

## S. 79 / Nr. 13 Familienrecht (d)

## BGE 56 II 79

13. Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. März 1930 i. S. Fähndrich gegen Vormundschaftsbehörde Zürich.

Seite: 79

Regeste:

Gegenüber dem geschiedenen Ehegatten, welchem Kinder aus der geschiedenen Ehe zugewiesen wurden, sind Kinderschutzmassnahmen gestützt auf ZGB Art. 283 ff., namentlich auch der Entzug der elterlichen Gewalt, durch andere als gerichtliche Behörden zulässig. Dagegen bleibt den Gerichten vorbehalten die Entscheidung über Anträge auf spätere Zuweisung von Kindern aus geschiedener Ehe an den andern Ehegatten welchem sie durch das Scheidungsurteil entzogen wurden, ZGB Art. 167 (Änderung der bisherigen Rechtsprechung).

A. - Durch Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. September 1920 wurde die Ehe der Beklagten mit Johann Surber geschieden und der am 2. Dezember 1915 geborene Knabe Erwin Werner der Beklagten zugewiesen. Am 6. Oktober 1923 starb der frühere Ehemann der Beklagten Johann Surber. Seit 24. April 1926 ist die Beklagte mit Alois Fähndrich verheiratet.

Im wesentlichen mit der Begründung, die Beklagte habe Diebstählen ihres Knaben Erwin Werner Surber Vorschub geleistet, stellte die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich beim Bezirksgericht Zürich das Gesuch um Abänderung des Scheidungsurteiles in dem Sinne, dass die elterliche Gewalt über den Knaben der Beklagten entzogen werde.

B. - Das Obergericht des Kantons Zürich hat am 4. Dezember 1929 der Beklagten die elterliche Gewalt über den Knaben entzogen.

Seite: 80

C. - Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Abweisung des Begehrens der Klägerin.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die Vormundschaftsbehörde hat geglaubt, sie werde durch BGE 48 II S. 303 und 54 II S. 71 auf den Rechtsweg verwiesen, um ihren Antrag auf Entziehung der elterlichen Gewalt zur Geltung zu bringen, und es sei ihr versagt, das in Art. 285 ZGB vorgesehene Verfahren vor der «zuständigen Behörde» einzuschlagen, die nach der Behördenorganisation im Kanton Zürich wie vielerorts eine Verwaltungsbehörde ist, und noch weniger dürfe sie einfach von sich aus Art. 286 ZGB zur Anwendung bringen. In der Tat behalten jene Urteile die Änderung der durch ein Ehescheidungsurteil getroffenen «Gestaltung der Elternrechte» bezüglich Kindern aus geschiedener Ehe, namentlich auch die nachträgliche Entziehung der dem einen der geschiedenen Ehegatten belassenen elterlichen Gewalt ganz allgemein den Gerichten vor und lassen eine Ausnahme höchstens für weniger weitgehende Kinderschutzmassnahmen zu, wie sie gemäss Art. 283/4 ZGB von den Vormundschaftsbehörden getroffen werden können (welche Ausnahme von SEEGER in den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereines 1929, Zeitschrift für Schweizerisches Recht neue Folge 48 S. 210 a kritisiert wird) Allein keines jener Urteile betraf den Fall, dass der andere Elternteil, dem die elterliche Gewalt über die Kinder durch das Scheidungsurteil entzogen worden war, nicht mehr am Leben ist, wie es hier zutrifft. Nun findet aber die gerichtliche Zuständigkeit zur ursprünglichen Gestaltung der Elternrechte und namentlich zu späterer Änderung der Gestaltung der Elternrechte bezüglich Kindern aus geschiedener Ehe ihre Begründung doch hauptsächlich darin, dass eine Wahl zwischen den an sich beiden Eltern zustehenden, jedoch durch Scheidung unvereinbar werdenden Rechten getroffen werden muss.

Seite: 81

Ändern sich die Verhältnisse infolge von Wiederverheiratung, Wegzug eines der Eltern oder aus anderen Gründen, so wird sich in erster Linie die Frage aufdrängen, ob die Kinder infolgedessen dem anderen zuzuweisen seien. Erhebt der andere diesen Anspruch, so drängt es sich auf, ihn damit auf den Rechtsweg zu verweisen, um eine Abänderung des ursprünglichen ihm ungünstigen gerichtlichen Urteiles zu seinen Gunsten zu erstreiten. Dass aber auch, wie Art. 157 ZGB vorsieht, die Vormundschaftsbehörde in den Fall kommen kann, ein derartiges Begehren beim Gericht anzubringen, lässt sich unter dem gleichen Gesichtspunkte wohl verstehen: Können die Kinder nicht bei demjenigen Elternteil belassen werden, welchem sie seinerzeit zugewiesen wurden, will aber der andere, der Ausübung der elterlichen Gewalt würdige Elternteil nicht auf Abänderung des

Scheidungsurteiles klagen, sei es vielleicht auch nur, weil er glaubt, das Begehren werde, sobald es nicht von ihm, sondern von der Vormundschaftsbehörde ausgehe, unter anderem Gesichtspunkte geprüft werden und dann eher Erfolg haben, so kann der Vormundschaftsbehörde nur der Weg der gerichtlichen Abänderungsklage zur Verfügung stehen, wenn sie der Führung unnötiger Vormundschaften enthoben bleiben will. Denn dafür, dass ein Elternteil, dem die Kinder durch das Scheidungsurteil entzogen worden sind, durch eine andere Behörde als ein Gericht wiederum in diese Gewalt eingesetzt werden könnte, lässt sich dem Gesetze kein Anhaltspunkt entnehmen. Aus letzterem Grunde hat Art. 157 ZGB den Rechtsweg überdies auch noch für den Fall vorsehen müssen, dass sich die Verhältnisse infolge Tod eines der Eltern verändern - womit nur oder doch in erster Linie nur der Tod des die elterliche Gewalt ausübenden Elternteiles gemeint sein kann -, obwohl dann das Recht des überlebenden Elternteiles nicht mehr mit einem anderen Recht in Konflikt kommt. Ist aber der andere Elternteil gestorben, dem die Kinder seinerzeit entzogen worden waren, und die elterliche Gewalt daraufhin

Seite: 82

ohne weiteres dem Elternteil belassen worden, dem sie seinerzeit zugewiesen wurde, so ist nicht einzusehen, warum dieser allein noch lebende Elternteil fortan nicht in gleicher Weise allfälligen Kinderschutzmassnahmen unterworfen werden könnte wie jedes Elternpaar oder jeder Elternteil, dessen Ehe durch den Tod des anderen Elternteiles aufgelöst worden ist. Gleiches muss auch für den Elternteil gelten, dem die elterliche Gewalt durch das Scheidungsurteil entzogen worden war, nachträglich dann aber übertragen wurde infolge Todes des anderen Elternteiles, dem sie vorher zugewiesen worden waren. Im einen wie im anderen Falle hätte der überlebende Elternteil nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge infolge Todes des anderen die elterliche Gewalt ja doch ungeteilt erhalten bzw. behalten und weist das Eltern- und Kindesverhältnis nicht mehr die Besonderheiten auf, die bei Kindern aus geschiedener Ehe gelten und die Entscheidung über Kinderschutzmassnahmen beeinflussen können. Alsdann stellen sich solche Massnahmen, insbesondere auch die Entziehung der elterlichen Gewalt, eigentlich gar nicht mehr als Abänderung des Ehescheidungsurteiles dar. Daher muss den Vormundschaftsbehörden und den gemäss Art. 285 ZGB für die Entziehung der elterlichen Gewalt zuständigen Behörden zugestanden werden, dass sie selbst in Anwendung der Art. 283 /6 ZGB die dort vorgesehenen Massnahmen treffen, und es ist für einen kontradiktorischen Prozess vor den Gerichten kein Raum, insoweit nicht das kantonale Prozessrecht für die Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 285 ZGB ihn ausdrücklich vorschreiben sollte, was, wie erwähnt, in Zürich nicht zutrifft. Somit erweist sich die vorliegende auf Abänderung des Ehescheidungsurteiles abzielende Klage als unzulässig und die Berufung der Beklagten aus diesem von ihr gar nicht geltend gemachten Gesichtspunkt als begründet.

Allein abgesehen von dem erwähnten besonderen Umstände des vorliegenden Falles (Vorversterben des anderen

Seite: 83

Elternteiles) zeigt eine andere Seite desselben, nämlich dass der andere Elternteil für die Zuweisung von Kindern überhaupt nie ernstlich hätte in Betracht gezogen werden können, die Nachteile der bisherigen Rechtsprechung auf, wonach die durch Ehescheidungsurteil übertragene (bzw. ungeteilt belassene) elterliche Gewalt nurmehr durch ein neues gerichtliches Urteil, nicht mehr in dem durch Art. 285 ZGB vorgesehenen Verfahren soll entzogen werden können. Treten die Voraussetzungen für die Entziehung der elterlichen Gewalt ein, so wird meist rasches Handeln geboten sein. Hiefür bietet das Zivilprozessverfahren keine genügende Handhabe, zumal da, wo es für Ehe- und andere Familiensachen nicht besonders ausgestaltet ist. Zudem kommt den Rechtsmitteln, namentlich auch der gegen Scheidungs-Änderungsurteile zulässigen Berufung an das Bundesgericht aufschiebende Wirkung zu. Und zu einer vorläufigen Verfügung wird solange nicht geschritten werden dürfen, als nicht Beweis erhoben worden ist. Sodann steht zu befürchten, dass die Vormundschaftsbehörden, zumal auf dem Lande, sich nur schwer zur Einleitung eines kostspieligen Prozesses entschliessen würden. Der Entziehung der elterlichen Gewalt über Kinder aus geschiedener Ehe in Anwendung des Art. 285 ZGB durch die dafür eingesetzte Behörde in dem hiefür vorgeschriebenen (aussergerichtlichen) Verfahren stehen denn eigentlich auch kaum grundsätzliche Bedenken entgegen, weil sich der Inhalt dieser Gewalt nicht wesentlich von derjenigen über Kinder aus durch den Tod aufgelöster Ehe unterscheidet. Darüber, dass die Entziehung schleunig auf diesem Wege geschehe, wird gerade der andere Elternteil am allerwenigsten Veranlassung haben, sich zu beklagen. Wird er doch dadurch nicht gehindert, sich seinerseits ungesäumt an das Gericht zu wenden mit dem Antrag auf Zuweisung der Kinder an ihn. Und wenn er nach dem Ehescheidungsurteil von vorneherein als zur Ausübung der elterlichen Gewalt würdig erscheint, so wird er für die Zeit bis zur Ausfällung

Seite: 84

eines rechtskräftigen Urteiles zu seinen Gunsten zum Vormund seiner Kinder bestellt werden können, welche Lösung ja auch sonst vom ZGB ins Auge gefasst wird (vgl. Art. 286 Abs. 2). Dagegen, dass die Vormundschaftsbehörde gegenüber dem Elternteil, der entgegen ihrem Antrage die Kinder zugewiesen erhalten hat, nachträglich aus nichtigen oder vorgeschobenen Gründen das Verfahren gemäss Art. 285 ZGB betreibe, dürfte die Zulässigkeit des Rechtsmittels der zivilrechtlichen Beschwerde genügend Schutz bieten. Denn natürlich kann eine solche Entziehung nur auf neue schwerwiegende Tatsachen gestützt werden, allfällig in Verbindung mit früher eingetretenen, die schon vom Scheidungsgericht ungünstig gewürdigt wurden, ohne jedoch für sich allein einen genügenden Grund gegen die Zuweisung der Kinder an den betreffenden Elternteil abzugeben. Gleiches gilt auch bezüglich erst nachträglich eingetretener Tatsachen, die im Urteil über die Zuweisung bereits anticipando gewürdigt worden waren. - Somit wird an der bisherigen Rechtsprechung nicht festgehalten werden können.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 4. Dezember 1929 aufgehoben und die Klage abgewiesen