

S. 64 / Nr. 19 Familienrecht (d)

BGE 67 II 64

19. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. März 1941 i.S. Schertenleib gegen Vormundschaftsbehörde Zürich und Weibel.

Regeste:

Änderung des Scheidungsurteils mit Bezug auf die Elternrechte gemäss Art. 157 ZGB.

- Der auf Änderung der Kindeszuteilung klagende geschiedene Ehegatte hat die Klage einzig gegen den andern Elternteil und nicht gegen die Vormundschaftsbehörde zu richten, selbst dann nicht, wenn das Kind unter Vormundschaft steht.
- Stellung der Vormundschaftsbehörde im Abänderungsprozess.

Seite: 65

Modification d'un jugement en divorce touchant l'attribution des enfants.

- L'époux qui demande cette modification doit actionner son ex-conjoint et non pas l'autorité tutélaire, même lorsque l'enfant est sous tutelle.
- Situation de l'autorité tutélaire dans le procès.

Modifica di una sentenza di divorzio per quanto concerne l'attribuzione dei figli ai sensi dell'art. 157 CC.

- Il coniuge che chiede questa modifica deve convenire il suo ex coniuge e non l'autorità tutelare, anche se il figlio è ancora sotto tutela.
- Posizione dell'autorità tutelare nel processo.

A. Dem Oskar E. Schertenleib und seiner geschiedenen Ehefrau Hedy geb. Weibel war die elterliche Gewalt über den aus der Ehe hervorgegangenen Knaben Manfred Oskar durch das Scheidungsurteil und eine Abänderung desselben entzogen und der Knabe der Obsorge der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich unterstellt worden. Im Juni 1939 verlangte O. Schertenleib mit der vorliegenden, gegen die Vormundschaftsbehörde gerichteten Klage, dass das Scheidungsurteil nochmals geändert und seine elterliche Gewalt über den Knaben wieder hergestellt werde. Die Vormundschaftsbehörde widersetzte sich diesem Begehren und stellte Antrag, die Mutter des Kindes als Prozesspartei zuzulassen. Da das Bezirksgericht dies ablehnte, schloss sich die Mutter, Frau Weibel gesch. Schertenleib, dem Verfahren als Nebenintervenientin an und beantragte, die Klage des Vaters auf Wiedererteilung der elterlichen Gewalt sei abzuweisen, weil sie nicht gegen die Vormundschaftsbehörde allein, sondern nur gegen diese und die Mutter des Kindes zusammen (als notwendige Streitgenossenschaft), eventuell nur gegen die Mutter allein angehoben werden könne. Das Bezirksgericht Zürich schützte die Klage gestützt auf Art. 157 ZGB, sprach das Kind dem Kläger zu und auferlegte der Vormundschaftsbehörde die Kosten des Verfahrens.

B. Das Obergericht des Kantons Zürich, an das Frau Weibel und die Vormundschaftsbehörde (diese nur wegen

Seite: 66

der Kostenaufgabe) rekurrerten, wies das Begehren des Klägers mit Beschluss vom 23. Oktober 1940 angebrachtermassen von der Hand. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde, mit der der Kläger rügte, dass das Obergericht die alleinige Passivlegitimation der Vormundschaftsbehörde zu Unrecht verneint habe, trat das Kassationsgericht des Kantons Zürich nicht ein, weil es den Entscheid des Obergerichtes als Haupturteil und demgemäss zur Beurteilung der erwähnten Streitfrage eidgenössischen Rechtes das Bundesgericht als zuständig erachtete.

C. Mit seiner Berufung an das Bundesgericht hält der Kläger an der Auffassung fest, dass er nur gegen die Vormundschaftsbehörde klagen müssen und dass diese Klage begründet sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Indem die Vorinstanz entschied, dass der Kläger sein Begehren um Zuteilung des Kindes gestützt auf Art. 157 ZGB nicht mit einer nur gegen die Vormundschaftsbehörde gerichteten Klage geltend machen könne, sondern die Behörde und den andern Elternteil gemeinsam ins Recht zu fassen habe, sprach sie dem Kläger den Anspruch, so wie er eingeklagt war, endgültig ab. Der Entscheid stellt daher ein Haupturteil dar (BGE 64 II 232). Somit ist auf die Berufung einzutreten.

2. Wenn das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung ausgeführt hat, dass das gerichtliche Verfahren zur Neuordnung der Elternrechte gemäss Art. 157 ZGB nicht einfach eine Fortsetzung des Ehescheidungsprozesses sei, sondern ein prozessual neues Verfahren darstelle (vgl. BGE 42 I 334; 51 II 97; 61 II 26 E. 2), so darf daraus nicht abgeleitet werden, dass dieses neue Verfahren vom vorausgegangenen Scheidungsprozess völlig unabhängig sei. Richtig ist nur, dass für

das Verfahren auf Änderung der durch das Scheidungsurteil getroffenen Regelung der Elternrechte gemäss Art. 157 ZGB besondere sachliche Voraussetzungen und auch prozessuale

Seite: 67

Besonderheiten bestehen, durch die es sich von einer blossen Wiederaufnahme des Scheidungsprozesses hinsichtlich der Nebenfolgen unterscheidet. Es kann nicht zu einer Berichtigung des Scheidungsurteils, sondern nur zur Beurteilung neuer tatsächlicher Verhältnisse führen. Es braucht nicht vor dem gleichen Richter ausgetragen zu werden, der das Scheidungsurteil gefällt hat, kennt als Parteien nicht nur die beiden geschiedenen Ehegatten, sondern greift auch noch nach dem Tode des einen von ihnen Platz und kann ausserdem nicht nur vom ehemaligen Ehegatten, sondern auch von der Vormundschaftsbehörde eingeleitet werden.

Die neuen richterlichen Anordnungen gemäss Art. 157 ZGB berühren aber unmittelbar die Rechtsbeziehungen, die zwischen den Ehegatten trotz der Scheidung ihrer Ehe, insbesondere im Verhältnis zu den gemeinsamen Kindern, als natürliches und auch rechtliches Gemeinschaftsverhältnis weiter bestehen und für die in erster Linie das Scheidungsurteil massgeblich ist. Dieses Dispositiv des Scheidungsurteils kann nur in einem Verfahren umgestaltet werden, an dem mindestens auch die noch lebenden Parteien des Scheidungsprozesses wieder beteiligt sind. Insoweit ist das gerichtliche Verfahren gemäss Art. 157 ZGB doch eine Fortsetzung des Scheidungsprozesses (vgl. auch BGE 51 II 97).

Dies gilt auch für die Neuregelung der Elternrechte über ein Kind, das durch das Scheidungsurteil beiden Eltern entzogen und unter Vormundschaft gestellt worden ist. Der Entzug der elterlichen Gewalt ändert nichts am natürlichen Verhältnis zwischen Eltern und Kind und lässt auch rechtliche Beziehungen weiter bestehen. Vor allem behält jeder Elternteil den Anspruch darauf, bei Veränderung der Verhältnisse gestützt auf Art. 157 ZGB die Wiederherstellung der Elterngewalt verlangen zu dürfen. Daraus folgt, dass der eine Elternteil in die elterliche Gewalt nur in einem Verfahren wieder eingesetzt werden darf, in welchem auch dem andern Teil Gelegenheit gegeben wird, seinen Anspruch zu erheben oder, falls er

Seite: 68

davon absehen will, wenigstens seine sonstigen, durch die Neuordnung berührten Interessen, z. B. hinsichtlich des Besuchsrechtes und der Unterstützungsleistungen, verfechten. Dies kann er im vollen Umfange nur tun, wenn er von Anfang an als selbständige Partei am Prozesse beteiligt ist. Die Einräumung eines blossen prozessualen Interventionsrechtes würde nicht genügen. Die Vorinstanz hat es daher mit Recht abgelehnt, auf die Klage einzutreten, die nicht gegen den andern Elternteil gerichtet war.

3. Die Auffassung der Vorinstanz, dass sich die Klage aber nicht nur gegen den andern ehemaligen Ehegatten, sondern auch gegen die Vormundschaftsbehörde richten müsse, die mit dem passiv legitimierten Ehegatten zusammen eine notwendige Streitgenossenschaft bilde, ist hingegen unzutreffend und gibt Anlass zu neuer Abklärung der Frage, welche Stellung der Vormundschaftsbehörde im Verfahren gemäss Art. 157 ZGB zukommt. In BGE 61 II 24 bejahte das Bundesgericht zwar grundsätzlich, dass eine Klage auf Grund von Art. 157 ZGB auch gegen die Vormundschaftsbehörde angehoben werden könne. In jenem Falle war durch den Tod des Elternteiles, dem die elterliche Gewalt übertragen war, das Kind unter Vormundschaft gekommen, und es wurde der Vormundschaftsbehörde die Passivlegitimation für die Klage des andern Elternteiles auf Wiederherstellung seiner Elterngewalt zuerkannt. Dies wurde daraus abgeleitet, dass das Begehren nach Art. 157 ZGB gegen den Inhaber der abzuändernden Gewalt über die Kinder zu richten sei, wobei als Trägerin dieser Gewalt in dem Falle, in welchem sie keinem der Eltern zusteht, die Vormundschaftsbehörde betrachtet wurde.

Dieses Präjudiz bedarf der Einschränkung. Wie schon dargetan, ist der Streit um die Neugestaltung der im Scheidungsurteil geregelten Elternrechte grundsätzlich eine Angelegenheit der Parteien des Scheidungsverfahrens. Eine Notwendigkeit, auch die Vormundschaftsbehörde in das Verfahren einzubeziehen, kann nicht damit

Seite: 69

begründet werden, dass sie Trägerin der den Eltern entzogenen Gewalt sei. Elterliche Gewalt können nur die Eltern selber ausüben. Geht sie diesen verlustig, so wird sie nicht von der Behörde übernommen, sondern durch die Vormundschaft ersetzt. Diese hat aber nur Bestand, weil und solange das minderjährige Kind der elterlichen Gewalt entbehrt. Ihres Grundes wegen entfällt sie ohne weiteres nicht nur mit der Mündigkeit des Kindes, sondern auch mit der Wiedereinsetzung eines der Eltern in die Elterngewalt (ZGB Art. 368, 431). Die Vormundschaftsbehörde übt somit keine der Wiederherstellung der Elterngewalt entgegenstehende Rechte aus. Es besteht daher kein Anlass, die Klage, mit der diese Wiederherstellung begehrt wird, gegen sie zu richten.

Dies wäre auch unvereinbar mit der Stellung, die Art. 156 und 157 ZGB der Vormundschaftsbehörde im Scheidungsverfahren einräumen. Es ist ihre Aufgabe, im Scheidungs- und Abänderungsprozess aus Gründen des öffentlichen Wohles die Interessen der Kinder wahrzunehmen. Ob sie unter diesem Gesichtspunkt bestimmte Anträge als nötig erachten will, muss aber ihrem alleinigen Ermessen überlassen sein. Das Gesetz bringt dies deutlich zum Ausdruck, indem es nur von der Möglichkeit, nicht aber von einer Pflicht der Behörde zur Teilnahme am Verfahren spricht. Es räumt ihr den Anspruch darauf ein, im Scheidungsverfahren in den Fällen, in denen es nötig ist, vom Richter angehört und im Abänderungsverfahren darüber hinaus noch mit eigenen Begehren, nötigenfalls somit als klagende Partei zugelassen zu werden. Dies setzt voraus, dass sie vom Richter über das Abänderungsbegehren rechtzeitig unterrichtet wird. Es folgt daraus aber nicht, dass sie sich von den über die Neugestaltung der Elternrechte streitenden ehemaligen Ehegatten auch als beklagte Partei gegen ihren Willen in den Prozess hineinziehen lassen müsse. Hierzu kann sie nur verpflichtet sein, wenn ohne ihre Teilnahme als Partei das Abänderungsverfahren überhaupt nicht durchführbar wäre, wie dies insbesondere nach dem

Seite: 70

Tode des einen Elternteils dann zutreffen kann, wenn die zuständige Prozessordnung eine Neuzuteilung des Kindes durch den Richter auf einseitiges Begehren des überlebenden Elternteils nicht kennt, sondern auch für diesen Fall auf den Zweiparteien-Prozess verweist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 23. Oktober 1940 bestätigt