

gesehen hievon rufen auch Erwägungen praktischer Natur der oben vertretenen Lösung, vor allem auch vom Standpunkte des Klägers selbst aus, weil ja die Beweislast zur Hauptsache ihm obliegt. Denn nicht nur stehen der Bewertung des Gesamtnachlasses sowohl als auch der Verfügung nach Ablauf einer grösseren Anzahl von Jahren erhebliche Schwierigkeiten entgegen, zumal wenn es sich um Verfügungen unter Lebenden handelt, welche schon beim Tode des Erblassers um Jahre zurückliegen, sondern es kann insbesondere auch die Frage der Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen — und für Ungültigkeitsklage muss natürlich das Gleiche wie für die Herabsetzungsklage gelten — nur alsbald nach dem Tode des Verfügenden zuverlässig gelöst werden. Steht aber nach dem Ausgeführten auch bei Geltung der Gütereinheit nach bernischem Uebergangsrecht den Nachkommen das Recht zur Herabsetzungsklage gegen Verfügungen des Vaters sofort nach seinem Tode zu, so beginnt auch die einjährige Verjährungsfrist des Art. 533 zu laufen, sobald die Nachkommen von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten, gleichgültig ob die Mutter noch lebt.

3. — Im vorliegenden Falle haben nun die Kläger in der Klageschrift ausführen lassen, die Geschwister des Beklagten seien kurz nach Abschluss des Vertrages darüber sehr empört gewesen. Ferner hat der Beklagte in seiner Antwort behauptet, alle Kläger — also auch die Berufungsklägerin Marie Moser, Nachkomme einer verstorbenen Schwester des Beklagten — haben gleich nach Abschluss des « Anfechtungsvertrages » von diesem Kenntnis erhalten, und es ist dies nach den vorliegenden Akten von den Klägern nicht bestritten worden. Nach der eigenen Behauptung der Kläger stand der Kaufpreis in einem derart starken Missverhältnis zum Werte der Liegenschaft, dass ihnen unmöglich verborgen bleiben konnte, dass, was sonst noch an Vermögen des Vaters vorhanden sein mochte, das

ihnen durch den Vertrag widerrechtlich Entzogene nicht wettzumachen vermöge. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass sie schon zur Zeit des Todes des Vaters um die Verletzung ihrer Rechte gewusst haben. Infolgedessen war die Klage bei ihrer Anhebung längst verjährt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 26. März 1920 bestätigt.

**56. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. September 1920
i. S. Huguenin gegen Pressnell.**

Art. 87 OG. Zulässigkeit der zivilrechtlichen Beschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Inzidententscheide über Gerichtsstandsfragen. — Zur Beurteilung der Begehren nach Art. 157 ZGB ist von Bundesrechtswegen der Richter des Wohnsitzes der beklagten Partei örtlich zuständig.

A. — Die Ehe der Parteien wurde am 6. September 1918 durch Urteil des Bezirksgerichts Zürich gerichtlich geschieden, wobei die Nebenfolgen der Scheidung durch Vergleich geregelt wurden. Am 20. Januar 1920 stellte Frau Pressnell bei dem genannten Gericht gemäss Art. 157 ZGB das Begehren auf Neuordnung der Elternrechte. Der Beschwerdeführer bestritt die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte, weil beide Parteien im Kanton Zug Wohnsitz hätten und die Bestimmung des § 12 des zürch. EG zum ZGB, wonach derartige Begehren beim Scheidungsrichter gestellt werden können, keine Geltung habe für Parteien, die nicht im Kanton Zürich domiziliert seien. Das Bezirksgericht schützte diese Einrede und wies das gestellte Begehren von der Hand.

B. — Der gegen diesen Entscheid erhobene Rekurs der Frau Pressnell wurde vom Obergericht des Kantons Zürich am 25. Mai 1920 als begründet erklärt und das Bezirksgericht angewiesen, die Sache an die Hand zu nehmen. In den Motiven dieses Entscheides wird ausgeführt, das Obergericht habe in konstanter Rechtsprechung immer daran festgehalten, dass die Gerichtsstandsbestimmung des § 12 des zürch. EG zum ZGB nicht auf im Kanton Zürich wohnende Parteien beschränkt sei. Diese Praxis verstosse nicht gegen das Bundesrecht; der Gerichtsstand für Begehren gemäss Art. 157 ZGB sei bundesrechtlich nicht geregelt. Aus dem von der Vorinstanz erwähnten bundesgerichtlichen Urteile (AS 42 I 330 f.) ergebe sich nur, dass das Bundesgericht einer Ordnung, wonach der Richter des Wohnsitzes der beklagten Partei berufen würde, den Vorzug gebe, und in Fällen eines Kompetenzkonfliktes, wo es freie Hand habe, diesen so löse.

C. — Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende zivilrechtliche Beschwerde, mit dem Antrag, er sei aufzuheben und die zürcherischen Gerichte als unzuständig zu erklären.

Zur Begründung dieses Begehrens macht der Beschwerdeführer namentlich geltend, der nach Art. 157 ZGB anzurufende Richter könne nicht der Scheidungsrichter sein. Das Begehren auf Neuordnung leite ein neues, vom Scheidungsprozess unabhängiges Verfahren ein, und es sei hiefür die allgemeine Gerichtsstandsnorm massgebend, wonach der Richter des Wohnsitzes der beklagten Partei zuständig sei. In Art. 157 ZGB liege also eine eidgenössische Gerichtsstandsnorm, und das Obergericht habe zu Unrecht kantonales Recht angewendet, indem es seinen Entscheid auf den § 12 des zürcherischen EG zum ZGB gestützt habe.

Der Beschwerdeführer hat gegen den angefochtenen Entscheid auch den staatsrechtlichen Rekurs ergriffen und stellt das Gesuch um Sistierung der Beschwerde bis zu dessen Erledigung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da der angefochtene Kompetenzentscheid kein Haupturteil ist, liegt ein der Berufung nicht unterliegender letztinstanzlicher kantonaler Entscheid vor und er wird wegen Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts angefochten. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der zivilrechtlichen Beschwerde sind also vorhanden, sofern das Streitverhältnis, auf das sich dieser Entscheid bezieht, als eine Zivilsache im Sinne des Art. 87 OG betrachtet werden kann. Die angefochtene Erkenntnis entscheidet nun allerdings nicht über Rechte und Pflichten aus einem Privatrechtsverhältnis, sondern über die rein prozessuale Gerichtsstandsfrage. Während nach der früheren Praxis, solche Gerichtsstandsentscheide nur auf dem Wege der staatsrechtlichen Beschwerde nach OG 189 Abs. 3 weitergezogen werden konnten, hat nun das Bundesgericht schon in seinem Entscheid i. S. Lörtsch gegen Obrist (AS 40 I 431 ff.) sich dahin ausgesprochen, dass der Begriff der Zivilsache gemäss Art. 87 OG nicht demjenigen der Zivilrechtsstreitigkeit, wie ihn die Rechtsprechung auf Grund des Art. 56 OG verwendet, gleichgestellt werden kann. Eine solche Gleichstellung würde dem bei der Ausgestaltung der zivilrechtlichen Beschwerde vorwaltenden Zweckgedanken der möglichen Beschränkung des staatsrechtlichen Rekurses auf rein staatsrechtliche Streitfragen nicht gerecht. Diesem Zweckgedanken entspricht es vielmehr, auch solche Inzidententscheide wie die Gerichtsstandsentscheide als Entscheide in einer Zivilsache im Sinn des Art. 87 OG zu betrachten, durch die eine an und für sich nicht dem Zivilrecht angehörende Streitfrage entschieden wird, unter der Voraussetzung, dass das ihnen zu Grunde liegende Streitverhältnis als ganzes zivilrechtlicher Natur ist. Das Bundesgericht hat schon als Berufungsinstanz in seiner bisherigen Praxis zu Art. 38 BGNuA. und neuerdings zu Art. 312 ZGB sich für zuständig erklärt, wenn eine Gerichtsstandsfrage sich als blosser Präjudizial-

punkt in einer der Berufung unterliegenden Streitsache darbot (AS 21 S. 115 ff.; 23 I 46; 24 II 336; 34 II 212; 45 II 241 ff.); es hat also grundsätzlich auch die Gerichtsstandsfragen als der Ueberprüfung durch die Berufungsinstanz unterliegende Zivilsache behandelt. Dabei lag allerdings jeweilen die zivile Streitsache selbst zur Beurteilung vor, während hier die Inzidentfrage selbständig an das Bundesgericht weitergezogen worden ist. Da jedoch Art. 87 OG zum Unterschied von Art. 56 OG nicht ein Haupturteil voraussetzt, so stehen der gesonderten Weiterziehung solcher Inzidententscheide an das Bundesgericht als ziviler Beschwerdeinstanz keine Bedenken entgegen.

2. — Da die Streitfrage der derogatorischen Kraft des Bundesrechts mit Bezug auf den Gerichtsstand, auf die sich der in vorliegender Sache erhobene staatsrechtliche Rekurs einzig stützen kann, im zivilrechtlichen Beschwerdeverfahren zu erledigen ist, die Zulässigkeit der zivilrechtlichen Beschwerde diejenige des staatsrechtlichen Rekurses aber ausschliesst (AS 40 I 433; 42 I 392; 45 I 327), so besteht keine Veranlassung zu der nachgesuchten Sistierung der Beschwerde.

3. — Der angefochtene Entscheid stützt sich auf § 12 des zürcherischen EG zum ZGB, der für Klagen aus Art. 157 ZGB neben dem Wohnsitz des Beklagten das Bezirksgericht das über die Scheidungsklage entschieden hat, zuständig erklärt. Fragt es sich, ob diese Zuständigkeit des Richters, der die Scheidung ausgesprochen hat, für solche Begehren um Aenderung der Kinderzuteilung mit dem Bundesrechte im Einklang stehe, so ist zuzugeben, dass Art. 157 ZGB keine ausdrückliche Vorschrift darüber enthält, welcher Richter die dort vorgesehenen Anordnungen zu treffen habe. Der in Art. 144 ZGB normierte besondere Scheidungsgerichtsstand sodann liesse sich für Begehren aus Art. 157 ZGB nur unter der Voraussetzung rechtfertigen, dass das einzuleitende Verfahren nicht als neuer Rechtsstreit, sondern als Bestandteil des Schei-

dungsprozesses, als eine Art Rektifikationsverfahren hierzu, zu betrachten wäre. Die Vorinstanz stellt sich denn auch auf diesen Standpunkt. Der von ihr angeführte Präjudizialentscheid (Blätter für zürch. Rechtspr. Neue Folge XII Nr. 189) führt aus, die Möglichkeit der Neuordnung der Elternrechte durch den Scheidungsrichter müsse als gerechtfertigt erscheinen, «da Art. 157 ZGB und demgemäss auch § 11 des zürcherischen EG zum ZGB sichtlich nicht von einem neu zu beginnenden Rechtsstreit sprechen, sondern auf eine Wiederaufnahme und Fortsetzung des Scheidungsverfahrens, dem Rechtsmittel der Wiederherstellung ähnlich, hinweisen.»

Das Bundesgericht hat jedoch in seinem Entscheid i. S. Eichenberger gegen Bern eventuell Solothurn (AS 42 I 330 ff., siehe auch AS 44 I 156 ff.) diese Auffassung abgelehnt, unter Hinweis auf die Erwägungen, die schon im Fall Kottmann gegen Kottmann-Strebel (AS 42 I 148 ff.) dazu geführt hatten, die Zuständigkeit des ursprünglichen Scheidungsrichters für das Scheidungsbegehren gemäss Art. 148 ZGB zu verneinen, weil es sich nicht um ein Wiederaufleben des Scheidungsprozesses, sondern um ein neues Verfahren handle. In der Tat erreicht das mit der Einleitung des Scheidungsverfahrens zwischen den Parteien entstandene prozessuale Rechtsverhältnis mit dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils sein Ende. Für einen spätern Rechtsstreit aus Art. 157 ZGB kann zwar wohl die Identität der Parteien mit denjenigen des Scheidungsprozesses gegeben sein, niemals aber die Identität des geltend gemachten Anspruches. Bei der Scheidungsklage ist Klagegrund das Verhältnis zwischen den Ehegatten; die Klage geht auf Lösung des Bandes der Ehe, und die Kinderzuteilung kommt prozessual nur als Nebenanspruch in Betracht. Im Vordergrund steht also das persönliche Interesse der Eltern. Bei der Klage auf Neuordnung der Elternrechte wird dagegen das frühere Accessorium zum alleinigen Prozessgegenstand; Klagegrund ist das Verhältnis zwischen dem Inhaber der elter-

lichen Gewalt und dem ihm anvertrauten Kinde. Massgebend ist dabei nicht das persönliche Interesse einer der beiden Prozessparteien, sondern dasjenige der Kinder. Als Urteilsgrundlage hat der Scheidungsrichter den durch den Scheidungsprozess festgestellten Tatbestand zu berücksichtigen; die Klage aus Art. 157 ZGB basiert dagegen gerade auf einer Veränderung der Verhältnisse seit Ausfällung des Scheidungsurteils, die in einem neuen Beweisverfahren festzustellen ist.

Es kann somit kein Zweifel darüber bestehen, dass das Verfahren aus Art. 157 ZGB einen neuen Rechtsstreit darstellt und nicht bloss eine spätere Phase des Scheidungsprozesses bildet. Daraus folgt aber nicht nur, dass Art. 144 ZGB für den Gerichtsstand der Klage aus Art. 157 ZGB nicht anwendbar ist, sondern auch, dass eine kantonale Gerichtsstandsnorm, welche auf der Einheit von Aenderungsbegehren nach Art. 157 mit dem Scheidungsprozesse beruht, dem Bundesrechte widerstreitet. Wenn das Bundesrecht den Gerichtsstand des Scheidungsverfahrens normiert, dabei aber, wie ausgeführt, das Aenderungsverfahren nach Art. 157 vom Scheidungsprozesse abgetrennt hat, so würde eine kantonale Gerichtsstandsnorm, die dieses Aenderungsverfahren dem Scheidungsverfahren als unselbständigen Nachtrag angliedert, den Umfang der eidgenössischen Gerichtsstandsnorm des Art. 144 über das hinaus erweitern, was nach eidgenössischem Recht darunter gehört und damit auf eidgenössisches Rechtsgebiet hinübergreifen. Die kantonale Gerichtsstandsnorm kann aber auch schon darum vor dem eidgenössischen Recht nicht bestehen, weil ihre Rechtfertigung allein in einer dem eidgenössischen Recht widersprechenden Auffassung der Natur des materiellen Anspruchs besteht; so ist auch in der bisherigen Praxis in gleicher Weise auf dem Gebiete des Betreibungsrechtes eine kantonale Gerichtsstandsnorm, die mit der durch das eidgenössische Recht geregelten Natur des zu entscheidenden Verhältnisses in Widerspruch trat, als bundesrechtswidrig ausser Kraft

erklärt worden (BG 25 I N. 7, Sep. II N. 17; vgl. auch JÄGER, Kommentar zu Art. 84 N. 2, Art. 107 N. 5, Art. 111 N. 17).

4. — Für diese Lösung sprechen im weitern auch Zweckmässigkeitsgründe. Abgesehen von den Gründen, die schon in den zitierten bundesgerichtlichen Entscheiden gegen die von der Beschwerdegegnerin behauptete besondere Eignung des Scheidungs-Richters angeführt wurden, würde die Annahme seiner Zuständigkeit in den Fällen, wo die Parteien seit Ausfällung des Scheidungsurteils Domizil wechselten, zur Folge haben, dass sie unter Umständen vor einem weit entfernten, mit ihren neuen Lebensbedingungen wenig vertrauten Richter Recht suchen müssten, was der richtigen und einheitlichen Durchführung des dem Artikel innewohnenden Rechtsgedankens wenig förderlich wäre. Die Annahme der Vorinstanz, dass aus Art. 157 höchstens eine Kollisionsnorm für den Fall interkantonalen Kompetenzkonflikte hergeleitet werden könne, würde zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, dass für ganz gleichartige Streitigkeiten verschiedene Grundsätze betreffend den Gerichtsstand zur Anwendung kämen, je nach dem es zu einem solchen Kompetenzkonflikt käme oder nicht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Mai 1920 aufgehoben.