



Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern
Amt für Sozialversicherungen
Forelstrasse 1
3072 Ostermundigen

Zürich, 16. Dezember 2014

Rechtsgutachten zur Berücksichtigung des Konkubinats bei der Verbilligung der Krankenkassenprämien

Inhaltsverzeichnis

<i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	4
1. <i>Ausgangslage und Fragestellung</i>	5
a) Ausgangslage	5
b) Motion Bhend (004-2013): „Das System der Krankenkassenprämienverbilligung muss gerechter gestaltet werden“	6
c) Fragestellung	7
2. <i>Grundsätzliche Problematik und mögliche Lösungsansätze</i>	8
a) Selbstdeklaration	8
b) Anknüpfung am Konkubinat im Sozialhilfe- und Steuerrecht (des Kantons Bern).....	10
c) Situation in anderen Kantonen	11
d) Lösung ohne Selbstdeklaration?	13
e) Zwischenfazit	14
3. <i>Der Begriff des Konkubinats</i>	15
a) Rechtlich nicht institutionalisiert, aber als „Lebenswirklichkeit“ rechtlich relevant	15
b) Legaldefinitionen	18
c) Lehre und Rechtsprechung	20
d) Mögliche Rechtsfolgen	22



aa)	Keine unmittelbare Rechtsfolgen.....	22
bb)	Altersvorsorge.....	22
cc)	Arbeitslosenversicherung	23
dd)	Zivilstandsunabhängige Ausgestaltung des Sozialversicherungsrechts?.....	23
ee)	Sozialhilfe	24
ff)	Verbilligung der Krankenkassenprämien.....	26
gg)	Steuerrecht	26
e)	Zwischenfazit.....	27
4.	<i>Probleme der Beweisbarkeit des Konkubinats</i>	28
a)	Überprüfbarkeit anhand objektiver Tatsachen	28
b)	Beurteilung im konkreten Fall.....	28
c)	Zwischenfazit.....	30
5.	<i>Verfassungsrechtlicher Rahmen</i>	30
a)	Vorbemerkungen	30
b)	Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV).....	31
c)	Schutz der Ehe vs. Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform.....	33
aa)	Schutz der Ehe (Art. 14 BV)	33
bb)	Schutz des Konkubinats (Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 2 KV)	33
cc)	Spannungsverhältnis	34
dd)	Beurteilung hinsichtlich einer Konkubinatsregel (im Bereich der Prämienverbilligung)	35
d)	Recht auf persönliche Freiheit und Schutz der Privatsphäre (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV)	37
e)	Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV).....	38
aa)	Allgemeine Ausführungen	38
bb)	Vergleichbarkeit von Ehe und Konkubinats (in Bezug auf wesentliche Tatsachen)	39
cc)	Ist die aktuelle Ungleichbehandlung bzw. wäre eine künftige Gleichbehandlung durch sachliche und vernünftige Gründe gerechtfertigt?.....	44
f)	Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben?	46
g)	Zwischenfazit.....	48



6. <i>Beantwortung der Fragen</i>	49
a) <i>Obligatorische Deklaration der Konkubinatsverhältnisse</i>	49
aa) <i>Kann die Motion rechtskonform umgesetzt werden, wenn die Konkubinats- verhältnisse obligatorisch deklariert werden müssen?</i>	49
bb) <i>Wie müssen die rechtlichen Bestimmungen dafür lauten?</i>	50
b) <i>Freiwillige Deklaration der Konkubinatsverhältnisse</i>	52
aa) <i>Wie müssten die rechtlichen Bestimmungen lauten, wenn die Konkubinats- verhältnisse freiwillig deklariert werden könnten?</i>	52
bb) <i>Kann die Deklaration nur eines Konkubinatspartners rechtliche Konsequenzen für den anderen Konkubinatspartner haben und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?</i>	52
c) <i>Beweisverfahren</i>	52
7. <i>Fazit</i>	54
<i>Literatur</i>	56



Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Motion Bhend (004-2013) möchte das System der Krankenkassenprämienverbilligung gerechter gestalten, indem Ehe- und Konkubinatspaare gleich behandelt werden. Vorgeschlagen wurde die Selbstdeklaration durch Personen, die in einem Konkubinat leben, mit der Folge, dass der Prämienverbilligungsanspruch wie bei den Ehepaaren gesamthaft berechnet werden kann.

Im Rahmen dieses Gutachtens wurde geklärt, ob diese Motion rechtskonform umgesetzt werden kann. Die Untersuchung hat ergeben, dass dies nicht möglich ist. Dies auch – aber nicht nur – deshalb, weil im Kanton Bern der Anspruch auf individuelle Prämienverbilligungsbeiträge in einem automatischen System ermittelt wird. In einem solchen System, in dem gestützt auf bestimmte Daten die potentielle Anspruchsberechtigung der gesamten Bevölkerung ermittelt wird, gelten erhöhte Anforderungen an eine allfällige Konkubinatsregel.

Der Vorschlag der Selbstdeklaration erscheint per se nicht systemkompatibel (und zwar mit dem geltenden automatischen System wie auch in einem Antragssystem), weil davon auszugehen ist, dass sich nur diejenigen Personen melden würden, die sich einen finanziellen Vorteil daraus erhoffen. Aufgrund fehlender Kontrollmöglichkeiten würde dies zu neuen Ungleichbehandlungen innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaften führen. Es müsste eine Lösung gefunden werden, bei der anhand objektiver Daten festgestellt und überprüft werden kann, ob zwei Personen in einem Konkubinat leben oder nicht.

Die Schwierigkeiten beginnen bereits bei der Definition des Konkubinatsbegriffs. In welchen Fällen kann davon ausgegangen werden, dass eine eheähnliche Lebensgemeinschaft besteht? Es existiert keine allgemeingültige Definition, i.d.R. wird jedoch auf die Kriterien des gemeinsamen Haushalts, einer bestimmten Mindestdauer und/oder das Vorhandensein gemeinsamer Kinder abgestellt. Obwohl es sich dabei grundsätzlich um objektive Daten handelt, ist es aus unserer Sicht nicht möglich, diese Kriterien anhand der von den Einwohner- und Steuerbehörden zur Verfügung gestellten Daten auch objektiv festzustellen.

Aufgrund des Gebots der Rechtsgleichheit müsste gewährleistet werden können, dass nur tatsächlich miteinander vergleichbare Paarkonstellationen erfasst werden. Dies betrifft einerseits die faktischen wirtschaftlichen Verhältnisse, andererseits muss auch eine starke faktische Bindung zwischen zwei Personen vorliegen (hypothetischer Wille zur gegenseitigen Unterstützung). Dieser Nachweis kann in einem automatisierten Verfahren nicht erbracht werden. Die grundsätzliche (grundrechtliche) Problematik bliebe jedoch auch bei einem Antragssystem bestehen.

Weil das Konkubinat anders als die Ehe rechtlich nicht institutionalisiert ist, darf eine Konkubinatsregel zudem ganz allgemein nur eine Tatsachenvermutung aufstellen, die dem Gegenbeweis zugänglich sein muss. Dies würde jedoch das geltende automatische System aushebeln. Auch bei einem Antragssystem könnte der Gegenbeweis kaum erbracht werden.

1. Ausgangslage und Fragestellung

a) Ausgangslage

In der Krankenversicherung gilt das *Prinzip der Kopfprämie*, d.h. grundsätzlich bezahlen alle Versicherten die gleich hohe Prämie (ausgenommen sind kantonale und regionale Abstufungen sowie Ermässigungen für Kinder und junge Erwachsene, siehe Art. 61 Abs. 1–3 KVG¹). Mit dieser Einheitsprämie wird das Prinzip der Solidarität zwischen gesunden und kranken, jungen und alten Menschen sowie zwischen den Geschlechtern verwirklicht.²

Anders als in anderen Sozialversicherungen wie z.B. der AHV ist bei der Prämienfestsetzung jedoch prinzipiell kein Ausgleich zwischen armen und reichen Bevölkerungsschichten vorgesehen. Der Solidarität zwischen Arm und Reich wird jedoch ebenfalls Rechnung getragen, und zwar mit der *Prämienverbilligung*, die den Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen von den Kantonen gewährt wird (Art. 65 Abs. 1 KVG).³ Damit sollen die Nachteile der Kopfprämie abgeschwächt werden.⁴ Neben dem *Solidaritätsprinzip* gilt hier jedoch auch das *Prinzip der Subsidiarität*⁵ bzw. das „Bedürfnis- oder Bedarfsprinzip“⁶: „Die individuellen Prämienverbilligungen sollen jenen zugutekommen, die es am nötigsten haben.“⁷

Für die Regelung und Durchführung der Prämienverbilligung sind die *Kantone zuständig*. Sie müssen insbesondere festlegen, wann eine Person in „bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen“ lebt (Kriterien für die Anspruchsberechtigung), das Verfahren zur Ermittlung der anspruchsberechtigten Personen definieren und die Modalitäten der Festsetzung und Auszahlung der Beiträge regeln.⁸ Diese föderalistische Ordnung hat eine sehr *heterogene Ausgestaltung der Prämienverbilligungssysteme* zur Folge.⁹ Es existieren jedoch auch einige bundesrechtliche Vorgaben, z.B. dass die Kantone dafür sorgen müssen, „dass bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere auf Antrag der versicherten Person, die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden“ (Art. 65 Abs. 3 KVG).¹⁰

¹ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

² MEYER, Rz. 12.76; EUGSTER, Rz. 999.

³ Siehe z.B. MEYER, Rz. 12.99.

⁴ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 16 Rz. 251 (Fn. 283); siehe auch MEYER, Rz. 12.99, mit Hinweis auf EUGSTER, Rz. 1068: „Die Prämienverbilligung ist der unerlässliche Sozialausgleich zur Einheitsprämie, die der finanziellen Belastbarkeit der Versicherten nicht Rechnung trägt.“

⁵ Siehe z.B. MEYER, Rz. 12.99.

⁶ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 16 Rz. 251 (Fn. 282).

⁷ MEYER, Rz. 12.99, mit Hinweis auf MAURER, S. 150.

⁸ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 16 Rz. 255; siehe insb. auch Fn. 285: „Der Bundesrat wollte in Art. 58 seines Entwurfs die Anspruchsberechtigung selbst umschreiben. Das Parlament verwies diese Aufgabe jedoch in die Kompetenz der Kantone; Amtl. Bull. (StR) 1992 S. 1333 und 1994 S. 95; (NR) 1993 S. 1883 und 1994 S. 361.“

⁹ Vgl. SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 16 Rz. 255; EUGSTER, Rz. 1070.

¹⁰ Diese Bestimmung geht auf die 1. Teilrevision des KVG vom 24. März 2000 zurück (AS 2000 2305; BBl 1999 793; EUGSTER, Rz. 1070).



Im *Kanton Bern* sind für die Feststellung der Anspruchsberechtigung die Art. 14 ff. EG KUMV¹¹ (Kapitel 4) massgebend, insbesondere Art. 15, der festlegt, dass sich die bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnisse aufgrund der finanziellen, persönlichen und familiären Verhältnisse bestimmen und Art. 19, der nähere Ausführungen zu den persönlichen und familiären Verhältnissen enthält. In Anlehnung an Art. 65 Abs. 3 KVG wird in Art. 19 Abs. 1 EG KUMV ausgeführt, dass bei der Beurteilung der persönlichen und familiären Verhältnisse auf die *aktuellen* Verhältnisse abgestellt wird. Gemäss Art. 19 Abs. 2 EG KUMV zählen zur Familie die Ehegatten (bzw. die eingetragenen Partner/-innen), der allein stehende Elternteil, die Kinder und die jungen Erwachsenen, wenn sie ledig sind und ihren Lebensunterhalt noch nicht dauernd aus einem eigenen Einkommen bestreiten. In Art. 4 und 5 der KKV¹² werden die persönlichen und familiären Verhältnisse näher bestimmt.

Gemäss Art. 24 Abs. 1 EG KUMV ist der Anspruch auf eine Prämienverbilligung *grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen*. Der Regierungsrat bestimmt den Kreis der Personen, deren Anspruch auf eine Prämienverbilligung nur auf Antrag hin festgestellt wird (Art. 24 Abs. 2 EG KUMV). Zur Durchführung der Prämienverbilligung betreibt die zuständige Stelle der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion JGK (das Amt für Sozialversicherungen ASV) ein elektronisches Datenverarbeitungssystem, worin insbesondere auch Angaben über die Familienstruktur enthalten sind (Art. 32 Abs. 1 EG KUMV).¹³ Diese Bestimmung wird in den Art. 19 ff. KKV konkretisiert. Demnach sind die Daten von den Gemeinden kostenlos zur Verfügung zu stellen (Art. 19 Abs. 1 KKV; vgl. für die Daten der Bezüger von AHV/IV-Leistungen Art. 21 Abs. 1 KKV). Wesentliche Änderungen sind dem ASV innerhalb einer Woche seit Kenntnisnahme zu melden (Art. 19 Abs. 1 KKV). Der Datenaustausch erfolgt über eine elektronische Plattform (Art. 19 Abs. 3 KKV). Die kantonale Steuerverwaltung stellt dem ASV für den Vollzug der Prämienverbilligung Informationen über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse aller im Kanton steuerpflichtigen natürlichen Personen in einem Abrufverfahren zur Verfügung, soweit dies für den Vollzug nötig ist (Art. 20 Abs. 2 KKV).

b) *Motion Bhend (004-2013): „Das System der Krankenkassenprämienverbilligung muss gerechter gestaltet werden“*

Am 4. September 2013 wurde vom Grossen Rat des Kantons Bern eine Motion angenommen, die den Regierungsrat verpflichtet, eine Vorlage auszuarbeiten, die den ungerechtfertigten Bezug von Prämienverbilligungen weitgehend verunmöglicht, indem verheiratete Paare und Konkubinatspaare unabhängig davon, ob sie Kinder haben oder nicht, gleich behandelt werden. Dies bedeutet konkret, dass der Prämienverbilligungsanspruch von Konkubinatspaaren wie bei Ehepaaren gemeinsam beurteilt werden soll.

¹¹ Gesetz des Kantons Bern vom 6. Juni 2000 betreffend die Einführung der Bundesgesetze über die Kranken-, die Unfall- und die Militärversicherung (EG KUMV; BSG 842.11).

¹² Kantonale Krankenversicherungsverordnung vom 25. Oktober 2000 (KKVV; BSG 842.111.1).

¹³ Siehe auch Art. 22 Abs. 1 EG KUMV, wonach die Ausgleichskasse des Kantons Bern, die unterstützenden Behörden und die Gemeinden der zuständigen Stelle der JGK Personen, welche Ergänzungsleistungen zur AHV- oder zur IV-Rente oder Leistungen der Sozialhilfe beziehen, melden.

Erforderlich wäre hierfür wohl insbesondere eine Änderung von Art. 19 Abs. 2 EG KUMV, wo aufgeführt wird, welche Personen zur Familie zählen, die im Rahmen des Prämienverbilligungssystem als Einheit betrachtet wird.

Die Motion wurde mit 105 zu 33 bei 3 Enthaltungen deutlich angenommen. Sie ist insbesondere vor dem Hintergrund der Angebots- und Strukturüberprüfung (ASP) zu lesen (mit der sie allerdings in keinem direkten Zusammenhang steht), die im Bereich der Prämienverbilligung eine Reduktion des Bezügerkreises und damit verbunden Einsparungen von bis zu CHF 35 Mio. pro Jahr mit sich bringen soll.¹⁴

Die Motionäre sehen in der Selbstdeklaration das geeignete Mittel zur Datenerhebung.¹⁵ Das automatische Verfahren bei der Festsetzung der Anspruchsberechtigung soll bei der Umsetzung der Motion jedoch bestehen bleiben.¹⁶

Der Regierungsrat hält die geforderten Anpassungen zwar grundsätzlich für wünschbar, aber praktisch nicht für realisierbar. Für eine rechtsgleiche Behandlung aller Konkubinatspaare wären Kontrollen notwendig, was einen unverhältnismässigen Eingriff in die Privatsphäre darstellen würde.¹⁷ Der Kontrollaufwand wäre zudem auch aus finanzpolitischen Gründen unverhältnismässig.

c) *Fragestellung*

Im Rahmen dieses Gutachtens sollen folgende Fragen geklärt werden:

- Kann die Motion rechtskonform umgesetzt werden, wenn die Konkubinatsverhältnisse obligatorisch deklariert werden müssen? Wie müssen die rechtlichen Bestimmungen dafür lauten?
- Wie müssten die rechtlichen Bestimmungen lauten, wenn die Konkubinatsverhältnisse freiwillig deklariert werden könnten? Kann die Deklaration nur eines Konkubinatspartners rechtliche Konsequenzen für den anderen Konkubinatspartner haben und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?
- Welche Beweismittel können im „Massengeschäft“ standardmässig von den Konkubinaten einverlangt werden?

¹⁴ Angebots- und Strukturüberprüfung (ASP 2014), Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 26. Juni 2013, S. 47 f. und 82; siehe auch Votum Bettina Keller, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 1: „Die Prämienverbilligung ist auch ein grosser Brocken in der Angebots- und Strukturüberprüfung (ASP). Ab 2014 und 2015 soll der Bezügerkreis um bis zu 60 000 Personen reduziert werden. Mit den Sparmassnahmen, die wir bereits letzten Herbst beschlossen haben, werden in diesem Bereich künftig bis 55 Mio. Franken pro Jahr eingespart.“; ferner Votum Ruedi Löffel, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 4: „Es ist doch nicht normal, dass wir bei der ASP 35 Mio. Franken einsparen, wenn wir gleichzeitig wissen, dass Leute tausende von Franken erhalten, die das nicht nötig haben.“

¹⁵ Siehe die Voten von Patric Bhend und Ruedi Löffel, Wortprotokoll GR 3.9.2013, S. 5.

¹⁶ Auftrag, S. 2.

¹⁷ Antwort des Regierungsrates auf die Motion 004-2013 vom 13.12.2012, S. 3; siehe auch die Voten Bettina Keller und Franziska Schöni-Affolter, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 2; a.M. der Motionär Patric Bhend, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 5: „Es braucht keine einzige Kontrolle, sondern allein die Deklaration bei der Steuererklärung.“

2. Grundsätzliche Problematik und mögliche Lösungsansätze

a) *Selbstdeklaration*

Dass Ehepaare und Konkubinatspaare trotz vergleichbarer wirtschaftlicher Verhältnisse in Bezug auf die Anspruchsberechtigung für eine Prämienverbilligung zum Teil (aber nicht in jedem Fall) ungleich behandelt werden, ist unbestritten.¹⁸ Fraglich ist jedoch, wie diese fallweise Ungleichbehandlung rechtlich zu werten ist und wie sich der Lösungsansatz der Selbstdeklaration auf diese Situation auswirken würde. Von den Motionären selbst wird die Selbstdeklaration explizit als Weg zur Lösung des Problems betrachtet. Sie sind der Ansicht, dass die Behebung dieses Missstands relativ einfach mittels Selbstdeklaration behoben werden könnte.¹⁹ Auch die Auftraggeber gehen davon aus, dass grundsätzlich nur der Weg der Selbstdeklaration in Frage kommt, die obligatorisch oder freiwillig ausgestaltet werden kann.²⁰ Dabei sei es naheliegend, diese Deklaration in die Steuererklärung zu integrieren.

Die Selbstdeklaration scheint die rechtlichen Unsicherheiten jedoch eher zu verstärken als abzuschwächen. Die geltende Regelung knüpft am Status der Ehe an, der rechtlich geregelt ist. Das Konkubinat ist hingegen rechtlich nicht institutionalisiert, was die grundsätzliche Frage mit sich bringt, wann überhaupt von einem Konkubinat auszugehen ist (siehe dazu unten Kapitel 3). Während die Ehe in den Personenmelderegistern registriert ist und die entsprechenden Daten ins EDV-System des ASV eingespielen werden (d.h. es werden alle Eheleute erfasst), würde die Selbstdeklaration von Personen, die im Konkubinat leben, *per se eine rechtsungleiche Behandlung* insofern bedeuten, als wohl nie alle betroffenen Personen vom System erfasst würden. Dies ist vor dem Hintergrund des automatischen Systems zur Feststellung der Anspruchsberechtigung problematisch. Ob die Selbstdeklaration freiwillig oder obligatorisch ist, ändert an dieser grundsätzlichen Problematik nichts. Die freiwillige Selbstdeklaration würde wohl nur von jenen Personen in Anspruch genommen, die darin einen finanziellen Vorteil erblicken. Und auch bei der obligatorischen Selbstdeklaration ist davon auszugehen, dass die betroffenen Paare sich nur dann melden, wenn damit zumindest keine Nachteile verbunden sind. Bei einem Obligatorium müsste das ASV jedoch – aus Gründen der Rechtsgleichheit – für die Durchsetzung desselben sorgen, d.h. alle Betroffenen ermitteln und kontrollieren, ob diese ihrer Meldepflicht nachgekommen sind oder zumindest auf begründeten Verdacht hin Untersuchungen anstellen. Das würde einen erheblichen administrativen und finanziellen Aufwand bedeuten, der mit den eingesparten Summen wohl kaum im Einklang stehen würde.²¹ Darüber hinaus ist fraglich, ob

¹⁸ Siehe z.B. Votum Ruedi Löffel, Wortprotokoll GR 3.9.2013, S. 5: „Dass es sich um eine Ungerechtigkeit handelt, wird hier drin wohl kaum jemand bestreiten.“ Vgl. auch die Voten Alfred Schneiter und Marc Jost, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 3.

¹⁹ Siehe die Voten von Patric Bhend und Ruedi Löffel, Wortprotokoll GR 3.9.2013, S. 5; vgl. auch Votum Marc Jost, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 3.

²⁰ Auftrag, S. 3.

²¹ Vgl. GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 868: „Ohne ein gefestigtes Institut wie beispielsweise eine registrierte Partnerschaft sind keine umfassenden Lösungen durchsetzbar, da der Vollzugsaufwand zu hoch würde.“



entsprechende behördliche Abklärungen nicht auch aus grundrechtlicher Perspektive problematisch sind (siehe dazu unten Kapitel 5.c)–e)).

Die Selbstdeklaration im Sinn einer Meldung an die Behörden ist also nicht unbedingt eine sinnvolle Möglichkeit, dem Prämienverbilligungssystem zu mehr „Gerechtigkeit“ zu verhelfen. Sie geht von der idealisierenden Annahme aus, dass alle betroffenen Paare ihre Lebenssituation pflichtgemäss angeben. Vor allem aber würde eine solche (freiwillige oder obligatorische) Deklaration lediglich zu einer Verschiebung der Ungleichheiten bzw. „Ungerechtigkeiten“ führen, d.h. sie würde nicht mehr (nur) zwischen Ehe- und Konkubinatspaaren, sondern auch zwischen den verschiedenen Konkubinatspaaren bestehen.

Allerdings stellt sich die *Frage, was unter einer Selbstdeklaration genau verstanden wird*. Es handelt sich dabei nicht notwendigerweise um eine Meldung an das ASV oder die Steuerverwaltung, sondern es kann sich dabei auch um eine ganz allgemeine Registrierung handeln, die bereits sehr früh erfolgen kann, z.B. bei der Anmeldung bei den Einwohnerdiensten der Gemeinde.²² Allerdings bleibt auch hier das Grundproblem bestehen, dass die Angaben der Personen grundsätzlich nicht überprüft werden können, d.h. dass die Behörden den Angaben ihrer Einwohner Glauben schenken müssen, wenn sie z.B. angeben, nicht in einem Konkubinat, sondern in einer einfachen Wohngemeinschaft zu leben. Möglich ist auch, dass bei der Anmeldung wahrheitsgemäss kein Konkubinat angegeben wird, sich die Situation während der Dauer des Zusammenlebens aber noch ändert. In diesem Fall müsste (anders als bei der Ehe) keine Meldung an die Einwohnerbehörde gemacht werden, weil es sich nicht um eine Zivilstandsänderung im rechtlichen Sinne handelt, die meldepflichtig wäre. Damit ist auch das Problem angesprochen, dass die Daten der Einwohnerdienste für die Datenerhebung zum Zweck der Abklärung der PV-Anspruchsberechtigung zu wenig aktuell wären, weil sie nur anlässlich eines Adresswechsels oder einer Zivilstandsänderung, d.h. nicht regelmässig erhoben bzw. aktualisiert werden.

Aufgrund der fehlenden rechtlichen Gesamtregulierung faktischer Lebensgemeinschaften ist es zudem *fraglich, ob die Erhebung dieser Information überhaupt statthaft ist*. Das Konkubinat zieht nur punktuell rechtliche Konsequenzen nach sich. „Beweisinformationen“, die je nach Rechtsgebiet andere Folgen zeitigen können, bereits bei der Anmeldung auf der Gemeinde zu erfassen, scheint daher über das Ziel hinauszuschiessen. Die betroffenen Personen müssten sich zudem offiziell zu einer bestimmten Beziehungsform bekennen, auch wenn sie sich vielleicht (noch) gar nicht darüber im Klaren sind, wie sie zueinander stehen. Wenn ein Paar zusammen in eine Wohnung zieht und sich anlässlich dieses Ereignisses bei den Gemeindebehörden meldet, besteht in wohl nicht wenigen Fällen zudem noch kein Konkubinat (falls man es über eine bestimmte Mindestdauer des gemeinsamen

²² Im Normalfall wird die Anspruchsberechtigung im Bereich der Prämienverbilligung anhand der Daten der Gemeinden und der kantonalen Steuerverwaltung eruiert. Grundsätzlich kommen also die Möglichkeiten der Selbstdeklaration gegenüber der Gemeinde oder der kantonalen Steuerverwaltung, aber auch direkt gegenüber dem ASV in Betracht, bei EL-Bezüglern zudem auch gegenüber der kantonalen Ausgleichskasse.

Haushalts definiert). Die Einführung einer entsprechenden Meldepflicht bei einer entsprechenden Änderung wäre aus grundrechtlicher Sicht zumindest problematisch.

b) Anknüpfung am Konkubinat im Sozialhilfe- und Steuerrecht (des Kantons Bern)

Bei der Debatte im Parlament wurde darauf hingewiesen, dass die Anknüpfung am Konkubinat in der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF) und in der Finanzdirektion (FIN) keine Probleme verursache.²³

Die Situationen sind jedoch nicht direkt miteinander vergleichbar.²⁴ Im Rahmen der staatlichen Fürsorge wird die Anspruchsberechtigung auf Antrag in Einzelgesprächen mit den Klienten abgeklärt,²⁵ bei der Finanzdirektion kann direkt auf die Angaben in der Steuererklärung abgestellt werden, zudem ist das Konkubinat dort nur am Rand von Bedeutung. Personen, die in einem Konkubinat leben, werden einzeln besteuert und müssen (anders als Ehepaare) zwei separate Steuererklärungen ausfüllen. Das Konkubinat wird nur insofern berücksichtigt, als kein „Abzug für Alleinstehende“ (Art. 40 Abs. 2 StG²⁶) geltend gemacht werden kann.²⁷ Nicht relevant sind jedoch – anders als bei der Prämienverbiligung in der Krankenversicherung – die wirtschaftlichen Verhältnisse im Einzelnen, d.h. die Höhe der Einkommen und deren Verteilung oder der Umstand, wer welche Ausgaben übernimmt.²⁸ Eine Kontrolle, ob auch alle Konkubinatspaare ihre Beziehung in der Steuererklärung deklariert haben, ist aber wohl auch hier nicht möglich; oder wäre zumindest mit einem grossen administrativen und finanziellen Aufwand verbunden.

Grundsätzlich scheint hier zudem die gemeinsame Wohnadresse bzw. der gemeinsame Wohnungsidentifikator als Kriterium zu genügen. Erfasst werden von dieser Regelung nämlich nicht nur Konkubinatsverhältnisse, sondern auch andere Mehrpersonenhaushalte.²⁹ Wenn man im Hinblick auf die

²³ Votum Marc Jost, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 3.

²⁴ Siehe die Antwort des JGK-Direktors Christoph Neuhaus im Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 4.

²⁵ Siehe in diesem Zusammenhang auch STADLER, S. 31 f., wonach immer die Verhältnisse im Einzelfall entscheidend sind.

²⁶ Steuergesetz des Kantons Bern vom 21. Mai 2000 (StG; BSG 661.11).

²⁷ Der Begriff des Konkubinats kommt in Art. 40 Abs. 2 StG überdies gar nicht vor. Er hat folgenden Wortlaut: „Verwitwete, geschiedene oder ledige Personen sowie Ehegatten, die je einen selbstständigen Wohnsitz haben oder getrennt veranlagt werden, können weitere 2400 Franken [Fassung vom 23. 3. 2010] abziehen, sofern sie allein, mit eigenen Kindern oder unterstützungsbedürftigen Personen einen selbstständigen Haushalt führen.“ Auf der Internetseite der FIN lässt sich lediglich die folgende Information finden (http://www.fin.be.ch/fin/de/index/steuern/ratgeber/besondere_lebenssituationen/konkubinats.html): „Im Konkubinat lebende Personen werden als Einzelpersonen besteuert. Sie erhalten jeweils getrennte Steuererklärungen. Der ‚Abzug für Alleinstehende‘ ist in diesem Fall nicht zulässig.“ Grossrat Marc Jost hält diese Information für eine klare Regelung (Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 3). Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine gesetzliche Regelung. Zudem wird nicht definiert, wann von einem Konkubinat ausgegangen wird. Auch im auf der Internetseite aufgeschalteten Merkblatt „Trennung/Scheidung/Konkubinat“ heisst es lediglich: „Konkubinatspaare werden getrennt veranlagt.“

²⁸ Dies gilt grundsätzlich auch in Bezug auf den Untergang des nachehelichen Unterhaltsanspruchs (BGE 116 II 394, E. 3): „Ein den Rentenuntergang bewirkendes qualifiziertes Konkubinat liegt auch dann vor, wenn die Partner aufgrund ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse nicht in der Lage sind, sich gegenseitig finanziell zu unterstützen.“ Kritisch dazu WOLFFERS, S. 162.

²⁹ <http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfo/Abzug+f%FCr+Alleinstehende+mit+eigenem+Haushalt>.

Prämienverbilligung für die grundsätzliche Erfassung auf diese Angabe abstellen würde, dann würden also nicht nur Konkubinate, sondern ganz allgemein Mehrpersonenhaushalte erfasst.

c) *Situation in anderen Kantonen*

Für die Auslotung möglicher Lösungsansätze lohnt sich ein Blick auf die Systeme anderer Kantone. So sehen z.B. die Kantone Appenzell Innerrhoden und Neuenburg, in denen grundsätzlich ebenfalls ein automatisches System zur Anwendung kommt, explizite Regelungen für Konkubinatspaare vor. In Art. 3 Abs. 2 des Beschlusses der Standeskommission des *Kantons Appenzell Innerrhoden* vom 2. April 1996 über die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung (GS/Al 832.501) heisst es: „Ehegatten sowie Alleinstehende und Konkubinatspaare, die mit Kindern zusammenleben und für deren Unterhalt sie aufkommen, haben einen Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung. Massgebend ist der geltend gemachte Kinderabzug gemäss Steuerveranlagung.“³⁰ Anknüpfungskriterium ist also das Zusammenleben im gleichen Haushalt mit Kindern. Die mit der Motion Bhend angeregte Konkubinatsregel im Kanton Bern zielt jedoch nicht nur auf Konkubinatspaare mit Kindern, sondern auch auf solche ohne Kinder ab, weshalb diese Lösung im Kanton Bern nicht in Betracht kommt. Zudem ergeben sich in Bezug auf den Kinderabzug Beweisschwierigkeiten (siehe dazu unten Kapitel 6.c).

Im *Kanton Neuenburg* war bis Ende 2013 das Bestehen einer Hausgemeinschaft („communauté domestique“) massgebend für eine gemeinsame Klassifikation (Art. 21 LILAMal³¹).³² Eine solche wurde angenommen, wenn die Beziehung der im gleichen Haushalt lebenden Personen jener einer Familie ähnlich ist (Art. 37 RALILAMal³³).³⁴ Seit Anfang Jahr wird nun ganz allgemein auf die wirtschaftliche Einheit im Sinne des Gesetzes über die Harmonisierung und Koordination der sozialen Leistungen (LHaCoPS³⁵) als Bezugsgrösse abgestellt („unité économique de référence“, nachfolgend: UER;

³⁰ Siehe auch Art. 5 Abs. 4: „Für die Berechnung des Anspruchs von Konkubinatspaaren mit Kindern wird auf die kumulierten massgebenden Gesamteinkommen abgestützt.“

³¹ Loi d'introduction du 4 octobre 1995 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LILAMal; RSN 821.10).

³² Im Einführungsgesetz zum KVG des Kantons Neuchâtel hiess es bis Ende 2013 in Art. 20 und 21: „[Art. 20] ¹ Les assurés mariés, liés par un partenariat enregistré fédéral ou cantonal, le cas échéant leurs enfants mineurs que dépendent d'eux, ainsi que les familles monoparentales, font l'objet d'une classification globale. ² ... [Art. 21] ¹ Lorsque les assurés vivent en communauté domestique, ils sont classifiés selon les règles de la classification familiale. ² La classification prend en compte les revenus et la fortune de tous les membres de la communauté domestique.“ Art. 21 wurde mit Gesetz vom 5. November 2013 mit Wirkung per 1. Januar 2014 aufgehoben (FO 2013 N°47).

³³ Règlement du 18 décembre 2013 d'application de la loi d'introduction de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RALILAMal; RSN 821.101).

³⁴ Art. 37: „1 Les personnes vivant en ménage commun sont classifiées en communauté domestique lorsque leurs relations s'apparentent à celles de la famille. La classification est déterminée selon les règles de la classification familiale au sens de l'article 36 du présent règlement. 2 Les assurés majeurs classifiés en communauté domestique sont tenus conjointement de signaler sans délai à l'office toute modification de la composition de la communauté domestique et/ou des revenus et fortunes de ses membres. L'office informe les assurés de cette obligation.“ Art. 36: „¹ La classification familiale au sens de l'article 20 LILAMal comprend les conjoints, ou le détenteur de l'autorité parentale (famille monoparentale), ainsi que les enfants mineurs à charge qui résident au domicile familial. ² Le revenu déterminant de la famille comprend les revenus et fortunes de tous ses membres, à l'exception du revenu de l'enfant mineur provenant d'une formation professionnelle.“

³⁵ Loi du 23 février 2005 sur l'harmonisation et la coordination des prestations sociales (LHaCoPS; RSN 831.4).

Art. 20 Abs. 1 LILAMal).³⁶ Gemäss Art. 2 LHaCoPS bezeichnet die UER „l'ensemble des personnes dont les éléments de revenus, de charges et de fortune sont pris en compte pour le calcul du revenu déterminant unifié“. Art. 3 Abs. 1 präzisiert, dass in der Regel „le-la partenaire qui partage le domicile du-de la titulaire du droit“ zur UER gehört.³⁷ Der Staatsrat hat diese Regel in Art. 18 RELHaCoPS³⁸ weiter konkretisiert, indem er festgehalten hat, dass die UER sich zusammensetzt aus dem Anspruchsberechtigten und „4. du ou de la partenaire avec lequel ou laquelle elle partage le même domicile si, alternativement: a) ils ont un enfant commun; b) ils partagent le même domicile depuis deux ans; c) ils ont signé une déclaration d'assistance mutuelle; d) d'autres éléments permettent de présumer de la stabilité de leur union“. Die Anspruchsberechtigung wird von Amtes wegen aufgrund der Steuerveranlagung festgestellt (siehe Art. 17 Abs. 1 LILAMal).³⁹ Die grundsätzlich anspruchsberechtigten Personen müssen darauf aber eine Anfrage an den zuständigen regionalen Sozialschalter machen, welcher die notwendigen Untersuchungen vornimmt (Art. 10 Abs. 1 und 2 LHaCoPS).

In Art. 11 Abs. 3 des Ausführungsgesetzes des *Kantons Fribourg* vom 24. November 1995 zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG; SGF 842.1.1) hiess es bis Ende 2013: „Bei Personen, die in einer Gemeinschaft leben (Wohngemeinschaft, Ordensgemeinschaft usw.), werden das Einkommen und das Vermögen jedes Mitglieds der Gemeinschaft und gegebenenfalls das Einkommen und das Vermögen der Gemeinschaft berücksichtigt.“ Die Bestimmung wurde mit Änderungsgesetz vom 16. Mai 2013 per 31. Dezember 2013 aufgehoben.⁴⁰ Als Begründung hat der Staatsrat in der Botschaft vom 12. März 2013 angeführt, dass sich diese Situationen in der Praxis nicht ergeben hätten.⁴¹ Zudem hätten die französische und die deutsche Fassung nicht übereingestimmt.⁴²

Im *Kanton Luzern* z.B. wird im Gesetz explizit darauf abgestellt, ob die Personen gemeinsam besteuert werden (§ 5 Abs. 2 des Prämienverbilligungsgesetzes⁴³).⁴⁴ Es handelt sich dabei um eine allge-

³⁶ Art. 20 Abs. 1: „Les assurés faisant partie de la même unité économique de référence (ci-après: UER) au sens de la LHaCoPS, font l'objet d'une classification globale.“

³⁷ Siehe zudem Art. 3 Abs. 2: „Le conseil d'Etat détermine les autres personnes composant l'unité économique de référence.“

³⁸ Règlement du 18 décembre 2013 d'exécution de la loi sur l'harmonisation et la coordination des prestations sociales (RELHaCoPS; RSN 831.40).

³⁹ Siehe Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 LILAMal: „Les assurés sont classifiés d'office. [...] La classification est revue d'office sur la base de la décision taxation fiscale postnumerando de l'année courante, selon les critères définis par le Conseil d'Etat. Celui-ci peut prévoir que le droit de certains bénéficiaires soit subordonné à une déclaration formelle de revendication.“

⁴⁰ ASF 2013_035.

⁴¹ Botschaft Nr. 50 vom 12. März 2013 des Staatsrats an den Grossen Rat zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Ausführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (Prämienverbilligung – Datenaustausch und Verfahren), S. 5 (http://www.fr.ch/publ/de/pub/amtliche_sammlung/2013/lieferung_nr_22_print.htm).

⁴² Die französische Fassung lautete wie folgt: „Pour les personnes vivant en communauté (domestiques, religieuses, etc.), il est tenu compte des revenus et de la fortune de chacun de ses membres et, le cas échéant, des revenus et de la fortune de la communauté.“

⁴³ Gesetz vom 24. Januar 1995 über die Verbilligung von Prämien der Krankenversicherung (Prämienverbilligungsgesetz, SRL 866).

⁴⁴ „Personen, die gemeinsam besteuert werden, haben einen Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung, der bei getrennter Auszahlung nach Anzahl der berechtigten Personen aufgeteilt wird.“

mein gehaltene Regelung, indem nicht explizit von Ehepaaren die Rede ist. In gerichtlicher Trennung lebende Ehepaare und Konkubinatspaare haben demnach jeweils einen Einzelanspruch auf Prämienverbilligung.

Auch Art. 6 Abs. 2 des Prämienverbilligungsreglements des *Kantons Uri*⁴⁵ statuiert, dass Personen, die gemeinsam besteuert werden, einen Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung haben. Art. 6 Abs. 3 enthält zudem eine explizite Regelung über Konkubinatspaare mit Kindern: „Bei nicht gemeinsam besteuerten Eltern, die im selben Haushalt leben (Konkubinatspaare mit Kindern), hat jener Elternteil Anspruch auf Prämienverbilligung für die minderjährigen Kinder, der zur Hauptsache für den finanziellen Unterhalt der minderjährigen Kinder aufkommt. Massgebend für die Beurteilung ist das jeweils höhere Prämienverbilligungs-Einkommen (PV-Einkommen).“ Auch hier wird also an das Vorhandensein von Kindern angeknüpft, ebenso im *Kanton Basel-Stadt*, allerdings werden die Konkubinats- und die Ehepaare hier einander gleichgestellt (§ 17 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt über die Krankenversicherung⁴⁶): „Für durch faktische Lebensgemeinschaft verbundene Personen mit im Haushalt lebenden gemeinsamen Kindern sowie für Alleinerziehende sind dieselben Einkommensgruppen massgebend wie für Verheiratete.“⁴⁷ Im Kanton Basel-Stadt gilt allerdings, wie im Auftrag zutreffend festgehalten, das Antragssystem, weshalb nur begrenzt auf die Kriterien, Verfahren und Erfahrungen in diesem Kanton zurückgegriffen werden kann.

d) *Lösung ohne Selbstdeklaration?*

Es stellt sich die Frage, ob die Erfassung der Konkubinatspaare, die in einer vergleichbaren Situation wie Ehepaare leben, so ins automatische System integriert werden könnte, dass nicht auf Selbstdeklarationen abgestellt werden müsste.

Grundsätzlich scheint es naheliegend, für die Feststellung, ob ein Konkubinat vorliegt, auf die *Steuererklärung* abzustellen. Für den Vollzug der Versicherungspflicht stellt die kantonale Steuerverwaltung dem ASV in einem Abrufverfahren u.a. Daten über den Zivilstand und die Haushaltsstruktur zur Verfügung, für den Vollzug der Prämienverbilligung zusätzlich Informationen über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, soweit dies für den Vollzug nötig ist (Art. 20 Abs. 1 KKV). Die Vermutung liegt also nahe, dass für die Feststellung eines Konkubinats auf diese Daten abgestellt werden könnte, ohne dass eine zusätzliche Deklaration der betroffenen Personen nötig wäre. Probleme zeigen sich jedoch, wie nachfolgend aufgezeigt wird, bereits bei der Definition des Konkubinats (siehe dazu unten Kapitel 3), zudem ergeben sich erhebliche Beweisschwierigkeiten (Kapitel 4). Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die insbesondere von den Steuer-, aber auch von den Einwohnerbehörden (Art. 19

⁴⁵ Reglement des Regierungsrates des Kantons Uri vom 3. Dezember 2013 über die Prämienverbilligung für die Krankenpflege-Grundversicherung (Prämienverbilligungsreglement [PVR], RB 20.2213).

⁴⁶ Gesetz vom 15. November 1989 über die Krankenversicherung im Kanton Basel-Stadt (GKV; SG 834.400).

⁴⁷ Siehe auch § 5 des Harmonisierungsgesetzes, wonach die massgebliche wirtschaftliche Haushaltseinheit neben der antragstellenden Person auch „deren Partner oder Partnerin einer gefestigten faktischen Lebensgemeinschaft“ umfasst. In § 1 der Verordnung zu diesem Harmonisierungsgesetz wird näher umschrieben, wann das Vorliegen einer gefestigten faktischen Lebensgemeinschaft vermutet wird.



KKVV) zur Verfügung gestellten Daten können nicht dazu dienen, das Bestehen eines Konkubinats zu belegen.

Davon abgesehen sind v.a. auch die mit einer Konkubinatsregel verbundenen Rechtsfolgen zu beachten. In den meisten Fällen würde ein Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung zu einer *faktischen Unterstützungspflicht* führen, die rechtlich nur für Ehepaare besteht (siehe dazu im Einzelnen unten Kapitel 3.d).⁴⁸ Vor dem Hintergrund des im Bereich der Prämienverbilligung geltenden Bedarfsprinzips ist die Frage denn auch durchaus berechtigt, ob vom Lebenspartner eine Unterstützung nicht verlangt werden kann.⁴⁹ Diese Frage ist schwierig zu beantworten, weil im Einzelfall schwierig festzustellen ist, wie stark sich die Partner einander in einer nichtehelichen Beziehung verpflichtet fühlen. Ein Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung dürfte jedenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn die Partner einander bereits faktisch (erheblich) unterstützen. Auch dafür fehlen in einem automatischen System jedoch die Beweisgrundlagen.

e) *Zwischenfazit*

Von einer Selbstdeklaration von Personen, die im Konkubinat leben, ist in einem automatischen System abzusehen. Daraus würde per se eine rechtungleiche Behandlung resultieren. Ob die Selbstdeklaration freiwillig oder obligatorisch ist, ändert daran nichts. Die Anknüpfung am Konkubinat im Sozialhilfe- und Steuerrecht des Kantons Bern kann nicht analog auf die Feststellung des Anspruchs auf Prämienverbilligung übertragen werden. Die Situationen sind nicht direkt miteinander vergleichbar. Auch die Regelungen anderer Kantone können im Kanton Bern nicht ohne Weiteres übernommen werden. Der Blick über die Kantonsgrenzen verdeutlicht vielmehr die grundsätzliche Problematik einer Konkubinatsregel. Im Folgenden wird versucht, eine Lösung zu finden, die auf den Kanton Bern zugeschnitten ist und ohne das Instrument der Selbstdeklaration auskommt.

⁴⁸ Denkbar sind allerdings auch Fälle, in denen einem Konkubinatspaar mehr Prämienverbilligung ausgeschüttet würde.

⁴⁹ Vgl. auch STADLER, S. 30, zum Urteil des BGer 2P.386/1998 vom 24. August 1998: „Obwohl im Konkubinatsverhältnis keine Unterhaltspflichten bestehen, ist laut Bundesgericht davon auszugehen, dass die Partner eines stabilen Konkubinats sich gegenseitig unterstützen. Soweit sie nicht ausnahmsweise widerlegt worden ist, gilt diese Vermutung vor allem bei langjährigen Konkubinatsverhältnissen. Die im Rahmen eines solchen Konkubinats erbrachten freiwilligen Leistungen Dritter können ohne Willkür zu den eigenen Mitteln gerechnet werden, was auch dem Grundsatz der Subsidiarität der Sozialhilfe entspricht. In solchen Fällen muss das Einkommen des Konkubinatspartners deklariert und darf es für die Beurteilung der Bedürftigkeit mitberücksichtigt werden.“

3. Der Begriff des Konkubinats

a) *Rechtlich nicht institutionalisiert, aber als „Lebenswirklichkeit“ rechtlich relevant*

„Konkubinats“ ist eine ältere, in der Rechtswissenschaft aber nach wie vor gebräuchliche Bezeichnung für eine *nichteheliche, aber eheähnliche Lebensgemeinschaft* zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts.⁵⁰

Grundsätzlich fallen alle Paare unter diesen Begriff, „die ihre Beziehung nicht durch Heirat formalisiert haben“⁵¹. Gleichgeschlechtliche Paare werden jedoch i.d.R. nicht darunter subsumiert.⁵² Für die angestrebte Konkubinatsregel wäre es jedoch durchaus denkbar, dass auch gleichgeschlechtliche Paare erfasst werden, dies insbesondere im Hinblick darauf, dass Art. 19 Abs. 2 lit. a EG KUMV neben den Ehegatten auch die registrierte Partnerschaft erwähnt. Daraus könnte *e contrario* geschlossen werden, dass mit dem Konkubinatsbegriff jene Paare gemeint sind, die weder verheiratet sind noch in einer registrierten Partnerschaft leben.

Anders als die Ehe ist das Konkubinats *rechtlich nicht institutionalisiert*, d.h. es existiert keine rechtliche Ordnung, die diese Lebensform umfassend regeln würde.⁵³ Es ist insbesondere kein formeller Begründungsakt erforderlich und entsprechend sind auch keine amtlichen Dokumente verfügbar, die den Bestand eines Konkubinats beweisen.⁵⁴ Es existiert auch *keine allgemeingültige Legaldefinition* (siehe aber unten b).⁵⁵ Dies bedeutet aber nicht, dass das Konkubinats rechtlich nicht relevant wäre. Es handelt sich beim Konkubinats um eine „Lebenswirklichkeit“, die in der Schweiz vor nicht allzu langer Zeit noch verboten war (das letzte kantonale Konkubinatsverbot wurde 1995 aufgehoben), heute jedoch verfassungsrechtlich geschützt ist (siehe dazu unten Kapitel 5.c).⁵⁶

⁵⁰ Siehe z.B. COTTIER/CREVOISIER, S. 34; ferner Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 15 (KIND–KRUS), 21. Aufl., Leipzig/Mannheim 2006, S. 446, und Duden, Das Fremdwörterbuch, Bd. 5, 10. Aufl., Mannheim Zürich 2010, S. 566; ablehnend jedoch BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 66.

⁵¹ COTTIER/CREVOISIER, S. 34.

⁵² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.03; BGE 118 II 235, E. 3b; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 lit. c der Gaststaatsverordnung (SR 192.121), wo der Begriff im Erlassstext selbst wie folgt definiert wird: „(im Sinne des Schweizer Rechts eine nicht mit der hauptberechtigten Person verheiratete Person des anderen Geschlechts)“; ferner Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 7 (DIEU–EMAR), 21. Aufl., Leipzig/Mannheim 2006, S. 493 f., wo die eheähnliche Lebensgemeinschaft als „das zumeist auf Dauer angelegte Zusammenleben von Mann und Frau ohne formelle Eheschließung“ umschrieben wird. Einen breiteren, d.h. auch gleichgeschlechtliche Paare umfassenden Ansatz wählten für ihre Abhandlung GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 845; vgl. auch BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 65.

⁵³ Siehe auch GÄCHTER, Rz. 19, wonach Konkubinatspaare „in einer vom Rechtssystem nicht typisierten Form“ zusammenleben; zudem AMSTUTZ, Rz. 579 und 594; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.01 und Rz. 03.08.

⁵⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.02 und Rz. 03.08; AMSTUTZ, Rz. 579.

⁵⁵ Vgl. AMSTUTZ, Rz. 579; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.01 und Rz. 03.08; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 65.

⁵⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.02; siehe dazu auch FRANK, Ausgangslage, passim und FRANK, Konkubinatsverbote, passim; ferner BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 62.

Die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften hat in den letzten Jahrzehnten stark zugenommen und damit auch ihre gesellschaftliche und nicht zuletzt rechtliche Bedeutung.⁵⁷ Die fehlende rechtliche Regulierung hat jedoch auch zur Folge, dass die *Erscheinungsformen* des Konkubinats sehr unterschiedlich ausfallen können.⁵⁸ In einem weiten Begriffsverständnis können grundsätzlich alle (verschiedengeschlechtlichen) Formen des Zusammenlebens, die nicht dem Institut der Ehe unterliegen, als Konkubinat verstanden werden. Auch die *Motive* für die Wahl dieser „Form“ von Beziehung sind sehr unterschiedlich. Weil die Ehe für das Zusammenleben aus gesellschaftlich-sittlichen Überlegungen kein zwingendes Erfordernis mehr darstellt, entscheiden sich viele Paare erst mit der Familiengründung für die Ehe (z.T. wird das vorangehende Konkubinat deshalb als „Probewehe“ bezeichnet).⁵⁹ Zum Teil wird die Ehe auch aus einer grundsätzlichen Überzeugung abgelehnt,⁶⁰ in anderen Fällen wiederum sind praktische Überlegungen entscheidend (Ehehindernisse oder „Heiratsstrafen“).⁶¹

Für die Begrifflichkeiten und die Beurteilung der rechtlichen Folgen des Konkubinats muss daher immer der *Einzelfall* betrachtet werden.⁶² Es kann nicht wie bei der Ehe an einen bestimmten Zivilstand und damit an ein familienrechtliches Institut angeknüpft werden. Das bringt insbesondere im Sozialversicherungsrecht gewisse Schwierigkeiten bei der Beurteilung bestimmter Fallkonstellationen mit sich. *Das Familienrecht geht dem Sozialversicherungsrecht grundsätzlich vor,*⁶³ d.h. dass im Sozialversicherungsrecht i.d.R. an die (privatrechtlichen) Normen des Familienrechts angeknüpft wird. Das Sozialversicherungsrecht ist in der Schweiz denn auch grundsätzlich zivilstandsabhängig ausgestaltet. Das bedeutet nicht nur, dass für die Ausschüttung bestimmter Leistungen z.B. der Bestand

⁵⁷ Siehe z.B. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.06; SCHWENZER, Rz. 7, mit Hinweis auf die Statistiken des Bundesamtes für Statistik zu den Paaren mit gemeinsamen Kindern vor der Heirat und zum Anteil nichtehelicher Geburten an der Gesamtgeburtenrate, einsehbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/01/02/02.html>; GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 845, mit zahlreichen weiteren Hinweisen; ferner FRANK, Ausgangslage, Rz. 2.

⁵⁸ Siehe auch BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 61.

⁵⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.07; FRANK, Ausgangslage, Rz. 3 ff.; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 61.

⁶⁰ Ziemlich resolut in diesem Sinne BGE 108 II 204, E. 3: „Mit der Wahl des Konkubinats ziehen die Partner diese Form des Zusammenlebens jener der Ehe bewusst vor, weil sie die rechtliche Bindung als solche oder deren Ausgestaltung, etwa beim Güterrecht, bei der gemeinsamen Besteuerung usw., ablehnen. Da die mit einer Heirat verbundenen Wirkungen von ihnen gerade nicht angestrebt werden, können die güterrechtlichen Grundsätze auch nicht bloss sinngemäss auf ein Konkubinatsverhältnis angewendet werden.“ Andere mögliche Motive werden nicht genannt. Allerdings: „Wenn die Partner für ihre Gemeinschaft die Ehe ablehnen, besagt dies keineswegs, dass sie überhaupt alle Rechtsfolgen ihres Zusammenlebens ausschliessen wollen. Ohne nähere Prüfung allein im vermeintlichen Interesse des Instituts der Ehe den Partnern eines Konkubinats schlechterdings jeden Rechtsschutz zu versagen, käme einer Kapitulation der Rechtsordnung gegenüber einer verbreiteten Erscheinungsform unserer Gesellschaft gleich.“

⁶¹ Siehe dazu HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.07; vgl. auch FRANK, Ausgangslage, Rz. 3 ff.; ferner BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 61.

⁶² Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.08; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 62 ff.

⁶³ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 844, u.a. mit Hinweis auf BGE 121 V 125 (siehe bereits die Regeste dieses Entscheids: „Der Begriff ‚mitarbeitende Familienmitglieder‘, wie er u.a. in Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV verwendet wird, umfasst nur die Mitglieder der Familie im familienrechtlichen Sinn des ZGB. Das Verlöbnis – als quasi-familiäres Rechtsverhältnis – oder das Konkubinat begründet keine Mitgliedschaft in der Familie.“); siehe auch LOOSER, S. 597 f.; SCARTAZZINI, S. 405.

einer Ehe vorausgesetzt wird, sondern v.a. auch, dass bei der Auslegung des Begriffs der Ehe nicht vom familienrechtlich geregelten Institut und der dazu entwickelten Lehre und Rechtsprechung abgewichen wird, was der Einheit der Rechtsordnung förderlich ist.⁶⁴ Das macht auch insofern Sinn, als der familienrechtliche Status der persönlichen Beziehung Stabilität und Dauerhaftigkeit verleiht und dadurch, dass er durch die Eintragung in staatliche Register für jedermann sichtbar wird, der Transparenz und Rechtssicherheit dient.⁶⁵ Dadurch wird auch die mit der Anknüpfung an tatsächliche Gegebenheiten verknüpfte Gefahr des Rechtsmissbrauchs verringert.⁶⁶ Und nicht zuletzt dient die Eintragung auch dem Interesse der Praktikabilität in der Massenverwaltung.⁶⁷

In Bezug auf das Konkubinat ergeben sich diesbezüglich jedoch zweierlei Abweichungen. Einerseits ist der Begriff des Konkubinats oder der nichtehelichen Lebensgemeinschaft *im Familienrecht nicht geregelt*, weshalb eine mit dem Familienrecht harmonisierte Auslegung des Begriffs nicht möglich ist.⁶⁸ Andererseits knüpft auch das Sozialversicherungsrecht i.d.R. nicht (explizit) an das Bestehen eines Konkubinats an. Als Ausnahmen sind für das Bundessozialversicherungsrecht jedoch insbesondere die Beispiele von Art. 2 Abs. 1 lit. g UVV⁶⁹ und Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG⁷⁰ anzuführen. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. g UVV sind Konkubinatspartnerinnen und -partner, die in dieser Eigenschaft AHV-beitragspflichtig sind, nicht obligatorisch in der Unfallversicherung versichert. Der Begriff des Konkubinatspartners wird allerdings nicht konkretisiert.⁷¹ Im Bereich der (überobligatorischen) beruflichen Vorsorge hingegen wird nicht auf den Begriff des Konkubinatspartners abgestellt, sondern es werden die Kriterien für das Vorliegen einer „qualifizierten Lebensgemeinschaft“⁷² im Gesetz selbst umschrieben (Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG): „Die Vorsorgeeinrichtung kann in ihrem Reglement neben den Anspruchsberechtigten nach den Artikeln 19 und 20 folgende begünstigte Personen für die Hinterlassenenleistungen vorsehen: a. natürliche Personen, die vom Versicherten in erheblichem Masse unterstützt worden sind, oder die Person, die mit diesem in den letzten fünf Jahren bis zu seinem Tod ununterbrochen eine Lebensgemeinschaft geführt hat oder die für den Unterhalt eines oder mehrerer

⁶⁴ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 861.

⁶⁵ LOOSER, S. 599; GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 861. LOOSER (S. 599, mit Hinweis auf RÖTHEL ANNE, Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, in: Lipp Volker/Röthel Anne/Windel Peter A. (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, Tübingen 2008, S. 85 ff., S. 90 und 112) führt zudem weiter aus: „Sein Verdienst ist ausserdem, dass nicht mehr auf die innere, gelebte Beziehung der Beteiligten abgestellt werden muss. Dies ermöglicht Enthaltensamkeit der Rechtsordnung gegenüber den Inhalten der persönlichen Bindung.“

⁶⁶ LOOSER, S. 600.

⁶⁷ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 861. „Das Streben nach Begriffsharmonie zwischen dem Zivilrecht und dem Sozialversicherungsrecht darf indes nicht so weit gehen, dass die allenfalls unterschiedlichen Zwecksetzungen gleich oder ähnlich lautender Begriffe aus unterschiedlichen Rechtsgebieten eingeebnet den“ (GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 861 f., mit Hinweis auf KOLLER, S. 1082).

⁶⁸ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 845.

⁶⁹ Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202).

⁷⁰ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40).

⁷¹ Es ist auch nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung mit der Praxisänderung in BGE 125 V 205 ihren Anwendungsfall verloren hat. Sie war auf die Konstellation eines „Hausgatten“-Konkubinats zugeschnitten, in dem der haushaltführende Partner als Arbeitnehmer des anderen Partners qualifiziert wurde.

⁷² Siehe AMSTUTZ, Rz. 584.

gemeinsamer Kinder aufkommen muss; [...]“ Der Gesetzgeber hat damit einem weiten Begriffsverständnis Ausdruck verschafft, indem der Wortlaut der Bestimmung allen möglichen (neuen) Lebensformen Rechnung trägt.⁷³ Fest steht jedoch, dass (blosse) Wohngemeinschaften keine Lebensgemeinschaften darstellen; es muss sich vielmehr um eine *Schicksalsgemeinschaft ähnlich einer Ehe* handeln.⁷⁴

Vor diesem Hintergrund sind für die Begriffsbestimmung die Entwicklungen in der Lehre und Rechtsprechung von besonderer Bedeutung. Zunächst wird im folgenden Abschnitt aber noch ein Blick auf bestehende Legaldefinitionen geworfen.

b) Legaldefinitionen

Die Legaldefinitionen, die vereinzelt Eingang in eidgenössische und kantonale Erlasse gefunden haben, können für das Begriffsverständnis aufschlussreich sein. Es ist jedoch zu beachten, dass sie jeweils nur begrenzt auf den jeweiligen Rechtsbereich Wirkung entfalten.

In Art. 20 Abs. 1 lit. c der Gaststaatverordnung⁷⁵ wird der Begriff des Konkubinatspartners im Erlass text selbst als „(im Sinne des Schweizer Rechts eine nicht mit der hauptberechtigten Person verheiratete Person des anderen Geschlechts)“ definiert. Sofern diese Person mit der hauptberechtigten Person in einem gemeinsamen Haushalt lebt und vom institutionellen Begünstigten (z.B. ein Konsulat oder eine internationale Institution; siehe Art. 2 des Gaststaatgesetzes⁷⁶) als offizielle/r Lebenspartner/in betrachtet wird, darf sie diese begleiten, wobei sie die gleichen Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen genießt.⁷⁷

Gemäss Art. 37 Abs. 5 der Verordnung des Kantons Wallis über die Besoldung der Staatsangestellten⁷⁸ erhalten Konkubinatspartner dieselben Sonderurlaube im Falle einer Krankheit oder des Todes des Partners, bei einem Umzug u.Ä. wie verheiratete Personen und eingetragene Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Paare. Als Konkubinatspartner gelten dabei „Paare, welche im gleichen Haushalt leben“.⁷⁹

⁷³ AMSTUTZ, Rz. 581, mit Hinweis auf Votum Leutenegger Oberholzer, AB 2002 N 245.

⁷⁴ AMSTUTZ, Rz. 582 und 585.

⁷⁵ Verordnung vom 7. Dezember 2007 zum Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatverordnung, V-GSG; SR 192.121).

⁷⁶ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatgesetz, GSG; SR 192.12).

⁷⁷ Konkubinatspartner, die von dem betreffenden institutionellen Begünstigten nicht als offizielle Lebenspartnerin oder offizieller Lebenspartner oder als unterhaltsberechtigter Person anerkannt werden, erhalten nur in Ausnahmefällen eine Bewilligung des EDA, nämlich dann, wenn der Antrag auf eine Aufenthaltserlaubnis von dem institutionellen Begünstigten eingereicht wird und eine dauerhafte Beziehung nachgewiesen werden kann (Art. 20 Abs. 2 lit. b).

⁷⁸ Verordnung des Kantons Wallis vom 10. Juli 1997 über die Besoldung der Angestellten des Staates Wallis (SGS 172.410).

⁷⁹ Diesem Wortlaut entspricht Art. 36 Abs. 4 der Verordnung vom 20. Juni 2012 über die Besoldung des Personals der obligatorischen Schulzeit und der allgemeinen Mittelschule und Berufsfachschule des Kantons Wallis (SGS 405.30). Vgl. ferner § 26a Abs. 2 der Verordnung zum Steuergesetz vom 11. September 2000

Für den Bereich der Sozialhilfe ist Art. 2 Abs. 4 des Gesetzes des Kantons Wallis über die Eingliederung und die Sozialhilfe⁸⁰ zu nennen, wonach die Familieneinheit, welcher der Unterhalt ihrer Mitglieder obliegt (Abs. 1), „sowohl aus dem Hilfesuchenden, seinem Ehepartner, seinem Konkubinatspartner oder seinem eingetragenen Partner, der mit ihm im gleichen Haushalt wohnt, als auch aus den zu unterstützenden Kindern“ besteht. Als Konkubinatspartner im Sinne dieses Gesetzes werden jedoch nur Personen betrachtet, die in einem „gefestigten“ Konkubinat leben (Art. 3 Abs. 5 des Ausführungsreglements⁸¹). Dies sei dann der Fall, wenn der gemeinsame Haushalt seit mehr als zwei Jahren besteht oder wenn das Paar ein gemeinsames Kind habe. Zudem wird offenbar zwischen dem Konkubinat und einer Lebensgemeinschaft unterschieden (Art. 14 Abs. 3 ARGES): „Das Departement bestimmt die Modalitäten für die Erstellung des Budgets in besonderen Fällen sowie die Festlegung der finanziellen Beteiligung von Dritten, insbesondere im Fall eines Konkubinats oder einer Lebensgemeinschaft.“

Ähnlich wird die Situation im Kanton Schaffhausen gehandhabt, wonach zu den eigenen Mitteln u.a. auch die Einkünfte und das Vermögen „einer Partnerin oder eines Partners in einem stabilen Konkubinat“ gehören (§ 12 Abs. 1 der Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe und soziale Einrichtungen).⁸² Was darunter genau zu verstehen ist, wird jedoch nicht näher ausgeführt.

Im Kanton Bern kommt der Begriff des Konkubinats nur in zwei Erlassen vor, einerseits in Art. 24 Abs. 3 der Verordnung über die Angebote zur sozialen Integration⁸³, andererseits in Art. 12 Abs. 5 der Tagesschulverordnung⁸⁴. Gemäss Art. 24 Abs. 3 ASIV werden das Einkommen und Vermögen einer Konkubinatspartnerin oder eines Konkubinatspartners bei der Berechnung des massgebenden Einkommens berücksichtigt, wenn die Partner gemeinsame Kinder haben oder wenn das Konkubinat länger als fünf Jahre dauert. Auch die Tagesschulverordnung setzt entweder das Vorhandensein gemeinsamer Kinder oder eine Mindestdauer von fünf Jahren voraus, damit die Einkommen der Partner für die Berechnung des massgebenden Einkommens zusammengerechnet werden.

Weitaus häufiger kommt in der bernischen Gesetzgebung der Begriff der „faktischen Lebensgemeinschaft“ vor, v.a. im Zusammenhang mit Ausstandsregeln,⁸⁵ z.B. aber auch in der Verordnung über die

im Kanton Aargau (SAR 651.111), wonach auch „unverheiratete Personen, die mit Kindern zusammen in einem Haushalt leben (Konkubinat)“, Kinderbetreuungskosten von den Steuern abziehen können.

⁸⁰ Gesetz des Kantons Wallis vom 29. März 1996 über die Eingliederung und die Sozialhilfe (SGS 850.1).

⁸¹ Ausführungsreglement des Kantons Wallis vom 7. Dezember 2011 zum Gesetz über die Eingliederung und die Sozialhilfe (ARGES; SGS 850.100).

⁸² Verordnung des Kantons Schaffhausen vom 18. Februar 2014 über die öffentliche Sozialhilfe und soziale Einrichtungen, SHEV; SHR 850.111. Siehe auch § 9 Abs. 1 lit. b der Alimentenbevorschussungsverordnung (SHR 211.222).

⁸³ Verordnung vom 2. November 2011 über die Angebote zur sozialen Integration (ASIV; BSG 860.113).

⁸⁴ Tagesschulverordnung vom 28. Mai 2008 (TSV; BSG 432.211.2).

⁸⁵ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch im Bundesrecht entsprechende Bestimmungen bestehen. So wurde mit der Einführung des Partnerschaftsgesetzes (SR 211.231) u.a. das VwVG um eine Ausstandsregel für Personen, die in einer faktischen Lebensgemeinschaft leben, ergänzt (Art. 10 Abs. 1 lit. b VwVG; SR 172.021). Vgl. auch Art. 10 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (SR 281.1); zudem Art. 42 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 des Bundesgesetzes über den Zivilprozess (SR 273), der diesen Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumt; ebenso Art. 56 lit. c und Art. 168 Abs. 1 lit. a StPO (SR 312.0). Gemäss Art. 61 RVOG

Ausbildungsbeiträge⁸⁶. Gemäss Art. 32 Abs. 2 ABV werden Paare, die eine faktische Lebensgemeinschaft bilden, verheirateten Auszubildenden gleichgestellt, wenn die Lebensgemeinschaft seit zwei Jahren andauert oder mindestens ein gemeinsames Kind im gleichen Haushalt lebt. Ferner kommt auch der Begriff des Lebenspartners vor, allerdings nur im Zusammenhang mit Mitteilungspflichten im Bereich der Sozialhilfe und des Kindes- und Erwachsenenschutzes sowie in Bezug auf das Besuchsrecht im Straf- und Massnahmenvollzug.

Als „gemeinsamer Nenner“ dieser Bestimmungen kann die Voraussetzung eines gemeinsamen Haushalts ausgemacht werden. In den meisten Fällen, insbesondere, wenn von der Definition staatliche Leistungen abhängen, wird zudem eine Mindestdauer (von 2–5 Jahren) oder das Vorhandensein gemeinsamer Kinder vorausgesetzt.

c) *Lehre und Rechtsprechung*

Nach einer allgemeinen, aber relativ engen *Formel des Bundesgerichts* ist unter dem Begriff des Konkubinats „eine auf längere Zeit, wenn nicht auf Dauer angelegte umfassende Lebensgemeinschaft von zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts mit grundsätzlich Ausschliesslichkeitscharakter, die sowohl eine geistig-seelische, als auch eine körperliche und eine wirtschaftliche Komponente aufweist“ zu verstehen, die „auch etwa als Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft bezeichnet wird“.⁸⁷ Die Beziehung zwischen zwei Personen muss demnach als gefestigt oder eheähnlich erscheinen.

Im Bereich der Beurteilung nahehelicher Unterhaltsansprüche hat das Bundesgericht die Tatsachenvermutung aufgestellt, „dass bei einem Konkubinats, das im Zeitpunkt der Einleitung der Abänderungsklage bereits fünf Jahre gedauert hat, grundsätzlich davon auszugehen ist, es handle sich um eine Schicksalsgemeinschaft ähnlich eine Ehe“.⁸⁸ Das Festhalten an den nahehelichen Unterhaltsansprüchen erscheine in diesen Fällen als rechtsmissbräuchlich.

Es ist möglich, die (Rechtsfolgen der) Beziehung *vertraglich zu regeln*, in den meisten Fällen liegt jedoch gerade „ein Vertrauensverhältnis vor, das nach dem mutmasslichen Willen der Partner nicht von Rechtsregeln bestimmt sein soll“.⁸⁹

In der *Lehre* existieren Definitionsansätze, die im Vergleich zur Formel des Bundesgerichts enger oder breiter sind. So wird teilweise bereits beim Vorliegen einer „gefestigten Paarbeziehung“ zwischen verschieden- oder gleichgeschlechtlichen Partnern von einer nichtehelichen Lebensgemein-

(SR 172.010) können zudem nicht zwei Personen, die miteinander in einer faktischen Lebensgemeinschaft leben, gleichzeitig Mitglieder des Bundesrates sein (vgl. auch Art. 30 Abs. 10 KV/AI). Im Bereich des Sozialversicherungsrechts hat der Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft zudem Eingang gefunden in Art. 42^{quinquies} IVG (SR 831.20), wonach ein Assistenzbeitrag für Hilfeleistungen nur dann gewährt wird, wenn die hilfeleistende mit der versicherten Person keine faktische Lebensgemeinschaft führt.

⁸⁶ Verordnung vom 5. April 2006 über die Ausbildungsbeiträge (ABV, BSG 438.312).

⁸⁷ BGE 118 II 235, E. 3b. Siehe auch BGE 134 V 369, E. 6.1.1; 138 V 86, E. 4.1; 140 V 50, E. 3.4.3; siehe dazu auch AMSTUTZ, Rz. 580; kritisch BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 65 f.

⁸⁸ BGE 118 II 235, E. 3a.

⁸⁹ BGE 108 II 204 E. 3a; siehe dazu auch GÄCHTER, Rz. 8.

schaft ausgegangen, wobei weder eine Wohn- noch eine Bettgemeinschaft vorausgesetzt werden.⁹⁰ In der Regel wird jedoch ein *gemeinsamer Haushalt* und meist auch eine bestimmte *Mindestdauer* dieser Wohngemeinschaft als begriffsnotwendig erachtet.⁹¹ Alternativ kann auch das Vorhandensein *gemeinsamer Kinder* oder die *gegenseitige (finanzielle) Unterstützung* herangezogen werden.⁹² Im Privatrecht wird z.T. davon ausgegangen, dass es sich beim Konkubinat um einen (stillschweigenden) Innominatkontrakt handelt oder das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft angenommen, vorausgesetzt es wird mit gemeinsamen Mitteln ein gemeinsamer Zweck verfolgt.⁹³ Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass die „*Verstetigung*“ einer Gemeinschaft entscheidend ist, d.h. „dass die Partner ‚wie ein Paar‘ oder ‚wie Ehepartner‘ bzw. ‚wie in einer eingetragenen Partnerschaft‘ zusammenleben“.⁹⁴

Zum Schluss sei noch auf die Bestrebungen in der Lehre hingewiesen, das Recht zunehmend zivilstandsunabhängig auszugestalten: „Familienrechtliche Regelungen können heute nicht mehr am Status fest gemacht werden, vielmehr müssen sie geeignet sein, die Pluralität der familialen Beziehungen abzubilden. Dies setzt voraus, dass nach der real gelebten Beziehung gefragt und diese zum Ausgangspunkt rechtlicher Regelung genommen wird.“⁹⁵ Gleichzeitig müsse das erste Prinzip eines zeitgemässen Familienrechts das der Nichteinmischung in private Lebensbereiche sein.⁹⁶ Wichtig ist auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit.⁹⁷

⁹⁰ Siehe GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 845.

⁹¹ Siehe z.B. SCHWENZER, Rz. 42: „eine mit Rechtsfolgen ausgestattete Lebensgemeinschaft ist dann anzunehmen, wenn (a) sie mehr als drei Jahre gedauert hat, (b) ein gemeinsames Kind vorhanden ist oder (c) ein oder beide Partner erhebliche Beiträge für die Gemeinschaft oder im Interesse des anderen Partners erbracht hat oder haben.“ Siehe für Beispiele aus dem Ausland zudem SCHWENZER/KELLER, 763. Für BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 65, ist das Erfordernis eines gemeinsamen Haushalts nicht zwingend.

⁹² Siehe ebenfalls SCHWENZER, Rz. 42; ferner SCHWENZER/KELLER, 763.

⁹³ Siehe z.B. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.10; COTTIER/CREVOISIER, S. 36 f., mit weiteren Hinweisen (siehe insbesondere S. 37: „Bei kürzeren Lebensgemeinschaften ohne Kinder wird es sich in der Regel um eine reine Verbrauchsgemeinschaft handeln, mit dem Gesellschaftszweck der Befriedigung der gemeinsamen Bedürfnisse im Rahmen des gemeinsamen Haushalts. Wo aber ein gemeinsames Projekt besteht, sei es ein gemeinsam geführter Betrieb, ein Hauskauf oder -bau oder gemeinsame Kinder, dann ist der Gesellschaftszweck entsprechend umfassender. Wie sich zeigen wird, erscheint jedoch die Rechtsprechung selbst des Bundesgerichts als nicht konsistent, [...]“); vgl. auch BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 78 ff.: „So verschieden die Motive und die Ausgestaltung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sein können, so differenziert muss auch ihre Behandlung ausfallen.“

⁹⁴ SCHWENZER, Rz. 40 f. Dafür gebe es in ausländischen Rechtsordnungen ganze Kriterienkataloge, wobei der Dauer des Zusammenlebens und gemeinsamen Kindern eine herausragende Bedeutung zukomme (SCHWENZER, Rz. 41, mit weiteren Hinweisen; siehe auch SCHWENZER/KELLER, 763).

⁹⁵ SCHWENZER, Rz. 25, mit Hinweis auf die Botschaft vom 16. November 2011 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), BBl 2011 9095, Ziff. 1.5.4.; siehe auch BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 88.

⁹⁶ Ebenfalls SCHWENZER, Rz. 26.

⁹⁷ SCHWENZER, Rz. 26; siehe auch BGE 130 V 553, E. 3.5.1, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts; BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 68 ff.

d) *Mögliche Rechtsfolgen*

aa) *Keine unmittelbare Rechtsfolgen*

Von den Definitionsschwierigkeiten einmal abgesehen (siehe zu den Beweisschwierigkeiten sogleich Kapitel 4) steht fest, dass die Konkubinatspartner, anders als bei der Ehe (vgl. Art. 159 und 163 ZGB), *keine gesetzliche Unterstützungspflicht* trifft.⁹⁸ Ganz allgemein zieht diese Art von Beziehung *keine unmittelbaren rechtlichen Verbindlichkeiten* zwischen den Partnern nach sich, gegenseitige (finanzielle) Leistungen beruhen auf Freiwilligkeit.⁹⁹ Teilweise werden jedoch gewisse finanzielle Ausgleichsleistungen ähnlich wie bei der Ehe diskutiert, wobei insbesondere auf die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft abgestellt wird. In wohl nicht wenigen Fällen dürfte die Bevorzugung des Konkubinats gegenüber der Ehe gerade darin begründet liegen, dass man sich eine gewisse Eigenständigkeit erhalten möchte (z.B. Trennung des Einkommens und Vermögens). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Lebenshaltungskosten relativ zu den Einkommensverhältnissen geteilt werden, d.h. dass sich jeder Partner anteilmässig nach seinen Kräften an der Bestreitung der regelmässig anfallenden Kosten beteiligt. Teilweise dürfte die finanzielle Mehrleistung des einen Partners z.B. auch durch eine Mehrleistung des anderen Partners bei der Haushaltsführung aufgewogen werden. Diesbezüglich dürften wohl grosse Ähnlichkeiten zu einer gewöhnlichen Wohngemeinschaft bestehen. Der Unterschied zwischen blossen Wohn- und qualifizierten Lebensgemeinschaften ist hauptsächlich emotionaler und nicht finanzieller Art.

bb) *Altersvorsorge*

In Fällen, in denen Konkubinatspaare eine wirtschaftliche Einheit bilden, in welcher der eine Partner vom anderen finanziell abhängig ist, kann dies gegenüber der Ehe jedoch insofern nachteilig sein, als der überlebende Partner z.B. *keinen Anspruch auf eine Witwen- oder Witwerrente* hat (vgl. Art. 23 ff. AHVG¹⁰⁰, Art. 19 ff. BVG). Das Konkubinat ist mit anderen Worten im Bereich der ersten Säule „rechtlich inexistent“.¹⁰¹ Diese Situation wird noch verschärft, wenn keine eigenen Einzahlungen in die berufliche Vorsorge getätigt wurden oder nur solche von geringer Höhe. In den Fällen, in denen Prämienverbilligung ausbezahlt wird, dürfte die betroffene Person daher nicht nur in der Krankenversicherung, sondern auch in anderen Sozialversicherungen schlechter gestellt sein als ein Ehepartner.¹⁰² Immerhin besteht im überobligatorischen Bereich der *beruflichen Vorsorge* die Möglichkeit, den Partner zu begünstigen (Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG; siehe dazu oben a); allerdings nur dann, wenn das Reglement der Pensionskasse dies vorsieht. In Anbetracht der Tatsache, dass der Arbeitnehmer

⁹⁸ BGE 134 I 313, E. 5.5, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. auch BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 75; Antwort des Regierungsrates auf die Motion 004-2013 vom 13.12.2012, S. 2. So ist denn z.B. auch in der Begünstigtenordnung der beruflichen Vorsorge (Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG) keine gegenseitige finanzielle Unterstützung vorausgesetzt.

⁹⁹ Vgl. Votum Fritz Ruchti, Wortprotokoll GR 3.9.2013, S. 6.

¹⁰⁰ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10).

¹⁰¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.70.

¹⁰² Siehe Votum Bettina Keller, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 1; GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 844 ff., insb. S. 868.

nicht frei wählen kann, sondern zwingend der Vorsorgeeinrichtung des Arbeitgebers angeschlossen ist, gilt im Bereich der beruflichen Vorsorge also gewissermassen ein „Zufallsprinzip“.¹⁰³

Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts galt ein *Konkubinatspartner, der ausschliesslich den gemeinsamen Haushalt führt*, als unselbstständig erwerbstätige Person; mit der Folge, dass der andere Konkubinatspartner AHV-Beiträge als Arbeitgeber aufgrund einer zufällig geschätzten Lohnsumme entrichten musste.¹⁰⁴ 1999 wurde diese Rechtsprechung mit dem Entscheid BGE 125 V 205 geändert und der haushaltsführende Partner neu als nichterwerbstätig eingestuft. Mit der alten Rechtsprechung zur AHV-Beitragspflicht haushaltsführender Konkubinatspartner in Zusammenhang steht Art. 2 Abs. 1 lit. g UVV, wonach Konkubinatspartnerinnen und -partner, die in dieser Eigenschaft AHV-beitragspflichtig sind, nicht obligatorisch in der Unfallversicherung versichert sind. Seit der Änderung der Rechtsprechung macht diese Norm jedoch keinen Sinn mehr, weshalb sie am besten aufzuheben wäre.¹⁰⁵

cc) Arbeitslosenversicherung

Auch im Bereich der Arbeitslosenversicherung kann das Konkubinat gegenüber der Ehe nachteilig sein, indem die *Auflösung des Konkubinats nicht als Befreiungsgrund für die Erfüllung der Beitragszeit gilt*. Gemäss Art. 14 Abs. 2 AVIG¹⁰⁶ sind Personen von der Erfüllung der Beitragszeit befreit, wenn sie wegen Trennung oder Scheidung der Ehe, wegen Invalidität oder Todes des Ehegatten oder aus ähnlichen Gründen gezwungen sind, eine unselbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder zu erweitern. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Auflösung eines Konkubinats keinen ähnlichen Grund im Sinn dieser Norm darstellt.¹⁰⁷

dd) Zivilstandsunabhängige Ausgestaltung des Sozialversicherungsrechts?

Es zeichnen sich jedoch allmählich Tendenzen ab, das Sozialversicherungsrecht zivilstandsunabhängig auszugestalten, was in der Regel bedeutet, dass auch Konkubinatspartner von bestimmten Leistungen profitieren können.¹⁰⁸ „Die Anknüpfung bildet damit [im Sozialversicherungsrecht] zwar häufig das Familienrecht, das Ziel dagegen der wirtschaftliche Ausgleich. Unverheiratete Paare bilden meist auch wirtschaftliche Gemeinschaften, die sich gegenseitig Unterstützung gewähren. Aufgrund der sozialversicherungsrechtlichen Zwecksetzung wäre damit auch hier ein Ausgleich wünschbar. Das Fehlen eines typisierten Anknüpfungspunktes, d.h. einer gesetzlich geregelten Gemeinschaft mit

¹⁰³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.72, mit Hinweis auf BGE 134 V 369.

¹⁰⁴ BGE 110 V 1, E. 3d; siehe dazu auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.71.

¹⁰⁵ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 847 (Fn. 8) und S. 855 f.; siehe zudem bereits GÄCHTER, Rz. 23 f. und insb. Rz. 26.

¹⁰⁶ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent-schädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0).

¹⁰⁷ BGE 123 V 219, bestätigt in Urteil des BGer 8C_900/2010, E. 6.2.

¹⁰⁸ Siehe aber noch GIRSBERGER ANDREAS, § 12 Haftpflicht- und Versicherungsrecht, in: Frank Richard et al., Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinat) im schweizerischen Recht, Zürich 1984, S. 171 ff., Rz. 22: „Dieses Beispiel [UVG] aus der neuesten Gesetzgebung zeigt klar, dass auf dem Gebiet der Sozialversicherung nicht mit einer Anerkennung des eheähnlichen Zusammenlebens als Basis für die Begründung von Versicherungsleistungen gegenüber der staatlichen Sozialversicherung zu rechnen ist.“

Rechten und Pflichten, macht die Verwirklichung eines Ausgleichs indes schwierig. Da die Rechte und Pflichten in nichtehelichen Lebensgemeinschaften zudem auf privatautonomer Vereinbarung beruhen, können auch nicht alle gleich behandelt werden. Gleichwohl erscheint es gerechtfertigt, bestimmte Arten nichtehelicher Lebensgemeinschaften, die gewisse Mindestvoraussetzungen erfüllen (siehe z.B. die qualifizierte Umschreibung in Art. 20 [recte: Art. 20a] Abs. 1 lit. a BVG), gleich zu behandeln wie die Ehe, da die wirtschaftlichen Folgen eines sozialen Risikos nicht weniger einschneidend sind.¹⁰⁹ Die Öffnung betrifft damit in erster Linie das Leistungsrecht bzw. die Ausschüttung von Leistungen. Eine andere Frage ist es, ob im Konkubinat lebende Personen auch dann den Ehepaaren gleichgestellt werden sollen, wenn es darum geht, deren Leistungen zu schmälern.

ee) Sozialhilfe

So wird z.B. im Bereich der Sozialhilfe in bestimmten Fällen eine gegenseitige Unterstützungspflicht angenommen,¹¹⁰ was zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Hilfe führen kann. Das Einkommen und Vermögen von Konkubinatspartnern wird zwar nicht zusammengerechnet, bei der Berechnung der Bedürftigkeit werden die finanziellen Verhältnisse des Konkubinatspartners jedoch in begrenztem Mass berücksichtigt, d.h. es wird *vermehrt auf die tatsächlichen Gegebenheiten abgestellt*.¹¹¹ Wenn keine Kinder vorhanden sind und nur ein Partner von der Sozialhilfe unterstützt wird, wird das Konkubinat nur insofern berücksichtigt, als der Grundbedarf nach der Grösse des Haushalts abgestuft und allenfalls eine Entschädigung für Haushaltsführung angerechnet wird.¹¹²

Die in den meisten Kantonen geltenden SKOS-Richtlinien halten im Abschnitt „F.5 Wohn- und Lebensgemeinschaften“ fest, dass die in einer familienähnlichen Gemeinschaft zusammenlebenden Personen (z.B. Konkubinatspaare, aber auch Geschwister oder Kollegen) in der Regel *nicht als Unterstützungseinheit erfasst werden dürfen*.¹¹³ Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die in solchen Gemeinschaften lebenden Personen rechtlich nicht zu gegenseitiger Hilfe verpflichtet sind, auch wenn sie „die Haushaltsfunktionen (Wohnen, Essen, Waschen, Reinigen, Telefonieren usw.) gemeinsam ausüben und finanzieren“. Die Kosten würden innerhalb der Gemeinschaft grundsätzlich nach Pro-Kopf-Anteilen getragen. Das Einkommen und Vermögen der verschiedenen Personen dürf-

¹⁰⁹ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 864.

¹¹⁰ Eingehend und aktuell zum „gefestigten Konkubinat“, WIZENT, S. 463 ff.; WOLFFERS, S. 161 f.; siehe auch BGE 129 I 1, E. 3.1 und 3.2.3.

¹¹¹ Siehe z.B. BGE 134 I 313, E. 5.5 : „En matière d'aide sociale, il existe dans les cantons une tendance de plus en plus marquée d'assimiler à des couples mariés des concubins qui vivent dans une relation durable.“; Urteil des BGer 2P.386/1998, E. 3d (in: FZR 1998, S. 396 ff. : „Im Übrigen würden Ehepaare gegenüber Konkubinatspaaren benachteiligt, wenn bei diesen für die Ermittlung der Bedürftigkeit die gegenseitigen (faktischen) Unterstützungsleistungen nicht mitberücksichtigt würden.“); vgl. auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.74, mit Hinweis auf BGE 129 I 1, E. 3.2.4 und Urteil des BGer 2P.218/2003, E. 3.2; ferner auch Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 7 (DIEU–EMAR), 21. Aufl., Leipzig/Mannheim 2006, S. 493 f., zur Situation in Deutschland: „Nur in einzelnen Vorschriften werden e. L. teilweise der Ehe gleichgestellt, etwa bei der Anrechnung von Einkommen des nichtehel. Lebensgefährten im Sozialrecht. Der Zweck solcher Regelungen soll dem Schutz der Ehe dienen, deren Partner nicht schlechter gestellt werden dürfen als Unverheiratete.“

¹¹² Vgl. SKOS-Richtlinien, Kapitel „F.5 Wohn- und Lebensgemeinschaften“; siehe dazu auch STADLER, S. 30 f.

¹¹³ Siehe dazu auch STADLER, S. 29 und 31; GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 857. WIZENT, S. 465.

ten daher nicht zusammengerechnet werden, d.h. in der Sozialhilfe dürfen Konkubinatspaare nicht als Unterstützungseinheit erfasst werden, selbst wenn beide Partner unterstützt werden oder das Konkubinatspaar bei der Berechnung der wirtschaftlichen Hilfe berücksichtigt wird.¹¹⁴ Aber: „Konkubinatspaare, bei denen beide Partner unterstützt werden, sind materiell nicht besser zu stellen als ein unterstütztes Ehepaar. Das Budgetvolumen soll in diesen Fällen nicht grösser sein als das eines Paares oder einer Familie, die in äusserlich gleichen Verhältnissen lebt. Leben die Partner in einem stabilen Konkubinatspaar und wird nur eine Person unterstützt, dürfen Einkommen und Vermögen des nicht unterstützten Konkubinatspartners angemessen mitberücksichtigt werden (vgl. Praxishilfe H.10). Von einem stabilen Konkubinatspaar ist namentlich dann auszugehen, wenn es mindestens zwei Jahre andauert oder die Partner mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben.“¹¹⁵ Und weiter (F.5.2 Entschädigung für Haushaltsführung): „Von einer unterstützten, in einer Wohn- und Lebensgemeinschaft lebenden Person wird zur Minderung der Unterstützungsbedürftigkeit (vgl. Kapitel A 5.2.) erwartet, im Rahmen ihrer zeitlichen und persönlichen Möglichkeiten den Haushalt für nicht unterstützte berufstätige Kinder, Eltern, Partner und Partnerin zu führen. Ausgeschlossen sind Wohngemeinschaften ohne gemeinsame Haushaltsführung. Für die erwartete Arbeitsleistung im Haushalt hat die unterstützte Person Anspruch auf eine Entschädigung, die ihr als Einnahme anzurechnen ist. Die Rollenverteilung wird aufgrund äusserer Indizien (Arbeitspensum, Arbeits- und Leistungsfähigkeit) eingeschätzt. Der Umfang der von der unterstützten Person erwarteten Arbeitsleistung im Haushalt hängt von ihrer zeitlichen Verfügbarkeit und ihrer Arbeitsleistungsfähigkeit ab. Insbesondere sind deren Erwerbstätigkeit, Teilnahme an Ausbildungs- und Integrationsmassnahmen und die gesundheitliche Situation zu beachten. Die Höhe der Entschädigung ist einerseits von der erwarteten Arbeitsleistung der unterstützten Person und andererseits von der finanziellen Leistungsfähigkeit der pflichtigen Person abhängig. Die Hälfte des Überschusses (Einnahmen minus erweitertes SKOS-Budget, siehe Praxishilfe H.10) wird bis maximal Fr. 950.– angerechnet. Der Betrag an die unterstützte Person ist im Rahmen der finanziellen Leistungsfähigkeit mindestens zu verdoppeln, wenn eines oder mehrere Kinder der pflichtigen Person betreut werden.“

¹¹⁴ Siehe dazu STADLER, S. 31 (in keinem Fall rechtliche Unterstützungseinheit und normalerweise auch nicht in wirtschaftlicher Hinsicht).

¹¹⁵ Vgl. diesbezüglich STADLER, S. 32: „Um diese Grundsätze zu verdeutlichen, könnte Kapitel F.5.1 der SKOS-Richtlinien wie folgt ergänzt werden: „Besteht ein Konkubinatspaar seit mehr als fünf Jahren oder leben die Partner in einer gefestigten Beziehung mit einem gemeinsamen Kind zusammen oder kann nachgewiesen werden, dass es sich aus anderen Gründen um ein ähnlich stabiles Konkubinatspaar handelt, und wird nur eine Person unterstützt, so darf normalerweise davon ausgegangen werden, dass diese auch von ihrem Partner Leistungen erhält. Soweit eine solche Vermutung nicht widerlegt werden kann, dürfen Einkommen und Vermögen des nicht unterstützten Konkubinatspartners angemessen mitberücksichtigt werden.“ Dieser Vorschlag wurde offenbar (teilweise) in die Fassung der SKOS-Richtlinien vom Dezember 2000 übernommen [fünf Jahre Mindestdauer]. Im Dezember 2007 wurde die Mindestdauer auf zwei Jahre herabgesetzt. Siehe aber wiederum die Internetseite der Berner Konferenz für Sozialhilfe, Kindes- und Erwachsenenschutz <http://handbuch.bernerkonferenz.ch/stichwoerter/konkubinatspaar/>: „Das Sozialhilferecht unterscheidet zwischen stabilem (qualifiziertem) und einfachem Konkubinatspaar. [...] Ein stabiles Konkubinatspaar (Wirtschafts-, Tisch- und Bettgemeinschaft) darf vermutet werden, wenn es mindestens fünf Jahre andauert oder wenn die beiden Personen mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben.“ Siehe auch WIZENT, S. 464.

Eine einheitliche Praxis dazu, ob das Erwerbseinkommen eines Partners in nichtehelicher Lebensgemeinschaft in die Bedarfsrechnung miteinbezogen werden kann/muss, kann jedoch nicht ausgemacht werden.¹¹⁶ Bei einem stabilen Konkubinat mit gemeinsamen Kindern werde zwar „oftmals davon ausgegangen, dass diese Lebensgemeinschaft materiell wie eine Ehe zu behandeln ist und das Einkommen des nicht unterstützten Partners angerechnet werden darf“.¹¹⁷ Nach WOLFFERS ist es jedoch nicht statthaft, in jedem Fall eine eheähnliche Unterhaltspflicht anzunehmen. Es handle sich lediglich um eine Tatsachenvermutung, ein Gegenbeweis müsse immer zulässig sein.¹¹⁸

ff) *Verbilligung der Krankenkassenprämien*

Auch im Bereich der Prämienverbilligung – die keine sozialversicherungsrechtliche Leistung i.e.S. darstellt, sondern eine *kantonale, bedarfsabhängige Sozialleistung* – stellt sich die Frage, ob die finanziellen Verhältnisse des Konkubinatspartners in die Berechnung einzubeziehen sind. Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 134 I 1 eine entsprechende Regelung im Kanton Waadt jedenfalls gestützt.¹¹⁹ Es hatte dabei aber im Wesentlichen nur geprüft, ob das Gewaltenteilungsprinzip durch die regierungsrätliche Verordnung verletzt wird. Es hielt in E. 5.6.1 jedoch in allgemeiner Weise fest: „Les considérations qui sont à la base de cette jurisprudence [Sozialhilfe], en particulier dans le domaine des prestations de l'aide sociale, peuvent être transposées en matière de subsides d'assurance-maladie, vu l'évidente analogie entre ces deux types de prestations.“ Das Bedarfs- oder Subsidiaritätsprinzip spricht grundsätzlich für eine solche Konkubinatsregel.¹²⁰ Fest steht aber auch, dass dafür eine genügende Rechtsgrundlage erforderlich ist.¹²¹

gg) *Steuerrecht*

Es sei zum Schluss noch darauf hingewiesen, dass Konkubinatspaare im Kanton Bern in Bezug auf die *Steuern* benachteiligt sind (siehe dazu das Beispiel in Kapitel 5.e). Man könnte daher argumentieren, dass durch die Auszahlung von Prämienverbilligungen gewissermassen ein Ausgleich stattfindet.¹²² Es ist allerdings fraglich, ob eine solche Gesamtbetrachtung statthaft ist oder ob nicht vielmehr bereichsspezifisch zu entscheiden ist, ob die Berücksichtigung des Konkubinats zulässig und sinnvoll ist. Zu beachten ist aber wiederum, dass die Prämienverbilligung auf der Grundlage der Steuerdaten berechnet wird. Es besteht also ein relativ enger Zusammenhang, der nicht ignoriert werden darf.

¹¹⁶ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 857, mit Hinweis auf PULVER, S. 113. WIZENT, S. 468 f.

¹¹⁷ STADLER, S. 30.

¹¹⁸ WOLFFERS, S. 162; ähnlich BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 62 ff.

¹¹⁹ Kritisch dazu HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.74.

¹²⁰ So auch der eben erwähnte BGE 134 I 313, E. 5.6.1.

¹²¹ Antwort des Regierungsrates auf die Motion 004-2013 vom 13.12.2012, S. 2: „Ohne eine neu zu schaffende Rechtsgrundlage dürften die jeweiligen Einkommen nicht zusammen gerechnet als Basis für die Prämienverbilligung verwendet werden.“

¹²² Antwort des Regierungsrates auf die Motion 004-2013 vom 13.12.2012, S. 3; vgl. diesbezüglich auch BGE 134 I 313, E. 5.8.



e) Zwischenfazit

Das Konkubinatsverhältnis ist rechtlich nicht institutionalisiert, d.h. es bildet kein familienrechtliches Institut wie die Ehe. Grundsätzlich fallen alle nicht „formalisierten“ Paarbeziehungen unter den Begriff des Konkubinats. Es bestehen weder amtliche Dokumente noch eine allgemeingültige Definition für den Bestand eines Konkubinats. Zudem sind die Motive für das Zusammenleben in einem Konkubinatsverhältnis sehr unterschiedlich.

Vereinzelt existieren Legaldefinitionen, die i.d.R. an die Voraussetzung eines gemeinsamen Haushalts und meistens auch an eine Mindestdauer der Beziehung oder das Vorhandensein gemeinsamer Kinder anknüpfen. Auch in der Lehre gelten grundsätzlich diese Kriterien (alternativ oder kumulativ). Z.T. wird auch das Kriterium der gegenseitigen finanziellen Unterstützung herangezogen. Nach einer Formel des Bundesgerichts handelt es sich beim Konkubinatsverhältnis um eine „Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft“. Möglich ist auch eine individuelle vertragliche Regelung. Entscheidend ist letztlich eine gewisse Verstetigung der Beziehung.

Es bestehen jedoch keine gesetzlichen Unterstützungspflichten bzw. ganz allgemein keine unmittelbaren rechtlichen Verbindlichkeiten.

Das Sozialversicherungsrecht knüpft nicht bzw. nur selten an den Bestand einer eheähnlichen Gemeinschaft bzw. eines Konkubinats an. Konkubinatspaare sind im Sozialversicherungsrecht denn auch oft schlechter gestellt als Ehepaare.

Im Kanton Bern sind Konkubinatspaare auch in Bezug auf die Steuern benachteiligt.

In der Sozialhilfe wird unter bestimmten Voraussetzungen eine gegenseitige Unterstützungspflicht konstituiert. Eine eigentliche Unterstützungseinheit wird jedoch nicht gebildet.

4. Probleme der Beweisbarkeit des Konkubinats

a) Überprüfbarkeit anhand objektiver Tatsachen

Probleme bereitet – aufgrund der fehlenden rechtlichen Rahmenordnung und Formalisierung – nicht nur der Versuch einer allgemeingültigen Definition des Konkubinats bzw. der nichtehelichen/eheähnlichen Lebensgemeinschaft (siehe oben Kapitel 3.b) und c), sondern v.a. die Beweisbarkeit, die für die Begründung bzw. den Ausschluss von Leistungsansprüchen in den einzelnen Rechtsgebieten notwendig ist. Welches sind die Kriterien, bei denen von einem (stabilen) Konkubinat ausgegangen werden kann, mit welchen Belegen können sie bewiesen werden?¹²³

Anders als bei der Ehe kann hierfür nicht auf amtliche Dokumente abgestellt werden. Der Bestand eines Konkubinats muss aber *anhand objektiver Tatsachen überprüf- bzw. beweisbar* sein.¹²⁴ Die Kriterien eines gemeinsamen Haushalts, einer bestimmten Mindestdauer der Beziehung und/oder des gemeinsamen Haushalts und gemeinsamer Kinder eignen sich grundsätzlich dafür. Auch der Nachweis einer tatsächlichen (und erheblichen) finanziellen Unterstützung oder Abhängigkeit (evtl. auch unabhängig davon, ob das Paar über gemeinsame Kinder oder eine gemeinsame Wohnung verfügt) kann die Annahme eines Konkubinats begründen. Damit ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, wie die Erfüllung dieser Kriterien objektiv festgestellt werden kann.

b) Beurteilung im konkreten Fall

Für die *Prüfung, ob zwei Personen in einem gemeinsamen Haushalt leben*, kann im Kanton Bern grundsätzlich auf die Daten der Einwohnerbehörden (Wohnungsidentifikator) zurückgegriffen werden. Das ASV hat zwar aktuell keine Einsicht in diese Daten (siehe Anhang 1, Ziff. 1.2.4 RegV¹²⁵), eine entsprechende Änderung dieser Verordnung liesse sich bei einer Anpassung der KKKV im Sinne der Motion allerdings relativ unbürokratisch bewerkstelligen. Allerdings sagt der Wohnungsidentifikator (z.B. 3. OG rechts) noch nichts über die Art der Beziehung aus. Möglich wäre zudem z.B. auch, dass mehr als zwei Personen in einem gemeinsamen Haushalt leben, davon zwei in einem Konkubinat. Es wäre also eine Betrachtung des Einzelfalls notwendig, mit allfälligen Kontrollen bzw. Erkundigungen bei den betroffenen Personen. Dies insbesondere auch deshalb, weil die Erhebung des Wohnungsidentifikators anlässlich der Anmeldung bei der Einwohnerbehörde lediglich gestützt auf Angaben der betreffenden Personen erfolgt.¹²⁶ Es handelt sich dabei nicht um „harte Fakten“, sondern eher um

¹²³ Vgl. auch Votum Fritz Ruchti, Wortprotokoll GR 3.9.2013, S. 6; ferner Votum Fritz Ruchti, Wortprotokoll GR 4.9.2013, S. 4 f.

¹²⁴ AMSTUTZ, Rz. 579.

¹²⁵ Verordnung vom 12. März 2008 über die Harmonisierung amtlicher Register (RegV; BSG 152.051).

¹²⁶ Die Einwohnerbehörden sind verpflichtet, jeder Person einen Gebäude- und Wohnungsidentifikator zuzuweisen (Art. 6 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister, Registerharmonisierungsgesetz, RHG; SR 431.02). Die Indikatoren werden durch das eidg. Gebäude- und Wohnungsregister bereitgestellt. Die Verknüpfung mit den darin lebenden Personen wird jedoch anlässlich der Anmeldung bei der Gemeinde gemacht und ist von den Angaben der betreffenden Personen abhängig (vgl. z.B. Wegleitung des Bundesamtes für Statistik zur Zuweisung von EGID und EWID in den Einwohnerregistern, Vierte Version, Neuchâtel 2008, S. 14).



ungefähre Anhaltspunkte, die seitens der Behörde nicht überprüft werden.¹²⁷ Das automatische System der Feststellung der Anspruchsberechtigung in der Prämienverbilligung stösst also bereits beim ersten Kriterium für die Annahme des Vorliegens eines Konkubinats an seine Grenzen.

Beim Kriterium der *Mindestdauer* müsste zunächst definiert werden, ob es sich auf die Beziehung oder den gemeinsamen Haushalt bezieht. In aller Regel dürfte für das Recht nur ein gemeinsamer Haushalt massgeblich sein für die Beurteilung eines bestimmten Leistungsanspruchs und nicht die Gesamtdauer der Beziehung. Doch auch hier stellt sich das grundsätzliche Problem, dass die Dauer eines gemeinsamen Haushalts noch nichts über die Art der Beziehung aussagt. Anders wäre die Situation allenfalls dann, wenn bei der Anmeldung bei der Einwohnerbehörde der Bestand eines Konkubinats angegeben werden müsste. Diese Angabe (bzw. Nichtangabe) wäre allerdings kaum überprüfbar und zudem aus grundrechtlichen Überlegungen problematisch (siehe bereits oben Kapitel 2.a).

Das (alternative) Kriterium *gemeinsamer Kinder* ist für die Tatsachenfeststellung ebenfalls nicht zielführend. Die Vermutung liegt zwar nahe, dass diesbezüglich grundsätzlich auf die Daten der Steuerbehörden über die Haushaltsstruktur bzw. geltend gemachte Kinderabzüge abgestellt werden könnte. Auch hier stellt sich allerdings das Problem, dass nicht verheiratete Personen separat veranlagt werden und der Wohnungsidentifikator ungenau erfasst wird. Zudem werden die Mutter-Kind-Vater-Verhältnisse im EDV-System der kantonalen Steuerverwaltung nicht systematisch erfasst. Es ist daher technisch nicht möglich, Personen als Familie miteinander in Verbindung zu bringen. Die Motion bezweckt zudem sowohl die Erfassung von Konkubinatspaaren mit Kindern als auch kinderlose Paare, weshalb dieses Kriterium von vornherein nicht zielführend ist.

Es ist eine andere Frage, ob die Belege im Einzelfall vor einer Behörde oder einem Gericht von den betroffenen Personen vorgebracht werden können, um damit die Ausschüttung bestimmter Leistungen zu erreichen, oder ob aus einem Pool potentiell anspruchsberechtigter Personen die tatsächlich Anspruchsberechtigten herauszufiltern sind. *Die Massenverwaltung ist in besonderem Mass auf eindeutige Kriterien angewiesen.*¹²⁸ Das gilt umso mehr, wenn aufgrund der Feststellung eines stabilen Konkubinats Leistungen nicht ausgeschüttet werden, wie dies mit der hier zu beurteilenden Motion beabsichtigt wird. Die betroffenen Paare sollten möglichst ohne eigenes Zutun ermittelt werden können. Dies steht in einem Widerspruch zur soweit ersichtlich unbestrittenen Annahme, dass die Bejahung der Erfüllung bestimmter Kriterien im Einzelfall zu prüfen ist und grundsätzlich lediglich eine Tatsachenvermutung aufstellt, die dem Gegenbeweis zugänglich sein muss. Selbst wenn das Vorliegen eines gemeinsamen Haushalts z.B. zweifellos feststeht, kann noch nicht eindeutig gesagt werden, ob es sich dabei um eine blosse Wohngemeinschaft oder um eine qualifizierte Lebensgemeinschaft handelt.

¹²⁷ Die Behörden sind verpflichtet zu prüfen, ob allen Personen ein gültiger Wohnungsidentifikator zugewiesen worden ist. Die Richtigkeit des Identifikators muss jedoch nicht überprüft werden (Wegleitung, S. 12 f.).

¹²⁸ Siehe dazu GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 854.



Das gilt auch dann, wenn man für die Konkubinatspaare das Antragssystem vorsehen würde. Die Beweisschwierigkeiten würden zwar insofern abgemildert, als gewisse Dokumente einverlangt werden könnten. Das Einreichen eines gemeinsamen Mietvertrags oder der Auszug eines gemeinsamen Haushaltskontos o.Ä. sagt jedoch noch nichts über die Art und die Festigkeit der Beziehung aus. Das Bestehen eines Konkubinats muss behördlich überprüfbar sein. Insbesondere müsste festgestellt werden können, ob Personen, die einen Antrag als alleinstehende Person stellen, tatsächlich allein leben. Die Beweisschwierigkeiten würden also nicht verschwinden, sondern lediglich verlagert. Die Möglichkeit bzw. Pflicht, Beweise vorzulegen, würde somit höchstens die Indizienlage verdichten, aber keine Rechtssicherheit schaffen.

Zudem bliebe die Grundproblematik bestehen, dass eine rechtliche Standardisierung der Lebensformen und der zugelassenen Beweismittel neue Ungleichbehandlungen in der Gruppe der nichtehelichen Lebensgemeinschaften schaffen würde. Die „Umkehr der Beweislast“ vermag daran nichts zu ändern. Eine solche Lösung wäre auch deshalb nicht kohärent, weil mit der Motion die Gleichbehandlung von Ehe- und Konkubinatspaaren bei vergleichbaren wirtschaftlichen Verhältnissen bezweckt wird. Diesem Ansinnen könnte von vornherein nicht nachgekommen werden, wenn für die Ehepaare (und registrierte gleichgeschlechtliche Partnerschaften) das automatische System, für Konkubinatspaare hingegen das Antragssystem gelten würde. Selbst wenn für beide Kategorien das Antragssystem eingeführt würde, blieben die genannten Definitions- und Beweisschwierigkeiten und die daraus resultierenden Ungleichbehandlungen bestehen.

c) *Zwischenfazit*

Es ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten in Bezug auf die Beweisbarkeit eines Konkubinats. Die Feststellung anhand überprüfbarer objektiver Fakten, ob ein Konkubinats vorliegt oder nicht, erscheint uns in einem automatischen System nicht möglich. Aber gerade weil es sich um ein automatisches System handelt, wäre dies für eine Konkubinatsregel notwendig. Eine Selbstdeklaration würde per se zu einer rechtsungleichen Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften führen.

Bei einem Antragssystem könnten zwar grundsätzlich bestimmte Dokumente einverlangt werden, diese sind aber auch in dieser Situation nicht geeignet, das Bestehen eines Konkubinats zu beweisen. Die Beweisschwierigkeiten blieben bestehen..

5. Verfassungsrechtlicher Rahmen

a) *Vorbemerkungen*

Zu beachten ist bei den nachfolgenden Ausführungen insbesondere, dass in Bezug auf die Frage der Umsetzung der Motion nicht (positive) Ansprüche von Konkubinatspaaren im Zentrum stehen, d.h. dass sie bestimmte (privat- oder öffentlichrechtliche) Leistungen in Anspruch nehmen können, die grundsätzlich nur Ehepaaren zustehen würden, sondern dass aufgrund bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten gewissermassen eine *Unterstützungspflicht geschaffen (oder berücksichtigt) werden soll*, um damit die Verweigerung bestimmter staatlicher Leistungen zu begründen. In Betracht zu ziehen ist

dabei, dass auch im Bereich der Sozialhilfe keine Unterstützungseinheit angenommen wird, sondern ein bestehendes Konkubinat lediglich insoweit berücksichtigt wird, als der Grundbedarf nach der Grösse des Haushalts abgestuft und eine Entschädigung für Haushaltsführung angerechnet wird (siehe dazu oben Kapitel 3.d).¹²⁹ Im Bereich der Prämienverbilligung soll nun eine solche Unterstützungseinheit bzw. -pflicht begründet werden, um eine Benachteiligung der Ehe zu verhindern. Es ist zu untersuchen, ob dieses Vorgehen einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält.

Wichtig ist dabei insbesondere der Umstand, dass eine allfällige Konkubinatsregel ins *automatische System* zu integrieren ist. Dies bedingt eine pauschale gesetzliche Regelung, die eine Einzelfallbetrachtung grundsätzlich ausschliesst. Die Berücksichtigung des Konkubinats in anderen Rechtsbereichen geht hingegen durchwegs von einer Tatsachenvermutung aus, die dem *Gegenbeweis* zugänglich ist. Das gilt soweit ersichtlich auch für sämtliche anderen kantonalen Prämienverbilligungssysteme.

b) *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV¹³⁰)*

Jedes staatliche Handeln muss auf einer rechtlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV). Diese Grundsätze gelten nicht nur für den Bund, sondern auch für die Kantone, und sind insbesondere auch in der Rechtsetzung zu beachten.¹³¹ Art. 5 Abs. 1 BV verlangt nicht zwingend eine formell-gesetzliche Grundlage, d.h. dass auch eine Verordnung dem Erfordernis der *rechtlichen Grundlage* genügen kann.¹³²

Mit der Motion 004-2013 wird der Regierungsrat beauftragt, dem Grossen Rat eine Vorlage zu unterbreiten, die den ungerechtfertigten Bezug von Prämienverbilligungen von im Konkubinat lebenden Personen verunmöglicht. Damit wird grundsätzlich eine *Änderung des EG KUMV*, d.h. eine formell-gesetzliche Regelung, angestrebt. Möglich ist aber auch nur eine Grundsatzregelung, die in der Verordnung präzisiert wird (z.B. Ergänzung von Art. 19 Abs. 2 EG KUMV um das Konkubinat und Kriterien, wann ein solches anzunehmen ist, in Art. 5 KKV). Deshalb ist es von einer gewissen Relevanz,

¹²⁹ Siehe jedoch Urteil des BGer 2P.386/1998 vom 24. August 1998, E. 3c (in: FZR 1998, S. 396 ff.): „Solange jemand von dritter Seite tatsächlich unterstützt wird, verstösst es nicht gegen das Willkürverbot, ihm die staatliche Sozialhilfe zu verweigern, selbst wenn der Dritte rechtlich nicht unterstützungspflichtig ist. [...] Eine derartige faktische Unterstützung ist auch im vorliegenden Fall zu vermuten, in dem die Wohngemeinschaft zwischen dem Beschwerdeführer und seiner als Lehrerin tätigen Partnerin unbestrittenermassen seit mehr als 20 Jahren besteht. Aus der Beschwerdeschrift oder aus den übrigen Akten ergeben sich jedenfalls keine Anhaltspunkte, die diese Tatsachenvermutung entkräften oder gar widerlegen würden.“ Und E. 3d: „Im Übrigen würden Ehepaare gegenüber Konkubinatspaaren benachteiligt, wenn bei diesen für die Ermittlung der Bedürftigkeit die gegenseitigen (faktischen) Unterstützungsleistungen nicht mitberücksichtigt würden.“ Allerdings kann eine solche faktische Unterstützung nicht pauschal, sondern nur im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände angenommen werden.

¹³⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

¹³¹ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, N. 6; vgl. auch HANGARTNER, St. Galler-Kommentar zu Art. 5 BV, N. 5 und 31.

¹³² BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, N. 9; HANGARTNER, St. Galler-Kommentar zu Art. 5 BV, N. 7 (aber: „Das Legalitätsprinzip im formellen Sinn gilt aufgrund des Demokratieprinzips grundsätzlich aber trotzdem. [...] Im Kanton ist die KV massgebend. Sie muss demokratisch sein (Art. 51 Abs. 1 Satz 1). Dies bedeutet, dass zumindest die grundlegenden Regelungen durch Gesetz zu treffen sind. Für Bund und Kantone besteht auch eine entsprechende völkerrechtliche Verpflichtung (Art. 25 Bst. c UNO-Pakt II).“).



wie detailliert die Regelung im Gesetz auszugestalten ist, damit sie den Anforderungen des Legalitätsprinzips entspricht. Damit ist nicht in erster Linie die Frage, ob eine formell- oder materiell-gesetzliche Regelung anzustreben ist, zu beantworten, sondern zu prüfen, wie dem Bestimmtheitsgebot Rechnung getragen werden kann, das ebenfalls aus Art. 5 Abs. 1 BV abgeleitet wird.¹³³ Für den Kanton Bern ist aber insbesondere auch Art. 69 Abs. 4 KV¹³⁴ zu beachten, wonach alle grundlegenden und wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts in der Form des Gesetzes zu erlassen sind und wozu u.a. Bestimmungen über die Grundzüge der Rechtsstellung der einzelnen gehören (lit. a). Die Gleichstellung des Konkubinats mit der Ehe im Bereich der Prämienverbilligung kann durchaus darunter subsumiert werden. Gerade weil das Konkubinat kein feststehender (familienrechtlicher) Begriff ist, ist zu fordern, dass die Kriterien, bei deren Vorliegen das Bestehen eines Konkubinats angenommen wird, im Gesetz selbst – und nicht erst in der Verordnung – festgelegt werden. Eine Bestimmung im EG KUMV, die lediglich festhält, dass auch der Konkubinatspartner zur Familie zählt, genügt den Anforderungen an das Legalitätsprinzip also nicht. Vielmehr ist eine Umschreibung analog zu Art. 19 Abs. 2 lit. d EG KUMV über die jungen Erwachsenen zu wählen, welche die wesentlichen Kriterien bereits im Gesetz verankert.

Zu prüfen ist in einem weiteren Schritt, ob ein genügendes *öffentliches Interesse* für die Implementierung einer Konkubinatsregel besteht. Die Motionäre möchten verhindern, dass Paare, die faktisch wie in einer Ehe zusammenleben, von der automatisch eruierten Prämienverbilligung profitieren, obwohl sie die staatliche Unterstützung gar nicht nötig hätten. Es geht ihnen einerseits und primär um eine Gleichbehandlung von Ehe und Konkubinat in vergleichbaren wirtschaftlichen Situationen, andererseits aber auch darum, keine ungerechtfertigten Leistungen auszuschütten (Durchsetzung des Bedarfsprinzips in der Prämienverbilligung). Es handelt sich also um Interessen in Bezug auf die Rechtsgleichheit, aber auch in Bezug auf die Staatsfinanzen. Finanzielle Interessen des Staates gelten grundsätzlich als öffentliches Interesse.¹³⁵ Ein Eingriff in Freiheitsrechte aufgrund fiskalischer Interessen (finanzielle Interessen des Staates) ist jedoch unzulässig (allerdings primär aus Gründen der Verhältnismässigkeit).¹³⁶ Ein öffentliches Interesse an einer (generellen) Gleichbehandlung von Ehe- und Konkubinatspaaren kann kaum angenommen werden. Eine solche stünde wohl auch in einem Spannungsverhältnis zum Schutz der Ehe (Art. 14 BV; siehe dazu sogleich c)). Beschränkt auf den Bereich der Prämienverbilligung kann diese Frage jedoch nicht *a priori* verneint werden, weil eine an den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen orientierte Ausschüttung der individuellen Prämienverbilligungsbeiträge durchaus mit sachlichen Argumenten begründet werden kann. Letztlich kann diese Frage jedoch offen bleiben, weil unter der Prämisse eines automatischen Systems eine Konkubinatsregel aus grundrechtlichen Überlegungen problematisch ist (siehe dazu sogleich die Abschnitte c)–e), insbesondere e). Diese Problematik bleibt im Übrigen grundsätzlich auch in einem Antragsystem bestehen.

¹³³ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, N. 10; HANGARTNER, St. Galler-Kommentar zu Art. 5 BV, N. 11.

¹³⁴ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1).

¹³⁵ Siehe dazu HANGARTNER, St. Galler-Kommentar zu Art. 5 BV, N. 32.

¹³⁶ Ebenfalls HANGARTNER, St. Galler-Kommentar zu Art. 5 BV, N. 32.

Damit eine Regelung *verhältnismässig* ist, muss sie geeignet und erforderlich sein, um das öffentliche Interesse zu verwirklichen, und darf nicht in einem Missverhältnis zu anderen zu beachtenden Interessen stehen.¹³⁷ Hier mangelt es bereits an der Geeignetheit der Regelung, um das Ziel, keine Gelder an nichtbedürftige Personen auszurichten, sowie das Sparziel zu erreichen (siehe Berechnungsbeispiele im Auftrag). Es gibt Fälle, in denen Konkubinatspaare gar mehr Prämienverbilligungsbeiträge erhalten würden als in der aktuellen Rechtslage. Auch in Bezug auf den Aspekt der rechtsgleichen Behandlung von Ehe- und Konkubinatspaaren ist die Eignung einer Konkubinatsregel, zu bezweifeln. Eine gesetzliche Regelung ist auf gewisse Pauschalisierungen angewiesen. Diese würden jedoch dazu führen, dass neue Ungleichheiten innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaften geschaffen würden (siehe dazu im Einzelnen unten e). Die Motion würde daher nach unserer Einschätzung ihr grundsätzliches Ziel einer „gerechteren“ Ausschüttung von Prämienverbilligungsbeiträgen verfehlen.

c) *Schutz der Ehe vs. Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform*

aa) *Schutz der Ehe (Art. 14 BV)*

Art. 14 BV gewährleistet das *Recht auf Ehe und Familie* (siehe für den Kanton Bern zudem Art. 13 Abs. 1 KV).¹³⁸ Darin ist nicht nur ein *individualrechtlicher Schutz*, sondern auch eine *Institutsgarantie* enthalten, wobei jedoch unklar bleibt, was darunter genau zu verstehen ist.¹³⁹ Unbestritten ist allerdings grundsätzlich, dass die Ehe im Vergleich zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften einen besonderen Schutz genießt bzw. zumindest nicht benachteiligt werden darf.¹⁴⁰ Dies bedeutet, dass indirekte Ehehindernisse, welche die Ehefreiheit verletzen können, zu verhindern sind, was insbesondere im Steuer- und Sozialversicherungsrecht zu beachten ist.¹⁴¹ Dabei geht es jedoch nicht um eine absolute Gleichstellung von Ehe- und Konkubinatspaaren oder gar um eine zwingende Besserstellung der Ehe- gegenüber den Konkubinatspaaren, sondern darum, den Ehwunsch eines Paares nicht durch rechtliche und faktische Benachteiligungen zu untergraben.¹⁴²

bb) *Schutz des Konkubinats (Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 2 KV)*

Der Schutz der Ehe darf umgekehrt aber auch nicht so weit gehen, dass die Wahl anderer Lebensformen beeinträchtigt wird. Insbesondere das Konkubinatsrecht ist z.B. ebenfalls grundrechtlich geschützt, nämlich durch das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte *Diskriminierungsverbot* (siehe für den Kanton Bern zudem Art. 10 Abs. 1 KV).¹⁴³ Im Kanton Bern ist zudem Art. 13 Abs. 2 KV zu beachten, wonach die

¹³⁷ HANGARTNER, St. Galler-Kommentar zu Art. 5 BV, N. 36 ff.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5 BV, N. 21.

¹³⁸ Art. 14 BV: Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet. Art. 13 Abs. 1 KV/BE: Das Recht auf Ehe und Familienleben ist geschützt.

¹³⁹ Siehe z.B. REUSSER, St. Galler-Kommentar zu Art. 14 BV, N. 10; GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 865, mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

¹⁴⁰ REUSSER, St. Galler-Kommentar zu Art. 14 BV, N. 10 und 21; GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 865, mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

¹⁴¹ REUSSER, St. Galler-Kommentar zu Art. 14 BV, N. 21, u.a. mit Hinweis auf MÜLLER, S. 106 ff.

¹⁴² REUSSER, St. Galler-Kommentar zu Art. 14 BV, N. 21.

¹⁴³ WALDMANN, S. 636: „Wo Rechtsakte an der Identität als Ehegatte (im Vergleich zu anderen Lebensformen) anknüpfen, ist der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots betroffen.“

freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens gewährleistet ist (siehe zum Bestreben, Art. 13 BV über den Schutz der Privatsphäre um eine fast gleichlautende Bestimmung zu ergänzen, unten d). Grundsätzlich ist mit dieser Norm aber nur gemeint, dass es dem Staat verwehrt ist, faktische Gemeinschaften zu verhindern.¹⁴⁴ Soweit Art. 13 KV/BE jedoch die Ungleichbehandlung von verheirateten und unverheirateten Paaren verbietet, ergänze diese Bestimmung den Kriterienkatalog des Diskriminierungsverbots in Art. 10 KV/BE.¹⁴⁵

Art. 8 Abs. 2 BV statuiert, dass *niemand wegen der Lebensform diskriminiert* werden darf. Dass nichteheliche Lebensgemeinschaften zu den geschützten Lebensformen gehören, ist in der Lehre unbestritten.¹⁴⁶ Fragen der Rechtsgleichheit sind daher in erster Linie unter diesem Aspekt zu betrachten, d.h. dass der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 8 Abs. 1 BV bei der Beurteilung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit Konkubinatsverhältnissen grundsätzlich von untergeordneter Bedeutung ist.¹⁴⁷ Eine Diskriminierung liegt vor, wenn es sich um eine *qualifizierte Ungleichbehandlung in einer vergleichbaren Situation aufgrund eines verpönten Merkmals* handelt, die nicht gerechtfertigt werden kann.¹⁴⁸ Nicht jede Norm, die sich unterschiedlich auf vergleichbare Sachverhalte auswirkt, stellt also eine Diskriminierung dar.¹⁴⁹ Es muss sich vielmehr um eine qualifizierte Ungleichbehandlung aufgrund eines verpönten Merkmals handeln, „indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist“¹⁵⁰. Wenn an eines der in Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählten Kriterien angeknüpft wird, begründet dies die Vermutung einer Diskriminierung, die allerdings durch eine qualifizierte Rechtfertigung, d.h. durch den Nachweis triftiger Gründe, widerlegt werden kann.¹⁵¹

cc) Spannungsverhältnis

Beide Formen des Zusammenlebens sind also verfassungsrechtlich geschützt, die Ehe durch Art. 14 BV, das Konkubinats durch Art. 8 Abs. 2 BV.¹⁵² Es entsteht ein potentiell Spannungsfeld, das im

¹⁴⁴ MÜLLER, S. 39.

¹⁴⁵ MÜLLER, S. 40.

¹⁴⁶ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 865, mit zahlreichen weiteren Hinweisen; WALDMANN, S. 635; siehe auch LOOSER, S. 603, ebenfalls mit weiteren Hinweisen; zudem SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar zu Art. 8 BV, N. 68 („Darunter subsumiert werden kann aber auch der Schutz der Lebensform von Fahrenden oder von Wohngemeinschaften (...).“); siehe ferner auch AB N Verfassungsreform, S. 152 ff. und insb. S. 411 zu Art. 7 VE 96.

¹⁴⁷ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 865, mit zahlreichen weiteren Hinweisen; siehe auch LOOSER, S. 603, ebenfalls mit weiteren Hinweisen. Siehe zudem auch KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 40 f., wonach das Verhältnis von Abs. 1 und 2 nicht restlos geklärt ist.

¹⁴⁸ SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar zu Art. 8 BV, N. 45 f.

¹⁴⁹ SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar zu Art. 8 BV, N. 45.

¹⁵⁰ KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 40.

¹⁵¹ KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 40 f. und N. 45 f. Das Bundesgericht lasse in neueren Entscheiden Element des Prüfschemas von Art. 36 BV einfließen (N. 46). Siehe auch SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar zu Art. 8 BV, N. 48, wonach eine Regelung mit Art. 8 Abs. 2 BV vereinbar ist, wenn sie sachlich begründet und verhältnismässig ist.

¹⁵² Anders als die Ehe genießt das Konkubinats jedoch keinen besonderen verfassungs- und zivilrechtlichen Status (REUSSER, St. Galler-Kommentar zu Art. 14 BV, N. 2). Siehe auch N. 3: „Nicht weiterverfolgt wurde ein Minderheitsantrag, der die Bestimmung um einem [recte: einen] Abs. 2 ergänzen wollte, um nach dem Vorbild gewisser kantonaler Verfassungen die freie Wahl einer anderen Form gemeinschaftlichen Zusam-

Einzelfall nicht einfach aufzulösen ist.¹⁵³ Aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklungen scheint die Institutsgarantie allmählich aufgeweicht zu werden.¹⁵⁴ Eine grundsätzliche Besserstellung der Ehe lässt sich aufgrund der zunehmenden Bedeutung und Verbreitung des Konkubinats jedenfalls kaum mehr rechtfertigen, insbesondere auch deshalb, weil die Wahl einer anderen Lebensform nicht diskriminiert werden darf.¹⁵⁵ Bei der Ausgestaltung des Sozialversicherungsrechts ist dabei insbesondere zu beachten, dass ähnliche tatsächliche Verhältnisse auch gesetzliche Regelungen erfordern, die diesem Umstand Rechnung tragen, d.h. dass in diesen Fällen eine prinzipielle Besserstellung der Ehe nicht gerechtfertigt ist.¹⁵⁶ Dies betrifft jedoch in erster Linie die Ausschüttung von Leistungen auch im Fall eines (stabilen) Konkubinats (z.B. Hinterlassenenleistungen), die auch im Fall der Ehe i.d.R. von zusätzlichen Erfordernissen wie z.B. dem Vorhandensein gemeinsamer Kinder abhängig gemacht wird.

dd) Beurteilung hinsichtlich einer Konkubinatsregel (im Bereich der Prämienverbilligung)

Allerdings werden durch die hier in Frage stehende Konkubinatsregel im Grundsatz *weder das Diskriminierungsverbot verletzt* (siehe aber die nachfolgende Präzisierung) *noch steht das Fehlen einer solchen Regelung in Konflikt mit der Ehefreiheit*. Im Fall der Prämienverbilligung kann (in Bezug auf die aktuelle Rechtslage) nicht von einer generellen Besserstellung der Konkubinatspaare gegenüber den Ehepaaren gesprochen werden. Das Recht auf Ehe wird durch den Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung wohl kaum beeinträchtigt. Paare, die heiraten möchten, dürften sich i.d.R. nicht durch das allfällige Wegfallen von Prämienverbilligungsansprüchen gegen die Ehe entscheiden. Eine Verletzung der Ehefreiheit kann also nicht angenommen werden.

Hinsichtlich einer allfälligen Konkubinatsregel ist festzuhalten, dass die Ausschüttung von Beiträgen zur Prämienverbilligung nicht primär von der Art des Zusammenlebens abhängen soll (institutionalisiert oder nichtehelich), sondern von den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen im Einzelfall. Wie die Berechnungsbeispiele in der Auftragsumschreibung zeigen, gibt es Fälle, in denen Paare bei einer Gleichstellung des Konkubinats (d.h. einer gemeinsamen Beurteilung der Anspruchsberechtigung) weniger oder gar keine Prämienverbilligung mehr erhalten würden, in anderen Fällen hingegen mehr Beiträge als heute. Entscheidend sind die konkrete Zusammensetzung der Unterstützungseinheit und die Einkommensverteilung innerhalb derselben. *Es kann also nicht von einer Schlechterstel-*

menlebens ausdrücklich zu gewährleisten, ohne damit allerdings einen Anspruch auf Gleichstellung mit der Ehe zu verbinden (...). Dafür wurde schliesslich in Art. 8 Abs. 2 die Lebensform speziell erwähnt.“

¹⁵³ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 866: „Das Spannungsfeld zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem Schutz der Ehe ist – wie auch im Steuerrecht – nicht ohne politischen Diskurs aufzulösen. Die Verfassung kann hier lediglich einige Vorgaben formulieren.“

¹⁵⁴ Vgl. BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme, S. 87; BÜCHLER, Familienrecht, S. 300; LOOSER, S. 597, mit weiteren Hinweisen.

¹⁵⁵ Siehe z.B. LOOSER, S. 603, mit weiteren Hinweisen; aber auch GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 867, wonach auch bei der Ausgestaltung des Sozialversicherungsrechts zu berücksichtigen ist, dass „im Interesse des Schutzes des Instituts der Ehe gewisse Besserstellungen von Ehepaaren gerechtfertigt werden können, wen der Schutz des gesetzlich zu definierenden Instituts der Ehe dies erfordert“.

¹⁵⁶ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 867: „Je ähnlicher sich die Verhältnisse zwischen ehelichen und nichtehelichen Gemeinschaften jedoch sind – z.B. bei Hinterlassenenleistungen, die an das Vorhandensein gemeinsamer Kinder anknüpfen –, desto weniger ist die Besserstellung der Ehepaare gerechtfertigt.“



lung der Ehepaare in der aktuellen Rechtslage und einer Gleichbehandlung im Fall der Umsetzung der Motion gesprochen werden. Vielmehr würde die aktuelle (als Ungerechtigkeit empfundene) Ungleichbehandlung zu einer Neuverteilung der Ungleichbehandlung führen und die „Ungerechtigkeit“ damit nicht aufheben, sondern bloss verschieben (siehe dazu ausführlich unten Abschnitt e).

Ob eine Konkubinatsregel das *Diskriminierungsverbot* verletzt, kann grundsätzlich nur bei Kenntnis des konkreten Wortlauts beurteilt werden. Ungeachtet dessen kann jedoch festgehalten werden, dass eine Regelung im EG KUMV, die die Gleichbehandlung von Ehe- und Konkubinatspaaren durchsetzen soll, wohl kaum eine qualifizierte Ungleichbehandlung der Konkubinatspaare darstellen würde. Vielmehr sollen die beiden Beziehungstypen – von den Definitions- und Beweisschwierigkeiten in Bezug auf das Konkubinatsverhältnis einmal abgesehen – einander vor dem Hintergrund vergleichbarer wirtschaftlicher Verhältnisse gleichgestellt werden. Das Vorliegen triftiger Gründe muss daher gar nicht geprüft werden, da die Argumentation, die Anknüpfung am Konkubinatsverhältnis stelle eine Diskriminierung dar, bereits am Kriterium der qualifizierten Ungleichbehandlung scheitert.

Selbst wenn man von einer qualifizierten Ungleichbehandlung ausginge, könnte die Regelung wohl ohne Weiteres als sachlich begründet und verhältnismässig betrachtet werden, denn es wird nicht am Zivilstand oder an der Lebensform angeknüpft, sondern an den tatsächlichen finanziellen Umständen. Dies gilt umso mehr, als das Konkubinatsverhältnis nicht in allen Fällen zu einer Schlechterstellung im Vergleich zur heutigen Situation, sondern in einigen Fällen auch zu einer Besserstellung führen würde. Umgekehrt kann auch in der heutigen Situation insofern nicht von einer Verletzung des Diskriminierungsverbots gesprochen werden, wenn eine Person aufgrund der geltenden Anknüpfung am Zivilstand keine Leistungen erhält, die sie bei einer Gesetzesänderung erhalten würde, da die Ehe als Institut verfassungsrechtlich geschützt ist (Art. 14 BV).

Auch dürfte die *freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens* als in einer Ehe (Art. 13 Abs. 2 KV) auch mit einer Konkubinatsregel grundsätzlich nach wie vor gewährleistet sein. Würde jedoch eine (generelle) Pflicht eingeführt, Konkubinatsverhältnisse zu melden oder registrieren zu lassen, könnte dies in den faktischen Auswirkungen eine Formalisierung der nichtehelichen Beziehung bedeuten, die dem Institut der Ehe recht nahe käme. Diese Situation könnte einen Druck auf die betreffenden Paare ausüben, der diese veranlasst, die Ehe einzugehen, obwohl sie das eigentlich nicht wünschen. Aufgrund von Melde- oder Registrierungspflichten und den damit verbundenen Rechtsfolgen könnte also gewissermassen eine „Quasi-Ehe“ geschaffen werden, durch die sich die Paare zur Eingehung der „richtigen Ehe“ gedrängt fühlen. Dies wirft zumindest Fragen in Bezug auf das Recht auf freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens als der Ehe auf. Ob der gesellschaftliche oder staatliche Druck, die Ehe einzugehen, stark genug ist, um dieses Recht zu verletzen, ist letztlich aber schwierig zu beantworten. Die Antwort hängt insbesondere auch von den Rechtsfolgen ab, die mit der Registrierung in Verbindung gebracht werden, also ob sie sich z.B. nur auf die Prämienverbilligung auswirken oder ob diese Angabe ganz allgemein vermerkt wird und allenfalls auch Rechtswirkungen entfaltet, die zum heutigen Zeitpunkt noch gar nicht absehbar sind.

d) *Recht auf persönliche Freiheit und Schutz der Privatsphäre (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV)*

Weder die Ehefreiheit noch das Diskriminierungsverbot werden also durch die aktuelle bzw. künftige Ausgestaltung des Prämienverbilligungssystems verletzt. Es ist jedoch zu prüfen, ob weitere Grundrechte betroffen sein könnten, z.B. das Recht auf persönliche Freiheit oder das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV; siehe für den Kanton Bern zudem Art. 12 KV).

Das *Recht auf persönliche Freiheit* beinhaltet insbesondere das Recht auf *individuelle Lebensgestaltung*.¹⁵⁷ Die geplante Gesetzesänderung vermag die Wahl der Lebensform bzw. die individuelle Lebensgestaltung jedoch kaum in rechtserheblicher Weise zu beeinflussen. Es ist zudem fraglich, ob das nichteheliche Zusammenleben überhaupt in den Schutzbereich dieses Grundrechts fällt, weil zumindest das Konkubinat primär durch Art. 8 Abs. 2 BV geschützt wird. Man könnte allenfalls argumentieren, dass das Leben im Konkubinat zwar als Ausdruck bzw. elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung zu verstehen ist und damit in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV fällt. Allerdings dürfte dieser Gehalt der persönlichen Freiheit durch eine Konkubinatsregel im Bereich der Prämienverbilligung kaum beeinträchtigt werden.

Das Gleiche gilt grundsätzlich in Bezug auf das *Recht auf Schutz der Privatsphäre*, das u.a. das Recht auf *Achtung des Privatlebens* umfasst (Art. 13 Abs. 1 BV). Zum Schutzbereich gehört insbesondere das Sexualleben, aber auch die „Freiheit des Beziehungslebens (z.B. das Zusammenleben im Konkubinat)“^{158, 159}. Wie bei Art. 10 Abs. 2 BV kann die Frage einer Verletzung von Art. 13 Abs. 1 BV letztlich offen bleiben, weil eine Konkubinatsregel das Recht auf Privatleben wohl kaum beeinträchtigt.

Anders könnte die Einschätzung jedoch dann ausfallen, wenn die betroffenen Paare Rechenschaft ablegen bzw. Einblicke in intime Bereiche ihres Zusammenlebens gewähren müssten. Diese Frage stellt sich insbesondere auch dann, wenn nicht verheiratete Personen, die in einer gemeinsamen Wohnung leben, bei der Anmeldung auf dem Einwohnermeldeamt angeben müssen, ob sie in einem

¹⁵⁷ Siehe SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar zu Art. 10 BV, N. 5.

¹⁵⁸ GRIFFEL, in Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 31 N. 38.

¹⁵⁹ BREITENMOSER, St. Galler-Kommentar zu Art. 13 Abs. 1 BV, N. 18, mit weiteren Hinweisen. Es sei noch darauf hingewiesen, dass Art. 13 BV (Art. 11 VE 96) gemäss einem Minderheitsantrag im Nationalrat um einen Absatz mit folgendem Wortlaut hätte ergänzt werden sollen (AB N Verfassungsreform, S. 188; siehe dazu auch REUSSER, St. Galler-Kommentar zu Art. 14 BV, N. 3): „Die freie Wahl der Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens ist gewährleistet.“ Dabei ging es u.a. ausdrücklich um den Schutz des Konkubinats (siehe AB N Verfassungsreform, S. 189 f.). Der Antrag wurde jedoch mit 83 zu 73 Stimmen abgelehnt (AB N Verfassungsreform, S. 191). Der Hauptgrund dafür dürfte in der Ergänzung des Diskriminierungsverbots um das Kriterium der Lebensform liegen (siehe z.B. Votum Pelli, AB N Verfassungsreform, S. 189). Ein weiteres Argument war jedoch, dass eine solche Ergänzung den Rahmen der Nachführung sprengen würde (Votum Engelberger, AB N Verfassungsreform, S. 190). Die antragstellende Minderheit wollte jedoch das Recht auf freie Wahl der Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens explizit in der Verfassung verankern, weil die Diskriminierungsnorm nur ein Individualrecht gewährleiste (siehe Votum Valender, AB N Verfassungsreform, S. 189). Angestrebt wurde die Verankerung eines gemeinsamen Rechts auf Zusammenleben (als Nachführung der Verfassung im Lichte der Rechtsprechung des EGMR), wohl ähnlich des besonderen Schutzes der Ehe als Institut. Eine Gleichstellung mit der Ehe war jedoch explizit nicht beabsichtigt. Es ging vielmehr um eine Solidaritätsbekundung und ausdrückliche Anerkennung der nichtehelichen Lebensformen.

Konkubinat zusammenleben oder eine einfache Wohngemeinschaft bilden (vgl. die Ausführungen zum Recht auf freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens als in einer Ehe, oben Abschnitt c).

e) *Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV)*

aa) *Allgemeine Ausführungen*

Zu prüfen ist schliesslich noch, ob die aktuelle Regelung und eine allfällige Konkubinatsregel dem Rechtsgleichheitsgebot standhalten können.

Der allgemeine Rechtsgleichheitssatz in Art. 8 Abs. 1 BV, wonach alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind (siehe für den Kanton Bern zudem Art. 10 KV),¹⁶⁰ wird im Sinn der Formel verstanden, dass *Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln* ist.¹⁶¹ Diese Umschreibung umfasst neben dem Gebot der Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte auch ein Gebot der Differenzierung bei nicht vergleichbaren Sachverhalten.¹⁶²

Zentral ist also das Element der *Vergleichbarkeit*, was auch eine Erklärung oder *Rechtfertigung einer Gleich- bzw. Ungleichbehandlung* bedingt,¹⁶³ sofern sie sich auf wesentliche Tatsachen bezieht.¹⁶⁴ Im Allgemeinen genügt für diese Rechtfertigung die Bezugnahme auf *sachliche und vernünftige Gründe*.¹⁶⁵ Weder das Gleichbehandlungs- noch das Differenzierungsgebot gelten also absolut. Eine Unterscheidung ist zulässig, wenn sachliche und vernünftige Gründe dafür sprechen, während in anderen Fällen gewisse Kategorisierungen und Schematisierungen nötig und der Verzicht auf Differenzierungen daher zulässig sein können. Dem Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV stehen insbesondere die Interessen der Praktikabilität und Rechtssicherheit gegenüber (v.a. in der Massenverwaltung), wobei das Prinzip der Verhältnismässigkeit der Auflösung dieses Spannungsverhältnisses dient.¹⁶⁶

Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung ist – anders als der Wortlaut vermuten lässt („vor dem Gesetz“) – auch in der Rechtsetzung zu beachten, wobei dem Gesetzgeber allerdings ein weiter Ge-

¹⁶⁰ Art. 10 Abs. 1.

¹⁶¹ Siehe z.B. BGE 129 I 1, E. 3; SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar zu Art. 8 BV, N. 20.

¹⁶² OESCH, S. 84: „Auf der Basis der Statusgleichheit aller Menschen verwirklicht das Differenzierungsgebot die beiden *Postulate individueller Einzigartigkeit und materieller Gerechtigkeit*.“; KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 27.

¹⁶³ OESCH, S. 84: „Inhaltlich beruht das heute gängige Verständnis von Art. 8 Abs. 1 BV auf der *aristotelischen Konzeption der relativen Gleichbehandlung*. Im Zentrum der klassischen Prüfmethode, wie sie von der Lehre für die Beurteilung umstrittener Gleichheitsfälle entwickelt wurden und in der Praxis Anwendung finden, stehen die beiden Elemente der *Vergleichbarkeit* zweier Personen oder Sachverhalte im Hinblick auf das gewählte *tertium comparationis* und die *Rechtfertigung* einer Gleich- oder Ungleichbehandlung.“

¹⁶⁴ KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 28 (mit Hinweis auf BGE 131 I 1, E. 4.2.); BGE 129 I 1, E. 3.

¹⁶⁵ Siehe z.B. KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 28 und 32 ff., mit Hinweis auf BGE 131 I 1, E. 4.2. Kritisch dazu OESCH, S. 84 f.

¹⁶⁶ OESCH, S. 1.

staltungsspielraum zukommt.¹⁶⁷ Er hat insbesondere die jeweils herrschenden, zeitlich variablen Anschauungen zu berücksichtigen.¹⁶⁸ Die Beurteilung einer spezifischen Frage kann jedoch je nach Kanton unterschiedlich ausfallen.¹⁶⁹

Bei der hier zu prüfenden Einführung einer Konkubinatsregel geht es um die Gleichbehandlung zweier Beziehungstypen: dem Rechtsinstitut der Ehe und einer rechtlich nicht geregelten Lebensgemeinschaft. Es ist also zunächst zu untersuchen, ob diese beiden Formen des Zusammenlebens in Bezug auf den Prämienverbilligungsanspruch miteinander vergleichbar sind und ob – falls diese Frage bejaht wird – die aktuelle (implizite) Differenzierung durch vernünftige und sachliche Gründe gerechtfertigt ist oder ob sich diesbezüglich eine Gleichbehandlung aufdrängt.

bb) Vergleichbarkeit von Ehe und Konkubinat (in Bezug auf wesentliche Tatsachen)

Die Ehe ist rechtlich institutionalisiert. Die Rechte und Pflichten der Ehepartner sind – unter Vorbehalt möglicher Vereinbarungen – gesetzlich geregelt. Das nichteheliche Zusammenleben kennt hingegen vielfältige Formen der Ausgestaltung und zeichnet sich in vielen Fällen gerade dadurch aus, dass keine rechtlichen Verbindlichkeiten zwischen den Partnern bestehen (sollen). Dies gilt zumindest dann, wenn die Partner keine expliziten Vereinbarungen getroffen und keine gemeinsamen Kinder haben. Trotz dieser *grundlegenden Verschiedenheit* ist aber weitgehend anerkannt, dass Ehe und Konkubinat *in gewissen Konstellationen und in Bezug auf bestimmte Faktoren durchaus vergleichbar* sind. Dies zeigen insbesondere die Entwicklungen im Berufsvorsorgerecht, wo im überobligatorischen Bereich das Instrument der Begünstigung besteht, um den Partner rechtlich und finanziell wie in einer Ehe abzusichern (Art. 20a BVG; siehe dazu oben Kapitel 3.a). Auch im Familienrecht wird aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklungen in jüngerer Zeit zunehmend der Grundsatz der Gleichberechtigung der unterschiedlichen Lebensformen betont.¹⁷⁰

In anderen Fällen hingegen wird *bewusst zwischen diesen beiden Lebensformen unterschieden*, z.B. bei den Hinterlassenenleistungen der AHV oder bei Art. 14 Abs. 2 AVIG (siehe dazu oben Kapitel 3.d). Es handelt sich dabei allerdings um Fälle, in denen der Gesetzeswortlaut ausdrücklich am Institut der Ehe anknüpft. In all diesen Beispielen, ob sie nun das Konkubinat der Ehe gleichstellen oder bewusst an dieser Unterscheidung festhalten, geht es zudem um die Ausschüttung bestimmter Leistungen oder die Gewährung bestimmter Rechte. Heikler ist hingegen die Frage, ob das Leben im Konkubinat auch zu einer Einschränkung von Rechten oder Leistungen führen kann. So ist denn z.B. im Sozialhilferecht schon heute – zumindest in einem begrenzten Umfang – für die Beurteilung eines Leistungsanspruchs nicht der rechtliche Status, sondern die Frage entscheidend, ob eine faktische wirtschaftli-

¹⁶⁷ BGE 129 I 1, E. 3; KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 21 und 27 ff. (mit Hinweis auf BGE 131 I 1, E. 4.2.).

¹⁶⁸ KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 30, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

¹⁶⁹ KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 31, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

¹⁷⁰ Siehe z.B. Postulat Fehr „Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht“ (Geschäftsnr. 12.3607); siehe auch SCHWENZER, Rz. 1.

che Einheit besteht (siehe dazu oben Kapitel 3.d). Die Art der Beziehung kann sich demnach positiv und negativ auf die finanziellen Verhältnisse eines Paares auswirken.

Aufgrund der fehlenden rechtlichen Rahmenordnung für das Konkubinat ist *von Fall zu Fall zu entscheiden*, ob sich eine Gleichbehandlung aufdrängt. Dabei ist entscheidend, in Bezug auf welche Faktoren die Vergleichbarkeit beurteilt wird. Die Motionäre gehen davon aus, dass die Ehe und das Konkubinat im Bereich der Prämienverbilligung in Bezug auf die *faktischen wirtschaftlichen Verhältnisse* vergleichbar sind. Sie scheinen weiter davon auszugehen, dass es sich dabei um eine wesentliche Tatsache handelt und die aktuelle Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist, weil sich dafür keine sachlichen und vernünftigen Gründe anführen lassen. Paare oder Familien sollen gleich behandelt werden, wenn sie über vergleichbare finanzielle Mittel verfügen und diese auch in vergleichbarer Weise verwenden, unabhängig davon, ob eine Ehe eingegangen wurde oder nicht. Die Motionäre scheinen von der Vorstellung auszugehen, dass die faktischen Verhältnisse (in jedem Fall) vergleichbar sind und sich nur die rechtlichen Folgen unterscheiden. Dies mag in der Theorie zwar plausibel erscheinen, in der Praxis lässt sich diese Vergleichbarkeit aber nicht einfach feststellen. *Die realen Gegebenheiten können sich von Fall zu Fall unterscheiden, im Gesetz sind aus Gründen der Praktikabilität aber gewisse Pauschalisierungen nötig.*

Im in der Begründung der Motion angeführten *Modellfall* erscheinen die wirtschaftlichen Verhältnisse nicht nur vergleichbar, sondern identisch. Es wird von einem Bruttoeinkommen von CHF 150'000 ausgegangen, das von einer Person für den Lebensunterhalt von insgesamt fünf Personen generiert wird.¹⁷¹ Inwiefern die tatsächlichen Verhältnisse aber tatsächlich miteinander vergleichbar sind, ist nicht einfach zu beantworten. Es sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen. So wird das Paar im Fall der Ehe z.B. steuerlich gemeinsam veranlagt, nicht jedoch im Fall des Konkubinats, was aufgrund der Ausgestaltung der Progressionstabellen im Steuergesetz zu markant höheren *Steuern* für das Konkubinatspaar führt. So müsste in einer dem Modellfall angelehnten Situation ein Ehepaar (ohne Kinder, nur der Mann ist erwerbstätig) bei einem (steuerbaren, nicht Brutto-) Einkommen von CHF 150'000 den Steuerbehörden einen Betrag von CHF 19'942.50 überweisen (Einkommenssteuer, einfache Steuer gemäss den Tarifen nach Art. 42 Abs. 1 StG, multipliziert mit dem Faktor der Steueranlage des Kantons Bern, aktuell 3.06). Lebt das Paar in einem Konkubinat, wären es gesamthaft CHF 22'733.50 (Einkommenssteuer, einfache Steuer gemäss den Tarifen nach Art. 42 Abs. 2 StG, multipliziert mit dem Faktor der Steueranlage des Kantons Bern, aktuell 3.06). Es kommt also darauf an, welche Faktoren bei der Beurteilung der faktischen wirtschaftlichen Verhältnisse verglichen werden. Es kann durchaus auch argumentiert werden, dass die steuerliche Qualifikation keinen Einfluss auf die Beurteilung der Vergleichbarkeit im Bereich der Prämienverbilligung hat. Letztlich kommt es wohl v.a. auf die Einschätzung an, ob ein Paar gesamthaft betrachtet als bedürftig erscheint bzw. ob es gerechtfertigt erscheint, dass der Partner statt des Staates eine bedürftige Person unterstützt.

¹⁷¹ Gemäss Art. 16 Abs. 2 EG KUMV wird in der Praxis jedoch nicht vom Brutto-, sondern vom Reineinkommen ausgegangen.



Betrachtet man den Bereich der *Prämienverbilligung* isoliert, ist in Erwägung zu ziehen, dass im Bereich der Krankenkasse einheitliche Kopf- und keine einkommens- und vermögensabhängigen Prämien vorgesehen sind. Den unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnissen wird mit der individuellen Prämienverbilligung Rechnung getragen, indem die Prämienbelastung mit einer bestimmten finanziellen Situation verglichen wird. Die Frage ist nun, ob es bei dieser Verbilligung auf das faktisch einer Person zurechenbare Einkommen und Vermögen ankommt (also wie die Prämie auch pro Kopf berechnet wird) oder ob eine Gesamtrechnung pro Familie/Unterstützungseinheit gemacht werden soll. Der Prämienverbilligungsanspruch von Personen, die in einem Konkubinat leben, rechtlich aber grundsätzlich als „alleinstehend“ gelten, weil sie keine gesetzliche Unterstützungspflicht trifft, wird in den meisten Kantonen gestützt auf die Steuerdaten separat beurteilt. Das einer Person aufgrund des Steuerrechts zurechenbare Einkommen und Vermögen taugt denn auch grundsätzlich als eindeutige Berechnungsgrundlage. Wenn eine Person in der Steuerveranlagung kein oder nur ein geringes Einkommen und Vermögen ausweist, ist dies auch für die Sozialbehörden grundsätzlich als verbindlich anzusehen.

Es stellt sich nun die Frage, ob es sich aufdrängt, *in bestimmten Fällen die finanzielle Situation gesamthaft zu betrachten*. Diese Frage kann dann bejaht werden, wenn ein Paar faktisch (und rechtlich) gemeinsam über ein bestimmtes Einkommen und Vermögen verfügt. Bei der *Ehe* wird dies aufgrund der gesetzlichen Unterstützungspflicht pauschal angenommen, was auch in der gemeinsamen steuerlichen Veranlagung zum Ausdruck kommt. Ehepaare werden gemeinsam veranlagt, ausser bei einer gerichtlichen oder tatsächlichen Trennung (siehe Art. 68 Abs. 2 StG). Darauf stellt auch das ASV ab, d.h. die Feststellung der Anspruchsberechtigung stützt sich insbesondere auf die Steuerveranlagung.¹⁷² *Konkubinatspaare* werden hingegen in Bezug auf die Steuern einzeln veranlagt (was wie dargelegt im Kanton Bern auch zu einer insgesamt höheren Steuerbelastung führt). Es besteht auch – unter Vorbehalt einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung – keine gesetzliche Pflicht zur gegenseitigen (moralischen und finanziellen) Unterstützung wie in der Ehe. Grundsätzlich ist deshalb davon auszugehen, dass auch die Kosten für die Wohnung und den Lebensunterhalt wie in einer Wohngemeinschaft geteilt (vgl. auch SKOS-Richtlinien, F.5 Wohn- und Lebensgemeinschaften, oben 3.d) und die Krankenkassenprämien persönlich beglichen werden.

Es sind allerdings durchaus Fälle denkbar, in denen mit der Ehe vergleichbare finanzielle Verhältnisse existieren. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Paar faktisch gemeinsam über ein bestimmtes Einkommen und Vermögen verfügt bzw. wenn die Lebensgemeinschaft so eng ist, dass man einander finanziellen Beistand gewährt (bzw. wenn der eine Partner offensichtlich und erheblich vom anderen finanziell unterstützt wird). Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft darf demnach dann (und nur dann) gleich behandelt werden wie die (ungetrennte) Ehe, wenn von einer starken faktischen Bindung bzw. einer faktischen gegenseitigen Unterstützung, die sich auch auf finanzielle Belange erstreckt,

¹⁷² Siehe z.B. auch § 4 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Zug vom 15. Dezember 1994 betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (BGS 842.6): „Personen, welche gemeinsam besteuert werden, haben einen Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung, [...]“

ausgegangen werden kann (*hypothetischer Wille zur gegenseitigen Unterstützung*¹⁷³). Entscheidend sind also einerseits die *finanziellen Verhältnisse* der betreffenden Personen, andererseits aber auch der *Grad der gegenseitigen Bindung und Unterstützung*. In Anbetracht der fehlenden *rechtlichen* Unterstützungspflicht ist bei dieser Beurteilung aber jedenfalls Zurückhaltung geboten. Es ist auch zu bedenken, dass mit der Motion grundsätzlich – wenn auch nicht ausschliesslich – die Minderung bestehender Ansprüche und nicht der Zugang zu bestimmten Leistungen bezweckt wird.

Ein Indiz dafür, dass ein Konkubinatspaar gemeinsam über die insgesamt vorhandenen finanziellen Mittel verfügt bzw. dass einer der Partner vom anderen erheblich finanziell unterstützt wird, ist die *Einkommensverteilung*. Eine entsprechende Vermutung scheint insbesondere dann gerechtfertigt, wenn einer der Partner über kein eigenes Einkommen und Vermögen verfügt und daher der Schluss naheliegt, dass er vom anderen Partner finanziell unterstützt wird, indem die Lebenshaltungskosten aus diesem Einkommen bestritten werden. Schwieriger ist die Situation jedoch dann zu beurteilen, wenn einer der Partner nur über ein geringes Einkommen verfügt, das ihn als Einzelperson zum Bezug von Prämienverbilligungen berechtigt. In diesen Fällen hängt es wesentlich von der Höhe des Einkommens ab, ob eine faktische Unterstützung durch den Partner angenommen werden kann, wobei es schwierig ist, eine für alle Fälle gültige und sinnvolle Grenze festzulegen. Die fehlende gesetzliche Unterstützungspflicht und im Kanton Bern auch das in Art. 13 Abs. 2 KV gewährleistete Recht auf freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens als der Ehe verlangen hier jedenfalls Zurückhaltung.

Im oben erwähnten *Modellfall* der Motionäre würde dem Bedürfnisprinzip und der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung getragen, weil in diesem Fall aufgrund der objektiven Faktenlage davon auszugehen ist, dass der erwerbstätige Partner die Krankenkassenprämien für die ganze Familie bezahlt. Da ein Bruttoeinkommen von CHF 150'000 weit über der Bedürfnisgrenze von CHF 30'500 liegt (massgebendes jährliches Einkommen, siehe Art. 10a KVV), hätte die Familie in diesem Fall keinen Anspruch auf Prämienverbilligung. Wird die nichterwerbstätige Person jedoch separat betrachtet, hat sie klar Anspruch auf Prämienverbilligung. Diese würde jedoch ins gemeinsame Familienbudget einfließen und die Familie somit gegenüber einer auf der Ehe beruhenden Familie begünstigen.

In anderen Fällen mit einer weniger deutlichen Faktenlage ist es allerdings schwieriger zu beurteilen, ob dem Bedürfnisprinzip und der Einzelfallgerechtigkeit tatsächlich Rechnung getragen wird. Hat einer der Partner ein massgebendes Einkommen von CHF 30'000, der andere ein solches von CHF 40'000, ist es denkbar, dass die Partner ihre Krankenkassenprämien jeweils aus dem eigenen Einkommen bezahlen und auch die übrigen Lebenshaltungskosten anteilmässig tragen. Ist es auch in diesem Fall gerechtfertigt, dass das Paar einen Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung hat? Oder wie verhält es sich, wenn der zweite Partner nicht über ein massgebendes Einkommen von

¹⁷³ Vgl. BGE 129 I 1, E. 3.2.3.

CHF 40'000, sondern über ein Einkommen von CHF 10'000 verfügt? Kann bei dieser Einkommensverteilung auf eine faktische Unterstützung durch den anderen Partner geschlossen werden?¹⁷⁴

Fraglich ist, ob für diesen Grad der gegenseitigen Bindung und Unterstützung bzw. für die Stabilität einer Beziehung die *Dauer der Beziehung oder des gemeinsamen Haushalts* ein Indiz sein kann. Daraus allein lässt sich noch nichts über die Qualität der Beziehung bzw. über die gegenseitige Verbundenheit aussagen. Es wird jedoch auch in anderen Fällen, z.B. in der Begünstigtenordnung der beruflichen Vorsorge (siehe dazu oben Kapitel 3.a), auf dieses formale Kriterium abgestellt. Allerdings geht es dort um eine Leistungsausschüttung. Eine bestimmte Mindestdauer der Beziehung, die für die Definition des Konkubinats oft als begriffsnotwendig erachtet wird (siehe oben Kapitel 3.b) und c) kann im Bereich der Prämienverbilligung daher für sich allein grundsätzlich nicht genügen, um einen Gesamtanspruch auf Prämienverbilligung zu postulieren. Denn wie bereits erwähnt ist davon auszugehen, dass die Krankenkassenprämien bei Paaren, bei denen beide Partner erwerbstätig sind, von den Partnern auch separat mit dem jeweiligen persönlichen Einkommen getragen werden. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob das Paar verheiratet ist oder in einem Konkubinat zusammenlebt und wie lange es bereits zusammenlebt.

Es ist also zu folgern, dass eine Gesamtbetrachtung der finanziellen Verhältnisse im Bereich der Prämienverbilligung nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Situation eines Konkubinatspaares mit jener eines Ehepaares faktisch vergleichbar ist. *Da keine rechtliche Unterstützungspflicht existiert, ist jedoch Zurückhaltung geboten.* Durch eine Gesamtbetrachtung der finanziellen Verhältnisse würde eine *faktische Unterstützung stipuliert*. Diese Annahme ist jedoch nur in bestimmten Fällen gerechtfertigt, wobei es schwierig ist, allgemeingültige Kriterien aufzustellen, die der gelebten Lebenswirklichkeit gerecht wird. Als Zwischenfazit lässt sich daher in Bezug auf die Vergleichbarkeit der finanziellen Verhältnisse zwar festhalten, dass die Ehe und das Konkubinat diesbezüglich in gewissen Fällen durchaus vergleichbar sind. Es kommt letztlich aber darauf an, ob sachgerechte Kriterien definiert werden können, die sich zur Erfassung tatsächlich vergleichbarer Fälle eignen.

Es genügt aber nicht, dass Ehe- und Konkubinatspaare gesamthaft über vergleichbare finanzielle Mittel verfügen, sie müssen – insbesondere auch in Bezug auf die Krankenkassenprämien – auch *a/s Gemeinschaft darüber verfügen*. Eine entsprechende Vermutung scheint immerhin dann gerechtfertigt, wenn einer der Partner über kein eigenes Einkommen (und Vermögen) verfügt und daher der Schluss naheliegt, dass er vom anderen Partner finanziell unterstützt wird, indem die Lebenshal-

¹⁷⁴ Vgl. auch WOLFFERS, S. 161 f.: „Weil die Sozialhilfe bei der Bemessung der Unterstützungsleistungen von den faktischen Verhältnissen ausgeht, ist es ohne weiteres zulässig, auf die zugunsten des Konkubinatspartners tatsächlich erbrachten Leistungen abzustellen. Fraglich ist indessen, ob die Sozialhilfebehörde ein Unterstützungsbegehren eines Konkubinatspartners mit dem Hinweis auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des anderen Mitglieds der eheähnlichen Gemeinschaft ablehnen darf. Auch in stabilen Konkubinaten, welche gemäss der bundesgerichtlichen Praxis den Untergang scheidungsrechtlicher Ansprüche herbeiführen, ist es mangels gesetzlicher Grundlage m.E. unzulässig, von einer dem Eherecht nachgebildeten Unterhaltspflicht zugunsten des bedürftigen Konkubinatspartners auszugehen. Vertretbar dürfte es lediglich sein, in [recte: im] Sinne einer Tatsachenvermutung auch im Sozialhilferecht davon auszugehen, dass sich die Partner im stabilen Konkubinat, wie es durch die bundesgerichtliche Praxis definiert wird, gegenseitig materiell unterstützen. Zulässig bleibt auch hier der Gegenbeweis.“

tungskosten aus dessen Einkommen (und Vermögen) bestritten werden. Massgebend ist neben dem verfügbaren Einkommen und Vermögen pro Paar also insbesondere auch die *Einkommens- und Vermögensverteilung* der Partner.¹⁷⁵ Prämienverbilligung wird nur dann ausgeschüttet, wenn einer der Konkubinatspartner kein oder nur ein geringes Einkommen und Vermögen hat bzw. wenn er (hohe) Sozialabzüge für Kinder geltend machen kann. In diesen Fällen hängt es wesentlich von der Höhe des Einkommens und Vermögens im Einzelfall ab, ob eine faktische Unterstützung durch den Partner angenommen werden kann, wobei keine absoluten Grenzwerte festgelegt werden können. Die fehlende gesetzliche Unterstützungspflicht und im Kanton Bern auch das in Art. 13 Abs. 2 KV gewährleistete Recht auf freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens als der Ehe verlangen hier jedenfalls Zurückhaltung.

Im Ergebnis lässt sich damit durchaus sagen, dass Ehe und Konkubinat in gewissen Fällen bzw. in Bezug auf wesentliche Tatsachen vergleichbar sind, nämlich dann, wenn ein Paar als Gemeinschaft über die insgesamt vorhandenen finanziellen Mittel verfügt bzw. wenn der eine Konkubinatspartner vom anderen finanziell unterstützt wird.

Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob die bestehende Ungleichbehandlung mit Bezugnahme auf sachliche und vernünftige Gründe gerechtfertigt werden kann bzw. ob sich eine Gleichbehandlung dieser beiden Lebensformen aufdrängt.

cc) *Ist die aktuelle Ungleichbehandlung bzw. wäre eine künftige Gleichbehandlung durch sachliche und vernünftige Gründe gerechtfertigt?*

Auch wenn in Bezug auf andere (sozialversicherungsrechtliche) Leistungen beim Vorliegen bestimmter Kriterien (Dauer, gemeinsame Kinder, vertragliche Unterstützungspflicht) davon ausgegangen werden kann, dass eine Ausschüttung dieser Leistungen gerechtfertigt ist (primär Hinterlassenenleistungen), kann diese Wertung nicht vorbehaltlos auf den Bereich der Prämienverbilligung übertragen werden. Es geht nicht um die Ausschüttung von Hinterlassenenleistungen, die bei einem langjährigen eheähnlichen Zusammenleben gerechtfertigt erscheinen mögen, sondern – zumindest ist dies beabsichtigt – um die *Kürzung staatlicher Leistungen* während des Zusammenlebens, ähnlich wie in der Sozialhilfe, wo eine gewisse finanzielle Unterstützung durch den Partner, der in derselben Wohnung lebt, als legitim erachtet wird.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass eine allfällige Konkubinatsregel in das im Kanton Bern geltende *automatische System* für die Feststellung der Anspruchsberechtigung für die Prämienverbilligung integriert werden müsste. Streng genommen müsste man im Hinblick auf die negative Ehefreiheit und das Recht auf freie Wahl der Lebensform *in jedem Einzelfall prüfen*, wer die Krankenkassenprämien in einem Haushalt faktisch bezahlt, unabhängig davon, ob es sich um Eheleute oder Konkubinatspaare handelt, oder zumindest objektive Kriterien definieren, welche die Lebenswirklichkeit einigermaßen

¹⁷⁵ Dabei ist zu beachten, dass das Einkommen und Vermögen von quellenbesteuerten Personen nicht im Steuerregister ersichtlich ist. Das hat zur Folge, dass im automatischen System in Fällen, in denen einer oder beide Partner quellenbesteuert sind, die Einkommens- und Vermögenssituation der Konkubinatspartner vom ASV nicht oder nur von einem Partner festgestellt werden kann.



sen zuverlässig erfassen. Eine Einzelfallprüfung würde jedoch den gewünschten Automatismus aushebeln und ist nicht im Sinn der Motion.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Konkubinatsregel so ausgestaltet werden kann, dass sie auch tatsächlich nur die mit der Ehe vergleichbaren Fälle erfasst. Dabei ist zu beachten, dass gewisse *Pauschalisierungen* in der Massenverwaltung *notwendig* sind, insbesondere im *Interesse an einer praktikablen, effizienten Erfassung der anspruchsberechtigten Personen*. Genau hier stellt sich aber das grundlegende Problem, dass eine Konkubinatsregel durch eben diese Pauschalisierungen neue Ungleichheiten schafft, die sie eigentlich vermeiden möchte. Wenn Konkubinatsverhältnisse im Bereich der Prämienverbilligung gleich behandelt werden sollen wie die Ehe, ist dies im Hinblick auf die Rechtsgleichheit nicht in jedem Fall gerechter. In den Fällen, in denen die tatsächlichen Verhältnisse mit jener in einer Ehe vergleichbar sind, kann die rechtliche Gleichbehandlung durchaus zur Verwirklichung der Rechtsgleichheit beitragen. Hingegen wäre eine Konkubinatsregel in anderen Fällen, in denen bewusst keine Ehe eingegangen wurde, problematisch. *Es würde faktisch eine gegenseitige faktische Unterstützungspflicht eingeführt, die rechtlich nicht existiert*. Die rechtliche Gleichbehandlung steht damit potenziell in *Konflikt zur Wahl der Lebensform* (sowie zur negativen Ehefreiheit) – auch wenn ein Eingriff in die Rechte auf persönliche Freiheit und des Schutzes des Privatlebens in der Regel wohl nicht verletzt werden (siehe dazu oben Kapitel 5.c) und d) – und dürfte darüber hinaus kaum zu einer im Einzelfall sachgerechteren Leistungsausschüttung führen.

Die *Ehe* als zivilrechtlich geregeltes und verfassungsrechtlich geschütztes Institut ist ein taugliches Anknüpfungskriterium für die Feststellung der Anspruchsberechtigung, ebenso die registrierte Partnerschaft. Eine Pauschalisierung erscheint trotz allfälliger vom Gesetz abweichenden vertraglichen Vereinbarungen gerechtfertigt; insbesondere deshalb, weil die Eheleute sich der rechtlichen und finanziellen Folgen einer Heirat bewusst sind. Gewisse Pauschalisierungen sind hier notwendig und gewollt (oder werden zumindest in Kauf genommen).

Beim *Konkubinats* ist die Frage einer sinnvollen Pauschalisierung hingegen schwieriger zu beantworten. Entscheidend ist, ob die tatsächlich mit der Ehe vergleichbaren Fälle auf eine Weise pauschal definiert und anhand bestimmter Kriterien erfasst werden können, dass die entsprechende Regelung mit dem Gebot der Rechtsgleichheit vereinbar ist.

Wie oben in den Kapiteln 3 und 4 dargelegt, ergeben sich jedoch *sowohl hinsichtlich der Definition als hinsichtlich der Beweisführung erhebliche Schwierigkeiten*. Entscheidend dafür, ob die Konkubinatsregel mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar ist, wäre bereits die Definition des Begriffs des Konkubinats. Selbst wenn diese in der Theorie sachlich gerechtfertigt und vernünftig erscheint, müssen diese auch in der Praxis anhand bestimmter objektiver Kriterien feststell- und überprüfbar sein. Vorausgesetzt werden dürfte (zumindest im Bereich der Prämienverbilligung) zunächst ein *gemeinsamer Haushalt*. Dieser könnte gestützt auf die von den Gemeinden eingespierten Daten zwar zumindest in der Theorie festgestellt werden, allerdings ergeben sich diesbezüglich die oben unter 4.b) beschriebenen Beweisprobleme. Und selbst wenn zweifelsfrei festgestellt werden könnte, welche Personen in einem gemeinsamen Haushalt leben, kann nicht anhand objektiver Faktoren bestimmt

werden, ob es sich dabei tatsächlich um ein Konkubinat oder um eine blossе Wohngemeinschaft handelt, zumindest nicht in der Massenverwaltung. Eine sachgerechte und überprüfbare Konkubinatsregel scheidet daher bereits an dieser Voraussetzung.

Die Umsetzung der Motion könnte also in gewissen Fällen das Bedarfsprinzip und die Einzelfallgerechtigkeit besser verwirklichen. Der Grundsatz, dass die Prämienverbilligung nur an tatsächlich bedürftige Familien ausgerichtet wird, tritt dabei jedoch in ein Konfliktverhältnis zum *Interesse an einer praktikablen, effizienten Erfassung der anspruchsberechtigten Personen in der Massenverwaltung*. Zudem kann eine Konkubinatsregel je nach praktischer Umsetzung problematisch sein im Hinblick auf das Recht auf Privatsphäre (Achtung des Privatlebens) und bringt auch Fragen hinsichtlich des Diskriminierungsverbots mit sich, wenn die Gruppe der Personen, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, eine solche Sonderbehandlung erfährt.

Die Frage, ob sachliche und vernünftige Gründe für eine Gleichbehandlung oder Differenzierung vorliegen, lässt sich kaum von der Frage trennen, ob das entsprechende Vorgehen im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist, d.h. dass trotz anderslautender bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Prüfschema von Art. 36 BV zur Anwendung kommt.¹⁷⁶ Ganz allgemein sind zudem bei jedem staatlichen Handeln die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) zu beachten, die ebenfalls eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse und die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips verlangen.

f) Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben?

In der Bundesverfassung wird die Prämienverbilligung nur in *Art. 130 Abs. 4* erwähnt, wo festgehalten wird, dass 5 % des nicht zweckgebundenen Ertrags der Mehrwertsteuer für die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung zu Gunsten unterer Einkommensschichten verwendet werden, sofern nicht durch Gesetz eine andere Verwendung zur Entlastung unterer Einkommensschichten festgelegt wird. Im Mehrwertsteuergesetz¹⁷⁷ findet sich keine Bestimmung dazu. „Mangels anderer Festlegung durch den Gesetzgeber“ wird dieser Betrag jedoch für diesen Zweck verwendet.¹⁷⁸ Ansonsten ist nur *Art. 117 BV* von einer gewissen Bedeutung, der dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über die Krankenversicherung zuweist. Die Prämienverbilligung wird jedoch erst auf Gesetzesstufe thematisiert (siehe dazu oben Kapitel 1.a).

Der Vollständigkeit halber sei zudem noch *Art. 116 BV* über die Familienzulagen und die Mutterschaftsversicherung erwähnt. Der in Abs. 1 enthaltene allgemeine, d.h. nicht sachbereichsspezifische Auftrag,¹⁷⁹ dass der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Bedürfnisse der Familie zu berücksichtigen hat, orientiert sich nicht nur am zivilrechtlichen Familienbegriff.¹⁸⁰ Vorausgesetzt wird aber

¹⁷⁶ Siehe dazu KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 38 N. 33 ff., mit weiteren Hinweisen.

¹⁷⁷ Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20).

¹⁷⁸ Vgl. VALLENDER, St. Galler-Kommentar zu Art. 130 BV, N. 44. Eingehend zur Entstehungsgeschichte dieser Norm BIAGGINI, Kommentar zu Art. 130 BV, N. 11.

¹⁷⁹ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 116 BV, N. 2; vgl. auch MADER, St. Galler-Kommentar zu Art. 116 BV, N. 4.

¹⁸⁰ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 866.



zumindest das Vorhandensein von Kindern. Die Gleichbehandlung von Ehe- und Konkubinatspaaren soll durch die Umsetzung der Motion aber unabhängig davon, ob sie Kinder haben oder nicht, gewährleistet werden, weshalb der Familienbegriff nicht zur Beantwortung der Frage herangezogen werden kann. Der Familienbegriff ist für das vorliegende Gutachten ausserdem auch deshalb nicht relevant, weil die Mitglieder der Familie in Art. 19 Abs. 2 EG KUMV festgelegt werden.

Im Steuerrecht gilt das *Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit* (Art. 127 Abs. 2 BV). Dieses Prinzip könnte man allenfalls sinngemäss (im Licht von Art. 6 BV) auf den Bereich der Prämienverbilligung übertragen, insbesondere deshalb, weil bei der Feststellung der Anspruchsberechtigung die Steuerdaten als Berechnungsgrundlage herangezogen werden. Auch im Kanton Bern wird bei der Durchführung der Prämienverbilligung grundsätzlich auf das Reineinkommen abgestellt, jedoch um gewisse Werte korrigiert (vgl. Art. 16 EG KUMV). So werden z.B. ein Prozentsatz des Reinvermögens und steuerbefreite Einkünfte hinzugerechnet. Ein auf die Prämienverbilligung übertragenes Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit korrespondiert mit der grundlegenden Anspruchsvoraussetzung der „bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnisse“. Damit ist jedoch noch nichts über die Unterstützungseinheit ausgesagt. Wie diese festgelegt wird, ist grundsätzlich Gegenstand einer politischen oder gesetzgeberischen Entscheidung. Beim Konkubinat stehen allerdings – wie oben in den Abschnitten c)–e) (insb. e) ausgeführt grundrechtliche – Überlegungen der Festlegung einer entsprechenden Unterstützungseinheit entgegen.



g) Zwischenfazit

Das Gebot einer genügenden rechtlichen Grundlage könnte bei einer Konkubinatsregel wohl grundsätzlich eingehalten werden. Fragen ergeben sich jedoch hinsichtlich des Erfordernisses eines genügenden öffentlichen Interesses und in Bezug auf die Verhältnismässigkeit einer solchen gesetzlichen Regelung.

Sowohl die Ehe als auch das Konkubinat sind verfassungsrechtlich geschützt. Art. 14 BV (Recht auf Ehe und Familie) bietet sowohl individualrechtlichen Schutz als auch einen besonderen Schutz der Ehe als solcher (Institutsgarantie). Dies gebietet aber keine absolute Gleichstellung zwischen Ehe- und Konkubinatspaaren. Diese Garantie bedeutet lediglich, dass (direkte und indirekte) Eehindernisse zu vermeiden sind. Im Kanton Bern ist auch die freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens explizit gewährleistet (Art. 13 Abs. 2 KV). Das Konkubinat untersteht zudem dem Verbot der Diskriminierung der Lebensform (Art. 8 Abs. 2 BV). Diese Bestimmungen bieten jedoch keinen (analog zur Institutsgarantie bei der Ehe gestalteten) besonderen Schutz. Unzulässig sind nur die faktische Verhinderung dieser Form des Zusammenlebens bzw. die qualifizierte Ungleichbehandlung. Die Einführung einer Konkubinatsregel für den Anspruch auf Prämienverbilligung im Kanton Bern würde diese verfassungsrechtlichen Garantien grundsätzlich nicht verletzen.

Kaum vereinbar ist eine Konkubinatsregel jedoch bei näherer Betrachtung mit der Rechtsgleichheit. Ehe und Konkubinat sind zwar grundsätzlich verschieden. In Bezug auf die wirtschaftlichen Verhältnisse können die Ehe und das Konkubinat aber durchaus vergleichbar sein. Allerdings ist für diese Feststellung eine Einzelfallprüfung erforderlich. Die Massenverwaltung hat hingegen sowohl bei einem automatisierten System als auch bei einem Antragssystem ein Interesse an einer praktikablen, effizienten Erfassung der anspruchsberechtigten Personen. Dazu sind gewisse Pauschalisierungen notwendig. Diese Pauschalisierung ist beim Konkubinat jedoch problematisch. Sie gerät insbesondere in Konflikt mit der Garantie der freien Wahl der Lebensform. Zudem ist bereits die Begriffsdefinition schwierig. Sie würde die Vielfalt der Lebenswirklichkeit kaum tatsachengetreu abbilden und damit das Differenzierungsverbot, das sich aus der Rechtsgleichheit ableitet, verletzen. Zudem ist der Bestand eines (wie auch immer definierten) Konkubinats einem objektiven Beweis nicht bzw. nur schwer zugänglich. Letztlich würde die Gleichbehandlung von Ehe und Konkubinat zu neuen Ungleichheiten zwischen den verschiedenen Konkubinatspaaren führen, was mit dem Rechtsgleichheitsgebot nicht vereinbar wäre.

6. Beantwortung der Fragen

a) *Obligatorische Deklaration der Konkubinatsverhältnisse*

aa) *Kann die Motion rechtskonform umgesetzt werden, wenn die Konkubinatsverhältnisse obligatorisch deklariert werden müssen?*

Wie oben in Kapitel 2 erläutert, ist der Lösungsvorschlag der Selbstdeklaration in einem automatischen System nicht sinnvoll, weil sie aufgrund der fehlenden (oder zumindest stark eingeschränkten) Kontrollmöglichkeiten *per se zu rechtungleichen Behandlungen innerhalb der nichtehelichen Beziehungen führen würde*.

Es ist zudem fraglich, ob eine solche Angabe, die grosse Ähnlichkeit mit der Registrierung des Zivilstandes hätte, mit dem *Recht auf freie Wahl der Lebensform* vereinbar wäre (siehe Kapitel 5.c). Das Kernmerkmal der nichtehelichen Lebensgemeinschaft besteht gerade in der Nicht-Formalisierung der Beziehung.

Durch eine für alle Konkubinatspaare geltende Pflicht, die Beziehung (z.B. anlässlich der Steuererklärung) zu deklarieren, würde eine „Quasi-Ehe“ geschaffen, was aus grundrechtlicher Sicht zumindest nicht unproblematisch wäre. Diese Situation ist vor dem Hintergrund eines automatischen Systems grundsätzlich anders zu werten als bei einem Antragssystem, bei dem sich bedürftige Personen melden müssen, wenn sie Leistungen in Anspruch nehmen wollen. Die Anforderungen an eine rechtsgleiche Leistungsausschüttung sind bei einem automatischen System deutlich höher. Auch bei einem Antragssystem bliebe die grundsätzliche Problematik jedoch bestehen. Der im Gesetz einzufügende Konkubinatsbegriff würde *per se* zu neuen rechtlichen Ungleichbehandlungen führen, indem eine Unterstützungseinheit geschaffen würde, die einer familienrechtlichen Basis entbehrt. Dies wäre nicht nur in Bezug auf die Rechtsgleichheit, sondern auch auf die Garantie der freien Wahl der Lebensform problematisch.

Probleme bereite aber bereits die *Frage, zu welchem Zeitpunkt und bei welcher Behörde die Deklaration deponiert werden müsste*. Die Angabe des Konkubinats bei der Anmeldung auf der Einwohnerbehörde wäre kaum sinnvoll, insbesondere deshalb, weil es sich dabei um eine (nicht überprüfbare) Momentaufnahme handelt. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für eine entsprechende Erklärung anlässlich der Steuerveranlagung. Diese müsste zwar regelmässig erneuert werden und würde daher der Vorschrift der Berücksichtigung der möglichst aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse grundsätzlich genügen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Angabe nur dann gemacht würde, wenn sich die betreffenden Personen davon einen (finanziellen) Vorteil erhoffen.¹⁸¹ Zudem ist davon auszugehen, dass sie auch seitens der Steuerbehörde nicht systematisch überprüft würde. Konkubinate, in denen eine Person quellenbesteuert wird, würden auf diese Weise ausserdem nicht erfasst. Weiter ist zu bedenken, dass nicht in allen Fällen Geld eingespart werden kann. Z.T. würden Paare auch mehr Prämienverbilligung erhalten, wenn ihr Anspruch gemeinsam berechnet wird.

¹⁸¹ Vgl. auch GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 854.

In einem automatischen System müsste ein Konkubinat *anhand überprüfbarer objektiver Fakten auch automatisch festgestellt* werden können. Ob die Motion rechtskonform umgesetzt werden kann, ist dabei primär mit Blick auf die Kompetenzordnung und die verfassungsrechtlichen Vorgaben (insb. die Grundrechte) zu beantworten.

Wie oben in Kapitel 1 ausgeführt, sind die *Kantone für die Gewährung der Prämienverbilligung zuständig* (Art. 65 Abs. 1 KVG), die dazu die entsprechenden Ausführungsbestimmungen erlassen. Die Kantone legen insbesondere die Kriterien für die Anspruchsberechtigung fest; bundesrechtlich vorgegeben ist nur, dass die Beiträge den Versicherten „in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen“ gewährt werden und dass die Kantone dafür sorgen müssen, dass „die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden“ (Art. 65 Abs. 1 und 3 KVG).

Die kantonalen Gesetzgeber sind demnach befugt, die Kriterien für die Anspruchsberechtigung unter Beachtung der bundesrechtlichen Vorgaben zu bestimmen. *Eine zivilstandsabhängige Ausgestaltung ist nicht zwingend*. So knüpft(en) denn auch einige Kantone nicht nur an der Ehe, sondern zusätzlich bzw. alternativ am Bestehen einer Wohn- oder Lebensgemeinschaft an.

Ob die zivilstandsunabhängige Ausgestaltung rechtlich zulässig ist, hängt von den Rahmenbedingungen und der konkreten Ausgestaltung der Norm ab und ist insbesondere mit Blick auf die Grundrechte zu prüfen. Grundsätzlich ist eine Gleichbehandlung von Ehe- und Konkubinatspaaren nicht zu beanstanden, weil *weder das Recht auf Ehe verletzt noch eine bestimmte Lebensform diskriminiert* wird (Art. 14 und Art. 8 Abs. 2 BV; siehe dazu oben Kapitel 5.c).

Eine Konkubinatsregel wäre jedoch nicht mit dem Gebot der *Rechtsgleichheit* (Art. 8 Abs. 1 BV) vereinbar. Oder mit anderen Worten: Die aktuelle Ungleichbehandlung von Ehe- und Konkubinatspaaren ist – trotz vergleichbaren wirtschaftlichen Verhältnissen im Einzelfall – durch sachliche und vernünftige Gründe gerechtfertigt. *Eine Konkubinatsregel bedingt notwendigerweise gewisse Pauschalisierungen, die zu neuen Ungleichbehandlungen (innerhalb der vielfältigen Formen nichtehelichen Zusammenlebens) führen würden*. Es könnte nicht sichergestellt werden, dass vergleichbare Einkommens- und Familienverhältnisse auch tatsächlich rechtsgleich erfasst werden (siehe dazu im Einzelnen Kapitel 5.e).

bb) Wie müssen die rechtlichen Bestimmungen dafür lauten?

Falls eine Selbstdeklaration in der Steuererklärung als Lösungsweg in Betracht gezogen werden sollte, müssten dafür die gesetzlichen Grundlagen geschaffen werden. Aufgrund des grundrechtlichen Stellenwerts des Konkubinats sind entsprechende Angaben als besonders schützenswerte Personendaten anzusehen (vgl. Art. 3 lit. b KDSG¹⁸²). Solche Daten dürfen nur bearbeitet werden, wenn sich dies klar aus einer gesetzlichen Grundlage ergibt, die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe es zwingend erfordert oder die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat (Art. 6 KDSG). Vorliegend kommt nur die Schaffung einer expliziten gesetzlichen Grundlage in Betracht. Der Steuerverwaltung müsste deshalb die Aufgabe, Angaben über Konkubinatsverhältnisse zu erheben, in einem for-

¹⁸² Datenschutzgesetz (KDSG) vom 19. Februar 1986 (BSG 152.04).



mellen Gesetz zugewiesen werden. Eine formell-gesetzliche Grundlage ist insbesondere deshalb notwendig, weil die Erhebung von Angaben über Konkubinatsverhältnisse für die Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben weder geeignet noch notwendig ist (vgl. Art. 18 Abs. 2 KV). Es ist jedoch möglich, dass eine Behörde für eine andere bestimmte Daten erhebt, die für deren Aufgabenerfüllung notwendig ist (vgl. Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 KDSG). Voraussetzung dafür ist jedoch eine explizite gesetzliche Grundlage. Von einer solchen Lösung ist u.E. aber, wie im vorangehenden Abschnitt ausgeführt, abzusehen.

Der Vollständigkeit halber soll nachfolgend aber trotzdem noch kurz auf die Ausformulierung einer allfälligen Konkubinatsregel im EG KUMV eingegangen werden. Für die Klärung des Begriffs für den Bereich der Prämienverbilligung wäre eine Bestimmung wünschenswert, wobei aus Gründen der Rechtssicherheit zu fordern ist, dass *Kriterien im Gesetz selbst* genannt werden. Inhaltlich wären – abgesehen von Schwierigkeiten bei der Beweisführung – viele Konstellationen denkbar. Mangels einer allgemeingültigen Begriffsdefinition ist dabei auf Kriterien abzustellen, die den faktischen Lebensverhältnissen am nächsten kommen und die Einzelfallgerechtigkeit am besten verwirklichen. In der Massenverwaltung ist zudem darauf zu achten, dass diese Kriterien eine hohe Praktikabilität aufweisen. Es ist also ein Ausgleich zu finden zwischen den Interessen des Staates, keine staatlichen Hilfen an Personen auszuschütten, die dieser Hilfe nicht bedürfen, dem Interesse, den faktischen Verhältnissen der betroffenen Personen im Einzelfall so weit wie möglich gerecht zu werden und dem Interesse der Verwaltung, die Prüfung der Anspruchsberechtigung effizient zu ermitteln.

Damit dem *Gebot der Rechtsgleichheit* Genüge getan werden kann, ist die entsprechende (gesetzliche) Bestimmung so auszugestalten, dass tatsächlich nur vergleichbare Fälle erfasst werden. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Frage, ob das Konkubinatsverhältnis soweit typisiert werden kann, dass auch tatsächlich nur vergleichbare Fälle erfasst werden. Eine pauschale Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Paare ist jedenfalls nicht möglich. Eine Typisierung ist aus Gründen der Rechtssicherheit, aber auch aus Gründen der Rechtsgleichheit erforderlich. Die Erfassung des Konkubinats sollte allerdings nicht dazu führen, dass neue Rechtsungleichheiten innerhalb der Gruppe der nichtehelichen Lebensgemeinschaften entstehen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lassen.

Naheliegender wären die in der Lehre und Rechtsprechung gängigen objektiven Kriterien des gemeinsamen Haushalts und einer bestimmten Mindestdauer der Beziehung (oder des gemeinsamen Haushalts). Das Zusammenleben mit gemeinsamen Kindern kann hingegen nicht als Definitionskriterium dienen, weil die Motion explizit Paare mit und ohne Kinder erfassen will. Möglich wäre also z.B. die Ergänzung von Art. 19 Abs. 2 EG KUMV um einen neuen „lit. a^{bis}: Konkubinatspaare, die seit mindestens zwei (oder fünf) Jahren in einem gemeinsamen Haushalt leben“.

Die Feststellung einer (erheblichen) gegenseitigen finanziellen Unterstützung ist mit dem automatischen System schon von vornherein nicht vereinbar. Das Gleiche gilt allerdings auch für die Mindestdauer der Beziehung/des gemeinsamen Haushalts und das Zusammenleben mit gemeinsamen Kindern (siehe dazu oben Kapitel 4).



Abschliessend möchten wir noch einmal betonen, dass aus unserer Sicht *keine Konkubinatsregel ersichtlich ist, die aufgrund der festgestellten Definitions- und Beweisschwierigkeiten nicht in Konflikt mit dem Gebot der Rechtsgleichheit geraten würde*. Selbst auf den ersten Blick einleuchtende Regelungen, die an einer bestimmten Mindestdauer des gemeinsamen Haushalts anknüpfen, führen in der Praxis zu erheblichen Problemen und vermögen die Realität nicht in einer Weise abzubilden, die mit den Grundrechten vereinbar wäre. Diesbezüglich ist es auch zweitrangig, ob in Bezug auf Konkubinatspaare das automatische System beibehalten wird oder ob für sie das Antragsystem gelten soll: *Die Problematik wird im automatischen System lediglich verschärft, sie besteht aber auch im Antragsystem*.

b) *Freiwillige Deklaration der Konkubinatsverhältnisse*

aa) *Wie müssten die rechtlichen Bestimmungen lauten, wenn die Konkubinatsverhältnisse freiwillig deklariert werden könnten?*

Eine freiwillige Deklaration ist in einem automatischen System per se nicht mit der Rechtsgleichheit vereinbar (siehe dazu oben Kapitel 2.a). Auf die Ausformulierung eines Vorschlags für entsprechende rechtliche Bestimmungen wird daher verzichtet. Hingewiesen sei jedoch noch darauf, dass auch bei einem Antragsystem die grundsätzliche Problematik der Schaffung einer künstlichen Grenze innerhalb der Gruppe der nichtehelichen Lebensgemeinschaften bestehen bliebe (siehe oben Kapitel 6.a).

bb) *Kann die Deklaration nur eines Konkubinatspartners rechtliche Konsequenzen für den anderen Konkubinatspartner haben und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?*

Auch die Beantwortung dieser Frage erübrigt sich, weil das Verfahren der Selbstdeklaration nach unserer Einschätzung nicht rechtskonform mit dem automatischen System vereinbar ist.

c) *Beweisverfahren*

Welche Beweismittel können im Massengeschäft standardmässig von den Konkubinaten einverlangt werden?

Unter der Prämisse, dass das automatische System beibehalten werden soll, *kann aktuell auf keine „hieb- und stichfesten“ Beweismittel zurückgegriffen werden*. Angenommen, das Konkubinat wird anhand der objektiven Kriterien des gemeinsamen Haushalts, einer bestimmten Mindestdauer der Beziehung/des gemeinsamen Haushalts oder (alternativ) dem Zusammenleben mit gemeinsamen Kindern definiert, stellt sich bereits das grundlegende Problem, dass die Beziehung an sich, die als (unausgesprochene) Grundvoraussetzung gelten muss, nicht anhand objektiver Kriterien bewiesen werden kann. Es ist nicht möglich, mittels „harter Fakten“ die Konkubinatspaare von den übrigen Wohngemeinschaften zu unterscheiden.

Über den *Wohnungsidentifikator* könnten zwar grundsätzlich Mehrpersonenhaushalte ausfindig gemacht werden. Dies sagt jedoch noch nichts über die Beziehungsstrukturen der Bewohnerinnen und Bewohner des Haushalts aus. In Bezug auf die Feststellung eines gemeinsamen Haushalts ergeben sich – wie in Kapitel 4 ausgeführt – einerseits verwaltungspraktische Probleme, andererseits sagt der



Bestand eines gemeinsamen Haushalts noch nichts darüber aus, ob sich die betreffenden Personen gegenseitig finanziell unterstützen oder gemeinsam über das insgesamt vorhandene Einkommen und Vermögen verfügen.

Dasselbe gilt für die Feststellung des Konkubinats anhand der *Steuererklärung*. Der Abzug für Allein-stehende kann auch von Personen, die in einer „normalen“ Wohngemeinschaft leben, nicht geltend gemacht werden. Auch der Kinderabzug in der Steuererklärung kann nicht als Beweismittel dienen. Beide Konkubinatspartner können zwar – sofern ihnen die gemeinsame elterliche Sorge zukommt – den Kinderabzug in der Steuererklärung geltend machen (Art. 40 Abs. 3 lit. a StG). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Konkubinatspartner (und deren Kinder) einander aufgrund der Daten des EDV-Systems der kantonalen Steuerverwaltung nicht als Familie zugeordnet werden können (siehe dazu oben Kapitel 4.b). Die Motion verlangt zudem ausdrücklich die Gleichbehandlung von verheirateten und Konkubinatspaaren „unabhängig davon, ob sie Kinder haben oder nicht“.

Eine *Selbstdeklaration* (z.B. durch Ankreuzen eines Feldes „Konkubinatspartner“ und allenfalls Angabe des Namens des Partners in der Steuererklärung) ist wie bereits mehrfach erwähnt mit einem automatischen System nicht vereinbar, weil diese Angabe nicht oder nur mit erheblichem Aufwand überprüfbar wäre. Eine solche Lösung hinge vom „Goodwill“ und der Vorstellung der betroffenen Personen von einem Konkubinatspartner ab, was in einem automatischen System, das grundsätzlich die ganze Kantonsbevölkerung erfasst, nicht mit dem Gebot der Rechtsgleichheit vereinbar ist. Zudem wäre eine solche Lösung auch nicht praktikabel, weil eine Konkubinatsregel nur eine Tatsachenvermutung aufstellt, die (für beide Seiten) dem Gegenbeweis zugänglich sein muss. Wenn zwei Personen angeben, nur in einer WG und nicht in einem Konkubinatspartner zu leben, ist der Gegenbeweis schwierig und zieht Konflikte mit dem Recht auf Schutz der Privatsphäre mit sich. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn für Konkubinatspaare ein Antragsverfahren eingeführt würde.

Bei allen Definitionsansätzen ist zudem die *Dauer* des Konkubinats ein begriffsnotwendiges Kriterium. Würde man auch im EG KUMV oder in der Praxis eine Mindestdauer für das Bestehen eines Konkubinats voraussetzen, müsste auch diese für die Behörden überprüfbar sein, was faktisch kaum möglich ist. Der Festlegung einer Mindestdauer für die Annahme eines stabilen Konkubinats haftet zudem per se etwas Willkürliches an.¹⁸³

¹⁸³ Vgl. BGE 129 I 1, E. 3.1: „Das Bundesgericht hat im Übrigen festgestellt, dass auch der durch die Rechtsprechung zur Rechtsmissbrauchsschranke des Anspruchs auf nahehelichen Unterhalt festgelegten zeitlichen Limite für die Annahme eines stabilen Konkubinats etwas Willkürliches anhaftet (BGE 109 II 188 E. 2 S. 191).“ Siehe zum Kriterium einer Mindestdauer zudem STADLER, S. 32. Vgl. auch WOLFFERS, S. 161.

7. Fazit

Grundsätzlich ist es irrelevant, ob die Deklaration des Konkubinatsverhältnisses obligatorisch oder freiwillig ausgestaltet wird. Eine Selbstdeklaration erscheint uns mit dem automatischen System zur Feststellung der Anspruchsberechtigung per se nicht vereinbar. Es müsste eine Lösung gefunden werden, die sich ins automatische System integrieren liesse, d.h. eine Feststellung anhand einfach feststell- und überprüfbarer objektiver Daten. Aufgrund des Umstandes, dass das Konkubinats eine nicht formalisierte Form des Zusammenlebens darstellt, die vielfältige Motive und Erscheinungsformen kennt, ist eine solche Lösung nicht ersichtlich.

Eine Konkubinatsregel ist in einem automatischen System nach unserer Einschätzung auch nicht mit dem Gebot der Rechtsgleichheit vereinbar, weil sie durch die notwendigen Pauschalisierungen und die fehlenden Kontrollmöglichkeiten zu neuen Ungleichbehandlungen zwischen den nichtehelichen Lebensgemeinschaften führen würde, die sich – im Gegensatz zur Ungleichbehandlung von Ehe und Konkubinats, soweit es um die gesetzliche Unterstützungspflicht im Rahmen der Ehe geht – sachlich nicht rechtfertigen liessen. Das Ziel, Ehe- und Konkubinatspaare hinsichtlich der Ausschüttung von Prämienverbilligungen rechtsgleich zu behandeln, könnte damit nicht erreicht werden. Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft darf nur dann gleich behandelt werden wie die (ungetrennte) Ehe, wenn nicht nur von vergleichbaren wirtschaftlichen Verhältnissen, sondern auch von einer starken faktischen Bindung bzw. einer faktischen gegenseitigen Unterstützung ausgegangen werden kann, die sich auch auf finanzielle Belange erstreckt (hypothetischer Wille zur gegenseitigen Unterstützung).

Eine allgemeine Konkubinatsregel läuft hingegen Gefahr, dass aus Praktikabilitätsgründen eine faktische gegenseitige Unterstützungspflicht von Paaren eingeführt wird, die uns rechtlich problematisch erscheint. Dies insbesondere deshalb, weil in einem automatischen System keine Tatsachenvermutung aufgestellt würde, die dem Gegenbeweis zugänglich ist, d.h. nicht der Einzelfall betrachtet würde, sondern anhand generalisierter Kriterien entschieden würde.

Eine Konkubinatsregel würde zudem zu einer gewissen Institutionalisierung des Konkubinats führen, was mit Blick auf das Recht auf freie Wahl der Lebensform, aber auch hinsichtlich der Institutsgarantie der Ehe, zumindest problematisch wäre. Abgesehen von den Schwierigkeiten, das Konkubinats überhaupt erst zu definieren, würde sich eine Konkubinatsregel zudem insgesamt auch finanziell kaum lohnen, weil Konkubinatspaare in gewissen Fällen gar mehr Prämienverbilligungsbeiträge bekämen.

Wenn man das automatische System zur Ermittlung der Anspruchsberechtigten beibehalten möchte, macht die Anknüpfung am Zivilstand also Sinn. Wie mehrfach erwähnt bliebe die grundsätzliche (grundrechtliche) Problematik aber auch bei der Integration einer Konkubinatsregel in das Antragsverfahren bestehen.

Die Anknüpfung am Zivilstand dürfte in der Massenverwaltung auch zu einem insgesamt effizienten Mitteleinsatz führen. Gewisse ungleiche Behandlungen vergleichbarer wirtschaftlicher Umstände sind



dafür in Kauf zu nehmen. Diese lassen sich, im Gegensatz zu allfälligen Ungleichbehandlungen lediglich schematisch erfasster bzw. nicht erfasster Konkubinatsverhältnisse, sachlich rechtfertigen.



Literatur

AMSTUTZ ESTHER, Die Begünstigtenordnung der beruflichen Vorsorge, Diss. 2013, Zürich 2014

BÜCHLER ANDREA, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Bern 2003, S. 59 ff. (zit. BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme)

BÜCHLER ANDREA, Jenseits des ganz normalen Chaos des Familienrechts, in: Böhler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), FS für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 285 ff. (zit. BÜCHLER, Familienrecht)

COTTIER MICHELLE/CREVOISIER CÉCILE, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, in: AJP 2012, S. 33 ff.

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Soziale Sicherheit, SBVR, Band XIV, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, S. 338 ff.

FRANK RICHARD, § 1 Die Ausgangslage, in: Frank Richard et al., Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht, Zürich 1984, S. 1 ff. (zit. FRANK, Ausgangslage)

DERS., § 2 Kantonalrechtliche Konkubinatsverbote, in: Frank Richard et al., Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht, Zürich 1984, S. 5 ff. (zit. FRANK, Konkubinatsverbote)

GÄCHTER THOMAS, Der haushaltführende Konkubinatspartner als Arbeitnehmer, in: Jusletter 20. Dezember 2004

GÄCHTER THOMAS/AMSTUTZ ESTHER, Leistungsverpflichtungen von Pensionskassen: Hinterlassenenleistungen, in: Leistungsverpflichtungen von Pensionskassen und klassischen Stiftungen, Bern 2011, S. 45 ff., S. 67 ff.

GÄCHTER THOMAS/SCHWENDENER MYRIAM, Nichteeliche Lebensgemeinschaften im Sozialversicherungsrecht, in: FamPra.ch 4/2005, S. 844 ff.

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014

LOOSER ANNEKATRIN, Der Familienbegriff im Sozialversicherungsrecht, in: FamPra.ch 2013, S. 596 ff.

MAURER ALFRED, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996

MEYER BEAT, § 12 Krankenversicherung (Versicherung und Finanzierung), in: Steiger-Sackmann Sabine/Mosimann Hans-Jakob (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band XI, Basel 2014, S. 433 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte, in: Kälin Walter/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 29 ff.



OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung, Habil. Bern 2008

PULVER BERNHARD, L'interdiction de la discrimination, Diss., Basel 2003

SCARTAZZINI GUSTAVO, Schnittstellen und Wechselwirkungen zwischen Familien- und Sozialversicherungsrecht, in: FamPra.ch 2001, S. 405 ff.

SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012

SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr „Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht“, Basel 2013, einsehbar auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz, <http://www.ejpd.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/familienrecht.html>

SCHWENZER INGEBORG/KELLER TOMIE, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft – Nicht-, Halb- oder (Voll-)Status?, in: Götz Isabell et al. (Hrsg.), Familie – Recht – Ethik, Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 761 ff.

STADLER PETER, Unterstützung von Konkubinatspartnern, in: ZESO 2/1999, S. 29 ff.

WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Habil., Bern 2003

WIZENT GUIDO, Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit. Ein Handbuch, Zürich/St. Gallen 2014

WOLFFERS FELIX, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl., Bern 1999