

Kapitel I

Einleitung

Scire leges non hoc est verba earum
tenere, sed vim ac potestatem
Celsus, Digesten 1, 3, 17

Wer sich anschickt, die Rechtswissenschaft und das juristische Denken dem Anfänger oder dem Laien näherzubringen, sieht sich dabei im Vergleich mit anderen Wissenschaften mancherlei Hemmnissen und Anzweiflungen ausgesetzt¹. Blickt der Jurist im Kreise der Geistes- und Kulturwissenschaften, denen die Rechtswissenschaft zugezählt wird, um sich, so muss er mit Neid und Beklemmung feststellen, dass die meisten von ihnen extra muros mit sehr viel mehr Interesse, Verständnis und Vertrauen rechnen dürfen als gerade seine Wissenschaft. Zumal die Wissenschaften von der Sprache, der Literatur, der Kunst, der Musik und der Religion faszinieren den bildungsbeflissenen Laien in ganz anderem Maße als die sachlich und auch methodologisch nahe verwandte Wissenschaft vom Recht. Man wird ohne viel Besinnen ein archäologisches oder literarhistorisches Buch auf den Geschenktisch le-

1 Zum Folgenden: J. Binder, Philosophie des Rechts, 1925, S. 836 ff., 886 ff., 920 f.; C. A. Emge, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1955, S. 380 ff.; K. Engisch, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963; O. Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, 1970; R. Dreier, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, Rechtstheorie 2 (1971), 37; W. Krawietz, Recht als Regelsystem, 1984, S. 2 ff.; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 57 ff., 76 ff.; Th. Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1991, S. 1 ff.; K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 189 ff., 239 ff.; H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993, S. 290 ff.; F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl. 1994, S. 13 ff.; R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996, S. 21 ff.; H.-M. Pawłowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 5 ff.; K. F. Röhle/H. Ch. Röhle, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 79 ff.; J. Braun, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2011, S. 353 ff.; N. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2016, Rn. 39 ff.; B. Rüthers/Ch. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl. 2016, Rn. 280 ff.

gen, kaum je aber ein juristisches Buch, mag dieses auch an das Wissen des Lesers keine besonderen Anforderungen stellen. Die üblichen Einführungen in die Rechtswissenschaft scheinen mit seltenen Ausnahmen nur dem angehenden Juristen, nicht aber dem Laien etwas zu bieten. Wie oft findet man wohl auch in der Bibliothek des Nichtjuristen ein Gesetzbuch?

Die Gründe für diese Interesselosigkeit des Laien am Recht und an der Rechtswissenschaft sind leicht aufzudecken. Und doch handelt es sich hier um etwas sehr Seltsames. Geht doch kaum ein anderes Kulturgebiet den Menschen näher an als das Recht. So gibt es Menschen, die ohne lebendige Beziehung zur Dichtung, zur Kunst, zur Musik leben können und leben. Aber es gibt keinen Menschen, der nicht unter dem Recht lebt und ständig von ihm berührt und gelenkt ist. Der Mensch wird innerhalb der Gemeinschaft geboren und großgezogen und – von abnormen Fällen abgesehen – niemals aus der Gemeinschaft entlassen. Das Recht aber ist Wesenselement der Gemeinschaft. Es geht uns daher unvermeidlich an. Auch steht der Grundwert, an dem es sich ausrichten soll: das Gerechte, nicht zurück hinter den Werten des Schönen, des Guten und des Heiligen. Ein gerechtes Recht »gehört zum Sinn der Welt«². Warum dennoch so wenig Aufgeschlossenheit für Recht und Jurisprudenz?

Nun wird man einwenden, Recht und Rechtswissenschaft seien zweierlei, verdächtig sei dem Laien nur die Letztere. Aber abgesehen davon, dass sich der Laie auch um das Recht nur insoweit kümmert, als dies praktisches Gebot ist, Recht und Rechtswissenschaft sind gar nicht so sehr zweierlei. Sie sind es jedenfalls viel weniger, als es beispielsweise etwa Kunst und Kunsthissenschaft sind. Ohne Zweifel dient auch die Kunsthissenschaft der Kunst, indem sie das Kunstverständnis fördert. Auch mag es einmal vorkommen, dass wissenschaftliche Theorien die Kunstabteilung beeinflussen. Im Allgemeinen aber geht die Kunst ihre eigenen Wege, und die Kunsthissenschaft folgt ihr nach, erhelltend, reflektierend und historisierend, oft vom Künstler selbst mit Misstrauen betrachtet, wenn nicht gar abgelehnt und verspottet. Es liegt mir natürlich ferne, die große geistige Bedeutung der wissenschaftlichen Kunstabteilung in Frage stellen zu wollen. Wie viel hat Winckelmann unseren Klassikern bedeutet? Welch beglückende Einsichten haben uns ein Jakob Burckhardt oder ein Heinrich Wölfflin geschenkt? Trotzdem bleibt es dabei: Kunst und Kunsthissenschaft sind zweierlei. Und Ähnliches gilt für das Verhältnis anderer Kulturwissenschaften zu ihrem jeweiligen Gegenstand. Es ist dagegen der fast einzigartige Vorzug der

2 G. Küchenhoff, *Naturrecht und Christentum*, 1948, S. 6.

Rechtswissenschaft unter den Kulturwissenschaften, nicht neben und hinter dem Recht einherzugehen, sondern das Recht selbst und das Leben in und unter dem Recht mitgestalten zu dürfen. Seit es eine Rechtswissenschaft gibt, ist sie *praktische Wissenschaft*. Die Römer, denen das unsterbliche Verdienst zukommt, diese Wissenschaft begründet zu haben, wussten sehr genau, was sie an ihr hatten. Sie haben sie gerühmt als die »divinarum atque humanarum rerum notitia«³, sie haben sie also für die lebendigste aller Wissenschaften gehalten, und sie sind mit ihrem Recht und ihrer Rechtswissenschaft groß und stark geworden. Was wahrhaft begabte und schöpferische Juristen gedacht und an Rechtserkenntnissen zutage gefördert haben, ist zu allen Zeiten dem Recht selbst zum Segen geworden⁴, sei es, dass es den Gesetzgeber inspiriert, sei es, dass es die Entscheidung einzelner Rechtsfälle beeinflusst hat. Von der Rechtsweisheit der klassischen römischen Juristen oder der italienischen Postglossatoren (nach 1250) haben Jahrhunderte gezehrt. Auch die Lehren neuerer Juristen wie Ihering, Windscheid, Binding, Liszt und Frank sind stetig fruchtbar geworden für Rechtspflege und Rechtssetzung, also für das Recht selbst – ganz zu schweigen von dem Falle, dass ein Rechtsdenker geradezu zur Gesetzgebung berufen wird, wie Eugen Huber für das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom Jahre 1907, das Wieacker in seiner Privatrechtsgeschichte der Neuzeit als »die reifste Frucht der deutschsprachigen Rechtswissenschaft des 19. Jhs. in Geset-

3 D 1,1,10. Ein solches Zitat bedeutet: *Corpus iuris civilis Digesta* (publiziert 16. 12. 533), Buch 1, Titel 1, Lex 10. Vgl. auch D. Liebs, *Römisches Recht*, 6. Aufl. 2004, S. 61 f.

4 Vgl. L. Raiser, *Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, NJW 1964, 1201 (1204 f.); L. Legaz y Lacambra, *Rechtsphilosophie*, 1965, S. 558 ff.; J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, S. 306 ff.; Larenz, *Methodenlehre*, S. 234 ff., 242 f.; Pawłowski, Rn. 5 b.

Über den Charakter der römischen »Jurisprudenz« vgl. etwa Liebs, *Römisches Recht*, S. 16, 62 f.; W. Kunkel/M. Schermeier, *Römische Rechtsgeschichte*, 14. Aufl. 2005, S. 123 ff. Bei M. Kaser (Das römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, S. 3) heißt es: Die römischen Juristen der späten Republik sind »aller weiteren abendländischen Rechtswissenschaft vorangegangen«. Freilich hielten sie »an der praktischen Aufgabe der Rechtsfindung fest«.

Zu allen Zeiten hat die Rechtswissenschaft das Recht (im weiteren Sinne) mitgestaltet, ist sie »praktische Wissenschaft« gewesen (ablehnend allerdings insoweit: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 75 Anm. 2). Andererseits bleibt das Wort von R. v. Ihering (Geist des römischen Rechts II 2, 2. Aufl. 1869, S. 369) zu bedenken, dass »die Jurisprudenz, um wahrhaft praktisch zu sein, sich nicht auf praktische Fragen beschränken darf«.

zesgestalt⁵ bezeichnet. Kein Verständiger wird daran denken, darum die großen Rechtsgelehrten über die großen Historiker, Sprachforscher und Kunstgelehrten hinausheben und den genialen Philosophen, Dichtern, Künstlern und Musikern an die Seite stellen zu wollen. Was aber die unmittelbare kulturelle Wirksamkeit betrifft, so sind die wesentlichen rechtswissenschaftlichen Leistungen sehr wohl vergleichbar den bedeutenden Philosophen, Kunstgebilden und literarischen Erzeugnissen. Sie haben insoweit die gleiche Valenz. Dass hieraus der Rechtswissenschaft eine besondere Verantwortung erwächst, versteht sich dann von selbst.

Von ganz anderer Art als das Ringen um Verständnis und Sympathie in Konkurrenz mit den anderen Geistes- und Kulturwissenschaften ist die immer wieder nötig werdende Selbstbehauptung der Rechtswissenschaft gegenüber Anzweiflungen, die sich bei einem Vergleich mit den Wissenschaften von der *Natur* einstellen. Dass es überhaupt zu diesem Vergleich kommt, dürfte mit dem Gesetzescharakter des Rechts zusammenhängen. Die Rechtswissenschaft ist wie die Naturwissenschaften eine Gesetzeswissenschaft. Aber wer uns die Gesetze der Natur entzieht, offenbart uns Sein und Notwendigkeit. Führt uns auch der Jurist an das Sein heran, kann er uns von der Notwendigkeit der Rechtsgesetze überzeugen? Die Freiheit, die dem menschlichen Geiste im Wirkungsbereich der Individualität, also gerade wieder im Bereich der Künste, ohne weiteres zugestanden wird, erscheint im Bereich des Rechts, in dem Regeln und Gesetze herrschen sollen, allzu leicht als Zufall, Willkür, Anmaßung. Gewiss kennt auch der Künstler Regeln und Gesetze. Aber diese sind ihm nur die »Formen«, die er mit persönlichen Gehalten erfüllen darf und soll. Auch sind diese »Formen«, wenngleich sie als relativ konstant gedacht werden, ihrerseits individuell geprägt. Sie sind darum kulturell verschieden und historisch wandelbar. Sie sind nicht allgemeingültig und nicht streng verbindlich. »Der Meister kann die Form zerbrechen⁶. Von den Gesetzen, die das Recht beherrschen und durch die das Recht herrscht, erwartet man dagegen immer wieder Allgemeingültigkeit wie von Wahrheiten und Naturgesetzen. Man ist tief enttäuscht, wenn man sie nicht findet. In klassischer Weise hat dieser Enttäuschung Pascal Ausdruck verliehen mit den vielzitierten Worten: »... man (findet) ... kein Recht und kein Unrecht ..., das nicht mit dem Klima sein Wesen ändere. Drei Breitengrade näher zum Pol stellen die ganze Rechtswissenschaft auf den Kopf, ein Län-

5 F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 491.

6 F. Schiller, Das Lied von der Glocke, in: ders., Sämtliche Werke, hg. v. G. Fricke/ H. G. Göpfert, Bd. 1, 4. Aufl. 1965, S. 439, Vers 343.

gengrad entscheidet über Wahrheit; nach wenigen Jahren der Gültigkeit ändern sich grundlegende Gesetze; das Recht hat seine Epochen ... Spaßhafte Gerechtigkeit, die ein Fluß begrenzt! Diesseits der Pyrenäen Wahrheit, jenseits Irrtum⁷. Dass es die Juristen trotz allen heißen Bemühens bis heute nicht fertig gebracht haben, das wahre Recht zu finden, es mit der »Natur«, sei es der Natur des Menschen, sei es der Natur der Dinge, zu verknüpfen, lässt ihre Wissenschaft vielfach in trübem Lichte erscheinen. Auch die berühmte Kritik, die Julius v. Kirchmann, selbst Jurist, an der Jurisprudenz als Wissenschaft geübt hat, gründet sich eben hierauf: »Sonne, Mond und Sterne scheinen heute wie vor Jahrtausenden; die Rose blüht heute noch so wie im Paradiese; das Recht aber ist seitdem ein Anderes geworden. Die Ehe, die Familie, der Staat, das Eigentum haben die mannigfachsten Bildungen durchlaufen«⁸.

Einige einfache Beispiele mögen das Befremden des Laien über die »Willkürlichkeit« und Naturferne der Jurisprudenz beleuchten. Das erste dieser Beispiele ist sicher banal, wird aber gerade wegen seiner Einfachheit einen guten Anknüpfungspunkt für die weitere Betrachtung bieten können. Als ich noch Student war, empörte sich ein Mediziner in meiner Gegenwart darüber, dass der damals (heute nicht mehr) geltende § 1589 Abs. 2 BGB erklärte: »Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt«. Er sah in

7 B. Pascal, Gedanken, übers. u. hg. v. E. Wasmuth, 8. Aufl. 1978, S. 148 (Pensées V, 294).

8 J. v. Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 3. Aufl. 1848, S. 10. Hierzu Binder, S. 847 f.; C. Schmitt, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, 1949, S. 15; E. Wolf, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, 1953, S. 13; Braun, S. 353 f., 365 f. Andererseits wird betont, dass die Rechtswissenschaft sich im Unterschied zu der Naturwissenschaft im Laufe der Zeiten wenig geändert habe (z. B. G. Cohn, Existentialismus und Rechtswissenschaft, 1955, S. 88). Mehr als das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft wird gegenwärtig diskutiert das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft (welche der Naturwissenschaft insofern nahesteht, als sie als »Seinswissenschaft« bzw. »Realwissenschaft« angesehen wird; hierzu z. B. Larenz, Methodenlehre, S. 195 ff., 239 ff.; vgl. auch Müller, Rechtslehre, S. 308 ff.). Im Übrigen hängt natürlich der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz von den Kriterien ab, an welche man überhaupt »Wissenschaft« bindet, ob man z. B. nur auf (logische, mathematische, empirische) »Wahrheitserkenntnis« gerichtete Bemühungen als »wissenschaftliche« gelten lassen will, oder auch solche Bestrebungen, die auf ein System methodisch gewonnener, wohlgegrundeter (eventuell »richtiger«) normativer Aussagen zielen (wie eben die Rechtswissenschaft). Letztlich erhebt sich die Frage nach der Gesamteinteilung des »globus intellectualis«. Über den Charakter der Rechtswissenschaft als »Geisteswissenschaft« s. u. S. 106 Anm. 14.

dieser Bestimmung juristische Willkür, arrogante Verleugnung biologischer Gegebenheiten, vielleicht auch so etwas wie falsche Scham und verlogene Moral. Er meinte offenbar, das Recht könne sich doch unmöglich in dieser Weise über Naturtatsachen hinwegsetzen. Nun noch ein zweites Beispiel: In einer wissenschaftlichen Diskussion über Naturrecht brachte ein namhafter Biologe das heute öfters zitierte Beispiel von den Regeln, die Wölfe beim Kampf beobachten: Unterliegt ein Wolf im Kampf, so nimmt er »Demutshaltung« an, was seinen Gegner dazu veranlasst, von weiteren Bissen abzusehen. Ersichtlich schwiebte diesem Biologen der Gedanke vor, ein echtes Naturrecht müsse auf ähnliche Weise in biologischen Gegebenheiten wurzeln. Das ihm von juristischer Seite vorgestellte »Naturrecht«, wie es sich etwa in den Grund- und Menschenrechten manifestiert, schien ihm kein echtes Naturrecht zu sein. Noch ein letztes Beispiel: In Arztkreisen wird oft beklagt, dass es den Juristen am rechten Verständnis des Heilberufes fehle. Als besonders anstößig wird empfunden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung auch die notwendige und kunstgerecht ausgeführte ärztliche Operation als »Körperverletzung« qualifiziere, die nur straflos sei, weil der Patient sich mit ihr einverstanden erklärt habe⁹. Diese Auffassung scheint der Natur des Heilberufs zu widerstreiten und sich nur aus der Überheblichkeit der Juristen erklären zu lassen.

Was soll der Jurist zu alledem sagen? Wie kann er der Interesselosigkeit, der Abneigung, dem Misstrauen entgegentreten? Zunächst einmal nur dadurch, dass er den Außenstehenden mit der Art seines Denkens, die so fremd und geheimnisvoll erscheint, ein wenig vertraut macht. Wir können das Denken des Juristen nur dadurch in seinem Ansehen retten, dass wir es gewissenhaft analysieren, auch seine Abirrungen und Fehltritte sowie die Bemühungen, diese zu vermeiden, ins Auge fassen. Wie alles menschliche Streben und Handeln ist auch die Jurisprudenz mit Mängeln behaftet und Gefahren ausgesetzt. Aber man darf vermuten, dass sie, der so viele hervorragende Menschen ihre Kraft gewidmet haben, nicht von allen guten Geistern verlassen ist.

Dabei soll nicht verhehlt werden, dass die folgenden Darlegungen dem Charakter einer »Einführung« gemäß von den traditionellen Rechtsfindungsmethoden ausgehen und im Großen und Ganzen auf ihnen fußen. Seit dem ersten Erscheinen dieses Buches im Jahre 1956 haben diese Methoden mitun-

9 Dazu K. Engisch, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958, S. 19 f. Vgl. auch Eser, in: A. Schönke/H. Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 223 Rn. 27 ff. m. w. N.

ter Anfechtung erfahren. Wie zu Beginn des 20. Jahrhunderts »Freirechts-schule« und »Interessenjurisprudenz« der Rechtsfindung und ihrer Methodik neue Ziele gewiesen haben, so bleiben nun auch in der Gegenwart progres-sive Theorien und Parolen der Rechtsgewinnung nicht aus. Sie sollen nicht unberücksichtigt bleiben. Im Wesentlichen aber scheint mir die herkömmli-che Methodenlehre, wie sie durch und seit Savigny herausgebildet worden ist, noch eine genügend feste Plattform zu bilden, der sich der Jurist unserer Tage als Basis seiner Gedankenarbeit anvertrauen darf.

Kapitel II

Über Sinn und Struktur des Rechtssatzes

Wir knüpfen an § 1589 BGB an. Dieser Paragraf steht an der Spitze der Vorschriften über die »Verwandtschaft«. Er lautete *früher* vollständig: »Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt. Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten. Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt«. Der letzte Satz ist dank der Neuregelung der rechtlichen Stellung der nicht-ehelichen Kinder durch Gesetz v. 19. 8. 1969 weggefallen, soll aber zunächst noch einmal in unsere folgenden Überlegungen einbezogen werden. Auffallend ist dann an der Bestimmung der Wechsel im Ausdruck. Erst wird davon gesprochen, dass gewisse Personen in gerader Linie oder in der Seitenlinie verwandt *sind*. Dann heißt es: »bestimmt sich« und schließlich im letzten Satz: »gelten«. Offensichtlich konnte im Schlusssatz die Meinung des Gesetzgebers nicht die sein, dass das uneheliche Kind mit seinem Vater nicht auf *natürliche* Weise blutsverwandt sei, vielmehr nur die, dass das uneheliche Kind dem ehelichen *rechtlich*, genauer: *bürgerlich-rechtlich* nicht *gleichstehen* solle. Die Einschränkung »bürgerlich-rechtlich« ist sehr wichtig. Denn z. B. i. S. des Strafgesetzbuches war von jeher der uneheliche Vater mit dem ehelichen Kind verwandt. Die Strafdrohung des § 173 StGB gegen den Beischlaf zwischen »Verwandten auf- und absteigender Linie« (wie es früher hieß) bezog sich schon immer auch auf uneheliche Eltern und Kinder (die jetzt ausdrücklich »leibliche Abkömmlinge« genannt werden). Oder: Die Strafloserkklärung von »Entwendungen ..., welche von Eltern ... gegen ihre Kinder ... begangen werden«, im Preußischen Strafgesetzbuch 1841 (§ 228) galt auch für solche gegen uneheliche Kinder. Andererseits heißt es dann wieder in Art. 51 des Einführungsgesetzes zum BGB: »Soweit in dem Gerichtsverfassungsgesetz, der Zivilprozessordnung, der Strafprozessordnung, der Insolvenzordnung ... an die Verwandtschaft oder die Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind, finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetz-

buhs ... über Verwandtschaft oder Schwägerschaft Anwendung«. Diese anderen Gesetze orientierten sich also früher auch wieder an dem Grundsatz des BGB, dass der uneheliche Vater und sein Kind nicht als verwandt »geltend«, was seit dem Gesetz v. 19. 8. 1969 überholt ist. Folge war, dass das Zeugnisverweigerungsrecht, das nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO den mit dem Beschuldigten in gerader Linie Verwandten eingeräumt wird, nicht dem unehelichen Vater im Strafprozess gegen das uneheliche Kind (und vice versa) zustand¹; das gilt also heute nicht mehr. So scheint, um an das oben zitierte Wort Pascals anzuknüpfen, nicht nur ein Längengrad über die Wahrheit in der Justiz zu entscheiden, sondern die Trennungslinien scheinen auch durch eine und dieselbe Rechtsordnung hindurchlaufen zu können, um sich dann im historischen Wandel zu verschieben oder ganz aufzulösen. Mit der »Geltung« hat es eine eigene Bewandtnis. Ohne über sie philosophieren zu wollen (was oft genug geschehen ist), würden wir in unserer Falle sagen, dass sie darauf hinausläuft, ein Lebensverhältnis auf bestimmte Weise rechtlich anzusehen.

Bevor wir aber fragen, was das für eine eigentümliche Betrachtungsweise ist, fragen wir zuvor, ob es eigentlich *wesentlich* anders steht mit den *ersten* (noch heute in Kraft stehenden) Sätzen des § 1589 BGB, wo es heißt, dass Personen, die voneinander abstammen, in gerader Linie verwandt *sind*. Hier wenigstens scheint sich ja das Recht von vornherein der Natur zu beugen und nur das zu sagen, was *ist*. Dennoch können wir auch hier Überraschungen erleben. § 1589 macht die Verwandtschaft abhängig von der »Abstammung«. Was das heißt, glaubt alle Welt zu wissen. Um so erstaunlicher muss scheinen, was das Bürgerliche Gesetzbuch alsbald in den §§ 1591 ff. über Abstammung bestimmt. Dort wird gesagt: »Vater eines Kindes ist der Mann, 1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, 2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder 3. dessen Vaterschaft nach § 1600 d ... gerichtlich festgestellt ist« (Vaterschaft, § 1592 BGB). § 1593 ergänzt: »§ 1592 Nr. 1 gilt entsprechend, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst wurde und innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung ein Kind geboren wird. ... Wird von einer Frau, die eine weitere Ehe geschlossen hat, ein Kind geboren, das sowohl nach den Sätzen 1 und 2 Kind des früheren Ehemanns als auch nach § 1592 Nr. 1 Kind des neuen Ehemanns wäre, so ist es nur als Kind des

1 Zur alten Rechtslage kritisch W. Dallinger, Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, MDR 1956, 394 (397); vgl. auch E. Kern/C. Roxin, Strafverfahrensrecht, 13. Aufl. 1975, S. 124.

neuen Ehemanns anzusehen. Wird die Vaterschaft angefochten und wird rechtskräftig festgestellt, dass der neue Ehemann nicht Vater des Kindes ist, so ist es Kind des früheren Ehemanns«. Kurz gesagt: Das Recht stellt sich für während der Ehe oder innerhalb einer gewissen Frist nach Auflösung der Ehe geborene Kinder grundsätzlich auf den Standpunkt, den die Römer mit dem Satz ausdrücken: »pater est quem nuptiae demonstrant« (D 2,4,5: Vater ist derjenige, auf den die Ehe als Vater schließen lässt). Offensichtlich kann nun bei dieser Regelung erneut die rechtliche Betrachtung mit der »natürlichen« in Kollision geraten. Es kann schon stutzig machen, dass nach dem BGB – im Widerspruch zu vielen früheren Rechten – die Vaterschaft für das Kind auch dann gegeben ist, wenn es nicht *in* der Ehe, sondern *vor* der Ehe gezeugt ist. Nach der mitgeteilten Regelung ist es aber ferner auch möglich, dass eine Frau, die es mit der ehelichen Treue nicht genau nimmt, ihrem Manne Kinder beschert, die als ehelich anzusehen sind, obwohl die skeptisch dreinblickende Umwelt mit ihren natürlichen Augen zu einem ganz anderen Ergebnis kommt. »Mater semper certa est« (so auch unser § 1591 BGB: »Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat«). Die nicht seltene Ungewissheit über den Vater dagegen wird im Interesse der »Rechts-sicherheit« ausgeräumt durch die »Vermutung«, dass der Ehemann der Mutter beigewohnt hat und der Vater des Kindes ist. »Gesetzlicher Vater wird ein Mann durch die Ehe mit der Mutter also auch dann, wenn es offenbar unmöglich ist, dass die Frau das Kind von ihm empfangen hat«². Fügen wir noch hinzu, dass es zur Vaterschaft auch nachträglich durch Anerkennung (§ 1592 Nr. 2) oder gerichtliche Feststellung (§ 1592 Nr. 3 auf Basis der gesetzlichen Vermutung des § 1600 d Abs. 2) kommen kann, so rundet sich das Bild dahin ab, dass die Abstammung und damit die Verwandtschaft in gerader Linie spezifisch *rechtliche* Gegebenheiten sind, die sich mit den natürlichen Gegebenheiten nicht zu decken brauchen, auch wenn der Gesetzgeber heute mehr als früher bemüht ist, eine Deckung zustande zu bringen.

Selbst wenn sich aber die rechtlichen Gegebenheiten mit den natürlichen decken sollten, indem z. B. im Falle des § 1592 Nr. 1 BGB die Vaterschaft von Rechts wie von Natur wegen bei solchen Kindern gegeben ist, die von den Ehegatten während des Bestandes ihrer Ehe gezeugt und geboren sind, würde das immer noch nicht besagen, dass der rechtliche Begriff der Verwandtschaft genau dasselbe bedeutet wie der »natürliche«. Der nachdenkliche Leser wird

2 So Brudermüller, in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearb. P. Bassenge u. a., 76. Aufl. 2017, § 1592 Rn. 3 (»Gesetzliche Vaterschaftsvermutung«).