

Claire Aline Pfammatter

**Der Schutz der Familienwohnung
gemäss Art. 169 ZGB
in nichtehelichen Partnerschaften**

ISBN 978-3-03916-244-4

Editions Weblaw
Bern 2024

Zitiervorschlag:

Claire Aline Pfammatter, Der Schutz der Familienwohnung
gemäss Art. 169 ZGB in nichtehelichen Partnerschaften,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2024

Universität Bern
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Zivilistisches Seminar

Betreut von

Prof. Dr. Stephan Wolf

Der Schutz der Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB in nichtehelichen Partnerschaften

Masterarbeit

Herbstsemester 2023

Eingereicht am 4. Dezember 2023

Claire Aline Pfammatter

Masterstudium, 4. Semester

claire.pfammatter@students.unibe.ch

Matrikel-Nr. XXXXXXXXXX

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Literaturverzeichnis.....	III
Materialienverzeichnis.....	X
Abkürzungsverzeichnis	XI
§ 1 Vorwort.....	1
Teil I: Der Schutz der Familienwohnung – de lege lata.....	3
§ 2 Begrifflichkeiten und Rechtsinstitute.....	3
I. Ehe	3
II. Eingetragene Partnerschaft	3
III. Nichteeliche Partnerschaft	4
IV. Familie	5
§ 3 Grundlagen von Art. 169 ZGB	7
I. Entstehungsgeschichte	7
II. Normzweck	8
III. Rechtsnatur	8
§ 4 Anwendungsbereich von Art. 169 ZGB	10
I. In sachlicher Hinsicht.....	10
1. Begriff der Familienwohnung	10
2. Abgrenzung zur ehelichen Wohnung	11
II. In zeitlicher Hinsicht.....	12
1. Beginn	12
2. Beendigung	12
III. In personeller Hinsicht	13
1. Ehe	13
2. Eingetragene Partnerschaften.....	13
3. Nichteeliche Partnerschaften.....	14
§ 5 Ergänzungen zu Art. 169 ZGB	16
I. Mietrechtliche Ergänzungen (Art. 266m, 266n und 273a OR)	16
1. Allgemeines	16
2. Anwendungsbereich.....	17
a. Ehe	17
b. Eingetragene Partnerschaften	17
c. Nichteeliche Partnerschaften.....	17
II. Scheidungsfolgen der Wohnung der Familie (Art. 121 ZGB)	19
1. Allgemeines	19
2. Anwendungsbereich.....	20

a.	Ehe	20
b.	Eingetragene Partnerschaften	20
c.	Nichteheliche Partnerschaften	21
III.	Persönlichkeitsrecht (Art. 28b ZGB)	21
§ 6	Schlussfolgerung	22
Teil II: Ausweitung des Schutzes der Familienwohnung.....		23
§ 7	Übersicht.....	23
§ 8	Reformbedarf aufgrund der sozialen Wirklichkeit	24
I.	Ausgangslage: Veränderung der Familie	24
II.	Demografischer Wandel	24
1.	Allgemeine demografische Entwicklung	24
2.	Haushalt und nichteheliche Partnerschaften	25
III.	Handlungsbedarf und aktuelle politische Diskussionen.....	26
§ 9	Reformbedarf zugunsten des Kindeswohls.....	28
I.	Bedeutung des Kindeswohls	28
II.	Das Kindeswohl in der Familienwohnung	28
§ 10	Exkurs: Die Familienwohnung in anderen Rechtsordnungen	31
I.	Norwegen.....	31
II.	Australien und Neuseeland	31
III.	England	32
IV.	Frankreich	32
§ 11	Lösungsansätze	33
I.	Richterrecht.....	33
II.	Gesetzliche Regelung.....	36
1.	Schaffung eines neuen Rechtsinstituts («Opting-in» Modell).....	36
a.	Vorschlag des Bundesrats	36
b.	Kritische Würdigung	37
2.	Punktuelle Regelung	39
a.	Erstreckung der Normen zum Schutz der Familienwohnung	39
b.	Kinder als entscheidender Faktor	40
c.	«Opting-out» Möglichkeit	40
3.	Revision des gesamten Familienrechts	42
§ 12	Schlussbetrachtung.....	44
Selbständigkeitserklärung		XV

Literaturverzeichnis

Hinweis: Die hier aufgeführten Werke werden, soweit nicht anders vermerkt, in den Fussnoten mit dem Namen des Autors/der Autorin sowie mit der jeweiligen Seitenzahl bzw. den jeweiligen Seitenzahlen zitiert. Untertitel, die nicht zur Identifizierung erforderlich sind, werden unter der Verwendung von «[...]» abgekürzt.

ARNET RUTH/BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Art. 1–456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. CHK ZGB-AUTOR/IN).

BERGER MARKUS, Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr, [...], Diss. Freiburg 1987.

BERSIER ROLAND, Le juge et le nouveau droit du mariage, in: Le nouveau droit du mariage, [...], CEDIDAC Band 5, Lausanne 1986, S. 119-145.

BLASER PATRICK/KOHLER-VAUDAUX MARYAM, Le sort du logement de la famille et du logement commun en cas de désunion, FamPra.ch 2009, S. 339-365.

BLUM SIMON, Die Grundeigentumsverhältnisse im Konkubinat, [...], Diss. Luzern 2019, Zürich/Basel/Genf 2020.

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (Hrsg.), Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. CPra Bail-AUTOR/IN).

BOHNET FRANÇOIS/GUILLOD OLIVIER (Hrsg.), Commentaire pratique, Droit matrimonial, Fond et procédure, Basel 2016 (zit. CPra Matrimonial-AUTOR/IN).

BRÄM VERENA/HASENBÖHLER FRANZ, Zürcher Kommentar, II. Band: Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90–251 ZGB), Teilband II 1c: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159–180 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-AUTOR/IN).

BÜCHLER ANDREA, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, [...], FamPra.ch 2014, S. 797-808 (zit. BÜCHLER, Zukunft).

- BÜCHLER ANDREA, Gewalt in Ehe und Partnerschaft, Polizei-, straf- und zivilrechtliche Interventionen am Beispiel des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 1998, Basel/Genf/München 1998 (zit. BÜCHLER, Gewalt in Ehe und Partnerschaft).
- BÜCHLER ANDREA, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Bern 2003, S. 59-88 (zit. BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme).
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. KUKO ZGB-AUTOR).
- BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, Ehe Partnerschaft Kinder – Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2018.
- BURRI MARGA, Der Betreuungsunterhalt, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Band 34, Zürich/Basel/Genf 2018.
- COSKUN-IVANOVIC TANJA, Fortsetzungsfamilien im Recht – Recht auf Fortsetzung der Familie?, [...], Diss. Luzern 2022, Zürich/Genf 2023.
- COTTIER MICHELLE, Modelle der familienrechtlichen Regelung von Ehe und Partnerschaft in der Schweiz und im Ausland, in: Swiss Academies Reports, Ehe und Partnerschaft zwischen Norm und Realität, Bern 2016, S. 24-39.
- COTTIER MICHELLE/AESCHLIMANN SABINE, Nichteheliche Lebensgemeinschaften (Cohabitation), Neuere Rechtsentwicklungen in Australien, Neuseeland und Grossbritannien, FamPra.ch 2010, S. 109-130.
- COTTIER MICHELLE/CREVOISIER CÉCILE, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, AJP 2012, S. 33-43.
- CREVOISIER CÉCILE, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status, [...], Diss. Basel 2013, Bern 2014.
- ENGI LORENZ, Die religiöse und ethische Neutralität des Staates, [...], Habil. 2014, Zürich/Basel/Genf 2017.
- FERRAND FRÉDÉRIQUE, Der Schutz der Familienwohnung im französischen Recht, in: Henrich Dieter/Schwab Dieter (Hrsg.), Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen, Bielefeld 1995, S. 45-65 (zit. FERRAND, Familienwohnung).

- FERRAND FRÉDÉRIQUE, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich, in: Scherpe Jens M./Yassari Nadjma (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, [...], Tübingen 2005, S. 211-247 (zit. FERRAND, nichteheliche Lebensgemeinschaften).
- FRANK RICHARD, Der Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft, in: Frank et al. (Hrsg.), Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinat) im schweizerischen Recht, Zürich 1984, S. 29-44.
- FUX BEAT, Familiäre Lebensformen im Wandel, Eidgenössische Volkszählung 2000, Neuchâtel 2005.
- GALLMETZER EVELYN/SPICHIGER BETTINA/WOLF STEPHAN, Die Lebensgemeinschaften in Italien und in der Schweiz, AJP 2018, S. 580-599.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-AUTOR/IN).
- GEISER THOMAS/GREMPER PHILIPP (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007 (zit. ZK PartG-AUTOR/IN).
- GIGER HANS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253–273c OR, Art. 260–266o OR, Bern 2020 (zit. BK OR-GIGER).
- GLOOR URS, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1987.
- GNAEGI PHILIPPE/HOCH NADINE, Die Familienpolitik in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2022.
- HAUSHEER HEINZ, Der Scheidungsunterhalt und die Familienwohnung, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 119-174.
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, [...], 7. Aufl., Bern 2022.
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159–180 ZGB, Bern 1999 (zit. BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER).

- HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000.
- HERMANN HORST, Liebesbeziehungen – Lebensentwürfe, Eine Soziologie der Partnerschaft, Münster 2001.
- HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253–273c OR), Art. 253–265 OR, 5. Aufl., Zürich 2019 (zit. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN).
- HOHL SABINE, Sollten nichteheliche Lebensgemeinschaften rechtlich geregelt werden?, FamPra.ch 2016, S. 637-656.
- JUNGO ALEXANDRA, Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, successio 2016, S. 5-26.
- KELLER TOMIE, Die faktische Lebensgemeinschaft im Erbrecht, Rechtsvergleich und Reformüberlegungen zum gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrecht, Diss. Basel 2016, Bern 2018.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-AUTOR).
- LØDRUP PETER, Der Schutz der Familienwohnung im norwegischen Recht, in: Henrich Dieter/Schwab Dieter (Hrsg.), Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen, Bielefeld 1995, S. 67-78.
- MAIHOFFER ANDREA, Zum aktuellen Wandel der Familie, in: Schweizerisches Landesmuseum Zürich (Hrsg.), Familien – alles bleibt, wie es nie war, Zürich 2008, S. 140-150.
- MENGE JEAN-PIERRE, Kündigung und Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten, Diss. Basel 1993.
- MEYER SILJA, Die faktische Lebensgemeinschaft im Kontext des Familienrechts, Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung, Diss. Zürich 2018.
- MIETERINNEN- UND MIETERVERBAND DEUTSCHSCHWEIZ (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 10. Aufl., Zürich 2022 (zit. Mietrecht Praxis, AUTOR/IN).
- MÜLLER JÜRGEN P. (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummiete, Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, Basel 2016 (zit. Immobiliarmietrecht, MAAG).

- NÄF-HOFMANN MARLIES/NÄF-HOFMANN HEINZ, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, [...], Eine Einführung für den Praktiker, Zürich 1998.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Mariage, partenariat enregistré, concubinage: évolutions récentes en matière de conclusion et validité, FamPra.ch 2017, S. 913-952.
- PERMANN RICHARD, Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Mietrecht mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Aufl., Zürich 2007 (zit. OFK Mietrecht-PERMANN).
- PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, Basel 2010 (zit. CR CC I-AUTOR/IN).
- PREISNER KLAUS, Familialer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik, FamPra.ch 2014, S. 784-796.
- PULVER BERNHARD, Unverheiratete Paare, Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge, Basel 2000.
- RANZANICI CIRESA FRANCESCA, Le concubinage en droit suisse, [...], Bern 2022.
- REUSSER RUTH, Die Familienwohnung im neuen Scheidungsrecht, in: la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Neuchâtel (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Basel/Frankfurt am Main 1992, S. 191-203.
- RÖTHEL ANNE, Die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft in Europa, in: Barnstedt Elke Luise et al. (Hrsg.), Was gehen den Staat Ehe und Partnerschaft an?, [...], Heidelberg 2002, S. 70-97.
- RONCORONI GIACOMO, Wohnungsübertragung bei Scheidung oder Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft und als Massnahme zum Schutz der Opfer von Gewalt, mp 2010, S. 75-115.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA/LIATOWITSCH PETER, Nichteheliche Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindesrechtliche Belange, FamPra.ch 2004, S. 895-910.
- RUOSS RETO THOMAS, Der Einfluss des neuen Eherechts auf Mietverhältnisse an Wohnräumen, [...], ZSR 1988, S. 75-101.

- RYRSTEDT EVA, Legal Status of Cohabitants in Norway, in: Scherpe Jens M./Yassari Nadjma (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, [...], Tübingen 2005, S. 439-454.
- SCHERPE JENS M., Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Rechtsvergleich, in: Böhler Andrea/Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), Sechste Schweizer Familienrechtstage, [...], Bern 2012, S. 3-24.
- SCHMID JÖRG, Familie und Grundbuch, in: Gauch Peter et al. (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, S. 601-616.
- SCHNYDER BERNHARD, Der Schutz der Familienwohnung im Schweizer Recht, in: Henrich Dieter/Schwab Dieter (Hrsg.), Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen, Bielefeld 1995, S. 103-118.
- SCHWANDER IVO, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?, AJP 1994, S. 918-928.
- SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIEN-TREUHÄNDER (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018 (zit. SVIT Kommentar-AUTOR/IN).
- SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», FamPra.ch 2014, S. 966-1008 (zit. SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen).
- SCHWENZER INGEBORG, Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften?, JZ 1988, S. 781-789 (zit. SCHWENZER, JZ).
- SCHWENZER INGEBORG, Vom Status zur Realbeziehung, Familienrecht im Wandel, Baden-Baden 1987 (zit. SCHWENZER, Realbeziehung).
- SCHWENZER INGEBORG/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), FamKomm Scheidung, Band I, 4. Aufl., Bern 2022 (zit. FamKomm ZGB I-BÜCHLER).
- SOMMARUGA SIMONETTA, Avenir familles!, Eintretensvotum von Bundesrätin Simonetta Sommaruga, FamPra.ch 2014, S. 781-783.

- STEHLIN PHILIPP, Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875–1954), Diss. Bern 2017, Bern 2018.
- STETTLER MARTIN/GERMANI LUCIA, Droit Civil III, Effets généraux du mariage (art. 159–180 CC), 2. Aufl., Freiburg 1999.
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CO I-LACHAT/BOHNET).
- VOLLENWEIDER MARC-AURÈLE, Le logement de la famille selon l'article 169 CC, notion et essai de définition, Diss. Lausanne 1995.
- WEBER ROGER, Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, AJP 2004, S. 30-44 (zit. WEBER ROGER).
- WEBER ROLF H., Mietrecht, in: Frank et al. (Hrsg.), Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinat) im schweizerischen Recht, Zürich 1984, S. 71-85 (zit. WEBER ROLF).
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-WEBER).
- WOLF STEPHAN, Ehe, Konkubinat und registrierte Partnerschaft gemäss dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz – Allgemeiner Vergleich und Ordnung des Vermögensrechts, recht 2002, S. 157-167.
- WOLF STEPHAN/MINNIG YANNICK, Familienrecht, Basel 2021.
- WORTH ANNEKATRIN, Schutz und Förderung der Familie, [...], Diss. Zürich 2016, Zürich/Basel/Genf 2016.
- ZEITER ALEXANDRA, Die ehепartnerliche Zustimmung zu Rechtsgeschäften mit Dritten. Eine kritische Bestandesaufnahme, FamPra.ch 2005, S. 669-696.

Materialienverzeichnis

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Frühjahrssession 1981 Ständerat, ZGB.
Ehewirkungen und Güterrecht (79.043), S. 76 ff. (zit. AB StR 1981).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Sommersession 1983 Nationalrat, ZGB.
Ehewirkungen und Güterrecht (79.043), S. 634 ff. (zit. AB NR 1983).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand,
Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heim-
stätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I
(zit. Botschaft Revision Scheidungsrecht).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der
Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979,
BBl 1979 II 1191 (zit. Botschaft Wirkungen der Ehe).

Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunter-
halt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529 (zit. Botschaft Kindesunterhalt).

Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtli-
cher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288 (zit. Botschaft PartG).

Bundesamt für Statistik, Demos – Informationen aus der Demografie, Scheidungen,
BFS-Nr.: 238-2001, Neuchâtel 2020 (zit. BFS, Scheidungen).

Bundesamt für Statistik, Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht 2021,
BFS-Nr.: 1010-2100, Neuchâtel 2021 (zit. BFS, Bericht Familien).

Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts. Bericht des Bundesrats zum Postulat
Fehr (12.3607, Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht),
Bern 2015 (zit. Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts).

Bundesrat, Übersicht über das Konkubinats im geltenden Recht – Ein PACS nach
Schweizer Art? Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 15.3431 Caroni
vom 6. Mai 2015, 15.4082 WBK-N vom 5. November 2015 und 18.3234 Caroni
vom 15. März 2018, Bern 2022 (zit. Bundesrat, Übersicht Konkubinats).

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
aArt.	alter Artikel
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Bundesgerichtsentscheid, amtlich publiziert
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CC	Code civil (vgl. ZGB)
CEDIDAC	Publications CEDIDAC/Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Code des obligations (vgl. OR)
CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand

diesbez.	diesbezüglich
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera (und Übriges)
f.	und folgende (Seite, Artikel, Paragraph etc.)
ff.	und fortfolgende (Seiten, Artikel, Paragraphen etc.)
FamKomm	Praxiskommentar Familienrecht
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
Fn.	Fussnote(n)
gem.	gemäss
gl.M.	gleiche(r) Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber:in(nen)
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
JZ	Juristenzeitung
krit.	kritisch
KUKO	Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
lit.	litera (Buchstabe)

m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
mp	mietrechtspraxis, Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
N	(Rand-)Note(n)
No.	number
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PACS	Pacte civil de solidarité
PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (SR 211.231)
Prof.	Professor
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RSL RW	Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai 2014
S.	Seite
sec.	Section
sog.	sogenannt(es)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StR	Ständerat
successio	Zeitschrift für Erbrecht
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder

v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

§ 1 Vorwort

«Die Familienwohnung hat eine grosse soziale Bedeutung».¹ Der Gesetzgeber hat der Familienwohnung daher besondere Beachtung geschenkt, indem Art. 169 ZGB den nicht an der Wohnung der Familie berechtigten Ehegatten² während der Ehedauer schützt. Durch Art. 169 Abs. 1 ZGB wird die Gültigkeit von Verfügungen über die Familienwohnung von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig gemacht. Der Schutz der gemeinsamen Wohnung eingetragener Partner ist in Art. 14 PartG verankert.

Ergänzt wird dieser besondere Schutz der Wohnung während der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft insbesondere durch Bestimmungen des Mietrechts (Art. 266m, 266n und 273a OR).

Auch bei einer Scheidung der Ehegatten oder einer gerichtlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft erfährt die Familienwohnung durch Art. 121 ZGB und Art. 32 PartG einen besonderen Schutz. Diese kann unabhängig der sachlichen oder dinglichen Berechtigung einem der Partner zugewiesen werden.

Während diese Normen zweifelsfrei eine bedeutsame Absicherung der nicht an der Wohnung berechtigten Partei darstellen, sind in den vergangenen Jahrzehnten gesellschaftliche Veränderungen aufgetreten, welche die Notwendigkeit einer genaueren Betrachtung dieser Bestimmungen fordern. Neben den Instituten der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft hat sich nämlich insbesondere auch die nichteheliche Partnerschaft als eine weit verbreitete Lebens- und Familienform etabliert, die gesellschaftlich akzeptiert wird.³ Folglich stellt sich die Frage, ob der Schutz der gemeinsamen Wohnung in diesem Lebens- und Familienmodell gegenwärtig ausreichend gewährleistet wird.

Ziel dieser Arbeit ist eine kritische Untersuchung des Anwendungsbereichs von Art. 169 ZGB und seinen ergänzenden Normen, unter Beizug schweizerischer und internationaler Literatur, Rechtsprechung, Materialien und Gesetze.

Hierfür braucht es im ersten Teil der Arbeit zunächst eine Definition der Begrifflichkeiten der Ehe, der eingetragenen Partnerschaft, der nichtehelichen Partnerschaft und

¹ FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 2; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 167.

² Im Textteil der vorliegenden Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Die entsprechende weibliche Form sowie weitere Geschlechteridentitäten sind aber selbstverständlich jeweils mitgemeint.

³ Vgl. dazu MEYER, S. 20 f.; WOLF, S. 158, Fn. 7; BFS, Bericht Familien, S. 14.

der Familie. Danach werden einige Grundlagen zu Art. 169 ZGB in Erinnerung gerufen, um anschliessend die aktuelle Rechtslage zum Anwendungsbereich der Normen zum Schutz der Familienwohnung zu erläutern.

Im zweiten Teil der Arbeit wird die geltende Rechtslage zum Schutz der Familienwohnung kritisch hinterfragt. Angesichts der sich stetig wandelnden gesellschaftlichen Entwicklungen sowie unter Berücksichtigung des Kindeswohls und ausländischer Rechtsordnungen wird aufgezeigt, dass eine Überarbeitung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Normen zum Schutz der Familienwohnung notwendig ist. Abschliessend werden mögliche Lösungsansätze zu einer zeitgemässen Ausgestaltung des Schutzes der Familienwohnung erörtert.

Im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht werden die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte nach Art. 169 Abs. 1 ZGB, die Anrufung des Gerichts gem. Art. 169 Abs. 2 ZGB, die Regelung des Getrenntlebens gem. Art. 176 ZGB sowie erbrechtliche Aspekte.

Teil I: Der Schutz der Familienwohnung – de lege lata

§ 2 Begrifflichkeiten und Rechtsinstitute

Die Begrifflichkeiten der Ehe, der eingetragenen Partnerschaft, der nichtehelichen Partnerschaft und der Familie beziehen sich auf unterschiedliche Arten von Lebensgemeinschaften, wobei die ersten beiden rechtlich normiert sind.⁴ Eine Definition und Abgrenzung dieser Begrifflichkeiten ist unerlässlich, um deren Bedeutung im Kontext des Schutzes der Familienwohnung nachfolgend einzuordnen.

I. Ehe

Beim Ehebegriff im traditionellen Sinn handelt es sich um eine Willenseinigung zwischen Mann und Frau, um eine auf Dauer und öffentlich anerkannte Lebensgemeinschaft zu begründen.⁵ Die Ehe stellt somit eine gesetzlich geregelte Verbindung mit Ausschliesslichkeitscharakter zwischen zwei Personen dar.⁶ Seit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision «Ehe für alle» am 1. Juli 2022 wird der Zugang zum Rechtsinstitut der Ehe auch zwei Personen gleichen Geschlechts ermöglicht.⁷

II. Eingetragene Partnerschaft

Das schweizerische Partnerschaftsgesetz ist seit dem 1. Januar 2007 in Kraft und ermöglicht gleichgeschlechtlichen, nicht miteinander verwandten Personen, eine monogame, umfassende und auf Dauer angelegte besondere rechtliche Beziehung einzugehen.⁸ Inhaltlich ähnelt das Rechtsinstitut der eingetragenen Partnerschaft jenem der Ehe.⁹ Seit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare dürfen zwar keine neuen Partnerschaften nach PartG eingetragen werden; bestehende eingetragene Partnerschaften werden jedoch nicht automatisch in das Eherecht des ZGB überführt, sondern bleiben bestehen.¹⁰ Damit werden die beiden Rechtsinstitute noch für eine Zeit

⁴ PAPAUX VAN DELDEN, S. 913; Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 6.

⁵ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 21; PAPAUX VAN DELDEN, S. 916; FRANK, S. 29; STEHLIN, S. 72; WOLF, S. 159.

⁶ Vgl. dazu BGE 119 II 264 E. 4.b S. 267; BGE 126 II 425 E. 4.b S. 430 ff.

⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 21.

⁸ Vgl. dazu ZK PartG-GEISER, Art. 1-2 N 5; vgl. dazu auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 15; PAPAUX VAN DELDEN, S. 940; BLASER/KOHLER-VAUDAUX, S. 361; Botschaft PartG, S. 1329.

⁹ Vgl. dazu HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 15; vgl. dazu auch Urteil des BGer 5A_427/2020 vom 6. Oktober 2020 E. 1.2.

¹⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 16; RANZANICI CIRESA, S. 61.

lang gleichzeitig existieren,¹¹ weshalb in vorliegender Arbeit auch das Institut der eingetragenen Partnerschaft gesondert dargestellt wird.

III. Nichteheliche Partnerschaft

Im Schweizer Recht werden homo- oder heterosexuelle Paare, die nicht verheiratet sind, aber faktisch in einer Partnerschaft leben, keinem spezifischen Rechtsinstitut¹² unterstellt, weshalb auch keine «allgemeingültige» gesetzliche Definition einer nicht-ehelichen Partnerschaft existiert.¹³ Dennoch sind Gemeinschaften nicht verheirateter Paare in verschiedenen Bereichen rechtlich relevant.¹⁴ Dabei finden sich sowohl in Literatur, Gesetzgebung und Rechtsprechung unterschiedliche Begrifflichkeiten, welche die soziale Erscheinungsform einer nichtehelichen Partnerschaft zu erfassen versuchen.¹⁵

Nachfolgend werden die Begriffe *nichteheliche Partnerschaft*, *faktische Lebensgemeinschaft* sowie auch der Begriff des *Konkubinats*¹⁶ sinngleich verwendet.

Das Bundesgericht definiert die faktische Lebensgemeinschaft als eine «auf längere Zeit, wenn nicht auf Dauer angelegte umfassende Lebensgemeinschaft von zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts¹⁷ mit grundsätzlich Ausschlusscharakter, die sowohl eine geistig-seelische als auch eine körperliche und eine wirtschaftliche

¹¹ Vgl. RANZANICI CIRESA, S. 61.

¹² Demzufolge werden diese im Familienrecht als «Ledige» und damit wie alleinstehende Personen betrachtet. Vgl. dazu BLASER/KOHLER-VAUDAUX, S. 363; PULVER, S. 15; vgl. auch WOLF/MINNIG, S. 234; BGE 129 I 1 E. 3.2.4 S. 6 f.; Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 5.

¹³ Vgl. zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 26; WOLF/MINNIG, S. 233; PULVER, S. 13; BLASER/KOHLER-VAUDAUX, S. 363; MEYER, S. 33; PAPAUX VAN DELDEN, S. 946; WOLF, S. 160; vgl. auch Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 11 f.

¹⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 26; ausführlicher dazu PULVER, S. 13; JUNGO, S. 7 ff.

¹⁵ Vgl. dazu JUNGO, S. 7; MEYER, S. 53; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 26 f.; KELLER, S. 6; BLASER/KOHLER-VAUDAUX, S. 363; BLUM, S. 27 ff.; Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 11.

¹⁶ Auch wenn der Begriff des Konkubinats heutzutage als veraltet gilt, ist auf diesen im Rahmen dieser Arbeit nicht zu verzichten, da er sowohl in der Bevölkerung als auch in der Rechtsprechung weiterhin verwendet wird. Vgl. dazu den jüngeren Entscheid BGE 138 III 97 E. 2.3.3 S. 100 f.; COTTIER/CREVOISIER, S. 34; KELLER, S. 7; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 896; MEYER, S. 53.

¹⁷ Nach Lehre und Rechtsprechung wurde diese Definition bereits vor der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare nicht mehr so strikt und damit in weiten Teilen auch auf gleichgeschlechtliche Paare angewendet. Seit der Einführung der Ehe für alle können Paare, unabhängig ihres Geschlechts, im Bereich des nichtehelichen Zusammenlebens rechtlich identisch behandelt werden. Vgl. dazu BGE 134 V 369 E. 6.3.1 S. 375 f.; BGE 145 I 108 E. 4.4.6 S. 116 f.; WOLF/MINNIG, S. 233; vgl. auch PULVER, S. 4; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 27; BLASER/KOHLER-VAUDAUX, S. 364.

Komponente aufweist und auch etwa als Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft bezeichnet wird».¹⁸ Gekennzeichnet wird diese insbesondere durch die Dauer der Beziehung, dem Zusammenleben (unter einem Dach), der Geschlechtsgemeinschaft, dem Vorhandensein gemeinsamer Kinder sowie dem Leisten von Beistand und wirtschaftlicher Unterstützung.¹⁹ Die Qualität einer faktischen Lebensgemeinschaft muss stets einzelfallabhängig anhand der Gesamtheit der Umstände des Zusammenlebens beurteilt werden, wobei sich diese mithin am Kriterium der «Eheähnlichkeit» orientieren.²⁰ Abzugrenzen ist eine nichteheliche Partnerschaft von «Beziehungen ganz ohne partnerschaftlichen Bezug und insbesondere ohne Willen zu gegenseitiger Unterstützung, wie dies etwa bei einfachen Freundschaftsverhältnissen oder bei Wohngemeinschaften der Fall ist».²¹

IV. Familie

Aufgrund der kontinuierlichen gesellschaftlichen Veränderung und der kulturellen Vielfalt lässt sich der Begriff der Familie weder im allgemeinen noch im juristischen Sprachgebrauch allgemeingültig umschreiben.²²

Art. 41 Abs. 1 lit. c BV definiert die Familie als eine Gemeinschaft von «Erwachsenen und Kindern». Dieser offene Familienbegriff schliesst auch Konkubinate, Fortsetzungs- und Einzelternfamilien mit dazugehörigen leiblichen, adoptierten oder Pflegekindern mit ein.²³

Das schweizerische Familienrecht gemäss Art. 90 ff. ZGB geht jedoch von einem engeren Familienbegriff aus und umschreibt die Familie als eine Lebensgemeinschaft, die auf einer besonders engen Bindung zwischen ihren Mitgliedern beruht.²⁴ Es orientiert sich dabei an der sogenannten «Kernfamilie», welche traditionsgemäss die häusliche Gemeinschaft von einem Ehepaar mit seinen gemeinsamen, noch nicht volljährigen Kindern umfasst.²⁵ Entscheidend für den Begriff «Familie» im Familienrecht ist

¹⁸ BGE 124 III 52 E. 2.a S. 54 f.; BGE 118 II 235 E. 3.b S. 238.

¹⁹ Vgl. dazu MEYER, S. 52.

²⁰ PAPAUX VAN DELDEN, S. 946; MEYER, S. 52; vgl. dazu auch BGE 118 II 235 E. 3.b S. 238; sowie BGE 124 III 52 E. 2.a S. 54.

²¹ Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 12; ausführlicher dazu BLUM, S. 33 f.

²² COSKUN-IVANOVIC, S. 11; ausführlicher dazu GNAEGI/HOCH, S. 29 ff.

²³ Vgl. dazu COSKUN-IVANOVIC, S. 11; WORTH, S. 11 f.

²⁴ COSKUN-IVANOVIC, S. 11; vgl. dazu auch BGE 121 V 125 E. 2.c/cc S. 128.

²⁵ COSKUN-IVANOVIC, S. 12; BGE 135 I 143 E. 1.3.2 S. 146.

der formelle Abschluss der Ehe.²⁶ Der Schutz der *Familienwohnung* nach Art. 169 ZGB bezieht sich daher als Norm des Eherechts nicht – wie der Wortlaut vermuten lassen könnte – auf die Familie oder das Vorhandensein von Kindern, sondern auf den Bestand der Ehe.²⁷

²⁶ Vgl. dazu BGE 121 V 125 E. 2.c/dd S. 129.

²⁷ Ausführlicher dazu § 4 Anwendungsbereich von Art. 169 ZGB, S.12.

§ 3 Grundlagen von Art. 169 ZGB

I. Entstehungsgeschichte

Nach aArt. 160 ZGB war der Ehemann das «Haupt der Gemeinschaft» und hatte als solches insbesondere die gemeinsame Wohnung nach Art und Ort festzulegen.²⁸ In der Praxis war es sodann auch meist der Ehemann, welcher entweder das Eigentum an einer Wohnung erwarb oder den Mietvertrag für eine gemeinsame Wohnung unterzeichnete. Vor allem in Krisensituationen konnte sich diese einseitige Rechtslage nachteilig auf die Ehefrau – und die Kinder – auswirken, namentlich, wenn der Ehegatte eigenmächtig seine Rechte am gemeinsamen Zuhause aufgab oder damit zu drohen versuchte, um Druck auf die restliche Familie auszuüben.²⁹ Die Wohnung der Familie genoss unter dem Familienrecht von 1907 keinen besonderen Schutz. Um sich vor dem Verlust der Wohnung zu schützen, konnte der bedrohte Ehegatte zwar durch den Eheschutz- oder Massnahmenrichter ein Verfügungsverbot erwirken lassen; dieses, wie auch ein auferlegtes Kündigungsverbot, führte aufgrund mangelnder Drittwirkung jedoch nur zu unzureichendem Schutz.³⁰

Am 11. Juli 1979 präsentierte der Bundesrat dem Parlament einen Vorschlag zur Überarbeitung des Zivilgesetzbuches.³¹ Dieser Entwurf hatte insbesondere Auswirkungen auf die generellen Aspekte der Ehe, mit dem Ziel, von einem nahezu patriarchischen Verständnis der Ehe hin zur Vorstellung von zwei gleichberechtigten Ehegatten überzugehen.³²

Eines der Anliegen dieser Überarbeitung des Eherechts bestand darin, die Position des Ehegatten zu verbessern, der weder dinglich noch obligatorisch an der gemeinsamen Wohnung berechtigt war.³³ Obwohl es während der parlamentarischen Beratung erhebliche Diskussionen zu dieser Thematik gab, ist dieses Ziel nach einer Volksabstimmung, am 1. Januar 1988, mit der Einführung des Art. 169 ZGB in Kraft getreten.³⁴

²⁸ Vgl. ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 1; vgl. dazu auch BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Vorbem. vor Art. 159 ff. N 7.

²⁹ Vgl. zum Ganzen ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 1; AB StR 1981, S. 85.

³⁰ Vgl. zum Ganzen ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 1; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 3; vgl. dazu auch BGE 91 II 412 E. 2 ff. S. 416 ff.

³¹ Botschaft Wirkungen der Ehe, S. 1191 ff.

³² CR CC I-SCYBOZ, Art. 169 N 1; Botschaft Wirkungen der Ehe, S. 1202 ff.

³³ ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 2; Botschaft Wirkungen der Ehe, S. 1263 f.

³⁴ CR CC I-SCYBOZ, Art. 169 N 1; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 4; ausführlicher dazu ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 2 ff.; VOLLENWEIDER, S. 48 ff.

Der Inhalt der Norm zum Schutz der Familienwohnung in Art. 169 ZGB stimmt heute wörtlich mit dem damaligen Entwurf des Bundesrates überein.³⁵

II. Normzweck

Die gemeinsame Wohnung stellt die Lebensgrundlage der Familie dar.³⁶ Sofern die Rechte an dieser Wohnung nur einem Ehegatten zustehen, könnte dieser ohne Art. 169 ZGB auch allein über deren Schicksal entscheiden. Dadurch könnte er zwar das in Art. 159 ZGB verankerte Rücksichtnahmegebot verletzen, trotzdem müsste die Familie die Wohnung verlassen.³⁷

Art. 169 Abs. 1 ZGB schränkt daher das Recht des Ehepartners ein, den Mietvertrag der Familienwohnung ohne Zustimmung des anderen zu beenden oder als Eigentümer, ohne Zustimmung des anderen Ehegatten, über diese zu verfügen.³⁸ Dadurch soll der nicht dinglich oder obligatorisch berechtigte Ehegatte – insbesondere in Zeiten einer Ehekrise – vor dem Verlust der lebenswichtigen Wohnung geschützt werden.³⁹

Im Sinne einer Negativabgrenzung ist zu betonen, dass Art. 169 ZGB demjenigen Ehegatten, der kein Recht an der Familienwohnung hat, zwar ein Mitspracherecht gewährt, jedoch keinen uneingeschränkten Schutz der Wohnung sichern kann noch will. Nach der *ratio legis* bezweckt Art. 169 ZGB vielmehr, den nicht an der Familienwohnung berechtigten – aber darauf angewiesenen – Ehegatten vor schädlichen, rücksichtslosen oder bösgläubigen Handlungen des anderen zu schützen.⁴⁰

III. Rechtsnatur

Art. 169 ZGB stellt eine Regelung des Eheschutzes dar.⁴¹ Sie unterscheidet sich jedoch von den üblichen Massnahmen zum Eheschutz dadurch, dass sie nicht erst aufgrund einer gerichtlichen Anordnung Wirksamkeit erlangt, sondern gesetzlich für alle

³⁵ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 4; CR CC I-SCYBOZ, Art. 169 N 1.

³⁶ KUKO ZGB-FANKHAUSER, Art. 169 N 1; ZEITER, S. 673; WOLF/MINNIG, S. 49.

³⁷ Vgl. zum Ganzen BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 8; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 6.

³⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 124; WOLF/MINNIG, S. 49.

³⁹ Vgl. BGE 114 II 396 E. 5.a S. 399; BGE 136 III 257 E. 2.1 S. 259; BGE 139 III 7 E. 2.3.1 S. 11; BGE 142 III 720 E. 4.2.2 S. 724; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 1; vgl. auch Botschaft Wirkungen der Ehe, S. 1263.

⁴⁰ Vgl. zum Ganzen ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 8; vgl. auch BGE 118 II 489 E. 3.c S. 492; BGE 114 II 396 E. 5.b S. 399.

⁴¹ BGE 114 II 396 E. 6.a S. 400 f.; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 9; OFK ZGB-SCHMID, Art. 169 N 6.

Verheirateten, unabhängig ihres Güterstandes und unabhängig einer konkreten Gefährdungslage, gilt.⁴² Da Art. 169 ZGB als zwingende Vorschrift konzipiert ist,⁴³ kann auf den daraus resultierenden Schutz nicht im Voraus durch eine Abmachung unter den Ehegatten oder durch Vereinbarungen mit Drittpersonen verzichtet werden.⁴⁴ Im Gegensatz dazu spielt der Zeitpunkt der Zustimmung des nicht berechtigten Ehegatten keine Rolle, weshalb sie formfrei⁴⁵ vor, während oder nach Abschluss des Rechtsgeschäftes erteilt werden kann.⁴⁶

⁴² Vgl. dazu BGE 115 II 361 E. 4.a S. 364; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 8; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 124; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 9; vgl. dazu auch CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 6.

⁴³ BGE 114 II 396 E. 5.a S. 399; BGE 115 II 361 E. 4.a S. 364; BGE 142 III 720 E. 4.2.2 S. 724.

⁴⁴ Vgl. dazu BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 1; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 10; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 9; vgl. auch CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 6.

⁴⁵ Da Art. 169 ZGB keine besondere Form vorschreibt, kann die Zustimmung auch mündlich erfolgen. Jedoch darf diese weder stillschweigend noch durch konkludentes Handeln abgegeben werden. Vgl. dazu Botschaft Wirkungen der Ehe, S. 1264; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 49; KUKO ZGB-FANKHAUSER, Art. 169 N 8.

⁴⁶ WOLF/MINNIG, S. 49; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 62 f.

§ 4 Anwendungsbereich von Art. 169 ZGB

I. In sachlicher Hinsicht

1. Begriff der Familienwohnung

Im Gesetz existiert keine Legaldefinition für den Begriff der Familienwohnung.⁴⁷

Versucht man dennoch diesen Begriff zu definieren, liegt eine Wohnung der Familie dann vor, wenn sich in dieser das Eheleben tatsächlich abspielt und es sich um eine für die Ehe und das Familienleben *lebenswichtige* Wohnung handelt.⁴⁸ Es spielt keine Rolle, ob es sich dabei um eine Miet- oder Eigentumswohnung, ein Haus, ein Einzelzimmer⁴⁹ oder gar um ein Wohnmobil handelt.⁵⁰

Eine Familie kann prinzipiell nur über eine einzige Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB verfügen.⁵¹ Daher sind weder Ferien- und Zweitwohnungen noch ausschliesslich dem Beruf oder Gewerbe dienende Räumlichkeiten als Familienwohnung anzusehen, da diese für die Familie nicht lebensnotwendig sind.⁵²

Ausnahmsweise können mehrere Wohnungen, welche das Ehepaar beispielsweise je nach Jahreszeit oder aufgrund ihrer Arbeit bewohnen, gleichzeitig als Familienwohnung i.S.v. Art. 169 ZGB betrachtet werden.⁵³

Leben die Ehegatten in zwei verschiedenen Wohnungen, während die Kinder hauptsächlich nur in einer davon wohnen, wird nur diese als Familienwohnung angesehen.⁵⁴

Wenn das Ehepaar einen gemeinsamen Haushalt in zwei Wohnungen führt, jedoch keine Kinder hat, findet Art. 169 ZGB unter Umständen keine Anwendung, da keiner

⁴⁷ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 13; RUOSS, S. 78; CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 7.

⁴⁸ Vgl. dazu AB NR 1983, S. 655; RUOSS, S. 79; ähnlich auch OFK ZGB-SCHMID, Art. 169 N 1; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 21; Urteil des BGer 5A_635/2018 vom 14. Januar 2019 E. 6.1.

⁴⁹ A.M. wohl RUOSS, S. 79, für welchen eine Einzimmerwohnung, in der nur eine Person wohnen kann, oder aufgrund des Mietvertrages wohnen darf, keine Familienwohnung sein kann.

⁵⁰ Vgl. dazu BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 15; CR CC I-SCYBOZ, Art. 169 N 15; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 6.

⁵¹ Vgl. CHK ZGB-SCHLUMPF/FRAEFEL, Art. 169 N 3; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 6; OFK ZGB-SCHMID, Art. 169 N 1; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 16 m.w.H.

⁵² Vgl. dazu insbesondere Botschaft Wirkungen der Ehe, S. 1263; AB NR 1983, S. 656; RUOSS, S. 79; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 18 f.; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 22 f.

⁵³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 125; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 6, welcher als Beispiel den Fall eines Bauern zitiert, der mit seiner Familie im Winter im Dorf und im Sommer auf der Alp wohnt; HEGNAUER/BREITSCHMID, S. 184; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 16 m.w.H.; CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 9.

⁵⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 125; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 16; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 27; ähnlich BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 6.

der beiden im Falle einer Trennung ohne Dach über dem Kopf wäre.⁵⁵ Der Umstand, dass beide Ehepartner ihren Wohnsitz gem. Art. 23 ZGB an demselben Ort haben, ist nur ein Indiz für das Bestehen einer Familienwohnung.⁵⁶ Eine solche kann daher auch vorliegen, wenn das Ehepaar beispielsweise aufgrund ihrer Arbeit unterschiedliche Wohnsitze hat.⁵⁷ Die Beweislast für das Vorliegen einer Familienwohnung trägt derjenige Ehegatte, der aus diesem Umstand Rechte für sich ableiten will.⁵⁸

2. Abgrenzung zur ehelichen Wohnung

Gemäss Art. 162 ZGB bestimmen die Ehegatten die eheliche Wohnung sowie jeden späteren Wohnungswechsel gemeinsam.⁵⁹ Diese Bestimmung gilt ausschliesslich zwischen den Gatten.⁶⁰

Als eheliche Wohnung definiert sich diejenige Wohnung, in der *die Ehegemeinschaft gelebt* wird, das heisst, welche zumindest regelmässig von beiden gemeinsam genutzt wird.⁶¹ Das Ehepaar kann deshalb auch mehrere eheliche Wohnungen, wie beispielsweise eine Zweitwohnung oder eine Ferienwohnung, besitzen.⁶²

Die eheliche Wohnung gem. Art. 162 ZGB und die Wohnung der Familie gem. Art. 169 ZGB können, aber müssen nicht notwendigerweise identisch sein.⁶³ Der Unterschied zwischen diesen beiden Begrifflichkeiten bezieht sich hauptsächlich auf die lebensnotwendige Natur des geschützten Wohnraums gem. Art. 169 ZGB.⁶⁴ Wenn die Ehegatten beispielsweise mehrere gemeinsame Wohnungen haben, wird grundsätzlich nur eine als Familienwohnung gelten.⁶⁵

⁵⁵ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 17; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 125.

⁵⁶ MEYER, S. 148; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 13a; a.M. RUOSS, S. 80 ff.

⁵⁷ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 13a; STETTLER/GERMANI, S. 186.

⁵⁸ BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 8; CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 57; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 13.

⁵⁹ HEGNAUER/BREITSCHMID, S. 180; KUKO ZGB-FANKHAUSER Art. 162 N 1; NÄF-HOFMANN, S. 19; BGE 117 II 6 E. 3.c S. 10 f.

⁶⁰ Zur Gültigkeit gegenüber dem Vermieter oder dem Verkäufer bedarf die Miete oder der Erwerb einer Wohnung für die Familie durch einen Ehepartner keine Zustimmung des anderen. Vgl. dazu HEGNAUER/BREITSCHMID, S. 181; vgl. dazu auch BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 162 N 9; NÄF-HOFMANN, S. 19; BGE 127 IV 27 E. 2.bb S. 31.

⁶¹ BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 162 N 7; KUKO ZGB-FANKHAUSER, Art. 162 N 2; vgl. dazu auch BGE 127 IV 27 E. 2.a/bb S. 31.

⁶² BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 162 N 7; CHK ZGB-SCHLUMPF/FRAEFEL, Art. 162 N 1.

⁶³ Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 124; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 162 N 3; NÄF-HOFMANN, S. 19; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 13a; ZK ZGB-BRÄM, Art. 162 N 33 ff. m.w.H.; ausführlicher dazu VOLLENWEIDER, S. 108 ff.

⁶⁴ CPra Matrimonial-BURGAT, Art. 162 CC N 12.

⁶⁵ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 13a.

II. In zeitlicher Hinsicht

1. Beginn

Um den Zeitpunkt des Beginns einer Familienwohnung zu qualifizieren, muss sowohl die Absicht der Ehepartner, bestimmte Räume als den zentralen Ort ihres Zusammenlebens zu bestimmen, als auch das tatsächliche Bewohnen dieser als objektiv erkennbares Merkmal für Dritte vorhanden sein.⁶⁶ Demnach wird eine Wohnung als Familienwohnung betrachtet, sobald sie von den Eheleuten in der Absicht, sie als zentralen Ort ihres gemeinsamen Lebens einzurichten, tatsächlich bezogen wird.⁶⁷

2. Beendigung

In zeitlicher Hinsicht bleiben die Schutzmassnahmen i.S.v. Art. 169 ZGB während der gesamten Ehedauer – auch während eines allfälligen Getrenntlebens – gültig.⁶⁸ Der Schutz endet somit erst mit der Auflösung der Ehe und besteht insbesondere auch während eines laufenden Scheidungsverfahrens.⁶⁹

Insoweit spielt es auch keine Rolle, ob die Ehepartner noch gemeinsam in einer Familienwohnung leben oder nicht. Denn die *ratio legis* von Art. 169 ZGB erfordert es geradezu, dass der Schutz auch dann aufrechterhalten wird, wenn der dinglich oder obligatorisch berechnigte Gatte nicht mehr in der Wohnung lebt.⁷⁰

Verlässt jedoch der an der Wohnung nicht dinglich oder obligatorisch berechnigte Ehegatte die Wohnung «aus freiem Entschluss für unbestimmte Zeit»,⁷¹ so entfällt das Rechtsschutzinteresse und für ihn damit die Anwendungsmöglichkeit von Art. 169 ZGB.⁷²

⁶⁶ ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 30 f.; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 14; BERGER, S. 61 f.; a.M. VOLLENWEIDER, S. 117 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 31; ähnlich auch BÜCHLER/VETTERLI, S. 47.

⁶⁸ Vgl. BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 9; KUKO ZGB-FANKHAUSER, Art. 169 N 4; OFK ZGB-SCHMID, Art. 169 N 7; BGE 114 II 402 E. 3 S. 403.

⁶⁹ Vgl. dazu BGE 114 II 396 E. 5.a S. 399; BGE 136 III 257 E. 2.1 S. 259; WOLF/MINNIG, S. 49; vgl. dazu auch Urteil des BGer 5A_635/2018 vom 14. Januar 2019 E. 6.1; CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 15.

⁷⁰ Vgl. zum Ganzen WOLF/MINNIG, S. 49; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 9; vgl. dazu auch BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 21a.

⁷¹ BGE 114 II 396 E. 5.b S. 399; BGE 136 III 257 E. 2.1 S. 259; BGE 139 III 7 E. 2.3.1 S. 11.

⁷² ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 31; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 10 m.w.H.; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 22 m.w.H.; a.M. NÄF-HOFMANN, S. 23 f.

III. In personeller Hinsicht

1. Ehe

Art. 169 ZGB will die Wohnung der *Familie* schützen. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird nach Auffassung von HASENBÖHLER unter diesem Begriff die Gemeinschaft von Eltern und Kindern verstanden. Demzufolge würden als Familienwohnung lediglich die Räumlichkeiten betrachtet, die von Ehegatten zusammen mit Kindern bewohnt werden.⁷³

Nun bezieht sich Art. 169 ZGB aber in personeller Hinsicht auf den Bestand der Ehe und nicht – wie die Überschrift nahelegen könnte – auf die Familie.⁷⁴ Die Norm ist systematisch unter dem Titel «Wirkungen der Ehe im Allgemeinen» eingeordnet und gilt somit für alle Ehepaare, unabhängig ihres Güterstandes und unabhängig davon, ob sie Kinder haben oder nicht.⁷⁵

2. Eingetragene Partnerschaften

Für eingetragene Partner bildet Art. 14 PartG eine beinahe identische Norm zu Art. 169 ZGB.⁷⁶ Obgleich der Begriff *Familienwohnung* im Unterschied zu Art. 169 ZGB keine Anwendung findet und stattdessen von der *gemeinsamen Wohnung*⁷⁷ die Rede ist, stimmen die Bestimmungen in materieller Hinsicht überein. Daher kann für eingetragene Partner auf die Prinzipien, die von Lehre und Rechtsprechung im Zusammenhang mit Art. 169 ZGB entwickelt wurden, verwiesen werden.⁷⁸

⁷³ Vgl. zum Ganzen ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 18.

⁷⁴ CHK ZGB-SCHLUMPF/FRAEFEL, Art. 169 N 2.

⁷⁵ Vgl. BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 15a; VOLLENWEIDER, S. 76; RUOSS, S. 78; CHK ZGB-SCHLUMPF/FRAEFEL, Art. 169 N 2; CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 5; CR CC I-SCYBOZ, Art. 169 N 8; SCHMID, S. 603; vgl. dazu auch AB NR 1983, S. 655.

⁷⁶ ZK PartG-WOLF/GENNA, Art. 14 N 2; CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 5.

⁷⁷ Der Gesetzgeber begründete den bewussten Verzicht des Begriffes «Wohnung der Familie» damit, dass die eingetragene Partnerschaft nicht auf die Gründung oder den Unterhalt einer Familie angelegt sei. Vgl. dazu Botschaft PartG, S. 1337 f.

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen ZEITER, S. 694; so auch Botschaft PartG, S. 1338; ZK PartG-WOLF/GENNA, Art. 14 N 2.

3. Nichteheleiche Partnerschaften

Der Schutz der Familienwohnung als Norm des Eherechts erstreckt sich nach herrschender Lehre und Rechtsprechung weder direkt noch analog auf nichteheleiche Partnerschaften oder andere Formen von Lebensgemeinschaften.⁷⁹

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird im Sinne des Gesetzes eine *Familie* als eine Personengemeinschaft angesehen, die i.S.v. Art. 331 ZGB unter einer Hausgewalt lebt. Eine solche Hausgewalt erstreckt sich jedoch nur auf Personen, die aufgrund von Verwandtschaftsbeziehungen, als Verschwägte oder aufgrund von Vertragsverhältnissen, wie beispielsweise eines Arbeitsverhältnisses oder ähnlicher Bindung, im gemeinsamen Haushalt leben (Art. 331 Abs. 2 ZGB). Dies trifft jedoch nicht auf Personen zu, die mit ihrem Partner in einem eheähnlichen Verhältnis leben.⁸⁰

HASENBÖHLER erkennt zwar, dass auch bei nichteheleichen Partnerschaften ein Schutzbedürfnis für die Wohnung existieren mag. Dennoch verbietet es sich seiner Meinung nach, den als Eheschutzmassnahme ausgestalteten Art. 169 ZGB auf eine Gemeinschaft des Zusammenlebens ausserhalb der Ehe anzuwenden.⁸¹ Diese Auffassung wird auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geteilt. In der Wahl des Konkubinats liege die bewusste Präferenz für eine Art des Zusammenlebens zugrunde, welche sich von der Ehe unterscheide. Da nichteheleiche Paare die mit der Ehe verbundenen rechtlichen Konsequenzen nicht anstreben, sei eine analoge Anwendung der eherechtlichen Bestimmungen nicht gerechtfertigt.⁸²

Im ähnlichen Sinn argumentiert auch der Bundesrat, für den die analoge Anwendung des Eherechts nicht in Frage kommt, da «das verfassungsmässige Recht auf Ehe

⁷⁹ RUOSS, S. 78; gl.M. SCHNYDER, S. 118; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 10a; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 6; CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 5; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 19; CR CC I-SCYBOZ, Art. 169 N 8; VOLLENWEIDER, S. 76; SCHMID, S. 603; STETTLER/GERMANI, S. 183 f.; vgl. die jüngeren Urteile des BGer 5A_635/2018 vom 14. Januar 2019 E. 6.1 und 5A_141/2020 vom 25. Februar 2021 E. 3.1.2, in welchen explizit erwähnt wurde, dass nur *verheiratete Ehegatten* mit oder ohne Kinder den Schutz der Familienwohnung geniessen; vgl. auch insb. für die güterrechtlichen Wirkungen BGE 108 II 204 E. 3 S. 206 ff.; a.M. CHK ZGB-SCHLUMPF/FRAEFEL, Art. 169 N 2; FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28, welche kritisiert, dass die geltende Rechtslage nichteheleiche Kinder diskriminiere und zudem die gelebte soziale Wirklichkeit und das soziale Schutzbedürfnis, die nicht vom Zivilstand abhängen, ignoriere; BERSIER, S. 138, welcher der Ansicht ist, dass Art. 169 ZGB auch einer stabilen nichteheleichen Partnerschaft mit Kindern zu gewähren ist, wenn dem Vermieter deren Existenz bekannt ist.

⁸⁰ Vgl. zum Ganzen BGE 105 II 197 E. 3.c S. 199.

⁸¹ Vgl. dazu ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 19 m.w.H.

⁸² Vgl. dazu BGE 108 II 204 E. 3 S. 206 ff., in welchem das Bundesgericht die analoge Anwendung der eherechtlichen Bestimmungen zwar ablehnt, aber dennoch erkennt, dass selbst wenn das Paar die Ehe für ihre Beziehung ablehnt, dies nicht zwangsläufig bedeutet, dass sie sämtliche rechtlichen Konsequenzen ihres Zusammenlebens ausschliessen möchten.

(Art. 14 BV) nicht nur eine positive Komponente beinhaltet, sondern umgekehrt auch die Freiheit umfasst, nicht heiraten zu müssen». Eine analoge Anwendung von Gesetzesbestimmungen aus dem Eherecht auf Personen, die weder heiraten können noch wollen, würde deren Autonomie erheblich einschränken.⁸³

Die sinngemässe Anwendung von Art. 169 ZGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft kann auch nicht auf Art. 8 EMRK gestützt werden.⁸⁴

Im Urteil *Saucedo Gomez gegen Spanien* vom 26. Januar 1999 entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass die Unmöglichkeit, nach Beendigung einer nichtehelichen Partnerschaft einem Partner die Ehewohnung zuzuweisen, keine Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK darstelle. Er erkannte zwar an, dass eine Lebensgemeinschaft, die achtzehn Jahre andauerte, ein Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK repräsentiert. Gleichzeitig betonte er aber, dass die ungleiche Behandlung von Ehegatten und faktischen Lebenspartnern in Bezug auf die Zuteilung der ehelichen Wohnung ein rechtmässiges Ziel verfolge und objektiv sowie redlich mit dem Schutz der traditionellen Familie gerechtfertigt sei.⁸⁵

Auch HASENBÖHLER vertritt die Ansicht, dass, auch wenn aus Art. 8 EMRK ein Diskriminierungsverbot in Bezug auf die nichteheliche Partnerschaft abgeleitet werden könnte, dieses Argument nicht ausreiche, um die entsprechende Anwendung von Art. 169 ZGB zu rechtfertigen, da eine Diskriminierung nur dann vorliege, wenn die gesetzlich anerkannte Ehe und die faktische Lebensgemeinschaft vergleichbar wären.⁸⁶ Eine Ehe, die nur durch ein Scheidungsurteil beendet werden könne, lasse sich aber nicht mit einer Form des Zusammenlebens vergleichen, die sich jederzeit und ohne formale Vorschriften aufgeben lasse.⁸⁷

⁸³ Vgl. zum Ganzen Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 28 f.; Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 33; **krit.** dazu insb. CREVOISIER, S. 224 ff. m.w.H.

⁸⁴ ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 19.

⁸⁵ Urteil des EGMR *Saucedo Gomez gegen Spanien* vom 26. Januar 1999 (Beschwerde Nr. 37784/97); vgl. dazu auch FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28.

⁸⁶ ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 19.

⁸⁷ So ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 19; vgl. dazu auch BGE 108 II 204 E. 3.a S. 208.

§ 5 Ergänzungen zu Art. 169 ZGB

Der Schutz der Familienwohnung wird nicht nur durch Art. 169 ZGB gewährt; verschiedene Normen erweitern und präzisieren den besonderen Schutz, welcher durch Art. 169 ZGB angestrebt wird.

Insbesondere im Mietrecht (Art. 266m, 266n und 273a OR), im Persönlichkeitsrecht (Art. 28b ZGB) und im Familienrecht (Art. 121 ZGB) sind Übereinstimmungen und Konkretisierungen zu finden.⁸⁸ Einige dieser Bestimmungen werden nachfolgend unter Betrachtung des Anwendungsbereiches für Ehepaare, registrierte Partnerschaften sowie nichteheliche Partnerschaften erläutert.

I. Mietrechtliche Ergänzungen (Art. 266m, 266n und 273a OR)

1. Allgemeines

Während Art. 169 ZGB dem Ehegatten ein internes Mitspracherecht gewährt, verlängern Art. 266m, 266n und 273a OR dieses ins Aussenverhältnis.⁸⁹ Die mietrechtlichen Ergänzungen sind zwingender Natur: Die Parteien müssen sie beachten, und zwar unabhängig davon, wer den Mietvertrag unterzeichnet hat.⁹⁰

Gemäss Art. 266m OR kann der Mietvertrag für die Familienwohnung durch den Mieter nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Ehepartners gekündigt werden.⁹¹ Denselben Zweck hat auch Art. 169 Abs. 1 ZGB. Somit legen beide Vorschriften die Kündigung einer Familienwohnung als zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft fest.⁹² Falls der Vermieter das Mietverhältnis für eine Familienwohnung beenden will, muss er die Kündigung gem. Art. 266n OR sowohl an den Mieter als auch dessen Ehegatten separat zustellen.⁹³

⁸⁸ Vgl. zum Ganzen CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 169 CC N 3; ähnlich dazu auch SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 982.

⁸⁹ ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 14; BSK OR I-WEBER, Art. 266m/n N 1; siehe dazu auch STETTLER/GERMANI, S. 183.

⁹⁰ BSK OR I-WEBER, Art. 266m/n N 1; vgl. dazu auch OFK Mietrecht-PERMAN, Art. 273a N 2; OFK Mietrecht-PERMAN, Art. 266m-266n N 1 ff.; CPra Bail-BARRELET, Art. 266m CO N 1; CPra Bail-BARRELET, Art. 266n CO N 1; Mietrecht Praxis, OESCHGER, S. 765, 768; BK OR-GIGER, Art. 266m N 6; BK OR-GIGER, Art. 266n N 6; SVIT Kommentar-POLIVKA, Art. 273a N 1.

⁹¹ Ausführlicher dazu Mietrecht Praxis, OESCHGER, S. 765 ff.; Immobiliarmietrecht, MAAG, S. 85; SVIT Kommentar-MÜLLER, Art. 266l-266o N 34; OFK Mietrecht-PERMAN, Art. 266m-266n N 7; BK OR-GIGER, Art. 266m N 12.

⁹² Vgl. zum Ganzen OFK Mietrecht-PERMAN, Art. 266m-266n N 7.

⁹³ Ausführlicher dazu Mietrecht Praxis, OESCHGER, S. 767; Immobiliarmietrecht, MAAG, S. 87 f.; SVIT Kommentar-MÜLLER, Art. 266l-266o N 44 ff.; vgl. auch OFK Mietrecht-PERMAN, Art. 266m-266n N 11; BGE 115 II 361 E. 4.a S. 363 f.

Diese separate Übermittlung der Kündigung soll sicherstellen, dass auch der Ehepartner des Mieters, welcher den Mietvertrag nicht unterzeichnet hat, seine Rechte gem. Art. 273a OR ausüben kann.⁹⁴ Er kann gestützt auf Art. 273a OR die Kündigung anfechten, eine Erstreckung des Mietverhältnisses beantragen oder die anderen Rechte ausüben, die dem Mieter im Falle einer Kündigung zustehen, ohne selbst Vertragspartei des Mietvertrages zu sein.⁹⁵

2. Anwendungsbereich

a. Ehe

Der Begriff der Familienwohnung, der aus dem Eherecht stammt, wird im Mietrecht sinngemäss verwendet.⁹⁶

Die mietrechtlichen Ergänzungen zum Schutz der Familienwohnung gemäss Art. 266m, 266n und 273a OR kommen daher nur zur Anwendung, wenn die mietende Person im rechtlichen Sinne verheiratet ist.⁹⁷

b. Eingetragene Partnerschaften

Die Mietwohnung eines gleichgeschlechtlichen Paares, das eine registrierte Partnerschaft gemäss Partnerschaftsgesetz führt, geniesst im Mietrecht dieselbe Behandlung wie eine Familienwohnung eines verheirateten Paares. Die obgenannten Ausführungen gelten somit gem. Art. 266m Abs. 3, 266n und 273a Abs. 3 OR sinngemäss für registrierte Partnerschaften.⁹⁸

c. Nichteheliche Partnerschaften

Die Mietwohnung eines nicht verheirateten Paares, unabhängig davon, ob Kinder vorhanden sind oder nicht, wird von Doktrin und Praxis nicht als Familienwohnung im Sinne des Gesetzes betrachtet. Diese Art des Zusammenlebens geniesst daher keinen

⁹⁴ Vgl. dazu SVIT Kommentar-MÜLLER, Art. 266l-266o N 48; Mietrecht Praxis, OESCHGER, S. 767; BK OR-GIGER, Art. 266n N 13.

⁹⁵ BSK OR I-WEBER, Art. 273a N 1; Mietrecht Praxis, OESCHGER, S. 770; SVIT Kommentar-POLIVKA, Art. 273a N 3; vgl. dazu auch BGE 118 II 168 E. 2.b S. 169 f.; BGE 136 III 431 E. 3.1 S. 433 f.

⁹⁶ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, Vorbem. zu Art. 253–273c N 125; a.M. BK OR-GIGER, Art. 266m N 11, für den der Begriff der Familienwohnung ein Institut des Mietrechts und nicht des Eherechts darstellt.

⁹⁷ RUOSS, S. 94.

⁹⁸ Vgl. dazu SVIT Kommentar-ROHRER, Art. 253 N 17; CPra Bail-BARRELET, Art. 266m CO N 2; Mietrecht Praxis, OESCHGER, S. 764; BSK OR I-WEBER, Art. 266m/n N 1.

besonderen mietrechtlichen Schutz.⁹⁹ Das Bundesgericht hat im Jahre 1979 explizit abgelehnt, eine Erstreckung des Mietverhältnisses gem. Art. 272 OR aufgrund eines besonderen Härtefalls für den Mieter und seine Familie auf nichteheliche Lebensgemeinschaften auszuweiten, da diese keine *Familie* im Sinne des Gesetzes darstellten.¹⁰⁰ Dagegen hat das Bundesgericht im Jahre 2015 zu Art. 272 OR anerkannt, dass sich der Vermieter, der Eigenbedarf geltend macht, auf die Situation seiner Lebenspartnerin beziehen kann.¹⁰¹

Auch wenn nicht verheiratete Paare zwar nicht vom Begriff der Familie umfasst sind, sollten sie eine Kündigung durch die Vermieterin bei Änderung der familiären Situation des Mieters (Art. 271a Abs. 1 lit. f OR)¹⁰² zumindest gestützt auf Art. 271 OR anfechten können.¹⁰³

Dieser nach hier vertretener Ansicht dennoch überwiegend unbefriedigenden Situation bei Mietwohnungen können nichteheliche Paare zumindest entgegenwirken, in dem sie den Mietvertrag gemeinsam, als solidarisch haftende Vertragsparteien¹⁰⁴ unterzeichnen.¹⁰⁵

⁹⁹ Vgl. dazu SVIT Kommentar-ROHRER, Art. 253 N 16; **gl.M.** BK OR-GIGER, Art. 266m N 15; CPra Bail-BARRELET, Art. 266m CO N 3; Mietrecht Praxis, OESCHGER, S. 764; BSK OR I-WEBER, Art. 266m/n N 1; OFK Mietrecht-PERMAN, Art. 266m-266n N 1; ähnlich auch RUOSS, S. 94; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, Vorbem. zu Art. 253–273c N 127.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 105 II 197 E. 3.c S. 199; zu Recht **krit.** zur Praxis des Bundesgerichts, BSK OR I-WEBER, Art. 272 N 4; MENGE, S. 116, Fn. 317; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 36, Fn. 32; vgl. auch WEBER ROLF, S. 81 f.

¹⁰¹ Vgl. dazu Urteil des BGer 4A_673/2014 vom 24. Februar 2015 E. 3; vgl. auch Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 16, Fn. 65.

¹⁰² Es ist jede Kündigung anfechtbar, welche der Vermieter aufgrund eines Ein- oder Auszugs eines Familienmitgliedes vornimmt, unabhängig davon, ob (noch) eine Wohnung der Familie vorliegt. Die familiäre Situation der Mieterin kann sich durch Ereignisse wie Tod, Heirat, Scheidung, Trennung, Kinderzuwachs oder vergleichbaren dauerhaften Entwicklungen verändern. Vgl. dazu BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 22.

¹⁰³ Vgl. dazu WEBER ROGER, S. 42; CPra Bail-CONOD, Art. 271a CO N 53; BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 22; **a.M.** CR CO I-LACHAT/BOHNET, Art. 271a N 21; Mietrecht Praxis, THANEI, S. 921 (für eine analoge Anwendung von Art. 271a Abs. 1 lit. f OR).

¹⁰⁴ Vgl. dazu GLOOR, S. 78; WEBER ROLF, S. 75.

¹⁰⁵ So auch PULVER, S. 59; MEYER, S. 68; vgl. auch Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 16; wobei die gemeinsame Miete zum Schutz vor dem finanziellen Risiko für die Vermieterin generell an Attraktivität gewonnen hat. Vgl. dazu BSK OR I-WEBER, Art. 272 N 4.

II. Scheidungsfolgen der Wohnung der Familie (Art. 121 ZGB)

1. Allgemeines

Als verwandte Norm zu Art. 169 ZGB trägt Art. 121 ZGB dem Umstand Rechnung, dass die Wohnung der Familie als Lebensmittelpunkt nicht nur während des Bestandes der Ehe geschützt wird, sondern auch bei einer Scheidung zu berücksichtigen ist.¹⁰⁶

Lässt sich ein Ehepaar scheiden, kann es von höchster Bedeutung für einen der Gatten (und die Kinder) sein, die bisherige Wohnung beibehalten zu können.¹⁰⁷ Es soll deshalb bei der Zuteilung der Wohnung im Rahmen der Scheidung nicht nur von Bedeutung sein, wem die Wohnung gehört, oder wer diese gemietet hat.¹⁰⁸

Die Randbemerkungen zu Art. 169 ZGB und Art. 121 ZGB sind bewusst gleich formuliert: Letztere Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf die *Familienwohnung* gemäss der Definition von Art. 169 ZGB.¹⁰⁹

Art. 121 ZGB ermöglicht dem Scheidungsrichter daher, die Rechte und Pflichten an der Familienwohnung i.S.v. Art. 169 ZGB ungeachtet der miet- oder sachenrechtlichen Verhältnisse einem der beiden Ehegatten zuzuweisen.¹¹⁰

Dies geschieht bei Miete der Wohnung durch eine Übertragung des Mietvertrages,¹¹¹ bei Wohneigentum im Alleineigentum eines Ehegatten durch Gewährung eines befristeten Wohnrechts.¹¹²

Art. 121 ZGB ist zwingend. Es ist daher nicht möglich, den Anspruch auf die Zuteilung der Familienwohnung vertraglich auszuschliessen.¹¹³ Das Gericht ist dabei verpflichtet, eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei der den Interessen der gemein-

¹⁰⁶ CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 121 N 1.

¹⁰⁷ Botschaft Revision Scheidungsrecht, S. 96; vgl. auch FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 2; BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 1; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 167.

¹⁰⁸ BÜCHLER/VETTERLI, S. 164.

¹⁰⁹ Somit existiert namentlich kein Zuweisungsanspruch bezüglich einer Zweitwohnung der Familie. Vgl. dazu REUSSER, S. 196; CR CC I-SCYBOZ, Art. 121 N 11; HAUSHEER, S. 163.

¹¹⁰ BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 1.

¹¹¹ Ausführlicher FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 5, 12; BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 4 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 168; BÜCHLER/VETTERLI, S. 112.

¹¹² Ausführlicher dazu BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 12 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 169; FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 16 ff.; BÜCHLER/VETTERLI, S. 112.

¹¹³ CR CC I-SCYBOZ, Art. 121 N 5; BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 3; FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 3; REUSSER, S. 196.

samen und nicht gemeinsamen Kinder, die bisher in der Wohnung lebten, ein besonderes Gewicht zukommt.¹¹⁴ Überdies können auch andere Faktoren für die Zuteilung von Bedeutung sein, insbesondere das Alter, die Gesundheit, der Beruf, die finanzielle Situation oder soziale Interessen eines Ehegatten.¹¹⁵ Der Richter stellt dabei die Interessen beider Ehepartner gegenüber und beurteilt nach Ermessen i.S.v. Art. 4 ZGB, welcher der beiden mehr auf die Familienwohnung angewiesen ist und für wen ein Auszug eher zumutbar erscheint.¹¹⁶

2. Anwendungsbereich

a. Ehe

Basierend auf der Idee, dass sich ehemalige Ehegatten eine gewisse Solidarität zeigen müssen, besteht der Anspruch gem. Art. 121 ZGB unabhängig dem während der Ehe gewählten Güterstand oder von allfälligen Ansprüchen auf nachehelichen Unterhalt.¹¹⁷ Sinngemäss gilt Art. 121 ZGB auch bei der Ungültigerklärung einer Ehe (Art. 109 Abs. 2 ZGB).¹¹⁸ Bei einer gerichtlichen Trennung der Ehe ist bezüglich der Wohnung der Familie jedoch Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB anwendbar.¹¹⁹

b. Eingetragene Partnerschaften

Gemäss Art. 32 Abs. 1 PartG kann das Gericht bei der Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag einem der Partner übertragen, sofern dieser aus zwingenden Gründen auf die Wohnung angewiesen ist, oder es kann ihm unter gewissen Voraussetzungen gem. Art. 32 Abs. 3 PartG ein befristetes Wohnrecht einräumen, falls die gemeinsame Wohnung im Alleineigentum des anderen Partners steht.¹²⁰ Art. 32 PartG enthält somit eine Parallelnorm, deren Inhalt sich

¹¹⁴ Vgl. dazu insb. Botschaft Revision Scheidungsrecht, S. 97; BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 5, 13; FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 9; Urteil des BGer 5A_76/2009 vom 4. Mai 2009 E. 7.1; vgl. auch Urteil des BGer 5A_835/2015 vom 21. März 2016 E. 3.1.

¹¹⁵ Vgl. dazu Botschaft Revision Scheidungsrecht, S. 97; BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 5; FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 10; Urteil des BGer 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009 E. 3.2.

¹¹⁶ BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 7; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 167; HAUSHEER, S. 165.

¹¹⁷ CR CC I-SCYBOZ, Art. 121 N 4; HAUSHEER, S. 169; REUSSER, S. 196; vgl. insb. zur nachehelichen Solidarität auch CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 121 N 1.

¹¹⁸ FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 4; HAUSHEER, S. 164; REUSSER, S. 196; CR CC I-SCYBOZ, Art. 121 N 7.

¹¹⁹ REUSSER, S. 196 f.; FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 4; CR CC I-SCYBOZ, Art. 121 N 7.

¹²⁰ FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 29; ZK PartG-FANKHAUSER, Art. 32 N 3.

mit Art. 121 ZGB deckt.¹²¹ Es kann somit in erster Linie auf obgenannte Ausführungen zur Zuteilung der Familienwohnungen gem. Art. 121 ZGB verwiesen werden.¹²²

c. Nichteheliche Partnerschaften

Im Gegensatz zum Scheidungsverfahren oder der gerichtlichen Auflösung eingetragener Partnerschaften fehlt bisher in Bezug auf faktische Lebensgemeinschaften auch hier eine entsprechende Schutznorm, welche es dem Gericht ermöglicht, im Falle einer Trennung, einem Partner allein die Rechte aus dem Mietvertrag zu übertragen, oder ihm ein zeitlich begrenztes Wohnrecht einzuräumen, wenn wichtige Gründe, wie etwa die Kinder, für das Verbleiben in der Wohnung sprechen.¹²³

Eine analoge Anwendung der eherechtlichen Bestimmungen und damit auch von Art. 121 ZGB bei der Trennung von faktischen Lebenspartnern wird von der herrschenden Lehre und vom Bundesgericht ausgeschlossen.¹²⁴

III. Persönlichkeitsrecht (Art. 28b ZGB)

Immerhin besteht im Fall der Anwendung von Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen gem. Art. 28b Abs. 2 ZGB bei sämtlichen Arten von Wohngemeinschaften, daher auch bei nicht verheirateten Paaren, die Möglichkeit, die verletzende Person für eine gewisse Zeit aus der Wohnung auszuweisen, unabhängig davon, wer an der Wohnung dinglich oder obligatorisch berechtigt ist.¹²⁵

¹²¹ RONCORONI, S. 78; BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 2; CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 121 N 1; CPra Matrimonial-BARRELET, Art. 121 CC N 2; ZK PartG-FANKHAUSER, Art. 32 N 2.

¹²² Das Partnerschaftsgesetz bezieht sich jedoch nicht auf die Interessen der Kinder. In diesem Zusammenhang hält die Botschaft fest, dass die Interessen nicht gemeinsamer Kinder bei der Gewährung eines Wohnrechts nicht gleich stark gewichtet werden sollen wie diejenigen gemeinsamer Kinder. Aus der Sicht des Kindeswohls ist eine derartige ungleiche Behandlung ungerechtfertigt. Vgl. dazu Botschaft PartG, S. 1347; FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 29; BÜCHLER/VETTERLI, S. 164.

¹²³ MEYER, S. 67; CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 121 N 9.

¹²⁴ BGE 108 II 204 E. 3 S. 206; CR CC I-SCYBOZ, Art. 121 N 6; BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 2; GALLMETZER/SPICHIGER/WOLF, S. 589; diesbez. **krit.** FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28; WEBER ROGER, S. 30, Fn. 1.

¹²⁵ Zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 37; CR CC I-JEANDIN/PEYROT Art. 28b N 19; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28b N 9; BLUM, S. 61 f. m.w.H.; Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 16; GALLMETZER/SPICHIGER/WOLF, S. 586.

§ 6 Schlussfolgerung

Wie vorangehend erläutert, hat der Gesetzgeber im Zivilgesetzbuch, im Obligationenrecht sowie auch im Partnerschaftsgesetz ein System zum Schutz der Familienwohnung von Ehegatten und eingetragenen Partnern geschaffen. Im Gegensatz dazu fehlen solche spezifische Schutznormen für die Wohnung von nichtehelichen Partnern. Die Normen des Eherechts und damit auch jene zum Schutz der Familienwohnung gelangen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch nicht sinngemäss zur Anwendung.

Da das Gesetz auch keine anderen, dem Art. 169 ZGB ähnliche Schutznormen für die gemeinsame Wohnung von nicht verheirateten Partnern vorsieht, kann der dinglich oder obligatorisch allein berechtigte Partner *de lege lata* also beliebig und ohne Einverständnis seines Partners über die Wohnung verfügen.¹²⁶

Dies bedeutet im Falle einer *Mietwohnung*, bei welcher nur einer der Partner Vertragspartei ist, dass dieser die gemeinsame Wohnung nach Belieben ohne Einverständnis kündigen oder den Lebenspartner fristlos ausweisen kann.¹²⁷ Der Vermieter muss die Kündigung nicht beiden zustellen und die Person, welche nicht Vertragspartei ist, kann auch keine Rechte gem. Art. 273a OR ausüben.¹²⁸

Im Falle einer *Eigentumswohnung* profitieren Konkubinatspaare nur bei Miteigentum oder Gesamteigentum von einer «vergleichbaren» Rechtslage wie ein Ehepaar,¹²⁹ ist jedoch nur einer der Partner Eigentümer der Wohnung, steht der andere im Konfliktfall ohne anderslautende vertragliche Abmachungen¹³⁰ schutzlos dar.¹³¹

Auch ein Gericht besitzt keine, wie in Art. 121 ZGB normierte, Zuteilungskompetenz,¹³² weshalb es nicht befugt ist, bei der Trennung eines nicht verheirateten Paares über die Übertragung des Mietvertrages oder die Einräumung eines begrenzten Wohnrechts zu entscheiden.¹³³

¹²⁶ Vgl. dazu PULVER, S. 59.

¹²⁷ Die Möglichkeit der Ausweisung besteht jedoch nur, wenn keine anderen rechtlichen Beziehungen wie bspw. ein Gesellschaftsverhältnis, ein Untermietvertrag, oder eine Gebrauchsleihe vorhanden sind. Vgl. dazu HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 36 f.

¹²⁸ PULVER, S. 59; MEYER, S. 67.

¹²⁹ PULVER, S. 60; durch Mit- oder Gesamteigentum kann die Wohnung von einem Partner nicht ohne Einverständnis des anderen verkauft werden. Vgl. dazu Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 16.

¹³⁰ Zum Beispiel durch Abschluss eines Mietvertrages für den Partner. Vgl. dazu Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 16 m.w.H.

¹³¹ Vgl. dazu auch BLUM, S. 221, der Paaren, die beabsichtigen, eine Liegenschaft zu erwerben oder eine bereits erworbene Liegenschaft einzubringen, empfiehlt, auch *de lege ferenda* zu heiraten.

¹³² BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 85.

¹³³ MEYER, S. 67.

Teil II: Ausweitung des Schutzes der Familienwohnung

§ 7 Übersicht

Wie bereits im ersten Teil der Arbeit erörtert wurde, kennt das geltende Recht keine speziellen familienrechtlichen Schutzmechanismen für die gemeinsame Wohnung von nichtehelichen Partnern. Die Diskrepanz zwischen dieser rechtlichen Situation, der tatsächlich gelebten sozialen Wirklichkeit und dem sozialen Schutzbedürfnis¹³⁴ wird im folgenden Kapitel (§ 8), unter Berücksichtigung der Entwicklungen im Familienrecht und der zunehmenden Bedeutung nichtehelicher Partnerschaften in der Gesellschaft, erörtert.

Das darauffolgende Kapitel (§ 9) beleuchtet, warum beim Schutz der Familienwohnung insbesondere auch aufgrund des Kindeswohls Reformbedarf besteht. Im Rahmen eines rechtsvergleichenden Exkurses wird darüber hinaus verdeutlicht, wie andere Rechtsordnungen im Ausland bereits heute die gemeinsame Wohnung nicht verheirateter Paare als besonders schützenswert erachten (§ 10).

Abschliessend werden in Kapitel § 11 Lösungsansätze präsentiert, wie auch die gemeinsame Wohnung nichtverheirateter Paare besonders geschützt werden könnte.

¹³⁴ Vgl. dazu FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28.

§ 8 Reformbedarf aufgrund der sozialen Wirklichkeit

I. Ausgangslage: Veränderung der Familie

«Derzeit findet in der Schweiz, wie auch im Ausland ein tiefgreifender Wandel der Familie statt».¹³⁵ Neben der traditionellen Heiratsfamilie bestehen heute viele weitere Möglichkeiten des Zusammenlebens.¹³⁶ Zusätzlich zu der auf der Ehe basierenden Familie gibt es diverse alternative Partnerschafts- und Familienformen, wie beispielsweise Ein-Eltern-Familien, Fortsetzungsfamilien oder die nichteheliche Lebensgemeinschaft, welche in der Gesellschaft toleriert und akzeptiert werden.¹³⁷

In der soziologischen Forschung wurde zudem erkannt, dass das traditionelle Familienmodell einer «echten» Familie, bestehend aus einem Haushalt mit einem heterosexuellen Ehepaar und minderjährigen Kindern, in dem der Vater Hauptverdiener ist und die Mutter die Rolle der Hausfrau übernimmt, nicht mehr aufrechterhalten werden kann.¹³⁸ Jedoch nicht nur die verschiedenen familiären Lebensformen, sondern auch die Definition dessen, was eine Familie ausmacht, unterliegt Veränderungen, sodass beispielsweise auch Paare ohne Kinder als Familie angesehen werden.¹³⁹

II. Demografischer Wandel

1. Allgemeine demografische Entwicklung

Gemäss den demografischen Erhebungen in Europa ist die Popularität der Ehe in den vergangenen zwei Jahrzehnten erheblich gesunken.¹⁴⁰ Gleichzeitig stieg jedoch die Zahl der Scheidungen in den letzten 50 Jahren stark an.¹⁴¹

Dagegen wird eine Zunahme von faktischen Lebensgemeinschaften mit oder ohne Kinder beobachtet.¹⁴² Insbesondere bei jungen und kinderlosen Paaren sind heute eheliche und faktische Lebensgemeinschaften fast gleich häufig anzutreffen.¹⁴³ Jedoch

¹³⁵ KELLER, S. 10; vgl. dazu auch PREISNER, S. 784 ff.; MAIHOFFER, S. 140 ff.

¹³⁶ MEYER, S. 20; PREISNER, S. 789; vgl. dazu auch SOMMARUGA, S. 782.

¹³⁷ Vgl. dazu MEYER, S. 20; KELLER, S. 10; SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 969 f.; BLUM, S. 3; BFS, Bericht Familien, S. 14; vergleiche zur Akzeptanz des Konkubinats bereits BGE 111 II 413 E. 3.a S. 417.

¹³⁸ Vgl. HERMANN, S. 115.

¹³⁹ MAIHOFFER, S. 148.

¹⁴⁰ Vgl. CREVOISIER, S. 20.

¹⁴¹ CREVOISIER, S. 23; MEYER, S. 26; Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 7; wobei seit 2010 die Anzahl der Scheidungen wieder sinkt. Vgl. dazu BFS, Scheidungen, S. 2.

¹⁴² MEYER, S. 25, verweisend auf FUX, S. 45 ff.

¹⁴³ Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 9; BFS, Bericht Familien, S. 14.

sind auch Kinder nicht mehr per se ein Grund zur Heirat.¹⁴⁴ Während im Jahr 1970 3,8 % der Mütter bei der Geburt ihres Kindes nicht verheiratet waren, hatten im Jahr 2022 fast 30 % aller geborenen Kinder eine nicht verheiratete Mutter.¹⁴⁵

Insbesondere ist zu erkennen, dass Kinder zunehmend bei nichtverheirateten Eltern aufwachsen, sei es aufgrund einer bewussten Entscheidung gegen die Eheschliessung seitens der Eltern oder weil sich eine Heirat aus anderen Gründen nicht ergab.¹⁴⁶

2. Haushalt und nichteheliche Partnerschaften

Ein ungefähres Abbild nichtehelicher Partnerschaften in der Schweiz kann mithilfe von Haushaltsstatistiken gewonnen werden.¹⁴⁷ Diese liefern Informationen über die Entwicklung und die gegenwärtigen Formen des Zusammenlebens.¹⁴⁸

Insgesamt leben etwa 76 % der Frauen und Männer zwischen 18 und 80 Jahren in einer Partnerschaft, wovon der Grossteil auch in einem gemeinsamen Haushalt wohnt.¹⁴⁹

Während im Jahr 1980 noch 96 % aller Paare, die zusammenwohnten, verheiratet waren, sind es heute nur noch 81 %.¹⁵⁰ Entsprechend gestiegen ist also die Anzahl der gemeinsamen Haushalte von Paaren, welche die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit oder ohne Kinder als dauerhafte Alternative zur Ehe verstehen.¹⁵¹

Auch die Entwicklungen im Ausland lassen für die Zukunft eine weiterhin steigende Zahl dieser Lebensform und infolgedessen eine vermehrte Anzahl gemeinsamer Wohnungen nichtverheirateter Paare vermuten.¹⁵² Dies führt dazu, dass die gegenwärtige Rechtslage, welche den Schutz der Familienwohnung i.S.v. Art. 169 ZGB und seiner ergänzenden Normen nur für verheiratete oder eingetragene Partner gelten lässt, in Zukunft noch weniger gemeinsame Wohnungen der wirklich gelebten sozialen Realität schützen kann.

¹⁴⁴ MEYER, S. 25.

¹⁴⁵ Vgl. dazu Bundesamt für Statistik, Tabelle gr-d-01.04.01.01.05-su, Lebendgeburten nach Zivilstand der Mutter, 1970-2022, online abrufbar unter «<https://www.bfs.admin.ch/asset/de/27225348>» (zuletzt besucht am 30.11.2023). Es sollte dabei jedoch beachtet werden, dass eine mögliche zukünftige Heirat der Eltern statistisch nicht erfasst wird. Vgl. dazu CREVOISIER, S. 21.

¹⁴⁶ Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 7.

¹⁴⁷ KELLER, S. 13; vgl. dazu insb. BFS, Bericht Familien, S. 9 ff.

¹⁴⁸ Diese liefern aber keine Zahlen über die tatsächlich gelebten Paarbeziehungen. Vgl. KELLER, S. 13.

¹⁴⁹ Nur ca. ein Sechstel der Paare leben nicht zusammen in einem Haushalt. Vgl. dazu BFS, Bericht Familien, S. 14.

¹⁵⁰ BFS, Bericht Familien, S. 14.

¹⁵¹ KELLER, S. 17; FUX, S. 45 ff.

¹⁵² KELLER, S. 17.

III. Handlungsbedarf und aktuelle politische Diskussionen

Die vorliegende Problematik der Veränderung der familiären Realität, konzentriert sich nicht mehr auf die Ursachen dieses Wandels oder ob man die familiären Veränderungen richtig oder falsch, gut oder schlecht findet. Vielmehr stellt sich die Frage, wie der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung diesem Wandel gerecht werden können.¹⁵³

Gemäss der hier vertretenen Auffassung ist es unumgänglich, die demografische Entwicklung der vergangenen Jahre nicht länger zu vernachlässigen. Die Hauptaufgabe eines zeitgemässen Familienrechts besteht nämlich darin, das Recht an die gesellschaftliche Wirklichkeit anzupassen.¹⁵⁴ Infolgedessen ergibt sich Handlungsbedarf bezüglich des Schutzes der Familienwohnung.

Nach der gesetzgeberischen Wertung liegt die besondere Schutzwürdigkeit der Familienwohnung als existenzielle Grundlage für das Familienleben im öffentlichen Interesse.¹⁵⁵ Es kann aber im Prinzip eines zeitgemässen, an den demografischen Wandel angepassten Familienrechts nicht mehr im öffentlichen Interesse liegen, den Menschen bestimmte Lebensformen vorzuschreiben.¹⁵⁶ Sei es namentlich, dass sie nur durch das Zusammenleben in einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft hinsichtlich der Familienwohnung privilegiert werden, wenn doch das gesellschaftliche Verständnis einer Familie längst nicht mehr nur von einer Heirat abhängig gemacht wird.¹⁵⁷

Auch aufgrund des Diskriminierungsverbots¹⁵⁸ ist es stossend, vergleichbare Lebenssituationen für verheiratete, eingetragene und nicht verheiratete Paare unterschiedlich zu regeln, wenn sie dieselbe real gelebte Beziehung führen.¹⁵⁹

¹⁵³ Vgl. dazu SOMMARUGA, S. 782.

¹⁵⁴ MEYER, S. 85; Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 13.

¹⁵⁵ BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 1.

¹⁵⁶ Vgl. SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 974.

¹⁵⁷ Vgl. Fn. 138, 139.

¹⁵⁸ Die Forderung, familienrechtliche Wirkungen nicht vom Zivilstand abhängig zu machen, kann auf Art. 8 Abs. 2 und 3 BV gestützt werden, welche die Diskriminierung aufgrund der Lebensform verbieten und den Gesetzgeber verpflichten, die faktische Gleichstellung der Geschlechter in der Familie zu gewährleisten. Vgl. dazu COTTIER, S. 34; vgl. zur grundrechtlichen Ausgangslage für Konkubinate auch WOLF, S. 160 m.w.H.

¹⁵⁹ So auch SCHWANDER, S. 928; MEYER, S. 66.

Dass im schweizerischen Familienrecht generell ein Reformbedarf besteht, führte in den vergangenen Jahren auch in der Politik und Wissenschaft zu Diskussionen.¹⁶⁰ Dennoch hat sich, obwohl das Familienrecht umfassend überarbeitet worden ist und in der jüngeren Vergangenheit einige Teilrevisionen durchgeführt worden sind,¹⁶¹ die rechtliche Situation in Bezug auf den Schutz der Familienwohnung bisher nicht geändert. Diverse Postulate hinterfragen jedoch das geltende Familienrecht und erkennen insbesondere, dass aufgrund des erheblichen Wandels der Lebens- und Familienformen auch den nichtehelichen Partnerschaften besondere Beachtung geschenkt werden muss.¹⁶²

Während der Bundesrat in der Vergangenheit noch ausdrücklich auf eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Partnerschaft verzichtete,¹⁶³ setzte er sich in seinem Bericht «Übersicht über das Konkubinat im geltenden Recht – Ein PACS nach Schweizer Art?» intensiv mit dem Konkubinat im geltenden Recht auseinander.¹⁶⁴

Der Bundesrat lehnt es aber aus Gründen der Privatautonomie, der freien Wahl bezüglich der Lebensform und den Herausforderungen bei der Definition von Konkubinatsverhältnissen weiterhin ab, die nichteheliche Partnerschaft als Rechtsinstitut zu regeln.¹⁶⁵

Trotzdem prüfte er die Einführung eines neuen Rechtsinstituts mit geringerer Verbindlichkeit im Vergleich zur Ehe, nach dem Vorbild des französischen PACS, welches unter anderem auch die gemeinsame Wohnung faktischer Lebenspartner wie im Eherecht schützen würde.¹⁶⁶

¹⁶⁰ MEYER, S. 14; KELLER, S. 34.

¹⁶¹ Vgl. dazu MEYER, S. 14 f., Fn. 15.

¹⁶² Vgl. dazu MEYER, S. 15 f.; KELLER, S. 34 f.; Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 5.

¹⁶³ In der Stellungnahme zur Motion Wehrli (05.3264), die eine eingetragene Lebensgemeinschaft für heterosexuelle Paare verlangte, argumentierte der Bundesrat gegen die Notwendigkeit eines neuen Rechtsinstituts neben der Ehe. Stattdessen sollen Paare, die sich nicht zur Ehe entscheiden können, den verfügbaren gesetzlichen Gestaltungsspielraum durch Verträge nutzen. Vgl. dazu «<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20053264>» (zuletzt besucht am 30.11.2023).

¹⁶⁴ Vgl. dazu Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 5 ff.

¹⁶⁵ Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 4.

¹⁶⁶ Ausführlicher dazu Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 35 ff.

§ 9 Reformbedarf zugunsten des Kindeswohls

I. Bedeutung des Kindeswohls

Die gesellschaftliche und rechtliche Wahrnehmung des Kindes hat sich in den vergangenen drei Jahrzehnten wesentlich entwickelt.¹⁶⁷ Heutzutage herrscht Einigkeit darüber, dass ein zeitgemässes Familienrecht das Wohl des Kindes in den Mittelpunkt zu stellen hat.¹⁶⁸ Die drei Leitprinzipien, an welche sich die Rechtsvorschriften, die Kinder betreffen, ausrichten sollten, sind das Kindeswohl, die Gleichbehandlung von Kindern verheirateter und nicht verheirateter Eltern sowie die Anerkennung des Kindes als eigenständiges Rechtssubjekt.¹⁶⁹

Obwohl das ZGB den Begriff des Kindeswohls nicht explizit definiert, zeigen psychologische und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse, dass unter anderem die Lebensumstände einen entscheidenden Einfluss auf das Kindeswohl haben. Diese müssen ausreichend gesichert sein, um eine gestützte und geförderte Entwicklung in einem existenzgesicherten Umfeld zu ermöglichen.¹⁷⁰

Die Form der familiären Bindung hat indessen keinen signifikanten Einfluss auf das Wohl des Kindes. Entscheidend ist vielmehr das Vorhandensein stabiler und liebevoller Beziehungen und nicht der eheliche Status der Eltern.¹⁷¹

II. Das Kindeswohl in der Familienwohnung

Dass für faktische Partnerschaften *de lege lata* kein besonderer Schutz bezüglich der gemeinsamen Wohnung vorgesehen ist, kann in Einzelfällen dann unproblematisch sein, wenn beide Personen finanziell selbstständig sind und keine Kinder haben.¹⁷²

Die Interessenlage bezüglich des Schutzes der gemeinsamen Wohnung in einer faktischen Partnerschaft ist aber insbesondere dann vergleichbar mit demjenigen der Familienwohnung während oder nach Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft, wenn aus dem Konkubinat Kinder hervorgegangen sind.¹⁷³

¹⁶⁷ Botschaft Kindesunterhalt, S. 534.

¹⁶⁸ BÜCHLER, Zukunft, S. 802; MEYER, S. 88; SOMMARUGA, S. 783; CREVOISIER, S. 127; Botschaft Kindesunterhalt, S. 534; vgl. dazu auch BGE 132 III 359 E. 4.4.2 S. 372.

¹⁶⁹ Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 7.

¹⁷⁰ Vgl. zum Ganzen MEYER, S. 89; COSKUN-IVANOVIC, S. 20 f. m.w.H.

¹⁷¹ Ausführlicher dazu MEYER, S. 89 f.; vgl. dazu auch ENGI, S. 342.

¹⁷² Vgl. dazu Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 31; ähnlich auch SCHWENZER, JZ, S. 786.

¹⁷³ FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28; BÜCHLER, Gewalt in Ehe und Partnerschaft, S. 353.

Nichteheliche Kinder haben nämlich, wie auch die Kinder verheirateter Eltern, dasselbe Interesse an der Beständigkeit und Erhaltung ihres vertrauten Wohn- und Lebensumfeldes.¹⁷⁴ Zudem hat der dinglich oder obligatorisch berechtigte Partner die gleichen Beistandspflichten gegenüber seinen Kindern, unabhängig davon, ob er mit der Mutter oder dem Vater verheiratet war.¹⁷⁵ Aber auch für Kinder, die von einem der Partner in die faktische Partnerschaft gebracht wurden, stellt ein Umzug in eine neue Wohnung und somit ein Verlust des gewohnten Umfeldes dieselbe erhebliche Belastung dar, weshalb diese gemeinsamen Kindern gleichzustellen wären.¹⁷⁶

Der Gesetzgeber, wie auch das Bundesgericht sprechen sich v.a. bei der Zuteilung der Familienwohnung i.S.v. Art. 121 ZGB ausdrücklich dafür aus, dass es beim Entscheid, welchem der Ehegatten die Familienwohnung zugeteilt werden soll, vorrangig um die Interessen der gemeinsamen so wie auch der nichtgemeinsamen Kinder geht.¹⁷⁷ Auch beim Bestehen von zwei Wohnungen stellt die Tatsache, in welcher der beiden die Kinder wohnen, ein wichtiges Indiz für die Familienwohnung dar.¹⁷⁸

Da Kinder besonders schutzbedürftig sind und das Kindeswohl in einem modernen Familienrecht ins Zentrum zu stellen ist,¹⁷⁹ ist diese besondere Berücksichtigung von Kindern verheirateter Ehegatten im Zusammenhang mit der Familienwohnung auch zu begrüssen.

Anders sieht die Rechtslage aus, wenn die Eltern nicht verheiratet sind: Kinder nicht verheirateter Eltern teilen zwar das gleiche Interesse an der Bewahrung ihres vertrauten Lebensraums, jedoch besitzt hier das Gericht bei einer Trennung der Eltern keine entsprechende Zuteilungskompetenz für die gemeinsame Wohnung. Selbst eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Partnern könnte problematisch sein, zumal dafür bei einer Mietwohnung eine Zustimmung des Vermieters erforderlich wäre.¹⁸⁰

Das heisst, in Bezug auf den Schutz ihrer Lebensumgebung sind Kinder nichtverheirateter Eltern im Gegensatz zu Kindern verheirateter Eltern aufgrund der aktuellen

¹⁷⁴ FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 85; BÜCHLER, Gewalt in Ehe und Partnerschaft, S. 353.

¹⁷⁵ Vgl. dazu FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28.

¹⁷⁶ FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28.

¹⁷⁷ Vgl. dazu insb. Botschaft Revision Scheidungsrecht, S. 97; Urteil des BGer 5A_76/2009 vom 4. Mai 2009 E. 7.1; Urteil des BGer 5A_835/2015 vom 21. März 2016 E. 3.1.

¹⁷⁸ BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 N 16; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 169 N 27; so auch BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 169 N 6.

¹⁷⁹ Vgl. dazu MEYER, S. 88; SOMMARUGA, S. 783.

¹⁸⁰ BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 85.

Rechtslage, welche eine analoge Anwendung der Normen zum Schutz der Familienwohnung auf nichteheliche Partnerschaften ausschliesst, schlechter gestellt und werden faktisch diskriminiert.¹⁸¹ Diese ungleiche Behandlung lässt sich m.E. nicht rechtfertigen.

Da das Kindeswohl mithin als oberste Maxime in den Gesetzgebungsarbeiten gilt, ist der Gesetzgeber verpflichtet, Schutznormen zu etablieren, wo entsprechende Lücken existieren, um das Wohl des Kindes zu gewährleisten.¹⁸²

Der Gesetzgeber erkannte, nicht zuletzt aufgrund der steigenden Anzahl nichtehelicher Kinder, den Revisionsbedarf beim Kindesunterhalt.¹⁸³ Durch die Einführung des zu begrüssenden Betreuungsunterhaltes werden Kinder aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften im Rahmen einer Trennung beim Kindesunterhalt mit Kindern geschiedener Eltern gleichgestellt.¹⁸⁴

Da gemäss der Botschaft zum Kindesunterhalt das Kindeswohl ins Zentrum aller Überlegungen gestellt werden soll,¹⁸⁵ müsste der Gesetzgeber konsequenterweise das Kindeswohl aller Kinder auch beim Schutz der Familienwohnung in den Vordergrund stellen.

Daher bedarf es zum Schutz des Wohlergehens der Kinder eine rechtliche Grundlage, um in ihrer gewohnten Umgebung verbleiben zu können, wenn es zu Spannungen zwischen dem nichtehelichen Lebenspaar kommt, mit dem sie zusammen in einem Haushalt leben.¹⁸⁶

¹⁸¹ FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 28; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 85.

¹⁸² Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 7.

¹⁸³ Vgl. dazu BURRI, S. 6.

¹⁸⁴ Ausführlicher dazu BURRI, S. 9 ff.; MEYER, S. 90; COTTIER, S. 30.

¹⁸⁵ Botschaft Kindesunterhalt, S. 534.

¹⁸⁶ BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 85; so auch SCHWENZER, JZ, S. 786.

§ 10 Exkurs: Die Familienwohnung in anderen Rechtsordnungen

In anderen Rechtsordnungen hat der Gesetzgeber die Problematik des mangelnden Schutzes von Familienwohnungen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften erkannt. Im Folgenden wird eine kurze Übersicht über die rechtliche Berücksichtigung nichtehelicher Partnerschaften im Hinblick auf Familienwohnungen in einigen Ländern präsentiert.

I. Norwegen

Während des Zusammenlebens existieren für nichteheliche Partner in Norwegen keine besonderen Vorschriften zur gemeinsamen Wohnung. Die Rechtsprechung hat aber anerkannt, dass, wenn die nichteheliche Lebensgemeinschaft von gewisser Dauer war, für diese dieselben Prinzipien über Miteigentum an den Vermögensgegenständen analog dem Eherecht gelten.¹⁸⁷ Bei der Trennung eines nichtehelichen Paares sind die Rechte der Parteien an der Wohnung in einem eigenständigen Gesetz über den gemeinsamen Hausstand geregelt.¹⁸⁸ Dieses sieht vor, dass die Rechte an der Wohnung unter besonderen Umständen der anderen Partei übertragen werden können, wenn ein nichteheliches Paar mindestens zwei Jahre zusammengewohnt hat oder miteinander ein Kind hat oder erwartet.¹⁸⁹

II. Australien und Neuseeland

In Australien und Neuseeland behandelt das Gesetz gleich- oder verschiedengeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaften weitgehend gleich wie verheiratete Paare.¹⁹⁰ Daher enthalten die gesetzlichen Vorschriften dieser Länder ausdrückliche Bestimmungen in Bezug auf die Wohnung oder das Haus, das von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gemeinsam bewohnt wird. Genauso wie bei verheirateten Paaren können die Gerichte in Australien und Neuseeland auch in nichtehelichen Partnerschaften das Haus oder die gemeinsame Wohnung einem Lebenspartner zur alleinigen Nutzung zuweisen, wobei die Eigentumsverhältnisse unerheblich sind.¹⁹¹

¹⁸⁷ LØDRUP, S. 71 f.

¹⁸⁸ LØDRUP, S. 72; vgl. auch RYRSTEDT, S. 441; Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 11.

¹⁸⁹ LØDRUP, S. 72; vgl. auch RYRSTEDT, S. 442 f.

¹⁹⁰ Ausführlicher dazu COTTIER/AESCHLMANN, S. 111 ff.; vgl. auch SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 976.

¹⁹¹ COTTIER/AESCHLMANN, S. 119; ausführlicher zur Rechtslage in Neuseeland SCHERPE, S. 20 f.; vgl. dazu auch Property (Relationships) Act 1976 sec. 27, online abrufbar unter <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1976/0166/latest/whole.html>> (zuletzt besucht am 30.11.2023).

III. England

In England besteht die Möglichkeit, auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften die Familienwohnung an denjenigen zur Nutzung zuzuweisen, der nicht Eigentümer oder Mieter der Wohnung ist, sofern dies im Interesse des Kindeswohls als notwendig erachtet wird.¹⁹²

IV. Frankreich

Wenn in Frankreich eine Wohnung von einem Paar gemeinsam bewohnt wird, und derjenige Partner, der den Mietvertrag abgeschlossen hat, das Mietverhältnis kündigt, wird der Vertrag zugunsten des anderen Partners fortgesetzt, unter den Voraussetzungen, dass dieser vor dem Auszug des Mieters mindestens ein Jahr lang mit diesem zusammengewohnt hat und die *concubinage notoire* (offenkundig) ist.¹⁹³

In der Vergangenheit verneinten einige Gerichtsurteile die Übertragung des Mietvertrages im Falle einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft.¹⁹⁴

Diese restriktive Rechtsprechung ist heute hinfällig, da durch die Einführung des sogenannten *pacte civil de solidarité* (PACS) im Jahr 1999, sowohl hetero- als auch homosexuelle Partnerschaften erfasst werden.¹⁹⁵

Beim PACS handelt es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag, der zwei erwachsenen Personen die rechtliche Organisation ihres Zusammenlebens ermöglicht.¹⁹⁶ Auch mit dem Eingehen eines PACS erfährt die gemeinsame Wohnung mietrechtlichen Schutz. Der Partner eines PACS ist nämlich gleich wie der *concubin notoire* berechtigt, den Mietvertrag des anderen zu übernehmen, wenn dieser die Wohnung verlässt.¹⁹⁷ Dagegen hat bei Wohneigentum der nichteheliche Partner keinen Anspruch auf die Zuweisung der Nutzung der Wohnung, wenn der andere Partner Alleineigentümer der Familienwohnung ist.¹⁹⁸

¹⁹² COTTIER/AESCHLIMANN, S. 119; vgl. dazu auch The Law Commission, *Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown* (Consultation Paper No. 179), London 2006, S. 61 ff. Online abrufbar unter «https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215aeecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2015/03/cp179_Cohabitation_Consultation.pdf» (zuletzt besucht am 30.11.2023).

¹⁹³ FERRAND, Familienwohnung, S. 49; FERRAND, nichteheliche Lebensgemeinschaften, S. 233.

¹⁹⁴ FERRAND, nichteheliche Lebensgemeinschaften, S. 233; RÖTHEL, S. 79.

¹⁹⁵ Vgl. dazu FERRAND, nichteheliche Lebensgemeinschaften, S. 233; **gl.M.** auch RÖTHEL, S. 79.

¹⁹⁶ Ausführlicher dazu Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 38.

¹⁹⁷ FERRAND, nichteheliche Lebensgemeinschaften, S. 233.

¹⁹⁸ FERRAND, Familienwohnung, S. 49; **krit.** zu den unzureichenden familienrechtlichen Folgen eines PACS hinsichtlich der Familienwohnung COTTIER, S. 32.

§ 11 Lösungsansätze

In den vorangehenden Kapiteln wurde festgestellt, dass bei den Schutznormen zur Familienwohnung ein Reformbedarf zur Ausweitung auf nichteheliche Partnerschaften besteht. Im Nachfolgenden werden potenzielle Lösungswege präsentiert, um auch die gemeinsame Wohnung faktischer Lebenspartner zu schützen.

I. Richterrecht

Solange keine gesetzliche Regelung für die nichteheliche Partnerschaft besteht, obliegt den Gerichten gewissermaßen die Aufgabe der Gesetzgebung, da jeder Einzelfallentscheid, bedingt durch die fehlenden gesetzlichen Vorschriften, normative Bedeutung über den konkreten Fall hinaus erhält.¹⁹⁹

Die geltende Rechtsprechung sprach sich bisher dagegen aus, nichtehelichen Paaren einen vollumfänglichen analogen Schutz nach dem Recht der Ehe oder dem Recht der eingetragenen Partnerschaft zu gewähren.²⁰⁰

Dennoch erkennt die Rechtsprechung an, dass auch nichteheliche Lebensgemeinschaften Rechtsschutz verdienen,²⁰¹ daher benötigen diese eine differenzierte, einzelfallbezogene Betrachtungsweise.²⁰² Denn selbst in Abwesenheit eines schriftlichen Partnerschaftsvertrages basiert eine nichteheliche Lebensgemeinschaft auf einer gegenseitigen Vereinbarung. Aus diesem Grund kann sie als Innominatkontrakt betrachtet werden.²⁰³ Bei einem solchen ist in jedem einzelnen Fall zu überprüfen, welche Rechtsnorm auf den konkreten Lebenssachverhalt anwendbar ist.²⁰⁴

Soweit eine mit der Ehe vergleichbare Situation vorliegt, ist nach verschiedenen Lehrmeinungen und der hier vertretenen Ansicht, durch die Gerichte auch die Anwendung von Ehe recht zu prüfen. Somit wäre im konkreten Einzelfall eine analoge Anwendung

¹⁹⁹ RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 898; GALLMETZER/SPICHIGER/WOLF, S. 583; ähnlich dazu auch PULVER, S. 13.

²⁰⁰ Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 16; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 63.

²⁰¹ BGE 108 II 204 E. 3 S. 207, in welchem das Bundesgericht betont, dass, selbst wenn das Paar nicht die Ehe als Bindungsform gewählt hat, daraus nicht abgeleitet werden kann, dass sie dadurch auf jeglichen rechtlichen Schutz ihres Zusammenlebens verzichten möchten.

²⁰² BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 64; ausführlicher dazu PULVER, S. 14; vgl. auch SCHWENZER, Realbeziehung, S. 173.

²⁰³ Vgl. dazu RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 901 f.; GALLMETZER/SPICHIGER/WOLF, S. 582; so auch COTTIER/CREVOISIER, S. 36; vgl. auch PULVER, S. 20 f.

²⁰⁴ RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 901; GALLMETZER/SPICHIGER/WOLF, S. 582.

der Regeln über die Familienwohnung grundsätzlich auch bei einer nichtehelichen Partnerschaft möglich.²⁰⁵

Durch den Umstand, dass immer mehr familiäre Beziehungen ausserhalb des rechtlichen Rahmens der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft existieren,²⁰⁶ stellt sich die Frage, inwiefern die bisherige Argumentation der Rechtsprechung in der heutigen Gesellschaft noch aufrechterhalten werden kann, dass ein nicht verheiratetes Paar bewusst auf das Institut der Ehe verzichtet und infolgedessen nicht sinngemäss Vorzüge daraus ziehen dürfe.²⁰⁷

Wenn Paare eine Ehe schliessen, tun sie dies nicht zwingend aus reiner Überzeugung, sondern zum Teil aus rein pragmatischen Überlegungen. Im Gegensatz dazu, falls ein Paar keine Ehe eingeht, kann im Umkehrschluss nicht direkt gefolgert werden, dass es jede Verbindlichkeit ablehnt und damit etwa der Ansicht ist, eine Familienwohnung sei kein Ort, welcher schützenswert ist.²⁰⁸ Es gibt viele andere Gründe, keine Ehe einzugehen, sei dies auch nur, weil jemand die symbolische Vorstellung oder ihre religiöse Assoziation ablehnt.²⁰⁹

Zudem muss eine Ehe nach der heutigen gesellschaftlichen Lage nicht unbedingt stabiler sein als eine nichteheliche Gemeinschaft.²¹⁰ Eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft kann zweifellos ein Indiz für die ernsthafte Absicht eines langfristigen Zusammenlebens und die Absicht gegenseitiger Unterstützung sein.²¹¹ Nach hier vertretener Ansicht können jedoch auch Partnerschaften, die in einem mit der Ehe vergleichbaren Verhältnis ausgestaltet sind, ebenso stabil gelebt werden. Daher sollte ihre gemeinsame Wohnung als Lebensgrundlage genauso schützenswert sein.

Dass einer Person in einer langjährigen nichtehelichen Partnerschaft, insbesondere beim Vorhandensein gemeinsamer Kinder, von den Gerichten bisher keine rechtliche

²⁰⁵ Vgl. dazu BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 64, welche eine Übertragung der Normen des Eherechts im Einzelfall nicht ausschliesst, insbesondere bei einer langjährigen Lebensgemeinschaft oder beim Vorhandensein gemeinsamer Kinder; **gl.M.** SCHWENZER, Realbeziehung, S. 173; PULVER, S. 16; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 901 f., für welche insbesondere auch die analoge Anwendung der Regelung über die Zuteilung der Familienwohnung vorstellbar wäre; **a.M.** SCHWANDER, S. 928, welcher davon ausgeht, dass der Schutz der Familienwohnung im Rahmen des Eherechts abschliessend geregelt ist und daher nicht durch ein Gericht analog auf nichteheliche Partnerschaften ausgeweitet werden darf.

²⁰⁶ Vgl. dazu § 8 Reformbedarf aufgrund der sozialen Wirklichkeit, S. 23 ff.

²⁰⁷ Vgl. dazu BGE 108 II 204 E. 3 S. 206.

²⁰⁸ Vgl. zum Ganzen BÜCHLER, Zukunft, S. 799.

²⁰⁹ BÜCHLER, Zukunft, S. 799.

²¹⁰ So ENGI, S. 342.

²¹¹ Vgl. dazu ENGI, S. 342.

Absicherung i.S.v. Art. 169 ZGB bezüglich der gemeinsamen Wohnung gewährt wird, erscheint nach hier vertretener Ansicht stossend und nicht mehr zeitgemäss. Daher wäre eine diesbezügliche Korrektur in der Rechtsprechung anzustreben, die dazu führt, dass überprüft wird, ob die Bestimmungen der Familienwohnung im konkreten Einzelfall analog anzuwenden sind. Um die rechtlich relevanten Einzelfälle zu klassifizieren, wäre aus Gründen der Gleichbehandlung und Praktikabilität die Einführung bestimmter Kriterien notwendig.²¹² Als rechtlich relevantes Kriterium für die Anwendung der Normen zum Schutz der Familienwohnung im Einzelfall könnte hier beispielsweise eine gewisse Dauer der Beziehung angesehen werden.²¹³

In Anbetracht der Tatsache, dass in der Schweiz das geschriebene Recht als vorrangige Rechtsquelle betrachtet wird, erscheint es längerfristig aber als inakzeptabel, den Schutz der Familienwohnung in nichtehelichen Partnerschaften allein der Rechtsprechung zu überlassen,²¹⁴ zumal dies unter Umständen auch weiterhin zu Rechtsunsicherheit und inkohärenten Lösungen führen würde,²¹⁵ weshalb im Folgenden auch Lösungsmöglichkeiten durch eine Berücksichtigung der nichtehelichen Partnerschaft in Form von gesetzlichen Regelungen zu prüfen sind.

²¹² Vgl. dazu auch ENGI, S. 342.

²¹³ Vgl. dazu SCHWANDER, S. 921, welcher eine einjährige Stabilisierungsdauer des Konkubinats vorschlägt, bis die Bestimmungen über den Schutz der Familienwohnung anwendbar wären; vgl. auch COTTIER, S. 31, welche als Anknüpfungspunkt auf die ausländischen Rechtsordnungen verweist, deren Regelungen grundsätzlich erst nach einer bestimmten Dauer des Zusammenlebens im Konkubinat (i.d.R. zwei bis drei Jahre) anwendbar sind.

²¹⁴ SCHWANDER, S. 926.

²¹⁵ RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, S. 900.

II. Gesetzliche Regelung

1. Schaffung eines neuen Rechtsinstituts («Opting-in» Modell)

a. *Vorschlag des Bundesrats*

Eine Möglichkeit zur rechtlichen Erfassung nichtehelicher Partnerschaften, mit der sich auch der Bundesrat ausführlich auseinandergesetzt hat, ist die Schaffung eines eigenen Rechtsinstituts in Anlehnung an den französischen PACS.²¹⁶

Damit aus einem solchen Rechtsinstitut Wirkungen für das faktische Lebenspaar herausgehen, wäre ein Registereintrag erforderlich (sog. «Opting-in» Modell).²¹⁷

Obwohl es bei der Einführung eines solchen Instituts Sache des Gesetzgebers sein wird, die konkreten Wirkungen und Rechtsfolgen eines PACS zu definieren,²¹⁸ skizzierte der Bundesrat in seinem Bericht dennoch die Grundzüge eines möglichen PACS für die Schweiz.²¹⁹ Dabei bezog er auch Stellung zu den Wirkungen und Rechtsfolgen, die ein solcher PACS auf den Schutz der Wohnung haben könnte.²²⁰

Bei einem Paar, welches einen PACS abschliessen würde, würden bezüglich der gemeinsamen Wohnung dieselben Rechtsfolgen wie zwischen Ehegatten eintreten. Namentlich wäre die Kündigung des Mietvertrages für die Familienwohnung nur noch mit Zustimmung des Partners möglich und die speziellen Schutzrechte im Bereich des Mietrechts würden ebenso gelten. Auch bei einer Eigentumswohnung wäre die Zustimmung des anderen Partners zur Veräusserung notwendig.²²¹

Bei der Auflösung des PACS würde bezüglich der Zuweisung der Familienwohnung eine differenziert zu betrachtende Lösungsvariante bestehen. Wenn die Partner Kinder haben, würden dieselben Regeln wie in Art. 121 ZGB gelten. Falls keine Kinder vorhanden sind, gäbe es keine gesetzliche Regelung bezüglich der Zuteilung der Familienwohnung bei der Trennung.²²²

²¹⁶ Vgl. dazu Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 35 ff.

²¹⁷ Bei faktischen Lebensgemeinschaften, bei denen Rechtswirkungen nur infolge eines Registereintrages eintreten, handelt es sich um sog. formelle Lebensgemeinschaften. Vgl. dazu MEYER, S. 99, Fn. 514; vgl. zum sog. «Opting-in» Modell BÜCHLER, Zukunft, S. 800; vgl. auch SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 977.

²¹⁸ Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 41.

²¹⁹ Vgl. dazu den tabellarischen Überblick in Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 47 ff.

²²⁰ Vgl. dazu Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 43 f., 49, 59.

²²¹ Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 49.

²²² Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 59.

b. Kritische Würdigung

Die Empfehlung des Bundesrates in einem PACS die Wirkungen in Bezug auf die gemeinsame Wohnung während des Zusammenlebens vollständig an das Eherecht anzulehnen, ist lobenswert.

Dass bei der Auflösung der nichtehelichen Partnerschaft beim Vorhandensein gemeinsamer Kinder die Möglichkeit der Zuteilung der Familienwohnung besteht, ist vordergründig im Sinne eines umfassenden Kindeswohls und zur Gleichstellung ehelicher sowie nichtehelicher Kinder sehr wohl begrüssenswert.²²³ Jedoch verkennt m.E. der Bundesrat mit seiner Empfehlung, keine gesetzliche Regelung bezüglich der Zuteilung der Familienwohnung zwischen Partnern ohne Kinder vorzusehen, dass auch erwachsene Personen besonders schutzbedürftig²²⁴ und unter Umständen aus anderen Gründen als der Kinder auf die Zuweisung der Wohnung angewiesen sein können.

Deshalb sollte m.E. in Anlehnung an Art. 121 ZGB auch nichtehelichen Partnern eines PACS ohne Kinder die Möglichkeit eingeräumt werden, vor einem Zivilgericht die Zuteilung der Familienwohnung zu erwirken, sofern wichtige Gründe vorliegen.²²⁵

Obwohl die Einführung eines PACS zweifellos den Schutz der Familienwohnung auf (einige) nichteheliche Partnerschaften ausdehnen würde, sollte die Schaffung dieses neuen Rechtsinstituts dennoch kritisch betrachtet werden.

Denn die Möglichkeit der Registrierung gewährleistet nicht zwangsläufig den Schutz der Familienwohnung in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, da sie voraussetzt, dass die Partner gemeinsam aktiv werden müssen.²²⁶ Da es jedoch höchst unwahrscheinlich ist, dass sich alle Paare, für welche eine Anwendung der Normen zum Schutz der Familienwohnung wünschenswert wäre, zur Registrierung ihrer Partnerschaft entscheiden, kann ein «Opting-in» Modell den Schutz der schwächeren Partei und der Kinder nicht vollumfänglich gewährleisten.²²⁷ Ein Verzicht auf die Eintragung

²²³ Vgl. dazu § 9 Reformbedarf zugunsten des Kindeswohls, S. 27 ff.

²²⁴ SOMMARUGA, S. 783.

²²⁵ Als wichtige Gründe könnten dabei in Anlehnung an die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 121 ZGB insbesondere das Alter, die Gesundheit, der Beruf, die finanzielle Situation oder auch soziale Interessen angesehen werden. Vgl. dazu insb. Botschaft Revision Scheidungsrecht, S. 97; BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 5; FamKomm ZGB I-BÜCHLER, Art. 121 N 10; vgl. auch Urteil des BGer 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009 E. 3.2.

²²⁶ BÜCHLER, Zukunft, S. 800; vgl. auch SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 978 f.; **krit.** auch COTTIER, S. 32 f.

²²⁷ Vgl. dazu MEYER, S. 100; SCHERPE, S. 11.

der Partnerschaft könnte hauptsächlich auf Unwissenheit und Ignoranz zurückzuführen sein, aber auch aufgrund einer bewussten Ablehnung gegenüber einer generellen Registrierung erfolgen.²²⁸

Ein ausschliessliches «Opting-in» Modell würde somit höchstens für die Familienwohnung einiger Lebensgemeinschaften besonderen Schutz bieten. Für die gemeinsame Wohnung derjenigen Paare, die ihre Beziehung nicht formalisiert haben, bestünde weiterhin kein besonderer Schutz.²²⁹

Somit würde das Institut des PACS den eigentlichen Zweck der Ausdehnung der Normen zum Schutz der Familienwohnung untergraben, da ein familienrechtlich geschützter Wohnraum m.E. nicht nur von einem expliziten Bindungswillen in Form eines formalen Aktes abhängig sein sollte, sondern von den darin real gelebten Beziehungen.²³⁰

²²⁸ MEYER, S. 101; SCHERPE, S. 11.

²²⁹ Ähnlich SCHERPE, S. 11.

²³⁰ So auch MEYER, S. 66, 102; ähnlich dazu BÜCHLER, Zukunft, S. 800 f.; vgl. auch SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 978.

2. Punktuelle Regelung

a. *Erstreckung der Normen zum Schutz der Familienwohnung*

Es besteht bereits die Tendenz, die nichteheliche Partnerschaft in konkreten gesetzgeberischen Prozessen und einzelnen Normen zu berücksichtigen.²³¹ Ein Familienrecht, das die Integration von Vielfalt ermöglichen möchte, sollte sich der Herausforderung stellen, für jeden Normenkomplex zu klären, in welchen Situationen er Anwendung finden sollte, und zwar basierend auf seinem jeweiligen Zweck.²³²

Eine rechtliche Intervention braucht es nach hier vertretener Ansicht insbesondere dort, wo ein Schutzbedürfnis besteht.²³³ Ein solches ist bei den Normen zur Familienwohnung vorhanden, da diese die schwächere Partei vor dem Verlust ihrer lebenswichtigen Wohnung schützen sollen.²³⁴

Folglich besteht anstatt über den Weg der Einführung eines PACS eine alternative Möglichkeit, den Schutz der Familienwohnung in nichtehelichen Partnerschaften sicherzustellen, indem der Schutz nicht von einem formellen Akt abhängig ist, sondern an die tatsächlichen Gegebenheiten der gelebten Realbeziehung anknüpft.²³⁵ In diesem Fall würden die Rechtsfolgen von Art. 169 ZGB und seinen ergänzenden Normen für faktische Lebenspaare automatisch eintreten, das heisst, ohne dass diese zusätzliche Schritte unternehmen müssen, sofern sie bestimmte, gesetzlich noch zu definierende Kriterien²³⁶ erfüllen.²³⁷

Die Gleichstellung des Schutzes der Familienwohnung für nichteheliche und eheliche Paare könnte durch die Etablierung eines eigenen Rechtsrahmens für faktische Lebensgemeinschaften erreicht werden, innerhalb dessen auch spezifische Regelungen

²³¹ Ausführlicher KELLER, S. 29 ff.; Bundesrat, Übersicht Konkubinats, S. 19 ff.; vgl. auch BÜCHLER, Zukunft, S. 806; PAPAUX VAN DELDEN, S. 947 f.; WOLF, S. 161.

²³² BÜCHLER, Zukunft, S. 802.

²³³ Vgl. auch SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 978; BÜCHLER, Zukunft, S. 802; ähnlich auch SCHWANDER, S. 927.

²³⁴ Ausführlicher dazu § 3 Grundlagen von Art. 169 ZGB, S. 7.

²³⁵ Vgl. dazu MEYER, S. 103; KELLER, S. 45.

²³⁶ Vgl. für die Kriterien zur Bestimmung familienrechtlich relevanter nichtehelicher Lebensgemeinschaften insb. KELLER, S. 50 ff.; vgl. auch MEYER, S. 224.

²³⁷ Diese Regelung hätte den Vorteil, dass sie den Schutz der schwächeren Partei sicherstellen kann. Siehe dazu MEYER, S. 103; KELLER, S. 45; SCHERPE, S. 15.

für die gemeinsame Wohnung festgelegt wären.²³⁸ Eine einfachere und elegantere Lösung wäre, dass der Gesetzgeber die Normen zum Schutz der Familienwohnung ausdrücklich auch für die faktische Lebensgemeinschaft anwendbar erklärt.²³⁹

b. *Kinder als entscheidender Faktor*

In der Lehre wird differenziert argumentiert, dass die Übertragung von Normen aus dem Eherecht auf nichteheliche Partnerschaften nur dann gerechtfertigt ist, wenn Kinder in der Partnerschaft existieren. Demzufolge solle eine Unterscheidung zwischen faktischen Lebensgemeinschaften mit und ohne Kinder vorgenommen werden.²⁴⁰ Da insbesondere auch aufgrund der Nichtdiskriminierung nichtehelicher Kinder Reformbedarf bei den Normen zur Familienwohnung besteht,²⁴¹ ist es nach hier vertretener Ansicht unerlässlich, dass der Gesetzgeber die Normen zum Schutz der Familienwohnung immerhin in jenen Fällen, in denen Kinder vorhanden sind, auch auf nichteheliche Partnerschaften erstreckt.²⁴²

Nichtsdestotrotz sollte die differenzierte Sichtweise in der Lehre m.E. nicht unterstützt werden, da es im Hinblick auf die Ziele und Funktionen eines zeitgemässen Familienrechts nicht angemessen ist, den Wohnraum nichtehelicher Partner mit Kindern und solcher ohne Kinder ungleich zu behandeln. Einerseits gibt es vielfältige Gründe, warum keine Kinder vorhanden sind, und andererseits kann die Schutzbedürftigkeit des nicht an der Wohnung berechtigten Partners auch aus anderen Gründen bestehen, die nicht mit der Anwesenheit von Kindern zusammenhängen.²⁴³

c. *«Opting-out» Möglichkeit*

Der Bundesrat hegt Bedenken im Hinblick auf den Vorschlag, eherechtliche Normen auf nichteheliche Partnerschaften auszudehnen. Er fürchtet, dass dies dazu führen könnte, dass Paare dadurch in eine «Zwangsehe» gedrängt werden.²⁴⁴ Er befürchtet

²³⁸ Zur Schaffung eines eigenen Rechtsrahmens siehe MEYER, S. 108; SCHERPE, S. 20; KELLER, S. 47 ff.

²³⁹ So auch MEYER, S. 108; Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 28.

²⁴⁰ MEYER, S. 113; vgl. zur differenzierten Sichtweise BÜCHLER, Zukunft, S. 804; HOHL, S. 640 ff.

²⁴¹ Vgl. dazu § 9 Reformbedarf zugunsten des Kindeswohls, S. 27 ff.

²⁴² GLM. BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 85; SCHWENZER, JZ, S. 786; vgl. zudem CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 121 N 9, welcher davon ausgeht, dass allfällige Kindesinteressen im Rahmen von Art. 272 ZGB zu würdigen wären.

²⁴³ GLM. MEYER, S. 116; ähnlich auch SOMMARUGA, S. 783.

²⁴⁴ Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 29.

zudem, dass durch die analoge Anwendung der eherechtlichen Normen eine Einschränkung der Privatautonomie stattfinden könnte.²⁴⁵

In diesem Kontext wird beispielsweise argumentiert, dass ein nichteheliches Paar, das seine Beziehung tatsächlich unter rechtliche Vorschriften stellen möchte, geheiratet oder entsprechende Verträge abgeschlossen hätte.²⁴⁶ Der Verweis auf Verträge ist jedoch ungeeignet für den Schutz der Familienwohnung in nichtehelichen Partnerschaften. Einerseits ist das Instrument des Konkubinatsvertrages in der Gesellschaft zu wenig verbreitet, andererseits kann mit einem solchen zwar das Verhältnis zwischen den Partnern reguliert werden, jedoch nicht die Beziehung zu Dritten. Daher wäre es für ein faktisches Lebenspaar unmöglich, durch vertragliche Vereinbarungen einen umfassenden Schutz der Familienwohnung zu gewährleisten.²⁴⁷

Eine gesetzliche Verankerung zur Anwendbarkeit der Normen zum Schutz der Familienwohnung auf nichteheliche Partnerschaften kann in der Tat das Prinzip der Freiheit in der Lebensgestaltung verletzen.²⁴⁸ Dennoch ist es erforderlich, dass das Gesetz angesichts der potenziellen Konflikte, die sich aus den vielfältigen Formen von Familienbeziehungen ergeben, einen rechtlichen Rahmen bereitstellt.²⁴⁹ Um diesem Konflikt zwischen Freiheit und Schutz zu begegnen, könnte in Anlehnung an ausländische Rechtsordnungen ein sog. «Opting-out» Modell eingeführt werden, bei dem Paare durch vertragliche Abmachung die Möglichkeit haben, die Normen zum Schutz der Familienwohnung wegzubedingen.²⁵⁰ Dadurch bliebe dem Einzelnen die Freiheit erhalten, sein Leben und seine Beziehungen nach eigenen Wünschen zu gestalten.²⁵¹

Im Fall des Vorhandenseins von Kindern sollte m.E. aus Gründen des Kindeswohls keine Möglichkeit für eine vertragliche Abweichung von den Normen zum Schutz der Familienwohnung gewährt werden.²⁵²

²⁴⁵ Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 31; Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 33 f.; **gl.M.** RANZANICI CIRESA, S. 59.

²⁴⁶ MEYER, S. 103 f.; SCHERPE, S. 13 m.w.N.

²⁴⁷ Zum Ganzen MEYER, S. 110 f.; Bundesrat, Übersicht Konkubinat, S. 33.

²⁴⁸ MEYER, S. 104.

²⁴⁹ MEYER, S. 116; SOMMARUGA, S. 783; vgl. auch SCHWANDER, S. 926 f.

²⁵⁰ Ausführlicher zu einem sog. «Opting-out» Modell MEYER, S. 104 ff.; Bundesrat, Modernisierung des Familienrechts, S. 29; KELLER, S. 54 ff.; SCHERPE, S. 14 f.; **krit.** SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 978 f.

²⁵¹ MEYER, S. 116.

²⁵² Ähnlich auch MEYER, S. 104.

3. Revision des gesamten Familienrechts

Mit der Einführung eines PACS würde der Schutz der Familienwohnung lediglich für bestimmte nichteheliche Lebensgemeinschaften gewährleistet²⁵³ und die einzelfallabhängige analoge Anwendung der Normen zur Familienwohnung durch Gerichte könnte weiterhin zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.²⁵⁴

Selbst eine punktuelle Regulierung des Zusammenlebens von nichtehelichen Partnern durch eine gesetzliche Erweiterung der Normen zum Schutz der Familienwohnung könnte unter Umständen dazu führen, dass das Gesamtbild der Herausforderungen im Zusammenhang mit der Veränderung familiärer Lebensformen verloren ginge.²⁵⁵

In Anbetracht dessen wäre nach hier vertretener Ansicht der umfassendste Lösungsansatz, dass neben der in vorliegender Arbeit aufgezeigten Problematik bezüglich des Schutzes der Familienwohnung generell eruiert wird, welche Zielsetzungen das zukünftige Familienrecht verfolgen will, damit anschliessend alle aus diesen Ergebnissen hervorgegangenen Defizite in einer Gesamterneuerung des Familienrechts behoben werden könnten.²⁵⁶

Eine umfassende Variante zur Modernisierung des Familienrechts wäre etwa der Lösungsvorschlag von SCHWENZER.²⁵⁷ Dieser sieht die Einführung eines *statusunabhängigen Familienrechts*²⁵⁸ vor, welches die Prinzipien der Nichteinmischung, des Einforderns von Verantwortung und insbesondere den Vorrang des Kindeswohls verwirklicht.²⁵⁹

Auch wenn das Institut der Ehe nach hier vertretener Ansicht beibehalten werden kann, wäre ein solch statusunabhängiges Familienrecht zu begrüßen, weil dadurch alle Arten von Lebensgemeinschaften gleichgestellt werden könnten.²⁶⁰

Zur Abgrenzung, wann eine rechtlich relevante Lebensgemeinschaft im Sinne einer «Familie» vorliegt, könnte eine Berücksichtigung diverser Kriterien in Erwägung gezogen werden, wie beispielsweise die Dauer der Partnerschaft, das Vorhandensein von

²⁵³ Vgl. dazu § 11 Lösungsansätze, S. 36 f.

²⁵⁴ Vgl. dazu § 11 Lösungsansätze, S. 34.

²⁵⁵ **Krit.** zu einer punktuellen Regelung insb. BLUM, S. 219 f.; ebenso BÜCHLER, Zukunft, S. 806 f.

²⁵⁶ So auch BLUM, S. 220; BÜCHLER, Zukunft, S. 807 f.

²⁵⁷ SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 966 ff.

²⁵⁸ SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 976; vgl. dazu auch BÜCHLER, Zukunft, S. 807 f.

²⁵⁹ Ausführlicher dazu SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 974 f.

²⁶⁰ **GL.M.** SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 976 f.

Kindern sowie die Erbringung von Beiträgen seitens der Partner zum Wohl der Gemeinschaft.²⁶¹

In einem Familienrecht, das unabhängig des rechtlichen Status der Betroffenen Anwendung findet, wäre zwangsläufig sichergestellt, dass der Schutz der Familienwohnung i.S. des heutigen Art. 169 ZGB und seiner ergänzenden Bestimmungen für sämtliche nichteheliche Partnerschaften, welche obgenannte Kriterien erfüllen, gewährleistet wäre.²⁶²

²⁶¹ Vgl. dazu SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 979.

²⁶² SCHWENZER, gesellschaftliche Veränderungen, S. 982; vgl. auch BÜCHLER, Zukunft, S. 808.

§ 12 Schlussbetrachtung

Indem der Gesetzgeber vor Jahrzehnten eine Beschränkung der Verfügung über die Familienwohnung einführte, kam er wichtigen sozialpolitischen Interessen zum Schutz der familiären Beziehungen entgegen.

Da der Schutz der Familienwohnung *de lege lata* nur für verheiratete und eingetragene Partner vorgesehen ist, verkennen der Gesetzgeber, die herrschende Lehre sowie die höchstrichterliche Rechtsprechung jedoch, dass sich in den vergangenen Jahrzehnten die Abgrenzungen zwischen der Ehe, der eingetragenen Partnerschaft und anderen Formen des Zusammenlebens erheblich verwischt haben und familiäre Bindungen nicht ausschliesslich vom Zivilstand abhängig sind.

Überdies ist es von entscheidender Bedeutung, dass das Recht insbesondere diejenigen schützt, die den Schutz am dringendsten benötigen, namentlich die Kinder. Da immer mehr Kinder bei nichtverheirateten Eltern aufwachsen, führt die derzeitige Rechtslage dazu, dass *de facto* immer mehr Kinder im Vergleich zu Kindern verheirateter Eltern durch die Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung diskriminiert werden.

Unter Umständen benötigen aber auch erwachsene Personen besonderen Schutz für die Verfügung oder Zuteilung der gemeinsamen Wohnung während oder nach Auflösung der Partnerschaft, dies insbesondere bei einer länger andauernden und stark gelebten tatsächlichen Beziehung. Im Ausland gibt es bereits verschiedene Rechtsordnungen, die auch der gemeinsamen Wohnung nicht verheirateter Paare besondere Beachtung schenken. Wenn also auch die Schweizer Rechtsordnung den tatsächlich gelebten Beziehungen verschiedener familiärer Formen und den Schutzbedürfnissen der Kinder gerecht werden möchte, muss der Schutz der Familienwohnung auch auf nicht-eheliche Partnerschaften ausgeweitet werden.

Um diesem Anliegen *de lege ferenda* gerecht zu werden, gibt es verschiedene Lösungsansätze. Der Schutz der Familienwohnung für nichteheliche Paare könnte durch einen Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung im Einzelfall, durch die Schaffung eines neuen Rechtsinstituts für nichtverheiratete Paare, durch eine punktuelle Ergänzung der Normen zum Schutz der Familienwohnung oder im Rahmen einer m.E. zu begrüssenden Gesamtrevision des schweizerischen Familienrechts, welches nicht an den Status, sondern an die tatsächlich gelebten Beziehungen anknüpft, erreicht werden.

Selbständigkeitserklärung

„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Art. 36 Abs. 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Art. 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.“²⁶³

Bern, 4. Dezember 2023

Claire Aline Pfammatter

²⁶³ Art. 42 Abs. 2 RSL RW.