

S. 129 / Nr. 25 Familienrecht (d)

BGE 65 II 129

25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Oktober 1939 i. S. Sommer gegen Hierholzer.

Regeste:

Ehescheidung, Gestaltung der Elternrechte (Art. 156 ZGB):

Sind beide Eltern zur Erziehung der Kinder geeignet, ist aber nur der eine Teil in der Lage, die Erziehung zu übernehmen oder zu überwachen, so sind die Kinder diesem zuzuweisen, - ungeachtet der Möglichkeit einer spätern Änderung der Verhältnisse. Für den Fall einer solchen Änderung bleibt die Klage nach Art. 157 vorbehalten. Es ist nicht zulässig, zum vornherein so zu entscheiden, als ob die ungewisse Änderung bereits eingetreten wäre, so dass, wenn sie in Wirklichkeit nicht eintritt, auf Änderung des Urteils geklagt werden müsste.

Divorce, exercice du droit des parents (art. 156 CC):

Si les parents sont l'un et l'autre aptes à éduquer les enfants, mais qu'un seul soit à même d'assurer ou de surveiller cette éducation, c'est à ce dernier qu'il faudra confier les enfants,

Seite: 130

- sans tenir compte de l'éventualité où les circonstances viendraient à changer. Pour cette éventualité, l'action prévue à l'art. 157 demeure réservée. Il n'est pas licite de trancher dès l'abord comme si le changement s'était déjà produit, de telle sorte que, s'il ne se produisait pas en réalité, une demande en modification du jugement devrait intervenir.

Divorzio, esercizio dell'autorità dei genitori (art. 156 CC).

Se ambedue i genitori sono idonei ad educare i figli, ma soltanto uno è in grado di assumere o sorvegliare l'educazione, i figli vanno affidati ad esso, senza tener conto di un possibile ulteriore cambiamento delle circostanze. Ove un tale cambiamento avvenga, resta riservata l'azione ai sensi dell'art. 157 CC. Non è lecito fin dall'inizio decidere come se l'incerto cambiamento si fosse già prodotto cosicché, se in realtà esso non si produce, si dovrebbe promuovere azione per ottenere la modifica del giudizio.

Die Parteien ehelichten sich am 20. Mai 1927. Sie lebten in Basel, wo der Mann geblieben ist, während die Frau im Herbst 1935 mit richterlicher Bewilligung den ehelichen Wohnsitz verliess und sich nach Zürich begab, wo sie sich als Serviertochter betätigt. Ihrer Ehe entstammt das am 7. April 1929 geborene Kind Rosemarie Helen. Dieses ist seit der Auflösung des ehelichen Haushaltes in einer mit den Parteien befreundeten Familie in Basel untergebracht.

Im Scheidungsprozess hat sowohl der Kläger wie die Beklagte die Zuweisung des Kindes an sich beantragt. Die Vormundschaftsbehörde von Basel empfahl die Zuweisung an den Kläger, der das Kind bis auf weiteres am ausgezeichneten Pflegeort belassen wolle, wo es sich nun seit 1935 befindet, während die an sich ebenso wie er zur Übernahme der Erziehung taugliche Mutter, die in Zürich ihrem Verdienste nachgeht, es fremden Leuten überlassen müsste, die nach den eingezogenen Erkundigungen keine Gewähr zu bieten vermöchten. Demgemäss sprach das Zivilgericht von Basel-Stadt, das die Ehe der Parteien rechtskräftig geschieden hat, das Kind dem Vater zu. Das Appellationsgericht dagegen gab mit Urteil vom 7. Juli 1939 dem Antrage der Mutter statt, mit der Massgabe, dass sie im Sinne der Erwägungen verpflichtet werde, das Kind an seinem jetzigen

Seite: 131

Pflegeort in Basel jedenfalls während des laufenden und allenfalls eines weiteren Schuljahres zu belassen. Die Erwägungen gehen davon aus, ein schulpflichtiges Mädchen sei in der Regel der Mutter zuzuweisen. Das könne auch hier geschehen. Allerdings sei die Mutter nicht in der Lage, es zur Zeit zu sich zu nehmen. Auch gebiete das Wohl des Kindes, es wenigstens bis zum Ablauf des Schuljahres und damit der Primarschulzeit in Basel zu lassen. Doch müsse der Mutter Gelegenheit gegeben werden, sich bis dahin entsprechend einzurichten. «Längstens innerhalb eines weitem Schuljahres steht der Beklagten offen, der hiesigen Vormundschaftsbehörde nachzuweisen, dass sie sich sicheres Fortkommen und die Möglichkeit persönlicher Wartung und Erziehung des Kindes geschaffen hat, worauf der Übersiedlung des Kindes nichts mehr im Wege stände. Sollte der Beklagten im laufenden und spätestens einem weitem Schuljahre dieser Nachweis nicht gelingen, so wäre anderseits der Kläger berechtigt, auf Änderung des Urteils und Zuspriechung des Kindes an sich zu klagen.»

Der Kläger beantragt mit dem Hauptbegehren seiner Berufung neuerdings, das Kind sei ihm zuzuweisen. Die Beklagte beantragt Bestätigung des kantonalen Urteils

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Der Entscheid des Appellationsgerichts ist widerspruchsvoll. Er weist das Kind der Mutter zu, obwohl es bis auf weiteres in Basel zu bleiben hat, wo es gut aufgehoben ist und der Vater und die Basler Vormundschaftsbehörde, der gewisse Befugnisse eingeräumt werden, zu ihm sehen können, nicht aber die entfernt wohnende Mutter. Die Vorinstanz hat übersehen, dass mit der Zuweisung des Kindes an die Mutter auch für es der Wohnsitz Zürich gegeben sein würde (Art. 25 Abs. 1 ZGB), weshalb die Vormundschaftsbehörde Basel gar nicht zuständig wäre, sich des Kindes anzunehmen.

Seite: 132

Auch abgesehen davon geht es nicht an, die Elternrechte anders als gemäss den jetzt und auf absehbare Zukunft gegebenen Verhältnissen zu gestalten, lediglich weil sich die Dinge früher oder später so entwickeln können, dass dann die Zuweisung der Elterngewalt an die Mutter gerechtfertigt sein mag. Vielmehr ist auf die gegenwärtigen Verhältnisse abzustellen, was zur Zuweisung des Kindes an den Vater führen muss. Sollte später eine Änderung eintreten, wie die Mutter sie in Aussicht stellen zu können glaubt, so steht ihr die Änderungsklage nach Art. 157 ZGB offen. In diesem Sinne ist der heutige Entscheid ohnehin ein vorläufiger, der die Zuweisung des Kindes nicht ein- für allemal bis zur Mündigkeit festlegt. Daher liegt keine Veranlassung vor, zum vornherein auf eine Zukunftserwartung abzustellen, über deren Verwirklichung Ungewissheit herrscht. Freilich hat die Vorinstanz dem Kläger das Recht vorbehalten, seinerseits auf Änderung, im Sinne der Zuweisung an ihn, zu klagen, wenn die Mutter während des laufenden und eines folgenden Schuljahres jene Bedingungen nicht zu erfüllen vermöchte. Allein es kann nicht gebilligt werden, einen Änderungsprozess gerade für den Fall vorzusehen, dass die Verhältnisse gleich bleiben, statt die Elterngewalt der heutigen Sachlage entsprechend zu ordnen, wobei es dann bleiben kann, sofern und solange keine oder keine so wesentliche Änderung eintritt, dass sich eine Neugestaltung der Elternrechte im Interesse des Kindes wirklich empfiehlt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 7. Juli 1939 aufgehoben und das Urteil des Zivilgerichts vom 7. März 1939 wiederhergestellt