

zur Schwängerung führen können (gleichwie entsprechend im Vaterschaftsprozess gemäss BGE 45 II 487). Dagegen erachtet die Vorinstanz als « glaubhaft gemacht », dass der Kläger der Erstbeklagten erstmals schon am 17. Januar beigewohnt habe. Dass die Umstände des Falles schlechterdings nicht auf den von Art. 255 Abs. 2 ZGB geforderten geringen Grad der Wahrscheinlichkeit einer solchen früheren Beiwohnung schliessen lassen, kann nicht gesagt werden; diese Annahme lässt sich also nicht etwa als bundesrechtswidrig beanstanden. Daran scheidet aber der Nachweis des Klägers, dass er unmöglich der Vater des Kindes sein könne. Insbesondere hat der Kläger mit Recht nicht geltend gemacht, dieser Nachweis folge von Bundesrechts wegen schon aus der Weigerung der Erstbeklagten, sich der Blutprobe zu unterziehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons vom 5. Oktober 1934 bestätigt.

6. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. März 1935

i. S. Vormundschaftsbehörde Sumiswald gegen Schütz.

Art. 157 ZGB : Begehren von Vater oder Mutter um Anordnung von Änderungen in der Gestaltung der Elternrechte sind gegebenenfalls gegen die Vormundschaftsbehörde zu richten, und diese kann gegen die Gutheissung Rechtsmittel ergreifen.

A. — Der in Paris wohnende Kläger, Bürger von Sumiswald, schloss am 9. Oktober 1931 mit seiner damaligen Ehefrau « im Hinblick auf die gerichtliche Scheidung ihrer Ehe » eine « Ehescheidungskonvention » ab, wonach das am 9. Januar 1928 geborene gemeinsame Kind Rose-Marie zur Pflege und Ausbildung seiner Mutter anvertraut wurde. Diese Konvention wurde durch das Scheidungsurteil des Amtsgerichtes Trachselwald vom 11. Dezember 1931 genehmigt.

Am 15. Juni 1932 starb die Mutter.

Am 10. August 1932 erhob der Kläger beim Amtsgericht Trachselwald Klage mit dem Antrag, das Scheidungsurteil sei in dem Sinne abzuändern, dass das aus der Ehe entsprossene Kind zur Pflege, Erziehung und Ausbildung seinem Vater zugesprochen und seiner väterlichen Gewalt unterstellt wird.

B. — Mit « Eingabe » vom 24. Januar 1933 stellten die Vormundschaftsbehörde von Sumiswald und N. Solari in Mailand (dieser in seiner Eigenschaft als am 28. Oktober 1932 von der Vormundschaftsbehörde Sumiswald dem Kinde bestellter Vormund) den Antrag : Das Begehren um Unterstellung des Kindes unter die väterliche Gewalt sei abzuweisen.

C. — Das Amtsgericht Trachselwald hat am 5. Oktober 1934 die Klage gutgeheissen.

D. — Auf die Appellation der Vormundschaftsbehörde von Sumiswald und der mütterlichen Grossmutter des Kindes ist der Appellationshof des Kantons Bern am 5. Dezember 1934 nicht eingetreten.

In den Entscheidungsgründen wird unter Hinweis auf ein früheres, in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 61, 276 abgedrucktes Urteil verneint, dass im Verfahren nach Art. 157 ZGB eine Vormundschaftsbehörde als passivlegitimierte Partei ins Recht gefasst werden könne, und weiter wird verneint, dass aus dem in Art. 157 ZGB festgelegten Recht der Vormundschaftsbehörde, Begehren zu stellen, das Recht abgeleitet werden könne, die Abänderung eines erstinstanzlichen Urteils zu beantragen.

E. — Gegen dieses Urteil hat die Vormundschaftsbehörde von Sumiswald die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen, es sei aufzuheben, die Sachlegitimation der Vormundschaftsbehörde sei zu bejahen und das Klagebegehren unter Aufrechterhaltung der von der Vormundschaftsbehörde am 28. Oktober 1932 verfügten Vormundschaft abzuweisen, eventuell sei die Sache zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Durch das angefochtene Urteil wird verneint, dass nach dem Tode des geschiedenen Ehegatten, welchem ein Kind zugewiesen worden ist, der andere Ehegatte das Begehren um Zuweisung des Kindes an sich selbst nur durch gegen die Vormundschaftsbehörde als beklagte Partei zu erhebende Klage geltend machen, und dass die Vormundschaftsbehörde gegen ein diesem Begehren stattgebendes Urteil ein Rechtsmittel ergreifen könne. Indem durch solche Verneinung ihrer passiven Sachlegitimation die materiellen Rechtsbeziehungen der Vormundschaftsbehörde zu Kindern aus geschiedener Ehe beeinträchtigt werden, liegt ein Haupturteil vor, gegen welches die Vormundschaftsbehörde die Berufung an das Bundesgericht erklären kann (vgl. BGE 48 II 355 ; 53 II 511 ; WEISS, Berufung, S. 40 ff.).

2. — Wenn sich die für die Gestaltung der Elternrechte gegenüber Kindern aus geschiedener Ehe massgebenden Verhältnisse verändern und daher der Richter gemäss Art. 157 ZGB die erforderlichen Anordnungen zu treffen hat, so ist dies nicht einfach eine Fortsetzung des unter den (ehemaligen) Ehegatten, von denen übrigens der eine oder andere inzwischen gestorben sein kann, geführten Ehescheidungsprozesses. Während im Scheidungsprozess gemäss Art. 156 ZGB die Vormundschaftsbehörde bezüglich der Gestaltung der Elternrechte nur (nötigenfalls) anzuhören ist, verleiht Art. 157 ZGB der Vormundschaftsbehörde ebensogut wie Vater und Mutter das Recht, selbst Begehren um Anordnung der Änderung der bezüglichen Bestimmungen des Scheidungsurteils oder der Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung zu stellen. Und zwar ist die Vormundschaftsbehörde in erster Linie als aktiv legitimiert aufgeführt, was gegen die Ansicht spricht, dass sie darauf beschränkt wäre, bloss in die Lücke zu springen, wenn ein (anderer) Elternteil nicht mehr da ist, um eine erforderliche Änderungsanordnung zu

begehren, oder es nicht tut, trotzdem es geboten erscheint. Mit dieser bei Veränderung der für die Gestaltung der Elternrechte massgebenden Verhältnisse der Vormundschaftsbehörde zugeordneten und hervorgehobenen Rolle, von sich aus das Gericht anrufen zu können, was doch nur eine eigentliche Prozesspartei tun kann, würde es im Widerspruch stehen, wenn die Vormundschaftsbehörde sich nicht auch als Partei einer vom andern Elternteil beehrten Abänderungsanordnung widersetzen dürfte, sei es weil keine für eine Änderungsanordnung zureichende Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, sei es weil zwar eine solche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, jedoch die vom andern Elternteil beehrte neue Anordnung der Vormundschaftsbehörde bedenklich erscheint. Wird der Vormundschaftsbehörde um der Kinderfürsorge willen die Aktivlegitimation im Prozess um Abänderung der Elternrechte zugestanden, wenn das Interesse des Kindes eine solche Änderung erheischt, als ob es um ein eigenes Recht der Vormundschaftsbehörde gehe, so muss ihr aus dem gleichen Grunde folgerichtig auch das Komplement, die Passivlegitimation, zugestanden werden, wenn das Interesse des Kindes einer Änderung überhaupt oder doch gerade der vom andern Elternteil beehrten Änderung entgegensteht. Andernfalls könnte ja das Begehren eines Elternteils um Neugestaltung der Elternrechte infolge Todes desjenigen Elternteils, welchem das Kind zugewiesen worden war, gar nicht mehr Anlass zu einem Zwei-Parteien-Prozess geben, der in allen andern von Art. 157 ZGB geordneten Fällen unerlässlich ist. Dass eine derartige Änderung « auf einseitiges Begehren », ohne Parteiverhandlung getroffen werden könne, ist denn auch im Memorial des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 24. Juli 1908 nicht vorgesehen und hat auch durch das bernische EG z. ZGB keineswegs angeordnet werden wollen. In der Tat würde hier die in Art. 156 ZGB bloss als fakultativ vorgesehene Anhörung der Vormundschaftsbehörde nicht in jedem Falle zur erforderlichen Abklärung des Sachverhaltes

genügen. Dementsprechend hat das Bundesgericht, freilich nur beiläufig, bereits ausgesprochen, dass die Begehren nach Art. 157 ZGB gegen den Inhaber der abzuändernden Gewalt über die Kinder (Elternteil oder Vormundschaftsbehörde) zu richten seien (BGE 42 I 336); die Vormundschaftsbehörde wird aber Trägerin der Gewalt nicht nur, wenn das Kind beiden Eltern entzogen wird, sondern auch sobald der Elternteil stirbt, dem es zugewiesen worden ist (BGE 47 II 380). Ferner hat das Bundesgericht bei Berufungen in Fällen letzterer Art bisher ohne Bedenken die Vormundschaftsbehörde als Beklagte und Berufungsbeklagte behandelt und ihr insbesondere eine Parteientschädigung zugesprochen (vgl. z.B. Urteil vom 29. April 1923 i. S. Knapp gegen Chambre pupillaire de Sion). Die von der Vorinstanz angezogene gegenteilige frühere Entscheidung derselben scheint wesentlich von Bedenken wegen der die Vormundschaftsbehörde sonst treffenden Prozesskostenpflicht diktiert worden zu sein. Allein auch wenn die Vormundschaftsbehörde von Bundesrechts wegen als Prozesspartei zu behandeln ist, so steht nichts entgegen, dass das kantonale Zivilprozessrecht oder die kantonalen Gerichte auch allfällig ohne gesetzliche Grundlage mit Rücksicht darauf, dass die Vormundschaftsbehörden den Prozess nicht im eigenen Interesse, sondern um der Kindesfürsorge willen führen, diese regelmässig von der Prozesskostenpflicht befreien.

Sobald aber das Prozessführungsrecht der Vormundschaftsbehörde von Bundesrechts wegen anzuerkennen ist, so folgt daraus notwendigerweise ihr Recht zur Weiterbildung, insoweit ein Rechtsmittel überhaupt gegeben ist.

Das Recht zur Appellation, wie übrigens schon das Recht zur Teilnahme am erstinstanzlichen Verfahren wird, je nach der kantonalen Ordnung, der Vormundschaftsbehörde verloren gehen können, wenn sie nicht rechtzeitig am Prozess teilnimmt. Über diesen hier streitig gebliebenen Punkt wird die Vorinstanz in Anwendung des kantonalen Zivilprozessrechtes noch zu entscheiden haben, wobei sie

freilich nicht wird ausser Acht lassen dürfen, dass der Kläger seine Klage gar nicht gegen die Vormundschaftsbehörde gerichtet hatte.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 5. Dezember 1934 aufgehoben wird, insoweit auf die Appellation der Berufungsklägerin nicht eingetreten wurde, und dass die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

7. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. März 1935
i. S. **Amrein gegen Stadtrat von Luzern.**

Entmündigung wegen Geisteskrankheit, Sachverständigen Gutachten (Art. 369, 374 Abs. 2 ZGB). Die Nichtbeachtung einer kantonalen Verfahrensvorschrift, wonach bei Bestreitung der Richtigkeit eines ärztlichen Gutachtens ein Obergutachten einzuholen ist, berechtigt nicht zur Anrufung des Bundesgerichts gemäss Art. 86 Ziff. 3 OG, wenn das erste Gutachten von einem Sachverständigen erstattet worden war.

Der Stadtrat von Luzern wandelte eine über J. Amrein wegen Trunksucht und deren Folgen (Art. 370 ZGB) verhängte Vormundschaft in eine solche nach Art. 369 um, gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten, wonach A. ein Psychopath und zur Besorgung seiner Angelegenheiten nicht fähig ist. Der Regierungsrat schützte die Verfügung, ohne ein Obergutachten einzuholen, wie es der Interdizend unter Berufung auf § 48 des luzernischen EG zum ZGB verlangt hatte. Wegen dieser Unterlassung erhebt A. zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Aufhebung der Entmündigung und Rückweisung der Akten zwecks Einholung eines Obergutachtens des Sanitätsrates.