corps ; lorsque, d'après les circonstances de la cause, on peut prévoir que la séparation sera définitive, il serait inéquitable de refuser à l'époux innocent une indemnité qui, dans les mêmes conditions de fait, aurait été accordée à un époux suisse qui, lui, aurait demandé et obtenu le divorce. Dans cette hypothèse, l'argument de texte tiré de l'art. 151 et de la note marginale peut être négligé, car, si même on admet que le législateur a entendu créer une distinction, au point de vue du droit à l'indemnité, entre le divorce et la séparation de corps, tout porte à croire qu'il n'a eu en vue que la séparation organisée par le code et non pas les institutions plus ou moins dissemblables prévues dans les législations étrangères. Enfin on doit observer qu'il n'est pas de l'essence de la séparation de corps d'exclure tout droit de l'époux innocent à une indemnité ; en France, par exemple, il a été jugé que la pension qui lui est accordée a entre autres pour but de réparer le préjudice matériel et moral causé par la faute de celui contre lequel la séparation est prononcée (v. *Pandectes françaises*, n° 682 et suiv., notamment n° 686).

En l'espèce il n'est pas douteux que les faits qui ont déterminé la séparation de corps — les infidélités du mari, ses injures, sa brutalité à l'égard de sa femme — ont causé à la demanderesse un grave tort moral. Il convient par conséquent, l'article 151 CC, comme il vient d'être dit, ne s'y opposant pas, de faire droit en principe à la demande d'indemnité de la recourante. Le juge peut allouer cette indemnité soit sous forme de capital, soit sous forme de rente viagère (art. 153 CC). Vu les circonstances de la cause, c'est la forme de la rente qui paraît correspondre le mieux aux intérêts de la demanderesse, son état de santé ne lui permettant guère de faire fructifier un capital. Il y a lieu de fixer *ex æquo et bono* à 30 fr. par mois cette rente qui s'ajoutera, bien entendu, à celle que le défendeur est tenu de lui fournir à titre de pension alimentaire.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

1. Le recours principal est écarté.
2. Le recours par voie de jonction de la demanderesse est partiellement admis en ce sens que :

1) Le défendeur est condamné, en vertu de l'article 151 CC, à servir à sa femme une rente de 30 fr. par mois dès la date du jugement attaqué ;

2) Le jugement du Tribunal de district, relativement à l'attribution des deux fils Colla, est annulé et la cause est renvoyée à l'instance cantonale pour nouvelle décision après complément d'enquête conformément à l'article 156 al. 1 CC.

55. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juli 1914 i. S.

Heer, Kläger, gegen Heer, Beklagte.

Verhältnis zwischen Art. 156j und 285 ZGB. Kompetenz des Scheidungsrichters, die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder ausnahmsweise weder dem einen noch dem andern Ehegatten zuzusprechen, sondern einer Drittperson, bezw. den Vormundschaftsbehörden anzuvertrauen, mit der Wirkung, dass beide Ehegatten der elterlichen Gewalt verlustig gehen. Voraussetzungen dieser Lösung.

A. — Durch Urteil vom 6. Mai 1914 hat das Obergericht des Kantons Zürich (I. Appellationskammer) im Anschluss an ein Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 18. Dezember 1913, durch welches die Ehe der Litiganten auf Grund des Art. 141 ZGB wegen unheilbarer Geisteskrankheit der Beklagten geschieden, und gegen welches nur hinsichtlich der Kinderzuteilungsfrage appelliert worden war, erkannt :

1. Das Kind Bertha wird den Vormundschaftsbehörden zur ständigen Obsorge überlassen.
2. Der Kläger ist verpflichtet, an die Kosten der

Pflege und Erziehung desselben vom 1. Januar 1910 an bis zum zurückgelegten 18. Altersjahr desselben je zum Voraus für ein Vierteljahr, jährlich 240 Fr. zu bezahlen und zwar an den Vormund des Kindes.

3. Dem Kläger wird das Recht eingeräumt, das Kind alle Vierteljahre auf einen Tag zu besuchen.

Dieses Urteil beruht auf folgenden tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen: Das einzig in Betracht fallende Kind Bertha (geb. den 30. Oktober 1909) sei zu einer Zeit geboren, als die Ehegatten bereits getrennt lebten. Der Kläger habe den ehelichen Stand dieses Kindes anzufechten versucht, den Prozess aber, offenbar infolge Versäumung der gesetzlichen Fristen, nicht durchgeführt. Das Kind befinde sich seit Anfang 1910 in einer Waisenanstalt und sei noch unter dem alten Rechte von den Heimatbehörden (d. h. denjenigen des Kantons Luzern) unter Vormundschaft gestellt worden. Der Kläger habe sich bisher nie um das Kind gekümmert und nie etwas an seinen Unterhalt geleistet. Er führe keinen eigenen Haushalt. Es sei bei ihm wohl kaum irgendwelche väterliche Liebe zu dem Kind vorhanden. Gerade so gut, wie in andern Fällen gegenüber beiden Eltern die elterliche Gewalt entzogen und die anderweitige Unterbringung durch die Vormundschaftsbehörden angeordnet werden könne, sei « es daher auch hier so zu halten ». Tatsächlich sei ja auch schon längst « ein anderer Vormund bestellt ». Es sei deshalb dem Begehren des Klägers um Zuweisung des Kindes Bertha an ihn ebensowenig zu entsprechen, wie anderseits eine Zuweisung an die geisteskranke Beklagte in Betracht kommen könne.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage auf Zuweisung des Kindes an ihn, den Kläger.

Namens der Beklagten wurden in der Berufungsinstanz keine Anträge gestellt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Obwohl Art. 156 ZGB zweifellos vor allem eine Ausscheidung der Elternrechte zwischen den Ehegatten, als den Parteien im Ehescheidungsprozesse, bezweckt, während für den Fall der Unwürdigkeit oder Unfähigkeit beider Elternteile normalerweise das in Art. 285 vorgesehene Verfahren einzuschlagen ist, kann dem Scheidungsrichter doch die Befugnis nicht abgesprochen werden, die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder ausnahmsweise weder dem einen noch dem andern Ehegatten zuzusprechen, sondern einer Drittperson, bzw. den Vormundschaftsbehörden anzuvertrauen, mit der Wirkung, dass beide Ehegatten der elterlichen Gewalt verlustig gehen. Einmal nämlich ist in Art. 156, und zwar offenbar absichtlich, nicht blos von « Zuteilung » oder Übertragung der « Sorge für das Kind » (vergl. § 1635 deutsch. BGB, der übrigens das Vertretungsrecht des Vaters als Inhabers der elterlichen Gewalt ausdrücklich vorbehält), sondern ganz allgemein von « Gestaltung der Elternrechte » die Rede, und sodann ergibt sich aus Art. 274, dass mit der im Scheidungsurteil vorgenommenen « Zuweisung » eines Kindes an den einen Elternteil zugleich auch die Übertragung der elterlichen Gewalt auf diesen Elternteil, also ihre Entziehung gegenüber dem andern Ehegatten verbunden ist. Kann aber demnach der Scheidungsrichter die elterliche Gewalt dem einen Ehegatten entziehen, und bildet dies sogar die Regel, so muss ihm auch das Recht zuerkannt werden, sie unter Umständen, nämlich dann, wenn offensichtlich kein Elternteil die erforderliche Gewähr für eine richtige Pflege und Erziehung bietet, beiden Ehegatten zu entziehen, und zwar von Amtes wegen und unabhängig davon, auf wessen Antrag die Scheidung ausgesprochen wird. Die in diesem Falle gegenüber beiden Ehegatten eintretende Entziehung der elterlichen

Gewalt ist nichts anderes als die notwendige Folge des Umstandes, dass die Kinder weder dem einen noch dem andern Elternteil zugewiesen werden können. Vergl. in diesem Sinne Stenogr. Bull. der BVers. 1905 S. 1079 (Votum Hoffmann); ferner GMÜR, Amn. 12, EGGER, Amn. 1 c) zu Art. 156. Abweichend ROSSEL-MENTHA, I S. 226.

Immerhin soll, da für die Entziehung der elterlichen Gewalt gegenüber beiden Ehegatten ordentlicherweise das in Art. 285 vorgesehene reine Offizialverfahren einzuschlagen ist und die in diesem Fall kompetente Behörde mit dem Scheidungsrichter nicht identisch zu sein braucht, der Scheidungsrichter zu der angegebenen Lösung doch nur dann greifen, wenn die Verhältnisse bereits durch den Scheidungsprozess allseitig und gründlich abgeklärt sind und mit einer andern Lösung offenbar eine Gefahr für das leibliche oder seelische Wohl des oder der Kinder verbunden wäre, sodass auch beim Fortbestand der Ehe ein Einschreiten der Behörden nötig gewesen wäre.

2. — Im vorliegenden Falle treffen diese Voraussetzungen für eine sofortige Entziehung der elterlichen Gewalt nicht zu. Der Kläger hat sich allerdings gegenüber dem in Betracht kommenden Kinde objektiv einer Nichterfüllung seiner Vaterpflichten schuldig gemacht. Denn die Zweifel, die er hinsichtlich seiner Vaterschaft hegen mochte, und seine Absicht, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten, berechtigten ihn nicht, aus der von ihm erstrebten Aberkennung des ehelichen Standes im voraus und von sich aus den Schluss zu ziehen, dass er nicht verpflichtet sei, für das Kind zu sorgen. Seine bezügliche Verpflichtung war vielmehr ohne weiteres mit der ehelichen Geburt des Kindes gegeben und bestand bis zum Tage einer allfälligen Aberkennung. Indessen gestattet doch diese, auf aussergewöhnliche Umstände zurückzuführende Nichterfüllung der elterlichen Pflichten — welche letztere dem Kläger übrigens,

wie es scheint, von keiner Seite in Erinnerung gerufen wurden, indem vielmehr ohne weiteres die Behörden für das Kind sorgten — für sich allein noch keinen zwingenden Schluss auf das mutmassliche zukünftige Verhalten des Klägers im Falle einer Zuteilung des Kindes an ihn. Irgendwelche andere Gründe, ihm die elterliche Gewalt zu entziehen, ergeben sich aber nicht aus den Akten. Insbesondere kann ein solcher Grund nicht darin gefunden werden, dass der kantonale Richter vielleicht selber Zweifel an der Vaterschaft des Klägers hegte. Es geht nicht an, dem Kläger wegen solcher Zweifel einerseits die elterliche Gewalt abzuerkennen und ihn andererseits doch als Vater des Kindes zu Alimentationsbeiträgen zu verurteilen. Dafür aber, dass der Kläger die Zuteilung des Kindes an ihn einzig zu dem Zwecke verlange, um sich den ihm sonst obliegenden Alimentationsbeiträgen zu entziehen und auf Kosten des Kindes an den Auslagen für dessen notwendige Bedürfnisse zu sparen oder das Kind sonstwie auszubeuten, bieten die Akten keine genügenden Anhaltspunkte. Es sind deshalb — da die Unfähigkeit der Beklagten zur Verpflegung und Erziehung des Kindes ausser Frage steht — die Elternrechte vorläufig, d. h. unter Vorbehalt eines allfälligen Einschreitens der nach Art. 285 dazu kompetenten Behörden, dem Kläger zuzuerkennen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und das Kind Bertha im Sinne der Erwägungen dem Kläger zugewiesen wird.