

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	133 (2014)
Artikel:	Recht der sozialen Sicherheit an der Schnittstelle zum Familienrecht
Autor:	Riemer-Kafka, Gabriela
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896334

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Recht der sozialen Sicherheit an der Schnittstelle zum Familienrecht

GABRIELA RIEMER-KAFKA*

* Dr. iur., Professorin an der Universität Luzern.

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	197
B. Grundlagen	198
I. Der Begriff der sozialen Sicherheit und der Familie	198
1. Soziale Sicherheit	198
2. Familie	200
a. Im zivilrechtlichen Sinn	200
b. Im Bereich der sozialen Sicherheit	203
aa. Auf Verfassungsebene	203
bb. Auf Ebene Sozialversicherungsgesetzgebung	204
cc. Auf Ebene Sozialhilfe	207
II. Funktionen von Familie und Staat im Wandel der Zeit: ein kurzer Überblick	208
1. Familie	208
2. Staat	211
III. Verhältnis zwischen Sozialrecht und Familienrecht	212
1. Die Rolle staatlicher Sicherungssysteme im Verhältnis zur Familie	212
2. Gegenüberstellung von familienrechtlichen Leistungen für Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit	217
C. Schnittstellen zwischen sozialer Sicherheit und Familienrecht im Einzelnen	218
I. Kindesverhältnis	218
1. Kind, Pflegekind und Stiefkind	218
a. Zum Begriff gemäss Zivilrecht	218
b. Der zivilrechtliche Unterhalt	219
2. Sozialversicherungsrechtliche Leistungen für Unterhalt als Ausfluss des Kindesverhältnisses	219
a. Kinder- und Waisenrenten	219
b. Familienzulagen	223
c. Alimentenbevorschussung	224
d. Leistungen der Arbeitslosenversicherung	225
3. Erziehungs- und Betreuungsgutschriften	225
4. Krankenkassenbeiträge	227
II. Verwandtschaft und Schwägerschaft	227
1. Einleitende Bemerkungen	227
2. Im Bereich der Unterstellung	227
3. Im Bereich der Beiträge	228
4. Im Bereich der Leistungen	228
a. Taggelder und Renten	228
b. Betriebszulagen	229
c. Betreuungsgutschriften	229
d. Schadenminderungspflicht	229
III. Verlöbnis	230
IV. Ehestand und eingetragene Partnerschaft, unter Berücksichtigung auch des Konkubinats	230
1. Einleitende Bemerkungen	230
2. Im Bereich der Unterstellung	231
3. Im Bereich der Beiträge	232
a. Beitragsbezahlung für den nichterwerbstätigen durch den erwerbstätigen Ehegatten	232
b. Grundlagen der Beitragsbemessung bei Nichterwerbstätigkeit	233

4.	Im Bereich der Leistungen	233
a.	Einkommenssplitting	233
b.	Erziehungs- und Betreuungsgutschriften	234
c.	Invaliditätsbemessung	235
d.	Hinterlassenenleistungen	236
aa.	Bei Eintritt des Risikos	236
bb.	Erlöschen des Anspruchs auf Hinterlassenenleistungen	238
e.	Leistungsvoraussetzungen in der Arbeitslosenversicherung	239
f.	Zustimmung zur Kapitalauszahlung in der beruflichen Vorsorge	240
g.	Vorbezug mit Mitteln der beruflichen Vorsorge zum Erwerb von Wohneigentum	240
h.	Bedarfsabhängige Leistungen bei Ergänzungsleistungen und Sozialhilfe	241
i.	Schadenminderungspflicht	243
5.	Im Bereich des Verfahrens	243
a.	Melde- und Auskunftspflichten	243
b.	Anmeldung zum Leistungsbezug	244
V.	Getrennte Ehe	244
VI.	Ehescheidung oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft	245
1.	Betreuungsgutschriften	245
2.	Vorsorgeausgleich	246
a.	Splitting in der ersten Säule	246
b.	Vorsorgeausgleich in der beruflichen Vorsorge	247
3.	Hinterlassenenleistungen an den geschiedenen Ehegatten	249
VII.	Erwachsenenschutz, Kinderschutz	250
D.	Blicke in die Zukunft	252
I.	Gesellschaftlicher Wandel und neue Familienformen	252
1.	Ausgangslage	252
2.	Wechselspiel zwischen sozialer Sicherheit und Familienrecht	253
II.	Zivilstandsunabhängige Sozialversicherung?	255
1.	In Bezug auf Unterstellung	256
2.	In Bezug auf Hinterlassenenrenten für den überlebenden Ehegatten	256
a.	Begründung des Anspruchs auf Hinterlassenenleistungen	256
b.	Hinsichtlich des Erlöschens des Anspruchs auf Hinterlassenenleistungen	261
3.	In Bezug auf die Alters- und Invalidenvorsorge	263
a.	In der AHV	263
aa.	Beiträge	263
bb.	Deplafonierung der Ehepaarrenten	264
cc.	Betreuungsgutschriften	264
b.	In der beruflichen Vorsorge	264
c.	In Bezug auf die Leistungen der Invalidenversicherung	265
d.	In Bezug auf Melde- und Mitwirkungspflichten	266
4.	In Bezug auf bedarfsabhängige Leistungen der sozialen Sicherheit	266
III.	Geschlechtsneutrale Leistungen?	267
IV.	Harmonisierungen	268
E.	Fazit	268
F.	Literatur	270

A. Einführung

Die Familie gilt als Kern oder Zelle jeder Gesellschaft, weshalb sie jeweils das Interesse von Staat, Religion, Philosophie und Soziologie weckt. Dieses Interesse beruht auf den mannigfaltigen Aufgaben der Familie, welche sich nicht nur auf Fortpflanzung, Erziehung des Nachwuchses und soziale Sicherheit wie Wohnen, Ernährung, Kleidung und Unterstützung in Notlagen beschränken, sondern auch den Aufbau emotionaler Bindungen, damit verbunden das Einüben von sozialen oder in gewissen Fällen auch von beruflichen Kompetenzen sowie das Tradieren kultureller Werte, umfassen.¹ Ihre Aufgaben decken sich somit mit solchen des modernen Staates, welche er seit den Anfängen des 19. Jahrhunderts aus politischen oder sozialen Gründen zum Teil selber wahrnimmt. Die Stellung und Bedeutung der Familie innerhalb des Staatsgefüges hängt jedoch stark von dessen politisch-ideologischer und religiöser Ausrichtung ab.² Bezogen auf die Schweiz wiederspiegelt sich dieses Spannungsverhältnis in den Art. 6 und 41 Abs. 1 BV. Bund und Kantone verstehen sich im Bereich sozialer Belange als Ergänzung der persönlichen Verantwortung und privater Initiative, ein Ansatz, den man über das Individuum hinaus wohl auch auf die Familie übertragen kann. Staatliche Institutionen sollen nämlich, dem Subsidiaritätsprinzip i.S.v. Art. 5a i.V.m. Art. 43a BV folgend, Verantwortung nur dort übernehmen, wo der Einzelne, oder eben auch die Familie, die Last nicht selber tragen resp. die Aufgabe nicht selber erfüllen kann³ oder es, dies jedoch nur im Verhältnis Bund und Kantone, einer einheitlichen bundesrechtlichen Regelung bedarf.⁴ So geht die persönliche und familienrechtliche Unterhaltpflicht bei den nach dem Modell der Bedarfsabhängigkeit aufgebauten Ergänzungsleistungen (Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 ELG) oder der Sozialhilfe vor, bei letzterer grundsätzlich auch die Verwandtenunterstützungspflicht i.S.v. Art. 328 ZGB. Dennoch anerkennt Art. 43a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben, dass die Grundversorgung in vergleichbarer Weise allen Personen offen stehen müsse, mithin die Sozialversicherungen, welche auf dem Prinzip von Rechtsansprüchen aufgebaut sind, vom Subsidiaritätsprinzip ausgenommen werden.

Soweit der Einzelne und auch die Familie tragende Säulen eines freiheitlichen Staatswesens sind, hat der Staat einerseits zwecks seiner Entlastung und andererseits zwecks Förderung von Rechts- und Chancengleichheit, insbesondere auch im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie, ein gewich-

1 BURKART, S. 80; Bericht über die Lage der Familie, Bern 1978, S. 12, 17; BBI 1979 II 1198.

2 Vgl. dazu eingehend ROSENBAUM/TIMM, S. 26, wonach diese Position während der Weimarer Republik auch von den deutschen Sozialdemokraten vertreten wurde.

3 KLEY, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 10 N 18 f., bezugnehmend auch auf die katholische Soziallehre; MASTRONARDI, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), BV-Kommentar, Art. 41 Rz 10 f.

4 BBI 2002 2459.

tiges Interesse an der Förderung und Sicherung der Familie als Institution. In Art. 41 Abs. 1 lit. c BV wird sie daher ausdrücklich, aber nur im Sinn eines Appells an den Gesetzgeber, selber zum Objekt des Schutzes und der Förderung erklärt. Teil der Familienförderung heutzutage ist, nebst den finanziellen, unterhaltssichernden Leistungen wie Renten der Sozialversicherungen, Familienzulagen, Sozialhilfe oder Alimentenbevorschussung insbesondere den Ausbau des Angebots an externen Kinderbetreuungsmöglichkeiten ausserhalb oder innerhalb der Schule voranzutreiben⁵, um damit die Vereinbarkeit von Beruf und Familie resp. die Erwerbstätigkeit der Frauen zu fördern und dabei den Kindern die nötige Betreuung und Erziehung angedeihen zu lassen.⁶ Entsprechendes hat auch für die Betreuung von alten und kranken Menschen zu gelten, welche, weniger als früher, durch Angehörige gepflegt werden können. Auch wenn für manche der Rückgang familieninterner Unterstützungsmöglichkeiten zugunsten des Ausbaus staatlicher Unterstützung als negative und den Staatshaushalt zunehmend belastende Entwicklung gedeutet wird, darf dennoch nicht übersehen werden, dass mit den Verschiebungen von Aufgaben und Kompetenzen zu Lasten des Staates auch eine ökonomische Besser- oder zumindest Sicherstellung der Privathaushalte einhergeht und damit in vielen Fällen eine unabwendbare Zwangs- oder Notlage verhindert werden kann. Zu berücksichtigen ist zudem, dass eine kollektive Erfüllung gewisser Familienaufgaben auch im Interesse von Staat und Familie sind, so insbesondere in den Bereichen wie Integration, Einüben von Sozialkompetenz sowie Toleranz, Bildung und Sprache.

B. Grundlagen

I. Der Begriff der sozialen Sicherheit und der Familie

Der Begriff der sozialen Sicherheit und der der Familie weisen auf jeden Fall zwei Gemeinsamkeiten auf: Beiden fehlt es an festen begrifflichen Konturen und beide werden von den jeweils herrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen und wirtschaftlichen Bedingungen geprägt.

1. Soziale Sicherheit

In einem Rechtsstaat bildet neben Demokratie und Rechtsstaatlichkeit die soziale Sicherheit der Bürger ein wichtiger Pfeiler seines Selbstverständnisses⁷,

5 Auch der in Art. 19 BV verankerte Anspruch auf obligatorischen, unentgeltlichen angemessenen Grundschulunterricht ist in einem weiteren Sinn eine Leistung der sozialen Sicherheit des Staates, welche den Heranwachsenden eine Bildung und Erziehung im Hinblick zu einer selbstständigen und selbstverantwortlich handelnden Person ermöglicht.

6 Vgl. dazu auch EICHENHOFER, S. 96 f.

7 BIAGGINI, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 8 N 36.

da sie als eine Grundbedingung für die Ausübung von Grundfreiheiten und politischen Rechten betrachtet wird. Die schweizerische Bundesverfassung selber definiert weder den Begriff der Sozialstaatlichkeit noch den der sozialen Sicherheit ausdrücklich. Sie weist hingegen im Rahmen von Präambel (Art. 2 BV), Sozialzielen (Art. 41 BV), Kompetenzartikeln für die Sozialversicherungsgesetzgebung (Art. 111–117 BV), sozialen Grundrechten (Art. 12, 19, 29 Abs. 3 BV) sowie auch Förderungs- und Schutzkompetenzen (Art. 108–110, 118–120 BV) implizit darauf hin, aus welchen Elementen sich soziale Sicherheit zusammensetzt. Es handelt sich dabei um all jene Faktoren resp. Bedürfnisse, welche für die gedeihliche Entfaltung des Menschen zu einer selbstständig entscheidenden und handelnden Persönlichkeit unabdingbar sind. Es kann zwischen vier Kreisen unterschieden werden: einem sehr weit gefassten Kreis, in dem Raum für die Befriedigung sozialer und emotionaler Bedürfnisse geboten wird, einem weit gefassten Kreis, zu dem Bildung, Aus- und Weiterbildung, Persönlichkeitsbildung, Arbeit und Arbeits- sowie Gesundheitsschutz zählen, einem engeren Kreis, welcher sich auf die unmittelbaren existenziellen Bedürfnisse wie Wohnen, Arbeit und Gesundheitspflege beschränkt und einem engsten Kreis, der die eigentlichen sozialen Risiken abdeckt. Mit Ausnahme der eigentlichen sozialen, direkt einklagbaren Grundrechten (Art. 12, 19 und 29 Abs. 3 BV) müssen Voraussetzungen, Art und Umfang der sozialen Sicherheit dienenden Leistungen durch die Gesetzgebung näher bestimmt werden. Dies setzt in jedem Fall eine politische Konsensbildung darüber, was und wie viel zur sozialen Sicherheit gehören soll, voraus und bildet somit auch ein Abbild der jeweils herrschenden gesellschaftlichen, sozialen und wirtschaftlichen Lage des Landes. Gesetzgebungsadressaten sind die Kantone, welche insbesondere im Bereich der Sozialhilfe und des Schulwesens einen wichtigen Anteil an der Umsetzung der sozialen Sicherheit übernehmen, und der Bundesgesetzgeber, welchem im Bereich der Sozialversicherungen eine beinahe umfassende Kompetenz zukommt. Da die soziale Sicherheit auch im Sinne eines den Frieden fördernden Instruments Gegenstand zahlreicher internationaler Übereinkommen ist, hat sich der Gesetzgeber in Erfüllung seiner staatsvertraglichen Pflichten bei der Umsetzung an deren Zielen zu orientieren. So bestimmen das Übereinkommen der IAO Nr. 102 vom 28. Juni 1952 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit und die Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit vom 16. April 1964, beide in Kraft seit dem 18. Oktober 1978⁸, welche Leistungen ein Vertragsstaat seinen Bewohnern im Falle des Eintritts eines sozialen Risikos zu erbringen hat. Als soziale Risiken anerkannt sind Krankheit, Arbeitsunfall und Berufskrankheit, Mutterschaft, Invalidität, Familienlasten, Alter, Tod und Arbeitslosigkeit.

8 Die Schweiz hat jedoch in Anwendung von Art. 2 lit. b des Übereinkommens bezüglich der Teile II, III, IV und VIII einen Vorbehalt (Nichtübernahme von Vertragspflichten) angebracht.

Soziale Sicherheit zeigt seit der Zeit der sozioökonomischen Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt (prekäre Arbeitsverhältnisse, Langzeitarbeitslosigkeit) in den 1970er Jahren eine noch über die eigentlichen finanziellen Leistungen (Kostenvergütungen, Ersatzeinkommen) hinausgehende Dimension. Diese umfasst alle Bestrebungen des Staates und auch Privater, Instrumente zwecks Verbesserung der Arbeitsintegration aller zu schaffen, welche indirekt und proaktiv den Bürgern Hilfe zur Selbsthilfe leisten. Eine neu zu schaffende Infrastruktur soll es der ganzen Bevölkerung erlauben, Beruf und Familie besser miteinander zu vereinbaren und damit in selbstverantwortlicher Weise besser für den eigenen Unterhalt und den Aufbau der eigenen Vorsorge besorgt zu sein. In diesen Bereich fallen auch alle Bestrebungen, kranke, invalide oder ungenügend ausgebildete Menschen in den Arbeitsprozess wieder einzugliedern. Gefragt sind daher ausgebauten Strukturen der Kinderbetreuung, Betreuungspflege für Alte und Kranke, Coaching von Invaliden oder Arbeitslosen bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt sowie Schaffung von Anreizen zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit.⁹

2. *Familie*

a. *Im zivilrechtlichen Sinn*

Der Begriff der Familie ist offen und stark durch kulturelle und gesellschaftliche Bedingungen geprägt. Wir können daher nicht auf einen einheitlichen Begriff zurückgreifen und suchen in der Rechtsordnung vergeblich nach einer allgemeingültigen Definition. Sicher muss aber primär unterschieden werden zwischen rein emotionalen oder geistigen Bindungen, welche durchaus auch befreundete oder geistig verbundene Personen zu einer Art Familie zusammenschweissen (z.B. Klosterfamilie, Kibbuzfamilie, Fanfamilie), und der rechtlich anerkannten Familie, welche sich an objektiven und nach aussen erkennbaren Beziehungen zwischen bestimmten Personen orientiert. Unter einer Familie im herkömmlichen Sinn versteht man daher eine Verbindung von natürlichen Personen, welche entweder durch biologische Abstammung (Verwandtschaft i.S.v. Art. 20 Abs. 1 ZGB) oder einen Rechtsakt im Sinne eines familienrechtlichen Vertrags oder Urteils begründet ist. Ebenfalls zur Familie gezählt wird die Schwägerschaft, d.h. die durch Ehe hergestellte Beziehung zu den Verwandten des Ehepartners (Art. 21 ZGB). Der Abstammung durch Geburt (Art. 252 Abs. 1 ZGB) hat die Rechtsordnung für die Begründung eines Kindesverhältnisses die Ehelichkeitsvermutung (Art. 255 ZGB), die Anerkennung durch den mit der Mutter nicht verheirateten Vater (Art. 260 Abs. 1 ZGB) oder die Adoption (Art. 267 Abs. 1 und 2 ZGB) gleichgestellt. Hingegen wird gewissen vertraglichen Verbindungen, wie insbesondere dem Konkubinat¹⁰ oder auch dem Pfle-

9 Eingehend dazu BONOLI, CHSS 1/2007, S. 9 ff.

10 Vgl. dazu BGE 121 V 125 (127), E. 2.

gekindverhältnis, der rechtliche «Familiencharakter» nach wie vor abgesprochen. Bei letzteren Verbindungen handelt es sich um schuldrechtliche Beziehungen¹¹, wobei beim Pflegeverhältnis mitunter auch vom faktischen Familienverhältnis die Rede ist.¹² Die Pflegeeltern¹³ übernehmen nämlich gemäss Art. 300 ZGB vertretungswise Aufgaben der elterlichen Sorge sowie die faktische Obhut über das Pflegekind und sollen bei wichtigen Entscheidungen über das Kind angehört werden.¹⁴ Im Unterschied zum Stiefkindverhältnis¹⁵ ist das Pflegekindverhältnis bewilligungspflichtig (Art. 316 ZGB, Einzelheiten dazu in der Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und Adoption [PAVO] vom 19. Oktober 1977) und die Pflegeeltern haben vermutungsweise Anspruch auf ein Pflegegeld (Art. 294 Abs. 1 ZGB), sofern es sich nicht um eine Aufnahme durch nahe Verwandte oder künftige Adoptiveltern handelt (Art. 294 Abs. 2 ZGB).¹⁶

Bei der Wahl des Konkubinats als Form des Zusammenlebens liegen zivilrechtlich nur zwischen den Kindern und ihren im Konkubinat lebenden Eltern (teilen) familienrechtliche Verhältnisse vor, nicht jedoch zwischen den Konkubinatspartnern. Gesetzgeber und Rechtsprechung haben daher dem Konkubinat eine eheähnliche Behandlung bezüglich der rechtlichen Wirkungen bis anhin in der Regel versagt.¹⁷ Nichteheliche Lebensgemeinschaften¹⁸, so auch die nicht

11 Zum Pflegevertrag im Einzelnen vgl. ANDERER, Rz 236 ff.; zum Konkubinatsvertrag vgl. BÜCHLER/VETTERLI, S. 173 ff.

12 H 123/02 vom 24. Februar 2003, E. 2 mit Hinweisen auf Literatur.

13 Die Begriffe Pflegeeltern resp. Pflegekinder werden im ZGB selber nicht definiert.

14 Auf sie anwendbar sind auch die Bestimmungen über den Kinderschutz (Art. 307 Abs. 3 und Art. 310 Abs. 3 ZGB). Einer Adoption Unmündiger muss ein mindestens einjähriges Pflegeverhältnis (Art. 264 Abs. 1 ZGB) und bei der Mündigenadoption eine fünfjährige Betreuungszeit resp. eine fünfjährige Hausgemeinschaft vorausgehen (Art. 266 Abs. 1 Ziff. 1–3 ZGB).

15 Beziehung des einen Ehepartners zum leiblichen Kind des andern Ehepartners. Bezüglich der Beistandspflichten vgl. Art. 299 ZGB.

16 Während, der Literatur folgend, im Zivilrecht als «nahe Verwandte» nur der gem. Art. 328 ZGB zur Verwandtenunterstützung verpflichtete Kreis verstanden wird (vgl. ANDERER, Rz 185 ff. m.w.H.), definiert Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG den Kreis etwas weiter und schliesst auch die Geschwister mit ein (Amtl. Bull. 1993 N 205, Amtl. Bull. 1993 S 560). Angesichts der Tatsache, dass zwischen (Halb)Geschwistern grosse Altersunterschiede herrschen können, ist die Vermutung der Unentgeltlichkeit des Pflegeverhältnisses auch auf sie auszudehnen.

17 BGer 5A_775/2011 vom 8. März 2012, E. 2.2.2; 4A_441/2007 vom 17. Januar 2008, E. 4; BGE 108 II 204 (206), E. 3. sowie in Bezug auf die Revision des Scheidungsrechts vgl. die Voten von NR Lili Nabholz und BR Arnold Koller in Amtl. Bull. 1997 N 2700 f. Beachtenswert ist hingegen BGE 135 III 59 (61, 64), E. 4.1 und 4.4, wonach ein voreheliches lebensprägendes Konkubinat bei der Festsetzung des nachehelichen Unterhalts teilweise doch Beachtung gefunden hat. Im Rahmen der laufenden Revision des Unterhaltsrechts (BBI 2014 529ff.) soll, in Gleichstellung von ehelichen und ausserehelichen Kindern, im Fall der Trennung der Eltern dem Kind, abhängig von der Leistungsfähigkeit des pflichtigen Elternteils, ein Betreuungsunterhalt zugesprochen werden können (E Art. 285 Abs. 2 ZGB; BBI 2014 575ff.). Sodann wurde anlässlich der Freiburger Familienrechtstagung vom 24. Juni 2014 auf der Grundlage eines Gutachtens von Frau Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer eine Diskussion zur Revision des Familienrechts angestossen. Danach sollen nichteheliche Lebensgemeinschaften künftig in gewissen Belangen gleich behandelt werden wie eheliche, so unter anderem durch Auferlegung von Unterhaltsleistungen

eingetragene gleichgeschlechtliche Partnerschaft, beruhen auf einem Innominatekontrakt und es wird u.a. das Recht der einfachen Gesellschaft angewendet.¹⁹

Wie weit der Kreis der zur Familie gehörenden Personen gezogen wird, ist in den Rechtsordnungen nicht einheitlich festgelegt und hängt von den zur Diskussion stehenden Lebenssachverhalten ab. So wird in eigentlich allen westlichen Kulturen nur die Zweigenerationenfamilie, auch Kernfamilie²⁰ genannt, als Familie im zivilrechtlichen Sinn anerkannt. Auch in der Schweiz wurde in den im 19. Jahrhundert aufkommenden kantonalen Zivilgesetzbüchern, welche als Vorfäder das ZGB prägten, die Familie als ein auf Abstammung oder Rechtsakt beruhendes Verhältnis zwischen Eltern und Kindern oder Stiefkindern sowie als verschiedengeschlechtliche Ehegemeinschaft definiert. Soweit darüber hinaus weitere durch Abstammung oder Ehe miteinander verbundene Personen zusammenleben, spricht man von Mehrgenerationen- oder Grossfamilie. Diese kann als Dreigenerationenfamilie oder auch als Zusammenschluss mehrerer Haushalte von Geschwistern mit ihren Lebens(ehe)partnern und Kindern oder neu als Patchworkfamilie verstanden werden. Entsprechend wird auch in der Schweiz im zweiten Teil des ZGB, dem eigentlichen Familienrecht, der Kreis der zur Familie gehörenden Personen im 3.–8. Titel betreffend das Ehe- und Kindesrecht enger und im 9. Titel betreffend die Familiengemeinschaft, welche auch die weiteren mündigen Familienmitglieder umfasst, weiter gezogen. Damit ausserhalb der Kernfamilie rechtliche Verpflichtungen zwischen den Mitgliedern begründet werden können, spielen für die Frage der rechtlichen Zugehörigkeit zur Familie weitere Kriterien wie die Notwendigkeit einer finanziellen Notlage für die Unterstützung (Art. 328–330 ZGB), das Vorliegen einer Haushgemeinschaft für die Hausgewalt des Familienoberhaupts (Art. 331–334^{bis} ZGB) oder eines gemeinsamen Vermögens (Art. 335–348 ZGB) eine Rolle. Dass der Kreis der Familienzugehörigkeit unter funktionalen Gesichtspunkten

nach Auflösung einer Lebensgemeinschaft, die mehr als drei Jahre gedauert hat oder aus der ein oder mehrere gemeinsame Kinder hervorgegangen sind.

18 Seit der Antike existierte neben der formellen, oft mit der Manus oder Munt des Mannes über die Frau einhergehenden, Ehe auch die formlose Ehe als legale Lebensgemeinschaft von Frau und Mann minderen Rechts (z.B. im römischen Recht die Konsensus- resp. Ususehe im Gegensatz zur Manusehe) für die Situationen, wo z.B. standes- oder bürgerrechtliche Hindernisse vorlagen, oder die Form des Konkubinats (z.B. im Fall von gesetzlichen Ehehindernissen oder von Beziehungen von Männern zu unwürdigen Frauen, vergleichbar der Kebs-Ehe im germanischen Raum, wo das Konkubinat auch der polygamen Verbindung diente). Das Konkubinat hat sich in der modernen Gesellschaft, auch unter dem Einfluss der verfassungsrechtlich garantierten persönlichen Freiheit, wieder etablieren können, nachdem es durch das kirchlich geprägte Ehemonopol ab dem 11. Jahrhundert sowie in der Folge auch durch staatliche Konkubinatsverbote stark zurückgedrängt und verboten wurden (eingehend dazu WORONOWICZ, S. 23 ff.). In der Schweiz wurde 1995 im Kanton Wallis das letzte Konkubinatsverbot aufgehoben (PULVER, S. 10).

19 HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz 03.10.

20 Der Begriff der Kernfamilie ist nicht identisch mit dem der Kleinfamilie. Letztere versteht sich rein zahlenmäßig als Haushalt mit wenigen Personen, unabhängig der Anzahl von Generationen.

bestimmt wird, zeigt sich auch am Beispiel von Art. 8 EMRK²¹, welcher den Schutz des Familienlebens auf die gelebten Beziehungen zwischen den Eheleuten und zwischen Eltern und ihren unmündigen oder mündigen und unterhaltsberechtigten Kindern (nahe Verwandte), ausnahmsweise im Fall z.B. von besonderen Abhängigkeiten auch gegenüber weiteren nahen Verwandten²², einschränkt.²³ Der Kreis der Familienzugehörigkeit (durch Abstammung oder Rechtsakt²⁴) wird hingegen z.B. im Erbrecht weit grösser als im Familien-, Sozialversicherungs- oder Steuerrecht gezogen.

b. Im Bereich der sozialen Sicherheit

Im Sozialversicherungsrecht pflegt man vom Grundsatz auszugehen, dass das Familienrecht eine auch für das Sozialversicherungsrecht verbindliche Ordnung darstellt und familienrechtliche Begriffe im Sinne des Familienrechts zu verstehen sind.²⁵ Diese, in der Literatur verschiedentlich kritisierte, «Bindungswirkung»²⁶ hat ihren Grund, wie zu zeigen sein wird, einerseits materiell in der die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche sichernden Funktion des Sozialversicherungsrechts und andererseits formell in der für die Durchführung einer Massenverwaltung zentralen Verlässlichkeit von gesetzesmässigen, typisierten Leistungsvoraussetzungen und registermässig feststellbaren Fakten.²⁷ Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass das Sozialversicherungsrecht in begründeten Fällen nicht explizit von familienrechtlichen Begriffen abweichen oder durch gesetzgeberischen Akt weitere Formen des Zusammenlebens regeln oder mitberücksichtigen könnte.

aa. Auf Verfassungsebene

Sowohl die Bundesverfassung, die Sozialversicherungsgesetzgebung als auch die Sozial- und Opferhilfegesetzgebung bedienen sich der Begriffe wie Familie, Verwandte, Familien(mit)glieder oder (Familien-)Angehörige – dies innerhalb eines Erlasses nicht immer einheitlich – ohne sie allgemein zu definieren.²⁸ So weit die Bundesverfassung und die EMRK sich des Begriffs «Familie» bedienen, ist er teilweise in einem weiteren als dem zivilrechtlichen Sinn zu verstehen. So erfasst der Anspruch auf Schutz des Privat- und Familienlebens i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV nicht nur die Kleinfamilie im zivilrechtlichen Sinne sondern auch die in Hausgemeinschaft oder gegenseitiger Abhängigkeit verbundene

21 Art. 13 Abs. 1 BV geht in dieser Hinsicht nicht über Art. 8 EMRK hinaus.

22 Z.B. Grosseltern, die ihr Enkelkind im gemeinsamen Haushalt betreuen.

23 BGE 138 I 331 (351), E. 8.3.2.1; 137 I 154 (159), E. 3.4.2.

24 BGer 2C_1031/2012 vom 21. März 2013, E. 4.2.

25 BGE 135 V 361 (366), E. 5.3.3.

26 GÄCHTER, S. 464; KOLLER, AJP 8/1995, S. 1081 f.; GÄCHTER/SCHWENDENER, FamPra.ch 4/2005, S. 862.

27 GÄCHTER, S. 490 f. m.w.H.

28 BGE 121 V 125 (127), E. 2.c.bb.

Grossfamilie, ebenso die Eineltern- oder Patchworkfamilie oder ein stabiles und effektiv gelebtes Konkubinat.²⁹ Geht es nämlich um die Förderung der Familie, ist der Begriff der Familie zu verstehen als eine durch Ehe gefestigte soziale Einheit resp. eheähnliche Lebensgemeinschaft von zwei Erwachsenen mit oder ohne Kinder oder einem Erwachsenen mit Kindern, wobei diese in einem Kindesverhältnis zu einem der Erwachsenen zu stehen haben.³⁰ Demgegenüber werden nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die *gleichgeschlechtlichen* Partnerschaften, auch die eingetragenen, lediglich unter dem Aspekt des Privatlebens i.S.v. Art. 10 BV geschützt.³¹ Im Sinne einer Wertung wird damit zum Ausdruck gebracht, dass letztere Lebensformen zwar ihre volle Anerkennung in unserer Gesellschaft finden, jedoch nicht wie die Familie besonderen Schutz und Förderung geniessen. Dabei geht die Verfassung nach wie vor von einem konservativen Familienbild aus, das auf der Ehe als Verbindung von Mann und Frau zum Zwecke der Erzeugung von Kindern gründet³², was angesichts der gesellschaftlichen Entwicklungen eigentlich zu kurz greift. Betrachtet man die Familie nicht nur als Verbindung zum Zwecke der Fortpflanzung sondern auch als solche des gegenseitigen Beistands und Unterhalts, sind auch gleichgeschlechtliche stabile Partnerschaften als Familie zu betrachten. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass sich auch heterosexuelle Ehepaare bewusst gegen die Zeugung von Nachwuchs entscheiden können. Demgegenüber liesse sich der Tatsache, dass sich auch Paare in stabilen nicht ehelichen Lebensgemeinschaften Treue und Beistand leisten³³, grundsätzlich entgegenhalten, dass es sich dabei nur um eine sittlich-moralische Pflicht handelt, die nicht auf dem Rechtsweg eingefordert werden und der man sich durch Trennung entziehen kann.

bb. Auf Ebene Sozialversicherungsgesetzgebung

Das Sozialversicherungsrecht stützt sich nicht auf einen einheitlichen Begriff der Familie. Soweit es um den Status einer Person als Voraussetzung für Leistungen geht, wird aufgrund der Unterhaltssicherungsfunktion der Sozialversicherung auf die familienrechtlichen Beziehungen im Sinne der 3.–8. Titel des zweiten Teils des ZGB abgestellt, insbesondere Ehe, Scheidung, Kindesverhäl-

29 BIAGGINI, Art. 13 Rz 6 und 8 BV; BREITENMOSER, Art. 13 Rz 24 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 229.

30 BIGLER-EGGENBERGER, Art. 41 Rz 47 BV.

31 BGE 126 II 425 (430), E. 4.b betr. Ablehnung, gleichgeschlechtliche Paare als Familie i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK zu anerkennen. Als Begründung für die unterschiedliche Behandlung zwischen Ehen und eingetragenen Partnerschaften wird auf die fehlende Fortpflanzungsmöglichkeit, welche für den Fortbestand einer Gesellschaft zentral ist, hingewiesen. Durch die Zulassung der Adoption würde diesem Argument jedoch der Boden entzogen.

32 BBI 1997 I 154 f., wo ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass Ehen von gleichgeschlechtlichen Paaren nicht in den Schutzbereich von Art. 13 BV fallen. Ebenso auch die Botschaft zum Partnerschaftsgesetz in BBI 2003 1303 ff., bezugnehmend auf Art. 8 Abs. 2 BV; BGE 126 II 425 (430), E. 4.b.aa.

33 BGE 118 II 235 (238), E. 3; 134 V 369 (380), E. 7.1.

nis oder Verwandtschaft i.S.v. Art. 328 ZGB. Daneben ist aber auch von Familie³⁴, mitarbeitenden Familien(mit)gliedern³⁵ oder nur Familien(mit)gliedern³⁶, Verwandten³⁷ oder Familienangehörigen³⁸ resp. Angehörigen³⁹ oder nächsten Angehörigen⁴⁰ oder nahestehende Personen⁴¹ die Rede. Auch das Leben in einem gemeinsamen Haushalt als einziges Kriterium kann ausreichen, um sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen zu begründen.⁴² Nicht immer wird aber gesagt, wer alles zu diesen Kreisen gehört. Sodann stellt sich die Frage, ob immer dann, wenn Kinder erwähnt werden, damit auch Pflegekinder gemeint sind.⁴³ Soweit das Gesetz jedoch den Begriff «Familie» verwendet, ist wohl die Kernfamilie im Sinne des Ehe- und Kindesrechts des ZGB gemeint.⁴⁴ Nicht so einheitlich jedoch verhält es sich dort, wo der Gesetzgeber auf «Familien(mit)glieder» Bezug nimmt. In den einen Fällen ergibt sich aus dem Gesetz, dass es sich nur um diejenigen Familienmitglieder handelt, die zu den anspruchsbegründenden Personen gehören, das heißt zum Kreis der Berechtigten auf Kinderrenten oder Hinterlassenenleistungen resp. Kinderzulagen.⁴⁵ Weiter gefasst ist jedoch der Begriff der «mitarbeitenden Familien(mit)glieder». Während Art. 1a Abs. 2 lit. a und b FLG grundsätzlich auch die Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie sowie die Schwiegertöchter und Schwiegersöhne des Betriebsleiters dazurechnen, also die Verwandten entsprechend Art. 20 ZGB und Schwägerschaften i.S.v. Art. 21 ZGB, wird der Kreis der Familienmitglieder in der AHV auf Wegleitungsebene definiert und umfasst darüber hinaus auch deren Ehegatten und eingetragene Partner, Geschwister und deren Ehegatten und eingetragene Partner sowie Pflege- und Adoptivkinder.⁴⁶ Bemerkens-

34 Art. 64 Abs. 4 und 5, Art. 65 Abs. 3 KVG; Art. 95a Abs. 1 lit. g MVG; Art. 16 Abs. 5 MVV; Art. 3 Abs. 2 FLV.

35 Art. 3 Abs. 2 lit. d, Art. 7 AHVG i.V.m. Art. 14 AHVV; Art. 1j lit. e BVV 2; Art. 1a Abs. 2, 4, Art. 66 Abs. 4 UVG; Art. 2 Abs. 1 lit. a, Art. 3, 22 Abs. 2 lit. c, Art. 135 Abs. 1, Art. 137 Abs. 1 lit. a, Art. 138 UVV; Art. 8 Abs. 2 EOG; Art. 4 Abs. 3, 14 EOV; Art. 1a Abs. 2 FLG; Art. 3 Abs. 1 FLV; Art. 2 Abs. 2 lit. b AVIG.

36 Art. 9 ELV.

37 Art. 75 Abs. 1 ATSG; Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG; Art. 1a Abs. 2 lit. a FLG.

38 Art. 75 Abs. 2 ATSG; Art. 1b AHVV; Art. 3b lit. b, Art. 11a Abs. 1 und 2 lit. c IVG; Art. 4 Abs. 2, 7 Abs. 2 ELV; Art. 27c Abs. 2 BVV2; Art. 4a, 18 Abs. 2^{bis}, 61a KVG; Art. 3 Abs. 2, 4, 5, 10, Art. 36 Abs. 4 KVV; Art. 48 UVG; Art. 53 Abs. 1, Art. 60 Abs. 2 UVV; Art. 59 Abs. 1 MVG; Art. 25 lit. e AVIV.

39 Art. 27 Abs. 3, Art. 31 Abs. 1, Art. 69 Abs. 2 ATSG; Art. 8 lit. c AHVV; Art. 6 Abs. 2, Art. 29 Abs. 4, Art. 74 Abs. 1 lit. b IVG; Art. 80 Abs. 2, Art. 108^{bis} Abs. 1 IVV; Art. 20 Abs. 2, Art. 37 Abs. 2 und 3 UVG; Art. 13, 84, 93, 94 MVG; Art. 29 Abs. 1 MVV; Art. 17 Abs. 1 lit. a, Art. 19 Abs. 1 lit. a EOG; Art. 15 Abs. 4, Art. 18 Abs. 1 EOV; Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG.

40 Art. 47 UVG; Art. 17 Abs. 5, Art. 19 Abs. 2, Art. 59 Abs. 1 MVG.

41 Art. 1 Abs. 2 OHG.

42 Art. 75 Abs. 1 ATSG.

43 Art. 64 Abs. 4 KVG.

44 BGE 125 V 205 (214), E. 7.a; RIEMER, Berührungs punkte, S. 156.

45 Art. 9 ELG.

46 WML Rz 4125 (Fassung vom 1. Januar 2014), jedoch fälschlicherweise immer nur bezugnehmend auf die mitarbeitenden Familienmitglieder in der Landwirtschaft.

wert ist auch, dass bei den Ausnahmen der Unterstellung in der beruflichen Vorsorge und der Unfallversicherung der Kreis der mitarbeitenden Familienangehörigen unterschiedlich definiert wird. Noch schwieriger fällt die Umschreibung des Begriffs der «Angehörigen» aus. Hier wird nämlich der Kreis zum einen auf leistungsberechtige Angehörige und zum anderen auf nahe oder nächste Angehörige beschränkt⁴⁷, aber auch offen und unbestimmt gelassen oder zumindest eine Hausgemeinschaft vorausgesetzt. Verlobte haben m.E. hingegen, soweit sie das Verlöbnis nachweisen können, als durch familienrechtlichen Vertrag mit der Familie verbundene Personen, als Familienmitglieder oder zumindest als Angehörige, zu gelten.⁴⁸

Demgegenüber wird im Zusammenhang mit der Anwendung der VO (EG) 883/2004 der Begriff der Familienangehörigen in Art. 1 lit. i konkret umschrieben und der nichterwerbstätige Ehegatte sowie die minderjährigen oder unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder dazugerechnet, vorbehalten bleibt jedoch eine andere Umschreibung durch das Landesrecht. In den hier interessierenden Bereichen hängen Beitragspflicht und Beitragsumfang sowie die Leistungen jeweils von bestimmten Voraussetzungen resp. Beziehungen zum jeweiligen Leistungserbringer ab.⁴⁹ Neben Unterstellung kraft Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit einerseits sowie dem Eintritt eines versicherten Risikos andererseits können es auch bestimmte familienrechtliche Beziehungen sein, die unmittelbar oder abgeleitet vom anspruchsberechtigten Versicherten Rechte gegenüber den Leistungserbringern begründen oder den Umfang modifizieren können.

Es versteht sich von selbst, dass im Sozialbereich je nach Interessenlage ein kleinerer oder grösserer Kreis von betroffenen Personen zur Familie zu zählen ist und der Familienbegriff im Sozialbereich nicht nur auf eine einzige Beziehungsgruppe beschränkt werden kann. Im Interesse der Übersichtlichkeit ist eine Dreikreise-Lösung ins Auge zu fassen. Ein erster Kreis würde alle Personen umfassen, die gemäss Sozialversicherungsgesetzgebung Anspruch auf Kinderrenten und Hinterlassenenleistungen sowie Familienzulagen erheben können. Dieser Kreis entspricht der sog. Kernfamilie mit Ehegatten resp. eingetragenen Partnern (Art. 13a ATSG) und den Kindern, zu denen ein Kindesverhältnis mit entsprechender Unterhalts- und Unterstützungspflicht i.S.v. Art. 276/277 ZGB oder ein

47 Gemäss MAESCHI, Art. 59 Rz 26 MVG, ist der Kreis der nächsten Angehörigen nach den konkreten Umständen im Einzelfall zu bestimmen.

48 BGE 121 V 125 (129), E. 2.c.dd ist insofern widersprüchlich, als zuerst festgestellt wird, dass Verlobte oder in eheähnlicher Gemeinschaft lebende Personen nicht der Familie zugehörig zu betrachten sind, in fine aber der Schluss gezogen wird: «Da die Versicherte im Zeitpunkt des Versicherungsfalls weder als Konkubinatspartnerin noch als Verlobte ein Familienglied der Versicherungsnehmerin war, verbietet sich eine Anwendung von Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV.»

49 In Bezug auf die Unterstellung herrscht in der Schweiz das Prinzip der Individualunterstellung, nicht das der Familienunterstellung, wie es teilweise im Ausland üblich ist. Im Zusammenhang mit der Einführung der FZA und insbesondere ihrer VO (EG) 883/2004 (ablösend die VO 1408/71) mussten jedoch im KVG entsprechende Anpassungen für Versicherte aus dem EU-/EFTA-Raum gemacht werden.

unentgeltliches Pflege- resp. Stiefkindverhältnis mit dauernder Pflege und Betreuung i.S.v. Art. 49 AHVV besteht.⁵⁰ Ein weiterer Kreis würde darüber hinaus auch die Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie sowie deren Pflege- und Stiefkinder, Schwiegereltern und -kinder und Geschwister samt ihren Ehe(Partnern) umfassen, somit dem Kreis der (mitarbeitenden) Familien(mit)glieder resp. Familienangehörigen oder Verwandten (Art. 20 ZGB) und Verschwägerten (Art. 21 ZGB) entsprechen.⁵¹ Im dritten Kreis anzusiedeln wären die Angehörigen, welche entweder weiter als im zweiten Grad der Seitenlinie der Blutsverwandten verwandt sind, die Verlobten oder die in keiner familienrechtlichen, jedoch faktisch sehr engen Beziehung zur versicherten Person stehen, wie insbesondere bei Lebenspartnerschaft mit Ausschliesslichkeitscharakter resp. Konkubinat.⁵² Es ist daher im Einzelnen zu prüfen, ob überall dort, wo der Gesetzgeber von Familienangehörigen resp. Verwandten spricht, der Kreis sich auch auf Angehörige erstrecken sollte⁵³ und umgekehrt dort, wo von den nahen oder nächsten Angehörigen die Rede ist, eine Beschränkung auf den Kreis der Familien(mit)glieder resp. Familienangehörigen vorzunehmen wäre.

cc. Auf Ebene Sozialhilfe

Das Sozialhilferecht, die sozialhilfeähnlichen Leistungen mit eingeschlossen, beruht gleich wie die Sozialversicherungen auf dem Familienkonzept des ZGB (Art. 35 Abs. 3 ZUG). Über die Kernfamilie hinaus wird unter bestimmten Voraussetzungen auch die Verwandtschaft ins Unterstützungskonzept miteinbezogen, da die Sozialhilfe subsidiären Charakter gegenüber allen andern Ansprüchen des Petenten hat. Da das Sozialhilferecht nur im Rahmen der Zuständigkeitsordnung auf bundesrechtlicher Ebene geregelt ist und im Übrigen aufgrund von Art. 115 BV in die Regelungskompetenz der Kantone fällt, sind gewisse Kantone und Gemeinden dazu übergegangen, im Interesse der Nichtdiskriminierung der Ehe auch die finanziellen Verhältnisse der Lebenspartner in stabilen und entsprechend eheähnlicher Grundsätze gelebten Konkubinaten⁵⁴ bei der Berechnung der Nothilfe oder der Gewährung der Alimentenbevorschussung⁵⁵ im Zu-

50 Zum Erfordernis der Unentgeltlichkeit vgl. BGE 122 V 182 (185), E. 4.b und RWL Rz 3310 (1. Januar 2014), zum Erfordernis der dauernden Pflege und Betreuung H 123/02 vom 24. Februar 2003, E. 2 und 3.

51 Vgl. BBI 2005 4558 bezüglich Art. 3b Abs. 2 lit. b IVG, wonach eine Präzisierung auf Verordnungsebene in Aussicht gestellt, jedoch bis jetzt noch nicht verwirklicht wurde.

52 In diesem Sinne auch Art. 1 Abs. 2 OHG.

53 So z.B. bei Art. 3b Abs. 2 lit. b IVG (in diesem Sinn auch MURER, Art. 3b N 25).

54 Man geht in der Praxis vermutungsweise von einem mehrjährigen, somit mindestens zweijährigen Zusammenleben aus (vgl. BGE 136 I 129 [135], E. 6.3, bestätigt in BGer 9C_522/2013 vom 28. Januar 2014, E. 3.4.3).

55 BGE 129 I 1 (6), E. 3.2.4 betr. Voraussetzungen an das Vorliegen eines stabilen Konkubinats. Der Kanton Zürich hingegen berücksichtigt wegen fehlender Kontrollierbarkeit das Einkommen von Konkubinatspartnern nicht mehr (Tages-Anzeiger vom 19. März 2014, S. 13).

sammenhang mit der Bedarfsberechnung in angemessener Weise mitzuberücksichtigen.⁵⁶

II. Funktionen von Familie und Staat im Wandel der Zeit: ein kurzer Überblick

1. Familie

Noch bis ins 19. Jahrhundert war in unserer westlichen Werteordnung sowohl in ländlichen als auch in städtischen Gebieten die patrilineare⁵⁷ Form der Grossfamilie dominant, welche unter der Führung des Familienoberhaupts in Hausgemeinschaft zusammenlebte und nebst der Kernfamilie von Eltern und ihren Kindern noch weitere verwandte, meist ledige (Geschwister, Onkel, Tanten, Nichten, Neffen etc.) oder zugeheiratete Personen (Schwäger und Schwägerinnen, Schwiegereltern) umfassen konnte.⁵⁸ Aufgrund der geringeren Lebenserwartung waren eigentliche Dreigenerationenfamilien zwar eher selten, doch der verwitwete Elternteil lebte in der Regel weiterhin im Hausverband.⁵⁹ In ländlichen Gebieten bildeten oftmals mehrere solcher Hausgemeinschaften sogenannte Hofgenossenschaften oder Gemeinden, die unter Umständen auch mit Herrschafts- und Rechtsprechungsmacht oder anderen öffentlichen Kompetenzen ausgestattet waren.⁶⁰ Die Hausgemeinschaft, dies gilt auch für das in der Hausgemeinschaft lebende Ehepaar⁶¹, war aber in erster Linie eine Arbeits-, Wirtschafts- und Versorgungsgemeinschaft. Gegenseitige Unterstützung, Solidarität und soziale Integrationen bildeten eine zentrale Funktion, zumal alle, auch Kinder⁶² oder Gebrechliche, an der Produktion von Gütern (Landwirtschaft, Handwerk) mitwirkten und auf diese Weise zu ihrem Unterhalt beisteuerten.⁶³ Nachbarschaftliche Hilfe und Unterstützung boten zudem auch die

56 BGE 136 I 129 (134), E. 6.1 betr. anrechenbare Anteile des Einkommens des Konkubinatspartners im Zusammenhang mit Sozialhilfe; BGE 134 I 313 (320), E. 5.6.3 betr. Zulässigkeit der Kumulation der Einkommen und Vermögen von Konkubinatspartnern im Zusammenhang mit der Prämienverbilligung.

57 Übertragung oder Vererbung sozialer Eigenschaften, der Erbfolge oder des Status über die väterliche Abstammung.

58 Zur Hausgemeinschaft zählten in der Antike auch die Sklaven sowie Nebenfrauen, im Mittelalter und der frühen Neuzeit das unfreie Gesinde (vgl. MITTEIS/LIEBERICH, S. 177).

59 ROSENBAUM/TIMM, S. 65 f.

60 EPPEL/SCHÄR, S. 30 ff.

61 Die Ehe beruhte nicht in erster Linie auf einer Liebesbeziehung, sondern war vielmehr eine Zweckgemeinschaft, bei der es den ehestiftenden Familien um die Erhaltung von Ehre, Macht, Besitz und Erbfolge ging.

62 Kinderreichtum war erwünscht, da die Kinder als Arbeitskräfte eingesetzt werden konnten und später die soziale Sicherheit der Eltern und Angehörigen gewährleisteten. Aufgrund der grossen Kinder- und Müttersterblichkeit hatten die Familien bis ins 19. Jahrhundert durchschnittlich nur 3–4 Kinder (ROSENBAUM/TIMM, S. 66).

63 BURKART, S. 112 ff.; EGGER, Zürcher Kommentar, Einleitung, S. 5.

Hofgenossenschaften und Gemeinden, welche zu diesem Zweck den «gemeinen Nutzen» zur Verfügung stellten.⁶⁴

Das Gedankengut der Aufklärung einerseits sowie die Industrialisierung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts andererseits zeitigten tiefgreifende Auswirkungen auf die herkömmliche Familienform. Die Ehe wandelte sich von der Wirtschaftseinheit zur Liebesbeziehung und die Familie wurde «privatisiert». Zuerst das Bürgertum, etwas später auch die gewerblichen Kreise und erst recht die aufgrund der Landflucht sich in den Städten niederlassende Landbevölkerung lebten fortan mehrheitlich in Kleinfamilien, nicht zuletzt auch aufgrund enger Wohnverhältnisse. Damit verbunden war, dass die Versorgung nicht mehr nur durch eigene Produktion von Gütern sondern durch Lohnarbeit in den Fabriken erfolgte und, so in den bürgerlichen Familien, die Frau mit der Haushaltführung und Kindererziehung in den Privatbereich zurückgedrängt wurde⁶⁵, während der Mann für Erwerb und Unterhalt zuständig war.⁶⁶ Obwohl in den Arbeiterfamilien neben dem Ehemann auch die Ehefrau durch Lohnarbeit zum Unterhalt der Familie, verbreitet war auch die Heimarbeit, beitragen musste und die Kinder in der Regel fremdbetreut wurden (z.B. Kindergarten), orientierte sich auch die nicht bürgerliche Gesellschaft am neuen Modell der Versorgerehe. Folge dieses Wandels der Familienform war, dass die Kernfamilie den sozialen Schutz der Grossfamilie verlor und durch die Rollenverteilung zwischen Frau und Mann von der Produktionsehe zur Versorgerehe mutierte. Die Verantwortung für den sozialen Schutz für die Familie lag somit weitgehend auf dem verdienenden Ehemann, während die vielen Unverheirateten für ihren eigenen Unterhalt aufzukommen hatten.

Das Eherecht, welches seit der Reformation mehr und mehr vom Sakralbereich in die Regelungskompetenz des Staates überführt wurde und in den Gesetzeskodifikationen des 19. Jahrhunderts seinen Niederschlag fand, übernahm das Modell der bürgerlichen Kernfamilie des 19. Jahrhunderts mit den jedem Partner fest zugewiesenen Kompetenzen.⁶⁷ Der Tradition folgend war dem Mann Kraft Gesetz die Pflicht zur Versorgung der Ehefrau und Kinder überbunden, während die Frau ihm mit Rat und Tat zur Seite zu stehen und gemäss aArt. 161 Abs. 3 ZGB den Haushalt zu führen hatte.⁶⁸ Zur Entlastung seiner fi-

64 EPPLE/SCHÄR, S. 30 ff.

65 Damit verbunden war auch das Vorurteil, dass die Frauen schwach und weniger intelligent sind, was letztlich Ausschlag für die sich auch in den Rechtsordnungen niederschlagenden Diskriminierungen gab.

66 EGGER, Zürcher Kommentar, Einleitung, S. 5 ff.

67 BBI 1979 II 1194 f.

68 Obwohl sich seit der Französischen Revolution die Erb- und Vermögensfähigkeit der Bürger weitgehend durchgesetzt hat, stand die Ehefrau, dies im Gegensatz zu den nicht verheirateten Frauen, bis zum Inkrafttreten des ZBG im Jahr 1912 immer noch unter Geschlechtervormundschaft und war somit nur beschränkt handlungsfähig. Die volle Handlungsfähigkeit erreichten die ledigen Frauen mit dem Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit von 1881.

nanziellen Belastung diente dem Ehemann die Mitgift der Ehefrau, die diese bei Eheabschluss von ihrem Vater erhalten hatte.⁶⁹ Die Mitgift, welcher je nach Rechtsordnung, Region oder sozialem Stand mehr oder weniger grosse Bedeutung zukam⁷⁰, hatte ihren letzten Ausläufer noch im Eherecht des ZGB von 1907. Sie stand zwar als eingebrachtes Gut im Eigentum der Frau, wurde jedoch durch den Ehemann verwaltet und im Interesse der ehelichen Gemeinschaft, insbesondere auch für den Unterhalt der Frau, genutzt (aArt. 195, 200 und 201 ZGB). Einer Erwerbstätigkeit ausser Haus durfte die Frau nur mit Zustimmung des Mannes und im Interesse der Familie nachgehen (aArt. 167 ZGB).⁷¹ Erst die zunehmende Verbreitung der Frauenarbeit in allen sozialen Schichten, vor allem seit dem Zweiten Weltkrieg⁷², die Bewegung der Frauenemanzipation und die Forderung nach Rechtsgleichheit, das bessere Bildungsniveau der Frau und die fortschreitende Säkularisierung des Familienlebens hat zur Revision des Eherechts vom 5. Oktober 1984 geführt. Heute wird den Ehepartnern keine bestimmte Rollenverteilung mehr gesetzlich aufgezwungen. Sie haben gemäss Art. 163 ZGB gemeinsam für den Unterhalt der Familie aufzukommen und sich über den Beitrag an den Unterhalt zu verständigen, wobei Haushaltarbeit und Kinderbetreuung der Erwerbsarbeit gleichgestellt sind. Gemäss Art. 167 ZGB wird jedem Ehegatten ein aus seinem Persönlichkeitsrecht fliessendes Recht auf Berufsausübung eingeräumt, wobei auf das Wohl der Familie Rücksicht zu nehmen ist.⁷³ Eine Pflicht zur Erwerbstätigkeit besteht, wenn der Unterhalt der Familie es erfordert (vgl. Art. 159 Abs. 3 und 163 ZGB). Während der Ehe bleibt gemäss Art. 201 ZGB jeder Ehegatte Eigentümer seines vorehelichen und ehelichen Vermögens und verfügt darüber selb-

69 Die Frau wurde seit der Antike in den meisten westlichen Kulturen durch Ehevertrag mit einer Mitgift – diese verstand sich als Ausgleich für die durch Heirat verloren gegangene Erbanwartschaft ihrer Herkunfts-familie gegenüber (Patrilinearität) – ausgestattet und erhielt vom Bräutigam zudem eine sog. Brautgabe. In ärmeren Schichten konnte die junge Frau ihre Mitgift auch durch Arbeit als Magd oder in der Fabrik abgelten oder sich diese durch Arbeit selber verdienen. Mitgift und Brautgabe dienten während der Ehe, aber auch nach deren Auflösung, der Sicherstellung ihres Unterhalts (vgl. GESTRICH/KRAUSE/MITTERAUER, S. 320 ff., 334 ff.; GOODY, S. 125, 128; WEBER, S. 146, 152 f.). Im jüdischen Ehevertrag (Ketuba), in dem die ehelichen Pflichten festgelegt sind, verpflichtet sich darüber hinaus der Mann für den Fall der Eheauflösung durch Scheidung zur Bezahlung einer bestimmten Summe Geldes zwecks Finanzierung des nachehelichen Unterhalts (COHN, S. 102 ff.). Ebenfalls in der Ketuba wird der Frau eine Mitgift (Morgengabe) sichergestellt, die zwecks finanzieller Entlastung des Ehemanns in dessen Eigentum und Verwaltung übergeht und bei Auflösung der Ehe teilweise wieder zurückerstattet werden muss. Ohne Sicherstellung in der Ketuba hat der Ehemann nur die Nutzniessung an der Mitgift. In welcher Form der Unterhalt der in einem Konkubinat lebenden Frau gesichert war, wird in der Literatur wohl wegen fehlenden Quellen nicht beschrieben.

70 EGGER, Zürcher Kommentar, Art. 201 N 6 ZGB.

71 EGGER, Zürcher Kommentar, Art. 167 N 9 ZGB.

72 Eine umgekehrte Entwicklung war in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg zu beobachten. Die Frauen, welche während des Krieges die Rolle ihrer Männer einnahmen, mussten ihnen nach der Rückkehr aus dem Krieg die Arbeitsstelle wieder zur Verfügung stellen und wurden zurück an den Herd geholt (ROSENBAUM/TIMM, S. 79 f.).

73 Vgl. im Einzelnen BRÄM/HASENBOHLER, Art. 167 N 7 ff. ZGB.

ständig. Die soziale Absicherung nach Auflösung der Ehe erfolgt neben einem allfälligen Anspruch auf Unterhaltsbeiträge i.S.v. Art. 125 ZGB, aber nur so weit der Unterhalt des Berechtigten nicht durch eigene zumutbare Anstrengungen gesichert ist, beim Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zudem durch die Teilung des während der Ehe erworbenen Vermögens, indem der Vorschlag jeder der beiden Errungenschaften geteilt und gegenseitig verrechnet wird. So mit findet ein Ausgleich der Ersparnisse zu Gunsten des Ehepartners mit gerin- geren Einkommensmöglichkeiten resp. für die nichtbezahlte Hausarbeit statt.

2. *Staat*

Die soziale Sicherheit als staatliche Aufgabe ist eine Frucht des 19. Jahrhunderts. Den Grundstein dafür haben die Aufklärung, der Nationalstaat mit seinem neuen demokratischen Aufbau sowie die industrielle Revolution gelegt. Infolge der Aufklärung wurden Standesunterschiede nicht mehr als gottgewollt hingenommen. Vielmehr wurde der Mensch als selbstbestimmtes vernünftiges Wesen wahrgenommen, das zusammen mit andern in Freiheit und Gleichheit eine bürgerliche Gesellschaft und den Staat bildet.⁷⁴ Gleichheit, Chancengleichheit und politische Teilhabe sind eng verknüpft mit dem Erfordernis von materieller Sicherheit, eine Erkenntnis, die durch die Folgen der industriellen Revolution ins Bewusstsein der Politik gedrungen ist und zum Aufbau eines Netzes sozialer Sicherungssysteme geführt hat. Schon früher konnten Kommunen im Einzelfall auf eine Armenkasse oder den «gemeinen Nutzen» zurückgreifen, um vor allem Witwen und Waisen zu unterstützen. Tendenziell jedoch, dies auch unter dem Einfluss der Reformation und des Absolutismus, schottete man sich gegen die Armut und das Vagantentum ab. Auch private Kreise wie Zunft- oder Gewerkschaftskassen, Hilfsgesellschaften auf Gegenseitigkeit oder Stiftungen, welche durch Zünfte oder andere Bruderschaften oder durch Private, so insbesondere Familienstiftungen i.S.v. Art. 335 ZGB⁷⁵ oder später auch betriebliche Wohlfahrtsfonds bzw. Pensionskassen, betrieben wurden, übernahmen zwar Aufgaben der sozialen Sicherheit, grenzten sich jedoch, dies im Gegensatz zu den kirchlichen Einrichtungen der Armenfürsorge, gegen aussen ab.⁷⁶ Massenarmut, Landflucht, das Vorherrschen von Kernfamilien (zumindest in den Städten) und die nicht flächendeckende Verbreitung sozialer Einrichtungen erforderten jedoch ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts andere Formen der sozialen Sicherheit, welche den enormen finanziellen Bedarf zur Deckung der materiellen Not zu befriedigen in der Lage waren. Dies liess einerseits den Versicherungsgedanken in den

74 SCHWEINGRUBER, S. 7 ff.

75 Gemäss Art. 335 Abs. 1 ZGB gehört es zu den zugelassenen Zwecken einer Familienstiftung, Leistungen für Erziehung (darunter fällt auch die Ausbildung), Ausstattung (z.B. mit Heiratsgut), Unterstützung von in Not geratenen Familienangehörigen oder für ähnliche Zwecke zu erbringen (vgl. im Einzelnen RIEMER, Stämpfli's Handkommentar, Art. 87 Rz 17 ZGB).

76 EPPEL/SCHÄR, S. 120 ff., 244 ff.; TSCHUDI, S. 7 f.

Vordergrund treten und andererseits die politisch motivierte Idee, dass die Garantie sozialer Sicherheit letztlich Aufgabe eines Rechtsstaates sei.

III. Verhältnis zwischen Sozialrecht und Familienrecht

1. Die Rolle staatlicher Sicherungssysteme im Verhältnis zur Familie

Aus heutiger Sicht steht die soziale Sicherheit auf drei Säulen: Familie, Sozialversicherungen und Sozialhilfe mit den ihr nahestehenden sozialhilfeähnlichen Systemen wie Opferhilfe, Ausbildungsbeiträge oder Alimentenbevorschusung. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, verhalten sich diese drei Säulen jedoch nicht statisch und tragen auch nicht die gleiche Last. Ausgehend von den dynamischen gesellschaftlichen Entwicklungen, welche durch wirtschaftliche Faktoren vor und nach den Weltkriegen sowie die veränderte und dem Grundsatz der Rechtsgleichheit verpflichtete Stellung der Frau in Familie und Berufswelt bedingt sind⁷⁷, verschieben sich die Gewichte zwischen den drei Säulen laufend.

Der Überblick auf die Funktionen von Familie und Staat im Bereich der sozialen Sicherheit haben gezeigt, dass Unterhalt und sozialer Schutz des Ehepartners sowie der Kinder zu den zentralen Aufgaben der Kernfamilie gehören, ebenso die Betreuung und Erziehung von Kindern und Pflege von kranken und alten Angehörigen. Alleinstehende resp. ledige Verwandte geniessen jedoch, dies im Gegensatz zu den Zeiten der Grossfamilien, im Rahmen der Familie nur noch einen ganz begrenzten, gesetzlich durch Art. 328 ZGB (Verwandtenunterstützung) definierten sozialen Schutz⁷⁸ und sind daher in erster Linie selbst für den Aufbau ihrer eigenen sozialen Sicherheit verantwortlich. Auch das Konkubinat hat sich zu allen Zeiten und auch heute noch dadurch von der Ehe unterschieden, dass jeder der Partner, wie jede unverheiratete allein lebende Person, von Gesetzes wegen für seine eigenen Bedürfnisse, so auch für seine soziale Absicherung, selber aufkommen muss.

Ausgehend vom Zweck der sozialen Sicherheit, nämlich die Grundbedürfnisse des Menschen für seine gedeihliche Entwicklung zu befriedigen, bildet auch heute noch die Familie im Sinne unserer Rechtsordnung, ob Klein- oder Grossfamilie, einen wichtigen, wenn nicht den wichtigsten Teil und Pfeiler der sozialen Sicherheit. Die in der Literatur vertretene Ansicht, dass Familienrecht und Sozialversicherungsrecht Systeme mit unterschiedlicher Zwecksetzung

77 BIGLER-EGGENBERGER, S. 20 ff.

78 Zur Verwandtenunterstützung verpflichtet ist nur, wer in günstigen Verhältnissen lebt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind diese bei einem Monatseinkommen von deutlich über Fr. 10 000.– und mehr anzunehmen, wobei auch gegebenenfalls den Bedürfnissen der eigenen Altersvorsorge Rechnung zu tragen ist (BGer 5C.186/2006 vom 21. November 2007, E. 5). Umfangmäßig beschränkt sich der Anspruch auf Verwandtenunterstützung betragsmäßig auf den durch die Sozialhilfe bestimmten Notbedarf (BGE 132 III 97 [104], E. 2.4).

darstellen⁷⁹, greift insofern zu kurz, als beide Systeme der sozialen Sicherheit dienen. Im Rahmen des Familienrechts resp. mit Eingehung der Ehe resp. Begründung eines Kindesverhältnisses werden unter anderem auch gesetzliche Rechtsansprüche auf Unterhalt und Beistand zwischen zwei oder mehreren miteinander ehe- oder verwandschaftlich verbundenen Personen begründet⁸⁰ und durch Geld- oder Naturalleistungen erfüllt.⁸¹ Während das Familienrecht den sozialen Schutz seiner Mitglieder im Normalfall garantiert, tritt das Sozialversicherungsrecht mit seinem in der Regel typisierten Angebot an Sach- und Geldleistungen erst bei Eintritt eines Risikos an die Stelle des Familienunterhalts oder ergänzt die familienrechtlichen Ansprüche. Das Sozialhilferecht als subsidiäres System hingegen hat den Notbedarf nach den konkreten Verhältnissen zu decken und geht daher auf die akuten Bedürfnisse des Antragsstellers besser ein.

Während jedoch bis ins 19. Jahrhundert die Familie den Löwenanteil im Sicherheitsnetz ausmachte und die privaten und staatlichen sozialen Institutionen, insbesondere die damalige Armenfürsorge, nur am Rande resp. subsidiär zum Tragen kamen, hat sich das Verhältnis stetig in Richtung Ausbau staatlicher Institutionen, insbesondere hin zu den Sozialversicherungen, verschoben. Dies will jedoch nicht heissen, dass die Familie nicht nach wie vor einen enorm grossen, wenn auch relativ betrachtet sinkenden, Beitrag zur sozialen Sicherheit hinsichtlich Unterhalt und Betreuung leistet.⁸² Verantwortlich für diese Entwicklung sind mehrere Faktoren: Auf der einen Seite wurde die soziale Sicherheit und Förderung der Wohlfahrt auf internationaler und nationaler Ebene zur Aufgabe des Staates gegenüber seinen Bürgern erklärt⁸³ und dient unter anderem auch der Verwirklichung von Rechts- und Chancengleichheit. Auf der anderen Seite ist die Kernfamilie personal und finanziell immer weniger in der Lage, die Aufwendungen für die Vorsorge, Betreuung und die sonstigen sozialen Bedürfnisse von Familienangehörigen selber *voll* zu tragen. Grund dafür ist, dass einerseits die finanziellen Aufwendungen eine starke Mengenausweitung (z.B. Verteuerung der medizinischen Versorgung, Kosten für Betreuung und Gesundheit im Zusammenhang mit

79 GÄCHTER/SCHWENDENER, FamPra.ch 4/2005, S. 863 f., wobei dem Sozialversicherungsrecht letztlich doch im Zusammenhang mit der Unterhaltssicherung eine dienende Funktion gegenüber dem Familienrecht zugebilligt wird.

80 Vgl. dazu für die Ehe Art. 159 und 163 ZGB und für das Kindesverhältnis Art. 272 und 276 f. ZGB.

81 Im Vordergrund stehen Mittel für Wohnen, Ernährung, Kleidung, Körperpflege und medizinische Versorgung und Ausbildung.

82 Gemäss BFS (demos Newsletter Nr. 4/2010, S. 8) wurden im Jahr 2007 unbezahlte Betreuungsleistungen für Kinder von 2 Milliarden Stunden geleistet sowie unentgeltliche Betreuung von Erwachsenen im Umfang von 52,2 Mio. Stunden (2012: 88 Mio. Stunden) pro Jahr (Care-Arbeit: *Absicherung unbezahlter Care-Arbeit von Frauen und Männern*, im Auftrag des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Bern 2012, S. 38).

83 Vgl. u.a. die Präambel der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919 oder Art. 11 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) vom 16. Dezember 1966.

der Alterung der Gesellschaft oder längere und teurere Ausbildung der Kinder) erfahren haben; andererseits sind die Lebenshaltungskosten derart gestiegen, dass zu deren Bestreitung oftmals sogar zwei Einkommen notwendig sind. Zudem hat sich der familiäre Zusammenhalt, so insbesondere auch in Bezug auf Verwandtschaft, durch Faktoren wie Mobilität, distanzierte örtliche Wohnverhältnisse⁸⁴, Trennung von Wohn- und Arbeitsort⁸⁵ sowie Erwerbstätigkeit beider Ehepartner gelockert.⁸⁶

Die sich im 19. Jahrhundert entwickelte bürgerliche Rollenverteilung in der sog. Versorgerehe schwächte die Möglichkeiten der Familie in Bezug auf ihre Schutzfunktion⁸⁷, weil ein allfälliger Verdienstausfall des Alleinernährers für die von ihm abhängigen Familienmitglieder ohne Vermögensreserve in die Armut führen kann. Weitgehend von der Schutzfunktion der Kernfamilie ausgeschlossen blieben und bleiben die ledigen resp. alleinstehenden Personen, denn sie sind nur noch im Rahmen der restriktiven Verwandtenunterstützungspflicht geschützt. Zur Sicherung des noch jungen liberalen Nationalstaates und des Wohlfahrtsgedankens⁸⁸ und zur Entlastung der in jeder Hinsicht überforderten Armenfürsorge waren die Sozialversicherungen ein geeignetes Instrument, die bisher von der Familie hauptsächlich wahrgenommenen Aufgaben zu ergänzen und unterstützen. Alle übrigen staatlichen Einrichtungen pflegten gegenüber der Familie einen subsidiären Rang einzunehmen.⁸⁹ Mit der Versicherungsidee sichergestellt werden können nämlich nicht nur die finanzielle Bewältigung der steigenden Aufwendungen, der Ersatz des risikobedingten Verdienstausfalls des Ernährers in der Versorgerehe sowie auch aller Alleinstehenden, die für ihren eigenen Unterhalt aufkommen müssen, sondern auch die Verwirklichung des Rechtsgleichheitspostulats sowie eine bessere Risikoverteilung innerhalb des Landes und eine rechtsgleichere Behandlung bezüglich Art und Umfang der gewährten Leistungen. Während die Sicherung von Gesundheitspflege und

84 Vgl. dazu auch die jüngste Revision (Betreuungsgutschriften) von Art. 52g AHVV vom 19. Oktober 2011 (i.K. seit 1. Januar 2012) bezüglich der Ausdehnung der leichten Erreichbarkeit. War vorher das Zusammenleben im gemeinsamen Haushalt (sowie im gleichen Haus oder auf dem gleichen Grundstück wohnend) massgebend, ist es nun die Entfernung in einem Radius von 30 km oder die Erreichbarkeit innert einer Stunde.

85 Gemäss Bundesamt für Statistik, Pendlermobilität in der Schweiz 2011, pendelten 2011 rund 3,7 Mio. Erwerbstätige zur Arbeit, davon 55% innerstädtisch, 14% interstädtisch, 12% vom Land in die Stadt, 5% von der Stadt aufs Land und 14% von einem ländlichen Raum in den andern.

86 Vgl. dazu die Erwägungen in BGE 132 III 97 (103), E. 2.4: Die Lockerung des Familienzusammenhalts war denn auch ein Grund für die Beschränkung der Verwandtenunterstützungspflicht i.S.v. Art. 328 ZGB. Zudem wurde sie im Rahmen der Familienrechtsrevision sogar wegen des gut ausgebauten Sozialversicherungssystems gänzlich in Frage gestellt (vgl. Amtl. Bull 1997 N 2741), der Antrag auf Streichung jedoch abgelehnt (Amtl. Bull 1997 N 2743).

87 BIGLER-EGGENBERGER, S. 24 m.w.H.

88 Art. 2 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

89 Zum Verhältnis zwischen Familie und Staat vgl. auch LUCAS/GIRAUD, Beziehungen zwischen Staat und Familie bei der Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen, CHSS 5/2006, S. 238 ff., sowie EICHENHOFER, S. 105 ff.

Unterhalt im Zentrum der Leistungen der sozialen Sicherheit stehen, sind ihre Leistungen für Betreuung⁹⁰ angesichts des medizinischen Fortschritts und der demographischen Entwicklung heute eher ungenügend ausgebaut. Die Zunahme der Erwerbstätigkeit der Frauen seit dem Zweiten Weltkrieg, die Folge ihrer besseren Bildung und gesellschaftlichen sowie rechtlichen Gleichstellung ist, hat tiefgreifende Veränderungen gegenüber der traditionellen Versorgerehe hervorgebracht. Auf der einen Seite müssen Aufgaben wie die Betreuung von Kindern und kranken oder alten Angehörigen durch Dritte sichergestellt werden, was nach staatlicher Unterstützung und Familienförderungsmassnahmen, z.B. durch besseren sozialen Schutz der Betreuenden, ruft; auf der anderen Seite bewirkt die Erwerbsarbeit der Frau eine grösere Unabhängigkeit von der Unterhaltspflicht des Ehepartners und versetzt sie in die Lage, selber einen gewissen Unterhaltsschutz gegenüber ihrer Familie gewähren zu können. Die Zahl der erwerbstätigen Frauen ist seit 1950 stetig gestiegen. Waren dazumal insgesamt 639 476 resp. 43% der Frauen erwerbstätig⁹¹, so waren es 1970 bereits 809 572 Frauen oder 34,4%.⁹² Aktuell sind in der Schweiz 2 054 Mio. Frauen erwerbstätig (61,8% der Erwerbstätigen). Der Grad der Erwerbstätigkeit hängt dabei von der gesamten Familiensituation ab:⁹³

	Partner Vollzeit/ Partnerin nicht erwerbs- tätig	Partner Vollzeit/ Partnerin Teilzeit 1–49 %	Partner Vollzeit/ Partnerin Teilzeit 50–89 %	Beide Vollzeit	Beide Teilzeit	Beide nicht erwerbs- tätig	Andere Modelle
Paarhaushalte insgesamt	19.3	21.3	21.8	22.9	4.5	2.7	7.5
Paarhaushalte: jüngstes Kind 0- bis 6-jährig	29.2	29.7	19.9	10.0	5.5	1.2	4.5
Paarhaushalte: jüngstes Kind 7- bis 14-jährig	19.8	32.8	24.7	12.2	3.9	1.3	5.3
Paarhaushalte: jüngstes Kind 15- bis 24-jährig	17.5	24.6	28.2	16.9	3.4	2.6	6.9
Paarhaushalte mit anderen Personen ohne Kinder	18.0	18.9	22.4	19.0	(3.2)	6.2	12.4

90 Als Leistungen für Betreuung werden Hilflosenentschädigung, Assistenzbeiträge und Intensivpflegezuschläge gewährt. Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG sowie die Sozialhilfe vergüten auch Kosten für Betreuung.

91 Davon 104 436 verheiratete, 30 312 geschiedene, 452 264 ledige und 52 464 verwitwete Frauen.

92 Aus BIGLER-EGGENBERGER, S. 25 f.

93 Quelle: BFS, Erwerbsmodelle in Paarhaushalten mit und ohne Kinder, Neuchâtel 2012.

	Partner Vollzeit/ Partnerin nicht erwerbs- tätig	Partner Vollzeit/ Partnerin Teilzeit	Partner Vollzeit/ Partnerin Teilzeit	Beide Vollzeit	Beide Teilzeit	Beide nicht erwerbs- tätig	Andere Modelle
Paarhaushalte ohne weitere Haushalts- mitglieder	12.4	9.6	20.1	38.7	4.4	4.3	10.5

Die Erwerbstätigkeit von Müttern ihrerseits ist seit 1991 von 60% auf 77% im Jahr 2012 gestiegen, wobei hier natürlich die Form der Teilzeitbeschäftigung, welche bei den erwerbstätigen Frauen zwischen 49–56% liegt, überwiegt. Waren bei Paarhaushalten 1992 noch 61,5% der Frauen mit Kindern unter 7 Jahren nicht erwerbstätig (Versorgerehe-Modell), so sind es im Jahr 2012 nur noch 29,2%, wobei dieser Anteil mit zunehmendem Alter der Kinder bis auf 17,5% sinkt und bei Paarhaushalten ohne Kinder nur noch bei 12,4% liegt. Ein Grund für die vermehrte Erwerbstätigkeit der Frauen und Mütter liegt zudem in der steigenden Anzahl alleinerziehender Mütter, seien sie verwitwet, geschieden oder ledig. Die Einelternfamilien erlebten im Zeitraum zwischen 1970 und 2000 einen Anstieg am Familienanteil von 5,3% auf 12,4% oder 150 000 im Jahr 2000, welcher entsprechend heute noch höher liegen wird.⁹⁴ Bezuglich der Erwerbssituation alleinerziehender Väter hingegen liegen keine gesicherten Daten vor.

Welche Schlüsse lassen sich aus den zur Verfügung stehenden Statistiken hinsichtlich der von der Familie ausgehenden sozialen Sicherheit ziehen? Die Erwerbstätigkeit der Frauen trägt zur Sicherung des Unterhalts von sich selbst und zusätzlich demjenigen der Familie bei.⁹⁵ In der Gruppe der alleinerziehenden Eltern, in der Regel sind es die Frauen, verringert sich aber sowohl Unterhalt als auch soziale Sicherheit, da ihr Erwerbseinkommen aufgrund von Betreuungsaufgaben sinkt, der Unterhaltsanspruch gegenüber einem Partner weggefallen oder reduziert sein kann sowie der Aufbau einer eigenen Vorsorge im Rahmen von zweiter⁹⁶ und dritter Säule verunmöglicht oder zumindest erschwert ist.⁹⁷ All dies

94 WANNER, CHSS 2/2012, S. 116. Gemäss Strukturerhebung des BFS, Privathaushalte 2012 (2014) wurden 2012 198 000 Einelternhaushalte gezählt, davon 30 000 alleinlebende Väter.

95 Gemäss BFS, Armut trotz Erwerbstätigkeit. Ergebnisse 2007–2011, Neuchâtel 2013, S. 3, liegt die Armutssquote von Alleinverdienern bei 7,3%, während diejenige von Doppelverdienern im gleichen Haushalt bei 1,5% und bei drei und mehr Erwerbstätigen im gleichen Haushalt bei 0,7% liegt.

96 Hier stellt sich das Problem, dass Niedriglöhner in Teilzeitstellen, worunter viele Frauen aufgrund ihres Bildungsniveaus oder ihrer Lebensverhältnisse fallen, die untere Eintrittsschwelle von derzeit Fr. 21 060.– nicht erreichen oder nur wenig überschreiten und daher keine oder keine ausreichende zweite Säule aufbauen können. Aufgrund ihrer Lohnverhältnisse sind sie zudem auch in der ersten Säule oder der Unfallversicherung nur im Rahmen des Existenzminimums versichert. Für Ersparnisse in der dritten Säule bleiben in der Regel keine Mittel übrig.

97 WANNER, CHSS 2/2012, S. 119.

schlägt sich insofern auch statistisch nieder, als die alleinerziehenden Erwerbstätigen, meist Frauen, mit einer Quote von 17,4% am häufigsten von Armut betroffen sind.⁹⁸

2. *Gegenüberstellung von familienrechtlichen Leistungen für Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit*

Grundsätzlich decken sich die familienrechtlichen Unterhaltsleistungen mit dem Leistungsangebot der Sozialversicherungen und Sozialhilfe. Während bei Eintritt eines Risikos der familienrechtliche Unterhaltsanspruch durch Renten und Zulagen als Geldleistungen pauschal ersetzt resp. ergänzt wird, damit die Grundbedürfnisse wie Nahrung, Wohnen, Kleidung, Bildung, Freizeit usw. weiterhin finanziell abgedeckt sind, sind es die spezifischen Sachleistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe, welche darüber hinaus zusätzliche Bedürfnisse bei der Gesundheitssorge oder beruflichen Eingliederung befriedigen. Während im Gegensatz zum familienrechtlichen Unterhalt die Geldleistungen der Sozialversicherungen grundsätzlich typisiert sind und nicht nach individuellem Bedarf zugeschnitten werden – vorbehalten bleiben die Ergänzungsleistungen – sind die Sachleistungen bei Erfüllung der Voraussetzungen wie Listenprodukte (z.B. Spezialitätenliste) und Wirksamkeits-, Zweckmässigkeits- und Wirtschaftlichkeits-Kriterien einzelfallbezogen auszurichten.

Konkret korrelieren vom Zweck her Kinder- und Waisenrenten sowie Familienzulagen mit den aus Art. 276 f. ZGB fliessenden Unterhaltsansprüchen des Kindes gegenüber seinen Eltern.⁹⁹ Sie decken jedoch als typisierte und betragsmäßig begrenzte Leistungen, dies im Gegensatz zur Sozialhilfe, nicht den effektiv anfallenden Bedarf.¹⁰⁰ Auch die Alimentenbevorschussung, welche kantonal geregelt ist und somit keine einheitlichen Leistungsbedingungen und Leistungsangebote kennt, ist nicht ausschliesslich bedarfsdeckend orientiert, da sie in Bezug auf Alter oder Leistungsumfang durch Gesetz begrenzt sein kann.¹⁰¹

Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenrenten sichern nach Eintritt eines Risikofalles die Erfüllung der eherechtlichen Unterhaltspflicht i.S.v. Art. 163 ZGB und dienen ebenfalls der Befriedigung der alltäglichen Grundbedürfnisse wie Wohnen, Heizen und Mobiliar, Kleidung und Kleiderpflege, Essen, Körperpflege und medizinische Versorgung, Hobby und Freizeit, Kosten für Bildung

98 Quelle: BFS, Armut trotz Erwerbstätigkeit. Ergebnisse 2007–2011, Neuchâtel 2013, S. 2, wobei von allen Erwerbstätigen in der Schweiz 3,7% oder 130 000 Personen als Working Poor gelten (S. 1).

99 Der Betreuungsunterhalt i.S.v. E Art. 285 Abs. 2 ZGB, welcher im Interesse des Kindeswohls als Anspruch des Kindes eingeführt werden soll, bildet einen zusätzlichen korrelierenden Aspekt.

100 Zum Ganzen RIEMER-KAFKA, Kinder und Jugendliche, S. 133 ff.

101 Altersmässige Grenzen kennen gewisse Kantone im Sinne einer Begrenzung auf das Mündigkeitsalter oder das 25. Altersjahr resp. den Abschluss der Ausbildung. Betragsmässig wird in vielen Fällen ein Höchstbetrag im Umfang der maximalen AHV-Waisenrente oder eine andere feste Maximalhöhe gewährt.

und Weiterbildung, Versicherungsprämien resp. -beiträge für eine genügende Vorsorge, Steuern, Transportkosten sowie je nach den Verhältnissen auch Haushalthilfe und externe Kinderbetreuung.

Demgegenüber findet der Anspruch auf Verwandtenunterstützung i.S.v. Art. 328 ZGB, auf den Familienangehörige in auf- und absteigender Linie Anspruch erheben können, im Sozialversicherungsrecht keine Entsprechung.¹⁰² Er geht überdies dem Anspruch auf Sozialhilfe vor, ist umfangmäßig auf den sozialhilferechtlichen Notbedarf begrenzt¹⁰³ und umfasst gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sämtliche Grundbedürfnisse des Bedürftigen wie Wohnen, Essen, Kleidung und ärztliche oder anderweitig notwendige Betreuung sowie unter bestimmten Bedingungen auch die Ausbildung.¹⁰⁴

C. Schnittstellen zwischen sozialer Sicherheit und Familienrecht im Einzelnen

I. Kindesverhältnis

1. Kind, Pflegekind und Stiefkind

a. Zum Begriff gemäss Zivilrecht

Die Begriffe Kind, Pflegekind und Stiefkind werden in der Rechtsordnung immer in Relation zu anderen Personen verwendet und für sich selber nicht definiert. Als Kind gilt ein Individuum, das in einem Kindesverhältnis zu Mutter und Vater oder nur zur Mutter steht. Das Pflegekind hingegen steht in einem Pflegeverhältnis zu seinen Pflegeeltern, wobei Art. 294, 300, 307 Abs. 2 und 316 ZGB eigentlich nur die Wirkungen und das Zustandekommen des Pflegeverhältnisses regeln. Die PAVO definiert zwar den Pflegekindsbegriff, jedoch viel einschränkender als das ZGB.¹⁰⁵ Auch das Sozialversicherungsrecht bedient sich des Pflegekindsbegriffs, ohne ihn zu definieren. Vielmehr finden sich nur die Voraussetzungen geregelt, unter denen ein Pflegekind resp. seine Pflegeeltern Ansprüche gegenüber den Sozialversicherungen geltend machen können. Dennoch ergibt sich daraus indirekt, dass es sich beim Pflegekind um eine unmündige Person handelt, die zwecks auf Dauer angelegter Pflege und Erziehung in den eigenen Haushalt einer Person, zu welcher sie in keinem Kindesverhältnis steht, aufgenommen wird und ihr anvertraut ist. Diese Aufgaben werden an Eltern statt entweder entgeltlich oder unent-

102 Im Gegensatz zu den familienrechtlichen Unterhaltsbeiträgen (Art. 11 Abs. 1 lit. h ELG) zählen Verwandtenunterstützungen i.S.v. Art. 328–330 ZGB nicht zum anrechenbaren Einkommen (Art. 11 Abs. 3 lit. a ELG).

103 BGE 132 III 97 (103), E. 2.4.

104 BGE 106 II 287 (292), E. 3.a; WIDMER, S. 48 ff.

105 Zu den verschiedenen Definitionen vgl. ANDERER, Rz 43 ff. Gemäss PAVO hingegen liegt ein Pflegeverhältnis vor, wenn ein minderjähriges Kind ausserhalb des Elternhauses untergebracht wird, wozu je nach Art und Dauer der Aufnahme eine behördliche Bewilligung erforderlich ist.

geltlich oder zum Zwecke der Adoption des Kindes erfüllt. Beim Stiefkind handelt es sich um das Kind, das bei einem verheirateten Paar nur zu einem Partner in einem Kindesverhältnis steht.¹⁰⁶ Obwohl der andere Partner dem Kind ebenfalls Pflege und Erziehung angedeihen lässt, soll es sich mangels Anvertrautseins jedoch nicht um ein Pflegeverhältnis handeln. Art. 278 Abs. 2 ZGB bezüglich des Unterhalts sowie Art. 299 ZGB bezüglich der elterlichen Sorgen bestimmen nämlich, dass sich die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge und der Unterhaltpflicht gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen haben. Mangels Kindesverhältnisses zum Stiefelternteil handelt es sich um einen indirekten und bedingten Unterhaltsanspruch.¹⁰⁷

b. Der zivilrechtliche Unterhalt

Ausfluss des Kindesverhältnisses i.S.v. Art. 252, 255, 260 f. oder 264 ff. ZGB ist nebst der elterlichen Sorge auch der Unterhalt i.S.v. Art. 276 f. ZGB. Der Unterhalt umfasst sämtliche Kosten für Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen oder konkret die Kosten für Ernährung, Wohnen, Kleidung, Gesundheit, Körperpflege, Freizeit, Ferien, Versicherungen sowie die mit der Ausbildung zusammenhängenden Aufwendungen wie Transport, Lehrmittel, Klassenlager usw. Der Anspruch des Kindes auf Unterhalt richtet sich gemäss Art. 277 Abs. 1 ZGB bei Unmündigkeit primär gegen seine Eltern gemeinsam (Art. 278 Abs. 1 ZGB), sofern dem Kind nicht zugemutet werden kann, seinen Unterhalt aus eigenem Arbeitserwerb oder eigenem Vermögen zumindest teilweise und je nach Leistungsfähigkeit der Eltern zu bestreiten.¹⁰⁸ Nach der Mündigkeit dauert gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB der Unterhaltsanspruch bis zum ordentlichen Abschluss der Ausbildung, wobei die Eltern nur noch sekundär leistungspflichtig sind, d.h. soweit es ihnen nach den gesamten Umständen finanziell und persönlich zumutbar ist.¹⁰⁹

2. Sozialversicherungsrechtliche Leistungen für Unterhalt als Ausfluss des Kindesverhältnisses

a. Kinder- und Waisenrenten

Der eigentlichen Unterhaltssicherung dienen die Kinder-¹¹⁰ und Waisenrenten, welche das Bestehen eines Kindesverhältnisses zur stammrechtsberechtigten

106 Zum Ehepartner des einen Elternteils steht es in einer Beziehung i.S.v. Art. 21 Abs. 1 ZGB.

107 Die unterhaltsmässige Beistandspflicht hat nur angemessen zu sein und ist gegenüber Unterhaltsansprüchen eigener Kinder subsidiär (vgl. BGE 120 II 285 ff.).

108 Im Einzelnen RIEMER-KAFKA, Kinder und Jugendliche, S. 133 ff.

109 RIEMER-KAFKA, a.a.O., S. 137 ff.

110 Eingeführt wurde die Kinderrente (ebenso die Zusatzrente für die Ehefrauen) erst mit der 6. AHV-Revision vom 19. Dezember 1963 (i.K. seit 1. Januar 1964). Zum Umfang von Kinder- und Waisenrenten vgl. AHV/IV (Art. 35^{ter}/37 Abs. 1 AHVG sowie Art. 38 IVG): 40%; obl. berufliche Vorsorge (Art. 21 Abs. 1 BVG): 20%; UV (Art. 31 Abs. 1 UVG): 15%; MV (Art. 53 Abs. 4 MVG): 15%.

Person voraussetzt.¹¹¹ Im Falle des Risikos Alter oder Invalidität handelt es sich um die Kinderrenten der AHV, IV und der beruflichen Vorsorge, welche akzessorische Leistungen zur Hauptrente darstellen und für jedes Kind bis zu seiner Mündigkeit oder dem Abschluss seiner Ausbildung, jedoch längstens bis zum vollendeten 25. Altersjahr, ausgerichtet werden.¹¹² Im Gegensatz zur Kinderrente steht der Anspruch auf Waisenrente dem Waisenkind selber zu. In Bezug auf die Dauer des Anspruchs herrscht Übereinstimmung in allen Sozialversicherungszweigen¹¹³, wobei hinsichtlich des Begriffs der Ausbildung und ihrer Unterbrechung resp. ihres Abschlusses Art. 49^{bis} f. AHVV im Interesse einer harmonisierenden Auslegung für alle Sozialversicherungszweige gleichermaßen Geltung haben muss.¹¹⁴

Keine Einheitlichkeit besteht jedoch aufgrund der Gesetzeswortlauten in Bezug auf die Frage, ob und unter welchen *Bedingungen* Pflege- und Stiefkinder gleich zu behandeln sind wie Kinder, die mit dem risikobetroffenen Elternteil durch ein Kindesverhältnis i.S.v. Art. 252 ff. ZGB verbunden sind. Legitimiert wird der Anspruch auf Kinder- oder Waisenrenten durch die aus dem Kindesverhältnis zum Hauptrentenbezüger fliessende Unterhaltspflicht. In der gleichen Situation befinden sich aber auch Pflegekinder, welche gegenüber den Pflegeeltern einen vermutungsweisen resp. vertraglichen überwiegenden Unterhaltsanspruch i.S.v. Art. 294 Abs. 1 und 2 ZGB geniessen.¹¹⁵ Auch Stiefkinder können, gleich wie Pflegekin-

111 RIEMER-KAFKA, a.a.O., S. 159. Im Fall der Leihmutterchaft, welche nach Schweizer Gesetzgebung nicht zugelassen wird – die Paare begeben sich zwecks Erfüllung des Kinderwunsches auf diesem Weg daher ins Ausland – muss das Kind vom Paar adoptiert oder vom Vater anerkannt werden, weil es vorher zu keinem der «Elternteile» in einem Kindesverhältnis steht. Es können daher während diesem Zeitraum im Fall des Todes eines «Elternteils» nur dann Kinder- und Waisenrenten geltend gemacht werden, wenn ein unentgeltliches Pflegeverhältnis vorliegt (vgl. Art. 294 Abs. 2 ZGB).

112 Im Gegensatz zu den erwähnten Sozialversicherungszweigen, welche Tabellenrenten resp. eine bis 60% des versicherten Nettoverdienstes ergänzende BVG-Rente kennen, seien Unfall- und Militärversicherung keine Kinderrenten vor. Sie bemessen ihre Invalidenrente nach dem versicherten Verdienst und gewähren bei 100% Invalidität eine (die Kinderrente miteinschliessende) Hauptrente im Umfang von 80%, welche somit auch den Unterhalt gegenüber Kindern abdeckt. Während die Unfallversicherung eine lebenslängliche Invalidenrente, die ab dem Eintritt ins Rentenalter die Funktion einer Altersrente übernimmt, ausrichtet (Art. 19 Abs. 2 UVG), mutiert die Invalidenrente in der Militärversicherung zu einer Altersrente, welche jedoch nur noch auf dem halben Jahresverdienst bemessen wird (Art. 47 MVG), was in Bezug zu noch laufenden Kinderunterhaltsansprüchen zu einer Deckungslücke führen kann.

113 Art. 25 Abs. 4 und 5 AHVG; Art. 22 Abs. 3 BVG; Art. 30 Abs. 3 UVG; Art. 53 Abs. 1 MVG. Im IVG findet sich jedoch keine entsprechende Regelung, so dass diejenige des AHVG analog zur Anwendung gelangt.

114 Im überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge hingegen können die Bedingungen für Kinder- und Waisenrenten im Reglement abweichend voneinander definiert werden; vgl. BGE 129 V 145 (148), E. 3.2; 136 V 313 (321), E. 5.3.7, ebenso die Ansprüche von Pflege- und Stiefkindern (B 84/03 vom 30. Juni 2005, E. 4.5.3).

115 Unentgeltlichkeit wird vermutet bei nahen Verwandten. Darunter sollen aber nur noch diejenigen i.S.v. Art. 328 ZGB fallen, was eine Folge auch der lockeren Familienbanden ist (ANDERER, Rz 186 m.w.H.).

der, vom Stiefelternteil überwiegend unterstützt werden.¹¹⁶ Im Falle des Todes des unterstützenden «Elternteils» entsteht ihnen ein Versorgerschaden und im Fall von Alter oder Invalidität des unterstützenden «Elternteils» diesem eine die Erfüllung der Unterhaltpflicht in Frage stellende Einkommenseinbusse. Vergleicht man die einzelnen Voraussetzungen in den jeweiligen Sozialversicherungszweigen, findet sich einzig in der ersten Säule eine kohärente Regelung bezüglich des Anspruchs von Pflege- und Stiefkindern und ihren Pflege- resp. Stiefeltern auf Hinterlassenen- und Kinderrenten (Art. 23 Abs. 2 lit. a und b AHVG). Die Ansprüche sowohl auf Kinder- als auch auf Witwen- und Waisenrenten der AHV/IV setzen voraus, dass das Pflege- resp. Stiefkind gemäss Art. 49 Abs. 1 AHVV auf Dauer zur Pflege und Erziehung vor Risikoeintritt überwiegend unentgeltlich¹¹⁷ in den Haushalt aufgenommen worden ist.¹¹⁸ Anders verhält es sich jedoch in den Art. 19 Abs. 1 lit. a resp. Art. 17 bzw. 20 BVG. Hier ist fraglich, ob im Falle der Ehegattenhinterlassenenrente (Art. 19 Abs. 1 lit. a BVG) «Kinder» in einem weiteren Sinn zu verstehen sind. Die Waisen- und Kinderrente (Art. 17, 20 BVG) wird nach dem Wortlaut des Gesetzes demgegenüber ausdrücklich auch an Pflegekinder ausgerichtet, welche unterhaltsberechtigt sind, aber dem Wortlaut von Art. 20 BVG folgend nicht auf Dauer zur Pflege und Erziehung in den gleichen Haushalt aufgenommen werden müssen. Offen ist zudem die Frage, ob unter den Voraussetzungen für Pflegekinder auch Stiefkinder Leistungen auszulösen vermögen. Ausgehend von der engen Verbundenheit von erster und zweiter Säule haben die Leistungsvoraussetzungen, wenn immer möglich, im Obligatorium einheitlich ausgestaltet zu sein.¹¹⁹ Es ist daher entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu fordern¹²⁰, dass auch im Obligatorium¹²¹ der zweiten Säule Pflege- und Stiefkinder unter den gleichen Voraussetzungen wie in der ersten Säule und in analoger Anwendung von Art. 49 AHVV unter

116 BGE 97 V 115 ff.

117 BGE 122 V 182 (184), E. 2.a. Der Unterhalt wird in diesen Fällen nur als Geldleistung verstanden, so dass Art. 276 Abs. 2 ZGB auf Pflegekinderverhältnisse nicht anwendbar ist.

118 Im Gegensatz zu Art. 316 ZGB wird jedoch im Sozialversicherungsrecht keine behördliche Be- willigung des Pflegeverhältnisses vorausgesetzt (KRAPF, Rz 172; KIESER/REICHMUTH, Art. 4 Rz 37 f. FamZG).

119 Im überobligatorischen Bereich dürfen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung durchaus für Pflegekinder andere Leistungsvoraussetzungen gelten (B 84/03 vom 30. Juni 2005, E. 4.5.2).

120 In BGE 128 V 116 (122), E. 4 lässt es das Bundesgericht offen, ob Stiefkinder unter Art. 19 Abs. 1 lit. a BVG fallen, nachdem in Art. 20 BVG zwischen Kindern und Pflegekindern differenziert wird. Der Witwenrentenanspruch wird jedoch mit dem Argument verneint, dass durch den Tod des Versicherten auch die Beistandspflicht gemäss Art. 278 Abs. 2 ZGB erlischt. Dies ist zwar in der Tat der Fall, doch ist zu prüfen, ob stattdessen die Stiefmutter nicht ein unentgeltliches Pflegeverhältnis gegenüber dem Stiefkind eingeht (vgl. die entsprechende Erwägung in E. 4.b.).

121 In BGer B 14/04 vom 19. September 2005, E. 4.3 hat das Bundesgericht im Fall einer privat- rechtlichen Vorsorgeeinrichtung für den überobligatorischen Bereich im Sinne einer weiten Auslegung entschieden, im Fall einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung in einem Urteil des EVG vom 16. Dezember 1998 den Anspruch auf Waisenrente eines Stiefkindes jedoch abgelehnt (SZS 2000, S. 152 ff.).

den Begriff «Kinder» fallen¹²² und Leistungen nicht nur für sich, sondern auch für den hinterbliebenen Ehegatten auszulösen vermögen. Dabei gilt es jedoch zu bedenken, dass im letzteren Fall die Voraussetzung der überwiegenden Unentgeltlichkeit in Frage gestellt wird, wenn das Stiefkind eine Waisenrente beanspruchen kann, welche seinen Unterhalt unter Umständen bereits überwiegend sicherstellt.

Die Invalidenversicherung lehnt sich in Art. 35 Abs. 3 IVG in Bezug auf die Ausrichtung von Kinderrenten grundsätzlich an die Voraussetzungen zur Waisenrente der AHV an, jedoch mit der Ausnahme, dass bei Stiefkindern, dies im Gegensatz zu den Pflegekindern, der Anspruch auch bei Begründung des Stiefkindverhältnisses nach Eintritt des Invaliditätsrisikos entstehen kann. Auch im Fall des Kindergeldes als Ergänzung zu den Taggeldern der Invalidenversicherung werden gemäss Art. 22 Abs. 3 IVG die Pflegekinder den eigenen Kindern gleichgestellt. In der ersten Säule gilt auch in Bezug auf Pflege- resp. Stiefkindverhältnisse, dass keine Leistungskumulation zulässig ist (Art. 49 Abs. 2 AHVV, Art. 22 Abs. 2 IVG).

In der Unfallversicherung sieht Art. 29 Abs. 2 UVG bezüglich der Hinterlassenenrente des überlebenden Ehegatten demgegenüber vor, dass die durch den Tod rentenberechtigten andern, d.h. nicht eigenen Kinder im gleichen Haushalt wohnen müssen. Damit sind sowohl Pflege- als auch Stiefkinder erfasst, ohne dass zusätzlich eine Unterhaltpflicht des überlebenden Ehegatten gegeben sein muss. Handelt es sich aber um den Anspruch auf Waisenrente eines Pflegekindes, so bestimmt Art. 40 Abs. 1 UVV gleich wie Art. 49 Abs. 1 AHVV, dass der Verstorbene unterhaltsverpflichtet gewesen sein muss und das Kind zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen wurde. Auch Art. 53 Abs. 2 MVG knüpft den Anspruch auf Waisenrente des Pflegekindes an diese Voraussetzung, dehnt die Bezugsberechtigung im Gegensatz zu allen andern Sozialversicherungszweigen ausdrücklich aber auch auf Stiefkinder aus.¹²³

Auch wenn gemäss Rechtsprechung des EuGH sowie derjenigen des Bundesgerichts aus Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK kein Anspruch auf Gleichbehandlung von Pflege- und Stiefkindern mit leiblichen resp. in einem Kindesverhältnis stehenden Kindern abgeleitet werden kann¹²⁴, muss diese Frage unter dem Gesichtspunkt des Zwecks der den Unterhalt des Kindes sichernden Sozialversicherungsleistungen und im Einklang mit der familienrechtlichen Unterhaltpflicht anders beantwortet werden. Soweit einem Pflege- oder auch einem Stiefkind

122 In diesem Sinn auch HÜRZELER, S. 84; AMSTUTZ, S. 37; RIEMER-KAFKA, Kinder und Jugendliche, S. 246 (Fn 967); MOSER, Zweite Säule, S. 160; ANDERER, Rz 613 f.; LOCHER, § 49 Rz 29; RIEMER, Familienrechtliche Beziehungen, S. 415 ff.; a.M. noch RIEMER/RIEMER-KAFKA, § 7 Rz 57 (bezugnehmend auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung) und STAUFFER, Rz 816).

123 Eine Harmonisierung der Bestimmungen zu den Voraussetzungen bei Pflege- und Stiefkindverhältnissen würde daher der Rechtssicherheit dienlich sein.

124 B 84/03 vom 30. Juni 2005, E. 4.5.3 m.w.H. auf Literatur und Rechtsprechung.

durch den Tod des Elternteils, zu dem kein Kindesverhältnis besteht, Unterhaltsleistungen in erheblichem Umfang entgehen resp. dem unterhaltpflichtigen Alters- bzw. Invalidenrentner Erwerbseinbussen entstehen oder der hinterlassene Ehegatte den Unterhalt bestreitet, ist unter den Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 AHVV generell eine Gleichbehandlung mit den Kindern i.S.v. Art. 252 ff. ZGB zu bejahen. Dies hat unter den geschilderten Voraussetzungen auch für Kinder des Konkubinatspartners¹²⁵ oder bei Stiefkindverhältnissen zu gelten.¹²⁶

Gemäss Art. 285 Abs. 2 und 2^{bis} ZGB sind im Falle einer gerichtlichen Festsetzung des Unterhalts Sozialversicherungsleistungen¹²⁷ zusätzlich zum Unterhalt des Kindes zu bezahlen, sofern das Gericht nicht etwas anderes bestimmt. Dem Kind steht nämlich die ganze Sozialversicherungsleistung zu¹²⁸, was zu einer entsprechenden Reduktion der effektiven Unterhaltsbetrags des Pflichtigen führt.¹²⁹ Wäre die Unterhaltpflicht resp. der Bedarf des Kindes kleiner als die Sozialversicherungsleistung, hat das Kind dennoch Anspruch auf die ganze Sozialversicherungsleistung. Fallen die Sozialversicherungsleistungen erst nachträglich an, bewirkt dies eine Änderung einer früheren gerichtlichen Anordnung *ex lege*.

b. Familienzulagen

Da der Kinderunterhalt einen nicht zu vernachlässigenden Faktor im Haushaltbudget darstellt, ist seine Erfüllung immer dann gefährdet, wenn der Eintritt eines Risikofalles zu einer Erwerbseinbusse führt. Als Risikofall besonderer Art gelten aber auch die familienbedingten Mehrkosten¹³⁰, da sie zu einem Armutsrisko werden können.¹³¹ Die Sozialversicherungen helfen den erwerbstätigen Eltern deshalb, in Form von Kinder- oder Ausbildungszulagen die familienbedingten Mehrkosten mitzutragen und verfolgen damit darüber hinaus familienpolitische Ziele.¹³² Das Familienzulagengesetz regelt als einziges Gesetz denn auch in Art. 4, dass nicht nur Kinder aufgrund eines bestehenden Kindesverhältnisses zum Kreis der anspruchsberechtigten Kinder gehören, sondern auch Pflege- und Stiefkinder, wobei Art. 4 FamZV die Voraussetzungen bei Stiefkindern, jedoch nur dem Wortlaut und nicht dem wahren Zweck der Bestimmung nach, weiter fasst als Art. 5 FamZV bei Pflegekindern, welcher sich

125 FamZWL Rz 238 und 239, die den Anspruch bei Konkubinatskindern ausschliessen, sind m.E. gesetzeswidrig, da keinerlei familienrechtliche Beziehungen bestehen und somit ein Pflegeverhältnis vorliegen kann.

126 BG 125 V 141 (143), E. 3.b.

127 Gemäss E Art. 285a Abs. 1 ZGB in Koordination mit Art. 8 FamZG ebenso die Familienzulagen (BBI 2014 578).

128 Bezuglich der Auszahlung der Leistungen direkt an das Kind vgl. Art. 71^{ter} AHVV, Art. 82 IVV, Art. 9 Abs. 1 FamZG.

129 BGer 5A_496/2013 vom 11. September 2013, E. 2.4.

130 Vgl. Teil VII, Art. 39 ff. des Übereinkommens Nr. 102 über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit.

131 KRAPF, Rz 156 f.

132 KIESER/REICHMUTH, Praxiskommentar, Einleitung, N 1 ff.

auf Art. 49 Abs. 1 AHVV bezieht.¹³³ Ebenfalls von Zulagen ist die Rede beim Taggeld als Erwerbsersatz, welcher pro Kind zur Grundentschädigung eine Zulage im Umfang von 8 % zuspricht (Art. 13 EOG), bei der Arbeitslosenversicherung als eine auf den Tag umgerechnete Familienzulage (Art. 22 Abs. 1 AVIG); bei der Unfall- und Militärversicherung werden die Familienzulagen zum massgebenden Lohn hinzugerechnet (Art. 22 Abs. 2 lit. b UVV, Art. 16 Abs. 4 MVV). Ebenso wird in der Invalidenversicherung ein Kindergeld von 2 % des Höchstbetrages des Taggeldes ausgerichtet (Art. 23^{bis} IVG). Diese Taggeldzulagen drängen sich deshalb auf, weil der Anspruch auf Familienzulagen mit Entfallen des Lohnfortzahlungsanspruchs ebenfalls erlischt (Art. 13 FamZG i.V.m. Art. 10 FamZV). Sie werden ausdrücklich auch für Pflegekinder i.S.v. Art. 49 Abs. 1 AHVV gewährt (Art. 22 Abs. 3 IVG, Art. 6 Abs. 2 lit. b EOG) oder beziehen sich auf die Familienzulagengesetzgebung.

c. Alimentenbevorschussung

Die gesetzliche Grundlage für die Alimentenbevorschussung findet sich nicht in der Sozialgesetzgebung sondern in Art. 293 ZGB. Voraussetzung für Leistungen der öffentlichen Hand ist das Vorliegen eines vollstreckbaren Rechtstitels¹³⁴, aus dem die Pflicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an das Kind hervorgeht. Der in dieser Form festgelegte Unterhaltsbetrag bildet Grenze der Alimentenbevorschussung, soweit diese nicht eine gesetzlich festgelegte maximale Leistungshöhe vorsieht. Neben der Begrenzung des Beitrags sehen die Gesetze auch Altersgrenzen für das Kind vor, z.B. die Mündigkeit, Wohnsitz im Kanton (auch mit Karenzzeiten) und der Nachweis einer Notlage des Kindes. Dabei berücksichtigt werden kann die Einkommens- und Vermögenssituation des obhutsberechtigten Elternteils, z.T. je nach kantonalem Recht auch unter Miteinbezug des Einkommens und Vermögens eines Stiefelternteils (Art. 278 Abs. 2 ZGB) oder Konkubinatspartners.¹³⁵

Abgesehen von den kantonalen Unterschieden, die zu einer rechtsungleichen und die interkantonale Mobilität einschränkenden Behandlung der Kinder führt, wirkt sich die bestehende Regelung negativ auf die soziale Sicherheit der Familie aus, weil jede noch so geringe Erwerbstätigkeit der obhutsberechtigten Person sowie die Eingehung neuer Partnerschaften zu einem gänzlichen Aus-

133 So wird bei Stieffkindern im Gegensatz zu den Pflegekindern das Erfordernis des Unterhalts nicht erwähnt. Da es sich bei den Familienzulage jedoch um eine Zulage an den Unterhalt des Kindes handelt, ist davon auszugehen, dass bei gemeinsamen Haushalt auch der Stiefelternteil an den Unterhalt des Kindes beiträgt, wenn auch nicht zwingend überwiegend (KIESER/REICHMUTH, Art. 4 Rz 26 FamZG).

134 In- oder ausländisches Urteil oder gültiger Unterhaltsvertrag. Sofern ein solcher Rechtstitel noch nicht vorliegt, kann das Gemeinwesen auch Überbrückungshilfen leisten.

135 Im Kanton Zürich wird das Einkommen von Konkubinatspartnern nicht mehr berücksichtigt, da das wirkliche Zusammenleben nicht kontrollierbar ist (Tages-Anzeiger vom 19. März 2014, S. 13).

schluss des Anspruchs auf Alimentenbevorschussung führen kann, ohne dass damit der Unterhalt des Kindes zusätzlich gesichert wäre.¹³⁶

d. Leistungen der Arbeitslosenversicherung

Sowohl die Höhe der Arbeitslosenschädigung als auch die Dauer von Wartezeiten sind davon abhängig, ob die versicherte Person Unterhaltspflichten gegenüber Kindern unter 25 Jahren hat. Den Kindern gleichgestellt werden auch Pflegekinder, denen gegenüber Unterhalt geleistet wird, und Stiefkinder, wobei bei letzteren m.E. zu Unrecht keine Unterhaltspflicht des Leistungsbezügers verlangt wird.¹³⁷ Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a AVIG beträgt in einem solchen Fall die Entschädigung 80% anstatt nur 70% des versicherten Verdienstes. Nur eine allgemeine Wartezeit von fünf Tagen haben gemäss Art. 18 Abs. 1 AVIG Versicherte mit Unterhaltspflichten gegenüber Kindern unter 25 Jahren zu bestehen, während ihnen gemäss Art. 6a Abs. 3 AVIV bei einem Einkommen bis Fr. 60 000.– die Wartezeit erlassen wird.¹³⁸

3. Erziehungs- und Betreuungsgutschriften

Die Einführung von Erziehungs- und Betreuungsgutschriften im Rahmen der 10. AHV-Revision vom 7. Oktober 1994 hing eng mit dem Einkommenssplitting zusammen, das im Gefolge von Gleichstellungspostulaten zu einem zivilstandsunabhängigen und selbständigen Rentenanspruch jedes Ehegatten auf der Basis von zwei Einkommen verhilft. Durch die fiktive Gutschrift, als Korrekturmassnahme zum Splitting gedacht, erhöht sich nämlich das zu teilende Gesamteinkommen und fängt, insbesondere bei kleinen und mittleren Einkommen, einen durch das Splitting bewirkten Rentenverlust teilweise wieder auf.¹³⁹ So gesehen sind die Gutschriften nicht alleine eine Gegenleistung für die Betreuungszeit, welche auf Kosten einer Erwerbstätigkeit geht, sondern eng mit dem der ehelichen Unterhaltspflicht entspringenden und dem Aufbau der Vorsorge dienenden Einkommenssplitting unter Ehegatten verknüpft. Dieser pro Jahr im individuellen Konto der Eltern gutgeschriebene Betrag knüpft gemäss Art. 29^{sexies} Abs. 1 AHVG zivilstandunabhängig an die elterliche Sorge i.S.v. Art. 301 ff. ZGB an, ausnahmsweise an die elterliche Obhut (Art. 52e AHVV), wenn den Eltern die elterliche Sorge entzogen wurde.¹⁴⁰ Es wird im Ganzen nur eine Erziehungsgutschrift pro Jahr ausgerichtet, sodass bei geschiedenen oder nicht verheirateten Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge, andere schrift-

136 Vgl. Bericht des Bundesrates vom 4. Mai 2011 in Erfüllung des Postulats (06.3003) der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats (SGK-N) vom 13. Januar 2006 betr. Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso.

137 Seco, AVIG-Praxis, ALE, C 71 (Stand 1. Januar 2014).

138 Seco, AVIG-Praxis, ALE, C 110 (Stand 1. Januar 2014).

139 BBI 1990 II 29 sowie Amtl. Bull. 1993 N 207 ff.

140 BGE 125 V 245 (246), E. 2.a.

liche Vereinbarung vorbehalten (Art. 52f Abs. 2^{bis} AHVV), diese gleich wie bei verheirateten Eltern geteilt und jedem Elternteil die Hälfte gutgeschrieben wird.¹⁴¹ Trotz des Zwecks der Erziehungsgutschriften werden Pflege- und Stiefeltern keine solchen gewährt, weil ihnen gegenüber keine elterliche Sorge im Sinne des ZGB zusteht und pro Kind nur eine Gutschrift ausgerichtet wird.¹⁴² Diese Betrachtungsweise greift der Sache nach zu kurz, ist formalistisch und führt dazu, dass bei Stiefkindverhältnissen dem Inhaber der elterlichen Sorge nur die Hälfte der Erziehungsgutschrift gutgeschrieben wird, weil es an der gemeinsamen elterlichen Sorge i.S.v. Art. 29^{sexies} Abs. 1 AHVG fehlt.¹⁴³ Der Eheabschluss führt somit zu einer Halbierung der Erziehungsgutschrift desjenigen Elternteils, dem vorher vielleicht eine ganze Erziehungsgutschrift zustand, und «entschädigt» die gesetzliche Unterstützungspflicht des Stiefelternteils bei Ausübung der elterlichen Sorge (Art. 299 ZGB) in keiner Weise. Bei entgeltlichen Pflegekindverhältnissen liegt der Ausgleich für die Betreuung im Pflegegeld, während bei unentgeltlichen die Sache anders liegt und die Obhut, Pflege und Erziehung, welche in Vertretung der Eltern erfolgt, als Erziehungshandlungen ausschlaggebend sein sollten, was de lege ferenda nochmals eine Diskussion wert wäre.¹⁴⁴ Für den Nachweis des Pflegeverhältnisses könnten die für die Betreuungsgutschriften geltenden Meldemassnahmen (Art. 29^{septies} Abs. 1 und 5 AHVG) entsprechend Anwendung finden.

Betreuungsgutschriften beanspruchen kann, wer Verwandte in auf- und absteigender Linie, also Eltern oder Kinder ab 16. Altersjahr, sowie Geschwister, die in mindestens mittlerem Grad hilflos sind und leicht erreichbar leben, betreut. Den Verwandten gleichgestellt sind neben Ehegatten und Schwiegereltern auch die Stiefkinder, nicht jedoch Pflegekinder, weil für sie auch keine Erziehungsgutschriften angerechnet werden können. Diese Rechtslage ist deshalb stossend, weil sie gleich wie Stiefkinder bei Unentgeltlichkeit und dauernder Betreuung und Erziehung familienähnlichen Anschluss an die Familie geniessen und sich auch auf Seiten der betreuenden Person keine sachlichen Unterschiede zeigen.

141 Vgl. dazu auch die Anfrage von Nationalrätin Barbara Gysi vom 18. Juni 2013 und die Antwort des Bundesrates vom 21. August 2013, der sich weiterhin für ein Wahlrecht i.S.v. Art. 52f AHVV ausspricht.

142 Amtl. Bull. 1994 S 550 begründet die gesetzliche Lösung, obschon man sich des Problems bewusst war, mit Praktikabilitätsüberlegungen und dem Hinweis darauf, dass die meisten Pflegeverhältnisse einer Adoption mit rückwirkend begründetem Kindesverhältnis vorausgehen oder bei Stiefkindverhältnissen vorliegen. Bezüglich einer Ausnahme vgl. BGE 126 V 1 ff., wonach eine Erziehungsgutschrift dem Vormund als Pflegeelter dennoch zukommt, weil dessen Funktion der elterlichen Sorge gleichkommt. Diese Begründung verkennt jedoch, dass es bei den Erziehungsgutschriften um eine Anerkennung der in die Betreuung investierte Zeit geht und nicht um die Wahrnehmung von Vertretungs- und Verwaltungsrechten.

143 BGE 126 V 429 (432), E. 3.

144 Anlässlich der 10. AHV-Revision wurde die Ausdehnung der Erziehungsgutschriften von Seiten des Nationalrates vorgeschlagen (Beschluss vom 10. März 1993: Amtl. Bull. 1993 N 255), hingegen auf Antrag des Ständerates wegen mangelnder Praktikabilität zur Streichung vorgeschlagen (Amtl. Bull. 1994 S 979 f.).

4. *Krankenkassenbeiträge*

In der Krankenversicherung herrscht das Kopfprämienprinzip vor, wonach der Versicherer von seinen Versicherten die gleichen Prämien erheben muss, soweit nicht eine gesetzliche Ausnahme zu Prämienunterschieden berechtigt (Art. 61 Abs. 1 KVG). Eine solche Ausnahme sieht das Gesetz zwingend für Kinder bis zur Mündigkeit und darüber hinaus für junge Erwachsene bis Vollendung des 25. Altersjahres auf freiwilliger Basis vor. Da der Gesetzgeber von Versicherten spricht, ist der Begriff «Kinder» in einem weiten Sinn zu verstehen.

II. **Verwandtschaft und Schwägerschaft**

1. *Einleitende Bemerkungen*

Verwandtschaft und Schwägerschaft, soweit es sich nicht um die Kernfamilie resp. das Kindesverhältnis handelt, treten im Netz der sozialen Sicherheit sowohl in Bezug auf zivilrechtliche als auch sozialrechtliche Ansprüche zunehmend in den Hintergrund.¹⁴⁵ Dennoch sind verwandtschaftliche Beziehungen resp. Familienzugehörigkeiten über die Kernfamilie hinaus in vereinzelten Situationen nicht aus dem Blickfeld des Gesetzgebers verschwunden, weil sie nach einer sachgerechten Sonderbehandlung rufen.¹⁴⁶

2. *Im Bereich der Unterstellung*

Soweit es sich nicht um die für die ganze Bevölkerung obligatorischen Sozialversicherungen handelt, geniessen gewisse Kategorien von Familienangehörigen bei den Arbeitnehmerversicherungen eine Befreiung von der Unterstellungspflicht, dies deshalb, weil die wirtschaftlichen resp. betrieblichen Interessen im Ergebnis mit dem Selbständigerwerbenden gleichgelagert sind.¹⁴⁷ Davon betroffen sind in der beruflichen Vorsorge gemäss Art. 1j Abs. 1 lit. e BVV 2, in der Unfallversicherung gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV und in der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b AVIG¹⁴⁸ die in einem Landwirtschaftsbetrieb mitarbeitenden Familienmitglieder des Betriebsleiters

145 Zu den Gründen vgl. vorne B.III.

146 Zum Kreis der zu den mitarbeitenden Familien(mit)gliedern gehörenden Personen vgl. vorne B.I.2.b.

147 Vgl. die Ausführungen für diese Ausnahmen in BBI 1980 III 526.

148 Interessant aus gesetzesystematischer Sicht ist die Regelung der Unterstellungsbefreiung in der Arbeitslosenversicherung unter dem Titel «Beiträge». Ob diese Befreiung in heutiger Zeit unter dem Aspekt des sozialen Schutzes der in der Landwirtschaft tätigen Personen noch gerechtfertigt ist, ist fraglich, da gemäss BFS viele Betriebe aufgegeben wurden und die Gesamtzahl von 70 500 Betrieben im Jahr 2000 auf 57 600 Betriebe im Jahr 2011 zurückgegangen ist (Quelle: BFS, Schweizer Landwirtschaft, Taschenstatistik 2013, S. 9); mit 56 575 Landwirtschaftsbetrieben im 2012 (minus 1,8% zum Vorjahr) setzte sich die rückläufige Entwicklung fort (Quelle: BFS, Landwirtschaftliche Strukturerhebung, Neuchâtel 2012).

resp. der Betriebsleiterin, deren Verwandte in auf- und absteigender Linie sowie auch die Schwiegereltern und Schwiegereltern des Betriebsleiters resp. der Betriebsleiterin, die voraussichtlich den Betrieb zur Selbstbewirtschaftung übernehmen werden (Art. 1a Abs. 2 lit. a und b FLG) und, je nach Einzelgesetz, auch ihre Ehegatten/eingetragenen Partner. Darüber hinaus sind in der Unfallversicherung alle, auch in andern Branchen tätigen, mitarbeitenden Familienmitglieder, welche *keinen Barlohn* beziehen und von der Beitragspflicht in der AHV befreit sind, von der Unterstellung ausgenommen.¹⁴⁹

3. *Im Bereich der Beiträge*

Mitarbeitende Familienmitglieder sind der ersten Säule unterstellt, jedoch bis zum 31. Dezember des Jahres, in welchem sie das 20. Altersjahr vollenden, von der Beitragspflicht befreit, wenn sie *ohne Barlohn* im Betrieb mitarbeiten. Bei mitarbeitenden Familienmitgliedern in der Landwirtschaft, die nicht mehr beitragsbefreit sind, werden die Beiträge auf Globallöhnen erhoben (Art. 7 AHVG i.V.m. Art. 14 Abs. 3 AHVV). Bei allen andern mitarbeitenden Familienmitgliedern werden Beiträge nur auf dem *Barlohn* erhoben, und zwar bis zum 31. Dezember des Jahres, in welchem sie das 20. Altersjahr vollenden, und ab dem erreichten Rentenalter (Art. 5 Abs. 3 AHVG), ansonsten auf dem *Natural- und Barlohn* (Art. 14 Abs. 1 und 2 AHVV). Ohne *Natural- und Barlohn* mitarbeitende Familienmitglieder gelten als nichterwerbstätig und entrichten ihre Beiträge nach den Vorschriften von Art. 10 AHVG i.V.m. Art. 28 f. AHVV.

4. *Im Bereich der Leistungen*

a. *Taggelder und Renten*

Die Sonderstellung mitarbeitender Familienmitglieder, sei es entgeltlich oder unentgeltlich, beruht auf den Bedürfnissen der Gewerbetreibenden und knüpft noch an die alten Traditionen der gewerblichen Grossfamilie. Da mitarbeitende Familienmitglieder, hier wohl in einem weiteren AHV-rechtlichen Sinn zu verstehen, in der Regel nicht wie gewöhnliche Arbeitnehmer orts- und branchenüblich, sondern tiefer entlohnt werden, hat der Gesetzgeber bei der Taggeldbemessung entsprechende Korrekturen zwecks Vermeidung einer Benachteiligung eingebaut¹⁵⁰ und verweist für die Bestimmung des versicherten Verdienstes auf einen Normallohn oder orts- und branchenüblichen Lohn (Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV, Art. 16 Abs. 5 MVV). Das Bundesgericht stützt sich bei der Auslegung des Begriffs der Familienglieder streng auf den familienrechtlichen Status, d.h. auf den formellen Eheabschluss und betrachtet Verlobte oder in eheähnlicher

149 U 120/00 vom 9. Januar 2001, E. 3.b.bb.

150 U 120/00 vom 9. Januar 2001, E. 3.a.

Lebensgemeinschaft lebende Paare nicht als der Familie zugehörig.¹⁵¹ In solchen Fällen muss jedoch geprüft werden, ob zumindest bei Konkubinatspaaren nicht ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt.¹⁵²

Soweit es bei einer Invaliditätsfestsetzung um die Bestimmung der Validen- und Invalideneinkommen geht, gelten jedoch keine von der effektiven Betrachtungsweise abweichenden Sonderbestimmungen resp. es wird auf die ausserordentliche Bemessungsmethode zurückgegriffen.¹⁵³

b. Betriebszulagen

Mitarbeitende Familienangehörige, die während einer längeren Dienstleistung vom Landwirtschaftsbetrieb abwesend sind und deswegen durch eine Arbeitskraft ersetzt werden müssen, haben unter den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EOG i. V. m. Art. 14 EOV Anspruch auf eine Betriebszulage.

c. Betreuungsgutschriften

Die Betreuungsgutschrift setzt gemäss Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG voraus, dass die Betreuungsperson Verwandte in auf- oder absteigender Linie oder Geschwister betreut, die Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung für Hilflosigkeit von mindestens mittleren Grades haben, und zudem örtlich leicht erreichbar sind. Den Verwandten gleichgestellt sind Ehegatten, Schwiegereltern und Stiefkinder. Mit der Beschränkung auf enge Verwandte¹⁵⁴ wurde eine Lösung auch im Interesse der einfacheren Abklärung getroffen, auch wenn sie aus familiärer Sicht und generell im Hinblick auf die gesellschaftlichen Bedürfnisse aus heutiger Sicht zu eng ausgefallen ist.¹⁵⁵

d. Schadenminderungspflicht

Die Inanspruchnahme von Hilfe Dritter bildet ein Aspekt der Schadenminderungspflicht. Diese Frage stellt sich zum einen im Zusammenhang mit der Bemessung der Hilflosigkeit und zum andern bei der Bestimmung des Invaliditätsgrads, insbesondere bei der Anwendung der Betätigungsvergleichsme-

151 BGE 121 V 125 (129), E. 2.c.dd, letzter Satz steht jedoch in Widerspruch zu den vorangehenden Erwägungen, wenn gesagt wird: «Da die Versicherte im Zeitpunkt des Versicherungsfalls weder als Konkubinatspartnerin noch als Verlobte ein Familienglied der Versicherungsnehmerin war, verbietet sich eine Anwendung von Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV.»

152 Vgl. das Beispiel in BGer 4C.195/2006 vom 12. Oktober 2007, E. 2.4.2 oder BGE 109 II 228 (231), E. 2.b.

153 BGE 97 V 57.

154 Gemäss BGE 126 V 153 (154), E. 4 und 5 ist die Aufzählung in Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG abschliessend und darin auch keine echte Gesetzeslücke zu erblicken.

155 Amtl. Bull. 1994 S 550: Die Ausdehnung des Personenkreises auf Schwiegereltern wird durch den Wegfall des Anspruchs im Falle des Vorsterbens des seine Eltern pflegenden Kindes und damit auch den Wegfall des gesplitteten Anspruchs für den Ehegatten begründet. Bei Stiefkindern beruht die Pflicht auf Art. 299 ZGB.

thode i.S.v. Art. 28a Abs. 2 IVG. Die Rechtsprechung beruft sich dabei auf die gesetzliche Beistandspflicht, die insbesondere dem Ehepartner und den Kindern zukommt. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung aber auch schon die Hilfe weiterer Verwandter zum Zwecke der Schadenminderung in die Kalkulation miteinbezogen. Diese Betrachtungsweise ist, wie unten noch zu zeigen sein wird, abzulehnen, da es an der gesetzlichen Beistandspflicht fehlt. So wurde auch schon die Hilfe von Personen, die keine gesetzliche Beistandspflicht trifft, wie Schwiegermutter und Schwägerin¹⁵⁶, Nichte¹⁵⁷ und sogar die Hilfe von Dritten wie Konkubinatspartner¹⁵⁸ oder Nachbarschaftshilfe¹⁵⁹, angerechnet.

III. Verlöbnis

Das Verlöbnis ist ein familienrechtlicher Vertrag mit dem Inhalt, sich gegenseitig die Eingehung der Ehe zu versprechen (Art. 90 Abs. 1 ZGB). Das Verlöbnis ändert am bisherigen Zivilstand nichts. Es treten daher in der Regel nicht die an die Ehe geknüpften sozialversicherungsrechtlichen Folgen ein.¹⁶⁰ Ausnahme davon bildet jedoch Art. 29 Abs. 2 UVG, wonach Anspruch auf Hinterlassenleistungen auch besteht, wenn die Ehe erst nach dem Unfall geschlossen wurde, jedoch vor dem Unfall verkündet worden war (heute Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens gemäss Art. 98 ff. ZGB) oder beim Tode mindestens zwei Jahre gedauert hat. Verlobte sind keine Verwandte, doch zählen sie zu den Angehörigen, weshalb ihnen gewisse Verfahrensrechte und -pflichten zukommen.

IV. Ehestand und eingetragene Partnerschaft, unter Berücksichtigung auch des Konkubinats

1. Einleitende Bemerkungen

Eheschliessung und Eheauflösung durch Tod oder Scheidung finden ihre Regelung im Zivilgesetzbuch. Dabei stellt das Sozialversicherungsrecht auf die zivilrechtlichen Begriffe von Ehe und Eheschliessung (Art. 97 ff. ZGB), Tod¹⁶¹ (Art. 31 Abs. 1 ZGB) oder Scheidung (Art. 111 ff. ZGB resp. Art. 29 ff. PartG)

¹⁵⁶ I 685/02 vom 28. Februar 2003, E. 4.2.5; I 300/04 vom 19. Oktober 2004, E. 6.2.3 und BGE 110 V 318 (322), E. 4.

¹⁵⁷ I 681/02 vom 11. August 2003, E. 5.2 f.

¹⁵⁸ BGer 8C_828/2011 vom 27. Juli 2012, E. 4.5.

¹⁵⁹ BGE 110 V 318 (322), E. 4.

¹⁶⁰ Demgegenüber können Verlobte, die vom Partner unterstützt wurden und unterstützungsbedürftig waren, in einem haftpflichtrechtlichen Verfahren einen Versorgerschaden geltend machen (BGE 114 II 144 [146], E. 2.a) oder im Rahmen von Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG bei einer überwiegenden Unterhaltsleistung als Begünstigte eingesetzt werden.

¹⁶¹ BGE 117 V 258 ff. betr. Verschollenerklärung.

ab und erblickt im Privatrecht eine vorbestehende verbindliche Ordnung.¹⁶² Sowohl die Eingehung als auch die Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung haben zahlreiche Auswirkungen in Bezug auf Beitragsbemessung und -erhebung, den weiteren Aufbau der Vorsorge und auch auf die Begründung von Ansprüchen auf Hinterlassenenleistungen. Die gleichen Wirkungen wie der Ehestand hat gemäss Art. 13a Abs. 1 und 2 ATSG auch die eingetragene Partnerschaft für die Zeit ihrer Dauer und die Auflösung durch Tod. Der Ehescheidung entspricht sodann gemäss Art. 13a Abs. 3 ATSG die gerichtliche Auflösung der eingetragenen Partnerschaft. In der Folge wird jedoch aus Gründen der besseren Lesbarkeit die eingetragene Partnerschaft zwar mitgemeint, jedoch nur noch von der Ehe die Rede sein.

2. *Im Bereich der Unterstellung*

Das schweizerische Sozialversicherungsrecht basiert auf dem Grundsatz der *Individualunterstellung*, welche somit grundsätzlich zivilstandunabhängig ausgestaltet ist. Durchbrochen wird das Prinzip der Individualunterstellung jedoch durch die Geltung der FZA und der VO (EU) 883/2004, worin das Familienversicherungsprinzip festgelegt ist.¹⁶³ Danach werden von der Unterstellung am Erwerbsort auch die nichterwerbstätigen Familienmitglieder, also der nichterwerbstätige Ehepartner und die nichterwerbstätigen Kinder bis zu ihrer Mündigkeit oder die unterhaltsberechtigten Mündigen, sofern das Land keine eigene Umschreibung des Familienangehörigenkreises kennt¹⁶⁴, erfasst.

Soweit die Ehegatten Arbeitnehmer oder selbständigerwerbend sind, werden sie als solche ausschliesslich aufgrund ihres Erwerbseinkommens den zuständigen Sozialversicherungen unterstellt, und zwar ohne Rücksicht auf ihren Zivilstand. Dies gilt auch für Konkubinatspartner, die auf der Basis eines Arbeitsvertrages Hausarbeit oder Arbeit im Betrieb des andern leisten und entsprechend entlohnt werden.¹⁶⁵ Wird jedoch keine eigentliche Entlohnung festgesetzt, Kost und Logis und ein Taschengeld haben gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht den Charakter einer Entlohnung, werden haushaltführende Konkubinatspartner, gleich wie haushaltführende Ehegatten, AHV-rechtlich als nichterwerbstätig qualifiziert.¹⁶⁶

162 RIEMER, Berührungspunkte, S. 156.

163 Art. 2 Abs. 2, Art. 17 Abs. 1, Art. 43 Abs. 2, Art. 67 VO (EG) 883/2004.

164 Art. 1 lit. i VO (EG) 883/2004.

165 BGE 130 V 553 (559), E. 3.6. Diese Rechtsprechung ist aus der Sicht der Vertragsfreiheit und dem besseren sozialen Schutz der haushaltführenden Person zu begrüssen, doch dürfte aus meiner Sicht die für den Arbeitsvertrag typische Subordination und hierarchische Einordnung in einen Betrieb bei Konkubinatsverhältnissen doch nur sehr am Rande erfüllt sein (gl. M. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz 03.43). Zudem ist dem BSV zuzustimmen, dass die Missbrauchsgefahr erheblich und eine Kontrolle nur schwer möglich ist (E. 3.5.1).

166 BGE 125 V 205 ff.

3. *Im Bereich der Beiträge*

a. *Beitrag bezahlung für den nichterwerbstätigen durch den erwerbstätigen Ehegatten*

Soweit die Beitragspflicht an die Erwerbsarbeit anknüpft, ist sie grundsätzlich untrennbar mit der Individualunterstellung an die Person des Versicherten gebunden. Obwohl das Splitting und der eigene Rentenanspruch jedes Ehepartners eine zivilstandsunabhängige Vorsorge ermöglichen soll, haben sich bei Nichterwerbstätigkeit eines der Ehepartner aus Praktikabilitätsgründen zivilstandsabhängige Elemente erhalten.¹⁶⁷ Gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG gelten die eigenen AHV/IV-Beiträge eines nichterwerbstätigen Ehegatten als bezahlt, wenn der erwerbstätige mindestens den doppelten Mindestbeitrag im Jahr entrichtet.¹⁶⁸ Nichterwerbstätigkeit wird auch in den Fällen von Art. 10 Abs. 1 Satz 3 sowie Art. 28^{bis} AHVV fingiert. Voraussetzung für die Anwendung dieser Regelung ist eine gültig bestehende Ehe sowie die Erwerbstätigkeit nur eines der Ehepartner. In allen übrigen Fällen (Nichterwerbstätigkeit beider Eheleute, Nichterreichen des zweifachen Mindestbeitrags, Nichtunterstellung unter die AHV des erwerbstätigen Ehegatten) hat jedoch der Nichterwerbstätige seine eigenen Beiträge nach Massgabe von Art. 28 AHVV zu entrichten. Wohl geht es nicht an, dass das gleiche Erwerbseinkommen bei jedem der Ehegatten mit Beiträgen belegt wird, beim Erwerbstätigen und nochmals im Umfang der dem Nichterwerbstätigen gutgeschriebenen Hälfte, doch verletzt es das Postulat einer zivilstandsunabhängigen Vorsorge und das Gebot der Rechtsgleichheit im Fall der nicht von Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG erfassten Sachverhalte, wenn nicht generell auch der nichterwerbstätige Ehegatte nach Massgabe von Art. 28 Abs. 1 AHVV selbstständig beitragspflichtig wird.¹⁶⁹ Sofern der nichterwerbstätige Ehegatte über kein Vermögen und Einkommen verfügt, hat er immerhin gegenüber dem erwerbstätigen gestützt auf Art. 163 ZGB einen unterhaltsrechtlichen Anspruch auf angemessene Mittel und Vorsorge, aus dem er seine Beitragspflicht selbstständig erfüllen kann.¹⁷⁰

Der ausschliesslich haushaltführende Konkubinatspartner, der Kost und Logis sowie ein Taschengeld erhält, entrichtet seine Beiträge als Nichterwerbstätiger persönlich.¹⁷¹ Der im Betrieb mitarbeitende Konkubinatspartner gilt entweder als Arbeitnehmender (i.S.v. Art. 320 Abs. 1 oder 2 OR) oder Gesellschafter und entrichtet seine Beiträge somit als Unselbstständig- oder als Selbstständigerwerbender.

167 Amtl. Bull. 1993 N 248 (Votum Allenspach).

168 Zur Frage der Anwendung von Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG bei erwerbstätigen Altersrentnern vgl. BGE 133 V 205 ff.

169 Vgl. auch WSN Rz 2078 ff.

170 BBI 1990 II 31 bezeichnet es jedoch als unzumutbar und administrativ aufwendig, wenn der erwerbstätige Ehegatte doppelt beitragspflichtig würde und eine «Zusatzsteuer» entrichten müsste.

171 BGE 125 V 205.

b. Grundlagen der Beitragsbemessung bei Nichterwerbstätigkeit

Der Zivilstand wirkt sich sodann auch bei der Beitragsbemessung Nichterwerbstätiger aus, indem sich gemäss Art. 28 Abs. 4 AHVV die Beiträge auf der Grundlage der Hälfte des ehelichen Vermögens und Renteneinkommens bemessen, was selbst für das ganze Kalenderjahr der Heirat gilt. Soweit eine nichterwerbstätige verheiratete Person aufgrund ihres Vermögens und Renteneinkommens ihre Beiträge an die AHV/IV leistete und der Ehegatte stirbt, erfolgt ab dem Zeitpunkt des Todes die Bemessung ihrer Beiträge nur noch aufgrund ihres eigenen ungeteilten Vermögens und Renteneinkommens, wozu auch das durch Erbschaft angefallene Vermögen sowie die neuen Rentenleistungen zählen.¹⁷²

4. Im Bereich der Leistungen

a. Einkommenssplitting

Das Einkommenssplitting setzt eine rechtsgültige Ehe voraus und ermöglicht, dass jeder der beiden Eheleute zum einen in Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter einen zivilstandsunabhängigen Rentenanspruch hat und zum anderen während der Ehedauer im Falle der Erfüllung von Erziehungs- oder Betreuungsaufgaben Beitragsjahre *samt Einkommen* aufweisen kann (Art. 29^{quinquies} Abs. 1 AHVG), um sich eine adäquate Vorsorge aufzubauen zu können.¹⁷³ Angeknüpft wird mit dieser Methode auch an die zivilrechtliche Vorstellung, dass die Ehe unter anderem eine Wirtschafts- und Vorsorgegemeinschaft¹⁷⁴ ist und der Saldo der Errungenschaft, zu welcher gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB das Einkommen zählt, bei Auflösung der Ehe auch geteilt wird. Das Einkommenssplitting wird jedoch nicht während laufender Ehe durchgeführt, sondern gemäss Art. 29^{quinquies} Abs. 3 AHVG erst, wenn der zweite Rentenfall eingetreten ist, eine verwitwete Person Anspruch auf eine Altersrente hat¹⁷⁵ oder im Fall einer Scheidung. Einem Ehegatten, der während der Ehe keine Erwerbseinkommen, Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften aufweisen kann und als erster rentenberechtigt wird, wird die Rente somit nur auf der Grundlage allfälliger vorehelicher Einkommen sowie der erwerbslosen Beitragsjahre während der Ehe berechnet, was natürlich der in Art. 161 Abs. 2 ZGB aufgewerteten Hausarbeit und der Geschlechtergleichstellung nicht gerecht wird, da für diese Arbeit

172 BGE 126 V 421 (427), E. 5.b.

173 BBI 1990 II 29.

174 BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 159 Rz 21 und 52 ZGB.

175 BGE 126 V 57 (59), E. 4, wonach der *aktuelle* Zivilstand, d.h. eine erneute Eheschliessung, bei der Berechnung der Altersrente nach dem Einkommenssplitting unbeachtlich ist. Demgegenüber geht der Bezüger einer Hinterlassenenrente, der bei Erreichung des Rentenalters in den Genuss eines Verwitwetenzuschlags zur Altersrente gemäss Art. 35^{bis} AHVG kommt, bei einer Wiederverheiratung dessen verlustig und erleidet vorsorgerechtlich betrachtet eine Heiratsstrafe (BGer 8C_778/2012 vom 5. April 2013, E. 3.1).

vom Gesetz keine Gutschriften vorgesehen sind. Zudem wird das Einkommen gemäss Art. 29^{quinquies} Abs. 5 AHVG i.V.m. Art. 50b Abs. 3 AHVV im Jahr der Eheschliessung und im Jahr der Auflösung der Ehe nicht geteilt.

Das Einkommenssplitting hat nicht zur Folge, dass auch eine Anrechnung der Beitragszeiten des Ehegatten erfolgt. Fehlende Beitragsjahre eines Ehegatten können somit nicht mittels Anrechnung von Beitragsjahren des andern kompensiert werden, auch nicht durch überzählige. Die Ehe soll an der Individualunterstellung und deren Auswirkungen auf die Leistungen nicht rütteln, erst recht nicht bei einem zivilstandsunabhängigen Anspruch, sondern einzig einen geldwerten Ausgleich zwischen den Ehepartnern schaffen.

b. Erziehungs- und Betreuungsgutschriften

Die Eheschliessung hat Einfluss auf die Zuteilung der Erziehungs- und Betreuungsgutschriften in dem Sinn, als diese bei verheirateten Personen während der Kalenderjahre der Ehe hälftig geteilt werden (Art. 29^{sexies} Abs. 3 und Art. 29^{septies} Abs. 6 AHVG). Es gilt somit Art. 50b Abs. 3 AHVV. Der Teilung unterliegen unter der Voraussetzung, dass beide Ehegatten der AHV unterstellt sind, aber nur die Gutschriften für die Zeit zwischen dem 1. Januar nach Vollendung des 20. Altersjahres und dem 31. Dezember vor Eintritt des Versicherungsfalles beim Ehegatten, welcher zuerst rentenberechtigt wird. Bei geschiedenen oder unverheirateten Eltern wird gemäss Art. 52f^{bis} Abs. 2 AHVV (in Kraft ab 1. Januar 2015) die Erziehungsgutschrift bei gemeinsamer elterlicher Sorge und einer Betreuung der Kinder zu gleichen Teilen den Eltern hälftig zugewiesen, ansonsten bei überwiegender Betreuung der Kinder, oder m.E. auch nur eines von mehreren, durch einen Elternteil ungeteilt an diesen. Die Zuteilung der Erziehungsgutschrift wird von Amtes wegen zusammen mit der (Neu)Regelung der elterlichen Sorge durch das Gericht oder die Kinderschutzbehörde vorgenommen (Art. 52f^{bis} Abs. 1 AHVV) oder durch schriftliche Erklärung der Eltern gegenüber dem Zivilstandsamts oder der Kinderschutzbehörde (Art. 52f^{bis} Abs. 3 AHVV). Der Zuteilungsmodus kann jederzeit von den Eltern durch schriftliche Vereinbarung mit Wirkung ab dem 1. Januar des Folgejahres ohne behördliche Mitwirkung geändert werden (Art. 52f^{bis} Abs. 4 AHVV), muss jedoch der Ausgleichskasse mitgeteilt werden (Art. 31 Abs. 1 ATSG). Liegt keine schriftliche Vereinbarung über die Zuteilung der Erziehungsgutschrift vor oder kann die Kinderschutzbehörde aufgrund fehlender Informationen keine Zuteilung von Amtes wegen vornehmen, wird die Erziehungsgutschrift, aus Gleichbehandlungsüberlegungen wohl als widerlegbare Vermutung zu verstehen, der Mutter zugewiesen (Art. 52f^{bis} Abs. 6 AHVV).

Betreuungsgutschriften sind auch insofern an den Status geknüpft, als es sich bei der zu betreuenden Person nebst den Verwandten in auf- und absteigender Linie um den Ehegatten oder die Schwiegereltern handeln muss.

c. *Invaliditätsbemessung*

Gemäss Art. 77 IVV, aber auch aufgrund von Art. 31 Abs. 1 ATSG, sind Leistungsbezüger verpflichtet, wesentliche Änderungen dem Leistungserbringer zu melden. Zu den wesentlichen Änderungen in den persönlichen Verhältnissen zählt auch der Zivilstandswechsel, weil mit ihm neue Rechte und Pflichten oder Aufgabenverschiebungen verbunden sein können. Im Zusammenhang mit der Bestimmung des Invaliditätsgrades von Bedeutung ist, welche Bemessungsmethode zur Anwendung gelangen soll, was nach den konkreten Umständen beurteilt wird. Insofern kann, aber muss nicht, auch ein Wechsel des Zivilstands dazu führen, dass eine Person aufgrund einer neuen Aufgabenverteilung im Gesundheitsfall überwiegend wahrscheinlich voll-, teil- oder nichterwerbstätig sein würde. Beurteilt wird diese Frage nach Massgabe persönlicher, familiärer, sozialer und erwerblicher Verhältnisse sowie allfälliger Erziehungs- und Betreuungsaufgaben gegenüber Kindern, des Alters, der beruflichen Fähigkeiten und der Ausbildung. Mit der gemeldeten Eheschliessung kann somit ein Grund für eine Rentenrevision gesetzt werden, wobei nicht die Eheschliessung als solche, sondern nur damit verbundene mögliche Änderungen in der Aufgabenverteilung resp. der Einkommenssituation Gegenstand der Prüfung sein dürfen.¹⁷⁶ Eine solche muss sich zwingend aus dem Umstand ergeben, dass eine bisherige Erwerbstätigkeit oder Nichterwerbstätigkeit auch im Gesundheitsfall aufgegeben, eingeschränkt oder ausgedehnt worden wäre, von dem nicht leicht hin ausgegangen werden kann. Die Berücksichtigung der sozialen und finanziellen Verhältnisse kann dabei nur im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der Erschliessung neuer Einnahmen eine Rolle spielen, jedoch nicht im umgekehrten Fall, weil auch allenfalls das Vorliegen von neu nun guten finanziellen Verhältnissen wohl kaum mehr zur Aufgabe einer eigenen Erwerbstätigkeit veranlasst, da letztere auch Ausdruck der eigenen Persönlichkeitsentfaltung darstellt und gerade bei guter Ausbildung dem Erhalt des Ausbildungsniveaus dient. Generell fragwürdig erscheint es, die finanziellen Verhältnisse nach Massgabe der gesamten familiären Leistungsfähigkeit zu betrachten, da damit Faktoren berücksichtigt werden, die unmittelbar nichts mit der Person des Leistungsbezügers zu tun haben. Für die Beurteilung seines Status massgebend dürfen letztlich nur seine persönlichen Umstände und seine familiären Verpflichtungen bezüglich Betreuung und Unterhalt sein. Diese Betrachtungsweise erlaubt eine rechtsgleiche Behandlung nicht nur von Ehepaaren, sondern auch von solchen mit Konkubinatspaaren. Denn soweit die Veränderung persönlicher Verhältnisse einen Einfluss auf die Invaliditätsgradbemessung haben soll, müsste grundsätzlich auch die Eingehung eines Konkubinats die gleichen Auswirkungen zeigen wie die Eingehung der Ehe.

176 RIEMER-KAFKA, Revision von Dauerleistungen, S. 104 ff.

d. Hinterlassenenleistungen

aa. Bei Eintritt des Risikos

Der Tod einer versicherten Person, diesem gleichgestellt ist die Verschollenerklärung¹⁷⁷, löst unter den sozialversicherungsrechtlichen Bedingungen, die die Hinterbliebenen zu erfüllen haben, Anspruch auf Witwen-, Witwer- oder Waisenrenten aus. Diese Leistungen bezwecken die Sicherstellung des durch den Tod untergegangenen Unterhaltsanspruchs gegenüber Ehegatte und Kindern und bauen auf der Vermutung eines durch den Tod des Versicherten erlittenen Versorgerschadens.¹⁷⁸ Dabei wird nicht wie im Haftpflichtrecht auf den konkreten Unterhaltsverlust, den konkreten Versorgerschaden, sondern rein abstrakt, ausgehend von einem entsprechenden Unterhaltsbedarf, und formal auf den Eintritt des Risikos bei der versicherten Person und die Zusatzvoraussetzungen bei den möglichen Anspruchsberechtigten abgestellt. Zu diesen gehören in erster Linie das Bestehen einer Ehe im Zeitpunkt des Todes und, mit Ausnahme der Militärversicherung (Art. 53 MVG), zusätzlich das Vorhandensein von Kindern¹⁷⁹ oder renten- resp. unterhaltsberechtigten Kindern¹⁸⁰, eigener Invalidität¹⁸¹, oder für Frauen die Zurücklegung eines bestimmten Alters¹⁸² und das Zurücklegen einer bestimmten Ehedauer.¹⁸³ Grundsätzlich bauen diese Zusatz-

177 Die gerichtlich festgestellte Verschollenerklärung löst bis zu ihrer gerichtlichen Umstossung Hinterlassenenleistungen aus, wobei die Organe der AHV sich diesbezüglich ausschliesslich auf das zivilrechtliche Verfahren i.S.v. Art. 42 ZGB stützen und nicht davon unabhängige Abklärungen treffen (BGer H 120/02 vom 19. November 2004, E. 4.2.1). Bei einer gerichtlichen Umstossung müssen bereits bezogene Hinterlassenenleistungen nicht zurückerstattet werden (BGE 110 V 248 [250], E. 2). Ebenso werden trotz Wiederauftauchen des Verschollenerklärten Nachzahlungen an die «Hinterbliebenen» ausgerichtet, solange keine gerichtliche Umstossung rechtskräftig ist (BGer H 120/02 vom 19. November 2004, E. 4.3).

178 Vgl. in diesem Sinn BGer 9C_88/2011 vom 15. Februar 2012, E. 6.4. Schon in der Botschaft zum KUVG (BBI 1906 VI 378) ging man bezüglich der Hinterlassenenrente, die lediglich 50% des Lohnes zu entsprechen hatte, davon aus, dass nur die Hälfte auch für den Unterhalt verwendet würde. Die Invalidenrente entsprach jedoch 60% des versicherten Verdienstes, da zusätzlich der Unterhalt des Versicherten berücksichtigt werden muss. Heute beträgt der Anteil 40% für den überlebenden Ehegatten und 15% für jedes Kind, maximal zusammen 70% des versicherten Verdienstes und 90% davon, wenn noch ein geschiedener Ehegatte Ansprüche geltend machen kann (Art. 31 Abs. 1 und 2 UVG). Betr. Erlöschen des Anspruchs auf Hinterlassenenleistungen bei Wiederverheiratung vgl. nachfolgend bb).

179 Art. 23 Abs. 2 lit. a und b AHVG; Art. 29 Abs. 3 UVG jedoch nur für Witwen.

180 Art. 19 Abs. 1 lit. a BVG; Art. 29 Abs. 3 UVG.

181 Art. 29 Abs. 3 UVG.

182 Art. 24 Abs. 1 AHVG; Art. 19 Abs. 1 lit. b BVG; Art. 29 Abs. 3 UVG.

183 Art. 24 Abs. 1 AHVG; Art. 19 Abs. 1 lit. b BVG. Betreffend Zusammenrechnung einer der Ehe vorausgegangenen Lebensgemeinschaft i.S.v. Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG und des Todes vor Eintritt der reglementarischen Ehedauer von nur drei Jahren vgl. BGer 9C_177/2010, E. 4.3.3, welcher auf Grund der besonderen Umstände und Pensionskassenregelung als Ausnahme zu betrachten ist. Hingegen ist eine Anrechnung eines der Ehe vorausgegangenen Konkubinats in der AHV und auch im BVG, soweit eben keine rentenbegründende Begünstigtenordnung vorliegt, ausgeschlossen (vgl. dazu hinsichtlich der Regelung der Scheidungsnebenfolgen auch BGE 135 III 59 [61], E. 4).

bedingungen auf dem Modell der Versorgerehe auf, wonach die Witwe entweder die Rolle der nichterwerbstätigen Ehegattin innehatte und auf den Unterhalt des verstorbenen Ehegatten angewiesen war oder wegen ihrer Betreuungsaufgaben oder ihres fortgeschrittenen Alters resp. einer Invalidität Einschränkungen in ihrer Erwerbsmöglichkeit in Kauf genommen hat resp. künftig in Kauf nehmen muss.¹⁸⁴ Mit der Hinterlassenenleistung soll zudem das Vertrauen in die vor dem Risikoeintritt gelebte Aufgabenverteilung und Unterhaltsregelung geschützt werden, dies im Unterschied zur zivilrechtlichen Beistandspflicht, nach welcher bei Veränderungen der bisherigen Lebensbedingungen wie Invalidität, Arbeitslosigkeit und ähnliche Situationen die Unterhaltsregelung neu definiert und im Rahmen des Zumutbaren den neuen Verhältnissen angepasst werden muss.¹⁸⁵

In Bezug auf die Hinterlassenenleistungen geht die *berufliche Vorsorge* einen eigenen Weg. Sie sieht solche nicht nur für Ehegatte und Kinder vor, sondern gewährt gemäss Art. 20a BVG darüber hinaus Hinterlassenenleistungen zwecks Besserstellung der Lebenspartner und auch anderer nicht rentenberechtigter Personen, aber nur sofern die Pensionskasse dies auf reglementarischer Grundlage einführt.¹⁸⁶ Zum Kreis der Begünstigten gehören insbesondere auch Personen, die der Versicherte in erheblichem Umfang unterstützt hat und die durch den Tod einen Versorgerschaden erleiden.¹⁸⁷ Unabhängig von einem Versorgerschaden¹⁸⁸ berechtigt ist auch der Lebenspartner resp. die Lebenspartnerin¹⁸⁹, der oder die mit der versicherten Person in den letzten fünf Jahren vor deren Tod eine Lebensgemeinschaft geführt oder mit ihm resp. ihr gemeinsame Kinder hat, für deren Unterhalt er resp. sie aufkommen muss.¹⁹⁰ Der Kreis der

184 In der Botschaft zur 10. AHV-Revision wird darauf hingewiesen, dass die Versorgerehe mit Rollenverteilung immer noch die Regel ist (BBl 1990 II 42).

185 BRÄM/HASENBOHLER, Art. 159 N 118 und Art. 163 N 84 ff. ZGB.

186 Obwohl Art. 20a BVG systematisch im Obligatorium angesiedelt ist und eine zwingende Kaskadenordnung aufstellt – mit der Einführung von Art. 20a BVG sollte auch eine rechtsgleiche und einheitliche Regelung auf Gesetzesstufe getroffen werden – wird die Begünstigtenordnung aufgrund der Freiwilligkeit und der, zwar begrenzten, Regelungsautonomie der Pensionskassen, dem überobligatorischen Bereich zugeordnet. Ausführlich zur Rechtsnatur von Art. 20a BVG vgl. AMSTUTZ, S. 101 ff., 134 f.

187 Gemäss BGE 140 V 50 (56), E. 3.4.3 kann ein Todesfallkapital bei Nichterfüllung der Voraussetzung der fünfjährigen Lebensgemeinschaft dann ausgerichtet werden, wenn der Lebenspartner während mindestens zwei Jahren erheblich unterstützt wurde.

188 Der Gesetzgeber hat bewusst auf dieses in der Praxis vorkommende Erfordernis des Unterhalts verzichtet und ein fünfjähriges Konkubinat der Unterstützung von Drittpersonen gleichgestellt (BBl 2000 2683).

189 BGE 134 V 36 (375), E. 6.3 auch betr. gleichgeschlechtliche.

190 An die Art und Weise der Lebensgemeinschaft, nicht jedoch für deren Dauer, dürfen die Reglemente restriktivere (vgl. BGer 9C_403/2011 vom 12. Juni 2012, E. 4.4) sowie formell oder materiell konstitutiv wirkende, jedoch nicht diskriminierende Bedingungen knüpfen, so z.B. an einen gemeinsamen Haushalt resp. eine Wohngemeinschaft (BGE 137 V 383 [389], E. 3.3), eine Meldung der Lebensgemeinschaft an die Pensionskasse (BGE 137 V 105 [111], E. 8), die gewünschte Begünstigung (BGE 136 V 127 [130], E. 5) oder eine Unterstützungspflicht (BGE 138 V 86 [95], E. 5.2.1). Ohne solche Zusatzbedingungen gilt eine Lebensgemeinschaft als aus-

begünstigten Personen darf gegenüber den im Gesetz aufgeführten eingeschränkt, aber nicht erweitert werden.¹⁹¹ Der Anspruch der Begünstigten besteht neben demjenigen der gesetzlich berechtigten Hinterbliebenen, aufgrund der der Pensionskasse im *Überobligatorium* eingeräumten weiten Autonomie, sogar auch in höherem Umfang, wenn das Reglement dies vorsieht und allenfalls die Leistungen für die gesetzlichen Anspruchsberechtigten auf den obligatorischen Bereich beschränkt.¹⁹² Vor dem Hintergrund des Zwecks der Hinterlassenleistungen sind die bestehenden unterschiedlichen Leistungsvoraussetzungen zu harmonisieren.¹⁹³

bb. Erlöschen des Anspruchs auf Hinterlassenleistungen

Entsprechend dem Zweck der Hinterlassenrenten geht der Anspruch mit dem Tod des Berechtigten oder der Wiederverheiratung unter. Durch letztere gewinnt die betroffene Person neu einen zu Unterhalt gesetzlich verpflichteten Partner. Nicht in allen Sozialversicherungszweigen erlischt der Hinterlassenrentenanspruch jedoch definitiv. Gemäss Art. 23 Abs. 5 AHVG lebt der alte Anspruch bei späterer Scheidung der neuen Ehe oder ihrer Ungültigkeit wieder auf, wenn die neue Ehe nach weniger als zehn Jahren durch Scheidung oder Ungültigerklärung aufgelöst wird.¹⁹⁴ Die gleiche Regelung sieht Art. 33 UVG vor, während Art. 52 Abs. 2 MVG die grosszügigere Lösung des Ruhens der Rente während der Folgeehe vorsieht, ohne dass diese an eine bestimmte Maximaldauer geknüpft wäre. In die gegenteilige Richtung geht jedoch die berufliche Vorsorge, gemäss deren Art. 22 Abs. 2 BVG der Rentenanspruch ohne Möglichkeit eines Wiederauflebens definitiv bei Wiederverheiratung erlischt.¹⁹⁵ Lässt sich die hinterlassene Person in der zweiten Säule, sofern das Reglement diese Leistung vorsieht, hingegen das Kapital anstatt die Rente auszahlen, so wird in der Praxis der Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit durch Abzug eines altersentsprechenden Prozentsatzes Rechnung getragen.¹⁹⁶ Allein die unterschiedlichen Voraussetzungen im Zusammenhang mit dem Wiederaufleben der Hinterlassenrente nach scheidungsmässiger Auflösung der Zweitehe muss ein Überdenken dieser Regelungen veranlassen.

reichend, wenn sie ausschliesslich ist und sich die Partner Hilfe und Beistand leisten (BGE 134 V 369 [384], E. 7.3.3).

191 BGE 137 V 383 (388), E. 3.2.

192 BGE 136 V 49 (56), E. 4.6 in Bezug auf die Besserstellung der Konkubinatspartner gegenüber dem Waisen, offengelassen in Bezug auf das Verhältnis Ehegatte und Konkubinatspartner.

193 RIEMER-KAFKA, Vereinfachungen, S. 149ff.

194 Zur Entstehungsgeschichte vgl. BBI 1971 II 1097 und BBI 1963 II 570.

195 Bezuglich der in Art. 22 Abs. 2 BVG nicht erwähnten Ungültigerklärung der Ehe liegt wohl eine echte Gesetzeslücke vor.

196 Kritisch zum Abzug HÜRZELER, S. 87.

e. Leistungsvoraussetzungen in der Arbeitslosenversicherung

Um Leistungen der Arbeitslosenversicherung beanspruchen zu können, müssen gemäss Art. 8 AVIG verschiedene Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Dazu zählen u.a. die Erfüllung der Beitragszeit i.S.v. Art. 13 AVIG sowie die Vermittlungsfähigkeit. Der Ehestand, dies im Gegensatz zum Konkubinat¹⁹⁷, kann zu gewissen Erleichterungen oder Ausnahmen Anlass geben. So ist gemäss Art. 14 Abs. 2 AVIG beitragsbefreit, wer infolge Trennung der Ehe oder deren Scheidung, Tod des Ehepartners oder aus ähnlichen Gründen, darunter fallen auch Betreuungspflichten gegenüber dem kranken Ehegatten oder den Eltern¹⁹⁸, eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen oder erweitern will. Diese Ausnahme gilt nur, soweit das betreffende Ereignis nicht mehr als ein Jahr zurückliegt und bei Ereigniseintritt Wohnsitz in der Schweiz bestand. Zwischen dem Eintritt des Ereignisses und der finanziellen Notwendigkeit, eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, muss ein Kausalzusammenhang glaubhaft gemacht werden.¹⁹⁹

Im Zusammenhang mit der Frage der Vermittlungsfähigkeit und Zumutbarkeit der Annahme einer Arbeit i.S.v. Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG zählt auch der Ehestand zu den persönlichen Verhältnissen. Ob aufgrund der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 14 Abs. 2 AVIG²⁰⁰ das Konkubinat im Rahmen der persönlichen Verhältnisse Berücksichtigung finden kann, ist zu bezweifeln, da sich daraus keine gesetzlichen Rücksichtnahme- resp. Beistandspflichten ableiten.²⁰¹ Immerhin unterscheidet sich die Situation insofern von derjenigen gemäss Art. 14 Abs. 2 AVIG, als es sich nicht um einen dahinfallen- den Unterhalt handelt, sondern letztlich um den Schutz des Familienlebens i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV. Neben gesundheitlichen Gründen können insbesondere auch familiäre Gründe wie Zivilstand sowie Kinderbetreuung es rechtfertigen, dass man eine Anstellung nicht weiterführen kann und somit durch Stellenaufgabe eine Arbeitslosigkeit herbeiführt. Persönliche Verhältnisse sind unter Umständen zudem auch Anlass für einen Wechsel des Wohnortes, ausgelöst durch den Stellenwechsel des Ehe- resp. Konkubinatspartners.²⁰²

Trotz Unterstellung und Beitragspflicht werden gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG dem mitarbeitenden Ehegatten des Arbeitgebers und anderer Entscheidungsträger die Kurzarbeitsentschädigungen und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung analog auch die Arbeitslosenentschädigungen vermutungsweise vorenthalten.²⁰³ Begründet wird diese Schlechterstellung gegenüber den normalen Arbeitnehmenden mit der engen Verbindung zum Entscheidungs-

197 BGE 137 V 133 (141), E. 6.3.

198 C 96/051 vom 1. Juni 2005, E. 3.

199 BGE 131 V 279 (283), E. 2.4.

200 BGE 137 V 133 (141), E. 6.3.

201 A.M. CHOPARD, S. 123.

202 BGer 8C_958/2008 vom 30. April 2009, E. 4.

203 BGE 123 V 234 (237), E. 7.b.bb.

träger und der möglichen Missbrauchsgefahr. Eine Ausdehnung dieser Regelung auf Konkubinatspartner lässt der klare Wortlaut des Gesetzes nicht zu²⁰⁴, doch muss im Einzelfall geprüft werden, ob der Konkubinatspartner nicht als Gesellschafter oder stiller Gesellschafter oder als Organ die Entscheidungen des Arbeitgebers massgeblich beeinflussen kann.

f. Zustimmung zur Kapitalauszahlung resp. Vorbezug für Wohneigentum in der beruflichen Vorsorge

In der beruflichen Vorsorge hat die versicherte Person gemäss Art. 37 Abs. 4 BVG die Möglichkeit, das Altersguthaben im Risikofall als Kapital zu beziehen. Sodann wird die Freizügigkeitsleistung auf Antrag der versicherten Person unter den Voraussetzungen gemäss Art. 5 Abs. 1 FZG bar oder unter den Bedingungen von Art. 30c Abs. 2 BVG als Vorbezug für Wohneigentum ausbezahlt.²⁰⁵ In all diesen Fällen ist der Kapitalbezug von der schriftlichen Zustimmung des Ehepartners abhängig (Art. 30c Abs. 5 BVG resp. Art. 5 Abs. 2 FZG).²⁰⁶ Dasselbe gilt gemäss Art. 3 Abs. 6 BVV 3 auch für Bezüge aus der Säule 3a. Das Zustimmungserfordernis setzt eine bestehende Ehe voraus, da mit der Kapitalauszahlung der gesicherte, dem Unterhalt dienende Vorsorgeschutz des nicht versicherten Ehegatten aus der BVG-Zweckbindung entlassen wird.²⁰⁷ Eine entsprechende Ausdehnung auf Konkubinatspartner entfällt wegen der fehlenden gegenseitigen Unterhalts- und Vorsorgepflichten. Kein Zustimmungserfordernis des Ehegatten sieht jedoch das FZG oder die Säule 3a für die Kapitalauszahlung *bei Risikoeintritt* vor, was dem Zweck der Unterhaltssicherung zuwiederläuft.²⁰⁸

g. Vorbezug mit Mitteln der beruflichen Vorsorge zum Erwerb von Wohneigentum

Art. 2 Abs. 2 WEFV bestimmt, dass nur Alleineigentum, Miteigentum sowie Gesamteigentum mit dem Ehepartner sowie das selbständige und dauernde Baurecht zugelassen werden. Mit dem nichtehelichen Lebenspartner kann somit kein Gesamteigentum, sondern nur Miteigentum gewählt werden, wobei jeder der Miteigentümer nur seinen eigenen Anteil im Umfang von dessen Wert mit Mitteln der beruflichen Vorsorge finanzieren kann. Im Falle einer Einräumung von Nutzniessung oder Wohnrecht auf dem Anteil des andern Partners

204 C 216/05 vom 16. August 2006, E. 2.2, wonach durch den Leistungsausschluss Art. 8 i.V.m. Art. 12 EMRK nicht verletzt wird.

205 Dem Vorbezug gleichgestellt ist die Verpfändung der Freizügigkeitsleistung (Art. 30b BVG i.V.m. Art. 331d Abs. 5 OR).

206 Es obliegt der Pensionskasse zu prüfen, ob diese gültig erfolgt ist, ansonsten sie bei schuldhafter Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht schadenersatzpflichtig wird (BGer 9C_862/2012 vom 11. Juli 2013).

207 BGer 9C_589/2011 vom 27. Januar 2012, E. 2.

208 BGE 134 V 182 (185), E. 4.

besteht jedoch bei Aufgabe der Selbstnutzung dann eine Rückzahlungspflicht i.S.v. Art. 30d BVG resp. Art. 331e Abs. 8 OR, wenn der Lebenspartner nicht begünstigte Person i.S.v. Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG ist.²⁰⁹ Ausgeschlossen ist somit die Einräumung einer Nutzniessung oder eines Wohnrechts zugunsten nicht leistungsberechtigter Personen, da dies einer Veräusserung i.S.v. Art. 30d Abs. 1 lit. b BVG gleichkommt. Ebensowenig kann am finanzierten Objekt Alleineigentum zugunsten des Ehepartners oder eines Konkubinatspartners begründet werden.

h. Bedarfsabhängige Leistungen bei Ergänzungsleistungen und Sozialhilfe

Das Sozialversicherungsrecht kennt *nur* im Rahmen der Ergänzungsleistungen bedarfsabhängige Leistungen, während in der Sozialhilfe nur solche ausgerichtet werden. In Art. 11 ELG abschliessend aufgeführt sind die anrechenbaren Einkommen. Gemäss Art. 9 Abs. 2 ELG werden u.a. die anrechenbaren Einnahmen und anerkannten Ausgaben von Ehegatten zusammengerechnet und Einkommen auch des Ehegatten, soweit deren Erzielung zumutbar ist, i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG als Verzichtseinkommen angerechnet.²¹⁰ Demgegenüber erfolgt bei Konkubinatsverhältnissen keine Art. 9 Abs. 2 ELG entsprechende Anwendung, da es an einer gegenseitigen gesetzlichen Unterhaltspflicht fehlt.²¹¹ Hingegen muss im Einzelfall geprüft werden, ob einem haushaltsführenden Konkubinatspartner nicht ein Einkommensverzicht i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG angerechnet werden kann, wenn ihm die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar wäre, oder das unentgeltliche Erbringen von andern Leistungen (z.B. unentgeltliches Wohnen²¹²) ebenfalls als Verzichtseinkommen qualifiziert werden muss. Sodann können Leistungen des einen Konkubinatspartners an den EL-antragsstellenden andern Konkubinatspartner im Rahmen der anrechenbaren Einnahmen oder anerkannten Ausgaben berücksichtigt werden. In diesem Sinn hat denn auch das Bundesgericht in einem jüngsten Urteil die Gewährung von unentgeltlicher Logis als «andere wiederkehrende Leistung» qualifiziert und als Naturaleinkommen angerechnet.²¹³ Wiederkehrende Leistungen können auch von ausländischen Familienstiftungen oder sonstigen Stiftungen ausgehen, sofern die Leistungen nicht Fürsorgecharakter haben.²¹⁴

209 Vgl. Mitteilung bV Nr. 55, N 329.

210 BGer 9C_946/2011 vom 16. April 2012, E. 3.2.

211 BGE 137 V 82 (86), E. 5 sowie 137 V 434 (438), E. 4.2; bei Einbezug von Kindern: BGE 138 V 169 (174), E. 3.2.3–3.3, der zum Schluss kommt, dass dem rentenberechtigten Konkubinatspartner, der die Kinderbetreuung übernimmt, im Rahmen des Kindesunterhalts ein hypothetisches Betreuungsgeld angerechnet werden kann. Entsprechendes dürfte wohl auch für die Haushaltsführung gelten, wie es im Sozialhilferecht in Bezug auf die Haushaltsentschädigung gilt.

212 BGer 9C_202/2009 vom 19. Oktober 2009, E. 5.1 betr. unentgeltliche Nutzungrechte an einer Liegenschaft als Ertrag aus unbeweglichem Vermögen i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. b ELG.

213 BGE 139 V 574 (577 f.), E. 3.3.3.

214 In der Botschaft (BBI 1964 II 705) wird darauf hingewiesen, dass Renten und Pensionen als periodische Leistungen im weitesten Sinn zu verstehen sind, also neben Sozial- und Privatversi-

Auch in der Sozialhilfe wird gemäss Art. 32 Abs. 3 ZUG die Familie und das Ehepaar als Unterstützungseinheit betrachtet. Der Bedarf an Sozialhilfe wird anhand der Leistungsfähigkeit der Familie bemessen, so insbesondere unter Berücksichtigung der familienrechtlichen Unterhaltpflichten, das heisst, dass Einkommen und Vermögen von Personen im gleichen Haushalt mitberücksichtigt werden.²¹⁵ Da die Sozialhilfeleistungen der Deckung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse dienen und somit Ersatzleistungen von Art. 163 ZGB darstellen, sind für die Modalitäten der Auszahlung oder Rückforderung die Bestimmungen des Familienrechts massgebend, soweit die Sozialhilfegesetzgebung keine entsprechenden Regelungen enthält.²¹⁶ Leben die Eheleute rechtlich oder faktisch getrennt, erfolgt eine Einzelfallunterstützung und allfällige familienrechtliche Unterhaltsforderungen, so auch die Verwandtenunterstützung i.S.v. Art. 328 ZGB²¹⁷, sind als Einkommen anzurechnen und, falls sie nicht einbringlich sind, zu bevorschussen.²¹⁸

Demgegenüber bilden die in einer gefestigten Lebensgemeinschaft lebenden unverheirateten Paare grundsätzlich keine Unterstützungseinheit, das heisst, dass die Einzelperson entsprechend dem Pro-Kopf-Prinzip nach Massgabe ihres Einkommens und Vermögens und ihrer Aufwendungen unterstützt wird.²¹⁹ Dennoch erachtet es die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht als willkürlich, wenn die Kantone das stabile Konkubinat in dieser Frage gleich oder ähnlich behandeln wie eine Ehe.²²⁰ Danach darf das Einkommen des nicht bedürftigen Konkubinatspartners oder zumindest ein Teil davon in angemessener Weise trotz fehlenden Rechtsanspruchs in die Bedarfsberechnung miteinbezogen werden.²²¹ Ebenfalls dem Subsidiaritätsprinzip folgend wird der haushaltführenden antragsstellenden Person für die Haushaltsführung gegenüber den in der Wohn- und Lebensgemeinschaft lebenden nicht unterstützten Personen eine Haushaltsentschädigung angerechnet.²²² Diese vom Prinzip der Individualunterstützung abweichende Betrachtungsweise, welche zudem Einkommen

cherungsleistungen auch freiwillige periodische Leistungen des Arbeitgebers oder Renten des Zivilrechts.

215 WOLFFERS, S. 136.

216 Vgl. BJM 1/2014, S. 16 ff. betr. Solidarität der Eheleute im Fall einer Rückerstattungsforderung der Sozialhilfebehörde.

217 Damit die Verwandten unterstützungspflichtig werden, müssen sie selber auch in Berücksichtigung ihrer eigenen Vorsorgebedürfnisse in günstigen Verhältnissen leben. Zudem muss die Hilfeleistung auch persönlich zumutbar sein. Betreffend Vorliegen günstiger Verhältnisse vgl. SKOS-Richtlinien F.4–2.

218 HÄNZI, S. 139.

219 WOLFFERS, S. 159; SKOS-Richtlinie F.5–1.

220 WOLFFERS, S. 161 f.; SKOS-Richtlinie F.5–2 gehen von einer Vermutung von fünf Jahren aus.

221 BGE 136 I 129 (135), E. 6.2, bestätigt in BGer 8C_856/2011 vom 17. August 2011, E. 2, 3.2.1. HÄNZI, S. 146 ff.; differenzierter WOLFFERS, S. 161 f., der es als zulässig erachtet, dass die von der Sozialhilfebehörde vermutete gegenseitige Unterstützungspflicht im Einzelfall widerlegt werden kann.

222 BGer 2P.48/2004 vom 26. Februar 2004, E. 2.4; SKOS-Richtlinie F.5–3.

und Vermögen des nicht unterstützten Konkubinatspartners ohne Vorliegen eines Rechtsanspruchs in die Berechnung miteinbezieht, ist problematisch und lässt sich m.E. einzig damit rechtfertigen, dass das Konkubinatspaar sozialhilfrechtlich nicht besser gestellt sein soll als ein Ehepaar. Ausgehend von den hohen Anforderungen bei der Verwandtenunterstützung²²³ ist bei der Anrechnung von Einkommen und Vermögen des nicht unterstützten Konkubinatspartners grösste Zurückhaltung geboten resp. es müsste die Vermutung einer vertraglichen Unterstützungsleistung von der Sozialhilfebehörde widerlegt werden können.

i. Schadenminderungspflicht

Die Eingehung der Ehe hat im Zusammenhang mit der Beachtung der Schadenminderungspflicht bei der Leistungszusprache insofern Auswirkungen, als es die eheliche Beistandspflicht (Art. 163 Abs. 2 und 3 ZGB) gebietet. Entsprechendes gilt für ein gefestigtes Konkubinat²²⁴, Hilfeleistungen und Entlastungen im Haushalt entsprechend der familienintern gewählten Aufgaben- und Rollenverteilung im üblichen Umfang zu übernehmen, soweit dies für die dazu verpflichtete Person zumutbar ist.²²⁵ Diese Rechtsprechung ist insofern problematisch, als in der Regel nur nichterwerbstätige Hausfrauen resp. -männer betroffen sind und somit beim Betätigungsvergleich im Gegensatz zum Einkommensvergleich geringere Invaliditätsgrade resultieren, was einer indirekten Diskriminierung der im Haushalt Tätigen gleichkommt. Zudem werden alleinlebende Personen besser gestellt.²²⁶

5. Im Bereich des Verfahrens

a. Melde- und Auskunftspflichten

Gemäss Art. 31 ATSG müssen der Versicherung beim Leistungsbezüger eingetretene veränderte Verhältnisse gemeldet werden. Zum Kreis der meldepflichtigen Personen gehören neben dem Leistungsbezüger selbst auch die Angehörigen. Dabei kann es sich jedoch nur um solche Personen handeln, denen eine Leistung mittelbar oder in Form eines eigenen Rechtsanspruchs zukommt, mit hin nur Bezüger von Kinder- oder Zusatzrenten oder Hinterlassenenleistungen.²²⁷

Müssen im Rahmen der Untersuchungsmaxime von Seiten der Behörden oder Versicherungen Auskünfte eingeholt werden, so dürfen sich diese nur an andere Personen richten, soweit das Gesetz dies vorsieht, so z.B. Art. 55 Abs. 1

223 SKOS-Richtlinie F.4.

224 I 252/05 vom 9. Juni 2006, E. 3.

225 I 681/02 vom 11. August 2003, E. 4.4.

226 GI.M. LANDOLT, S. 141 ff.

227 Vgl. auch KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 31 N 21 ff.

UVV bezüglich der Pflicht zur Ermächtigung Dritter, über den Unfallhergang und die -folgen Auskunft zu erteilen und Unterlagen herauszugeben. Zahlreiche kantonale Sozialhilfegesetze beziehen aber auch die in Hausgemeinschaft lebenden Personen sowie diejenigen mit Unterhalts- oder Unterstützungsansprüchen in die Pflicht zur Auskunftserteilung mit ein.²²⁸ Familienmitglieder sind in jedem Fall von der Auskunftspflicht von Gesetzes wegen dann erfasst, wenn sie selber unmittelbar oder mittelbar von den Leistungen profitieren, und darüber hinaus nur, dies im Sinne eines engeren Familienbegriffs, wenn eine gesetzliche oder gewillkürte Vertretung resp. Ermächtigung vorliegt. Hingegen trifft die Familienangehörigen dann keine Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsabklärung, wenn sie von den zu beanspruchenden Leistungen unberührt sind, so insbesondere bei Haushaltsabklärungen in der Invalidenversicherung, bei den Ergänzungsleistungen oder der Sozialhilfe.²²⁹

b. Anmeldung zum Leistungsbezug

Wer zum Kreis der anmelderechtigten Personen gehört, ist in den Einzelgesetzen zum Sozialversicherungsrecht geregelt. So sieht insbesondere Art. 66 IVV vor, dass auch betreuende Dritte zur Anmeldung zugelassen werden.

V. Getrennte Ehe

Die Ehetrennung kann auf der Grundlage einer Ehetrennungsklage i.S.v. Art. 117 ZGB, als Eheschutzmassnahme i.S.v. Art. 175 f. ZGB oder als vor- sorgliche Massnahme im Rahmen des Scheidungsverfahrens i.S.v. Art. 137 Abs. 1 ZGB erfolgen. Das Gericht regelt dabei das Getrenntleben, insbesondere die Festsetzung des Unterhalts. Möglich ist aber auch eine faktische, d.h. aus- sergerichtliche Ehetrennung. In allen Fällen bleibt jedoch der Status der Ehe aufrechterhalten, sodass die mit diesem verbundenen sozialversicherungsrechtlichen Wirkungen, nämlich solche im Beitrags-, Leistungs- oder Verfahrensbe- reich, grundsätzlich nicht betroffen sind. Davon gibt es jedoch Ausnahmen. Ist der Unterhaltpflichtige Rentenbezüger, so kann die unterhaltsberechtigte Per- son im Sinne einer Massnahme zur Sicherung des Leistungszwecks unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 ATSG oder Art. 22^{bis} Abs. 2 AHVG (bei Zusatzrente) ganz oder teilweise Drittauszahlung der Geldleistung an sich ver- langen. Im Fall von Betreuungsgutschriften wird auch bei einer Ehetrennung die Bedingung der leichten Erreichbarkeit zu beachten sein, falls die Pflege durch den betreuenden Ehegatten fortgesetzt wird. Auswirkungen hat eine Ehe-

228 Eingehend zur Rechtmässigkeit der Ausdehnung des Auskunftsrechts auf Familienangehörige, weil das öffentliche Interesse das persönliche an Diskretion überwiegt, BGE 138 I 331 (350), E. 8.3.

229 LGVE 1992 II Nr. 41 betr. keine Mitwirkungspflicht der im selben Haushalt wohnenden erwachsenen Kinder einer Ergänzungsleistungen beanspruchenden Rentnerin.

trennung auch auf die Ergänzungsleistungen, indem gemäss Art. 1 Abs. 1 ELV beiden getrennt lebenden Ehegatten eine Ergänzungsleistung ausgerichtet wird, wenn entweder beide rentenberechtigt sind oder dem einen Ehegatten eine Zusatzrente gestützt auf Art. 22^{bis} Abs. 2 AHVG ausbezahlt wird.

Eine Ehetrennung, sowohl eine faktische als auch eine gerichtliche, führt zur Auflösung der Haushaltseinheit und demzufolge zu einer neuen Steuerveranlagung, sodass allenfalls Anspruch auf Prämienverbilligung i.S.v. Art. 65 KVG entstehen kann.

Ebenso erfolgt bei faktischer²³⁰ oder gerichtlicher Ehetrennung, nicht jedoch bei Auflösung eines Konkubinats²³¹, gemäss Art. 14 Abs. 2 AVIG eine Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit, wenn *wegen* der Ehetrennung eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen werden muss.²³² Hingegen bewirkt wegen Fortbestands des Missbrauchspotentials zumindest die faktische Ehetrennung beim auch aus dem Betrieb des Ehepartners ausscheidenden mitarbeitenden Ehepartner keinen Anspruch auf Arbeitslosenschädigung.²³³ Das Bundesgericht lässt es offen, ab wann bei faktischer Trennung das Missbrauchspotential nicht mehr angenommen werden muss und ob das Abstellen auf eine gerichtliche Regelung des Getrenntlebens oder die Einreichung der Scheidungsklage, so wie es das Seco in seinem Kreisschreiben vorsieht²³⁴, ausreicht. Die vielen möglichen Motive für faktische Trennungen und die fehlende Kontrollierbarkeit sprechen in der Tat dafür, dass auch während einer faktischen Trennung die Anspruchsberechtigung verneint werden sollte, während im Fall einer gerichtlichen Trennung von einer widerlegbaren Vermutung der Endgültigkeit auszugehen ist.

VI. Ehescheidung oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft

1. *Betreuungsgutschriften*

Betreuungsgutschriften, welche der seinen Ehegatten betreuende Ehegatte gemäss Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG beanspruchen kann, entfallen ab dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Scheidung, auch wenn trotz der Scheidung die Betreuung des Ex-Ehegatten fortgesetzt wird.

230 Bei faktischer Ehetrennung muss der getrennte Wohnsitz und die Regelung der finanziellen Verhältnisse nachgewiesen resp. glaubhaft gemacht werden (Seco, AVIG-Praxis ALE, B 195 [Stand 1. Januar 2014]).

231 BGE 137 V 133 (139), E. 6.2.1.

232 ARV 1980 Nr. 21.

233 BGer 8C_874/2011 vom 3. Juni 2011, E. 5.

234 Seco, AVIG-Praxis, ALE, B 23 (Stand 1. Januar 2014).

2. Vorsorgeausgleich

Mit der Scheidung trennen sich die Wege der Partner nicht nur in persönlicher Hinsicht sondern auch bezüglich ihrer Vorsorge, und zwar unabhängig von einem nachehelichen Unterhaltsanspruch i.S.v. Art. 125 ZGB resp. Art. 34 Abs. 2 PartG. Um den Vorsorgeausgleich überhaupt auszulösen, muss ein rechtskräftiges²³⁵ und, im Fall einer Scheidung im Ausland, ein nach Art. 65 IPRG anerkanntes Scheidungsurteil vorliegen.²³⁶ Die Teilung der während der Ehedauer aufgebauten Vorsorge findet ihre Entsprechung in der Teilung des Vorschlags der Errungenschaft gemäss Art. 215 ZGB, zu welchem die Vorsorge gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sachlich gehört.²³⁷

a. *Splitting in der ersten Säule*

Das Einkommenssplitting wird gemäss Art. 29^{quinquies} Abs. 3 lit. c AHVG zwingend durchgeführt, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst wird. Der Durchschnitt der beidseitigen im individuellen Konto eingetragenen Einkommen und allfälligen Erziehungs- und Betreuungsgutschriften wird unter Vorbehalt von

235 BGE 133 III 401 (403), E. 3.2 m.w.H. auf Literatur. Art. 22a E FZG sieht vor (vgl. Botschaft vom 29. Mai 2013 zum Vorsorgeausgleich bei Scheidung in: BBI 2013 4887 ff. und der Entwurf in BBI 2013 4959), dass nicht mehr die Rechtskraft, sondern die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage für die Auseinandersetzung des Vorsorgeausgleichs massgebend sein soll. Diese Lösung hat den Vorteil, dass das Scheidungsverfahren aus vorsorgerechtlichen Überlegungen nicht in die Länge gezogen wird, z.B. im Fall einer absehbaren Rentenberechtigung. Die Festlegung eines davon abweichenden Stichtages oder ein Vorbehalt zu Gunsten späterer Zuflüsse (z.B. Verteilung freier Mittel) müsste nach wie vor zulässig sein. Wohl muss dann aber auch das Zustimmungserfordernis des Ehegatten zumindest bezüglich des nach der Rechtshängigkeit geäufneten Guthabens entfallen.

236 BGE 132 V 236 (239), E. 2.3. Sofern sich das ausländische Urteil nicht über den Vorsorgeausgleich als Nebenfolge der Scheidung ausspricht und Vorsorgeguthaben in der Schweiz zu teilen wären, muss ein Ergänzungsurteil in der Schweiz angestrebt werden (BGer 5A_835/2010 vom 1. Juni 2011, E. 2.4.2). Soweit das schweizerische Gericht auch über ausländische Vorsorgeguthaben befinden muss, hat es die Berechnung nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung, der die Vorsorgeeinrichtung untersteht, vorzunehmen. Ist das Scheidungsstatut ein ausländisches (Art. 64 IPRG), so kann für den Vorsorgeausgleich wegen der überwiegenden engen Beziehung zur Schweiz (Art. 15 IPRG) dennoch das schweizerische Recht zur Anwendung gelangen (BGE 131 III 289 [292], E. 2.5). Kommt hingegen aufgrund der Staatsangehörigkeit der Eheleute bei der Scheidung gemäss Art. 61 Abs. 2 IPRG das ausländische Heimatrecht zur Anwendung, so muss auch der Vorsorgeausgleich nach ausländischem Recht vorgenommen werden. Zudem erlaubt Art. 5 IPRG für die Nebenfolgen eine Rechtswahl. Der Entwurf schlägt daher in Art. 64 Abs. 1^{bis} und 2 E IPRG vor, dass für den Vorsorgeausgleich eine ausschliessliche Zuständigkeit bei schweizerischen Gerichten liege, wenn es sich um eine schweizerische Pensionskasse handelt. Damit ergeben sich für die Pensionskassen Vorteile und der Vorsorgeausgleich wird für die Betroffenen auf diese Weise sichergestellt, doch kann die Scheidung bei Vereinigung einer schweizerischen Zuständigkeit für das Scheidungsstatut in mehrere einzelne Verfahren zerfallen, was für die Betroffenen eine zusätzliche Belastung bedeutet und vielleicht gar nicht ihren Bedürfnissen entspricht, so insbesondere wenn die Erwerbstätigkeit in der Schweiz schon lange zurückliegt oder das Vorsorgeguthaben klein ist.

237 BGer 9C_738/2009 vom 30. März 2010, E. 4.2. Der Vorsorgeausgleich besteht jedoch unabhängig vom gewählten Güterstand oder einer anderen güterrechtlichen Vorschlagszuteilung.

Art. 50b Abs. 3 AHVV für die Dauer der Ehe jedem der Ehegatten gutgeschrieben. Das Einkommenssplitting wird jedoch, soweit bei einem der Ehegatten noch kein Rentenfall eingetreten ist, gemäss Art. 50c Abs. 1 AHVV nur auf Gesuch eines oder beider Ehegatten vorgenommen.²³⁸ Ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils werden die beiden Gatten beitragsrechtlich wieder ausschliesslich nach ihren individuellen Verhältnissen erfasst. (Bei Erwerbstätigkeit nach Einkommen und bei Nichterwerbstätigkeit (einschliesslich der Fälle der nicht dauernden vollen Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 28^{bis} AHVV) nach Vermögen und Renteneinkommen, worunter auch die scheidungsrechtlichen Unterhaltsbeiträge fallen).

b. Vorsorgeausgleich in der beruflichen Vorsorge

Die Teilung der Anwartschaft in der beruflichen Vorsorge wurde mit der seit dem 1. Januar 2001 in Kraft stehenden Revision des Scheidungsrechts eingeführt. Als berufliche Vorsorge qualifiziert wird jedoch nur der obligatorische und überobligatorische Bereich der zweiten Säule, nicht jedoch das ebenfalls der Vorsorge dienende steuerbegünstigte Sparen in der Säule 3a oder die aus der Zweckbindung der zweiten Säule entlassenen Kapitalauszahlungen. Zweck des Vorsorgeausgleichs in der beruflichen Vorsorge ist nebst der Aufwertung und Abgeltung der Haushaltführungs- und Betreuungszeiten die Schaffung eines Ausgleichs für die der Errungenschaft entzogenen Versicherungsbeiträge. Mit dem Vorsorgeausgleich soll auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass seit dem Ausbau der Altersvorsorge nach dem Zweiten Weltkrieg eine Verschiebung vom individuellen Sparen hin zum Versicherungssparen stattgefunden hat und daher in der dritten Säule in der Regel weit weniger Ersparnisse vorzufinden sind als in der zweiten Säule.²³⁹ Der Vorsorgeausgleich, der weiterhin im System der gebundenen Vorsorge bleiben muss, dient somit dem *Aufbau einer Vorsorge*, und nicht dem laufenden Unterhalt der berechtigten Person. Daher kann gemäss Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB der Umfang der bereits vorhandenen Vorsorgeanwartschaften bei der Festlegung des Unterhaltsanspruchs eine entsprechende Berücksichtigung finden.

Dadurch, dass dem geschiedenen Ehegatten einzig kraft Scheidung ein grundsätzlich bedingungsloser eigener, unterhalts-, güterstands- und verschuldensunabhängiger²⁴⁰ Rechtsanspruch gegenüber der Pensionskasse des andern Ehegatten zusteht, kann sich gerade auch der nichterwerbstätige Ehegatte eine Vorsorge im Rahmen der zweiten Säule aufbauen und vom Drei-Säu-

238 BGer 9C_518/2008 vom 29. August 2008, E. 2.2.

239 BBI 1996 I 99 f.

240 Umgekehrt kann sich jedoch der Anspruch auf das Vorsorgekapital gemäss Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB auf den Umfang und die Dauer von scheidungsrechtlichen Unterhaltsbeiträgen auswirken.

241 BGer 9C_738/2009 vom 30. März 2010, E. 4.2.

242 BGE 133 III 401 (403), E. 3.1.

len-Modell profitieren. Im Gegensatz zur erste Säule wird gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB derzeit aus versicherungstechnischen Gründen die Teilung der Altersguthaben an die Voraussetzung geknüpft, dass bei der teilungspflichtigen Person noch kein Rentenfall eingetreten ist²⁴³ und die Teilung überhaupt aufgrund des Vorliegens von Vorsorgeguthaben möglich ist.²⁴⁴ Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, ist als Vorsorgeausgleich gemäss Art. 124 ZGB nur eine angemessene Entschädigung geschuldet. Im Gegensatz zur ersten Säule ist die Teilung insofern nicht zwingender Natur, als die Scheidungswilligen gemäss Art. 123 Abs. 1 ZGB durch scheidungsrechtliche Vereinbarung auf die Teilung ganz oder teilweise verzichten können, wenn eine anderweitige Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet ist. Das Gericht kann gemäss Art. 123 Abs. 2 ZGB die Teilung verweigern, wenn sie aufgrund der wirtschaftlichen oder güterrechtlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre.²⁴⁵

Der Vorsorgeausgleich ist mit den zivilrechtlichen Verhältnissen der Eheschliessung, Ehedauer und Ehescheidung materiell und verfahrensrechtlich sehr verwoben. So ist der Zeitpunkt der Eheschliessung massgebend für die Bestimmung der Höhe des Altersguthabens (samt vorehelichen Einmaleinlagen und allfälliger Freizügigkeitsguthaben), da das voreheliche Guthaben samt seiner Aufzinsung²⁴⁶ vom Gesamtguthaben im Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils abgezogen wird (Art. 22 Abs. 2 FZG).²⁴⁷ Abgezogen werden sodann auch die während der Ehe aus Eigengut i.S.v. Art. 198 ZGB finanzierten Einlagen samt deren Aufzinsung.²⁴⁸ Ein vor oder während der Ehedauer getätigter Vorbezug für den Erwerb von Wohneigentum wird gleich wie eine Freizügigkeitsleistung behandelt (Art. 30c Abs. 6 BVG)²⁴⁹, wobei entgegen Art. 22 Abs. 2 FZG für den Vorbezug mangels Zinsertrags keine Verzinsung vorgesehen ist.²⁵⁰ Soweit aber voreheliches Guthaben in den Vorbezug einfließt, erfolgt darauf entgegen Art. 22 Abs. 2 FZG ein Zinsverlust.²⁵¹ Soll für die Entnahme von Vorsorgegeldern künftig eine proportionale Verteilung auf voreheliche und eheliche Anteile gelten, und dies wohl auch für einen Vorbezug bei genügend

243 BGE 136 III 449 (451), E. 3.4.2 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

244 Z.B. nach einem Barbezug i.S.v. Art. 5 FZG oder Verkauf von mit Mitteln der beruflichen Vorsorge finanziertem Wohneigentum mit Verlust.

245 BGE 134 V 384 (390), E. 4.3.

246 Es gilt der Zinssatz von Art. 8a Abs. 1 FZV i.V.m. Art. 12 BVV 2. Für Guthaben vor 1. Januar 1995 wird ein Zinssatz von 4% eingesetzt.

247 Wurde die Ehe vor dem 1. Januar 1995 geschlossen und liegen keine gesicherten Kenntnisse über das Altersguthaben vor, so ist gemäss Art. 22a FZG vorzugehen.

248 BGer 9C_738/2009 vom 30. März 2010, E. 4.1.

249 Steht das Objekt noch im Eigentum des Versicherten, ist der Betrag des Vorbezugs massgebend, wurde es verkauft, wird der Nettoerlös hinzugerechnet (BGE 132 V 332 [333], E. 4.2).

250 Vgl. BGE 128 V 230 (235), E. 3.c.

251 Der Zinsverlust soll gemäss Art. 22a Abs. 3 E FZG dem vorehelichen und ehelichen Vorsorgevermögen anteilmässig belastet werden (BBl 2013 4940). Vgl. auch RUMO-JUNGO, Berufliche Vorsorge, S. 15.

vorhandenen ehelichen Mitteln, muss bei der Rückerstattung i.S.v. Art. 30d Abs. 5 BVG nicht nur im Fall eines Verkaufsverlustes sondern auch eines Verkaufsgewinns eine anteilmässige Verteilung auf das voreheliche und eheliche Guthaben stattfinden.²⁵² Eine nur nominale Rückerstattung des Vorbezugs und die güterrechtliche Aufteilung des Mehrwerts erscheinen als systemfremd. Vielmehr kann der Substanzgewinn als Ausgleich für den Zinsverlust betrachtet werden.

3. Hinterlassenenleistungen an den geschiedenen Ehegatten

Der nacheheliche Unterhalt i.S.v. Art. 125 ZGB dient der sozialen Sicherung des geschiedenen Ehegatten. Das Pendant findet diese Leistung im den Unterhalt sichernden Anspruch auf Hinterlassenenleistungen an den geschiedenen Ehegatten gegenüber der AHV, zweiten Säule, Unfall- oder Militärversicherung. Dabei sind die Leistungsvoraussetzungen in den verschiedenen Sozialversicherungszweigen unterschiedlich ausgestaltet. Art. 24a AHVG sieht als Voraussetzung vor²⁵³, dass entweder die geschiedene Person Kinder und die geschiedene Ehe mindestens zehn Jahre gedauert hat oder die geschiedene Person älter als 45 Jahre ist und die geschiedene Ehe mindestens zehn Jahre gedauert hat oder das jüngste Kind sein 18. Altersjahr erst vollendet, wenn die geschiedene Person das 45. Altersjahr vollendet hat. Demgegenüber kennen das BVG und UVG andere und zusätzliche Leistungsvoraussetzungen. So verlangt Art. 20 Abs. 1 resp. 1^{bis} BVV 2 nur das Zurücklegen einer zehnjährigen Ehe mit dem geschiedenen Gatten sowie die scheidungsrechtliche Zusprechung einer befristeten oder unbefristeten Rente oder einer Kapitalabfindung in der Höhe einer lebenslänglichen Rente.²⁵⁴ Gemäss Art. 20 Abs. 2 BVV 2 ist die Hinterlassenrente zu kürzen oder entfällt ganz, wenn sie zusammen mit Hinterlassenrenten anderer Versicherungen den Anspruch aus dem Scheidungsurteil übersteigt. Im Unterschied zum Anspruch der unmittelbar hinterbliebenen Person knüpft die Rente der Pensionskasse an einen Versorgerschaden an. Dieser besteht solange, als scheidungsrechtliche Unterhaltsbeiträge²⁵⁵, dies im Unterschied zur Kapitalabfindung²⁵⁶, geschuldet sind. Für den geschiedenen Hinterbliebenen hat sowohl die Befristung von Unterhaltsbeiträgen als auch die in Rentenform ausgerichtete Entschädigung i.S.v. Art. 124 ZGB zur Folge, dass der Versorgerschaden im Rahmen der

252 BBI 2013 4942.

253 Art. 23 AHVG in seiner Fassung vom 24. Juni 1977 sah auch noch das Erfordernis von scheidungsrechtlichen Unterhaltsbeiträgen vor, ohne jedoch die Witwenrente an deren Höhe zu binden. Er wurde jedoch gestrichen, da Unterhaltsbeiträge in manchen Fällen nur in symbolischer Höhe festgesetzt wurden, um die Rente zu sichern.

254 BGE 137 V 373 (382), E. 6.4.

255 Für den Umfang massgebend ist nur der gerichtlich festgelegte Betrag.

256 RUMO-JUNGO, Geschiedene Witwe, S. 720.

zweiten Säule nicht gesichert ist. Soweit dies Personen betrifft, die anlässlich der Scheidung einen Vorsorgeausgleich in Form der Austrittsleistung erhalten haben und im Übrigen nach der Scheidung und dem Ablauf der befristeten Unterhaltsbeiträge ihre eigene Vorsorge aufzubauen haben, ist diese Lösung nicht zu beanstanden. Anders verhält es sich für diejenigen Personen, denen wegen Eintritt des Vorsorgefallen vor der Ehescheidung kein Vorsorgeausgleich, sondern nur eine angemessene Entschädigung in Rentenform zugesprochen wird. In solchen Fällen ist der Unterhalt weder familienrechtlich noch sozialversicherungsrechtlich garantiert, sodass die Unterhaltssicherung alleine durch die erste Säule und, wenn diese nicht ausreicht, durch die Ergänzungsleistungen oder die Sozialhilfe garantiert wird.²⁵⁷

Ebenfalls im Sinne der Sicherung des Versorgerschadens knüpft Art. 29 Abs. 4 UVG nur an den im Zeitpunkt des Todes geschuldeten scheidungsrechtlichen, befristeten oder unbefristeten, Unterhaltsbeitrag an und setzt keine Ehe-dauer voraus.²⁵⁸ Die Hinterlassenenrente des geschiedenen Ehegatten entspricht gemäss Art. 31 Abs. 2 UVG 20% des versicherten Verdienstes, aber höchstens dem geschuldeten Unterhalt. Massgebend für Dauer und Umfang der Leistung ist ein rechtskräftiges in- oder ausländisches Gerichtsurteil oder eine gerichtlich genehmigte Konvention.²⁵⁹ Keine Erwähnung findet hier die Möglichkeit einer Kapitalabfindung, weshalb aufgrund des fehlenden Versorgerschadens auch nicht auf eine Lücke geschlossen werden kann. Die gleiche Regelung für geschiedene Ehegatten wie die Unfallversicherung findet sich für die Militärversicherung in Art. 53 Abs. 4 MVG.

VII. Erwachsenenschutz, Kinderschutz

Die dritte Abteilung des Familienrechts ist dem Erwachsenenschutz gewidmet. Schnittstellen dieses Bereichs des Familienrechts mit dem Sozialrecht sind insbesondere im Zusammenhang mit der Anmeldung zum Leistungsbezug, Melde- und Mitwirkungspflichten, der Auszahlung von Leistungen²⁶⁰ und ganz allge-

257 Um auch dem geschiedenen Ehegatten den Vorsorgeausgleich zu erhalten, sieht Art. 124 E ZGB (vgl. BBI 2013 4901) im Fall des Eintritts der Invalidität vor der Einleitung des Scheidungsverfahrens (gemeint ist wohl die Rechtshängigkeit) und vor Eintritt des reglementarischen Rentenalters vor, dass ein Vorsorgeausgleich durch Teilung des Altersguthabens (Art. 14 Abs. 1 BVV 2) vorzunehmen ist. Dies gilt auch für den Fall, dass beide Ehegatten eine Invalidenrente beziehen. Hat ein Invalider jedoch die reglementarische Altersgrenze überschritten, so wird gemäss Art. 124a E ZGB die Rente nach Ermessen des Gerichts geteilt und dem andern in Form einer lebenslänglichen Rente zugesprochen. Mit dieser Lösung findet auch in der zweiten Säule eine Verschiebung vom Äquivalenz- zum Solidaritätsprinzip statt.

258 MAURER, Unfallversicherung, S. 428.

259 Gemäss U 201/00 vom 9. Februar 2001 reicht das faktische Leisten von Unterhaltsbeiträgen nicht aus.

260 Bezuglich Rückerstattung von Leistungen durch den Vormund vgl. die Ausnahmen in Art. 2 Abs. 1 lit. b und c ATSV, wobei die Ausnahme abhängig vom umschriebenen Kompetenzbereich des Beistands ist.

mein dem Verkehr mit den Durchführungsstellen der Sozialversicherung auszumachen. Die Vertretung urteilsunfähiger Personen kann auf folgende Weise erfolgen: durch gewillkürte Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR, durch Vorsorgeauftrag i.S.v. Art. 360 ff. ZGB, durch behördliche Anordnung einer Beistandschaft i.S.v. Art. 390 ff. ZGB oder, sofern keine der vorgenannten Massnahmen vorliegt, in Form der gesetzlichen Vertretung durch den Ehegatten/eingetragenen Partner i.S.v. Art. 374 ZGB. Art. 374 Abs. 2 ZGB zählt die Kompetenzen des Ehegatten abschliessend auf und weist den Rechtsverkehr mit den Sozialversicherungen der ordentlichen Vermögensverwaltung zu. Darunter fallen auch sämtliche mit den Leistungsansprüchen verbundene Rechtshandlungen, wie z.B. Auskunfts- und Meldepflichten oder Vertretung im Verwaltungs- resp. Abklärungsverfahren, nicht aber im Rechtsmittelverfahren (Art. 374 Abs. 3 ZGB).²⁶¹ Der Umfang der Kompetenzen der durch Vorsorgeauftrag ermächtigten Person sowie auch des von der Behörde bestimmten Beistands muss hingegen bezüglich Personensorge, Vermögensverwaltung und Rechtsverkehr genau umschrieben werden.²⁶² Dies heisst nichts anderes, als dass die Vertretungsrechte gegenüber den Sozialversicherungen im Vorsorgeauftrag resp. bei den verschiedenen Beistandschaften (nicht relevant in diesem Zusammenhang ist die Begleitbeistandschaft) so genau als möglich und eindeutig schriftlich festgelegt werden müssen. Als vorsorgebeauftragte Person bestimmt oder als Beistand ernannt werden können Ehegatten/eingetragene Partner, andere Familienmitglieder, der Lebenspartner/die Lebenspartnerin oder aussenstehende Dritte.

Von der Schnittstelle Familienrecht und Sozialversicherungsrecht erfasst werden auch die Datenbekanntgabe und die Amtshilfe. So sind für die KESB Art. 32 ATSG, Art. 448 Abs. 4 sowie Art. 451 Abs. 2 ZGB relevant.

Soweit es sich um Massnahmen des Kinderschutzes handelt, findet der Verkehr mit den Sozialversicherungen mit dem/den Inhaber/n der elterlichen Sorge statt, sofern eine Beistandschaft angeordnet wird und dem Beistand keine entsprechenden Befugnisse eingeräumt werden (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Handelt es sich um einen Entzug der elterlichen Sorge gegenüber beiden Sorgeberechtigten, ist der Vormund für sämtliche mit den Sozialversicherungen relevanten Bele lange zuständig (Art. 311 Abs. 2 ZGB), so insbesondere für die Beitrittserklärung zur Krankenkasse, die Geltendmachung von Versicherungsleistungen, Waisenrenten, Melde- und Mitwirkungspflichten oder Veranlassung der Dritt auszahlung bei Zweckentfremdung von Kinderrenten.

261 REUSSER, Basler Kommentar, Art. 374 N 52 ZGB.

262 HENKEL, Basler Kommentar, Art. 391 N 11, 20f. ZGB.

D. Blicke in die Zukunft

I. Gesellschaftlicher Wandel und neue Familienformen

1. Ausgangslage

Die Grundlagen, auf denen weite Teile der Sozialgesetzgebung aufbauen, haben sich im Laufe der letzten fünfzig Jahre stark verändert. Dies betrifft einerseits die mit der Emanzipation und Berufstätigkeit der Frauen verknüpfte Gleichstellung der Geschlechter und andererseits die pluralistischer gewordenen Lebensformen und Haushaltstypen.²⁶³ Neben das herkömmliche Ehemodell, welches in keiner Weise in Frage gestellt wird, treten, wie auch schon in Zeiten der Antike oder des Mittelalters, andere Formen. Es stellt sich daher die Frage, ob und wie diese neuen Formen im Sozialrecht Berücksichtigung finden und unter welchen Bedingungen sie gleich behandelt werden sollen wie die traditionelle Ehe.

Die neuen Familienmodelle, so die sich immer mehr verbreitenden Einelternfamilien²⁶⁴, die Konkubinatsverhältnisse sowie die durch die Erwerbstätigkeit der Frauen bedingte neue Rollenverteilung innerhalb der Ehe, bringen es mit sich, dass die Familie nicht mehr immer gleichzeitig Unterhaltssicherung und Betreuungsaufgaben auf sich vereinen kann. Durch die vermehrte Erwerbstätigkeit der Frauen²⁶⁵ hat sich ihre Vorsorgesituation insofern verbessert, als sie

263 Waren 1970 rund 65% der Haushalte Familien mit Kindern, waren es 2010 nur noch rund 47%. Gestiegen sind hingegen die Ein-Personenhaushalte mit rund 5% im Jahr 1970 und knapp 20% im Jahr 2010. Zugenommen haben auch die Zwei-Personenhaushalte mit rund 18% im Jahr 1970 auf rund 27% im Jahr 2010. Einzig stabil sind die Einelternfamilien mit rund 5%, wobei dieser Anteil 2010 nur ganz leicht zugenommen hat (Quelle: BFS, Erhebung zu Familien und Generationen, Neuchâtel 2013).

264 Diese Familienform wird entweder bewusst gewählt oder ist Folge einer Scheidung. So wurden im Jahr 2012 (2011) 198 000 (196 400) Einelternhaushalte gezählt. Paare *ohne Kinder* wurden im Jahr 2012 (2011) insgesamt 1 020 800 (994 200) gezählt, nämlich 772 700 (760 000) Ehepaare, 234 700 (223 100) Konkubinatspaare und 13 400 (11 200) gleichgeschlechtliche Paare. Die Zahl der Paare *mit Kindern* betrug 965 200 (943 400), davon Ehepaare (mit mind. 1 Kind unter 25 Jahren) 814 700 (801 200) und Konsensualpaare (mit mind. 1 Kind unter 25 Jahren) 75 300 (68 900) (Quelle: BFS, Strukturerhebung, Privathaushalte 2012, Neuchâtel 2014). Die Scheidungsrate in der Schweiz belief sich im Jahr 2013 auf 41,3% oder 17 000 Scheidungen, in den Jahren 1960: 12,5% oder 4 656 und 1990: 34% oder 13 184 (Quelle: BFS, Scheidungen und Scheidungshäufigkeit, Neuchâtel 2014). Registriert wurden im Jahr 2012 42 654 Heiraten (Quelle: BFS, Die Bevölkerung der Schweiz 2012, Neuchâtel 2013).

265 Die Erwerbsquote von alleinstehenden Frauen liegt bei über 90% (Quelle: Wirtschaftliche Lage der Witwen und Witwer, Bericht des Bundesrates vom 4. April 2012, Ziff. 3.6), von Ehefrauen ohne Kinder bei mehr als 80% (Quelle: BFS, Schweizer Haushalt-Panel 2004) resp. von Frauen ohne Kinder liegt die Erwerbsquote heute bei rund 77% (Quelle: BFS, Vereinbarkeit von Beruf und Familie – Statistik 2013). Bei *Paarhaushalten* ist nach Alter der Kinder zu unterscheiden: Bei Kindern 0–6 Jahre sind 13,1% vollzeitig, 26,7% 50–89% teilzeitig, 30,5% weniger als 50% teilzeitig und 29,7% nicht erwerbstätig. Bei Kindern 15–24 Jahre sind bereits 19,6% vollzeitig, 35,4% 50–89% teilzeitig, 25,5% weniger als 50% teilzeitig und 19,6% nicht erwerbstätig. Bei den *alleinerziehenden Müttern* präsentieren sich die Verhältnisse wie folgt: Bei Kindern 0–6 Jahre sind 21,5% vollzeitig, 38,3% 50–89% teilzeitig, 19,9% weniger als 50%

sich gleich wie die Männer oder die alleinstehenden erwerbstätigen Frauen eine eigene Vorsorge aufbauen können und im Gegenzug auch in Form von Geldleistungen und nach Massgabe ihrer Kräfte an den gemeinsamen Unterhalt beitragen müssen (Art. 163 ZGB). Die zu früheren Zeiten durch die Mitgift seitens der Ehefrau an den gemeinsamen Unterhalt beigesteuerten Mittel (aus Vermögen und Ertrag: güterrechtlich als eingebrachtes Frauengut) werden heute durch die Erwerbsarbeit der Ehefrauen aufgebracht. Sie ist somit nicht mehr nur Unterhaltsgläubigerin sondern auch -schuldnerin, die Ehepartner versorgen sich heute in der Mehrzahl gegenseitig, wenn auch immer noch zu unterschiedlichen Anteilen.

Die vermehrte Erwerbstätigkeit der Frauen kann aber auch die Folge fehlender oder ungenügender familienrechtlicher Unterhaltsansprüche gegenüber dem Ehepartner oder dem geschiedenen Partner sein und deshalb sowohl nach einer verlässlichen Unterhaltssicherung als auch nach zusätzlichen Angeboten resp. besserer sozialer Anerkennung und Sicherheitsleistung für Betreuung rufen. Dieses Bedürfnis wird zudem durch die grösste Mobilität unserer Gesellschaft und das örtliche «Auseinandergerissensein» von Familien noch verstärkt. Es wäre daher problematisch zu folgern, dass die vermehrte Erwerbstätigkeit der Frau den durch Hinterlassenenleistungen garantierten Vorsorgeschutz überflüssig macht.

Für die soziale Sicherheit stellen sich aufgrund der geschilderten veränderten Ausgangslage die folgenden Fragen: 1. Soll der Aufbau der sozialen Sicherheit durchwegs zivilstandsunabhängig sein? 2. Sind alle Leistungen geschlechtsneutral auszugestalten?

2. Wechselspiel zwischen Sozialer Sicherheit und Familienrecht

Dadurch, dass sich das geltende Sozialrecht grundsätzlich an den Familienbegriff des ZGB anlehnt und auf den familienrechtlichen Formen des Zusammenlebens aufbaut, ergeben sich zwangsläufig positive und negative Abhängigkeiten. So kann das Sozialversicherungs- und Sozialhilferecht den Entscheid über Eingehung oder Auflösung der Ehe, die Kinderzahl, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder die Übernahme von Betreuungsaufgaben erschweren, weil Art und Umfang von Leistungsansprüchen (z.B. Plafonierung der Altersrenten, Anspruch auf Hinterlassenenrenten), Beitragspflichten oder andere Ansprüche (z.B. Einkommenssplitting, Umfang der Erziehungs- und Betreuungsgutschriften) davon abhängen. Aber auch bei Eingehung einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft sind die sozialversicherungsrechtlichen Vor- und Nachteile, insbesondere im Bereich der Leistungsansprüche oder Beitragsbefreiung, ge-

teilzeitig und 20,3% nicht erwerbstätig. Bei Kindern 15–24 Jahre sind bereits 34,8% vollzeitig, 43,2% 50–89% teilzeitig, 12,5% weniger als 50% teilzeitig und 9,5% nicht erwerbstätig (Quelle: BFS, SAKE in Kürze 2012, Neuchâtel 2013).

geneinander abzuwägen. So gewährt das Gesetz auch im Fall von Unterhaltsleistungen des einen Konkubinatspartners an den andern nicht- oder nur teil-erwerbstätigen Partner im Todesfall keine Hinterlasseneneleistungen oder für die Pflege des Lebenspartners keine Betreuungsgutschriften. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der in der Bundesverfassung verankerte Auftrag, die Familien zu schützen, zu fördern und deren Existenz zu sichern²⁶⁶, nicht verletzt wird, wenn der Ehegründung durch die Sozialrechtsordnung neben namhaften Vorteilen doch auch Steine in den Weg gelegt werden resp. wenn Konkubinatspaare insbesondere hinsichtlich Hinterlasseneneleistungen diskriminiert werden.²⁶⁷ Das Bundesgericht hat sich in einem jüngsten Urteil trotz der klaren Rechtslage und seiner Bindung an das Gesetz (Art. 191 BV) mit dieser Frage auseinandergesetzt und sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Ehefreiheit aufgrund eines Ausgleichs von Vor- und Nachteilen, die die Ehe in der AHV auslöst – im konkreten Fall ging es um die Plafonierung der Altersrenten – nicht eingeschränkt sei und daher keine Diskriminierung der Ehe gegenüber dem Konkubinat bestehe.²⁶⁸ Dabei berief es sich auch auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK, welche eine gesetzliche Ungleichbehandlung, die auf faktischen Ungleichheiten beruht, so insbesondere im Verhältnis zwischen Ehe und Konkubinat, als nicht diskriminierend wertet.²⁶⁹ Abgesehen davon, dass sich gemäss gegenwärtigem Grundrechtsverständnis keine positiven Leistungsansprüche aus den Grundrechten ableiten lassen, würde das Herauspflücken nur einer einzelnen Massnahme zum Zwecke der Herbeiführung einer Gleichbehandlung von Ehe und Konkubinat m.E. ohnehin zu kurz greifen, da gemäss der Rechtsprechung des EGMR für Änderungen im System dessen gesamte Kohärenz im Auge behalten werden muss.²⁷⁰ Der EGMR räumt jedoch ein, dass wenn sich ein Staat für ein Sozialsystem entscheide, dieses im Einklang mit Art. 14 EMRK zu stehen hat.²⁷¹ Damit ist auch gesagt, dass unter Berücksichtigung der auf Langfristigkeit ausgerichteten Vorsorgeplanung und Zuverlässigkeit des Systems seine Anpassung i.S.v. Art. 14 EMRK durchaus möglich ist. In Zusammenhang mit nachteiligen Auswirkungen der Eheschliessung im Sozialrecht, und dies gilt ebenso für das Konkubinat, kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hingegen Art. 13 Abs. 1 BV nicht angerufen werden, dies auch wieder unter Berufung auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK. Nicht jede Massnahme, die negative Rückwirkungen auf das Familienleben hat, stellt einen Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich beziehungsweise eine Verletzung des Familienle-

266 Art. 13 Abs. 1 und Art. 14, Art. 41 Abs. 1 lit. c, Art. 116 Abs. 1 BV.

267 REUSSER, Art. 14 N 21 BV.

268 BGer 9C_383/2013 vom 6. Dezember 2013, E. 8 und 10 und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung des EGMR. Ebenso schon BGE 120 V 1 (4), E. 2.

269 Vgl. die angeführte Rechtsprechung des EGMR bei KRADOLFER, S. 77.

270 BGer 9C_383/2013 vom 6. Dezember 2013, E. 8.

271 BGer 9C_383/2013 vom 6. Dezember 2013, E. 7.2.

bens dar.²⁷² Vielmehr beinhaltet Art. 13 BV den Schutz der Beziehungen unter den Familienmitgliedern, insbesondere was Erziehung, Unterhalt und persönliche Kontakte betrifft, und versteht sich, wie die allermeisten Grundrechte, als Abwehrrecht gegenüber dem Staat und nicht als Grundlage für Leistungsansprüche gegenüber dem Staat.²⁷³

In der Botschaft zur Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen eine Heiratsstrafe» vom 23. Oktober 2013 nimmt der Bundesrat die Argumentation des Bundesgerichts im Bereich der Sozialversicherung auf und erachtet unter Berücksichtigung der Vorteile der Ehe diese trotz der Plafonierung der Altersrenten gegenüber dem Konkubinat nicht als benachteiligt.²⁷⁴ Würde eine Deplafo-nierung in Erwägung gezogen, müssten mit der Ehe verbundene Vorteile im Gegenzug abgeschwächt werden. Das Herausgreifen einer einzigen Massnahme im Interesse der Ehe verkennt jedoch, dass die Familie im Bereich der sozialen Sicherheit in einem weiteren Sinn als im Familienrecht verstanden wird und auch eheähnliche Lebensgemeinschaften umfassen kann.²⁷⁵ So betrachtet ist eine umfassende Prüfung unter Einbezug aller Lebensgemeinschaf-ten ins Auge zu fassen.

Will man die Sozialversicherungsgesetzgebung unter dem Aspekt der Gleichbehandlung der Lebensformen Ehe und Konkubinat unter die Lupe nehmen, müssen die nachfolgend näher zu betrachtenden Aspekte unterschieden werden: auf der einen Seite Aspekte der Zivilstandsunabhängigkeit von Beiträgen und sonstigen Leistungsvoraussetzungen und auf der anderen Seite der Aspekt der Sicherung gesetzlicher Unterhaltsansprüche sowie der Aspekt einer angemessenen Vorsorge.

II. Zivilstandsunabhängige Sozialversicherung?

Geht man davon aus, dass man Ehe und Konkubinat im Bereich der sozialen Sicherheit nicht gegeneinander ausspielen will und beide als gesellschaftlich und verfassungsmässig anerkannte Lebensformen betrachtet, sollte der Grundsatz gelten, dass die Sozialversicherungen eigentlich zivilstandsunabhängig ausgestaltet sein müssen. Dort jedoch, wo rechtlich und sachlich eine Ungleichheit der Lebensformen vorliegt, darf sich diese auch im Sozialversicherungsrecht niederschlagen, ohne dass von Diskriminierung gesprochen werden kann. Die eheliche Gemeinschaft bildete seit jeher *den* Halt sozialer Sicherheit und ist heute noch Teil des gesellschaftlichen resp. staatlichen sozialen Sicherheitssystems, so dass sich diese Schutzfunktion durchaus auf der Ebene der

272 BGE 138 I 331 (351), E. 8.3.2.2.

273 Vgl. dazu BGer 9C_383/2013 vom 6. Dezember 2013, E. 10 und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung des EGMR.

274 BBI 2013 8530.

275 Ob darunter letztlich auch die gleichgeschlechtlichen künftig zu zählen wären, ist unter dem Aspekt der Diskriminierung zu prüfen.

Sozialgesetzgebung verstetigen darf. Es geht somit im Folgenden darum aufzuzeigen, in welchen Bereichen die Anknüpfung an den Familienbegriff im Sinne des ZGB gerechtfertigt ist und wo Möglichkeiten bestehen, das System vom Zivilstand unabhängig auszustalten.

1. In Bezug auf Unterstellung

Soweit mitarbeitende Familienmitglieder, mit oder ohne die Ehegatten resp. eingetragenen Partner, von der Unterstellung unter die berufliche Vorsorge sowie die Unfall- und Arbeitslosenversicherung ausgeschlossen sind, geht es nicht um den Vorsorge- und Unterhaltsschutz, sondern um beitragsbezogene Aspekte, d.h. um eine Entlastung gewerblicher resp. landwirtschaftlicher Betriebe von Soziallasten. Insofern wäre es denkbar, dass auch Personen in eheähnlichen Lebensgemeinschaften in die Ausnahmeregelung miteinbezogen werden könnten. Da sie jedoch wegen ihrer nach geltendem Recht fehlenden Unterhalts- und Vorsorgeansprüche über keinen familienrechtlichen Schutz verfügen, liegt es wohl nicht in ihrem Interesse, von der Unterstellung befreit zu werden. Vielmehr ist es für sie vorteilhafter, ihre Vorsorge auf der Basis von Arbeitsverträgen oder einer Stellung als Gesellschafter²⁷⁶ aufzubauen.

2. In Bezug auf Hinterlassenenrenten für den überlebenden Ehegatten

a. Begründung des Anspruchs auf Hinterlassenenleistungen

Die Hinterlassenenrenten erfüllen, wie bereits ausgeführt, den Zweck der Unterhaltssicherung hinsichtlich des mit dem Tod des Ehegatten untergegangenen familienrechtlichen Unterhaltsanspruchs. Es ist dem Bundesgericht zuzustimmen, wenn es auf die im Gegensatz zur Ehe fehlenden gegenseitigen gesetzlichen Pflichten unter den Konkubinatspartnern, auch gegenüber dem haushaltführenden Partner, und die fehlende rechtlich geschützte Vertrauensposition hinweist.²⁷⁷ Da sich Konkubinatspaare bewusst und in Kenntnis auch der sozialversicherungsrechtlichen Nachteile, aus welchen Motiven auch immer²⁷⁸, durch die gewählte Lebensform der nichtehelichen Partnerschaft gegen *gesetzliche* eheliche Rechte und Pflichten und gegen eine förmliche Eingehung und Auflösung der Lebensgemeinschaft entschieden haben und ihr Leben selbstverantwortlich und individuell gestalten wollen, würden sie sich durch eine Berufung auf Diskriminierung, auch i.S.v. Art. 14 EMRK, zu ihrem eigenen Handeln in Widerspruch setzen.²⁷⁹ Der Entscheid, die Lebenspartnerschaft auf schuldrechtlicher Basis zu regeln, ihre

276 Freiwillige Unterstellung möglich: Art. 4 Abs. 1 BVG, Art. 4 UVG.

277 BGE 137 V 133 (141), E. 6.3 und 7.

278 Z.B. Ehe auf Probe, Rentenkonkubinate, Steuerkonkubinate, rechtlich nicht streng formal geregeltes Zusammenleben unter Wahrung auch der Eigenständigkeit und Selbstverantwortung, Konkubinate wegen Ehehindernis.

279 Vgl. KRADOLFER, S. 77 mit Hinweisen auf Rechtsprechung der Grossen Kammer des EGMR.

Registrierung zu meiden und damit unter Umständen nicht zuletzt auch von den Vorteilen einer getrennten Besteuerung (sog. Steuerkonkubinate) oder dem Beibehalten sozialversicherungsrechtlicher Vorteile (sog. Rentenkonkubinate) zu profitieren, müsste eigentlich auch den Willen umfassen, nebst einer vertraglichen Unterhalts- auch eine Vorsorgeregelung im Rahmen von Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG oder einer Begünstigung im Rahmen einer VVG-Lebensversicherung zu treffen. In der Literatur wird indessen aufgrund der zunehmenden gesellschaftlichen Verbreitung nichtehelicher Lebensgemeinschaften von verschiedener Seite gefordert, dass die Sozialversicherungen generell Hinterlassenenleistungen nicht nur an den Ehestatus knüpfen, sondern unter bestimmten Bedingungen auch auf stabile Konkubinate ausdehnen sollten.²⁸⁰ Begründet wird diese Ansicht unter anderem mit dem Argument, dass die Ehe heute gegenüber den neuen Lebensformen, welche ebenso Nachkommenschaft hervorbringen²⁸¹, keinen Ausschliesslichkeitsanspruch mehr zulässt und bei Tod ebenso ein Versorgerschaden eintreten kann. Damit wird jedoch ausgeklammert, dass die Ehe darüber hinaus auch eine gesetzliche Wirtschafts- und Schutzgemeinschaft darstellt, was bei nichtehelichen Gemeinschaften nicht der Fall ist bzw. sich auf einer vertraglichen oder sittlich-moralischen Ebene bewegt.²⁸² Ausgehend vom Zweck der Sozialversicherungen, grundsätzlich in abstrakter Weise den Versorgerschaden auszugleichen²⁸³, hat dieses gesetzgeberische Postulat jedoch insbesondere in denjenigen Fällen seine Berechtigung, bei denen eine erhebliche Unterstützung des einen Partners durch den anderen erfolgt. Abgesehen von der Ausdehnung des Leistungsvolumens, das sich in allen Sozialversicherungszweigen einstellen würde, gilt es aber auch zu bedenken, dass der Nachweis der Leistungsvoraussetzungen, wie insbesondere das Vorliegen einer effektiven ausschliesslichen Lebensgemeinschaft (dies im Unterschied zu Mehrpersonengemeinschaften), Beginn und Dauer der Lebensgemeinschaft²⁸⁴ sowie auch ein lebzeitiger Unterstützungsanspruch und die daraus fließenden Leistungen²⁸⁵, im Rahmen der Massenverwaltung der AHV, dies doch im

280 HÜRZELER, S. 82; GÄCHTER/SCHWENDENER, FamPra.ch 4/2005, S. 864, 866; LOOSER, FamPra 3/2013, S. 601 ff. m.w.H. auf Literatur; vgl. Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr von Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer vom August 2013.

281 Dies hat vor allem auch mit der Gleichstellung nichtehelicher mit ehelichen Kindern zu tun.

282 A.M. GÄCHTER/SCHWENDENER, a.a.O.

283 Im Haftpflichtrecht wird der Versorgerschaden konkret errechnet und ausgeglichen (vgl. dazu eingehend FELLMANN/KOTTMANN, S. 752 ff.). Im Rahmen von Art. 20a BVG wird ebenfalls ein Versorgerschaden vorausgesetzt (BGE 138 V 98 [103], E. 5.3).

284 In diesem Punkt könnte man auf die Angaben in der Steuererklärung abstehen.

285 Vgl. in diesem Sinn in Bezug auf die AHV-rechtliche Qualifikation des Konkubinats auch BGE 125 V 205 (216), E. 7.d und ebenso auch GÄCHTER/SCHWENDENER, FamPra.ch 4/2005, S. 864 und 868; LOOSER, a.a.O., S. 604 ff., die dennoch eine Regelung zugunsten nichtehelicher Lebensgemeinschaften nach dem Vorbild von Art. 20a BVG fordert und als Anknüpfungspunkte kumulativ das Bestehen einer ständigen ungeteilten Wohngemeinschaft von mindestens drei Jahren, das Vorhandensein gemeinsamer Kinder sowie eine vertragliche Pflicht zu Unterhaltsleistungen, wobei über den Umfang der Unterstützungsleistung nichts ausgesagt wird, postuliert.

Unterschied zu den Pensionskassen oder im Fall von Haftpflichtansprüchen, wohl kaum mit vernünftigem administrativem Aufwand zu bewältigen wäre.²⁸⁶ Auch wenn die Leistungsvoraussetzungen bei eheähnlicher Lebenspartnerschaft an strengere Formen gebunden würden²⁸⁷, so insbesondere z.B. eine Mindestdauer, eine Haushaltsgemeinschaft, einen schriftlichen Unterhaltsvertrag, gemeinsame Kinder oder sogar eine Registrierung, darf nicht unterschätzt werden, dass die Leistungsvoraussetzungen im Gegensatz zu registermäßig erfassten Lebenssachverhalten schwer nachvollzieh- und kontrollierbar sind.²⁸⁸ Zudem ist eine Anknüpfung an einen faktischen oder auf rein privatrechtlichen Verträgen beruhenden Lebenssachverhalt auch eher missbrauchsanfällig.²⁸⁹ Im Unterschied zu den (vertraglichen) Pflegekindverhältnissen, fehlt es bei Konkubinatspartnern, welche diese Lebensform in bewusster Abwägung der finanziellen Vor- und Nachteile eingegangen sind, an einer entsprechenden Schutzbedürftigkeit. Leiden würde auch die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit²⁹⁰, da insbesondere eine Anknüpfung an gemeinsame Kinder die Patchworkfamilien benachteiligen würde. Auch die Erfahrung mit der Umsetzung von Art. 20a BVG zeigt, dass die Lebenssachverhalte sehr mannigfaltig sind und die Vorsorgereglemente, m.E. zu Unrecht²⁹¹, daher zusätzliche einschränkende und für den Leistungsanspruch konstitutive Voraussetzungen einführen.²⁹² Jede zusätzliche Einschränkung führt letztlich aber zu neuen unbefriedigenden Grenzziehungen, indem nur einem eingeschränkten Kreis von Konkubinatsformen Rechnung getragen werden kann. Eine Gesetzgebung, welche aber von einer Vielzahl möglicher Lebensformen nur einen beschränkten Anteil erfasst, nur schwer durchsetzbar und wenig praktikabel ist, ist auf lange Zeit nicht tragfähig.²⁹³ Würde das Konkubinat der Ehe in diesem Bereich

286 In der Schweiz wurden im Jahr 2012 234 700 Konkubinate (Konsensualpaare) ohne Kinder und 75 300 mit Kindern unter 25 Jahren sowie 2 100 mit Kindern über 25 Jahren gezählt (Quelle: BFS, Strukturerhebung, Privathaushalte 2012, Neuchâtel 2014). Es ist davon auszugehen, dass eine Öffnung der Hinterlassenenleistungen auch für Konkubinate einen Anstieg dieser Lebensform zu Lasten der Ehe bewirken würde. Würden jedoch im Rahmen eines neuen Familienrechts familienrechtliche Wirkungen nicht mehr nur an die Ehe sondern auch an die real gelebte Lebenspartnerschaft geknüpft, so hätte wohl auch das Sozialversicherungsrecht im Fall einer Trennung und bei Vorliegen gerichtlich festgelegter Unterhaltsverpflichtungen die entsprechenden Hinterlassenenleistungen an den unterhaltsberechtigten Partner zu erbringen.

287 Vorschläge mit den verschiedenen, in unterschiedlicher Kombination zusammengestellten Bedingungen an eine leistungsbegründende nichteheliche Lebenspartnerschaft finden sich bei LOOSER, S. 613; HÜRZELER, S. 82; GÄCHTER/SCHWENDENER, a.a.O., S. 864; PULVER, S. 186 ff.; Gutachten Schwenzer, S. 16.

288 Vgl. die gleiche Problematik in Bezug auf Alimentenbevorschussung Fn 55 und 133.

289 Beziiglich Ehetrennung und Kontrollierbarkeit vgl. BGer 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011, E. 4.4; ähnlich auch GÄCHTER, S. 467, 488 f.; zurückhaltend GÄCHTER/SCHWENDENER, a.a.O., S. 869.

290 Vgl. in diesem Sinn auch GÄCHTER/SCHWENDENER, a.a.O., S. 861.

291 Vgl. RIEMER-KAFKA, SZS 2012, S. 187 ff.

292 Eingehend dazu AMSTUTZ, S. 231 ff. mit Hinweisen auf die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung.

293 MÜLLER/UHLMANN, S. 190 ff.; WYSS, SZS 2009, S. 288.

gleichgestellt, so müssten wohl im Sinne einer Gesamtbetrachtung auch andere an die Ehe geknüpfte sozialversicherungsrechtliche Wirkungen im Hinblick auf das Konkubinat einer Prüfung unterzogen werden²⁹⁴, so insbesondere die Plafonierung bei den Renten. Offen bleibt zudem, ob wegen der fehlenden Registrierung der Konkubinate auch versicherungsmathematische Gründe gegen Hinterlassenenleistungen an Konkubinatspartner sprechen.

Mit zunehmender Erwerbsquote der Ehefrauen könnte aber auch der Anspruch auf Hinterlassenenrente, insbesondere der Witwen, mit dem Argument hinterfragt werden, dass die Frauen vermehrt einer Erwerbstätigkeit nachgehen und ihren Unterhalt und auch ihre Vorsorge selber bestreiten können, somit nicht mehr in einer reinen Versorgerehe leben. Die Statistik zeigt jedoch, dass die Mehrheit der Frauen in Paarhaushalten lediglich teilerwerbstätig ist.²⁹⁵

Soweit Frauen voll erwerbstätig sind, stellt sich die Frage, aus welchem Grund ein volles Penum ausgeübt wird. Dies kann auf einen luxuriösen Lebensstil ebenso zurückgeführt werden wie auf die Notwendigkeit der Bestreitung des Lebensunterhalts, insbesondere bei prekären finanziellen Verhältnissen (Working Poors), Krankheit oder Arbeitslosigkeit des Partners oder Unterstützungspflichten gegenüber Verwandten. In allen anderen Fällen hat man es mit einer Zuverdienererwerbstätigkeit zu tun, welche für die Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts in der Regel nicht ausreichen würde.

Beitrag der Partnerin zum Gesamteinkommen ²⁹⁶	kein Beitrag	weniger als 25 %	25–50 %	mehr als 50 %
Paarhaushalte insgesamt	14.3	35.0	38.3	12.4
Paarhaushalte ohne weitere Haushaltsmitglieder	7.8	20.1	51.7	20.4
Paarhaushalte mit Kind(ern)	19.6	45.8	27.6	7.0

Der Anspruch auf Hinterlassenenrenten hat daher unabhängig davon zu sein, wie die Rollenverteilung innerhalb der Ehe ausfällt und insbesondere auch wie sich der Umfang der Erwerbstätigkeit der Ehegatten gestaltet. Soweit nämlich beide Eheleute erwerbstätig sind, tragen *beide zusammen* die Kosten des Haushalts, der Familie und allgemein der gewählten Lebensführung. Mit und ohne Erwerbstätigkeit der Frauen erfolgt durch den Tod des Ehegatten eine Einbusse in Bezug auf das dem Unterhalt dienende Substrat. Die Notwendigkeit von

294 Da die steuerlichen Vorteile eines Konkubinats für einen Teil der Paare auch entscheidrelevant sind, sollte eigentlich primär die Diskussion über die steuerliche Privilegierung des Konkubinats gegenüber der Ehe geführt werden (vgl. die Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» in BBI 2013 8541 ff.).

295 Vgl. vorne B.III. BFS, Erwerbsmodelle in Paarhaushalten mit und ohne Kinder 2012, Neuchâtel 2014.

296 Quelle: BFS, Schweizer Haushalt-Panel 2004, Individuelle Beiträge zum Haushaltseinkommen 2004.

Hinterlassenenrenten an den überlebenden Ehegatten ergibt sich aber auch aus dem Grundrecht auf persönliche Freiheit und dem Recht auf individuelle Selbstbestimmung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 BV, sodann auch in einem weiteren Sinn aus dem Schutz des Privat- und Familienlebens i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV. Darin enthalten ist das Recht, seine Lebensführung und seinen Lebensstandard frei bestimmen zu dürfen. Ob, in welchem Zeitraum und in welchem Ausmass Ehepartner erwerbstätig sind, ist ebenfalls Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts.²⁹⁷ Auch wenn dem geltenden Konzept das Modell der traditionellen Versorgerehe zugrunde liegt, hat sich an den Bedürfnissen nach sozialer Sicherung der Unterhaltsansprüche nichts geändert. Die vermehrte Erwerbstätigkeit der Frauen hat letztlich nur eine Verlagerung der Gewichte bei der Tragung der Unterhaltpflichten zur Folge und dient in gewissen Fällen lediglich der Verbesserung des Lebensstandards. Wie aus den Statistiken ersichtlich ist, sind nach wie vor auch die teilerwerbstätigen Frauen oder Männer auf den Unterhalt des andern Ehepartners in kleinerem oder grösserem Umfang angewiesen. Auffallend ist auch, dass doch noch rund ein Fünftel der Paarhaushalte das Ernährermodell leben, auch bei Konkubinatspaaren mit und ohne Kinder.²⁹⁸ Daraus lässt sich schliessen, dass trotz der Zunahme der Erwerbstätigkeit der Frauen, die auch eine Teilzeiterwerbstätigkeit der Männer ermöglicht²⁹⁹, die Hinterlassenenrenten nicht in Frage gestellt werden dürfen. Der im Projekt «Altersvorsorge 2020» vom Bundesrat gemachte Vorschlag, die Witwenrenten für Frauen ohne Kinder aufzuheben³⁰⁰, trägt dem Umstand zu wenig Rechnung, dass es auch unter den Paarhaushalten ohne Kinder immerhin noch 12,4% Einverdiener- (auch wenn sich der Anteil seit 1992 praktisch halbiert hat) und 4,3% Nichtverdienerpaare gibt und auch diese Familien in ihrem Recht auf selbstbestimmte Lebensführung nicht durch die Sozialversicherungsgesetzgebung eingeschränkt werden dürfen. Auch geben die Statistiken keine Auskunft darüber, ob die Versorgerehe aus kulturellen, gesundheitlichen oder anderen zu respektierenden Gründen so gelebt wird. Da lediglich 38,7% voll- und 29,7% resp.

297 SCHWEIZER, Art. 10 Rz 27 BV.

298 Von den im Jahr 2010 gezählten 1 580 139 Paarhaushalten waren 233 705 (14,79%) Konkubinate und 1 346 434 (85,21%) Ehepaare. 8'416 Konkubinatspaare *mit Kindern* und 19 754 *ohne Kinder* waren Einverdienerhaushalte (bei diesen wird es sich in erster Linie um Rentenkonkubinate handeln). Zweiverdienerkonkubinate *mit Kindern* wurden 31 517 und *ohne Kinder* 160 448 gezählt (BBI 2013 8527 f.).

299 Diese Neuverteilung der Pensen ist sogar vor dem Hintergrund der Kinderbetreuung auch durch Väter sehr erwünscht, doch nach wie vor nicht verbreitet: Gemäss BFS arbeiteten die Väter im Jahr 2012 86,2% Vollzeit, 8,3% Teilzeit von mehr als 50% und 5,5% Teilzeit von weniger als 50% (Quelle: BFS, SAKE Teilzeitarbeit, Neuchâtel 2014). Bei den Vätern mit Kindern zwischen 7–14 Jahren lag die Vollzeitbeschäftigung 2012 bei 89,8%, 6,3% waren teil- und 3,9% nichterwerbstätig; Väter mit Kindern zwischen 15–24 Jahren arbeiteten zu 84,8% Vollzeit, zu 7% Teilzeit und 8,2% waren nichterwerbstätig (Quelle: BFS, Vereinbarkeit von Beruf und Familie, Erwerbssituation von Müttern und Vätern 2012, Neuchâtel 2013).

300 Vgl. Streichung von Art. 24 AHVG im Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Reform der Altersvorsorge 2020.

34,1%³⁰¹ teilerwerbstätig sind und Alter sowie Gesundheitszustand der Partner nicht erhoben worden sind, kann keine Rede davon sein, dass ihnen nach dem Tod des Ehepartners in jedem Fall die Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann. Dem Bericht des Bundesrates vom 4. April 2010 über die wirtschaftliche Lage der Witwen und Witwer ist zudem zu entnehmen, dass nur rund 66% der Witwen ohne Kinder einer Erwerbstätigkeit nachgehen, während die Erwerbsquote von verwitweten Geschiedenen bei 80% und die von alleinstehenden nicht verwitweten Frauen, etwa gleich wie bei den Männern, bei über 90% liegt. Es wäre zudem inkohärent, wenn nur die AHV diesen Schritt machen und eine entsprechende Regelung nicht auch in der beruflichen Vorsorge und der Unfall- und Militärversicherung gelten würde.³⁰²

Vor dem Hintergrund der sozialen Sicherheit und Vermeidung von Hilfsbedürftigkeit problematisch ist auch der Vorschlag des Projektes «Altersvorsorge 2020» (Art. 23 Abs. 4 lit. c E AHVG), dass neu Frauen ohne rentenberechtigte Kinder, die mithin aufgrund der zunehmend älteren Mütter wohl mindestens 45 Jahre sein dürften, keine Rente mehr erhalten und aufgrund des wirtschaftlichen Drucks und der hohen Lohnkosten auf dem Arbeitsmarkt nur schwerlich erfolgreich sein dürften. Die Gleichbehandlung der Witwen mit den Witwern verkennt die Tatsache, dass es immer noch die Frauen sind, die sich zur Hauptaufgabe um die Hausarbeit kümmern, was klar aus den Statistiken zur Erwerbs situation von Frauen und Männern hervorgeht.³⁰³

b. Hinsichtlich des Erlöschens des Anspruchs auf Hinterlassenenleistungen

So wie die eheähnliche Lebensgemeinschaft de lege lata keine Hinterlassenenrenten auszulösen vermag, Art. 20a BVG vorbehalten, bringt sie eine laufende Rente konsequenterweise auch nicht zum Erlöschen. Diese Lösung ist aus dem Zweckgedanken des Unterhaltsersatzes auch logisch, verleiht das Konkubinat ja eben keine gesetzlichen Ansprüche, die bei Risikoeintritt durch Leistungen der Sozialversicherungen (teilweise) ersetzt werden müssen. Angesichts der Tatsache von sog. Rentenkonkubinaten und den unterschiedlichen gesetzlichen Konzepten ist danach zu fragen, ob das Problem des Rentenuntergangs, welcher nichts anderes als eine Koordination zwischen zwei gleichzeitigen Ansprüchen auf Unterhalt darstellt, nicht anderweitig, und zwar zivilstandsunabhängig, gelöst werden könnte. Es erscheint willkürlich und als Eingriff in die

301 Vgl. vorne B.III.1. Bei den Paarhaushalten *ohne Kinder* sind bei nur 4,3% beide Ehepartner teilerwerbstätig.

302 Da diese Sozialversicherungszweige Komplementärrenten ausrichten, würde ein Wegfall der AHV-Witwenrente nach geltendem Recht zu einer Ausdehnung ihrer Leistungspflicht führen. Der Entwurf zur Altersvorsorge 2020 sieht keine entsprechende Anpassung vor. Vgl. jedoch SchLB 6. IV-Revision vom 18. März 2011 lit. a Abs. 5.

303 So leisten in Paarhaushalten ohne Kinder die Frauen 61,7% der Hausarbeit, in Paarhaushalten mit Kindern sind es beinahe 80% (Quelle: BFS, SAKE, Hauptverantwortung für die Hausarbeit in Paarhaushalten 2010).

Ehefreiheit i.S.v. Art. 14 BV, wenn das Wiederaufleben der Rente von einer Maximaldauer der Zweitehe abhängig gemacht wird. Auch nach zehnjähriger Ehedauer können beachtliche Gründe für eine Auflösung gegeben und das Argument der Vermeidung von Härten erfüllt sein.³⁰⁴ Die weitere Frage, ob die Eingehung einer eheähnlichen Gemeinschaft von gewisser Dauer, in Entsprechung zum Zivilrecht³⁰⁵, nicht auch als Erlösungsgrund gelten müsste³⁰⁶, ist zu verneinen. Zum einen wäre der Unterhalt der Witwe/des Witwers auf diese Weise nicht mehr gesichert und sein sozialer Schutz würde dahinfallen. Zum anderen muss sich das Sozialversicherungsrecht, aus den gleichen Gründen wie bei der fehlenden Anspruchsgrundierung bei Vorliegen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft³⁰⁷, auf objektive, Rechtssicherheit und -gleichheit verschaffende, einfach feststellbare Voraussetzungen stützen können.³⁰⁸ Dogmatisch zwar sehr problematisch, weil mit einer Wiederverheiratung der nacheheliche Unterhaltsanspruch auch untergehen würde, aber – weil sachgerechter – prüfenswert, erscheint vielmehr das Fallenlassen von Wiederverheiratungsklauseln zu sein. Bedingung müsste dabei sein, dass jede Folgeehe keine weiteren Ansprüche auf Hinterlassenenleistungen auszulösen im Stande wäre. Vorteil dieser Lösung wäre, dass die Unterscheidung zwischen Auflösung der Zweitehe durch Scheidung oder Tod, was zu einer kleineren oder vielleicht zu gar keiner Hinterlassenenrente nach dem zweiten Partner führen kann, obsolet wird. Ob das Verhältnis der weiter ausgerichteten Hinterlassenenrente zum neu entstandenen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Ehepartner in einer vollen Kumulation bestehen kann, müsste angesichts des Interesses an einer zivilstandsunabhängigen Regelung allenfalls in Kauf genommen werden.³⁰⁹ Auch ist zu bedenken, dass aufgrund der freien Rollenverteilung in der Ehe der Unterhalt nicht zwingend vom neuen Partner geleistet werden muss und schon im geltenden Recht das Wiederaufleben der Hinterlassenenrente nicht an das Fehlen eines nachehelichen Unterhaltsanspruchs bei Scheidung der Zweitehe gekoppelt ist. Mit dieser Regelung könnte der Gesetzgeber ein Zeichen zugunsten der Ehe gegenüber der eheähnlichen Lebensgemeinschaft setzen, ohne letztere zu diskriminieren.

304 BBI 1971 II 1097.

305 Gemäss BGer 5A_760/2012 vom 27. Februar 2013, E. 5.1.2.2 kann in Anwendung von Art. 129 Abs. 1 ZGB bei einem stabilen Konkubinat je nach Interessenlage nicht nur eine Aufhebung, sondern auch eine Suspendierung der Unterhaltsbeiträge angeordnet werden.

306 In diesem Sinn LOOSER, FamPra.ch 3/2013, S. 613.

307 Vgl. vorne D.II.2.a.

308 GÄCHTER, 490 f. mit Hinweisen auf weitere Literatur.

309 Die Hinterlassenenrente wird beitragsmässig jedoch erfasst.

3. *In Bezug auf die Alters- und Invalidenvorsorge*

a. *In der AHV*

aa. Beiträge

Im Gegensatz zu den Hinterlassenenrenten kann die Altersvorsorge durchaus zivilstandsunabhängig ausgestaltet werden. Dem in der Sozialversicherung vorherrschenden Individualprinzip folgend und in Anbetracht der Unterhaltpflicht i.S.v. Art. 163 ZGB innewohnenden Vorsorgepflicht³¹⁰ kann bei Eheleuten die Beitragspflicht generell individuell ausgestaltet sein und insbesondere Art. 3 Abs. 3 AHVG aufgehoben werden. Soweit beide Ehegatten erwerbstätig sind, entrichten beide ihre Beiträge aufgrund ihrer Erwerbseinkommen zivilstandsunabhängig. Ebenso trägt der nichterwerbstätige Ehegatte seine eigene Beitragslast, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG nicht erfüllt sind. In diesem Fall wäre unter Beachtung einer entsprechenden Übergangsregelung die Beitragserhebung für nichterwerbstätige Ehepartner auf der Grundlage der Hälfte des ehelichen Vermögens denkbar. Während bei Geschiedenen ihre gerichtlich zugesprochenen Unterhaltsbeiträge i.S.v. Art. 125 ZGB als Renteneinkommen qualifiziert werden, stünde es dem Gesetzgeber als weitere Variante frei, die gesetzlichen Unterhaltsansprüche i.S.v. Art. 163 ZGB neu auch während der Ehe als «Renteneinkommen» zu betrachten.³¹¹ Ist eine Person nur beschränkt und nicht dauernd erwerbstätig, gelangt die Vergleichsrechnung i.S.v. Art. 28^{bis} AHVV zur Anwendung.³¹² Es besteht somit durchaus bereits in der geltenden Gesetzgebung ein Instrumentarium, wie teil- resp. nichterwerbstätige Ehegatten beitragsmäßig erfasst werden können. Dabei wäre der Umfang des Unterhaltsanspruchs von nicht- oder nur teilerwerbstätigen Ehepartnern entsprechend dem Einkommen des andern nach Tabellen festzulegen, was sich in entsprechend höheren Einträgen auf dessen individuellem Konto niederschlägt. Aufgrund der ehelichen Unterhaltpflicht ist es Sache des besser situierten Ehegatten, für die Beitragsleistung aufzukommen.³¹³ Dies ist ihm insofern zuzumuten, als mit dieser Form einer getrennten Vorsorge das Einkommenssplitting eigentlich entfallen müsste und er dadurch im Zeitpunkt der künftigen Erwerbslosigkeit keine Renteneinbusse in Kauf zu nehmen hätte. Entfallen würde bei diesem Konzept auch die Teilung von Erziehungs- und Betreuungsgutschriften, was den Vorteil hat, dass sie demjenigen zugutekommen, der überwiegend diese Arbeit leistet.

310 Vgl. dazu auch Art. 125 Abs. 1 Ziff. 8 ZGB.

311 Man könnte sich jedoch zu Recht auf den Standpunkt stellen, dass auf diese Weise das Einkommen des erwerbstätigen Ehegatten zweimal mit Beiträgen belegt wird, was zu einer unerwünschten Doppelbelastung führt. Dieses Argument trifft jedoch auch bei den Geschiedenen zu.

312 Als nicht dauernd erwerbstätig gilt, wer weniger als neun Monate im Jahr erwerbstätig ist. Als nicht voll erwerbstätig gilt, wer weniger als 50% erwerbstätig ist.

313 BRÄM/HASENBOHLER, Art. 163 Rz 34 ZGB.

bb. Deplafonierung der Ehepaarrenten

Die betragsmässige Begrenzung der beiden Renten von Ehepaaren auf 150% der Maximalrente, sog. Plafonierung, bedeutet einen grossen Einbruch in den Grundsatz der individuellen Vorsorge und führt zu einer Schlechterstellung der Ehepaare gegenüber den Konkubinatspaaren.³¹⁴ Die Rechtfertigung der Plafonierung beruht u.a. auf versicherungstechnischen Überlegungen, so insbesondere dass die nichterwerbstätigen Frauen gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG keine eigenen Beiträge bezahlen müssen und dennoch Anspruch auf Altersrente erheben können und ein Paarhaushalt zu kleineren Lebenshaltungskosten führt. Nachdem jedoch erwerbstätige Frauen auf ihrem Erwerbseinkommen eigene Beiträge leisten, bei Aufhebung von Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG auch alle nicht erwerbstätigen, und somit ihre eigene Altersrente mitfinanzieren, kann diese Begründung nicht mehr aufrechterhalten werden.

cc. Betreuungsgutschriften

Keine Betreuungsgutschriften auszulösen vermag die Betreuung von Konkubinatspartnern. Angesichts der Tatsache, dass die einschränkende Aufzählung in Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG den gesellschaftlichen Bedürfnissen keineswegs mehr entspricht und es der Bestimmung an jeglicher Kohärenz fehlt, müsste sie neu überdacht werden. So müssten konsequenterweise neben den Schwiegereltern auch Schwäger genannt werden, da der Gesetzgeber an den Fall des Vorversterbens des leiblichen Kindes dachte und dem überlebenden Schwiegerkind die Betreuungsgutschrift erhalten will³¹⁵, nicht aber auch den Fall des vorverstorbenen Geschwisters im Auge hatte. Sodann ist die Bestimmung auch in Beziehung zum Assistenzbeitrag zu setzen. Weil im Fall des Bestehens einer faktischen Lebensgemeinschaft, dies sogar ohne Voraussetzung einer Mindestdauer, kein Assistenzvertrag i.S.v. Art. 42^{quinquies} lit. b IVG abgeschlossen werden kann, sollte entweder Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG auch für Konkubinatspartner geöffnet oder die faktische Lebensgemeinschaft aus Art. 42^{quinquies} lit. b IVG gestrichen werden. Da die Gutschriften eng mit dem Einkommenssplitting verknüpft sind, ist letztere Variante systemkonformer. Dennoch wäre aus sozialpolitischer Sicht die Betreuungsgutschrift als Ausgleich für eine wegen der Betreuung erfolgende Einkommenseinbusse eine Anreiz schaffende Massnahme im Interesse der vorsorgerechtlichen Besserstellung aller betreuender Personen.

b. *In der beruflichen Vorsorge*

Anders als in der AHV verhält es sich in der beruflichen Vorsorge, weil diese ausschliesslich von einer Erwerbstätigkeit der versicherten Person abhängt. Nicht- oder nur teilerwerbstätige Ehepartner, die sich keine ihren künftigen Si-

314 CASAULTA/REICHMUTH, SZS 2009, S. 247.

315 Amtl. Bull. 1994 SR 550.

cherheitsbedürfnissen im Alter entsprechende Vorsorge aufbauen können, erwerben auf diese Weise eine Vorsorge durch den Ehepartner. Dabei kann nach dem Entwurf zum neuen Unterhaltsrecht bei einer Scheidung vor Eintritt des Rentenfalls der Vorsorgesituation des Berechtigten durch ein Abweichen von der hälftigen Teilungsquote oder mittels Verweigerung der Teilung durch das Gericht Rechnung getragen werden. Bei einer Scheidung nach Eintritt der regulamentarischen Altersgrenze sind jedoch eine Teilung der Rente und die lebenslängliche Überweisung an den Berechtigten vorgesehen. Damit abgegolten wird entsprechend dem Vorsorgeausgleich der Anspruch der berechtigten Person auf ihre *eigene Altersvorsorge*. Dieser Anspruch darf jedoch nicht mit demjenigen auf (um den Vorsorgeausgleich reduzierten) Hinterlassenenleistungen der geschiedenen Witwe resp. des geschiedenen Witwers in Verbindung gebracht werden, da dieser den Versorgerschaden ersetzt. So kann auch bei einer Scheidung nach dem Rentenalter nebst der hälftigen Rentenleistung ein familienrechtlicher Unterhaltsbeitrag geschuldet sein, den es im Fall des Todes des Pflichtigen zu ersetzen gilt. Eine Abschaffung der Geschiedenenrente erscheint daher als nicht gerechtfertigt.³¹⁶

c. In Bezug auf die Leistungen der Invalidenversicherung

Bei der Bemessung der Invalidität von Personen, die nicht erwerbstätig, sondern im Aufgabenbereich tätig sind, wird in Anwendung des Grundsatzes der Schadenminderungspflicht immer auch die Mithilfe von im Haushalt lebenden Familienangehörigen, soweit sie für diese zumutbar ist, miteinbezogen. Grundlage dafür ist die gesetzliche Beistandspflicht i.S.v. Art. 159 und 272 ZGB. Darüber hinaus hat das Bundesgericht aber auch die tatsächliche Unterstützung eines pensionierten Lebenspartners für rechtens qualifiziert, obwohl es an einer gesetzlichen Beistandspflicht fehlt.³¹⁷ Diese Betrachtungsweise führt in diesen Belangen zwar zu einer Gleichbehandlung von Ehe und Konkubinat, welche in anderen Belangen unter Hinweis auf die fehlenden Rechtspflichten beim Konkubinat jedoch abgelehnt wird. Dieser Widerspruch lässt sich aber mit dem Argument der Nichtdiskriminierung der Ehe gegenüber dem stabilen Konkubinat und einer verfassungskonformen Rechtsanwendung auflösen. Geht es nämlich bei den Hinterlassenenleistungen um gesetzliche Unterhaltspflichten, haben wir es bei der Schadenminderungspflicht mit Beistandspflichten zu tun. Diese bilden gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch beim Konkubinat, im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG, neben dem Ausschliesslichkeitsanspruch ein weiteres wesentliches Element der Anspruchsbegründung.³¹⁸ Ein Zeichen in diese Richtung hat nunmehr auch Art. 42^{quinquies} lit. b IVG gesetzt, indem, gleich wie Ehe und Verwandtschaft in

316 A. M. MOSER, Teilung mit Tücken, SZS 2014, S. 128 ff.

317 I 252/05 vom 9. Juni 2006, E.3.

318 BGE 134 V 369 (380), E. 7.1.

gerader Linie, die Führung einer faktischen Lebensgemeinschaft die Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses ausschliesst. Damit hat der Gesetzgeber dem Konkubinat in der obligatorischen Sozialversicherung ein Törchen geöffnet und ein Zeichen gesetzt, dass faktische Lebensgemeinschaften im Zusammenhang mit Beistandspflichten sehr wohl auf die gleiche Ebene wie die Familie gestellt werden können. Dabei lässt er aber unberücksichtigt, dass im Gegensatz zu den in Art. 42^{quinquies} lit. b IVG aufgeführten Familienmitgliedern die in faktischer Lebensgemeinschaft lebenden Partner als Ausgleich keinen Anspruch auf Betreuungsgutschriften erheben können. Im Hinblick auf eine Gleichstellung beider Lebensformen müsste daher entweder Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG ergänzt oder die faktische Lebensgemeinschaft aus Art. 42^{quinquies} lit. b IVG gestrichen werden.

Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, ob beim Betätigungsvergleich nicht vielmehr eine zivilstandsunabhängige Invaliditätsbemessung – dies hätte ebenso für die Bemessung der Hilflosigkeit zu gelten – Platz greifen müsste. Zum einen trifft ausschliesslich die versicherte Person selbst die Pflicht zur Schadenminderung und zum andern führt die Einbindung von Familie und Lebenspartnerschaft ins Leistungsrecht dazu, dass auch Sozialversicherungsleistungen subsidiären Charakter gegenüber (nicht nur) familienrechtlichen Ansprüchen gewinnen, obwohl gerade die fehlende Subsidiarität eines der wesentlichen Unterscheidungsmerkmale gegenüber der Sozialhilfe darstellt. Damit würde nicht zuletzt auch eine rechtsgleiche Behandlung hinsichtlich allein lebender Personen geschaffen, bei denen die durch Dritte auf Vertragsbasis geleistete Hilfe auch nicht angerechnet wird.

d. In Bezug auf Melde- und Mitwirkungspflichten

Melde- und Mitwirkungspflichten, die bis jetzt Familienmitgliedern auferlegt sind, lassen sich grundsätzlich auch auf Konkubinatspartner erweitern. Dem entspricht auch das Konzept des Erwachsenenschutzrechts, welches das Institut des Vorsorgeauftrags i.S.v. Art. 360 ff. ZGB oder die gewillkürte Vertretung i.S.v. Art. 32 OR im Fall von Urteilsunfähigkeit zu Gunsten einer Drittperson zulässt.

4. In Bezug auf bedarfsabhängige Leistungen der sozialen Sicherheit

Ergänzungsleistungen auf der einen Seite und Sozialhilfe resp. sozialhilfeähnliche Leistungen auf der andern Seite – bei diesen auch aufgrund ihrer Subsidiarität gegenüber andern Rechtsansprüchen der antragsstellenden Person – orientieren sich grundsätzlich an der Unterstützungseinheit Familie resp. bei nicht verheirateten oder in getrennter Ehe lebenden Personen an der Einzelperson. Lebt eine solche im Konkubinat, wird die Angleichung zur Ehe, dies zwecks Verhinderung einer wirtschaftlichen Besserstellung von Konkubinatspaaren, durch Anrechnung von Einkommen und Vermögen des nicht unterstützungsberei-

dürftigen Konkubinatspartners bei der Leistungsbemessung mitberücksichtigt, obschon dieser keine rechtlichen Unterhaltpflichten hat. Diese Lösung vermag wegen der fehlenden Rechtspflichten im Konkubinat nicht zu überzeugen und widerspricht der rechtlichen Trennung der beiden Lebensformen.³¹⁹ Vielmehr bietet sich im Fall bedarfsabhängiger Leistungen die Möglichkeit, dass aufgrund der Schadenminderungspflicht bzw. Subsidiarität der Sozialhilfe seitens des Antragsstellers für den Aufwand der Haushaltsführung und Betreuung nicht gemeinsamer Kinder ein Verzichtseinkommen angerechnet wird.

III. Geschlechtsneutrale Leistungen?

Gemäss Art. 8 Abs. 3 BV sind Mann und Frau gleichberechtigt. Das Gesetz hat für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit zu sorgen. Die tatsächliche Gleichstellung in Familie und Arbeit wird insbesondere durch die Schaffung einer Infrastruktur erreicht, die eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie, das heisst eine ununterbrochene und ausgedehntere Erwerbstätigkeit der Frauen, ermöglicht. Die rechtliche Gleichstellung verbietet dem Gesetzgeber, Normen zu erlassen, die Männer und Frauen ungleich behandeln. Auch Art. 14 EMRK statuiert ein – wenn auch nicht absolutes – Diskriminierungsverbot in Bezug auf Eigenschaften, die mit der Person verbunden sind. Das Geschlecht ist somit kein taugliches Mittel mehr für rechtliche Differenzierungen. Nach wie vor als objektiv relevante Unterscheidung anerkannt wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der biologische Unterschied zwischen Frau und Mann sowie funktionale Unterschiede. Ein solcher funktionaler Unterschied darf nach wie vor in der Mutterrolle der Frau erblickt werden. In seiner späteren Rechtsprechung äusserte sich das Bundesgericht zum funktionalen Unterschied differenzierter und meinte, dass der Vorbehalt funktionaler Unterschiede insbesondere nicht bedeute, dass überkommenen Rollenverständnissen, so sie denn heute noch der Realität entsprechen, ohne weiteres auch in Zukunft rechtliche Relevanz verliehen werden dürfe.³²⁰ Anknüpfend an die Funktion der Hinterlassenenrenten darf der Gesetzgeber somit nicht an das Geschlecht, sondern einzig an den Versorgerschaden anknüpfen.³²¹ Falsch ist es daher, wenn die die Männer diskriminierenden Witwenrenten für Frauen ohne rentenberechtigte Kinder oder ab einem Alter von mindestens 45 Jahren abgeschafft werden sollten, da diese Witwen im Gegensatz zu den Männern in der gleichen Situation statistisch gesehen in der Regel immer noch einen Versorgerschaden erleiden. Angesichts der Erwerbstätigkeit von Frauen bzw. eines vollzogenen Rollentausches ist vielmehr anzunehmen, dass auch ein Witwer durch den Verlust der Ehefrau einen Versorgerscha-

319 Vgl. vorne C.IV.4.h.

320 BGE 138 I 265 (273), E. 6.1 sowie auch 108 Ia 22 (29), E. 5.a mit Hinweis auf BBI 1980 I 146.

321 WEBER-DÜRLER, S. 13 f.

den erleidet. Dies gilt erst recht im Hinblick auf eine bessere Ausgewogenheit der Rollenverteilung in der Ehe, die dazu führen wird, dass auch Männer vermehrt (Betreuungs)Aufgaben zuhause übernehmen und ihre Erwerbstätigkeit reduzieren. Eine Anknüpfung ans Geschlecht oder an eine bestimmte Rollenverteilung innerhalb der Familie verbietet daher die Schlechterstellung des Witwers gegenüber der Witwe. So oder anders würden die nach geltendem Recht noch vorhandenen Privilegien der Witwen, welche sich am Versorger-schaden und am tradiertem Rollenverständnis orientieren, dem Diskriminie- rungsverbot kaum mehr standhalten³²², obschon in der Realität auch heute noch die Kinderbetreuung zur Hauptsache in den Händen der Mütter liegt, die ihre Er- werbstätigkeit ganz oder teilweise aus diesem Grund einschränken.

IV. Harmonisierungen

Die Vielfalt familienrechtlicher Begriffe sowie die – zum Teil weit auseinander- gehenden – an den Familienstatus und weitere Zusatzkriterien geknüpften Leis- tungsvoraussetzungen³²³, welche Folge einer stufenweisen und nicht mit Blick auf das Ganze gerichteten Gesetzgebung sind, sollten im Interesse der Gleich- behandlung gleicher Lebenssachverhalte und einer besseren Koordination und Übersichtlichkeit einer systematischen Überarbeitung unterzogen werden.

E. Fazit

Im Zuge der Schrumpfungsprozesse von der Grossfamilie bis hin zur Eineltern- familie gewinnt der öffentliche soziale Schutz wegen der Überforderung der Familien in finanzieller und betreuerischer Hinsicht sowie auch aus staatspoliti- schen Gründen immer mehr an Bedeutung, ohne jedoch den durch die Familie gewährten sozialen Schutz auszuschliessen. Beruht unser Sozialsystem heute noch weitgehend auf den Grundlagen der Versorgerehe, muss im Hinblick auf die veränderten Rollenverständnisse, die Erwerbstätigkeit der Frauen und neue eheähnliche Lebensformen vor allem in den Bereichen Beiträge, Vorsorgeauf- bau und Leistungen an eine Weiterentwicklung in Richtung Zivilstandsunab- hängigkeit und Geschlechterneutralität, ergänzt durch eine Harmonisierung der Leistungsvoraussetzungen in den verschiedenen Sozialversicherungsgesetzen, gedacht werden. Es ist jedoch für den Bereich des Sozialrechts differenziert da- nach zu fragen, in welchen Bereichen der Ehestatus, gleich wie das Kindes- verhältnis, unerlässliche Voraussetzung für Leistungen zu sein hat. Soweit es um die Sicherung von familienrechtlichen Unterhaltsleistungen geht, macht ein Festhalten am Ehestatus aus Gründen der Kohärenz mit dem Familienrecht und

322 KRADOLFER, S. 76 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR.

323 Vgl. vorne C.IV.4.d.

der praktikableren Durchführung durchaus Sinn, während die nichtehelichen Partnerschaften konsequent auf vertragliche Lösungen zu verweisen sind. Hingegen lassen sich Privilegien der Ehe im Beitragsbereich und damit verbunden dem Einkommenssplitting durch konsequent zivilstandsunabhängige Beiträge, verbunden mit einem individuellen und vom Partner unabhängigen Vorsorgeaufbau, für alle unterstellten Personen abbauen, um damit eine Gleichbehandlung mit nichtehelichen Lebensgemeinschaften zu erreichen. Eine Abkehr vom Einkommenssplitting hätte denn auch den Vorteil einer zivilstandsunabhängigen Zuweisung von Erziehungs- und Betreuungsgutschriften allein als Ausgleich für Care-Arbeit. Ebenso steht einer Angleichung der beiden Lebensformen überall dort nichts im Weg, wo es um verfahrensrechtliche Fragen geht. Hinsichtlich der Frage der Schadenminimierungspflicht jedoch muss die Angleichung auf dem Weg der generellen Unbeachtlichkeit von Mithilfe Dritter gesucht werden.

In Bezug auf die im Gesetz verankerten unterschiedlichen Leistungsvoraussetzungen für Frauen und Männer, welche noch auf einem traditionellen Rollenverständnis bauen, muss angesichts der zunehmenden Erwerbstätigkeit der Frauen und der Freiheit in der innerehelichen Rollenverteilung die Diskriminierung der Männer bei den Voraussetzungen auf Hinterlassenenrenten aufgehoben werden. Aber nicht nur die unterschiedlichen geschlechterbezogenen Leistungsvoraussetzungen sind zu überdenken, sondern auch die unter den Sozialversicherungszweigen herrschenden Unterschiede bei den Leistungsvoraussetzungen müssen im Interesse einer Harmonisierung der Sozialgesetzgebung einander angeglichen werden.

F. Literatur

- ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA, Homosexuelle und heterosexuelle Konkubinatspaare im schweizerischen Ausländerrecht, SZIER 2001, S. 125 ff.
- AMSTUTZ ESTHER, Die Begünstigtenordnung der beruflichen Vorsorge, Zürich/Basel/Genf 2014
- ANDERER KARIN, Das Pflegegeld in der Dauerfamilienpflege und die sozialversicherungsrechtliche Rechtstellung der Pflegeeltern, Zürich/Basel/Genf 2012
- BIAGGINI GIOVANNI, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011
- DERS., Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRIT, Kommentar zu Art. 41 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008
- DIES., Soziale Sicherung der Frau, Bern/Frankfurt a.M. 1979
- BONOLI GIULIANO, Die soziale Sicherheit im 21. Jahrhundert: vom Sozialschutz zur sozialen Investition, CHSS 1/2007, S. 9 ff.
- BRÄM VERENA/HASENBÖHLER FRANZ, Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Teilband II/1/c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159–180, 3. Aufl., Zürich 1998
- BREITENMOSER STEPHAN/SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 13 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008
- BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, Ehe Partnerschaft Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2011
- BURKART GÜNTER, Familiensoziologie, Konstanz 2008
- CASAULTA GION PIEDER/REICHMUTH MARCO, Praktikabilität in der 1. Säule, SZS 2009, S. 232 ff.
- CHOPARD JACQUELINE, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Art. 30/30a AVIG unter Berücksichtigung des Übereinkommens Nr. 168 der IAO, Zürich 1998
- COHN MARCUS, Wörterbuch des jüdischen Rechts, Basel et al. 1980
- EGGER AUGUST, Zürcher Kommentar, Band II/1: Das Ehrerecht (Art. 90–251 ZGB), 2. Aufl., Zürich 1936
- EICHENHOFER EBERHARD, Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung, in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Berlin/New York 2008, S. 91 ff.
- EPPEL RUEDI/SCHÄR EVA, Stifter, Städte, Staaten. Zur Geschichte der Armut, Selbsthilfe und Unterstützung in der Schweiz 1200–1900, Zürich 2010
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012
- GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2005
- GÄCHTER THOMAS/SCHWENDENER MYRIAM, Nichteheliche Lebensgemeinschaften im Sozialversicherungsrecht, FamPra.ch 4/2005, S. 844 ff.

- GESTRICH ANDREAS/KRAUSE JENS-UWE/MITTERAUER MICHAEL, Geschichte der Familie, Stuttgart 2003
- GOODY JACK, Geschichte der Familie, München 2002
- HÄNZI CLAUDIA, Leistungen der Sozialhilfe in den Kantonen, in: Christoph Häfeli (Hrsg.), Das schweizerische Sozialhilferecht. Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, Luzern 2008, S. 87 ff.
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014
- HENKEL HELMUT, Kommentar zu Art. 391 ZGB, in: Thomas Geiser/Ruth Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012
- HÜRZELER MARC, Hinterlassenenvorsorge im Spannungsfeld veränderter Familienstrukturen, in: Thomas Gächter/Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), Berufliche Vorsorge. Stellwerk der sozialen Sicherheit, Zürich/St. Gallen 2013, S. 77 ff.
- KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
- KIESER UELI/REICHMUTH MARCO, Bundesgesetz über die Familienzulagen. Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2010
- KLEIN BIRGIT, «Angleichung der Geschlechter.» Entwicklungen im jüdischen Ehegüt- und Erbrecht des Mittelalters, in: Andreas Holzem/Ines Weber (Hrsg.), Ehe – Familie – Verwandtschaft, Paderborn 2008, S. 225 ff.
- KLEY ANDREAS, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011
- KOLLER THOMAS, Zum Begriff der «Familie» im Sozialversicherungsrecht – oder «Das Hohelied der Begriffsharmonie», Kommentar zu einem Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 15.2.1995, AJP 8/1995, S. 1080 ff.
- KRADOLFER MATTHIAS, Soziale Sicherheit zwischen «Verrechtlichung» und Fortentwicklung. Die Rechtsprechung des EGMR zum Leistungsabbau im Sozialversicherungsrecht, ZBl 2012, S. 53 ff.
- KRAPF MARKUS, Die Koordination von Unterhalts- und Sozialversicherungsleistungen für Kinder, Zürich/Basel/Genf 2004
- LANDOLT HARDY, Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri (Hrsg.), Sozialversicherungstagung 2007, S. 115 ff.
- LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Tragweite des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) und auf Eheschliessung (Art. 12 EMRK) im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Bd. I) – national global comparative (Bd. II), Bern 2011, S. 1049 ff.
- LOCHER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003
- LOOSER ANNEKATRIN, Der Familienbegriff im Sozialversicherungsrecht. Eine Untersuchung zum zivilstandsunabhängigen Sozialversicherungsrecht, FamPra 3/2013, S. 596 ff.
- LUCAS BARBARA/GIRAUD OLIVIER, Beziehungen zwischen Staat und Familie bei der Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen, CHSS 5/2006, S. 238 ff.
- MAESCHI JÜRG, Kommentar zum Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992, Bern 2000

- MASTRONARDI PHILIPPE, Kommentar zu Art. 41 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008
- MAURER ALFRED, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985
- MOSER MARKUS, Teilung mit Tücken – der Vorsorgeausgleich auf dem Prüfstand der anstehenden Scheidungsrechtsrevision, SZS 2/2014, S. 100 ff. (zit. Teilung mit Tücken)
- DERS., Die Zweite Säule und ihre Tragfähigkeit, Basel/Frankfurt a.M. 1993 (zit. Zweite Säule)
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslere, 3. Aufl., Zürich 2013
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- MURER ERWIN, Invalidenversicherung: Prävention, Früherfassung und Integration. Kommentar zu Art. 1a, 3a–3c, 6a, 7a–7c, 7d und 14a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, Bern 2009
- PULVER BERNHARD, Unverheiratete Paare. Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge, Basel/Genf/München 2000
- REUSSER RUTH, Kommentar zu Art. 374 ZGB, in: Thomas Geiser/Ruth Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012
- DIES., Kommentar zu Art. 14 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008
- RIEMER HANS MICHAEL, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Stämpfli's Handkommentar, Bern 2012 (zit. Stämpfli's Handkommentar)
- DERS., Berührungspunkte zwischen Sozialversicherungs- und Privatrecht, insbesondere die Bedeutung des Privatrechts bei der Auslegung des Sozialversicherungsrechts durch das EVG, in: Festschrift 75 Jahre EVG, Bern 1992, S. 147 ff. (zit. Berührungspunkte)
- RIEMER HANS MICHAEL/RIEMER-KAFKA GABRIELA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Vereinfachungen im System der schweizerischen Sozialversicherungen. Problemfelder und Lösungsvorschläge, Bern 2014 (zit. Vereinfachungen)
- DIES., BGE 137 V 383 ff. sowie 9C_73/2011 vom 17. Januar 2012 (BGE-Publikation vorgesehen): einschränkende Leistungsvoraussetzungen im Fall von Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG, SZS 2012, S. 187 ff.
- DIES., Soziale Sicherheit von Kindern und Jugendlichen, Bern 2011 (zit. Kinder und Jugendliche)
- DIES., Veränderungen der familiären Verhältnisse als Rentenrevisionsgrund in der IV, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri (Hrsg.), Die Revision von Dauerleistungen in der Sozialversicherung, St. Gallen 1999, S. 93 ff. (zit. Revision von Dauerleistungen)
- ROSENBAUM HEIDI/TIMM ELISABETH, Private Netzwerke im Wohlfahrtsstaat. Familie, Verwandtschaft und soziale Sicherheit im Deutschland des 20. Jahrhunderts, Konstanz 2008

- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Berufliche Vorsorge bei Scheidung: alte Probleme und neue Perspektiven, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Berufliche Vorsorge und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 1 ff. (zit. Berufliche Vorsorge)
- DIES., Die berufliche Vorsorge der geschiedenen Witwe, in: Gabriela Riemer-Kafka/ Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – soziale Unsicherheit, FS für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 709 ff. (zit. Geschiedene Witwe)
- SCHWEINGRUBER EDWIN, Sozialgesetzgebung der Schweiz. Ein Grundriss, 2. Aufl., Zürich 1977
- SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 10 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008
- STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
- TSCHUDI HANS PETER, Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherungen, Basel/Frankfurt a.M. 1989
- WANNER PHILIPPE, Die steigende Anzahl Alleinerziehender schafft neue wirtschaftliche Herausforderungen, CHSS 2/2012, S. 116 ff.
- WEBER INES, «Wachset und mehret euch.» Die Eheschliessung im frühen Mittelalter als soziale Fürsorge, in: Andreas Holzem/Ines Weber (Hrsg.), Ehe – Familie – Verwandtschaft, Paderborn 2008, S. 145 ff.
- WEBER-DÜRLER BÉATRICE, Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau – Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, ZSR 104/1985 I 1 ff.
- WIDMER JUDITH, Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis, Diss. Zürich 2001
- WOLFFERS FELIX, Grundriss des Sozialhilferechts, Bern/Stuttgart/Wien 1993
- WORONOWICZ WIOLETA, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Deutschland sowie in Polen. Ein Rechtsvergleich, Frankfurt a.M. 2013
- WYSS DANIEL PASCAL, Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Praktikabilität in Grossbritannien und Kanada: ein Modell für die Schweiz?, SZS 2009, S. 276 ff.

