

Verträge zwischen Eltern
über die
Erziehung ihrer Kinder.

Rede

gehalten beim Zutritt des Restorats

am 15. Oktober 1905.

von

Dr. Fr. André.

Marburg.

W. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.

1905.

15.10. 1905

Marburg

Friedrich André

111 9085

Nachstehende Note ist am 15. Oktober 1905 in der Anzeiger der Universität Marburg gehalten. Alle den Druck ist sie durch Nachweisungen über Rechtsprechung und Literatur ergänzt. Ferner sind, namentlich Seite 29--33, einige nicht uninteressante Ausführungen hinzugefügt.

Standort: EJB 955
 Signatur: RB 11641
 Akz.-Nr.: M90851
 Id.-Nr.:

Univ.
 Bibliothek
 Bodum

RB 11641

Konkrete rechtliche Veranlassung.

Eine Frage aus dem Familienrecht des R. G. B. 2. bitte ich heute vor Ihnen erörtern zu dürfen, die Frage:

Wie sind Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder rechtlich zu beurteilen?

Solche Verträge werden nicht selten geschlossen, wenn Ehegatten sich tatsächlich von einander getrennt haben, ohne geschieden zu sein. Meistens wäre im einzelnen Falle eine Scheidung möglich. Sie soll aber mit Rücksicht auf die Stellung des Mannes oder der Frau oder auch der Kinder wegen vermieden werden. Es mag wohl auch der Ausgang eines Scheidungsprozesses unsicher erscheinen oder die Hoffnung bestehen, daß nach einiger Zeit eine Ausöhnung und Wiedervereinigung zu Stande kommen werde. Für die Dauer der Trennung wird nun eine Vereinbarung über die Erziehung der Kinder getroffen, etwa so, daß die Kinder allein der Mutter oder allein dem Vater übergeben werden, oder auch so, daß sich die Eltern in die Kinder teilen. Gewöhnlich wird im selben Verträge der Unterhalt der Frau und der Kinder geregelt. Es werden weiter Nebenbestimmungen getroffen, zu welcher Zeit und wie lange die Kinder die Mutter besuchen dürfen u. dgl. Man will sich auch noch ausgemacht, daß der Ehegatte, welcher auf seine Rechte an den Kindern verzichtet, dafür eine Entschädigung irgend welcher Art erhält. Regelmäßig wird dies letztere dann allerdings nicht immer in den Vertrag hinein geschrieben.

Ähnliche Verträge wie die eben gekennzeichneten werden auch nicht selten geschlossen, wenn die Ehegatten wirklich ge-

schieden sind. Allerdings ist im Gesetze bestimmt, wenn die Kinder im Falle der Scheidung ausfallen. Trotzdem werden aber doch öfters in Abänderung der durch das Gesetz geschaffenen Lage Überordnungen über die Erziehung der Kinder getroffen. Einmal sind auch noch zu erwähnen Abmachungen, welche von Dritten mit den Eltern über die Erziehung der Kinder abgeschlossen werden. In diesen ist z. B. daran, daß Eltern oder etwa auch die alleinstehende Mutter oder der verwitwete Vater ihr Kind einem Andern überlassen, um der Sorge für den Unterhalt ledig zu werden oder um dem Kinde wohlhabende Pflegegelegenheit zu verschaffen. Oder — um ein Beispiel aus dem Leben herauszugreifen — der Mann hat sich aus Verzeihung über den Verlust seiner Frau erschossen und die Waise allein zu versorgen, weil sie fürchten, daß die Erziehung übergeben werden, daß ihnen die Kinder selbst bei der Mutter nicht die richtige Fürsorge und Erziehung finden. So ist die Zahl der Fälle, um die es sich handelt, eine nicht geringe. Hier sollen aber der Übersichtlichkeit wegen nur die Verträge erörtert werden, welche von den Eltern unter einander vor Scheidung der Ehe geschlossen werden.

Wie steht es nun mit der rechtlichen Beurteilung dieser Verträge?

Die Frage taucht im Leben meistens so auf, daß einige Zeit nach Abschluß des Vertrags der eine Teil erklärt, die Abmachung sei nicht gültig. Durch den Vertrag war zunächst ein geordneter Zustand geschaffen. Aber bald erheben sich wieder Zwistigkeiten. Häufig bilden die Unterhaltskosten der Stein des Anstoßes. Der Mann zahlt nicht und, wenn er auf Grund des Abkommens gemacht wird, erklärt er, auf die Rechte an seinen Kindern könne man überhaupt nicht verzichten, er sei nicht gebunden und fordere seine Kinder wieder heraus. Auch mannigfaltige andere Umstände können zum Streit führen. Die persönlichen Verhältnisse ändern sich in unserer Zeit rasch und eben so rasch wechseln die Bestimmungen der Menschen;

der Schuldige ist leicht geneigt, seine Schuld zu vergessen; gerade weil er im Unrecht gegenüber dem Andern gewesen ist, pocht er nachher um so mehr auf sein Recht. Und so kommen die Gerichte in die Lage zu entscheiden. Die Urteile der höchsten Gerichtshöfe Deutschlands sind nun aber in dieser Frage nicht ganz gleichlautend gewesen.

In der Zeit vor Einführung des § 1691 sind eine Reihe von Entscheidungen ergangen, in denen der Satz ausgesprochen wird, daß ein absoluter Verzicht auf das Elternrecht unzulässig sei. Andererseits ist aber auch mehrfach anerkannt, daß eine Vereinbarung über die Kinder in gewissen Grenzen möglich sei. Auch nach Einführung des § 1691 hat die Praxis geschwankt. Das Kammergericht in Berlin hat in einem Urteile vom Jahre 1900 (Erziehungsverträge unter Ehegatten für zulässig erklärt. Die Mehrzahl der Berichte hat aber den entgegengegesetzten Standpunkt eingenommen, so namentlich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom Jahre 1902.

Übersicht über die Rechtsprechung.

1. Vor Einführung des § 1691.

Zeuss, Archiv, Bd. I, Nr. 82, T. II, 6, Cassel, Urteil vom 21. Juni 1834; — Traut, hof der Vater sein Kind dem Verklagten (Großvater) zur Erziehung für eine gewisse Zeit z. B. bis zur Erreichung der Volljährigkeit anvertraut habe, läßt sich der Anspruch des Verklagten nicht ableiten, für die Dauer das Kind auch gegen des Vaters später geänderter Willen zurückzubehalten. Weitere Angaben über die Praxis des Oberappellationsgerichts Cassel bei Strippelmann, Gesand. des T. II, 6, Cassel, IV, 1, S. 65, 118.

Zeuss, Archiv, Bd. 28, Nr. 140. Reichsbertholdsgesetz, II, 1, 23. April 1873. Klage des Vaters aus einem Verträge auf Rückführung des Sohnes des Verklagten an dem Kläger. — Der Sohn des Verklagten ist unbescholten noch minderjährig und der väterlichen Gewalt des Verklagten unterworfen. Evident in Ausführung dieser seiner väterlichen Gewalt und der in derselben enthaltenen Berechtigung und Verpflichtung, für die Ausbildung seines Sohnes und für dessen späteres Fortkommen zu sorgen, hat Verklagter eben den Verträge mit dem Kläger abgeschlossen. Der Abschluß des Verträge involviert aber keineswegs eine Über-

tragung der dem Vater als solchem zustehenden höchst persönlichen Rechte an den Vorgesetzten, sondern lediglich die Einräumung der Ausübung gewisser Disziplinarbefugnisse über den Lehrling, soweit dieselben zur Erreichung des Zweckes des Lehrvertrages erforderlich sind. Die hiernach dem Beklagten unbeschränkt verbliebene väterliche Gewalt oder väterliche Vormundschaft schließt aber wegen der auch nach heutigem Rechte darin enthaltenen Befugnis, über die Erziehung, den Aufenthalt und den späteren Beruf des minderjährigen Hauskinds Dritten gegenüber ausschließliche zu bestimmen, notwendig das Recht in sich, den Lehrling ungeachtet des bestehenden Lehrvertrages jedwergelt von dem Lehrherrn zurückzufordern, sich daher von dem Lehrvertrage einseitig loszulösen und den Lehrherrn dadurch in die Lage zu versetzen, nur sein Interesse an der Warteinbaltung des Lehrvertrages geltend machen zu können.

Seuff. Archiv, Bd. 31, Nr. 23. Obertribunal Berlin, II. vom 10. Februar 1874: „Der Kläger behauptete, er habe als väterlicher Gewalthaber über seine dreijährige Tochter mit dem Beklagten einen Vertrag abgeschlossen, dem zufolge letzterer das Kind zu sich nehmen, wie sein Kind erziehen und demnachst ausstatten sollte. Er habe das Kind dem Beklagten ausgeliefert, dieser erfülle aber den Vertrag nicht. Gleichgültig mit jenem Vertrage habe Beklagter den Kläger 1880 daher schonungsweise versprochen. Kläger beantragt, den Vertrag zur Erfüllung seines Vertrags und zur Beseitigung der 1880 eingeleiteten Verurteilung zu verurteilen. In der 2. Instanz wurde die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen:

Abgesehen von dem Fall der Adoption, durch welche ein neues Familienverhältnis begründet und für das adoptierte Kind eine förmlich neue Rechtsstellung in einer andern Familie gewonnen wird, kann die Erfüllung der elterlichen Pflichten an den Kindern, welche hier nach der eigenen Darstellung des Klägers nicht bloß nach der pecuniären Seite, sondern nach ihrem gesamten sittlichen Inhalt in Betracht gekommen sind, nicht zum Gegenstand eines Rechtsgeschäftes gemacht werden. Es läßt sich die Erfüllung der Pflichten, welche die sittliche Natur des Verhältnisses der Eltern zu den Kindern auflegt, nicht durch willkürlichen Rechtsvertrag auf Andere übertragen, und es ist daher ein übereinkommen der vorliegenden Art, durch welches, ohne gleichzeitige rechtliche Umgestaltung des Familienverhältnisses, wie sie sich in der Adoption und durch diese in einer dem einseitigen Willkür beider Teile entzogenen Weise vollzieht, lediglich die Erfüllung der Elternpflicht an eine dritte Person devolviert werden soll, als der sittlichen Würde des Eltern- und Kindesverhältnisses widersprechend und demnach als rechtswidrig zu betrachten. —

Entscheidungen des Reichsgerichts Abt. 10 S. 113. II. vom 22. April 1882. Klage der Eltern gegen den Vater der Frau auf Herausgabe ihrer Kinder. „—Der an sich begründeten Klage um sind vom Beklagten zwei Kinder entzogen worden. Einmal hat er behauptet, die Kläger hätten das Kind ihm und seiner Ehefrau bis zur Konfirmation vertragsmäßig zur Erziehung überlassen. Diese Einrede ist vom Oberlandesgerichte aus zwei Gründen verworfen worden: weil ein Vertrag dieses Inhalts keine rechtliche Wirkung habe, und weil durch die unrichtigen Angaben des Beklagten der Abschluß eines solchen Vertrages nicht einmal genügend substantiiert sei. Ob der angeführte Grund zutrifft, kann dahingestellt bleiben, da dem ersten jedenfalls beigegeben werden muß. Das Erziehungsrecht der Eltern schließt zugleich eine sittliche Pflicht in sich, über deren Ausübung nicht in rechtlich bindender Weise im Voraus patetiert werden kann; zwar nicht der Abschluß eines solchen Vertrages, wohl aber seine Durchführung mittels Rechtsmannes würde gegen die guten Sitten verstoßen. —“

Entscheidungen des Reichsgerichts Abt. 17 S. 120. II. vom 21. Dezember 1880: „Die streitenden, seit mehreren Jahren in Unfrieden lebenden Ehegatten schlossen am 27. September 1882 vor dem Kreisgerichte zu T. einen Vertrag ab, inhaltlich dessen sie sich über ihre Vermögen auseinanderzusetzen und dahin verständigten, daß sie hier auf weiteres von sich und Welt getrennt leben wollten. Dabei übernahmen der Ehemann die Verpflichtung, für die Erziehung und den Unterhalt der vier ältesten, die Ehefrau die Verbindlichkeit, für die Erziehung und den Unterhalt der vier jüngsten Kinder aufzunehmen. Durch eine nachträgliche Vereinbarung wurde bestimmt, daß dem Vater gestattet sein solle, die der Mutter überlassene, etwa sechs Jahre alte Tochter M. jeden Mittwoch Mittag zu sich in sein Haus holen zu lassen. Diese Verträge sind in Vollzug gesetzt worden.

Am 31. Mai 1885 nahm der Ehemann die genannte Tochter bei der Mutter in Empfang, wogegen sie sich aber dann, das Kind zurückzugeben, weigerte, weshalb die Mutter, gestützt auf die vorerwähnten Verträge und gesetzliche Vorschriften, Klage mit dem Antrag erhob, „den Beklagten schuldig zu erkennen, das Kind zurückzugeben und dessen Erziehung durch sie, die Mutter, auszuüben.“ Ingeachtet der Klage die Rechtsverbindlichkeit jener Verträge bestritten, wurde er in zwei Instanzen nach dem Antrag verurteilt und die hiergegen eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden Gründen: „Die von der Klägerin angezogenen Verträge sind nicht gerichtet, ein Minderrecht der Mutter auf Herausgabe ihrer Tochter gegen den Ehemann und Vater zu begründen. Dieselben sind unmittelbar

gegen den Bestand der Ehe gerichtet und entziehen in untrennbarer Verbindung mit dem gegen öffentliches Recht verstoßenden, durch- aus notwendigen Abkommen über dauernde tatsächliche Trennung der Ehegatten den Vater in Ansehung seiner Kinder Rechte, auf welche dieselbe, selbst der Mutter gegenüber, rechtsgültig nicht ohne weiteres verzichten kann. Ob einer mit Rücksicht auf einen bevorstehenden oder während eines anhängigen Ehescheidungsprozesses getroffenen Übereinkunft über die Erziehung der Kinder eine gewisse Rechtswirkung beizulegen sei, ist hier nicht zu entscheiden. —"

Einstweilen des Reichsgerichts Bd. 37 S. 180. U. vom 11. Juni 1896: „Die Ehe der Parteien ist durch Urteil vom 3. Dezember 1894 wegen Verschuldens der Klägerin vom Bande gelöst, der Verbleib und die Erziehung der drei gemeinsamen Kinder sodann durch einen vom 11. Februar 1895 unter den Parteien schriftlich geschlossenen Vertrag geregelt worden. Auf diesem Vertrage beruht einerseits der Klage erhobene Anspruch auf wöchentliche Zahlung des Sohnes, . . . andererseits der Widerspruch der Klägerin gegen den auf Quasielieferung der Tochter gerichteten Widerklagantrag, der, da die Klägerin als der an der Ehescheidung schuldige Teil erscheint, an sich nach Nov. 117c 7 begründet sein würde.

Vgl. auch Senff. Archib., Bd. 33 Nr. 313.

Da die Sache in den vorigen Instanzen auf Grund des Vertrages aus Gründen der Klägerin entschieden worden ist, so ist jetzt die Hauptfrage die, ob das Berufungsgericht mit Recht den Vertrag als rechtsgültig behandelt hat. Der Revisionkläger hat dies bestritten, indem er geltend gemacht hat, daß der Erziehungsberechtigte nach gemeinem Rechte nicht in bindender Weise auf sein Erziehungsrecht verzichten oder über dasselbe patieren könne. Letzteres ist insofern allerdings richtig, als der Berechtigte sein Erziehungsrecht auf beliebige dritte Personen nicht mit Rechtswirkung ganz oder teilweise übertragen kann, wie dies vom Reichsgerichte schon ausgesprochen ist;

vgl. Entsch. des R.-G.'s in Grösch. Bd. 10, Nr. 116; abweichend übereinstimmend Dernburg, Pandekten Bd. 2, Abschn. 4, § 30, S. 71;

aber anders liegt die Sache im Verhältnis zwischen den Eltern, welchen in gewissem Sinne das Erziehungsrecht von vornherein gemeinschaftlich zusteht. Zwar geht es um und für sich im Streit, wem das Recht des Vaters vor; aber je nach Umständen kann es ausnahmsweise, namentlich in Scheidungsfällen, durch das Recht der Mutter zurückgedrängt werden. Daher bildet zwischen den beiden Eltern das Erziehungsrecht unter Umständen den Gegenstand einer

von einer gewissen Anzahl des kaiserlichen oberrheinischen richterlichen Zusprennung. und eben deshalb ergibt es sich im Verhältnisse zwischen den Eltern auch zu einer Regelung durch Vergleich, und folglich überhaupt durch Vertrag. Einen solchen Vertrag zweigleisig aufrechtzuerhalten, hat nichts den guten Sitten widersprechend. Persönlich sind auch insoweit abweichend der Ansicht z. B. Truppelmann (Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Bd. 4, 961, 1, S. 104) und Prinz (Pandekten, Aufl. 2, Bd. 3, S. 458, S. 611), während Zinckens (Civilrecht, Aufl. 3, Bd. 3, S. 140, Num. 7, S. 122 und Num. 37, S. 128 ff.) sich zweifelnd ausspricht, und auf dem gleichen Standpunkte mit den ersten stehen auch die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, S. 627 ff., zu § 1456 letzter Besinnung. Der auch selbst, wie nicht minder der § 1479 zweiter Teilung und der § 1613 des dem Gesetzte vorliegenden Entwurfs, Verfügungen der Ehegatten untereinander hier keinen Raum zu lassen scheint; aber nach richtiger Ansicht ist vom Standpunkte des geltenden gemeinen Rechtes aus gegen die Rechtswirkung solcher Verträge nichts einzuwenden, wie dies auch vom Reichsgerichte mindestens für den Fall schon vorliegender richterlicher Ehetrennung bereits angenommen worden ist. Vgl. Entsch. des R.-G.'s in Grösch. Bd. 21 S. 161; zu demselben Thema, a. a. O. S. 33 Num. 5 S. 70; vgl. ferner, a. a. O. Bd. 17 S. 129 ff.

Ebenfalls liegt sich bezweifeln, ob auch ein persönlicher Anspruch des einen Ehegatten gegen den anderen auf Gewährung eines bestimmten Maßes persönlichen Verschöns mit dem Kinde durch Vertrag begründet werden könne. Wenigstens hat z. B. das frühere Oberappellationsgericht zu Cassel ausgesprochen, daß es unmittelbar nach dem Gesetz einen privatrechtlichen Anspruch solchen Inhalts gegen den des Erziehungsrechtes teilhabigen geschiedenen Ehegatten nicht gebe, daß ein unpassendes Verhalten des letzteren in dieser Hinsicht namentlich nach dem höchsten Ansatze zu einem oberrheinischen gerichtlichen Einschreiten geben könne.

Vgl. Bericht zur Kammer der Handelsgerichts-Zeitung von 1878 S. 129 ff., und Senff. Archib. Bd. 33 Nr. 312.

Wenn hierin nicht doch jedenfalls ein Grund liegt, auch eine besondere vertragsmäßige Zulassung solchen Inhalts für ungültig zu erklären, da nach heutigem Rechte auch familienrechtliche Verfügungen den Gegenstand obligatorischer Verträge bilden können, wie sich namentlich an der Abgrenzung des Verhältnisses ergibt.

Vgl. Entsch. des R.-G.'s in Grösch. Bd. 23 S. 177, Bd. 29 S. 98. . . ."

„Endlich hat der Beklagte gemeint, wegen der Persönlichkeit des jetzigen Stenographen der Klägerin vom Vertrage wieder abgehen zu können. Es ist allerdings nicht zu bezweifeln, daß ein Vertrage wie der vorliegende insofern seine Geltung verliert, als ein übereingekommener Interesse der Kinder von ihm abgesehen gebietet. (Es wird dann ausgeführt, daß jedoch nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichtes ein solcher Fall hier nicht vorliege).“

II. Nach Einführung des B. G. B.

Nachspruch der Oberlandesgerichte Bd. 1 S. 278. Kammergericht in Berlin N. H. G. Z. II. vom 11. Juli 1900: „Die Beklagte stellt auch nicht in Abrede, daß nach dem Gesetz der Minderjährige auf Herausgabe des Kindes begründet sein würde — sie wendet nur ein, daß die Anwendung der gesetzlichen Regel durch Vertrag der Parteien ausgeschlossen worden sei.“

Das eingewendete Abkommen der Parteien aus der Zeit des Scheidungsprozesses: Beklagter solle gegen Verzicht auf Unterhaltungsverpflichtung für immer das hier mit der Klage herausgegeben geforderte Kind behalten, ist zunächst rechtlich erheblich. Allgemeine Normvorschriften kennt das gemeine Recht nicht — das Abkommen würde also auch bei bloß unbillig erfolgtem Abkommen rechtlich verbindlich sein. Das einzige Bedenken gegen seine Rechtsverbindlichkeit könnte nur dahin gehen, ob es nicht etwa gegen die guten Sitten verstoße. Dies Bedenken ist vor Gerichten und in der Wissenschaft angezweifelt worden — das Berufungsgericht vermag in dem nach der Schreibung aber im Hinblick auf die schon betriebene Scheidung gestrichenen Abkommen der Eltern entgegen, bei wem von ihnen die gemeinschaftlichen Kinder erzogen werden und verbleiben sollen, an sich nichts gegen die guten Sitten Verstoßendes zu erkennen. Es hat auch das Reichsgericht in dem gemeinrechtlichen Urteil vom 11. Juni 1896 (Entsch. Bd. 97 S. 189) entschieden. Die Auflassung des B. G. B. v. v. von solchen Verträgen ist für die Beurteilung des nicht unter seiner Herrschaft gefallenen und also nicht ihm unterstehenden Abkommens unerheblich, auch wenn man den Art. 203 G. B. nicht für auf solche Verträge Anwendung findend erachtet, und es also im G. B. vom B. G. B. an einer Sonderbestimmung für solche Verträge fehlt. Dann aber ist das Berufungsgericht auch der Auflassung, daß das B. G. B. ein solches Abkommen der Eheleute dastühle, bei wem von ihnen die Kinder erzogen werden sollen, nicht für gegen die guten Sitten verstoßend (§ 134 B. G. B.) erachtet. Daraus, daß im § 1335 B. G. B. der Verträge geschiedener über die Schreibung stehender Eheleute über die Erziehung ihrer Kinder nicht

Ermäßnung geschieht, kann eine Zufallsfolge der Natur, daß solche Verträge unzulässig sind, unmöglich gezogen werden. Erst das Leben der Mutter zu dem dem § 1335 B. G. B. entsprechenden § 1456 des ersten Entwurfs (IV. S. 127 a G.) kann Gedanken schäffen. Fort sagt der Verfasser der Motive, daß der Entwurf davon ausgehe, daß die Auflassung einer solchen, die Eltern hindern übertrifft, „nicht zu billigen sei“ — „nicht vereinbar“ sei mit den Pflichten der Eltern den Kindern gegenüber. Aber dies ist unerheblich, da in den dannigen Entwurf und jetzt in das Gesetz selbst eine solche Überweisung der Eltern verbleibende Bestimmung nicht aufgenommen ist und da — wie bereits hervorgehoben — eine solche Überweisung an sich nicht gegen die guten Sitten verstößt. Die Einführung des Rechtsstreites hängt also davon ab, ob das nun der Beklagten eingewendete Abkommen wahr, tatsächlich geschlossen worden ist.“

Zügliches Abkom. Bd. 11 S. 112. G. Z. II. vom 10. Nov. 1900. „Der Antragsteller hat mit der Antragsgewerin die Ehe geschlossen, seit aber gegenwärtig getrennt von ihr; aus der Ehe der Parteien ist ein am 21. November 1893 geborener Sohn hervorgegangen, der sich jetzt bei der Antragsgewerin befindet und die Schule noch nicht besucht.“

Der Antragsteller hat im Januar 1900 beim Landgericht Treves Klage auf Abschließung wegen Ehebruchs erhoben und gegen das darauf ergehende, am 16. Mai 1900 verkündete beherrschende Urteil Berufung eingelegt. Nach vor Verfindung des bezeichneten Urteils hat er beim Landgericht Treves den Erlass einer einstweiligen Verfügung dahin beantragt, daß ihm die Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Sohnes der Parteien für die Dauer des Ehestrittes übertragen werde; diesem Antrage ist durch Beschluß des Landgerichts vom 18. Mai 1900 entsprochen worden. Nachdem die Ehefrau Widerpruch erhoben hatte, haben die Parteien im Termin vom 11. Juli 1900 einen Vergleich abgeschlossen, durch den sie die einstweilige Verfügung vom 18. Mai 1900 aufgehoben haben und in dem sich die Ehefrau verpflichtet hat, ein Zusammensein des bei ihr verbleibenden Kindes mit seinem Vater an jedem dritten Sonntag herbeizuführen.

Der Antragsteller behauptet, daß neuerdings Umstände hervorgetreten seien, die die sofortige Regnahme des genannten Kindes von der Antragsgewerin erheischen, und beantragt deshalb vor dem Berufungsgericht in der von diesem angeordneten mündlichen Verhandlung, „mittels einschlägiger Verfügung das Kind seiner Erziehung zu überweisen und demgemäß der Gewerin aufzugeben, das Kind ihm herauszugeben,“ indem er geltend macht, die Antragsgewerin

treibe, wie nunmehr erwiesen sei, Gewerbszucht; sie sei auch nach Abschluß des Vergleichs vom 11. Juli 1900 durch Urteil des Schöffengerichts Dresden vom 14. August 1900 wegen Diebstahls mit einer Gefängnisstrafe von vier Tagen belegt worden. —"

"II. Es kann dahin gestellt bleiben, ob und inwieweit sich der Ehemann durch den Vergleich vom 11. Juli 1900 vertragsmäßig gebunden hat, seinen Sohn der Erziehung und Pflege seiner Ehefrau zu überlassen, oder ob sich gegen ein dahingehendes Abkommen begründete Bedenken aus § 138 des R. G. B. erheben lassen (vgl. Urteil des R. O.ber. X 2. 116, XVII 2. 129 ff., XXXVII 2. 189 ff., Rechtsfpr. der L. R. G. I 2. 270). Denn in jedem Falle würde ein derartiges Abkommen „insoweit seine Geltung verlieren, als ein überwiegendes Interesse des Kindes von ihm abzugehen gebietet" (vergl. die zuletzt erwähnte Reichsgerichtsentcheidung S. 191). Ein solches Interesse ist aber im vorliegenden Falle vorhanden. . . ."

Es wird weiter ausgeführt, daß die Muttergeuerin nach den beigebrachten Thatsachen der Gewerbszucht dringend verdächtig ist, und schon benützt:

Nach dem Vornamen ist, auch abgesehen von der Bestrafung der Muttergeuerin wegen Diebstahls, genügend dargetan, daß dem minderjährigen Sohne der Parteien, falls er der Fürsorge seiner Mutter überlassen bleibt, erhebliche sittliche Gefahren drohen und daß daneben auch weiterhin eine Vernachlässigung seiner Pädagogischen und Erziehung zu befürchten steht. Bei dieser Sachlage erscheint es das Beste auf Grund des ihm in dieser Hinsicht eingeräumten freien Ermessens (vergl. auch Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß S. 205) im Interesse des Kindes als begründet, im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 697 des Zivilprozeßordnung Anordnung dahin zu treffen, daß die Sorge für die Person des Kindes für die Dauer des Ehestreites dem Vintagsteller übertragen und der Muttergeuerin demgemäß aufgegeben werde, den Kindern den Vetteren herauszugeben. . . ."

Hiernach war dem gestellten Antrag schon aus den dargelegten Gründen zu entsprechen und es bedurfte deshalb auch keiner Erörterung der Frage, ob die Entscheidung nicht auch auf Grund der Ermahnung zu rechtfertigen gewesen wäre, daß nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 1627 ff.) in erster Linie dem Vater die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes obliegt und bei einer hinsichtlich der Erziehung entstehenden Meinungsverschiedenheit der Eltern die Meinung des Vaters vorgeht (R. G. B. § 1684).

Wiedersprechung der L. R. G. Bd. 6, S. 61, Kammergericht, XII. U. S., II. vom 10. Febr. 1902: — Der von seiner Frau getrennt

lebende Kläger verlangt Herausgabe der gemeinschaftlichen Tochter. Die Beklagte entquert, sie habe mit dem Kläger bei der Trennung vereinbart, daß sie die Tochter behalten solle.

In einem Verträge, durch den der Erziehungsberechtigte sein Kind einem Dritten zur Erziehung übergibt, würde die Bestimmung ungültig sein, daß die Restitutions des Erziehungsberechtigten, sein Kind abgibt zurückzunehmen, ausgeschlossen sein solle. Nach § 1632 R. G. B. kann er die Herausgabe des Kindes von jedem verlangen, der es ihm insbesondere vorübergehend dieses Recht ist ein Ausfluß der elterlichen Gewalt. Man kann zwar der Vater auf einen Teil der Rechte der Gewalt, die Ausübung am Kindesvermögen vertritt. Dagegen ist ein Verzicht auf die sonstigen Rechte, welche aus der elterlichen Gewalt herrühren, und welche ein Korrelat der sich daraus ergebenden Pflichten sind, unzulässig. Der Erziehungsberechtigte kann danach immer sein Kind, falls er es einem Dritten zur Erziehung oder zur Verpflegung übergeben hat, abfordern von Spezialverpflichtungen, wie solche z. B. in der Gewerbeordnung getroffen sind, zurückverlangen, während er im übrigen verpflichtet ist, die vertraglichen Bestimmungen zu halten, z. B. das Pensionsgeld zu zahlen (siehe Hofmeier 4 2. 7. 2; Pfand und Pensionsgeld zu § 1632). Es fragt sich weiter, ob ein zwischen getrennt lebenden Eheleuten geschlossener Vertrag über das Erziehungsrecht gemeinschaftlicher Kinder mit Ausschluß des Rechtes des Vaters auf Abforderung der Kinder zulässig ist. Nach § 1634 hat neben dem Vater die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, bei einer Meinungsverschiedenheit geht jedoch die Meinung des Vaters unbedingte vor. Daraus, daß im Streitfall die Entscheidung des Vaters allein ausschlaggebend ist und daß er allein zur Vertretung des Kindes berechtigt ist, ergibt sich, daß durch die Erwählung, der Mutter rechtlichen Vorrechte das Recht des Vaters in keiner Weise beeinträchtigt ist. Das ihm zustehende Recht der elterlichen Gewalt kann er vielmehr auch der Mutter gegenüber stets voll in Anspruch nehmen. Das Verhältnis aus einem Abkommen über die Kindererziehung zwischen getrennt lebenden Eheleuten untereinander kann daher nicht anders beurteilt werden, als das aus einem solchen zwischen dem Erziehungsberechtigten und einem Dritten. Soweit darin das Recht des Vaters, das Kind jeder Zeit zurückzunehmen, ausgeschlossen ist, liegt ein unzulässiger Verzicht auf die Rechte seiner elterlichen Gewalt vor und aus diesem Grunde muß die Bestimmung auch in einem Verträge zwischen Eltern für unzulässig erachtet werden."

Reichsgerichtsverträge Bd. 17, S. 178 — Jurist. Wochenchrift, Bd. 32, S. 82 — E. Juristen-Zeitung Bd. 8, S. 379, Reichsgericht

IV. C. S. II. vom 7. Mai 1903: „Parteien sind seit dem 20. Juli 1886 mit einander verheiratet, leben aber, auf Grund gegenseitiger Abereinbarung seit März 1900 von einander getrennt. Aus der Ehe sind 5 Kinder am Leben, 2 Söhne und 3 Töchter, sämtlich noch minderjährig, von denen die letzten bei der Verklagten leben, und zwar im Einverständnis des Klägers, der ihr auch für sie und die Töchter eine Unterhaltrente von monatlich 75 Mk. zusagte. Jetzt verlangt Kläger die Herausgabe der Töchter von der Verklagten, indem er behauptet, daß es sich nach der getroffenen Vereinbarung um eine vorläufige Maßnahme gehandelt habe, die nur bis zu seinem Lebensende gelten sollte. Dagegen soll nach der Behauptung der Verklagten die Vereinbarung schließlich dahin gegangen sein, daß sie die drei Töchter und Kläger die beiden Söhne erhalten sollte.“

Die Sorge für die Person des Kindes ist allerdings ein gemeinsames Recht beider Elternteile, gleichwohl aber das Recht des Vaters bei Meinungsverschiedenheiten überwiegend und ausschlaggebend. Auch die Auffassung der Verklagten ist keine andere, und beruht sie sich für ihr Recht auf Vorentscheidung der Töchter in erster Linie auf ein mit dem Kläger vor der Trennung angeblich getroffenes Abkommen, nach welchem sie „die drei Mädchen und der Kläger die beiden Söhne behalten sollte.“ Mit Recht hat indessen das Verurteilende angenommen, daß ein solches Abkommen, wenn es getroffen wäre, der Rechtsgültigkeit entbehren würde. Die elterliche Gewalt, wie sie ihre rechtliche Gestaltung in den gesetzlichen Bestimmungen — §§ 1626–1634 P. O. — erhalten hat, ist der Ausfluß eines natürlichen und sittlichen Verhältnisses, und das auf dieser eigenartigen, es auch in seinem Bestande dauernd beeinflussenden Grundlage beruhende Rechtsverhältnis ist regelmäßig und von gesetzlich zugehörigen Ausnahmen abgesehen, der Änderung durch rechtsgeschäftliche Akte der Beteiligten nicht zugänglich. Dieser Grundsatze hat in dem Gesetz auch Ausdruck gefunden durch die Sondervorschrift im § 1642 Satz 1 P. O. V., wonach der Vater auf die ihm gemäß § 1640 P. O. V. „Kraft der elterlichen Gewalt“ ausübende Aufsichtung an dem Vermögen des Kindes verzichten kann. Aus der ausnahmsweisen Zulassung des Verzichts auf eines der Rechte aus der elterlichen Gewalt folgt die Unzulässigkeit des Verzichts auf die elterliche Gewalt im übrigen. Fernsprechend enthielt auch der Entwurf zum P. O. V. — Erster Lesung — in § 1641 die Bestimmung: „Auf die elterliche Gewalt kann nicht verzichtet werden.“ — an welcher die Motive Pbd. 4, S. 842 folgende Begründung gaben: „Die Bestimmung des § 1601, welche sowohl

den einseitigen als den vertragsmäßigen Verzicht umfaßt, rechtfertigt sich dadurch, daß die Grundlage des in der elterlichen Gewalt liegenden Mediums die diesem Rechte entsprechende Pflicht der Eltern bildet (vgl. auch die Motive zu § 1604 b. i. § 1631 P. O. V.). Eine Modifikation erleidet die Bestimmung des § 1601 durch die Vorschrift des § 1637, nach welcher auf die elterliche Aufsichtung, obwohl dieselbe nach § 1602 ein Gesamtrecht der Eltern Gewalt ist, von dem Jnhaber der elterlichen Gewalt verzichtet werden kann.“ Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum P. O. V. — vgl. Protokolle von Schiller, Verhandl. und Ergänz. — P. 4, S. 429 zu VI — hat den § 1601 gestrichen: „Da die Vorschrift selbstverständlich sei und sich argumendo e contrario bereits aus § 1607 b. i. § 1602 P. O. V. ergebe.“

Um einen vertragsmäßigen Verzicht, um ein vertragsmäßiges Aufgeben von Rechten aus der elterlichen Gewalt seitens des Klägers handelt es sich aber bei dem von der Verklagten geltend gemachten Abkommen, indem danach die Verklagte die drei Töchter „behalten“, dem Kläger also für die Zeit des Waisentums der Parteien die tatsächliche Sorge für die Person der Töchter nicht zusteht, und er insbesondere auch nicht befugt sein sollte, den Aufenthalt der Töchter zu bestimmen, ein Recht und eine Pflicht, die nach § 1631, Abs. 1 P. O. V. die dem Jnhaber der elterlichen Gewalt obliegende Sorge für die Person des Kindes ebenfalls umfaßt. An Frage könnte noch kommen, ob, wie die Revision geltend macht, das Abkommen um deswill für rechtsgültig zu erachten sei, weil es zwischen den Eltern der Kinder geschlossen ist und die Mutter so gemäß § 1634 P. O. V. während der Dauer der Ehe neben dem Vater das Recht und die Pflicht hat, für die Person des Kindes zu sorgen. Nach der Auffassung der Revision würde das Interesse der Kinder durch die Entstehung eines Widerspruchsrechts des Vaters wegen veränderter Umstände vollständig gewahrt sein. Außerdem gegenüber der schon hervorgehobenen maßgebenden Stellung des Vaters bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und der Mutter und da der Vater, nach dem ausdrücklichen Vorbehalt im § 1634, allein zur Vertretung des Kindes berechtigt ist, erscheint die Annahme des Verurteilenden als durchaus zureichend, daß durch die der Mutter verliehenen Befugnisse das Recht des Vaters in seiner Weise beeinträchtigt ist, er vielmehr das ihm zustehende Recht der elterlichen Gewalt auch der Mutter gegenüber stets voll in Anspruch nehmen kann, so daß das Rechtsverhältnis aus einem Abkommen über die Minderziehung zwischen den getrennt lebenden Elternteilen unter einander nicht anders beurteilt werden kann, als aus einem solchen

zwischen dem erziehungsberechtigten Elternteil und einem Dritten. Diese Auffassung findet sich auch vertreten in der Begründung zu dem mit dem § 1435 H. G. B. inhaltlich übereinstimmenden — § 1436 des Entwurfes zum H. G. B. — Erster Lesung —, wo — Motive H. G. B. 4, S. 627 — die Zulässigkeit einer Überleitung der Eltern darüber, wenn von ihnen für den Fall der Ersetzung die Sorge für die Person der gemeinshaftlichen Kinder aufsteht, fall, verneint wird, insbesondere auch mit dem Hinweis, daß die Zulassung einer solchen die Eltern bindenden Übereinkunft geeignet sei, die Entscheidungen zu befördern. Auch das die Frage — nach der h. m. lichen Lage der Entwürfe zum H. G. B. verändernde — Urteil des R. G. vom 11. Juni 1896 — Entsch. R. G. 87, S. 180 — spricht sich dahin aus, daß derartige Verträge der Ehegatten untereinander kein Raum gelassen zu sein scheine. Daß sich für die Rechtsgültigkeit des von der Verklagten geltend gemachten Abkommens die Bestimmungen in den §§ 1261 und 1271 der Kommerzordnung für das deutsche Reich nicht verwerten lassen, hat das Berufungsgericht, da es sich dabei um die Regelung besonderer Verhältnisse im Interesse des Kindes handelt, zutreffend angenommen. Somit ist das von der Verklagten geltend gemachte Abkommen, auch wenn es wirklich getroffen wäre, nicht geeignet, die Verklagte zur Vorentscheidung der Richter der Parteien dem Kläger gegenüber zu berechtigen. —

Justiz. Rechtsanwaltschaft Hb. 88 S. 256, Reichsgericht H. v. 11. April 1904: „Das H. G. B. stellt maßgebend fest, daß der Verklagte die eingeklagten 5000 M. von der Klägerin als Entgelt dafür erhalten habe, daß er seine Erziehungsrechte bezüglich seines Sohnes abtrat. Die Übertragung des Erziehungsrechts an die Familie v. h. G. habe aber, nimmt das H. G. B. an, im eigenen Interesse des Sohnes des Verklagten gelegen. Bei dieser Sachlage habe das Abkommen auf Seiten der Kl. nicht gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie den Verkl., am erfolgreichsten durch ein Gebot zur Aufgabe des Erziehungsrechts zu bestimmen glaubte; aber auch auf Seiten des Verkl. liege nach allgemeinen Anschauungen kein unbilllicher Vertrag vor, Annual da er die Übertragung des Erziehungsrechts nicht angeboten und ein Entgelt dafür nicht gefordert, sondern nur ein hierfür ihm gemachtes Gebotangebot angenommen habe. Dem H. G. B. ist darin beizutreten, daß es für die Entscheidung der Frage, ob das zwischen beiden Parteien abgeschlossene Abkommen gegen die guten Sitten verstoße, nicht auf die besonderen Anschauungen der Standesgenossen der Parteien ankommen könne. Die Bedeutung dieses Abkommens liegt nach seinen sittlichen Beziehungen auf dem Gebiete des Familienrechts und kommt für die Würdigung eines

solchen Abkommens aus § 7 Z. 1 H. G. B. 4 des H. G. B. und § 1435 Abs. 1 des H. G. B. die bürgerliche im Deutschen Reich überhaupt anerkannte und geübte Moral entsprechend in Betracht. Von diesem Standpunkte aus ist dafür, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, keineswegs allein entscheidend, daß die Übertragung des Erziehungsrechts an und für sich erlaubt ist und vorwiegend zum Nutzen des Sohnes des Verkl. geschah. Der Verstoß gegen die guten Sitten kann auch darin liegen, daß für ein an sich erlaubtes Handeln eine ökonomische Leistung versprochen wird, wenn es nämlich der sittlichen Auffassung widerspricht, daß die Handlung im konkreten Falle in eine Kaufabschließung zu Geld oder Geldeswert gefest wird. Vielmehr, „Der unneralische Vertrag“ S. 73 ff.) Daß nun auch die Konklusionsweise der Kl. in solchen Sinne nicht gegen die guten Sitten verstoßen, so trifft dies doch nach den Feststellungen des R. G. B. bezüglich des H. G. B. zu. Die eigennützige Annahme von Geld für die Übertragung seiner Erziehungsrechte enthält unbedenklich auf seiner Seite ein Zuhilfenahme der guten Sitten, welche nun das Abkommen zu diesen Absichten der Feststellungen des R. G. B. bezüglich des H. G. B. zu. Das H. G. B. war hiernach aufzuheben und die von dem Verkl. gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegte Berufung zurückzuweisen.“

Geistl. Archiv Hb. 59 S. 71, S. 2. 6. Hamburg, 11. v. 26. Aug. 1903: „Während des Erziehungsvertrages hatte die Frau die gemeinshaftliche achtjährige Tochter dem Verklagten, ihrem Schwager, in Pflege gegeben. Der Mann verkaufte von diesem die Herausgabe des Kindes, wozu der Verklagte in 1. Instanz verurteilt wurde. Der Verklagte legte Berufung ein; als darauf der Kläger sein Kind aus der Schule weg an sich nahm, beantragte der Verklagte beim Verkl. die Entfernung seiner einkommenslosen Verfügung auf Herausgabe des ihm entführten Kindes. Er berief sich auf ein angebliches Abkommen der beiden Eltern untereinander, daß das Kind bei ihm untergebracht werden solle, und fand in der eigenmächtigen Veräußerung durch den Vater eine Verletzung seines Vermögens. Der Antrag wurde mit folgender Begründung abgelehnt:

„Ein Verstoß auf das Erziehungsrecht und auf die Sorge für die Person des Kindes seitens der Eltern ist nicht zulässig und, wenn auch ein Vertrag, durch welchen einem anderen die Erziehung des Kindes übertragen wird, rechtliche Gültigkeit hat, so ist doch eine vertragsmäßige Bindung des Erziehungsberechtigten nicht nur zwischen den Eltern, sondern auch einem Dritten gegenüber ausgeschlossen. Das angebliche Übereinkommen enthielt aber einen solchen Verstoß des Klägers und erscheint daher als rechtsunwirksam. Der Kläger

konnte es jederzeit widerrufen, die Herausgabe seines Kindes nach-
sagen und es auch vor Eintritt der Rechtskraft des erstinstanzlichen
Urteils an sich nehmen, ohne daß er widerrechtlich handelte. Dem-
gegenüber besteht kein Rechtsanspruch des Vaters auf Zurückgabe
des Kindes und deshalb auch kein Mißbrauch, die Zurückgabe durch ein-
seitige Verfügung anzuordnen.

— Weitere Urteile betreffen die Frage, wie weit Verträge über die
Erziehung der Kinder nach Scheidung der Ehe zulässig sind. Die
höchsten Gerichte haben hier den Satz ausgesprochen: Die Vorschriften
des R. G. B. über die Rechte der Eltern an den Kindern im Falle
der Scheidung sind zwingender Natur und können nicht durch
Vertrag abgeändert werden. So wird das Ergebnis zusammengefaßt
bei *Warenher*, R. G. B. § 1635 Num. 1. Zu den dort ange-
führten Entscheidungen kommt noch hinzu ein Urteil des Reichs-
gerichts vom 13. März 1905 (Entsch. d. R. G. B. Bd. 60 S. 286), in
welchem ein vor der Scheidung über die Erziehung der Kinder nach
der Scheidung geschlossener Vertrag für ungültig erklärt wird, weil die
Geschworen nicht auf die ihnen obliegenden Pflichten verzichtet hätten.

Zu der rechtswissenschaftlichen Literatur ist die Frage noch
nicht in einer besonderen größeren Arbeit erörtert. Daß dies
nicht geschehen ist, erscheint auf den ersten Blick auffallend.
Es erklärt sich wohl daraus, daß die uns beschäftigenden Ver-
träge erst in neuester Zeit in größerer Zahl hervorgetreten
sind und erheblich an Bedeutung gewonnen haben. Die Kom-
mentare zum R. G. B. und die Lehrbücher des Bürgerlichen
Rechts erklären einen Verzicht auf das Erziehungsrecht für
ungültig. Daneben ist aber mehrfach darauf hingewiesen, daß
die Ausübung des Erziehungsrechts übertragen werden könne.

Planck, Kommentar d. R. G. B. § 1631 Erl. 1 f.; *Sau-
ding*, Komm. § 1627 Num. 4; *Heinmann*, Handausgabe des
R. G. B. § 1627 Num. 1; *Kunze*, Handb., Handkommentar § 1635
Num. 3.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerl. R., Bd. II § 814 VII;
Fernburg, Das Bürgerl. R. Bd. IV § 74 B. V; *Endemann*,
Lehrbuch des Bürgerl. R. Bd. II § 192 B. 4; *Unnecker*, *Heinmann*,
Bürgerl. R. Bd. II § 138; *Landesberg*, Recht des R. G. B. Bd. II
§ 244 B. 5; *Matthias*, Lehrbuch des Bürgerl. R. Bd. II § 104 B. II B.
Ferner: *Kuntze*, Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Mi-
noren S. 156; *Opet*, Verwandtschaftsrecht S. 192, 217.

In den angeführten Werken sind Angaben über die frühere
Literatur.

Überblickt man das Ganze, so wird man sagen müssen,
daß die Juristen in der Hauptsache Verträge zwischen Eltern
über die Erziehung ihrer Kinder für ungültig halten, weil ein
Verzicht auf das Elternrecht unmöglich, weil ein solches Rechts-
geschäft unsittlich sei. Und doch werden diese Abmachungen
immer wieder — auch von durchaus ehrbaren Leuten — ge-
schlossen, und doch bieten erfahrene Juristen als Rechtsberater
ihre Hand zu solchen Geschäften. Liegt hier ein Widerspruch
zwischen der Rechtsanschauung und dem formellen Recht vor?
Und was ist denn nun vom Standpunkte der wahren Gerechtig-
keit das Richtige? Die Rechtswissenschaft wird sich der Auf-
gabe nicht entziehen können, hier Klarheit zu schaffen. Aber
noch höhere Interessen sind in Frage als wissenschaftlich ästhetische.
Wer Einblick in diese Dinge getan hat, der weiß, daß viel
Kummer und bittere Sorgen dahinter stehen und der weiß
auch, daß es sich oft um das ganze Lebensglück der Kinder
handelt.

So müge denn die Frage vom Standpunkte des unparteiischen
Rechtes geprüft werden!

Das R. G. B. enthält keine besondere Bestimmung über
Verträge der Eltern über die Erziehung ihrer Eltern. Die
Entscheidung wird also an der Hand der allgemeinen Grund-
sätze über die Vertragsgewalt der Eltern sowie der allgemeinen
Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge zu suchen sein.

Um den Standpunkt des R. G. B. richtig würdigen zu
können, set ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung geworfen.

Rgl. Hartmann, Römische Rechtsgeschichte Bd. II S. 70 ff.,
Fehring, Einführungsgesetz des röm. Rechts S. 79 ff., *Endemann*,
Deutsches Privatrecht R. IV § 314, *Endemann*, *Endemann*,
Preuß. Justizminister 1874. S. 153. *Matthias* d. R. G. B. Bd.
IV S. 721 ff., 733. *Ferner* weitere Literatur und Nachforschungen.

Das ältere römische Recht gab dem Vater ein fast un-
beschränktes Herrrecht gegenüber seinen Kindern. Er konnte
das uneheliche Kind aussetzen, er konnte das unbotmäßige
Kind mit allen Mitteln strafen, ja äußerstenfalls töten, er

konnte, wenn er wollte, sein Kind in die Sklaverei verkaufen. Dieses Recht des Vaters ist nun freilich wohl von jeher durch Religion und Sitte gemildert gewesen und im Laufe der Zeit hat es sich erheblich abgeschwächt. Aber der Gedanke ist im römischen Recht absolut festgehalten, daß der Vater über sein Kind eine Herrschaft ausübt in seinem eigenen Interesse und nur in seinem — des Vaters — Interesse. Die väterliche Gewalt des römischen Rechts schließt nur ein Recht, keine Pflicht in sich. Die väterliche Gewalt ist auch durchaus einseitig. Der ein Recht der Mutter ist kein Mann. Im römischen Hause herrscht nur der Hausvater.

Nach das bontische Recht gibt dem Vater ein weitgehendes Recht über sein Kind. In ältester Zeit hatte er die Gewalt über Leben und Tod, noch spät im Mittelalter gewährt ihm der Schwabenspiegel die Befugnis, im Falle einer Hungersnot das Kind zu verkaufen und bis in die neue Zeit hinein wird ihm eine weitgehende persönliche Gewalt zugestanden. Aber die Grundauffassung des deutschen Rechts ist doch von vornherein eine andere als die des römischen Rechts. Die Gewalt des Vaters wird nicht nur als ein eigentümliches Herrschaftsrecht angesehen, sondern auch als eine vormundschaftliche Schutzgewalt und schon früh schreitet die Obrigkeit ein, wenn der Vater seine Macht mißbraucht. Und noch nach einer anderen Richtung zeigt sich ein bedeutsamer Unterschied gegenüber dem römischen Recht. Neben dem Vater steht die Mutter! Freilich geht der Wille des Vaters vor. Aber immerhin hat die Mutter doch von Rechts wegen einen Anteil an der Erziehung.

Als das römische Recht gegen Ausgang des Mittelalters in Deutschland zur Herrschaft gelangte, wurden äußerlich auch die Grundzüge des römischen Familienrechtes angenommen. Tatsächlich blieben aber doch in mancher Beziehung die deutschen Auffassungen lebendig. Namentlich hat man daran festgehalten, daß der Vater nicht nur Rechte gegenüber dem Kinde habe, sondern, daß er auch verpflichtet sei, für das Kind zu sorgen, und daß die Obrigkeit einschreite, wenn er seine Pflicht ver-

setzt. Der Mutter suchte man einen rechtlichen Anteil an der Erziehung zu schaffen, indem man neben die väterliche Gewalt, welche eben nur dem Vater zustehen konnte, eine besondere Erziehungsgewalt setzte, welche beiden Eltern zustehen sollte.

Unendlich ist im gemeinen Recht und in den neueren großen Gesetzbüchern die deutschrechtliche Auffassung mehr zur Geltung gekommen. Aber der Rechtszustand war vor dem 19. J. vielfach ein unsicherer. Insbesondere waren die Voraussetzungen für das Eingreifen der Obrigkeit und der Umfang ihrer Befugnisse nicht fest bestimmt. Auch die Rechtsstellung der Mutter war nicht klar. Im größten Teile Deutschlands bestand vor dem 1. 1. 1900 ein volles durchgebildetes elterliches Recht nur für den Vater, nicht für die Mutter. Das 19. J. hat nun diese Entwicklung zu einem gewissen Abschlusse gebracht.

Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ist nach der Grundauffassung des 19. J. einmütig-sittliches. Nicht das Recht, sondern Natur, Sitte und Religion sind hier in erster Linie bestimmend. Und die Gewalt der Eltern über ihr Kind ist eine Gewalt von Gottesgnaden. Das Recht braucht diese Gewalt nicht zu schaffen und braucht sie den Eltern nicht zu geben. Das Recht hat nur die Aufgabe, die Rechte und Pflichten der Eltern, wie sie sich aus der sittlichen Auffassung unseres Volkes ergeben, festzustellen und zu umgrenzen. In alle Einzelheiten hinein kann aber das Gesetz das Verhalten der Eltern nicht regeln, es soll vielmehr die eigentliche Erziehung der Kinder den Eltern selbst überlassen werden. Neben der Aufstellung der Grundprinzipien müssen im Gesetz diejenigen Beziehungen durch Rechtsregeln geordnet werden, welche nach unserer Bedeutung haben oder bei denen im Leben ein besonderes Bedürfnis nach Regelung hervorgerufen ist, wie z. B. der Name, der Unterhalt, Ansehnlichkeit und Ausgestaltung sowie Vermögensverwaltung. Endlich hat das Gesetz die überaus wichtige und bedeutsame Aufgabe, Fürsorge zu treffen, daß die Gewalt der Eltern nicht zum Schaden der Kinder mißbraucht wird und da, wo es notwendig ist, den Kindern Schutz gegenüber den eigenen Eltern zu sichern.

Betrachten wir nun das Verhältnis insbesondere mit Rücksicht auf die uns beschäftigende Frage. Das Gesetz gibt dem Vater und der Mutter die elterliche Gewalt. Sie sollen diese Gewalt nach der Idee des Gesetzgebers gemeinsam ausüben, beide als rechte Ehegatten und Eltern zusammen auf das Wohl ihrer Kinder bedacht und bestrebt, in Liebe und Treue sich gegenseitig bei der Erziehung zu unterstützen. Beide Eltern haben also nach dem Gesetz Rechte und Pflichten. Über das Recht des Vaters geht dem der Mutter vor.

"Der Vater" — sagt das Gesetz — "hat das Recht und die Pflicht für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen." (A. G. § 1627). „Neben dem Vater hat die Mutter das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor" (A. G. § 1624).

So das Gesetz! Die Mutter hat hiernach ein selbständiges, nicht nur ein geborgtes oder abgeleitetes Recht gegenüber dem Kinde. Aber sie muß im Streitfalle hinter dem Vater zurückstehen und sich seiner Entscheidung fügen. Sie kann auch nicht das Gericht anrufen, damit dieses entscheide, wessen Meinung die richtigere sei. Nur wenn durch Verschulden des Vaters das Wohl des Kindes gefährdet wird, kann sie, nicht um ihr Willen, sondern um des Kindes willen, das Vormundschaftsgericht anrufen (A. G. § 1686). Würde freilich der Mann durch sein Verhalten sie in ihrer Stellung als Mutter herabwürdigen, so könnte sie wegen dieser Verletzung ihrer Rechte als Ehefrau vorgehen (A. G. § 1353). Aber das liegt auf einem anderen Gebiete. Den Kindern gegenüber geht die Meinung des Vaters vor. Kraft der elterlichen Gewalt hat also der Vater und, wie wir gesehen haben, neben ihm die Mutter, das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen. "Die Sorge für die Person" — sagt das Gesetz weiter — "umfaßt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen." (A. G. § 1631 Abs. 1). Ferner umfaßt sie nach weiterer Bestimmung

des Gesetzes "das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält." (A. G. § 1632). Der Vater kann also insbesondere auch von der Mutter, wenn diese etwa sein Haus mit den Kindern verlassen hat, die Herausgabe der Kinder fordern. Die Tatsache allein, daß sie nach dem Gesetze neben dem Vater für die Person des Kindes zu sorgen hat, gibt ihr nicht das Recht, die Herausgabe zu verweigern.

Vgl. die oben mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts in Bruchw. Weir. 96. 17 S. 178.

Das Recht des Vaters ist aber kein bloßes Herrerecht; es soll nicht willkürlich gebraucht werden, es steht auch nicht in seinem Belieben, das Recht zu gebrauchen oder nicht zu gebrauchen. Mit dem Rechte ist vielmehr untrennbar die Pflicht verbunden, für das Kind zu sorgen. Verletzt der Vater diese Pflicht, so greift der Staat mit starker Hand zum Schutze des hilfsbedürftigen Kindes ein.

Es heißt im Gesetz: "Wird das geistige und leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehelosen oder unzüchtlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen." (A. G. § 1636 Abs. 1 Satz 1.).

Das Einsprechende gilt für die Mutter, soweit sie die elterliche Gewalt ausüben hat.

Vormundschaft für das Einschreiten des Gerichts ist hiernach einerseits eine Pflichtverletzung des Vaters, andererseits eine Gefährdung des Kindes durch diese Pflichtverletzung. Beides muß zusammenzutreffen. Es genügt also nicht, daß der Vater einen ehelosen Lebenswandel führt, um ihm seine Kinder abzunehmen, sondern es muß noch hinzukommen, daß durch das Verhalten des Vaters die Kinder gefährdet werden. Umgekehrt kann das Gericht nicht schon einschreiten, wenn eine Mutter ihre Kinder in unverständiger Weise erzieht, sondern es muß ein Verschulden, eine

Pflichtverletzung festgestellt werden. Liegen die Voraussetzungen des Gesetzes vor, so hat das Gericht von Amtswegen einzutreten. Es kann dann alle und jede Maßnahmen treffen, welche zur Abwendung der Gefahr erforderlich erscheinen. Es kann insbesondere dem Vater die Kinder nehmen und bestimmen, daß sie der Mutter oder einem Anderen zur Erziehung zu überweisen sind. Der Vater ist in solchem Falle gehalten, die Kosten des Unterhalts für das Kind zu zahlen.

Das Verfahren bei dem Einschreiten des Gerichts bewegt sich nicht in den Formen eines Rechtsstreits zwischen den Eltern, sondern spielt sich in anderer Weise ab. Wenn das Vormundschaftsgericht durch eine Anzeige der Mutter oder der Verwandten oder des Waisenvrats oder in irgend welcher anderen Weise davon Kenntnis erlangt, daß ein Einschreiten geboten sei, so hat es von Amtswegen den Sachverhalt klar zu stellen und von sich aus die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, ohne an Mithilfe und Wünsche der Beteiligten gebunden zu sein. Aber der Richter wird hier mit großer Besonnenheit und weiser Vorsicht seines Amtes wachen müssen. Denn auch die juristischen Messer schneiden und jeder Eingriff in das Familienleben wird zumist als ein sehr schwerer empfunden. Man wolle sich nur einmal vor Augen halten, was es bedeutet, wenn einem Vater oder einer Mutter ihr Kind von Staatswegen genommen wird. Nur wenn der Richter mit sicherem Blick die Menschen zu beurteilen und würdigen versteht und wenn er ein tiefes Gefühl für Recht und Unrecht im Innern trägt, wird er hier seinen Verstand wirklich erfüllen und die Macht, welche ihm das Gesetz giebt, richtig gebrauchen.

So die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts über die Erziehung der Kinder und den Schutz der Kinder ihren eigenen Eltern gegenüber.

Hinzuweisen ist nun weiter darauf, daß nach einer im allgemeinen Teil des Gesetzbuchs gegebenen, auch für das Familienrecht maßgebenden Vorschrift ein Rechtsgeschäft, welches

gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist (A. G. 21. S. 135), und daß nach einem zunächst nur für eine Gruppe von Verträgen aufgestellten aber logisch allgemein gültigen Satze (B. G. 21. S. 306) Verträge, welche eine unmögliche Leistung zum Gegenstande haben, keine Verpflichtung zur Vornahme der Leistung begründen. Auch das mag noch hervorgehoben werden, daß nach dem A. G. 21. Verträge, für die nicht ausdrücklich eine besondere Form vorgeschrieben ist, formlos, also beliebig mündlich wie schriftlich geschlossen werden können.

Schreiten wir nun zur Verantwortung der Eingangs gestellten Fragen und vergegenwärtigen wir uns noch einmal den Sachverhalt. Mann und Frau haben sich getrennt, ohne geschieden zu sein. Sie vereinbaren, daß der Vater die Kinder der Mutter überläßt oder umgekehrt, oder daß die Kinder zwischen den Eltern geteilt werden. Wie ist dieser Vertrag rechtlich zu beurteilen?

Man könnte man vielleicht daran denken, daß das Versprechen des Vaters oder der Mutter, dem Anderen die Kinder überlassen zu wollen, als ein bloß moralisches anzusehen sei, wie etwa das Versprechen, welches der Mann der Frau giebt, daß der älteste Sohn Geistlicher werden solle, oder das Versprechen, welches der Sohn der Mutter giebt, seinen Ackertweck mehr kulturen zu wollen. Träte dies zu, dann wäre der sogenannte Vertrag überhaupt kein Rechtsgeschäft und eben deshalb rechtlich in keiner Weise bindend. Aber diese Auffassung würde der Absicht der Beteiligten regelmäßig nicht gerecht. Man will sich hier nicht etwas aus Liebe versprechen. Gerade weil das innere Verhältnis der Ehegatten zu einander gestört ist, soll hinsichtlich der Kinder eine feste äußere Erziehung hergestellt werden. Daß es sich um ein wirkliches Rechtsgeschäft handelt, tritt meistens auch darin hervor, daß gleichzeitig über den Unterhalt der Frau und der Kinder Abmachungen getroffen werden, die zweifellos einen rechtlichen Charakter tragen. Tatsächlich sind denn auch unsere Verträge nun den Verträgen stets als Abmachungen behandelt, die einen eigentlich rechtlichen Zweck verfolgen.

Sind sie nun als Verträge im Rechtssinne gültig und bindend? Die rechtliche Form giebt zu Bedenken keinen Anlaß. Ist aber ihr Inhalt gültig? Nun, wenn durch den Vertrag der Vater oder die Mutter dauernd und vollständig auf ihr Recht an dem Kinde verzichtet, oder wenn das Erziehungsrecht vollständig auf den Andern übertragen werden soll, dann ist die Frage mit einem bestimmten und unbedingten Nein zu beantworten. Ein solches Rechtsgeschäft ist nichtig, weil es gegen die guten Sitten verstößt, der Vertrag ist auch unwirksam, weil er etwas rechtlich Unmögliches will. Der erste Entwurf zum P. O. A. wollte ausdrücklich die Vorschrift in das Gesetz einfügen: „Auf die elterliche Gewalt kann nicht verzichtet werden“ (C. II §. 1561). Die zweite Kommission zur Ausarbeitung des P. O. A. hat beschlossen, daß diese Bestimmung nicht aufzunehmen sei, weil sie selbstverständlich sei. Und in der That, der Satz läßt sich mit unzweifelhafter Sicherheit aus dem Wesen der Sache herleiten. Das Verhältnis der Eltern zum Kinde ist, wie hervorgehoben, ein natürlich-ethisches. Es kann nicht durch eine formelle äußerliche Vereinbarung aus der Welt geschafft werden. Das Recht am Kinde kann man auch nicht veräußern. Dem mit dem Rechte ist untrennbar eine Pflicht verbunden und auf eine Pflicht kann man nicht verzichten. Der Vater kann auch nicht etwa bloß das Recht aufgeben, ohne die Pflicht. Dem zur Erfüllung der Pflicht gegenüber dem Kinde braucht er das Recht am Kinde. Die künstliche Begründung eines neuen Familienverhältnisses durch Annahme an Kindesstatt, für welche besondere Vorschriften gelten, kommt hier nicht in Frage. Der dingliche Verzicht auf das Elternrecht ist nichtig. Mit dieser Feststellung werden vielfach die Erfahrungen geschlossen. Der Vertrag ist ungültig, weil sein Inhalt ungültig ist. Mit der Hauptbestimmung des Vertrags fallen auch die Nebenbestimmungen zusammen. Der Vater kann umgeachtet des Vertrages die Kinder herausverlangen. Die im Vertrage festgesetzten Zahlungen für den Unterhalt können auf Grund des Vertrages nicht gefordert werden.

Außerdem kann doch der Inhalt des Vertrags noch ein anderer sein und anders aufgefacht werden, nämlich dahin, daß der Vater oder die Mutter nicht auf das Erziehungsrecht selbst verzichtet, sondern daß sie nur die Ausübung des Erziehungsrechts dem Andern überlassen. Der Vertrag würde, so verstanden, den Abmachungen gleichen, wie sie Eltern z. A. mit einem Veseheren oder einer Erziehungsanstalt schließen. Ist nun wohl der Vertrag in diesem Sinne zu verstehen? In denjenigen Fällen, in denen er ausdrücklich für die Dauer der Trennung der Eltern geschlossen wird, gewiß stets. Denn hier wollen die Eltern eben nur eine einflußvolle Abgeltung: ein dauernd vollständiger Verzicht auf die elterliche Gewalt ist nicht beabsichtigt. Anders kommt die Sache zu stehen in den Fällen, wo ausdrücklich der eine Elternteil dauernd seinem Rechte an dem Kinde entsagt. Aber auch hier wird in der Wirklichkeit regelmäßig nur eine Übertragung der Ausübung des Erziehungsrechts anzunehmen sein. Denn die Vereinbarung wird doch eben mit Rücksicht auf die Verhältnisse geschlossen, wie sie im Augenblick liegen. Die Absicht wird zumeist nur die sein, daß der Teil, dem das Kind überlassen wird, die Erziehung leiten soll. Sollte er aber sterben oder durch Krankheit unfähig werden, die Erziehung zu leiten, so wird der Andern regelmäßig selbst wieder einzutreten wollen. Eine gänzliche Aufhebung des Elternverhältnisses wird kaum im Sinne des Verzichtenden liegen und selten ernstlich beabsichtigt sein.

Ist nun ein Vertrag auf Übertragung der Ausübung des Erziehungsrechts gültig? Diese Frage wird regelmäßig mit ja zu beantworten sein. Dem Vater giebt hier eben kein Recht nicht vollständig auf, er behält die Möglichkeit, da, wo es ihm notwendig erscheint, die Erziehung selbst wieder in die Hand zu nehmen. Zwischen Eltern und dritten Personen, wie z. A. einer Anstalt oder einem Veseheren, werden Erziehungsverträge in diesem Sinne sehr häufig geschlossen und

ihre Gültigkeit ist niemals beaufstanden. Daß hier die Eltern selbst die Vertragsschließenden sind, schließt die Gültigkeit der Vereinbarung nicht aus. Etwas innerlich Unmögliches setzt sie nicht fest und gegen die guten Sitten verstößt sie auch nicht. Der Zustand, daß etwa der eine Teil nicht aus Interesse für das Kind handelt, sondern den Vertrag aus unlauteren Beweggründen schließt, etwa nur um einem Scheidungsprozeß oder anderen Unannehmlichkeiten zu entgehen, macht den Vertrag nicht zu einem unsittlichen. Denn nicht die Beweggründe sind hierfür entscheidend, sondern der Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst. Würde freilich das Kind lediglich als Gegenstand eines Kaufes behandelt oder etwa ein unglückliches, ungeschicktes Kind zum Betteln verschächert, dann wäre der Vertrag ein unsittlicher und unbeschränkt nichtig. Aber dieser Fall wird glücklicherweise zu den Ausnahmen gehören.

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, daß der Vertrag, sofern er nur die Ausübung des Erziehungsrechts überträgt — und dies wird die Regel bilden — gültig ist. Daraus ergibt sich unter Anderem die wichtige Folgerung, daß auch die gleichzeitig wegen Unterhalts getroffenen Vereinbarungen bindend sind, und daß die Mutter für die Dauer des Vertrags die ausbedungenen Beträge für den Unterhalt verlangen kann. Dies ist auch die Auffassung, wie mir mitgeteilt wird, welche in der Praxis des Oberlandesgerichts Cassel festgehalten wird.

Aber wenn der Vertrag gültig ist, so ist er noch nicht schlechthin und für alle Zeit bindend. Der Vater, welcher nur die Ausübung des Erziehungsrechts der Mutter überlassen hat, und ebenso umgekehrt die Mutter, hat das Recht und die Pflicht, die Erziehung des Kindes selbst wieder in die Hand zu nehmen, wenn er dies im Interesse des Kindes für notwendig erachtet. Er kann durch seine Erklärung den an sich gültigen Vertrag für die Zukunft aufheben und das Kind zurückfordern. Daß dies so sein muß, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, wenn also z. B. die Mutter durch dauernde Krankheit unfähig wird,

für das Kind zu sorgen oder wenn sie einen unmoralischen Lebenswandel führt, leuchtet ohne Weiteres ein. Und es ist grundsätzlich Sache des Vaters zu entscheiden, ob die notwendigste Vorliege, der Mutter die Erziehung wieder abzunehmen. Wie nun aber, wenn die Mutter der Überzeugung ist, daß der Vater nur aus eigenmächtigen schlechten Beweggründen handelt, daß er nicht das Beste des Kindes will, sondern daß er unbestimmt um das Interesse des Kindes nur die Mutter verdrängen oder irgendwelche Vorteile erpressen will? Hier bietet sich nach dem Gesetze der Weg, daß die Mutter das Vormundschaftsgericht angeht. Freilich kann der Richter nicht schon dann einschreiten, wenn er eine Vermutung für nachteilig erachtet oder wenn er bei einer Meinungsverschiedenheit glaubt, der Mutter beistehen zu müssen. Nicht der Staat erzucht die Kinder, sondern die Eltern, nicht der Richter entscheidet darüber, was für das Kind gut und zweckmäßig ist, sondern der Vater. Nur wenn ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt vorliegt, dann kann das Gericht eingreifen, dann soll es aber auch eingreifen. Und gerade dies ist nun der eigentliche entscheidende und materiell wichtigste Punkt. Liegt ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt vor, wenn der Vater ohne rechtlichen Grund den über die Erziehung des Kindes geschlossenen Vertrag aufhebt? Eine sichere Entscheidung dieser Frage läßt sich nur unter Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles geben. Aber es muß doch darauf aufmerksam gemacht werden, daß häufig gewichtige Gründe dafür sprechen werden, den durch den Vertrag geschaffenen Zustand aufrecht zu erhalten. Für die Erziehung ist nichts schädlicher als ein öfterer Wechsel und vollends, wenn ein Kind zwischen den Eltern hin und her gezerrt wird, so kann das für den Charakter und die Ausbildung des Kindes verhängnisvoll werden. Es kann also ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt sein, wenn der Vater das Kind aus geordneten ruhigen Verhältnissen herausschafft und sich selbst liegt ein Mißbrauch vor, wenn er dies tut, um zu zeigen,

daß er doch der Herr ist, oder nur, weil er keine Unterhaltungsbeiträge mehr zahlen will. Kommt der Vormundschaftsrichter bei pflichtmässiger Berücksichtigung aller Umstände zu der Überzeugung, daß ein Mißbrauch vorliegt und daß dadurch das Wohl des Kindes gefährdet wird, so kann er in Ausübung der staatlichen Gewalt bestimmen, daß das Kind bei der Mutter zu verbleiben hat. Damit ist dann der Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes gesenkt. Die Mutter leitet die Erziehung, der Vater hat nach Maßgabe des Gesetzes der Mutter die Kosten des Unterhalts zu zahlen. Das Vormundschaftsgericht kann aber seine Anordnungen jederzeit ändern. Ähnlich, wenn auch nicht ganz gleich, ist die Sachlage, wenn nicht der Vater, sondern die Mutter auf ihr Erziehungsrecht verzichtet hat.

Eine letzte Frage wäre nun die, ob der Vertrag in jedem Falle durch die einseitige Erklärung des Vaters aufgehoben wird. Grundsätzlich wird diese Frage zu bejahen sein. Die Mutter kann dem Anspruch auf Herausgabe des Kindes nicht die Einwendung entgegensetzen, daß eine Aufhebung des Vertrags dem Interesse der Kinder widerspreche. Denn darüber hat nicht das Prozeßgericht zu befinden. Mißbrauch der Vater seine väterliche Gewalt, so hat eben um deswillen, gleichviel ob ein Vertrag besteht oder nicht, das Vormundschaftsgericht einzugreifen. In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen.

Grundsatzsätze Rbh. 47 S. 1982, Reichsgericht IV G. S. 11. vom 7. Mai 1903 (welches oben in seinem ersten Teil mitgeteilt ist: — „Das Prozeßgericht meint, daß im Hinblick auf die rein privatrechtliche Natur des Anspruchs eines Elternteils auf Herausgabe der Kinder bei der Entscheidung des Prozeßgerichts darüber die Interessen der Kinder außer Betracht bleiben müssen, und es nicht Sache des Prozeßgerichts sei, zu entscheiden, ob das geistige oder leibliche Wohl eines Kindes dadurch gefährdet sei, daß ein Elternteil das Kind vernachlässigt; die Entscheidung hierüber stehe allein nach § 1600 H. 1. Nr. 1. dem Vormundschaftsgerichte zu. Demgegenüber macht die Revision geltend, daß ein widerrechtliches Vorenthalten im Sinne des § 1632 H. 1. Nr. 1. jedenfalls dann nicht vorliege, wenn der Vater

die Herausgabe der Kinder von der Mutter verlange, solange er gar nicht in der Lage sei, sie bei sich unterzubringen; er müsse auch in jedem Falle seine Rechte und seine darin keinen gerichtlichen Schutz finden. Der Revision steht entgegen, daß die Aufhebung des Prozeßgerichts von der Tragweite des § 1600 H. 1. Nr. 1. durchaus zutreffend ist. Danach hat das Vormundschaftsgericht, falls das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Vater das Recht der Zucht für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines elterlichen oder unzüchtigen Verhaltens schuldig macht, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Anordnungen zu treffen. Nur das Vormundschaftsgericht, nicht aber das Prozeßgericht, ist hierzu für die Entscheidung zuständig, ob im einzelnen Falle der Vater sich eines Mißbrauchs der elterlichen Gewalt schuldig gemacht hat und welche Maßregeln zur Abwendung der dadurch begründeten Gefährdung des geistigen und leiblichen Wohles des Kindes zu ergreifen sind. Der gesetzgeberische Grund für die ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ist der vormundschaftliche Charakter der elterlichen Gewalt und das Bestehen, langdauernde und gewisse, den Konfliktfreien zwischen Prozeß und Verwaltung zu vermeiden. Nach § 1600 H. 1. Nr. 1. Protokolle für die zweite Sitzung des Senates vom 14. April 1899, Verhandlung von Mähles, Weibard und Zehn, Rbh. 4 S. 629, 630. Aus der ausschließlichen Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts folgt dann aber, daß die elterliche Gewalt des Vaters ungeschmälert fortbesteht, solange sie nicht von dem Vormundschaftsgericht eingeengt ist. Demgegenüber charakterisiert sich auch die Vorenthaltnis der Kinder der Parteien seitens der Beklagten als eine widerrechtliche, ohne daß es für die jetzt zu treffende Entscheidung darauf ankommen kann, ob der Kläger, wie die Beklagte behauptet, gar nicht in der Lage ist, die Kinder bei sich unterzubringen.“

Wenn jedoch der Vater sein Recht, den Vertrag aufzuheben, in völlig frivoler Weise gebraucht, nur zu dem Zwecke, sei es der Mutter, sei es dem Kinde, Schaden zu bereiten, dann ist seine Erklärung nicht zu beachten, auch das Prozeßgericht wird sie dann nicht als eine maßgebende Willensäußerung behandeln.

„Die Aufhebung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.“ (H. 1. Nr. 1. § 236).

Man wird — in Abweichung von dem oben mitgeteilten Urteile des Reichsgerichts — noch weiter gehen müssen: Wenn der Vertrag, auf bestimmte kürzere Zeit, z. B. ein halbes Jahr, oder für die Dauer eines Scheidungsprozesses geschlossen ist, so wird dem Vater, welcher den Vertrag vor der Zeit aufheben will, dies nur zu gestatten sein, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Der Vater muß gemäß die Befugnis haben, die Erziehung des Kindes selbst wieder zu übernehmen, wenn dies im Interesse des Kindes geboten erscheint. Aber ein absolutes Widerrufsrecht ist nicht unter allen Umständen erforderlich. Die Sachlage ist hier eine andere, wie bei den Erziehungsverträgen, die mit dritten Personen geschlossen sind. Bei letzteren muß dem Vater die Möglichkeit offenstehen, das Kind jederzeit wieder zu sich zu nehmen. Der Dritte würde bei vorzeitiger Aufhebung des Vertrags höchstens Schadenersatz fordern können. Denn im Verhältnis zu dem Dritten steht das Erziehungsrecht ganz allein dem Vater zu. Anders im Verhältnis der Eltern zu einander. Vater und Geseß geben auch der Mutter ein Erziehungsrecht und wenn vorübergehend der Mutter die Erziehung ganz überlassen wird, so ist das nicht dasselbe, als wenn das Kind einem Fremden überlassen wird. Das Kind befindet sich nicht nur beim Vater, sondern auch bei der Mutter in natürlicher Mut. Durch den Abschluß des Vertrages hat der Vater selbst anerkannt, daß er glaubt, das Kind der Mutter für kürzere Zeit oder für die Dauer eines Prozesses überlassen zu können. Eine beschränkte Bindung des Vaters der Mutter gegenüber, dazwischen, daß er in solchen Fälle den Vertrag nur widerrufen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, widerspricht nicht dem Wesen der elterlichen Gewalt, noch den sittlichen Anschauungen unseres Volkes. Daß aber eine solche beschränkte Bindung zweckmäßig ist, daß sie freiwillig und schuldlosen Wideraufhebungen vorbeugt und daß sie im Interesse einer ruhigen Erziehung der Kinder liegt, dürfte nicht zweifelhaft sein.

Andere Gesichtspunkte eröffnet ein Urteil des Reichsgerichts vom 26. Oktober 1903 (Entsch. des R. G. S. Bd. 55 S. 419),

welches zwar nicht über einen Erziehungsvertrag entscheidet, aber wie sich gleich ersehen wird, doch auch für unsere Frage von Interesse ist. Der Fall, um den es sich handelte, war folgender: Eine Ehefrau hatte ihren Mann verlassen, weil sie glaubte, das Zusammenleben mit ihm wegen Mißbrauchs seines Rechtes als Ehegatte vernünftiger zu dürfen. Ihr zweijähriges Kind hatte sie mitgenommen. Der Mann forderte von der Frau neben anderen die Herausgabe des Kindes. Das Reichsgericht entscheidet nun: Die Frau könne in solchen Fällen bestraft sein, die Herausgabe des Kindes zu verweigern. Der Gedankengang, auf welchem diese Entscheidung beruht, und welcher im Urteile selbst zum Teil nur durch Bezugnahme auf Paragraphen des R. G. B. angedeutet ist, dürfte sich etwa so wiedergehen lassen: Die Ehefrau kann die eheliche Lebensgemeinschaft vernünftiger, wenn ein Scheidungsgrund vorliegt. Das Geseß erkennt also einen Zustand tatsächlicher Trennung der Ehegatten ohne gerichtliche Scheidung unter Umständen als rechtmäßig an. Im Falle der dauernden Trennung auf Grund eines Scheidungsurteils steht die Sorge für die Person des Kindes nach § 1635 grundsätzlich dem unschuldigen Ehegatten zu. Auch schon während des Scheidungsprozesses können die Kinder dem einen Ehegatten durch einstweilige Verfügung zugewiesen werden. „Wird die Herstellung des ehelichen Lebens von der Ehefrau mit Recht verweigert, so läßt sich der Frau „auch hinsichtlich des Vermögens zu den Kindern der Schutz, welcher der auf Scheidung klagenden Ehefrau gewährt wird, nicht versagen. ... Gegenüber der Klage auf Herausgabe des Kindes ist daher der Einnahme als zulässig zu erachten, daß die Entscheidung des Mannes als Mißbrauch seines Rechtes „sich darstelle (§ 1351 Abs. 2), die Frau daher nicht verpflichtet „sei, der Entscheidung Folge zu leisten und nicht widerrechtlich „handele (§ 1632), wenn sie unter Nichtbeachtung der Entscheidung des Mannes diesen das Kind vorerhalte.“ Die vom Reichsgericht aufgestellten Sätze sind zum Teil neu und haben eine große Tragweite. Eine nähere Beschreibung

der mannigfaltigen, hier auftauchenden Fragen fällt aus dem Rahmen der Erörterung über die Erziehungsverträge heraus. Es muß aber darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Entscheidung des Reichsgerichts auch für die uns beschäftigenden Verträge von erheblicher Bedeutung ist. Waslang ist man davon ausgegangen, daß ein Zwist zwischen den Eltern, solange die Ehe besteht, grundsätzlich das Verhältnis der Eltern zu den Kindern nicht berührt. Ein Mißbrauch des Rechts des Mannes gegenüber der Frau ist nicht identisch mit einem Mißbrauch der elterlichen Gewalt. Es handelt sich bei beiden um ganz verschiedene Dinge. Aber tatsächlich läßt sich beides nicht immer trennen. Mit der Verletzung des Rechtes der Frau kann ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt Hand in Hand gehen, so z. B. wenn der Mann in der Trenntheit Frau und Kinder mißhandelt; in manchen Fällen ist auch in dem Verhalten des Mannes zugleich eine Verletzung der Frau und eine Gefährdung der Kinder zu sehen, so z. B. wenn der Mann eliren ehrlösen oder unmündlichen Lebenswandel führt. So muß die Frau oft zugleich für sich selbst und ihre Kinder Fürsorge treffen. Sie trennt sich selbst vom Manne und nimmt ihre Kinder mit. Bisher wurde dann eben oft durch einen Vertrag das Verhältnis für die Dauer der Trennung geregelt. Die Frau ließ sich vom Manne versprechen, daß er ihr die Kinder überlassen wolle. Legt man die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts zu Grunde, so wird es in Zukunft solcher Verträge vielfach gar nicht mehr bedürfen. Die unschuldige Ehefrau wird dem schuldigen Ehemann gegenüber auch ohne Vertrag die Herausgabe der Kinder verweigern dürfen. Tatsächlich werden allerdings Verträge doch noch geschlossen werden. Denn es ist durchaus nicht immer zweifellos, wer an den Vermögensverlust die Schuld trägt und man wird oft genug, um Prozesse zu vermeiden, den Weg der Vereinbarung wählen. Auch wird oft das Bedürfnis bestehen, eine Reihe von äußeren Dingen, z. B. den Unterhalt, vertragmäßig zu regeln. Legt man die Anschauungen des Reichsgerichts zu

Grunde, so werden solche Verträge um so mehr als bindend anzusehen sein, schließlich immer mit dem Vorbehalt, daß die Abmachungen wegen der Minder widerrufen werden können, wenn dies im Interesse der Minder selbst notwendig erscheint.

Unter allen Umständen aber besteht die Möglichkeit, daß die Mutter und jeder andere, dem das Wohl der Minder am Herzen liegt, wenn diese gefährdet erscheinen, das Vormundschaftsgericht anrufen und zum Einschreiten bewegen kann. Es muß hierauf um so nachdrücklicher hingewiesen werden, als vielfach, insbesondere in den höheren Ständen, eine viel leicht nicht immer ungeschultigte, aber jedenfalls übertriebene Scheu besteht, sich an das Vormundschaftsgericht zu wenden. Es ist zu hoffen, daß Volk und Gerichte sich allmählich in den neuen Rechtszustand einleben werden. Wenn auf dem Posten des Vormundschaftsrichters der rechte Mann steht, so wird der Richter gerade das sein können, was man in solchen Lebenslagen braucht: ein besonnener Berater und ein würdiger harter Helfer.

Wir gelangen hiernach zu dem Ergebnis: Ein Vertrag zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder ist ungültig, wenn er einen dinglichen Verzicht auf die elterliche Gewalt enthält; er ist gültig, so fern er was regelmäßig zutreffen wird — nur die Ausübung des Erziehungsrechtes überträgt. Der Zeitigende kann aber den Verzicht grundsätzlich jederzeit widerrufen. Es folgt ein Widerruf nur zu dem Zweck, den anderen Teil oder das Kind zu schädigen, so ist die Erklärung des Widerrufs nicht zu beachten. Bei Verträgen auf kurze Zeit ist ein Widerruf nur dann zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Steht in dem Widerruf ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt, so hat das Vormundschaftsgericht einzuschreiten und die für den Schutz des Kindes erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere die Anordnung treffen, daß

der Zustand aufrecht erhalten wird, wie er durch den Vertrag geschaffen ist.

Unsere Verträge haben sich nicht als die festesten erwiesen. Und manchem mag wohl ihr Wert gering erscheinen. Man wird ihn aber doch nicht unterschätzen dürfen. Freilich vermag die Kunst der Juristen zerbrochenes Glas nicht wieder zusammenzufügen. Aber wenn es gelingt, mit Hülsen eines Vertrags an Stelle des zertrümmerten Familienlebens einzufüllen, so ist damit doch viel gewonnen. Zudem trägt jeder friedliche geordnete Zustand ein gewisses Beharrungsvermögen und eine gewisse Festigkeit in sich selbst. Und es bedarf immerhin eines Entschlusses und auch einer nicht unerheblichen Kraft, um ihn wieder zu zerstören. Der schuldige Teil wird sich doch scheuen, einen neuen Bruch herbeizuführen. Und umgekehrt wird der andere Teil in dem Vertrag einen Halt finden und sich mit größerer Ruhe der Erzählung der Kinder widmen. So trägt der Vertrag immerhin einen gewissen Wert in sich und vermag als Nothelfer, wenn er in verständiger Weise geschlossen wird, nützliche Dienste zu erweisen.

Hochachtungsvolle Verabschiedung! Möchten die Ausführungen, welche ich Ihnen unterbreiten durfte, Ihr Interesse für den behandelten Gegenstand erweckt haben. Es war meine Absicht, Ihnen ein Stück aus dem Familienrechte des R. G. B. vorzuführen und gleichzeitig zu zeigen, wo die Aufgaben der Rechtswissenschaft auf diesem Gebiete liegen. Die Fragen, die ich Ihnen entrollt habe, sind ernste und schwerwiegende. Von ihrer richtigen Beantwortung hängt viel Lebensglück ab. Das Recht hat hier sein wichtiges Teil zur Erhaltung und Förderung der inneren Gesundheit unseres Volkes beizutragen. Das Recht kann diese Aufgabe nur lösen, wenn die Rechtswissenschaft erfüllt und durchdrungen ist von einer richtigen Auffassung unserer Familie und ihres sittlichen Wesens. Möchte sich dieser Geist in der deutschen Rechtswissenschaft lebendig erneuen!