

Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften

Gedanken zum Verhältnis des Rechts zu den verschiedenen Beziehungsarrangements

Andrea Büchler, Prof. Dr. iur., Ordinaria an der Universität Zürich

Stichwörter: Reform, Lebensgemeinschaft, Status, zivilrechtliches Institut, Funktionen des Familienrechts, Kindeswohl, Vielfalt.

Mots clefs: Réforme, communauté de vie, statut, institution de droit civil, fonctions du droit de la famille, intérêt de l'enfant, diversité.

Das zukünftige Familienrecht wird sich vom geltenden grundlegend unterscheiden – davon bin ich überzeugt. Befasst man sich mit der zukünftigen Gestaltung des Verhältnisses des Rechts zu verschiedenen Beziehungsformen, so muss man sich zwingend auch mit den Regelungszwecken und Regelungsinhalten des Familienrechts auseinandersetzen. Um die Frage beantworten zu können, welche Lebensformen familienrechtlichen Regelungen zu unterwerfen sind, muss man sich nämlich zunächst dazu äussern, was diese Regelungen denn beinhalten würden. Ein kohärentes Familienrecht lässt sich nur dann entwerfen, wenn man sich Rechenschaft darüber ablegt, was es überhaupt leisten kann und soll. Die These von INGEBORG SCHWENZER dient hier als Orientierung: Ein zeitgemässes Familienrecht sei statusunabhängig anzuknüpfen, dürfe sich nicht einmischen, müsse Verantwortung einfordern und den Vorrang des Kindeswohls verwirklichen (Gutachten, passim).

Die Schweiz kennt im Grunde (noch) keinen Regelungskomplex, der die Bezeichnung Familienrecht verdienen würde. Sie kennt ein Ehe- und Scheidungsrecht, ein Kindesrecht und ein Recht der eingetragenen Partnerschaft, welches das Wort «Familie» bewusst und konsequent vermeidet. Familienrecht meint in der Schweiz also nach wie vor nicht das Recht der Familien, sondern das Recht einer ganz bestimmten, institutionalisierten und reglementierten Gemeinschaft. Eine grosse Zahl von nahen Beziehungen befindet sich weitgehend ausserhalb rechtlicher Aufmerksamkeit. Damit verkennt das Recht seinen Regelungsgegenstand und kann schon deshalb auf längere Sicht nicht überzeugen, zumal es gesellschaftliche und kulturelle Zustände nicht zu spiegeln vermag.

...was nicht mehr ist

Rechtshistorisch betrachtet gab es für den besonderen Schutz der bürgerlichen Familie des 19. Jahrhunderts und für die Behandlung der Ehe als autonomen Gegenstand von Recht mitunter zwei Gründe: Erstens verschaffte die Ehe den Kindern Legitimität, die Voraussetzung für gesellschaftliche und rechtliche Anerkennung war – die Ehe diene sozusagen ihrem Schutz

–, und zweitens beinhaltet sie ein konkretes Geschlechterarrangement, zu dem sowohl eine bestimmte Aufgabenverteilung und Entscheidungszuständigkeit wie auch die verpflichtende Geschlechtsgemeinschaft um der Reproduktion willen gehörte. Beide Funktionen hat die Ehe aber bekanntlich verloren und damit auch diese besonderen Rechtfertigungen.

Zudem ist es gesichertes Erkenntnis, dass die Rechtsform der Ehe keine Stabilität und Dauerhaftigkeit mehr zu garantieren vermag, dies ungeachtet der tatsächlich gestiegenen Scheidungsziffer deshalb, weil die eheliche Beziehung heute ohne Weiteres einvernehmlich aufgelöst oder einseitig gekündigt werden kann. Über das Scheidungsrecht wird der Institutionenschutz also ohnehin nicht mehr verwirklicht, Status wurde verfügbar gemacht. Der Liebesehe ist die Gefahr des Scheiterns tatsächlich inhärent. Jedenfalls legt eine ontologische Betrachtung nahe, dass das konstitutive Element der Ehe als auf Lebenszeit geschlossene Verbindung wenig normative Wirkung zeitigt. Schliesslich ist empirisch hinlänglich belegt, dass die Ehe weder notwendige noch hinreichende Bedingung für das Kindeswohl ist.¹ Fiel der mit sinnstiftenden Elementen versehenen Ehe des 19. Jahrhunderts das Monopol zu, «emotionalen Bedürfnislagen» (LUHMANN 1982) zu begegnen, ist sie heute nicht mehr zwingend, um elementare Bedürfnisse zu befriedigen. Liebe und Zusammenleben verweisen nicht mehr auf die Ehe, und die Ehe führt nicht zwingend zum Zusammenleben.²

...von Vielfalt und Komplexität

Lebenswege und Vorstellungen von Familie sind vielfältig und komplex geworden. Tradierte Gewissheiten über die Verfasstheit familialer Räume sind jedenfalls geschwunden. Kennzeichnend für eine Mehrheit gegenwärtiger Lebensentwürfe ist, in den Worten der Soziologin BECK-GERNSHEIM, «eine widersprüchliche Mischung aus traditionellen Sehnsüchten und neuen Erwartungen», und «aus den Versatzstücken der Hoffnungen und Enttäuschungen, die aus diesem schwierigen Mischungs-

FamPra.ch 2014 - S. 799

verhältnis erwachsen, ist in der Praxis eine Vielfalt von Lebens-, Liebes- und Beziehungsformen entstanden – von einigen erhofft, von anderen eher erlitten, von manchen auch erbittert bekämpft».³ Die Ehe verdankt einen Teil ihrer Bedeutung der Tatsache, dass keine Alternativen bestehen – um eine Samenspende in Anspruch nehmen zu können, den Schutz der Familienwohnung zu geniessen, an der beruflichen Vorsorge des Partners zu partizipieren, das Kind der Partnerin zu adoptieren oder eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten. Eheschliessungen sind also nicht zwingend Überzeugungstaten, sondern mitunter rein pragmatisch motivierte Entscheidungen. Andererseits kann daraus, dass die Ehe nicht geschlossen wird, nicht gefolgert werden, jede Verbindlichkeit würde abgelehnt, die Adoption des Kindes der Partnerin sei nicht gewollt oder die Familienwohnung sei kein schützenswerter Ort. Es gibt zahlreiche und vielschichtige Gründe, die Ehe nicht einzugehen: Möglicherweise lehnt jemand die symbolische Ordnung der Ehe und ihr historisches Gedächtnis (VOGEL 1994) oder ihre religiösen Konnotationen ab. Oder es äussert sich in der Ablehnung ein bewusster Umgang mit den Tücken ewiger

Versprechen oder mit dem Spannungsfeld zwischen der Liebe als privater Unordnung und der Ehe als öffentlicher Struktur.

...nicht Status, sondern Beziehung – nicht Form, sondern Funktion

Eine liberale und säkularisierte Gesetzgebung muss der Pluralität Rechnung tragen und private Entscheidungen respektieren. Dazu gehört auch die negative Ehefreiheit, das heisst die Freiheit, eine Ehe nicht einzugehen. Für das Verhältnis des Rechts zu verschiedenen Lebensformen ist aber vor allem der Grundsatz von Bedeutung, dass eine Ungleichbehandlung von funktionsgleichen Arrangements einer positiven Begründung bedarf. Ein ordnungspolitisches Motiv, über die Vorgabe der rechtlichen Form des Zusammenseins die Gesellschaft zu strukturieren, ist dafür nicht Rechtfertigung genug. Welche darüber hinausgehenden Argumente für die Ungleichbehandlung von Lebensgemeinschaften einzig wegen ihrer Form heute geltend gemacht werden (können), ist aber schwer auszumachen.

Das Familienrecht soll deshalb nicht an einen Status, sondern an das Bekenntnis zur Gemeinschaft und an gelebte Beziehungen anknüpfen, nicht an die Form, sondern an die Funktion und den Inhalt.⁴ Die Ehe soll und wird es zwar noch lange geben, aber nicht als Grundlage des Familienrechts und als Referenz rechtlicher Regelungen, nicht als exklusive Organisation von Intimgemeinschaften, nicht als privi-

FamPra.ch 2014 - S. 800

legierte, institutionalisierte Ordnung und damit nicht als zivilrechtliches Institut. Die kategoriale Unterscheidung im Recht zwischen der Ehe und Paaren, die nicht verheiratet sind, ist nicht mehr zeitgemäss und mit den Zwecken des Familienrechts (Kindeswohl, Vertrauensschutz, Ausgleich partnerschaftsbedingter Nach- und Vorteile) nicht vereinbar.

Restbestände der früheren Orientierung der Ehe auf Reproduktion sind zu beseitigen. Wie auch immer das zukünftige Recht aussehen mag: es darf nicht danach unterscheiden, ob die in einer Gemeinschaft lebenden Personen das gleiche oder verschiedene Geschlechter(identitäten) haben. Die Ehe trägt die historische Last der monogamen und heterosexuellen Norm in sich, weshalb man sich mit ihrer Öffnung so schwertut. Die moralische und religiöse Neutralität gebietet es allerdings, allen Beziehungen, unabhängig vom Geschlecht ihrer Beteiligten, den gleichen Zugang zu den gleichen Regelungskomplexen zu gewährleisten.

...Modelle und ihre Reichweite

Nun mag man einwenden, mit der Preisgabe der Ehe als Referenz familienrechtlicher Regelungen sei ein zu grosser Verlust an Rechtssicherheit verbunden; die einfache Lebensgemeinschaft stelle kein einheitliches Phänomen dar, sondern kenne zahlreiche Ausprägungen, Ziele und Perspektiven, weshalb ihr der Bindungswille nicht unterstellt werden dürfe. Im Angebot steht aber eine Vielzahl alternativer Anknüpfungen: das Zusammenleben während einer bestimmten Zeit, eine dokumentierte Solidarbeziehung, eine ungleiche Verteilung von bezahlter und unbezahlter Arbeit, gemeinsame Investitionen oder gemeinsame Kinder. All diese Möglichkeiten, das

Familienrecht anzuknüpfen, werden in der Literatur tatsächlich erwogen. Einige Rechtsordnungen haben auf die Zunahme nicht verheirateter Paare mit einem *Contracting-in*-System reagiert, wonach sich Paare – gleich- und/oder verschiedengeschlechtliche – durch die Registrierung ihrer Partnerschaft mehr oder weniger weitreichenden, häufig aber gegenüber der Ehe «minderen» rechtlichen Regelungen unterwerfen können. Die Möglichkeit der Registrierung garantiert allerdings nicht, dass berechnete, sich aus einem bestimmten Beziehungsarrangement ergebende Ausgleichsansprüche dann auch tatsächlich geschützt sind, setzt sie doch voraus, dass die Partner gemeinsam aktiv werden. Ein reines *Contracting-in*-System untergräbt also den eigentlichen Zweck der Ausdehnung familienrechtlicher Wirkungen auf Gemeinschaften, die nicht die Form der Ehe aufweisen. Von familienrechtlicher Bedeutung kann nämlich nicht (nur) der explizite Bindungswille sein, zumal sich Verpflichtungen auch aus der Art und Weise, wie man das Leben lebt, das heisst aus den realen Verhältnissen ergeben. Daraus schliessen verschiedene Rechtsordnungen, und auch INGBORG SCHWENZER, eine familienrechtlich relevante Lebensgemeinschaft sei dann anzunehmen, wenn sie eine bestimmte Dauer aufweist, aus ihr gemeinsame Kinder

FamPra.ch 2014 - S. 801

hervorgegangen sind oder eine Partnerin wesentliche Beiträge zugunsten der Gemeinschaft oder des Partners erbracht hat (Gutachten, 979). Die Gesetze einiger Länder enthalten für die Beurteilung, ob eine Partnerschaft vorliegt, die Rechtsfolgen auslöst, eine mehr oder weniger lange Liste von Kriterien, welche das Gericht nach freiem Ermessen würdigt. Im Detail unterschiedliche Antworten geben verschiedene Rechtsordnungen auf die Frage, ob die Partner eine Möglichkeit des *contracting-out* haben sollen, das heisst, ob es den Partnern und Partnerinnen frei steht, die gesetzlichen Trennungsfolgen mittels Vertrag auszuschliessen. Ebenfalls unterschiedliche Antworten findet man auf die grundlegende Frage, ob nichteheliche Lebensgemeinschaften im Sinne des jeweiligen Rechts alle oder nur einen Teil der Rechtsfolgen einer Ehe entfalten.⁵

Das Problem vieler der realisierten Regelungsmodelle ist, dass sie neue Kategorien eingeführt haben, häufig mit spezifischen Wirkungen: einen neuen Status für nicht verheiratete Paare, die sich registrieren oder die allenfalls eine bestimmte Geschlechterzusammensetzung darstellen oder dauerhaft zusammenleben beziehungsweise zusammengelebt haben. Die auf Lebenszeit geschlossene und auf Ausschliesslichkeit beruhende Ehe fungiert dabei meist als Ideal oder Grundtypus der Familiengemeinschaft, an welchem sich alle anderen Lebensmodelle, die rechtlichen Schutz beanspruchen wollen, zu orientieren haben (es ist mitunter die Rede von «eheähnlich»). Ich plädiere dafür, die Zahl der Beziehungskategorien nicht zu erhöhen (das heisst neben der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft weitere Kategorien einzuführen), sondern sie zu reduzieren. Die Vielfalt von Arrangements ist so gross, dass mit jeder Typisierung unweigerlich eine unerwünschte Reduktion von Komplexität einhergeht. Die Gründe für ein nichteheliches Zusammenleben oder für ein Zusammensein ohne Zusammenleben sind ebenso vielfältig wie diejenigen, eine Ehe einzugehen oder sich vorerst trotz Getrenntlebens nicht scheiden zu lassen. Stattdessen besteht die Herausforderung darin, erstens, sich über die Aufgaben des

FamPra.ch 2014 - S. 802

Familienrechts zu verständigen, und zweitens vom Zweck und Inhalt einer Regelung auf diejenigen Gemeinschaften zu schliessen, die unter ihren Schutz zu stellen sind – weil funktionsgleiche Arrangements eben auch eine gleiche Behandlung verdienen.

...vom Ziel zum Adressaten

Ein Familienrecht, das Vielfalt zu integrieren vermag,⁶ akzeptiert also Vielfalt als Aufforderung, die wesentlichen Aufgaben des Familienrechts zu benennen. Im Zentrum der Diskussion müssen mithin Regelungszweck und Regelungsinhalt stehen, und diese sind in Beziehung zu setzen zu dem, was das Beziehungsarrangement ausmacht. Das heisst, für jeden Normenkomplex ist die Frage zu beantworten, in welchen Fällen er greifen muss, und zwar anhand von dem, was er bezweckt.

In einer liberalen und im Ideal egalitären Gesellschaft müssen die Mitglieder das Recht haben, ihre Beziehungen frei zu gestalten; in den Worten von INGEBORG SCHWENZER soll man sich im Zweifel nicht einmischen (Gutachten, 974). Gewährleistet die privatrechtliche Ordnung Autonomie, so bedeutet dies, dass jede Person eine Konzeption des Richtigen und Gerechten wählen und realisieren kann. Die rechtliche Intervention braucht eine rechtsdogmatisch stringente Begründung. Eine solche ist zweifellos gegeben, erstens wenn es um Rechtspositionen und Schutzbedürfnisse eines Kindes geht, und zweitens wenn Eltern eine bestimmte Aufteilung von Erwerbs- und Betreuungsarbeit vereinbaren.

...gemeinsame Kinder als familienrechtlich relevanter Sachverhalt

Ein zentraler Zweck des Familienrechts ist nämlich die Wahrung des Kindeswohls. Bereits das völkerrechtlich verankerte Gebot der Gleichbehandlung aller Kinder gebietet die Anknüpfung familienrechtlicher Regelungen einzig an das Vorhandensein gemeinsamer Kinder, und dies unabhängig davon, ob eine Lebensgemeinschaft bestand oder besteht. Regelungen betreffend das Schicksal der Familienwohnung bei Auflösung der Familiengemeinschaft, solche betreffend die Abstammung, die Kin-

FamPra.ch 2014 - S. 803

desanhörung und die Kindesvertretung oder den Kontakt und die Information sind unabhängig von statusrechtlichen Positionen oder der Art der Beziehung zwischen den Eltern anzuknüpfen, das heisst sie müssen auch dann greifen, wenn eine Verstetigung der Gemeinschaft noch gar nicht stattgefunden hat. Das muss aber auch gelten für Regelungen des finanziellen Ausgleichs von Nachteilen infolge von spezifischen Familienarrangements, das heisst zum Beispiel für den Vorsorgeausgleich im Fall, dass eine Partnerin vereinbarungsgemäss während einiger Jahre Aufgaben der Kinderbetreuung übernommen hat und in dieser Zeit keine genügende berufliche Vorsorge aufbauen konnte.

Im Zusammenhang mit Kindern kommt dem Recht auch die wichtige und vornehme Aufgabe zu, das heute sehr komplexe Beziehungsgeflecht abzusichern. Ein beachtlicher Prozentsatz der Kinder teilt den Alltag mit einer erwachsenen Person, die zwar die Funktion eines Elternteils

wahrnimmt, aber mit dem Kind genetisch nicht verbunden ist, dies insbesondere infolge des Einsatzes der Fortpflanzungsmedizin und der zunehmenden Zahl von Fortsetzungsfamilien. Das heisst, für ein und dasselbe Kind tragen mehrere Personen jeweils unterschiedliche Teilbestände der Mutter- beziehungsweise Vaterschaft. Viele dieser Beziehungen befinden sich in einem rechtlichen Vakuum. Stiefeltern nehmen zwar an der elterlichen Sorge teil, sofern sie mit dem leiblichen Elternteil verheiratet sind, tragen selbst aber keine Elternverantwortung. Nicht verheiratete, das heisst faktische Stiefeltern sind rechtlich mit dem Kind in gar keiner Weise verbunden; dasselbe gilt für die Leihmutter im Ausland. Aus Sicht des Kindeswohls überzeugt diese Rechtslage nicht, zumal die veränderte Lebenspraxis wiederum verkannt wird, die mehrfache Elternschaft als soziale, das Leben der Kinder in wachsender Masse bestimmende Realität nicht vorkommt. Auch hier ist ein Recht gefragt, das Lebenssachverhalte zum Ausgangspunkt macht und Regeln aufstellt, die in einem Netz von konkurrierenden Verantwortungen, Loyalitäten und Gefühlen alle für das Kind tragfähigen Beziehungen rechtlich absichern. Den Rahmen dafür müssen zwei Eckpunkte bilden: das Recht auf Kenntnis der eigenen genetischen und biologischen Abstammung und das Recht auf sozial-affektive, verlässliche und verfügbare Beziehungen: genetische Gewissheit und soziale Geborgenheit also.⁷ In einem solchen Recht müssen erstens rechtliche Elternschaft und genetische Abstammung nicht zwingend mit elterlicher Verantwortung einhergehen und elterliche Verantwortung nicht zwingend rechtliche oder genetische Elternschaft voraussetzen. Elterliche Verantwortung soll – so wie es auch INGEBORG SCHWENZER vorschlägt (Gutachten, 1003 f.) – auch mehr als zwei Personen gleichzeitig eingeräumt werden können.

FamPra.ch 2014 - S. 804

...(weshalb) besondere Regelungen für intime Beziehungen zwischen Erwachsenen ohne Kinder?

Aber welche Zwecke verfolgen familienrechtliche Regelungen, die Beziehungsarrangements zwischen Erwachsenen ohne Kinder erfassen? Wenn es keinen zivilrechtlich relevanten Status mehr gibt, braucht es dann überhaupt noch ein gesondertes Regelwerk für intime Beziehungen zwischen Erwachsenen? Reichen unsere vertragsrechtlichen Instrumentarien nicht aus, um die Vermögensbeziehungen zwischen den Beteiligten zu identifizieren und zu adressieren und um für die in der Intimität der Zweisamkeit erbrachten Leistungen die gerechtfertigten Ausgleichs zu gewährleisten? Die Frage ist berechtigt und lässt wohl verschiedene Antworten zu, je nach dem, ob man befürchtet, ein familienrechtlicher Mechanismus fördere und zementiere Abhängigkeiten von Frauen und verhindere gleichberechtigte Lebensperspektiven (*«vulnerability by marriage»*, OKIN 1989); oder ob man im Gegenteil vertritt, er sei zum Schutz ökonomischer Verletzbarkeit von Frauen unerlässlich. Die Antwort fällt auch unterschiedlich aus, je nach dem, ob man der Meinung ist, Partner und Partnerinnen sollen nicht für das einstehen müssen, was Aufgabe sozialer Umverteilungssysteme wäre; oder ob man auf Lebenszeit angelegte Versprechen fördern will und der Ansicht ist, belastbare Solidar- oder gar Versorgungsgemeinschaften bräuchten einen zwingenden vermögensrechtlichen Kerngehalt, der anders als rein vertragsrechtliche Konstrukte auch den im Kontext von Nähe und Emotion bestehenden Ambivalenzen Rechnung trägt.⁸

In den USA wird der *family law exceptionalism* – das heisst die der Lehre des 19. Jahrhunderts entsprungene Idee (oder Ideologie?), das Familienrecht müsse einen besonderen und autonomen Platz beanspruchen und sei in Opposition zum Recht des Marktes und zum Vertragsrecht zu setzen – breit kritisiert und dekonstruiert. An dessen Stelle wird die *economic family* gesetzt und diese als Ort der wirtschaftlichen Produktion und des Konsums verstanden, womit ein grundlegend anderes und wesentlich breiteres Spektrum von Normen angesprochen ist als die klassische Normentrias der Schliessung, Wirkungen und Auflösung einer familienrechtlich relevanten Beziehung.⁹

FamPra.ch 2014 - S. 805

...einerseits als Angebot, andererseits als Schutz. Die Lebensgemeinschaft im Familienrecht

Familiensoziologische Daten legen nahe, dass in der Schweiz Rollenverständnisse, Lebensprojekte, Erwerbseinkommen und unbezahlte Arbeit nach wie vor ein Geschlecht haben. Der private Raum ist nach Geschlechtern organisiert, das bürgerlich-traditionelle Modell wirkt nachhaltig.¹⁰ Eheschliessung und Familiengründung tragen eine entsprechende Last der Zuschreibungen und haben nachgewiesenermassen einen Traditionalisierungseffekt. Familien- und gleichstellungspolitische Massnahmen sind deshalb unentbehrlich, wenn man es mit dem Ziel ernst meint, Personen sollen freie Entscheidungen für Beruf *und* Familie treffen und unabhängige Leben führen können. Die empirischen Beobachtungen liefern darüber hinaus eine Begründung dafür, familienrechtliche Regelungen auch für gewisse Lebensgemeinschaften ohne Kinder vorzusehen.

INGEBORG SCHWENZER schlägt vor, dass dann, wenn eine mindestens dreijährige Lebensgemeinschaft besteht, im Grundsatz eine hälftige Beteiligung an den Gütern des andern greifen soll (Gutachten 985 f.), sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Darin kommt die Vermutung zum Ausdruck, es bestünden zwischen den beteiligten Abhängigkeiten und es seien für eine Partei Nachteile entstanden, die es bei der Auflösung auszugleichen gelte, und Vertrauen, das besonderen Schutz verdiene. So berechtigt eine solche Vermutung im Einzelfall sein mag, so problematisch in ihren Grundannahmen und Wirkungen erscheint sie mir. In ihr steckt nämlich das klassische Bild der arbeitsteiligen Versorgungsgemeinschaft, die im Grunde auf Lebenszeit geschlossen wurde und zur Teilung verpflichtet. Sie engt also das Bild der Beziehungsformen und Beziehungsverständnisse wieder ein. Eine wie auch immer definierte Partnerschaft ist nicht zwingend mit einer wirtschaftlichen Vergemeinschaftung und Versorgung verbunden. Die hälftige Teilung der während der Beziehung erwirtschafteten Güter und Vorsorgeleistungen ist zum Beispiel dann schwer zu rechtfertigen, wenn die Beziehung keinen wesentlichen Einfluss auf die Berufsbiographien hatte und hat und die Beteiligten im Wesentlichen autonome und individuelle Entscheidungen trafen und treffen.¹¹ Fragen rund um finanzielle Verflechtungen der Parteien und den Ausgleich von Leistungen im Zusammenhang mit der Wirtschaftsgemeinschaft liessen sich auch nach den obligationen- und sachenrechtlichen Regeln lösen. Einem familienrechtlichen Anspruch verbliebe dann die (wicht-

FamPra.ch 2014 - S. 806

tige) Aufgabe sicherzustellen, dass die Folgen von gemeinschaftsbedingtem Erwerbsverzicht oder von besonderen Leistungen von allen Beteiligten getragen werden und das mit dem Verzicht einhergehende Vertrauen in die gemeinsame Lebensplanung und Versorgungsgemeinschaft geschützt wird. Dessen Begründung läge also im spezifischen Verhalten und den Verständigungen der Beteiligten und nicht in der Erfüllung formeller Voraussetzungen wie eine bestimmte Dauer des Zusammenlebens. Und der Anspruch würde die Gegebenheiten des Einzelfalls adressieren und nicht standardisierte Halbtteilungsgrundsätze verwirklichen. Ob aus Gründen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit Tatbestandselemente zu formulieren wären, die vermutungsweise eine Lebensgemeinschaft begründen, und welche dies sein könnten, müsste diskutiert werden. Partnern und Partnerinnen müsste es getreu dem Grundsatz der Autonomie freilich freistehen, entsprechende Willensäußerungen abzugeben, die auch die Form des Eheschlusses annehmen könnten.

Die Lebensgemeinschaft bedarf auch zur Bestimmung ihres Verhältnisses zum Staat und zu Dritten einer Konturierung – man denke an das Migrationsrecht, an Sozialleistungen, an Auskunftsansprüche, Zeugnisverweigerungsrechte, universitäre *Dual-career*-Programme oder Besuchsrechte in Gesundheitsinstitutionen. Dies betrifft allerdings vor allem das Verhältnis während bestehender Lebensgemeinschaft und weniger die Folgen ihrer Auflösung. Eine jüngere, als *minimal marriage* bezeichnete Lehre in den USA plädiert dafür, *care* im Sinne von persönlicher Aufmerksamkeit und hervorgehobener Fürsorge als öffentliches Interesse anzuerkennen. Daraus folgert sie, dass verbindliche und fürsorgliche Beziehungen rechtlich anerkannt und unterstützt werden sollten, dies unabhängig vom Geschlecht und der Anzahl der Beteiligten. Personen sollten zudem im Wesentlichen selbst bestimmen können, welche Rechte und Pflichten sie mit wem realisieren wollen.¹²

...das Ziel: ein Familienrecht, das Vielfalt zu integrieren vermag

Auch das Schweizer Privatrecht hat in den letzten Jahrzehnten Bemühungen unternommen, den verschiedenen Formen des Zusammenseins und Zusammenhalts durch einzelne Reformen Rechnung zu tragen, man denke beispielsweise an die Vertretungsrechte bei medizinischen Massnahmen im Erwachsenenschutzrecht, an das Recht der elterlichen Sorge oder an den Betreuungsunterhalt. Die Gefahr dieses punktuellen Vorgehens ist, dass man am Ende ein Puzzle hat, das zwar versucht, die vielfältige Familienrealität abzubilden, bei welchem die einzelnen Puzzleteile aber nicht immer passgenau sind und somit das Gesamtbild Kohärenz vermissen lässt. In der Schweiz fehlen zudem entscheidende Teile des Puzzles. Die bestehende Unordnung ist auch Ausdruck einer gewissen Unsicherheit darüber, welche Funktionen

dem Familienrecht heute (noch) zukommen. Das Familienrecht bedarf einer Gesamtrevision, die am Ende weit über dieses hinausweisen wird und auf lange Sicht angelegt sein muss. Der familienrechtliche Diskurs der letzten Jahrzehnte beklagt den Verlust an Verbindlichkeit von Ehe und Familie. Die Familie aber gibt es nach wie vor, doch häufig bleibt sie verborgen, weil sie nur einen rechtlichen Ausdruck kennt: die Ehe. Die rechtliche Sicht ist also eine verklärte Sicht. Sie nimmt den Wandel nur unzugänglich wahr. Und dieser Wandel der Familie – davon bin

ich überzeugt – ist nicht primär ein gesellschaftliches Krisensymptom. Eher ist er Ausdruck des Wunsches nach einlösbarer Verbindlichkeit und nach realistischer und realer Partnerschaft. Also sollten wir darüber nachdenken, wie ein differenziertes rechtliches Angebot für die Vielfalt von Selbstverständnissen und Arrangements auf unbestimmte Zeit und den veränderten familialen Lebensraum aussehen könnte, wie das Familienrecht der Zukunft Pluralität zu integrieren vermöchte. Statuslosigkeit (oder zumindest Statusunabhängigkeit) und Besinnung auf die Aufgaben des Familienrechts der heutigen Zeit heisst zugleich, auch die einzelnen familienrechtlichen Regelungen auf klare, dogmatisch überzeugende Grundsätze zurückzuführen.

...in Form von Regelungsvorschlägen

- I. Tragen mehrere Personen gemeinsam die elterliche Verantwortung für ein Kind,
 1. so bilden sie eine Lebensgemeinschaft.
 2. Wenn sie nicht oder nicht mehr zusammenleben, sind die folgenden Aspekte zu regeln:
 - a) Unterhalt, die Teilhabe an Vorsorgeleistungen und/oder an der Errungenschaft im Zusammenhang mit einem vereinbarten oder notwendigen kinderbetreuungsbedingten Erwerbsverzicht;
 - b) die Ausübung der elterlichen Verantwortung;
 - c) der Unterhalt für das Kind...
- II. Eine Lebensgemeinschaft besteht darüber hinaus,
 1. wenn Partnerinnen und Partner die Ehe geschlossen haben,¹³
 2. wenn Partnerinnen und Partner vertraglich eine Lebensgemeinschaft vereinbaren,¹⁴
 3. wenn die Beziehung, so wie sie gelebt wird, verlangt, dass Regelungen bei ihrer Auflösung gemäss Ziff. IV getroffen werden, und die Parteien dies vertraglich nicht ausgeschlossen haben.

FamPra.ch 2014 - S. 808

- III. Leben Partner und Partnerinnen einer Lebensgemeinschaft zusammen,
 1. sorgen sie gemeinsam für den Unterhalt und verständigen sich über die verschiedenen Beiträge;
 2. geniesst die Wohnung besonderen Schutz;
 3. schulden sich Partner und Partnerinnen gegenseitig Auskunft über relevante Angelegenheiten...
- IV. Bei Auflösung¹⁵ der Lebensgemeinschaft sind folgende Aspekte zu regeln:
 1. Unterhalt, die Teilhabe an Vorsorgeleistungen und/oder an der Errungenschaft im Zusammenhang mit einem gemeinschaftsbedingten Erwerbsverzicht. Vereinbarungen zwischen den Parteien bleiben vorbehalten¹⁶;
 2. die Folgen besonderer Leistungen einer Person in Form von Pflege des Partners oder von Drittpersonen oder in Form von Geldbeiträgen. Vertragliche Regelungen bleiben vorbehalten¹⁷;

3. die Nutzung der Familienwohnung...

Zusammenfassung: *Das Familienrecht bedarf einer Gesamtrevision. Gefragt ist ein Familienrecht, das die Vielfalt von Lebensformen zu integrieren vermag. Es knüpft nicht an den Status, sondern an das Bekenntnis zur Gemeinschaft und an gelebten Beziehungen an, nicht an die Form, sondern an die Funktion und den Inhalt. Zentraler Zweck des Familienrechts ist die Wahrung des Kindeswohls.*

Résumé: *Le droit de la famille doit être révisé dans son ensemble. Il faut un droit de la famille qui puisse intégrer la diversité des modes de vie. Ce droit doit s'appuyer non pas sur le statut, mais sur l'engagement en faveur de la communauté et sur les relations vécues, non pas sur la forme, mais sur la fonction et le contenu. Le but essentiel du droit de la famille est de préserver l'intérêt de l'enfant.*

- 1 Vgl. für eine Übersicht über die diesbezügliche Forschung SIMONI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizingesetz, Gutachten für das Bundesamt für Gesundheit, 2012, 45 ff. (www.bag.admin.ch).
- 2 Vgl. NAVE-HERZ, Wozu noch Ehe? Eine soziologische Analyse, FS Derleder, Baden-Baden 2005, 585, 587 f.
- 3 BECK-GERNSHEIM, Was kommt nach der Familie? Einblicke in neue Lebensformen, 2. Aufl., Bremen 2000, 10.
- 4 So schon in BÜCHLER, Das Familienrecht der Zukunft, in: VETTERLI (Hrsg.), Auf dem Weg zum Familiengericht, Bern 2004, 45 ff. und BÜCHLER, Jenseits des ganz normalen Chaos des Familienrechts, in: BÜCHLER/MÜLLER-CHEN (Hrsg.), FS Schwenzler zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 289 ff.
- 5 Zu den verschiedenen Modellen und Lösungsmöglichkeiten unter anderen: AESCHLIMANN, Financial compensation upon ending of informal relationships – A comparison of different approaches to ensure the protection of the weaker party, in: BOELE-WOELKI (Hrsg.), Common Core and Better Law in European Family Law, Antwerp/Oxford 2005, 243 ff.; COTTIER/AESCHLIMANN, Nichtehele Lebensgemeinschaften (Cohabitation). Neuere Rechtsentwicklungen in Australien, Neuseeland und Grossbritannien, *FamPra.ch* 2010, 109 ff.; KROPFENBERG/SCHWAB/HENRICH/GOTTWALD/SPICKHOFF (Hrsg.), Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben. Beiträge zum europäischen Familienrecht, Bielefeld 2009; SHERPE, The legal status of cohabitants – requirements for legal recognition, in: BOELE-WOELKI (Hrsg.), Common Core and Better Law in European Family Law, Antwerp/Oxford 2005, 283 ff.; SHERPE, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Rechtsvergleich, in: BÜCHLER/SCHWENZER, Sechste Schweizer FamilienrechtsTage, Bern 2012, 3 ff.; SCHWENZER/KELLER, Nichtehele Lebensgemeinschaft – Nicht-, Halb-, oder (Voll-)Status?, in: SCHWENZER/GÖTZ/SEELMANN/TAUPITZ (Hrsg.), FS Brudermüller, München 2014, 761 ff.
- 6 Vgl. zu dieser Aufgabe mit Bezug auf die Integration von uns kulturell fremden Familienrechtsverständnissen BÜCHLER, Kulturelle Identität und Familienrecht. Modelle, Chancen und Grenzen familienrechtlicher Pluralität, in: GUNSENHEIMER (Hrsg.), Grenzen. Differenzen. Übergänge. Spannungsfelder inter- und transkultureller Kommunikation, Bielefeld 2007, 55 ff., und BÜCHLER, Kulturelle Vielfalt und Familienrecht. Die Bedeutung kultureller Identität für die Ausgestaltung europäischer Familienrechtsordnungen – am Beispiel islamischer Rechtsverständnisse, in: NOLTE/KELLER/VON BOGDANDY/MANSEL/BÜCHLER/WALTER (Hrsg.), Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, Heidelberg 2008, 215 ff.
- 7 Siehe ausführlich BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, *AJP* 2004, 1175 ff.

- 8 So RÖTHEL, Regelungsaufgabe Paarbeziehung und die Instrumente des Rechts, in: RÖTHEL/HEIDERHOFF (Hrsg.), Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Frankfurt am Main 2012, 17, 32.
- 9 HALLEY/RITTICH, Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism, *The American Journal of Comparative Law* 2010, 753 ff.
- 10 Vgl. auch BÜCHLER, Eherecht und Geschlechterkonstruktion. Ein Beitrag zur Abschaffung der institutionalisierten Zweigeschlechtlichkeit, in: Verein Pro FRI – Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut (Hrsg.), *Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft*, Lachen/St.Gallen 2001, 59 ff.
- 11 Vgl. auch DIEZI, *Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt. Grundlagen und Rechtfertigung vor dem Hintergrund der rechtlichen Erfassung der Lebensgemeinschaft*, Bern 2014, insbesondere 410 ff.
- 12 BRAKE, *Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law*, *Ethics* 2010, 302 ff.
- 13 Damit ist nicht zwingend die zivilrechtliche Ehe gemeint. Die Eheschliessung könnte jedenfalls eigenen Regelungen unterliegen.
- 14 Auf das Zustandekommen des Vertrages würden die allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen zur Anwendung kommen.
- 15 Die Auflösung müsste besonderen Regelungen unterliegen.
- 16 Es ist nicht nur denkbar, dass die Parteien den Ausgleich ausschliessen, sondern auch, dass sie Halbteilungsregelungen vereinbaren möchten. Es kämen die allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen bezüglich Zustandekommen, Auslegung, Anpassung, Form, Inhalt, Übervorteilung und Willensmängel zur Anwendung.
- 17 Es ist denkbar, dass sich die Parteien für ihre Leistungsbeziehungen besonderer Vertragstypen bedienen.