Musterlösung zur Prüfung Privatrecht II im FS 21 (22. Juni 2021), Lehrstuhl Prof. Dr. Margot Michel

Bitte beachten Sie Folgendes: Diese Lösungsskizze ist sehr ausführlich und dient als Korrekturmittel. Zur Erreichung einer genügenden Note mussten selbstverständlich nicht alle hier aufgeführten Ausführungen gemacht werden. Eine genügende Note 4 wurde ab 50 Punkten, eine Note 6 ab 92 Punkten von total 200 Punkten erreicht.

Rechtsgrundlage und allgemeine Ausführungen	
Subsumtion	
Zusatzpunkte	
Korrekturanmerkungen	

Fall 1

Aufgabe 1 (70 Punkte) *– Was prüft das Eheschutzgericht und wie wird es entscheiden?*

I. <u>Allgemein</u>	
Eheschutzmassnahmen zielten ursprünglich auf Aussöhnung der Ehegatten hin, können allerdings heutzutage auch zur Vorbereitung einer Scheidung notwendig sein. Ziel des Eheschutzes ist es dann, das Getrenntleben zu regeln.[1]	1
II. <u>Berechtigung zum Getrenntleben</u>	
Das Eheschutzgericht prüft, ob die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts begründet ist (Art. 176 Abs. 1 ZGB).[2] Ein Ehegatte ist berechtigt, den gemeinsamen Haushalt für solange aufzuheben, als seine Persönlichkeit, seine wirtschaftliche Sicherheit oder das Wohl der Familie durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet ist (Art. 175 ZGB). Die Praxis lässt es mit Blick auf das Erfordernis der zweijährigen Trennungsfrist vor Scheidung (Art. 114 ZGB) für die Begründung der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts genügen, wenn ein Ehepartner den unverrückbaren Willen zur Trennung hat.[3] Dies ist Ausdruck seines Persönlichkeitsrechts.	3
Zwischen Lukas und Yvonne kriselt es, verschiedene Streitigkeiten belasten die Familie. Lukas ist ausgezogen und möchte nicht mehr mit Yvonne zusammenleben. Mit dem Auszug hat er seinen Trennungswillen faktisch manifestiert, was zur Begründung des Anspruchs auf Regelung des Getrenntlebens ausreicht. Zudem belasten die andauernden Streitigkeiten der Eltern gemäss Sachverhalt auch die Kinder. Damit ist das Wohl der Familie gefährdet, das die Interessen der Kinder beinhaltet. Folglich ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts begründet.	3

[1] Büchler/Vetterli, Ehe Partnerschaft Kinder, 87; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, N 09.03 f.; Wolf/Genna, Familienrecht, N 235.
[2] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 09.30.
[3] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 09.30; Wolf/Minnig, Familienrecht, N 269; Büchler/Vetterli, Ehe Partnerschaft Kinder, 89.

III. <u>Regelungen durch das Gericht</u>	
Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet, so muss das Gericht - die Unterhaltsbeiträge an die Kinder und den Unterhaltsbeitrag an den Ehegatten festlegen - die Benützung der Wohnung und des Hausrates regeln - sowie die Gütertrennung anordnen, wenn es die Umstände rechtfertigen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1–3 ZGB)	1
Das Eheschutzgericht handelt stets auf Begehren eines Ehegatten (Art. 176 Abs. 1 ZGB), d.h. es entscheidet grundsätzlich nur über diejenigen Punkte, die von einem Ehegatten beantragt werden.[4] Die Ehegatten können sich über die Trennung und ihre Folgen auch selbst einigen und das Gericht muss diese Vereinbarung nicht überprüfen bzw. genehmigen; vgl. auch Art. 172 Abs. 3 ZGB („wenn nötig", „auf Begehren").[5] Wird während eines eheschutzrechtlichen Verfahrens vor Gericht oder ausserhalb des Gerichts eine Einigung oder Teileinigung geschlossen, so merkt das Gericht in seinem Entscheid die Teileinigung oder Einigung vor.	2
Das Eheschutzgericht entscheidet nicht in den Bereichen des Güterrechts und auch nicht über die berufliche Vorsorge. Ebenfalls wird die Anrechnung der AHV-Erziehungsgutschriften erst bei der Scheidung entschieden.	1.5 ZP
Für Eheschutzverfahren gilt die Untersuchungsmaxime (Art. 272 bzw. Art. 296 ZPO).	1
Haben die Ehegatten minderjährige Kinder, so trifft das für Eheschutzmassnahmen angerufene Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Zu regeln sind gemäss Art. 270 ff. ZGB demnach die elterliche Sorge, die Obhut bzw. die Betreuungsanteile, der Unterhaltsbeitrag und der persönliche Verkehr (Art. 275 Abs. 2 ZGB, Art. 298 Abs. 2 ZGB).	1
<u>Korrekturanmerkung:</u> Eine der beiden Aussage und die Nennung einer Gesetzesbestimmung ist ausreichend, um den Punkt zu erzielen.	
Das Eheschutzgericht trifft zudem die nötigen Kindesschutzmassnahmen (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO kommen für Kinderbelange im Eheschutzverfahren die uneingeschränkte Untersuchungs- und Offizialmaxime zur Anwendung, d.h., das Gericht trifft von sich aus die nötigen Abklärungen und Massnahmen[6] und ist nicht an die Anträge der Eltern oder ihre Vereinbarungen (etwa in einer Konvention) gebunden, sondern muss sie auf Übereinstimmung mit dem Kindeswohl prüfen und genehmigen.[7] Vereinbarungen über die Kindesunterhaltsbeiträge bedürfen einer gerichtlichen Genehmigung (Art. 287 Abs. 3 ZGB). Eine Vereinbarung ist als gemeinsamer Antrag der Eltern zu beurteilen. Das Gericht handelt grundsätzlich auch ohne Antrag der Eltern, also von Amtes wegen[8].	3
Lukas und Yvonne haben sich gemäss Sachverhalt über die Unterhaltsbeiträge geeinigt. Das Gericht wird die Vereinbarung hinsichtlich der Ehegattenunterhaltsbeiträge vormerken und hinsichtlich des Kinderunterhalts genehmigen, sofern sie in diesem Punkt mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Zu einer allfälligen Gütertrennung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) wurde offenbar kein Begehren gestellt, jedenfalls finden sich dazu keine Angaben im Sachverhalt, weshalb das nicht weiter zu prüfen ist.	4

[4] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 09.11.
[5] Vgl. Boente, Familienrecht in a nutshell, 56.
[6] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 09.42.
[7] BSK ZPO-Bähler, Art. 279 N 1c; BK-Spycher, Art. 279 N 7 und N 45; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 10.130.
[8] BSK-Schwander, Art. 176 ZGB N 11.

Strittig sind die Kinderbelange sowie die Zuteilung der Wohnung und des Hausrates. Das Eheschutzgericht wird somit die elterliche Sorge, die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile regeln sowie allenfalls auch Kindesschutzmassnahmen erlassen. Zudem wird es die Zuteilung der Wohnung und des Hausrates vornehmen.	
Korrekturanmerkung: Für eine sehr gute Subsumtion inklusive nicht zu regelnder Bereiche und Genehmigung/Vormerkung der Vereinbarung sind 4 Punkte zu vergeben, für eine gute Subsumtion 2-3 und für eine knappe Subsumtion 1 Punkt.	
1. Wohnung/Hausrat	
Das Gericht entscheidet über die Benützung der Wohnung und des Hausrats nach freiem Ermessen (Art. 4 ZGB), unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in Abwägung der Interessen der Eltern und der Kinder.[9] Vorliegend stehen sich die Bedürfnisse der Ehegatten und der Kinder gegenüber. Die Ehegatten haben entschieden, dass lediglich die Wohnung zugeteilt werden muss und der Hausrat darin bleibt, abgesehen von den persönlichen Gegenständen. Die Kriterien für die Zuteilung sind folgende:[10]	1
Massgebend ist zunächst der «grössere Nutzen» oder die grössere Zweckmässigkeit, aufgrund der Bedürfnisse der Familienmitglieder. Hier werden insbesondere die Interessen der Kinder stark gewichtet. Es wird möglichst darauf geachtet, dass sie in ihrer gewohnten Umgebung bleiben können. Für die Beurteilung des «grösseren Nutzens» oder der grösseren Zweckmässigkeit spielen auch gesundheitliche oder berufliche Interessen eine Rolle, z.B. dann, wenn eine Wohnung an die gesundheitlichen Bedürfnisse eines Ehegatten angepasst ist (z.B. rollstuhlgängig ist) oder wenn ein Ehegatte die Wohnung zur Berufsausübung benötigt. I.d.R. wird es für den Elternteil, der die Kinder nicht hauptsächlich betreut, einfacher sein, als Alleinstehenden eine Wohnung zu finden. In zweiter Linie, also erst wenn sich aus dem bereits Erwogenen kein klares Resultat ergibt, spielt die Frage der Zumutbarkeit eines Aus- oder Umzugs eine Rolle.[11] Hier sind Affektionsinteressen zu berücksichtigen; auch das Alter des Ehegatten kann in die Interessenabwägung einbezogen werden, zu fragen ist zum Beispiel danach, für wen die Wohnung besondere Bedeutung hat, wer mehr Zeit in der Wohnung verbringt oder ob sie einem Ehegatten die Möglichkeit bietet, den Unterhalt persönlich zu besorgen. Im Zweifel, d.h. erst subsidiär, wenn sich die Zuteilung nicht anders begründen lässt, ist schliesslich den Eigentums- oder anderen rechtlich geordneten Nutzungsverhältnissen Rechnung zu tragen, oder sind ausnahmsweise finanzielle Gründe einzubeziehen.[12]	4
Diskussion:	
Pro Kinder und Yvonne: - Lebensmittelpunkt der Kinder, gewohntes Umfeld, Nähe zur Schule, Freunde und Hobbies wohl in der Nähe. Kindesinteressen hoch gewichten.	3

[9] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 09.40.
[10] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 09.40, BGer 5A_766/2008, Urteil vom 4. Februar 2009, E. 3.2.
[11] BSK-Schwander, Art. 176 ZGB N 7.
[12] BGer 5A_766/2008, Urteil vom 4. Februar 2009, E. 3.2; BGer 5A_823/2014, Urteil vom 3. Februar 2014, E. 4.1.

- Yvonne und die Kinder scheinen im Alltag mehr an das Haus gebunden zu sein als Lukas. Lukas arbeitet 80% und sein Homeoffice kann er wohl flexibel einrichten, während die Kinder zu Hause Zeit verbringen. Yvonne übernimmt zu einem grossen Teil die Betreuung der Kinder. Über ihren Arbeitsort sagt der Sachverhalt nichts aus. - Nutzen: wer ist mehr auf das Haus angewiesen, welcher Arbeitsweg, gibt es weitere gesundheitliche Vorteile für jemanden? Hier keine besonderen Angaben im Sachverhalt. Lukas kann wohl von überall arbeiten. Man weiss nicht, wo sein Büro liegt. Der Schulweg der Kinder hängt aber bestimmt am Haus oder dieser Umgebung. - Zumutbarkeit des Aus- oder Umzuges. Alter der Kinder spricht für kontinuierlichen Wohnsitz. Für Lukas wohl einfacher umziehen. Pro Lukas: - Affektionsinteresse (Elternhaus): Lukas hängt am Garten, pflegt ihn. Dieses Interesse steht jedoch hinter den Interessen der Kinder zurück. - Einen Ausbau eines Teils des Hauses zu einem Büro, klingt nach grösseren Einrichtungsarbeiten. Eventuell kann er solche Pläne an einem anderen Ort nicht gleichermassen umsetzen. - Eigentumsverhältnisse: Lukas ist zwar Eigentümer der Liegenschaft, jedoch ist diese Frage im Eheschutz noch nicht zu klären. Über das Güterrecht entscheidet das Scheidungsgericht. Insofern sind die Eigentumsverhältnisse hier bei der Zuteilung der Wohnung weniger zu gewichten als die Interessen der Kinder. Pro Lukas und Kinder: Bei Gutheissung der alternierenden Obhut durch das Gericht, wird die Betreuungszeit von Yvonne und Lukas etwa gleich gross sein. Die Punkte betreffend die Kinder (also Lebensmittelpunkt, Bindung an das Haus etc.) können dann auch Lukas zugerechnet werden, dann sprechen die Interessen der Kinder zusammen mit dem Affektionsinteresse von Lukas und den Eigentumsverhältnissen stark für die Zuteilung des Hauses an Lukas und die Kinder.	
<u>Fazit Wohnung:</u> Das Gericht wird die Wohnung infolge des Lebensmittelpunkts der Kinder wohl Yvonne und den Kindern zuteilen. Die Gründe von Lukas sind weniger gewichtig als diejenigen von Yvonne und den Kindern. <u>Alternativ:</u> Mit Gutheissung der alternierenden Obhut werden die Kinder zu mehr oder weniger gleich grossen Teilen bei Yvonne und Lukas leben. Die Interessen der Kinder zusammen mit dem Interesse von Lukas für den Garten und den allfälligen Ausbau des Dachstocks für seine Arbeit sowie die Eigentumsverhältnisse sprechen dann für eine Zuweisung an Lukas	1
<u>Korrekturanmerkung:</u> Beide Wege sind vertretbar. Für eine gute Subsumtion müssen nicht alle aufgeführten Punkte erwähnt sein. Jedoch ist auf die Kaskade der Kriterien einzugehen.	

2. Kinderbelange:	
Zunächst ist zu klären, zwischen welchen Personen ein Kindesverhältnis besteht. Das Kindsverhältnis im rechtlichen Sinne, also die rechtlich relevante und im Zivilstandsregister dokumentierte Eltern-Kind-Beziehung, begründet gegenseitige Rechte und Pflichten. Das rechtliche Kindsverhältnis bildet die Grundlage aller rechtlichen Wirkungen der Beziehungen zwischen Eltern und Kind. Gemeint sind damit die Normen des Kindsrechts.[13]	1
Die Kindesverhältnisse zwischen Mia, Dario und Florian und Yvonne (Mutter) bestehen kraft Geburt (Art. 252 Abs. 1 ZGB)	1
a) Vermutung der Vaterschaft:	
Zwischen dem Kind und dem Vater wird das Kindesverhältnis kraft der Ehe der Mutter begründet oder durch Anerkennung oder durch das Gericht festgestellt (Art. 252 Abs. 2 ZGB). Ist ein Kind während der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater (Art. 255 Abs. 1 ZGB). Bei der Begründung des Kindsverhältnisses zum Vater während der Ehe handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung. Das Kindsverhältnis entsteht ebenfalls mit Geburt. Es kommt nicht das biologische, sondern das psychosoziale Verhältnis zum Tragen, der in Ehe mit der Mutter lebende Mann wird – ohne Anfechtung – auch dann der rechtliche Vater des Kindes, wenn die Beteiligten wissen, dass der Ehemann nicht der Vater ist. [14]	3
Lukas war bei der Geburt aller drei Kinder mit Yvonne verheiratet. Demnach sind alle drei Kinder während der Ehe von Lukas und Yvonne geboren. Lukas wurde als Vater in das Zivilstandsregister eingetragen, auch als Vater von Florian. Lukas ist somit zwar nicht der biologische Vater von Florian, hat aber zu allen drei Kindern ein rechtliches Kindesverhältnis. Infolge dieser rechtlichen Vaterschaft wird Florian grundsätzlich im Eheschutz genau gleich behandelt wie die anderen beiden leiblichen Kinder von Lukas und Yvonne.	2
Korrekturanmerkung: Die Klärung des Kindsverhältnisses ist auch Gegenstand der Aufgabe 2. Werden die Ausführungen zum Kindsverhältnis an jener Stelle gemacht, werden die Punkte unter der Aufgabe 2 vergeben; die Punktzahl wird aber nicht zweimal vergeben.	
b) Elterliche Sorge:	
Gemäss Art. 296 Abs. 2 ZGB stehen minderjährige Kinder unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter. Art. 298 Abs. 1 ZGB besagt sodann, dass das Gericht in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge überträgt, wenn dies zur «Wahrung des Kindeswohls» nötig ist. Insbesondere bei der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert sich grundsätzlich nichts am Sorgerecht beider Elternteile: solange sich die Eltern noch über die gemeinsamen Kinder verständigen können, wird die gemeinsame elterliche Sorge belassen.[15]	3
Mithin sind nur solche Gründe für die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge massgebend, die auch zu einer Entziehung der elterlichen Sorge nach Art. 311 ZGB führen	1

[13] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 15.01, 15.04, 15.13.
[14] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 16.20.
[15] Büchler/Vetterli, Ehe Partnerschaft Kinder, 91; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 17.75.

würden, bzw. solche, die mindestens einen Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB) rechtfertigen würden.[16] A.M.: Erforderlich für die Zuteilung der elterlichen Sorge ist eine Gefährdung des Kindeswohls; sie muss aber in ihrer Schwere nicht derjenigen gleichkommen, die eine Entziehung der elterlichen Sorge nach Art. 311 ZGB als Kindesschutzmassnahme rechtfertigen würde.[17]	
Vorliegend sind im SV keine Anhaltspunkte für eine Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil genannt und die Eltern haben eine solche offenbar auch nicht beantragt. Der Umstand der Trennung und die Uneinigkeit bezüglich des persönlichen Verkehrs oder der Betreuung reichen für eine Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge jedenfalls nicht aus. Die Eltern scheinen sich bezüglich der Kinder verständigen zu können, zumindest sprengt der Konflikt den üblichen Rahmen bei einer Trennung nicht. Sie streiten zwar über die Kindererziehung und scheinbar belasten die Streitigkeiten auch die Kinder, aber es ist davon auszugehen, dass sich dies mit der Trennung auch wieder legen wird und sich der Konflikt nicht unbedingt tiefgreifend auf das Wohl der Kinder auswirkt. Denn vor allem schweigt sich der Sachverhalt über ähnlich schwere Gefährdungen des Kindswohls wie bei einem Entzug der elterlichen Sorge aus. Das Gericht wird die gemeinsame elterliche Sorge belassen.	2
c) Obhut und persönlicher Verkehr / Betreuung:	
Das Eheschutzgericht hat beim Entscheid über die Obhut, den persönlichen Verkehr und die Betreuungsanteile das Recht des Kindes zu berücksichtigen, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen (Art. 298 Abs. 2bis ZGB). Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr haben gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB, die Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind. Auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes, prüft das Gericht im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut (Art. 298 Abs. 2ter ZGB).	3
Über Art. 298 Abs. 2ter ZGB hinausgehend hat das Gericht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stets zu prüfen, ob eine alternierende Obhut dem Kindswohl entspricht und die Möglichkeit einer alternierenden Obhut auch bei Fehlen eines entsprechenden Antrags zu prüfen.[18] Insbesondere kann die alternierende Obhut auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden.[19]	1
Von «Betreuungsanteilen» spricht man in der Regel im Zusammenhang mit der alternierenden Obhut. Ab welchem Anteil an der «Betreuung» auch von «Obhut» auszugehen ist, ist indes nicht restlos geklärt; für die alternierende Obhut müssen die Eltern einen gewichtigen Anteil der Betreuung übernehmen.[20] Von der Regelung des «persönliche Verkehrs» spricht man, wenn entweder alleinige elterliche Sorge vorliegt oder bei gemeinsamer elterlicher Sorge keine alternierende Obhut vorliegt, und das Kind in der alleinigen Obhut eines Elternteils steht (d.h. dort seinen faktischen Aufenthaltsort hat und dieser Elternteil für Pflege und Erziehung des	2

[16] BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB N 13; ob die Gründe nach Art. 310 ZGB ausreichen, ist strittig.
[17] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 17.77, 17.87 ff.
[18] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller N. 17.113 mit Hinweisen auf Urteile.
[19] BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB N 7.
[20] BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB N 6 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGer; vgl. auch BGer 5A_418/2019, Urteil vom 29. August 2019, E. 3.5; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 17.112.

Kindes besorgt ist[21]) und beim anderen «auf Besuch» ist (vgl. auch den Wortlaut von Art. 273 ZGB).[22]	
Anders als die bisherige Lehre und Rechtsprechung muss nach der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die alternierende Obhut zugesprochen werden, ausser diese würde den Interessen des Kindes zuwiderlaufen oder das Kindswohl beeinträchtigen. Von der alternierenden Obhut kann deshalb nur abgesehen werden, wenn dem Kindswohl ernstlich durch die alternierende Obhut geschadet wird.[23]	1
Notwendige Voraussetzung für die alternierende Obhut ist die Erziehungsfähigkeit beider Eltern. Weitere Kriterien sind: - Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit - Geografische Situation - Stabilität, Kontinuität - Alter des Kindes - Beziehungen zu Geschwistern (auch Halb- und Stiefgeschwistern) - Einbettung in das weitere soziale Umfeld. - Wunsch des Kindes - Die Art der Betreuung (Fremd- oder Eigenbetreuung) spielt keine Rolle	2
Die Kriterien hängen in der Beurteilung auch voneinander ab und können je nach Alter der Kinder und konkreten Umstände unterschiedlich gewichtet werden. Es ist eine konkrete Einzelfallbeurteilung vorzunehmen. Es handelt sich um einen Ermessensentscheid des Gerichts. Das Gericht hat aufgrund des sich präsentierenden Sachverhalts aus der Vergangenheit und der Gegenwart eine Prognose zu stellen, ob die alternierende Obhut dem Kindswohl entspricht. Gleichzeitig soll der Eheschutzentscheid nicht eine Vorwegnahme des Scheidungsurteils sein.	2
Das Gericht kann ebenfalls Kindesschutzmassnahmen anordnen, insbesondere kann es im Zusammenhang mit der Betreuungsregelung eine Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB anordnen.	1
Vorliegend verlangt der Vater die alternierende Obhut. Auch ohne entsprechenden Antrag müsste das Eheschutzgericht wohl nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die alternierende Obhut prüfen. Keine Elemente des Sachverhalts lassen eine mangelnde Erziehungsfähigkeit erkennen, weshalb die alternierende Obhut zu prüfen ist.	1
ca) Alternative 1: alternierende Obhut gutheissen:	
Diese Lösung orientiert sich an der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und ist eher auf die bevorstehende Scheidung ausgerichtet.	
<u>Stabilität und Kontinuität:</u> - Sind besonders von Bedeutung. Insbesondere Anordnung alternierender Obhut, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreut haben (gemäss BGer).	2

[21] Wolf/Minnig, Familienrecht, N 280; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 17.100.
[22] BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB N 10.
[23] BGer 5A_367/2020, Urteil vom 19. Oktober 2020, E. 3.5; BGer 5A_629/2019, Urteil vom 13. November 2020, E. 8.3.2 ff.; Kritik bei BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB N 6 f.

- Die Kinderbetreuung lag gemäss Sachverhalt aber grundsätzlich bei Yvonne. Es gab aber bereits während dem Zusammenleben eine Verschiebung und Lukas übernahm während Yvonnes Weiterbildung die Kinderbetreuung. - Nicht ersichtlich ist, wann Yvonne die Aufgaben in Lukas Geschäft erledigte. Keine Angabe über Fremdbetreuung. Ev. Weitere Betreuung durch Lukas oder Yvonne erledigte die Arbeit während Schlafenszeiten der Kinder - Zur Beurteilung der Prognose für die Zukunft wirft Lukas ein, dass er gut Homeoffice machen könne und die Kinder jetzt ja auch alle im Schulsystem seien. - Bei seinem Antrag der hälftigen Betreuung müsste er im 14 Tagesschnitt immer 7 Tage betreuen. Das ist zum bisher gelebten Standard ein ziemlich grosser Unterschied, zumal keine Erfahrungswerte vorhanden sind, ob Lukas das wirklich regelmässig einrichten kann mit seinem Beruf. Lukas wird dem Gericht seine Betreuungsmöglichkeit darlegen müssen und dem Gericht sehr genau die mögliche Organisation (Abholen der Kinder, Übergaben, Arbeitszeiten, Freizeitgestaltung) präsentieren, um seine Chancen zu erhöhen. Mit der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann es gut sein, dass bei guten Argumenten und möglicher Organisation eine alternierende Obhut eher zugelassen wird.	
<u>Kommunikation und Kooperation:</u> - Eltern müssen fähig und bereit sein, über Kinderbelange zu kommunizieren. - Kooperation im Hinblick auf organisatorische Vorkehrungen. Insbesondere bei schulpflichtigen Kindern kommt diesem Element gemäss BGer besondere Bedeutung zu, aufgrund des erhöhten Kommunikationsbedarfs in Schulangelegenheiten. - Das BGer sagt aber auch, alternierende Obhut komme auch in Frage, wenn die Eltern auf Vermittlung einer Drittperson angewiesen sind. Von einer alternierenden Obhut sei nur abzusehen, «wenn das Verhältnis unter den Eltern hinsichtlich anderer Kinderbelange von einer Feindseligkeit gezeichnet ist, die annehmen lässt, eine alternierende Obhut würde das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen, die seinen Interessen offensichtlich zuwider läuft.»[24] - Gemäss SV haben Lukas und Yvonne Auseinandersetzungen über Finanzen, Ausbildung, aber auch die Kindererziehung. Streitereien gehören aber zu den üblichen Auseinandersetzungen, gerade auch in einer Trennungszeit. Überdies hält das BGer fest, dass mit einer alternierenden Obhut nicht unbedingt mehr Kontakte zwischen den Eltern als mit einem Besuchsrecht entstehen. Hier spricht die Kommunikation und Kooperation mangels anderer Angaben im Sachverhalt nicht gegen eine alternierende Obhut.	2
Das Alter der Kinder spricht nicht gegen eine alternierende Obhut. - Kinder alle schulpflichtig, keine besondere Bedürftigkeit - Eigen- und Fremdbetreuung ist als gleichwertig zu erachten.[25] Lukas könnte also auch auf das Hortangebot der Schule zurückgreifen für die Betreuung im Alltag. Die Wohnorte sind nah, das heisst die geografische Situation und die Einbettung der Kinder in ihr soziales Umfeld bieten keine Probleme. Ebenfalls ist nicht die Rede von	3

[24] BGer 5A_629/2019, Urteil vom 13. November 2020, E. 4.2.
[25] BGE 144 III 481 E. 4.6 und E. 4.7.

weiteren Geschwistern und es soll für alle drei Geschwister die gleiche Regelung vereinbart werden. Keine gegenteiligen Hinweise im Sachverhalt.	
<u>Fazit Obhut:</u> Die alternierende Obhut kann entschieden werden, wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass das Kindswohl mit dieser Regelung gewährleistet ist bzw. nach neuer Richtung der Rechtsprechung, wenn nicht schwerwiegende Gründe dagegensprechen. Demnach übernehmen Lukas und Yvonne die Betreuung zu ungefähr gleichen Teilen und es wird kein Besuchsrecht vereinbart. Das Gericht hat infolge der Offizial- und Untersuchungsmaxime einen Ermessensentscheid zu fällen. Eine Beistandschaft ist nicht angezeigt.	1
cb) Alternative 2: alternierende Obhut ablehnen:	
Die Lösung orientiert sich klar an den bisher gelebten Verhältnissen und ist zurückhaltender als die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts.	
<u>Kontinuität und Stabilität verneinend:</u> - Betreuung lag hauptsächlich bei Yvonne, auch bei Weiterbildung - Es ist fraglich, ob Lukas Florian während seiner Arbeitszeiten betreut hat oder Yvonne ihn mitgenommen hatte. Kann in beide Richtungen argumentiert werden. - Lukas müsste 1-2 Tage zusätzlich Kinder betreuen, damit hälftige Betreuung erreicht wird, aber Homeoffice in der Zukunft ist noch nicht etabliert, fraglich, ob sich das tatsächlich so umsetzen lässt. - Kinderbetreuung sollte nicht ohne weiteres umgestaltet werden. - Die bisherige Rechtsprechung war in solchen Fällen sehr zurückhaltend. Sofern eine alternierende Obhut nicht bereits gelebt wurde, wurde sie grundsätzlich nicht neu für die Zukunft bewilligt.	(2)
<u>Kommunikation und Kooperation als nicht genügend erachtet:</u> - Es kann auch argumentiert werden, dass die Eltern infolge ihrer Streitereien keine gute Kommunikation haben, und - Dass auf Auseinandersetzungen hinsichtlich Kinderbelange geschlossen werden kann, - Dass alle Kinder schulpflichtig sind und damit ein erhöhter Kommunikationsbedarf besteht. - Dass dadurch auch das Kindswohl belastet ist.	(2)
<u>Korrekturanmerkung:</u> Die Meinung würde der neuen bundesgerichtlichen Ansicht wohl widersprechen und wäre gut zu begründen, insbesondere, da das Bundesgericht auch eine Kommunikation über eine Drittperson als ausreichend qualifiziert hat und die alternierende Obhut lediglich dann ablehnt, wenn Eltern aufgrund der zwischen ihnen bestehenden «Feindseligkeiten» auch hinsichtlich anderer Kinderbelange nicht zusammenarbeiten können. Die Meinung ist vertretbar, weil sie sich auf einen gewichtigen Teil der Lehre stützen kann.	
Aus den anderen Kriterien lassen sich nichts gegen die alternierende Obhut ableiten.	(1)
<u>Fazit Obhut:</u> Diese ist aufgrund mangelnder Kontinuität und Stabilität oder mangelnder Kommunikationsbereitschaft abzulehnen.	(1)

<u>Persönlicher Verkehr:</u>	
Wird einem Elternteil kein Betreuungsanteil resp. nicht die Obhut zugesprochen, so ist der persönliche Verkehr zwischen ihm und dem Kind zu regeln. Die Ausgestaltung erfolgt wiederum unter der Maxime des Kindswohls und ist anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen.[26] Das Mindest-Besuchsrecht sieht gemäss konstanter Rechtsprechung ein zweiwöchiges Wochenendbesuchsrecht und eine Ferien- und Feiertagsregelung vor.	(1)
Bei alleiniger Obhut bei Yvonne haben Lukas und die Kinder Anspruch auf Regelung des persönlichen Verkehrs durch das Gericht. Eine Beistandschaft scheint infolge des Sachverhalts nicht angezeigt.	(1)
<u>Korrekturanmerkung:</u> Beide Wege hinsichtlich Obhut und Betreuung sind vertretbar. Wird keine alternierende Obhut angenommen, muss der persönliche Verkehr behandelt werden, um auf die gleiche Anzahl Punkte zu kommen.	
cc) Persönlicher Verkehr zwischen Florian und seinem leiblichen Vater	
Liegen ausserordentliche Umstände vor, so kann der Anspruch auf persönlichen Verkehr auch anderen Personen, insbesondere Verwandten, eingeräumt werden, sofern dies dem Wohle des Kindes dient (Art. 274a Abs. 1 ZGB). Fraglich ist, ob der leibliche Vater von Florian ein Besuchsrecht erhält. Wenn der leibliche Vater Kontakt zu Florian hat, müsste man diese Beziehung berücksichtigen. Das Gericht kann jedoch keine Anordnung hinsichtlich des leiblichen Vaters von Florian treffen, da dieser nicht Partei im Eheschutzverfahren von Yvonne und Lukas ist.	3 ZP
d) Wunsch der Kinder:	
Das Kind hat in allen familienrechtlichen Verfahren, in denen das Kind betreffende Angelegenheiten geregelt werden, Anspruch auf Partizipation, insbesondere auf Anhörung.[27] Damit wird das Recht des Kindes auf Mitgestaltung seiner Zukunft verwirklicht, und dafür gesorgt, dass das Gericht soweit tunlich auf die Meinung des Kindes Rücksicht nimmt. Das Recht auf Anhörung ist ein Verfahrensrecht des Kindes und Ausdruck seiner Persönlichkeitsrechte. Die Anhörung ist explizit vorgesehen in Art. 298 ZPO.	2
Das Bundesgericht setzt die ungefähre Grenze für die Anhörung bei 6 Jahren, während die Lehre sich eher auch für die Anhörung jüngerer Kinder ausspricht. Wird älteren Kindern die Urteilsfähigkeit attestiert (ca. ab 12 Jahren nach Meinung des Bundesgerichts), so kommt der Anhörung eine Doppelfunktion zu. Einerseits wird sie zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte des Kindes durchgeführt und andererseits dient die Anhörung der Sachverhaltsfeststellung durch das Gericht. Bei jüngeren urteilsunfähigen Kindern liegt das Gewicht auf der Sachverhaltsermittlung.[28]	1

[26] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 17.129.
[27] Art. 12 Uno-Kinderrechtskonvention; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 10.140; Büchler/Vetterli, 279 ff.
[28] BGE 131 III 553 E. 1.1 ff.; jüngst auch BGer 5A_723/2019, Urteil vom 4. Mai 2020, E. 5.1; in der Lehre strittig: Pradervand-Kernen, La position juridique de l'enfant, FamPra.ch 2016, 339 –368, 349; BSK-Michel/Steck, Art. 301 N 13 ff. m.w.H.

Falls notwendig und insbesondere bei unterschiedlichen Anträgen der Eltern hinsichtlich der Obhut, der Betreuung und des Besuchsrechts kann auch ein Verfahrensbeistand bestellt werden.[29] Auf Antrag eines urteilsfähigen Kindes ist die Bestellung zwingend, bei unterschiedlichen Anträgen der Eltern hinsichtlich der Kinderbelange erfolgt die Beurteilung nach pflichtgemässem Ermessen. Der Anspruch auf einen Prozessbeistand ist in Art. 299 ZPO explizit vorgesehen.	2
Vorliegend befinden sich die Ehegatten in einem eherechtlichen Verfahren und die Kinder, das jüngste ist 6 Jahre alt, sind auf jeden Fall durch das Gericht anzuhören. Bei Mia ist eine genauere Prüfung vorzunehmen, da sie bereits 10 Jahre alt ist. Je nachdem wie lange das Eheschutzverfahren dauert, muss in ihrem Fall die Urteilsfähigkeit gesondert geprüft werden. Ein Verfahrensbeistand muss vorerst noch nicht bestellt werden	2
IV. <u>Fazit:</u>	
Das Eheschutzgericht regelt das Getrenntleben, die Kinderbelange, die Zuteilung der Wohnung und des Hausrates, die Unterhaltsbeiträge, auf Antrag die Gütertrennung und bei Notwendigkeit ordnet es Kindesschutzmassnahmen an. Vorliegend genehmigt das Gericht das Getrenntleben der Ehegatten. Es spricht die Wohnung samt Hausrat wohl Lukas und den Kindern zu und es hat die Kinderbelange zu regeln, wobei die Vereinbarung über die Unterhaltsbeiträge vorgemerkt und hinsichtlich des Kindesunterhalts genehmigt wird. Die Vereinbarung wird Bestandteil des Entscheids. Betreffend Kinderbelange wird es die gemeinsame elterliche Sorge belassen und über die Obhut entscheiden. Voraussichtlich wird das Gericht dem Wunsch von Lukas stattgeben und die alternierende Obhut anordnen (andere Meinung vertretbar, wobei bei alleiniger Obhut dann ebenfalls der persönliche Verkehr zu regeln wäre. Ebenfalls würde die Wohnung in diesem Fall eher an Yvonne zugewiesen).	1
<u>Gesamtpunktzahl:</u>	**70** **4.5 ZP**

Aufgabe 2 (20 Punkte) *– Was kann Lukas tun, um keinen Unterhalt mehr für Florian leisten zu müssen und hat er Aussicht auf Erfolg?*

I. <u>Unterhalt:</u>	
Das Unterhaltsrecht gemäss Art. 276 ff. ZGB knüpft ebenfalls am Kindsverhältnis an. Gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB sorgen die Eltern gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen.	1
<u>Korrekturanmerkung:</u> Das Kindsverhältnis kann entweder in Aufgabe 1 oder Aufgabe 2 geklärt werden. Die Punkte sind nur einmal zu vergeben.	
Als rechtlicher Vater ist Lukas zusammen mit der Mutter für den Unterhalt von Florian verantwortlich. Lukas kann sich nur dann von der Unterhaltspflicht befreien, wenn er das Kindesverhältnis zu Florian auflösen kann.	1
II. <u>Anfechtung der Vaterschaft:</u>	
Gemäss Art. 256 Abs. 1 ZGB kann die Vermutung der Vaterschaft beim Gericht vom Ehemann (Ziff. 1) oder vom Kind, wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat (Ziff. 2), angefochten werden.	1

[29] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 10.147.

1. Aktiv- und Passivlegitimation:	
Das Klagerecht kommt dem Ehemann zu, sofern er nicht der Zeugung durch einen Dritten mittels Verfahren der künstlichen Fortpflanzung zugestimmt hat (Art. 256 Abs. 1 und 3 ZGB). Anfechtungsbeklagte sind die Mutter und das Kind (Art. 256 Abs. 2 ZGB). Die Anfechtungsklage ist relativ höchstpersönlicher Natur, weshalb die klagende Person urteilsfähig sein und die Klage selbständig geltend machen muss.[30]	2
2. Klagegrund:	
Anfechtungsgegenstand ist die Vermutungsfolge, also die Vaterschaft des Ehemannes. Es ist zu beweisen, dass der Ehemann nicht der genetische Vater des Kindes ist (Art. 256a Abs. 1 ZGB «nachweisen»).	1
3. Klagefrist:	
Gemäss Art. 256c Abs. 1 ZGB hat der Ehemann die Klage binnen Jahresfrist einzureichen, seitdem er die Geburt und die Tatsache erfahren hat, dass er nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat (relative Frist), in jedem Fall aber vor Ablauf von fünf Jahren seit der Geburt (absolute Frist). Es handelt sich sowohl bei der absoluten als auch bei der relativen Frist um Verwirkungsfristen, die nicht erstreckt oder unterbrochen werden können und deren Einhaltung das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat.[31] Das Interesse des Kindes spricht nämlich für eine schnelle Klärung der Verhältnisse.	2
4. Wichtiger Grund:	
Gemäss Art. 256c Abs. 3 ZGB wird eine Anfechtung auch nach Ablauf der Fristen zugelassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird.[32]	1
Ob ein wichtiger Grund gegeben ist, hat der Richter gemäss Art. 4 ZGB unter Würdigung der einschlägigen Umstände nach Recht und Billigkeit zu entscheiden:[33] Restriktive Auslegung des Begriffs der wichtigen Gründe für die Wiederherstellung der Fristen. Klage muss nach Kenntnis unverzüglich eingereicht werden.[34] Bsp. für wichtigen Grund: - wenn der Kläger zuvor keine hinreichende Veranlassung hatte, an der Abstammung zu zweifeln. Blosse Befürchtungen ohne weitere Anhaltspunkte werden nicht als ausreichend erachtet, um die (rechtzeitige) Erhebung der Anfechtungsklage zu verlangen,[35] wohl aber die Mitteilung der Ehefrau, dass ein Dritter der Vater sein könnte.[36] Es wird jedoch verlangt, dass sich der Kläger aber auch über die tatsächlichen Verhältnisse Gewissheit verschafft, d.h., bei begründeten Zweifeln hat er auch die naheliegenden Abklärungen vorzunehmen.[37] Der wichtige Grund für die verspätete Klageeinreichung kann sowohl objektiver wie auch subjektiver Natur sein.	4

[30] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 16.30 ff.
[31] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 16.42.
[32] Beide Fristen können wiederhergestellt werden; Büchler/Vetterli, 201.
[33] BGer 5A_921/2017, Urteil vom 16. Juli 2018, E. 3.1 m.w.H.
[34] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 16.44; BGer 5A_921/2017, Urteil vom 16. Juli 2018, E. 3.1.
[35] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 16.42.
[36] BGer 5A_240/2011, Urteil vom 6. Juli 2011, E. 5.
[37] BGer 5A_506/2007, Urteil vom 28. Februar 2008, E. 3.2 und. 4.2.1 f.

- Als objektive Hindernisse könnten etwa in Frage kommen: schwere Krankheit, Freiheitsentziehung, vorübergehende Urteilsunfähigkeit oder Unterbruch der Kommunikationsmittel wie Postverbindungen. - Als subjektive Hindernisse könnten etwa in Betracht fallen die Hoffnung auf den Fortbestand der Ehe, die fehlende Veranlassung zu Zweifeln an der Vaterschaft, die falsche Rechtsauskunft einer sachkundigen Stelle, fehlende intellektuelle Fähigkeiten oder psychologische Hindernisse bei der Bildung des Klageentschlusses. Reichen die Umstände für sich allein noch nicht aus, um einen wichtigen Grund zu bejahen oder zu verneinen, darf auch das Interesse des Kindes am Fortbestand des Kindesverhältnisses oder an dessen Auflösung berücksichtigt werden.[38] Wenn es in einem solchen Fall nicht im Interesse des Kindes liegt, dass die Frage des Kindesverhältnisses dennoch geklärt wird, ist die Wiederherstellung grundsätzlich abzulehnen. Andererseits kann sich die Annahme eines wichtigen Grundes unter Umständen, die sonst hierfür nicht ausreichen würden, rechtfertigen, wenn das Interesse des Klägers an der Anfechtung das gegenteilige Interesse des Kindes eindeutig überwiegt.[39] Das Gericht kann eine fehlende tatsächliche Bindung der Parteien, die Gefahr einer Vaterlosigkeit, finanzielle und erbrechtliche Gründe sowie die geforderte Übereinstimmung der rechtlichen mit der biologischen Wahrheit in seine Überlegungen einbeziehen.[40]	
Wirkung der erfolgreichen Anfechtung: Bei der Anfechtung handelt es sich um eine Statusklage. Die Gutheissung führt zum rückwirkenden Wegfall des Kindesverhältnisses (ex tunc).[41]	1
Lukas kann als eingetragener Vater und Ehemann der Mutter die Anfechtungsklage erheben, die Mutter und das Kind sind die Beklagten (Art. 256 Abs. 1 und 2 ZGB). Die Klage richtet sich gegen die Vermutung, dass er kraft Ehe mit der Mutter Florians Vater ist. Er kann die Vaterschaft mittels DNA-Test ohne weiteres beweisen. Florian ist jedoch bereits 6 Jahre alt, d.h. die Geburt ist bereits mehr als 5 Jahre her und die absolute Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage ist verwirkt. Ebenfalls ist die relative Frist seit Kenntnis der Vaterschaft des Dritten seit langem abgelaufen, da Lukas von Anfang wusste, dass er nicht der leibliche Vater von Florian ist, nichts dagegen unternahm. Diese Fristen können nur noch bei wichtigen Gründen wiederhergestellt werden.	2
<u>Diskussion:</u>	
Es ist fraglich, ob vorliegend wichtige Gründe vorliegen. In die Beurteilung können mit einfliessen: - Umstand, dass Kläger zuvor keine hinreichende Veranlassung hatte, an der Abstammung zu zweifeln, greift vorliegend nicht, da Lukas es immer wusste. - Objektive Hindernisse (schwere Krankheit, Freiheitsentziehung, vorübergehende Urteilsunfähigkeit oder Unterbruch der Kommunikationsmittel) liegen hier nicht vor. Fraglich, ob subjektive Hindernisse in Frage kommen:	3

[38] BGE 136 III 593 E. 6.2.
[39] BGer 5A_240/2011, Urteil vom 6. Juli 2011, E. 7.1; BGE 136 III 593 E. 6.2.
[40] BGer 5A_240/2011 E. 7.1
[41] Büchler/Vetterli, 203.

- Vorher keinen Anlass zur Anfechtung, da Hoffnung auf den Fortbestand der Ehe. Umstand des Verzichts auf die Anfechtung zum Zeitpunkt der Geburt/des sicheren Wissens der fehlenden biologischen Vaterschaft ist nach Recht und Billigkeit zu beurteilen. - Psychologische Hindernisse bei der Bildung des Klageentschlusses, da Familie zuvor intakt, nicht zerstören wollen. - Nur wenig Zeit vergangen seit Fristablauf von 5 Jahren. In die Beurteilung können auch die Interessen von Florian einbezogen werden, wenn nicht ohnehin bereits aus obenstehenden Punkten ein wichtiger Grund bejaht: - Beziehung/Bindung zwischen Vater und Sohn und Beziehung zum leiblichen Vater - Folgen der Trennung für Florian, Gewichtung der Trennung der Ehegatten. - Finanzielle (Unterhalt) und erbrechtliche Interessen des Vaters. Jedoch ist hier immer das Kindswohl ebenfalls zu berücksichtigen. Es ist unklar, ob der biologische Vater bekannt ist oder nicht. Lukas sieht sich einer mehrjährigen Unterhaltspflicht gegenüber, Kindsinteressen an Unterhalt sind jedoch höher zu gewichten. - Wenn Florians leiblicher Vater bekannt ist, könnte das Kindesverhältnis zu ihm anschliessend mittels Vaterschaftsklage oder Anerkennung hergestellt werden. Es würde somit keine Vaterlosigkeit resultieren und die Übereinstimmung der tatsächlichen mit der rechtlichen Wirklichkeit könnte hergestellt werden. - Florian kann Vaterschaft bis 1 Jahr nach Volljährigkeit anfechten.	
III. <u>Anhörung:</u>	
Auch das vorliegende Verfahren über die Anfechtung der Vaterschaft ist ein familienrechtliches Verfahren und betrifft Florian, ihm ist somit weit möglichst Partizipation zu gewähren, insbesondere ist er anzuhören. Florian ist zwar erst 6 Jahre alt, das entspricht aber ohnehin dem vom Bundesgericht aufgestellten Mindestalter. Eine Anhörung dient auch der Sachverhaltsfeststellung, bspw. über das Verhältnis zu seinem leiblichen Vater. Florian hat ein Recht auf Information über das Verfahren und ihm ist Gelegenheit zu geben, sich zur Sache zu äussern.	2 ZP
<u>Korrekturanmerkung:</u> Vgl. die Ausführungen unter Aufgabe 1 zur Anhörung, die Grundlagen zur Anhörung sind nur einmal zu bepunkten.	
IV. <u>Fazit:</u>	
Die Anfechtungsklage wird infolge des Ablaufs der absoluten Frist wenig Aussicht haben auf Erfolg. Die Verspätung müsste mit wichtigen Gründen entschuldigt werden und solche liegen hier nicht vor.	1
<u>Korrekturanmerkung:</u> Andere Meinung mit guter Argumentation vertretbar. Es konnte jedoch maximal die gleiche Anzahl Punkte erzielt werden.	
<u>Gesamtpunktzahl:</u>	**20** **2 ZP**

Aufgabe 3 (14 Punkte) *– Wie wird das Scheidungsgericht hinsichtlich der beruflichen Vorsorge entscheiden?*

I. <u>Berufliche Vorsorge, hälftige Teilung:</u>	
Es geht um die Teilung der beruflichen Vorsorge im Scheidungsverfahren. Art. 122 ZGB besagt, dass die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge bei der Scheidung ausgeglichen werden. Es ist noch kein Vorsorgefall eingetreten, weshalb es um die Teilung der Austrittsleistungen nach Art. 123 ZGB geht. Art. 123 Abs. 1 ZGB äussert sich sodann über den Teilungsschlüssel und besagt, dass die erworbenen Austrittleistungen samt Freizügigkeitsguthaben und Vorbezügen für Wohneigentum hälftig geteilt werden.	3
II. <u>Ausnahmen von der hälftigen Teilung:</u>	
Art. 124b ZGB regelt die Ausnahmen. In Abs. 1 heisst es, dass die Ehegatten in einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen von der hälftigen Teilung abweichen oder auf den Vorsorgeausgleich verzichten können, wenn eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt. Abs. 2 regelt ergänzend, dass das Gericht aus wichtigen Gründen dem berechtigten Ehegatten weniger als die Hälfte der Austrittleistung zusprechen oder die Teilung ganz verweigern kann, insbesondere wenn: Ziff 1: die hälftige Teilung unbillig wäre, aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung oder Ziff. 2: aufgrund der Vorsorgebedürfnisse, insbesondere unter Berücksichtigung des Altersunterschiedes zwischen den Ehegatten.	1
<u>Subsumtion:</u>	
Der Sachverhalt erwähnt die grosse berufliche Vorsorge von Lukas und eine verhältnismässig geringe Austrittsleistung von Yvonne. Yvonne beansprucht die hälftige Teilung, d.h. sie würde die Hälfte der während der Ehe erworbenen Austrittsleistung von Lukas bekommen und Lukas die Hälfte ihrer während der Ehe erworbenen Austrittsleistung. Dies entspricht der gesetzlich vorgesehenen Regelung. Lukas möchte von der gesetzlich vorgesehenen Regelung abweichen und keinen Ausgleich der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge. Eine Vereinbarung der Ehegatten liegt somit nicht vor, weshalb für Lukas Präferenz Abs. 2 von Art. 124b ZGB einschlägig ist. Zu prüfen ist, ob wichtige Gründe vorliegen, um von der Teilung abzusehen.	1
III. <u>Wichtige Gründe:</u>	
Hälftige Teilung ist unbillig: Zur güterrechtlichen Auseinandersetzung und zur Vermögenslage der Parteien werden keine Angaben gemacht. Ebenfalls werden von den Parteien weder finanzielle Anwartschaften noch bevorstehende Vermögensanfälle geltend gemacht. Von solchen ist deshalb nicht auszugehen, weshalb kein wichtiger Grund i.S.v. Art. 124b Abs. 2 Ziff. 1 ZGB vorliegt. Zu den Vorsorgebedürfnissen der Ehegatten, insbesondere unter Berücksichtigung eines Altersunterschieds finden sich folgende Angaben im Sachverhalt: Lukas und	4

Yvonne sind gleich alt. Lukas hat jedoch einen erheblich grösseren Betrag in der beruflichen Vorsorge als Yvonne. Die ungleiche Verteilung der Austrittsleistungen resultiert unter anderem aus der Aufgabenteilung währen der Ehe, welche die Ehepartner gemeinsam (allenfalls stillschweigend) vereinbart haben. Diese Aufgabenteilung führte aufgrund der Kinderbetreuung zu einer verminderten Erwerbstätigkeit von Yvonne. Gemäss der vereinbarten Aufgabenteilung war Lukas vollzeitig erwerbstätig, was ihm ermöglicht hat, eine eigene gutgehende Firma aufzubauen. Dabei wurde er von Yvonne administrativ unterstützt. Eine traditionelle Rollenteilung ist jedoch nicht Voraussetzung für die hälftige Teilung, diese wird unabhängig der gewählten Aufgabenteilung während der Ehe gewährt. Hätten die Ehegatten die Ehe weitergeführt, so würde Yvonne im Alter oder in einem Risikofall von der grösseren Austrittsleistung von Lukas ebenfalls profitieren (Vorsorgeanwartschaften), mit der Trennung fällt diese Anwartschaft weg und ist grundsätzlich auszugleichen.[42] Diese Überlegungen sprechen für eine hälftige Teilung.	
IV. <u>Ausbildungsehe:</u>	
Fraglich ist, wie die Ausbildung, die Yvonne während der Ehe gemacht hat, zu werten ist, d.h. ob darin ein wichtiger Grund liegen könnte, der die hälftige Teilung unbillig macht, oder weil sie mit der Ausbildung in Zukunft ein ganz anderes Einkommen generieren kann, dass ihr Vorsorgebedürfnis beeinflusst. Grundsätzlich kann eine «Ausbildungsehe» ein Grund sein, von der hälftigen Teilung abzuweichen. Eine solche liegt etwa vor, wenn ein Ehepartner dem anderen durch seine eigene Berufstätigkeit eine aufwendige Ausbildung finanziert (etwa ein Studium), durch die der andere Ehepartner in Zukunft eine hohe berufliche Vorsorge genieren kann. In solchen Fällen kann die hälftige Teilung der beruflichen Vorsorge unbillig sein, wenn sich der «finanzierte» Ehepartner nach Abschluss der Ausbildung scheiden lässt und dann die Hälfte der beruflichen Vorsorge des anderen Ehepartner beansprucht.[43]	1
Vorliegend hat es sich allerdings wohl nicht um eine besonders aufwendige und teure Ausbildung gehandelt. Sie dauerte nur ein Jahr und fand ungefähr in einem 20 Prozent Pensum statt. Auch die Kosten dafür dürften sich deshalb im Rahmen gehalten haben. Der Grossteil ihrer Zeit war Yvonne für die Kinderbetreuung zuständig oder selbst in Teilzeit erwerbstätig. Eine eigentliche «Ausbildungsehe» liegt deshalb hier nicht vor. Die Frage, ob Yvonne allenfalls in Zukunft ihre Teilzeittätigkeit ausbauen könnte (und damit auch mehr in die berufliche Vorsorge einzahlen könnte als bisher) ist eine Frage des (nachehelichen) Unterhalts. Sie wird deshalb bei der Frage der Teilung der beruflichen Vorsorge nicht berücksichtigt, sondern dieser Umstand würde bei der Berechnung des Vorsorgeunterhalts einbezogen: Würde Yvonne nach der Scheidung mehr verdienen, wäre der Vorsorgeunterhalt zu senken bzw. wegzulassen (Damit ein zukünftiges Einkommen bei längerer Ehe auch die Vergangenheit ausgleichen könnte, müsste es schon exorbitant hoch sein, das fällt unter Abs. 2 Ziff. 1 wirtschaftliche Verhältnisse nach der Scheidung, die einen Ausgleich unbillig machen).	3

[42] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 10.38; BSK-Geiser, Art. 122 ZGB N 10; Büchler/Vetterli, 120; BGE 136 III 455 E. 4.4; BGer 5A_694/2018, Urteil vom 11. November 2019, E. 4.1.

[43] Vgl. etwa BGer 5A_79/2009, Urteil vom 28. Mai 2009, E. 2.1; BSK-Geiser, Art. 124b ZGB N 19; Büchler/Vetterli, 127.

Das Verhalten der Ehegatten während der Ehe ist grundsätzlich kein Kriterium, um von der hälftigen Teilung abzusehen. Nur bei grober Verletzung der Pflicht, an den Unterhalt der Familie beizutragen, kann allenfalls ein weiterer, im Gesetz nicht genannter Grund gegeben sein (besonders stossende Fälle). Das muss jedoch eine besonders schockierende Situation sein, die eigentlich unter das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB subsumiert werden könnte.[44]	1 ZP
V. <u>Zur Berechnung:</u>	
Es wird die Austrittsleistung die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworben wurde (voreheliches Guthaben ist abzuziehen) geteilt, inklusive der überobligatorischen Vorsorge. Die beiden Ansprüche der Ehegatten sind zu verrechnen und es ist lediglich der Differenzbetrag zu begleichen (Art. 124c Abs. 1 ZGB). Eine Barauszahlung ist nicht möglich, der auszugleichende Betrag wird direkt an die Vorsorgeeinrichtung überwiesen (allenfalls ein Freizügigkeitskonto bei der Stiftung Auffangeinrichtung). Das Vermögen muss der Altersvorsorge zukommen .[45]	1 ZP
VI. <u>Fazit</u>	
Das Scheidungsgericht wird die hälftige Teilung der Vorsorgeguthaben anordnen. Es wird die Vorsorgeeinrichtung von Lukas anweisen, den Differenzbetrag auf das Vorsorge- oder Freizügigkeitskonto von Yvonne zu überweisen.	1
<u>Gesamtpunktzahl:</u>	**14** **2 ZP**

Fall 2

Aufgabe 4 (40 Punkte) *– Ist Elisabeth Eigentümerin der Baracke?*

I. <u>Erwerbsart</u>	
Vorliegend kommt nur ein derivativer Eigentumserwerb vom früheren, rechtmässigen Eigentümer in Frage.[46] Elisabeth könnte durch Kauf Eigentümerin der Baracke geworden sein.	1
Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen (Art. 641 Abs. 1 ZGB), folglich auch das Eigentum übertragen.	1
Gemäss Sachverhalt hatte Gerold im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags das Eigentum an der Baracke und am Land, auf dem sie steht. Er kann demnach das Eigentum rechtsgeschäftlich übertragen.	1
Der derivative Eigentumserwerb sowohl an Grundstücken als auch an Fahrnis setzt nach h.L. und Rsp. kumulativ zweierlei voraus: • Zunächst muss ein gültiges (schuldrechtliches) Grund- oder Verpflichtungsgeschäft (*causa*) vorliegen.[47]	4

[44] BGE 145 III 56 E. 5.2; BGer 5A_694/2018, Urteil vom 11. November 2019, E. 3.2 und 4.2; BGer 5A_868/2019; Urteil vom 23. November 2020, E. 5; BSK-Geiser, Art. 124b N 25.
[45] Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 10.42 und N 10.45.
[46] Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 100 N 5, § 103 N 4.
[47] SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1091 f. und 74 f.; grundlegend für Fahrnis: BGE 55 II 302, 306 ff., E. 2.

• Zudem muss ein gültiges Verfügungsgeschäft (*traditio* oder Eintragung) vorliegen. Das Verfügungsgeschäft ist beim Grundeigentum die Eintragung ins Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB) bzw. die Grundbuchanmeldung (Art. 963 Abs. 1 ZGB). Fahrniseigentum wird durch Übergabe des Besitzes übertragen (Art. 714 Abs. 1 ZGB).[48] Diese kumulativen Voraussetzungen für den Eigentumserwerb folgen aus dem Kausalitätsprinzip: Das Prinzip ist zwar nur für das Grundeigentum explizit gesetzlich vorgesehen (vgl. Art. 974 Abs. 2 ZGB), gilt aber nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für den derivativen Eigentumserwerb an Fahrnis.[49] Die Lehre ist sich nicht einig, ob der Eigentumsübergang an Fahrnis zusätzlich noch eine sog. dingliche Einigung (auch: dinglicher Vertrag) auf Eigentumsübertrag braucht. Diese setze voraus, dass sich die Parteien einig sind, dass das Eigentum mit Übergabe des Besitzes auf den Erwerber übergehen soll. Ein Teil der Lehre betrachtet die dingliche Einigung als im Verfügungsgeschäft mitenthalten;[50] ein anderer Teil behandelt die dingliche Einigung als eigenständige Voraussetzung des Eigentumsübergangs.[51]	
Gemäss Sachverhalt liegt ein Kaufvertrag vor. Beim Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Der Käufer verpflichtet sich zur Bezahlung des Kaufpreises (Art. 184 Abs. 1 OR).	1
II. <u>Zustandekommen des Kaufvertrags[52] (Verpflichtungsgeschäft)</u>	
<u>Übereinstimmende Willenserklärung:</u> Der Abschluss eines Vertrags setzt den Austausch gegenseitiger übereinstimmender Willenserklärungen voraus (Art. 1 Abs. 1 OR). Über die essentialia negotii muss Konsens bestehen. Wenn sich die Parteien übereinstimmend geäussert und verstanden haben, ist ein natürlicher oder tatsächlicher Konsens gegeben.	1
<u>Handlungsfähigkeit:</u> Die Parteien müssen zudem handlungsfähig sein (Art. 12 ff. ZGB). Erforderlich ist somit Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit (Art. 13 ZGB). Urteilsfähigkeit wird vermutet (Art. 16 ZGB). Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat (Ar.t 14 ZGB).	1
<u>Subsumtion:</u> Gerold und Elisabeth haben sich gemäss Sachverhalt darüber geeinigt, dass Elisabeth die Baracke (und nur diese, also nicht auch das Land, auf dem sie steht) gegen einen Kaufpreis von CHF 10'000.00 zu Eigentum erwerben soll. Konsens ist folglich zu bejahen. Es darf aufgrund des Sachverhalts zweifellos davon ausgegangen werden, dass Gerold und Elisabeth volljährig sind. Sie sind auch urteilsfähig, denn diese wird vermutet. Gegenteilige Anhaltspunkte im Sachverhalt liegen nicht vor. Der Kaufvertrag ist zustande gekommen.	2

[48] SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 834 und 836, N 1093.
[49] Für Fahrnis: BGE 55 II 302, 306 ff., E. 2.
[50] Zusammenfallen mit Verfügungsgeschäft: Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo § 103 N 5; Ernst/Zogg, Sachenrecht in a nutshell, 52 f.; Rey, Sachenrecht, N 1707; CHK-Hitz, Art. 714 ZGB N 8
[51] BSK II-Schwander, Art. 714 ZGB N 6; Schmid/Hürlimann-Kaup, N 1094.
[52] Das Zustandekommen bezieht sich somit auf den Konsens i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR; Gauch/Schluep/Schmid, OR AT, N 233.

III. <u>Gültigkeit des Kaufvertrags</u>	
Der Kaufvertrag muss gültig, d.h. insbesondere frei von Form-, Inhalts- und Willensmängeln sein.	1
1. Formmängel	
Für den Fahrniskauf bestehen keine besonderen Formvorschriften. Als Fahrniskauf gilt jeder Kauf, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat (Art. 187 Abs. 1 OR). Gegenstand des Fahrniseigentums sind bewegliche, körperliche Sachen sowie Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören (Art. 713 ZGB). Sachen gelten als beweglich, wenn sie sich von einem Ort an einen anderen transportieren lassen, ohne wesentlich an Substanz zu verlieren.[53] Bestandteile eines Grundstücks können zudem dann als Fahrnis verkauft werden, wenn sie nach ihrer Lostrennung auf den Erwerber als bewegliche Sachen übergehen sollen (Art. 187 Abs. 2 OR). Für Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstande haben, bestehen Formvorschriften: Der Kaufvertrag ist nur dann gültig, wenn er öffentlich beurkundet ist (Art. 216 Abs. 1 OR; Art. 657 Abs. 1 ZGB). Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1–4 sowie die selbständigen und dauernden Rechte (Art. 655 Abs. 3 ZGB).	3
Das Eigentum an einem Grundstück umfasst alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen, die fest mit dem Boden verbunden sind (Art. Art. 667 Abs. 2 ZGB; sog. Akzessionsprinzip; *superficies solo cedit*). Das Akzessionsprinzip ist für das schweizerische Sachenrecht zwingend. Ausnahmen müssen gesetzlich vorgesehen sein.[54] Das Akzessionsprinzip besagt, dass der Eigentümer einer Sache auch das Eigentum an all ihren Bestandeilen hat (Art. 642 Abs. 1 ZGB). Als Bestandteil einer Sache gilt nach Gesetz alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestande gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann (Art. 642 Abs. 2 ZGB). Bestandteile sind also keine Sachen, denn sie sind nicht sonderrechtsfähig.[55] Der Bestandteil bildet mit der Hauptsache eine sachenrechtliche Einheit.	3
Das Akzessionsprinzip gilt nicht für Fahrnisbauten («ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden»). Das Eigentum an Fahrnisbauten («Hütten, Buden, Baracken, dgl.») und das Eigentum am Grundstück können auseinanderfallen (Art. 677 Abs. 1 ZGB). Fahrnisbauten werden nicht ins Grundbuch eingetragen (Art. 677 Abs. 2 ZGB).	1
Das Akzessionsprinzip gilt auch nicht für Bauten, die im Baurecht errichtet worden sind. An diesen Bauwerken besteht Sondereigentum, obwohl sie fest mit dem Boden verbunden sind. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass im Grundbuch eine Dienstbarkeit (sog. Baurechtsdienstbarkeit, Baurecht) eingetragen ist (Art. 675 Abs. 1 ZGB, Art. 779 Abs. 1 ZGB). Dem Grundbucheintrag kommt konstitutive Wirkung zu (Art. 675 Abs. 1 ZGB, am Ende).	1

[53] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 1075.
[54] Vgl. Rey, Sachenrecht, N 416 f.; Hrubesch-Millauer et al., Sachenrecht, 246.
[55] KuKo-Domej/Schmidt, Art. 642 ZGB N 1.

Andere Konstruktionen des Auseinanderfallens von Eigentum am Grundstück und Eigentum an der Baracke sind aufgrund des Prinzips der Typengebundenheit und Typenfixierung des Sachenrechts nicht zulässig. Anders als das Obligationenrecht stellt das Sachenrecht nur eine begrenzte Zahl von dinglichen Rechten zur Verfügung und legt ihren Inhalt verbindlich fest. Die Parteien können also den Inhalt der dinglichen Rechte nicht oder nur in engen Grenzen selbst ausgestalten und der Vertragsfreiheit sind insofern enge Grenzen gesetzt.[56]	1
Gemäss Grundbuch lasten auf dem Grundstück, auf dem die Baracke steht, keine Dienstbarkeiten. Folglich besteht keine Baurechtsdienstbarkeit (Prinzip der negativen Rechtskraft des Grundbuchs (Art. 971 ZGB) bzw. der konstitutiven Wirkung des Grundbucheintrags (Art. 675 Abs. 1 ZGB, am Ende). Vorliegend wurde der Kaufvertrag offensichtlich nicht öffentlich beurkundet. Sollte es sich bei der Baracke um eine Dauerbaute handeln, leidet der Kaufvertrag an einem Formmangel. Handelt es sich um eine Fahrnisbaute, liegt kein Formmangel vor. Entscheidend für die Beurteilung der Gültigkeit des Kaufvertrags als Grundgeschäft (*causa*) ist somit die sachenrechtliche Vorfrage, ob es sich bei der Baracke um eine Dauerbaute oder um eine Fahrnisbaute handelt.	2
2. Dauer- oder Fahrnisbaute:	
Das Gesetz bezeichnet Fahrnisbauten als „Hütten, Buden, Baracken und dergleichen“, die „ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind“ (Art. 677 Abs. 1 ZGB). <u>Subjektives Kriterium:</u> Nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 677 Abs. 1 ZGB) kommt es für die rechtliche Qualifikation eines Gebäudes auf den Willen derjenigen an, die das Gebäude errichten, also auf ein subjektives Kriterium („ohne Absicht bleibender Verbindung“). <u>Objektives Kriterium:</u> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. kommt es auch bei der Abgrenzung von Fahrnisbauten und Dauerbauten zusätzlich auf objektive Kriterien an, die sich aus dem Akzessionsprinzip und dem Zusammenhang zwischen Hauptsache und Bestandteil ergeben.[57] Kriterien sind: • die Intensität der Verbindung zwischen Baute und Boden • die Verkehrsanschauung • die Möglichkeit der Wegnahme ohne Beschädigung oder Zerstörung oder unverhältnismässigen Aufwand (vgl. Art. 642 Abs. 2 ZGB). Ein Teil der Lehre will zudem auch wirtschaftlich-lebenspraktische Zusammenhänge berücksichtigen, also zur Abgrenzung von Fahrnis- und Dauerbauten auch auf die Funktion des Akzessionsprinzips abstellen. Dieses will verhindern, dass wirtschaftlich zusammenhängende Sachwerte nutzlos zerstört werden.[58]	3

[56] Schmid/Hürlimann-Kaup, N 71 ff.
[57] Vgl. BGE 92 II 227, 231 f., E. 2a und b; Rey, Sachenrecht, N 546 f.; Schmid/Hürlimann-Kaup, N 905; Hrubesch-Millauer et al., Sachenrecht, N 06.43, 06.77.
[58] Vgl. Rey, Sachenrecht, N 545.

<u>Subsumtion:</u> Aus der Bezeichnung („Baracke“) allein lässt sich noch nicht ableiten, ob es sich um eine Dauer- oder um eine Fahrnisbaute handelt. Die Aufzählung in Art. 677 ZGB ist beispielhaft.[59] *Subjektives Element:* Gemäss Sachverhalt hatte Gerold die Baracke als provisorische Einstellhalle im Jahr 1980 errichten lassen und ursprünglich geplant, sie später abreissen zu lassen. Dies spricht dafür, dass die „Absicht bleibender Verbindung“ fehlte bei der Errichtung und Gerold eine Fahrnisbaute errichten wollte. Später sah er von einem Abriss ab, weil er das Land nicht brauchte. Die Baracke steht also jetzt, im Jahr 2021, seit 41 auf dem gleichen Platz. Fraglich ist, ob darin eine Meinungsänderung von Gerold liegt, ob er also später seine ursprüngliche Absicht änderte und die Fahrnis- zu einer Dauerbaute „umwandelte“.[60] Dagegen spricht, dass er die Baracke verkaufte, ohne das Land mitzuverkaufen, auf dem sie steht. Zudem können auch lange dauernde Provisorien noch als Fahrnisbauten qualifiziert werden.[61] *Objektives Element:* Gemäss Sachverhalt ist die Baracke 10 Meter breit und 8 Meter lang und aus vorgefertigten Holz-Elementen errichtet; dies weist auf eine eher provisorische Bauweise von Baubaracken und ähnlichem hin, die ja ursprünglich auch geplant war. Von einer intensiven Verbindung mit dem Boden kann bei der Bauweise nicht ausgegangen werden, zumal offenbar nicht einmal zuführende Leitungen verlegt wurden (gemäss Sachverhalt wird der Strom ja über Solarpanels auf dem Dach der Baracke produziert). Baracken sind auch gemäss der Verkehrsanschauung provisorische Gebäude, die üblicherweise nur lose auf dem Untergrund aufliegen. Wenn die Baracke aus Fertigelementen errichtet worden ist, kann sie vermutlich auch wieder in diese zerlegt werden und abtransportiert werden, ohne sie völlig zu zerstören und ohne einen unverhältnismässigen Aufwand zu generieren. Fraglich ist nun, ob durch die Ausbauarbeiten der Charakter der Baracke so weit verändert wurde, dass nun von einer Dauerbaute auszugehen ist. Das ist zu verneinen, denn die Ausbauarbeiten fanden alle im Innenraum der Baracke statt. Durch eine Versetzung bzw. eine Aufteilung in die Fertigelemente zum Transport würde zwar vermutlich gewisse Innenausbauten beschädigt (evt. Innenputz der Wände, verlegter Holzboden), die Baracke an sich würde aber nicht zerstört, sondern liesse sich an einem anderen Ort wiederaufbauen. Schliesslich kann es als Indiz für das Vorliegen einer Fahrnisbaute verstanden werden, dass die Baracke nicht im Grundbuch eingetragen ist (vgl. Art. 677 Abs. 2 ZGB).	4
<u>Korrekturanmerkung:</u> Bei gut begründeter Argumentation sind die oben besprochenen Elemente auch dahingehend interpretierbar, dass die ursprünglich provisorisch errichtete Baracke mittlerweile zur Dauerbaute mutiert ist (Ausbauarbeiten, Leitungen, Dauer, Wille der Beteiligten). (wie oben ergibt eine gute Subsumtion max. 4 Punkte).	(4)
Dann werden die zwei noch sogleich möglichen folgenden Punkte vergeben für:	(2)

[59] BSK-Rey/Strebel, Art. 677 ZGB N 3.
[60] Vgl. BSK-Rey/Strebel, Art. 677 ZGB N 4.
[61] Hrubesch-Millauer et al., Sachenrecht, N 06.43, 06.78 ff.

Fazit: Dauerbaute, Akzessionsprinzip greift, Art. 667 ZGB / Art. 642 ZGB ist anwendbar (1 Punkt, die Nennung einer Rechtsgrundlage reicht aus).[62] Vertrag leidet an einem Formmangel, da keine öffentliche Beurkundung vorgenommen wurde. Er ist grundsätzlich nichtig.[63] (1 Punkt).	
Fazit Dauer- / Fahrnisbaute: Es handelt sich bei der Baracke um eine Fahrnisbaute i.S.v. Art. 677 Abs. 1 ZGB. Der Vertrag leidet an keinem Formmangel. Weitere Mängel (Inhaltsmängel, Willensmängel, Art. 19 ff. OR) liegen ebenfalls nicht vor, d.h. es bestehen keine Anhaltspunkte dafür. Der Vertrag ist gültig.	2
IV. Übergabe des Besitzes / Tradition (Verfügungsgeschäft)	
Es muss eine Übertragung des Besitzes (Tradition) auf den Erwerber stattgefunden haben (Art. 714 ZGB). D.h. der Erwerber muss die tatsächliche Herrschaft an der Sache übertragen bekommen haben (Art. 919 Abs. 1 ZGB) und zudem den Willen zur Sachherrschaft haben.[64] Der Besitz an Fahrnis kann einerseits durch die physische Übergabe übertragen werden oder aber durch die Übergabe der Mittel (z.B. Schlüssel), die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen (Art. 922 Abs. 1 ZGB).[65] Der Besitz kann ebenfalls durch blosse Erklärung (Besitzvertrag) übertragen werden, d.h. mittels eines Traditionssurrogates.[66] Ein Traditionssurrogat ist insbesondere die sog. Besitzwandlung (*brevi manu traditio*). Hier ist der Erwerber bereits unselbständiger Besitzer und wird durch blosse Willenseinigung, d.h. durch Besitzvertrag, zum selbständigen Besitzer.[67]	4
Subsumtion: Elisabeth hat als langjährige Mieterin bereits unselbständigen Besitz an der Baracke. Durch Besitzvertrag, d.h. durch die Willenseinigung, dass durch Kauf das Eigentum an der Baracke auf sie übergehen soll, wird sie selbständige Besitzerin. Es handelt sich um einen Anwendungsfall der brevi manu traditio. Der Besitz ist übergegangen in der Absicht, das Eigentum zu übertragen.	2
Korrekturanmerkung: Wurde oben Dauerbaute und die Geltung des Akzessionsprinzips bejaht, muss unter diesem Titel IV. statt der Tradition die dingliche Übertragung des Grundeigentums geprüft werden. Erzielbar sind ebenfalls max. 6 Punkte. Mögliche Punkteverteilung, die Nennung einer Rechtsgrundlage reicht aus: Die Eigentumsübertragung an einem Grundstück erfolgt durch Grundbuchanmeldung (Art. 963 Abs. 1 ZGB) bzw. durch Grundbucheintragung (Art. 656 Abs. 1 ZGB). (1 Punkt) Dem Grundbucheintrag kommt im Bereich des absoluten Eintragungsprinzips konstitutive Wirkung zu (Art. 972 Abs. 1 ZGB; auch Art. 971 Abs. 1 ZGB). (1 Punkt)	(6)

[62] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 810 ff.
[63] Huguenin, OR AT und BT, N 2410.
[64] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 97 f.
[65] Vgl. Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, ZGB, § 91 N 5.
[66] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 150.
[67] Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, ZGB, § 91 N 9; Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 150 und 158 ff.

Die Eigentumsübertragung durch Kauf/Verkauf (rechtsgeschäftlichen Erwerb) fällt in den Bereich des absoluten Eintragungsprinzips (vgl. Art. 656 Abs. 1 ZGB oder Art. 656 Abs. 2 e contrario ZGB).[68] (1 Punkt) Ein Grundbucheintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt (sich also auf eine nichtige causa stützt), wäre ohnehin ungerechtfertigt (Art. 974 Abs. 2 ZGB). (1 Punkt) Gemäss Sachverhalt hat ein Grundbucheintrag nicht stattgefunden (1 Punkt). Ein Eigentumsübergang hat nicht stattgefunden (1 Punkt). Achtung: Beim Lösungsweg zur Dauerbaute fehlt bei der dinglichen Übertragung im Unterschied zur Tradition ein erzielbarer Punkt respektive fällt dieses Fazit fast gleich aus wie das Gesamtfazit. Für das Gesamtfazit konnten somit doppelte Punkte vergeben werden, wenn es zusammengezogen wurde.	
V. Fazit:	
Gerold war als Eigentümer der Baracke berechtigt, das Eigentum zu übertragen. Das Verpflichtungsgeschäft, der Kaufvertrag über die Fahrnisbaute, ist gültig. Die Übergabe des Besitzes (*traditio)* hat durch Willenseinigung (*brevi manu traditio*) stattgefunden und fällt mit dem Abschluss des Kaufvertrages zusammen. Damit ist Elisabeth Eigentümerin der Baracke geworden.	1
Fazit bei Lösungsweg Dauerbaute: Gerold war als Eigentümer der Baracke berechtigt, das Eigentum zu übertragen. Das Verpflichtungsgeschäft, der Kaufvertrag über das Grundstück inkl. Dauerbaute, ist allerdings aufgrund des Formmangels nichtig. Ein Grundbucheintrag hat ebenfalls nicht stattgefunden. Elisabeth ist nicht Eigentümerin der Baracke.	(1)
Gesamtpunktzahl:	**40**

Aufgabe 5 (26 Punkte) *– Ist die Kündigung zulässig?*

I. Mietvertrag	
Gemäss Sachverhalt liegt ein Mietvertrag vor. Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten (Art. 253 OR) (essentialia negotii des Vertrags).[69] Sowohl eine bewegliche als auch eine unbewegliche Sache kann Gegenstand eines Mietvertrags sein. Das Gesetz sieht für die Miete beweglicher und unbeweglicher Sachen spezielle Regelungen vor (Art. 266b OR, Art. 266f OR). Zu den beweglichen Sachen gehört jede körperliche Sache, die weder als Grundstück noch als unbewegliche Sache im Sinne von Art. 266b–266e OR qualifiziert werden kann. Zu den unbeweglichen Mietobjekten gehören Wohnungen, Geschäftsräume, aber auch Grundstücke im Sinne von Art. 655 und Art. 943 Abs. 1 ZGB.[70]	2
Subsumtion: Vorliegend handelt es sich um die Miete einer unbeweglichen Sache, nämlich eines Grundstücks.	1

[68] Schmid/Hürlimann-Kaup, N 834 ff.
[69] Huguenin, N 2891.
[70] Zum Abschluss des Mietvertrages Huguenin, N 2893, 2896b, 2909 ff.

II. <u>Zustandekommen des Mietvertrags</u>[71]	
<u>Korrekturanmerkung:</u> Zum Zustandekommen des Vertrages mittels übereinstimmender Willenserklärung und zum Erfordernis der Handlungsfähigkeit der Parteien siehe oben (Aufgabe 4). Die entsprechenden Punkte (2) sind nur einmal zu vergeben.	
<u>Subsumtion:</u> Gerold und Elisabeth haben sich gemäss Sachverhalt darüber geeinigt, dass Elisabeth das Grundstück, auf dem die Baracke steht, von Gerold mietet. Auch über den Mietzins besteht Einigkeit. Konsens ist folglich zu bejahen. Es darf aufgrund des Sachverhalts zweifellos davon ausgegangen werden, dass Gerold und Elisabeth volljährig sind. Sie sind auch urteilsfähig, denn die Urteilsfähigkeit wird vermutet. Gegenteilige Anhaltspunkte im Sachverhalt liegen nicht vor. Der Mietvertrag ist zustande gekommen.	2
III. <u>Gültigkeit des Mietvertrags</u>	
Der Mietvertrag muss gültig, d.h. insbesondere frei von Form-, Inhalts- und Willensmängeln sein. Der Abschluss des Mietvertrags an sich ist an keine Formvorschriften gebunden; es gilt insofern Formfreiheit (Art. 11 Abs. 1 OR). (Hingegen bestehen für verschiedene Willenserklärungen innerhalb des Mietverhältnisses Formvorschriften (bspw. Kündigung von Miet- und Geschäftsräumen)).	2
Es sind keine Form-, Inhalts- oder Willensmängel ersichtlich. Der Mietvertrag ist gültig.	1
IV. <u>Übergang des Mietvertrages auf Simon</u>	
Fraglich ist, ob der Mietvertrag über das Grundstück mit Gerolds Tod auf Simon übergangen ist. Gemäss Art. 560 Abs. 1 ZGB erwerben die Erben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetz. Dies betrifft mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen alle Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und den Besitz des Erblassers (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Dies ist das Prinzip der Universalsukzession (Gesamtnachfolge). Das bedeutet, dass im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers alle vererbbaren Vermögenswerte, alle vererblichen Rechte und Pflichten als Ganzes mit einem einzigen Vorgang auf die Erben übergehen.[72] Anfall und Erwerb der Erbschaft fallen im schweizerischen Erbrecht somit zusammen. Die Erben werden sofort, unmittelbar aufgrund des Gesetzes und ohne die sonst für den Erwerb erforderlichen Formen und Rechtshandlungen (wie z.B. Besitzübertrag oder Grundbucheintrag) mit dem Tod Gesamteigentümer der gesamten vererbbaren Nachlasswerte (sog. eo ipso-Erwerb).[73] Alle vererblichen Rechtspositionen des Erblassers bestehen „auch nach dem Erbgang bei seinen Erben grundsätzlich unverändert“ fort.[74]	2
Das Prinzip der Universalsukzession gilt auch für alle obligationenrechtlichen Verträge des Erblassers; die Erben treten in die Rechtsposition des Erblassers ein. Davon ausgenommen, da unvererblich, sind die personenbezogenen Verträge wie etwa der Auftrag (Art. 406 OR), der Arbeitsvertrag bei Tod des Arbeitnehmers (Art. 338 OR) oder die Gebrauchsleihe (Art. 311 OR). Die Miete ist jedoch kein personenbezogener Vertrag.	1 ZP

[71] Das Zustandekommen bezieht sich somit auf den Konsens i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR; Gauch/Schluep/Schmid, OR AT, N 233.
[72] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 28.
[73] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 34 f.
[74] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 30.

Subsumtion: Gerold hat gemäss Sachverhalt seinen Sohn als Alleinerben bestimmt. Von der Gültigkeit des Testaments ist aufgrund des Sachverhalts auszugehen. Aufgrund des Prinzips der Universalsukzession tritt Simon als Gerolds Alleinerbe und Universalsukzessor in sämtliche vererbliche Rechtspositionen ein. Er erwirbt damit von Gesetzes wegen, d.h. auch ohne Grundbucheintrag, das Eigentum am Grundstück und tritt als «Vermieter» an Gerolds Stelle in den Mietvertrag mit Elisabeth ein.	3
V. Beendigung des Mietverhältnisses:	
1. Ordentliche Kündigung	
Ein befristetes Mietverhältnis, d.h. ein Mietverhältnis, dessen Dauer entweder ausdrücklich oder stillschweigend zum Voraus festgesetzt wird, endet ordentlich mit Ablauf der vereinbarten Dauer. Es ist keine Kündigung notwendig (Art. 266 Abs. 1 OR, Art. 255 Abs. 2 OR). Demgegenüber kann ein unbefristetes Mietverhältnis ordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen oder länger vereinbarten Fristen beendet werden (Art. 266a Abs. 1 OR, Art. 255 Abs. 3 OR).	1
Subsumtion: Es handelt sich vorliegend um ein echtes befristetes Mietverhältnis, Elisabeth und Georg haben die Mietdauer auf 10 Jahre festgesetzt; gemäss Sachverhalt erfolgte die Befristung mit Blick auf Elisabeths Pensionierung. Es war Gerolds Wille, dass Elisabeth bis zu ihrer Pensionierung am alten Platz ihre Werkstatt behalten konnte. Das Mietverhältnis endet somit grundsätzlich mit Ablauf der vereinbarten Dauer (Art. 255 Abs. 2 OR, Art. 266 Abs. 1 OR), also im Jahr 2030. Vor Ablauf der vereinbarten Mietdauer von 10 Jahren kann Simon den Mietvertrag nicht ordentlich kündigen.	2
2. Ausserordentlicher Kündigungsgrund	
Fraglich ist, ob Simon einen ausserordentlichen Kündigungsgrund geltend machen kann. Die ausserordentliche Kündigung unterscheidet sich von der ordentlichen dadurch, dass sie auf einen früheren Termin hin als vertraglich vereinbart oder gesetzlich vorgesehen ausgesprochen werden kann.[75]	1
Zu prüfen ist zunächst Art. 261 Abs. 2 OR, der bei einem Eigentümerwechsel dem neuen Eigentümer das Recht zur ausserordentlichen Kündigung unter bestimmten Voraussetzungen einräumt. Universalsukzession bildet allerdings bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes und auch nach praktisch einhelliger Lehre keinen Veräusserungstatbestand im Sinne von Art. 261 Abs. 1 OR.[76] Die Bestimmung ist folglich nicht anwendbar.	2
Zu prüfen ist weiter Art. 266g Abs. 1 OR, welcher den Parteien erlaubt, das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt zu kündigen, wenn wichtige Gründe vorliegen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen.	4

[75] Huguenin, N 3004.

[76] BSK I-Weber, Art. 261 OR N 2 m.w.H.; Huguenin, N 2984 m.w.H.; CHK-Hulliger, OR 261–261b N 3; a.M. Blumer, Gebrauchsüberlassungsverträge, SPR VII/3, Rz. 884 f. (siehe nachfolgend Korrekturanmerkung); im Widerspruch zur h.L. auch der Mieterverband (ohne weitere Begründung): https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/fallbeispiele/e-h/erbengemeinschaft.html (10.04.2021).

Art. 266g Abs. 1 OR ist sowohl auf befristete als auch auf unbefristete Mietverhältnisse anwendbar.[77] Wichtige Gründe, die die Vertragserfüllung unzumutbar machen: - Als wichtige Gründe werden nur ausserordentlich schwerwiegende Umstände anerkannt, die bei Vertragsschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und auch nicht auf einem Verschulden der kündigenden Partei beruhen. - Erforderlich ist, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses aus objektiver Sicht unzumutbar scheint; rein subjektiv wesentliche Gründe sind nicht ausreichend.[78] Beispiele: schwere Krankheit, schwere Naturkatastrophen oder Wirtschaftskrise Fehlen die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung, so ist diese nach h.L. und nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unwirksam und das Mietverhältnis dauert fort.[79]	
<u>Subsumtion:</u> Gemäss Sachverhalt will Simon das ererbte Grundstück verkaufen. Das ist weder aus objektiver noch aus subjektiver Sicht ein wichtiger Grund, welcher die Vertragserfüllung für ihn unzumutbar macht. Simon kann keine ausserordentlich schwerwiegenden Umstände vorbringen, wie eine Krankheit oder eine Wirtschaftskrise. Rein wirtschaftliche Interessen sind lediglich subjektiv relevant und reichen für eine ausserordentliche Kündigung nicht aus. Eine Mietdauer von 10 Jahren ist auch nicht ausserordentlich lang und für einen Vermieter zumutbar. Ausserdem zahlt Elisabeth Miete, was Simon aus wirtschaftlicher Sicht während der Mietdauer entschädigt. Simon hat keinen wichtigen Grund, um das Grundstück zu verkaufen.	2
VI. <u>Fazit:</u>	
Die Kündigung ist nicht zulässig, da ein echter befristeter Mietvertrag vorliegt, der ordentlich durch Fristablauf endet. Ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung liegt nicht vor. Dementsprechend ist die Kündigung unwirksam.	1
<u>Korrekturanmerkung:</u> a.M. hinsichtlich Art. 261 OR mit entsprechender Begründung vertretbar. Für alle Erwägungen zusammen können gleich viele Punkte vergeben werden, wie beim «regulären» Lösungsweg, also gesamthaft max. 9 Punkte. Es wird in diesem Fall verlangt, dass *begründet* wird, weshalb Universalsukzession unter Art. 261 OR subsumiert werden kann, also als Veräusserungstatbestand gelten soll; eine Internethomepage wäre keine Begründung, um von einer fast einhelligen Lehre abzuweichen. Angeführt werden kann bspw.: Unbegründetheit der Unterscheidung eines Käufers von einem Erben, gleiche mögliche Bedürfnisse eines Käufers und eines Erben / Bei Singularsukzession bspw. mittels Nutzniessung bestünde Einrede des Eigenbedarfs, nicht nachvollziehbar, weshalb bei Universalsukzession nicht.[80] Wird das gemacht, kann im Anschluss geprüft werden, ob ein Fall von Art. 261 Abs. 2 lit. b OR («andere Sache») vorliegt. D.h. das Mietverhältnis könnte mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin gekündigt werden. Hier handelt es sich um die Miete einer unbeweglichen Sache (Grundstück), also kommt Art. 266b OR zur Anwendung. Frist: drei Monate auf einen ortsüblichen Termin bzw. sechs Monate, wenn es keinen Ortsgebrauch gibt.	(8)

[77] Huguenin, N 3000e, 3004 ff.
[78] Huguenin, N 3005.
[79] Huguenin, N 3006.
[80] Blumer, Gebrauchsüberlassungsverträge, Rz. 885.

Gemäss Sachverhalt soll Elisabeth das Grundstück innert sechs Monaten abräumen, also wäre die Frist eingehalten. Zu berücksichtigen ist schliesslich noch Abs. 3 von Art. 261 OR, wonach der frühere Eigentümer dem Mieter für alle Schäden haftet, die aus der früheren Kündigung durch den Erwerber entstehen. Hier muss wiederum diskutiert werden, ob man – wenn man die Anwendbarkeit der Bestimmung entgegen der h.L. auch für den Fall der Universalsukzession bejaht hat – die Haftung des Universalsukzessors (analog) annehmen dürfte; der frühere Eigentümer Gerold ist ja vorverstorben. (Es kann argumentiert werden, dass die Haftung über die Erbmasse abzuwickeln sei, oder dass der Universalsukzessor auch in alle Schulden eintreten würde. Hauptsache, die Kandidatin oder der Kandidat macht sich nachvollziehbare Gedanken dazu.). Wird dies bejaht, erstreckt sich die Haftung von Simon auf die vermögensrechtlichen Folgen, die aus der vorzeitigen Kündigung resultieren. Er muss also Elisabeth den Schaden ersetzen, der dieser aus der Nichterfüllung des Vertrags entsteht (positives Interesse). Darunter fallen die Umzugskosten (hier vermutlich aufgrund Verstellung der Baracke relativ hoch), die Differenz, die aus der Miete eines gleichwertigen Ersatzgrundstücks anfällt, sowie evt. Gewinnverlust.[81]	
<u>Fazit:</u> Die Kündigung wäre gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 266b OR zulässig und wirksam, wenn man den Fall der Universalsukzession unter Art. 261 Abs. 1 OR subsumiert. Als Universalsukzessor wäre Simon auch für den Schaden von Elisabeth haftbar (Art. 261 Abs. 3 OR).	(1)
<u>Gesamtpunktzahl:</u>	**26** **1 ZP**

Aufgabe 6 (30 Punkte) *– Kann Elisabeth die Einhaltung der «Anweisung» in Gerolds Testament verlangen, dass Simon das Grundstück nicht verkaufen solle?*

I. <u>Letztwillige Verfügung</u>	
Der Erblasser kann in den Schranken der Verfügungsfreiheit über sein Vermögen mit letztwilliger Verfügung oder mit Erbvertrag ganz oder teilweise verfügen (Art. 481 Abs. 1 ZGB). Eine letztwillige Verfügung kann entweder mit öffentlicher Beurkundung oder eigenhändig oder durch mündliche Erklärung errichtet werden (Art. 498 ZGB). Die Formvorschriften sind in Art. 505 ZGB konkretisiert: Demnach muss die eigenhändige letztwillige Verfügung vom Erblasser von Anfang bis Ende inkl. Jahr, Monat und Tag der Errichtung von Hand niedergeschrieben und unterschrieben werden. Verfügungsfähig ist, wer urteilsfähig ist und das 18. Altersjahr zurückgelegt hat (Art. 467 ZGB). Die Verfügungsfreiheit bestimmt sich nach Art. 470 ZGB: Demnach sind die Pflichtteile der pflichtteilsgeschützten Erben zu beachten. Die pflichtteilsgeschützten Erben sind insbesondere die Nachkommen (Art. 471 Ziff. 1 ZGB).	5
Der Erblasser kann für die ganze Erbschaft oder für einen Bruchteil einen oder mehrere Erben einsetzen, wobei jede Verfügung, nach der ein Bedachter die Erbschaft insgesamt oder zu einem Bruchteil erhalten soll, als Erbeinsetzung zu betrachten ist (Art. 483 ZGB). Auch gesetzliche Erben können als Erben eingesetzt werden.[82]	2

[81] Vgl. CHK-Hulliger, OR 261–261b N 9; Huguenin, N 2989.
[82] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 590.

Korrekturanmerkung: Ausführungen zur Universalsukzession und zum *ipso iure* Erwerb des Nachlassvermögens werden unter Aufgabe 5 bepunktet (maximal 2 Punkte und 1 Zusatzpunkt). Sie können nur einmal honoriert werden, können aber systematisch unter Aufgabe 5 oder hier eingeordnet werden.	
Subsumtion:	
Gerold hat gemäss Sachverhalt eine letztwillige Verfügung, nämlich ein handschriftliches Testament, verfasst. Er hat damit über sein gesamtes Vermögen verfügt. Von der Einhaltung der Formvorschriften darf mangels anderer Anhaltspunkte ausgegangen werden. Gerold war offensichtlich volljährig und auch von Urteilsfähigkeit darf ausgegangen werden. Sie wird ohnehin vermutet und gegenteilige Angaben im Sachverhalt fehlen. Gerold hat seinen einzigen Sohn Simon zu seinem Alleinerben bestimmt. Simon ist deshalb nicht nur gesetzlicher, sondern auch eingesetzter Erbe, wobei seine Erbquote auch seiner gesetzlichen Quote entspricht. Weitere pflichtteilsgeschützte Erben hat Gerold nicht (Ehefrau vorverstorben), weshalb er innerhalb seiner Verfügungsfreiheit handelte.	4
II. Qualifikation der „Anweisung“	
Fraglich ist, wie die „Anweisung“ zu verstehen ist, dass Simon das Grundstück nicht verkaufen soll. Dies ist eine Frage der Auslegung. Letztwillige Verfügungen sind einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen. Sie werden nach dem Willensprinzip ausgelegt; Ziel ist es, den wirklichen Willen des Erblassers zu erkennen.[83] Hierfür ist zunächst der Wortlaut massgebend. Ist dieser nicht eindeutig, können auch andere Umstände hinzugezogen werden, um den Willen des Erblassers zu ermitteln (z.B. Beziehung zu Beteiligten, anderweitige Äusserungen). v	2
Vorliegend ist zu überlegen, wie die Formulierung von Gerold, Simon „solle“ das Grundstück nicht verkaufen, zu verstehen ist. In Frage kommen: - Wunsch des Erblassers - Bedingung - Auflage - Nacherbeneinsetzung Wunsch: Wünsche des Erblassers in der letztwilligen Verfügung sind rechtlich unverbindlich;[84] sie binden die Erben allenfalls nur moralisch.	1
Bedingung: Bedingungen sind in Art. 482 Abs. 1 ZGB vorgesehen. Liegt eine Bedingung vor, hängt die Wirksamkeit der Verfügung vom Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses ab.	1
Auflage: Auflagen sind in Art. 482 Abs. 1 ZGB vorgesehen. Mit einer Auflage wird der Erbe zu einem bestimmten Verhalten – einem Tun, Dulden oder Unterlassen – veranlasst.[85] Die Verfügung ist unabhängig von der Auflage wirk-	3

[83] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 309 ff.
[84] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 775.
[85] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 772.

sam. Gegenstand der Auflage kann alles sein, was auch Gegenstand einer Schuldverpflichtung sein kann.[86] Durch eine Auflage oder eine Bedingung darf der Pflichtteil nicht eingeschränkt werden.[87] In diesem Fall unterliegt die Verfügung der Herabsetzung nach Art. 522 ff. ZGB.[88] Unsittliche oder rechtswidrige Auflagen machen die Verfügung ungültig (Art. 482 Abs. 2 ZGB), während lästige oder unsinnige Auflagen und Bedingungen als nicht vorhanden betrachtet werden (Art. 482 Abs. 3 ZGB).	
Als Teilaspekt der Rechts- und Sittenwidrigkeit ist auch die wirtschaftliche Freiheit des Beschwerten zu prüfen. Diese ist übermässig beschränkt, wenn dadurch das Persönlichkeitsrecht des Beschwerten verletzt wird. In der Literatur wird zum Beispiel eine Auflage als unzulässig erklärt, die dem Belasteten verbietet, eine ihm vermachte Liegenschaft zu veräussern, weil durch eine solche Anordnung seine wirtschaftliche Existenz bedroht werden könnte. Solange die Belastung aber kleiner ist als die Begünstigung ist sie kein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte. Eine *Höchstdauer* ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die lange Dauer gewisser Auflagen ist mit Blick auf die Nacherbeneinsetzung, die die übernächste Generation begünstigen kann – länger aber nicht – unproblematisch (50–70 Jahren zulässig, manche Autoren sagen auch 100 Jahre, für länger könne eine Stiftung errichtet werden). Die Auflage darf gleichwohl nicht die Handlungsfreiheit des Beschwerten in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Ist dies nicht der Fall, kann er zeitlebens zu einer Leistung verpflichtet sein, z.B. eine Liegenschaft nicht zu veräussern.[89]	2 ZP
<u>Nacherbeneinsetzung</u>: Der Erblasser kann in seiner Verfügung den eingesetzten Erben verpflichten, die Erbschaft einem anderen als Nacherben auszuliefern (Art. 488 Abs. 1 ZGB). Bei der Nacherbeneinsetzung handelt es sich um die Einsetzung zweier sukzessiv aufeinander folgender Erben: Der Vorerbe ist resolutiv bedingter oder befristeter Erbe; nach seinem Tod fällt die Erbschaft an den Nacherben.[90] Die Verfügungsmacht des Vorerben ist insofern eingeschränkt, als er nicht frei über die Erbschaft verfügen kann.[91] Er erwirbt die Erbschaft unter der Pflicht zur Auslieferung (Art. 491 Abs. 2 ZGB). Der Umfang der Auslieferungspflicht kann durch den Erblasser bestimmt werden.[92] Durch die Nacherbeneinsetzung darf der Pflichtteil des pflichtteilsgeschützten Vorerben nicht belastet werden. Andernfalls ist die Nacherbeneinsetzung in diesem Umfang ungültig (Art. 531 ZGB). und unterliegt der Herabsetzungsklage nach Art. 522 ff. ZGB.	2
<u>Subsumtion:</u>	
<u>Bedingung:</u> Eine eigentliche Bedingung ist aufgrund der Formulierung wohl ausgeschlossen; es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Bestand des Testaments davon abhängen soll, dass Simon das Grundstück nicht verkauft.	4

[86] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 754 ff.; BSK-Stählin, Art. 482 ZGB N 15.
[87] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 787; BGE 101 II 25, 30, E. 2; BGE 99 II 375, 381, E. 7b.
[88] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 804.
[89] BSK-Stählin, Art. 482 ZGB N 39; BGE 99 II 375, 381, 7.b) m.w.H.;
[90] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 687 f.
[91] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 699 f.
[92] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 718.

Wunsch oder Auflage: Ob ein Wunsch oder eine Auflage vorliegt, ist allein aufgrund des Wortlauts schwierig zu entscheiden. Gerold schreibt „soll“, was auf einen Wunsch hindeuten könnte – „sollen“ ist ja nicht das gleiche wie „müssen“. Der Wortlaut ist insofern nicht eindeutig. Allerdings war es gemäss Sachverhalt Gerold zuwider, dass Simon das Grundstück verkaufen könnte. Er wollte das verhindern und dafür sorgen, dass das Grundstück in der Familie bleibt. Ebenfalls wollte er Elisabeth die Möglichkeit des Erwerbs bis zur Pensionierung absichern. Rechts- oder Sittenwidrigkeit liegt nicht vor, die Auflage kann auch nicht als „lästig“ oder „unsinnig“ bezeichnet werden, da sie durchaus einen nachvollziehbaren Zweck verfolgt und Dritte nicht belästigt. Solche sog. „Veräusserungsverbote“ werden nicht selten in der Form der Auflage erlassen.“[93] Es ist deshalb von einer Auflage auszugehen, mit dem Simon veranlasst wird, den Verkauf des Grundstücks zu unterlassen. Nacherbeneinsetzung: Auch eine Nacherbeneinsetzung wäre allenfalls eine vertretbare Interpretation: Zum einen ist ja Simon eingesetzter Erbe, zum anderen will Gerold, dass das Grundstück in der Familie bleibt. Die Nacherbeneinsetzung würde in diesem Fall nur das Grundstück betreffen, nicht aber den übrigen Nachlass. Es kann aufgrund des im Sachverhalt beschriebenen umfangreichen Vermögens davon ausgegangen werden, dass die Belastung mit der Nacherbeneinsetzung hinsichtlich des Grundstücks den Pflichtteil von Simon nicht verletzt. Eine Nacherbeneinsetzung kommt allerdings einerseits aufgrund der Formulierung eher nicht in Betracht, weil die Worte „Vorerbe“ und „Nacherbe“ nicht enthalten sind und „weitervererben“ eigentlich bedeutet, dass Simon dann seinen *eigenen* Nachlass seinen Kindern vermacht und nicht wie bei der Nacherbeneinsetzung diese die Erbschaft des Grossvaters erben. Ausserdem war Gerolds Wille laut Sachverhalt darauf gerichtet, das Grundstück in der Familie zu behalten und nicht unbedingt darauf, seine (im Sachverhalt nicht näher thematisierten) Enkelkinder zu begünstigen.	
Die wirtschaftliche Freiheit von Simon ist nicht verletzt. Er hat ein umfangreiches Vermögen geerbt und seine Existenz ist auch nicht vom Verkauf dieses Grundstücks abhängig. Die Auflage, das Grundstück nicht zu verkaufen, ist zwar langfristig einschränkend, aber es verletzt seine Persönlichkeitsrechte nicht. Es ist zulässig, dass Georg das Grundstück in der Familie behalten will, zumindest bis zu den Nachkommen von Simon dürfte die Auflage Gültigkeit haben.	1 ZP
Korrekturanmerkung: Hier wird eine begründete Auseinandersetzung mit der Frage erwartet, ob aufgrund der Formulierung im Testament ein Wunsch, eine Auflage oder eine Nacherbeneinsetzung vorliegt; es muss sich dann für eine Lösung entschieden werden. Alle drei Lösungen sind vertretbar.	
Fazit: Die „Anweisung“ von Georg ist, nach dem Willensprinzip ausgelegt, als Auflage zu qualifizieren. Georg war es ein Anliegen das Grundstück in der Familie zu behalten, weshalb er einen Verkauf unterbinden wollte. Es ging ihm dabei eher nicht oder nur	1

[93] BSK-Stählin, Art. 482 ZGB N 16; vgl. etwa Arter, Auflagen und Bedingungen als Mittel der Nachlassgestaltung. Präzise Formulierungen sind entscheidend, recht 9/2011, 745 745; Lüdi, Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Diss., Zürich 2016, 147 ff., wobei er argumentiert, dass Erbverträge das geeignetere Instrument wären.

indirekt um die Begünstigung eines Nacherben und er hat auch nicht das typische Vokabular für eine Nacherbeneinsetzung verwendet. Es ist von einer Auflage auszugehen.	
III. <u>Vollziehungsanspruch</u>	
<u>Korrekturhinweis:</u> Wurde oben Wunsch oder Nacherbeneinsetzung bejaht, muss hier ebenfalls der Vollziehungsanspruch thematisiert und entsprechend verneint werden. Es können bei überzeugender Begründung gleich viele Punkte gemacht werden wie bei der hier vertretenen Lösung, also max. 5 Punkte und 1 Zusatzpunkt.	
Gemäss Art. 482 Abs. 1 ZGB kann „jedermann" der an ihr ein Interesse hat, die Vollziehung einer Auflage verlangen. Dabei handelt es sich um einen Anspruch sui generis. Gefordert werden kann, dass der erblasserische Wille <u>vollzogen wird.</u>[94] <u>Aktivlegitimiert sind alle Personen, die am Vollzug der Auflage ein Interesse haben. Dieses kann wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein; ein erbrechtliches Interesse wird</u> nicht vorausgesetzt.[95] Zu den aktivlegitimierten Personen gehören auch Freunde und Verwandte des Erblassers.[96]	2
Der Vollziehungsanspruch ist nicht gleichbedeutend mit einem subjektiven Forderungsrecht. Eine Auflage kann nicht direkt eingeklagt werden, denn ein durch eine Auflage Bedachter hat keine obligatorische Rechtsposition, namentlich kein Recht auf Erfüllung und kein Anspruch auf Schadenersatz bei Nicht-Erfüllung. Dem Bedachten steht lediglich ein Klagerecht auf Vollziehung zu. Veräusserungsverbote in Auflagen haben deshalb auch nur schwache Wirkungen, da sie einerseits bloss schuldrechtlich wirken, somit die Gültigkeit eines entgegenstehenden Verfügungsgeschäftes nicht beeinflussen, und andererseits bei Zuwiderhandlung nicht einmal Schadenersatz geschuldet wird.[97]	1 ZP
<u>Subsumtion:</u> Elisabeth war – so viel darf aus dem Sachverhalt herausgelesen werden – mit dem Erblasser offenbar über viele Jahre verbunden, was sich im regen Kontakt zu Lebzeiten aber auch daran zeigt, dass er dafür sorgen wollte, dass sie bis zur Pensionierung in ihrer Werkstatt bleiben kann. Elisabeth hat deshalb mindestens ein ideelles Interesse daran, den Vollzug der Auflage zu verlangen, um dem Willen von Gerold Nachachtung zu verschaffen. Dazu kommt ein wirtschaftliches Interesse, weil Simon als Universalsukzessor in gleicher Weise an den Mietvertrag gebunden ist wie Gerold.	2
IV. <u>Fazit</u>	
Elisabeth kann gestützt auf Art. 482 Abs. 1 ZGB die Vollziehung der Auflage verlangen.	1
<u>Gesamtpunktzahl:</u>	**30** **4 ZP**

[94] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 790.
[95] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 793.
[96] Wolf/Hrubesch-Millauer, Erbrecht, N 793.
[97] Wolf/Hrubesch-Millauer, N. 772 ff., Lüdi, Auflagen und Bedingungen, 148, 239.