

Werk

Titel: Das gemeinschaftliche Erziehungsrecht

Autor: Burchardi

Ort: Heidelberg

Jahr: 1825

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1825_0008|log17

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

A r c h i v
für die
civilistische Praxis.

VIII.

Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht.

Von Herrn Professor Burhardi in Kiel.

Die Ueberschrift dieses Aufsatzes, die, wenn sie auch auf den ersten Blick etwas befremdend erscheinen mag, sich doch eben so gut rechtfertigen läßt, als die jedem Juristen geläufigen Ausdrücke: Ehe recht, Güterrecht, Erbrecht u. d. m., ist deshalb so allgemein gefaßt worden, damit jedwede Bestimmung des gemeinen Rechts über die Kindererziehung darunter begriffen werden könnte; indessen hoffe ich, daß niemand darum die Nachweisung einer gesetzlichen Pädagogik, die nicht weniger undenkbar ist, als eine genaue gesetzliche Festsetzung sämtlicher ehelichen Pflichten, von mir erwarten werde. Was sich hierhergehöriges in unsern Quellen findet, betrifft — wie es auch in der Natur der Sache liegt — im Wesentlichen nur das Recht und die Pflicht, die Erziehung von Kindern zu leiten, und dieselben deshalb bey sich zu haben. Eine Zusammenstellung dieser Grundsätze und Normen gehört nun zwar nicht zu den sehr schwierigen Unternehmungen, aber doch auch nicht gerade zu den geringfügigen oder unpraktischen, und eine solche Erörterung dürfte sich daher wohl für dies Archiv eignen; um so mehr, da es nicht nur an einer vollständigen Entwicklung jener Bestimmungen noch immer fehlt, sondern da auch über mehrere derselben bis auf die neuere Zeit

einige, der Aufmerksamkeit keineswegs unwürdige, Irrthümer geherrscht haben.

Den Stoff für die folgende Ausführung liefert ausschließlich das römische Recht, indem in den andern Quellen des gemeinen Rechts, kaum ein Paar untergeordnete Verfügungen vorkommen, welche hier berücksichtigt zu werden verdienen; aber was das römische Recht hier bietet, ist auch beynahe durchgehends noch immer anwendbar, weil auffallend genug dem eigenthümlichen Wesen der römischen Familienverbindung, ein geringerer Einfluß auf die Erziehung der Familienglieder eingeräumt ist, als auf die Erhaltung und Vermehrung des Vermögens, weshalb denn die große Abweichung unseres heutigen Familienrechts von dem römischen, in Rücksicht des Erziehungsrechts nicht von bedeutenden Folgen hat seyn können.

Daß den Eltern vorzugsweise die Erziehung ihrer Kinder gebühre, dieß ist ein so natürlicher Satz, daß die Römer ihn geradezu auf die Seite der menschlichen Natur, welche wir mit den Thieren gemein haben, auf das jus naturale, den Naturtrieb, zurückführen ¹⁾. Allein die altpatriarchalische Construction der römischen Familienverbindung hat bewirkt, daß bey ehelichen Kindern in der Regel dieß natürliche Erziehungsverhältniß, mit Ausschließung der Mutter, allein auf den Vater übertragen, und bey diesem zu der exorbitanten väterlichen Gewalt erweitert worden ist, welche früher unbedingt das jus vitae et necis enthielt ²⁾, bis endlich Alexander der Sever dieselbe in dieser Beziehung auf ein freylich noch

1) l. 1. §. 3. D. de J. et J. (1, 1) pr. J. de jur. nat. gent. et civ. (1, 2).

2) Dion. Hal. Antiq. Rom. II. c. 26, Cicero pro domo c. 29, l. 2. C. Th. de liberali causa (4, 8) l. 10. C. de patria potest. (8, 47). Collat. IV. §. 8.

immer sehr ausgedehntes Züchtigungsrecht beschränkte 3). Der Vater hat also allein die Leitung der Erziehung der in seiner Gewalt befindlichen Kinder, und er hat theils deshalb, theils aber auch freylich der andern, in seiner patria potestas liegenden Befugnisse wegen, ein Recht darauf, die Kinder bey sich zu haben, ein Recht, zu dessen Geltendmachung ihm Selbsthülfe gegen die Kinder 4) und gegen Dritte, ja sogar gegen die Mutter, wenn diese etwa getrennt von ihm lebt, das interdictum de liberis exhibendis item ducendis zu steht 5). Es bedarf übrigens kaum der Erwähnung, daß die Mutter bey den Römern so gut wie bey uns, faktisch einen großen Einfluß auf die Erziehung ihrer, der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinder geübt haben wird; aber gesetzlich hat sie nach römischen Grundsätzen in der Regel darüber nicht mehr zu sagen, als ihr der paterfamilias gestatten will, und darin ist auch nichts durch spätere Quellen des gemeinen Rechts geändert worden 6). Eben so versteht es sich von selbst, daß wenn nicht der Vater, sondern der Großvater, oder gar der Uelternvater die patria potestas hat, was freylich der heutigen Grundsätze über die separirte Deconomie wegen, bey uns selten der Fall seyn kann, nur diesem Haupt der Familie rechtlich die Leitung der Erziehung seiner Enkel und Urenkel

3) l. 3. C. eod. Eigentlich setzte II. Sever wohl nur gesetzlich fest, was schon in der Observanz begründet war; man vergleiche l. 2. D. ad leg. Cornel. de sicar. (48, 8) l. 11. D. de lib. et posth. (28, 2).

4) Nur muß der filius familias nicht die patria potestas selbst bestreiten; l. 3. §. 3. verglichen mit l. 5. D. de liberis exhib. (43, 30).

5) l. 1. l. 3. D. eod.

6) Es ist in der That unerklärlich, wie in dem Wiesischen Handbuch des Kirchenrechts, Thl. 4, S. 180, gesagt werden kann, „daß das angeblich schwächere Erziehungsrecht der Mutter nach allgemeinen Grundsätzen keineswegs erwiesen sey.“ Wie, wann und wodurch, muß man hier fragen, hat die Mutter gleiches Recht mit dem Vater in Rücksicht der Erziehung erhalten?

164 Burchardi, gemeinrechtliches Erziehungsrecht.

zukommt; so wie auch, daß das Erziehungsrecht des paterfamilias sich auch über solche Kinder erstreckt, welche nur durch Adoption, Arrogation oder Legitimation in das Verhältniß ehelicher Descendenten zu ihm getreten sind. Alles dieses hängt zu offenbar mit dem Grund, Zweck und Wesen der väterlichen Gewalt zusammen, als daß es eines umständlichen Beweises bedürfte.

Die Regel, daß lediglich der paterfamilias der gesetzliche Erzieher seiner filii- und filiaefamilias aller Grade und Arten sey, leidet indessen mehrere wichtige Ausnahmen. Bevor wir jedoch zur Entwicklung dieser Ausnahmen übergehen, wird es zweckmäßig seyn, zuvörderst die Grundsätze über die Berechtigung zur Erziehung solcher Kinder, welche sui juris (Pupillen) sind, zu erörtern, weil wir in dieser Beziehung mehrere Bestimmungen finden, welche unstreitig wenigstens zum Theil auch für jene Ausnahmen gelten, aber nicht ausdrücklich auch dafür aufgestellt sind.

Bekanntlich gründete man ehemals auf ein fast handgreifliches Mißverständnis des römischen Satzes „tutor personae datur non rei vel causae“⁷⁾ die Behauptung, daß die Erziehung eines Pupillen dem Tutor desselben zustehet. Wie unnatürlich es auch jedem vorkommen muß, daß der Tutor die leibliche Mutter von der Erziehung ausschließen sollte, und wie gefährlich auch ein solches Erziehungsrecht des Tutors oft dem Leben des Mündels werden könnte, da dessen nächster Erbe auch sein gewöhnlichster Tutor ist, der zwar ein großes Interesse an der Erhaltung des Vermögens⁸⁾, aber auch zu

7) l. 12 — 14. D. de testam. tut. (26, 2).

8) l. 1. pr. D. de legit. tutor. (26, 4). „Legitimae tutelae Lege XII. Tabularum agnatis delatae sunt, et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint. Hoc summa providentia: ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.“

gleich an dem Tode des Mündels hat ⁹⁾, so hat sich dessenungeachtet jener, selbst in das österreichische Gesetzbuch übergegangene Irrthum, Jahrhunderte lang erhalten, bis endlich v. Savigny ¹⁰⁾ zuerst auf die Falschheit dieser Ansicht aufmerksam gemacht, und demnächst v. Löhr ¹¹⁾ den Ungrund derselben aus den Quellen umständlich nachgewiesen hat. Ein Verbot, dem Tutor die Erziehung zu überlassen, findet sich zwar nicht, auch läßt sich wohl nicht annehmen, daß er geradezu ausgeschlossen sey, zum wenigsten nicht in einigen Fällen, die unten näher angegeben und untersucht werden sollen; allein es ist so bestimmt und allgemein im römischen Recht ausgesprochen, daß die Obrigkeit (die obervormundschaftliche Behörde) den Erzieher des Pupillen zu erwählen habe, daß man wirklich nicht begreift, wie dies so lange hat übersehen werden können. Während also bey Kindern in väterlicher Gewalt der Hausvater der gesetzliche Erzieher ist, hat dagegen bey Pupillen die Obervormundschaft die Vorsorge für die Erziehung, aber freylich mit einer wesentlichen Abweichung, indem die Obrigkeit natürlich nicht wie der Vater selbst unmittelbar die Ausbildung leiten, sondern nur den Erzieher bestimmen und über dessen Verfahren bey der Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts wachen soll ¹²⁾, wobey ihr jedoch allerdings auch die Festsetzung der ganzen Art und Weise der Erziehung, so wie der darauf zu verwendenden Kosten zu

9) l. 2. C. ubi pupilli (5, 49). „Utrum nepos tuus ex filia apud te, an apud patrum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et qui magis ad suspicionem ex spe successio- nis prior sit, aestimabitur.

10) v. Savigny. Ueber den Verfall unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswiss. S. 103 u. f.

11) v. Löhr. Ueber die röm. Begriffe von Tutel und Curatel; in seinem und v. Grollmanns Mag. für Rechtswiss. und Gesetzgebung, Bd. 3, No. 1.

12) l. 1. pr. §. 1. C. 5. D. ubi pupillus educari vel morari debeat. (27, 2).

kommt¹³⁾. Dies sind die einfachen Grundregeln, welche vermuthlich so alt sind als der römische Staat selbst. Zwar ist es bekannt, daß die öffentlichen Behörden in Rom sich ursprünglich wenig oder gar nicht um die Vormundschaften bekümmerten; allein wenn wir nur festhalten, daß die Vormundschaft, ihrem Zweck zufolge, niemals die Erziehung, sondern lediglich nur die Verwaltung des Vermögens und die Vornahme rechtlicher Geschäfte betrifft, so dürfen wir wohl nicht von dem alten, in Beziehung auf die Tutel ausgesprochenen Grundsatz: „rei publicae nihil interest, res pupilli salvae esse“, den Schluß ableiten, daß der Staat in der ältesten Zeit sich auch gar nicht um das persönliche Wohl der heranwachsenden Generation bekümmert habe. Die Vermögensadministration ward anfänglich als eine bloße Familienangelegenheit betrachtet; hingegen das Leben und die Ausbildung der noch unmiündigen Staatsbürger galt gewiß von jeher als ein Gegenstand von allgemeinem Interesse, wenn es gleich lange keine öffentlichen Lehr- und Erziehungsanstalten in Rom gab.

Die Anordnungen der obervormundschaftlichen Behörde über die Erziehung der Pupillen, sind inzwischen noch einigen hier anzugebenden gesetzlichen Beschränkungen unterworfen.

I. Wenn der Pupill nur durch den Tod seines Vaters *sui juris* geworden ist, so kann seyn, daß der verstorbene *paterfamilias* in einem gültigen Testament Verfügungen über die Erziehung seines Kindes getroffen hat¹⁴⁾. Dergleichen letztwillige Dispositionen sind nun allerdings nicht unbedingt

13) l. 2. l. 3. D. eod.

14) l. 1. §. 1 u. 3. l. 2. §. 3. D. ubi pupillus (27, 2). l. 1. §. 10. D. de inspic. ventre (25, 4). Der Vater kann sogar der Mutter das Recht vermachen, zu bestimmen, wo das Kind erzogen werden soll; l. 7. pr. D. de amnis legatis (33, 1), was ein Analogon des Vermächtnisses der *tutoris optio*, und vielleicht daraus hervorgegangen ist.

bindend; denn es kann nicht nur die Obrigkeit davon abgehen, wenn sie dieselben unweckmäßig findet ¹⁵⁾, sondern es kann selbst der Vormund sich einseitig, wenigstens über die, die Kosten der Erziehung betreffenden Bestimmungen, soferne diese nicht wohl ausführbar sind, hinwegsetzen ¹⁶⁾; im Ganzen sind aber doch solche väterliche Wünsche und Befehle so viel möglich heilig zu halten und zu befolgen; nur muß freylich der Vater bey seinem Tode auch selbst noch die Erziehung gehabt haben, welches — wie schon oben angedeutet worden — nicht immer der Fall ist; man kann nämlich doch nicht füglich annehmen, daß derjenige, dem die Erziehung bey seinem Leben genommen war, nichts desto weniger nach seinem Tode einen rechtlichen Einfluß darauf äußern dürfe, wiewohl ausdrückliche Erklärungen darüber fehlen.

II. Auch wenn nicht auf die angegebene Weise die Person des Erziehers und das Verfahren bey der Erziehung bestimmt worden ist, hat dennoch die Obrigkeit nicht ganz freye Hand.

1) Hat nämlich der Pupill eine zur Beforgung der Erziehung fähige Mutter, so soll derselbe zunächst dieser anvertraut werden, jedoch nur, bis etwa die Mutter wieder heirathet; denn bey einem Stiefvater sollen die Kinder durchaus nicht seyn ¹⁷⁾. Hier stoßen wir nun aber auf einen Fall, in welchem die Frage entsteht, ob Erziehungsrecht und Tutel in einem Subject vereinbar sind, indem ja bekanntlich *Ju stis niana* die Mutter für die ordentliche gesetzliche Vormünderin ihrer nicht in väterlicher Gewalt stehenden Kinder erklärt, und

15) l. 1. §. 1. D. ubi pupillus (27, 2). l. 7. in fin. D. de annuis legatis (33, 1).

16) l. 2. §. 3. D. ubi pupillus (27, 2).

17) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49). Nov. 22. c. 38. Früher scheint die Wiederverheirathung der Mutter keinen Einfluß auf die Erziehung gehabt zu haben, wenigstens kommt bey Livius XXXIX. c. 9. ein Beyspiel der Erziehung eines Kindes durch die Mutter und den Stiefvater vor, was aber auch ein böses Ende nahm.

dadurch zur Regel erhoben hat ¹⁸⁾, was früher nur durch specielle kaiserliche Concession eintreten konnte ¹⁹⁾. Wäre nun ein wirkliches Verbot vorhanden, dem Tutor nicht die Erziehung zu überlassen, dann müßte allerdings behauptet werden, daß Justinian durch Uebertragung der Vormundschaft auf die Mutter, dieser indirekt dadurch ihr früheres Erziehungsrecht genommen habe; allein weil es kein solches Verbot giebt, so ist auch keine Nothwendigkeit für eine solche Schlussfolge vorhanden; auch hieße es wohl, die Ungleichheit und das juristische Mißtrauen zu weit treiben, wenn man sogar bey der Mutter, der Erbschaft wegen, Gefahr für das Leben der Kinder argwöhnen wollte ²⁰⁾. Als eine äussere Bestätigung für die Richtigkeit dieser Ansicht kann auch noch dies angeführt werden, daß die Mutter auch die Vormundschaft nur so lange behalten soll, als sie unverheirathet bleibt, daß also in dieser Beziehung Erziehungsrecht und Tutel parallel gehen. Wenn übrigens ein zu erziehendes Kind ein Adoptivkind eines Verstorbenen ist, so ist es nicht die Frau des verstorbenen Adoptivvaters, sondern die leibliche Mutter des Kindes, welcher die Erziehung desselben gebührt, weil in Rücksicht des mütterlichen Verhältnisses durch Adoption nichts geändert wird ²¹⁾. In dessen muß natürlich auch in diesem Fall die Mutter nicht wieder geheirathet haben; hingegen würde es an sich nicht schaden, daß sie noch mit dem leiblichen Vater des Kindes in der Ehe lebt, denn sie soll nur *feinam vitium liberis indu-*

18) Nov. 118. c. 5.

19) Tit. C. quando mul. tut. off. fungi pot. (5, 35).

20) Es kann jedoch nicht geläugnet werden, daß in l. 2. C. ubi pupilli (5, 49) wenigstens die Großmutter nicht als ganz unverdächtig angesehen wird.

21) l. 10. §. 1. C. de adoption. (8, 48). „..... Quis enim materna jura posset abolere, cum videbatur (adoptatum) et ex jure antiquo patrem quidem habere adoptivum, matrem autem eam, quam natura cognoscit.“

cere²²⁾, was doch nicht auch auf den leiblichen Vater bezogen werden kann; allein dieser letztere Fall kann, meiner Meinung nach, eigentlich gar nicht zur Sprache kommen, weil, wie ich glaube, der leibliche Vater, wenn er noch lebt, sogar den Vorzug vor der Mutter in Ansehung der Erziehung hat. Blutsverwandte, Cognat des Kindes, bleibt der leibliche Vater ja auch nach der Adoption so gut wie die Mutter; als Cognat ist er nun aber auch dem Grad nach eben so nahe als diese, und unter gleichen Umständen geht bekanntlich in der Regel das männliche Geschlecht dem weiblichen vor, soferne nicht von bloßen Privatangelegenheiten, wohin die Erziehung keineswegs gehört, die Rede ist. So wie also der leibliche Vater eines durch Tod des Adoptivvaters *sui juris* gewordenen Adoptivkindes, die Mutter von der Tutel über das Kind ausschließt²³⁾, obgleich *Justinian* in Nov. 118. c. 5. diesen speciellen Fall gar nicht ausdrücklich berücksichtigt hat, so schließt er sie auch von der Erziehung aus, und wir finden demnach hier wieder in einer andern Anwendung, Tutel und Erziehungsrecht in einer Person vereinigt. Es kommt dies aber noch in einer dritten Anwendung vor, in welcher auch die Mutter nicht zunächst zur Erziehung berechtigt ist, nämlich wenn — was freylich bey uns selten geschehen wird — ein Vater sein noch unmündiges Kind emancipirt hat. Bekanntlich war nach älterem römischen Recht, der Vater Patron des emancipirten Kindes, und hatte als solcher theils ein besonderes Erbrecht²⁴⁾, theils die Tutel über das Kind, wenn es noch unmündig war²⁵⁾. Nach dem allgemeinen

22) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49).

23) *Thibaut*, Pandektensystem, S. 505, scheint hier geneigt, Concurrentz der Eltern anzunehmen; allein dazu dürfte doch wohl hier nicht mehr Grund vorhanden seyn, als bey der Emancipation, bey welcher entschieden der Vater die Mutter von der Tutel ausschließt.

24) Tit. D. si a parente quis manumissus sit (37, 12).

25) Tit. J. de legitima parentum tutela (1, 18).

170 Burchardt, gemeinrechtliches Erziehungsrecht.

Princip, daß die bloße Aenderung einer Regel nicht auch an sich schon die von dieser Regel geltenden Ausnahmen aufhebt²⁶⁾, ist durch die Nov. 118. dem Vater von jenem Patronat nur das bevorzugte Erbrecht entzogen, da nur dies mit der Novelle unvereinbar ist, keineswegs aber der besondere Anspruch auf die Tutel, indem der Vater ja auch nach den Grundsätzen der Novelle zunächst zur Vormundschaft berufen ist, auch die Zulassung der Mutter oder Großmutter zur Tutel sichtbar auf den Fall beschränkt wird, wenn der Vater gestorben ist, da es heißt, daß Mutter und Großmutter zwar den Seitenverwandten vorgehen, aber den vom verstorbenen Vater ernannten Vormündern weichen sollen²⁷⁾. Es wäre doch in der That seltsam, wenn ein testamentarischer Tutor, den freylich nur ein paterfamilias erneuern kann, mehr Recht haben sollte, als der Vater selbst, der sein Kind emancipirt hat. Um dies zugeben zu können, müßte auch behauptet werden, daß die Emancipation nach Justinianischem Recht, Vater und Kind einander mehr entfremde, als nach älterem Recht, während doch in der Gesetzgebung der spätern römischen Kaiser das Bestreben zu Tage liegt, den Einfluß der Emancipation und Adoption als juristisches Auflösungsmittel der natürlichen Familienbände, zu vermindern. Noch unnatürlicher wäre es aber, dem Vater wegen der Emancipation die Erziehung seines Kindes abzusprechen zum Besten der Mutter, die doch nicht näher mit dem Kinde verwandt ist, als der Vater, und hier kommen also wieder Tutel und Erziehungsrecht bey einem Subject zusammen. Es versteht sich jedoch von selbst, daß dies nur dann gilt, wenn der Vater nicht zur Strafe zur Emancipation gezwungen worden ist, was nach römischer Theorie vom Regenten geschehen kann²⁸⁾; und noch weniger kann dem Vater Tutel und Erziehung zugesprochen werden, wenn er gar

26) Zhibaut, Civil. Abhandlungen, No. 7. S. 108 u. f.

27) Nov. 118. c. 5.

28) l. 5. D. si a parente quis manumissus sit. (37, 12).

ipso jure zur Strafe die väterliche Gewalt verloren hat, z. B. wegen Preisgebung oder Aussetzung der Kinder ²⁹⁾. Dies liegt in der Natur der Sache, namentlich bey ausgefetzten Kindern ³⁰⁾. In Ansehung der letztern gebührt dem, der sie aufgenommen hat, die Erziehung, wenn er die Kinder behalten will, sonst muß von Staatswegen für sie gesorgt werden; auch gab es schon bey den Römern unter den Kaisern eigene Waisens-, Erziehungs- und Findelhäuser, orphanotrophia und brephotrophia, namentlich für die Aufnahme und Erziehung von Findelkindern bestimmt, und denen die Privilegien der pia corpora ertheilt waren ³¹⁾. Es kann indessen keinen Zweifel leiden, daß die unschuldige Mutter die Erziehung ihrer, zur Strafe des Vaters sui juris gewordenen Kinder verlangen könne. In Rücksicht der ausgefetzten Kinder scheint zwar dem entgegen zu stehen, daß nach Justinians Bestimmung niemand mit dem Beweise gehört werden soll: ein Findelkind sey sein Kind, so ferne er zugleich gestützt auf diesen Beweis, Rechte an dem Kinde geltend machen will ³²⁾; aber diese Bestimmung ist ganz unstreitig nur gegen den Aussetzer selbst gerichtet; denn dafür sprechen einertheils die von Justinian gebrauchten Ausdrücke, anderentheils das anerkannte

29) l. 12. C. de episc. audient. (1, 4). l. 2. l. 3. C. de infant. expos. (8, 52) cap. un. X. de infant. et languid. expos. (5, 11).

30) Nov. 153. Die Geschichte der Bestimmungen über die Kinder-aussetzung hat J. H. Boehmer mit seiner gewohnten Gelehrsamkeit erörtert im. J. E. P. lib. V. tit. 9.

31) l. 35. C. de episc. et cler. (1, 3). Nov. 111. c. 1. Schon Trajan, der ja auch durch seinen Fond zur Unterstützung armer Eltern bey der Erziehung ihrer Kinder berühmt ist, soll Tausende von Findelkindern auf öffentliche Kosten haben erziehen lassen. Plin. Sec. Panegy. c. 36. Diese Kinder wurden nach ihrem Wohlthäter (Ulpianus Trajanus) Ulpiani genannt. Spanhem. de usu et praestant. numismat. T. I. p. 543.

32) Nov. 153.

Prinzip, daß die Kinderaussetzung nicht den Rechten unschuldiger Dritter an den ausgesetzten Kindern Abbruch thue³³⁾.

Eine Frage, die hier endlich noch zu berühren ist; obschon sie erst in der Folge beantwortet werden kann, ist die, ob bey einem Pupillen, welcher bevor, oder nachdem er sui juris geworden, von einem Frauenzimmer adoptirt worden ist, die leibliche oder die Adoptiv-Mutter das nächste Recht auf die Erziehung hat. Es muß die Erörterung dieses Punktes hier deshalb ausgesetzt werden, weil dieselbe abhängig ist von der in anderer Verbindung zu untersuchenden Frage, wer überhaupt die Erziehung der von Weibern adoptirten Kinder habe.

2) Wenn gar keine, oder doch keine solche Mutter vor-Handen ist, der die Erziehung anvertraut werden kann, auch keiner von den besondern Fällen eintritt, in welchen dem leiblichen Vater des Pupillen, sogar mit Ausschließung der Mutter, die Erziehung zusteht, alsdann soll die Obrigkeit doch zunächst noch unter den Verwandten des Pupillen den Erzieher auswählen, wenn sich fähige Personen unter diesen Verwandten finden³⁴⁾. Daß dabey, unter Voraussetzung gleicher Fähigkeit, dem näheren Verwandten der Vorzug vor dem entfernteren gebühre, versteht sich wohl auch ohne gesetzliche Belege von selbst; aber daß gerade der Großmutter vor allen andern Verwandten ein Recht auf die Erziehung zustehe, wie Einige behauptet haben, dieß läßt sich schwerlich durchführen, weil die Ordnung der Delation der Tutel keinen Schluß auf die Delation des Erziehungsrechts begründet; auch wird ausdrücklich bemerkt, daß zwischen der Großmutter und dem Oheim nur die größere, persönliche Fähigkeit zur Erziehung entscheide³⁵⁾.

Wenn nun übrigens nicht einmal unter den Verwandten des Pupillen jemand für die Leitung der Erziehung desselben

33) l. 29. D. de manumiss. testam. (40, 4).

34) l. 1. §. 2. D. ubi pupillus (27, 2). l. 2. C. ubi pupilli (5, 49).

35) l. 2. C. cit.

geeignet ist, dann bleibt freylich nichts anderes übrig, als irgend einer fremden Person die Erziehung zu übertragen, was bey es kaum bemerkt zu werden verdient, daß nur eine ehrbare und unbescholtene Person, bey welcher die Sittlichkeit des zu erziehenden Kindes nicht gefährdet ist, gewählt werden darf³⁶⁾.

Ob bey der Wahl von Verwandten oder Anderer zu Erziehern auf das Geschlecht zu sehen sey, darüber gibt es keine allgemeine Bestimmung, wenn man nicht einen, nur für einen ganz speciellen Fall aufgestellten Grundsatz generalisiren will. Es soll nämlich, wenn zwischen Zweyen über die väterliche Gewalt über ein Kind gestritten wird, unter gewissen, in der Folge näher charakterisirenden Umständen, das streitige Kind während des Processes nicht bey dem Beklagten bleiben, sondern sequestrirt und einem Dritten anvertraut werden, und in dieser Beziehung ist nun angeordnet, daß Kinder weiblichen Geschlechts immer, Kinder männlichen Geschlechts aber, wenn sie nicht das Alter der praetextati, d. h. das 17te Jahr überschritten haben, einer materfamilias übergeben werden sollen³⁷⁾. Gegen die Ausdehnung dieser Bestimmung läßt sich aber mit Grund einwenden, daß dieselbe keineswegs eine allgemeine, nur zufällig bloß in einer einzelnen Anwendung vorkommende Regel seyn könne, da es ausdrücklich als zulässig angegeben wird, ein Kind seinem Oheim zur Erziehung zu überlassen³⁸⁾, und es würde offenbar die allerwillkürlichste Deutung seyn, hier an einen mehr als siebenzehnjährigen Jüngling zu denken. Am natürlichsten bleibt es freylich immer, wenn Mädchen von Frauenzimmern, Knaben von Männern erzogen werden, ausgenommen allenfalls, wenn Knaben noch ganz klein sind, wo sie auch am besten in weiblichen Händen aufgehoben seyn mögen; allein gesetzlich hat die Obrigkeit in

36) l. 5. D. ubi pupillus (27, 2). l. 3. §. 6. D. de lib. exhib. (43, 30).

37) l. 3. §. 6. D. de lib. exhib. (43, 30). B. Brisson. de V. S. voce: „Praetextatus“.

38) l. 2. C. ubi pupilli (5, 49).

174 Burchardi, gemeinrechtliches Erziehungsrecht.

dieser Rücksicht freye Wahl, und eben so wenig kann wohl der Obrigkeit das Recht bestritten werden, selbst dem Vormunde die Erziehung zu überlassen, wenn keine näher berechtigten Personen vorhanden sind, weil — wie schon bemerkt worden — kein ausdrückliches Verbot dem Vormunde entgegen steht.

3) Bey der Festsetzung der Alimente und sonstigen Erziehungskosten der Pupillen, soll sich die Obrigkeit, wie es in der Natur der Sache liegt, zuvor genau vom Vermögensstande derselben unterrichten, und dabey die Vormünder zu Rathe ziehen ³⁹). Dann soll auch nicht mehr zu diesen Kosten ausgesetzt werden, als eine standesmäßige und in allen Beziehungen angemessene Unterhaltung und Ausbildung des Pupillen erfordert, wenn auch das vorhandene Vermögen einen größern Aufwand gestattet ⁴⁰). Um so mehr ist also darauf zu sehen, daß jene Kosten nicht gar den Ertrag des Vermögens übersteigen, also dieses selbst vermindern; jedoch hat eine dem Stande, den Anlagen und dem Ganzen der Verhältnisse des Pupillen entsprechende Sustentation und Bildung desselben, den Vorzug vor der Erhaltung des Vermögens, und es soll deshalb das zu jenem Zweck Erforderliche verwendet werden, wenn auch das Vermögen darüber aufgeht ⁴¹).

4) Wenn die Obrigkeit zu viel oder zu wenig für Unterhalt und Erziehung des Mündels ausgesetzt hat, so kann der Vormund einseitig davon abgehen ⁴²), und ihm ist sogar die alleinige Bestimmung jener Kosten zu überlassen, wenn Offenbarung der Vermögensverhältnisse des Pupillen, diesem nachtheilig seyn könnte ⁴³).

39) l. 2. pr. l. 3. pr. §. 2 u. 4. D. ubi pupillus (27, 2).

40) l. 3. §. 1. u. 3. D. eod.

41) l. 3. §. 3. D. eod. l. 12. §. 3. D. de admin. et peric. tutor. (26, 7). l. 3. pr. §. 1. D. de contr. tut. et utili act. (27, 4).

l. 2. C. de aliment. pupillo praest. (5, 50).

42) l. 2. §. 3. l. 3. §. 6. D. ubi pupillus (27, 2).

43) l. 2. C. de alim. pupillo praest. (5, 50).

Nunmehr können wir uns zu der oben ausgesetzten Erörterung der Ausnahmen von der allgemeinen Regel, daß dem paterfamilias die Erziehung seiner filii- und filiaefamilias zukomme, wenden. Dieser Ausnahmen gibt es vier.

I. Dem Vater kann die Erziehung seiner Kinder genommen werden, wenn er sich durch schlechtes Betragen (*turpitude*) derselben unwürdig gemacht hat⁴⁴⁾, und Gleiches muß unstreitig Statt finden, wenn derselbe durch Wahrsinn, Krankheit, oder sonstige Umstände, gänzlich außer Stande ist, die Erziehung zu leiten; doch gehört die Prodigalitätsklärung an sich nicht auch zu den Unfähigkeitsgründen, weil diese sich eigentlich nur auf die Vermögensverwaltung und die damit in Verbindung stehenden Rechtsgeschäfte bezieht; gewöhnlich wird indessen wohl die Untauglichkeit zur Vermögensverwaltung auch mit Untauglichkeit zur Kindererziehung verbunden seyn. Ausdrücklich ist nun zwar nur gesagt, daß die Mutter in dergleichen Fällen berechtigt sey, die Erziehung zu verlangen⁴⁵⁾; allein wir irren gewiß nicht, wenn wir hier für den Fall, da Kinder factisch der väterlichen Erziehung entbehren, die Grundsätze zur Anwendung bringen, welche wir oben in Ansehung der Pupillen kennen gelernt haben, so

44) l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liberis exhib. (43, 30) verglichen mit l. 17. §. 13 u. 14. D. de injuriis (47, 10). l. 22. §. 6. D. soluto matr. (24, 3). l. 13. §. 2. C. de sentent. passis et restitutis (9, 51).

45) l. 1. §. 3. D. de lib. exhib. (43, 30). „Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ex justissima scilicet causa, et Divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo saepe rescriptum est: aequè subveniendum ei erit per exceptionem.“ l. 3. §. 5. D. eod. „Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse: tamen causa cognita, mater in retinendo eo potior erit, idque decretis Divi Pii quibusdam continetur; obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur.“

176 Burhardi, gemeinrechtliches Erziehungsrecht.

weit wenigstens, als nicht aus der Verschiedenheit des Verhältnisses eine nothwendige Abweichung hervorgeht. Wer zwar die väterliche Gewalt als ein bloßes Privatrecht, und die Kinder als wahre, im Eigenthum stehende Sachen ihres Vaters betrachtet ⁴⁶⁾, der muß consequent behaupten, daß, wenn nicht die Mutter sich der Kinder annimmt, oder annehmen kann, letztere ohne Erbarmen verderben und verkümmern müssen, weil wir nicht wie in England Gesetze haben, welche der Obrigkeit einzuschreiten gestatten, wenn ein Herr seine Ehre schlecht behandelt; aber wer sich davon überzeugt hat, daß die väterliche Gewalt, selbst nach älterem römischem Recht, geschweige denn nach neuerem, oder gar nach heutigem Recht, ihrer Grundlage und ihrer Bestimmung zufolge, nichts anderes sey, als ein von der Natur und von der bürgerlichen Gesellschaft, auch um der Kinder und des allgemeinen Bestens willen, in die Hand des Vaters gelegtes Erziehungsverhältniß, der wird unstreitig kein Bedenken tragen, mit Thibaut ⁴⁷⁾ zu behaupten, daß der paterfamilias in Ansehung der Erziehung seiner Kinder, der Polizeygewalt der Obrigkeit unterworfen sey, und es demnach nur einer zufälligen Mangelhaftigkeit unserer Quellen zuzuschreiben, wenn nirgends mit dürren Worten darin ausgesprochen ist, daß nicht bloß die Mutter, unter welcher auch hier natürlich in Beziehung auf Adoptivkinder, nicht die Frau des Adoptivvaters, sondern die leibliche Mutter der Kinder verstanden werden muß, befugt seyn soll, die Untauglichkeit des paterfamilias zur Leitung der Erziehung zu ergänzen, so wie die Kinder von dem ihnen

46) Die Vertheidiger dieser Ansicht müssen eigentlich die alten Römer für Kanibalen erklären, weil dieselben das jus vitae et necis als das Wesen der patria potestas angaben. Ich sehe aber nicht ein, welche utilitas privata aus dem Tödtungsrecht gezogen werden konnte, wenn man die Kinder nicht verzehrte. Das Wesen des Eigenthums wird nirgends in die Vernichtungs- und Zerstörungsbefugniß gesetzt.

47) Pandektensystem, S. 354.

verderblichen Vater zu trennen. Auch der Obrigkeit müssen wir das Recht einräumen, nöthigenfalls einzuschreiten, und den Verwandten oder auch fremden Personen die Verpflegung und Ausbildung der verwahrlosten Kinder zu übertragen, um auf diese Weise den Mangel der väterlichen Vorsorge zu suppliren, so wie sie auch bey den Ehen der Kinder die väterliche Einwilligung ersetzt, wenn der Vater wahnsinnig oder abwesend ist, oder aus bloßem Eigensinn seinen Consens verweigert⁴⁸⁾; sonst müßte man es ruhig geschehen lassen, wenn ein niederträchtiger Mensch absichtlich und ungescheut seine Nachkommen zu verschmißten und vermessenen Feinden der bürgerlichen Gesellschaft heranzubilden. Wird doch sogar für das Vermögen des furiosus, prodigus, aegrotus und absens von Staatswegen gesorgt; wie sollten also seine Kinder weniger Aufmerksamkeit verdienen? Aus diesen Gründen dürfte wohl zur Genüge erhellen, daß wir nicht, gestützt auf eine falsche Analogie von den Grundsätzen über die Behandlung unseres Eigenthums, der Obrigkeit auch alle Einmischung in die Kindererziehung zu versagen berechtigt sind. Es sind hier aber noch ein Paar besondere Fälle zu berücksichtigen, in welchen nicht einmal die Mutter zunächst zur Ausschließung des untüchtigen Vaters von der Erziehung befugt ist.

1. Der paterfamilias eines zu erziehenden Kindes kann der Groß- oder gar Uelternvater desselben seyn. So ferne nun ein näherer Abscendent des Kindes noch lebt, der Vater oder Großvater, so geht hier, im Fall der Unfähigkeit des paterfamilias, das Erziehungsrecht vor Allem auf den nächstfolgenden Abscendenten über, vorausgesetzt, daß dieser die nöthigen Eigenschaften besitzt. Dies kann zuvörderst als ausgemacht angesehen werden, wenn dieser nähere Abscendent auch in der Gewalt des paterfamilias steht, indem in ver-

48) l. 9. l. 10. l. 11. l. 19. D. de ritu nupt. (23, 2.) l. 25. C. de nuptiis (5, 4).

schiedenen Anwendungen das Princip anerkannt ist, daß zum Besten des Enkels der Vater den Großvater, dessen Gewalt sie beide unterworfen sind, vertreten könne, wenn der Großvater unfähig, oder auf andere Weise gehindert ist, für den Enkel zu sorgen⁴⁹⁾. Ist nun aber gleich dies Princip nicht auch alsdann anwendbar, wenn der in der Mitte stehende Ascendent aus der väterlichen Gewalt herausgetreten ist, durch Emancipation oder Adoption, denn auf beiden Wegen kann ja Jemand aus der Familie seines bisherigen paterfamilias ausscheiden, ohne daß seine schon vorhandenen Kinder ihm folgen⁵⁰⁾, so muß dennoch unter den erwähnten Umständen ihm das Erziehungsrecht vor der Mutter zugesprochen werden, weil er in gleichem Verwandtschaftsverhältniß, wie diese, zu seinen Kindern steht, und dabey dann den Vorrang des Ges

49) l. 17. §. 18. D. de injuriis (47, 10) „Quod deinde ait: *qui injuriam accepit*, interdum ita accipiendum est, ut patri ejus competat actio; ut puta nepoti facta injuria est, pater praesens est, avus abest: scribit Julianus, patri potius dandam injuriarum actionem, quam ipsi nepoti; *ad cujus, inquit, officium pertinet, etiam vivente avo filium suum in omnibus tueri.*“ §. 20. eod. „Idem ait, et si nepoti facta sit injuria, et nemo sit, qui avi nomine agat, permittendum esse patri experiri, et is procuratorem dabit: omnibus enim qui suo nomine actionem habent, procuratoris dandi esse potestatem; intelligi autem filium, inquit, familias suo nomine agere, cum patre cessante Praetor ei agere permittat.“

l. 9. pr. D. de ritu nuptiar. (23, 2) „Si nepos uxorem velit ducere, avo furente, omni modo patris auctoritas erit necessaria; sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas.“

50) l. 40. pr. D. de adoption. (1, 7) Tit. D. de conjungend. cum emancipato liberis (37, 8). Was die Emancipation betrifft, so ist hier nur an die Römische zu denken, denn bey der unpassend sogenannten emancipatio juris Germanici durch Oeconomia separata folgen die Kinder den Eltern, bleiben also nicht in der Gewalt des Großvaters.

schlechts für sich hat. Es scheint freylich, als wenn diese Frage gar nicht erheblich seyn könne, weil doch in der Regel Mutter und Vater beyammen leben, allein es ist doch wichtig, bestimmte Grundsätze über die Entscheidung desfalls zu haben, wenn Mutter und Vater über die Art und Weise der Erziehung nicht einerley Meinung sind; hier muß nun der Wille des Vaters vorgehen. Dann ist ja auch, wenn Jemand ein Kind als Enkel adoptirt hat, die leibliche Mutter des Kindes keineswegs die Frau des Sohnes des Adoptivgroßvaters, und in diesem Falle kommt es also gar darauf an, zu bestimmen, wo überhaupt das Kind seyn soll. Der Vollständigkeit wegen ist hier noch zu bemerken, daß diese Grundsätze wieder ein Paar Ausnahmen leiden können; nämlich

- A. Wenn Jemand wider den Willen seines Sohnes ein Kind als Enkel adoptirt hat. Ein solcher Enkel geht den Sohn gar nichts an ⁵¹⁾, und die Erziehung desselben muß deshalb, bei eingetretener Unfähigkeit des paterfamilias, nicht an dessen Sohn, sondern an die leibliche Mutter des Kindes kommen.
- B. Wenn Jemand ein Kind zwar mit Genehmigung seines Sohnes als Enkel adoptirt hat, aber darauf der Sohn emancipirt, oder von einem Anderen adoptirt worden ist. Hier ist bekanntlich wieder alle Verbindung zwischen dem Sohn und dem Enkel aufgelöst, und es kann daher ersterer nie auf die Erziehung des letzteren Anspruch machen.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß weder die Mutter, noch sonst Jemand durch Unfähigkeit des paterfamilias ipso jure berechtigt wird, denselben von der Erziehung auszuschließen; es ist dazu natürlich immer eine obrigkeitliche Entscheidung erforderlich, doch kann diese auch excipiendo erwirkt werden ⁵²⁾.

⁵¹⁾ l. 11. verglichen mit l. 6. und 10. D. de adoption. (1, 7)

⁵²⁾ l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liberis exhibendis (43, 30).

2. Zufolge des oben geführten Beweises, daß in Ansehung der von einem Andern adoptirten Kinder der leibliche Vater noch vor der leiblichen Mutter zur Erziehung befugt sey, müssen wir auch hier, wenn der Adoptivvater zur Leitung der Erziehung untauglich geworden ist, dem leiblichen Vater ein näheres Recht, als der Mutter, zuerkennen, die Erziehung zu verlangen.

3. Wenn die väterliche Gewalt über ein Kind zwischen Zweyen streitig ist, dann hat turpitude des Klägers zur Folge, daß, im Fall der Unmündigkeit des Kindes, der Proceß bis zur Mündigkeit desselben ausgesetzt werden soll, und bis dahin soll das Kind bey dem Beklagten bleiben, und von ihm erzogen werden, so ferne er eine persona honesta ist; ist aber auch der Beklagte eine persona turpis, dann soll das Kind einer matrona, einer unbescholtenen materfamilias übergeben werden, wenn es nicht schon ein juvenis praetextatus ist⁵³). Auf die Mutter oder sonstige Verwandte ist dabey gar keine Rücksicht genommen, vermuthlich, weil in diesem Falle ja auch die anderweitige Verwandtschaft in der Regel als zweifelhaft zu betrachten ist.

II. Ganz abweichende Normen gelten, wenn die Ehe geschieden worden ist. Hat nämlich ein Theil allein durch sein Betragen zu der Scheidung Anlaß gegeben, gleich viel übrigens, wer diese gefordert haben mag, dann sollen die Kinder von dem unschuldigen Theil erzogen werden, aber der schuldige soll die Kosten tragen, so weit er kann. Jedoch ist dies keine unbedingte Regel, denn die Obrigkeit kann auch dem schuldigen Theil die Erziehung übertragen, so ferne sie diesen für fähiger hält⁵⁴). Sind beide Theile gleich schuldig oder un-

53) l. 3. §. 4. und 6. D. de lib. exhib. (43, 30) verglichen mit l. 46. §. 1. D. de V. S. (50, 16) l. 41. §. 1. D. de ritu nuptiar. (23, 2)

54) Nov. 117. c. 7. Gewöhnlich wird behauptet, Justinian habe bestimmt, daß der schuldige Theil immer ins Kloster gesteckt wer-

schuldig, was allerdings nach den heutigen Grundsätzen über Ehescheidung nicht leicht vorkommen kann, und es ist auch kein Theil minder fähig, die Erziehung zu besorgen, als der andere, dann hängt es ganz von der Obrigkeit ab, welchem Ehegatten sie die Erziehung lassen will; auch kann sie die Kinder theilen, was am liebsten nach dem Geschlecht geschehen soll, so daß der Mann die Söhne, die Frau die Töchter erhält⁵⁵). Unsere heutige Praxis theilt aber bekanntlich oft die Kinder auch dann, wenn Ein Ehegatte allein die Scheidung verschuldet hat.

Scheidung kann also auch zur Folge haben, daß die Erziehung dem paterfamilias genommen, und der Mutter überlassen wird, so lange die letztere nicht wieder geheiratet hat⁵⁶), und diese Grundsätze können und müssen consequent auch auf die katholische separatio quoad thorum et mensam angewendet werden. In Beziehung auf die hier entwickelten Regeln sind jedoch einige natürliche Beschränkungen nicht zu übersehen.

1. Ist der geschiedene Ehemann nicht selbst der paterfamilias seiner Kinder, weil er auch noch in väterlicher Gewalt steht, dann können die obigen Grundsätze wohl nicht auch gegen seinen Vater zur Anwendung gebracht werden, so daß auch dieser um seines Sohnes willen und durch dessen Verschulden die Erziehung seiner Enkel verliere. Dies folgt aus

den solle. Dann stünde Justinian in Widerspruch mit sich selbst, weil der ins Kloster eingesperrte Ehegatte doch nicht die Erziehung der Kinder haben könnte. Aber, abgesehen davon, daß jene Strafbestimmung niemals in Deutschland zur Anwendung gekommen ist, so ist dieselbe überhaupt nur für den Fall aufgestellt, wenn keine Kinder aus der Ehe entsprungen sind. Nov. 117. c. 13. und Nov. 127. c. 4.

55) l. un. C. divort. facto apud quem liberi morari vel educari debeant (5, 24).

56) Nov. 22. c. 38. l. 1. C. ubi pupilli (5, 49). l. 2. C. quando mul. tut. off. fung. pot. (5, 35) Nov. 94. c. 2.

dem allgemeinen Princip, »ut inter alios acta vel iudicata aliis non noceant«⁵⁷⁾. Es läßt sich dawider auch nicht einwenden, daß nach Justinians Vorschrift kein Ehegatte sich ohne Genehmigung seines Vaters soll scheiden dürfen, letzterer mag noch die potestas haben oder nicht⁵⁸⁾, so daß also der Vater es sich selbst bezumessen hat, wenn er die Scheidung hat geschehen lassen; denn diese Verfügung betrifft nur den Vater desjenigen Ehegatten, der Scheidung verlangt, nicht desjenigen, der durch sein Verhalten zur Scheidung Anlaß gegeben hat.

2. Wenn ein Ehemann Adoptivkinder hat, so können diese natürlich nicht der geschiedenen Frau desselben zur Erziehung übergeben werden, wenn auch dieser nach den obigen Regeln die Erziehung zuläße, weil ja Adoptivkinder die Ehefrau des Adoptivvaters nichts angehen. Die obigen Grundsätze betreffen also nur die leiblichen Kinder der geschiedenen Eheleute, und überhaupt nur die gemeinschaftlichen Kinder, nicht die, welche ein Ehegatte allein hat.

III. Bekanntlich ist es im Römischen Rechte dem paterfamilias gestattet, seine filiofamilias in seinem Testamente für Verschwender zu erklären, was der gerichtlichen Prodigalitätsberklärung an Wirkungen gleich steht⁵⁹⁾. Hat nun ein Testator seinen Sohn pro prodigo erklärt, so muß ihm ohne Zweifel auch das Recht eingeräumt werden, diesem Sohne die Erziehung seiner, nach dem Tode des Testators in seine Gewalt kommenden Kinder zu nehmen, da er sogar dem Sohn gültig auflegen kann, sie zu emancipiren⁶⁰⁾. Von selbst aber verliert der Sohn durch die Prodigalitätsberklärung die Erziehung nicht.

57) Tit. C. ut inter alios acta vel iud. aliis non noc. (7, 60).

58) Nov. 22. c. 19.

59) l. 16. §. 1 — 3. D. de curatore furioso (27, 10).

60) l. 16. §. 2. D. eod.

IV. Bey der adoptio minus plena und der Adoption durch ein Frauenzimmer behält zwar der leibliche Vater die potestas über das Kind, allein da, wie die bisherige Ausführung zeigt, die Erziehung sehr wohl von der potestas getrennt seyn kann, so kann gewiß mit Fug die Frage aufgeworfen werden, ob doch nicht auch bey jenen unvollkommenen Adoptionen der Adoptivvater oder die Adoptivmutter ein Recht auf die Erziehung des adoptirten Kindes habe, vor dem paterfamilias desselben? Die Stellen freylich, welche sich auf diese unvollkommenen Adoptionen beziehen ⁶¹⁾, sprechen nicht für die Bejahung dieser Frage, da sie das Princip aufstellen, daß der leibliche Vater durch dergleichen Adoptionen gar nichts von seinen Rechten einbüßen solle. Indessen dürfte es keine ganz willkürliche Deutung seyn, diesen Satz nur von den nutzbaren Befugnissen der patria potestas zu verstehen, namentlich dem Recht, durch die Kinder zu erwerben, wenigstens den Ususfructus an ihrem Erwerbe zu erlangen u. d. m., hingegen von dem Erziehungsrecht hier ganz zu abstrahiren, da ausdrücklich bemerkt wird, daß es eigentlich gar keine deminutio patriae potestatis sey, wenn dem Vater die factische Erziehung seiner Kinder genommen werde ⁶²⁾. Bey dem umfassenden Umfange der väterlichen Gewalt trat — wie aus jener Bemerkung hervorgeht — am Ende das, was eigentlich die Grundlage dieser Gewalt war, das Erziehungsverhältniß den Römern in den Hintergrund, so daß man annahm, die Erziehung könne, dem Wesen der väterlichen Gewalt unbeschadet, dem paterfamilias fehlen. Halten wir dies im Auge, dann scheint mir keine Nothwendigkeit obzuwalten,

61) Man vergleiche über die adoptio minus plena l. 10. C. de adopt. (8, 48) §. 2. J. eod. (1, 11) §. 8. J. quib. mod. jus patr. pot. solv. (1, 12) §. 14. J. [de hered. quae ab intest. (3, 1) und über die Adoption durch ein Frauenzimmer: l. 5. C. de adopt. §. 10. J. eod.

62) l. 3. §. 5. D. de lib. exhib. (43, 30)

dem leiblichen Vater das Erziehungsrecht in Rücksicht seines Kindes einzuräumen, wenn er das Kind durch Andere, sey es auch nur auf unvollkommene Weise, hat adoptiren lassen. Dagegen spricht nun, meines Bedünkens, auf der andern Seite die Natur der Sache dringend dafür, daß man selbst bey den unvollkommenen Adoptionen den Adoptiveltern das Recht zugestehen müsse, die Kinder bey sich zu heben, und ihre Bildung zu leiten; denn dergleichen Adoptionen wären doch unläugbar etwas ganz Ueberflüssiges, fast eine bloße Spielerey, die unmöglich ein *solatium liberorum amissorum* genannt werden könnte, wenn sie weiter nichts als ein Erbrecht der Adoptivkinder bewirkten, welches sich ja eben so leicht durch ein Testament hervorbringen ließe⁶³). Daß Kinder haben und Erziehen ist, meiner Meinung nach, gerade der eigentliche, in unseren Quellen stillschweigend vorausgesetzte Zweck dieser Adoptionen, und das den Kindern gesetzlich dafür erteilte Erbrecht nur ein Aequivalent für diesen Genuß. Inzwischen wage ich doch auch nicht, dem leiblichen Vater, da er doch nun einmal noch die *patria potestas* behält, allen Einfluß auf die Erziehung abzusprechen, worüber weiterhin noch besonders die Rede seyn wird.

Dies sind nun aber auch die einzigen Fälle, in welchen ein Recht angenommen werden kann, dem *paterfamilias* die Erziehung seiner Kinder vorzuenthalten. Man könnte freylich noch die Frage aufwerfen, ob nicht der Vater sich vertragsmäßig seines Erziehungsrechts gegen einen Andern, auf eine für ihn durchaus bindende Weise, begeben könne? Allein ich glaube, daß diese Frage, wenigstens nach Römischen Grundsätzen, unbedingt zu verneinen sey. Einen solchen Vertrag hätten die Römer ganz gewiß als ein *pactum contra jus publicum* verworfen, indem man nach Römischer Theorie

63) Nur zur Umgehung der Bestimmungen der Nov. 115. über die Enterbung, könnte es eigentlich ein Interesse haben, das Testiren durch eine Adoption zu vermeiden.

durch Privatverträge nichts von seiner väterlichen Gewalt unwiderruflich aufgeben kann. Man verstehe dies nicht so, als bestritte ich dem Vater ganz die Befugniß, auch nur de facto einem Andern die Erziehung zu übertragen oder zu überlassen; daß er dies dürfe, leidet keinen Zweifel, allein nichts hindert ihn, jeden Augenblick seine Kinder wieder zurückzunehmen, ob schon er Entschädigung kann leisten müssen, wenn Kostgeld oder ein Honorar versprochen war. Gegen das *interdictum de libero homine exhibendo* kann man sich allerdings durch die Einrede schützen, daß man die Person, deren Exhibition verlangt wird, als *alumnus* bey sich habe ⁶⁴); aber daß man dies auch gegen das *interdictum de liberis exhibendis* thun, findet sich nicht.

Kürzer und leichter, als das Recht auf die Erziehung, läßt sich die Verpflichtung dazu abhandeln. In der allgemeinen Verbindlichkeit des *paterfamilias*, für seine *filiifamilias* zu sorgen ⁶⁵), liegt begreiflicherweise auch die Pflicht desselben, die Kinder entweder bey sich zu haben, oder sie Andern zur Erziehung anzuvertrauen. In den Fällen zwar, da der Vater seinen Kindern, wegen schlechten Betragens derselben gegen ihn, die Alimente verweigern kann ⁶⁶); kann er freylich wohl auch nicht genöthigt werden, sich in anderer Rücksicht der Kinder anzunehmen, wenn gleich seine *patria potestas* darum nicht erlischt, auch nicht zu seinem Vortheil, was in Ansehung der Verpflichtung durch die *filiifamilias*, namentlich durch ihre Delicte, wichtig ist; allein das Recht, die Kinder wegen schlechten Betragens sich selbst zu überlassen, kann überhaupt wohl nur bey erwachsenen *filiifamilias*, nicht bey unmündigen, noch des Beystandes und der Zucht bedürftigen

64) l. 3. §. 4. D. de lib. hom. exhib. (43, 29)

65) l. 4. l. 5. §. 11. und 12. D. de agnosc. et al. lib. (25, 3)
l. 4. C. de alend. lib. ac parent. (5, 25) l. 9. C. de patria potest. (8, 47)

66) l. 5. §. 11. D. de agnosc. et al. lib. (25, 3)

Kindern, zugestanden werden, also auf die Erziehungspflicht keinen Einfluß äußern.

Wem von der Obrigkeit die Erziehung übertragen wird, der muß dieselbe annehmen, nach Bestimmung von Alexander Sever ⁶⁷⁾. Früher galt dies nicht unbedingt ⁶⁸⁾. Hingegen braucht Niemand die ihm vom Vater eines Kindes testamentarisch aufgetragene Erziehung zu übernehmen, nur verliert er freylich im Weigerungsfall Alles, was ihm der Testator als Belohnung für die Erziehung durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß zugewendet hat ⁶⁹⁾.

Zum Beschluß ist hier endlich noch ein Blick auf das rechtliche Verhältniß des Erziehers zu werfen. Leider enthalten unsere Quellen über diesen Punkt fast gar nichts, indessen lassen sich die hier aufzuwerfenden Fragen theils aus dem Bissherigen, theils aus anderen anerkannten Grundsätzen, mit ziemlicher Bestimmtheit beantworten. Diese Fragen sind aber namentlich: in wie ferne hängt es vom Erzieher ab, für welchen Stand und in welcher Religion das Kind erzogen werden soll; in welchem Grade steht dem Erzieher ein Zwangs- und Züchtigungsrecht gegen das Kind zu; und welche rechtlichen Mittel hat der Erzieher theils gegen das Kind selbst, theils gegen Dritte, um zu erzwingen, daß das Kind bey ihm sey? Auf mehr kann hier wohl nicht Rücksicht genommen werden; besonders kann das eigentliche Verfahren bei der Erziehung, das rein Factische derselben, kein Gegenstand rechtlicher Normen seyn, sondern gehört in das Gebiet der Pädagogik.

Am leichtesten läßt sich nun das rechtliche Verhältniß des paterfamilias als Erziehers entwickeln. Die Mittel, die ihm zu Gebote stehen, um das persönliche Beyhymseyn der Kinder zu bewirken, sind bekannt, auch schon oben beyläufig berührt worden. Die Gränzen seines Züchtigungsrechts sind gesetzlich

67) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49).

68) l. 1. §. 2. D. ubi pupillus (27, 2).

69) l. 1. §. 3. D. eod. l. 7. in fin. D. de annuis legatis (33, 1).

bestimmt, wobey freylich der Unterschied zwischen einer mäßigen häuslichen Züchtigung und einer härteren Bestrafung, welche letztere nur von der Obrigkeit auf Verlangen des Vaters soll erfolgen dürfen, dem vernünftigen Ermessen in concreto überlassen bleiben muß ⁷⁰). Aus der Natur der väterlichen Gewalt ergiebt sich auch, daß es lediglich vom Vater abhängt, ob er seinem Kinde eine gelehrte oder nicht gelehrte Bildung geben will oder will geben lassen, und überhaupt, für welchen Stand das Kind durch die Erziehung vorbereitet werden soll, so ferne dies nur kein schimpflicher Stand ist. Eben so scheint es mir keinem Zweifel unterworfen seyn zu können, daß es dem Vater gemeinrechtlich ⁷¹) frey stehen müsse, seine Kinder wenigstens bis zu den Discretionsjahren ganz nach seinem Belieben in einer der drey, durch den westphälischen Frieden für Deutschland einander gleich gestellten, christlichen Con- fessionen unterrichten und dafür erziehen zu lassen. In An- sehung einer anderen Religion kann ihm diese Freyheit wohl nur eingeräumt werden, wenn er selbst dazu gehört, und diese Religion zugleich eine tolerirte ist, wie die mosaische, und Gleiches muß in Bezug auf die beschränkten christlichen Secten, der Mennoniten, Quäker u. s. w. gelten. Auf die Religion der Mutter kann es, meines Erachtens, selbst was die Töchter betrifft, nicht ankommen, weil das gleiche Erziehungsrecht der Mutter, worauf man hier eine Berücksichtigung der müt- terlichen Religion gestützt hat, durchaus ungegründet ist. Ueberhaupt scheint mir in den zahlreichen älteren und neueren Schriften über diesen Gegenstand, welche ich zu vergleichen Gelegenheit gehabt habe, deren nähere Würdigung aber hier zu weit führen würde, der Gesichtspunkt der väterlichen Ge- walt fast ganz aus dem Auge gesetzt zu seyn. Zu eng dürfte es aber auch seyn, wenn mehrere derjenigen, welche allerdings

70) l. 3. C. de patria potestate (8, 47).

71) Partikularrechte machen hier natürlich, so wie auch Ansehung der Wahl des Standes der Kinder, oft Ausnahmen.

die väterliche Gewalt als das entscheidende Moment gelten lassen, dem Vater doch nur erlauben wollen, seine Kinder alle in seiner Religion zu erziehen; ich sehe in der That nicht ein, nach welchen Gesetzen man gemeinrechtlich einem protestantischen Vater das Recht streitig machen könnte, seine Kinder katholisch, oder einem katholischen Vater, seine Kinder lutherisch oder reformirt erziehen zu lassen. In wie ferne übrigens Verträge, namentlich Ehepacten, die gesetzlichen Befugnisse des paterfamilias in Rücksicht der Erziehung beschränken können, läßt sich — wenn man auf unsere Praxis sieht — unmöglich bestimmen. Im Römischen Recht erscheint die Lehre von der väterlichen Gewalt durchaus als absoluter Natur, und kann also nicht auf eine für den paterfamilias bindende Weise durch Privatverträge modificirt werden. Da aber unsere Praxis sich nicht streng an die Römischen Grundsätze über die *pacta contra leges et jus publicum* hält, die Gränzen des Abweichens von diesen Grundsätzen jedoch völlig unbestimmt und schwankend sind, so müssen wir hier gänzlich darauf verzichten, feste Principien aufzustellen. Daß es dem Vater frey stehe, die Erziehung seiner Kinder Andern zu überlassen, ist schon oben bemerkt worden. Die Befugnisse eines solchen, vom Vater bestellten Erziehers sind aber ganz vom Willen des Vaters abhängig, auch kann derselbe natürlich nicht selbst die Kinder von Dritten einklagen, sondern dies nur durch den Vater thun lassen. Daß die Befugnisse dieses Erziehers nicht größer seyn können, als die des Vaters selbst, liegt in der Natur der Sache, und seine schlechte und verkehrte Erziehung berechtigt daher die Polizeygewalt eben so gut, einzuschreiten, als wenn der paterfamilias sich ein gänzlich unangemessenes Benehmen zu Schulden kommen läßt.

Wesentlich verschieden von dem Verhältniß des Vaters ist das Verhältniß des Erziehers eines Pupillen. Diesem, selbst wenn es die Mutter ist, steht eigentlich nur das Factische der Erziehung zu. Ob er ein Züchtigungsrecht habe, ob er befugt sey, den Pupillen von Dritten einzuklagen, darüber findet sich

zwar gar nichts, und in Rücksicht sonstiger, die Erziehung betreffender Punkte haben wir nur die schon oben erwähnte Vorschrift, daß die Obrigkeit die Erziehungskosten zu bestimmen habe; aber eben dies letztere zeigt deutlich genug, daß der Erzieher eines Pupillen keineswegs die Stelle des paterfamilias einnehme, wofür auch dies spricht, daß der Vater ja testamentarisch Verfügungen über die künftige Erziehung seiner Kinder treffen kann. Die obervormundschaftliche Behörde hat hier, so weit, als nicht schon testamentarisch durch den verstorbenen paterfamilias die Erziehung zweckmäßig normirt ist, die Entscheidung über die dabey vorkommenden rechtlichen Fragen; namentlich ist es von ihrem Ermessen abhängig, ob der Pupill für das Leben in den höheren oder in den niederen Ständen erzogen werden soll, so ferne er nicht schon durch Geburt zu den höheren Klassen der bürgerlichen Gesellschaft gehört. In Betreff der Religion kann jedoch wohl nicht der Obrigkeit die Freyheit des paterfamilias zugestanden werden, sondern da scheint es mir nach dem bekannten Grundsatz gehen zu müssen: *interveniente connubio liberi patrem, non interveniente connubio matrem sequuntur*. Eheliche Kinder sind also in der Religion des Vaters zu erziehen, von der ja auch zu vermuthen ist, daß der Vater selbst diese gewählt haben würde; uneheliche Kinder dagegen in der Religion der Mutter, mag übrigens die Mutter selbst die Erziehung haben, oder ein Anderer; und so wird es auch, so weit ich habe in Erfahrung bringen können, im Ganzen überall in der Praxis gehalten. Unter diesen Umständen erhellt nun von selbst, daß es dem Geiste unseres gemeinen Rechts keineswegs gemäß seyn dürfte, wenn man dem bloß factischen Erzieher eines Pupillen ein Züchtigungsrecht in dem Maasse, wie es der Vater hat, beylegen wollte; nur in einem höchst beschränkten Umfange kann ihm gestattet werden, ein solches einseitig, ohne Concurrenz der Obrigkeit, auszuüben. Ebenfalls kann auch dieser Erzieher nicht befugt seyn, so wie der Vater, das Kind von jedem Dritten einzuklagen, sondern er

kann sich nur an die Obrigkeit mit der Bitte wenden, daß diese ihm *ex officio* das Kind wieder verschaffe ⁷²⁾.

Was endlich den Fall betrifft, wenn dem *paterfamilias* die Erziehung seiner Kinder genommen ist, so kommt es darauf an, von welchem Gesichtspunkt man hier ausgeht. Betrachtet man das Erziehungsrecht des *paterfamilias* als völlig übergegangen auf den jetzigen Erzieher, so muß man dem letzteren auch alle Rechte des Vaters in Rücksicht der Erziehung zugestehen. Richtiger möchte es aber doch seyn, sich den Erzieher hier nur in dem Verhältniß des Erziehers eines Pupillen zu denken. Dies halte ich deshalb für richtig, weil ja keine *deminutio patriae potestatis* darin liegen soll, wenn dem Vater die Erziehung genommen wird. Nur also das Factische der Erziehung wird dem *paterfamilias* entzogen, hingegen das, was bey der Erziehung einer rechtlichen Bestimmung unterworfen ist, bleibt seiner Entscheidung überlassen, so weit, als dies den Umständen nach möglich ist, und so weit es nicht angeht, vertritt ihn die Obrigkeit, gerade wie bey Pupillen. In diesem Sinn ist es zu verstehen, wenn oben gesagt worden, daß bey den unvollkommenen Adoptionen der leibliche Vater keineswegs allen Einfluß auf die Erziehung der Kinder verliere, wenn er gleich nicht berechtigt ist, unmittelbar selbst die Erziehung zu leiten.

Allerley untergeordnete Fragen, die noch zur Sprache gebracht werden könnten, glaube ich hier übergehen zu müssen, weil meine Abhandlung, ungeachtet alles Bestrebens nach möglichster Kürze — eine Rücksicht, aus welcher auch die Ausstattung mit einem gelehrten litterarischen Apparat absichtlich vermieden ist — eine Ausdehnung erhalten hat, die fast die Gränzen eines Aufsatzes für eine Zeitschrift überschreitet.

72) Die l. 1. §. 2. D. de rei vind. (6, 1), aus welcher man ein allgemeines Recht derjenigen, die befugt sind, Kinder bey sich zu haben, zur Einflagung dieser Kinder hat ableiten wollen, bezieht sich sichtbar nur auf den *paterfamilias*.