässig erlöschen.⁴⁴ Die Rechtsprechung war daher schon früh mit der Frage konfrontiert, ob Analoges auch für das Eingehen einer eheähnlichen Gemeinschaft gelten müsse. Unter dem alten Scheidungsrecht entwickelte sich eine ständige Rechtsprechung, wonach das Eingehen einer sogenannten qualifizierten eheähnlichen Gemeinschaft in Bezug auf das **Erlöschen einer nahehelichen Unterhaltsrente** der Wiederverheiratung gleichgestellt wurde.⁴⁵ Gemäss bundesgerichtlicher Definition handelt es sich bei der qualifizierten **eheähnlichen Gemeinschaft** um eine auf Dauer ausgegerichtete, nach dem Willen der Partner aber jederzeit formlos auflösbare und ihrem Inhalt nach nicht im Voraus festgelegte Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft von Mann und Frau.⁴⁶ Dabei kommt nicht allen der drei ge-

nannten Komponenten dieselbe Bedeutung zu: Fehlt die Geschlechtsgemeinschaft oder die wirtschaftliche Komponente, leben die Partner aber in einer festen und ausschliesslichen Zweierbeziehung, halten sie sich die Treue und leisten sie einander umfassenden Beistand (wie wenn sie als Ehegatten im Sinne von Art. 159 ZGB dazu verpflichtet wären), kann eine eheähnliche Gemeinschaft dennoch bejaht werden.⁴⁷ Dabei gilt – mit Rücksicht auf die regelmässig vorhandenen Beweisschwierigkeiten – eine (widerlegbare) Tatsachenvermutung, wonach es sich bei der eheähnlichen Gemeinschaft nach einem Zusammenleben von mindestens fünf Jahren um ein qualifiziertes, der Wiederverheiratung gleichzustellendes Konkubinat handelt.⁴⁸

[Rz 20] Seit der Revision des Scheidungsrechts kann gemäss Art. 129 Abs. 1 ZGB bei erheblicher dauernder und im Scheidungszeitpunkt nicht vorhersehbarer Veränderung der Verhältnisse eine Unterhaltsrente herabgesetzt, aufgehoben oder – neu – auch lediglich für eine bestimmte Zeit eingestellt (sistiert) werden. Zugleich entschied sich der Gesetzgeber gegen eine gesonderte Bestimmung für nichteheliche bzw. eheähnliche Lebensgemeinschaften.⁴⁹ Indessen wirft die neue Regelung wiederum Fragen auf: In Bezug auf die Sistierung der Rente ist umstritten, ob die Anforderungen an die Qualität der Lebensgemeinschaft höher, gleich hoch⁵⁰ oder niedriger anzusetzen seien als nach bisheriger Praxis.⁵¹ Das Bundesgericht scheint Letzteres zumindest nicht auszuschliessen, was angesichts dessen, dass es sich lediglich um eine (vorübergehende) Einstellung, nicht aber um eine gänzliche Aufhebung der Rente handelt, vernünftigerweise erscheint.⁵² Kontroversen ergeben sich auch in Bezug auf die Fragen, ob eine Sistierung neben oder an die Stelle einer Aufhebung der Rente tritt,⁵³ oder ob stets eine vollständige oder eine «differenzierte», d.h. lediglich teilweise, Sistierung angebracht sei.⁵⁴

AEBI-MÜLLER, Rz. 03.48.

⁴⁰ BÜCHLER, S. 69; PICHONNAZ, S. 678; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 903.

⁴¹ Art. 531 Abs. 2 OR; MEIER-HAYOZ, S. 580.

⁴² Urteil des Bundesgerichts 4A_441/2007 vom 17. Januar 2008, E. 4.

⁴³ Vgl. zum Begriff der lebensprägenden Ehe etwa Urteil des Bundesgerichts 5A_538/2008 vom 3. November 2008, E. 4.1.

⁴⁴ Art. 153 aZGB bzw. 130 Abs. 2 ZGB (in Kraft seit 1. Januar 2000).

⁴⁵ So jüngst im Zusammenhang mit der Abänderung einer altrechtlichen Rente: Urteil des Bundesgerichts 5A_321/2008 vom 7. Juli 2008; siehe ferner BGE 118 II 235 (237), E. 3a; BGE 116 II 394 (396 f.), E. 2c; BGE 106 II 1 (4 f.), E. 2; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.52. Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung eingehend CHAPPUIS, S. 390 ff. Ob tatsächlich Beistand geleistet wird, ist unerheblich; massgeblich ist allein die Bereitschaft dazu; BGE 116 II 394 (397 f.), E. 3.

⁴⁶ BGE 124 III 52 (54 f.), E. 2a/bb; BGE 118 II 235 (238), E. 3b; BGE 109 II 15 (16), E. 1b. Zu den einzelnen Elementen bereits FRANK, in Frank et al., § 4

Rz. 4 ff.

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 5C.170/2006 vom 17. Oktober 2006, E. 5.1; BGE 118 II 235 (238), E. 3b; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5C.135/2002 vom 2. Juli 2002, E. 2.5. Unverzichtbar scheint das Element des Zusammenlebens zu sein: Urteil des Bundesgerichts 5A_321/2008 vom 7. Juli 2008, E. 3.1.

⁴⁸ BGE 118 II 235 (237), E. 3a; BGE 116 II 394 (396 f.), E. 2c und 3; BGE 114 II 295 (298), E. 1b; BGE 109 II 188 (190 ff.), E. 2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5C.32/2003 vom 23. April 2003, E. 2.

⁴⁹ BÜCHLER/STEGMANN, S. 231.

⁵⁰ Diesfalls wäre eine qualifizierte eheähnliche Gemeinschaft im Sinne der genannten bundesgerichtlichen Definition erforderlich.

⁵¹ Zur Kontroverse BÜCHLER/STEGMANN, S. 233 ff. m.w.H.; LIATOWITSCH, S. 481 f.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 5C.296/2001 vom 12. März 2002, E. 3b/bb; HAUSHEER, Scheidungsunterhalt, Rz. 3.71; a.M. SCHWENZER, FamKomm, N 18 zu Art. 129 ZGB.

⁵³ Zur Kontroverse BÜCHLER/STEGMANN, S. 235 f. m.w.H.

⁵⁴ Vgl. dazu BÜCHLER/STEGMANN, S. 240 ff.; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 904 ff.; LIATOWITSCH, S. 482 f.

[Rz 21] Daneben kann die nichteheliche Lebensgemeinschaft auch in anderer Hinsicht für den nahehelichen Unterhalt von Bedeutung sein. Sie ist nämlich nach der (allerdings umstrittenen⁵⁵) Rechtsprechung des Bundesgerichts unter Umständen auch als eine der Ehe vorangehende Gemeinschaft für die **Bemessung des späteren nahehelichen Unterhalts** insofern massgeblich, als ausnahmsweise und aufgrund «besonderer Umstände» die Dauer des gemeinsamen Haushaltes in der vorgängigen nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf eine anschliessende Ehedauer angerechnet wird.⁵⁶ Das kann zur Folge haben, dass eine an sich kurze Ehe als lebensprägend betrachtet wird, womit – je nach konkreten Umständen – allenfalls ein dauerhafter Scheidungsunterhalt geschuldet wird. Was an dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts u.a. nicht zu befriedigen vermag, ist – neben der eher vagen Begründung⁵⁷ – der Umstand, dass der finanziell stärkere Partner nach einer jahrelangen nichtehelichen Lebensgemeinschaft von einer anschliessenden Heirat, welche für die schwächere Partei unter verschiedenen Aspekten Vorteile bringen würde,⁵⁸ in Zukunft wohlweislich Abstand nehmen wird. Er sieht sich durch das Zusammenrechnen unter Umständen trotz kurzer und nicht lebensprägender Ehedauer zu lebenslänglicher nahehelicher Solidarität verpflichtet. Damit besteht die Gefahr, dass diese Rechtsprechung dem Schutz der schwächeren Partei letztlich entgegenläuft.⁵⁹ Es ist deshalb zu begrüssen, dass das Bundesgericht in einem jüngsten, zur amtlichen Publikation bestimmten Entscheid⁶⁰ seine Rechtsprechung präzisiert hat und – unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien zum neuen Scheidungsrecht – ausdrücklich festhält, dass die Realbeziehung des Konkubinats grundsätzlich nicht nachträglich zur Rechtsbeziehung umfunktioniert werden kann, indem sie zur massgeblichen Dauer der späteren Ehe addiert wird.

[Rz 22] Schliesslich berücksichtigt die Rechtsprechung bei der Festsetzung des nahehelichen Unterhalts im Rahmen der konkreten Bedarfsberechnung des Unterhaltsgläubigers ein nichteheliches Zusammenleben insofern, als das stabile Konkubinat **Einsparungen** bewirkt.⁶¹ Hingegen geht es in diesem Kontext nicht an, die finanziellen Beiträge des neuen Lebenspartners beim geschiedenen Ehegatten als Einkommen aufzurechnen.⁶²

iii) Haftpflichtrecht

[Rz 23] Im Haftpflichtrecht ist die wirtschaftliche Unterstützung durch einen nichtehelichen Partner im Zusammenhang mit dem sogenannten **Versorgerschaden** von Bedeutung: Haben Personen durch die Tötung eines Menschen ihren Versorger verloren, so ist ihnen für diesen Schaden Ersatz zu leisten.⁶³ Als Versorger gilt jede Person, welche eine andere unterstützt, um ihre Existenz zumindest teilweise sicherzustellen.⁶⁴ Bei der Berechnung eines allfälligen Versorgungschadens ist nach schweizerischem Recht die tatsächliche Situation massgebend; ob den Versorger eine gesetzliche oder vertragliche Unterstützungspflicht trifft, ist demgegenüber nicht von Bedeutung.⁶⁵ Eine Person, welche von ihrem Lebenspartner tatsächlich unterstützt wurde und auch in Zukunft mit solchen Leistungen hatte rechnen dürfen, kann daher Ersatz des Versorgungschadens verlangen.⁶⁶

iv) Sozialversicherungs- und Sozialhilferecht

[Rz 24] Auch im Bereich des Sozialversicherungsrechts werden an die faktische Unterstützung in einer nichtehelichen Gemeinschaft je nach Versicherungszweig gewisse Rechtswirkungen geknüpft. Hinzuweisen ist diesbezüglich zunächst auf das Recht der **beruflichen Vorsorge**, welches weiter hinten im Rahmen des Vorsorgerechts zur Sprache kommt.⁶⁷

[Rz 25] Zudem scheint die Rechtsprechung im **Sozialhilferecht** vermehrt auf tatsächliche Gegebenheiten abzustellen: So hat das Bundesgericht etwa entschieden, trotz der fehlenden rechtlichen Unterstützungspflicht seien bei der Ermittlung des Unterstützungsbedarfs einer Person, die in einer stabilen nichtehelichen Gemeinschaft lebt, die Einkommen beider Partner zu berücksichtigen.⁶⁸

[Rz 26] Ähnliches kann nach einem neuen Entscheid des Bundesgerichts im Zusammenhang mit dem (kantonal geregelten) **Anspruch auf staatliche Prämienverbilligung** im Bereich des Krankenversicherungsrechts⁶⁹ gelten.⁷⁰

⁵⁵ Kritisch insbesondere HAUSHEER, Rechtsprechung 2006, S. 605.

⁵⁶ BGE 132 III 598 (600 f.), E. 9.2; gleicher Meinung SCHWENZER, FamKomm, N 49 zu Art. 125 ZGB.

⁵⁷ Dazu eingehend HAUSHEER, Rechtsprechung 2006, passim.

⁵⁸ So etwa im Bereich der beruflichen Vorsorge oder des Güterrechts; AEBI-MÜLLER, Aktuelle Entwicklungen, S. 51.

⁵⁹ AEBI-MÜLLER, Aktuelle Entwicklungen, S. 50 f.

⁶⁰ BGE 5A_538/2008 vom 3. November 2008.

⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 5C.27/2005 vom 23. November 2005, E. 3.4.

⁶² Urteil des Bundesgerichts 5C.27/2005 vom 23. November 2005, E. 3.4.

⁶³ Art. 45 Abs. 3 OR.

⁶⁴ REY, Rz. 288.

⁶⁵ REY, Rz. 288.

⁶⁶ BGE 114 II 144, (146 f.) E. 2a und 2b; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.66.

⁶⁷ Dazu hinten, Ziff. f.

⁶⁸ BGE 129 I 1 (6 ff.), E. 3.2.4; Urteil des Bundesgerichts 2P.218/2003 vom 12. Januar 2004, E. 3.2.

⁶⁹ Gemäss Art. 3 Abs. 1 KVG (Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung; SR 832.10) muss sich jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz obligatorisch für Krankenpflege versichern. Die Kantone haben den Versicherten *in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen* jedoch Prämienverbilligungen zu gewähren (Art. 65 Abs. 1 KVG). Der konkrete Anspruch auf individuelle Prämienverbilligung (IPV) richtet sich demnach nach kantonalem Recht.

⁷⁰ Das waadtländische Recht (Gesetzes- und Verordnungsrecht) stellt für die Prämienverbilligung dann auf das Paareinkommen als massgebliche Grundlage ab, wenn es sich bei den beiden Personen um Ehegatten handelt sowie wenn die beiden Personen dauerhaft zusammen leben; Urteil

Abgesehen davon, dass zwischen den Partnern einer nichtehelichen Gemeinschaft keine Unterstützungspflicht besteht, ist dieses Urteil auch deshalb problematisch, weil das Gericht aus prozessrechtlichen Gründen die – offensichtlich bedeutsame – Frage ausdrücklich offen liess, ob diese Regelung nur für ein gefestigtes nichteheliches Zusammenleben bzw. eine qualifizierte eheähnliche Gemeinschaft (im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum nahehelichen Unterhalt) gilt, oder ob bei (irgend)einer Gemeinschaft von zusammenlebenden Personen stets vom Paareinkommen ausgegangen werden darf.

v) Zwangsvollstreckungsrecht

[Rz 27] Bei der Festsetzung des von der Zwangsvollstreckung in jedem Fall ausgenommenen **existenzrechtlichen Grundbetrags** wird bei einem Schuldner, der in dauernder Hausgemeinschaft lebt, die Hälfte des Ehepaargrundbetrages eingesetzt.⁷¹ Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Personen, die einen Haushalt teilen, im Vergleich zu alleine lebenden Personen von gewissen tatsächlichen Einsparungen profitieren. Mit anderen Worten geht es hier nicht um die gegenseitige Unterhaltspflicht, sondern nur um die Berücksichtigung der tatsächlichen finanziellen Vorteile, welche ein gemeinsamer Haushalt mit sich bringt.

[Rz 28] Abgesehen vom Grundbetrag werden die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft in Bezug auf ihr **pfändbares Einkommen** grundsätzlich wie Alleinstehende behandelt. Nichteheliche Partner gehören nicht zur Familie im Sinne des Betreibungsrechts; namentlich werden allfällige finanzielle Unterstützungsleistungen an den Partner nicht im Rahmen des Notbedarfs berücksichtigt.⁷² Diese Praxis steht im Einklang mit der fehlenden Unterhaltspflicht von nichtehelichen Lebenspartnern untereinander. Eine Ausnahme will das Bundesgericht allerdings dann zulassen, wenn aus der Verbindung gemeinsame Kinder hervorgegangen sind.⁷³ Umgekehrt ist in diesem Fall allerdings auch das Hinzurechnen eines (hypothetischen) Erwerbseinkommens der Partnerin zur Berechnung der Einkünfte zu erwägen.⁷⁴ Namentlich

im Hinblick auf die fehlende rechtliche Unterstützungspflicht wurde dieser Entscheidung vereinzelt heftig kritisiert.⁷⁵

c) Gemeinsame Mietwohnung

[Rz 29] Bewohnen die beiden Partner gemeinsam eine Mietwohnung, so stellt sich die Frage, inwiefern sich die nichteheliche Gemeinschaft auf das Mietverhältnis auswirkt. Grundsätzlich haben die Partner, wie im Übrigen alle Personen, die zusammen eine Wohnung bewohnen, zwei Möglichkeiten: Entweder wird der Vertrag so ausgestaltet, dass beide Partner Mieter sind, oder aber der Vertrag wird mit nur einem Partner als Mieter abgeschlossen. Entscheidend ist somit, mit wem der Vermieter einen Vertrag abschliesst.⁷⁶

[Rz 30] Wird der Vertrag **mit beiden Partnern** abgeschlossen, so sind beide als Mieter berechtigt und zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet. Ihnen kann nur gemeinsam gekündigt werden, ebenso können die beiden Mieter nur gemeinsam das Mietverhältnis kündigen.⁷⁷ Wie im Konfliktfall vorzugehen ist, d.h. wie sich das Innenverhältnis der Partner in Bezug auf die gemeinsame Wohnung gestaltet, ist weitgehend ungeklärt. Insbesondere fehlt im schweizerischen Recht ein rasches Verfahren, das zumindest eine vorläufige Zuweisung der Wohnung an einen der Partner erlauben würde.⁷⁸

[Rz 31] Ist **nur ein Partner** Mieter, stellt sich die Frage, ob der Zugang des anderen Partners wie derjenige eines Familienangehörigen gewährleistet ist oder im Extremfall sogar verboten werden könnte.⁷⁹ Verschiedene kantonale Musterverträge⁸⁰ erlauben nunmehr ausdrücklich die Aufnahme einer erwachsenen Person zur Bildung einer «eheähnlichen Gemeinschaft».⁸¹ Ein Untermietverhältnis kann ausserdem vom Vermieter gemäss zwingender Regelung nur dann untersagt werden, wenn der Mieter sich weigert, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben, wenn die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind oder wenn

des Bundesgerichts 8C_790/2007 vom 23. Juli 2008, E. 4.2.

⁷¹ BGE 130 III 765 (767 f.), E. 2.4; BGE 128 III 159 (159), E. 3b.

⁷² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.49. Gemäss Art. 93 Abs. 1 SchKG (Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs; SR 281.1) können Erwerbs- und andere Einkommen des Schuldners insoweit gepfändet werden, als sie für den Schuldner *und seine Familie* nicht unbedingt notwendig sind. Da der nichteheliche Partner *nicht zur Familie* gehört, sind Unterhaltsleistungen an ihn nicht zum Notbedarf *des Schuldners und seiner Familie* zu zählen.

⁷³ Vgl. BGE 106 III 11 (16), E. 3d: «Ein Konkubinatsverhältnis, aus dem Kinder hervorgegangen sind, ist somit unter dem Gesichtspunkt der Notbedarfsermittlung im Wesentlichen gleich zu behandeln wie ein eheliches Familienverhältnis». Zum Ganzen GROSSEN/GUILLOD, S. 286 f.

⁷⁴ BGE 106 III 11 (17), E. 3d; vgl. ferner BGE 109 III 101 (101 f.), E. 2.

⁷⁵ SANDOZ, problèmes patrimoniaux, S. 48; SANDOZ, union libre, S. 593.

⁷⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.38.

⁷⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.38.

⁷⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.39; zur Zuweisung bei Gewalt, Drohung etc. siehe sogleich, am Ende des Abschnitts.

⁷⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.40.

⁸⁰ Unter «Musterverträgen» werden hier die *Vorlagen* für Mietverträge verstanden, welche vom Schweizerischen Hauseigentümerverband bzw. dessen kantonalen Sektionen den Parteien eines Mietvertrags zur Verfügung gestellt werden und von diesen nach Belieben verwendet werden können. Ein Mustervertrag beinhaltet im Allgemeinen sowohl den eigentlichen Mietvertrag als auch die im jeweiligen Kanton üblichen allgemeinen Bestimmungen zur Miete.

⁸¹ Ausdrücklich gestattet z.B. in Ziff. 5b des Bernischen Mietvertrags (hrsg. vom Hauseigentümerverband Bern und Umgebung) oder in Ziff. 2.6.3 der Allgemeinen Bestimmungen zum Luzerner Mietvertrag (hrsg. vom Haus- und Grundeigentümerverband Luzern et al.), sofern dem Vermieter die Personalien der betroffenen Person angezeigt werden.

dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen.⁸²

[Rz 32] Kündigt der Vermieter das (lediglich mit einem Partner eingegangene) Mietverhältnis, kann der Mieter die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Kündigung für ihn oder «seine Familie» eine Härte bedeutet, welche mit den Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist.⁸³ Gemäss älterer Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der nichteheliche Partner in diesem Zusammenhang nicht zur «Familie» zu zählen,⁸⁴ was zu einer Schlechterstellung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften im Vergleich zu Ehepaaren führt.

[Rz 33] Schliesslich stellt sich die Frage, ob der Alleinmieter den anderen Partner fristlos aus der Wohnung ausweisen könnte. Besteht zwischen den Partnern ein Untermietverhältnis, sind die mietrechtlichen Kündigungsfristen einzuhalten.⁸⁵ Wurde die Wohnung stattdessen zum gemeinsamen Gebrauch in eine einfache Gesellschaft eingebracht und haben die Partner in Bezug auf die Wohnung keine Vereinbarungen getroffen, so kann eine Ausweisung erst nach Auflösung der Gesellschaft erfolgen; das Gebrauchsrecht einer einfachen Gesellschaft an den eingebrachten Gütern besteht nämlich bis zur Auflösung, nötigenfalls auch noch während der Liquidation.⁸⁶ Sofern nichts anderes vereinbart wurde, ist – abgesehen von der (gerichtlichen) Auflösung aus wichtigen Gründen – bei einer einseitigen Kündigung der Gesellschaft eine Kündigungsfrist von sechs Monaten einzuhalten.⁸⁷ Nur – aber immerhin! – wenn die Wohnung im Rahmen einer Gebrauchsleihe mitbenutzt werden darf, ist eine fristlose Ausweisung des Partners grundsätzlich möglich.⁸⁸

[Rz 34] Ergänzend ist an dieser Stelle auf den am 1. Juli 2007 in Kraft getretenen Art. 28b ZGB hinzuweisen.⁸⁹ Von Interesse ist hier insbesondere, dass eine Person, die mit der verletzenden Person in einer Wohnung zusammenlebt, die Möglichkeit hat, im Fall von **Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen** dem Gericht zu beantragen, den Verletzer für eine bestimmte Zeit aus der Wohnung auszuweisen; dies unabhängig von der sachen- oder obligatorischen Berechtigung an der Wohnung.⁹⁰ Jede ernsthafte Bedrohung, nicht nur die Anwendung oder Androhung physischer Gewalt, ist geeignet, einen solchen Anspruch auszulösen.⁹¹ Das Gericht kann das Opfer allerdings dazu verpflichten, dem an der Wohnung berechtigten Partner eine Entschädigung zu zahlen; mit Zustimmung des Vermieters kann im Übrigen ein Mietverhältnis auf das Opfer übertragen werden.⁹²

gung an der Wohnung.⁹⁰ Jede ernsthafte Bedrohung, nicht nur die Anwendung oder Androhung physischer Gewalt, ist geeignet, einen solchen Anspruch auszulösen.⁹¹ Das Gericht kann das Opfer allerdings dazu verpflichten, dem an der Wohnung berechtigten Partner eine Entschädigung zu zahlen; mit Zustimmung des Vermieters kann im Übrigen ein Mietverhältnis auf das Opfer übertragen werden.⁹²

d) Arbeitsleistungen

[Rz 35] Die Auseinandersetzung über Arbeitsleistungen des einen Partners geben insbesondere dann zu Diskussionen Anlass, wenn keine vertraglichen Vereinbarungen vorliegen und die nichteheliche Gemeinschaft wie eine «klassische Hausgattenehe» geführt wurde und/oder der haushaltführende Ehegatte im Betrieb des anderen mitgearbeitet hat.⁹³ Gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt im Fall der **Mitarbeit im Betrieb des anderen Partners** grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR vor.⁹⁴ Die eheähnliche Gemeinschaft schliesst eine Vergütung gestützt auf einen Arbeitsvertrag jedenfalls nicht aus.⁹⁵ Dennoch können die engen persönlichen Beziehungen zwischen den Partnern die Vermutung eines Arbeitsvertrags entkräften.⁹⁶ Dieses persönliche Verhältnis ist denn auch der Grund dafür, dass gemäss wohl herrschender Lehre bei der **Leistung von Hausarbeit und Kinderbetreuung** in der Regel nicht von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist; die Leistungen werden vielmehr zugunsten der Gemeinschaft erbracht.⁹⁷

[Rz 36] Falls ausserdem eine einfache Gesellschaft vorliegt (sei es in Bezug auf die Gemeinschaft als Ganze, sei es lediglich in demjenigen Teilbereich, zu welchem die Arbeitsleistungen zu zählen sind), sind (Arbeits-)Beiträge wiederum ohnehin in dem Umfang zu leisten, wie es der Zweck der Gemeinschaft verlangt.⁹⁸ Eine zusätzliche Entschädigung kommt in diesem Fall grundsätzlich nicht in Frage.

e) Stellung gemeinsamer Kinder

[Rz 37] In Bezug auf ihre Kinder sind die Partner einer nichtehelichen bzw. eheähnlichen Gemeinschaft wie alleinstehende

⁸² Art. 262 OR.

⁸³ Art. 272 OR.

⁸⁴ BGE 105 II 197 (199), E. 3c; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.40.

⁸⁵ Vgl. Art. 266c OR. Ein Mietverhältnis ist *zwingend entgeltlich* (Art. 253 OR), die Gegenleistung kann aber nicht nur aus einem Geldbetrag bestehen, sondern auch aus Naturalleistungen (z.B. Haushaltsarbeit etc.); HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.42.

⁸⁶ FELLMANN/MÜLLER, BeKomm, N 215 zu Art. 531 OR; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.43.

⁸⁷ Art. 546 Abs. 1 OR; zur sofortigen Auflösung aufgrund gegenseitiger Übereinkunft Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR; zur Auflösung aus wichtigen Gründen Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 i.V.m. Art. 545 Abs. 2 OR.

⁸⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.44. Eine Gebrauchsleihe liegt dann vor, wenn die Benutzung *unentgeltlich* erfolgt; vgl. Art. 305 ff. OR.

⁸⁹ Dazu eingehend ZINGG, passim.

⁹⁰ Art. 28b Abs. 2 ZGB; AEBI-MÜLLER, CHK, N 6 zu Art. 28b ZGB.

⁹¹ AEBI-MÜLLER, CHK, N 3 zu Art. 28b ZGB.

⁹² Art. 28b Abs. 3 ZGB; AEBI-MÜLLER, CHK, N 9 zu Art. 28b ZGB.

⁹³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.46. Vertragliche Vereinbarungen wären in diesem Bereich unter Vorbehalt der allgemeinen Schranken (z.B. Art. 19 f. OR, Art. 27 ZGB) ohne Weiteres zulässig.

⁹⁴ BGE 130 V 553 (557 f.), E. 3.5.1; 109 II 228 (229 f.), E. 2a.

⁹⁵ WERRO, Rz. 133.

⁹⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.47.

⁹⁷ BÜCHLER, S. 76; BIETENHARDER-KÜNZLE, S. 89 f.; dagegen hält WERRO, Rz. 134, dafür, das Vorliegen eines Arbeitsvertrags auch bei Hausarbeit nicht von vornherein auszuschliessen, sondern auf die tatsächlichen Umstände abzustellen.

⁹⁸ Art. 531 Abs. 2 OR; MEIER-HAYOZ, S. 580.

Eltern zu behandeln; die Analogie zur Ehe fehlt in diesem Bereich vollständig.⁹⁹

[Rz 38] Die **Entstehung des Kindesverhältnisses** bestimmt sich nach Art. 252 ff. ZGB. Demgemäss entsteht das Kindesverhältnis zur Mutter mit der Geburt.¹⁰⁰ Anders als bei der Ehe besteht bei nichtehelicher Gemeinschaft keine Vaterschaftsvermutung. Wird das Kind nicht während bestehender Ehe geboren, kann das Kindesverhältnis zum Vater nur durch Anerkennung oder durch gerichtliches Urteil begründet werden.¹⁰¹

[Rz 39] Die Ausübung der **elterlichen Sorge** steht bei unverheirateten Eltern grundsätzlich der Mutter alleine zu.¹⁰² Die Eltern können allerdings in einer genehmigungspflichtigen Vereinbarung die gemeinsame elterliche Sorge beantragen.¹⁰³ Eltern, die in einer nichtehelichen Gemeinschaft leben, sind diesbezüglich den unverheirateten und geschiedenen Eltern gleichgestellt.¹⁰⁴ Die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge hängt damit nicht in erster Linie vom Zusammenleben der Eltern, sondern von deren Willen, die elterliche Sorge gemeinsam wahrzunehmen, ab.¹⁰⁵

[Rz 40] Das Kind unverheirateter Eltern erhält den **Familienamen** der Mutter.¹⁰⁶ Die Annahme des Familiennamens des Vaters durch Namensänderung ist gemäss neuerer, restriktiver Rechtsprechung des Bundesgerichts nur möglich, wenn dem Kind aus der Führung des mütterlichen Namens ernsthafte soziale Nachteile erwachsen. Mit Blick auf die heute zahlreich vorkommenden Konkubinats- und Einelternfamilien und die veränderte gesellschaftliche Wahrnehmung von ausserehelichen Kindesverhältnissen stellt die Tatsache, dass das Kind in einer nichtehelichen Partnerschaft geboren wurde, für sich alleine noch keinen solchen erheblichen Nachteil dar.¹⁰⁷

[Rz 41] Die gemeinschaftliche Adoption steht nach schweizerischem Recht nur Ehegatten offen.¹⁰⁸ Eine Stiefkindadoption ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ebenfalls nur bei Ehegatten zulässig.¹⁰⁹ Ein auf diese Bestimmung gestütztes Urteil des Bundesgerichts¹¹⁰ wurde allerdings kürzlich vom EGMR als menschenrechtswidrig qualifiziert.¹¹¹ Das Bundes-

gericht hat daraufhin seinen Entscheid revidiert.¹¹² Entsprechend kann nunmehr auch ein Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft das Kind des anderen Partners adoptieren, ohne dass dadurch (wie das bei einer Einzeladoption an sich zutreffen würde) das bestehende Kindesverhältnis erlischt.¹¹³

f) Vorsorgerecht

[Rz 42] Die Vorsorge in der Schweiz basiert bekanntlich auf dem so genannten Dreisäulenprinzip.¹¹⁴ Die erste Säule, bestehend aus der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) und der Invalidenversicherung (IV), dient der Existenzsicherung.¹¹⁵ Die zweite Säule, die berufliche Vorsorge, soll die Fortführung der gewohnten Lebenshaltung gewährleisten.¹¹⁶ Als dritte Säule schliesslich bezeichnet man die freiwillige Selbstvorsorge, die teilweise steuerlich privilegiert wird. Näher betrachtet werden im Folgenden lediglich die beiden ersten Säulen, d.h. AHV/IV und die berufliche Vorsorge.

[Rz 43] Das Sozialversicherungsrecht ist grundsätzlich zivilstandsabhängig ausgestaltet, weshalb die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft in der Regel alleinstehenden Personen gleichgestellt sind.¹¹⁷

[Rz 44] Im Bereich der **AHV** erhält der überlebende Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft beim Tod des anderen Partners keine «Witwen- bzw. Witwerrente».¹¹⁸ Umgekehrt erlöschen aber laufende Renten auch dann nicht, wenn eine Witwe bzw. ein Witwer eine nichteheliche Gemeinschaft eingeht; dies im Gegensatz zum Fall der Wiederverheiratung.¹¹⁹ Mit anderen Worten ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Bereich der ersten Säule rechtlich inexistent.¹²⁰

[Rz 45] Die **berufliche Vorsorge** ist für unselbständig erwerbstätige Personen obligatorisch. Sie ist so organisiert, dass jeder Arbeitgeber entweder selbst eine Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer anerkannten Einrichtung der beruflichen Vorsorge anschliessen muss. Arbeitnehmer und Arbeitgeber zahlen regelmässige Beiträge an diese Einrichtungen, die nach dem Kapitaldeckungsverfahren

⁹⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.31.

¹⁰⁰ Art. 252 Abs. 1 ZGB.

¹⁰¹ Art. 260 f. ZGB.

¹⁰² Art. 298 Abs. 1 ZGB.

¹⁰³ Art. 298a Abs. 1 ZGB.

¹⁰⁴ Im Detail RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 906 ff.

¹⁰⁵ WERRO, Rz. 146.

¹⁰⁶ Art. 270 Abs. 2 ZGB.

¹⁰⁷ BGE 121 III 145 (148), E. 2b.

¹⁰⁸ Art. 264a Abs. 1 ZGB.

¹⁰⁹ Art. 264a Abs. 3 ZGB.

¹¹⁰ BGE 129 III 656.

¹¹¹ Emonet et autres c. Suisse (Requête n° 39051/03), 13. Dezember 2007.

¹¹² Urteil des Bundesgerichts 5F_6/2008 vom 18. Juli 2008.

¹¹³ Urteil des Bundesgerichts 5F_6/2008 vom 18. Juli 2008. Gemäss Art. 267 Abs. 2 ZGB erlischt bei einer Adoption das bisherige Kindesverhältnis; vorbehalten ist lediglich dasjenige zum Elternteil, der mit dem Adoptierenden *verheiratet* ist.

¹¹⁴ Vgl. AEBI-MÜLLER, Begünstigung, Rz. 02.01 ff.

¹¹⁵ Vgl. Art. 112 Abs. 2 lit. b BV.

¹¹⁶ Art. 1 Abs. 1 BVG (Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; SR 831.40); Art. 113 Abs. 2 lit. a BV.

¹¹⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.67; WERRO, Rz. 120: «le droit ignore le concubinage»; GROSSEN/GUILLOD, S. 288 ff.

¹¹⁸ Vgl. Art. 23 AHVG (Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; SR 831.10).

¹¹⁹ Art. 23 Abs. 4 AHVG; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.68; WERRO, Rz. 120.

¹²⁰ WERRO, Rz. 120.

finanziert werden.¹²¹ Für die Frage, wer Anspruch auf welche Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenleistungen hat, ist das Vorsorgereglement der betreffenden Vorsorgeeinrichtung massgeblich. Dabei haben sich die Reglemente an die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des BVG zu halten. Daneben bestehen aber auch Freiräume für weitergehende Vorsorge, in deren Rahmen auch der Kreis der begünstigten Personen weiter gezogen werden darf. Während der überlebende Ehegatte (unter den entsprechenden Voraussetzungen) und Waisen zwingend anspruchsberechtigt sind,¹²² können die Vorsorgeeinrichtungen deshalb in ihren Reglementen weitere begünstigte Personen bestimmen, und zwar namentlich «natürliche Personen, die vom Versicherten in erheblichem Masse unterstützt worden sind, oder die Person, die mit diesem in den letzten fünf Jahren bis zu seinem Tod ununterbrochen eine Lebensgemeinschaft geführt hat oder die für den Unterhalt eines oder mehrerer gemeinsamer Kinder aufkommen muss».¹²³ Ob bzw. welche dieser Personen im konkreten Fall einen Anspruch auf Leistungen aus der beruflichen Vorsorge haben, bestimmt sich somit aufgrund des jeweiligen Vorsorgereglements.¹²⁴ Insofern gilt bei der beruflichen Vorsorge das «Zufallsprinzip», kann doch der Arbeitnehmer die Vorsorgeeinrichtung nicht frei wählen, sondern ist zwingend der Einrichtung seines Arbeitgebers angeschlossen.

g) Steuerrecht

[Rz 46] Die drei Steuerhoheitsträger Bund, Kantone und Gemeinden erheben teils gleichartige, teils verschiedene Steuern.¹²⁵ Im Folgenden wird nur auf zwei Steuerarten eingegangen, nämlich auf die Einkommenssteuer, die sowohl vom Bund¹²⁶ als auch von den Kantonen erhoben wird, sowie auf die Erbschafts- und Schenkungssteuer, welche kantonal organisiert ist.¹²⁷

[Rz 47] In Bezug auf die **Einkommenssteuer** wird auf den Zivilstand abgestellt und werden daher die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft wie Alleinstehende behandelt.¹²⁸ Das führt dazu, dass Zweiverdienerehegatten, deren

Einkommen von Gesetzes wegen addiert werden,¹²⁹ aufgrund der Progression einer höheren steuerlichen Belastung als doppelverdienende nichteheliche Lebenspartner unterliegen. Die Rede ist in diesem Zusammenhang von einer steuerlichen «Heiratsstrafe». Damit im Vergleich zu nichtehelichen Lebenspartnern den Grundsätzen der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit genügend Rechnung getragen wird,¹³⁰ müssten – so das Bundesgericht – Ehepaare zu einem Vorzugstarif veranlagt werden.¹³¹ Angestrebt wird damit eine steuerrechtliche Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Gemeinschaften; Ehepaare müssen unter sich, im Vergleich zu nichtehelichen Gemeinschaften und im Vergleich zu alleinstehenden Personen nach dem Massstab der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gleich belastet werden.¹³² Auf Bundesebene sind im Januar 2008 Sofortmassnahmen in Kraft getreten, welche dazu beitragen sollen, die Diskriminierung von Zweiverdiener-Ehepaaren gegenüber Zweiverdiener-Konkubinatspaaren zu mindern.¹³³ Eine vollständige Gleichstellung von Ehepaaren und nichtehelichen Lebensgemeinschaften wird aber wohl erst durch einen eigentlichen Systemwechsel¹³⁴ erreicht werden; diesbezügliche Bestrebungen sind bekanntlich seit einiger Zeit im Gange. Auch auf kantonaler Ebene sind Massnahmen zur Gleichstellung von Doppelverdiener-Ehepaaren mit Doppelverdiener-Konkubinatspaaren weit fortgeschritten. Die Systeme sind in den einzelnen Kantonen jedoch sehr unterschiedlich ausgestaltet.¹³⁵ Das Steuerharmonisierungsgesetz, mit welchem der Bund Grundsätze über die Harmonisierung der direkten Steuern in den Kantonen festlegen kann,¹³⁶ schreibt den Kantonen lediglich vor, für Ehepaare im Vergleich zu alleinstehenden bzw. nichtehelichen Lebenspartnern eine «angemessene Ermässigung» vorzusehen.¹³⁷

[Rz 48] Erhebliche Unterschiede zwischen Ehepaaren und nichtehelichen Gemeinschaften ergeben sich sodann im

¹²¹ Insofern spricht man gelegentlich auch von «Zwangssparen».

¹²² Art. 19 und 20 BVG. Den Ehegatten sind eingetragene gleichgeschlechtliche Partner im Sinne des Partnerschaftsgesetzes gleichgestellt; Art. 19a BVG.

¹²³ Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG. Zum Anspruch eines gleichgeschlechtlichen Lebenspartners neustens Urteil des Bundesgerichts 9C_874/2007 vom 20. August 2008.

¹²⁴ Im Bereich dieser weitergehenden Vorsorge wird das Rechtsverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Vorsorgenehmer durch einen privatrechtlichen Innominatkontrakt (Vorsorgevertrag) begründet; BGE 131 V 27 (28), E. 2.1.

¹²⁵ HÖHN/WALDBURGER, § 3 Rz. 5.

¹²⁶ Art. 1 lit. a DBG (Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer; SR 642.11).

¹²⁷ HÖHN/WALDBURGER, § 29 Rz. 9.

¹²⁸ WERRO, Rz. 116; BGE 118 Ia 1 (3), E. 3b.

¹²⁹ Vgl. Art. 36 Abs. 2 DBG auf Bundesebene sowie Art. 3 Abs. 3 StHG (Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden; SR 642.14) auf kantonaler Ebene.

¹³⁰ Dazu eingehend MASMEJAN-FEY, S. 12 ff.

¹³¹ BGE 120 Ia 329 (334 ff.), E. 4; BGE 118 Ia 1 (2 ff.), E. 3 f.; BGE 110 Ia 7 (15 ff.), E. 3.

¹³² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.55; eingehend MASMEJAN-FEY, S. 33 ff.

¹³³ Faktenblatt «Reform der Ehe- und Familienbesteuerung» des Eidgenössischen Finanzdepartements. Erreicht wird dies durch einen erhöhten Abzug beim massgeblichen Einkommen der Zweiverdienerehepaare; vgl. Art. 212 Abs. 2 DBG.

¹³⁴ Wechsel zum System der (allenfalls modifizierten) Individualbesteuerung oder zu einem System der Zusammenveranlagung mit (Teil-)Splitting; vgl. im Detail die Vernehmlassungsvorlage der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom Dezember 2006, S. 16 ff. und 31 ff.

¹³⁵ Für eine Zusammenstellung vgl. etwa die Vernehmlassungsvorlage der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom Dezember 2006, S. 12 f.; eingehend MASMEJAN-FEY, S. 123 ff.

¹³⁶ Vgl. Art. 129 Abs. 1 BV.

¹³⁷ Art. 11 Abs. 1 StHG.

Bereich der kantonal geregelten **Erbschafts- und Schenkungssteuer**: Hier richtet sich die Belastung in den meisten Kantonen ebenfalls nach dem Zivilstand bzw. nach dem Grad der Verwandtschaft, was dazu führt, dass Schenkungen und Zuwendungen von Todes wegen zwischen nächsten Verwandten und Ehepartnern mit einem sehr geringen Steuersatz belastet werden (0 % bis 6 %), während Zuwendungen unter Partnern einer nichtehelichen Gemeinschaft je nach Kanton mit einem Steuersatz von bis zu 60 % besteuert werden.¹³⁸ Diese ungleiche steuerliche Behandlung von Verwandten und nichtehelichen Partnern wurde vom Bundesgericht im Jahre 1997 für zulässig befunden.¹³⁹ Sie wird aber in der Lehre sowohl unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit als auch des Gleichbehandlungsgebotes zunehmend kritisiert.¹⁴⁰

h) Gesundheitsrecht

[Rz 49] Praktisch bedeutsam ist die Frage, ob ein Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft in medizinischen Belangen über ein **Auskunftsrecht** verfügt, d.h. ob er über den Gesundheitszustand des anderen Partners informiert oder gar für die Entscheidung betreffend eine medizinische Massnahme herangezogen werden muss.¹⁴¹ Das Einsichts- und Auskunftsrecht von Angehörigen ist zum heutigen Zeitpunkt kantonal unterschiedlich geregelt: So sieht etwa das Patientengesetz des Kantons Zürich vor, dass Informationen an Dritte nur mit dem Einverständnis des Patienten erteilt werden dürfen, wobei das Einverständnis für die Information des gesetzlichen Vertreters, der Bezugspersonen sowie der vorbehandelnden Ärztin bzw. des vorbehandelnden Arztes vermutet wird.¹⁴² Im Kanton Bern bestimmt das Gesundheitsgesetz, dass im Fall der Urteilsunfähigkeit und fehlender gesetzlicher Vertretung des Patienten die nächsten Angehörigen oder eine nahe stehende Person angehört wird und gemäss den objektiven Interessen, dem mutmasslichen Willen sowie allfälligen im Zustand der Urteilsfähigkeit getroffenen Anordnungen der Patientin oder des Patienten zu handeln ist.¹⁴³ Im Kanton Luzern schliesslich sieht das Reglement über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Luzerner Kan-

tonsspitals vor, dass bei grösseren und mit schwerwiegenderen Risiken verbundene Eingriffe an urteilsunfähigen Personen ohne gesetzliche Vertretung wenn möglich die nahen Angehörigen vorgängig anzuhören sind.¹⁴⁴ Gemäss diesem letztgenannten Reglement werden vom Begriff der «nahen Angehörigen» diejenigen Personen erfasst, welche vom urteilsfähigen Patienten selbst bezeichnet wurden, sowie (beim Fehlen eigener Anordnungen) u.a. der Ehegatte oder die eingetragene Partnerin bzw. der eingetragene Partner, wenn sie im gleichen Haushalt leben, ausserdem die mit dem Patienten oder der Patientin in fester Partnerschaft lebende Person.¹⁴⁵ Eine Umschreibung derjenigen Personen, die informationsberechtigt sind, fehlt somit zuweilen ganz (z.B. Kanton Zürich und Kanton Bern), teilweise ist sie zumindest konkretisierungsbedürftig (z.B. Spitalreglement Kanton Luzern). Wohl dürften allgemein das Vertrauensverhältnis und die persönliche Nähe zum Patienten massgeblich sein,¹⁴⁶ doch liegt die Schwierigkeit darin, dass nicht mit Sicherheit voraussehbar ist, ob der Partner im konkreten Fall tatsächlich (umfassend) informiert wird. Es wird den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft deshalb empfohlen, durch einseitige Erklärung die ihnen nahe stehenden Personen zu bezeichnen und so die medizinischen Betreuungspersonen von ihrer Schweigepflicht zu befreien.¹⁴⁷

[Rz 50] In diesem Zusammenhang ist nun auch ein Blick auf die anstehende **Revision des schweizerischen Erwachsenenschutzrechts**¹⁴⁸ (ehemals Vormundschaftsrecht) von Interesse: Zum einen wird im neuen (Bundes-)Recht die Möglichkeit verankert, für den Fall der eigenen zukünftigen Urteilsunfähigkeit konkrete eigene Anordnungen in Bezug auf medizinische Massnahmen zu treffen.¹⁴⁹ Durch eigene Anordnungen können aber auch Personen bezeichnet werden, welche berechtigt sind, die betroffene Person in medizinischen Entscheiden zu vertreten.¹⁵⁰ Zum anderen enthalten die gesetzlichen Bestimmungen neu ausdrückliche Regelungen über die Information und den Entscheid von Angehörigen in medizinischen Angelegenheiten, sofern die betroffene Person diesbezüglich keine eigenen Anordnungen

¹³⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.55b und 03.56; vgl. auch AEBI-MÜLLER, Begünstigung, Rz 05.72 ff.

¹³⁹ BGE 123 I 241 (244 ff.), E. 4 ff.

¹⁴⁰ Vgl. EITEL, S. 208 f.; HANGARTNER, S. 74 f.; EITEL, S. 210, schlägt aus diesem Grund gar vor, das System der Erbschaftssteuer vollständig zu reformieren und eine *Erbmassebesteuerung* lediglich gestützt auf die Grösse (den Wert) des Nachlasses mit erheblich moderateren, durchwegs *gleich niedrigen* Steuersätzen auszugestalten.

¹⁴¹ Das Bundesgericht hat sich lediglich dafür ausgesprochen, dass zumindest dann, wenn kein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist, die nahen Angehörigen informiert werden müssten; BGE 114 Ia 350 (364), E. 7b/cc.

¹⁴² § 15 des Patientinnen- und Patientengesetzes vom 5. April 2004 des Kantons Zürich (LS 813.13).

¹⁴³ Art. 40a Abs. 2 GesG (Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984 des Kantons Bern; BSG 811.01).

¹⁴⁴ § 31 Abs. 3 Patientenreglement LUKS (Reglement über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Luzerner Kantonsspitals; SRL 820b).

¹⁴⁵ § 3 Patientenreglement LUKS.

¹⁴⁶ Vgl. etwa BGE 101 II 177 (192 ff.), E. 5b. Davon wird regelmässig diejenige Person erfasst, welche mit dem Patienten zusammenlebt; MANAI, S. 364.

¹⁴⁷ PULVER, S. 95.

¹⁴⁸ Vgl. Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht), BBl 2006 7139; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 7001. Mit dem Inkrafttreten ist frühestens 2010 zu rechnen.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 370 E-ZGB: In einer Patientenverfügung kann die betroffene Person festhalten, welchen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt.

¹⁵⁰ Art. 360 E-ZGB und Art. 370 E-ZGB.

getroffen hat.¹⁵¹ Demnach sind verschiedene Personen der Reihe nach berechtigt, die betroffene Person in Bezug auf die Entscheidung in medizinischen Angelegenheiten zu vertreten, namentlich (nach dem behördlich ernannten Beistand mit Vertretungsrecht in medizinischen Angelegenheiten und dem Ehegatten, welcher mit der betroffenen Person einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet) die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet.¹⁵² Sie muss über alle Umstände informiert werden, die im Hinblick auf die vorgesehene medizinische Massnahme wesentlich sind und fällt den Entscheid nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der betroffenen Person.¹⁵³

i) Erbrecht

[Rz 51] Die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft haben nach geltendem Recht **kein gegenseitiges gesetzliches Erbrecht**.¹⁵⁴ Anspruch auf Unterhalt während eines Monats hat der überlebende Partner nur, wenn er Erbe ist.¹⁵⁵ De lege ferenda wird vereinzelt vertreten, der Kreis der gesetzlichen Erben sei behutsam auf nahe stehende Personen zu erweitern.¹⁵⁶ Problematisch bleibt hier allenfalls – wie im Übrigen auch in anderen Belangen der nichtehelichen Gemeinschaft – die Beweisbarkeit der faktischen Beziehung.¹⁵⁷

[Rz 52] Auf jeden Fall kann nach heutiger Auffassung der überlebende Partner im Rahmen der Verfügungsfreiheit des Erblassers letztwillig als **Erbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzt** werden, zulässig sind auch Erbverträge zwischen den Partnern einer nichtehelichen Gemeinschaft.¹⁵⁸ Nachdem längere Zeit umstritten war, ob Zuwendungen von Todes wegen aufgrund eines Konkubinatsverhältnisses unsittlich seien, hat das Bundesgericht dies im Jahr 1983 schliesslich verneint: Es hielt fest, dass sowohl die Verbindung an sich (die nichteheliche bzw. eheähnliche Gemeinschaft) als auch die damit in Zusammenhang stehenden Vereinbarungen und Zuwendungen nicht (mehr) als sittenwidrig zu betrachten seien.¹⁵⁹

[Rz 53] Die **Verfügungsfreiheit** des Erblassers wird durch die Pflichtteile beschränkt¹⁶⁰: Hat er Nachkommen, so beträgt die verfügbare Quote $\frac{1}{4}$ des Nachlasses. Hinterlässt er als ledige, kinderlose Person seine Eltern, so kann über die Hälfte des Nachlasses frei verfügt werden. Ist der in nichtehelicher Gemeinschaft lebende Erblasser gleichzeitig mit einem anderen Partner verheiratet, so sind vor der Abwicklung des Nachlasses dessen güterrechtliche Ansprüche zu berücksichtigen. Auch dem überlebenden Ehegatten stehen sodann Pflichtteilsansprüche zu, sodass die verfügbare Quote noch \square beträgt, wenn gleichzeitig Nachkommen als Erben zu berücksichtigen sind. Der kinderlose verheiratete Erblasser kann über die Hälfte des Nachlasses frei verfügen.

2. Rechtsregeln für die Auflösung der Gemeinschaft

a) Grundsatz der jederzeitigen Auflösbarkeit

[Rz 54] Nach schweizerischem Recht ist Wesensmerkmal jeder nichtehelichen Gemeinschaft, dass eine Auflösung jederzeit möglich ist.¹⁶¹ Jeder der Partner hat zwingend die **jederzeitige Auflösungsmacht** in den Händen. Eine gegenteilige Anordnung würde nach schweizerischem Rechtsverständnis – ebenso wie eine mit der Auflösung verbundene Konventionalstrafe – das Recht der Persönlichkeit, insbesondere Art. 27 ZGB,¹⁶² verletzen.¹⁶³ Das Bundesgericht unterscheidet insofern klar zwischen Konkubinats, das kein Vertrauen in den Fortbestand der Gemeinschaft zu begründen vermag, und der Ehe, jedenfalls wenn diese «lebensprägend» geworden ist.¹⁶⁴

[Rz 55] Die Auflösung einer nichtehelichen Gemeinschaft unterliegt keinerlei Schranken materieller oder formeller Art.¹⁶⁵ Die Auflösung einer Gemeinschaft geht in der Praxis denn auch oft ebenso informell vonstatten wie ihre Begründung. Damit kann unter Umständen unklar sein, ab wann die Gemeinschaft tatsächlich als aufgelöst zu gelten hat.¹⁶⁶ Wenn es sich bei der nichtehelichen Gemeinschaft um eine einfache

¹⁵¹ Art. 377 f. E-ZGB.

¹⁵² Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 E-ZGB.

¹⁵³ Art. 377 Abs. 2 E-ZGB und Art. 378 Abs. 3 E-ZGB.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 457 ff. ZGB. Bei der Begünstigung eines nicht verheirateten Lebenspartners liegen – zumindest aus Sicht des Gesetzes – atypische Verhältnisse vor; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 47.

¹⁵⁵ Art. 606 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.63.

¹⁵⁶ BREITSCHMID, Erbrecht, S. 12; EITEL, S. 196, hält es – unter der Voraussetzung eines formalen Kriteriums wie etwa einer Registrierung – zumindest für angebracht, darüber «nachzudenken».

¹⁵⁷ BREITSCHMID, Erbrecht, S. 12, der vorschlägt, allenfalls an eine Registrierung anzuknüpfen; zu den Beweisproblemen auch SANDOZ, union libre, S. 596 f.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 471 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.64.

¹⁵⁹ BGE 109 II 15 (16 ff.), E. 1b und 1c; dazu auch BREITSCHMID, Begünstigung, S. 49 ff.

¹⁶⁰ Art. 457 ff. i.V.m. Art. 471 ZGB.

¹⁶¹ HAUSHEER, Vertragsfreiheit, S. 86; DERSELBE, Familienrechte, Fn. 19, S. 58.

¹⁶² Art. 27 Abs. 2 ZGB bezweckt den Schutz der persönlichen zukunftsgerichteten lebensgestaltenden Entscheidungsfreiheit; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.08.

¹⁶³ PICHONNAZ, S. 694 f.; SANDOZ, union libre, S. 591; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.25.

¹⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A_538/2008 vom 3. November 2008 (zur amtl. Publ. bestimmt).

¹⁶⁵ MEIER-HAYOZ, S. 586.

¹⁶⁶ PICHONNAZ, S. 695 f., der deshalb eine Vereinbarung für ratsam hält, nach der die Gemeinschaft entweder durch Zustellen eines schriftlichen Dokuments oder mit Ablauf eines Jahres nach Verlassen des gemeinsamen Domicils aufgelöst sein sollte.

Gesellschaft handelt, ist diese üblicherweise an die Dauer der Lebensgemeinschaft gebunden.¹⁶⁷

[Rz 56] Unabhängig von der jederzeitigen *Auflösungsmacht* befürworten gewisse Autoren ein insofern **eingeschränktes Auflösungsrecht**, als eine Kündigung ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit erfolgen dürfe.¹⁶⁸ Geschieht dies trotzdem, dürfte ein Schadenersatzanspruch aber nur in den seltensten Fällen in Frage kommen. Die Gerichtspraxis hat einen solchen, soweit ersichtlich, noch nie zugesprochen.

b) Liquidation der Gemeinschaft

[Rz 57] Muss eine nichteheliche Gemeinschaft liquidiert werden, so erfolgt die Liquidation grundsätzlich **nicht in analoger Anwendung der Liquidationsbestimmungen des Eherechts**.¹⁶⁹ In vielen Fällen von nichtehelichen Gemeinschaften gilt zudem von vornherein der Grundsatz der **Nichtausgleichung** investierter Vermögenswerte,¹⁷⁰ d.h. eine Ausgleichung der Investitionen findet nicht oder nur sehr beschränkt statt.

[Rz 58] Die Liquidation wird so durchgeführt, dass jeder Partner diejenigen Dinge zurücknimmt, die sich in seinem Eigentum befinden. Allfälliges Miteigentum wird aufgelöst, wobei diesbezüglich grundsätzlich jedem Partner die Hälfte der Sache zusteht.¹⁷¹ Wie die Miteigentümer die Teilung vornehmen, steht ihnen frei.¹⁷²

[Rz 59] Handelt es sich bei der Gemeinschaft (als Ganze) um eine **einfache Gesellschaft**, so erfolgt die Liquidation entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen.¹⁷³ Auch hier ist zu beachten, dass von einem Partner in die Gesellschaft eingebrachte Gegenstände regelmässig lediglich (als Beitrag zur Gesellschaft) zum Gebrauch eingebracht werden, d.h. nach wie vor im Alleineigentum dieses Partners stehen.¹⁷⁴ Bei Auflösung der einfachen Gesellschaft nimmt der Eigentümer diese Gegenstände wieder zurück. Dagegen ist zumindest bezogen auf diejenigen Anschaffungen von Gesamteigentum auszugehen, die aus gemeinsamen Mitteln getätigt wurden, sowie bei Beweislosigkeit, d.h. wenn nicht mehr nachgewiesen werden kann, was wem gehört.¹⁷⁵ Nach dem Ausscheiden derjenigen Gegenstände, die sich nach

wie vor im Eigentum eines Partners befinden, sind aus dem verbleibenden Gesellschaftsvermögen, gegebenenfalls aus dessen Erlös, sämtliche Schulden zu begleichen.¹⁷⁶ Resultiert aus dieser Liquidation ein Überschuss, ist er – mangels gegenteiliger Vereinbarung – zu gleichen Teilen als Gewinn zu verteilen; reichen die Vermögenswerte nicht aus, um die Schulden zu tilgen, ist das Fehlende – ebenfalls grundsätzlich zu gleichen Teilen – als Verlust zu tragen.¹⁷⁷

[Rz 60] Selbst wenn aber die Gemeinschaft als Ganze nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung unter dem Recht der einfachen Gesellschaft steht, hat die Rechtsprechung in gewissen Fällen das Vorhandensein von **punktuellen gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen** angenommen: Auf die Bereiche mit Gemeinschaftsbezug, d.h. auf Lebensbereiche, welche einer gemeinsamen Zweckverfolgung untergeordnet werden, gelangt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Fall der Liquidation ebenfalls das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung.¹⁷⁸ Ein Wille zur gemeinsamen Zweckverfolgung und zur Leistung von Beiträgen an die Gemeinschaft liege namentlich dann vor, wenn eine gemeinsame Kasse für die Deckung gewisser gemeinschaftlicher Kosten geführt werde.¹⁷⁹ Zum so verstandenen Gesellschaftsvermögen gehören mit anderen Worten regelmässig diejenigen Vermögenswerte, in welche Investitionen beider Partner geflossen sind.¹⁸⁰ Bei der Liquidation einer nichtehelichen Gemeinschaft wird das Institut der einfachen Gesellschaft somit als **beschränkte Liquidationsgesellschaft** als Behelfskonstruktion beweisrechtlicher Art herangezogen.¹⁸¹ Dies führt dazu, dass bei der Liquidation der nichtehelichen Gemeinschaft in Bezug auf die gemeinschaftsbezogenen Bereiche wiederum sowohl Verluste als auch Überschüsse grundsätzlich hälftig zu teilen sind.¹⁸²

[Rz 61] Hat einer der Partner seinen Beitrag zur Gemeinschaft mit dem Einbringen von Vermögenswerten geleistet, die in seinem Eigentum verblieben sind (z.B. Wohnliegenschaft, Hausrat), der andere Partner durch Arbeitsleistungen (z.B. das Führen des Haushalts), so führt die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen dazu, dass der haushaltführende Partner nach Auflösung der Gemeinschaft unter Umständen völlig ohne Vermögen dasteht, der andere aber all seine Vermögenswerte wieder zurücknimmt. Eine «Korrektur» dieses Ergebnisses, das in gewissen Fällen als

¹⁶⁷ Was allerdings nicht zwingend der Fall sein muss; MEIER-HAYOZ, S. 587. Im Gegenteil wäre es sinnvoll, wenn einzelne während der Gemeinschaft begründete Rechtsverhältnisse vom Ende der nichtehelichen Gemeinschaft grundsätzlich unberührt belassen würden; HAUSHEER, Beweisfragen, S. 287.

¹⁶⁸ Bejahend PICHONNAZ, S. 695; verneinend MEIER-HAYOZ, S. 589. Zur Höhe eines allfälligen Ersatzes genauer PICHONNAZ, S. 696; WERRO, Rz. 105 f.

¹⁶⁹ BGE 108 II 204 (206), E. 3.

¹⁷⁰ DUSSY, S. 15 f.

¹⁷¹ BÜCHLER, S. 77 f.

¹⁷² Art. 651 Abs. 1 ZGB; STEINAUER, Rz. 1191 f.

¹⁷³ Art. 548 ff. OR.

¹⁷⁴ MEIER-HAYOZ, S. 583.

¹⁷⁵ MEIER-HAYOZ, S. 583.

¹⁷⁶ Art. 549 OR; MEIER-HAYOZ, S. 587.

¹⁷⁷ Art. 549 OR i.V.m. Art. 533 Abs. 1 OR.

¹⁷⁸ BGE 108 II 204 (208 f.), E. 4; BÜCHLER, S. 80 f.; MARTY-SCHMID, S. 218; ausgehend von einem eng gefassten «Normalzweck» (Befriedigung der gemeinsamen Bedürfnisse im Rahmen des gemeinsamen Haushalts) auch MEIER-HAYOZ, S. 580.

¹⁷⁹ BGE 108 II 204 (209), E. 4a.

¹⁸⁰ DUSSY, S. 73 ff.

¹⁸¹ HAUSHEER, Beweisfragen, S. 287; DUSSY, S. 88.

¹⁸² Art. 549 OR.

stossend erscheinen mag,¹⁸³ erfolgt in der Schweiz nach bisheriger Rechtsprechung auch nicht über das Bereicherungsrecht. Das Bundesgericht beschränkt sich darauf festzuhalten, dass eine «allfällige Korrektur der mitunter als ungerecht empfundenen Rechtslage durch Ausstattung stabiler und lebensprägender Partnerschaften mit angemessenen Rechtswirkungen [...] Sache des Gesetzgebers» sei.¹⁸⁴ Von einer gesetzlichen Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist die Schweiz aber wohl noch weit entfernt.

c) Nachpartnerschaftlicher Unterhalt

[Rz 62] Wird eine nichteheliche Gemeinschaft aufgelöst, stellt sich schliesslich die Frage des nachpartnerschaftlichen Unterhalts. Im Gegensatz zu Ehepartnern haben die Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft von Gesetzes wegen **keinerlei Pflicht zur Leistung von nachpartnerschaftlichem Unterhalt**.¹⁸⁵ Die nichteheliche Gemeinschaft ist so ausgestaltet, dass eine Verantwortlichkeit – wenn überhaupt – nur im Kernbereich der gemeinsamen Vermögensinteressen und während der Dauer der Gemeinschaft besteht, ausserhalb dieses Bereiches mit Gemeinschaftsbezug und nach Auflösung der Gemeinschaft fehlt jegliche finanzielle Mitverantwortung. Die – bereits zuvor beschränkte – gegenseitige Verantwortung fällt ganz dahin.¹⁸⁶ Damit werden etwa Nachteile, die durch die Auflösung einer arbeitsteiligen Gemeinschaft entstehen, im Gegensatz zum Fall der Ehescheidung nicht von Gesetzes wegen ausgeglichen.¹⁸⁷ Dies ist wiederum auf die gesellschaftsrechtliche Verortung der Gemeinschaft zurückzuführen: Mit der Aufhebung des Zusammenlebens entfällt der zuvor gemeinsam verfolgte Gesellschaftszweck, die Gesellschaft ist deshalb schlicht und einfach ohne Folgen für die Zukunft zu liquidieren.

[Rz 63] Die fehlende Verpflichtung zu nachpartnerschaftlichem Unterhalt kann aber auch zu einer **Benachteiligung von unehelich geborenen Kindern** führen, da diese unter Umständen in bescheideneren wirtschaftlichen Verhältnissen aufwachsen, als wenn ihre Eltern geheiratet hätten: Zwar

erhält der sorgeberechtigte Partner Unterhalt für die gemeinsamen Kinder. Einen Betreuungsunterhalt für den Elternteil kennt das geltende Recht aber nur im Zusammenhang mit einer Scheidung, nicht bei Auflösung einer eheähnlichen Gemeinschaft. Der sorgeberechtigte Elternteil muss daher für seinen eigenen Unterhalt selbst aufkommen, und zwar auch dann, wenn die Kinder aufgrund ihres Alters noch einer sehr intensiven Betreuung bedürfen und eine Erwerbstätigkeit für den betroffenen Partner – meist die Frau – nur eingeschränkt möglich ist.¹⁸⁸

[Rz 64] Aus diesem Grund wird in der Literatur denn auch vermehrt empfohlen, insbesondere dann, wenn während der Dauer der Gemeinschaft nur ein Partner einer Erwerbstätigkeit nachgeht und/oder Kinder vorhanden sind, in Bezug auf den nachpartnerschaftlichen Unterhalt eine **konkrete Vereinbarung** zu treffen.¹⁸⁹ Indessen sind Vereinbarungen im Zusammenhang mit nachpartnerschaftlichem Unterhalt nicht unbeschränkt möglich: Zum einen stellt sich die Frage des **Rechtsgrundes** solcher nachgemeinschaftlicher Leistungen.¹⁹⁰ Wie gesehen besteht keine rechtliche Verpflichtung zur Leistung von nachpartnerschaftlichem Unterhalt.¹⁹¹ Wenn aber nachpartnerschaftliche Unterhaltsleistungen ohne Gegenleistung¹⁹² und trotz Fehlen jeglicher Verpflichtung erbracht werden, steht stets die Frage einer Schenkung im Raum.¹⁹³ Eine solche zieht unter Umständen – insbesondere im Zusammenhang mit der Schenkungssteuer – erhebliche unerwünschte Wirkungen nach sich. Zum anderen dürfte eine Verständigung im Moment der Auflösung der Gemeinschaft in der Regel nur schwer erreichbar sein.¹⁹⁴ Vorgängig abgefasste vertragliche Regelungen lassen demgegenüber unter Umständen Bedenken im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Art. 27 ZGB aufkommen:¹⁹⁵ Problematisch sind dabei insbesondere Regelungen, die ohne Bezug auf den Bedarf im konkreten Auflösungszeitpunkt verfasst werden.¹⁹⁶ Dagegen sind rechtsgeschäftliche Regelungen, die

¹⁸³ Eindrücklich dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_441/2007 vom 17. Januar 2008: Während des 18-jährigen Zusammenlebens hatte die Frau den Haushalt geführt und den gemeinsamen Sohn erzogen, während der vermögende Mann mit seinem Einkommen die laufenden Ausgaben finanziert und zudem eine Villa und sämtlichen Hausrat zum Gebrauch in die Gemeinschaft eingebracht hatte. Nach Auflösung der Gemeinschaft – auf die nach Auffassung des Bundesgerichts das Recht der einfachen Gesellschaft Anwendung finden musste – stand die Frau völlig ohne Vermögen da.

¹⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A_538/2008 vom 3. November 2008, E. 4.3 in fine (zur amtl. Publ. bestimmt).

¹⁸⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_441/2007 vom 17. Januar 2008, E. 4.

¹⁸⁶ MEIER-HAYOZ, S. 592.

¹⁸⁷ BÜCHLER, S. 81 f; zur (häufig wohl nur schwer realisierbaren) Möglichkeit, die Haushaltsleistungen eines Partners ebenfalls als Beitrag zur Vermögensvermehrung in der einfachen Gesellschaft und damit bei der Liquidation der Gesellschaft als Vermögenswert, welcher einen Ausgleichsanspruch begründet, zu berücksichtigen Dussy, S. 86 f.

¹⁸⁸ BÜCHLER, S. 82.

¹⁸⁹ PICHONNAZ, S. 677; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 903.

¹⁹⁰ HAUSHEER, Vertragsfreiheit, S. 87.

¹⁹¹ Schon während der gelebten Gemeinschaft ist die Versorgungsgemeinschaft wie gesehen nicht rechtlich abgesichert; HAUSHEER, Vertragsfreiheit, S. 87.

¹⁹² Ein Leistungsäquivalent liesse sich allenfalls konstruieren, wenn es um die Betreuung gemeinsamer Kinder oder um eine Kompensation eines vollständigen oder teilweisen Erwerbsverzichts geht; vgl. HAUSHEER, Familienrechte, S. 74.

¹⁹³ HAUSHEER, Vertragsfreiheit, S. 87.

¹⁹⁴ HAUSHEER, Familienrechte, S. 74.

¹⁹⁵ Siehe dazu auch die Ausführungen von HAUSHEER, Vertragsfreiheit, S. 65 ff., zu den allgemeinen Auswirkungen von Art. 27 ZGB auf die Vertragsfreiheit im Familienrecht sowie zu den antizipierten Scheidungsvereinbarungen in Bezug auf den nachehelichen Unterhalt im Besonderen.

¹⁹⁶ HAUSHEER, Familienrechte, S. 74.

sich an das gesetzliche Unterhaltsrecht für die Ehescheidung anlehnen, eher zulässig bzw. verbindlich.¹⁹⁷

[Rz 65] Der **fehlende Betreuungsunterhalt** gibt in der Schweiz in jüngerer Zeit vermehrt zu Diskussionen Anlass. Einerseits wird teilweise – dogmatisch allerdings wohl wenig Erfolg versprechend – versucht, bereits unter geltendem Recht einen Unterhaltsanspruch der ledigen Mutter nach Geburt eines Kindes zu begründen.¹⁹⁸ Andererseits wird gefordert, den bisherigen statusorientierten Ansatz (Unterhalt nur bei bzw. nach Ehe) **de lege ferenda** durch einen kindorientierten Ansatz zu ersetzen.¹⁹⁹ Ein moderater, zeitlich limitierter Unterhaltsanspruch des sorgeberechtigten Elternteils wäre unter dem Aspekt des Kindeswohls sicher ein Gewinn. Zurzeit ist aber noch kein entsprechender politischer Vorstoss hängig, sodass mit einer gesetzlichen Regelung noch nicht in allernächster Zeit zu rechnen ist.

III. Ergebnis und Ausblick

[Rz 66] Auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft, die als Innominatkontrakt verstanden wird, kommt eine pauschale und umfassende analoge Anwendung des Eherechts oder des Rechts der einfachen Gesellschaft nicht in Frage. Für die Ausgestaltung der Gemeinschaft und ihre Rechtswirkungen bzw. für die anwendbaren Regeln ist stets auf den Einzelfall und den konkreten Rechtsbereich abzustellen. Insgesamt besteht das Recht der nichtehelichen Gemeinschaft daher einerseits aus punktuellen Rechtswirkungen gestützt auf spezifische gesetzliche Bestimmungen (so etwa im Recht der beruflichen Vorsorge) und andererseits auf Richterrecht,²⁰⁰ allenfalls – wenn auch selten – in Kombination mit vertraglichen Regelungen.²⁰¹ Im Ergebnis wird der wirtschaftlich schwächere Partner auch bei langjährigem Zusammenleben in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der Gemeinschaft nicht geschützt, ist doch die jederzeitige Auflösbarkeit des Zusammenlebens eines der wesentlichen Merkmale der nichtehelichen Gemeinschaft. Es fehlt deshalb – vorbehaltlich vertraglicher Regelungen, die innerhalb gewisser Grenzen zulässig sind – auch an jeglicher nachpartnerschaftlichen Unterstützungspflicht. Ebenso erfolgt grundsätzlich kein Ausgleich mit Blick auf die in die Gemeinschaft zum Gebrauch eingebrachten oder während der Dauer des Zusammenlebens von einem der Partner erworbenen Vermögenswerte. Dies mag

mit Blick auf den haushaltführenden bzw. kindererziehenden Partner als stossend erscheinen, ist aber de lege lata wohl hinzunehmen. Politische Bestrebungen zur umfassenden Regelungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind in der Schweiz vorerst nicht zu erwarten. Dagegen ist denkbar, dass es jedenfalls im Bereich eines befristeten Betreuungsunterhalts für den sorgeberechtigten (Ex-)Partner zu erfolgversprechenden politischen Vorstössen kommen wird. Dass ein entsprechender Handlungsbedarf nicht früher erkannt wurde, mag mit dem vergleichsweise tiefen Prozentsatz der Kinder zusammenhängen, die in einer nichtehelichen Gemeinschaft aufwachsen.²⁰²

IV. Literatur

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Aktuelle Entwicklungen im Familienrecht, in: Fellmann/Polledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2007, Bern 2007, S. 39 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Aktuelle Entwicklungen)
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007 (zit. AEBI-MÜLLER, Begünstigung)
- AMSTUTZ MARC et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. BEARBEITER, CHK, N ... zu Art. ...)
- BIETENHARDER-KÜNZLE SILVIA, Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung des Konkubinats (unter Beachtung der Gleichberechtigung von Mann und Frau), Diss. Basel 1986
- BREITSCHMID PETER, Begünstigung des nicht-verheirateten Lebenspartners und Dritter, in: Druey/Breitschmid (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Bern/Stuttgart/Wien 1999, S. 45 ff. (zit. BREITSCHMID, Begünstigung)
- BREITSCHMID PETER, Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit, in: successio 2007, S. 6 ff. (zit. BREITSCHMID, Erbrecht)
- BÜCHLER ANDREA, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Bern 2003, S. 59 ff.
- BÜCHLER ANDREA/STEGMANN HEIKE, Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den nach-

¹⁹⁷ Sei es, dass die Unterhaltsleistung als Abgeltung für die nachgemeinschaftliche Betreuung eines gemeinsamen Kindes ausgerichtet wird, sei es, dass ein gänzlicher oder teilweiser Erwerbsverzicht kompensiert werden soll; vgl. HAUSHEER, Familienrechte, S. 74.

¹⁹⁸ So namentlich RUMO-JUNGO, S. 17 ff. Am ehesten käme wohl – wenn überhaupt – die Haftung aus berechtigtem Vertrauen in Frage; es bräuchte jedoch klare Anhaltspunkte, die ein solches Vertrauen begründen liessen; RUMO-JUNGO, S. 19.

¹⁹⁹ RUMO-JUNGO, S. 21 ff.

²⁰⁰ WOLF, S. 161; NÄGELI/GUYER/SCHOCH, S. 30.

²⁰¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.15.

²⁰² Nur 2.6% der Kinder wachsen bei einem unverheirateten Paar auf, während 91.3% der Kinder bei einem Ehepaar und 6.1% der Kinder in einem Einelternhaushalt aufwachsen (Quelle: Bundesamt für Statistik, Demostudie 2006, S. 10, T3).

- ehelichen Unterhaltsanspruch, in: FamPra.ch 2004, S. 229 ff.
- CHAPPUIS CHRISTINE, La suppression de la rente après divorce du fait du concubinage, in: SemJud 1993, S. 389 ff.
 - DUSSY ROBERT DAVID, Ausgleichsansprüche für Vermögensinvestitionen nach Auflösung von Lebensbeziehungen, Diss. Basel 1994
 - EITEL PAUL, Nos «proches» im Erbrecht und im Erbschaftssteuerrecht – Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: Gauch/Werro/Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 191 ff.
 - FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft, Artikel 530–544 OR, Bern 2006 (zit. FELLMANN/MÜLLER, BeKomm, N ... zu Art. ... OR)
 - FRANK RICHARD/GIRSBERGER ANDREAS/VOGT NEDIM P./WALDER-BOHNER HANS ULRICH/WEBER ROLF H. (Hrsg.), Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht, Zürich 1984 (zit. BEARBEITER, in Frank et al., § ... Rz. ...)
 - GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. ...)
 - GROSSEN JACQUES-MICHEL/GUILLOD OLIVIER, Le concubinage en droit suisse, in: Rubellin-Devichi (Hrsg.), Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridiques, Paris 1989, S. 269 ff.
 - HANGARTNER YVO, Verfassungsrechtliche Fragen der Erbschafts- und Schenkungssteuern, in: Höhn/Vallender (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat, FS Francis Cagianut, Bern 1990, S. 69 ff.
 - HAUSHEER HEINZ, Beweisfragen im Zusammenhang mit der Familie im engeren und weiteren Sinn, in: Piotet/Tappy (Hrsg.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils, FS Suzette Sandoz, Genf/Zürich/Basel 2006, S. 279 ff. (zit. HAUSHEER, Beweisfragen)
 - HAUSHEER HEINZ, Der Scheidungsunterhalt und die Familienwohnung, in: Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 119 ff. (zit. HAUSHEER, Scheidungsunterhalt)
 - HAUSHEER HEINZ, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, in: ZBJV 2003, S. 585 ff. (zit. HAUSHEER, Familie)
 - HAUSHEER HEINZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2006, Familienrecht, in: ZBJV 2007, S. 583 ff. (zit. HAUSHEER, Rechtsprechung 2006)
 - HAUSHEER HEINZ, Familienrechte, rechte Familien?, in: Schwab/Hahne (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, Bielefeld 2004, S. 49 ff. (zit. HAUSHEER, Familienrechte)
 - HAUSHEER HEINZ, Vertragsfreiheit im Familienrecht in der Schweiz, in: Hofer/Schwab/Henrich (Hrsg.), From Status to Contract – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, Bielefeld 2005, S. 57 ff. (zit. HAUSHEER, Vertragsfreiheit)
 - HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008
 - HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht, eingetragene Partnerschaft, 3. Aufl., Bern 2007
 - HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Stämpfli's Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003 (zit. HAUSHEER/JAUN, HandKomm, N ... zu Art. ... ZGB)
 - HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2001
 - LIATOWITSCH PETER, Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in der Gerichtspraxis und in Scheidungsvereinbarungen, in: FamPra.ch 2000, S. 476 ff.
 - MANAI DOMINIQUE, Le devoir d'information du médecin en procès, in: SemJud 2000 II, S. 341 ff.
 - MARTY-SCHMID HELEN, La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre, Etude des droits suisse, français et allemand, Diss. Lausanne, Luzern 1986
 - MASMEJAN-FEY LYDIA, L'imposition des couples mariés et des concubins, Diss. Lausanne 1992
 - MEIER-HAYOZ ARTHUR, Die eheähnliche Gemeinschaft als einfache Gesellschaft, in: Böckli/Eichenberger/Hinderling/Tschudi (Hrsg.), FS Frank Vischer, Zürich 1983, S. 577 ff.
 - NÄGELI CATERINA/GUYER RAHEL/SCHOCH NIK, Das Familienrecht, in: ZSR 2007, II, S. 5 ff.
 - PICHONNAZ PASCAL, Conventions et couples concubins, in: FamPra.ch 2002, S. 670 ff.
 - PULVER BERNHARD, Unverheiratete Paare, Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge, Basel/Genf/München 2000

- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kindesunterhalt und neue Familienstrukturen, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.), Kind und Scheidung, Symposium zum Familienrecht 2005, Universität Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2006
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA/LIATOWITSCH PETER, Nichtehele Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindesrechtliche Belange, in: FamPra.ch 2004, S. 895 ff.
- SANDOZ SUZETTE, Le législateur doit-il réglementer l'union libre? in: Gauch/Tercier/Schmid/Steinauer/Werro (Hrsg.), Familie und Recht, FS Bernard Schnyder, Freiburg 1995, S. 583 ff. (zit. SANDOZ, union libre)
- SANDOZ SUZETTE, Problèmes patrimoniaux des couples non mariés, in: Pichonnaz/Rumo-Jungo (Hrsg.), Droit patrimonial de la famille, Symposium en droit de la famille 2004, Université de Fribourg, Genf/Zürich/Basel 2004, S. 43 ff. (zit. SANDOZ, problèmes patrimoniaux)
- SCHWANDER IVO, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden? in: AJP 1994, S. 918 ff.
- SCHWENZER INGEBORG (Hrsg.), FamKomm Scheidung, Bern 2005 (zit. BEARBEITER, FamKomm, N ... zu Art. ... ZGB)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome premier, 3. Aufl., Bern 1997
- WERRO FRANZ, Concubinage, mariage et démariage, Bern 2000
- WOLF STEPHAN, Ehe, Konkubinat und registrierte Partnerschaft gemäss dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz – Allgemeiner Vergleich und Ordnung des Vermögensrechts, in: recht 2002, S. 157 ff.
- ZINGG RAPHAEL, Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen und Nachstellungen nach Art. 28b ZGB, in: Jusletter 28. Juli 2008

* * *

Prof. Dr. Regina E. Aebi-Müller, ist Dekanin der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Luzern und Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern. Carmen Ladina Widmer, MLaw, ist wissenschaftliche Assistentin an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern. Schriftliche und mit Fussnoten ergänzte Fassung eines am 10. Oktober 2008 im Rahmen des Regensburger Symposiums für Familienrecht gehaltenen Vortrages. Die Ausführungen beziehen sich, wo nicht anders vermerkt, auf heterosexuelle Paare.
