

Mit freundlicher Genehmigung der Stämpfli Verlag AG

**Zeitschrift  
des Bernischen  
Juristenvereins**

**Revue  
de la société  
des juristes  
bernois**

145. Jahrgang  
Erscheint  
jeden Monat  
September  
2009

**9**

**2009**

**ZBJV**

Organ für schweizerische  
Rechtspflege  
und Gesetzgebung

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

Stämpfli  
Verlag AG  
Bern



**Stämpfli Verlag AG**  
[www.zbjv.ch](http://www.zbjv.ch)

## Inhaltsverzeichnis

### Abhandlungen

- 619** Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht  
Von FRANZ MÜLLER/SIMON ZINGG
- 653** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008  
Familienrecht  
Veröffentlicht in Band 134, ergänzt durch Internetveröffentlichungen  
Scheidungsrecht  
Von Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern
- 686** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008  
Familienrecht  
Veröffentlicht in Band 134  
Kindesrecht  
Von Prof. Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Luzern
- 696** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008  
Familienrecht  
Veröffentlicht im Band 134  
Ehe- und Vormundschaftsrecht  
Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar;  
lic. iur. DOMINIK SCHMID, Rechtsanwalt, Universität Bern

### Aktuell aus dem Bundesgericht/Urteilsanmerkung

- 711** Güterrechtliche Zuordnung von teilweise unentgeltlich erworbenen Liegenschaften und einer damit verbundenen Leibrente  
Von Prof. Dr. REGINA E. AEBI-MÜLLER, 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](mailto:verlag@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://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, Verwaltungsgeschreiblerin REGULA BERCHTOLD EICHENBERGER, Luzern, Dr. BERNHARD BERGER, Bern, Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern, Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen, Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau, Obergerichtsschreiber FRANZ FELDER, Luzern, Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich, Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg, PD Dr. MANUEL JAUN, Bern, Prof. Dr. WALTER KÄLIN, Bern, Prof. Dr. FRANZ KELLERHALS, Bern, Prof. Dr. REGINA KIENER, Bern, Prof. Dr. ANDREAS KLEY, Bern, Obergerichtsschreiber FRÉDÉRIC KOHLER, Bern, Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern, Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen, Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern, Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern, Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich, Prof. Dr. HEINZ REY, Aristau, 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. WOLFGANG WIEGAND, Bern, Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun.

### Abonnemente

Mitglieder Bernischer Juristenverein Print obligatorisch CHF 96.– optional Aboplus CHF 127.–, Mitglieder Luzerner Juristenverein Print obligatorisch CHF 96.– optional Aboplus CHF 130.–

*Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:*

Schweiz CHF 148.–, Ausland CHF 159.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe: CHF 118.–.

Sämtliche Preise inkl. MwSt. (Online: 7,6%/Print 2,4%) und Versandkosten.

**[www.zbjv.recht.ch](http://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](mailto:abonnemente@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://www.staempfli.com/zeitschriften)

### Bestellungen Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Tel. 031 300 63 12, 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](mailto:inserate@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://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](mailto:info@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://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 2008

Familienrecht

### Veröffentlicht im Band 134

Ehe<sup>1</sup>- und Vormundschaftsrecht

Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar,  
Universität Bern;  
lic. iur. DOMINIK SCHMID, Rechtsanwalt, Universität Bern

*Vorbemerkung:* Rezensiert werden in der Reihenfolge der Gesetzssystematik alle im Band 134 der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten Urteile zum Ehe- und Vormundschaftsrecht sowie eine Auswahl der im Jahr 2008 im Internet veröffentlichten Entscheide, die nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen wurden bzw. nicht zur Aufnahme vorgesehen sind.

Zum Ehegüterrecht sind in der Berichtsperiode keine relevanten Entscheide zu verzeichnen.

#### a) **Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, insbesondere Eheschutzverfahren**

aa) *BGE 134 III 667 (Urteil 5A\_585/2008 vom 21. Oktober 2008):  
prozessuale Rechtsnatur einer Schuldneranweisung im Sinne  
von Art. 177 ZGB; Implikationen auf den Fristenlauf im bun-  
desgerichtlichen Verfahren*

Gemäss Art. 177 ZGB kann das Gericht den Schuldner eines Ehegatten, der gegenüber der Familie seine Unterhaltspflicht nicht erfüllt, anweisen, Zahlungen ganz oder teilweise dem andern Ehegatten zu leisten. In casu musste sich das Bundesgericht mit der prozessualen Rechtsnatur dieser Schuldneranweisung befassen.

---

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

Eine auf Art. 177 ZGB gestützte Schuldneranweisung ist – so das Bundesgericht – eine «privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme sui generis» und damit *keine Zivilsache*. Gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen freilich nicht nur Zivilsachen, sondern ebenso «öffentlich-rechtliche Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht stehen». Dazu zählt das Bundesgericht auch die Schuldneranweisung nach Art. 177 ZGB. Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide, die eine Schuldneranweisung i.S.v. Art. 177 ZGB zum Gegenstand haben, kann folglich die *Beschwerde in Zivilsachen* erhoben werden.

Das höchste Gericht hat weiter festgehalten, dass die gerichtliche Anordnung der fraglichen Schuldneranweisung einem *Endentscheid* (Art. 90 BGG) entspricht. Sie stellt – wie die anderen Eheschutzmassnahmen i.S.v. Art. 172 ff. ZGB – eine *vorsorgliche Massnahme* dar, die das Bundesgericht gemäss Art. 98 BGG nur auf die *Verletzung verfassungsmässiger Rechte* überprüfen kann (zum Ganzen E. 1.1, m.H. auf BGE 133 III 393, E. 5; vgl. dazu unsere Besprechung in ZBJV 144 [2008], 600 ff.).

Das Bundesgericht hatte sich sodann mit dem Fristenlauf auseinanderzusetzen. Gemäss Art. 46 Abs. 1 BGG stehen gesetzlich oder richterlich nach Tagen bestimmte Fristen zu den in dieser Norm erwähnten Zeiten still. *Kein Fristenstillstand* gilt dagegen in Verfahren betreffend *vorsorgliche Massnahmen* (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zu den vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 46 Abs. 2 BGG zählt auch die in casu interessierende Schuldneranweisung gemäss Art. 177 ZGB. Klargestellt wird durch das höchste Gericht zudem, dass der Begriff der vorsorglichen Massnahme, wie er in Art. 46 Abs. 2 BGG (Fristenstillstand) und Art. 98 BGG (beschränkte Beschwerdegründe) verwendet wird, gleichbedeutend ist.

Nach dem Gesagten konnte sich der Beschwerdeführer nicht mit Recht auf einen Stillstand der Beschwerdefrist berufen. Die Rechtzeitigkeit einer Beschwerde betreffend vorsorgliche Massnahmen beurteilt sich vielmehr nach der ordentlichen Frist von Art. 100 Abs. 1 BGG; danach ist eine Beschwerde dann rechtzeitig erhoben worden, wenn sie innert 30 Tagen seit Eröffnung des anzufechtenden Entscheids beim Bundesgericht eingeht oder der Schweizerischen Post zur Beförderung übergeben wird. In casu ist die fragliche Rechtsschrift dem Bundesgericht bis zum Ablauf der ordentlichen Beschwerdefrist nicht zugegangen, weshalb es darauf nicht eingetreten ist (zum Ganzen E. 1.2 und E. 1.3).

bb) *Urteil 5A\_681/2007 vom 11. März 2008: Eheschutzverfahren (Art. 172 ff. ZGB); Einfluss der Weiterbildung auf das hypothetische Einkommen im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB*

Nach zweijähriger Ehe trennten sich der Beschwerdeführer und seine damals 37-jährige Ehefrau brasilianischer Nationalität im Laufe des Jahres 2004. Die Ehe ist kinderlos geblieben.

Im Eheschutzverfahren nach Art. 172 ff. ZGB entschied das Kantonsgericht Genf, die Beschwerdegegnerin könne – angesichts ihrer Teilzeitbeschäftigungen – Fr. 1500.00 an den Unterhalt der Familie (Art. 163 Abs. 1 ZGB) beitragen. Die Vorinstanz ging dabei davon aus, dass die Beschwerdegegnerin einer Halbtagesbeschäftigung nachgeht und Fr. 19.00 pro Stunde verdient. Für das sich aufgrund dieser Berechnung ergebende Manko sollte der Ehemann aufkommen.

Der Ehemann hat den Entscheid im Wesentlichen mit der Begründung angefochten, die kantonale Instanz habe das Einkommen seiner Ehefrau willkürlich berechnet, denn diese könne mehr als nur Fr. 1500.00 verdienen und ihren Unterhalt selbst tragen.

Hinsichtlich der *Ausbildung* der Beschwerdegegnerin hält das Bundesgericht – unter Hinweis auf die Erwägungen der Vorinstanz – fest, dass diese über je ein Lizenziat in Rechtswissenschaft und Psychologie verfügt, welche sie beide an einer brasilianischen Universität erworben hat. Zudem arbeitete sie während zwölf Jahren in Brasilien als Gerichtsschreiberin. An der Universität Lausanne hat sie ferner ein «diplôme d'études approfondies (DEA)» in internationalem Wirtschaftsrecht erlangt. Sie beherrscht die Sprachen Portugiesisch, Englisch und Französisch.

Seit Oktober 2005 ist die Beschwerdegegnerin an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Lausanne eingeschrieben, woraus das Bundesgericht schliesst, dass sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Erwerbstätigkeit beschränkt, um ihr Studium fortführen zu können. Das Gericht weist sodann darauf hin, dass man zwar vom anderen Ehegatten einen *finanziellen Beitrag zur beruflichen Eingliederung* – auch *im Rahmen des Unterhalts während noch bestehender Ehe* – erwarten dürfe, falls es einem selbst an einer Ausbildung fehlt (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 7 ZGB analog). Angesichts der Vorbildung der Beschwerdegegnerin seien derartige Umstände in casu allerdings nicht gegeben, weshalb die Ehefrau von ihrem Ehegatten keine finanzielle Unterstützung verlangen könne. Ausserdem

basierende der *Entscheid*, sich auch noch in der Schweiz zur Juristin ausbilden zu lassen, *nicht auf dem gemeinsamen Willen der Ehegatten*, habe die Beschwerdegegnerin doch das Studium erst nach der faktischen Trennung aufgenommen. Für ihr Jurastudium und einen daraus resultierenden Verdienstausschlag muss sie deshalb – so das Bundesgericht – selbst aufkommen (zum Ganzen E. 3.2 und 3.3).

Damit ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin – entgegen der Annahme der Vorinstanz – ein volles Erwerbsspensum zu leisten vermag. Sie könnte dabei ein hypothetisches Arbeitseinkommen von Fr. 3000.00 (statt Fr. 1500.00 gemäss den Berechnungen des angefochtenen Entscheids) erzielen. Das Bundesgericht gelangt zum Schluss, dass die Vorinstanz Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 125 ZGB willkürlich angewandt hat. Den angefochtenen Entscheid hebt es deshalb (und aus weiteren, hier nicht interessierenden Gründen) auf und weist die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (E. 3.3 und Dispositiv).

cc) *Urteil 5A\_547/2007 vom 19. Dezember 2007: Eheschutzverfahren (Art. 172 ff. ZGB); Anpassung eines Eheschutzentscheids an veränderte Verhältnisse durch den Vollstreckungsrichter*

Die verheirateten Parteien leben getrennt. Mit oberinstanzlichem Eheschutzentscheid aus dem Jahr 2004 wurde den im Kanton Genf wohnhaften Eltern die gemeinsame Sorge für die drei Kinder (Jahrgang 1996 bzw. 1997) belassen. Ausserdem sprach das Gericht dem Vater gegenüber seinen Kindern ein Besuchsrecht zu, nämlich jedes zweite Wochenende von Donnerstag, 16.30 Uhr, bis Dienstag, 8.30 Uhr, zusätzlich der Hälfte der Schulferien.

Im anschliessend eingeleiteten Scheidungsverfahren teilte die erste Instanz die elterliche Sorge der Mutter zu. Das Besuchsrecht des Vaters wurde auf jedes zweite Wochenende, von Freitag abend bis Montag morgen, sowie die Hälfte der Schulferien festgelegt. Das Scheidungsverfahren ist vor zweiter Instanz hängig und damit noch nicht rechtskräftig.

Anfang 2007 ist die Mutter mit den drei Kindern vom Kanton Genf in den Kanton Freiburg umgezogen, während der Vater im Kanton Genf wohnhaft geblieben ist. Aufgrund der nunmehr bestehenden örtlichen Distanz haben sich anscheinend Probleme ergeben, das Besuchsrecht zwischen Vater und Kindern – so wie es im Eheschutzverfahren von 2004 geregelt worden ist – umzusetzen. Der Vater

deponierte jedenfalls 2007 beim zuständigen freiburgischen Gericht ein Gesuch um Vollstreckung des Eheschutzentscheids. Dieses Gesuch wurde von der ersten und der zweiten Instanz abgelehnt. Zur Begründung führte das Kantonsgericht Freiburg an, der Umzug der Mutter vom Kanton Genf in den Kanton Freiburg verunmögliche, dass die Kinder ihren Vater – wie seinerzeit im Eheschutzverfahren entschieden – jede zweite Woche während fast vier Tagen besuchen. In Anbetracht der nunmehr gegebenen Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern und angesichts der Stundenpläne der schulpflichtigen Kinder könne der Entscheid nicht vollstreckt werden. Dagegen erhob der Vater Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG).

Das Bundesgericht hält zunächst – unter Hinweis auf BGE 118 II 329 – fest, dass auf die *Vollstreckung* eines Besuchsrechtsentscheides *kantonales Prozessrecht* Anwendung findet. Es ruft sodann in Erinnerung, dass das Vollstreckungsgericht *an das zu vollziehende Urteil gebunden* ist. Der Vollstreckungsrichter hat nicht die Kompetenz, einen rechtskräftigen Entscheid des Richters oder der Vormundschaftsbehörde abzuändern, zu vervollständigen oder dauernd aufzuschieben. Falls sich neue Umstände ergeben, die eine Abänderung des Besuchsrechtsentscheides erforderlich machen, so ist das Sachgericht anzurufen. Von dieser prozessualen Kompetenzaufteilung zwischen Sach- und Vollstreckungsrichter darf indessen nach dem Bundesgericht zur *Wahrung des Kindeswohls* abgewichen werden: Falls das Kindeswohl eine *teilweise Vollstreckung* eines Entscheids gebietet und eine solche mit Blick auf die veränderten Umstände durchführbar ist, so hat dies der Vollstreckungsrichter zu berücksichtigen (E. 5.1, m.w.H. auf die Rechtsprechung).

Aufgrund der Distanz zwischen den Wohnsitzen der Eltern und in Anbetracht des Alters der eingeschulten Kinder ergibt sich für das Bundesgericht, dass im vorliegenden Fall das Kindeswohl einer Vollstreckung des Besuchsrechts von vier aufeinanderfolgenden Tagen offensichtlich entgegensteht. Im Rahmen des zwischen den Parteien hängigen Scheidungsverfahrens verlangte der Umzug der Beschwerdegegnerin – so das Gericht – den Erlass provisorischer Massnahmen zur Anpassung des Besuchsrechts an die neuen Verhältnisse. Das vollständige Fehlen persönlicher Beziehungen zum Vater – wie es sich aus der Verweigerung des Vollstreckungsgesuches ergeben würde – liegt allerdings auch nicht im Interesse der Kinder. Angesichts der veränderten Umstände erscheint dem Bundesgericht vielmehr eine *teilweise Voll-*

*streckung* des Besuchsrechtsentscheids – beschränkt auf die Hälfte der Schulferien und jedes zweite Wochenende – als möglich. Eine derartige teilweise Vollstreckung des Besuchsrechts ist von der Vorinstanz indessen überhaupt nicht erwogen worden, weshalb das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid aufhebt und zur Neu beurteilung im Sinne der Erwägungen zurückweist (E. 5.2).

Mit Blick auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt erweisen sich die bundesgerichtlichen Überlegungen im Ergebnis ohne Weiteres als zutreffend. Diskutabel bleibt demgegenüber die Begründung. In rechtlicher Hinsicht wirft nämlich die vom Gericht der Vorinstanz zur Erwägung empfohlene *teilweise Vollstreckung* des Eheschutzentscheids hinsichtlich des Besuchsrechts etliche *grundlegende prozessuale Fragen* auf.

Zunächst impliziert eine bloss teilweise Gewährung der Vollstreckung, dass sich das dafür zuständige Vollstreckungsgericht mit dem zu vollstreckenden Entscheid *materiell* auseinandersetzt. Der Vollstreckungsrichter wird sich in casu z.B. damit befassen müssen, welchen Stundenplan die schulpflichtigen Kinder zu befolgen haben. Dies läuft – wie das Bundesgericht durchaus erkannt hat – der Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren diametral entgegen. Das Bundesgericht rechtfertigt die vorliegend in Frage stehende Abweichung vom prozessrechtlichen Grundsatz der Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren mit dem Kindeswohl.

Den Rezensenten erscheint es indessen als *fraglich*, ob der vom Bundesgericht eingeschlagene Argumentationsweg überhaupt hätte beschritten werden müssen. Denn Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB sind von bloss provisorischer Natur. Zur Anpassung oder Aufhebung bereits angeordneter Eheschutzmassnahmen steht das Verfahren nach Art. 179 ZGB zur Verfügung. Gemäss Art. 179 ZGB lassen sich bestehende Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft – inklusive solcher zum Besuchsrecht – bei *veränderten Verhältnissen* jederzeit abändern. Im vorliegenden Fall hätten deshalb die Parteien – zwecks Abänderung der ursprünglich erlassenen Eheschutzmassnahmen – ins Verfahren gemäss Art. 179 ZGB oder allenfalls mit Blick auf das unter ihnen inzwischen hängige Scheidungsverfahren auf die Möglichkeit des Erlasses vorsorglicher Massnahmen i.S.v. Art. 137 i.V.m. Art. 179 ZGB verwiesen werden können.

Falls – wie in casu – ein Gesuch um Vollstreckung eines Besuchsrechtsentscheides eingereicht wird, dem angesichts veränderter

Sachumstände eine vollständige Vollstreckung auf Dauer versagt werden muss, erscheint es u.E. als erwägenswert, dass der Vollstreckungsrichter das Gesuch *von Amtes wegen* dem zuständigen Eheschutzrichter bzw. – wenn das Scheidungsverfahren wie hier hängig ist – dem Scheidungsrichter überweist. Der Eheschutzrichter hat das Vollstreckungsgesuch sodann *als Gesuch um Abänderung der bestehenden Eheschutzmassnahmen* im Sinne von Art. 179 ZGB an die Hand zu nehmen. Der Scheidungsrichter seinerseits hätte im Rahmen von *vorsorglichen Massnahmen* gemäss Art. 137 i.V.m. Art. 179 ZGB über das Besuchsrecht allenfalls neu zu befinden. Bei einer solchen Vorgehensweise bräuchte sich der Vollstreckungsrichter nicht zum Sachrichter aufzuschwingen. Zudem bestünde im Verfahren gemäss Art. 179 ZGB bzw. im Verfahren nach Art. 137 i.V.m. Art. 179 ZGB die Möglichkeit, die vorsorglichen Massnahmen *insgesamt zu überprüfen*: Bei einer deutlichen Verkürzung des Besuchsrechts, wie sie das Bundesgericht in casu erwogen hat, dürfte sich gegebenenfalls zugunsten der Kindesmutter insbesondere die Frage nach einer Anpassung des (finanziellen) Kindesunterhalts stellen. Im Verfahren nach Art. 179 ZGB bzw. nach Art. 137 i.V.m. Art. 179 ZGB ist eine derartige Gesamtschau möglich, im Vollstreckungsverfahren dagegen nicht. Im Weiteren sind – zumindest im Kanton Bern – sowohl die Vollstreckung als auch eine Abänderung gemäss Art. 179 ZGB bzw. Art. 137 i.V.m. Art. 179 ZGB im *summarischen Verfahren* zu behandeln (Art. 305 ff. ZPO BE; vgl. Art. 411 Abs. 1 ZPO BE und Art. 322 Abs. 1 ZPO BE i.V.m. Art. 2 Abs. 2 EG ZGB BE).

Das Bundesgericht hat in seiner *bisherigen Praxis* in ähnlich gelagerten Fällen aus dem Kindeswohl nur eine *vorübergehende* Verweigerung der Vollstreckung abgeleitet (vgl. 5A.627/2007, E. 3.1, m.w.H. auf die Rechtsprechung). *Im vorliegenden Fall* hält das Gericht hingegen dafür, die vorsorglichen Massnahmen *auf Dauer* nicht (vollständig) zu vollstrecken.

**b) Vormundschaftsrecht**

- aa) *BGE 134 III 385 (Urteile 5A\_67/2008 und 5A\_71/2008 vom 22. Mai 2008): kombinierte Beistandschaft (Art. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB) für eine Person mit altersbedingter Schwäche trotz Vorhandenseins von generalbevollmächtigten Dritten*

Der Beschwerdegegner leidet an einer altersbedingten Schwäche. Dadurch werden seine kognitiven und körperlichen Fähigkeiten beeinträchtigt, was zu einer entsprechenden Schutz-, Vertretungs- und Betreuungsbedürftigkeit geführt hat.

Der Beschwerdegegner stellte deshalb seiner Tochter sowie einem Rechtsanwalt je eine Generalvollmacht aus. Diese beiden Personen besorgen seither insbesondere seine administrativen und (beträchtlichen) finanziellen Angelegenheiten. Im Zeitpunkt der Ausstellung der Generalvollmachten ist der Beschwerdegegner – gemäss ärztlichem Gutachten – urteilsfähig gewesen. Aufgrund seiner altersbedingten Schwäche ist er indessen nicht in der Lage, die bevollmächtigten Personen zu kontrollieren.

Das Obergericht des Kantons Zürich als Vorinstanz vertrat die Auffassung, der Beschwerdegegner werde sowohl in seinen persönlichen als auch in den geschäftlichen und finanziellen Belangen – trotz fehlender Möglichkeit zur Beaufsichtigung – ausreichend unterstützt, womit sich vormundschaftliche Massnahmen erübrigten. Gegen diesen Entscheid erhoben die Ehefrau des Beschwerdegegners und sein Sohn Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG).

Bezüglich der *persönlichen Bedürfnisse* des Beschwerdegegners bestand auch für das Bundesgericht keine Veranlassung zur Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen, zumal die Beschwerdeführer keine entsprechenden Anträge gestellt hatten (E. 4.1).

Strittig war dagegen, ob der Beschwerdegegner in *geschäftlichen und finanziellen Belangen* zu Recht nicht unter eine kombinierte Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft gestellt worden war. Seine diesbezüglichen Interessen werden *ausschliesslich durch die bevollmächtigten Personen* gewahrt. Bei dieser Sachlage erachtet das Bundesgericht eine vormundschaftliche Hilfe nur dann als entbehrlich, «wenn der hilfsbedürftige Vollmachtgeber *jederzeit* in der Lage ist, die von ihm eingesetzten Personen wenigstens grundsätzlich

zu *kontrollieren* und zu *überwachen* und nötigenfalls auch zu *ersetzen*» (E. 4.2, m.w.H.; Kursivschrift durch die Autoren). Gemäss dem Bundesgericht ist eine derartige Überwachungsmöglichkeit seitens des Beschwerdegegners in casu nicht gewährleistet. Das Gericht erachtet deshalb die Voraussetzungen zur Anordnung einer kombinierten Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft (Art. 392 Ziff. 1 bzw. Art. 393 Ziff. 2 ZGB) als erfüllt, zumal der Beschwerdegegner selbst zu Protokoll gegeben hat, er könne die Bevollmächtigten nicht kontrollieren. Ausserdem hat der Beschwerdegegner erklärt, «er habe ja auch noch eine Treuhandgesellschaft, die die Dinge überprüfe». Dem hält das Bundesgericht zu Recht entgegen, «dass eine allfällige gegenseitige Kontrolle der bevollmächtigten Personen unter sich eine Überwachung durch den Beschwerdegegner nicht etwa zu ersetzen vermöchte, würde jene doch keine Gewähr dafür bieten, dass tatsächlich dessen Interessen verfolgt werden» (E. 4.2, m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre).

Das Bundesgericht verwirft schliesslich das Konzept der Vorinstanz, wonach die *Vormundschaftsbehörde* die Bevollmächtigten *kontrollieren* könne. Dagegen spricht, dass die Vormundschaftsbehörde darauf angewiesen ist, «von allfälligen Missbräuchen oder von einer Gefährdung der Interessen des Beschwerdegegners zuerst Kenntnis zu erhalten». Selbst wenn die Vormundschaftsbehörde «von sich aus» – spricht: von Amtes wegen – von Zeit zu Zeit Abklärungen treffen würde, könnten die Interessen des von der vormundschaftlichen Massnahme Betroffenen aufgrund «der Komplexität der Verhältnisse im geschäftlichen Bereich» nicht zureichend gewahrt werden (E. 4.2). In der Tat scheinen die Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers – er ist u.a. Mehrheits- bzw. faktischer Alleinaktionär und Verwaltungspräsident einer Holding mit Tochtergesellschaften (vgl. Urteil 5A\_67/2008) – als kompliziert. Ob das Bundesgericht eine rein vormundschaftsbehördliche Kontrolle bei einfachen Vermögensverhältnissen hätte genügen lassen, hat es offengelassen. Selbst in solchen Verhältnissen wäre indessen eine formelle Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft zu verlangen, weil die Interessen der Betroffenen auch in wenig komplexen Fällen letztlich nur durch eine Beistandschaft effektiv gewahrt werden können.

Das Bundesgericht hat nach dem Gesagten den angefochtenen Entscheid aufgehoben, den Beschwerdegegner unter eine kombinierte Beistandschaft (Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB) ge-

stellt sowie die Sache an die zuständige Vormundschaftsbehörde zur Bestellung des Beistandes und zur Umschreibung seiner Aufgaben im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen (amtlich nicht publiziertes Dispositiv aus Urteil 5A\_67/2008).

- bb) *BGE 134 I 209 (Urteil 5A\_656/2007 vom 13. März 2008): fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB); Zulässigkeit der Unterbringung eines Patienten in einem Sicherheitszimmer («chambre sécurisée»)*

Der Beschwerdeführer ist drogenabhängig. Mit Blick auf einen unfreiwilligen Drogenentzug haben die Vormundschaftsbehörden eine fürsorgerische Freiheitsentziehung nach Art. 397a ff. ZGB angeordnet und den Beschwerdeführer – während der Wartezeit auf einen Therapieplatz in einer entsprechend spezialisierten Einrichtung – in die psychiatrische Klinik Belle-Idée, Genf, eingewiesen.

Der Beschwerdeführer flüchtete daraufhin aus der Klinik. Nach seiner Rückkehr wurde er wegen Drogenkonsums und Fluchtgefahr in ein geschlossenes und gesichertes Zimmer («chambre sécurisée») versetzt, ohne seine Möbel; anlässlich der Versetzung hat man ihm zudem seine Kleider, sein Mobiltelefon, seinen Plattenspieler und seine Lektüre – bis auf die Bibel – abgenommen.

Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob sich die vorgenannte Behandlung des Beschwerdeführers mit seinem grundrechtlich geschützten Anspruch auf *persönliche Freiheit* gemäss Art. 10 Abs. 2 BV verträgt.

Die vorliegend erfolgte Einschliessung des Beschwerdeführers in ein besonders gesichertes Zimmer stellt nach dem Bundesgericht eine im Vergleich zu der bereits im gewöhnlichen Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 397a ff. ZGB zu erleidenden zusätzliche Beschränkung in der persönlichen Freiheit dar («une privation de liberté supplémentaire par rapport à celle déjà subie dans le cadre du régime habituel de la privation de liberté à des fins d'assistance»). Auf die Frage, ob es sich bei dieser qualifizierten Beschränkung der persönlichen Freiheit um einen leichten oder einen schweren Eingriff i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV handelt, ist das Bundesgericht – bewusst oder unbewusst – nicht eingegangen. Als Eingriff in die persönliche Freiheit bedarf die Einschliessung in ein derartiges Zimmer jedenfalls einer genügenden gesetzlichen Grundlage (E. 2.4).

Strittig ist, ob Art. 50 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Genf (Loi sur la santé du 7 avril 2006, RSG K 1 03, im Folgenden: LS/GE) eine solche *gesetzliche Grundlage* darstelle. Art. 50 Abs. 4 LS/GE verbietet explizit die Versetzung in eine Isolationszelle mit Gefängnischarakter. Nach dem Bundesgericht ergibt sich vorliegend aus den erhobenen Tatsachen, dass die Einschliessung des Beschwerdeführers als Massnahme mit disziplinarischem oder bestrafendem Charakter angeordnet worden ist. Im Lichte von Art. 50 Abs. 4 LS/GE erscheine sie deshalb als nicht zulässig. Die Anordnung würde überdies, so das Bundesgericht, auch einer Verhältnismässigkeitsprüfung, wie sie Art. 50 Abs. 2 LS/GE vorsieht, nicht standhalten (E. 2.4).

*Ergänzend* sei darauf hingewiesen, dass auch eine genügende gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht die angeordnete Massnahme alleine noch nicht zulässig machen würde. Das kantonale Recht unterliegt nämlich der (hier: akzessorischen) Normenkontrolle durch das Bundesgericht. Im Rahmen der Normenkontrolle kann das kantonale Recht auf die Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft werden. Eine kantonale Bestimmung, welche die angeordnete Massnahme für den vorliegenden Fall erlaubte, würde vor Art. 10 Abs. 2 BV wahrscheinlich nicht zu bestehen vermögen. Einer entsprechenden kantonalen Regelung müsste das Bundesgericht daher die Anwendung von Verfassungen wegen versagen (vgl. zum Ganzen PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., § 11, S. 183 ff.; HEINZ AEMISEGGER/KARIN SCHERRER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, N. 23 ff. zu Art. 82 BGG; aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 133 I 1 und BGE 133 I 77).

cc) *Urteile 5A\_90/2008 vom 8. April 2008, 5A\_439/2008 vom 8. September 2008, 5A\_595/2007 vom 26. November 2007, 5A\_671/2008 vom 3. November 2008; Bundesgerichtspraxis zur unentgeltlichen anwaltlichen Verbeiständung bei fürsorge-rischer Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB)*

In der Berichtsperiode hatte sich das Bundesgericht mehrmals mit der unentgeltlichen anwaltlichen Verbeiständung bei fürsorge-rischer Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB) zu befassen. Die ihm zur Beurteilung vorgelegten Entscheide hat das Bundesgericht – wegen Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV – allesamt aufgehoben und den jeweiligen Gesuchstellern einen unentgeltlichen Rechtsbeistand bei-

gegeben bzw. die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Einzelnen handelt es sich um die folgenden Fälle:

*Urteil 5A\_90/2008 vom 8. April 2008:*

Der Beschwerdeführer leidet an einer paranoiden Schizophrenie, weshalb eine fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet wurde. In einem Kurzbericht führte der zuständige Psychiater aus, eine Selbstgefährdung sei nicht vorhanden, und zur Fremdgefährdung könne «keine Wahrheitsfindung» betrieben werden. Anderntags kam derselbe Gutachter dagegen zum Schluss, hinsichtlich der Fremdgefährdung seien «etliche Hinweise vorhanden, dass der Beschwerdeführer bedrohlich aufgetreten» sei. Vor Gericht wiederum relativierte der Gutachter seine bisherigen Aussagen: Wahrscheinliches Szenario sei, dass der Beschwerdeführer die Umwelt durch unangepasstes Verhalten belästige. Eine konkrete schwere Gefahr für Leib und Leben anderer gehe von ihm jedoch nicht aus (E. 3.2).

Bei dieser «*relativ verworrenen Ausgangslage*», so das Bundesgericht, «konnte weder die Notwendigkeit der Verbeiständung verneint noch das Verfahren als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden», obwohl der Beschwerdeführer, wie das höchste Gericht eingangs der Urteilsbegründung festhält, anlässlich der Verhandlungen jeweils *luzide* gewirkt hat: «Dass jemand – wie im angefochtenen Entscheid festgestellt wird – an der Verhandlung <luzide> erscheint, lässt für sich allein nicht auf sein Vermögen schliessen, seine Rechte im Verfahren wirksam wahrnehmen zu können» (E. 3.1 und 3.2; Kurzschrift durch die Autoren).

*Urteil 5A\_439/2008 vom 8. September 2008:*

Auch in diesem Verfahren wurde dem Beschwerdeführer die Freiheit wegen paranoider Schizophrenie fürsorgerisch entzogen. Gemäss Gutachten manifestiert sich die Krankheit in «Halluzinationen, Gedankenlesen und Gedankenausbreitung». Dabei zeigt der Beschwerdeführer «inadäquate Affekte, mit Erregungszuständen und Misstrauen», wobei er sich selbst und die Umgebung gefährdet. Mit hin erfüllt der Beschwerdeführer die «Kriterien einer affektvollen Paraphrenie». Zudem konsumiert er Cannabinoide, was sich auf den Gesundheitszustand negativ auswirkt und auch während der jüngsten Einweisung nicht vollständig unterbunden werden konnte (E. 3.3).

Anlässlich der Rekursverhandlung hat der Beschwerdeführer «seinen Standpunkt gegenüber der Rekurskommission *sehr gut, verständlich, differenziert und eigenständig* klar machen können». Der Beschwerdeführer habe sich deshalb «als vollumfänglich urteils- und verhandlungsfähig präsentiert» (E. 2.1; Kursivschrift durch die Autoren). Dem hält das Bundesgericht entgegen, die «tatsächlichen Umstände im Zusammenhang mit der Krankheit des Beschwerdeführers» liessen «*begründete Zweifel* daran aufkommen, dass er – *allein auf sich gestellt* – in der Lage gewesen wäre, sich anlässlich der Verhandlung vor der Rekurskommission den Umständen entsprechend *zu verteidigen bzw. seine Rechte wahrzunehmen*. Dass sich der Beschwerdeführer klar und verständlich äusserte, vermag diese Zweifel nicht auszuräumen [...]» (E. 3.3; Kursivschrift durch die Autoren).

*Urteil 5A\_595/2007 vom 26. November 2007:*

Die Beschwerdeführerin ist alkoholabhängig, weswegen sie – im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung – in eine psychiatrische Klinik eingewiesen wurde. Eine dagegen erhobene Beschwerde der nicht anwaltlich verbeiständeten Beschwerdeführerin wies die erste Instanz ab. Sie begründete die Aufrechterhaltung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung mit der Alkoholabhängigkeit der Beschwerdeführerin sowie der Gefahr eines Rückfalls, zumal dem Gericht eine längere stationäre Behandlung nicht von vornherein als aussichtslos erschien. Auf Beschwerde der nunmehr anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin hob das Obergericht das angefochtene Urteil auf und ordnete deren sofortige Entlassung aus der psychiatrischen Klinik an. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wies es dagegen ab. Diesen Entscheid begründete das Obergericht damit, dass das Verfahren von der *Untersuchungsmaxime* beherrscht werde und die Beschwerdeführerin grundsätzlich in der Lage sei, ihre Interessen selbst wahrzunehmen.

Gegen das Argument, das Verfahren der fürsorgerischen Freiheitsentziehung werde von der *Untersuchungsmaxime* beherrscht und mache eine unentgeltliche Verbeiständung unnötig, wendet das Bundesgericht ein, in Verfahren, die – wie der fürsorgerische Freiheitsentzug – *besonders stark in die Rechtsstellung* der betroffenen Person *eingreifen*, sei eine unentgeltliche Verbeiständung grundsätzlich geboten (E. 3.1). Zudem treffe die Parteien eine *Mitwirkungspflicht*,

auch wenn die Untersuchungsmaxime greift. Die Anwendbarkeit der Untersuchungsmaxime schliesst deshalb die unentgeltliche Rechtspflege «nicht schlechthin» aus (E. 3.2.1).

Bei der Aufrechterhaltung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung stützte sich das erstinstanzliche Gericht zudem «auf *widersprüchliche Grundlagen*, hatte doch der beigezogene Facharzt sich für eine Entlassung der Beschwerdeführerin ausgesprochen, während der Klinikarzt für eine Zurückbehaltung plädierte». Bei dieser Ausgangslage, so das Bundesgericht, «war es *nicht von vornherein einfach*, die Aufrechterhaltung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung wirksam anzufechten» (E. 3.2.2; Kursivschrift durch die Autoren).

*Urteil 5A\_671/2008 vom 3. November 2008:*

Der Betroffene leidet an einer Suchterkrankung und an einem Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom (ADS). Wegen Verwahrlosung und gleichzeitiger Überbelastung des Umfelds wurde eine fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet.

Eine unentgeltliche Verbeiständung im Verfahren um Entlassung aus dem fürsorgerischen Freiheitsentzug hat die Vorinstanz mit der Begründung verweigert, «es sei dem eloquenten Beschwerdeführer möglich und zumutbar gewesen, seine Interessen persönlich vor Gericht sachgerecht zu vertreten» (E. 2.1).

Demgegenüber hält das Bundesgericht fest, es bedeute noch nicht, dass der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer seine Interessen an der Verhandlung ohne fremde Hilfe hätte wahrnehmen können, nur weil «er sich anlässlich der Verhandlung *«eloquent»* gebärdete und über die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels informiert gewesen» ist. «Die *tatsächlichen Umstände* im Zusammenhang mit der Suchterkrankung des Beschwerdeführers, aber auch die Diagnose ADS lassen vielmehr begründete *Zweifel* an dieser Fähigkeit [sc. zur Wahrung der eigenen Interessen ohne fremde Hilfe] aufkommen» (E. 3.3; Kursivschrift durch die Autoren).

Im Sinne eines *Fazits* für die richterliche und anwaltliche Praxis ergibt sich aus den vorstehenden Urteilen, dass das Bundesgericht insgesamt einen *strengen Massstab* anwendet, wenn es darum geht, den von einem fürsorgerischen Freiheitsentzug Betroffenen eine *unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung zu verwehren*. Auch wenn diese luzide sind bzw. eloquent auftreten, schliesst dies einen An-

spruch auf einen Armenanwalt keineswegs aus. Im Zweifelsfall – und Zweifel sind gemäss der vorstehenden Praxis des Bundesgerichts bald zu hegen – ist eine unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung geboten: «Auch wenn nach dem Gesagten eine rechtskundige Verbeiständung im Verfahren betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung nicht generell geboten ist, muss angesichts der Schwere des Eingriffs *bei Grenz- und Zweifelsfällen eher zu Gunsten der betroffenen Person* entschieden werden» (Urteil 5A\_595/2007 vom 26. November 2007, E. 3.1; Kursivschrift durch die Autoren).