

41. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1953

i. S. Grieder gegen Rohrer und Regierungsrat Obwalden.

Kindesannahme.

Der letztinstanzliche kantonale Entscheid betr. Gültigkeit der Zustimmung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde nach Art. 265 Abs. 2 ZGB unterliegt der *Nichtigkeitsbeschwerde* gemäss Art. 68 OG (Erw. 1).

Zustimmung der Eltern oder der Aufsichtsbehörde nach Art. 265 Abs. 2, *Ermächtigung* nach Art. 267 ZGB: örtliche Zuständigkeit (Erw. 3).

Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde nach Art. 265 Abs. 2 setzt Bestehen einer *rechtsgültigen Vormundschaft* über das zu adoptierende Kind im Zeitpunkt der Zustimmung voraus (Erw. 4).

Adoption.

La décision cantonale de dernière instance concernant la validité du consentement de l'autorité tutélaire de surveillance donné en vertu de l'art. 265 al. 2 CC peut faire l'objet du *recours en nullité* prévu par l'art. 68 OJ (consid. 1).

Consentement des parents ou de l'autorité de surveillance, selon l'art. 265 al. 2, *permission*, selon l'art. 267 CC: compétence *ratione loci* (consid. 3).

La compétence de l'autorité de surveillance, selon l'art. 265 al. 2 CC suppose qu'au moment où le consentement a été donné, l'enfant à adopter ait été *mis sous tutelle en vertu d'une décision valable* (consid. 4).

Adozione.

La decisione dell'ultima giurisdizione cantonale circa la validità del consenso dell'autorità di vigilanza sulle tutele dato in virtù dell'art. 265 cp. 2 CC può essere impugnata con un *ricorso per nullità* a norma dell'art. 68 OG (consid. 1).

Consenso dei genitori o dell'autorità di vigilanza, secondo l'art. 265 cp. 2, *autorizzazione* secondo l'art. 267 CC; competenza *ratione loci* (consid. 3).

La competenza dell'autorità di vigilanza secondo l'art. 265 cp. 2 CC presuppone che, allorchè fu dato il consenso, l'adottando era stato *posto sotto tutela in virtù d'una decisione valida* (consid. 4).

A. — Bei der Scheidung der Ehe Kollegger-Fanger im September 1945 wurde das 1943 geborene Kind Ruth Therese der Mutter zugesprochen, die es im Alter von wenigen Wochen den ihr verwandten Eheleuten Rohrer-Matter zur Pflege übergeben hatte und weiterhin dort beliebt. Am 21. September 1947 kam zwischen der Mutter und den Eheleuten Rohrer eine Vereinbarung zustande, wonach erstere auf ihre elterliche Gewalt verzichtet und ihre Zustimmung zur Adoption durch die Letztern gibt.

Nach ihrer Wiederverheiratung stellte die Mutter im Jahre 1951 bei den Eheleuten Rohrer und in der Folge beim Einwohnergemeinderat Sarnen als Vormundschaftsbehörde das Begehren um Herausgabe des Kindes. Daraufhin verfügte der Einwohnergemeindepräsident am 30. März 1951, da angesichts des Herausgabebegehrens vorerst die Frage der Gültigkeit der Vereinbarung von 1947 zivilrechtlich abzuklären sei, werde das Kind « daher bis zur Abklärung der Angelegenheit » mit sofortiger Wirkung unter Vormundschaft gestellt. Unterm 18. Juni 1951 bestätigte der Einwohnergemeinderat diese Präsidialverfügung auf Bevormundung mit dem Zusatz: « Im weitern bleibt die zivilrechtliche Abklärung des Falles abzuwarten. »

Im November 1951 reichte die Mutter des Kindes gegen die Eheleute Rohrer Klage ein mit dem Begehren auf Nichtigerklärung der Vereinbarung von 1947 und Herausgabe des Kindes an sie. Nach Abweisung der Klage durch beide kantonalen Gerichte hat das Bundesgericht sie mit Urteil vom 19. März 1953 geschützt, die Vereinbarung vom 21. September 1947 nichtig und die beklagten Eheleute Rohrer pflichtig erklärt, das Kind unverzüglich der Klägerin herauszugeben. In der Begründung wurde ausgeführt, dass in der Vereinbarung von 1947 eine gültige Zustimmung der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt zu einer Adoption gemäss Art. 265 Abs. 2 ZGB lag, dass aber im Prozesse nirgends behauptet werde, diese sei vollzogen worden. Soweit dagegen in der Vereinbarung ein von der Adoption unabhängiger Verzicht auf die elterliche Gewalt schlechthin erblickt werden wolle, sei er als gegen Gesetz und Sitte verstossend nichtig. Durch die Vereinbarung sei daher die Mutter der elterlichen Gewalt nicht verlustig gegangen; sie habe das Recht behalten, ihr Kind, nachdem vorher eine Adoption nicht erfolgt sei, für sich zurückzuverlangen. Daran habe sich auch durch die Bevormundung des Kindes in Sarnen im Mai/Juni 1951 nichts geändert. Zuständig zum Entzug

der elterlichen Gewalt und zur Bevormundung des Kindes gemäss Art. 286 ZGB sei die Behörde des *Wohnsitzes* des Kindes, also des Wohnsitzes des Inhabers der elterlichen Gewalt gewesen (Art. 376 Abs. 1, Art. 25 Abs. 1 ZGB, BGE 53 II 282). Damals aber habe die Mutter, Inhaberin der elterlichen Gewalt, in Zürich Wohnsitz gehabt. Zuständig seien mithin nur die Behörden von Zürich, nicht die von Sarnen gewesen. Abgesehen davon sei die Bevormundung selbst, nach dem Wortlaut der Verfügung des Einwohnergemeindepräsidenten und -Gemeinderates von Sarnen, im Hinblick auf die Klage der Mutter auf Anfechtung der Vereinbarung « bis zur Abklärung dieser Angelegenheit » erfolgt, also materiell eher als eine Art vorsorglicher Verfügung mit dem Zwecke, das Kind dem einsetzenden Zivilstreit um die Gültigkeit jener Vereinbarung zu entrücken. Zudem weise das befolgte Verfahren, ausser der Unzuständigkeit der entmündigenden Behörden, eine Reihe weiterer Mängel auf (keine Angabe des Bevormundungsgrundes, überhaupt Fehlen einer zureichenden Begründung, Unterlassung einer Einvernahme der Mutter). Nach bundesgerichtlicher Praxis hätten sich zwar grundsätzlich die Gerichte an die durch eine örtlich unzuständige Behörde verfügte Bevormundung zu halten, solange sie nicht von der hierfür zuständigen Behörde aufgehoben sei (BGE 61 II 15, 73 I 234 Erw. 2; EGGER zu Art. 376 N. 31). Dies rechtfertige sich jedoch im vorliegenden Falle, angesichts der präjudiziellen Bedeutung dieses Punktes für das Klagebegehren auf Herausgabe des Kindes, mit Rücksicht auf die mehrfache Fehlerhaftigkeit der Verfügung, namentlich aber deshalb nicht, weil diese selber zum vornherein in sich selbst befristet bzw. mit der Resolutivbedingung erlassen sei « bis zur zivilrechtlichen Abklärung der Angelegenheit », nämlich der Frage der Verbindlichkeit der Vereinbarung von 1947. Es sei nicht einzusehen, weshalb der Zivilrichter im Prozesse um ein Rechtsbegehren, für dessen Entscheidung die Frage nach Bestand oder Nichtbestand der

Administrativverfügung eine wesentliche Vorfrage bilde, diese Verfügung in einem weitergehenden und tiefereigreifenden Sinne sollte gelten lassen müssen, als sie selber bzw. die verfügende Behörde es getan habe.

B. — Zwei Tage nach Fällung dieses Urteils, am 21. März 1953, erteilte der Regierungsrat des Kantons Obwalden einer am 2. Februar 1952 zwischen Frau Rohrer mit Zustimmung ihres Ehemannes und dem Vormund des Kindes öffentlich verkündeten und am 17. März vom Einwohnergemeinderat Sarnen genehmigten Adoption des Kindes Kolleger « die gemäss Art. 265 Abs. 2 ZGB erforderliche Zustimmung und die in Art. 422 Ziff. 1 ZGB verlangte Genehmigung ». In der Begründung des Beschlusses wird ausgeführt, gegen die Bevormundung des Kindes im Mai/Juni 1951 sei nicht Beschwerde erhoben worden, diese also in Rechtskraft erwachsen. Die Adoptionsurkunde habe bereits im April 1952 dem Regierungsrat zur Genehmigung vorgelegen, man habe aber damals mit der Behandlung zuwarten wollen, bis die beim Gericht hängige Klage betreffend Gültigkeit der Vereinbarung von 1947 entschieden sei. Mit dem nun (am 19. März 1953) ergangenen Urteil des Bundesgerichts sei nicht gesagt, dass die Vormundschaft nichtig sei; also habe zur Adoption die Zustimmung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde genügt und sei die der Mutter nicht erforderlich gewesen.

Am 25. März 1953 stellte der Anwalt der Mutter, unter Hinweis auf das (erst im Dispositiv mitgeteilte) Urteil des Bundesgerichts vom 19. März, beim Regierungsrat das Gesuch um Wiedererwägung und Rückgängigmachung des Genehmigungsbeschlusses, auf das jener aber nicht eintrat (28. März 1953).

C. — Gegen den Beschluss des Regierungsrates vom 21. März 1953 erhob die Mutter Frau Grieder-Fanger am 13. April/7. Mai 1953 die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von Art. 68 ff. OG mit dem Antrag, jener sei aufzuheben und dementsprechend der über das

Kind Ruth Kollegger abgeschlossene Adoptionsvertrag nichtig zu erklären; ferner am 15. Mai staatsrechtliche Beschwerde im Sinne von Art. 84 ff. OG mit gleichem Antrag. Zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde wird ausgeführt, die Vormundschaft sei, gemäss dem Urteil des Bundesgerichts, unwirksam und unbeachtlich gewesen, weil von der örtlich unzuständigen Behörde errichtet, von der Mutter sofort angefochten, auf mangelhaftem Verfahren beruhend, jedenfalls aber zufolge ihrer Bedingtheit mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 1953 dahingefallen; also habe am 21. März 1953 die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde keine Zustimmung mehr zu geben gehabt.

D. — Frau Rohrer trägt auf Nichteintreten bzw. Abweisung, der Einwohnergemeinderat Sarnen auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde an; der Regierungsrat verzichtet auf Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 OG setzt voraus, dass es sich beim angefochtenen Entscheid um eine Zivilsache handle, die nicht der Berufung unterliegt. Die Berufung ist in der Tat nicht gegeben. Es handelt sich nicht um eine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 44 OG. Das bei der Kindesannahme zu beobachtende Verfahren stellt nicht einen Zivilprozess dar. Sowohl bei der Ermächtigung der zuständigen Behörde gemäss Art. 267 ZGB als bei der — in casu Gegenstand der Beschwerde bildenden — Genehmigung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde gemäss Art. 265 Abs. 2 ZGB handelt es sich um Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit. Eine Berufung kommt daher nicht in Frage.

Wohl aber stellt der Streit um die Gültigkeit der Genehmigung eine Zivilsache im weiteren Sinne des Art. 68 Abs. 1 und Art. 45 OG dar. Die Kindesannahme ist ein Institut des Zivilrechts. Der Anstand ist nach eidgenössischem Zivilrecht zu beurteilen. Ohne Belang ist, dass die Kom-

petenz zur Zustimmung gemäss Art. 265 Abs. 2 ZGB der Aufsichtsbehörde durch das öffentliche Recht übertragen wird und dass der angefochtene Entscheid von einer Verwaltungsbehörde ausgeht (vergl. BIRCHMEIER OG, Art. 68 N. 2; BGE 70 II 194, 74 II 51 Erw. 2, 78 II 91). Die in Art. 68 Abs. 1 Satz 1 OG umschriebenen Voraussetzungen der Nichtigkeitsbeschwerde liegen mithin vor. Indem die Beschwerdeführerin die Zuständigkeit des Regierungsrates gemäss Bundesrecht zur Genehmigung nach Art. 265 Abs. 2 ZGB bestreitet, macht sie den Beschwerdegrund des Art. 68 Abs. 1 lit. b OG geltend. Der Umstand, dass die Beschwerdeschrift Frau Rohrer nicht als beschwerdebeklagte Partei nennt, kann nicht, wie diese beantragt, zum Nichteintreten auf das Rechtsmittel führen. Auch der angefochtene Beschluss des Regierungsrates erwähnte keine « Parteien ». Zudem bestimmt Art. 71 OG nur, dass die Beschwerdeschrift die « Bezeichnung des angefochtenen Entscheides » enthalten müsse, die hier vorliegt. Die Beschwerdelegitimation der Frau Grieder-Fanger ist zu bejahen. Von Rechtsmissbrauch kann seitens der Mutter, die sich gegen die Entziehung ihres Kindes wehrt, nicht die Rede sein. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher einzutreten.

3. — Nach Art. 265 Abs. 2 ZGB ist zur Annahme eines minderjährigen, aber nicht unter elterlicher Gewalt, sondern unter Vormundschaft stehenden Kindes die *Zustimmung* der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde erforderlich. Die Zustimmung der Eltern bezieht sich nur auf die Adoption eines unter ihrer elterlichen Gewalt stehenden Kindes. Sie sind zur Zustimmung berufen als gesetzliche Vertreter, nicht als blosse Aszendenten des Kindes. Mit Recht wird aber die Auffassung vertreten, die nicht im Besitz der elterlichen Gewalt stehenden Eltern sollten angehört werden; doch ist dies nicht Gültigkeitserfordernis, sondern gehört allenfalls nur zu der in Art. 267 Abs. 2 ZGB verlangten Abklärung der Verhältnisse (vgl. ähnlich bei Namensänderung BGE 76 II 342).

Der Zustimmung der Aufsichtsbehörde hat die Beschlussfassung der Vormundschaftsbehörde vorauszugehen (Art. 422 Satz 1 und Ziffer 1 ZGB). Örtlich zuständig ist die Vormundschafts- und die Aufsichtsbehörde, bei bzw. unter welcher die Vormundschaft über das zu adoptierende Mündel geführt wird, in casu — Gültigkeit der Vormundschaft vorausgesetzt — der Einwohnergemeinderat von Sarnen bzw. der Regierungsrat des Kantons Obwalden (Art. 59 obw. EG/ZGB).

Für die *Ermächtigung* zur Kindesannahme gemäss Art. 267 ZGB ist im Kanton Obwalden die « Vormundschaftsbehörde des Annehmenden » (Art. 42 EG/ZGB) zuständig, d. h., ungeachtet einer abweichenden kantonalen Bestimmung bezüglich im Kanton wohnender Kantonsbürger (Art. 56 EG), gemäss Art. 267 Abs. 1 ZGB immer die Vormundschaftsbehörde *am Wohnsitz* des Annehmenden, hier der Frau Rohrer, also ebenfalls der Einwohnergemeinderat von Sarnen.

Der Genehmigungsvermerk des Einwohnergemeinderates Sarnen auf der Adoptionsurkunde steht mithin in der doppelten Eigenschaft der Beschlussfassung der Vormundschaftsbehörde als 1. Instanz (Art. 422 Satz 1 ZGB) und der Ermächtigung nach Art. 267, derjenige des Regierungsrates als Zustimmung der Aufsichtsbehörde nach Art. 265 Abs. 2/422 Ziff. 1 ZGB da. Die formellen Erfordernisse einer gültigen Kindesannahme sind mithin an sich gegeben.

4. — Die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden setzt nun aber das Bestehen einer rechtsgültigen Vormundschaft über das zu adoptierende Kind voraus. Bestand diese im Zeitpunkt des angefochtenen Zustimmungsbeschlusses des Regierungsrates vom 21. März 1953 nicht oder nicht mehr zu Recht, so war auch der Regierungsrat als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde für diesen nicht (mehr) zuständig. Dies wird vorliegend als Beschwerdegrund gemäss Art. 68 Abs. 1 lit. b OG geltend gemacht.

a) Es wurde bereits im Berufungsurteil des Bundesgerichts vom 19. März 1953 ausgeführt, dass die Vormundschaftsbehörde von Sarnen im Mai/Juni 1951 zur Anordnung der Vormundschaft über das Kind Kollegger örtlich unzuständig war, weil dessen Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt in Zürich Wohnsitz hatte. Der Einwohnergemeinderat Sarnen als Beschwerdegegner zitiert in seiner Vernehmlassung diese Urteilerwägungen unrichtig, wenn er bemerkt, das Bundesgericht stelle selbst fest, dass eine durch eine örtlich unzuständige Behörde verfügte Bevormundung für die Gerichte bis zur Aufhebung durch die zuständige Behörde zu gelten habe. Dies ist, wie dort ausgeführt, zwar die Regel; für den vorliegenden Fall wurde indessen deren Geltung eben abgelehnt in Ansehung der dem Verfahren anhaftenden Mängel, namentlich aber deshalb, weil die Verfügung zum vornherein in sich selbst befristet bzw. mit der Resolutivbedingung erlassen worden sei « bis zur zivilrechtlichen Abklärung der Angelegenheit », nämlich der Frage der Verbindlichkeit der Vereinbarung von 1947. Es kann somit dahingestellt bleiben, ob trotz der örtlichen Unzuständigkeit der Behörden von Sarnen zur Bevormundung im Jahre 1951 die Vormundschaft in der Folge, mangels formgerechter Anfechtung, nach der erwähnten Regel mindestens formell zu Recht bestand und daher auch die Zuständigkeit des Regierungsrates als vormundschaftlicher Aufsichtsbehörde zur Genehmigung der Kindesannahme gegeben gewesen wäre; denn die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich nur gegen den Beschluss des Regierungsrates vom 21. März 1953. In diesem Zeitpunkt aber, d. h. zwei Tage nach Fällung des bundesgerichtlichen Urteils vom 19. März, bestand die Vormundschaft nicht mehr zu Recht und war daher auch die Zuständigkeit des Regierungsrates gemäss Art. 265 ZGB nicht mehr gegeben.

b) Mit Bezug auf die Selbstbefristung bzw. die resolutive Bedingtheit der Bevormundungsverfügung wird in der Vernehmlassung der Frau Rohrer (auf die

staatsrechtliche Beschwerde) freilich eingewendet, das Berufungsurteil des Bundesgerichts stelle zu Unrecht auf die Verfügung des Gemeindepräsidiums Sarnen vom 30. Mai 1951 ab, während massgebend allein der Beschluss des Einwohnergemeinderates vom 18. Juni sein könne, der die Bevormundung schlechthin anordne und den Passus « bis zur Abklärung der Angelegenheit » nicht enthalte, sondern lediglich beifüge: « Im weitem bleibt die zivilrechtliche Abklärung des Falles abzuwarten »; somit falle die ganze Argumentation betreffend automatischer Beendigung der Vormundschaft dahin. Diese Beanstandung geht indessen fehl. Zwar ist richtig, dass vom Beschluss des Einwohnergemeinderates, als der Vormundschaftsbehörde, auszugehen ist. Aber dieser lautet eben dahin « Die Präsidialverfügung vom 30. Mai 1951, durch die das Kind unter die gesetzliche Vormundschaft... gestellt worden ist, wird bestätigt ». Hinsichtlich Inhalt und Umfang fallen also die beiden Beschlüsse zusammen; mit dem zweiten wird auch die Einschränkung des ersten hinsichtlich Sinn, Zweck und Dauer der Massnahme bestätigt. Über die Zulässigkeit und Zweckmässigkeit einer Bevormundung mit in dieser Weise limitierter Tragweite kann auf das Berufungsurteil (i. f.) verwiesen werden. Dieses Vorgehen lässt, wie dort ebenfalls bemerkt wurde (S. 9 unten), darauf schliessen, dass es sich bei dem Gewaltentzug mit Bevormundung gemäss Art. 286 ZGB — ohne Bezugnahme auf den im Rahmen dieser Bestimmung einzig in Betracht kommenden Entziehungsgrund der Wiederverheiratung — in Wirklichkeit materiell eher um eine vorsorgliche Massnahme handelte mit dem Zwecke, das Kind dem bevorstehenden Zivilstreit um die Gültigkeit der Vereinbarung 1947 zu entrücken, deren Anordnung freilich Sache des Richters in jenem Prozesse gewesen wäre. Würde die Vormundschaft nur in diesem Sinne und zu diesem Zwecke verfügt und der Mutter mitgeteilt, so hörte ihre Wirkung ipso iure mit dem Ende des Zivilprozesses auf, das mit dem Urteil des Bundes-

gerichts vom 19. März 1953 eintrat. Ob ungeachtet eben dieses stellvertretenden und beschränkten Charakters der Bevormundung eine vor diesem Datum ausgesprochene Genehmigung hätte anerkannt, also hingenommen werden müssen, dass die Vormundschaft über ihren Zweck in concreto hinausgehend den Übergang der Zustimmungsbefugnis von der Mutter auf die vormundschaftlichen Behörden bewirkt haben sollte, kann mithin — ebenso wie die Frage der Wirkung der ursprünglichen örtlichen Unzuständigkeit der Entmündigungsbehörde von Sarnen — dahingestellt bleiben. Spätestens seit dem 19. März 1953 war der Regierungsrat zur Erteilung der Zustimmung weder sachlich noch örtlich mehr zuständig. Sein Beschluss vom 21. März 1953 ist daher aufzuheben, womit die Kindesannahme dahinfällt.

Wäre übrigens die zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig oder der Beschwerdegrund des Art. 68 Abs. 1 lit. b OG nicht gegeben, so müsste der angefochtene Beschluss in Gutheissung der gleichzeitig eingelegten staatsrechtlichen Beschwerde mit materiell gleicher Begründung wegen Willkür aufgehoben werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen und der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 21. März 1953 aufgehoben.

42. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1953

i. S. H. und E. Gräub gegen Käser.

1. a) Notwendiger Inhalt des Berufungsantrages. Art. 55, b OG.
b) Nicht vermögensrechtliche Natur eines Streitiges. Art. 44 OG.
c) Interesse an der Weiterziehung eines Urteils (Erw. 1-3).
2. *Vaterschaftsklage* (Art. 307 ff. ZGB). Unzulässigkeit eines blossen Begehrens um Feststellung der Vaterschaft, insbesondere gegen die Erben des angeblichen Vaters (Erw. 4).
3. Das Interesse des Kindes, sich als Vaterwaise für den Bezug einer AHV-Rente nach Art. 27 Abs. 2 AHVG ausweisen zu