Autor_fr
Autor_Thomas Geiser

Rechtsprechungsübersicht ZGB: Personenrecht, Familienrecht und Erbrecht 2010

1. Einleitung

1.1. Die veröffentlichten Entscheide zeigen, dass im Bereich des Zivilgesetzbuches namentlich das Ehe- einschliesslich des Scheidungsrechts und das Erbrecht immer wieder Anlass zu höchstrichterlichen Grundsatzentscheiden geben. Während dies beim Eherecht und beim Scheidungsrecht mit Blick auf eine Vielzahl grösserer und kleinerer, sinnvoller und weniger sinnvoller Revisionen verständlich ist, erstaunt es im Erbrecht, dass zum Teil Gesetzesbestimmungen, welche nunmehr seit beinahe 100 Jahren in Kraft sind, noch immer Auslegungsschwierigkeiten bieten. Dabei handelt es sich von den Sachverhalten her durchaus nicht um Folgen veränderter gesellschaftlicher Verhältnisse sondern vielmehr um Fragen, die sich in gleicher Weise auch schon früher hätten stellen können.

1.2. Das müsste den Gesetzgeber eigentlich hellhörig machen und ihn warnen, mit kleinen Reformen Klarheit schaffen zu wollen. Als kleines Land gelangen in der Schweiz eben nur wenige Fälle zu einer höchstrichterlichen Entscheidung. Deshalb bleibt aber nach jeder Gesetzesrevision eine Vielzahl von Rechtsfragen während Jahren ungeklärt. Die Rechtssicherheit gebietet es deshalb, nur dann das Gesetz zu revidieren, wenn sich dies wegen eines neuen Regelungsbedürfnisses als Notwendig erweist und nicht bloss weil der Politik eine Reglung unklar erscheint. Diese Weisheit scheint der Gesetzgeber aber nicht immer zu befolgen.

2. Personenrecht

2.1. Persönlichkeitsschutz

2.1. Es kommt immer wieder vor, dass sich jemand in einer Romanfigur wieder erkennt und sich durch die Darstellung in seiner Persönlichkeit verletzt fühlt. In den seltensten Fällen kommt es allerdings dann auch zu einem Prozess wegen Persönlichkeitsverletzung. Meist wird erst durch den Prozess die Öffentlichkeit auf den Zusammenhang mit der entsprechenden Person aufmerksam und überdies stellt ein entsprechender Prozess auch regelmässig eine gute und damit kontraproduktive Reklame für das entsprechende Werk dar. Nur selten ist es dem Opfer aber möglich, auf sinnvoller Weise, nämlich durch ein eigenes Romanwerk auf die Persönlichkeitsverletzung zu reagieren.

2.2. In einem Fall aus dem Kanton St. Gallen war vor Bundesgericht nicht mehr prozessrelevant streitig, dass die betroffene Person sich in der Romanfigur erkennen konnte und die Darstellung teilweise Ehrverletzend war. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich der eingeklagte Autor nicht auf die Kunstfreiheit[1] zur Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung berufen konnte, weil auch der Kunstschaffende die Persönlichkeitsrechte anderer zu respektieren hat. Auch bei einem Kunstwerk ist das Interesse des Verletzten gegen das Interesse des Verletzers an der künstlerischen Betätigung abzuwägen und dabei muss berücksichtigt werden, welche Möglichkeiten dem Künstler offengestanden haben, sein Werk ohne die Persönlichkeitsverletzung zu schaffen.[2] Insoweit kann es auch nicht darauf ankommen, ob Dritte ebenfalls die Person erkennen. Die Erkennbarkeit durch den Betroffenen genügt. Diesfalls liegt eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung vor wie bei einem Brief.[3] Entsprechend erwies sich die Zusprechung einer Genugtuung von Fr. 10'000.- als gerechtfertigt. Demgegenüber erachtete es das Bundesgericht als unverhältnismässig auch den weiteren Vertrieb des Buches zu verbieten und das Urteil zu veröffentli-

1 Art. 21 BV.
2 BGE 135 III 150 mit Hinweis auf BGE 120 II 227.
3 BGE 135 III 151 E. 4.4.

chen, weil die Erkennbarkeit nur für einen engen Kreis der Leser und nicht für den Durchschnittsleser gegeben war.[4] Das Überzeugt insofern, als die Rechtsfolge sinnvoller Weise nicht weiter gehen kann als die persönlichkeitsverletzende Wirkung des Buches.

2.3. Mit der Gegendarstellung soll einfach und schnell gegen einen Eingriff in die Persönlichkeit durch ein periodisch erscheinendes Medium vorgegangen werden können.[5] Das Medium muss unter gewissen Voraussetzungen die Gegendarstellung unentgeltlich abdrucken bzw. senden. Das hatte in einem weiteren vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall die Gratiszeitung auch getan, nachdem die kantonalen Instanzen die entsprechende Klage gutgeheissen hatten. Vor Bundesgericht ging es nur noch um die Frage, ob die betroffene Person auch einen Anspruch auf ein Belegexemplar für die Gegendarstellung hat. Das Bundesgericht hat diese im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Frage nun mit ausführlicher Begründung verneint.[6]

2.2. Zivilstand

2.4. Nach Art. 42 ZGB kann auf Berichtigung des Zivilstandsregisters klagen, wer ein schützenswertes persönliches Interesse daran glaubhaft macht, dass ein Eintrag falsch ist. Das schützenswerte Interesse muss aber nur gegeben sein, damit jemand zum Beweis der Unrichtigkeit zugelassen wird. Steht demgegenüber fest, dass der Registereintrag falsch ist, muss er berichtigt werden, auch wenn die klagende Person kein schützenswertes Interesse nachweisen kann.[7] Entsprechend konnte jemand, der anlässlich seiner Einbürgerung einen falschen Vornamen und ein falsches Geburtsdatum angegeben hatte, die auf diesen Einbürgerungsentscheid gründenden Zivilstandsregistereintrag berichtigen lassen.[8] Diese Rechtsprechung dient in sinnvoller Weise der Zuverlässigkeit der Zivilstandsregister.

3. Familienrecht

3.1. Eherecht

3.1.1. Allgemeine Wirkungen der Ehe

3.1. Eine der wesentlichsten Wirkungen der Ehe ist zweifellos die gegenseitige Unterhaltspflicht nach Art. 163 f. ZGB. Sie besteht von der Heirat bis zur rechtskräftigen Auflösung der Ehe durch Scheidung. Auf eine andere Norm, nämlich auf Art. 125 ZGB, stützt sich demgegenüber der nacheheliche Unterhalt ab. Obgleich der Unterhaltsanspruch während der ganzen Ehedauer die gleiche Rechtsgrundlage hat, können sich die Regeln je nach Ehephase leicht unterscheiden.[9] Solange die Ehegatten zusammenleben wird ein wesentlicher Teil der Unterhaltspflicht durch Naturalleistungen erbracht, die in Sach- oder Dienstleistungen bestehen können. Sind die Ehegatten getrennt stehen in der Regel Dienstleistungen nicht mehr zur Diskussion und auch die Sachleistungen treten in den Hintergrund. Zudem ist zu prüfen, ob mit der Trennung eine Scheidung vorbereitet wird oder nicht. Ist ernstlich damit zu Rechnen, dass die Ehe aufgelöst wird, kann von den Ehegatten erwartet werden, dass sie sich auch in wirtschaftlicher Hinsicht auf eine grundlegende Änderung vorbereiten.

3.2. Bei der Unterhaltsberechnung sind grundsätzlich die **gesamten Einkommen** der Ehegatten zu berücksichtigen. Unter Umständen können auch **Rückgriffe auf das Vermögen** – jedenfalls für eine beschränkte Zeit – zumutbar erscheinen.[10] Eine gewisse Bedeutung kann dabei der Frage zukommen,

---

4 BGE 135 III 152 E. 5.2.
5 Art. 28g ff. ZGB.
6 BGE 135 III 385 ff.
7 BGE 135 III 393.
8 BGE 135 III 389 ff.
9 BGE 134 III 578.
10 BGE 134 III 581und 5A_706/2007 vom 14.3.2008

welcher güterrechtlichen Masse ein Vermögenswert angehört, weil der Unterhalt in erster Linie aus der Errungenschaft zu bestreiten ist.[11] Zu berücksichtigen ist auch der jeweilige Zweck des Vermögens. Wurde dieses zu Vorsorgezwecken gespart, soll es auch in diesem Rahmen für den Unterhalt beider Parteien mitberücksichtigt werden.[12]

3.3 Grundsätzlich für die Einkommensbemessung ausser Betracht fallen **Genugtuungsleistungen**, weil sie den Beeinträchtigungen in der Lebensfreude der betroffenen Person dienen sollen und nicht dem Familienunterhalt.[13] Bei knappen Verhältnissen kann es sich aber im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen für eine beschränkte Zeit rechtfertigen, auch solche Einkommensteile mit zu berücksichtigen. Entsprechend schützte das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid, bei dem eine Integritätsschadenrente der Militärversicherung während einer beschränkten Zeit bei der Unterhaltsberechnung im Scheidungsverfahren mitberücksichtigt wurde.[14]

3.4. In konstanter Rechtsprechung geht das Bundesgericht davon aus, dass von einem Schuldner Unterhalt nur gefordert werden kann, wenn der Schuldner über genügend Mittel verfügt, so dass ihm sein **Existenzminimum verbleibt**[15]. Diese Regel rechtfertigt sich damit, dass auch eine familienrechtliche Bindung nicht zur Selbstaufgabe verpflichtet. Die familiäre Solidarität mag jemanden verpflichten, seine Nächsten bis zum Abgrund zu begleiten. Es kann aber nicht verlangt werden, mit ihnen auch einen Schritt weiter zu gehen[16]. Sehr wohl kann aber verlangt werden, dass jemand sich dafür einsetzt, ein ausreichendes Einkommen zu haben, damit der Familie genügend Mittel zur Verfügung stehen. Soweit er dieser Obliegenheit nicht nachkommt, wird ein hypothetisches Einkommen angerechnet[17].

3.5. In Eheschutzverfahren wird sehr häufig ein **Ausbau der Erwerbstätigkeit** nicht zumutbar sein, weil es in erster Linie um die Regelung des bisherigen Zustandes geht, nicht um eine Umstellung für die Zukunft. Soweit es nicht bereits um die Neuausrichtung auf eine Zeit nach der Scheidung geht, kann die Aufnahme oder der Ausbau einer Erwerbstätigkeit im Eheschutz nur zugemutet werden, wenn keine Sparquote zur Verfügung steht, die für die Mehrkosten der getrennten Haushalte herangezogen werden könnte.[18]

3.6. Geht es um die Reorganisation der Familie mit Blick auf die Scheidung, ist demgegenüber grundsätzlich von jeder Partei zu erwarten, dass sie ihre Erwerbstätigkeit im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren ausbaut, um ihren Unterhalt selber zu bestreiten bzw. an den Unterhalt des andern beizutragen, soweit dieser nicht selber für seinen Unterhalt sorgen kann. Das Bundesgericht hatte Gelegenheit seine Praxis zu bestätigen[19], nach der einem Ehegatten der Kinder betreut die **Aufnahme einer vollen Erwerbstätigkeit grundsätzlich erst zugemutet werden kann, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr zurückgelegt** hat.[20]

3.1.2. Güterrecht

3.7. Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode zweimal grundsätzliche Fragen aus dem Güterrecht zu entscheiden. In beiden ging es um Ersatzanschaffungen. Der herrschenden Lehre folgend[21] konnte das Bundesgericht festhalten, dass Ersatzanschaffungen nur solange zu berücksichtigen sind, wie sie während der Dauer des Güterstandes erfolgen. Es ist deshalb unerheblich, was ein Ehegatte nach Einreichung der Scheidungsklage mit dem Erlös aus dem Verkauf einer Liegenschaft gemacht hat. Für

---

11 Vgl. **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, N. 60 zu Art. 163 ZGB.

12 Vgl. BGer 5A_664/2007 vom 23.4.2008.

13 Vgl.**HAUSHEER/SPYCHER**, Rz. 01.28.; **BULLETTI**, S. 82.

14 BGE 134 III 581.

15 Statt vieler: BGE 135 III 66; 132 III 209; vgl. auch BGE 133 III 57.

16 Vgl. zum Ganzen ausführlich: **HAUSHEER/GEISER**, ZBJV 1998, S. 93 ff.

17 Vgl. BGer 5A_681/2007 vom 11.3.2008.

18 BGer 5A_373/2007 vom 30.10.2007.

19 BGer 5A_525/2007 vom 28.2.2008.

20 BGE 109 II 289; 115 II 10.

21 **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, N. 13 zu Art. 207 sowie N. 9 und 11 zu Art. 214 ZGB; **DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY**, Rz. 1306a.

die güterrechtliche Auseinandersetzung ist die im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes[22] noch im Eigentum des einen Ehegatten stehende Liegenschaft mit dem Erlös in die Berechnung einzusetzen, welche der Ehegatte im Laufe des Scheidungsverfahrens mit dem Verkauf erzielte.[23] Weil für den Bestand auf den Zeitpunkt der Auflösung, für die Wertbestimmung aber für den Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung[24] ankommt, kann das im Bereich der Landwirtschaft geltende Ertragswertprinzip nicht zum Tragen kommen, wenn eine landwirtschaftliche Liegenschaft bzw. ein landwirtschaftliches Gewerbe nach Auflösung des Güterstandes aber vor Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung zum Verkehrswert verkauft wird.[25]

3.8. Für die güterrechtliche Auseinandersetzung sind nicht nur die Aktiven der Errungenschaft und dem Eigengut zuzuordnen. Vielmehr hat dies auch mit den Schulden zu geschehen. Dabei gibt das Gesetz nur die sehr kurze Anweisung, dass eine Schuld jene Masse belaste, mit der sie sachlich zusammenhängt, im Zweifel die Errungenschaft.[26] Die Zuordnung hängt von objektiven Kriterien und nicht vom Willen der Ehegatten ab.[27] Wird die Schuld begründet, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben, so belastet sie diejenige Masse, der auch der Vermögenswert zuzuordnen ist.[28] Wird sie dann von einer anderen Masse abbezahlt, so steht dieser Masse eine Ersatzforderung mit Mehr- bzw. Minderwertanteil zu.[29] Erwirbt nun ein Ehegatte eine Liegenschaft teilweise unentgeltlich und verpflichtet sich für den kleineren Teil des Wertes dem Schenker eine Rente auszurichten, belastet diese Rente das Eigengut. Wird die Rente aus der Errungenschaft bezahlt, steht dieser eine Ersatzforderung gegenüber dem Eigengut zu.[30]

3.2. Scheidungsrecht

3.2.1. Widerruf einer Scheidungskonvention

3.9. Die Scheidung auf **gemeinsames Begehren nach Art. 111 ZGB** setzt voraus, dass die Ehegatten gemeinsam die Scheidung verlangen und eine vollständige Vereinbarung über die Scheidungsfolgen abgeschlossen haben. Die Ehegatten sind vom Gericht gemeinsam und getrennt anzuhören und müssen – vorerst noch – ihren Scheidungswillen und die Konvention nach einer zweimonatigen Bedenkfrist schriftlich bestätigen. Es kommt immer wieder vor, dass ein Ehegatte an die Konvention nicht mehr gebunden sein will, bevor das Gericht diese genehmigt hat. Das Bundesgericht hat nun festgehalten, dass dies die Konvention zu Fall bringt, solange er sie nach der Bedenkfrist nicht bestätigt hat, da sonst diese keinen Sinn hätte. Das Verfahren ist dann gegebenenfalls nach Art. 112 ZGB weiter zu führen. Der Widerruf ist auch möglich, bevor das Gericht die Parteien angehört hat.[31] Darin kann auch kein Rechtsmissbrauch erblickt werden. Im zu beurteilenden Fall war in der Konvention auch die güterrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen und auf Grund dieser Vereinbarung die gemeinsame Liegenschaft verkauft worden. Wohl konnte der Verkauf nicht mehr rückgängig gemacht werden. Dennoch war aber die güterrechtliche Auseinandersetzung zu wiederholen. Daran hat auch die nunmehr erfolgte Streichung der Bedenkfrist nichts geändert. Wohl kann damit das Gericht nach der Anhörung der Parteien direkt die Scheidung aussprechen. Bis zu diesem Zeitpunkt muss es jeder Partei aber unbenommen bleiben, auf die Vereinbarung zurück zu kommen, ohne dass dafür irgendeine Begründung notwendig wäre. Nur so kann sicher gestellt werden, dass beide Parteien die Vereinbarung wirklich wollen und auch hinter ihr stehen. Die Anhörung durch das Gericht und die Genehmigung sind Formvorschriften. Der Vertrag kommt erst zustande, wenn die Parteien auch in der Anhörung vor Gericht hinter der Konvention stehen und das

---

22 Nämlich der Einreichung der Scheidungsklage, Art. 204 Abs. 2 ZGB.
23 BGE 135 III 242 ff.
24 Art. 214 ZGB.
25 BGE 135 III 246.
26 Art. 209 Abs. 2 ZGB.
27 **DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY**, Rz. 1107.
28 **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, N. 31 zu Art. 209 ZGB.
29 Art. 209 Abs. 3 ZGB.
30 BGE 135 III 337 ff.
31 BGE 135 III 193.

Gericht diese genehmigt. Fraglich erscheint nur, ob die Parteien auch noch nach der Anhörung aber vor der Entscheidung des Gerichts auf die Konvention zurück kommen können. Das ist wohl zu verneinen.

3.2.2. Nachehelicher Unterhalt

3.10. Wie beim ehelichen Unterhalt ist auch beim nachehelichen in erster Linie zu bestimmen, auf welche Lebenshaltung beide Ehegatten Anspruch haben. Sodann sind die Eigenversorgungsfähigkeit des berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen Ehegatten zu bestimmen. Sowohl bezüglich der Lebenshaltung wie auch bezüglich der jeweiligen Leistungsfähigkeit bestehen dann aber beim Nachehelichen Unterhalt Besonderheiten. Es treten mit der Scheidung Veränderungen ein und es sind beiden Ehegatten Anpassungen an die neuen Verhältnisse zuzumuten. Insofern hat das neue Scheidungsrecht eine Abkehr von der Schadenersatzrechtlichen Betrachtungsweise gebracht. Im Gegensatz zum alten Recht kennt das geltende keine Schadenersatznorm mehr, wie sie in aArt. 151 ZGB verankert war. Es ist im neuen Recht unzulässig, den ehelichen Unterhalt für die Zeit nach der Scheidung unabhängig von der besonderen Situation des jeweiligen Einzelfalles einfach fortzusetzen.[32] Entsprechend sind die Berechnungsweisen für den nachehelichen Unterhalt den jeweiligen besonderen Änderungen des Einzelfalls anzupassen. Daraus ergibt sich, dass nicht in jedem Fall zuerst die Existenzminima berechnet und anschliessend der Überschuss hälftig geteilt werden kann.[33] Eine solche Vorgehensweise scheidet aus, wenn nicht das ganze Einkommen dem Familienunterhalt gewidmet werden muss. Sie kann aber sehr wohl angemessen sein, wenn bei einer langdauernden Ehe mit klassischer Aufgabenteilung, die Ehe als Lebensprägend angesehen werden muss, so dass beide Ehegatten grundsätzlich Anspruch darauf haben, die bisherige Lebenshaltung weiterzuführen und das gesamte Einkommen ohnehin Abstriche an dieser Lebenshaltung notwendig erscheinen lässt.[34]

3.11. Eines der wesentlichsten - nicht aber das einzige - Kriterium für die Lebensprägung ist die Dauer der Ehe.[35] Wie das Bundesgericht nun mit ausführlicher Begründung festgehalten hat, ist diesbezüglich grundsätzlich auf die tatsächliche Dauer der Ehe und nicht auf das Zusammenleben abzustellen.[36] Ein voreheliches Konkubinat kann nur ausnahmsweise - so wenn z.B. ein Ehegatte bereits während dessen Dauer die Erwerbstätigkeit wegen der Kinderbetreuung aufgegeben hat - mitberücksichtigt werden. Weil es grundsätzlich auf die Formal- und nicht bloss auf die Realbeziehung ankommt, sollte auch eine lange Trennungsphase für die Ehedauer grundsätzlich mitberücksichtigt werden, es sei denn es liegen besondere Verhältnisse vor, wie wenn beispielsweise mit der Trennung klar wurde, dass die Ehe ein Ende finden wird, so dass Umstellungen bereits als zumutbar und notwendig erschienen.[37] Das kommt allerdings in den Formulierungen des Bundesgerichts nicht immer zum Ausdruck.[38]

3.12. Ebenfalls ein wesentlicher Unterschied zwischen dem ehelichen und dem nachehelichen Unterhalt ergibt sich daraus, dass bei letzterem den Vorsorgebedürfnissen der Ehegatten vermehrt Rechnung zu tragen ist. Die Zivilstandsabhängigkeit der beruflichen Vorsorge bewirkt, dass während der formellen Dauer der Ehe in der Regel keine getrennten Vorsorgebedürfnisse bestehen. Demgegenüber gehört beim nachehelichen Unterhalt der weitere Aufbau einer angemessenen Vorsorge zu den in die Unterhaltsberechnung einzubeziehenden Bedürfnisse.[39] Es gibt verschiedene Möglichkeiten, wie die entsprechenden Beträge berechnet werden können. Eine Möglichkeit, welche nunmehr auch vom Bundesgericht als Bundesrechtskonform angesehen wurde, ist es, die massgebliche Lebenshaltung, auf deren Fortführung ein Ehegatte nach der Scheidung Anspruch hat, in ein fiktives Bruttoeinkommen umzurechnen und darauf die Arbeitgeber und Arbeitnehmerbeiträge zu bestimmen und damit den Vorsorgeunter-

---

32 BGE 134 III 578.

33 BGE 134 III 145.

34 BGE 134 III 579.

35 Art. 125 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB.

36 BGE 135 III 61 ff.

37 BGE 127 III 140, wo das Bundesgericht die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für die Frau während der Trennungszeit als zumutbar erachtet mit dem Argument, dass "son mari avait en outre refait sa vie et allait avoir sous peu un enfant de sa compagne."

38 Vgl. BGE 135 III 62; 132 III 600.

39 Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB; BGE 134 III 579.

halt festzulegen. Zu Berücksichtigen ist allerdings auch die Verschiebung der Steuerlast und die Arbeitnehmerbeiträge dürfen nicht zweimal ausgerichtet werden.[40] Diese Beiträge können allerdings nur als Unterhaltsbeiträge bezahlt werden. Ob der Rentenberechtigte diese dann auch in eine Einrichtung der Zweiten Säule einbezahlen kann, hängt von seiner sozialversicherungsrechtlichen Situation ab.

3.13. Zur Festsetzung des Unterhalts hat das Gericht regelmässig nicht nur zu klären, welche Lebenshaltung angemessen und welche Bedürfnisse zu decken sind. Es muss vielmehr auch feststellen, über welche Einkommen die Parteien tatsächlich verfügen. In aller Regel kann das Einkommen auf Grund der Lohnausweise nachgewiesen werden. Wesentlich schwieriger gestaltet sich dies, wenn ein Ehegatte einer **selbständigen Erwerbstätigkeit** nachgeht. Zum Einen kann mit buchhalterischen Vorgängen der Gewinn äusserst unterschiedlich ausgewiesen werden. Zum Anderen unterliegen solche Einkommen erheblichen Schwankungen. Von daher müssen ausserordentliche Abschreibungen und Erträge sinnvollerweise ausgeklammert werden. Überdies sollte nicht auf ein einzelnes Jahr abgestellt werden sondern der Durchschnitt mehrerer Jahre zur Grundlage genommen werden.[41]

3.2.3. Vorsorgeausgleich

3.14. Einer der wesentlichsten Fortschritte der Scheidungsrechtsrevision war die Einführung des Vorsorgeausgleichs als zwingende Scheidungsfolge. Der Anspruch besteht grundsätzlich vorbehaltlos, wie dies auch für die Vorschlagsteilung im Güterrecht gilt. Weitergehend als diese, können die Ehegatten aber im Voraus nicht in einem Ehevertrag auf den Vorsorgeausgleich verzichten. Grundsätzlich steht er auch im Zeitpunkt der Scheidung nicht zur Disposition der Ehegatten. Ein Verzicht ist nur unter bestimmten engen Voraussetzungen möglich[42] und die Teilung kann ausschliesslich verweigert werden, wenn sie auf Grund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre.[43] Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn ein Ehegatte auf Grund eines beachtlichen Vermögens über ein bequemes Einkommen verfügt, während der andere Ehegatte im Alter ausschliesslich auf die AHV und seine Rente aus der Zweiten Säule angewiesen sein wird. Diesfalls rechtfertigt es sich, die Teilung zu verweigern, um dieses Ungleichgewicht nicht noch zu vergrössern.[44]

3.15. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass eine Scheidung von Ehegatten, die zusammen in der Schweiz gelebt haben und hier auch erwerbstätig waren, im Ausland erfolgt. Das ausländische Gericht äussert sich dann häufig nicht oder jedenfalls wenig klar darüber, was mit den Pensionskassenguthaben in der Schweiz zu geschehen hat. Es fragt sich dann, ob der eine Ehegatte in der Schweiz eine Ergänzung des Scheidungsurteils mit Bezug auf die in der Schweiz liegenden Pensionskassenguthaben verlangen kann. Erweist sich ein schweizerisches Scheidungsurteil als lückenhaft, so ist das schweizerische Gericht auch für die Ergänzung zuständig, unabhängig davon ob die Voraussetzungen für eine Scheidung in der Schweiz im Zeitpunkt der Ergänzung noch gegeben sind oder nicht. Insofern perpetuiert sich die Zuständigkeit.[45] Ist ein im Ausland ergangenes Urteil ergänzungsbedürftig, richtet sich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nach den für die Scheidung selber geltenden Regeln[46]. Diese Voraussetzungen müssen im Zeitpunkt der Ergänzung gegeben sein. Es kommt somit nicht darauf an, ob das Gericht auch zuständig gewesen wäre, um damals die Scheidung auszusprechen.[47] Zu prüfen ist allerdings immer, ob das ausländische Urteil tatsächlich lückenhaft ist oder ob es den Vorsorgeausgleich unter einem anderen Gesichtspunkt berücksichtigt hat. Letzteren Falls kann nicht von einem

---

40 BGE 135 III 161.

41 BGer 5D_167/2008 vom 13.1.2009; Vgl. auch **BRÄM**, N. 73 ff. zu Art. 163 ZGB; **BÄHLER**, FamPra.ch 2007, S. 477.

42 Anders bezüglich des Splittings in der ersten Säule wo weder ein Verzicht noch eine Verweigerung möglich ist.

43 Art. 123 Abs. 2 ZGB.

44 BGE 135 III 153.

45 Art. 64 Abs. 1 IPRG.

46 Art. 59 f. IPRG. Ob diese Regel auch für die Ergänzung eines schweizerischen Scheidungsurteils gilt, ist umstritten. Vgl. dazu **JAMETTI GREINER**, N 56 Anh. IPR.

47 **BOPP**, N 5 zu Art. 64 IPRG.

lückenhaften Urteil gesprochen werden und die Ergänzung ist folglich nicht möglich. Der Umstand, dass keine hälftige Teilung der Altersguthaben vorgenommen, sondern diesen in anderem Umfang auf irgendeine Weisung Rechnung getragen wurde, führt nicht zu einer Ordre-Public-Widrigkeit.[48]

3.3. Kindesrecht

3.16. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall, hatten ein in der Schweiz lebendes kinderloses Ehepaar die Pflegeplatzbewilligung erhalten, um das fünfte Kind des Bruders des Ehemannes zwecks späterer Adoption aufzunehmen. Nachdem die kantonalen Behörden nunmehr die Adoption ablehnten, war das adoptionswillige Ehepaar mit Erfolg an das Bundesgericht gelangt. Dieses hielt allerdings fest, dass die Adoption nicht bezwecke, einem kinderlosen Ehepaar den Kinderwunsch zu erfüllen.[49] Eine Adoption dürfe nur dann bewilligt werden, wenn nach den gesamten Umständen zu erwarten ist, sie diene dem Wohl des Kindes.[50] Durch die Adoption sollen die Voraussetzungen für eine gute Entwicklung dessen Persönlichkeit verbessert werden. Zu beachten ist insbesondere, dass mit der Adoption ein neues rechtliches Kindesverhältnis begründet und das bisherige aufgehoben wird.[51] Das macht aber wenig Sinn, wenn es sich um den Neffen oder die Nichte der Adoptionswilligen handelt. Diesfalls bleiben die sozialen Bande mit den natürlichen Eltern erhalten und es geht kaum je darum, einem sozial elternlosen Kind eine Familie zu verschaffen. Aus diesem Grund hatte das Bundesgericht in einem früheren Entscheid die Bewilligung zum Adoptionspflegeverhältnis in einem entsprechenden Fall verweigert.[52] Der nunmehr zu beurteilende Fall lag aber insofern anders, als das Kind bereits während fast zwei Jahren bei den Adoptivpflegeeltern gelebt hatte und die Verweigerung der Adoption nunmehr eine neuerliche Umplatzierung zur Folge gehabt hätte, deren Wirkungen die kantonalen Instanzen nur ungenügend geklärt hatten. Unterlassen worden war auch zu klären, ob im Herkunftsland die Adoption schon ausgesprochen worden war, so dass zu den leiblichen Eltern gar kein Kindesverhältnis mehr bestand. Schliesslich war auch zu beachten, dass die Behörde mit der Adoptionspflegebewilligung ein Vertrauen geschaffen hat, dass nicht ohne weiteres enttäuscht werden darf, sofern damals bereits alle massgeblichen Sachverhaltselemente bekannt waren. Das Bundesgericht wies deshalb die Sache zu weiteren Abklärungen an die Vorinstanz zurück.[53]

3.17. Die Bestimmung des Wohnsitzes unmündiger Kinder kann immer wieder Schwierigkeiten bereiten. Art. 25 Abs. 1 ZGB sieht eine Kaskade für die Ableitung dieses Wohnsitzes vor. Das Bundesgericht hatte nun einen Fall zu entscheiden, in dem beiden Eltern die Obhut entzogen und die Kinder in einer anderen Gemeinde in einem Heim platziert worden waren. Die Eltern lebten zuerst beide in der gleichen Gemeinde, nämlich in Winterthur, allerdings getrennt. Noch vor der Scheidung war der Vater aber in eine andere Gemeinde gezogen. Die Kinder waren vom Scheidungsgericht unter Vormundschaft gestellt worden und es fragte sich nun welche Vormundschaftsbehörde für die Ernennung des Vormundes zuständig ist.[54] Dabei ist nicht massgebend, welcher Vormundschaftsbehörde das Scheidungsgericht den Fall zugewiesen hat, weil die Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen selber zu prüfen hat.[55] Das Bundesgericht geht sodann davon aus, dass der Wohnsitz der Kinder solange in Winterthur war, wie beide Eltern in dieser Gemeinde lebten. Nach Art. 25 Abs. 1 ZGB ist der Wohnsitz beider Eltern für die Kinder unter elterlicher Sorge auch dann massgebend, wenn die Eltern getrennt in der gleichen Gemeinde leben. Vorliegend war aber der Vater noch vor dem Entzug der elterlichen Sorge in eine andere Gemeinde gezogen, so dass eine entsprechende Ableitung nicht mehr möglich war. Die Kinder hatten damit ihren Wohnsitz am Aufenthaltsort, selbst wenn sie sich dort in einer Anstalt aufhiel-

48 BGE 134 III 661.
49 BGE 135 III 84.
50 Art. 264 ZGB; BGE 135 III 83; 107 II 20.
51 Hegnauer/Breitschmid, Rz. 11.03; BGE 135 III 83.
52 BGer 5A_35/2004 vom 4. Februar 2005.
53 BGE 135 III 85 ff.
54 BGE 135 III 49 ff.
55 BGE 135 II 51 f. E. 4.

ten, und die dortige Vormundschaftsbehörde war für die Führung der Vormundschaft zuständig..[56]

3.4. Prozessuales im Familienrecht

3.18. Unter der Herrschaft des nunmehr aufgehobenen OG waren Eheschutzentscheide der kantonalen Gerichte nicht Berufungsfähig. Sie galten nicht als Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG. Ebenfalls ausgeschlossen war die Berufung gegen Massnahmenentscheide des Scheidungsgerichts[57]. Zugelassen wurde jedoch die staatsrechtliche Beschwerde[58]. Mit Erlass des BGG hat sich die Rechtslage insofern grundsätzlich verändert, als das geltende Recht die Unterscheidung zwischen staatsrechtlicher Beschwerde und Berufung nicht mehr kennt. Vielmehr sind mit der zivilrechtlichen Beschwerde auch Verfassungsverletzungen vor Bundesgericht zu rügen. Das Bundesgericht hat nun entschieden, dass es sich sowohl bei Massnahmen im Scheidungsverfahren wie auch beim Eheschutz um Zivilsachen im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG handelt, so dass die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich gegeben ist[59]. Weil aber solche Entscheide nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, so dass eine einfachere Abänderbarkeit als bei einem ordentlichen Urteil besteht, und überdies das Gericht in einem bloss summarischen Verfahren entscheidet, handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG, so dass nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann, nicht aber die Verletzung eines gewöhnlichen Gesetzes[60]. Es bleibt somit praktisch bei der gleichen beschränkten Prüfungsmöglichkeit wie im alten Prozessrecht[61].

3.19. Etwas anders ist die Rechtslage bei einem Entscheid, der sich auf Art. 281 ZGB stützt und bei dem vorsorglich Unterhalt für ein mündiges Kind festgelegt wird. Diese Massnahme unterscheidet sich insofern von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren, als bei letzteren für die Dauer des Verfahrens über den Anspruch endgültig entschieden wird,[62] während der Unterhalt nach Art. 281 ZGB nur provisorisch zugesprochen wird.[63] Der Massnahmenentscheid im Scheidungsverfahren stellt deshalb einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG dar[64], was bezüglich des Entscheides nach Art. 281 ZGB nicht zutrifft. Dabei handelt es sich vielmehr um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.[65]

3.20. In einem weiteren Fall gelangte ein Ehegatte mit Beschwerde in Zivilsachen gegen einen Entscheid ans Bundesgericht, mit dem das kantonale Gericht nach Art. 177 ZGB seine Schuldner angewiesen hatte, den Unterhaltsbeitrag direkt der Ehefrau zu überweisen. Für die Berechnung der Beschwerdeschrift ist der Beschwerdeführer vom Fristenstillstand während der Gerichtsferien ausgegangen. Das Bundesgericht sah das Rechtsmittel als verspätet an und trat nicht darauf ein. Als Zwangsvollstreckungsmassnahme ist die Schuldneranweisung ein Endentscheid. Es handelt sich aber wie bei den anderen Eheschutzmassnahmen um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG. Aus diesem Grunde kommt Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG nicht zur Anwendung, wonach gesetzliche und richterliche Fristen zwischen dem 15. Juli und dem 15. August ruhen. Der Begriff der vorsorglichen Massnahme ist in Art. 98 deckungsgleich mit jenem in Art. 46 Abs. 2 BGG.[66]

---

56 BGE 135 III 53 ff.

57 **SUTTER/FREIBURGHAUS**, N. 50 zu Art. 137 ZGB; **LEUENBERGER**, N. 60 zu Art. 137 ZGB.

58 BGE 133 III 395; 127 III 476 ff.; 116 II 21 ff; 115 II 297 f.

59 BGE 133 III 396; **UHLMANN**, N. 11 zu Art. 90 BGG.

60 BGE 133 III 396 f.

61 Vgl. **LEUENBERGER**, Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 137 ZGB.

62 BGE 130 I 347.

63 BGE 117 II 127.

64 BGE 134 III 426.

65 BGE 135 III 238 ff.

66 BGE 134 III 667.

3.4. Vormundschaftsrecht

3.21. Die für die Vormundschaft geltenden Haftungsbestimmungen[67] kommen auch bei der Beistandschaft zur Anwendung.[68] Entsprechend haben der Beistand und die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden bei der Ausübung ihres Amtes die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung zu beobachten; sie haften alle für den Schaden, den sie absichtlich oder fahrlässig verschulden. Wird die vormundschaftliche Behörde aus der Führung der Vormundschaft bzw. Beistandschaft verantwortlich, so ist jedes Mitglied haftbar, soweit es nicht nachweisen kann, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt;[69] jedes der haftbaren Mitglieder trägt den Schaden für seinen Anteil.[70] Falls der Vormund bzw. Beistand und die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde zugleich haftbar sind, haften Letztere nur für das, was vom Vormund bzw. Beistand nicht erhältlich ist;[71] aus absichtlichem Verhalten haften jedoch alle verantwortlichen Personen unmittelbar und solidarisch.[72] Auf diese Bestimmungen kann sich auch der Erbe der verbeiständeten Person berufen, wenn er gegen einzelne Mitglieder der Vormundschaftsbehörde vorgehen will.[73]

3.22. In dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall machte der Erbe des Verbeiständeten geltend, die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde hätten die Beiständin nicht genügend überwacht und hafte deshalb für den durch die insolvente Beiständin verursachten Schaden. Das Bundesgericht hält fest, dass eine Haftung nach den Art. 426 ff. ZGB wie jene nach Art. 41 ff. OR einen Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquaten Kausalzusammenhang sowie ein Verschulden der ins Recht gefassten Personen voraussetze.[74] Die Widerrechtlichkeit bestehe hier regelmässig in einem Verstoss gegen die Regeln einer sorgfältigen Vermögensverwaltung. Soweit es um die Beaufsichtigung des Beistandes durch die Vormundschaftsbehörde geht, können im Sinne von Art. 7 ZGB die zur Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR entwickelten Grundsätze herangezogen werden.[75] Entsprechend hafteten die Behördenmitglieder, weil sie die Beiständin nicht gehörig ausgewählt und überwacht hatten. Die Widerrechtlichkeit war insbesondere erstellt, weil die Vormundschaftsbehörde es duldete, dass während über dreier Monate nach Amtsübernahme das Eröffnungsinventar nicht erstellt war.[76]

4. Erbrecht

4.1. Testamentsformen

4.1. Die eigenhändige letztwillige Verfügung ist vom Testator von Anfang bis zu Ende mit Einschluss der Angabe von Jahr, Monat und Tag der Errichtung von Hand niederzuschreiben sowie mit seiner Unterschrift zu versehen.[77] Das Bundesgericht hatte nun zu entscheiden, ob diesem Erfordernis auch genüge getan ist, wenn der Namenszug eigenhändig nicht am Ende des Textes sondern am Anfang gesetzt wird. Sowohl ein Blick in die schweizerische Lehre[78] wie auch auf die Regelungen in unseren Nachbarländern zeigt, dass die Unterschrift grundsätzlich am Ende zu stehen hat und eine Namensnennung am Anfang, auch wenn sie eigenhändig ist, nicht genügt.[79] Das entspricht insofern auch dem Wortlaut des Gesetzes, als Art. 505 Abs. 1 ZGB im deutschen Text ausdrücklich eine "Unterschrift" und nicht

---

67 Art. 426 ff. ZGB.
68 BGE 135 III 200.
69 Art. 428 Abs. 1 ZGB.
70 Art. 428 Abs. 2 ZGB.
71 Art. 429 Abs. 1 ZGB.
72 Art. 429 Abs. 3 ZGB.
73 BGE 135 III 201.
74 BGE 135 III 201; **FORNI/PIATTI**, N. 1, 5 und 6 zu Art. 426-429 ZGB.
75 BGE 135 III 201; **LIEBER**, N. 87 zu Art. 7 ZGB.
76 BGE 135 III 204.
77 Art. 505 Abs. 1 ZGB.
78 Insb. **STEINAUER**, Rz. 699.
79 BGE 135 III 209 f.

eine "Überschrift" verlangt. Das Bundesgericht bestätigte entsprechend die Ungültigerklärung des fraglichen Testamentes.[80]

4.2. Pflichtteile und Herabsetzung

4.2. In einem Testament hatte der Erblasser seiner Lebenspartnerin zu Lasten seiner Nachkommen eine Rente ausgerichtet, welche diese auch während mehreren Jahren anstandslos bezahlt hatten. Nachdem die einzelnen Rentenzahlungen den Umfang der verfügbaren Quote zu übersteigen begannen, stellte der eine Nachkomme die Rentenzahlungen ein. Die Rentengläubigerin klagte sodann auf Erfüllung. Der Schuldner machte einredeweise Herabsetzung geltend, vor Bundesgericht allerdings erfolglos.[81]

4.3. In seinem Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass die Erben nach Art. 530 ZGB die verhältnismässige Herabsetzung einer Rente oder, unter Überlassung des verfügbaren Teils der Erbschaft an den Rentengläubiger, deren Ablösung verlangen können, wenn der Kapitalwert der Rente nach der mutmasslichen Dauer der Leistungspflicht den verfügbaren Teil der Erbschaft übersteigt. Diese Möglichkeit steht auch einem von mehreren Erben im Umfang seines Pflichtteils zu.[82] Die Herabsetzungsklage des in seinen Pflichtteilsrechten verletzten Erben verwirkt gemäss Art. 533 Abs. 1 ZGB mit Ablauf eines Jahres seit Kenntnis der Pflichtteilsverletzung, längstens aber nach Ablauf von 10 Jahren seit der Eröffnung der letztwilligen Verfügung. Hingegen kann nach Art. 533 Abs. 3 ZGB der Herabsetzungsanspruch einredeweise jederzeit geltend gemacht werden, solange der Erbe Besitz an der Erbschaft hat. Von der einredeweisen Geltendmachung der Herabsetzung ist der rentenbelastete Erbe nur dann ausgeschlossen, wenn der Herabsetzungsanspruch nach Art. 533 ZGB verwirkt oder durch Verzicht untergegangen ist. Ein Verzicht ist nach Eröffnung des Erbganges durch eine einseitige, formlose Erklärung gegenüber dem Gläubiger rechtlich möglich. Ein bloss passives Verhalten genügt dafür allerdings nicht. Der Verzicht kann aber sehr wohl stillschweigend erfolgen.[83] Ein solcher stillschweigender Verzicht auf die Herabsetzung sah das Bundesgericht im Umstand, dass der Erbe während 20 Jahren die Rente anstandslos ausgerichtet hatte.[84]

4.3. Bäuerliches Erbrecht

4.4. Mit dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht wurden 1991 die Bestimmungen im ZGB zum bäuerlichen Erbrecht aufgehoben und in dieses neue Gesetz überführt. Nachwievor hat ein Erbe einen Anspruch auf ungeteilte Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertragswert, wenn er es selber bewirtschaften will und dafür als geeignet erscheint.[85] Für die Selbstbewirtschaftung geeignet ist nach Art. 9 Abs. 2 BGBB, wer die Fähigkeiten besitzt, die nach landesüblicher Vorstellung notwendig sind, um den landwirtschaftlichen Boden selber zu bearbeiten und ein landwirtschaftliches Gewerbe persönlich zu leiten. Das Bundesgericht hatte nun Gelegenheit festzuhalten, dass die in Anwendung von aArt. 620 ff. ZGB von der Lehre und der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Beurteilung der Eignung zur Selbstbewirtschaftung nach wie vor gültig sind.[86] Entsprechend hielt es einen 75 Jährigen Erben für geeignet, weil er Nachkommen hatte, welche ihrerseits für die Weiterführung des Betriebes in Frage kamen.[87]

*****
***
*

80 BGE 135 III 206 ff.
81 BGE 135 III 97 ff.
82 Escher, N. 10 zu Art. 530 ZGB.
83 BGE 135 III 101 mit Hinweis auf BGE 108 III 293.
84 BGE 135 III 102 f.
85 Art. 11 Abs. 1 BGBB.
86 BGE 134 III 598 f.
87 BGE 134 III 590.

Minusio, 28.12. 2009 Thomas Geiser

Literatur:

DANIEL BÄHLER, Scheidungsunterhalt - Methoden der Berechnung, Höhe, Dauer und Schranken, FamPra.ch 2007, S. 461 ff.;

VERENA BRÄM, Zürcher Kommentar, 1998;

BASTONS BULLETTI, L'entretien après divorce: méthodes de calcul, montant, durée et limites, SJ 129/2007 II S. 77ff.;

HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER/MARGARETA BADDELEY, Les effets du mariage, Berne 2009;

ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1959;

ROLANDO FORNI/GIORGIO PIATTI, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB Bd. I, 2006;

CYRIL HEGNAUER/PETER BREITSCHMID, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999;

HEINZ HAUHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar 1999;

HEINZ HUAHEER/ANETTE SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997;

MONIQUE JAMETTI GREINER, Anhang Internationales Privatrecht, in: Schwenzer (Hrsg.), Fam-Kommentar Scheidung, Bern 2005;

VICTOR LIEBER, Zürcher Kommentar, 1998;

PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, Berne 2006;

Zielgrösse: 39'000 Zeichen
Istgrösse: 38'825 Zeichen