

Mit freundlicher Genehmigung der Stämpfli Verlag AG

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

148. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
November
2012

11 2012

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Heinz Hausheer
Prof. Dr. Jörg Schmid

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 773** Selbstbestimmung – auch eine Frage des Alters
Von Professoren HEINZ HAUSHEER (iur.) und
PASQUALINA PERRIG-CHIELLO (psych.), Bern
- 807** Die privatrechtliche Rechtsprechung
des Bundesgerichts im Jahr 2011
Scheidungsrecht
Von Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern
- 824** Die privatrechtliche Rechtsprechung
des Bundesgerichts im Jahr 2011
Kindesrecht
Von Prof. Dr. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Luzern
- 834** Die privatrechtliche Rechtsprechung
des Bundesgerichts im Jahr 2011
Ehe- und Vormundschaftsrecht
Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF und DEBORAH SCHMUKI, Bern
- Rechtsprechung
- 878** Aus der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern
Von LOUIS ISELI, Luzern

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 12, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern, Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern, Prof. Dr. Urs R. BEHNISCH, Zürich, Dr. BERNHARD BERGER, Bern, Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern, Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen, Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau, Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich, Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg, Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel, Obergerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern, Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern, Prof. Dr. WALTER KÄLIN, Bern, Prof. Dr. FRANZ KELLERHALS, Bern, Obergerichtsschreiber FRÉDÉRIC KOHLER, Bern, Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern, Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen, Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern, Verwaltungsgeschreiberin TATIANA MATTMANN BASCHUNG, Luzern, Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern, Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern, Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich, Prof. Dr. ROLAND SCHAER, Bern, Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten, Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern, Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern, Prof. Dr. ROLAND VON BÜREN, Bern, Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern, Prof. Dr. h.c. HANS PETER WALTER, Bern, Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun.

Abonnemente

Mitglieder Bernischer Juristenverein inkl. Online-Archiv CHF 130.–,
Mitglieder Luzerner Juristenverein inkl. Online-Archiv CHF 133.–

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 151.50, Ausland CHF 162.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 118.–,

Einzelheft CHF 12.–.

Sämtliche Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente:

Stämpfli AG, Abonnementsmarketing, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 43, Fax 031 300 63 90

E-Mail abonnemente@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Bestellungen Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Tel. 031 300 63 11, Fax 031 300 66 88

Inserate: Stämpfli Publikationen AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 88, Fax 031 300 63 90

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli Publikationen AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 66 66, Fax 031 300 66 99

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 3537 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZBJV vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011

Familienrecht

Veröffentlicht in Band 137

Ehe¹- und Vormundschaftsrecht

Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar, Universität Bern; MLaw DEBORAH SCHMUKI, Rechtsanwältin, Universität Bern

Vorbemerkung: Rezensiert werden in der Reihenfolge der Gesetzssystematik alle in Band 137 der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten Urteile zum Ehe- und Vormundschaftsrecht sowie eine Auswahl der im Jahr 2011 im Internet veröffentlichten Entscheide, die nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen wurden bzw. nicht zur Aufnahme in Band 138 vorgesehen sind. Für die Besprechung der französischsprachigen Urteile wurde jeweils auch «Die Praxis des Bundesgerichtes» (Pra; Basel) herangezogen.

a) **Eheschliessung**

BGE 137 I 351 (Urteil 2C_349/2011 vom 23. November 2011) = Pra 101 (2012) Nr. 61: Verfahren zur Vorbereitung der Eheschliessung und Trauung: Vereinbarkeit des Erfordernisses des Nachweises des rechtmässigen Aufenthaltes in der Schweiz während des Vorbereitungsverfahrens mit dem Recht auf Ehe (Art. 98 Abs. 4 ZGB und Art. 67 Abs. 3 ZStV; Art. 12 EMRK und Art. 14 BV, Art. 14 Abs. 1 AsylG).

Der Entscheid der Zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung befasst sich in erster Linie mit Fragen zur Aufenthaltsbewilligung, weshalb vorliegend nur kurz auf ihn eingegangen wird.

¹ Umfassend die Eheschliessung (Art. 90 ff. ZGB), die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (Art. 159 ff. ZGB) und das Güterrecht (Art. 181 ff. ZGB).

Für Asylverfahren besteht ein Grundsatz der Ausschliesslichkeit bzw. des Vorrangs (E. 1.1). Von diesem Prinzip kann gemäss Rechtsprechung nur dann abgewichen werden, wenn ein «offensichtlicher» Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung besteht (Art. 14 Abs. 1 AsylG) (E. 3.1). Muss der Zivilstandsbeamte die Trauung eines verlobten Ausländers wegen des fehlenden Nachweises des rechtmässigen Aufenthaltes in der Schweiz verweigern (Art. 98 Abs. 4 ZGB und Art. 67 Abs. 3 ZStV), so ist die Migrationsbehörde mit Blick auf eine verfassungs- bzw. konventionskonforme Auslegung (Art. 14 BV und Art. 12 EMRK) gehalten, eine Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat auszustellen. Dies ist aber nur dann möglich, wenn keine Hinweise auf einen Rechtsmissbrauch vorliegen und davon ausgegangen werden kann, dass der Betroffene nach der Heirat die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz erfüllen wird (analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG) (E. 3.7). Zur Anwendung im konkreten Fall vgl. E. 3.9.

b) **Wirkungen der Ehe im Allgemeinen**

- aa) *BGE 137 III 385 (Urteil 5A_62/2011 vom 26. Juli 2011) = Pra 101 (2012) Nr. 4: Art. 163 ZGB bildet den Rechtsgrund für die Unterhaltspflicht unter Ehegatten im Eheschutzverfahren sowie bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (Art. 163 und 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB bzw. aArt. 137 ZGB und nun Art. 276 ZPO). Präzisierung von BGE 128 III 65 = Pra 2002 Nr. 40.*

X. (türkischer Staatsangehöriger) wurde von den Ehegatten B. angestellt, um sich in Genf um deren Kinder zu kümmern. Nachdem X. die Kinder bereits eine Weile betreut hatte, wurde seine Aufenthaltsbewilligung nicht mehr verlängert. Die Ehegatten B. baten deshalb die Schwester des Ehemannes (A.), ihren Angestellten X. zwecks Sicherung des Aufenthaltsrechts zu heiraten. In der Folge wurde die Ehe zwischen X. und A. geschlossen, wobei unter den Ehegatten der Güterstand der Gütertrennung vereinbart und ein gegenseitiger Erbverzicht eingegangen wurde. A. lebte anschliessend weiterhin bei ihrer Mutter; überdies hatte sie seit mehreren Jahren einen Lebensgefährten. Zwischen A. und X. bestand nie eine Lebensgemeinschaft.

Nachdem die Ehegatten B. das Anstellungsverhältnis mit X. aufgelöst hatten, reichte dieser u. a. ein Eheschutzgesuch ein und verlangte von A. sowohl Unterhalt als auch einen Prozesskostenvorschuss. Gegen das ihm beides zusprechende erstinstanzliche Urteil erhob die Ehefrau Beschwerde beim Kantonsgericht. Zudem reichte sie eine Klage auf Eheungültigkeit ein. Das Kantonsgericht hob das erstinstanzliche Urteil auf und wies das Eheschutzbegehren des Ehemannes ab. Dagegen erhob X. Beschwerde in Zivilsachen und beantragte, A. sei zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses und zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen zu verurteilen. Im Zeitpunkt der vorliegend interessierenden bundesgerichtlichen Urteilsfällung war das Eheungültigkeitsverfahren noch hängig.

Das Bundesgericht erinnerte zunächst daran, dass Art. 163 ZGB die *Rechtsgrundlage der Unterhaltspflicht* zwischen Ehegatten in Eheschutzverfahren und auch für die während des Scheidungsverfahrens erlassenen vorsorglichen Massnahmen bilde, und zwar selbst dann, wenn nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens der Ehegatten gerechnet werden könne. Bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages i. S. v. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sei grundsätzlich von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Ehegatten auszugehen, die sie untereinander hinsichtlich der Aufgabenaufteilung und der finanziellen Beiträge getroffen hätten. Dabei müsse das Gericht indessen möglicherweise die im Rahmen des Zusammenlebens getroffene Vereinbarung der Ehegatten gestützt auf Art. 163 ZGB ändern, um sie an die mit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes eingetretene neue Situation – die regelmässig Zusatzkosten nach sich ziehe – anzupassen. In diesem Sinne sei auch die mit BGE 128 III 65 = Pra 2002 Nr. 40 eingeleitete Rechtsprechung zu verstehen, wonach im Rahmen von Art. 163 ZGB «bei der Beurteilung des Unterhaltsbeitrags und insbesondere bei der Frage der Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit» die für «den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien (Art. 125 ZGB)» heranzuziehen seien (vgl. dazu auch das Urteil 5A_122/2011 vom 9. Juni 2011 E. 4). Deshalb sei insbesondere dann, wenn für den einen Ehegatten die bisherige Pflicht zur Führung des gemeinsamen Haushalts infolge des Getrenntlebens entfallen sei, zu prüfen, ob es diesem Ehegatten zumutbar sei, seine frei gewordene Arbeitskapazität anders einzusetzen und eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder auszudehnen. Wenn im Rahmen eines Eheschutzverfahrens feststehe, dass mit

einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht zu rechnen sei, oder wenn im Rahmen eines Scheidungsverfahrens, wo der definitive Bruch der Ehe sehr wahrscheinlich sei, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen seien, so nehme das Ziel der finanziellen Unabhängigkeit der Ehegatten zu. Im Gegenzug habe aber weder der Eheschutzrichter noch das für den Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen zuständige Gericht über die Fragen in der Hauptsache selbst zu befinden, dies selbst bei einer hohen Wahrscheinlichkeit der Nichtwiederaufnahme des Zusammenlebens nicht. Denn die sich in der Hauptsache stellenden materiellen Fragen selbst bildeten Gegenstand des Scheidungsprozesses, so namentlich die Frage, ob die Heirat die finanziellen Verhältnisse der Ehegatten konkret beeinflusst habe (E. 3.1).

Das Bundesgericht gelangte in casu zum Ergebnis, dass die Ehegatten geheiratet hätten, weil dem einen (X.) eine Aufenthaltsbewilligung verschafft werden sollte und die andere (A.) ihrem Bruder die Beibehaltung des Angestellten ermöglichen wollte. Finanziell hätten sich damit die Ehegatten auf eine völlige Unabhängigkeit verständigt. Jeder Ehegatte sollte für seine eigenen Bedürfnisse aufkommen und jeder führte ein vom anderen vollständig unabhängiges Leben. Im Moment des Entscheides über die Eheschutzmassnahmen lagen somit keinerlei neuen Tatsachen vor, welche eine Änderung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung gerechtfertigt hätten. Das Bundesgericht wies deshalb die Beschwerde ab und erkannte, X. stehe gestützt auf Art. 163 ZGB weder ein Anspruch auf Unterhaltsbeiträge zur Deckung des Grundbedarfs noch ein solcher auf einen Prozesskostenvorschuss zu (E. 3.2).

Der rezensierte Entscheid bestätigt die bisherige Rechtsprechung. Vgl. dazu auch die Besprechung von HEINZ HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, Familienrecht, ZBJV 2012, S. 809 ff. hievor.

- bb) *BGE 137 III 475 (Urteil 5A_478/2011 vom 30. September 2011) = Pra 101 (2012) Nr. 28: Eheschutzmassnahmen (Art. 171 ff. ZGB); Gewährung der aufschiebenden Wirkung in der Berufung (Art. 75 Abs. 1, Art. 93 Abs. 2 und Art. 98 BGG; Art. 315 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 ZPO).*

Der Entscheid äussert sich ausschliesslich zu prozessualen Fragen, nämlich zur aufschiebenden Wirkung von Eheschutzmassnahmen in der Berufung, weshalb hier nur kurz auf ihn eingegangen wird. Das Bundesgericht konnte in einem von der Ehefrau eingeleiteten Eheschutzverfahren nach Prüfung der Eintretensvoraussetzungen (E. 1) und der Beschwerdegründe der Beschwerde in Zivilsachen (E. 2) auf die Sache eintreten. Es hielt dafür, einer sich auf Eheschutzmassnahmen beziehenden Berufung komme gestützt auf Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO keine aufschiebende Wirkung zu. Die Vollstreckung der Massnahme könne allerdings ausnahmsweise dennoch aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe (Art. 315 Abs. 5 ZPO) (E. 4.1). Nach im vorliegenden Fall konkret vorgenommener Prüfung (E. 4.2.–4.4.) wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintreten konnte (E. 5).

- cc) *Urteil 5A_693/2010 vom 29. Dezember 2010. Eheschutz: Regelung des Getrenntlebens. Kriterien der Obhut zuteilung (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Erziehungsfähigkeit bei der Möglichkeit eines Rückfalls in die Prostitution und Drogenabhängigkeit.*

Im Jahr 2005 trennten sich die Ehegatten X. und Y. nach drei Jahren Ehe. Seither hielt sich der gemeinsame Sohn jeweils von der Nacht auf Montag bis Mittwoch 18.00 Uhr bei der Mutter und den Rest der Woche beim Vater auf. Bei der Regelung des Getrenntlebens stellte die erste Instanz den Sohn unter die Obhut der Mutter, räumte dem Vater ein gerichtsübliches Besuchs- und Ferienrecht ein und verpflichtete ihn zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an Sohn und Frau. Gegen dieses Urteil erhob der Vater Beschwerde und gelangte nach Durchlaufen des kantonalen Instanzenzuges an das Bundesgericht. Mit einem Entscheid aus dem Jahr 2009 hob das Bundesgericht das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts (ärztliche Abklärung der Sucht oder allenfalls vorhandene Drogenabhängigkeit der Mutter; evtl. kinderpsychiatrisches Gut-

achten) und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Urteil 5A_742/2008 vom 22. Januar 2009). In der Folge bestätigte das Obergericht als Vorinstanz im Jahr 2010 unter Berücksichtigung eines von der psychiatrischen Klinik B. erstellten Gutachtens und nach Anhörung des Kindes die verfügte Obhutszuteilung und die Besuchsregelung und setzte lediglich die Unterhaltsbeiträge neu fest. Dagegen erhob der Vater des Kindes beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen. Er beantragte, das Kind sei für die Dauer des Getrenntlebens seiner Obhut zuzuteilen, der Mutter sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen und sie sei zu monatlichen Kindesunterhaltszahlungen zu verpflichten. Seine Anträge begründete der Beschwerdeführer mit der nicht gegebenen *Erziehungsfähigkeit* der Mutter, einer fehlerhaften Beurteilung der *persönlichen Betreuungsmöglichkeiten* und der unrichtigen Gewichtung der *Stabilität der Verhältnisse* (zu allen Rügen E. 2.2).

Vorab hielt das Bundesgericht in grundsätzlicher Hinsicht fest, dass das Eheschutzgericht mit der Regelung des Getrenntlebens auch die nötigen Massnahmen betreffend unmündige Kinder treffe (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Anschliessend rief es – unter Verweis auf seine in feststehender Praxis ergangenen früheren Urteile – die *bei der Obhutszuteilung zu beachtenden Kriterien* in Erinnerung. Massgebend dafür seien grundsätzlich dieselben Kriterien wie im Scheidungsfall. An oberster Stelle stehe das Kindeswohl, welches insbesondere höher zu gewichten sei als die Wünsche der Eltern. Sodann müsse die Erziehungsfähigkeit der Eltern überprüft werden. Seien beide Eltern gleichermaßen erziehungsfähig, so sei abzuklären, welcher Elternteil die bessere Möglichkeit und Bereitschaft zur persönlichen Kinderbetreuung habe. Lügen auch hier auf beiden Seiten ungefähr gleiche Verhältnisse vor, so sei die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse massgebend. Je nach dem Alter des Kindes sei schliesslich auch seinem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Weiter berücksichtigt werden könne auch die Bereitschaft der Eltern, in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass die Obhutszuteilung von persönlicher Bindung zum Kind und echter Zuneigung getragen sein sollte. Bei der Prüfung und Beurteilung all dieser Kriterien stehe dem Sachgericht ein *grosses Ermessen* zu, weshalb das Bundesgericht eine Willkürbeschwerde nur beim Vorliegen eines offensichtlich unbilligen, in stossender Weise ungerechten Entscheides gutheisse (E. 2.1).

Zur ersten Rüge des Beschwerdeführers – der mangelnden *Erziehungsfähigkeit* der Beschwerdegegnerin – hielt das Bundesgericht fest, die Vorinstanz habe ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie bei deren Beurteilung den zwischenzeitlich mehrere Jahre zurückliegenden Kokainkonsum und die Prostitution ausser Acht gelassen habe. Denn diese in der Vergangenheit ausgeübten Aktivitäten zeitigten heute auf das Kindeswohl keinen unmittelbaren Einfluss (mehr). Nach Ansicht des höchsten Gerichts reichte auch die «zugegebenermassen bestehende Gefahr eines Rückfalles» im konkreten Fall nicht aus, um die Erziehungsfähigkeit der Mutter zu verneinen. Für einen Rückfall gebe es weder konkrete Hinweise, noch würden solche vom Beschwerdeführer behauptet. Zugleich stellt das Bundesgericht indessen fest, es sei «gelinde gesagt erstaunlich», dass vorliegendenfalls bisher keine «dem präventiven Kinderschutz angemessenen Begleitmassnahmen angeordnet» worden seien, und machte den Beschwerdeführer darauf aufmerksam, dass er diesbezüglich bei den Vormundschaftsbehörden vorstellig werden könne (E. 3.3).

Auf die zweite und dritte Rüge des Beschwerdeführers – die fehlerhafte Beurteilung des Kriteriums der *persönlichen Betreuung* und die unrichtige Gewichtung *der Stabilität der Verhältnisse* – trat das Bundesgericht wegen fehlender rechtsgenügender Begründung (Art. 106 Abs. 2 BGG) nicht ein (E. 4 und E. 5) bzw. hielt fest, die Kritik erweise sich als unbegründet (E. 5.3). Die Beschwerde in Zivilsachen wurde deshalb abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (E. 6).

Anzumerken ist, dass sich die in der heutigen Praxis erfolgende Beschränkung auf die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil im Eheschutzverfahren – wie VETTERLI richtigerweise kritisiert – als nicht konsequent erweist. Denn wird den Eltern nach der Scheidung die gemeinsame elterliche Sorge belassen, so wird nur die Betreuung des Kindes geregelt (vgl. Art. 133 Abs. 3 ZGB). Weiter ist nicht eindeutig, was unter dem Begriff der Obhut zu verstehen ist (ROLF VETTERLI, FamKommentar Scheidung, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2011, N 1 zu Art. 176 ZGB). Der Begriff der Obhut umfasst zwei Teilbereiche: einerseits die rechtliche und andererseits die faktische Obhut. Während die rechtliche Obhut als Teilgehalt der elterlichen Sorge das Recht umfasst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen («droit de garde»), enthält die faktische Obhut die Ausübung der täglichen Sorge («garde de fait»; MARTIN STETTLER, Das Kindesrecht, in: Grossen

Jacques-Michel [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht, Bd. III/2, Basel/Frankfurt am Main 1992, 231 ff.). Gehen Eltern auseinander, so müsste – wie VETTERLI ausführt – bis zur eigentlichen Regelung des Sorgerechts nur geklärt werden, wo sich das Kind künftig aufhalten wird, nicht aber, wer darüber allein bestimmen kann (zum Ganzen: VETTERLI, a. a. O., N 1 zu Art. 176 ZGB). Eine solche Praxis wäre u. E. in der Tat konsequenter, weil die rechtliche Obhut einen Teilgehalt der elterlichen Sorge darstellt, welche die Eltern bis zur Scheidung i. d. R. noch gemeinsam innehaben (vgl. aber Art. 297 Abs. 2 ZGB). Im Eheschutzverfahren müsste folglich u. E. nur die faktische, nicht aber die rechtliche Obhut zugewiesen werden. Weil dies in der Praxis nicht so gehandhabt wird, kommt es diesbezüglich immer wieder zu Konflikten zwischen den Eltern. Vgl. dazu hienach die Rezension des Urteils 5A_425/2011 vom 8. August 2011.

Ein vorliegender Gesetzesentwurf (BBl 2011 9115) statuiert die gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung künftig als Regelfall (E-Art. 296 Abs. 2 und E-Art. 298 Abs. 1 e contrario ZGB). Folglich soll die elterliche Sorge anlässlich der Scheidung nur noch in Ausnahmefällen – wenn das Kindeswohl dies gebietet – einem Elternteil allein zugeteilt werden können (E-Art. 298 Abs. 1 ZGB). Damit stellt sich die Frage, wie die Obhutzuteilung künftig geregelt werden soll, weil dies auch Auswirkungen auf die entsprechende Ordnung im Eheschutzverfahren haben kann. E-Art. 133 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB halten allgemein fest, dass das Gericht über die Zuteilung der elterlichen Sorge und der Obhut entscheidet. Dem Gesetzesentwurf lässt sich entnehmen, dass fortan beide Elternteile die rechtliche Obhut als Teilgehalt der elterlichen Sorge innehaben sollen. Dementsprechend müssten bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen beide Elternteile mit einem Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes einverstanden sein (vgl. E-Art. 301a ZGB). Derjenige Elternteil, der das Kind dagegen betreut (faktische Obhut), soll allerdings dann allein entscheiden können, wenn die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist oder wenn der andere Ehegatte nicht mit vernünftigem Aufwand erreicht werden kann (E-Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB). Für den Fall, dass entsprechend der Novelle die gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung als Regelfall verankert werden sollte, ist zu erwarten, dass auch in Eheschutzverfahren nur noch die faktische, nicht mehr aber die rechtliche Obhut einem Ehegatten zugeteilt werden wird.

dd) *Urteil 5A_425/2011 vom 8. August 2011. Eheschutz: Regelung des Getrenntlebens. Kriterien der Obhutszuteilung (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Erziehungsfähigkeit bei Konsum und Abspeicherung von kinderpornografischen Daten während der Probezeit. Voraussetzungen einer Passhinterlegung.*

Bei der Regelung des Getrenntlebens von X. und Y. (weissrussische Staatsangehörige) stellte der erstinstanzliche Richter die gemeinsame Tochter A. unter die Obhut der Mutter, räumte dem Vater ein Besuchsrecht ein und verpflichtete diesen zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an Tochter und Ehefrau. Im Weiteren wurde eine Beistandschaft gem. Art. 308 ZGB zwecks Organisation und Überwachung des persönlichen Verkehrs des Vaters mit der Tochter errichtet. X. war mit diesem erstinstanzlichen Urteil nicht einverstanden. Nach Durchlaufen des kantonalen Instanzenzuges gelangte er schliesslich mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht. Er beantragte u. a., die Tochter sei seiner alleinigen Obhut zu unterstellen, der Mutter sei ein Besuchsrecht einzuräumen und diese sei zur Leistung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen zu verurteilen. Zudem sei der Mutter zu verbieten, die Schweiz mit der Tochter zu verlassen, und sie sei zu verpflichten, den weissrussischen Pass der Tochter zu hinterlegen, bzw. dessen Herausgabe sei von seiner schriftlichen Einwilligung abhängig zu machen.

Strittig waren somit in casu das der Mutter zugeweilte *Obhutsrecht* und die mit diesem verbundenen Konsequenzen (Besuchsrecht, finanzielle Folgen, Passhinterlegung; E. 1.1 und E. 2). Zur Regelung der Obhut und den dafür massgebenden Kriterien hielt das Bundesgericht – gleich wie bereits im unmittelbar zuvor, b) cc), besprochenen Urteil 5A_693/2010 vom 29. Dezember 2010 – fest, bei der Regelung des Getrenntlebens treffe das Eheschutzgericht die nötigen Massnahmen hinsichtlich unmündiger Kinder (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil würden dieselben Kriterien gelten wie im Scheidungsfall. Massgebend seien in erster Linie das Kindeswohl, weiter die Erziehungsfähigkeit der Eltern, die persönliche Betreuungsmöglichkeit und -bereitschaft, die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse, der Wunsch des Kindes, der Kooperationswille der Eltern sowie die Forderung, dass eine Obhutszuteilung von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte. Bei der Beurteilung dieser Kriterien stünde dem

Richter ein grosses Ermessen zu. Das Bundesgericht greife deshalb auf Willkürbeschwerde hin nur dann ein, wenn der Entscheid im Ergebnis offensichtlich unbillig sei oder sich in stossender Weise als ungerecht erweise (E. 2.1; vgl. zu den Kriterien im Einzelnen die unmittelbar vorhergehende Rezension zum Urteil 5A_693/2010 vom 29. Dezember 2010).

Zur *Erziehungsfähigkeit* des Beschwerdeführers hielt das Bundesgericht im vorliegenden Fall fest, es könne offen bleiben, ob die Willkürrügen genügend substantiiert seien. Denn indem der Beschwerdeführer trotz einschlägiger Vorbestrafung in der Probezeit weiterhin kinderpornografisches Bild- oder Filmmaterial konsumiert und auf eigenen Datenträgern abgespeichert habe, wecke er die Befürchtung, «er könne sich nicht an allgemein anerkannte, dem Schutz von Kindern dienende gesellschaftliche (und gesetzliche) Schranken halten». Die darauf gründenden erheblichen Zweifel der Vorinstanz an seiner Erziehungsfähigkeit hielten der bundesgerichtlichen Willkürprüfung stand (E. 2.3).

Auch die Begehren um *Hinterlegung des weissrussischen Passes* der Tochter und um Anordnung eines Ausreiseverbotes wurden vom Bundesgericht abgewiesen. Bereits die Vorinstanz hatte die Begehren verworfen mit der Begründung, zum Obhutsrecht gehöre auch die Befugnis, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Vorbehalten blieben der offenbare Rechtsmissbrauch oder die Gefährdung des Kindeswohls, welche hier nicht vorliegen würden. Ebenso befand das Bundesgericht, dass selbst dann, wenn die Mutter mit der Tochter nach Weissrussland zurückkehren wolle, darin noch keine rechtlich relevante Gefährdung des Kindeswohls liegen würde. Gemäss der Rechtsprechung würden anfänglich bestehende Integrations- oder sprachliche Schwierigkeiten noch keine ernsthafte Gefährdung darstellen. Solche Anfangsschwierigkeiten seien mit jedem Umzug – im In- und Ausland – verbunden. Nur in besonderen Fällen – und namentlich bei kleineren Kindern – könne von einer ernsthaften Kindwohlgefährdung ausgegangen werden (vgl. dazu BGE 136 III 353 E. 3.3 S. 358) (E. 3).

In den *Urteilen 5A_456/2010 und 5A_460/2010 vom 21. Februar 2011* – sie wurden im Jahr 2011 ebenfalls im Internet veröffentlicht – äusserte sich das Bundesgericht desgleichen einlässlich zum Recht der Bestimmung des Aufenthaltsortes durch den obhutsberechtigten Elternteil. Das Gericht führte aus, die Vormundschaftsbehörde

könne den Umzug ins Ausland für den Fall einer damit verbundenen Kindeswohlgefährdung gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB verbieten. Eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls in diesem Zusammenhang liege dann vor, wenn das Kind an einer Krankheit leide und am neuen Wohnort die notwendige medizinische Versorgung nicht gewährleistet sei. Dasselbe gelte, wenn das Kind in der Schweiz besonders stark verwurzelt sei und zum neuen Wohnort keinerlei Beziehung aufweise oder wenn es schon fast mündig sei und nach Erreichen der Mündigkeit mit seiner Rückkehr in die Schweiz zu rechnen sei. Bei einer derartigen Gefährdung dränge es sich meistens auf, die Obhut auf den anderen Elternteil zu übertragen, sodass sich die Frage nach einer Weisung gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB gar nicht mehr stelle (vgl. zum Ganzen E. 3.2 der oben zitierten Urteile, m. H. auf BGE 136 III 353; siehe dazu auch PHILIPPE MEIER/THOMAS HÄBERLI, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht [März bis Juni 2011], ZKE 2011, 312 ff., 319 f.).

Die Gerichtspraxis der letzten Jahre zeigt, dass zwischen den Eltern immer wieder Streitigkeiten entstehen im Zusammenhang mit dem Umzug im Inland und dem Wegzug ins Ausland. Dies hat seinen Grund darin, dass zum Obhutsrecht auch die Befugnis gehört, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Der Begriff der Obhut umfasst – wie bereits hievor, b) cc), im Rahmen der Rezension des Urteils 5A_693/2010 vom 29. Dezember 2010 erläutert – zwei Teilbereiche: einerseits die rechtliche und andererseits die faktische Obhut. Die rechtliche Obhut als Teilgehalt der elterlichen Sorge umfasst dabei auch das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (vgl. b) cc) hievor, m. w. H.). Weil die rechtliche Obhut einen Teilgehalt der elterlichen Sorge darstellt (siehe auch das bereits erwähnte Urteil 5A_456/2010 vom 21. Februar 2010), sollte sie u. E. zumindest im Eheschutzverfahren noch nicht einem Elternteil allein zugeteilt werden, da den Eltern i. d. R. bis zur Scheidung die gemeinsame elterliche Sorge belassen wird (vgl. aber Art. 297 Abs. 2 ZGB; zum Ganzen: VETTERLI, a. a. O., N 1 zu Art. 176 ZGB). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang wiederum auf die Revisionsbestrebungen hinsichtlich der gemeinsamen elterlichen Sorge, welche künftig nach der Scheidung zum Regelfall werden soll. Gemäss dem Gesetzesentwurf (BB1 2011 9115) soll nur noch in Einzelfällen – wenn das Kindeswohl dies gebietet – die elterliche Sorge einem Elternteil allein zugeteilt werden (E-Art. 296 Abs. 2 und E-Art. 298 Abs. 1 e contrario ZGB).

Der Entwurf enthält auch eine besondere Regelung zur *Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes* (E-Art. 301a ZGB). Danach erfordert ein Wechsel des Aufenthaltsortes eines Elternteiles bei gemeinsamer elterlicher Sorge grundsätzlich die Zustimmung des andern Elternteils. Auf die Zustimmung kann nur dann verzichtet werden, wenn der Wechsel des Aufenthaltsorts innerhalb der Schweiz erfolgt und keine erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge durch den anderen Elternteil hat (vgl. E-Art. 301a Abs. 2 ZGB). Bei gemeinsamer elterlicher Sorge bleiben folglich beide Elternteile Inhaber der rechtlichen Obhut (E-Art. 301a Abs. 1 ZGB). Sollen aber künftig beide Elternteile nach der Scheidung weiterhin Inhaber der rechtlichen Obhut bleiben, so muss dies erst recht auch in künftigen (und auch in heutigen) Eheschutzverfahren gelten. Sollte die entsprechende Bestimmung so in Kraft treten, ist davon auszugehen, dass künftig nicht mehr ein Elternteil allein über den Aufenthaltsort des Kindes wird bestimmen können.

- ee) *Urteil 5A_354/2010 vom 6. April 2011. Eheschutz: Regelung des Getrenntlebens. Kriterien der Obhutszuteilung (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Abweichen von einem Gutachten und Berücksichtigung des Parental Alienation Syndrome (PAS).*

Die Ehegatten X. und Y. führten eine klassische Hausgattenehe: Während der Ehemann in einem Vollpensum erwerbstätig war, widmete sich die Ehefrau vorwiegend der Kinderbetreuung. Nach gut acht Jahren Ehe erfolgte 2008 die Trennung. Mit dringlicher Anordnung der Eheschutzrichterin wurden die Kinder zu jener Zeit unter die Obhut des Vaters gestellt, da die Ehefrau angeblich zusammen mit ihrem damaligen Freund einen Wegzug nach Frankreich plante. Im Jahr 2009 wurden die familiären Verhältnisse abschliessend geregelt und dem Vater die Obhut über die Kinder zugewiesen. Die Mutter erhielt ein Besuchsrecht und das Gericht ordnete in diesem Zusammenhang eine Beistandschaft an. Der Ehemann wurde zu Unterhaltszahlungen verpflichtet. Gegen diesen Entscheid rekurrten beide Ehegatten beim Kantonsgericht St. Gallen. 2009 wurde beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich ein Gutachten eingeholt. Dieses Gutachten – erstellt von einer Oberärztin und zwei Psychologinnen – gelangte zum Schluss, die beiden Kinder seien in die Obhut der Mutter zu stellen. In Abweichung zu den gutachterlichen Empfehlun-

gen stellte indessen das Kantonsgericht St. Gallen die beiden Kinder unter die Obhut des Ehemannes. Gegen diesen Entscheid erhob die Ehefrau 2010 Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte insbesondere die Zuteilung der elterlichen Obhut an sie sowie eine Neuregelung der damit einhergehenden Folgen (Besuchs- und Ferienrecht, Unterhaltszahlungen etc.).

Zur *Regelung der Obhut* und den dafür massgebenden Kriterien verwies das Bundesgericht zunächst auf einige allgemeine Grundsätze (E. 2; vgl. zu den Kriterien im Einzelnen die Rezension zu den Urteilen 5A_693/2010 vom 29. Dezember 2010 und 5A_425/2011 vom 8. August 2011, b) cc) und b) dd) hievor). Sodann überprüfte es, ob das Abweichen der Vorinstanz vom Gutachten des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes bei der Obhutzuteilung und die vorgenommene Obhutzuteilung an den Vater einer Willkürprüfung standhielten.

Das Kantonsgericht St. Gallen als Vorinstanz begründete das *Abweichen vom Gutachten in der Obhutzuteilung* damit, dass die gutachterliche Beurteilung der Obhutsproblematik «faktisch nicht ganz nachvollziehbar» gewesen sei. Das Gutachten sei offensichtlich dem Konzept der sog. Elternentfremdung (Parental Alienation Syndrome; PAS) gefolgt und habe kurzerhand auf eine Obhutsumteilung geschlossen, was aber nicht dem Kindeswohl entspreche. Seit dem Abschluss des Gutachtens habe sich die Situation zugespitzt, weshalb sich eine Umteilung der Obhut an die Mutter nur mit Zwang hätte bewerkstelligen lassen, wodurch das Kindeswohl Schaden genommen hätte (E. 3.2). Auch das Bundesgericht bezeichnete im Ergebnis das Abweichen der Vorinstanz vom Gutachten als nicht willkürlich. Denn das Kantonsgericht St. Gallen habe eine eigene Kindeswohlprüfung vorgenommen und letztlich das Kriterium der Stabilität der Verhältnisse als prioritär erachtet. Die diesbezüglichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zusammenfassend, führte das Bundesgericht aus, dass sich die Kinder an den Vater klammern würden und mit der Mutter möglichst wenig zu tun haben möchten, bzw. der Knabe den Kontakt gänzlich verweigere. Sowohl der Vater als auch die Mutter hätten ein Fehlverhalten an den Tag gelegt. So habe der Beschwerdegegner die Kinder in den Partnerkonflikt einbezogen und den Kindern damit ein negatives Elternbild vermittelt. Umgekehrt sei ihm zugute zu halten, dass er in den Gerichtsverhandlungen ein gewisses Verständnis für die schwierige Situation der Mutter ausgedrückt und

ansatzweise eine Bereitschaft zur Versöhnung gezeigt habe. Aber auch die Beschwerdeführerin habe in unkontrollierten Gefühlsausbrüchen – teilweise in Anwesenheit der dadurch verängstigten Kinder – mehrmals ihre Abneigung gegenüber dem Beschwerdegegner ausgedrückt. Gestützt auf diese Feststellungen gelangte das Bundesgericht zum Ergebnis, dass sich beide Elternteile im Hinblick auf das Kindeswohl unsachgemäß verhalten hätten. Dennoch habe die Vorinstanz festgestellt, dass dem Grundsatz nach die Erziehungsfähigkeit beider Eltern gegeben sei (E. 4.2).

Weiter hielt das Bundesgericht fest, nicht nur eine Obhutsumteilung gegen den Kindeswillen, sondern auch ein – vom Kind ausdrücklicher gewollter – Verbleib in einem negativ geprägten Umfeld könne das Kindeswohl massiv beeinträchtigen (mit Hinweis auf HARRY DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, 3. Auflage, 2010, 129 und 132). Eine Obhutsumteilung gegen den Willen des Kindes auf den nicht manipulativ-intriganten Elternteil stünde allerdings nur dann zur Diskussion, wenn sich dieser Elternteil in der Vergangenheit nicht auch manipulativ oder zumindest nicht in Bezug auf die Kinder verantwortungslos verhalten habe. Aber genau dies sei in casu nicht der Fall. Hätten sich – wie vorliegend – beide Elternteile manipulativ-intrigant bzw. verantwortungslos verhalten, so sei «ein Festhalten am Status Quo grundsätzlich sachgerechter». Weiter erachtete das höchste Gericht im zu beurteilenden Fall den Faktor Zeit als relevant: Je länger das Verfahren daure, desto schwieriger werde die gegen den Kindeswillen vorzunehmende Umteilung der Obhut. Weil die Kinder zum Zeitpunkt des Urteils der Vorinstanz schon fast zwei Jahre beim Vater gewohnt hätten, sei das Kantonsgericht nicht in Willkür verfallen, wenn es dem Kriterium der *Stabilität der Verhältnisse* Vorrang eingeräumt habe (E. 4.3). Nachdem weitere im Zusammenhang mit der Obhutsumteilung vorgebrachte Rügen der Beschwerdeführerin als unbegründet erachtet worden waren (vgl. E. 5), wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war (E. 6).

Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Entscheid besonders hervorzuheben sind die Ausführungen der Vorinstanz und des Bundesgerichts zum *Parental Alienation Syndrome* (im Folgenden PAS), weshalb darauf an dieser Stelle näher eingegangen werden soll. Der Begriff PAS wurde vom US-amerikanischen Kinderpsychiater GARDNER eingeführt; er bezeichnet den Umstand, dass sich das Kind auf schwer nachvollziehbare und nicht begründete Weise einem Elternteil zuwen-

det und den anderen, negativ bewerteten Elternteil ablehnt und Kontakte zu ihm verweigert. Für GARDNER beruht das PAS auf einer massiven Manipulation oder «Programmierung» des Kindes durch einen Elternteil. GARDNER unterscheidet drei verschiedene Stufen des PAS und knüpft daran Empfehlungen an: Bei einem schwach ausgeprägten PAS würden die Kinder trotz Vorbehalten noch Kontakte zum entfremdeten Elternteil pflegen. Gemäss GARDNER sind in solchen Konstellationen i. d. R. keine spezifischen Massnahmen erforderlich. Bei einem mittelstark ausgeprägten PAS hätten die Kinder ebenfalls noch Kontakt zum entfremdeten Elternteil, würden diesen aber schon stark ablehnen. Hier seien eine fachgerechte therapeutische Behandlung und Sanktionen gerichtlich anzudrohen. Gelingt eine Modifikation der Indoktrinierung nicht, so sei das Sorgerecht dem entfremdeten Elternteil zu übertragen, und die Besuche zum anderen Elternteil sollten nur in beschränktem Mass und überwacht stattfinden. Bei einem stark ausgeprägten PAS würden die Kinder den Kontakt mit dem entfremdeten Elternteil verweigern oder die Besuche seien durch erhebliche Unruhe und Ärger beeinträchtigt. In solchen Fällen sei eine vorläufige Fremdunterbringung unumgänglich, und nach einer Weile sei dem entfremdeten Elternteil das Sorgerecht zuzuteilen (siehe zum Ganzen RICHARD A. GARDNER, *Das elterliche Entfremdungssyndrom*, Berlin 2002, 25, zitiert nach JOACHIM SCHREINER, *FamKommentar Scheidung*, Band II: Anhänge, 2. Aufl., Bern 2011, Anh. Psych N 272 ff.).

Das Bundesgericht *anerkennt* in seiner Rechtsprechung die *Problematik von Entfremdungsprozessen*. Vgl. dazu namentlich das *Urteil 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009*, in welchem das Gericht festgehalten hat, die Nichteinhaltung des Besuchsrechts stelle den Anfang eines Entfremdungsprozesses dar. Die sanktionslose Hinnahme dieses Verhaltens für den manipulierenden Elternteil bilde eine Rechtfertigung für weitere Übertretungen mit der Folge weiteren Machtgewinns, weshalb die Vormundschaftsbehörden in Entfremdungsfällen befugt seien, Weisungen zur Durchführung einer Therapie anzuordnen (E. 4.3). Und auch im vorliegend zu besprechenden Entscheid hat das Bundesgericht erkannt, dass ein Verbleiben in einem negativ geprägten Umfeld das Kindeswohl massiv beeinträchtigen kann. Damit anerkennt es implizit die Möglichkeit einer Umplatzierung in solchen Fällen. In casu wurde eine Obhutszuteilung an die Mutter aber richtigerweise abgelehnt, weil sich beide Elternteile manipulativ-intrigant bzw. verantwortungslos verhalten hatten. Eine Fremdplatzierung zog

das Bundesgericht vorliegend ebenfalls zu Recht nicht in Betracht. Es hat mit seinen Ausführungen deutlich gemacht, dass im Zentrum der Obhutszuteilung immer das Kindeswohl zu stehen habe. Ebenso hat es auch in einem nachfolgenden *Urteil 5A_146/2011 vom 7. Juni 2011* erneut hervorgehoben, dass bei der Zuteilung des Obhutsrechts einzig und allein das Kindeswohl massgebend sei und dass Kriterien wie die Bestrafung eines Elternteils für ein Fehlverhalten (in casu Abbruch des persönlichen Kontakts, E. 3.1) nicht herangezogen werden dürften (E. 4.3; PHILIPPE MEIER/THOMAS HÄBERLI, Übersicht zur Rechtsprechung im Kinds- und Vormundschaftsrecht [März bis Juni 2011], ZKE 2011, 312 ff., 321).

In jüngerer Zeit sind Vorwürfe von PAS in Scheidungsfällen häufiger geworden. In der Lehre stösst die Theorie des PAS teilweise auf Zustimmung, oftmals aber auch auf Kritik. U.E. ist der PAS-Theorie mit *Ablehnung* zu begegnen. Zunächst ist die Diagnose empirisch nicht hinreichend abgesichert (ANDREA BÜCHLER/ANNATINA WIRZ, FamKommentar Scheidung, Bd. I, a. a. O., N 16 zu Art. 274 ZGB). Sodann muss der in der Lehre dagegen erhobene Kritik zugestimmt werden. Hervorzuheben sind insbesondere folgende Kritikpunkte: In der PAS-Theorie werden die Beziehungs- und Kontaktprobleme nahezu ausschliesslich einem Elternteil schuldhaft zugeschrieben und dabei ausser Acht gelassen, dass es zahlreiche weitere Gründe für solche Konflikte geben kann. Indem ein Elternteil moralisch als «Täter» bewertet wird, kann auch das Selbstbild des Kindes Schaden nehmen. Weiter bleiben die entwicklungspsychologischen Komponenten des Kindes unberücksichtigt. Schliesslich dürfte es schwierig sein, eine allfällige Fremdplatzierung aufgrund des PAS dem Kind plausibel zu erklären; solches könnte allenfalls zu einer noch stärkeren Entfremdung führen. Ob eine Umteilung der elterlichen Sorge nach einer gewissen Zeit noch Erfolg versprechend ist, nachdem sich bereits eine massive Ablehnung des einen Elternteils aufgebaut hat, ist höchst fraglich (zum Ganzen SCHREINER, a. a. O., Anh. Psych. N 278 ff.). Wird die elterliche Sorge allein aufgrund der Annahme des Vorliegens eines PAS zugeteilt, so steht dies im Widerspruch zu einer gestützt auf das Kindeswohl vorzunehmenden Abwägung aller massgebenden Umstände des Einzelfalls (ANDREA BÜCHLER/ANNATINA WIRZ, a. a. O., N 16 zu Art. 274 ZGB). Im Zentrum stehen dann nicht mehr das Kindeswohl, sondern die Interessen des entfremdeten Elternteils und die Bestrafung des anderen Elternteils. Siehe zu den Kritikpunkten im

Einzelnen SCHREINER, a. a. O., Anh. Psych. N 278 ff., und HEIDI SIMONI, Beziehung und Entfremdung, FamPra, 2005, 772 ff.; ROLF VETTERLI, FamKommentar Scheidung, Bd. I, a. a. O., N 2 zu Art. 176 ZGB.

Es soll nicht abgestritten werden, dass es Fälle von Eltern-Kind-Entfremdungen gibt, welche nicht durch die Eltern-Kind-Beziehungsgeschichte vor der Trennung oder Scheidung erklärt werden können und in denen ein Elternteil durch manipulatives Verhalten zur Entfremdung beitragen hat (so WILHELM FELDER/LISELOTTE STAUB, Probleme im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht, in: A. Rumo-Jungo und P. Pichonnaz, [Hrsg.]: Kind und Scheidung, Zürich, 2006, 117 ff., 132). Kritisiert werden muss u. E. aber die Zweckmässigkeit des PAS für den Umgang mit Entfremdungsfällen (SIMONI, a. a. O., 789). Wichtig ist, dass in solchen Fällen *so früh als möglich geeignete, dem Kindeswohl dienende Massnahmen* angeordnet werden (gerichtliche Anordnung einer Therapie, Mediation etc.; vgl. Art. 307 Abs. 3 ZGB). Denn die Zeit spielt in Entfremdungsprozessen – wie das Bundesgericht auch im rezensierten Entscheid richtigerweise festgehalten hat – eine ganz zentrale Rolle.

Vgl. neuerdings auch zu Fragen des Gutachtens und des Beizugs von Gutachtern bzw. Sachverständigen in Verhandlungen DANIEL BÄHLER/JOACHIM SCHREINER/JONAS SCHWEIGHAUSER, Neue Formen des Miteinbezugs von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen in eherechtlichen Verfahren, FamPra.ch 2012, 538 ff.

c) **Ehegüterrecht im Allgemeinen, Errungenschaftsbeteiligung**

- aa) *Urteil 5A_37/2011 vom 1. September 2011. Regelung der Nebenfolgen (nachehelicher Unterhalt und Güterrecht) in der Ehescheidung. Zuordnung von Vermögensgegenständen und Schulden zu den Gütermassen der Errungenschaft und des Eigengutes; Beweislast (Art. 125, 200 Abs. 3 ZGB).*

X. war mit der Regelung der Nebenfolgen in dem 2010 vom Amtsgericht Luzern ausgesprochenen Scheidungsurteil nicht einverstanden. Bestritten waren insbesondere der nacheheliche Unterhalt und die güterrechtliche Auseinandersetzung. Nach Durchlaufen des kantonalen Instanzenzuges gelangte X. mit einer Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

Betreffend die *nachehelichen Unterhaltszahlungen* rügte der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 125 ZGB. Das Obergericht habe ihm das Einkommen aus seiner Fahrschule angerechnet, obwohl er das ordentliche Pensionsalter erreicht habe. Das Bundesgericht hielt dazu fest, zwar treffe zu, dass i. d. R. niemand dazu angehalten werden könne, über das ordentliche Pensionsalter hinaus zu arbeiten. Aber solange der Beschwerdeführer weiterhin ein Erwerbseinkommen realisiere, sei dies bei der Bestimmung seiner Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen (E. 2.1). Vgl. zum unterhaltsrechtlichen Teil des Entscheides ausführlicher die Besprechung von HEINZ HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, Familienrecht, ZBJV 2012, S. 816 ff. hievor.

In Bezug auf die *güterrechtliche Auseinandersetzung* beantragte der Beschwerdeführer eine Reduktion der güterrechtlichen Forderung der Beschwerdegegnerin, weil gewisse Vermögenswerte seinem Eigengut und nicht – wie von der Vorinstanz angenommen – seiner Errungenschaft anzurechnen seien (E. 3). Im Einzelnen umstritten waren die Zuordnung des Erwerbs von Fondsanteilen und die Rückzahlung eines Darlehens zu einer der beiden Gütermassen Errungenschaft oder Eigengut (E. 3.2 und E. 3.3).

Zur *Zuordnung der Vermögensobjekte zu einer Gütermasse* verwies das Bundesgericht zunächst allgemein auf die *gesetzliche Vermutung* des Art. 200 Abs. 3 ZGB, wonach das ganze Vermögen eines Ehegatten bis zum Beweis des Gegenteils als Errungenschaft gelte. Von dieser güterrechtlichen Zuordnung zu unterscheiden sei die Frage der *Beweislast* für Investitionen aus der jeweils einen in die andere Gütermasse eines Ehegatten, welche zu Ersatzforderungen i. S. v. Art. 209 ZGB Anlass geben könne. Diese Frage werde nicht von Art. 200 Abs. 3 ZGB geregelt, sondern dafür greife die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Demzufolge habe derjenige, welcher Rechte aus einer Tatsache ableite, deren Vorhandensein zu beweisen. Erfahrungsgemäss würden indessen Ehegatten die Ordnung ihrer finanziellen Belange nicht im Hinblick auf eine mögliche güterrechtliche Auseinandersetzung vornehmen. Deshalb sei ohne Weiteres möglich, dass sich auf ein und demselben, auf den Namen eines Ehegatten oder seiner Einzelfirma lautenden Konto sowohl Eigenguts- als auch Errungenschaftsmittel befänden. In solchen Fällen stehe häufig nicht fest, ob durch einen Ehegatten für den Erwerb eines Vermögensobjektes oder für die Tilgung einer Schuld Mittel aus der Errungen-

schaft oder aus dem Eigengut verwendet worden seien; damit sei der Nachweis einer Ersatzforderung der einen Gütermasse gegenüber der anderen schwer zu erbringen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 135 III 337 E. 2 S. 341) gehe in solchen Konstellationen von der *natürlichen Vermutung* aus, dass die laufenden Bedürfnisse bzw. der Aufwand für den Unterhalt der Familie, inkl. Altersvorsorge, sowie die Auslagen zur Erzielung von Einkommen und die darauf lastenden Steuern von der Errungenschaft getragen würden. Eigengutsmittel blieben dagegen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung unangetastet und würden grundsätzlich nur für ausserordentliche Investitionen angezehrt. Der Gegenpartei stehe es frei, den *Gegenbeweis* zu erbringen, indem sie beim Gericht Zweifel an der natürlichen Vermutung erzeuge (E. 3.2.1).

Hinsichtlich der *Fondsanteile* machte der Beschwerdeführer geltend, er habe die Anteile ausschliesslich mit Eigengutsmitteln erworben (E. 3.2), was vom Bundesgericht bestätigt wurde (E. 3.2.3). Der Beschwerdeführer erwarb die Fondsanteile aus Vermögen von dem auf seinen Namen lautenden S-Konto. Dieses war zwar als solches der Errungenschaft zuzuordnen, aber dennoch wurden die Fondsanteile nicht aus Errungenschafts-, sondern aus Eigengutsmitteln erworben. Der Beschwerdeführer hatte nämlich von seinem Bruder Geld geerbt und in einem Zeitraum von drei Jahren ca. CHF 150 000.– auf zwei Konten überwiesen erhalten. Dabei wurden CHF 30 000.– auf sein S-Konto und CHF 120 000.– auf ein auf seine Fahrschule lautendes T-Geschäftskonto vergütet. Das T-Konto war gem. Art. 200 Abs. 3 ZGB der Errungenschaft des Beschwerdeführers zuzuweisen. Diese güterrechtliche Zuordnung des Geschäftskontos ändere aber – wie das Bundesgericht festhielt – nichts daran, dass es sich bei dem durch Erbgang erworbenen Vermögen von Gesetzes wegen um Eigengut handle (Art. 198 Ziff. 2 ZGB), weshalb dem Eigengut eine entsprechende Ersatzforderung für die auf das Errungenschaftskonto überwiesenen Beträge zustehe. Die Ersatzforderung bestünde aber nur in jener Höhe, in der die Erbschaft tatsächlich noch vorhanden sei; von einem Verbrauch der Erbschaftsmittel sei indessen nicht auszugehen, weil das Eigengut vermutungsweise nicht zur Deckung des täglichen Bedarfs verwendet werde (E. 3.2.2). Der Beschwerdeführer habe vor dem Kauf der Fondsanteile CHF 45 000.– vom T-Konto auf das S-Konto überwiesen und sechs Tage später für CHF 51 614.95 die Fondsanteile erworben. Weil die Fondsanteile nicht

direkt aus dem Vermögen des T-Kontos bezahlt worden seien, sei zwar nicht von einer Ersatzanschaffung für das Eigengut i. S. v. Art. 198 Ziff. 4 ZGB auszugehen. Da der Erwerb der Fondsanteile aber nicht zum gewöhnlichen täglichen Bedarf gehöre, sei gemäss der oben umschriebenen natürlichen Vermutung (E 3.2.1) davon auszugehen, dass er dafür seine in ausreichendem Masse vorhandenen Eigengutsmittel verwendet habe, sodass von einem *indirekten Erwerb aus Eigengut* auszugehen sei. Folglich stehe – in Gutheissung der Beschwerde – dem Eigengut des Beschwerdeführers in der Höhe des Erwerbspreises der Fondsanteile eine Ersatzforderung zu. Eine Partizipation am Mehrwert finde in dieser Konstellation nicht statt, da es sich weder um eine Ersatzanschaffung i. S. v. Art. 198 Ziff. 4 ZGB handle, noch der Tatbestand des Art. 209 Abs. 3 ZGB nachgewiesen sei (E. 3.2.3).

In Bezug auf das *Darlehen* machte der Beschwerdeführer geltend, er habe dieses aus Mitteln des Eigenguts zurückbezahlt (E. 3.3), was vom Bundesgericht – in Gutheissung der Beschwerde – ebenfalls bestätigt wurde (E. 3.3.2). Der Beschwerdeführer hatte zwecks Finanzierung einer Liegenschaft von seiner Schwester ein Darlehen in der Höhe von CHF 40 000.– aufgenommen (E. 3.3.1). Zur *Zuordnung von Schulden zu einer Gütermasse* im Allgemeinen hielt das Bundesgericht fest, weder Art. 200 Abs. 3 ZGB noch Art. 209 Abs. 2 ZGB regelten die Frage, welcher Masse eine beglichene Schuld belastet werden müsse, wenn unklar bleibe, welche Gütermasse zu ihrer Tilgung verwendet worden sei. In Anlehnung an Art. 209 Abs. 2 ZGB gehe die Lehre in solchen Situationen von der Vermutung aus, dass eine Schuld von derjenigen Gütermasse als beglichen gelte, der sie zuzuordnen wäre, wenn sie noch nicht erfüllt worden wäre. Deshalb halte das Schrifttum dafür, dass Familienunterhaltskosten der Errungenschaft belastet würden, sofern nicht nachgewiesen werde, dass der Ehegatte die entsprechende Schuld mit Eigengutsmitteln habe erfüllen wollen (HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., 2010, N 17 zu Art. 209 ZGB; HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, 1992, N 42 zu Art. 200 ZGB und N 40 zu Art. 209 ZGB; MARTIN STETTLER/FABIEN WAELTI, Droit civil IV, 2. Aufl., 1997, 170, Rz. 320). Das Bundesgericht bestätigte in casu diese – seiner zitierten Rechtsprechung (BGE 135 III 337 E. 2 S. 241) entsprechende – Lehrmeinung als zutreffend, weil sie mit der natürlichen Vermutung harmoniere, dass die Ehegatten die Kosten der täglichen Bedürfnisse aus der Errungenschaft beglichen, währenddem

das Eigengut für längerfristige Investitionen oder ausserordentliche Auslagen verwendet werde (E. 3.3.1).

Konkret ging es in casu um eine die Eigengutsliegenschaft belastende Darlehensschuld des Beschwerdeführers in der Höhe von CHF 40 000.–. Weil die Schuld dem Eigengut zuzurechnen war, war vermutungsweise davon auszugehen, dass auch die Amortisationen durch Eigengutsmittel beglichen wurden, umso mehr als es sich nicht um Auslagen des täglichen Bedarfs handelte. Das Bundesgericht hielt auch für das Darlehen – wie zuvor schon für den Erwerb der Fondsanteile – fest, die vorgenommene Zuordnung gelte selbst dann, wenn sich die geerbten Eigengutsmittel – wie es vorliegend der Fall war – auf einem anderen Konto befänden als auf demjenigen, aus welchem die Schuld getilgt worden sei. Entscheidend sei lediglich, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Tilgung seiner Schuld insgesamt über genügend Eigengutsmittel verfügt habe (E. 3.3.2).

Die Beschwerde wurde teilweise gutgeheissen, womit der güterrechtliche Anspruch der Beschwerdeführerin neu zu berechnen war (E. 3.4 und E. 4.1).

bb) *Urteil 5A_283/2011 vom 29. August 2011. Ehescheidung. Güterrechtliche Auseinandersetzung; Auflösung von Gesamteigentum (Art. 205 Abs. 2 und 652 ff. ZGB)*

Im Jahre 2009 schied das Bezirksgericht Zofingen die Ehe zwischen X. und Y. und regelte im Urteil die Scheidungsfolgen. Dabei teilte es u. a. ein im Gesamteigentum (einfache Gesellschaft) der Parteien stehendes Grundstück dem Ehemann Y. zu Alleineigentum zu und überband ihm die darauf haftenden Grundpfandschulden inkl. der offenen Zinsen. Damit war die Ehefrau X. nicht einverstanden und wandte sich – nachdem sie auch vor dem Obergericht des Kantons Aargau nicht durchgedrungen war – mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie beantragte die ungeteilte Zuweisung des Grundstücks an sie einschliesslich der Überbindung der darauf lastenden Grundpfandschulden und offenen Zinsen.

Zur *güterrechtlichen Auseinandersetzung* führte das Bundesgericht vorab aus, bei Auflösung des Güterstandes nehme jeder Ehegatte seine Vermögensobjekte, welche sich im Besitz des andern befänden, zurück (Art. 205 Abs. 1 ZGB). *Miteigentum* sei nach sachenrechtlichen Kriterien aufzuheben und im Streitfall gemäss

gerichtlicher Anordnung körperlich zu teilen oder zu versteigern (Art. 651 Abs. 2 ZGB). In Ergänzung der sachenrechtlichen Regelung sehe das Eherecht vor, dass derjenige Ehegatte, der ein überwiegendes Interesse am Vermögensgegenstand nachweise, diesen gegen Entschädigung des anderen Ehegatten ungeteilt zugewiesen erhalten könne (Art. 205 Abs. 2 ZGB; E. 2.1). *Gesamteigentum* seinerseits werde entweder mit dem Verkauf der Sache oder dem Ende der Gemeinschaft aufgehoben und grundsätzlich nach den Vorschriften über das Miteigentum geteilt (Art. 654 Abs. 1 und 2 ZGB). Die Frage, ob ein Ehegatte auch bei Gesamteigentum Art. 205 Abs. 2 ZGB anrufen und mithin bei gegebenem überwiegendem Interesses die ungeteilte Zuweisung des Vermögenswertes verlangen könne, sei in der Lehre umstritten (bejahend bspw.: DANIEL STECK, in: FamKommentar Scheidung, Bd. I, a. a. O., N 8 zu Art. 205 ZGB; HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, a. a. O., N 11 zu Art. 205 ZGB; FELIX KOBEL, Immobilien in der güterrechtlichen Auseinandersetzung, 2007, 95 ff.; HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GELSER, Berner Kommentar, 1992, N 32 zu Art. 205 ZGB; offen gelassen: BEAT BRÄM, Gemeinschaftlicher Erwerb durch Ehegatten, in: Der Grundstückkauf, 2010, 401; ablehnend u. a.: LUKAS HANDSCHIN/RETO VONZUN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2009, N 121 zu Art. 530 OR; GIAN SANDRO GENNA, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, 2008, 47 ff.; DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 4 zu Art. 548/549 OR; WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, Berner Kommentar, 2006, N 278 zu Art. 530 OR; BEAT BRÄM, Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten an Grundstücken, 1997, 143 ff.; für eine weitergehende Wiedergabe der relevanten Lehrmeinungen vgl. die Angaben in E. 2.2 des rezensierten Entscheids). Das Bundesgericht hatte sich mit der Frage der Anwendbarkeit des Art. 205 Abs. 2 ZGB auf Gesamteigentum soweit ersichtlich allein im Urteil 5C_325/2001 vom 4. März 2002 zu befassen, liess sie damals aber offen, weil die Voraussetzungen für eine ungeteilte Zuweisung ohnehin nicht erfüllt gewesen wären. Auch im vorliegend zu besprechenden Fall konnte das Bundesgericht die Streitfrage offenlassen, dies unter Hinweis auf die im Ehegüterrecht geltende Dispositionsmaxime, verlangten doch beide Ehegatten übereinstimmend die Anwendung des Art. 205 Abs. 2 ZGB (E. 2.2). Diese Bestimmung wurde deshalb, mit Blick auf die Anerkennung durch beide Parteien, auf das Gesamteigentum angewandt.

Das Bundesgericht ging im Folgenden näher auf die beiden Voraussetzungen eines Anspruchs i. S. v. Art. 205 Abs. 2 ZGB auf *ungeteilte Zuweisung des Vermögensobjekts* im Miteigentum ein. Zunächst müsse der die Zuweisung verlangende Ehegatte ein *überwiegendes Interesse* am Vermögenswert geltend machen. Ein solches liege dann vor, wenn der betreffende Ehegatte eine besonders enge Beziehung zum Miteigentumsobjekt nachweise. Dabei treffe das Gericht seine Entscheidung aufgrund einer Interessenabwägung in der konkreten Sachlage und nach Billigkeit (Art. 4 ZGB). Weiter setze die ungeteilte Zuweisung des Vermögenswertes die *Entschädigung des anderen Ehegatten* voraus. Unter die Entschädigung falle auch die Übernahme einer bisher bestehenden solidarischen Schuldverpflichtung beider Ehegatten durch den die Zuteilung verlangenden Ehegatten unter entsprechender Schuldentlassung des anderen, wofür die Zustimmung des Gläubigers erforderlich sei (Art. 176 OR; E. 2.3).

In casu war von der Vorinstanz erkannt worden, dass beide Ehegatten ein erhebliches Interesse an der ungeteilten Zuweisung der Liegenschaft hätten (E. 3.1). In Bezug auf die *Entschädigungsfähigkeit* wies der Ehemann dem Obergericht mittels eines Bestätigungsschreibens der Bank nach, dass er zur alleinigen Übernahme der Hypothek in der Lage sei und auf die Solidarschuldnerschaft der Ehefrau verzichtet werden könne. Für die Vorinstanz war damit erstellt, dass der Beschwerdeführer ohne Weiteres in der Lage sei, X. zu entschädigen. Dagegen konnte dieser Nachweis von der Beschwerdeführerin nicht einwandfrei erbracht werden, weil – obwohl auch für sie von der Bank die Möglichkeit einer vollständigen Übernahme der Hypothek bestätigt wurde – eine «Schuldentlassungserklärung» fehlte. Daraus schloss die Vorinstanz auf ein Überwiegen des finanziellen Interesses des Beschwerdegegners an der Zuweisung des Grundstücks, weil er andernfalls befürchten müsste, die Gläubigerin werde bei Nichterfüllung der Verpflichtungen durch die Beschwerdeführerin auf ihn zurückgreifen (E. 3.2.4). In diesem Zusammenhang erhob die Beschwerdeführerin in der Folge gegenüber dem Obergericht die Rüge der Verletzung des Verbots des überspitzten Formalismus. Denn die Gläubigerbank habe sowohl im Schreiben betreffend X. als auch in demjenigen betreffend Y. genau das Gleiche sagen wollen. Ein diese Aussage bekräftigendes Schreiben der Gläubigerbank wurde allerdings erst vor Bundesgericht eingereicht, weshalb es im vorliegenden Verfahren gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG nicht berücksichtigt werden

konnte (E. 4.2). Auf die Rüge des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) trat das Gericht nicht ein, nachdem sich die Beschwerdeführerin mit rein appellatorischer Kritik begnügt und nicht dargelegt hatte, inwiefern das besagte Verbot verletzt worden sei (E. 4.4). Damit war von der obergerichtlichen Sachverhaltsfeststellung auszugehen und folglich erstellt, dass nur der Beschwerdegegner den Nachweis einer vollständigen Entschädigung (Übernahme der Hypothek und Entlassung aus der Solidarhaftung) der Beschwerdeführerin erbracht hatte (E. 4.5). Auf die Beschwerde trat das Bundesgericht deshalb nicht ein (E. 6).

Gut ein halbes Jahr vor dem eben rezensierten Entscheid hatte sich das Bundesgericht im *Urteil 5A_600/2010 vom 5. Januar 2011* zu den *Kriterien der Zuweisung von Miteigentum* geäußert. Im Unterschied zur Situation im oben dargestellten Entscheid unterstanden die Ehegatten allerdings dem Güterstand der Gütertrennung und sie waren Miteigentümer einer Liegenschaft. Weil indessen Art. 251 ZGB inhaltlich Art. 205 Abs. 2 ZGB entspricht und zudem Gesamt- und Miteigentum grundsätzlich nach denselben Vorschriften – nämlich denjenigen über das Miteigentum – geteilt werden (Art. 654 Abs. 1 und 2 ZGB), erweisen sich beide Fälle als ähnlich gelagert. Auch im Urteil vom 5. Januar 2011 hielt das Bundesgericht fest, ein Ehegatte könne die ungeteilte Zuweisung eines im Miteigentum der Ehegatten stehenden Vermögenswertes bei Auflösung des Güterstandes unter zwei Voraussetzungen verlangen. Einerseits müsse die übernehmungswillige Person ein *überwiegendes Interesse* (besondere Verbundenheit mit dem Gegenstand) glaubhaft machen und andererseits nachweisen, dass sie den Miteigentümer *entschädigen* könne. Wie im hievore rezensierten Urteil 5A_283/2011 vom 29. August 2011 berücksichtigte das Bundesgericht somit bereits im Urteil vom 5. Januar 2011 die *rein finanziellen Interessen* desjenigen Ehegatten, der den Verkauf des Vermögenswertes anstrebt. Und genau gleich hielt es fest, dass eine Zuteilung zu Alleineigentum ausgeschlossen sei, wenn der übernehmungswillige Ehegatte nicht nachweisen könne, dass er die darauf lastende Hypothek übernehme und den anderen Ehegatten auszahlen könne (E. 4.3; siehe dazu die Zusammenfassung in: Arrêt du 5 janvier 2011 en la cause de A. contre dame A. – 5A_600/2010, FamPra.ch 2011, 417 ff.).

Im Zusammenhang mit der Aufhebung von Miteigentum an einem Grundstück im Scheidungsfall fällte das Bundesgericht auch

dieses Jahr ein bemerkenswertes Urteil: BGE 138 III 150 (Urteil 5A_352/2011 vom 17. Februar 2012). Weil es sich um einen im Jahr 2012 ergangenen Entscheid handelt, ist er vorliegend nicht im Detail zu erläutern. Aus aktuellem Anlass ist indessen doch eine kritische Anmerkung dazu anzubringen. Im Zentrum des Entscheides stand die Frage, wie das Miteigentum aufzulösen ist, wenn die Liegenschaft nur mit Eigenmitteln eines Ehegatten finanziert wurde. Das Bundesgericht wies den bei Auflösung des Güterstandes vorliegenden Mehrwert der Liegenschaft beiden Ehegatten entsprechend ihren Miteigentumsanteilen je zur Hälfte zu. Zu diesem Vorgehen ist freilich festzuhalten, dass bei Vorliegen einer ungleichen Finanzierung von formal gleich grossen Miteigentumsanteilen der eine Ehegatte eine Investition in den Miteigentumsanteil des anderen getätigt hat, welche er bei Auflösung des Miteigentums zurückverlangen kann. Die entsprechende Investition partizipiert gemäss Art. 206 Abs. 1 ZGB zusätzlich am Mehrwert. Wird die Miteigentumsliegenschaft nur mit eigenen Mitteln eines Ehegatten allein finanziert und tritt darauf ein Mehrwert ein, so steht dieser aufgrund von Art. 206 Abs. 1 ZGB insgesamt ausschliesslich dem finanzierenden Ehegatten zu. Er ist deshalb u.E. nicht hälftig zu teilen. Wird die Liegenschaft – wie es in casu der Fall war – zusätzlich mit einer Hypothek belastet, und hat auch die Hypothek zum erwirtschafteten Mehrwert beigetragen, so ist bei hälftigem Miteigentum der mithilfe der Hypothek erwirtschaftete Mehrwert auf beide Ehegatten je hälftig aufzuteilen. Auch eine Hypothek ändert aber nichts daran, dass die vom einen Ehegatten in den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten investierten Mittel sowie der darauf entfallende Mehrwert gem. Art. 206 ZGB vom investierenden Ehegatten zurückgefordert werden können. Vgl. zum Ganzen die Urteilsanmerkung von REGINA E. AEBI-MÜLLER, Miteigentum unter Ehegatten bei bloss einseitigen Investitionen – wer partizipiert am Gewinn?, ZBJV 2012, 658 ff.

- cc) *BGE 137 III 337 (Urteil 5A_598/2009 vom 25. August 2010) = Pra 100 (2011) Nr. 74: Güterrechtliche Auseinandersetzung und Berücksichtigung der individuellen gebundenen Vorsorge (Säule 3a). Anwendbare Regeln, Bewertungszeitpunkte, Ausgleichs- und Teilungsmodalitäten (Art. 214 Abs. 1 ZGB und Art. 4 Abs. 3 BVV 3).*

Anlässlich der Trennung 2002 vereinbarten die bis dahin dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung unterstehenden Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung. Im Vertrag über die güterrechtliche Auseinandersetzung der Errungenschaftsbeteiligung schlossen sie die individuelle gebundene Vorsorge (Säule 3a) des Ehemannes aus und verschoben deren Teilung auf später. Gegen die anschliessend anlässlich der Scheidung erstinstanzlich durch den Richter des Bezirks Monthey vorgenommene Verweigerung der Teilung der beruflichen Vorsorge wandte sich die Ehefrau an das Kantonsgericht Wallis. Dieses ordnete die Überweisung bestimmter Beträge auf das Vorsorgekonto der Ehefrau an. Dagegen gelangte der Ehemann mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Der Beschwerdeführer machte zum einen geltend, die während dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gesparte individuelle gebundene Vorsorge sei nach den Regeln über die Auflösung des Güterstandes (Art. 181 ff. ZGB) vorzunehmen und nicht nach denjenigen für die Teilung der beruflichen Vorsorge (Art. 122 ZGB). Das Vorsorgeguthaben sei folglich in demjenigen Zeitpunkt zu bewerten, in welchem die Ehegatten den neuen Güterstand vereinbart hätten (E. 2). Zum anderen wehrte sich der Beschwerdeführer gegen die vorinstanzlichen Anweisungen an seine Vorsorgeeinrichtungen, die aufgrund der Teilung der Säule 3a geschuldeten Beträge auf das Vorsorgekonto seiner Ehefrau zu überweisen. Er machte diesbezüglich geltend, er könne frei darüber entscheiden, wie er diese Schuld erfüllen wolle (E. 3).

Dem ersten Vorbringen des Beschwerdeführers – seine individuelle gebundene Vorsorge sei nach den Regeln über die Auflösung des Güterstandes aufzuteilen – stimmte das Bundesgericht zu. Zu unterscheiden seien dabei die für den *Bestand* und die *Bewertung massgebenden Zeitpunkte*: Für die Zuordnung des Guthabens aus der Vorsorge an die Errungenschaft oder das Eigengut sei der Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes massgebend (Art. 207 Abs. 1 ZGB) (E. 2.1.1 und E. 2.1.2). Bewertet werde das Vermögen der Errungen-

schaft dagegen erst im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung (Art. 214 Abs. 1 ZGB). Zwischen Auflösung des Güterstandes und güterrechtlicher Auseinandersetzung eingetretene Veränderungen der Gütermassen in ihrem Bestand seien deshalb nicht von Bedeutung. Die seit Auflösung des Güterstandes eingetretenen Wertveränderungen müssten hingegen berücksichtigt werden. Diese allgemeinen Grundsätze seien auch auf die gebundene Vorsorge anzuwenden, weshalb nach Auflösung des Güterstandes resultierende Einkünfte aus Guthaben den Wert der Errungenschaft nicht mehr verändern könnten (E. 2.1.2).

Auch das zweite Vorbringen des Beschwerdeführers – er könne selbst entscheiden, wie er seine sich aus der Teilung der Säule 3a ergebende Schuld tilgen wolle – hiess das Bundesgericht gut. Aus den Materialien der Gesetzgebung ergebe sich nicht, dass vom Grundsatz, wonach die Beteiligung eines Ehegatten am Vorschlag des anderen in einer Geldforderung bestehe und in bar zu erfüllen sei (Art. 215 Abs. 1 ZGB), hätte abgewichen werden sollen (E. 3.2.3). Deshalb *könne das Gericht dem verpflichteten Ehegatten nicht die Übertragung von Rechten vorschreiben, wenn er seine Schuld mittels Barzahlung tilgen wolle* und dafür über genügend Mittel verfüge. Art. 4 Abs. 3 BVV 3 führe bloss eine zusätzliche Modalität der Erfüllung der Forderung aus Vorschlagsbeteiligung im Falle des Vorliegens von gebundenem Vermögen ein (E. 3.2.4).

Das Bundesgericht hiess somit die Beschwerde gut und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (E. 3.3).

dd) *BGE 137 III 113 (Urteil 5A_662/2010 vom 15. Februar 2011) = Pra 100 (2011) Nr. 84: Ehevertrag; Formerfordernisse bei der Abänderung der Vorschlagsbeteiligung im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung und bei der Güterverbindung nach altem Recht (Art. 216 ZGB, aArt. 214 Abs. 3 ZGB und Art. 10 SchlT ZGB).*

Die Ehegatten X. und Y. standen unter dem altrechtlichen Güterstand der Güterverbindung und schlossen im Jahre 1973 zwecks Änderung der Vorschlagsbeteiligung einen von der Vormundschaftsbehörde genehmigten Ehevertrag. Dabei wurde dem überlebenden Ehegatten der gesamte Vorschlag zugewiesen. 1992 verfasste der Ehemann X. eine eigenhändige letztwillige Verfügung, in welcher er für den Fall seines Erstverstehens die Kinder auf den Pflichtteil setzte, seiner Ehe-

frau die verfügbare Quote zuwies und den seinen Kindern zustehenden Pflichtteil gestützt auf Art. 473 ZGB mit einer Nutzniessung zugunsten seiner Ehegattin belastete. Nach dem Ableben des X. erhoben die Kinder A. und B. im Jahr 2007 Klage namentlich auf Ungültigerklärung der von ihrem Vater hinterlassenen Verfügung(en) von Todes wegen. Nachdem sie mit ihren Begehren beim Präsidenten des Gerichtskreises I Courtelary-Moutier-La Neuveville und beim Obergericht des Kantons Bern erfolglos geblieben waren, erhoben sie Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

Weil die güterrechtliche Auseinandersetzung der erbrechtlichen Liquidation vorangeht, prüfte das Bundesgericht zunächst die *Gültigkeit des 1973 abgeschlossenen Ehevertrages* (E. 4). Die Beschwerdeführer machten diesbezüglich geltend, der Ehevertrag sei ungültig, da er die Formvorschriften für den Erbvertrag gemäss Art. 245 Abs. 2 OR und Art. 512 ZGB nicht erfülle. Die entsprechenden Formen wären indessen zu wahren gewesen, weil es sich bei der Vorschlagszuweisung um eine auf den Tod des Schenkers vollziehbare Schenkung handle. Das Bundesgericht merkte dazu an, die Beschwerdeführer würden offenbar anerkennen, dass der heute geltende Art. 216 ZGB in Bezug auf Art. 245 Abs. 2 OR eine *lex specialis* darstelle, während sie den Standpunkt einnahmen, dass dies für die Vorgängernorm des aArt. 214 Abs. 3 ZGB nicht gelten würde (E. 4.1).

In der Folge hielt das Bundesgericht fest, der im Jahr 1973 gemäss den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 abgeschlossene Ehevertrag gelte weiterhin. Der gesamte Güterstand bleibe – vorbehältlich der Bestimmungen des Schlusstitels über das Sondergut, die Rechtskraft gegenüber Dritten und die vertragliche Gütertrennung – den bisherigen Bestimmungen unterstellt (Art. 10 Abs. 1 SchIT ZGB). Gemäss aArt. 214 Abs. 3 ZGB hätten die dem Güterstand der Güterverbindung unterstehenden Ehegatten durch Ehevertrag eine von der gesetzlich statuierten Vor- und Rückschlagsbeteiligung abweichende Vereinbarung treffen können (E. 4.2.1).

Zur *rechtlichen Qualifizierung* führte das Bundesgericht aus, unter dem früheren Recht der Güterverbindung sei eine ehevertragliche Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten (seit der seinerzeit aufsehenerregenden Praxisänderung im Entscheid Nobel, BGE 102 II 313 E. 4 = Pra 66 Nr. 45) als Schenkung auf den Todesfall i. S. v. Art. 245 Abs. 2 OR und damit als eine Verfügung von Todes wegen betrachtet worden, sodass sie bei Verletzung der Pflichtteile der Nach-

kommen herabgesetzt werden konnte (E. 4.2.1 und E. 4.2.2). Mit dem Inkrafttreten des neuen Ehegüterrechts am 1. Januar 1988 sei die Herabsetzbarkeit von Eheverträgen mit Vereinbarungen über die Vorschlagsbeteiligung ausdrücklich gesetzlich geregelt und auf nicht gemeinsame Kinder und deren Nachkommen beschränkt worden (Art. 10 Abs. 3 SchlT ZGB für die Güterverbindung, Art. 216 Abs. 2 ZGB für die Errungenschaftsbeteiligung) (E. 4.2.1). Die Qualifikation der Vorschlagszuweisung als Verfügung von Todes wegen werde von einem Teil der Lehre bestritten und eine entsprechende Vereinbarung stattdessen als eine Zuwendung unter Lebenden erachtet, dies mit dem Argument, die Vorschlagszuweisung trete gewissermassen in der letzten Sekunde des Lebens des versterbenden Ehegatten ein und die güterrechtliche Auseinandersetzung gehe der erbrechtlichen voraus (PAUL-HENRI STEINAUER, *Le calcul des réserves héréditaires et de la quotité disponible en cas de répartition conventionnelle du bénéfice dans la participation aux acquêts*, in *Mélanges Pierre Engel*, 1989, 403 ff.; vgl. auch: HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER/MARGARETA BAD-DELEY, *Les effets du mariage*, 2009, N 1351; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2006, N 285e; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. Aufl., Zürich 2012, N 12 zu Art. 216/217 ZGB; PETER WEIMAR, *Berner Kommentar*, Art. 457-516 ZGB, 2009, N 106 zu 14. Titel. Die Verfügungen von Todes wegen – Einleitung; STEPHAN WOLF, *Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten*, 1996, 148 ff.; MANFRED SCHULER, *Die Mehrwertbeteiligung unter Ehegatten im Entwurf für eine Änderung des Zivilgesetzbuches*, 1984, 142) (E. 4.2.2). Siehe auch den guten Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen betreffend die rechtliche Qualifizierung einer Vorschlagszuweisung bei PHILIP R. BORNHAUSER, *Die Rechtsnatur der Vorschlagszuweisung und deren Folge für die Erbteilung, successio 2011*, 318 ff., 320 ff.

In Bezug auf die *Formvorschriften* solcher ehevertraglicher Zuwendungen hielt das höchste Gericht fest, es habe sich bisher lediglich vor dem Fall Nobel – in welchem die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Verfügung von Todes wegen qualifiziert worden war – explizit dazu geäußert; dazumal habe es befunden, dass die Einhaltung der in aArt. 214 Abs. 2 ZGB vorgeschriebenen Formen des *Ehevertrages* *notwendig und ausreichend* sei, während die Formen des Erbvertrages nicht beachtet werden müssten (BGE 58 II 1 = Pra 21 Nr. 39). Der Entscheid Nobel seinerseits hätte

die Frage nach der Form nicht beantwortet, sondern festgestellt, dass die als Schenkung auf den Todesfall i. S. v. Art. 245 Abs. 2 OR bezeichnete Zuweisung des Vorschlags an den überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag erfolge (BGE 102 II 313 E. 4d = Pra 66 Nr. 45). Trotz der durch das Bundesgericht damit vorgenommenen neuen Qualifikation der Vorschlagszuweisung als Schenkung auf den Todesfall scheidet die Form des Ehevertrages dafür bis heute als ausreichend erachtet worden zu sein (vgl. BGE 127 III 529; 116 II 243 = Pra 80 Nr. 96). Ebenso gehe die Botschaft zum neuen Eherecht hinsichtlich des Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung davon aus, dass vertragliche Änderungen der Vorschlagsbeteiligung – selbst wenn sie im Sinne der Nobel-Rechtsprechung materiell Verfügungen von Todes wegen enthielten – mittels der Form des Ehevertrages zu erfolgen hätten (BBl 1979 II 1322). Diese Auffassung werde auch von der Lehre geteilt, dies unabhängig davon, ob sie bei der rechtlichen Qualifikation der Vorschlagszuweisung von einem Rechtsgeschäft unter Lebenden oder einer Verfügung von Todes wegen ausgehe (E. 4.2.3).

Die eigentlich interessierende Frage nach der *rechtlichen Qualifizierung der ehevertraglichen Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten* liess das Bundesgericht vorliegend offen, weil dafür die Form des Ehevertrages auf jeden Fall ausreichend sei (E. 4.3). Bereits dem *Gesetzestext* selbst sei zu entnehmen, dass eine Abweichung von der subsidiären gesetzlichen Regelung der Vorschlagsbeteiligung mittels Ehevertrag zu erfolgen habe (aArt. 214 Abs. 3 ZGB und Art. 216 Abs. 1 ZGB). Unter dem Aspekt der *Gesetzessystematik* sodann seien die beiden Bestimmungen im Titel zum Güterrecht der Ehegatten enthalten und nicht in demjenigen über die Verfügungen von Todes wegen. Der *Geltungsbereich* der entsprechenden Vereinbarungen erfasse allgemein den überlebenden Ehegatten, wohingegen sie im Falle der Auflösung des Güterstandes durch Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung der Ehe nicht gelten würden, es sei denn, solches wäre im Ehevertrag ausdrücklich vorgesehen (Art. 217 ZGB; vgl. für das alte Recht aArt. 154 Abs. 3, aArt. 155 und aArt. 134 Abs. 2 ZGB). Im Weiteren erwiese sich die den Ehevertrag vorsehende *Spezialbestimmung* von Art. 216 Abs. 1 ZGB – bzw. in casu von aArt. 214 Abs. 3 ZGB – praktisch als ihres Sinnes entleert, wenn man die Einhaltung der Form des Erbvertrags verlangen würde, sobald die Begünstigung des überlebenden Ehegatten bezweckt werde. Seit überdies der Gesetzgeber ausdrücklich zulasse, dass Vereinbarungen betreffend

die Vorschlagsbeteiligung *in die Pflichtteilsrechte mit Ausnahme derjenigen der nicht gemeinsamen Kinder und ihrer Nachkommen eingreifen dürften* (Art. 216 Abs. 2 ZGB und Art. 10 Abs. 3 SchIT ZGB), sei anzuerkennen, dass er diese Vereinbarungen besonderen – von den allgemeinen, im Erbrecht geltenden Vorschriften abweichenden – Regeln unterwerfe. Andernfalls wären nämlich diese Vereinbarungen nur innerhalb der Schranken der verfügbaren Quote zulässig (E. 4.3).

Im Anschluss an all diese Erwägungen erkannte das Bundesgericht, dass Vereinbarungen über die Änderung der Vorschlagsbeteiligung *nicht in die Formen des Erbvertrages gekleidet werden müssen*, dies selbst dann nicht, wenn sie ihre Wirkung erst im Falle des Todes eines Ehegatten entfalten sollten. Art. 216 Abs. 1 ZGB – und auch aArt. 214 Abs. 3 ZGB – stellten folglich «leges speciales» im Verhältnis zu Art. 245 Abs. 2 OR und Art. 512 ZGB dar. Eine unterschiedliche Behandlung der vorliegend dem Güterstand der Güterverbindung unterstellten Ehegatten rechtfertige sich nicht, weil die gesetzlichen Regelungen vergleichbar seien. Deshalb seien auch Art. 216 ZGB und aArt. 214 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 10 Abs. 3 SchIT ZGB auf die gleiche Weise auszulegen (E. 4.3). Damit erweise sich in casu die 1973 ehevertraglich vereinbarte Änderung der Vorschlagsbeteiligung als vollumfänglich gültig (E. 4.4).

Das Bundesgericht hat im zu besprechenden Entscheid darauf verwiesen, wie es in seiner früheren Rechtsprechung die rechtliche Qualifikation der ehevertraglichen Vorschlagszuweisungen an den überlebenden Ehegatten vorgenommen hatte, und dazu den Meinungsstand im Schrifttum dargelegt. Wie das Gericht heute solche Zuweisungen rechtlich beurteilen würde, hat es indessen offengelassen (vgl. E. 4.3). Dass das Bundesgericht keine eindeutige dogmatische Einordnung der Vorschlagszuweisung mehr vornimmt, könnte darauf hindeuten, dass allenfalls eine Änderung der Rechtsprechung in Betracht gezogen wird. Bereits BGE 127 III 396 liesse sich u. U. dahingehend interpretieren, dass das Bundesgericht künftig Vorschlagszuweisungen allenfalls als Rechtsgeschäfte unter Lebenden beurteilen könnte. Denn in jenem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, bei integraler Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten bestehe der Nachlass nur noch aus dem Eigengut (BGE 127 III 396 E. 2a S. 399). Damit hat das Bundesgericht richtigerweise deutlich gemacht, dass die Vereinbarung über die Vorschlagsbeteiligung nur in der güterrechtlichen Auseinandersetzung Wirkungen entfaltet, während der Nachlass erst

nach Abschluss derselben festzustellen und zu teilen ist. In der Lehre wurde diesbezüglich die Meinung vertreten, das Bundesgericht habe in jenem BGE implizit anerkannt, dass Vorschlagszuweisungen als Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu qualifizieren seien. Vgl. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: Eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, *successio* 2007, 158 ff., 161 und 164 f., sowie PHILIP R. BORNHAUSER, a. a. O., 318 ff., 323.

U. E. ist die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten ohne jeden Zweifel als *Rechtsgeschäft unter Lebenden* zu qualifizieren. Dafür spricht zunächst die Gesetzessystematik: In unserer Rechtsordnung werden das Ehegüterrecht und das Erbrecht derart systematisch gesondert behandelt, dass Vereinbarungen über die Zuweisung des Vorschlags an den überlebenden Ehegatten als ausschliesslich im Güterrecht geregelte Institute auch tatsächlich als Regelungen güterrechtlicher Natur verstanden werden müssen. Zudem ist die güterrechtliche Auseinandersetzung von der erbrechtlichen Auseinandersetzung zu unterscheiden. Erst wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung abgeschlossen ist, lässt sich feststellen, was dem Nachlass zukommt und folglich dem Erbgang untersteht. Der ehevertraglich begünstigte überlebende Ehegatte macht seinen Anspruch vor der Erbteilung, in der güterrechtlichen Auseinandersetzung geltend. Weil der vorschlagsberechtigte Ehegatte nicht aus dem Nachlassvermögen befriedigt wird, kann es sich bei einer ehevertraglichen Vorschlagszuweisung nicht um eine Verfügung von Todes wegen handeln. Im Weiteren erfasst eine ehevertragliche Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten immer auch das Vermögen des überlebenden Ehegatten, nämlich dessen eigenen Vorschlag, den er kraft des entsprechenden Ehevertrages vollumfänglich behalten darf, statt ihn entsprechend der subsidiären gesetzlichen Regelung (Art. 215 Abs. 1 ZGB) häufig mit den Erben des vorverstorbenen Ehegatten teilen zu müssen. Das lebzeitige Vermögen des überlebenden Ehegatten kann freilich nicht Gegenstand einer Verfügung mortis causa sein. Anders als bei Verfügungen von Todes wegen ist der Tod eines Ehegatten nicht der Rechtsgrund der ehevertraglichen Zuwendung, sondern nur der Zeitpunkt für den Erwerb des Vollrechts am Vorschlag durch den überlebenden Ehegatten. Vgl. zum Ganzen STEPHAN WOLF, Vorschlags- und Gesamtzuweisung an den überlebenden Ehegatten, mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern. ASR Heft 584, Bern 1996, 121, 136 ff. und

148 ff. Weil die Vorschlagszuweisung folglich als Rechtsgeschäft unter Lebenden zu qualifizieren ist, steht auch die zu beachtende Form fest. Lex-specialis-Überlegungen im Verhältnis von Art. 216 ZGB und aArt. 214 Abs. 3 ZGB zu Art. 245 Abs. 2 OR und Art. 515 ZGB – wie sie das Bundesgericht in vorliegender Entscheidung angestellt hat – sind deshalb u.E. überflüssig bzw. im Grunde nicht zutreffend (in diesem Sinne auch BORNHAUSER, a. a. O., 324).

Die rechtliche Qualifikation der Vorschlagszuweisung ist von Bedeutung für die Feststellung der erbrechtlichen Teilungsmasse, für die Pflichtteilsberechnungsmasse der gemeinsamen und nicht gemeinsamen Nachkommen (Art. 216 Abs. 2 ZGB) und schliesslich auch für die Reihenfolge der Herabsetzung (Art. 527 und Art. 532 ZGB; zu den Konsequenzen im Einzelnen vgl. BORNHAUSER, a. a. O., 323). Aufgrund dieser *erheblichen Folgen* der rechtlichen Einordnung von Vereinbarungen über die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten wäre eine diesbezügliche klare bundesgerichtliche Stellungnahme wünschenswert. In der Sache selbst ist angesichts der heute bestehenden, besonderen Pflichtteilsregelung des Art. 216 Abs. 2 ZGB kein Grund dafür ersichtlich, nicht zur zutreffenden dogmatischen Qualifikation als Rechtsgeschäft unter Lebenden – wie sie vor dem Entscheid Nobel in jahrzehntelanger Rechtsprechung vertreten worden ist (BGE 58 II 1 ff., 82 II 477 ff., 99 Ia 310, 99 II 9 ff., 100 II 277; vgl. dazu auch WOLF, a. a. O., 109) – zurückzukehren.

d) **Vormundschaftsrecht**

- aa) *BGE 137 III 593 (Urteil 5E_1/2011 vom 24. Oktober 2011). Zuständigkeit des Bundesgerichts bei interkantonalen Streitigkeiten über die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörden (Art. 396 ZGB). Voraussetzungen einer neuen Wohnsitzbegründung bei einem Anstaltseintritt (Art. 23 Abs. 1 und Art. 26 ZGB). Unterscheidung zwischen einem Anstaltseintritt aus freiem Willen und (unfreiwilliger) «Unterbringung in einer Anstalt».*

X. litt an Weichteilrheuma sowie grossen motorischen und psychischen Problemen; sie konnte infolgedessen nicht mehr arbeiten und lebte von einer Invalidenrente und Ergänzungsleistungen (E. 2.1). 2005

zog X. in das Alters- und Pflegeheim P. im Kanton Thurgau ein (E. 2.2). Es handelt sich dabei um kein gewöhnliches Alters- und Pflegeheim. Betreut werden nicht nur Menschen, welche ihren Lebensabend im Heim verbringen möchten, sondern auch Menschen aller Altersgruppen, mit einer psychischen, geistigen oder körperlichen Behinderung, welche das Angebot nutzen und zumindest teilweise «einer Erwerbstätigkeit oder Beschäftigung nachgehen können» (E. 2.3). Nach dem Heimeintritt gab X. ihre Wohnung in S. im Kanton St. Gallen (im Folgenden: S. SG) auf. Auf Antrag der Heimleitung wurde für X. von der Vormundschaftsbehörde S. SG eine Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB errichtet (E. 2.2). X. lebte gerne im Heim und integrierte sich gut. Sie nahm an Veranstaltungen der Frauengruppe teil und besuchte Konzerte und Gottesdienste im Ort. Zu S. SG bestanden dagegen keine institutionellen oder emotionalen Bindungen mehr. 2009 meldete sich X. bei der Gemeinde T. im Kanton Thurgau (im Folgenden: T. TG) an und hinterlegte dort ihre Ausweispapiere. Der Zuzug von X. wurde sodann von der Einwohnerkontrolle registriert und ein Schriftenempfangsschein ausgestellt (E. 2.5). In der Folge entstand eine *interkantonale Zuständigkeitsstreitigkeit* der Vormundschaftsbehörden der Kantone St. Gallen und Thurgau (E. 3). 2011 beantragte der Kanton St. Gallen als Kläger beim Bundesgericht, die Vormundschaftsbehörde des Kantons Thurgau als Beklagter sei zur Übernahme der Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft (Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB) zu verpflichten.

Das Bundesgericht prüfte zunächst von Amtes wegen seine eigene *Zuständigkeit* (Art. 29 Abs. 1 BGG) (E. 1). Es gelangte dabei zum Ergebnis, dass die formellen Voraussetzungen erfüllt sind, und trat auf die Klage ein (E. 1.3). Es wies aber zugleich darauf hin, dass sich die Zuständigkeit gemäss dem am 1. Januar 2013 in Kraft tretenden *neuen Erwachsenenschutzrecht* (AS 2011 749) nach nArt. 444 ZGB beurteilen wird. Interkantonale Zuständigkeitskonflikte sollen künftig nicht mehr auf dem Klageweg dem Bundesgericht, sondern vorerst der kantonalen gerichtlichen Beschwerdeinstanz unterbreitet werden. Deren Entscheid könne alsdann mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Botschaft, BBl 2006 7001, 7076 f. zu nArt. 444 ZGB) (E. 1.2).

Betreffend die *vormundschaftsrechtliche Zuständigkeit* stellte sich dem Gericht die Frage, ob weiterhin die Vormundschaftsbehörde

S. SG oder neu diejenige von T. TG für die Führung der Beistandschaft verantwortlich sei. Wechselt nämlich die verbeiständete Person ihren Wohnsitz, so wird die Beistandschaft auf die neu zuständige Vormundschaftsbehörde übertragen (Art. 396 ZGB) (E. 3.3). Indessen gestaltet sich die Zuständigkeit je nach konkret gegebener Beistandsart unterschiedlich: Während die Vertretungsbeistandschaft von der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz der zu verbeiständenden Person angeordnet wird (Art. 396 Abs. 1 ZGB), erfolgt die Anordnung der Vermögensverwaltung durch die Vormundschaftsbehörde des Ortes, wo der Hauptbestandteil des Vermögens verwaltet wird oder der zu vertretenden Person zugefallen ist (Art. 396 Abs. 2 ZGB). Besteht – wie vorliegend – eine sog. *kombinierte Beistandschaft*, bestimmt sich die Zuständigkeit danach, ob die persönlichkeitsorientierten Elemente (Vertretung) oder der vermögensrechtliche Aspekt (Verwaltung) der Massnahme überwiegen. In casu stand unbestrittenermassen das Bedürfnis nach persönlicher Betreuung (vgl. Art. 392 Ziff. 1 ZGB) gegenüber der Notwendigkeit der Vermögensverwaltung (vgl. Art. 393 Ziff. 2 ZGB) im Vordergrund. Damit richtete sich die Zuständigkeit nach dem Wohnsitz, weshalb das Bundesgericht zu klären hatte, ob X. ihren Wohnsitz in S. SG beibehalten oder aber in T. TG einen neuen begründet hatte (E. 3.2).

Für die *Bestimmung des Wohnsitzes* ging das Bundesgericht vorliegend davon aus, dass sich der Wohnsitz einer Person dort befindet, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB), und dass der einmal begründete Wohnsitz bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes bestehen bleibt (Art. 24 Abs. 1 ZGB). Verbeiständete können dabei – anders als Bevormundete – ohne Einschränkungen einen neuen Wohnsitz begründen (Art. 25 Abs. 2 ZGB e contrario). Da X. verbeiständet – und nicht bevormundet – war, konnte sie ihren Wohnsitz grundsätzlich frei begründen und wechseln (E. 3.1). Zu beachten war weiter, dass die Unterbringung einer Person in einer Anstalt keinen neuen Wohnsitz begründet (Art. 26 ZGB). Beim vorliegend infrage stehenden Alters- und Pflegeheim P. handelte es sich unstrittig um eine Anstalt i. S. v. Art. 26 ZGB, weshalb X. nicht alleine durch ihren Heimeintritt Wohnsitz begründet hatte (E. 3.4). Am Ort der Anstalt kann allerdings – trotz der Sonderregelung des Art. 26 ZGB – unter folgenden Voraussetzungen Wohnsitz begründet werden: Der Anstaltseintritt muss *freiwillig* erfolgt und die

Absicht des dauerhaften Verweilens in einer für Dritte erkennbaren Weise bekundet worden sein (E. 3.5).

In casu war zunächst strittig, ob der *Heimeintritt freiwillig* erfolgt ist oder ob X. in der Anstalt untergebracht wurde. Als «Unterbringung in einer Anstalt» wird in der Rechtsprechung die Einweisung durch Dritte bezeichnet. Weil der Anstaltseintritt in diesen Fällen nicht freiwillig erfolgt, findet keine Wohnsitzbegründung statt. Ein Anstaltseintritt aus freien Stücken liegt nur dann vor, wenn sich die urteilsfähige, mündige Person freiwillig und selbstbestimmt zu einem unbeschränkt dauernden Anstaltsaufenthalt entschlossen und zudem sowohl die Anstalt als auch den Ort frei ausgewählt hat. Wird auf solche Weise der Lebensmittelpunkt in die Anstalt verlegt, so wird am Anstaltsort ein neuer Wohnsitz begründet. Der Anstaltseintritt gilt dabei auch dann noch als freiwillig, wenn er vom «Zwang der Umstände» (bspw. Angewiesensein auf Betreuung, finanzielle Gründe) diktiert wird (E. 4.1; unter Hinweis auf BGE 133 V 309 E. 3.1 Abs. 2 S. 312 und BGE 134 V 236 E. 2.1 Abs. 2 S. 239). In casu lag ein solcher «Zwang der Umstände» zum Heimeintritt für X. vor. Dieser Zwang machte aber den Heimeintritt weder unfreiwillig noch fremdbestimmt, denn X. hätte neben dem ausgewählten auch ein anderes geeignetes Heim finden können (E. 4.4). Gemäss dem Bundesgericht beruhte deshalb der Heimeintritt von X. auf einem «eigenen freien Willensentschluss» (E. 4.5).

Weiter war vorliegend die Begründung des neuen Wohnsitzes durch X. am Anstaltsort in T. TG. strittig. Der Wohnsitz einer Person befindet sich gem. Art. 23 Abs. 1 ZGB an dem Ort, wo sie sich mit der *Absicht* (subjektives Element) *dauernden Verbleibens* aufhält (objektives Element). Massgebend ist dabei nicht der innere Wille, sondern die objektiv erkennbare Absicht (vgl. BGE 137 II 122 E. 3.6 S. 126 f. mit Hinw.). Der Lebensmittelpunkt einer Person befindet sich deshalb dort, «wo sich ihre Lebensinteressen nach den konkreten Umständen objektiv betrachtet konzentrieren» (E. 5.1). In casu war aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Indizien davon auszugehen, dass sich X. auf Dauer und in einer für Dritte erkennbaren Absicht in T. TG aufhielt und daher dort neuen Wohnsitz begründet hatte (E. 5.5).

Das Bundesgericht hiess infolgedessen die Klage gut und verpflichtete den Beklagten (Kanton Thurgau), die Übernahme und Weiterführung der von der Vormundschaftsbehörde in S. SG angeordnete

ten Beistandschaft für X. durch die Vormundschaftsbehörde von T. TG zu veranlassen (E. 6).

bb) *BGE 137 III 289 (Urteil 5A_335/2011 vom 7. Juni 2011):*
«Fürsorgerische Freiheitsentziehung». *Einordnung von Suchtkranken als psychisch Kranke im Sinne von Art. 397e Ziff. 5 ZGB und Einholung eines Sachverständigengutachtens bei einem Entlassungsgesuch aus einer Anstalt. Anforderungen an das Gutachten und die Person des Gutachters.*

Im Jahr 2006 ordnete der Vormundschaftsrat des Kantons Basel über X. eine fürsorgerische Freiheitsentziehung an. Dieser Entscheid wurde gut ein Jahr später unter Auferlegung gewisser Auflagen «sistiert». Nach einigen Vorfällen in den Jahren 2010 und 2011 (Verwahrlosung der Wohnung von X., Wohnungsbrand, Hospitalisierung von X. infolge einer Rauchvergiftung, Auffinden von X. in stark verwirrtem und alkoholisiertem Zustand) hob der Vormundschaftsrat die «Sistierung» des fürsorgerischen Freiheitsentzuges auf und ordnete an, X. verbleibe in der UPK, bis eine geeignete Anstalt gefunden werde. Gegen diesen Entscheid erhob X. beim Appellationsgericht Rekurs, welcher ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens abgewiesen wurde. Dagegen wandte sich X. mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Dieses hatte sich in der Folge mit den Fragen auseinanderzusetzen, in welchen Fällen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ein Gutachten eines Sachverständigen eingeholt werden muss und welche Anforderungen an den Gutachter und das Gutachten zu stellen sind (E. 4.1, 4.4 und 4.5).

Gemäss Art. 397e Ziff. 5 ZGB muss bei der *Anordnung eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges* bei psychisch Kranken unter *Beizug eines Sachverständigen* entschieden werden. «Psychisch Kranke im Sinne dieser Bestimmung» sind «nicht nur Geisteskranke, sondern auch Geistesschwache, Suchtkranke oder völlig Verwahrloste im Sinne von Art. 397a Abs. 1 ZGB». Auch im neuen Erwachsenenschutzrecht muss künftig über die fürsorgerische Unterbringung infolge psychischer Störungen (darunter fällt auch die Alkohol-, Drogen- und Medikamentensucht) gestützt auf ein Gutachten entschieden werden (nArt. 450e Abs. 3 ZGB; BBl 2006 7001, 7043 Ziff. 2.2.2) (E. 4.2).

Das Bundesgericht stellte in casu fest, dass die Beschwerdeführerin an einem «bedeutenden Alkoholproblem» litt (E. 4.2). Dennoch

hatte das Appellationsgericht über ihr Gesuch um Entlassung aus der Anstalt als Gericht i. S. v. Art. 397d ZGB als einzige Instanz ohne Einholung eines Gutachtens und damit in Verletzung von Art. 397e Ziff. 5 ZGB entschieden. Dies habe aber nicht zur Folge, dass die Beschwerdeführerin ihren Anträgen gemäss unverzüglich aus der Anstalt zu entlassen sei. Eine Entlassung habe erst nach Ablauf einer auf 30 Tage festzusetzenden Frist zu erfolgen, sofern innerhalb dieses Zeitraums nicht ein den Erwägungen des vorliegend rezensierten Bundesgerichtsurteils entsprechender Entscheid erginge. Das Bundesgericht hiess deshalb die Beschwerde gut, soweit es darauf eintrat (E. 4.3).

Beim *Gutachter* i. S. v. Art. 397e Ziff. 5 ZGB hat es sich um einen ausgewiesenen, unabhängigen Fachmann zu handeln, der sich im gleichen Verfahren nicht bereits zur Krankheit der betroffenen Person geäußert hat. Zwischen dem Fachrichter und dem Sachverständigen darf zudem keine Personalunion bestehen (E. 4.4).

Das *Gutachten* muss sich zum Vorliegen eines Schwächezustands i. S. v. Art. 397a Abs. 1 ZGB, zum Fürsorgebedarf, zur Erforderlichkeit einer stationären oder ambulanten Behandlung und zur Geeignetheit der vorgeschlagenen Anstalt äussern, sodass das Gericht in der Lage ist, die sich aus Art. 397a Abs. 1 ZGB stellenden Rechtsfragen zu beantworten (E. 4.5).

Als Besonderheit erscheint im besprochenen Fall, dass 2006 bereits einmal ein fürsorgerischer Freiheitsentzug angeordnet worden ist, dieser dann aber unter Auferlegung gewisser Bedingungen «sistiert» wurde. Dazu ist anzumerken, dass das Bundesrecht keine «Sistierung» der Anordnung eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges bzw. keinen «bedingten FFE» kennt. Soll die – aufgrund des kantonalen Rechts ausgesprochene – «Sistierung» später wegen des Nichteinhaltens der Auflagen aufgehoben werden, so muss deshalb ein neues, ordentliches Prüfverfahren gemäss ZGB durchgeführt und das Vorliegen aller Voraussetzungen für einen fürsorgerischen Freiheitsentzug erneut abgeklärt werden (so PHILIPPE MEIER/THOMAS HÄBERLI, Übersicht zur Rechtsprechung im Kinds- und Vormundschaftsrecht [März bis Juni 2011], ZKE 2011, 312 ff., 336).

cc) *BGE 137 III 67 (Urteil 5A_645/2010 vom 27. Dezember 2010): Legitimation zur Vormundschaftsbeschwerde gestützt auf Fremd- oder Eigeninteresse (Art. 420 Abs. 1 ZGB). Vorliegen eines Naheverhältnisses analog zu Art. 397d Abs. 1 ZGB bei der Geltendmachung von Interessen der schutzbedürftigen Person. Naheverhältnis einer Bank zu ihren Kunden.*

Der Beistand wies die Bank X. an, alle Konti und Depots der auf eigenes Begehren verbeiständeten A. zu saldieren und anschliessend das Guthaben auf ein Konto bei der Bank C. zu überweisen. Dagegen erhob die Bank X. eine Beschwerde i. S. v. Art. 420 Abs. 1 ZGB. Nachdem die kantonalen Instanzen – Erwachsenen- und Kinderschuttkommission der Stadt Bern, Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland und Obergericht des Kantons Bern – auf die Rechtsmittel entweder nicht eingetreten waren oder sie abgewiesen hatten, gelangte die Bank X. an das Bundesgericht und erhob Beschwerde in Zivilsachen und eventualiter subsidiäre Verfassungsbeschwerde. Gegenstand des Verfahrens bildete die Frage der Legitimation der Bank X. zur Erhebung der Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 ZGB (E. 3).

Gegen Handlungen des Beistandes können in analoger Anwendung von Art. 420 Abs. 1 i. V. m. Art. 367 Abs. 3 ZGB der urteilsfähige Verbeiständete sowie jedermann, der ein Interesse hat, Beschwerde führen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Dritter zur Beschwerdeführung gemäss Art. 420 ZGB lediglich dann legitimiert, wenn er sich entweder auf *Interessen der schutzbedürftigen Person* oder aber auf die *Verletzung eigener Rechte oder Interessen* beruft (BGE 121 III 1 E. 2a S. 3) (E. 3.1). Obwohl vorliegend die Geltendmachung von Eigeninteressen naheliegend gewesen wäre, behauptete die Beschwerdeführerin, sie erhebe die Beschwerde im Interesse der verbeiständeten A. Aus diesen Gründen prüfte das Bundesgericht die erhobene Beschwerde nur unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der *Interessen der Schutzbedürftigen* (Mündelinteressen) (E. 3.3). Es klärte deshalb im Folgenden anhand des Wortlautes (E. 3.4.1), der Materialien (E. 3.4.2), in Abwägung der Argumente der Lehre (E. 3.4.3), der Entstehungsgeschichte des Art. 397d Abs. 1 ZGB (E. 3.4.4.) und des Zwecks der Vormundschaftsbeschwerde (E. 3.4.5) ab, welcher Personenkreis zur Beschwerde gemäss Art. 420 Abs. 1 ZGB *im Interesse des Schutzbedürftigen* (Fremdinteressen) legitimiert ist (E. 3.4). Nach Abwägung all der erwähnten, für die Auslegung

massgebenden Elemente und der in der Doktrin vertretenen Standpunkte gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass es sowohl für eine eingrenzende als auch für eine grosszügige Interpretation des Art. 420 ZGB Argumente gebe. Werde aber die Wahrung von Interessen des Schutzbedürftigen geltend gemacht, so sei die *Beschwerdelegitimation auf nahestehende Personen zu beschränken*. Denn es erscheine mangels Gründen für eine sachliche Differenzierung als sinnvoll, die Legitimation im Rahmen vormundschaftlicher Anordnungen – d. h. von Art. 420 und Art. 397d Abs. 1 ZGB – grundsätzlich gleich zu umschreiben. Deshalb sei unter dem «Interessierten» i. S. v. Art. 420 ZGB ein «Nahestehender» i. S. v. Art. 397d Abs. 1 ZGB zu verstehen. Dafür spreche, dass die Erhebung eines Rechtsmittels im Drittinteresse sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht ein *besonderes eigenes Berührtsein des Dritten* voraussetze. Die Drittbeschwerde im Interesse des Schutzbedürftigen lasse sich damit begründen, dass der Betroffene selber unter Umständen keine Beschwerde erheben könne oder wolle. Dabei sei indessen die Legitimation auf solche Personen einzuschränken, die den Schutzbedürftigen *gut kennen* und sich damit in *berechtigter Weise für dessen Wohl verantwortlich fühlen* (E. 3.5). Gegen eine Beschränkung der Legitimationsbefugnis auf «Nahestehende» spreche einzig, dass solche entweder gar nicht vorhanden seien oder auf eine Beschwerde verzichten würden, womit der Schutzbedürftige schutzlos bliebe. Die Vormundschaftsbeschwerde sei aber – so das Bundesgericht – keine Popularbeschwerde und zudem stehe jedermann die Möglichkeit der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde zu. Deshalb seien auch Personen, die nicht als «nahestehend» qualifiziert werden könnten, nicht machtlos und Schutzbedürftige ohne «Nahestehende» nicht völlig schutzlos. Schliesslich könnten die Personen, die dem Schutzbedürftigen nicht nahe stünden, anstatt Mündelinteressen – wie bereits erwähnt (E. 3.1) – Eigeninteressen geltend machen (E. 3.5).

Dass eine *Bank bzw. ein Bankangestellter ein «Nahestehender»* und damit beschwerdelegitimiert sein kann, hielt das Bundesgericht allgemein für «nicht undenkbar». Das Naheverhältnis könne an sich auch über den Beruf der Person vermittelt werden, welche Beschwerde erheben wolle. Bei einer blossen Konto- und Depotführung ohne besonders engen Kontakt sei aber eine genügende Nahebeziehung nicht anzunehmen. Ob in casu ein ausreichendes, die Beschwerdelegitimation begründendes Naheverhältnis vorlag, musste das Bundes-

gericht mangels Vorbringen entsprechender Umstände durch die Beschwerdeführerin nicht abschliessend klären. Ebenfalls offen gelassen werden konnte die Frage, ob sich die Bank das Naheverhältnis eines Bankangestellten zu ihrem Kunden zurechnen lassen kann, um selber Beschwerde führen zu können (E. 3.6).

Im Ergebnis qualifizierte das Bundesgericht die Beschwerdeführerin in casu als nicht nahestehende Person der verbeiständeten A. und wies die Beschwerde ab, soweit darauf eingetreten werden konnte (E. 3.7).

dd) *BGE 137 III 531 (Urteil 5A_582/2011 vom 3. November 2011): Wechsel der Beistandschaft. Rechtsmittelfrist für die Anfechtung eines Entscheides der unteren Aufsichtsbehörde in Vormundschaftssachen (Art. 420 Abs. 2 ZGB). Anwendbarkeit der ZPO.*

Der gemäss den Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB verbeiständete X. erhob zusammen mit Y. bei der unteren Aufsichtsbehörde (Bezirksrat Winterthur) eine Beschwerde gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB gegen die Abweisung eines Gesuchs um Wechsel des Beistandes. Die Beschwerde wurde abgewiesen; dabei wurden X. und Y. vom Bezirksrat dahingehend belehrt, dass gegen diesen Beschluss *innerhalb von 10 Tagen* nach Zustellung schriftlich Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich erhoben werden könne. Gegen diesen Beschluss gelangten X. und Y. mit dem Begehren an das Obergericht, es sei anstelle der zehntägigen Berufungsfrist gemäss § 188 des Gesetzes vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG/ZH; LS 211.1) die dreissigtägige Frist des Art. 311 ZPO für anwendbar zu erklären. Nach dem Obergericht wies auch das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid damit, dass der Anwendungsbereich der Zivilprozessordnung lediglich Verfahren für gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit umfasse (Art. 1 lit. b ZPO), nicht aber Verfahren, welche in die Zuständigkeit einer kantonalen Verwaltungsbehörde – wie hier der Vormundschaftsbehörde – fallen würden. Den Kantonen bleibe es allerdings im Rahmen des Zivilgesetzbuches freigestellt, auch diese Verfahren dem Anwendungsbereich der ZPO zu unterstellen (Botschaft zur

Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7257 Ziff. 5.1). Die Lehre gehe – so das Bundesgericht weiter – davon aus, dass die Bestellung der Beistandschaft gemäss Art. 392 und Art. 393 ZGB mit der Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 ZGB angefochten werden könne (HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4. Aufl. 2001, 422 Rz. 1127). Folgerichtigerweise hielt das Bundesgericht dafür, dass auch der verweigerte Wechsel des Beistands mit demselben Rechtsmittel angefochten werden könne. Somit gelte gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB eine *Anfechtungsfrist von 10 Tagen* nach Mitteilung des Beschlusses. Diese Frist sei zudem auch anzuwenden auf Beschwerden, welche sich gegen Entscheide von unteren Aufsichtsbehörden richteten, sofern vom Kanton ein solches Rechtsmittel gestützt auf Art. 361 Abs. 2 ZGB vorgesehen werde (E. 3.3).

Das *neue Erwachsenenschutzrecht*, welches am 1. Januar 2013 in Kraft treten wird, enthält in den nArt. 443-450e ZGB eigene Verfahrensvorschriften. Weiter erklärt es in nArt. 450f ZGB die Bestimmungen der ZPO «Im Übrigen» für sinngemäss anwendbar, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen (E. 3.3).

ee) *BGE 137 III 637 (Urteil 5A_596/2011 vom 1. Dezember 2011) = Pra 101 (2012) Nr. 63: Rechtliche Einordnung der Weigerung der Genehmigung der Schlussrechnung des (provisorischen) Vormunds (Art. 451 ff. i. V. m. Art. 386 Abs. 2 ZGB) und der Beauftragung eines Dritten zur Erstellung einer Schlussrechnung auf Kosten des abgesetzten Vormundes. Prüfung eines nicht wieder gut zu machenden Nachteils i. S. v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG.*

2007 ordnete das Friedensgericht des Bezirks Vevey die Eröffnung eines Entmündigungsverfahrens für C. an und entzog diesem i. S. v. Art. 386 Abs. 2 ZGB vorläufig die Handlungsfähigkeit. A. wurde zum provisorischen Vormund ernannt und beauftragt, ein Eingangsinventar über das Vermögen des Mündels zu erstellen. Während dieses Inventar Aktiven in der Höhe von CHF 42 057 240.– netto aufwies, war auf dem Mündelkonto im März 2008 nur noch ein Vermögen von CHF 41 579 755.– vorhanden. Für die Periode von September bis Dezember 2007 wurde eine Vermögensverminderung von CHF 477 485.– ausgewiesen. B. – der Sohn des C. – verlangte die

Ersetzung von A. Im Juli 2008 wurde A. aus seinem Amt entlassen und aufgefordert, dem aufsichtsführenden Beisitzer einen Bericht und eine Abrechnung für seine Amtszeit einzureichen. Nachdem A. zweimal vergebens gemahnt worden war, beauftragte das Friedensgericht im Dezember 2008 das Treuhandunternehmen E., die Buchhaltung über das Vermögen des C. zu erstellen, und forderte A. auf, dem Unternehmen alle erforderlichen Belege zu übergeben. Gegen diesen Entscheid erhob A. Rekurs beim Kantonsgericht Waadt und erreichte, dass ihm für die Einreichung der Buchhaltung eine weitere Frist eingeräumt wurde. Mit Entscheid vom 16. Juni 2009 weigerte sich das Friedensgericht, die von A. inzwischen fristgerecht eingereichte Buchhaltung zu genehmigen. Wiederum beauftragte es das Unternehmen E., die Buchhaltung auf Kosten des A. zu erstellen. A. wurde erneut aufgefordert, dem Treuhandunternehmen sämtliche Buchhaltungsbelege zu übergeben. Dieser Entscheid wurde im Zuge eines von A. erhobenen Rekurses von der Vormundschaftskammer aufgehoben und zur Vervollständigung der Instruktion und zur Neu Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Gestützt darauf räumte das Friedensgericht dem A. eine neue Frist zur Einreichung der Belege ein. Im Herbst 2010 stellte es sodann fest, dass A. die erforderlichen Belege nicht eingereicht hatte, weshalb es die Abrechnung nicht genehmigte. Wiederum wurde das Treuhandunternehmen E. mit der Erstellung der Abrechnung beauftragt und A. wurde aufgefordert, dem Unternehmen sämtliche Belege zur Verfügung zu stellen. Dieser Entscheid wurde von der Vormundschaftskammer bestätigt. Dagegen erhob A. beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen und subsidiäre Verfassungsbeschwerde.

Bereits gestützt auf *formelle Überlegungen* gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei (E. 1.1 und E. 2). Der Entscheid, die Schlussrechnung des Vormundes nicht zu genehmigen und deren Erstellung einem Dritten zu übertragen, stelle keinen Endentscheid i. S. v. Art. 90 BGG dar, sondern bloss einen *Zwischenentscheid* i. S. v. Art. 93 Abs. 2 BGG. Denn damit liege nur eine Etappe vor auf dem Wege hin zur Genehmigung von Schlussbericht und Schlussrechnung (Art. 451 ZGB) sowie zur Entlassung des Vormundes aus dem Amt (Art. 453 Abs. 1 in fine ZGB) infolge Amtsenthebung (vgl. in casu Art. 445 Abs. 1 ZGB) (E. 1.2).

Das Bundesgericht hielt auf entsprechende Argumentation des Beschwerdeführers hin weiter fest, in dessen Kostentragungspflicht

hinsichtlich der durch das Treuhandunternehmen erstellten Mündelrechnung sei kein *nicht wieder gutzumachender Nachteil* i. S. v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu erblicken. Der Umstand, einen Geldbetrag bezahlen zu müssen, bewirke nach ständiger Rechtsprechung keinen Nachteil solcher Art (Urteil 5D_52/2010 vom 10. Mai 2010 E. 1.1.1 mit Hinw., in SJ 2011 I 134). Es sei gemäss Art. 93 Abs. 3 BGG Sache des Beschwerdeführers, die von ihm kritisierte Massnahme durch eine Beschwerde gegen den die Schlussrechnung genehmigenden (End-)Entscheid zu bestreiten (Art. 453 Abs. 1 ZGB) (E. 1.2).

Zur Vervollständigung fügte das Bundesgericht schliesslich noch an, dass die Beschwerde auch gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG unzulässig wäre. Denn die Prüfung des Schlussberichts beschränke sich nicht auf eine rein buchhalterische Verifikation, sondern enthalte auch ein Beurteilung der Rechtmässigkeit der seitens des Vormundes getroffenen Massnahmen (BGE 76 II 181 S. 186). Weil der angefochtene Entscheid zu diesem Aspekt keinerlei Feststellungen enthalte (Art. 105 Abs. 1 BGG), sehe sich das Bundesgericht nicht in der Lage, die Schlussrechnung selber zu genehmigen (E. 1.2).