

# DIE RECHTSSTELLUNG DER PFLEGEKINDER UND DIE REZEPTION DES SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCHES

Dozent Dr. Bülent DAVRAN

Universität zu Istanbul

Was ist billig auf der Welt ?  
— Fremder Kind ist Fremden billig !  
(Türkisches Sprichwort)

I — In seiner Antrittsvorlesung an der juristischen Fakultät der Universität Istanbul im Jahre 1935 über die Aufnahme fremden Rechtes<sup>1</sup> unterscheidet Andreas Bertalan Schwarz zwischen negativer und positiver Assimilation. Erstere besagt, dass gewisse Institutionen und Prinzipien des übernommenen Rechtes keine Anwendung finden werden. Als Beispiel mögen die Familienstiftung (türk. ZGB 322, schweiz. ZGB 335), die Gemeinderschaft (türk. ZGB 323, schweiz. ZGB 336), die Heimstätte (türk. ZGB 336, schweiz. ZGB 349), die Grundlast (türk. ZGB 754, schweiz. ZGB 782) angeführt werden.

Freilich ist es von hervorragender Bedeutung, festzustellen, inwieweit wir uns mit der negativen Assimilation abfinden dürfen. Nachdem die Rezeption vor allem dem Zwecke dient, die seit langem stetig fortschreitende Aufnahme der westeuropäischen Kultur zu erleichtern und zu beschleunigen, indem die Rechtsformen des sozialen Lebens im Okzident übernommen werden, muss in jedem Fall der negativen Assimilation genau geprüft werden, ob nicht hierdurch die Verwirklichung dieses Zweckes beeinträchtigt wird, und — wenn dem so ist — was hiergegen getan werden kann.

1) A. B. Schwarz; La réception et l'assimilation des droits étrangers, in dem Sammelwerk Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil des études en l'honneur d'Edouard Lambert, Tome II, p. 586 et s., Paris 1938.

Beispielsweise stehen breite Volksschichten der obligatorischen Zivilehe (türk. ZGB 105, 108, 110, schweiz. ZGB 113, 116, 118) gleichgültig gegenüber. In diesen Kreisen begründen Männer und Frauen häufig gemäss dem früheren Recht ein Verhältnis vor dem Geistlichen, wobei sie in der Regel überzeugt sind, eine Ehe geschlossen zu haben, in Wirklichkeit handelt es sich um ein Konkubinat. Die Kinder aus diesen Verhältnissen sind uneheliche Kinder. Der Gesetzgeber sieht sich genötigt, von Zeit zu Zeit durch Sondergesetze die Eintragung solcher Konkubinate als Ehen und der Kinder aus diesen als eheliche anzuerkennen<sup>2</sup>. Hier stehen wir einer Erscheinung gegenüber, wo die negative Assimilation bekämpft werden muss. Die obligatorische Zivilehe ist mit der Monogamie, die eine der bedeutendsten Errungenschaften der türkischen Revolution darstellt, eng verbunden. Eine nachsichtige Handhabung des Gebots der Eheschliessung vor dem staatlichen Beamten kann der Polygamie Tor und Tür öffnen.

Bedauerlicherweise geht der Gesetzgeber in der ausnahmsweisen Anerkennung der tatsächlichen Lage soweit, dass er die Eintragung von Kindern gestattet, die ein verheirateter Mann mit einer ledigen Frau gezeugt hat; jedoch wird in diesem Fall das Verhältnis zwischen Mann und Frau nicht als eheliches anerkannt (Gesetz Nr. 5524 Art. 1 Abs. 2).

Hier stehen wir einer negativen Assimilation gegenüber, die sich auf Volksschichten eher bäuerlichen Ursprungs beschränkt. Notgedrungen erfolgt die rückwirkende Anerkennung solcher Konkubinate und der Kinder, die aus diesen hervorgegangen sind. Das Gewohnheitsrecht scheint stärker zu sein, als das Gesetz. Allerdings ist der Gesetzgeber nicht gewillt, die gewohnheitsrechtliche Form zum Gesetzesrecht zu erheben<sup>3</sup>. Es fragt sich, ob alles

---

2) Amnestiegesetz Nr. 2330 vom 26.10.1933, Art. 16, Gesetz Nr. 2576 vom 5.7.1934, Gesetz Nr. 4727 vom 30.4.1945, Gesetz Nr. 5524 vom 1.2.1950.

3) Es ergibt sich die bemerkenswerte Lage, dass im Lande für die Eheschliessung zweierlei Recht zur Anwendung gelangt. Einmal die obligatorische Zivilehe, wie sie aus dem schweizerischen Zivilgesetzbuch übernommen wurde, zum anderen die Ehe als privatrechtlicher Vertrag gemäss den islamischen Quellen, fortbestehend als Gewohnheitsrecht.

Erforderliche getan wird, um dem Ausnahmezustand möglichst bald ein Ende zu bereiten<sup>4</sup>.

Die positive Assimilation hat sich in breitem Rahmen im Sinne einer Anpassung an die Bestimmungen des schweizerischen Zivilgesetzbuches bereits weitgehend vollzogen. Freilich ist damit keineswegs eine Rechtseinheit zwischen der Türkei und der Schweiz zustande gekommen. Es bestehen manche textlichen Unterschiede, zahlreiche Nebengesetze sind völlig verschieden, die Rechtsprechung und Praxis bewegt sich in anderen Bahnen<sup>5</sup>.

II — Neben der negativen und positiven Assimilation ergibt sich ein weiteres Problem dadurch, dass das rezipierte Recht für bestehende Institutionen keine Bestimmungen enthaelt. Von diesem Gesichtspunkt befasst sich der vorliegende Aufsatz mit der Rechtsstellung der Pflegekinder.

---

Dies ist dadurch zu begründen, das 1. die Konkubenten grundsatzlich die rechtliche Überzeugung haben, in einer Ehe zu leben, 2. diese Konkubinate durch Sondergesetze rückwirkend als Ehen anerkannt und eingetragen werden.

4) Die vielen Faktoren, die dazu führen, dass die Eheschliessungsform des türkischen ZGB nicht beachtet wird, können hier nicht naeher untersucht werden. Es ist anzunehmen, dass der wissenschaftliche Ausschuss, der sich seit laengerer Zeit in Ankara mit einer Reform des Zivilgesetzbuches befasst, vor allem die formellen Voraussetzungen der Trauung vereinfachen wird.

5) Es waere zu wünschen, dass die zivilrechtlichen Entscheidungen des türkischen Kassationshofes und des schweizerischen Bundesgerichts vergleichend beurteilt würden. Wir glauben, dass eine fortlaufende intensive Behandlung dieses Themas rechtsvergleichend aeusserst fruchtbar sein könnte. Allerdings trifft diese Aufgabe eher die türkischen Juristen, schon allein mit Hinblick darauf, dass ein westeuropaeischer Jurist nur selten die türkische Sprache in genügendem Masse beherrscht. Den ersten Schritt in dieser Richtung stellt der *Recueil Turco-Suisse de Législation et de Jurisprudence* dar (Lausanne 1947, Librairie Roth et Cie.). In der Einleitung (S. XII) weist Herr Prof. Pierre Aeby darauf hin, dass es Aufgabe dieses Recueil sei, den interessierten Kreisen beider Laender gegenseitig die Gesetzgebung und Rechtsprechung zugaenglich zu machen. Die erste Nummer dieses Recueil enthaelt die Arbeit eines türkischen Richters: **F. M. Alperen**: *La différenciation de l'intérêt en droit turc et en droit suisse*.

Es sei gleich voraussgeschickt, dass die Pflégkindschaft als familienrechtliche Institution auch früher nicht auf einer gesetzlichen Regelung beruhte. Das ist insofern eine Selbstverständlichkeit, als gerade die familienrechtlichen Bestimmungen des islamischen Rechts in der Türkei nicht kodifiziert wurden<sup>6</sup>; auch hatte das Pflégkind keine familienrechtliche Stellung.

Das Pflégkind, im deutschen Sprachkreis auch Kostkind, Haltekind, Ziehkind genannt, wird türkisch als "besleme" bezeichnet. Dieses Wort stammt vom Infinitiv "beslemek", der mit "ernähren" wörtlich wiederzugeben ist. Der Begriff besagt, dass ein Kind, häufig schon mit 5-6 Jahren, ins Haus aufgenommen wird, um gegen unentgeltliche Verpflegung und Unterkunft für die Hausdienste angelernt und verwendet zu werden. Der primäre Zweck ist demnach in der Regel nicht die Verpflegung und Erziehung des Kindes, sondern die Beschaffung einer billigen Arbeitskraft für die häuslichen Verrichtungen. Dieser Ausdruck hat allerdings eine abfällige Bedeutung, weswegen das Kind selbst sich, nachdem es Einsicht erlangt hat in seine unerfreuliche Lage, als Adoptivkind (evlâtlık) oder Tochter der Hausherrin (Hanımın kızı) bezeichnet. Auch die Hausangehörigen und fremde Personen verwenden das Wort Adoptivkind, obwohl das Kind keineswegs diese Stellung hat.

Solche Kinder werden eher aus armen bäuerlichen Kreisen besorgt. Entweder hat das Kind keine Eltern oder aber die Eltern geben es her, weil sie nicht imstande sind, es zu unterhalten. Auch kommt es vor, dass der Vater sich im voraus eine Abfindungssumme zahlen lässt. Eine Entziehung der elterlichen Gewalt, und die Ernennung eines Vormundes sind äußerst selten. Deswegen können die Eltern auch das Kind wann immer zurückver-

6) Eine Ausnahme stellt die Verordnung — das provisorische Gesetz — über das Familienrecht (Hukuk-u Aile Kararnamesi) vom 25.10.1333 (1917) dar. Diese Verordnung wurde schon 1335 (1919) wieder aufgehoben. Siehe hierzu : **Ziyaettin Fahri (Fındıkoğlu)** : Essai sur la transformation du Code familial en Turquie, Paris 1936 ; **G. Jaeschke** : Die Form der Eheschließung nach türkischem Recht, Ein Beitrag zum Internationalen Privatrecht, Abdruck aus : Die Welt des Islams, Band 22, Leipzig 1940, S. 9-19.

langen. Hieraus ergeben sich schwerwiegende Streitigkeiten, weil die Rückforderung dann erfolgt, wenn das Kind als Arbeitskraft einen beachtlichen Wert darstellt, andererseits die Pflegeeltern bis dahin für das Kind erhebliche Aufwendungen gemacht haben.

Unter diesen Umständen ergibt sich die missliche Lage, dass das Kind der Willkür der Pflegeeltern preisgegeben ist. Gottesfürchtige Leute achten darauf, mit dem Kinde schonend umzugehen. Das Gewissen ist aber leider die einzige Instanz für den Schutz des Kindes, sofern nicht wegen ernster Zwischenfälle die Polizei eingreift.

Wir wollen nicht näher auf die schwierige Lage dieser Kinder eingehen. Ohne Zweifel sind sie allen erdenklichen Gefahren ausgesetzt. Ihre Stellung im Hause, wo sie weder Hauskinder noch Hausangestellte sind, schadet in der Regel ihrer leiblichen und seelischen Entwicklung.

Die Institution des Pflegekindes beruht darauf, dass es einerseits für viele Kinder aus ärmlichen Kreisen eine Vergünstigung zu sein scheint, in eine Familie aufgenommen zu werden, um dort gegen Verpflegung zu arbeiten, andererseits in den Städten ein Mangel an Hausangestellten besteht<sup>7)</sup>, dem hierdurch bis zu einem gewissen Grade abgeholfen wird. Damit ist sie aber nicht gerechtfertigt, denn in unserem Zeitalter der sozialen Fürsorge haben Begriffe wie Kinderschutz, Verbot der Kinderarbeit, Schulzwang für die Kinder, Kinderheime, Erziehungs- und Reformanstalten für Kinder eine so selbstverständliche Bedeutung erlangt, dass die Aufnahme von Kindern in Familien zum Zwecke der Verrichtung häuslicher Arbeiten unter tatsächlichem Ausschluss jeder Aufsicht unterbunden werden müsste.

---

7) Der Mangel an Hausangestellten in den Städten ist in gewisser Hinsicht zu begrüßen. Daraus ergibt sich, dass der Wert der menschlichen Arbeitskraft erkannt worden ist. Auch gewährt die türkische Arbeits- und Sozialgesetzgebung den Arbeitern einen weitgehenden Schutz, als die Bestimmungen des rezipierten schweizerischen Obligationenrechts über den Dienstvertrag, denen die Hausangestellten unterstehen. In den industriellen Betrieben herrscht weitgehend Ordnung und Sicherheit, während die Hausangestellten keinen ausreichenden Schutz haben.

Dazu sind an sich gesetzliche Handhaben gegeben. Der allgemeine Schulzwang beruht auf gesetzlicher Regelung, kann aber nicht voll durchgesetzt werden. Das Gesetz Nr. 5387 vom 23.5. 1949 befasst sich mit den schutzbedürftigen Kindern, reicht aber nicht aus, um diesem Übelstand abzuhelpfen. Der gesetzliche Schutz gilt in erster Linie den verwahrlosten Kindern, denen gegenüber die Pflegekinder in einer günstigeren Lage zu sein scheinen, was unseres Erachtens nicht annehmbar ist. Ausserdem sind die Mittel der Behörden beschränkt.

Das Gesetz Nr. 5387 sieht vor, dass für Kinder, die keine Eltern haben oder deren Eltern unbekannt oder die gemäss den Bestimmungen des ZGB schutzbedürftig sind, im Rahmen der Bestimmungen dieses Gesetzes auf Grund eines Gerichtsbeschlusses und bis zur ihrer Mündigkeit die Kommunalbehörden, das Ministerium für Gesundheit und Soziale Fürsorge und das Unterrichtsministerium die Pflege, Erziehung und Berufsergreifung sicherzustellen haben, sofern die körperliche, seelische und sittliche Entwicklung dieser Kinder gefährdet ist (Art. 1).

Hierfür sind aus den Budgets der Gemeinden Zuschüsse zu leisten (Art. 4 Abs. 2-3, Art. 5), nötigenfalls haben die genannten Ministerien beizutragen (Art. 6).

Für Kinder, die nicht in den Dörfern und Städten in geeigneter Weise untergebracht werden können, hat das Ministerium für Gesundheit und Soziale Fürsorge besondere Heime zu errichten; im schulpflichtigen Alter sind die Kinder von den Erziehungsheimen zu übernehmen, die das Unterrichtsministerium zu gründen hat (Art. 8). Diese Erziehungsheime haben auch dafür Sorge zu tragen, dass die Jugendlichen nach Beendigung der Primaerschule in verschiedenen Gewerbezweigen tätig werden (Art. 9). Fähige Kinder sollen eine weitergehende Ausbildung erhalten (Art. 10). Werden die Kinder als Lehrlinge aufgenommen, und kann der Arbeitgeber nicht für ihre Unterkunft, Kleidung und Ernährung sorgen, so hat das Erziehungsheim dafür aufzukommen (Art. 13). Die Kinder in den ministeriellen Anstalten dürfen im Rahmen der Bestimmungen des ZGB vertrauenswürdigen Familien und Privatpersonen als Adoptivkinder und als Pflegekinder übergeben werden. Erforderlichenfalls sind die Kinder auch gegen Entgelt zuver-

laessigen Personen anzuvertrauen (Art. 17). Das Ministerium für Gesundheit und Soziale Fürsorge und das Unterrichtsministerium haben die Lage der Kinder, die von Familien oder Privatpersonen aufgenommen worden sind, bis zu ihrer Mündigkeit im Rahmen dieses Gesetzes zu beaufsichtigen (Art. 18). Aus den Erziehungsheimen flüchtende Kinder sind durch die Polizei zurückzubringen. Kinder, die in Betrieben, bei Privatpersonen untergebracht oder beschaeftigt werden, dürfen ohne die Einwilligung des Erziehungsheimes, dem sie angehören, diese Stellen nicht verlassen (Art. 21).

Eine Reihe weiterer Bestimmungen zeigt die Zuteilung der Gelder für die Aufgaben der beiden Ministerien auf, verfügt die Hinterlegung eines Teils des Lohnes, den das Kind erhaelt, bei einer Bank, ordnet die Zusammenarbeit zwischen den Ministerien, den Gemeinden und den wohltaetigen Vereinen u.a.m. (Art. 22-28).

Einmal jährlich hat das Unterrichtsministerium für die Dauer einer Woche unter dem Vorsitz des Unterrichtsministers den allgemeinen Kinderschutzrat einzuberufen (Art. 29). Ausserdem tritt dreimal im Jahr der Provinzial-Kinderschutzrat zusammen, dessen Vorsitz der Gouverneur ist (Art. 30).

Es ist ersichtlich, dass diese Bestimmungen eine geeignete Grundlage darstellen könnten für den Kinderschutz allgemein und den Schutz der Pflegekinder im besonderen. Jedoch wird das Gesetz noch nicht in dem Masse durchgeführt, wie es wünschenswert ist.

III. — Wie hat sich der türkische Richter angesichts des rezipierten Zivilgesetzbuches gegenüber den Rechtstreitigkeiten zu verhalten, die aus dem Pflegekindschaftsverhaeltnis entstehen?

Im früheren Recht beurteilte sich die Lage der Pflegekinder nach den Bestimmungen der Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye. Das II. Buch dieses Gesetzbuches behandelt die Miete. Titel VI, Abschnitt 4 über die Dienstmiete, wie *icare-i ademi* angemessener bezeichnet werden kann<sup>8</sup>, bestimmt in Art. 563, dass eine Person, die auf

8) " *İcare-i ademi* " bedeutet wörtlich " Menschenmiete ". Die Regelung des Dienstvertrages im Rahmen der Miete entspricht der *locatio conductio operarum* des römischen Rechts.

Wunsch einer anderen Person dieser Dienste leistet, ohne dass ein Lohn vereinbart worden ist, Anspruch auf Ersatz hat, sofern sie zu der Kategorie von Personen gehört, die gegen Lohn Dienste leisten. Art. 599 besagt, dass ein Minderjaehriger, der von einer Person ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters angestellt wird, bei Erlangung der Volljaehrigkeit Anspruch auf Ersatz seiner Dienste hat. Stirbt der Minderjaehrige, so steht der Ersatzanspruch aus der Dienstzeit den Erben zu.

In der Praxis ergaben sich Faelle, wo Familien des Mittelstandes, die ein Kind in Unkenntnis dieser Bestimmungen aufnahmen, den Lohn von beispielsweise fünfzehn Jahren zahlen mussten, der vom Sachverstaendigen festgesetzt wurde. Freilich kamen die Kosten der Verpflegung und Bekleidung in Abzug. Vorsichtige Familienvaeter sprachen dem Kinde einen Lohn von einigen Pfas-tern zu und liessen die Anstellung durch den Richter bestaetigen. In diesem Falle hatten sie keine Ersatzanspru- che zu befürchten<sup>9</sup>.

Erfolgte die Anstellung mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, ohne dass ein Lohn vereinbart wurde, so beurteilte sich der Lohnanspruch nach dem Ortsbrauch (Art. 569).

Diese Praxis zeigt, dass hinsichtlich der Aufnahme von Kindern zur Verrichtung haeuslicher Arbeiten keinerlei Bedenken bestanden und die Anwendung der Bestimmungen über die Dienstmiete eine Selbstverstaendlichkeit war.

Auch nach dem Inkrafttreten des rezipierten ZGB trat zu- naechst in der Rechtsprechung keine Aenderung ein. Derartige Faelle wurden unter Art. 314 Abs. 2 des türk. OR (schweiz. OR 320 II) subsumiert; diese Bestimmung ordnet an, dass der Dienstvertrag auch dann als vereinbart gilt, wenn Dienste auf Zeit entgegengenommen werden, deren Leistung nach den Umstaenden nur gegen Lohn zu erwarten ist<sup>10</sup>.

9) M. R. Belgesay : Akitsiz ev hizmetinde çalışanların ücret iddiası (Lohnansprüche von Hausangestellten, die ohne Vertrag taetig sind), Pratik Hukuk Mecmuası II, 2, 7, S. 138.

10) Die Bestimmung ist nicht genau übersetzt. Im türkischen Text heisst es " Dienste auf bestimmte Zeit " anstelle von " Dienste auf Zeit ", so dass Bedenken entstanden sind, ob dieser Absatz bei Dienstleistungen auf unbestimmte Zeit angewendet werden dürfe.



In einem Falle hat das Gericht erster Instanz folgende Entscheidung getroffen : Die Klaegerin steht in keinem Vertragsverhaeltnis zur Beklagten, und es ist keineswegs statthaft, OR Art. 314 auf Personen anzuwenden, die als Pflegekinder aufgenommen werden. Demzufolge ist der Ersatzanspruch zurückzuweisen.

Diese Entscheidung wurde durch den IV. Zivilsenat des Kassationshofes (Urteil Nr. 1719 vom 17.4.1930) mit folgender Begründung aufgehoben : Es steht fest, dass die Klaegerin von der Beklagten als Pflegekind aufgenommen worden ist. Infolgedessen ist ihr Ersatzanspruch für geleistete Dienste durch Sachverstaendige zu schäetzen und anzuerkennen.

In einer anderen Entscheidung vom Jahre 1932 weist der IV. Zivilsenat darauf hin, dass das Gericht erster Instanz zu erwäegen habe, ob nicht nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches für die Dauer der Dienste ein Ersatz zu leisten sei (Urteil Nr. 1670 vom 26.9.1932).

Spaeter tritt eine Wandlung ein. In der Entscheidung Nr. 8746/7024 vom 17.8.1937 bestaetigt der IV. Zivilsenat das Urteil des Gerichts erster Instanz mit der Begründung, dass zwischen den Parteien kein Dienstvertrag bestehe und gemaess der Aussage von Sachverstaendigen ein Lohnanspruch nicht gerechtfertigt sei.

In einem anderen Fall hat das Gericht erster Instanz von Izmir auf Grund des Sachverstaendigenberichts einen Ersatzanspruch in Höhe von TL. 432 anerkannt. Der IV. Zivilsenat weist diese Entscheidung zurück mit folgender Begründung : Der Beklagte bringt vor, dass er die Klaegerin im Alter von drei Jahren aufgenommen, wie sein eigenes Kind erzogen und dann verheiratet habe. Diese Behauptung ist zu untersuchen. Wenn sie bewiesen wird und sich auch ergibt, dass der Beklagte der Klaegerin eine Aussteuer gegeben hat, so ist zu erwäegen, ob nach der Natur der Dienstleistungen der Klaegerin und den Beziehungen unter den Parteien ein Lohnanspruch gerechtfertigt ist<sup>11</sup>.

11) Wegen dieser Entscheidungen s. Müfit Erkuyumcu : Borçlar Kanununun 314. maddesi üzerinde bir inceleme (Beurteilung des Art. 314 im Obligationengesetz), İleri Hukuk, 1945, Nr. 6, S. 10 ff.

Aus dieser Entscheidung ist zu ersehen, dass der Kassationshof den familienrechtlichen Charakter der Pflegekindschaft in den Vordergrund stellt. Ergibt sich, dass das Kind im Familienkreis wie ein eigenes Kind erzogen worden ist und bei der Heirat eine Aussteuer erhalten hat, so können die Bestimmungen über den Dienstvertrag nicht angewendet werden.

Einer jüngeren Entscheidung des Kassationshofes (IV. Zivilsenat, Urteil Nr. 4546/4933 vom 29.9.1949) liegt folgender Tatbestand zugrunde : eine Waise war als Pflegekind aufgenommen, zu häuslichen Arbeiten angehalten und nicht in die Schule geschickt worden. Als Ersatz für die geleisteten Dienste wurde TL. 1990, als Entschädigung dafür, dass das Kind nicht in die Schule geschickt wurde und daher keine Bildung genossen hat, TL. 1000, wegen der Entstellung des Gesichts durch Narben, die von Schlägen herrühren, ein Schadensersatz von TL. 500, und wegen der Schielaugigkeit auf dem rechten Auge, die durch Schläge auf den Kopf verursacht wurde, ein Schadensersatz von TL. 1000, d.h. insgesamt TL. 4490 beansprucht.

Das Gericht erster Instanz erkannte an, dass die Klagerin Anspruch auf Ersatz für die geleisteten Dienste in Höhe von TL. 1035 habe. Der Schadensersatzanspruch wegen Verhinderung des Schulbesuchs wurde nicht anerkannt ; das Gericht begründet diese Ablehnung damit, dass der Besuch der Primaerschule zwar gesetzlich vorgeschrieben sei, jedoch werde diese Verpflichtung vom Gesetz nur den Eltern auferlegt. Die übrigen Schadensersatzansprüche wurden von der Klagerin selbst zurückgestellt.

Dieses Urteil wurde vom IV. Zivilsenat des Kassationshofes bestäetigt.

Nachstehender Tatbestand weist Besonderheiten auf : der Klaeger hat die neunjaehrige Tochter des Beklagten mit Zustimmung des Vaters als Pflegekind aufgenommen in der Absicht, sie spaeter zu häuslichen Diensten anzuhalten. Nachdem er das Kind drei Jahre und neun Monate gepflegt hat, ist es aus dem Hause geflüchtet und zu seinem Vater zurückgekehrt. Der Klaeger verlangt vom Vater die Pflegekosten in Höhe von TL. 1350.

In der Entscheidung des Gerichts erster Instanz wird der Beklagte verurteilt, die Pflegekosten des Klägers im Betrage von TL. 331 zu zahlen. Als Begründung wird angeführt, dass das Kind gemaess den Zeugenaussagen ohne triftigen Grund zu seinem Vater geflüchtet sei.

Der IV. Zivilsenat des Kassationshofes hat dieses Urteil aufgehoben mit der Begründung, dass der Beklagte sich nicht verpflichtet habe, die Pflegekosten zu zahlen, und die Verpflegung des Kindes durch den Kläger, der hierzu nicht verpflichtet gewesen sei, den Charakter der Erfüllung einer sittlichen Pflicht habe, daher gemaess OR Art. 62 eine Rückforderung der Kosten ausgeschlossen sei.

Prof. Ferit Hakkı Saymen hat dieses Urteil in der Zeitschrift der juristischen Fakultät Istanbul analysiert<sup>12</sup>. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass zwischen dem Kinde und dem Hausherrn ein Dienstvertrag komplexen Inhalts zustande gekommen sei. In der Rechtslehre werde die Auffassung vertreten, dass der Dienstvertrag auch ohne Vereinbarung des Lohnes zustandekommen könne, sofern der Lohn feststellbar sei. Das Gericht erster Instanz habe den Lohn schätzen lassen. Es sollten demnach keine Zweifel bestehen, dass ein Dienstvertrag vorliege. Dennoch habe er Bedenken, das Urteil des Gerichts erster Instanz gutzuheissen. Er sei der Meinung, dass auf den Fall OR Art. 337 (schweiz. OR 344) angewendet werden müsse. Zwar sei in diesem Artikel die Anrechnung des Unterhalts auf den Lohn vorgesehen. Jedoch werde diese Bestimmung eingeschränkt durch anderweitige Abrede und die Übung. Nachdem keine besondere Vereinbarung vorliege, sei die Übung zu berücksichtigen. Das Gericht erster Instanz habe diesen Umstand vernachlässigt und sei deswegen zu einer unrichtigen Entscheidung gelangt. Andererseits habe der Kassationshof OR Art. 62 angewandt, ohne auf die Natur des Rechtsverhältnisses einzugehen. Das gleiche Ergebnis könne durch Anwendung von OR 337 erreicht werden; in diesem Falle würde der

---

12) Hukuk Fakültesi Mecmuası Band XI, Nr. 1-2, İstanbul 1945, S. 466 ff.

Tatbestand rechtstechnisch auf eine sicherere Grundlage gestellt sein. Gemaess der Übung könnten vom Pflegekind die Unterhaltskosten nicht verlangt werden. Wie der Kassationshof festgestellt habe, handle es sich um die Erfüllung einer sittlichen Pflicht. Demnach dürfe die Anrechnung der Unterhaltskosten auf den Lohn nicht erfolgen.

Dieser Standpunkt wird den Tatbestandselementen insofern nicht gerecht, als das Pflegekind etliche Jahre hindurch verpflegt wird, ohne imstande zu sein, ordentliche Dienste zu leisten. Wenn das Kind in ein Alter gelangt, wo es dem Hausherrn nützlich sein kann, geht es fort. Dann kann es aber doch den Lohn für die vergangenen Jahre verlangen, ohne sich die Unterhaltskosten anrechnen lassen zu müssen.

Bevor eine abschliessende Beurteilung vorgenommen wird, soll kurz auf die Regelung der Pflegekindschaft in einigen Kodifikationen eingegangen werden.

IV. — In dieser Richtung verdient das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten Beachtung. Dieses Gesetzeswerk, das die Standesunterschiede als eine selbstverstaendliche Voraussetzung der Rechtsordnung berücksichtigt, enthaelt eine eingehende Ordnung der Pflegekindschaft (ALR II, 2, §§ 753-773).

Bei der Pflegekindschaft des ALR handelt es sich um den Tatbestand, dass ein von seinen Eltern verlassenes Kind in Pflege genommen wird (§ 753) oder die Eltern ihr Kind den Pflegeeltern durch Vertrag dauernd überlassen unter Verzicht auf die Zurückforderung des Kindes<sup>13</sup>. Damit gehen die Rechte der Eltern auf den Pflegevater über. Daraus ergibt sich, dass die Pflegeeltern das Erziehungsrecht, das Züchtigungsrecht, das Recht der Bestimmung der Religion bis zum zurückgelegten vierzehnten Lebensjahr, das Recht der Berufswahl erlangen (§§ 754-757). Bemerkenswert ist, dass der Pflegevater das Kind wie seine

---

13) Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs : Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs, **Dr. Heinrich Dernburg** : Professor an der Universitaet Berlin, 4. neu bearbeitete Auflage, Halle a.S. 1896, S. 206.

eigenen Kinder zu verpflegen und zu erziehen verpflichtet ist, wenn die Eltern des Kindes mit dem Pflegevater gleichen oder höheren Standes sind (§ 755). Demgegenüber hat der Pflegevater die Art des Unterhalts und der Erziehung frei zu bestimmen, wenn die Eltern von geringerem Stande sind oder ihr Stand unbekannt ist (§ 756). Bei der Verheiratung des Pflegekindes ist die Einwilligung des Pflegevaters erforderlich (§ 758)<sup>14</sup>.

An dem Vermögen des Pflegekindes hat der Pflegevater keine Rechte, auch entstehen zwischen Pflegeeltern und Kindern keine gesetzlichen Erbrechte. Doch treten die Pflegeeltern bei der gesetzlichen Erbfolge an die Stelle solcher Verwandter des Kindes, die sich desselben, da es verlassen war, anzunehmen wissentlich und vorsätzlich geweigert haben. Beim Tode des Pflegekindes können die Pflegeeltern die von ihnen dem Kind gemachten Geschenke zurücknehmen (§§ 759-763).

Eigenartig ist die Bestimmung, wonach die Pflegeeltern von Pflegekindern gemeiner oder unbekannter Herkunft als Entschädigung (für die Verpflegung) Dienstleistungen fordern können. In diesem Falle muss das Kind, nach vollendetem 14. Lebensjahr, so viele Jahre ohne Lohn dienen, als es vorher verpflegt worden ist (§§ 764, 765). Die folgenden Paragraphen schwächen diese Bestimmung dadurch ab, dass bestimmt wird: dem Kinde ist während der Dienstzeit die notwendige Kleidung und der Unterhalt zu gewähren, den gleiche Dienste leistende Personen erhalten (§ 766); die Dienste des Pflegekindes dürfen nicht an Fremde überlassen werden (§ 767); mit dem Tode der Pflegeeltern hört die Dienstpflicht auf (§ 768); auch wenn die Dienstzeit nicht abgelaufen ist, dürfen die Pflegeeltern die Einwilligung zu einer Heirat des Pflegekindes nicht verweigern (§ 769); missbrauchen die Pflegeeltern ihre Rechte dergestalt, dass Leben, Gesundheit,

---

14) **Dernburg**: a.a.O., S. 207, weist darauf hin, dass diese Bestimmung durch das Reichsgesetz vom 6.2.1875 aufgehoben worden ist. Gemaess § 37 dieses Gesetzes ist dieses Recht nur bei der Annahme an Kindesstatt dem Annehmenden zuerkannt, die herrschende Lehre hat es abgelehnt, diese Bestimmung auf den Pflegevater auszudehnen. Dernburg bedauert, dass das Recht zur Einwilligung dem leiblichen Vater des Kindes zuerkannt wird, da dieser dem Kinde oft fremd ist.

Ehre, Sitten oder Gewissenfreiheit des Kindes in Gefahr kommen, so ist das Kind von fernerer Dienstleistung freizusprechen (§ 770).

Zu dieser unentgeltlichen Dienstleistungspflicht sagt Dernburg: " Sie ist jedoch nicht praktischen Rechtsens"<sup>15</sup>. Tatsächlich stösst sich das Rechtsgefühl an dieser Form der Entgeltung des Unterhalts, der nach heutiger allgemeiner Rechtsauffassung als Erfüllung einer sittlichen Pflicht angesehen werden müsste. Aber andererseits ist nicht zu verkennen, dass diese Bestimmung den nackten Tatsachen entspricht. Wie Dernburg zitiert, bemerkt Suarez allgemein zu der Regelung der Pflegekindschaft: " Bei dieser Materie, worüber bisher eigentlich keine positiven Gesetze vorhanden sind, ist es meine Absicht gewesen, für die grosse Menge unehelicher Kinder, denen ihre Eltern Unterhalt oder Erziehung nicht geben können oder wollen, dadurch zu sorgen, dass gutdenkende Bürger des Staates durch die Rechte, welche das Gesetz ihnen einräumt, aufgemuntert werden möchten, sich solcher unglücklicher Kinder desto eher anzunehmen und für die Erziehung derselben zu brauchbaren Mitgliedern des Staates zu sorgen. "

Auch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Österreichs von 1811 enthält eine Bestimmung (§ 186) über die Pflegekindschaft. Hier hat der Gesetzgeber darauf geachtet, die Aufnahme von Pflegekindern dadurch zu erleichtern, dass keine einschränkenden Bestimmungen erlassen werden. Dementsprechend ist die Aufnahme von Pflegekindern frei und das Verhaeltnis kann jederzeit aufgehoben werden. Das Pflegekind hat daher auch keinerlei Rechte. Die Übernahme des Kindes bringt keine Veraenderung hervor hinsichtlich der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt; die Pflegeeltern haben lediglich eine mit der Erziehung des Pflegekindes notwendig verbundene Macht, die jedoch der Aufsicht des Vaters oder des Vormundes untergeordnet bleibt.

Freilich ist in § 186 auch vorgesehen, dass die Parteien hierüber einen Vertrag schliessen; sofern dieser Vertrag die Rechte des Kindes schmaelert oder demselben Verbindlichkeiten aufer-

---

15) Dernburg: a.a.O., S. 208.

legt, ist eine gerichtliche Bestätigung desselben erforderlich. Es ist möglich, dass dem Pflegekind durch Vertrag beispielsweise auferlegt wird, bis zu einem bestimmten Alter im Dienste der Pflegeeltern zu bleiben. Hier wird das Kind gegen Ausbeutung durch die gerichtliche Bestätigung des Vertrages geschützt.

Im Hofkanzleidecret vom 1.4.1813 ist verfügt, dass die Zieheltern der Findlinge dieselben bis nach beendetem 22. Jahre behalten und zu ihrer Feld- oder Hausarbeit, Handwerk oder Kunst verwenden können; hierbei haben die Ortsobrigkeiten, Seelsorger und Armenväter immer darüber zu wachen, dass der Findling nicht misshandelt werde<sup>16</sup>. Freilich besagt diese Verfügung nicht, dass die Pflegeeltern ein immerwährendes Recht an einem Findelkind haben. Wenn die leiblichen Eltern sich als solche ausweisen können, ist das Kind ihnen auszufolgen. Jedoch müssen den Pflegeeltern gemäss § 1042 die aufgewendeten Kosten ersetzt werden.

§ 186 Satz 3 bestimmt, dass die Pflegeeltern keinen Anspruch auf Ersatz der Pflegekosten haben. Es handelt sich hier um etwaige Ansprüche gegen das Kind. Die Verpflegung des Kindes wird als Schenkung angesehen; daher begründet sich ein Anspruch gegebenenfalls dadurch, dass der Schenker in Dürftigkeit geraet (§ 947), dass das Pflegekind sich eines groben Undankes schuldig macht (§ 948). Bei der vertraglichen Regelung hingegen soll die Zurückforderung des Geleisteten vereinbart werden können; nachdem der Vertrag durch den Richter zu bestätigen ist, wäre hierin keine Gefahr zu sehen. Andererseits könnte ein solcher Vertrag auch in diesem Falle für das Pflegekind von Vorteil sein<sup>17</sup>.

Durch § 35 der I. Teilnovelle zum ABGB vom 12.10.1914 ist als besondere Schutzvorschrift verfügt worden: "Unbeschadet anderweitiger gesetzlicher Anordnungen kann durch Verordnung

---

16) Moriz von Stubenrauch; Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 7. Auflage Wien 1898, Band I, S. 311, Anmerkung 1.

17) Moriz von Stubenrauch: a.a.O., S. 312.

dem Vormundschaftsrate die Aufsicht über die an Privatpersonen in Kost und Pflege gegebenen Kinder im Alter unter vierzehn Jahren (Ziehkinder) übertragen, und die Befugnis zur Übernahme von Ziehkindern von der Bewilligung des Vormundschaftsrates abhaengig gemacht werden". Durch diese Bestimmung wird der freiheitliche Grundsatz bezüglich der Übernahme von Pflegekindern in angemessener Weise eingeschränkt.

Ausserdem ist in Österreich am 4.2.1919 das Gesetz über den Schutz von Ziehkindern und unehelichen Kindern erlassen worden. Gemäss diesem Gesetz geniessen Ziehkinder, d.h. eheliche oder uneheliche Kinder unter vierzehn Jahren, die sich bei anderen Personen als Vater und Mutter in entgeltlicher oder unentgeltlicher Pflege befinden, einen besonderen Schutz.

Während das Pflegekindschaftsverhältnis des ALR mit dem Inkrafttreten des BGB in Deutschland aufgehoben worden ist, haben die Bestimmungen von ABGB § 186 in Österreich weiterhin Geltung.

V — Das ALR und das ABGB sind die Schöpfungen einer Epoche, die sich der sozialen Frage noch nicht bewusst war. Dennoch ist bezeichnend, dass schon in jener Zeit wirksam für den Schutz des Kindes gesorgt wird.

Einerseits bestimmt das ALR zwar in nüchtern berechnender Härte, dass das Pflegekind den Pflegeeltern solange unentgeltlich zu dienen habe, als es vorher gepflegt worden sei, andererseits aber gehen die Elternrechte auf die Pflegeeltern über, wodurch diese die Verantwortung für die Entwicklung des Kindes übernehmen, sie haben dem Kinde Kleidung und Unterhalt zu gewahren, sie dürfen die Einwilligung zu einer Heirat nicht verweigern, und wenn sie ihre Rechte missbrauchen, so ist das Kind nicht mehr zu Dienstleistungen verpflichtet.

Ebenso verhält es sich mit der Regelung im ABGB. Das Hofkanzleidecret von 1813 verfügt zwar, dass die Findlinge von den Pflegeeltern zur Feld- und Hausarbeit verwendet werden können, jedoch ist darüber zu wachen, dass die Kinder nicht misshandelt werden.



Es fragt sich nun, wie die Stellung der Pflegekinder angesichts des rezipierten schweizerischen Zivilgesetzbuchs zu beurteilen ist.

Die Rezeption des schweizerischen ZGB ist für dieses soziale Problem insofern von besonderer Bedeutung, als für schweizer Verhältnisse eine solche Stellung von Kindern nicht denkbar ist, daher auch das Gesetzbuch diesbezüglich keine Regelung enthaelt. Es ist anzunehmen, dass in der Schweiz die Aufnahme eines Pflegekindes nur möglich ist als Vorbereitung zur Kindesannahme. Das ist wohl der Sinn von ZGB 267 II (türk. ZGB 256 Satz 2), wonach die Behörde die Ermaechtigung zur Kindesannahme unter anderen Voraussetzungen nur dann erteilen darf, wenn der Annehmende dem Kinde Fürsorge und Pflege erwiesen hat.

Der türkische Gesetzgeber ist von dem Willen beseelt, sich in dieser Frage die westeuropaeische, speziell schweizerische Auffassung von der Stellung der Kinder in der Gemeinschaft und der Familie zu eigen zu machen. D. h. wenn das schweizerische ZGB diese Frage offen laesst, so besagt das nicht, dass hier eine Lücke besteht, die vom Richter durch Rechtsfindung auszufüllen ist, vielmehr ist hier die mangelnde Regelung in dem Sinne zu verstehen, dass die Aufnahme von Pflegekindern zum ausschliesslichen oder jedenfalls überwiegenden Zweck der Anhaltung zu haeuslichen Arbeiten nicht statthaft ist. ZGB 284 (türk. ZGB 273) sieht vor, dass ein Kind in angemessener Weise in einer Familie unterzubringen ist; das gilt aber nur dann, wenn sein leibliches und geistiges Wohl dauernd gefaehrdet, oder es verwaehrt ist. Hier ist die Unterbringung in einer Familie eine Schutzmassnahme für das Kind. Die Parallele dazu ist die oben angeführte Bestimmung in Art. 17 des Gesetzes Nr. 5387, wo gestattet wird, dass die Kinder in den ministeriellen Anstalten vertrauenswürdigen Personen als Adoptivkinder und Pflegekinder übergeben werden.

Demnach stehen wir hier einer Erscheinung unseres sozialen Lebens gegenüber, wo der Prozess der positiven Assimilation so zu erfolgen hat, dass die Pflegkindschaft im Sinne einer Anpassung an die westeuropaeische Rechtsauffassung zu beseitigen ist.

Damit tritt aber auch die Grenze der Rezeption eines fremden Rechts klar hervor. Die Verwaltungsorgane und die Gerichte sind nicht in der Lage, der Pflegkindschaft Einhalt zu gebieten. Wenn sich bei der Einführung der obligatorischen Zivilehe, bei der dem Staate weitgehendere Machtmittel zur Verfügung stehen, Schwierigkeiten ergeben, wie sie oben unter I kurz dargelegt wurden, so gilt das erst recht für das vorliegende Problem, weil die Möglichkeit des Eingriffs in das geschlossene Familienleben beschränkt ist.

Die Darlegung unter III zeigt, dass die Rechtsprechung die Frage nicht in einer Form löst, die dem Geiste des rezipierten Gesetzbuches entspricht. Einerseits wird die Pflegkindschaft als Dienstvertrag, andererseits als ein familienrechtliches Band beurteilt. Auch die angeführten Autoren M. R. Belgesay und M. Erkuyumcu vertreten den Standpunkt, dass die Gerichte darauf zu achten haben, ob das Kind im Hause mit den eigenen Kindern gleichgestellt ist, oder aber lediglich als ein Diensthote behandelt und vielleicht sogar misshandelt wird. Dementsprechend soll die Einstellung des Gerichts verschieden sein.

Wir meinen, dass hierbei ein Grundsatz übersehen wird: fremde Kinder müssen den eigenen gleichgestellt sein. Nur soweit, als eigene Kinder häusliche Arbeit zu verrichten haben, kann diese auch vom fremden Kinde gefordert werden. Daher muss die Pflegkindschaft als familienrechtliche Institution beurteilt werden.

Es scheint, dass diese Einsicht noch weitgehend fehlt. Denn wenn tatsächlich die Mehrheit der Staatsbürger sich bewusst waere, welche Stellung ein fremdes Kind in der Familie einzunehmen hat, und dass ein Kind nicht aufgenommen werden darf, wenn ihm diese Stellung nicht gewährt werden kann, vielmehr dann der staatliche Rechtsschutz einzugreifen hat, so würde sich die soziale Institution schon allein durch die Kraft der Sitte und des Brauchs in absehbarer Zeit wandeln.

Freilich spielt der wirtschaftliche Faktor eine ausschlaggebende Rolle. Noch gestattet der allgemeine Lebensstandard des Volkes nicht, allen Kindern den Besuch der Primaerschule zu

gewahrleisten. Deswegen sind auch die Vorschriften des Gesetzes vom 23.9.1329 (1913) über den Schulzwang nicht völlig durchführbar. Hier ist aber vor allem erforderlich, dass die Pflicht, Kinder zur Schule zu schicken, nicht nur den Eltern auferlegt wird (Art. 77, 78).

Die richtige Auffassung über die Stellung der Kinder kommt in der Regelung des schweizerischen ZGB dadurch zum Ausdruck, dass es die Pflegekindschaft nicht anerkennt. Die Rezeption hat den Sinn, dass diese Auffassung uns als Vorbild zu dienen hat. In diesem Sinne kommt der Rezeption eine erzieherische Funktion zu.

Solange aber diese vorbildliche Ordnung nicht den sozialen Tatsachen entspricht, können wir uns nicht damit begnügen, sie auf dem Papier stehen zu lassen. Vielmehr sind wir der Meinung, dass für eine Übergangszeit eine besondere gesetzliche Regelung notwendig ist. Im positiven wie im negativen Sinne kann hierfür die Regelung im ALR und im ABGB Verwendung finden.

Diese gesetzliche Regelung müsste folgende Punkte ins Auge fassen :

1. Die Pflegekindschaft kann nur durch schriftlichen Vertrag begründet werden, der erst mit der Bestätigung durch den Richter in Kraft tritt.

2. Die Pflegekindschaft darf nur dann begründet werden, wenn das Kind keine Eltern hat oder wenn die Eltern nicht imstande sind, für das Kind zu sorgen. Grundsätzlich ist den Eltern die elterliche Gewalt zu entziehen. Der Richter hat eine vertrauenswürdige dritte Person zum Vormund zu ernennen.

3. Die Stellung des Pflegekindes im Hause ist vom Vormund zu beaufsichtigen. Im Einvernehmen mit dem Richter soll der Vormund das Kind den Pflegeeltern entziehen können, wenn es nicht angemessen behandelt und gepflegt wird.

4. Der Besuch der Primaerschule mit fünf Klassen muss dem Kinde gewährleistet sein. Das ist allerdings der wunde Punkt der Regelung. Denn wenn die Pflegeeltern verpflichtet sind, das Kind zur Schule zu schicken, werden sie es, wie die Verhältnisse

heute liegen, schwerlich aufnehmen. Hier muss dann eben der Schutz des Gesetzes Nr. 5387 eingreifen, d.h. in diesem Falle haben der Staat und die Gemeinden für die Kinder zu sorgen.

Neben dem Schulbesuch muss das Kind die nötige Freizeit für die Schularbeiten haben.

5. Ausser Verpflegung und Kleidung haben die Pflegeeltern dem Kind einen angemessenen Lohn zu zahlen, der bei einer Bank zu hinterlegen ist.

6. Die geheime Aufnahme von Pflegekindern muss jedenfalls verhindert werden. Sie ist strafrechtlich zu ahnden. Die Polizei muss verpflichtet und berechtigt sein, strenge Kontrollen auszuüben.

Es scheint uns, dass dies die elementaren Voraussetzungen sind, unter denen der Übergang zur Aufhebung der Pflegkindschaft erfolgen kann. Verbunden mit der rechtlichen Ordnung, ist die entsprechende Aufklaerungsarbeit zu leisten und der Aufschwung zu besseren wirtschaftlichen Verhaeltnissen anzustreben.

---