

<b>Zeitschrift:</b>	Der Schweizer Familienforscher = Le généalogiste suisse
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerische Gesellschaft für Familienforschung
<b>Band:</b>	11 (1944)
<b>Heft:</b>	6-8
 <b>Artikel:</b>	Wandlungen in der Auffassung über die rechtlichen Voraussetzungen zum Abschluss einer Ehe [Fortsetzung folgt]
<b>Autor:</b>	Scherrer, W.
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-697989">https://doi.org/10.5169/seals-697989</a>

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 06.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Wandlungen in der Auffassung über die rechtlichen Voraussetzungen zum Abschluß einer Ehe.

*Akademischer Vortrag, gehalten am 17. März 1944 von  
Herrn Prof. Dr. iur. W. Scherrer, Basel.*

## I. Einleitung.

1. In Art. 116 und 117 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches wird über das Zustandekommen einer Ehe bestimmt:

*«Die Trauung erfolgt öffentlich in dem Traulokal vor zwei mindigen Zeugen . . .*

*Der Zivilstandsbeamte richtet an den Bräutigam und an die Braut die Frage, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen. Nach Bejahung dieser Frage erklärt der Zivilstandsbeamte, daß durch diese beidseitige Zustimmung die Ehe kraft des Gesetzes geschlossen sei.»*

Bevor die zivilstandsamtliche Trauung stattfinden kann, muß die beabsichtigte *Eheschließung* während einer Frist von mindestens 10 Tagen öffentlich ausgekündigt werden, damit Drittpersonen die Möglichkeit haben, dagegen Einspruch zu erheben, indem sie geltend machen können, die im Gesetze aufgestellten Voraussetzungen materieller Natur zum Abschluß einer Ehe seien in der Person der beiden *Nupturienten* nicht erfüllt. Aus den erwähnten gesetzlichen Vorschriften kann zweierlei entnommen werden, nämlich daß der Eheschluß ein Formalakt ist, der seine Wirkungen nicht schon auf Grund der bloßen Uebereinkunft der beiden Partner entfaltet, sondern in einer bestimmten, im Gesetz genau umschriebenen Feierlichkeit durchgeführt werden muß, und im weiteren, daß der Staat sich dabei eine aktive Mitwirkung vorbehalten hat, indem einer seiner Beamten die formgerechte Eingehung der Ehe zu überwachen hat.

Verschiedene Gründe lassen sich zu der im geltenden Recht getroffenen Regelung der Eheschließung anführen. Der Staat interessiert sich für das Zustandekommen einer Ehe vor allem, weil sie die Grundlage für die Familie und damit für die Erzeugung einer für den Weiterbestand des Staates unentbehrlichen Nachkommenschaft bildet. Sodann soll durch die strengen Formvorschriften ver-

hindert werden, daß Ehen abgeschlossen werden, die später wieder ungültig erklärt werden müssen, weil sie an einem Mangel leiden, der ihrer Aufrechterhaltung entgegensteht. Die Ehe ist nicht nur als eine vorübergehende Verbindung zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts gedacht, sondern als eine auf *die Dauer angelegte Gemeinschaft auf sittlicher Grundlage*. In letzter Linie ist die Mitwirkung des Staates beim Eheschluß *historisch* zu erklären; sie bildet nämlich das Gegengewicht zu der während einiger Jahrhunderten in allen christlichen Staaten herrschend gewesenen kirchlichen Trauung.

Im folgenden kann es sich allerdings nicht darum handeln, die staatspolitischen Erwägungen für die geltenden Vorschriften über das Zustandekommen einer Ehe darzulegen, sondern ich möchte versuchen, Ihnen eine Uebersicht über die verschiedenen Anschauungen zu geben, von denen das Ehorecht mit Bezug auf die Voraussetzungen zum Abschluß einer gültigen Ehe im Laufe der Geschichte beeinflußt worden ist. Der beschränkten Zeit wegen muß ich davon absehen, auf die ebenso interessante Entwicklung der zahlreichen Voraussetzungen materieller Natur einzugehen. Auch die Ansichten über das Wesen der Ehefähigkeit, wie sie in den Personen der beiden zukünftigen Ehegatten vorhanden sein muß, oder negativ ausgedrückt, über die mannigfachen Hindernisse, welche trotz Beachtung der formellen Vorschriften das Zustandekommen einer Ehe ausschließen, haben öfters gewechselt.

2. Die formelle Seite des *Eheschlusses* ist in den verschiedenen Rechten nicht immer nach den gleichen Grundsätzen geregelt worden. Während in einigen von ihnen ausschließlich darauf abgestellt worden ist, daß die beiden Parteien sich in irgend einer Weise über den Abschluß einer Ehe mit den sich daran anschließenden familienrechtlichen Wirkungen einig geworden sein müssen, haben andere verlangt, daß der Eheschluß in einem besonders feierlichen Akt und in aller Oeffentlichkeit sich vollziehen müsse. In einer dritten Gruppe von Rechten ist für den Eheschluß wesentlich ein bestimmter tatsächlicher Vorgang, aus dem auf die Begründung einer ehelichen Gemeinschaft geschlossen werden kann. Als solcher ist vor allem die *Copula carnalis* (körperliche Vereinigung) zwischen

den beiden Ehegatten in Betracht gefallen. Denkbar wäre auch die Uebergabe der *Braut* an den Ehegatten, in welcher zur Darstellung kommt, daß die Frau aus ihrer früheren Familie ausscheidet und eine neue mit ihrem Ehegatten begründen will. Je nachdem die Entscheidung zugunsten eines dieser maßgebenden Gesichtspunkte gefallen ist, kann man, ähnlich wie im *Vertragsrecht*, von der reinen *Consensualehe*, von der *Formalehe* oder von der *Realehe* sprechen.

3. Es würde zu weit führen, wenn ich Ihnen ein umfassendes Bild über den Eheschluß in den verschiedenen Epochen der Geschichte oder gar bei allen Völkern unseres Erdballs geben wollte, sondern ich kann Ihnen lediglich eine knappe Uebersicht über die Stellungnahme derjenigen Rechte bieten, von welchen die in der Schweiz geltende Regelung beeinflußt worden ist. Daran anschließend soll rechtsvergleichend auf die in unseren Nachbarländern und einigen weiteren Staaten Europas getroffene Lösung verwiesen werden.

Die Bestimmungen des *Schweizerischen Zivilgesetzbuches* sind auf denjenigen der 25 kantonalen Rechte des 19. Jahrhunderts aufgebaut, die ihrerseits wieder weitgehend auf dem *Eherecht der katholischen Kirche* fußen. Die Vorläufer des kanonischen Rechts, welches durch das ganze Mittelalter hindurch für die der Kurie in Rom unterstellten Christen maßgebend gewesen ist, können einerseits im *römischen Recht* und andererseits in einigen Bräuchen der *germanischen Volksrechte* gefunden werden.

## II. Das römische Recht.

In den der Herrschaft der Römer unterworfenen Gebieten hat sich der Grundsatz herausgebildet, daß zu einem wirksamen Abschluß der Ehe folgende *drei Erfordernisse* erfüllt sein mußten: Die *Aetas*, das für die Gründung einer Familie für beide Partner erforderliche Alter, ferner das *Connubium*, d. h. die Fähigkeit, eine Ehe nach den Anschauungen des römischen Rechts abschließen zu können und schließlich der *Consensus*, die Willenseinigung der *Nupturnienten* darüber, daß die von ihnen eingegangene Gemeinschaft als Ehe zu gelten habe. Von diesen drei Voraussetzungen sind die beiden ersten rein materieller Natur und fallen deshalb nicht in

den Rahmen unserer Betrachtungen. Dagegen ist der Consens dasjenige Erfordernis, das einer näheren Untersuchung bedarf. Wie schon der Ausdruck dartut, stellt das römische Recht beim Eheschluß in formeller Beziehung ausschließlich auf den Willen der maßgeblichen Personen ab, ohne daß irgend eine besondere Feierlichkeit verlangt wird oder daß ein für die Ehebegründung wesentlicher Realakt dazu kommen muß. Mehrere Stellen in den Digesten bestätigen dies, so insbesondere ein dem *Ulpian* zugeschriebenes, in den Titel «*De diversis regulis juris*» aufgenommenes Fragment: «*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*»<sup>1)</sup> (Die Ehe kommt nicht durch Beischlaf, sondern durch übereinstimmende Verabredung zustande), ferner eine erläuternde Bemerkung im Titel über die Schenkungen zwischen Ehegatten, die gleichfalls auf *Ulpian* zurückgeht: «*Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*»<sup>2)</sup> (Nicht der Beischlaf begründet eine Ehe, sondern der Wille zur Ehe).

Folgende Fragen bedürfen noch einer näheren Abklärung:

1. Bei der Willensbildung ist allerdings nicht der Wille der beiden Nupturienten allein ausschlaggebend, sondern es kommt immer auf den Consens derjenigen Personen an, in deren Gewalt sich die beiden zukünftigen Ehegatten befinden, insbesondere der beiden Patresfamilias (Familenväter), sofern die Conjuges (Gatten) noch nicht «*Personae sui juris*» (Personen eigenen Rechts) sind. Der Jurist *Paulus* (1. 35 ad ed. D 23, 2, 2) erklärt mit aller Deutlichkeit: «*Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt quorumque in potestate sunt*» (Eine Ehe kann nicht zustande kommen, wenn nicht alle einig sind, d. h. diejenigen, die zusammenkommen und diejenigen, in deren Gewalt sie sind).

2. Trotzdem die Willensübereinstimmung der am Eheschluß interessierten Personen wesentlich ist, kann nicht gesagt werden, daß die Ehe nach der Auffassung der römischen Juristen ein Vertrag sei, vergleichbar etwa den in die Kategorie der vier Consensualkontrakte eingegliederten Geschäften des Kaufs, der Miete, des Auftrags und des Gesellschaftsvertrags. Die Ehe ist ein rein tatsächliches in seinen Wirkungen von der Rechtsordnung im einzelnen umschriebenes Verhältnis, bei dem die Parteien nicht die Mög-

lichkeit haben, durch Vereinbarung irgendwelche Modalitäten festzusetzen, wie dies bei Verträgen der Fall ist. Ihr Wille ist nur insfern von Bedeutung, daß es von ihrem freien, in irgend einer beliebigen Form geäußerten Entschlusse abhängt, sich zu der Gemeinschaft zusammenzuschließen, die als *Justum matrimonium* (Richtige Ehe) gekennzeichnet ist. Sofern die *Affectio maritalis* fehlt, kann eine Ehe nicht zustande kommen; ein rein tatsächliches dauerndes Zusammenleben zwischen Mann und Frau, aber ohne ihren auf die Begründung einer ehelichen Gemeinschaft gerichteten Willen, ist zwar erlaubt und entspricht den sittlichen Anschauungen der Zeit, aber eine solche Gemeinschaft unterscheidet sich als sogenannter *Concubinatus* in ihren Wirkungen von denjenigen einer Ehe insbesondere dadurch, daß die von den beiden in Hausgemeinschaft lebenden Personen gezeugten Kinder nicht wie bei einer Ehe in die *Patria potestas* (Väterliche Gewalt) ihres Erzeugers fallen, sondern lediglich in rechtlichen Beziehungen zu ihrer Mutter stehen.

3. Ein *Verlöbnis* ist für die Gültigkeit der Ehe keineswegs erforderlich. Indessen sind auch im Altertum Versprechen zweier Personen bzw. ihrer Gewaltinhaber üblich gewesen, denen zufolge in einem späteren Zeitpunkte eine Ehe zwischen zwei Nupturienten abgeschlossen werden soll. Eine solche Vereinbarung erzeugt bestimmte rechtliche Wirkungen, doch kann keiner der beiden Verlobten oder ihrer Väter gegen den andern eine Klage auf Abschluß einer Ehe einreichen. Im übrigen darf man sich die Verlobungen im alten Rom nicht so vorstellen, wie sie heute geschlossen werden. Sehr oft waren sich die beiden Ehegatten vor der Heirat vollständig fremd, denn ihre Verbindung wurde ausschließlich von den beiden Gewaltinhabern in die Wege geleitet. *Seneca* hat sich darüber wie folgt ausgesprochen: «Jedes Tier und jeder Sklave, Kleider und Geschirre, werden vor dem Kauf geprüft, nur die Frau wird nicht gezeigt, damit sie dem Bräutigam nicht mißfalle, ehe er sie heimführt. Wenn sie jähzornig, dummm, mißgestaltet, von üblem Atem ist, welches auch ihre Fehler sind, wir lernen sie erst nach der Hochzeit kennen»<sup>3</sup>).

4. Selbstverständlich ist das reine *Consensualprinzip* eine Errungenschaft der späteren Zeit, das erst im justinianischen Recht

vollständig zum Durchbruch gekommen ist. Verfolgen wir das Recht der Eheschließung in frühere Zeiten zurück, so können wir feststellen, daß der Eheschluß von zahlreichen Akten religiöser Natur begleitet ist, insbesondere von *Opfern* an verschiedene Götter und von *Gebräuchen*, die ihre bestimmte rituelle Bedeutung haben. Sicher wäre es keinem Römer eingefallen, eine Ehe abzuschließen, ohne dabei die überlieferten Feierlichkeiten zu beachten. Allerdings kümmert sich das staatliche Privatrecht, das *Jus civile*, nicht darum, sondern es überläßt ihre Durchführung wie auch die Sanktionen bei Nichtbeachtung ausschließlich dem Fas, den Vorschriften religiösen Ursprungs. Als dann später, gegen Ende der Republik und in der Kaiserzeit, die Traditionen zu schwinden beginnen, fallen auch die beim Eheschluß üblich gewesenen Gebräuche weg. Nur einer der in Frage kommenden Akte scheint sich erhalten zu haben und sogar eine gewisse zivilrechtliche Wirkung zu erhalten, nämlich die sogenannte «*Deductio in domum mariti*» (Ueberführung in das Haus des Ehemanns), das feierliche Geleit der jungen Frau in das Haus des ihr angetrauten Gatten. Es fragt sich, ob die Ehe erst mit dem Einzug der Frau in ihre neue Wohnung, d. h. praktisch erst mit der Aufnahme der ehelichen Gemeinschaft perfekt wird und man deshalb die Eheschließung bei den Römern, wenigstens bis zu einem bestimmten Grade, doch als Realakt ansehen muß. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß schon die klassischen Juristen den Consens als das unumgängliche Erfordernis ansehen; allerdings kann der Eheschluß vor der *Deductio uxoris* (Ueberführung der Ehefrau) noch nicht seine volle rechtliche Wirkung entfalten. Im übrigen ist die *Deductio* ein Erfordernis, das ausschließlich von der Frau zu beobachten ist; der Mann braucht dabei in keiner Weise mitzuwirken. *Die Ehe ist abgeschlossen, sobald der Consens ausgetauscht ist.* Dies kann auch «*per nuntium vel per epistulam*» geschehen, d. h. auf dem Korrespondenzwege oder dadurch, daß ein Stellvertreter eines der beiden Ehegatten die erforderliche Willenserklärung des andern entgegennimmt. Dazu muß dann allerdings nachträglich noch das feierliche Geleit der Frau in das Haus des ihr soeben angetrauten Mannes kommen<sup>4</sup>).

Im *justinianischen Recht* hat man von der *Deductio uxoris* voll-

ständig abgesehen und verlangt in formeller Beziehung von den Ehegatten nichts weiteres als ihren Consens und erforderlichenfalls die Zustimmung ihrer Gewaltinhaber. In den Quellen wird noch besonders hervorgehoben, daß die Bestellung einer Dos zwar im allgemeinen üblich sei, aber keinesfalls als wesentliches Moment für den Eheschluß angesehen werden dürfe<sup>5</sup>).

Wenn wir uns der Vollständigkeit halber noch kurz mit der Eheschließung in früheren Zeiten befassen, so muß mit Nachdruck betont werden, daß die altertümlichen Formen der *Confarreatio* und der *Coëmptio* für das Zustandekommen einer Ehe ohne Bedeutung waren; sie haben keinen andern Zweck, als dem männlichen Partner die *Manus*, d. h. die der *Patria potestas* ähnliche uneingeschränkte Familiengewalt über seine Frau zu verschaffen. Praktisch dürften allerdings in der Regel *Confarreatio* und *Coëmptio* mit den beim Abschluß der Ehe üblichen Feierlichkeiten religiöser Natur verbunden worden sein. Es war jedoch rechtlich nicht ausgeschlossen, die verschiedenen Akte voneinander zu trennen und die *Manus* erst nach der Hochzeit formell zu begründen, denn man konnte ja überhaupt davon absehen und abwarten, bis die eheherrliche Gewalt automatisch nach Ablauf eines Jahres seit der Verheiratung in der Person des Ehemannes zur Entstehung gelangte.

#### *Anmerkungen.*

<sup>1)</sup> *Ulpian* 1. 36 ad *Sab.*, D 50, 17, 30, wiederholt in 1. 36 D 35, 1, 15 i. f. Zur Bedeutung dieser Stellen vgl. insbesondere *Bonfante*, Pietro: Corso di diritto Romano, vol. I, La Famiglia p. 194 ss, Roma 1925; *Noailles*, Pierre: Mariage et Divorce, Cours de droit romain approfondi, Paris 1936/7, p. 166 ss; *Le Bras*, G.: La liberté du mariage à Rome, Cours de droit romain approfondi, Paris 1937/8.

<sup>2)</sup> *Ulp.* 1. 33 ad *Sab.*, D 24, 1, 32, 13 i. f. — Vgl. noch *Julian* 1. 16 dig. D 23, 1, 11; J 1, 10 pr; *Ulp.* Reg. 5, 2.

<sup>3)</sup> Vgl. das Zitat bei *Friedländer*, Ludwig: Darstellungen aus der Sittengeschichte der Römer (6. Aufl.) I 464. Leipzig.

<sup>4)</sup> *Pauli Sent.* 2, 19, 8: Vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest, ferner *Pomponius*, 1. 4 ad *Sab.*, de ritu nuptiarum D 23, 2, 5: «Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur; eam vero, quae abesset, ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse; deductione enim opus esse in mariti, non in uxor's domum, quasi in domicilium matrimonii.»

<sup>5)</sup> Vgl. C 5, 4, 2; C 5, 17, 11.

### III. Das germanische Recht.<sup>6)</sup>

In den germanischen Volksrechten sind die beiden überlieferten Formen des Eheschlusses der *Raub* und der *Kauf*, wobei der erstere in geschichtlicher Zeit offenbar seltener geworden zu sein scheint als der letztere. Die Tatsache der Entführung der Frau, also ein reiner Realakt, bewirkt das Zustandekommen einer Ehe. Nach der Darstellung von Andreas Heusler wird jedoch die *Ehe* als solche nicht schon mit der gewaltsamen Wegnahme *perfekt*, sondern *erst mit der Copula carnalis* zwischen Entführer und Entführter. Von diesem Momente an entsteht das familienrechtliche Band zwischen den beiden Personen und schuldet die Frau dem Manne zeitlebens die eheliche Treue. Auch der Brautkauf ist juristisch gesehen ein Realgeschäft. Während nach einzelnen Autoren in der tatsächlichen Uebergabe der Braut durch ihren *Muntherrn* an den Bräutigam, der *Traditio puellae* oder ahd. *Prutigeba*, der rechtlich bedeutsame Vorgang des Eheschlusses zu erblicken ist, vertreten namentlich Heusler und Eugen Huber die Auffassung, daß nach durchgeföhrtem Kauf die Ehe ihre eigentümlichen Wirkungen erst dann entfaltet, wenn es zur *Copula carnalis* zwischen den beiden Ehegatten gekommen ist. Heusler sieht im Brautkauf lediglich eine Umwandlung der ältern Raubehe. Die jüngere Form ist seiner Ansicht nach nichts anderes als eine vorher zwischen den interessierten Personen vereinbarte Entführung, die in den beim Hochzeitsfeste üblichen Gebräuchen, insbesondere der Heimführung der Braut ins Haus ihres Ehemannes, erinnerungsmäßig weiterlebt.

Die Zahlung des Kaufpreises seitens des Bräutigams ist nicht wesentlich für das Zustandekommen der Ehe, obwohl an sich ihre Wirkungen an diesen Realakt hätten geknüpft werden können. Im übrigen wird später der *Brautschilling* gar nicht mehr dem Schwiegervater ausgehändigt, sondern der Freier übergibt ihn seiner zukünftigen Frau, damit sie ihn nach der Heirat als sogenanntes Wittum im Falle seines Vorversterbens für ihren Lebensunterhalt verwenden kann, da sie als Witwe keinen Erbanspruch gegen den Ehemann geltend machen kann. Außerdem kommt der Brauch auf, daß der Gatte nach der Hochzeitsnacht seiner Gemahlin weitere

Vermögenswerte zukommen läßt; diese erhalten die Bezeichnung *Morgengabe* und haben eine ähnliche Zweckbestimmung wie das *Wittum* oder die «*Donatio propter nuptias*» des späteren römischen Rechts.

*Anmerkung.*

<sup>6)</sup> *Heusler*, Andreas: Institutionen des deutschen Privatrechts II 277 ff; *Planitz*: Grundzüge des deutschen Privatrechts § 81; *Huber*, Eugen: System und Geschichte des schweiz. Privatrechts IV § 125; *Freisen*, Josef: Geschichte des kan. Eherechts § 15, Paderborn 1893, (2. Ausg.). Eine zum Teil von der überlieferten Lehre abweichende Darstellung der Eheschließungsform im germanischen Rechte gibt neuerdings H. Meyer: Ehe und Eheauffassung der Germanen, Festschrift für Ernst Heymann (1940) Bd. I, S. 1—51.

#### IV. Das kanonische Recht.<sup>7)</sup>

Während sich die römischen Juristen und die Verfasser der germanischen Volksrechte mit dem Problem der formellen Voraussetzungen eines wirksamen Eheschlusses nicht ausführlich abgegeben haben, widmen ihm die *Theologen* und die *Kanonisten* des Mittelalters größte Aufmerksamkeit. Es ist äußerst interessant, zu verfolgen, wie sich darüber, ob der Eheschluß als Realakt angesehen werden soll oder auf dem Consens der beiden Gatten beruhe, im Mittelalter eine einhellige Auffassung nicht hat bilden können. Während noch die verschiedenen Autoren ihre Ansichten begründen, entsteht jedoch das Bedürfnis nach vermehrter Publizität bei der Eheschließung. Dieses wird mit der Zeit so stark, daß die katholische Kirche in der Mitte des 16. Jahrhunderts auf dem Konzil zu Trient, in welchem das gesamte Eherecht reformiert wird, die kirchliche Trauung obligatorisch erklärt, so daß von diesem Augenblick an die Eheschließung endgültig zu einem Formalakt geworden ist. Die weltlichen Rechte, gleichgültig ob es sich um rein katholische oder protestantische oder gemischte Staaten handelt, folgen im allgemeinen dieser Entwicklung.

##### 1. Die Zeit vor dem Tridentinum.

Die Repräsentanten der katholischen Kirche müssen nach der Ausbreitung des Christentums sich mit den überlieferten Anschauungen auseinandersetzen, wie sie in den Quellen des römischen

Rechts und in den germanischen Volksrechten niedergelegt sind. Sofern sie im Widerspruche zu den christlichen Lehren, vor allem zu dem in der Heiligen Schrift<sup>8)</sup> enthaltenen *Jus Divinum* stehen, sucht die Kirche die Grundsätze des weltlichen Rechts durch ihre eigenen Bestimmungen zu ersetzen. Insbesondere die *Gemeinschaft zwischen Maria und Josef* war für die Kirchenväter und die ältern Kanonisten der Ausgangspunkt zu zahlreichen Diskussionen darüber, ob es sich dabei um eine wirkliche Ehe oder um ein anderes Verhältnis gehandelt habe. Auf die verschiedenen Gesichtspunkte, welche von den Autoren in diesem Zusammenhange im einzelnen erörtert worden sind, kann selbstverständlich hier nicht näher eingegangen werden.

Wohl unter Berücksichtigung der in den germanischen Rechten geäußerten Auffassung wird von zahlreichen Theologen und Kirchenrechtlern des Mittelalters die Copula carnalis als das für den Eheschluß wesentliche Moment hervorgehoben. Dafür spricht vor allem der *Zweck der Ehe*, der nach kirchlicher Auffassung in der *Procreatio et educatio prolis* (Erzeugung und Erziehung von Nachkommenschaft) besteht. An sich wäre die Enthaltsamkeit der Idealzustand, den jeder gläubige Christ anstreben sollte. Wenn er jedoch zu schwach ist und seinen Trieben nicht widerstehen kann, so darf er ihnen nur nachgeben, wenn er sich in einer legitimen Ehe mit einer Frau verbindet, denn außerhalb einer solchen ist jeglicher geschlechtliche Verkehr verpönt und wird als *Fornicatio* (Hurerei) von der Kirche mit strengen Strafen geahndet.

Hauptvertreter dieser Auffassung sind von den Kirchenvätern die *Heiligen Ambrosius und Hieronymus*, ferner *Papst Gregor der Große* und *Isidor von Sevilla* im 7. Jahrhundert, *Hinkmar von Reims* in seinem 960 erschienenen Gutachten: «*De nuptiis Stephani*», die Franzosen *Anselmus von Laôn* und *Ivo von Chartres* im 11. Jahrhundert und namentlich der Italiener *Gratian*, dessen im 12. Jahrhundert erschienenes Werk: «*Concordia discordantium canonum*», obwohl es sich dabei um eine wissenschaftliche Privatarbeit handelte, später als erster Teil des *Corpus juris canonici* Gesetzeskraft erlangt hat.

Andere Autoren haben sich mehr vom römisch-rechtlichen Satze

«*Consensus facit nuptias, non concubitus*» beeinflussen lassen. Nach ihnen ist eine Ehe gültig zustande gekommen, sobald sich die beiden zukünftigen Gatten gegenseitig erklärt haben, miteinander eine Ehe eingehen zu wollen, gleichgültig in was für einer äußern Form dies geschieht. Anhänger der *Consensualehe* scheint, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, schon der heilige *Augustinus* gewesen zu sein, indem er die *Gemeinschaft zwischen Josef und Maria* im Gegensatz zu den andern Kirchenvätern als *Ehe* ansieht. Zur Begründung führt er aus «*Quia . . . consensus fuit inter istos, patet hos conjuges fuisse*»<sup>9)</sup> (Weil Vereinbarung zwischen ihnen bestanden hat, ist es klar, daß sie Eheleute gewesen sind).

Für die *Consensualehe* haben sich sodann einige bedeutende französische Theologen entschieden, wie *Hugo von St. Viktor* zu Beginn des 12. Jahrhunderts und *Petrus Lombardus*, der Zeitgenosse des *Gratian*. Letzterer stellt sich in seinen *Libri sententiarum* auf den Standpunkt, daß die *Copula carnalis* (Körperliche Vereinigung) zwar nötig sei, «*quantum ad significationem matrimonii*», nicht aber «*quantum ad veritatem vel sanctitatem*», und daß im übrigen die Ehe als solche wirksam zustande kommt, sobald sich die beiden Nupturienten den Willen zum Abschluß einer solchen erklärt haben.

Das *klassische Recht der katholischen Kirche*, wie es in den Werken der Kommentatoren zum *Decretum Gratiani* und später zum *Liber Extra* sowie zum *Liber Sextus* vom 12. Jahrhundert bis zur Reformation enthalten ist, nimmt eine vermittelnde Stellung zu den beiden widerstrebenden Anschauungen ein, wie sie einerseits von *Petrus Lombardus* in Frankreich und andererseits von *Gratian* in Italien vertreten worden sind. Auf den erstern hat sich vor allem die Praxis der gallikanischen Kirche zu stützen versucht, während der Auffassung *Gratiens* sich anfänglich seine Landsleute auf der Apenninenhalbinsel angeschlossen haben. Trotzdem sein *Decretum* durch die Aufnahme in das *Corpus juris canonici* offiziellen oder doch mindestens gesetzesähnlichen Charakter angenommen hat, ist aber doch die Lehre des *Petrus Lombardus* herrschend geworden, indem grundsätzlich die späteren Kanonisten die Willensübereinstimmung der Nupturienten als die wesentliche Voraussetzung zur Eingehung einer Ehe betrachten. Allerdings fehlt der abgeschlosse-

nen Ehe, solange sie nicht durch die Copula carnalis vollzogen worden ist, ein wesentliches Merkmal. Dem von *Gratian* und *früheren Kirchenrechtlern* vertretenen Standpunkt, es sei die Ehe überhaupt erst mit der Aufnahme des Verkehrs zwischen den beiden Ehegatten zustande gekommen, wird daher insofern Rechnung getragen, als die durch den Consens zur Ehe gewordene Gemeinschaft zwar als *Matrimonium ratum* anerkannt wird, aber als *Matrimonium nondum consumatum* wieder aufgelöst werden kann, sofern es noch nicht zur Copula carnalis zwischen den beiden *Conjuges* gekommen ist. Die der Ehe durch die *Sakramentsnatur* verliehene *Unauflöslichkeit* beginnt sich demnach erst nach der Aufnahme des Verkehrs zwischen den beiden Vermählten auszuwirken. Die gleiche *ratio legis* liegt dem vom kanonischen Recht aufgestellten Eehindernis der *Impossibilitas* zugrunde. Wenn dem Hauptzweck der ehelichen Gemeinschaft, der Erzeugung von Nachkommenschaft, wegen physischen Unvermögens einer der beiden Parteien nicht genügt werden kann, so soll eine Ehe, selbst wenn sich die beiden Parteien über ihren Abschluß einig geworden sind, als nicht zustande gekommen betrachtet werden.

Einige spezielle Fragen seien noch hervorgehoben:

a) Irgendwelche Feierlichkeiten sind beim Abschluß einer Ehe nicht erforderlich, ebensowenig gehört dazu die Bestellung einer Mitgift<sup>10)</sup>. Das Fehlen jeglicher Publizität bei dem wichtigen Akte, den der Abschluß einer Ehe nicht nur für die beiden Beteiligten, sondern auch für Drittpersonen und das Staatswesen bedeutet, kann schwere Nachteile zur Folge haben. Gleichgültig, ob man bloß auf den *Consens* abstellt oder auf die sich in der Intimität des neugegründeten Haushaltes abspielende Copula carnalis, können Ehen geschlossen werden, ohne daß außer den beiden Gatten jemand davon etwas vernimmt. Es ist daher verständlich, daß selbst die Kirche die heimlichen Ehen, die sogenannten *Matrimonia clandestina* (mittelalterlich: Winkelehe), die mit dem außerhalb jeglicher Öffentlichkeit erfolgten Abschluß rechtlich wirksam geworden waren, durch geeignete Bestimmungen zu verhindern suchte. Immer wieder ist es zu Komplikationen gekommen, wenn es sich darum handelte, das Zustandekommen heimlicher Ehen nachzuweisen, sei es,

daß Drittpersonen deren Vorhandensein bestritten, sei es namentlich, daß einer der beiden Partner sich mit einer andern Person verheiratete und sich von seinem früheren Ehegatten den Vorhalt gefallen lassen mußte, er sei ja bereits mit ihm vermählt. Welche der beiden Ehen sollte unter solchen Umständen gültig sein?

Die mit den *Matrimonia clandestina* verbundenen Uebelstände sucht als Erster *Papst Alexander III.*, der vor seiner im Jahre 1159 erfolgten Wahl zur höchsten kirchlichen Würde als Schüler des *Gratian* unter dem Namen Magister *Rolandus Bandinellus* kanonisches Recht in Bologna gelehrt hatte, zu beseitigen; er erklärt die kirchliche Trauung, die sich gewohnheitsmäßig in den christlichen Staaten des Abendlandes eingebürgert hatte, obligatorisch und droht den Leuten, welche sich seinem Erlasse nicht unterziehen wollen, kirchliche Strafen an, die bis zur Exkommunikation gehen können. *Alexander III.* verlangt, daß die beiden Nupturienten ihren Consens in Gegenwart des *Parochus loci*, d. h. des Geistlichen der Wohnsitzgemeinde, sowie zwei weiteren Zeugen erklären müssen. Früher war es üblich, daß der Austausch der zur Kundmachung des Consenses zu sprechenden Worte *vor der Kirchentüre* in aller Oef-fentlichkeit stattfand, weshalb der Ausdruck «*Celebratio in facie ecclesiae*» aufkommt. Daran anschließend begaben sich dann die beiden Ehegatten mit dem Geistlichen in die Kirche, um dort noch dessen Segen, die «*Benedictio nuptialis*», entgegenzunehmen. Spä-ter wird auch die Consenserklärung im Innern der Kirche unmittel-bar vor der Einsegnung durch den Priester ausgetauscht.

Eine zivilrechtliche Sanktion fehlt allerdings dem Erlasse *Ale-xanders III.*, indem Ehen, die an einem beliebigen Orte und ohne Zeugen abgeschlossen worden sind, als solche anerkannt werden, weil als wesentlich für ihr Zustandekommen nach wie vor der in irgend einer Form geäußerte Consens der beiden Nupturienten an-gesehen wird. Obwohl die heimlichen Ehen verpönt sind, gelingt es einstweilen nicht, sie aus der Welt zu schaffen.

b) Die *Ehe* ist nach der Auffassung der *Kanonisten* und im Ge-gensatz zur Stellungnahme der *römischen Juristen* ein Vertrag<sup>11</sup>). Darum gelten für den Abschluß der ehelichen Gemeinschaft die Grundsätze, die für die Entstehung kontraktlicher Obligationen

maßgebend sind. Die Ehe ist aber nicht *bloß ein Vertrag*, sondern sie gehört außerdem noch zu den *sieben feierlichen Akten*, welche die katholische Kirche als *Sakamente* bezeichnet hat. Die Wirkungen der Ehe richten sich deshalb nicht ausschließlich nach Vertragsgrundsätzen. Dies zeigt sich besonders deutlich in der Lehre der katholischen Kirche, derzufolge eine Ehe anders als ein gewöhnlicher Vertrag weder im gemeinsamen Einverständnis der beiden Parteien noch auf einseitiges Begehr von einem von ihnen wieder aufgelöst werden kann. Die Vorschriften des *Jus Divinum* (Göttliches Recht) verlangen, daß die Ehegatten, solange sie beide am Leben sind, miteinander verbunden bleiben. Im Gegensatz zum römischen und zum germanischen Recht kennt daher das kanonische keine Möglichkeit der Scheidung einer Ehe.

Die Sakramentsnatur der Ehe hat im weiteren zur Folge, daß die katholische Kirche die zivile Gerichtsbarkeit für alle das eheliche Verhältnis berührenden Fragen für sich in Anspruch nimmt und noch heute daran ausdrücklich festhält<sup>12)</sup>.

c) Ein *Verlöbnis* ist so wenig wie die Bestellung einer Dos nach kirchlicher Auffassung Gültigkeitserfordernis zum Abschluß einer Ehe, obwohl beides in der Regel nach den in den verschiedenen Landesgegenden üblichen Bräuchen beobachtet wird. Für diejenigen Kanonisten, welche auf den *Consens* als das ausschlaggebende Moment für das Zustandekommen der Ehe abstellen, ist es oft nicht leicht, ein Verlöbnis, das gleichfalls auf der Vereinbarung zweier Nupturienten beruht, aber erst in einem späteren Zeitpunkte die Wirkungen einer Ehe entfalten soll, vom Austausch der für den Eheschluß maßgebenden *Consenserklärung* zu trennen. Wohl werden in der Theorie die *Sponsalia de futuro* und die *Sponsalia de praesenti* auseinander gehalten; wenn es jedoch unter Verlobten zur geschlechtlichen Verbindung kommt, so hat diese endgültig ehebegründende Wirkung, und eine besondere Erklärung der beiden Partner, nunmehr noch die eheliche Gemeinschaft miteinander einzugehen, ist nicht mehr erforderlich<sup>13)</sup>.

d) Soweit der *Consens* als maßgebendes Moment für die Eingehung einer Ehe in Betracht fällt, brauchen die erforderlichen Erklärungen nicht durch die beiden Kontrahenten persönlich aus-

gedrückt zu werden, sondern sie können *durch Stellvertreter abgegeben* werden. Selbstverständlich muß der eigentliche Vollzug durch die beiden Partner selbst erfolgen. Gerade beim Eheschluß «*per nuntium vel per epistulam*» kann es sich daher ereignen, daß ein solches *Matrimonium ratum nondum consumatum* (Eine für gültig erklärte aber noch nicht vollzogene Ehe) nachträglich auf Begehrung eines der beiden Ehegatten wieder aufgelöst werden kann.

e) Ein wichtiger Unterschied zu den weltlichen Rechten besteht schließlich darin, daß die katholische Kirche beim Eheschluß die *Zustimmung der Eltern* der beiden Nupturienten *nicht verlangt*; sogar gegen deren ausdrücklichen Willen können sich Kinder heiraten, vorausgesetzt natürlich, daß sie das erforderliche Alter erreicht haben<sup>14)</sup>). Andrerseits sind Abreden von Eltern über eine spätere Verheiratung der Kinder rechtlich ohne Bedeutung. Wenn die Nupturienten sich nicht daran halten wollen, so kann sie niemand zum Abschluß der von ihren Gewaltinhabern vorgesehenen Ehe zwingen<sup>15)</sup>.

#### *Anmerkungen.*

<sup>7)</sup> *Freisen* op. cit. §§ 11, 17—22; *Esmein*, Adhémar: *Le mariage en droit canonique I* 80 ss, 101 ss, Paris 1811; *Dictionnaire de théologie catholique* t. IX col. 2123 ss, art. *Mariage*: La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille, par G. *Le Bras*, Paris VI 1927.

<sup>8)</sup> Vor allem der *Evangelien* und der *Briefe des Paulus* im Neuen Testament; aber auch das *jüdisch-mosaische Recht* wird berücksichtigt. Zu diesem vgl. insbesondere *Freisen*, op. cit. 40 und 92 ff.

<sup>9)</sup> *Freisen* op. cit. 85. — Die Stellungnahme *Augustins* ist allerdings nicht eindeutig, weshalb *Freisen* a. a. O., S. 153 den Augustin als Anhänger der *Realehe* bezeichnet.

<sup>10)</sup> Vgl. die bei *Freisen*, op. cit. S. 143 wiedergegebene Stelle aus den *Exceptiones Petri*: «Non convivia, non testes, non donatio propter nuptias, non sacerdotalis benedictio, sed sola destinatio animi viri et mulieris et parentum consensus, quorum in potestate sunt, faciunt nuptias, testimonium tamen et mentionem nuptiarum faciunt».

<sup>11)</sup> In diesem Sinne schon die *Exceptiones Petri*, App. I c. 20: «contractus id est ex utraque parte simul consensu tractus sicut nuptiae et emptio».

<sup>12)</sup> Vgl. *Codex Juris Canonici* = *CIC can.* 1960/61; Ausgabe 1917. Beschuß des Tridentinum, *Sessio XXIV de matrimonio can.* 12.

<sup>13)</sup> Vgl. X IV 5 de conditionibus appositis in despositione cap. 6 (Innocentius III.).

<sup>14)</sup> So allerdings erst das klassische Recht. Wie die bereits oben zitierte Stelle aus den *Exceptiones Petri* (*Anmerkung 11*) zeigt, ist ursprünglich auch von der Kirche die Zustimmung der Inhaber der elterlichen Gewalt als Gültigkeits erfordernis angesehen worden.

<sup>15)</sup> Daß Kinder entgegen dem ausdrücklichen Willen ihrer Eltern eine Ehe eingehen können, steht im Widerspruch zu den Grundsätzen des weltlichen Rechts. Dieses behält sich deshalb auch vor, entgegen der von der Kirche auf gestellten Ehefreiheit die Kinder, die sich an die Gebote ihrer Eltern nicht halten, zu bestrafen, z. B. dadurch, daß die Kinder wegen ihres Ungehorsams ihrer erbrechtlichen Anwartschaften gegenüber den Eltern verlustig erklärt werden; vgl. z. B. den *Codex Maximilianeus Bavanicus*, 1. Teil, B. 4, 6. Kap.

## 2. Die Änderungen des Rechts der Eheschließung auf Grund der Bestimmungen des Tridentinums.

Auf dem Konzil der katholischen Kirche, das nach der Reformation in den Jahren 1545—1563 mit einigen Intervallen in *Trient* abgehalten worden ist, hat das Ehrerecht wiederholt den Gegenstand lebhafter Diskussionen gebildet. Grundlegend sind schließlich die in der 24. Session gefaßten und am 11. November 1563 veröffentlichten Beschlüsse der großen Kirchenversammlung geworden. Darin haben die Katholiken, trotz den Gegenargumenten der Reformatoren und Einwendungen bedeutender Zeitgenossen, wie des *Erasmus von Rotterdam* oder des *Thomas Morus*, an der *Sakramentsnatur der Ehe* festgehalten. Dagegen sind die Bestimmungen des kanonischen Rechts über das Zustandekommen einer Ehe in der Weise abgeändert worden, daß *Matrimonia clandestina* gänzlich untersagt wurden, indem unter Uebernahme der bereits von *Papst Alexander III.* geäußerten Gedanken die kirchliche Trauung obligatorisch erklärt wird. Die Kirche gestaltet demgemäß den Eheschluß zu einem Formalakt um und gibt die überlieferte Konzeption, nach welcher der *Consens* das wesentliche Element des Eheschlusses darstellt, aber das in der *Copula carinalis* liegende reale Moment mit berücksichtigt werden muß, vollständig auf.

In erster Linie muß seit dem *Tridentinum* jede geplante Heirat vom *zuständigen Geistlichen an drei aufeinanderfolgenden Sonn- oder Feiertagen von der Kanzel aus verkündet werden*. Die Meinung dieser Formvorschrift geht dahin, daß jedermann gegen die in Aussicht genommene Hochzeit Einspruch erheben darf mit der

Begründung, es liege in der Person eines der Nupturienten oder beider ein Hindernis vor, welches die eheliche Gemeinschaft zwischen den beiden Kontrahenten ausschließt. Erst nach Durchführung der *dreimaligen Verkündigung* darf zur *eigentlichen Trauung* geschritten werden: «Quibus demonstrationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem matrimonii in facie ecclesiae procedatur, ubi parochus viro et muliere interrogatis, et coram mutuo consensu intellecto vel dicat: Ego vos in matrimonium conjungo in nomine Patris et Filii et Spiriti Sancti vel aliis utatur verbis juxta receptum uniuscuiusque provinciae ritum». (Wenn, nachdem diese Darlegungen vollzogen sind, kein rechtsmäßiges Hindernis vorgebracht wird, soll zur feierlichen Eheschließung vor der Kirche geschritten werden, wo der Pfarrer Mann und Frau frägt und nachdem er in Gegenwart aller die beidseitige Zustimmung vernommen hat, sagen mag: Ich gebe euch zur Ehe zusammen im Namen des Vaters und des Sohnes und des Heiligen Geistes oder andere Ausdrücke gebrauchen kann gemäß dem bestehenden Brauch jeder Gegend.)

Die Ehegatten können demnach ihren Consens nicht mehr in beliebiger Weise unter sich austauschen, sondern ausschließlich in Gegenwart des Geistlichen und zweier weiterer Zeugen. Dabei hat der Pfarrer die ausdrückliche Frage an die beiden Nupturienten zu richten, ob sie eine Ehe miteinander eingehen wollen. Mit was für Worten er dann ihre bejahenden Antworten bestätigt, ist nebensächlich. Wichtig ist dagegen, daß die Oeffentlichkeit durch die Mitwirkung des Geistlichen und die Anwesenheit von mindestens zwei Trauzeugen, sowie durch die Vornahme des Aktes in der jedermann zugänglichen Kirche gewahrt ist.

Jede in einer andern Form vollzogene Trauung oder die Abgabe eines formlosen Versprechens zwischen Mann und Frau hat keine ehebegründende Wirkung: «Qui aliter quam praesente parocho . . . et duobis . . . testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnimodo inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nulos esse decernit . . . » (Diejenigen, die anders als in Gegenwart des Pfarrers und zweier Zeugen die Ehe zu schließen versuchen sollten, die macht das heilige Konzil zu

einer solchen Eheschließung gänzlich untauglich und beschließt, daß derartige Verabredungen ungültig und nichtig sind) lautet die strenge Sanktion, die das Konzil von Trient für die Nichteinhaltung der von ihm erlassenen Formvorschriften ausdrücklich verfügt hat.

Wenn von den Formvorschriften grundsätzlich nicht abgewichen werden kann, so darf dagegen unter bestimmten Voraussetzungen die kirchliche Trauung unter Ausschluß der weiteren Oeffentlichkeit abgehalten werden. Wohl müssen der Geistliche und zwei Zeugen anwesend sein, doch ist es nicht nötig, daß Drittpersonen in allen Fällen davon Kenntnis erhalten. Ueber den Abschluß solcher sogenannten *Gewissensehen*, die einen letzten Ueberrest der Matrimonia clandestina darstellen, müssen Pfarrer und Zeugen strengstes Stillschweigen bewahren. Ihr Vollzug darf auch *nicht wie derjenige der normalen Trauung in dem vom Parochus loci geführten Register eingetragen werden*.

Inhaltlich genau gleich, wenn auch in etwas anderer Formulierung, lauten die heute geltenden Vorschriften des im Jahre 1917 erlassenen *Codex juris canonici* über die Form der Eheschließung<sup>17)</sup>.

Eine Stellvertretung beim Trauakt ist nach wie vor zugelassen, und jeder der beiden Nupturienten darf seinen Consens an den andern durch den Mund eines Bevollmächtigten erklären lassen. In zahlreichen Beispielen aus der Geschichte, namentlich bei Heiraten zwischen Personen fürstlichen Geblüts, ist von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht worden. Es sei in diesem Zusammenhang etwa an die ohne den männlichen Partner vollzogene Trauung zwischen Heinrich IV. und Maria von Medici erinnert, welches Ereignis von Rubens in meisterhafter Weise im Bilde festgehalten worden ist. In den letzten Jahren sind Ferntrauungen wieder neuerdings aktuell geworden, hat man doch gelegentlich in unseren Tageszeitungen Mitteilungen über die Eheschließung von in englischer Kriegsgefangenschaft lebenden Italienern mit Mädchen aus ihrer Heimat lesen können.

#### *Anmerkungen.*

<sup>16)</sup> Vgl. *Esmein*, op. cit., II. 163 ff.

<sup>17)</sup> Vgl. CIC can. 1094 ff (de forma celebrationis matrimonii), can. 1104 ff (de matrimonio conscientiae) und can. 1108/9 (de tempore et loco celebrationis matrimonii). Fortsetzung folgt.