

Rechtsprechung

Professorin Dr. *Ingeborg Schwenger*, LL.M.,
Basel

Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung

BGE 123 III 445 ff.

I. Entscheid des Bundesgerichts

Am 20. November 1997 hat das Bundesgericht erneut¹ entschieden, dass gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung nach Art. 297 Abs. 3 ZGB de lege lata nicht zulässig ist. Dies gilt selbst dann, wenn beide Eltern diese Lösung wünschen und Entsprechendes in einer Scheidungskonvention vereinbaren. Einer derartigen Konvention ist die richterliche Genehmigung zu versagen. Wiederum – wie in BGE 117 II 523, 525 ff. – stützt sich das Bundesgericht dabei auf den Wortlaut von Art. 297 Abs. 3 ZGB, der bestimmt, dass die elterliche Gewalt nach Scheidung dem Ehegatten zusteht, dem die Kinder durch das Gericht nach Art. 156 Abs. 1 ZGB anvertraut werden. Das vom Gesetzgeber anlässlich der Kindesrechtsrevision von 1976 getroffene Werturteil, nach der Scheidung die elterliche Gewalt einem Elternteil zuzuweisen, sei das beste Mittel zur Gewährleistung des Kindeswohls; daran vermöge auch nichts zu ändern, dass kantonale Gerichte vereinzelt dazu übergegangen seien, die elterliche Gewalt auch nach der Scheidung beiden Eltern zu belassen². Den Kritikern des Vorentscheids von 1991³ wurde eine klare Absage erteilt.

Zunächst wendet sich das Bundesgericht gegen die Auffassung von *Balscheit*,⁴ dass Art. 297 Abs. 3 ZGB anlässlich der Kindschaftsrechtsrevision von 1976 unverändert blieb und deshalb nicht auf den Willen des historischen Gesetzgebers zu diesem Zeitpunkt abgestellt werden dürfe. Das Bundesgericht stellt vielmehr darauf ab, dass im Rahmen der parlamentarischen Bera-

tung ein Antrag zur gemeinsamen elterlichen Gewalt nach Scheidung vom Nationalrat abgelehnt wurde⁵ und darin ein gesetzgeberischer Akt im Sinne eines negativen Entscheides über die Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Gewalt über den Scheidungszeitpunkt hinaus zu sehen sei.

An diesen gesetzgeberischen Entscheid sieht sich das Bundesgericht gebunden. Der Richter dürfe vom Gesetz nur abweichen, wo sich der Gesetzgeber offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder sich die Verhältnisse seit Erlass eines Gesetzes gewandelt haben, so dass die Vorschrift unter legislativpolitischen Gesichtspunkten nicht mehr befriedigt und deren Anwendung einen Normmissbrauch darstellt, d.h., wenn ein krasser Fall von Unvollkommenheit vorliegt⁶. Ein derartiger Fall liege jedoch hier nicht vor. Damit wendet sich das Bundesgericht gegen eine Reihe neuerer Lehrmeinungen⁷, die im Wege einer teleologischen Auslegung des Art. 297 Abs. 3 ZGB, die sich am das gesamte Kindesrecht beherrschenden Prinzip des Kindeswohls orientiert, schon de lege lata die Auffassung vertritt, dass die gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener Eltern ermöglicht werden muss.

Schliesslich verneint das Bundesgericht auch einen Verstoss des Art. 297 Abs. 3 ZGB gegen supranationales Recht. Es geht davon aus, dass die in den europäischen Staaten zu verzeichnende Tendenz zur Zulässigkeit eines gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern noch nicht allgemein genug und auch empirisch noch nicht genügend allzu befriedigend ausgewiesen sei, um einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK anzunehmen⁸. Die Europäische Kommission für Menschenrechte habe zudem eine gegen BGE 117 II 523 ff. erhobene Beschwerde wegen Verletzung von Art. 8 EMRK im Jahre 1994 für unbegründet erklärt⁹. Auch ein Verstoss gegen die UNO-Kinderrechtskonvention wird vom Bundesgericht offenbar verneint, was jedoch lediglich damit be-

¹ Vgl. bereits BGE 117 II 523 ff. = AJP 1992 906 ff. m. Anm. Schwenger.

² Vgl. insbesondere OGer BL plädoyer 3 (1994) 59 = BJM 1996 12 ff. = ZVW 1994 173; BezGer SG, SJZ 1989 139; BezGer ZH, plädoyer 1 (1990) 71; BezGer Gelterkinder, SJZ 1988 25; w. Nachw. bei *Balscheit*, AJP 1993 1204, 1205 ff.

³ Vgl. vor allem *Balscheit*, AJP 1993 1204, 1207 ff.; Schwenger, AJP 1992 906, 908 f.; *Wirz*, Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern, Basel 1995, 162 ff.; vgl. auch neuerdings *Dunand*, SJZ 1997 145 ff. mit kritischer Erwiderung von *Müller*, SJZ 1997 457 ff.

⁴ AJP 1993 1204, 1208.

⁵ Amtl. Bull. NR, 16. 12. 1975, 1777 ff.

⁶ Vgl. die analoge Argumentation im Urteil des Zürcher Obergerichts, SJZ 1991 414, 416; und des Kantonsgerichtes St. Gallen, SJZ 1991 119, 121.

⁷ Vgl. Schwenger, AJP 1992 908 f.; *Schneider*, FS Grossen 1992, 205, 212 ff.; *Dunand*, SJZ 1997 145, 149 ff.; *Wirz*, Fn. 3, 4; vgl. auch *Kramer*, Teleologische Reduktion – Plädoyer für einen Akt methodentheoretischer Rezeption, in: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, 1993, 65, 70.

⁸ Diese Passage des Urteils entspricht wörtlich der Kommentierung von *Wildhaber*, Int. Komm. EMRK, Art. 8 N 408, die allerdings bereits im Jahre 1992 veröffentlicht wurde.

⁹ Vgl. Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 30. 11. 1994, VPB 59 (1995), Nr. 120, S. 989 ff.

gründet wird, dass in der Literatur zu dieser Frage unterschiedliche Auffassungen vertreten werden.

II. Wortlaut und Wille des historischen Gesetzgebers

Die eindeutige Formulierung von Art. 297 Abs. 3 ZGB, verbunden mit der Ablehnung des Vorschlags Condrau¹⁰ zur Einführung der Möglichkeit des gemeinsamen Sorgerechts, scheint in der Tat keinen Raum zu lassen für eine abweichende Interpretation¹¹. Dabei ist aber zu beachten, dass der Gesetzgeber im Jahre 1977 in dieser Hinsicht keine neue Rechtslage schuf, sondern mit einer kleinen Ausnahme¹² den bestehenden Text von 1912 übernahm¹³. Dieser Text war bewusst offen formuliert, um den unterschiedlichen Sorgerechtsmodellen der Kantone Raum zu lassen¹⁴. Die Mehrheit des Parlaments war zwar im Jahr 1975 sicherlich der Auffassung, dass die richterliche Festlegung des gemeinsamen Sorgerechts aus praktischen und psychosozialen Gründen für das Kindeswohl, dem primären und grundlegenden Ziel der damaligen Regelung, nicht förderlich sei¹⁵. Es entsprach auch wohl noch dem überwiegenden Stand der Humanwissenschaft zu dieser Zeit, dass eine klare Zuordnung zu einem Elternteil nach der (damals viel ungewöhnlicheren¹⁶ und damit zumeist auch konfliktintensiveren¹⁷) Scheidung für die Entwicklung des Kindes die beste Lösung darstellt¹⁸. Damit kann aber nicht dem

Gesetzgeber unterstellt werden, er hätte die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Gewalt, wenn diese offensichtlich dem Kindeswohl besser entspricht, die Zustimmung verweigern wollen¹⁹. Wenn heute Eltern in der Lage und willens sind, auch nach der Scheidung die Verantwortung für ihre Kinder gemeinsam wahrzunehmen und dies vom Richter nicht genehmigt werden kann, führt dies zu stossenden Ergebnissen²⁰. Der vom Sorgerecht ausgeschlossene Elternteil hat im Umgang mit der Schule, dem Lehrbetrieb oder mit den Behörden keinen Rechtsanspruch auf Information oder Mitsprache bezüglich seiner Kinder und wird immer auf die Kulanz nicht nur des anderen Elternteiles sondern auch dieser Institutionen angewiesen sein²¹. Die rasante Entwicklung in der Humanwissenschaft²², im Scheidungsverhalten²³ und, damit verbunden, die Rechtsfortbildung im Ausland²⁴ und im internationalen Kindsrecht²⁵ war vor über 20 Jahren noch kaum abzusehen. Es hätte deshalb nahegelegen, schon heute dem eigentlichen Anliegen auch des historischen Gesetzgebers, dem Wohl des Kindes, zum Durchbruch zu verhelfen und den Anwendungsbereich von Art. 297 Abs. 3 ZGB mittels teleologischer Reduktion auf die Fälle zu beschränken, wo er diesem Ziel auch gerecht wird²⁶.

Das Bundesgericht setzt sich darüber hinaus aber auch in Widerspruch zu seiner Rechtsprechung in anderen Rechtsbereichen, in denen es

¹⁰ Vgl. zur Interpretation, die der Vorschlag Condrau im Nationalrat erhielt, das Votum von Nationalrätin Blunschy, Amtl. Bull. NR, 15. 8. 1975, 1778: «Dem Richter wäre damit die unangenehme Aufgabe erspart, entscheiden zu müssen, wem er das Kind zuteilen soll, aber dem Kinde wäre ganz bestimmt nicht gedient.»

¹¹ So auch die wohl überwiegende Lehre, vgl. *Hausheer/Jaun*, ZBJV 1998 501 m. w. Nachw.~

¹² «Zugewiesen» wurde durch «anvertraut» ersetzt, vgl. BezG SG, SJZ 1989 139, 140.

¹³ Vgl. *Balscheit*, SJZ 1988 25; *Heßner*, SJZ 1990 369, 370; *KG SG*, SJZ 1991 119, 122.

¹⁴ Vgl. *Marti*, SJZ 1998 248, 249.

¹⁵ Vgl. etwa das Votum von Bundesrat Furgler, Amtl. Bull. NR, 15. 9. 1975, 1779, der auf einen «reichen Erfahrungsschatz» (!) bezüglich gemeinsamer elterlicher Gewalt in Frankreich und Deutschland hinweist und behauptet, diese hätte sich dort nicht bewährt; vgl. dazu *Wirz*, Fn. 3, 162f.

¹⁶ 1967: 12,9 %, 1988: 30 %, Nachw. bei *Bräm*, SJZ 1990 257; mit 41 % hat die Scheidungsrate in der Schweiz einen neuen Höchststand erreicht, vgl. NZZ Nr. 165 vom 20. Juli 1998, 7.

¹⁷ Vgl. *Wirz*, Fn. 3, 163; Botschaft zur Scheidungsrechtsrevision, BBl 1996 I 128.

¹⁸ Vgl. *Limbach*, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis, 1989, 80f.; *Wirz*, Fn. 3, 36; *Coester*, FamRZ 1992 617; BVerfG, FamRZ 1982 1179, 1183; *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung: Familienrecht im Wandel, 1987, 117; vgl. auch *OG BL*, BJM 1996 12, 15; vgl. zum «Paradigmenwechsel» von der Bindungstheorie zur Systemtheorie, von *Sturm zu Vehlingen*, AJP 1997 1059, 2072 m. w. Nachw.

¹⁹ Vgl. auch die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts bezüglich derselben Problematik in Deutschland, BVerfG, FamRZ 1982 1179, 1183: «Für die Ausnahmslosigkeit dieser Regelung ist ein rechtfertigender Grund nicht erkennbar.»

²⁰ Vgl. *Dunand*, SJZ 1997 145, 146; *OG BL*, BJM 1996 12, 16; vgl. auch *Stettler*, SPR III/2 263; *Schneider*, Fn. 7, 214; *Reusser*, in: Scheidung und ihre Folgen, 1996, 55, 69; Botschaft zur Revision des Scheidungsrechts, BBl 1997 I 160: «Der andere Elternteil ist damit von allen Entscheidungen bezüglich des Kindes ausgeschlossen. Sein Elternsein beschränkt sich rechtlich gesehen auf einen Anspruch auf persönlichen Verkehr und auf eine Zahlpflicht für den Unterhalt des Kindes. Dies ist unbefriedigend.»

²¹ Vgl. *Schneider*, Fn. 7, 214; *Wenger-Lenherr*, AJP 1996 1225, 1226f.; vgl. nun Art. 275a ZGB-E, der dem Elternteil ohne Sorgerecht immerhin ein Informations- und Auskunftsrecht einräumen möchte.

²² Vgl. dazu unten III.

²³ Vgl. *Schneider*, Fn. 7, 213; *Schwenzer*, ZBJV 1993 257, 258; *Koch*, FamRZ 1995 321, 326; *OG BL*, BJM 1996 12, 16: «Insofern als Eltern den Versuch wagen, trotz irreversibler Zerrüttung ihrer Zweierbeziehung auf Elternebene weiterhin gemeinsam zu entscheiden, liegt gegenüber 1975 eine extreme Veränderung der Verhältnisse vor.»

²⁴ Vgl. unten IV; vgl. auch schon *Limbach*, Fn. 18 (1989!): «Die Übersicht über die Rechtslage in Westeuropa und in den USA dokumentiert den unaufhaltsamen Siegeszug des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern.»

²⁵ Vgl. dazu unten V.

²⁶ Vgl. *Dunand*, SJZ 1997 145, 147; *Schneider*, Fn. 7, 215; *Wirz*, Fn. 3, 164; für die Genehmigung der gemeinsamen elterlichen Gewalt de lege lata «in klaren Fällen» auch *Vetterli*, Scheidungshandbuch, 1998, 79; vgl. auch *Dürr*, SJZ 1996 322f.

keine Hemmungen gezeigt hat, sich über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen²⁷. Erinnert sei insoweit nur beispielsweise an den Schachtrahmenfall²⁸, in dem das Bundesgericht die Anforderungen an den Sorgfaltsbeweis im Rahmen des Art. 55 Abs. 1 OR so hoch geschraubt hat, dass dieser praktisch nicht mehr erbracht werden kann²⁹. Auch in jüngster Zeit hat das Bundesgericht betont, dass sich die Gesetzesauslegung vom Gedanken leiten zu lassen hat, «dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis»³⁰. Die Antwort darauf, warum im Falle des Art. 297 Abs. 3 ZGB eine teleologisch reduzierende Interpretation abgelehnt wird, bleibt das Bundesgericht auch im vorliegenden Entscheid schuldig.

III. Humanwissenschaftliche Erkenntnisse

In der humanwissenschaftlichen Forschung ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass fortdauernde gemeinsame Elternverantwortung die dem Kindeswohl am besten dienende Lösung darstellt³¹. Die Scheidungsforschung belegt, dass Kinder das Trauma der Scheidung ihrer Eltern am besten verarbeiten, wenn sie nach der Scheidung grösstmöglichen Kontakt zu beiden Eltern behalten haben³². Zwar ist nicht unbestritten, ob die gemeinsame elterliche Sorge, von der

man sich häufigere Besuche des Vaters bei den Kindern, höhere Unterhaltszahlungen und ein geringeres Mass an Konflikten zwischen den Eltern versprochen hatte, alle Hoffnungen erfüllt³³. Die Vorteile der gemeinsamen Sorge werden jedoch heute vor allem in einer längerfristigen Bewusstseinsänderung gesehen: Die Kinder haben nicht das Gefühl, einen Elternteil zu verlieren, und die Väter fühlen sich von der Verantwortung für ihre Kinder nicht länger ausgeschlossen³⁴.

Die Aussage des Bundesgerichtes, wonach das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung «empirisch noch nicht genügend als befriedigend ausgewiesen» sei, ist mithin kaum haltbar, sie entspricht dem internationalen Diskussionsstand der achtziger Jahre³⁵.

IV. Lösungen im europäischen Ausland

Entsprechend den humanwissenschaftlichen Erkenntnissen stellt die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung im europäischen – aber auch im aussereuropäischen – Ausland den Regelfall dar³⁶. Seit den neunziger Jahren besteht sogar eine starke Tendenz, die Staatsintervention bei Scheidung ganz abzuschaffen. Das heisst, dass die Eltern die elterliche Sorge auch nach Scheidung grundsätzlich gemeinsam ausüben, es sei denn ein Elternteil beantrage die Alleinsorge anlässlich der Scheidung. Um nur einige Beispiele zu nennen: In Schweden³⁷ wurde die automatische Staatsintervention bei Scheidung im Jahre 1990 abgeschafft und durch ein Antragsverfahren ersetzt. Auch Grossbritannien geht in seinem wegweisenden Children Act 1989 vom Grundsatz der staatlichen Nichteinmischung

²⁷ Beispiele aus dem Familienrecht vgl. *Balscheit*, AJP 1993 1204, 1209; *Sandoz*, Attribution conjointe de l'autorité parentale aux parents divorcés?, in: Mélanges Paul Piotet, 1990, 107 ff.; vgl. auch BGE 121 III 240, 243: «Die Auslegung einer Gesetzesbestimmung gegen ihren Wortlaut ist aber nur dann willkürlich, wenn das Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft, oder wenn das Ergebnis der Auslegung an einem inneren Widerspruch leidet»; vgl. dazu *Kuster*, AJP 1998 425, 428.

²⁸ BGE 110 II 456 ff.

²⁹ Vgl. dazu *Widmer*, recht 1986 56: «Im Ergebnis richtig, aber de lege lata nicht begründbar.»

³⁰ BGE 121 III 219, 225; vgl. dazu aus methodologischer Sicht *Schnyder*, ZBJV 1997 30 ff.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, 165.

³¹ Vgl. *Bugla*, Das Sorge- und Umgangsrecht bei nicht bzw. nicht miteinander verheirateten Eltern und dessen Neuregelung durch die Kindschaftsrechtsreform, 1998, 149 f.; Botschaft zur Scheidungsrechtsrevision, BBl 1996 I 128: «Die gemeinsame Sorge kann ein Höchstmass an möglicher Beziehungs- und Erziehungskontinuität trotz Scheidung bewirken.»

³² Vgl. vor allem *Wallerstein/Blakeslee*, Gewinner und Verlierer, 1989, passim; vgl. auch *Perrez*, AJP 1997 37, 42; *Richards*, The interest of children at divorce, in: Families & Justice, 1994, 543, 546; *Reusser*, ZSR 1996 337, 340 f.; *dieselbe*, ZVW 1993 47, 52 m. w. Nachw.; vgl. auch BGE 122 III 404, 407.

³³ Vgl. einerseits kritisch *Furstenberg/Cherlyn*, «Geteilte Familien», 1993, 165; *Maccoby/Mnookin*, FamRZ, 1995 1 f.; vgl. dagegen die Studie von *Sluka*, Das gemeinsame Sorgerecht – ein Modell für die Zukunft?, 1996, welche aufzeigt, dass gemeinsam sorgeberechtigte Väter tendenziell mehr Kontakt zu ihren Kindern haben (S. 52), Besuchszeiten besser einhalten (S. 50) und sich generell intensiver mit Gedanken, Wünschen und Problemen der Kinder auseinandersetzen (S. 55) als die bloss besuchsberechtigten Väter.

³⁴ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs für die deutsche Kindschaftsrechtsreform, BT-Drs. 13/4899, S. 63; *Bugla*, Fn. 31, 150; *Isenbeck*, Traditionelles niederländisches Familienrecht und europäische Einflüsse, 1995, 173 f.; *Ruggiero*, L'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce, 1994, 106 f.; *Vetterli*, Fn. 26, 80; *Mühlens/Kirchmeier/Gressmann*, Das neue Kindschaftsrecht, 1998, 42; *Wirz*, Fn. 3, 51.

³⁵ Vgl. dagegen *Hausheer/Jaun*, ZBJV 1998 501, 508.

³⁶ Vgl. auch die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates vom 28. Februar 1984, Recommendation N° R (84) 4 sur les responsabilités parentales, Grundsatz 6, der die Mitgliedstaaten auffordert, den Eltern bei der Scheidung auf deren Antrag hin das gemeinsame Sorgerecht zu belassen.

³⁷ Vgl. 6. Kap., § 5 ElternG 1949 i. d. F. 1990; vgl. hierzu *Bogdan*, Grundzüge des schwedischen Kindschaftsrechts, in: Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts, 1996, 107, 111.

in Fragen der elterlichen Sorge aus³⁸. In Frankreich bestimmt das Gesetz seit einer Reform von 1993³⁹, die das französische Recht in Einklang mit den Anforderungen der UN-Kinderrechtskonvention bringen sollte, dass die Eltern die elterliche Sorge auch nach Scheidung gemeinsam ausüben; nur wenn das Kindeswohl es erfordert, kann der Richter die Alleinsorge eines Elternteils anordnen. Auch Deutschland hat sich mit der am 1. Juli 1998 in Kraft getretenen Kindschaftsrechtsreform dem Kreis dieser Staaten angeschlossen⁴⁰. Am weitestgehenden hat schliesslich der belgische Gesetzgeber im Jahre 1995 den Vorrang der gemeinsamen elterlichen Sorge verwirklicht: Von Rechts wegen steht allen Eltern – gleichgültig ob verheiratet, nicht verheiratet oder geschieden, zusammenlebend oder nicht zusammenlebend – die gemeinsame Elternverantwortung zu⁴¹; eine Abänderung im Sinne einer Alleinsorge erfolgt lediglich auf Antrag eines Elternteils.

Doch auch in den Rechtsordnungen, die (noch) an der Staatsintervention bei Scheidung festhalten, wird die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung bereits seit den achtziger Jahren durchwegs als zulässig angesehen⁴². Allein das österreichische Recht übt gegenüber der gemeinsamen Sorge nach Scheidung eine gewisse Zurückhaltung, indem diese nur möglich sein soll, wenn die (geschiedenen) Eltern zusammenleben⁴³.

Doch nicht allein auf dem Papier, sondern auch in der Praxis konnte sich die gemeinsame elterliche Sorge im Ausland inzwischen etablieren. Aus verschiedenen Staaten wird berichtet, dass mittlerweile in drei Viertel aller Scheidungsfälle die elterliche Sorge auch nach Scheidung von den Eltern gemeinsam ausgeübt wird⁴⁴.

³⁸ Vgl. Sec. 1 (5) Children Act 1989; vgl. hierzu *Büttner*, FamRZ 1997 464, 468; *Richards*, Fn. 32, 553; *Verschraegen*, ÖJZ 1996 257, 259 f.

³⁹ Art. 287 Abs. 1 Satz 1 CC i. d. F. des G. Nr. 93–22 vom 8. 1. 1993; vgl. *Ruggiero*, Fn. 34, 105 f; *Verschraegen*, ÖJZ 1996 257, 260 f.

⁴⁰ Vgl. § 1671 BGB n.F.; vgl. hierzu etwa *Schwab*, FamRZ 1998 457 ff.; *Rehberg*, FuR 1998 65 ff.

⁴¹ Vgl. Art. 374 Abs. 1, 376 Abs. 1 CC; vgl. hierzu *Pintens*, FamRZ 1997 458, 462 f.

⁴² Vgl. nur Italien: Art. 317, 155 CC; Niederlande: Art. 251 Abs. 2 BW; Norwegen: § 34 Abs. 2 KinderG 1981; Dänemark: § 11 Abs. 2 MündigkeitsG 1985; Spanien: Art. 156 Abs. 5 CC; vgl. auch *Sandoz*, SJZ 1997 145.

⁴³ Vgl. § 177 Abs. 3 i. V. m. § 167 ABGB; vgl. dazu OGH, JBl. 1992 699 ff. m. Anm. *Pichler* = ZEuP 1995 128 ff. m. Anm. *Schwenzer*; vgl. auch *Stolzlechner*, Die Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil nach Eheauflösung bzw. nach einer nicht bloss vorübergehenden Trennung der Eltern (§ 177 ABGB) im Licht des Art. 8 MRK sowie des Art. 5 des 7. ZProt, in: *Familie und Recht*, 1992, 785, 790 ff; *Ferrari*, Der aktuelle Stand des österreichischen Kindschaftsrechts, in: *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, 1996, 77, 86 m. w. Nachw.

⁴⁴ Vgl. nur für Schweden *Lødrup*, in: 10. Deutscher Familiengerichtstag, 1994, 37, 40; von *Sturm zu Vehlingen*, AJP 1997 1059,

Die Behauptung des Bundesgerichts, dass die Tendenz zur Zulassung eines gemeinsamen Sorgerechts an geschiedene Eltern in den europäischen Staaten noch nicht allgemein genug sei, ist mithin schlechterdings nicht haltbar. Solide Rechtsvergleichung, ausgerichtet am geltenden Rechtszustand des Auslandes und nicht jenem der frühen achtziger Jahre, hätte ausreichend Anlass bieten können, den Willen des historischen Gesetzgebers von 1976 als inzwischen überholt beiseite zu schieben und im Wege richterlicher Rechtsfortbildung die gemeinsame elterliche Gewalt auch bereits *de lege lata* zuzulassen.

V. Internationale Konventionen

1. Art. 8 EMRK

Art. 8 EMRK gewährt jedermann ausdrücklich einen Anspruch auf Achtung seines Familienlebens. Bereits der Wortlaut macht deutlich, dass damit nicht etwa nur das Familienleben von Erwachsenen gemeint ist. Rechtsträger und damit Anspruchsinhaber ist vielmehr zweifelsohne auch das Kind. Daraus kann ohne weiteres ein Rechtsanspruch des Kindes auf seine Eltern abgeleitet werden⁴⁵. Dass das Familienleben im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK zwischen Eltern und Kind auch grundsätzlich nach Scheidung der Elternehe fortbesteht, ist unbestritten⁴⁶. In der Literatur wird dementsprechend nahezu einmütig die Auffassung vertreten, dass eine nationale Regelung, die auch bei Vorliegen eines gemeinsamen Elternvorschlags die Möglichkeit der Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung ausschliesst, Art. 8 EMRK und dem Grundsatz des Primats des Kindeswohls widerspricht⁴⁷. Auch ausländische Gerichte haben sich

1063 f., der darauf hinweist, dass nicht nur in Schweden sondern auch in Norwegen und Dänemark bei erheblich mehr als der Hälfte aller Scheidungen das gemeinsame Sorgerecht vereinbart wird. In Frankreich hat eine Studie des Centre de droit de la famille de Lyon ergeben, dass der Anteil der Scheidungen mit gemeinsamem Sorgerecht nach dessen Einführung innerhalb von 4 Jahren von 15,66 % (1988) auf 61,32 % (1991) gestiegen ist, Nachw. bei *Ruggiero*, Fn. 34, 106.

⁴⁵ Vgl. nur *Brötzel*, DAVorm. 1996 746, 758; *Isenbeck*, Fn. 34, 171.

⁴⁶ Vgl. nur Nachw. bei *Palm-Risse*, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie, 1990, 275 ff; *Brötzel*, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, 1991, 187 m. w. Nachw.; *Isenbeck*, Fn. 34, 171; *Stolzlechner*, Fn. 43, 791.

⁴⁷ Vgl. nur *Brötzel*, a. a. O., 201 f.; *Wirz*, Fn. 3, 115; *Schwenzer*, ZEuP 1994 673, 678 jeweils m. w. Nachw.; *Isenbeck*, Fn. 34, 170 ff.; *Stolzlechner*, Fn. 43, 794 ff., welcher in der zwingenden Zuteilung der elterlichen Gewalt an *einen* Elternteil vor allem einen Verstoss gegen Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK sieht.

wiederholt in diesem Sinne ausgesprochen⁴⁸. Allein in Österreich wird die gegenteilige Auffassung vertreten⁴⁹.

Eine eigentliche Auseinandersetzung mit Art. 8 EMRK und den hierzu im Ausland vertretenen Meinungen findet in dem bundesgerichtlichen Urteil leider nicht statt. Statt dessen beruft sich das Bundesgericht auf die bereits im Vorstehenden widerlegte Auffassung, die Tendenz zur Zulassung eines gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung sei in den europäischen Staaten noch nicht allgemein genug und empirisch noch nicht genügend als befriedigend ausgewiesen. Zudem meint das Bundesgericht, die schweizerische Rechtslage sei hinreichend durch einen Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte aus dem Jahre 1994⁵⁰ abgesichert, ohne dass freilich erwähnt wird, dass dieser Entscheid vorrangig darauf abstellt, dass im konkreten Fall⁵¹ sich die Vormundschaftsbehörde für eine Zuteilung der elterlichen Gewalt an die Mutter ausgesprochen hatte. *Unter diesen Umständen* sei die Verneinung gemeinsamer elterlicher Sorge nicht konventionswidrig⁵².

2. Art. 2, 3 und 18 UN-KRK⁵³

Internationaler Massstab für die Ausgestaltung des Sorgerechts ist heute vor allem auch die UN-Kinderrechtskonvention. Von Interesse sind insoweit insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 1 UN-KRK, der Primat des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK sowie Art. 18 Abs. 1 UN-KRK, wonach sich die Vertragsstaaten nach besten Kräften zu bemühen haben, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für

die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Zwei Fragen gilt es in diesem Zusammenhang zu diskutieren: Erstens, ob diese Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind, und zweitens, ob aus ihnen das Erfordernis der Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge nach Scheidung abgeleitet werden kann. Beide Fragen lässt das Bundesgericht letztlich offen, weil der Kläger sich hierzu nicht hinreichend geäußert habe. Bedenken begegnet diese Argumentationsweise insoweit, als für die Berufung, wie sie hier vorlag, kein Rügeprinzip gilt, wie es für die staatsrechtliche Beschwerde charakteristisch ist⁵⁴. Vielmehr berücksichtigt das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundrechtliche Positionen des Einzelnen im Rahmen einer konventionskonformen Auslegung bundesrechtlicher Vorschriften⁵⁵.

Die Frage, ob die Bestimmungen der UN-KRK unmittelbare Anwendung finden oder lediglich eine völkerrechtliche Staatenverpflichtung begründen, ist umstritten. So hat die Bundesrepublik Deutschland bei der Ratifizierung des Übereinkommens eine auslegende Erklärung zum Übereinkommen deponiert, wonach dieses nur Staatenverpflichtungen begründe und damit nicht direkt anwendbar sei⁵⁶. Demgegenüber setzt sich die ganz überwiegende Literatur sowohl in Deutschland als auch in Frankreich für die Möglichkeit der direkten Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen des UN-KRK ein⁵⁷. Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵⁸ betont auch die Botschaft zur UN-KRK⁵⁹, dass jedenfalls jene Bestimmungen des Abkommens direkt anwendbar seien, die – im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Übereinkommens betrachtet – voraussetzungslos und genügend bestimmt sind, um auf einen konkreten Sachverhalt angewendet werden und Grundlage für eine Entscheidung bilden zu können. Es dürfte kaum zweifelhaft sein, dass Art. 18 Abs. 1 UN-KRK, der dem Kind einen Anspruch auf Verantwortlichkeit beider Eltern für seine Erziehung und Entwicklung

⁴⁸ Vgl. nur *Hoge Raad*, 4. 5. 1984, NJ 1985, Nr. 510; Nachw. zur deutschen Rechtsprechung bei *Brötel*, DAVorm. 1996 746, 750 f.; vgl. auch TGI Rochefort-sur-Mer, 27. 3. 1992, D. 1993.174 m. Anm. *Flauss* = J.C.P. 1992.II.21885 m. Anm. *Garé*.

⁴⁹ Vgl. VerfGH, 22. 6. 1989, JBl. 1990 305; OGH, 10. 6. 1992, JBl. 1992 694, 699; vgl. dazu *Schwenzer*, ZEuP 1995 128 ff.; *Stolzlechner*, Fn. 43, 790 ff.

⁵⁰ Vgl. Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte, 30. 11. 1994, VPB 59 (1995) Nr. 120, S. 989 ff.

⁵¹ BGE 117 II 523 ff.

⁵² Der auch von der Kommission bestätigte Eingriff in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK) bei Verweigerung der gemeinsamen Sorge nach der Scheidung ist zulässig, wenn er in einer demokratischen Gesellschaft für den Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist (Art. 8 Abs. 2 EMRK). Das Bundesgericht konnte in BGE 123 III 445 ff. aber weder einen legitimen Zweck, z.B. die Förderung des Kindeswohls im konkreten Fall, als Argument für den Eingriff anführen, noch dessen Notwendigkeit begründen.

⁵³ UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, vgl. dazu Botschaft vom 29. 6. 1994.

⁵⁴ Vgl. *Münch*, in: *Geiser/Münch* (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 1996, 105, 138, N 4. 89; *Wolf*, ZBJV 1998 113, 141, insbesondere Anm. 110b; *Hausheer/Jaun*; ZBJV 1998 501, 509.

⁵⁵ Vgl. etwa BGE 115 II 129 ff.

⁵⁶ Vgl. BGBl 1992 II Nr. 34, S. 990.

⁵⁷ Vgl. nur *Wolf*, ZRP 1991 374, 376; *Ullmann*, FamRZ 1992 892; *Steindorff*, FUR 1991 214; *Neirinck*, Le droit de l'enfance après la convention des Nations Unis, 1993, A9, N 17; *Dekeuwer-Defossez*, D. 1994.Somm.34; *Domingo*, Gaz.Pal.1993.1.192; *Wacogne*, D. 1994.Somm.36; a.A. *Verschraegen*, Die Kinderrechtskonvention 1996, S. 52 f.; *Stöcker*, RDJB 1991 77 f.; *Massip*, D. 1994.191, 192.

⁵⁸ Vgl. nur BGE 112 Ib 183, 184, BGE 111 Ib 68, 72.

⁵⁹ Vgl. BBl 1994 V, S. 20.

gewährt, in diesem Sinne hinreichend konkret formuliert ist⁶⁰. Doch selbst wenn man dieser Bestimmung die direkte Anwendbarkeit versagen und damit einen Anspruch des Kindes verneinen wollte⁶¹, müsste sie doch bei der Auslegung des geltenden Rechtes Berücksichtigung finden⁶².

Auch in der Sache kann kaum ein Zweifel daran bestehen, dass aus Art. 18 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 UN-KRK das Prinzip fortdauernder gemeinsamer Elternverantwortung im Falle einer Scheidung abzuleiten ist, sofern das Kindeswohl nicht entgegensteht⁶³. Dementsprechend haben sowohl der französische als auch der deutsche Gesetzgeber in Verwirklichung des Postulats des Art. 18 Abs. 1 UN-KRK die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung zum Regelfall erhoben⁶⁴. Auch in der Botschaft zur UN-KRK⁶⁵ wird zugestanden, dass der Grundidee des Übereinkommens wohl die Einräumung der gesetzlichen Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Verantwortung geschiedener Eltern mehr entsprechen würde als die geltende schweizerische Regelung. Die gegenteilige Auffassung wird heute nur noch allein von einer Autorin⁶⁶ aus Österreich vertreten, bezeichnenderweise dem einzigen Land in Europa, das der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung nach wie vor skeptisch gegenübersteht⁶⁷.

Auch Art. 2, 3 und 18 Abs. 1 UN-KRK hätten dem Bundesgericht mithin ausreichend Anlass sein müssen, die Auslegung des Art. 297 Abs. 3 ZGB zu überdenken.

VI. Scheidungsrechtsrevision

Die Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung stellt ein Kernstück der Scheidungsrechtsrevision dar⁶⁸. Dabei hat die Bestimmung des Art. 133 Abs. 3 ZGB-E, wie sie nunmehr von den Räten angenommen wurde,

eine recht wechselvolle Geschichte hinter sich, die im Wesentlichen die Diskussion, wie sie im Ausland in den siebziger und achtziger Jahren geführt wurde, widerspiegelt⁶⁹. Noch im Nationalrat wurde der Antrag gestellt, die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung gar nicht zuzulassen⁷⁰. Die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission hatte ein gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung nur unter äusserst restriktiven Bedingungen beantragt⁷¹. Durchgesetzt hat sich letztlich der bundesrätliche Vorschlag. Art. 133 Abs. 3 ZGB-E wird demnach in folgender Fassung Gesetz werden: «Haben die Eltern sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt, so belässt das Gericht auf gemeinsamen Antrag beider Eltern die elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist.» Ein weitergehender Antrag, der – unter Beibehaltung des Grundsatzes der Staatsintervention – die gemeinsame elterliche Sorge zum Regelfall erheben wollte, sofern die Alleinsorge dem Kindeswohl nicht besser entspricht, konnte sich nicht durchsetzen⁷².

Damit werden freilich die Hürden für ein gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung recht hoch gesetzt. Erforderlich ist zunächst ein entsprechender gemeinsamer Antrag der Eltern. Zweitens muss das Gericht die Kindeswohlgeignetheit des Fortbestehens der gemeinsamen Sorge positiv beurteilen. Und schliesslich müssen die Eltern drittens dem Gericht eine Vereinbarung zur Genehmigung vorlegen, woraus ersichtlich wird, wie sich die Eltern über ihre Anteile an der künftigen Betreuung des Kindes und über die Verteilung der Unterhaltskosten verständigen⁷³. Diese Voraussetzungen machen deutlich, welche grosse Skepsis der Gesetzgeber nach wie vor der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenbringt. Manch verheiratete Eltern würden wohl die Anforderungen, die hiermit an geschiedene Eltern gestellt werden, kaum erfüllen. Es ist deshalb zu erwarten, dass die gemeinsame elterliche Sorge jedenfalls in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der Scheidungsrechtsrevision in der Schweiz allenfalls ein Schattendasein führen wird⁷⁴.

⁶⁰ Vgl. auch *Wirz*, Fn. 3, 95; *Schwenzer*, AJP 1994 817, 824.

⁶¹ So wohl *Reusser*, ZVW, 47, 52 Anm. 16; *Hausheer/Jaun*, ZBJV 1998 501, 510; offengelassen bei *Wolf*, ZBJV 1998 113, 142f.

⁶² Vgl. *Wolf*, ZBJV 1998 113, 141f.

⁶³ Vgl. *Mottl*, Die Sorge der Eltern für ihre Kinder, 1992, 60f.; *Steindorff*, ZfJ 1990 653, 654; *Koepfel*, ZfJ 1991 355; *Brötel*, DA-Vorm. 1996 844, 848; *Lücker-Babel*, ZVW 1995 219, 223; *Coester/Hansen*, UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, in: Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten, 1994, 21, 32; *Büttner*, FamRZ 1997 457, 467f.; *Wirz*, Fn. 3, 95; *Papaux-Offner*, Plädoyer 1 (1993) 45, 47; *Hinderling/Steck*, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 1995, 417f.; *Schwenzer*, AJP 1994 817, 822f.

⁶⁴ Vgl. dazu Fn. 39 und 40.

⁶⁵ Vgl. BBl 1994 V 43.

⁶⁶ Vgl. *Verschraegen*, Fn. 57, 79f.

⁶⁷ Vgl. oben bei Fn. 43.

⁶⁸ Vgl. das Votum von Nationalrätin Dormann, Amtl. Bull. NR, 17. 12. 1997, 23.

⁶⁹ Zu den kontroversen Stellungnahmen zum Gesetzentwurf vgl. *von Sturm zu Vehlingen*, AJP 1997 1059, 1062f.

⁷⁰ Vgl. Amtl. Bull. NR, 17. 12. 1997, 22, 25.

⁷¹ Vgl. Amtl. Bull. NR, 17. 12. 1997, 22.

⁷² Vgl. Amtl. Bull. NR, 17. 12. 1997, 28f.

⁷³ Vgl. Botschaft, BBl 1996 I 129f.; vgl. zur Elternvereinbarung kritisch *Bugla*, Fn. 31, 151; ebenso die Begründung des Regierungsentwurfs für die deutsche Kindschaftsrechtsreform, BT-Drs. 13/4899, S. 64.

⁷⁴ Wie es zunächst auch in Deutschland nach Zulassung der gemeinsamen Sorge nach Scheidung durch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1982 der Fall war, vgl. dazu *Limbach*, Fn. 18, 13f.

Bedauert werden muss vor allem, dass die Staatsintervention bezüglich der elterlichen Sorge bei Scheidung beibehalten wird⁷⁵. Die Argumente, die hiergegen sprechen, sind aus der ausländischen Diskussion hinreichend bekannt. Der Zwangsverbund setzt die Scheidung der Elternehe mit einer Kindeswohlgefährdung gleich⁷⁶. An dieser typisierenden Betrachtungsweise kann schon aufgrund des gewandelten Verständnisses von Scheidung nicht mehr festgehalten werden. In mehr als 90 % aller Scheidungsverfahren herrscht über die elterliche Sorge kein Streit; immer mehr Eltern sind in der Lage, den Streit auf der Partnerebene nicht auf die Elternebene durchschlagen zu lassen⁷⁷. Auch die Anträge auf Regelung der elterlichen Sorge während der Trennungsphase sind äusserst spärlich⁷⁸. Hinzu kommt, dass – wie immer wieder von psychologischer Seite betont wird⁷⁹ – gerade in streitigen Fällen die Entscheidung über die elterliche Sorge mit der rechtlichen Scheidung im für das Kind ungünstigsten Augenblick erfolgt, da die Eltern die emotionale Scheidung noch nicht vollzogen haben. Oft führt der Zwang zu einer Sorgerechtsregelung im Zwangsverbund selbst zum Streit, die Angst vor einem Verlust des Sorgerechts zur Kampfhaltung⁸⁰. Es kann schliesslich auch nicht übersehen werden, dass eine derartige Regelung geradezu dazu einlädt, das Kind zum Handelsobjekt im Scheidungsverfahren zu machen⁸¹. All diese Gründe haben ausländische Gesetzgeber veranlasst, die Staatsintervention bei Scheidung abzuschaffen. Eine solche Lösung hat ausserdem den positiven Effekt, dass fort-dauernde gemeinsame Elternverantwortung, die unbestrittenermassen dem Kindeswohl am besten dient, nach Scheidung zum eindeutigen Leitbild, der «Streit ums Kind» auch in der Beratungspraxis der Anwälte hingegen zum Ausnahmefall wird⁸².

Bundesgerichtsurteil vom November 1997 vermag weder sachlich noch dogmatisch zu überzeugen. Eltern, die bereit und gewillt sind, auch nach Scheidung gemeinsam Verantwortung zu tragen und damit das Beste für ihr Kind zu verwirklichen, müssen grundsätzlich noch bis zum Inkrafttreten der Scheidungsrechtsrevision warten, bis ihnen diese Möglichkeit von Gesetzes wegen eröffnet wird. Doch selbst dann wird die Schweiz – gemeinsam mit Österreich – Schlusslicht der internationalen Entwicklung bleiben, denn der Fortbestand gemeinsamer elterlicher Sorge wird an so hohe Anforderungen geknüpft, dass dieses Modell kaum zum Regelfall werden wird. Weiterer gesetzgeberischer Handlungsbedarf auf diesem Gebiet zeichnet sich damit heute schon ab.

VII. Schlussbetrachtung

Die abermalige Ablehnung der Zulässigkeit gemeinsamer elterlicher Sorge nach Scheidung im

⁷⁵ Vgl. zur diesbezüglich weitergehenden Kindschaftsrechtsreform in Deutschland, *Bugla*, Fn. 31, 172.

⁷⁶ Vgl. *von Sturm zu Vehlingen*, AJP 1997 1059, 1067, Anm. 52.

⁷⁷ Vgl. *Dopffel/Martiny*, Rechtsvergleichung, in: *Kindschaftsrecht im Wandel*, 1994, 575, 585; *Sluka*, Fn. 33, 69; vgl. auch das Votum von Bundesrat Koller im Nationalrat, Amtl. Bull. NR, 17. 12. 1997, 28.

⁷⁸ Vgl. *Vetterli*, Fn. 26, 45.

⁷⁹ Vgl. etwa *Jopt*, FamRZ 1987 875, 881.

⁸⁰ Vgl. *Mühlens/Kirchmeier/Gressmann*, Fn. 34, 42.

⁸¹ Vgl. schon das Votum von Nationalrat Condrau, Amtl. Bull. NR, 15. 8. 1975, 1778.

⁸² Vgl. *Bugla*, Fn. 31, 150f.