mais uniquement des art. 2, 9 et 32 de la loi fédérale sur les droits civils des Suisses établis ou en séjour du 25 juin 1891 et de l'art. 9 du Tit. fin. du CCS. — En prenant cette décision, le Tribunal fédéral se fonde exclusivement sur l'âge et le sexe de l'enfant et le fait que dame Benedetti a été reconnue apte à lui donner les soins qui lui sont actuellement nécessaires, tandis que le père paraît l'être à un degré moindre. L'article 157 CCS réserve du reste à ce dernier la faculté de provoquer en tout temps une nouvelle décision par les tribunaux, dans le cas où la situation viendrait à se modifier.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce:

Le recours est écarté.

---

7. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. Mai 1912 in Sachen Saxer, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Saxer, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Erw. 1: Intertemporales Recht in Kinderzuteilungsstreitigkeiten. Erw. 3 und 4: Art. 157 ZGB. Die blosse Tatsache, dass durch den Wegzug desjenigen Ehegatten, dem die elterliche Gewalt zugesprochen wurde, die Ausübung des dem andern Teil zustehenden Besuchsrechts erschwert oder verunmöglicht werden kann, genügt nicht zu einer Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs. Ein Vorbehalt ist dagegen für den Fall zu machen, dass der Wegzug des einen Elternteils in der unverkennbaren Absicht erfolgt, den andern Teil seines Besuchsrechtes zu berauben.

A. — Durch Urteil des Amtsgerichts Nidau vom 2. Dezember 1905 wurde die im Jahre 1904 abgeschlossene Ehe der heutigen Litiganten geschieden. Das aus der Ehe hervorgegangene Kind, Ernst Saxer, geb. den 29. August 1905, wurde der Beklagten zur Erziehung und Verpflegung zugesprochen, wogegen der Kläger verpflichtet wurde, bis zum zurückgelegten 18. Altersjahr des Kindes einen Beitrag von 75 Fr. per Halbjahr an die Kosten seines Unterhaltes zu entrichten.

Die Zuteilung des Kindes an die Beklagte wurde im Urteil folgendermaßen begründet:

„Was nun den Zuspruch des Kindes anbelangt, so ist dasselbe „mit Rücksicht auf sein jugendliches Alter der Mutter zuzusprechen, „da keine Gründe vorliegen, dies nicht zu tun. Die natürliche „Mutterliebe wird bei Frau Saxer doch wohl stark genug sein zur „richtigen Verpflegung und Auferziehung. Dieser Zuspruch erfolgt „aber unter der Bedingung, daß Frau Saxer das Kind richtig „halte."

Nach der Scheidung lebte die Beklagte mit dem Kinde zunächst mehrere Jahre bei ihrer Mutter, Frau Zenger-Säuberlin, in Biel, woselbst sie den für sich und das Kind nötigen Unterhalt durch Arbeit zu verdienen suchte. Während dieser Zeit kam es zwischen dem Kläger einerseits und der Beklagten sowie ihrer Familie anderseits öfters zu Meinungsverschiedenheiten wegen der Ausübung des vom Kläger beanspruchten Rechtes, das Kind alle 14 Tage zu sehen. Im Herbst 1910 wanderte die Beklagte, unter Zurücklassung des Kindes bei ihrer Mutter, nach Canton (Ohio) aus, und zwar — aus ihren bei den Akten liegenden, sehr ausführlichen Briefen an ihre Mutter zu schließen — zu dem Zwecke, um dort mehr Geld zu verdienen. In den Monaten Dezember 1910 bis Mai 1911 sandte sie unter acht Malen von ihrem Verdienst als Fabrikarbeiterin Beträge von insgesamt 563 Fr. (wovon 250 Fr. Rückerstattung des Reisegeldes) an ihre Mutter. In ihren Briefen sprach sie jeweilen in warmen Worten von „ihrem Ernestli".

B. — Mit der vorliegenden, am 1. März 1911 beim Amtsgericht Nidau eingereichten Klage stellte der Ehemann Saxer, der sich unterdessen mit einer Ida Bucher, Uhrenarbeiterin in Madretsch, wiederverheiratet hatte, das Rechtsbegehren: Es sei in Abänderung des Urteils vom 2. Dezember 1905 der Knabe Ernst ihm, dem Vater, zur weitern Pflege und Erziehung zuzusprechen.

Die Begründung dieser Klage ist aus der Erwägung 2 hienach ersichtlich.

Während der Pendenz des Prozesses vor I. Instanz (am 16. September 1911) ließ die Beklagte den Knaben Ernst zu sich nach Canton kommen. Beide kantonalen Instanzen haben dieses Novum berücksichtigt, die II. Instanz mit folgender Begründung:

„Es steht auch außer Zweifel, daß in diesem Verfahren, wo „öffentliche Interessen mitspielen und es sich darum handelt, zum „Vorteile des Kindes eine den obwaltenden Verhältnissen möglichst „Rechnung tragende Anordnung betreffend seine Versorgung zu „treffen, solche nova berücksichtigt werden müssen."

C. — Nachdem das Amtsgericht Nidau durch Urteil vom 11. November 1911 die Klage gutgeheißen hatte, erkannte am 14. März 1912, infolge Appellation der Beklagten, der Appellationshof des Kantons Bern:

Der Kläger ist mit seinem Klagebegehren abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag: „Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils und in Bestätigung des Urteils des Amtsgerichts von Nidau vom 11. November 1911 das aus der Ehe der Litiganten entsprossene Kind Ernst dem Vater zur Pflege und Auferziehung zuzusprechen."

E. — In der heutigen Verhandlung vor Bundesgericht hat der Kläger Gutheißung, die Beklagte Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da nach Art. 12 Abs. 1 der Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des ZGB das Eltern- und Kindesrecht (wie übrigens nach Art. 8 Abs. 1 auch das Ehescheidungsrecht) sofort mit dem Inkrafttreten des ZGB von diesem beherrscht wird, und da der Appellationshof im vorliegenden Falle nicht etwa Kassationsinstanz, sondern zweitinstanzlicher Sachrichter war, so hatte er seinem Urteile, wie er es denn auch getan hat, die einschlägige Bestimmung des ZGB (Art. 157) und nicht das frühere kantonale Recht zu Grunde zu legen, unter dessen Herrschaft allerdings die Litispendenz eingetreten und sogar das erstinstanzliche Urteil ergangen war. Alsdann aber hat auch die Überprüfung des zweitinstanzlichen Urteils seitens des Bundesgerichts auf Grund des neuen Rechts zu erfolgen. Vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. Februar 1912 i. S. Studhalter gegen Studhalter, Erw. 1 (Praxis I S. 261 f.).

2. — In der Sache selbst ist vorerst zu konstatieren, daß beide kantonalen Instanzen die am 16. September 1911, also während

der Rechtshängigkeit stattgefundene Verbringung des Knaben Saxer nach Amerika als ein vom Richter zu berücksichtigendes Novum behandelt haben. Mit dieser prozeßrechtlichen Entscheidung, an welche das Bundesgericht gebunden ist (da dabei keiner der in Art. 158 ZGB aufgestellten Grundsätze in Frage steht), ist das eine der beiden ursprünglichen Klagfundamente (daß nämlich die Beklagte die Erziehung ihres Kindes Drittpersonen überlasse) dahingefallen.

Was die beiden andern, der Beklagten schon in der Klageschrift gemachten Vorwürfe betrifft (angebliche Äußerung der Beklagten, sie könne „das Kind gar nicht gern haben", und angebliche Schmälerung des Besuchsrechts des Klägers seitens der Verwandten der Beklagten), so erledigen sie sich mit der keineswegs aktenwidrigen tatsächlichen Feststellung des kantonalen Richters, daß für die in dieser Hinsicht vom Kläger aufgestellten Behauptungen kein rechtsgenüglicher Beweis erbracht sei. Übrigens war der erste der beiden Vorwürfe, weil er sich auf die Zeit vor dem Scheidungsurteil und sogar vor Einreichung der Scheidungsklage bezog — es handelte sich um eine von der Beklagten angeblich während des Wochenbettes im Jahre 1905 getane Äußerung — zur Begründung einer Klage im Sinne von Art. 157 ZGB von vornherein ungeeignet.

Nicht bewiesen ist sodann auch die, in der Replik aufgestellte Behauptung (welche von der Vorinstanz als rechtzeitig erhoben betrachtet wird), daß der Knabe Saxer bei der Mutter der Beklagten, Frau Zenger-Säuberlin in Biel, schlecht versorgt und ungenügend beaufsichtigt gewesen sei. Übrigens kommt, wie der Appellationshof mit Recht bemerkt, heute, nachdem das Kind nach Amerika verbracht worden ist, nichts mehr darauf an, ob es im Falle seines Verbleibens in der Schweiz richtig erzogen worden wäre oder nicht.

3. — Zuzugeben ist, daß durch die Verbringung des Knaben Saxer nach Amerika die Ausübung des dem Kläger zustehenden Besuchsrechtes in einer Weise erschwert wird, die bei den bescheidenen Vermögensverhältnissen beider Eltern einer Verunmöglichung nahezu gleichkommt. Es fragt sich daher, ob hierin ein Grund liegt, das Kinderzuteilungsdispositiv vom Jahre 1905 abzuändern.

Nach Art. 156 Abs. 3 ZGB besitzt der Ehegatte, dem die Kinder nicht zugesprochen wurden, ein „Recht" auf angemessenen persönlichen Verkehr mit ihnen. Es könnte deshalb — auch mit Rücksicht auf die Ableitung dieses Rechts aus dem natürlichen Eltern- und Kindesverhältnis — naheliegend erscheinen, das genannte „Recht" als ein absolutes, unter allen Umständen unentziehbares und unbeschränkbares zu betrachten, und daher gegenüber jeder Erschwerung seiner Ausübung den Art. 157 zur Anwendung zu bringen. Indessen spricht hiegegen vor allem die Erwägung, daß die tatsächliche Unmöglichkeit der Ausübung jenes Rechts sehr wohl schon im Zeitpunkte der Scheidung vorhanden sein kann, wenn nämlich die Ehegatten schon in diesem Zeitpunkt verschiedene Weltteile bewohnen und beide unbemittelt sind. In einem solchen Falle kann demjenigen Elternteil, dem die Kinder nicht zugesprochen werden, die Ausübung des Besuchsrechtes trotz Art. 156 Abs. 3 nicht gewährleistet werden. Enthält aber darnach schon Art. 156 keine absolute Garantie der Ausübung des Besuchsrechts, so kann eine solche a fortiori auch aus Art. 157 nicht abgeleitet werden; denn der letztgenannte Artikel will ja nur die Kontinuität in der Anwendung der dem Art. 156 zu Grunde liegenden Prinzipien sichern.

Dazu kommt, daß in einem Falle, wie dem vorliegenden, demjenigen Ehegatten, dem die Kinder durch das Scheidungsurteil nicht zugesprochen wurden, die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr mit den Kindern nur durch eine Umkehrung des Kinderzuteilungsdispositivs gesichert werden könnte, wodurch dann aber dem andern Elternteil die Ausübung dieses nämlichen Rechtes verunmöglicht würde, was gewiß nicht im Sinne des Gesetzes liegt.

Die bloße Tatsache, daß durch den Wegzug desjenigen Ehegatten, dem die elterliche Gewalt zugesprochen wurde, die Ausübung des dem andern Teil zustehenden Besuchsrechts erschwert oder verunmöglicht werden kann, genügt somit nicht zu einer Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs.

Ein Vorbehalt ist dagegen allerdings für den Fall zu machen, daß der Wegzug des einen Elternteils in der unverkennbaren Absicht erfolgt, den andern Teil seines Besuchsrechtes zu berauben;

denn alsdann handelt es sich um einen offenbaren Rechtsmißbrauch im Sinne des Art. 2 ZGB. Daß jedoch dieser Fall bei der Beklagten vorliege, ist nicht dargetan; vielmehr deuten die Umstände eher darauf hin, daß sie zu dem Zwecke ausgewandert ist, um das für ihren und ihres Kindes Unterhalt nötige Geld zu verdienen, was um so begreiflicher ist, als der dem Kläger auferlegte Alimentationsbeitrag nur 150 Fr. per Jahr beträgt. Tatsächlich hat sie denn auch den Knaben erst zehn Monate später nach Amerika kommen lassen, nachdem die vorliegende Klage bereits angestrengt war, und als der Kläger die Zurücklassung des Kindes als ein Argument für die Übertragung der elterlichen Gewalt an ihn, den Kläger, verwendete. Es hat also, soviel aus den Akten ersichtlich ist, die Auswanderung der Beklagten nicht zum Zwecke der Entfernung des Kindes aus der Schweiz stattgefunden, sondern es erweist sich umgekehrt die Verbringung des Kindes nach Amerika als eine, übrigens erst durch das gerichtliche Vorgehen des Klägers ausgelöste sekundäre Folge der Auswanderung.

4. — Bildet somit die aus der Verbringung des Knaben Sarer nach Amerika resultierende Erschwerung der Ausübung des dem Kläger zustehenden Besuchsrechtes an sich keinen genügenden Grund zu einer Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs, so fragt es sich dagegen, ob eine solche Abänderung im Interesse des Kindes geboten sei. Denn, gleichwie Art. 156 (vgl. Gmür, Anm. 10 zu Art. 156), so hat auch Art. 157 in allererster Linie das Interesse der Kinder im Auge, während die Rücksichten auf die Gefühle der Eltern — wenn sie auch entgegen der Auffassung der Vorinstanz keineswegs außer Acht zu lassen sind — grundsätzlich erst in zweiter Linie kommen.

Für die Entscheidung der Frage sodann, welche Lösung im Interesse der Kinder liege, hat das ZGB, im Gegensatz zu den bisherigen Gesetzgebungen verschiedener Kantone, in Art. 156 keine allgemeinen Regeln aufgestellt, wie z. B., daß die Knaben vorzugsweise dem Vater, die Mädchen vorzugsweise der Mutter, oder daß die Kinder ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht bis zu einem bestimmten Alter der Mutter und von da an dem Vater zuzusprechen seien, sondern es wird einfach dem Ermessen des Richters anheimgestellt, in jedem einzelnen Falle die durch die konkreten

Verhältnisse gebotene Entscheidung zu treffen. Dementsprechend enthält auch Art. 157 nicht etwa eine für den Richter verbindliche Aufzählung der Fälle, in denen das Kinderzuteilungsurteil abzuändern ist, sondern es werden bloß exemplifikativ einzelne Tatsachen genannt, die unter Umständen eine Abänderung rechtfertigen können. Der Entscheid hat deshalb auch hier wieder auf Grund der konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles zu erfolgen — immerhin unter Festhaltung an dem Grundsatze, daß sowohl im Interesse der Eltern (vergl. Gmür, Anm. 8 zu Art. 157), als auch namentlich im Interesse der Kinder, für die ein öfterer Wechsel der Erziehungsmethode sehr schädlich sein kann, eine Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs nur beim Vorliegen erheblicher und gewichtiger Gründe stattfinden soll.

Was nun in dieser Hinsicht (Interesse des Kindes) zunächst den Umstand betrifft, daß der Knabe Saxer gegenwärtig im 7. Lebensjahre steht und daher der mütterlichen Pflege vielleicht eher entbehren könnte, als zur Zeit des frühern Urteils, da er kaum erst drei Monate alt war, so genügt dieser Umstand jedenfalls für sich allein genommen noch keineswegs zur Gutheißung der vorliegenden Klage; denn sonst könnte überhaupt kein Urteil, durch welches die Obhut eines kleinen Kindes der Mutter anvertraut wurde, von Bestand sein.

Aber auch die Motivierung des im konkreten Falle in Betracht kommenden Urteils durch den damaligen Richter (das Kind sei „mit Rücksicht auf sein zartes Alter" der Mutter zuzusprechen) zwingt nicht zu einer andern Regelung. Die Motive des früheren Entscheides können hier schon deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil dieser Entscheid ja auf Grund des, damals anwendbaren, kantonalen Rechts ergangen war, während heute (vergl. oben Erw. 1) das ZGB anzuwenden ist. Sodann aber hat im Falle des Art. 157 der Richter auch abgesehen hievon, d. h. auch dann, wenn das frühere Urteil bereits auf Grund des ZGB gefällt worden ist, nicht einfach darauf abzustellen, wie wohl der frühere Richter unter den nunmehrigen Umständen entschieden haben würde, sondern er hat die Frage, ob die neuen Tatsachen eine Abänderung des früheren Urteils rechtfertigen, auf Grund eigener Prüfung des Falles, nach seinem eigenen Ermessen und Gewissen zu entscheiden.

Von diesem Gesichtspunkte aus könnte sich im vorliegenden Falle eine Abänderung des früheren Urteils mit Rücksicht auf das nunmehrige Alter des Knaben Saxer nur dann rechtfertigen, wenn aus den Akten ersichtlich wäre, daß die Beklagte sich zur Erziehung eines heranwachsenden Knaben, zumal an ihrem gegenwärtigen Wohnorte, nicht eigne, während umgekehrt die Eignung des Klägers und seiner zweiten Frau dargetan wäre. Über die Eignung dieser zweiten Frau des Klägers zur Kindererziehung, speziell zur Erziehung eines fremden Kindes, enthalten nun aber die Akten keine objektiven Anhaltspunkte, sondern es liegt bloß eine Erklärung der Frau Saxer-Bucher selbst vor, daß sie „den Knaben sehr gern aufnehmen würde" — eine Erklärung, die jedenfalls für sich allein nicht genügt, um eine Abänderung des frühern Urteils zu rechtfertigen. Es ist ja allerdings möglich, zumal wenn die zweite Ehe des Klägers kinderlos bleiben sollte, daß dem Knaben von Seiten seiner Stiefmutter eine gute und liebevolle Pflege zu Teil werden würde; ebenso ist aber, namentlich wenn die Ehe nicht kinderlos bleibt, auch das Gegenteil möglich und nach allgemeiner Lebenserfahrung keineswegs ausgeschlossen.

Was die Eignung der Beklagten betrifft, den Knaben in Amerika zu erziehen, so fehlt es zwar auch hier an dem Nachweis solcher Tatsachen, die dem Richter die vollendete Überzeugung beibringen könnten, daß und in welchem Maße diese Eignung vorhanden ist. Insbesondere mag es fraglich erscheinen, ob die Schulverhältnisse in dem Staate, den die Beklagte bewohnt (Ohio), ebenso günstige sind, wie in der Schweiz, und ob die Beklagte als Fabrikarbeiterin genug verdient, um außer den, möglicherweise bereits höhern Verpflegungskosten (an die der Kläger ja nur einen ganz geringen Beitrag zu leisten hat) eventuell auch noch ein Schulgeld für den Knaben aufbringen zu können. Indessen ergibt sich aus den Akten doch immerhin soviel, und es wird dies von der Vorinstanz ausdrücklich festgestellt, daß die Beklagte in den aus Amerika an ihre Mutter gerichteten Briefen große Anhänglichkeit zu ihrem Kinde an den Tag gelegt, sowie daß sie ihren guten Willen, für sein leibliches Wohl zu sorgen, durch verhältnismäßig ansehnliche Geldsendungen bekundet hat. Würden nun auch diese Tatsachen vielleicht nicht genügen, um der Beklagten die elter-

liche Gewalt zuzusprechen, falls diese bisher dem Kläger zugestanden hätte, so kann doch jedenfalls unter den vorliegenden Umständen in dem Wegzug der Beklagten und in ihrer Absicht, den Knaben in Amerika zu erziehen, keine genügende Veranlassung erblickt werden, um sie der ihr bereits zustehenden elterlichen Gewalt verlustig zu erklären. Vielmehr hat es im Zweifel, und solange keine gewichtigen Gründe zu Gunsten einer andern Lösung sprechen, bei der bisherigen Regelung zu verbleiben, wonach die elterliche Gewalt über den Knaben Sarer der Beklagten zusteht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des bernischen Appellationshofes vom 14. März 1912 bestätigt.

---

8. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. Mai 1912 in Sachen Trösch, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Trösch, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Erw. 1: *In Ehescheidungssachen hat der (I. oder II. instanzliche) kantonale Sachrichter vom 1. Januar 1912 an — d. h. sofern er sein* ***Urteil*** *nach diesem Zeitpunkt fällt, also ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Eintrittes der Litispendenz — stets das* ***neue*** *Recht anzuwenden. —* ***Erw. 2:*** *Würdigung einer, der Berufung beigelegten Erklärung des Scheidungsbeklagten, dass er sich der Scheidung nicht mehr widersetze. Kann auf die Einrede aus Art. 142 Abs. 2 verzichtet werden?*

A. — Durch Urteil vom 23. April 1912 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in Bestätigung eines Urteils des Zivilgerichts vom 12. März 1912 die vom Ehemann Trösch unter Berufung auf Art. 47, eventuell 45 ZEG angestrengte Scheidungsklage als unbegründet abgewiesen, wie von der Beklagten beantragt worden war.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Es sei die Ehe der Parteien gänzlich zu scheiden.

2. Die der Ehe der Parteien entsprossenen Kinder Wilhelmine und Wilhelm seien der Beklagten zur Pflege und Auferziehung zuzusprechen und es sei im Übrigen der Vergleich der Parteien, wonach sich Kläger verpflichtet, an den Unterhalt dieser Kinder, bis zu deren zurückgelegtem 18. Lebensjahre, je 20 Fr. zu bezahlen, richterlich zu bestätigen.

Der Berufung liegt folgende, von beiden Parteien unterzeichnete „Erklärung" vom 30. April 1912 bei:

„Der unterzeichnete Jakob Trösch, Wagenreiniger der SBB, „zurzeit wohnhaft Pfeffingerstraße 101 in Basel, erklärt sich damit „einverstanden, daß seine Kinder Wilhelmine, geb. den 4. Mai „1906, und Wilhelm, geb. den 8. Dezember 1908, seiner Ehe„frau Marie Trösch geborene Meier zur Pflege und Erziehung „verbleiben.

„Er verpflichtet sich ferner, an die Kosten der Auferziehung „und des Unterhaltes der beiden Kinder bis zu deren zurückgeleg„ten achtzehnten Altersjahre einen monatlichen Betrag von je „20 Fr. (zwanzig Franken), zahlbar an die Gemeindekanzlei in „Binningen zu entrichten.

„Frau Marie Trösch-Meier erklärt dagegen, daß sie mit einer „Scheidung ihrer Ehe mit dem erwähnten Jakob Trösch einver„standen ist."

C. — . . . . . (Armenrecht.)

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers den Berufungsantrag wiederholt und dahin präzisiert, daß die Ehe auf Grund des Art. 142 ZGB geschieden werden solle. Der Vertreter der Beklagten hat erklärt, seine Klientin sei nun in der Tat ebenfalls mit der Scheidung einverstanden und bitte, die Scheidung, eventuell eine temporäre Trennung, auf Grund der vorliegenden Vereinbarung auszusprechen; —

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Mit Recht haben in Anwendung des Art. 8 Abs. 1 Schl T ZGB schon die kantonalen Instanzen der Beurteilung des vorliegenden Falles die einschlägigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und nicht des Zivilstands- und Ehegesetzes vom Jahre 1874 zu Grunde gelegt, und es hat daher auch das Bun-