

insofern Rechnung getragen, als der wirtschaftlichen Selbständigkeit (Eigenversorgungskapazität) grösseres Gewicht zugemessen wird.

2 Art. 176 ZGB

Prozesserledigung im Eheschutzverfahren aufgrund einer von den Parteien getroffenen Vereinbarung.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 24. August 2009 i.S. A.S.-Z. gegen G.S.

Aus den Erwägungen

Die von der Vorinstanz gewählte Verfahrenserledigung in den von den Parteien durch Vergleich erledigten Punkten (darunter Unterhalt) ist problematisch. Anders als im Scheidungsrecht bedürfen in einem Eheschutzverfahren geschlossene Vereinbarungen keiner richterlichen Genehmigung. Folglich hat der Eheschutzrichter dem kantonalen Prozessrecht entsprechend das Verfahren insoweit, als es um der Parteidisposition unterliegende Ansprüche geht (so der Anspruch auf persönlichen Unterhalt eines Ehegatten), als durch Vergleich erledigt von der Kontrolle abzuschreiben, was in einem ein Urteilssurrogat darstellenden Abschreibungsentscheid geschieht (während die Genehmigung einer Konvention in Urteilsform erfolgt). Hinsichtlich der der Oficialmaxime unterliegenden Ansprüche (so der Anspruch auf Kinderunterhalt und andere Kinderbelange) hat der Eheschutzrichter dagegen - nicht anders als der Scheidungsrichter - eine autoritative Anordnung in Urteilsform zu treffen (die materiell dem von den Eltern in der Vereinbarung gestellten gemeinsamen Antrag entsprechen kann).

3 Art. 279 und 287 Abs. 3 ZGB

Das mit der Unmündigenunterhaltsklage befasste Gericht, das sich mit der Genehmigung einer zwischen dem Kinderbeistand und dem Vater geschlossenen Unterhaltsvereinbarung begnügt, ohne die Kindesmutter angehört zu haben, begeht dieser gegenüber eine Gehörsverletzung.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, vom 23. Juni 2009
i.S. V.B. gegen H.Sch.

Sachverhalt

Die Gemeinde X bestellte der am 16. April 2008 geborenen Klägerin mit Beschluss vom 7. Juli 2008 eine Beiständin nach Art. 308 und 309 ZGB, die beim Bezirksgericht Y. eine Unterhaltsklage gemäss Art. 279 ZGB einleitete. Das Bezirksgericht beendete das Verfahren durch Genehmigung eines unter seiner Mitwirkung zwischen dem Vater (Beklagten) und der Beiständin der Klägerin zustande gekommenen Unterhaltsvertrags, ohne die Kindsmutter angehört zu haben, obwohl diese - wie das Gericht über die Beiständin erfahren hatte - den Vergleich ablehnte.

Aus den Erwägungen

1.1.

Erfordern es die Verhältnisse, so ernennt die Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 308 ZGB dem Kind einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (Abs. 1). Die Vormundschaftsbehörde kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte sowie die Überwachung des persönlichen Verkehrs (Abs. 2). Die elterliche Sorge kann entsprechend beschränkt werden (Abs. 3).

Der gestützt auf Art. 308 Abs. 1 ZGB ernannte Beistand hat die Aufgabe, die Eltern in ihrer Sorge um das Kind zu unterstützen; er hat somit keine eigenen Befugnisse, sondern kann nur nach Absprache mit den Eltern und mit deren Einverständnis handeln. Erst im Rahmen der ihm erteilten besonderen Befugnisse im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB ist er zu eigenem, vom Willen der Eltern unabhängigem Handeln ermächtigt (Guler, Die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB, in: ZVW 1995, S. 51 ff., S. 61 ff.). Werden dem Beistand

besondere Befugnisse übertragen, ist daher der Inhalt des Auftrages präzise festzulegen (BGE 118 II 242; Breitschmid in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N. 6 zu Art. 308 ZGB; Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 121 zu Art. 275 ZGB; Guler, a.a.O., S. 63).

Wo nicht ein Teilentzug der elterlichen Sorge (Art. 308 Abs. 3 ZGB) erfolgt, führt die Beistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu einer konkurrierenden Zuständigkeit des Beistandes neben dem Inhaber der elterlichen Sorge (Breitschmid, a.a.O., N. 5 zu Art. 308 ZGB; Guler, a.a.O., S. 63; Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, Freiburg 1996, S. 287 f. und 361 ff.; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999, Rz. 27.24). Das Kind hat dann zwei gesetzliche Vertreter, einen ordentlichen, den Inhaber der elterlichen Sorge, und einen ausserordentlichen, den Erziehungsbeistand (Biderbost, a.a.O., S. 281 f. und 362 f.; Hegnauer, Grundriss, a.a.O., Rz. 27.24).

1.2.-2.1.

(...)

2.2.

Dem Beklagten ist insoweit zuzustimmen, als der zur Vertretung des Kindes bei der Wahrung des Unterhaltsanspruches bestellte Beistand aufgrund seiner konkurrierenden Zuständigkeit neben dem Inhaber der elterlichen Sorge auch ohne dessen Zustimmung rechtsgültig mit dem Unterhaltspflichtigen einen Unterhaltsvertrag abschliessen kann (Breitschmid, a.a.O., N. 5 zu Art. 308 ZGB; ZVW 1994 S. 165). Vorliegend verhält es sich allerdings so, dass die Vorinstanz den Anspruch der Kindsmutter auf rechtliches Gehör verweigert hat, indem sie sich auf die schlichte Genehmigung der von der Beiständin der Klägerin sowie vom Beklagten unterzeichneten Vereinbarung beschränkt hat, dies umso mehr als sie wusste, dass die Kindsmutter diese Vereinbarung ablehnte. Auch in dem vom Beistand gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZGB namens des Kindes angehobenen Unterhaltsprozess ist nämlich die Kindsmutter als Inhaberin der elterlichen Sorge berechtigt, eigene Anträge zu stellen (BGE 5P.468/2000 Erw. 2c; Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 24b zu Art. 279/280 ZGB; Hegnauer, Berner Kommentar, Bern

1984, N. 17 zu Art. 261 ZGB) und gegen die Genehmigung eines mit Zustimmung des Beistandes abgeschlossenen Unterhaltsvertrages Beschwerde zu führen (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1969, N. 117 zu aArt. 319 ZGB), sofern ihre Elternrechte nicht vorgängig gestützt auf Art. 308 Abs. 3 ZGB beschränkt worden sind. Die Kindsmutter war daher im Unterhaltsprozess des Kindes anzuhören, zumal für die Festlegung des Unterhaltsbeitrages die Lebensstellung und Leistungsfähigkeit beider Elternteile massgebend sind (Art. 285 Abs. 1 ZGB) und deshalb im Rahmen der für die Kinderbelange geltenden Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 280 Abs. 2 ZGB) stets auch die Verhältnisse der Kindsmutter abzuklären sind, denn mit dem Unterhaltsentscheid wird indirekt auch deren elterlicher Unterhaltsbeitrag festgelegt (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 59 zu Art. 287/288 ZGB; Metzler, Die Unterhaltsverträge nach dem neuen Kindesrechts [Art. 287 und 288 ZGB], Diss., Zürich 1980, S. 93 Anm. 1 und S. 348; Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1969, N. 117 zu aArt. 319 ZGB).

II. Zivilprozessrecht

A. Zivilprozessordnung

4 § 184 f. ZPO; Art. 368 OR

Beim während eines hängigen Prozesses erklärten Wechsel von einem Mängelrecht aus Werkvertrag zu einem andern handelt es sich um die Ausübung eines Angriffs- bzw. Verteidigungsmittels im Sinne des Novenrechts. Demgemäss ist der nach Abschluss des Behauptungsverfahrens erfolgte Wechsel einer auf Nachbesserung von Werkmängeln gerichteten Klage zur Minderungsklage grundsätzlich ausgeschlossen.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, vom 20. Oktober 2009 i.S. B. und U. L. gegen W.B. und O. AG.

Sachverhalt

Die Kläger verlangten mit Klage die Nachbesserung diverser Mängel durch die Beklagte, eventualiter Minderung. In einer Stellungnahme zu einem vom Gericht eingeholten Gutachten und damit nach Abschluss des Behauptungsverfahrens verlangten sie neu zur Hauptsache Minderung und eventualiter Nachbesserung.

Aus den Erwägungen

3.3.2.

Die Erklärung, mit welcher der Besteller Nachbesserung verlangt, stellt die Ausübung eines Gestaltungsrechts dar und ist deshalb grundsätzlich unwiderruflich (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 1835). Durch die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts erlischt ein allfälliges Wandlungs- und Minderungsrecht, weil die Mängelrechte, unter denen der Besteller auswählen kann, zueinander in elektiver Konkurrenz stehen (Gauch, a.a.O.,