

Mit freundlicher Genehmigung der Stämpfli Verlag AG

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

144. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Juli/August
2008

7/8

2008

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

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

Stämpfli
Verlag AG
Bern



www.zbjv.ch

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 525** Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen
Von Dr. ISABELLE WILDHABER
- 553** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2007
Familienrecht
Veröffentlicht in Band 133, ergänzt durch Internetveröffentlichungen
Scheidungsrecht
Von Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER
- 585** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2007
Familienrecht
Veröffentlicht in Band 133
Kindesrecht
Von Prof. Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER
- 600** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2007
Familienrecht
Veröffentlicht in Band 133
Ehe- und Vormundschaftsrecht
Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, lic. iur. DOMINIK SCHMID
- 613** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren
2004 und 2005
Veröffentlicht in den Bänden 130 und 131
Obligationenrecht
Von Professor Dr. WOLFGANG WIEGAND
- Aktuell aus dem Bundesgericht
- 643** Keine Anrufung des Bundesgerichts gegen Erlassentscheide betreffend
die direkte Bundessteuer
Berichterstatter: THOMAS HÄBERLI, Fürsprecher, Lehrbeauftragter
an der Universität Luzern

Impressum

Herausgeber

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

Verantwortliche Redaktoren

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

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern, Prof. Dr. Urs S. BEHNISCH, Zürich, Verwaltungsgerichtsschreiberin 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, PD Dr. MANUEL JAUN, Bern, Prof. Dr. WALTER KÄLIN, Bern, Prof. Dr. FRANZ KELLERHALS, Bern, Prof. Dr. REGINA KIENER, Bern, Prof. Dr. ANDREAS KLEY, Bern, Obergerichtsschreiber FRÉDÉRIC KOHLER, Bern, Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern, Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen, Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern, Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern, Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich, Prof. Dr. HEINZ REY, Aristau, Prof. Dr. ROLAND SCHAER, Bern, Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten, Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern, Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern, Prof. Dr. ROLAND VON BÜREN, Bern, Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern, Prof. Dr. h.c. HANS PETER WALTER, Bern, Prof. Dr. WOLFGANG WIEGAND, Bern, Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun.

Abonnemente

Abonnementspreise (Aboplus enthält Print und Online-Ausgabe)

Nichtmitglieder, Schweiz Fr. 108.–, Aboplus Fr. 173.–, Nichtmitglieder, Ausland Fr. 119.–, Aboplus Fr. 184.–. Für Mitglieder des Bernischen Juristenvereins Print obligatorisch Fr. 88.– optional Aboplus Fr. 153.–. (+ Fr. 3.–, die von der Vereinskasse des Bernischen Juristenvereins übernommen werden). Für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins Fr. 91.–, Aboplus Fr. 156.–. Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,4% resp. für Online-Angebote 7,6% MWSt.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente:

Stämpfli AG, Abonnementmarketing, 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 12, Fax 031 300 66 88

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

E-Mail inserate@staempfli.com, 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 2007

Familienrecht

Veröffentlicht in Band 133

Ehe¹- und Vormundschaftsrecht

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

Vorbemerkung: Rezensiert werden in der Reihenfolge der Gesetzssystematik alle im Band 133 der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten Entscheide zum Ehe- und Vormundschaftsrecht sowie eine Auswahl der im Jahr 2007 im Internet veröffentlichten Entscheide, die nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen worden sind.

- a) **Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, insbesondere prozessuale Fragen im Eheschutzverfahren**
- aa) *BGE 133 III 393 (Urteil 5A_52/2007 vom 22. Mai 2007):
Qualifikation von letztinstanzlichen kantonalen Eheschutzentscheiden (Art. 172 ff. ZGB) als Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG und als vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 98 BGG; Kognition des Bundesgerichts*

Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum nunmehr aufgehobenen Art. 48 Abs. 1 OG zeichnete sich ein Endentscheid dadurch aus, dass «der kantonale Richter über den im Streit stehenden Anspruch materiell entschieden oder dessen Beurteilung aus einem Grund abgelehnt hat, der endgültig verbietet, dass derselbe Anspruch nochmals geltend gemacht wird, weshalb er insoweit materiell rechtskräftig wird» (BGE 127 III 474, S. 475 f.). Entscheide in

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).

Eheschutzsachen (Art. 172 ff. ZGB) waren im Sinne dieser Rechtsprechung keine Endentscheide, weil sie regelmässig nur provisorischen Charakter aufweisen (BGE 127 III 474, S. 477 m.w.H.). Deshalb konnten letztinstanzliche kantonale Eheschutzentscheide unter dem Regime des OG nicht mit der – einen Endentscheid als Anfechtungsobjekt voraussetzenden (vgl. Art. 48 Abs. 1 OG) – Berufung ans Bundesgericht getragen werden.

Im zu rezensierenden BGE 133 III 393 hatte das Bundesgericht erstmals zu entscheiden, ob die erwähnte, zum OG entwickelte Praxis ebenfalls auf die *Beschwerde in Zivilsachen* (Art. 72 ff. BGG) anwendbar ist.

Gemäss Art. 90 BGG (vgl. auch dessen Marginalie) können auch unter dem neuen Recht grundsätzlich – ausgenommen bleiben die in Art. 91 ff. BGG angeführten Teil-, Vor- und Zwischenentscheide – ausschliesslich Endentscheide angefochten werden. Endentscheide wiederum sind gemäss der Legaldefinition von Art. 90 BGG «Entscheide, die das Verfahren abschliessen». Das Bundesgericht schliesst daraus – und entgegen seiner bisherigen Praxis zu Art. 48 Abs. 1 OG –, Art. 90 BGG sei rein prozessual zu verstehen. Es hält unter Verweis auf die Botschaft (BBJ 2001, Nr. 35, S. 4331) fest, dass nunmehr *auch Entscheide in Eheschutzsachen Endentscheide darstellen*, die mittels Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden können (E. 4). Das Bundesgericht tritt in der Folge auf die Sache ein.

Das im vorliegenden Entscheid vertretene, ausschliesslich *prozessuale Verständnis* von Art. 90 BGG beruht auf der Überlegung, dass grundsätzlich alle abschliessenden letztinstanzlichen kantonalen Entscheide mit einer Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können. Nicht massgebend für die Beschwerdefähigkeit eines letztinstanzlichen kantonalen Urteils ist dagegen, ob der angefochtene Entscheid vorläufige Natur aufweist und ob er in der Sache selbst oder aus prozessualen Gründen ergangen ist. Damit stimmt die in casu vorgenommene bundesgerichtliche Interpretation des Begriffs des Endentscheids im Sinne von Art. 90 BGG mit der Definition desselben für das Staats- und Verwaltungsrecht überein. Das in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege bereits bisher verwendete Verständnis des Begriffs des Endentscheids ist mithin nunmehr auch für die Zivilrechtspflege anwendbar (vgl. dazu NICOLAS VON WERDT, N. 5 zu Art. 90 BGG, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz [BGG],

Bern 2007). Das ist insofern folgerichtig, als Art. 90 BGG aufgrund seiner systematischen Stellung im BGG für alle Beschwerden gleichermaßen gilt, mithin neben der Beschwerde in Zivilsachen auch für diejenige in Strafsachen und für diejenige in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

Anschliessend geht das Bundesgericht der Frage nach, ob Eheschutzentscheide (Art. 172 ff. ZGB) – entsprechend der Situation unter dem OG (vgl. dazu etwa BGE 127 III 474, S. 476 ff.) – *vorsorgliche Massnahmen* im Sinne von Art. 98 BGG darstellen.

Unter vorsorglichen Massnahmen sind gemäss der Botschaft zum BGG einstweilige Verfügungen zu verstehen, «die eine rechtliche Frage so lange regeln, bis über sie in einem späteren Hauptentscheid definitiv entschieden wird» (a.a.O., 4336). Dabei zählt die Botschaft Eheschutzmassnahmen nach Art. 172 ff. ZGB ausdrücklich zu den vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG (a.a.O., 4336).

Zu Recht bemerkt das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 127 III 474, S. 478, dass Eheschutzentscheide insoweit von mehr als nur vorläufiger Natur seien, «als sie nicht in einem nachfolgenden ordentlichen Verfahren unbeschränkt überprüft werden». Indessen komme Eheschutzentscheiden in der Regel insofern provisorischer Charakter zu, «als die in den Art. 172 ff. ZGB vorgesehenen Massnahmen nur solange aufrecht bleiben, als aussergewöhnliche Verhältnisse ihren Bestand erfordern». In der im Vergleich zu anderen Sachurteilen erleichterten Abänderbarkeit liegt auch einer der Gründe, weshalb Entscheide über Eheschutzmassnahmen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen (vgl. BGE 127 III 474, S. 476 ff.). Im Weiteren dienten Eheschutzmassnahmen seit dem Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts zunehmend auch dazu, die Folgen des für eine Scheidung nach Art. 114 ZGB erforderlichen Getrenntlebens von nunmehr zwei Jahren zu regeln. Es komme ihnen unter diesem Gesichtspunkt eine ähnliche Bedeutung zu wie vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren nach Art. 137 ZGB. Dass gestützt auf Art. 137 ZGB erlassene Regelungen zu den vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG zählen, steht für das Bundesgericht «ausser Zweifel» (E. 5.1).

Damit aber rechtfertigt es sich für das Gericht, «auch Eheschutzmassnahmen grundsätzlich Art. 98 BGG zu unterstellen. Eine andere Behandlung würde dazu führen, dass für Eheschutzmassnahmen mehr Beschwerdegründe zugelassen würden als für die allenfalls

an sie anschliessenden vorsorglichen Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB» (E. 5.2). In casu qualifiziert das Bundesgericht die ausschliesslich die Unterhaltspflicht betreffenden Anordnungen des Eheschutzverfahrens als vorsorgliche Massnahme, womit es diese nur eingeschränkt – auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte hin – überprüfen konnte (Art. 98 BGG).

Nicht zu beurteilen brauchte das Bundesgericht hingegen die Frage, ob ausnahmslos alle Entscheide in Eheschutzsachen vorsorglicher Natur sind. Es hat dies – unter Hinweis auf das Beispiel einer im Eheschutzverfahren angeordneten Gütertrennung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) – vielmehr ausdrücklich offengelassen. Insofern darf man gespannt sein, ob das Bundesgericht einen solchen Fall mit voller Kognition überprüfen wird.

bb) BGE 133 III 585 (Urteile 5A_36/2007 und 5A_391/2007 vom 20. August 2007): Eheschutzverfahren (Art. 172 ff. ZGB); Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht; Kognition

Der Beschwerdeführer hatte gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich in einer Eheschutzsache (Art. 172 ff. ZGB) direkt beim Bundesgericht Beschwerde erhoben. Allerdings wäre dem Beschwerdeführer gegen den obergerichtlichen kantonalen Entscheid die Nichtigkeitsbeschwerde ans zürcherische Kassationsgericht (§ 281 ff. ZPO/ZH) offengestanden. Im Rahmen dieser kantonalrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde hätte das Kassationsgericht gemäss § 281 Abs. 1 ZPO/ZH freilich nur überprüfen können, ob durch das obergerichtliche Urteil wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind.

Das Bundesgericht hält zunächst fest, in Anwendung von Art. 98 BGG könne es selbst den angefochtenen Eheschutzentscheid nur auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte hin überprüfen (E. 3.3). Die vom Beschwerdeführer in casu erhobenen Rügen hätten alle auch mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde vorgebracht werden können (E. 3.4). Im konkreten Fall deckt sich mithin die Kognition des zürcherischen Kassationsgerichts mit derjenigen des Bundesgerichts. Damit aber hätte der Beschwerdeführer vor der Anrufung des höchsten Gerichts die zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen müssen, dies selbst dann, wenn diese ein ausserordentli-

ches Rechtsmittel darstelle. Vom Bundesgericht wird deshalb dem Beschwerdeführer beschieden, er habe den Instanzenzug nicht ausgeschöpft (Art. 75 Abs. 1 BGG), weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werde (E. 3.5).

Bemerkenswert am vorliegenden Entscheid ist, dass nicht auf den inzwischen aufgehobenen Art. 48 Abs. 1 OG verwiesen wird, wonach die Berufung nur gegen Entscheide zulässig war, «die nicht durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden können». Infolge fehlender Suspensivwirkung (§ 286 ZPO/ZH) handelt es sich bei der in casu in Frage stehenden zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde um ein ausserordentliches Rechtsmittel im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG (vgl. auch BGE 63 II 326, S. 328), das unter altem Recht grundsätzlich nicht hätte ergriffen werden müssen.

Unter dem Regime des BGG ist demzufolge stets zu prüfen, ob gegen einen Entscheid ein – ordentliches oder ausserordentliches – *kantonales Rechtsmittel* eingelegt werden kann, bevor das Bundesgericht angerufen wird. Soweit mittels eines kantonalen Rechtsmittels dieselben Rügen vorgebracht werden können wie im Verfahren vor Bundesgericht, ist zuerst das kantonale Rechtsmittel zu ergreifen, ansonsten der kantonale Rechtsmittelweg nicht rechtsgenügend im Sinne von Art. 75 Abs. 1 BGG ausgeschöpft wird. Massgebend dafür, ob vor einer Beschwerde an das Bundesgericht ein kantonales Rechtsmittel erhoben werden muss, ist dabei nicht, ob das kantonale Rechtsmittel ordentliche oder ausserordentliche Natur aufweist. Entscheidend ist vielmehr, ob die konkreten Rügen, welche vor Bundesgericht gebracht werden sollen, zuvor auch in einem kantonalen Verfahren erhoben werden können.

Dem Beschwerdeführer gelang es in der Folge anscheinend noch, das Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren vor dem Kassationsgericht des Kantons Zürich zu durchlaufen. Anschliessend erhob er offenbar erneut Beschwerde beim Bundesgericht. Diese begründete er wiederum damit, seine verfassungsmässigen Rechte seien verletzt worden, diesmal durch den Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich.

Das Bundesgericht hält dem Beschwerdeführer nunmehr vor, seine Kritik am kantonalen Eheschutzentscheid sei von rein appellatorischer Natur, weshalb auch auf diese Beschwerde nicht eingetreten werde. Falls eine Beschwerde mit der Verletzung von Verfassungsrecht begründet werde, prüfe das Bundesgericht auch unter dem BGG «nur klar und ein-

lässlich erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen» (E. 4.1). Im Gegensatz zur Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss Art. 106 Abs. 1 BGG bestimmt denn auch Art. 106 Abs. 2 BGG ausdrücklich, dass die Verletzung von Grundrechten nur insofern der bundesgerichtlichen Überprüfung unterliegt, «als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist» (sog. Rügeprinzip).

cc) *Urteil 5P.522/2006 vom 5. April 2007: Berechnung des Unterhalts im Eheschutzverfahren (Art. 172 ff. ZGB)*

Im vorliegenden Entscheid war im Rahmen eines Eheschutzverfahrens über die Geldbeiträge, die der eine Ehegatte dem anderen schuldet (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), zu befinden. Das Bundesgericht hebt dabei den Entscheid der Cour de Justice du canton de Genève wegen Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV auf.

Das Gericht hält fest, dass gemäss der Rechtsprechung im Rahmen von *Eheschutzmassnahmen* zur Bemessung des Unterhalts die *Kriterien des nahehelichen Unterhalts* (Art. 125 ff. ZGB) heranzuziehen sind, wenn *nicht ernsthaft damit zu rechnen ist, dass das eheliche Zusammenleben wieder aufgenommen wird* (BGE 128 III 65). Die in Art. 125 Abs. 2 ZGB nicht abschliessend aufgezählten Elemente seien indessen nur *analog* anwendbar, weil sich der Unterhaltsanspruch bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes auf Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB abstütze. Diese Bestimmung sehe – anders als Art. 125 Abs. 3 ZGB – insbesondere nicht vor, dass der Unterhaltsbeitrag ausnahmsweise aus Billigkeitsgründen gekürzt oder versagt werden kann. Ansprüche auf Unterhaltsbeiträge seien aber in jedem Fall dem Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB unterworfen. Ob in casu die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen unter den Ehegatten mit Art. 2 Abs. 2 ZGB vereinbar sei, sei nunmehr durch die Cour de Justice zu prüfen (E. 3).

b) **Ordentlicher Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung**

aa) *Urteil 5C.244/2006 vom 13. April 2007: Fehlender Nachweis der finanzierenden Ehegütermasse; Ersatzforderung gemäss Art. 209 Abs. 3 ZGB*

In casu zu beurteilen war, welche güterrechtlichen Konsequenzen sich aus der Wertsteigerung dreier im Eigengut des Ehemannes

befindlicher Lebensversicherungen ergeben. Im Beweisverfahren vor dem Kantonsgericht St. Gallen als Vorinstanz konnte nicht mehr eruiert werden, welche Gütermasse des Ehemannes die Versicherungsprämien finanziert hat.

Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Herkunft der Guthaben und Wertschriften nicht mehr im Einzelnen ermittelt werden könne, weshalb diese zur Errungenschaft gehörten, soweit der Nachweis des Eigengutes für ein bestimmtes Vermögensobjekt nicht gelinge. Sie hat in der Folge der Errungenschaft des Ehemannes eine – der Wertvermehrung bei den Lebensversicherungen entsprechende – Ersatzforderung gegen sein Eigengut zugesprochen (Art. 209 Abs. 3 ZGB). Diese Ersatzforderung ist in der güterrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigt worden, was sich auf den Anteil der Ehefrau am Vorschlag des Ehemannes (Art. 215 ZGB) ausgewirkt hat.

Das Bundesgericht hält dazu vorerst fest, die *Zahlung von Versicherungsprämien* könne in der Tat einen *Beitrag* im Sinne von Art. 209 Abs. 3 ZGB darstellen (E. 2.2.1). Die Finanzierung der Prämien könne dem Erhalt der Versicherungspolice dienen, soweit dadurch der Rückkaufswert bzw. die Versicherungssumme keine Einbusse erleide, und der Verbesserung, falls die Werte mit der Zeit sogar steigen würden (vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 14 f. zu Art. 206 ZGB).

Anschliessend wendet sich das Gericht der Frage zu, wie es sich mit einer allfälligen *Ersatzforderung der Errungenschaft* des Ehemannes *gegenüber* seinem *Eigengut* verhält (Art. 209 Abs. 3 ZGB), wenn nicht festgestellt werden kann, welche Gütermasse die Versicherungsprämien bezahlt hat.

Hierzu referenzierte der Ehemann und Berufungskläger BGE 131 III 559, wonach auch hinsichtlich der Ersatzforderungen im Sinne von Art. 209 Abs. 3 ZGB die *allgemeine Beweisregel* von Art. 8 ZGB gilt. Daraus leitete er ab, seine Ehefrau müsse beweisen, dass die Lebensversicherungsprämien aus seiner Errungenschaft bezahlt worden sind. Gelingen ihm dieser Beweis nicht, was vorliegendenfalls der Fall sei, bestehe auch keine entsprechende Ersatzforderung der Errungenschaft gegenüber seinem Eigengut. In diesem Zusammenhang sei auch der Hinweis auf Art. 200 Abs. 3 ZGB unbehelflich, denn diese Norm regle nicht die Beweislast für Investitionen, sondern nur die Massenzugehörigkeit innerhalb eines Vermögens.

Das Bundesgericht pflichtet dem grundsätzlich bei, gelangt aber dennoch zu einem anderen Ergebnis, dies mit folgender Begrün-

dung: Die Vorinstanz habe es als erwiesen erachtet, dass die Prämien aus verschiedenen Bankguthaben finanziert worden seien, deren Herkunft aus eingebrachtem (Eigen-)Gut des Ehemannes sich nicht mehr nachweisen lasse. Zu Recht habe sie in dieser Situation eine entsprechende Ersatzforderung nach Art. 209 Abs. 3 ZGB bejaht. Es könne der Vorinstanz insbesondere nicht vorgeworfen werden, sie habe «dem Berufungskläger die Beweislast für die Herkunft der Mittel auferlegt». Vielmehr seien von ihr «lediglich die vorhandenen Beweise gewürdigt» worden. Jedenfalls verletze dieser Entscheid weder Art. 8 ZGB noch Art. 209 Abs. 3 ZGB (E. 2.2.3). Die Berufung wird deshalb abgewiesen.

Die Rezensenten hegen etliche *Zweifel* an der Richtigkeit der bundesgerichtlichen Erwägungen. Ausgangslage bildet die Tatsache, dass nicht bewiesen werden konnte, welche Gütermasse des Ehemannes die Versicherungsprämien finanziert hat. Dabei handelt es sich u.E. – entgegen der Annahme des Bundesgerichts – nicht um eine Beweiswürdigung, sondern um das Beweisergebnis, dem eine – aus dem bundesgerichtlichen Urteil nicht ersichtliche – Würdigung der Beweise vorausgegangen ist. Das Beweisergebnis besteht vorliegendenfalls gerade darin, dass ein Sachverhalt – konkret die Zuordnung der Bezahlung der Prämien zu einer Gütermasse des Ehemannes – nicht geklärt werden konnte. Dieses Beweisergebnis ist gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG für das Bundesgericht verbindlich. Die Vorinstanz hätte, das ist anzumerken, die Beweise durchaus anders würdigen können, z.B. im Falle fehlender Mitwirkung des Ehemannes bei der Ermittlung der Massazugehörigkeit. Dazu bestand aber anscheinend keine Veranlassung.

Beim vorliegenden Beweisergebnis wäre indessen vielmehr die Frage zu beantworten gewesen, welche Partei die Folgen dafür tragen muss, dass unbewiesen geblieben ist, welche Gütermasse die Versicherungsprämien finanziert hat.

Gemäss Art. 8 ZGB hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (vgl. dazu etwa die entsprechenden Ausführungen zu Art. 8 ZGB in: HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB). Art. 8 ZGB findet auch auf Art. 209 Abs. 3 ZGB Anwendung (so BGE 131 III 559, E. 4.3). Im vorliegenden Fall leitet die Ehefrau aus der Tatsache, dass die Versicherungsprämien aus der Errungenschaft des Ehemannes bezahlt worden sind, zu ihren Gunsten (über die Beteiligung am Vorschlag

des Ehemannes) Ausgleichszahlungen aus Güterrecht ab. In Anwendung von Art. 8 ZGB hätte deshalb die Ehefrau nachweisen müssen, dass der Ehemann die Versicherungsprämien aus seiner Errungenschaft bezahlt hat. Dieser Beweis ist ihr indes nicht gelungen, weshalb sie die Folgen der Beweislosigkeit tragen muss. Die Tatsache, dass überhaupt eine Investition aus der einen Gütermasse in ein Vermögenobjekt der anderen Gütermasse desselben Ehegatten getätigt worden ist, stellt eine eigene positive Anspruchsvoraussetzung von Art. 209 Abs. 3 ZGB dar, die u.E. selbstständig – und unabhängig von Art. 200 Abs. 3 ZGB – bewiesen werden muss.

bb) Urteile 5C.279/2006 und 5P.463/2006 vom 31. Mai 2007: Nichtigkeit eines Schenkungsvertrages unter Ehegatten wegen Simulation (Art. 1, 18 OR); Begehren um ungeteilte Zuweisung eines im Miteigentum stehenden Objekts (Art. 205 Abs. 2 ZGB); Ersatzforderungen (Art. 206 Abs. 1 ZGB); Bewertung (Art. 211 ZGB); Zeitpunkt für die Bewertung (Art. 214 ZGB)

Anlässlich eines Scheidungsverfahrens waren vor Bundesgericht vor allem verschiedene Fragen in Zusammenhang mit einem im Miteigentum beider Ehegatten stehenden Grundstück in Romanel-sur-Morges strittig. Der Ehemann hatte gegen das Urteil des Kantonsgerichts Waadt als Vorinstanz sowohl Berufung als auch staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Das Bundesgericht beurteilt die beiden Rechtsmittel gleichzeitig (Urteil 5C.279/2006, E. 2).

Die Vorinstanz erkannte vorab, dass der in casu konkret zwischen den Ehegatten abgeschlossene *Schenkungsvertrag*, mit welchem der Ehemann seinen Miteigentumsanteil an einem Grundstück unter Vorbehalt einer lebenslänglichen Nutzniessung an seine Ehefrau übertragen hatte, *wegen Simulation keine Wirkung* entfalten konnte, sodass das *Grundstück weiterhin im Miteigentum beider Ehegatten* verblieben war. Nach den Feststellungen der kantonalen Gerichte diente die Schenkung einzig dazu, die Familienvilla zu sichern für den Fall finanzieller Schwierigkeiten des Ehemannes; ein Schenkungswille war nicht gegeben. Nach dem Bundesgericht durfte die Vorinstanz, ohne damit Bundesrecht zu verletzen, schliessen, dass die Parteien gegenseitig und übereinstimmend ihren Willen zum Ausdruck gebracht hatten, ihre wahre Vereinbarung hinter einem Scheingeschäft zu dissimulieren (vgl. Art. 1 und 18 OR) (Urteil 5C.279/2006, E. 4.2).

Gemäss Art. 205 Abs. 2 ZGB kann ein Ehegatte bei im *Miteigentum* stehenden Vermögenswerten unter Nachweis eines überwiegenden Interesses *verlangen, dass ihm das Objekt* gegen Entschädigung des anderen Ehegatten *ungeteilt zugewiesen* wird. Diesbezüglich wirft der Ehemann dem Kantonsgericht vor, es habe Art. 205 Abs. 2 ZGB verletzt, indem ihm das in Frage stehende, im Miteigentum der Ehegatten verbliebene Grundstück zugewiesen worden sei, ohne dass er das dafür erforderliche Begehren gestellt hätte. Er erachtet den vorinstanzlichen Entscheid insofern als willkürlich. Das Kantonsgericht hat festgestellt, dass der Ehemann in zweiter Instanz beantragt habe, dass am Grundstück weiterhin die *nuda proprietas* seiner Ehegattin und die Nutzniessung zu seinen Gunsten bestehen bleiben sollen. Nach der Vorinstanz war diese Lösung ausgeschlossen, weil das Grundstück nach wie vor im Miteigentum beider Ehegatten stand. Weil aber der Ehemann mit seiner Freundin weiterhin die Villa bewohnte, deren Lasten trug und in seinen Anträgen nie etwas anderes als die Aufrechterhaltung des Status quo beehrte, erachtete das Kantonsgericht diese Anträge als Zuweisungsbegehren im Sinne von Art. 205 Abs. 2 ZGB. Nach dem Bundesgericht hat die Vorinstanz damit den subjektiven Willen des Ehemannes festgelegt. Dieser legt nicht dar, inwieweit dies willkürlich sein soll, weshalb die staatsrechtliche Beschwerde als unbegründet abgewiesen wird (Urteil 5P.463/2006, E. 6). Damit ist auch im Berufungsverfahren das *Zuweisungsbegehren* des Ehemannes gemäss Art. 205 Abs. 2 ZGB als gegeben zu erachten (Urteil 5C.279/2006, E. 5.2).

Dass in der hier vorliegenden Situation eine Zuweisung des Grundstücks ohne ausdrückliches Begehren erfolgt ist, mag mit den Besonderheiten des konkreten Falles zu erklären sein. Grundsätzlich ist aber festzuhalten, dass Art. 205 Abs. 2 ZGB – wie sich bereits aus dessen Wortlaut ergibt – ein eigenständiges, *explizites Verlangen des berechtigten Ehegatten* voraussetzt.

Der Ehemann wirft dem Kantonsgericht sodann vor, es habe seine *Forderungen für verschiedene, an der Familienvilla ausgeführte Arbeiten* nicht berücksichtigt, was Art. 206 Abs. 1 ZGB verletze. Das Bundesgericht hält dem Beschwerdeführer vor, er belege nicht, dass er die Beträge der fraglichen Arbeiten angeführt habe. Damit könne er keine Forderung gegenüber seiner Miteigentümerin erheben. Im Übrigen sei der Nettogewinn des Grundstücks entsprechend den auf eine Miteigentumsgemeinschaft mit gleichen Anteilen anwendbaren

Regeln geteilt worden (vgl. Art. 650 f. ZGB). Damit verletzen die Zuweisung des Grundstücks an den Ehemann und die Berechnung der der Ehefrau im Rahmen der Auflösung des Miteigentums und der güterrechtlichen Auseinandersetzung geschuldeten Ausgleichszahlung (*soulte*) kein Bundesrecht (Urteil 5C.279/2006, E. 6.3).

Der Ehemann macht weiter eine Verletzung von Art. 211 ZGB geltend. Diese Bestimmung sieht vor, dass die *Vermögensgegenstände bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu ihrem Verkehrswert einzusetzen* sind. *Massgebender Zeitpunkt* für die Bewertung ist dagegen gemäss Art. 214 Abs. 1 ZGB der Zeitpunkt der *Auseinandersetzung*. Die Parteien sind aber frei, einen *anderen Zeitpunkt* festzusetzen (BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER. N. 6 zu Art. 214 ZGB). Das Kantonsgericht hatte diesbezüglich angenommen, die entsprechend festgesetzten Werte seien implizit durch die Parteien akzeptiert worden. Nachdem die staatsrechtliche Beschwerde in diesem Punkt abgewiesen wurde (Urteil 5P.463/2006, E. 4), liegt nach dem Bundesgericht keine Verletzung von Bundesrecht vor. Die Berufung erweist sich insofern ebenfalls als unbegründet (Urteil 5C.279/2006, E. 7).

c) **Vormundschaftsrecht**

aa) *BGE 133 III 353 (Urteil 5A_173/2007 vom 16. Mai 2007): fürsorgliche Freiheitsentziehung; Form für die Anrufung des Gerichts (Art. 397d ZGB)*

In casu war zu beurteilen, ob ein Gesuch um Entlassung aus der fürsorglichen Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 397d ZGB eine materielle Begründung enthalten muss. Das Bundesgericht hält dafür, auf ein unbegründetes Entlassungsgesuch sei selbst dann einzutreten, wenn die Beschwerdeführerin – wie im vorliegenden Fall – anwaltlich vertreten ist.

In der Tat bestimmt Art. 397d Abs. 1 ZGB einzig, dass das Gericht schriftlich anzurufen ist, womit auf Art. 13 ff. OR verwiesen wird. Daraus leitet das Bundesgericht ab, die gerichtliche Beurteilung einer FFE-Massnahme setze nur ein *schriftliches Gesuch* voraus, das die Formerfordernisse von Art. 13 ff. OR erfüllt. Der Gesuchsteller muss mithin unterschriftlich bezeugen, dass er eine gerichtliche Beurteilung verlangt. Ein formeller Antrag oder eine materielle Begründung des Gesuchs sind dagegen nicht erforderlich (E. 2.1).

In beweis­mässiger Hinsicht betont das Bundesgericht, in Ver­fahren gemäss Art. 397d Abs. 1 ZGB sei es Sache der Gerichte, sich «durch Beizug der einschlägigen Akten sowie persönliche Anhörung des Betroffenen und gegebenenfalls auch der involvierten Behörden die notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu verschaffen» (E. 2.2 i.f.).

Klargestellt hat das Bundesgericht im Weiteren, dass Art. 397d Abs. 1 ZGB die Anforderungen, welche an ein Gesuch um gerichtliche Beurteilung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung gestellt werden, abschliessend regelt. Für zusätzliche Erfordernisse (z.B. die Begründung des Gesuchs), die ihre Grundlage im kantonalen Recht haben, besteht deshalb kein Raum. Derartige kantonale Bestimmungen sind vielmehr bundesrechtswidrig. Aufgrund des abschlies­senden Charakters von Art. 397d Abs. 1 ZGB muss auch ein Gesuch, das von einem Anwalt verfasst worden ist und nur den (sehr tiefen) Anforderungen von Art. 397d Abs. 1 ZGB genügt, von den Gerichten an die Hand genommen werden (E. 2.3).

bb) Urteil 5A_312/2007 vom 10. Juli 2007: fürsorgerische Freiheitsentziehung; Voraussetzungen

Der Beschwerdeführer leidet an einer paranoiden Schizophrenie, die sich ohne medikamentöse Behandlung in Wahnvorstellungen und Realitätsverlust äussert. Aus seinem bisherigen Verhalten ist zu schliessen, dass er sich einer ambulanten Therapie verweigern würde, weshalb eine fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet wurde. Die einweisenden Behörden haben den fürsorgerischen Freiheitsentzug ausserdem damit begründet, dass der Beschwerdeführer in Freiheit das Sozialamt mit Briefen und Anfragen übermässig belasten würde und dass bei deren Nichtbeachtung mit verbaler Aggressivität seinerseits gerechnet werden müsse.

Das Bundesgericht hält dem zunächst entgegen, Behörden könnten sich nicht auf Art. 397a Abs. 2 ZGB berufen. Diese Norm schütze vielmehr die Familie des Betroffenen, die Nachbarn und die Hausgenossen, indem deren Belastung anlässlich der Einweisung des Betroffenen Rechnung zu tragen ist. Querulatorisches Verhalten und Beschimpfungen von Amtspersonen könnten (zu Recht) nicht massgeblich für die Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung sein (E. 2.4).

Freilich rechtfertigt auch die Aufrechterhaltung einer (stationären) medikamentösen Behandlung, die im vorliegenden Fall zweifels- ohne medizinisch indiziert gewesen wäre, für sich alleine keinen fürsorgerischen Freiheitsentzug. Das Bundesgericht stellt vielmehr klar, dass eine fürsorgerische Freiheitsentziehung nur angeordnet werden darf, wenn der Einzuweisende in Freiheit sich selbst oder Dritte konkret gefährdet. *Ohne konkrete Selbst- oder Fremdgefährdung* sei jede *fürsorgerische Freiheitsentziehung* im Sinne von Art. 397a ZGB unverhältnismässig und damit *unzulässig* (E. 2.5; siehe ebenso etwa die Urteile 5A_387/2007 vom 2. August 2007 bezüglich einer nicht selbst- oder fremdgefährdenden "Börsensucht" sowie 5A_474/2007 vom 19. September 2007 bezüglich einer nicht selbst- oder fremdgefährdenden querulatorischen und paranoiden Persönlichkeitsstörung). Der Beschwerdeführer war deshalb aus dem fürsorgerischen Freiheitsentzug zu entlassen.