

de traitement, en particulier dans le domaine de la famille (SANDOZ, op. cit., p. 112). Il n'appartient donc pas au Tribunal fédéral de modifier une norme discriminatoire, si tant est que l'art. 297 al. 3 CC le soit, pour la rendre conforme à cette disposition constitutionnelle (ATF 109 Ib 85 consid. 2, 109 II 97 consid. 7), puisque l'art. 4 al. 2, 2^e phrase, Cst. ne crée pas un droit individuel à l'égalité de traitement entre hommes et femmes (ATF 114 Ia 331 in fine). Au surplus, comme le remarque SANDOZ (op. cit., p. 113/114), le principe d'égalité interdit simplement d'exclure a priori la possibilité pour l'un ou l'autre des parents de se voir attribuer l'autorité parentale. On ne saurait enfin tirer argument de ce que la Cour constitutionnelle allemande a déclaré contraire à la Loi fondamentale (Grundgesetz) – plus précisément au droit naturel qui appartient aux deux parents d'éduquer leurs enfants (art. 6 al. 2 GG) – le § 1671 al. 4 BGB, selon lequel l'autorité parentale doit être attribuée à un seul parent (EuGRZ 1982 p. 429 ss et note COESTER, *ibid.*, p. 434, ainsi que les commentaires de BRAND, in RIDC 1984 p. 391 ss et de THÜR, in Plädoyer 1/1983 p. 7 s.). Non seulement le Tribunal fédéral ne jouit pas d'une telle compétence (art. 113 al. 3 Cst.), mais on pourrait mentionner des exemples en sens contraire (ainsi le droit autrichien cité par HEGNAUER, op. cit., p. 371 n. 15).

f) S'il est interdit au juge d'attribuer l'autorité parentale aux deux parents divorcés, ou de ratifier une convention qui l'institue, rien n'empêche, de lege lata, une large collaboration des parents dans leurs relations avec les enfants. HEGNAUER (op. cit., p. 370 s. ch. 4) relève à juste titre que l'art. 297 al. 3 CC ne s'oppose pas à un accord dérogeant à la réglementation prévue par le jugement de divorce: le titulaire de l'autorité parentale peut ainsi accorder au parent non attributaire un droit de visite plus étendu que celui prévu par le jugement, voire lui confier la garde de l'enfant; il peut également l'associer à l'exercice de l'autorité parentale, en requérant son approbation pour des décisions importantes (cf. également HAUSHEER, op. cit., p. 135; SANDOZ, op. cit., p. 116; *contra* BALSCHKEIT, op. cit., p. 26). Ces dérogations sont valables autant et aussi longtemps que le détenteur de l'autorité parentale est d'accord et que l'intérêt de l'enfant n'en est pas compromis. Les parents divorcés exerceraient en pratique, et dans la mesure convenue, une autorité parentale conjointe *interne* (HEGNAUER, op. cit., p. 371 ch. 4).

g) Il faut enfin signaler qu'un postulat MASCARIN a invité le Conseil fédéral à réexaminer l'art. 297 al. 3 CC, 'à l'effet de prévoir une amélioration qui laisserait aux parents la possibilité d'exercer en commun l'autorité parentale après leur divorce également' (BOCN 1983 p. 1003). Ce postulat, qui fait suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande précité, ainsi qu'à deux expertises effectuées en Allemagne, sera examiné dans le cadre de la révision du droit du divorce (HEGNAUER, op. cit., p. 371 ch. II). On ne saurait introduire cette possibilité par la voie prétorienne (cf. PERRIN, op. cit., p. 377); le postulat

confirme au contraire comment la loi actuelle doit être comprise.

h) En conclusion, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en refusant de ratifier la clause de la convention prévoyant l'autorité parentale conjointe sur les enfants (...) et en réformant d'office le jugement sur ce point. Le moyen doit dès lors être rejeté."

Bemerkungen:

Der Entscheid des Bundesgerichts zur gemeinsamen elterlichen Gewalt nach Scheidung wurde mit grosser Spannung von allen interessierten Kreisen erwartet, nachdem erstmals im Jahre 1986 das Bezirksgericht Gelterkinden eine solche Lösung zugelassen hatte (vgl. P. BALSCHKEIT, SJZ 1988, 25 ff.) und sich inzwischen bei den erstinstanzlichen Gerichten insoweit eine gänzlich uneinheitliche Praxis eingebürgert hatte (vgl. Bericht der Eidg. Kommission für Frauenfragen, Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts, 1991, 196).

Das Bundesgericht lehnt nun die gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung auch in einem Fall, in dem die Eltern diese nicht nur gemeinsam beantragt, sondern im Rahmen einer Scheidungskonvention vereinbart hatten, ab. Gestützt wird dieser Entscheid ausser auf die überwiegende schweizerische Literatur, die sich freilich bis anhin noch kaum grundlegend mit der Problematik auseinandergesetzt hat, namentlich auf die Gesetzgebungsgeschichte zu Art. 297 Abs. 3 ZGB. Seit den Beratungen im Nationalrat im Jahre 1975, auf die sich das Bundesgericht bezieht, hat sich die Beurteilung der gemeinsamen elterlichen Gewalt nach Scheidung wie auch die Situation in ausländischen Rechtsordnungen allerdings grundlegend geändert.

In der humanwissenschaftlichen Forschung ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass fortdauernde gemeinsame Elternverantwortung die dem Kindeswohl am besten dienende Lösung darstellt. 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 haben. Es geht also bei der Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Gewalt nach Scheidung nicht um irgendwelche Postulate der Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern – wie das Bundesgericht meint –, sondern um die Verwirklichung des Primats des Kindeswohls. Wenn das Bundesgericht meint, den Eltern stehe es frei, eine vom richterlichen Urteil abweichende faktische Regelung zu treffen und weiterhin gemeinsam Verantwortung für das Kind zu tragen, so ist dies eine Argumentation, die einem obersten Gericht schlecht ansteht: die Eltern werden explizit auf Rechtsumgehung verwiesen.

Doch nicht allein die Erkenntnisse neuerer humanwissenschaftlicher Forschung, sondern auch die Rechtsvergleichung hätte dem Bundesgericht ausreichend Anlass bieten können, den Willen des historischen Gesetzgebers als inzwischen überholt beiseite zu schieben und im Wege richterlicher Rechtsfortbildung die gemeinsame elterliche Gewalt auch in der Schweiz zuzulassen. In allen

Entscheidungen Jurisprudence

2. Privatrecht / Droit privé

2.2.2. Kindesrecht / Droit de la filiation

(12. Dezember 1991 i.S. J.K. c. A.K., Bundesgericht II. Zivilabteilung, Nr. 5 C.18/1991)

Leitsatz der Rezensentin

Kindesrecht: Gemeinsame elterliche Gewalt beider Eltern nach Scheidung kann auch nicht im Rahmen einer Scheidungskonvention vereinbart werden.

"1. b) Le Tribunal fédéral n'a pas rendu, à ce jour, d'arrêt de principe sur la question de l'autorité parentale conjointe de parents divorcés. Cela ne signifie pas qu'il n'ait jamais abordé cette question. Sous l'empire de l'art. 274 al. 3 aCC – disposition reprise, après une modification rédactionnelle, par l'actuel art. 279 al. 3 CC (FF 1974 II 73) – le Tribunal fédéral a affirmé que, ne pouvant remettre l'enfant en commun aux deux parents, le juge du divorce doit décider à qui sera confié l'exercice de l'autorité paternelle (ATF 53 II 189). Dans deux arrêts postérieurs, il a également déclaré que le juge est contraint de choisir entre les époux et de priver l'un d'eux des droits qui, jusqu'ici, lui appartenaient (ATF 54 II 76) et que son pouvoir de régler les rapports entre parents et enfants résultait de la nécessité d'attribuer, soit au père soit à la mère, un droit dont jusqu'alors ils étaient investis tous deux et qu'ils exerçaient en commun (ATF 77 II 108). Récemment, le Tribunal fédéral s'est prononcé plus directement à deux reprises sur la question, sans toutefois motiver son opinion. Dans le premier arrêt, il a considéré que l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents est la conséquence nécessaire de ce que le droit suisse ne connaît pas l'exercice commun de cette autorité par des parents divorcés (ATF 108 II 378 consid. 2a). Dans le second, il a déclaré que le droit suisse n'admet pas l'exercice commun de l'autorité parentale par des parents non mariés (ATF 114 II 415, à propos de l'art. 298 al. 1 CC). Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral n'était pas en présence, comme en l'espèce, d'une convention. Mais peu importe, car lors de l'homologation, le juge doit examiner chacune des clauses de la convention pour apprécier leur licéité (ATF 102 II 68 consid. 2, 60 II 171; BÜHLER/SPÜHLER, op. cit., n. 180 ad art. 158 CC; GÜRZUMAR, op. cit., p. 178 ss).

La doctrine dominante soutient que l'autorité parentale conjointe des parents divorcés n'est pas admissible en droit suisse (voir notamment: BRÄM, Tendenzen der Scheidungsrechtsrevision, in RSJ 86/1990 p. 259; BÜHLER/SPÜHLER, op. cit., n. 114 et 147 ad art. 156 CC; idem, Ergänzungsband, n. 8, 114 et 147 ad art. 156 CC; DESCHENAUX/TERCIER, Le mariage et le divorce, 3e éd., p. 137/138; ECKERT, Compétence et procédure au sujet de l'autorité parentale dans les causes matrimoniales, thèse Lausanne 1990, p. 22 et 119; HAUSHEER, cité in Plädoyer 1/1983 p. 9; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 2e éd., p. 107 ch. 11.35; HEGNAUER/SCHNEIDER, Droit suisse de la filiation, 3e éd., p. 169/170; HEGNAUER, Gemeinsame elterliche Gewalt nach der Schei-

dung?, in RSJ 86/1990 p. 369 ss; HENCKEL, Die elterliche Gewalt, in Das neue Kindesrecht, BTJP 1977, p. 92; JORIO, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, thèse Fribourg 1977, p. 258; JORNOD, La femme et le nom en droits suisse et français, thèse Lausanne 1991, p. 180; PERRIN, Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale conjointe?, in SJ 112/1990 p. 372 ss; SANDOZ, Attribution conjointe de l'autorité parentale aux parents divorcés?, in Mélanges PIOTET, 1990, p. 107 ss; SPÜHLER, Abänderungs- oder Ergänzungs- (bzw. Nach-)verfahren zum Ehescheidungsprozess, in RSJ 79/1983 p. 38; STETTLER, Le droit suisse de la filiation, in Traité de droit privé suisse, III/II/1, p. 280; TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10^e éd., p. 173 et 320; cf. également HAUSHEER, Die Zuteilung der elterlichen Gewalt im Scheidungsverfahren nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, in RDT 38/1983, p. 135 s.; *contra*: BALSCHWEIT, Gemeinsame Elternverantwortung auch nach der Scheidung?, in RSJ 84/1988 p. 25 ss; GÜRZUMAR, op. cit., p. 188).

La pratique des juridictions de première instance se distingue parfois de cette opinion. Ainsi, la première section du Tribunal du district de St-Gall, qui a ratifié une convention de parents divorcés prévoyant l'exercice conjoint de l'autorité parentale (RSJ 85/1989 p. 139 ss). Ce cas n'est d'ailleurs pas isolé (cf. sur ce point: BRÄM, op. cit., p. 259; PERRIN, op. cit., p. 372 n. 2; HEGNAUER, op. cit., p. 371 ch. II; cf. aussi l'arrêt du Tribunal du district de Gelterkinden du 28 octobre 1986, cité par BALSCHWEIT, op. cit., p. 25/26). En revanche, le Tribunal cantonal saint-gallois (RSJ 87/1991 p. 119 ss) et le Tribunal supérieur zurichois (RSJ 87/1991 p. 414 ss) ont condamné cette solution.

c) Pendant le mariage, les père et mère exercent l'autorité parentale en commun (art. 297 al. 1 CC). Lorsque la vie commune est suspendue ou que les époux sont séparés de corps, le juge peut confier l'autorité parentale à un seul des époux (art. 297 al. 2 CC). L'art. 297 al. 3 CC dispose enfin, qu'en cas de divorce, l'autorité parentale appartient à l'époux auquel les enfants sont confiés. Cette dernière disposition – dans le contexte des alinéas qui la précèdent (cf. PERRIN, op. cit., p. 373 in fine) – est claire et n'autorise pas le maintien de l'autorité parentale conjointe au profit de parents divorcés. Selon la jurisprudence, le juge peut toutefois s'écarter d'un texte clair lorsque des raisons sérieuses lui permettent de penser, sans doute possible (ATF 112 Ib 472 let. c, 105 Ib 62 consid. 5b, 103 Ia 117 consid. 3), que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la norme (ATF 116 II 578, 115 Ia 137 let. b, 113 Ia 14 let. c, 112 Ib 472 let. c, 112 III 110) et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulu et qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement (ATF 112 III 110, 109 Ia 27 let. d). De telles raisons peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi (ATF 116 II 578, 115 Ia 137 let. b, 113 Ia 14 let. c, 111 Ia 297, 108 Ia 297).

En dehors du cadre ainsi défini, des considérations fondées sur le droit désirable ne permettent pas de s'écarter du texte clair de la loi, surtout lorsqu'elle est récente (ATF 105 Ib 62 consid. 5b).

d) Lors des débats parlementaires relatifs à la révision du droit de la filiation, une proposition CONDRAU visait à introduire un art. 297 al. 2 CC, aux termes duquel 'lorsque la vie commune est suspendue, que les époux sont séparés de corps ou qu'ils ont divorcé, le juge peut confier l'autorité parentale aux deux époux ou à un seul d'entre eux'. Le Conseil national a clairement rejeté cette proposition par 94 voix contre 7 (BOCN 1975 p. 1777 ss), non sans que les parlementaires eussent entendu un bref exposé critique des droits français et allemand qui connaissent cette institution (Intervention du Conseiller fédéral FUGLER, *ibid.* p. 1779; JORIO, *op. cit.*, p. 59). L'interprétation historique corrobore donc, 'sans doute possible', l'interprétation littérale de l'art. 297 al. 3 CC (PERRIN, *op. cit.*, p. 374 in fine). Certes, les travaux préparatoires ne sont, en soi, ni obligatoires ni même décisifs pour l'interprétation d'une norme (ATF 116 Ia 368, 116 II 527 let. b, 112 II 4). Il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent être notamment utiles dans la mesure où, comme en l'espèce, la volonté du législateur s'est manifestée dans le texte à interpréter (ATF 116 Ia 368, 115 Ia 130 consid. 3a, 112 II 4). En outre, les intentions du législateur ont d'autant plus de poids que le texte à interpréter est récent (ATF 115 Ia 130 consid. 3a, 112 Ib 470 consid. 3b, 109 Ia 303). Or, tel est le cas pour l'art. 297 al. 3 CC (PERRIN, *op. cit.*, p. 375 in fine).

Cette disposition résulte d'un jugement de valeur délibéré du législateur: c'est le meilleur moyen d'assurer le bien de l'enfant (BOCN 1975 p. 1778 s.; JORIO, *op. cit.*, p. 58; SANDOZ, *op. cit.*, p. 112). Personne ne prétend que ce but serait modifié ou dépassé (HEGNAUER, *op. cit.*, p. 372 ch. 2). Il est vrai que l'intérêt de l'enfant peut, si ce n'est commander dans certaines circonstances l'exercice commun de l'autorité parentale par ses parents divorcés, du moins ne pas s'y opposer (cf. RSJ 85/1989 p. 141 consid. 3). Mais, en dernière analyse, cette solution répond bien davantage à une revendication du parent non attributaire, lequel veut participer aux décisions qui concernent son enfant. Il est significatif de relever que la 'garde conjointe' du droit français – d'abord consacrée par la voie prétorienne, puis à 287 CCF, introduit par la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale – paraît bien être le résultat d'une prise en compte des revendications paternelles (cf. DE GRAFFENRIED, *L'enfant au regard des droits français et suisse*, Lausanne 1984, p. 90 n° 105; MEULDERS-KLEIN, *La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale*, in RIDC 1989 p. 52/53 et 55). Or, cette considération détournerait l'art. 297 al. 3 CC de son but premier. Il n'appartient pas au juge de substituer sa propre définition de l'intérêt de l'enfant à celle que le législateur a préférée expressément dans cette disposition et s'ériger ainsi en censeur de la loi (ATF 115 II 275). En admettant même l'exi-

stence d'une lacune improprement dite – ce qui n'est pas le cas (RSJ 87/1991 p. 121 let. c in fine) –, le juge ne pourrait la combler qu'aux conditions de l'art. 2 al. 2 CC (ATF 115 II 275, 114 II 356 consid. 1), qui ne seraient à l'évidence pas remplies (HEGNAUER, *op. cit.*, p. 372 ch. 2; RSJ 87/1991 p. 416 consid. 4).

On peut cependant soulever une objection. En cas de séparation de corps, le juge peut confier l'autorité parentale aux deux époux séparés (art. 297 al. 2 CC a contrario). Cette disposition peut surprendre dans la mesure où la situation des parents séparés n'est, en fait, guère différente de celle des parents divorcés, surtout lorsque la séparation de corps est prononcée pour une durée indéterminée (cf. les critiques de BALSCHWEIT, *op. cit.*, p. 27). Mais il faut remarquer d'emblée que la nouvelle réglementation légale visait à mettre un terme à une controverse au sujet de l'attribution de l'autorité parentale en cas de séparation de corps (FF 1974 II 73; cf. BÜHLER/SPÜHLER, *op. cit.*, n. 127 ad art. 156 CC et les références). Il semble bien, en outre, que l'autorité parentale conjointe soit la conséquence du lien conjugal, plutôt que de la vie commune. L'art. 297 al. 1 CC paraît corroborer cette thèse, qui dispose que **pendant le mariage**, les père et mère exercent l'autorité parentale en commun (cf. RSJ 87/1991 p. 119 consid. 1). La même remarque pourrait d'ailleurs être faite à propos de l'art. 298 al. 1 CC, en vertu duquel l'autorité parentale appartient à la seule mère lorsque celle-ci n'est pas **mariée** avec le père (RSJ *ibid.*, cf. aussi ATF 114 II 415). Or, contrairement au divorce, le jugement prononçant la séparation de corps ne dissout pas le lien conjugal (ATF 95 II 72 consid. 2a et les références). Au surplus, la norme permissive (Kann-Vorschrift) de l'art. 297 al. 2 CC résulte également d'un choix délibéré. Si le législateur avait voulu laisser la même latitude au juge du divorce, il aurait utilisé une formule identique pour l'al. 3 (PERRIN, p. 373 in fine). On ne saurait suivre BALSCHWEIT (*op. cit.*, p. 27/28, critiqué également par HEGNAUER, *op. cit.*, p. 371 ch. III/I), pour qui l'art. 297 al. 3 CC, à l'inverse de l'al. 2, ne s'adresserait pas au juge, mais accorderait une faculté, donc un droit subjectif, au parent attributaire d'associer l'autre à l'exercice de l'autorité parentale. Cette opinion méconnaît que l'art. 297 al. 3 CC doit être mis en relation avec l'art. 156 al. 1 CC: c'est le **juge** qui attribue l'enfant, le cas échéant homologue une convention des parties sur ce point.

e) Selon la jurisprudence, dans l'interprétation d'un texte légal, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté, quand bien même le Tribunal fédéral ne peut examiner la constitutionnalité des lois fédérales (art. 113 al. 3 Cst.; ATF 112 Ib 470 consid. 3b). A ce propos, l'attribution de l'autorité parentale conjointe aux parents divorcés est souvent présentée comme la réalisation du postulat d'égalité entre les époux (cf. RSJ 85/1989 p. 142; BALSCHWEIT, *op. cit.*, p. 28/29). Il faut toutefois relever que l'art. 4 al. 2, 2° phrase, Cst. déclare expressément que c'est la **loi**, non la jurisprudence, qui pourvoit à l'égalité

namhaften ausländischen Rechtsordnungen ist gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung mittlerweile anerkannt. Dies gilt auch – entgegen der Behauptung des Bundesgerichtes – für das österreichische Recht (vgl. OGH, 10.5.1990, ÖJZ 1991, 444). Regelmässig wird dabei der gemeinsame Antrag der Eltern als ausreichend erachtet; teilweise wird selbst hierauf verzichtet und gemeinsame elterliche Gewalt auch in Fällen angeordnet, in denen ein Elternteil die alleinige elterliche Gewalt begehrt, sofern nur ein Mindestmass an Kooperationsfähigkeit zwischen den Eltern vorhanden ist (Nachw. bei I. SCHWENZER, Gutachten A zum 59. DJT, 1992, 66). Die neueste internationale Entwicklung, die sich abzeichnet, vom Bundesgericht freilich mit keinem Wort erwähnt wird, geht sogar noch weit über die Zulassung der gemeinsamen elterlichen Gewalt nach Scheidung hinaus: es ist die Abschaffung der Staatsintervention in Fragen der Kindeszuteilung bei Scheidung. Elterliche Gewalt wird, wie grundsätzlich während der Trennung der Eltern, nur noch auf Antrag geregelt. Entsprechende gesetzliche Lösungen sind bereits in England und Schweden in Kraft getreten; vgl. Sec. 1(5) engl. Children Act 1989; 6. Kap., § 5 schwed. ElternG i.d.F. 1990.

Ebensowenig geht das Bundesgericht auch auf supranationales Recht ein, mit dem der Ausschluss gemeinsamer elterlicher Gewalt nach Scheidung heute nicht mehr zu vereinbaren ist. An erster Stelle ist dabei Art. 8 EMRK zu nennen, der den Schutz des Privat- und Familienlebens unabhängig vom jeweiligen Status der Beteiligten sicherstellen will und deshalb auch für Eltern und Kinder nach Scheidung gilt. Dementsprechend erklärte etwa das oberste niederländische Gericht eine Vorschrift, wonach bei Scheidung der Eltern die "Vormundschaft" nur einem Elternteil übertragen werden konnte, für unvereinbar mit Art. 8 EMRK (vgl. Hoge Raad, 4.5.1984, N.J. 1985, Nr. 510; 23.3.1986, N.J. 1986, Nr. 585 ff.). Auch nach einer Empfehlung des Europarates soll geschiedenen Eltern bei Einverständnis die gemeinsame elterliche Gewalt belassen werden; vgl. Recommendation No. R (84) vom 28.2.1984, Principle 6. Vollends unvereinbar ist der Ausschluss gemeinsamer elterlicher Gewalt nach Scheidung schliesslich mit der UN-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, die in vielen ausländischen Staaten bereits in Kraft getreten ist und deren Ratifizierung auch die Schweiz beabsichtigt. Nach Art. 18 Abs. 1 dieser Konvention sind beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich, ohne dass diese Vorschrift zwischen verheirateten und nicht oder nicht mehr verheirateten, zusammenlebenden und nicht zusammenlebenden Eltern differenziert.

Vor diesem Hintergrund muss der Entscheid des Bundesgerichtes zutiefst bedauert werden. Verständnis mag man noch insoweit aufbringen, als das Problem gemeinsamer elterlicher Gewalt nach Scheidung bekanntlich im Rahmen der anlaufenden Scheidungsrechtsrevision aufgegriffen werden soll, und das Bundesgericht der diesbezüglichen Diskussion vermutlich nicht vorgreifen wollte.

Allein, bis zum Abschluss der Revision werden noch viele Jahre vergehen und bis dahin wird Kindern in der Schweiz versagt, was mittlerweile allgemein als dem Kindeswohl am förderlichsten betrachtet wird: die fort-dauernde gemeinsame Elternverantwortung, es sei denn, die dem gemeinsamen Sorgerecht positiv gegenüberstehenden erstinstanzlichen Richter verweigerten dem Bundesgericht ihre Gefolgschaft.

Es kann freilich nicht verschwiegen werden, dass die Zulassung gemeinsamer elterlicher Gewalt nach Scheidung auch zu einem Überdenken des im ZGB vorgesehenen Ausschlusses gemeinsamen Sorgerechts nicht verheirateter Eltern führen müsste. Auch insoweit bildet das Schweizer Recht das Schlusslicht der gesamten internationalen Entwicklung, und es ist zu hoffen, dass der vorliegende Entscheid des Bundesgerichtes zum Anlass genommen wird, eine grundlegende rechtspolitische Diskussion auch hierüber zu eröffnen.

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Basel

2.4 Sachenrecht / Droits réels

(20. März 1991 i.s. M. c. Verwaltungsgericht des Kantons Aargau; Bundesgericht II. Zivilabteilung, BGE 117 II 151 ff.)

Das Bundesgericht anerkennt mit BGE 117 II 151 ff. erstmals, dass ein im Rahmen von Artikel 970 ZGB dargelegtes wissenschaftliches Interesse zur vollumfänglichen Einsichtnahme ins Grundbuch berechtigt. Dieser Entscheid bildet einen auffälligen Kontrast zur früheren Rechtsprechung. Das Bundesgericht hat bisher recherchierenden Journalisten die Einsicht ins Grundbuch verweigert.

Bemerkungen:

1. Dieses Urteil ist für die Wissenschaft im allgemeinen und für die historisch-genealogische Forschung im besonderen von grosser Bedeutung. Erstmals hat das Bundesgericht aufgrund eines konkreten Falles anerkannt, dass ein im Rahmen von Art. 970 ZGB dargelegtes wissenschaftliches Interesse zur vollumfänglichen Einsichtnahme ins Grundbuch berechtigt. Im Gegensatz zur Vorinstanz trägt das Bundesgericht im vorliegenden Fall zudem dem veränderten Wissenschaftsbegriff der Genealogie Rechnung. Es erblickt in ihr nicht ein blosses Aneinanderreihen von Liegenschaftseigentümern zur Erstellung eines Stammbaumes, sondern spricht dieser Wissenschaft eine sozial-, wirtschafts- und kulturgeschichtliche Komponente zu, welche die vollumfängliche Einsichtnahme ins Grundbuch zu rechtfertigen vermag. Bei der Gewichtung der Interessensphären wird dabei dem Forschungsinteresse des Einsichtnehmenden gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der von der Einsicht Betroffenen der Vorzug gegeben.

2. Zu der in Art. 970 ZGB verankerten "Öffentlichkeit des Grundbuches" hat das Bundesgericht in letzter Zeit mehrmals Stellung genommen (vgl. BGE 114 II 40, 112