

Mit freundlicher Genehmigung der Stämpfli Verlag AG

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

147. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
September
2011

9

2011

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

- 631** Koexistenz und Haftung: Gedanken zu wirtschaftlichen Schäden im biotechnischen Zeitalter
Von Prof. Dr. ISABELLE WILDHABER, St. Gallen
- 665** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010
Personenrecht und Erbrecht
Von Prof. Dr. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Luzern
- 676** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010
Familienrecht: Scheidungsrecht
Von Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern
- 704** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010
Familienrecht: Kindesrecht
Von Prof. Dr. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Luzern
- 716** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010
Familienrecht: Ehe- und Vormundschaftsrecht
Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern, und DEBORAH SCHMUKI, Bern
- Aktuell aus dem Bundesgericht
- 744** Höchststrichterliche Hinweise auf kautelarjuristische Gestaltungsmöglichkeiten für den Fall einer unzeitigen Beendigung des Auftrags
Von Dr. CHRISTOPH HURNI, Lausanne

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, 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, Verwaltungsgerichtsschreiberin 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 127.50, Mitglieder Luzernerischer Juristenverein inkl. Online-Archiv CHF 130.50

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 Jahre 2010

Familienrecht

Veröffentlicht in Band 136

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 136 der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierte Urteile zum Ehe- und Vormundschaftsrecht sowie eine Auswahl der im Jahre 2010 im Internet veröffentlichten Entscheide, die nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen wurden bzw. nicht zur Aufnahme in Band 137 vorgesehen sind.

a) Wirkungen der Ehe im Allgemeinen

- aa) *BGE 136 III 161 (Urteil 5A_576/2009 vom 25. November 2009): Bewilligung einer Namensänderung gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB, wenn der Name den eherechtlichen Namensregeln (Art. 160 und Art. 30 Abs. 2 ZGB) entspricht. Beweisgehalt eines Arztzeugnisses.*

Gegenstand der Beschwerde in Zivilsachen war das Gesuch der Beschwerdeführerin «X.-Y.», dem mit der Heirat erworbenen Familiennamen «X.» den Namen «R.» – d. h. den Namen ihres leiblichen Vaters bzw. ersten Ehemannes ihrer Mutter – voranzustellen, nachdem sie gestützt auf eine in ihrer Kindheit erfolgte Namensänderung den

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).

Namen «Y.» des zweiten Ehemannes ihrer Mutter trug. Die Beschwerdeführerin begründete ihr Gesuch namentlich mit einem ärztlichen Zeugnis, gemäss welchem die Namensänderung mit grosser Wahrscheinlichkeit ihre seelische Not lindern und ihr Identitäts- und Selbstwertgefühl verbessern würde (E. 3.).

In Bezug auf das Namensrecht bzw. die *Namensänderung im Allgemeinen* führte das Bundesgericht aus, der zweite Teil des Doppelnamens gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB müsse mit dem Mannesnamen übereinstimmen, der erste Teil des Namens dagegen brauche nicht unbedingt mit dem Namen übereinzustimmen, den die Frau vor ihrer Ehe geführt habe (E. 3.1.2). Hinsichtlich der Anforderungen an die wichtigen Gründe gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB hielt das Gericht fest, die moralischen, geistigen, seelischen, wirtschaftlichen und auch administrativen Interessen seien nach *objektiven* und grundsätzlich nicht nach subjektiven *Kriterien* zu beurteilen (E. 3.1.1). Gemäss dem Bundesgericht lassen sich im Weiteren die Überlegungen seiner früheren Rechtsprechung zu den wichtigen Gründen betreffend die Änderung des Allianznamens auf die Änderung des Doppelnamens übertragen (E. 3.1.3). Das höchste Gericht hielt fest, dass das affektive Interesse am Namen des leiblichen Vaters an sich verständlich sei und mit Zurückhaltung grundsätzlich als wichtiger Grund zur Namensänderung betrachtet werden könnte (E. 3.3, unter Verweisung auf BGE 110 II 97).

Zu den vorgebrachten *Beweismitteln* betreffend die wichtigen Gründe bzw. zum vorgelegten *ärztlichen Zeugnis* führte das Bundesgericht aus, die Bewilligung der Namensänderung dürfe sich nur auf Tatsachen stützen, von deren Vorhandensein sich die Behörde überzeugt habe. Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, das ärztliche Zeugnis sei nicht nachvollziehbar, und sie habe deshalb den Zusammenhang zwischen den psychischen Problemen und der Namensänderung verneint. Dabei handle es sich um eine Frage der *Beweiswürdigung*, weshalb der Entscheid lediglich auf Willkür hin (Art. 9 BV) überprüft werde (E. 3.4.1). Zum *Beweiswert* des ärztlichen Zeugnisses hielt das Gericht fest, dass ein Arztzeugnis im Allgemeinen «die einfachste Form einer medizinischen Erhebung» darstelle. Für die Beurteilung eines Rechtsanspruchs sei «entscheidend, inwieweit eine medizinische Erhebung – sei diese ein Gutachten oder ein ärztlicher Bericht – den Kriterien der Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit» genüge (E. 3.4.2). Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, die Beschwerdeführerin mache nicht geltend (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG),

inwiefern die Vorinstanz der Willkür verfallen sei, indem sie von der fehlenden Nachvollziehbarkeit des Arztzeugnisses ausgegangen sei (E. 3.4.3). Aus diesen Gründen lag keine Verletzung des Ermessens (Art. 4 ZGB) vor, und die Nichtbewilligung der Namensänderung hielt vor Bundesgericht stand (E. 3.4.4 und E. 3.5).

bb) *BGE 136 III 168 (Urteil 5A_712/2009 vom 25. Januar 2010): Namensänderung eines Ehegatten (Art. 30 Abs. 1 und 2 und Art. 160 ZGB). Abweisung eines Gesuchs einer Doppelbürgerin, «welche anstelle des mit der Heirat erworbenen Familiennamens nach den Namensregeln von Sri Lanka einzig den Vornamen des Ehemannes als Nachnamen führen» wollte.*

Die Beschwerdeführerin – eine seit vielen Jahren in Zürich wohnhafte, mit einem Staatsangehörigen aus Sri Lanka verheiratete schweizerische und srilankische Staatsangehörige – beantragte gestützt auf Art. 30 Abs. 1 ZGB die Änderung des im schweizerischen Zivilstandsregister eingetragenen Familiennamens. Anstelle des Nachnamens des Ehemannes wollte sie gemäss srilankischer Tradition fortan dessen Vornamen als Nachnamen führen.

Voraussetzungen und Wirkungen der Namensänderungen unterstanden im vorliegenden internationalen Sachverhalt dem schweizerischen Recht (Art. 38 Abs. 3 IPRG; E. 3.2).

Eine *Namensänderung aus wichtigen Gründen* im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ZGB – worunter «grundsätzlich auch die Vereinheitlichung des Familiennamens im internationalen Verhältnis» fallen kann – hätte nur dann bewilligt werden können, wenn der neue Name Art. 160 oder Art. 30 Abs. 2 ZGB entsprochen hätte (E. 3.2.1). Diese Voraussetzung war in casu nicht gegeben, weil die Beschwerdeführerin beantragte, nur einen Namen («K.») tragen zu dürfen, was nicht mit den Grundsätzen des geltenden ehelichen Namensrechts vereinbar ist, weil dieses unter den Ehegatten keine getrennte Namensführung kennt (E. 3.2.2).

Im Weiteren führte das Bundesgericht – unter Hinweis auf seine früheren Entscheide (vgl. BGE 126 I 1 E. 2e S. 4; BGE 116 II 657 E. 5 S. 665 und BGE 115 II 193 E. 3b S. 197) – aus, Art. 160 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 2 ZGB seien in ihrer Gesamtheit verfassungswidrig, weil «sie gegen das in Art. 8 Abs. 3 BV verankerte Gebot der *Gleich-*

stellung der Geschlechter» (E. 3.3, kursive Hervorhebung durch die Verfasser) verstossen würden. In casu zu prüfen blieb deshalb die Vereinbarkeit des Ergebnisses mit der EMRK (Art. 5 Abs. 1 und 4 BV; E. 3.3). In diesem Zusammenhang nahm das Bundesgericht Bezug auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen Türkei* vom 16. November 2004. Darin hatte der Europäische Gerichtshof erkannt, «dass die Bestimmungen des türkischen Rechts gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK verstossen, soweit die Ehefrau den Namen des Mannes als Familiennamen tragen» müsse (E. 3.3.1), wenn die Ehegatten nicht den Namen der Frau als gemeinsamen Namen tragen wollten. Nichts anderes geschehe indessen – so das Bundesgericht – bei der Anwendung von Art. 160 und Art. 30 Abs. 2 ZGB (E. 3.3.1).

Mit Blick auf Art. 190 BV und das *Prinzip des Vorrangs des Völkerrechts* vor dem Landesrecht ging das Bundesgericht anschliessend der Frage nach, ob die im ZGB festgesetzte – der EMRK widersprechende – «*Unmöglichkeit zur getrennten Namensführung der Ehegatten*» noch relevant sei (E. 3.3.2, kursive Hervorhebung durch die Verfasser). Dabei zog das Gericht die «jüngsten Beratungen im Parlament zum Problem der Kollision zwischen dem Namensrecht der Ehegatten und der EMRK» heran (E. 3.3.3). Der Nationalrat hatte am 11. März 2009 eine parlamentarische Initiative zur Änderung des ZGB zwecks Gleichstellung der Ehegatten im Bereich der Namens- und Bürgerrechtsregelung zurückgewiesen und seiner Rechtskommission den Auftrag erteilt, «ausschliesslich die durch das EMRK-Urteil vom 22. Februar 1994 (*Burghartz gegen Schweiz*) absolut notwendigen Schritte vorzuschlagen» (E. 3.3.3, unter Hinweis auf AB 2009 N 275 ff.). In Erfüllung dieses Auftrages machte in der Folge die Rechtskommission des Nationalrats den Vorschlag, die in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 ZStV (Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004; SR 211.112.2) enthaltene Regelung – sie erlaubt dem Ehemann, seinen bisherigen Namen voranzustellen, wenn die Brautleute den Namen der Ehefrau als Familiennamen führen wollen – in das ZGB zu übernehmen. Zugleich wies die Rechtskommission darauf hin, dass mit dieser Regelung die Gleichstellung nicht gewährleistet werde (E. 3.3.3, unter Verweis auf BBl 2009, 7573, 7577 f.). Der Nationalrat nahm am 10. Dezember 2009 den Vorschlag seiner Rechtskommission an. In der vorangegangenen Beratung war das Urteil *Tekeli gegen Türkei* thematisiert und insbesondere darauf hingewiesen worden, dass *die Schweiz* im Falle einer

entsprechenden Klage durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte *mit grosser Wahrscheinlichkeit verurteilt würde* (E. 3.3.3, mit Hinweis auf das Votum von Bundesrätin Widmer-Schlumpf, AB 2009 N 2284). Aus dieser Verweigerung der Änderung des ehelichen Namensrechts zog das Bundesgericht den Schluss, «dass der schweizerische Gesetzgeber bewusst den Grundsatz der Einheit der Familie und ihres Namens höher gewichtet als den Rechtsgleichheitsgrundsatz, wie ihn der Europäische Gerichtshof versteht». Für das Gericht lag es damit nahe, «gemäss BGE 99 Ib 39 ff. i. S. *Schubert* das Bundesgesetz weiterhin als massgeblich zu erachten» (E. 3.3.4).

Ob diese Auffassung (Massgeblichkeit der geltenden ZGB-Bestimmungen) mit der neueren öffentlich-rechtlichen Rechtsprechung (Vorzug der EMRK, sofern eine Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte droht; BGE 125 II 417 E. 4d S. 425) vereinbar ist, liess das Bundesgericht anschliessend ausdrücklich offen (E. 3.3.4). Denn – so die Argumentation des Gerichts – selbst dann, wenn in casu die im ehelichen Namensrecht statuierte Pflicht der Ehegatten, einen gemeinsamen Namen zu führen, als unmassgeblich erachtet würde – mithin diesbezüglich dem Namensänderungsgesuch der Beschwerdeführerin kein Hindernis mehr entgegenstände –, bliebe das Begehren ohne Erfolg: «Die Tatsache, dass eine in der Schweiz wohnhafte Person mit schweizerischer und ausländischer Staatsangehörigkeit im ausländischen Staat unter einem anderen Namen eingetragen ist, begründet für sich allein keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ZGB ...» (E. 3.4). Und weil andere wichtige Gründe vorliegend seitens der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht worden waren, wurde gemäss Bundesgericht ihr Gesuch um Änderung des Nachnamens in «K.» vom Obergericht zu Recht abgewiesen (E. 3.4).

Die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat sich im vorliegenden Urteil mit *zwei Problembereichen von grundsätzlicher Natur* befasst: Einerseits mit dem im Einzelnen ungeklärten – und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beantworteten – Rangverhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, andererseits mit dem gegen die EMRK verstossenden ehelichen Namensrecht des ZGB.

Die grundsätzlichen Ausführungen des Bundesgerichts zum *Verhältnis zwischen Völkerrecht bzw. der EMRK und dem nationalen Gesetz* sind ergangen, ohne dass dies für die Urteilsfällung in casu

erforderlich gewesen wäre. Denn das Namensänderungsgesuch der Beschwerdeführerin hätte – nach der oben dargestellten Argumentation des Gerichts – auf jeden Fall abgewiesen werden müssen. Dass die II. zivilrechtliche Abteilung die erwähnten grundsätzlichen Erwägungen zum Verhältnis zwischen EMRK und Bundesgesetzen dennoch detailliert in das Urteil aufgenommen hat, lässt u. E. darauf schliessen, dass sie auf die diesbezüglich bestehenden unterschiedlichen Auffassungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinweisen und sich namentlich von der bisherigen Rechtsprechung der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung distanzieren wollte (in diesem Sinne schon FELIX SCHÖBI, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen? Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, 131 ff., 133 f., mit näherer Darstellung der in verschiedenen Entscheiden festzustellenden Uneinigkeit des Bundesgerichts in der hier interessierenden Frage; dazu weiter auch ROBERT BAUMANN, Die Tragweite der *Schubert-Praxis*, AJP 2010, 1009 ff.). Im Ergebnis ist die II. zivilrechtliche Abteilung jedenfalls – wenn auch nur im Rahmen eines obiter dictum – nicht bereit, dem Völkerrecht generell und absolut den Vorrang gegenüber Bundesgesetzen einzuräumen; stattdessen erachtet sie in diesem Zusammenhang die Wertungen des schweizerischen Gesetzgebers als massgebend und lehnt es ab, dem ZGB widersprechende Entscheide zu fällen, um einer Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof zuvorzukommen (vgl. E. 3.3.4). Die Abteilung folgt damit – wie sie selber ausführt – der sog. *Schubert-Praxis* (vgl. BGE 99 Ib 39 ff.), und dies selbst in Bezug auf die EMRK. Nach besagter Praxis kann vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts abgewichen werden, sofern ein neueres Bundesgesetz einem älteren Staatsvertrag widerspricht und der Gesetzgeber den Widerspruch zwischen Staatsvertrag und innerstaatlicher Norm bewusst in Kauf genommen hat. Abschliessend räumt die II. zivilrechtliche Abteilung relativierend wiederum ein, es sei offen, ob diese Sichtweise (Massgeblichkeit der geltenden ZGB-Bestimmungen) mit der neueren Rechtsprechung (Vorzug der EMRK, sofern eine Verurteilung droht) vereinbar ist. Und nur gerade einen Tag nach dem hier besprochenen Entscheid fällte die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts ihrerseits ein Urteil (BGE 136 II 241, BGer 2C_319/2009, 2C_321/2009 vom 26. Januar 2010, E. 16.1., X. c. Administration fiscale du canton de Genève) und sprach sich darin grundsätzlich erneut für einen generellen Vorrang des Völkerrechts aus, der nicht auf die EMRK beschränkt bleibe (BAUMANN,

a. a. O., 1009, 1013; SCHÖBI, a. a. O., 133 f.). Seitens der Rezensenten zu bemerken bleibt, dass namentlich das Interesse an der Erhaltung der Einheit der Rechtsordnung es gebieten würde, dass die verschiedenen Abteilungen des Bundesgerichts die vorliegende Grundsatzfrage gleich beantworteten (siehe ähnlich auch SCHÖBI, a. a. O., 135).

Im Bereich des *ehelichen Namensrechts* macht das Bundesgericht auf den *Widerspruch des ZGB mit der EMRK* aufmerksam. Damit dürfte es an den Gesetzgeber appellieren, (endlich) ein EMRK-konformes Namensrecht zu erlassen. Dieser Appell ist vor dem Hintergrund der seit nunmehr 17 Jahren laufenden und wiederholt gescheiterten Revisionsbemühungen um ein der Gleichstellung von Mann und Frau Rechnung tragendes Namensrecht zu sehen (so auch SCHÖBI, a. a. O., 134). Der Nationalrat sprach sich zwar am 10. Dezember 2009 gegen eine substantielle Reform aus (vgl. AB 2009 N 2284 ff.). Am 7. Juni 2011 hat nun aber der Ständerat einstimmig eine grundlegende *Revision* des Namensrechts befürwortet (dazu AB 2011 S 477 ff.). Der Entwurf für die Gesetzesrevision sieht vor, dass jeder Ehegatte seinen Namen behält, und räumt den Ehegatten die Möglichkeit der Wahl eines gemeinsamen Familiennamens ein. Mit dieser Revision liesse sich die Gleichstellung der Ehegatten im Bereich des Namensrechts realisieren, und die Gefahr einer diesbezüglichen Verurteilung der Schweiz durch den Europäischen Gerichtshof wäre gebannt (vgl. schon SCHÖBI, a. a. O., 134 ff.). Es ist zu hoffen, dass nun auch der Nationalrat der Vorlage zustimmen wird. In diesem Zusammenhang sei schliesslich darauf hingewiesen, dass – wie ein Blick in andere Rechtsordnungen zeigt – die Familieneinheit auch bei getrennter Namensführung der Ehegatten gewahrt bleiben kann.

- cc) *BGE 136 III 431 (Urteil 4A_104/2010 vom 8. Juni 2010) = Pra 100 (2011) Nr. 18: Notwendige materielle Streitgenossenschaft gemeinsamer Mieter bei der Anfechtung einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR) und «Vertretung der ehelichen Gemeinschaft vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen» (Art. 166 ZGB).*

Infolge einer Mietzinserhöhung, mit welcher die Ehegatten X. nicht einverstanden waren, wandte sich der Ehemann A. X. an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen. Nach gescheiterter Schlichtung

gelangten die Ehegatten A. X. und B. X. zusammen an das Mietgericht und in der Folge an die Rekurskammer des Kantons Waadt. Diese wies die Beschwerde ab mit der Begründung, A. X. und B. X. bildeten eine notwendige Streitgenossenschaft und hätten deshalb die Mietzinserhöhung bereits vor der Schlichtungsbehörde gemeinsam anfechten müssen. Gegen diesen Entscheid erhoben die beiden Ehegatten Beschwerde in Zivilsachen.

Das Bundesgericht setzte sich zunächst mit der Frage auseinander, ob gemeinsame Mieter eine *notwendige Streitgenossenschaft* bilden und daher eine Mietzinserhöhung gemeinsam anfechten müssen. Dabei lehnte das Gericht eine sinngemässe Anwendung der Bestimmung von Art. 273a OR ab, wonach ein Ehegatte, der nicht Mieter ist, die Kündigung des Mietvertrages für die Familienwohnung alleine anfechten kann. Diese Norm bezwecke den Schutz des Ehegatten des Mieters vor der Gefahr, dass der andere Ehegatte durch einseitige Handlungen auf die gemeinsame Wohnung verzichte. Ein solches Risiko bestehe indessen bei einer die Höhe des Mietzinses betreffenden Streitigkeit nicht. Aus diesen Gründen hielt das Bundesgericht mit der Mehrheit der Lehre dafür, dass Mitmieter – seien sie Ehegatten, eingetragene Partner oder blosser Mitmieter – eine notwendige materielle Streitgenossenschaft bilden (E. 3).

Weiter stellte sich in casu die Frage, ob ein Ehegatte gestützt auf Art. 166 ZGB den anderen *vor der Schlichtungsbehörde in Miet-sachen vertreten* kann (E. 4). Das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde stellt eine notwendige und obligatorische Voraussetzung für die Einleitung eines Verfahrens zur Anfechtung der Mietzinserhöhung vor Gericht dar (Art. 270b Abs. 1 OR), und es bildet deshalb einen Bestandteil des gerichtlichen Verfahrens. Für die Vertretung eines Ehegatten durch einen anderen in einem Gerichtsverfahren gilt aber Art. 166 ZGB grundsätzlich nicht (E. 4.2, u. a. unter Hinweis auf BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, 2. Aufl., Bern 1999, N 62 zu Art. 166 ZGB und entsprechend für eingetragene Partner ZK-WOLF/GENNA, Zürich 2007, N 37 zu Art. 15 PartG). Des Weiteren gehört die Einleitung eines Gerichtsverfahrens – selbst dann, wenn es wie hier nur um den Mietzins der Familienwohnung geht – zu denjenigen Rechtshandlungen, die ein Ehegatte in der Regel nicht ohne vorgängige Absprache mit dem anderen Ehegatten vornimmt. Eine solche Handlung lässt sich deshalb nicht den die laufenden Bedürfnisse der Familie – wie sie für die Anwendung von Art. 166 Abs. 1 ZGB vorauszusetzen sind –

betreffenden Handlungen zuordnen. In casu stand überdies in tatsächlicher Hinsicht nicht fest, dass seitens der Ehefrau eine Ermächtigung zur Anfechtung der Mietzinserhöhung vorgelegen hätte oder dass Umstände vorhanden gewesen wären, welche ihr die Zustimmung verunmöglicht hätten (vgl. Art. 166 Abs. 2 ZGB). Im Ergebnis bestand im Verfahren vor der Schlichtungsbehörde keine rechtsgültige Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann (E. 4.2). Die Beschwerde in Zivilsachen wurde deshalb vom Bundesgericht abgewiesen.

Dem Entscheid ist Kritik erwachsen durch LAURENT BIERI/ PHILIPPE MEIER, *La contestation d'une hausse de loyer par des époux colocataires – Commentaire de l'ATF 136 III 431*, Jusletter 20. Dezember 2010; die beiden Autoren bejahen eine Ermächtigung des Ehemannes zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft aufgrund von Art. 166 Abs. 1 ZGB.

dd) *BGE 136 III 257 (Urteil 5A_710/2009 vom 22. Februar 2010) = Pra 100 (2011) Nr. 6: Art. 169 ZGB verliert seine Wirkung, wenn der aufgrund dieser Bestimmung geschützte Ehegatte die Familienwohnung auf unbestimmte Dauer oder endgültig verlässt.*

In casu war vom Bundesgericht die Frage zu beurteilen, ob Art. 169 ZGB auch dann Anwendung findet, wenn die Ehegattin aus der im Alleineigentum des Ehemannes stehenden Familienwohnung auszieht, beim Eheschutzrichter aber gleichzeitig beantragt, die Wohnung sei ihr zum Gebrauch zuzuweisen. Im vorinstanzlichen Verfahren hatten die Gerichte des Kantons Genf die ursprünglich von beiden Ehegatten bewohnte Villa trotz des erfolgten Auszuges der Frau zur Nutzung zugewiesen und dem Ehemann die Veräusserung verboten. In der Folge verlangte der Ehemann vor Bundesgericht die Feststellung, dass Art. 169 ZGB nicht auf die Villa anwendbar sei und er folglich zu deren Veräusserung ermächtigt sei.

Gemäss Art. 169 Abs. 1 ZGB kann ein Ehegatte nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des andern den Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken. Nach Art. 169 Abs. 2 ZGB kann der Ehegatte das Gericht

anrufen, wenn er diese Zustimmung nicht einholen kann oder wenn sie ihm ohne triftigen Grund verweigert wird (E. 2.1).

In Rechtsprechung und Lehre wird als *Familienwohnung* derjenige Ort bezeichnet, welcher als Wohnung und Mittelpunkt des Familienlebens dient. Die Eigenschaft als Familienwohnung bleibt während der ganzen Dauer der Ehe bestehen, mithin auch dann, wenn die Ehegatten faktisch getrennt leben oder ein Scheidungsverfahren hängig ist. Gerade in solchen Situationen erweist sich der Schutz aufgrund von Art. 169 ZGB als besonders erforderlich: Dessen *ratio legis* besteht darin, vom Rechtsträger einseitig – ob infolge von ehelichen Spannungen oder aus Leichtsinne – getroffene Verfügungen, welche dem anderen Ehegatten ungerechtfertigte Schwierigkeiten bereiten, zu verhindern. Der Charakter als Wohnung der Familie und der dieser aufgrund von Art. 169 ZGB zuteil werdende besondere Schutz gehen nur unter bestimmten Umständen verloren. Namentlich ist dies der Fall bei einer gegenständlichen Auseinandersetzung, wenn die Familienwohnung im gegenseitigen Einverständnis der Ehegatten aufgegeben wird oder wenn der den Schutz von Art. 169 ZGB geniessende Ehegatte die Wohnung der Familie endgültig oder auf unbestimmte Dauer verlässt, sei dies aus freiem Entschluss oder auf gerichtliche Anordnung hin (BGE 114 II 396 E. 5 mit Hinweisen = Pra 78 [1989] Nr. 110) (E. 2.1).

Das Bundesgericht schützte in casu die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Villa ihre Eigenschaft als Familienwohnung trotz dem Auszug der Ehefrau nicht verloren habe. Dadurch, dass sie die Zuteilung der Villa an sich verlangte, habe die Ehegattin ihren *Willen zum Ausdruck gebracht, die Wohnung der Familie nicht aufzugeben*. Dass sie zwischenzeitlich bei einem Dritten gewohnt hatte, bedeutete nicht, dass sie die Villa nicht mehr brauchte. Gemäss dem höchsten Gericht darf nur auf der Basis *ernsthafter Anhaltspunkte* angenommen werden, ein Ehegatte habe die Wohnung endgültig verlassen. Andernfalls genügte es, wenn der an der Familienwohnung berechtigte Ehegatte den anderen Ehegatten zum Verlassen der Wohnung zwingen würde, um sich in der Folge auf das definitive Aufgeben der Familienwohnung zu berufen, weil der andere Ehegatte anderswo eine neue Wohnung bezogen habe. Damit aber würde der von Art. 169 ZGB anvisierte Schutz seines Sinnes entleert (E. 2.2). Vgl. zu diesem Entscheid auch THOMAS GEISER, Familienrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011, 119 ff., 119).

- ee) *BGE 136 I 178 (Urteil 5A_798/2009 vom 4. März 2010) = Pra 99 (2010) Nr. 125: «Zuteilung der Obhut über ein Kind im Massnahmeverfahren zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft» (Art. 176 Abs. 3 ZGB).*

Das Urteil wird auch von REGINA E. AEBI-MÜLLER im Teil Kindesrecht, S. 709 hievor, besprochen, weshalb an dieser Stelle nur kurz darauf einzugehen ist.

Die im Eheschutzverfahren gestützt auf Art. 176 Abs. 3 ZGB nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 273 ff. ZGB) erfolgte *Zuteilung der elterlichen Obhut* über den Sohn an die Mutter verletzte gemäss dem Bundesgericht weder Art. 9, 8 und 13 BV noch Art. 8 EMRK noch Art. 9 Abs. 1 KRK (E. 5.1 und 5.2). Das Kind lebte seit der Trennung der Eltern praktisch immer mit der Mutter zusammen, welche auch über mehr Zeit verfügte, sich um den Sohn zu kümmern. Zudem war zu befürchten, dass eine Änderung der Betreuungssituation die bestehende Verhaltensstörung des Kindes verschlimmern könnte. Dies alles überwog die Bedenken, die Mutter werde den Kontakt mit dem Vater wahrscheinlich nicht begünstigen (vgl. auch ALEXANDRA RUMO-JUNGO/GISELA KILDE, *Entwicklungen im Familienrecht*, SJZ 107 [2011] 132 ff., 138). Das Bundesgericht bestätigte deshalb die Obhutszuteilung an die Mutter (E. 5.4 und 5.5).

b) Ehegüterrecht im Allgemeinen, Errungenschaftsbeteiligung

- aa) *Urteil 5A_662/2009 vom 21. Dezember 2009: güterrechtliche Auseinandersetzung, Voraussetzungen einer gemischten Schenkung; nahehelicher Unterhalt (Art. 120 i. V. m. Art. 196 ff., Art. 125, Art. 200 Abs. 3 ZGB; Art. 239 OR).*

Der gemeinsame Haushalt des Beschwerdeführers K. (Ehemann) und seiner Ehefrau wurde 1999 aufgehoben, die Ehe 2009 rechtskräftig geschieden. Streitig blieben einzelne Scheidungsfolgen. Der Ehemann focht das Scheidungsurteil hinsichtlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung an; beide Parteien erhoben zudem Rechtsmittel in Bezug auf die Regelung des nahehelichen Unterhaltes.

Güterrechtlich lebten die Ehegatten unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Streitig war, *welcher Gütermasse die Beteiligung* des Beschwerdeführers an einer einfachen Gesellschaft *zuzuordnen war*. Konkret ging es um ein Grundstück, das K. während der Ehe zusammen mit fünf seiner Geschwister von seinem Vater zu Gesamteigentum als einfacher Gesellschafter erworben hatte. K. machte geltend, es habe sich beim Zuwendungsgeschäft um eine gemischte Schenkung gehandelt, weshalb sein Gesellschaftsanteil seinem Eigengut zuzuweisen sei (E. 2.1). Gemäss dem Bundesgericht erfolgt, wenn formell ein Kaufvertrag als entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt, inhaltlich aber eine gemischte Schenkung behauptet wird, die Abgrenzung danach, ob ein *Begünstigungs-* oder *Zuwendungswille* des Schenkers vorhanden ist. Der bewusste Schenkungswille – d. h. das *subjektive Element* – wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der herrschenden Lehre ausdrücklich vorausgesetzt (E. 2.2 i. f.). Alleine aus einem möglicherweise *objektiv erheblichen Missverhältnis* der ausgetauschten Leistungen darf nicht auf einen Zuwendungswillen schenkungshalber geschlossen werden. Vielmehr hat, *wer* eine gemischte Schenkung *behauptet*, die *Schenkungsabsicht* («animus donandi») *zu beweisen*. Wird infolge guter Beziehungen zwischen den Parteien ein günstiger Preis vereinbart, so macht dies den Verkauf noch nicht zu einer (teilweisen) Schenkung. Fehlt der Schenkungswille als subjektives Element, so liegt ein Verkauf zu einem Freundschaftspreis vor, und der erworbene Gegenstand fällt in die Errungenschaft (E. 2.2). Die Ansicht, wonach (bereits) bei einer für die Parteien erkennbaren Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung ein Schenkungswille zu vermuten ist, lehnt das Bundesgericht für den ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung ab. Denn dies widerspräche der in Art. 200 Abs. 3 ZGB getroffenen gesetzgeberischen Wertentscheidung, wonach «alles Vermögen eines Ehegatten bis zum Beweis des Gegenteils als Errungenschaft gilt» (E. 2.3). Nachdem in casu das Vorhandensein eines Schenkungswillens des Vaters des Beschwerdeführers nicht bewiesen worden war, war von einem reinen Kreditkauf auszugehen. Die Beteiligung des Beschwerdeführers an der einfachen Gesellschaft wurde deshalb der Errungenschaft des Ehemannes zugeordnet (E. 2.4).

Festzuhalten ist, dass der Fall auch interessante *prozessuale bzw. beweisrechtliche Aspekte* aufweist: Der Beschwerdeführer rügte vor Bundesgericht unter anderem Willkür bei der Würdigung der Beweis-

mittel sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil die Vorinstanz auf die Einholung einer Expertise zum Beweis des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung verzichtet hatte (E. 2.1). Das *Recht auf Beweis* – neu ausdrücklich geregelt in Art. 152 ZPO – gehört zu dem in Art. 29 Abs. 2 BV verbrieften Anspruch auf das *rechtliche Gehör* (ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2008, § 18 N 21; zum Unterschied zwischen Art. 8 und Art. 29 Abs. 2 BV vgl. HANS SCHMID/FLAVIO LARDELLI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage, Basel 2010, N 12 zu Art. 8 ZGB, mit Verweis auf BGE 114 II 289 E 2a und OSCAR VOGEL, Das Recht auf den Beweis, recht 1991, 38 ff., 38 f.). Die Beweismittel müssen aber *erheblich und tauglich* sein (HANS SCHMID/FLAVIO LARDELLI, a. a. O., N 6 zu Art. 8 ZGB, mit Verweisen auf diverse BGE), was vorliegend nicht der Fall war: Die kantonale Vorinstanz durfte deshalb davon absehen, die vom Beschwerdeführer angebotenen Beweise zum Missverhältnis der Leistungen abzunehmen. Denn selbst das Vorliegen eines solchen objektiven Missverhältnisses hätte – ohne nachgewiesenen subjektiven Schenkungswillen des Zuwendenden – nicht zur Annahme einer gemischten Schenkung führen können (vgl. auch REGINA E. AEBI-MÜLLER/LAURA JETZER, Beweislast und Beweismass im Ehegüterrecht, AJP 2011, 287 ff., 299 f.).

In Bezug auf den *nachehelichen Unterhalt* war insbesondere streitig, von welcher Lebenshaltung der Beschwerdegegnerin auszugehen war. Der gebührende Unterhalt bemisst sich bei einer lebensprägenden Ehe – wie sie hier vorlag – an der während der Ehe zuletzt, d. h. bis zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts, gelebten Lebenshaltung. In casu wurde zur Bestimmung der massgebenden Lebensverhältnisse auf ein von der Ehefrau erst im letzten Monat des gemeinsamen Ehelebens gesteigertes Einkommen abgestellt. Dies deshalb, weil es tatsächlich noch vor der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts erzielt wurde und einer vor mehreren Jahren zuvor begonnenen Teilzeiterwerbstätigkeit entsprach, welche die Ehefrau mit dem Heranwachsen des Kindes in vorhersehbarem Ausmass erwartungsgemäss ausdehnen konnte (E. 3.2.3).

- bb) *BGE 136 III 209 (Urteil 5A_733/2009 vom 10. Februar 2010): «Massgebende Zeitpunkte für den Bestand der Errungenschaft und für deren Bewertung; Sonderfälle» (Art. 204 Abs. 2, Art. 207 Abs. 1 und Art. 214 Abs. 1 ZGB). Berücksichtigung von während des Scheidungsverfahrens vorgenommenen Investitionen in einen Vermögenswert der Errungenschaft anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung (E. 5). Bewertung eines kaufmännischen Unternehmens und Behandlung von Forderungen des zur Errungenschaft gehörenden Unternehmens gegen dessen Inhaber (E. 6).*

Der Ehemann (Beschwerdeführer) war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Firma X. GmbH. Die Ehefrau (Beschwerdegegnerin) war Hausfrau und arbeitete zusätzlich im Betrieb des Beschwerdeführers mit. Im Jahre 2003 reichten die Ehegatten ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein, worauf das zuständige Kreisgericht die Scheidung aussprach. Der Beschwerdeführer war mit dem Scheidungsurteil in Bezug auf die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht einverstanden, legte Berufung an das Kantonsgericht ein und erhob alsdann Beschwerde vor dem Bundesgericht.

In güterrechtlicher Hinsicht war zunächst streitig, wie *während des Scheidungsverfahrens begründete Schulden* zu erfassen sind. Diese waren zur Deckung von Investitionen des Beschwerdeführers in seine Wohnung entstanden. Die kantonalen Gerichte berücksichtigten bei der Berechnung des Werts der Wohnung nur die wertsteigernden Investitionen, was der Beschwerdeführer als bundesrechtswidrig rügte (E. 5).

Das Bundesgericht rief für die Errungenschaftsbeteiligung vorerst in Erinnerung, dass die Zeitpunkte für die Festsetzung des Bestandes der Gütermassen einerseits und für die Bewertung der einzelnen Vermögenobjekte andererseits zu unterscheiden sind: Die Errungenschaft und das Eigengut jedes Ehegatten werden nach ihrem *Bestand im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes* ausgeschieden (Art. 207 Abs. 1 ZGB), d. h. für den Fall der Scheidung am Tage der Einreichung des entsprechenden Begehrens (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Hingegen ist für die *Bewertung des Vermögens der Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung* massgebend (Art. 214 Abs. 1 ZGB), in casu somit der Moment des Scheidungsurteils. Demzufolge

sind während des Scheidungsverfahrens eingetretene *Wertveränderungen* zu berücksichtigen. Demgegenüber ist es dem Grundsatz nach ausgeschlossen, dass nach Auflösung des Güterstandes eingetretene *Veränderungen im Bestand* der Vermögensmassen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung Beachtung finden: Ist es zur Auflösung des Güterstandes gekommen, so entsteht keine Errungenschaft mehr, an welcher beide Ehegatten zu beteiligen wären (E. 5.2). Von diesem Grundsatz bestehen allerdings *Ausnahmen*: So können nach Auflösung des Güterstandes, aber vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung zur Erhaltung oder Verbesserung eines Errungenschaftsobjekts begründete *Schulden* berücksichtigt werden, wenn der Errungenschaft ein *Gegenwert* zugeflossen ist. Dies ist allerdings dann nicht der Fall, wenn die eingegangene Schuld und die aufgewendeten Mittel lediglich das Entgelt für den Gebrauch des Gegenstandes bilden (E. 5.3). Diesen Grundsätzen entsprechend hatten die kantonalen Vorinstanzen in casu nur die *wertsteigernden Investitionen* berücksichtigt (E. 5.4). Das Bundesgericht hielt dazu fest, die Vorgehensweise der kantonalen Gerichte sei hier nicht zu beanstanden, werfe aber allgemein *heikle Fragen* auf. Denn wenn die Mittel für die Investitionen in die Errungenschaft – anders als im zu beurteilenden Fall – aus dem Eigengut stammten, so könnte sich die Frage nach einer Mehr- oder Minderwertbeteiligung stellen (Art. 209 Abs. 3 ZGB). Eine solche sei aber nach Auflösung des Güterstandes grundsätzlich ausgeschlossen. Deswegen wäre es nach dem Bundesgericht vorzuziehen gewesen, die nach Auflösung des Güterstandes begründete Schuld nicht zu berücksichtigen, dafür aber den betroffenen Vermögensgegenstand bloss mit demjenigen Wert in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen, den er ohne die aufgenommenen Mittel aufgewiesen hätte (E. 5.4.3, mit Hinweis auf BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 21 zu Art. 207 ZGB).

Weiter war in der güterrechtlichen Auseinandersetzung die *Behandlung einer Kontokorrentforderung* der X. GmbH gegenüber dem Beschwerdeführer streitig. Nachdem er diesbezüglich vor den kantonalen Gerichten erfolglos geblieben war, beantragte der Beschwerdeführer vor Bundesgericht die Berücksichtigung seiner Kontokorrentschuld gegenüber der Firma als Teil der Passiven seiner Errungenschaft (E. 6). Das höchste Gericht hat sich deshalb im vorliegenden Entscheid ausführlich zur Unternehmensbewertung im Güterrecht im Allgemeinen und zur Berücksichtigung von nach der Auflösung des Güterstan-

des begründeten Schulden bei der Bewertung eines zur Errungenschaft gehörenden Unternehmens im Besonderen geäußert.

In der *Unternehmensbewertung im Allgemeinen* sind Geschäftsbetriebe als Sachgesamtheiten einer Gesamtbewertung zu unterziehen (E. 6.1). Anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung sind sodann die einzelnen Vermögensgegenstände zu ihrem *Verkehrswert* einzusetzen (Art. 211 ZGB). Als Verkehrswert gilt derjenige Wert, der bei einem Verkauf auf dem freien Markt realisiert werden kann; massgebend ist somit eine *objektive Bewertung* ohne Berücksichtigung des Wertes, den der Vermögensgegenstand für den Eigentümerehgatten subjektiv hat (E. 6.2.1). Ein kaufmännisches Gewerbe oder ein Geschäftsbetrieb ist nach anerkannten Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre zu bewerten, und zwar entweder zum *Fortführungswert* oder aber zum *Liquidationswert*. Der Fortführungswert bestimmt sich regelmässig gestützt auf eine zukunftsbezogene Ertragsbewertung, verbunden mit einer aktuellen Substanzbewertung (E. 6.2.2). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ehegüterrecht ist bereits erkannt worden, dass als Verkehrswert unter Umständen der Fortführungswert eines Unternehmens – errechnet aufgrund der zukünftig zu erwartenden Gewinne – gelten kann und dass eine überwiegende oder gänzliche Bewertung zum Ertragswert dann sinnvoll sein kann, wenn der Eigentümer das betroffene Objekt voraussichtlich über längere Zeit nicht veräussern wird (vgl. BGE 125 III 1, E. 5c S. 6 f.). Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände kann der Verkehrswert im Einzelfall auch dem Ertragswert entsprechen. Nach denselben Grundsätzen erfolgt auch die Unternehmensbewertung im Gesellschaftsrecht (E. 6.2.3). Bei einer rein gewinnorientierten Betrachtung kann – etwa bei kleinen Unternehmen, die über eine Betriebsliegenschaft verfügen – der Ertragswert geringer sein als der Liquidationswert. Im Ehegüterrecht gilt indessen der *Grundsatz, dass der Liquidationswert die Wertuntergrenze darstellt*. Die in dieser Hinsicht abweichende Praxis des Gesellschaftsrechts kann deshalb nicht auf die güterrechtliche Auseinandersetzung übertragen werden. Denn andernfalls würde es im Belieben des unternehmerisch tätigen Ehegatten stehen, durch seine subjektiv gewollte Geschäftspolitik die Höhe der Errungenschaft und damit den Vorschlagsanteil des anderen Ehegatten festzulegen. Im Ehegüterrecht findet eine *objektive Bewertung* statt, und deshalb ist – unabhängig davon, ob das Unternehmen tatsächlich liquidiert oder aber fortgeführt wird – auch ein allenfalls über dem Ertragswert

liegender Liquidationswert massgebend (E. 6.2.4). Während die in casu im Gerichtsgutachten angewendete «Discounted Cash Flow»-Methode als gewinnorientierte Bewertungsmethode anerkannt ist, wird bei kleinen und mittleren Unternehmen die Bewertung häufig auch anhand der sog. Praktikermethode ($1 \times \text{Substanzwert} + [2 \times \text{Ertragswert}]$): 3) vorgenommen. Insgesamt war im zu beurteilenden Fall – so das Bundesgericht – die Bewertung der Firma nicht zu beanstanden (E. 6.2.5).

Hinsichtlich der *Kontokorrentforderung* der Firma gegenüber dem Beschwerdeführer hielt das höchste Gericht Folgendes fest: Das Unternehmen wird – unabhängig von der konkreten Methode – als Einheit bewertet und «nur mit seinem Wert als Saldo im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung erfasst». Folglich werden – im Sinne einer Ausnahme (vgl. zu diesen Sonderfällen auch schon E. 5.3) – ebenfalls Aktiven und Passiven berücksichtigt, welche erst nach Auflösung des Güterstandes entstanden sind (E. 6.3.1). Die *Bewertung des Unternehmens* ist mithin *von der Bewertung anderer Vermögensgegenstände* der Errungenschaft des Beschwerdeführers *zu unterscheiden*: «Während bei der Firma der Stand der Aktiven und Passiven im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung massgebend ist, gilt für gewöhnliche Forderungen und Schulden die Regel, dass sich die Errungenschaft nach der Auflösung des Güterstandes in ihrem Bestand grundsätzlich nicht mehr verändert.» Dieser Umstand kann zur Folge haben – und er hatte dies in casu auch –, dass dem bilanzierten Forderungsbetrag des Unternehmens gegenüber dem Ehegatten nicht zwingend eine entsprechende Schuld des Ehegatten gegenüberstehen muss (E. 6.3.2). Warum seine Schuld gegenüber der Firma während der Dauer des Scheidungsverfahrens massiv – von CHF 41 575.00 auf insgesamt CHF 213 923.00 – angestiegen war, wurde vom Beschwerdeführer nicht bewiesen. Deshalb ging das Bundesgericht vom wesentlich geringeren, für den Zeitpunkt kurz vor der Auflösung des Güterstandes belegten Schuldbetrag aus (E. 6.3.2 und 6.3.3). Im Weiteren hatten es die kantonalen Gerichte abgelehnt, die Forderung der X. GmbH als Errungenschaftsschuld des Beschwerdeführers zu berücksichtigen (E. 6.4); die dafür vom Kantonsgericht angeführte Begründung, die Kontokorrentschuld sei bereits in die Bewertung der Firma eingeflossen, wurde vom höchsten Gericht geschützt (E. 6.4.1). Das Bundesgericht hielt überdies mit Blick auf eine mit dem kantonalen Steueramt getroffene Vereinbarung des Ehemann-

nes über die Reduktion der Kontokorrentschuld bis zum Betrag von CHF 50 000.00 dafür, «dass der Beschwerdeführer die Forderung der Firma langfristig ... und wegen der Möglichkeit und Zulässigkeit der Steuerersparnis wohl überhaupt nicht zurückzahlen wird». Eine solche Forderung möge zwar – so das Gericht – betriebswirtschaftlich werthaltig sein, güterrechtlich sei eine derart unsichere und zweifelhafte Forderung aber abzuschreiben (E. 6.4.2). Im Ergebnis war die güterrechtliche Beurteilung der Kontokorrentschuld des Ehemannes gegenüber der Firma nicht zu beanstanden (E. 6.5).

Das Urteil verdient insgesamt Zustimmung. Kritik ist der Argumentation hinsichtlich der Unsicherheit der Rückzahlung der Kontokorrentforderung erwachsen; sie sei «wenig überzeugend, auch wenn sie zum gleichen Ergebnis führt» (THOMAS GEISER, Familienrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011, 119 ff., 120). In der Tat erscheint auch den Rezensenten die vom Bundesgericht vorgenommene – der Forderung einerseits betriebswirtschaftliche Werthaltigkeit zugestehende, sie aber zugleich güterrechtlich abschreibende – Betrachtungsweise jedenfalls in ihrer Allgemeinheit als fraglich. Das Gericht stellt keinerlei konkrete Kriterien auf, nach welchen eine entsprechende Beurteilung vorzunehmen wäre, und es legt auch keine Grenze fest, ab welcher eine betriebswirtschaftlich werthaltige Forderung aus güterrechtlicher Sicht nicht mehr zu anerkennen wäre. Die beiläufige Feststellung, der Beschwerdeführer werde «die Forderung der Firma langfristig und wegen der Möglichkeit und Zulässigkeit der Steuerersparnis wohl überhaupt nicht zurückzahlen» (E. 6.4.2), vermag u. E. jedenfalls als genereller Massstab nicht zu genügen.

- cc) *Urteil 5A_387/2010, 5A_405/2010 vom 14. September 2010: Güterrecht: Zuteilung einer im Miteigentum der geschiedenen Ehegatten stehenden Liegenschaft (Art. 205 Abs. 2 ZGB). Bewertung eines Unternehmens in der güterrechtlichen Auseinandersetzung (Art. 211 ZGB). Begriff und Bewertung von Immobiliengesellschaften.*

In güterrechtlicher Hinsicht war vorab die *Zuweisung einer im Miteigentum beider Ehegatten stehenden Liegenschaft* strittig. Das Obergericht des Kantons Thurgau als Vorinstanz hatte das Grundstück – ein Ferienhaus – aufgrund der dazu bestehenden engeren Be-

ziehung der Ehefrau zugesprochen. Das Bundesgericht hielt fest, für die ungeteilte Zuweisung sei der Nachweis des überwiegenden Interesses massgebend (Art. 205 Abs. 2 ZGB), und sah an der erfolgten Zuweisung der Ferienwohnung in das Alleineigentum der Ehefrau nichts zu beanstanden (E. 2.3.2 und 2.4).

Im Weiteren war in casu die güterrechtliche Behandlung der zur Errungenschaft des Ehemannes gehörenden sämtlichen 100 Namensaktien der X. Architektur AG umstritten. Dabei bot sich dem Bundesgericht die Gelegenheit, seine im soeben (vgl. b) bb) hievor) rezensierten BGE 136 III 209 festgelegte Praxis zur *Unternehmensbewertung* zu bestätigen: Danach sind Unternehmen bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu ihrem *Verkehrswert* einzusetzen (Art. 211 ZGB). Je nachdem, ob das Unternehmen weitergeführt wird oder nicht, ist der *Fortführungs-* oder der *Liquidationswert* heranzuziehen (E. 4.1), wobei im Ehegüterrecht der *Liquidationswert als Wertuntergrenze* gilt (E. 5.1).

Die Ehegattin rügte vor Bundesgericht, die X. Architektur AG stelle – entgegen der Ansicht des Obergerichts – eine reine *Immobilien-gesellschaft* dar und sei deshalb ausschliesslich nach ihrem Substanzwert zu bewerten (E. 5.2). Gemäss dem höchsten Gericht liegt aus privatrechtlicher Sicht dann eine Immobilien-gesellschaft vor, wenn die Gesellschaft den ausschliesslichen Zweck des Erwerbs eines bestimmten Grundstücks – oder ausnahmsweise von mehreren bestimmten Grundstücken – aufweist, oder m. a. W. wenn eine Gesellschaft alleine deshalb gegründet wird bzw. fortbesteht, um das Eigentum einem formell selbstständigen Rechtssubjekt zuordnen zu können. Wird als Tätigkeit ausschliesslich die Liegenschaftsverwaltung (Gebäudeunterhalt oder Vermietung) ausgeübt, handelt es sich in der Regel ebenfalls um eine Immobilien-gesellschaft (E. 5.2.2). Für das Bundesgericht stand vorliegendenfalls indessen verbindlich fest, dass der Ehemann in seinem Unternehmen nicht nur Liegenschaftserträge, sondern auch Honorarerträge realisierte; damit aber lag *keine reine Immobilien-gesellschaft* vor, und deshalb war nicht ausschliesslich auf den Substanzwert abzustellen (E. 5.2.3). Da in casu zwischen der verfügbaren Substanz und dem erwirtschafteten Ertrag ein offensichtliches Missverhältnis vorlag, erachtete es das Bundesgericht mit dem Obergericht als richtig, den Substanzwert achtfach und den Ertragswert einfach zu gewichten. Dies wurde insbesondere deshalb für zu-treffend befunden, weil mit einer stärkeren Gewichtung des Ertrags-

werts gegen den im Ehegüterrecht geltenden Grundsatz, dass der Liquidationswert als Wertuntergrenze zu gelten hat, verstossen worden wäre (E. 5.4). Im Ergebnis war die vom Obergericht vorgenommene Unternehmensbewertung nicht zu beanstanden (E. 5.5).

Der Entscheid verdient auch aus Sicht der seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 in Art. 55 Abs. 1 und Art. 277 Abs. 1 ZPO verankerten *Verhandlungsmaxime* Beachtung. Der Verhandlungsgrundsatz besagt, dass es – mit Ausnahme der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) und der Beurteilung vermögensrechtlicher Scheidungsfolgen (vgl. Art. 277 Abs. 2 ZPO) – den Parteien obliegt, die wesentlichen Tatsachenbehauptungen aufzustellen und den erforderlichen Beweis durch Einreichung greifbarer Beweismittel oder durch Stellung von Beweisanträgen zu erbringen («da mihi facta dabo tibi ius») (MYRIAM A. GEHRI, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 2, 7 zu Art. 55 ZPO). Aufgrund der *Beweisführungslast* hat folglich derjenige, der eine Tatsache behauptet, den Beweis durch Einreichung verfügbarer Beweismittel oder durch Beweisanträge (z. B. Antrag auf Einholung eines Gutachtens) zu erbringen (ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2008, § 10 Rz. 17). Diesbezüglich sind nunmehr auch die Bestimmungen von Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO zu beachten. Danach hat der Kläger seine *Tatsachenbehauptungen aufzustellen und sogleich die Beweismittel zu bezeichnen*. Dies gilt selbst dann, wenn ihm noch nicht klar ist, welche Tatsachen der Beklagte bestreiten wird (REGINA E. AEBI-MÜLLER/LAURA JETZER, Beweislast und Beweismass im Ehegüterrecht, AJP 2011, 287 ff., 292). Behauptet eine Partei nur eine Tatsache, ohne dafür Beweis zu erbringen, so bleibt diese Tatsache *beweislos* und wird in der Urteilsfindung des Gerichts ebenso wenig berücksichtigt wie nicht behauptete Tatsachen (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a. a. O., § 10 Rz. 17). Genau dies war aber im vorliegenden Fall eines der Kernprobleme, und dem Praktiker wird aufgrund des Entscheids exemplarisch bewusst, wie wichtig neben der Beweislast auch die *Beweisführungslast* und damit allenfalls das formelle Stellen von Beweisanträgen ist. Das Bundesgericht selbst hielt in casu fest, viele der durch die Parteien vor dem höchsten Gericht

aufgeworfenen Fragen hätten sich nur deshalb gestellt, weil eine Begutachtung des Unternehmenswertes formell nicht beantragt worden sei und das Obergericht deshalb auf die Einholung eines Gerichtsgutachtens verzichten durfte. Damit aber hätten beide Parteien eine auf Ermessen beruhende Unternehmensbewertung in Kauf genommen (E. 5.5).

Im Zusammenhang mit der Beweisführungslast ist ergänzend anzumerken, dass man gespannt sein kann, inwiefern die Verhandlungsmaxime künftig durch die in der ZPO statuierte richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) und die vorgesehene Aufforderung zur Einreichung von für die Beurteilung der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen erforderlichen Urkunden (Art. 277 Abs. 2 ZPO) abgemildert werden wird. Siehe dazu allgemein auch REGINA E. AEBI-MÜLLER/LAURA JETZER, a. a. O., 287 ff., 288.

c) **Vormundschaftsrecht**

- aa) *BGE 136 III 113 (Urteil 5A_342/2009 vom 4. Dezember 2009): Haftung des Beirats aufgrund der Verletzung seiner Pflicht zur sorgfältigen Vermögensverwaltung (Art. 367 und Art. 426 ZGB). Spekulative Geschäfte und ungenügende Einschränkung der Lebenshaltungskosten der schutz- und hilfsbedürftigen Person. Interessenwahrnehmung im Hinblick auf künftig vorhersehbare Situationen.*

B. erbt von ihrem 1971 verstorbenen Ehemann ein ansehnliches Vermögen, insbesondere mehrere Grundstücke. Im Jahr 1973 entzog ihr die Vormundschaftsbehörde gestützt auf Art. 386 Abs. 2 ZGB die Handlungsfähigkeit. 1996 wurde die Vormundschaft über B. in eine kombinierte Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft umgewandelt und der seit 1995 zunehmend für B. tätige A. als Beirat eingesetzt. Dieser wollte als Anwalt und Beirat von B. im Rahmen eines Überbauungsprojektes zwei Grundstücke in eine Bauzone überführen lassen, um sie und zwei weitere im Eigentum der B. stehende Parzellen veräußern zu können. Mit den entsprechenden Projektierungsarbeiten wurde die N. AG betraut, an welcher A. finanziell beteiligt war und deren Verwaltungspräsident er war. Mit Entscheid des Bezirksgerichtsausschusses Maloja vom 27. März 2002 wurde A. seines Amtes als

Beirat enthoben. Im Jahre 2004 genehmigte die Kantonsregierung die durch eine Teilrevision der Ortsplanung geänderten Pläne, womit der Weg zur Veräusserung des zu Bauland gewordenen Grundbesitzes der B. frei wurde. Während der Beiratschaft des A. für B. verringerte sich deren Wertschriftenvermögen von ursprünglich CHF 650 000.00 auf null Franken. Die deswegen von B. gegen A. erhobene Klage aus vormundschaftlicher Verantwortlichkeit wurde vom Bezirksgericht Surselva und vom Kantonsgericht Graubünden gutgeheissen. Die von A. dagegen ergriffene Beschwerde in Zivilsachen wird vom Bundesgericht abgewiesen.

Der *Beirat haftet* nach denselben Bestimmungen *wie der Vormund* (Art. 367 Abs. 3 i. V. m. Art. 426 ZGB), und es gelten die üblichen *Haftungsvoraussetzungen*: Schaden, adäquater Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit und Verschulden (E. 3).

Der *Vermögensschaden* bestand vorliegend darin, dass B. innerhalb von fünf Jahren ihr ganzes Wertschriftenvermögen in der Höhe von CHF 650 000.00 verbraucht hatte. Der Schaden wurde vom Kantonsgericht auf CHF 500 000.00 beziffert, indem es vom Ausgangsvermögen von CHF 650 000.00 einen im Hinblick auf die Altersvorsorge bzw. die Pflegebedürftigkeit der B. üblichen und nicht zu überschreitenden jährlichen Vermögensverzehr von CHF 25 000.00 in Abzug brachte (E. 3.1). Der Beschwerdeführer seinerseits verneinte das Vorliegen eines Schadens mit der Begründung, im Zeitpunkt der Amtsenthebung sei das Vermögen der B. grösser gewesen als bei seiner Amtsübernahme. Weil aber zwischen der auf die Überführung der Grundstücke in die Bauzone zurückzuführenden Vermögenszunahme und der Abnahme des Vermögens infolge Verbrauchs kein innerer Zusammenhang bestand, wurde diese Argumentation des Beschwerdeführers vom Bundesgericht verworfen: Denn «massgeblich ist ... nicht die Differenz zwischen dem Vermögensstand bei Amtsantritt und Amtsenthebung, sondern die Differenz zwischen dem Vermögensstand mit und ohne den als unzulässig erachteten Kapitalverzehr» (E. 3.1.1).

Zur *Widerrechtlichkeit* hielt das höchste Gericht fest, dass es sich vorliegend um einen *reinen Vermögensschaden* handle. Somit war kein absolutes Rechtsgut verletzt und die Widerrechtlichkeit nur zu bejahen, «wenn der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten gegen den Schutzzweck bestimmter Normen verstossen bzw. die aus einer Garantenstellung fliessenden Handlungspflichten verletzt hat» (E.3.2).

A. war als sog. *kombinierter Beirat* für B. tätig, d.h., ihm oblagen sowohl die Mitwirkung zu bestimmten Geschäften i. S. v. Art. 395 Abs. 1 ZGB als auch die Verwaltung des Mündelvermögens gestützt auf Art. 395 Abs. 2 ZGB. Der auf solche Weise verbeirateten Person ist die Vermögensverwaltung gänzlich entzogen. Der Beirat ist in dieser Hinsicht *zur sorgfältigen Verwaltung des Mündelvermögens verpflichtet* (Art. 395 Abs. 2 i. V. m. Art. 413 Abs. 1 ZGB). Er hat nach Möglichkeit die Substanz zu erhalten oder sogar zu mehren. Geschütztes Rechtsgut ist folglich das Vermögen (vgl. BGE 115 II 15 E. 4a S. 20). Der Beirat muss die Ausgaben für den Verbeirateten so planen, dass nach vorsichtiger Schätzung dessen Lebensführung gegen das Lebensende hin nicht beeinträchtigt wird. Zu diesem Zweck ist das Vermögen mündelsicher anzulegen, und es sind spekulative Anlagen oder Geschäfte zu unterlassen (E. 3.2.1). Der Beschwerdeführer machte in diesem Zusammenhang u. a. geltend, ihm habe ein grosses Ermessen zugestanden und erst ein eigentlicher Ermessensmissbrauch würde Widerrechtlichkeit begründen. Das Bundesgericht verwarf diese Argumentation. Denn der Beschwerdeführer hatte kein Ermessen ausgeübt, sondern überhaupt keine Vorkehren getroffen und damit *seine Amtspflichten nicht im Ansatz wahrgenommen* (E. 3.2.3). Daran vermochte nach dem Gericht auch die infolge ihrer Einzonung auf den Grundstücken eingetretene Wertvermehrung nichts zu ändern. Denn mit der Umzonung konnte nicht gerechnet werden, sodass spekulative Geschäfte vorlagen, welche ebenfalls eine Amtspflichtverletzung darstellten. Die Handlungen bzw. Unterlassungen des Beirats blieben deshalb rechtswidrig (E. 3.2.4). Der Beschwerdeführer brachte schliesslich sinngemäss vor, B. habe eine luxuriöse Lebensführung gewünscht. Die Einwilligung der Verletzten stellte aber keinen Rechtfertigungsgrund dar, da der unter Verwaltungsbeiratschaft stehenden Person die Handlungsfähigkeit gerade hinsichtlich der Vermögenssubstanz *ex lege* entzogen ist. Aus demselben Grund konnte es auch nicht als treuwidrig qualifiziert werden, dass B. nach erfolgtem Verbrauch ihres Vermögens den Beirat mit der Begründung einklagte, er hätte den Vermögensverzehr nicht zulassen dürfen (E. 3.2.6).

Auch das Vorliegen eines *adäquaten Kausalzusammenhangs* wurde vom Bundesgericht bejaht. A. hatte den Schaden durch das Gewährenlassen der B. bzw. durch die Verletzung der ihm als Beirat obliegenden Pflicht zur sorgfältigen Vermögensverwaltung und seiner Garantenstellung verursacht (E. 3.3).

Zum *Verschulden* hielt das Bundesgericht fest, der Beschwerdeführer habe «seine Amtspflicht schlichtweg nicht wahrgenommen» und sein einziges, persönliches und finanzielles Interesse habe an der Einzonung der Grundstücke bestanden. Der Beschwerdeführer habe seine Pflichten geradezu *eventualvorsätzlich* vernachlässigt; insgesamt wiege sein *Verschulden schwer*, weil er auch die elementarsten, sich aus dem Amt ergebenden Schutz- und Fürsorgepflichten nicht wahrgenommen habe (E. 3.4).

Der Entscheid verdient uneingeschränkte Zustimmung. Er hebt deutlich hervor, dass sich die *Art der Aufgaben* und der *Umfang der Amts- und Sorgfaltspflichten* eines Beirates aus der individuellen Schutz- und Hilfsbedürftigkeit und der konkreten Situation der zu betreuenden Person ergeben. Eine umfassende Wahrung der Interessen des Verbeirateten hat insbesondere auch künftig vorhersehbare Situationen – wie etwa absehbare Gesundheitskosten – miteinzubeziehen. Vgl. in diesem Sinne schon DANIEL ROSCH, Sorgfaltspflichten des Beirates und dessen Haftung, Kommentar zum Entscheid BGer 5A_342/2009, ZKE 2010, 116 ff., 121 f.

Die heute geltende Haftungsordnung im Vormundschaftsrecht wird mit dem neuen, auf den 1. Januar 2013 in Kraft tretenden *Erwachsenenschutzrecht* Änderungen erfahren. Nach dem heutigen Recht (Art. 426–429 ZGB) haften die Mandatsträger und Behördenmitglieder in erster Linie persönlich. Die Kantone und Gemeinden haften nur dann, wenn die primär Ersatzpflichtigen den Schaden nicht decken können (vgl. Art. 427 ZGB). Im Gegensatz dazu verankert das neue Erwachsenenschutzrecht eine *primäre und kausale Staatshaftung* (Art. 454–456 nZGB). Entscheidend wird folglich nur sein, dass dem Betroffenen im Rahmen einer behördlichen Massnahme des Erwachsenenschutzes *widerrechtlich und adäquat kausal Schaden* zugefügt wird. Ein Verschulden – wie es im zu besprechenden Entscheid noch erforderlich war – muss dagegen nicht mehr nachgewiesen werden. Zum Ganzen HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, N 1 ff. zu Art. 454 nZGB, insbesondere N 2 und 8 zu Art. 454 nZGB; CHRISTIAN MINGER, Die Haftung der Erwachsenenschutzorgane nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2010, 22 ff.; neuestens auch PATRICK FASSBIND, N 1 ff. zu Art. 454 nZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2011.

bb) *Urteil 5A_291/2010 vom 1. Juni 2010: Bevormundung anstelle erstreckter elterlicher Sorge (Art. 385 Abs. 3 ZGB).*

Der wegen geistiger Behinderung entmündigte A. wurde von der Vormundschaftsbehörde zunächst unter die fortgesetzte elterliche Sorge gemäss Art. 385 Abs. 3 ZGB gestellt. Aufgrund einer «Interessenkollision bzw. Gefahr der Verwendung von Mitteln des Kindes für allgemeine Kosten und Auslagen der Familie» (E. 3) wurde den Eltern knapp sieben Monate später die elterliche Sorge entzogen und für A. ein Vormund eingesetzt. Die von den Eltern dagegen erhobene Beschwerde wurde sowohl von den Instanzen des Kantons Aargau als auch vom Bundesgericht abgewiesen.

Gemäss Art. 385 Abs. 3 ZGB tritt bei der Entmündigung mündiger Kinder an die Stelle der Vormundschaft in der Regel die *fortgesetzte elterliche Sorge* (auch als erstreckte oder verlängerte elterliche Sorge bezeichnet). Obwohl die Eltern keinen Anspruch auf die Übertragung der erstreckten elterlichen Sorge haben, besteht – in Analogie zum Verwandtenvorrecht bei der Bestellung des Vormunds (vgl. Art. 380 Abs. 1 ZGB) – die *Vermutung, dass dem Kind damit am besten gedient* ist. Stellt die elterliche Sorge eine zur Bestellung eines Vormundes gleichwertige Lösung dar, so haben die Eltern aufgrund der *Subsidiarität des Vormundschaftsrechts* Vorrang. Die Eltern müssen aber in jedem Fall zur Ausübung der elterlichen Sorge, insbesondere auch hinsichtlich der Vermögensverwaltung, *geeignet* sein. Im Interesse des Schutzbedürftigen kann die Vormundschaftsbehörde den hinsichtlich der elterlichen Sorge getroffenen Entscheid abändern. Dafür reicht blosses *Ungenügen* der Eltern aus, ein *Verschulden ist nicht erforderlich*. In casu waren die Eltern aufgrund einer in tatsächlicher Hinsicht festgestellten Interessenkollision ungeeignet (E. 3).

- cc) *BGE 136 III 497 (Urteil 5A_432/2010 vom 26. Juli 2010): Wegfall des aktuellen rechtlich geschützten Interesses an der Beschwerdeführung bei Entlassung bzw. Aufhebung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 397a Abs. 1 und Art. 397d ZGB).*

X. beantragte beim Bundesgericht, die Universitäre Psychiatrische Klinik (im Folgenden UPK) sei superprovisorisch anzuweisen, sie sofort zu entlassen. Zwei Tage nach Erhebung der Beschwerde wurde X. zufolge abgeschlossener Exploration aus der UPK entlassen. Das Bundesgericht schrieb in der Folge das Verfahren als gegenstandslos ab.

Die Beschwerdeführerin führte aus, die Aktualität des Rechtsschutzinteresses sollte dann nicht verneint werden, wenn EMRK-Garantien infrage stünden, deren Verletzung beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geltend gemacht werden könnte (E. 1.2). Die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes verwies vorab auf ihre Praxis, wonach mit der Entlassung der von einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung betroffenen Person aus der Anstalt deren *aktuelles rechtlich geschütztes Interesse* an der Behandlung ihrer Beschwerde *dahingefallen* sei (E. 1.1). Sei zudem auch kein virtuelles Interesse erstellt, so werde das Verfahren entsprechend Art. 32 Abs. 2 und Art. 108 BGG als gegenstandslos abgeschrieben (E. 2.1). Eine entsprechende Praxis wird grundsätzlich auch von der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts bei der Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Beschwerden gegen Entscheide betreffend die Untersuchungshaft angewandt. Auf die Voraussetzung des Vorliegens eines aktuellen rechtlich geschützten Interesses wurde dort allerdings in einem Fall (BGE 136 I 274) verzichtet, weil eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention offensichtlich war und dem Beschwerdeführer durch eine entsprechende Feststellung im Urteilsdispositiv sogleich die verlangte Wiedergutmachung verschafft werden konnte. Ansonsten – so wurde in besagtem Fall von der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung befürchtet – hätte im internationalen Verfahren die Gefahr bestanden, dass dem Beschwerdeführer zur Geltendmachung einer Verletzung von Art. 5 Ziff. 3 EMRK keine wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK zur Verfügung gestanden wäre (E. 2.3). Im Bereich der *fürsorgerischen Freiheitsentziehung* erweisen sich entsprechende Befürchtungen aber als unbe-

gründet. Denn gemäss Art. 429a ZGB hat der durch eine widerrechtliche Freiheitsentziehung Verletzte Anspruch auf Schadenersatz und gegebenenfalls auf Genugtuung. Die Möglichkeit der Klage nach Art. 429a ZGB stellt dabei gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *eine wirksame Beschwerde* im Sinne von Art. 13 EMRK zur Überprüfung der Einhaltung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK dar. Im vorliegenden Fall liess es die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts deshalb offen, ob der erwähnte Entscheid der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung (BGE 136 I 274) überhaupt auf den vorliegenden Fall anwendbar wäre (E. 2.4).

dd) *Urteil 5A_99/2010 vom 15. März 2010: Amtsenthebung des Vormundes (Art. 445 ZGB).*

Der in seiner Funktion als Vormund durch eine andere Person ersetzte Beschwerdeführer beantragte vor Bundesgericht eine Abänderung des Dispositivs des kantonalen Beschlusses, wonach er von seinem «Amt enthoben» wurde (Art. 445 Abs. 1 ZGB) in eine «Entlassung aus dem Amt» (Art. 445 Abs. 2 ZGB).

Das Bundesgericht stellte sich in seinem in französischer Sprache ergangenen Entscheid zunächst die Frage, ob der Beschwerdeführer überhaupt ein genügendes *Rechtsschutzinteresse* zur Beschwerdeführung habe. Dies bejahte es mit folgender Begründung: Eine *Amtsenthebung* gemäss Abs. 1 der besagten Bestimmung deute darauf hin, dass sich der Vormund beispielsweise einer groben Nachlässigkeit schuldig gemacht habe. Eine *Entlassung aus dem Amt* nach Abs. 2 ZGB könne dagegen verschiedene Gründe haben (Alter, Gesundheit, Arbeitsbelastung, familiäre Gründe oder Wohnortwechsel) und finde auch etwa dann Anwendung, wenn ein Ausschlussgrund oder ein Ablehnungsgrund eintrete und der Vormund sein Amt nicht selber niederlege (Art. 443 Abs. 1 ZGB). Ein auf Abs. 2 gestützter Entscheid habe dieselben Wirkungen wie die Enthebung aufgrund von Abs. 1, ohne indessen die Ehre des Vormunds infrage zu stellen (so bereits das entstehungsgeschichtlich geprägte Grundlagenwerk in der Suisse romande zum ZGB VIRGILE ROSSEL/FRITZ MENTHA, Manuel de droit civil suisse, 1922, n. 891). Demzufolge werde – so das Bundesgericht – die *Amtsenthebung* in der Öffentlichkeit *negativ wahrgenommen* und der Beschwerdeführer habe ein Interesse daran, nicht des Amtes ent-

hoben, sondern daraus entlassen zu werden. Damit aber sei unter diesem Aspekt auf die Beschwerde einzutreten (E. 1.2). Das Bundesgericht nahm das Rechtsmittel aber mangels Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges dennoch nicht an die Hand (E. 1.3).

Anzumerken ist, dass in casu das Bundesgericht das *Rechtsschutzinteresse* sehr grosszügig bejaht hat, zumal die Marginalie («Amtsenthebung») für die beiden in Abs. 1 und 2 geregelten Fälle einheitlich lautet und auch die Rechtsfolgen für beide Absätze genau die gleichen sind. Dazu ausführlich PHILIPPE MEIER/THOMAS HÄBERLI, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (März bis Juni 2010), ZKE 2010, 312 ff., 329. MEIER/HÄBERLI führen insbesondere aus, dass der deutsche Ausdruck «Amtsenthebung» (Art. 445 Abs. 1 ZGB) nicht wesentlich stärker negativ konnotiert werde als jener der «Entlassung aus dem Amt» (Art. 445 Abs. 2 ZGB), und dass in der italienischen Fassung für beide Absätze der gleiche Begriff («rimuovere») verwendet werde. MEIER/HÄBERLI werfen deshalb die Frage auf, ob ein deutsch- oder italienischsprachiger Beschwerdeführer Gefahr gelaufen wäre, dass auf seine Beschwerde nicht eingetreten worden wäre. Im *neuen Erwachsenenschutzrecht*, das am 1. Januar 2013 in Kraft tritt, wird in Art. 423 nZGB nicht mehr zwischen Amtsenthebung und Amtsentlassung unterschieden, sondern für alle Fälle einheitlich von «Entlassung» gesprochen.