

Man nehme die Werke von Spinoza, Hobbes, Montesquieu oder Rousseau zur Hand, man findet bei ihnen keineswegs irgendeine systematische Darstellung der bestehenden staatlichen Verhältnisse ihrer Zeit. Der Blick dieser Männer ist nicht durch die bestehenden Zustände gebannt. Bei ihnen gibt es keine devote Beugung des Bewußtseins und des Denkens unter die vorhandene Staatsmacht, eine durch Gott, die Tradition oder die realen Machtverhältnisse gesetzte Gewalt. Bei ihnen ging es gerade umgekehrt darum, die bestehenden, fremd und eng gewordenen Verhältnisse zu durchbrechen. Nicht Anpassung des menschlichen Daseins und Denkens an ihm fremde Verhältnisse war ihr Ziel, sondern Gestaltung der äußeren Verhältnisse nach Wesen und Vernunft der Menschen. So forschten sie nach dem Wesen des Menschen und nach den Gesetzen seines Daseins. Ihre Staatswissenschaft war die Totalwissenschaft von den Beziehungen und Kräften der Menschen, von der menschlichen Natur. Das Staatsproblem ist für sie das Problem der Mittel und Wege zur Gestaltung der äußeren Verhältnisse, des Mä c h e n s, des Konstruierens, des Schöpfens des Staates durch den Willen und gemäß dem Wesen der Menschen. Ihr Denken kreist um den unüberbrückbaren Widerspruch zwischen den bestehenden Verhältnissen und dem menschlichen Wesen. Sie

reißen diesen Widerspruch erbarmungslos auf und zeigen den Menschen, daß sie den Kampf für ihre Befreiung aus den bestehenden Verhältnissen führen müssen. Sie befreien die Menschen aus der Befangenheit durch die bestehenden Zustände, erneuern ihr Bewußtsein, steigern ihre Aktivität, in dem sie ihnen zurufen: Die alte Zeit muß zu Grabe getragen werden, die alte Praxis, der alte Staat müssen überwunden werden; das Bestehende hat seine Vernunft verloren, das werdende muß zum Durchbruch kommen! Das ganze Bemühen dieser Denker ging dahin, dieses werdende zu erkennen, es den Menschen bewußt zu machen, es zur Grundlage ihrer Praxis zu erheben, um es so zur Wirklichkeit werden zu lassen.

Vor solche Aufgabe stellt uns unsere Staatswissenschaft heute wieder; denn das Bestehende ist fragwürdig geworden, und es gilt, das Zukünftige in die Gegenwart zu holen. Wir werden dieser Aufgabe nur gerecht werden können, wenn wir die Staatswissenschaft zu der Geschichte- und Gesellschaftslehre der Gegenwart machen, wenn wir ihre Aufgabe in der Bewußtmachung des politischen Geschehens unserer Tage sehen. Dieses Bewußtsein allein ist die Quelle der Kraft und des Mutes, vorwärts zu schreiten; es gibt den sicheren Boden, auf dem die bessere Zukunft zu bauen ist.

## Über die elterliche Gewalt

Beitrag zur Diskussion des neuen Familienrechts

Von Hüde Benjamin,

Hauptabteilungsleiter in der Deutschen Justizverwaltung

### I.

Mit der Feststellung, daß die elterliche Gewalt des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches eine väterliche Gewalt ist, und mit der Forderung, daß sie durch die Gleichberechtigung der Mutter zu einer echten elterlichen Gewalt werden soll, erschöpft sich bisher im allgemeinen die Erörterung dieser Frage. Sie geht also in erster Linie darum, die Gleichberechtigung der Frau in ihrer Stellung als Mutter zu verwirklichen, und nicht um die Stellung des Kindes, — wenn natürlich auch die Übertragung weitgehender Rechte auf die Mutter sich praktisch auch auf die Lage des Kindes auswirken wird.

Wir haben uns bisher darauf beschränkt, für die Mutter gleichsam die Hälfte der elterlichen Gewalt zu fordern. Wir haben aber nicht gefragt, welchen Inhalt die elterliche Gewalt, diese Beziehung: Eltern — Kind, heute hat und welchen Inhalt sie in unserer sich bildenden Gesellschaftsordnung haben soll. Es ist uns bisher weder aufgefallen, daß die Sprache unseres Gesetzes diese Eltern-Kind-Beziehung als ein Gewaltverhältnis bezeichnet, noch daß es seinem Inhalt nach tatsächlich ein Gewaltverhältnis ist.<sup>11</sup>

### II.

Wenn wir uns den charakteristischen Inhalt der elterlichen Gewalt des BGB klarmachen wollen, so hat es keinen Sinn, den Inhalt der etwa 70 Paragraphen im einzelnen durchzugehen. Es hat auch wenig Sinn, einzelne Bestimmungen, die als besonders verbesserungsbedürftig auffallen, hervorzuheben. Wichtig ist vielmehr, zu erkennen, in welchen gesellschaftlichen Verhältnissen das Kindschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurzelt und wie gerade die Bestimmungen, ap die einzelne Reformforderungen sich knüpfen, sich aus ihrer gesellschaftlichen Bedingtheit ergeben.

Die elterliche Gewalt umfaßt rechtlich zweierlei: die Sorge für die Person des Kindes und die Sorge für das Vermögen des Kindes. Gerade in den Bestimmungen, die das Recht der Personensorge regeln und die im allgemeinen im Vordergrund der Betrachtung stehen, kommt zum Ausdruck, daß es sich bei dem Begriff „elterliche Gewalt“ nicht nur um eine von Alters her übernommene Bezeichnung, sondern um ein auch heute noch bestehendes echtes Gewaltverhältnis handelt.

Nach § 1632 BGB umfaßt die Sorge für die Person des Kindes das Recht, seine Herausgabe von jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält. Die Fassung dieser Bestimmung drängt den Vergleich

mit einer anderen Bestimmung des BGB auf, dem § 985, wonach der Eigentümer einer Sache berechtigt ist, diese von jedem anderen herauszuverlangen. Diese Ähnlichkeit besteht nicht nur in der Formulierung des Gesetzes. Beide Rechte, die elterliche Gewalt wie das Eigentum, sind in der Rechtswissenschaft und in der Rechtsprechung anerkannt und herausgehoben als sogenannte absolute Rechte, d. h. als Rechte, die jedem anderen gegenüber durchgesetzt werden können. Man ist erstaunt und betroffen, wenn man in den Kommentaren zu diesem § 1632 nachliest und dabei feststellt, daß von dem Kinde wie von einer Sache gesprochen wird; da gibt es Ausdrücke wie „Besitz am Kinde“, „Gewalthaber“, „Herausgabeberechtigter“, „Wegnahme des Kindes durch den Gerichtsvollzieher“ usw.

Die Entwicklung hat in den absoluten Charakter des Eigentums allerdings manche Bresche geschlagen. Schon die Weimarer Verfassung sprach den Satz aus: „Eigentum verpflichtet“. Die gesellschaftlichen Veränderungen der letzten Jahre — Bodenreform, Enteignung der Kriegsverbrecher — haben das Recht des Eigentümers, mit seinem Eigentum nach seinem Belieben zu verfahren, wesentlich beschränkt. Auch im Einzelfalle stößt sein absolutes Recht an die Schranken des Interesses der Allgemeinheit (vgl. Urteil des AG Wolgast, NJ 1947, Seite 132 sowie Gähler und Nathan, ebendort, Seite 182).

Die Auseinandersetzung zwischen der Sphäre des einzelnen und der Sphäre der Gesellschaft hat im Bereich der elterlichen Gewalt zwar auch schon begonnen. Der Gewalthaber muß sich z. B. dem Impfwang, der Schulpflicht, dem Verbot der Kindesarbeit beugen. In diesen Fällen ist das absolute Recht des Vaters eingeschränkt. Die Allgemeinheit setzt ihr Interesse gegenüber dem Einzelinteresse des Vaters durch. Aber es handelt sich hierbei doch um Maßnahmen, die überwiegend im Interesse der Volksgesundheit, der Volksbildung, getroffen sind und nicht um des einzelnen Kindes willen, — wenn natürlich auch jedes Kind vom Schutz gegen Seuchen und von der Schulpflicht Vorteile hat. Dagegen wird dem individuellen Interesse des Kindes die elterliche Gewalt nur unter sehr beschränkten Voraussetzungen beschnitten, und so gut wie gar nicht ist bisher zum Ausdruck gekommen, daß auch insoweit die Gesellschaft einen Anspruch auf das Kind und daher ein Interesse an seinen bestmöglichen Entwicklungsbedingungen hat und daß deshalb nicht nur um des Kindes, sondern auch um der Allgemeinheit willen dem Rechte des Gewalthabers Schranken gesetzt werden müssen.