

Mit freundlicher Genehmigung der Stämpfli Verlag AG

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

146. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Oktober
2010

10

2010

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

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 797** Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine
Von Dr. LORENZ MEYER, Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts
- 881** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009
Familienrecht, Scheidungsrecht, (veröffentlicht in Band 135, ergänzt
durch Internetveröffentlichungen)
Von Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern
- 910** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009
Familienrecht, Kindesrecht, (veröffentlicht in Band 135 und ausge-
wählte im Internet publizierte Urteile)
Von Prof. Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Luzern
- 921** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009
Familienrecht, Ehe- und Vormundschaftsrecht, (veröffentlicht in
Band 135)
Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar, Universität
Bern; lic. iur. DOMINIK SCHMID, Rechtsanwalt, Universität Bern
- 936** Vortragsprogramm

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, Verwaltungsgeschreiberin 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, Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel, 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. 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 127.50, Mitglieder Luzerner Juristenverein inkl. Online-Archiv CHF 130.50

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 148.50, Ausland CHF 160.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 118.–,

Einzelheft CHF 12.–.

Sämtliche Preise inkl. MwSt. (Online: 7,6%/Print 2,4%) 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 2009

Familienrecht

Veröffentlicht in Band 135

Ehe-¹ 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 in Band 135 der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten Urteile zum Ehe- und Vormundschaftsrecht sowie eine Auswahl der im Jahr 2009 im Internet veröffentlichten Entscheide, die nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen wurden bzw. nicht zur Aufnahme im Band 136 vorgesehen sind.

a) Wirkungen der Ehe im Allgemeinen

aa) *BGE 135 III 66 (Urteil 5A_767/2007 vom 23. Oktober 2008): einseitige Mankoüberbindung (Bestätigung der Rechtsprechung)*

Reichen die Einkommen beider Ehegatten nicht aus, um den Unterhalt der Ehegatten und ggf. vorhandener Kinder zu finanzieren, so stellt sich die Frage, wie das Manko auf die beiden Ehegatten zu verteilen ist. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, das Manko entweder einseitig einem der Ehegatten zu überbinden (einseitige Mankoüberbindung) oder dieses in einem bestimmten Verhältnis auf die beiden Ehegatten zu verteilen (Mankoteilung). In konstanter Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht bisher für das *System der einseitigen Mankoüberbindung* ausgesprochen, d.h., dem Unterhalts-

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).

schuldner ist nach Abzug aller infrage stehender familienrechtlicher Unterhaltsverpflichtungen – also ehelicher bzw. nachehelicher Unterhalt sowie Kindesunterhalt (nicht aber Verwandtenunterstützung, welche im Falle eines Mankos von vornherein ausgeschlossen ist) – stets das volle Existenzminimum zu belassen. Dieser Rechtsprechung ist Kritik erwachsen. Die seinerzeit für das System der einseitigen Mankoüberbindung angeführten Gründe überzeugten auch das Bundesgericht nicht mehr restlos, weshalb es die Frage erneut beurteilen wollte (E. 2). Dabei hat sich das Bundesgericht differenziert mit den verschiedenen Ansichten auseinandergesetzt (E. 3 bis 9).

In gegenseitiger Abwägung aller Argumente kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die *Voraussetzungen für eine Änderung der Rechtsprechung nicht vorliegen*. Es bleibt damit dabei, dass das *Manko* im Rahmen der geltenden Rechtsordnung *einseitig zu überbinden* ist. Nichtsdestotrotz erkannte das Bundesgericht Handlungsbedarf, nämlich beim Gesetzgeber: Es liege an diesem, «gegebenenfalls unter Anpassung der betroffenen Gesetze bzw. Rechtsgebiete eine adäquate und kohärente Lösung für die anerkanntermassen unbefriedigende Situation zu schaffen, die sich aus der einseitigen Mankoüberbindung an die Unterhaltsgläubiger – in der Regel die Ehefrau und naturgemäss immer die Kinder – ergibt» (E. 10).

bb) Urteil 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009: Eheschutzentscheid (Art. 172 ff. ZGB), Bezifferung des Rechtsbegehrens (Art. 42 Abs. 1 BGG, Bemerkungen der Autoren zu den entsprechenden Bestimmungen in der neuen ZPO/CH), Zuteilung des Domizils

Die Ehegatten leben getrennt, weshalb die Ehefrau ein gerichtliches Eheschutzverfahren (Art. 172 ff. ZGB) eingeleitet hat. Vor Bundesgericht waren im Wesentlichen die Höhe der Unterhaltszahlungen sowie die Zuteilung des ehelichen Domizils strittig.

Hinsichtlich des *Unterhalts* beantragte der beschwerdeführende Ehemann, er sei zu verurteilen, seiner Ehefrau und der gemeinsamen Tochter Unterhalt «in gerichtlich zu bestimmender Höhe» zu leisten. Dem hält das Bundesgericht mit Verweis auf seine eigene Praxis zu Art. 42 Abs. 1 BGG (namentlich BGE 134 III 235, E. 2 S. 236 f., sowie Urteil 5A_669/2007 vom 4. August 2008, E. 1.2) ent-

gegen, Anträge auf *Geldforderungen* seien zu *bezeichnen*. Rechtsbegehren «auf Festlegung der üblichen, angemessenen oder gesetzlichen Leistungen» erfüllten diese Anforderung nicht, weshalb auf solche grundsätzlich nicht eingetreten werde. Von diesem Grundsatz weicht das Bundesgericht nur ausnahmsweise ab, falls sich aus der Beschwerdebegründung «zweifelsfrei» bzw. «ohne Weiteres» ergibt, welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Vorliegendenfalls war selbst ein nur annähernd beziffertes Unterhaltsbegehren aus der Begründung der Rechtschrift nicht ersichtlich. Auf die Beschwerde konnte deshalb mangels formell genügenden Rechtsbegehrens nicht eingetreten werden, selbst wenn derartige unbezifferte Rechtsbegehren im kantonalen Prozessrecht zulässig sein sollten (E. 2).

Anzumerken bleibt, dass auf *unbezifferte Unterhaltsklagen* (die zumindest im Kanton Bern einer weitverbreiteten Übung entsprechen) auch auf kantonaler Ebene künftig wohl grundsätzlich nicht mehr eingetreten werden kann: Unter dem Regime der schweizerischen Zivilprozessordnung, welche auf 1. Januar 2011 in Kraft tritt, sind unbezifferte Forderungsklagen nur ausnahmsweise zulässig (vgl. Art. 85 ZPO/CH). Leistungsklagen auf Bezahlung eines Geldbetrags müssen grundsätzlich beziffert werden (Art. 84 Abs. 2 ZPO/CH). Es ist deshalb davon auszugehen, dass das Bundesgericht seine konstante Praxis zu Art. 42 Abs. 1 BGG grundsätzlich auf Art. 84 f. ZPO/CH (und damit auf das Verfahren vor kantonalen Instanzen) ausdehnen wird. Die Gerichtspraxis wird dabei zeigen, inwiefern in Unterhalts-sachen aus der *Offizialmaxime* – welche für das Eheschutzverfahren und für die Kinderbelange gilt (vgl. Art. 272 und Art. 277 Abs. 3 ZPO/CH) – die Zulässigkeit unbeziffelter Rechtsbegehren abgeleitet werden kann. So oder anders sind die Begehren um nahehelichen Unterhalt spätestens in den Schlussvorträgen (Art. 232 ZPO/CH) – nach Massgabe des Beweisverfahrens – zu bezeichnen, zumal auf sie der Verfügungsgrundsatz anwendbar ist (vgl. Art. 277 Abs. 1 ZPO/CH).

In materieller Hinsicht brachte der Beschwerdeführer vor, die *Zuteilung der bisher gemeinsam bewohnten Liegenschaft* an die Ehefrau sei willkürlich (E. 4 Ingress).

Das Bundesgericht hält hierzu fest, dass für die Zuteilung der Liegenschaft «das Interesse der Kinder, in der gewohnten und vertrauten Umgebung bleiben zu dürfen», *im Vordergrund* stehe. Ebenfalls vorrangig zu berücksichtigten sei «die Erfahrungstatsache, dass der alleinstehende Ehegatte als Einzelperson rascher eine Wohnung

findet als der andere Ehegatte mit den Kindern». Desgleichen massgeblich sind – so das Bundesgericht – «Gründe beruflicher und gesundheitlicher Art, wenn ein Ehegatte in der ehelichen Liegenschaft seinen Beruf ausübt oder ein Geschäft betreibt oder wenn die Wohnverhältnisse auf besondere Bedürfnisse eines gebrechlichen oder invaliden Familienmitglieds zugeschnitten sind». Erst *in zweiter Linie* dürfen Affektionsinteressen berücksichtigt werden. *Im Zweifel* – wenn die Interessenabwägung zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat – ist schliesslich «den Eigentums- oder anderen rechtlich geordneten Nutzungsverhältnissen Rechnung zu tragen, denen auch bei voraussehbarer längerer Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ein zusätzliches Gewicht beigemessen wird». Nur *ausnahmsweise*, so das Bundesgericht weiter, können finanzielle Gründe für die Zuweisung des ehelichen Wohnhauses entscheidend sein (E. 3.2).

Im vorliegenden Fall hat die *Vorinstanz* ihren Entscheid damit begründet, dass die Mutter für die zweijährige Tochter obhutsberechtigt ist und ein Umzug für Mutter und Tochter mit weitreichenderen Folgen verbunden wäre als für den Ehemann. Hauptsächlich *aus praktischen Gründen* hat es deshalb die eheliche Liegenschaft der Ehefrau zugewiesen. Zudem werde es dem Ehemann als Architekt leicht fallen, einfach und rasch eine geeignete Unterkunft zu finden, zumal die Ehegatten ausserordentlich gut situiert sind (Haushaltseinkommen von rund Fr. 50 000.– pro Monat). *Nicht ausschlaggebend* für die Zuteilung der Liegenschaft war in casu das Kindesinteresse: Die zweijährige Tochter wird ausser Haus betreut (entweder in einer Kinderkrippe oder durch die Grossmutter), und die obhutsberechtigte Ehefrau arbeitet vollzeitlich als Innenarchitektin. Bei dieser Sachlage, so das Obergericht, kann das eheliche Wohnhaus nicht zwingend als vertraute Umgebung bezeichnet werden, sodass ein Umzug nicht unbedingt dem Interesse des Kindes zuwiderlaufen würde. Zudem konnten weder berufliche noch gesundheitliche Gründe ausgemacht werden, die für die Zuteilung der Liegenschaft an einen der beiden Ehegatten gesprochen hätten. Ein massgebliches Affektionsinteresse vermochte die Vorinstanz anscheinend ebenfalls nicht festzustellen (E. 4.1 ff.).

Das *Bundesgericht* bemerkte ergänzend, bei einem Haushaltseinkommen von monatlich rund Fr. 50 000.– könnten vorliegendenfalls finanzielle Gründe nicht ausschlaggebend sein (E. 4.3). Insgesamt habe hier die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft an die Beschwerdegegnerin mit dem unter ihrer Obhut stehenden Kind er-

folgen dürfen, «weil es dem alleinstehenden Beschwerdeführer im Vergleich zu seiner Restfamilie *als zumutbarer* erscheint, aus der ehelichen Liegenschaft auszuziehen, und weil es ihm auf Grund seiner beruflichen Tätigkeit leicht fallen dürfte, einfach und rasch eine neue Wohnung zu finden» (Kursivschrift durch die Autoren). Deshalb liege hier *kein Zweifelsfall* vor, weshalb die kantonalen Gerichte – entgegen der Beschwerde des Ehemannes – nicht auf die Eigentumsverhältnisse abstellen mussten (E. 4.4). Die Willkürigen erachtete das Bundesgericht daher als unbegründet (E. 4.5).

Ob die dargestellte (kantonale) Gerichtspraxis zutreffend ist, bleibt fraglich, dies jedenfalls dann, wenn sachenrechtliche Gesichtspunkte vorliegen würden, die für die Zuweisung der Wohnung an einen der beiden Ehegatten sprechen. Vorliegendenfalls begründen die Gerichte die Zuteilung der Liegenschaft an die Ehefrau damit, dass der Ehemann Architekt ist, viel verdient und ihm die Obhutsberechtigung fehlt. Wäre in casu die eheliche Liegenschaft aus sachenrechtlicher Sicht eher dem Ehemann zuzuweisen gewesen – dem bundesgerichtlichen Entscheid lassen sich hierzu leider keine näheren Details entnehmen –, so müsste der erwähnten Gerichtspraxis entgegengehalten werden, dass in casu die Ehefrau ebenfalls vollzeitlich als (Innen-)Architektin arbeitet und finanziell beide Parteien – auch die Beschwerdegegnerin – ausgesprochen gut gestellt sind. Der Ehefrau dürfte es damit ebenso leicht fallen, eine neue Bleibe zu finden, wie dem Ehemann. Im Ergebnis spricht also einzig der minimal grössere Aufwand für den Umzug der zweijährigen Tochter für den Verbleib der Beschwerdegegnerin in der ehelichen Liegenschaft. Letzten Endes wird damit der Aufwand für das Ein- und Auspacken der Habe eines Kleinkindes höher gewichtet als die sachenrechtliche Stellung des Ehemannes – ungeachtet dessen, dass bei derartigen finanziellen Verhältnissen sowieso ein spezialisiertes Unternehmen mit dem Umzug beauftragt wird. Dass auch in solchen – in der Praxis wohl nicht allzu häufig auftretenden – Konstellationen die sachenrechtliche Situation nicht vorgehen soll, erscheint u.E. als nicht gerechtfertigt und auch kaum mit Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB vereinbar.

b) Ehegüterrecht im Allgemeinen, Errungenschaftsbeteiligung

aa) *Urteil 5A_72/2009 vom 14. Mai 2009: Auskunftspflicht unter geschiedenen Ehegatten bezüglich der Verwaltung von Gesamtgut (195 ZGB, Art. 400 Abs. 1 OR)*

Die Parteien wurden am 24. Februar 2006 rechtskräftig geschieden, wobei sie das Ehegüterrecht den Bestimmungen über die Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) unterstellt hatten. Im Vermögen der Ehegatten befand sich auch ein Wertschriftendepot, das auf den Namen des Ehemannes lautete. Für die darin gehaltenen Wertschriften bestand seit 15. November 2001 bzw. 15. November 2002 (im Urteil werden beide Daten erwähnt, vgl. E. 2.1 und E. 5.2.3) ein Transaktionsstopp. Im Ehescheidungsurteil vom 24. Februar 2006 schlug das Gericht das Wertschriftendepot dem Gesamtgut der Ehegatten zu. Zudem wurde darin die Bank Y. angewiesen, das Wertschriftendepot wertmässig hälftig zu teilen. Weisungsgemäss teilte die Bank Y. am 15. Dezember 2006 die entsprechenden Vermögenswerte auf die Parteien auf.

Mit Eingabe vom 10. Juli 2007 reichte die Beschwerdeführerin gegen den früheren Ehemann Klage ein, wobei bis vor Bundesgericht strittig geblieben ist, ob der geschiedene Ehemann der Beschwerdeführerin lückenlos alle Bankauszüge bezüglich des fraglichen Wertschriftendepots bei der Bank Y. für die Zeit vom 1. November 2002 bis 15. Dezember 2006 aushändigen muss.

Das Bundesgericht prüfte zunächst den *sachlichen Anwendungsbereich* von Art. 195 Abs. 1 ZGB. Gemäss Art. 195 Abs. 1 ZGB sind subsidiär die Bestimmungen über den Auftrag (Art. 394 ff. OR) anzuwenden, wenn ein Ehegatte dem anderen die Verwaltung seines Vermögens überlässt. Diese Bestimmung gilt, so das Bundesgericht, grundsätzlich für *alle Güterstände*, auch für die Gütergemeinschaft. Mit Blick auf die hier infrage stehende Auskunftspflicht ist der Verweis von Art. 195 Abs. 1 ZGB insofern von Bedeutung, als der Beauftragte gemäss Art. 400 Abs. 1 OR auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft ablegen muss. Einer Anwendbarkeit von Art. 195 Abs. 1 ZGB steht zudem nicht entgegen, dass über das fragliche Depot ein Transaktionsstopp verhängt worden ist, weil dadurch nichts an der Rechtsstellung des Beschwerdegegners als formell einzigem Inhaber der fraglichen Vermögenswerte und folglich als deren Verwalter geändert wird (E. 5.1 f.).

Fraglich ist dem Bundesgericht indessen erschienen, ob Art. 195 Abs. 1 ZGB *in zeitlicher Hinsicht* anwendbar ist, weil Art. 195 Abs. 1 ZGB eine *gültige Ehe* voraussetzt: Es ist – so das Gericht – «nicht möglich, nach rechtskräftiger Scheidung gestützt auf Art. 195 Abs. 1 ZGB eine – möglicherweise stillschweigende – Überlassung der Vermögensverwaltung anzunehmen [...]». Im vorliegenden Fall lässt sich deshalb – wie das Bundesgericht sinngemäss festhält – ein Auskunftsanspruch *für die Zeit nach Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung* nicht auf Art. 195 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR stützen (E. 5.3.1).

Ein allgemeiner Auskunftsanspruch gestützt auf Art. 195 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 400 Abs. 1 OR wurde in casu aber auch *für die Dauer der Ehe* verneint: Die Bestimmungen über den Auftrag sind, so das Bundesgericht, bei Art. 195 Abs. 1 ZGB «als subsidiäres Ehegüterrecht» anzuwenden, was bedeute, «dass auch in einer solchen Konstellation mit der Scheidung und der rechtskräftigen güterrechtlichen Auseinandersetzung die Parteien auseinandergesetzt sind und grundsätzlich kein Interesse mehr an einer Rechenschaftsablegung haben». Nach Rechtskraft des Scheidungsurteils interessiere «nicht mehr, ob die güterrechtliche Auseinandersetzung korrekt erfolgt ist». Deshalb bestehe keine «generelle und voraussetzungslose Rechenschaftspflicht zwischen den Jahren 2001 und 2006 [...]» (E. 5.3.2).

Einen Anspruch auf Rechenschaftsablege billigte das Bundesgericht der Beschwerdeführerin nur insofern zu, als sie geltend machte, die *Steuerverwaltung* habe *nach Rechtskraft des Scheidungsurteils Auskunft* über das fragliche Depot verlangt. Es verpflichtete den Beschwerdegegner deshalb, der Beschwerdeführerin die entsprechenden Depotauszüge und Steuerwerte per 31. Dezember 2004 sowie 31. Dezember 2005 zukommen zu lassen. Soweit weitergehend wurde der Beschwerdeführerin das Interesse an der Rechenschaftsablegung abgesprochen und die Beschwerde diesbezüglich abgewiesen (E. 5.3.2, E. 6 f.).

Dem Urteil ist *Kritik* erwachsen (vgl. die Urteilsbesprechung von GIAN SANDRO GENNA in recht 5/2009, 164 ff.). In der Tat kann dem Entscheid – aus verschiedenen Gründen – nicht zugestimmt werden.

Als problematisch hat sich im vorliegenden Fall erwiesen, dass die Liquidation der Ehegütergemeinschaft – also einer *Gesamthandgemeinschaft* – erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils abgeschlossen werden konnte. Die beiden Parteien bildeten daher über die Ehescheidung hinaus eine Rechtsgemeinschaft hinsichtlich des noch

nicht verteilten Gesamthandvermögens. Diese Rechtsgemeinschaft wurde erst mit der vollständigen Liquidation der gemeinschaftlichen Vermögenswerte – also frühestens am 15. Dezember 2006 (Aufteilung der Vermögenswerte durch die Bank Y.) – aufgelöst. Bis dahin sind beide Parteien – auch die Beschwerdeführerin – am Depot bzw. an den entsprechenden Vermögensgegenständen (gemeinschaftlich) rechtszuständig geblieben. Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin von ihrem ehemaligen Ehemann *Auskunft über eigenes Vermögen* verlangt. Auskünfte betreffend (auch) eigenes Vermögen kann die Beschwerdeführerin freilich ohne Weiteres fordern; die entsprechende Rechtsmacht ist Ausfluss ihrer eigenen Zuständigkeit am jeweiligen Vollrecht an den gemeinschaftlichen Vermögensgegenständen (vgl. GIAN SANDRO GENNA, a.a.O., 169 ff.).

Für die Dauer der Ehe lässt sich ein Auskunftsanspruch so dann, wie das Bundesgericht grundsätzlich zutreffend festgehalten hat, auch aus Art. 195 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR ableiten. Nicht nachvollziehbar ist freilich, weshalb von der Beschwerdeführerin verlangt wurde, hinsichtlich des Auskunftsbegehrens ein *besonderes Rechtsschutzinteresse* nachzuweisen. Das Bundesgericht begibt sich damit in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung. Ein besonderes Rechtsschutzinteresse ist bei dieser Sachlage nicht notwendig (GIAN SANDRO GENNA, a.a.O., 167 ff., m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Ein Anspruch auf Auskunft über die Vermögensverwaltung besteht aber auch *nach Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung*: So resultiert ein diesbezüglicher Auskunftsanspruch *einerseits* – wie vorstehend bereits dargelegt – aus der eigenen Zuständigkeit auch der Beschwerdeführerin an den gemeinschaftlichen Vermögensgegenständen. Eine *zweite Rechtsgrundlage* für den Auskunftsanspruch kann in Art. 231 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR erblickt werden, wonach jeder Ehegatte bei Auflösung des Güterstands gleich einem Beauftragten verantwortlich ist (vgl. GIAN SANDRO GENNA, a.a.O., 166 f.). Als *dritte Anspruchsgrundlage* wäre schliesslich in Betracht zu ziehen gewesen, dass der ehemalige Ehemann gegenüber der Bank Y. als Verwalter der Gesamthandgemeinschaft in Erscheinung getreten ist, indem er z.B. die im Streit liegenden Bankauszüge entgegengenommen hat. Daran ändert – wie das Bundesgericht zutreffend festgehalten hat – auch nichts, dass über das Depot ein Transaktionsstopp verhängt worden ist. Auf eine Geschäftsführung in

fremdem bzw. gemeinschaftlichem Interesse – sei sie verwaltend oder sonstwie geschäftsführend – ist Auftragsrecht anzuwenden, denn dieses regelt die Geschäftsführung in fremdem Interesse in allgemeiner Weise (vgl. statt vieler BSK-WEBER, 4.A., N 2 der Vorbemerkungen zu Art. 394 ff. OR). Selbst wenn man im Transaktionsstopp eine Beendigung des Auftrags erblicken wollte, besteht über das Ende des Auftrags hinaus ein Abrechnungs- und Liquidationsverhältnis (vgl. SPR VII/6-HOFSTETTER, 56, sowie BSK-WEBER, 4.A., N 15 zu Art. 404 OR), weshalb der Geschäftsführer aus Art. 400 Abs. 1 OR weiterhin auskunftspflichtig bleibt. So oder anders hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, von ihrem ehemaligen Ehemann Auskunft über die Bankauszüge zu erhalten.

Das Auskunftsbegehren wäre aus den angeführten Gründen *vollumfänglich gutzuheissen* gewesen.

bb) BGE 135 III 241 (Urteil 5A_605/2008 vom 28. Januar 2009): Ersatzanschaffungen nach Auflösung des Güterstands, Bewertung eines vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung veräusserten landwirtschaftlichen Gewerbes

In casu waren die güterrechtlichen Folgen einer Ehescheidung zu beurteilen. Dabei war vor Bundesgericht noch strittig, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, dass Vermögensgegenstände (hier Liegenschaften eines landwirtschaftlichen Gewerbes) während des hängigen Scheidungsverfahrens veräussert werden. Die Ehegatten unterstehen dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB).

Im Falle der Ehescheidung ist – wie das Bundesgericht in Erinnerung ruft – für die Auflösung des ordentlichen Güterstands der Tag der Einreichung des Scheidungsbegehrens massgebend (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Werden Vermögensgegenstände erst nach Einreichung des Scheidungsbegehrens veräussert, so stellt deren Erlös *keine güterrechtliche Ersatzanschaffung* (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 bzw. Art. 198 Ziff. 4 ZGB) dar, weil der Güterstand zum Veräusserungszeitpunkt bereits aufgelöst ist. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz wurde daher als unzutreffend verworfen (E. 4 Ingress, E. 4.1 und 4.2).

Strittig war sodann, wie der Wert der nunmehr veräusserten Liegenschaften des landwirtschaftlichen Gewerbes zu bemessen ist. Das Bundesgericht stellte klar, dass für die Bewertung der Vermögensge-

genstände der *Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung* (Art. 214 Abs. 1 ZGB) – mithin das Datum des Urteils – entscheidend ist. Der Zeitpunkt der Zuordnung der Vermögensgegenstände zur Er rungenschaft oder zum Eigengut eines Ehegatten (Datum der Auflösung des Güterstands, Art. 207 Abs. 1 i.V.m. Art. 204 Abs. 2 ZGB) muss daher vom Zeitpunkt der Bewertung dieser Vermögensgegenstände (Datum der güterrechtlichen Auseinandersetzung) strikt getrennt werden: Während der Bestand an Eigengut und Errungenschaft der Ehegatten *mit Einreichung des Scheidungsbegehrens* fixiert wird, ist der Geldwert der einzelnen Vermögensgegenstände erst auf den *Zeitpunkt des Urteils* hin festzusetzen. Wertveränderungen, die zwischen der Auflösung des Güterstands und der güterrechtlichen Auseinandersetzung eintreten, müssen somit nach der gesetzlichen Regelung berücksichtigt werden (E. 4.1).

Hinsichtlich der Bewertung war weiter umstritten, ob für das veräusserte landwirtschaftliche Gewerbe bzw. die entsprechenden Grundstücke der Verkehrswert (Art. 211 ZGB) oder der Ertragswert (Art. 212 f. ZGB) anzurechnen ist. Die privilegierte Bewertung zum Ertragswert findet – so das Bundesgericht – nur dann Anwendung, «wenn das landwirtschaftliche Gewerbe erhalten bleibt, d.h. *nach* Auflösung des Güterstandes weiterbewirtschaftet wird durch den Eigentümer oder den überlebenden Ehegatten bzw. die Nachkommen, die eine ungeteilte Zuweisung verlangen können» (Kursivschrift im Urteil). Die entsprechenden Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Insbesondere erfolgte der Verkauf *vor* Auflösung des Güterstandes. Einzelne Grundstücke des landwirtschaftlichen Gewerbes sind zudem vom Ertragswertprinzip ausgenommen. Das gesamte landwirtschaftliche Gewerbe bzw. die entsprechenden Grundstücke (auch das unverkaufte) müssen demzufolge zum Verkehrswert bewertet werden, zumal zumindest der Hauptteil des landwirtschaftlichen Gewerbes auch zum Verkehrswert veräussert worden ist. Der Verkehrswert ist dabei nicht nur für den End-, sondern ebenso für den Anfangswert der fraglichen Grundstücke massgeblich, wobei unerheblich bleibt, ob der dazwischen eingetretene Mehrwert auf Massnahmen der öffentlichen Hand (wie Erschliessung oder Zonenänderung) zurückzuführen ist (E. 5).

cc) *BGE 135 III 337 (Urteil 5A_771/2008 vom 3. April 2009): Beginn der Beschwerdefrist (Art. 100 Abs. 6 BGG), wenn das kantonale Gericht auf eine zuvor erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten ist; güterrechtliche Zuordnung einer Rentenverpflichtung, die mit dem Erwerb einer Liegenschaft zusammenhängt*

Gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich hatte der Beschwerdeführer beim örtlichen Kassationsgericht *Nichtigkeitsbeschwerde gemäss der zürcherischen ZPO* erhoben (§ 281 ff. ZPO/ZH). Darin rügte er eine willkürliche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz, also das Obergericht. Das Kassationsgericht erwog hierzu, die Rüge der willkürlichen Rechtsanwendung unterliege – als Bundesrecht – der freien Überprüfung durch das Bundesgericht. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde trat es deshalb in Anwendung von § 285 ZPO/ZH nicht ein. Innert 30 Tagen ab Erhalt des kassationsgerichtlichen Beschlusses – nicht aber des obergerichtlichen Urteils – gelangte der Beschwerdeführer alsdann mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht. Das Bundesgericht hatte daher zu beurteilen, ob die Beschwerde innert der *dreissigtägigen Frist* von Art. 100 Abs. 1 BGG eingereicht worden ist (E. 1.3).

Mit der zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde können nicht alle Rügen vorgebracht werden, die der Beschwerde in Zivilsachen zugänglich sind (vgl. § 281 f. ZPO/ZH und Art. 95 ff. BGG). In solchen Fällen beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG die Frist für eine Beschwerde ans Bundesgericht *erst mit der Eröffnung des Entscheids der entsprechenden kantonalen Instanz* (hier also des Kassationsgerichts des Kantons Zürich) zu laufen. Auf den privilegierten Fristenlauf von Art. 100 Abs. 6 BGG kann sich die beschwerdeführende Partei – so das Bundesgericht – nicht berufen, «sofern ein kantonales Rechtsmittel eingelegt worden ist, das im Gesetz nicht vorgesehen ist, oder wenn die Frist hiefür verpasst worden ist sowie im Fall eines offenbaren Rechtsmissbrauchs, etwa durch Einreichen einer Scheinbeschwerde an die kantonale Rechtsmittelinstanz zur faktischen Verlängerung der Beschwerdefrist an das Bundesgericht». Anhaltspunkte dafür hat das Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht erblickt. In der Regel sei vielmehr der Fristbeginn für die Beschwerde ans Bundesgericht nicht vor der Behandlung des kantonalen Rechtsmittels anzusetzen. Diese Praxis gelte sogar dann, wenn eine an sich zulässi-

ge Rüge ungenügend begründet wurde und die kantonale Rechtsmittelinstanz deshalb nicht darauf eintreten konnte. Im Lichte dieser Rechtsprechung zu Art. 100 Abs. 6 BGG erachtete das Bundesgericht die Beschwerde vorliegendenfalls als fristgerecht zugegangen, weshalb darauf eingetreten werden konnte (E. 1.3).

Anzumerken bleibt, dass die *schweizerische Zivilprozessordnung* nur noch eine (einzige) kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (vgl. Art. 308 ff. ZPO/CH und dazu z.B. Art. 6 EG ZSJ/BE bzw. § 46 GOG/ZH). Hätte sich der hier zu beurteilende Sachverhalt unter dem neuen Recht ereignet, so wäre der Entscheid des Obergerichts direkt mit Beschwerde ans Bundesgericht zu tragen gewesen. Die vorstehend aufgeworfenen Fragen dürften sich dem Bundesgericht damit in Kürze nicht mehr stellen.

In *materieller Hinsicht* hatte das Bundesgericht die güterrechtlichen Folgen der bereits rechtskräftig geschiedenen Ehe der Parteien zu beurteilen. Strittig geblieben war dabei einzig, wie eine *Rentenverpflichtung* des Beschwerdeführers güterrechtlich zu würdigen sei: Der Beschwerdeführer hatte seinerzeit von seinem Vater als Erbvorbezug eine Liegenschaft erworben, wobei er sich im Gegenzug u.a. verpflichtete, den Eltern bis zum Tod des zweiten Elternteils eine Rente von monatlich je Fr. 2200.– auszurichten (E. 2 Ingress, E. 2.1).

Das Ehegüterrecht richtet sich vorliegendenfalls nach den Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB). Die vom Vater erworbene *Liegenschaft* qualifiziert das Bundesgericht als teilweise entgeltlichen Erbvorbezug, wobei die zugleich eingegangenen Verpflichtungen den Verkehrswert der Liegenschaft – auch kapitalisiert – nicht übersteigen. Güterrechtlich ist die Liegenschaft deshalb dem *Eigentum* des Beschwerdeführers (Art. 198 Ziff. 2 ZGB) zuzuordnen (E. 2.2).

Die *Rentenverpflichtung* des Beschwerdeführers muss sodann als Bedingung für den Erbvorbezug gewürdigt werden. Der Erbvorbezug rückt damit in die Nähe einer gemischten Schenkung. Güterrechtlich stützt das Bundesgericht daher die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Rentenverpflichtung als *objektbezogene Schuld* zu beurteilen ist, die gemäss Art. 209 Abs. 2 ZGB auf derjenigen Gütermasse lastet, mit der sie zusammenhängt, vorliegend also auf dem *Eigentum*. Die Liegenschaft wird zudem als Anlageobjekt bewirtschaftet und nicht durch die Familie des Beschwerdeführers bewohnt. Damit kann die Rentenverpflichtung auch nicht als Teil der Wohn-

und damit der Lebenshaltungskosten (welche die Errungenschaft belasten würden) betrachtet werden (E. 2.3 ff.).

Die Rentenzahlungen wurden vorliegendenfalls aus der Errungenschaft des Beschwerdeführers geleistet. Der Errungenschaft des Beschwerdeführers steht daher gestützt auf Art. 209 Abs. 1 ZGB eine *Ersatzforderung* gegen sein Eigengut zu (E. 2.5). Für die Ersatzforderung ist nicht die kapitalisierte Rentenschuld massgeblich, sondern das *Total der tatsächlich geleisteten Zahlungen* bis zur Auflösung des Güterstands (E. 2.6).

Zu ergänzen bleibt, dass ein teilweise unentgeltlich erworbener Vermögensgegenstand nur dann – wie hier – ins Eigengut fällt, wenn der unentgeltliche Teil insgesamt überwiegt, andernfalls der Vermögensgegenstand grundsätzlich der Errungenschaft zuzuordnen ist (statt vieler BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 3.A., N 25 zu Art. 198 ZGB).

c) Vormundschaftsrecht

BGE 135 III 198 (Urteil 5A_594/2008 vom 2. Dezember 2008): Haftung der Mitglieder einer Vormundschaftsbehörde wegen ungenügender Beaufsichtigung einer Beiständin

Auf Begehren von Y. wurde für diesen eine Beistandschaft i.S.v. Art. 394 ZGB errichtet und wunschgemäss G. als Beiständin ernannt. Die Beiständin G. verkaufte in der Folge – mit Zustimmung der zuständigen Vormundschaftsbehörde – die Wohnung des Y. für Fr. 200 000.–. Ein Eröffnungsinventar (Art. 398 Abs. 1 ZGB) existierte damals nicht.

Gut drei Monate nach Rechtskraft der Anordnung der Beistandschaft machte die Vormundschaftsbehörde die Beiständin G. erstmals schriftlich darauf aufmerksam, dass ein Eröffnungsinventar (Art. 398 ZGB) zu errichten sei. Auf diese Aufforderung hin reichte die Beiständin – mit Verspätung – einige Belege ein, die freilich nicht genügten, um ein Eröffnungsinventar zu erstellen. In den folgenden rund fünf Monaten standen die Vormundschaftsbehörde und G. deswegen mehrfach in Kontakt, wobei G. bis zuletzt die erforderlichen Unterlagen nicht beibrachte. Die Vormundschaftsbehörde stellte deshalb die Beiständin G. in ihrem Amt ein (Art. 448 ZGB) und beauftragte stattdessen einen Treuhänder als vorläufigen Beistand. Kurze Zeit später verstarb Y. Als daraufhin der Treuhänder die Schlussabrechnung

erstellte, zeigte sich, dass für einen Betrag von Fr. 108 140.55 die Belege fehlten; diese waren von G. nicht beigebracht worden.

X. (als Universalnachfolger des Y. i.S.v. Art. 560 ZGB) klagte alsdann gegen die Beiständin G. auf Schadenersatz. G. anerkannte die Klage. Freilich stellte sich heraus, dass G. überschuldet war, weshalb der Schadenersatzanspruch als uneinbringlich erschien. X. fordert deshalb klageweise Schadenersatz von den Mitgliedern der Vormundschaftsbehörde.

Das Bundesgericht hält einleitend fest, dass auf die Beistandschaft *subsidiär die Bestimmungen über die Vormundschaft Anwendung finden* (Art. 367 Abs. 3 ZGB). Ob bzw. in welchem Umfang die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde für die Führung der Beistandschaft verantwortlich sind, ergibt sich deshalb aus Art. 426 ff. ZGB. Vorliegendenfalls bestanden keine Anhaltspunkte für eine unmittelbare und solidarische Haftung der Mitglieder der Vormundschaftsbehörde (Art. 429 Abs. 3 ZGB), weshalb das Bundesgericht prüfte, ob die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde aus Art. 429 Abs. 1 ZGB für das, was von der Beiständin «nicht erhältlich ist», eintreten müssen (E. 2.1). Dabei war unbestritten, dass von der überschuldeten Beiständin G. kein Schadenersatz erhältlich ist (E. 2.2, vgl. auch E. 9).

Hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen von Art. 426 ff. ZGB präziserte das Bundesgericht sinngemäss, hierbei handle es sich um eine *Verschuldenshaftung*, welche – wie Art. 41 ff. OR – Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquaten Kausalverlauf sowie Verschulden voraussetze. Da vorliegendenfalls zu prüfen ist, ob den Mitgliedern der Vormundschaftsbehörde das Verhalten der Beiständin G. zugerechnet werden kann, stehen die Grundsätze der *Geschäftsherrenhaftung* im Vordergrund (Art. 55 OR i.V.m. Art. 7 ZGB, E. 2.3). Ein tatbestandsmässiges Verhalten der Beiständin G. i.S.v. Art. 55 OR erachtete das Bundesgericht anscheinend als gegeben (vgl. E. 7), ebenso die grundsätzliche Zurechenbarkeit des Verhaltens von G. an die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde (vgl. E. 7 und E. 8).

Ausführlich diskutierte das Bundesgericht hingegen, ob sich die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde wegen zureichender *Auswahl, Instruktion und Beaufsichtigung* von G. exkulpieren können. Hierzu bemerkte es, dass ein Beistand wissen müsse, aus welchen Vermögensgegenständen das zu verwaltende Vermögen überhaupt besteht, damit er seine Aufgabe als Vermögensverwalter sorgfältig wahrnehmen kann. Bei Übernahme der Vormund- bzw. Beistandschaft ist daher ein *Inven-*

tar über die zu verwaltenden Vermögensgegenstände aufzunehmen (Art. 398 Abs. 1 ZGB). Das Inventar muss *rasch* nach Eintritt der Rechtskraft der Anordnung der Beistandschaft erstellt werden (E. 6.1 m.w.H. auf die h.L.). Entsprechend hätten die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde «vorbehaltlos auf eine rasche Erstellung und Einreichung des Eröffnungsinventars dringen müssen». Bei Nichtbefolgung der entsprechenden Anordnung wäre die Beiständin G. «sofort» in ihrem Amt einzustellen gewesen. Stattdessen liessen die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde zu, dass das Eröffnungsinventar während rund acht Monaten nicht erstellt wurde. Damit verletzen sie ihre *Beaufsichtigungspflicht*, zumal sie in dieser Zeit dem Verkauf der Wohnung von Y. durch die Beiständin G. zustimmten (E. 6.2).

Das Bundesgericht weist zudem darauf hin, dass die Vormundschaftsbehörde verpflichtet ist, eine *geeignete Person* als Beiständin zu bestimmen (Art. 379 Abs. 1 ZGB) bzw. zu prüfen, ob nicht wichtige Gründe gegen eine Wahl der vorgeschlagenen Person sprechen (Art. 381 ZGB). Die Frage, ob auch in dieser Hinsicht bestehende Sorgfaltspflichten nicht beachtet worden waren, konnte in casu offen gelassen werden, weil die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde bereits die *cura in custodiendo* in haftungsbegründeter Weise verletzt hatten. Immerhin, so das höchste Gericht, hat sich der Verbeiständete Y. (bzw. sein Rechtsnachfolger X.) nicht treuwidrig verhalten, wenn er eine Verletzung der *cura in eligendo* geltend macht, obwohl die gewünschte Person als Beiständin eingesetzt worden ist (E. 7).

Eine *Haftung* der Mitglieder der Vormundschaftsbehörde wurde daher *dem Grundsatz nach bejaht* und die Sache zur Prüfung allfälliger Exkulpationsgründe und Bestimmung der individuellen Haftungsquoten (Art. 428 ZGB) sowie zur genauen Ermittlung des Schadens an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 9).

Der vorliegende Entscheid wirft insofern *Fragen* auf, als daraus u.E. nicht eindeutig hervorgeht, inwieweit das Bundesgericht Art. 55 OR auf die Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörden (Art. 426 ff. ZGB) anwendet. Von den Voraussetzungen von Art. 55 OR werden längst nicht alle geprüft (vgl. z.B. E. 2.3 und E. 7), weshalb unklar bleibt, ob bloss gewisse Grundsätze der Geschäftsherrenhaftung – namentlich die Sorgfaltsregeln betreffend das Auswählen, die Instruktion und die Beaufsichtigung einer Hilfsperson – auf Art. 426 ff. ZGB anwendbar sind oder ob der gesamte Tatbestand von Art. 55 OR per analogiam auf die Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörden zu übertragen ist.