



## Die Lebensgemeinschaften in Italien und der Schweiz

### Eine rechtsvergleichende Untersuchung

EVELYN GALLMETZER\*

BETTINA SPICHIGER\*\*



STEPHAN WOLF\*\*\*

*Das Zusammenleben ausserhalb von Ehe oder eingetragener Partnerschaft spielt in der Praxis eine zunehmende Rolle. Hinsichtlich der normativen Regelung bestehen allerdings erhebliche Lücken. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Lebensgemeinschaft aus einer rechtsvergleichenden Sicht und beleuchtet dabei das italienische sowie das schweizerische Recht überblicksmässig.*

*La cohabitation en dehors du mariage ou du partenariat enregistré joue un rôle toujours plus important dans la pratique. D'importantes lacunes subsistent cependant au niveau de la réglementation normative. Le présent article traite de la communauté de vie sous l'angle du droit comparé et donne une vue d'ensemble en droit italien et en droit suisse.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Schweiz
  - A. Begriff
  - B. Rechtsquellen
    - 1. Allgemein
    - 2. Vertragliche Regelungen
    - 3. Richterrecht
  - C. Begründung
  - D. Wirkungen
    - 1. Persönliche Wirkungen
    - 2. Vermögensrechtliche Wirkungen
  - E. Auflösung
    - 1. Beendigung
    - 2. Vermögensrechtliche Folgen
  - F. Kindesrecht
    - 1. Kindesverhältnis
    - 2. Namensrecht
    - 3. Elterliche Sorge
    - 4. Kindesunterhalt
    - 5. Familienwohnung
    - 6. Adoption
    - 7. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

- III. Italien
  - A. Begriff
  - B. Rechtsquellen
  - C. Begründung
  - D. Wirkungen
    - 1. Persönliche Wirkungen
    - 2. Vermögensrechtliche Wirkungen
  - E. Auflösung
    - 1. Beendigung
    - 2. Vermögensrechtliche Folgen
  - F. Kindesrecht
    - 1. Kindesverhältnis
    - 2. Namensrecht
    - 3. Elterliche Sorge
    - 4. Kindesunterhalt
    - 5. Familienwohnung
    - 6. Adoption
    - 7. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung
- IV. Rechtsvergleichende Betrachtungen und Fazit

#### I. Einleitung

In der heutigen Gesellschaft bestehen mehrere unterschiedliche Partnerschafts- und Familienmodelle. Neben der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft ist die nicht-formalisierte Lebensgemeinschaft, also das faktische Zusammenleben, eine praktisch immer relevanter werdende

\* EVELYN GALLMETZER, Mag.a, PhD, Rechtsanwältin, Oberassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

\*\* BETTINA SPICHIGER, BLaw, Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

\*\*\* STEPHAN WOLF, Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Professor für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

Beziehungsform.<sup>1</sup> Obwohl Paare schon immer in Lebensgemeinschaften gelebt haben, ist ihre zunehmende rechtliche Anerkennung in Italien und der Schweiz eine relativ neue Entwicklung.<sup>2</sup> Im Vergleich zur Vergangenheit bietet sie heute allerdings nicht nur jenen Paaren eine Alternative, die nicht heiraten oder eine eingetragene Partnerschaft eingehen dürfen, sondern auch solchen, die sich ganz bewusst dagegen entscheiden.

In Italien wurde im Jahre 2016 die Lebensgemeinschaft zusammen mit der eingetragenen Partnerschaft gesetzlich geregelt. Dies bildet Anlass zum vorliegenden Beitrag, in welchem die Rechtslage in beiden Ländern miteinander verglichen wird. Die nachfolgende Übersicht beschränkt sich auf zivilrechtliche Aspekte.<sup>3</sup>

## II. Schweiz

### A. Begriff

Im schweizerischen Recht wird für die Lebensgemeinschaft bis heute verbreitet der Begriff «Konkubinat» verwendet. Dieser stammt vom lateinischen Wort *concubitus* (Beischlaf) ab und ist stark mit alten, teils auch negativen Assoziationen verbunden.<sup>4</sup> Im vorliegenden Beitrag wird stattdessen der Begriff Lebensgemeinschaft verwendet.

Die *Lebensgemeinschaft* ist einerseits von der *Ehe* und andererseits von der *eingetragenen Partnerschaft* abzugrenzen. Es handelt sich um Paare, welche ihre Beziehung durch keines dieser beiden Rechtsinstitute formalisiert haben. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtspre-

chung liegt eine Lebensgemeinschaft dann vor, wenn eine auf Dauer oder jedenfalls auf längere Zeit ausgerichtete, umfassende Lebensgemeinschaft von zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts mit grundsätzlichem Ausschliesslichkeitscharakter besteht. Diese weist regelmässig eine geistig-seelische, eine körperliche und eine wirtschaftliche Komponente auf (Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft).<sup>5</sup> Das Bundesgericht führt in diesem Zusammenhang weiter aus, dass nicht allen drei Komponenten dieselbe Bedeutung zukommt. So kann beispielsweise trotz fehlender Geschlechtsgemeinschaft eine Lebensgemeinschaft vorliegen, ebenso kann das Kriterium der Wohngemeinschaft allein nicht ausschlaggebend sein, denn eine solche wird nicht einmal bei der Ehe vorausgesetzt.<sup>6</sup> Um das Bestehen einer Lebensgemeinschaft beurteilen zu können, sind alle Umstände des Zusammenlebens von Bedeutung, weshalb der Richter in jedem Fall eine Würdigung sämtlicher massgeblicher Faktoren vorzunehmen hat.<sup>7</sup>

Bezüglich des Kriteriums des unterschiedlichen Geschlechts der beiden Personen ist ein Vorbehalt zur bundesgerichtlichen Umschreibung anzubringen. Bereits seit einiger Zeit wird in der Lehre eine Ausweitung des Begriffs auch auf gleichgeschlechtliche Paare befürwortet.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Die Zahl der Lebensgemeinschaften hat sich in *Italien* zwischen 2008 und 2014 verdoppelt, seit 1994 sogar verzehnfacht. Sie betrug bei der letzten Erhebung im Jahr 2014 über 1 Mio.; vgl. Internet: <http://www.istat.it/it/files/2015/11/Matrimoni-separazioni-e-divorzi-2014.pdf> (Abruf 29.3.2018). In der *Schweiz* ist die Zahl der Lebensgemeinschaften im Vergleich zu verheirateten Paaren geringer, jedoch leben viele v.a. jüngere und meist kinderlose Paare in einer Lebensgemeinschaft. Zu den Prozentsätzen (2013) vgl. Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/2347880/master> (Abruf 29.3.2018).

<sup>2</sup> Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung STEPHAN WAGNER, Das nichteheliche Zusammenleben aus rechtshistorischer Sicht – eine Tour d’Horizon durch die Geschichte des Konkubinats, in: Jens M. Scherpe/Nadjma Yassari (Hrsg.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen 2005, 15 ff.

<sup>3</sup> Darüber hinaus sind für Lebensgemeinschaften auch Auswirkungen im öffentlichen Recht, namentlich im Sozialversicherungs-, Sozialhilfe- und Steuerrecht, zu beachten. Deren Darstellung würde indessen den Rahmen dieses Beitrags sprengen, weshalb darauf nicht eingegangen werden kann.

<sup>4</sup> Vgl. MICHELLE COTTIER/CÉCILE CREVOISIER, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, AJP 2012, 33 ff., 34.

<sup>5</sup> BGer, 5C.135/2002, 2.7.2002, E. 2.5.

<sup>6</sup> ALEXANDRA RUMO-JUNGO/PETER LIATOWITSCH, Nichteeliche Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindesrechtliche Belange, FamPra 2004, 895 ff., 896; der Bundesrat stellt allerdings auf das Kriterium des gemeinsamen Haushalts ab, vgl. Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607), März 2015, 27 f.

<sup>7</sup> SUZETTE SANDOZ, Le législateur doit-il réglementer l’union libre?, in: Peter Gauch/Pierre Tercier/Jörg Schmid/Paul-Henri Steinauer/Franz Werro (Hrsg.), *Familie und Recht*, Festschrift für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg i.Ue. 1995, 583 ff., 594; BGE 118 II 235 E. 3b; für konkret messbare Kriterien vgl. den Vorschlag von INGEBORG SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», Basel 2013, N 42; zum Ganzen vgl. ORIANA JUBIN, Les effets de l’union libre, Comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives, Genf/Zürich/Basel 2017, N 12 ff.

<sup>8</sup> So schon IVO SCHWANDER, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?, AJP 1994, 918 ff., 920; STEPHAN WOLF/NATHALIE BREFIN, Schweiz, in: Rembert Süß/Gerhard Ring (Hrsg.) *Eherecht in Europa*, mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption, 3. A., Bonn 2017, 1185 ff., N 147; URS FASEL/DANIELA WEISS, Auswirkungen des Konkubinats auf (nach-)eheliche Unterhaltsansprüche, AJP 2007, 13 ff., 18; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH (FN 6), 895 f.; SIMON LICHTENSTEIGER, Konkubinatsvertrag, in: Peter Münch/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst (Hrsg.), *Schweizer Vertragsrechtshandbuch, Musterverträge für die Praxis*, 3. A., Basel 2018, 227 ff., N 0.1. Das Bundesgericht hat das Kriterium zumindest im Bereich der beruflichen Vorsorge relativiert; vgl. BGE 134 V 369 E. 6.1.2.

Diese Gleichstellung ist angebracht, weil insbesondere auch aufgrund der gewandelten gesellschaftlichen Akzeptanz der unterschiedlichen Formen des Zusammenlebens keine objektiven Gründe für eine Wertungsdifferenz ersichtlich sind. Werden gleichgeschlechtliche Paare, die nicht eine eingetragene Partnerschaft begründet haben, nicht unter die Lebensgemeinschaft und die dafür anwendbaren Regeln subsumiert, besteht für die Betroffenen eine grosse Rechtsunsicherheit.<sup>9</sup>

## B. Rechtsquellen

### 1. Allgemein

Die Lebensgemeinschaft ist in der Schweiz *nicht gesetzlich geregelt*. Trotzdem steht das Zusammenleben von Paaren ausserhalb der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft nicht mehr<sup>10</sup> in einem rechtsfreien Raum. Aus dem Verzicht der Lebenspartner auf die Formalisierung ihrer Beziehung als Ehe oder eingetragene Partnerschaft darf gemäss dem Bundesgericht nicht geschlossen werden, dass alle rechtlichen Folgen des Zusammenlebens abgelehnt werden.<sup>11</sup> Punktuell und in Verbindung mit spezifischen Rechtsfragen ergeben sich aus der Lebensgemeinschaft Rechte und Pflichten, welche gerichtlich durchgesetzt werden können.<sup>12</sup> Als Quelle für diese Rechtswirkungen kommen einerseits *Rechtsgeschäfte* und andererseits das *Richterrecht* (Art. 1 Abs. 2 ZGB) infrage.<sup>13</sup> Soweit vertragliche Regelungen der Lebensgemeinschaften fehlen – was häufig der Fall sein wird –, liegt es an der Rechtsprechung, eine einzelfallgerechte Lösung zu finden.

## 2. Vertragliche Regelungen

### a. Allgemeines

Verschiedene Bereiche des Zusammenlebens, insbesondere jedoch die vermögensrechtlichen Aspekte, können durch die Lebenspartner rechtsgeschäftlich geregelt werden.<sup>14</sup> Bei der Ausgestaltung dieser Verträge besteht eine relativ grosse Freiheit; nebst *Einzelabsprachen* können auch *umfassende Regelungen* getroffen werden. Unklar bleibt aber, ob ganze Parallelordnungen zur Ehe vor Bundesgericht standhalten würden.<sup>15</sup> Die Grenzen der vertraglichen Ausgestaltung finden sich insbesondere im Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (Art. 27 ZGB) und in rechtsmissbräuchlichen Regelungen (Art. 2 Abs. 2 ZGB).<sup>16</sup> Auch wenn eine explizite Vereinbarung fehlt, beruht die Lebensgemeinschaft auf einem (stillschweigenden) Innominatkontrakt,<sup>17</sup> worauf die jeweils passende (dispositive) Regelung anzuwenden ist.

### b. Lebensgemeinschaften als einfache Gesellschaft

Die Lebenspartner können sich *vertraglich* zu einer einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR zusammenschliessen. Eine solche entsteht jedoch zwischen den Partnern erst dann, wenn sie sich zur Verfolgung und Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln verbinden (Art. 530 Abs. 1 OR).<sup>18</sup> Gemäss dem Bundesgericht ist das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft, insbesondere das Bestehen eines Bindungswillens und eines gemeinsamen Zwecks, im Einzelfall zu überprüfen. Es führt dazu aus, dass von der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln nur dort gesprochen werden

<sup>9</sup> Vgl. RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH (FN 6), 899.

<sup>10</sup> Früher hat die angebliche Gefährdung der Ehe durch das Konkubinat teilweise in Lehre und Rechtsprechung zur Ansicht geführt, die Lebensgemeinschaft verdiene keinen Rechtsschutz; vgl. dazu BGE 97 I 389 E. 12, m.w.H.

<sup>11</sup> BGE 108 II 204 E. 3a, wonach es einer Kapitulation der Rechtsordnung gegenüber einer verbreiteten Erscheinungsform unserer Gesellschaft gleichkommen würde, ohne nähere Prüfung allein im vermeintlichen Interesse des Instituts der Ehe den Partnern eines Konkubinats schlechterdings jeden Rechtsschutz zu versagen.

<sup>12</sup> FRANZ WERRO, *Concubinage, mariage et démarriage*, 5. A., Bern 2000, N 96; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat*, 5. A., Bern 2014, N 03.16.

<sup>13</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.08 ff.; ANDREA BÜCHLER/ROLF VETTERLI, *Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz*, 3. A., Basel 2018, 182 f.

<sup>14</sup> BGE 129 I 1 E. 3.2.4; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.09; COTTIER/CREVOISIER (FN 4), 36; BÜCHLER/VETTERLI (FN 13), 185; vgl. für Muster Verband bernischer Notare (Hrsg.), *Musterurkunden*, Bern 1981 ff., mit alljährlichen Nachführungen, Musterurkunde Nr. 471, *Konkubinatsvertrag*; LICHTENSTEIGER (FN 8), 227 ff.

<sup>15</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.13.

<sup>16</sup> RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH (FN 6), 903; vgl. auch ANDREA BÜCHLER, *Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Familienvermögensrecht*, Bern 2003, 59 ff., 72.

<sup>17</sup> Rumo-Jungo/Liatowitsch (FN 6), 901 f.; COTTIER/CREVOISIER (FN 4), 36; WERRO (FN 12), N 109 ff.; PASCAL PICHONNAZ, *Conventions et couples concubins*, FamPra 2006, 670 ff., 675.

<sup>18</sup> Vgl. dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Die eheähnliche Gemeinschaft als einfache Gesellschaft, eine Gegenüberstellung der Vermögensordnungen im Konkubinat und in der Ehe*, in: Peter Böckli/Kurt Eichenberger/Hans Hinderling/Hans P. Tschudi/Felix Thomann (Hrsg.), *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zürich 1983, 577 ff., 579 f.

kann, wo ein Wille besteht, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten.<sup>19</sup> Das Eingehen einer einfachen Gesellschaft kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen. Dabei ist allerdings bei Lebensgemeinschaften namentlich dann Zurückhaltung angebracht, wenn die Partner wirtschaftlich selbstständig geblieben sind.<sup>20</sup> Jedenfalls ist in erster Linie der tatsächliche Wille der Partner, eine vertragliche Bindung einzugehen, massgebend (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt dieser unbewiesen, muss geklärt werden, ob die Partner unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen durften und mussten, dass zwischen ihnen eine einfache Gesellschaft vorliege.<sup>21</sup> Weiter stellt sich die Frage, welche Lebens- und Vermögensbereiche im konkreten Fall den Regeln der einfachen Gesellschaft unterstellt sind.<sup>22</sup> Der Gesellschaftszweck ist dementsprechend regelmässig ein umfassenderer, wenn ein gemeinsam geführter Betrieb, ein Hauskauf oder -bau vorliegen oder wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind.<sup>23</sup>

### 3. Richterrecht

#### a. Allgemeines

Wo eine gesetzliche Regelung fehlt, kommt der *Rechtsprechung* eine grosse Bedeutung zu. Sie übernimmt gewissermassen eine legislative Aufgabe (vgl. auch schon Art. 1 Abs. 2 ZGB), weil jeder Entscheid über den Einzelfall hinaus normative Bedeutung erhält.<sup>24</sup> Zur Lebensgemeinschaft besteht durchaus höchstrichterliche Rechtsprechung. Allerdings lässt diese, weil einzelfallbezogen, naturgemäss ein umfassendes und einheitliches Konzept vermissen.

<sup>19</sup> BGE 108 II 204 E. 4; das Bundesgericht hat im Sommer 1982 eine eheähnliche Gemeinschaft bezüglich ihrer wirtschaftlichen Aspekte als einfache Gesellschaft beurteilt. Ausschlaggebend war dabei, dass sich die Lebenspartner zu einer wirtschaftlichen Gemeinschaft mit gemeinsamer Kasse zusammenfanden, an die beide durch finanzielle Leistungen oder Haushaltarbeiten beigetragen haben.

<sup>20</sup> REGINA E. AEBI-MÜLLER/CARMEN LADINA WIDMER, Die nichteheliche Gemeinschaft im schweizerischen Recht, Jusletter vom 12.1.2009, N 11; COTTIER/CREVOISIER (FN 4), 37; vgl. auch MEIER-HAYOZ (FN 18), 579.

<sup>21</sup> BGer, 4C\_195/2006, 12.10.2007, E. 2.1.

<sup>22</sup> BGer, 4A\_383/2007, 19.12.2007, E. 4.1.

<sup>23</sup> COTTIER/CREVOISIER (FN 4), 37.

<sup>24</sup> RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH (FN 6), 898.

#### b. Insbesondere analoge Anwendung des Eherechts

In der Lehre wird eine analoge Anwendung des Eherechts des ZGB *verneint*.<sup>25</sup> Der Anwendung der eherechtlichen Normen insgesamt auf die Lebensgemeinschaft stehen verschiedene Gründe entgegen. Zum einen gehen die Lebenspartner in einer Lebensgemeinschaft die Ehe mit ihren zahlreichen rechtlichen Konsequenzen bewusst nicht ein. Eine analoge Anwendung würde zumindest teilweise dem Willen der Lebenspartner widersprechen.<sup>26</sup> Weiter hat es der Gesetzgeber mehrmals abgelehnt, die Lebensgemeinschaft gesetzlich zu normieren.<sup>27</sup> Der bewusste Verzicht auf die Regelung der Lebensgemeinschaft könnte insofern als qualifiziertes Schweigen verstanden werden. Dies spricht gegen eine Gesetzeslücke, welche sich durch sinngemässe Anwendung des gesamten Eherechts füllen liesse.<sup>28</sup> Auch das Bundesgericht hat sich – zumindest in Bezug auf das eheliche Güterrecht – gegen eine derartige analoge Rechtsanwendung ausgesprochen.<sup>29</sup>

### C. Begründung

Die Begründung einer Lebensgemeinschaft ist in der Schweiz heute grundsätzlich ohne Einschränkungen möglich, wird sie doch durch die Bundesverfassung als anerkannte Lebensform rechtlich geschützt.<sup>30</sup> Weil es sich bei der Lebensgemeinschaft um eine Lebenswirklichkeit handelt, kann sie *formfrei* eingegangen werden.<sup>31</sup> Dem *Willen der Lebenspartner*, eine Lebensgemeinschaft zu bilden, kommt dabei konstitutive Wirkung zu.<sup>32</sup> Dass das

<sup>25</sup> AEBI-MÜLLER/WIDMER (FN 20), N 7; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH (FN 6), 901; BÜCHLER (FN 16), 73; SANDOZ (FN 7), 596.

<sup>26</sup> RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH (FN 6), 901.

<sup>27</sup> Letztmals anlässlich der Revision des Scheidungsrechts; Amtl. Bull. NR 1997, 2696 ff. und 2702 ff.

<sup>28</sup> Anderer Ansicht MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Gemeinschaftliches Eigentum in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, unter Berücksichtigung der eingetragenen Partnerschaft, in: Stephan Wolf (Hrsg.) Schriften INR, Band 17 (2015), 91 ff., 104.

<sup>29</sup> BGE 108 II 204 E. 3.

<sup>30</sup> Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV, ausserdem Art. 8 Abs. 2 BV; HEINZ HAUSHEER, Familienrechte, rechte Familien?, in: Dieter Schwab/Meo-Micaela Hahne (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt – Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der RamRZ vom 22.–24. April 2004 in Bonn, Bielefeld 2004, 49 ff., 61.

<sup>31</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.04; AEBI-MÜLLER/WIDMER (FN 20), N 03.02; LICHTENSTEIGER (FN 8), 231, N 0.4.

<sup>32</sup> STEPHAN WOLF, Ehe, Konkubinats und registrierte Partnerschaft gemäss dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz – Allgemeiner Vergleich und Ordnung des Vermögensrechts, recht 2002, 157 ff., 160.



Eingehen einer solchen Partnerschaft so einfach ist, war lange keine Selbstverständlichkeit.<sup>33</sup> So war etwa im Kanton Wallis die letzte kantonale Norm zur Bestrafung des Konkubinats bis ins Jahr 1995 in Kraft.<sup>34</sup>

## D. Wirkungen

### 1. Persönliche Wirkungen

#### a. Vertragliche Ausgestaltung

Wie erwähnt,<sup>35</sup> können die Lebenspartner ihre Beziehung – oder Teile davon – vertraglich regeln. Solche *Partnerschaftsverträge* können Anordnungen über persönliche und wirtschaftliche Fragen der Lebensgemeinschaft enthalten.<sup>36</sup> Insbesondere für die persönlichen Wirkungen der Lebensgemeinschaft bleibt die Möglichkeit privat-autonomer Gestaltung aber begrenzt. Eine Schranke bildet namentlich der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung gemäss Art. 27 ZGB. Ein Verstoss dagegen würde etwa dann vorliegen, wenn der Partnerschaftsvertrag zur Aufrechterhaltung der Beziehung oder zu einer Verpflichtung zu Entschädigung bei Auflösung der Lebensgemeinschaft zwingt.<sup>37</sup>

#### b. Namensrecht

Die Lebensgemeinschaft hat keine Auswirkungen auf das Namensrecht zwischen den Lebenspartnern.<sup>38</sup>

#### c. Treue- und Beistandspflicht

Es besteht zwischen den Lebenspartnern grundsätzlich keine Pflicht zu Treue und Beistand, wie dies Art. 159 Abs. 3 ZGB für die Ehe vorsieht.<sup>39</sup> Ein gewisses Mass an gegenseitigem Beistand ist jedoch schon begriffsimmanent für die Lebensgemeinschaft.<sup>40</sup> Die Rechtsprechung bejaht teilweise implizit eine Beistandspflicht.<sup>41</sup>

#### d. Erwachsenenenschutzrecht

Der Lebenspartner kann bei gegebener Eignung *Beistand* des anderen Lebenspartners sein.<sup>42</sup> Zudem steht ihm ein

Vorschlagsrecht gemäss Art. 401 Abs. 2 ZGB zu, da der Lebenspartner regelmässig eine nahestehende Person des Betroffenen ist. Weiter fragt sich, ob den Lebenspartnern gegenseitig *Auskunftsrechte* über den Gesundheitszustand bzw. gegebenenfalls sogar Entscheidungskompetenzen zur medizinischen Behandlung zukommen.<sup>43</sup> Nach dem Erwachsenenschutzrecht können für den Eintritt der eigenen Urteilsunfähigkeit Anordnungen getroffen werden. So kann der Lebenspartner als *Vorsorgebeauftragter* bezeichnet werden (Art. 360 ZGB) oder in einer *Patientenverfügung* als diejenige Person genannt werden, welche den Betroffenen in medizinischen Belangen vertreten darf (Art. 370 Abs. 2 ZGB). Falls keine derartige privat-autonome Regelung getroffen wurde, besteht in Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1–7 ZGB eine Kaskade, wonach verschiedene Personen abgestuft *von Gesetzes wegen* berechtigt sind, den Urteilsunfähigen bei Entscheidungen in medizinischen Angelegenheiten zu *vertreten*. Namentlich ist dies an vierter Stelle die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet.

#### e. Haftpflichtrecht

Beim Ableben eines Lebenspartners stellt sich gegebenenfalls die Frage, ob dem anderen *Haftpflichtansprüche* gegenüber dem Schädiger (oder dessen Versicherung) zustehen. Hat eine Person durch Tötung ihren Versorger verloren, steht ihr für diesen Schaden Ersatz zu (Art. 45 Abs. 3 OR). Als Versorger gilt jede Person, welche einer anderen regelmässig bedeutende Unterstützung mit wirtschaftlichem Charakter zukommen lässt.<sup>44</sup> Es genügt also, dass der Lebenspartner vom Verstorbenen während längerer Zeit und in erheblichem Ausmass Unterhalt bezogen hat, sodass letzterer auch für die Zukunft hätte erwartet werden können.<sup>45</sup> Als Unterstützung in diesem Sinne dürfte auch die Führung des Haushalts ohne Entgelt zu werten sein.<sup>46</sup>

Das Bundesgericht hat weiter einen *Genugtuungsanspruch* des Lebenspartners einer stabilen Lebensgemeinschaft gegenüber einem Haftpflichtigen gestützt auf Art. 47 OR bejaht.<sup>47</sup>

<sup>33</sup> Vgl. JUBIN (FN 7), N 41.

<sup>34</sup> BÜCHLER/VETTERLI (FN 13), 182; vgl. auch BGE 71 IV 46.

<sup>35</sup> Vgl. II.B.2.

<sup>36</sup> RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH (FN 6), 903; vgl. BÜCHLER/VETTERLI (FN 13), 189.

<sup>37</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.15.

<sup>38</sup> JUBIN (FN 7), N 118; BERNHARD PULVER, *Unverheiratete Paare, Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge*, Basel 2000, 35; zum Namensrecht bei gemeinsamen Kindern vgl. II.F.2.

<sup>39</sup> BGE 112 Ia 251 E. 4b; 129 I 1 E. 3.2.2.

<sup>40</sup> Vgl. II.A.

<sup>41</sup> So z.B. in BGE 129 I 1 E. 3.2.3.

<sup>42</sup> Die Kriterien dazu finden sich in Art. 400 Abs. 1 ZGB.

<sup>43</sup> Ärzte können vertraglich von der Schweigepflicht gem. Art. 321 Ziff. 1 StGB entbunden werden; vgl. dazu LICHTENSTEIGER (FN 8), 237, N 10.

<sup>44</sup> ROLAND BREHM, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013 (zit. BK-BREHM), Art. 45 OR N 44 ff.

<sup>45</sup> BGE 114 II 144 E. 2a.

<sup>46</sup> So auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.56; BK-BREHM (FN 44), Art. 45 OR N 46.

<sup>47</sup> BGE 138 III 157 E. 2.3.3.

## 2. Vermögensrechtliche Wirkungen

### a. Die Unterhaltsproblematik

Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage für eine Unterhalts- oder Beistandspflicht nach dem Vorbild der Ehe (Art. 163, 159 ZGB) besteht unter Lebensgemeinschaftern *grundsätzlich keine gesetzliche Pflicht zu gegenseitigem Unterhalt*.<sup>48</sup> Wurden dennoch von einem Lebenspartner Leistungen erbracht, können diese weder aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden noch besteht ein Anspruch auf Weiterleistung, weil sie aufgrund der persönlichen Beziehung erbracht und als blosser Gefälligkeiten oder Erfüllung sittlicher Pflichten betrachtet werden.<sup>49</sup> Die faktische Leistung von regelmässigem Unterhalt hat jedoch allenfalls Auswirkungen in anderen Rechtsgebieten, etwa im Haftpflichtrecht oder im Sozialversicherungsrecht. Es steht den Lebensgemeinschaftern frei, den Unterhalt *vertraglich zu regeln*. Solche Abmachungen sind insbesondere dann empfehlenswert, wenn ein Lebenspartner seine Erwerbstätigkeit aufgibt, um sich um den Haushalt und die Kinder zu kümmern.<sup>50</sup> Besteht eine einfache Gesellschaft, sind Beiträge im Umfang des Zwecks der Gesellschaft zu leisten.<sup>51</sup>

Eine Lebensgemeinschaft hat *Auswirkungen auf den nahehelichen Unterhalt*. Weil die Wiederverheiratung eines geschiedenen Unterhaltsgläubigers die Unterhaltspflicht grundsätzlich erlöschen lässt (Art. 130 Abs. 2 ZGB), stellt sich die Frage, ob dies auch bei einer Lebensgemeinschaft der Fall ist. Das Bundesgericht geht davon aus, dass bei Vorliegen einer *qualifizierten Lebensgemeinschaft* der naheheliche Unterhalt erlischt.<sup>52</sup> Da dies zu relativ weitreichenden finanziellen Folgen bzw. zu Nachteilen für den geschiedenen Unterhaltsgläubiger führen kann, muss geklärt sein, wann eine qualifizierte Lebensgemeinschaft gegeben ist. Das Bundesgericht berücksichtigt dabei sämtliche Faktoren des Zusammenlebens. Eine qualifizierte Lebensgemeinschaft liegt dann vor, wenn die

Beziehung dem Lebenspartner ähnliche Vorteile bietet wie eine Ehe.<sup>53</sup> Das ist der Fall, wenn die Lebenspartner in einer so engen Bindung zu einander stehen, dass sie bereit sind, sich gegenseitig Beistand und Unterstützung zu leisten, wie dies Art. 159 Abs. 3 ZGB von Ehegatten verlangt. Dabei ist unerheblich, ob die Lebenspartner überhaupt über die dazu notwendigen finanziellen Mittel verfügen.<sup>54</sup> Ein entsprechend enges Verhältnis wird regelmässig ab dem Zeitpunkt vermutet, in welchem die Lebensgemeinschaft fünf Jahre angedauert hat.<sup>55</sup> Bereits eine dreijährige Lebensgemeinschaft kann allerdings zur Sistierung (vgl. für diese Möglichkeit Art. 129 Abs. 1 ZGB) der nahehelichen Unterhaltsrente führen,<sup>56</sup> weshalb sich das Kriterium der fünfjährigen Dauer für eine qualifizierte Lebensgemeinschaft kaum mehr rechtfertigen lässt.<sup>57</sup>

Bei der Bemessung des nahehelichen Unterhalts berücksichtigt das Bundesgericht ein nichteheliches Zusammenleben insofern, als die stabile Lebensgemeinschaft Einsparungen bewirkt.<sup>58</sup> Demgegenüber sind die (rechtlich nicht geschuldeten) finanziellen Beiträge des neuen Lebenspartners beim geschiedenen Ehegatten nicht als Einkommen anzurechnen.<sup>59</sup>

### b. Güterrecht

Das Güterrecht gehört zum Eherecht und kommt entsprechend für die Lebensgemeinschaft *nicht zur Anwendung*.

### c. Arbeitsleistungen

Arbeitsleistungen können durch einen förmlichen *Arbeitsvertrag* geregelt werden. Auch wenn die Lebenspartner keinen solchen Vertrag abgeschlossen haben, soll an sich im Fall der Mitarbeit im Betrieb des anderen Partners ein Arbeitsvertrag aufgrund der Abschlussvermutung von Art. 320 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangen.<sup>60</sup> Das enge persönliche Verhältnis kann aber Grund dafür sein, dass – so die wohl herrschende Lehre – bei der Leistung von Hausarbeit und Kinderbetreuung in der Regel nicht von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist; die Leis-

<sup>48</sup> BGE 129 I 1 E. 3.2.3. Dazu auch GRÉGOIRE BOVEY, Concubinage: Aspects patrimoniaux, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Delden/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Genf/Zürich/Basel 2017, 249 ff., 254.

<sup>49</sup> ROBERT DAVID DUSSY, Ausgleichsansprüche für Vermögensinvestitionen nach Auflösung von Lebensbeziehungen, nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1994, 15 f.; RUMOJUNGO/LIATOWITSCH (FN 6), 904.

<sup>50</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.45.

<sup>51</sup> Vgl. dazu ausführlich MEIER-HAYOZ (FN 18), 580 f.

<sup>52</sup> BGE 124 III 52 E. 2a; 118 II 235 E. 3a; ANDREA BÜCHLER/HEIKE STEGMANN, Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den nahehelichen Unterhaltsanspruch, *FamPra* 2004, 229 ff., 230 f.; vgl. FASEL/WEISS (FN 8), 14.

<sup>53</sup> BGE 138 III 97 E. 2.3.3; 118 II 235 E. 3a; WOLF/BREFIN (FN 8), N 150.

<sup>54</sup> BGE 116 II 394 E. 3; 138 III 97 E. 2.3.3; fraglich ist, ob bei fehlender tatsächlicher wirtschaftlicher Unterstützung eine «Veränderung der Verhältnisse», wie es Art. 129 ZGB verlangt, gegeben ist.

<sup>55</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.79; statt vieler BGE 114 II 295 E. 1b.

<sup>56</sup> BGer, 5A\_81/2008, 11.6.2008, E. 4.1 und 5; vgl. dazu BÜCHLER/STEGMANN (FN 52), 233 ff.

<sup>57</sup> LICHTENSTEIGER (FN 8), 231 f., N 0.5.

<sup>58</sup> BGE 138 III 97 E. 2.3 ff.

<sup>59</sup> BGer, 5C.27/2005, 23.11.2005, E. 3.4.

<sup>60</sup> BGE 130 V 553 E. 3.5.1; WERRO (FN 12), N 133; MEIER-HAYOZ (FN 18), 588; BÜCHLER/VETTERLI (FN 13), 185.

tungen werden in dieser Betrachtungsweise zugunsten der Gemeinschaft erbracht, aus der Vorteile für beide Lebenspartner erwachsen.<sup>61</sup> Liegt eine einfache Gesellschaft vor, kommen zusätzliche Entschädigungen grundsätzlich nicht in Betracht.<sup>62</sup>

#### d. Erbrecht

Lebenspartner haben zueinander *kein gesetzliches Erbrecht* (Art. 457 ff. ZGB).<sup>63</sup> Natürlich kann aber der überlebende Partner durch eine *Verfügung von Todes wegen* als Erbe eingesetzt oder als Vermächtnisnehmer bedacht werden. Neben einer letztwilligen Verfügung ebenfalls möglich ist der Abschluss eines Erbvertrags unter den Lebenspartnern. Zu beachten ist, dass die verfügbare Quote durch allfällige Pflichtteile beschränkt wird (Art. 470 f. ZGB). Anspruch auf Unterhalt während eines Monats nach dem Tod des Erblassers besteht nur dann, wenn der Lebenspartner als Erbe eingesetzt wurde (Art. 606 ZGB). Weiter haben einzig Nachkommen einen erbrechtlichen Ausgleichsanspruch für Mitarbeit ohne Lohn (Art. 334 ZGB).

#### e. Gemeinsame Wohnung

Leben die Lebenspartner gemeinsam in einer Mietwohnung, ist entscheidend, mit wem der *Mietvertrag* abgeschlossen wurde. Sind beide Lebenspartner Mieter, sind auch beide aus dem Mietvertrag berechtigt und verpflichtet. Eine Kündigung hat von beiden gemeinsam oder gegenüber beiden zu erfolgen.<sup>64</sup> Weitgehend ungeklärt ist das Innenverhältnis der Lebenspartner in Bezug auf die gemeinsame Wohnung. Es fehlt an einem raschen Verfahren, das zumindest eine vorläufige Zuweisung der Woh-

nung bei Auflösung der Lebensgemeinschaft erlauben würde.<sup>65</sup> Faktisch kann derjenige Lebenspartner in der Wohnung verbleiben, dem es gelingt, mit dem Vermieter einen neuen Mietvertrag abzuschliessen.

Besteht der Mietvertrag mit nur einem Lebenspartner, ist der andere Partner nicht Vertragspartei.<sup>66</sup> Trotzdem können sich diesbezüglich einige Rechtsfragen stellen. Im Fall der Kündigung durch den Vermieter besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Erstreckung des Mietverhältnisses, wenn die Kündigung für den Mieter oder «seine Familie» eine Härte bedeutet, welche mit den Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist (Art. 272 OR). Gemäss Bundesgericht kann der Lebenspartner dabei nicht unter den Begriff der Familie subsumiert werden,<sup>67</sup> womit ihm in dieser Konstellation der Schutz verwehrt wird. Im Verhältnis unter den Lebenspartnern ist sodann zu fragen, ob der Mieter den anderen fristlos ausweisen kann. Dies hängt von der konkreten Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses unter den Lebensgemeinschaftern ab. Liegt ein Untermietverhältnis vor, sind die gewöhnlichen mietrechtlichen Kündigungsfristen einzuhalten (Art. 266 ff. OR). Ist die Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft zu qualifizieren, kann ein Lebenspartner die Wohnung zum Gebrauch in die Gesellschaft einbringen. In diesem Fall kann der Mieter seinen Lebenspartner nur dann ausweisen, wenn die einfache Gesellschaft aufgelöst worden ist, weil das Gebrauchsrecht bis zur Auflösung der Gesellschaft andauert.<sup>68</sup> Besteht hingegen eine unentgeltliche Gebrauchsleihe, kann der Mieter seinen Partner grundsätzlich fristlos aus der Wohnung ausweisen.<sup>69</sup> Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 28b ZGB bei Gewalt, Drohung oder Nachstellung vor dem Gericht beantragt werden kann, dass die verletzende Person für eine bestimmte Zeit aus der Wohnung auszuweisen ist.

#### f. Eigentumsverhältnisse

Die Eigentumsverhältnisse werden durch das Sachenrecht geregelt. Es steht den Lebenspartnern offen, diesbezüglich *vertragliche Regelungen* einzugehen. Denkbar ist etwa das laufende Nachführen eines Inventars.<sup>70</sup> Besteht

<sup>61</sup> AEBI-MÜLLER/WIDMER (FN 20), N 35; BÜCHLER (FN 16), 76; für das Abstellen auf die tatsächlichen Umstände WERRO (FN 12), N 134.

<sup>62</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.44.

<sup>63</sup> Die Erweiterung des Kreises der gesetzlichen Erben auf nahestehende Personen wird in der Politik und der Lehre teilweise besprochen, so PETER BREITSCHMID, Das Erbrecht des 19. Im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit, *successio* 2007, 6 ff., 12; vgl. auch PAUL EITEL, Nos «proches» im Erbrecht und im Erbschaftssteuerrecht – Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zürich/Basel/Genf 2008, 191 ff., 196 f.; a.A. STEPHAN WOLF, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, *ZBJV* 2007, 301 ff., 310 f.; ausführlich zum Ganzen ALEXANDRA JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, *successio* 2016, 5 ff.

<sup>64</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.29; vgl. auch JULIA DILLIER, Konkubinatspartner als gemeinsame Mieter von Wohnräumen – unter besonderer Berücksichtigung der Auflösung des Mietvertrags, *Mietrechtspraxis* 2017, 239 ff., 250 ff.

<sup>65</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.30; konkrete Vorschläge für vertragliche Abreden hat DILLIER (FN 64), 263 ff.

<sup>66</sup> Vgl. JUBIN (FN 7), N 178 ff.

<sup>67</sup> BGE 105 II 197 E. 3c; kritisch dazu PULVER (FN 38), 59.

<sup>68</sup> WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einfache Gesellschaft*, Art. 530–544 OR, Bern 2006, Art. 531 OR N 215.

<sup>69</sup> Zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.33.

<sup>70</sup> BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER (FN 28), 110; AEBI-MÜLLER/WIDMER (FN 20), N 15; Vertragsvorschläge bei LICHTENSTEIGER (FN 8), 232 f., N 3 und 4.

eine einfache Gesellschaft, ist zu prüfen, ob die Sachen zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht worden sind. Ist dies der Fall, liegt Gesamteigentum beider Partner vor.<sup>71</sup> Ist die Sache der Gesellschaft nur zum Gebrauch überlassen worden (Art. 531 Abs. 3 OR),<sup>72</sup> bleibt sie im Alleineigentum des einen Partners und dieser kann sie bei Auflösung der Lebensgemeinschaft wieder zurücknehmen. Liegt keine einfache Gesellschaft vor, bestimmen sich die Eigentumsverhältnisse der Lebensgemeinschaft nach dem *Sachenrecht*.<sup>73</sup> Kann nicht bewiesen werden, wer Eigentümer einer bestimmten Sache ist, gilt die gesetzliche Vermutung, dass der Besitzer Eigentümer ist (Art. 930 ZGB). Weil Hausratsgegenstände häufig im Mitbesitz der beiden Lebenspartner stehen, ist Miteigentum zu vermuten.<sup>74</sup>

## E. Auflösung

### 1. Beendigung

Die Lebensgemeinschaft wird beendet, wenn die Partner miteinander die Ehe bzw. eine eingetragene Partnerschaft eingehen, wenn einer der beiden stirbt oder wenn sie sich trennen.<sup>75</sup> Es liegt in der Natur der Lebensgemeinschaft, dass *sie jederzeit und formlos aufgelöst werden kann*, wenn einer der Partner sie nicht mehr fortführen will. Dementsprechend fehlen dafür rechtliche Schranken materieller und formeller Art. In der Literatur wird demgegenüber teilweise eine Beschränkung des Auflösungsrechts in dem Sinne verlangt, dass eine Kündigung ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit erfolgen dürfe.<sup>76</sup> Eine vertragliche Abmachung, dass die Lebensgemeinschaft nicht aufgelöst werden dürfe, sowie eine damit verbundene Konventionalstrafe würden die persönliche lebensgestaltende Entscheidungsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzen.<sup>77</sup>

### 2. Vermögensrechtliche Folgen

#### a. Allgemeines

Bei Auflösung der Lebensgemeinschaft stellt sich die Frage, wie mit den regelmässig unumgänglichen Ver-

flechtungen der Vermögenswerte umzugehen ist bzw. ob vermögensrechtliche Ausgleichsansprüche oder eine nachpartnerschaftliche Unterhaltspflicht bestehen.

Grundsätzlich nimmt bei der Auflösung jeder Lebenspartner die sich in seinem Alleineigentum befindlichen Vermögenswerte nach den sachenrechtlichen Bestimmungen zurück.<sup>78</sup> Allfälliges Miteigentum wird nach Quoten aufgelöst, wobei vermutungsweise jedem Lebenspartner die Hälfte der Sache zusteht (Art. 646 Abs. 2 ZGB). Dabei steht die Aufhebungsart im Belieben der Partner (Art. 651 Abs. 1 ZGB), subsidiär erfolgt die Aufteilung durch das Gericht (Art. 651 Abs. 2 ZGB). Liegt Gesamteigentum vor, finden die Liquidationsregeln der einfachen Gesellschaft (Art. 548 ff. OR) Anwendung.<sup>79</sup>

Für die Frage, ob es zu einem Ausgleich der getätigten Investitionen kommt, ist nach dem Verwendungszweck zu differenzieren. Dient die Leistung dem Unterhalt, besteht kein Ausgleichsanspruch.<sup>80</sup> Andere finanzielle Leistungen können gegebenenfalls als Darlehen an den Lebenspartner betrachtet werden,<sup>81</sup> sie werden zumindest vermutungsweise nicht als Schenkung qualifiziert.<sup>82</sup>

#### b. Nachpartnerschaftlicher Unterhalt

Nach Auflösung der Lebensgemeinschaft fehlt eine finanzielle Mitverantwortung, da *von Gesetzes wegen keine Pflicht* zur Leistung von nachpartnerschaftlichem Unterhalt besteht.<sup>83</sup> Bei Vorhandensein von Kindern der Lebenspartner wird dieses Prinzip jedoch durch den sogenannten *Betreuungsunterhalt* gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB<sup>84</sup> relativiert.<sup>85</sup> Grundsätzlich können die Parteien

<sup>71</sup> MEIER-HAYOZ (FN 18), 582 f.; BÜCHLER/VETTERLI (FN 13), 185.

<sup>72</sup> Dies wird insb. der Fall sein, wenn sich eine Sache schon vor Aufnahme der Lebensgemeinschaft im Eigentum eines Partners befunden hat, vgl. MEIER-HAYOZ (FN 18), 583.

<sup>73</sup> Ausführlich dazu BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER (FN 28), 110 ff.

<sup>74</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.35.

<sup>75</sup> MEIER-HAYOZ (FN 18), 586.

<sup>76</sup> So PICHONNAZ (FN 17), 695; WERRO (FN 12), N 149; a.A. MEIER-HAYOZ (FN 18), 586.

<sup>77</sup> PICHONNAZ (FN 17), 654 f.

<sup>78</sup> BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER (FN 28), 119; BÜCHLER (FN 16), 77; LICHTENSTEIGER (FN 8), 238, N 12.1 f.

<sup>79</sup> BGE 108 II 204 E. 6; DUSSY (FN 49), 88; AEBI-MÜLLER/WIDMER (FN 20), N 59; dazu auch RITA TRIGO TRINDADE/SANDRINE TORNARE, *La société simple au chevet des unions libres*, in: Audrey Leuba /Marie-Laure Papaux van Delden/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Genf/Zürich/Basel 2017, 271 ff., 281.

<sup>80</sup> Es wird vielmehr eine stillschweigende Unterhaltsvereinbarung mit fehlendem Rückerstattungswillen angenommen; DUSSY (FN 49), 143.

<sup>81</sup> DUSSY (FN 49), 143; BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER (FN 28), 122; Gleiches gilt auch für die eingetragene Partnerschaft gem. Botschaft vom 29. November 2002 zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, BBl 2003 1288 ff., 1313.

<sup>82</sup> BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER (FN 28), 122, m.w.H.

<sup>83</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.47; BÜCHLER/VETTERLI (FN 13), 188; BÜCHLER (FN 16), 81 f.; BOVEY (FN 48), 259.

<sup>84</sup> In Kraft seit dem 1. Januar 2017.

<sup>85</sup> Vgl. II.F.4.



auch *vertraglich* einen nachpartnerschaftlichen Unterhalt vereinbaren.<sup>86</sup>

### c. Einfache Gesellschaft

Sind die Lebensgemeinschaft oder Teile davon als einfache Gesellschaft zu qualifizieren, gelten für die Auflösung deren *Liquidationsregeln*.<sup>87</sup> Dabei muss die Auflösung der Lebensgemeinschaft nicht zwingend auch die Aufhebung des gesamten gemeinschaftlichen Eigentums nach sich ziehen. Mit- und Gesamteigentum können über die Auflösung hinaus aufrechterhalten bleiben, wenn trotz Beendigung der Lebensgemeinschaft ein Weiterbestehen der Miteigentumsgemeinschaft oder der einfachen Gesellschaft gewollt ist.<sup>88</sup> Ein solches Weiterbestehen wurde beispielsweise für eine einfache Gesellschaft angenommen, welche sich auf eine gemeinsam geführte Bäckerei-Konditorei bezog.<sup>89</sup>

Zum Gebrauch eingebrachte Gegenstände stehen nach wie vor im Alleineigentum des entsprechenden Gesellschafters und werden somit von diesem bei Auflösung wieder zurückgenommen. Wurde ein Vermögenswert aus gemeinsamen Mitteln angeschafft oder liegt Beweislosigkeit vor, ist demgegenüber Gesamteigentum anzunehmen.<sup>90</sup> Aus dem verbleibenden Gesellschaftsvermögen – oder dessen Erlös – werden vorab sämtliche Schulden beglichen (Art. 549 OR). Mangels gegenteiliger Vereinbarung wird danach unabhängig der geleisteten Höhe der Beiträge ein verbleibender Überschuss zu gleichen Teilen als Gewinn verteilt; ein Verlust ist ebenfalls grundsätzlich zu gleichen Teilen zu tragen (Art. 549 i.V.m. Art. 533 Abs. 1 OR).<sup>91</sup>

Die konsequente Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen kann zu «harten» Ergebnissen führen. So stand eine Lebenspartnerin, welche sich während einer 18-jährigen Lebensgemeinschaft überwiegend um

die Haushaltsführung und die Betreuung des gemeinsamen Sohns gekümmert hatte, nach deren Auflösung wegen Fehlens einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung ohne Vermögen – und ohne nachpartnerschaftlichen Unterhalt<sup>92</sup> – da, während der Lebenspartner seine Vermögenswerte zurücknahm, welche nur *ad usum* eingebracht worden waren.<sup>93</sup> Die Herausgabe eines Anteils des Liquidationsgewinns – das heisst eine vermögensrechtliche Beteiligung bei Auflösung der einfachen Gesellschaft – würde eine entsprechende Einlage voraussetzen, welche sich in diesem Fall nicht nachweisen liess.<sup>94</sup> Nach dem Bundesgericht ist eine «allfällige Korrektur der mitunter als ungerecht empfundenen Rechtslage [...] Sache des Gesetzgebers».<sup>95</sup>

## F. Kindesrecht

### 1. Kindesverhältnis

Die Entstehung des Kindesverhältnisses richtet sich nach Art. 252 ff. ZGB. Das Kindesverhältnis zur *Mutter* entsteht durch die Geburt (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Die Vaterschaftsvermutung aufgrund der Ehe mit der Mutter (Art. 255 ZGB) muss bei einer Lebensgemeinschaft entfallen. Das Kindesverhältnis zum *Vater* ist deshalb durch Anerkennung (Art. 260 ZGB) oder durch ein gerichtliches Gestaltungsurteil aufgrund einer Vaterschaftsklage (Art. 261 ZGB) zu begründen.

### 2. Namensrecht

Gemäss Art. 270a Abs. 1 ZGB bestimmen die Eltern des Kindes bei gemeinsamer elterlicher Sorge – die auch bei unverheirateten Paaren die Regel darstellt (Art. 298a ff. ZGB) – dessen Familiennamen gemeinsam. Steht die elterliche Sorge nur einem Elternteil zu, erhält das Kind dessen Familiennamen, steht sie keinem der beiden zu – was beispielsweise bei minderjährigen Eltern der Fall ist –, erhält es den Namen der Mutter (Art. 270a Abs. 3 ZGB).<sup>96</sup> Änderungen bei der Zuteilung der elterlichen Sorge bleiben ohne Auswirkungen auf den Namen (Art. 270a Abs. 4 ZGB). Vorzubehalten ist Art. 30 Abs. 2 ZGB, wonach bei

<sup>86</sup> Die Zulässigkeit solcher Verträge ist jedoch umstritten, vgl. PULVER (FN 38), 19; nach HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.15, lässt sich eine solche Unterhaltsverpflichtung nur sehr beschränkt vereinbaren, a.A. BÜCHLER (FN 16), 69, Fn 25; vgl. auch MEIER-HAYOZ (FN 18), 589.

<sup>87</sup> BGE 108 II 204 E. 6; 109 II 228 E. 2b; MEIER-HAYOZ (FN 18), 587 ff.; DUSSY (FN 49), 72; COTTIER/CREVOISIER (FN 4), 37 f., m.w.H.; vgl. dazu auch HEINZ HAUSHEER, Beweisfragen im Zusammenhang mit der Familie im engeren und weiteren Sinn, in: Denis Piotet/Denis Tappy (Hrsg.), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils*, Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genf/Zürich/Basel 2006, 279 ff., 286 ff.

<sup>88</sup> BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER (FN 28), 118; vgl. auch HAUSHEER (FN 87), 287 f.

<sup>89</sup> BGer, 4A\_320/2010, 17.8.2010, E. 4.

<sup>90</sup> MEIER-HAYOZ (FN 18), 583.

<sup>91</sup> Zu den Gesellschaftsbeiträgen als Auslöser dieser Ausgleichsansprüche siehe COTTIER/CREVOISIER (FN 4), 38 ff.

<sup>92</sup> Vgl. dazu II.E.2.b.

<sup>93</sup> BGer, 4A\_441/2007, 17.1.2008.

<sup>94</sup> Vgl. zum Urteil BGer 4A\_441/2007, 17.1.2008 auch HEINZ HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, veröffentlicht in Band 134, ergänzt durch Internetveröffentlichungen, *Scheidungsrecht*, ZBJV 2009, 653 ff., 681 f.

<sup>95</sup> BGE 135 III 59 E. 4.3.

<sup>96</sup> JUBIN (FN 7), N 322 f.

Vorliegen achtenswerter Gründe der Name geändert werden kann.

### 3. Elterliche Sorge

Auch bei unverheirateten Paaren soll die *gemeinsame elterliche Sorge der Grundsatz* sein. Diese kommt allerdings erst durch gemeinsame Erklärung der Eltern an das Zivilstandsamt oder an die Kindesschutzbehörde zustande (Art. 298a ZGB). Bis zur Abgabe dieser Erklärung steht die elterliche Sorge allein der Mutter zu (Art. 298a Abs. 5 ZGB). Bei Uneinigkeiten der Eltern kann die Kindesschutzbehörde angerufen werden, welche die gemeinsame elterliche Sorge verfügt, sofern dem nicht das Kindeswohl entgegensteht (Art. 298b Abs. 2 ZGB). Dabei ist nicht in erster Linie das Zusammenleben der Eltern oder das Bestehen einer Lebensgemeinschaft massgeblich, sondern es wird auf die Bereitschaft und Fähigkeit abgestellt, die elterliche Sorge gemeinsam wahrzunehmen.<sup>97</sup>

### 4. Kindesunterhalt

Zum Kindesunterhalt gehört neben materiellen Gütern auch Pflege und Erziehung.<sup>98</sup> Gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB sorgen die *Eltern gemeinsam*, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen. Neu wird in Abs. 2 durch die Erwähnung der Kosten für die «Betreuung» der sogenannte *Betreuungsunterhalt* (dazu namentlich Art. 285 Abs. 2 ZGB) statuiert. Dieser Anspruch (des Kindes) gegenüber dem nicht betreuenden Elternteil soll einen allfälligen Nachteil im Vergleich mit Kindern von verheirateten Eltern ausgleichen.<sup>99</sup> Neben den direkten Kinderkosten werden mithin neu auch die finanziellen Einbussen, das heisst die indirekten Kosten bei persönlicher Betreuung durch einen Elternteil, von der Unterhaltspflicht des anderen Elternteils erfasst.<sup>100</sup> Der Betreuungsunterhalt dauert so lange, wie das Kind die persönliche Betreuung im konkreten Fall tatsächlich benötigt.<sup>101</sup> Die Unterhaltspflicht gegenüber dem minder-

jährigen Kind geht den anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vor (Art. 276a Abs. 1 ZGB).

Der Kindesunterhalt kann mittels *Unterhaltsvertrag* gemäss Art. 287 f. ZGB geregelt werden. Solche Verträge sind durch die Kindesschutzbehörde zu genehmigen (Art. 287 Abs. 1 ZGB).

Wird der Unterhalt nicht geleistet, kann das Kind selbstständig bzw. sein gesetzlicher Vertreter gegen die unterhaltsverpflichtete Person *Klage* erheben (Art. 279 ZGB).

### 5. Familienwohnung

Die für die Scheidung von Ehegatten vorgesehene Regelung von Art. 121 ZGB über die Zuweisung der Wohnung der Familie ist auf Lebensgemeinschaften nicht anwendbar, sodass der entsprechende Schutz nicht besteht.

### 6. Adoption

Eine gemeinschaftliche Adoption ist für Lebensgemeinschaften im geltenden Recht nicht vorgesehen (Art. 264a Abs. 1 ZGB *e contrario*).<sup>102</sup> Allerdings steht Lebensgemeinschaftern seit dem 1. Januar 2018 die *Stiefkindadoption* offen (Art. 264c Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Einschränkend hält Art. 264c Abs. 3 ZGB fest, dass die Personen in einer faktischen Lebensgemeinschaft weder verheiratet noch durch eine eingetragene Partnerschaft gebunden sein dürfen. Das Kindesverhältnis zum Lebenspartner der adoptionswilligen Person erlischt bei der Stiefkindadoption nicht.<sup>103</sup>

### 7. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

In der Schweiz gehören die Eizellen- und Embryonenspende sowie die Leihmutterchaft zu den verbotenen Praktiken gemäss Art. 4 FMedG<sup>104</sup>. Die Samenspende ist Ehepaaren vorbehalten (Art. 3 Abs. 3 FMedG). Es ist einer Lebensgemeinschaft somit nicht möglich, Massnahmen der medizinischen Fortpflanzungsmedizin in Anspruch zu nehmen.

<sup>97</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 12), N 03.28.

<sup>98</sup> Vgl. KUKO ZGB-MICHEL/LUDWIG, Art. 276 N 3, in: Andrea Bächler/Dominique Jakob (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO-Verfasser).

<sup>99</sup> Botschaft vom 29. November 2013 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBl 2014 529 ff. (zit. Botschaft Kindesunterhalt), 540 f.

<sup>100</sup> Botschaft Kindesunterhalt (FN 99), 551 ff.; KUKO ZGB-MICHEL/LUDWIG (FN 98), Art. 276 N 3; SCHWENZER (FN 7), N 77.

<sup>101</sup> Botschaft Kindesunterhalt (FN 99), 577.

<sup>102</sup> KUKO ZGB-PFAFFINGER (FN 98), Art. 264c N 8.

<sup>103</sup> KUKO ZGB-PFAFFINGER (FN 98), Art. 264c N 8.

<sup>104</sup> Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG; SR 810.11).

### III. Italien

#### A. Begriff

Der Begriff Konkubinat (*concubinatio*) für eine eheähnliche Beziehung war zunächst auch in Italien gebräuchlich.<sup>105</sup> Er wurde zuerst mit *convivenza more uxorio* («Zusammenleben wie Mann und Frau»)<sup>106</sup> und später mit *famiglia di fatto* («faktische Familie»)<sup>107</sup> ersetzt. Seit 2016 spricht der Gesetzgeber schliesslich von *convivenze di fatto* (wörtlich «faktisches Zusammenleben»), wofür in diesem Beitrag einheitlich der Begriff Lebensgemeinschaft verwendet wird.

#### B. Rechtsquellen

Die Lebensgemeinschaft ist grundrechtlich in Art. 2 der italienischen Verfassung (*Costituzione*) geschützt. Sie zählt zu den gesellschaftlichen Gebilden, in denen sich die Persönlichkeit eines Menschen entfaltet.<sup>108</sup> Beschränkt auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ist auch Art. 30 *Costituzione* anwendbar.<sup>109</sup> Eine Ausdehnung der Verfassungsnormen der ehelichen Familie (Art. 29 ff.) auf die Lebensgemeinschaft wird vom italienischen Verfassungsgerichtshof allerdings abgelehnt.<sup>110</sup>

Bis 2016 gab es einen *gesetzlichen Schutz* des Lebenspartners nur in Einzelfragen.<sup>111</sup> Mit dem Gesetz (Legge; L.) Nr. 54 vom 8. Februar 2006 wurde der Grundsatz der gemeinsamen Anvertrauung (*affidamento*) der Kinder nach Trennung und Scheidung eingeführt, der auch auf unverheiratete Eltern anzuwenden ist. Auch Lebenspartner haben Zugang zu künstlicher Befruchtung (Art. 5 L. 19. Februar 2004/40). Der Lebenspartner kann zum Sachwalter (*amministratore di sostegno*) des anderen Le-

benspartners ernannt werden sowie die volle oder teilweise Entmündigung des anderen Lebenspartners veranlassen (Art. 417 c.c.<sup>112</sup>; L. 9. Januar 2004/6). Er ist z.B. auch gegen Missbräuche in der Familie geschützt (Art. 342<sup>bis</sup> f. c.c.; L. 4. April 2001/154).

Daneben hat die *Rechtsprechung* einen wichtigen Beitrag zur Festigung der rechtlichen Anerkennung der Lebensgemeinschaft geleistet.<sup>113</sup>

Letztlich stand es den Lebenspartnern im Zuge der allgemeinen Vertragsfreiheit schon bisher offen, ihre Rechtsverhältnisse untereinander auch *privatautonom zu regeln*.<sup>114</sup> Im Gegensatz zur Schweiz ist das Eingehen einer einfachen Gesellschaft nicht üblich, sofern die Lebenspartner kein gemeinsames Unternehmen führen.<sup>115</sup> Dies rührt daher, dass auch einfache Gesellschaften nach italienischem Recht jedenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit zum Gegenstand haben müssen mit dem Zweck, den daraus erzielten Gewinn zu teilen (Art. 2247 c.c.).<sup>116</sup> Dabei versteht man unter wirtschaftlicher Tätigkeit insbesondere die Produktion oder den Tausch von Gütern oder Dienstleistungen.<sup>117</sup> Ob das gemeinsame Leben als *wirtschaftliche Tätigkeit* eingestuft werden kann, ist demnach fraglich. Die Zulässigkeit einer Gesellschaft, die nur die Nutzung der eingebrachten Güter zum Zweck hat (sog. *società di mero godimento*), ist jedenfalls umstritten.<sup>118</sup>

In der L. 20. Mai 2016/76 hat der Gesetzgeber erstmals – neben der eingetragenen Partnerschaft (*unioni*

<sup>105</sup> Allerdings verstand man darunter vorwiegend solche Lebensgemeinschaften, von denen zumindest ein Partner verheiratet war; MASSIMO DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, Digesto delle discipline privatistiche, Torino 1992, 188 ff., 189.

<sup>106</sup> Dieser Begriff findet sich allerdings noch in Art. 337<sup>sexies</sup> c.c.

<sup>107</sup> Sie schliesst auch die Kinder mit ein. Auch diese Bezeichnung bleibt negativ behaftet, da sie im Gegensatz zur sog. «rechtlichen oder legitimen Familie» (*famiglia legittima*) steht. Vgl. BRUNO DE FILIPPIS, *Unione civile e contratti di convivenza*, Milano 2016, 34.

<sup>108</sup> *Ex plurimis* Corte Costituzionale, 18.11.1986, Nr. 237; Corte Costituzionale, 26.5.1989, Nr. 310; Cassazione civile, 20.6.2013, Nr. 15481. Vgl. auch PIERO SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, *Famiglia e diritto* 2016, 845 ff., 846.

<sup>109</sup> Corte Costituzionale, 27.3.2009, Nr. 86.

<sup>110</sup> Corte Costituzionale, 18.11.1986, Nr. 237; Corte Costituzionale, 26.5.1989, Nr. 310.

<sup>111</sup> Weitere Verweise bei GILDA FERRANDO, *Diritto di famiglia*, 3. A., Bologna 2017, 236.

<sup>112</sup> Codice civile (italienisches Zivilgesetzbuch) vom 16. März 1942, Nr. 262. Siehe zum Sachwalter auch III.D.1.d.

<sup>113</sup> Vgl. z.B. Cassazione civile, 20.6.2013, Nr. 15481, in Bezug auf unerlaubte Handlungen in der Familie; Cassazione civile, 21.3.2013, Nr. 7128, in Bezug auf Genugtuungsansprüche bei Tötung des Lebensgefährten; Cassazione civile, 21.3.2013, Nr. 7214, in Bezug auf die Familienwohnung; Cassazione civile, 11.8.2011, Nr. 17195, für die Auswirkungen der Lebensgemeinschaft auf den Scheidungsunterhalt. Vgl. auch GIANFRANCO DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano 2016, 108 ff.; GIUSEPPE BUFFONE, *Nozione ed elementi costitutivi*, in: Giuseppe Buffone/Marco Gattuso/Matteo M. Winkler (Hrsg.), *Unione civile e convivenza*, Milano 2017, 433 ff., 438.

<sup>114</sup> Vgl. III.D.2.b.

<sup>115</sup> Dann kommen unabhängig von der Lebensgemeinschaft die Normen des Gesellschaftsrechts zur Anwendung (Art. 2247 ff. c.c.).

<sup>116</sup> Gesellschaftsverträge unterliegen keinem Formzwang, es sei denn, die Art der eingebrachten Güter erfordert eine bestimmte Form, wie etwa bei der Einbringung von Rechten an Immobilien (Art. 2251 c.c.).

<sup>117</sup> GIUSEPPE AULETTA/NICCOLÒ SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano 2010, 5.

<sup>118</sup> Gegen die Zulässigkeit: MARIO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Vol. 2: *Diritto delle società*, Torino 2012, 31; MARCO CIAN, Art. 2247, in: Giorgio Cian/Alberto Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova 2014, VII, N 2; Tribunale Varese, 31.3.2010. Dafür FRANCO DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino 1992, 21; Giudice Registro Roma, 8.11.2016.



*civili*) – auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft *einheitlich gesetzlich geregelt*,<sup>119</sup> indem er vor allem die bereits in Sondernormen vorgesehenen oder von der Rechtsprechung geschaffenen Rechte in einem Erlass zusammengefasst hat. Das Gesetz ergänzt die bereits bestehenden Regelungen, die weiterhin in Geltung bleiben.<sup>120</sup>

Eine *Definition der Lebensgemeinschaft* findet sich in Art. 1 Abs. 36 L. 76/2016. Sie besteht zwischen zwei Personen mit einer stabilen, emotionalen Paarbindung und kennzeichnet sich durch die gegenseitige geistige und materielle Fürsorge unter den Lebenspartnern.

### C. Begründung

Für die Begründung der Lebensgemeinschaft bedarf es grundsätzlich keiner förmlichen Willenserklärung.<sup>121</sup> Allerdings schreibt Art. 1 Abs. 36 L. 76/2016 eine Reihe von *Voraussetzungen* vor. Zunächst müssen die Lebenspartner volljährig sein.<sup>122</sup> Ihr Geschlecht ist dagegen unerheblich.<sup>123</sup> Hindernisse bilden eine bereits bestehende Ehe oder eingetragene Partnerschaft, Verwandtschaft oder Adoption sowie Schwägerschaft unter den Lebenspartnern.<sup>124</sup> Damit die Lebensgemeinschaft rechtliche Relevanz erlangt, muss sie auf längere Zeit ausgerichtet – also stabil – sein. Ab welchem Zeitpunkt sie als stabil gilt, muss im Einzelfall entschieden werden.<sup>125</sup> Soweit alle gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, erfolgt der Nachweis des stabilen Zusammenlebens mittels Eintragung des Wohnsitzes in das *Melderegister*

(*dichiarazione anagrafica*).<sup>126</sup> Diese Eintragung hat jedoch nicht konstitutive Wirkung.<sup>127</sup>

Bei Einhaltung der in Art. 1 Abs. 36 vorgeschriebenen Voraussetzungen treten die in der L. 76/2016 vorgesehenen *Wirkungen automatisch* ein, das heisst auch gegen den Willen der Lebenspartner.<sup>128</sup> Die Zulässigkeit des Opting-out, also eines vertraglichen Ausschlusses dieser Rechtswirkungen, ist umstritten.<sup>129</sup>

Nicht alle nichtehelichen Lebensgemeinschaften sind auch *convivenze di fatto* im Sinne der L. 76/2016. Haben die Lebenspartner keinen gemeinsamen Wohnsitz oder erfüllen sie eine andere Voraussetzung nicht, unterliegen solche – zuweilen als atypisch bezeichneten – Lebensgemeinschaften nicht der L. 76/2016.<sup>130</sup> Sie können in der Folge keine ausschliesslich in diesem Gesetz vorgesehenen Rechte geltend machen und auch keine Lebensgemeinschaftsverträge nach dessen Art. 1 Abs. 50 ff. schliessen. Die ausserhalb dieses Gesetzes vorgesehenen Regelungen gelten jedenfalls weiterhin auch für sie.<sup>131</sup>

<sup>119</sup> Die L. 76/2016 enthält Bestimmungen zur eingetragenen Partnerschaft (*unione civile*; Art. 1 Abs. 1–35) und Lebensgemeinschaft (Art. 1 Abs. 36–65).

<sup>120</sup> DOSI (FN 113), 108; LEONARDO LENTI, *Convivenze di fatto*. Gli effetti: diritti e doveri, *Famiglia e diritto* 2016, 931 ff., 932.

<sup>121</sup> SALVATORE PATTI, *Le convivenze «di fatto» tra normativa di tutela e regime opzionale*, *Foro italiano* 2017, 301 ff., 305.

<sup>122</sup> Vor dem Hintergrund des Normenzwecks, also dem Schutz des minderjährigen Lebenspartners vor den Pflichten, die sich aus der Lebensgemeinschaft ergeben können, ist eine Anwendung jener Bestimmungen, die dem Minderjährigen nur Rechte verschaffen, nicht ausgeschlossen. Dasselbe gilt für Vollentmündigte (*interdetti*). Vgl. CESARE M. BIANCA, *diritto civile* 2.1, Milano 2017, 343. Eine Besachswaltung ist hingegen unschädlich, sofern das Gericht im Einzelfall keine anderen Bestimmungen getroffen hat (Art. 409 c.c.).

<sup>123</sup> DOSI (FN 113), 111; DE FILIPPIS (FN 107), 255.

<sup>124</sup> MARIA G. CUBEDDU WIEDEMANN/ANTON WIEDEMANN, *Italien*, in: Remberth Süss/Gerhard Ring (Hrsg.), *Eherecht in Europa*, 3. A., Bonn 2017, 675 ff., 733, N 255; LUIGI BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e «modello» matrimoniale: prime riflessioni*, *Giurisprudenza italiana* 2016, 1779 ff., 1786.

<sup>125</sup> DE FILIPPIS (FN 107), 256. Eine zweijährige Beziehung sollte jedenfalls als stabil gelten. Vgl. DOSI (FN 113), 157.

<sup>126</sup> Art. 1 Abs. 37 L. 76/2016. Jedoch müssen auch andere Beweismittel zugelassen sein. Vgl. CUBEDDU WIEDEMANN/WIEDEMANN (FN 124), 733, N 256; BUFFONE, *Nozione ed elementi costitutivi* (FN 113), 458; DOSI (FN 113), 116. In der Praxis wird eine Meldebestätigung notwendig sein, wenn die Lebenspartner einen Lebensgemeinschaftsvertrag abschliessen wollen. Dann wird der Notar als Nachweis für die Stabilität der Lebensgemeinschaft einen Auszug aus dem Melderegister verlangen.

<sup>127</sup> *Ex plurimis* PATTI (FN 121), 304; BIANCA (FN 122), 342; MARIO TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, *Famiglia e diritto* 2016, 859 ff., 866; LUIGI BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, *Famiglia e diritto* 2016, 919 ff., 927; CUBEDDU WIEDEMANN/WIEDEMANN (FN 124), 733, N 256; FERRANDO (FN 111), 248. Vgl. insb. Tribunale Milano, 31.5.2016. Dagegen FEDERICO TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2016, 1736 ff., 1739; UBALDO PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2016, 1749 ff., 1756; Tribunale Verona, 2.12.2016.

<sup>128</sup> PATTI (FN 121), 302 ff.

<sup>129</sup> Für ein Opting-out GIOVANNI BONILINI, *La successione mortis causa della persona «unita civilmente» e del convivente di fatto*, *Famiglia e diritto* 2016, 980 ff., 989; GIUSEPPE AMADIO, *La crisi della convivenza*, *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2016, 1765 ff., 1774; TASSINARI (FN 127), 1743 f. Dagegen PATTI (FN 121), 305. Allerdings dürften zumindest Ansprüche aus dem Familienunternehmen (Art. 230<sup>ter</sup> c.c.) sowie die Unterhaltsansprüche nach Beendigung der Lebensgemeinschaft (Art. 1 Abs. 65 L. 76/2016) nicht willentlich abbedungen werden können; CUBEDDU WIEDEMANN/WIEDEMANN (FN 124), 735, N 267; PATTI (FN 121), 305; TASSINARI (FN 127), 1743 f.

<sup>130</sup> DOSI (FN 113), 123 ff.; PERFETTI (FN 127), 1753.

<sup>131</sup> PATTI (FN 121), 305; BIANCA (FN 122), 344; TASSINARI (FN 127), 1739; LENTI (FN 120), 932; DOSI (FN 113), 111; BALESTRA (FN 127), 924.



## D. Wirkungen

### 1. Persönliche Wirkungen

#### a. Vertragliche Ausgestaltung

Vertragliche Regelungen der persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen den Lebenspartnern sind zulässig, sofern sie nicht den Grundwerten der Rechtsordnung und den guten Sitten widersprechen. Dies tun sie immer dann, wenn sie die persönliche Freiheit einschränken. Daher sind beispielsweise Verpflichtungen zum Zusammenleben, Strafzahlungen bei Beendigung der Lebensgemeinschaft oder vertragliche Regelungen in Fortpflanzungsfragen nicht erlaubt.<sup>132</sup>

#### b. Namensrecht

Die Lebensgemeinschaft hat keine Auswirkungen auf das Namensrecht der Lebenspartner.

#### c. Treue- und Beistandspflicht

Es besteht keine gesetzliche Treuepflicht für die Lebenspartner. Der moralische Beistand untereinander ist freilich für die Begründung der Lebensgemeinschaft unerlässlich.<sup>133</sup>

#### d. Erwachsenenschutzrecht

Der Lebenspartner kann Vormund (*tutore*), Beistand (*curatore*) oder Sachwalter (*amministratore di sostegno*) des anderen sein. Hat der betreffende Lebenspartner selbst keine Wahl getroffen, ist sein Partner vorzugsmässig einzusetzen.<sup>134</sup> Umgekehrt kann der Lebenspartner die volle oder teilweise Entmündigung (*interdizione/inabilitazione*) des anderen veranlassen (Art. 417 c.c.).

Das Besuchsrecht des Lebenspartners im Krankheitsfall stellt praktisch gesehen keine Neuerung dar.<sup>135</sup> Indes war das Recht auf Auskunft über den Gesundheitszustand des Lebenspartners bisher nicht gegeben. Unter Berücksichtigung des Datenschutzes kann dieses Recht allerdings nur dann zuerkannt werden, wenn der «kranke» Lebenspartner seine Zustimmung gegeben hat oder unfähig ist, selbst zu entscheiden.<sup>136</sup> Weiter kann dem Lebenspart-

ner eine Vorsorgevollmacht erteilt werden.<sup>137</sup> So kann der bevollmächtigte Lebenspartner im Fall der krankheitsbedingten Unzurechnungsfähigkeit über die medizinische Behandlung sowie im Todesfall über eine etwaige Organspende oder Bestattungsfragen entscheiden.<sup>138</sup>

#### e. Haftpflichtrecht

Stirbt ein Lebenspartner durch eine unerlaubte Handlung Dritter, sprechen die Gerichte dem Lebenspartner schon länger Anspruch auf Ersatz für *Nichtvermögensschäden* zu.<sup>139</sup> Daneben müssen auch *Vermögensschäden* wegen Verlusts der finanziellen Unterstützung ersetzt werden, die der verstorbene Lebenspartner dem Hinterbliebenen zugewendet hätte.<sup>140</sup> Diese Ansprüche wurden nunmehr auch normativ verankert. Der Lebenspartner ist in dieser Hinsicht dem Ehegatten gleichgestellt.<sup>141</sup>

## 2. Vermögensrechtliche Wirkungen

### a. Die Unterhaltsproblematik

Im Unterschied zur Ehe *verpflichtet die Lebensgemeinschaft nicht zum finanziellen Beistand*.<sup>142</sup> Für bereits geleisteten Unterhalt ist eine Rückforderung wegen Erfüllung einer Naturalobligation ausgeschlossen.<sup>143</sup>

Das Eingehen einer (auch atypischen) Lebensgemeinschaft kann zu einer Herabsetzung des Anspruchs auf *Trennungs- oder Scheidungsunterhalt (assegno di separazione/divorzio)* des Lebenspartners führen. Es ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die neue Lebensgemeinschaft die wirtschaftlichen Verhältnisse verbessert.<sup>144</sup> Ein automatischer Wegfall des Unterhaltsanspruchs ist selbst dann ausgeschlossen, wenn die Lebenspartner gemeinsame Kinder haben.<sup>145</sup> Der Anspruch auf Trennungs- oder

<sup>132</sup> LUIGI BALESTRA, I contratti di convivenza, Famiglia, persone e successioni 2006, 43 ff.; BIANCA (FN 122), 354.

<sup>133</sup> PERFETTI (FN 127), 1757; PATTI (FN 121), 308.

<sup>134</sup> Art. 408 Abs. 1 und Art. 424 Abs. 3 c.c. Diese Möglichkeit wurde bereits mit der L. 6/2004 eingeführt. Zum Erwachsenenschutz vgl. insb. GREGOR CHRISTANDL, Allgemeiner Teil des Privatrechts, in: Bernhard Eccher/Francesco A. Schurr/Gregor Christandl (Hrsg.), Handbuch Italienisches Zivilrecht, Wien 2009, 61 ff., 71, N 2/40 ff.

<sup>135</sup> Art. 1 Abs. 39 L. 76/2016. LENTI (FN 120), 933.

<sup>136</sup> Vgl. LENTI (FN 120), 934.

<sup>137</sup> Art. 1 Abs. 40 L. 76/2016.

<sup>138</sup> Die Vollmacht ist formgültig, wenn sie eigenhändig geschrieben ist; vgl. FRANCESCO MEZZANOTTE, Co. 40–41, in: Cesare M. Bianca (Hrsg.), Le unioni civili e le convivenze, Torino 2017, 523 ff., 538 ff.

<sup>139</sup> Cassazione civile, 29.4.2005, Nr. 8976; Cassazione civile, 28.3.1994, Nr. 2988; Cassazione civile, 16.9.2008, Nr. 23725; Tribunale Verona, 3.12.1980; Tribunale Milano, 21.7.1998.

<sup>140</sup> Cassazione civile, 16.9.2008, Nr. 23725; Cassazione civile, 28.3.1994, Nr. 2988. Bei schwerster Verletzung des Partners Cassazione civile, 29.4.2005, Nr. 8976.

<sup>141</sup> Art. 1 Abs. 49 L. 76/2016.

<sup>142</sup> Für die Lebensgemeinschaft nach der L. 76/2016 ist sie vielmehr Voraussetzung für die Begründung (Art. 1 Abs. 36 L. 76/2016). PERFETTI (FN 127), 1758. Vgl. III.C.

<sup>143</sup> Vgl. III.E.2.

<sup>144</sup> Cassazione civile, 12.3.2012, Nr. 3923; Cassazione civile, 25.11.2010, Nr. 23968; Cassazione civile, 10.11.2006, Nr. 24056.

<sup>145</sup> Cassazione civile, 12.3.2012, Nr. 3923; Cassazione civile, 4.2.2009, Nr. 2709.

Scheidungsunterhalt entfällt, wenn der Anspruchsberechtigte ausreichend wirtschaftlichen Beistand vom neuen Lebenspartner erhält.<sup>146</sup> Dabei ruht der Anspruch, solange die Lebensgemeinschaft anhält.<sup>147</sup> Der Anspruch auf Kindesunterhalt (Art. 147 und 316<sup>bis</sup> c.c.) bleibt davon unberührt.<sup>148</sup>

### b. Güterrecht und vertragliche Vereinbarungen

Die Begründung einer Lebensgemeinschaft entfaltet *grundsätzlich keine güterrechtlichen Wirkungen*. Allerdings können die Lebenspartner ihre vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse in einem *Lebensgemeinschaftsvertrag (contratto di convivenza)* regeln.<sup>149</sup>

Dieser neue Nominatvertrag (*contratto tipico*)<sup>150</sup> setzt eine Lebensgemeinschaft im Sinne des Art. 1 Abs. 36 L. 76/2016 voraus.<sup>151</sup> Er muss bei sonstiger Nichtigkeit die Form einer öffentlichen Urkunde oder einer von einem Notar oder einem Rechtsanwalt öffentlich beglaubigten Privaturkunde aufweisen.<sup>152</sup> Darin können die Lebenspartner (i) den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts angeben, (ii) den jeweiligen persönlichen und finanziellen Beitrag zu den Bedürfnissen des gemeinsamen Lebens festlegen, unter Berücksichtigung der Mittel jedes Lebenspartners und dessen Arbeitsfähigkeit im Beruf und in der Haushaltsführung, und (iii) den Güterstand der Gütergemeinschaft (*comunione dei beni*) wählen.<sup>153</sup> Ob es sich dabei um eine

abschliessende Aufzählung handelt, ist strittig. Unklar ist insbesondere, ob die Lebenspartner nur den Güterstand der Gütergemeinschaft wählen können oder aber auch die vertragliche Gütergemeinschaft (*comunione convenzionale*) oder die Errichtung eines Familiengutes (*fondo patrimoniale*).<sup>154</sup> Die Lebenspartner können den gewählten Güterstand jedenfalls jederzeit ändern und sich für die Gütertrennung (*separazione dei beni*) entscheiden.<sup>155</sup> Damit die Vereinbarung und der sich daraus ergebende Güterstand Dritten entgegengehalten werden können (*opponibilità ai terzi*), muss sie in das Melderegister eingetragen sein.<sup>156</sup>

Die Vertragsauflösung erfolgt entweder automatisch im Todesfall eines Lebenspartners, durch Einigung oder einseitigen Rücktritt<sup>157</sup> sowie immer dann, wenn ein Lebenspartner eine Ehe schliesst oder eine eingetragene Partnerschaft begründet.<sup>158</sup> Auch die Beendigung der Lebensgemeinschaft bewirkt die Auflösung des Vertrags. Haben die Lebenspartner die Gütergemeinschaft als Güterstand gewählt, endet diese automatisch mit der Vertragsauflösung.<sup>159</sup>

Die Lebenspartner können die vermögensrechtlichen Aspekte ihres gemeinsamen Lebens daneben auch mittels Nominatverträgen (*contratti tipici*) – wie Schen-

<sup>146</sup> Cassazione civile, 11.8.2011, Nr. 17195; Cassazione civile, 18.11.2013, Nr. 25845.

<sup>147</sup> Cassazione civile, 11.8.2011, Nr. 17195.

<sup>148</sup> Cassazione civile, 24.2.2006, Nr. 4203.

<sup>149</sup> Art. 1 Abs. 50 L. 76/2016. Der Vertrag ist nichtig, wenn einer der Lebenspartner verheiratet, eingetragener Partner oder Lebenspartner eines Dritten ist, bei Minderjährigkeit oder gesetzlicher Entmündigung oder bei Vorliegen einer Straftat i.S. von Art. 88 c.c. (Art. 1 Abs. 57 L. 76/2016). Willensmängel und Unzurechnungsfähigkeit bewirken die Anfechtbarkeit des Vertrags (Art. 1425 ff. und 428 c.c.); vgl. GIUSEPPE BUFFONE, *Il contratto di convivenza*, in: Giuseppe Buffone/Marco Gattuso/Matteo M. Winkler (Hrsg.), *Unione civile e convivenza*, Milano 2017, 497 ff., 510.

<sup>150</sup> GIACOMO OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, *Famiglia e diritto* 2016, 943 ff., 944; DAVIDE ACHILLE, Co. 50, in: Cesare M. Bianca (Hrsg.), *Le unioni civili e le convivenze*, Torino 2017, 623 ff., 624; PERFETTI (FN 127), 1755; BUFFONE, *Il contratto di convivenza* (FN 149), 499.

<sup>151</sup> Liegen die dort vorgeschriebenen Mindestvoraussetzungen nicht vor, ist der Lebensgemeinschaftsvertrag nichtig. Eine Heilung ist ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 57 lit. b L. 76/2016).

<sup>152</sup> Art. 1 Abs. 51 L. 76/2016. Der Notar oder Anwalt hat die Urkunde auf Ordre-public-Konformität und auf Vereinbarkeit mit zwingenden Rechtsnormen zu prüfen. Liegt ein Widerspruch zu zwingend anzuwendendem Recht oder Grundsätzen der Rechtsordnung vor, ist der Vertrag nach Art. 1343 und 1418 c.c. nichtig. Vgl. BUFFONE, *Il contratto di convivenza* (FN 149), 501.

<sup>153</sup> Wählen die Lebenspartner die Gütergemeinschaft, sind die Normen für die eheliche Gütergemeinschaft anzuwenden (Art. 177 ff. c.c.).

<sup>154</sup> Für eine Beschränkung BUFFONE, *Il contratto di convivenza* (FN 149), 506; BIANCA (FN 122), 349. Dagegen OBERTO (FN 150), 955; ENRICO QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, *giustiziacivile.com* 2016, 1 ff., 10.

<sup>155</sup> Art. 1 Abs. 54 L. 76/2016. BUFFONE, *Il contratto di convivenza* (FN 149), 507.

<sup>156</sup> Art. 1 Abs. 52 L. 76/2016. Vgl. kritisch OBERTO (FN 150), 953 f. Diese Bestimmung verwundert insofern, als eine Eintragung ins Melderegister keine bisher gängige Publizitätsform für den Güterstand darstellt. Ehegüterrechtsverträge genauso wie Partnerschaftsgüterverträge werden in das Personenstandsregister (*registro dello stato civile*) eingetragen, indem sie am Rande der Eheurkunde bzw. der Begründungsurkunde der eingetragenen Partnerschaft ange-merkt werden.

<sup>157</sup> Für den einseitigen Rücktritt gelten dieselben Formvorschriften wie für den Abschluss. Steht die gemeinsame Wohnung im Alleineigentum des zurücktretenden Lebenspartners oder kann dieser aus einem anderen Rechtsgrund allein darüber verfügen, hat er dem anderen Lebenspartner eine Frist von mindestens 90 Tagen für das Verlassen der gemeinsamen Wohnung einzuräumen (Art. 1 Abs. 61 L. 76/2016).

<sup>158</sup> Art. 1 Abs. 59 L. 76/2016.

<sup>159</sup> Art. 1 Abs. 60 L. 76/2016. Dann finden die Bestimmungen zur Gütergemeinschaft der Ehegatten Anwendung (Art. 192 ff. c.c.). GIUSEPPE BUFFONE, *Cessazione della convivenza*, in: Giuseppe Buffone/Marco Gattuso/Matteo M. Winkler (Hrsg.), *Unione civile e convivenza*, Milano 2017, 517 ff., 518.

kung, Leihvertrag<sup>160</sup> und Arbeitsvertrag<sup>161</sup> – oder Innominatverträgen (*contratti atipici*)<sup>162</sup> regeln. Man spricht diesbezüglich auch von *Verträgen unter Lebenspartnern* (*contratti tra conviventi*), um sie von den Lebensgemeinschaftsverträgen (*contratti di convivenza*) abzugrenzen.<sup>163</sup> Solche Verträge unter Lebenspartnern können auch von Lebenspartnern in atypischen Lebensgemeinschaften geschlossen werden.<sup>164</sup>

### c. Arbeitsleistungen

Praktisch relevant ist die Frage nach der rechtlichen Qualifikation von Arbeitsleistungen, die ein Lebenspartner im Betrieb des anderen erbracht hat. Die Lebenspartner haben zu diesem Zweck mehrere Möglichkeiten. Insbesondere können sie einen *Gesellschafts-*<sup>165</sup> oder einen *Arbeitsvertrag* schliessen.<sup>166</sup> In der Regel werden die Arbeitsleistungen im Familienumfeld (insbesondere Arbeiten im Haushalt oder in der Landwirtschaft des Lebenspartners) allerdings aus der Solidaritätspflicht unter den Lebenspartnern abgeleitet,<sup>167</sup> für welche die Unentgeltlichkeitsvermutung gilt.<sup>168</sup> Die Beweislast für den Vertragsabschluss obliegt folglich demjenigen Lebenspartner, der daraus Ansprüche ableiten will.<sup>169</sup>

Bei fehlendem Gesellschafts- oder Arbeitsvertrag zwischen den Lebenspartnern hat derjenige, der im Betrieb des anderen mitarbeitet, seit Inkrafttreten der L. 76/2016 nun Ansprüche auf Vergütung der Arbeitsleistung nach Art. 230<sup>ter</sup> c.c.<sup>170</sup> Konkret begründet die *Mitarbeit im sogenannten Familienunternehmen (impresa familiare)* des Lebenspartners das Recht auf Beteiligung am Gewinn und an den damit erworbenen Gütern sowie an den Be-

triebszuwächsen im Verhältnis zu Umfang und Art der geleisteten Arbeit.<sup>171</sup> Indes ist der Lebenspartner im Vergleich zum Ehegatten oder eingetragenen Partner etwas schlechter gestellt.<sup>172</sup>

### d. Erbrecht

Die gesetzliche Anerkennung der Lebensgemeinschaft ändert wenig an der erbrechtlichen Stellung der Lebenspartner zueinander. Sie sind *weder gesetzliche Erben noch Pflichtteilsberechtigte*.<sup>173</sup> Aufgrund des gesetzlichen Verbots sind Erbverträge unter den Lebenspartnern (Art. 458 c.c.)<sup>174</sup> oder Schenkungen auf den Todesfall unzulässig.<sup>175</sup> Unter Wahrung des Pflichtteils ist eine *testamentarische Begünstigung* des Lebenspartners durch Vermächtnis (*legato*) oder Erbeinsetzung (*istituzione di erede*) möglich.<sup>176</sup> Dasselbe gilt für Verträge zugunsten Dritter, wie etwa eine Lebensversicherung zugunsten des hinterbliebenen Lebenspartners (Art. 1920 ff. c.c.).<sup>177</sup> Schliesslich kann auch eine Schenkung zu Lebzeiten den Unterhalt des Lebenspartners nach dem Tod sichern. Allerdings besteht auch für die Schenkung die Gefahr der Rückgabe oder Kürzung zugunsten der Pflichtteilsberechtigten.<sup>178</sup>

<sup>160</sup> Cassazione civile, 8.6.1993, Nr. 6381.

<sup>161</sup> Vgl. sogleich III.D.2.c.

<sup>162</sup> FRANCESCO GAZZONI, Dal concubinato alla famiglia di fatto, Milano 1983, 163 f.; FERRANDO (FN 111), 250; BIANCA (FN 122), 353.

<sup>163</sup> BUFFONE, Il contratto di convivenza (FN 149), 499; DOSI (FN 113), 220 f.; LUCILLA GATT, Co. 50, in: Cesare M. Bianca (Hrsg.), Le unioni civili e le convivenze, Torino 2017, 616 ff., 620.

<sup>164</sup> PERFETTI (FN 127), 1755; TASSINARI (FN 127), 1740.

<sup>165</sup> Infrage kommt insb. eine einfache Gesellschaft (Art. 2251 ff. c.c.) oder eine offene Handelsgesellschaft (Art. 2291 ff. c.c.). Beide können auch stillschweigend geschlossen werden, es sei denn, es werden Immobilien oder dingliche Rechte an solchen in die Gesellschaft eingebracht (Art. 2251 c.c.).

<sup>166</sup> Infrage kommen abhängige Arbeitsverhältnisse wie auch Werkverträge. Es besteht grundsätzlich Formfreiheit, das heisst, konkludentes Verhalten reicht aus (Art. 1325 c.c.).

<sup>167</sup> Cassazione civile, 15.3.2006, Nr. 5632.

<sup>168</sup> Cassazione civile, 12.5.1980, Nr. 3096.

<sup>169</sup> Cassazione civile, 29.5.1991, Nr. 6083; Cassazione civile, 12.5.1980, Nr. 3096.

<sup>170</sup> Ein Arbeitsverhältnis oder eine gesellschaftliche Beteiligung schliessen den Anspruch aus Art. 230<sup>ter</sup> c.c. aus; Cassazione civile, 24.11.2005, Nr. 24700.

<sup>171</sup> Art. 230<sup>ter</sup> c.c. kann wohl auch für atypische Lebensgemeinschaften angewandt werden. Vgl. BIANCA (FN 122), 551 f.; Tribunale Ivrea, 30.9.1981; Tribunale Torino, 24.11.1990. Dagegen LENTI (FN 120), 937; Cassazione civile, 2.5.1994, Nr. 4204.

<sup>172</sup> GIUSEPPE BUFFONE, Regime giuridico della convivenza, in: Giuseppe Buffone/Marco Gattuso/Matteo M. Winkler (Hrsg.), Unione civile e convivenza, Milano 2017, 466 ff., 490; FRANCESCO ROSSI, Co. 46 in: Cesare M. Bianca (Hrsg.), Le unioni civili e le convivenze, Torino 2017, 579 ff. Zum Anspruch des Ehegatten nach Art. 230<sup>bis</sup> c.c. vgl. GREGOR CHRISTANDL, Familienrecht, in: Bernhard Eccher/Francesco A. Schurr/Gregor Christandl (Hrsg.), Handbuch Italienisches Zivilrecht, Wien 2009, 463 ff., 520, N 5/162 ff.

<sup>173</sup> Der Verfassungsgerichtshof hat die Verfassungswidrigkeit von Art. 540 Abs. 2 c.c., der nur dem Ehegatten und nicht dem Lebenspartner ein Wohnrecht an der Familienwohnung zugesteht, ausgeschlossen. Vgl. Corte Costituzionale, 26.5.1989, 310.

<sup>174</sup> PATTI (FN 121), 307. Vgl. zum Verbot des Erbvertrags allg. BERNHARD ECCHER, Erbrecht, in: Bernhard Eccher/Francesco A. Schurr/Gregor Christandl (Hrsg.), Handbuch Italienisches Zivilrecht, Wien 2009, 615 ff., 621, N 6/21.

<sup>175</sup> GIOVANNI BONILINI, Il mantenimento post mortem del coniuge e del convivente more uxorio, Rivista di diritto civile 1993, 239 ff., 244.

<sup>176</sup> BONILINI, Il mantenimento (FN 175), 250 f. Allerdings bleibt das Testament dem jederzeitigen Widerruf unterworfen und bietet dem Lebenspartner somit zu Lebzeiten des Testators keine Sicherheit für die Zeit nach seinem Tod.

<sup>177</sup> BONILINI, Il mantenimento (FN 175), 246.

<sup>178</sup> BONILINI, Il mantenimento (FN 175), 243 ff. Die Schenkung begründet den Anspruch des Schenkenden auf eingeschränkten Unterhalt (Art. 437 c.c.).

Vorgesehen sind hingegen eine Reihe von gesetzlichen Vermächtnissen (*legati ex lege*) im Todesfall.<sup>179</sup> Im Einzelnen hat der hinterbliebene Lebenspartner Anrecht auf Weiternutzung der *gemeinsamen Wohnung*, die im Eigentum des verstorbenen Lebenspartners stand. Das Wohnrecht ist allerdings auf zwei Jahre bzw. auf einen der Dauer der Lebensgemeinschaft entsprechenden Zeitraum (jedoch max. fünf Jahre) beschränkt.<sup>180</sup> Hat der überlebende Lebenspartner minderjährige oder Kinder mit Behinderung, darf er die Wohnung jedenfalls mind. drei Jahre weiter bewohnen.<sup>181</sup> Wurde die Familienwohnung bei Trennung der Lebenspartner dem überlebenden Lebenspartner gemäss Art. 337<sup>sexies</sup> c.c. zugesprochen, geht dieses Recht vor.<sup>182</sup> Um dem hinterbliebenen Lebenspartner zu ermöglichen, über einen längeren Zeitraum in der Wohnung zu bleiben, können die Lebenspartner zu Lebzeiten einen Mietvertrag (mit möglichst geringem Mietzins) oder einen Leihvertrag über die Immobilie abschliessen.<sup>183</sup> War der verstorbene Lebenspartner hingegen Mieter der gemeinsamen Wohnung, kann der überlebende Lebenspartner nach dessen Tod in den Mietvertrag eintreten.<sup>184</sup>

Der Anspruch auf eingeschränkten Unterhalt erlischt hingegen im Fall des Todes des Lebenspartners.<sup>185</sup>

#### e. Gemeinsame Wohnung

Ist der Lebenspartner alleiniger Eigentümer (*proprietary*) oder Entlehner (*comodatario*) der gemeinsamen Wohnung, wird der andere nicht Besitzer, sondern qualifizierter Inhaber (*detentore qualificato*).<sup>186</sup> Er kann nach Beendigung der Lebensgemeinschaft daher nicht fristlos von der Wohnung ausgeschlossen werden, sondern es

muss ihm eine angemessene Frist zur Räumung der Wohnung und zur Suche nach einem geeigneten Ersatz zugestanden werden.<sup>187</sup>

Ist nur ein Lebenspartner Mieter (*locatario*) der gemeinsamen Wohnung, hat der andere ein Eintrittsrecht bei dessen Tod oder bei Rücktritt vom Mietvertrag.<sup>188</sup> Dies gilt bei Familien mit Kindern auch für atypische Lebensgemeinschaften.<sup>189</sup> Der Eintritt erfolgt automatisch und bedarf keiner ausdrücklichen Willenserklärung.<sup>190</sup> Nach Beendigung der Lebensgemeinschaft ist eine Rückforderung der Kosten für die Unterkunft des Lebenspartners ausgeschlossen.<sup>191</sup>

Der Lebenspartner ist gegen Missbräuche in der Familie geschützt (Art. 342<sup>bis</sup> f. c.c.). In solchen Fällen kann das Gericht die Entfernung des Angreifers aus der gemeinsamen Familienwohnung anordnen und ihn zur Leistung einer regelmässigen Unterhaltszahlung verpflichten.<sup>192</sup>

#### f. Eigentumsverhältnisse

Bei fehlender güterrechtlicher Regelung bestimmen sich die Eigentumsverhältnisse unter den Lebenspartnern nach dem Sachenrecht. Der Lebenspartner, der Eigentum an einer Sache beansprucht, hat seine Eigenschaft als Eigentümer nachzuweisen (Art. 948 c.c.). Bei gemeinsamem Eigentum sind die Normen zum Miteigentum anzuwenden (Art. 1100 ff. c.c.).

### E. Auflösung

#### 1. Beendigung

Für die Beendigung der Lebensgemeinschaft ist *keine formelle Auflösung notwendig*.<sup>193</sup> Sie tritt automatisch durch die faktische Beendigung des Zusammenlebens sowie –

<sup>179</sup> FABIO PADOVINI, Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze, Giurisprudenza italiana 2016, 1817 f., 1818.

<sup>180</sup> Art. 1 Abs. 42 L. 76/2016. Die Rechtsnatur dieses Nutzungsrechts ist umstritten. Es handelt sich wohl um einen schuldrechtlichen Anspruch, nicht um ein echtes (dingliches) Wohnrecht. Vgl. LENTI (FN 120), 939; BIANCA (FN 122), 347 f.; BUFFONE, Regime giuridico della convivenza (FN 172), 484.

<sup>181</sup> Art. 1 Abs. 42 L. 76/2016. DE FILIPPIS (FN 107), 261; DOSI (FN 113), 175.

<sup>182</sup> BONILINI, La successione (FN 129), 988; BUFFONE, Regime giuridico della convivenza (FN 172), 483 f.

<sup>183</sup> BONILINI, Il mantenimento (FN 175), 249 f.

<sup>184</sup> Art. 1 Abs. 44 L. 76/2016. Ein solches Eintrittsrecht besteht auch bei Rücktritt des anderen Lebenspartners vom Mietvertrag für die gemeinsame Wohnung. Vgl. sogleich III.D.2.e.

<sup>185</sup> Er kann nur gegen den Lebenspartner persönlich, nicht aber gegen dessen Erben geltend gemacht werden. PADOVINI (FN 179), 1818. Zum eingeschränkten Unterhalt (*alimenti*) vgl. III.E.2.

<sup>186</sup> Zuletzt Cassazione civile, 23.2.2017, Nr. 4685; Cassazione civile, 15.9.2014, Nr. 19423; Cassazione civile, 21.3.2013, Nr. 7214; Cassazione civile, 14.6.2012, Nr. 9786.

<sup>187</sup> Dem qualifizierten Inhaber stehen insbesondere die Besitzschutzklagen (Art. 1168 ff. c.c.) zu; Cassazione civile, 15.9.2014, Nr. 19423; Cassazione civile, 21.3.2013, Nr. 7214; Cassazione civile, 2.1.2014, Nr. 7.

<sup>188</sup> Art. 1 Abs. 44 L. 76/2016. Zum Eintrittsrecht im Todesfall vgl. III.D.2.d.

<sup>189</sup> Art. 6 L. 27. Juli 1978/392 (sog. *legge dell'equo canone*) ist so auszulegen, dass der Lebenspartner bei Tod des anderen Lebenspartners oder bei Beendigung der Lebensgemeinschaft in den Mietvertrag eintreten kann. Vgl. Corte Costituzionale, 7.4.1988, Nr. 404; Cassazione civile, 9.4.2015, Nr. 7098. Allerdings ist die Bestimmung bei kinderlosen Familien nicht anzuwenden. Vgl. Corte Costituzionale, 14.1.2010, Nr. 7.

<sup>190</sup> Cassazione civile, 10.10.1997, Nr. 9868; Cassazione civile, 25.5.1989, Nr. 2524.

<sup>191</sup> Tribunale Napoli, 27.1.2005.

<sup>192</sup> L. 154/2001. Vgl. auch schon Cassazione penale, 29.1.2008, Nr. 20647.

<sup>193</sup> BUFFONE, Cessazione della convivenza (FN 159), 518.



bei typischen Lebensgemeinschaften – durch den Wegfall der in Art. 1 Abs. 36 L. 76/2016 vorgesehenen Voraussetzungen oder den Tod eines Lebenspartners ein.<sup>194</sup>

## 2. Vermögensrechtliche Folgen

Nach Beendigung der Lebensgemeinschaft bestehen unter den Lebenspartnern keine mit dem nahehelichen Unterhalt (*assegno di separazione/divorzio*) vergleichbaren Ansprüche.<sup>195</sup> Allerdings ist ein *eingeschränkter Unterhalt (alimenti)*<sup>196</sup> bei Bedürftigkeit des ehemaligen Lebenspartners geschuldet.<sup>197</sup> Die Dauer der Unterhaltspflicht richtet sich nach jener der Lebensgemeinschaft.<sup>198</sup> Die Höhe des Anspruchs bestimmt sich hingegen nach den Bedürfnissen desjenigen, der ihn verlangt, sowie nach der wirtschaftlichen Lage des Verpflichteten (Art. 438 Abs. 2 c.c.). In der Rangordnung der Verpflichteten steht der Lebenspartner an vorletzter Stelle vor den Geschwistern.<sup>199</sup> Der Anspruch auf Mindestunterhalt kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.<sup>200</sup>

Der Gesetzeswortlaut lässt Lebensgemeinschaftsverträge im Hinblick auf eine künftige Trennung nicht zu.<sup>201</sup> Einzige Möglichkeit bieten folglich *Verträge unter Lebenspartnern*,<sup>202</sup> die nicht eingetragen und Dritten folglich nicht entgegengehalten werden können.<sup>203</sup> Die Lebenspartner können darin vereinbaren, dass der wirtschaftlich stärkere Lebenspartner zum Unterhalt (*mantenimento*) des anderen beiträgt, zum Beispiel durch Übertragung von bestimmten Sachen, durch Zahlung eines

monatlichen Unterhalts oder mittels einer einmaligen Zahlung.<sup>204</sup>

Haben die Lebenspartner die jeweiligen Beiträge zum gemeinsamen Leben *nicht vertraglich geregelt*, könnten sich nach Auflösung der Lebensgemeinschaft Rückforderungsansprüche ergeben.<sup>205</sup> Allerdings sind aus moralischer Verpflichtung und gegenseitiger Solidarität für die Führung des gemeinsamen Lebens und zur Bildung des Familienvermögens erbrachte angemessene (persönliche oder Geld-)Leistungen als Erfüllung von Naturalobligationen zu qualifizieren und können nicht zurückgefordert werden.<sup>206</sup> Alle über das angemessene Mass hinausgehenden Leistungen unterliegen hingegen dem Bereicherungsrecht.<sup>207</sup>

Die Lebenspartner haben nach Beendigung der Lebensgemeinschaft die beweglichen Sachen, die im Eigentum des anderen stehen – wie etwa Einrichtungsgegenstände in der gemeinsam genutzten Wohnung –, zurückzugeben.<sup>208</sup> Von der Rückgabepflicht ausgenommen sind die gebräuchlichen Geschenke (Art. 770 Abs. 2 c.c.). Haben die Lebenspartner hingegen gemeinsam Eigentum (*comunione*) erworben, erfolgt die Teilung nach den Regeln des Miteigentums (Art. 1111 ff. c.c.).

## F. Kindesrecht

### 1. Kindesverhältnis

Die Kindschaft wird in der L. 76/2016 nicht geregelt, weil sich die einschlägigen Bestimmungen im *Codice civile* finden. Sie gelten für alle Eltern, unabhängig von ihrem Beziehungsstatus (Art. 315 ff. c.c.).<sup>209</sup> Eine Abstufung zwischen Kindern, die in der Ehe, und solchen, die aus-

<sup>194</sup> BALESTRA (FN 127), 930.

<sup>195</sup> LENTI (FN 120), 938; CUBEDDU WIEDEMANN/WIEDEMANN (FN 124), 734, N 263. Ein solcher war allerdings in einem ursprünglichen Gesetzesentwurf vorgesehen.

<sup>196</sup> CHRISTANDL (FN 172), 471, N 5/18 ff.

<sup>197</sup> Art. 1 Abs. 65 Satz 3 L. 76/2016; Art. 438 c.c. Voraussetzung ist das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft i.S. des Art. 36 L. 76/2016. Vgl. LENTI (FN 120), 938.

<sup>198</sup> Art. 1 Abs. 65 Satz 2 L. 76/2016. Dies stellt einen Unterschied zum allgemeinen Unterhaltsrecht dar, das i.d.R. bis zum Erlöschen der Notlage zusteht. Vgl. LENTI (FN 120), 938; CHRISTANDL (FN 172), 475, N 5/29.

<sup>199</sup> Art. 1 Abs. 65 Satz 3 L. 76/2016.

<sup>200</sup> PATTI (FN 121), 307; LENTI (FN 120), 938. Contra TASSINARI (FN 127), 1744.

<sup>201</sup> Nach Art. 1 Abs. 50 L. 76/2016 können die Lebenspartner mit dem Lebensgemeinschaftsvertrag ihre vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse «für das gemeinsame Leben» regeln. Dagegen allerdings BIANCA (FN 122), 350.

<sup>202</sup> TASSINARI (FN 127), 1742; BUFFONE, *Il contratto di convivenza* (FN 149), 508.

<sup>203</sup> LENTI (FN 120), 932. Vgl. zu den Innominatverträgen zwischen Lebenspartnern LUIGI BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, *Giustizia civile* 2014, 133 ff., 146 ff.

<sup>204</sup> OBERTO (FN 150), 957.

<sup>205</sup> Zur ungerechtfertigten Bereicherung (*arricchimento senza giusta causa*; Art. 2041 f. c.c.) vgl. GREGOR CHRISTANDL, *Schuldrecht*, in: Bernhard Eccher/Francesco A. Schurr/Gregor Christandl (Hrsg.), *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien 2009, 330 ff., 397, N 3/626 ff.

<sup>206</sup> Art. 2034 c.c. CUBEDDU WIEDEMANN/WIEDEMANN (FN 124), 735 N 264; DOSI (FN 113), 209. Vgl. u.a. Cassazione civile, 20.1.1989, Nr. 285; Cassazione civile, 22.1.2014, Nr. 1277; Cassazione civile, 25.1.2016, Nr. 1266.

<sup>207</sup> Cassazione civile, 30.11.2011, Nr. 25554; Cassazione civile, 22.1.2014, Nr. 1277. Vgl. auch CUBEDDU WIEDEMANN/WIEDEMANN (FN 124), 734 N 263.

<sup>208</sup> Wurde dem anderen Lebenspartner die Familienwohnung zugewiesen, sind solche Sachen, die für das Leben der Kinder absolut notwendig sind, ausgenommen. Vgl. Cassazione civile, 23.2.2017, Nr. 4685.

<sup>209</sup> Vgl. MASSIMO DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio*. Art. 250–290, in: Piero Schlesinger/Francesco D. Busnelli (Hrsg.), *Il codice civile commentario*, Milano 2015, 69; PATTI (FN 121), 302.

serhalb der Ehe geboren wurden, gibt es seit den Familienrechtsreformen 1975 und zuletzt 2012/2013 nicht mehr (Art. 315 c.c.). Dies gilt für das Verhältnis der Kinder zu ihren Eltern und zu deren Familien (Art. 258 Abs. 1 c.c.). Allerdings unterscheiden sich in und ausserhalb der Ehe geborene Kinder insofern, als die Elternschaft bei verheirateten Eltern automatisch eintritt, während die Herstellung des Kindesverhältnisses mit nichtehelichen Eltern durch *Anerkennung oder gerichtliche Feststellung der Mutter- oder Vaterschaft* erfolgt. Eine Vaterschaftsvermutung des Lebenspartners der Mutter entsprechend jener des Ehegatten wurde in der Lehre angedacht, vom Gesetzgeber indes nicht umgesetzt.<sup>210</sup>

## 2. Namensrecht

Das Namensrecht des ausserhalb der Ehe geborenen Kindes ist davon abhängig, ob die Eltern die Anerkennung zeitgleich oder getrennt voneinander vornehmen (Art. 262 c.c.).<sup>211</sup> Bei getrennter Anerkennung erhält das Kind den Familiennamen jenes Elternteils, der es zuerst anerkannt hat. Bei gleichzeitiger Anerkennung erhält es den Familiennamen des Vaters<sup>212</sup> oder – wenn sich die Eltern darauf einigen – jenen der Mutter.<sup>213</sup> Hat die Mutter das Kind vor dem Vater anerkannt und wird die Vaterschaft sodann anerkannt oder gerichtlich festgestellt, kann das volljährige Kind selbst entscheiden, ob es den Familiennamen des Vaters annehmen will. Der Familienname des Vaters kann jenem der Mutter vorangestellt oder nachgestellt werden oder diesen ersetzen (Art. 262 Abs. 2 c.c.). Ist das Kind noch minderjährig, entscheidet das Gericht über die Zuweisung des Familiennamens (Art. 262 Abs. 4 c.c.).<sup>214</sup>

Adoptivkinder erwerben den Familiennamen des Vaters.<sup>215</sup> Im Fall der sogenannten Adoption in besonderen Fällen erhält das Adoptivkind den Familiennamen des Adoptierenden, der seinem eigenen Namen vorangestellt wird, diesen allerdings nicht ersetzt (Art. 299 c.c.).

## 3. Elterliche Sorge

Mit der Anerkennung erwirbt jeder Elternteil das Recht, die sogenannte *elterliche Verantwortung (responsabilità genitoriale)* auszuüben. Haben beide Elternteile das Kind

anerkannt, steht ihnen die Ausübung der elterlichen Verantwortung gemeinsam zu (Art. 316 Abs. 4 c.c.). Leben die Eltern nicht in einer Lebensgemeinschaft miteinander oder wird diese aufgelöst, gilt die gemeinsame *Anvertrauung (affidamento)* als Regelfall (Art. 337<sup>bis</sup> ff. c.c.). Entspricht die gemeinsame Anvertrauung den Interessen des Kindes nicht, kann es einem Elternteil vorrangig anvertraut werden (Art. 337<sup>ter</sup> f. c.c.). Dies ändert allerdings nichts an der grundsätzlich gemeinsamen Ausübung der elterlichen Verantwortung.<sup>216</sup>

Zwischen dem Lebenspartner und den Kindern des anderen Lebenspartners entsteht hingegen kein Rechtsverhältnis.<sup>217</sup> Trennen sich die Lebenspartner und hat das leibliche Kind des einen eine sehr enge Beziehung zum anderen Partner, kann diesem der Umgang mit dem Kind nicht verweigert werden, sofern dies im Interesse des Kindes liegt.<sup>218</sup>

## 4. Kindesunterhalt

Leben die Eltern nicht zusammen, trägt *jeder Elternteil* zum Unterhalt (*mantenimento*) der Kinder im Verhältnis zu seinem Einkommen direkt, das heisst durch Übernahme der Kosten für die Pflege, Erziehung und Ausbildung, bei (Art. 337<sup>ter</sup> Abs. 4 c.c.). Den Eltern steht es frei, anderslautende *Unterhaltsvereinbarungen* zu treffen.<sup>219</sup> Das *Gericht* schreibt – sofern erforderlich – die Leistung eines wiederkehrenden Unterhaltsbeitrages vor. Bei der Bestimmung der Höhe dieses Beitrages spielen neben den Bedürfnissen des Kindes dessen Lebensstandard während des Zusammenlebens mit beiden Elternteile sowie die wirtschaftlichen Mittel der Eltern und der wirtschaftliche Wert der Leistungen für Haushalt und Pflege, welche die einzelnen Elternteile erbringen, eine Rolle.<sup>220</sup> Das heisst jener Elternteil, der berufliche Einschränkungen zur Sicherstellung der Bedürfnisse des Kindes auf sich nimmt, hat zwar keinen direkten Anspruch auf eigenen Unterhalt,

<sup>210</sup> PATTI (FN 121), 308.

<sup>211</sup> Zum Kindesnamensrecht in Italien vgl. CHRISTANDL (FN 172), 567, N 5/292.

<sup>212</sup> Art. 262 Abs. 1 c.c.; Corte Costituzionale, 27.4.2007, Nr. 145.

<sup>213</sup> Corte Costituzionale, 21.12.2016, Nr. 286.

<sup>214</sup> CHRISTANDL (FN 172), 567, N 5/292.

<sup>215</sup> Art. 27 L. 184/1983 vom 4. Mai 1983. Dies gilt allerdings nur für Volladoptionen (*adozione piena*), die für unverheiratete Paare nicht zugänglich sind.

<sup>216</sup> Für wichtige Entscheidungen in der Erziehung und Ausbildung sowie betreffend die Gesundheit und in der Festlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes ist folglich eine Willensübereinkunft beider Eltern notwendig (Art. 337<sup>ter</sup> Abs. 3 c.c.). Lediglich für kleine Alltagsentscheidungen kann das Gericht einem Elternteil die alleinige Entscheidungsbefugnis zusprechen.

<sup>217</sup> Allerdings kommen dem «sozialen» Elternteil dennoch einige Rechte zu, wie bspw. Genugtuungsansprüche beim Tod des Kindes durch unerlaubte Handlungen Dritter. Vgl. Cassazione civile, 21.4.2016, Nr. 8037.

<sup>218</sup> Tribunale Palermo, 13.4.2015.

<sup>219</sup> Hierfür können sie entsprechende Klauseln in den Lebensgemeinschaftsvertrag einfügen; ALESSANDRA ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione, Famiglia e diritto* 2016, 958 ff., 965.

<sup>220</sup> Art. 337<sup>ter</sup> Abs. 4 c.c.

allerdings wirkt sich dieser Umstand auf die Höhe des Kindesunterhalts aus.<sup>221</sup>

## 5. Familienwohnung

Leben die Eltern nicht mehr zusammen, muss die Nutzung der Familienwohnung vorrangig unter Berücksichtigung des Kindeswohls zugewiesen werden.<sup>222</sup> Das Gericht kann dieses *persönliche Nutzungsrecht (diritto personale di godimento)*<sup>223</sup> demjenigen Elternteil zusprechen, der mit den minderjährigen oder wirtschaftlich unselbstständigen volljährigen Kindern zusammenwohnt.<sup>224</sup>

## 6. Adoption

Die Volladoption (*adozione piena*) eines fremden Kindes durch Lebenspartner ist ausgeschlossen, weil sie eine bestehende Ehe voraussetzt.<sup>225</sup> Für sie bleibt folglich nur die Adoption des Kindes des anderen Lebenspartners (Stiefkindadoption) nach Art. 44 L. 184/1983 vom 4. Mai 1983 (sog. Adoption in besonderen Fällen; *adozione in casi particolari*).<sup>226</sup> Die Gleichgeschlechtlichkeit der Lebenspartner stellt kein Hindernis dar.<sup>227</sup> Das Kind wird sodann zum Adoptivkind und ist dem Adoptierenden gegenüber erbberechtigt.<sup>228</sup> Allerdings entsteht zwischen dem Adoptierten und der Familie des Adoptierenden keine rechtliche Bindung.<sup>229</sup>

<sup>221</sup> NICOLA COSPITE, Art. 337ter c.c. in: Giorgio Cian/Alberto Trabucchi (Hrsg.), Commentario breve al codice civile, Padova 2014, XIV/17.

<sup>222</sup> Art. 337<sup>sexies</sup> c.c. Zur Familienwohnung vgl. CHRISTANDL (FN 172), 534 f., N 5/203–5/205.

<sup>223</sup> Cassazione civile, 9.9.2016, Nr. 17843; Cassazione civile, 22.11.1993, Nr. 11508; Cassazione civile, 18.8.1997, Nr. 7680.

<sup>224</sup> Der Verfassungsgerichtshof dehnte die Anwendung dieses Grundsatzes schon länger auch auf nicht verheiratete Eltern aus; Corte Costituzionale, 13.5.1998, Nr. 166; Cassazione civile, 26.5.2004, Nr. 10102.

<sup>225</sup> Art. 6 ff. L. 184/1983.

<sup>226</sup> LENTI (FN 120), 1712. Vgl. zur Adoption in besonderen Fällen allgemein CHRISTANDL (FN 172), 600, N 5/404.

<sup>227</sup> Vgl. u.a. Cassazione civile, 22.6.2016, Nr. 12962; Tribunale minorenni Bologna, 6.6.2017; Corte appello Milano, 9.2.2017; Tribunale minorenni Roma, 30.12.2015; Tribunale minorenni Roma, 30.7.2014, Nr. 299.

<sup>228</sup> Art. 55 L. 184/1983 i.V.m. Art. 304 Abs. 2, Art. 468, Art. 536 Abs. 2 und Art. 567 Abs. 2 c.c. Umgekehrt ergeben sich allerdings keine erbrechtlichen Ansprüche des Adoptierenden gegenüber dem Adoptierten (Art. 304 c.c.). Vgl. auch CHRISTANDL (FN 172), 604, N 5/421.

<sup>229</sup> Art. 55 L. 184/1983 i.V.m. Art. 300 c.c.

## 7. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (*procreazione medicalmente assistita*) ist auch für nicht verheiratete Paare unterschiedlichen Geschlechts mit unerfülltem Kinderwunsch möglich.<sup>230</sup> Allerdings sind sowohl die Fremdinsmination (*fecondazione eterologa*) als auch die Leihmutterchaft (*maternità surrogata*) verboten.<sup>231</sup>

## IV. Rechtsvergleichende Betrachtungen und Fazit

In beiden untersuchten Rechtsordnungen lässt sich eine *Tendenz zur Stärkung der Rechte und Pflichten von Lebenspartnern* feststellen. Dabei sticht der wichtige Beitrag der Rechtsprechung ins Auge. Zwar hat sich Italien im Jahr 2016 dazu entschlossen, die Lebensgemeinschaft in einem Gesetz zu regeln, dieses geht allerdings bis auf wenige Ausnahmen kaum über die normative Verankerung der bereits anerkannten Rechte hinaus. Daneben bleiben in Italien – wie in der Schweiz – zahlreiche gesetzlich oder richterlich anerkannte Sonderregelungen auch für die sogenannten atypischen Lebensgemeinschaften, die nicht unter die L. 76/2016 fallen, weiterhin bestehen. Insgesamt gibt es bis heute *weder in der Schweiz noch in Italien* – obwohl da ein Gesetz vorliegt – *eine organische und einheitliche Regelung der Lebensgemeinschaften*.

Im Vergleich dürfte vereinfacht sicherlich festgestellt werden, dass *sich die Lebensgemeinschaft und deren Regelung in beiden Rechtsordnungen in manchen Punkten kaum voneinander unterscheiden*. Eine verpflichtende Registrierung der Lebensgemeinschaft durch die Eintragung des gemeinsamen Wohnsitzes in das Melderegister besteht weder in Italien noch in der Schweiz. Der bedeutendste Unterschied liegt wohl in der *Einführung des italienischen Lebensgemeinschaftsvertrags*, mit dem güterrechtliche Vereinbarungen getroffen und – falls eingetragen – Dritten entgegenhalten werden können. Im Gegenzug haben die Lebenspartner in der Schweiz die Möglichkeit, ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse (auch stillschweigend) mittels einer *einfachen Gesellschaft* zu regeln. Ob dies auch in Italien möglich wäre, bleibt zweifelhaft. Nach Auflösung der Lebensgemeinschaft besteht in beiden Ländern *kein Anspruch auf nach-*

<sup>230</sup> Art. 5 L. 40/2004.

<sup>231</sup> Art. 4 und 12 L. 40/2004. Seit 2014 (Corte costituzionale, 10.6.2014, Nr. 162) ist die künstliche Befruchtung mit fremden Ei- oder Samenzellen auch für Paare unterschiedlichen Geschlechts, die an absoluter und irreversibler Sterilität oder Infertilität leiden, zulässig.

*partnerschaftlichen Unterhalt*. Der eingeschränkte Unterhalt nach italienischem Recht ändert daran wenig, weil er nur in Ausnahmefällen greift und der Lebenspartner in der Rangordnung der Verpflichteten weit abfällt. In Italien und in der Schweiz besteht *kein gesetzliches Erbrecht* des Lebensgefährten.

Zusammenfassend darf als Ergebnis sicher festgehalten werden, dass die Lebensgemeinschaft in beiden Ländern *rechtlich nur in Einzelfragen geregelt* ist und folglich bloss einen *Mindestschutzstandard* zu bieten vermag. Weil sich die Lebenspartner in Ausübung ihrer negativen Ehefreiheit gegen eine formalisierte Beziehung mit vorgegebenen rechtlichen Folgen entschieden haben, ist eine analoge Anwendung des Eherechts jedenfalls ausgeschlossen. In der Tat können Paare die anerkannten Rechtsinstitute der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft eingehen, um dadurch ihre Beziehung zu ordnen. Tun sie das nicht, steht es in ihrer eigenen Verantwortung, privatautonome Regelungen zu treffen; sie haben mithin selbst zu entscheiden, ob und inwieweit sie sich gegenseitig verpflichten wollen. Anders als die Ehe und die eingetragene Partnerschaft kann die Lebensgemeinschaft deshalb *unterschiedlichste Ausprägungen* aufweisen.

Allerdings bleibt zu bedenken, dass sich die Lebenspartner in der Praxis *häufig nicht bewusst bzw. gewollt gegen eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft entscheiden*. So kann es etwa vorkommen, dass der (wirtschaftlich) stärkere Lebenspartner allein die Entscheidung gegen eine formalisierte Beziehung trifft, wogegen sich der schwächere nicht durchsetzen kann. In solchen Fällen wäre vor allem bei stabilen Lebensgemeinschaften ein Ausnützen zum Beispiel des haushaltsführenden Lebenspartners, der auf eigene Einkünfte verzichtet, zu verhindern. In solchen Fällen würde ein echter nachgemeinschaftlicher Unterhalt *de lege ferenda* einen Ausgleich bieten. Ebenso liesse sich ein (eingeschränktes) gesetzliches Erbrecht des Lebensgefährten<sup>232</sup> allenfalls und zumindest bei einer dauerhaften Lebensgemeinschaft andenken.

Die soeben angestellten Überlegungen gelten freilich nur so lange, als es einzig um die Beziehung der Lebenspartner untereinander geht. Sobald auch *Kinder vorhanden* sind, ist diesbezüglich die *Rechtslage nicht verheirateter Eltern derjenigen verheirateter Eltern jedenfalls teilweise angenähert*. Das trifft etwa zu auf das Erbrecht der Verwandten, den Kindesunterhalt und die elterliche Sorge. Abweichungen von der ehelichen Kinderschaft bestehen demgegenüber in beiden Ländern insbe-

sondere bezüglich der Herstellung des Kindesverhältnisses und des Kindesnamensrechts sowie in der Schweiz auch im mangelnden Schutz der Familienwohnung. Können die Lebenspartner keine eigenen Kinder bekommen, haben sie – im Gegensatz zu Ehegatten – mit Ausnahme der Stiefkindadoption keinen Zugang zur Adoption. Ebenso sind die Möglichkeiten der medizinisch unterstützten Fortpflanzung beschränkt.

<sup>232</sup> Vgl. diesbezüglich etwa für Österreich das ausserordentliche Erbrecht des Lebensgefährten gemäss § 748 ABGB.