

Mit freundlicher Genehmigung der Stämpfli Verlag AG

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

149. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Juli/August
2013

7/8 2013

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

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

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 557** Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht
Von Prof. Dr. PETER UEBERSAX, Cheseaux-sur-Lausanne
- 619** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts
im Jahr 2012: Scheidungsrecht einschliesslich Trennungsunterhalt
Von Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern
- 641** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts
im Jahr 2012: Kindesrecht
Von Prof. Dr. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Luzern
- 649** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts
im Jahr 2012: Ehe- und Vormundschaftsrecht
Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, DANIEL THUT und
DEBORAH SCHMUKI, Bern

Aktuell aus dem Bundesgericht

- 676** Verzicht auf Bauverbotsdienstbarkeit steuerfrei,
Rückzug der Baueinsprache steuerbar
Von Dr. MARTIN KOCHER, Lausanne/Studen BE
- 681** Nachzahlung einer Hilflofenentschädigung
bei verspäteter Anmeldung
Von MARCEL ATTINGER, Luzern/Zürich

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, 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; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St.Gallen; Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Prof. Dr. WALTER KÄLIN, Bern; Obergerichtsschreiber FRÉDÉRIC KOHLER, Bern; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St.Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiberin INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTENBACH, Bern.

Abonnemente

Mitglieder Bernischer Juristenverein inkl. Online-Archiv CHF 133.–,
Mitglieder Luzernerischer Juristenverein inkl. Online-Archiv CHF 136.–
Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:
Schweiz CHF 154.–, Ausland CHF 166.–,
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 118.–,
Einzelheft CHF 12.–.
Sämtliche Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente:

Stämpfli AG, Abonnementsmarketing, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 43, Fax 031 300 63 90
E-Mail abonnemente@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Bestellungen Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

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

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

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

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

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

Auflage: 3537 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127

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

Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012

Familienrecht

Veröffentlicht in Band 138

Ehe¹- und Vormundschaftsrecht

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

Inhaltsübersicht

- a) **Eheschliessung**
BGE 138 I 41
- b) **Wirkungen der Ehe im Allgemeinen**
- aa) BGE 138 III 348 (Urteil 5A_540/2011 vom 30. März 2012) = Pra 101 (2012) Nr. 129: angemessene Entschädigung gemäss Art. 165 Abs. 2 ZGB. Voraussetzungen der Gewährung einer angemessenen Entschädigung an den Ehegatten, der aus seinem Einkommen oder Vermögen an den Unterhalt der Familie mehr beigetragen hat, als er verpflichtet war. Berechnung des Betrags der Entschädigung.
- bb) BGE 138 III 97 (Urteil 5A_662/2011 vom 18. Januar 2012): Auswirkungen des Konkubinats auf den Unterhaltsanspruch im Rahmen von Eheschutzmassnahmen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).
- cc) Urteil 5A_259/2010 vom 26. April 2012: vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren. Beschränkungen der Verfügungsbefugnis und sichernde Massnahmen (Art. 178 ZGB).
- dd) BGE 138 III 646 (Urteil 5A_324/2012 vom 15. August 2012) = Pra 102 (2013) Nr. 34: Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen dem Eheschutzgericht und dem Massnahmengericht (aArt. 137 ZGB, Art. 276 Abs. 2 ZPO).

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).

- c) Ehegüterrecht im Allgemeinen, Errungenschaftsbeteiligung**
- aa) BGE 138 III 150 (Urteil 5A_352/2011 vom 17. Februar 2012) = Pra 101 (2012) Nr. 101: Aufhebung des Miteigentums an einem Grundstück im Scheidungsfall. Auswirkungen auf die güterrechtliche Auseinandersetzung in der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 205 Abs. 2 und Art. 650 f. ZGB).
 - bb) BGE 138 III 689 (Urteil 5A_234/2012 vom 28. September 2012): Hinzurechnung zur Errungenschaft. Unentgeltliche Zuwendung und Erfüllung einer sittlichen Pflicht (Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).
 - cc) BGE 138 III 193 (Urteil 5A_636/2011 vom 10. Februar 2012): Bewertung eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Eigengut eines Ehegatten. Ersatzforderungen der Errungenschaft auf Unternehmensertrag (Art. 212 ZGB).
- d) Vormundschaftsrecht**
- aa) BGE 138 V 23 (Urteil 9C_727/2010 vom 27. Januar 2012): Zuständigkeitsfragen bei der Festlegung und Auszahlung von Ergänzungsleistungen (Art. 21 Abs. 1 ELG, Art. 13 Abs. 1 ATSG, Art. 25 Abs. 1 und 2, aArt. 377 Abs. 1 und 2 ZGB).
 - bb) BGE 138 V 58 (Urteil 9C_462/2011 vom 9. Januar 2012): Legitimation der Fürsorgebehörde zur Anmeldung für den vorzeitigen Bezug einer Altersrente nach Art. 67 Abs. 1^{bis} AHVV im Rahmen einer Beistandschaft ad hoc (aArt. 392 Abs. 1 ZGB).
 - cc) BGE 138 III 593 (Urteil 5A_607/2012 vom 5. September 2012): Überprüfung der Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Anschluss an den Wegfall einer entsprechenden Massnahme im Jugendstrafrecht (Art. 10 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 JStG i. V.m. Art. 19 Abs. 2 und 3 JStG und aArt. 397a Abs. 1 ZGB).

Vorbemerkung: Rezensiert werden in der Reihenfolge der Gesetzessystematik alle in Band 138 der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten Urteile zum Ehe- und Vormundschaftsrecht sowie ein ausgewählter, im Jahr 2012 im Internet veröffentlichter Entscheid, der nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen wurde bzw. nicht zur Aufnahme in Band 139 vorgesehen ist. Für die Besprechung der französischsprachigen Urteile wurde jeweils auch Die Praxis des Bundesgerichtes (Pra; Basel) herangezogen.

a) Eheschliessung

BGE 138 I 41 (Urteil 5A_814/2011 vom 17. Januar 2012) = Pra 101 (2012) Nr. 59: Vereinbarkeit des Erfordernisses des Nachweises des rechtmässigen Aufenthalts in der Schweiz während des Ehevorbereitungsverfahrens mit der Gewährleistung des Rechts auf Ehe (Art. 98 Abs. 4 ZGB; Art. 14 BV; Art. 12 EMRK). Kompetenzverteilung zwischen Zivilstandsbeamten und der Fremdenpolizei.

Das Bundesgericht äusserte sich in diesem – gestützt auf eine vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement erhobene Beschwerde in Zivilsachen ergangenen – Entscheid zum *Erfordernis des rechtmässigen Aufenthaltes von Verlobten in der Schweiz während des Ehevorbereitungsverfahrens* (Art. 98 Abs. 4 ZGB) und zu dessen Vereinbarkeit mit der Gewährleistung des Rechts auf Ehe i. S. v. Art. 12 EMRK. Dabei verwies die II. zivilrechtliche Abteilung auf einen von der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gefällten Entscheid, der im Rahmen einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ebenfalls die Vereinbarkeit von Art. 98 Abs. 4 ZGB mit der Garantie des Art. 12 EMRK und dem Urteil des EGMR i. S. O’Donoghue und Mitbeteiligte c. Vereinigtes Königreich zum Gegenstand hatte (BGE 137 I 351; rezensiert in ZBJV 2012, 834 f.). Dieses Urteil des Bundesgerichts sprach sich zur Kompetenzverteilung zwischen Zivilstands- und Fremdenpolizeibehörden aus, und es bestätigte den Grundsatz der Ausschliesslichkeit für Asylverfahren. Danach darf der Zivilstandsbeamte nicht auf ein Gesuch einer ausländischen Person eintreten, welche die Rechtmässigkeit ihres Aufenthaltes in der Schweiz nicht im Sinne von Art. 98 Abs. 4 ZGB dargetan hat. Die Migrationsbehörden sind aber mit Blick auf eine verfassungs- bzw. konventionskonforme Auslegung (Art. 14 BV und Art. 12 EMRK) gehalten, eine Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat auszustellen, sofern kein Fall eines Rechtsmissbrauchs vorliegt (E. 4).

Die II. zivilrechtliche Abteilung schloss sich in casu den Erwägungen des erwähnten, vorangegangenen Urteils der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vorbehaltlos an. Selbst dann, wenn – wie vorliegend – vor der Einleitung des Verfahrens zur Vorbereitung der

Eheschliessung bei der Fremdenpolizei keine Aufenthaltsbewilligung beantragt worden sei, gestatte es Art. 98 Abs. 4 ZGB dem *Zivilstandsbeamten nicht, vorfrageweise über die Rechtmässigkeit des Aufenthaltes zu befinden*. Er sollte aber im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips und zur Vermeidung eines überspitzten Formalismus den Verlobten eine *genügend lange Frist* einräumen, damit diese bei der zuständigen Behörde eine Bestätigung über den rechtmässigen Aufenthalt einholen könnten (E. 5).

Da in casu der ausländische Verlobte weder vor Einreichung des Gesuchs um Einleitung eines Vorbereitungsverfahrens zur Eheschliessung noch nach erfolgter Ansetzung einer 60-tägigen Frist bei der Fremdenpolizei eine Aufenthaltsbewilligung zwecks Heirat beantragt hatte, verweigerte das Zivilstandsamt die Durchführung des Vorbereitungsverfahrens zu Recht. Das Bundesgericht verneinte somit das Vorliegen von Verletzungen des Art. 12 EMRK, des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Verbotes des überspitzten Formalismus (E. 5).

b) Wirkungen der Ehe im Allgemeinen

aa) BGE 138 III 348 (Urteil 5A_540/2011 vom 30. März 2012) = Pra 101 (2012) Nr. 129: angemessene Entschädigung gemäss Art. 165 Abs. 2 ZGB. Voraussetzungen der Gewährung einer angemessenen Entschädigung an den Ehegatten, der aus seinem Einkommen oder Vermögen an den Unterhalt der Familie mehr beigetragen hat, als er verpflichtet war. Berechnung des Betrags der Entschädigung.

Am 23. Juni 1988 heirateten A. (Ehemann) und B. (Ehefrau). Mit Ehevertrag vom 26. Mai 1988 vereinbarten die Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung. Die Familienwohnung bildete eine Liegenschaft, welche B. im Jahre 1991 für CHF 900 000.– als Alleineigentümerin erworben hatte. Die Finanzierung des Kaufpreises erfolgte für den Betrag von CHF 400 000.– durch eine Schenkung ihrer Eltern und für den Restbetrag von CHF 500 000.– mittels einer durch beide Ehegatten als Solidarschuldner eingegangenen Hypothekarschuld. Im Zusammenhang mit der von ihm einseitig begehrten Scheidung macht der Ehemann hinsichtlich der Liegenschaft geltend, er

selbst habe Renovationsarbeiten im Wert von CHF 34 640.– geleistet und die Kosten der Renovationsarbeiten von insgesamt CHF 165 660.– getragen.

Mit Urteil des Gerichtshofs des Kantons Genf vom 17. Juni 2011 wurde die Ehefrau in letzter kantonaler Instanz verpflichtet, dem Ehemann als angemessene Entschädigung i. S. v. Art. 165 Abs. 2 ZGB einen Betrag von CHF 40 000.– nebst Zinsen zu 5% seit 18. Juni 2008 zu bezahlen.

A. erhob Beschwerde an das Bundesgericht unter Berufung auf eine Verletzung von Art. 165 Abs. 2 ZGB sowie von Art. 9 BV und Art. 4 ZGB, weil ihm von der Vorinstanz ein zu geringer Betrag von lediglich CHF 40 000.– zugesprochen worden war.

Das Bundesgericht führt aus, gemäss Art. 165 Abs. 2 ZGB habe derjenige Ehegatte, der durch sein Einkommen oder sein Vermögen bedeutend mehr an den Unterhalt der Familie beigetragen hat, als er verpflichtet war, Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Dem Gesetzeswortlaut lasse sich entnehmen, dass *nur die aus dem Einkommen oder dem Vermögen eines Ehegatten stammenden Beiträge* unter die Norm fallen würden, nicht aber Arbeitsleistungen eines Ehegatten zur Verbesserung oder zum Unterhalt einer im Eigentum des anderen Ehegatten stehenden Liegenschaft (vgl. Urteil 5C.137/2001 vom 2. Oktober 2001 E. 3b/cc = FamPra.ch 2002, 118) (E. 7.1.1).

Art. 165 Abs. 2 ZGB gewähre des Weiteren nicht einen Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Beträge, sondern bloss einen solchen auf eine *angemessene Entschädigung*. Deren Festsetzung habe im Wesentlichen nach der Situation und den Leistungen des anspruchsberechtigten Ehegatten sowie nach der wirtschaftlichen Lage des pflichtigen Ehegatten und der allgemeinen finanziellen Situation der Familie zu erfolgen (E. 7.1.3).

Das Bundesgericht gelangt zum Schluss, dass die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum nicht überschritten habe, indem sie die angemessene Entschädigung i. S. v. Art. 165 Abs. 2 ZGB auf CHF 40 000.– festlegte, was mehr oder weniger der Höhe des beweglichen Vermögens der Beschwerdegegnerin entspreche (E. 7.4).

bb) *BGE 138 III 97 (Urteil 5A_662/2011 vom 18. Januar 2012): Auswirkungen des Konkubinats auf den Unterhaltsanspruch im Rahmen von Eheschutzmassnahmen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).*

Die Ehegatten X. und Y. heirateten 2005 und wurden Eltern zweier Kinder. Im Oktober 2009 lernte die Ehefrau Y. einen anderen Mann kennen, mit welchem sie seit Ende Januar 2010 zusammenlebt. Im Oktober 2010 wurde das gemeinsame Kind von Y. und ihrem neuen Partner geboren. Vor Bundesgericht war streitig, ob und wie sich das Zusammenleben von Y. mit dem neuen Partner auf den im Rahmen von Eheschutzmassnahmen festzusetzenden Unterhaltsbeitrag auswirkt (E. 2).

Bei der Prüfung der Auswirkung des Zusammenlebens eines Ehegatten mit einem neuen Partner lassen sich gemäss dem Bundesgericht *drei Tatbestände* unterscheiden (E. 2.3):

(1) Der Ehegatte wird von seinem neuen Partner *finanziell unterstützt*: In solchen Fällen geht die Rechtsprechung gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot oder auf Art. 163 ZGB davon aus, dass sich der Unterhaltsanspruch gegenüber dem verpflichteten Ehegatten *im Umfang der tatsächlich erhaltenen Unterstützungsleistungen reduziert* (E. 2.3.1).

(2) Der Ehegatte erhält vom neuen Partner *keine finanzielle Unterstützung*, oder eine solche ist nicht nachweisbar. In diesen Fällen könne – so das Bundesgericht – eine «sog. (einfache) Wohn- und Lebensgemeinschaft» vorliegen, wodurch sich die Lebenshaltungskosten des Ehegatten verringerten. Die gemeinschaftlichen Kosten (Grundbetrag, Miete etc.) würden durch die Partner anteilmässig getragen, «selbst wenn die tatsächliche Beteiligung geringer sein sollte». Diese *Kostensparnis sei im Bedarf beider Ehegatten zu berücksichtigen* (E. 2.3.2).

(3) Der unterhaltsberechtigten Ehegatte lebt in einem sog. *qualifizierten Konkubinat*. Liegt ein solches gefestigtes Konkubinat vor, das dem Ehegatten ähnliche Vorteile wie die Ehe bietet, so *fällt der Unterhaltsanspruch weg*. Entscheidend sei in diesen Fällen nicht das Kriterium des Rechtsmissbrauchs, sondern, ob es sich um eine so enge Lebensgemeinschaft handle, dass der neue Partner bereit sei, den gleichen Beistand und die Unterstützung zu leisten, wie es Art. 159 Abs. 3 ZGB von den Ehegatten fordere. Dabei spiele es keine Rolle,

ob die dazu notwendigen finanziellen Mittel vorhanden seien oder nicht (E. 2.3.3).

Unter Willkür Gesichtspunkten (Art. 9 BV) ergab sich *vorliegend Folgendes*: Aufgrund der Kinderbetreuung konnte der Beschwerdegegnerin nicht zugemutet werden, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, sodass der Beschwerdeführer ihr weiterhin Geldbeträge i. S. v. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB schuldet (E. 3.2). Die Geburt des gemeinsamen Kindes und die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin zusammen mit ihrem neuen Partner in einem Einfamilienhaus wohnte, erachtete das Bundesgericht als blosser Indizien, nicht aber als Beweis für eine entsprechend intensive eheähnliche Verbindung (E. 3.4.3). Weil der Beschwerdeführer die tatsächlichen Voraussetzungen, die rechtlich auf ein qualifiziertes Konkubinat hätten schliessen lassen, nicht zu beweisen vermochte (Art. 8 ZGB) (E. 3.4.2), war die vorinstanzliche Verneinung des Konkubinats nicht zu beanstanden (E. 3.4.5). Anzunehmen war deshalb eine «sog. (einfache) Wohn- und Lebensgemeinschaft», weshalb die Einsparungen, die sich daraus ergaben, dem Bedarf der Beschwerdegegnerin anzurechnen waren (E. 3.4.5).

Vgl. dazu auch ROLAND FANKHAUSER, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 18. 1. 2012, X. c. Y., Zivilrechtliche Berufung (BGE 138 III 97, 5A_662/2011 vom 18. 1. 2012), AJP 2012, 1004 ff., 1007 ff., wonach das Urteil nicht überzeuge; weiter zu dieser Entscheidung die Besprechung von HEINZ HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2012, Familienrecht, ZBJV 2013, 619 hievoro.

cc) *Urteil 5A_259/2010 vom 26. April 2012: vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren. Beschränkungen der Verfügungsbefugnis und sichernde Massnahmen (Art. 178 ZGB).*

Der Multimilliardär Dmitri Rybolovlev und Elena Rybolovleva haben am 24. Juli 1987 in Russland geheiratet. Seit dem Jahr 1995 leben die Ehegatten in Genf. Elena Rybolovleva reichte am 22. Dezember 2008 die Scheidungsklage ein. Im Scheidungsverfahren beantragte sie als vorsorgliche Massnahme die Beschränkung der Verfügungsbefugnis ihres Ehemannes in Bezug auf eine Reihe von Vermögenswerten. Nachdem das erstinstanzliche Gericht diese vorsorgliche Massnahme abgelehnt hatte, hob die Cour de justice des Kantons Genf in Gutheissung des von der Ehefrau erhobenen Rechts-

mittels das Urteil auf und verbot dem Ehemann gestützt auf Art. 178 Abs. 1 und 2 ZGB, über bestimmte im In- und Ausland gelegene Vermögenswerte direkt oder über zwischengeschaltete Organe zu verfügen. Bei den Vermögenswerten handelte es sich zum Teil auch um solche, welche der Ehemann indirekt über Unternehmen oder Trusts hielt. Darüber hinaus weitete die Cour de justice das Verbot auf die Unternehmen selbst und ihre Organe sowie die Trusts und Trustees aus. Als geeignete sichernde Massnahme i. S. v. Art. 178 Abs. 2 ZGB ordnete sie zudem die Beschlagnahme («saisie provisionnelle») dieser Vermögenswerte an. Gegen das Urteil der Cour de justice des Kantons Genf gelangte Dmitri Rybolovlev mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

Die II. zivilrechtliche Abteilung hält fest, dass Verfügungsbeschränkungen und sichernde Massnahmen i. S. v. Art. 178 ZGB sinngemäss auch als *vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren* angeordnet werden können (E. 7.3.2.1).

Die Besonderheit liege in casu darin, dass sich die Verfügungsbeschränkungen und sichernden Massnahmen *auch auf im Ausland gelegene und formell nicht vom Ehemann, sondern von Dritten – Gesellschaften und Trusts – gehaltene Vermögenswerte erstreckten*. Weil die güterrechtliche Auseinandersetzung sämtliche ehelichen Vermögenswerte – unabhängig davon, wo diese gelegen sind – erfasse, erachtet es das Bundesgericht als zulässig, dass die Verfügungsbeschränkung (als «*mesure ad personam*») und die Beschlagnahmung (als «*mesure in rem*») auch im Ausland gelegene Vermögenswerte erfassen können (E. 7.3.2.2).

Aus dem vorinstanzlichen Entscheid ergab sich, dass Dmitri Rybolovlev den grössten Teil seines beruflichen Vermögens einseitig auf zwei Trusts übertragen hatte, deren Hauptbegünstigte er und seine beiden Töchter waren, wohingegen seine Ehegattin aus dem Kreis der «*beneficiaries*» ausgeschlossen wurde (E. 7.3.3.1). Diesbezüglich bestätigt das Bundesgericht das Urteil der Cour de justice des Kantons Genf, das diese Vermögenswerte mittels der Figur des *Durchgriffs* in den Anwendungsbereich der angeordneten sichernden Massnahmen miteinbezogen hatte. Die Vorinstanz sei in der vorliegenden Situation nicht willkürlich vorgegangen, wenn sie trotz formal an sich gegebener Dualität der Personen erkannt habe, dass die Trusts nichts anderes als ein «*simple instrument dans la main du recourant*» darstellten, und sie entsprechend der ökonomischen Realität eine Identität der Perso-

nen angenommen habe (E. 7.3.3.2). Des Weiteren sei es im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen zulässig, wenn das Gericht den Entscheid auf *schweizerisches Recht* und nicht auf das in der Hauptsache anwendbare ausländische Recht stütze (E. 7.3.2.2).

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt (E. 9).

dd) BGE 138 III 646 (Urteil 5A_324/2012 vom 15. August 2012) = Pra 102 (2013) Nr. 34: Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen dem Eheschutzgericht und dem Massnahmengericht (aArt. 137 ZGB, Art. 276 Abs. 2 ZPO).

In diesem prozessrechtlichen Entscheid befasste sich das Bundesgericht mit der Frage der Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen dem *Eheschutzgericht* und dem im hängigen Scheidungsverfahren für den Erlass vorsorglicher Massnahmen i. S. v. Art. 276 ZPO zuständigen sog. *Massnahmengericht*.

Nach der Rechtsprechung (BGE 129 III 60) ist für die Zeit vor der Rechtshängigkeit der Scheidung der Eheschutzrichter für den Erlass von Massnahmen zuständig, nachher der Massnahmerichter. *Angeordnete Eheschutzmassnahmen bleiben* auch während eines bereits anhängig gemachten Scheidungsverfahrens *bestehen, bis sie durch vorsorgliche Massnahmen modifiziert werden*. Tritt kein Zuständigkeitskonflikt ein, so ist es – mit Blick auf die für die Behandlung des Dossiers erforderliche Zeit – nicht von Bedeutung, ob der Eheschutzentscheid vor oder nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens gefällt worden ist (E. 3.3.2).

c) **Ehegüterrecht im Allgemeinen, Errungenschaftsbeteiligung**

- aa) *BGE 138 III 150 (Urteil 5A_352/2011 vom 17. Februar 2012) = Pra 101 (2012) Nr. 101: Aufhebung des Miteigentums an einem Grundstück im Scheidungsfall. Auswirkungen auf die güterrechtliche Auseinandersetzung in der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 205 Abs. 2 und Art. 650 f. ZGB).*

A. und B. heirateten am 14. November 1986. Während B. (Ehemann) auch nach der Heirat weiter als Augenarzt arbeitete, gab A. (Ehefrau) ihre Berufstätigkeit ca. ein Jahr nach der Eheschliessung auf und widmete sich der Kindererziehung. Die Eheleute erwarben am 4. September 1997 je zur Hälfte zu Miteigentum zwei Grundstücke; auf dem einen wurde das in der Folge von der Familie bewohnte Haus gebaut. Die Gestehungskosten beliefen sich auf CHF 1 025 000.–. Die Finanzierung erfolgte im Betrag von CHF 355 000.– durch die Ehefrau und für die restlichen CHF 670 000.– durch ein von beiden Ehegatten unter solidarischer Haftbarkeit bei der Bank aufgenommenes Hypothekendarlehen. Der Wert des Villengrundstücks belief sich bei der Auflösung des Güterstandes auf CHF 1 700 000.–. Die Grundpfandschuld war nicht amortisiert worden.

Am 26. Mai 2010 schied das Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (Bezirksgericht) die Ehe zwischen A. und B. und regelte im Urteil die Scheidungsfolgen. Das Villengrundstück wurde der Ehegattin A. zu Alleineigentum zugewiesen, und Ehemann B. wurde verpflichtet, A. aus Güterrecht einen Betrag von CHF 95 316.– zu überweisen.

Gegen das Urteil des Bezirksgerichts gelangte A. ans Kantonsgericht Waadt. Dieses erhöhte den von B. an A. zu leistenden Unterhaltsbeitrag und bestätigte im Übrigen – mithin auch hinsichtlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung – das erstinstanzliche Urteil.

Vor Bundesgericht beantragt A. mittels Beschwerde in Zivilsachen eine Erhöhung des nachehelichen Unterhaltsbeitrages, die Zuweisung der im Miteigentum der Ehegatten stehenden Grundstücke an sie zu künftigem Alleineigentum und die Festsetzung einer höheren Forderung zu ihren Gunsten aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung. B. beantragt die Abweisung der Beschwerde.

A. rügt namentlich *das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung in Bezug auf das zu Miteigentum erworbene Wohngrundstück der Familie*. Dieses gehöre zu ihrem Eigengut, und diesem sei deshalb auch der gesamte auf dem Grundstück seit seinem Erwerb eingetretene konjunkturelle Mehrwert zuzuweisen (E. 3).

Das Bundesgericht hält fest, die Vorgehensweise der Vorinstanz – welche das Grundstück je hälftig beiden Errungenschaften der Ehegatten zuwies, unter Überbindung der je hälftigen Grundpfandschuld – entspreche nicht dem Bundesrecht und der dazu ergangenen Rechtsprechung (E. 4 und 5). Im Scheidungsfall sei die *Auflösung des Miteigentums* unter den Ehegatten *vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung* (Art. 205 ff. ZGB) vorzunehmen. Zwar verlange die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht zwingend die Aufhebung von Miteigentum, dennoch nähmen die Ehegatten sie diesfalls doch in der Regel vor. Die Aufhebung des Miteigentums werde durch Art. 650 und 651 ZGB geregelt, wobei ergänzend Art. 205 Abs. 2 ZGB zu beachten sei (E. 5.1.1).

Werde die Liegenschaft durch das Gericht einem der Ehegatten zugewiesen, so sei für die Festsetzung der dem anderen Ehegatten zustehenden Entschädigung auf den *Verkehrswert* der Liegenschaft abzustellen, und es seien im Übrigen die *Bestimmungen über das Miteigentum* zu beachten (E. 5.1.2).

Aus der Tatsache, dass *beide Ehegatten als Miteigentümer je zur Hälfte im Grundbuch eingetragen* seien, lässt sich nach dem Bundesgericht folgern, dass beide Miteigentümer sein und den *Mehrwert* mit dem anderen *teilen wollten*, dies *ungeachtet der* – in casu hinsichtlich der Eigenmittel ausschliesslich durch die Ehefrau erbrachten – *Finanzierung*. Soweit A. das Gegenteil behauptete, habe sie diesen Sachverhalt zu beweisen, und zwar entweder durch Beweis der Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrags oder durch Beweis des Bestehens einer internen Vereinbarung unter den Ehegatten. Ein solcher Nachweis sei A. jedoch nicht gelungen (E. 5.1.4).

Die Liegenschaft sei deshalb – so das Bundesgericht – zum Wert von CHF 1 700 000.– der Ehefrau A. zuzuweisen. Unter Berücksichtigung der durch sie im Betrag von CHF 355 000.– erfolgten Mitfinanzierung des Erwerbs des Grundstücks schulde A. folglich ihrem Ehemann CHF 337 500.– ([CHF 1 700 000.– - CHF 670 000.– [Hypothek] - CHF 355 000.–]/2) (E. 5.1.4).

Sobald das Miteigentum aufgelöst sei, sei das *Resultat den verschiedenen Vermögensmassen der unter Errungenschaftsbeteiligung stehenden Ehegatten zuzuweisen*. Folglich sei zu bestimmen, welcher Masse der Ehefrau die Liegenschaft und die ihrem Ehemann gestützt auf Art. 205 Abs. 2 ZGB geschuldete Entschädigung zuzurechnen seien. Ebenso müsse bestimmt werden, zu welcher Masse des Ehemanns diese Forderung gegen A. gehöre. Sodann sei der Vorschlag der Errungenschaftsmassen jedes Ehegatten festzustellen, um schliesslich den ehelichen Güterstand aufzulösen (E. 5.2).

Die Ehegatten sind uneinig, welcher Gütermasse das nunmehr im Alleineigentum der A. stehende Wohngrundstück zuzuweisen sei. B. geht – entsprechend dem Urteil der Vorinstanz – davon aus, dass die Vermutung zugunsten der Errungenschaft (Art. 200 Abs. 3 ZGB) gelte. A. hingegen macht Eigengut geltend, weil die von ihr beigesteuerten Mittel zum Erwerb des Grundstücks ausschliesslich Eigengutsmittel gewesen seien (E. 5.2.1). Das Bundesgericht hält dafür, dass A. ihre Berufstätigkeit bereits kurz nach der Eheschliessung aufgegeben und mithin kaum Gelegenheit zur Bildung von Errungenschaft bestanden habe, weshalb die von ihr investierten Geldmittel nur aus ihrem *Eigengut* stammen können (E. 5.2.3).

Die Finanzierung der Liegenschaft sei aus dem Eigengut der Ehefrau und mit einem Hypothekendarlehen erfolgt. Die Liegenschaft bilde somit Eigengut der Frau, und die Hypothekarschuld belaste ebenfalls diese Gütermasse (Art. 209 Abs. 2 ZGB). Ebenso falle der auf die Hypothek entfallende Mehrwert vollumfänglich dem Eigengut von A. zu (E. 5.2.4). Das Bundesgericht weist im Lichte dieser Erwägungen die Sache zur erneuten güterrechtlichen Auseinandersetzung an die kantonale Instanz zurück (E. 5.3).

In Bezug auf den ebenfalls strittigen *nachehelichen Unterhalt* bestätigt das Bundesgericht dem Grundsatz nach die Vorgehensweise des Kantonsgerichts. Dieses lege den angemessenen Unterhalt von A. fest und brachte davon einen hypothetischen Vermögensertrag in Abzug (E. 7.1). Weil jedoch das Vermögen der A. infolge der hinsichtlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung vorgenommenen Rückweisung an die Vorinstanz eine Änderung erfahren könnte, werde das Kantonsgericht auch den der Ehefrau als hypothetisches Einkommen anrechenbaren Betrag neu festzusetzen haben (E. 7.2).

Zu der im vorliegenden Urteil durch das Bundesgericht vorgenommenen Auflösung des Miteigentums unter Ehegatten sind unse-

rerseits bereits in der letztjährigen Rechtsprechungsübersicht erste *kritische Anmerkungen* angebracht worden (vgl. ZBJV 2012, 857 f.). Auch andere Autoren haben sich kritisch mit BGE 138 III 150 auseinandergesetzt (vgl. insbesondere REGINA E. AEBI-MÜLLER, Miteigentum unter Ehegatten bei bloss einseitigen Investitionen – wer partizipiert am Gewinn?, ZBJV 2012, 658 ff.; DIES., Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter 13. August 2012; PAUL-HENRI STEINAUER, Le sort de la plus-value prise par un immeuble en copropriété d'époux qui n'ont pas financé l'acquisition dans une mesure égale, Jusletter 25. März 2013).

Die Vorgehensweise des Bundesgerichts *weicht von feststehenden Grundsätzen des Ehegüterrechts* (siehe dazu schon STEPHAN WOLF, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 1999, 246 ff.) *ab* und übergeht insbesondere die im ordentlichen Güterstand verankerte Anspruchsgrundlage von Art. 206 ZGB. Das höchste Gericht übersieht, dass in der Errungenschaftsbeteiligung *jeder im Vermögen eines Ehegatten befindliche Gegenstand* – wozu selbstverständlich auch die in casu vorhandenen Miteigentumsanteile von Mann und Frau gehören – *bereits mit seinem Erwerb stets auch einer der beiden Gütermassen* – Errungenschaft oder Eigengut – *des oder der Eigentümerehegatten zuzuweisen ist* (so auch STEINAUER, a. a. O., Rz. 11 f., mit Darstellung der zutreffenden, güterrechtskonformen Behandlung der vorliegend infrage stehenden Miteigentumsanteile beider Ehegatten). Stattdessen führt das vom Bundesgericht in casu vorgenommene Vorgehen dazu, dass erst das Resultat der Auflösung des Miteigentums in den Güterstand integriert wird, während bis dahin die – ja vorher auch schon vorhandenen – Miteigentumsanteile behandelt werden, wie wenn sie ausserhalb des Güterstandes stehen würden. Für diese unzutreffende Auffassung bezeichnend ist etwa die bundesgerichtliche Feststellung: «L'immeuble de l'épouse [sic!] a été financé par ses biens propres» (E. 5.2.4.2). Richtigerweise hat die *Ehegattin* nicht das Grundstück erworben und finanziert, sondern nur *ihren Miteigentumsanteil erworben* (vgl. auch STEINAUER, a. a. O., Rz. 10) *und finanziert, und* sie hat darüber hinaus eben *auch den Miteigentumsanteil ihres Ehegatten finanziert*. Damit hat die Ehefrau eine *Investition in einen Vermögensgegenstand ihres Ehemannes* geleistet, welche sie gemäss Art. 206 ZGB zu einer *Ersatzforderung* und bei gestiegenen Werten zu einem *Mehrwertanteil* berechtigt. Auch diesen gesetzlich verankerten güterrechtlichen An-

spruch hat das Bundesgericht vollständig übergangen (vgl. so schon STEINAUER, a. a. O., Rz. 13).

Der von AEBI-MÜLLER und STEINAUER, je a. a. O., geäußerten Kritik am Entscheid ist somit vorbehaltlos zuzustimmen: Besteht eine ungleiche Finanzierung von formal gleich grossen Miteigentumsanteilen, so liegt güterrechtlich eine *Investition eines Ehegatten in den Miteigentumsanteil des anderen* vor. Diese Investition kann bei der Auflösung des Miteigentums zurückverlangt werden. Darüber hinaus partizipiert sie gemäss Art. 206 Abs. 1 ZGB auch am Mehrwert (HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, II/1/3/1, Art. 181–220 ZGB, Bern 1992, N 9 zu Art. 206 ZGB; BGer 5C.81/2001 vom 14. Januar 2002, E. 4). Wird die Miteigentumsliegenschaft ausschliesslich durch einen Ehegatten finanziert, ist diesem bzw. seiner investierenden Gütermasse aufgrund von Art. 206 Abs. 1 ZGB der gesamte Mehrwert zuzuordnen. Eine hälftige Teilung, wie sie das Bundesgericht vorgenommen hat, ist nicht richtig. In casu hätte folglich der Ehemann B. der Ehefrau A. die in seinen Teil erfolgte Investition sowie den darauf entfallenden Mehrwert zurückerstatten müssen.

Zum *Ausschluss der Mehrwertbeteiligung* wäre eine *schriftliche Vereinbarung* i. S. v. Art. 206 Abs. 3 ZGB vorauszusetzen. Ein solcher Ausschluss der Mehrwertbeteiligung zulasten des investierenden Ehegatten lässt sich keineswegs einfach aus der Begründung hälftigen Miteigentums trotz einseitiger Finanzierung ableiten.

In casu war die Liegenschaft mit einer Hypothek belastet. In diesen Fällen ist bei hälftigem Miteigentum der auf die Hypothek entfallende Mehrwert auf beide Miteigentümer-Ehegatten je hälftig aufzuteilen, denn für die Hypothek haften beide Ehegatten persönlich mit ihrem gesamten Vermögen. Da die Ehefrau allein Eigengut investiert hat, fällt ihr Anteil am auf die Hypothek entfallenden Mehrwert in ihr Eigengut. Aus der Sicht des Ehemannes handelt es sich dagegen um einen ausschliesslich – teils durch seine Ehegattin und teils durch die Bank – fremdfinanzierten, sog. reinen Kreditkauf, weshalb sein Anteil am Mehrwert seiner Errungenschaft zuzuordnen ist.

Die Hoffnung, dass das Bundesgericht seine unzutreffende Rechtsprechung bald korrigieren wird, ist seit dem Urteil 5A_464/2012 vom 30. November 2012 geschwunden. In der Erwägung 6.3.1 dieses unpublizierten Entscheides wird BGE 138 III 150 bestätigt, freilich ohne jede Begründung. Wie die beiden Sachverhalte richtigerweise

zu behandeln gewesen wären, lässt sich bei STEINAUER, a. a. O., detailliert und auch anhand von konkreten Berechnungen nachlesen.

bb) BGE 138 III 689 (Urteil 5A_234/2012 vom 28. September 2012): Hinzurechnung zur Errungenschaft. Unentgeltliche Zuwendung und Erfüllung einer sittlichen Pflicht (Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

Der Ehemann X. und die Ehefrau Y. heirateten 1983. Die gemeinsame Tochter A. kam im Jahr 1991 zur Welt. Am 3. Dezember 2007 reichte die Ehefrau die Klage auf Scheidung beim Kantonsgericht Zug ein. Mit Urteil vom 26. Januar 2011 wurde die Ehe geschieden. Dabei wurde Y. verpflichtet, aus Güterrecht CHF 32 266.40 an X. zu bezahlen. Zur Ermittlung der güterrechtlichen Ansprüche wurden der Errungenschaft von X. CHF 116 000.– hinzugerechnet. Diesen Betrag hatte X. an B. geleistet, welche die Mutter von C. (geboren 2000) ist, den X. am 5. April 2005 als sein Kind anerkannt hatte.

X. legte Berufung gegen das Scheidungsurteil ein. Vor Obergericht des Kantons Zug machte er einen güterrechtlichen Anspruch von CHF 92 292.40 geltend mit der Begründung, dass bei seiner Errungenschaft zu Unrecht der Betrag von CHF 116 000.– als unentgeltliche Zuwendung i. S. v. Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hinzugerechnet worden sei. Das Obergericht hiess die Berufung teilweise gut und verpflichtete Y. zur Zahlung von CHF 34 292.40 an X. Im Übrigen wurde das erstinstanzliche Urteil mit der erwähnten Hinzurechnung bestätigt. Gegen das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zug erhob X. am 22. März 2012 Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde mit folgenden Erwägungen ab:

Thema der Beschwerde sei die *güterrechtliche Auseinandersetzung* zwischen X. und Y., welche der Errungenschaftsbeteiligung unterstanden. Fest stehe, dass X. von Juli 2005 bis November 2007 über den Kindesunterhalt hinaus monatlich CHF 4 000.– an die Kindesmutter B. zahlte. Einziger Streitpunkt sei die *Hinzurechnung* dieses Betrages von insgesamt CHF 116 000.– *zur Errungenschaft* von X. Nach Ansicht von X. handle es sich nicht um unentgeltliche Zuwendungen i. S. v. Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, weshalb die Hinzurechnung zu seiner Errungenschaft eine Rechtsverletzung darstelle (E. 3 und 3.1).

Wenn der Beschwerdeführer vorbringe, dass er sein überschüssiges Einkommen verbrauchen könne und nicht verpflichtet sei, Errungenschaft zu bilden, so verkenne er, dass die grundsätzliche Dispositionsfreiheit der Ehegatten gemäss Art. 201 Abs. 1 ZGB nur innerhalb der gesetzlichen Schranken gelte und das Gesetz gewisse illoyale Vermögensverminderungen sanktioniere. Damit stelle sich die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Hinzurechnung gemäss Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vorlägen (E. 3.2).

Gemäss dem Bundesgericht fallen alle Arten von Vermögensentäusserungen ohne Gegenleistung, welche die Errungenschaft vermindert oder deren Zunahme verhindert haben, unter den Begriff der *unentgeltlichen Zuwendung* i. S. v. Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (E. 3.3). Weiter hält das höchste Gericht fest: «Laut der Botschaft [...] fallen unter die unentgeltlichen Zuwendungen auch «Leistungen aufgrund einer moralischen Verpflichtung». Nach der Lehre soll der Begriff «unentgeltliche Zuwendungen» möglichst gleich wie in Art. 527 Ziff. 1 ZGB ausgelegt werden [...]. Die Erfüllung einer sittlichen Pflicht unterliegt nach der Rechtsprechung der Herabsetzung gestützt auf Art. 527 ff. ZGB [...], weshalb die analoge Anwendung auf Art. 208 ZGB befürwortet wird [...]. Nach einem Teil der Lehre vermag eine bloss systematische Überlegung nicht zu begründen, warum das Recht eines Ehegatten beschränkt werden soll, eine sittliche Verpflichtung zu erfüllen. Eine Handlung soll demnach von der Herabsetzung ausgenommen werden, wenn ihr Unterlassen als unsittlich angesehen werden müsste, nicht jedoch, wenn die Vornahme moralisch bloss vertretbar erscheine [...]. Inwieweit allgemein die Erfüllung einer sittlichen Pflicht von Art. 208 ZGB erfasst ist, kann mit Blick auf die konkret in Frage stehenden Zahlungen des Beschwerdeführers – wie sich aus dem Folgenden ergibt – offengelassen werden» (E. 3.3.1).

Die Mutter eines nicht ehelichen Kindes habe keinen Anspruch auf Unterhalt für die Betreuung. Es bestehe nur ein Anspruch für die Kosten des Unterhalts während einer beschränkten Zeit vor und nach der Geburt (Art. 295 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt könne sich jedoch gestützt auf einen Vertrag mit dem Vater ergeben. Solche Vereinbarungen seien grundsätzlich als Schenkungsversprechen (Art. 239 OR) oder als Versprechen der Erfüllung einer sittlichen Pflicht zu beurteilen (E. 3.3.2).

In der schriftlichen Vereinbarung betreffend Unterhalt zwischen X. und B. könne nicht das Versprechen der Erfüllung einer sittlichen

Pflicht erblickt werden. X. hätte kein unsittliches Verhalten vorgeworfen werden können, wenn er keine Zahlungen an B. für die Betreuung des über 5-jährigen Kindes geleistet hätte, während er gleichzeitig mit Y. im ordentlichen Güterstand lebte. Insoweit sei nicht zu beanstanden, dass das Obergericht die Geldzahlungen von X. an B. als Zuwendung i. S. v. Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB qualifizierte (E. 3.3.3).

Entgegen seinen Ausführungen könne X. *nicht* von einer *Zustimmung* seitens Y. zu den erwähnten Geldzahlungen ausgehen. Weiter handle es sich bei den Zahlungen *nicht* um *übliche Gelegenheitsgeschenke*. Sodann seien die Zahlungen innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Auflösung des Güterstandes erfolgt. Das Obergericht habe folglich nicht gegen Bundesrecht verstossen, als es die Geldzahlungen von insgesamt CHF 116 000.– an B. in Anwendung von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Errungenschaft von X. hinzurechnete. Es bleibe deshalb bei der im angefochtenen Urteil angeordneten güterrechtlichen Nebenfolge (E. 3.4).

cc) *BGE 138 III 193 (Urteil 5A_636/2011 vom 10. Februar 2012): Bewertung eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Eigentum eines Ehegatten. Ersatzforderungen der Errungenschaft auf Unternehmerertrag (Art. 212 ZGB).*

X. und Y. heirateten 1969. Während der Ehemann Y. den familieneigenen Weinbaubetrieb führte, besorgte die Ehefrau X. den Haushalt der Familie, betreute die drei gemeinsamen Kinder und arbeitete zusätzlich im Familienbetrieb mit. Ende Februar 2003 trennten sich die Ehegatten. Am 1. März 2007 reichte X. die Scheidungsklage ein, woraufhin das Bezirksgericht die Ehe schied. Dabei wurde Y. verpflichtet, einen Unterhaltsbeitrag und aus Güterrecht CHF 845 554.– an X. zu zahlen. In seinem Berufungsurteil reduzierte das Kantonsgericht die güterrechtliche Ausgleichszahlung auf CHF 289 423.–. Vor Bundesgericht beantragte X. eine güterrechtliche Ausgleichszahlung von CHF 723 694.–, Y. die Abweisung der Beschwerde.

Der *Weinbaubetrieb*, den Y. im Jahr 1978 von seinem Vater übernommen hatte und als Einzelfirma weitergeführt hat, bildete den *Hauptgegenstand der güterrechtlichen Auseinandersetzung*. Bereits vor Kantonsgericht sei unbestritten geblieben, dass der Weinbaubetrieb ein landwirtschaftliches Gewerbe bilde und Y. als Selbstbewirt-

schafter anzusehen sei. Massgebend für die güterrechtliche Auseinandersetzung sei somit gemäss Art. 212 ZGB der Ertragswert des Weinbaubetriebs (E. 2.1).

Das Kantonsgericht habe den Weinbaubetrieb als Ganzes, d. h. mit allen Aktiven und Passiven, dem Eigengut von Y. zugeordnet. Sodann habe es die Finanzierungsanteile von Eigengut und Errungenschaft am Weinbaubetrieb festgelegt und daraus die Forderung der Errungenschaft von Y. gegen dessen Eigengut berechnet. Gegen diese vereinfachte Gesamtabrechnung wende X. vor Bundesgericht nichts ein (E. 2.2). Streitig und zu prüfen seien hingegen die Bewertung der selbst produzierten Vorräte und des Inventars sowie die Frage, ob im Zusammenhang mit dem Erwerb einzelner Rebparzellen für den Weinbaubetrieb Ersatzforderungen der Errungenschaft von Y. gegen dessen Eigengut bestünden (E. 2.3).

Art. 212 Abs. 3 ZGB verweise für die Ermittlung des Ertragswertes eines landwirtschaftlichen Gewerbes auf Art. 619 ZGB, welcher für die Übernahme und Anrechnung von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken auf das BGGB (Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht; SR 211.412.11) weiterverweise. Nach Art. 15 Abs. 1 BGGB könne der Erbe, der die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes zur Selbstbewirtschaftung geltend macht, zudem verlangen, dass ihm das Betriebsinventar zugewiesen werde. Das *landwirtschaftliche Gewerbe* werde dem selbstbewirtschaftenden Erben zum *Ertragswert* an den Erbteil angerechnet, während das *Betriebsinventar* zum *Nutzwert* anzurechnen sei (Art. 17 BGGB) (E. 3.1).

Weiter hält das Bundesgericht fest, dass die rechtskräftige *behördliche Schätzung* endgültig und für das Zivilgericht *verbindlich* bzw. der freien gerichtlichen Beweiswürdigung entzogen sei. Beim Vorliegen von *groben Mängeln* habe das Zivilgericht die Sache zu neuer Schätzung *zurückzuweisen*. Dagegen könne eine selbständige Bestimmung des Anrechnungswertes durch das Zivilgericht nicht vorgenommen werden (E. 3.2.1).

Die behördliche Schätzung umfasse den *Ertrags- und den Nutzwert* (Art. 87 Abs. 1 und 1^{bis} BGGB). Im Gegensatz zum Ertrags- und Nutzwert, die durch die *kantonale Schätzungsbehörde* zu bestimmen seien, könne das Zivilgericht die *Schätzung des Verkehrswertes* einem gewöhnlichen *Gerichtsgutachter* oder ebenfalls der *kantonalen Schät-*

zungsbehörde übertragen. Die Verkehrswertschätzung unterliege der freien gerichtlichen Beweiswürdigung (E. 3.2.2 und 3.2.3).

Im Auftrag des Bezirksgerichts habe vorliegend die kantonale Schätzungsbehörde den Ertragswert des Weinbaubetriebs festgestellt, das Betriebsinventar bewertet und den Verkehrswert der Lagerbestände bestimmt (E. 3.3). Streitig vor Bundesgericht sei der Wert des Lagerbestandes an Wein und Schnaps, den das Kantonsgericht von CHF 1 762 800.– auf CHF 881 391.– reduziert habe. X. rüge diesbezüglich ein unzulässiges Abweichen vom Gutachten (E. 4).

Das Bundesgericht hält fest, dass die zum Betrieb gehörenden Vorräte an Wein und Schnaps als Erträge des Eigengutes von Y. in seine Errungenschaft fallen (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB). Die zum Verkauf bestimmten, selbst produzierten Vorräte seien zum Verkehrswert einzusetzen (E. 4.1). Sofern das behördliche Schätzungsgutachten den Verkehrswert der Lagerbestände betreffe, sei es für die Zivilgerichte nicht verbindlich und unterliege der freien Beweiswürdigung, die das Bundesgericht auf Willkür hin überprüfe. Von einem Gerichtsgutachten dürfe in Fachfragen allerdings nur aus triftigen Gründen abgewichen werden (E. 4.3.1).

Das Kantonsgericht ist nach bundesgerichtlicher Auffassung zu Recht vom Schätzungsgutachten abgewichen. Im Schätzungsgutachten seien fälschlicherweise auch die nach dem Stichtag der Auflösung des Güterstandes produzierten Vorräte einbezogen worden. Ferner seien im Gutachten Risiken, die zu einer Wertreduktion führen könnten, nicht berücksichtigt worden. Das Bundesgericht gelangt deshalb zum Schluss, dass das Kantonsgericht willkürfrei vom eingeholten Gutachten abweichen und den Wert der Lagerbestände anhand der im Recht liegenden Beweisurkunden selbständig ermitteln durfte (E. 4.3.2 und 4.3.3).

X. mache weiter geltend, dass das Betriebsinventar (Eigentum des Y.), welches nach der Geschäftsübernahme sukzessive aus den Betriebserträgen (Errungenschaft, Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB) erneuert worden sei, kraft Surrogation (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB) ebenfalls Errungenschaft darstelle. Dazu hält das Bundesgericht fest, dass als «Erträge seines Eigengutes» i. S. v. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB grundsätzlich der Bruttoertrag erfasst werde, d. h. alles, was die Substanz an Ertrag abwerfe. Dies bedeute jedoch nicht, dass der Ertrag produktiver Vermögenswerte des Eigenguts nicht auch für deren Substanzerhaltung bzw. Substanzerneuerung herangezogen werden dürfte. Vielmehr stün-

den die Erträge des Eigenguts nur insoweit der Errungenschaft zu, als sie nicht der Erhaltung und Erneuerung von betriebsnotwendigen Vermögenswerten dienen, die der Alterung und Abnutzung unterliegen. Unter dieser Voraussetzung *verbleibe der Errungenschaft lediglich der Nettoertrag* des wirtschaftlichen Unternehmens. Folglich sei das Kantonsgericht richtig vorgegangen, als es die aus dem Betriebsertrag bestrittenen Aufwendungen für die Erneuerung des Betriebsinventars nicht zur Errungenschaft gerechnet habe (E. 5).

Schliesslich mache X. noch Investitionen aus der Errungenschaft des Y. im Zusammenhang mit *Liegenschaften* des Weinbaubetriebs geltend. Diesbezüglich stellt das Bundesgericht fest, dass bei Investitionen nicht Finanzierungsmöglichkeiten, sondern der konkrete Zahlungsfluss zu beweisen sei (E. 6.2).

d) Vormundschaftsrecht

aa) *BGE 138 V 23 (Urteil 9C_727/2010 vom 27. Januar 2012): Zuständigkeitsfragen bei der Festlegung und Auszahlung von Ergänzungsleistungen (Art. 21 Abs. 1 ELG, Art. 13 Abs. 1 ATSG, Art. 25 Abs. 1 und 2, aArt. 377 Abs. 1 und 2 ZGB).*

Die entmündigte, unter elterlicher Sorge ihrer Mutter stehende R. bezog eine ganze Invalidenrente und eine Hilflosenentschädigung wegen mittelschwerer Hilflosigkeit. Unter der Woche lebte sie in der Stiftung A. und an den Wochenenden sowie in den Ferien bei ihrer Mutter. 2009 verlegte die Mutter ihren Wohnsitz von X. im Kanton Zürich nach Y. im Kanton Aargau. Weil R. ihren (abgeleiteten) zivilrechtlichen Wohnsitz am Wohnsitz ihrer Mutter hatte (Art. 25 Abs. 1 ZGB), begründete sie in Y. ebenfalls einen neuen zivilrechtlichen Wohnsitz (E. 3.3). Die zürcherische Gemeinde X. ging davon aus, dass sich mit der Wohnsitzverlegung der Versicherten in den Kanton Aargau auch die ergänzungsleistungsrechtliche Zuständigkeit auf diesen Kanton verlagere. Die Zuständigkeit wurde aber von der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Aargau (SVA) abgelehnt und das Begehren um Ausrichtung einer Ergänzungsleistung abgewiesen. Nach Durchlaufen des kantonalen Instanzenzuges gelangte die SVA ans Bundesgericht.

Umstritten war die *Zuständigkeit für die Festsetzung und die Auszahlung von Ergänzungsleistungen* (E. 3). Bei der kantonalen Zuständigkeit wird gemäss Art. 21 Abs. 1 erster Satz ELG i. V. m. Art. 13 Abs. 1 ATSG grundsätzlich «an den zivilrechtlichen Wohnsitz der bezugsberechtigten Person» angeknüpft. Im zweiten Satz von Art. 21 Abs. 1 ELG wird nun aber im Sinne einer Ausnahme klargestellt, «dass der Aufenthalt in einem Heim, einem Spital oder einer anderen Anstalt und die behördliche oder vormundschaftliche Versorgung einer mündigen oder entmündigten Person in Familienpflege keine neue Zuständigkeit begründen» (E. 3.2). Zur Beantwortung der Frage, ob die Verlegung des abgeleiteten zivilrechtlichen Wohnsitzes von R. – die nach wie vor im gleichen Behindertenheim lebte – in den Kanton Aargau unter den ersten Satz des Art. 21 Abs. 1 ELG subsumiert wird und damit zu einem Wechsel der ergänzungsrechtlichen Zuständigkeit führt (E. 3.3), legte das Bundesgericht Art. 21 Abs. 1 ELG aus (E. 3.4). Dabei kam es zum Ergebnis, dass bei Heim- und Anstaltsbewohnern einzig der *Aufenthalt in der jeweiligen Einrichtung als solcher* der Begründung einer neuen ergänzungsleistungsrechtlichen Zuständigkeit entgegenstehe. *Andere, den zivilrechtlichen Wohnsitz als grundsätzlichen Anknüpfungspunkt bestimmende Umstände* (Art. 21 Abs. 1 erster Satz ELG) *blieben* aber nach wie vor *massgebend* (so der *abgeleitete Wohnsitz* nach Art. 25 Abs. 1 und 2 ZGB) (E. 3.4.4 und 3.4.6). Aus diesen Gründen ging auch vorliegend mit dem Wechsel des abgeleiteten Wohnsitzes der R. die Zuständigkeit von der Gemeinde X. auf die Sozialversicherungsanstalt Aargau über (E. 3.5).

bb) BGE 138 V 58 (Urteil 9C_462/2011 vom 9. Januar 2012): Legitimation der Fürsorgebehörde zur Anmeldung für den vorzeitigen Bezug einer Altersrente nach Art. 67 Abs. 1^{bis} AHVV im Rahmen einer Beistandschaft ad hoc (aArt. 392 Abs. 1 ZGB).

Die Fürsorgebehörde X. beschloss, ihre finanziellen Leistungen an U. einzustellen, da dieser als Sozialhilfeempfänger die «Gelegenheit habe, sich zum vorzeitigen Bezug der AHV-Altersrente anzumelden». Nachdem U. dies unterliess und geltend machte, er wolle seine Altersrente erst ab dem Erreichen des ordentlichen Rentenalters beziehen, nahm die Vormundschaftsbehörde X. direkt die Anmeldung vor. Die-

se wurde jedoch von der Ausgleichskasse Schwyz abgewiesen, womit die Vormundschaftsbehörde nicht einverstanden war. Nach Durchlaufen des kantonalen Instanzenzuges gelangte U. mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Streitig war in casu, ob die Vormundschaftsbehörde legitimiert war, bei der Ausgleichskasse die *Anmeldung zum vorzeitigen Bezug der AHV-Altersrente* für U. vorzunehmen. Gemäss Art. 67 Abs. 1^{bis} AHVV kann die Anmeldung nur durch den Rentenansprecher oder dessen gesetzlichen Vertreter erfolgen. Deshalb stellte sich die Frage, ob eine gesetzliche Vertretung durch die Vormundschaftsbehörde X. vorlag (E. 3.1).

Dazu hielt das Bundesgericht fest, die Vormundschaftsbehörde müsse dann keine Vertretungs- oder Verwaltungsbeistandschaft (aArt. 392 und aArt. 393 ZGB) errichten, sondern könne selber direkt handeln (sog. *Beistandschaft ad hoc*), wenn es sich einerseits um eine *dringliche Sache* handle, andererseits die Errichtung einer Massnahme zu *einem formellen Leerlauf* führen würde und die Behörde mit einem einzelnen Beschluss die ganze Vertretungsangelegenheit *selbst regeln* könne. Das höchste Gericht betonte aber, dass es sich dabei um *Ausnahmefälle* handeln müsse. Die ordentlich errichtete Beistandschaft bilde schon deshalb den Normalfall, weil bei einem direkten Handeln durch die Behörde der Instanzenzug für die betroffene Person verkürzt werde. Die Betroffenen hätten deshalb einen Anspruch darauf, dass das formelle Verbeiständungsverfahren eingehalten werde. Eigenes Handeln der Vormundschaftsbehörde sei schliesslich in den Fällen gänzlich ausgeschlossen, in denen das Gesetz die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ausdrücklich vorsehe (E. 4.2).

Vorliegend hiess das Bundesgericht *die Beschwerde gut*, weil es sich nicht um ein einzelnes, einfaches Geschäft gehandelt habe, bei dem die Errichtung einer Beistandschaft nur zu einem formellen Leerlauf geführt hätte. Vielmehr habe die Anmeldung «einschneidende und langfristige Folgen», werde «doch der Anspruch des Versicherten auf die Altersrente lebenslänglich gekürzt». Die Beistandschaft *ad hoc* sei für derart weitreichende Geschäfte nicht vorgesehen. Einziger Grund für die beistandschaftliche Massnahme bilde in casu die unterschiedliche Meinung der Fürsorgebehörde und des Beschwerdeführers hinsichtlich der Anmeldung zum vorzeitigen Altersrentenbezug. Gerade eine solche Interessenkollision verbiete es jedoch, das ordent-

liche Verbeiständungsverfahren auf dem Umweg der Beistandschaft ad hoc zu umgehen (E. 4.3).

Weil in der Praxis in bestimmten Situationen stets ein *grosses Bedürfnis* der Behörden besteht, *die hilfsbedürftige Person* ohne Errichtung einer Beistandschaft und damit ohne unnötigen Verwaltungsaufwand *möglichst effizient und speditiv zu unterstützen* (vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7001, 7044 f. zu Art. 392 ZGB; HELMUT HENKEL, Art. 392 ZGB, in: Thomas Geiser/Ruth E. Reusser [Hrsg.], Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012, N 1 zu Art. 392 ZGB), wurde mit dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechtes am 1. Januar 2013 eine *neue Bestimmung* ins ZGB aufgenommen. Nach Art. 392 Ziff. 1 bis 3 ZGB stehen der Behörde verschiedene Möglichkeiten offen, wenn «die Errichtung einer Beistandschaft wegen des Umfangs der Aufgaben als offensichtlich unverhältnismässig» erscheint. Im Zusammenhang mit dem hier rezensierten Entscheid besonders zu erwähnen ist Ziffer 1 von Art. 392 ZGB. Danach kann die Erwachsenenschutzbehörde *von sich aus das Erforderliche vorkehren*, namentlich die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilen. Die bisherige Praxis kann zur Auslegung der neuen Norm weiterhin herangezogen werden. Auch im neuen Recht ist das eigene Handeln der Behörde zu beschränken auf dringende oder einfache und liquide Angelegenheiten. Das Handeln darf zudem nur punktueller und nicht dauerhafter Natur sein (PHILIPPE MEIER, Art. 392 ZGB, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler [Hrsg.], Fam-Kommentar Erwachsenenschutz, Bern 2013; vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7001, 7044 f. zu Art. 392 ZGB; ausführlich HENKEL, a. a. O., N 1 ff. und N 13 ff. zu Art. 392 ZGB; HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, N 1 ff. zu Art. 392 ff. ZGB).

cc) *BGE 138 III 593 (Urteil 5A_607/2012 vom 5. September 2012): Überprüfung der Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Anschluss an den Wegfall einer entsprechenden Massnahme im Jugendstrafrecht (Art. 10 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 JStG i. V. m. Art. 19 Abs. 2 und 3 JStG und aArt. 397a Abs. 1 ZGB).*

Der 2008, zum Zeitpunkt der Taten, 17-jährige X. wurde wegen Mordes (Art. 112 StGB), sexueller Nötigung (Art. 189 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 StGB) und Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 StGB) einer Prostituierten für schuldig erklärt und zu einem Freiheitsentzug von vier Jahren verurteilt. Zudem ordnete das Jugendgericht die Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt (Art. 10 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 JStG) sowie die Durchführung einer «ambulanten Behandlung» der psychischen Störung (Art. 10 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 JStG) an. Mit Blick auf die Beendigung dieser Massnahmen nach Vollendung des 22. Altersjahres des Betroffenen beantragte die Jugendanwaltschaft dem Bezirksamt, X. in einer geeigneten und gesicherten Anstalt unterzubringen und zu behandeln (Art. 19 Abs. 2 und 3 JStG) (E. 2). In der Folge wurde vom Bezirksamt gestützt auf aArt. 397a Abs. 1 ZGB eine fürsorgerische Freiheitsentziehung verfügt und X. mit der Anordnung der Zurückbehaltung im Sicherheitstrakt der Jugendvollzugsanstalt untergebracht. Dagegen gelangte X. nach Durchlaufen des kantonalen Instanzenzuges mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

X. machte insbesondere geltend, dass er *für sich selber sorgen* könne und *nicht fürsorgebedürftig sei*. Der Schutz der Allgemeinheit vor seiner Fremdgefährlichkeit werde als Hauptgrund für die fürsorgerische Freiheitsentziehung betrachtet, was mit aArt. 397a Abs. 1 ZGB nicht zu vereinbaren sei (E. 4.1). Das Bundesgericht hielt dazu vorerst fest, aufgrund der vom Beschwerdeführer nicht infrage gestellten tatsächlichen Feststellungen bzw. rechtlichen Schlussfolgerungen der Vorinstanz sei von einem Schwächezustand des X. i. S. v. aArt. 397a Abs. 1 ZGB auszugehen, denn dieser leide an einer psychischen Erkrankung, nämlich an sexuellem Sadismus, sowie an einer Persönlichkeitsstörung vom antisozialen Typus (E. 4.2). Aus dem Fremdgefährdungspotenzial eines Geisteskranken ergebe sich «fast zwangsläufig ein Beistands- und Fürsorgebedürfnis: Wer die Sicherheit anderer bedroht, ist persönlich schutzbedürftig.» Letztlich gehöre es – so das Bundesgericht unter Hin-

weis auf die Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7001, 7062 f. Ziff. 2.2.11, und auf Art. 426 ZGB – zum Schutzauftrag, eine kranke bzw. verwirrte Person von der Begehung einer schweren Straftat abzuhalten. Da von X. ausgewiesenermassen weiterhin eine hohe Gefahr für eine Straftat gegen Leib und Leben Dritter ausgehe, sei «es nicht in seinem Interesse, ihn ohne psychiatrische Behandlung seinem Schicksal zu überlassen». Insoweit sei der Fürsorgebedarf in Form der Behandlung der Geisteskrankheit gegeben (E. 5.2).

Weiter rügte X., die fürsorgliche Freiheitsentziehung sei in *zeitlicher Hinsicht unverhältnismässig*, weil er als nicht oder schwer therapierbar gelte. Damit laufe die Einweisung auf eine Verwahrung in einer Strafanstalt hinaus, was nicht mit Art. 31 BV und Art. 5 EMRK zu vereinbaren sei (E. 7). Dazu führte das Bundesgericht aus, entscheidend sei, dass der Behandlungserfolg durch den behandelnden Arzt nicht von vornherein ausgeschlossen werde. Vorliegend lasse sich angesichts der Schwere der Krankheit und der erst kurze Zeit dauernden Behandlung nicht sagen, die Therapie werde nicht erfolgreich sein (E. 7.2).

Schliesslich rügte der Beschwerdeführer seine *Unterbringung in der Jugendvollzugsanstalt*, weil eine deliktorientierte Behandlung erst in etwa 18 Monaten möglich sei und das von der Rechtsprechung des EGMR gesetzte zumutbare Mass von sechs Monaten in dieser ungeeigneten Anstalt bereits überschritten werde (E. 8). Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, es müsse sich bei der Einrichtung um eine Institution handeln, die mit den ihr normalerweise zur Verfügung stehenden organisatorischen und personellen Mitteln in der Lage sei, die wesentlichen Bedürfnisse der eingewiesenen Person zu befriedigen. Eine Strafanstalt komme «ausnahmsweise als Anstalt im Sinn von aArt. 397a Abs. 1 ZGB in Frage, wenn sie die wesentlichen Bedürfnisse der eingewiesenen Person bezüglich Fürsorge und Betreuung zu befriedigen» vermöge (E. 8.1). X. müsse aber in absehbarer Zeit in eine für seine Behandlung besser geeignete Einrichtung verlegt werden (E. 8.3).

Das Urteil wurde in der Lehre teilweise heftig kritisiert und von der plädoyer-Jury gar zum «krassesten Fehlurteil» von 2012 erkoren (REGULA MÜLLER BRUNNER, Fehlurteil 2012: «Juristisch falsche Begründung mit fatalen Auswirkungen», plädoyer 2013, Heft 1, 82; vgl. zudem auch BEDA MEYER LÖHRER, «Im Ergebnis eine rein polizeilich motivierte Fürsorge», plädoyer 2012, Heft 6, 20 ff.; REGINA AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter 6. Mai 2013, Rz. 39 ff., 43 f.).

Der Entscheid gibt in zweierlei Hinsicht Anlass zu Bemerkungen, wobei jeweils die *Betrachtung im Allgemeinen* einerseits und die *Beurteilung des konkret infrage stehenden Falls* andererseits auseinanderzuhalten sind.

In einer allgemeinen Betrachtungsweise erscheint zunächst die Argumentation des Bundesgerichts zur *Bejahung der Fürsorgebedürftigkeit* diskutabel. Weil – wie im Entscheid selbst auch erkannt wird (E. 3, i. f.) – die blossе Fremdgefährdung für die Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung nicht ausreichend ist (THOMAS GEISER, aArt. 397a ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., 2010, N 5 und N 26 zu aArt. 397a ZGB), argumentiert das Gericht wie folgt: «Wer die Sicherheit anderer bedroht, ist persönlich schutzbedürftig.» Damit «ergibt sich aus dem Fremdgefährdungspotenzial eines Geisteskranken fast zwangsläufig ein Beistands- und Fürsorgebedürfnis» (E. 5.2). Sollte diese in casu getroffene Schlussfolgerung künftighin verallgemeinert Anwendung finden, so könnte im Ergebnis für die Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung – bzw. neu für eine fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ZGB) – dennoch allein der Schutz Dritter ausschlaggebend sein, was an sich den Anforderungen weder des früheren Rechts noch des nunmehrigen Erwachsenenschutzrechts entspräche (vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7001, 7062 f., wo freilich die solchen Situationen eigene Problematik bereits umschrieben wurde: «Auch der Schutz Dritter darf in die Beurteilung einbezogen werden, kann allerdings für sich allein nicht ausschlaggebend sein. Indessen gehört es letztlich ebenfalls zum Schutzauftrag, etwa eine kranke, verwirrte Person davon abzuhalten, eine schwere Straftat zu begehen»; siehe kritisch zum Ganzen MEYER LÖHRER, a. a. O., 20). Im konkreten Fall erscheint nun aber auch erwähnenswert, dass die fürsorgerische Freiheitsentziehung gestützt auf die Verweisung von Art. 19 Abs. 3 JStG angeordnet worden ist. Danach ist dann, wenn der Wegfall einer Schutzmassnahme für den Betroffenen selber *oder* für die Sicherheit Dritter mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden ist, denen nicht auf andere Weise begegnet werden kann, durch die Vollzugsbehörde rechtzeitig die Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen zu beantragen. Nach HÄBERLI/MEIER erfolgte im Lichte dieser Bestimmung die Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung in casu zu Recht (THOMAS HÄBERLI/PHILIPPE MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung

im Kindes- und Vormundschaftsrecht [Juli bis Oktober 2012], ZKE 2012, 486 ff., 513). Wenn auch dem die fürsorgerische Freiheitsentziehung anordnenden Entscheid des Bundesgerichts im Ergebnis zugestimmt werden kann, so bleibt freilich doch gegenüber HÄBERLI/MEIER grundsätzlich einzuwenden, dass das Verhältnis zwischen Art. 19 Abs. 3 JStG – der u. E. eine reine Verweisungsnorm formeller Natur darstellt – und aArt. 397a ZGB bzw. nunmehr Art. 426 ZGB – wo die materiellen Voraussetzungen für die Massnahme verankert sind – im Einzelnen wenig geklärt ist und vertiefter Prüfung bedürfte (siehe dazu MATTHIAS HEINIGER, *Der Konzern im Unternehmensstrafrecht* gemäss Art. 102 StGB, Diss. Bern 2010, 2011, 177, Fn. 837; weiter auch NICOLE HOLDEREGGER, *Die Schutzmassnahmen des Jugendstrafgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in den Kantonen Schaffhausen und Zürich*, Diss. Zürich 2009, 453 ff.).

Des Weiteren ist in einer generellen Optik die Frage aufzuwerfen, ob die *Jugendvollzugsanstalt als geeignete Anstalt* bezeichnet werden kann. Denn es handelte sich dabei um einen Sicherheitstrakt in einem Gefängnis, und – was vor allem als problematisch erscheint – es fehlten zeitweise Therapiemöglichkeiten. In diesem Zusammenhang ist auf ein nach Ausfällung des rezensierten Entscheids ergangenes Urteil des EGMR vom 2. Oktober 2012 hinzuweisen (EGMR, *Affaire L. B. c. Belgique*, Requête n° 22831/08). Belgien wurde wegen Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 EMRK verurteilt, weil ein psychisch gestörter Mann während sieben Jahren fast dauernd in den psychiatrischen Abteilungen zweier Gefängnisse zurückbehalten wurde und die Unterbringung aufgrund des stark eingeschränkten Therapieangebots ungeeignet war (HÄBERLI/MEIER, a. a. O., 513 f.).

Die aus einer allgemeinen Sichtweise angebrachten Bemerkungen ändern freilich nichts daran, dass *dem Urteil insgesamt*, angesichts des darin konkret festgestellten Sachverhalts, *zugestimmt werden kann*. Der Entscheid ist mit Blick auf die im konkreten Fall festgestellte, hohe Rückfallgefahr aus Sicht der Rezensenten ohne Weiteres nachvollziehbar (vgl. auch AEBI-MÜLLER, a. a. O., Rz. 43, wonach es sich bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung nach geltendem Recht um die einzige Möglichkeit gehandelt hat, den zur Zeit der Tatbegehung noch nicht volljährigen, geisteskranken und stark rückfallgefährdeten X. nach Verbüßung seiner Strafe von der Gesellschaft fernzuhalten).