Werk

Titel: Vorläufige Ehelichkeit

Autor: Raape, Leo

Ort: Tübingen

Jahr: 1922

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1922_0120|log11

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

Vorläufige Ehelichkeit.

Von

Dr. Leo Raape, ord. Professor in Halle.

Wann ist ein Kind ehelich? Angesichts des § 1591 BGB. ist man geneigt zu antworten: Wenn es 1. nach Eingehung der Ehe geboren ist, 2. die Frau es vor oder während der Ehe empfangen hat, 3. die Empfängnis auf einer Beiwohnung des Mannes beruht oder beruhen kann. So ungefähr antwortet z. B. M. Wolff, Familienrecht § 75 I und IV [1]).

In Wahrheit hat die Antwort einfach zu lauten: Jedes von der Ehefrau während der Ehe oder nach Auflösung derselben in der sog. Wartezeit (§ 1593) geborene Kind ist ehelich. Es kommt also nicht darauf an, ob der Mann der Frau in der Empfängniszeit beigewohnt hat, und auch nicht darauf, ob die Beiwohnung eine solche ist, daß das Kind aus ihr empfangen sein kann; es genügt und entscheidet einfach die Tatsache, daß das Kind von der Ehefrau in dem genannten Zeitraum geboren worden ist. Es ist also für das Bürgerliche Gesetzbuch wörtlich wahr, was die Römer sagen: pater est quem nuptiae demonstrant [2]). Der Umstand, daß das Kind sozusagen unter dem Dach der Ehe geboren ist, macht es ehelich, gleichgültig, ob das Kind vom Ehemann stammt oder nicht.

1) Und mit ihm wohl die gesamte Literatur.

2) Bezüglich des römisch-gemeinen Rechts kann man zweifeln, da es an einer klaren, dem § 1593 entsprechenden Vorschrift fehlt. Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. II § 28 Z. 2.

I. Der Beweis für diese Behauptung ergibt sich aus § 1593 [3]), denn eine Unehelichkeit, die nicht geltend gemacht werden kann, besteht nicht; in solchem Fall besteht eben Ehelichkeit.

Damit wird dem Gesetz keineswegs etwa Unnatürliches oder gar Widernatürliches unterschoben. Man muß sich nur darüber klar werden, daß das Wort Ehelichkeit einen doppelten Sinn hat, einen natürlichen und einen juristischen. Ehelichkeit im natürlichen Sinne bedeutet einfach Abstammung des Kindes vom Ehemann der Frau; ob solche Abstammung gegeben ist, ist eine rein tatsächliche Frage [4]). Ehelichkeit im juristischen Sinn bedeutet ein Rechtsverhältnis, also die rechtlich geordnete Beziehung zwischen zwei Personen, und zwar das Rechtsverhältnis, kraft dessen der eine Teil näher bezeichnete Rechte und Pflichten als Vater oder Mutter [5]) gegenüber dem anderen Teil, dem Kinde, hat. Man kann es Eltern- oder auch Kindesverhältnis nennen [6]).

Bei der Regelung dieses Rechtsverhältnisses hat das Gesetz freie Hand; es kann insbesondere die Voraussetzungen desselben beliebig bestimmen, nicht anders als bei sonstigen Rechtsverhältnissen. Der Gesetzgeber wird zwar im all-

3) „Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach der Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist."

4) die jedoch nicht etwa deswegen rechtlicher Regelung verschlossen ist, wie § 1591 zeigt. Der Erzeuger im Rechtssinn ist mit dem Erzeuger im natürlichen Sinn nicht identisch. Vgl. Raape, Jher. Jahrb. Bd. 51 S. 449 fg.

5) Darüber, daß auch bei der Frau trotz § 1705 zwischen ehelichen und unehelichen Kindern zu unterscheiden ist, vgl. Dittenberger Arch. Civ. Prax. Bd. 95 S. 449.

6) Uebrigens kann man auch beim unehelichen Kind unterscheiden: das Rechtsverhältnis zu seinem Erzeuger und die Voraussetzung desselben, nämlich die Erzeugung durch ihn, (§ 1717). Auch hier ist wieder zu beachten, daß Erzeuger im Rechtssinn und Erzeuger im natürlichen Sinn nicht dasselbe ist. Raape a. a. O.

gemeinen bestrebt sein, sie derart zu ordnen, daß Vater im Rechtssinn nur derjenige ist, der es auch im natürlichen Sinn ist, so daß also juristische und natürliche Ehelichkeit zusammenfallen und das Rechtsverhältnis der Kindschaft sich auf die natürliche Tatsache der Abstammung aufbaut; aber der Gesetzgeber ist daran keineswegs gebunden und hat sich auch tatsächlich nicht daran gehalten. Das beweist ohne weiteres die uralte Einrichtung der Adoption, das beweist ferner § 1598, wonach der Ehemann die Ehelichkeit des von seiner Frau mit einem Dritten erzeugten Kindes beliebig anerkennen kann mit der Wirkung, daß die Unehelichkeit des Kindes von niemandem mehr geltend gemacht werden kann, weder von Dritten, z. B. dem Erben des Mannes oder dem Erzeuger des Kindes, noch von der Frau, noch von dem Kind selbst. Unbestreitbar bestehen hier zwischen Ehemann und Kind alle Rechte und Pflichten, die sich aus dem Rechtsverhältnis der Kindschaft ergeben; das Rechtsverhältnis ist also vorhanden, d. h. das Kind ist ehelich und wird nicht etwa als ehelich fingiert.

Der erwähnte § 1593 erinnert an § 1329 [7]). Eine weit verbreitete Meinung lehrt bekanntlich, daß eine Ehe, deren Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden könne, in Wahrheit nicht nichtig sei, und faßt dementsprechend die Ehe in den im § 1329 genannten Fällen nicht als nichtig, sondern als eine von M. Wolff so genannte vernichtbare, also doch immerhin bis zum Eintritt des vernichtenden Ereignisses bestehende Ehe auf. Die Anhänger dieser Meinung handeln, wie mir scheint, nur folgerichtig, wenn sie mit mir sagen, daß auch eine Unehelichkeit, die nicht geltend gemacht werden könne, nicht existiere, daß mithin das Kind in solchem Fall nicht unehelich, sondern ehelich sei. In der

7) „Die Nichtigkeit einer nach den §§ 1325 bis 1328 nichtigen Ehe kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Das gleiche gilt von einer nach § 1324 nichtigen Ehe, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen ist."

Tat nähert sich Wolff einmal dieser Auffassung, indem er sagt [8]), daß vor der Anfechtung eine vernichtbare Ehelichkeit bestehe; daß er aber von dieser Auffassung nicht voll Besitz ergriffen hat, beweist seine oben erwähnte Begriffsbestimmung der Ehelichkeit, da sie sich gerade hier hätte bewähren müssen.

Aber auch diejenigen, die gegen die berichtete Auslegung des § 1329 Bedenken hegen, können gleichwohl der hier verfochtenen Erklärung des § 1593 zustimmen, da diese Bedenken hier nicht zutreffen. Der Haupteinwand gegen die Auffassung der nichtigen Ehe als einer zunächst bestehenden ist bekanntlich der, daß sie im Fall der Bigamie zur rechtlichen Anerkennung zweier nebeneinander bestehender Ehen ein und derselben Person führe. Ein entsprechender Einwand kommt hier nicht in Betracht. Ich sehe daher keinerlei Hindernis anzunehmen, daß das von der Ehefrau mit einem Dritten erzeugte Kind vorläufig in eine rechtliche Beziehung derselben Art zum Ehemann trete, wie es die zwischen dem Ehemann und dem von ihm selbst mit seiner Frau erzeugten Kind ist.

II. Damit komme ich zu einer Unterscheidung, durch die meine Auffassung erst voll verständlich wird. Wenngleich auch dasjenige von der Ehefrau geborene Kind ehelich ist, das nicht vom Ehemann stammt, so ist doch die Abstammung vom Mann für folgende Unterscheidung der Ehelichkeit bedeutsam: Die Ehelichkeit ist in der Regel eine dauernde oder endgültige, bisweilen aber eine, wie ich sie nennen möchte, vorläufige [9]). Jene ist gegeben, und zwar

8) M. Wolff, Familienrecht, § 75 Anm. 15.

9) Wolff nennt sie eine „vernichtbare". Mir scheint das Wort „vorläufig" anschaulicher und handlicher. Mit ihm lassen sich eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen kennzeichnen. Ich erwähne: der Erbe bis zur Annahme ist vorläufiger Erbe; die Haftung des Erben, solange er das Beschränkungsrecht noch hat, ist vorläufig unbeschränkt; die Rechte und Pflichten aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäft sind vorläufige, das Rechtsgeschäft selbst ist vorläufig gültig usw. Eine genauere Untersuchung dürfte sich lohnen.

allemal, wenn das Kind vom Ehemann abstammt, diese liegt, wenigstens zunächst, vor, wenn es von einem Dritten abstammt. Die Abstammung ist also nicht für den Begriff, sondern nur für die Art der Ehelichkeit erheblich; ihre praktische Bedeutung ist darum nicht minder groß. Die Frage, ob ein Kind von dem Ehemann der Mutter abstammt oder nicht, sucht das Gesetz durch Beweisregeln zu vereinfachen. Indem es sowohl eine Beiwohnungs- als auch eine Zeugungsvermutung aufstellt [10]), begründet es eine Vermutung für die endgültige Ehelichkeit.

III. Die Ehelichkeit hört auf, eine bloß vorläufige zu sein, und wird folglich eine endgültige, wenn der Ehemann sein Anfechtungsrecht einbüßt. Das geschieht einmal durch Versäumung der Anfechtungsfrist, sodann durch Anerkennung [11]). Das Kind wird nicht etwa infolge dieser Tatsachen ehelich, es bleibt vielmehr infolge ihrer ehelich. Daß das Kind jetzt ein eheliches ist, bestreitet niemand, selbst in dem krassen Fall nicht, daß es ein augenscheinlich fremdrassiges ist. Verträgt sich aber die Ehelichkeit jetzt mit der Natur und der Wirklichkeit, dann doch auch wohl schon vorher.

Umgekehrt hört die Ehelichkeit auf, auch als eine bloß vorläufige zu bestehen, so daß sie schlechthin erlischt, das Kind also nichtehelich wird, und zwar ex tunc, einmal durch Anfechtung, sodann, wie ich mich ausdrücken möchte, durch „vorzeitigen Tod" des Mannes, d. h. wenn er gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben (§ 1593) [12]).

Der vorzeitige Tod, über den etwas ausführlicher zu reden ist, bringt ohne weiteres die Ehelichkeit, d. h. also das

---

10) Auf Einzelheiten wie § 1591 II 2 ist hier nicht einzugehn.

11) Der Begriff des endgültig ehelichen Kindes deckt sich also nicht mit dem des vom Ehemann abstammenden.

12) Erlebt der Vater die Geburt des Kindes nicht mehr, so kommt es sogleich als uneheliches zur Welt. Vgl. OLG. Bd. 24 S. 21. Hier fehlt es mangels des Subjekts von vornherein an einem Anfechtungsrecht, so daß für ein bloß vorläufiges Rechtsverhältnis kein Raum ist.

Rechtsverhältnis der Kind- oder Vaterschaft, zum Erlöschen. Das von der Frau mit dem Dritten erzeugte Kind war zunächst ehelich und hatte alle Rechte und Pflichten eines Kindes gegen den Ehemann seiner Mutter. In dem Augenblick, wo der Ehemann stirbt, etwa als Kriegsgefangener in Sibirien, erlischt dieses Rechtsverhältnis ipso iure und zwar, wie bemerkt, ex tunc. Natürlich kann sich jetzt ein Streit darüber erheben, ob das Kind wirklich vom Dritten abstammt oder nicht, wobei wieder die gesetzlichen Vermutungen eine wichtige Rolle spielen und sogar noch eine besondere Vermutung aufgestellt wird (§ 1591 II, 2) — aber alle Akte, die in dieser Beziehung geschehen, sind rein deklaratorisch.

Daß der Gesetzgeber, der grundsätzlich es in den Willen des Ehemanns stellt, ob das von der Frau mit dem Dritten erzeugte Kind dauernd ehelich werden soll oder nicht, diesen Grundsatz bei vorzeitigem Tod des Mannes aufgibt, ist gewiß sachlich berechtigt. Der Grundsatz entspringt der Rücksicht sowohl auf das Kind, dem der Gesetzgeber den Vorteil der normalen Ehelichkeit nach Möglichkeit zuwenden will, also einem gewissen favor legitimitatis, als auch der Rücksicht auf den Mann und wohl auch auf seine Frau; aber die Hauptrücksicht gilt doch dem Manne. Stirbt nun dieser vorzeitig, so entscheidet das Gesetz die Frage, was jetzt zu geschehen habe, vom Boden der Annahme aus, daß der Mann vermutlich angefochten haben würde, denn Kuckuckseier sind nicht nach dem Durchschnittsgeschmack.

Aber so begründet diese Regel in sachlicher Hinsicht ist, so bemerkenswert ist sie in formeller; denn überall sonst, wo das Gesetz ein Anfechtungsrecht verleiht, läßt es, soviel ich sehe, als Aufhebungsgrund für die betreffende Rechtswirkung nur den Willen des Anfechtungsberechtigten, nicht auch irgend welche andere Umstände zu. Ueberall sonst entscheidet der Wille des Anfechtungsberechtigten ausschließlich über das Erlöschen der Rechtswirkung. Er hat die Macht über das Erlöschen nicht nur in dem positiven Sinn,

daß er es beliebig herbeiführen kann, sondern auch in dem negativen Sinn, daß nur er es herbeiführen kann [13]). Daß aber auch eine andere Regelung angängig ist, beweist unser § 1593 und scheint mir wert, hervorgehoben zu werden [14]).

Noch etwas anderes ist bei dem Anfechtungsrecht des § 1593 beachtlich. Es betrifft nicht, wie in der Regel, eine Willenserklärung, es betrifft aber auch nicht etwa eine Tatsache — wie könnte auch die Anfechtung einer Tatsache gedacht werden? —, es betrifft vielmehr eine Rechtswirkung, ein Rechtsverhältnis, nämlich die Ehelichkeit im rechtlichen Sinne. Die Unterscheidung zwischen natürlicher und juristischer Ehelichkeit leuchtet hier besonders ein. Nicht die Tatsache der Abstammung, sondern den Bestand eines Rechtsverhältnisses schafft die Anfechtung aus der Welt. Daß dieses Rechtsverhältnis nicht auf einer Willenserklärung, sondern unmittelbar auf dem Gesetz beruht, ist etwas Aeußerliches, was mit dem Wesen der Anfechtung nicht zusammenhängt. Das Anfechtungsrecht ist ein negatives Gestaltungsrecht, ein Aufhebungsrecht, das Recht, eine Rechtswirkung aufzuheben. Wie diese Rechtswirkung entstanden ist, ob kraft Willenserklärung oder unmittelbar ex lege, ist für den Begriff des Anfechtungsrechtes gleichgültig [15]).

Endlich ist noch auf eine Eigentümlichkeit dieses Anfechtungsrechtes hinzuweisen. Die Anfechtung im Fall des Todes des Kindes geschieht durch amtsempfangsbedürftige Willenserklärung — das macht kein Kopfzerbrechen. Wie aber ist es mit der Anfechtung bei Lebzeiten des Kindes? Hier ergeben sich Schwierigkeiten. Sie wurzeln im § 1596 [16])

13) Sofern nicht mehrere Anfechtungsberechtigte vorhanden sind wie in § 1350.

14) Uebrigens ist auch das dem Anfechtungsrecht verwandte Ehevernichtungsrecht aus § 1329 BGB., § 632 CPO. nicht exklusiv, insofern auch der Tod eines Ehegatten und die Scheidung die vernichtbare Ehe zu einer nichtigen machen.

15) Vgl. dazu Pagenstecher, Rhein. Ztschr. Bd. 10 S. 41 f.

16) § 1596 Abs. 1: Die Anfechtung der Ehelichkeit erfolgt bei Lebzeiten des Kindes durch Erhebung der Anfechtungsklage. Die Klage ist

und sind ähnlicher Art wie die sich aus § 1329 und § 1343 Abs. 2 ergebenden. Mir scheint das Folgende richtig: Die Rechtswirkung, bestehend in dem Erlöschen der Ehelichkeit des Kindes, tritt nicht schon mit der Erhebung der Anfechtungsklage, sondern erst mit der Erledigung des Rechtsstreits ein. Der Tatbestand, an den die Wirkung geknüpft ist, ist also ein gestreckter, die Klage nur ein Teil desselben, ein Tatbestandsstück. Des weiteren fragt es sich, was unter der Erledigung des Rechtsstreits zu verstehen ist. Nur sachliche Erledigung, d. h. eine Entscheidung, die der Klage stattgebend das Kind für nichtehelich erklärt, oder auch eine formelle, z. B. ein Urteil, das die Anfechtungsklage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abweist? [17]). Folgt man jener Ansicht [18]), dann knüpft also das Gesetz das Erlöschen der Rechtswirkung an den Willen sowohl der Partei als des Gerichts, so daß beide Teile gestalten und sowohl die Klage als auch das Urteil Gestaltungsakte sind, so wie es unzweifelhaft nach herrschender Meinung bei der Scheidung der Fall ist. Folgt man dieser Ansicht, so läßt sich das nicht sagen; dann verlangt eben das Gesetz das Wollen des Erlöschens der Rechtswirkung nur seitens der Partei, nicht auch seitens des Gerichts und ist daher das Urteil des Gerichts kein Gestaltungsakt, auch da nicht, wo es an sich wie ein Gestaltungsurteil lautet, z. B. das Kind „für unehelich erklärt". Was aber hervorzuheben ist, ist, daß auch bei dieser Auffassung die Aufhebung der Wirkung erst mit dem Urteil eintritt. Das Kind wird erst mit dem Urteil unehelich, wenngleich nicht durch das Urteil; das Urteil ist gesetzliche Bedingung, wenngleich nicht Ursache der Wirkung. Ursache ist allein der in der Anfechtungsklage zutage tretende Aufhebungswille der Partei.

---

gegen das Kind zu richten. Abs. 3: Vor der Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweitig geltend gemacht werden.

17) Vgl. RG. Bd. 96 S. 70.

18) So Zitelmann, Zum Recht der Eheanfechtung, Festschr. f. E. J. Bekker S. 22.

IV. Zum Schluß ist noch darauf hinzuweisen, daß die durch nachfolgende Ehe erzeugte Ehelichkeit (§ 1719 fg.) stets eine endgültige ist. Eine vorläufige Ehelichkeit per subsequens matrimonium gibt es nicht. Es hängt das damit zusammen, daß dem Ehemann keinerlei Entscheidungsrecht über die Ehelichkeit des von seiner Frau in die Ehe gebrachten unehelichen Kindes zusteht und daß es daher an einer Vorschrift von der Art des § 1593, die Dritten zu warten befiehlt, bis die Entscheidung gefallen ist, fehlt. Die Anerkennung der Vaterschaft wirkt hier nicht rechtsbegründend, sondern schafft nur eine Vermutung der Beiwohnung, die ebenso wie die Erzeugungsvermutung (§ 1720 I am Ende) von jedermann jederzeit entkräftet werden kann[19]). Der Ehemann kann wohl ein in der Ehe von seiner Frau geborenes fremdes Kind ehelich machen, nicht aber auch ein vor Eingehung der Ehe geborenes. So will es das Gesetz aus begreiflichen Gründen. Somit fehlt es an dem eigentümlichen Schwebezustand, wie er sich aus § 1593 ergibt, und damit an der Grundlage für die Konstruktion eines vorläufigen Rechtsverhältnisses. Es ist hier einfach so: entweder stammt das von der Frau in die Ehe eingebrachte uneheliche Kind vom Ehemann, dann ist es ehelich oder es stammt nicht von ihm, dann ist es unehelich. Ein Mittelding gibt es nicht. Darüber, ob die eine oder die andere Voraussetzung zutrifft, steht es jedermann frei zu streiten. Die Unterscheidung zwischen endgültiger und vorläufiger Ehelichkeit ist also nur bei nach Eingehung der Ehe, nicht auch bei vorher geborenen Kindern zu machen.

19) Vgl. Planck § 1720 A 7.