

## **BGE 30 I 502**

Bundesgericht (BGE), 1904-09-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_30\\_I\\_502](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_30_I_502)

FR: ATF 30 I 502

IT: DTF 30 I 502

### **Volltext**

86. Urteil vom 22. September 1904 in Sachen Siegfried gegen Siegfried. Stellung des Bundesgerichtes bei staatsrechtlichen Rekursen wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, und Funktion dieser Beschwerde, Art. 175 Ziff. 3 06. — Möglichkeit der teilweisen Rechtskraft eines Scheidungsurteils und der Appellation nur mit Bezug auf einzelne Punkte, nach Bundesrecht (Art. 49 Abs. 2 CEG) und nach arg. Civilprozessrecht. Aufhebung eines von den Parteien nicht angefochtenen Scheidungsdispositivs durch den Appellationsrichter liegt hierin eine Rechtsverweigerung? — Recht auf Ehescheidung, Art. 54 BV. Bedeutung von Art. 45 CE. — Willkürliche Auslegung von § 149 aarg. BGB, handelnd von der Zuteilung der Kinder im Ehescheidungsprozess. A. Die Parteien Walter Siegfried und Helene Siegfried geb. Aichele, die sich im Jahre 1890 geheiratet und in dieser Ehe zwei noch lebende Kinder, Helene und Margot, erzeugt haben, reichten im Juli 1903 beim Bezirksgericht Zofingen, als am Heimatort des Ehemannes, ein gemeinsames Begehren um Scheidung der Ehe ein, worin sie gestützt auf Art. 45 CEG als Scheidungsgrund — ohne nähere Angabe der Ursachen desselben, über die sie sich, der Kinder wegen, gegenseitig Stillschweigen versprochen hätten — tiefe, unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses geltend machten und bezüglich der Nebenfolgen der Scheidung — der Zuteilung der Kinder und der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung mit Einschluß der Prozeßkosten — auf eine am 29. Juni 1903 abgeschlossene außergerichtliche Vereinbarung verwiesen. Diesem Begehren entsprach das Bezirksgericht Zofingen durch Urteil vom 9. September 1903, indem es auf gänzliche Scheidung erkannte (Dispositiv 1) und im übrigen dem angerufenen Vergleiche der Parteien in allen Punkten seine Genehmigung erteilte, ohne ihn jedoch in seinem Wortlaut in die Dispositive des Urteils aufzunehmen. Aus dem letztern Grunde appellierten beide Parteien an das Obergericht des Kantons Aargau und verlangten eingehendere (von jeder Partei in besonderer Weise näher formulierte Erwähnung des Vergleichs in den Dispositiven, um die unmittelbare Vollstreckbarkeit der jedem Teile darin zugestandenen Rechte sicher zu stellen. In der Parteiverhandlung vor Obergericht erklärte dann aber der Ehemann, daß er in folge eingetretener neuer Tatsachen vom Vergleiche hinsichtlich der Zuteilung der Kinder zurücktrete, und stellte gleichzeitig hierdurch bedingte neue Begehren (auf gänzliche Zuweisung der Kinder an ihn, rc.), um sich sodann — offenbar auf Anregung des Gerichts — damit einverstanden zu erklären, daß der Richter auf den Vergleich überhaupt nicht mehr abstelle und den Prozeß zur nachträglichen Instruktion über die Schuldfrage und die Scheidungsfolgen an die erste Instanz zurückweise. Die Ehefrau widersetzte sich diesen Begehren. Hierauf beschloß das aargauische Obergericht am 26. Februar 1904 In Aufhebung des bisherigen Verfahrens wird die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Instruktion des Prozesses im Sinne der CO zurückgewiesen. Die Begründung dieses Entscheides lautet wie folgt: „Eine solche Rückweisung des Prozesses zur materiellen Verhandlung steht nicht im Widerspruch mit dem Gesetze. Dieses „verlangt gegenteils, daß der Tatbestand festgestellt und daß über „die

Folgen der Scheidung im Anschluß an die Frage der Schuld „entschieden werde. Es handelt sich, speziell in Bezug auf den Zuspruch und die Erziehung der Kinder, um eine Frage öffentlicher rechtlichen Charakters, die von Parteikonventionen unabhängig „zu erledigen und nur gemäß der Schuldfrage und der Rücksicht „auf die Fürsorge für die Kinder zu beurteilen ist. Da es aber „nicht ausgeschlossen ist, daß diesbezüglich bei Abschluß der Vereinbarung anderweitige Rücksichten obgewaltet haben, und nicht „nur die Erziehung der Kinder ausschlaggebend war, so ist es „gerechtfertigt, auf den Vergleich nicht mehr Bezug zu nehmen, „das bisherige Verfahren aufzuheben und die Sache zur Instruktion des ordentlichen Prozesses an die Vorinstanz zurückzuweisen." B. Gegen den Entscheid des Obergerichtes hat Frau Siegfried rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht ergriffen mit folgenden Anträgen:

1. Es sei das angefochtene Urteil des Obergerichtes aufzuheben und es sei 2. die von der ersten Instanz ausgesprochene und rechtskräftig gewordene gänzliche Scheidung der Ehe zu bestätigen, eventuell sei die gänzliche Scheidung vom Bundesgericht definitiv auszusprechen und zu verfügen, und in beiden Fällen sei auch der mit Bezug auf die Folgen der Ehe (betr. vermögensrechtliche Auseinandersetzung, Kinder-Erziehung u. s. w.) von den beiden Parteien am 29. Juli 1903 abgeschlossene Vergleich in allen seinen Teilen als Ganzes, nicht etwa nur teilweise, gerichtlich zu genehmigen und zu bestätigen, und es seien die jeder Partei nach diesem Abkommen zukommenden Rechte ihrem vollen Inhalte nach in den Urteilstenor aufzunehmen. Eventuell, falls wider Erwarten auf die prinzipialen Begehren nicht eingetreten würde, oder falls sie abgewiesen würden, wird beantragt: 1. Es sei das angefochtene Urteil des aargauischen Obergerichtes aufzuheben und zu annullieren und 2. es sei die vom Bezirksgericht Zofingen ausgesprochene, rechtskräftig gewordene gänzliche Scheidung der Ehe zu bestätigen, eventuell vom Bundesgerichte selbst endgültig auszusprechen, und in beiden Fällen sei die Festsetzung bloß der Folgen der Scheidung mit Bezug auf die Erziehung der Kinder, die Vermögensverhältnisse u. s. w. an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Auf alle Fälle sei das obergerichtliche Urteil, insoweit es das rechtskräftig gewordene Dispositiv des bezirksgerichtlichen Urteils, das die Scheidung der Ehe verfügt, aufhebt, zu annullieren. In der Begründung wird ausgeführt: Dispositiv 1 des bezirksgerichtlichen Urteils, das die gänzliche Scheidung der Eheleute Siegfried auf Grund von Art. 45 CEG ausspreche, sei dadurch rechtskräftig geworden, daß keine Partei rechtzeitig dagegen appelliert habe (§§ 141 und 321 der aarg. CPO); die Appellationsbegehren der Parteien hätten ja bloß die Nebenfolgen der Scheidung und zwar nur hinsichtlich der Form zum Gegenstand gehabt. Es sei aber zweifellos, daß nach aargauischem Recht Differenzen über die Nebenfragen nicht hindern, daß das nicht angefochtene Scheidungsdispositiv rechtskräftig werde. Der Rekursbeklagte sei auch nicht berechtigt gewesen, abweichend von seiner Appellationserklärung und zudem im Widerspruch mit der für ihn verbindlichen Vereinbarung Dispositiv 1 in der mündlichen Parteiverhandlung vor Obergericht anzufechten, und das Obergericht habe sich einer Rechtsverweigerung und Willkür schuldig gemacht, indem es unter Verletzung des Gesetzes die rechtskräftig ausgesprochene Scheidung aufgehoben und die Angelegenheit zu nachträglicher Instruktion und neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen habe. Die Rekurrentin habe ein Recht darauf, daß, nachdem der Rekursbeklagte auf ein einseitiges Scheidungsbegehren verzichtet habe und demgemäß die Scheidung definitiv im Sinne der Vereinbarung der Parteien ausgesprochen sei, nun nicht nachträglich wieder die Schuldfrage ausgerollt werde, und dieses Recht sei durch die angefochtene Verfügung verletzt. Die Vereinbarung der Parteien sei aber auch, soweit sie das Schicksal der Kinder

und die ökonomischen Folgen der Scheidung be- treffe, sowohl für die Parteien als auch für den Richter verbind- lich gewesen; hinsichtlich der Kinder ergebe sich dies aus § 149 des aarg. BGB. Der Rekursbeklagte habe auch in dieser Beziehung übrigens vom Vergleich nicht einseitig zurücktreten können; seien die zur Begründung angeführten angeblichen neuen Tatsachen teils unwahr, teils belanglos. Indem das Obergericht statt die Vereinbarung einfach zu genehmigen und sie gemäß den Anträgen der Rekurrentin ins Dispositiv aufzunehmen, die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen habe in der Meinung, daß nach durch- geführter Instruktion über das Schicksal der Kinder ohne Rück- sicht auf die Parteikonvention entschieden werde, habe es sich eine weitere Rechtsverweigerung der Rekurrentin gegenüber zu Schulden kommen lassen. C. Der Rekursbeklagte hat auf Abweisung des Rekurses an- getragen und ausgeführt: Er habe der Rekurrentin den Ehebruch nie verziehen, sondern sich nur zur Vermeidung von Skandal und der Kinder wegen dazu herbeigelassen, diesen Scheidungsgrund im gemeinsamen Scheidungsbegehren bloß anzudeuten, nicht zu erzählen. Einen Scheidungsprozeß in dieser den Tatbestand nur ahnenlassenden Weise zu führen, widerspreche eigentlich dem Gesetz und lasse sich nur durch den guten Zweck entschuldigen. Das

Verfahren sei auch nur möglich, so lange der schuldige Teil sich strikte an die Vereinbarung halte. Nachdem nun aber die Rekur- rentin durch ihr Verhalten während des Prozesses den Vergleich gröblich gebrochen habe, sei auch der Rekursbeklagte nicht mehr daran gebunden. Er habe daher das Obergericht auf den bisheri- gen ungesetzlichen Gang des Prozesses, der wegen des Schweigens der Parteien gar nicht instruiert gewesen sei, aufmerksam gemacht und verlangt, daß das bisherige Verfahren aufgehoben und der Fall zur Instruktion an die erste Instanz zurückgewiesen werde. Das Obergericht habe dem Begehren entsprochen und es wäre zu seinem Vorgehen sogar von Amtes wegen befugt gewesen, da im Scheidungsprozeß der Richter an die Anträge der Parteien und allfällige Vereinbarungen dieser nicht gebunden sei. Es sei nicht richtig, daß das bezirksgerichtliche Urteil in irgend einem Teile rechtskräftig gewesen sei. D. Das Obergericht des Kantons Aargau hat in seiner Ver- nehmlassung den angefochtenen Entscheid dahin erläutert, daß da- durch das bezirksgerichtliche Urteil in seiner Totalität mit Ein- schluß von Dispositiv 1 aufgehoben sei, und zwar deshalb, weil das Obergericht das vom Bezirksgericht befolgte Verfahren als unzulässig betrachtet habe. E. Die Rekurrentin hat gleichzeitig mit ihrer staatsrechtlichen Beschwerde die Berufung gegen das Urteil des Obergerichts Aargau vom 26. Februar 1904 ans Bundesgericht erklärt. Doch ist das Bundesgericht auf die Berufung nicht eingetreten, weil es sich nicht um ein Haupturteil im Sinne des Art. 58 Abs. 1 OG handelt. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Die staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 175 Ziff. 3 OG hat eine rein kassatorische Funktion. Ihr Ziel kann nur die Aufhebung eines kantonalen Erlasses oder Entscheides wegen Verletzung eines verfassungsmäßigen Rechtes sein. Es kann sich daher auch vorliegend für das Bundesgericht nur fragen, ob der angefochtene Entscheid des aargauischen Obergerichtes wegen eines solchen Verstoßes ganz oder teilweise zu kassieren sei, während das Bundesgericht als Staatsgerichtshof auf die übrigen auf positive Verfügungen gehenden Anträge der Rekurrentin nicht eintreten kann. 2. Es steht fest, daß gegen Dispositiv 1 des bezirksgericht- lichen Urteils, das die Scheidung der Eheleute Siegfried auf Grund von Art. 45 CEG ausspricht, von keiner Partei die Appellation erklärt worden ist; die Appellationsanträge beziehen sich ausschließlich auf die Nebenfolgen der Scheidung in Bezug auf die Kinder und die ökonomischen Verhältnisse. Trotzdem hat das Obergericht auch Dispositiv 1 des erstinstanzlichen Urteils auf- gehoben. Aus dem obergerichtlichen Urteil selber ergibt sich dies zwar nicht mit

Deutlichkeit; doch kann darüber angesichts nachträglichen Erklärung des Obergerichtes kein Zweifel sein. Nun enthält die aargauische CPO die Vorschrift (§ 321), daß die appellierende Partei ihre Begehren in der binnen 10 Tagen von der Zustellung eines Urteils an abzugebenden Appellations-erklärung genau zu formulieren hat. Daß keine neuen Begehren in der mündlichen Appellationsverhandlung vor Obergericht gestellt werden können, ist zwar nirgends ausdrücklich gesagt, folgt jedoch zwingend aus der an die Spitze der CPO gestellten allgemeinen Regel der Verhandlungsmaxime (§§ 1 und 2), die zweifellos auch für das Appellationsverfahren gilt, sowie aus dem weitern, aus § 134 sich ergebenden Satz, daß (in appellablen Streitsachen) neue Begehren nicht einmal in der mündlichen Verhandlung vor erster Instanz zulässig sind. Wenn daher (in § 141) bestimmt ist, daß ein erstinstanzliches Urteil rechtskräftig wird, falls binnen 10 Tagen von der Zustellung an kein Rechtsmittel ergriffen wird, so ist dies zweifellos dahin zu verstehen, daß nicht nur ein Urteil in seiner Totalität, sondern auch selbständige Teile eines solchen mangels rechtzeitiger Appellation in Rechtskraft erwachsen. Daß diese Grundsätze der aarg. CPO nicht auch für Ehescheidungsurteile, speziell für den Fall gelten, daß nicht die Scheidung selber, sondern nur die Nebenfolgen durch Appellation angefochten sind, ist in keiner Weise ersichtlich und vom Rekursbeklagten auch nicht ausdrücklich behauptet. Ebenso wenig kann etwa aus bundesrechtlichen Bestimmungen über die Ehescheidung gefolgert werden, daß ein die Scheidung aussprechendes Urteilsdispositiv für so lange nicht rechtskräftig werden könne, als nicht auch über die Nebenfolgen definitiv entschieden ist; denn Art. 49 Abs. 2 EG, wonach das Gericht über die Folgen zu gleicher Zeit, wie über die Scheidungsklage, entscheidet, aus welcher Bestimmung

jene Konsequenz vielleicht gezogen werden könnte, hat nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift und kann jedenfalls nicht hindern, daß ein Scheidungsurteil nach Maßgabe der kantonalen CPO zum Teil, d. h. hinsichtlich der Scheidung selber, rechtskräftig wird, wie jene Bestimmung auch nicht im Wege steht, daß das Bundesgericht die Scheidung ausspricht und die Akten zum Entscheid über die Nebenfolgen an das kantonale Gericht zurückweist (s. Amtl. Samml. d. bundesg. Entsch., Bd. XXIV, 2. Teil, Nr. 42; Bd. XXVIII, 2. Teil, Nr. 44, Erw. 1 u. 2). Aus dem Gesagten folgt, daß das Dispositiv 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Zofingen betreffend Scheidung zur Zeit der Appellationsverhandlung vor Obergericht bereits rechtskräftig war und daß das Obergericht, indem es Dispositiv 1 mit dem übrigen Urteil — sei es auf mündlichen Antrag des Rekursbeklagten, sei es ohne solchen — aufhob, die aargauische CPO verletzt hat. Ob, wie der Rekursbeklagte und das Obergericht in seiner Vernehmlassung geltend machen, die erste Instanz dadurch, daß sie die Scheidung ohne nähere Untersuchung des Tatbestandes aussprach, Art. 45 CEG mißachtet hat, war hiebei ohne Belang, weil damit lediglich die materielle Richtigkeit des Urteils, von der die Rechtskraft selbstverständlich nicht abhängt, in Frage gestellt war. Allein eine Rechtsverweigerung im bundesrechtlichen Sinn, die allerdings, da es sich um eine der Kognition des Bundesgerichts als eventuelle künftige Berufungsinstanz in der Sache entzogene Frage des kantonalen Prozeßrechtes handelt, durch staatsrechtlichen Rekurs gerügt werden könnte (s. auch Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XXVIII, 1. Teil, Nr. 9), kann in dem Vorgehen des Obergerichtes doch nicht wohl erblickt werden; denn eine ausdrückliche Bestimmung, daß ein Urteil, soweit nicht durch Appellation angefochten, rechtskräftig werde, ist immerhin in der aargauischen CPO nicht enthalten und es ist auch die Annahme ausgeschlossen, daß das Obergericht nicht in guten Treuen und aus andern als den angeführten sachlichen Motiven so entschieden habe. Trifft nun aber auch der Vorwurf der Willkür, was die Aufhebung

des Scheidungsdispositives durch das Obergericht anlangt, nicht zu, so bildet der angefochtene Entscheid doch in diesem Punkte eine bundesrechtlich unzulässige Erschwerung der Verfolgung des Rechts auf Ehescheidung. Die Bedeutung von Art. 45 CEG liegt darin, daß die Parteien, die sich auf ein gemeinsames Scheidungsbegehren geeinigt haben, von den Verhältnissen des ehelichen Lebens nur soviel mitzuteilen haben, als notwendig ist, um im Gericht die Überzeugung, daß ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unvereinbar wäre, zu begründen und daß somit schwere Verletzungen der ehelichen Pflichten seitens des einen oder andern Teils zur Vermeidung von Skandal und insbesondere im Interesse der Kinder verschwiegen werden können, immer vorausgesetzt natürlich, daß der bekannt gegebene Tatbestand für jene richterliche Überzeugung genügt. Die Parteien laufen dabei höchstens die Gefahr, daß die Scheidungsklage wegen ungenügender Substanziierung abgewiesen wird; denn auch der Richter ist bei einem gemeinsamen Begehren aus Art. 45 nicht berechtigt, nach weiteren als den angegebenen Gründen zu forschen. Vorliegend haben die Parteien vor erster Instanz von dieser Fakultät, die Art. 45 leg. cit. bietet, Gebrauch gemacht, indem sie die ferneren Ursachen der Ehezerüttung, offenbar im Hinblick auf die Kinder, unerwähnt gelassen haben, und das Bezirksgericht hat auch ohne dies sich von der Unerträglichkeit eines weitem Zusammenlebens der Parteien mit dem Wesen der Ehe überzeugt und demgemäß die Scheidung auf Grund von Art. 45 leg. cit. ausgesprochen. Die Rekurrentin hat nunmehr, nachdem dieses Urteil, wie ausgeführt, in Rechtskraft erwachsen ist, einen Anspruch darauf, daß nicht nachträglich auch für die Scheidung selber was zwar im angefochtenen Entscheid des Obergerichts nicht deutlich gesagt, aber doch offenbar dessen Meinung ist Schuldfrage eingehend erörtert und erforscht und ihr dergestalt die Verfolgung der Ehescheidung erschwert werde. Dieser Anspruch aber steht als Ausfluß des Individualrechts auf Ehescheidung, das seinerseits auf dem in Ausführung des Art. 54 BV erlassenen Bundesgesetze betreffend Civilstand und Ehe beruht, unter dem Schutze des Bundesgerichtes (Art. 175 Ziff. 3 OG), und der Rekurrentin muß gegen dessen Verletzung durch den obergerichtlichen Entscheid der staatsrechtliche Rekurs deshalb schon gegenwärtig offen stehen, weil ihr ein anderes wirksames Rechtsmittel

zur Wahrung jenes Rechtes nicht zu Gebote steht; denn die Berufung aus Bundesgericht nach Art. 56 ff. OG ist erst gegen ein künftiges kantonales Endurteil in der Scheidungssache der Parteien zulässig und daher nicht geeignet, die Erörterung und Erforschung der Schuldfrage als Grundlage der Scheidung durch die kantonalen Gerichte zu verhindern. Freilich soll nach dem obergerichtlichen Urteil die Frage nach dem Verschulden an der Ehezerüttung auch in Bezug auf die Zuteilung der Kinder geprüft werden, wogegen, wie sich aus der nachfolgenden Erwägung ergeben wird, bundesrechtlich nichts einzuwenden ist. Allein das kann kein Grund sein, der Rekurrentin den Schutz des Bundesgerichtes wegen Verletzung jenes Individualrechtes zu versagen; denn wenn danach auch die ehelichen Verhältnisse der Parteien im Prozeß wohl ohnehin noch untersucht werden, so braucht dies einmal nicht nach denselben Gesichtspunkten und nicht im selben Umfang, wie es für die Frage der Scheidung selber der Fall wäre, zu geschehen, und sodann kann die Rekurrentin eben unter allen Umständen verlangen, daß, nachdem die Scheidung rechtskräftig ausgesprochen ist, eine Erörterung der Schuldfrage wenigstens im letztern Sinn unterbleibe. Es ist daher der Rekurs jedenfalls insofern gutzuheißen, als der angefochtene obergerichtliche Entscheid, soweit er Dispositiv 1 des erstinstanzlichen Urteils aufhebt, kassiert werden muß (s. auch Amtl. Samml. d. bundesg. Entsch., Bd. VII, S. 272). 3. Das Obergericht hat das erstinstanzliche Urteil auch in Bezug auf die Nebenfolgen der

Scheidung aufgehoben, und zwar nicht nur als Konsequenz der Aufhebung des Scheidungsdispositives, sondern mit der selbständigen Begründung, daß die Frage der Kinderzuteilung öffentlich-rechtlicher Natur sei und auf Grund der Schuldfrage unabhängig von Parteikonventionen unter Berücksichtigung der wahren Interessen der Kinder zu lösen sei; die Rekurrentin erblickt auch hierin eine Rechtsverweigerung. Da beide Parteien in Bezug auf die Nebenfolgen, wenn auch nur aus formellen Gründen, appelliert haben, so war das erstinstanzliche Urteil in diesen Punkten jedenfalls nicht rechtskräftig. Wohl aber hat der Rekursbeklagte in seinem Appellationsbegehren die Übereinkunft der Parteien über die Kinder und die ökonomischen Verhältnisse noch nicht angefochten, sondern erst in der Verhandlung vor Obergericht, „gestützt auf neue Tatsachen“ vom Vergleiche materiell abweichende Anträge in dieser Hinsicht gestellt. Die Frage ist daher die, ob darin, daß das Gericht trotz den anders lautenden Appellationsbegehren des Rekursbeklagten und trotz des Vergleichs der Parteien hierauf eingetreten ist, eine Rechtsverweigerung liegt, d. h. ob die Auffassung des Obergerichts über die Stellung des Richters in Bezug auf die Frage der Kinderzuteilung im Ehescheidungsprozeß willkürlich ist. Und zwar kann hier auf die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung deshalb eingetreten werden, weil nach der neuern Praxis das Bundesgericht als Berufungsinstanz sich mit den nach kantonalem Recht zu beurteilenden Folgen der Ehescheidung nicht zu befassen hat (Amtl. Samml. d. bundesg. Entsch., Bd. XXVIII, 2. Teil, Nr. 44, Erw. 1 und 2) und somit die Rekurrentin gegen die angebliche Rechtsverweigerung nicht auf dem Wege einer künftigen Berufung Schutz suchen kann. Nun ist für jene Frage, ob der Richter im Scheidungsprozeß über die Kinder von Amtes wegen ohne Rücksicht auf Parteivereinbarungen verfügen könne, § 149 des aarg. BGB maßgebend, der bestimmt, daß die Kinder dem unschuldigen Teil überlassen werden sollen, sofern sich die Ehegatten nicht anders darüber verständigen, oder es nicht vom Gericht aus erheblichen Ursachen für die Kinder selbst vorteilhafter erachtet wird, sie dem andern Teil oder einer dritten Person anzuvertrauen. Wenn aus dieser Bestimmung die richterliche Befugnis abgeleitet wird, über die Kinder, soweit deren Interessen es verlangen, von Amtes wegen zu disponieren, so kann einer solchen Auslegung der Vorwurf der Willkür jedenfalls nicht gemacht werden. Damit ist aber auch gesagt, daß das Obergericht vorliegend trotz der Konvention der Parteien und trotz des Mangels von bezüglichen Appellationsbegehren des Rekursbeklagten die Frage der Kinderzuteilung, ohne sich einer Rechtsverweigerung schuldig zu machen, zu neuer Instruktion an die Vorinstanz im Sinne seiner Erwägungen zurückweisen konnte. Diese Maßregel mußte dann auch zur Folge haben, daß im übrigen, d. h. hinsichtlich der Regelung der ökonomischen Verhältnisse, das Urteil gleichfalls aufgehoben wurde; denn die ökonomischen Fragen lassen sich von derjenigen der Kinder kaum trennen. Auch

■512 A. Staatsrechtliche Entscheidungen. I. Abschnitt. Bundesverfassung enthält das obergerichtliche Urteil eine bestimmte Weisung, in welchem Sinn die erste Instanz bei der Regelung der ökonomischen Verhältnisse zu verfahren habe, richtig verstanden, wohl nicht, weshalb die Rekurrentin hinsichtlich dieses Punktes zur Zeit auch keinen Anlaß zu Beschwerde haben kann. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Der Rekurs wird als teilweise begründet erklärt und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 26. Februar 1904 insofern kassiert, als dadurch Dispositiv 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zofingen vom 9. September 1903 aufgehoben ist. im übrigen wird der Rekurs abgewiesen.