

zusammengefasst kurz Besuchsrecht genannt, soll diesem Elternteil ermöglichen, durch unmittelbaren Kontakt an der körperlichen und geistigen Entwicklung seiner Kinder weiterhin Anteil zu nehmen...» Vgl. in diesem Sinne noch N. 307 zu Art. 156 und BGE 100 II 81.

Mit Recht haben diese Kommentatoren dem nicht obhutsberechtigten Elternteil nicht noch ein Recht auf persönlichen Verkehr ausserhalb des Besuchsrechts zugesprochen. Der Angeklagte geht fehl, wenn er aus einer andern Kommentarstelle – Hegnauer, a.a.O., S. 106 unten – etwas anderes ableiten will. Dort wird zwar geschrieben:

«Der persönliche Verkehr umfasst vorab das Besuchsrecht, daneben den telefonischen und schriftlichen Verkehr. Er soll nach Umfang und Art der Ausübung angemessen sein...»

Im Kapitel «Schranken des persönlichen Verkehrs», S. 109 ff., wird indessen ausgeführt, dass dieser den Eltern entzogen werden kann, dies nach Art. 274 Abs. 2 rev. ZGB und unter Verdeutlichung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 89 II 5, 95 II 387, 100 II 81). Art. 274 Abs. 2 rev. ZGB deckt sich mit Art. 156 Abs. 2 ZGB im Scheidungsrecht. Bühler/Spühler weisen zur Frage des Besuchsrechts bei Kindern aus geschiedenen Ehen nachdrücklich auf die Gefahr einer starken und unerwünschten Beeinflussung hin (N. 325 ff. zu Art. 156 ZGB; vgl. BGE 100 II 81).

OGer 23.9.1980 (RBer 1980/81, S. 28)

3006

Vormundschaft. Haftung des Gemeinderates als Vormundschaftsbehörde: Mithaftung des Gemeindeschreibers nach dem Anteil seines Verschuldens (Art. 429 ZGB).

Es war die Frage zu prüfen, ob auch der Gemeindeschreiber als Mitglied der Vormundschaftsbehörde zu betrachten ist und ob im fernern die einzelnen Mitglieder der Vormundschaftsbehörde ohne Rücksicht auf das Mass des Verschuldens des einzelnen nach gleichen Quoten haften.

Die erste Frage ist aus folgenden Gründen zu bejahen: Die Funktion des Gemeindeschreibers ist eine von der Verfassung vorgesehene und geordnete. Der Gemeindeschreiber wird von der Gemeindeversammlung gewählt und ist von Verfassung wegen dem Gemeinderate und damit der

Vormundschaftsbehörde als Protokollführer und gewissermassen auch als vollziehendes Organ beigegeben. Er hat auch in allen Angelegenheiten des Gemeinderates von Verfassung wegen beratende Stimme (Art. 78 Abs. 2 KV). Art. 58 EG zum ZGB¹ bezeichnet ihn auch direkt als Mitglied der Vogtrechnungskommission. Er wird auch in Amtspflicht genommen und muss genau wie die Gemeinderäte den Amtseid ablegen.

Im Gegenteil muss gesagt werden, dass, wenn es gesetzlich zulässig ist, statt der Anwendung einer gleichmässigen Quotenhaftung das einzelne Mitglied der Vormundschaftsbehörde *nach Massgabe seines persönlichen Verschuldens* haftbar zu machen, der Gemeindeschreiber mit einer weit stärkeren Quote belastet werden muss als irgend ein anderes Mitglied der Vormundschaftsbehörde, indem er als Protokollführer des Gemeinderates und dessen einzelnen Kommissionen gewissermassen den Verbindungsmann zwischen Kommissionen und Gemeinderat, hier speziell zwischen der Vogtrechnungs- und der Archivkommission und dem Gemeinderat darstellt und er ausserdem als einziger ständiger Funktionär durch Erfahrung und Routine gegenüber den Mitgliedern des Gemeinderates erfahrungsgemäss selbst dann dominiert, wenn er nicht selbst Mitglied des Gemeinderates ist.

So kann gar keinem Zweifel unterliegen, dass gerade im vorliegenden Falle das bedauernswerte Nichteinschreiten der gesamten Vormundschaftsbehörde gegen das Anschwellen des Rechnungssaldos in Händen des Vormundes und die Aushingabe von Titeln aus dem im Archiv deponierten Wertschriftenportefeuille des Mündels ohne Kontrolle, ob die Restitution und Ersatzleistung prompt erfolge, nur durch die Leichtfertigkeit, Saumseligkeit und Oberflächlichkeit des Gemeindeschreibers möglich geworden ist, der auch hier, wie in andern zur richterlichen Kenntnis gekommenen Fällen, gänzlich versagt hat. Ganz besonders ist dabei auch auf die Aussagen der Zeugen hinzuweisen, welche feststellen, dass kein Buch über die Vogtgüter vorgelegt worden ist, dass im Vermögensprotokoll die Saldi nicht eingetragen waren, dass bei der Amtsübergabe die Vogtrechnungen nicht vorgewiesen wurden und dass eine Zusammenzählung der im Archiv befindlichen Foundationen und Mündelvermögen gefehlt hat. Übereinstimmend erwähnen diese Zeugen, dass dadurch eine Kontrolle der Mündelgüter so gut wie verhindert worden sei, bzw. dass sie, da diese Unterlagen fehlten, nicht stattgefunden habe.

¹ Gesetz vom 30. April 1911 über die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches

Es war nun aber gerade Pflicht des Gemeindeschreibers, alle diese Rechnungen, Übersichten und Kontrollen zu erstellen und in bester Ordnung zu halten. Seine groben Unterlassungen haben also in erster Linie bewirkt, dass auch die neben dem Gemeinderate Kontrollbefugnisse ausübenden Institutionen nicht auf die Tatsache gestossen sind, dass in derart unverantwortlicher Weise einem Vormund nicht nur unzulässig hohe Summen von Zinsen, die er eingezogen hatte, kreditiert wurden, sondern dazu Werttitel aus dem Gemeindearchiv ausgehändigt worden sind, die weder zurückgegeben noch ersetzt wurden.

Erwägt man daher, dass der Gemeindeschreiber besoldeter Berufsfunktionär ist, während die Gemeinderäte nur ein Ehrenamt bekleiden, so dürfen ihm, sofern eine stärkere Verantwortlichmachung zulässig ist, aus den angeführten Gründen sehr wohl 35 Prozent der Gesamtverantwortlichkeit überbunden werden, während die noch verbleibenden 65 Prozent die übrigen Mitglieder der Vormundschaftsbehörde zu tragen haben, zumal der Gemeindeschreiber sieben Jahre lang auch Mitglied des Gemeinderates war, also in diesem Zeitraum nicht nur beratende, sondern auch eine vollgültige Stimme hatte.

Die Frage nun, ob eine ungleiche Haftung der an sich quotenmässig haftenden Mitglieder der Vormundschaftsbehörde gesetzlich zulässig ist, muss aus folgenden Gründen bejaht werden:

Der Entwurf des ZGB von 1904 sagt in Art. 438 Abs. 2: «Die haftbaren Mitglieder tragen den Schaden *je für einen Anteil*.» Daraus ist in Art. 428 Abs. 2 des endgültigen Gesetzes geworden: «Jedes der *haftbaren* Mitglieder haftet für *seinen Anteil*.» Deutet schon diese Änderung des Textes darauf hin, dass der ursprüngliche Grundsatz einer gleichmässigen Haftung fallen gelassen wurde und abgestellt werden wollte darauf, was dem einzelnen Mitglied zum individuellen Verschulden angerechnet werden kann, so ergibt sich das ganz deutlich aus den Ausführungen von Prof. Eugen Huber im Nationalrat (stenogr. Bulletin 1905, Seite 1294 und 1297). Diese Auffassung deckt sich übrigens auch mit der von Prof. Egger in seinem Kommentar Anm. 2 zu Art. 428 ZGB vertretenen, wo gesagt wird: «Die Haftung kann sich schliesslich auf einige wenige Mitglieder beschränken, *oder sie kann doch eine sehr verschiedene sein*.»

OGer 27.5.1930 (RBer 1930/31, S. 39)