

hat und ihm nach Auflösung des ehelichen Haushaltes keineswegs mehr wie ein eigenes Kind gelten wird. Diese Erwägungen verhelfen der von der Vorinstanz auf anderer Grundlage berücksichtigten Billigkeit zum Durchbruch. Die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR ist also geeignet, eine Lücke des Familienrechts, hier der Bestimmungen über die Hausgewalt (Art. 331 ff. ZGB) auszufüllen, wie denn das Bundesgericht neulich einem Ehemanne Ansprüche auf Arbeitsvergütung bei Scheidung der Ehe auf Grund jener Vorschrift zugesprochen hat (BGE 66 II 233).

Hinsichtlich der Bemessung der Ansprüche ist den erschöpfenden Erwägungen der Vorinstanz beizupflichten.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 16. September 1941 bestätigt.

**46. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. November 1941 i. S. Müller gegen Vormundschaftsbehörde Wetzikon und Direktion der Justiz des Kantons Zürich.**

*Kantonaler Instanzenzug in Vormundschaftssachen :*

Die Beschränkung des kantonalen Instanzenzugs auf zwei Instanzen der Aufsichtsbehörde (Art. 361 ZGB) gilt nur für die kraft eidgenössischen Rechtes den vormundschaftlichen Behörden übertragenen Obliegenheiten, nicht aber für solche, die das kantonale Recht diesen Behörden darüber hinaus zuweist (ZGB Art. 99, 392/3 im Gegensatz zu Art. 285, 287, 369/72, 394/5).

*Degrés de juridiction cantonaux en matière de tutelles :*

La règle selon laquelle il ne peut y avoir plus de deux instances devant l'autorité cantonale de surveillance (art. 361 CC) s'applique seulement aux affaires qui appartiennent aux autorités de tutelles de par le droit fédéral et non pas aux causes qui leur sont attribuées en outre par le droit cantonal (CC art. 99, 392/3 opposés aux art. 285, 287, 369/72, 394/5).

*Istanze cantonali in materia di tutela :*

La regola secondo cui non vi possono essere più di due istanze davanti all'autorità cantonale di vigilanza (art. 361 CC) si applica solamente alle incombenze che spettano alle autorità di tutela in virtù del diritto federale e non a quelle che le sono inoltre attribuite dal diritto cantonale (CC art. 99, 392/3 in opposizione con gli art. 285, 287, 369/72, 394/5).

Der Beschwerdeführer Johann Müller ist im Jahre 1934 wegen Geisteskrankheit entmündigt worden. Am 5. Juli 1941 stellte er das Gesuch um Aufhebung der Vormundschaft. Die Vormundschaftsbehörde Wetzikon und der Bezirksrat Hinwil wiesen das Gesuch ab, ebenso mit Verfügung vom 9. September 1941 die Justizdirektion des Kantons Zürich, an die Müller rekurrierte.

Gegen diese Verfügung hat Müller die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Die angefochtene Verfügung der Justizdirektion würde nur dann einen letztinstanzlichen Entscheid im Sinne von Art. 86 OG darstellen, wenn der nach kantonalem Recht mögliche Weiterzug an den Regierungsrat von Bundesrechts wegen unzulässig wäre. Das ist nicht der Fall. Zwar ist die Justizdirektion die zweite vormundschaftliche Aufsichtsbehörde und eine dritte kantonale Instanz daneben nach Art. 361 ZGB nicht gestattet. Doch gilt diese Beschränkung des Instanzenzugs, wie bereits in BGE 64 II 336 ausgeführt wurde, nur für die kraft eidgenössischen Rechtes den vormundschaftlichen Behörden übertragenen Obliegenheiten (vgl. auch nicht veröffentlichtes Urteil vom 18. Oktober 1940 i. S. Planta). Nun weist das ZGB von den Entscheiden, die gemäss Art. 86 Ziff. 1-3 OG Gegenstand der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht sind, nur den Entscheid über die Verweigerung des Vormundes zur Eheschliessung (Art. 99 ZGB) und die Anordnung einer Beistandschaft in den Fällen von Art. 392/3 ZGB den vormundschaftlichen Behörden zu. Dagegen gehören die Entziehung und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt (Art. 285, 287 ZGB) ebenso wie die Entmündigung, die Verbeiständung auf eigenes Begehren, die Stellung unter Beiratschaft (Art. 369/72, 394/5 ZGB) und die Aufhebung dieser Verfügungen nicht von Bundesrechts wegen zu den Obliegenheiten der vormundschaftlichen Behörden. Das ZGB überlässt

es den Kantonen, die zuständigen Behörden zu bezeichnen und das Verfahren zu regeln (Art. 288, 373, 397, 434, 439 Abs. 3). Die Kantone können Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden, aber auch die vormundschaftlichen Behörden damit betrauen. In jedem Falle sind sie in der Ausgestaltung des Instanzenzuges frei. Soweit daher das zürcherische EG zum ZGB die vormundschaftlichen Behörden über die ihnen vom ZGB zugewiesenen Aufgaben hinaus für zuständig erklärt, steht einem Weiterzug der Entscheide der Justizdirektion an den Regierungsrat, wie ihn § 13 des Gesetzes über die Organisation und Geschäftsführung des Regierungsrates vom 26. Februar 1939 gegenüber allen Verfügungen einer Direktion vorsieht, von Bundesrechts wegen nichts entgegen, während § 75 EG zum ZGB insofern gegen Bundesrecht verstösst, als dort der Rekurs an den Regierungsrat für zulässig erklärt wird gegenüber Verfügungen der Justizdirektion als zweiter Aufsichtsbehörde, also in Angelegenheiten, die das ZGB den vormundschaftlichen Behörden zuweist. Im Falle Hund (BGE 47 II 15) wurde diese Unterscheidung nicht gemacht, weshalb die dortigen Ausführungen missverständlich sind. Im Ergebnis ist jener Entscheid aber richtig, da die vormundschaftlichen Behörden dort nicht kraft kantonalen Rechtes zuständig waren, sondern sich auf Grund eines fehlerhaften Urteils irrtümlich für zuständig hielten und einen Entscheid trafen, den das Bundesrecht dem Scheidungsrichter zuweist. Im vorliegenden Falle dagegen handelte die Justizdirektion nicht als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde, sondern als die nach kantonalem Recht zuständige Behörde, weshalb der Rekurrent die angefochtene Verfügung an den Gesamtregierungsrat hätte weiter ziehen können. Diese stellt somit keinen letztinstanzlichen Entscheid dar.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

### III. ERBRECHT

#### DROIT DES SUCCESSIONS

##### 47. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1941 i. S. Rieser-Honauer und Kinder gegen Honauer.

*Erbteilung. Ausgleichung* (Art. 626 ff. ZGB) *und Herabsetzung* (Art. 522 ff. ZGB).

1. Ausgleichung des nachträglich entdeckten Teilungsvermögens kann ohne weiteres mit einer Klage auf Zahlung verlangt werden. Dem Beklagten steht zu, statt Zahlung Realteilung anzubieten (Art. 628 ZGB).
2. Der Umstand, dass für den Ausgleichungsanspruch allenfalls zu Unrecht Arrest gelegt wurde (Art. 271 SchKG), hat auf jenen Anspruch selbst keinen Einfluss.
3. Hat der Erblasser einen Sohn oder eine Tochter auf den Pflichtteil gesetzt und für den Rest des betreffenden Erbteils deren Nachkommen als Erben eingesetzt, so haben diese die Rechte gesetzlicher Erben. Analoge Anwendung der Vorschriften über die Enterbung (Art. 578/9 ZGB).
4. Art. 626 Abs. 2 ZGB enthält keine blosse Willensvermutung, sondern einen Rechtssatz, der nur vor einer ausdrücklichen abweichenden Verfügung weicht.
5. Wegen Verletzung des Pflichtteils durch eine bereits vollzogene Verfügung braucht, nachdem die Erbteilung im übrigen durchgeführt ist, keine besondere Gestaltungsklage angehoben zu werden. Zulässig ist Leistungsklage, wobei die Herabsetzung nach Art. 522 ff. ZGB als Klagegrund angeführt ist.

*Partage successoral. Rapports* (art. 626 ss. CC) *et réduction* (art. 522 ss. CC).

1. Le rapport des biens soumis au partage et découverts après coup peut être demandé par le moyen d'une action en paiement. Le défendeur peut offrir le partage en nature plutôt que le paiement (art. 628 CC).
2. Si le demandeur a obtenu un séquestre pour sa créance en rapport, fût-ce sans droit (art. 271 LP), ce fait demeure sans influence sur la créance elle-même.
3. Lorsque le testateur a réduit la part d'un fils ou d'une fille à la réserve, tout en instituant héritiers, pour la quotité disponible de la part ainsi réduite, les descendants de ce fils ou de cette fille, ces descendants ont les droits des héritiers légaux. Application par analogie des règles relatives à l'exhérédation (art. 578 s. CC).
4. L'art. 626 al. 2 CC ne fixe pas la volonté présumée du testateur. Il constitue une règle de droit dont l'application ne peut être exclue que par une disposition expresse et contraire du *de cuius*.
5. Lorsqu'une disposition déjà exécutée lèse la réserve et que le partage est terminé quant au reste, le lésé n'a pas besoin d'in-