

S. 2 / Nr. 2 Familienrecht (d)

BGE 63 II 2

2. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. März 1937 i. S. Vormundschaftsbehörde Sumiswald gegen Schütz.

Regeste:

Fragen betr. die elterlichen Vermögensrechte in Frankreich wohnhafter schweizerischer Eltern beurteilen sich nach schweizerischem Recht (Art. 9, 28 Ziff. 2 NAG).

Auch der Pflichtteil kann dem Kinde unter Befreiung von der elterlichen Nutzung und Verwaltung zugewendet werden. Begriff der ausdrücklichen Befreiung (Art. 294 ZGB).

A. - Der heutige Kläger Alberto Schütz, von Sumiswald, hatte 1920 mit der italienischen Staatsangehörigen Dionisia Bocca, von Turin, die Ehe geschlossen. Den im Jahre 1926 nach Paris übergesiedelten Eheleuten wurde am 9. Januar 1928 ein Kind Rosemarie geboren. Im Juni 1931 reichte die Ehefrau gegen Schütz Klage auf Scheidung ein, die das Amtsgericht Trachselwald mit Urteil vom 11. November 1931 unter Bestätigung einer Scheidungskonvention gestützt auf Art. 142 ZGB aussprach. Das Kind Rosemarie wurde der Mutter zugewiesen. Nachdem

Seite: 3

diese schon am 15. Juni 1932 gestorben war, ernannte die Vormundschaftsbehörde von Sumiswald dem bei seiner Grossmutter, Frau Carmela Bocca-Durio in Turin, lebenden Kinde einen Vormund in der Person des Mailänder Advokaten N. Solari. Auf Klage des Vaters änderten die bernischen Gerichte, in letzter Instanz der Appellationshof mit Urteil vom 18. Juni 1935, das Scheidungsurteil dahin ab, dass die elterliche Gewalt nunmehr ihm übertragen wurde. Schütz verlangte die Herausgabe des Vermögens des Kindes, stiess jedoch auf den Widerstand der Vormundschaftsbehörde Sumiswald, der die Grossmutter Carmela Bocca als Willensvollstreckerin ihrer verstorbenen Tochter Dionisia untersagt hatte, das aus dem Nachlasse der letztern stammende Kindesvermögen dem Vater auszuhändigen. Die Vormundschaftsbehörde und Frau Carmela Bocca stellten sich auf den Standpunkt, Dionisia Bocca habe mittelst letztwilliger Verfügung ihren geschiedenen Ehemann von der Verwaltung und Nutzung des dem Kinde hinterlassenen Vermögens ausgeschlossen. Dieses Testament, von Frau D. Bocca (damals Schütz-Bocca) am 2. Dezember 1931, also 9 Tage vor dem Scheidungsurteil, in einer Turiner Klinik vor einer schweren Operation eigenhändig abgefasst, bestimmt im wesentlichen:

1. Die Erblasserin schliesst den Ehemann wegen seiner schweren Verfehlungen gegen sie, ihre Tochter und ihre Familie von jedem Erbrecht aus.
2. Sie hinterlässt ihrer Tochter Rosemarie den Pflichtteil nach schweizerischem Recht. Da ihr Vermögen zu einem grossen Teil in einer Frauengutsforderung gegen den Ehemann besteht und daher die Interessen des letztern und diejenigen des Kindes kollidieren könnten, ordnet sie an, dass dem Kinde ein Beistand gemäss Art. 392 Ziff. 2 ZGB bestellt werde in der Person des Dario Morelli in Turin.
3. Für den verfügbaren Teil ihres Nachlasses setzt die Erblasserin ihre Mutter Frau Carmela Bocca-Durio als

Seite: 4

(Vor-) Erbin und ihre Tochter Rosemarie als Nacherbin ein und für den Fall des Vorversterbens der letztern zwei Ersatznacherben.

4. «Confido che lo stesso mio marito Alberto Schütz rinuncerà ad esercitare la patria potestà sopra mia figlia Rosemarie. Per il caso in cui egli non sentisse questo dovere morale e credesse invece di vantare tale diritto, faccio espresso obbligo a mia mamma di promuovere gli atti legali necessari perché egli venga privato della patria potestà.

Designo tutore il sig. Dario Morelli; al suo cuore ed alla sua amicizia raccomando la mia bambina, ed invoco la sua protezione e la sua benevolenza onde sottrarre mia figlia alla patria potestà di un padre che l'ha abbandonata materialmente e moralmente nel più disumano ed immorale dei modi»

5. Die Erblasserin erklärt, dass das Testament den gegenwärtigen Stand der Dinge, d. h. die noch bestehende Ehe, zur Voraussetzung hat, dass es aber auch im Falle der Scheidung in allen Teilen in Kraft bleibt, auch der Art. I mit Rücksicht auf seine moralische Bedeutung.

B. - Angesichts der Weigerung der Vormundschaftsbehörde von Sumiswald erhob Schütz gegen sie Klage auf gerichtliche Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihm als Inhaber der elterlichen Gewalt über sein Kind Rosemarie Schütz nach rechtskräftiger Passation der Vormundschaftsrechnung das Kindesvermögen herauszugeben und ihn zu ermächtigen, soweit

dieses Vermögen sich in Dritthänden befinde, es von den Inhabern herauszuverlangen. Infolge Streitverkündung durch die Vormundschaftsbehörde von Sumiswald übernahm die Willensvollstreckerin Frau Carmela Bocca deren Vertretung im Prozesse.

C. - Mit Urteil vom 28. Oktober 1936 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Feststellungsklage gutgeheissen da das - von der Beklagten hiefür einzig

Seite: 5

angerufene - Testament eine ausdrückliche Befreiung des dem Kinde hinterlassenen Vermögens von der väterlichen Nutzung und Verwaltung gemäss Art. 294 ZGB nicht enthalte.

D. - Gegen dieses Urteil hat die Litisdenunziatin Frau Carmela Bocca namens der Beklagten die Berufung ans Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage des A. Schütz. Dieser trägt auf Bestätigung des Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- ...

2.- Die Vorinstanz hat mit Recht die Streitsache nach schweizerischem Recht beurteilt, das von beiden Parteien angerufen worden ist. Art. 9 NAG unterstellt zwar die elterliche Gewalt dem Rechte des Wohnsitzes; daraus ergäbe sich, dass, da der schweizerische Vater in Frankreich wohnt, französisches Recht anwendbar wäre. Art. 28 Ziff. 2 jedoch durchbricht diesen Grundsatz in dem Sinne, dass die im Ausland domizilierten Schweizer dem ausländischen Recht nur dann unterstehen, wenn das internationale Privatrecht des Wohnsitzstaates dies vorschreibt. Wenn letzterer dagegen das Heimatrecht anwendbar erklärt, in casu also das schweizerische, muss der schweizerische Richter diese Rückverweisung gemäss Art. 28 annehmen. Nach dem internationalen Privatrecht Frankreichs untersteht nun alles, was die elterliche Gewalt der in Frankreich wohnhaften Ausländer betrifft, deren ausländischem Heimatrecht. Im vorliegenden Falle - wo es sich um eine Frage der elterlichen Gewalt und nicht des Erbrechts handelt - ist somit schweizerisches Recht anwendbar.

3.- Von den Fällen einer Exemption des Kindesvermögens von den elterlichen Vermögensrechten kommt hier allein Art. 294 ZGB in Betracht, wonach frei ist, was dem Kinde «mit der ausdrücklichen Befreiung von der elterlichen Nutzung» (Abs. 1) bzw. unter ausdrücklicher

Seite: 6

Bestimmung des Ausschlusses der elterlichen Verwaltung (Abs. 2) zugewendet wird. Als Rechtsakt der Zuwendung mit Befreiung wird von der Beklagten einzig das Testament der Dionisia Bocca vom 2. Dezember 1931 angerufen. a) Demgegenüber macht der Kläger in erster Linie geltend, die Hinterlassung des Pflichtteils sei keine Zuwendung im Sinne des Art. 294, die mit der Bestimmung der Befreiung verbunden werden könne. Zuwendung (libéralité, liberalità) sei nur die freiwillige Verschaffung eines Vermögensvorteils mittelst rechtsgeschäftlichen Aktes; der Pflichtteil dagegen falle von Gesetzes wegen, durch erbrechtlichen Vorgang dem Berechtigten an, er sei begrifflich gerade der Teil des Nachlasses, über den der Erblasser nicht verfügen könne. Bei der Beurteilung dieser im Gesetze selbst nicht geregelten Frage kann nicht einfach auf den Begriff der Zuwendung im strengen Sinne der zivilistischen Doktrin abgestellt werden, wo Zuwendung schlechthin eine Handlung bedeutet, durch welche A dem B einen Vermögensvorteil verschafft (VON TUHR, OR I 175). Wie schon aus den entsprechenden Ausdrücken liberalité und liberalità hervorgeht, hat zum vorneherein das Gesetz nur unentgeltliche Zuwendungen im Auge. Dies ist der wesentliche Sinn des Ausdruckes liberalité (= Freigebigkeit); ob darin und damit auch im Begriffe Zuwendung in Art. 294 zugleich das davon verschiedene Element der Freiwilligkeit liegt, ist eine andere Frage. Die Eigenschaft, von Gesetzes (Erbrechts) wegen und nicht zufolge rechtsgeschäftlicher Verfügung erworben zu werden, teilt der Pflichtteil mit jedem andern Intestaterbanfall; dennoch steht ausser Zweifel, dass ein nicht pflichtteilsgeschützter Intestaterbteil der Befreiung im Sinne des Art. 294 ZGB fähig ist. Dass in diesem Falle der Erblasser die Möglichkeit gehabt hätte, über den (nicht pflichtteilsgeschützten) Erbteil anderweitig zu verfügen, kann der Zuwendung nicht einmal den Charakter der Freiwilligkeit verleihen; denn es entsprach unter Umständen gar nicht seinem Willen, die Intestaterbfolge eintreten zu lassen. Es ist

Seite: 7

in diesem Zusammenhange auf Art. 190 Abs. 2 ZGB hinzuweisen: «Was ein Ehegatte als Pflichtteil von seinen Verwandten zu beanspruchen hat, kann ihm nicht als Sondergut zugewendet werden» Wird demnach hier die Hinterlassung des Pflichtteils als eine Zuwendung aufgefasst, so muss dies auch für den Art. 294 gelten; denn es geht nicht an, den gleichen Terminus im gleichen Gesetze ohne zwingende Gründe in verschiedenem Sinne zu definieren. Ferner muss daraus, dass in Art. 190 eine den Pflichtteil betreffende Ausnahmebehandlung vom Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist, während in Art. 294 eine solche Ausnahmebestimmung fehlt, e contrario geschlossen werden, dass im letztern Falle der Gesetzgeber eine Ausnahmeregel für den Pflichtteil bewusst nicht gewollt hat.

Dass eine solche Bestimmung hier aus Versehen unterblieben sei und durch Interpretation ergänzt werden müsste, ist umsoweniger anzunehmen, als eine entsprechende Bestimmung, wonach die Befreiung sich nicht auf den Pflichtteil erstrecken kann, in einzelnen kantonalen Zivilrechten vorhanden war (Eugen HUBER, Schweiz. Privatrecht I 460 f., 463).

Die Subsumtion des Pflichtteils unter die Zuwendungen des Art. 294 läuft dem Sinne der Institution des Pflichtteils nicht zuwider. Diese dient einzig dem Interesse des Pflichtteilerben. Dieses Interesse wird dadurch nicht berührt, dass die elterliche Nutzung und Verwaltung am Kindesvermögen ausgeschaltet wird. Aber auch die Erwägung, dass die elterlichen Vermögensrechte das Korrelat der Elternpflichten darstellen, kann nicht zu der gegenteiligen Lösung führen. Diese Pflichten bestehen ohne Rücksicht darauf, ob das Kind überhaupt Vermögen habe oder nicht. Eine Erschwerung derselben in ökonomischer Hinsicht kann durch den Ausschluss der Vermögensrechte nicht eintreten; denn insofern durch das Vorhandensein eines (nutzungs- und verwaltungsfreien) Kindesvermögens vermehrte Aufwendungen für die Erziehung und Ausbildung nötig werden, steht ihrer Entnahme aus dem Kindesvermögen, mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde.

Seite: 8

nichts entgegen. Wohl aber wäre es höchst unbefriedigend, wenn ein Ehegatte, wie im vorliegenden Falle, den andern enterben, den Enterbten aber (bezüglich des Pflichtteils des Kindes) nicht verhindern könnte, auf dem Umwege über die elterliche Nutzung trotzdem in den Genuss des Erbschaftsvermögens zu gelangen. Die Möglichkeit, auch den Pflichtteil des Kindes unter Befreiung von den elterlichen Vermögensrechten gemäss Art. 294 zuzuwenden, ist demnach zu bejahen.

b) Hinsichtlich der Frage, ob in dem Testament vom 2. Dezember 1931 - denn auch die Beklagte beruft sich ausschliesslich auf dieses - eine solche Befreiung «ausdrücklich» erfolgt sei, ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass das Gesetz mit diesem Requisit den Gegensatz zwischen der Willensäusserung durch konkludentes Verhalten und der Willenserklärung durch Worte im Auge hat. Der Wille zur Befreiung muss *expressis verbis* erklärt sein, d. h. mit Worten, aus denen nach dem geltenden Sprachgebrauch dieser Wille unmittelbar und als deren wesentlicher Sinngehalt hervorgeht. Nicht ausdrücklich erklärt wäre der Befreiungswille, wenn er bloss aus zwar in Worten gefassten Erklärungen, deren unmittelbarer Wortsinn aber einen andern Willen zum Gegenstand hat, hergeleitet werden kann. Wenn aus dem Umstande, dass der Verfügende die Verfügungen a und b ausdrücklich gewollt hat, weiter geschlossen werden kann, also habe er (logischerweise) auch die Verfügung c gewollt, so liegt bezüglich c eine Willensäusserung durch konkludentes Verhalten vor; es wird nicht eine die Frage der Verfügung c betreffende Bestimmung ausgelegt, sondern aus den Bestimmungen über die Fragen a und b induziert, dass der Verfügende hinsichtlich der Frage c, über die er keine Bestimmung getroffen hat, dennoch etwas gewollt habe. Diesen Umweg will das Gesetz hinsichtlich der Befreiung gemäss Art. 294 mit dem Erfordernis der ausdrücklichen Erklärung absperren. Dagegen fällt das Requisit der Ausdrücklichkeit nicht

Seite: 9

etwa zusammen mit demjenigen der Deutlichkeit oder Unzweideutigkeit. Ein Wille kann mit aller Deutlichkeit aus konkludenter Handlung, z. B. aus einer andern (ausdrücklichen) Erklärung hervorgehen, ist aber deswegen nicht ausdrücklich kundgegeben. Andererseits kann eine Willenskundgabe der wünschbaren Deutlichkeit entbehren und nur durch Interpretation zu ermitteln sein, und dennoch das Erfordernis der Ausdrücklichkeit erfüllen, dann nämlich, wenn die Erklärung selbst die Kundgabe des fraglichen Willens zum unmittelbaren Gegenstande hat und dieser Wille aus ihr selbst gewonnen werden kann. Im vorliegenden Falle müsste eine ausdrückliche Bestimmung vorliegen des Inhalts, dass der Kläger an dem dem Kinde zufallenden Erbteil keine Nutzung und Verwaltung haben solle. Das Testament enthält drei Stellen, die als Äusserung eines dahingehenden Willens in Betracht fallen.

Art. 1 spricht die Enterbung des Klägers gestützt auf Art. 477 Ziff. 2 ZGB aus, und zwar beschränkt sich die Rechtsentziehung ausdrücklich auf dessen erbrechtliche Ansprüche an dem Nachlass der Testatorin (*Privo mio marito... di qualsiasi diritto successorio sulla mia eredità*). Die elternrechtlichen Ansprüche an dem aus dem Nachlass stammenden Erbteil des Kindes werden von der Erklärung nicht berührt, und von Gesetzes wegen hat die Enterbung den Verlust der elterlichen Vermögensrechte an dem aus der Erbschaft stammenden Kindesvermögen nicht zur Folge. Ob aus dieser Bestimmung geschlossen werden könnte, dass die Erblasserin den weiteren Willen zum Entzug auch dieser Rechte gehabt habe, kann dahingestellt bleiben, weil sie jedenfalls diesen Willen nicht ausdrücklich geäussert hat.

In Art. 2 ordnet die Erblasserin die Verbeiständung des Kindes an, nämlich, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, für den Fall, dass sie vor der Scheidung sterbe, in welchem Falle der Kläger alleiniger Inhaber der elterlichen Gewalt und damit Verwalter und Nutzniesser des Kindeserbteils geworden wäre. In dieser Anordnung

Seite: 10

könnte der Wille erblickt werden, dass mindestens die Verwaltung des Kindesvermögens einem Dritten anvertraut, also dem Vater entzogen werden solle. Die Verbeiständung ist aber offensichtlich nur als vorübergehende Massnahme gedacht, da sie nach dem freiwilligen oder unfreiwilligen Wegfall der väterlichen Gewalt des Klägers (Art. 4) durch eine dauernde Vormundschaft ersetzt werden sollte. Durch eine bloss vorübergehende Verbeiständung aber konnten auch die elterlichen Vermögensrechte, wenn überhaupt, nur vorübergehend ausgeschlossen werden wollen. Diese Anordnung ist aber, da die Erblasserin die Scheidung erlebte gar nie praktisch geworden und ist es heute erst recht nicht, nachdem dem Kläger die väterliche Gewalt definitiv zugesprochen worden ist. Die Auslegung, wonach die Verbeiständung als subsidiäre dauernde Massnahme gedacht gewesen wäre für den Fall, dass der Kläger im Besitze der väterlichen Gewalt bleiben sollte, hat die Vorinstanz mit zutreffenden Erwägungen abgelehnt. Bei beiden Versionen aber wäre ein Wille der Erblasserin auf Befreiung des Kindesvermögens im Sinne des Art. 294 nur durch die erwähnten anderweitigen, konkludenten Anordnungen, nicht aber ausdrücklich kundgegeben. Übrigens läge in der Beistandschaft selber nur der Ausschluss der Verwaltung des Vaters, nicht aber seiner Nutzung, und ein weitergehender Wille der Erblasserin könnte, wenn dessen Äusserung noch dem Erfordernis des Gesetzes genügen würde, aus dieser Anordnung nicht erschlossen werden.

In Art. 4, auf den sich die Beklagte hauptsächlich beruft, beauftragt die Erblasserin ihre Mutter als Willensvollstreckerin, das nötige vorzukehren, damit dem Kläger, sofern er nicht freiwillig verzichten würde, die elterliche Gewalt entzogen werde, und dies soll nach Art. 5 auch gelten für den Fall, dass die Erblasserin die Scheidung erlebt. Nach der Argumentation der Beklagten hätte die Erblasserin damit, dass sie den Willen zum Entzug der elterlichen Gewalt erklärte, a fortiori auch den Willen auf

Seite: 11

Entzug der beiden Attribute dieser Gewalt, der Verwaltung und Nutzung des Kindesvermögens, gehabt und erklärt, indem im Mehreren das Mindere enthalten sei; der so erklärte Wille zum Vermögensrechtsentzug bleibe als selbständige Willenserklärung im Sinne des Art. 294 rechtswirksam, trotzdem die auf den Gewaltentzug gerichtete wirkungslos blieb. Wie jedoch die Vorinstanz zutreffend ausführt, handelt es sich bei den beiden Willensobjekten nicht um das Mehr und das Weniger, sondern um zwei verschiedene Dinge, deren zweites nicht notwendigerweise im ersten enthalten ist. Der Wille, einer Person die elterliche Gewalt entzogen zu sehen, kann auf Erwägungen beruhen, die mit der Frage des Kindesvermögens nichts zu tun haben. Es kann jemand den Willen haben, dass einem Vater die elterliche Gewalt entzogen werde, weil dieser zur Erziehung des Kindes in moralischer Hinsicht ungeeignet ist, dabei aber keinerlei Bedenken tragen, ihm die Verwaltung, ja sogar die Nutzung des Kindesvermögens zu überlassen. Übrigens zieht der Entzug der elterlichen Gewalt nicht notwendigerweise auch den Verlust der Nutzung am Kindesvermögen nach sich, sondern nur beim Entzug infolge eigenen Verschuldens (Art. 292, 29t; Abs. 2), welcher Fall freilich nach der Vorstellung der Erblasserin - Art. 1 und 5 Abs. 2 des Testaments - hier vorgelegen hätte. Nach der ganzen, aus dem Testament hervorgehenden Einstellung der Erblasserin zu ihrem Ehemann muss allerdings mit der Vorinstanz angenommen werden, dass jene diesem auch die Vermögensrechte entzogen wissen wollte, nämlich für den von ihr allein vorausgesetzten Fall, dass er die elterliche Gewalt - freiwillig oder unfreiwillig - nicht innehatte. Ob sie aber diesen Willen auch hatte für den von ihr nicht ins Auge gefassten Fall, dass ihr Wille auf Entzug der elterlichen Gewalt unwirksam und der Kläger Inhaber derselben bleibe, darüber fehlt es in dem Testament an jeglichem positiven Anhaltspunkte, eben weil sie mit diesem Fall nicht rechnet. Der Umstand, dass sie (in Art. 2) die Bestallung eines Beistandes nach Art. 392

Seite: 12

Ziff. 2 ZGB vorsieht, könnte im Gegenteil als Indiz dafür betrachtet werden, dass sie implicite voraussetzte, der Ehemann habe Verwaltung und Nutzung des Kindesvermögens; denn wenn dies nicht der Fall wäre, würde die Beistandschaft mit dem genannten Grunde nicht übereinstimmen. Die Erblasserin kann jenen Willen nur dann gehabt haben, wenn ihr die rechtliche Möglichkeit bekannt war, dem im Besitz der elterlichen Gewalt befindlichen Kläger die elterlichen Vermögensrechte am Pflichtteil des Kindes vorzuenthalten, m.a.W. dem Kinde den Pflichtteil unter Befreiung von diesen Vermögensrechten zuzuwenden. Von dieser im schweizerischen Rechte gegebenen Möglichkeit hatte die Erblasserin bzw. der des schweizerischen Rechts kundige Verfasser ihres Testaments höchst wahrscheinlich keine Kenntnis; denn während bei den übrigen Bestimmungen jenen der einschlägige Artikel des ZGB richtig angegeben wird, ist Art. 294 nicht erwähnt. Nach dem der Erblasserin und ihrem Rechtsberater näher liegenden italienischen Rechte besteht denn auch jene Möglichkeit nicht. Muss daher angenommen werden, dass sie den Willen, bei bestehender elterlicher Gewalt des Klägers dem Kinde den Pflichtteil unter Befreiung von den elterlichen Vermögensrechten

im Sinne des Art. 294 zuzuwenden, nicht haben konnte und somit nicht hatte, so kann in der Willenserklärung betr. Gewaltentzug eine Kundgabe eines solchen Willens nicht enthalten sein und daher dahingestellt bleiben, ob dann, wenn dies zu bejahen wäre, diese Art der Kundgabe dem Erfordernis der Ausdrücklichkeit genügen würde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 29. Oktober 1936 bestätigt