

30. Ist die in Nov. 89 cap. 12 §. 2 enthaltene Vorschrift, wonach einer Konkubine und ihren Kindern von deren Vater mehr nicht als ein Zwölftel seines Nachlasses zugewendet werden kann, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, noch praktisch und auf alle außerehelichen Kinder und deren Mutter anwendbar?

III. Civilsenat. Ur. v. 1. Dezember 1882 i. C. M. (Rl.) w. S. fche Erben (Wefl.). Rep. III. 328/82.

- I. Landgericht Dessau.
- II. Oberlandesgericht Naumburg.

Aus den Gründen:

„Mit dem Berufungsrichter war anzunehmen, daß die Vorschrift der Novelle 89 Kap. 12 §. 2, wonach einer Konkubine und ihren Kindern von deren Vater mehr nicht als  $\frac{1}{12}$  seines Nachlasses scheinungsweise oder letztwillig zugewendet werden kann, ungeachtet daß das Konkubinat als eine erlaubte außereheliche Geschlechtsverbindung heutzutage nicht mehr besteht, doch noch praktisches Recht enthält, und auf jede außereheliche Geschlechtsverbindung, bezw. auf alle außerehelichen Kinder und deren Mutter Anwendung leidet, vorausgesetzt nur, daß der Testator sein Vaterschaftsverhältnis anerkennt, bezw. anzuerkennen verbunden ist. Allerdings ist die Frage in der Theorie von jeher verschieden beantwortet worden und keinesfalls ist in betreff derselben eine feste Praxis nachweisbar.<sup>1</sup> Die Entscheidung hängt davon ab, ob der

<sup>1</sup> Gegen die Anwendbarkeit der Novelle haben sich erklärt: Brunnemann, Comment. in Cod. ad L. 2 Cod. de natur lib. 5, 27; Hüpfner, Kommentar §. 487 Nr. 3 (Nr. 5); Hommel, Rhaps. Obs. 373; Strykius, Usus mod. Pand. Tit. de hered. inst. 28, 5 §. 3; Curtius, Sächj. Civilrecht §. 673 N. a. i. f.; Mühlbruch in Glück's Comment. Bd. 39 S. 328 flg., S. 336 flg.; Vangerow, Bd. 2 §. 420 Anm. 2 Nr. 1; Sintenis, Civilrecht Bd. 3 S. 167 Note 15; Wächter, Pandekten §. 256 Note 6; D. U. G. Celle, Ur. v. 21. März 1854; Seuffert, Archiv Bd. 8 S. 68, Bd. 11 S. 262.

Für dieselbe: Gaill, Pract. Observ. Nr. 88; Leyser, Medit. Spec. 356

Gesetzgeber die Beschränkung der Erwerbsfähigkeit gerade beim Konkubinate angeordnet hat, weil bei diesem allein die Gefahr ungebührlicher Zurücksetzung der legitimen Angehörigen hinter die illegitimen vorlag, oder aber nur deshalb, weil ersterer vom Standpunkte des Gesetzgebers aus die einzige außereheliche Geschlechtsverbindung war, die in Frage kommen konnte. Man hat sich für die letztere Annahme entscheiden müssen. Mag auch der Konkubinat als ein dauerndes und in gewissem Maße geordnetes Geschlechtsverhältnis für den Mann eine größere Versuchung geboten haben, Konkubine und natürliche Kinder mit der legitimen Frau und den legitimen Kindern erbschaftlich mehr oder weniger gleichzustellen, so würde diese Gefahr doch auch bei anderen außerehelichen Geschlechtsverhältnissen nicht ausgeschlossen gewesen und darum berücksichtigt worden sein, wenn von ihnen auf dem Standpunkte des römischen Rechtes überhaupt hätte die Rede sein können. Dies eben war aber nicht der Fall. Außerhalb des Konkubinates (für *spurii* und *vulgo quaesiti*) existierte für das Recht ein nicht legitimes, bloß natürliches Vaterschaftsverhältnis überhaupt nicht. Der außereheliche Vater galt, abgesehen vom Konkubinate, für absolut ungewiß. Der die Kapazität beschränkenden Vorschrift hätte es daher nach römischem Rechte rücksichtlich der sonstigen außerehelichen Kinder an den tatsächlichen Voraussetzungen gefehlt; die außer dem Konkubinate sich dem unehelichen Geschlechtsverkehre hingebende Frauensperson konnte aber außer Betracht bleiben, weil sie ohnehin für erbunwürdig (*indigna*) galt. Nur der Konkubinat bot also dem römischen Gesetzgeber Anlaß zu einer Anordnung, wie sie in Novelle 89 Kap. 12 §. 2 getroffen worden ist. Wenn nun aber nach heutiger unzweifelhafter Praxis die bloß natürliche Verwandtschaft in gewisser Weise vom Rechte berücksichtigt, namentlich die Möglichkeit einer Feststellung der außerehelichen Paternität überhaupt anerkannt, und allen unehelichen Kindern ungefähr dieselbe rechtliche Stellung beigelegt wird, welche ehemals nur den Konkubinen-

§. XII S. 630; Berger, *Oecon. jur.* S. 449 Nr. 7; Struben, *Rechtl. Bedenken* Bd. 1 Nr. 48, Bd. 9 Nr. 130; Göschen, *Civillr.* Bd. 5 S. 44 Note 3; Arndts, *Pand.* S. 492 Anm. 6; *Rechtslexikon* Bd. 3 S. 917; Buchta, S. 471; Köppen, *System des röm. Erbrechtes* S. 316 fig.; Mayer, *Erbrecht* S. 17 Anm. 6 S. 43; Urteile von Helmstedt von 1723 bei Leyser a. a. O. und Kotsch b. 1812 bei Mühlenthal a. a. O. S. 339 Note 30; Berlin b. 1853 in *Seuffert, Archiv* Bd. 10 Nr. 64. D. C.

kindern zukam, so ist damit derjenige Grund weggefallen, aus dem der römische Gesetzgeber nur den Konkubinat ins Auge faßte und der Schluß berechtigt, daß, wenn er die Konkubine und ihre Kinder für relativ erwerbsunfähig erklärte, dies heutzutage um so gewisser für alle in außerehelicher Geschlechtsverbindung lebenden Weibspersonen und für alle außerehelichen Kinder Geltung haben müsse, sofern nur (wie hier) die Paternität außer Zweifel steht. Denn heutzutage gelten die Gesichtspunkte, welche für den Gesetzgeber maßgebend gewesen sind, für alle diese Verhältnisse, und zwar auf das Evidenteste gerade in solchen Fällen, wie der vorliegende ist, wo eine viele Jahre hindurch fortgesetzte, außereheliche Geschlechtsverbindung und eine häusliche Gemeinschaft mit Zuhälterin und Kindern stattgefunden hat und sich ein dem Konkubinate thatsächlich gleiches Verhältnis darstellt.“ ...