

Anwaltsprüfung Aargau

-

Zusammenfassung / Skript

Z G B

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	III
Literatur	X
I. Einleitungstitel	1
1. Allgemeines	1
2. Rechtsfindung	1
3. Sachverhaltsfeststellung	7
II. Personenrecht	9
1. Die natürlichen Personen	9
2. Die juristischen Personen	23
III. Familienrecht	28
1. Allgemeines	28
2. Das Eherecht	28
3. Die Verwandtschaft	53
4. Die Vormundschaft	85
IV. Erbrecht	103
1. Grundsätze des Erbrechts	103
2. Die Erbfolge	104
3. Verfügungen von Todes wegen	111
4. Eröffnung des Erbganges	131
5. Wirkungen des Erbganges	135
6. Teilung der Erbschaft	143
7. Das bürgerliche Erbrecht	151
V. Sachenrecht	154
1. Allgemeines	154
2. Grundeigentum	176
3. Fahrniseigentum	197
4. Beschränkte dingliche Rechte	203
5. Sachenrechtliche Rechtsbehelfe	220

INHALTSVERZEICHNIS

I. Einleitungstitel	1
1. Allgemeines.....	1
2. Rechtsfindung	1
2.1. Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht (ZGB 1 und 4).....	1
2.1.1. Gesetzesrecht	1
2.1.2. Auslegung	2
2.1.3. Gesetzeslücken und Lückenfüllung	2
2.2. Treu und Glauben / Rechtsmissbrauch (ZGB 2)	4
2.2.1. Allgemeines	4
2.2.2. Bedeutung von Treu und Glauben für die Gesetzesanwendung und im rechtsgeschäftlichen Bereich	4
2.2.3. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs	5
2.2.4. Anwendungsbereich von ZGB 2	5
2.3. ZGB 7	5
2.4. ZGB 5	6
2.5. ZGB 6	6
3. Sachverhaltsfeststellung	7
3.1. Bundesprivatrecht und Zivilprozessrecht (ZGB 8-10).....	7
3.1.1. Allgemeines	7
3.1.2. Beweislastregel von ZGB 8.....	7
3.1.3. Das Recht auf Beweis.....	7
3.1.4. ZGB 9 und 10	8
3.2. Der Schutz des guten Glaubens (ZGB 3)	8
 II. Personenrecht	 9
1. Die natürlichen Personen	9
1.1. Die Rechtsfähigkeit (ZGB 11).....	9
1.2. Anfang und Ende der Persönlichkeit	9
1.2.1. Anfang	9
1.2.2. Nasciturus	9
1.2.3. Tod	10
1.2.4. Beweis von Leben und Tod.....	10
1.3. Die Verschollenheit	10
1.3.1. Allgemeines	10
1.3.2. Wirkungen	11
1.3.3. Wirkungen einer Rückkehr	11
1.4. Die Handlungsfähigkeit im Allgemeinen	11
1.4.1. Allgemeines	11
1.4.2. Mündigkeit und Urteilsfähigkeit	12
1.4.3. Volle Handlungsfähigkeit.....	12

1.5.	Die verschiedenen Stufen der Handlungsfähigkeit	13
1.5.1.	Die Stellung des vollständig Handlungsunfähigen ZGB 18	13
1.5.2.	Die Stellung des beschränkt Handlungsunfähigen	13
1.6.	ZGB 20-26	14
1.6.1.	Verwandtschaft und Schwägerschaft	14
1.6.2.	Wohnsitz und Heimat	14
1.7.	Persönlichkeitsschutz	15
1.7.1.	Allgemeines	15
1.7.2.	Der Persönlichkeitsschutz gemäss ZGB 27	16
1.7.3.	Der Persönlichkeitsschutz gemäss ZGB 28	16
1.8.	Die Klagen des Persönlichkeitsschutzes	19
1.8.1.	Grundlagen	19
1.8.2.	Klagearten	19
1.8.3.	Vorsorgliche Massnahmen	20
1.9.	Das Gegendarstellungsrecht	21
1.10.	Der Name	22
1.11.	Das Zivilstandsregister	23
2.	Die juristischen Personen	23
2.1.	Allgemeines	23
2.2.	Anfang und Ende der Rechtspersönlichkeit	24
2.3.	Rechts- und Handlungsfähigkeit	24
2.4.	Der Verein	25
2.5.	Die Stiftung	26
III.	Familienrecht	28
1.	Allgemeines	28
2.	Das Eherecht	28
2.1.	Allgemeines Eherecht	28
2.1.1.	Ehe und Eherecht	28
2.1.2.	Das Konkubinat	28
2.1.3.	Gleichgeschlechtliche Partnerschaft	29
2.1.4.	Verlobung und Verlöbnis	30
2.1.5.	Die Eheschliessung	31
2.1.6.	Die allgemeinen Wirkungen der Ehe	32
2.1.7.	Die allgemeinen vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe	33
2.1.8.	Schutz der ehelichen Gemeinschaft	34
2.2.	Die Ehescheidung	36
2.2.1.	Allgemeines	36
2.2.2.	Scheidungsgründe	36
2.2.3.	Die Folgen der Ehescheidung	37
2.2.4.	Das Kind und die Scheidung der Eltern	40
2.2.5.	Das Scheidungsverfahren und die Ehetrennung	41
2.3.	Ehegüterrecht	42
2.3.1.	Allgemeine Vorschriften	42
2.3.2.	Die Errungenschaftsbeteiligung	44
2.3.3.	Die vertraglichen Güterstände und die Güterverbindung	49

3. Die Verwandtschaft	53
3.1. Einleitung	53
3.2. Die Entstehung des Kindesverhältnisses im Allgemeinen	53
3.2.1. Natürliches und rechtliches Kindesverhältnis	53
3.2.2. Die Entstehung des Kindesverhältnisses zur Mutter	53
3.2.3. Übersicht über die Entstehungsgründe des Kindesverhältnisses zum Vater	54
3.2.4. Das Verfahren auf Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses	54
3.3. Die einzelnen Entstehungsgründe des Kindesverhältnisses	55
3.3.1. Die Vaterschaft des Ehemannes	55
3.3.2. Die Anerkennung	57
3.3.3. Die Vaterschaftsklage	59
3.3.4. Die Adoption	60
3.4. Die Wirkungen des Kindesverhältnis	64
3.4.1. Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder	64
3.4.2. Die Unterhaltspflicht	67
3.4.3. Die elterliche Sorge	72
3.4.4. Der Kindesschutz	77
3.4.5. Die Unterstützungspflicht	80
3.4.6. Die Hausgewalt	81
3.4.7. Das Familienvermögen	83
4. Die Vormundschaft	85
4.1. Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft	85
4.1.1. Die vormundschaftlichen Behörden	85
4.1.2. Die vormundschaftlichen Ämter	85
4.1.3. Die Begründung der Vormundschaft	86
4.1.4. Die Bestellung des Vormunds	88
4.1.5. Die Beistandschaft	90
4.1.6. Die fürsorgliche Freiheitsentziehung	93
4.1.7. Übersicht	95
4.2. Die Führung der Vormundschaft	96
4.2.1. Die Pflichten und Rechte des Vormunds	96
4.2.2. Selbst- und Mithandeln der bevormundeten Person	97
4.2.3. Die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden	98
4.2.4. Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe	99
4.3. Die Beendigungsgründe	100
4.3.1. Das Ende der Bevormundung	100
4.3.2. Das Ende des vormundschaftlichen Amts	101
4.3.3. Die Folgen der Beendigung	102
IV. Erbrecht	103
1. Grundsätze des Erbrechts	103
1.1. Allgemeines	103
1.2. Untergang bestimmter Rechtsbeziehungen	103

2. Die Erbfolge	104
2.1. Die gesetzliche Erbfolge	104
2.1.1. Allgemeines	104
2.1.2. Parentelsystem (ZGB 457-462, „Stämme“)	104
2.1.3. Der überlebende Ehegatte (ZGB 462)	105
2.2. Der Pflichtteil	105
2.2.1. Allgemeines	105
2.2.2. Berechtigung und Berechnung	106
2.2.3. Die Begünstigung des Ehepartners	106
2.2.4. Inhalt	107
2.2.5. Die Herabsetzungsklage	108
2.2.6. Die Enterbung	109
3. Verfügungen von Todes wegen	111
3.1. Allgemeines	111
3.1.1. Erst Sterben heisst Erben	111
3.1.2. Abgrenzungen	111
3.2. Die Verfügungsfähigkeit (ZGB 467-469)	113
3.2.1. Höchstpersönlichkeit	113
3.2.2. Voraussetzungen	114
3.2.3. Willensmängel	114
3.2.4. Folgen mangelnder Verfügungsfähigkeit	115
3.3. Das Testament	116
3.3.1. Allgemeines	116
3.3.2. Das eigenhändige Testament	116
3.3.3. Das öffentliche Testament	117
3.3.4. Das mündliche Testament	118
3.3.5. Ergänzung, Widerruf und Änderung	118
3.4. Der Erbvertrag	119
3.4.1. Allgemeines	119
3.4.2. Form	120
3.4.3. Aufhebung	120
3.4.4. Inhalt	121
3.4.5. Bindungswirkung des Erbvertrages	123
3.4.6. Klagen aus Erbverträgen	123
3.5. Die Arten der Anordnungen von Todes wegen	124
3.5.1. Allgemeines und Auslegung	124
3.5.2. Erbeinsetzung	124
3.5.3. Vermächtnis (Legat)	125
3.5.4. Auflage und Bedingungen	126
3.5.5. Erben- und Legatarsubstitution	126
3.5.6. Weitere Arten von Anordnungen von Todes wegen	127
3.6. Der Willensvollstrecker	128
3.6.1. Handeln für den Nachlass im Allgemeinen	128
3.6.2. Handeln für den Nachlass aufgrund besondern Amts	128
3.6.3. Sicherungsmassnahmen	130
4. Eröffnung des Erbanges	131
4.1. Voraussetzungen der Eröffnung des Erbanges	131
4.1.1. Der Tod des Erblassers	131
4.1.2. Fähigkeit der Erben	131
4.2. Beerbung eines Verschollenen	132
4.2.1. Die Verschollenenerklärung	132
4.2.2. Erbgang	132

4.3.	Der Nachlass	133
4.3.1.	Begriff	133
4.3.2.	Aktiven	133
4.3.3.	Die Erbschaftsklage	133
4.3.4.	Passiven.....	134
4.3.5.	Der erbrechtliche Gläubigerschutz	134
4.3.6.	Übersicht der Berechnung des Nachlasses	135
5.	Wirkungen des Erbganges	135
5.1.	Der Eintritt der Erben in ihre Stellung	135
5.2.	Massnahmen zum Schutz eines Nachlasses.....	135
5.2.1.	Allgemeines Sicherungsmassregeln	135
5.2.2.	Sicherungsmassregeln beim Testament/Einlieferung und Eröffnung	136
5.3.	Ausschlagung einer Erbschaft	137
5.3.1.	Allgemeines	137
5.3.2.	Folgen der Ausschlagung	137
5.3.3.	Schutz der Gläubiger.....	138
5.4.	Der Erwerb des Vermächtnisnehmers.....	138
5.4.1.	Allgemeines	138
5.4.2.	Inhalt	139
5.4.3.	Vermächtnisnehmer und Gläubiger/Erbe	139
5.5.	Das öffentliche Inventar.....	139
5.5.1.	Grundgedanke	139
5.5.2.	Das Verfahren.....	140
5.5.3.	Optionen der Erben nach Abschluss des Inventars (ZGB 588)	140
5.6.	Die amtliche Liquidation.....	141
5.6.1.	Grundgedanke	141
5.6.2.	Antrag	141
5.6.3.	Verfahren und Wirkungen	142
5.7.	Die Erbschaftsklage.....	142
5.7.1.	Begriff und Anwendungsgebiet	142
5.7.2.	Wirkungen.....	142
6.	Teilung der Erbschaft	143
6.1.	Die Erbengemeinschaft	143
6.1.1.	Rechtsnatur	143
6.1.2.	Die Schuldenhaftung	143
6.1.3.	Problem der Erbenstellung	144
6.1.4.	Beendigung der Erbengemeinschaft.....	144
6.2.	Die Ausgleichung (= „Hinzurechnung“)	144
6.2.1.	Die Idee	144
6.2.2.	Fälle der Ausgleichungspflicht.....	145
6.2.3.	Die ausgleichungspflichtige Zuwendung	145
6.2.4.	Voraussetzung und Durchführung der Ausgleichung	146
6.3.	Durchführung der Teilung und Situation nach der Teilung	146
6.3.1.	Begriff und Funktion der Teilung	146
6.3.2.	Einleitung der Teilung.....	148
6.3.3.	Die Zuteilungsregeln	148
6.3.4.	Das Teilungsverfahren.....	149
6.3.5.	Der Vertrag über angefallene Erbanteile.....	150
6.3.6.	Der Vertrag vor dem Erbgang.....	150

7. Das bäuerliche Erbrecht	151
7.1. Allgemeines	151
7.1.1. Geschichte und Rechtsquellen	151
7.1.2. Geltungsbereich und Verfahren.....	151
7.2. Die drei Pfeiler.....	151
7.2.1. Ungeteilte Zuweisung an den Selbstbewirtschafter	151
7.2.2. Bindung an die Familie	152
7.2.3. Anrechnung zum Ertragswert	153
7.3. Die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks	153
 V. Sachenrecht.....	 154
1. Allgemeines.....	154
1.1. Die Sache	154
1.1.1. Begriff	154
1.1.2. Arten von Sachen	155
1.1.3. Gesamtheiten	156
1.1.4. Das dingliche Recht	156
1.1.5. Realobligation	157
1.2. Prinzipien des Sachenrechts	157
1.2.1. Publizitätsprinzip	157
1.2.2. Spezialitätsprinzip	157
1.2.3. Kausalitätsprinzip	157
1.2.4. Typengebundenheit und Typenfixierung	158
1.2.5. Akzessionsprinzip	158
1.2.6. Prinzip der Alterspriorität	160
1.3. Gerichtsstände des Sachenrechts	161
1.4. Besitz.....	161
1.4.1. Allgemeines	161
1.4.2. Erwerb und Verlust	162
1.4.3. Der Besitzesschutz.....	162
1.4.4. Besitzesrechtsschutz	163
1.4.5. Die Verantwortlichkeit des nicht berechtigten Besitzers	165
1.5. Das Grundbuch.....	166
1.5.1. Allgemeines	166
1.5.2. Formelles Grundbuchrecht	166
1.5.3. Materielles Grundbuchrecht.....	167
1.6. Eigentum.....	168
1.6.1. Allgemeines	168
1.6.2. Miteigentum	169
1.6.3. Stockwerkeigentum	171
1.6.4. Gesamteigentum ZGB 652-654.....	174
2. Grundeigentum.....	176
2.1. Die Grundstücke	176
2.1.1. Allgemeines	176
2.1.2. Die Liegenschaften (Grundstücke im eigentlichen Sinn)	176
2.1.3. Anwendbarkeit des Liegenschaftsrechts auf Rechte.....	177

2.2.	Umfang des Grundeigentums (vgl. ZGB 667-678).....	178
2.2.1.	Die horizontale Ausdehnung ZGB 668.....	178
2.2.2.	Die vertikale Ausdehnung ZGB 667.....	178
2.2.3.	Umfang des Grundeigentums und Akzessionsprinzip.....	179
2.3.	Beschränkungen des Grundeigentums.....	179
2.3.1.	Nutzungsbeschränkungen.....	179
2.3.2.	Verfügungsbeschränkungen.....	183
2.3.3.	Aufhebung und Abänderung der Eigentumsbeschränkungen.....	186
2.4.	Rechtsgeschäftlicher Erwerb.....	187
2.4.1.	Allgemeines.....	187
2.4.2.	Voraussetzungen.....	187
2.4.3.	Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten.....	190
2.5.	Nicht rechtsgeschäftlicher Erwerb.....	191
2.5.1.	Geltungsbereich des relativen Eintragungsprinzips.....	191
2.5.2.	Ausserbuchliche Erwerbstatbestände.....	191
2.6.	Verlust des Grundeigentums.....	196
2.6.1.	Der absolute Eigentumsverlust.....	196
2.6.2.	Der relative Eigentumsverlust.....	197
3.	Fahrniseigentum	197
3.1.	Allgemeines.....	197
3.2.	Der rechtsgeschäftliche Erwerb.....	197
3.2.1.	Allgemeines.....	197
3.2.2.	Erwerb unter Eigentumsvorbehalt ZGB 715.....	198
3.2.3.	Erwerb von Fahrniseigentum vom Nichtberechtigten.....	198
3.3.	Der ausservertragliche Erwerb.....	199
3.3.1.	Aneignung (Okkupation, Art. 718, 719 ZGB).....	199
3.3.2.	Fund (ZGB 720-724).....	199
3.3.3.	Die Zuführung (ZGB 725).....	200
3.3.4.	Die Verarbeitung (ZGB 726).....	201
3.3.5.	Verbindung und Vermischung (ZGB 727).....	201
3.3.6.	Ersitzung (ZGB 729, ZGB 941).....	202
3.4.	Verlust des Fahrniseigentums ZGB 729.....	202
3.4.1.	Der absolute Eigentumsverlust.....	202
3.4.2.	Der relative Eigentumsverlust.....	202
3.4.3.	Enteignung.....	202
4.	Beschränkte dingliche Rechte.....	203
4.1.	Allgemeines.....	203
4.1.1.	Begriff und Arten.....	203
4.1.2.	Rangordnung.....	203
4.1.3.	Beschränkte dingliche Rechte an einer eigenen Sache.....	204
4.2.	Dienstbarkeiten ZGB 730-781.....	204
4.2.1.	Allgemeines.....	204
4.2.2.	Gesetzlich geregelte Dienstbarkeiten.....	206
4.2.3.	Übrige Dienstbarkeiten (ZGB 730-744; 781).....	207
4.2.4.	Errichtung und Untergang.....	207
4.3.	Grundpfandrechte ZGB 793-883.....	208
4.3.1.	Allgemeines.....	208
4.3.2.	Entstehung (ZGB 799).....	209
4.3.3.	Untergang (ZGB 831, 844, 850).....	210
4.3.4.	Rang (ZGB 813-815, 817).....	210
4.3.5.	Umfang und Wirkungen der Pfandhaft.....	211
4.3.6.	Pfandrechtsarten.....	212

4.4.	Grundlasten ZGB 782-792.....	218
4.4.1.	Allgemeines	218
4.4.2.	Errichtung und Untergang.....	219
4.5.	Weitere Regelungsinhalte.....	219
5.	Sachenrechtliche Rechtsbehelfe	220
5.1.	Störung des Eigentums oder des Besitzes.....	220
5.1.1.	ZGB 641	220
5.1.2.	Rechtsbehelfe des Eigentümers aus Besitz	221
5.2.	Verantwortlichkeit des Grundeigentümers.....	222
5.2.1.	Allgemeines	222
5.2.2.	Schadenersatzklage	222
5.2.3.	Weitere Klagearten	223
5.2.4.	Einzelprobleme.....	223
5.3.	Weitere Rechtsbehelfe	224
5.3.1.	Grenzstreitigkeiten ZGB 669	224
5.3.2.	Grundbuchliche Rechtsbehelfe des Eigentümers	225
5.3.3.	Weitere sachenrechtliche Rechtsbehelfe	226

LITERATUR

DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002; BÜHLER ALFRED / EDELMANN ANDREAS / KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau Frankfurt am Main Salzburg 1998; HAUSHEER HEINZ / AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999; HAUSHEER HEINZ / GEISER THOMAS / KOBEL ESTHER, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2002; HAUSHEER HEINZ / JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2001; REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich Basel Genf 2003; REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und des Eigentums, 2. Auflage, Bern 2000; RIEMER HANS MICHAEL, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, Bern 2000; RYFFEL GRITLI, Repetitorium Erbrecht, Zürich 2004; SCHMID JÖRG / HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2003; TUOR PETER / SCHNYDER BERNHARD / SCHMID JÖRG / RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002.

Dezember 2007
mischaberner@gmx.ch

I. EINLEITUNGSTITEL

1. Allgemeines

Die Einleitungstitel sind kein Allgemeiner Teil des Privatrechts, sondern vielmehr ein unerlässlicher Kern. Sie befassen sich mit der allgemeinen Rechtsanwendung i.w.S., also mit der **Sachverhaltsfeststellung** und der **Rechtsfindung**.

Die Rechtsanwendung i.e.S. ist die Subsumtion und die Konklusion. Die Subsumtion besteht aus dem Untersatz (Lebenssachverhalt) und dem Obersatz (Rechtsnorm); die Konklusion ist die Schlussfolgerung (Urteil). Im Zentrum steht der Prozess der Rechtsfindung.

Die Einleitungstitel werden im Bundesprivatrecht unmittelbar angewendet, ausserhalb dieses Gebiets mittels Analogieschluss (öffentliches Recht, kantonales Recht). Die neuere Lehre behandelt die sie als allgemeine Rechtsgrundsätze, die den Analogieschluss nicht bedürfen.

2. Rechtsfindung

2.1. *Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht (ZGB 1 und 4)*

2.1.1. Gesetzesrecht

ZGB 1 ist die positivrechtliche Verankerung des Gesetzmässigkeitsprinzips. Das Gesetz ist die primäre Rechtsquelle, wobei der Richter auch davon abweichen kann (Auslegung, Billigkeit, Lückenfüllung, Rechtsmissbrauch). Durch die Möglichkeit der Lückenfüllung wird anerkannt, dass das Gesetz nicht umfassend sein kann.

Das Gesetz kann nur Rechtsgrundlage sein, wenn es rechtmässig zustande gekommen ist und noch Geltung hat. Massgeblich sind in der Schweiz die Wortlaute aller Fassungen, wobei ermittelt wird, welche den Willen des Gesetzgebers am zutreffendsten zum Ausdruck bringt.

2.1.2. Auslegung

Bei der Auslegung ist der Wortlaut der Ausgangspunkt. Wegen dem Nebeneinander der drei Amtssprachen, wegen Zweideutigkeit vieler Wörter und wegen der Geschichtlichkeit rechtlicher Inhalte kann oft kein eindeutiger Wortlaut gefunden werden. Grundsätzlich fällt die Auslegung entgegen dem Wortlaut ausser Betracht, ausser wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass der klare Wortlaut den wirklichen Sinn nicht wiedergibt (teleologische Reduktion).

Es gibt fünf Auslegungsmöglichkeiten:

- Die **grammatikalische** Auslegung: Sie stellt auf den Wortlaut ab. Zu diesem gehören alle drei Amtssprachen, mit Titel und Marginalen. Massgebend ist der Wortsinne, welcher dem Sprachgebrauch zur Zeit der Entstehung des Gesetzes entspricht.
- Die **systematische** Auslegung: Sie stellt auf dem Gesetz als Einheit ab, also auf die gesamte Rechtsordnung. Spezialfälle dabei sind die verfassungskonforme Auslegung sowie die völkerrechtskonforme Auslegung. Formale Auslegungsregeln sind der Analogieschluss, der Umkehrschluss und der Vorrang von *lex specialis*, *lex posterior* und *lex superior*. Sie sind immer auf das Ergebnis hin zu prüfen, und sollten nicht „einfach so“ angewandt werden.
- Die **realistische** (soziologische) Auslegung: Es soll den tatsächlichen gesetzesrelevanten Verhältnissen zur Zeit der Entstehung des Gesetzes Rechnung getragen werden, und diese dann sinngemäss in die heutige Zeit übernommen werden, sofern das Ergebnis realisierbar bzw. praktikabel ist.
- Die **historische** Auslegung: Hier ist mittels den Materialien auf die Absichten des historischen Gesetzgebers abzustellen. Die Auslegung hat den Vorteil der Rechtssicherheit.
- **Teleologische** Auslegung: Abstellung auf den Sinn und den Zweck der Norm. Dies gewährleistet die materielle Richtigkeit der Norm. Der Zweck kann sich direkt aus dem Rechtssatz, oder aus der Zielsetzung, der Bezeichnung oder aus dem ganzen Gesetz ergeben. Die Teleologie wird auch als eigentliches Ziel der Auslegung bezeichnet.

2.1.3. Gesetzeslücken und Lückenfüllung

Unter einer Lücke versteht man das Fehlen einer gesetzlichen Anordnung bezüglich einer Rechtsfrage. **Ob eine Lücke vorliegt, ist eine Rechtsfrage.** Keine Lücke besteht, wenn eine Frage keine Rechtsfrage ist (z.B. die kirchliche Trauung) oder wenn ein qualifiziertes Schweigen vorliegt (Umkehrschluss). Die Grenze zwischen der Auslegung und der Lückenfüllung ist fließend; die Unterscheidung zwingt indessen den Richter, nicht allzu schnell in die Lückenfüllung zu gelangen.

Die Lückenarten werden wie folgt unterteilt:

- intra legem
 - o Verweisungen (ZGB 1 II, namentlich ZGB 7, 678, 712m II etc.).
 - o Generalklauseln (ZGB 4, 1 II): Der Gesetzgeber hat die Regelung einer Frage bewusst dem Richter überlassen (z.B. ZGB 27 II, OR 20, 41). Bei ZGB 4 entscheidet der Richter nach den individuell-konkreten Interessen, bei ZGB 1 II indessen nach den generell-abstrakten Interessen.
 - o Erkenntnislücken (ZGB 1 II): Der Gesetzgeber wollte die Frage vollständig regeln, doch ergibt die Auslegung keinen eindeutigen Inhalt (vgl. ZGB 125, 477 etc.).
- praeter legem
 - o echte Lücken (ZGB 1 II): Aus dem Gesetz kann keine Vorschrift entnommen werden. Sie sind eher selten. Verdeckt ist die Lücke dann, wenn der Wortsinn zu kurz greift (teleologische Rekonstruktion). Die Lücke wird vorerst durch Gewohnheitsrecht, und danach durch Richterrecht gefüllt. Gewohnheitsrecht liegt bei einer lang andauernden Übung, die rechtsüberzeugend ist, vor; und – wie bereits erwähnt – darf keine gesetzliche Regelung bestehen.
 - o unechte Lücken (ZGB 2 II): Sie liegen dann vor, wenn die vom Gesetzgeber getroffene Lösung krass stossend und ungerecht ist. Die Grundlage dazu ist das Rechtsmissbrauchsverbot. Einzig hier handelt es sich um eine Gesetzesberichtigung, während die anderen Lückenarten das Gesetz ergänzen.

Der Richter hat bei der Auslegung und Lückenfüllung Lehre und Präjudizien zu beachten (ZGB 1 III). Für eine Praxisänderung bedarf es ernsthaften und sachlichen Gründen und die Änderung muss grundsätzlich geschehen. Aus dem Vertrauen in eine bestimmte Praxis darf dem betroffenen kein Rechtsnachteil erwachsen. Wenn der bestehenden Praxis gefolgt wird, bedarf es keiner Begründung.

Weitere Hilfsmittel für die Auslegung und Lückenfüllung sind die Rechtsvergleichung und die Rechtsgeschichte.

Keine Lücken können im Strafrecht gefüllt werden (StGB 1). Hindernisse für die Lückenfüllung ergeben sich auch beim Abgaberecht, wo das Abgabesubjekt, das Abgabeobjekt und die Bemessungsgrundlagen im Gesetz angegeben sein müssen.

2.2. *Treu und Glauben / Rechtsmissbrauch (ZGB 2)*

2.2.1. Allgemeines

ZGB 2 ist ein **Leitstern der Gesetzesanwendung**, eine ethisch geschöpfte Grundregel.

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben dient der Fairness im Rechtsverkehr. Wer am Rechtsverkehr teilnimmt, von dem darf und muss erwartet werden, dass er sich wie ein als redlich und vernünftig vorausgesetzter Dritter verhält (ZGB 2 I). ZGB 2 I bezieht sich auf die Auslegung und die Ergänzung von Gesetz und Rechtsgeschäft.

Des Rechtsmissbrauchsverbot (ZGB 2 II) dient als eine Art Notausgang, wenn durch die Betätigung eines behaupteten Rechts offenkundiges Unrecht geschaffen wird, und dem wirklichen Recht die Anerkennung verschlossen bleibt. ZGB 2 II enthält die positivrechtliche Anerkennung unechter Lücken und befasst sich mit der Korrektur von Gesetzen.

2.2.2. Bedeutung von Treu und Glauben für die Gesetzesanwendung und im rechtsgeschäftlichen Bereich

Vorerst ist Treu und Glauben für die Gesetzesauslegung von Bedeutung, da Gesetze so verstanden werden sollen, wie sie ein vernünftiger und korrekter Mensch versteht. Daneben enthält es das Verbot der Gesetzesumgehung (Zielverbot, nicht jedoch Wegverbot!). Die Bejahung einer Gesetzesumgehung hat regelmässig eine Auslegung gegen den Wortlaut des fraglichen Rechtssatzes zur Folge, die nur unter triftigen Gründen möglich ist.

Im rechtsgeschäftlichen Bereich ist Treu und Glauben vor allem bei der Auslegung von Bedeutung, so ist primär nach dem subjektiven Willen auszulegen, und wenn dieser nicht übereinstimmt, nach dem Vertrauensprinzip. Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften. Vgl. auch die Auslegung der AGB.

Lücken bei Rechtsgeschäften werden mit dispositivem Gesetzesrecht und dem hypothetischen Parteiwillen gefüllt. Im ausservertraglichen Haftpflichtrecht begründet die Verletzung von Treu und Glauben keine eigenständige Widerrechtlichkeit. Durch Auslegung eines Vertrages können mit ZGB 2 und damit mit dem Vertrauensprinzip Nebenpflichten bezeichnet werden. ZGB 2 führt auch zu einer Haftung aus culpa in contrahendo, wie auch zu einer Haftung für Rat und Auskunft, wenn wunschgemäss solcher erteilt wird und wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschweigt werden. **Die Widerrechtlichkeit wird bejaht, weil eine rechtliche Sonderverbindung besteht und verletzt wird** (also nicht direkt aus ZGB 2).

2.2.3. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs

Wenn das Recht zu einem stossenden Ergebnis führt, kann mit Hilfe des Rechtsmissbrauchsverbot aus ZGB 2 II die Annahme einer unechten Lücke das Ergebnis „zurecht“ rücken (mittels ZGB 1 II und ZGB 4). Die Berufung auf ZGB 2 II soll indessen nur als ultima ratio möglich sein.

Im Einzelnen handelt es sich bei den Anwendungsfällen um folgende:

- Nutzlose Rechtsausübung (fehlendes/ungenügendes Interesse).
- Krasses Missverhältnis der Interessen (z.B. Ablaufen einer Frist).
- Clausula rebus sic stantibus (Veränderung der Verhältnisse in unvorhersehbarer Weise bei einem langfristigen zweiseitigen Vertrag in grundlegender Weise [3 TB-Merkmale]). Bei einer Vorbehaltsklausel, bei einer gesetzlichen Regelung oder bei Grundlagenirrtum fällt die Anwendung der clausula ausser Betracht.
- Widersprüchliches Verhalten (z.B. bei Verjährung).
- Unzulässige Berufung bei Formmangel nach freiwilliger und irrtumsfreier Erfüllung, d.h. in Kenntnis der Ungültigkeit.
- Verwirkung wegen verzögerter Rechtsausübung (z.B. bei Immaterialgüterrechten).
- Verbot der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten (z.B. beim Durchgriff).

2.2.4. Anwendungsbereich von ZGB 2

Die Norm kommt in der gesamten Rechtsordnung zur Anwendung, so insbesondere auch als Grundrecht (BV 9). Da ZGB 2 nach neuer Lehre ein allgemeiner Rechtsgrundsatz darstellt, wird die Norm direkt auch im öffentlichen Recht angewendet. Im Rahmen einer öffentlichrechtlichen Einheitsbeschwerde kann die Verletzung von Treu und Glauben daher als Verletzung von Bundesrecht gerügt werden.

2.3. ZGB 7

Die Verweisung von ZGB 7 wird allgemein als **entbehrlich** betrachtet, da einerseits eine materielle (sachliche) Einheit von ZGB und OR besteht, und andererseits ist der Richter zur Lückenfüllung (per Analogie) aufgrund von ZGB 1 II verpflichtet. Umgekehrt sind ZGB 1-10 unmittelbar auf dem Gebiete des OR anwendbar, wie auch bspw. ZGB 28. Die

obligationenrechtlichen Bestimmungen können auch direkt anwendbar sein, wenn direkt auf das OR verwiesen wird.

Aus demselben Grund, warum ZGB 7 entbehrlich ist (Lückenfüllung), werden die allgemeinen Regeln des OR auch im öffentlichen Recht angewendet. Sie werden von der neueren Lehre als allgemeine Rechtsgrundsätze betrachtet.

2.4. ZGB 5

Raum für kantonale zivilrechtliche Bestimmungen steht nur offen, wenn ein Vorbehalt angebracht wurde, oder wenn auf Übung und Ortsgebrauch verwiesen wird.

Ein **echter** Vorbehalt liegt dann vor, wenn die Kantone eine Kompetenz erhalten, die ihnen vorher aufgrund der Kompetenzausscheidung in der Bundesverfassung entzogen war (kantonales Privatrecht). **Unecht** ist der Vorbehalt hingegen, wenn das Bundesrecht auf kantonales Recht verweist, zu dessen Erlass der Kanton ohnehin berechtigt ist (kantonales öffentliches Recht). Echte Vorbehalte werden insbesondere angebracht, wenn auf die speziellen regionalen Gegebenheiten Rücksicht genommen werden soll.

Beim Verweis auf Übung und Ortsgebrauch besteht eine Lücke intra legem. Darunter ist ein Verhalten zu verstehen, welches sich nach dem richtet, was allgemein in derartigen Verhältnissen zu geschehen pflegt. In den EG ZGB können die Kantone die Verkehrssitte verbindlich regeln. Im rechtsgeschäftlichen Bereich können die Parteien auf die Verkehrssitte verweisen, welche dann dem dispositiven Recht vorgeht.

2.5. ZGB 6

ZGB 6 beinhaltet einen unechten Vorbehalt, d.h. er hat nur deklaratorische Bedeutung. Die Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht erfolgt mittels folgender Theorien:

- Interessentheorie: Welchem Interesse dient der Rechtssatz?
- Funktionstheorie: Betrifft der Rechtssatz die Erfüllung öffentlicher Aufgaben?
- Subordinationstheorie: Steht eine Partei der anderen übergeordnet entgegen?
- Subjektstheorie: Ist der Staat beteiligt?

Der Erlass von öffentlichrechtlichen kantonalen Vorschriften in einem vom Bundeszivilrecht geregelten Bereich ist gestützt auf ZGB 6 zulässig, wenn die kantonale Bestimmung einem **schutzwürdigen öffentlichen Interesse entspricht und nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen**. Ausserdem darf die Bundesregelung nicht abschliessend sein.

ZGB 6 II hat keine eigenständige Bedeutung, den Kantonen ist es nach h.L. auch ohne diese Norm erlaubt, gewisse Sachen in der Verkehrsfähigkeit zu beschränken (z.B. öffentliche Sachen ausserhalb des Finanzvermögens).

3. Sachverhaltsfeststellung

3.1. *Bundesprivatrecht und Zivilprozessrecht (ZGB 8-10)*

3.1.1. Allgemeines

Das Prozessrecht setzt das materielle Recht durch, Selbsthilfe ist grundsätzlich unzulässig (vgl. ZGB 701, 926, OR 52 III). Gegenstand ist die Organisation und der Aufgabenkreis der Zivilgerichte und ihr Verfahren. Obwohl momentan noch die kantonale Prozesshoheit gilt, greift der Bund mehrfach darin ein: Beweisrecht (ZGB 8-10), GestG, vorsorgliche Massnahmen, Verfahrensvorschriften (z.B. rasches Verfahren), verfassungsmässige Rechte (BV 9, 29, 30).

3.1.2. Beweislastregel von ZGB 8

Die **Beweislast im subjektiven Sinn** gibt darüber Auskunft, welche Partei den Beweis zu führen hat. Diese Beweisführungslast ist nicht von ZGB 8 betroffen. ZGB 8 regelt nur die Folgen der Beweislosigkeit (**Beweislast im objektiven Sinn**). Jede Partei hat daher die tatbestandlichen Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes zu beweisen, der zu ihren Gunsten wirkt. Sondernormen sind ZGB 8 vorbehalten, so z.B. gesetzliche Vermutungen. Gegen diese ist der Beweis des Gegenteils anzubringen, wohingegen gegen den Hauptbeweis der Gegenbeweis zu führen ist. Die gesetzliche Fiktion ist unwiderlegbar (vgl. OR 156, 225 I). Natürliche Vermutungen führen nicht zu einer Beweislastumkehr (z.B. ZGB 32 II), sondern betreffen die Beweiswürdigung.

Einwendungen behaupten die Nichtexistenz einer Forderung (z.B. wegen Handlungsunfähigkeit einer Partei). Einreden hemmen lediglich die Geltendmachung (z.B. Verjährungseinrede).

3.1.3. Das Recht auf Beweis

Weil derjenige die Tatsachen beweisen muss, der aus ihnen Rechte ableiten will, muss ihm auch das Recht zugestanden werden, den Beweis vorzubringen (vgl. ZGB 8). Die Beweismittel müssen indessen erheblich und tauglich sein, formgültig beantragt worden sein und als zulässig erachtet werden. Über letzteres entscheidet das kantonale Prozessrecht. Ist eine Tatsachenbehauptung nach dem Richter bewiesen, kann auf eine weitere

Beweisabnahme verzichtet werden. Eine antizipierte Beweiswürdigung ist möglich, wenn die Sachvorbringen erstellt oder widerlegt sind.

Das rechtliche Gehör (BV 29 II, EMRK 6) umfasst auch das Recht auf Beweis, sowie die antizipierte Beweiswürdigung. BV 29 II ist aber nur dann verletzt, wenn einem Beweismittel ohne sachlichen Grund im vorneherein jede Erheblichkeit oder Tauglichkeit abgesprochen worden ist.

3.1.4. ZGB 9 und 10

Öffentliche Urkunden sind die Feststellung bundesrechtlich bezeichneter Tatsachen oder Willenserklärungen durch eine zuständige Urkundsperson im gesetzlich geregelten Verfahren. Die gesetzliche Vermutung spricht für die Richtigkeit des Inhalts. Eine erhöhte Beweiskraft für die Echtheit besteht hingegen nicht.

Im Kanton Aargau befinden sich die gesetzlichen Grundlagen für die öffentliche Beurkundung in EG ZGB 3 ff. Zuständig ist der patentierte Notar sowie für Verträge über die Veräusserung und Verpfändung von Liegenschaften und bezüglich eines Eigentumsvorbehalts der zuständige Gemeindeschreiber.

Mit ZGB 10 wird verhindert, dass der materiellrechtliche Grundsatz der Formfreiheit (OR 11) nicht durch prozessuale Formvorschriften untergraben wird.

3.2. *Der Schutz des guten Glaubens (ZGB 3)*

Der gute Glaube ist nur als in bestimmten Einzelvorschriften als geschützt zu betrachten, und aus denen ergibt sich die Tragweite des Gutglaubensschutzes (z.B. ZGB 913 II, OR 18 II, 26 I, 37 II, 39 I, 966 II).

Der gute Glaube ist das **Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsman-gels**. Der gute Glaube wird grundsätzlich vermutet. Dagegen kann der Gegenbeweis geführt werden (Vermutungsbasis). Der Beweis des Gegenteils entkräftet indessen die Vermutungsfolge. Die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit von ZGB 3 II ist vom Richter nach freiem Ermessen zu beurteilen. Die Rechtswirkung des guten Glaubens ist der Gutglaubensschutz (ZGB 375 III, 673, 714 II, 728 I).

	ZGB 2	ZGB 3
Begriff	Gebot korrekten Verhaltens/Korrektiv bei Diskrepanz zwischen scheinbarem und wirklichem Recht	Fehlen von Unrechtsbewusstsein
Gegenstand	Objektiv von allen gefordert	Subjektiv im Innern des Einzelnen
Geltungsbereich	Allgemeine Regel	In Einzelvorschriften
Bereich	Rechtsfindung (Rechtsfrage)	Sachverhaltsfeststellung (Tatfrage)

II. PERSONENRECHT

1. Die natürlichen Personen

1.1. *Die Rechtsfähigkeit (ZGB 11)*

Die Rechtsfähigkeit ist die **Möglichkeit einer Person, Träger von Rechten und Pflichten zu sein und diese zu erwerben, zu behalten und darüber verfügen zu können**. Jeder ist rechtsfähig, doch besteht keine absolute Gleichheit, so gibt es Unterschiede bzgl. des Alters (ZGB 96, 467, StGB 28 III), der Gesundheit (Urteilsfähigkeit) oder der Nationalität (BewG). Für juristische Personen gilt ZGB 53. Durch diese Norm und durch ZGB 11 werden die rechtsfähigen Subjekte abschliessend geregelt.

1.2. *Anfang und Ende der Persönlichkeit*

1.2.1. **Anfang**

Der Anfang der Persönlichkeit (ZGB 31 I) ist in verschiedener Hinsicht von Bedeutung, so namentlich beim Erbrecht, im Schulrecht oder im Steuerrecht. Die materiellen Kriterien sind:

- Vollendete Geburt (vollständiger Austritt aus dem Mutterleib).
- Leben (das Kind muss mind. einmal geatmet haben; neu wird auch auf den Gehirntod abgestellt).

1.2.2. **Nasciturus**

Das ungeborene Kind wird juristisch Nasciturus genannt. Es ist gemäss ZGB 31 II unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebend geboren wird. Der Vorbehalt ist eine Bedingung i.S.v. OR 151 ff. Praktisch bedeutsam wird diese Regelung bei der Vaterschaftsklage (ZGB 263), bei der elterlichen Sorge (ZGB 133), im Erbrecht und im Schuldrecht (OR 41 ff., insbesondere 45 und 47). Bei einem Embryo in vitro muss keine Implantation vorgenommen werden.

Auf das noch nicht gezeugte Kind findet ZGB 31 keine Anwendung, wohl aber ist ZGB 480, 311 III, 545 und die Begünstigung beim Versicherungsvertrag zu beachten.

1.2.3. Tod

Die Persönlichkeit endet mit dem Tode (ZGB 31 I). Dem Toten stehen gewisse Bestimmungsrechte zu (z.B. Organentnahme). Weiter ist das Pietätsgefühl der Angehörigen zu nennen. Der absolute Todeszeitpunkt ist der **Gehirntod**, also der vollständige und irreversible Funktionsausfall des Gehirns.

Beim relativen Todeszeitpunkt geht es um die Frage, wer vor wem gestorben ist. Die praktische Bedeutung liegt vor allem im Erbrecht und im Sozialversicherungs- wie Versicherungsrecht. Der relative Todeszeitpunkt wird in ZGB 32 II geregelt (Kommorientenvermutung). Daraus folgt, dass keine Rechte aus dem Vorversterben der einen Person geltend gemacht werden können.

1.2.4. Beweis von Leben und Tod

ZGB 32 I ist die Beweislastregel, welche ZGB 8 wiederholt. Die Kommorientenregel von ZGB 32 II ist eine gesetzliche Tatsachenvermutung, die durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden kann. Kann sie nicht widerlegt werden, wird die gesetzliche Tatsachenvermutung zur Fiktion.

Die Zivilstandsurkunden (ZGB 33) haben eine erhöhte Beweiskraft (ZGB 9). ZGB 34 regelt die Todeserklärung, wenn mittels Indizien sichergestellt werden kann, dass jemand tot ist, ohne jedoch das Vorhandensein der Leiche. Bei der Verschollenenerklärung (ZGB 35) gilt der Tod nur als höchstwahrscheinlich.

1.3. *Die Verschollenheit*

1.3.1. Allgemeines

Die Verschollenheit ist der Rechtszustand nach dem Verschwinden einer Person unter Umständen, die ihren Tod höchstwahrscheinlich machen, ohne dass jedoch hierüber absolute Sicherheit herrscht.

Es wird zwischen dem Verschwinden in hoher Todesgefahr und der langen nachrichtenlosen Abwesenheit unterschieden. Das Verfahren kann nach einem (Todesgefahr) bzw. 5 Jahren (Abwesenheit) eingeleitet werden (vgl. ZGB 546 II). ZGB 35 wirkt als Beweislastumkehr, indem der Tod der Person nicht mehr bewiesen werden muss; die Verschollenenerklärung stellt eine Todesvermutung dar.

Nach dem Ablauf der nötigen Zeit kann ein Gesuch um Verschollenenerklärung angebracht werden (ZGB 36 I). Dies geschieht im summarischen Verfahren (EG ZGB 22bis), genauso wie die Anfechtung der Verschollenenerklärung gemäss ZGB 42 oder 547 (EG ZGB 25 I). Örtlich zuständig ist das Gericht am

letzten bekannten Wohnsitz (GestG 13). Jeder der aus dem Tod des Verschollenen Rechte ableitet, ist hiezu berechtigt. Zuständig ist der Richter am letzten schweizerischen Wohnsitz bzw. am Heimatort des Verschollenen (ZGB 35 II). Nach Eingang des Gesuchs ergeht eine öffentliche Aufforderung des Richters an jedermann, sich bzw. des Verschwindens zu äussern. Nach einem Jahr ohne Meldung wird die Verschollenenerklärung ausgesprochen, zurückbezogen auf das Datum des Verschwindens (ZGB 38). Im Fall von ZGB 550 hat die zuständige Behörde das Verfahren von Amtes wegen durchzuführen.

1.3.2. Wirkungen

Die Wirkung der Verschollenenerklärung ist die **widerlegbare Vermutung** zugunsten des Todes des Verschollenen. Dies bedeutet namentlich:

- Auflösung der Ehe (ZGB 38 III).
- Erbgang, allerdings muss auf bestimmte Zeit Sicherheit geleistet werden (ZGB 546 ff.). Die Sicherheitsleistung hat bei Verschollenheit nach Todesgefahr für fünf Jahre, und bei nachrichtenlosem Verschwinden für 15 Jahre hinterlegt zu werden.
- Vollmacherlöschung (OR 35), Fälligkeit der Lebensversicherung, sowie Wirkungen in den Sozialversicherungen.

1.3.3. Wirkungen einer Rückkehr

Die Rückkehr des Verschollenen hat folgende Wirkungen:

- Aufhebung der Verschollenenerklärung durch das Gericht, Mitteilung an die Aufsichtsbehörde nach ZStV 40 und 43.
- Herausgabe der Erbschaft nach den Besitzesregeln (ZGB 938 ff.).
- **Keine** Wiederauflebung der Ehe.
- Witwen- / Waisenrenten aus einer Sozialversicherung werden nach der gerichtlichen Aufhebung eingestellt. Es erfolgt keine Rückzahlungspflicht.

1.4. *Die Handlungsfähigkeit im Allgemeinen*

1.4.1. Allgemeines

Die Handlungsfähigkeit ist die **Möglichkeit, durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern und aufzuheben** (vgl. ZGB 12). Sinn der Regelung ist, vor unbedachtem Handeln zu schützen. Die Deliktsfähigkeit bedeutet, dass man

für unerlaubte Handlungen zivilrechtlich einzustehen hat. Die Geschäftsfähigkeit bezieht sich auf rechtsgeschäftliche Handlungen.

Die volle Handlungsfähigkeit (ZGB 13) haben urteilsfähige, mündige Personen (ZGB 17). Ob eine Person handlungsfähig ist, ist nach dem Einzelfall zu beurteilen.

Die Parteifähigkeit ist die prozessuale Seite der Rechtsfähigkeit. Wer kann Kläger oder Beklagter sein? Ausnahmsweise besteht die Parteifähigkeit trotz fehlender Rechtsfähigkeit, so insbesondere bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, bei der Konkurs- und bei der Liquidationsmasse. Die Prozessfähigkeit ist das prozessuale Gegenstück der Handlungsfähigkeit und erlaubt, einen Prozess in eigenem Namen zu führen. Die vorhin aufgezählten Gebilde sind auch prozessfähig.

1.4.2. Mündigkeit und Urteilsfähigkeit

Die Mündigkeit (ZGB 14) setzt das Erreichen der Volljährigkeit voraus, sowie das Fehlen einer Entmündigung. Die Entmündigung muss publiziert werden (ZGB 375 I), sonst werden gutgläubige Geschäftspartner geschützt.

Die Urteilsfähigkeit ist in ZGB 16 geregelt. Sie kann umschrieben werden als die **Fähigkeit, einen vernunftgemässen Willen zu bilden, und nach diesem Willen handeln zu können**. Ersteres setzt namentlich voraus, die Tragweite des Geschäfts zu erkennen, oder die Motive abwägen zu können.

Im Delikts- und Verschuldensbereich ist die Urteilsfähigkeit die Fähigkeit, das Schädigungspotential und das Unrecht des Vorhabens einzusehen und entsprechend dieser Einsicht zu handeln. Bei Trunkenheit ist OR 54 II zu beachten.

Obwohl bzgl. der Urteilsfähigkeit keine objektiven Grundlagen zählen, werden folgende Faustwerte angewendet:

- Einfache Rechtsgeschäfte: **8 Jahre** (z.B. Süßigkeiten).
- Bedeutende Rechtsgeschäfte: **14-16 Jahre** (z.B. langandauernde vertragliche Bindung).
- Deliktsfähigkeit: **7 Jahre** (geringes Verschulden, vgl. OR 43 I, 99 III), ab 14 Jahren normales Verschulden.

Die Urteilsfähigkeit ist immer bezüglich des vorhandenen Geschäfts zu beurteilen („relativ“). Die Urteilsfähigkeit ist zu vermuten, weshalb die Urteilsunfähigkeit vom Behauptenden zu beweisen ist.

1.4.3. Volle Handlungsfähigkeit

Volle Handlungsfähigkeit bedarf es bei rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen, bei rechtsgeschäftsähnlichen Willensäußerungen (z.B. OR 107 f.) und auch bei Realakten, deren Wirkungen rechtsgeschäftsähnlich sind (ZGB 933, ZGB 571, ZGB 23 ff. [ausgenommen ZGB 24 II], ZGB 726 f.), sowie bei Unterlassungen mit Rechtsfolgen.

Von Gesetzes wegen ist die Handlungsfähigkeit der Verheirateten eingeschränkt (z.B. ZGB 169), sowie diejenige des Verbeirateten (ZGB 395). Diese Personen sind entsprechend nur **beschränkt handlungsfähig**.

1.5. *Die verschiedenen Stufen der Handlungsfähigkeit*

1.5.1. Die Stellung des vollständig Handlungsunfähigen ZGB 18

Nicht Urteilsfähige sind immer handlungsunfähig (ZGB 18) Bei unmündigen oder entmündigten Urteilsfähigen dagegen besteht beschränkte Handlungsunfähigkeit.

Bei Rechtsgeschäften mit Handlungsunfähigen besteht kein Gutglaubensschutz, ausser z.B. durch den öffentlichen Glauben des Grundbucheintrages. Zu beachten ist OR 54 und ZGB 411 II, sowie ZGB 519 und ZGB 105, 107. Keine Handlungsfähigkeit ist dort Voraussetzung, wo kein Verschulden vorliegen muss (z.B. OR 62 ff. oder die Kausalhafttatbestände).

Die Handlungsunfähigen werden i.d.R. von den Eltern vertreten (ZGB 304 I, 385 III) oder durch den Vormund (ZGB 379 ff.). Bei den absolut höchstpersönlichen Rechten ist eine Vertretung aber ausgeschlossen. Das sind solche Rechte, die einer Person um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, die mit ihr untrennbar verbunden sind. Beispiele sind die Ehescheidungsklage (ZGB 111 ff.), die religiöse Zugehörigkeit (ZGB 303 III), Anerkennung eines ausserhalb der Ehe geborenen Kindes (ZGB 260) oder die Mitgliedschaft in einem Verein.

Bei relativ höchstpersönlichen Rechten kann der Urteilsunfähige vertreten werden. Beschränkt Handlungsunfähige können diese Rechte selbst wahrnehmen. Beispiele sind die Persönlichkeitsrechte aus ZGB 28 ff., die Klagen auf Unterhalt oder die Adoption. Bei letzterer erfordert es das Handeln des Vertreters und des Betroffenen.

1.5.2. Die Stellung des beschränkt Handlungsunfähigen

ZGB 19 bestimmt, dass beschränkt Handlungsunfähige bestimmte Rechte wahrnehmen können. Dabei handelt es sich um folgende Rechte:

- Erlangen von unentgeltlichen Vorteilen (keine Belastung, so ist es z.B. nicht möglich, ein Pferd als Geschenk anzunehmen).
- Ausüben höchstpersönlicher Rechte (absolute, wie relative, evtl. ist indessen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters notwendig, vgl. ZGB 90, 94, 183, 260 II).
- Handeln bzgl. bestimmten Sondervermögen (ZGB 321, 414, dasjenige aus der eigenen Arbeitstätigkeit ZGB 323).

- Vertretung Dritter.
- Haftung für Verschulden (vgl. indessen ZGB 414).

Möglich ist immer, dass die gesetzlichen Vertreter ihre Zustimmung zu einem Geschäft geben, welche die fehlende Mündigkeit ersetzt. Die Geschäftsfähigkeit des beschränkt Handlungsunfähigen ist daher bedingt. Die Zustimmung oder die Genehmigung kann formlos geschehen.

1.6. ZGB 20-26

1.6.1. Verwandtschaft und Schwägerschaft

Die Verwandtschaft ist in ZGB 20 verankert. Sie entsteht im Zeitpunkt der Konzeption (vgl. ZGB 31 II). Je nach Rechtsgebiet hat die Verwandtschaft einen anderen Inhalt (z.B. wird von ZGB 364 auch die Schwägerschaft erfasst).

Die Gradnähe bestimmt sich nach der Anzahl der sie vermittelnden Geburten (z.B. zwischen Geschwistern eine solche 2. Grades, da die Geburten der beiden Geschwister für die Entstehung der Verwandtschaft notwendig waren).

Die Schwägerschaft bezeichnet die rechtliche Beziehung zwischen einem Ehegatten und den ehelichen oder ausserhalb der Ehe geborenen Verwandten des anderen Ehegatten (ZGB 21). Keine Schwägerschaft besteht daher zwischen den Ehegatten zweier Geschwister. Die Schwägerschaft bleibt auch bei Auflösung der eingegangenen Ehe bestehen, es entstehen aber keine neuen.

Bedeutung haben ZGB 20 f. punktuell: ZGB 68, 95, 503, Ausstandsregeln, Zeugnispflichten, StGB 213 etc.

1.6.2. Wohnsitz und Heimat

Die Heimat einer Person bestimmt sich nach ihrem öffentlichrechtlichen Bürgerrecht (ZGB 22, Kantonsbürgerrecht bzw. Heimatstaat). Der Erwerb des Kantonsbürgerrechts ist im entsprechenden kantonalen Gesetz (KBüG) geregelt. Bei mehreren Bürgerrechten bestimmt sich die Heimat nach ZGB 22 III. Zu beachten sind ZGB 161 I, 119 II, 259 I, 271 und 267a für die Begründung des Bürgerrechts. Von Bedeutung ist die Heimat namentlich bei der Veröffentlichung der Bevormundung (ZGB 375).

Die Art. 23 ff. über den Wohnsitz entfalten keine Rechtswirkungen auf die anderen Rechtsgebiete ausserhalb des Zivilrechts. Dies bedeutet, dass ZGB 23 ff. nur dann angewendet werden, wenn ausdrücklich darauf verwiesen wird. Der Wohnsitz besteht nur an einem Ort (ZGB 23 II) und ist notwendig (ZGB 24). ZGB 23 III ermöglicht, dass ein Einzelkaufmann auch am Ort seiner Geschäftsniederlassung belangt werden kann (vgl. SchKG 50 I, OR 460 I).

Der selbständige Wohnsitz nach ZGB 23 I wird durch das **tatsächliche Verweilen** an einem Ort und durch die **Absicht des dauernden Verbleibens** begründet. Beim zweiten, subjektiven Tatbestandsmerkmal wird auf den **Mittelpunkt der Lebensverhältnisse** abgestellt. Die Person muss „bis auf weiteres“ an einem bestimmten Ort verweilen. Der Wohnort ist zuweilen wichtiger als der Arbeitsort, ausser wenn ersterer nur als Schlafstelle dient. Bei ledigen Wochenaufenthalten geht das Bundesgericht davon aus, dass sich der Wohnsitz am Arbeitsort befindet.

ZGB 24 verunmöglicht es einer Person, den Wohnsitz aufzugeben. Solange demnach kein neuer Wohnsitz begründet wird, gilt der alte Wohnsitz als Wohnsitz im Sinne des ZGB. Lässt sich kein alter Wohnsitz nachweisen, gilt der Aufenthaltsort als Wohnsitz (ZGB 24 II). Das ist der Ort des tatsächlichen Verweilens.

Der unselbständige Wohnsitz von namentlich Kindern ist in ZGB 25 geregelt. Der Aufenthalt in Anstalten und dergleichen begründet keinen Wohnsitz (widerlegbare Vermutung, ZGB 26). Darunter fällt auch der Aufenthalt zu Studienzwecken.

ZGB 25 regelt den Wohnsitz der Kinder und den Bevormundeten. Leben die Eltern getrennt, gilt der Wohnsitz des die elterliche Sorge ausübenden Ehegatten als Wohnsitz des Kindes. Üben beide Elternteile die elterliche Sorge aus, gilt der Aufenthaltsort des Kindes als Wohnsitz.

Auf die Wohnsitzbestimmungen verweisen insbesondere ZGB 30 I, 28b, 98 I, 135, 180, 253, 376 I, 538, 551, 466, OR 74 und vor allem BV 30 II für das Prozessrecht.

1.7. *Persönlichkeitsschutz*

1.7.1. *Allgemeines*

Als Persönlichkeit versteht man die **Gesamtheit der individuellen Grundwerte einer Person**, also das, was eine Person ausmacht und sie von anderen Personen unterscheidet. Die Persönlichkeitsrechte sind untrennbar mit dem Einzelnen und seiner Person verknüpft. Persönlichkeitsgüter sind dabei namentlich Leben, Gesundheit, Ehre, Name, rechtliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit, Identität, Bild, Stimme, Privat- und Geheimsphäre etc.

Die zentralen Normen sind ZGB 27 ff., ausgestaltet als Generalklauseln. Die Rechte daraus sind höchstpersönlicher, ideeller und absoluter Natur, sie können nicht verjähren. Abtretbar sind nur die daraus entstehenden Vermögensrechte (vgl. ZGB 28a III), nicht die Persönlichkeitsrechte als solche. Dasselbe gilt für den Erbgang. Ein postmortaler Persönlichkeitsschutz wird in der Schweiz abgelehnt, es besteht allerdings oftmals ein Verstoß gegen die Persönlichkeitsrechte der Überlebenden.

Auf das Verhältnis zwischen Bürger und Staat sind ZGB 28 ff. nicht anwendbar (allerdings wurde eine analoge Anwendung bei einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis bereits schon bejaht). Deren Funktionen übernehmen die Grundrechte aus Verfassung und internationalen Konventionen. Die Abgrenzung kann je nach Einzelfall schwer sein (siehe Einleitungstitel). Die Ergebnisse weichen indes kaum voneinander ab.

Eine direkte Anwendung der Grundrechte ist umgekehrt auch nicht statthaft. Allerdings sind ZGB 28 ff. verfassungskonform auszulegen. Dies bedeutet konkret, dass die Grundrechte beider Parteien bei der Interessenabwägung aus ZGB 28 ff. zu berücksichtigen sind (indirekte Drittwirkung der Grundrechte).

Als Abgrenzung schützt ZGB 27 nach innen vor übermässiger vertraglicher Bindung. ZGB 28 ff. schützt vor faktischen, äusseren Beeinträchtigungen. Neben diesen Normen existieren noch zahlreiche Sondervorschriften, die sich ebenfalls dem Persönlichkeitsschutz widmen. Diese sind für ZGB 27 namentlich ZGB 91 II, 303 II, 749, OR 34, Rücktritt aus wichtigem Grund, OR 340 ff., OR 842 etc. Für ZGB 28 sind es insbesondere ZGB 29, OR 47, 49, 328, URG 11 etc.

1.7.2. Der Persönlichkeitsschutz gemäss ZGB 27

Gemäss ZGB 27 I ist ein Verzicht auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit unzulässig. Daher wird die Dispositionsfähigkeit geschützt. Ein Verstoss gegen eine solche vertragliche Bindung kann indes die Nichterfüllungsfolgen nach sich ziehen.

Von grösserer Bedeutung ist ZGB 27 II, welcher den einzelnen vor übermässiger Bindung schützt. Im Rahmen der vorliegenden Norm lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden:

- Unzulässigkeit infolge **Gegenstandes der Bindung**, so namentlich solche, die den Kernbereich der Persönlichkeit tangieren oder gesellschaftliche Freiräume wie die Vereinsfreiheit beschneiden.
- Unzulässigkeit infolge des **Ausmasses der Bindung**: Die Bindung kann zu intensiv, zu dauerhaft oder übermässig in sachlicher Hinsicht sein (z.B. umfassende Kontrahierungszwänge oder Konkurrenzverbote). Im Rahmen der Globalzession ist es nicht übermässig, wenn die Forderungen bestimmbar sind. Nichtig hingegen ist eine zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Zession.

Rechtsfolge bei einem Verstoss gegen ZGB 27 ist Nichtigkeit. Möglich ist indes auch der Zwang zur Anpassung des Vertrages. Ob bei vollständiger Nichtigkeit diese ohne Widerruf besteht, ist von Fall zu Fall zu beurteilen (z.B. Operation). Neben der Nichtigkeit können auch Ansprüche aus dem Persönlichkeitsschutz entstehen (Schadenersatz oder Genugtuung). Umgekehrt kann eine rechtsmissbräuchliche oder sittenwidrige Berufung auf ZGB 27 haftbar machen.

1.7.3. Der Persönlichkeitsschutz gemäss ZGB 28

a) *Grundlagen*

ZGB 28 schützt vor persönlichkeitsverletzenden faktischen Beeinträchtigungen durch Dritte. Die Persönlichkeit umfasst dabei alles, was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zu den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint.

Die Verletzung muss eine gewisse objektive Intensität aufweisen, auf das subjektive Empfinden kommt es nicht an. Sie muss widerrechtlich, aber nicht schuldhaft begangen werden.

b) Widerrechtlichkeit

Die Verletzung gilt nur dann als widerrechtlich, wenn sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten oder durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt wird. Im konkreten Fall ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, zu beachten sind insbesondere die **verfassungsmässigen Rechte**. Die Einwilligung kann auch mutmasslich oder stellvertretend erfolgen. Notwehr und Notstand sind besondere Fälle, bei denen die Abwägung der privaten Interessen zugunsten des Verletzers gemacht wird.

c) Schutzzumfang in sachlicher Hinsicht

Die wichtigsten Persönlichkeitsgüter sind die physische Integrität (insbesondere die Bewegungsfreiheit), die psychische Integrität, die soziale Persönlichkeit, das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung und das Recht auf den Namen.

Der Schutz der physischen Persönlichkeit umfasst die körperliche Integrität und die körperliche Bewegungsfreiheit. Schon das Schneiden der Haare gilt als unzulässiger Eingriff. Schranken sind die Einwilligung des Verletzten (z.B. beim Sport oder einem ärztlichen Eingriff) und die Sozialadäquanz (Weihnachtsrummel). Beim ärztlichen Eingriff ist vor allem die Einwilligung von Bedeutung, und damit zusammenhängend die Aufklärung. Die Einwilligung ist als relativ höchstpersönliches Recht grundsätzlich vertretungsfeindlich, doch sind Notsituationen denkbar. **Art. 28 ZGB schützt auch die Befugnis zur Verfügung über die eigene Leiche**. Wird die Befugnis nicht wahrgenommen, geht sie an die Angehörigen über.

Der Schutz der psychischen Persönlichkeit umfasst den seelisch-emotionalen Lebensbereich. Damit eine Verletzung vorliegt, muss die Gefühlsphäre unmittelbar und nachhaltig beeinträchtigt sein. Folgende Fallgruppen müssen unterschieden werden:

- Zufügung von physischem Schmerz.
- Körperliche Entstellung, die eine Minderung der Lebensfreude bewirkt.
- Leidzufügung durch Tötung oder schwere Schädigung eines Angehörigen.
- Schutz der Ehe und Familie (aber: keine Unterlassung möglich, wie auch nicht die Bezahlung einer Genugtuung).
- Pietätsgefühl.

Der Schutz der sozialen Persönlichkeit umfasst den Ehrenschatz und den Schutz des Geheim- und Privatbereichs. Die Ehre ist die Geltung, auf die eine Person in der Gesellschaft Anspruch hat (inneres Ehrgefühl, sowie äusserer Ruf in der Gemeinschaft). Geschützt ist neben dem menschlich-sittlichen Bereich auch der gesellschaftliche Bereich geschützt, der nicht unter StGB 173 ff. fällt.

Persönlichkeitsverletzend sind vor allem Tatsachenbehauptungen. Das sind die Kundgaben von etwas konkretem, das überprüfbar ist. Nicht überprüfbar und deshalb nicht persönlichkeitsverletzend sind Werturteile. Gemischte Werturteile sind solange zulässig, als wenn sie nicht auf unzutreffenden Tatsachenbehauptungen beruhen. In Verbindung mit den Medien ist bei der Güterabwägung immer das öffentliche Informationsinteresse zu beachten.

Die Drei-Sphären-Theorie teilt den gesamten Lebensbereich in folgende Sphären ein:

- **Gemeinbereich:** Lebensbetätigung in der Öffentlichkeit, nicht geschützt von ZGB 28, wobei sich Schranken aus dem Ehrenschatz – insbesondere bezüglich des eigenen Bildes – ergeben können.
- **Geheimsphäre:** Sie umfasst diejenigen Lebensvorgänge, die der Kenntnis aller anderen Personen entzogen sind, ausser den direkt und persönlich Anvertrauten. Sie ist unter folgenden drei Voraussetzungen vorliegend:
 - o Die Tatsache ist weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich.
 - o Es besteht ein erkennbarer Geheimhaltungswille.
 - o Es besteht ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse.
- **Privatsphäre:** Sie umfasst den übrigen Bereich, mitunter das Recht am eigenen Bild. Dabei sind Lebensäusserungen mit einem relativ nahen Personenkreis gemeint, wie Angehörige, Freunde und Bekannte.

Bei der Gerichtsberichterstattung ist regelmässig die Veröffentlichung der Namen nicht notwendig. Ausnahmen bestehen, wenn die Person bereits einem weiten Personenkreis bekannt ist oder wenn die Verbreitung des Namens erforderlich ist. Die Presse hat jeweils der Unschuldsvermutung Rechnung zu tragen.

d) *Sonderfragen im Zusammenhang mit ZGB 28*

Bei den Berufs- und den Amtsgeheimnisverletzungen (StGB 320 f.) bedarf es neben den Voraussetzungen der Geheimsphäre noch diejenige Voraussetzung, dass von der vertraulichen Mitteilung in Ausübung des Berufes bzw. in amtlicher Stellung Kenntnis genommen wird. Bei einem Kauf einer Arztpraxis ist die Übernahme der aktuellen Patienten und damit deren Akten zulässig, sofern sie sich in die Behandlung zum Übernehmer geben. Wie der Arzt hat auch der Anwalt ein Zeugnisverweigerungsrecht. Gerät der Anwalt indessen in einen schweren, unzumutbaren Konflikt, kann er bei der zuständigen Behörde um Entbindung vom Anwaltgeheimnis nachfragen.

Der Datenschutz ist im DSG geregelt. Es ergänzt im privaten Bereich Art. 28 ff. ZGB. Daneben findet es auch im öffentlichen Bereich Anwendung (vgl. DSG 17). Wer im privaten Bereich Persönlichkeitsdaten bearbeitet, darf die betroffene Person nicht widerrechtlich verletzen, d.h. er darf die Daten nicht herausgeben, ausser es besteht ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse.

Das Recht am eigenen Bild ist meist im Zusammenhang mit einer Verletzung der Geheims-, der Intimsphäre oder der Ehre von Bedeutung. Die Veröffentlichung eines Bildes

stellt, selbst wenn es im Gemeinbereich aufgenommen wurde, immer eine Persönlichkeitsverletzung dar. Vorbehalten bleibt natürlich die Rechtfertigung durch überwiegende private oder öffentliche Interessen.

1.8. *Die Klagen des Persönlichkeitsschutzes*

1.8.1. Grundlagen

ZGB 28a zählt die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe auf. Weiter Klagemöglichkeiten beruhen auf spezialgesetzlichen Bestimmungen. Die Aktivlegitimation steht der verletzten Person zu. Verbände sind dann zur Klage legitimiert, wenn ihre Statuten die Interessen der Mitglieder wahren, und wenn diese selbst zur Klage legitimiert wären. Passivlegitimiert sind alle, die an der Verletzung mitgewirkt haben (vgl. ZGB 28 I). Der Verletzte hat die Wahl, gegen wen er vorgehen möchte. Zu beachten ist allerdings, dass ein Verschulden des Verletzers erforderlich ist, und dies daher den Kreis der Passivlegitimierten einschränkt. Sachlich zuständig für die Klagen aus ZGB 28 ff. ist das Bezirksgericht (ZPO 11 f.), sofern nicht das summarische Verfahren angewendet wird (vgl. ZPO 11 b). Es findet jeweils kein Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter statt (ZPO 136 a). Örtlich zuständig ist das Gericht wahlweise am Wohnsitz einer Partei (GestG 12).

1.8.2. Klagearten

a) *Besondere Klagen*

- **Klage auf Unterlassung** (ZGB 28a 1.). Der Kläger muss die drohende Gefahr nachweisen, und die richterliche Anordnung muss verhältnismässig sein. Es besteht auch die Möglichkeit einer vorsorglichen Massnahme nach ZGB 28c, sowie auch der Strafandrohung gemäss StGB 292.
- **Klage auf Beseitigung** (ZGB 28a 2.). Sie ist nur dann zweckmässig, wenn der Beeinträchtigung noch ein Ende gesetzt werden kann. Wiederum erfolgt das gutgeheissene Urteil mit einer Strafandrohung nach StGB 292.
- **Feststellungsklage** (ZGB 28a 3.). Sie zielt auf die gerichtliche Feststellung eines zurückliegenden Verhaltens ab, welches den Kläger weiterhin widerrechtlich verletzt. Beispiele sind vor allem der Fortbestand verletzender Äusserungen auf einem Äusserungsträger wie z.B. einem Zeitungsartikel. Neben dem ZGB-Artikel kann der Verletzte auch UWG 9 I c anrufen, wenn die Persönlichkeitsverletzung auch unlauter ist. Drei Voraussetzungen müssen erfüllt sein:
 - o Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers.
 - o Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Rechtsungewissheit.
 - o Unmöglichkeit der andersweitigen Beseitigung der Rechtsungewissheit.

- **Publikations- und Berichtigungsbegehren** (ZGB 28a II, vgl. EG ZGB 18 f.). Das Begehren nach ZGB 28 II setzt einen der Klagegründe nach ZGB 28a I voraus, und wird meistens mit diesem Begehren gehäuft. Auch das Publikations- und das Berichtigungsbegehren muss verhältnismässig sein. Hier gilt das Prinzip Wahrheit gegen Behauptung, während bei der Gegendarstellung eine Behauptung gegen eine Behauptung steht.

b) Allgemeine Klagen

- **Schadenersatzklage:** Sie erfordert den Nachweis nach OR 41 ff., also Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalität und Verschulden. Der Schaden muss ziffernmässig nachzuweisen sein. Dies dürfte sich i.d.R. als schwer erweisen. Die Widerrechtlichkeit wird bei einer Verletzung eines absoluten Rechtsgutes sowie bei einer spezifischen Schutznorm bejaht. Die Kausalität muss adäquat und äquivalent sein. Für das Verschulden müssen kumulativ Urteilsfähigkeit und eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.
- **Genugtuungsklage:** Sie ist Abgeltung für immaterielle Unbill (OR 47, OR 49 II, auch anders als in Geld möglich). Die immaterielle Unbill kann anders nicht wieder gutgemacht werden. Die Genugtuung setzt ein Verschulden voraus, ausser bei einer Kausalhaftung, wenn bspw. das Medienunternehmen gestützt auf OR 55 für die von einem ihrer Angestellten verursachte seelische Unbill einzustehen hat.
- **Gewinnherausgabeklage:** Sie zielt darauf ab, die Vermögensvorteile abzuschöpfen. Gesetzliche Grundlage ist OR 423. Wenn eine konkrete Gewinnermittlung nicht möglich ist, ist OR 42 II anwendbar. Es ist kein subjektives Verschulden erforderlich, die Voraussetzungen sind:
 - o Widerrechtlicher Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Geschäftsherrn.
 - o Erzielung eines Gewinns.
 - o Kausalität.

1.8.3. Vorsorgliche Massnahmen

Bezüglich drohenden Persönlichkeitsverletzungen sind vorsorgliche Massnahmen unerlässlich (ZGB 28c-28f). Die gesuchstellende Person muss geltend machen, dass einerseits eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung droht, und andererseits daraus ein nicht wiedergutzumachender Nachteil erwächst. Rein finanzielle Nachteile gelten dabei nicht als Nachteile im Sinne von ZGB 28c I. Ferner muss der Gesuchsteller eine Sicherheitsleistung erbracht haben (ZGB 28d III). Die Glaubhaftmachung muss soweit gehen, dass der Richter die behaupteten Tatsachen für als überwiegend wahrscheinlich hält. Der Richter kann neben den in ZGB 28c genannten Massnahmen weitere anordnen.

Bei drohenden Persönlichkeitsverletzungen durch periodisch erscheinende Medien muss der Gesuchsteller folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Drohende widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung.
- Glaubhaftmachung eines besonders schweren Nachteils.
- Es darf offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegen.
- Die vorsorgliche Massnahme darf nicht als unverhältnismässig erscheinen.

Grundsätzlich muss das rechtliche Gehör gewährt werden (ZGB 28d I). Eine Ausnahme davon ist in Fällen dringender Gefahr zu machen (Superprovisorium). Das Superprovisorium sorgt für blitzartigen Rechtsschutz und muss im Rechtsbegehren explizit genannt sein. Das rechtliche Gehör wird im Nachhinein gewährt. Gegen Widerhandlungen können die Rechtsfolgen von StGB 292 angedroht werden.

Der Gesuchsteller der superprovisorischen Massnahme hat innert einer Frist von max. 30 Tagen den Hauptprozess anzuheben. In diesem muss er den vollen Beweis erbringen, nicht nur die Glaubhaftmachung.

1.9. Das Gegendarstellungsrecht

Das Gegendarstellungsrecht bezweckt den Schutz vor einseitigen Tatsachendarstellungen in periodisch erscheinenden Medien, indem es dem unmittelbar Betroffenen ermöglicht, im entsprechenden Medium seine Sicht der Tatsachen darzulegen, grundsätzlich ohne hierfür die Justizbehörden in Anspruch nehmen zu müssen. Es ist in ZGB 28g-28l geregelt und dient der Waffengleichheit.

Folgende Voraussetzungen müssen gegeben sein:

- Unmittelbare Betroffenheit: Sie setzt eine gewisse Intensität voraus, so dass die betroffene (juristische oder natürliche) Person in einem ungünstigen Licht erscheint. Die Betroffenheit muss ferner ein Rechtssubjekt betreffen, und nicht z.B. eine ganze Berufsgruppe. Eine Persönlichkeitsverletzung ist nicht erforderlich.
- Tatsachendarstellung: Sie ist dann vorliegend, wenn das, was sie aussagt, bewiesen werden kann. Neben Text sind auch Zeichnungen zugänglich für Tatsachendarstellungen.
- Periodisch erscheinendes Medium: Hier sind v.a. die Presse, Radio, und Fernsehen gemeint, aber auch das Internet. Das Medium muss sich an die Öffentlichkeit richten, bzw. von der Öffentlichkeit zugänglich sein.

Das Gegendarstellungsrecht ist ausgeschlossen, wenn über eine öffentliche Verhandlung einer Behörde wahrheitsgetreu berichtet wurde (ZGB 28g II).

Wer das Gegendarstellungsrecht ausüben will, hat in knapper Form einen Text auszuarbeiten, der sich also auf das Wesentlichste beschränkt. Einer Fotomontage kann auch ein unverfälschtes Bild gegenübergestellt werden. Der Inhalt des Textes hat sich auf die Darstellung zu beschränken, und darf nicht offensichtlich unrichtig, rechtswidrig oder sittenwidrig sein (ZGB 28h II). Das Gesuch um Gegendarstellung hat spätestens 20 Tage nach

der Kenntnisnahme und absolut 3 Monate nach Veröffentlichung der Darstellung zu erfolgen. Massgebend für die Frist ist die Absendung, nicht der Empfang. Das Medienunternehmen hat zur Gegendarstellung Stellung zu nehmen und sie gegebenenfalls zu veröffentlichen (ZGB 28i II, 28k). Die Gegendarstellung ist als solche zu kennzeichnen. ZGB 28k II erkennt das Recht zu einer Replik, allerdings nur engen Grenzen („Redaktion hält an ihrer Darstellung fest“). Die Veröffentlichung der Gegendarstellung ist kostenlos (ZGB 28k III).

Wenn das Medienunternehmen die Gegendarstellung verhindert, verweigert oder falsch abdruckt, kann subsidiär das Gericht angerufen werden (ZGB 28l). Dies ergeht im summarischen Verfahren (EG ZGB 22 I). Örtlich zuständig ist wahlweise das Gericht am Sitz / Wohnsitz einer Partei (GestG 12). Es besteht kein Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäss ZPO 105 ff. (EG ZGB 22 II). Nach 20 Tagen spricht eine tatsächliche widerlegbare Vermutung dafür, dass der Betroffene am Gegendarstellungsrecht keine schützenswerten Interessen mehr hat.

1.10. Der Name

Der Name ist ein Kennzeichnungsrecht, und als solches ein Teilaspekt der Persönlichkeit. Die gesetzliche Grundlage ist ZGB 29. ZGB 30 regelt die Namensänderung. Der Erwerb des Familiennamens ist in ZGB 160 und 270 geregelt. Vereine und Stiftungen geniessen den Namensschutz nach ZGB 29, andere juristische Personen besitzen einen Firmennamen und werden gemäss OR 956 geschützt.

Das Kind erhält den Familiennamen (ZGB 270, vgl. auch ZGB 267), unabhängig ob dieser derjenige des Vaters oder der Mutter ist. Sind die Eltern nicht verheiratet, erhält das Kind den Namen der Mutter.

Bei einer Familie gilt der Grundsatz der Namenseinheit. Die Ehegatten können zwischen dem Namen der Braut und des Bräutigams wählen, wobei derjenige der Braut nur über Umwege zu erreichen ist (ZGB 160 i.V.m. 30 II). Die Bindestrichnamen sind Allianznamen und daher nicht amtlich. Gewohnheitsrechtlich wird er aber dennoch in den meisten Lebenssachverhalten gebraucht, ausgenommen davon sind spezielle Register und amtliche Ausweise. Ohne Bindestrich kann der „alte“ Name vor den Neuen gestellt werden (ZStV 177a I). Pseudonyme werden von ZGB 29 geschützt, wie auch Adelstitel, doch sind beide nicht amtlich.

Der Vorname geniesst ebenfalls Namensschutz (ZGB 29). Die verheirateten Eltern bestimmen ihn (ZGB 301 IV), sonst die Mutter (ZStV 69 II). Das Zivilstandsamt darf nur Namen zurückweisen, die die Interessen des Kindes offensichtlich verletzen.

Der Name gehört zu den Persönlichkeitsrechten nach ZGB 28. Namensanmassungen verletzen ZGB 29. ZGB 29 ist auch dann anwendbar, wenn die Namensanmassungen zusätzlich persönlichkeitsverletzend ist. Die Frist von ZGB 29 beträgt ein Jahr (ZGB 30 III).

Die Namensänderung ist in ZGB 30 geregelt. Die Norm ist nur auf natürliche Personen anwendbar. Für eine Namensänderung müssen wichtige Gründe vorliegen (ZGB 30 I). Auch hier geht es um die Beseitigung persönlichkeitsverletzender Nachteile. Bei achtenswerten Gründen, also nicht mehr wichtigen Gründen, können die Brautleute ihren Namen ändern, und denjenigen der Frau annehmen (ZGB 30 II).

1.11. *Das Zivilstandsregister*

Das Zivilstandsregister ist in ZGB 39-49 geregelt. Der Personenstand jedes einzelnen wird elektronisch durch das Zivilstandsregister beurkundet. Wer ein schützenswertes Interesse glaubhaft macht, kann mittels dem Gericht einen Eintrag ändern (ZGB 42 I). Es findet das summarische Verfahren Anwendung (EG ZGB 30 I).

2. Die juristischen Personen

2.1. *Allgemeines*

In der Schweiz kann eine juristische Person durch ihre Organe handeln. Die germanistische Realitätstheorie erhielt also den Vorrang gegenüber der romanistischen Fiktionstheorie, nach der es eigentlich gar keine juristische Person gibt, sondern nur immer Vertreter handeln.

Das ZGB anerkennt Körperschaften (d.h. Personenvereinigungen) und Anstalten (d.h. Zweckvermögen als juristische Personen. Die juristische Person ist in ZGB 53 negativ umschrieben; ohne eine natürliche Person zu sein, teilt sie deren Rechtsstellung soweit als möglich. Sachgesamtheiten (z.B. die Konkursmasse) und Personengesamtheiten (z.B. die Kollektivgesellschaft oder die einfache Gesellschaft) sind keine juristischen Personen.

Der allgemeine Teil über die juristischen Personen befindet sich in ZGB 52-59, die besonderen Bestimmungen in ZGB 60-79 für den Verein, und 80-89bis für die Stiftungen. Von Bedeutung sind ferner die handelsrechtlichen Bestimmungen des OR, insbesondere diejenigen über das Handelsregister, die Firmen und die kaufmännische Buchführung.

Es gilt der Typenzwang, allerdings nicht für öffentlichrechtliche juristische Personen (vgl. ZGB 59 I, als Wiederholung von ZGB 6 I). Der Grundsatz der Einheit des Rechts der juristischen Personen hat die Folge, dass das Recht der einfachen Gesellschaft auch beim Verein zur Anwendung kommt, wenn dieser sich noch im Gründungsstadium befindet (vgl. ZGB 62).

Kirchliche Körperschaften und Anstalten unterstehen dem öffentlichen Recht des Bundes (ZGB 59 I). Aufgrund des echten Vorbehalts von ZGB 59 III sind ferner kantonale privatrechtliche juristische Personen zulässig. Dies gilt aber nur für solche, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des ZGB bereits bestanden (z.B. Allmendgenossenschaften).

Der Sitz der juristischen Person ist in ZGB 56 geregelt. Er ist am Ort der Verwaltung Analog ZGB 23 II kann sie nur deren einen haben. Zweigniederlassungen sind möglich, doch kommen denen keine selbständige Rechtspersönlichkeit zu. Die Bedeutung des Sitzes liegt in der örtlichen Zuständigkeit für den Handelsregistereintrag, im Betreibungsort, im Gerichtsstand und im Hauptsteuerdomizil.

2.2. *Anfang und Ende der Rechtspersönlichkeit*

Der Erwerb der Rechtspersönlichkeit erfolgt grundsätzlich konstitutiv mittels dem Handelsregistereintrag (ZGB 52). Der Eintrag heilt grundsätzlich die Mängel der Gründung, wobei juristische Personen mit rechts- oder sittenwidrigen Zwecken nie Rechtspersönlichkeit erlangen können (ZGB 52 III). Trotzdem ist **auch in diesen Fällen eine richterliche Auflösung vorgeschrieben** (ZGB 57 III).

Vereine mit nichtwirtschaftlichem Zweck begründen ihre Rechtspersönlichkeit auch ohne den Handelsregistereintrag.

ZGB 57 bestimmt die Auflösungsgründe: Beschluss, Zweckerreichung, Zeitablauf, richterliches Urteil, Unmöglichkeit der Bestellung der Organe oder der Konkurs. In der Liquidation behält die juristische Person ihre Rechtspersönlichkeit, allerdings mit dem Zusatz „in Liquidation“. Für das Verfahren für Stiftungen und Vereine wird auf das Aktienrecht verwiesen (OR 913 I i.V.m. 736 ff.). Dem gehen die speziellen Bestimmungen des ZGB und diejenigen aus den Statuten aber vor. Der Untergang ist dann die Löschung des Handelsregistereintrages. Ist keiner vorhanden, ist es der Abschluss der Liquidation.

2.3. *Rechts- und Handlungsfähigkeit*

Den juristischen Personen sind Rechte verschlossen, die die natürliche Eigenschaft des Menschen voraussetzen (z.B. Alter, Geschlecht). Ansonsten sind sie gleichberechtigt mit den natürlichen Personen (ZGB 53). Sie sind Steuersubjekt, können Vermögensrechte haben, wie auch Persönlichkeitsrechte und Namensschutz etc.

In Bereichen, in denen die juristische Person nicht rechtsfähig ist (z.B. kein Wohnrecht möglich), kann sie auch nicht handlungsfähig sein (vgl. ZGB 54 f.). Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit sind die unentbehrlichen Organe (ZGB 55 I). Bei ihnen ist zwischen faktischen und formellen Organen zu unterscheiden. Massgebend, ob ein faktisches Organ vorliegt, ist der Grad selbständiger Entscheidungsbefugnis.

Die juristische Person tätigt ihre Rechtsgeschäfte durch die natürliche Person als faktisches Organ. Die Vertretungsmacht des Organes ist grundsätzlich unbeschränkt. Die Vertretungsbefugnis kann intern oder auch extern im Handelsregister eingeschränkt werden. Das Wissen des Organs wird der juristischen Person zugerechnet.

Die juristische Person ist voll deliktsfähig (ZGB 55), sofern als Organ gehandelt wird. Für die Organqualität im deliktsrechtlichen Sinne reicht die Ausübung wichtiger Unternehmensfunktionen oder eine leitende Stellung. Das Organ bleibt neben dem Unternehmen persönlich haftbar (ZGB 55 II). Bei der missbräuchlichen Verwendung einer juristischen Person ist immer der Durchgriff möglich (ZGB 2).

2.4. *Der Verein*

Der Verein ist eine körperschaftlich organisierte Personenverbindung mit grundsätzlich ideellem (nichtwirtschaftlichen) Zweck, der eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Die Vereinsfreiheit wird von BV 23 garantiert.

Der Vereinszweck muss grundsätzlich nichtwirtschaftlicher Natur sein (ZGB 60 I, 59 II). Entscheidend ist, dass nicht primär ökonomische Vorteile der Mitglieder angestrebt werden. Dann darf der Verein auch nebenher ein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen betreiben, solange er sich ins Handelsregister eintragen lässt (ZGB 61 II, deklaratorische Wirkung des Eintrages). Das Bundesgericht lässt auch wirtschaftliche Zwecke zu, sofern der Verein nicht gleichzeitig eine direkte gewerbliche Aktivität verrichtet. Ein Verein, der ökonomische Vorteile für Dritte (z.B. AIDS-Kranke) anstrebt, ist nichtwirtschaftlicher Natur. **Unzulässig ist daher einzig ein Verein mit kaufmännischem Unternehmen, welches den wirtschaftlichen Zweck des Vereins verfolgt.**

Für die Gründung des Vereins bedarf es den **Willen zur Körperschaftsbildung**, einen Zweck, die Mittel und die Organisation. Der Wille zur Körperschaftsbildung ist bei Jassclubs, Kegelclubs etc. meist nicht gegeben. Es müssen mindestens zwei Mitglieder vorhanden sein (vgl. ZGB 67 II, welcher dispositiver Natur ist).

Der Verein hat von Gesetzes wegen zwei Organe: Die **Vereinsversammlung** (ZGB 64) und der **Vereinsvorstand** (ZGB 69). Es besteht eine Kompetenzvermutung zugunsten der Vereinsversammlung (ZGB 65 I). Sie bestimmt auch zwingend über die Gründung und Auflösung sowie über die Statutenänderung. Die Einberufung der Versammlung erfolgt nach statutarischer Vorschrift, oder zwingend durch einen fünftel der Mitglieder (ZGB 64 III).

Der Vorstand wird von der Vereinsversammlung gewählt (ZGB 65 I). Wählbar sind auch aussenstehende Dritte. Der Vorstand besorgt die Geschäftsleitung, vertritt den Verein gegen aussen und organisiert die Vereinsversammlung (vgl. ZGB 69).

Die Mitgliedschaft ist ein höchstpersönliches Recht, und kann daher nicht übertragen werden. Der Erwerb erfolgt durch die Teilnahme an der Gründung oder durch die Aufnahme aufgrund eines Beitrittgesuchs (ZGB 70 I). ZGB 70 II garantiert die Austrittsmöglichkeit. Daneben kann ein Mitglied auch ausgeschlossen werden, dies sogar ohne Grund (ZGB 72 I), sofern dies in den Statuten vorgesehen ist.

Pflichten der Mitglieder müssen durch die Statuten auferlegt werden. Sie müssen einen inneren Zusammenhang zum Vereinszweck haben. Sofern die Statuten keinen Mitgliederbeitrag in einer bestimmten Höhe vorschreiben, bestand - unabhängig von einer entsprechenden Statutenbestimmung - eine unbegrenzte Nachschusspflicht und damit die Haftung der Mitglieder im Rahmen von ZGB 71 II für sämtliche Vereinsschulden. Jetzt gilt neu, **dass für die Verbindlichkeiten des Vereins nur das Vereinsvermögen haftet, sofern die Statuten nichts anderes bestimmten** (ZGB 75a). Das wichtigste Recht der Vereinsmitglieder ist das Mitwirkungsrecht. Durch die Statuten können weitere Rechte gewährt werden. ZGB 74 f. enthalten ferner Schutzrechte, wie bspw. dass der Vereinszweck keinem Mitglied aufgenötigt werden kann.

Mittels der Anfechtungsklage (ZGB 75, beschleunigtes Verfahren [EG ZGB 34 I], sofern nicht das Handelsgericht zuständig ist) sind gesetzes- oder statutenwidrige Vereinsbeschlüsse anfechtbar. Der Ausschluss eines Mitgliedes ist ebenfalls ein Vereinsbeschluss. Erfolgt ein Ausschluss aus einem statutarischen Grund (ZGB 72 I), ist eine Anfechtung nur wegen formellen Mängel oder wegen Rechtsmissbrauch möglich (ZGB 72 II). Die Frist zur Anfechtungsklage verwirkt innert einem Monat seit Kenntnisnahme.

Die Auflösung des Vereins kann jederzeit durch Vereinsbeschluss herbeigeführt werden (ZGB 76). Die gesetzlichen Auflösungsgründe sind in ZGB 77 (Zahlungsunfähigkeit, Organlosigkeit) aufgeführt, und sodann ist der Verein auch durch den Richter auflösbar (ZGB 78). Ferner können die Statuten weitere Auflösungsgründe vorsehen. Die Auflösung durch den Richter ergeht im ordentlichen Verfahren (EG ZGB 35), d.h. grundsätzlich mit einem Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter (ZPO 136).

2.5. *Die Stiftung*

Die Stiftung ist ein mit Rechtspersönlichkeit ausgestattetes und damit verselbständigt, einem besonderen Zweck gewidmetes Vermögen, kurz: ein **Zweckvermögen**. Die Begünstigten nennt man Destinatäre.

Der Widmungsakt ist ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Es entsteht durch die bloße Willensäußerung des Stifters, und wird daher nach dem Willensprinzip und nicht nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt (vgl. ZGB 81). Die Errichtung in Form eines Erbvertrages wird nicht zugelassen, wohl aber in Form eines Testamentes. Der Widmungsakt muss die Bezeichnung des Vermögens, den Stiftungszweck und wie erwähnt vor allem den Willen, selbständig eine Stiftung zu gründen, enthalten. Der Handelsregistereintrag hat konstitutive Wirkung, die Rechtspersönlichkeit entsteht also erst mit der Eintragung (ZGB 52 I). Vor der Eintragung hat die Stiftung die Rechtsstellung eines Nasciturus (ZGB 31 II). Der Stiftungsakt kann angefochten werden, wenn Drittinteressen berührt werden (ZGB 82).

Die Organe der Stiftung werden im Stiftungsakt genannt (ZGB 83 I). Die nähere Organisation ist aber auch in einem schriftlichen Reglement durch den Stifter regelbar. Die **Verwaltung ist das einzige gesetzlich notwendige Organ**. Ihr stehen Vertretung und Geschäftsführung zu, die Haftung richtet sich nach OR 398. Weitere Organe sind möglich (z.B. interne Aufsichtsorgane). Das Gesetz sieht eine behördliche Aufsicht vor (ZGB 84), deren Sinn die Sicherung des Stiftungszwecks ist. Die Aufsichtsbehörde ist das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht (vgl. § 1 b I der entsprechenden Verordnung). Die Aufsichtsbehörde schreitet bei Zweckgefährdung oder Zweckentfremdung ein. Die Aufsichtsbehörde ist jenes Gemeinwesen, welches bei Nichtbestehen der Stiftung am ehesten die entsprechenden Aufgaben wahrnehmen müsste. Familien- und kirchliche Stiftungen unterstehen keiner Aufsicht. Die Aufsichtsmittel sind insbesondere Mahnung, Verweis und Ersatzvornahme, wie auch die Aufhebung der Stiftung.

Die Änderung der Organisation der Stiftung ist dann möglich, wenn die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Zweckes eine Abänderung dringend erfordern (ZGB 85). Wenn der Zweck eine andere Bedeutung erhalten hat, und die Stiftung offenbar entfremdet wurde, kann auch der Zweck mittels Gesuch an die Aufsichtsbehörde geändert werden (ZGB 86).

Die Aufhebung erfolgt bei Unerreichbarkeit des Zwecks, insbesondere bei dauerndem Vermögensverlust (ZGB 88 I, durch die Aufsichtsbehörde), wie auch bei nachträglicher Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit (ZGB 88 II, durch den Richter im ordentlichen Verfahren [EG ZGB 39]). Bei anfänglicher Unerreichbarkeit des Zwecks findet ZGB 83 und nicht ZGB 88 Anwendung, d.h. es erfolgt eine Übertragung des Vermögens auf eine gleichartige Stiftung. Eine Aufhebung durch die Aufsichtsbehörde ist in der Praxis üblich. Bei der Liquidation gelten die aktienrechtlichen Bestimmungen (ZGB 58 i.V.m. OR 913 i.V.m. OR 738 ff.). Für die Vermögensverwendung findet ZGB 57 Anwendung.

Die Familienstiftung ist in ZGB 335 geregelt. Das Stiftungsvermögen muss an eine Familie geknüpft werden, und die Anforderungen von ZGB 335 erfüllen. Insbesondere ist eine reine Unterhaltstiftung unzulässig, möglich ist indes die Konversion in eine Nacherben-einsetzung (ZGB 488). Die Familienstiftung untersteht keiner Aufsichtsbehörde und erfordert keinen Eintrag ins Handelsregister (ZGB 52 II).

Die Personalfürsorgestiftung ist eine Stiftung mit dem besonderen Zweck, an das Personal eines Betriebs bei bestimmten Wechselfällen des Lebens wie Tod, Krankheit etc. Leistungen zu erbringen. Zu beachten ist insbesondere ZGB 89bis. Die Destinatäre haben ein besonderes Auskunftsrecht (ZGB 89bis II, OR 331 IV). Sie können an der Verwaltung mitwirken (ZGB 89bis III, vgl. BVG 51). ZGB 89bis sieht ein besonderes Klagerecht der Destinatäre vor.

Die Unternehmensstiftung ist eine Stiftung, bei der das gewidmete Vermögen ganz oder zum Teil aus einem Unternehmen oder einer massgebenden Beteiligung an einem Unternehmen besteht. Es wird dabei ein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen betrieben. Sie sind zulässig, wenn sie zusätzlich neben der Unternehmensführung noch einen ideellen Zweck verfolgen (z.B. Erhaltung der Arbeitsplätze). Der Stifter will verhindern, dass das von ihm aufgebaute Unternehmen durch den Nachfolger umgestaltet wird.

III. FAMILIENRECHT

1. Allgemeines

Das Familienrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen den Familienmitgliedern, es regelt den Status sowie den Bereich des Kindesschutzes und der Vormundschaft. Das Familienrecht kennt besonders viele höchstpersönliche Rechte, die nicht übertragbar, vererbbar, in Voraus verzichtbar und mit Ausnahme des Ehevertrages bedingungsfeindlich sind. Im Zusammenhang mit dem Familienrecht ist insbesondere das Gesetz über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare zu beachten.

Für Klagen aus dem Familienrecht findet kein Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter statt (ZPO 136).

2. Das Eherecht

2.1. *Allgemeines Eherecht*

2.1.1. Ehe und Eherecht

Die Ehe ist die **Willenseinigung zwischen Frau und Mann zur Begründung einer auf Dauer angelegten und öffentlich anerkannten Lebensgemeinschaft**. Anders gesagt ist es die gesetzlich geordnete Verbindung von Mann und Frau mit Ausschliesslichkeitscharakter. Durch die völlige Säkularisierung des Staates ist eine kirchliche Trauung nicht vor der staatlichen möglich.

Die Ehefreiheit ist durch BV 14 geschützt. Der Schutz betrifft negative Abwehrmassnahmen, und auch positive Förderungsmassnahmen (z.B. Familienrecht). Unter Privaten ist die Ehe geschützt, da ihre Eingehung höchstpersönlicher Natur und damit vertretungsfeindlich ist.

2.1.2. Das Konkubinat

Eine eheähnliche Lebensgemeinschaft ist **eine auf Dauer ausgerichtete, nach dem Willen der Partner aber jederzeit formlos auflösbare und ihrem Inhalt nach nicht im Voraus festgelegte Wohn-, Tisch- und Geschlechtsgemeinschaft von Mann und Frau**.

Für gleichgeschlechtliche Paare gelten meist dieselben Grundsätze. Die einzelnen Komponenten (Wohn-, Tisch- und Geschlechtsgemeinschaft) können unterschiedlich gewichtet sein. Das Konkubinat ist dann gefestigt, wenn es ähnliche Vorteile wie eine Ehe verschafft (v.a. Treue und Beistand, vgl. ZGB 159, sowie ZGB 129 I und 137 für die praktische Anwendung). Bei einem über 5jährigen Konkubinat besteht eine Tatsachenvermutung des qualifizierten Konkubinates. Sie bewirkt die Sistierung eines Unterhaltsbeitrages, sofern ein solcher aus einer früheren Ehe gefordert werden kann.

Im Unterschied zur Ehe ist das Konkubinat formlos begründbar, kann inhaltlich frei gestaltet und jederzeit frei aufgelöst werden. Das Konkubinat ist gesetzlich nicht geregelt, auch das Partnerschaftsgesetz ist nicht anwendbar. Die Verlöbnisregeln werden nicht angewendet, wie auch nicht die Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe. Auch bei den Kindern entfällt die Analogie zur Ehe, die Mutter ist die alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge (ZGB 298, vgl. ZGB 300), und das Kind trägt ihren Namen (ZGB 270).

Von Bedeutung ist ferner, dass kein spezieller Schutz der Familienwohnung besteht (obwohl die h.L. den Konkubinatspartner als Familie bezeichnet, vgl. OR 272). Das Eigentumsverhältnis beurteilt sich nach Sachenrecht, wenn indes eine einfache Gesellschaft eingegangen worden ist, nimmt ein Gesellschafter bei Austritt nicht die Hausratgegenstände in natura mit, sondern **nur dem Werte nach** (OR 548), sofern die Sachen eigentumsrechtlich nicht zuwendbar sind. Bei einer Hausgattenehe ist OR 320 II zu beachten, doch kann eine enge persönliche Beziehung der Partner die Vermutung eines Arbeitsvertrages entkräften. Möglich ist ein Gewinnanteilsanspruch aus der einfachen Gesellschaft.

Bezüglich der Erbschaftssteuer hat das Bundesgericht entschieden, dass eine sechs Mal höhere Belastung von Konkubinatspartnern mit der Rechtsgleichheit vereinbar sei. Im Todesfall ist vorhergehend natürlich die Liquidation der einfachen Gesellschaft durchzuführen, sofern eine solche bestanden hat. Haftpflichtrechtlich kann sich der Konkubinatspartner bei Tod des Partners auch auf OR 45 III berufen, wenn eine tatsächliche Unterstützung vorgelegen hat.

2.1.3. Gleichgeschlechtliche Partnerschaft

a) Allgemeines

Die gleichgeschlechtliche Partnerschaft ist im Partnerschaftsgesetz vom 18.6.2004 geregelt. Kantonalrechtlich sind EG ZGB 45a ff. zu beachten. Grundsätzlich gelten dieselben Verfahrensregeln wie im Eherecht. Das PartG regelt einen neuen Zivilstand, nämlich derjenige der „in eingetragener Partnerschaft“ (PartG 2 III). PartG 5-11 regeln das Verfahren auf Eintragung der Partnerschaft, sowie deren Ungültigkeit.

PartG 12-34 befassen sich mit den Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft. Insbesondere ist eine Person in eingetragener Partnerschaft nicht berechtigt, ein Kind zu adoptieren oder eine Ehe einzugehen (PartG 26, 28). In den restlichen Wirkungen wird die Rechtsstellung der gleichgeschlechtlichen Partner derjenigen der Eheleute angenähert, insbesondere entsteht mit der Registrierung ein gesetzliches Erbrecht (vgl. PartG 31).

Das 4. Kapitel (Art. 29-35 PartG) regelt das Verfahren auf gerichtliche Auflösung der eingetragenen Partnerschaft.

b) *Besonderheiten gegenüber der Ehe*

- Kein Verlöbnis.
- Kein Ja-Wort vor dem Zivilstandesamt.
- Kein gleicher Name / kein gleiches Bürgerrecht.
- Der ordentliche Güterstand ist die Gütertrennung.
- Keine Adoption möglich.
- Keine erleichterte Einbürgerung möglich.
- Keine Anwendung von ZGB 165.
- Keine Trennung wegen Unzumutbarkeit möglich, dafür beträgt die Trennungsfrist nur ein statt zwei Jahre.

2.1.4. Verlobung und Verlöbnis

Bei der Verlobung (ZGB 90 I) handelt es sich um das gegenseitige Eheversprechen von Mann und Frau. Das Verlöbnis ist der Status daraus. Die Verlobung ist zwar ein Vertrag, doch ist eine Klage auf Erfüllung des Eheversprechens nicht möglich (ZGB 90 III). Das Verlöbnis ist absolut höchstpersönlicher Natur, wie die Ehe selbst.

Die Voraussetzungen sind **Urteilsfähigkeit** (ZGB 12 f.), **Mündigkeit oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** (ZGB 90 II) und die **Abwesenheit unbehebbarer Ehehindernisse** (ZGB 95 f. i.V.m. OR 20). Die Verlobung setzt kein bestimmtes Mindestalter voraus. Die Verlobung eines Verheirateten verstösst gegen die guten Sitten (OR 20 i.V.m. ZGB 7), nicht so aber ein bestehendes Verlöbnis.

Die Verlobung ist formfrei möglich, wie auch unter Bedingungen. Die Wirkungen sind:

- Gegenseitige Treuepflicht analog zu ZGB 159.
- Die verlobten sind nahestehende Personen im Sinne des Zivilrechts.
- Praktisch bedeutender ist der Versorgerschaden aus OR 45 III.
- Es bestehen Ausstandsvorschriften und Zeugnisverweigerungsrechte. Die Verlobten sind aber nicht Angehörige i.S. von StGB 110 2.

Die Beendigungsgründe sind die Eheschliessung, die nachträgliche Unmöglichkeit (Tod), der einseitige Rücktritt oder die einvernehmliche Beendigung. Der Rücktritt ist aber nur aus wichtigen Gründen möglich (Verschulden des anderen oder äussere Einflüsse). Bei der Beendigung sind die Verlöbnisgeschenke zurückzugeben (ZGB 91 I), allerdings nur solche mit Vermögenswert (also nicht Bilder etc.). ZGB 91 beschränkt sich auf das Verhältnis der Verlobten, Dritte müssen nach OR 249 oder OR 62 vorgehen. Die Beendigung

hat u.U. auch eine Beitragspflicht zur Folge. Wenn die eine Partei besondere Anstalten im Hinblick auf die Heirat getroffen hat, ist ihr ein angemessener Beitrag daran zu bezahlen (ZGB 92). Die Höhe richtet sich nach den gesamten Umständen. Die Ansprüche verjähren nach einem Jahr (ZGB 93).

2.1.5. Die Eheschliessung

a) *Voraussetzungen*

Die Voraussetzungen der Eheschliessung sind einerseits die **Ehefähigkeit** und andererseits die **Abwesenheit von Ehehindernissen** (ZGB 94 I). Ehefähig ist man bei Mündigkeit und Urteilsfähigkeit. Entmündigte, die urteilsfähig sind, können mit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters heiraten (vgl. ZGB 94 II, Klagen daraus werden im summarischen Verfahren entschieden [EG ZGB 42 1bis]). Ehehindernisse sind Verwandtschaft und Stiefkindverhältnis (ZGB 95, gilt nur für Verwandte in gerader Linie sowie Geschwister), eine bestehende Ehe (ZGB 96) und das Vorliegen des gleichen Geschlechts. Die religiöse Trauung darf nicht vor der weltlichen Trauung geschehen (ZGB 97).

b) *Verfahren*

Für die Eheschliessung stellen die Ehegatten an einem ihrer Wohnsitze das Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens. Das Zivilstandesamt prüft das Gesuch, die Identitäten und die Ehevoraussetzungen (ZGB 98). Danach teilt es den Abschluss des Verfahrens mit, und setzt die Fristen von mind. 10 Tagen bis drei Monate für die Trauung (ZGB 100 I, bei Todesgefahr ist keine Bedenkfrist zu beachten). Wollen die Eheleute in einem anderen Zivilstandeskreis heiraten, müssen sie eine Trauungsermächtigung beim Amt bei ihrem Wohnsitz einholen.

Die Trauung ist öffentlich und findet unter Anwesenheit zweier mündiger und urteilsfähiger Zeugen statt (ZGB 102). Die darauf folgende amtliche Erklärung über das Zustandekommen der Ehe hat bloss deklaratorischen Charakter.

c) *Ungültigkeit*

Die Ehe ist **unbefristet ungültig** (ZGB 105), wenn Bigamie, Verwandtschaft / Stiefkindverhältnis oder eine dauernde Urteilsunfähigkeit vorliegt. Jeder hat jederzeit ein Klage-recht (ZGB 106, ebenso die Staatsanwaltschaft als Behörde gemäss EG ZGB 43 II).

Bei **vorübergehender Urteilsunfähigkeit**, bei Irrtum, Täuschung oder Drohung, können nur die Ehegatten auf Ungültigkeit der Ehe klagen (ZGB 107 f.). Die Klage ist innerhalb von **sechs Monate** seit Kenntnis des Ungültigkeitsgrundes geltend zu machen, in jedem Fall aber vor Ablauf von **fünf Jahren** seit der Eheschliessung.

Für das Verfahren der Ungültigkeitserklärung der Ehe wird auf dasjenige der Ehescheidung verwiesen (ZGB 110). Das Urteil entfaltet seine Wirkung ex nunc, die Parteien bleiben bis zur Erklärung verheiratet. Eine Nichtehe, z.B. die Ehe von Personen des gleichen Geschlechts, kann nur mit einer Feststellungsklage geltend gemacht werden.

Die Wirkungen der Ungültigkeit sind dieselben wie bei der Scheidung, d.h. die Ehe bleibt bestehen, bis sie für ungültig erklärt wurde. Davon ausgenommen sind indes allfällige sich daraus ergebende erbrechtliche Ansprüche (vgl. ZGB 109).

2.1.6. Die allgemeinen Wirkungen der Ehe

a) *Die eheliche Gemeinschaft*

Sie besteht aus den Ehegatten, ihren gemeinsamen minderjährigen Kindern und allfälligen nicht gemeinsamen Kindern (ZGB 159 I). Sie entsteht mit der Trauung, und endet mit dem Tod oder der Auflösung. Die Ehegatten sind gleichberechtigt. Die Wirkungen der ehelichen Gemeinschaft sind in ZGB 159, aber auch in ZGB 162, 166, und 175 beschrieben. Die Ehegatten haben einträchtig zusammenzuwirken, d.h. sie können die Rollen frei verteilen, und sind für das Wohl der Gemeinschaft verantwortlich (ZGB 159 II). Die Treuepflicht aus Abs. 3 verpflichtet zur gegenseitigen Achtung und Loyalität. Die Pflicht zum Zusammenleben kann einvernehmlich abgelehnt werden (vgl. ZGB 162).

b) *Der persönliche Status der Ehegatten*

In ZGB 160 wurde die Gleichstellung von Mann und Frau nicht voll verwirklicht, sondern dem Grundsatz der Namensseinheit den Vorrang gegeben. Der **Name** der Familie ist derjenige des Mannes, eine erleichterte Namensänderung (ZGB 30 II) ist indessen möglich. Die Kinder tragen den Familiennamen (ZGB 270 I), bzw. denjenigen der unverheirateten Mutter. Der Name mit Bindestrich (Meier-Hayoz) ist ein Allianzname, und darf als solcher getragen werden, ausnahmsweise auch im Pass. Er ist kein amtlicher Name. Wenn ein Ehegatte seinen eigenen Namen den Familiennamen voranstellt, gilt dieser als amtlicher Name (ZGB 160 II, III, ZStV 177a). Bei der Namensänderung durch Heirat kann der Firmenname, sofern ein solcher vorhanden ist, beibehalten werden (OR 954). Bei Tod wird der Name beibehalten, wie auch bei der Scheidung, wobei die Ehegatten da binnen eines Jahres erklären können, dass sie ihren alten Namen wieder benutzen wollen (ZGB 119).

ZGB 161 regelt das **Bürgerrecht** der Ehegatten. Die Norm findet nur auf Ehen zwischen Schweizer Staatsbürgern Anwendung. Auch hier ist die Gleichberechtigung nicht gewährleistet, die Frau übernimmt das Bürgerrecht des Ehemannes, und behält es auch bei einer Scheidung. Die Kinder übernehmen das Bürgerrecht der unverheirateten Mutter, sowie auch der Schweizer Mutter bei einem ausländischen Vater (vgl. ZGB 271). Ausländische Ehegatten können nach fünfjährigem Aufenthalt in der Schweiz, nach dreijähriger Ehe und nach direktem einjährigem Aufenthalt das Gesuch um erleichterte Einbürgerung stellen (BüG 27). Nach einem ununterbrochenen Aufenthalt in der Schweiz besteht ferner das Recht auf eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung.

Die **eheliche Wohnung** ist in ZGB 162 geregelt. Die Ehepartner können mehrere Wohnungen haben, allerdings ist **nur eine die Familienwohnung, wo der Mittelpunkt des Ehe- und Familienlebens ist**. Über die Familienwohnung können die Ehegatten nur gemeinsam verfügen (ZGB 169, OR 266m). Eine eheliche Wohnung ist dann vorliegend, wenn beide Ehegatten das Recht haben, die Wohnung zu bewohnen. Unerheblich ist das Eigentum an der Wohnung. Der Wohnsitz bestimmt sich für alle Familienmitglieder nach unabhängig von den Wohnungen nach ZGB 23 ff.

2.1.7. Die allgemeinen vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe

a) *Der Unterhalt der Familie im Allgemeinen*

Die Ehegatten sorgen gemeinsam, aber jeder nach seinen Kräften für den ehelichen Unterhalt (ZGB 163 I). Die Dauer ist von der Heirat bis zur Auflösung der Ehe, also auch bei der Trennung oder im Scheidungsverfahren. Der Umfang des Unterhalts umfasst in persönlicher Hinsicht alle Mitglieder der Familie, und in sachlicher Hinsicht den gesamten Lebensbedarf, d.h. **alle häuslichen und persönlichen Bedürfnisse der Familie**. Der sachliche Umfang wird objektiv durch die Möglichkeiten, und subjektiv durch die gewählte Lebenshaltung beschränkt. Die Beiträge können in Geld oder in Naturalien bestehen; ZGB 163 II zählt in nicht abschliessender Weise die wichtigsten Leistungsarten auf. Die Beiträge sollten in materieller Hinsicht gleichwertig sein. Bei Uneinigkeit kann ein Eheberater oder ein Mediator den Konflikt bereinigen (ZGB 171, die Zuständigkeit liegt bei den Gemeinden [EG ZGB 44]). Der Unterhaltsanspruch ist höchstpersönlicher Natur, und damit unübertragbar, unverzichtbar und unpfändbar. Bei der Zwangsvollstreckung wird die pfändbare Quote schematisch im Verhältnis der Einkommen und ohne Berücksichtigung der im Haushalt erbrachten Leistungen festgelegt.

ZGB 164 gewährt dem haushaltführenden Ehegatten einen Anspruch auf einen Betrag zur freien Verfügung. Voraussetzung ist naturgemäss eine Hausgattenehe. Die Ehegatten bestimmen die Höhe und die Art der periodischen Ausrichtung des nach den Umständen angemessenen Betrages im gemeinsamen Einvernehmen, bei Uneinigkeit können sie das Eheschutzgericht anrufen (ZGB 173, 176, summarisches Verfahren [EG ZGB 42]). Eine hälftige Teilung des Überschusses ist möglich, aber nicht zwingend. Die Rechtsnatur ist gleich wie beim Anspruch aus ZGB 163. Ersparnisse aus ZGB 164 werden der Errungenschaft angerechnet.

ZGB 165 regelt die ausserordentlichen Beiträge der Ehegatten an den Familienunterhalt. Die Voraussetzung ist, dass der Beitrag aussergewöhnlich ist, wenn er das übliche Mass übersteigt. Geschuldet ist ein angemessener Betrag, nicht etwa die volle Entschädigung. Eine Entschädigung entfällt gar ganz, wenn ein besonderes Vertragsverhältnis besteht. Anwendungsbeispiele sind die Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Ehepartners oder Geldbeträge allgemein. Keine Rolle spielt, ob der Ehegatte diese Leistung freiwillig vollbringt. Wenn der familiäre Aspekt im Vordergrund bleibt, besteht kein Raum für die Anwendung von OR 320 II, ansonsten ist das Vorliegen eines stillschweigenden Arbeitsvertrages zu prüfen. Die Ansprüche aus ZGB 165 können jederzeit geltend gemacht werden, im Konkursfalle geniessen sie aber **kein Privileg** (SchKG 219).

b) *Die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft*

Sie ist in ZGB 166 geregelt. Im Einzelfall ist die zusätzliche Anwendung von OR 32 ff. denkbar. Solange laufende Bedürfnisse der Familie gedeckt werden müssen (vgl. ZGB 163), die Ehegatten zusammenleben und handlungsfähig sind, wird der andere Ehegatte durch den Abschluss eines diesbezüglichen Rechtsgeschäftes solidarisch verpflichtet. Es ist möglich, die solidarische Haftung auszuschliessen, doch ist die Zustimmung des Dritten dazu unabdingbar. Die Ehegatten bedürfen keiner Ermächtigung.

Für die übrigen Bedürfnisse der Familie (z.B. Autokauf, Ferienreise etc.) bedarf es grundsätzlich einer Ermächtigung durch den anderen Ehegatten (oder durch das Gericht, ZGB 166 II 1., summarisches Verfahren [EG ZGB 42]). In dringlichen Fällen ist die Ermächtigung nicht notwendig.

Als Wirkung werden die Ehegatten solidarisch verpflichtet (OR 143 ff.). Gutgläubige Dritte werden geschützt und können beide Ehegatten belangen (ZGB 166 III). Die Frage des Gutgläubensschutzes betrifft nur die übrigen Bedürfnisse; der Dritte darf vom Anschein ausgehen, den die Ehegatten gegen Aussen vermitteln, inwiefern der andere Ehegatte solidarisch verpflichtet wird. Der Nachweis der Ermächtigung obliegt dem Dritten. Unter den Ehegatten stellen die Kosten für die Bedürfnisse Unterhaltsschulden nach ZGB 163 dar. Auf Antrag eines Ehegatten kann die Vertretungsbefugnis entzogen werden (ZGB 174, summarisches Verfahren [EG ZGB 42]).

Forderungen zwischen den Ehegatten verjähren während der Ehe nicht (OR 134 I 3.).

c) ZGB 167 ff.

ZGB 167 und 168 bestimmen, dass die Ehegatten ihren Beruf frei wählen und ausüben können, sowie dass sie durch die Ehe in ihrer Handlungsfreiheit nicht eingeschränkt sind (davon ausgenommen: ZGB 169, 201 II, 208, OR 494).

ZGB 170 bestimmt die gegenseitige Auskunftspflicht der Ehegatten als Konkretisierung von ZGB 159 II. Das Auskunftsbegehren muss nicht begründet sein, und kann durch das Eheschutzgericht erzwungen werden (vgl. ZGB 172 III).

Der Schutz der Familienwohnung ist in ZGB 169 geregelt (vgl. auch OR 266m f.). Die Zustimmung des Ehegatten zur Auflösung des Mietvertrages ist erforderlich. Die Familienwohnung ist weder mit der ehelichen Wohnung noch mit dem Wohnsitz der Ehegatten zu verwechseln. Sie befindet sich i.d.R. dort, wo die Hauptwohnung der Kinder ist. Trennen sich die Ehegatten, wird der verbleibende Ehegatte weiterhin von ZGB 169 geschützt. ZGB 169 beschränkt die Handlungsfähigkeit im Bereich der Familienwohnung, und zwar für alle Handlungen, die den Verlust oder die Minderung der Rechte nach sich ziehen. Eine Zustimmung muss immer bezüglich des konkreten Rechtsgeschäfts gegeben werden; fehlt sie, ist das Rechtsgeschäft nichtig. Die Gutgläubigkeit des Dritten kann die Nichtigkeit nicht verhindern.

2.1.8. Schutz der ehelichen Gemeinschaft

a) Allgemeines

Erfüllt ein Ehegatte seine Pflichten aus der Ehe nicht, kann das Eheschutzgericht angerufen werden (ZGB 172, summarisches Verfahren [EG ZGB 42]). Der Zweck des Eheschutzes ist die Aussöhnung der Ehegatten und damit die Heilung der gefährdeten Ehe. Da Eheschutzmassnahmen nicht durch das Scheidungsgericht als vorsorgliche Massnahme getroffen werden können, ist es auch ein Ziel des Eheschutzes, die Scheidung vorzubereiten und zu ermöglichen, dass sich die Ehegatten auf die Scheidung und deren Folgen einigen (vgl. ZGB 115).

Die Eheschutzmassnahmen sind in ZGB 172 ff. geregelt. Daneben im weiteren Sinn als Eheschutzmassnahme ist die Ermächtigung eines Ehegatten gemäss ZGB 166 II und 169 II sowie die Verpflichtung zur Auskunftserteilung (ZGB 170 II) zu sehen.

Das Eheschutzgericht wird nur aufgrund konkreter Anträge tätig. Materielle Voraussetzung ist die Vernachlässigung familiärer Pflichten (vgl. namentlich ZGB 162-170) oder die Uneinigkeit der Ehegatten in einer wichtigen Angelegenheit.

Ausgenommen der Vermittlung von ZGB 172 sind die anderen Massnahmen autoritativer Art. Dazu gehören die Festsetzung von Geldleistungen (ZGB 173, 163 ff.), der Entzug der Vertretungsbefugnis (ZGB 174, ZGB 166 I), die Regelung des Getrenntlebens (ZGB 176), die Anweisung an den Schuldner (ZGB 177, schliesst ZGB 163 f., nicht aber 165 ein) und die Beschränkung der Verfügungsbefugnis (ZGB 178).

ZGB 175 befasst sich mit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (vgl. ZGB 137). Das Verlassen des gemeinsamen Haushaltes bedeutet keine Pflichtverletzung, wenn die Persönlichkeit, die materielle Sicherheit oder das Familienwohl gefährdet werden. Diese Frage wird vom Eheschutzgericht vorfrageweise beantwortet. Erst wenn Gründe für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes vorliegen, besteht ein Anspruch auf die gerichtliche Regelung des Getrenntlebens (ZGB 176, im Widerspruch zu ZGB 114, und daher auch schon umgekehrt beurteilt). Die Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages gilt für maximal ein Jahr (ZGB 173 II). **Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes zieht nicht automatisch die Gütertrennung nach sich** (vgl. ZGB 185). Auch hier gilt bezüglich der Kinder die Official- und Untersuchungsmaxime.

ZGB 178 dient zur Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie und zur Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft. Die Verfügungsbefugnis kann beschränkt werden, solange ohne die Beschränkung eine ernsthafte Gefährdung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage zu befürchten ist. Es erfolgt aber keine generelle Einschränkung, da dies einer Bevormundung gleich käme. Ausserdem wird die Verfügungsmöglichkeit faktisch einfach von der Zustimmung des andern Ehegatten abhängig gemacht.

b) Zusammenhang mit der Scheidungsklage

- Im Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage ist ein Eheschutzgesuch noch nicht eingereicht, daher ist die Regelung im Eheschutzverfahren nicht mehr zulässig.
- Im Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage ist ein Eheschutzgesuch hängig. Die Regelung im Eheschutzverfahren ist zulässig, soweit nicht gegenstandslos und soweit auf den Zeitraum vor Klageeinreichung zurückbezogen.
- Im Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage ist ein Eheschutzgesuch entschieden. Die Regelung im Eheschutzverfahren ist bis zur allfälligen Neuregelung durch einen Entscheid nach ZGB 137 oder das Scheidungsurteil gültig.

c) *Verfahren und Zuständigkeit*

Die **örtliche Zuständigkeit** ist in GestG 15 I a geregelt (Wohnsitz eines Ehegatten, ZGB 23 ff.). Erfolgt eine Wohnsitzänderung ausserhalb des Gerichtsbezirks, ist für die Abänderung, Ergänzung oder Aufhebung der Massnahmen das Gericht am neuen Wohnsitz zuständig (ZGB 180 III). Ist die Anordnung einer besonderen Massnahme im Rahmen eines Scheidungsverfahrens notwendig, ist der Massnahmerichter (ZGB 137) dafür zuständig. Die **sachliche Zuständigkeit** bleibt den Kantonen überlassen (ZGB 172 II, summarisches Verfahren [EG ZGB 42] vor dem Gerichtspräsidenten [ZPO 11]). Die Vormundschaftsbehörde ist exklusiv in den in ZGB 315a I, III und 315b II genannten Fällen zuständig.

2.2. *Die Ehescheidung*

2.2.1. *Allgemeines*

Das Scheidungsrecht geht vom Zerrüttungsprinzip aus, doch soll das Aufrollen der letztendlich nicht erfreulichen Ehegeschichte nach Möglichkeit vermieden werden. Es bestehen drei Scheidungsgründe:

- Scheidung auf gemeinsames Begehren (ZGB 111 f.).
- Scheidung auf Klage nach 2 jähriger Trennungsfrist (ZGB 114).
- Scheidung auf Klage bei Unzumutbarkeit (ZGB 115).

2.2.2. *Scheidungsgründe*

a) *Gemeinsames Begehren*

Bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren prüft das Gericht die Ernsthaftigkeit des Scheidungswillens. ZGB 111 regelt die Situation, in der man sich in allen Punkten einig ist (Kinderbelange, nachehelicher Unterhalt, Aufteilung der beruflichen Vorsorge, güterrechtliche Auseinandersetzung, Familienwohnung). Zur Rechtsverbindlichkeit bedarf es der gerichtlichen Genehmigung (ZGB 140). Die Vereinbarung muss klar, vollständig, rechtlich zulässig und offensichtlich nicht unangemessen sein. Die Kinderbelange unterliegen weiterhin der Official- und Untersuchungsmaxime. Die Bedenkfrist von zwei Monaten, die getrennte Anhörung der Ehegatten und die schriftliche Bestätigung des Scheidungswillens sollen sicherstellen, dass das Begehren aus freiem Willen erstellt wurde.

Werden sich die Ehegatten nur teilweise einig, kommt ZGB 112 zum Zug. Die strittigen Folgen sind durch das Gericht zu entscheiden. Die Ehepartner müssen dennoch gemeinsam und ausdrücklich den Willen bekunden, an der Scheidung trotz der Ungewissheit festzuhalten.

Gelangt das Gericht (im Summarverfahren vor dem Gerichtspräsidenten [ZPO 11]) zum Entscheid, dass die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt sind, setzt es jedem Ehegatten eine Frist an, zum das Scheidungsbegehren durch eine einseitige Klage zu ersetzen (ZGB 113).

b) Scheidung auf Klage

Will ein Ehegatte nicht scheiden, kommt es zur Scheidung auf Klage. Der Scheidungsgrund wird formalisiert, es reicht ein zweijähriges Getrenntleben aus. Das massgebende **Getrenntleben** besteht darin, dass die Eheleute nicht mehr in einer umfassenden körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft verbunden sind. Ein rein faktisches, gewolltes Getrenntleben genügt. Die Frist muss bei Klageanhebung abgelaufen sein (ZGB 136 II).

Ist die Fortführung der Ehe als solche unzumutbar, stellt das Gesetz mit ZGB 115 einen weiteren subsidiären Scheidungsgrund zur Verfügung. Es handelt sich dabei um die seelisch begründete Unzumutbarkeit der rechtlichen Bindung, nicht etwa des Zusammenlebens, denn dafür ist ZGB 114 vorgesehen. Für die schwerwiegenden Gründe muss kein Verschulden vorliegen. Liegen die schwerwiegenden Gründe aber in der Person des klagenden Ehegatten, muss die zweijährige Trennungszeit abgewartet werden. Der Richter beurteilt die schwerwiegenden Gründe gemäss ZGB 4. Beispiele für solche Gründe sind schwerste körperliche Attacken, psychische Krankheiten, Belästigungen, die Scheinehe etc. Stimmt der andere Ehegatte zur Scheidung nach der Klage zu, ist ZGB 111 f. sinngemäss anwendbar (ZGB 116), d.h. insbesondere bezüglich der Bedenkzeit. Ein gemeinsames Gesuch ist nicht mehr notwendig.

2.2.3. Die Folgen der Ehescheidung

a) Allgemeines

Das Scheidungsurteil ist ein **Gestaltungsurteil** und entfaltet seine Wirkungen ex nunc. Persönlich wird der Zivilstand zu „geschieden“, die Schwägerschaft bleibt nach der Scheidung bestehen, wie auch grundsätzlich der Name und das Bürgerrecht.

Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist zu beachten, dass die Modifikation der Vorschlagsbeteiligung nur dann gilt, wenn sie ausdrücklich vorgesehen ist (ZGB 217). Eine genauere Auseinandersetzung mit dem Güterrecht folgt weiter hinten. Verfügungen von Todes wegen, in denen der Ehegatte begünstigt wurde, werden durch die Scheidung ungültig (ZGB 120 II). Bei einem Konkubinat hingegen bleiben sie bestehen und sollten daher nur bedingt erfolgen.

b) Die Wohnung der Familie

Das Gericht kann einem Ehegatten die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag alleine übertragen (ZGB 121). Ist die Familienwohnung im Eigentum eines Ehegatten, kann das

Gericht gegen eine angemessene Entschädigung bzw. auf Anrechnung an einen Unterhaltsanspruch ein befristetes Wohnrecht nach ZGB 776 ff. einräumen (ZGB 121 III). Voraussetzung ist jeweils ein wichtiger Grund (ZGB 4), wie bspw. die Aufrechterhaltung der Umgebung der Kinder, ein besonderes Bedürfnis hinsichtlich der Berufsausübung eines Ehegatten etc. Die Entschädigung wird zwischen den Ehegatten vereinbart und muss vom Gericht genehmigt werden (ZGB 140).

Bei der Mietwohnung haftet der bisherige Ehegatte, sofern er Schuldner war, solidarisch weiter, für die Zeitspanne von zwei Jahren oder bis das Mietverhältnis endet (ZGB 121 II).

c) *Berufliche Vorsorge*

Die Altersvorsorge basiert auf dem Drei-Säulen-Prinzip (BV 111). Für die AHV bedarf es keiner besonderen Regelung im Scheidungsfall, da die erste Säule gleichmässig für beide Ehegatten rentenbildend ist. **Die 3. Säule steht unter den Regeln des Güterrechts.**

Die **zweite Säule** knüpft an die Erwerbstätigkeit an. Bei einer Scheidung wird der während der Ehe akkumulierte Versicherungsschutz in der obligatorischen und freiwilligen Berufsvorsorge **gleichmässig auf beide Ehegatten aufgeteilt** (ZGB 122 ff.). Vor Eintritt des Vorsorgefalles gilt der Grundsatz der hälftigen Teilung. Von der zu teilenden Summe muss aber vorher die Austrittsleistung zum Zeitpunkt der Ehe abgezogen werden (inkl. einem Zinseszins). Die Leistung an den Ehegatten erfolgt nicht in bar, sondern in Form einer Freizügigkeitsleistung, mit der man sich in eine Vorsorgeeinrichtung (neu) einkaufen muss. Ein Verzicht auf diese Leistung ist im Voraus nicht möglich, und danach nur dann, wenn eine entsprechende Vorsorge auf andere Weise gewährleistet ist (ZGB 123).

Vorbezüge müssen zur Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung hinzugerechnet werden. **Barauszahlungen hingegen werden güterrechtlich ausgeglichen.** Dienen die Barauszahlungen ausnahmsweise der Altersvorsorge, ist der entsprechende Betrag bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach ZGB 207 II dem Eigengut zuzurechnen, inkl. Zins und Zinseszins. Anwendbar ist dann ZGB 124, wonach dem Partner eine angemessene Entschädigung zu bezahlen ist. Eine solche Entschädigung ist auch dann geschuldet, wenn der Vorsorgefall bereits eingetreten ist.

d) *Nachehelicher Unterhalt*

i. **Allgemeines**

Ein Ehepaar hat die Folgen der in der Ehe gewählten Aufgabenteilung gemeinsam zu tragen. Nachehelicher Unterhalt kann daher entgegen des clean break derjenige verlangen, der nicht selber in der Lage ist, für seinen gebührenden Unterhalt zu sorgen (ZGB 125 I). Bei der Bemessung dieses Unterhalts sind folgende Teilgehalte zu beachten:

- **Aufgabenteilungsunterhalt:** Das ist der ehebedingte Nachteil. Ein Ehegatte hat im Hinblick auf innerhäusliche Aufgaben in der Ehe Einbussen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Kauf genommen, die nachehelich nicht mehr oder nur mit besonderem Aufwand behoben werden können.

- **Betreuungsunterhalt:** Die nacheheliche Kinderbetreuung durch den obhutsberechtigten Elternteil bedeutet in erster Linie einen Unterhaltsbeitrag an die gemeinsamen Kinder, der dem Geldbetrag des anderen Elternteils gegenübersteht.
- **Solidargemeinschaftsunterhalt:** Bei Fällen, wo das Schicksal hart zuschlägt, sollen sich Ehepartner nach lebensprägender Ehedauer solidarisch beistehen (z.B. wenn sich das Risiko eines schlechten Arbeitsmarktes verwirklicht).
- **Aufbesserungsunterhalt:** Zum Ausgleich eines grösseren Einkommensgefälles.

ii. Berechnung

Für die Berechnung des (allfälligen) konkreten Unterhalts muss folgendes Schema durchlaufen werden:

- **War die Ehe lebensprägend?** Beispiele sind Kinder, eine lange Ehedauer, eine gelebte eheliche Rollenteilung. Bei einer nicht lebensprägenden Ehe sind die Ehegatten so zu stellen, wie wenn die Ehe nie geschlossen worden wäre. Zu denken ist dabei höchstens an eine Behinderung der vorehelichen beruflichen Weiterentwicklung („Karriereeinbusse“).
- **Ist die Eigenversorgung ungenügend?** Gemessen wird sie am letzten ehelichen Lebensstandart. Es gilt zwar der Grundsatz der Eigenversorgung, doch entstehen durch nunmehr zwei Haushalte immer mehr Kosten.
- **Ist die Wiederaufnahme/Ausdehnung der Erwerbstätigkeit zumutbar?** Ist die Erwerbstätigkeit zwar zumutbar, doch kann sie den letzten ehelichen Lebensstandart nicht gewährleisten, ist trotzdem ein ausgleichspflichtiger Scheidungsnachteil entstanden. Keine Zumutbarkeit ist vor allem bei Kinderbetreuung, Krankheit, Alter und traditioneller Rollenverteilung gegeben.

Bei der Eigenversorgung sind sowohl der Vermögensertrag, als auch Erbanwartschaften zu beachten. Beim Einkommen ist nicht nur das rechtlich mögliche relevant, sondern auch, ob es überhaupt zumutbar ist. Die Kriterien zur Wiederaufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit sind in ZGB 125 II genannt (insbesondere Ziff. 4, 6 und 7).

Ist das jüngste Kind über 10 Jahre alt, ist Teilzeitarbeit zumutbar, ist es über 16 Jahre alt, ist Vollzeitarbeit zumutbar. Verhindert die Betreuung ein Erwerbseinkommen, ist **Betreuungsunterhalt** geschuldet.

Bei einer langen Ehedauer mit traditioneller Rollenteilung ist eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit i.d.R. nach dem 45.-50. Altersjahr eher unzumutbar, es ist **Aufgabenteilungsunterhalt** geschuldet.

Sind die Wiederaufnahme oder die Ausdehnung der Erwerbstätigkeit durch eine Krankheit oder Invalidität subjektiv verhindert, und hat die Ehe lange gedauert, ist **Solidargemeinschaftsunterhalt** geschuldet. Durch einen schlechten Arbeitsmarkt kann die Wiederaufnahme bzw. die Ausdehnung auch objektiv verhindert sein.

Kann ein Ehepartner so viel verdienen, dass er für beide die Beibehaltung des alten Lebensstandards garantieren kann, ist **Aufbesserungsunterhalt** geschuldet. Die Grenze

für den Unterhalt ist die Erreichung der zuletzt gelebten Lebenshaltung. Verdient ein Ehegatte ausserordentlich gut, soll keine Vermögensumverteilung stattfinden; dem anderen Ehegatten ist einfach die zuletzt gelebte Lebenshaltung zu ermöglichen. Bei einer Mangellage sind nur insoweit Unterhaltsleistungen zu erbringen, wie das eigene familienrechtliche Existenzminimum nicht gefährdet wird.

iii. Höhe, Art und Dauer

Die Dauer der Unterhaltspflicht kann wie auch die Höhe mit Bedingungen verknüpft werden (vgl. ZGB 126 III). Die Höhe kann ab einem bestimmten Zeitpunkt abnehmen, oder ansteigen. Es ist jeweils auf den Einzelfall abzustellen.

In der Regel wird eine Rente festgesetzt (ZGB 126 I, evtl. indexiert), möglich ist aber auch eine einmalige Kapitalabfindung (ZGB 126 II).

Die Berechnung des Unterhaltes erfolgt in drei Schritten: 1. Familienrechtlicher Grundbedarf, 2. Eigenversorgungskapazität, 3. Überschuss. Ist der nacheheliche Unterhaltsbeitrag offensichtlich unbillig, kann er wegen Rechtsmissbrauch gekürzt werden (ZGB 125 III).

Der Unterhaltsbeitrag erlischt durch Gesetz bei Tod und Wiederverheiratung (ZGB 130), sowie bei Abschluss der Ausbildung des Kindes (ZGB 277 II). Daneben erlischt er bei einem **qualifizierten Konkubinat** (5 Jahre, Tatsachenvermutung). Dieser Erlöschungsgrund muss mittels einer Abänderungsklage im ordentlichen Verfahren (ZPO 12) angestrebt werden, während bei ZGB 130 (Tod, Wiederverheiratung) und 277 II (Mündigkeit) der Beitrag automatisch erlischt.

Die Rente kann auch durch vorherige Vereinbarung verändert werden, oder nachträglich bei der Veränderung der Verhältnisse, sofern sie unvorhersehbar, erheblich und von Dauer sind (vgl. ZGB 127-129). ZGB 129 I hält die Möglichkeit der Sistierung fest, z.B. bei Unfall, Weiterbildung oder Konkubinat.

Die Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils ist am Wohnsitz eines ehemaligen Ehegatten angehoben werden (ZGB 135 i.V.m. GestG 15). Die materielle Beurteilung erfolgt nach ZGB 129. Die fünfjährige Frist kann in einer Scheidungskonvention verlängert werden, ist ansonsten aber weder unterbrechbar noch erstreckbar. Die Frist gilt nur beim Begehren um eine Erhöhung der Rente, und nur, wenn im Urteil festgehalten wurde, dass keine ausreichende Rente vorliegt.

Für die Durchsetzung des Unterhaltsbeitrages siehe ZGB 131 f.

2.2.4. Das Kind und die Scheidung der Eltern

Die **Offizial- und Untersuchungsmaxime** ist in ZGB 145 festgehalten. Für die Zuteilung der elterlichen Sorge ist das Wohl des Kindes massgebend, und nicht dasjenige der Eltern. Zu berücksichtigen sind dabei die Lebensverhältnisse, die Beziehungen des Kindes zu den Eltern, die Betreuungsmöglichkeit, die Erziehungsfähigkeit und die jeweiligen Persönlichkeiten.

Die Voraussetzungen für ein gemeinsames Sorgerecht sind in ZGB 133 III geregelt. Erforderlich sind ein gemeinsamer Antrag, die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl und eine schriftliche Vereinbarung, aus welcher ersichtlich ist, wie das gemeinsame Sorgerecht ausgeübt werden wird. Die Anwendung von ZGB 133 III ist i.d.R. nur bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren denkbar.

Das Besuchsrecht ist in ZGB 133 I geregelt. Es ist ein gegenseitiges Recht des Kindes und des besuchenden Elternteils (ZGB 273 I, KRK). Wird ein Besuchsrecht nicht ausgeübt, kann die Vormundschaftsbehörde diesem Elternteil Weisungen erteilen und ihn mahnen (ZGB 272 II). Verstösse gegen den Verzug können mit einer Ungehorsamsstrafe geahndet werden (StGB 292, vgl. auch StGB 220). Die Verpflichtung des Kindes zum Besuch ergibt sich aus ZGB 301 II.

Die Anhörung des Kindes kommt vor dem siebten Lebensjahr kaum in Betracht. Vom siebten bis zum zwölften Lebensjahr hat sie einen beschränkten Beweiswert, ab dem dreizehnten Lebensjahr sind die Voraussetzungen von ZGB 19 II zu bejahen. Bei wichtigen Gründen oder bei Antrag des Kindes hat es ein Recht auf einen Beistand (ZGB 146).

Die Festsetzung eines Kinderunterhalts geschieht nach ZGB 276 ff. Er ist vom ehelichen Unterhalt zu unterscheiden. Bei der Bemessung sind dennoch die Lebensverhältnisse und die Leistungsfähigkeit der Eltern zu berücksichtigen. ZGB 134 regelt die Abänderung des Scheidungsurteils in Bezug auf die Kinderbelange wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse durch das Gericht, während ZGB 315b die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden zur Abänderung gerichtlicher Anordnungen über die Kinderzuteilung und den Kinderschutz festlegt. **Die Vormundschaftsbehörde** (Gemeinderat, EG ZGB 59 I) **ist vor allem bei nichtstreitigen Fällen zuständig.**

Die Veränderung des Unterhaltsbeitrages setzt das Gericht auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes neu fest (ZGB 134 II i.V.m. 286 II). Bei einmaligen grösseren Aufwendungen können die Eltern neben dem ordentlichen Unterhaltsbeitrag zur Leistung eines besonderen Beitrages verpflichtet werden (ZGB 286 III).

2.2.5. Das Scheidungsverfahren und die Ehetrennung

Das **Scheidungsverfahren** ist in ZGB 135 ff. geregelt. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus GestG 15, entscheidend sind die Verhältnisse bei Klageanhebung oder zum Zeitpunkt der Einreichung des Begehrens (ZGB 136). Ein Sühneverfahren ist ausgeschlossen, die Rechtshängigkeit tritt mit Anhebung bzw. mit Einreichung ein. Sie fixiert den Gerichtsstand, setzt die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen fest (vgl. ZGB 137 II), sowie das Verbot der Klageänderung und der Anhebung weiterer gleichgerichteter Klagen. Die Beweise werden frei gewürdigt (ZGB 139 I), die Rechtsmittel beurteilen sich nach kantonalem Recht.

Die **Ehetrennung** ist in ZGB 117 geregelt. Gedacht ist an Paare, die sich aus religiösen Gründen nicht scheiden lassen wollen, und um erb- und sozialversicherungsrechtliche Ansprüche nicht untergehen zu lassen. Das Recht, die Scheidung zu verlangen, wird durch die Trennung nicht berührt (ZGB 117 II). Neben ZGB 172 ff. sind auch ZGB 121 und 125 ff. anwendbar. Die anderen eherechtlichen Bestimmungen gelten weiterhin, mit Ausnahme der Pflicht zum Zusammenleben. Bei der gerichtlichen Trennung tritt von Gesetzes wegen die Gütertrennung ein (ZGB 118).

2.3. *Ehegüterrecht*

2.3.1. *Allgemeine Vorschriften*

a) *Güterstände*

Das eheliche Güterrecht umschreibt die Wirkungen der Ehe auf das Vermögen der Ehegatten. Das Gesetz kennt abschliessend drei Güterstände: Die Gütertrennung, die Gütergemeinschaft und die Errungenschaftsbeteiligung. Letzterer ist der ordentliche Güterstand. Die Gütertrennung als ausserordentlicher Güterstand tritt auf gerichtliche Anordnung (ZGB 176 I 3., 185 und 189) ein, oder mittels Vereinbarung, wie auch die Gütergemeinschaft.

b) *Der Ehevertrag*

Das ist die besondere vertragliche Vereinbarung zwischen den Braut- oder Eheleuten zum Zweck der erstmaligen Begründung, des Wechsels oder der Modifikation des Güterstandes. Inhalt können auch tatsächliche Gegebenheiten sein, wie die Massenzugehörigkeit, nicht aber Bestimmungen aus den allgemeinen Wirkungen der Ehe (ZGB 163 ff.). Da letztere formlos vereinbart werden können, sind die Bestimmungen in einem Ehevertrag zwar gültig, aber können durch mündliche Vereinbarung wieder abgeändert werden.

Voraussetzungen sind **Urteilsfähigkeit** (ZGB 183 I) und **Mündigkeit oder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** (ZGB 184, 304 III). Bei einem urteilsfähigen Bevormundeten braucht nicht nur die Zustimmung des Vormundes, sondern auch diejenige der Vormundschaftsbehörde (ZGB 410 i.V.m. 421 10.). Bei Fehlen der Urteilsfähigkeit kann die gerichtliche Anordnung der Gütertrennung verlangt werden (ZGB 185 II 5., III).

Formvoraussetzung ist die öffentliche Beurkundung (ZGB 184), vgl. indessen ZGB 206 III und ZGB 218 II. Die Urkundsperson wird von den Kantonen bezeichnet (SchIT ZGB 55, es ist dies der Notar, vgl. EG ZGB 3 I).

Inhaltlich gilt die Typengebundenheit (ZGB 182 II), eine Modifikation des Güterstandes ist nur in engem Rahmen möglich (ZGB 199, Errungenschaftsgemeinschaft, Ausschlussgemeinschaft, Abänderung der Beteiligung am Vorschlag ZGB 216 und am Gesamtgut ZGB 241).

Zwischen den Güterständen kann jederzeit gewählt werden, ausser bei Konkurs eines Ehegatten, wo erst nach Befriedigung der Gläubiger wieder Gütergemeinschaft gewählt werden kann (ZGB 188 f., 191, Summarverfahren EG ZGB 42 4.).

Der Ehevertrag gilt bis zur Auflösung der Ehe, und zwar auch im Verhältnis gegenüber Dritten (vgl. aber ZGB 193, kein Entzug von haftendem Vermögen möglich).

c) Verwaltung des Vermögens der Ehegatten

Jeder Ehegatte verwaltet das in seinem Alleineigentum stehende Vermögen selbst (ZGB 201 I, 232, 247). Für gemeinschaftliches Eigentum gelten die Bestimmungen des Sachenrechts (ZGB 643 III, 653). Bei Verwaltung des Nichteigentums wird ein Auftragsverhältnis vermutet (ZGB 195 I). Die Wirkungen beurteilen sich daher nach OR 394 ff.

Da die güterrechtliche Auseinandersetzung Beweisschwierigkeiten bzgl. der Massenzugehörigkeit in sich trägt, gibt es die Möglichkeit des **Inventars** mit öffentlicher Urkunde (ZGB 195a). Es kann von jedem Ehegatten verlangt werden, der andere muss mitwirken. Im Streitfall kann das **Eheschutzgericht** am Wohnsitz eines Ehegatten angegangen werden (GestG 15 I, im Summarverfahren EG ZGB 42). Die Wirkungen ergeben sich aus ZGB 9.

d) Schutz der Gläubiger

Bei Änderungen des Güterstandes sollen die Gläubiger in ihrem Vertrauen auf die Vermögensverhältnisse geschützt werden (ZGB 193). Der Gläubigerschutz besteht darin, dass der Gläubiger so behandelt wird, wie wenn die ihm nachteilige Änderung der Vermögenszuordnung nicht eingetreten wäre. Bei der Errungenschaftsbeteiligung und bei der Gütertrennung haften die Ehegatten uneingeschränkt mit ihrem jeweiligen ganzen Vermögen (ZGB 202, 249). ZGB 193 wird nur relevant, wenn die Gütergemeinschaft im Spiel ist. Ausserhalb des Schutzzwecks der Norm liegen Rechtsgeschäfte zwischen Ehegatten und insbesondere Unterhaltsforderungen. Grundsätzlich ist die Voraussetzung ein Entzug des Vermögens.

e) Der ausserordentliche Güterstand der Gütertrennung

i. Allgemeines

Er ist für Situationen bestimmt, in welchem das einträchtige Zusammenwirken der Ehegatten im wirtschaftlichen Bereich gestört ist (vgl. ZGB 185, Summarverfahren EG ZGB 42). Es handelt sich um eine Eheschutzmassnahme im weiteren Sinne. Die Wirkungen sind dieselben wie bei der „normalen“ Gütertrennung. Die Ehegatten werden so gestellt, wie wenn sie in vermögensrechtlicher Hinsicht nicht verheiratet wären.

ii. Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes

Auf Begehren eines Ehegatten tritt der Güterstand ein, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (ZGB 185), als Eheschutzmassnahme bei Getrenntleben (ZGB 176 I 3.) und im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungs- oder Trennungsverfahren (ZGB 137). Ein wichtiger Grund ist dann vorliegend, wenn die ideellen und materiellen Grundlagen der Errungenschaftsbeteiligung oder der Gütergemeinschaft aus der Sicht des einen Ehegatten oder ganz allgemein ernstlich gefährdet sind und keine Abhilfe ersichtlich ist (vgl. die beispielhafte Aufzählung in ZGB 185 II).

Auf Begehren der Aufsichtsbehörde in Betreuungssachen kann das Gericht bei Gütergemeinschaft die Gütertrennung anordnen, wenn für eine Eigenschuld eines Ehegatten sein Anteil am Gesamtgut gepfändet wird (ZGB 189). Im Aargau stellt der Gerichtspräsident die untere Aufsichtsbehörde in Betreuungssachen (EG SchKG 14). Örtlich zuständig ist das Gericht am Wohnsitz eines Ehegatten (GestG 15 I a bzw. am Schuldnerhegattenwohnsitz GestG 15 II). Die sachliche Zuständigkeit bestimmen die Kantone (Gerichtspräsident im Summarverfahren [EG ZGB 42 i.V.m. ZPO 11]).

Von Gesetzes wegen tritt die Gütertrennung bei gerichtlicher Ehetrennung ein (ZGB 118 I), sowie wenn über einen Ehegatten unter Gütergemeinschaft der Konkurs eröffnet wird (ZGB 188).

iii. Wirkungen und Aufhebung

Die Gütertrennung wirkt rückwirkend auf den Tag des jeweiligen Begehrens (ZGB 204 II, 236 II), bzw. bei Datum der Konkurseröffnung. Die Auseinandersetzung ist grundsätzlich Sache der Ehegatten, doch wirken bei Konkurs und Pfändung die Behörden mit.

Die Aufhebung ist in ZGB 187 geregelt.

f) *Örtliche und sachliche Zuständigkeit für Klagen über güterrechtliche Auseinandersetzungen*

Örtlich sind bei Tod die Gerichte am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig (GestG 18 I), bei Trennung, Scheidung, Ungültigkeitserklärung etc. das Gericht am Wohnsitz eines Ehegatten (GestG 15 I).

Die sachliche Zuständigkeit beurteilt sich nach dem kantonalen Recht; zuständig ist das ordentliche Gericht, sofern nicht in einem bereits hängigen Verfahren (z.B. Scheidung) über die güterrechtliche Auseinandersetzung zu befinden ist.

2.3.2. Die Errungenschaftsbeteiligung

a) *Die Gütermassen*

i. Die Errungenschaft (ZGB 197)

Sie enthält die Vermögenswerte, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstrandes entgeltlich erwirbt. **Ersatzanschaffungen für Eigengut bleiben indessen Eigengut** (ZGB 198 IV). Die Aufzählung von ZGB 197 II ist im Gegensatz zu derjenigen von ZGB 198 nicht abschliessend.

Bei Kapitalabfindungen von Vorsorgeleistungen (ZGB 197 II 2.) zählt nur derjenige Teil als Errungenschaft, der nicht nach der Gütertrennung als Rente geleistet worden wäre. Keine Erträge (ZGB 197 II 4.) sind Liquidationsgewinne bei der Auflösung von Handelsgesellschaften und Gratisaktien!

Es gibt keinen Zweckersatz zugunsten der Errungenschaft. Wird also ein Errungenschaftsgegenstand (z.B. Auto) durch Eigengut ersetzt, gehört der Gegenstand in das Eigengut und nicht mehr in die Errungenschaft.

ii. Das Eigengut (ZGB 198)

Das Eigengut verbleibt bei Auflösung des Güterstandes vollumfänglich beim ursprünglichen Ehegatten. Eigengut sind Gegenstände zum ausschliesslichen persönlichen Gebrauch eines Ehegatten (z.B. Schmuck). **Mitgebrauch durch Familieninterne schliesst den Eigengutscharakter aus.** Auch wenn die Finanzierung durch Errungenschaftsmittel geschieht, ist der erworbene Gegenstand dennoch dem Eigengut zuzuordnen.

Zum Eigengut gehören ferner alle Vermögenswerte, die der Ehegatte vor der Ehe erworben hat, und diejenigen, die er unentgeltlich während der Ehe erworben hat (z.B. Erbschaft, Aneignung, Fund etc.). Dazu gehört auch ein Genugtuungsanspruch.

Es gibt auch keinen Zweckersatz zugunsten des Eigengutes. Wird also ein Eigengutsgegenstand (z.B. Auto) durch Errungenschaft ersetzt, gehört der Gegenstand in die Errungenschaft und nicht mehr in das Eigengut.

ZGB 199 lässt ehevertraglich von ZGB 198 abweichen, im nämlichen bezüglich Vermögenswerte, die für die Ausübung eines Berufes oder den Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind und bezüglich der Erträge des Eigengutes.

iii. Beweisfragen

ZGB 200 I regelt die Beweislast, indem eine Vermutung des Miteigentums besteht (ehelicher Eintopf). Ergänzt wird diese Bestimmung durch ZGB 195a über das Inventar. Innerhalb der Gütermassen besteht eine Vermutung zugunsten der Errungenschaft (ZGB 200 III).

b) *Verwaltung, Haftung, Schulden*

Die Verwaltung, Nutzung und Verfügung ist in ZGB 201 geregelt: Jeder Ehegatte schaut für sich. Die Regelung entspricht also derjenigen der Gütertrennung (beachte aber ZGB 208). Zu beachten sind ferner die Verfügungsbeschränkungen in ZGB 169 (Wohnung), 178 (vom Richter bestimmte Gegenstände) und 201 II (Miteigentum).

Jeder Ehegatte haftet für seine Schulden ausschliesslich mit seinem Vermögen (ZGB 202). Eine solidarische Mithaftung ergibt sich lediglich aus ZGB 166 oder allenfalls aus einer Vereinbarung mit dem Schuldner.

Bei der Massenzuordnung von Schulden gilt, dass die Schuld diejenige Vermögensmasse belastet, mit welcher sie sachlich zusammenhängt. Im Zweifel belastet sie aber die Errungenschaft (ZGB 209 II). Ausschlaggebend ist zuerst einmal der Entstehungszeitpunkt.

c) *Das Zusammenwirken der verschiedenen Gütermassen*

Für die eigentumsmäßige Zuordnung zwischen den Ehegatten ist grundsätzlich das Sachenrecht massgebend. Beteiligen sich die Ehegatten an Sachen des andern, ist ZGB 206 massgebend (siehe hinten). Der Grundbucheintrag ist auch dann massgebend, wenn der damit Nichteigentümerehegatte mehr bezahlt hat als der Eigentümerehegatte. In einem ersten Schritt ist also das Eigentum zu bestimmen, und erst im zweiten Schritt erörtert man die Gütermasse.

Sind an einer Sache beide Gütermassen eines Ehegatten beteiligt, stellt sich die Frage der Zuordnung. Entscheidend ist der engste sachliche Zusammenhang und damit das Übergewicht der Beteiligung (ZGB 209 III). Bei gleicher Beteiligung kann in Analogie zu ZGB 200 III und 209 II von Errungenschaft ausgegangen werden. Massgebender Zeitpunkt ist derjenige des Erwerbs, danach erfolgte Investitionen sind nicht von Bedeutung. Der anderen Gütermasse steht eine variable Ersatzforderung nach ZGB 209 III zu.

Die Hypothek einer Liegenschaft belastet diejenige Gütermasse, der die Liegenschaft zuzuordnen ist. **Ausnahme, wenn die Hypothekarzinsen dauernd und regelmässig von einer anderen Gütermasse erbracht werden** (des Eigentümers oder des anderen Ehegatten) **rechtfertigt sich eine Neuzuteilung der Hypothek**. Dies trifft aber nicht zu, wenn beispielsweise der Ertrag aus Eigengut, der ja Errungenschaft darstellt (ZGB 197 II 4.) für die Hypothek aufgewendet wird. Sie bleibt dem Eigengut zugeordnet. Ferner erfolgt keine Umteilung, wenn der Hypothekarzins im Rahmen von ZGB 163 als Unterhaltsbeitrag geleistet wird.

d) *Die Mehrwertbeteiligung nach ZGB 206*

ZGB 206 behandelt die Investitionen eines Ehegatten in einen Vermögenswert des andern. Ein daraus entspringender Mehrwert wird anteilmässig verteilt, damit eine Gütermasse nicht zulasten des anderen Ehegatten finanziert wird. Da die Ehegatten oft faktisch gezwungen sind, für den anderen zu investieren, bestimmt ZGB 206 ferner eine Nennwertgarantie (ZGB 206 I); derjenige Ehegatte, welcher in einen Vermögenswert des anderen investiert, hat bei der Gütertrennung zumindest den Nennwert zugute. Der Mehrwert der Hypothek fällt auf die Gütermasse, in welcher das Eigentum der Liegenschaft steht.

Die Investition dient dem Erwerb, der Verbesserung oder der Erhaltung eines Vermögensgegenstandes. Ausserdem darf die Investition keine Schenkung darstellen. Eine solche wird nicht vermutet, und ist zu beweisen (ZGB 8).

Für die Berechnung wird der Mehrwert proportional verteilt. Eine zeitlich gestaffelte Investition ist entsprechend mehrere Male zu berechnen. Werden mehrere Investitionen in unterschiedliche Vermögenswerte gemacht, muss eine Globalabrechnung erfolgen. Dazu werden zuerst die Vermögensgegenstände einzeln abgerechnet, und dann zusammengezählt. Die Nennwertgarantie gilt nur hinsichtlich aller Investitionen!! Dabei gilt sie nicht bezüglich jeder Gütermasse, sondern nur bezüglich des Vermögens.

Der Anspruch aus ZGB 206 richtet sich gegen die Eigentümer-Gütermasse des Eigentümer-Ehegatten. Bei der Belastung wird die Nennwertgarantie nicht beachtet. Waren nach der Globalabrechnung die Investitionen höher, ist im Vermögen des Schuldners jene Gütermasse, welche unter Mithilfe des Betrages des anderen einen Mehrwert erfahren hat, mit der entsprechenden, um den Mehrwertanteil vereinigten Forderung zu belasten, während die andere Vermögensmasse für den Restbetrag bis zur Summe der ursprünglichen Investitionen aufzukommen hat.

Eine vorzeitige Rückzahlung ist nur mit Zustimmung des Gläubigerehegatten möglich (OR 81). Die Berechnung hat dabei den Mehrwertanteil zu berücksichtigen. Da ZGB 206 - entgegen 209 - dispositives Recht ist, kann die Mehrwertbeteiligung mittels einfacher Schriftlichkeit ausgeschlossen werden (ZGB 206 III).

e) Die Mehr- und Minderwertbeteiligung nach ZGB 209

ZGB 209 regelt die Mehr- und die Minderwertbeteiligung zwischen den Gütermassen desselben Ehegatten. Die Anwendung des Artikels ist die selbe wie 206, wobei allerdings Unterschiede zu beachten sind: Es besteht **keine Nennwertgarantie**, es ist **keine Schenkung zwischen den Gütermassen** möglich, die Rückzahlung ist jederzeit möglich und ZGB 209 ist **zwingender Natur**. Ein späterer Massenwechsel bleibt in jedem Falle aus.

Als weiter Spezialität ist der **Mehrwert einer Hypothek proportional auf die Gütermassen zu verteilen**. Werden die Hypothekarzinsen dauernd und regelmässig durch eine Gütermasse des Nichteigentümerehegatten erbracht, und handelt es sich dabei nicht um einen Beitrag an den ehelichen Unterhalt, wird die Hypothekarschuld ausnahmsweise an die zinserbringende Gütermasse zugeteilt.

f) Hinzurechnung und Herabsetzung (ZGB 208, 220)

i. Allgemeines

Die Hinzurechnung und die Herabsetzung bezwecken den Schutz des Anspruches eines Ehegatten auf Beteiligung am Vorschlag nach ZGB 215. Es soll verhindert werden, dass der eine Ehegatte zum Nachteil des anderen seinen Teil am Vorschlag vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung verschleudert.

ii. Hinzurechnung

Zum Vorschlag hinzugerechnet werden danach (ZGB 208) unentgeltliche Zuwendungen ohne Zustimmung des Ehegatten während der letzten fünf Jahre und Vermögensentäusserungen in Schädigungsabsicht. Die Hinzurechnung erfolgt wertmässig, im Allgemeinen ist der Verkehrswert massgebend (ZGB 211), und zwar zum Zeitpunkt der Veräusserung (ZGB 214 II). Der Berechtigte ist der Ehegatte, welcher der Entäusserung nicht zugestimmt hat. Die Gläubiger des Ehegatten haben kein Klagerecht, höchstens indirekt auf dem Wege der Schuldbetreibung (SchKG 131 I).

iii. Herabsetzung

Reicht das Vermögen desjenigen Ehegatten, der ohne Zustimmung des andern einen Vermögenswert unentgeltlich veräußerte, nicht aus, um die aufgrund der Hinzurechnung entstandene Forderung zu begleichen, kann der Berechtigte das Fehlende beim bedachten Dritten einfordern (ZGB 220). Beim gutgläubigen Empfänger beschränkt sich die Forderung auf die noch vorhandene Bereicherung (ZGB 220 III); und es handelt sich immer um eine Geldforderung.

Passivlegitimiert ist immer der bedachte Dritte. Massgebend für die Wertbestimmung ist der Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung, nicht derjenige der Auflösung des Güterstandes. Prozessual ist die Streitverkündung möglich.

g) Auflösung und güterrechtliche Auseinandersetzung

Die Auflösung des Güterstandes bewirken der Tod eines Ehegatten, die Vereinbarung eines anderen Güterstandes, die Scheidung, die Trennung, die Ungültigkeitserklärung der Ehe und die gerichtliche Anordnung der Gütertrennung (ZGB 204). Die Auflösung wird wie folgt durchgeführt:

- Auflistung aller Aktiven und Passiven.
- Trennung des Vermögens von Mann und Frau. Die Ehegatten haben ihr Eigentum zurückzunehmen, und zwar ungeachtet der Massenzugehörigkeit (ZGB 205 I). Die Schulden (z.B. ZGB 163-165, 195) sind weiter zu begleichen.
- Berechnung des Vorschlages mit Berücksichtigung allfälliger Mehrwertanteile. Ein allfälliger Rückschlag ist alleine zu tragen (ZGB 210 II). Für die Vorgehensweise wird das Vermögen der Ehegatten in Eigengut und Errungenschaft geteilt. Der Zeitpunkt für die Zugehörigkeit bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes (ZGB 207 I, vgl. ZGB 204). Für den Wert ist der Zeitpunkt der Auseinandersetzung massgebend (ZGB 214). Hier müssen v.a. auch ZGB 206, 208 f. und 220 beachtet werden.
- Bestimmung der Beteiligung am Vorschlag. Jedem Ehegatten steht die Hälfte des Vorschlages des andern zu, die gegenseitigen Forderungen sind zu verrechnen (ZGB 215), der Rückschlag ist unbeachtlich (ZGB 210 II). Die Vorschlagsbeteiligung kann abgeändert werden (ZGB 216), Grenzen im Todesfall sind die Pflichtteilsansprüche der nicht gemeinsamen Kinder. Die Abänderung im Scheidungsfall, bei Trennung und Ungültigkeitserklärung muss ausdrücklich vereinbart werden (ZGB 217).
- Erfüllung der Ansprüche. Die Ansprüche werden mit Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung fällig. Ein Zahlungsaufschub durch das Gericht bei ernsthaften Schwierigkeiten ist möglich (ZGB 218 II). Zu beachten ist ferner die mögliche Klage gegen Dritte aus ZGB 220. Dem überlebenden Ehegatten kann auf seinen Antrag die Nutzniessung oder ein Wohnrecht am Haus / Wohnung zugeteilt werden (ZGB 219 I), damit er seine bisherige Lebensweise beibehalten kann. Zudem kann er das Eigentum am Hausrat verlangen (ZGB 612a als Auffangtatbestand). Voraussetzung sind jeweils besondere Umstände (ZGB 219 III).

2.3.3. Die vertraglichen Güterstände und die Güterverbindung

a) *Die Gütergemeinschaft*

i. Allgemeines

Die Gütergemeinschaft ist von der Idee der Ehe als engste Lebens- und Schicksalsgemeinschaft geprägt. Es bestehen hier drei Gütermassen; das Gesamtgut, und das jeweilige Eigengut. Die Ehegatten haben Wahlfreiheit, was Gesamtgut werden soll oder was Eigengut verbleibt, es kann ein Inventar aufgenommen werden (ZGB 195a).

ii. Die Modelle

Das Gesetz sieht bezüglich Gesamt- und Eigengut ein Grundmodell und zwei Varianten vor (ZGB 222 ff.). Das Grundmodell ist die **allgemeine Gütergemeinschaft**, in welcher dem Eigengut nur das gesetzliche Eigengut verbleibt (ZGB 222, vgl. 225 II). Bei der **Errungenschaftsgemeinschaft** wird das Gesamtgut auf die Errungenschaft begrenzt (ZGB 223). Ferner können die Ehegatten die **Ausschlussgemeinschaft** wählen, bei welcher sie bestimmte Vermögenswerte bestimmen, die vom Gesamtgut ausgeschlossen werden (ZGB 224). ZGB 222 bezieht sich im Gegensatz zu ZGB 223 auf das gesamte, bei der Vereinbarung des Güterstandes bestehende Vermögen – also auch auf Werte, die vor der Ehe jedem einzelnen gehörten.

iii. Das Gesamtgut

Das Gesamtgut oder wenigstens die Möglichkeit, solches zu bilden, ist notwendige Voraussetzung der Gütergemeinschaft, da ansonsten eine Gütertrennung vorliegt. Je nach Modell hat es einen anderen Umfang. Zwingend vom Gesamtgut ausgenommen sind Vermögensgegenstände, welche von Gesetzes wegen Eigengut sind (ZGB 222 I). Ohne eine anderslautende Regelung fallen aber die Erträge aus Eigengut ins Gesamtgut (ZGB 223 II).

Beim Gesamtgut handelt es sich um gemeinschaftliches Eigentum (ZGB 652, 654a). Der Ehevertrag bewirkt einen aussergrundbuchlichen Eigentumswechsel, eine Änderung im Grundbuch hat nur deklaratorische Wirkung (vgl. ZGB 665 III). Beweisrechtlich haben die Ehegatten Eigengut zu beweisen (ZGB 226).

Die Verwaltung steht beiden Ehegatten zu, massgebend ist das Interesse der ehelichen Gemeinschaft (ZGB 227), die Kosten gehen zulasten des Gesamtgutes (ZGB 231 II). Für ausserordentliche Verwaltungshandlungen, d.h. für solche, die über eine gewissenhafte Vermögensverwaltung gehen, ist die Zustimmung des anderen Ehegatten nötig (ZGB 228, vgl. 227). Gutgläubige Dritte dürfen die Zustimmung des andern Ehegatten als gegeben voraussetzen. **Während bei der Errungenschaft der eine den anderen Ehegatten solidarisch verpflichtet, begründet ein Ehegatte als Verwalter bei der Gütergemeinschaft nur die Haftung seines Eigengutes und des Gesamtgutes** (vgl. ZGB 233 1.). Bzgl. der Berufsausübung und dem Gewerbebetrieb siehe ZGB 229. Auch die Ausschlagung und die Annahme einer Erbschaft haben gemeinsam zu erfolgen, weil

sie eine ausserordentliche Verwaltungshandlung darstellen (ZGB 230). Dies gilt aber freilich nur dann, wenn die Erbschaft ins Gesamtgut fällt, sowie wenn sie überschuldet ist. Bei der Auflösung des Güterstandes ist jeder Ehegatte für seine das Gesamtgut betreffenden Handlungen wie ein Beauftragter verantwortlich (ZGB 231 I), die Verwaltungsbefugnis ist aber nicht entziehbar, es kann höchstens die Gütertrennung angeordnet werden (ZGB 185).

iv. Das Eigengut

Es entsteht durch Gesetz, Ehevertrag oder durch Zuwendungen Dritter (ZGB 225) sowie durch Ersatzanschaffungen für Eigengut. Zum Mindestumfang gehören Vermögensgegenstände, die einem Ehegatten zum ausschliesslichen persönlichen Gebrauch dienen, Genugtuungsansprüche und Ersatzanschaffungen für solches Eigengut (ZGB 225 II). Jeder Ehegatte verwaltet, nutzt und verfügt selber über das Eigengut (ZGB 232).

v. Haftung und Betreibung

Für Vollschnlden haftet jeder Ehegatte mit seinem Eigengut und dem Gesamtgut. Sie entstehen aufgrund der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft oder infolge unerlaubter Handlung (ZGB 233 1. und 3.), sowie durch Vereinbarung oder durch Verwaltung des Gesamtgutes (ZGB 233 1. und 4.). Keine Vollschnlden sind Erbschaftsschnlden, selbst wenn die Erbschaft in das Gesamtgut fällt (vgl. aber ZGB 234 II).

Für alle übrigen Schnlden haftet ein Ehegatte nur mit seinem Eigengut und der Hälfte des Wertes des Gesamtgutes (ZGB 234). Ist im Ehevertrag ein anderer Aufteilungsschlüssel vereinbart, hat dies keine Auswirkung auf die Haftungsordnung gegenüber dem bisherigen Gläubigern (vgl. ZGB 193). Für die Bestimmung des Wertes des Gesamtgutes vgl. ZGB 238. Schnlden unter Ehegatten belasten im Zweifel das Gesamtgut (z.B. Mehrwertanteile, ZGB 239 i.V.m. 206).

Betreibungen sind beiden Ehegatten zuzustellen (SchKG 68a). Je nach Schuld darf nur der haftende Teil zur Pfändung herangezogen werden. (vgl. SchKG 68b). Die Pfändung des Anteils am Gesamtgut führt meistens zur Auflösung der Gütergemeinschaft (SchKG 68b, 132, ZGB 189), da der Anteil alleine nicht versteigert werden kann. Die Konkursöffnung führt immer zur Gütertrennung (ZGB 188), weshalb die Gütergemeinschaft als wenig konfliktresistent bezeichnet werden kann.

vi. Auflösung und güterrechtliche Auseinandersetzung

Die Gütergemeinschaft wird mit dem Tod eines Ehegatten, mit dessen Verschollenheit, mit Vereinbarung oder mit Konkursöffnung aufgelöst (ZGB 236 I). Die güterrechtliche Auseinandersetzung erfolgt in drei Schritten:

- Feststellung des Gesamtgutes. Massgebender Zeitpunkt ist derjenige der Auflösung des Güterstandes (ZGB 236 III). Die Schnlden belasten im Zweifel das Gesamtgut (ZGB 238 II). Der Rückschlag ist gemeinsam zu tragen. Gegenseitige Schnlden der verschiedenen Massen sind zu verrechnen (ZGB 238 I). Sinngemäss ist ZGB 206 anwendbar (ZGB 239).

- Bestimmung der Anteile. Die Teilung erfolgt grundsätzlich hälftig, doch kann eine andere Teilung im Ehevertrag vereinbart werden (ZGB 241 II), solange die Pflichtteile gewahrt werden (ZGB 241 III). **Im Unterschied zu ZGB 216 können hier die gemeinsamen Kinder nicht benachteiligt werden.** Bei Scheidung, Ungültigkeitserklärung, gesetzlicher oder gerichtlicher Gütertrennung nimmt jeder Ehegatte zurück, was unter der Errungenschaftsbeteiligung sein Eigengut wäre (ZGB 242 mit Verweis auf 198). Diese Eheauflösung führt von Gesetzes wegen zu einer nachträglichen Errungenschaftsgemeinschaft. Bei der Zwangsvollstreckung gilt dasselbe unter den Ehegatten, nicht aber gegenüber den Gläubigern.
- Durchführung der Aufteilung. Siehe dazu ZGB 243 ff.

b) Die Gütertrennung

Die Gütertrennung ist eigentlich ein Nichtgüterstand. Es bestehen nur zwei Vermögen, nämlich diejenigen der Ehegatten. Die Ehegatten werden bzgl. Eigentum, Verwaltung, Verfügung und Nutzung wie unverheiratete Personen behandelt (vgl. ZGB 247).

Die Gütertrennung kann ehevertraglich vereinbart werden (ZGB 182). Ausserordentlich entsteht er von Gesetzes wegen (ZGB 188, 118) oder auf richterliche Anordnung (ZGB 137, 176, 185). Im Gegensatz zur Errungenschaftsbeteiligung entfällt die Anwendung von ZGB 206 und 208. Es besteht wie in den anderen Güterständen eine Miteigentumsvermutung (ZGB 248 II). Auf die Fälligkeit von Schulden zwischen den Ehegatten hat der Güterstand keinen Einfluss, möglich sind aber besondere Zahlungspflichten (ZGB 250 II).

Die Beendigung der Ehe zieht keine eigentliche güterrechtliche Auseinandersetzung nach sich, da mit Ausnahme von ZGB 251 die Vermögen getrennt voneinander bleiben. Die Auseinandersetzung beschränkt sich daher auf die Rücknahme der Vermögenswert und die Regelung der Schulden (ZGB 205 I und III).

c) Die Güterverbindung (Überblick)

Die Güterverbindung war bis 1988 der gesetzliche ordentliche Güterstand. Ehegatten leben noch heute in der Güterverbindung, **wenn sie eine ehevertragliche Änderung vorgenommen haben, und bis Ende 1988 nicht vereinbarten, sich dem neuen ordentlichen Güterstand zu unterstellen** (SchlT ZGB 10). **Ausserdem gilt dieser Güterstand, wenn die Ehegatten bis Ende 1988 nicht vereinbarten, die Güterverbindung beizubehalten** (SchlT ZGB 9).

Das eheliche Vermögen besteht aus der Errungenschaft des Mannes, und dem jeweiligen eingebrachten Gut (3 Vermögensmassen). Daneben bestehen die jeweiligen Sondergute, d.h. bei der Güterverbindung bestehen 5 Vermögensmassen. Die „Errungenschaft“ der Frau ist im Gegensatz zum Mann Sondergut. Das eingebrachte Gut umfasst das Vermögen vor dem Eheschluss, sowie alles unentgeltlich zugekommene Vermögen während der Ehe. Sondergut entsteht durch Ehevertrag, durch Zuwendungen Dritter zu Sondergut oder kraft Gesetzes. Der Arbeitserwerb der Frau und Genugtuungsansprüche sind ebenfalls Sondergut.

Vertretbare Sachen (z.B. Geld) gehen in das Eigentum des Ehemannes. Ausserdem vermutet das Gesetz im Verhältnis unter den Ehegatten Mannesgut, ferner vermutet es jeweils zugunsten des ehelichen Vermögens. Die Verwaltung und Nutzung des ehelichen Vermögens obliegt dem Mann, diejenige der Sondergüter ist frei. Der Ehemann hat eine umfassende Verfügungsberechtigung, und haftet auch dafür (die Ehefrau subsidiär).

Die güterrechtliche Auseinandersetzung wird in drei Schritten durchgeführt:

- Auflösung des ehelichen Vermögens, d.h. Eigentumsausscheidung zwischen Mann und Frau.
- Aussonderung der Gütermassen innerhalb des Mannesgutes.
- Zuweisung bzw. Aufteilung von Vor- und Rückschlag ($\frac{1}{3}$ bzw. $\frac{2}{3}$; die Ehefrau ist nicht am Rückschlag beteiligt).

3. Die Verwandtschaft

3.1. *Einleitung*

Unter Verwandtschaft behandelt das ZGB in erster Linie das Verhältnis zwischen Kindern und Eltern, das sogenannte **Kindesverhältnis**. Hinzu kommen mehrere Rechtsinstitute, die auch auf weitere Verwandte oder in gemeinsamem Haushalt lebende Personen zugeschnitten sind. Neben den ZGB-Normen können die Artikel der KRK (Kinderrechtskonvention) direkt angewendet werden.

3.2. *Die Entstehung des Kindesverhältnisses im Allgemeinen*

3.2.1. **Natürliches und rechtliches Kindesverhältnis**

Mit "Kindesverhältnis" wird - unabhängig von jeder rechtlichen Regelung - ausgedrückt, dass zwischen zwei Menschen eine Eltern-Kind-Beziehung besteht.

Das Kindesverhältnis im Rechtssinn ist die vom Recht anerkannte grundlegende Beziehung zwischen einem Kind und seinen Eltern bzw. Mutter und Vater. Es berücksichtigt den zweifachen Grund des natürlichen Kindesverhältnisses, die biologische Abstammung und die sozialpsychische Beziehung. Wo die beiden natürlichen Kindesverhältnisse auseinanderklaffen können, muss das Gesetz entscheiden, ob die biologische oder die sozialpsychische Elternschaft den Ausschlag geben soll. Ein doppeltes Kindesverhältnis (etwa des gleichen Kindes zu zwei Vätern) ist rechtlich untragbar.

3.2.2. **Die Entstehung des Kindesverhältnisses zur Mutter**

Weil man die Mutter eines Kindes fast immer kennt, erwähnt denn auch das Gesetz als besonderen Entstehungsgrund des Mutter-Kind-Verhältnisses nur die Geburt (ZGB 252 I). Das gilt für verheiratete wie für unverheiratete Mütter. Daneben entsteht ein Kindesverhältnis zur Mutter einzig durch Adoption (ZGB 252 III, 267 I). Andere Entstehungsgründe kennt das ZGB nicht.

Auf Grund moderner Fortpflanzungsmethoden ist es möglich, dass die ausserhalb des Mutterleibs befruchteten Eizellen nicht von der Gebärenden stammen. Die Eispende ist zwar verboten (FMedG 4); erfolgt sie dennoch, entsteht das entsprechende Kindesverhältnis gestützt auf ZGB 252 I **zur Geburtsmutter und nicht zur Eispenderin**. Eine Anfechtung und Anerkennung der Mutterschaft analog zur Anfechtung und Anerkennung

der Vaterschaft (ZGB 256, 260) ist daher grundsätzlich weder notwendig noch überhaupt möglich. Ist ausnahmsweise die im Zivilstandsregister eingetragene Mutterschaft streitig, so steht jedermann, der ein Interesse hat, jederzeit eine **Berichtigungsklage nach ZGB 42** zu. Fehlt ein solcher Eintrag, so kann jeder Interessierte jederzeit auf Feststellung des Kindesverhältnisses zur Mutter klagen (Mutterschaftsklage; sie ergeht im summarischen Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten [EG ZGB 30 i.V.m. ZPO 11]).

Das Kindesverhältnis zur Mutter begründet die rechtliche Zuordnung des Kindes zur Mutter (und deren Verwandtschaft), ist aber auch Grundlage für die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater (ZGB 255 I, 260 I).

3.2.3. Übersicht über die Entstehungsgründe des Kindesverhältnisses zum Vater

Das ZGB kennt drei besondere Entstehungsgründe des Kindesverhältnisses zum Vater: die Ehe der Mutter, die Anerkennung und Gerichtsurteil (ZGB 252 II). Darüber hinaus entsteht das Kindesverhältnis zum Vater auch durch Adoption (ZGB 252 III). Diese Aufzählung ist abschliessend. Die nachfolgende Heirat der Eltern bleibt allerdings von Bedeutung für die Wirkungen des Kindesverhältnisses und die Anfechtung der Anerkennung (ZGB 259).

3.2.4. Das Verfahren auf Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses

a) *Gerichtsstand*

ZGB 254 enthält einheitliche Verfahrensvorschriften für alle Klagen auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses (Untersuchungs- und Officialmaxime sowie die Duldungspflicht der Parteien für medizinische Eingriffe). Daneben kennt GestG 16 einen Wahlgerichtsstand am Wohnsitz einer Partei. Massgeblich ist der Wohnsitz zur Zeit der Geburt oder der Adoption oder aber zur Zeit der Klage. Der Wohnsitz zur Zeit der Klage bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit. Dieser Gerichtsstand gilt zunächst - wie soeben erwähnt - für alle Klagen auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses (inklusive Anfechtung der Adoption), sodann aber auch für Ansprüche der unverheirateten Mutter (ZGB 295 I) sowie für eine Unterhaltsklage, die zusammen mit der Vaterschaftsklage eingereicht wird (ZGB 280 III; anders für die selbständige Unterhaltsklage: ZGB 279 II). Bei Fällen mit Auslandsberührung gelten IPRG 66 f.

b) *Untersuchungsmaxime*

Gemäss ZGB 254 1. erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen. Da das Kindesverhältnis zum Vater ausserhalb eines Prozesses durch Anerkennung (also durch eine reine, die Behörden bindende, Parteierklärung) begründet werden kann, **ist die Anerkennung auch im Vaterschaftsprozess möglich** (ZGB 260 III), mit der Wirkung, dass das Gericht daran gebunden ist. Auch eine ausserprozessuale Anerkennung kann aber gemäss ZGB 260a-c angefochten werden (im beschleunigten Verfahren [EG ZGB 46]).

c) *Mitwirkung bei Abstammungsgutachten*

ZGB 254 2. verpflichtet Parteien und Dritte unter zwei Voraussetzungen zur persönlichen Mitwirkung bei Untersuchungen: Das Gutachten ist zur Aufklärung der Abstammung nötig und die Mitwirkung ist ohne Gefahr für die Gesundheit der verpflichteten Person. **ZGB 254 ist die gesetzliche Grundlage im Sinne von BV 36, da meist Grundrechte der Betroffenen berührt sein sollten.** Dritte sind namentlich Personen, die als Erzeuger in Frage kommen, notfalls aber auch solche nahe Verwandte von Beteiligten, **denen sonst ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommen würde.** Darf bei unbefugter Weigerung des Verpflichteten körperlicher Zwang angewendet werden? Dagegen werden ernsthafte Vorbehalte angebracht. Wohl aber bestehen mittelbare Sanktionen bei ungerechtfertigter Weigerung: Ungehorsamsstrafen nach Prozessrecht oder im Sinn von Art. 292 StGB, Schadenersatzpflichten gemäss OR 41 ff. Im Übrigen würdigt das Gericht dieses **Verhalten nach freier Überzeugung** (ZGB 254 1.).

3.3. *Die einzelnen Entstehungsgründe des Kindesverhältnisses*

3.3.1. Die Vaterschaft des Ehemannes

a) *Die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes*

Der Ehemann gilt als Vater. Für die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater ist also die Ehe der Mutter von zentraler Bedeutung. Die Vermutung gilt unabhängig davon, ob der Ehemann der Mutter beigezogen hat. Der Ehemann gilt auch als Vater nicht nur bei homologer (Samen des Ehemannes), sondern auch bei heterologer künstlicher Insemination (Verwendung von Samen eines Dritten).

Die gesetzliche Vermutung der Vaterschaft gilt unter folgenden Voraussetzungen (ZGB 255):

- Das Kind wird während der Ehe (also auch kurz nach der Trauung) geboren.
- Das Kind wird es wird innert 300 Tagen nach dem
 - o Tod des Ehemannes geboren (ZGB 255 II). Da Schwangerschaften erfahrungsgemäss länger als 300 Tage dauern können, gilt die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes auch bei späterer Geburt, ist aber zusätzlich an den Nachweis der Zeugung vor dem Tod des Ehemannes geknüpft (ZGB 255 II).
 - o seit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht geboren (ZGB 255 III; vgl. 38 II).

Bei sonstiger Auflösung der Ehe (also durch Scheidung oder Ungültigerklärung der Ehe): besteht keine Vermutung der Vaterschaft, was zur Folge hat, dass das Kind (vorerst) den

Namen der Mutter trägt und deren Bürgerrecht erwirbt und sie allein (zunächst) Inhaberin der elterlichen Sorge ist. Will der frühere Ehemann die Vaterschaft begründen, so muss er das Kind im Sinn von ZGB 260 anerkennen.

Die Vermutung der Vaterschaft kann ausnahmsweise auf zwei Väter zutreffen. Ein solches Zusammentreffen zweier Vermutungen ist gemäss dem ZGB 255 nur denkbar, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst worden ist. Für diesen Fall gilt der zweite Ehemann als Vater (ZGB 257 I) und bei Beseitigung dieser Vermutung der erste, also der verstorbene (ZGB 257 II).

b) Die Anfechtung der Vaterschaft

i. Legitimation

Die naheliegende und vom Gesetz sanktionierte Vermutung der Vaterschaft des Mannes der verheirateten Mutter ist nicht unumstösslich.

Ein Anfechtungsrecht steht zunächst **dem als Vater vermuteten Ehemann** zu (ZGB 256 I 1). Ist er vor Ablauf der Klagefrist gestorben oder urteilsunfähig geworden, so treten an seine Stelle **Vater oder Mutter** (ZGB 258 I) - und nur diese, nicht etwa die Erben. Keine Klage hat der Ehemann, welcher der Zeugung durch einen Dritten oder der Samenspende zugestimmt hat (ZGB 256 III). Das **Kind ist nur aktivlegitimiert, wenn während seiner Unmündigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat** (wegen Scheidung, gerichtlicher Trennung oder Tod eines Ehegatten, aber auch bei faktischer Trennung, wenn zu erwarten ist, sie werde auf unbestimmte Zeit fort dauern). Ist das Kind urteilsfähig, so übt es sein Recht selbst aus; anderenfalls handelt ein Beistand (ZGB 392 2. i.V.m. 418) oder ein vorhandener Vormund. Für den Fall, dass ein Kind durch Samenspende gezeugt worden ist, verweist ZGB 256 III auf das Fortpflanzungsmedizingesetz. Nach FMedG 23 I hat das Kind kein Anfechtungsrecht, wenn es nach den Bestimmungen des FMedG durch eine Samenspende gezeugt worden ist. Das Klagerrecht besteht somit, wenn die für die künstliche Befruchtung massgebenden Bestimmungen des FMedG nicht eingehalten wurden. Weitere Personen haben kein Klagerecht, so insbesondere die Mutter oder der biologische Vater. Denkbar wäre hier eine Vormundschaftsbeschwerde (vgl. ZGB 420), die auf eine Verbeiständung zielt.

Beklagte im Anfechtungsprozess sind bei der Klage des Ehemannes das Kind und die Mutter, bei der Klage des Kindes der Ehemann und die Mutter (ZGB 256 II).

ii. Der Klagegrund (der Beweis)

Der Kläger begründet seine Anfechtung damit, dass die gemäss ZGB 255 vermutete Vaterschaft des Ehemannes nicht besteht. Es wird unterschieden:

- Bei **Zeugung während der Ehe** hat der Kläger den Beweis der Nichtvaterschaft zu erbringen (ZGB 256a I); dass Zeugung während der Ehe vorliegt, wird vermutet, wenn das Kind frühestens 180 Tage nach Abschluss und spätestens 300 Tage nach Auflösung der Ehe durch Tod geboren wurde (ZGB 256a II).

- Bei **Zeugung vor der Ehe oder während der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts** braucht der Kläger vorerst seine Anfechtung nicht weiter zu begründen (ZGB 256b II); vielmehr wird vermutet, der Kläger habe der Mutter nicht beige- wohnt, er sei also nicht der Vater. Die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes und mithin die Beweislast des Klägers (für die Nichtvaterschaft) lebt aber auch in diesem Fall wieder auf, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Ehemann der Mut- ter zur Zeit der Empfängnis beige- wohnt hat (ZGB 256b II).

Das Gesetz umschreibt zu Recht nicht näher, wie der Beweis der Nichtvaterschaft er- bracht werden kann. Für den entsprechenden Beweis käme etwa nachgewiesene Landes- abwesenheit während der möglichen Konzeptionszeit in Frage, oder ein DNA-Gutachten.

iii. Die Klagefrist

Für den Ehemann beträgt die **relative Frist ein Jahr**. Sie beginnt vom Zeitpunkt an zu laufen, da der Ehemann Kenntnis hat von der Geburt und entweder davon, dass er nicht der Vater ist, oder aber von der Tatsache, dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beige- wohnt hat (ZGB 256c II). Blosser Unsicherheit über seine Vaterschaft genügt nicht, es sei denn, aus den Umständen ergebe sich, dass er sich Gewissheit ver- schaffen muss. Neben dieser relativen einjährigen Frist ist eine **absolute Verwirkungs- frist von fünf Jahren** zu beachten; sie berechnet sich vom Tag der Geburt des Kindes an (ZGB 256c II). Für die Klage der Eltern an Stelle des verstorbenen oder nunmehr ur- teilsunfähigen Ehemannes (ZGB 258) beginnt die relative einjährige Verwirkungsfrist, falls sie für den Ehemann nicht schon abgelaufen ist, frühestens mit Kenntnis des Todes oder der Urteilsunfähigkeit ihres Sohnes (d. h. des Ehemannes): ZGB 258 III.

Für das Kind tritt die Verwirkung erst **ein Jahr nach Erreichen des Mündigkeitsalters** ein (ZGB 256c II). Das Kind kann aber selbstverständlich schon vor Erreichen der Mün- digkeit klagen, entweder selber (bei Urteilsfähigkeit; ZGB 19 II) oder durch einen Bei- stand bzw. Vormund.

ZGB 256c III lässt trotz Ablauf "der Frist" eine Anfechtung zu, wenn die Verspä- tung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird.

iv. Verfahren

Das Verfahren ist kantonal geregelt. Im Aargau ist das Bezirksgericht zuständig (vgl. ZPO 11 i.V.m. 12). Es findet dabei das beschleunigte Verfahren Anwendung (EG ZGB 46 i.V.m. 88 ZPO). Es findet kein Vermittlungs- verfahren vor dem Friedensrichter statt (ZPO 136 a).

3.3.2. Die Anerkennung

a) Voraussetzungen

Die Anerkennung begründet ein Kindesverhältnis zum Vater. Die Anerkennung steht un- ter einer positiven und einer negativen Voraussetzung: Positiv setzt sie voraus, dass ein **Kindesverhältnis zur Mutter** besteht (ZGB 260 I). Ein empfangenes, noch ungebore- nes Kind (ein Nasciturus) kann bereits ab der Zeugung anerkannt werden (ZStV 102 Ibis), unter dem Vorbehalt, dass es lebend geboren wird (ZGB 31 II). Negativ setzt die

Anerkennung voraus, dass noch **kein Kindesverhältnis zu einem Vater besteht**. Die biologische Vaterschaft des Anerkennenden ist nicht Voraussetzung der Anerkennung; fehlt sie, so kann allerdings die Anerkennung mit Erfolg angefochten werden (ZGB 260b I). **Ein adoptiertes Kind kann nicht anerkannt werden (ZStV 102 II), selbst wenn eine Einzeladoption durch eine Frau vorliegt.**

b) Parteien

Nur der Vater kann anerkennen. Ist er gestorben, muss eine Vaterschaftsklage eingereicht werden (ZGB 261 II). Die Anerkennung ist ein höchstpersönliches Recht, und zwar insofern absolut höchstpersönlich, als bei Urteilsunfähigkeit des Vaters eine Anerkennung schlechthin ausgeschlossen ist. Ist der (urteilsfähige) Vater unmündig oder entmündigt, so müssen die Eltern oder der Vormund der Anerkennung zustimmen (ZGB 260 II). Bei Verweigerung der Zustimmung durch die Eltern steht die Vaterschaftsklage (ZGB 261 ff.), bei einem Nein des Vormundes zunächst die Vormundschaftsbeschwerde (ZGB 420) zur Verfügung.

Die Anerkennung als Willenserklärung, welche eine Vaterschaft im Rechtssinn, begründen soll, ist formbedürftig (ZGB 260 III): Sie erfolgt entweder als **Erklärung vor dem Zivilstandsamt (vgl. ZStV 105 II), durch letztwillige Verfügung (Testament) oder vor Gericht.**

c) Anfechtung der Anerkennung

Da auch der nichtbiologische Vater anerkennen kann, ist die Anfechtung der Anerkennung möglich. **Als Kläger im Anfechtungsprozess kann jedermann, der ein Interesse hat, auftreten** (ZGB 260a I). Der Anerkennende selber kann bei Vorliegen von Willensmängeln ebenfalls anfechten (ZGB 260a II, Drohung, Irrtum und Täuschung).

Enger umschrieben ist der Kreis der Anfechtungsberechtigten bei **Heirat der Eltern** eines vor der Ehe geborenen Kindes (ZGB 259 II):

- **Mutter.**
- **Heimat- oder Wohnsitzgemeinde** des Ehemannes (d. h. des Anerkennenden). Dies ist der Gemeinderat (EG ZGB 49).
- **Ehemann.**
- **Kind** oder - nach seinem Tod - dessen Nachkommen, sofern
 - o der gemeinsame Haushalt während der Mündigkeit aufgehoben wurde; oder
 - o die Anerkennung erst nach Vollendung des zwölften Lebensjahres ausgesprochen worden ist.

Kein Klagerecht hat also in diesem Fall der (angebliche oder auch wirkliche) biologische Vater des Kindes (ebenso wenig wie er die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes anfechten kann: ZGB 256). **Beklagte im Anfechtungsprozess sind der Anerkennende und das Kind, soweit sie nicht selber klagen (ZGB 260a III).**

d) Beweis und Verfahren

Zu beweisen ist die Nichtvaterschaft des Anerkennenden. Die Beweislast trägt der Kläger (ZGB 260b I). Für Mutter und Kind als Klägerinnen gilt jedoch eine andere Beweislastverteilung: Zunächst hat der Anerkennende glaubhaft zu machen, dass er der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt habe; erst dann tragen Mutter und Kind die Beweislast für die Nichtvaterschaft (ZGB 260b II). Ficht der Anerkennende das Kindesverhältnis an, so hat er vorerst den Willensmangel (ZGB 260a II) nachzuweisen.

Die Bestimmungen über die Klagefristen decken sich mit jenen für die Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes (ZGB 260c und 256c). Erfolgt die Anerkennung erst nach der Mündigkeit des Kindes, so gelten die relative und die absolute Frist von ZGB 260 I auch für das Kind. Besonderheiten der Anerkennung berücksichtigt ZGB 260c I: Die Jahresfrist beginnt zu laufen, wenn der Kläger Kenntnis hat sowohl von der Anerkennung wie auch von der Tatsache, dass der Anerkennende nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat; klagt der Anerkennende, so läuft die Jahresfrist von der Entdeckung des Irrtums oder dem Wegfall der Drohung an. Die fünfjährige absolute Verwirkungsfrist beginnt mit der Anerkennung.

Das Verfahren ist kantonal geregelt. Im Aargau ist das Bezirksgericht zuständig (vgl. ZPO 11 i.V.m. 12). Es findet dabei das beschleunigte Verfahren Anwendung (EG ZGB 46 i.V.m. 88 ZPO). Es findet kein Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter statt (ZPO 136 a).

3.3.3. Die Vaterschaftsklage

a) Inhalt der Klage und Parteien

Die Vaterschaftsklage ist die Klage auf Feststellung des Kindesverhältnisses zwischen dem Kind und dem Vater (ZGB 261 I). Mit der Vaterschaftsklage kann die Klage auf Leistung von Unterhalt verbunden werden (ZGB 280 III). Sie ist ausgeschlossen, wenn bereits ein Kindesverhältnis zu einem Mann besteht (ZGB 263 II).

Klägerinnen können sowohl die Mutter wie das Kind sein (ZGB 261 I). Klagen Mutter und Kind, so sind die Klagen zu koordinieren. Das urteilsfähige Kind führt den Prozess selbst; für das urteilsunfähige Kind handelt der Beistand gemäss ZGB 309 oder der Vormund. Beklagter ist der Vater. Nach seinem Tod richtet sich die Klage der Reihe nach gegen die Nachkommen, die Eltern, die Geschwister (unter Einschluss der Halbgeschwister, ZGB 261 II) und gegen die zuständige Behörde des letzten Wohnsitzes des Vaters. Im Aargau ist dies der Gemeinderat (EG ZGB 50). Wenn der Vater gestorben ist, hat überdies das Gericht seiner Ehefrau die Einreichung der Klage mitzuteilen (ZGB 261 III).

b) Der Klagegrund (der Beweis)

Beweisthema jeder Vaterschaftsklage ist die biologische Vaterschaft des Beklagten. Gelingt der Mutter oder dem Kind dieser Beweis, so ist die Klage gutzuheissen (z.B. bei einer Wahrscheinlichkeit von 99.8% mittels serostatischem Gutachten, oder mit praktisch 100% sicherem DNA-Gutachten). Wenn der Beklagte nachweist, dass seine Vaterschaft

ausgeschlossen oder weniger wahrscheinlich als die eines Dritten ist, sind gemäss BGer keine Gutachten anzufordern (ZGB 262 III). Der Nachweis, dass die Vaterschaft des Beklagten weniger wahrscheinlich ist als die eines Dritten wird regelmässig mit naturwissenschaftlichen Gutachten (primär DNA-Gutachten) geführt.

Offen bleibt der indirekte Weg über den Nachweis, der Beklagte habe der Mutter in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tag vor der Geburt des Kindes beigeohnt. In diesem Fall wird die Vaterschaft vermutet (ZGB 262 I).

c) Klagefrist und Verfahren

Die Klage kann vor oder nach der Niederkunft des Kindes angebracht werden (ZGB 263 I) Sie ist **von der Mutter vor Ablauf eines Jahres seit der Geburt** einzureichen.

Völlig anders ist indessen die Frist für die Klage des Kindes: Sie dauert wie für die Anfechtungsklagen (ZGB 256c II und 260c II) bis ein Jahr über die Mündigkeit hinaus (ZGB 263 I 2.). Solche "verspätete" Klagen sind wegen der obligatorischen Beistandsbestellung (ZGB 309) nicht in grosser Fülle zu erwarten.

Eine Vaterschaftsklage ist nur möglich, wenn nicht schon ein (rechtliches) Kindesverhältnis zu einem Mann besteht. Muss ein solches erst noch beseitigt werden, so haben Mutter und Kind in jedem Fall noch ein Jahr Zeit zur Einreichung der Vaterschaftsklage (ZGB 263 II). Im Übrigen gewährt das Gesetz bei Verspätung aus wichtigen Gründen für die Vaterschaftsklage wie bei den Anfechtungsklagen (ZGB 256c III, 260c III) eine Fristerstreckung (ZGB 263 III).

Das Verfahren ist kantonal geregelt. Im Aargau ist das Bezirksgericht zuständig (vgl. ZPO 11 i.V.m. 12). Es findet dabei das beschleunigte Verfahren Anwendung (EG ZGB 46 i.V.m. 88 ZPO). Es findet kein Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter statt (ZPO 136 a).

3.3.4. Die Adoption

a) Die Voraussetzungen

Ein Kind darf nur adoptiert werden, wenn dies seinem Wohl dient (ZGB 264); das Kindeswohl, das alle Aspekte der Persönlichkeit umfasst, ist der leitende Gesichtspunkt schlechthin, der auch für die Auslegung aller übrigen Bestimmungen heranzuziehen ist.

Die einzelnen Voraussetzungen sind (ZGB 264):

- Ein Jahr Pflege durch die künftigen Adoptiveltern bzw. der Adoptivmutter / des Adoptivvaters.
- Keine Benachteiligung anderer Kinder. Der Teilverlust des Erbanspruchs als solcher bildet dabei keine unbillige Beeinträchtigung.
- Unmündigkeit zum Zeitpunkt der Einreichung des Adoptionsgesuchs (ZGB 268 III, vgl. aber unten zur Erwachsenenadoption).
- Mindestens ein Altersunterschied von 16 Jahren zu den Adoptiveltern (ZGB 265 I).

- Zustimmung des Kindes bei Urteilsfähigkeit (ZGB 265 II).
- Zustimmung der vormundschaftlichen Behörde (ZGB 265 III).
- Zustimmung von Vater und Mutter des zu Adoptierenden (ZGB 265a I) bei der Vormundschaftsbehörde. Die Zustimmung ist nicht vor Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt möglich und kann während sechs Wochen einmalig frei widerrufen werden (ZGB 265b). Die Zustimmung ist aber nur erforderlich, wenn die Eltern bekannt sind und sie sich ernstlich um das Kind gekümmert haben (ZGB 265c).
- Zustimmung der Adoptiveltern bzw. der Adoptivmutter/des Adoptivvaters.

Die **Einzeladoption** ist grundsätzlich unverheirateten (ledigen, verwitweten oder geschiedenen) Personen vorbehalten. Abgesehen vom **Minimalalter** (35. Altersjahr) stellt das Gesetz keine besonderen Voraussetzungen auf, die über die allgemeinen Voraussetzungen (ZGB 264) hinausgehen. Da die Adoptierende in der Regel alleine für die Erziehung des Adoptivkindes zuständig ist, sind die Voraussetzungen, die an ihre zeitliche Verfügbarkeit gestellt werden, grundsätzlich grösser als im Fall eines Ehepaars. Eine Halbtagsarbeit ist aber in der Regel nicht ausgeschlossen. Verheiratete Personen dürfen nur in Ausnahmefällen allein adoptieren: Diese sind gegeben, wenn die gemeinschaftliche Adoption nach den in ZGB 264b II aufgezählten Fällen (Urteilsunfähigkeit, unbekannter Aufenthalt von mehr als zwei Jahren) unmöglich ist oder die Ehe seit mehr als drei Jahren gerichtlich getrennt ist (ZGB 264b II) und ferner im wichtigen Fall der Adoption des Kindes des anderen Ehegatten, der Stiefkindadoption (ZGB 264a III). Durch die Stiefkindadoption wandelt sich das bisherige Kindesverhältnis zum leiblichen Elternteil in ein gemeinschaftliches Kindesverhältnis zum leiblichen und zum Stiefelternteil.

Die **gemeinschaftliche Adoption** ist Ehepaaren vorbehalten. Das Gesetz fördert bewusst die Ehegattenadoption: Während Unverheiratete erst adoptieren dürfen, wenn sie 35 Jahre alt sind (ZGB 264b I), ist die (gemeinschaftliche) Adoption durch Eheleute zulässig, wenn diese **fünf Jahre verheiratet** sind (ZGB 264a III); um der Rechtsgleichheit Willen **entfällt diese Voraussetzung der Ehedauer bei fünfunddreissigjährigen Eheleuten** (ZGB 264a II und III). Ehepaare können auch dann noch gemeinschaftlich adoptieren, wenn der gemeinsame Haushalt (faktisch oder rechtlich in Form einer Ehe-schutzmassnahme [ZGB 175] oder vorsorglichen Massnahme [ZGB 137]) aufgehoben ist. **Selbst die Ehetrennung (ZGB 117) oder eine nach Beginn des Adoptionsverfahrens ausgesprochene Scheidung schliesst die gemeinsame Adoption nicht aus.**

Eine Sonderregelung besteht für die **Mündigenadoption** (besser: Erwachsenenadoption). Sie ist nur möglich, wenn die adoptierende Person **keine Nachkommen** hat. Das gilt ohne Ausnahmen, mithin auch für die Adoption des mündigen Kindes des Ehegatten. Im Übrigen kann sie nur beim Vorliegen **wichtiger Gründe** ausgesprochen werden (ZGB 266). Ferner gestattet es auch in den anderen Fällen (ZGB 266 3.) die Adoption nur nach fünfjähriger Hausgemeinschaft zwischen den Beteiligten. Eine verheiratete Person kann nur mit Zustimmung ihres Ehegatten adoptiert werden (ZGB 266 II). Im Übrigen finden die Bestimmungen über die Unmündigenadoption entsprechend Anwendung (ZGB 266 III). Dies gilt auch für den Altersunterschied, nicht jedoch bei der Zustimmung der Eltern.

b) Die Wirkungen

Die Adoption ist eine Volladoption. Das adoptierte Kind erhält die **Rechtsstellung eines Kindes der Adoptiveltern** (ZGB 267 I) und tritt in die **Verwandtschaft** der Adoptierenden ein, wie wenn es als Kind der Adoptiveltern geboren wäre. Dies gilt insbesondere auch für das **Bürgerrecht** (für Letzteres nur bei der Unmündigenadoption: ZGB 267a). Die Wirkungen treten mit dem Zeitpunkt der Rechtskraft der Adoption ein. Die Adoptiveltern können dem Adoptivkind bei der Adoption einen **neuen Vornamen** geben (ZGB 267 III). Dies gilt naturgemäss bei der Mündigenadoption nicht, da dieses Recht Ausfluss der elterlichen Sorge ist, die grundsätzlich (s. die Ausnahme in ZGB 385 III) nur über Unmündige besteht (ZGB 296 I). Will das Adoptivkind seinen bisherigen Familiennamen beibehalten, bedarf es einer Namensänderung gemäss ZGB 30 I; dabei stellen die mit dem adoptionsbedingten Namenswechsel regelmässig verbundenen Unannehmlichkeiten aber noch keine wichtigen Gründe dar.

Die Rechtsbeziehungen zu den bisherigen Eltern und deren Verwandten (Namen, Erbrecht, Bürgerrecht, Unterhaltungspflicht, Unterstützungspflicht, elterliche Sorge) erlöschen. Vorbehalten bleiben zwei Fälle: Das Ehehindernis der Verwandtschaft zwischen dem Adoptivkind und seinen Nachkommen einerseits und seiner angestammten Familie andererseits bleibt bestehen (ZGB 95 II). Ferner hebt die Stiefkindadoption natürlich das bestehende Kindesverhältnis zur Ehegattin des Stiefvaters oder zum Ehegatten der Stiefmutter nicht auf (ZGB 267 II).

c) Das Verfahren

Die Adoption ist das Ergebnis eines staatlichen Hoheitsaktes, der allerdings auf Antrag und mit Zustimmung der Beteiligten erfolgt. Lange bevor es zum Entscheid über die Adoption kommt wird regelmässig die Adoptionsvermittlung tätig. Nach ZGB 269c obliegt die Aufsicht über die Vermittlung dem Bund. Die berufsmässige Vermittlung (von der Tätigkeit vormundschaftlicher Organe abgesehen) ist bewilligungspflichtig (ZGB 269c II). Der Bundesrat hat gestützt auf ZGB 269c III eine Verordnung über die Adoptionsvermittlung erlassen, die sich vornehmlich mit der bewilligungspflichtigen Vermittlung beschäftigt. Die Vormundschaftsbehörden haben das Recht zur Adoptionsvermittlung (ZGB 269c II); darüber hinaus haben sie auch die Aufgabe, sorgfältig zu prüfen, ob sich nicht eine Freigabe des Kindes zur Unterbringung bei Adoptiveltern aufdrängt.

Das Verfahren wird eingeleitet durch das Gesuch der Adoptiveltern, das erst anhand genommen werden darf, wenn die genau umschriebenen zeitlichen Voraussetzungen (Mindestdauer von Pflege und Erziehung, Mindestdauer der Ehe, Mindestalter) erfüllt sind.

ZGB 268 sieht zwei wichtige Fälle vor, welche eine Adoption ermöglichen, **obwohl nach der Einreichung des Gesuchs an sich notwendige Voraussetzungen wegfallen**: Im Fall des Todes oder der nachträglichen Urteilsunfähigkeit der Adoptiveltern (ZGB 268 II) sowie bei der inzwischen eingetretenen Mündigkeit des Adoptivkindes (ZGB 268 III) ist eine Adoption möglich, obwohl die nach der Einreichung des Gesuchs an sich notwendigen Voraussetzungen wegfallen.

Zuständig für den Adoptionsentscheid ist eine kantonale Behörde am Wohnsitz der Adoptiveltern (ZGB 268 I; der Regierungsrat [EG ZGB 47 I] ist zuständig für den Entscheid; das Departement

Volkswirtschaft und Inneres jedoch für die Abklärungen, vgl. § 1 der kantonalen Adoptionsverordnung). Der Entscheid lautet auf Gutheissung oder Ablehnung des Gesuchs. Gegen einen Entscheid, der die Adoption verweigert, steht der Rechtsweg offen (Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat [VRPG 46]). Die Ablehnung des Gesuchs schliesst ein späteres, auf neue Tatsachen sich stützendes Begehren nicht aus. Wird der Entscheid über das Absehen von der Zustimmung der Eltern (ZGB 265d III) erst durch die Behörde gefällt, welche über die Adoption entscheidet, so ist dies dem betreffenden Elternteil schriftlich mitzuteilen.

d) Das Adoptionsgeheimnis

Keine reine Verfahrensvorschrift ist ZGB 268b, der unter dem Randtitel "Adoptionsgeheimnis" festhält, dass die Adoptiveltern ohne ihre Zustimmung den Eltern des Kindes nicht bekannt gegeben werden dürfen. Die leiblichen Eltern haben jedoch Anspruch darauf, zu wissen, ob und wann ihr Kind adoptiert wurde. Diese Geheimnispflicht spielt natürlich nicht in allen Fällen (etwa nicht bei der Verwandtenadoption oder wenn die leiblichen Eltern ihre Zustimmung nur zu einer Adoption mit bekannten Pflegeeltern gegeben haben). Die Verletzung der Geheimnispflicht kann strafrechtliche (ZGB 320 f., StGB 292) oder zivilrechtliche (ZGB 28, OR 49) Sanktionen zur Folge haben.

Das Kind selbst ist in jedem Fall über die Adoption als solche aufzuklären. Im Übrigen gibt es ein auf ZGB 28 beruhendes, um der Persönlichkeit der Beteiligten willen bestehendes Recht Bekanntgabe der leiblichen Eltern (vgl. ZStV 138 III, DSG 8, KRK 7). Dieses Recht hat der Klarheit halber in ZGB 268c eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erhalten.

e) Die Anfechtung

Das Gesetz sieht zwei Fallgruppen vor, bei denen eine Anfechtung und damit allenfalls eine Aufhebung der Adoption möglich sind. Für beide Gruppen gilt, dass die Klage binnen **sechs Monaten seit Entdeckung des Anfechtungsgrundes (relativ) und spätestens innert zweier Jahre seit der Adoption zu erheben ist** (absolut, ZGB 269b). Wenn auch das Gesetz sich darüber ausschweigt, so ist doch die Klage bei Verspätung aus wichtigen Gründen **trotz Ablauf der absoluten Verjährungsfrist zuzulassen**.

Ein **Anfechtungsrecht besteht für Zustimmungsberechtigte**, von deren Zustimmung man ohne gesetzlichen Grund abgesehen hat (ZGB 269I) oder deren Zustimmung an einem Willensmangel i. S. von OR 23 ff. leidet. Dies gilt indes nur, wenn dadurch das Kindeswohl nicht ernstlich gefährdet wird. Kein Anfechtungsrecht hat der Elternteil, der sich nicht ernstlich um das Kind gekümmert hat und dem der Entscheid schriftlich mitgeteilt wurde (vgl. ZGB 269 II).

Die andere Fallgruppe umschreibt das Gesetz mit dem Vorliegen **schwerwiegender Mängel der Adoption** (ZGB 269a). Solche wären etwa die wesentliche Unterschreitung des Mindestaltersunterschieds, das Fehlen eines echten Pflegeverhältnisses oder der überwiegende Zweck der erbrechtlichen Beeinträchtigung anderer Kinder. **Klageberechtigt ist in diesem Fall jede Person, die ein (schutzwürdiges) Interesse hat**, namentlich auch die Heimat- oder Wohnsitzgemeinde (ZGB 269a I). Das Anfechtungsrecht besteht indessen nicht, wenn der schwerwiegende Mangel Verfahrensvorschriften betrifft (ZGB 269a II). Ferner fällt das Recht zur Anfechtung dahin, wenn der schwerwiegende Mangel in der Zwischenzeit behoben worden ist.

Das Verfahren ist kantonal geregelt. Im Aargau ist das Bezirksgericht zuständig (vgl. ZPO 11 i.V.m. 12). Es findet dabei das beschleunigte Verfahren Anwendung (EG ZGB 46 i.V.m. 88 ZPO). Es findet kein Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter statt (ZPO 136 a).

3.4. *Die Wirkungen des Kindesverhältnis*

3.4.1. Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder

a) *Beistand und Gemeinschaft*

ZGB 272 enthält folgende Grundnorm für alle gegenseitigen Rechtsbeziehungen von Eltern und Kindern; Eltern und Kinder sollen sich **Beistand** und Achtung schulden, sowie aufeinander Rücksicht nehmen. Beistand wird einerseits in Form von Geld-, Natural- oder Dienstleistungen erbracht, z. B. durch die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses, andererseits besteht er in psychischer und praktischer Unterstützung in Notfällen. Rücksichtnahme besteht in der Respektierung der Interessen, der Gefühle und Überzeugungen, mithin der psychischen, aber auch der physischen Eigenart des anderen. Insoweit geht ZGB 272 über ZGB 2 II hinaus und enthält ein Element der Fremdnützigkeit. Achtung im Sinn der Wertschätzung der Person und der Persönlichkeitsrechte des anderen Familienmitglieds ist ein Ausfluss der Rücksichtnahme.

b) *Der Familienname*

Das Kind **verheirateter Eltern** erhält deren Familiennamen (ZGB 270 I; für den Vornamen siehe ZGB 301 IV). Dies gilt auch bei Heirat der Eltern eines vor der Ehe geborenen Kindes, sobald die Vaterschaft durch Anerkennung oder Urteil festgestellt ist (ZGB 259 I). Wie der Familienname lautet, regelt das Eherecht (ZGB 160 bzw. 30 II).

Sind die **Eltern nicht verheiratet**, so erhält das Kind den Familiennamen der Mutter (ZGB 270 II). Führt die Mutter infolge früherer Eheschliessung einen Doppelnamen gemäss ZGB 160 II, so erhält das Kind den ersten Namen (ZGB 270 II). Den Familiennamen des Vaters kann das Kind des nicht mit seiner Mutter verheirateten Vaters nur durch Namensänderung gemäss ZGB 30 erlangen. Mit einer Namensänderung kann dem Kind aber nicht ein Doppelname gegeben werden. Das Kind hat konkret aufzuzeigen, inwiefern ihm durch Führung des Namens seiner Mutter soziale Nachteile erwachsen, die als wichtige Gründe für eine Namensänderung in Betracht gezogen werden könnten. Mit der Formulierung in ZGB 271 II ("erwirbt das Kind ... den Familiennamen des Vaters, weil es unter seiner elterlichen Sorge aufwächst") unterstellt aber das Gesetz, dass ein wichtiger Grund für eine Namensänderung dann vorliegt, wenn das Kind unter die elterliche Sorge des mit der Mutter nicht verheirateten Vaters gestellt wird oder wenn die unverheirateten Eltern die gemeinsame elterliche Sorge ausüben (ZGB 298a).

c) *Das Bürgerrecht*

Das Kind **verheirateter Eltern** erwirbt die drei Bürgerrechte des Ehemannes, der als Vater gilt (ZGB 255, 271 I, vgl. BÜG). Besitzt der Vater nicht das Schweizer Bürgerrecht, so gilt mit Bezug auf den Erwerb des Schweizer Bürgerrechts für das Kind Folgendes: Das Kind, dessen mit einem Ausländer verheiratete Mutter Schweizer Bürgerin ist, erwirbt durch die Geburt das Schweizer Bürgerrecht (BÜG 1 I a), es sei denn, diese Mutter habe ihr Schweizer Bürgerrecht nach altem BÜG durch eine frühere Heirat mit einem Schweizer erworben. In diesem letzteren Fall wird das Kind nur Schweizer Bürger, wenn es durch die Geburt keine andere Staatsangehörigkeit erwerben kann oder vor seiner Mündigkeit staatenlos wird (BÜG 57a).

Sind die **Eltern nicht verheiratet**, so erhält das Kind die drei Bürgerrechte der Mutter (ZGB 271 II). Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Vaters erhält das Kind unverheirateter Eltern nur dann, wenn es durch Namensänderung (ZGB 30 I) auch den Familiennamen des Vaters erhalten hat, "weil es unter seiner elterlichen Sorge aufwächst" (ZGB 271 III).

d) *Der persönliche Verkehr*

i. **Das Pflichtrecht**

Nach ZGB 273 haben die Eltern und das unmündige Kind gegenseitig Anspruch auf persönlichen Verkehr. Die zwangsweise Durchsetzung gegen den Willen der Eltern ist in der Praxis kaum denkbar und mit dem Sinn des Instituts nicht vereinbar. Die Vormundschaftsbehörde kann aber sowohl die Eltern wie auch die Pflegeeltern oder das Kind ermahnen und ihnen Weisungen erteilen, wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt oder wenn eine Ermahnung oder eine Weisung aus anderen Gründen geboten ist. Die Pflicht des nicht obhutsberechtigten Elternteils kann zwar nicht durchgesetzt werden, führt aber u. U. zur Erhöhung des Unterhaltsbeitrags für das Kind, da die Entlastung des obhutsberechtigten durch die Ausübung des Besuchsrechts des anderen Elternteils bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge berücksichtigt wird (ZGB 285 I).

Gemäss dem ZGB 273 III können der Vater oder die Mutter als besuchsberechtigter Elternteil verbindliche Anordnungen über den Umfang ihres Besuchsrechts verlangen. Dem Kind steht ein solcher Anspruch nicht zu. Im Scheidungsfall sind solche Anordnungen von Amtes wegen zu treffen (ZGB 133 I).

Der Anspruch auf persönlichen Verkehr steht allen Eltern (bzw. jedem Elternteil) jener unmündigen Kinder zu, welche sich nicht unter ihrer elterlichen Sorge oder ihrer rechtlichen Obhut befinden (ZGB 273). In Frage kommt auch das Besuchsrecht der Grosseltern. Dem Kind selber wird ein Anspruch einzig gegenüber seinen Eltern (ZGB 273 I), nicht aber gegenüber den anderen berechtigten Personen (ZGB 274a I) eingeräumt. Unter ausserordentlichen Umständen und dem Persönlichkeitsrecht des Kindes lässt sich aber auch ein Recht des Kindes, namentlich gegenüber seinen Grosseltern begründen.

ii. Der Inhalt des Anspruchs

Das Gesetz spricht von angemessenem persönlichem Verkehr (ZGB 273 I). Damit ist in erster Linie das Besuchsrecht gemeint, in Frage kommen aber auch Brief- und Telefonverkehr sowie der Kontakt über die elektronischen Kommunikationsmittel. Was als persönlicher Verkehr angemessen ist, ergibt sich aus dem je nach Einzelfall. Zu berücksichtigen sind Alter, Gesundheit, Hobbys, Arbeitszeiten etc.

Das Gesetz nennt für Verweigerung oder Entzug des persönlichen Verkehrs durch die Vormundschaftsbehörde vier Gründe (ZGB 274 II):

- Das Wohl des Kindes wird durch den persönlichen Verkehr unabhängig vom Verschulden des Besuchsberechtigten und selbst bei Ausübung des Besuchsrechts unter Aufsicht sowie zusätzlichen Massnahmen gefährdet; dies kann sich aus der Art der Ausübung, aber auch auf Grund einer Beurteilung vor jedem Besuch ergeben.
- Der besuchsberechtigte Elternteil übt sein Recht pflichtwidrig aus; z.B. durch Missachtung von Abmachungen.
- Derjenige, welcher das Recht in Anspruch nehmen will, hat sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert, vgl. auch ZGB 265 2.
- Schliesslich können „andere wichtige Gründe“ für die Verweigerung oder den Entzug des Besuchsrechts ausreichen; diese orientieren sich am Kindeswohl.

Dem Kindeswohl und mithin dem Persönlichkeitsrecht des Kindes steht das Persönlichkeitsrecht der Eltern auf persönlichen Verkehr mit dem Kind gegenüber. Das **Besuchsrecht dient in erster Linie den Interessen des Kindes**. Es darf aber nicht einzig von seinem Willen abhängig gemacht werden. Vielmehr ist im Einzelfall der Grund der Ablehnung des Kontaktes mit dem berechtigten Elternteil zu prüfen. Das Recht auf persönlichen Verkehr darf dem nicht obhutsberechtigten Elternteil nicht ohne wichtige Gründe ganz abgesprochen werden. Dem Erlöschen des Rechts auf persönlichen Verkehr von Gesetzes wegen erfolgt bei der Adoption (ZGB 274 III i.V.m. 265c und 265d I).

iii. Die Zuständigkeit

Wer entscheidet, ob und wie der persönliche Verkehr (das Besuchsrecht) ausgeübt werden soll? An erster Stelle (vom Gesetz erst an dritter Stelle, in 275 III erwähnt) ist dies die **Person, welcher die elterliche Sorge oder die Obhut zusteht**. Ihr steht die Entscheidungsbefugnis zu, solange keine behördlichen Anordnungen bestehen. Der mit der Mutter nicht verheiratete Vater ohne Sorgerecht (ZGB 298, 298a) kann also nicht etwa von sich aus gegen den Willen der sorgeberechtigten Mutter ein Besuchsrecht beanspruchen. Vielmehr muss er zunächst an die Vormundschaftsbehörde gelangen, welche ihren Entscheid unter Berücksichtigung von ZGB 273 und 274 II fällt.

Der Grundsatz von ZGB 275 I, wonach für Anordnungen über den persönlichen Verkehr die **Vormundschaftsbehörde** am Wohnsitz des Kindes zuständig ist, erfährt eine Ausnahme für den Fall, dass die Vormundschaftsbehörde am Aufenthaltsort im Sinn von ZGB 315 II Kindesschutzmassnahmen getroffen hat oder trifft; diesfalls regelt die Aufenthaltsbehörde auch den persönlichen Verkehr. Für eine Abänderung der Anordnungen

über den persönlichen Verkehr sind das **Scheidungs- und Eheschutzgericht** nur zuständig, wenn sie auch über die Änderung der Kinderzuteilung oder des Unterhaltsbeitrags befinden; in den anderen Fällen entscheidet die Vormundschaftsbehörde über die Änderung des persönlichen Verkehrs (vgl. ZGB 179).

e) Das Informations- und Auskunftsrecht

Nach ZGB 275a I sollen Eltern ohne elterliche Sorge über besondere Ereignisse im Leben des Kindes benachrichtigt und vor Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind, angehört werden.

Bedeutsamer als das Informationsrecht ist das Erkundigungsrecht (ZGB 275a II). Danach kann der nicht sorgeberechtigte Elternteil bei Drittpersonen, die an der Betreuung des Kindes beteiligt sind (das Gesetz spricht namentlich von Lehrkräften, Ärztinnen und Ärzten), "in gleicher Weise" wie der Inhaber der elterlichen Sorge Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung des Kindes einholen.

Gemäss ZGB 275a III gelten die Bestimmungen über die Schranken des persönlichen Verkehrs und die Zuständigkeit sinngemäss. Die Verweisung auf die Schranken ist der Sache nach eine solche auf ZGB 274, danach kann bei Gefährdung des Kindeswohls auch das Informationsrecht und das Auskunftsrecht eingeschränkt oder aufgehoben werden. Die Verweisung auf die Zuständigkeit meint ZGB 275, jedoch nicht dessen dritten Absatz. Denn solange im Sinn ZGB 275 III "noch keine Anordnungen" über Schranken des Informations- und Auskunftsrechts getroffen worden sind, gelten die zwei ersten Absätze von ZGB 275a.

3.4.2. Die Unterhaltspflicht

a) Die Unterhaltspflicht im Allgemeinen

i. Der Inhalt

Der Unterhalt umfasst, was ein Kind zum Leben braucht. Neben dem für den unmittelbaren Lebensunterhalt Nötigen (Nahrung, Kleidung, Wohnung, Arznei, Befriedigung persönlicher Bedürfnisse) gehören gemäss ZGB 276 I auch die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen, zu Letzteren auch die Fremdplatzierung dazu (ZGB 310). Der Unterhalt kann und soll wenn möglich "in natura", durch Pflege und Erziehung, geleistet werden. Lebt es nicht unter der tatsächlichen Obhut der Eltern, so ist der Unterhalt durch Geldzahlung zu leisten.

ii. Die unterhaltspflichtigen Personen

Die Unterhaltspflicht trifft die **Eltern** (ZGB 276 I). Verheiratete Eltern haben die Kosten nach den Bestimmungen des Eherechts zu tragen (ZGB 278 I, vgl. ZGB 159 ff.). Grundsätzlich sind auch die **Stiefeltern** unterhaltspflichtig (ZGB 278 II). Die Pflicht besteht aber nicht gegenüber dem Kind, sondern dem Ehepartner und ist eine Beistandspflicht

gemäss ZGB 159, sowie als solche subsidiär zur Unterhaltspflicht (daher darf das Einkommen des Stiefvaters zur Berechnung der Unterhaltspflicht der Mutter grundsätzlich nicht herangezogen werden). Im Übrigen ist danach zu unterscheiden, ob das Kind in der Hausgemeinschaft des Stiefelternteils lebt oder nicht: Ist dies der Fall, so gehört der Unterhalt des Stiefkindes zum Unterhalt der Familie i. S. ZGB 163 I; ist dies nicht der Fall, so ist bei der Bestimmung der Beiträge der Ehegatten nach ZGB 163 II zu berücksichtigen, dass die Kräfte des leiblichen Elternteils durch seine Unterhaltspflicht für das Kind vermindert sind.

Bis zu einem gewissen Betrag werden die Eltern **durch Beiträge des Kindes entlastet**. Das Kind hat im Rahmen des Zumutbaren aus seinem Arbeitserwerb (der nach ZGB 323 I ihm zufällt) oder aus anderen Mitteln (Sozialleistungen, anderes Kindesvermögen) an den Unterhalt beizutragen (ZGB 276 III). Erbringen Dritte freiwillig Leistungen, bezahlen sie eine Schuld der Eltern, können sich aber nicht auf die Legalzession gemäss ZGB 289 II berufen, welche nur dem Gemeinwesen zusteht, das für den Unterhalt aufkommt. Den Dritten stehen u. U. Rückgriffsansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag zu.

iii. Die Dauer

ZGB 277 I erklärt: "Die Unterhaltspflicht ... dauert bis zur Mündigkeit des Kindes." **Hat es dann noch keine angemessene Ausbildung, gilt, dass die Eltern nur für den Unterhalt des mündigen Kindes aufzukommen haben, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf.**

b) Die Festsetzung des Unterhaltsbeitrags

i. Die Bemessung des Unterhaltsbeitrags

Die Unterhaltspflicht des nicht obhutsberechtigten Elternteils wird entweder durch Gerichtsentscheid (ZGB 279 ff.) oder vertraglich (ZGB 287 f.) festgelegt. Zu Regeln sind:

- **Dauer der Festsetzung.** Der Unterhaltsbeitrag wird in der Regel für die Zukunft verlangt und kann (unter Vorbehalt von ZGB 286 II) für die gesamte präsuntive Dauer der Unterhaltspflicht vom Gericht festgesetzt werden. Für die Vergangenheit können nur Beiträge bis zu einem Jahr vor der Klageerhebung geltend gemacht werden (ZGB 279 I; vgl. ZGB 173 III).
- Für die **Höhe des Unterhaltsbeitrags** stellt ZGB 285 I auf folgende Kriterien ab: auf die Bedürfnisse des Kindes, auf Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Beklagten (die Eltern können über oder unter ihren Verhältnissen leben!) sowie auf Vermögen und Einkünfte des Kindes. Für die von Vater und Mutter zu erbringenden Unterhaltsbeiträge ist auf ihre jeweils unterschiedliche Lebenshaltung abzustellen. Der Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes ist ebenfalls zu berücksichtigen (ZGB 285). So ist ja etwa denkbar, dass die Mitbetreuung durch den anderen Elternteil dem obhutsberechtigten Elternteil die Anstellung eines Babysitters erspart; umgekehrt kann die Nichtausübung des Besuchsrechts durch den Vater zu einer beachtlichen finanziellen Mehrbelastung der obhutsberechtigten Mutter führen. Geschwister und Halbgeschwister sollen im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen finanziell gleich behandelt werden.

Gleichwohl (oder gerade deswegen) sind unterschiedliche Erziehungs-, Gesundheits- und Ausbildungsbedürfnisse zu berücksichtigen, weshalb unterschiedliche Unterhaltsbeiträge nicht ausgeschlossen sind, aber einer Rechtfertigung bedürfen. Zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit der Unterhaltsschuldnerin hat bei knappen finanziellen Verhältnissen deren Steuerlast ausser Acht zu bleiben. Das betriebsrechtliche Existenzminimum der Schuldnerin ist zu schützen. Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnlichen für den Unterhalt des Kindes bestimmten Leistungen sind zusätzlich zum Unterhalt zu zahlen (ZGB 285 II); das Gericht kann allerdings das Gegenteil anordnen. Die Norm stellt klar, dass der unterhaltspflichtige Elternteil die erwähnten Sozialleistungen an die gesetzliche Vertreterin weiterleiten muss. Da diese Leistungen indessen nicht Teil der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Pflichtigen sind, müssen sie bei der Bemessung des durch den Unterhaltsbeitrag zu deckenden Unterhaltsbedarfs des Kindes ausser Acht bleiben. Daher sind die Sozialleistungen zusätzlich zum so ermittelten Unterhaltsbeitrag zu zahlen. (Beispiel: Kinderzulagen Fr. 200.- + durch Unterhaltsbeitrag zu deckender Bedarf des Kindes von Fr. 600.- = Fr. 800.-). Der unterhaltspflichtige Elternteil hat die nachträglich erhaltenen Sozial(versicherungs)leistungen ebenfalls dem Kind zu zahlen, doch vermindert sich der bisherige Unterhaltsbeitrag von Gesetzes wegen im Umfang dieser neuen Leistungen (ZGB 285 IIbis).

- Die vom Gericht festgesetzten Unterhaltsbeiträge können bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse **auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils erhöht oder herabgesetzt, allenfalls gar aufgehoben werden** (ZGB 286 II). ZGB 286 III sieht vor, dass das Gericht bei nicht vorhergesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen die Eltern zur Leistung eines besonderen Beitrags verpflichten kann; dabei ist etwa an Zahnkorrekturen oder vorübergehende besondere schulische Massnahmen zu denken.

Wie die gerichtlich können grundsätzlich auch die vertraglich festgelegten Unterhaltsbeiträge geändert werden. Der Vertrag über die nachträgliche Abänderung oder Aufhebung des gerichtlich oder vertraglich festgesetzten Unterhaltsbeitrags bedarf zu seiner Gültigkeit der **Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde**. Das gilt auch dann, wenn darin der Unterhaltsbeitrag bei unverändertem Bedarf der Kinder erhöht werden soll. Dagegen ist das Gericht zuständig, wenn während eines gerichtlichen Verfahrens eine durch die Vormundschaftsbehörde genehmigte Vereinbarung durch eine neue geändert wird.

ii. Die Unterhaltsklage

Kläger der auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen gerichteten Klage ist das **Kind** (ZGB 279 I). Ist es unmündig, klagt der gesetzliche Vertreter. Häufig wird ein Beistand gemäss ZGB 308 an Stelle des Elternteils handeln. Kommt das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so steht ihm auch die Unterhaltsklage zu (siehe ZGB 289 II). **Beklagte sind Vater oder Mutter oder beide**. Gegenüber dem Elternteil, bei dem das Kind lebt, wird sie höchst selten angestrengt werden; hier kann auch häufig durch Weisungen gemäss ZGB 307 I und III das Nötige vorgekehrt werden.

Die **örtliche Zuständigkeit** ist im GestG geregelt. Nach GestG 17 a besteht für Unterhaltsklagen der Kinder gegen ihre Eltern ein zwingender Wahlgerichtsstand am **Wohnsitz einer Partei**. Vorbehalten bleiben die Gerichtsstände nach GestG 15 f., wenn bereits ein Verfahren im Gange ist. Keine Klage der Kinder im Sinn von GestG 17 a sind die Abänderungsklagen der unterhaltspflichtigen Eltern. Sie haben am allgemeinen Gerichtsstand gemäss GestG 3, nämlich am Wohnsitz der beklagten Partei zu klagen.

Das Verfahren muss rasch und einfach sein. Im Aargau ist das Bezirksgericht zuständig (vgl. ZPO 11 i.V.m. 12). Es findet dabei das beschleunigte Verfahren Anwendung (EG ZGB 51 i.V.m. 88 ZPO). Es findet kein Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter statt (ZPO 136 a). Wie bei Prozessen um Kindesverhältnisse (ZGB 254 1) gelten Untersuchungsmaxime und freie Beweiswürdigung (ZGB 280 II). Aus ZGB 280 II wird auch die Officialmaxime abgeleitet, wonach das Gericht an die Parteianträge nicht gebunden ist. **Bedeutsam ist, dass die Unterhaltsklage mit der Klage auf Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater** (mit der Vaterschaftsklage gemäss ZGB 261 ff.) **verbunden werden kann** (ZGB 280 III).

ZGB 281 I hält - in Analogie zu ZGB 137 beim Scheidungsprozess - den Grundsatz fest, dass das Gericht nach Einreichung der Unterhaltsklage für die Dauer des Prozesses die nötigen **vorsorglichen Massregeln** (mit Bezug auf den Unterhalt) trifft. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem für die Hauptsache zuständigen Gericht (GestG 17 a, nicht etwa nach GestG 33). Sachlich ist für die vorsorglichen Massregeln der Gerichtspräsident im summarischen Verfahren zuständig (EG ZGB 52). Das Gesetz unterscheidet drei verschiedene Ausgangslagen:

- Besteht das Kindesverhältnis bereits und dreht sich der Streit mithin nur um die Höhe der Beiträge, so kann der Beklagte bereits zur Hinterlegung angemessener Beiträge (ZGB 281 II) durch Zahlung an eine vom Gericht bezeichnete Kasse (ZGB 281 III), ja sogar zur vorläufigen Zahlung (ZGB 281 II; auch für Beiträge gemäss 277 II) angehalten werden.
- Wird die Vaterschaftsklage mit der Unterhaltsklage verbunden, gelten folgende beiden Möglichkeiten:
 - o Ist die Vaterschaft glaubhaft gemacht, so kann das Gericht schon vor dem Urteil in der Sache den präsumtiven Vater verpflichten, Entbindungskosten und angemessene Unterhaltsbeiträge für Mutter und Kind zu hinterlegen (ZGB 282).
 - o Ist die Vermutung der Vaterschaft in einem bestimmten Stadium des Prozesses gegeben (ZGB 262) und durch ohne Verzug verfügbare Beweismittel nicht mehr zu zerstören, so kann der Vater, was den Unterhalt des Kindes angeht, gar zur Zahlung von Beiträgen verurteilt werden (ZGB 283).

iii. Die Verträge über die Unterhaltspflicht

Die Höhe des Unterhaltsbeitrags kann nicht nur gerichtlich, sondern auch vertraglich verbindlich festgelegt werden. Da der Unterhaltsanspruch die Befriedigung elementarer Bedürfnisse, beruhend auf einem familienrechtlichen Status, bezweckt, muss das Kind (und müssen ausnahmsweise auch die Eltern) vor Übervorteilung geschützt werden.

ZGB 287 f. beziehen nur auf Verträge nach Feststellung des Kindesverhältnisses bzw. im Hinblick auf diese Feststellung und sie finden auf alle vertraglichen Abmachungen über Unterhaltsbeiträge bei festgestelltem Kindesverhältnis Anwendung, insbesondere auch auf die Scheidungskonvention (vgl. hierzu auch ZGB 133 III). Das Gesetz unterscheidet zwischen Verträgen über periodische Leistungen und Abfindungen:

- **Verträge über periodische Unterhaltsbeiträge** (ZGB 287) unterliegen grundsätzlich einer formellen und einer materiellen Voraussetzung: In formeller Hinsicht

gilt, dass sie erst mit der **Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde** verbindlich werden (ZGB 287 I). Diese Genehmigung ist ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit und entfaltet insbesondere im Hinblick auf ZGB 140 keine materielle Rechtskraft. In materieller Hinsicht sind Unterhaltsverträge daher grundsätzlich **abänderbar** (ZGB 287 II). Die Abänderbarkeit kann ausnahmsweise ausdrücklich ausgeschlossen werden; hierfür bedarf es aber der Genehmigung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde (ZGB 287 II) bzw. des Gerichts.

- Die Zulässigkeit einer **Abfindung** ist davon abhängig, dass das Interesse des Kindes eine solche Lösung rechtfertigt. Dies soll gemäss ZGB 288 II a durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde oder durch das Gericht (z. B. bei Scheidung) sichergestellt werden. Die Behörde prüft dabei nicht nur, ob die einmalige Abfindung am Platz ist, sondern vornehmlich auch, ob die Summe angemessen ist. Dem Schutz des Kindes dient ferner, dass es solange an die Vereinbarung nicht gebunden ist, als der Elternteil die Abfindungssumme nicht an die bei der Abmachung bezeichnete Stelle abgeliefert hat (ZGB 288 II 2.).

c) *Die Erfüllung der Unterhaltspflicht*

Die Erfahrung hat leider gezeigt, dass die Verwirklichung der Unterhaltspflicht namentlich gegenüber Kindern unverheirateter und geschiedener Mütter oft im Argen liegt. Daher bezeichnet ZGB 289 zwar das Kind als Gläubiger, doch kann die Zahlung nicht erfüllt werden, solange das Kind unmündig ist. Der Schuldner muss die Zahlung an den gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut leisten. Zahlt die Gemeinde den Unterhaltsanspruch, geht er auf sie über (Subrogation, ZGB 289 II). Diese Legalzession gilt aber nicht für Dritte, die freiwillig Unterhalt leisten.

Sodann stellt das ZGB drei der **Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs** dienende Institute zur Verfügung (ZGB 290 ff., für ZGB 291 f. findet das summarische Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten Anwendung [EG ZGB 55]). Die Begehren können auch an die Vormundschaftsbehörde gerichtet werden, vgl. EG ZGB 55a):

- Die **Inkassohilfe**: Die Vormundschaftsbehörde oder eine andere vom Kanton bezeichnete Stelle hat die Pflicht, dem anderen Elternteil (ZGB 289 I) auf dessen Gesuch hin bei der Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs des Kindes unentgeltlich zu helfen und zu beraten.
- Die **Anweisungen an die Schuldner** (ZGB 291). Vernachlässigt ein Elternteil die Sorge für das Kind, so kann das Gericht die Schuldnerin dieses Elternteils (regelmässig, aber durchaus nicht nur, die Arbeitgeberin) anweisen, ihre Zahlungen ganz oder teilweise dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zu entrichten.
- **Sicherstellung** gemäss ZGB 292. Für die Anordnung solcher Sicherstellung ist die beharrliche Vernachlässigung der Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht durch die Eltern oder die Vermutung, dass die Eltern Anstalten zur Flucht treffen, ihr Vermögen verschleudern oder beiseite schaffen vorausgesetzt (vgl. SchKG 271 I 2.).

Schliesslich besteht ein Konkursprivileg (SchKG 219 IV). Zu den strafrechtlichen Folgen der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten siehe StGB 217.

d) Sonderfragen

ZGB 293 verweist für zwei Belange im Sinn von unechten Vorbehalten (ZGB 6) auf das **öffentliche Recht**. Nach Abs. 1 bestimmt das öffentliche Recht unter Vorbehalt der (privatrechtlichen) Unterstützungspflicht der Verwandten, wer für den Unterhalt aufkommt, wenn Eltern und Kind dies nicht vermögen. Diese Bestimmung stellt klar, dass das öffentliche Sozialhilferecht subsidiär zur familienrechtlichen Leistungspflicht der Person selbst und ihrer Angehörigen ist. Abs. 2 handelt von der sogenannten **Alimentenbevorschussung** für den Fall, dass die Eltern säumig sind, und verweist dafür auf das öffentliche Recht. Ein Korrelat zur Bevorschussung bildet die gesetzliche Subrogation des Gemeinwesens in die Ansprüche des Kindes (ZGB 289 II).

Wird ein Kind in Pflege gegeben, so leisten die Pflegeeltern im Sinn von ZGB 276 II den Unterhalt, ohne dass dabei die grundsätzliche Unterhaltspflicht der Eltern erlischt. Dies bedeutet, dass die Eltern die Pflegeeltern für die Leistung des Unterhalts grundsätzlich zu entschädigen haben. Entsprechend sieht ZGB 294 I einen **Anspruch der Pflegeeltern auf ein angemessenes Pflegegeld** vor. Unentgeltlichkeit kann auf einer entsprechenden Abrede beruhen oder sich eindeutig aus den Umständen ergeben (ZGB 294 I). Unentgeltlichkeit wird nach ZGB 294 II sogar vermutet, wenn die Kinder bei nahen Verwandten oder zum Zweck zukünftiger Adoption in Pflege gegeben werden.

Während die verheiratete Mutter ihre Ansprüche gegenüber ihrem Ehemann im Rahmen von ZGB 163 geltend machen kann, erfordern jene für die **unverheiratete Mutter** eine besondere Rechtsgrundlage. Der Inhalt des Anspruchs bestimmt sich nach der Aufzählung in ZGB 295 Abs. 1 (**Entbindungskosten und die daraus entstehenden weiteren Kosten, Unterhalt 4 Wochen vor und 8 Wochen nach der Geburt**). Leistungen Dritter (im Vordergrund stehen Leistungen der Krankenversicherung oder der Arbeitgeberin) sind anzurechnen und damit vom Anspruch der Mutter gegenüber dem Vater abzuziehen, soweit es die Umstände rechtfertigen (ZGB 295 III, vgl. ZGB 4). Bei Fehlgeburt oder durch (legalen) Schwangerschaftsabbruch besteht eine Billigkeitshaftung. In Anlehnung an die Formulierung von OR 54 kann das Gericht gemäss ZGB 295 II den Vater zu teilweisem oder vollständigem Schadenersatz verurteilen. Für den Genugtuungsanspruch gilt OR 49. **Zuständig** ist das für die Vaterschaftsklage vorgesehene Gericht (also GestG 16 und nicht 17). Sachlich ist das Bezirksgericht im beschleunigten Verfahren zuständig (EG ZGB 51 c). Die **Klagefrist** läuft ein Jahr nach der Geburt ab. Beklagte sind der Vater oder dessen Erben (also nicht etwa die Beklagten gemäss ZGB 261 II).

3.4.3. Die elterliche Sorge

a) Allgemeines

Alle Unmündigen oder Entmündigten stehen entweder unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft. Die Rechte des Vormundes Unmündiger stehen unter Vorbehalt der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (ZGB 405 II). Die elterliche Sorge kann sich auch auf entmündigte (also volljährige) Kinder erstrecken.

b) Der Inhaber, die Inhaberin der elterlichen Sorge

i. Allgemeines

Die elterliche Sorge als solche steht nur Eltern zu. Uneigentliche Ausnahmen sind für die Stiefeltern (ZGB 299), die Pflegeeltern (ZGB 300) und den Beistand nach ZGB 308 vorgesehen. In diesen Fällen wird zwar die elterliche Sorge mehr oder weniger durch Dritte ausgeübt. Die eigentlichen Träger der Sorge bleiben aber die Eltern. Unmündige oder Entmündigte können nicht Inhaber der elterlichen Sorge sein (ZGB 296 II).

ii. Verheiratete Eltern

Gemäss ZGB 297 I üben die Eltern während der Ehe die elterliche Sorge **gemeinsam** aus. Im Unterschied dazu bedarf es für die Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts unverheirateter Eltern eines besonderen Entscheids (ZGB 298a I). Stirbt ein Ehegatte, wird er entmündigt oder wird ihm die elterliche Sorge entzogen, so steht diese dem anderen Ehegatten allein zu (ZGB 297 III, 296 II und 311 II e contrario). Doch hat der Alleininhaber der Sorge ein Inventar über das Kindesvermögen einzureichen (ZGB 318 II).

Das Gesetz sieht keine Behörde vor, welche bei jeder Meinungsverschiedenheit zum Schlichten oder Richten aufgerufen wäre. Erst wo Kindesschutzmassnahmen nötig sind (ZGB 307 ff. und 324 f.), greift die Behörde ein.

iii. Unverheiratete Eltern

Grundsätzlich steht das Sorgerecht der **unverheirateten Mutter** zu (ZGB 298 I), sowie der **geschiedenen Frau** (ZGB 133 I, 297 III) zu. Die unverheiratete Mutter erwirbt die elterliche Sorge allerdings dann nicht, wenn sie unmündig oder entmündigt ist (ZGB 296 II); auch kann ihr die Sorge wie jeder anderen Inhaberin auf der Grundlage der ZGB 311 oder 312 entzogen werden (vgl. ZGB 309 I).

Nur in Ausnahmefällen ist der **unverheiratete Vater** der alleinige Inhaber der elterlichen Sorge, nämlich dann, wenn die Mutter unmündig oder entmündigt ist oder ihr die elterliche Sorge entzogen wurde. Hinzu kommt der Fall, da die Mutter gestorben ist. Aber auch in diesen Fällen **entscheidet die Vormundschaftsbehörde unter Berücksichtigung des Kindeswohls**, ob dem Kind ein Vormund zu geben oder die elterliche Sorge dem Vater zu übertragen sei (ZGB 298 II). Ist die Mutter unmündig und wird daher der Vater Sorgeinhaber, so muss ihm die elterliche Sorge gemäss ZGB 311/312 entzogen werden, sofern man der später mündig gewordenen Mutter die Sorge übertragen will.

Die **gemeinsame elterliche Sorge** wird unverheirateten Eltern gemäss ZGB 298a I von der Vormundschaftsbehörde unter besonderen Voraussetzungen übertragen: Die Eltern haben sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten zu **verständigen**; es bedarf eines **gemeinsamen Antrags** der Eltern; die Lösung muss mit dem **Kindeswohl** vereinbar sein. Nicht verlangt wird, dass die unverheirateten Eltern zusammenleben. Bei wesentlichen Veränderungen ist die Zuteilung neu durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu regeln (ZGB 298a II, Bezirksamt [EG ZGB 59 IV]). Erforderlich ist ein Begehren.

iv. **Stiefeltern und Pflegeeltern**

ZGB 299 liegt folgender Tatbestand zu Grunde: Ein Ehegatte ist Inhaber der elterlichen Sorge und zwischen dem anderen Ehegatten (dem **Stiefelternteil**) und dem Kind besteht kein Kindesverhältnis. Den Stiefelternteil trifft eine angemessene Beistandspflicht. Praktisch bedeutet dies primär Erziehungshilfe. Darüber hinaus kommt dem Stiefelternteil, wenn die Umstände es erfordern, Vertretungsmacht zu. Der Stiefelternteil vertritt dabei den Inhaber der elterlichen Sorge und hat dessen mutmasslichen Willen zu beachten. Dabei scheiden gewisse vertretungsfeindliche Rechtshandlungen (ZGB 260 II, 265a II) zum Vornherein aus.

ZGB 300 regelt den Fall, wenn das Kind einem Dritten **zur Pflege** anvertraut wurde. Zu denken ist an Pflegeeltern, an Heime, Tagesmütter oder Krippen oder auch an den Vater ohne elterliche Sorge. Das Kind kann freiwillig oder unfreiwillig (ZGB 310) bei Dritten untergebracht worden sein. In all diesen Fällen ist die Ausübung der elterlichen Sorge durch deren Inhaber für den Pflegealltag sachlich verfehlt und häufig auch praktisch unmöglich; daher können die Dritten im Rahmen ihrer Aufgabe die elterliche Sorge wahrnehmen.

v. **Scheidung, Trennung oder Aufhebung des gemeinsamen Haushalts**

Bei der Ehescheidung entscheidet das Gericht über die Zuteilung der elterlichen Sorge (ZGB 297 III). Bereits bei **gerichtlicher Trennung** (ZGB 117 f.) kann die elterliche Sorge einem Elternteil zugeteilt (ZGB 297 II) und damit dem anderen aberkannt werden. Das Gericht kann die elterliche Sorge aber auch bei beiden belassen, sich die Eltern über die Erziehung verständigen können. Im Unterschied zur Scheidung wird daher bei Ehetrennung den Eheleuten die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich belassen, wofür die strengen Voraussetzungen nach ZGB 133 III nicht erforderlich sind.

Gemäss ZGB 297 II kann das Gericht die Sorge auch dann einem Elternteil allein zuteilen, wenn der gemeinsame Haushalt aufgehoben wird. Darunter fällt sowohl die Aufhebung als Eheschutzmassnahme (ZGB 175 f.) wie auch im Scheidungs- oder Trennungsverfahren (ZGB 137, 117 II). Da die angeordnete vorsorgliche Massnahme faktisch präjudizielle Wirkung auf das spätere Scheidungs- oder Trennungsurteil hat, ist Zurückhaltung für die alleinige Zuteilung in einem summarischen Verfahren und unter beschränkten Beweisanforderungen gefordert.

c) ***Der Inhalt der elterlichen Sorge***

i. **Der Inhalt im Allgemeinen**

Die Inhaber der elterlichen Sorge kümmern sich um die Person des Kindes, sie sind dessen gesetzliche Vertreter, sie tragen die Sorge für das Kindesvermögen.

Die Eltern leiten **Pflege und Erziehung** im Hinblick auf das Kindeswohl (ZGB 301). Dies soll jedoch im gegenseitigen Verständnis erfolgen. Die Eltern haben die Pflicht, in wichtigen Angelegenheiten soweit tunlich auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen. Die Tragweite ist ähnlich wie bei ZGB 272. Das Kind darf den Eltern nicht widerrechtlich entzogen werden (ZGB 301 III, BV 10 II). Als Kehrseite davon gilt die Pflicht des Kindes,

die häusliche Gemeinschaft nicht ohne Einwilligung der Eltern zu verlassen. Die Eltern haben demnach das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, die **rechtliche Obhut**, mag ihm auch mit zunehmendem Alter eine gewisse Freiheit in der Wahl des Aufenthaltsortes zukommen. Gemäss ZGB 301 IV geben die Eltern dem Kind den Vornamen. Sind sie miteinander verheiratet, so bestimmen sie den oder die **Vornamen** gemeinsam. Sind sie nicht verheiratet, so steht das Recht der Mutter zu (ZstV 69 I). Nachdem nun auch unverheiratete Eltern gemeinsame elterliche Sorge innehaben können (ZGB 298a I), gilt für sie das gemeinsame Bestimmungsrecht für den Vornamen sinngemäss. Der Zivilstandsbeamte oder die Zivilstandsbeamtin weist jedoch Vornamen zurück, welche die Interessen des Kindes offensichtlich verletzen (ZStV 69 IIbis).

ii. Die Erziehung und Ausbildung

Die ZGB 302 f. konkretisieren ZGB 301: Einerseits hat das Kind Anspruch auf eine den Verhältnissen der Eltern angemessene **Erziehung**. Andererseits haben die Eltern die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes zu fördern und zu schützen. Fest steht, dass den Eltern, im Gegensatz zum alten Recht **kein Züchtigungsrecht** mehr zusteht. Zwar mag die Bestrafung im Einzelfall ein Mittel zur Erfüllung der Erziehungsaufgabe sein. Doch darf sie dem Kind auf jeden Fall weder körperlich noch seelisch zum Nachteil gereichen. Im Hinblick auf ihre Erziehungspflicht obliegt den Eltern auch die Pflicht zur Zusammenarbeit mit der Schule und nötigenfalls mit der öffentlichen und gemeinnützigen Jugendhilfe (ZGB 302 III). Es handelt sich um eine Pflicht der Eltern gegenüber dem Kind.

Zur Erziehung im weiteren Sinn des Wortes gehört auch die **Ausbildung**. Das Kind hat Anspruch auf eine angemessene, seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich entsprechende allgemeine und berufliche Ausbildung. Die angemessene Ausbildung steht muss den Eltern wirtschaftlich möglich sein.

Das Elternrecht umfasst auch die **religiöse Erziehung** des Kindes (ZGB 303 I). Die Eltern bestimmen das Bekenntnis, dem das Kind angehört und in dem es erzogen werden soll; sie können es auch ohne religiöse Erziehung lassen. Früher als in den übrigen Angelegenheiten kommt dem Kind das ausschliessliche Selbstbestimmungsrecht in religiösen Dingen zu, nämlich mit dem erfüllten 16. Lebensjahr.

iii. Die Vertretung

Dem Kind unter elterlicher Sorge kommt grundsätzlich dieselbe Handlungsfähigkeit zu wie einer bevormundeten Person (ZGB 305 I). Ihre Handlungsfähigkeit bestimmt sich wie für diese nach den ZGB 12-19 und 407 ff. Bei Vorliegen der Urteilsfähigkeit ist das Kind somit **beschränkt handlungsunfähig** (ZGB 19), d. h. es kann unentgeltliche Vorteile erlangen, Rechte ausüben, die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehen, für unerlaubte Handlungen verantwortlich gemacht werden, nicht aber sich (ohne Zustimmung der Eltern) verpflichten. Das Kind erlangt ferner im Rahmen der ihm zustehenden Verwaltung am Kindesvermögen eine erweiterte Handlungsfähigkeit (s. ZGB 321 ff.). Lebt es ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft der Eltern, ist es im Rahmen dessen, was diese Tatsache mit sich bringt, ebenfalls handlungsfähig. Das Vermögen des Kindes bildet im Übrigen ein selbständiges Haftungssubstrat, ohne Rücksicht auf die elterlichen Vermögensrechte (ZGB 305 II). Stimmen die Eltern einer Handlung zu, haftet aber ihr Vermögen.

Im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge vertreten die Eltern von Gesetzes wegen Dritten gegenüber ihre Kinder (ZGB 304 I). **Gutgläubige Dritte** dürfen davon ausgehen, dass bei Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht, der jeweils tätige Elternteil im Einvernehmen mit dem anderen handelt. Die Vertretungswirkung tritt zu Gunsten Gutgläubiger also auch dann ein, wenn ein Elternteil tatsächlich nicht im Einvernehmen mit dem anderen handelt.

Gemäss ZGB 304 III finden mit einer Ausnahme die **Bestimmungen über die Vertretung des Bevormundeten** Anwendung auf die Inhaber der elterlichen Sorge: die Ausnahme besteht darin, dass die Eltern nicht der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden bedürfen (ZGB 304 III i.V.m. ZGB 421 f.).

iv. Die Vermögenssorge

Die Inhaber der elterlichen Sorge haben das **Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten** (ZGB 318 I), es sachgemäss zu betreuen und seinen Zwecken zuzuführen. Unabhängig von einer Inventarpflicht (nach ZGB 318 II, nur ein Elternteil hat die elterliche Sorge inne), kann die Vormundschaftsbehörde den Eltern die periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung vorschreiben, wenn dies angezeigt ist (ZGB 318 III). Es handelt sich dabei um eine Kindesschutzmassnahme.

Was die **Verwendung der Erträge** des Kindesvermögens angeht, steht sie den Eltern zu für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes, ja sogar, soweit billig, für die Bedürfnisse des (gemeinsamen) Haushalts (ZGB 319 I). Dagegen fällt richtigerweise ein Überschuss ins Kindesvermögen (ZGB 319 II). Die **Anzehrung des Kindesvermögens** ist den Eltern dagegen nur mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde gestattet (ZGB 320 II): Die Unterhaltspflicht trifft grundsätzlich die Eltern (ZGB 276 ff.). Die Vormundschaftsbehörde kann aber den Eltern den Rückgriff auf das Kindesvermögen (also dessen Anzehrung) erlauben, wenn dies für die Bestreitung der Kosten von Unterhalt, Erziehung und Ausbildung notwendig ist. Anders verhält es sich, soweit das Kindesvermögen aus Abfindungen (z. B. gemäss ZGB 288), Schadenersatz und ähnlichen Leistungen besteht, welche ja ihrer Natur nach für den Verbrauch bestimmt sind. Diese dürfen von den Eltern ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für den Unterhalt des Kindes verwendet werden (ZGB 320 I). **Bei beschränkter Handlungsunfähigkeit ist die Verwaltung und die Verwendung der Erträge, über die die Kinder selber verfügen können, ausgeschlossen** (vgl. ZGB 321 ff.). Von der elterlichen Verwaltung kann auch der Pflichtteil des Kindes ausgenommen werden, indessen einzig durch Anordnung des Erblassers (ZGB 322 I).

Wie jeden Verwalter fremden Gutes (Beauftragter, Vormund, Nutzniesser), so treffen auch die Eltern zwei Arten von Pflichten mit Bezug auf das ihnen überlassene Kindesgut: die **Pflicht sorgfältiger Verwaltung und die Pflicht zur Rückgabe**. Für das Mass der Sorgfaltspflicht verweist ZGB 327 I auf das Auftragsrecht, mithin hauptsächlich auf OR 398 f. Eine besondere Sorgfaltsregel besteht bei Übergabe der Besorgung des Geschäfts an Dritte (OR 399). Verletzen die Eltern diese Sorgfaltspflicht, so haften sie dem Kind. Ihre Haftung wird allerdings durch zwei Bestimmungen gemildert: Ist eine Sache in guten Treuen veräussert worden, so ist nur der erzielte Erlös zu erstatten (ZGB 327 II); keine Ersatzpflicht besteht für jene Beträge, welche die Eltern befugtermassen für das Kind oder den Haushalt gebraucht haben (ZGB 327 III). Die Pflicht zur Herausgabe des Vermögens, verbunden mit einer Abrechnung, trifft die Eltern, sobald die elterliche Sorge oder Verwaltung endet (ZGB 326, vgl. 325).

3.4.4. Der Kindesschutz

a) *Die Grundprinzipien*

Kindesschutzmassnahmen bezwecken nicht die Bestrafung der Eltern, sondern den **Schutz der Kinder**. Daher spielt es keine Rolle, ob die Eltern schuldhaft handeln oder nicht. Massgeblich ist einzig, ob das Wohl des Kindes gefährdet ist und wie dieser Gefährdung begegnet werden kann.

Die Massnahme muss erstens **geeignet, notwendig und zumutbar** sein. Diese Grundsätze schliessen auch Folgendes ein: Zwischen der idealen Ausübung der elterlichen Sorge im Sinn von ZGB 301 ff. und dem Eingreifen der Behörde gemäss ZGB 307 ff. gibt es eine Bandbreite, wo elterliche Schwächen in Kauf genommen werden. Nicht immer, wenn ZGB 301 ff. verletzt sind, ist auch schon das Kindeswohl gefährdet. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip entspricht auch die Stufenfolge von schwächeren zu schärferen Kindesschutzmassnahmen. Die Verhältnismässigkeit berücksichtigt schliesslich ZGB 313 I: Bei Veränderung der Verhältnisse sind die Massnahmen jederzeit der neuen Lage anzupassen.

Die Kindesschutzmassnahmen kommen allen Kindern gegenüber zur Anwendung. Bei **Pflegekindern** gilt zudem ZGB 316. Wer Pflegekinder aufnimmt, bedarf einer Bewilligung der Vormundschaftsbehörde, welche auch die diesbezügliche Aufsicht ausführt.

b) *Die einzelnen Massnahmen*

i. **Die geeigneten Massnahmen**

Das **Kindeswohl** - seine geistige, körperliche oder sittliche Entfaltung (ZGB 302 I) - ist **gefährdet** (ZGB 307 I), jedoch nicht so stark, dass sich eine Massnahme nach ZGB 308, 310, 311 oder 312 aufdrängt. **Eltern sorgen nicht von sich aus für Abhilfe** oder sind unfähig dazu (ZGB 307 I); es kommt mithin nicht auf Pflichtwidrigkeit der Eltern an. Die **Rechtsfolge besteht in der geeigneten Massnahme** der Vormundschaftsbehörde (ZGB 307 I). ZGB 307 III zählt die praktisch wichtigsten Massnahmen auf: Mahnung, bestimmte Weisungen für Pflege, Erziehung und Ausbildung sowie die Bezeichnung einer Person oder Stelle, der Einblick und Auskunft zu geben ist.

Bei **unsorgfältiger Verwaltung des Kindesvermögens** ermächtigt ZGB 324 I die Vormundschaftsbehörde zur Anordnung **nicht näher umschriebener geeigneter Vorkehrungen** (Weisungen, Hinterlegung, Sicherheitsleistung) für den Schutz des Kindesvermögens. Ferner können die Inhaber der elterlichen Sorge zur periodischen **Berichterstattung** verpflichtet werden (ZGB 318 III).

ii. **Die Beistandschaften**

Der Beistand gemäss ZGB 308. Auf diesen Beistand finden sinngemäss die Regeln über die Beistandschaften des Vormundschaftsrechts und mithin (ZGB 367 III) auch

Vormundsregeln Anwendung. Der Beistand ist zu ernennen, wenn das Kindeswohl gefährdet ist und Massnahmen nach ZGB 307 nicht ausreichen. Der Beistand unterstützt die Eltern in allen Belangen als eine Art Erziehungsbeistand. Die Pflichten sind Einzelfallgerecht festzulegen, möglich ist die teilweise Beschränkung der elterlichen Sorge. Der Beistand kann auch die Befugnis erhalten, für das Kind eine besondere Heilbehandlung anzuordnen. ZGB 308 kann auch mit 310 gekoppelt werden.

Beistand für die Feststellung der Vaterschaft ZGB 309. In ZGB 309 handelt es sich um den obligatorischen Beistand für das Kind einer unverheirateten Mutter. Die Aufgabe der Beistandin besteht primär darin, für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater (durch Anerkennung oder Vaterschaftsurteil oder Anfechtung der Anerkennung) zu sorgen. Der Beistand hat auch die Mutter in der nach den Umständen gebotenen Weise zu beraten und zu betreuen. Soll der Beistand auch für die Wahrung des Unterhaltsanspruchs sorgen, was sehr oft gegeben ist, so ist er zusätzlich auf der Rechtsgrundlage von ZGB 308 II zu ernennen.

Verwaltungsbeistand ZGB 325. Bei entsprechender Gefährdung des Kindesvermögens überträgt die Vormundschaftsbehörde die Verwaltung des Kindesvermögens einem Beistand. Der Verwaltungsbeistand hat eine viel stärkere Stellung als der Beistand zur Vermögensverwaltung nach ZGB 393. Die Beistandschaft nach ZGB 393 hat auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person keinen Einfluss (ZGB 417 I); sie geht so weit, wie es sich die Verbeiständete bieten lässt. Anders liegen die Dinge beim Beistand für die Verwaltung des Kindesvermögens: Den Eltern ist dadurch die Verwaltung entzogen.

iii. Die Aufhebung der elterlichen Obhut

ZGB 310 regelt die **Fremdplatzierung von Kindern**. Sie ist möglich ohne Entziehung der elterlichen Sorge und nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei entsprechender Gefährdung des Kindes durch die Vormundschaftsbehörde anzuordnen. Die Massnahme umfasst zweierlei: Erstens wird das **Aufenthaltsbestimmungsrecht, die rechtliche Obhut, aufgehoben** und zweitens wird das **Kind untergebracht**. Der geeignete Ort für die Unterbringung kann eine Familie, eine Einzelperson oder ein Heim sein (vgl. ZGB 314a). Wird das Kind in Anwendung von ZGB 310 I und II in einer Anstalt untergebracht, so gelten die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung gegenüber Mündigen und Entmündigten sinngemäss (ZGB 314a I).

Die Vormundschaftsbehörde kann die elterliche Obhut auch bei gestörtem Verhältnis zwischen Eltern und Kind entziehen (ZGB 310 II, bei Abs. 1 besteht allgemein eine Gefahr für das Kind). Dazu sind drei Voraussetzungen erforderlich: Das weitere Verbleiben des Kindes im gemeinsamen Haushalt ist mindestens für eine Seite **unzumutbar** geworden, es kann nach den Umständen **nicht anders als durch Fremdplatzierung geholfen** werden und es liegt ein entsprechendes **Begehren** der Eltern oder des Kindes vor.

iv. Die Entziehung der elterlichen Sorge

Die letzte Stufe in der Stufenfolge der Kindesschutzmassnahmen bildet die Entziehung der elterlichen Sorge. Entmündigte Eltern verlieren die Sorge von Gesetzes wegen (ZGB 296 II). Darüber hinaus kann mündigen Eltern die elterliche Sorge unter bestimmten Voraussetzungen (ZGB 311 I und 312) durch behördlichen Entscheid entzogen werden:

- Die Eltern sind ausserstande, die Sorge pflichtgemäss auszuüben (ZGB 311 I 1.), sie haben sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert (ZGB 311 I 2.) oder sie

haben ihre Pflichten gegenüber dem Kind gröblich verletzt (ZGB 311 I 2.). Gründe können damit ausdrücklich Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, oder Ortsabwesenheit sein. Zuständig ist die **Aufsichtsbehörde** (Bezirksamt, EG ZGB 59 IV; das Begehren ist aber an die Vormundschaftsbehörde zu stellen, vgl. EG ZGB 55c I. Die Eltern müssen angehört werden, danach hat der Entscheid des Bezirksamtes erfolgen. Dieser Entscheid kann innert 20 Tagen direkt ans Obergericht weitergezogen werden [EG ZGB 55c III und IV]).

- In zwei Fällen ist die **Vormundschaftsbehörde** für die Entziehung zuständig: wenn die Eltern aus wichtigen Gründen darum nachsuchen (ZGB 312 1.) und wenn sie in eine künftige Adoption durch ungenannte Dritte eingewilligt haben (ZGB 312 2).

Wird beiden oder dem alleinigen Sorgerechtsberechtigten die elterliche Sorge entzogen, erhalten die Kinder einen Vormund (ZGB 311 II). Die Entziehung der elterlichen Sorge gilt nicht notwendigerweise für immer. Vielmehr ist bei entsprechender Änderung der Verhältnisse die Sorge wieder zu übertragen. Das darf allerdings nicht vor Ablauf eines Jahres seit der Entziehung geschehen (ZGB 313 II).

c) Zuständigkeit und Verfahren

i. Die Zuständigkeit

In sachlicher Hinsicht fallen Kindesschutzmassnahmen grundsätzlich in den Aufgabenbereich der **vormundschaftlichen Behörden** (ZGB 315 I; 361 I). Meist ist dies - jedenfalls in erster Instanz - die Vormundschaftsbehörde (wichtige Ausnahme: ZGB 311 II!). In örtlicher Hinsicht sind die Behörden am **Wohnsitz des Kindes** zuständig (ZGB 315 I). ZGB 315 II begründet eine kumulative (zusätzliche) Zuständigkeit der Behörden am (gewöhnlichen) Aufenthaltsort in drei Fällen: wenn das Kind bei Pflegeeltern oder sonst ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft lebt und schliesslich, wenn Gefahr im Verzug ist. Das Korrelat dieser zusätzlichen Zuständigkeit ist die Pflicht, die Wohnsitzbehörde über die getroffene Massnahme zu benachrichtigen (ZGB 315 III).

Im **eherechtlichen Verfahren** ist unter Umständen ein **Gericht** zur Anordnung oder Abänderung von Kindesschutzmassnahmen zuständig. Diesfalls richtet sich die örtliche Zuständigkeit für das Gericht nach GestG 15 I b und d. **Gemäss ZGB 315a ist sachlich das Gericht zuständig, und zwar in sämtlichen eherechtlichen Verfahren, also im Scheidungs- wie im Eheschutzverfahren** (vgl. ZGB 179 I). ZGB 315a II sieht vor, dass auch bereits bestehende Kindesschutzmassnahmen vom Gericht den neuen Verhältnissen angepasst werden können. Trifft das Gericht gestützt auf ZGB 315a I oder II Kindesschutzmassnahmen, so regelt es auch den persönlichen Verkehr.

Für die Zuständigkeit im Verfahren zur **Abänderung des Scheidungsurteils** verweist ZGB 315b I auf die Vorschriften über die Ehescheidung, mithin auf ZGB 134: Danach ist das Gericht **einzig in strittigen Fällen** zur Abänderung der elterlichen Sorge oder des Unterhalts zuständig (ZGB 134 III). In diesen Fällen ist das Gericht auch zur Abänderung gerichtlicher Anordnungen über Kindesschutzmassnahmen zuständig (ZGB 315b I 2.). In den übrigen Fällen sind die vormundschaftlichen Behörden zuständig (ZGB 315b II). Im Verfahren zur **Änderung von Eheschutzmassnahmen** sind die Vorschriften über die Ehescheidung sinngemäss anwendbar (ZGB 315b I 3.).

ii. Das Verfahren

Vor dem Erlass von Kindesschutzmassnahmen ist das Kind in geeigneter Weise **persönlich anzuhören**, sofern nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (vgl. ZGB 314 1. und 144 II). **Zuständig ist nicht das Gericht, sondern die vormundschaftliche Behörde**. Ausserdem kann die Anhörung auch an eine Drittperson delegiert werden.

Von Bundesrechts wegen kann die anordnende wie die Beschwerdeinstanz beim Kinderschutz die **aufschiebende Wirkung entziehen** (ZGB 314 2.); die Massnahme wird dann vorsorglich durchgeführt.

Beinhaltet die Kindesschutzmassnahme die Unterbringung in einer Anstalt, so kommt ZGB 314a zum Zug und sind demgemäss die Bestimmungen über die gerichtliche Beurteilung und das Verfahren bei fürsorgerischer Freiheitsentziehung gegenüber Erwachsenen (ZGB 397d-f) sinngemäss anwendbar (ZGB 314a I).

3.4.5. Die Unterstützungspflicht

a) *Die Unterstützungspflichtigen*

i. Die privatrechtliche und die öffentlich-rechtliche Unterstützungspflicht

Verarmte, hilflose, arbeitsunfähige, immer häufiger aber auch voll erwerbstätige Personen müssen, um leben zu können, von anderer Seite den Lebensunterhalt erhalten. In erster Linie kommt dafür die **Unterhaltungspflicht der Eltern und der Eheleute** zum Tragen (ZGB 328 III, mit Hinweis auf ZGB 163 ff. und 276 ff.). Der Vorrang der Unterhaltungspflicht findet aber am betriebsrechtlichen Notbedarf der leistungspflichtigen Person seine Grenze. Bei Ungenügen der Unterhaltungspflicht kommt die Unterstützungspflicht zum Zug: In erster Linie obliegt sie den nächsten Verwandten. **Subsidiär muss sich das Gemeinwesen der hilfsbedürftigen Bürger und Bürgerinnen annehmen** (BV 12). Gegebenenfalls steht ihm gegenüber den Verwandten der unterstützten Person ein Anspruch auf **Ersatz der gewährten Unterstützung** zu. Die Unterstützungspflicht der Verwandten ist in ZGB 328 I geregelt.

ii. Die unterstützungspflichtigen Privaten

Die Unterstützungspflicht erstreckt sich nach ZGB 328 f. auf die **Verwandten in auf- und absteigender Linie** (ZGB 20 II). Die Unterstützungspflicht gilt somit für Kinder, auch Adoptivkinder, Enkel, Urenkel gegenüber ihren Eltern, Grosseltern, Urgrosseltern und umgekehrt. Die Unterstützungspflicht unterliegt der Voraussetzung, dass die Pflichtigen **"in günstigen Verhältnissen"** leben (ZGB 328 II). Dies bedeutet, dass sie im Wohlstand leben können bzw. wohlhabend sind. Unter mehreren Unterstützungspflichtigen richtet sich die Pflicht nach der **Reihenfolge ihrer Erbberechtigung** (ZGB 329 I).

Die Unterstützungspflicht kann unbillige Folgen haben (z. B. Unterstützungspflicht trotz grober Verfehlung der berechtigten gegenüber den pflichtigen Verwandten); in solchen

Fällen kann das Gericht die Unterstützungspflicht in Anwendung von ZGB 4 ermässigen oder aufheben (ZGB 329 II).

Schliesslich gelten für die Unterstützungspflicht die Regeln über die Unterhaltsklage und den Übergang des Unterhaltsanspruchs auf das Gemeinwesen sinngemäss (ZGB 329 III). Die örtliche Zuständigkeit ist in GestG 17 b. geregelt: Danach besteht für Klagen gegen unterstützungspflichtige Verwandte ein zwingender Wahlgerichtsstand am Wohnsitz einer Partei. Sachlich zuständig ist ein Gericht (GestG 17); dessen Bezeichnung fällt in die Kompetenz der Kantone (vgl. ZPO 11 f.; es findet das beschleunigte Verfahren Anwendung [EG ZGB 56]).

iii. Die Pflicht gegenüber Findelkindern

Für sie stellt das ZGB folgende Regelung auf: Der Unterhalt der Findelkinder ist von der Gemeinde zu tragen, in der sie eingebürgert worden sind (ZGB 330 I). Bei nachträglicher Feststellung des Kindesverhältnisses besteht ein Rückgriffsrecht auf die unterstützungspflichtigen Verwandten bzw. das unterstützungspflichtige Gemeinwesen (ZGB 330 II).

b) *Inhalt und Umfang*

Art und Mass der zu gewährenden Unterstützung werden durch die **konkreten Verhältnisse** bestimmt; bei deren Änderung ist jederzeit eine Neuregelung möglich (ZGB 329 III i.V.m. 286). Falls auf einen bestimmten Zeitpunkt hin Entlastung durch andere Pflichtige nach menschlichem Ermessen zu erwarten ist, sind die Ansprüche zum Vornherein zeitlich zu begrenzen. Für den Umfang der Unterstützung stellt das Gesetz auf die Bedürfnisse der berechtigten Person, und den Verhältnissen der pflichtigen Person.

Bei der berechtigten Person muss eine Notlage vorliegen, auf das Verschulden kommt es nicht an. Nicht geschützt ist böswilliges Verhalten, um auf Kosten der Verwandten zu leben. Die pflichtige Person kann nur beigezogen werden, wenn sie selbst wohlhabend ist. Dies ist sowohl auf Grund des Einkommens wie auch des Vermögens zu ermitteln. Daher ist der bisher bejahte Beizug des Erwerbseinkommens der Ehefrau oder des Ehemannes der pflichtigen Person nur noch mit grosser Zurückhaltung angebracht. Andernfalls resultiert aus diesem Beizug faktisch eine Unterstützungspflicht unter Verschwägerten (Schwiegereltern/Schwiegerkind).

3.4.6. Die Hausgewalt

a) *Der Begriff der Hausgewalt*

Neben den unmündigen Kindern unter elterlicher Sorge leben im gemeinsamen Haushalt mit deren Eltern oft noch andere Personen. Zur Familie in diesem weiteren Sinn gehören vor allem auch die Hausangestellten und landwirtschaftliche Arbeitnehmende ("Knechte und Mägde"). Der Kreis der möglichen Hausgenossen kann darüber hinaus durch vertragliche Abmachungen erweitert werden (z.B. Tagesmutter, Au-pair). Alle diese Personen bilden einen gemeinsamen Haushalt, eine Hausgemeinschaft, die unter Umständen, z. B. bei einem Internat, einem Hotel oder einem Konvikt, einen beträchtlichen Umfang annehmen kann.

In der Regel muss unter diesen Personen eine gewisse Ordnung herrschen, es muss eine übergeordnete Verantwortung und Sorge für sie bestehen. Die elterliche Sorge reicht hier nicht aus; unter sie fallen nur die unmündigen und allenfalls die entmündigten Kinder (ZGB 385 III). **Die Sorge und Verantwortung, die sich über alle Hausgenossen erstreckt, ist die Hausgewalt.** Sie erfordert in jedem Fall ein Subordinationsverhältnis.

b) Das Familienhaupt

i. Allgemeines

Das Familienhaupt wird durch gesetzliche Vorschrift (z.B. ZGB 296 ff.), durch Vertrag oder durch die Anschauung bestimmt (ZGB 331 I). Daraus ergibt sich das erforderliche Subordinationsverhältnis. Das Familienhaupt kann auch eine juristische Person sein (z.B. Kinderkrippe); die Hausgewalt kann auch mehreren Personen zustehen (z.B. Eltern). Besonders wichtig ist dies für die Frage, wen die Haftung gemäss ZGB 333 trifft.

Das Familienhaupt darf vor allem die Hausordnung festlegen, also etwa bestimmen, dass um elf Uhr abends alle Mitglieder zu Hause sind. Bei der Festlegung der Hausordnung hat das Familienhaupt auf alle berechtigten Interessen der Beteiligten Rücksicht zu nehmen (ZGB 332 I).

ii. Die Pflichten

Eingehender als die Rechte sind die Pflichten des Familienhauptes geregelt. Es handelt sich um die drei folgenden, praktisch bedeutsamen Bestimmungen:

- Das Familienhaupt hat die Effekten der Hausgenossen mit derselben Sorgfalt wie die eigenen Sachen zu verwahren und gegen Schaden sicherzustellen (ZGB 332 III). Dies ist eine allgemeine **Sorgfaltspflicht**. Ein besonders strenger Massstab an die Sorgfaltspflicht wird bei geistesschwachen Mitgliedern vorgeschrieben (ZGB 333).
- Das Familienhaupt haftet für den Schaden, den ein Mitglied des Haushalts durch sein Benehmen Drittpersonen zufügt (ZGB 333 I). Diese milde **Kausalhaftung des Familienhauptes** besteht jedoch nicht für alle, sondern nur für die unmündigen (Kinder unter achtzehn Jahren) und entmündigten, geistesschwachen und geisteskranken (bei diesen ohne Rücksicht auf Alter oder Entmündigung) Mitglieder des Haushaltes, also z. B. nicht für mündige Kinder und Hausangestellte. Die Haftung des Familienhauptes entfällt, wenn das Familienhaupt den Beweis erbringt, dass es die erforderliche Sorgfalt in der Beaufsichtigung des schadenstiftenden Mitglieds der Hausgemeinschaft beobachtet hat. Darüber hinaus entfällt die Haftung gemäss h.L., wenn das Familienhaupt den Beweis erbringt, dass auch bei sorgfältiger Beaufsichtigung der Schaden eingetreten wäre. Für Urteilsunfähige kommt die Billigkeitshaftung in Frage (OR 54). Im Übrigen gelten für die Haftung des Familienhauptes die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts (ZGB 7).
- **Lidlohn.** Namentlich in der Landwirtschaft, kommt es vor, dass Kinder mit den Eltern nach erlangter Mündigkeit zusammenleben und für diese arbeiten, ohne dafür einen Lohn oder ein anderes Entgelt zu erhalten. Ihre Arbeit, vielleicht auch ihr Einkommen aus Arbeit bei Dritten, ist der Kasse der Eltern zugute gekommen.

ZGB 334 I gewährt den Kindern und Grosskindern, die als Mündige im gemeinsamen Haushalt ihren Eltern (bzw. Grosseltern) Arbeit oder Einkünfte zugewendet haben, einen Anspruch auf eine "**angemessene Entschädigung**" (**Lidlohn**). Zu beachten ist, dass auch OR 320 II zum Zuge kommen kann. Für die Bemessung können die Erfahrungswerte des Schweizerischen Bauernverbandes herangezogen werden. Es gelten folgende Besonderheiten:

- o Die **Fälligkeit** der Forderung tritt zu Lebzeiten des Schuldners ein, wenn gegen ihn eine Pfändung erfolgt oder über ihn der Konkurs eröffnet wird, wenn der gemeinsame Haushalt aufgehoben wird oder wenn der Betrieb in andere Hände übergeht (ZGB 334bis II). Als Aufhebung des Haushalts gilt auch das Verlassen der Gemeinschaft durch das Kind.
- o Die zu Lebzeiten oder beim Tod des Schuldners fällig werdende Forderung **verjährt nicht**, muss aber spätestens bei der Erbteilung des schuldnerischen Nachlasses geltend gemacht werden (ZGB 334bis III).
- o Als Erbschaftsschuld kann die Lidlohnforderung nicht höher sein als der Saldo des Nachlasses; die Miterben brauchen sich durch den Lidlohn **keine Überschuldung der Erbschaft** gefallen zu lassen (ZGB 603 II).

3.4.7. Das Familienvermögen

a) *Die Familienstiftung*

Die Familienstiftung ist, wie die gewöhnliche Stiftung, ein eigenes Rechtssubjekt, das Trägerin einer Vermögenswidmung ist (ZGB 335 I). Sie darf nur der Erziehung, Unterstützung, Ausstattung der Familienangehörigen oder ähnlichen Zwecken dienen. **Nichtig sind daher die sogenannten Genuss- oder Unterhaltsfamilienstiftungen**, d.h. Stiftungen, deren Erträge ohne besondere Zweckbestimmung für den allgemeinen Lebensunterhalt den Angehörigen einer Familie zukommen sollen. Die Errichtung der Familienstiftung erfolgt wie bei anderen Stiftungen durch öffentliche Urkunde oder letztwillige Verfügung; dagegen ist eine Eintragung in das Handelsregister nicht notwendig (ZGB 52 II); die Familienstiftung ist auch **nicht der Aufsichtsbehörde unterstellt** (ZGB 87 I).

b) *Familienfideikommisse*

Familienfideikommisse sind Vermögen oder Vermögenskomplexe, die sich auf Grund von Verfügungen innerhalb einer Familie gemäss einer zum Vornherein festgesetzten Ordnung vererben sollen. Die schon vor 1912 gegründeten Familienfideikommisse dürfen weiter bestehen bleiben; sind jedoch in der Praxis äusserst selten.

c) *Die Gemeinderschaft*

Der Gemeinderschaft liegt die Idee zu Grunde, dass die Erbteilung nicht sofort nach dem Tod der Erblasserin vorgenommen werden soll, sofern sie unabwendbar eine Parzellierung der Güter oder eine Überschuldung des Übernehmers zur Folge hätte, sondern dass

sie auf spätere, günstigere Zeiten verschoben wird. Inzwischen soll der ganze Nachlass oder wenigstens ein Teil davon den Erben gemeinschaftlich zustehen. Es ist auch möglich, dass sich weitere Verwandte vertraglich anschliessen.

Die Gemeinderschaft kann je nach den praktischen Bedürfnissen entweder Gemeinderschaft mit gemeinsamer Wirtschaft oder Ertragsgemeinderschaft sein. Bei ersterer verwalten und bewirtschaften die Gemeinder das Gut zusammen, bei letzterer tut dies bloss ein Erbe; und den Gemeindern steht ein Teil des Ertrages zu.

4. Die Vormundschaft

4.1. *Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft*

4.1.1. Die vormundschaftlichen Behörden

Das ZGB kennt zwei staatliche Organe, die für das Vormundtschaftswesen zuständig sind: die **Vormundschaftsbehörde** und die **Aufsichtsbehörde**. Die Kantone können eine obere und eine untere Aufsichtsbehörde vorsehen (ZGB 361). Im Aargau stellt der Gemeinderat die Vormundschaftsbehörde, die Aufsichtsbehörde erster Instanz ist das Bezirksamt, diejenige zweiter Instanz das Obergericht (EG ZGB 59). Dieses hat umfassende Kognition und genügt so den Voraussetzungen von EMRK 6. Für die Vormundschaftsbehörde ist der Wohnsitz massgebend (EG ZGB 60 I).

Unter gewissen Voraussetzungen (ZGB 362) kann die Vormundschaftsbehörde ausgeschaltet und durch den sogenannten **Familienrat** ersetzt werden (ZGB 362-366). Obwohl der Familienrat im Gesetz verankert ist, sind seit Jahren keine Anwendungsfälle mehr bekannt geworden.

4.1.2. Die vormundschaftlichen Ämter

Es gibt drei vormundschaftliche Ämter. Es sind dies:

- **Vormundschaft**. Die Bevormundete wird ihrer **Handlungsfähigkeit grundsätzlich beraubt**; sie ist handlungsunfähig (ZGB 17). Sie kann sich namentlich nicht verpflichten ohne Genehmigung der gesetzlichen Vertreterin (ZGB 19 I, 410, 411).
- **Beiratschaft**. Die Beiratschaft nimmt eine **Mittelstellung** zwischen beiden ein: Sie bewirkt nicht gerade die Aufhebung, wohl aber eine weitgehende Beschränkung der Handlungsfähigkeit. Der Verbeiratete ist beschränkt handlungsfähig. Er kann grundsätzlich frei handeln und kann sich auch verpflichten; unter genau bezeichneten Ausnahmen ist aber die Mitwirkung des Beirates notwendig oder handelt dieser allein (ZGB 395). Selbst die Verbindung der Mitwirkungs- mit der Verwaltungsbeiratschaft (die sogenannte kombinierte Beiratschaft) lässt für selbständiges Handeln Raum übrig.
- **Beistandschaft** (i.e.S.). Die Bestellung einer Beiständin lässt dagegen die persönliche **Handlungsfähigkeit des Verbeiständeten grundsätzlich unverseht**, beschränkt seine Verpflichtungsfähigkeit nicht (ZGB 417 I).

Eine Sonderstellung nimmt der **fürsorgerische Freiheitsentzug** ein.

4.1.3. Die Begründung der Vormundschaft

a) *Die Gründe der Bevormundung und Entmündigung*

i. Die Unmündigkeit

Jede unmündige Person, die sich nicht unter elterlicher Sorge befindet, fällt ohne weiteres, d.h. ohne vorgängige Entmündigung, unter Vormundschaft (ZGB 368 I; sog. Altersvormundschaft), seien die Inhaber der elterlichen Sorge gestorben, entmündigt (ZGB 296 II) oder ihrer Rechte verlustig erklärt worden (ZGB 311 f.).

ii. Die Entmündigung

Die Entmündigung ist der (weitgehende) Entzug der Handlungsfähigkeit durch die staatliche Behörde und die damit verbundene Unterstellung unter ein Schutz- und Abhängigkeitsverhältnis. Dieses Abhängigkeitsverhältnis wird gewöhnlich durch die Vormundschaft begründet, kann aber auch die elterliche Sorge sein (ZGB 385 III). **Die Begriffe Entmündigung und Anordnung der Vormundschaft (Bevormundung) decken sich also nicht, mag auch der Sprachgebrauch die Unterscheidung nicht immer vornehmen.**

Bei jeder Entmündigung hat die Behörde in ihrem Beschluss die **Gründe aufzuführen**, auf die sich die Entmündigung stützt, damit bei einem späteren Begehren um Aufhebung festgestellt werden kann, ob sie weggefallen sind (vgl. ZGB 433 II). Nicht zulässig ist eine Entmündigung rein deshalb, um der Behörde den sonst fehlenden Einblick in die Vermögensverhältnisse zu verschaffen. Die **vier** Entmündigungsgründe sind:

- **Geistige Unfähigkeit:** Geisteskrankheit oder Geistesschwäche (ZGB 369 I); wenn sich aus diesem (Schwäche-)Zustand das **Unvermögen** einer richtigen Besorgung der eigenen Angelegenheiten, ein **dauerndes Schutzbedürfnis** oder endlich die **Gefährdung der Sicherheit anderer** ergibt.
- **„Moralische“ Unfähigkeit** (ZGB 370). Hierher gehören die Entmündigungsgründe der Verschwendung und Misswirtschaft, denen das ZGB noch die Trunksucht und den lasterhaften Lebenswandel hinzufügte. Es muss sich wie bei ZGB 369 I ein **dauerndes Schutzbedürfnis** oder die **Gefährdung der Sicherheit anderer** hinzukommen, oder aber die Tatsache, dass diese Person sich selbst oder die Familie der **Gefahr des Notstandes oder der Verarmung** aussetzt. Das Gesetz spricht hier nicht von der Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, da davon bei solchen oft durchaus verständigen Personen häufig nicht die Rede sein kann.
 - o **Verschwendung** liegt vor, wenn eine Person immer wieder unsinnige, zur eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in krassem Missverhältnis stehende Ausgaben tätigt.
 - o **Misswirtschaft** ist gegeben, wenn eine Person dauernd auf unsinnige Weise ihre Einkommensverhältnisse gestaltet und daher **nicht in der Lage ist, sich die zum Leben notwendigen Mittel zu verschaffen**.

- o **Trunksucht** erfasst zwar in erster Linie die Sucht nach alkoholischen Getränken; doch dürfen darunter auch andere Suchterkrankungen subsumiert werden.
- o **Lasterhafter Lebenswandel** ist ein auf einem Mangel an Verstand oder Willen beruhendes gewohnheitsmässiges Verhalten, das in erheblichem Masse gegen die Rechtsordnung und die guten Sitten verstösst. Die "lasterhafte" Person wird entmündigt, weil ihr das Nichteinhalten der Sitte schadet und nicht weil sie etwas Ungehöriges macht.
- **Freiheitsstrafe** (ZGB 371 I). Die Bevormundung ist nur und erst bei Antritt der Strafe anzuordnen. Die Strafe muss bei der Verurteilung nach allfälliger Anrechnung der Untersuchungshaft noch **mindestens ein Jahr** ausmachen. Der Grund für die Entmündigung nach ZGB 371 ist die tatsächliche Einschliessung bzw. **das sich daraus ergebende Schutzbedürfnis** und nicht die Strafe. Die Freiheitsstrafe stellt nur eine widerlegbare Vermutung für eine Entmündigung dar und die Entmündigung ist nur gerechtfertigt, wenn (für die Dauer des Freiheitsentzugs) ein entsprechendes ernsthaftes Schutzbedürfnis feststeht.
- **Eigenes Begehren** (ZGB 372). Neben dem **eigenen Begehren** müssen bestimmte Gründe (**Schwächezustand**) vorliegen, nämlich: Altersschwäche, körperliche oder andere Gebrechen (wie Alkoholismus, Verwahrlosung, Müssiggang und Liederlichkeit in der Erfüllung der Familienpflichten) oder Geschäftsunerfahrenheit. Nicht genügend ist eine allgemeine Unerfahrenheit in der Vermögensverwaltung, wenn sich die Person andersweitige Hilfe beschaffen könnte. Die Entmündigung auf eigenes Begehren ist die vom Gesetz vorgesehene Ausnahme zu ZGB 27 I, wonach niemand auf die eigene Handlungsfähigkeit verzichten darf. Ist die Entmündigung ausgesprochen, kann das Begehren nicht mehr zurückgezogen werden; hingegen ist ein Rückzug vor dem Entmündigungsentscheid möglich. Von Ausnahmen abgesehen darf bei Vorliegen eines gültigen Begehrens selbst dann gemäss ZGB 372 entmündigt werden, wenn auch die Voraussetzungen nach ZGB 369 ff. erfüllt wären.

b) Die zuständige Behörde

Die sachlich zuständige Behörde, welche die Entmündigung auszusprechen hat, ist von den Kantonen zu bestimmen (ZGB 373 I). Die massgebenden Normen sind EG ZGB 61ff:

Vormundschaft aufgrund Unmündigkeit (ZGB 368):	Vormundschaftsbehörde.
Entmündigung aufgrund geistiger Unfähigkeit (ZGB 369):	Gerichtliches Verfahren (beschleunigt).
Entmündigung aufgrund moralischer Unfähigkeit (ZGB 370):	Gerichtliches Verfahren (beschleunigt).
Entmündigung aufgrund Freiheitsstrafe (ZGB 370):	Vormundschaftsbehörde
Entmündigung aufgrund eigenem Begehren (ZGB 371):	Vormundschaftsbehörde

Das gerichtliche Verfahren ergeht vor Bezirksgericht (ZPO 12). Allenfalls ist es möglich, dass im Rahmen eines Eheschutz- oder Scheidungsverfahrens der Gerichtspräsident zuständig ist (vgl. ZPO 11). Es handelt sich dabei um eine Kompetenzattraktion gemäss ZGB 315a f. In jedem Fall findet kein Vermittlungsverfahren statt (ZPO 136). Der Rechtsweg führt zum Obergericht (ZPO 13). Beim Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde ist das VRPG anwendbar; der Rechtsweg führt demnach über das Bezirksamt bis zum Obergericht (vgl. EG ZGB 59).

Die örtliche Zuständigkeit der Entmündigungsbehörde ist nach eidgenössischem Recht geordnet, mit einem Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Gesetzgebers: Es gilt das **Wohnsitzprinzip** (ZGB 376 I, EG ZGB 60 I). Bei Wechsel des Wohnsitzes geht die Vormundschaft auf die Behörde des neuen Wohnsitzes über (ZGB 377).

c) *Das Verfahren*

Das Entmündigungsverfahren ist durch das kantonale Recht (EG ZGB, vgl. dazu oben) geregelt (ZGB 373 I). Doch greifen auch eidgenössische Bestimmungen ein (vgl. ZGB 369 ff.). Da im Kanton Aargau je nach Verfahren zuletzt das Obergericht entscheidet, genügt diese Regelung den Anforderungen von EMRK 6. Das Verfahren lässt sich in vier Phasen unterteilen:

- **Die Einleitung.** Die Entmündigungsbehörde hat das Verfahren von Amtes wegen zu eröffnen, sobald sie vom Eintritt eines Entmündigungsgrundes Kenntnis erhält (Offizialmaxime). Wenn Massnahmen vor dem Entscheid über die Entmündigung nötig sind, so trifft die Vormundschaftsbehörde, sobald das Entmündigungsverfahren eingeleitet ist, von sich aus die nötigen Massregeln (ZGB 386 I). Solche Massnahmen sind z. B. die Gesundheitsfürsorge, Massnahmen zur Verbesserung von Unterkunft und Verpflegung, die Inventarisierung oder Sicherstellung des Vermögens. Möglich ist auch die Entmündigung selbst als Massregel, doch muss diese veröffentlicht werden (ZGB 386). Als Sofortmassnahme kann sich auch die Errichtung einer Beistandschaft oder Beiratschaft aufdrängen.
- **Die Feststellung.** Ebenso wichtig wie die Anordnung einer gebotenen ist die Verhinderung einer ungerechtfertigten Entmündigung. ZGB 374 I schreibt die Anhörung der gemäss ZGB 370 zu entmündigenden Person vor. Bei Geistesschwachen und Geisteskranken ist die Einholung eines Gutachtens eines oder mehrerer Sachverständiger erforderlich, das sich auch über die Zulässigkeit der Anhörung auszusprechen hat (ZGB 374 II). Das Gesetz verlangt nicht, dass das Gutachten im Entmündigungsverfahren selbst erstattet sein müsse: Es genügt z. B. das Gutachten eines Strafverfahrens, das unmittelbar zur Einleitung des Entmündigungsverfahrens führte.
- **Der Entscheid.** Die Entmündigung ist in einem "amtlichen Blatte" des Wohnsitzes und der Heimat des Mündels zu veröffentlichen, sobald sie rechtskräftig geworden ist (ZGB 375 I, von der Aufsichtsbehörde [EG ZGB 64]). Erst von der Veröffentlichung an kann sie gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden (ZGB 375 III). Bei Wohnsitzwechsel ist eine Veröffentlichung am neuen Wohnsitz verlangt (ZGB 377 III).
- **Die Ergreifung von Rechtsmitteln.** Sie sind bis vors Bundesgericht möglich (ZGB 373 II).

4.1.4. Die Bestellung des Vormunds

a) *Die Voraussetzungen der Wahl*

Es gilt der Grundsatz der **Einheit des vormundschaftlichen Amts**: jeder Person wird nur ein Vormund beigelegt. Nur ausnahmsweise ist eine Mehrheit von Vormundinnen

gestattet. In diesem Fall teilt die Behörde entweder jedem Mitvormund einen besonderen Aufgabenkreis zu, oder sie beauftragt alle Vormundinnen mit der gemeinsamen Geschäftsführung, wozu allerdings deren Einverständnis erforderlich ist (ZGB 379).

Allgemeine Voraussetzungen sind die Eignung, die Mündigkeit, Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte, ehrenhafter Lebenswandel (ZGB 379 I, 384 1. und 2.). Sodann müssen Interessenkollisionen und Feindschaften fehlen (ZGB 384 3. und 4.). Wird ein Ausschliessungsgrund nicht beachtet, so ist die Folge stets dieselbe: Die Wahl kann durch interessierte Personen angefochten werden (ZGB 388 II), der Vormund muss bei Erkennen das Amt niederlegen (ZGB 443 I).

Nahe **Verwandten und Ehegatten haben ein Vorrecht**. Die Vormundschaftsbehörde hat eine von ihnen zur Vormundin zu ernennen, wenn kein wichtiger Grund dagegen spricht (ZGB 380). Die Rangfolge unter ihnen richtet sich nicht nach der Nähe der Verwandtschaft, sondern nach den persönlichen Beziehungen und der Nähe des Wohnsitzes. Entscheidend ist die bessere Eignung. Im Übrigen soll die Vormundschaftsbehörde den von der zu bevormundenden Person oder ihrem Vater oder ihrer Mutter gewünschten sogenannten Vertrauensvormund, auch hier unter dem Vorbehalt des Vorliegens wichtiger Gründe, mit dem Amt des Vormunds betrauen (ZGB 381). Die Behörde ist verpflichtet, den Vorschlag einzuholen. **In der Regel hat der Vertrauensvormund den Vorrang vor dem laut ZGB 380 zu bezeichnenden Verwandten oder Ehegatten**. Ist kein geeigneter Vormund zu finden, kommt die Amtsvormundschaft zum Zuge, d.h. ein Dritter wird von der Vormundschaftsbehörde gewählt.

Die Übernahmepflicht ist eine Bürgerpflicht (ZGB 382). Ist die Pflicht an sich gegeben, können Alter (über 60 Jahre), körperliche Gebrechen, Beanspruchung durch die Ausübung anderer Vormundschaften oder der elterlichen Sorge (mehr als vier Kinder), gewisse eidgenössische und kantonale Ämter und Würden eine Ablehnung rechtfertigen (ZGB 383). Diese Ablehnungsgründe sind von den Ausschliessungsgründen von ZGB 384 zu unterscheiden. Sie machen - anders als die Ausschliessungsgründe - zum Amt nicht unfähig. Wenn sie nicht geltend gemacht werden, bleibt die gewählte Person Vormund oder Vormundin. - Einen Ablehnungsgrund relativer Art, d. h. nur in Bezug auf die betreffende Vormundschaft, sieht das Gesetz in der Ausübung dieses Amtes während vier Jahren vor (ZGB 415 III).

b) Das Verfahren

Sobald als möglich nach der Entmündigung bzw. nach dem Eintritt des Bevormundungsgrundes der Unmündigkeit soll der Vormund bestellt werden (ZGB 385 I). Doch sollen vorher wenn möglich die bevormundete Person selbst und deren Eltern angehört werden, damit sie ihre Wünsche äussern können. Die Ernennung erfolgt in der Regel **für zwei Jahre**. Nach Ablauf der Amtsdauer ist keine ausdrückliche Neuwahl mehr erforderlich; es genügt eine einfache Bestätigung im Amt (ZGB 415).

Einen Ablehnungsgrund kann einzig die gewählte Person geltend machen (ZGB 388 I), während jedermann, der ein Interesse hat, unter Berufung auf mangelnde Eignung, auf die Ausschliessungsgründe gemäss ZGB 384 oder auf die Verletzung eines Berufungsgrundes gemäss ZGB 380 und 381 die Wahl anfechten kann (ZGB 388 I). Dafür ist eine Frist von 10 Tagen und ein besonderes Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde (ZGB 388 III) vorgesehen. Ein Weiterzug an die Aufsichtsbehörde ist möglich.

4.1.5. Die Beistandschaft

a) *Die gesetzliche Regelung*

Die gesetzlichen Regeln sind weit verstreut. Es sind dies ZGB 392-397 über die Bestellung des Beistandes, ZGB 417-419 über das Amt des Beistandes und ZGB 439 f. über die Beistandschaft. Daneben sind ZGB 367 III, 420 und 426 ff. analog anwendbar.

b) *Die Beistandschaft im engeren Sinn*

i. Allgemeines

Der Vertretungsbeistandschaft und der Verwaltungsbeistandschaft ist gemeinsam, dass sie **auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person keinen Einfluss** ausüben, so dass dieser das Recht, selbst zu handeln, verbleibt (ZGB 417 I). Nur eine tatsächliche Verhinderung kann sie davon ausschliessen. Es besteht dieselbe Situation, wie wenn sie von sich aus einen Vertreter ernannt hätte.

ii. Die Vertretungsbeistandschaft

Sie wird zum Zweck der Besorgung einer oder mehrerer bestimmter Angelegenheiten (ZGB 392) und mithin ad hoc angeordnet. Sie hört denn auch mit der Erledigung der Angelegenheit auf, für die der Beistand bestellt worden ist (ZGB 439 I). Die Vormundschaftsbehörde umschreibt die Aufgabe des Beistandes und gibt ihm nähere Weisungen, die er zu beachten hat (ZGB 418). Darüber hinaus muss die Vormundschaftsbehörde die Geschäfte nach ZGB 421 genehmigen (z.B. **Kauf von Grundstücken**). Daneben ist namentlich ein **Vertrag zwischen der Verbeiständeten und dem Beistand** oder ein Vertrag zwischen den Eltern und dem Kind unter Mitwirkung eines Beistandes (ZGB 306 II i.V.m. 392 2.) in analoger Anwendung von ZGB 422 7. zusätzlich von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen. Die Vertretungsbeistandschaft ist in folgenden Fällen notwendig (ZGB 392):

- Sobald eine Person weder **durch sich selbst noch durch ihre allfällige Vertreterin in einem bestimmten Fall in der Lage ist, ihre Interessen wahrzunehmen** (wenn sich eine mündige Person grundlos beharrlich weigert, einen ihren persönlichen und wirtschaftlichen Interessen entsprechenden Entscheid zu fällen).
- Bei **Verhinderung des gesetzlichen Vertreters**, die Vertretung auszuüben.
- Bei **Interessenkollision** zwischen der gesetzlichen Vertreterin und der Vertretenen (z.B. bei der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung, wo der gesetzliche Vertreter als Kläger gegen sein Kind auftritt).

Auch ausserhalb von ZGB 392 kommen Fälle von Vertretungsbeistandschaft vor: So hält ZGB 306 II um der Klarheit willen fest, dass **ZGB 392 auch im Verhältnis Eltern-Kind gelte**, sieht ZGB 308 eine Art Vertretungsbeistandschaft vor und ist gemäss ZGB 309 eine obligatorische Beistandschaft zur Feststellung der Vaterschaft zu errichten.

iii. Die Verwaltungsbeistandschaft

Sie ist anzuordnen über ein Vermögen, dem die nötige Verwaltung, die sachgemässe Betreuung und Zweckverwirklichung, fehlt (ZGB 393). **Im Gegensatz zur Vertretungsbeistandschaft, die nur in bestimmten vom Gesetz vorgesehenen Fällen zu bestellen ist, liegt hier eine Generalklausel vor.** Das "Erforderliche" kann in der Ernennung einer Verwaltungsbeiständin bestehen. Die Verwaltungsbeistandschaft kann auch mit der Vertretungsbeistandschaft verbunden werden.

Diese Beiständin hat das Vermögen zu verwalten. Ihre Aufgabe beschränkt sich auf die **gewöhnlichen Verwaltungshandlungen** und auf die Sorge um die Erhaltung des Vermögens. Ist eine Verfügung vorzunehmen, die darüber hinausgeht (z.B. Kauf eines Grundstückes), so bedarf es einer **besonderen Ermächtigung** durch die verbeiständete Person, und, wenn diese unfähig ist, durch die Vormundschaftsbehörde. Die Vertretungsbeistandschaft ist anzuordnen (ZGB 393):

- Die Person des Vermögenssubjekts ist für längere Zeit und mit **unbekanntem Aufenthalt abwesend** oder sie steht noch nicht fest.
- Eine **juristische Person**, Körperschaft oder Stiftung, denen das Bundesgericht auch Personengesellschaften gleichstellt, **besitzt nicht die erforderlichen Organe**.
- Es liegt ein sogenanntes **Sammelvermögen mit wohltätigem oder ähnlichem Zweck** vor, und es ist für dessen Verwaltung oder Verwendung nicht gesorgt.
- Die **Unfähigkeit einer Person**, die Vermögensverwaltung selbst zu besorgen oder einen Vertreter zu bestellen. Eine Beistandschaft ist dann anzuordnen, wenn diese Person nicht fähig ist, einen Verwalter zu wählen und bis zu einem gewissen Grad zu kontrollieren. **Es muss sich indessen um einen Fall handeln, da weder Vormundschaft noch Beiratschaft angebracht sind.** Zu denken ist vor allem an die physische Verhinderung, an körperliche Gebrechen oder etwa an momentane Erregungszustände bei einer Geisteskrankheit.

iv. Die Beistandschaft auf eigenes Begehren

Analog der Entmündigung auf eigenes Begehren (ZGB 372) kennt das ZGB auch eine Beistandschaft auf eigenes Begehren (ZGB 394). Es ist vorausgesetzt, dass das Gesuch durch Hilfsbedürftigkeit wegen Altersschwäche, anderen Gebrechen oder Unerfahrenheit objektiv begründet ist. **Im Gegensatz zur Entmündigung auf eigenes Begehren ist indessen die entsprechende Beistandschaft auf Begehren der verbeiständeten Person jederzeit aufzuheben.**

c) *Die Beiratschaft*

i. Allgemeines

Sie hebt sich von der Vormundschaft nur in quantitativer Hinsicht ab. Die Beiratschaft ist auf eine **Einschränkung der Handlungsfähigkeit** (und nicht bloss eine diese intakt

lassende Verbeiständung) ausgerichtet, wobei die **Erfordernisse für eine Entmündigung jedoch nicht vorliegen**. Sie hat entweder zur Folge, dass die Beirätin bei bestimmten Rechtshandlungen mitzuwirken hat oder aber dass die Verwaltung der Vermögenssubstanz durch die Beirätin erfolgt.

Die Beiratschaft vermag in vielen Fällen die Zwecke einer Entmündigung zu erfüllen, ohne eine so radikale Massnahme mit zum Teil unerwünschten Folgen darzustellen. So lässt sie eine gewisse, je nach Art der Beiratschaft unterschiedliche Selbständigkeit bestehen. Ferner kann die Beiratschaft über Vater oder Mutter angeordnet werden, ohne dass gleichzeitig, wie bei der Entmündigung, die elterliche Sorge entfällt (ZGB 296 II).

ii. Die Mitwirkungsbeiratschaft (ZGB 395 I)

Der Verbeiratete ist in seiner Handlungsfähigkeit in der Weise beschränkt, dass er eine Anzahl von Rechtshandlungen, namentlich **Rechtsgeschäfte nur unter Mitwirkung eines Beirates gültig vornehmen kann** (vgl. ZGB 410 f.). Der Mitwirkungsbeirat ist nicht (gesetzlicher) Vertreter. Er ist **nicht berechtigt, ein Geschäft eigenmächtig abzuschliessen**. Der Verbeiratete handelt selber und der Beirat wirkt nur mit, sei es vor oder nach der Handlung (Zustimmung, Ermächtigung, Genehmigung).

Die Notwendigkeit der Zustimmung der vormundschaftlichen Behörde ist grundsätzlich zu verneinen, da die Mitwirkungsbeiratschaft impliziert, dass die verbeiratete Person ihre Beirätin selber zu kontrollieren vermag. Dagegen ist ein Beschwerderecht (im Sinn von ZGB 420) des Verbeirateten an jene Behörden anzuerkennen für den Fall, dass der Beirat seine Mitwirkung versagt. Findet die Behörde, der Beschwerdeführer sei im Recht, so weist sie den Beirat zur Mitwirkung bei dem betreffenden Geschäft an.

Der Verbeiratete ist eine Person, die zur Verwaltung ihres Vermögens und zu den dazu erforderlichen Verfügungshandlungen im Allgemeinen als befähigt erscheint, nicht aber zu einzelnen besonders wichtigen Geschäfte, für die das Gesetz die Mitwirkung verlangt.

iii. Die Verwaltungsbeiratschaft (ZGB 395 II)

Durch sie wird der Verbeirateten die Verwaltung des Kapitalvermögens entzogen und dem Beirat anvertraut, der im entsprechenden Umfang auch die Vertretung der Verbeirateten erhält. Diese **behält nur die Verfügung über die Einkünfte**, sei es aus ihrem Vermögen, sei es aus ihrer Arbeit. Bezüglich den Einkünften kann die Verbeiratete auch Rechtsgeschäfte abschliessen, bei denen aber das übrige Vermögen nicht haftet. Der Verwaltungsbeirat wird dadurch mit Bezug auf die Geschäfte der Vermögensverwaltung zum gesetzlichen Vertreter der Schutzbedürftigen. Die Verbeiratete ist in ihrer Vermögensverwaltung praktisch bevormundet. Für die Rechtsgeschäfte, die über die gewöhnliche Verwaltung hinausgehen, bedarf der Beirat einer besonderen Ermächtigung im Sinn von ZGB 419 II. Diese kann aber nur von der Vormundschaftsbehörde erteilt werden.

Auch bei der Verwaltungsbeiratschaft ergeben sich die besonderen Voraussetzungen zu ihrer Anordnung aus ihren Wirkungen: Es bedarf einer Schutzbedürftigkeit, welche diese Massnahme rechtfertigt: so muss z. B. eine mangelnde Eignung zur Vermögensverwaltung oder eine unvernünftige Vermögensverwaltung vorliegen, die aber nicht schon unmittelbar die Gefahr einer Verarmung begründet. Die Anforderungen sind geringer als bei der Entmündigung.

iv. Die kombinierte Beiratschaft

Es ist möglich, die beiden Arten von Beiratschaft miteinander zu verbinden. Dem Verbeirateten wird dadurch die Vermögensverwaltung völlig entzogen, und bezüglich der Einkünfte kann er nur jene Geschäfte ohne Mitwirkung der Beirätin tätigen, die nicht in ZGB 395 I aufgezählt sind.

d) *Zuständigkeit und Verfahren*

Das Verfahren für die Anordnung der Beistandschaft und Beiratschaft ist - wie bei der Entmündigung - im Wesentlichen kantonal geregelt (ZGB 397 I). Sachlich zuständig ist die Vormundschaftsbehörde (EG ZGB 61 II), und zwar in allen Fällen. Das Gericht entscheidet nicht über die Beistand- und Beiratschaft. Es erfolgt eine Veröffentlichung; welche bundesrechtlich aber nicht grundsätzlich vorgeschrieben wäre (EG ZGB 64; vgl. ZGB 397 II). Da die Anordnung von der Vormundschaftsbehörde aus geht, ist der Rechtsweg über das Bezirksamt ans Obergericht zu beschreiten (vgl. EG ZGB 59). Die Frist beträgt jeweils 20 Tage (VRPG 40). Es gelten ferner die gleichen bundesrechtlichen Vorschriften, nämlich Grundsatz des rechtlichen Gehörs und der Weiterziehbarkeit an das Bundesgericht. Für die **Aufhebung der Beiratschaft verweist das Gesetz auf die Regelung bei der Entmündigung** (ZGB 439 III).

Für die **örtliche Zuständigkeit** zur Anordnung (und zur Aufhebung) gilt bei der Vertretungsbeistandschaft das Wohnsitzprinzip. Für die Verwaltungsbeistandschaft begründet ZGB 396 II die Zuständigkeit des Ortes, wo das Vermögen in seinem Hauptbestandteil verwaltet wurde oder der zu vertretenden Person zugefallen ist; wo eine Verwaltungsbeistandschaft gemäss ZGB 393 2. mehr personen- als vermögensbezogen ist, drängt sich indessen Wohnsitzzuständigkeit auf.

Für die Bestellung des Beistandes und Beirates gelten, soweit passend, die Vorschriften für die Ernennung des Vormunds, so jene bezüglich Wählbarkeit, Vornahme, Ablehnung und Anfechtung der Wahl (ZGB 379-391). Wie weit diese Angleichung an die Vormundschaft geht, ist Auslegungsfrage. Sie ist für die Beiratschaft umfassender als für die Beistandschaft im engeren Sinn.

4.1.6. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung

a) *Voraussetzungen und Rechtsfolge*

Der materiellrechtliche Teil findet sich in ZGB 397a. Sind die Voraussetzungen für den FFE erfüllt, erfolgt die Unterbringung in einer Anstalt; folgerichtig handelt es sich bei einer ambulanten Behandlung noch nicht um einen FFE. Im Aargau erfolgt beim FFE die Einweisung nach Königsfelden (EG ZGB 67ebis). Die Voraussetzungen für den FFE sind:

- **Die betroffenen Personen.** ZGB 397a I sieht die Möglichkeit des FFE für alle Personen vor. Für Unmündige gilt aber ZGB 310 und 405a.
- **Die Schwächezustände.** Wie bei den Entmündigungsgründen begnügt sich das Gesetz nicht mit einer generellen Umschreibung der Schutzbedürftigkeit. Vielmehr zählt es in ZGB 397a I abschliessend bestimmte Schwächezustände auf:

- o Geisteskrankheit.
 - o Geistesschwäche
 - o Trunksucht, andere Suchterkrankungen.
 - o Schwere Verwahrlosung.
- Die **Notwendigkeit entsprechender persönlicher Fürsorge**. Das Vorliegen der Schwächezustände reicht für sich allein nicht aus. Vielmehr darf eine Person nur dann in einer Anstalt untergebracht werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann (Verhältnismässigkeit).
 - Die **Berücksichtigung der Belastung der Umgebung**. ZGB 397a II verlangt, dass im Hinblick auf eine allfällige Freiheitsentziehung auch die Belastung zu berücksichtigen ist, welche die Person für ihre Umgebung bedeutet. Dies gilt einerseits bzgl. der Frage der Belastung der Familie durch den FFE, sowie bezüglich der Frage, ob die Belastung nicht bereits ein Grund für den FFE ist.
 - Das **Vorliegen einer geeigneten Anstalt**.
 - Das **Andauern des Zustands**. ZGB 397a III schreibt vor, die Person sei zu entlassen, sobald ihr Zustand es erlaube. Das entspricht der Regelung bei analogen familienrechtlichen Massnahmen (vgl. ZGB 179 I, ferner 313 I, 433 II und 439 II), ist eine **gesetzgeberische Konkretisierung des unverjährbaren und unverzichtbaren Grundrechts der persönlichen Freiheit** und findet seinen Niederschlag in der Rechtsschutzbestimmung des ZGB 397d II.

b) Die Zuständigkeit

Das ZGB legt nur den Rahmen fest und belässt den Kantonen grosse Freiheit (vgl. ZGB 397b). Gemäss Bundesrecht ist eine vormundschaftliche Behörde am **Wohnsitz oder bei Gefahr am Aufenthaltsort** der Person zuständig. Die vormundschaftliche Behörde bezeichnet der Kanton (EG ZGB 67b): Für Unmündige entscheidet die Vormundschaftsbehörde, für den Rest das Bezirksamt. Bei psychisch Kranken kann auch der Bezirksarzt die Unterbringung oder die Zurückhaltung anordnen. Bei Gefahr im Verzug kann dies jeder Arzt tun (EG ZGB 67c). ZGB 397c statuiert eine Mitteilungspflicht zuhanden der vormundschaftlichen Behörde am Wohnsitz, sofern die Freiheitsentziehung durch die vormundschaftliche Behörde am Aufenthaltsort angeordnet worden ist und es sich entweder um eine entmündigte Person handelt oder aber für eine mündige Person sich weitere vormundschaftliche Massnahmen aufdrängen. Hat eine vormundschaftliche Behörde die Freiheitsentziehung angeordnet, so befindet sie auch über die Entlassung (ZGB 397b III). Andernfalls entscheidet die Anstalt.

c) Die gerichtliche Beurteilung und das Verfahren

Gemäss ZGB 397d I kann gegen den Entscheid über die Freiheitsentziehung die betroffene Person selber oder eine ihr nahestehende Person (weit auszulegen) innert zehn Tagen nach der Mitteilung schriftlich das Gericht anrufen (Verwaltungsgericht, EG ZGB 67ebis IV; 67o; es dürfen keine Vorschüsse verlangt werden [EG ZGB 67m]). Darüber hinaus kann sowohl die betroffene wie auch eine ihr nahestehende Person bei Abweisung eines Entlassungsgesuches

(nicht aber gegen einen Entlassungsentscheid) an das Gericht gelangen (ZGB 397d II, Verwaltungsgericht, EG ZGB 67o). Das Verfahren hat einfach und rasch zu sein (ZGB 397f I).

d) *Sonderfragen*

i. **Zwangsmedikation bei fürsorgerischer Freiheitsentziehung**

ZGB 397a ff. **stellen keine gesetzliche Grundlage für die Anordnung einer medikamentösen Behandlung in einer Klinik dar.**

ii. **Fürsorgerische Freiheitsentziehung gegenüber Unmündigen**

Für Unmündige gelten nicht die strengen Voraussetzungen von ZGB 397a, sondern namentlich jene in ZGB 310. ZGB 314a verweist für die Anstaltsunterbringung einer unmündigen Person unter elterlicher Sorge auf die sinngemässe Anwendung der Verfahrensvorschriften über die FFE, räumt das Recht, an das Gericht zu gelangen, dem Jugendlichen erst im Alter von 16 Jahren ein und gibt dem Kanton die Möglichkeit, bei zwei Fallgruppen neben der Vormundschaftsbehörde andere geeignete Stellen für zuständig zu erklären (vgl. dazu oben; bei Unmündigen ist die Vormundschaftsbehörde anstatt das Bezirksamt zuständig [EG ZGB 67b]; die gerichtliche Beurteilung erfolgt aber dennoch durch das Verwaltungsgericht [EG ZGB 67o]). Für Unmündige unter Vormundschaft enthält ZGB 405a ähnliche Regeln, insbesondere aber auch die Kompetenz des Vormunds, bei Gefahr im Verzug das Mündel in der Anstalt unterzubringen.

iii. **Die Verantwortlichkeit**

In Abweichung von dem für die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe generell geltenden Verschuldensprinzip sieht ZGB 429a eine **verschuldensunabhängige Haftung bei widerrechtlicher Freiheitsentziehung** (nicht: Eingriffe in die körperliche Integrität) vor. Der Anspruch geht auf Schadenersatz und gegebenenfalls auf Genugtuung (ZGB 429a I, für die Beurteilung ist der Zivilrichter zuständig [EG ZGB 67s]). Neben ZGB 429a besteht kein Raum für kantonales Staatshaftungsrecht.

4.1.7. **Übersicht**

Art	Wirkung	Zuständigkeit
Vormundschaft	Die Handlungsfähigkeit wird entzogen.	Bezirksgericht oder Vormundschaftsbehörde.
Beiratschaft: • Mitwirkungsbeiratschaft. • Verwaltungsbeiratschaft. • Kombinierte Beiratschaft.	Partieller Entzug der Handlungsfähigkeit.	Vormundschaftsbehörde
Beistandschaft: • Vertretungsbeistandschaft. • Verwaltungsbeistandschaft.	Handlungsfähigkeit bleibt bestehen.	Vormundschaftsbehörde.
Fürsorgerischer Freiheitsentzug • Mündige und Entmündigte: ZGB 397a ff. • Unmündige: ZGB 310 und 405a i.V.m. ZGB 397a ff.	Einweisung.	Vormundschaftsbehörde oder Bezirksamt.

4.2. *Die Führung der Vormundschaft*

4.2.1. Die Pflichten und Rechte des Vormunds

a) *Die Pflichten beim Amtsantritt*

Diese Pflichten obliegen meist nur dem ersten Vormund und nicht auch bei dessen Ablösung dem neuen Amtsinhaber. Beim Beginn einer Vormundschaft muss der Vormund eine genaue rechnungsmässige Grundlage für die Vermögensverwaltung schaffen. Daraus ergeben sich folgende Pflichten:

- Die **Inventarpflicht** (ZGB 398 I): Das Inventar ist möglichst bald nach Amtsantritt vom Vormund unter Mitwirkung eines Vertreters der Vormundschaftsbehörde (also nicht notwendigerweise eines "Mitglieds" dieser Behörde) aufzunehmen. Dieses Inventar entfaltet selbstverständlich nur Wirkungen unter den Beteiligten. Für Fälle in denen die **Vermögenslage unklar** ist, weist ZGB 398 III eine Sonderregel auf. Mit der Feststellung der Aktiven und Passiven des Mündelvermögens soll eine Haftungsbeschränkung verbunden werden können (wie dies beim Erbschaftsantritt möglich ist). Dies geschieht dadurch, dass die Aufsichtsbehörde, auf Antrag des Vormunds und der Vormundschaftsbehörde, die Aufnahme eines **öffentlichen Inventars** mit anschliessendem Rechnungsruf anordnet. Die Folge davon ist, dass das Mündel - **entsprechend ZGB 590** - jenen Gläubigern, welche die Anmeldung aus Verschulden versäumten, nicht mehr haftet.
- **Besondere Vorschriften für einzelne Vermögenswerte:** Vgl. ZGB 399-404, Grundsätzlich gilt, dass das Vermögen mündelsicher aufbewahrt werden soll. Gelder dürfen z.B. nicht brachliegen und sind auf einer Bank verzinsen zu lassen. Ferner von Bedeutung ist die kantonale Verordnung über das Vormundschaftswesen. Der Vormund hat alle zwei Jahre eine Rechnungsablage zu fertigen (§ 8 VO), welche die Vormundschaftsbehörde den Verwandten bekannt geben muss (§ 12 VO).

b) *Die Pflichten für die Dauer der Vormundschaft*

Der Pflichtenkreis des Vormunds ist sehr umfangreich, entsprechend seiner umfassenden Aufgabe: Wahrung der gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des Mündels (ZGB 367 I). Man kann seine Pflichten in drei Bereiche unterteilen: Fürsorge, Vertretung, Verwaltung:

- Die **Fürsorgepflicht**, die Sorge für die geistige und körperliche Wohlfahrt des Mündels, verlangt je nach dessen Alter, Gesundheit, Vermögenslage usw. eine verschiedenartige Tätigkeit. Das Gesetz unterscheidet zwischen Fürsorge bei unmündigen (ZGB 405 und 405a) und bei entmündigten (ZGB 406) Personen. Dem Vormund stehen zur Erfüllung seiner Aufgabe die Elternrechte zu. Er untersteht jedoch, im Gegensatz zu diesen, einer weitreichenden Aufsicht und Kontrolle durch die vormundschaftlichen Behörden. Für wichtigere Handlungen bedarf er ihrer Zustimmung (vgl. ZGB 420, z.B. beim Grundstückkauf oder bei der Ausbildung

und dem Wohnsitzwechsel des Mündels). Auf Antrag des Vormunds kann die Vormundschaftsbehörde gemäss ZGB 405a I die Unmündige in einer Anstalt unterbringen (vgl. ZGB 397b-f). Im Übrigen richtet sich die Fürsorgepflicht nach dem Entmündigungsgrund und unterscheidet sich somit danach, ob Geisteskrankheit, Verschwendungssucht, Lasterhaftigkeit usw. vorliegt. Über den Zweck der Entmündigung muss und darf die Fürsorgetätigkeit nicht hinausgehen.

- Die Fürsorge für die Person des Mündels und noch mehr die Verwaltung seines Vermögens bringen es mit sich, dass die Vormundin mit Dritten Rechtshandlungen mit Wirkung für das Mündel vornehmen muss. Die Vormundin ist zum Abschluss solcher Geschäfte als **Vertreterin** des Bevormundeten berechtigt. Unnötige Rechtsgeschäfte sollen nach Gesetz während der Vormundschaft überhaupt nicht vorgenommen werden, weder durch den Vormund, noch durch den Bevormundeten. Solche "verbotene Geschäfte" sind: die Eingehung von Bürgschaften, die Vornahme erheblicher Schenkungen und die Errichtung von Stiftungen (ZGB 408).
- Die Vormundin hat das Gesamtvermögen des Mündels (mit Ausnahme des freien Vermögens) zu **verwalten**, und zwar so, dass es möglichst unversehrt erhalten bleibt und die bei der geforderten Sicherheit der Anlage möglichen Erträge abwirft.

4.2.2. Selbst- und Mithandeln der bevormundeten Person

a) *Der Zuzug zu Geschäften des Vormunds*

Der urteilsfähige Bevormundete ist vom Vormund zur Aufnahme des **Inventars** über das Mündelvermögen **beizuziehen**, soweit die besonderen Umstände es rechtfertigen, soweit es möglich ist (ZGB 398 II). Jedem urteilsfähigen Bevormundeten kommt ferner das Beschwerderecht gegen Handlungen des Vormunds zu (ZGB 420 I).

Ist die Bevormundete urteilsfähig, so hat der Vormund, "soweit tunlich", **bei allen wichtigen Angelegenheiten** ihre Meinung einzuholen. Bei der unmündigen urteilsfähigen Bevormundeten ist der Vormund dazu von **deren 16. Altersjahr an verpflichtet** (ZGB 409 I). Das Mündel wird so allmählich in die Geschäfte eingeführt und zu eigenem Handeln vorbereitet. Der Vormund ist indessen nicht verpflichtet, die Meinung des Mündels zu befolgen, so wenig ihn deren Befolgung von seiner Verantwortlichkeit befreit (ZGB 409 II). Die urteilsfähige Bevormundete ist zudem vom 16. Altersjahr an, soweit tunlich, zur Rechnungsablegung des Vormunds zuzuziehen (ZGB 413 III).

b) *Das eigene Handeln des Mündels*

Unmündigkeit und Entmündigung bedeuten nicht immer völlige Verneinung der Handlungsfähigkeit der bevormundeten Person. Unter gewissen Voraussetzungen vermag das urteilsfähige Mündel mit voller Rechtswirkung für sich zu handeln. Die verschiedenen Tatbestände des eigenen Handelns Bevormundeter lassen sich in drei Gruppen gliedern:

- Fälle, bei denen das Mündel **selbst, und zwar nur es alleine**, zu handeln berechtigt ist. Hierzu gehört zunächst die schon betrachtete Ausübung gewisser

höchstpersönlicher Rechte. Allerdings muss in bestimmten Fällen die Zustimmung des Vormunds und der vormundschaftlichen Behörden (z. B. Ehevertrag) hinzukommen. Die Vormundin ist sodann grundsätzlich ausgeschaltet in jenen Fällen, in denen der Bevormundete die sogenannte erweiterte Handlungsfähigkeit besitzt: beim Beruf (ZGB 412) und bei der Verwaltung des sogenannten freien Vermögens (ZGB 414). Im Rahmen des freien Vermögens kann das Mündel auch gemäss ZGB 408 verbotene Geschäfte vornehmen. In diesen beiden Fällen erweiterter Handlungsfähigkeit besteht ein **Unterschied mit Bezug auf die Haftung: Für Handlungen, die zum Gewerbebetrieb gehören, haftet das Gesamtvermögen, für solche, die aus der Verwaltung des freien Vermögens hervorgehen, nur dieses allein.**

- Fälle, bei denen das Mündel **allein und neben ihm auch der Vormund zu handeln berechtigt ist.** Das gilt beim Erwerb **unentgeltlicher Vorteile** (ZGB 19 II).
- Fälle, bei denen **Vormund und Mündel zu handeln berechtigt sind, der Mündel aber nur mit Zustimmung** (vorausgehender oder nachträglicher, ausdrücklicher oder stillschweigender) des Vormunds. Dazu gehört die **Eingehung von Verpflichtungen und der Verzicht auf Rechte** (ZGB 19 I, 410 I).

Hat der Bevormundete schuldhafterweise, durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit, die Gegenpartei zur irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet, liegt eine unerlaubte Handlung i.S. von OR 41 ff. vor, die eine Schadenersatzpflicht begründet. ZGB 411 II bestätigt dies ausdrücklich. Zu ersetzen ist das sogenannte negative Vertragsinteresse. Urteilsunfähige Mündel haften für ihr "rechtsgeschäftliches" Verhalten gegebenenfalls nach OR 54 (Billigkeitshaftung).

4.2.3. Die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden

a) Die Aufsicht über die Führung der Vormundschaft

Die Aufsicht kommt zunächst zum Ausdruck in der **Erteilung von Weisungen** und im Erlass von Vorschriften (erwähnt etwa in ZGB 400 I, 403), sodann in der **Behandlung von Beschwerden** (ZGB 420). Gegen Handlungen oder Unterlassungen des Vormunds geht die Beschwerde (ohne Frist) an die Vormundschaftsbehörde (ZGB 420 I), gegen Beschlüsse dieses Organs innert 10 Tagen an die Aufsichtsbehörde (ZGB 420 II). Beschwerdeberechtigt ist das Mündel und jede Drittperson, die ein Interesse hat.

b) Die Prüfung von Berichten und Rechnungen

Der Vormundschaftsbehörde obliegt die Prüfung und Genehmigung (bzw. Nichtgenehmigung) von Berichten und Rechnungen des Vormunds (ZGB 423, 413 II). Vgl. dazu die kantonale Verordnung über das Vormundschaftswesen.

c) *Die Zustimmung zu bestimmten Handlungen*

Für gewisse Geschäfte genügt die Zustimmung der **Vormundschaftsbehörde**. Das Gesetz führt sie in ZGB 421 einzeln auf (z.B. der Kauf von Grundstücken). Für andere, wichtigere Geschäfte hat die **Aufsichtsbehörde** das letzte Wort (ZGB 422). Es sind dies Geschäfte, die besonders wichtige persönliche oder ökonomische Verhältnisse der bevormundeten Person berühren, nämlich ihre **öffentlich-rechtliche Stellung** (Erwerb eines Bürgerrechts oder Verzicht auf ein solches), ihren **familienrechtlichen Status** (Adoption, sei es, dass er selbst adoptiere oder adoptiert werde), ihr zukommende oder gegen sie bestehende **Erbrechte** (Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft sowie Abschluss eines Erbvertrags); für Person und Vermögen bedeutsame Handlungen des OR (z.B. die Stellung als Gesellschafter). Wegen der Interessenkollision oder der rechtlichen Verhinderung des Vormunds sind die **Verträge zwischen Mündel und Vormund** hinzugefügt. Neben diesen in ZGB 422 aufgezählten

4.2.4. Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe

a) *Die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage*

Die vormundschaftlichen Organe (Vormund, Beistand, Beirat, Behörden) sind zu jener Sorgfalt verhalten, die ein guter Verwalter oder ein sorgfältiger Hausvater und eine sorgfältige Hausmutter anzuwenden pflegen (ZGB 413 I, 426). Dieser Sorgfaltspflicht entspricht die Haftung nicht nur für Arglist und grobe Fahrlässigkeit, sondern **für jede Fahrlässigkeit**, d.h. für jeden Grad von Verschulden. Daneben sind freilich ein Schaden, die Kausalität und die Widerrechtlichkeit notwendig.

Für die fürsorgerische Freiheitsentziehung gilt die Sonderregelung von ZGB 429a.

b) *Die Geltendmachung*

Der Anspruch ist in allen Fällen im **ordentlichen Zivilprozess** geltend zu machen (vgl. ZGB 430). So kann die Klage z.B. trotz Genehmigung von Rechnungen und Bericht, trotz Abweisung einer Beschwerde oder einer disziplinären Bestrafung, immer noch erhoben und, wenn begründet, vom Gericht gutgeheissen werden.

Wenn mehrere Organe verantwortlich sind, ist zuerst der **Vormund** haftbar. Kann aber auch der **Behörde** ein begründeter Vorwurf gemacht werden, so haftet diese in subsidiärer Weise für den Ausfall, für das, was vom Vormund nicht erhältlich ist (vgl. ZGB 429 I). Unter den beiden Behörden richtet sich der Anspruch zunächst gegen die untere, die Vormundschaftsbehörde, und nur für den durch diese ungedeckten Rest gegen die Mitglieder der Aufsichtsbehörde (ZGB 429 II).

Trifft den Vormund kein Verschulden, haftet die Behörde unmittelbar.

Bei der Behörde haftet im Zweifel haftet jedes Mitglied. Ein Mitglied kann indessen diese Vermutung durch den Beweis seiner Nichtschuld durchbrechen und sich von der Verantwortung befreien (ZGB 428 I). Nicht hinreichen würde das blosse Fernbleiben von der Sitzung. Unter mehreren verantwortlichen Mitgliedern derselben Behörde verteilt sich die Haftung nach Anteilen. Es tritt also **keine solidarische Haftung** ein (ZGB 428 II).

Inwieweit haftet im Vormundschaftswesen der Staat für seine Organe? Nach ZGB 427 haftet der Kanton für den Schaden, der durch den Vormund und die Mitglieder der Behörden nicht gedeckt worden ist. Abweichend von der Regelung im Zivilstandswesen und im Grundbuchwesen, besteht also **nur eine subsidiäre Haftung des Kantons**, eine Haftung für den Ausfall allein. Diese wird wohl selten wirksam werden, zumal wenn die Kantone von der gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch machen, die beteiligten Gemeinden oder Kreise noch dazwischen zu schieben (ZGB 427 II). Eine direkte Staatshaftung ist vorgesehen bei widerrechtlicher fürsorgerischer Freiheitsentziehung (ZGB 429a II).

c) Die Verjährung

Die ordentliche Frist beträgt wie allgemein bei ausservertraglicher schuldhafter Schadenszufügung (OR 60) **ein Jahr** (ZGB 454 I). Der Bevormundete erhält regelmässig erst mit der Schlussrechnung Kenntnis vom Schaden. Ist beim Vormund nichts zu holen (d.h. bei der primären Klage), entsteht erst danach die Kenntnis des Schadens, der von den Behörden zu decken ist (subsidiäre Klage, vgl. ZGB 454 II).

Neben der ordentlichen Verjährungsfrist besteht eine ausserordentliche Verjährung. Sie beträgt **10 Jahre** und ist gleich zu handhaben wie die absolute Frist von OR 60 (ZGB 455), so kann u.U. eine längere, strafrechtliche Frist bestehen.

4.3. Die Beendigungsgründe

4.3.1. Das Ende der Bevormundung

Die Beendigungsgründe sind:

- Tod des Bevormundeten.
- Wegfall des Vormundschaftsgrundes.
 - o Erlangung der Mündigkeit (ZGB 431).
 - o definitiven, bedingungslosen Entlassung aus der Haft (ZGB 432).
 - o Amtlichen Aufhebung. Der Bevormundete und jede interessierte Drittperson haben das Recht, sie zu beantragen. Die Behörde muss sie aussprechen, sobald der Grund der Bevormundung nicht mehr vorhanden ist (ZGB 433).

Das Verfahren der amtlichen Aufhebung wird grundsätzlich vom kantonalen Recht bestimmt; doch gelten bundesrechtliche Mindestanforderungen (namentlich ist die Anhörung erforderlich). Die Zuständigkeit richtet sich nach derjenigen Behörde, die die Entmündigung angeordnet hat. Daher ist das Gericht bei geistiger und moralischer Unfähigkeit ist daher das Gericht zuständig (EG ZGB 61 I, ZGB 369 f.). Die Vormundschaftsbehörde ist schliesslich zur Aufhebung der Vormundschaft zuständig, wenn die Entmündigung auf einem eigenen Begehren beruhte (EG ZGB 61 II). Wie bereits erwähnt, ergeht die Aufhebung bei ZGB 368 (Unmündigkeit) und 370 (Freiheitsstrafe) von alleine (ZGB 431 f.).

Da die Entmündigung veröffentlicht wurde, ist auch die Aufhebung zu veröffentlichen (ZGB 435 I). Die Veröffentlichung ist aber nicht Bedingung für die Wiedererlangung der Handlungsfähigkeit (ZGB 435 II). Bei Geisteskrankheit und Geistesschwäche ist ein psychiatrisches Gutachten für das Nichtmehrvorliegen erforderlich (ZGB 436). Bei Verschwendung, Trunksucht, lasterhaftem Lebenslauf und Misswirtschaft besteht eine Bewährungszeit von einem Jahr (ZGB 437).

Einen Sonderfall der Beendigung der Bevormundung stellt bei Unmündigen die Begründung der elterlichen Sorge dar. Dies ist namentlich der Fall bei Adoption (ZGB 267 I), bei Einräumung der elterlichen Sorge an den nicht mit der Mutter verheirateten Vater (ZGB 298 II) oder bei Wiedererlangung der elterlichen Sorge nach vorausgegangenem Entzug (ZGB 311-313).

4.3.2. Das Ende des vormundschaftlichen Amts

Die Funktionen des Vormunds hören auf, wenn die Vormundschaft wegfällt, aber auch dann, wenn der Vormund seinen Platz einer Nachfolgerin einräumt. Das ZGB unterscheidet dabei zwischen

- **Abtreten:** durch Tod oder Handlungsunfähigkeit von Gesetzes wegen (ZGB 441).
- **Amtsentlassung:** Das Amt endet zunächst mit der Nichtwiederwahl nach abgelaufener Amtszeit (ZGB 442, 415). Eine Amtsentlassung wird in folgenden Fällen durch die Vormundschaftsbehörde ausgesprochen bzw. gewährt: beim Eintritt von Ausschlussgründen (ZGB 443 I) und, auf Verlangen des Vormunds, beim Eintritt von Ablehnungsgründen (ZGB 443 II). Aus dem Amt entlassen wird der Vormund schliesslich durch die Nichtwiederwahl (ZGB 444).
- **Amtsenthebung:** Sie erscheint in zwei Formen. Die eigentliche Absetzung muss die Vormundschaftsbehörde aussprechen bei grober **Pflichtvernachlässigung**, bei **Zahlungsunfähigkeit** oder schwerem **Amtsmissbrauch**. Es genügt ein unehrenhafter Lebenswandel, eine strafbare oder sonst anstössige Handlung (ZGB 445 I). In anderen Fällen kann sich **ohne Verschulden** der Vormundin eine Amtsenthebung rechtfertigen, namentlich bei nachgewiesener Untüchtigkeit zum Amt, unter der die Interessen des Mündels leiden (ZGB 445 II).

Die Amtsenthebung wird von der Vormundschaftsbehörde von Amtes wegen oder auf Antrag der Bevormundeten oder Drittinteressierter nach gründlicher Untersuchung des Falls und Anhörung der Vormundin verhängt. Möglich ist vorerst eine Verwarnung oder Geldbusse (ZGB 447 II). Es gibt die Möglichkeit der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde (ZGB 450).

4.3.3. Die Folgen der Beendigung

Das Gesetz knüpft verschiedene Rechtsfolgen an das Ende des vormundschaftlichen Amts. Diese treten unabhängig davon ein, ob der Vormund freiwillig oder unfreiwillig zurückgetreten ist und ob die Vormundschaft andauert (unter einem anderen Vormund) oder nicht:

- Der Vormund erstattet den **Schlussbericht** und reicht die Schlussrechnung ein. Die vormundschaftlichen Behörden überprüfen diese und fassen Beschluss über Genehmigung oder Nichtgenehmigung (ZGB 451, 452).
- Die Vormundin **übergibt das Mündelvermögen** dem bis anhin Bevormundeten, bei dessen Tod seinen Erben, bei Fortdauer der Vormundschaft dem Amtsnachfolger (ZGB 451 I).
- Ist dies geschehen und lautet der Entscheid auf **Genehmigung von Rechnung und Bericht, so spricht die Vormundschaftsbehörde die Entlastung des Vormunds aus, sie erteilt ihm Décharge**. Gleichzeitig entlässt sie ihn aus dem Amt; dies tut sie auch dann, wenn die Entlastung nicht gewährt wird.
- Die Behörde stellt der Bevormundeten, deren Erben oder der neuen Vormundin die Schlussrechnung zu, gibt ihnen Kenntnis von der Gewährung oder Verweigerung der Entlastung und macht sie auf die **Bestimmungen über die Geltendmachung der Verantwortlichkeit aufmerksam** (ZGB 453). Am besten wird in diesem Hinweis der Inhalt der Bestimmungen bekannt gegeben. Auf jeden Fall ist notwendig, dass dem Empfänger der Schlussrechnung genau gesagt wird, welche Bestimmungen des ZGB die vormundschaftliche Verantwortlichkeit und die Verjährung regeln.
- **Mit der formgerechten Zustellung der Schlussrechnung beginnt die Frist für die Verantwortlichkeitsklage zu laufen** (bei Fortdauer der Vormundschaft allerdings nur jene für die Klage gegen den Vormund). Die Klage kann erhoben werden, gleichgültig ob der Entscheid der Behörde auf Entlastung oder auf Verweigerung der Genehmigung lautet.

IV. ERBRECHT

1. Grundsätze des Erbrechts

1.1. *Allgemeines*

Die Rechte und Pflichten des Erblassers fallen bei seinem Tod nicht auseinander (**Universalsukzession** ZGB 560), also ein einziger Vorgang (Tod des Erblassers) genügt, damit alle Vermögensbestandteile auf die Erben übergehen. Es gehen selbst die Bestandteile über, die die Erben nicht kennen. Dies geschieht ohne „logische Sekunde“. Im römischen Recht zum Beispiel musste die Erbschaft angetreten werden.

Da die Erben innert drei Monaten noch ausschlagen können, ist der Erbschaftserwerb nur provisorisch. Des weitern findet bei Überschuldung der Erbschaft keine Universalsukzession statt, das Gesetz vermutet, dass die Erben ausschlagen wollen (ZGB 566 II).

Die Erben haften für alle Schulden des Erblassers (persönliche Erbenhaftung, ZGB 560 II, 603 I). Der Universalsukzession kann nur mit Ausschlagung entwichen werden, welche die Universalsukzession rückwirkend aufhebt (ZGB 566 I). Eine Singularsukzession kennt das Erbrecht nicht, denn beim Vermächtnisnehmer entsteht eine Forderung gegen die Erben, er erbt nicht etwa Eigentum.

Bei der amtlichen Liquidation werden die Schulden im Liquidationsverfahren beglichen, weswegen keine Verschmelzung von Erbschaft und Erbenvermögen zustande kommt. Ein Überschuss verbleibt den Erben.

Die Erben bekommen das Eigentum zur gesamten Hand (ZGB 652 ff.); das Erbrecht des einzelnen Erben kann nur in einer Quote am Nachlass ausgedrückt werden.

1.2. *Untergang bestimmter Rechtsbeziehungen*

Bestimmte Rechtsbeziehungen sind so eng mit einer Person verknüpft, dass sie mit deren Tode untergehen. Genugtuungsansprüche sind vererblich, sofern sie zu Lebzeiten des Erblassers geltend gemacht worden sind. **Nicht vererblich sind:**

- Persönlichkeitsrechte (Ausnahme: Respekt der Anordnungen über Autopsie, Organentnahme, wobei dies auch aus dem postmortalen Persönlichkeitsschutz ergeht).
- Persönliche Rechte und Pflichten aus dem Ehe- und dem Kindsverhältnis (z.B. Unterstützungs- und Unterhaltspflichten).

- Arbeitsverhältnis (OR 338a).
- Auftrag (OR 405, dispositiv).
- Gesellschaftsverträge (dispositiv).
- Nutzniessung (ZGB 749).
- Grundsätzlich Vollmachten. Die Vollmacht erlischt zwar mit dem Tod nicht, doch kann jeder einzelne Erbe die Vollmacht widerrufen, da deren Fortbestand Einstimmigkeit unter den Erben voraussetzt.

2. Die Erbfolge

2.1. *Die gesetzliche Erbfolge*

2.1.1. Allgemeines

Die gesetzliche Erbfolge ist die Folge, die dann greift, wenn keine Anweisungen des Erblassers vorliegen (ZGB 457). Ein eingesetzter Erbe hat grundsätzlich dieselben Rechte wie die gesetzlichen Erben, doch bekommen letztere den Nachlass provisorisch, wenn Unsicherheit besteht (ZGB 556 III, 559).

Sind weder gesetzliche noch gewillkürte Erben vorhanden, erbt das Gemeinwesen (ZGB 466, Wohnsitzkanton), eine „Erbenlosigkeit“ ist demnach nicht möglich. Das Gemeinwesen haftet nur mit dem Nachlassvermögen für die Schulden (ZGB 592). Schlagen die vorgesehenen Erben die Erbschaft aus, fällt sie nicht dem Gemeinwesen zu, sondern wird konkursamtlich liquidiert (ZGB 573).

2.1.2. Parentelsystem (ZGB 457-462, „Stämme“)

Es gilt der Grundsatz, dass Personen einer nachfolgenden Parentel nur dann erben, wenn aus der vorangegangenen Parentel niemand Erbe ist.

- 1. Parentel: Nachkommen des Erblassers (nicht die „Schwiegerkinder“ und nicht die Stiefkinder des Ehepartners, wohl aber die Adoptiv- und die ausserehelichen Kinder, ZGB 459).
- 2. Parentel: Eltern und ihre gemeinsamen und nichtgemeinsamen Nachkommen (ZGB 458).
- 3. Parentel: Grosseltern und ihre Nachkommen (ZGB 459).

Die vierte Parentel gehört nicht mehr in die gesetzliche Erbfolge (vgl. ZGB 460, stattdessen erbt das Gemeinwesen bzw. der Kanton). Innerhalb einer Parentel kommt jeweils die oberste Schicht zum Zug. Fällt ein Erbe aus (Tod, Ausschlagung ZGB 572 I, Enterbung 478 II, Erbunwürdigkeit ZGB 541 II), treten dessen Kinder aus eigenem selbständigem Recht in seine Stellung (**Eintrittsprinzip**; dies gilt freilich nicht für die eingesetzten Erben). Dem Eintrittsprinzip subsidiär ist das **Anwachsprinzip** (Akreszenz); wenn ein Erbe ausfällt, fällt sein Teil, sofern keine Nachkommen vorhanden sind, seinen gleichstufigen Miterben zu. Die Kinder erben zu gleichen Teilen (ZGB 457 II, **Gleichheitsprinzip**).

Im Falle des Erbverzichts (ZGB 495 III) und bei Ausschlagung aller gesetzlichen Erben (ZGB 573 I) erfolgt kein Eintritt der Nachkommen (beachte aber ZGB 496 II, wonach ein Erbverzicht – wenn er zugunsten der direkten Miterben vorgenommen wurde – nicht gegenüber deren Nachkommen wirken soll).

2.1.3. Der überlebende Ehegatte (ZGB 462)

Vorerst hat der Ehegatte Ansprüche aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Nur was übrig bleibt, ist das Erbe, von welchem er auch etwas zugute hat:

- Gegenüber der 1. Parentel die Hälfte.
- Gegenüber der 2. Parentel drei Viertel.
- Gegenüber der 3. Parentel die ganze Erbschaft.

2.2. *Der Pflichtteil*

2.2.1. Allgemeines

Das Pflichtteilsrecht trägt dem Verfangenheitsprinzip Rechnung. Der Erblasser kann nicht unbeschränkt verfügen, auch nicht zu Lebzeiten (vgl. ZGB 527 bzgl. der Herabsetzung). Der Pflichtteilsberechtigte wird Noterbe genannt. Die verfügbare Quote ist derjenige Bruchteil am Nachlass, der übrig bleibt, wenn die gesetzlichen Pflichtteile abgezogen wurden.

Der Pflichtteil muss unbelastet, unbedingt und ungemindert sein. Daher sind am Pflichtteil die Nacherbeinsetzung und die Anordnung der Erbschaftsverwaltung unzulässig. Zulässig sind ideelle, nicht aber vermögensmässige Auflagen zu Lasten des Pflichtteils. Die Grenze ist dort, wo die Auflage eine deutlich bezifferbare Werteinbusse bedeutet. Teilungsregeln werden als Auflage verstanden, und sind natürlich zulässig.

Wenn der Noterbe durch Zuwendungen unter Lebenden oder durch Vermächtnisse wertmässig abgefunden wurde, hat er keinen Anspruch auf Erbenstellung (ZGB 522 I).

2.2.2. Berechtigung und Berechnung

Niemand hat Pflichtteilsansprüche, der im konkreten Fall nach der gesetzlichen Ordnung nicht Erbe ist. Aber nicht jeder gesetzliche Erbe ist Pflichtteilserbe. Der Pflichtteil ist eine Wertquote der sich aus der Multiplikation des gesetzlichen Erbteils mit einem gesetzlichen Pflichtteilsfaktor ergibt. Die Summe der Pflichtteile ergibt die gebundene Nachlassquote. Die Quoten sind folgende (ZGB 471):

- Der Ehegatte $\frac{1}{2}$ (ZGB 471 3).
- Die Nachkommen $\frac{3}{4}$ (ZGB 471 1).
- Die Eltern $\frac{1}{2}$ (ZGB 471 2).

2.2.3. Die Begünstigung des Ehepartners

a) *Allgemeines*

Der Erblasser, der seinen Ehegatten möglichst hoch begünstigen will, kann neben den erbrechtlichen Vorkehrungen auch güterrechtliche Vorkehrungen treffen (Ehe-Erbvertrag). Zu beachten ist, dass eine Beteiligung am Vorschlag zu 100% (vgl. ZGB 216 I) den Pflichtteil der nicht gemeinsamen Nachkommen nicht beeinträchtigen darf. Die gemeinsamen Nachkommen hingegen dürfen so benachteiligt werden.

Neben der verfügbaren Quote und dem Pflichtteil kann der Erblasser bestimmen, dass der Ehegatte aus dem Nachlass aussuchen will, mit welchen Sachen oder Forderungen er seine Quote auffüllen will. Eine Begünstigung kann zudem auch durch einen Erbverzichtsvertrag mit den pflichtteilsgeschützten Erben geschehen.

b) *Die erweiterte verfügbare Quote ZGB 473*

Nach ZGB 473 kann der Erblasser dem Ehegatten in einer Verfügung von Todes wegen die **Nutzniessung am gesamten Vermögen vermachen**. Der Ehegatte darf die Sachen verwalten und nutzen, nur veräußern kann er sie nicht. Die Nutzniessung tritt an Stelle des dem Ehegatten neben den gemeinsamen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbanspruchs (ZGB 473 II). Ist der Ehegatte nicht einverstanden, kann er die Nutzniessung ausschlagen und verlangen, dass er sein Pflichtteil zu Eigentum erhält. Dabei gibt es jedoch mehrere Besonderheiten:

- Die Nutzniessung ist nur gegenüber den gemeinsamen Nachkommen gestattet.
- Die Nutzniessung nimmt ein Ende mit der etwaigen Wiederverheiratung insoweit, als sie ohne den Art. 473 zu Lasten der Nachkommenpflichtteile nicht hätte angeordnet werden dürfen (ZGB 473 III).

Zu beachten ist, dass der Nutzniesser nach ZGB 473 ein Vermächtnisnehmer und nicht ein Erbe ist, er haftet somit nicht für Erbschaftsschulden. Die **verfügbare Quote** bei Vorhandensein von Ehegatte und Nachkommen beträgt $\frac{3}{8}$. Fraglich ist, wie gross die verfügbare Quote neben dem der Nutzniessung des Ehegatten gemäss ZGB 473 unterliegenden Teil der Erbschaft ist. Der Erblasser kann nämlich nach ZGB 473 dem Ehepartner zusätzlich die Quote zu Eigentum zuweisen, die neben der Nutzniessung verfügbar bleibt. Die Räte haben diese Frage mittlerweile entschieden: **1 / 4** (vgl. ZGB 473 II).

c) *Der nichteheliche Lebenspartner*

Der gesamten Begünstigung des Lebenspartners stehen die Pflichtteilsansprüche entgegen. Nur die verfügbare Quote kann ihm zugewendet werden. Deswegen sind andere Möglichkeiten zu suchen. Eine Möglichkeit wäre der Abschluss einer Lebensversicherung zugunsten der betreffenden Person. **Zu beachten ist, dass ein Erbvertrag oder ein Testament, in welchem man den Ehepartner begünstigt, mit der Scheidung dahinfällt** (ZGB 120). Dies gilt nicht für Konkubinatspaare bei der Trennung! Eine Bedingung ist also zu empfehlen.

2.2.4. Inhalt

Bei der **Berechnung des Wertbetrages der Pflichtteile** ist vorerst vom Nettovermögen beim Todeszeitpunkt auszugehen (ZGB 474 I, Verkehrswert, ausgenommen BGGB). Abzuziehen sind neben den vererbten Schulden die durch den Tod oder Erbgang verursachten Ausgaben (ZGB 474 II). Hinzuzufügen sind (ZGB 527):

- Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensanteil, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind. Umfasst werden also Zuwendungen, die eigentlich der **Ausgleichung** unterliegen, jedoch nicht ausgeglichen werden, weil der Zuwendungsempfänger nicht Erbe ist.
- Erbabfindungen und Auskaufsbeträge im Zusammenhang mit einem **Erbverzicht**. Der Herabsetzung im Sinn von ZGB 532 unterliegt diese Verfügung des Erblassers gemäss ZGB 535 II aber nur für den Betrag, um den sie den Pflichtteil des Verzichtenden übersteigt. Wenn der Verzicht für die Nachkommen des Verzichtenden nicht gilt, wird alles abgezogen.
- **Schenkungen im Zeitraum von fünf Jahren vor dem Tod**. Dies gilt jedoch nicht für Gelegenheitsgeschenke.
- Alle Zuwendungen, die zur Umgehung des Pflichtteilsrechtes vorgenommen wurden, so insbesondere **Zuwendungen unter Lebenden, die der Herabsetzungsklage unterstehen** (ZGB 475, 527 f.).

Für Versicherungsansprüche vgl. ZGB 476 und 529 (Rückkaufswert). Massgebend ist bei all diesen Zuwendungen der Zeitpunkt des Todes des Erblassers (ZGB 537 II). Der gutgläubige Empfänger kann nur soweit in Anspruch genommen werden, als eine Bereicherung noch vorhanden ist.

Der Pflichtteilserbe muss keine Verpflichtungen auf den Sachen dulden, die auf seinen Pflichtteil entfielen, wenn sie ihm nicht den Wert belassen. ZGB 530 ordnet an, dass die Leistungen, die der Erbe zu entrichten hat, zu kapitalisieren sind. Greift der kapitalisierte Wert nicht in den Pflichtteil ein, muss er ihn dulden, so z.B. eine Liegenschaft mit einem Wohnrecht für eine Tante, sofern der Wert der Liegenschaft minus den kapitalisierten Wert des Wohnrechts höher ist als sein Pflichtteil.

2.2.5. Die Herabsetzungsklage

a) *Allgemeines*

Der „Enterbte“ kann mittels Herabsetzungsklage nach ZGB 522 seinen Pflichtteil verlangen. Um seinen gesetzlichen Erbteil zu erlangen, müsste er die Ungültigkeit der Verfügung geltend machen, was ihm nicht leicht gelingen wird.

Pflichtteil heisst garantierter Anteil am Nachlass. Die Klage richtet sich gegen die Verfügung von Todes wegen, und allenfalls gegen Zuwendungen des Erblassers zu seinen Lebzeiten (vgl. ZGB 527). **Passivlegitimiert** sind trotzdem die Personen, die Zuwendungen empfangen haben, somit die Erben, die Beschenkten oder die Legatäre. Der Willensvollstrecker ist weder passiv- noch aktivlegitimiert. Der Pflichtteilsanspruch ist vererbbar, aber nicht rechtsgeschäftlich übertragbar und auch nicht pfändbar (ZGB 542 II). Die **Aktivlegitimation** kommt den Pflichtteilserben, der Konkursverwaltung (bzw. der Gläubiger, ZGB 524), den eingesetzten Erben (vgl. ZGB 525, 528 II) und den Vermächtnisnehmern (ZGB 486 I) zu.

b) *Vorgehen*

Herabgesetzt wird nur, bis der Pflichtteil aufgefüllt ist (vgl. ZGB 475, es erfolgt eine Hinzurechnung zum Nachlass, egal ob die Zuwendungen auch wirklich herabgesetzt werden). Dabei gelten folgende Regeln:

- **Je später die Zuwendung, desto eher wird sie herabgesetzt** (ZGB 532), deswegen richtet sich die Klage vorerst gegen die Verfügung von Todes wegen. Die Begünstigung bei Lebensversicherungen ist eine Verfügung unter Lebenden.
- Stehen mehrere Verfügungen auf gleicher Stufe, wird **proportional herabgesetzt** (ZGB 525 I, es besteht aber keine Solidarität zwischen den Herabsetzungspflichtigen). **Bei Noterben wird aber nur im Verhältnis des den Pflichtteil überschüssenden Teiles gekürzt** (ZGB 523). Dazu ein Beispiel: X bekommt 50 über den Pflichtteil, Y bekommt 100 über den Pflichtteil, und Z fehlen 15 zum Pflichtteil. Er muss hier beide einklagen, worauf die Zuwendung an Y um 10 und diejenige an X um 5 – d.h. proportional – herabgesetzt wird. Wären die X und Y eingesetzte Erben gewesen, wären beide Zuwendungen in Anwendung von ZGB 525 anstatt 523 um 7.5 herabgesetzt worden.
- Gutgläubige müssen nur die noch vorhandene Bereicherung herausgeben (ZGB 528).

Die Pflichtteilsberechnung erfolgt zum Wert am Todestag (ZGB 474 I). Passivlegitimiert ist der zu Unrecht Begünstigte. Wenn dieser unterliegt, hat er nur das herauszugeben, was er an Werten noch besitzt (bei Gutgläubigkeit). Die Frist beträgt relativ ein Jahr, und absolut 10 Jahre; sie ist eine Verwirkungsfrist (ZGB 533). Pflichtteile können jedoch einredeweise ohne zeitliche Begrenzung geltend gemacht werden (ZGB 533 III). Gerichtsstand ist der letzte Wohnsitz des Erblassers (GestG 18 I). Sachlich zuständig ist je nach Streitwert der Gerichtspräsident oder das Bezirksgericht, denn es findet das ordentliche Verfahren statt (vgl. EG ZGB 79 e contrario). Dies hat insbesondere die Folge, dass auch ein Verfahren vor dem Friedensrichter durchgeführt werden muss.

Das Pflichtteilsurteil ist ein Gestaltungsurteil. Das Urteil kann jedoch auch auf Rückleistung lauten, insofern dies zur Wiederherstellung der verletzten Pflichtteile erforderlich ist.

c) Sonderfälle

Bei unteilbaren Sachen hat die Verfügung Bestand, der Bedachte hat gemäss ZGB 526 das Wahlrecht, ob er die Sache behalten will und die Quote auszahlt, oder der Noterbe ihm seine zulässige Begünstigung ausbezahlt und er die Sache weggibt. Bei periodischen Leistungen hat das Wahlrecht (bzw. die Alternativermächtigung) der Erbe bzw. der Klagende (ZGB 530). Bei der Nacherbeinsetzung gilt ZGB 531, beim Erbvertrag ZGB 528 II.

Der Herabsetzung unterliegen auch Zuwendung des Erblassers an Familienangehörige, wenn sie nicht der Ausgleichung unterliegen (ZGB 527 I, 626 II, siehe oben).

d) Weiter Anwendungsbereiche der Herabsetzungsklage

In analoger Anwendung ist die Herabsetzungsklage auch in folgenden Fällen zulässig:

- Als Rechtsmittel zur Anfechtung einer Enterbung (ZGB 479 III und 480 II).
- Zum anderen ist die Herabsetzungsklage möglich, als Klage der zu kurz kommenden Vertragspartei beim Erbvertrag (ZGB 494 III).

2.2.6. Die Enterbung

a) Allgemeines

Mittels Enterbung (ZGB 477-480) kann dem Pflichtteilerben sogar sein Pflichtteil entzogen werden. Bei gänzlichem Entzug fällt als Wirkung die Erbeneigenschaft weg (ZGB 478 I), nicht jedoch die seiner Nachkommen. Bei diesen ist jedoch zu beachten, dass ihnen ihr Pflichtteil vom Pflichtteil des Enterbten zukommen muss.

Ficht der Enterbte die Enterbung an, muss er beweisen, dass der anzuwendende Tatbestand nicht erfüllt ist (ZGB 479 II).

b) *Strafenterbung (ZGB 477-479)*

Ein schweres Verbrechen oder Vergehen gegen Familienmitglieder (oder Personen, die mit dem Erblasser eine enge Beziehung hatten) oder eine schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten (auch gegenüber anderem als dem Erblasser) ist Voraussetzung. Eine strafrechtliche Verfolgung braucht nicht stattgefunden zu haben, der Erbe muss aber schuldhaft und rechtswidrig gehandelt haben. Wenn ein Erbe wahrheitsgemäss gegen den Erblasser vor Gericht aussagt, ist dies deshalb kein Grund zur Enterbung.

Entscheidend bei den Straftaten ist nicht die Einordnung als Verbrechen oder Vergehen, sondern die konkrete Schwere der Tat. So sind kleinere Diebstähle in jugendlichem Leichtsinne sicherlich noch nicht genügend für die Enterbung.

c) *Präventiventerbung nach ZGB 480*

Die Präventiventerbung bei Zahlungsunfähigkeit ist detailliert im Gesetz geregelt. Der Erblasser kann dem verschuldeten Erben nicht den ganzen Pflichtteil entziehen, sondern nur die Hälfte. Zudem muss der Erblasser die restliche Hälfte den Nachkommen des Präventiventerbten zukommen lassen.

d) *Form und Klage*

Bei der Form ist eine ausdrückliche Willensäußerung in einem Testament oder Erbvertrag, mitsamt Angabe des Grundes. Die Person, die von der Enterbung profitiert, hat zu beweisen, dass der Grund auch wirklich vorliegt (ZGB 479). Der Erblasser ist deswegen gut daran gehalten, der Verfügung von Todes wegen Beweise beizulegen.

Die nicht rechtsgültige Enterbung (z.B. Formmangel, keine Begründung) ist **mit der Herabsetzungsklage** anzufechten (ZGB 522). Sie ist gegen die zu richten, die von der Enterbung profitieren (ZGB 479 II). Mittels Ungültigkeitsklage (ZGB 519) ist der Irrtum über die Enterbung geltend zu machen. Mit letzterer kann der Enterbte erreichen, dass die Verfügung von Todes wegen dahinfällt und er sogar seinen gesetzlichen Anteil und nicht nur den Pflichtanteil bekommt.

3. Verfügungen von Todes wegen

3.1. *Allgemeines*

3.1.1. Erst Sterben heisst Erben

Verfügungen von Todes wegen werden erst beim Erbgang wirksam, wie auch der Erbvertrag. Freilich entstehen dann diffizile Rechtsprobleme, wenn der Erblasser seine Verpflichtungen auf den Todesfall unterläuft.

Der Erbe kann jedoch vor dem Erbgang schon **über seine Anwartschaft auf das Erbe verfügen**. Er kann sie veräussern und verpfänden. Voraussetzung ist nach ZGB 636 jeweils, dass der **Erblasser dem Geschäft zustimmt**. Die Abtretung und Verpfändung erfordert wie üblich Schriftlichkeit (OR 165, ZGB 900 I). Eine Bindung des Erblassers ergibt sich aber erst, wenn die Form des Erbvertrages gewählt wurde.

3.1.2. Abgrenzungen

a) *Einleitung und Kriterien zur Abgrenzung*

Massgebend ist der Wille der Parteien. Als weitere Hilfe ist zu prüfen, wann sich die Wirkungen des Rechtsgeschäftes entfalten sollen, sowie, ob die Wirkungen den Nachlass oder das Vermögen des Erblassers betreffen. Es gilt der Grundsatz des favor negotii, im Zweifel ist eher ein gültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden als eine ungültige Verfügung von Todes wegen anzunehmen.

Wichtig ist die Abgrenzung deswegen, weil bei einer Verfügung von Todes wegen die Formvorschriften eingehalten werden müssen, und weil der Erblasser an die Pflichtteile gebunden ist. Bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden gilt grundsätzlich Inhaltsfreiheit.

b) *Schenkungen auf den Todesfall*

Eine Schenkung, die nach dem Willen der Parteien erst nach dem Tod des Schenkenden eintretende soll, steht unter den Vorschriften über der Erbvertrag (OR 245 II). Anders als im übrigen Zivilrecht bewirkt die Formungültigkeit aber bloss die Anfechtbarkeit (ZGB 519 ff.). Möglich ist natürlich auch eine Konversion in ein Testament. Der Beschenkte ist in der Regel Vermächtnisnehmer.

c) *Begünstigungsklausel einer Lebensversicherung*

Gemäss VVG 78 begründet eine Begünstigung eines Dritten durch eine Lebensversicherung auf den Todesfall **einen eigenen Anspruch für den Dritten gegen die Versicherung ausserhalb des Nachlasses**.

Art. 78 VVG: Die Begünstigung begründet, unter Vorbehalt von Verfügungen nach Artikel 77 Absatz 1 dieses Gesetzes, für den Begünstigten ein eigenes Recht auf den ihm zugewiesenen Versicherungsanspruch.

Art. 85 VVG: Sind erbberechtigte Nachkommen, ein Ehegatte, Eltern, Grosseltern oder Geschwister die Begünstigten, so fällt ihnen der Versicherungsanspruch zu, auch wenn sie die Erbschaft nicht antreten.

d) *Vertrag zugunsten Dritter*

Der Gläubiger (Promissar) lässt sich von seinem Schuldner (Promittent) versprechen, an einen Dritten (Destinatär) zu leisten (OR 112 I). Beim echten Vertrag zugunsten Dritter erhält der Dritte ein eigenes Forderungsrecht (OR 112 II, ipso jure, auch ohne Wissen).

Der Gläubiger kann den Schuldner noch entbinden, sofern der Dritte noch nicht von seinem Recht Gebrauch machen will (OR 112 III). Da der Dritte ein eigenes Forderungsrecht direkt erwirbt, besteht keine Verfügung von Todes wegen.

e) *Mandatum post mortem*

Eine Vollmacht ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, welche die Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten auch für die Rechte des Bevollmächtigenden im Umfang der Vollmacht bewirkt. Der Auftrag hingegen ist ein Vertrag, und benötigt als solcher den Konsens der Parteien.

Die Erteilung einer Vollmacht beinhaltet immer auch den Antrag zu einem Auftragsverhältnis, welcher durch die Ausübung der Vollmacht konkludent angenommen wird. Umgekehrt beinhaltet der Antrag zu einem Auftragsverhältnis auch immer die Vollmacht für die den Auftrag betreffenden Geschäfte, jedoch unter der Bedingung der Annahme des Antrages.

Transmortale Geschäfte entfalten schon vor dem Tod des Erblassers eine Wirkung, die über den Tod hinaus reicht (z.B. OR 35 I, 405). Die Erben treten in die Rechtsstellung des Erblassers ein und können aus eigenem Recht diese Geschäfte aufheben oder weiter bestehen lassen. **Postmortale Geschäfte** hingegen sind jene Vollmacht- bzw. Auftragserteilungen, welche erst mit dem Tod des Erblassers Wirkung entfalten. Ob diese Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder solche von Todes wegen sind, ist umstritten. Für den postmortalen Auftrag kann wohl gesagt werden, dass die herrschende Lehre ihn als Rechtsgeschäft von Todes wegen auffasst, d.h. dass er der Form des Erbvertrages bedarf, wenn er gültig sein soll. Die postmortale Vollmacht ist ebenfalls nach wohl h.L. ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, deshalb bedarf es der Testamentsform.

f) Weitere Beispiele

Keine Verfügungen von Todes wegen sind: ein Vertrag, der beim Tod einer Person aufgelöst werden soll, das Fortwirken in den Nachlass, eine Abmachung, die zwar erst nach dem Tod eintreten soll, aber nicht den Nachlass betrifft (z.B. Stellennachfolge), das Fälligwerden eines Anspruches auf den Todeszeitpunkt, eine gegenseitige Abmachung, die unabhängig von der Reihenfolge des Versterbens dem überlebenden Partner zugute kommen soll, Kauf- und Vorkaufsgeschäfte und entgeltliche Abmachungen.

ZGB 216 und 241 II sehen die Verteilung des Vorschlages bei Todesfall vor. Er kann ehevertraglich verändert werden. Dabei genügt die Form des Ehevertrages, ohne die zwei zusätzlichen Zeugen. Es liegt demnach eine Schenkung auf den Todesfall vor. Wird der Vorschlag auch z.B. für die Scheidung abgeändert, liegt eine Schenkung zu Lebzeiten vor, anfechtbar mit ZGB 527 3, 4.

3.2. Die Verfügungsfähigkeit (ZGB 467-469)

3.2.1. Höchstpersönlichkeit

a) Allgemeines

Als höchstpersönliche Geschäfte sind Verfügungen von Todes wegen gänzlich vertretungsfeindlich, es gibt auch keine gesetzliche Vertretung. Deswegen kann ein urteilsfähiger Nichtmündiger keinen Erbvertrag abschliessen. Der Erblasser kann seine Entscheidungen nicht einem Dritten überlassen.

b) Gemeinschaftliche Testamente

Gemeinschaftliche Testamente sind Vereinigungen einzelner Testamente mehrerer Erblasser in einem Text. Wenn die Willen den einzelnen Personen zugeordnet werden können und jeder alleine die Formvorschriften einhält, sind sie zulässig. Ansonsten liegt ein Formmangel vor (fehlende eigenhändige Niederschrift).

c) Korrespektive Testamente

Hier ist die Verknüpfung der Erblasser noch enger (Wir-Form). Der Urheber der Willenserklärung lässt sich nicht ausmachen. Der Wille des einen ist ohne den Willen des andern nicht denkbar. **Da die einzelnen Willenserklärungen nicht auseinander gehalten werden können, sind sie unzulässig.** Zudem kann der einzelne seine Willenserklärung in einem korrespektiven Testament nicht mehr widerrufen.

Möglich wäre eine enge Verknüpfung entweder mit einem Erbvertrag, oder durch Bedingungen („solange A sein Testament nicht widerruft, gilt dieses Testament“). Ein korrespektives Testament ist **anfechtbar**.

3.2.2. Voraussetzungen

a) *Urteilsfähigkeit*

Da Verfügungen von Todes wegen höchstpersönlichen Charakter tragen, sind sie nur urteilsfähigen Personen zugänglich. Der Erblasser muss demnach die Möglichkeit haben, einen Willen zu bilden, und nach diesem Willen zu handeln (ZGB 16, 467). Es kommt nicht darauf an, ob die Verfügung vernünftig oder zweckmässig ist. Die Testierfähigkeit setzt damit eine normale **Widerstandsfähigkeit gegen Willensbeeinflussungen** voraus.

b) *Mündigkeit*

Die zweite Voraussetzung ist grundsätzlich die Mündigkeit des Erblassers (ZGB 467 f. i.V.m. 14). **Beim Erbvertrag, der ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, müssen beide Seiten mündig sein, ausser wenn dem Begünstigten nur Rechte zufließen, dann reicht Urteilsfähigkeit aus** (ZGB 19 II). Der unmündige Vertragspartner kann sich gültig vertreten lassen. **Eine blossе Vertretung ist aber dann nicht möglich, wenn Minderjährige einen Erbverzicht unterschreiben sollen, da ihre gesetzlichen Vertreter die Eltern sind. In diesem Fall ist die Vormundschaftsbehörde einzuschalten** (ZGB 306 II i.V.m. 392 2.; Vertretungsbeistandschaft). Ist der Vertragspartner nicht handlungsfähig und liegt keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vor, ist der Erbvertrag nichtig (ZGB 12).

Entmündigte urteilsfähige Personen können ein Testament errichten, aber keinen Erbvertrag (ZGB 468), auch nicht mit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Ein verbeirateter Mündiger kann einen Erbvertrag abschliessen.

Da sich die Urteilsfähigkeit je nach dem geäusserten Willen beurteilen lässt, ist eine Konstellation möglich, bei der im Sinne des favor testamenti **nur ein Teil des Testamentes aufrechterhalten bleibt**.

3.2.3. Willensmängel

Bei der Errichtung der Verfügung dürfen keine Willensmängel vorhanden sein (ZGB 469, vgl. OR 23 ff.). Im Erbrecht wird jedoch viel strenger am **Willensmoment** festgehalten. Jeder kausale Irrtum genügt deswegen, auch bereits der Motivirrtum. Es ist jedoch zu fragen, ob es wahrscheinlich ist, dass der Erblasser ohne den Irrtum es vorgezogen hätte, die Verfügung aufzuheben (hypothetischer Erblasserwillen, Bundesgericht dagegen wegen Formmangel).

Beim **Erbvertrag** ist der Motivirrtum nur dann beachtlich, wenn er sich auf einen Sachverhalt bezieht, der vom Erblasser nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages im Sinne von OR 24 I 4 betrachtet worden ist. Beim Vertragspartner erfolgt eine Auslegung nach dem **Vertrauensprinzip**.

Bei der Auslegung werden neben dem Kontext der Verfügung auch Gegebenheiten außerhalb der Verfügung und Auslegungshilfen herangezogen. Gesetzliche Auslegungshilfen sind ZGB 483 II, 484 III, 486 III, 511, 608 III, 626, 629 und 631 I.

Zu beachten ist, dass eine unter physischem Zwang errichtete Verfügung (z.B. Führen der Hand) als eine gar nicht vom Erblasser Errichtete gilt.

3.2.4. Folgen mangelnder Verfügungsfähigkeit

a) Allgemeines

Die Verfügung wird **nicht nichtig, sondern anfechtbar**. Die Fristen von ein bzw. zehn Jahren sind Verwirkungsfristen, die Verfügungsfähigkeit kann jedoch auch mittels Einrede geltend gemacht werden (ZGB 521 III). Durch ZGB 7 sind die Bestimmungen des OR AT bezüglich der Willensmängel auch im Erbrecht anzuwenden (per Analogie).

Grundlage für die Ungültigkeitsklage ist ZGB 519 II. Aktivlegitimiert ist jeder, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse an der Ungültigkeit hat. Von der Klagebefugnis ausgeschlossen sind die Gläubiger des Nachlasses und der Erben, der Schuldner der vermachten Forderung, die Erbeserben und „der rechthaberische Schwager“ wie die „neidische Nachbarin“. **Auch die Vermächtnisnehmer sind nicht klageberechtigt, da sie mit dem Hinfall der Verfügung von Todes wegen ihren Anspruch verlieren. Möglich ist aber die Klage des Vermächtnisnehmers aus einer früheren Verfügung.** Passivlegitimiert sind die an der Aufrechterhaltung interessierten Personen. Gerichtstand ist der letzte Wohnsitz des Erblassers (ZGB 538 II).

Die Ungültigkeit kann auch durch eine formlose Anerkennung wirksam werden. Will der noch lebende Erblasser einen Erbvertrag wegen Willensmängel anfechten, sind ZGB 513 i.V.m. 469 anzuwenden, 519 steht nur für den Erben offen (und umgekehrt).

b) Nichtigkeit

Der Mangel kann jedoch auch so krass sein, dass Nichtigkeit durch unverjährbare Feststellungsklage geltend zu machen ist (oder durch Einrede). Trotzdem ist das Urteil jedoch ein Gestaltungsurteil. Folgende Kategorien der Nichtigkeit sind denkbar:

- Akte, die keine Verfügungen von Todes wegen zu sein beanspruchen, z.B. Geschäft unter Lebenden oder Entwürfe.
- Akte ohne schlüssigen Inhalt, dazu gehören auch solche, bei welchen die Bestimmung über den Inhalt an einen anderen delegiert wird oder Verfügungen über Personen und Sachen, die gar nicht existieren.

- Akte, die nicht vom Erblasser stammen, z.B. gefälschte Verfügungen, oder solche, bei denen die Hand des Erblassers geführt oder Zwang angewendet wurde.
- Akte, die inhaltlich in keine erbrechtliche Verfügungsart passen.
- Akte, die nicht vom animus testandi gedeckt sind (simuliert / aufgehoben).

c) *Sonderbestimmungen bei Willensmängeln*

Bei Willensmängeln greifen folgende zwei Sonderbestimmungen:

- Wenn der Erblasser die Verfügung nicht innerhalb eines Jahres seit der Erkenntnis des Irrtums oder dem Fortfall von Zwang oder Drohung aufgehoben hat, liegt eine stillschweigende Bestätigung vor (ZGB 469 II, **Konvaleszenz**).
- Eine Anfechtungsklage ist dann nicht nötig, wenn der Irrtum bezüglich einer Sache oder Person auf Zerstretheit etc. beruhte, und er durch Auslegung offenkundig wird. Dann kann er berichtigt werden (ZGB 469 III).
- Wirkungen der Ungültigkeitsklage.

Die Ungültigkeitsklage ist eine Gestaltungsklage, die Verfügung von Todes wegen wird ex tunc nichtig (von Anfang an). Sachlich können auch nur einzelne Teile der Verfügung nichtig werden. In personeller Hinsicht wirkt die Anfechtung nur inter partes (Bedeutung bei Vermächtnissen, ein Alleinerbe muss jedes Vermächtnis anfechten).

3.3. *Das Testament*

3.3.1. **Allgemeines**

Das Testament entfaltet seine Wirkungen erst mit im Erbgang. Deswegen kann der Testator seine Anordnungen immer frei widerrufen. Ungültig sind korrespektive Testamente, welche eine Abmachung durch eine andere Person gestalten („ich verfüge gleich wie X“). Möglich sind jedoch bedingte Testamente. Der Zweck der Formvorschriften ist einerseits der Übereilungsschutz, und andererseits die Rechtssicherheit. Das ZGB verpflichtet die Kantone, amtliche Stellen für die Aufbewahrung des Testamentes einzurichten (ZGB 505 II; zuständig ist der Gerichtspräsident [EG ZGB 71]).

3.3.2. **Das eigenhändige Testament**

a) *Allgemeines*

Es ist in ZGB 505 I geregelt. Der Erblasser hat das gesamte Dokument, inklusive Datum und Unterschrift eigenhändig zu schreiben. Die Eigenhändigkeit hat den Zweck, dass man

das Geschriebene nochmals überdenkt, und ist zudem Beweis der Echtheit. Verweisungen **auf andere Texte sind nicht möglich**, der Testator hat seinen Willen immer selber niederzulegen.

b) *Eigenhändigkeit*

Eigenhändigkeit bedeutet, dass der Verfasser den Schreibakt bestimmt, und das Geschriebene seine individuellen Züge trägt. Auf das Material der Urkunde kommt es nicht an.

Liegt ein Eingriff in die Handschrift ohne Willen des Erblassers vor, ist die Verfügung von Todes wegen nichtig. Geschieht der Eingriff mit Willen, aber ohne Wahrung der Individualität der Handschrift, wird das Testament anfechtbar (ZGB 520). Bleiben die individuellen Züge gewahrt, ist das Testament voll gültig.

c) *Datum*

Das Datum ist dasjenige des Tages bei Abschluss der Niederschrift. Da der Erblasser nicht über Formvorschriften straucheln soll, hat die unrichtige oder fehlende Datumsangabe nicht die Nichtigkeit zur Folge (ZGB 520a, ausser das Datum ist für die Gültigkeit von Bedeutung). Möglich sind auch Umschreibungen des Datums (Weihnachten 2004). Für Testamente, die vor 1996 geschrieben worden sind, vgl. SchlT ZGB 16 II.

d) *Unterschrift*

Die Unterschrift gehört an das Ende der Verfügung, wobei aber auch ein anderer Ort gewählt werden kann, solange die Einheit der Urkunde vorhanden ist. Die Unterschrift muss die Identifikation zulassen, eine Abkürzung ist also möglich. Zu beachten ist, dass eine Bezeichnung („Testament von Hans Meier“) noch keine Unterschrift ist, da dies nicht zu verstehen gibt, dass der gesamte Text gedeckt ist.

3.3.3. Das öffentliche Testament

a) *Allgemeines*

Das öffentliche Testament ist mit öffentlicher Beurkundung zu errichten (ZGB 498, mit den Regeln von ZGB 500-503). Die amtliche Urkundsperson ist der Notar (EG ZGB 70). Es wird danach an der kantonalen Stelle hinterlegt (ZGB 504, vgl. 505 II). Die Aufbewahrung erfolgt beim Gerichtspräsidenten (EG ZGB 71).

b) *Hauptform ZGB 500 ff.*

Der Testator teilt der Urkundsperson seinen Willen mit, liest später die aufgesetzte Urkunde und unterzeichnet sie (erster Akt). Die Urkundsperson hat sie zu datieren und

ebenfalls zu unterschreiben (immer noch erster Akt). Zwei Urkundspersonen bezeugen schriftlich, dass der Testator den Inhalt gelesen hat, und er testierfähig ist (zweiter Akt, vorher sind die Zeugen nicht im Raum). Die Bezeugung, dass der Erblasser das Testament gelesen hat, sagt dieser den Zeugen, sobald sie im Raum sind.

Die Anforderungen an die Zeugen finden sich in ZGB 503 (keine Verwandtschaft, Handlungsfähigkeit, keine strafrechtliche Verurteilung, Lesefähigkeit). Die Verletzung der Ausstandsgründe gemäss ZGB 503 I führt zur Ungültigkeit des gesamten Testaments, die Verletzung von Abs. 2 zur Ungültigkeit der Begünstigung des Bedachten (ZGB 520 II).

c) Nebenform ZGB 502

Wenn der **Testator nicht lesen und schreiben kann, wird ihm der Text vorgelesen**, und es verbleibt bei der blossen mündlichen Erklärung durch den Testator, dass er das Vorgelesene verstanden hat und dies seinem Willen entspricht. Die Zeugen müssen dann zusätzlich erklären, dass die Urkundsperson das Testament vorgelesen hat. Bei der Nebenform erfahren die Zeugen gezwungenermassen den Inhalt der Urkunde.

3.3.4. Das mündliche Testament

Das ZGB nennt in Art. 506-508 das mündliche Testament. Vorbehalten von ZGB 503 können beliebige Personen die Erklärung des Erblassers entgegennehmen, sofern eine Urkundsperson nicht von gegen ist und die eigenhändige Niederschrift verunmöglicht ist (ZGB 506 I). Hat die Notsituation aufgehört, wird 14 Tage danach das Nottestament unwirksam (ZGB 508, von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit). Beispiele für Notsituationen sind Todesgefahr, Krieg, Verkehrssperre, Epidemien etc. Ist keine Notsituation vorhanden, ist das Testament zwar gültig, aber anfechtbar.

Die letztwillige Verfügung ist von zwei Personen gleichzeitig anzuhören. Danach muss einer von ihnen sie schriftlich niederlegen, eine Gerichtsbehörde aufsuchen und dort die Notsituation beschreiben, und bestätigen, dass dies der letzte Wille des Erblassers ist, sowie dass der Erblasser Verfügungsfähig war. Der Gang an die Gerichtsbehörde hat sofort zu erfolgen. Der Inhalt des Testamentes kann der Gerichtsbehörde auch mündlich mitgeteilt werden.

3.3.5. Ergänzung, Widerruf und Änderung

a) Eigenhändiges Testament

Rien ne va plus gilt erst, wenn die Unterschrift gesetzt worden ist. Allerdings kann die Verfügung mit einer neuen Verfügung (d.h. Testament oder Erbvertrag) widerrufen oder selbständig vernichtet werden (ZGB 509-511). Korrekturen sind auch möglich, sofern sie in den erforderlichen Formen geschehen. Alle nach Abschluss erfolgenden Änderungen und Ergänzungen werden dabei als selbständige Verfügungen qualifiziert.

Wird eine **Verfügung durch Zufall oder aus Verschulden anderer vernichtet, verliert sie ihre Gültigkeit, ausser wenn ihr Inhalt genau und vollständig wiedergegeben werden kann** (ZGB 510 II). Kann der Inhalt nicht wiedergegeben werden und kommt ein Vermächtnisnehmer zu Schaden, kann dieser nach OR 41 II vorgehen. Die Erben können sich auf OR 41 I berufen, da die Urkunde nach dem Tod des Erblassers in ihr Eigentum fällt. Wird die Urkunde von jemandem fahrlässig vernichtet, kann die Widerrechtlichkeit für den Vermächtnisnehmer in ZGB 556 I gefunden werden.

Zu beachten ist, dass eine zweite Verfügung die Erste nicht unbedingt aufhebt (vgl. ZGB 511 I, Vermutung der Aufhebung). Es ist durchaus denkbar, dass beide ergänzend zur Anwendung gelangen sollen. Ob dem so ist, ergibt sich aus Indizien, die auch ausserhalb des Testamentes liegen können.

Der Widerruf eines Testamentes ergibt sich auch aus der Verfügung einer im Testament vermachten Sache. Selbst wenn diese Sache später wieder ins Eigentum des noch lebenden Erblassers fällt, gilt das Testament als widerrufen (z.B. durch Anfechtung des Kaufvertrages).

Beim Widerruf des Widerrufs sieht das Bundesgericht im Zweifel die gesetzliche Erbfolge als Folge vor, nicht etwa das Wiederaufleben des ersten Testamentes.

b) Öffentliches Testament

Die vorigen Ausführungen beziehen sich nur auf das eigenhändige Testament, denn für das öffentliche Testament kommen kantonale Regelungen zum Zuge. Zu beachten ist, dass beim Widerruf des öffentlichen Testaments die Zerstörung des Doppels nicht ausreicht; das Original muss zerstört werden.

3.4. Der Erbvertrag

3.4.1. Allgemeines

Mit dem Erbvertrag ist es möglich, über den dereinstigen Nachlass bindende Abmachungen mit dem Erblasser zu treffen. Inhalt ist entweder eine Begünstigung (positiver Erbvertrag), oder ein Erbverzicht (negativer Erbvertrag). Der Erbvertrag erscheint in ZGB 494-497 sowie in 512-515 und in 534-536. Auch für das Verpflichtungselement steht der Erbvertrag grundsätzlich unter den Regeln des Erbrechts. Die Bestimmungen des OR sind nur so weit anwendbar, als sie dem erbrechtlichen Konzept entsprechen.

Ein urteilsfähiger Entmündigter kann zwar ein Testament verfassen, nicht aber, mangels allgemeiner Handlungsfähigkeit, einen Erbvertrag. Er kann jedoch Vertragspartner sein, sofern sein Vertreter dem Geschäft zustimmt (u.U. ist beim Vermächtnis die Zustimmung nicht erforderlich).

Die Bindungswirkung des Erbvertrages zeigt sich vor allem auf der formalen Ebene; die Einsetzung eines Erben ist bindend, jedoch nicht der Inhalt der Erbschaft, da der Erblasser zu Lebzeiten frei über sein Vermögen verfügen kann (ZGB 494 II).

3.4.2. Form

Die Errichtungsform ist grundsätzlich jene des öffentlichen Testaments (ZGB 512 I) mit den Änderungen, die seine rechtliche Natur als zweiseitiges Rechtsgeschäft mit sich bringt. Vorausgesetzt ist demnach ein Zusammenwirken beider Parteien, beide müssen ihren Willen der Urkundsperson kundtun (ZGB 512 II). Bei der Hauptform (ZGB 500 f.) hat die Unterzeichnung im Unterschied zum Testament vor den Zeugen zu erfolgen. Das Bundesgericht lässt auch die Errichtung gemäss ZGB 502 zu (Nebenform), also dass mündlich bestätigt wird (entgegen ZGB 512 II).

Beim Vertragspartner ist die Zeugenbestätigung über die Urteilsfähigkeit nicht nötig, zudem kann der Vertragspartner vertreten werden. OR 13 gilt beim reinen begünstigenden Erbvertrag nicht, denn ZGB 512 II verlangt die Unterschrift der Gegenpartei.

Ein Vorvertrag zu einem Erbvertrag kann nicht abgeschlossen werden, da dieser gegen ZGB 27 verstossen würde (Aufgabe der Handlungsfreiheit, Nichtigkeit). Sind die Formvorschriften eingehalten worden, handelt es sich um einen Erbvertrag. Vorbehalten bleibt natürlich die Konversion.

3.4.3. Aufhebung

Zur Aufhebung des Erbvertrages bedarf es der Schriftform (ZGB 513 I). Die Aufhebung muss in gegenseitigem Einverständnis geschehen. Der Erblasser darf nicht einseitig widerrufen, denn der Erbvertrag ist bekanntlich bindend. Analog ZGB 510 I ist der Widerruf durch gemeinsame Vernichtung der Vertragsurkunde denkbar. Analog ZGB 511 kann der Erbvertrag auch durch einen neuen ersetzt werden.

Ein gesetzlicher Widerruf ist im Fall von ZGB 515 vorgesehen, wenn der Vertragspartner vorverstirbt und keine Vererblichkeit vorgesehen ist, sowie bei der Scheidung ZGB 120. Bei gesetzlichen Erben treten deren Nachkommen an ihre Stelle.

Der **einseitige Widerruf** durch den Erblasser ist nur in den folgenden Fällen möglich:

- **Enterbungsgrund** von ZGB 477 (ZGB 513 II, in einer Testamentform ZGB 513 III).
- **Willensmängel** (ZGB 469, formlos). Beim Vertragspartner gilt das Vertrauensprinzip, weswegen ein blosser Motivirrtum entgegen der Regelung beim Testament unbeachtlich ist. Wenn der eigentliche Wille des Erblassers unzweifelhaft feststeht, kann ein Grundlagenirrtum berichtigt werden.
- **Säumnis der Erbringung von Gegenleistungen** (ZGB 514, formlos OR 107, auch der Vertragspartner ist hierzu befugt beim Erbverzicht). Es ist nach OR 102

ff. vorzugehen. Nach h.L. ist der Erbvertrag durch den Vertragspartner auch dann einseitig widerrufbar, wenn der Erblasser arglistig sein Vermögen verschwendet, damit er die versprochene Begünstigung von Todes wegen vereiteln kann (analoge Anwendung von OR 527 I).

Als weitere Voraussetzung des einseitigen Widerrufs sieht das Bundesgericht die **Mitteilung an den Vertragspartner**.

3.4.4. Inhalt

a) *Allgemeines*

Der begünstigende (positive) Erbvertrag sieht eine Begünstigung irgendeiner Person vor. Beim Erbverzichtsvertrag (negativer Erbvertrag, ZGB 495-497) wird der Erblasser nicht gebunden, er könnte weiterhin den Verzichtenden begünstigen.

ZGB 534 regelt den Fall, wenn der Erblasser schon zu seinen Lebzeiten dem vertraglich Bedachten zuwendet (beachte OR 181). Erwirbt der Erblasser danach weiteres Vermögen, gilt das Vermutungsweise nicht als Inhalt des Erbvertrages (ZGB 534 II). Stirbt der Bedachte im Voraus, gehen die Pflichten und das zugewendete Vermögen auf seine Erben über (ZGB 534 III, anders also als 542 II).

Die Erstabfindung unterliegt der Herabsetzungsklage (ZGB 535, 527 2. i.V.m. 523). **Ein Erbverzicht gilt vermutungsweise auch für die Nachkommen des Verzichtenden** (ZGB 495 III, also durchgreifender als die Enterbung, die Erbunwürdigkeit und die Erbausschlagung; die h.L. nimmt jedoch an, dass dies nur für den entgeltlichen Erbverzicht gilt). Der durch den Vertrag wegfallende Pflichtteil kommt der verfügbaren Quote zugute. Der Erbverzicht kann auch zugunsten bestimmter Personen geschehen, wenn diese dann nicht erben, erlangt der Verzichtende seinen Erbsanspruch wieder (ZGB 496 I). Der Erbverzichtende wird nicht Erbe und haftet so nicht für Erbschaftsschulden.

Die Einsetzung des Willensvollstreckers (ZGB 517), die Errichtung einer Stiftung (ZGB 493 i.V.m. 81 I) und die Enterbung können nur Inhalt eines Testamentes sein.

Der Erblasser ist immer beteiligt. Gegenpartei kann jedermann sein, bei einem gegenseitigen Erbvertrag auch ein anderer Erblasser.

b) *Positiver Erbvertrag*

Durch den positiven Erbvertrag wird der Vermächtnisnehmer oder der Erbe direkt eingesetzt. Es handelt sich nicht nur um eine Verpflichtung, sondern um ein Handgeschäft (z.B. wie bei einer Handschenkung). Der Vertragspartner erwirbt eine Anwartschaft, unter der Bedingung, dass er den Tod des Erblassers erlebt (Prinzip der Koexistenz, ZGB 542 f.).

Der Erbvertrag setzt sich aus einer Verfügung von Todes wegen (Offerte und Akzept) und einem Rechtsgeschäft unter Lebenden (Offerte und Akzept) zusammen, beide Geschäfte müssen dabei die Formvorschriften einhalten (ZGB 512 II).

Beim gegenseitigen Erbvertrag (meistens als Ehe-Erbvertrag ausgestaltet) nimmt das Bundesgericht an, dass beide Erbverträge voneinander abhängig sind, dass also der eine Vertrag um des andern willen abgeschlossen worden ist. Fällt somit der eine Erbvertrag ex tunc dahin, wird der Zweite anfechtbar. Dasselbe gilt, wenn der erste Erblasser verstirbt.

Beim Verpfändungsvertrag (OR 521 ff.) handelt es sich um ein Geschäft unter Lebenden, obwohl die Formvorschriften des Erbvertrages erfüllt sein müssen (OR 522). Besteht die Gegenleistung in einer Erbeinsetzung, liegt jedoch ein Erbvertrag vor (OR 521 II). Falls im Vertrag eines der Tatbestandsmerkmale (Pflege, Unterhalt und auf Lebenszeit) wegfällt, liegt ein Innominatkontrakt vor, auf welchen das Bundesgericht die Regeln über das Synallagma anwendet:

- Genetisches Synallagma: Ist eine Leistung von Anfang an unmöglich, entfällt der ganze Vertrag und damit auch die Gegenleistung (OR 20 I). Da OR 20 I im Erbvertragsrecht nur analog angewendet wird, wird er Vertrag nur anfechtbar (aufgrund ZGB 469).
- Funktionelles Synallagma: Leistungsverweigerungsrecht OR 82.
- Konditionelles Synallagma: Bei Vorversterben des Vertragspartners erlischt der Erbvertrag (ZGB 515 I, nachträglich Unmöglichkeit), die Erben des Vertragspartners können aufgrund ZGB 515 II einen Bereicherungsanspruch geltend machen.

c) *Negativer Erbvertrag*

Hier verzichtet ein pflichtteilsgeschützter Erbe auf seine Anwartschaft (Offerte und Akzept). Beim entgeltlichen Verzichtsvertrag kommt zusätzlich noch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden hinzu (Offerte und Akzept). Die Verknüpfung ist wiederum synallagmatisch:

- Genetisches Synallagma: Erlischt der Erbverzichtsvertrag, erlischt auch die Gegenleistung ex tunc (OR 20 I). Bei einem Willensmangel des Rechtsgeschäfts unter Lebenden wird das Rechtsgeschäft von Todes wegen selbst aufgrund eines Willensmangels (ZGB 469) anfechtbar.
- Konditionelles Synallagma: Kaum praktische Fälle denkbar.

Sollte das Rechtsgeschäft unter Lebenden in Form eines abstrakten Schuldversprechens ergangen sein, entfällt die Gläubigerstellung des Vertragspartners nicht eo ipso aufgrund des genetischen Synallagmas, sondern muss kondiziert werden.

Die Bestimmung von ZGB 495 III, wonach ein Erbverzichtsvertrag „soweit der Vertrag nicht etwas anderes anordnet“ auch gegenüber den Nachkommen des Verzichtenden wirke, gilt sicher im Falle eines entgeltlichen Erbverzichts, da hier immerhin die Gegenleistung in das Vermögen und später die Erbmasse des Verzichtenden fällt. **Bei unentgeltlichen Erbverzichtsverträgen (Grundtypus) kann dies nicht ohne weiteres gelten, der Passus: „soweit der Vertrag nicht etwas anderes anordnet“ ist sehr weit auszulegen, sodass Unentgeltlichkeit als Vereinbarung der Wirkung nur für den Verzichtenden angesehen werden könnte** (je nach den Umständen).

3.4.5. Bindungswirkung des Erbvertrages

Da der Erbvertrag eine Verfügung von Todes wegen ist, ist er keine Einschränkung für den Erblasser, über sein Vermögen zu Lebzeiten zu disponieren (ZGB 494 II, Ausgenommen sind die Fälle, in welchen der Erblasser den Sinn des Erbvertrages aushöhlen will, Anfechtung der Rechtsgeschäfte mittels ZGB 527). Zum Schutz des Berechtigten sieht das Gesetz eine Klage in ZGB 494 III vor. Da der Vertragspartner die Schenkung (causa donandi) als Verpflichtungsgeschäft anfechtet, fällt der Verfügungsgrund dahin, bei einer Sachschenkung findet ZGB 641 II und bei einer Summenschenkung OR 62 Anwendung. Möglich ist, dass sich der Erblasser zu Lebzeiten obligatorisch bindet (z.B. durch die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung).

Neue gesetzliche Erben können durch das Pflichtteilsrecht gegen den Erbvertrag die Herabsetzungsklage anstreben (ZGB 516 i.V.m. 522). Bei einer Begünstigung ist der Vertragspartner nicht gezwungen, im Erbgang das Erbe auszuschlagen, wohl aber bei einem Erbverzicht.

Nach dem Hinscheiden des Vertragspartners bei einem gegenseitigen Erbvertrag wird die gemachte Vereinbarung unwiderruflich! Davon ausgenommen könnten höchstens Regelungen sein, die Aufgrund der Zeitdauer sittenwidrig werden. Einseitige Anordnungen sollten weiterhin aufhebbar sein.

3.4.6. Klagen aus Erbverträgen

Der Erbvertrag kann der Herabsetzungsklage gemäss ZGB 522-533 unterliegen. Der Verzichtende kann die Klage vermeiden, indem er seinen Teil wieder einwirft (ZGB 536). Sind Leistungen unter Lebenden geschuldet, steht das gesamte OR-Spektrum zur Verfügung (vgl. dazu ZGB 514).

Liegt ein Formfehler oder ein inhaltlicher Mangel vor (ZGB 519 f.), kann er beim Erbgang wie beim Testament geltend gemacht werden. Der Erblasser und der Vertragspartner können die Mängel bereits zu Lebzeiten geltend machen und die Hinfälligkeit des Erbvertrages bewirken (die Form ist jeweils umstritten).

Mit ZGB 494 III können Geschäfte des Erblassers angefochten werden, die seinen erbvertraglichen Pflichten zuwiderlaufen (analog ZGB 522). **Eine Anfechtung zu Lebzeiten stellt dies aber nicht dar, die Anfechtung kann erst nach dem Tod des Erblassers geschehen.**

ZGB 497 sieht eine besondere Klage vor, wenn der Verzichtende vom Erblasser eine Gegenleistung erhielt und sich so von der Schuldenhaftung befreit. Voraussetzungen sind Überschuldung der Erbschaft, Nichtbefriedigung durch die Erben und Empfang einer Gegenleistung innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Erbgang.

Die Verweisung in ZGB 535 III auf ZGB 626 ff. wirkt nur auf die anrechenbaren Leistungen, die Rückgabe erfolgt in jedem Fall nach den Grundsätzen von OR 64 ff., nicht etwa nach ZGB 938-940.

3.5. *Die Arten der Anordnungen von Todes wegen*

3.5.1. *Allgemeines und Auslegung*

a) *Allgemeines*

Das Recht räumt dem Erblasser nur bestimmte Möglichkeiten der Anordnungen auf den Todes wegen ein (numerus clausus). Die Form ist jeweils verschieden. Die **Anerkennung der Vaterschaft** (ZGB 260 III) kann nur eine Verfügung von Todes wegen sein, wie auch die Anordnung eines Willensvollstreckers (ZGB 517 I) und die Errichtung einer Stiftung (ZGB 81 I). Die Anerkennung der Vaterschaft wirkt rückwirkend auf die Geburt des Kindes.

Unzulässig sind unmögliche, widerrechtliche und sittenwidrige Verfügungen, wie auch Auflagen und Bedingungen, die unsinnig sind (vexatorisch). Solche Verfügungen sind anzufechten (ZGB 519 I).

b) *Auslegung*

Das Testament ist seinem Sinn nach dem Willensprinzip auszulegen. Anders der Erbvertrag, bei welchem grundsätzlich die Regeln über die Auslegung der Verträge gelten. Bei den Testamenten können auch Anhaltspunkte ausserhalb der Urkunde herangezogen werden.

Probleme ergeben sich, wenn eine Anordnung gar nicht in der Verfügung angedeutet ist. Man kann sich fragen, ob das Formerfordernis so weit geht, dass solche klaren Willen ignoriert werden müssen, wenn sie auch nicht irgendwie aus dem Testament herausgelesen werden können. Nach dem Bundesgericht ist ein nicht angedeuteter Wille bedeutungslos, zudem darf nicht gegen den klaren Wortlaut ausgelegt werden (Andeutungstheorie, umstritten). Nach der Eindeutigkeitsregel bedarf ein eindeutiger Wortlaut keiner Auslegung.

Das Testament soll in favorem testamenti ausgelegt werden, es soll also die Aufrechterhaltung angestrebt werden (vgl. auch ZGB 469 III, 482 II und 539 II). Auf dieser Ebene liegt auch die Konversion (Umwandlung) einer rechtlich wirkungslosen Anordnung in eine solche, die der Anordnende dem Nichts vorgezogen hätte.

3.5.2. *Erbeinsetzung*

Die Erbeinsetzung hat die Gesamtheit oder einen Bruchteil der Erbschaft zum Gegenstand (ZGB 483, das Legat einen bestimmten Vermögensgegenstand, egal ob obligatorisch oder dinglich ZGB 484 II). Die Erbeinsetzung begründet eine Universalsukzession mit Schuldenhaftung (das Vermächtnis eine Singularsukzession ohne Schuldenhaftung,

uno actu), die Stellung der eingesetzten Erben unterscheidet sich somit nicht von derjenigen der gesetzlichen Erben. Bei Vorausversterben der eingesetzten Erben kommen ohne besondere Anordnung in der letztwilligen Verfügung aber nicht die Nachkommen der eingesetzten Erben zum Zuge.

Werden die Quoten nicht benannt, wird nach der h.L. nach der gesetzlichen Erbfolge geteilt. Wenn jedoch ein Dritter als Erbe genannt wird, wird nach Köpfen geteilt.

3.5.3. Vermächtnis (Legat)

a) *Allgemeines*

Mit dem Legat wendet der Erblasser einem Vermächtnisnehmer (Legatar) bestimmte Vermögenswerte zu. Inhalt kann sowohl ein Natural- wie ein Geldwert sein. ZGB 483 II stellt die Vermutung auf, dass die Zuweisung einer Quote des Nachlasses eine Erbeinsetzung sei, womit der Begünstigte auch für die Schulden haftet, was er beim Vermächtnis nicht tut (nicht einmal für die Hypothek eines Hauses!).

Das Vermächtnis ist ein obligatorischer Anspruch gegen die Erben auf die entsprechende Leistung plus Zinsen (auf den Zeitpunkt, in dem die Erben die Erbschaft angenommen haben, Singularsukzession). **Wurde ein Objekt in natura vermacht, hat der Legatar es hinzunehmen, wenn das Objekt nicht mehr vorhanden ist** (ZGB 484 III, 485 I). Nach ZGB 485 II haften die Erben wie Geschäftsführer ohne Auftrag, wenn sich die Ausrichtung des Vermächtnisses verzögert.

Der Vermächtnisnehmer hat keine Erbenstellung, er kann somit nicht an den Beschlüssen oder an der Testamentverlesung teilnehmen. Setzt der Erblasser ein Erbe als Legatar ein, wird eine blosse Teilungsvorschrift vermutet (ZGB 608 III).

b) *Möglicher Inhalt, Herausgabeanspruch und Verhältnis zur Erbschaft*

Inhalt kann jede vermögenswerte Begünstigung sein, wie auch ein Gestaltungsrecht (z.B. ein Kaufsrecht an einem Grundstück) oder ein Wohnrecht.

Bei der **Vermächtnisklage** (ZGB 562 III) handelt es sich um eine Leistungsklage. Aktivlegitimiert ist der Bedachte, u.U. auch der Willensvollstrecker (ZGB 518 II). Passivlegitimiert sind der Beschwerde, sowie der Willensvollstrecker, wenn er zur Ausrichtung verpflichtet ist. Das ordentliche Verfahren wird durchgeführt.

Der Erblasser kann die Erbschaft beliebig mit Vermächtnissen belasten, übersteigen sie jedoch den Betrag der Erbschaft, wird der Erbe ausschlagen, oder er hat die Möglichkeit der verhältnismässigen Herabsetzung (ZGB 486 I). Zu beachten ist, dass ein Erbe, der mit einem Vermächtnis bedacht wurde, die Möglichkeit hat, das Erbe auszuschlagen, das Vermächtnis anzunehmen und sich somit von jeder Schuldenhaftung befreit.

3.5.4. Auflage und Bedingungen

a) *Auflagen*

Mit Auflagen (ZGB 482 I) können Verhaltensweisen der Erben oder Legatäre von verschiedenster Art angeordnet werden (Tun, Dulden, Unterlassen). Möglich sind etwa Anordnungen über Abdankung und Bestattung, Teilungsvorschriften, Veräußerungsverbote oder Instruktionen über Nutzungen. Gegenstand der Auflage kann grundsätzlich alles sein, was Gegenstand einer Schuldverpflichtung sein kann, die Auflage muss aber einen **Bezug zum Nachlass** (nicht –objekt!) haben.

Die Auflage vermittelt keine Forderung im rechtstechnischen Sinn, jedermann mit Interesse hat aber ein Klagerecht (ZGB 482 I), mit welchem er den Vollzug der Auflage erzwingen kann. **Dies hat zur Folge, dass der Auflagebegünstigte keinen Schadenersatzanspruch bei Nichterfüllung der Auflage hat.** Abzugrenzen ist die Auflage vom Vermächtnis und von der Bedingung.

Bei der Dauer der Auflage wird eine Schranke von 50-70 Jahre angenommen (zwei Generationen, Andeutung in ZGB 488 II). Wird ein Tier mit einer Zuwendung von Todes wegen bedacht, gilt diese Anordnung als Auflage (ZGB 482 IV), für das Tier artgerecht zu sorgen.

b) *Bedingungen*

Anders als bei der Auflage sind hier Begünstigung und Bedingung voneinander abhängig. Bei Nichterfüllung der Bedingung fällt die Begünstigung weg, bei der Auflage nicht.

3.5.5. Erben- und Legatarsubstitution

a) *Allgemeines*

Die Verfügung von Todes wegen kann einen Nachfolger des Erben oder Vermächtnisnehmer bestimmten (ZGB 487). Der Zeitpunkt der Auslieferungspflicht ist vermutungsweise der Tod des Vorerben (ZGB 489 I, dispositiv). **Dies beinhaltet eine Verpflichtung des Erben oder Legatars, das Erbgut zu schonen und zu erhalten** (nicht aber bezüglich seines Pflichtteils! ZGB 531). Der Vorerbe ist resolutiv bedingter Eigentümer der Erbschaftssachen (ZGB 491 I).

b) *Nacherbeinsetzung*

Eine einstufige Nacherbeinsetzung ist möglich (ZGB 488 II). Der Nacherbe kann für die Dauer der Vorerbschaft Sicherungsmassnahmen verlangen (ZGB 490, Leistung einer Sicherheit, das Inventar wird von Amtes wegen von der Erbteilungsbehörde angeordnet).

Kann keine Sicherheit geleistet werden, ist die Erbschaftsverwaltung einzusetzen (ZGB 490 III, 554). Es gilt **Surrogation für Ersatzobjekte; an verbrauchbaren Sachen hat der Vorerbe unbedingtes Eigentum, allerdings besteht eine Ersatzpflicht für deren Wert** (vgl. ZGB 772 I, Haftung des Nutzniessers).

Der Erblasser kann jemanden als Nacherben bestimmen, der noch gar nicht geboren ist, allerdings muss der zukünftige Erbe genau bestimmt sein („erstes Kind von X“). Ein gesetzeswidriges Familienfideikommiss wäre die Substitution, die z.B. den erstgeborenen Enkel zum Erben einsetzt.

Der Erblasser kann auch bestimmen, dass nur das herauszugeben ist, was beim Tod des Vorerben noch vorhanden ist. Vorerbe und Nacherbe sind beide unmittelbare Erben des Erblassers (vgl. ZGB 492 f.), somit entsteht kein Konflikt mit dem späteren Erbgang des Vorerben.

Im Gegensatz zum Nutzniesser wird der Vorerbe Eigentümer der Erbschaftssachen. Die Stellung des Vorerben ist vererbbar, die Nutzniessung hingegen ist unvererblich (vgl. ZGB 492 II). Bei Versterben des Nacherben verbleibt die Erbschaft definitiv beim Vorerben, ausser der Erblasser hat einen Ersatznacherben eingesetzt.

Mit dem Eintritt des Nacherbfalles tritt der Nacherbe in die Erbenstellung. Der Vorerbe ist Besitzer ohne gültigen Besitztitel. Erst mit der Klageanhebung entsteht gegen den Vorerben der Anspruch auf Herausgabe der Sache (oder den Grundbucheintrag oder die Mittel, um eine Forderung geltend zu machen).

c) *Ersatzverfügung*

Eine Ersatzverfügung (ZGB 458 I) liegt dann vor, wenn der Erblasser bestimmt, wer bei Nichtantreten der Erbschaft als Substitut die Erbschaft antreten kann. ZGB 487 nennt nur das Vorversterben und die Ausschlagung als Gründe für das Wegfallen der bedachten Person. Anerkannt ist aber auch der Grund der Erbunwürdigkeit.

3.5.6. Weitere Arten von Anordnungen von Todes wegen

Der Erblasser kann eine Teilungsvorschrift erlassen, eine Stiftung gründen, Stockwerkeigentum begründen (ZGB 712d III), eine Verfügung von Todes wegen widerrufen und einen Willensvollstrecker einsetzen. Die Stiftung ist in ZGB 493 vorgesehen, sie kann nur in einem Testament errichtet werden, oder in einem Erbvertrag, allerdings ohne die vertragliche Bindung. In der Verfügung muss der Zweck, die Organisation (Stiftungsorgane) und die Vermögenswidmung (Höhe) festgesetzt werden. Da die Entstehung mit dem Tod des Erblassers zusammenfällt, hat die Eintragung im Handelsregister nur deklaratorische Natur.

3.6. *Der Willensvollstrecker*

3.6.1. Handeln für den Nachlass im Allgemeinen

a) *Organisation des Erbganges*

Nach dem Tod einer Person fällt auch sein Wissen weg. Deswegen wird es oft schwer, den genauen Nachlass überhaupt festzustellen. Besondere Behörden sorgen dafür, dass das Nötige geschieht (z.B. die Ernennung eines Erbenvertreters (ZGB 603 III, auf Gesuch). Die Behörde kann für Sicherungsmassnahmen von Amtes wegen eintreten (ZGB 551-555).

Welches die zu bezeichnende Behörde ist, überlässt das ZGB dem Kanton, in welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte (ZGB 538 I, 551 I, ZGB 23-26).

b) *Die Erbgemeinschaft*

Die Erben verfügen gemeinsam über Nachlassrechte (ZGB 602 II). Im Unterschied zu anderen Gesamthandverhältnissen ist die Einstimmigkeit zwingend vorgeschrieben, da es sich bei den Erben um einen Zwangsbund handelt. So kann auch ein Erbe jederzeit die Teilungsklage erheben (ZGB 604). Bei den Beschlüssen sind die In-sich-Geschäfte zu beachten, wenn die Erben auch Gläubiger sind.

In dringlichen Fällen kann ein Erbe allein für den Nachlass handeln (GoA, umstritten, möglich ist natürlich die Stellvertretung).

3.6.2. Handeln für den Nachlass aufgrund besondern Amts

a) *Allgemeines*

Amtsträger sind der Erbschaftsverwalter, der Erbenvertreter und der Willensvollstrecker. Bei allen drei Funktionen handelt es sich um eine **Vertretung der Erben**. Alle haben die Verwaltung des Nachlasses zu besorgen. Zur gewillkürten Vertretung unterscheiden sie sich bezüglich des Verfahrens, der Abberufung (nur durch Behörden) und der Abhängigkeit. Zudem ist das eigene Handeln der Erben in Nachlasssachen ausgeschlossen, wenn ein Amtsträger bestellt ist. Die Amtsträger treten in eigenem Namen, und nicht im Namen der Erben auf.

Die Rechtstellung des Amtsträgers ergibt sich nach Auftragsrecht, wobei aber auch öffentliches Arbeitsrecht Anwendung finden kann, wenn ein Beamter handelt. Alle drei Amtsträger unterstehen der behördlichen Aufsicht (ZGB 593 III analog).

Die Aufsicht bedeutet, dass die Behörde

- vom Amtsträger Aufschluss über seine Tätigkeit verlangen,
- ihm Weisungen erteilen,
- schon erfolgte Dispositionen aufheben,
- ihn absetzen, oder
- gegen ihn Disziplinar massnahmen nach kantonalem Recht ergreifen kann.

Trotzdem ist er kein staatlicher Amtsträger, er handelt ohne Weisungen der Behörde, denn diese handelt grundsätzlich erst auf Beschwerde hin.

b) Erbschaftsverwalter

Er wird durch den Gerichtspräsidenten (EG ZGB 72) zur Nachlasserhaltung in den Fällen von ZGB 554 eingesetzt. Der Erbschaftsverwalter darf weder Liquidationshandlungen vornehmen, noch die Erbteilung vorbereiten oder durchführen. Die Sammelverweisung auf besondere Fälle in Ziffer 4 meint die Nacherbschaft (ZGB 490 III), die Verschollenheit (ZGB 548 I), Massnahmen bei Testamentseröffnung (ZGB 556 III) und der Fall der Zahlungsunfähigkeit eines Miterben (ZGB 604 III).

Bei der Liquidation (ZGB 595) kann er auch handeln, wobei bei einer überschuldeten Erbschaft die Veräusserung und die Schuldentilgung durch das Konkursamt vorzunehmen sind (ZGB 597). **Die Aufgabe des Erbschaftsverwalters ist, den Wert des Nachlasses und der Objekte in natura zu erhalten.** In diesem Umfang gehen seine Rechte den Erben vor. Deswegen ist ein Inventar aufzustellen (ZGB 595 II). Für das Grundbuch hat er keine Verfügungsmacht.

Entgegen dem Willensvollstrecker hat er nichts mit einer güterrechtlichen Auseinandersetzung zu tun.

c) Erbenvertreter

Das Gesetz widmet ihm nur einen Absatz (ZGB 602 III). Er bietet die Möglichkeit, bei Streitigkeiten den Beizug eines Neutralen einseitig zu erzwingen. So wird er auf Antrag eines Erben im summarischen Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten (EG ZGB 79) durch die kantonale Behörde eingesetzt, genügende Gründe müssen aber vorhanden sein. Bei der Beendigung muss die Behörde entgegen Auftragsrecht besondere Gründe namhaft machen.

d) Willensvollstrecker i.e.S.

Der Willensvollstrecker (ZGB 517 I) muss vom Erblasser bestimmt werden, **spezifisch in einem Testament und nicht im Erbvertrag** (umstritten, da auch einseitige Anordnungen im Erbvertrag möglich sind). Es können auch mehrere Personen ernannt werden (ZGB 518 III). Der Willensvollstrecker hat aber **nicht nur dem Testament zu seiner**

Durchsetzung zu verhelfen, sondern auch dem Erbvertrag. Grenzen sind natürlich die objektiven Normen. Nach dem Tod des Erblassers hat der Willensvollstrecker 14 Tage Zeit, über Annahme oder Ablehnung der Aufgabe zu entscheiden (vgl. ZGB 517 II), nachdem er von der Behörde informiert wurde. Als Honorar ist eine angemessene Vergütung geschuldet (ZGB 518 II).

Der Vertrag mit dem Willensvollstrecker ist ein Auftrag sui generis, anwendbar sind aber OR 398, 400 und 404, d.h. die Substitution ist möglich. **Das jederzeitige Widerrufsrecht besteht nur auf der Seite des Willensvollstreckers**, d.h. die Erben können ihn nicht absetzen. Die Aufsichtsbehörde und ein ungültiges Testament sind Absetzungsgründe (neben OR 404 und 405). Die Abtretung der Willensvollstreckerstellung ist nicht möglich, hingegen könnte jedoch die Substitution angebracht sein (vgl. OR 398 III).

Seine Aufgabe geht über die der anderen beiden hinaus, da er auch mit der Teilung zu tun hat (ZGB 518 II, vgl. auch ZGB 596 I). Diese Teilung darf aber nicht gegen den Willen eines Erben geschehen (Autorität des Richters, ZGB 604). Allgemein hat der Willensvollstrecker **Besitzes-, Verwaltungs- und Verfügungsrechte über die Erbschaft; diejenigen der Erben sind sistiert**. Da der Willensvollstrecker den Nachlass feststellen muss, impliziert dies auch die Befugnis, die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen. Eine weitere wichtige Aufgabe ist die Ausrichtung der Vermächtnisse, welcher aber die Bezahlung der Erbschaftsschulden vorgehen muss (ZGB 564).

Partei ist er nur dort, wo es um Ansprüche des Nachlasses bzw. gegen diesen geht. Auch Vermächtnisnehmer haben sich an ihn zu wenden, und zwar auch dann, wenn nur einzelne Erben mit dem Vermächtnis beschwert sind (vgl. ZGB 518 II).

Der Willensvollstrecker darf **keiner Interessenkollision** unterliegen, welche die Amtsausübung wesentlich beeinträchtigt. Setzt eine Verfügung einen solchen Willensvollstrecker ein, kann sie angefochten werden.

Der Willensvollstrecker ist unselbständiger Besitzer i.S.v. ZGB 920 II. Bei Verfügungen zur Geldbeschaffung ist der Willensvollstrecker grundsätzlich frei und bedarf keiner Zustimmung der Erben. Bei Verfügungen im Hinblick auf die Erbenteilung ist er an ZGB 610 ff. gebunden.

Durch die Verweisung von ZGB 518 I auf den amtlichen Erbschaftsliquidator untersteht der Willensvollstrecker der Behördenaufsicht. Im Aargau stellt der Gerichtspräsident die Aufsichtsbehörde (EG ZGB 72). Dort kann auch gegen seine Anordnungen Beschwerde geführt werden.

3.6.3. Sicherungsmassnahmen

Wenn die Erben und ein Nachlassvertreter noch nicht bekannt sind, kann die kantonal bestimmte Behörde selber handeln (ZGB 551 II.) und die zur Sicherung des Erbgangs nötigen Massregeln treffen. Hierzu gehört auch die Sicherung des Testamentes.

ZGB 552 überlässt die **Siegelung** den Kantonen (siehe die entsprechende kantonale Verordnung). Die Siegelung ist die Anbringung des Amtssiegels an Räumen oder Objekten, was bewirkt, dass der Zugang jedermann verboten ist (vgl. StGB 290). Unter dem Titel der Siegelung werden oft Schlüssel oder Objekte in die eigene Verwaltung gebracht.

Das **Inventar** dient zu Sicherungszwecken (ZGB 553). Es wird vom Gerichtspräsidenten angeordnet, wobei der Gemeinderat das Inventar dann aufzunehmen hat (EG ZGB 75). Daneben gibt es aber noch das öffentliche Inventar (ZGB 580-592), das Inventar bei Erbschaftsliquidation (ZGB 595 II) und das Steuerinventar. Seinem Zweck nach sind für das Sicherungsinventar von ZGB 553 nur die Aktiven wesentlich.

4. Eröffnung des Erbganges

4.1. Voraussetzungen der Eröffnung des Erbganges

4.1.1. Der Tod des Erblassers

Der Erbgang wird durch den Tod des Erblassers eröffnet (ZGB 537 I, plus Universalsukzession ZGB 560 I). Dach dem Augenblick des Todes bestimmt sich, wer Erbe sein soll, ob eine Verfügung von Todes wegen gültig ist (vgl. ZGB 508, 469 II) und welches der Bestand und Wert der Erbschaft ist (für die Erbteilung muss aber auf den Zeitpunkt der Teilung abgestellt werden).

Die Einsprache gegen die Erbbescheinigung von eingesetzten Erben hat die Anordnung der Erbschaftsverwaltung zur Folge, sofern kein Willensvollstrecker vorhanden ist und sofern dieser seine Pflichten wahrnimmt (vgl. ZGB 556 und 559). Gerichtsstand ist der letzte Wohnsitz des Erblassers (GestG 18 I). Zu beachten ist jedoch, dass der Gerichtsstand nicht zwingend ist; die Parteien können ihn mittels einer Gerichtsstandsvereinbarung (GestG 9) ändern (GestG 10).

4.1.2. Fähigkeit der Erben

a) *Erleben des Erbganges*

Der Erbe muss während dem Tod des Erblassers schon leben oder mindestens im Mutterleib empfangen sein (ZGB 542 I 543 I, 544 I). Vgl. auch die Vermutung von ZGB 32 II. Ausnahmen vom Grundsatz der Koexistenz sind der Nasciturus, eine Nacherbeinsetzung und die Strafererbung (ZGB 480 I). Bei letzterer muss der Anteil des Enterbten neben seinen Kindern auch seinen noch nicht geborenen Kindern zugewandt werden. Für den Vermächtnisnehmer siehe ZGB 543 II und 545 I.

b) *Erbfähigkeit*

Der Erbe muss rechtsfähig und damit Erbfähig sein. Trotzdem kann auch eine Personengemeinschaft Erbe sein, sofern sie genügend bestimmt sind (ZGB 529 II).

c) *Erbwürdigkeit*

Bei krassen Tatbeständen, **wenn der Erblasser nicht mehr die Erbunwürdigkeit aussprechen kann**, tut dies an seiner Stelle das Gesetz. Die Erbunwürdigkeit setzt Urteilsfähigkeit und Schuld (Vorsatz!) voraus. Die Erbunwürdigkeit gilt nicht für die Nachkommen des Unwürdigen (ZGB 541), der Erbunwürdige wird also so behandelt, wie wenn er vorverstorben wäre. Obwohl das Gesetz vom Erben spricht, **gilt es auch für den Vermächtnisnehmer**. Eine konkludente Verzeihung ist aber möglich!

ZGB 540 nennt abschliessend die vier Fälle, in welchem die Erbunwürdigkeit eintritt:

- (Versuchte) Tötung des Erblassers (StGB 111-116, 127-129, 133, 134).
- Verfügungsunfähigmachen des Erblassers (z.B. vorsätzliche Körperverletzung).
- Anwendung von dauerndem Zwang / Arglist zur Änderung oder Aufsetzung des Testamentes.
- Beseitigung des gültigen Testamentes.

4.2. *Beerbung eines Verschollenen*

4.2.1. Die Verschollenenerklärung

Das Gesuch um Verschollenenerklärung kann von den Personen, die aus dem Tode des Verschwundenen Rechte ableiten, nach Ablauf von mindestens einem Jahr seit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder nach fünf Jahren seit der letzten Nachricht beim zuständigen Gericht am letzten Wohnsitz (GestG 13) eingereicht werden (ZGB 35-38).

4.2.2. Erbgang

Der Nachlass wird nur ausgerichtet, wenn die Erben bzw. die Vermächtnisnehmer Sicherheit leisten (ZGB 546 I, bei hoher Todesgefahr für 5 Jahre, bei Abwesenheit für 15 Jahre). Das Gemeinwesen muss keine solche Sicherheit leisten. Eine Verschollenenerklärung kann auch von Amtes wegen ausgehen (vgl. ZGB 550, der Verschollene ist über 100 Jahre alt; das Gemeinwesen hat den Nachlass während 10 Jahren zu verwalten).

Bei der Rückkehr des Verschollenen sind die Besitzesregeln (ZGB 938-940) anwendbar.

4.3. *Der Nachlass*

4.3.1. Begriff

Der Nachlass ist ein Sondervermögen, welches allen Erben gemeinsam gehört. Wegen der **Surrogation** müssen Gegenstände des Sondervermögens ersetzt werden. Dabei gilt eine wertmässige, nicht eine funktionelle Surrogation. Bei vorempfangenen Werten ist eine Surrogation für eine Geldsumme ausgeschlossen (ZGB 630 I). Bezüglich des Inhalts des Nachlasses hat jeder Erbe ein individuelles Recht auf Auskunft gegenüber seinen Miterben (ZGB 607 III) und gegenüber Dritten wie auch dem Willensvollstrecker.

4.3.2. Aktiven

Das Prinzip der Universalsukzession enthält eine quantitative und eine qualitative Aussage. Quantitativ bedeutet es, dass alle Objekte des Erblasservermögens übergehen, qualitativ, dass die ganze Rechtsposition des Erblassers übergeht. Auch die Besitzesstellung geht über, wie Verfahrenspositionen.

Höchstpersönliche Rechte oder damit zusammenhängende Vermögenspositionen gehen nur über, wenn sie bereits geltend gemacht wurden. Bei Mitgliedschaften ist nach der Natur der Organisation zu differenzieren (AG, GmbH, Personengesellschaften, Vereine etc.). Ein erbrechtlicher Übergang ist sogar möglich, wo die freie rechtsgeschäftliche Übertragung ausgeschlossen ist (vgl. BewG 7).

Ansprüche aus der Lebensversicherung und der betrieblichen Vorsorge (3. Säule) entstehen nicht beim Erblasser selber, sondern erst bei seinem Tod, d.h. bei den gesetzlich oder durch Erklärung gegenüber dem Versicherer (VVG 76-85) begünstigten Personen.

4.3.3. Die Erbschaftsklage

Mit ihr sollen die erbrechtlichen Ansprüche auf die Nachlassaktiven in natura durchgesetzt werden (ZGB 598 I, Herausgabe des Eigentums gestützt auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen). Die Klage ergeht im ordentlichen Verfahren; sollen indes Sicherungsmassnahmen getroffen werden, ist der Gerichtspräsident im summarischen Verfahren zuständig (EG ZGB 79). Gerichtsstand ist der letzte Wohnsitz des Erblassers, die Verjährung beträgt ein, zehn bzw. 30 Jahre. Eine Spezifikation der vom Beklagten herausverlangten Objekte braucht erst auf der Vollstreckungsstufe zu erfolgen. Auch hier gilt Surrogation.

Die Erbschaftsklage ist eine Leistungsklage auf Erlangung der Herrschaft. Aktivlegitimiert ist die Erbgemeinschaft, passivlegitimiert der Besitzer. Die Klage des Vermächtnisnehmers (ZGB 601 I) ist keine echte Erbschaftsklage, da die Forderung des Vermächtnisnehmers gegen die Erben gerichtet ist und obligatorischer Natur ist.

4.3.4. Passiven

a) *Allgemeines*

In die Passiven gehören vorerst die Schulden des Erblassers (Erbschaftsschulden, wobei natürlich nicht nur der Nachlass, sondern auch das gesamte Vermögen der Erben dafür haften, ZGB 603 I). Daneben gibt es Schulden, die zwar erst nach dem Ableben des Erblassers entstehen, aber gerade durch den Todesfall bewirkt sind (Erbgangsschulden). **Die Erbgangskosten, welche durch den Erbfall selber verursacht werden, sind bei der Berechnung des Nachlasses für die Bestimmung der Pflichtteile abzuziehen** (ZGB 474 II).

Zu den Erbschaftsschulden gehören auch diejenigen, die erst nach dem Tod fällig werden, und die, die beim Erbgang erst suspensiv bestehen (z.B. Bürgschaften). Vor der Teilung haften alle Erben solidarisch (ZGB 603 I), nach der Teilung haftet ein Erbe extern auch für die Schulden, die von Miterben übernommen wurden (ZGB 639).

b) *Steuern*

Steuern, die bereits der Erblasser schuldete, sind Erbschaftsschulden. Hier ist vielfach die Haftung aber auf die erhaltenen Nachlasswerte und Vorempfänge beschränkt. Steuern auf dem Vermögen und den Erträgen der unverteilter Erbschaft werden quotenmässig bei den Erben erhoben. Kantonal ist weiter oftmals eine Erbschaftssteuer geschuldet, welche meist (mittels Vollmacht) eine Aufgabe des Willensvollstreckers wird.

4.3.5. Der erbrechtliche Gläubigerschutz

Wenn eine überschuldete Erbschaft angenommen wird, ärgern sich die Erbengläubiger. Wird eine „gute“ Erbschaft nicht angenommen, ärgern sich die Erbschaftsgläubiger. Wird eine überschuldete Erbschaft nicht angenommen, ärgern sich die Erbschaftsgläubiger. Wird eine „gute“ Erbschaft von einem verschuldeten Erben angenommen, ärgern sich die Erbschaftsgläubiger. Der hier behandelte Schutz richtet sich gegen die Vermischung der Substrate.

Die Erbschaftsgläubiger können bei begründeter Besorgnis für ihre Forderungen die Liquidation der Erbschaft verlangen (ZGB 594), sie werden im Voraus befriedigt. Die Erbschaftsgläubiger erhalten weiter Schutz, dass Nachlassvermögen nicht an Nichterben geht (ZGB 564). ZGB 564 II gilt nicht für die Erbengläubiger, da diese nicht den Vermächtnisnehmern vorgezogen werden.

Die Anwartschaft auf das Erbe (z.B. bei Krediten) wird nicht geschützt. **Die Erbengläubiger können sich aber wehren, wenn eine „gute“ Erbschaft nicht angenommen wird** (ZGB 578). Sie können auch selber eine Herabsetzung einer Pflichtteilsverletzung geltend machen (ZGB 524). Die Erbengläubiger können sich bei der Übernahme einer schlechten Erbschaft nicht wehren.

Die Erbschaftsgläubiger haben eine Chance, sich gegen die Ausschlagung zu wenden, wenn durch Vorempfänge Nachlassvermögen verloren ging (ZGB 579).

4.3.6. Übersicht der Berechnung des Nachlasses

- Güterrechtliche Auseinandersetzung.
- Bestimmung des am Todestag vorhandenen Vermögens (ZGB 474 I), abzüglich ZGB 474 II (Masseschulden).
- Ermittlung der für die Berechnung der Pflichtteile relevanten Grösse des Nachlasses, unter Addierung von folgenden Zuwendungen unter Lebenden (ZGB 527):
 - o Erbvorbezüge.
 - o Erbauskaufsbeträge.
 - o Schenkungsversprechen.
 - o Schenkungen im Rahmen der gutgläubigen Bereicherung.
 - o Transaktionen, mit dem Ziel, die Pflichtteile zu umgehen.
 - o Lebensversicherungen zum Rückkaufswert.

5. Wirkungen des Erbanges

5.1. *Der Eintritt der Erben in ihre Stellung*

Mit dem Tod des Erblassers fällt die Erbschaft den Erben eo ipso (ohne weiteres) zu. Weil sie auch für die Schulden haften, besteht die Möglichkeit der Ausschlagung, weswegen der Erbschaftserwerb **resolutiv bedingt** ist.

5.2. *Massnahmen zum Schutz eines Nachlasses*

5.2.1. Allgemeines Sicherungsmassregeln

Die Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers darf neben der Siegelung der Erbschaft, der Aufnahme des Inventars, der amtlichen Erbschaftsverwaltung und der Eröffnung der

letztwilligen Verfügungen (ZGB 551 II) auch andere Massnahmen tätigen („insbesondere“). Die Sicherungsmassnahmen ergehen von Amtes wegen, wobei auch ein Beteiligter sie verlangen könnte (ZGB 551 II).

- **Siegelung:** ZGB 552, voll und ganz in der Hand der Kantone (vgl. EG ZGB 76).
- **Inventaraufnahme:** ZGB 553, im ZGB nur für die Fälle des bevormundeten oder des dauernden vertretungslosen Erben. Überdies kann jeder Erbe die Inventaraufnahme verlangen. Die Liste ist nicht vollständig, hinzu kommen der Fall der Nacherbinsetzung (ZGB 490 I) und vom Kanton bestimmte Fälle (ZGB 553 III). Angeordnet durch den Gerichtspräsidenten, vollzogen durch den Gemeinderat (EG ZGB 75).
- **Erbschaftsverwaltung:** Die Anwendungsfälle sind in ZGB 554, 490 III, 548 I, 556 III, 598 II und 595 erschöpfend aufgezählt. Die Mitwirkung aller Erben ist nicht möglich wegen Abwesenheit oder Ungewissheit der Erbenstellung. Die Erbschaft bleibt vorerst den Erben entzogen, der von der Behörde ernannte Verwalter nimmt ein Inventar auf. **Ist ein Willensvollstrecker oder ein Vormund vorhanden, ist er der Erbschaftsverwalter** (ZGB 554 II und III).
- **Erbenruf:** ZGB 555 I. Gemäss h.L. kann die Anordnung eines Erbenrufes ohne vorherige Anordnung der Erbschaftsverwaltung nicht geschehen. Während der Jahresfrist der Veröffentlichung dürfen keine Erbbescheinigungen ausgestellt werden.

5.2.2. Sicherungsmassregeln beim Testament/Einlieferung und Eröffnung

a) *Einlieferungspflicht*

Findet jemand ein Dokument, das eine testamentarische Anordnung enthalten kann, muss sie es im Original der zuständigen Behörde (Gerichtspräsident EG ZGB 77) einreichen (ZGB 556 I), egal ob es gültig ist. Tut sie es nicht, wird sie schadenersatzpflichtig (ZGB 556 II, OR 41), strafbar (StGB 254) und macht sich eventuell erbunwürdig (ZGB 540 4.).

Die öffentlichen Urkundspersonen haben die Pflicht, die von ihnen errichteten Testamente aufzubewahren und von Amtes wegen einzureichen (ZGB 556 II). Die Einreichung eines Erbvertrages ist kantonal geregelt. Die Einlieferung kann durch Klage vor Gericht erzwungen werden.

b) *Eröffnung/Behördliche Massnahmen*

Die Eröffnung besteht in der Kenntnisnahme durch die Behörde (Gerichtspräsident EG ZGB 77), und in der Kenntnisgabe an die Interessierten innert Monatsfrist (ZGB 557 I). Den Legataren wird nur das zur Kenntnis gebracht, was sie betrifft (vgl. ZGB 558 I, mittels schriftlicher Mitteilung). Die Erben werden vorgeladen (ZGB 558 II), und ihnen wird eine Bestätigung über ihre Erbberechtigung ausgestellt (ZGB 559 I, provisorisch bei mehreren Verfügungen, Einsprache möglich). Stillschweigend übergangene Pflichtteilerben haben Anspruch auf eine Erbbescheinigung, entgegen den ausdrücklich Enterbten. Die Wirkung der Bescheinigung ist umstritten.

Erhält jemand unberechtigtweise keine Erbberechtigungsbestätigung und wehrt er sich nicht, bedeutet dies nicht ein Verzicht seiner Rechte, seine Stellung im Prozess ist einfach ungünstiger.

5.3. *Ausschlagung einer Erbschaft*

5.3.1. Allgemeines

Ausschlagen kann nur ein Erbe (ZGB 566), die „Ausschlagung“ des Legats ist nur ein Forderungsverzicht obligationenrechtlicher Natur (ZGB 577). **Schlägt jemand aus, gilt die Folge, wie wenn der Ausschlagende vorverstorben wäre.** Ist die Erbschaft im Todeszeitpunkt kraft amtlicher Feststellung (mittels Inventar) oder offenkundig überschuldet, so müssen die Erben die Annahme innert Frist erklären, es liegt also eine Vermutung der Ausschlagung vor (ZGB 566 II, **3 Monatsfrist nach dem Tod oder dem Abschluss des Inventars; eine Fristverlängerung ist möglich** [ZGB 576]). Tritt die Illiquidität erst nach dem Tode des Erblassers ein, besteht die Möglichkeit von ZGB 566 nicht; die Erben müssen also aktiv ausschlagen, wenn sie das Erbe nicht antreten wollen. Die Vermutung der Ausschlagung ist auch dann gegeben, wenn alle Erben zugunsten nachfolgender Erben ausschlagen (ZGB 575) sowie wenn der überlegende Ehegatte vor die Wahl gestellt ist, anstelle der ausschlagenden Kinder die Erbschaft zu erwerben (ZGB 574, jeweils eine Frist von einem Monat).

Die Ausschlagung kann mündlich oder schriftlich an die kantonale Behörde (Gerichtspräsident [EG ZGB 72]) gerichtet werden (ZGB 570 I). Sie muss unbedingt erfolgen (ZGB 570 II). Als Gestaltungsrecht kann sie nicht widerrufen werden. Für die Annahmeerklärung bedarf es keiner Form. Die Verwirkungsfrist beträgt drei Monate und läuft ab dem Tod des Erblassers für die gesetzlichen Erben bzw. ab Kenntnis des Erbanfalls (ZGB 567) für die gewillkürten Erben. Aus wichtigem Grund kann die Behörde eine Frist verlängern oder sogar eine neue Ansetzen (ZGB 576). Wichtige Gründe sind mangelnde Übersicht über das Vermögen oder die Landesabwesenheit. Schlägt ein Erbe aus oder stirbt er, fängt für den Eintretenden eine neue Frist an (ZGB 569 III).

Die Annahme ist bei der Behörde zu erklären (ZGB 570 I), und bedeutet einen verbindlichen Verzicht auf die Ausschlagung. Die Annahme kann auch konkludent erfolgen, z.B. durch Kündigung einer Mietwohnung im ererbten Haus (Einmischung ZGB 571 I). Die Ausschlagung ist unwiderruflich, wie auch die Annahme. Allerdings ist gemäss Lehre, entgegen Bundesgericht, die Unwirksamkeit wegen Willensmangel zuzulassen.

5.3.2. Folgen der Ausschlagung

Die Ausschlagung wirkt rückwirkend auf den Erbgang. Der Ausschlagende kann aber trotzdem ein Legat erhalten (aber nicht beliebig zulasten der Erbschaftsgläubiger (ZGB 578, 564).

- Ausschlagung eines von mehreren gesetzlichen Miterben: Wirkung, wie wenn er den Erbgang nicht erlebt hätte, seine Erben treten an seine Stelle, sonst die Miterben (ZGB 572 I).
- Ausschlagung eines eingesetzten Erben: Kommt den gesetzlichen Erben des Erblassers zugute (ZGB 572 II, wie wenn er vorverstorben wäre).
- Ausschlagung aller nächsten gesetzlichen Erben: Liquidation durch das Konkursamt (ZGB 573), mit den Ausnahmen von ZGB 574 und 575. Bei ZGB 574 kann der überlebende Ehegatte die Annahme der Erbschaft erklären; bei ZGB 575 kann nach der Ausschlagung verlangt werden, dass die nachfolgenden Erben angefragt werden sollen.

5.3.3. Schutz der Gläubiger

Wenn ein insolventer Erbe eine solvente Erbschaft ausschlägt, können die Gläubiger binnen sechs Monaten die Ausschlagung anfechten und die Erbschaft zur amtlichen Liquidation bringen (ZGB 578). Die Anfechtenden werden in erster Linie belohnt (Lohn der Angst).

Bei einer insolventen Erbschaft können sich die Erbschaftsgläubiger mit ZGB 579 behelfen. Voraussetzungen sind, dass die Erben Vorempfänge bekommen haben, weswegen die Erbschaft illiquide ist. Die Erbschaftsgläubiger können aber nur auf die Vorempfänge greifen die der Ausgleichung unterworfen sein würden (vgl. ZGB 626 II, 579 II und III; es gilt eine Frist von fünf Jahren). Der Vorempfänger haftet bei bösem Glauben für den ganzen empfangenen Wert, der Gutgläubige haftet nur im Rahmen der noch vorhandenen Bereicherung.

5.4. *Der Erwerb des Vermächtnisnehmers*

5.4.1. Allgemeines

Der Vermächtnisnehmer erwirbt einen obligatorischen Anspruch gegen den Beschwerten (**auch ein eo-ipso Erwerb**). Beschwerte sind die Erben, sofern niemand gesondert genannt ist (ZGB 562 I). Die Fälligkeit ist der Zeitpunkt, in dem der Beschwerte die Erbschaft endgültig erwirbt (Ausnahme für Versicherungsansprüche ZGB 563 II; eine direkte Geltendmachung ist dort möglich). Auch der Legatar kann ausschlagen (ZGB 577, ohne Frist). **Sie kann auch bedingt geschehen** (nicht so bei den Erben, ZGB 570 II). Mit der Ausschlagung fällt die Belastung weg, ausser es liegt eine Ersatzverfügung vor (vgl. ZGB 487).

5.4.2. Inhalt

Der Inhalt des Anspruches ist eine Forderung, die mit der Vermächtnisklage durchgesetzt werden kann (vgl. ZGB 601, Verjährungsfrist von zehn Jahren). Bezieht sich die Forderung auf eine Handlung, kann nach h.L. OR 97 und 98 (Ersatzvornahme) angerufen werden. Ist die herauszugebende Sache belastet, geht sie mit der Belastung über (vgl. ZGB 485), die Pfandschuld tragen aber die Erben. Der Bedachte kann die Schuld begleichen, womit die Forderung gegen die Erben auf ihn übergeht.

Für Wertverminderungen, die vor dem Erbgang entstanden sind, haften die Erben nicht (ZGB 485 I). Nach dem Tod des Erblassers ist die Stellung der Erben diejenige des Geschäftsführers ohne Auftrag. Nach h.L. umfasst das Vermächtnis die Früchte ab dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers.

5.4.3. Vermächtnisnehmer und Gläubiger/Erbe

Die **Erbschaftsgläubiger gehen den Vermächtnisnehmern** vor (ZGB 564 I). Die Erbengläubiger können sich nur dann auf die Herabsetzung des Vermächtnisses berufen (ZGB 522 I, 532, vgl. auch ZGB 564 II), wenn es in die Pflichtteile der Erben greift und diese selbst nicht klagen (ZGB 524). Bei **nichtpflichtteilsgeschützten Erben gehen die Vermächtnisnehmer** vor (strittig).

Wenn der Pflichtteil durch das Vermächtnis verletzt ist, kann der Erbe die Herabsetzung verlangen (Klage oder auch Einrede, ZGB 486 I). Treten bisher unbekannte Schulden auf, und die Vermächtnisforderung wurde schon beglichen, kann der Erbe nach ZGB 565 eine **nachträgliche Herabsetzungsklage** anstreben, wobei der gute Glaube zu beachten ist.

Die Durchsetzung des Vermächtnisanspruches erfolgt mittels Vermächtnisklage (ZGB 601), im ordentlichen Verfahren. Allfällige Sicherungsmassnahmen nach ZGB 594 II erfolgen aber im summarischen Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten (EG ZGB 79).

5.5. *Das öffentliche Inventar*

5.5.1. Grundgedanke

Die Ausschlagung ist oft ein Dilemma, man will keine Erbschaftsschulden, man will nicht pietätlos handeln. Zusätzlich ist auch den Erbschaftsgläubigern nicht gedient, da die konkursamtliche Liquidation (ZGB 573) sich nicht für eine optimale Verwertung eignet. Das öffentliche Inventar kommt beiden Seiten entgegen.

Während das Sicherungsinventar (ZGB 553) mehr zur Information dient, knüpfen an das öffentliche Inventar (ZGB 580-592) bestimmte Rechtswirkungen an, vor allem solche in Bezug auf die Haftung.

5.5.2. Das Verfahren

Es wird durch ein Begehren (ZGB 580 I) des Erben ausgelöst, solange dieser noch zur Ausschlagung befugt ist (ZGB 571 II, 593 I). **Obwohl ein Erbe alleine das Begehren stellen kann, bezieht sich das Inventar auf die gesamte Erbschaft.** Die Frist beträgt einen Monat (ZGB 567), ob sie verlängert oder neu angesetzt werden kann, ist streitig (vgl. ZGB 576). Verweigert wird die Analogie zu ZGB 568.

Der beantragende Erbe hat die Kosten nur so weit zu tragen, wie dafür die Mittel des Nachlasses selber ausreichen (ZGB 584 II). Die Aktiven sind zu bewerten (ZGB 581). Der Aufnahme der Passiven dient der Rechnungsruf (ZGB 582 I) in lokalen oder regionalen Amtsblättern (vgl. ZGB 583). Die Behörde hat ein Erkundigungsrecht gegenüber Erben oder Drittpersonen (ZGB 581 II und III). **Die Betreibungen ruhen während der Aufnahme des Inventars** (ZGB 586).

Nach Ablauf der Auskündungsfrist wird das Inventar geschlossen, die Beteiligten erhalten Gelegenheit zur Einsichtnahme (ZGB 584 I, Auflegungsfrist von einem Monat). Nach diesem Fristablauf haben die Beteiligten einen Monat Zeit, um sich zu entscheiden (ZGB 587, Deliberationsfrist).

5.5.3. Optionen der Erben nach Abschluss des Inventars (ZGB 588)

Diese Optionen hat jeder Erbe, eine Präjudizierung ist möglich (z.B. konkludente Annahme). Die Wahl der amtlichen Liquidation wirkt für alle, ein Erbe kann sie aber durch Annahme der Erbschaft verhindern (ZGB 593, womit derjenige, der die amtliche Liquidation gewählt hat, eine neue Wahl treffen muss). Die Annahme unter öffentlichem Inventar gilt bei keiner Äusserung (ZGB 588 II). Es liegen beim öffentlichen Inventar somit folgende Möglichkeiten vor:

- **Annahme** der Erbschaft; z.B. auch durch Einmischung.
- **Ausschlagung.**
- **Amtliche Liquidation.**
- **Annahme unter öffentlichem Inventar** (ZGB 588 I): Der Erbe haftet für die inventarisierten Schulden mit seinem vollen Vermögen (ZGB 589 III, 1. Art der Haftung). Unterblieb die Anmeldung aus entschuldbaren Gründen, haftet der Erbe im Rahmen der Bereicherung aus dem Nachlass (ZGB 590 II, 2. Art der Haftung). Für verschuldet unterbliebene Forderungen haftet der Erbe nicht (ZGB 590 I, 3. Art der Haftung).

Bei Bürgschaften (ZGB 591) haftet der Erbe nur für den Betrag, den der Bürgschaftsgläubiger bei einer konkursamtlichen Liquidation der Erbschaft erhalten hätte. Dies gilt auch dann, wenn der Erbe **vorbehaltlos die Erbschaft annimmt**. Für pfandgesicherte Forderungen siehe ZGB 590 III.

Es bleiben jedoch Risiken, denn Nachlassobjekte können überbewertet sein. Die Bereicherung aus dem Nachlass, auf welche die Haftung für nicht inventarisierte Forderungen nach ZGB 590 II beschränkt ist, bemisst sich nach der Lehre per Todestag. Nehmen diese Werte später ab, so kann eine Haftung mit eigenem Vermögen auch für entschuldbar nicht inventarisierte Forderungen eintreten. Zudem kann die Liquidation des Nachlasses Kosten verursachen.

Das Gemeinwesen als Erbin haftet auch für bezeichnete Schulden nur beschränkt (ZGB 592).

5.6. *Die amtliche Liquidation*

5.6.1. Grundgedanke

Mit der amtlichen Liquidation werden die Risiken für das eigene Vermögen der Erben beseitigt. Der Nachlass wird versilbert, die Haftung erstreckt sich nur auf den Nachlass. Schlagen nicht alle Erben aus, fehlt den Ausschlagenden jede Beteiligung. Schlagen hingegen alle aus, behalten die Erben formell Erbenstellung, ein allfälliger Überschuss fällt ihnen zu (ZGB 578 III).

Ist der Nachlass nicht überschuldet, wird er durch einen speziellen Verwalter liquidiert (amtliche Liquidation). Der Grundgedanke der amtlichen Liquidation ist im Allgemeinen der, dass der Nachlass vom Erbenvermögen getrennt bleiben soll. Ist die Erbschaft überschuldet, erfolgt die konkursamtliche Liquidation (ZGB 573, 597).

Ist der Nachlass überschuldet, erfolgt eine Liquidation nach den Regeln des Konkursrechtes, d.h. die Liquidation bedarf insbesondere eines **Kostenvorschusses** durch die Gläubiger.

5.6.2. Antrag

Die amtliche Liquidation wird nur auf Antrag ausgelöst. Berechtigt ist ein Erbe; **durch Annahme kann ein anderer Erbe aber die amtliche Liquidation verhindern** (ZGB 593). Ausserdem berechtigt ist ein Erbschaftsgläubiger (ZGB 594), nicht jedoch ein Erbgangsgläubiger. In diesem Fall ist die Annahme durch einen Erben wirkungslos, wenn befürchtet wird, dass die Schuld nicht bezahlt wird. Der Erbschaftsgläubiger will damit verhindern, dass die Erbschaft zur Tilgung der Schulden eines verschuldeten Erben benutzt wird, und er dabei leer ausgeht.

Weiter antragslegitimiert sind die Erbengläubiger aufgrund einer gerichtlichen Anfechtung, sofern ein überschuldeter Erbe ausgeschlagen hat, (ZGB 578, Erbschaftspauliana). Ansonsten geht die Pietät vor, der Erbe muss verschuldet sein, damit die Erbschaftspauliana ergriffen werden kann.

5.6.3. Verfahren und Wirkungen

Das Verfahren wird durch eine Anordnung eines Erben oder Gläubigers der Erbschaft ausgelöst (ZGB 593 f.). Beim Begehren des Erben darf kein anderer Erbe die Erbschaft annehmen (ZGB 593 II).

Die amtliche Liquidation wird durch die Behörde (Gerichtspräsident EG ZGB 72) oder einen von ihr bestimmten Verwalter durchgeführt (ZGB 595 I). Bei Überschuldung stehen die Interessen der Gläubiger im Vordergrund, weswegen die Liquidation durch das Konkursamt erfolgt (vgl. SchKG 193, ZGB 597). Die Erben können durch Annahme der Erbschaft die Liquidation durch das Konkursamt bis zu deren Abschluss noch abwenden. Das Reinvermögen wird als Abschluss den Erben überwiesen (vgl. ZGB 596 III).

Als Wirkung entfällt die persönliche Erbenhaftung (ZGB 593 III). Treten nach Abschluss aber noch Forderungen auf, haften die Erben bis zur noch vorhandenen Bereicherung. Zusätzlich haften die Erben auch für die Erbgangsschulden.

5.7. *Die Erbschaftsklage*

5.7.1. Begriff und Anwendungsgebiet

Vorerst kann der Erbe, weil er mittels Universalsukzession in die Rechtsstellung des Erblassers getreten ist, alles geltend machen, was auch der Erblasser hätte geltend machen können. Das Gesetz gewährt dem Erben aber noch einen weiteren Rechtsbehelf: die Erbschaftsklage. Sie ist eine **Gesamtklage, mit der die Herausgabe der gesamten Erbschaft verlangt werden kann**. Zudem kann der Erbe am Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers klagen (GestG 18 I).

Aktivlegitimiert ist der Erbe (mehrere Erben klagen gesamthaft oder durch einen Erbenvertreter ZGB 602 III), **passivlegitimiert** ist der Besitzer. Das Gericht kann vorfrageweise die Gültigkeit eines speziellen Rechtstitels prüfen, aufgrund dessen der Beklagte selber Eigentum an der Sache geltend macht. Die Fristen betragen ein, zehn (gutgläubig; die **Ersitzung ist nicht möglich** [ZGB 599 II]) und 30 Jahre (bösgläubig, ZGB 600).

Die Erbschaftsklage ist nicht möglich bei einem Vorgehen gegen Miterben; dort ist ausschliesslich die Erbteilungsklage zu erheben; oder falls jemand noch nicht als Erbe anerkannt ist, die Klage auf Feststellung der Erbenstellung. Bevor die Erbschaftsklage anhängig gemacht wurde, sind bereits vorsorgliche Massnahmen möglich.

5.7.2. Wirkungen

Die Erbschaftsklage führt zur **Herausgabe der Erbschaft** (ZGB 599 I, Herausgabe der Sache, der Mittel zur Geltendmachung der Forderung OR 170 II oder der Mittel zum

Grundbucheintrag GBV 18). Das Gesetz verweist auf die Regeln der Besitzesklagen (ZGB 938-940, guter/böser Glaube). Als Besonderheit gilt bei der Erbschaftsklage die Surrogation, sowie die Unzulässigkeit der Ersitzung durch den Beklagten (ZGB 599 II).

6. Teilung der Erbschaft

6.1. *Die Erbengemeinschaft*

6.1.1. Rechtsnatur

a) *Allgemeines*

Objekt der Erbengemeinschaft ist die unverteilte Erbschaft, dem Einzelnen kommen keine selbständigen Anteile an den einzelnen Erbschaftsgegenständen zu, die Erben sind Gesamteigentümer. Gemäss ZGB 602 II kann kein Erbe für sich allein über Nachlasswerte verfügen, er kann nicht alleine betreiben und nicht alleine klagen (die Aktiv- und Passivlegitimation steht nur der Erbengemeinschaft zu).

b) *Verwaltungshandlungen*

Obwohl nicht im Gesetz, ist anzunehmen, dass auch Verwaltungshandlungen nicht alleine getätigt werden können (vgl. aber OR 419 ff.). Vorbehalten sind natürlich der Erbenvertreter (ZGB 602 III) und der Erbschaftsverwalter (ZGB 554, 595). Ausnahmen von der Gemeinsamkeit des Handelns z.B. Dringlichkeit.

6.1.2. Die Schuldenhaftung

Die Gläubiger der Erbschaft können **gegen jeden Einzelnen vorgehen, jeder Miterbe haftet für die Schulden der Erbschaft solidarisch und persönlich** (ZGB 560 II, 603 I). Dies gilt auch für die Zeit nach der Auflösung der Gemeinschaft. Lidlohn besteht nur in der Höhe der Erbschaft (ZGB 603 II). Hausgenossen des Erblassers dürfen noch während einem Monat in dessen Hausalt ihren Unterhalt verlangen, welcher ihnen aber nur auf Kosten der Erbschaft zuteil wird (ZGB 606). Die solidarische Haftung verjährt fünf Jahre nach der Teilung (ZGB 639 II).

Solidarhaftung besteht auch für die Vermächtnisse, ausser sie sind nur bestimmten Erben auferlegt. Auch für die Erbgangsschulden gilt nach h.L. Solidarhaftung (vgl. aber ZGB 584 II). Zwischen den Erben besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Solidarität. Ein Miterbe kann verlangen, dass die Teilung erst dann durchgeführt wird, wenn die Schulden getilgt oder sichergestellt werden (ZGB 610 III).

6.1.3. Problem der Erbenstellung

Die Erbenstellung einer Person kann nachträglich dahinfallen, weil die Verfügung von Todes wegen ungültig war, eine Herabsetzung zu 100% erfolgte, eine Nacherbschaft (ZGB 488) oder eine Ausschlagung (ZGB 566) erfolgte. Soll jetzt alles, was die Erbengemeinschaft getan hat, ungültig sein?

Lösung: Es kann nicht sein, dass die Akte der provisorischen Erbengemeinschaft keine Gültigkeit haben, da die Ungewissheit theoretisch unendlich lange dauern kann. Der provisorische Erbe ist demnach bis zum Hinfall seiner Position Erbe (vgl. ZGB 556 III, 559).

6.1.4. Beendigung der Erbengemeinschaft

Die Gemeinschaft endet mit der Teilung. Diese kann jederzeit gefordert werden (ZGB 604 I), die Erben können aber vertraglich die Auseinandersetzung hinausschieben, zudem kann sie der Richter hinausschieben, wenn eine sofortige Teilung die Erbschaft erheblich schädigen würde. Ein Aufschub erfolgt auch bei einem noch nicht geborenen Erben (ZGB 605 I). Innerhalb der verfügbaren Quote kann auch der Erblasser den Aufschub der Teilung anordnen.

Möglich sind auch eine bloss partielle Teilung der Erbschaft, sowie eine fortgesetzte Erbengemeinschaft. Wandelt diese sich später z.B. in eine Kollektivgesellschaft um, wird sie durch die Umwandlung geteilt.

6.2. *Die Ausgleichung (= „Hinzurechnung“)*

6.2.1. Die Idee

Die Zulässigkeit von Erbvorbezügen steht ausser Frage. Fraglich ist oft nur, ob diese Zuwendungen an das Erbe angerechnet werden sollen. Die gesetzlichen Normen sind ZGB 626-632. **Der Pflichtteil ist ein Anspruch gegen den Erblasser, mit der Herabsetzungsklage sollen seine dagegen verstossenden Verfügungen rückgängig gemacht werden. Das Ausgleichungsrecht stellt sich demgegenüber in die Linie des Erblasserwillens; Ausgleichung soll dort stattfinden, wo dieser sie tatsächlich oder nach der Vermutung des Gesetzes gewollt hat. Was also der Ausgleichung unterliegt, entgeht der Herabsetzung (weil man die Zuwendungen „zur Ausgleichung bringt“) und umgekehrt.**

In der Ausgleichung stehen sich Erben gegenüber. Ausschlagende Personen trifft demnach keine Ausgleichungspflicht. Wohl aber setzt er sich den Herabsetzungsansprüchen der Pflichtteilserben aus. Die Ausgleichung soll den Erben nicht schlechter stellen als die Herabsetzung, wenn er ausschlagen würde. Es besteht also eine Begünstigungsvermutung (ZGB 629 II).

6.2.2. Fälle der Ausgleichungspflicht

Da die Ausgleichung wie gesehen sich in der Linie des Erblasserwillens befindet, ergeben sich nur dort Probleme, wo der Erblasser sich ausschweigt. Das sind folgende Fälle:

- Gelegenheitsgeschenke: Keine Ausgleichung (ZGB 632).
- Zuwendungen an die Nachkommen: Die Nachkommen sollen im Zweifel gleich behandelt werden, weswegen eine Ausgleichungspflicht besteht, sofern der Erblasser diese nicht ausdrücklich verneint hat (ZGB 626 II). Sie gilt für Heiratsgut, Ausstattung, Vermögensabtretung, Schulderlass (nicht abschliessend).
- Zuwendungen über den Betrag des Erbanteils der Nachkommen: Geschah eine solche Zuwendung, besteht die Ausgleichungspflicht, sofern der Erblasser diese nicht nachweisbar verneint hat (ZGB 629 I, weniger stark als „ausdrücklich“). Der Erlass der Ausgleichungspflicht kann auch nur vermutet werden (ZGB 629 II).
- Ausbildung und Erziehung der Kinder: Hier soll nur eine Ausgleichspflicht bestehen, wenn die Beträge stark variieren (ZGB 631 I).
- Bei den übrigen gesetzlichen Erben: Keine Vermutung der Gleichbehandlung, deshalb greift bei Zuwendungen an sie die Ausgleichung nur ein, wenn der Erblasser es so verfügte (ZGB 626 I).
- Der Ehegatte: Er wird wie die übrigen Erben betrachtet, wenn er mit diesen und Nachkommen konkurriert.
- Bei eingesetzten Erben: Ausgleichung nur, wenn der Erblasser dies verfügt.

Beim Wegfall ausgleichspflichtiger Erben geht die Ausgleichspflicht auf deren Erben über. Diese Regel ist dispositiv.

Äussert sich der Erblasser über die Ausgleichung, stellt dies Verfügungen von Todes wegen dar. Der Erblasser kann sie deshalb einseitig treffen und braucht niemanden zu informieren. Anordnungen über die Ausgleichung stehen aber auf einer anderen Stufe als Verfügungen von Todes wegen, deshalb sind **keine Formerfordernisse zu beachten**.

6.2.3. Die ausgleichungspflichtige Zuwendung

Ausgleichungspflichtig kann nur sein, was dem Empfänger unentgeltlich geleistet wurde. Bei gemischten Schenkungen ist der unentgeltliche Teil die Zuwendung. Ein Freundschaftspreis ist jedoch keine Zuwendung. Ungeachtet von OR 239 III schliesst die Erfüllung einer sittlichen Pflicht die Ausgleichung nicht aus.

Erträge und Gebrauchsbefugnisse (Früchte) kann der Empfänger ohne Entschädigung an die Miterben beanspruchen. Aufwendungen zur Erhaltung und Verbesserung des Objekts sind an die Erträge anzurechnen, falls der Erblasser deren Ausgleichung angeordnet hat.

6.2.4. Voraussetzung und Durchführung der Ausgleichung

a) *Voraussetzung*

Der Erbe muss als Voraussetzung das Erbe wirklich erwerben. **Schlägt er aus, kann er die vorempfangenen Werte behalten, ist aber allenfalls der Herabsetzungsklage ausgeliefert.** Schlägt der Erbe eines zahlungsunfähigen Erblassers aus, so unterliegt er im Rahmen von ZGB 579 dennoch einer Ausgleichungspflicht.

b) *Durchführung*

Nimmt der Ausgleichungspflichtige das Erbe an, ist nach ZGB 630 der **Todestag** das massgebende Stichdatum für die Bestimmung des vorbezogenen Werts. Der Empfänger kann das Objekt der Erbengemeinschaft einwerfen (ZGB 628 I, Realkollation), und so dem Ausgleich entrinnen. Häufiger ist aber die Idealkollation, bei welcher der Wert angerechnet wird. Wurde eine empfangene Sache verkauft, ist der Anrechnungsbetrag der Wert zum Zeitpunkt des Verkaufs (ZGB 630 I).

Zu beachten ist, dass die Überlassung von Geld an den künftigen Erben auch ein Darlehen sein kann, welches mit der Nachlassquote verrechnet werden kann (oder auch angerechnet, je nach Abmachung). **Von Bedeutung ist die Unterscheidung deswegen, weil beim Darlehen der Wert nominal festgelegt ist, bei der Anrechnung hingegen der Wert einer Sache am Todestag massgebend ist** (z.B. Kauf mit dem Geld ein Auto; dieses entwertet sich; hingegen bei einem Darlehen wird das Darlehen verrechnet).

Der Ausgleichungsanspruch unterliegt keiner Verjährung. Wird er aber, obwohl dem Berechtigten bekannt, bei der Teilung nicht geltend gemacht, so ist darin ein Verzicht zu erblicken. Fällt ein ausgleichungspflichtiger Erbe weg, geht die Ausgleichungspflicht auf dessen Erben über (ZGB 627 I).

6.3. *Durchführung der Teilung und Situation nach der Teilung*

6.3.1. Begriff und Funktion der Teilung

a) *Kollektivtitel wird Individualtitel*

Sind mehrere Erben vorhanden, erwerben sie mit dem Erbgang ein kollektives Recht am Nachlass. Die Erbengemeinschaft ist ein Zwangsverbund, kein Erbe kann alleine verfügen (vgl. ZGB 652-654). Der Erbe hat ein Anspruch auf Teilung (ZGB 604, unübertragbar, vgl. ZGB 635), damit verwandelt sich das Gesamteigentum zu Alleineigentum.

Die Teilung bedarf der Mitwirkung aller Erben (abgeleitet aus dem Einstimmigkeitsprinzip). Mangels Einigung kann die Teilung nur vom Richter, nie von einer Behörde (vgl. ZGB 611) oder von einem Willensvollstrecker angeordnet oder vollzogen werden.

b) *Asymmetrie von Aktiven und Passiven*

Die Teilung der Aktiven setzt die Erledigung der Passiven nicht voraus. Die Erben bleiben weiterhin Solidarschuldner (vgl. auch ZGB 639 II). Die Mithaftung ist ein Grund, weshalb die Erledigung der Passiven vor der Aktiventeilung erledigt werden sollte.

Denkbar ist auch, dass nur eine partielle Teilung vorgenommen wird. Dies kann entweder objektiv (nur ein Teil des Nachlasses wird geteilt) oder subjektiv geschehen (nur mit einem Erben wird geteilt).

c) *Realteilung und Teilungsvertrag*

ZGB 634 beschreibt zwei Arten des Teilungsvorgangs. Die Entgegennahme der Lose meint den direkten Besitzübergang der Sachen mit Willen aller Erben (Realteilung). Die andere Möglichkeit ist ein Teilungsvertrag unter allen Erben, der verbindlich ist. Diese Zweiteilung ist aber nur scheinbar eine Zweiteilung; auch bei der erbrechtlichen Teilung gibt es ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsgeschäft. Bei der Realteilung fallen diese beiden Geschäfte einfach zusammen. Unterschiedlich ist jedoch die Form, denn der Teilungsvertrag erfordert einfache Schriftlichkeit (ZGB 634 II).

Die Erbengemeinschaft haftet dem Erben wie ein Verkäufer (ZGB 192-210, 637 I) für Mängel an der Sache, bei Forderungen sogar für die Zahlungsfähigkeit (Bonität, nicht nur Verität, ZGB 637 II). Gegenüber den Legataren haftet die Erbengemeinschaft nicht (ZGB 485 I).

Die Aufteilung der Verbindlichkeiten geschieht nach den Erbquoten (ZGB 640 III, dispositiv). Wie die anderen Zuweisungen, kann auch diejenige eines Grundstückes mittels einfacher Schriftlichkeit geschehen (ZGB 634 II). ZGB 638 sieht die Möglichkeit der Anfechtung eines rechtlich mangelhaften Teilungsvertrages vor.

Jeder Erbe hat ein Rückgriffsrecht für den Betrag, den er über die ihm überbundenen Schulden hinaus den Erbschaftsgläubigern bezahlt hat (ZGB 640).

Durch die Teilung können die Erben nicht die Solidarhaftung ausschliessen, gegen aussen haften sie somit weiter solidarisch für die Erbschaftsschulden, gegen innen besteht eine geteilte Haftung gemäss Vertrag. Die Solidarhaftung hat nur in folgenden Fällen ein Ende:

- Einwilligung der Gläubiger (ZGB 639 I).
- Durch Verjährung (ZGB 639 II, unverlängerbar durch Unterbrechungshandlungen).

6.3.2. Einleitung der Teilung

Die Teilung ist in erster Linie Sache der Erben (ZGB 607 II), es besteht eine Auskunftspflicht (ZGB 607 III, 610 II). Die Behörde hat auf Verlangen eines Erbengläubigers an der Teilung mitzuwirken (ZGB 609 II), sie darf sie jedoch nicht beeinträchtigen.

Jeder Erbe hat jederzeit das Recht, die Teilung zu verlangen (ZGB 604). Die Teilung beschränkt sich aber nur auf seinen Erbteil, den restlichen Erben bleibt es möglich, in der ungeteilten Gemeinschaft zu bleiben. Die Teilungsklage ist unverjährbar. Aktivlegitimiert ist der Erbe, der teilen will. Passivlegitimiert sind die Erben, die nicht teilen wollen (als notwendige Streitgenossenschaft). Solche, die sich mit dem Ergebnis der Klage ohne Vorbehalte Einverstanden zeigen, müssen nicht am Prozess teilnehmen.

Jeder Erbe kann einen Aufschub der Teilung verlangen, wenn Wertebussen drohen (ZGB 604 II; der Entscheid über den Aufschub ergeht im beschleunigten Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten [ZPO 11 i.V.m. EG ZGB 80], ohne dass eine Friedensrichterverhandlung stattfinden muss [vgl. ZPO 136]). Aufgeschoben wird auch, wenn ein Nasciturus als Erbe unterwegs ist (ZGB 605 I). Der Aufschub kann auch als Auflage des Erblassers vorhanden sein, oder als Bedingung, die Zulässigkeit ist jedoch umstritten.

Der Willensvollstrecker kann die Teilung mittels Teilungsvorschlag ins Rollen bringen (ZGB 518). Er ist weder verpflichtet, noch befugt, Fristen zu setzen. Trotz anderer Vorschrift des Erblassers können die Erben eine andere Teilung als die vorgeschriebene abmachen, solange sie nicht sitten- oder rechtswidrig ist.

Ist ein Erbe verschuldet, muss die Behörde für ihn mitwirken, wenn dies seine Gläubiger verlangen (ZGB 609).

6.3.3. Die Zuteilungsregeln

a) Gesetzliche Zuweisungsregeln

In den Quoten sind die Erben nicht gleich, jedoch in ihrem Anspruch auf eine bestimmte Zuteilung (Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben, ZGB 607 I). Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz wird in mehreren Regeln durchbrochen. Das Verfahren der Teilung ist das beschleunigte Verfahren. Dieses ist auch anwendbar, wenn vor der Teilung ein Sachverständiger ein Grundstück gemäss ZGB 618 schätzen muss (EG ZGB 80).

ZGB 611 II stellt auf, dass die Verhältnisse und die Wünsche der Mehrheit der Erben zu berücksichtigen sind. ZGB 614 sagt, dass Forderungen des Erblassers gegen einen Erben diesem zuzuweisen sind. Haftet am Erbobjekt ein Pfandrecht, ist mit dem Objekt auch die pfandgesicherte Schuld zu übernehmen (ZGB 615). Der überlebende Ehegatte kann das eheliche Haus bzw. die Wohnung sowie den Hausrat zu Eigentum, evtl. zu Nutzniessung beanspruchen (ZGB 612a).

b) *Anspruch auf naturale Zuweisung*

Ein Erbe braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass eine (vielleicht ideell wertvolle) Sache versilbert wird und er mit einer Überweisung auf sein Bankkonto abgefunden wird (vgl. ZGB 613 II). Ausnahmen ergeben sich da, wo ein Objekt zu gross ist für die Quote, dann ist es zu verkaufen (ZGB 612 II), oder eine Ausgleichszahlung ist zu leisten. Mittels einer Teilungsvorschrift kann der Erblasser veranlassen, dass z.B. jemand gegen eine Ausgleichszahlung alles bekommt.

c) *Teilungsvorschriften des Erblassers*

Die Anordnungen des Erblassers sind grundsätzlich verbindlich (ZGB 608 I), doch können diese eine andere Teilung nicht verhindern, wenn alle Erben einig sind (ZGB 607 I).

Die Teilungsvorschriften sollen Streitigkeiten vermeiden und sind als Recht, manchmal auch als Pflicht zur Übernahme anzusehen. Da der Pflichtteil nur eine Quote garantiert, sind auch da Teilungsvorschriften statthaft. ZGB 608 III stellt die Vermutung auf, dass die Erbordnung nicht verändert werden soll, dass also bloss eine Teilungsvorschrift vorliegt.

d) *Grenzen der Teilbarkeit*

Bei wesentlichem Verlust an Wert soll die Sache nicht geteilt werden (ZGB 612 I). Gegenstände, die ihrer Natur nach zusammen gehören, sollen nur dann geteilt werden, wenn alle Erben zustimmen (ZGB 613 I). **Zu beachten ist, dass auch ZGB 612 I bei Einigkeit der Erben nicht verhindern kann, dass geteilt wird.**

e) *Bewertung*

Die Bewertung ist wie die Teilung vorerst ein Resultat der Verhandlungen der Erben. So kann z.B. auch ein altes Photo einen Wert haben. Für Liegenschaften kann eine amtliche Schätzung durch eine kantonal bestimmte Stelle verlangt werden (ZGB 618). Der massgebende Wert ist derjenige zum Zeitpunkt der Teilung (ZGB 617, Verkehrswert). Der Erblasser kann im Übrigen Bewertungsregeln vornehmen.

6.3.4. Das Teilungsverfahren

a) *Allgemeines*

Die Teilung erfolgt aufgrund der Vereinbarungen der Erben. Da der Teilungsvertrag Schriftform erfordert (ZGB 634 I), sind mündliche Vereinbarungen nicht rechtsverbindlich. Bei den Verhandlungen müssen sich die Erben gegeneinander alles mitteilen, was wichtig sein dürfte, es besteht eine sehr strenge Aufklärungsfrist.

Dritte (z.B. ein Schätzungsgutachter) können zu den Verhandlungen beigezogen werden. Ist ein Willensvollstrecker vorhanden, hat er die Teilung vorzubereiten und durchzuführen. Er schlichtet auch Streitigkeiten unter den Erben, jedoch natürlich nicht verbindlich. Ein Erbe oder ein Erbengläubiger (ZGB 609 I) kann auch die kantonale Behörde beiziehen, welche jedoch auch nicht verbindlich handelt. Verbindlich ist erst die Teilungsklage, welche sich gegen alle Miterben richtet.

b) Lose und Zwangsteilung

Im Rahmen der Zwangsteilung hat das Gesetz zwei Prozeduren anzubieten: die Losziehung, d.h. die Entscheidung durch den Zufall (ZGB 611 III, beschleunigtes Verfahren [EG ZGB 80]) und die Zuweisung, die Entscheidung durch eine Drittinanz.

Das Losverfahren ist nicht häufig in der Praxis. Unter Losen sind je wertgleiche Häufchen zu verstehen. Die Gefahr ist gross, dass gewisse Objekte (ZGB 612 I, beschleunigtes Verfahren [EG ZGB 80]) oder Sachgesamtheiten (ZGB 613 I) nicht in die Lose passen. Sie sind diesfalls zu verkaufen. Die Losbildung und die Leitung der Ziehung ist Sache der Behörde (ZGB 613 III, beschleunigtes Verfahren [EG ZGB 80]). Deswegen ist auch sie nicht verbindlich.

Autoritativ handelt nur das Gericht aufgrund einer Teilungsklage (Zuweisung). Anzuwenden sind die vorher aufgestellten Kriterien, zu beachten sind vor allem ZGB 611 II, die Teilungsvorschriften des Erblassers und die Vorschläge der Erben.

6.3.5. Der Vertrag über angefallene Erbanteile

Die Gemeinschaft zur gesamten Hand wurde nicht bis ins Letzte konsequent ausgestaltet. ZGB 635 sieht vor, dass jeder Erbe seinen Erbanteil veräussern kann. Ansonsten würde z.B. die Gefahr bestehen, dass ein Millionenerbe verhungert, weil er für die Veräusserung die Zustimmung der Miterben braucht.

ZGB 635 schreibt die schriftliche Form für Abtretungen an Miterben vor. Bei Abtretung eines Erbanteils an einen Dritten erlangt der Erwerber bloss einen obligatorischen Anspruch, der Erbe bleibt Erbe, mit seinen Rechten und Pflichten. Der Anspruch bezieht sich auf das, was dem Erben bei der Teilung zukommen wird. Es besteht keine Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Miterben, letzterer hat kein Klagerecht und kann die Erbteilung auch nicht anfechten. Er kann sich aber vom Veräusserer ermächtigen lassen, diesen bei der Erbteilung zu vertreten. Was erwirbt der Miterbe, dem alle Erbenrechte zustehen? Der Abtretende scheidet zugunsten des Miterben völlig aus.

6.3.6. Der Vertrag vor dem Erbgang

Über die Anwartschaften kann der zukünftige Erbe nur gültig verfügen, wenn der Erblasser zustimmt (ZGB 636 I). Da der Vertrag nur den zukünftigen Erben und den Erwerber bindet, nicht aber den Erblasser, und weil der Vertrag die Erbenstellung nicht angreift, bedarf er nur Schriftlichkeit als Form. Die Zustimmung des Erblassers kann formfrei geschehen.

7. Das bäuerliche Erbrecht

7.1. *Allgemeines*

7.1.1. Geschichte und Rechtsquellen

Die schweizerische Landwirtschaft hatte zwei Probleme: Beim Tod des Bauern musste der das Gut übernehmende Erbe die anderen ausbezahlen, und sich damit verschulden, oder die Parzelle wurde zerstückelt (Atomisierung des Bodens).

Das bäuerliche Erbrecht ist in BGBB 11 bis 27 geregelt (Code rural). Bäuerliches Erbrecht enthalten im ZGB nur mehr zwei Vorschriften: ZGB 613a, sowie 619, welches lapidar auf das BGBB verweist. Zum Gerichtsstand siehe GestG 18 I.

Zusammengefasst soll das BGBB bezwecken, lebensfähige landwirtschaftliche Betriebe als Ganzes zu erhalten, einen gesunden Bauernstand zu gewährleisten und die Überschuldung und Spekulation mit landwirtschaftlichen Grundstücken vermeiden.

7.1.2. Geltungsbereich und Verfahren

Das landwirtschaftliche Gewerbe ist in BGBB 7 I definiert. Für landwirtschaftliche Grundstücke, die nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören, siehe BGBB 21. BGBB 2-4 enthalten weitere wichtige Bestimmungen zum Geltungsbereich. BGBB 6-10 enthalten definierte Begriffe.

Für erbrechtliche Klagen ist das Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig, Klagen über die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks (BGBB 11 ff.) können aber auch am Ort der gelegenen Sache erhoben werden (GestG 18 I).

7.2. *Die drei Pfeiler*

7.2.1. Ungeteilte Zuweisung an den Selbstbewirtschafter

a) *Grundregeln*

Ein eingesetzter wie auch ein gesetzlicher Erbe kann verlangen, dass ihm ein landwirtschaftliches Gewerbe (BGBB 7 I) ungeteilt zugewiesen wird, wenn er bereit und geeignet

ist, das Gewerbe auch selber zu bewirtschaften (BGBB 11 I). Auch das Betriebsinventar und ein eng verbundener Nebenerwerb kann ihm zugewiesen werden (BGBB 15 I und II). Die Zuweisungsregeln sind nichts anderes als Teilungsvorschriften.

Bei minderjährigen Nachkommen wird solange mit der Entscheidung der Zuteilung gewartet, bis ein anderer gesetzlicher Erbe das Gewerbe übernehmen will (BGBB 12 II), der gesetzliche Vertreter eines Nachkommens dies bestimmt, oder bis alle mündig geworden sind. Verfügt ein Erbe bereits über ein landwirtschaftliches Gewerbe, hat er keinen Anspruch auf Zuweisung (BGBB 22).

Der Erbe des Bauernhofes muss selber in die Hosen steigen (BGBB 9). Ausgeschlossen ist die Weiterverpachtung, wie auch die Stellung des Erben als weisender Chef. Die Geschlechter werden gleichgestellt, um aber Gleichstellung zu erlangen, muss der Ehemann der Anwärtinnen auch ins Spiel kommen und damit die Qualifikation als Landwirt erbringen können (wie aZGB 621 III).

b) Mehrere übernahmewillige und –fähige Erben

Die Zuweisung erfolgt vorerst nach der Verfügung von Todes wegen (BGBB 19 I), danach nach der Gesamtheit der persönlichen Verhältnisse (auch hier kann der Ehegatte ins Spiel kommen), mit Präferenz der pflichtteilsgeschützten Erben. Eine Aufteilung ist ebenfalls möglich, allerdings nur mit Zurückhaltung (vgl. BGBB 60 b).

Pflichtteilsgeschützten Erben kann der Erblasser den Anspruch auf ungeteilte Zuweisung nicht ohne weiteres entziehen (BGBB 11 II, der Noterbe muss aber geeignet und willig sein, sowie kein anderer gesetzlicher, geeigneter und williger Erbe ist vorhanden).

c) Keine übernahmewilligen und –fähigen Erben

In diesem Fall kann der Pflichtteilsberechtigte Erbe die Zuweisung verlangen, auch wenn er das Gewerbe nicht selber bewirtschaften will (BGBB 11 II). Die Anrechnung erfolgt dann aber zum Verkehrswert.

7.2.2. Bindung an die Familie

a) Allgemeines

Der Zuweisungsanspruch erfordert, dass der Übernehmer Erbe des bisherigen Eigentümers des Landwirtschaftsbetriebs ist (BGBB 11 I). Enkel sind dem Onkel gleichberechtigt, wenn deren Vater tot ist und der Grossvater gestorben ist. Wenn mehrere fähig sind, kann der Erblasser die Zuweisung bestimmen (BGBB 19 I, nicht aber Familienfremde). Mehrheiten von Familienmitgliedern, die sich zusammentun, geniessen keine Präferenz.

b) *Veräusserung nach Übernahme*

Während den ersten 10 Jahren bedarf es zur Veräusserung die Zustimmung sämtlicher Miterben (BGBB 23 I), ausser wenn es an einen Nachkommen geht, zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben herangezogen wird oder zwangsversteigert wird (BGBB 23 II).

Die Miterben haben ein Kaufsrecht, wenn der Selbstbewirtschafter innert 10 Jahren die Selbstbewirtschaftung aufgibt. (BGBB 24 I). Art. 25-27 gewährt den Verwandten ein Kaufsrecht, um das Gewerbe z.B. beim Tod des Übernehmers in der Familie zu halten. BGBB 24 hingegen soll die Aufgabe der Selbstbewirtschaftung durch den Übernehmer, die Grund für die Zuweisung zum Ertragswert war, sanktionieren.

7.2.3. *Anrechnung zum Ertragswert*

Massgebend ist der Ertragswert, nicht der Verkehrswert (BGBB 17 I). Auch für Mobilien soll nur der Nutzwert gelten (BGBB 17 II). Die Berechnung des Ertragswerts geht grundsätzlich vom tatsächlichen jährlichen Ertrag des Heimwesens aus (vgl. BGBB 10 I). Bei nichtlandwirtschaftlichem Nebengewerbe ist der Verkehrswert massgebend (BGBB 17 II).

Für gewisse Konstellationen ist eine Erhöhung des Anrechnungswerts vorgesehen (BGBB 18). Gibt der Erbe das Gut später auf (25 Jahre, BGBB 28 III), hat er die Miterben am Mehrerlös zu beteiligen (BGBB 28-35). Der Gewinnanspruch ist dispositiv (BGBB 35).

7.3. *Die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks*

Bei einem landwirtschaftlichen Grundstück (BGBB 6) kann der Erbe die Zuweisung verlangen, der über ein landwirtschaftliches Gewerbe verfügt (BGBB 21 I). Keinen Zuweisungsanspruch hat der Pächter, da die Zuweisung seine Struktur nicht verbessern würde. Das Grundstück wird dem doppelten Ertragswert angerechnet (BGBB 21 I). Bei einer Aufteilung ist das Zerstückelungsverbot von BGBB 58 II zu beachten.

V. SACHENRECHT

1. Allgemeines

1.1. *Die Sache*

1.1.1. Begriff

a) *Abgegrenztheit*

Flüssigkeiten und Gase müssen in einem Behälter sein, Liegenschaften erlangen ihre Abgegrenztheit durch die Grundbuchpläne und bei Mengensachen hat nur eine verkehrsübliche Menge davon Sachqualität (z.B. Weizen). Die einzelnen Objekte einer zusammengesetzten Sache nennt man Bestandteile. Die Abgegrenztheit ist daher sowohl funktionaler, wie auch natürlicher Art.

b) *Rechtliche Beherrschbarkeit*

Die Sache muss tatsächlich und rechtlich beherrscht werden, sei es durch Erwerb oder durch Nutzung. Dies ist z.B. nicht möglich bei der Sonne. Bei fließenden Gewässern lässt sich unter bestimmten Voraussetzungen eine örtliche oder zeitliche Grenze festlegen.

c) *Körperlichkeit*

Dreidimensional, greifbar. Aber auch Energien und Naturkräfte sowie selbständige und dauernde Rechte (z.B. ein Baurecht), Miteigentumsanteile und Forderungen werden als Sache behandelt.

d) *Unpersönlichkeit*

Der (lebende) menschliche Körper und seine Teile weisen keine Sachqualität auf. Ebenfalls keine Sachen sind mit dem Körper verbundene Prothesen. Eine Leiche weist dann Sachqualität auf, wenn keine Pietätspflichten mehr bestehen. Tiere sind keine Sachen, allerdings kommen die Vorschriften über die Sachen zur Anwendung, sofern keine besonderen Regelungen bestehen (ZGB 641a).

1.1.2. Arten von Sachen

a) *Vertretbare und unvertretbare Sachen (objektives Kriterium)*

Bei vertretbaren Sachen kommt es nicht auf die besondere Eigenschaft des einzelnen Stücks an; Grundstücke und Kunstwerke sind deswegen stets unvertretbar. Die Bedeutung liegt im Schuldrecht (z.B. OR 206).

b) *Gattungssachen und Speziessachen (subjektives Kriterium)*

Die Speziessache ist individuell bestimmt, die Gattungssache nur ihrer Gattung nach. So ist ein bestimmtes rotes Auto eine vertretbare Speziessache und drei Zeichnungen eines Malers sind unvertretbare Gattungssachen. Die Bedeutung liegt z.B. beim Übergang der Gefahr beim Kaufvertrag (OR 185).

c) *Verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen*

Verbrauchbare Sachen gehen bei ihrem bestimmungsgemässen Gebrauch unter, deswegen sind sie nur wertmässig zurückzugeben, z.B. bei der Leihe. Die Beurteilung erfolgt objektiv, ausschlaggebend ist der bestimmungsgemässe Gebrauch der Sache.

d) *Teilbare und unteilbare Sachen*

Teilbare Sachen können ohne wesentliche Wertverminderung in wirtschaftlich selbstständige Sachen zerteilt werden. Das ist bei der Auseinandersetzung bei Gesamt- und Miteigentumsverhältnissen von Bedeutung.

e) *Hauptsache und Zugehör*

Das Zugehör ist wirtschaftlich mit der Hauptsache verbunden, aber dennoch eine selbstständige bewegliche Sache (z.B. Brille und Etui). Eine Verfügung über die Hauptsache erfasst auch das Zugehör, sofern nichts anderes bestimmt ist (ZGB 644 I).

f) *Verkehrsfähige und nichtverkehrsfähige Sachen*

Verkehrsfähig sind alle Sachen, die geeignet sind, Objekte privater Rechte und privatrechtlicher Verfügungen zu bilden. Sachen des Verwaltungsvermögens sind nur beschränkt verkehrsfähig (z.B. nicht pfändbar).

g) Bewegliche und unbewegliche Sachen

Bedeutung z.B. beim Publizitätsprinzip.

h) Herrenlose Sachen

An ihnen besteht kein Eigentum. Eine Belastung mit einem beschränkten dinglichen Recht ist möglich.

1.1.3. Gesamtheiten

a) Sachgesamtheiten

Das sind mehrere selbstständige Sachen, die aufgrund ihrer gemeinsamen Zweckbestimmung eine wirtschaftliche Einheit bilden und unter sich im Verhältnis der Koordination stehen, also gleichgeordnet sind.

Die sachenrechtlichen Bestimmungen sind nicht auf Sachgesamtheiten anwendbar (Spezialitätsprinzip). Wird z.B. ein Warenlager verpfändet, werden mehrere selbstständige Sachen unter einem Sammelnamen verpfändet, und nicht die Sachgesamtheit als solche. Eine Sachgesamtheit kann aber dennoch Gegenstand eines schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts sein.

b) Rechtsgesamtheiten

Das ist die Zusammenfassung selbstständiger Sachen und Rechten zu gewissen Einheiten, also eigentlich eine Sachgesamtheit, die auch Rechte beinhaltet. Rechtsgesamtheiten können ebenfalls nicht Objekte dinglicher Rechte sein. Beispiele für Rechtsgesamtheiten sind das Vermögen oder das Unternehmen.

1.1.4. Das dingliche Recht

Das ist ein absolutes, subjektives Recht, dass dem Berechtigten die unmittelbare Herrschaft über eine Sache und die Befugnis vermittelt, Dritte davon auszuschliessen. Das dingliche Recht enthält keine positive Leistungspflicht. Indem es die unmittelbare Herrschaft über eine Sache verleiht und eine erga omnes Wirkung hat, weist das dingliche Recht eine Doppelstruktur auf.

1.1.5. Realobligation

Das ist ein sachenrechtlich strukturiertes Schuldverhältnis, das mindestens eine positive Leistungspflicht zum Inhalt hat und bei dem der Schuldner und oft auch der Gläubiger durch die dingliche Berechtigung an einer Sache individualisierbar wird. Ein Beispiel ist ZGB 669 oder der Anspruch auf Einräumung eines Bauhandwerkerpfandrechts (ZGB 837 I 3).

Entstehungsgründe sind entweder Gesetz (ZGB 694, 720 f.) oder Rechtsgeschäft (z.B. eine nebensächliche Leistungspflicht bei Grunddienstbarkeiten). Die Realobligationen können auch eine dingliche Komponente aufweisen.

1.2. *Prinzipien des Sachenrechts*

1.2.1. Publizitätsprinzip

Das ist der Grundsatz, wonach dingliche Rechte für jedermann erkennbar und somit offenkundig zu machen sind (Sicherheit im Rechtsverkehr). Die Publizitätsmittel sind einerseits das Grundbuch (ZGB 972) für unbewegliche Sachen, und andererseits der Besitz (ZGB 930 I) oder das Register (z.B. Eigentumsvorbehalt ZGB 715) bei beweglichen Sachen.

1.2.2. Spezialitätsprinzip

Sachenrechte können nur an individualisierten, einzelnen Objekten entstehen. Eine Sach- oder Rechtsgesamtheit kann somit nicht Objekt eines dinglichen Rechts sein.

1.2.3. Kausalitätsprinzip

Hier ist der Grundsatz gemeint, wonach sachenrechtliche Verfügungsgeschäfte abhängig sind von dem ihnen zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft. Als Verfügungsgeschäfte gelten vor allem die Tradition und die Grundbuchanmeldung.

Zu beachten ist, dass die Verfügung Formfehler des Grundgeschäftes zu heilen vermag, so z.B. bei der Hand zu Hand Schenkung. Schliesslich sind Formvorschriften nicht zuletzt Zweckvorschriften. Bei Rücktritt wegen Schuldnerverzug und bei Wandelung wird das Verpflichtungsgeschäft in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt, welches ex tunc wirkt. Deswegen ist eine schon getätigte Verfügung gültig, es entsteht ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübereignung.

1.2.4. Typengebundenheit und Typenfixierung

a) *Typengebundenheit*

Das Gesetz stellt den Rechtssubjekten eine geschlossene Anzahl sachenrechtlicher Institute zur Verfügung (Numerus Clausus). Es ist also nicht möglich, z.B. Obereigentum oder Untereigentum zu Begründen. In der Praxis gibt es allerdings dingliche Sicherungsmittel wie die Hinterlegung sicherheitshalber, die Sicherungsübereignung oder die Sicherungs-zession, welche alle keine Pfandrechte sind.

b) *Typenfixierung*

Die Sachenrechtsordnung legt den Inhalt der Typen weitgehend zwingend fest (vgl. z.B. ZGB 776 II).

1.2.5. Akzessionsprinzip

a) *Begriff*

Das ist der Grundsatz, wonach die Bestandteile einer Sache deren rechtliches Schicksal teilen (Rechtssicherheit, Erleichterung des Rechtsverkehrs). Das Merkmal ist also die rechtliche Einheitsbehandlung und das Element ist der Bestandteil. Ausnahmen sind im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (z.B. ZGB 675 I, 676).

Nicht vom Akzessionsprinzip erfasst werden Fahrnisbauten (ZGB 677) und Fahrnispflanzen (667 II), bei denen keine Absicht bleibender Verbindung herrscht. Auch Zugehör wird nicht erfasst.

b) *Bestandteil (Art. 642 Abs. 2 ZGB)*

- Sachqualität des Bestandteils, nur analoge Anwendung auf Rechte.
- Äussere Verbindung.
 - o Physischer Zusammenhang. Je intensiver die Verbindung, desto eher Bestandteilseigenschaft.
 - o Eine Abtrennung ohne Beschädigung der Sache oder unverhältnismässig grossen Aufwand ist nicht möglich. Eine Trennung hat die Verringerung des Wertes zur Folge.
 - o Die Verbindung muss dauerhaft sein.

- Innere Verbindung: Der Bestandteil muss als zum Bestand angesehen werden.
- Ortsübliche Auffassung (als Anhaltspunkt in Zweifelsfällen).

Die Bedeutung liegt darin, dass der Eigentümer der Hauptsache aufgrund der Rechtswirkung des Akzessionsprinzips das Eigentum am Bestandteil originär erwirbt. So ist der Eigentumsvorbehalt einer Waschmaschine wirkungslos, wenn sie der Händler eingebaut hat. Im Falle der Trennung verliert die Sache ihre Bestandteilseigenschaft.

Bestandteile sind insbesondere Früchte bis zur Trennung (ZGB 643 III), Bauten und Pflanzen (ZGB 667 III, 704), eingebautes Baumaterial (ZGB 671 I), Stockwerke (ZGB 675 II) und vermischte wie verbundene Sachen (ZGB 727 II).

c) Zugehör (Art. 644 Abs. 2 ZGB)

- Selbstständige bewegliche Sache: Rechte können nicht Zugehör sein. Das Grundstück ist Zugehör des Hauses, und nicht umgekehrt.
- Äussere Beziehung (Verbindung) zur Hauptsache (bewegliche oder unbewegliche Sache), zumindest muss ein räumlicher Zusammenhang bestehen.
- Innere Beziehung (Hauptmerkmal).
 - o Die Verbindung ist dauerhaft.
 - o Sie weist einen funktionellen Zusammenhang wie ein Subordinationsverhältnis auf.
- Ortsgebrauch (und allenfalls Widmung, wenn der Eigentümer die Zugehöreigenschaft verleiht).

Zugehör ist im Gegensatz zum Bestandteil sonderrechtsfähig. Eigentum an der Hauptsache und am Zugehör können auseinander fallen. Ein Zugehör kann deshalb unter Eigentumsvorbehalt veräussert werden. Es kann mit beschränkten dinglichen Rechten belastet werden. Das Gesetz vermutet einfach, dass das Zugehör das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilt. Vom Zugehör zu unterscheiden ist das Werkzugehör nach ZGB 676.

d) Insbesondere Baumaterial als Bestandteil

i. Allgemeines

Wenn Sachen eingebaut werden und keine oder keine vollständige vertragliche Vereinbarung über einen entgeltlichen Materialeinbau besteht, kommen ZGB 671 ff. zur Anwendung.

Auf den im Gesetz nicht geregelten Tatbestand des Bauens mit fremdem Material auf fremden Boden sind die Art. 671-673 analog anzuwenden (allerdings umstritten).

ii. Ansprüche des Materialeigentümers

Durch das Akzessionsprinzip wird eingebautes Material Bestandteil des Grundstückes (ZGB 671 I), der Bodeneigentümer erwirbt also Eigentum an an sich fremden Sachen. Dieser Grundsatz gilt auch für Einpflanzungen (ZGB 678 I). Der Materialeigentümer hat folgende Ansprüche:

- Trennungs- und Herausgabeanspruch ZGB 671 II.
- Anspruch auf Zuweisung des Grundeigentums ZGB 673.

Der Richter wägt im Einzelfall ab (ZGB 4), wie hoch der Anspruch des Materialeigentümers ist. Objektiv werden vor allem die Grösse der Baute, die Beschaffenheit sowie die Verwendung des Materials berücksichtigt. Subjektiv ist die Gesinnung des bauenden Grundeigentümers zu beachten.

Bei den Ersatzansprüchen (Entschädigungsansprüche für das Material) von ZGB 672 II und III gilt, zwischen gutem und bösem Glauben der Parteien zu unterscheiden. Bösgläubig wird man aber noch nicht durch das Wissen, auf fremdem Boden zu bauen.

Hat der Grundeigentümer bösen Glauben, kann der Richter auf vollen Schadenersatz erkennen (ZGB 672 II). War der Materialeigentümer bösgläubig, wird der Grundeigentümer nur für den Wert ersatzpflichtig, den die Baute allermindestens verkörpert (ZGB 672 III). Abgestellt wird im letzteren Fall nur auf das subjektive Interesse des Grundeigentümers.

iii. Ansprüche des Grundeigentümers

Wenn die Sache vom Gebäude getrennt werden kann, hat der Grundeigentümer Anspruch auf Wegschaffung (ZGB 671 III), sofern keine unverhältnismässig grosse Schädigung hervorgerufen wird, und die Verwendung ohne Willen des Grundeigentümers erfolgte. Aus ZGB 673 kann auch ein Anspruch des Grundeigentümers abgeleitet werden, sein Grundstück auf den Materialeigentümer zu übertragen.

e) *Die natürlichen Früchte*

Natürliche Früchte sind gemäss ZGB 643 II die zeitlich wiederkehrenden Erzeugnisse und die Erträge, die nach der üblichen Auffassung von einer Sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen werden (z.B. Äpfel, Milch, Gemüse, Tierjunge etc.). Das Akzessionsprinzip gilt auch hier (ZGB 643 I). Bis zur Trennung haben die Früchte Bestandteilseigenschaft (ZGB 643 III).

1.2.6. Prinzip der Alterspriorität

Es ist im ZGB nicht ausdrücklich normiert. Gemäss ZGB 972 I erhalten dingliche Rechte an Grundstücken, die buchlich entstehen, ihren Rang und ihr Datum durch die Eintragung im Hauptbuch. ZGB 813 II sieht die Möglichkeit des Rangvorbehaltes für Grundpfandrechte vor und setzt damit das Prinzip der Alterspriorität voraus.

1.3. *Gerichtsstände des Sachenrechts*

Das GestG unterscheidet danach, ob es sich um eine Klage auf ein Grundstück (GestG 19) oder auf eine bewegliche Sache handelt (GestG 20). Bei Klagen auf ein Grundstück ist immer eine Klage am Ort der Sache zuzulassen. GestG 19 f. sind nicht zwingend und können dementsprechend abgeändert werden. Soweit es jedoch um den Erlass vorsorglicher Massnahmen geht, ist das Gericht am Ort ebenfalls zuständig (GestG 33).

1.4. *Besitz*

1.4.1. *Allgemeines*

a) Formen und Abgrenzung

Der Besitz ist in ZGB 919 ff. geregelt, das Grundbuch in ZGB 942 ff. Beide sind Erscheinungsformen (Publizitätsformen) für dingliche Rechte. Die tatsächliche Ausübung eines Rechts wird dem Sachbesitz gleichgestellt (z.B. Grunddienstbarkeiten). ZGB 560 II ordnet den Besitzübergang auf die Erben im Moment des Todes des Erblassers an. Ferner nimmt ZGB 720 III einen fiktiven Besitz an, wenn eine Sache in einem öffentlichen Gebäude verloren wird.

Besitz ist nicht identisch mit der Halterschaft (vgl. SVG 58, OR 56), mit dem Gewahrsam nach StGB oder SchKG und dem Besitzdiener. Letzterer ist im ZGB nicht geregelt. Er übt den Besitz im Namen und für Rechnung eines anderen (eben des Besitzers) aus, ohne selber Rechte auf die Sache geltend zu machen. Die Beziehung Sache-Person ist weniger intensiv. Beispiele sind der Kellner, der den Wein serviert, oder der Arbeiter mit seinem Werkzeug.

b) Arten

Es gibt einfachen und mehrfachen Besitz, je nachdem ob mehrere Personen Besitz an einer Sache haben (vgl. ZGB 920). Unselbständigen (oder unmittelbarer) Besitz hat derjenige, der die Sache zu einem beschränkten dinglichen oder zu einem persönlichen Recht besitzt (z.B. wenn die Bank Wertpapiere verwaltet, Mieter). Selbständiger (mittelbarer) Besitzer ist derjenige, der die Sache nur noch als Eigentümer im Besitz hat.

1.4.2. Erwerb und Verlust

a) *Erwerb des Besitzes*

Einerseits existiert der **originäre** Erwerb, wenn jemand den Besitz an einer Sache erlangt, ohne ihn vom Besitz eines Vorgängers abzuleiten, und der **derivative** Besitzeserwerb.

Beim originären Besitzeserwerb muss die Person die Sache tatsächlich in Besitz nehmen, und auch den Willen dazu haben. Dementsprechend muss Urteilsfähigkeit vorliegen. Auf die Rechtmässigkeit kommt es nicht an. Der derivative Erwerb wird in ZGB 922-925 geregelt (ZGB 922: Übergabe der Sache, ZGB 923: Übertragung unter Abwesenden (Stellvertreter, Boten), ZGB 924: Traditionssurrogate, ZGB 925: Wertpapiere).

- Übertragung der offenen Besitzlage (ZGB 922 II). Z.B. Holz im Wald; für den Eigentumsübergang reicht eine solche offene Besitzlage aus, jedoch nicht für die Pfandbestellung (ZGB 717, 884; Fahrnispfand nur durch Übergabe begründbar).
- Autoschlüssel (vgl. ZGB 922 I).
- Übertragung kurzer Hand. Z.B. wenn der Mieter die Sache kauft. Der Erwerber ist also schon Besitzer, Veräusserer und Erwerber einigen sich über die Übertragung der Sache zu selbständigem Besitz.
- Besitzeanweisung (ZGB 924 I). Hier sind der Eigentümer als mittelbarer Besitzer, der unmittelbare Besitzer und der Erwerber als künftiger mittelbarer Besitzer. Ein Beispiel ist die Bank, die Wertpapiere lagert, welche verkauft werden.
- Besitzeskonstitut (ZGB 924 I). Die Sache wird nicht physisch auf den Erwerber übertragen. Der ursprüngliche Eigentümer bleibt Besitzer. Gegenüber Dritten ist diese Eigentumsübertragung unwirksam (ZGB 717 I).

b) *Verlust des Besitzes*

Das Gesetz erfasst den Besitzesverlust lediglich negativ in ZGB 921. Aus dem Umkehrschluss ergibt sich, dass der Besitz untergeht, wenn die tatsächliche Gewalt über die Sache aufhört. Es kommt nicht auf die Dauer des Besitzesverlustes an, sondern auf den Grund. Ferner gilt der Grundsatz „ein Haus verliert nichts“.

1.4.3. Der Besitzesschutz

a) *Allgemeines*

Die rechtlichen Grundlagen sind ZGB 926-929 (vgl. ZPO 302 ff. sowie EG ZGB 135, der das beschleunigte Verfahren als anwendbar erklärt). Gemeinsamer Tatbestand von ZGB 926 ff. ist die

Störung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht. Die Rechtsfolgen im Gesetz dienen der Störungsabwehr. Geschützt ist nur das bestehende Besitzesverhältnis, die geschützte Person ist daher der Besitzer. Auch der unselbständige (unmittelbare) Besitzer kann sich gegen den mittelbaren Besitzer auf den Besitzesschutz berufen, nicht aber umgekehrt. Der Dienstbarkeitsberechtigte kann daher gegen den Eigentümer vorgehen. Passivlegitimiert ist der Störer, ein Verschulden ist nicht erforderlich.

b) Rechtsfolgen

Der Besitzer hat ein **Abwehrrecht aus ZGB 926**, welches ohne gerichtliche Klage ausgeübt werden darf. **ZGB 927-929 sind Klagerechte**. Das Abwehrrecht beinhaltet ein Verteidigungsrecht, welches aber unmittelbar und verhältnismässig ausgeübt werden muss. Das Abwehrrecht wird durch OR 41 ergänzt.

Bei ZGB 927 hat der Besitzer sein Selbsthilferecht (ZGB 926 II) verwirkt. Die Klage aus ZGB 927 geht auf Rückgabe der Sache selbst, sowie auf Schadenersatz. Der Beklagte muss die Sache nicht herausgeben, wenn er sofort sein besseres Recht daran geltend machen kann.

ZGB 928 beinhaltet die Tatbestände, bei denen der Besitzer die Sache zwar noch hat, doch wird der Besitz dabei gestört. Als Rechtsfolge muss der Störer die Störung unterlassen. Die Klage zielt darauf ab, den alten Besitzesstand zu behalten. D.h., dass der Beklagte auch dann die Störung unterlassen muss, wenn er ein besseres Recht an der Sache behauptet. Dieses müsste in einem separaten Prozess geklärt werden. Wie ZGB 927 zielt ZGB 928 auch auf Schadenersatz ab. Die Anwendung der Norm ist auch für die Zukunft möglich.

ZGB 929 beinhaltet zeitliche Grenzen für die Anwendung der Besitzesschutznormen. Die Klagen verirken in einem Jahr (nicht verjähren), und der Gestörte muss sofort nach der Kenntnis rechtliche Schritte einleiten.

1.4.4. Besitzesrechtsschutz

a) Allgemeines

Der Besitzesrechtsschutz ist in ZGB 930-937 geregelt. Es geht jeweils um den Streit um Rechte. Lediglich in ZGB 937 geht es um Grundstücke, sonst sind Fahrnissachen betroffen.

b) Die Vermutungen

Die allgemeine Beweislast von ZGB 8 wird durch die gesetzlichen Vermutungen von ZGB 930 f. und 937 teilweise durchbrochen. Der Besitzeserwerb darf nicht in irgendeiner Weise verdächtig erscheinen, und das geltende gemachte Recht muss seiner Natur nach den Besitz mitumfassen.

ZGB 930 stellt eine Vermutung des Eigentums beim gegenwärtigen Besitzer auf. Ferner vermutet ZGB 930 II, dass der frühere Besitzer Eigentümer der Sache gewesen ist. ZGB 931 befasst sich mit der Vermutung aus unselbständigem Besitz. Streng genommen stellt ZGB 931 I keine Vermutung auf, sondern erweitert den Kreis der Personen, die sich auf die Vermutung des ZGB 930 I berufen. Die Mieterin eines Autos beruft sich gegenüber einer Dritten, die den Wagen als ihr Eigentum herausverlangt, auf die Vermutung des Eigentums der Vermieterin. Es ist nun Sache der Dritten, diese Vermutung zu widerlegen.

ZGB 931 II erlaubt dem unselbständigen Besitzer, die Vermutung eines eigenen beschränkten dinglichen oder persönlichen Rechtes geltend zu machen. Wenn bspw. eine Schuldnerin den Schmuck verpfändet hat, kann sich die Pfandgläubiger auf die Vermutung ihres Pfandrechtes berufen, wenn eine Dritte den Schmuck herausverlangt.

ZGB 937 stellt die Vermutungen auf, dass aus Eigentum der im Grundbuch eingetragene aktivlegitimiert ist, sowie der Besitzer aus dem Besitz.

c) Die besonderen Verteidigungs- und Angriffsmöglichkeiten

i. Allgemeines

ZGB 932 befasst sich mit dem Tatbestand, da jemand gegen den Besitzer einer beweglichen Sache auf deren Herausgabe klagt (Berufung auf das bessere Recht, Defensivwirkung). Der Besitz hat aber auch eine Offensivwirkung. Diese ist in ZGB 933-936 geregelt.

ii. ZGB 933

A vermietet B seine Sache, welche dieser dem C verkauft. Muss nun C die Sache dem A herausgeben, bzw. hat A noch Eigentum an der Sache?

Eine Voraussetzung ist neben der Sache der gute Glaube. Dieser muss sich auf die (fehlende) Verfügungsberechtigung des Veräusserers beziehen. Die Sache muss also anvertraut sein, weil der gute Glaube alleine nicht die starke Rechtsposition des Eigentümers durchbrechen kann. Der frühere Eigentümer muss also für den unrichtigen Rechtsschein (Besitz) des Veräusserers mitverantwortlich sein. Deswegen bleibt der Erwerber Eigentümer.

iii. ZGB 934

B erlangte durch Diebstahl eine Sache von A, welche dann von B an C verkauft wird. Muss C die Sache dem A herausgeben, bzw. hat A noch Eigentum an der Sache?

Der Eigentümer bleibt Eigentümer, er kann die Sache innert fünf Jahren von jedem herausverlangen. Bei Tieren beträgt die Frist bloss zwei Monate (vgl. ZGB 722). Allerdings nur gegen den Wert, den der gutgläubige Erwerber geleistet hat, und wenn die Sache öffentlich versteigert oder auf einem Markt angeboten wurde.

iv. ZGB 935 Geld und Inhaberpapiere

Sie können auch vom gutgläubigen Erwerber der gestohlenen Sache nicht zurückverlangt werden.

v. ZGB 936

ZGB 936 befasst sich mit der Rechtsstellung des bösgläubigen Erwerbers. Dieser weiss, dass ein Rechtsmangel vorliegt. Daher kann der frühere Besitzer jederzeit die Sache herausverlangen. Die Herausgabepflicht bezieht sich auch auf Wertpapiere. Abs. 2 regelt den Sonderfall beiderseitiger Bösgläubigkeit. Bei dieser schützt das Gesetz den Besitzer.

d) *Besitzesrechtsklage und Klage aus dem Recht*

Die Besitzesrechtsklage ist die Klagemöglichkeit des früheren Besitzers gegen den jetzigen Besitzer. Voraussetzung ist, dass ein materielles Abforderungsrecht gemäss ZGB 934-936 besteht, und dass im Fall von ZGB 934 I die Frist gewahrt ist.

Die **Klage aus dem Recht ist die Vindikation** des Eigentümers gemäss ZGB 641 II, aber auch diejenige des Dienstbarkeitsberechtigten und des Pfandgläubigers. Hier muss das frühere Eigentum des Klägers bewiesen werden und die ungerechtfertigte Stellung des neuen Besitzers. Die Stellung des Klägers ist also schwieriger.

Umstritten ist, ob die Vindikation noch möglich ist, wenn die Fünfjahresfrist von ZGB 934 I abgelaufen ist, der gutgläubige Erwerber jedoch die Ersitzungsvoraussetzungen von ZGB 728 noch nicht erfüllt. Die h.L. verneint die Vindikationsmöglichkeit, da ZGB 924 bereits Eigentum begründet (Bsp. 2 Jahre nach dem Diebstahl wird die Sache verkauft, weitere vier Jahre später findet dies der ursprüngliche Eigentümer heraus).

1.4.5. Die Verantwortlichkeit des nicht berechtigten Besitzers

Die gesetzlichen Bestimmungen sind ZGB 938-940. Der Grundtatbestand ist der unberechtigte Besitz einer Person an einer Sache. **Ein solcher gemäss ZGB 938 ff. ist nicht vorliegend, wenn der Besitz aufgrund eines untergegangenen dinglichen oder obligatorischen Rechts nicht mehr berechtigt ist.** In diesem Fall sind die Normen des speziellen Rechtsverhältnisses anwendbar (z.B. Miete oder Nutzniessung).

Die Folge ist, dass der unberechtigte bösgläubige Besitzer dem rechtmässigen Besitzer den entstandenen Schaden ersetzen muss. Dieser beinhaltet den Vorenthaltungsschaden, die Wertverminderung oder die zu bezahlende Vergütung des Berechtigten (vgl. ZGB 934 II). Ein Verschulden ist nicht entscheidend, jedoch das Vorliegen bzw. das Nichtvorliegen von Gutgläubigkeit.

Der gutgläubige Besitzer hat diejenigen Schäden nicht zu ersetzen, die aus der bestimmungsgemässen Nutzung seines vermuteten Rechtes resultieren (ZGB 938). Ausserdem steht dem gutgläubigen Besitzer das Recht zu, für seine Verwendungen (notwendig, nützlich, luxuriös) entschädigt zu werden (ZGB 939).

Der bösgläubige Besitzer (ZGB 940) hat die Sache und die Früchte herauszugeben, und muss den entstandenen Schaden ersetzen. Bei Veräusserung der Sache schuldet er den Wert der Sache. ZGB 940 III bestimmt, dass wenn der bösgläubige Besitzer nicht weiss, wem er die Sache herausgeben muss, nur für den verschuldeten Schaden aufkommen muss. Der Ersatzanspruch des Bösgläubigen beschränkt sich auf notwendige Verwendungen (ZGB 940 II).

1.5. *Das Grundbuch*

1.5.1. *Allgemeines*

a) Grundsatz

ZGB 942 I ordnet an, dass die Rechte an den Grundstücken in einem Grundbuch aufgeführt sind. Ziel ist die Verwirklichung des Publizitätsprinzips im Immobilienbereich. Es lassen sich Eigentum und beschränkte dingliche Rechte im Grundbuch eintragen (ZGB 958). Von grosser praktischer Bedeutung ist die Grundbuchverordnung, welche sich auf ZGB 949 stützt. Im Kanton Aargau ist die Organisation des Grundbuchamtes in EG ZGB 136 ff. geregelt.

Das Grundbuch besteht aus dem Hauptbuch (vgl. ZGB 945 I) und dem Tagebuch (ZGB 948). Das Grundbuch kann auch in EDV-Form bestehen (ZGB 949a, GBV 111 ff.).

b) Technische Voraussetzungen der Grundbuchführung

Vorerst ist eine amtliche Vermessung erforderlich (ZGB 950 I, SchlT ZGB 40 I). Dazu existiert eine bundesrechtliche Verordnung. Für die Anlegung des Grundbuches siehe SchlT ZGB 43 ff.

c) Die Aufnahme der Grundstücke

Aufnahme finden Liegenschaften (GBV 3 II), selbständige und dauernde Rechte an Grundstücken (GBV 7), Bergwerke (GBV 10) und Miteigentumsanteile an Grundstücken (GBV 10a). Vgl. dazu ZGB 943. Im öffentlichen Gebrauch stehende Grundstücke werden nur ausnahmsweise aufgenommen (ZGB 944 I). Jedes Grundstück erhält ein eigenes Blatt und eine eigene Nummer (ZGB 945 I).

1.5.2. *Formelles Grundbuchrecht*

Die räumliche Gliederung findet sich in ZGB 951 f. (Kreise, für kreisübergreifende Grundstücke vgl. zudem GBV 3 I und 6). Die Umschreibung obliegt den Kantonen (ZGB 953 I), wie auch die Aufsicht (ZGB 953 I, 956 f., die Aufsicht übt der Regierungsrat aus [EG ZGB 145]). Der Bund regelt die Aufsicht auf Bundesebene (ZGB 956 III, GBV 102 ff.).

Die Kantone können für die Eintragung Gebühren erheben (ZGB 954 I, Ausnahmen in Abs. 2). Es gelten die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Verhältnismässigkeit und des Kostendeckungsprinzips. Ausserdem darf das kantonale öffentliche Recht das Bundeszivilrecht nicht vereiteln oder seine Verwirklichung übermässig erschweren (ZGB 6).

Die Bestandteile des Grundbuchs sind aus ZGB 945 ff. und GBV 2, 4 ersichtlich (Hauptbuch, Tagebuch, ergänzende Urkunden wie Pläne und Grundstücksbeschreibung und Hilfsregister GBV 108).

Das Grundbuch ist öffentlich (ZGB 970). Jedermann ist berechtigt, darüber Auskunft zu erhalten, wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist; für weitere Auskünfte muss ein Interesse glaubhaft gemacht werden. Beides gilt auch für die kantonalen Registereinrichtungen. Handänderungen werden veröffentlicht (ZGB 970a). ZGB 970 III stellt die Fiktion auf, dass jedermann den Inhalt des Grundbuches kennt.

Mögliche Eintragungsarten sind die Eintragungen im engeren Sinn (ZGB 958), die Vormerkungen (ZGB 959-961a, zuständig ist der Gerichtspräsident, der das Grundbuchamt richterlich anzuweisen hat [EG ZGB 147]) und die Anmerkungen (ZGB 962, z.B. von Zugehör, oder vom Beginn eines Werkes). Vormerkungen sind persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung (z.B. OR 261b, OR 290 c, ZGB 712c II), Verfügungsbeschränkungen und vorläufige Eintragungen (ZGB 837 ff.).

Das Verfahren für die Grundbucheintragung ist in ZGB 963-966 geregelt, sowie in GBV 11 ff. Für die Anmeldung (ZGB 963) gilt das Antragsprinzip, d.h. ohne einen solchen wird nichts eingetragen. Die Anmeldung muss den formellen (ZGB 963 f.) und inhaltlichen Anforderungen genügen. ZGB 965 verlangt für die Vornahme grundbuchlicher Verfügungen einen doppelten Ausweise; einerseits über das Verfügungsrecht (vgl. GBV 15 f.), und andererseits über den Rechtsgrund (GBV 18).

Der Grundbuchverwalter hat seinen Entscheid alleine aufgrund der Aktenlage zu fällen. Bzgl. seiner Zuständigkeit hat er volle Kognition, bzgl. des Rechtsgrundes grundsätzlich auch, doch hat er in Zweifelsfällen für die Gültigkeit zu entscheiden. Bei der Prüfung des Verfügungsrechts ist seine Kognition auf formale Kriterien beschränkt. Bei Gerichtsentcheiden siehe GBV 17. Der Verwalter kann stillschweigend die Eintragung vornehmen, oder den Antrag ablehnen. Der Rechtsweg ergibt sich aus GBV 103 I und ZGB 956. Wenn Voraussetzungen für die Eintragung fehlen, kann eine Ergänzung möglich sein (ZGB 966 II).

Die Haftung des Grundbuchführers ergibt sich aus ZGB 955 I (verschuldensunabhängige kausale Staatshaftung). Tatbestandselemente sind der Schaden, der widerrechtlich aus der Führung des Grundbuches entstanden ist. Beispiele sind fehlerhafte Einträge. Der Kanton kann auf den Grundbuchführer Rückgriff nehmen (ZGB 955 II).

1.5.3. Materielles Grundbuchrecht

ZGB 971 I enthält das Prinzip der negativen Rechtskraft des Grundbuches, d.h. dass die Rechte grundsätzlich erst entstehen, wenn sie eingetragen sind (**absolutes Eintragungsprinzip**). Daneben gibt es allerdings auch das **relative Eintragungsprinzip** (ZGB 963 I), vor allem beim aussergrundbuchlichen Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken.

Die positive Rechtskraft des Grundbuches betrifft die Grundbuchwirkung zugunsten eines gutgläubigen Dritten (ZGB 973). Das gilt aber nur dort, wo ein eidgenössisches Grundbuch besteht, und nicht im Bezug auf die Grenzen eines Grundstücks in einem Gebiet, das vom Kanton als Gebiet mit Bodenverschiebungen gekennzeichnet worden ist (ZGB 973 II, vgl. ZGB 660a f.). **Zu beachten ist, dass Erben keine Dritten sind! Sie können aber das Grundstück ersitzen.**

Weitere Wirkungen des Grundbuches sind die negative Publizitätswirkung aus ZGB 970 III, und die Wirkungen gemäss ZGB 937 I. Zum materiellen Grundbuchrecht gehört auch die Grundbuchberichtigungsklage (ZGB 975) und die Grundbuchbeschwerde (ZGB 956 II). ZGB 976 beruht auf der Idee, das Grundbuch solle von bedeutungslosen Einträgen entlastet werden können, ohne dass jedes Mal ein Zivilprozess geführt werden muss. Ein Eintrag muss danach jede rechtliche Bedeutung verloren haben, und zwar aus einem „internen“ Grund (z.B. das verwirklichte Kaufrecht). ZGB 977 enthält die Möglichkeit der Berichtigung eines unrichtigen Eintrages (vgl. auch GBV 98 ff.). Die Norm ist hauptsächlich bei einem Versehen anwendbar.

1.6. *Eigentum*

1.6.1. *Allgemeines*

a) *Begriff*

Es ist das vollkommenste und umfassendste dingliche Recht. Es weis dem Berechtigten alle Befugnisse zu (in den Schranken der Rechtsordnung).

Der Unterschied zu den beschränkten dinglichen Rechten ist, dass diese eine Belastung des Eigentums darstellen. Der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts hat hinsichtlich der Ausübung gegenüber dem Eigentümer den Vorrang. Die Sachherrschaft des Inhabers eines beschränkten dinglichen Rechtes ist umfangmässig begrenzt.

ZGB 654a behält die Aufhebung von gemeinschaftlichem Eigentum an landwirtschaftlichen Gewebe und Grundstücken das BGBB vor. **Fiduziarisches Eigentum stellt kein gemeinschaftliches Eigentum dar, sondern Alleineigentum des Fiduziars.** Dieser ist allerdings schuldrechtlich (durch die fiduziarische Abrede) verpflichtet, die betreffende Sache nur in der vereinbarten Weise zu verbrauchen und sie gegebenenfalls dem Vertragspartner (Fiduziant) wieder zurückzuübertragen.

b) *Inhalt und Beschränkungen*

Der Eigentumsinhalt ist die Summe der konkreten Eigentümerbefugnisse. Die Beschränkungen ergeben sich aus:

- Rechtsgeschäft.
 - o Beschränkung der Sachnutzung (Nutzniessung).
 - o Verfügungsbeschränkung (Vorkaufsrecht).
 - o Verwertungsrechtliche Beschränkung (Pfandrecht).
- Gesetz.
 - o Unmittelbare Eigentumsbeschränkung: der Eigentümer wird kraft Rechtsatz zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet (z.B. nachbarrechtliche Vorschriften ZGB 684 ff.).
 - o Mittelbare Eigentumsbeschränkung: entstehen nie direkt kraft Gesetzes, sondern sind Realobligationen (z.B. Notbrunnenrecht ZGB 710).

1.6.2. Miteigentum

a) *Allgemeines*

Das ist jener Typus des gemeinschaftlichen Eigentums, bei dem jedem Berechtigten die Verfügungsmacht über einen Anteil zukommt (ZGB 643). Nicht die Sache ist geteilt, sondern die Ausübung des Eigentums daran. **Miteigentum wird vermutet** (ZGB 646 I), wer Gesamteigentum behauptet, hat dies zu beweisen (ZGB 8).

b) *Arten*

- Gewöhnliches und qualifiziertes Miteigentum: Beim qualifizierten Miteigentum ist ein Sonderrecht untrennbar mit dem Miteigentumsanteil verbunden (Stockwerkeigentum: ausschliessliches Nutzungs- und Verwaltungsrecht für den einzelnen Miteigentümer, ZGB 712a-712t).
- Selbständiges und unselbständiges Miteigentum: Unselbständiges Miteigentum gehört den jeweiligen Eigentümern bestimmter Grundstücke, selbständiges Eigentum gehört individuell bestimmten Personen. Unselbständig ist z.B. das Miteigentum an der Grenzmauer (ZGB 670).

c) *Miteigentumsanteil*

Das ist die Gesamtheit der Rechte des einzelnen Miteigentümers in Bezug auf die gemeinschaftliche Sache. **ZGB 646 vermutet gleiche Quoten**. Der Miteigentumsanteil ist ein Objekt des Rechtsverkehrs (vgl. ZGB 655 II 4.) und dient als Bemessungsgrundlage für Beitragsleistungen und Kostentragung.

Ist die gemeinschaftliche Sache ein Grundstück, haben die Miteigentümer ein gesetzliches Vorkaufsrecht (ZGB 682 III, vertraglicher Ausschluss möglich). Der Anteil kann auch belastet werden, allerdings nur soweit die Rechtsposition der anderen Miteigentümer nicht verletzt wird. **Unzulässig ist eine Belastung mit einem Bau- oder Quellenrecht** (ZGB 779 ff.).

Wenn nicht die direkte eigentumsmäßige Zuständigkeit an der gemeinschaftlichen Sache geteilt wird, sondern nur die Zuständigkeit an einem Miteigentumsanteil, wird von gestuftem Miteigentum gesprochen.

d) Die im Miteigentum stehende Sache

Die Veräusserung, Zweckänderung und Belastung der Sache erfordert die Einstimmigkeit aller Miteigentümer (ZGB 648 II). **Ist bereits ein Miteigentumsanteil gepfändet, kann die Sache nicht mehr gepfändet werden** (ZGB 648 III). Dies gilt auch für gesetzliche Pfandrechte (z.B. ZGB 837).

Der Umfang der Nutzung und Benutzung ergibt sich aus der Grösse des Miteigentumsanteils. Die gesetzliche Verwaltung ergibt sich aus ZGB 647, 647a-e, 648 und 649a. **Mit Ausnahme von ZGB 647 II** (notwendige Verwaltungshandlungen und Sofortmassnahmen) **sind sie dispositiver Natur** und können dementsprechend abgeändert werden. Gewöhnliche Verwaltungshandlungen kann jeder alleine anordnen (ZGB 647a). Dies gilt auch für dringliche Handlungen (ZGB 647). Für wichtige Verwaltungshandlungen wie z.B. der Abschluss von Mietverträgen bedarf es der Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich auch den grösseren Teil der Sache vertreten (ZGB 647b). Dasselbe gilt auch für nützliche bauliche Massnahmen, während bei notwendigen baulichen Massnahmen bloss die Mehrheit der Miteigentümer ihre Zustimmung geben muss. Für luxuriöse bauliche Massnahmen bedarf es der Einstimmigkeit (ZGB 647e).

ZGB 649 befasst sich mit der Tragung der Kosten und Lasten gemessen an den Anteilen im Innenverhältnis. Auch diese Norm ist dispositiv. Das Aussenverhältnis behandelt sich nach dem konkreten Rechtsgeschäft, also meist nach OR.

e) Entstehung und Aufhebung

Miteigentum kann durch Rechtsgeschäft (z.B. gemeinsamer Kauf), von Gesetzes wegen (z.B. bei Verbindung und Vermischung ZGB 727 oder beim Ehegüterrecht ZGB 200 II, 248 II), durch ein richterliches Urteil (der Richter spricht mehreren, nicht durch ein Gesamthandsverhältnis verbundenen Klägern das Eigentum an einer Sache zu) oder behördliche Verfügung entstehen.

Die Aufhebung erfolgt durch eine vertragliche Aufhebung, durch den Richter oder durch den Aufhebungsanspruch (ZGB 650, Klage nach ZGB 651). Durchgeführt wird die Aufhebung entweder durch eine Versteigerung, durch den Verkauf an einen Dritten, durch einen Auskauf oder durch die körperliche Teilung bei teilbaren Sachen. **Der Aufhebungsanspruch kann durch Rechtsgeschäft aufgehoben werden (ZGB 650 II). Er ist beim Stockwerkeigentum ausgeschlossen** (vgl. jedoch ZGB 712f III), wie auch dann, wenn die gemeinschaftliche Sache einer dauernden Zweckverfolgung dient (z.B. Grenzvorrichtung). Eine Aufhebung zur Unzeit ist ebenfalls nicht möglich.

Die Miteigentümer haben ein **gesetzliches Vorkaufsrecht** bei Grundstücken aus ZGB 682 I. ZGB 682 I ist indessen dispositives Recht. Zu beachten ist ferner, dass im Stockwerkeigentumsrecht kein solches Vorkaufsrecht besteht.

f) Ausschluss aus der Gemeinschaft (ZGB 649b)

Liegen derart wichtige Gründe vor, dass für die anderen Miteigentümer die Fortsetzung der Gemeinschaft unzumutbar wird, können sie den Miteigentümer ausschliessen. Aktivlegitimiert zu einer Ausschlussklage sind die Miteigentümer, die allerdings eine Ermächtigung durch einen Mehrheitsbeschluss brauchen. Der Richter setzt dem Beklagten eine Frist zur Veräusserung des Anteils, verstreicht sie ungenutzt, erfolgt eine öffentliche Versteigerung.

1.6.3. Stockwerkeigentum

a) Das Stockwerkeigentum als besonders ausgestaltetes Miteigentum

i. Verbindung von Miteigentumsanteil und Sonderrecht

Gemäss ZGB 712a I ist das Stockeigentum ein Miteigentumsanteil am Grundstück, mit dem **Sonderrecht, ausgewählte Teile des Gebäudes ausschliesslich zu benutzen**. Dieses Sonderrecht ist untrennbar mit dem Miteigentumsanteil verbunden. Das Miteigentum aller Stockwerkeigentümer besteht an allen Teilen des Gebäudes im Umfang einer bestimmten Wertquote (ZGB 712e I).

ii. Verfügungen über den Stockwerkeigentumsanteil

Der Stockwerkeigentumsanteil ist ein selbständiges Vermögensobjekt, er wird grundbuchlich als **Grundstück** behandelt (ZGB 655 II 4.). Ein Teil des Stockwerkeigentumsanteil kann nur dann verkauft werden, wenn er **abgeschlossen ist und einen eigenen Zugang besitzt** (ZGB 712b I).

Die Veräusserung kann durch Begründung eines Vorkaufsrechts oder eines Einspracherechts (ZGB 712c II und III) eingeschränkt werden. Im Unterschied zum Miteigentum steht den Stockwerkeigentümern kein gesetzliches Vorkaufsrecht zur Verfügung (ZGB 712c I). Wurde vertraglich ein Vorkaufsrecht der Stockeigentümer errichtet, ist es nicht wie ein übliches Vorkaufsrecht auf 25 Jahre beschränkt (vgl. OR 216a OR, ZGB 712c).

Die Belastung mit obligatorischen Rechten ist ohne weiteres möglich, sofern keine rechtsgeschäftlichen Nutzungsbeschränkungen vorgesehen sind. Dingliche Rechte sind ebenfalls zulässig, sofern die Rechtspositionen der anderen Stockwerkeigentümer nicht beeinträchtigt werden. **Sind einzelne Einheiten mit einem Pfandrecht belastet, kann über das gesamte Grundstück kein Pfandrecht mehr errichtet werden.** Dienstbarkeiten (ZGB 712c II) bedürfen weiter noch der Tatsache, dass der belastete Stockwerkeigentumsanteil als Haftungssubstrat für das Pfandrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft (ZGB 712i, für die Beiträge der letzten drei Jahre) nicht entwertet wird. Unzulässig ist die Errichtung eines Baurechts i.S.v. ZGB 779.

iii. Zwangsvollstreckung

Wie der gewöhnliche Miteigentumsanteil unterliegt auch der Stockwerkeigentumsanteil als selbständiges Rechtsobjekt dem Zugriff der Gläubiger des Stockwerkeigentümers.

b) *Das Sonderrecht des Stockwerkeigentümers*

Das Sonderrecht ist das Recht zur ausschliesslichen Nutzung (z.B. ZGB 712a II und II, 684), Verwaltung und zur baulichen Ausgestaltung. Das Sonderrecht ist unselbständig, es kann nur zusammen mit dem Miteigentumsanteil veräussert werden.

Als Objekt des Sonderrechtes kann nur ein umschlossener Raum in Frage kommen (ZGB 712b I), der wirtschaftlich selbständig ist und über einen eigenen Zugang verfügt. Objekte, die eine gemeinschaftliche Zweckbestimmung haben, können nicht zu Sonderrecht zugeschrieben werden (ZGB 712b II, das sind Boden, elementare Gebäudeteile, das Baurecht und gemeinsame Anlagen und Einrichtungen).

c) *Die gemeinsame Verwaltung, Benutzung und Nutzung*

i. Allgemeines

Die Objekte mit gemeinschaftlicher Zweckbestimmung stehen unter gemeinsamer Verwaltung, Nutzung und Benutzung. Eine kollisionsfreie Benutzung kann durch ein Reglement gewährleistet werden. Die Bestimmungen von ZGB 712a-712t enthalten keine spezielle Zuständigkeitsordnung für Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen, deswegen sind ZGB 647-647e anzuwenden.

Diese Ordnung über das Miteigentum kann jedoch abgeändert werden (ZGB 712g II, sofern nicht zwingend). Dies führt dazu, dass i.d.R. bloss die Regeln über die baulichen Massnahmen zur Anwendung gelangen, denn über die Verwaltung kann jederzeit ein Stockwerkeigentümerreglement gefordert werden, welches von den Miteigentumsregeln abweichen kann (Mehrheitsprinzip). Bei der Änderung der Regeln über die baulichen Massnahmen würde es einer Einstimmigkeit bedürfen.

ii. Reglement

Es dient dazu, die Rechtsstellung des einzelnen Stockwerkeigentümers innerhalb der Gemeinschaft zu umschreiben. Es entfaltet auch Wirkungen gegenüber den Sonderrechtsnachfolgern der einzelnen Stockwerkeigentümer, sowie gegenüber den Inhabern beschränkter dinglicher Rechte an Stockwerkeigentumsanteilen. Dies natürlich nur über Bestimmungen der gemeinschaftlichen Verwaltung. Es besteht ein Anspruch auf Erlass des Reglements durch Mehrheitsbeschluss (ZGB 712g III), eine Abänderung erfolgt mit einem Mehr nach Personen und Anteilen, wobei das Quorum erleichtert werden kann (streitig).

d) Die Stockwerkeigentümergeinschaft

i. Beschränkte Vermögens- und Handlungsfähigkeit

Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist eine Rechtsgemeinschaft, aber keine juristische Person. Dennoch ist sie beschränkt vermögens- und handlungsfähig (ZGB 712I, z.B. aus Verträgen oder aus OR 58). Es besteht keine Konkursfähigkeit!

Objekte des Verwaltungsvermögens (ZGB 712I I) sind Beitragsforderungen der Gemeinschaft gegenüber den Stockwerkeigentümern, Forderungen aus Verträgen gegenüber Dritten, Gewährleistungsansprüche, Forderungen aus ausservertraglichem Haftpflichtrecht, solche aus Grundlasten, Rechte an Fahrnisgegenständen und an Grundstücken.

Die beschränkte Handlungs-, Prozess- und Betreibungsfähigkeit ergibt sich aus ZGB 712I II. Die beschränkte Handlungsfähigkeit ist vor allem im Bereich der Geschäftsfähigkeit von Bedeutung, so kann die Stockwerkeigentümergeinschaft Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen (z.B. Werkvertrag), sofern ein Zusammenhang zur Verwaltungstätigkeit besteht. Im Bereich von OR 58 und ZGB 679 ist die Stockwerkeigentümergeinschaft beschränkt deliktsfähig, wie auch im Bereich von OR 55 für ihren Verwalter. Für die Forderungen, die durch die Geschäftsfähigkeit entstanden sind, besteht die aktive wie passive Prozess- und Betreibungsfähigkeit. Wichtig ist aber immer der funktionelle Zusammenhang zur Verwaltungstätigkeit, welcher z.B. bei zedierten Minderungsansprüchen aus Kaufverträgen über einzelne Stockwerkeigentumsteile nicht gegeben ist.

ii. Organisation der Gemeinschaft

Da die Verhältnisse sehr verschieden sein können, sind die gesetzlichen Regelungen recht elastisch (ZGB 712m-712t). Zwingende Regelungen sind jedoch zu beachten (z.B. ZGB 712g II, 712h III, 712n II, 712p II). Die zwingenden Kompetenzen der Stockwerkeigentümer (ZGB 647 f.) können durch die Bestellung eines Verwalters eingeschränkt werden (ZGB 712s, 712q I, 712r II).

Die **Stockwerkeigentümerversammlung ist das einzige zwingende Organ** (ZGB 712m-712t), wobei Organ nicht im juristischen Sinne zu verstehen ist. Die Befugnisse ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen. Bei Beschlüssen kommen die Vorschriften des Miteigentumsrechts zur Anwendung (ZGB 712g I, Quoren, vgl. ZGB 647 ff. und Normen des Stockwerkeigentums). Massgebend sind die stimmenden anwesenden Stockwerkeigentümer (ZGB 712m II i.V.m. 67 II). Zirkulationsbeschlüsse sind möglich.

Bei der Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen ist auf das Vereinsrecht zu verweisen (ZGB 75, Gesetzes- und Statutenverletzungen, nicht jedoch Unangemessenheit oder Unweckmässigkeit). Die Aktivlegitimation steht jedem Stockwerkeigentümer zu und ist unentziehbar.

Der **Verwalter ist das ausführende Organ**, wobei er aber nicht zwingend ist. Er wird mit einfachem Mehr bestellt und bedarf des Abschlusses eines Verwaltervertrages (ZGB 712m I 2.). Eine Bestellung durch den Richter ist ebenfalls möglich (ZGB 712q). Die Aufgaben sind in ZGB 712s f. festgelegt. Die Abberufung kann jederzeit mit einfachem Mehr getätigt werden (ZGB 712r I), wie auch durch den Richter (ZGB 712r II), wobei hier die

Voraussetzung die Verweigerung der Abberufung durch die Gläubigerversammlung unter Missachtung wichtiger Gründe ist. Mit der Abberufung ist die Organstellung beendet, nicht das Rechtsverhältnis, welches sich nach dem Vertrag beurteilt (vgl. OR 398 ff. und 319 ff.).

Die Stockwerkeigentümergeinschaft kann auch einen Ausschuss bilden (ZGB 712m I 3.), der beratende und überwachende Funktionen besitzt.

e) Entstehung und Untergang von Stockwerkeigentum

i. Entstehung

Es entsteht durch die konstitutive Grundbucheintragung (ZGB 712d I). Damit der Anteil als Grundstück behandelt wird, muss er auch als solches im Grundbuch aufgenommen sein (ZGB 943 I 4.). Wegen dem Kausalitätsprinzip muss vorher noch das Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen werden (ZGB 712d II, Vertrag der Miteigentümer oder Erklärung des Alleineigentümers). Es bedarf der öffentlichen Beurkundung (ZGB 712d III). Ein Urteil als Begründungsmöglichkeit wurde höchstrichterlich verneint.

ii. Untergang

Untergangsgründe sind der Untergang der Liegenschaft oder des Baurechts (ZGB 712f I, totaler Substanzverlust, ZGB 779c), Aufhebungsvereinbarung- oder Erklärung (ZGB 712f II), erfolgreich geltend gemachter Aufhebungsanspruch (ZGB 712f III) oder die zwangsweise Überführung in gewöhnliches Miteigentum (ZGB 976 analog).

Der Aufhebungsanspruch erfordert, dass das Gebäude zu mehr als die Hälfte zerstört ist, der Wiederaufbau eine nicht tragbare schwere Belastung darstellt, und der Stockwerkeigentümer keine angemessene Abfindung erhält.

Die Löschung im Grundbuch kann deklaratorischer oder konstitutiver Natur sein.

1.6.4. Gesamteigentum ZGB 652-654

a) Allgemeines

Ein **persönliches Gemeinschaftsverhältnis unter den Beteiligten ist vorausgesetzt**. Rechtsträger sind die einzelnen Gemeinschaftler in ihrer Gesamtheit, nicht die Gemeinschaft als solche. Der Einzelne kann keine Rechte an der Sache ausüben, nur die Gemeinschaft. Der Anteil ist also nicht frei verfügbar, vor allem wird nicht von einem Miteigentumsanteil sondern von einem **Anteil im Sinne von Gewinnanteil und von Anwartschaftsquote** gesprochen.

Indem die individuelle Rechtsausübung durch den Einzelnen ausgeschlossen ist, unterscheidet sich das Gesamt- vom Miteigentum.

b) *Subjekte und Subjektswechsel*

Jeder einzelne ist Träger der Rechte und Pflichten, nicht die Gesamthandsgemeinschaft. Der Rechtserwerb bzw. -verlust an den gemeinschaftlichen Vermögensobjekten durch den in die Gesamthandschaft Ein- bzw. Austretenden erfolgt uno actu und ipso jure, eine spezielle Eigentumsübertragung ist also nicht nötig.

Der Ein- bzw. Austritt eines Gesamthänders schwächt bzw. stärkt die Rechtsposition der bisherigen Beteiligten.

c) *Die im Gesamteigentum stehenden Objekte*

Nur einzelne Sachen, nicht aber ein Gesamthandsvermögen können Gegenstand von Gesamteigentum sein (Spezialitätsprinzip). Sind andere Vermögensobjekte (z.B. eine Forderung) im Gesamteigentum erfasst, finden die Bestimmungen über das Gesamteigentum analog Anwendung. Das Gesamthandsvermögen stellt eine Rechtsgesamtheit dar.

Wer Verfügungen über die gemeinschaftlichen Objekte tätigen kann, ist primär den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen. ZGB 653 schreibt vor, dass es einen einstimmigen Beschluss der Gesamteigentümer voraussetzt (dispositiv, subsidiär). Eine Verfügungsmöglichkeit über „Anteile“ besteht nicht, ausser das anwendbare Gemeinschaftsrecht lässt dies zu (dann ist es aber eine Rechtsverfügung, keine Verfügung über eine Sache!).

d) *Entstehung des Gesamteigentums*

Die Voraussetzung ist ein persönliches Gemeinschaftsverhältnis. Dieses Gesamthandsverhältnis kann entweder durch ein Rechtsgeschäft (Ehevertrag, Gesellschaftsvertrag etc.) oder kraft Gesetzesvorschrift entstehen (z.B. Erbgang). Einzelne Gesamthandsverhältnisse sind:

- **Gütergemeinschaft (ZGB 221, 223 f.).**
- **Erbengemeinschaft (ZGB 602).**
- **Gemeinschaft der Verwandten (ZGB 336 ff.).**
- **Einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft.**
- **Durch die Praxis die fortgesetzte Erbengemeinschaft und die Gemeinschaft der Treuhänder.**

Ob gleichzeitig mit der Entstehung des Gesamthandsverhältnisses auch Gesamteigentum entstehen kann, beantwortet sich je nach Verhältnis unterschiedlich (z.B. mit Abschluss des Ehevertrages, mit dem Tod des Erblassers, mit dem Grundbucheintrag bei Personengesellschaften etc.).

e) *Aufhebung von Gesamteigentum*

Grundsätzlich besteht kein Aufhebungsanspruch (ZGB 653, **eine Ausnahme ist aber ZGB 604**). Das Gesamteigentum geht nur unter mit der Beendigung des die Gesamteigentümer verbindenden Gesamthandsverhältnisses oder durch Veräußerung an einen Dritten oder an einen anderen Gesamthänder (ZGB 654).

Bei der Beendigung des Gesamthandsverhältnisses entsteht aber nur ein Auflösungsgrund, der einen Aufhebungsanspruch entstehen lässt. Dieser wiederum entfaltet noch keine Wirkung. Dem bisherigen Gemeinschaftsverhältnis kommt die Funktion einer Liquidationsgemeinschaft zu; das Gesamteigentum wird erst durch die Liquidation aufgehoben.

Die Liquidationsphase richtet sich in erster Linie nach der Vereinbarung, die die Gesamthänder zum vornherein getroffen haben, danach nach den Gesetzesbestimmungen und weiter subsidiär werden die Vorschriften des Miteigentums analog angewendet.

2. **Grundeigentum**

2.1. *Die Grundstücke*

2.1.1. **Allgemeines**

Der Grundstücksbegriff in ZGB 655 II ist identisch mit demjenigen von ZGB 943 I, der alle Objekte umfasst, die in das Grundbuch aufgenommen und in diesem durch ein eigenes Blatt individualisiert werden können: Liegenschaften, selbständige dauernde Rechte, Bergwerke und Miteigentumsanteile.

2.1.2. **Die Liegenschaften (Grundstücke im eigentlichen Sinn)**

Das ZGB enthält keine Legaldefinition des Liegenschaftsbegriffs. GBV 2 II umschreibt sie als **Bodenfläche mit genügend bestimmten Grenzen**. Da die Liegenschaft dreidimensional ist, braucht sie neben dieser **horizontalen** Begrenzung noch eine **Vertikale**. Diese ergibt sich aus dem Eigentümerinteresse im konkreten Einzelfall (ZGB 667). Bei der Bestimmtheit der Grenze genügt es, dass die Lage zwischen anderen Liegenschaften bekannt ist und die Grenzen mit den Anstössern bestimmbar sind. Bei Grenzstreitigkeiten ist das beschleunigte Verfahren anwendbar (EG ZGB 85).

Auch Gewässer, nicht jedoch Quellen können als Liegenschaften ins Grundbuch aufgenommen werden. Das Grundeigentum erfasst die Liegenschaft in ihrem gesamten Bestand, also mit Bestandteilen.

ZGB 664 bezieht sich ausschliesslich auf Grundstücke, die sich im Gemeingebrauch im Sinne des öffentlichen Rechts befinden. Herrenlos sind solche Sachen, die von Natur aus im Gemeingebrauch stehen (z.B. öffentliche Gewässer), „öffentlich“ sind Sachen durch ihre Widmung. ZGB 664 befasst sich nicht mit Finanz- und Verwaltungsvermögen! Im Aargau gehören das öffentliche Gut und das herrenlose Land entweder dem Staat (Kanton) oder der Gemeinde (EG ZGB 82).

2.1.3. Anwendbarkeit des Liegenschaftsrechts auf Rechte

a) *Selbständige und dauernde Rechte ZGB 655 II 2., 943 I 2.*

Der liegenschaftsähnlichen Behandlung fähig sind grundsätzlich alle selbständigen und dauernden Nutzungsrechte. Diese Rechte sind Objekte des Rechtsverkehrs, sofern sie im Grundbuch durch Anlegung eines Hauptbuchblattes (GBV 9) aufgenommen sind.

Die Voraussetzungen, dass ein solches Recht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen wird, sind:

- Seine Eintragung auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks (bevor ein eigenes Grundbuchblatt eröffnet wird).
- Selbständigkeit, d.h. es muss übertragbar sein und kein Realrecht darstellen.
- Minstdauer von 30 Jahren (GBV 7 II 2.).

Selbständige und dauernde Rechte des Bundesprivatrechts sind das Baurecht (ZGB 675, 779 ff., nicht jedoch das Überbaurecht gemäss ZGB 674 und das Baurecht an einem Stockwerk gemäss ZGB 675 II), das Quellenrecht (ZGB 704 II, 680) und die Personaldienstbarkeit (ZGB 781). Im öffentlichen Recht gelten die durch Konzession verliehenen Rechte als selbständige und dauernde Rechte. Daneben kann es weitere solche Rechte aus dem kantonalen Recht geben.

b) *Bergwerke ZGB 655 II 3., 771, 943 I 3.*

Bergwerke, die ins Grundbuch aufgenommen werden können (GBV 10), sind **Rechte zur bergbautechnischen Ausbeutung von Rohstoffen**. Es handelt sich also nicht um ein Bergwerk, sondern um eine Bergbauberechtigung.

c) *Miteigentumsanteile ZGB 655 II 4., 943 I 4.*

Der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, wie auch der Stockwerkeigentumsanteil können wie Liegenschaften behandelt werden, wenn für sie ein eigenes Blatt im Grundbuch angelegt wird (GBV 10a I und II). Ob Miteigentum an einem Miteigentumsanteil ebenfalls als Liegenschaften behandelt werden können, ist umstritten, grundsätzlich wird es bejaht, jedoch ist es nicht mit dem Gesetz vereinbar (ZGB 655 enthält nur Rechte, die eine enge Verbindung zum Grundstück haben, was bei Rechten an Rechten nicht mehr gegeben ist).

2.2. *Umfang des Grundeigentums (vgl. ZGB 667-678)*

2.2.1. Die horizontale Ausdehnung ZGB 668

a) *Amtliche Mittel zur Grenzfestlegung*

ZGB 668 sieht vor, dass Abgrenzungen der Grundstücke entweder auf den Grundstücken selber oder im Grundbuch mittels Grenzlinien möglich sind.

Gemäss Art. 15 der Verordnung des Bundesrates über die amtliche Vermessung (VAV) können als Grenzzeichen Marksteine und Metallbolzen verwendet werden. Der Grundbuchplan gilt als öffentliche Urkunde i.S.v. ZGB 9. Sind Divergenzen zwischen den Grenzlinien und den Grenzzeichen vorhanden, gilt gemäss ZGB 668 II die widerlegbare Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchplanes, weil Grenzzeichen leicht verschoben werden können.

Private Grenzvorrückungen stehen im Miteigentum der Nachbarn (widerlegbare Vermutung, ZGB 670).

b) *Mitwirkungspflicht zur Grenzfestlegung ZGB 669*

Jeder Grundeigentümer ist von Gesetzes wegen verpflichtet, bei der Festlegung einer ungewissen Grenze mitzuwirken, egal welches Mittel angewendet wird (Grundbuchpläne oder Anbringen von Grenzzeichen). Erfolgt keine Einigung, sind die Voraussetzungen erfüllt, um die Grenzscheidungsklage zu erheben (ZGB 669, beschleunigtes Verfahren [EG ZGB 85]).

2.2.2. Die vertikale Ausdehnung ZGB 667

Nach ZGB 667 I erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden nur soweit in den Luftraum und in das Erdinnere, als für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht. Es muss sich dabei um ein schutzwürdiges Interesse handeln, was sich aus der konkreten Situation ergibt. Dieses kann ästhetisch, künftig (sofern realisierbar) oder selbst wissenschaftlich sein.

Je nachdem, wo die Grenze festgelegt wird, kann allenfalls durch Flugzeuge oder durch Grabungen eine Eigentumsstörung verursacht werden.

2.2.3. Umfang des Grundeigentums und Akzessionsprinzip

Aufgrund des Akzessionsprinzips lässt sich feststellen, welche Objekte vom Eigentumsrecht des Grundeigentümers erfasst sind (ZGB 667 II). Das sind mit dem Grund und Boden verbundene Pflanzen, Bauten und Quellen, egal, ob sie jeweils Bestandteilseigenschaft aufweisen.

Die Dauerbauten müssen fest und dauerhaft mit dem Boden verbunden sein. Das Gesetz sieht in ZGB 670, 674, 675, 779 und 676 Ausnahmen von der Akzession vor.

Eine Quelle ist das an einer bestimmten Stelle einer Liegenschaft aus dem Erdinneren regelmässig an die Erdoberfläche dringende Wasservorkommen (ZGB 704). Bach- und Flussquellen sind in zahlreichen Kantonen öffentliche Gewässer. Mit den Quellen gleichgesetzt ist das Grundwasservorkommen, wenn es nur eine geringe Ausdehnung aufweist. Dies steht jedoch unter Vorbehalt vom konkret anwendbaren kantonalen Recht, welches das Grundwasservorkommen als öffentlich erklären kann.

Zu beachten ist, dass aus einem als öffentliches Gewässer geltenden Grundwasserstrom auf natürliche Weise Wasser an die Oberfläche tritt, dieses genutzt werden kann.

2.3. *Beschränkungen des Grundeigentums*

2.3.1. Nutzungsbeschränkungen

a) *Nutzungsbeschränkungen im Nachbarrecht*

i. Bedeutung

Als Nachbarrecht wird die Gesamtheit der Nutzungsbeschränkungen des Grundeigentums bezeichnet, welche die Rücksichtnahme auf einen Kreis benachbarter Grundeigentümer im Rahmen übermässiger Einwirkungen erfordert. Die Normen des Nachbarrechts (ZGB 669, 679, 684 ff., 706) bezwecken den Schutz des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses. Für Pflanzen vgl. EG ZGB 88 ff.

Der Nachbar ist in der Regel der Grundeigentümer, dessen Grundstück direkt anstösst. Massgebend ist jedoch die im konkreten Fall verletzte nachbarrechtliche Vorschrift, da auch ein weiter entfernter Nachbar betroffen sein kann (z.B. ZGB 679).

ii. Verbot übermässiger Einwirkungen ZGB 684

Das Ausgangsgrundstück muss grundsätzlich ein selbständiges, vom Grundstück des durch die Immission betroffenen verschiedenen Grundstück sein. Zu beachten ist, dass ZGB 684 jedoch auch auf Stockwerkeigentum anwendbar ist.

Als Einwirkung sind grundsätzlich alle Immissionen auf ein Grundstück zu verstehen, welche mit der Benutzung oder Bewirtschaftung eines anderen Grundstücks in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen. Dabei lässt sich zwischen materiellen (Rauch, Russ, Lärm, Flüssigkeiten, Erschütterung etc.), ideellen (Verletzung des psychischen Empfindens, z.B. durch Kunst oder Rotlichtbetrieb) und negativen Immissionen unterscheiden. Letztere liegen vor wenn dem Nachbargrundstück die Zuführung von Stoffen, Personen oder Energien verunmöglicht wird, oder wenn ideelle Eindrücke wie die Aussicht gemindert werden. **Das Bundesgericht sieht ideelle Immissionen nicht als Einwirkungen im Sinne von ZGB 684.**

Die Einwirkung muss übermässig sein (ZGB 684 I). Dabei ist die konkrete Interessenlage massgebend. Weiter zu berücksichtigen sind die Schädlichkeit der Immission, die Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie der Ortsgebrauch.

Als Rechtsbehelfe stehen die Klagen aus ZGB 679 und die Klagen aus Besitzesstörung gemäss ZGB 928 f. zur Verfügung. Nach Bundesgericht gelten Immissionen im Luft- und Strassenverkehr lediglich dann als übermässig, wenn sie für den betroffenen Grundeigentümer unvorhersehbar sind, ihn speziell treffen und einen schweren Schaden verursachen.

- Einwirkung.
 - o Materielle Einwirkung (Rauch, Lärm etc.).
 - o Negative Einwirkung.
 - Verunmöglichung der Zuführung von Stoffen, Personen, Energie etc.
 - Minderung ideeller Eindrücke.
- Übermässigkeit (konkrete Interessenlage).

Passivlegitimiert ist auch das Gemeinwesen, **sofern die schädigende Grundstücksnutzung nicht auf den bestimmungsgemässen Gebrauch einer öffentlichen Sache zurückgeht, die sich nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand verhindern lässt.** Liegt daher die schädigende Grundstücksnutzung im bestimmungsgemässen Gebrauch einer öffentlichen Sache oder lässt sie sich nicht verhindern, ist das Nachbarrecht aus ZGB 679 i.V.m. 684 zu enteignen.

iii. Verbot schädigender Grabungen und Bauten ZGB 685

Unter den Begriff des Grabens und Bauens fällt jede künstliche Veränderung am Erdkörper des Grundstücks. Graben ist die künstliche Vertiefung des Bodens, Bauten sind alle mit dem Boden verbundene bauliche Vorrichtungen.

Die durch ZGB 685 I dem Grundeigentümer auferlegte Unterlassungspflicht stellt eine Einschränkung seiner aus dem Eigentum fließenden Nutzungsbefugnisse zugunsten der Nachbargrundstücke dar. Der Grundeigentümer darf durch Grabungen und Bauten nicht das Nachbargrundstück in Gefahr bringen oder Beeinträchtigen. ZGB 685 geht 684 vor. Als Rechtsbehelfe stehen die Klagen aus ZGB 679 zur Verfügung.

b) *Nutzungsbeschränkungen durch Legalservitute*

i. Überbaurecht ZGB 674 III

ZGB 674 II regelt den Fall grenzüberschreitenden Bauten. Ragen einzelne Teile einer Baute (z.B. Balkon) in den Interessenbereich des Eigentümers eines angrenzenden Grundstücks hinein, besteht u.U. eine Duldungspflicht. Folgende Voraussetzungen für eine Einräumung eines Überbaurechts als Grunddienstbarkeit müssen erfüllt sein:

- Der Überbau erfolgte unberechtigtweise.
- Der Verletzte hat es versäumt, rechtzeitig Einsprache zu erheben.
- Der Überbauende handelte in gutem Glauben.
- Das Überbaurecht erscheint in Berücksichtigung beidseitiger Interessen als gerechtfertigt.

Bietet der betroffene Nachbar aufgrund seiner realobligatorischen Pflicht Hand zu einer rechtsgeschäftlichen Lösung, entsteht das Überbaurecht mit Eintrag im Grundbuch (ZGB 731 I). Ansonsten entsteht es mit der formellen Rechtskraft eines Urteils, wobei der Eintrag ins Grundbuch nur deklaratorischer Natur ist. Ohne Überbaurecht bleibt z.B. eine grenzüberschreitende Baute auf oder unter der Erdoberfläche wegen dem Akzessionsprinzips im Eigentum des Verletzten.

Als Gegenleistung ist eine angemessene Entschädigung zu entrichten (ZGB 674 III). Aus den gleichen Voraussetzungen kann der Betroffene Grundeigentümer (Überbauer) auch verlangen, dass man ihm das Eigentum am unberechtigtweise überbauten Boden zuweist.

ii. Durchleitungsrecht ZGB 691

Es beinhaltet das Recht, Transitleitungen zum Transport von Materialien und Energien über ein fremdes Grundstück zu führen. Der Anspruch steht dem Eigentümer zu, dem die Leitung dienen soll und betrifft deswegen u.U. mehr Nachbarn, als nur gerade die direkt Anliegenden. Der Anspruch setzt kumulativ voraus:

- Im Bundes- oder kantonalen Recht ist keine Verweisung auf die Enteignung vorhanden.
- Es ist ein Nachweis des Bedürfnisses für die Leitung vorhanden.
- Volle Entschädigung vor Inanspruchnahme des Grundstückes.
- Ohne die Inanspruchnahme würden sich die Kosten unverhältnismässig erhöhen.

Das Recht entsteht durch richterliches Urteil oder durch Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrages. Ein Eintrag im Grundbuch ist nicht nötig. Weitere Ansprüche sind aus ZGB 692 f. ersichtlich. Weil das Durchleitungsrecht zu den Nотреchten gehört, verliert es seine Berechtigung, wenn die Notsituation wegfällt.

iii. Notwegrecht ZGB 694

ZGB 694 liegt die Idee zugrunde, dass Grundstücke, die nicht an öffentliche Strassen münden, dennoch bestimmungsgemäss und rationell bewirtschaftet werden sollen können. Der Anspruch auf ein Notwegrecht steht dem Eigentümer und dem Inhaber eines Baurechts zu, und richtet sich gegen alle Eigentümer, deren Grundstücke das an Wegenot leidende Grundstück von der öffentlichen Strasse trennen. Es müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Anwendbarkeit von ZGB 694. Diese ist ausgeschlossen, wenn öffentliche Bestimmungen eine spezielle Regelung enthalten.
- Die betroffenen Grundstücke müssen benachbart sein,
- Eine Wegverbindung ist nicht vorhanden oder ungenügend. Entstand der Mangel durch öffentliches Recht, verneint das Bundesgericht die Anwendbarkeit von ZGB 694, wie auch wenn der wegleidende Eigentümer seine Bedürfnisse verändert.
- Der Ansprecher darf die bisherige Wegverbindung nicht durch willkürliche Handlung aufgehoben haben.
- Den Interessen des Belasteten ist genügend Rechnung zu tragen (im Zweifel also gegen das Notwegrecht).

Kein Anspruch auf Einräumung eines Notwegerechts besteht, wenn die ungenügende strassenmässige Erschliessung ausschliesslich durch öffentliches Recht entstanden ist.

Der Anspruch entsteht mit dem Eintrag im Grundbuch aufgrund des schriftlich abgeschlossenen Dienstbarkeitsvertrages (ZGB 732) oder ausserbuchlich mit formeller Rechtskraft eines Gestaltungsurteils. Das Notwegrecht muss möglichst schonend ausgeübt werden (ZGB 737 II) und der belastete Eigentümer hat Anspruch auf eine Entschädigung. Ändern sich die Verhältnisse, besteht ein Abänderungsanspruch (analog ZGB 710).

iv. Notbrunnenrecht ZGB 710

Es bezweckt das notwendige Wasser sicherzustellen. Zur Einräumung dieser Wasserbezugsdienstbarkeit ist jeder Nachbar verpflichtet, der ohne eigene Not Wasser abzugeben vermag.

v. Weitere nachbarrechtliche Nutzungsbeschränkungen

- Wasserablauf ZGB 689. Das natürlich abfliessende Oberflächenwasser muss abgenommen werden, und umgekehrt zugeflossen werden lassen, sofern es der Untere zur Bewirtschaftung seines Grundstückes braucht.
- Pflanzungen ZGB 687 f. Massgebend ist in erster Linie kantonales Recht (echter Vorbehalt). Subsidiär gelangen ZGB 687 f. zur Anwendung, also ein Kapprecht, wenn die Anlage durch den Nachbarn beeinträchtigt wird, sowie das Recht auf Anries.

c) Nutzungsbeschränkungen durch Zutrittsrechte

i. Allgemeines

Unter bestimmten Voraussetzungen hat jeder Grundeigentümer der Allgemeinheit bzw. Einzelpersonen Zutritt zu seinem Grundstück zu gewähren. Es sind deswegen Nutzungsbeschränkungen, weil der Eigentümer gewisse Sachen wie Einzäunungen unterlassen muss.

ii. Zutrittsrecht zu Wald und Weide ZGB 699 I

Ohne besonderes Interesse kann jeder sich in Wald und Weide begeben. Als Wald gilt jede Bodenfläche, die mit typischen Waldbäumen oder –sträuchern bestockt ist und Waldfunktionen, insbesondere Schutz- und Wohlfahrtsfunktionen, erfüllt. Weide ist ein Grundstück, dessen ausschliessliche oder zumindest primäre Nutzung darin liegt, Vieh weiden zu lassen. Unter das Zutrittsrecht fallen nur diese Formen des Betretens, die keinen Schaden auf dem Grundstück verursachen.

iii. Weitere Zutrittsrechte

- ZGB 700 I statuiert das Recht auf Zutritt zum Aufsuchen und Wegschaffen von Gegenständen, die durch Naturgewalt / sonstige zufällige Ereignisse auf ein fremdes Grundstück gelangt sind.
- ZGB 701 I statuiert den Fall des Notstandes. Defensiv ist er dann, die Gefahr durch eine Sache auf dem Grundstück selbst hervorgerufen wird, aggressiv, wenn eine unbeteiligte Sache als Mittel zur Gefahrbeseitigung benutzt wird.

2.3.2. Verfügungsbeschränkungen

a) Allgemeines

Die Ausübung der rechtlichen Verfügungsmacht ist durch Gesetz und Rechtsgeschäfte beschränkbar. Die Beschränkungen betreffen vor allem die Veräusserungs- und die (pfandrechtliche) Belastungsmöglichkeit. Gesetzliche Verfügungsbeschränkungen bestehen auch ausserhalb des ZGB (z.B. BGBB 40, LPG 5 I, BewG 2 I, WEG 24).

b) Gesetzliche Verfügungsbeschränkungen

i. Unmittelbare Verfügungsbeschränkungen

Sie verpflichten den Grundeigentümer direkt **kraft Rechtssatz** zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, ohne dass es einer speziellen privaten oder behördlichen Anordnung bedarf. Eine Eintragung im Grundbuch ist ebenfalls nicht erforderlich (vgl. ZGB 680 I).

- ZGB 169 I: ein Ehegatte kann die Familienwohnung nicht alleine veräußern oder beschränken.
- ZGB 201 II: ein Ehegatte darf nicht allein über ein Grundstück im Miteigentum verfügen.
- ZGB 228 I: über ein Grundstück im Gesamtgut dürfen die Eheleute nur gemeinsam verfügen.
- ZGB 320 II: Kindsvermögen ist nur mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde angreifbar.
- ZGB 682 I und II: Vorkaufsrecht des Miteigentümers eines Grundstückes. Das Vorkaufsrecht ist weder abtretbar, noch vererblich (ZGB 682 III). Im Gegensatz zu den vertraglichen Vorkaufsrechten kann es auch im Falle der Zwangsvollstreckung ausgeübt werden (ZGB 681 I).
- ZGB 810 II: Pfandrecht für den Grundpfandgläubiger zur Abwehr.
- ZGB 819: Pfandrecht zur Sicherung der Auslagen des Pfandgläubigers.

ii. Mittelbare Verfügungsbeschränkungen

Unter bestimmten Voraussetzungen besteht ein **gerichtlich durchsetzbarer Anspruch** gegenüber dem Eigentümer eines Grundstücks auf Einräumung eines Rechts an diesem Objekt.

- ZGB 178 III: Verfügungsbeschränkung für einen Ehegatten.
- ZGB 712i: Pfandrecht für die Stockwerkeigentümergeinschaft bei entfallenen Beiträgen.
- ZGB 779d II: Pfandrecht für Heimfallsentschädigung des Bauberechtigten.
- ZGB 779i: Pfandrecht zur Sicherung des Baurechtszinses.
- ZGB 837: Bauhandwerkerpfandrecht.
- ZGB 960: Vormerkung der Verfügungsbeschränkung gegenüber späteren Rechten.

c) *Gewillkürte Verfügungsbeschränkungen*

i. Rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht

Das Vorkaufsrecht verleiht dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis, bei Eintritt des Vorkaufsfalles durch einseitige (gestaltende) Willenserklärung zu Handen des Vorkaufsverpflichteten das auf Übertragung des Eigentums am Vorkaufsobjekt ausgerichtete Vertragsverhältnis wirksam werden zu lassen.

Inhalt des Vorkaufsvertrages, der auch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen sein kann, können bewegliche Sachen, Grundstücke oder Realteile von solchen sein. Das Vorkaufsrecht kann als Personalrecht oder als Realrecht ausgestaltet sein. Letzteres ist nicht frei übertragbar. Vertragliche Vorkaufsrechte sind vererblich, nicht jedoch abtretbar (OR 216b I, dispositiv). **Wurde der Kaufpreis nicht vereinbart, ist derjenige Preis massgebend, der mit dem Dritten geschlossen wurde.**

OR 216 II verlangt für die Begründung eines **limitierten Vorkaufsrechts** an Grundstücken die öffentliche Beurkundung. Limitiert ist es dann, wenn der Preis fix abgemacht ist. Ein unlimitiertes Vorkaufsrecht bedarf nur der einfachen Schriftlichkeit (OR 216 III). Das Vorkaufsrecht kann auch im Grundbuch vorgemerkt werden (OR 216a, ZGB 959 I) und wird so zur Realobligation. Nach Ablauf von 25 Jahren hat der Grundbuchverwalter das Vorkaufsrecht von Amtes wegen zu löschen (GBV 72 I, vgl. OR 216a).

Das Vorkaufsrecht kann bei einem Verkauf sowie bei jedem anderen Geschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, geltend gemacht werden (OR 216c). **Kein Vorkausfall ist die Zwangsvollstreckung, der Erbgang oder der Erwerb zur Erfüllung einer öff. Aufgabe** (OR 216c II).

Die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts (ZGB 779a) sowie der Abschluss eines Immobilienleasingvertrages stellen ökonomisch betrachtet ebenfalls einen Vorkaufsvertrag dar.

Ein Vorkausfall liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Abschluss des Veräusserungsgeschäfts erfolgt freiwillig.
- Die Eigentumsübertragung erfolgt entgeltlich und in Singularsukzession (also nicht bei Schenkung oder Tausch!).
- Dem Veräusserer kommt es auf den Empfang der Geldleistung an und nicht auf die Person des Erwerbers (wiederum nicht bei Schenkung oder bei gemischter Schenkung, jedoch dann, wenn die Schenkung als Umgehungsgeschäft gewählt wird).
- Der Vertrag mit dem Dritten muss auf Eigentumsübertragung gerichtet sein. Die Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechtes stellt deswegen keinen Vorkausfall dar.

Ist der Vorkausfall eingetreten, ist zu beachten, dass gesetzliche Vorkaufsrechte den Vertraglichen vorgehen. Der Verkäufer sowie der Grundbuchverwalter haben eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten (OR 216d I, ZGB 969 I).

Der Vorkaufsberechtigte hat drei Monate Zeit, um sich zu entscheiden (OR 216e, Verwirkungsfrist). Für die Ausübungserklärung ist keine gesetzliche Form vorgeschrieben. Der Adressat der Ausübungserklärung ist der Verkäufer.

Das Vorkaufsrecht erlischt bei vereinbartem Ausschluss der aktiven und passiven Vererblichkeit durch Tod einer Partei, durch Untergang des Verkaufsobjekts, nach erfolgter Ausübung infolge Wegfalls des Zwecks, durch Zeitablauf oder durch Nichtausübung eines Vorkausfalles.

ii. Kaufsrecht

Das Kaufsrecht ist wie das Vorkaufsrecht ein durch Rechtsgeschäft begründetes Gestaltungsrecht. Das Kaufrecht berechtigt, durch einseitige Gestaltungserklärung, auf Übertragung des Eigentums an einer Sache nach den vertraglich festgesetzten Kriterien (Kaufgegenstand, Kaufpreis und Parteien, evtl. mit weiteren Vereinbarungen).

Das Kaufrecht ist nur übertragbar wenn dies im Kaufrechtsvertrag vereinbart wurde. Im Zweifel gilt es als vererblich (OR 216b I). Der Vertrag ist öffentlich zu beurkunden, und kann auch im Grundbuch vorgemerkt werden (OR 216a I, ZGB 959 I), allerdings höchstens für 10 Jahre.

Das Kaufrecht kann jederzeit ausgeübt werden. Es geht durch dieselben Gründe unter, wie das Vorkaufsrecht. Im Gegensatz zu letzterem kann es also in jedem beliebigen Zeitpunkt unabhängig vom Eintritt eines Vorkaufsfalles, ausgeübt werden. Vom Rückkaufsrecht grenzt sich das Kaufrecht insofern ab, als dieses mit jeder beliebigen Person und nicht wie das Rückkaufsrecht nur mit dem Käufer vereinbart werden kann.

iii. Rückkaufsrecht

Dem Rückkaufsrecht liegt ein Kaufvertrag zugrunde, in dem vorbehalten wurde, dass der frühere Eigentümer ein Rückkaufsrecht bezüglich des verkauften Grundstückes hat. Es ist somit ebenfalls ein begründendes Gestaltungsrecht.

Essentialia negotii sind die Parteien und der Kaufgegenstand. **Wurde preislich nichts vereinbart, gilt der Kaufpreis als Rückkaufspreis.** Das Rückkaufsrecht ist auf 25 Jahre befristet (OR 216a). Bezüglich der Form und der Möglichkeit der Eintragung im Grundbuch, sowie des Untergangs des Rückkaufsrechtes, unterscheidet es sich nicht vom Vorkaufsrecht. Die Ausübung ist derjenigen des Kaufrechts gleich.

2.3.3. Aufhebung und Abänderung der Eigentumsbeschränkungen

Aufhebung ist die vollständige Beseitigung der Verfügungsbeschränkung. Eine Abänderung liegt dann vor, wenn die Wirkung einer Eigentumsbeschränkung erweitert oder vermindert wird.

Die Aufhebung einer unmittelbaren gesetzlichen Nutzungsbeschränkung bedarf des Abschlusses eines Dienstbarkeitsvertrages und der Eintragung im Grundbuch. Der Dienstbarkeitsvertrag bedarf seinerseits der öffentlichen Beurkundung (ZGB 680 II).

Bei Aufhebung und Abänderung von gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen ist keine allgemein gültige Regel vorhanden, die Modalitäten sind für den Einzelfall zu prüfen. Eine Aufhebung oder Abänderung von gesetzlichen Vorkaufsrechten bedürfen der öffentlichen Beurkundung (ZGB 681b). Die Verfügungsbeschränkung von ZGB 169 I wird durch schriftliche Zustimmung des Ehegatten aufgelöst.

2.4. *Rechtsgeschäftlicher Erwerb*

2.4.1. Allgemeines

ZGB 656 I statuiert den Grundsatz, dass es zum Erwerb des Eigentums an einem Grundstück der Eintragung ins Grundbuch bedarf, denn nur derjenige im Grundbuch kann Eigentümer (oder Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts) sein (ZGB 971). ZGB 656 II sieht jedoch Ausnahmen von diesem absoluten Eintragungsprinzip vor, namentlich bei Erbgang, Aneignung oder Zwangsvollstreckung.

Wegen dem Kausalitätsprinzip im Sachenrecht hat ein ungültiges Grundgeschäft zur Folge, dass der Eintrag im Grundbuch keine Wirkungen erzielt und mit der Grundbuchberichtigungsklage nach ZGB 975 berichtigt werden kann.

Im Rahmen des Erwerbes sind das BewG und das BGBB zu beachten. U.U. ist der Erwerb bewilligungspflichtig, und es bestehen umfangreiche Vorkaufsrechte und Zustimmungsnotwendigkeiten.

2.4.2. Voraussetzungen

a) *Gültiges Grundgeschäft (causa)*

i. Prüfung des Grundbuchhalters

Voraussetzungen für die Eintragung im Grundbuch sind neben der Grundbuchanmeldung (ZGB 963, GBV 11 ff.) die Vorlegung eines Ausweises über den Rechtsgrund und über das Verfügungsrecht (ZGB 965 I). Die Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters umfasst die **Einhaltung der erforderlichen Form** sowie die Prüfung, ob sich das angemeldete Recht seiner Natur nach zur Aufnahme in das Grundbuch eignet (**Legalitätsprinzip**). Mängel, die offensichtlich Nichtigkeit zur Folge haben, werden ebenfalls vom Grundbuchverwalter beachtet. Im Rahmen von ZGB 169 hat er zu prüfen, ob die Einwilligung des Ehegatten vorliegt.

Stellt der Grundbuchverwalter fest, dass eine Grundbuchanmeldung nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht, hat er die Anmeldung abzuweisen (GBV 24, vgl. GBV 24 a III).

ii. Typen von Grundgeschäften

Sie können vielfältig sein, so z.B. ein Kaufvertrag, der Freihandverkauf (SchKG 143b), eine Versteigerung, ein Tausch, das Vermächtnis, eine Schenkung oder eine Sacheinlage oder -übernahme.

iii. Die öffentliche Beurkundung als Formerfordernis (ZGB 657 I)

Die öffentliche Beurkundung ist die Festlegung rechtlich relevanter Tatsachen und rechtsgeschäftlicher Erklärungen in einem Schriftstück durch eine Urkundsperson innerhalb ihrer sachlichen und örtlichen Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form. Die öffentliche Beurkundung ist keine Sachbeurkundung wie bei der Beglaubigung einer Unterschrift, sondern eine Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Die Kantone bestimmen das Verfahren (SchIT ZGB 55).

Die öffentliche Beurkundung soll dem Schutz der Parteien vor übereiltem Vertragsschluss dienen (Warnzweck), und sie hat einen **Klarstellungs- und Präzisierungszweck**. Als **Sicherungszweck** dient sie deshalb, weil damit eine eindeutige Grundlage für Registereinträge geschaffen wird.

Die in ZGB 657 I vorgesehene öffentliche Beurkundung ist auch Gültigkeitserfordernis für ein auf die Übertragung von Eigentum an Grundstücken gerichtetes Verpflichtungsgeschäft (OR 11 II).

Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass Auftrag und Vollmachterteilung formlos zulässig sind, selbst dann, wenn die Erteilung auf den Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts ausgerichtet ist.

Öffentlich zu beurkunden sind sämtliche Sachverhaltselemente, die im konkreten Fall vorliegen müssen, damit der rechtsgeschäftlich vereinbarte Eigentumsübergang im Grundbuch vollzogen werden kann. Somit müsste der Kaufpreis eigentlich nicht beurkundet werden. OR 216 I setzt ihn jedoch unter die Beurkundungspflicht. Somit ergibt sich der **Umfang** ist wie folgt:

- Preis (inkl. Verrechnung und Vorleistungen).
- Grundstück (hinreichend bestimmt oder bestimmbar).
- Parteien.
- Verpflichtungsgrund.
- Subjektiv wesentliche Punkte, also solche, die *conditio sine qua non* für den Abschlusswillen jeder Partei oder einer Partei sind. Verpflichtungen, die für den Grundstückkauf artfremd sind, müssen dann nicht öffentlich beurkundet werden, wenn das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung einer Partei in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einfließt.

Probleme ergeben sich, wenn gemischte Grundstückkaufverträge vorhanden sind. Der öffentlichen Beurkundung sollten alle im Zusammenhang mit einem auf Grundeigentum ausgerichteten Rechtsgeschäft geschlossenen Verträge unterstehen, welche als in die Preisbildung des zu übertragenden Grundstücks mit einbezogene Faktoren die Höhe des Kaufpreises beeinflussen.

iv. **Formmangel**

Ein Formmangel liegt vor, wenn die Formvorschriften nicht beachtet worden sind, wenn sie nicht richtig beachtet wurden, oder wenn kantonale Verfahrensvorschriften missachtet wurden. Normalerweise hat so ein Formmangel die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge.

Das Bundesgericht vertritt die Meinung, dass eine unheilbare Nichtigkeit vorhanden ist, diese jedoch wegen dem Rechtsmissbrauchsverbot erheblich eingeschränkt wird. Demgemäss kann sich jedermann auf die Nichtigkeit berufen, und der Richter hat sie von Amtes wegen zu beachten. Die Rückabwicklung erfolgt gemäss OR 62 ff. und ZGB 975 ff.

Die herrschende Lehre nimmt an, dass nur eine Ungültigkeit eigener Art vorliegt, welche geheilt werden kann. Deswegen kann sie nur durch die beteiligten Personen geltend gemacht werden. Dies entspricht mehr dem Übereilungszweck der Formvorschriften.

Ein oft vorkommender Fall ist derjenige der Kaufpreissimulation. Es wird preislich weniger beurkundet, als „abgemacht“ ist. Der öffentlich beurkundete Vertrag wäre nach OR 18 unwirksam, weil er nicht gewollt ist, und der „abgemachte“ Vertrag wäre nach OR 11 nichtig, weil er die Formvorschriften nicht einhält. Unbedeutend ist, welcher Preis höher ist.

Eine Berufung auf Formmangel ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Vertrag freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden ist. Deswegen ist der „**abgemachte**“ Vertrag gültig.

Die gesetzliche Formungültigkeit löst grundsätzlich keine Haftungsfolgen aus, denn sie tritt von Gesetzes wegen ein und kann demjenigen, der sich darauf beruft, keine Nachteile bringen. U.U. ist jedoch Schadenersatz möglich (cic), wenn der Vertragsgegner des Getäuschten den Formmangel kannte. Die Berufung auf Formmangel der täuschenden Partei dürfte am Rechtsmissbrauchsverbot scheitern.

*b) **Eintragung im Grundbuch***

i. **Allgemeines**

Mit dem Abschluss des Grundgeschäfts hat der Erwerber gegenüber dem Veräusserer einen persönlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums. Bei Nichterfüllung kann er sich dies gerichtlich zusprechen lassen (ZGB 665 I). Gegen einen Doppelverkauf gibt es die Möglichkeit der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch (ZGB 960 I 1.).

Gemäss ZGB 656 I geht das **Eigentum erst mit der Eintragung im Grundbuch (Hauptbuch) über.**

ii. **Voraussetzungen**

Der Grundbuchverwalter darf nur aufgrund einer Anmeldung tätig werden (ZGB 963, GBV 11 und 61, mit Ausnahmen). Die Grundbuchanmeldung ist zunächst der formelle Antrag des Inhabers der Eigentümerposition an einem Grundstück an den Grundbuchverwalter,

eine Änderung vorzunehmen. Zugleich ist es die **materielle Verfügung über das Eigentum. Deswegen kann die Grundbuchanmeldung nicht einseitig zurückgenommen werden.** Weiter ist die Grundbuchanmeldung die Erfüllungshandlung des Grundgeschäftes.

Die Voraussetzungen für die Grundbuchanmeldung ist die **Verfüugungsmacht** (vgl. ZGB 963). Weiter muss die Grundbuchanmeldung unbedingt und **vorbehaltlos** sein (GBV 12 I, vgl. II). Formell ist die Schriftform gefordert (ZGB 963 f. i.V.m. GBV 13 I), diese gilt auch für eventuelle Zustimmungen (vgl. ZGB 169, Ordnungs- nicht aber Gültigkeitsvorschrift). Über die Rechtsnatur der Grundbuchanmeldung ist sich die Lehre uneins (einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft, dinglicher Vertrag etc.).

Gestützt auf die Grundbuchanmeldung erfolgt die sofortige **Einschreibung im Tagebuch** (ZGB 948 I, GBV 14 I). Der Verkäufer bleibt vorerst Eigentümer und ist weiterhin Verfügungsberechtigt; der Erwerber ist jedoch insofern geschützt, als sein bereits im Tagebuch eingeschriebener Eigentumserwerb gegenüber den später begründeten Rechten aufgrund von ZGB 972 I rangmässig vorgeht.

Nach erfolgter Grundbuchanmeldung hat der Grundbuchverwalter zu prüfen, ob diese von dem nach Grundbuchrecht Verfügungsberechtigten ausgeht (GBV 15 I). Der Grundbucheigentümer kann die Anmeldung selber abgeben, oder durch einen gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertreter handeln (vgl. GBV 16). Der Anmeldende muss handlungsfähig sein.

Beim **Ausweis über den Rechtsgrund** (ZGB 965 I) hat der Grundbuchverwalter zu prüfen, ob die Form erfüllt ist (ZGB 965 III) und ob sich das Rechtsgeschäft zur Aufnahme in das Grundbuch eignet. Nicht zur prüfen hat er die materielle Gültigkeit des vorgelegten Rechtsgrundes, ausser wenn er offensichtlich nichtig ist.

iii. Die Wirkungen der Eintragung

Die Grundbucheintragung ist die Vermutung der materiellen Existenz des eingetragenen Rechts (ZGB 937 I, vgl. ZGB 9) und der Rechtsschutz des Eingezeichneten. Aus der Vermutung des Rechts ergibt sich auch die mit der Eintragung verbundene formelle Verfügungsmacht. Der in ungerechtfertigter Weise als Eigentümer im Grundbuch Eingezeichnete wird nicht Eigentümer, aber er hat die Möglichkeit der Ersitzung. Der Rechtsschutz ist im Zusammenhang mit ZGB 930-936 von Bedeutung, da der Grundbucheintrag zur Aktivlegitimation verhilft (ZGB 973 I).

Die Wirkungen beginnen nach ZGB 972 II mit dem Zeitpunkt des Einganges der Grundbuchanmeldung, also mit dem **Zeitpunkt des Eintrages ins Tagebuch. Dies jedoch nur, wenn dann ein Eintrag ins Hauptbuch erfolgt** (vgl. GBV 26 IV).

2.4.3. Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten

Ein redlicher Dritter, der sich in gutem Glauben (ZGB 3) auf einen Eintrag im eidgenössischen Grundbuch verlassen hat und als Eigentümer eingetragen worden ist, wird nach ZGB 973 I in seinem Erwerb geschützt.

Die Voraussetzung ist also, dass der Veräußerer ohne oder ohne wirksamen Rechtsgrund (ZGB 974 II) ungerechtfertigt als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Der gute Glaube erfordert einen Rechtsmangel und die Unkenntnis dieses Mangels. Der gute Glaube muss im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung vorliegen. Gutgläubig ist nur, wer die gehörige Aufmerksamkeit anwendet. Dazu gehört auch, dass der Dritte die Einträge in den anderen Registern kennt (z.B. Tagebuch oder Handelsregister).

Als Wirkung wird der Dritte Eigentümer (ZGB 973 I). Eingetragene Rechte bleiben bestehen, nicht eingetragene oder gelöschte Rechte gelten als nicht bestehend. Der Erwerber erhält also die Rechtsposition, die er erlangt hätte, wenn das Grundbuch die Rechtslage richtig wiedergegeben hätte.

2.5. *Nicht rechtsgeschäftlicher Erwerb*

2.5.1. Geltungsbereich des relativen Eintragungsprinzips

ZGB 656 II verankert das relative Eintragungsprinzip. Es regelt die Fälle, in denen das Eigentum vor dem Eintrag ins Grundbuch übergeht. Der Grundbucheintrag hat deswegen deklaratorische Wirkung. Trotzdem kann auch hier der Erwerber erst nach dem Eintrag über das Grundstück verfügen.

Der Erwerber des Grundstücks kann die Eintragung im Grundbuch gestützt auf ZGB 665 II vornehmen und das Grundbuch damit berichtigen. Zu beachten ist, dass der materiell nicht mehr Berechtigte, der immer noch im Grundbuch eingetragen ist, über sein Grundstück rechtsgültig (ZGB 3) verfügen kann.

2.5.2. Ausserbuchliche Erwerbstatbestände

a) Aneignung (Okkupation, ZGB 658)

i. Allgemeines

Das ist die Inbesitznahme eines herrenlosen Grundstücks in der Absicht, daran das Eigentum zu erwerben. Sie weist nur geringe praktische und wirtschaftliche Bedeutung auf.

ii. Aneignung eines im Grundbuch aufgenommenen Grundstücks

Die erste Voraussetzung ist, dass das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist. Weiter muss es das Grundbuch als herrenlos ausweisen, d.h. der ursprüngliche Eigentümer muss auf sein Eigentum förmlich verzichtet haben (Erwirkung der Löschung des Eintrages ZGB 666 I). Dies geschieht praktisch nur in dem Fall, in welchem ein Grundstück mit beschränkten dinglichen Rechten überlastet ist, für die der Eigentümer ausschliesslich mit dem Grundstück haftet.

Das Grundstück wird nur herrenlos, wenn die Kantone nicht bestimmen, dass sie selbst oder die Gemeinden Eigentum daran erwerben.

Die Dereliktion von selbständigen und dauernden Rechten i.S.v. ZGB 655 II 2. i.V.m. 943 I 2. ist nicht möglich. Der Verzicht ist mit der Schliessung des dafür eröffneten Grundbuchblattes verbunden und bewirkt nicht die Herrenlosigkeit. Ein Miteigentumsanteil fällt durch Verzicht den anderen Miteigentümern zu (Quotenmässig, ZGB 655 II 4. i.V.m. ZGB 943 I 4.), bei einem Stockwerkeigentum erwerben die anderen Stockwerkeigentümer Miteigentum am aufgegebenen Stockwerk (ZGB 712a). Verzichten die anderen Stockwerkeigentümer, wird das Grundstück herrenlos.

Die Aneignung geschieht durch Inbesitznahme und kann durch urteilsfähige Personen. Die Eintragung des Aneignenden als Eigentümer im Grundbuch ist erst dann erforderlich, wenn er über das aussergrundbuchliche erworbene Grundstück grundbuchlich verfügen will.

iii. Aneignung eines im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks

Für die dem Buchungszwang nicht unterliegenden und nicht ins Grundbuch aufgenommenen Grundstücke sind aufgrund von ZGB 658 II die Bestimmungen über die herrenlosen Sachen anwendbar. Gemäss ZGB 664 II bestimmt das kantonale Recht, wie dies geschehen soll.

b) Die Bildung neuen Landes ZGB 659

Neues Land liegt dann vor, wenn es dauerhaft beständig ist und ausgebeutet werden kann. Neues Land kann durch Veränderungen im Lauf oder Stand eines öffentlichen Gewässers oder auf andere Weise (z.B. Rückzug eines Gletschers) geschehen. Aufgrund ZGB 659 I fällt das Eigentum an neuem Land dem Kanton zu, und er kann darüber frei verfügen (ZGB 659 II).

c) Eigentumserwerb zufolge Bodenverschiebung ZGB 660

Durch eine Hangrutschung können Bodenteile und andere Sachen auf ein fremdes Grundstück gelangen. ZGB 660 I statuiert den Grundsatz, wonach diese Bodenverschiebungen keine Veränderung der Grundstücksgrenzen zur Folge haben sollen. Deswegen kann eine Bodenverschiebung den Erwerb von ausserbuchlichem Eigentum zur Folge haben.

In ZGB 660a wird der Grundsatz der Unverrückbarkeit der Grenzen durchbrochen. Diese Norm gilt jedoch nur für grossflächige und über grössere Zeiträume sich erstreckende Verschiebungen des Geländes. Es ist ein Perimeterplan durch den Kanton anzulegen (Art. 67 der technischen Verordnung über die amtliche Vermessung, TVAV), die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchplanes gilt nicht (ZGB 668 III).

Durch die Zuführung von anderen Gegenständen und Bodenteilen erlangt der Besitzer des Grundstückes die Rechtstellung eines Finders (ZGB 720 ff.), und er hat die Wegschaffung der Gegenstände zu dulden (ZGB 700, Retentionsrecht für allfällig entstandene Schäden).

d) *Die Ersitzung ZGB 661-663*

i. **Begriff und Funktion**

Ersitzung ist der **Erwerb des Eigentums oder eines beschränkten dinglichen Rechtes an einer Sache aufgrund eines langen unangefochtenen Besitzes**.

Die Ersitzung hat eine Konsolidierungsfunktion, da sie die Aufhebung der Diskrepanz zwischen vermeintlicher und materieller Rechtslage bewirkt und die sich aus dem Zeitablauf ergebenden Beweisschwierigkeiten aufhebt. Da die Ersitzung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Rechtsmangel heilt, kommt ihr zusätzlich eine Sanierungsfunktion zu.

Bedeutung hat die Ersitzung praktisch nur dort, wo das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist und auch kein kantonales Register besteht (vgl. SchIT ZGB 46, das kantonale Register vermittelt übrigens keinen Gutglaubensschutz nach ZGB 973). Grössere Bedeutung hat sie in den Fällen, in welchen der Grundbucheintrag ohne gültigen Rechtsgrund erfolgt ist.

ii. **Die ordentliche Ersitzung (Tabularersitzung, ZGB 661)**

Sie ist dann vorliegend, wenn das Verpflichtungsgeschäft bei einem Grundstückserwerb ungültig war. Der Grundbucheintrag entfaltet wegen dem Kausalitätsprinzip keine Wirkungen. Für die ordentliche Ersitzung sind folgende Voraussetzungen nötig:

- **Ersitzungsfähigkeit**, d.h. Urteilsfähigkeit im Sinne von ZGB 16.
- **Ersitzbares Objekt**: Das Grundstück muss entweder im Grundbuch oder in einer diesem gleichgestellten kt. Publizitätseinrichtung aufgenommen sein (SchIT ZGB 46 und 48). Nicht ersessen werden kann ein Bergwerk oder Grundstücke, die durch Konzession entstanden sind.
- **Ungerechtfertigte Eintragung im Grundbuch**: Der Ersitzende muss ungerechtfertigt im Sinne von ZGB 974 II im Grundbuch eingetragen sein. Möglich ist auch eine nicht mehr gerechtfertigte Grundbucheintragung.
- **Ersitzungsbesitz**: Der Ersitzende muss die tatsächliche Gewalt über das Grundstück haben, wobei er diese weder gewaltsam noch heimlich erlangt haben darf. Der Eigentumsbesitz kann unmittelbar wie auch mittelbar sein, dementsprechend kann z.B. ein Pächter ein Grundstück nicht ordentlich ersitzen. Der Ersitzungsbesitz muss unangefochten sein und **10 Jahre dauern**. Er beginnt mit dem Entstehen des Eigenbesitzes. Ein Unterbruch ist im Rahmen von ZGB 921 möglich, d.h. er hebt den Ersitzungsbesitz nicht auf.
- **Guter Glaube**: Der Ersitzenden fehlt das Unrechtsbewusstsein darüber, dass er als ungerechtfertigter Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist (während der ganzen Ersitzungszeit!).

Der Ersitzer kann sich den possessorischen Rechtsbehelfen von ZGB 926 ff. bedienen, denn aufgrund der Grundbucheintragung steht ihm infolge der Vermutung des Rechts aus

der Eintragung auch der Rechtsschutz zu. Als Wirkung der ordentlichen Ersitzung geht das Eigentum am Grundstück und seinen Bestandteilen und allenfalls dem Zugehör an den Ersitzenden über.

iii. Die ausserordentliche Ersitzung (Extratabularersitzung ZGB 662)

Die Anwendbarkeit von ZGB 662 beschränkt sich auf die Fälle, in denen der Eigentümer nicht ins Grundbuch aufgenommen worden ist, nicht feststellbar, tot oder verschollen ist. Dies impliziert, dass **in Kantonen ohne Grundbuch oder kantonale Publizitätseinrichtung eine Extratabularersitzung nicht möglich ist**. Fällt ein Erfordernis der ordentlichen Ersitzung dahin (z.B. kein guter Glaube), kann die ausserordentliche Ersitzung eintreten, obschon das Grundstück im Grundbuch aufgenommen und der Ersitzungsprätendent im Grundbuch eingetragen ist. **Werden die Voraussetzungen der ausserordentlichen Ersitzung erfüllt, ist die analoge Anwendung von ZGB 662 zu bejahen, denn dem eingetragenen Bösgläubigen kann nicht das verwehrt werden, was dem nicht eingetragenen Bösgläubigen zugebilligt wird.**

Die Voraussetzungen für die ausserordentliche Ersitzung des Grundeigentums gelten auch bei einer Dienstbarkeit (ZGB 731 III i.V.m. ZGB 662). Die Voraussetzungen von ZGB 662 sind:

- **Ersitzungsfähigkeit**, d.h. Urteilsfähigkeit im Sinne von ZGB 16.
- **Ersitzbares Objekt**: Ein Grundstück, nicht jedoch ein Bergwerk oder ein Wasserwerk. Ob eine ausserordentliche Ersitzung von Dienstbarkeiten möglich ist, wird uneins beantwortet.
- **Ersitzungsbesitz**: Der Ersitzende muss den Willen haben, das Grundstück als sein Eigentum zu besitzen. Der Ersitzungsbesitz muss unangefochten und ununterbrochen sein und 30 Jahre andauern. Die Frist beginnt im Zeitpunkt des Erwerbes des Eigenbesitzes.
- **Nicht erforderlich ist der gute Glaube**. Deswegen ergibt sich hier ein Ausnahmefall, in welchem der Ersitzungsprätendent im Grundbuch eingetragen ist. Werden die Voraussetzungen der ausserordentlichen Ersitzung erfüllt, ist die analoge Anwendung von ZGB 662 zu bejahen, denn dem eingetragenen Bösgläubigen kann nicht das verwehrt werden, was dem nicht eingetragenen Bösgläubigen zugebilligt wird.
- **Amtliches Auskündungsverfahren**: Als formelles Erfordernis muss ein amtliches Auskündungsverfahren durchgeführt werden (ZGB 662 III). Dem Besserberechtigten wird die Möglichkeit gegeben, gegen das Begehren des Ersitzungsprätendenten Einsprache zu erheben.

Dem Ersitzungsprätendenten kommt der Besitzerschutz (ZGB 926-929) zugute. Der Rechtsschutz gemäss ZGB 937 bleibt ihm mangels Grundbucheintrag verwehrt. Nach Ablauf der 30 Jahre kann er sich ohne richterliche Zusprechung im Grundbuch als Eigentümer eintragen lassen.

*e) **Eigentumserwerb durch Begründung oder Aufhebung der Gütergemeinschaft***

i. Eigentumserwerb durch ehevertragliche Begründung der Gütergemeinschaft

Vereinbaren (ZGB 181) die Ehegatten die Gütergemeinschaft, steht ihnen von Gesetzes wegen das Gesamtgut als Gesamteigentum zu (ZGB 222 II i.V.m. ZGB 652 ff.). Das Grundstück geht ausserbuchlich über, der allfällige Grundbucheintrag wirkt deklaratorisch. Dieser Übergang knüpft jedoch nicht an den Ehevertrag, sondern an die Begründung des Güterstandes an.

Begründen die Ehegatten durch einen Ehevertrag eine beschränkte Gütergemeinschaft verbunden mit Gütertrennung und vereinbaren sie, dass ein im Alleineigentum eines Ehegatten gestandenes Grundstück fortan in Miteigentum stehen soll, erfolgt die Begründung des Miteigentums nicht durch den Güterstandwechsel und somit nicht ausserbuchlich.

ii. Entstehung von Alleineigentum durch Eintritt bestimmter Auflösungsstatbestände bei der Gütergemeinschaft.

Der Wechsel findet von Gesetzes wegen statt. Ein Grundstück, welchem Gesamteigentum bestand, fällt z.B. bei Eintritt des Konkurses über einen Ehegatten in das Alleineigentum desjenigen, in welches es unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gehören würde (ZGB 242 II). Dasselbe gilt bei Scheidung, Trennung, Ungültigkeitserklärung der Ehe oder bei Eintritt der gerichtlichen Gütertrennung (ZGB 236 II i.V.m. 242 I).

*f) **Der Erbgang***

Der Eigentumserwerb durch Erbgang ist der wohl Häufigste. Mit dem Tod des Erblassers treten die Erben mittels Universalsukzession in seine Stellung und werden somit auch ausserbuchlich Eigentümer seiner Grundstücke (ZGB 560). Im Falle der Erbteilung wirkt die Eintragung im Grundbuch konstitutiv (ZGB 634).

*g) **Weitere Fälle***

- **Formelle Enteignung** (ZGB 656): Durch sie werden unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehende Rechte durch einen Hoheitsakt dem Berechtigten ganz oder teilweise entzogen oder beschränkt. Der Zeitpunkt des Übergangs des Eigentums ist die Hinterlegung der Entschädigungssumme. Vgl. zu Einzelheiten das Enteignungsgesetz EntG.
- **Urteil und Urteilssurrogate** (ZGB 656): Ein ausserbuchlicher Eigentumserwerb aufgrund eines Urteilssurrogates ist nur dann möglich, wenn diesem die Wirkung eines Gestaltungsurteils zukommt, also ein Urteil welches die Rechtsänderung selbst herbeiführt und keiner Vollstreckung bedarf. Hauptfall bildet ZGB 665 I, wenn ein gültiges Grundgeschäft vorliegt und der Veräusserer sich weigert, die Änderung im Grundbuch vorzunehmen. Das Urteil wirkt konstitutiv.

- **Zwangsvollstreckung:** Der Zuschlag vom Steigerungsbeamten als amtliche Verfügung bewirkt den aussergrundbuchlichen Eigentumserwerb.
- **Fusionen oder Umwandlungen von Gesellschaften.** Der Eigentumsübergang erfolgt ausserbuchlich im Zeitpunkt der Fusion.
- **Wechsel der Zusammensetzung bei Gesamthandverhältnissen.**
- **Heimfall an das Gemeinwesen** bei der Aufhebung einer juristischen Person nach ZGB 57.

2.6. *Verlust des Grundeigentums*

2.6.1. Der absolute Eigentumsverlust

a) *Dereliktion*

Die Dereliktion ist die Preisgabe des Grundstückes mittels Verzicht, das Grundstück wird herrenlos. Die Fälle sind selten und kommen **praktisch nur bei überschuldeten Grundstücken vor**. Die Voraussetzungen sind, dass der Eigentümer in schriftlicher Form (ZGB 964 I, GBV 61 II) seine Verzichtserklärung beim Grundbuchamt abgibt und daraufhin der Grundbucheintrag gelöscht wird.

Ein derelinquiertes Grundstück ist herrenlos, somit okkupierbar, wenn nicht kantonales Recht dagegen spricht. Die beschränkten dinglichen Rechte daran bleiben jedoch bestehen.

Da Dereliktion nur an körperlichen Sachen möglich ist, ist ein Verzicht eines Mit- oder Gesamteigentumsanteils keine Dereliktion. Ein selbständiges und dauerndes Recht (z.B. ein im Grundbuch eingetragenes Baurecht) lässt sich nicht derelinquieren.

b) *Der Untergang des Grundstücks*

Der Untergang eines Grundstückes ist dann zu bejahen, wenn es vollständig und dauernd vernichtet wird und eine Wiederherstellung nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen bleibt (ZGB 666 I).

Mit dem zeitlichen Ablauf einer Baurechtsberechtigung wird ein zu Stockwerkeigentum ausgestaltetes Gebäude, das aufgrund eines selbständigen und dauernden Baurechtes (ZGB 779 III, 779a-I ZGB) erstellt wurde (ZGB 712d II 2.), ohne weiteres Bestandteil der Liegenschaft und fällt somit ins Eigentum des Eigentümers der Liegenschaft. Tritt der Heimfall ein und ist keine Verlängerung des Baurechtsverhältnisses vorgesehen, kann der Grundeigentümer nach ZGB 976 I die Löschung des nur noch formal bestehenden Grundbucheintrages verlangen. Der Untergang hat die Schliessung des Grundbuchblattes zur Folge (GBV 96), sowie auch den Untergang der mit dem Grundstück verbundenen dinglichen Rechte und den Lasten.

2.6.2. Der relative Eigentumsverlust

Hier wird ein anderer in demselben Zeitpunkt Eigentümer, wie der vorherige Eigentümer sein Eigentum verliert. Bei Grundstücken geschieht dies durch Eintragung im Grundbuch (beim absoluten Eintragungsprinzip).

3. Fahrniseigentum

3.1. *Allgemeines*

Gegenstand des Fahrniseigentums sind bewegliche körperliche Sachen (ZGB 713). Das sind Sachen, die sich ohne wesentliche Substanzveränderung von einem Ort an einen anderen transportieren lassen. Tiere sind keine Sachen; die anwendbaren Normen sind indessen dieselben, solange keine Sonderbestimmung besteht (ZGB 641a). Rechtlich beherrschbare Naturkräfte werden auch vom Fahrniseigentum umfasst (ZGB 713).

3.2. *Der rechtsgeschäftliche Erwerb*

3.2.1. *Allgemeines*

- Grundgeschäft (Verpflichtungsgeschäft).
- Übertragung des Besitzes (Tradition, Verfügungsgeschäft, ZGB 714).

Wegen dem Kausalitätsprinzip braucht es für den Eigentumsübergang immer ein gültiges Grundgeschäft. Ist das Grundgeschäft nicht gültig oder später ungültig geworden, steht demjenigen, der die Sache schon übergeben hat, die Vindikation offen, damit er sein Eigentum wieder bekommt.

Die Tradition ist ein Realakt, als Voraussetzung genügt also Urteilsfähigkeit. Anstelle der körperlichen Sachübergabe können auch die Mittel übergeben werden, die dem Erwerber die tatsächliche Gewalt über die Sache verschaffen (Autoschlüssel). Auch Traditionssurrogate genügen (Rechtsgeschäft, z.B. der Erwerber ist schon vor Abschluss des Grundgeschäftes in Besitz der Sache oder der Veräußerer bleibt im Besitz etc.).

3.2.2. Erwerb unter Eigentumsvorbehalt ZGB 715

Der Veräußerer bleibt bis zur Erfüllung der Eigentumsübertragungsbedingungen (i.d.R. die Bezahlung des Kaufpreises) Eigentümer der Kaufsache. Das ist eine Suspensivbedingung. Mit Ausnahme von Vieh und Schiffen kann jede bewegliche Sache Objekt eines Eigentumsvorbehalts sein. Allerdings verunmöglicht ein Objekt, das Bestandteil einer anderen Sache wird, den Eigentumsvorbehalt.

Der Eigentumsvorbehalt ist nur dann wirksam, wenn **er in ein vom Betreibungsamt geführtes öffentliches Register eingetragen worden ist**. Der Eigentumsvorbehalt ist ein Nebenrecht zur Kaufpreisforderung; im Falle der Abtretung erwirbt der Zessionar daher auch das Eigentum.

Der vertikal verlängerte Eigentumsvorbehalt ist umstritten (der Veräußerer behält sich das Eigentum auch nach der Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung am Endprodukt vor, ZGB 726, 727). Keine Wirkungen entfaltet ein horizontaler Eigentumsvorbehalt (es wird vereinbart, dass der Erwerber die Sache nur unter Eigentumsvorbehalt des Erstveräußerers weiterverkaufen darf).

3.2.3. Erwerb von Fahrniseigentum vom Nichtberechtigten

a) ZGB 933

A vermietet B seine Sache, welche dieser dem C verkauft. Muss nun C die Sache dem A herausgeben, bzw. hat A noch Eigentum an der Sache? Eine Voraussetzung ist neben der Sache der gute Glaube. Dieser muss sich auf die (fehlende) Verfügungsberechtigung des Veräußerers beziehen. Die Sache muss also anvertraut sein, weil der gute Glaube alleine nicht die starke Rechtsposition des Eigentümers durchbrechen kann. Der frühere Eigentümer muss also für den unrichtigen Rechtsschein (Besitz) des Veräußerers mitverantwortlich sein. Deswegen bleibt der Erwerber Eigentümer.

b) ZGB 934

B erlangte durch Diebstahl eine Sache von A, welche dann von B an C verkauft wird. Muss C die Sache dem A herausgeben, bzw. hat A noch Eigentum an der Sache? Der Eigentümer bleibt Eigentümer, er kann die Sache innert fünf Jahren von jedem herausverlangen. Allerdings nur gegen den Wert, den der gutgläubige Erwerber geleistet hat.

c) ZGB 935 Geld und Inhaberpapiere

Sie können auch vom gutgläubigen Erwerber der gestohlenen Sache nicht zurückverlangt werden.

3.3. *Der ausservertragliche Erwerb*

3.3.1. Aneignung (Okkupation, Art. 718, 719 ZGB)

Voraussetzung ist eine herrenlose Sache (Derelinquierte Sachen, Sachen, an denen noch nie Eigentum bestanden hat, herrenlos werdende Tiere) oder ein den herrenlosen Sachen gleichgestellter Gegenstand (z.B. Pilze). Mit der Inbesitznahme und dem Willen, Eigentümer zu werden, wird man Eigentümer.

3.3.2. Fund (ZGB 720-724)

a) *Finder und verlorene Sache*

Der Finder ist derjenige, der eine verlorene Sache mit dem Willen, Besitzer zu werden, behündigt. Subjektiv ist **Urteilsfähigkeit eine Voraussetzung**, weil der Fund einen Realakt darstellt.

Die verlorene Sache ist eine besitzlos gewordene bewegliche Sache. Der Berechtigte kann seine Nutzungs- und Verfügungsbefugnisse an der Sache nicht mehr ausüben. **Gibt der Berechtigte die Sache mit seinem Willen auf, wird sie herrenlos und gilt nicht als verloren.** Nicht als verloren gelten verlegte, verborgene oder nur mittelbar im Einflussbereich liegende Sachen, wie auch solche, dessen Verlust der Berechtigte gleich merkt.

b) *Finderpflichten als Voraussetzungen des Eigentümererwerbs*

- Anzeigepflicht ZGB 720. Die Anzeige erfolgt beim Bezirksamt (EG ZGB 117).
- Aufbewahrungspflicht ZGB 721.

Gemäss ZGB 722 geht das Eigentum am Fundobjekt nach dem Ablauf von fünf Jahren an den Finder über. Die Frist beginnt mit der Anzeige zu laufen. Der Eigentümererwerb wirkt originär.

c) *Rechte des Finders*

Er hat kein eigentliches Recht auf Nutzung und Gebrauch, allerdings kann er die Sache gebrauchen, solange sie dabei nicht beschädigt wird. Weiter hat der Finder Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen, nicht jedoch auf „luxuriöse“ Ausgaben (GoA). Der Finderlohn bestimmt der Richter, er hat sich um die 10% eingependelt. Zur Sicherung seiner Ansprüche hat der Finder ein Retentionsrecht an der Fundsache.

d) Haftung des Finders

Wer seine Pflichten schuldhaft verletzt, wird ersatzpflichtig (aus OR 420 oder aus OR 940 i.V.m. OR 41). Wenn der Finder den Berechtigten kennt und diesem die Sache vorenthält, haftet er auch für Zufall.

e) Sonderfälle des Fundes

i. **Haus- und Anstaltsfund (ZGB 720, 722 jeweils Abs. 3)**

Dem Besitzer fehlt der Besitzwille, obwohl er noch Gewahrsam an der Sache hat. Als Räumlichkeiten kommen einerseits alle eingefriedeten Räume in Betracht (Haus) sowie Anstalten, d.h. Gebäude, Flächen etc. die dem Publikum generell oder zeitweise offen gehalten werden.

Der Finder erlangt keine Finderstellung, er muss die Sache dem Hausherrn abgeben. Der Hausherr wird nach Ablauf von fünf Jahren Eigentümer, nicht der Finder. Bei Tieren beträgt die Frist zwei Monate.

ii. **Schatzfund (ZGB 723)**

Der Schatz ist ein verborgener beweglicher herrenloser Wertgegenstand, also auch eine Sache. Das Eigentum erwirbt der Eigentümer des Grundstückes, wo der Schatz gefunden wurde. Der Finder ist dazu verpflichtet, die Sache aufzubewahren und sich nach dem Eigentümer zu erkundigen. **Im Gegensatz zum normalen Fund hat der Finder einen Entschädigungsanspruch bis zum halben Wert der Sache.** Der gutgläubige Entdecker, der die Sache für okkupierbar hält, ist im Unrecht und kann das Eigentum nur durch Ersitzung (ZGB 728) erwerben.

iii. **Der Fund wissenschaftlicher Gegenstände (ZGB 724)**

Der Gegenstand ist eine selbstständige bewegliche und herrenlose Sache, die von wissenschaftlich oder künstlerisch geschulten Fachleuten zu Forschungs- oder Lehrzwecken sowie für Publikationen gebraucht werden kann.

Das Eigentum des Gegenstandes fällt mit der Entdeckung dem Kanton zu. Der Entdecker hat einen schuldrechtlichen Anspruch auf eine angemessene Vergütung, deren Höhe den Wert des Fundes aber nicht übersteigen soll.

3.3.3. Die Zuführung (ZGB 725)

Der Grundeigentümer ist verpflichtet, den Zutritt zur Liegenschaft zwecks Wegschaffung der (verlorenen) Sache vom Berechtigten zu gestatten. Voraussetzung ist eine bewegliche Sache, die dem Berechtigten unfreiwillig abhanden gekommen ist, und beim Eigentümer der Liegenschaft in Besitz geraten ist („Zuführung“).

Wenn der Eigentümer der Liegenschaft seinen Finderpflichten nachgekommen ist, kann er auch die Finderansprüche geltend machen. Auch die Haftung ist dem Fund gleich.

3.3.4. Die Verarbeitung (ZGB 726)

Hier werden die Eigentumsverhältnisse an einer Sache, welche Objekt einer fremden Arbeitsleistung ist, geregelt. Die Norm ist zwingender Natur.

Voraussetzung ist eine fremde bewegliche Sache (oder die eigene mit beschränkten dinglichen Rechten belastete Sache). Die Verarbeitungshandlung handelt es sich um eine menschliche Tätigkeit, die auf die Erzeugung neuer Güter ausgerichtet ist. Sie stellt einen Realakt dar. Abs. 2 spricht das **Eigentum bei einem bösgläubigen Verarbeiter dem Stofflieferanten zu**. Weiter ist gefordert, dass die Verarbeitung eine neue Sache hervorbringt. Ob das der Fall ist, ist nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Zusätzlich muss die aufgewendete Arbeit wertvoller als der verwendete Stoff sein.

Eine Fremdverarbeitung ist nur nach objektiven Kriterien möglich, da eine anders lautende schuldrechtliche Abmachung die zwingende Norm von ZGB 726 nicht ändern kann. Ein möglicher Ansatzpunkt ist, wenn Fehlschläge der Verarbeitung den Aussenstehenden direkt treffen würden.

Die Folgen der Verarbeitung sind der Untergang des Eigentumsrechts des Stoffeigentümers. Diesem stehen aber Schadenersatzansprüche oder Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung subsidiär zu. In Betracht kommt zudem die GoA.

3.3.5. Verbindung und Vermischung (ZGB 727)

Voraussetzungen sind bewegliche Sachen von verschiedenen Eigentümern. Die Verbindung oder Vermischung stellt einen Realakt dar, kann auch durch einen natürlichen Vorgang verwirklicht werden.

Durch die Verbindung entsteht eine zusammengesetzte Sacheinheit. Die Vermischung ist bei gasförmigen, flüssigen oder auch festen Stoffen („Vermengung“) möglich. Neben verschiedenen Sachen sind auch gleiche Sachen mischbar, ZGB 727 wird analog angewendet. Eine Sonderregelung geniesst das Geld: **Wer fremdes Geld mit seinem eigenen mischt, wird Eigentümer des Ganzen**.

Die Verbindung oder Vermischung muss eine besondere Intensität aufweisen, die Trennung ist ohne wesentliche Beschädigung der Sache, ohne wesentliche Veränderung des Sachwertes oder ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht möglich.

Die dinglichen Folgen sind diese: Der Eigentümer der Hauptsache wird auch Eigentümer des nebensächlichen Bestandteils (Akzession, weil Subordination der Sachen). **Lassen sich Hauptsache und Nebensache nicht eindeutig trennen, entsteht Miteigentum originär**. Der Eigentümer der Nebensache verliert sein Eigentum, ihm stehen aber Ansprüche aus Schadenersatz aus OR 97 oder 41 oder aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Verfügung. Schadenersatzansprüche kommen auch beim Miteigentümer in Betracht.

3.3.6. Ersitzung (ZGB 729, ZGB 941)

Hier wird die Rechtslage im Einklang mit dem Publizitätsprinzip vereinfacht. ZGB 728 ist subsidiär zu ZGB 714 und ZGB 933.

Das Anwendungsgebiet von 729 ist folgendes: Besitzerwerb durch Rechtsgeschäft (DisSENS), durch Universalsukzession oder ohne Veräusserungsgeschäft (Aneignung einer verlorenen Sache, die man für herrenlos sieht).

Voraussetzung ist eine bewegliche Sache, allerdings muss an der Sache überhaupt das Eigentum rechtsgeschäftlich erworben werden können (nicht der Fall bei Finanzvermögen). Ausgeschlossen sind Erbschaftssachen und Inhaberpapiere. Ersitzbare Rechte sind neben dem Eigentum auch beschränkte dingliche Rechte.

Neben dem (unangefochtenen) Besitz als objektives Tatbestandselement muss subjektiv der Wille des Besitzers hinzutreten, diese Sache als ihm gehörend zu besitzen. Urteilsfähigkeit genügt. Weiter ist der gute Glaube erforderlich. Nach fünf Jahren ersitzt der Besitzer das Eigentum an der Sache originär. Allerdings unterbricht die Ersitzungsfrist bei Verlust der Sache. Während der Frist hat der Besitzer die Rechtsstellung eines Eigentümers. Der ursprüngliche Eigentümer hat keinen Bereicherungsanspruch, da der neue Eigentümer rechtmässiger Eigentümer wird.

3.4. *Verlust des Fahrniseigentums ZGB 729*

3.4.1. Der absolute Eigentumsverlust

Er geschieht entweder durch Dereliktion oder durch den Untergang der Sache. Dereliktion ist die Aufgabe des Besitzes (objektives Merkmal) mit der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten (subjektives Merkmal). Die Sache wird nun herrenlos. Die Dereliktion erstreckt sich auch auf alle Bestandteile, nicht aber auf dingliche Rechte Dritter.

3.4.2. Der relative Eigentumsverlust

Eine andere Person erwirbt an der Sache Eigentum. Das ist derivativ möglich (Erbschaft, Verkauf) oder auch originär (z.B. durch Ersitzung).

3.4.3. Enteignung

Die Enteignung ist kantonal geregelt, die Enteignung des Bundesrechts ist nur auf Grundstücke anwendbar.

4. Beschränkte dingliche Rechte

4.1. *Allgemeines*

4.1.1. Begriff und Arten

Das Gesetz kennt keine Definition der beschränkten dinglichen Rechte. Das beschränkte dingliche Recht ist ein **subjektives Recht, welches dem Inhaber eine bestimmte Herrschafts- und Vorzugsstellung verleiht**. Es verleiht als dingliches Recht eine unmittelbare Sachherrschaft und wirkt gegenüber jedermann.

Inhalt ist **niemals eine positive Leistungspflicht**, nur in Verbindung mit der Innehabung von (beschränkten) dinglichen Rechten kann u.U. eine Leistungspflicht entstehen (Realobligation).

Im Unterschied zum Eigentum vermitteln beschränkte dingliche Rechte ihrem Inhaber nur einen ganz bestimmten Teil der umfassenden Befugnisse des Eigentums. Besteht ein beschränktes dingliches Recht, ist das Eigentum eingeschränkt. Das beschränkte dingliche Recht ist also als eine Art Belastung des Eigentums zu sehen. Es kann nicht nur einer Person, sondern auch mehreren zustehen. Der Eigentümer der Sache kann ZGB 641 II nicht anrufen, weil die Beschränkung gerechtfertigt ist.

Der Untergang des beschränkten dinglichen Rechtes bewirkt automatisch und ohne weiteres wieder unbelastetes Eigentum, das beschränkte dingliche Recht geht also nicht zurück an den Eigentümer. Die Ausnahme ist der Inhaberschuldbrief.

4.1.2. Rangordnung

Wegen des Grundsatzes der Typengebundenheit und der Typenfixierung existieren in der Schweiz nur die folgenden beschränkten dinglichen Rechte: Dienstbarkeiten, Pfandrechte und Grundlasten. Entgegen obligatorischen Rechten des Schuldrechts wirken die beschränkten dinglichen Rechte gegenüber allen, deswegen müssen sie eindeutig und abschliessend im Gesetz geregelt werden.

Häufig wird eine Sache mehrmals belastet; dabei kann es zu Unverträglichkeiten kommen. Als Lösung dazu gilt das Prinzip der **Alterspriorität**. Früher errichtete beschränkte dingliche Rechte gehen den später Errichteten vor (vgl. ZGB 972 I, 812 II). Der jeweils massgebende Zeitpunkt ist derjenige der Errichtung, also die Eintragung ins Grundbuch. Der vorrangig Berechtigte kann ausgenommen von ZGB 813 ff. und rechtsgeschäftlichen Abmachungen, die Löschung des nachrangigen beschränkten dinglichen Rechts verlangen, solange er beeinträchtigt wird.

4.1.3. Beschränkte dingliche Rechte an einer eigenen Sache

In bestimmten Fällen ist dies zulässig, und es tritt keine Konsolidation (Erlöschung) ein. Beispiel ist die eigene Nutzniessung und ein fremdes Pfandrecht: Es kommt zur Verwertung. Vgl. auch ZGB 733, 735 II, 801 I, 863.

4.2. Dienstbarkeiten ZGB 730-781

4.2.1. Allgemeines

a) Begriff und Objekte

Der Eigentümer eines Grundstückes muss sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers eines anderen Grundstückes gefallen lassen (positive oder affirmative Dienstbarkeit, **dulden**, z.B. Nutzniessung), oder zur dessen Gunsten darf er bestimmte Eigentumsrechte nicht ausüben (negative Dienstbarkeit, **unterlassen**, z.B. Bauverbotsdienstbarkeiten). Zur Repetition: **Das Dienstbarkeitsrecht kann keine Belastung zum Inhalt haben!**

Objekte der Dienstbarkeiten sind **Grundstücke**, **allerdings kann die Nutzniessung auch an Mobilien und Rechten begründet werden** (ZGB 745 I). Nicht sämtliche Dienstbarkeiten können zulasten sämtlicher Grundstücksarten begründet werden (z.B. ein Baurecht an einem Miteigentumsanteil ist nicht möglich).

b) Grunddienstbarkeiten

Inhaltlich sind immer zwei Grundstücke betroffen, das dienende und das herrschende Grundstück. Das Dienende wird zum Vorteil des Herrschenden belastet, die Berechtigung liegt beim Eigentümer des herrschenden Grundstückes.

Der Inhalt kann frei gestaltet werden, der Berechtigte muss aber ein vernünftiges Interesse an der Dienstbarkeit haben (subjektives Kriterium). Die Dienstbarkeit muss weiter auf Dauer ausgelegt und beschränkt sein.

ZGB 739 verbietet eine Mehrbelastung, wenn diese erheblich ist (z.B. Wegrecht auf ein Grundstück, auf welchem ein Bauernhof steht und jetzt ein Wohnblock daraus werden soll). Eine vertragliche Änderung der Dienstbarkeit ist immer zulässig, einseitig nur in bestimmten Fällen (ZGB 742-744).

c) Personaldienstbarkeiten

Inhalt ist auch hier ein Dulden oder Unterlassen. Belastet wird ein Grundstück, berechtigt ist stets eine bestimmte Person; Es gibt hier kein zweites Grundstück. Es wird zwischen

zwischen regulären (unveräusserlich und unvererblich) und irregulären Personaldienstbarkeiten unterschieden.

Gewisse Personaldienstbarkeiten, namentlich das Baurecht und das Quellenrecht, können als selbständige und dauernde Rechte vereinbart werden. Sie sind dann selbständig, wenn sie weder zugunsten eines herrschenden Grundstückes, noch ausschliesslich einer bestimmten Person errichtet werden (GBV 7 II 1.). Dauernd sind sie dann, wenn sie auf wenigstens 30 Jahre begründet werden (GBV 7 II 2.).

Mittels schriftlichem Begehren können sie im Grundbuch aufgenommen werden (GBV 7 II). Die Aufnahme bewirkt, dass das betreffende Recht grundsätzlich den Bestimmungen über das Grundeigentum unterliegt.

d) Legalservitute

Wenn im Gesetz ein obligatorischer Anspruch auf Einräumung einer Dienstbarkeit besteht, spricht man von Legalservituten. Beispiele sind ZGB 674 III, 691, 694, 710, 121 III, 219 I, 244 II, 612a. Die Dienstbarkeit entsteht aber erst durch die Eintragung, denn sie ist bloss mittelbar. Das Legalservitut gilt nur solange, als ihre gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

e) Inhalt und Umfang

Der Umfang der Dienstbarkeiten ergibt sich aus ZGB 737-740. In erster Linie ist der Grundbucheintrag massgebend, zu ihm gehört auch der Dienstbarkeitsvertrag (vgl. ZGB 942, 948, 971). Beides wird wegen den Bedürfnissen des Grundeigentümers restriktiv ausgelegt. Der Dienstbarkeitsberechtigte hat für den Unterhalt der Vorrichtungen zu sorgen (ZGB 741). Wenn der Eigentümer ein Interesse nachweist, kann die Dienstbarkeit auf seine Kosten auch verlegt werden (ZGB 742-744).

Unzulässiger Inhalt ist jede Leistungspflicht des Eigentümers, ausser sie ermöglicht die Ausübung der Dienstbarkeit erst (Realobligation).

Da die Dienstbarkeit eine Eigentumsbeschränkung zum Inhalt hat, ist **jede Einschränkung der Betätigungsfreiheit ungültig** (z.B. Bierservitut: auf diesem Grundstück darf nur Bier der Marke X verkauft werden). Die Dienstbarkeiten dürfen auch nicht besondere persönliche Fähigkeiten des Eigentümers verlangen.

f) Rechtsschutz

Den affirmativen wie auch negativen Dienstbarkeiten steht der Besitzesschutz zu. Der Berechtigte ist auch zur Selbsthilfe befugt (ZGB 737 I), miteinher ist er auch zur Feststellungsklage berechtigt. Bezüglich der Dienstbarkeit ist die Vindikationsklage möglich (vgl. ZGB 937).

4.2.2. Gesetzlich geregelte Dienstbarkeiten

a) *Nutzniessung (ZGB 745-775)*

Sie verleiht dem Berechtigten den **vollen Genuss an einem Gegenstand** (ZGB 745 II), nicht aber das Recht auf tatsächliche Verfügung. Sie ist immer eine reguläre persönliche Dienstbarkeit, die nur an einzelnen Sachen oder Rechten begründbar ist. An verbrauchbaren Sachen erhält der Berechtigte Eigentum, wird aber ersatzpflichtig. Ansonsten muss der Berechtigte die Substanz wahren (ZGB 764 I). Die Beurteilung der Streitfälle aus ZGB 760, 762 f., 773 und 775 erfolgt im beschleunigten Verfahren (EG ZGB 120).

Es kann vorgesehen sein, dass die Nutzniessung zur Ausübung auf eine andere Person übertragen wird (obligatorische Natur, vgl. ZGB 758 I).

Die Nutzniessung entsteht kausal (ZGB 746), und geht nach den Bestimmungen von ZGB 748 wieder unter. Bei der Nutzniessung an Vermögen (vgl. ZGB 745) sind die einzelnen Sachen und Rechte, nicht die Rechtsgesamtheit Gegenstand. Die Nutzniessung ist nicht vererblich (ZGB 749 I).

b) *Wohnrecht (ZGB 776-778)*

Es räumt dem Dienstbarkeitsberechtigten das Recht ein, in einem Gebäude (-teil) zu wohnen. Es ist eine **Art dingliches Miet- oder Gebrauchsleihrecht**. Es ist ebenfalls eine reguläre persönliche Dienstbarkeit, der Berechtigte kann jedoch seine Familie bei sich aufnehmen, sofern dieses Recht nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird (ZGB 776 II). Im Gegensatz zur Nutzniessung kann das Wohnrecht nicht vererbt werden. Über die Frage, welche Ausdehnung dem Wohnrecht zukommt, wird im beschleunigten Verfahren entschieden (EG ZGB 121).

Im Gegensatz zur Nutzniessung ist das Wohnrecht nur einer natürlichen Person möglich, und der Wohnrechtsberechtigte hat nicht für die Zinsen der Schulden aufzukommen, die auf dem Grundstück liegen. Zu beachten sind die Vorschriften über das Mietrecht und die analoge Anwendung von ZGB 737 III.

c) *Baurecht (ZGB 674-676, 779-779I)*

Es verleiht das Recht, auf einem fremden Grundstück zu bauen (ZGB 779 I). Das Akzessionsprinzip wird durchbrochen. **Der Bauberechtigte ist einerseits Eigentümer der Baute, und andererseits Dienstbarkeitsberechtigter bezüglich des Grundstücks.**

Das Baurecht ist stets auf einem Grundstück zu errichten, oder auf einem Teil davon. Ausgeschlossen ist die Errichtung aber an einem Teil des Gebäudes (ZGB 675 II). Grundstück kann auch ein selbständiges dauerndes Recht sein (z.B. Unterbaurecht).

Das Baurecht entsteht durch Eintrag im Grundbuch (ZGB 731 I), Voraussetzung ist ein Verpflichtungsgeschäft (ZGB 732). Es ist **übertragbar und vererblich** (ZGB 779 II), je nach Vorschrift, ob es als Grundstück eingetragen ist (vgl. ZGB 779 III). Gesetzliche Vor-

kaufsrechte sind zu beachten. Beim Untergang sind die Regeln über die Grunddienstbarkeiten anwendbar (vgl. auch ZGB 779c und 779d).

Der Baurechtszins, sofern vereinbart, ist eine **persönliche Schuld des Bauberechtigten** und verbleibt auch nach der Übertragung auf eine andere Person bei ihm, da er auf einer vertraglichen obligatorischen Vereinbarung beruht. Zur Sicherung des Baurechtszinses besteht ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht (ZGB 779i). Die Nichtbezahlung des Baurechtszinses kann daher nicht zum vorzeitigen Heimfall führen.

Der Inhalt bemisst sich nach dem Baurechtsvertrag, das Gesetz regelt nur sehr wenig. ZGB 779f sieht bei grober Pflichtverletzung (nicht: Zins) den vorzeitigen Heimfall gegen Entschädigung vor.

d) Quellenrecht (ZGB 780)

Es umfasst das Recht, auf einem fremden Grundstück Quellwasser zu fassen und zu beziehen. Auch das Quellenrecht durchbricht das Akzessionsprinzip (vgl. ZGB 667 II). Objekt ist stets ein Grundstück (ZGB 780 I). Der Quellenberechtigte wird Eigentümer des abgeleiteten Wassers, nicht aber der Quelle. Das Recht ist übertragbar und vererblich.

4.2.3. Übrige Dienstbarkeiten (ZGB 730-744; 781)

Der Grundsatz der Typenfixierung gilt hier nicht, sie treten in vielen verschiedenen Gestalten auf, kommen aber nur an Grundstücken in Frage. Praktisch am bedeutendsten sind das Wegrecht, aber auch Weiderechte, Holzungsrechte etc. Sie sind unübertragbar (ZGB 781 II). Nicht zulässig ist aber die Abweichung der gesetzlichen Typen in dem Sinne, dass z.B. ein abtretbares Wohnrecht vereinbart wird.

4.2.4. Errichtung und Untergang

a) Rechtsgrund und Grundbucheintrag

i. Rechtsgrund

Erforderlich zur Errichtung sind ein Rechtsgrund und der Grundbucheintrag (ZGB 731, 733). Neben vertraglichen Vereinbarungen (Dienstbarkeitsvertrag, Innominatkontrakt) sind auch andere denkbar, z.B. mittels Enteignung, von Todes wegen etc. Die vertragliche Grundlage stellt das Verpflichtungsgeschäft dar. Es ist stets formbedürftig (vgl. ZGB 732, GBV 19 II, Schriftform oder u.U. öffentliche Beurkundung, ZGB 746 II i.V.m. 657 I, 776 III, 779a ZGB, 243a II OR).

ii. Grundbucheintrag

Ausgangspunkt des Grundbucheintrages (als Verfügungsgeschäft) ist die Anmeldung (ZGB 963 I), bei welcher der Grundeigentümer sein Verfügungsrecht sowie die Formgültigkeit des Grundgeschäftes nachzuweisen hat (ZGB 965, GBV 18 f.). Gestützt auf die

Anmeldung erfolgt die Eintragung im Tagebuch (vgl. ZGB 948) und so rasch als möglich (GBV 26 II) diejenige im Hauptbuch in einer Kolonne des Grundbuchblattes des belasteten Grundstücks (ZGB 945 I, GBV 35).

iii. Sonderfälle

Eine suspensivbedingte Dienstbarkeit ist im Grundbuch nicht eintragbar, dagegen eine Resolutivbedingte trotz der Rechtsunsicherheit schon. Bei der Nutzniessung an Fahrnis entsteht diese durch die Besitzübertragung der Sache.

Beim Leitungsbaurecht (ZGB 676) entsteht die Dienstbarkeit in Abweichung des Eintragsprinzips ohne Grundbucheintrag bereits mit der Entstehung der Leitung, sofern diese äusserlich wahrnehmbar ist. Dies hat keinen Einfluss auf den Rechtsgrund. Eine Dienstbarkeit kann auch ersessen werden (ordentlich, wenn sie zu Unrecht im Grundbuch eingetragen ist, ausserordentlich, wenn das Grundstück nicht im Grundbuch aufgenommen ist, ZGB 662 f. analog).

b) *Untergang*

Untergangsgründe sind eine vertragliche Vereinbarung, ein einseitiger Verzicht, eine Frist, eine Enteignung, bei der Nutzniessung speziell der Tod. Gemäss ZGB 736 kann der Dienstbarkeitsbelastete die Löschung der Dienstbarkeit beantragen, sofern sie für das berechnigte Grundstück alles objektive Interesse verloren hat. Die Dienstbarkeitserrichtungen beruhen immer auf bestimmten Interessenlagen des Berechnigten, welche durch Veränderung der Sachlage eine Ablösung der Dienstbarkeit aufdrängt.

Die Löschung des Grundbucheintrags wirkt konstitutiv, in einigen Fällen jedoch deklaratorisch, nämlich dann, wenn die Löschung ausserbuchlich erfolgt. Beispiele sind der Untergang des Grundstückes (ZGB 734 II), die befristete Dienstbarkeit, die rein persönlichen Dienstbarkeiten bei Tod, oder die Enteignung (vgl. EntG 91, 93).

4.3. *Grundpfandrechte ZGB 793-883*

4.3.1. Allgemeines

a) *Wesen und Funktion*

Einerseits können Grundstücke tatsächlich genutzt werden, andererseits haben sie aber auch einen wirtschaftlichen Wert, womit sie als Sicherheit für ein Darlehen genutzt werden können. Dem Darlehensgeber wird das Recht eingeräumt, das Grundstück nötigenfalls veräussern zu lassen, sofern das Darlehen nicht zurückgezahlt wird.

Neben der Sicherungsfunktion haben Grundpfandrechte eine Kapitalanlagefunktion (und Mobilisierung) bei einem langen Darlehensverhältnis. Je nach Art des Grundpfandes kann ein eigentliches Wertpapier ausgestellt werden, welches der Darlehensgeber veräussern kann.

b) *Anforderungen an Forderung und Grundstück*

Das Pfandrecht kann nur für eine **bestimmte Forderung** errichtet werden (ZGB 794 I), mit beliebigen Zinsen (ZGB 795 I, beachte aber kt. Recht 795 II). Ist der Schuldbetrag bestimmt, liegt eine Kapitalhypothek vor, ansonsten muss ein Höchstbetrag angegeben werden (Maximalhypothek ZGB 794 II). Die Zinsen sind nach Massgabe von ZGB 818 I 2. und 3. (Kapitalhypothek) pfandgesichert, bei der Maximalhypothek im Rahmen der Maximalsumme (ZGB 794 II).

Das Grundstück muss im Grundbuch aufgenommen sein (ZGB 796 I) und darf nicht Verwaltungsvermögen des Staates sein (wohl aber Finanzvermögen). Das Grundstück muss bestimmt sein (ZGB 797 I). ZGB 798 unterscheidet zwei Arten bei Verpfändung mehrerer Grundstücke: Gesamtpfandrecht und Aufteilung der Pfandhaft. Bei Miteigentum beachte ZGB 646 III, 648 III und 800 I. Die Verpfändung eines Miteigentumsanteils ist zwar möglich (ZGB 800), doch kann ein Alleineigentümer nicht nur einzelne Teile seines Grundstückes verpfänden.

c) *Das Grundpfandrecht als dingliches Recht*

Die unmittelbare Sachherrschaft beim Grundpfandrecht besteht darin, dass der Grundpfandgläubiger, das Recht hat, die Sache durch das Betreibungsamt zu versteigern, wenn die sichergestellte Forderung nicht befriedigt werden kann.

Eine Verfallklausel ist verboten (ZGB 816), dem Darlehensgeber kann nie das Eigentum des Grundstückes zufallen. Objekte der Grundpfandlast sind Liegenschaften als Ganzes, ins Grundbuch aufgenommene selbstständige und dauernde Rechte (meist Baurechte), Bergwerke und Miteigentumsanteile an Grundstücken.

4.3.2. Entstehung (ZGB 799)

a) *Errichtung durch Rechtsgeschäft und Grundbucheintrag*

Ausgangspunkt ist meistens eine durch obligatorisches Rechtsgeschäft begründete Darlehensforderung (OR 312 ff.), welche durch die Errichtung eines Grundpfandrechtes sichergestellt werden soll. Die Errichtung des Grundpfandrechtes geschieht mittels Pfandvertrag und der dinglichen Verfügung. Also eigentlich sind drei Rechtsgeschäft für die Entstehung des Pfandrechtes nötig.

- Obligatorisches Rechtsgeschäft (z.B. Darlehensvertrag).
- Pfandvertrag (Verpflichtungsgeschäft, Verfügung von Todes wegen etc.).
- Dingliches Rechtsgeschäft (Dingliche Verfügung, Grundbucheintrag).

Der Pfandvertrag muss öffentlich beurkundet werden (ZGB 799 II, GBV 19 I). Aus dem Inhalt des Pfandvertrages müssen die Vertragsparteien, der Verpfändungswille, die

Grundpfandart (vgl. ZGB 793 I), das Pfandobjekt, der Erfüllungsort und der Rang ersichtliche sein. Der Pfandbetrag und die Zinspflicht können zusätzlich vereinbart werden.

Die Grundpfandrechte entstehen gemäss ZGB 799 I und 972 in der Regel mit Eintragung im Grundbuch, wo sie in einer besonderen Kolonne des Grundbuchblattes eingetragen werden (ZGB 946 I 3.).

Möglich ist auch, dass der Pfandgläubiger und der Grundeigentümer identisch sind (nur beim Schuldbrief und der Gült, vgl. ZGB 859 I und II, der Grundeigentümer gibt einfach den Titel noch nicht aus der Hand).

b) Weitere Entstehungsarten

Das Grundpfandrecht kann auch durch richterliches Urteil und Grundbucheintrag sowie durch Gesetz entstehen. Bei der Entstehung durch Gesetz ersetzt das Gesetz entweder nur den Pfandvertrag (mittelbar) oder auch den Grundbucheintrag (unmittelbar). Der Anspruch aus Gesetz ist realobligatorischer Natur.

4.3.3. Untergang (ZGB 831, 844, 850)

Der Untergang erfolgt durch den Untergang der sichergestellten Forderung und der konstitutiven Löschung des Grundbucheintrages (der Pfandgläubiger muss schriftlich zustimmen). Weitere Untergangsgründe sind der Untergang des belasteten Grundstücks oder die Enteignung (vgl. ZGB 801). ZGB 844 und 850 regeln die Kündigung.

Beim Schuldbrief und der Gült muss stets noch der Pfandtitel entkräftet werden (zerstört, ZGB 864). Ist die Forderung bei Fälligkeit nicht beglichen worden, kann der Gläubiger als weitere Untergangsmöglichkeit das Grundstück durch das Betreibungsamt versteigern lassen (Entwindung). Danach löscht das Betreibungsamt den Eintrag.

4.3.4. Rang (ZGB 813-815, 817)

a) Allgemeines

Nicht alle Grundpfandrechte sind gleichberechtigt, sie haben oft verschiedene Ränge. Möglich ist auch, dass zwei Grundpfandrechte denselben Rang haben (vgl. ZGB 817 II). Höhere Ränge bedeuten ein höheres wirtschaftliches Risiko, da bei der Verwertung die niederen Ränge zuerst befriedigt werden.

b) Entstehung des Ranges

Die gesetzlichen Pfandrechte nach ZGB 808 III und 810 II gehen allen anderen Pfandrechten vor. Bei den Pfandrechten durch ein richterliches Urteil gilt der Grundsatz der

Alterspriorität, wie auch bei den mittelbaren gesetzlichen Pfandrechten. Ansonsten können Ränge frei bestimmt werden (bei rechtsgeschäftlichen Pfandrechten).

Zu den bereits bestehenden Pfandrechten dürfen keine Vorrangigen vereinbart werden, ausser der fragliche Pfandgläubiger ist einverstanden oder es ist eine Stelle frei. Für Pfandrechte aus Bodenverbesserungen (ZGB 820 f., GBV 21 und 49) besteht von Gesetzes wegen ein Vorrang, obwohl es sich um vertragliche Pfandrechte handelt.

c) System der offenen Ränge

Nach dem Büchergestellsystem bleiben frei werdende Ränge offen und können später ersetzt werden, es wird also **nicht nachgerückt**, ausser wenn die Parteien dies vereinbaren. Die leere Stelle wird nicht verwertet. Ist der Grundeigentümer Pfandgläubiger eines Grundpfandrechts, wird sein Rang wie ein leerer behandelt.

Wird z.B. ein Grundstück verwertet, bei dem von drei Pfandrechten nur das Zweite fällig ist, gehen die anderen in den ersten und dritten Rang auf den Erwerber des Grundstücks über. Dies allerdings nur, wenn die zweite Forderung auch wirklich befriedigt werden kann. Ist dies nicht der Fall, wird das Grundstück nicht verwertet und der Gläubiger bekommt einen Pfandausfallschein (siehe SchKG).

d) Verhältnis unter den dinglichen Rechten

Im Verhältnis zu den anderen beschränkten dinglichen Rechten gilt der Grundsatz der Alterspriorität. Bei der jüngeren Dienstbarkeit hat der Grundpfandgläubiger die Möglichkeit einer Nachgangserklärung. Nutzt er diese, gilt die Dienstbarkeit wie eine solche, die vor dem Grundpfand errichtet worden ist. Gibt er keine Erklärung ab, findet bei einer allfälligen Verwertung ein Doppelauftritt statt (ZGB 812 II, SchKG 142 I und III), womit u.U. der Dienstbarkeitsberechtigte leer ausgeht.

Vorgemerkte dingliche Rechte werden gleich wie die Dienstbarkeit behandelt (z.B. Miete, Rückkaufsrecht etc.).

4.3.5. Umfang und Wirkungen der Pfandhaft

Hier geht es um die Frage, was im Einzelnen von der Pfandhaft erfasst wird, d.h. was gegebenenfalls zwangsversteigert wird, wenn sich das Grundpfandrecht aktualisiert. Das Grundstück haftet für die Forderung, der Gläubiger hat ein Verwertungsrecht nach SchKG (beachte das *beneficium excussionis realis*). Unzulässig ist die Abrede, wonach das Grundstück dem Gläubiger zu Eigentum zufallen soll (ZGB 816 II).

Die Pfandhaft umfasst alle **Bestandteile und auch das Zugehör** (ZGB 805), selbst wenn es nach Verpfändung hinzugekommen ist. Dies kann man vertraglich ausschliessen und für das Zugehör gilt es natürlich nicht, wenn es im Eigentum eines anderen ist. Natürliche Früchte gehören bis zur Trennung auch dazu (Akzessionsprinzip). Zivile Früchte (Miet- und Pachtzinse) gehören ab Einleitung der Betreibung oder seit Konkurseröffnung

dazu (ZGB 806). Auch Versicherungsansprüche werden von der Pfandhaft umfasst (VVG 57 I). Gerichtliche Massregeln wegen Wertverminderungen der Pfandsache und der Abtrennung kleinerer Stücke (ZGB 808 ff.) werden im summarischen Verfahren beurteilt (EG ZGB 122).

Der Umfang der Sicherung umfasst die Forderung, die Zinsen und die Betreuungskosten (ZGB 818). Dauerbauten, die zwar Bestandteilseigenschaft haben, werden nicht von der Pfandhaft erfasst, wenn sie aufgrund eines Baurechts i.S.v. ZGB 675 und 779 ff. errichtet worden sind.

Als Nebenwirkungen sieht ZGB 808 ff. verschiedene Sicherungsbefugnisse des Grundpfandgläubigers bei Wertverminderung des Grundstückes vor. Er hat aber auch verschiedene Zugeständnisse zu machen: Die Abtretung kleiner Stücke am Grundstück ist möglich (ZGB 805 f.). Ein Verzicht auf das Recht, mehrere Lasten auf das Grundstück zu legen ist unverbindlich (ZGB 812). Zu Bodenverbesserungen siehe ZGB 820, zu Beistandschaft ZGB 823.

4.3.6. Pfandrechtsarten

a) *Grundpfandverschreibung (ZGB 824-835)*

i. Allgemeines

Nach der Vorstellung des Gesetzes verfolgt die Grundpfandverschreibung einen **reinen Sicherungszweck** (ZGB 824, keine Mobilisierung des Bodens). Die ausgestellte Urkunde hat die Wirkung eines Beweismittels (ZGB 825), der Grundbucheintrag ist nur die Vermutung, nicht aber der Nachweis des Bestandes der Forderung (ZGB 937), es besteht bezüglich der Forderung keinen Gutglaubensschutz (ZGB 973).

Es erfolgt keine Novation der Forderung, auch nicht bei der Obligation mit Grundpfandverschreibung, welche Wertpapiereigenschaft aufweisen kann. Die Forderung genießt auch keinen öffentlichen Glauben. Dieser fällt bloss dem Pfandrecht zu.

Gesichert werden kann eine beliebige Forderung, z.B. auch eine Künftige. Im Verhältnis zur Grundpfandverschreibung ist die **Forderung akzessorisch**; bei einer Abtretung geht das Grundpfandrecht als Nebenrecht mit über (OR 170 I). Bei Untergang der Forderung, geht auch die Grundpfandverschreibung unter (vgl. ZGB 826).

Das verpfändete Grundstück braucht nicht im Eigentum des Schuldners zu stehen (Drittpfandverhältnisse, ZGB 824 II, vgl. auch ZGB 827-831). Weiterhin ist der Schuldner jedoch verpflichtet, die Forderung zu begleichen. Der Drittpfandeigentümer ist aber befugt durch Gesetz, die Forderung zu tilgen (ZGB 827 I), die Forderung geht per Gesetz über (Subrogation, ZGB 827 II). Für die Entstehung und den Untergang gelten die allgemeinen Vorschriften (ZGB 799 und 801, zu beachten ist auch 826).

ii. Wechsel eines Beteiligten

Die Abtretung bedarf keiner Eintragung im Grundbuch (ZGB 835, vgl. oben zur Abtretung). Die Übertragung des Grundstückes ändert nichts am Bestand der Forderung, die

Haftung des Schuldners bleibt unverändert (ZGB 832 I), sofern nichts anderes vereinbart ist.

Bei der Schuldübernahme sind neben OR 175 ff. ZGB 832 II und 834 zu beachten. **Der Schuldnerwechsel erfolgt erst durch die externe Schuldübernahme, bei welcher der Gläubiger zustimmen muss. Bei der Grundpfandverschreibung reicht aber, dass sich der Gläubiger nach Erhalt der Information nicht wehrt** (ZGB 834 II). Will der Gläubiger den neuen Schuldner nicht, wirkt dennoch die interne Schuldübernahme. Stimmt der Gläubiger der Schuldübernahme zu, leistet der neue Schuldner nicht, und muss deswegen der alte Schuldner leisten, findet eine Subrogation statt.

iii. Einzelfragen

Der Eigentümer des pfandbelasteten Grundstückes kann nach h.L. nach dem Untergang der Forderung, den Grundbucheintrag weiter bestehen lassen, und ihn für eine neue Forderung verwenden (Pfanderneuerung). Voraussetzung ist ein neuer öffentlich beurkundeter Pfandvertrag (ausgenommen sind die Fälle von ZGB 824 f.). Wechselt der Gläubiger, muss der ehemalige Gläubiger dem Wechsel ausdrücklich zustimmen. In der Vereinbarung eines Nachrückrechtes liegt die Vermutung, dass der Schuldner die Pfanderneuerung unterlassen soll.

Obwohl bei der Grundpfandverschreibung kein Wertpapier ausgestellt wird (ZGB 825 II), lässt es die Praxis zu, dass Schuldbekennnisse in die Form eines Wertpapiers gekleidet und mittels einer Grundpfandverschreibung sichergestellt werden (Hypothekarobligation). Die Verkehrstauglichkeit ergibt sich aus dem Wertpapiercharakter, ohne welches der Schuldner nicht leisten muss. Es erfolgt keine Novation, das Pfandrecht ist nicht in der Urkunde verkörpert und es besteht kein öffentlicher Glaube. Diese Nachteile sind dem Publikum meist nicht bekannt (Täuschungsgefahr).

iv. Gesetzliche Grundpfandrechte

Grundpfandrechte können auch auf gesetzlicher Grundlage beruhen. Unmittelbare gesetzliche Grundpfandrechte sind dadurch gekennzeichnet, dass ihre Entstehung ohne Eintragung im Grundbuch geschieht. Bundesrechtlich sind ZGB 808 III, 810 II und 819 zu beachten, zudem sehen die Kantone verschiedene gesetzliche Grundpfandrechte vor.

Mittelbare gesetzliche Grundpfandrechte entstehen erst mit der Eintragung im Grundbuch; das Gesetz gibt dem Berechtigten einen obligatorischen Anspruch auf Eintragung. Die wichtigsten Fälle im Bundesrecht sind in ZGB 837 aufgelistet (Bauhandwerkerpfandrecht, Verkäuferpfandrecht und Pfandrecht der Miterben), sowie in ZGB 779d, 779i und 523. Soweit die Eintragung der Mitwirkung des Schuldners bedarf (ZGB 839 III, GBV 22 I), schuldet dieser die Abgabe einer Willenserklärung, nämlich der Anmeldungserklärung an das Grundbuchamt (ZGB 963 I). Der Schuldner ist immer der Eigentümer des Grundstücks (Realobligation). Die mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechte sind meist befristet (vgl. ZGB 838). Das Bundesgericht lässt die Eintragung auch nach der Pfändung des Grundstücks oder nach Konkurseröffnung zu. Auf die gesetzlichen Pfandrechte kann nicht im Voraus verzichtet werden (ZGB 837 II).

v. Bauhandwerkerpfandrecht (ZGB 837, 839-841)

Das Bauhandwerkerpfandrecht (ZGB 837 I 3.) gehört zu den mittelbaren gesetzlichen Pfandrechten, das Gesetz ersetzt also nur den Pfandvertrag. Handwerker tragen meist zu

einer Wertvermehrung bei, durch das Akzessionsprinzip (ZGB 667) wird das eingebaute Material Bestandteil des Grundstücks, ein Retentionsrecht ist somit nicht mehr möglich. Um den Bauhandwerker angemessen zu schützen, steht das Bauhandwerkerpfandrecht zur Verfügung.

Der Anspruch auf Pfanderrichtung ist mit der Forderung, nicht mit dem Bauhandwerker verbunden. Eine Abtretung ist demnach möglich.

Die Bauhandwerker haben ein Vorrecht gegenüber den anderen Pfandgläubigern bei der Verwertung (ZGB 841, vgl. 840), damit sie nicht zu Verlust kommen (Pfandausfall genügt). Der Handwerker hat dann eine Forderung gegen die vorgehenden Pfandgläubiger.

Die Voraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts sind:

- **Forderung.** Anerkannt oder gerichtlich festgestellt (ZGB 839 II, III). Sind sich Gläubiger und Bauhandwerker nicht einig, kann das Pfandrecht provisorisch nach ZGB 961 I 1. eingetragen werden (GBV 22 IV). An die Eintragung schliesst der ordentliche Zivilprozess an. Dies im beschleunigten Verfahren (EG ZGB 124).
- eines **Bauhandwerkers oder Unternehmers.** Nicht berechtigt sind Unselbständige, also die Angestellten. Subunternehmer werden vom Gesetz speziell erwähnt, auch sie sind berechtigt, selbst wenn der Generalunternehmer schon bezahlt wurde.
- gegenüber dem **Grundeigentümer oder einem Unternehmer.**
- für **wertvermehrende Bauarbeiten.** Unberechtigt sind blosser Lieferanten, da diese keine „Arbeit“ verrichten. Zug beachten ist aber, dass jemand, der ein speziell hergestelltes Stück liefern, welches sonst nur sehr schwer verwertbar ist, Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht hat. Die Arbeiten müssen materialisierend wirken, der Architekt hat somit keinen Anspruch.
- für ein **Bauwerk auf einem Grundstück.** Das Grundstück muss natürlich pfandtauglich sein, zu beachten ist weiter BGGB 73 ff. (ZGB 798a). Das Bauhandwerkerpfandrecht stellt eine Realobligation dar, es kommt also nicht darauf an, ob das Grundstück veräussert wird. Die Realobligation gilt aber nicht absolut, zu beachten ist der gute Glaube.
- Eintragung im Grundbuch im summarischen Verfahren innert der gesetzlichen (Verwirkungs-) **Frist** von 3 Monaten nach Vollendung der Arbeit (oder allenfalls ab Auflösung des Werkvertrags).
- **Keine anderweitige Sicherstellung** der Forderung möglich. Zu nennen ist eine vertragliche Sicherung von Anfang an durch die Vertragspartei, oder durch eine Bank. Der Grundeigentümer hat ein Recht auf eine anderweitige Sicherheit, wenn dadurch die Situation für den Bauhandwerker nicht schlechter wird.

Das Bauhandwerkerpfandrecht soll dort eingetragen werden, wo die Wertvermehrung stattfindet. Beim Stockwerkeigentum wird es demnach bei diesem eingetragen; bei Miteigentum aber hat der Bauhandwerker die Wahl, ob zulasten der Stammparzelle oder der Quote eingetragen werden soll. Bei Gesamtüberbauungen soll die Pfandsumme aufgeteilt werden (oder Gesamtpfand unter den Voraussetzungen von ZGB 798 I).

b) Schuldbrief (ZGB 842-846, 854-876)

i. Kennzeichen

Begründung und Sicherung einer persönlichen Forderung (ZGB 842) als Zweck (vgl. ZGB 816 I). Die gesicherte Forderung ist persönlich, der Schuldner haftet also zusätzlich mit seinem gesamten Vermögen. Forderung und Pfandrecht sind untrennbar miteinander verbunden. Mit dem Schuldbrief wird das Schuldverhältnis, das der Errichtung zu Grunde liegt, durch Neuerung getilgt (**Novation**). Die Novation hat die Beschränkung der Einreden als Folge (ZGB 872).

Die **Forderung darf weder Bedingungen noch Gegenleistungen enthalten** (ZGB 854), die Verkehrsfunktion soll nicht beeinträchtigt werden. Aus ZGB 845 ergibt sich, dass Eigentümerschaft am pfandbelasteten Grundstück und Schuldnerschaft bezüglich der Forderung auseinander fallen können, Drittpfandverhältnisse sind dennoch möglich.

Der Schuldbrief hat Wertpapiercharakter (ZGB 856 I, OR 965), da ein Pfandtitel ausgestellt wird (ZGB 857, vgl. ZGB 868 f.). Als Gläubiger kann entweder eine bestimmte Person oder der Inhaber bezeichnet werden (ZGB 859 I). Der Schuldner leistet nur auf Vorweisung der Urkunde (vgl. ZGB 857 und GBV 53). Der Schuldbrief ist ein Wertpapier öffentlichen Glaubens, und genießt daher besonderen Vertrauensschutz (ZGB 865 f.).

ii. Entstehung, Änderung und Untergang

Der Schuldbrief entsteht mit der Eintragung ins Grundbuch (ZGB 799 I) und der Errichtung des Pfandtitels (ZGB 856 I, vgl. Abs. 2). Formelle Vorschriften sind GBV 53-57, zu beachten ist weiter ZGB 857. Als Rechtsgrund für die Eintragung kommt ein öffentlich beurkundeter Vertrag in Frage, wie ein einseitiges Begehren des Grundeigentümers (GBV 20 I, Schriftform). Zu beachten sind die Pfandbelastungsgrenzen im BGG und im kantonalen Recht (ZGB 798a, 843).

Mit der Änderung befasst sich ZGB 874 (ein Forderungsrückgang wird auf dem Schuldbrief vermerkt). Der Untergang erfolgt mit der Löschung des Grundbucheintrages oder mit dem Untergang des Grundstücks (ZGB 801 I). Der Pfandtitel muss vorher entkräftet worden sein (ZGB 864, GBV 64). Der Schuldner hat auch die Möglichkeit, den Pfandtitel unentkräftet herauszuverlangen (ZGB 873, vgl. auch ZGB 863).

iii. Einzelfragen

Einreden sind durch die Novation nur insofern möglich, als sie sich auf den Eintrag oder die Urkunde beziehen, oder persönlich gegen den Schuldner sind (ZGB 872). Die Parteien können die Neuerungswirkung auch von vorneherein ausschliessen (ZGB 855 II, wirkt nicht gegenüber gutgläubigen Dritten).

Die Übertragung des Pfandtitels richtet sich nach den wertpapierrechtlichen Regeln (ZGB 868 f., OR 967). **Lautet der Schuldbrief auf den Inhaber, genügt Besitzesübergabe. Lautet er auf einen bestimmten Namen, ist zusätzlich die Angabe der Übertragung auf dem Titel unter Angabe des Erwerbers notwendig** (ZGB 869 II). Der Erwerber muss also genannt werden. Eine Änderung des Grundbucheintrages ist nicht nötig. Zur Kündigung siehe ZGB 844.

Der Namensschuldbrief ist ein Ordrepapier, d.h. die Übertragung erfolgt per Indossament und die Legitimation ergibt sich aus dem Besitz und der Bezeichnung auf dem Ordrepapier. Wird der Namensschuldbrief auf den Namen des Grundeigentümers ausgestellt, handelt es sich um einen Eigentümerschuldbrief nach ZGB 859 II.

Ein Schuldbrief kann als Faustpfand abgegeben werden. Dann kann der Faustpfandgläubiger aber nicht die Schuldbriefforderungen einziehen; er muss die Betreibung auf Faustpfandverwertung einleiten. Wird das Grundstück selbst aber versteigert, wird der Faustpfandgläubiger wie ein Grundpfandgläubiger behandelt (VZG 35 II).

c) *Gült (ZGB 847-853, 854-874)*

Für die Regeln über Entstehung und Untergang, die Wertpapierqualität, dem Verbot der Gegenleistung und Bedingung sowie über die Novation, die Einredebeschränkung und der besondere Vertrauensschutz kann auf die Regeln über den Schuldbrief verwiesen werden.

Da das Gesetz für die Gült eine reine Sachhaftung vorsieht, ist sie eine reine Reallast. Der Schuldner haftet ausschliesslich mit dem Grundstück (ZGB 782, 847 III, vgl. SchKG 158 II). Gültschuldner ist nach ZGB 851 I immer der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks, Drittpfandverhältnisse sind somit ausgeschlossen.

Das Gesetz versucht durch verschiedene Regeln, die Gült zu einer sicheren Geldanlage zu machen (ZGB 847 II, 848 f.). Aus der Regel der Ablösbarkeit (ZGB 850) folgt, dass die Gült als langfristige Geldanlage gedacht ist. Vorbehalten sind altrechtliche kantonale Gülten.

d) *Unterschiede*

i. **Schema**

Grundpfandverschreibung	Schuldbrief	Gült
ZGB 824-841	ZGB 842-846, 854-874	ZGB 847-874
Sicherungsfunktion	Sicherungs- und Verkehrsfunktion	Sicherungs- und Verkehrsfunktion
Beweisurkunde, nicht verwertbar	Wertpapier	Wertpapier
Sicherung einer beliebigen Forderung	Sicherung einer bestimmten Forderung	Sicherung einer bestimmten Forderung
Keine Novation	Novation der Forderung mit Einredeausschluss	Novation der Forderung mit Einredeausschluss
Drittpfandverhältnisse möglich	Drittpfandverhältnisse möglich	Drittpfandverhältnisse nicht möglich
Persönliche Haftung neben Sachhaftung	Persönliche Haftung neben Sachhaftung	Reine Sachhaftung
Kein besonderer öffentlicher Glaube	Besonderer öffentlicher Glaube	Besonderer öffentlicher Glaube
Entstehung durch Gesetz oder Rechtsgeschäft	Entstehung durch Rechtsgeschäft	Entstehung durch Rechtsgeschäft
Häufig	Häufig	Selten

ii. Art der sichergestellten Forderung

Mittels Grundpfandverschreibung können beliebige Forderungen sichergestellt werden (ZGB 824 I), auch zukünftige, bedingte oder bloss mögliche Forderungen (beachte aber ZGB 27 II).

Wegen der Verkehrsfähigkeit des Schuldbriefs dürfen nur klar und eindeutig bestimmte Forderungen sichergestellt werden (ZGB 842). Bedingungen und Gegenleistungen sind ausgeschlossen (ZGB 854, eine Ausnahme ist die Abmachung, die aber nur intern wirkt). Für die Gült gilt dasselbe.

iii. Verhältnis Pfandrecht/Forderung

Bei der Grundpfandverschreibung ist das Pfandrecht vom Bestand der Forderung abhängig (Akzessorietätsprinzip), massgebend ist also der Bestand der Forderung und nicht der Eintrag im Grundbuch.

Beim Schuldbrief und bei der Gült wird das zugrunde liegende Schuldverhältnis durch Neuerung getilgt (Novation, OR 115 f., wenn der pfandbelastete Grundeigentümer gar nicht Schuldner der sichergestellten Forderung ist, tritt insofern keine Novation ein). Auf die Novation kann aber vertraglich verzichtet werden (vgl. ZGB 855 II). Ist eine Vertragspartei handlungsunfähig, werden Dritte geschützt (nicht jedoch der Vertragspartner).

iv. Rechtsnatur der Pfandurkunde

Die Urkunde bei der Grundpfandverschreibung hat nur die Eigenschaft eines Beweismittels (ZGB 825 II), nicht die eines Wertpapiers wie bei der Gült oder dem Schuldbrief.

Nach OR 965 ist ein Wertpapier jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend noch auf andere übertragen werden kann. Übertragen kann die Grundpfandverschreibung somit nicht mit der Übertragung der Urkunde, sondern mit den Vorschriften über die eigentliche Abtretung. Die Ausnahme ist, wenn die Grundpfandverschreibung auf den Inhaber ausgestellt wird (Hypothekarobligation).

Der Schuldbrief hat Wertpapiercharakter i.S.v. OR 965. Die Geltendmachung des Anspruches ist also abhängig vom Besitz des Schuldbriefes. Der Titel geniesst den Vertrauensschutz des Grundbuches (ZGB 865) sowie auch den Schutz des guten Glaubens (ZGB 866, vgl. 867).

v. Persönliche Haftung des Schuldners

Neben der Sachhaftung haftet der Schuldner mit seinem persönlichen Vermögen beim Schuldbrief und bei der Grundpfandverschreibung, nicht jedoch bei der Gült.

vi. Trennung von Eigentümer- und Schuldnerstellung

Bei der Grundpfandverschreibung möglich, wie auch beim Schuldbrief, z.B. man stellt sein Grundstück für eine Schuld eines Verwandten als Pfandobjekt zur Verfügung. Bei der Gült ist das nicht möglich (ZGB 851).

vii. Art des belasteten Grundstückes:

Die Gült darf nicht auf industriellen Grundstücken errichtet werden, sondern nur auf landwirtschaftlichen Grundstücken, auf Baugebiet oder auf Grundstücken mit Wohnhäusern (ZGB 847 II).

viii. Belastungsgrenze

Bei der Grundpfandverschreibung und beim Schuldbrief besteht keine Belastungsgrenze, vorbehalten allerdings kantonales Recht beim Schuldbrief (ZGB 843). Ferner besteht eine Belastungsgrenze für landwirtschaftliche Grundstücke (vgl. ZGB 798a i.V.m. BGG 73 ff.). Bei der Gült wird die Belastungsgrenze mittels einer amtlichen Schätzung ermittelt (ZGB 848 f.).

4.4. Grundlasten ZGB 782-792

4.4.1. Allgemeines

Der Eigentümer eines Grundstückes wird zu einer Leistung an den Berechtigten verpflichtet, für die er ausschliesslich mit dem Grundstück haftet (ZGB 782 I). Auch eine Geldleistung ist möglich, allerdings bedarf es eines engen Sachzusammenhanges, weshalb regelmässig z.B. eine Bierbezugspflicht nicht zulässig ist. Die Grundlast ist also eine Art Zwischending zwischen Pfand und Dienstbarkeit. Jedenfalls ist sie ein realobligatorisches Recht, der Schuldner ist der Eigentümer des belasteten Rechts. Die Leistung muss sich entweder aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben oder für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstücks bestimmt sein (deswegen realobligatorisch). Wenn etwas schon von Gesetzes wegen geschuldet ist, kann dies nicht Inhalt einer Grundlast sein.

Der Berechtigte kann irgendetwas sein, je nachdem spricht man von **Personal-**(irgend jemand) oder **Realgrundlasten** (der Eigentümer eines anderen Grundstückes). Analog zu GBV 7 können Personalgrundlasten ein eigenes Grundbuchblatt erhalten.

Der Grundlast liegen einerseits realobligatorische (bei der Dienstbarkeit sind es dingliche) Nutzungsrechte zugrunde, andererseits aktualisiert sich die Grundlast bei Nichterfüllung der betreffenden Verpflichtungen wie ein Grundpfandrecht. Die **praktische Bedeutung ist gering**.

Für die Leistung liegt eine blosser **Sachhaftung** vor, Realerfüllung kann nicht gefordert werden. Die Grundlast unterliegt keiner Verjährung (ZGB 790 I). Eine Grundlast zum Zweck der Sicherung von Geldbeträgen steht unter den Bestimmungen über die Gült (ZGB 785).

4.4.2. Errichtung und Untergang

Massgebend für die Errichtung ist ZGB 783. Der Vertrag (Verpflichtungsgeschäft) bedarf der öffentlichen Beurkundung (ZGB 783 III i.V.m. 656 ff.). Der Grundbucheintrag stellt das Verfügungsgeschäft dar. Bei der Eintragung der Grundlast ist stets ein bestimmter Betrag als Gesamtwert anzugeben (ZGB 783 II, falls das BGBB Anwendung findet, ist BGBB 73 zu beachten wegen der Belastungsgrenze). Nur öffentlichrechtliche Grundlasten bedürfen keines Eintrages im Grundbuch (vgl. ZGB 784). Eine Ablösung ist möglich (ZGB 787 ff., z.B. bei Wertverringerung durch Zerstückelung).

Für den Untergang kann auf die Ausführungen für den Untergang von Dienstbarkeiten verwiesen werden, für den Fall von ZGB 812 II auch auf das Grundpfandrecht. Als Besonderheit ist die Ablösung möglich (ZGB 787-789).

Analog angewendet werden ZGB 738 f.

4.5. *Weitere Regelungsinhalte*

ZGB 875-883 regeln die **Ausgabe von Anleihenstiel** mit Grundpfandrecht. Eine Anleihe ist ein in Teilbeträge aufgeteiltes Grossdarlehen, basierend auf einer einheitlichen Rechtsgrundlage. Die Artikel werden mangels praktischer Relevanz als toter Buchstabe bezeichnet.

ZGB 884-894 befasst sich mit dem **Faustpfand**. Erforderlich sind einerseits ein Faustpfandvertrag, sowie andererseits der Besitzübergang der belasteten Sache an den Pfandrechtsbelastete. Wie beim Grundpfand besteht auch hier das Verbot, dass der Gläubiger Eigentümer werden kann.

Das **Retentionsrecht** ist in ZGB 895-898 geregelt. Erforderlich sind der Zusammenhang des Retentionsrechtes mit der Forderung des Retentionsberechtigten, sowie die Tatsache, dass sich der Retentionsgegenstand mit dem Willen des Schuldners im Besitze des Gläubigers befindet.

Ein **Pfandrecht** kann auch an **Forderungen** errichtet werden (ZGB 899-906). Die Zustimmung des Drittschuldners ist nicht notwendig. Die Errichtung des Pfandrechtes bedarf der Schriftlichkeit, wenn für die Forderung keine Urkunde besteht.

Abschliessend befasst sich ZGB 907 ff. mit dem **Pfandleihgewerbe**.

5. Sachenrechtliche Rechtsbehelfe

5.1. *Störung des Eigentums oder des Besitzes*

5.1.1. ZGB 641

a) *Eigentumsklage: Vindikation ZGB 641 II*

Mit der Vindikation kann der nichtbesitzende Eigentümer die **Herausgabe einer Sache** vom Nichteigentümer verlangen. Durch das Urteil wird der geltend gemachte Herausgabeanspruch gutgeheissen oder abgewiesen. Zur Eigentumsfeststellung ist neben der Eigentumsklage (ZGB 641 II) eine Feststellungsklage erforderlich.

Von Bedeutung ist die Eigentumsklage dann, wenn das Verpflichtungsgeschäft und somit der Eigentumsübergang ungültig war. Indessen wird in der Praxis in vielen Fällen die Herausgabe der beweglichen Sachen mit Hilfe der Besitzesrechtsklage nach ZGB 934 und 936 erreicht, wo das Eigentumsrecht nicht bewiesen werden muss.

Die Aktivlegitimation steht dem Eigentümer zu, wie auch dem Miteigentümer und unter Umständen auch dem Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts. Passivlegitimiert ist der Besitzer.

b) *Eigentumsfreiheitsklage ZGB 641 II*

Das ist jene Klage des Eigentümers, die darauf abzielt, **ungerechtfertigte Eingriffe in sein Eigentum** durch den Störer abzuwehren, sei es eine Beseitigung des störenden Zustandes, eine Wiederherstellung des früheren Zustandes oder eine Unterlassung weiterer Störungen. Eine mittelbare Einwirkung als Folge der Nutzung eines benachbarten Grundstücks (z.B. Ablagerung chemischer Substanzen auf dem Nachbargrundstück) ist nicht abwendbar. Auch nicht möglich ist die Geltendmachung des Schadenersatzes. Ihre hauptsächliche Anwendung findet sie im Immobiliarsachenrecht.

Gegenüber den Besitzesschutzklagen (ZGB 927 f.) kommt der Eigentumsfreiheitsklage eine geringe praktische Bedeutung zu, da sie eine Verletzung des Eigentums voraussetzt (entgegen lediglich einer Störung der Sachherrschaft bei ZGB 927 f.). Aktivlegitimiert ist der Eigentümer, der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts und der Miteigentümer. Passivlegitimiert ist der Störer.

c) ***Eigentumsfeststellungsklage***

Sie zielt darauf ab, das Bestehen des Eigentums oder das Nichtbestehen eines das Eigentum beschränkenden dinglichen Rechts festzustellen. Voraussetzung ist ein schutzwürdiges Interesse. Dies ist vor allem gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Fortdauer der Rechtsunsicherheit unzumutbar ist.

5.1.2. **Rechtsbehelfe des Eigentümers aus Besitz**

a) ***Besitzesschutz***

Hier soll der Besitz geschützt werden. Er soll nicht durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigt werden dürfen (ZGB 927 I, 928 I). Diese liegt dann vor, wenn die Beeinträchtigung ohne Einwilligung des Besitzers erfolgt.

- Selbsthilfe ZGB 926 I: Wehren mit Gewalt gegen die verbotene Eigenmacht (z.B. Dieb).
- Besitzesschutzklagen ZGB 927. Der Beklagte kann dem Kläger die Einrede des besseren Rechts auf die Sache nicht geltend machen, weil die Besitzesschutzklage die Entscheidung über den Rechtsstreit nicht präjudizieren kann. Die Frage nach dem Recht wird nicht berührt.
 - o Klage auf Besitzesentziehung: Rückgabe der Sache, Schadenersatz.
 - o Klage aus Besitzesstörung: Hauptanwendungsgebiet sind Störungen des Besitzes an Liegenschaften (vgl. ZGB 937 II). Es kann folgendes begehrt werden:
 - Beseitigung oder Unterlassung von Störungen ZGB 928 II.
 - Wiederherstellung des früheren Zustandes.
 - Schadenersatz ZGB 928 III.
 - o Verfahren: meist summarisches Verfahren, kein Endentscheid.

b) ***Besitzesrechtsklage***

Der Eigentümer oder jeder frühere gutgläubige Besitzer hat die Möglichkeit, seine bewegliche Sache vom jetzigen Besitzer herauszuverlangen (ZGB 934, 936, deswegen Fahrnisklage).

Im Unterschied zur Eigentumsklage hat er nicht den Beweis des Eigentums zu erbringen, die Aktivlegitimation ist bereits durch den früheren Besitz gegeben. Gegenüber dem bösgläubigen Besitzer kann auch ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden.

Die bewegliche Sache muss also dem Besitzer unfreiwillig abhanden gekommen sein (z.B. verloren oder gestohlen). Nicht jedoch bei einer Täuschung, sofern sich die Täuschung nur auf das Rechtsverhältnis und nicht auf die Besitzübertragung bezieht.

Liegt guter Glaube des Beklagten vor, ist die Verwirkungsfrist von fünf Jahren zu beachten. Wenn der Beklagte die Unkenntnis des Rechtsmangels dadurch verursacht hat, dass er die Aufmerksamkeit unterlassen hat, die in der konkreten Situation hätte verlangt werden können, wird er wie ein bösgläubiger Erwerber behandelt.

Hat der gutgläubige Beklagte die dem Kläger abhanden gekommene Sache durch öffentliche Versteigerung, auf dem Markte oder von einem Kaufmann erworben, der mit Waren gleicher Art handelt, muss er diese nur dann herausgeben, wenn ihm der Kläger den dafür bezahlten Preis ersetzt (ZGB 934 II, Lösungsrecht). Der Kläger, der die Sache früher bösgläubig erworben hat, ist nicht aktivlegitimiert (ZGB 936).

5.2. *Verantwortlichkeit des Grundeigentümers*

5.2.1. *Allgemeines*

Wird Grundeigentum dadurch, dass sein Nachbar sein Eigentumsrecht überschreitet (ZGB 684 f.), beeinträchtigt, gewährt ZGB 679 verschiedene Klagemöglichkeiten. Grund für ZGB 679 ist das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis. Die Klagen aus ZGB 679 sind gegen mittelbare Eingriffe einzusetzen, während die Eigentumsfreiheitsklagen gegen unmittelbare Eingriffe auf das Eigentum zielen.

Die Eigentumsfreiheitsklage (ZGB 641 II) hat die Funktion, einen direkten, unmittelbaren Eingriff in die Substanz einer Sache abzuwehren, demgegenüber sind die Klagen aus ZGB 679 gegen mittelbare Eingriffe einzusetzen, die sich aus der Ausübung der aus dem Grundeigentum fließenden Nutzungsbefugnisse auf einem Nachbargrundstück ergeben.

5.2.2. *Schadenersatzklage*

a) *Wesen und Bedeutung*

Der Grundeigentümer soll seine durch das Eigentum privilegierte Rechtsposition mit einer Kausalhaftung abgelten, falls durch die Eigentumsausübung Nachbarn geschädigt werden. Das Zurechnungskriterium besteht in einer objektiven Überschreitung der aus dem Grundeigentum fließenden Nutzungsrechte. Ein Sorgfaltsbeweis ist ausgeschlossen. Neben dem Überschreiten des Grundeigentumsrechts sind die Widerrechtlichkeit, der Schaden und die Kausalität Haftungsvoraussetzung.

b) Überschreitung des Grundeigentumsrecht als Voraussetzung

Eine Überschreitung der Eigentümerbefugnisse liegt bei übermässigen Immissionen (ZGB 684) vor. Dabei wird auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen in der konkreten Situation abgestellt. Beispiele sind Russ, Rauch, Lärm oder Erschütterung. Neben diesen materiellen Immissionen wurden von der Rechtsprechung auch negative Immissionen als Schadenursache anerkannt. Beispiele sind ideelle Eindrücke der Nachbarn wie Aussicht, oder die Verhinderung des Zugangs auf ein anderes Grundstück. Bei diesen negativen Immissionen muss die Schädigung beträchtlich sein. Vgl. auch vorne zu ZGB 684.

Der Grundeigentümer haftet nicht für ausschliesslich durch Naturereignisse verursachte Schäden.

c) Schaden durch erlaubte Einwirkung

Ein Problem ergibt sich, wenn ein Schaden durch eine Immission eintritt, die zwar ausserordentlich und unvermeidlich, aber erlaubt ist. Das ist etwa der Fall, wenn im Zusammenhang mit einer Bautätigkeit auf den Nachbargrundstück Kunden der Zugang zu einem Ladengeschäft erheblich erschwert wird. Das Bundesgericht bejaht einen Schadenersatz, wenn die Immissionen übermässig und die Schädigung beträchtlich sind, obwohl sie rechtmässig sind.

5.2.3. Weitere Klagearten

Die Beseitigungsklage kann im Falle einer noch bestehenden Immission ergriffen werden. Der Richter prüft vorher die Möglichkeiten von Schutzvorkehrungen gegen die Immission (z.B. Schallschutzmassnahmen). Nicht möglich ist diese Klage zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, welcher nur mit der Schadenersatzklage erreicht werden kann. Die Präventivklage ist zur Verhinderung drohender Immissionen gedacht (z.B. Verbot der Erstellung baulicher Anlagen). Die Unterlassungsklage dient dem Schutz vor Wiederholung von Einwirkungen, die in der Vergangenheit einmal eingetreten sind und in Zukunft erneut zu befürchten sind. Möglich ist auch eine Feststellungsklage.

5.2.4. Einzelprobleme

a) Aktiv- und Passivlegitimation

Aktivlegitimiert ist nur der Nachbar, welcher nicht unbedingt Eigentümer seines Grundstückes zu sein braucht. **Der Nachbar muss nicht unmittelbar neben dem störenden Grundeigentum sein, denn es wird jeder Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks unter dem Nachbarbegriff umfasst, der von den übermässigen Immissionen betroffen ist.**

Passivlegitimiert ist zunächst der Grundeigentümer, der sein Eigentumsrecht überschreitet. Nach h.L. ist auch der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts passivlegitimiert, wenn die Immissionen auf dessen selbständiges Verhalten zurückzuführen sind. Das Bundesgericht hat die Passivlegitimation auch schon bei einem obligatorisch Berechtigten bejaht, was einem grossen Teil der Lehre widersprach. Auch das Gemeinwesen kann passivlegitimiert sein. Wenn die Immissionen aber durch eine hoheitliche Tätigkeit verursacht wurden und auf den bestimmungsgemässen Gebrauch der öffentlichen Sache zurückgehen, und sie sich nicht mit einem verhältnismässigen Aufwand verhindern lassen, besteht keine Haftpflicht des Gemeinwesens.

b) *Verhältnis zu OR 58*

OR 58 und ZGB 679 beruhen auf verschiedenen Voraussetzungen (Werkmangel/Ausübung eines Eigentumsrechts am Grundstück). Deswegen sind sie entgegen einer älteren Auffassung konkurrierend anwendbar, wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind.

5.3. *Weitere Rechtsbehelfe*

5.3.1. *Grenzstreitigkeiten ZGB 669*

a) *Abgrenzungsanspruch*

Der Abgrenzungsanspruch steht jedem Grundeigentümer zu, falls seine Grundstücksgrenze ungewiss ist (ZGB 669). Der Nachbar hat bei der Grenzfestlegung mitzuwirken (Realobligation). Ungewissheit der Grenze kann neben dem streitigen Fall auch dann vorliegen, wenn die Grenze unbestritten ist, jedoch z.B. die Grenzzeichen verloren gegangen sind. Die Grenzstreitigkeiten werden im beschleunigten Verfahren beurteilt (EG ZGB 85).

b) *Abgrenzungsklage*

Wenn ein Grundeigentümer seine Mitwirkung verweigert, kann der Nachbar die amtliche Vornahme der Abgrenzung verlangen (Verfahren nach kantonalem Recht). Dies allerdings nur dann, wenn der Nachbar die Grenze beweisen kann (z.B. setzt dann das Amt die Grenzsteine neu).

c) *Grenzscheidungsklage*

Sie ist auf die richtige Feststellung einer streitigen Grenze ausgerichtet, es handelt sich somit um eine Gestaltungsklage, wessen Urteil unmittelbar eigentumsbegründend wirkt.

d) *Anspruch auf Neufestsetzung der Grenze*

Wird infolge von Bodenverschiebungen eine zweckmässige Grundstücksnutzung erschwert oder verunmöglicht und damit die Grundstücksgrenze unzweckmässig (ZGB 660b I), besteht ein Anspruch auf Neufestsetzung der Grenze, inklusive einem Mehrwertausgleich. Finden sich die Nachbarn nicht, steht die Möglichkeit der Klage auf Neufestsetzung (ZGB 660b) der Grenze offen.

5.3.2. Grundbuchliche Rechtsbehelfe des Eigentümers

a) *Grundbuchberichtigungsklage ZGB 975*

Sie hat den Zweck, dass der materiell Berechtigte an einem Grundstück den Grundbucheintrag berichtigen kann. Sie unterliegt dabei keiner Verjährung. Die Grundbuchberichtigungsklage ist eine Feststellungsklage, mit welcher der Grundbucheintrag geändert werden kann. Die Grundbuchanmeldung erfolgt dabei durch den Richter oder durch den materiell Berechtigten (ZGB 963 II).

Die Grundbuchberichtigungsklage kann auch dann ergriffen werden, wenn zu Lasten eines Grundstückes ein beschränktes dingliches Recht zu unrecht eingetragen ist. Ein gutgläubiger Dritter kann am fraglichen Grundstück rechtmässig Eigentümer werden, wenn der materiell Berechtigte den falschen Grundbucheintrag nicht bemerkt (ZGB 973).

Beim relativen Eintragungsprinzip fallen der Eingetragene und der materielle Eigentümer meist auseinander. Bei solchen Konstellationen ist keine Klage nötig, ein einseitiger Antrag des materiell Berechtigten reicht aus.

b) *Grundbuchbeschwerden GBV 102 f.*

Die spezielle Grundbuchbeschwerde (GBV 103) steht dann offen, wenn der Grundbuchverwalter ein Begehren eines Grundeigentümers abweist. Geprüft wird, ob die Abweisung zu Recht geschah. Zuständige Behörde ist der Regierungsrat (GBV 102 i.V.m. EG ZGB 136).

Die allgemeine Grundbuchbeschwerde nach GVB 104 kann gegen eine Verfügung des Grundbuchverwalters ergriffen werden, welche nicht die Abweisung einer Anmeldung beinhaltet (z.B. wegen einer unzulässigen Anmeldung).

c) *Schadenersatzklage ZGB 955*

Entsteht einem Grundeigentümer durch die Grundbuchführung ein Schaden, kann dieser mit ZGB 955 geltend gemacht werden.

5.3.3. Weitere sachenrechtliche Rechtsbehelfe

- Klage auf Ausschluss aus der Mit- oder Stockwerkeigentümergeinschaft (ZGB 649b).
- Klage auf Feststellung des Teilungsanspruches und Teilungsklage beim Miteigentum (ZGB 650, 651 II).
- Anspruch auf Beseitigung von Bäumen und Sträuchern (ZGB 688).
- Rechtsbehelfe des zukünftigen Eigentümers.
 - o Klage auf Zusprechung des Eigentums (ZGB 665 I).
 - o Anspruch auf Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung (ZGB 960 I 1.).
- Ansprüche auf Einräumung von Dienstbarkeiten.
 - o Überbaurecht ZGB 674 III.
 - o Durchleitungsrecht ZGB 691.
 - o Wegrecht ZGB 694.
 - o Notbrunnenrecht ZGB 710.
- Ansprüche beim Wasserabfluss ZGB 689.