

# Bemerkungen zum schweizerischen Ehescheidungsrecht

Autor(en): **Kehl, R.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **67 (1948)**

PDF erstellt am: **11.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896421>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Bemerkungen zum schweizerischen Ehescheidungsrecht

Von Dr. Rob. Kehl, Schlieren bei Zürich

---

## I. Die eheliche Wohnung

Hat sich der Scheidungsrichter mit der Auseinandersetzung der Parteien über die **eheliche Wohnung** zu befassen? Wenn ja (und allgemein), welcher Ehegatte hat Anspruch auf die eheliche Wohnung? Diese Fragen gehören heute wohl zu den aktuellsten im ganzen Ehescheidungsrecht. Nicht selten sind die Fälle, in denen die Parteien dieses Problem anlässlich der Scheidungsverhandlung oder sonst während des Verfahrens mehr oder weniger schüchtern stellen. Es ist auch eine ziemlich häufige Erscheinung, daß die Regelung dieses Problems in einer Scheidungskonvention erfolgt und so die richterliche Genehmigung findet. Dagegen habe ich es in meiner bisherigen Praxis nicht erlebt, daß ein Gericht über die Frage entschieden hätte. Auch ist mir kein solcher Entscheid bekannt (mit Ausnahme des ähnlich gelagerten, bei Brunner, Mietrecht, Aufl. 1927, S. 333, wiedergegebenen). Das Bedürfnis nach einer Antwort auf die gestellten Fragen ist aber deshalb nicht weniger dringend.

Zu Frage 1: Nach dem ZGB hat die vollständige güterrechtliche Auseinandersetzung durch den Scheidungsrichter zu erfolgen (vgl. Egger, Art. 154 N. 11; a. M. BGE 62 II 167 vom 5. Juni 1936, wo das Bundesgericht erklärt, es sei den Kantonen überlassen, zu entscheiden, ob die Scheidungsfrage und die güterrechtliche Auseinandersetzung gleichzeitig zu erfolgen habe). Für das zürcherische Recht besteht nach § 257 II ZPO kein Zweifel, daß die güterrecht-

liche Auseinandersetzung vollständig im Scheidungsurteil zu erfolgen hat. Gehört nun das Rechtsverhältnis bezüglich der Wohnung zum ehelichen Vermögensbestand, dann hat auch diesbezüglich eine Auseinandersetzung stattzufinden, welche gemäß dem erörterten Prinzip richtigerweise im Scheidungsverfahren selbst zu erfolgen hat. Nicht umsonst werfen denn die Parteien diese Frage sehr oft auf, und aus dem gleichen Grunde finden wir auch nicht selten bezügliche Regelungen in den Scheidungsvereinbarungen. Das Mieterrecht ist ein Vermögensrecht, ein Forderungsrecht, das heute zweifellos von großem Wert sein kann und das deshalb in der einen oder andern Art das eheliche Güterrecht beschlägt, denn es kann sich um ein «eingebrautes Gut» oder um eine «Neuanschaffung» während der Ehe handeln. Im einen wie im andern Falle gehört es meines Erachtens in die güterrechtliche Auseinandersetzung. Tatsächliche Voraussetzung einer richterlichen Befassung mit dieser Frage ist aber ein bezüglicher Streit; allerdings könnte man sich auf Grund von Art. 158 Z. 5 ZGB fragen, ob der Richter nicht diesen Punkt ex officio untersuchen sollte. Die Praxis ist auf diesem Gebiete nicht ganz konsequent, indem der Richter, wie ich selbst immer wieder habe feststellen können, sich damit zwar gewöhnlich nicht begnügt, daß sich die Parteien über die güterrechtliche Auseinandersetzung überhaupt ausschweigen oder auf Frage erklären, sie hätten sich schon verständigt, sondern von den Parteien mehr oder weniger genauen Aufschluß über ihre Vereinbarung verlangt, dann aber meist entgegen dem Sinn des Gesetzes (das ja die Genehmigung und damit Prüfung auch der güterrechtlichen Auseinandersetzung verlangt — was nur möglich ist, wenn der Richter inhaltlich von den Vereinbarungen Kenntnis erhält) zufrieden ist.

Zu Frage 2: Wenn sich der Richter im Scheidungsverfahren selbst nicht mit der Frage der Wohnungszuteilung befaßt, so hindert das die Parteien natürlich nicht, ihre bezügliche Streitfrage doch vor einen Richter zu bringen. Wie soll er aber entscheiden? Wir wollen uns im folgenden bloß

mit jenem Fall befassen, in dem der Ehemann den Vertrag ohne «offizielle» Mitwirkung der Frau, also auch ohne Mitunterzeichnung durch die Frau, abschließt, denn dieser Fall ist der weitaus häufigste. Nebenbei sei bemerkt, daß Reichel die (bisher, soviel ich sehe, unwidersprochen gebliebene) Meinung vertreten hat, die Ehefrau erhalte durch Mitunterzeichnung des Mietvertrages keine eigenen Rechte (SJZ 13/S. 241; vgl. auch Oser/Schönenberger, Komm. OR Art. 253 N. 10, und Schucany, Der Mitabschluß eines Schuldvertrages durch die Ehefrau des Vertragschließenden, Zürch. Diss., 1916, S. 41), so daß übrigens auch dieser Fall mit Bezug auf unsere Frage dem ersterwähnten und hier zugrunde gelegten ganz nahe käme. Festzuhalten ist ferner, daß darüber sowohl im schweizerischen wie auch im deutschen Recht natürlich kein Zweifel besteht, daß die Ehefrau als Angehörige (vom Falle wohl abgesehen, in dem in klarer Weise ausbedungen wurde, daß nur der unterzeichnende und im Vertrag bezeichnete Ehemann allein in den betreffenden Räumlichkeiten wohnen darf) auch gegenüber dem Vermieter ein Recht auf Mitbenützung der Wohnung hat (vgl. Schucany, a. a. O. S. 31 und 38 ff.). Weiter darf als herrschende Meinung gelten, daß die Ehefrau die eheliche Wohnung, die der Ehemann auch in Kenntnis des Vermieters, daß es sich um eine eheliche Wohnung handelt, «gemietet hat», das heißt bezüglich der er den Vertrag allein unterzeichnet hat, nach der rechtskräftigen Scheidung auf Verlangen des früheren Ehemannes oder des Vermieters zu räumen hat. Der Ehemann gilt nach herrschender Auffassung eindeutig als ausschließlicher Mieter. Diese Feststellung wird jedermann durch fast beliebige Umfragen jederzeit machen können. Sie ergibt sich vielleicht auch aus einer Entscheidung des zürcherischen Obergerichtes, das den Grundsatz, die Ehefrau müsse eine vom Ehemann erklärte und vom Vermieter angenommene Kündigung des Mietvertrages gegen sich gelten lassen, deutlich ausgesprochen hat (vgl. Entscheid vom 1. September 1922, zitiert bei M. Brunner a. a. O. S. 333 ff.). Von diesem Gericht wurde daraus gefolgert, die Ehefrau müsse auf

Grund dieser Kündigung die Wohnung verlassen (vgl. für diesen Ausgangspunkt zum Beispiel Egger, Komm. ZGB Art. 163, N. 6; Schucany a. a. O. S. 30 und 68; M. Brunner, a. a. O. S. 396).

Darüber kann wohl kein Zweifel bestehen, daß es in vielen Fällen gefühlsmäßig stoßend wirken muß, wenn der Nichtmieterehegatte nach der Scheidung unter Umständen sogar mit den Kindern die Wohnung verlassen muß, nur weil nicht er, sondern der andere Teil den Vertrag über die eheliche Wohnung abgeschlossen hat. Das ist einmal aus ethischen Gründen dann stoßend, wenn der Mieterehegatte die Scheidung geradezu ausschließlich und unter schwerer Kränkung des andern verschuldet hat; und nun sollte der ohnehin gekränkte Ehepartner die Wohnung verlassen, also obdachlos werden oder mit einem Schlupfwinkel vorliebnehmen und zum mindesten all die Umtriebe einer Wohnungssuche auf sich nehmen, während der Mieterehegatte nach der Scheidung vielleicht mit seiner bzw. ihrem Geliebten in der Wohnung bleiben kann. Stoßend ist es aber auch bei rechtlicher Betrachtung, wenn dem Ehemann, nur wegen seiner tatsächlichen und rechtlichen Stellung als Vertreter (!) der ehelichen Gemeinschaft, zum vornherein ein besseres oder alleiniges Recht auf die Wohnung zugesprochen wird, und wenn er aus dieser Funktion den Vorteil soll ableiten können, alleiniger Mieter der Wohnung zu sein. Mit Recht sagt Goldschmidt, *Das Recht der Ehwohnung*, Diss. Bonn 1930, S. 77: «Das Ergebnis, die schuldlos geschiedene Frau muß mit den kleinen Kindern auf die Straße, muß unbedingt und auf jeden Fall vermieden werden»; es könne nicht dabei sein Bewenden haben, daß man dieses Ergebnis als hart, aber unvermeidlich bezeichne. Wie bereits bemerkt, scheint dieses Ergebnis der herrschenden Lehrmeinung und Praxis vorab in der Schweiz, aber auch in Deutschland zu entsprechen, wobei man davon ausgeht, daß das Recht der Frau auf Benützung der Wohnung mit der Auflösung der Ehe aufhöre, da diesem Recht mit dem Wegfall der Ehe die Rechtsgrundlage entzogen sei (vgl. Goldschmidt,

S. 77, oben). Demgegenüber wurden aber in der deutschen Lehre verschiedene Lösungen versucht (Goldschmidt, a. a. O., S. 67 ff.).

a) Gegenüber dem Ausweisungsbegehren des Vermieters (anders bei einem solchen des Gatten) wollte ein deutscher Autor mit den (deutschen) mietrechtlichen Notvorschriften helfen.

b) Der Schutz des Nichtmieterhegatten liege, so sagt ein zweiter Lösungsversuch, wenn jener an der Auflösung der Ehe schuldlos sei, in der Pflicht des andern, ihm einen Unterhaltsbeitrag zu entrichten. Vernachlässige nun der Ehemann gegenüber der Frau, die nicht Mieterin sei, diese Unterhaltspflicht und leiste er auch die Sicherheit (§ 1580/I Satz 2 BGB in Verbindung mit § 324 ZPO) nicht, so entspreche es der Billigkeit, der Ehefrau gegenüber dem Räumungsanspruch des Mannes in analoger Anwendung von § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht einzuräumen.

c) Gestützt auf die Feststellung, daß mit Geld nicht unbedingt geholfen sei und es nicht billig sei, den schuldlosen Gatten unter den Folgen der Scheidung leiden zu lassen, stellt sich ein anderer Jurist auf den Standpunkt, die Wohnung müsse dem schuldlosen Ehegatten zugewiesen werden. Für den Fall, daß beide schuldig seien, sei die Wohnung dem zuzuweisen, dem sie in Abwägung aller Interessen mehr diene. Der Vermieter müsse das deshalb dulden, weil er ja die Wohnung diesfalls einer Person überlassen müsse, die ohnehin schon zum Mitgebrauch berechtigt gewesen sei. Die Sache liege dem Vermieter gegenüber nicht anders, als wenn der Mieter sich von seiner Frau nur tatsächlich trenne und ihr die Wohnung überlasse. Nicht schuldrechtliche, sondern eherechtliche Grundsätze seien hier anwendbar.

d) In einem weiteren Lösungsversuch (so Goldschmidt selbst, S. 77 f. und 67, aufbauend auf einem Vorschlag von M. Wolff, Familienrecht, 6. Aufl. 1928, § 36 IV 2) wird die Meinung vertreten, zwar sei der Unterhaltsbeitrag in Geld zu leisten, eine Ausnahme sehe das Gesetz nicht vor; allein unter Umständen widerspreche es Treu und Glauben, an

diesem Grundsatz festzuhalten. Unser Recht sei nicht mehr so starr, daß das *summum jus* zur *summa iniuria* werden müsse. Die Geldzahlung könne unter Umständen einfach zur Erreichung des Zweckes nicht geeignet sein. Der Geldanspruch könne sich auf Grund des zum positiven Recht gehörigen Prinzips von Treu und Glauben in einen Anspruch auf Sachleistung verwandeln. Andernfalls würde der gesetzliche Unterhaltsbeitrag unter Umständen glatt versagen. Das Gesetz habe eben die Möglichkeit, daß für einen normalen Geldbetrag eine Wohnung schlechterdings nicht erhältlich sei, nicht ins Auge gefaßt. Man könne deshalb getrost annehmen, daß der Gesetzgeber auch die Sachleistung vorgesehen hätte, wenn er an jene Möglichkeit gedacht hätte. Für den Vermieter sei diese Lösung zumutbar, weil es sich ja nur um ein Provisorium handle, indem den Mieterhegatten gegenüber dem Vermieter die Pflicht treffe, für einen Ersatz zu sorgen, das heißt dem Nichtmieterhegatten baldmöglichst eine andere Wohnung zu stellen. Dem Vermieter gegenüber bleibe nach wie vor der Mieterhegatte für den Mietzins haftbar. Das Benützungsrecht des Nichtmieterhegatten mit Bezug auf die Wohnung beruhe auf der Ehe und den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Mann und Frau; wenn und solange der Nichtmieterhegatte — eventuell über die Dauer der Ehe hinaus — gegenüber dem andern Gatten ein solches Gebrauchsrecht hinsichtlich der Wohnung habe, dann habe er dieses gleiche Recht auch gegenüber dem Vermieter.

Von diesen Lösungen steht, was wenigstens das interne Verhältnis anbelangt, die eine direkt in Übereinstimmung mit analogen Entscheidungen im schweizerischen Scheidungsrecht, nämlich die vorstehend unter d) erwähnte Konstruktion mit dem Naturalersatz für den Unterhaltsbeitrag (Weiß, Sammlung, I, 1925, Nr. 632, ZR 29/149, ZR 35/105 und ZR 43/157). In diesen Entscheiden wird das Prinzip ausgesprochen, daß an Stelle der Geldentschädigung eine Naturalentschädigung treten kann. Nichts hindert uns an sich, dieses Prinzip auf die Wohnungsfrage anzuwenden,

denn vorerst wird mit der Entschädigung auch die Deckung des Wohnbedarfs beabsichtigt, und andererseits ist auch das Mietrecht ein Vermögensrecht, wie das Eigentum an Möbeln, wenn auch wesentliche Unterschiede nicht zu leugnen sind, wie wir noch sehen werden. Diese Unterschiede brauchen aber einer Zusprechung der Wohnung an den sogenannten Nichtmieterehegatten nicht unbedingt entgegenzustehen.

Im folgenden seien die Liquidationsgrundsätze, die ich als gesetzlich möglich und gleichzeitig als gerechte Lösung unserer Fragen betrachte, dargestellt und, soweit es nach dem bisher Gesagten noch notwendig ist, kurz besprochen und begründet.

Zu unterscheiden sind das interne (Ehegatten unter sich) und das externe Verhältnis (Ehegatten/Vermieter). Es sei nochmals daran erinnert, daß wir nur den Fall betrachten, in dem der Mann den Vertrag allein unterzeichnet hat.

a) Das interne Verhältnis: Der Richter spricht die Wohnung zum Beispiel der Frau zu (sei es aus Verschulden des Mannes auf Grund von Art. 151 oder 152 ZGB, sei es, weil ihr bei gleichem Verschulden die Wohnung mehr dient, sei es, weil der Mann nicht imstande ist, ihr das eingebrachte Gut zurückzugeben), entweder indem der Mann gleichzeitig verpflichtet wird, den Mietzins weiter zu bezahlen, oder ohne Statuierung einer solchen Pflicht. Intern gehen damit die Rechte aus dem Vertrag unter Ausschluß des Mannes auf die Frau über (die Frau erhält damit dem Manne gegenüber einen Anspruch auf Unterlassung des Betretens der Wohnung). Diese Regelung trifft der Scheidungsrichter. Mit der externen Regelung hat er sich nicht zu befassen, nur hat sein Urteil, wie im folgenden auszuführen sein wird, grundsätzlich auch Reflexwirkung gegenüber dem Vermieter. Der Scheidungsrichter darf aber diese Zuweisung an die Frau dann nicht aussprechen, wenn sich der Vermieter gegen eine solche Zusprechung zum vornherein im Mietvertrag eindeutig gesichert hat (ausgenommen, eine solche Klausel würde als nichtig erklärt, wenn sie, besonders auf

Veranlassung des Mannes, aus bloßer Schikane abgeschlossen worden ist).

b) Das externe Verhältnis: Der Mietvertrag geht, sofern er nach der Meinung der Parteien als ehelicher abgeschlossen worden ist, grundsätzlich kraft des Vertrages selbst, so wie dieser durch das Scheidungsurteil konkretisiert wurde, mit Rechten und Pflichten auf den Ehegatten über, dem die Wohnung zugesprochen wird. Es findet also kraft dem Scheidungsurteil eine Singularsukzession statt (man könnte diese auch als Komplexsukzession bezeichnen). Daran ist der Vermieter auf Grund des von ihm selbst geschlossenen Vertrages gebunden. Denn der eheliche Mietvertrag dürfte gewöhnlich die Meinung der Parteien enthalten, daß bei Auflösung der Ehe eine Neuregelung des Vertragsverhältnisses mit Bezug auf die Person des Mieters stattfinden müsse. Dabei ist vorausgesetzt, daß der Vermieter darüber orientiert worden ist, daß es sich um eine eheliche Wohnung handelt, sei es, daß er es bei Vertragsabschluß schon wußte, sei es, daß er es nachher erfahren und stillschweigend der Umgestaltung zugestimmt hat. Weiß aber der Vermieter, daß die Wohnung für einen ehelichen Haushalt gemietet wird, dann muß es ihm klar sein, daß der Ehemann als Vertreter der ehelichen Gemeinschaft handelt (Art. 162/I ZGB). Über das dogmatische Wesen dieser Vertretung kann man vielleicht verschiedener Meinung sein. Ohne Zweifel bestehen Nuancen gegenüber der gewöhnlichen Stellvertretung. Es läßt sich aber nicht leugnen, daß die Grundsätze des allgemeinen Vertretungsrechtes mindestens in einem gewissen Umfang anwendbar sind und daß es sich eben doch um ein Vertretungsverhältnis handelt (vgl. v. Tuhr, 1927, I, 306, N. 9; Egger, Komm. ZGB, Art. 162).

Auch wenn man vielleicht nicht so weit gehen will, die eheliche Gemeinschaft schlechthin als vertretene, im gewöhnlichen Sinne als vertragschließende und damit berechnete und verpflichtete Partei anzusehen, was sie schon von Gesetzes wegen nicht ist, indem die Ehefrau zum Bei-

spiel nur subsidiär haftet, so ergibt sich doch zweifelsohne aus dem gesetzlich klar statuierten Institut der ehelichen Gemeinschaft als Begriffes im Verkehr zwischen dieser und den Dritten (vgl. den Begriff des Gemeinschaftsgeschäftes zum Beispiel bei Egger, Art. 162 N. 5; 163 N. 3), daß es nicht angängig ist, den Mann, trotzdem er als Vertreter dieser Gemeinschaft auftritt, rein individualistisch als ausschließliches Subjekt des aus solchen Geschäften resultierenden Rechtsverhältnisses zu behandeln. Das hieße, den Art. 162/I ZGB ignorieren. Zum mindesten ist aus dieser Sachlage zu schließen, daß die Parteien wegen dieses Charakters des Geschäftes und wegen der den Beteiligten bekannten Bestimmung des Mietobjektes, die ihrerseits auf der Ehe als wesentlicher Grundlage beruht, vernünftigerweise davon ausgehen müssen, daß der Bestand und das Schicksal der Familie (dieser vertretenen Gemeinschaft) nicht ohne Einfluß auf die Abwicklung des Vertragsverhältnisses sein könne, daß schon der aus dieser Konstellation entspringenden subsidiären Haftbarkeit der Ehefrau auch ein gewisses Mieterrecht der Ehefrau entspricht (heute zeigt sich, wie unhaltbar die These ist, daß die Ehefrau gar kein Interesse an eigenen Mieterrechten habe, vgl. zum Beispiel Reichel, SJZ 13/241 und Schucany, a. a. O. S. 36 ff.) und daß das Benützungsrecht der Ehefrau, nachdem ja doch die eheliche Gemeinschaft gewissermaßen die Vertretene und der Mann nur der in deren Interesse Handelnde ist, nicht schlechthin und generell zugunsten des Mannes wegfallen muß, wenn die Ehe, das rechtliche Band dieser Gemeinschaft, aufgelöst ist, sondern daß notwendigerweise eine Liquidation eintreten muß, die (im Gegensatz zu derjenigen einer Gesellschaft des OR) von familienrechtlichen und damit sozialen Gesichtspunkten beherrscht sein muß. Es darf dem Vermieter ein solches Maß sozialer Gesinnung zugemutet (als Vertragswillen mangels deutlicher entgegenstehender Indizien unterstellt) werden, daß er bei Abschluß eines ehelichen Mietvertrages damit rechnet, daß er, ein Minimum von finanziellen Sicherungen vorausgesetzt, vielleicht ein-

mal die Frau (eventuell mit den Kindern) als alleinige Mieterin der Wohnung dulden muß, damit sie nicht zum ehelichen Unglück hinzu noch obdachlos wird.

Der Gedanke, daß ein ehelicher Mietvertrag unter der stillschweigenden Voraussetzung des Bestandes und für die Dauer der Ehe abgeschlossen werde, ist nicht neu (vgl. Jaffa bei Goldschmidt, a. a. O. S. 71; zu dieser Auslegungsart vgl. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, und die große dazu ergangene Literatur, zum Teil zusammengestellt bei Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandekten, 9. Aufl. I, 507 f.). Er allein gewährleistet eine sozial tragbare und zweckmäßige Abwicklung des Verhältnisses im Falle einer Scheidung. Er entspricht dem rechtlich relevanten Willen des Mieters übrigens auch deshalb, weil dieser im Falle einer Scheidung die Wohnung meist nicht mehr benötigt. Die hier vorausgesetzte soziale Einstellung ist heute übrigens beim Manne in der Hauptsache gegeben, da es sich zeigt, daß der Ehemann bei Einleitung der Scheidungsklage in den meisten Fällen (wenn Kinder vorhanden sind und diese unbestrittenermaßen von der Frau betreut werden sollen, beinahe immer) die Wohnung verläßt, trotzdem der Standpunkt, der Mann sei der Mieter, wahrscheinlich auch im Volk verbreitet ist. In den vorsorglichen Maßnahmen ist ferner die Tendenz unverkennbar, der Frau die Wohnung zuzuweisen, selbst wenn der Ehemann Eigentümer der Wohnung (des Hauses) ist, und da auch dies im Publikum ohne weiteres hingenommen wird, ist der Schluß zulässig, das heutige soziale Empfinden sei für die hier vorgeschlagene Lösung vorbereitet.

Trotzdem wird es notwendig sein, einigen Einwänden der Vermieterseite zu begegnen und zu sehen, wie die Vermieter gegen Schädigungen, die sie aus der vorgelegten Lösung befürchten könnten, geschützt sind, bzw. geschützt werden können.

Dem Vermieter stehen zu seinem Schutze vorerst die normalen Kündigungsrechte (im Rahmen der Mieterschutzverordnung) zu, ferner unter Umständen ein Recht auf so-

fortigen Rücktritt auf Grund von Art. 261 OR oder das der vorzeitigen, einseitigen Auflösung des Vertrages auf Grund von Art. 269 OR.

Bezüglich der Reflexwirkung des Urteils auf das externe Verhältnis wird der Vermieterstandpunkt vorerst geltend machen, es gehe nicht an, daß das Scheidungsurteil in fremde Rechte und Pflichten eingreife, zumal der Vermieter im Prozeß nicht mitzusprechen berechtigt sei (die hier vorgeschlagene Lösung wird aber zur Folge haben, daß man immer ein Bedürfnis empfinden wird, den Vermieter zur Sache zu hören), und es widerspreche eine solche Regelung einfach dem Mietvertrag, den er mit dem Manne abgeschlossen habe. Dem ist der schon ausgesprochene Grundsatz entgegenzuhalten, daß bei solchen für die eheliche Gemeinschaft abgeschlossenen Mietverträgen der Mann nicht individualistischer Mieter ist und daß es im Wesen dieser Verträge liegt, daß der Vermieter mit einer Subjektsänderung rechnen muß. Man tut ihm daher grundsätzlich kein Unrecht an, wenn man die Wohnung der Frau zuspricht, sondern der Richter gründet sich gerade auf den Vertrag.

Da sich der Scheidungsrichter aber mit dem externen Verhältnis nicht zu befassen hat, wird es Sache des Vermieters sein, vor dem ordentlichen Zivilrichter geltend zu machen, die Reflexwirkung sei in seinem besonderen Falle nicht eingetreten, sei es wegen des Wortlautes des Vertrages oder wegen andern besonderen Gründen. Der ordentliche Zivilrichter wird alsdann aber nicht darüber zu befinden haben, ob ein ehelicher Mietvertrag an sich auf Grund scheidungsrichterlicher Zusprechung übergehen könne, sondern nur prüfen, ob dies im speziellen Falle nicht zutreffe. Nur das wird das Thema in einem Prozeß zwischen dem Vermieter und dem neuen «Mieterehegatten» bzw. beiden früheren Ehegatten sein. Nach dem Gesagten ist auch zu bemerken, daß der Vermieter jedenfalls nicht entgegen kann, er müsse nicht dulden, daß eine Person Mieterin werde, die im Vertrag nicht als solche oder überhaupt nicht aufgeführt sei, denn vorerst ist theoretisch wieder auf den Grundsatz

zu verweisen, daß auch die Frau kraft des ehelichen Mietvertrages gewissermaßen Mitmieterin wird, selbst wenn die Ehe erst nachträglich abgeschlossen, das Mietverhältnis aber fortgeführt wird, immer vorausgesetzt, der Vertrag enthalte keinen deutlichen Ausschluß dieses Eintrittes der Frau in das Mietverhältnis. In praktischer Beziehung ist aber überdies zu bemerken, daß der Vermieter die Frau (auch nach der Mindestvorstellung des Vermieters) wenigstens als dauernde Hausgenossin geduldet hat, der in Tat und Wahrheit praktisch ein nicht minder großes (wenn nicht das größere) Mitspracherecht bezüglich der Art der Benützung der Wohnung zukommt als dem Manne, so daß seine Opposition gegen die Person der Frau als solche ohnehin auf schwachen Füßen stände.

Weit wesentlicher scheint *prima vista* der Einwand der Vermieterschaft zu sein, es könne dem Vermieter nicht eine Person als Mieterin aufoktroiert werden, die vielleicht nicht zahlungsfähig sei. Diesem Einwand gegenüber ist jedoch zu bemerken, daß der Vermieter gegenüber diesen Schwierigkeiten durchaus nicht hilflos dasteht, denn erstens steht ihm vor allem der Rechtsbehelf von Art. 265 zur Verfügung, ferner wird ihm das Retentionsrecht einen Schutz bieten, sodann stehen ihm die normalen Kündigungsrechte zu, und bei auf bestimmte Zeit (oder auch bei solchen auf unverhältnismäßig lange Kündigungstermine kündbaren Verträgen, Oser/Schönenberger, Art. 269 N. 5) abgeschlossenen Verträgen das Rücktrittsrecht aus wichtigem Grunde; ein solcher Rücktritt würde besonders dann geschützt werden müssen, wenn der nunmehr alleinige «Mieterehegatte» wirtschaftlich soviel schwächer wäre, daß der Vermieter in seinen Ansprüchen als gefährdet erschiene (Oser/Schönenberger, Art. 269 N. 10).

Eine weitere Sicherung des Vermieters gegen einen Übergang des Vertrages in Fällen, in denen er für ihn eine Schädigung oder wenigstens eine erhebliche Gefährdung bedeuten könnte, scheint mir im folgenden zu liegen. Gemäß Art. 266 OR ist der Vermieter beim Konkurs des Mieters berech-

tigt, das Mietverhältnis aufzulösen, wenn ihm nicht binnen angemessener Frist für die rückständigen und die später fälligen Mietzinse Sicherheit geleistet wird. Das ist nichts anderes als ein Anwendungsfall von Art. 83 OR (vgl. v. Tuhr, OR, § 64 A. 65 und Oser/Schönenberger, Art. 266, N. 1), von dem der letztzitierte Kommentator sagt, er sei auf den Mietvertrag an sich nicht anwendbar. Nun ist freilich die Scheidung kein Konkurs. Aber ganz abgesehen davon, daß die Ablehnung einer generellen Anwendbarkeit von Art. 83 OR doch nicht so unumgänglich ist, indem ja schließlich der Vermieter entgegen der üblichen Begründung der genannten Ansicht mit der Übergabe der Wohnung noch nicht fertig geleistet hat — gegen die generelle Anwendung spricht allerdings die Aufnahme einer speziellen anscheinend einschränkenden Bestimmung des gleichen Rechtsgedankens in die Bestimmungen über den Mietvertrag —, so läßt sich doch auf alle Fälle der Standpunkt vertreten, daß wenigstens im Falle der Scheidung auch eine sonstige Zahlungsunfähigkeit des «neuen» Mieters die Anrufung dieses Rechtsgedankens nicht nur nötig, sondern auch zulässig macht, zumal in der Scheidung doch eine dem Konkurs ähnliche Situation vorliegt oder wenigstens vorliegen kann, und der eheliche Mietvertrag strukturell vom Grundtypus des Vertrages, den das Gesetz naturgemäß vor Augen hatte, abweicht. Ohne ein solches Recht des Vermieters beständen freilich Bedenken gegen den Satz, daß der Vermieter grundsätzlich den Übergang des Mietverhältnisses auf den vom Scheidungsrichter bezeichneten Ehegatten gegen sich gelten lassen müsse. Dieses Recht wird man dem Vermieter dann einräumen, wenn aus irgendeinem Grunde die normalen gesetzlichen Sicherungsmittel nicht ausreichen (zum Beispiel der Kredit beruhte auf einem nicht retinierbaren Vermögen oder dem Einkommen des ausziehenden Ehegatten). Die Fälle sind aber bei genauerem Zusehen viel seltener, als man auf den ersten Anhieb glauben möchte. Die Gefahr kann noch dadurch erheblich reduziert werden, daß dem Ehemann vom Scheidungsrichter die Pflicht auferlegt

wird, den Mietzins weiter (ganz oder teilweise) zu bezahlen, in welchem Falle allerdings zu prüfen wäre, ob der Vermieter selbst sich an den Ehemann halten könne, ob nur eine interne Schuldüberbindung vorliege mit einer obligatorischen Pflicht, den Abschluß eines Schuldübernahmevertrages mit dem Vermieter zu versuchen, ob eine Verpflichtung zugunsten eines Dritten anzunehmen sei oder ob der Vermieter bloß den Anspruch der Frau gegen ihren früheren Mann pfänden lassen könnte.

Zu den Ausführungen Goldschmidts ist mit Bezug auf das externe Verhältnis noch zu bemerken, daß sie zwar einen bedeutend kleineren «Eingriff» in fremde Rechte darstellen, indem der Mann Mieter bleibt und somit mietzinspflichtig, doch entspricht das nicht dem Wesen des «ehelichen Mietvertrages»; auch in seiner Lösung ist der ungerechte Gedanke, der Mann sei der alleinige Mieter, wirksam.

Sofern mit der hier vorgeschlagenen Auffassung gegenüber der heutigen Stellung des Vermieters eine Gefährdung verbunden ist, ist zu bemerken, daß sie dem Inhalt des ehelichen Vertrages entspricht.

Abschließend sei bemerkt, daß es sich hier der Raumfrage halber nicht darum handeln konnte, den zweifelsohne ausgedehnten Fragenkomplex erschöpfend zu untersuchen. Zweck dieser Arbeit war vielmehr, eine Diskussion um die eheliche Wohnung im Falle der Scheidung anzuregen und einen möglichen Weg aufzuzeigen. Andeutungsweise sei bloß noch erwähnt, daß, abgesehen von einer genaueren Untersuchung über die Anwendbarkeit und Durchführbarkeit der Bestimmungen über das Stellvertretungsrecht für das fragliche Rechtsverhältnis, auch ein Vergleich mit dem Gesellschaftsrecht (vgl. zum Beispiel Art. 551 OR) und dem Recht der Gemeinderschaft (vgl. auch die deutsche Literatur zu den §§ 741 ff. BGB) zur Vertiefung des Verständnisses für die Besonderheit der Rechtsnatur des ehelichen Mietvertrages beitragen würde.

## II. Die Pflegekinder

Es kommt hin und wieder vor, daß in Scheidung stehende Ehegatten **Pflegekinder** haben. Dann stellt sich für den Scheidungsrichter, besonders wenn die Parteien die Frage selber aufwerfen, das Problem, ob er sich mit diesem Verhältnis zu befassen habe, ob er es regeln müsse. Man könnte deshalb versucht sein, diese Frage zu bejahen, weil — wenigstens nach zürcherischem Recht — das gesamte Verhältnis zwischen den Ehegatten möglichst gleichzeitig mit der Scheidung selbst zu regeln ist, um den Stoff für weitere Zänkereien zu nehmen und übrigens auch zum Schutze des schwächeren Teils. Meist schließen nun aber die Pflegeeltern den Pflegevertrag gemeinsam ab. Das Vertragsverhältnis geht sie alsdann gemeinsam an, und zwar sowohl in der finanziellen wie in der persönlichen Seite. Diese Lage setzt somit — wenigstens theoretisch — immer eine Auseinandersetzung auch mit Bezug auf dieses Verhältnis voraus. Meist wird sich diese auf gutlichem Wege fast von selbst ergeben, wenn nicht die natürlichen Eltern des Kindes oder die Behörde, wie es bei scheidenden Ehepaaren gewöhnlich das einzig Richtige ist, das Kind schon vorher weggenommen haben. Ist das aber nicht der Fall, dann drängt sich eine, sagen wir einmal behördliche Intervention zum Schutze des Kindes auf und damit die Frage, ob nicht der Scheidungsrichter zuständig wäre. Wenn man die rechtliche Ausgestaltung des Pflegevertrages betrachtet (vgl. H. Weiß, Das Pflegekinderwesen in der Schweiz, Züch. Diss. 1920, S. 47 ff., und A. M. Markus, Die Pflegekindschaft, Züch. Diss. 1945, S. 101 f.), so wird eine Zuständigkeit des Scheidungsrichters zufolge des sehr prekaristischen und von den natürlichen Eltern höchst abhängigen Verhältnisses auf größte Schwierigkeiten stoßen. Und doch sind auch ehегüterrechtliche Fragen im Spiele, die nach zürcherischem Recht im Scheidungsverfahren erledigt werden müssen. Und weiter ist auch an jene Pflegekinderverhältnisse zu denken, die sich in tatsächlicher Hinsicht vom natürlichen Kindesverhältnis

in nichts unterscheiden, und die dann vorliegen, wenn arme, verwahrloste Eltern im Hinblick auf eine spätere Adoption den — nichtigen, vgl. zum Beispiel H. Weiß, a. a. O. S. 112 N. 3 — Verzicht auf alle Rechte am Kinde ausgesprochen haben. Hier möchte man vielleicht geneigt sein, an eine analoge Anwendung von Art. 156 ZGB zu denken. Allein, auch in diesem Falle wird man den Scheidungsrichter nicht als zuständig erklären können, eine «Kindeszuteilung» vorzunehmen und die «Elternrechte» auch im übrigen zu gestalten, denn die pflichtgemäße Reaktion des Richters wird annehmen müssen, daß diesem Rechtsverhältnisse mit der Zerrüttung und Auflösung der Ehe sowohl die Rechtsgrundlage wie die Rechtfertigung entzogen ist. Er wird hier, wie übrigens in jedem Falle eines Pflegeverhältnisses, von Amtes wegen der Pflegekinderaufsicht, eventuell der Vormundschaftsbehörde von dem (noch!) bestehenden Pflegekindverhältnis Kenntnis geben, damit dieses — abgesehen vielleicht von besonderen Fällen — aufgehoben werden kann. Wo güterrechtliche Fragen vom Entscheid dieser Instanzen abhängen, wäre es wohl das Richtige, den Scheidungsprozeß bis zur Erledigung jener Frage zu sistieren.

### III. Die Prozeßkosten

Es ist Praxis, in vielen Fällen von Scheidungsurteilen die **Prozeßkosten** ohne jede andere Rücksicht dem schuldigen Teil aufzuerlegen. Dieser Grundsatz der Kostenaufgabe wird aber gleichsam nur subsidiär angewendet. Wo die gesetzliche Richtlinie auch vom Standpunkt des Rechtsgefühls aus zum richtigen Ergebnis führt, bleibt es bei dieser. Das führt zu einer gewissen Unsicherheit, welches Prinzip nun eigentlich gelte. Die zürch. ZPO sieht das Kriterium des Verschuldens für die Kostenaufgabe bei Ehescheidungsprozessen nicht selbst vor, wenn es auch dem Ermessen des Richters bedeutenden Spielraum läßt. Demgegenüber lautet(e) der § 93a der II. Durchf. VO zum deutschen Ehegesetz (vom 6. Juli 1938) in der

Fassung vom 28. September 1938 wie folgt: «Wird auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe erkannt, oder die Ehe für nichtig erklärt, ohne daß der Unterlegene hieran schuldig ist, so sind die Kosten gegeneinander aufzuheben.» Dieses Zitat und die bei uns herrschende Praxis zeigen, daß man nicht nur mit der gesetzlichen Regel nicht auskommt, sondern daß sie sich sogar «in der Regel» nicht bewährt. Wir wissen, daß eine schematische Anwendung des gesetzlichen Grundsatzes sehr oft in höchstem Maße unbillige Entscheidung zeitigen würde und daß deshalb die Ausnahme zur Regel wird und auch werden muß, wenn man billig und gerecht entscheiden will. So wäre es beispielsweise höchst ungerecht, wenn, der gesetzlichen Regel folgend, die Kosten der beklagten Partei auferlegt würden, wo die Klage auf Grund einer bestehenden Zerrüttung und mangels Widerspruchs der beklagten Partei gutgeheißen würde, und dabei in klarer Weise feststünde, daß die klagende Partei praktisch das ausschließliche Verschulden an der Zerrüttung träge. Dazu kommt, daß auch die güterrechtliche Auseinandersetzung im gleichen Prozesse erfolgt, die an sich den Richter schon oft genug für die Frage der Kostenaufgabe vor ein nicht leichtes Problem stellt, ganz abgesehen davon, daß damit zum unbestimmten Streitwert noch ein bestimmter oder wenigstens bestimmbarer kommt und daß den Parteien die genaue Bezifferung der Ansprüche nicht immer sofort zumutbar ist (vgl. § 72/II Satz 2 ZPO). Die gesetzliche Regel entspricht dieser Prozeßart schon deshalb nicht, weil hier gleichsam ein Prozeßzwang besteht, indem im Gegensatz zu den meisten andern Streitigkeiten das erzielte Ergebnis ohne Anrufung des Richters nicht erreichbar ist, während der gesetzlichen Grundregel unter anderm auch der Gedanke zugrunde liegt, daß derjenige die Kosten zu tragen habe, der durch Nichtanerkennung eines Rechtes den Prozeß verursacht hat. Dieser Prozeßzwang besteht nun nicht nur für die Scheidung als solche, sondern auch für die güterrechtliche Auseinandersetzung, die im Falle der Scheidung notwendigerweise vor dem Richter ausgetragen werden muß

(Art. 158 ZGB). Eine besondere Situation liegt endlich auch deshalb vor, weil die güterrechtliche «Gemeinschaft» ihrem Wesen nach für die Dauer bestimmt ist, und der schuldige Ehegatte schon dadurch ins Unrecht gesetzt wird, daß er diese Gemeinschaft überhaupt zur Auflösung zwingt, und weil überdies diese Auseinandersetzung praktisch immer zum Schaden gereicht, den wiederum der Schuldige zu vertreten hat.

Daß die Heranziehung des Verschuldens als Kriterium für das Kostendekret unter diesen Umständen billig und oft geradezu unumgänglich ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Soweit es sich um Ausnahmen handeln würde, würde diese Praxis auch dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen. Die Frage geht aber dahin, ob der allgemeine Grundsatz des Gesetzes überhaupt im Scheidungsprozeß Anwendung finden soll, oder ob er nur dann durchbrochen werden kann, wenn seine Anwendung eine offensichtliche Unbilligkeit bedeuten würde. Eine genauere genetische Betrachtung des gesetzlichen Grundsatzes zeigt, daß dieser selbst auf dem gleichen Gedanken beruht wie das Kriterium des Verschuldens. Der gesetzlichen Regel liegt nämlich die Überlegung zugrunde, daß derjenige die Kosten zu tragen habe, der ein Unrecht begangen hat, denn der Ausgang des Prozesses zeigt gleichzeitig, auf welcher Seite das Unrecht liegt, und zwar kommt es praktisch darauf an, ob die Klage abgewiesen oder gutgeheißen wird, ob sie anerkannt oder zurückgezogen wird, oder ob und wie man sich vergleicht. Wenn nun das Gesetz für die Frage, wem die Kosten des Prozesses auferlegt werden sollen, als Regel auf den Ausgang des Verfahrens in diesem Sinne abstellt, so sieht es darin zweifelsohne eine Faustregel dafür, auf welcher Seite das Unrecht liegt. Damit gewinnen wir aber auch die gesetzliche Begründung für die herrschende Praxis und zugleich die Antwort auf die Frage, in welchem Umfange man auch im Scheidungsprozeß auf diese gesetzliche Faustregel abstellen darf. Man wird dann nach der gesetzlichen Regel verfahren, wenn der Ausgang des Prozesses zugleich offen-

bart, auf welcher Seite das Unrecht liegt, wenn also zum Beispiel nicht nur die Gutheißung der Klage erfolgt, sondern überdies zum Beispiel im Dispositiv festgestellt wird, daß die Ehe wegen Ehebruchs der beklagten Partei geschieden wird.

Mit dem Kriterium des Verschuldens kommt man aber dann nicht aus, wenn die Ehe aus Gründen in die Brüche gegangen ist, die von keiner Seite zu vertreten sind. Hier wird dem Richter nichts anderes übrigbleiben, als von dem ihm gesetzlich eingeräumten Ermessen Gebrauch zu machen und die Kostenaufgabe unter Berücksichtigung aller Umstände, die vernünftigerweise unter diesem weiten Gesichtspunkt herangezogen werden können (zum Beispiel die Vermögensverhältnisse, oder der Umstand, daß der klagende Ehegatte vor Abschluß der Ehe von solchen Fällen der Geisteskrankheit in der Familie des andern Kenntnis hatte, daß er mit einer solchen auch beim zukünftigen Ehegatten rechnen konnte — ein immerhin auf einer andern Linie liegendes Verschulden —), zu dekretieren.

Aus dem Kriterium des Verschuldens zusammen mit den bereits erwähnten Besonderheiten des Prozesses über die güterrechtliche Auseinandersetzung ergibt sich auch, daß es der Billigkeit in den selteneren Fällen entsprechen würde, wenn man bei der Kostenaufgabe im Scheidungsprozeß die Entscheidung über die güterrechtliche Auseinandersetzung so heranziehen würde, wie wenn es um einen gewöhnlichen Forderungsprozeß ginge. Wenn sich aber der nichtschuldige Ehegatte in den Nebenfolgen «überklagt», während ihm die richtigere Bezifferung seiner Forderungen zumutbar gewesen wäre, dann freilich dürfte die gesetzliche Regel für diesen Punkt und nach dem Maße der «Überklage» wieder in vollem Umfange zur Anwendung kommen.

#### IV. Die vormundschaftliche Aufsicht

Von vormundschaftlicher Seite wird etwa beanstandet, die Gerichte machten es sich zu leicht, wenn sie in Fällen, in denen Bedenken gegen die Übertragung der vollen elter-

lichen Gewalt an einen Ehegatten bestehen, einfach eine **vormundschaftliche Aufsicht** anordnen, ohne indes der Vormundschaftsbehörde damit auch die Handhabe zu geben, in angemessener Weise ihren Einfluß geltend machen zu können.

In der Tat ist die Anordnung einer vormundschaftlichen Aufsicht durch das Scheidungsgericht eine häufige Erscheinung. Dabei wird nach meinen Beobachtungen im Dispositiv auf die Art. 283 ff. ZGB hingewiesen.

Das Gesetz kennt, außer mit Bezug auf die elterlichen Vermögensrechte (Art. 297/II ZGB), keinen Begriff der vormundschaftlichen Aufsicht gegenüber Eltern, es sei denn, man wolle die allgemeine Pflicht der Vormundschaftsbehörde, über das Wohlergehen aller in ihrem Amtskreis befindlichen Kinder zu wachen und die notwendigen Maßnahmen gemäß Art. 283 ff. ZGB zu treffen, als vormundschaftliche Aufsicht bezeichnen. Bei einem solchen Begriff wäre aber die Anordnung einer vormundschaftlichen Aufsicht nutzlos, da dieses Recht der Vormundschaftsbehörde auf Aufsicht im genannten Sinne ohnehin bestünde, außer man gehe davon aus, daß diese allgemeine Kompetenz der Vormundschaftsbehörde mit Bezug auf Scheidungskinder und mit Rücksicht auf Art. 157 ZGB suspendiert sei, was jedoch nach heute sicher feststehender Praxis nicht zutrifft (vgl. zum Beispiel — gegenüber der eigenen abweichenden Auffassung dieser Autorin S. 62 — Dora Michel, Die Abänderung des Ehescheidungsurteils nach Art. 157 ZGB, Zitate bei N. 170 und 172; ferner Vontobel H., Die Ausscheidung der Kompetenzen von Fürsorgebehörden und Gerichten in der Fürsorge für Scheidungskinder, 1942, S. 43 ff. und 129; und Egger, Komm. ZGB, N. 4 zu Art. 283 und N. 2 zu Art. 285).

Demgemäß ist gegenüber der herrschenden Praxis betreffend Anordnung einer vormundschaftlichen Aufsicht zu bemerken, daß sie entweder Überflüssiges unternimmt, oder daß die Gerichte ihre die Errichtung einer vormundschaftlichen Aufsicht anordnenden Entscheide nicht so formulieren, wie es ihrem wirklichen Willen entspricht.

Letzteres scheint mir in der Tat oft der Fall zu sein. Das ergibt sich ohne weiteres, wenn man bedenkt, aus welchen Gründen die Gerichte die vormundschaftliche Aufsicht anordnen. Diese Maßnahme wird dann getroffen, wenn nach dem dem Gericht bekannten Sachverhalt irgendwelche Zweifel an der Erziehungstüchtigkeit und dem guten Willen desjenigen Elternteils bestehen, dem die Kinder (weil es beim andern Ehegatten noch schlimmer steht) zugewiesen werden sollen, aber doch nicht so schwere Verfehlungen bekannt sind, daß gemäß Art. 285 ZGB ein Entzug der elterlichen Gewalt auch diesem Ehegatten gegenüber gerechtfertigt wäre. Dabei ist nicht zu übersehen, daß das Gericht die Verhältnisse nur aus den Akten und einem viel zu kurzen Kontakt mit den Parteien kennt. Hätte das Gericht die Möglichkeit, die Erziehung der Kinder längere Zeit, zum Beispiel ein Jahr lang, zu beobachten, dann wären die Fälle der Anordnung einer vormundschaftlichen Aufsicht ohne Zweifel sehr selten. Hier liegen die ursächlichen Zusammenhänge für die von vormundschaftlicher Seite beanstandete Praxis der Gerichte. Es liegt in der Natur der Sache, daß es dem Gericht bloß auf Grund eines Scheidungsverfahrens oft nicht möglich ist, hinreichende Einsicht in die Erziehungsverhältnisse und Erziehungsfähigkeiten der Parteien zu gewinnen, um gestützt darauf einen für die Dauer bestimmten und sicheren Entscheid betreffend Übertragung der elterlichen Gewalt zu treffen. Demgemäß dürfte, wenn das Gericht eine vormundschaftliche Aufsicht anordnet, der wirkliche Wille des Gerichtes nicht auf eine dauernde vormundschaftliche Mitwirkung bei der Ausübung der elterlichen Gewalt, sondern eher auf eine bloße Kontrolle der Erziehung durch die Vormundschaftsbehörde gehen, in der Meinung, daß diese nach einer gewissen Bewährungszeit dem Gericht Antrag auf Errichtung einer Vormundschaft oder Aufhebung der vormundschaftlichen Aufsicht stelle. Da somit der unbefriedigende Zustand auf einer oft irreführenden Formulierung des Dispositivs im Scheidungsurteil beruht, schlage ich folgenden für einen Großteil der Fälle dem wirk-

lichen Willen des Gerichtes entsprechenden Dispositiv-Tenor vor: «Die Vormundschaftsbehörde wird ersucht, die Erziehung und Pflege des Kindes X durch die Klägerin zu kontrollieren und dem Gericht nach Ablauf eines Jahres über die Aufhebung dieser Aufsicht, Anordnung einer Vormundschaft oder Bestätigung bzw. Änderung der Kinderzuteilung Antrag zu stellen.»

De lege ferenda wäre es wünschenswert, wenn dem Scheidungsrichter die Möglichkeit eingeräumt würde, anlässlich des Scheidungsurteils selbst, unter Vornahme einer provisorischen Kinderzuteilung, nach Analogie des im Jugendstrafrecht geltenden Art. 97 StGB, den definitiven Entscheid über die Gestaltung der Elternrechte für eine von ihm zu bestimmende Probezeit aufzuschieben.