



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis  
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

---

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis  
an der Universität Bern

## **Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare**

Überblick – Vermögensrecht und weitere für das  
Notariat relevante Aspekte – Öffentlich-rechtliche  
Aspekte

Weiterbildungstagung des Verbandes  
bernischer Notare und des Instituts für  
Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der  
Universität Bern vom 9. März 2006

Beiträge von  
Prof. Dr. Andrea Büchler / lic. iur. Margot Michel  
Dr. Markus Roth  
Prof. Dr. Stephan Wolf / lic. iur. Isabelle Steiner



Stämpfli Verlag AG Bern · 2006



Stämpfli Verlag AG Bern · 2006

# Das Vermögensrecht und die weiteren für das Notariat relevanten Aspekte des Partnerschaftsgesetzes

Stephan Wolf\* / Isabelle Steiner\*\*

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>59</b>
<b>II.</b>	<b>Ordentlicher Güterstand der Gütertrennung für eingetragene Partnerinnen und Partner?.....</b>	<b>60</b>
1.	Überblick über die Regelung des Güterrechts im ZGB .....	60
2.	Die Regelung im PartG .....	60
	a) Anlehnung an den eherechtlichen Güterstand der Gütertrennung .....	60
	b) Vertragliche Regelung des partnerschaftlichen Vermögensrechts i.e.S.....	62
	c) Gründe für die Bevorzugung der Gütertrennung .....	62
<b>III.</b>	<b>Die vermögensrechtlichen Bestimmungen des PartG.....</b>	<b>62</b>
1.	Vermögen (Art. 18 PartG) .....	62
	a) Wortlaut und Zweck der Bestimmung .....	62
	b) Anknüpfungspunkt für den Güterstand der Gütertrennung.....	63
2.	Beweis (Art. 19 PartG) .....	63
	a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung .....	63
	b) Anwendungsbereich .....	64
	c) Beweislast und Folgen der Beweislosigkeit .....	64
3.	Inventar (Art. 20 PartG).....	65
	a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung .....	65
	b) Zweck des Inventars.....	65
	c) Richtigkeitsvermutung .....	66

\* Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern, Direktor des Zivilistischen Seminars sowie des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis.

\*\* lic. iur., Fürsprecherin, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

4.	d)	Errichtung des Inventars .....	67
		Verwaltungsauftrag (Art. 21 PartG).....	67
	a)	Wortlaut und Auslegung der Bestimmung .....	67
	b)	Zustandekommen und Rechtsnatur des Verwaltungsauftrags.....	68
	c)	Umfang der Verwaltung.....	68
	d)	Entschädigung .....	68
	e)	Partnerschaftsrechtliche Besonderheiten am Ende der Verwaltung? .....	69
	f)	Liquidation der gegenseitigen Ansprüche aus dem Auftragsverhältnis .....	70
5.		Beschränkung der Verfügungsbefugnis (Art. 22 PartG).....	70
	a)	Wortlaut und Auslegung der Bestimmung .....	70
	b)	Unterschiede zwischen Art. 22 PartG und Art. 178 ZGB .....	71
	c)	Zweck der Bestimmung .....	72
	d)	Zuständigkeit und Verfahren.....	72
6.		Schulden zwischen Partnerinnen oder Partnern (Art. 23 PartG).....	73
	a)	Wortlaut und Auslegung der Bestimmung .....	73
	b)	Unterschiede zwischen Art. 23 PartG und Art. 250 Abs. 2 ZGB .....	74
	c)	Verjährungsstillstand (nArt. 134 Ziff. 3 <sup>bis</sup> OR).....	76
7.		Zuweisung von Miteigentum (Art. 24 PartG).....	76
	a)	Wortlaut und Auslegung der Bestimmung .....	76
	b)	Massgebender Zeitpunkt für die Aufhebung von Miteigentum .....	76
8.		Vermögensvertrag (Art. 25 PartG) .....	78
	a)	Wortlaut und Auslegung der Bestimmung .....	78
	b)	Abgrenzung: anderweitige vermögensrechtliche Vereinbarungen.....	79
	c)	Voraussetzungen zum Abschluss eines Vermögensvertrages.....	80
	d)	Gegenstand des Vermögensvertrages.....	82
	e)	Zeitliche Wirkungen des Vermögensvertrages .....	88
	f)	Zur Frage der Geltung des Vermögensvertrages unabhängig vom Auflösungsgrund.....	90
	g)	Die Verweisung auf Art. 185 und Art. 193 ZGB .....	92
<b>IV.</b>		<b>Weitere für das Notariat relevante Bestimmungen des PartG ....</b>	<b>93</b>
1.		Gemeinsame Wohnung (Art. 14 und Art. 32 PartG) .....	93
	a)	Schutz der gemeinsamen Wohnung .....	93
	b)	Zuteilung der gemeinsamen Wohnung .....	94
2.		Erbrecht.....	95

a)	Anpassungen des ZGB (Art. 462, 470 Abs. 1, 471 Ziff. 3, 612a Abs. 4 ZGB) .....	95
b)	Erbrechtliche Folgen der gerichtlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 31 PartG).....	96
<b>V.</b>	<b>Hinweis: Ausstandspflicht des Notars.....</b>	<b>97</b>
<b>Anhang:</b>	<b>Beispiel eines Vermögensvertrages .....</b>	<b>99</b>

## Literaturverzeichnis

- BRÄM VERENA/HASENBÖHLER FRANZ, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, II. Band: Das Familienrecht, Teilband II 1c: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen (Art. 159-180 ZGB), Zürich 1998 (zit. ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, Art. xy ZGB, Rn. xy)
- GREMPER PHILIPP, Vermögensrechtliche Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft, FamPra.ch 2004, S. 475 ff.
- GRÜTTER MYRIAM/SUMMERMATTER DANIEL, Das Partnerschaftsgesetz, FamPra.ch 2004, S. 449 ff.
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungstitel des ZGB, Bern 2003
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften (Art. 181-195a ZGB), Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196-220 ZGB), Bern 1992 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. xy ZGB, Rn. xy)
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 1. Abteilung, 3. Teilband, 2. Unterteilband: Die Gütergemeinschaft (Art. 221-246 ZGB), Die Gütertrennung (Art. 247-251 ZGB), Bern 1996 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. xy ZGB, Rn. xy)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. xy ZGB, Rn. xy)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006 (zit. Handkomm-BEARBEITER, Art. xy ZGB, Rn. xy)
- Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981 mit alljährlichen Nachführungen (zit. Musterurkunde VbN mit Nr.)
- PICHONNAZ PASCAL, Le partenariat enregistré: sa nature et ses effets, ZSR 123 (2004), I. Hb., S. 389 ff.
- RUF PETER, Beurkundung von Vertragsverbindungen, in: RUF PETER/PFÄFFLI ROLAND (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003

SCHMID JÜRIG, Ehegüterrecht und grundbuchrechtliche Aspekte, ZBGR 83 (2002), S. 321 ff.

STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, Berne 2006

WOLF STEPHAN, Ehe, Konkubinat und registrierte Partnerschaft gemäss dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz – Allgemeiner Vergleich und Ordnung des Vermögensrechts, recht 2002, S. 157 ff.

## Materialien

Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BB1 2003, S. 1288 ff. (zit. Botschaft)

Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung vom Juni 2003 (zit. VE ZPO)

## I. Einleitung

Gegenstand des vorliegenden Beitrages bilden die vermögensrechtlichen Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft. Dabei ist vorerst auf die grundsätzliche Frage einzugehen, ob die eingetragenen Partnerinnen und Partner überhaupt einem Güterstand nach dem Vorbild des Eherechts unterstehen<sup>1</sup>. Alsdann werden die einzelnen Bestimmungen des partnerschaftlichen Vermögensrechts dargestellt; es handelt sich um die im 2. Abschnitt des 3. Kapitels über die Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft unter dem Titel „Vermögensrecht“ stehenden Artikel 18 bis 25 PartG<sup>2</sup>. Weiter werden mit der gemeinsamen Wohnung (Art. 14 und Art. 32 PartG) sowie dem Erbrecht (Art. 31 PartG und Anpassungen des ZGB) weitere im Zusammenhang mit dem Vermögensrecht stehende und für das Notariat relevante Bereiche des Partnerschaftsgesetzes beleuchtet<sup>3</sup>. Der Beitrag wird abgeschlossen durch ein Beispiel eines Vermögensvertrages<sup>4</sup>.

Die Gliederung des Beitrages orientiert sich an der Gesetzssystematik. Dieser folgend, werden die oben erwähnten Bestimmungen anhand des Gesetzeswortlauts, der Materialien und der bereits in der Literatur geäußerten Meinungen erläutert und der entsprechenden eherechtlichen Regelung<sup>5</sup> gegenübergestellt. Dabei wird zu zeigen sein, dass im Bereich des Vermögensrechts zahlreiche offene Fragen bestehen, die nach einer Klärung durch die Rechtsprechung rufen. Die vorliegende, im Wesentlichen auf einen ersten Überblick beschränkte Darstellung vermag diesen Unsicherheiten nur insofern Rechnung zu tragen, als sie dem Gesetzesanwender mit Blick auf die Auslegung des PartG Denkanstöße mit auf den Weg gibt. Die dabei aufgezeigten Lösungen bringen die persönliche Auffassung der Autoren zum Ausdruck.

---

<sup>1</sup> II. sogleich.

<sup>2</sup> III. hienach.

<sup>3</sup> IV. hienach.

<sup>4</sup> Anhang zum Aufsatz.

<sup>5</sup> Trotz der formal sichtbar gemachten Abgrenzung der eingetragenen Partnerschaft vom Institut der Ehe durch die Ordnung in einem eigenständigen Gesetz war das Eherecht Ausgangspunkt für die gesetzgeberischen Arbeiten, indem es aufzeigte, für welche Fragen überhaupt ein Regelungsbedarf besteht (Botschaft, S. 1311).

## II. Ordentlicher Güterstand der Gütertrennung für eingetragene Partnerinnen und Partner?

### 1. Überblick über die Regelung des Güterrechts im ZGB

Derjenige Ausschnitt aus dem ehelichen Vermögensrecht, der sich im Wesentlichen mit der eigentümlichmässigen Zuordnung des ehelichen Vermögens, mit dessen Nutzung, Verwaltung und Verfügung, mit seiner Bedeutung für die Haftung der Ehegatten und mit der Frage nach der Aufteilung des Vermögens anlässlich der Auflösung des Güterstandes – also mit dem Vermögensrecht i.e.S. – befasst, ist im ZGB unter dem Titel „Das Güterrecht der Ehegatten“<sup>6</sup> geregelt.

Das eheliche Güterrecht umfasst zunächst *allgemeine Vorschriften* (Art. 181-195a ZGB), die unabhängig von dem für die Ehegatten massgebenden Güterstand zur Anwendung gelangen. Daran anschliessend folgt die Regelung der den Ehegatten vom Gesetz abschliessend zur Verfügung gestellten Güterstände der *Errungenschaftsbeteiligung* (Art. 196-220 ZGB), der *Gütergemeinschaft* (Art. 221-246 ZGB) und der *Gütertrennung* (Art. 247-251 ZGB). Sofern die Ehegatten nicht durch Ehevertrag einen anderen Güterstand gewählt haben oder die Gütertrennung als ausserordentlicher Güterstand eingetreten ist, unterstehen sie gemäss Art. 181 ZGB kraft gesetzlicher Regelung den Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung. Die Errungenschaftsbeteiligung gilt deshalb als ordentlicher, subsidiärer Güterstand.

### 2. Die Regelung im PartG

#### a) Anlehnung an den eherechtlichen Güterstand der Gütertrennung

Die vermögensrechtlichen Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft i.e.S. stehen unter dem Titel „Vermögensrecht“<sup>7</sup>. Mit dem Verzicht auf die Verwendung des Begriffs „Güterrecht“ – der sich durch das ganze PartG hindurchzieht – wendet sich der Gesetzgeber terminologisch von den entsprechenden Bestimmungen des Eherechts ab. In der Lehre ist deshalb die Frage aufgeworfen worden, ob eingetragene Partnerschaften überhaupt einem eigentlichen Güterstand unterstehen<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> So die Überschrift des Sechsten Titels des ZGB, vor Art. 181 ZGB.

<sup>7</sup> So die Überschrift des 3. Kapitels, 2. Abschnitt, vor Art. 18 PartG.

<sup>8</sup> GRÜTTER/SUMMERMATTER, S. 457.

Wie noch zu zeigen sein wird<sup>9</sup>, lehnt sich das Vermögensrecht des PartG trotz der eigenständigen Begriffsbestimmung materiell weitgehend an die Regelung der eherechtlichen Gütertrennung (Art. 247-251 ZGB) an. Die Botschaft stellt denn auch klar, dass für die Konzeption des Vermögensrechts der eingetragenen Partnerschaft die Gütertrennung zum Vorbild genommen wurde<sup>10</sup>. Auch wenn das PartG nirgends auf die Bestimmungen über die eherechtliche Gütertrennung verweist, kann deshalb im Ergebnis nicht ernstlich bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber die eingetragenen Partner<sup>11</sup> dem Güterstand der Gütertrennung unterstellen wollte<sup>12</sup>. Vergegenwärtigt man sich, dass dieser Güterstandstypus in der Literatur treffend als „Nichtgüterstand“ bezeichnet wird<sup>13</sup>, entbehrt der vom PartG verfolgte terminologische Neuweg denn auch nicht seines Sinns. Im Widerspruch dazu steht freilich die in der Botschaft sinnngemäss zum Ausdruck gebrachte Auffassung, dass dort, wo die materielle Rechtslage von Ehe- und Partnerschaftsrecht inhaltlich übereinstimmt, mit Blick auf eine einheitliche Rechtsprechung und die innere Kohärenz der Rechtsordnung übereinstimmende Formulierungen angebracht sind<sup>14</sup>.

Im Ergebnis spricht sowohl in der Sache als auch vor dem Hintergrund der Gesetzesmaterialien nichts dagegen, für die gesetzliche Ordnung des partnerschaftlichen Vermögensrechts auf den eherechtlichen Begriff der *Gütertrennung* zurückzugreifen und diesen als *ordentlichen, subsidiären Güterstand der eingetragenen Partnerinnen und Partner* zu bezeichnen. In Anbetracht der ausdrücklichen Verweisung auf die Bestimmungen der Errungenschaftsbeteiligung in Art. 25 Abs. 1 PartG lässt sich dagegen insb. nicht einwenden, der Gesetzgeber habe die terminologische Abgrenzung vom ehelichen Güterrecht bewusst gewählt, um die eingetragene Partnerschaft vom Institut der Ehe abzugrenzen.

<sup>9</sup> III. hienach.

<sup>10</sup> Botschaft, S. 1311.

<sup>11</sup> Im vorliegenden Aufsatz wird bisweilen von „Partnerinnen und Partnern“ gesprochen, manchmal aber auch nur die männliche oder die weibliche Form verwendet. Gemeint sind aber unabhängig von der gewählten Formulierung jeweils immer sowohl weibliche als auch männliche Paare.

<sup>12</sup> So ausdrücklich die Botschaft, S. 1317. Die bisher zum PartG geäusserten Lehrmeinungen formulieren demgegenüber vorsichtiger, indem sie die eingetragenen Partner „materiell“ als dem Güterstand der Gütertrennung unterworfen erklären; vgl. nur GREMPER, S. 483.

<sup>13</sup> BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Vorb. zu Art. 247 ff. ZGB, Rn. 12: „Die Gütertrennung ist an sich ein Nichtgüterstand bzw. die Verneinung eines Güterstandes, weil die Eheschliessung sowohl während der Dauer des «Güterstandes» wie auch bei dessen Auflösung grundsätzlich keinen Einfluss auf das Vermögen der Ehegatten hat.“

<sup>14</sup> Vgl. Botschaft, S. 1308.

## b) Vertragliche Regelung des partnerschaftlichen Vermögensrechts i.e.S.

Der Hinweis auf die Subsidiarität der Gütertrennung deutet bereits an, dass den Partnern auch die *Vereinbarung eines anderen Güterstandes* offen stehen muss. Diese Möglichkeit, auf die noch zurückzukommen sein wird<sup>15</sup>, ist in Art. 25 PartG unter der Marginalie „Vermögensvertrag“ vorgesehen<sup>16</sup>.

## c) Gründe für die Bevorzugung der Gütertrennung

Im Gegensatz zum Eherecht geht das PartG also nicht vom ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB) aus, sondern unterstellt die eingetragenen Partner mangels anders lautender Abrede von Gesetzes wegen einer der eherechtlichen Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB) entsprechenden Vermögensordnung. Begründet wird diese Ungleichbehandlung von Ehegatten und gleichgeschlechtlichen Partnern mit dem Argument, die beiden Partnerinnen und Partner würden mangels gemeinsamer Kinder durch die Gemeinschaft in ihrer Erwerbsfähigkeit nicht oder nur unbedeutend eingeschränkt. Eine allfällige Reduktion oder Aufgabe der Erwerbstätigkeit eines Partners beruhe deshalb auf einem freien Entscheid oder liege nicht in der eingetragenen Partnerschaft begründet<sup>17</sup>. Der bei Auflösung der Errungenschaftsbeteiligung zum Tragen kommende „komplizierte Ausgleichsmechanismus“<sup>18</sup> wurde deshalb als nicht sachgerecht empfunden und stattdessen dem Güterstand der Gütertrennung der Vorzug gegeben. Dieser verwirklicht den Wunsch des Gesetzgebers, „eine möglichst einfache und transparente Regelung zu schaffen“<sup>19</sup>, offenbar am besten<sup>20</sup>.

## III. Die vermögensrechtlichen Bestimmungen des PartG

### 1. Vermögen (Art. 18 PartG)

#### a) Wortlaut und Zweck der Bestimmung

Art. 18 PartG sieht vor, dass jede Partnerin und jeder Partner über das eigene Vermögen verfügt und mit diesem auch für eigene Schulden haftet.

<sup>15</sup> III.8. unten.

<sup>16</sup> Siehe dazu unten III.8.

<sup>17</sup> Botschaft, S. 1311.

<sup>18</sup> Botschaft, S. 1317.

<sup>19</sup> Botschaft, S. 1316.

<sup>20</sup> Kritisch zu dieser Ungleichbehandlung von Ehe und registrierter Partnerschaft im Vermögensrecht insb. WOLF, S. 164 ff. Dazu eingehend auch GREMPER, S. 482 ff.

Damit soll gemäss der Botschaft klargestellt werden, dass die eingetragene Partnerschaft während ihrer Dauer und auch bei ihrer Auflösung *grundsätzlich keine Auswirkungen auf das Vermögen der Partner* hat<sup>21</sup>. Dieser Grundsatz gilt freilich nicht absolut. Er wird insb. durch die in Anlehnung an die Art. 166 und 174 ZGB redigierte Bestimmung über die Vertretung der Gemeinschaft (Art. 15 PartG), durch die für den Fall der gerichtlichen Auflösung vorgesehene Teilung der während der eingetragenen Partnerschaft erworbenen Austrittsleistungen in der beruflichen Vorsorge (Art. 33 PartG) und durch die Möglichkeit des Abschlusses eines Vermögensvertrages (Art. 25 PartG)<sup>22</sup> durchbrochen.

#### b) Anknüpfungspunkt für den Güterstand der Gütertrennung

Vergegenwärtigt man sich, dass die eherechtliche Gütertrennung keinen Einfluss auf die an einem Vermögenswert bestehenden Eigentumsverhältnisse und die diesbezügliche Verwaltungs-, Nutzungs- und Verfügungsbefugnis hat und weder die Haftung der Ehegatten berührt noch einen vermögensrechtlichen Ausgleichsanspruch bei Auflösung des Güterstandes begründet, wird deutlich, dass Art. 18 PartG den Anknüpfungspunkt für die Unterstellung der eingetragenen Partnerinnen und Partner unter den Güterstand der Gütertrennung bildet. Art. 18 PartG ist denn auch angelehnt an die entsprechenden eherechtlichen Bestimmungen zur Gütertrennung, also an Art. 247 und 249 ZGB<sup>23</sup>.

## 2. Beweis (Art. 19 PartG)

#### a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung

Wer behauptet, ein bestimmter Vermögenswert sei Eigentum einer Partnerin oder eines Partners, ist dafür beweispflichtig (Art. 19 Abs. 1 PartG). Wenn dieser Beweis nicht erbracht werden kann, wird Miteigentum der Partnerinnen oder Partner angenommen (Art. 19 Abs. 2 PartG).

Für die Auslegung von Art. 19 PartG kann auf Rechtsprechung und Lehre zu Art. 248 ZGB sowie Art. 200 Abs. 1 und 2 ZGB zurückgegriffen werden, denn diese Normen stimmen materiell mit Art. 19 PartG überein.

<sup>21</sup> Botschaft, S. 1340.

<sup>22</sup> Dazu schon II.2.b) oben und III.8. unten.

<sup>23</sup> Gleich lauten freilich auch die entsprechenden Bestimmungen zur Errungenschaftsbeteiligung (vgl. Art. 201 Abs. 1 und Art. 202 ZGB).

## b) Anwendungsbereich

Art. 19 PartG ist im Verhältnis zwischen den Partnerinnen und im Verhältnis der Partnerinnen zu Dritten gleichermaßen anwendbar<sup>24</sup>.

Auf Schulden findet Art. 19 PartG demgegenüber keine Anwendung. Der Gläubiger hat entweder das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 15 PartG über die Vertretung der Gemeinschaft zu beweisen<sup>25</sup>, was zur solidarischen Haftbarkeit beider Partner führt, oder den Nachweis zu erbringen, welcher der beiden Partner sein Schuldner ist. Misslingt ihm dieser Nachweis, ist seine Forderung nicht durchsetzbar<sup>26</sup>.

## c) Beweislast und Folgen der Beweislosigkeit

Abs. 1 von Art. 19 PartG regelt die Beweislast für den Fall, dass umstritten ist, welchem Partner das Eigentum an einer Sache zusteht bzw. welche Partnerin Inhaberin einer Forderung ist. Die Verteilung der Beweislast entspricht dem allgemeinen beweisrechtlichen Grundsatz von Art. 8 ZGB.

Da der fragliche Beweis nicht immer erbracht werden kann<sup>27</sup>, klärt Abs. 2 zusätzlich die Folgen der Beweislosigkeit: Bei Sachen wird Miteigentum beider Partner gemäss den Bestimmungen von Art. 646 ff. ZGB angenommen<sup>28</sup>. Lässt sich nicht beweisen, welchem Partner eine Forderung zusteht, ist danach zu unterscheiden, worauf die Forderung gerichtet ist. Geht diese auf eine unteilbare Leistung, kann jeder Partner selbständig Erfüllung fordern, während bei Forderungen auf eine teilbare Leistung eine Berechtigung zu gleichen Bruchteilen anzunehmen ist<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Botschaft, S. 1340.

<sup>25</sup> Vgl. Handkomm-SCHMID, Art. 166 ZGB, Rn. 14.

<sup>26</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 200 ZGB, Rn. 25 ff., m.w.H.

<sup>27</sup> Die sachenrechtlichen Vermutungen des Rechts aufgrund des Besitzes (Art. 930 f. ZGB) bzw. aufgrund des Grundbucheintrags sprechen unter Umständen zugunsten beider Partnerinnen, ohne dass bezüglich einer von ihnen die Vermutungsbasis durch den Gegenbeweis zerstört oder die Vermutungsfolge durch den Beweis des Gegenteils beseitigt werden könnte. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass Mitbesitz der Partner nur die Vermutung von Miteigentum begründet; vgl. Handkomm-STEINER, Art. 930 ZGB, Rn. 6.

<sup>28</sup> Eine Art. 201 Abs. 2 ZGB entsprechende Norm, wonach mangels anders lautender Vereinbarung kein Ehegatte ohne die Zustimmung des anderen über seinen Miteigentumsanteil verfügen darf, kennt das PartG nicht. Der in der Literatur diesbezüglich erhobene Kritik (vgl. GRÜTTER/SUMMERMATTER, S. 458) ist entgegenzuhalten, dass sich das Fehlen dieses Gemeinschaftselements vor dem Hintergrund der Anlehnung des partnerschaftlichen Vermögensrechts an die eherechtliche Gütertrennung als folgerichtig erweist.

<sup>29</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 200 ZGB, Rn. 36.

## 3. Inventar (Art. 20 PartG)

### a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung

Gemäss Art. 20 PartG kann jeder Partner jederzeit verlangen, dass der andere bei der Aufnahme eines Inventars der eigenen Vermögenswerte mit öffentlicher Urkunde mitwirkt. Ist das Inventar innerhalb eines Jahres nach Einbringen der Vermögenswerte errichtet worden, wird es als richtig vermutet.

Die Bestimmung konkretisiert die in Art. 12 PartG geregelte Pflicht zu Bestand und Rücksichtnahme und ist Art. 195a ZGB nachgebildet. Die diesbezügliche Rechtsprechung und Lehre ist daher für ihre Auslegung richtungsweisend.

### b) Zweck des Inventars

Notariatsrechtlich stellt das Inventar gemäss Art. 20 PartG die *Beurkundung einer Wissenserklärung der Parteien* dar<sup>30</sup>. Das Inventar soll für den Fall der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft durch Tod, Verschollenerklärung oder Urteil (vgl. Art. 9 ff. und Art. 29 ff. PartG) die *vermögensrechtliche Ausscheidung erleichtern*<sup>31 32</sup>. Es dient „der Beweissicherung, d.h. der Feststellung, welcher der beiden Personen ein bestimmter Vermögenswert gehört“<sup>33</sup>. Angesichts der Möglichkeit, die Teilung des Vermögens gemäss den Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB) zu vereinbaren<sup>34</sup>, erfasst das Inventar – und die damit allenfalls verbundene Richtigkeitsvermutung – freilich darüber hinaus ggf. auch die Massenzugehörigkeit der jeweiligen Vermögensgegenstände. Allfällige im Inventar enthaltene Wertangaben nehmen demgegenüber von vornherein nicht an der Richtigkeitsvermutung teil<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Vgl. für das güterrechtliche Inventar nach Art. 195a ZGB Musterurkunde VbN Nr. 41, S. 3, Fn. 1.

<sup>31</sup> Vgl. Botschaft, S. 1340.

<sup>32</sup> Die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft durch Tod und Verschollenerklärung wird im Gesetz nicht geregelt. Mit Blick auf den Tod erübrigt sich gemäss Botschaft, S. 1345, eine Regelung, da dies selbstverständlich sei. Demgegenüber wurde an die Möglichkeit der Auflösung der Partnerschaft durch Verschollenerklärung offenbar nicht gedacht. Art. 38 Abs. 3 ZGB ist daher auf den Fall eines für verschollen erklärten eingetragenen Partners analog anzuwenden. Siehe dazu auch ZVW 73 (2005), S. 351 f.

<sup>33</sup> Botschaft, S. 1341.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 25 PartG und dazu eingehend unten III.8.

<sup>35</sup> BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 195a ZGB, Rn. 29.



### c) Richtigkeitsvermutung

Die Richtigkeitsvermutung kommt dem Inventar nur betreffend derjenigen Vermögensobjekte zu, die spätestens ein Jahr nach ihrem Einbringen inventarisiert worden sind. Hinsichtlich des Zeitpunktes der Einbringung ist zu unterscheiden: Massgebend für die den Partnerinnen bei Begründung der Partnerschaft gehörenden Vermögenswerte ist der Zeitpunkt der Eintragung der eingetragenen Partnerschaft, für danach erworbene Vermögenswerte<sup>36</sup> der Zeitpunkt ihres Erwerbs.

Ist die Jahresfrist im Hinblick auf einen bestimmten Vermögengegenstand eingehalten, begründet die Inventarisierung eine unter den Ehegatten und gegenüber Dritten wirkende Vermutung der Richtigkeit der entsprechenden öffentlich beurkundeten Erklärung. Diese Richtigkeitsvermutung ergänzt Art. 9 ZGB, da sich dessen Wirkungen nur auf den Erklärungsvorgang als solchen und dessen Zeitpunkt beziehen, während Art. 20 PartG darüber hinaus die Vermutung der Richtigkeit des Erklärungsinhalts erfasst und insofern zu einer Umkehr der Beweislast führt. Die Richtigkeitsvermutung kann durch den Gegenbeweis bezüglich des nicht rechtzeitigen Einbringens und durch den Nachweis von gegen das Vermutungsergebnis selbst gerichteten Tatsachen umgestossen werden<sup>37</sup>. Diesfalls verliert das Inventar bzw. der betreffende Teil des Inventars freilich nicht jeden Beweiswert<sup>38</sup>.

Davon zu unterscheiden ist die tatsächliche Vermutung betreffend die Vollständigkeit des Inventars, welche freilich nur unter der Voraussetzung eingreifen kann, dass die Umstände der Inventarisierung eine solche Vermutung rechtfertigen<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Diejenigen Güter miteingeschlossen, welche im Rahmen einer u.U. bereits während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft vollzogenen güterrechtlichen Auseinandersetzung zwischen den beiden Partnern eine Veränderung in der Eigentumszuständigkeit erfahren. Vgl. dazu unten III.8.e)bb).

<sup>37</sup> Der Notar hat denn auch nicht die Richtigkeit der abgegebenen Erklärungen zu überprüfen, sondern beurkundet nach erfolgter Rechtsbelehrung lediglich die Erklärung als solche. Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 195a ZGB, Rn. 16. Notariatsrechtlich handelt es sich um die Beurkundung einer Wissenserklärung der Parteien; siehe schon III.3.b) oben mit Fn. 30.

<sup>38</sup> Zum Ganzen BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 195a ZGB, Rn. 20 ff., m.w.H.

<sup>39</sup> Vgl. dazu BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 195a ZGB, Rn. 6, m.w.H. Die diesbezügliche Kritik von GRÜTTER/SUMMERMATTER, Fn. 47, ist unbegründet. Diese Autoren gehen irrtümlich davon aus, die Vermutung betreffend die Vollständigkeit des Inventars sei Teil der gesetzlichen Vermutung von Art. 195a ZGB. Zum Unterschied zwischen gesetzlichen und tatsächlichen Vermutungen s. HAUSHEER/JAUN, Art. 8 ff. ZGB, Rn. 64 ff.

### d) Errichtung des Inventars

Besteht unter den Partnern hinsichtlich des Inhalts des Inventars – also über die darin aufzunehmenden Vermögenswerte und die jeweilige Person des Berechtigten sowie ggf. über die Massenzugehörigkeit – Übereinstimmung, können sie selbständig eine nach kantonalem Recht zuständige Urkundsperson ihrer Wahl mit dessen Errichtung rogieren. Verweigert eine Partnerin die Mitwirkung, besteht Uneinigkeit betreffend die Berechtigung an bestimmten Vermögenswerten und ggf. deren Massenzugehörigkeit oder vermögen sich die Partner nicht auf eine Urkundsperson zu einigen, eröffnet Art. 20 PartG jedem Partner die Möglichkeit, einseitig den Richter anzurufen<sup>40</sup>.

Von der blossen Uneinigkeit der Parteien über die Urkundsperson abgesehen ist in der Lehre umstritten, ob der Richter die Inventarisierung – allenfalls nach erfolgter Aufforderung zur Auskunft und Vorlage von Urkunden gemäss Art. 16 Abs. 2 PartG – durch ein entsprechendes Urteilsdispositiv selbst vorzunehmen hat oder damit auch einen Notar betrauen kann<sup>41</sup>. Nach u.E. zutreffender Auffassung muss es dem pflichtgemässen Ermessen des Richters überlassen bleiben, die ihm im konkreten Einzelfall angemessen erscheinende Vorgehensweise zu bestimmen.

## 4. Verwaltungsauftrag (Art. 21 PartG)

### a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung

Überlässt eine Person ihrer Partnerin oder ihrem Partner die Verwaltung ihres Vermögens, gelten gemäss Art. 21 PartG die Bestimmungen über den Auftrag, sofern nichts anderes vereinbart worden ist.

Art. 21 PartG stimmt im Wesentlichen mit Art. 195 Abs. 1 ZGB über die Verwaltung des Vermögens eines Ehegatten durch den anderen überein. Auch für die Anwendung dieser Bestimmung des Partnerschaftsgesetzes ist damit die eherechtliche Vorbildnorm bzw. die diesbezügliche Praxis und Lehre Richtschnur. Eine Art. 195 Abs. 2 ZGB entsprechende Bestimmung fehlt hingegen<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach Art. 15a lit. a GestG.

<sup>41</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 195a ZGB, Rn. 9; GRÜTTER/SUMMERMATTER, S. 458 (insb. Fn. 46).

<sup>42</sup> Art. 195 Abs. 2 ZGB behält die Bestimmungen über die Tilgung von Schulden zwischen Ehegatten vor.

**b) Zustandekommen und Rechtsnatur des Verwaltungsauftrags**

Im Gegensatz zu Art. 21 PartG hält Art. 195 ZGB ausdrücklich fest, die Überlassung des Vermögens könne ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Es ist – entsprechend den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts zum Abschluss von Verträgen (Art. 1 Abs. 2 OR) – nicht zweifelhaft, dass das auch für das Zustandekommen des Verwaltungsauftrages gemäss Art. 21 PartG gelten muss.

Das Gesetz geht von der Vermutung aus, dass die Vermögensverwaltung im Rahmen eines einfachen Auftrages nach den Bestimmungen von Art. 394 ff. OR erfolge. Den Partnerinnen steht es aber frei, ein anderes Vertragsverhältnis zu wählen oder das Auftragsrecht unter Vorbehalt zwingender Normen abzuändern<sup>43</sup>.

**c) Umfang der Verwaltung**

Auch wenn der Gesetzeswortlaut in allen drei Amtssprachen sinngemäss nur vom Vermögen der Partnerinnen und Partner insgesamt spricht, kann ein Partner dem anderen auch lediglich einen Teil seines Vermögens zur Verwaltung überlassen<sup>44</sup>. Fehlen konkrete anderweitige Hinweise, dürfte allerdings eine tatsächliche Vermutung dafür sprechen, dass der Verwaltungsauftrag sämtliches Vermögen des betreffenden Partners oder der betreffenden Partnerin erfasst<sup>45</sup>.

**d) Entschädigung**

Laut der Botschaft ist der Verwaltungsauftrag mangels anders lautender Vereinbarung unentgeltlich<sup>46</sup>. Demgegenüber sieht Art. 394 Abs. 3 OR vor, dass eine Vergütung dann zu leisten ist, wenn sie „verabredet oder üblich“ ist. Nach der hier vertretenen Auffassung<sup>47</sup> gebieten die wohlverstandenen Interessen der Parteien, dass bei mit erheblichem Aufwand verbundenen Verwaltungsaufgaben von der Vermutung der Entgeltlichkeit ausgegangen

<sup>43</sup> Botschaft, S. 1341.

<sup>44</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 195 ZGB, Rn. 10.

<sup>45</sup> Zu Recht wird demgegenüber eine entsprechende gesetzliche Tatsachenvermutung mit der Folge der Beweislastumkehr verneint (vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 195a ZGB, Rn. 10 und 23).

<sup>46</sup> Botschaft, S. 1341.

<sup>47</sup> Vgl. auch die Kritik von GRÜTTER/SUMMERMATTER, S. 459.

wird. Das muss umso mehr gelten, wenn für die Verwaltung spezifisches professionelles Wissen eingesetzt wird<sup>48</sup>.

Eine solche Auslegung von Art. 21 PartG wird nicht nur den Interessen der Beteiligten besser gerecht, sondern steht auch in Einklang mit Art. 394 Abs. 3 OR und trägt damit zur Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung bei. Im Übrigen steht ihr die erwähnte, in den Materialien zum Ausdruck kommende Wertentscheidung nicht entgegen: Das Bundesgericht hat wiederholt erkannt, dass die Vorarbeiten, namentlich die Botschaft, für die Auslegung des Gesetzes weder verbindlich noch unmittelbar entscheidend sind<sup>49 50</sup>.

**e) Partnerschaftsrechtliche Besonderheiten am Ende der Verwaltung?**

Art. 21 PartG verzichtet im Gegensatz zur eherechtlichen Parallelnorm (Art. 195 ZGB) auf den Vorbehalt von Art. 23 PartG über die Schulden zwischen Partnerinnen und Partnern. Den Materialien lässt sich diesbezüglich keinerlei Hinweis entnehmen, so dass nicht ersichtlich ist, ob eine entsprechende Regelung bewusst weggelassen wurde.

Angesichts des weiten Wortlauts von Art. 23 PartG, der sämtliche zwischen den Partnern bestehenden Schuldpflichten unabhängig von ihrem Entstehungsgrund erfasst<sup>51</sup>, spielt die Abweichung vom Eherecht indessen im Ergebnis keine Rolle. Vielmehr darf davon ausgegangen werden, dass bei gegebenen Voraussetzungen auch eine Stundung hinsichtlich der Ablieferungs-, Rückgabe- und Entschädigungsansprüche aus dem Verwaltungsauftrag durchsetzbar ist.

<sup>48</sup> Zu denken ist etwa an die Verwaltung von Liegenschaften durch einen ausgebildeten Liegenschaftsverwalter oder an die Anlage eines Wertschriftenportfolios durch einen Anlageberater.

<sup>49</sup> Illustrativ BGE 112 II 1 ff., E. 4, u.a. die folgende Passage: „[...] insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitwirkten, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen. Dies gilt selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind. Als verbindlich für den Richter können nur die Normen selber gelten, die von der gesetzgebenden Behörde in der hierfür vorgesehenen Form erlassen worden sind.“ Siehe zum Ganzen auch HAUSHEER/JAUN, Art. 1 ZGB, Rn. 144 ff.

<sup>50</sup> Die Frage der Entschädigung bleibt auch im Anwendungsbereich von Art. 195 ZGB teilweise ungeklärt; vgl. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 195 ZGB, Rn. 29.

<sup>51</sup> Zu Art. 23 PartG über die Schulden zwischen Partnerinnen und Partnern vgl. unten III.6., insb. III.6.b)aa) zum Anwendungsbereich der Bestimmung.

#### f) Liquidation der gegenseitigen Ansprüche aus dem Auftragsverhältnis

Die gegenseitigen Ansprüche der eingetragenen Partnerinnen und Partner aus dem Auftrag – oder einem anderen Vertragsverhältnis, das die Vermögensverwaltung zum Gegenstand hat – können gestützt auf Art. 7 Abs. 2 GestG vor dem für die güterrechtliche Auseinandersetzung örtlich zuständigen Gericht liquidiert werden. Da sowohl die aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung als auch die aus dem Auftragsverhältnis fliessenden Ansprüche in der eingetragenen Partnerschaft begründet sind, kann kein Zweifel am Bestehen eines sachlichen Zusammenhanges im Sinne dieser Bestimmung bestehen.

Im Übrigen beurteilen sich die Voraussetzungen einer (objektiven) Klagenhäufung bis zum Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung<sup>52</sup> nach den Bestimmungen der jeweiligen kantonalen Verfahrensordnung<sup>53</sup>.

### 5. Beschränkung der Verfügungsbefugnis (Art. 22 PartG)

#### a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung

„Soweit es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen oder die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der eingetragenen Partnerschaft erfordert, kann das Gericht auf Antrag die Verfügung einer Partnerin oder eines Partners über bestimmte Vermögenswerte von der Zustimmung der oder des andern abhängig machen und sichernde Massnahmen treffen.“

Betrifft diese Massnahme ein Grundstück, so lässt das Gericht sie im Grundbuch anmerken.“

Die Bestimmung entspricht Art. 178 ZGB und ist der diesbezüglichen Praxis und Lehre entsprechend auszulegen<sup>54</sup>. Die drei sogleich aufzuzeigenden Abweichungen im Gesetzeswortlaut vermögen daran nichts zu ändern.

<sup>52</sup> Vgl. dazu Art. 81 VE ZPO und mit Blick auf den Gerichtsstand Art. 13 Abs. 2 VE ZPO.

<sup>53</sup> Vgl. für den Kanton Bern Art. 159 ZPO. Siehe zu dieser Frage auch GRÜTTER/SUMMERMATTER, S. 459.

<sup>54</sup> Botschaft, S. 1341.

#### b) Unterschiede zwischen Art. 22 PartG und Art. 178 ZGB

##### aa) Antragsrecht

Nach dem deutschen Wortlaut von Art. 22 PartG ist das Recht, eine Verfügungsbeschränkung zu verlangen, nicht auf die Partnerinnen und Partner beschränkt. Der französische und italienische Gesetzeswortlaut schliessen Dritte demgegenüber vom Antragsrecht aus. Vor dem Hintergrund des für die Auslegung bedeutsamen Grundsatzes der Gleichwertigkeit der drei Amtssprachen ist im Falle von Divergenzen zu prüfen, welche Fassung des Gesetzes den Willen des Gesetzgebers am zutreffendsten zum Ausdruck bringt<sup>55</sup>. Sinn und Zweck der Bestimmung, die in der Botschaft gewählte Formulierung sowie die Anlehnung an die deutsche Fassung von Art. 178 ZGB gebieten klarerweise die einschränkende Auslegung des deutschen Gesetzestextes auf das alleinige Antragsrecht der Partnerinnen und Partner.

##### bb) Treffen geeigneter Massnahmen

Über die Geltung der im deutschen und im italienischen Gesetzestext, nicht aber in der französischen Fassung, vergessen gegangenen Verpflichtung des Gerichts, „geeignete“ – und nicht bloss beliebige – Massnahmen zu treffen, kann ebenfalls kein Zweifel bestehen.

##### cc) Sicherungsmassnahmen bei Grundstücken

Art. 178 Abs. 3 ZGB bestimmt, die Verfügungsbeschränkung über ein Grundstück werde von Amtes wegen im Grundbuch angemerkt. Die Mitteilung dieser Verfügungsbeschränkung an den Grundbuchverwalter bewirkt gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung eine bundesrechtliche Grundbuch- bzw. Kanzleisperre. Mit der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gestützt auf Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB wird das von Art. 178 Abs. 3 ZGB verfolgte Ziel demgegenüber nicht erreicht, zumal eine solche Vormerkung lediglich der Sicherung von auf das Grundstück bezogenen schuldrechtlichen Ansprüchen dient<sup>56</sup>.

Die Gesetzesredaktion von Art. 22 Abs. 2 PartG ist missverständlich. Sie schafft einen fehlerhaften Bezug zu den in Abs. 1 am Ende erwähnten sichernden Massnahmen und erweckt damit den Eindruck, mit der Verweisung auf „diese Massnahme“ sei eine Sicherungsmassnahme gemeint. Dieses Gesetzesverständnis würde die Frage aufwerfen, welchen Katalog möglicher Sicherungsmassnahmen der Gesetzgeber mit Blick auf Grundstücke im Auge gehabt haben könnte. Richtigerweise ist Art. 22 Abs. 2 PartG

<sup>55</sup> Vgl. HAUSHEER/JAUN, Art. 1 ZGB, Rn. 23 ff.

<sup>56</sup> Vgl. zum Ganzen SCHMID, S. 324 f.; OGer Luzern in LGVE 1993 I N. 5.

aber wie folgt zu lesen: „Betrifft die Verfügungsbeschränkung ein Grundstück, so lässt das Gericht sie im Grundbuch anmerken“. Auch im Anwendungsbereich des PartG kommt als sichernde Massnahme für die Beschränkung der Verfügungsbefugnis über Grundstücke mit anderen Worten nur die Anmerkung einer Grundbuchsperrung im Sinne von Art. 80 Abs. 6 GBV in Betracht<sup>57</sup>. Die Grundbuchverordnung ist entsprechend um einen Art. 80 Abs. 6 lit. a<sup>bis</sup> zu ergänzen.

### c) Zweck der Bestimmung

Durch das Verbot, ohne Einverständnis des anderen Partners über bestimmte Vermögenswerte zu verfügen, soll Art. 22 PartG verhindern, dass eine Partnerin oder ein Partner durch den Abschluss von Rechtsgeschäften bzw. durch deren Vollzug die Grundlagen der Gemeinschaft, insb. die Erfüllung der Unterhaltspflicht, gefährdet<sup>58</sup>. In eine ähnliche Richtung zielen auch Art. 14 PartG über den Schutz der gemeinsamen Wohnung<sup>59</sup> und Art. 15 Abs. 4 PartG betreffend den Entzug der Vertretungsbefugnis.

Ob das Zustimmungserfordernis bereits das dem verbotenen Verfügungsgeschäft vorangehende Verpflichtungsgeschäft erfasst, beispielsweise den Abschluss eines Grundstückkaufvertrages, ist in der Lehre umstritten<sup>60</sup>. Indem der Gesetzgeber auf die Doktrin und Praxis zu Art. 178 ZGB verweist<sup>61</sup>, steht die Klärung dieser – in der Praxis freilich nur beim Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft überhaupt relevanten<sup>62</sup> – Frage nach wie vor aus.

### d) Zuständigkeit und Verfahren

Die Beschränkung der Verfügungsbefugnis gemäss Art. 22 PartG ist eine der im PartG vorgesehenen Massnahmen des Partnerschaftsschutzes (vgl. auch

<sup>57</sup> So offenbar auch die Botschaft, S. 1341.

<sup>58</sup> Missverständlich ist in diesem Zusammenhang die Botschaft, S. 1341: „*Sofern nicht Miteigentum besteht*, hindert beispielsweise nichts eine Partnerin oder einen Partner daran, über Wohngegenstände zu verfügen [...]“ (Hervorhebung hinzugefügt). Gemäss Art. 646 Abs. 3 ZGB hat bekanntlich jeder Miteigentümer für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers, weshalb er über diesen Anteil frei verfügen kann. Aus diesem Grund statuiert Art. 201 Abs. 2 ZGB für Ehegatten unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung denn auch eine güterrechtliche Einschränkung dieses sachenrechtlichen Prinzips. Eine entsprechende Bestimmung kennt das PartG demgegenüber nicht (vgl. vorne Fn. 28).

<sup>59</sup> Siehe dazu unten IV.1.a).

<sup>60</sup> Siehe dazu BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 178 ZGB, Rn. 11 f.

<sup>61</sup> Botschaft, S. 1341.

<sup>62</sup> Siehe dazu ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 178 ZGB, Rn. 10A.

Art. 13 Abs. 2 und 3, Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 4, Art. 17 Abs. 2 und Art. 25 Abs. 4 PartG i.V.m. Art. 185 ZGB)<sup>63</sup>.

Gestützt auf nArt. 15a lit. a GestG ist für Massnahmen des Partnerschaftsschutzes das Gericht am Wohnsitz eines Partners zwingend zuständig. Die örtliche Zuständigkeit für Massnahmen zum Schutz der partnerschaftlichen Gemeinschaft entspricht damit derjenigen für Eheschutzmassnahmen (vgl. Art. 15 Abs. 1 lit. a GestG).

Die Regelung der sachlichen Zuständigkeit und des Verfahrens ist den Kantonen überlassen<sup>64</sup>. Nachdem sich die Massnahmen zum Schutz der partnerschaftlichen Gemeinschaft materiell nicht von denjenigen der ehelichen Gemeinschaft unterscheiden, sind auch die sachliche Zuständigkeit und das Verfahren entsprechend auszugestalten. Massnahmen des Partnerschaftsschutzes gehören deshalb in ein summarisches Verfahren mit Beweismittel- und Beweisstrengebeschränkung. Dabei ist insb. nicht das bundesrechtliche Regelbeweismass einzuhalten, sondern es genügt blosses Glaubhaftmachen der anspruchsbegründenden Tatsachen<sup>65</sup>.

## 6. Schulden zwischen Partnerinnen oder Partnern (Art. 23 PartG)

### a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung

Bereitet einem Partner die Bezahlung seiner Schulden gegenüber dem anderen ernstliche Schwierigkeiten, kann er gemäss Art. 23 PartG verlangen, dass ihm *Fristen* eingeräumt werden, sofern dies dem anderen Partner zumutbar ist.

<sup>63</sup> Das PartG verzichtet auf ein besonderes Kapitel über den Partnerschaftsschutz und statuiert stattdessen einzelne gerichtliche Massnahmen an geeignet erscheinender Stelle. Nach der Intention des Gesetzgebers – der das ursprüngliche Konzept des Eheschutzes implizit als gescheitert erklärt – soll der Partnerschaftsschutz im Gegensatz zum Eheschutz zudem nicht in erster Linie der Rettung einer gefährdeten Partnerschaft, sondern dem Persönlichkeitsschutz der Partner dienen. In der Botschaft klingt denn auch eine Präferenz zugunsten der Verwendung der Formulierung „Massnahmen zum Schutz einer Partnerin oder eines Partners“ gegenüber derjenigen des „Partnerschaftsschutzes“ an. Die letztgenannte Begriffsbestimmung verdient dennoch den Vorzug. Sie ist nicht nur prägnanter, sondern bringt auch besser zum Ausdruck, dass sich das PartG trotz dieser mit Blick auf die Zwecksetzung beabsichtigten Akzentverschiebung an den Eheschutzmassnahmen des ZGB orientiert und der Gesetzgeber dementsprechend auch keine davon abweichende Auslegung anstrebt. Siehe zum Ganzen Botschaft, S. 1315 f.

<sup>64</sup> Botschaft, S. 1341.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 127 III 474 E. 2b.bb.

Zwischen Art. 23 PartG und seiner Vorbildnorm im Eherecht, Art. 250 Abs. 2 ZGB<sup>66</sup>, bestehen zumindest vom Wortlaut der Bestimmung her drei Unterschiede<sup>67</sup>. Es kann deshalb nicht unbesehen auf die zu den eherechtlichen Bestimmungen ergangene Rechtsprechung und Lehre zurückgegriffen werden.

## b) Unterschiede zwischen Art. 23 PartG und Art. 250 Abs. 2 ZGB

### aa) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich von Art. 23 PartG ist in sämtlichen drei Gesetzestexten auf die Bezahlung von Schulden beschränkt. Demgegenüber erfassen die verwandten familienrechtlichen Bestimmungen auch die „Erstattung geschuldeter Sachen.“ Der Botschaft kann entnommen werden, dass der verkürzte Wortlaut von Art. 23 PartG für die Auslegung ohne Bedeutung zu bleiben hat, wird doch als Voraussetzung für die Anwendung dieser Norm die Schwierigkeit sowohl bei der Bezahlung einer Geldschuld als auch bei der „Erstattung einer geschuldeten Sache“ erwähnt<sup>68</sup>.

Damit besteht aber auch kein Anlass, den Anwendungsbereich von Art. 23 PartG nicht vollumfänglich im Sinne der Lehre zu den genannten Vorbildbestimmungen im Familienrecht zu fassen. Er ist deshalb auf sämtliche Forderungen mit einem sachlichen Leistungsinhalt, nicht aber auf die auf eine persönliche Leistung gerichteten Schulden, auszudehnen<sup>69</sup>.

### bb) Keine Gefährdung der Partnerschaft erforderlich

Im Unterschied zum Eherecht ist im Anwendungsbereich von Art. 23 PartG gemäss den Fassungen aller drei Landessprachen nicht erforderlich, dass die Erfüllung der Schuldpflicht bzw. die Rückerstattung von Sachen zu einer Gefährdung der Partnerschaft führt. Auch der Botschaft ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass am Tatbestandsmerkmal der Gefährdung der Gemeinschaft festgehalten werden soll. Die Einräumung von Zahlungsfristen an einen eingetragenen Partner ist damit bereits dann möglich, wenn ihm die sofortige Erfüllung der Schuld ernstliche Schwierigkeiten bereiten würde. Ob

<sup>66</sup> Bzw. Art. 203 Abs. 2 sowie Art. 235 Abs. 2 ZGB.

<sup>67</sup> Darüber hinaus verzichtet das PartG auf eine Art. 250 Abs. 1 ZGB (und Art. 203 Abs. 1 sowie Art. 235 Abs. 1 ZGB) entsprechende Bestimmung. Dies hat freilich in der Sache keine Auswirkungen, zumal dieser Norm ohnehin kein materieller Gehalt zukommt (BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 250 ZGB, Rn. 5).

<sup>68</sup> Botschaft, S. 1341.

<sup>69</sup> Vgl. dazu BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 203 ZGB, Rn. 27.

diese ernstlichen Schwierigkeiten auch eine Gefährdung der Gemeinschaft zur Folge haben, spielt keine Rolle.

Darin zeigt sich die Tendenz des Gesetzgebers, die eingetragenen Partnerinnen und Partner mehr als Individuen denn als zur Gemeinschaft verbundene Einheit zu behandeln<sup>70</sup>.

### cc) Qualifizierte Anforderungen für die Sicherstellung?

Eine Pflicht zur Sicherstellung der gestundeten Forderung besteht nach dem deutschen Wortlaut von Art. 23 PartG nur unter der Voraussetzung, dass „die Umstände dies erfordern“. Dasselbe ergibt sich aus dem französischen und italienischen Gesetzestext: „si les circonstances l'exigent“ bzw. „se le circostanze lo esigono“. Vergleicht man damit den Wortlaut von Art. 250 Abs. 2 ZGB in allen drei Amtssprachen, zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die Sicherstellung der gestundeten Forderung offenbar heraufsetzen wollte. Hier verlangt das Gesetz nämlich nur, dass „es die Umstände rechtfertigen“, bzw. „si les circonstances le justifient“, „se le circostanze lo giustificano“.

Zumindest dem Gesetzeswortlaut nach ist mithin die Sicherstellung einer Forderung, für welche im Verhältnis zwischen eingetragenen Partnerinnen oder Partnern einverständlich oder auf gerichtliche Anordnung hin<sup>71</sup> Stundung gewährt wurde, an qualifiziertere Voraussetzungen gebunden als die Sicherstellung gemäss den entsprechenden Bestimmungen des Eherechts. Erforderlich ist eine Sicherstellung streng genommen nur dann, wenn die Stundung die Aussicht des Gläubigerpartners, für seine Forderung befriedigt zu werden, erheblich schmälert. Der die Stundung gewährende Partner hat mit anderen Worten den Nachweis zu erbringen, dass die Einbringlichkeit seiner Forderung über das übliche Mass hinaus gefährdet ist<sup>72</sup>.

Ob diese Erschwerung der Position des einen auf Kosten des anderen Partners bewusst im Gesetz verankert worden ist, darf bezweifelt werden. In den Materialien findet sich jedenfalls kein Hinweis auf die Gründe für den von den Vorbildnormen der Art. 203 Abs. 2, 235 Abs. 2 und 250 Abs. 2 ZGB

<sup>70</sup> Prominentes Beispiel für diese Haltung des Gesetzgebers ist im hier behandelten Kontext die gesetzliche Unterstellung der eingetragenen Partnerinnen und Partner unter den „Nichtgüterstand“ der Gütertrennung. Aber auch die Betonung des Persönlichkeitsschutzes der Partner gegenüber dem Schutz der Gemeinschaft im Anwendungsbereich der Massnahmen des Partnerschaftsschutzes sind Ausdruck dieser Tendenz; vgl. dazu vorne Fn. 63.

<sup>71</sup> Die örtliche Zuständigkeit des Richters ergibt sich auch hier aus nArt. 15a lit. a GestG.

<sup>72</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 203 ZGB, Rn. 50.

abweichenden Wortlaut. Auf diesen wird nicht einmal hingewiesen. Die Gerichtspraxis wird zu entscheiden haben, ob nicht der Lehre und Praxis zum Eherecht gegenüber einer am Wortlaut orientierten Auslegung der Vorzug zu geben ist.

### c) Verjährungsstillstand (nArt. 134 Ziff. 3<sup>bis</sup> OR)

In diesem Zusammenhang ist auf den Verjährungsstillstand gemäss nArt. 134 Ziff. 3<sup>bis</sup> OR hinzuweisen. Wie für Forderungen unter Ehegatten beginnt auch die Verjährung von Forderungen eingetragener Partner gegeneinander während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft nicht bzw. sie steht still, wenn sie vorher zu laufen begonnen hat.

## 7. Zuweisung von Miteigentum (Art. 24 PartG)

### a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung

Steht ein Vermögenswert im Miteigentum der beiden eingetragenen Partner und weist einer von ihnen ein überwiegendes Interesse nach, ermöglicht Art. 24 PartG auf entsprechenden Antrag hin und gegen Entschädigung der anderen Person neben den übrigen gesetzlichen Massnahmen die *ungeteilte Zuweisung* dieses Vermögenswertes.

Art. 24 PartG ist eine Sonderregel für die Aufhebung von Miteigentum unter eingetragenen Partnerinnen und Partnern, die zwar der allgemeineren sachenrechtlichen Teilungsvorschrift von Art. 651 Abs. 2 ZGB vorgeht, aber hinter die speziellere Norm über die Zuweisung von Tieren des häuslichen Bereichs (Art. 651a ZGB) zurücktreten hat<sup>73</sup>. Die Bestimmung entspricht mit Ausnahme des Passuses „bei Auflösung der eingetragenen Partnerschaft“<sup>74</sup> vollumfänglich Art. 251 ZGB<sup>75</sup>. Der diesbezüglichen Rechtsprechung und Lehre ist folglich bei der Anwendung von Art. 24 PartG grundsätzlich Rechnung zu tragen. Insb. findet Art. 24 PartG gestützt auf die Verweisung in Art. 654 Abs. 2 ZGB auch auf Gesamteigentum Anwendung.

### b) Massgebender Zeitpunkt für die Aufhebung von Miteigentum

Nach seinem Wortlaut greift Art. 24 PartG nur für den Fall der Aufhebung von Miteigentum im Rahmen der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft. Vor dem Hintergrund des zumindest dem Grundsatz nach jederzeitigen An-

<sup>73</sup> Gl.M. GRÜTTER/SUMMERMATTER, S. 461.

<sup>74</sup> Bzw. „à la dissolution du partenariat enregistré“ und „al momento dello scioglimento dell'unione domestica registrata“.

<sup>75</sup> Dort wird von der „Auflösung des Güterstandes“ gesprochen.

spruchs des Miteigentümers auf Teilung (vgl. Art. 650 ZGB) „sollte“ die Bestimmung laut der Botschaft aber im Rahmen des gesetzlich Zulässigen auch auf die Aufhebung von Miteigentum vor Auflösung der eingetragenen Partnerschaft Anwendung finden<sup>76</sup>. Die nicht abschliessend<sup>77</sup> aufgeführten Beispiele dazu – Beschluss der Partner über die Aufhebung, Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Aufhebung, Verwertung von Miteigentum im Rahmen eines Betreibungs- oder Konkursverfahrens – orientieren sich an der Lehre zu Art. 205 Abs. 2 ZGB<sup>78</sup>. Zumindest insofern stimmen die partnerschaftsrechtliche und die eherechtliche Regelung auch hinsichtlich des für die Aufhebung des Miteigentums massgebenden Zeitpunktes überein.

Eine für die Praxis wesentliche Frage bleibt indessen noch zu klären. Weder das Gesetz noch die Botschaft erwähnen die Auflösung des Güterstandes als möglichen Grund für die Aufhebung von unter den Partnern bestehendem Miteigentum. Dies erstaunt, zumal diese Variante als Anwendungsfall für Art. 24 PartG zweifellos am nächsten liegt: Man vergegenwärtige sich nur den herkömmlichen Geltungsbereich der eherechtlichen Vorbildbestimmungen zu Art. 24 PartG<sup>79</sup> und die bereits erwähnte Möglichkeit der eingetragenen Partner, ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse vertraglich einem anderen Güterstand zu unterstellen<sup>80</sup>. Daraus folgt – jedenfalls in eherechtlichen Kategorien gedacht – notwendigerweise auch das Recht zum Güterstandswechsel und damit einhergehend die Möglichkeit der Auflösung des Güterstandes während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft.

Der von den Partnern einvernehmlich gewählten vermögensrechtlichen Ordnung soll nun aber nach dem Willen des Gesetzgebers erst bei Auflösung der eingetragenen Partnerschaft Wirksamkeit zukommen<sup>81</sup>. Darin dürfte denn auch der Grund für die von den entsprechenden eherechtlichen Bestimmungen abweichende Formulierung des Gesetzestextes liegen. Aber auch vor diesem Hintergrund erweist es sich bei näherem Zusehen als sachlich nicht gerechtfertigt, dass weder der Gesetzestext noch die Botschaft zu Art. 34 PartG die Auflösung des Güterstandes als Anwendungsfall für die Zuweisung von Miteigentum an eine der Partnerinnen erwähnt. Insb. aus der ausdrück-

<sup>76</sup> Botschaft, S. 1342.

<sup>77</sup> Die Botschaft spricht a.a.O. explizit davon, dass die Zuweisung von Miteigentum in „solchen“ – nicht in „diesen“ – Situationen ebenfalls möglich sein sollte.

<sup>78</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB, Rn. 29 und 40.

<sup>79</sup> Gemeint ist der dem Wortlaut und der Gesetzssystematik entsprechende Geltungsbereich: Art. 251 ZGB spricht von der „Auflösung des Güterstandes“, während Art. 205 Abs. 2 ZGB systematisch unter der Marginalie „E. Auflösung des Güterstandes und Auseinandersetzung“ eingeordnet ist.

<sup>80</sup> Vgl. insb. vorne II.2.b). Zum Vermögensvertrag im Einzelnen hinten III.8.

<sup>81</sup> Vgl. den Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 PartG sowie Botschaft, S. 1343.

lichen Verweisung von Art. 25 Abs. 4 PartG auf Art. 185 ZGB und der dazu in der Botschaft gemachten Aussage ergibt sich nämlich zwingend, dass zumindest für den Fall der späteren gerichtlichen Anordnung der Gütertrennung eine güterrechtliche Auseinandersetzung während bestehender eingetragener Partnerschaft stattfinden muss<sup>82</sup>.

Die ungeteilte Zuweisung eines im Miteigentum der Partnerinnen oder Partner stehenden Vermögenswerts ist mit anderen Worten trotz des bewusst in Abkehr vom Eherecht gewählten Wortlauts von Art. 24 PartG auch im Falle der blossen Auflösung des Güterstandes möglich.

## 8. Vermögensvertrag (Art. 25 PartG)

### a) Wortlaut und Auslegung der Bestimmung

Art. 25 Abs. 1 PartG erlaubt den Partnerinnen und Partnern, für den Fall der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft einen „Vermögensvertrag“ abzuschliessen. Unter dem Vorbehalt der Wahrung der Pflichtteile der Nachkommen (Abs. 2) können sie „namentlich“ die Teilung des Vermögens nach den Bestimmungen über die *Errungenschaftsbeteiligung* vereinbaren. Hinsichtlich der Form verlangt das Gesetz die Einhaltung der öffentlichen Beurkundung sowie die Unterzeichnung durch die vertragschliessenden Personen und ggf. deren gesetzliche Vertreter (Abs. 3). Abs. 4 schliesslich erklärt Art. 185 und Art. 193 ZGB für sinngemäss anwendbar.

Stellt man die Regelung des „Vermögensvertrages“ derjenigen des „Ehevertrages“ als eherechtlichem Pendant gegenüber, fallen zwei Dinge sogleich auf: Das PartG spricht nicht von „Partnerschaftsvertrag“, sondern verwendet die engere Formulierung „Vermögensvertrag“. Ausserdem bleibt die Regelung mit nur einem Artikel im Vergleich zum Eherecht – offenbar mit dem Ziel, „eine möglichst einfache und transparente Regelung zu schaffen“<sup>83</sup> – sehr schlank. Gesetzgebungstechnisch möglich macht dies insb. die grosszügige Verweisung auf einschlägige Normen des ZGB, woran sich denn auch zeigt, dass sich Art. 24 PartG materiell an den aus dem Eherecht vertrauten Begriffen orientiert. Das darf freilich nicht darüber hinweg täuschen, dass der Gesetzgeber mit dem „Vermögensvertrag“ ein neues Institut geschaffen hat, das sich vom Ehevertrag nicht nur durch seine Einbettung in einen anderen Kontext, sondern auch in der Sache unterscheidet – bzw. nach dem Willen des Gesetzgebers zumindest unterscheiden soll. Die Lösung der sich daraus

<sup>82</sup> Zum Ganzen eingehend unten III.8.e).  
<sup>83</sup> Botschaft, S. 1316.

ergebenden Auslegungsfragen macht der legislatorische Verzicht auf eine eigene detaillierte Regelung nicht einfacher<sup>84</sup>.

### b) Abgrenzung: anderweitige vermögensrechtliche Vereinbarungen

Art. 25 PartG regelt nur die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der eingetragenen Partnerinnen und Partner mit Blick auf ihre güterrechtlichen Verhältnisse<sup>85</sup>. Vermögensrechtliche Absprachen im Rahmen der *allgemeinen Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft*, die keine Regimemodifikation bewirken, fallen nicht unter Art. 25 PartG<sup>86</sup>. Sie können ebenfalls in die Vertragsurkunde aufgenommen werden, unterliegen aber nicht den in Abs. 3 geregelten Formvorschriften<sup>87</sup>.

Überdies können die Partnerinnen und Partner in den vom *Sachen- und Obligationenrecht* abgesteckten Schranken beliebig über ihr Vermögen disponieren. Die Botschaft erwähnt insb. die Möglichkeit der Begründung von Gesamteigentum im Rahmen einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR i.V.m. Art. 652 ff. ZGB), den Erwerb von Sachen zu Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB), die treuhänderische Übertragung von Vermögenswerten und die Vornahme von Schenkungen oder die Abgabe von Schenkungsversprechen<sup>88</sup>.

In der Praxis dürfte sich – wie im Verhältnis zwischen Ehegatten – auch unter eingetragenen Partnerinnen und Partnern die Ergänzung des Vermögensvertrages durch den zusätzlichen Abschluss eines Erbvertrages als besonders relevant erweisen. Die aufeinander abgestimmte Regelung der güter- und erbrechtlichen Vermögensverhältnisse erlaubt insb. die Optimierung der dispositiven gesetzlichen Ordnung im Sinne einer oftmals gewünschten

<sup>84</sup> Vgl. schon WOLF, S. 164.

<sup>85</sup> Siehe dazu unten II.8.d).

<sup>86</sup> Zu denken ist etwa an die Einigung über den beidseitigen Beitrag an den Unterhalt der Gemeinschaft (vgl. Art. 13 PartG), an die konkrete Zustimmung zu Rechtsgeschäften betreffend die gemeinsame Wohnung (vg. Art. 14 PartG), an die Vollmacht zur Vertretung der Gemeinschaft für die übrigen Bedürfnisse (vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. a PartG), an die vertragliche Regelung des Getrenntlebens (vgl. Art. 17 PartG), an die Vereinbarung eines Inventars (vgl. Art. 20 PartG), an die Vereinbarung eines Verwaltungsauftrages (vgl. Art. 21 PartG), an Vereinbarungen über die Fälligkeit von Forderungen bzw. die Stundung von Schulden (vgl. Art. 23 PartG) und an den Verzicht auf die ungeteilte Zuweisung eines bestimmten im Miteigentum der Partner stehenden Vermögenswertes (vgl. Art. 24 PartG). Siehe dazu BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 182 ZGB, Rn. 9 f., m.w.H.

<sup>87</sup> Dazu Näheres unten III.8.c)bb).

<sup>88</sup> Botschaft, S. 1343.

Meistbegünstigung des überlebenden Partners bzw. der überlebenden Partnerin<sup>89</sup>.

### c) Voraussetzungen zum Abschluss eines Vermögensvertrages

#### aa) Persönliche Voraussetzungen

Das PartG regelt die persönlichen Voraussetzungen zum Abschluss des Vermögensvertrages nicht. In analoger Anwendung von Art. 183 ZGB ist aber davon auszugehen, dass die Partnerinnen bzw. die Partner urteilsfähig und grundsätzlich mündig sein müssen. Entmündigte und Unmündige<sup>90</sup> benötigen die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters.

#### bb) Formelle Voraussetzungen

Wie der Ehevertrag (vgl. Art. 184 ZGB) unterliegt auch der Abschluss – und über den Gesetzeswortlaut hinaus die einvernehmliche Änderung und Aufhebung<sup>91</sup> – des Vermögensvertrages dem qualifizierten Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung<sup>92</sup>. Die öffentliche Beurkundung soll gewährleisten, dass die Partnerinnen und Partner fachkundig über die Rechtslage belehrt werden und keine übereilten Entscheidungen treffen: Es soll dem wirklichen Willen der Parteien zum Durchbruch verholfen werden. Darüber hinaus dient die öffentliche Beurkundung der Beweissicherung<sup>93</sup>.

Von Bundesrechts wegen verlangt Art. 25 Abs. 3 PartG die Unterzeichnung (vgl. Art. 14 OR)<sup>94</sup> des Vermögensvertrages durch die Partnerinnen oder Partner und im Falle der Unmündigkeit oder Entmündigung zusätzlich durch deren gesetzlichen Vertreter.

<sup>89</sup> Vgl. dazu GREMPER, S. 497 f., m.w.H.

<sup>90</sup> Die Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft ist zwar erst nach vollendetem 18. Altersjahr und damit nach dem Erreichen der Mündigkeit (Art. 14 ZGB) möglich (vgl. Art. 3 Abs. 1 PartG). Entsprechend der Regelung im Eherecht (vgl. Art. 182 Abs. 1 ZGB) muss aber auch für eingetragene Partner die Möglichkeit bestehen, den Vermögensvertrag vorgängig – und damit ggf. vor Vollendung des 18. Altersjahres – abzuschliessen. Vgl. dazu sogleich III.8.b)cc).

<sup>91</sup> Dies ergibt sich aus Art. 12 OR; vgl. auch die Botschaft, S. 1343.

<sup>92</sup> Vgl. Art. 55 SchlT ZGB i.V.m. den einschlägigen Bestimmungen des jeweiligen kantonalen Rechts (für den Kanton Bern Art. 11 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [BSG 211.1], Art. 15 ff. des noch geltenden bzw. Art. 20 ff. des voraussichtlich am 1. Juli 2006 in Kraft tretenden, revidierten Notariatsgesetzes [BSG 169.11] sowie die dazu gehörigen Ausführungserlasse).

<sup>93</sup> Siehe Botschaft, S. 1343.

<sup>94</sup> Kann ein Partner nicht unterzeichnen, ist ein Ersatz der Unterschrift gemäss Art. 15 OR zulässig; vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 184 ZGB, Rn. 13.

Der Formzwang erfasst – der Rechtslage im Eherecht entsprechend – ausschliesslich Anordnungen güterrechtlicher Natur, also die Vereinbarung eines Güterstandes und dessen Wechsel sowie die gesetzlich zugelassenen Modifikationen innerhalb des Güterstandes. Treffen die Partner aus Anlass der Eingehung des Vermögensvertrages anderweitige vermögensrechtliche Vereinbarungen<sup>95</sup>, können diese zwar in die Vertragsurkunde aufgenommen werden, partizipieren aber deshalb auch mit Blick auf eine spätere Änderung nicht am Formerfordernis. Wird – wovon u.E. freilich dem Grundsatz nach abzusehen ist<sup>96</sup> – ein kombinierter Vermögens- und Erbvertrag abgeschlossen, sind die für den Abschluss eines Erbvertrages massgebenden Formvorschriften zu beachten (Art. 512 i.V.m. Art. 499 ZGB)<sup>97</sup>.

#### cc) Zeitliche Voraussetzungen

Art. 25 PartG enthält keinerlei Hinweis auf die zeitlichen Möglichkeiten der Vornahme des Vertragsschlusses. Mangels einer ausdrücklichen oder durch Auslegung zu ermittelnden<sup>98</sup> Einschränkung steht es den Partnerinnen und Partnern deshalb in analoger Anwendung von Art. 182 Abs. 1 ZGB frei, den Vermögensvertrag bereits vor der Begründung der eingetragenen Partnerschaft<sup>99</sup> oder zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt abzuschliessen<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> Siehe dazu oben III.8.b).

<sup>96</sup> Stattdessen ist grundsätzlich eine separate Beurkundung von Vermögens- bzw. Ehevertrag und Erbvertrag vorzuziehen. Die Kombination mehrerer unterschiedlicher Rechtsgeschäfte in einer einheitlichen öffentlichen Urkunde wirkt dagegen u.U. eine Reihe komplexer zivil- und notariatsrechtlicher Fragen auf wie etwa jene nach der Anwendbarkeit der Regeln über die Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) oder der Vereinbarkeit mit dem das Beurkundungsverfahren für Willenserklärungen prägenden Grundsatz der Einheit des Aktes; vgl. zu letzterem RUF, S. 237.

<sup>97</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 184 ZGB, Rn. 6.

<sup>98</sup> Insb. die Formulierung, wonach „die beiden Partnerinnen oder Partner“ einen Vermögensvertrag abschliessen können, lässt nicht den Schluss zu, der Vermögensvertrag dürfe erst nach erfolgter Eintragung der eingetragenen Partnerschaft eingegangen werden; andernfalls müsste von „eingetragenen Partnerinnen oder Partnern“ die Rede sein.

<sup>99</sup> Nur auf diese Weise ist von Anfang an sichergestellt, dass die Partner bereits unmittelbar mit Eintragung ihrer Partnerschaft den Regelungen des Vermögensvertrages unterstehen. Wird der Vermögensvertrag vor der Eintragung der Partnerschaft geschlossen, so stehen seine vermögensrechtlichen Wirkungen unter der Suspensivbedingung der Eintragung der Partnerschaft.

<sup>100</sup> So auch GREMPER, S. 498 f. Ggf. können die Partner die Rückwirkung der getroffenen güterrechtlichen Vereinbarung auf den Beginn der eingetragenen Partnerschaft – oder einen späteren Zeitpunkt – stipulieren; vgl. BGE 100 II 270 E. 4.



Nicht nur der Abschluss, sondern auch die Änderung und die Aufhebung des Vermögensvertrages sind mangels einer die Vertragsfreiheit einschränkenden gesetzlichen Regelung jederzeit zulässig.

#### d) Gegenstand des Vermögensvertrages

##### aa) Vorbemerkungen

Art. 25 PartG prägt das partnerschaftliche Vermögensrecht wie keine andere Bestimmung. Dass er, wie sogleich zu zeigen sein wird, etliche zentrale Fragen offen lässt, erweist sich deshalb als wenig geglückt. Das betrifft zunächst die sogleich zu behandelnden rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeiten<sup>101</sup>, darüber hinaus aber auch den Zeitpunkt des Eintritts der Wirkungen<sup>102</sup> und den Einfluss des Grundes für die Auflösung der Partnerschaft<sup>103</sup>. An der diesbezüglich in mehrfacher Hinsicht unklaren Rechtslage vermögen die Ausführungen in der Botschaft kaum etwas zu ändern – so sie nicht von vornherein noch mehr Verwirrung stiften<sup>104</sup>.

##### bb) Numerus clausus zulässiger Güterstände?

Gemäss Art. 25 PartG können die Partnerinnen oder Partner „namentlich“ vereinbaren, dass ihr Vermögen gemäss den Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung geteilt wird. Diese Formulierung ist nach ihrem Wortlaut dahingehend zu verstehen, dass die Partner ihre güterrechtlichen Verhältnisse insb. der Errungenschaftsbeteiligung gemäss den entsprechenden Bestimmungen des Eherechts (Art. 196 ff. ZGB) unterstellen können, dass ihnen daneben aber auch noch weitere güterrechtliche<sup>105</sup> Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen müssen.

Dem Allgemeinen Teil der Botschaft ist nun aber folgende Aussage zu entnehmen: „Dagegen ist der Bundesrat der Auffassung, dass es keinen Sinn macht, eingetragenen Partnerinnen und Partnern die Gütergemeinschaft zu eröffnen“<sup>106</sup>. Damit wird der Ausdruck „namentlich“ allerdings gänzlich

<sup>101</sup> III.8.d)bb), cc) und dd).

<sup>102</sup> Dazu unten III.8.e).

<sup>103</sup> Dazu unten III.8.f).

<sup>104</sup> Zum Vermögensvertrag äussern sich – von einer Ausnahme abgesehen (vgl. dazu unten Fn. 107) – weder die Protokolle zu den Parlamentarischen Beratungen noch diejenigen der Kommission für Rechtsfragen des National- bzw. des Ständerats.

<sup>105</sup> Siehe dazu oben III.8.b).

<sup>106</sup> Botschaft, S. 1318, m.w.H. Dass eingetragenen Partnerinnen und Partner die Wahl des Güterstandes der Gütergemeinschaft verwehrt bleiben soll, ergibt sich sodann aus den Ausführungen zum SchKG, a.a.O., S. 1358. Der Erläuterung des einschlägigen Art. 25 PartG allerdings lässt sich ein solcher Hinweis nicht entnehmen.

seines Sinnes entleert – es sei denn, der Gesetzgeber wollte den eingetragenen Partnerinnen die beliebige Modifikation des Güterstandes der Gütertrennung und desjenigen der Errungenschaftsbeteiligung ermöglichen und damit jedem einzelnen eingetragenen Paar die Schaffung einer güterrechtlichen Ordnung nach seinen ganz persönlichen Bedürfnissen möglich machen<sup>107</sup>. Als Indiz dafür könnte man anführen, dass das PartG anders als das Ehegüterrecht (vgl. Art. 182 Abs. 2 ZGB) keine den Grundsatz der Typengebundenheit statuierende Bestimmung kennt. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, den eingetragenen Partnern stünden beliebige güterrechtliche Vereinbarungen offen. Denn ein solches Ergebnis würde zunächst zu der vom Gesetzgeber mehrfach und unmissverständlich geäusserten Präferenz von möglichst einfachen Regelungen der partnerschaftlichen Vermögensverhältnisse<sup>108</sup> in diametralem Gegensatz stehen. Zudem darf bezweifelt werden, dass mit einer güterrechtlichen Ordnung nach der freien Wahl der Partner ausgewogene Lösungen erzielt würden. Nach der hier vertretenen Auffassung können die Partner ihren Güterstand deshalb, wie Ehegatten auch, nur in dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen an ihre individuellen Bedürfnisse anpassen. Der Grundsatz der Typengebundenheit ist mit anderen Worten auch im Anwendungsbereich des PartG zu beachten<sup>109</sup>.

Damit ist die Frage zu beantworten, wie sich der zwischen Gesetzeswortlaut und Botschaft bestehende Widerspruch auflösen lässt. Gemäss ständiger Rechtsprechung des BGer ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach dem Wortlaut auszulegen. Ist der Wortlaut nicht uneingeschränkt klar, sondern lässt er mehrere Interpretationen zu, hat der Richter den wirklichen Sinn der Bestimmung mittels systematischer, teleologischer und historischer Auslegung zu ermitteln<sup>110</sup>. Das BGer lehnt es ab, „[...] die verschiedenen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen [...]“ und befolgt stattdessen einen „pragmatischen Methodenpluralismus“<sup>111</sup>. Allerdings kommt bei erst kürzlich verabschiedeten Gesetzen dem – insb. aus der Botschaft und den parlamentarischen Beratungen hervorgehenden – Willen des historischen Gesetzgebers vorrangige Bedeutung zu<sup>112</sup>. Dies gilt

<sup>107</sup> In diese Richtung weist offenbar die Auffassung der Verwaltung (vgl. das Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Detailberatung des Partnerschaftsgesetzes vom 25. August 2003, S. 14 f.).

<sup>108</sup> Siehe Botschaft, S. 1316 f.

<sup>109</sup> Im Ergebnis gl.M. GREMPER, S. 493 f.; GRÜTTER/SUMMERMATTER, S. 462. A.M. PICHONNAZ, S. 417 f.

<sup>110</sup> Statt vieler BGE 128 I 288 E. 2.4.

<sup>111</sup> BGE 121 III 219 E. 1.d)aa.

<sup>112</sup> BGE 128 I 288 E. 2.4.

freilich nur unter der Voraussetzung, dass die Materialien eine klare Antwort geben und im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben<sup>113</sup>.

Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 PartG ist nicht eindeutig und lässt damit Raum für die Anwendung der vom BGer entwickelten Auslegungsgrundsätze. Angesichts des jungen Alters des PartG – es ist im Juni 2004 in den Schlussabstimmungen der Eidgenössischen Räte angenommen worden und tritt auf den 1. Januar 2007 in Kraft – verlangt demnach die historische Auslegung primäre Berücksichtigung. Der bundesrätliche Wille, den eingetragenen Partnerinnen und Partnern die Gütergemeinschaft nicht zur Verfügung zu stellen, kommt nun aber im Gesetzestext zunächst nur insofern zum Ausdruck, als im Rahmen der nicht abschliessenden Aufzählung der zulässigen güterrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten auf die ausdrückliche Erwähnung dieses Güterstandes verzichtet wird. Dieser sehr vage und wenn überhaupt so nur indirekt seinen Niederschlag im Gesetzestext findende Wille des Gesetzgebers dürfte für sich genommen kaum ausreichen, um den eingetragenen Partnerinnen und Partnern entgegen dem insofern klaren Gesetzeswortlaut die Wahl der Gütergemeinschaft und damit im Ergebnis die Möglichkeit von weiteren Regelungen ausserhalb der Errungenschaftsbeteiligung zu versagen. Im Verbund mit der die Wirkungen des Vermögensvertrages einschränkenden gesetzlichen Formulierung, wonach die Vereinbarung einer besonderen Regelung zulässig sei „für den Fall, dass die eingetragene Partnerschaft aufgelöst wird“<sup>114</sup>, kommt der Wille des historischen Gesetzgebers jedoch hinreichend im Gesetzestext zum Ausdruck. Er macht damit klar, dass der Vermögensvertrag während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft keinen Einfluss auf das Vermögensrecht der Partnerinnen und Partner haben soll<sup>115</sup>. Die Gütergemeinschaft aber würde – anders als die Gütertrennung und mindestens dem Grundsatz nach die Errungenschaftsbeteiligung – auch während der Dauer des Güterstandes bzw. der Partnerschaft und nicht erst bei deren Auflösung zu einer Vermögensgemeinschaft<sup>116</sup> führen<sup>117</sup>.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass das PartG den Partnerinnen und Partnern wie das eheliche Güterrecht den Ehegatten einen abschliessenden Katalog von Güterständen zur Verfügung stellt, die nur innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Schranken einer Modifikation zugänglich sind.

<sup>113</sup> BGE 116 II 525 E. 2.b).

<sup>114</sup> Ebenso der französische und der italienische Gesetzeswortlaut: „pour le cas de la dissolution du partenariat enregistré“ bzw. „per il caso in cui l'unione domestica registrata sia sciolta“. Zu diesem Passus von Art. 25 Abs. 1 PartG unten III.8.e).

<sup>115</sup> Botschaft, S. 1343.

<sup>116</sup> Bei der Gütergemeinschaft entsteht hinsichtlich des Gesamtgutes eine Gemeinschaft zur gesamten Hand.

<sup>117</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Vorb. zu Art. 221 ff. ZGB, Rn. 34 ff.

Im Unterschied zu der für Ehegatten geltenden Ordnung *beschränkt* das vom ordentlichen subsidiären Güterstand der Gütertrennung<sup>118</sup> ausgehende PartG die Wahlmöglichkeit der eingetragenen Partnerinnen und Partner jedoch auf den Güterstand der *Errungenschaftsbeteiligung*. Die *Gütergemeinschaft steht ihnen nicht zur Verfügung*<sup>119</sup>. Die Partner können aber im Rahmen einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) Gesamteigentum begründen und insofern jedenfalls sachenrechtlich der Gütergemeinschaft entsprechende Verhältnisse herstellen.

### cc) *Integrale Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung*

Art. 25 Abs. 1 PartG verweist für die Vereinbarung der Teilung des Vermögens gemäss den Bestimmungen der Errungenschaftsbeteiligung in allen Gesetzesfassungen explizit auf die Artikel 196-219 ZGB. Art. 220 bleibt als einzige Norm von dieser Verweisung ausgeklammert. Damit stellt sich die Frage, ob den eingetragenen Partnerinnen und Partnern die Klage gestützt auf Art. 220 ZGB nicht zur Verfügung stehen soll. Diese Bestimmung dient dem Schutz des sich aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung ergebenden Beteiligungsanspruchs (Art. 215 ff. ZGB). Ohne sie bliebe die Hinzurechnung zur Errungenschaft gestützt auf Art. 208 ZGB immer dann toter Buchstabe, wenn das Vermögen des zur Ausrichtung der Beteiligungsforderung verpflichteten Partners (vgl. Art. 215 Abs. 2 ZGB) nicht zu deren Begleichung ausreicht<sup>120</sup>.

In den Materialien findet sich nur ein Hinweis auf Art. 220 ZGB. Die Botschaft erwähnt, Art. 25 Abs. 4 PartG erkläre die Artikel 185 und 193 ZGB für sinngemäss anwendbar und führt in einer Fussnote dazu weiter aus, auf die Erwähnung von Art. 220 ZGB über die Klage gegen Dritte werde verzichtet. Die Bestimmung habe bei einem vertraglichen Güterstand eine andere Bedeutung als bei einem gesetzlichen<sup>121</sup>. Diese Aussage erweist sich in mehrfacher Hinsicht als unklar. Zunächst ist ihr Zusammenhang zu Abs. 4 von Art. 25 PartG nicht ohne weiteres ersichtlich. Es könnte daraus geschlossen werden, dass die Botschaft richtig besehe die Ausklammerung von Art. 220 ZGB aus der ansonsten integralen Verweisung auf die Bestimmungen der Errungenschaftsbeteiligung in Art. 25 Abs. 1 PartG erläutern wollte. Die angeführte Begründung für den Verzicht auf die Erwähnung der Klage gegen

<sup>118</sup> Die Gütertrennung kann auch gerichtlich angeordnet werden und ist diesfalls sog. ausserordentlicher Güterstand (vgl. Art. 25 Abs. 4 PartG und dazu unten III.8.g)aa).

<sup>119</sup> Vgl. auch GREMPER, S. 493 f.; GRÜTTER/SUMMERMATTER, S. 462 f.

<sup>120</sup> BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 220 ZGB, Rn. 5.

<sup>121</sup> Botschaft, S. 1344, insb. Fn. 68.

Dritte bleibt aber auch in diesem Lichte ohne Sinn. Einerseits ist nicht nachvollziehbar, inwiefern Art. 220 ZGB bei einem vertraglichen Güterstand eine andere Bedeutung zukommen sollte als bei einem gesetzlichen Güterstand. Zudem ist die Errungenschaftsbeteiligung bei Ehegatten nicht nur als von Gesetzes wegen eintretender Güterstand relevant. Sie kann vielmehr auch vertraglicher Güterstand sein<sup>122</sup>.

Aus diesen Gründen ist die Verweisung auf die Artikel 196-219 ZGB statt auf die Artikel 219-220 ZGB als gesetzgeberisches Versehen zu qualifizieren. Mithin steht u.E. jener Partnerin, deren güterrechtliche Beteiligungsforderung infolge Überschuldung der Verpflichteten ganz oder teilweise uneinbringlich bleibt, die güterrechtliche Herabsetzungsklage gestützt auf Art. 25 Abs. 1 PartG i.V.m. Art. 220 ZGB analog zur Verfügung<sup>123</sup>.

Mit Blick auf die Vertragsausgestaltung empfiehlt sich zunächst eine globale Verweisung auf die Artikel 196-220 ZGB mit dem Hinweis, dass die Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung insgesamt zum Bestandteil des Vermögensvertrages erhoben werden. Je nach der konkreten Interessenlage der Partner sind sodann – wie im Anwendungsbereich des ehelichen Güterrechts auch – die von diesen gewünschten und gesetzlich zugelassenen Güterstandsmodifikationen in der Vertragsurkunde festzuhalten. Durch die – mit der erwähnten Ausnahme von Art. 220 ZGB – explizite Verweisung auf sämtliche eherechtlichen Bestimmungen zur Errungenschaftsbeteiligung bringt der Gesetzgeber nach der hier vertretenen Auffassung<sup>124</sup> insb. zum Ausdruck, dass die Partnerinnen und Partner dieselben Möglichkeiten zur Änderung des Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung haben wie Ehegatten. Neben der Überführung von Errungenschaft ins Eigengut bzw. der Unteilung der Erträge des Eigenguts in die Errungenschaft gemäss Art. 199 ZGB einerseits und der Vereinbarung über die Beteiligung am Vorschlag gestützt auf Art. 216 ZGB andererseits können die Partner – in den auch für das Eherecht geltenden Schranken – ebenfalls den Ausschluss oder die Änderung der Mehrwertbeteiligung nach Art. 206 Abs. 3 ZGB, den Ausschluss der Mehr- und Minderwertbeteiligung nach Art. 209 Abs. 3 ZGB und schliesslich den Verzicht auf oder die Änderung der Ansprüche aus Art. 219 ZGB betreffend die gemeinsame Wohnung und den Hausrat stipulieren<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 181 ZGB, Rn. 13.

<sup>123</sup> Offenbar derselben Auffassung, allerdings ohne Begründung, GREMPER, S. 495.

<sup>124</sup> Diese steht in engem Zusammenhang zu der unten III.8.e) erläuterten Frage nach den zeitlichen Wirkungen des Vermögensvertrages.

<sup>125</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 182 ZGB, Rn. 33 ff., m.w.H., insb. auf abweichende Lehrmeinungen. Ob die Abänderungsmöglichkeiten der eingetragenen Partner nach der Auffassung von GREMPER, S. 495 ff., auf das im Rahmen

#### dd) Der Vorbehalt der Pflichtteile

Die im Vermögensvertrag getroffenen Vereinbarungen dürfen gemäss Art. 25 Abs. 2 PartG die *Pflichtteile der Nachkommen*<sup>126</sup> einer Partnerin oder eines Partners nicht beeinträchtigen<sup>127</sup>. Daraus ergibt sich der Umkehrschluss, dass mit der vermögensrechtlichen Vereinbarung die Pflichtteilsrechte der Eltern der Partner nicht beachtet werden müssen. Angesichts der generellen Verweisung in Art. 25 Abs. 1 PartG auf die Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung bringt der explizite Pflichtteilsvorbehalt materiell nur dann etwas Neues, wenn man den Vorbehalt zugunsten der Pflichtteile von nicht-gemeinsamen Nachkommen schon auf den vermögensvertraglichen Wechsel vom subsidiären ordentlichen Güterstand der Gütertrennung zur Errungenschaftsbeteiligung bezieht.

Eine derartige Ungleichbehandlung von eingetragenen Partnern und Ehegatten liesse sich freilich u.E. sachlich nicht rechtfertigen. Zudem hält die Botschaft fest, mit dem Vorbehalt der Pflichtteile werde „eine Gleichstellung mit dem Ehevertrag erreicht“<sup>128</sup>. Damit gilt für Partnerinnen und Partner hinsichtlich des Pflichtteilsschutzes der Nachkommen trotz des missverständlichen Wortlauts von Art. 25 Abs. 2 PartG nichts anderes als für Ehegatten: Art. 25 Abs. 2 PartG greift nur dann ein, wenn im Rahmen der Wahl der Errungenschaftsbeteiligung eine andere als die gesetzlich vorgesehene hälftige Beteiligung am Vorschlag vereinbart wird (vgl. Art. 215 Abs. 1 und Art. 216 Abs. 1 ZGB) und diese Vereinbarung zu einer Verletzung der Pflichtteile von Nachkommen führt<sup>129</sup>.

von Art. 199 und Art. 215 ZGB Zulässige beschränkt sind, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.

<sup>126</sup> Da den eingetragenen Partnerinnen und Partnern sowohl die Möglichkeit einer Adoption von Kindern als auch die Inanspruchnahme der medizinisch unterstützten Fortpflanzung verschlossen bleibt (vgl. Art. 28 PartG), können von der Natur der Sache her nur leibliche Nachkommen eines Partners bzw. einer Partnerin oder vorgemeinschaftlich adoptierte Kinder gemeint sein.

<sup>127</sup> Diese Regelung entspricht sinngemäss Art. 216 Abs. 2 ZGB, wonach ehewertragliche Vereinbarungen über die Beteiligung am Vorschlag die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen dürfen.

<sup>128</sup> Botschaft, S. 1343.

<sup>129</sup> G.L.M. GREMPER, S. 495 ff., m.w.H. Anders STEINAUER, Rn. 506 f., insb. Fn. 78, unter Hinweis auf den klaren Gesetzeswortlaut, der durch die erwähnte Aussage in der Botschaft nicht umgestossen werden könne. Nach Auffassung dieses Autors steht Art. 25 Abs. 2 PartG vollumfänglich im Einklang („tout à fait cohérent“) mit dem Willen des Gesetzgebers, die eingetragenen Partnerinnen und Partner nicht dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zu unterstellen.

e) **Zeitliche Wirkungen des Vermögensvertrages**aa) *Vorstellung des Gesetzgebers*

Art. 25 Abs. 1 PartG beschränkt die vermögensvertragliche Regelung ausdrücklich auf „[...] den Fall, dass die eingetragene Partnerschaft aufgelöst wird“. Inhaltlich bezieht sich die Wahlmöglichkeit der Partner wie bereits dargelegt<sup>130</sup> ausschliesslich auf die Errungenschaftsbeteiligung gemäss Art. 196 ff. ZGB. Da dieser Güterstand während der Dauer der Ehe weitgehend der Gütertrennung gleichkomme, besteht laut der Botschaft kein echtes Bedürfnis für eine bereits während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft wirksame Unterstellung unter die Errungenschaftsbeteiligung<sup>131</sup>.

Die Festlegung der Wirkungen des Vermögensvertrages und daraus folgend auch derjenigen der Errungenschaftsbeteiligung auf den Zeitpunkt der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft dürfte im Anliegen des Gesetzgebers begründet sein, möglichst einfache und klare Verhältnisse zu schaffen<sup>132</sup>. Dass sich dieses Ziel erreichen lässt, indem das in der Praxis bewährte Konzept der Errungenschaftsbeteiligung auf die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft – wohlverstanden nicht auf die Auflösung des Güterstandes – zurückgebunden wird, darf bezweifelt werden. Vielmehr stellen sich damit diffizile Auslegungsfragen, die in ihrem Ausmass „vom Schreibtisch aus“ kaum in ihrer Gesamtheit überblickt werden können.

Zu denken ist etwa an folgende Fragestellungen: Wie sind im Anwendungsbereich des PartG Ersatzanschaffungen gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 und Art. 198 Ziff. 4 ZGB zu behandeln? Besteht unter dem PartG Raum für die beiden Institute der Mehr- bzw. Mehr- und Minderwertbeteiligung gemäss Art. 206 und Art. 209 ZGB? Beschränkt sich ihre Wirkung bejahendenfalls insofern auf den Zeitpunkt der Auflösung der Partnerschaft, als die analoge Anwendung von Art. 206 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen ist? Soll die güterrechtliche Auseinandersetzung nach dem Willen des Gesetzgebers unter allen Umständen erst bei der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft durchgeführt werden?

bb) *Güterrechtliche Auseinandersetzung während bestehender Partnerschaft*

Nach der hier vertretenen Auffassung folgt sowohl aus der Möglichkeit des einvernehmlichen Wechsels von der Errungenschaftsbeteiligung zur Gütertrennung durch Änderung oder Aufhebung des Vermögensvertrages als auch

<sup>130</sup> Siehe oben III.8.d), insb. bb).

<sup>131</sup> Botschaft, S. 1343.

<sup>132</sup> Vgl. dazu oben III.8.a).

aus dem Recht eines Partners, die gerichtliche Anordnung der Gütertrennung zu verlangen (vgl. Art. 25 Abs. 4 PartG i.V.m. Art. 185 ZGB), dass der Vermögensvertrag und damit auch die gewählte vermögensrechtliche Ordnung bereits während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft jedenfalls insofern wirksam sein müssen, als vor Auflösung der Partnerschaft eine güterrechtliche Auseinandersetzung stattfinden kann.

Die gegenteilige Vorstellung des Gesetzgebers wird für den Fall des auf dem Wege der Analogie stattfindenden Eingreifens von Art. 185 ZGB denn zumindest teilweise auch von der Botschaft wiederum relativiert: Verlangt eine Partnerin oder ein Partner die Anordnung der Gütertrennung<sup>133</sup>, sind die Partner nämlich gehalten, die Teilung ihrer Vermögenswerte auf den Stichtag der Aufhebung des Vertrages vorzunehmen<sup>134</sup>. Weil Art. 185 ZGB nicht den Schutz Dritter bezweckt<sup>135</sup>, muss aus Gründen der Praktikabilität aber auch dann eine güterrechtliche Auseinandersetzung während des Bestehens der Partnerschaft stattfinden, wenn die Partner einvernehmlich zur Gütertrennung zurückkehren. Es besteht mit anderen Worten kein Grund für die Ungleichbehandlung der beiden im Anwendungsbereich des PartG möglichen Fälle der Auflösung des Güterstandes vor Beendigung der Partnerschaft.

Im Sinne eines vorläufigen Fazits ist damit Folgendes festzuhalten: Die gesetzgeberische Vorstellung, wonach dem Vermögensvertrag erst bei der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft Wirkungen zukommt, ist insofern zu relativieren, als im Falle einer einvernehmlichen oder gerichtlich angeordneten Güterstandsauflösung während eingetragener Partnerschaft eine güterrechtliche Auseinandersetzung stattzufinden hat<sup>136</sup>.

cc) *Anwendbare Bestimmungen*

Wie einleitend angesprochen<sup>137</sup>, schafft die nach der Vorstellung des Gesetzgebers geltende Beschränkung der zeitlichen Wirkungen des Vermögensvertrages auf die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft auch mit Blick

<sup>133</sup> Die Botschaft, S. 1344, spricht vom Antrag auf „Aufhebung des Vertrags“; ebenso GREMPER, S. 499 f. Diese vom Eherecht abweichende Terminologie ist sachlich nicht begründet und geht zudem mit Blick auf allfällige über die Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse hinausgehende Vereinbarungen zu weit; vgl. oben III.8.b).

<sup>134</sup> Botschaft, S. 1344.

<sup>135</sup> Dies ergibt sich zwingend aus Art. 187 ZGB. Geschützt wird vielmehr derjenige, dessen Partner den wichtigen Grund für die Anordnung der Gütertrennung gesetzt hat.

<sup>136</sup> So auch GREMPER, S. 499 f., allerdings nur bezogen auf die Anordnung der Gütertrennung in analoger Anwendung von Art. 185 ZGB. Vgl. auch DERS., Fn. 65.

<sup>137</sup> Siehe oben III.8.e)aa).

auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung im Einzelnen eine unklare Rechtslage.

Der Wille des Gesetzgebers ist vor dem Hintergrund der generellen Verweisung auf die Art. 196-199 (220)<sup>138</sup> ZGB einerseits und dem für die praktische Rechtsanwendung zentralen Anliegen nach der Schaffung klarer Verhältnisse andererseits wie folgt zu verstehen: Grundsätzlich sind im Anwendungsbereich des PartG sämtliche Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung, also Art. 196 bis und mit Art. 220 ZGB analog anzuwenden. Von der Verweisung auf die Art. 196 ff. ZGB ausgenommen sind nur diejenigen Normen, welche nicht die Teilung des Vermögens oder die Erfüllung der daraus fliessenden Ansprüche zum Gegenstand haben. Dies betrifft Art. 201 ZGB über die Verwaltung, Nutzung und Verfügung, Art. 202 ZGB über die Haftung gegenüber Dritten und Art. 203 ZGB über die Schulden zwischen Ehegatten. Die praktischen Auswirkungen dieser Einschränkungen sind freilich gering, zumal der entsprechende Normgehalt mit Ausnahme der Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 201 Abs. 2 ZGB – von geringfügigen Abweichungen abgesehen – bereits in unmittelbarer Anwendung des partnerschaftlichen Vermögensrechts gilt<sup>139</sup>. In Anbetracht von Art. 19 PartG entbehrlich ist sodann die analoge Anwendung von Art. 200 Abs. 1 und 2 ZGB – obwohl diese Bestimmungen auch für die Teilung des Vermögens relevant sein können. Demgegenüber ist Art. 200 Abs. 3 ZGB, der eine Vermutung betreffend die Massenzugehörigkeit aufstellt, auch im Anwendungsbereich des PartG zuzulassen. Schliesslich dürfte es dem Willen des Gesetzgebers am Ehesten gerecht werden, wenn die sofortige Fälligkeit des Mehrwertanteils im Falle der vorzeitigen Veräusserung des Vermögensgegenstandes (Art. 206 Abs. 2 ZGB) im Anwendungsbereich des PartG nicht zur Anwendung kommt. Damit lässt sich eine vorgezogene güterrechtliche Teilabrechnung verhindern.

Von diesen Ausnahmen abgesehen begründet die vermögensvertragliche Wahl der Errungenschaftsbeteiligung nach der hier vertretenen Auffassung somit für eingetragene Partner dieselbe Rechtslage wie für Ehegatten.

#### f) Zur Frage der Geltung des Vermögensvertrages unabhängig vom Auflösungsgrund

Der Botschaft zu Art. 25 PartG ist zu entnehmen, dass „die Bestimmung“ unabhängig davon gilt, aus welchem Grund die eingetragene Partnerschaft aufgelöst wird<sup>140</sup>. Diese Aussage könnte angesichts ihrer systematischen

<sup>138</sup> Siehe dazu oben III.8.d)cc).

<sup>139</sup> Vgl. Art. 18 und Art. 23 PartG sowie die Darstellung hierzu.

<sup>140</sup> Botschaft, S. 1343.

Einordnung im Anschluss an die Erläuterungen zu Art. 25 Abs. 2 PartG und vor dem Hintergrund des Regelungsgehaltes von Art. 217 ZGB dahingehend verstanden werden, dass *die Vereinbarung über die Änderung der gesetzlichen Vorschlagsbeteiligung* unabhängig davon Geltung beanspruchen soll, aus welchem Grund die eingetragene Partnerschaft bzw. der Güterstand aufgelöst wird<sup>141</sup>. Damit würde für eingetragene Partnerinnen und Partner eine andere – mit dem Zweck des Vermögensvertrages vielfach nicht zu vereinbarende – Regelung als für Ehegatten gelten: Für Ehegatten gelangen entsprechende Vereinbarungen bei Scheidung, Trennung, Ungültigerklärung der Ehe oder gerichtlicher Gütertrennung ohne ausdrückliche Abrede nicht zur Anwendung (Art. 217 ZGB). Ein in den zu regelnden Verhältnissen begründeter, vernünftiger Grund für eine Ungleichbehandlung von Ehegatten und eingetragenen Partnern in dieser Hinsicht ist freilich nicht ersichtlich. Zudem entstünde bei dieser – zudem nur auf den Materialien gründenden – Auslegung ein unüberbrückbarer Widerspruch zur Art. 217 ZGB mitumfassenden Verweisung auf die Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung.

Der umstrittenen Aussage in der Botschaft darf deshalb nur die ohnehin selbstverständliche Bedeutung zugeschrieben werden, dass die eingetragenen Partnerinnen und Partnern das Recht haben, ihre güterrechtlichen Verhältnisse in Abweichung von der gesetzlichen Ordnung zu regeln, und zwar unabhängig vom Grund, der dereinst zur Auflösung der Partnerschaft führen wird. Weil Art. 217 ZGB auch im Anwendungsbereich des PartG analog anzuwenden ist, gilt die Vereinbarung einer anderen als der hälftigen Teilung des Vorschlags aber u.E. grundsätzlich nur für den Fall der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft durch Tod. Soll sie auch bei gerichtlicher Auflösung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 29 ff. PartG), bei Ungültigerklärung der Partnerschaft (Art. 9 ff. PartG) und bei gerichtlicher Anordnung der Gütertrennung (Art. 25 Abs. 4 PartG i.V.m. Art. 185 ZGB) Wirksamkeit entfalten, ist dies ausdrücklich im Vermögensvertrag festzuhalten<sup>142</sup>.

Angesichts der unklaren Rechtslage empfiehlt es sich indessen unter allen Umständen, im Vermögensvertrag unmissverständlich zu regeln, unter welchen Bedingungen die getroffenen Vereinbarungen wirksam werden sollen.

<sup>141</sup> Vgl. WOLF, Fn. 68.

<sup>142</sup> Für die analoge Anwendung von Art. 217 ZGB spricht sich auch GREMPER, S. 497, aus, ohne aber zur fraglichen Aussage in der Botschaft Stellung zu nehmen.

### g) Die Verweisung auf Art. 185 und Art. 193 ZGB

#### aa) Art. 185 ZGB und Art. 187 ZGB

Mit der Verweisung auf Art. 185 ZGB wird klargestellt, dass eine Partnerin oder ein Partner beim Gericht das Begehren um Anordnung der Gütertrennung stellen kann<sup>143</sup>. Der Güterstand der Gütertrennung hat für eingetragene Partnerinnen und Partner deshalb nicht nur die Funktion des subsidiären gesetzlichen Güterstandes, sondern er kann auch ausserordentlicher, gerichtlich angeordneter Güterstand sein.

Die – nicht abschliessende – Aufzählung der wichtigen Gründe in Art. 185 Abs. 2 ZGB ist im Anwendungsbereich des PartG um die zweite Variante von Ziff. 1 (Pfändung des Gesamtgutanteils), um Ziff. 3 (ungerechtfertigte Verweigerung der Zustimmung zu einer Verfügung über Gesamtgut) und um die letzte Variante von Ziff. 4 (Verweigerung der Auskunft über das Gesamtgut) zu kürzen. Diese Einschränkungen folgen daraus, dass den Partnern die Wahl des Güterstandes der Gütergemeinschaft nicht offen steht<sup>144</sup>.

Obwohl das PartG die zusätzliche Verweisung auf Art. 187 ZGB unterlässt, gilt diese Bestimmung in lückenfüllender Auslegung auch für eingetragene Partnerinnen und Partner. Die Vertragsfreiheit gebietet, dass eingetragene Partner wie Ehegatten jederzeit durch Vermögensvertrag wieder zur vorherigen vermögensrechtlichen Ordnung zurückkehren können (Abs. 1). Dies ist auch rückwirkend möglich<sup>145</sup>. Fällt der Grund der Gütertrennung dahin, kann die frühere vermögensrechtliche Ordnung ebenfalls auf einseitiges Begehren hin wieder hergestellt werden (Abs. 2)<sup>146</sup>.

Die örtliche Zuständigkeit sowohl für die Anordnung der Gütertrennung als auch für die Wiederherstellung der früheren vermögensrechtlichen Ordnung ergibt sich aus nArt. 15a lit. a GestG<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> Vgl. demgegenüber die unscharfe Formlierung in der Botschaft, S. 1344 und dazu oben Fn. 133. Zu Art. 185 ZGB schon oben III.8.e)bb).

<sup>144</sup> Vgl. oben III.8.d)bb).

<sup>145</sup> Vgl. oben Fn. 100. Im Unterschied zu Ehegatten beschränkt sich die Wahlmöglichkeit freilich auf den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung.

<sup>146</sup> Gl.M. GREMPER, S. 500, der zu Recht darauf hinweist, dass Art. 185 und Art. 187 ZGB eine untrennbare Einheit bilden.

<sup>147</sup> Zur sachlichen Zuständigkeit und zum Verfahren siehe oben III.5.d).

### bb) Art. 193 ZGB

Die Verweisung auf Art. 193 ZGB soll laut der Botschaft gewährleisten, dass die Gläubiger einer Partnerin durch die Teilung der Vermögenswerte gemäss dem Vermögensvertrag nicht geschädigt werden<sup>148</sup>.

Diese Einschränkung des Wortlauts von Art. 193 ZGB ist im Anwendungsbereich des PartG folgerichtig. Mit Blick auf die Begründung und Änderung eines Güterstandes greift die Gläubigerschutzbestimmung nämlich nur ein, wenn die Gütergemeinschaft Ausgangspunkt oder Ziel ist<sup>149</sup> – was für eingetragene Partner wie dargelegt ausgeschlossen ist<sup>150</sup>. Die analoge Anwendung von Art. 193 ZGB ist damit nur im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung relevant, und zwar unabhängig davon, ob diese noch während bestehender Partnerschaft<sup>151</sup> oder erst bei deren Auflösung stattfindet.

## IV. Weitere für das Notariat relevante Bestimmungen des PartG

### 1. Gemeinsame Wohnung (Art. 14 und Art. 32 PartG)

#### a) Schutz der gemeinsamen Wohnung

Gemäss Art. 14 PartG kann eine Partnerin oder ein Partner nur mit der ausdrücklichen *Zustimmung* der oder des anderen einen Mietvertrag kündigen, die gemeinsame Wohnung veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den gemeinsamen Wohnräumen beschränken. Wird die Zustimmung ohne triftigen Grund verweigert oder kann sie nicht eingeholt werden, ist die Anrufung des Richters möglich.

Art. 14 PartG begründet bezüglich der gemeinsamen Wohnung der Partner unabhängig von der daran bestehenden dinglichen oder schuldrechtlichen Berechtigung eine Verfügungsgemeinschaft in dem Sinne, als beiden Partnern ein Mitbestimmungsrecht zukommt. Die Bestimmung entspricht Art. 169 ZGB über den Schutz der Familienwohnung der Ehegatten. Die diesbezügliche Lehre und Rechtsprechung gilt deshalb auch für die Auslegung von Art. 14 PartG<sup>152</sup>. Im Unterschied zum Eherecht verwendet das PartG aber

<sup>148</sup> Botschaft, S. 1344.

<sup>149</sup> Handkomm-KOBEL SCHNIDRIG, Art. 193 ZGB, Rn. 2.

<sup>150</sup> Vgl. oben III.8.d)bb).

<sup>151</sup> Vgl. dazu oben III.8.c)bb).

<sup>152</sup> Botschaft, S. 1338.

nicht den Begriff der „Familienwohnung“, sondern jenen der „gemeinsamen Wohnung“. Die Botschaft begründet diese Abweichung damit, dass die eingetragene Partnerschaft nicht auf die Gründung und den Unterhalt einer Familie angelegt sei. Die Tatsache, dass (nichtgemeinsame) Kinder vorhanden sind, bleibe aber trotzdem ein starkes Indiz dafür, dass die Wohnung, in der diese leben, auch die gemeinsame Wohnung der Partnerinnen und Partner ist<sup>153</sup>. Dies gilt freilich wie bei Ehegatten auch nur unter der Voraussetzung, dass diese Wohnung gleichzeitig den Mittelpunkt des gemeinsamen Lebens der beiden Partner bildet.

Soweit zum Schutz der gemeinsamen Wohnung erforderlich, erfahren im Zuge der Inkraftsetzung des PartG auch die mietrechtlichen Bestimmungen eine entsprechende Anpassung. Dies betrifft Art. 266m Abs. 2, Art. 226n und Art. 273a OR. Dadurch wird insb. sichergestellt, dass der am Mietobjekt nicht obligatorisch berechnete Partner die Kündigung der gemeinsamen Wohnung anfechten und die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen kann sowie dass die Kündigung und die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung beiden Partnerinnen separat zugestellt werden.

Im Rahmen der öffentlichen Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, das die gemeinsame Wohnung eines eingetragenen Paares betrifft, hat der Notar aufgrund seiner Rechtsbelehrungspflicht ggf. darauf aufmerksam zu machen, dass das Einverständnis der Partnerin oder des Partners erforderlich ist. Dazu gehört auch der Hinweis auf die Rechtsfolgen des Fehlens der Zustimmung.

## b) Zuteilung der gemeinsamen Wohnung

Für den Fall der gerichtlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft ermöglicht Art. 32 PartG die Zuteilung der gemeinsamen Wohnung an einen der Partner. Ob die gemeinsame Wohnung von beiden Partnern gemeinsam oder vom anderen Partner allein gemietet wurde, ob sie im alleinigen Eigentum eines Partners oder im gemeinsamen Eigentum beider Partner<sup>154</sup> steht,

<sup>153</sup> Botschaft, S. 1337 f.

<sup>154</sup> Im Anwendungsbereich von Art. 121 ZGB ist freilich umstritten, ob diese Bestimmung auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn die Familienwohnung im Mit- oder Gesamteigentum der Ehegatten steht (vgl. BSK-GLOOR, Art. 121 ZGB, Rn. 12). Sofern man dies – in Abkehr vom Wortlaut – bejaht, spricht nach der hier vertretenen Auffassung nichts dagegen, Art. 121 Abs. 3 ZGB neben Art. 205 Abs. 2 ZGB (bzw. Art. 245 und Art. 251 ZGB) zur Anwendung zu bringen. Je nach Interessenlage kann der Richter so entweder die ungeteilte Zuweisung der Wohnung an einen Ehegatten oder die Einräumung eines befristeten Wohnrechts verfügen. Angesichts der materiell identischen Bestimmungen des PartG hat in dessen Anwendungsbereich mit Blick auf das Verhältnis von Art. 32 Abs. 3 zu Art. 24 PartG dasselbe zu gelten.

spielt keine Rolle. Die Zuweisung setzt indessen immer einen wichtigen Grund voraus und ist zudem nur dann möglich, wenn sie dem anderen Partner zugemutet werden kann.

Zur Vorbildbestimmung im Scheidungsrecht besteht nur ein Unterschied: Art. 121 Abs. 1 ZGB verweist mit Blick auf die wichtigen Gründe explizit auf die Kinder und bringt damit zum Ausdruck, dass deren Interessen eine zentrale Bedeutung zukommt. Auf diese Betonung der Kinderinteressen verzichtet Art. 32 PartG, was angesichts des Fehlens gemeinsamer Nachkommen als folgerichtig erscheint. Weil aber in der gemeinsamen Wohnung gleichgeschlechtlicher Paare auch nichtgemeinsame Kinder leben können, darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, im Rahmen der Interessenabwägung gemäss Art. 32 Abs. 1 PartG hätten die Kindesinteressen von vornherein unberücksichtigt zu bleiben. Vielmehr ist u.E. davon auszugehen, dass – sofern zum Zeitpunkt der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft Kinder in der gemeinsamen Wohnung leben – vorrangig darauf Rücksicht zu nehmen ist, dass diese in der gewohnten Umgebung bleiben können. Warum nichtgemeinsame Kinder eine andere Behandlung erfahren sollten als gemeinsame Kinder, ist nämlich nicht einzusehen. Die in der Botschaft zum Ausdruck gebrachte anders lautende Auffassung des Gesetzgebers dürfte sich schwerlich begründen lassen und ist überdies kaum mit dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) zu vereinbaren<sup>155</sup>. Nach der hier vertretenen Ansicht kann mithin für die Auslegung von Art. 32 PartG grundsätzlich uneingeschränkt auf die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 121 ZGB abgestellt werden.

## 2. Erbrecht

### a) Anpassungen des ZGB (Art. 462, 470 Abs. 1, 471 Ziff. 3, 612a Abs. 4 ZGB)

Erklärtes Ziel des PartG ist u.a. die *erbrechtliche Gleichstellung eingetragener Partnerinnen und Partner mit Ehegatten*<sup>156</sup>. Art. 462 ZGB über den gesetzlichen Erbanteil des Ehegatten sowie die Art. 470 f. ZGB betreffend die verfügbare Quote bzw. den Pflichtteil des überlebenden Ehegatten werden deshalb entsprechend ergänzt<sup>157</sup>. Hinterlässt der vorversterbende eingetragene

<sup>155</sup> Laut der Botschaft, S. 1347, ist zu beachten, „[...] dass bei der Beurteilung der Frage, ob dem Eigentümer der Wohnung die Einräumung eines Wohnrechts zugemutet werden kann, die Interessen nichtgemeinsamer Kinder nicht gleich stark zu gewichten sind wie diejenigen gemeinsamer Nachkommen“.

<sup>156</sup> Botschaft, S. 1318.

<sup>157</sup> Siehe zum gesetzlichen Erbrecht des überlebenden eingetragenen Partners STEINAUER, Rn. 91 ff, und zum Pflichtteilsrecht DERS., Rn. 363 ff.

Partner Nachkommen, erhält der überlebende Partner demnach  $\frac{1}{2}$  des Nachlasses, wobei dieser gesetzliche Erbanteil zur Hälfte pflichtteilsgeschützt ist. Mindestens ein Viertel des Nachlasses geht somit an die überlebende Partnerin. Dieser Anteil ist noch grösser, wenn der überlebende Partner mit Erben des elterlichen Stammes zu teilen hat. Deren gesetzliches Erbrecht beläuft sich auf ein Viertel, dasjenige des überlebenden Partners auf drei Viertel des Nachlasses. Da sich der Pflichtteilsschutz auch in dieser Konstellation auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erstreckt, können dem überlebenden Partner drei Achtel des Nachlasses nicht entzogen werden. Hinterlässt der Erblasser weder Nachkommen noch Erben des elterlichen Stammes, fällt mangels anderweitiger erblasserischer Verfügungen die gesamte Erbschaft an die überlebende Partnerin. Die Hälfte unterliegt wiederum dem Pflichtteilsschutz.

Auf eine Änderung von Art. 473 ZGB über die Einräumung der Nutzniessung an den überlebenden Ehegatten anstelle des gesetzlichen Erbrechts wurde verzichtet. Diese Bestimmung findet nur gegenüber gemeinsamen Kindern Anwendung (vgl. Art. 473 Abs. 1 ZGB). Gleichgeschlechtliche Paare aber können, weil sie gemäss Art. 28 PartG weder zur Adoption noch zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen sind, nur nichtgemeinsame Nachkommen haben.

Mit Blick auf die Durchführung der Erbteilung wird sodann auch überlebenden eingetragenen Partnern insb. ein Zuweisungsanspruch an der in der Erbschaft befindlichen gemeinsamen Wohnung und an Hausratsgegenständen eingeräumt (vgl. Art. 612a Abs. 4 ZGB).

#### b) **Erbrechtliche Folgen der gerichtlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 31 PartG)**

Das gesetzliche Erbrecht zwischen den Partnerinnen oder Partnern entfällt mit der gerichtlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 31 Abs. 1 PartG). Aus vor der Rechtshängigkeit des Auflösungsverfahrens errichteten Verfügungen von Todes wegen können keine Ansprüche mehr erhoben werden (Art. 31 Abs. 2 PartG).

Art. 31 PartG entspricht materiell Art. 120 Abs. 2 ZGB, so dass auf die Rechtsprechung und Lehre hierzu verwiesen werden. Indem Art. 35 PartG die Bestimmungen des Scheidungsverfahrens für sinngemäss anwendbar erklärt, steht zudem fest, dass die einheitlichen Regeln für den Eintritt der Rechtshängigkeit gemäss Art. 136 ZGB auch für das Auflösungsverfahren Geltung haben. Das gemeinsame Auflösungsbegehren (Art. 29 PartG) wird demnach direkt beim Gericht – ohne vorausgehendes Sühnverfahren – in der vom je-

weiligen kantonalen Prozessrecht bestimmten Form anhängig gemacht. Bei der Klage auf Auflösung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 30 PartG) bestimmt demgegenüber der bundesrechtliche Begriff der Klageanhebung<sup>158</sup> über den Eintritt der Rechtshängigkeit<sup>159</sup>.

## V. Hinweis: Ausstandspflicht des Notars

In Berücksichtigung des PartG führt das revidierte und voraussichtlich am 1. Juli 2006 in Kraft tretende bernische Notariatsgesetz in Art. 32 Abs. 1 lit. b eine *Erweiterung der Ausstandsgründe* ein:<sup>160</sup> Danach darf die Notarin bzw. der Notar dann nicht bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde und bei damit in Zusammenhang stehenden Berufsfunktionen mitwirken, wenn „[...] ihr Ehegatte oder seine Ehegattin, ihre eingetragene Partnerin oder sein eingetragener Partner, die mir ihr oder ihm eine faktische Lebensgemeinschaft führende Person, eine Person aus dem Kreis der Verwandten in gerader Linie sowie ihre oder seine Geschwister oder eine Ehegattin, ein Ehegatte, eine eingetragene Partnerin, ein eingetragener Partner oder eine mit ihr oder ihm eine faktische Lebensgemeinschaft führende Person dieser Verwandten beteiligt ist [...]“<sup>161</sup>. Die Regelung erfasst also – insofern über das PartG hinausgehend – auch faktische Lebensgemeinschaften.

Eine vergleichbare Bestimmung kennt soweit ersichtlich nur der Kanton Zürich, der in § 20 lit. c seines Notariatsgesetzes einen Ausstandsgrund für den Fall vorsieht, dass eine mit der Notarin bzw. dem Notar im gleichen Haushalt lebende Person von der Sache betroffen ist. Dieser Ausstandsgrund greift freilich dann zu kurz, wenn die eingetragenen Partnerinnen und Partner über keine gemeinsame Wohnung im Sinne von Art. 14 PartG verfügen.

Es kann davon ausgegangen werden, dass im Zuge der auf kantonaler Ebene erforderlichen Anpassungen an das PartG auch die anderen Kantone ihre Ausstandsregelung entsprechend dem Kanton Bern ergänzen werden.

<sup>158</sup> „Darunter fällt jede prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung, mit welcher der Gläubiger zum ersten Mal in bestimmter Form den Schutz des Richters anruft.“ (BGE 118 II 479 E. 3).

<sup>159</sup> Die Botschaft, S. 1349, könnte demgegenüber dahin verstanden werden, dass nur Art. 136 Abs. 1 ZGB über die Rechtshängigkeit des gemeinsamen Scheidungsbegehrens sinngemäss Anwendung finden soll.

<sup>160</sup> Siehe dazu den Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Notariatsgesetz (NG) vom 16. März 2005, S. 11.

<sup>161</sup> Für den Begriff der Beteiligung siehe Art. 32 Abs. 2 des Notariatsgesetzes.



## Anhang: Beispiel eines Vermögensvertrages<sup>1</sup>

Urschrift Nr.

### Vermögensvertrag unter eingetragenen Partnern<sup>2,3</sup>

A.B., Notarin des Kantons Bern, eingetragen im Notariatsregister des Kantons Bern<sup>4</sup>, mit Büro in Thun,

*beurkundet:*<sup>5</sup>

Die eingetragenen Partner<sup>6</sup>

Herr

**Fritz Meier,**

geb. 25. März 1966, von Bern, Elektroingenieur,

und

Herr

**Alfred Bähler,**

geb. 2. Dezember 1967, von Murten FR, Techniker,

beide wohnhaft Tulpenstrasse 83, 3652 Hilterfingen,

*erklären:*

<sup>1</sup> Das Beispiel beruht auf den im vorstehenden Text vertretenen Auffassungen, auf welche in den folgenden Fusszeilen jeweils verwiesen wird.

<sup>2</sup> Gesetzliche Grundlage zum Vermögensvertrag unter eingetragenen Partnerinnen oder Partnern bildet Art. 25 PartG.

<sup>3</sup> Zur Beweissicherung über die Vermögensverhältnisse unter den eingetragenen Partnern kann zusätzlich in öffentlicher Urkunde ein Inventar gemäss Art. 20 PartG errichtet werden; vgl. dazu oben III.3.

<sup>4</sup> Gemäss Art. 10 des Notariatsgesetzes des Kantons Bern (NG) vom 22. November 2005 verwenden die praktizierenden Notarinnen und Notare in ihren Urkunden neben der Berufsbezeichnung den Hinweis „eingetragen im Notariatsregister des Kantons Bern“.

<sup>5</sup> Der Vermögensvertrag ist gemäss Art. 25 Abs. 3 PartG öffentlich zu beurkunden und von den vertragschliessenden Personen sowie gegebenenfalls vom gesetzlichen Vertreter zu unterzeichnen.

<sup>6</sup> Der Personenstand lautet „in eingetragener Partnerschaft“ (Art. 2 Abs. 3 PartG).

**I. Feststellungen**

1. Wir sind am 6. Februar 2007 vor dem Zivilstandsamt des Kreises Thun eine eingetragene Partnerschaft eingegangen<sup>7</sup>.
2. Wir haben bisher keinen Vermögensvertrag abgeschlossen.
3. Herr Fritz Meier ist ohne Nachkommen. Herr Alfred Bähler hat eine Tochter, Nicole Wenger, geb. 17. Juli 1990. Unsere Eltern leben alle noch.

**II. Vermögensvertrag****1. Güterstand<sup>8</sup>**

Als Güterstand vereinbaren wir die Errungenschaftsbeteiligung im Sinne der Art. 196-220 ZGB<sup>9</sup>. Wir erheben die erwähnten Bestimmungen der Errungenschaftsbeteiligung insgesamt zum Bestandteil unserer vermögensrechtlichen Ordnung<sup>10</sup>.

Wir vereinbaren die Geltung des Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Eintragung unserer Partnerschaft, d.h. ab 6. Februar 2007<sup>11</sup>.

**2. Vorschlagszuweisung<sup>12</sup>****a. Bei Auflösung der Partnerschaft durch Tod eines Partners**

Für den Fall der Auflösung der Partnerschaft durch Tod eines Partners vereinbaren wir, dass der Vorschlag jedes Partners ganz dem überlebenden eingetragenen Partner zugewiesen wird (analog Art. 216 Abs. 1 ZGB).

<sup>7</sup> Die Begründung der eingetragenen Partnerschaft erfolgt durch Beurkundung der Willenserklärungen der beiden Partnerinnen oder beiden Partner durch den Zivilstandsbeamten und Unterzeichnung der Urkunde durch beide Partnerinnen oder Partner (Art. 7 PartG).

<sup>8</sup> Das PartG verwendet den Begriff „Güterstand“ nicht ausdrücklich. Der Begriff erweist sich aber u.E. in Anlehnung an das Eherecht als zutreffend; vgl. dazu II.2.a).

<sup>9</sup> Nachdem eingetragene Partner subsidiär und von Gesetzes wegen einer der Gütertrennung entsprechenden Ordnung unterstehen, ist die Errungenschaftsbeteiligung unter dem PartG als vertraglicher Güterstand zu qualifizieren. Siehe auch II.2.b).

<sup>10</sup> Der Gesetzgeber verweist in Art. 25 Abs. 1 PartG für die Errungenschaftsbeteiligung nur auf Art. 196-219 ZGB. Das Weglassen von Art. 220 ZGB muss u.E. als gesetzgeberisches Versehen qualifiziert werden. In der Vertragsgestaltung empfiehlt es sich deshalb, eine globale Verweisung auf Art. 196-220 ZGB anzubringen; vgl. oben III.8.d)cc).

<sup>11</sup> Siehe III.8.c)cc) mit Fn. 100.

<sup>12</sup> Vgl. dazu sinngemäss die Musterurkunde VbN Nr. 421 (Ehevertrag, Errungenschaftsbeteiligung mit Vorschlagszuweisung), S. 3, Ziff. II.2.

Wir nehmen zur Kenntnis, dass diese Vereinbarung die Pflichtteile der Nachkommen eines Partners nicht beeinträchtigen darf (Art. 25 Abs. 2 PartG). Der Tochter des Herrn Alfred Bähler, Nicole Wenger, sowie allfälligen weiteren Nachkommen eines der beiden Partner ist deshalb in jedem Falle der Pflichtteil zu gewähren<sup>13</sup>.

**b. Bei gerichtlicher Auflösung der Partnerschaft, Ungültigerklärung oder Anordnung der Gütertrennung**

Wir nehmen zur Kenntnis, dass die Vereinbarung über die Vorschlagszuweisung (II.2.a. hievor) für den Fall der gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft, der Ungültigerklärung oder Anordnung der Gütertrennung nicht gilt (analog Art. 217 ZGB).

Wir verzichten auf eine Abänderung dieser gesetzlichen Ordnung<sup>14</sup>. Bei gerichtlicher Auflösung der Partnerschaft, Ungültigerklärung oder Anordnung der Gütertrennung kommt die von Gesetzes wegen vorgesehene hälftige gegenseitige Vorschlagsbeteiligung (analog Art. 215 ZGB) zum Tragen.

**c. Neue eingetragene Partnerschaft oder Verheiratung des überlebenden Partners**

Sollte der überlebende Partner eine neue eingetragene Partnerschaft eingehen oder sich verheiraten, fällt derjenige Anteil an die Erben des verstorbenen Partners zurück, den diese nach der gesetzlichen hälftigen gegenseitigen Vorschlagsbeteiligung beim Tod des ersten Partners erhalten hätten (analog Art. 215 ZGB)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Im Gegensatz zu Nachkommen besteht für Eltern eines eingetragenen Partners kein Pflichtteilsschutz gegenüber den im Vermögensvertrag getroffenen Vereinbarungen. Siehe dazu oben III.8.d)dd).

<sup>14</sup> Dazu oben III.8.f).

<sup>15</sup> Geht der überlebende Partner eine neue eingetragene Partnerschaft ein oder heiratet er, entspricht dessen Begünstigung im Rahmen der Vorschlagsbeteiligung u.U. nicht mehr dem Willen der eingetragenen Partner. Aus diesem Grund ist bei der Ausgestaltung des Vermögensvertrages eine „Wiederverpartnerungs- bzw. Heiratsklausel“ im Sinne einer Resolutivbedingung für die Vorschlagszuweisung in Betracht zu ziehen. Eine solche Klausel führt mit Blick auf die Beteiligung des überlebenden Partners am Vorschlag rückwirkend dazu, dass der Vorschlag jedes Partners hälftig mit dem anderen Partner zu teilen ist (analog Art. 215 ZGB). Bei der Eingehung einer neuen eingetragenen Partnerschaft oder der Heirat des überlebenden Partners fällt der über den gesetzlichen Anteil hinaus zugewendete Vorschlag mit anderen Worten an die Erben des erstverstorbenen Partners zurück. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass auch bei der Redaktion von Ehe- und Erbverträgen dem Umstand Rechnung zu tragen sein wird, dass der überlebende Ehegatte nicht nur eine neue Ehe, sondern auch eine eingetragene Partnerschaft eingehen kann.

### 3. Teilungsbestimmung

Der überlebende eingetragene Partner ist berechtigt, sämtliche Aktiven und Passiven des Vermögens des Verstorbenen in Anrechnung an seine vermögensrechtlichen Ansprüche zu übernehmen<sup>16</sup>.

### III. Schlussbestimmungen

Diese Urschrift ist für die Vertragsschliessenden *zweifach* auszufertigen.

Schlussverbal für Willenserklärungen

9. März 2007

Die Vertragsschliessenden:

Die Notarin:



---

<sup>16</sup> Die Bestimmung stellt eine vertragliche Teilungsvorschrift analog zu den rechtsgeschäftlichen ehgüterrechtlichen Teilungsvorschriften dar (vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 219 ZGB). Siehe als Beispiel für eine entsprechende – ehgüter- und erbrechtliche – Teilungsvorschrift Musterurkunde VbN Nr. 424, S. 4, Ziff. III.2.