Par contre, s'il s'agit de parents divorcés, l'autorité cantonale prévue à l'art. 285 ne peut investir des droits de l'ex-époux déchu le père ou la mère auquel l'enfant n'a pas été confié. Le juge du divorce a, en effet, été contraint de choisir entre les époux et de priver l'un d'eux des droits qui, jusqu'ici, lui appartenaient, même si aucun motif d'indignité personnelle n'avait été relevé contre lui (RO 40 II p. 315 ; 47 II p. 382/3). A supposer l'autorité tutélaire compétente pour enlever, ultérieurement, la puissance paternelle à l'époux divorcé, elle n'aurait d'autre ressource que de nommer un tuteur. Et, néanmoins, dans beaucoup de cas, il paraîtrait préférable de transférer simplement la puissance paternelle à l'autre époux. Mais cette faculté n'appartient qu'au pouvoir judiciaire (RO 47 II p. 383). L'unique moyen de parer à un tel inconvénient serait de créer une procédure en deux phases : l'autorité cantonale prononcerait d'abord sur la déchéance du parent incapable, conformément à l'art. 285, puis le juge statuerait sur la réintégration éventuelle de l'autre conjoint dans ses droits antérieurs. Point n'est besoin, toutefois, de recourir à semblable détour. Il convient, bien plutôt, d'admettre, par tous les motifs développés ci-dessus, la compétence exclusive du juge pour modifier les effets accessoires du divorce, à la lumière de l'art. 285 CCS.

L'autorité tutélaire ne doit, cependant, pas voir ses attributions restreintes plus que ne le commandent la *ratio legis* et les nécessités de la pratique. Elle demeure, dès lors, compétente pour appliquer les art. 283 et 284 aux époux divorcés. Il est normal que le juge seul statue sur le retrait de droits qu'en prononçant le divorce il a, lui-même, conférés, et sur le rétablissement éventuel des pouvoirs dont l'autre époux a, *ipso facto*, été déchu. Mais le retrait de la *garde* de l'enfant n'est point une conséquence *nécessaire* du divorce, comme l'attribution de la puissance paternelle. Sans doute, le Tribunal fédéral a prononcé que, si le juge estime ne pas devoir confier sans restrictions l'enfant à l'un des époux, il

peut, en prononçant le divorce, appliquer sans autre l'art. 284 CCS (RO 53 II p. 191 et suiv.). Pareille compétence lui appartient, également, par analogie de motifs, en cas de demande subséquente visant l'octroi ou la privation de la *puissance paternelle*, sur la base de faits nouveaux (art. 157 CCS). Enfin, lorsqu'il a été prescrit par sentence judiciaire, ce n'est que sur décision du juge que le placement de l'enfant peut être révoqué. En revanche, si la dénonciation ou la demande tendent uniquement à la prise de certaines mesures restreintes (art. 283 CCS), ou au retrait de la garde du mineur (art. 284), sans déchéance ni transfert de la puissance paternelle, la décision appartient à l'autorité tutélaire et à elle seule. C'est, de même, à cette dernière qu'incombe, dans tous les cas, le soin de trancher les différends relatifs au choix de l'institut ou de la famille dans laquelle l'enfant doit être placé (RO 53 II p. 195).

Il résulte des considérations ci-dessus que l'arrêt d'incompétence de l'autorité genevoise ne va point à l'encontre du droit fédéral et que, dès lors, la requête de la Commission de protection des mineurs n'est pas susceptible d'être examinée au fond.

16. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. März 1928

i. S. Spar- und Leihkasse in Bern gegen Cathrein.

ZGB Art. 23, 26, 375, 377 Abs. 3, 397 : Die Ernennung eines Beirates soll stets veröffentlicht werden, ausser bei Anstaltsversorgung. Die Veröffentlichung in einem amtlichen Blatte des Wohnsitzes und der Heimat genügt. Rechtsfolgen der Nicht-Veröffentlichung. Wohnsitz oder blosser Aufenthaltsort ? (Erw. 1).

ZGB Art. 411 Abs. 2 (Schadenersatzpflicht des Bevormundeten wegen Verleitung zur Annahme der Handlungsfähigkeit) gilt auch für den Verbeirateten und schliesst die Berufung auf Art. 2 ZGB aus (Erw. 1).

ZGB Art. 395 Ziff. 9, 410, OR Art. 493 : Formerfordernisse der nachträglichen Genehmigung der von einem Verbeirateten eingegangenen Bürgschaft nach wieder erlangter Handlungsfähigkeit durch ihn selbst (Erw. 2).

A. — Der im Jahre 1888 geborene Beklagte wurde, wie schon früher, so wiederum am 28. November 1916 an seinem Wohnorte Brig unter Beiratschaft gestellt. Diese Beschränkung der Handlungsfähigkeit wurde in den folgenden Tagen in den Amtsblättern der Kantone Wallis und Genf, wo sich der Beklagte damals zum Studium der Zahnheilkunde aufhielt, veröffentlicht. Im Sommersemester 1918 und im darauffolgenden Wintersemester war der Beklagte an der Universität Bern immatrikuliert und arbeitete er daselbst in der zahnärztlichen Klinik des Professors Egger. Zwischenhinein legte er in Basel die eidgenössische zahnärztliche Fachprüfung ab, die am 11. November 1918 ihren Abschluss fand, und unmittelbar anschliessend rückte er in den durch den Generalstreik veranlassten Militärdienst ein. Während desselben ging er am 13. November 1918 eine Solidarbürgerschaft für einen von der Klägerin dem Berner Fürsprecher Dr. Hans Altherr gegen Hinterlegung von Lebensversicherungspolice gewährten Kredit von 17,500 Fr. bis zum Höchstbetrage von 19,000 Fr. ein, unter Mitbürgerschaft des Arnold Schaffner, Bahnbeamten in Möhlin, und Nachbürgerschaft des Alois Wittlin, Kaufmannes in Bern. Der Unterschrift der auf ersten Bürgschaftsurkunde, welche infolge eines Versehens am folgenden 22. November durch eine andere ersetzt werden musste, fügte der Beklagte bei: « Zahnarzt. In Firma E. Cathrein Hotel Jungfrau Eggishorn Riederalp und Riederfurka. Z. Zeit Maulbeerstrasse 7 Bern » (woselbst er ein Zimmer gemietet hatte). Am 23. Dezember 1918 hob die Briger Vormundschaftsbehörde die Beiratschaft über den Beklagten auf und machte dies im Amtsblatt des Kantons Wallis bekannt. Anfangs 1919 liess sich der Beklagte als Zahnarzt in Sainte-Croix nieder.

Am 16. September 1921 zeigte die Klägerin dem Beklagten die bevorstehende Verwertung der verpfändeten Lebensversicherungspolice an und kündigte sie

die Schuld ihm gegenüber. Hierauf schrieb er am 29. Oktober an die Klägerin u. a.: « Quant à ce qui concerne mon cautionnement pour lui, vous aurez mardi la visite de mon homme d'affaires M^r Guggenheim qui réglera tout avec vous. » Am 17. November 1921 sodann schrieb Fürsprecher Guggenheim namens des Beklagten und des Mitbürgen Schaffner an die Klägerin u. a.: « Ich möchte Sie nun ersuchen, vorerst die eingeleitete Pfandverwertung, da dies ohne erhebliche Weiterungen möglich ist, durchzuführen. Die Deckung für den Ausfall, soweit die Bürgen dafür aufzukommen haben, wird sich alsdann rasch erledigen lassen. Von weitem rechtlichen Massnahmen wollen Sie absehen. » Am 16. März wurde der Klägerin mitgeteilt, der Beklagte stelle sich auf den Standpunkt, dass er nicht zahlungspflichtig sei, weil er wegen Beschränkung der Handlungsfähigkeit die Bürgerschaft nicht rechtsverbindlich habe eingehen können.

Mit der vorliegenden, im April 1926 angehobenen Klage verlangt die Klägerin Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von 19,000 Fr. nebst 6% Zins seit 29. Oktober 1921.

B. — Durch Urteil vom 2. Dezember 1927 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klägerin nimmt zunächst den Standpunkt ein, die Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Beklagten, zufolge welcher für die Eingehung von Bürgschaften gemäss Art. 395 (Ziff. 9) ZGB die Mitwirkung des Beirates erforderlich war, könne ihr als gutgläubigem Dritten mangels Veröffentlichung in einem amtlichen Blatte Berns als des Wohnsitzes des Beklagten im massgebenden Zeitpunkte nicht entgegengehalten werden. Für das bei Anordnung einer Beistandschaft zu beob-

achtende Verfahren gelten nach Art. 397 Abs. 1 ZGB die gleichen Vorschriften wie bei der Bevormundung, welche letztere in den Art. 373 ff. ZGB aufgestellt worden sind; indessen wird nach Abs. 2 *l. c.* die Ernennung des Beistandes nur veröffentlicht, wenn es der Vormundschaftsbehörde als zweckmässig erscheint. Es fragt sich nun, ob diese Sondervorschrift über die Veröffentlichung der Ernennung des Beistandes nur an Stelle der Abs. 1 und 2 des Art. 375 ZGB zu treten bestimmt ist, welche für die Bevormundung das nur durch eine eng umschriebene Ausnahme gemilderte Obligatorium der Veröffentlichung vorsehen, und zwar bei Wohnsitzwechsel auch am neuen Wohnsitz (Art. 377 Abs. 3 ZGB) — oder auch des Abs. 3 *l. c.*, wonach vor der Veröffentlichung die Bevormundung gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann, *m. a. W.* ob das Unterbleiben der in das Ermessen der Vormundschaftsbehörde gestellten Veröffentlichung der Beistandsbestellung gegebenenfalls zum Nachteil des Verbeiständeten oder aber der Verkehrssicherheit ausschlagen soll. Für die erstere, von der Klägerin vertretene Auffassung lassen sich in der Tat beachtliche Gründe anführen: zunächst sei nicht leicht einzusehen, warum die Veröffentlichung bzw. deren Unterbleiben im einen oder anderen Falle verschiedene Rechtswirkungen ausüben solle; sodann würde die Verkehrssicherheit zu sehr beeinträchtigt, wenn auch aus verborgen gebliebenen Beistandschaften Einwendungen erhoben werden dürften; endlich könnte der durch Unterbleiben der Veröffentlichung geschädigte Verbeiständete die Vormundschaftsbehörde nach den Vorschriften über die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe auf Schadenersatz belangen, dagegen nicht ein geschädigter Dritter (vgl. hiezu BGE 53 II S. 363). Aus diesen blossen Hinweisen ergibt sich mindestens soviel, dass die Anordnung von sog. Mitwirkungsbeiratschaften, die eine Beschränkung, also einen teilweisen Entzug der Hand-

lungsfähigkeit nach sich ziehen und insofern der Entmündigung nahe kommen, zweckmässigerweise immer veröffentlicht werden soll, ausgenommen im Falle der Unterbringung des Verbeirateten in einer Anstalt, die nach Art. 375 Abs. 2 ZGB auch von der Veröffentlichung der Bevormundung enthebt. Somit erweist sich die gesetzliche Ordnung der Veröffentlichung der Beistandschaft mit Bezug auf die sog. Mitwirkungsbeiratschaft als durchaus ungenügend, was darauf zurückzuführen ist, dass diese Quasi-Bevormundung erst durch die Bundesversammlung in den Gesetzesentwurf eingeführt wurde, und zwar eben als eine Art der Beistandschaft — obwohl sie mit den übrigen Arten der Beistandschaft (zur Vertretung in bestimmten Fällen oder zur Vermögensverwaltung) kaum etwas gemein hat —, ohne dass beachtet worden wäre, dass der dem Art. 397 Abs. 2 des ZGB entsprechende Art. 405 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfes für dieses neue Institut nicht ausreiche. Dabei bietet hier der Wohnsitzwechsel insofern noch eine besondere Schwierigkeit, als er aus den gleichen Gründen wie bei der Bevormundung der Veröffentlichung am neuen Wohnsitz ruft, jedoch nicht an die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde geknüpft ist, ihr also während langer Zeit verborgen bleiben kann.

Indessen braucht vorliegend gar nicht entschieden zu werden, welches die Rechtsfolgen des Unterbleibens der Veröffentlichung der Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch Ernennung eines Mitwirkungsbeirates seien, zumal bei Wohnsitzwechsel das Unterbleiben der Veröffentlichung am neuen Wohnsitz. Denn aus der Veranlassung, der Dauer und insbesondere auch dem Zeitpunkte der Beendigung des Aufenthaltes des Beklagten in Bern ist zu schliessen, dass er sich dort zum Zwecke des Besuches einer Lehranstalt aufhielt, wozu unter den gegebenen Umständen auch seine Tätigkeit als Assistent zu rechnen ist, keinesfalls mit der Absicht dauernden Verbleibens. Entgegen dem heutigen Vorbringen der

Klägerin wies denn auch die Art und Weise der Unterzeichnung der ersten Bürgschaftsurkunde gerade auf bloss vorübergehenden Aufenthalt des Beklagten in Bern hin. Ein solcher Aufenthalt vermag nach Art. 23 Abs. 1 und 26 ZGB keinen Wohnsitz zu begründen. Andererseits ist gemäss Art. 375 Abs. 1 ZGB unter der Veröffentlichung, vor welcher die Bevormundung — und nach dem Standpunkt der Klägerin auch die Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch Ernennung eines sog. Mitwirkungsbeistandes — gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann, nur die Veröffentlichung in einem amtlichen Blatte des Wohnsitzes, allfällig des neuen Wohnsitzes, und der Heimat, nicht aber eines sonstigen Aufenthaltsortes des bevormundeten Entmündigten — bzw. des in der Handlungsfähigkeit Beschränkten — zu verstehen, da das ZGB durchwegs bewusst den Wohnsitz in Gegensatz zum blossen Aufenthalte stellt. Somit genügt die im Amtsblatt des Kantons Wallis erfolgte Veröffentlichung vom 1. Dezember 1916, um dem guten Glauben der Klägerin in die unbeschränkte Handlungsfähigkeit des Beklagten jede Rechtswirkung abzusprechen. Auch kann dem Beklagten nicht etwa in Anwendung des Art. 2 ZGB versagt werden, sich auf die der Klägerin unbekannt gebliebene Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit zu berufen. Denn im Falle, dass der Bevormundete den andern Teil zu der irrthümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet, gibt Art. 411 Abs. 2 ZGB ausdrücklich den Rechtsbehelf der Schadenersatzklage, und dieser ist unbezweifelbar auch der in seiner Handlungsfähigkeit Beschränkte unterworfen. Ein Bedürfnis nach Anwendung des Art. 2 ZGB besteht somit nicht und kann auch nicht dadurch geschaffen werden, dass der Geschädigte seine daherige Klage hat verjähren lassen, wie in Übereinstimmung mit der Vorinstanz hier anzunehmen ist.

2. — Im weiteren macht die Klägerin geltend, der Beklagte selbst habe nach Wegfall der Beschränkung

seiner Handlungsfähigkeit die Bürgschaftserklärung genehmigt durch sein Schreiben vom 29. Oktober und dasjenige seines Anwaltes vom 17. November 1921. Die Bestimmung des Art. 32 aOR, dass ein Vertrag, welcher ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen worden ist, durch die Partei selbst genehmigt werden kann, wenn diese inzwischen die Vertragsfähigkeit erlangt hat, ist zwar nicht in das ZGB (Art. 410) übernommen worden; allein nichts deutet darauf hin, dass damit eine Änderung des bisherigen Rechtszustandes bezweckt wurde (vgl. Erläuterungen zum VorE., elfter Titel, erster Abschnitt, B). Gleiches muss auch gelten für solche Rechtsgeschäfte, welche der in seiner Handlungsfähigkeit Beschränkte ohne die erforderliche Mitwirkung des Beirates abgeschlossen hat, wenn im Zeitpunkte, da die Beschränkung der Handlungsfähigkeit aufgehoben wird, dahinsteht, ob der Beirat seine Mitwirkung verweigert haben würde. Allein bei Geschäften, für deren Gültigkeit das Gesetz zum Schutze der Vertragsschliessenden eine Form vorschreibt, kann nicht eine bloss formlose nachträgliche Genehmigung durch den (voll) handlungsfähig gewordenen Kontrahenten genügen. Die Beobachtung der Form während der Dauer der Beschränkung der Handlungsfähigkeit erscheint nicht als ausreichend, weil sie damals ihren Schutzzweck nicht zu erfüllen vermochte, sondern zum Schutze des beschränkt Handlungsfähigen ausserdem noch die Mitwirkung des Beirates notwendig war. Unter diesem Gesichtspunkte kommt nichts darauf an, dass die Form, welche nach Aufhebung der Beschränkung der Handlungsfähigkeit zum Schutze des in Betracht kommenden Kontrahenten genügt haben würde, seinerzeit erfüllt worden ist, als dies noch nicht der Fall war. Nun entsprechen aber die von der Klägerin angeführten Genehmigungserklärungen in keiner Weise der Formvorschrift des Art. 493 OR, wonach die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen

und der Angabe eines bestimmten Betrages seiner Haftung bedarf, nimmt doch das Schreiben des Beklagten vom 29. Oktober 1921 nicht einmal irgendwie Bezug auf dasjenige der Klägerin vom 16. September, wo die Bürgschaftssumme freilich ziffermässig genannt worden war. Hievon abgesehen kommt der Genehmigungswille in den angeführten Schreiben nicht in unzweideutiger Weise zum Ausdruck; zwar scheinen der Beklagte und sein Anwalt damals davon ausgegangen zu sein, die Bürgschaft sei verbindlich; allein ihren Schreiben lässt sich nichts dafür entnehmen, dass die Schuldpflicht des Beklagten ungeachtet allfällig mangelnder Verbindlichkeit hätte anerkannt werden wollen, zumal im Umfange von über 20,000 Fr. (mit Einschluss der Zinsen). Übrigens steht dahin, ob der Anwalt des Beklagten hiefür bevollmächtigt gewesen wäre. Endlich ist nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin im Vertrauen auf die nachträglichen Erklärungen des Beklagten in der Geltendmachung ihrer Rechte gegen Hauptschuldner oder Mit- und Nachbürgen etwas versäumt haben sollte, als sie seinen Anregungen betreffend das weitere Vorgehen Beachtung schenkte.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 2. Dezember 1927 bestätigt.

17. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. März 1928
i. S. Buddeberg gegen Häfliger.

Ziv. Verh. Ges. Art. 7g (in der Fassung des Art. 59 des Schlusstitels des ZGB), Art. 28 Ziff. 2; ZGB Art. 156, 157: Voraussetzungen, unter denen ein im Auslande wohnender schweizerischer Ehegatte, welcher am ausländischen Wohnsitze des anderen, getrennt lebenden Ehegatten Scheidungsklage erhoben hatte, eine auf die — im Scheidungsurteile nicht vorgenommene oder Abänderung der (?) — Kinderzuteilung abzielende Klage am Heimatort erheben kann.

A. — (Gekürzt.) Der Kläger, Bürger von Ruswil, Kanton Luzern, und die Beklagte, damals Deutsche, gingen im Jahre 1913 in Luzern die Ehe ein, aus welcher im folgenden Jahre ein Knabe entspross. Seit 1921 lebten die Parteien getrennt, der Kläger in Montreal (Kanada), die Beklagte in Jena. In der Folge erhob der Kläger beim Landgericht Weimar Scheidungsklage und die Beklagte Widerklage. Durch Urteil des Landgerichtes Weimar vom 25. Februar 1924 wurde die Ehe der Parteien in Anwendung schweizerischen Rechtes aus Verschulden des Klägers geschieden; eine Entscheidung über die Zuteilung des Knaben wurde jedoch nicht getroffen; auch lag keine Parteivereinbarung zur Genehmigung vor. Seither ist die Beklagte durch Heirat wieder Deutsche geworden und wohnt sie in Bielefeld, wo sie den Knaben aus erster Ehe bei sich hat. Ende 1925 erhob die Beklagte beim Landgerichte Weimar eine neue Klage mit den Anträgen, es sei « durch Urteil, auszusprechen, dass die Elternrechte über das aus der Ehe der Eheleute Häfliger hervorgegangene Kind der Klägerin (Beklagten im vorliegenden Prozess) zustehe..... », und der Beklagte (Kläger im vorliegenden Prozess) sei zur Bezahlung einer Rente als Beitrag an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung des Kindes zu verurteilen. Das Landgericht Weimar verwies