

Die formellen und materiellen Erfordernisse der Eheschliessung im geltenden Rechte und im Departementalentwurfe eines Schweizerischen Civilgesetzbuches

Autor(en): **Burckhardt, C.C.**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **20 (1901)**

PDF erstellt am: **26.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896616>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Die formellen und materiellen Erfordernisse der Eheschliessung im geltenden Rechte und im Departementalentwurfe eines Schweizerischen Civilgesetzbuches.

Von Prof. C. CHR. BURCKHARDT.

Nicht das ganze Gebiet des Eheschliessungsrechtes wird im Folgenden erörtert. Auch die Erfordernisse der Eheschliessung werden nicht erschöpfend dargestellt. Es sollen bloss einige Neuerungen des Entwurfes und einige Streitfragen des geltenden schweizerischen Rechtes besprochen werden mit Ausblicken auf ausländische Gesetze.¹⁾

A. Die Formerfordernisse.

Der Entwurf behält im Wesentlichen den geltenden formellen Hergang bei. Aber manches ist genauer präzisiert, vor allem die Frage: Welchen Einfluss hat das Fehlen der gesetzlichen Formrequisite auf Entstehung und Bestand der Ehe? Das geltende Civilstandsgesetz sagt direkt nichts hierüber. Die Antwort ist daher in wichtigen Fällen unsicher. In anderen ist sie klar: einige Formerfordernisse sind nach geltendem Recht reine Ordnungsvorschriften, für das Zustandekommen der Ehe entbehrlich; andere sind unentbehrlich und ihr Fehlen ist unheilbar.

¹⁾ Entw. 124—141. Zum geltenden Bundesgesetze betr. Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dez. 1874 cf. F. v. Wyss in Ztschr. für Schweiz. Recht 20, Abt. Rechtspflege und Gesetzgebung 4 fg., spez. 11 fg., 27 fg. A. Martin, Commentaire de la loi féd. conc. l'état civil et le mariage 73 fg., 109 fg., 209 fg. Menth a in Revue judiciaire 1887, 65 fg., 81 fg., 113 fg.

1. Entbehrlich sind a) die Verkündung, ausser es käme zu ihrer Unterlassung das Fehlen der Zustimmung eines Consensberechtigten hinzu²⁾; b) der Eintrag im Eheregister.³⁾

Dagegen unerlässlich sind: die persönliche Anwesenheit der Parteien bei der Trauung,⁴⁾ ihre Ehemillenserklärung untereinander und an den gegenwärtigen Standesbeamten und die Erklärung ihrer Kopulation seitens des Standesbeamten (Art. 39). Das Civilstandsgesetz 50—53 sieht Ehenichtigkeits- und Eheanfechtungsklagen nur beim Fehlen bestimmter materieller Erfordernisse vor. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass Formverstösse die Giltigkeit der Ehe nie berühren. Sondern bei wesentlichen Formverstössen kommt nicht einmal äusserem Anschein nach eine Ehe zu Stande; deshalb bedarf es hier keiner Umstossung; wir haben ein *matrimonium non existens*, nicht *nullum*.⁵⁾ Natürlich ist eine Feststellungsklage möglich. Aber auch ohne solche kann jedermann direkt die Konsequenzen aus dem *matrimonium non existens* ziehen. Für die Parteien selber hat die Ehe keinerlei Wirkung. Sie können auseinandergehen und sofort eine an-

²⁾ Arg. C. St. G. 53. v. Wyss, 27 n. 1. Martin, 220. Mentha, 81. v. Salis, Schweiz. Bundesrecht III 1063. Handbuch für die Schweiz. Civilstandsbeamten (1881) § 225.

³⁾ Mentha, 83. Handbuch C. St. B. § 201. Ebenso das französische Recht (*Pandectes françaises t. mariage I* (1895) n° 226) und das deutsche Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Februar 1875, s. Hinschius, Kommentar 3. Aufl. (1890) zu § 54 n. 19. Mit Unrecht fürs Schweiz. Recht anderer Ansicht Martin, 119 fg., entgegen dem klaren Gesetzestext von Art. 39. Bericht der Minderheit der ständerätl. Komm. zum C. St. G. (26. Okt. 1874 B. Bl. 1874 III 859), „sowenig der Staat dem Menschen durch die Gebnrts- und Totenregister Tod und Leben giebt, ebensowenig hat er durch die Eheregister der Ehe Sein und Leben zu geben, sondern er hat dieselbe, wie bei Führung der übrigen Register, nur einzutragen.“

⁴⁾ Ebenso französisches Recht, *Pand. franç. cit. no. 221*.

⁵⁾ Mentha, 68 fg. Unter den 25 von 1876—1890 durch die Schweiz. Gerichte erledigten Ehenichtigkeits- und Eheanfechtungsklagen erwähnt die Publikation „Schweiz. Statistik, 103. Lieferung, Bern 1895“ p. 47 * drei wegen Trauung durch einen Nicht-Standesbeamten (Kanzlist eines Civilstandsamtes, Geistlicher, Konsul). Hier war vielmehr bloss Feststellungsklage zulässig. Motive Bürg. G. B. für das D. Reich IV 56 fg., 68 fg.

dere Ehe schliessen. Soll man aber gar folgern: Für die Frau gilt die Wartefrist von Art. 28 nicht; ebenso wenig gelten die Bestimmungen des Art. 55 über Putativehen? Rein formal liesse sich erwägen: Beide Bestimmungen setzen Nichtigkeitserklärung der Ehe voraus, und diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Aber das wäre unerträglich! Im übrigen mag die Behandlung als *matrimonium non existens* zur Not hingehen, wenn die standesamtliche Trauung gänzlich fehlte, wenn z. B. nur kirchliche Trauung erfolgte. Bedenklich aber ist sie, wenn die Civiltrauung bloss nicht tadellos war. Hier sollte die Ehe *prima facie* zu Recht bestehen, bis eine Nichtigkeitserklärung erfolgt ist.⁶⁾ So nun mit Recht Entwurf 153—156 u. 122: Bis die Ehe richterlich ungültig erklärt ist, hat sie die Wirkungen einer gültigen Ehe; die Bestimmungen über Wartefrist und Putativehe greifen Platz. Ein zweifelloser Fortschritt. — Ueber die beiden letzten der unzweifelhaft unerlässlichen Formrequisite des Civilstandsgesetzes folgendes:

a) Das Erfordernis der Ehewillenserklärung der Parteien unter sich und an den Civilstandsbeamten umfasst äussere Verkörperung und inneren Entschluss. Einwilligungserklärung ohne Einwilligung genügt so wenig als Einwilligung

⁶⁾ Hinschius, Archiv f. civil. Praxis 74 p. 63 fg. Gegen den Ausschluss der Putativehe bei Nichtexistenz der Ehe i. F. Formmangels cf. O. Fischer, in Gruchots Beitr. 25 p. 69—105; ders. in Iherings Jahrb. 29 p. 248 fg., 328 fg. mit beachtenswerten Gründen und reicher Praxis für Beschränkung der Nichtigkeit wegen Formmangels. Ueber den Unterschied der bloss versuchten und der wegen Formmangels nichtigen Ehe R. Leonhard in Archiv für Bürg. R. X p. 8 fg. B. G. B. 1317, 1324 (Heilung bei Eintrag ins Eheregister plus Ersitzung der Gültigkeit; sonst keinerlei Rechtswirkungen einer Ehe; cf. Kommentar von A. B. Schmidt und H. Habicht zum Familienrecht Bd IV des Komm. von Hölder u. a. 1900 p. 89 fg.). Die Regelung des Entw. ist vorzuziehen. Fürs C. St. Ges. v. Wyss 27 zweifelnd, ohne in die Erörterung seiner Unterscheidung in wesentliche und unwesentliche Formrequisite näher einzutreten: „Für das freie Ermessen, ob der jeweiligen vorgekommene Mangel als wesentlich oder unwesentlich zu gelten habe, bleibt ein ausserordentlich freier Spielraum.“ Martin, 210: *mariage in-existent* bei Trauung durch einen Nicht-Standesbeamten und bei fehlendem Konsens der Getrauten.

ohne diesbezügliche Erklärung.⁷⁾ Dagegen fallen in andere Gebiete die Fälle scheinbar vorhandenen in Wahrheit wegen natürlicher oder rechtlicher Handlungsunfähigkeit irrelevanten Willens; ebenso die Fälle vorhandenen aber infolge eines Willensmangels unfreien Willens. (C. St. Ges. 26. 28 Z. 3. 50. 51. Entwurf 117. 142 Satz 3. 145—148, 153. Siehe unten B 7.) Jene Unentbehrlichkeit der Consenserklärung der Parteien unter sich und an den Civilstandsbeamten tritt im Civilstandsgesetze kaum zu Tage. Nirgends eine Bestimmung wie die von Code civil 146: „il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement,“ oder die des deutschen Personenstandsgesetzes § 28: „Zur Eheschliessung ist die Einwilligung.... der Eheschliessenden erforderlich.“ C. St. Ges. 26. 50 reden bloss vom Fehlen freier Einwilligung, d. h. wie die Folge zeigt, nur von den durch Willensmängel beeinflussten Erklärungen.⁸⁾ Ebenso lassen die von der Trauung handelnden Art. 37. 39 nur indirekt auf jenes Requisit schliessen:⁹⁾ „auf Vorweisung der Verkündbescheinigung vollzieht der Civilstandsbeamte die Trauung“ und „die Ehe wird dadurch abgeschlossen,“ dass der Civilstandsbeamte die Eheleute nach ihrem Consense fragt und sein Vorhandensein konstatiert. Dass er zwischen inne wirklich geäußert sein müsse, wird nirgends gesagt. Hier ist der Entwurf korrekter: Art. 138 fordert zum Eheschlusse beidseitige Bejahung der Frage des Standesbeamten, Art. 153 die Einwilligung der Nupturienten.

⁷⁾ Mentalreservation, Simulation, mangelnde Ernstlichkeit sind wie nach B. G. B. 1323, 1332 (Komm. Schmidt-Habicht; Seuffert Archiv 53, 90) kein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund. Für den Entw. resultiert dies arg. Art. 142, 145 und bezüglich der von Art. 153 geforderten Einwilligung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, cf. O. R. 16.

⁸⁾ Richtig Martin 86 und v. Wyss 28 a. E., während v. Wyss 14 jenes Consenserfordernis auch in Art. 26 ausgesprochen finden will; ebenso Fleiner, obligator. Civilehe und kathol. Kirche (1891) 13 Note 1. Art. 26 lässt sich aber bestenfalls nur indirekt verwerten; er entspricht Code civil 180, nicht 146.

⁹⁾ Unrichtig v. Wyss 22; immerhin bezeichnet er den Wortlaut als „höchst unexakt.“ cf. König, Abänderung einiger Bestimm. des B. Ges. vom 24. Dez. 1874; Gutachten dem eidg. Justizdept. erstattet 1888 p. 16. 17.

b) Kopulation durch den Standesbeamten. Wie das französische Recht und das Reichspersonenstandsgesetz begnügen sich Civilstandsgesetz und Entwurf nicht mit der blossen Bereitwilligkeit des Standesbeamten, die erfolgte Consenserklärung der Parteien entgegenzunehmen. Anders das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) 1317, katholischen Anschauungen nachgebend: Freiwillige passive Assistenz des Standesbeamten bei der Erklärung der Nupturienten reicht hin. Der Standesbeamte ist aus seiner früheren mitschöpferischen Rolle verdrängt und beinahe zum bescheidenen Dasein des tridentinischen *parochus proprius* hinabgesunken, nur brauchte letzterer nicht freiwillig zur Empfangnahme der Consenserklärung bereit zu sein, wenn er sie nur vernahm und begriff; er war ja nur ein ausgezeichnete Zeuge, und die Zeugen brauchten weder *voluntarii* noch *rogati* zu sein.¹⁰⁾ Im BGB ist die Deklaration der Ehekonsenserklärung der Parteien seitens des Standesbeamten bloss Ordnungsvorschrift geworden. Ihre Vornahme deklariert bloss den bereits mit der Consenserklärung eingetretenen Eheschluss, sie wirkt nicht konstitutiv zur Eheschliessung mit. Dies wird wichtig, wenn nach abgegebener Consenserklärung an den empfangsbereiten Standesbeamten, aber vor der vollendeten Deklaration des letztern, der Tod eines der drei Beteiligten eintritt oder einer der Nupturienten seine Zustimmung widerruft: die Ehe ist trotzdem geschlossen, anders als nach dem Reichspersonenstandsgesetz und nach unserem Recht. Nach R. P. St. Ges. 52 war die Ehe geschlossen erst mit der vollendeten Abwicklung des zusammengesetzten Thatbestandes: Frage des Standesbeamten nach dem Ehekonsens, Consenserklärung der anwesenden Parteien vor ihm, und Mitteilung des Standesbeamten an die Parteien, er erkläre sie nunmehr für rechtmässig verbundene Eheleute.¹¹⁾ C. St. Ges. 39 geht noch weiter; es drängt die Thätigkeit der Civilstandsbeamten einseitig

¹⁰⁾ Fleiner cit. 14 fg.

¹¹⁾ Friedberg, Verlobung und Trauung (1876) 70 fg. Fleiner 19 Note 1. Hinschius Komm. zu § 52 Note 13 mit berechtigter Kritik gegen B. G. B.

und irreführend in erste Linie.¹²⁾ Nicht viel besser der Entwurf. Er erwähnt zwar, wie vorbemerkt, die Consenserklärung der Parteien als Thatbestandsmerkmal, will aber in Art. 138 und 153 von jener Präponderanz nicht lassen. Nach ihm wird die Ehe durch den Civilstandsbeamten mit Einwilligung der Parteien geschlossen; der Civilstandsbeamte vollzieht die Trauung, indem er bestimmte Worte ausspricht. Deutlicher kann nicht gesagt werden, dass der Civilstandsbeamte die Ehe schliesst, die Parteien kopuliert. Gesetz und Entwurf wollen die Auffassung abschneiden, als ob die Consenserklärung der Parteien vor dem empfangsbereiten Standesbeamten genüge; sie wollen ferner den Eintritt der Ehe nicht an eine zeitlich längere zusammengesetzte Handlung knüpfen, sondern an eine möglichst kurze Einzelerklärung. Damit leugnen sie aber die höhere Berechtigung oder doch die Gleichberechtigung der Consenserklärung im Verhältnis zu der Erklärung des Beamten. Die Consenserklärung wird zu einem mehr sekundären Erfordernis, zur näheren Modalität der primär massgebenden Thätigkeit des Standesbeamten abgeblasst.¹³⁾ Eine Ueberspannung der Bedeutung der Kopulation, wie sie selbst die späteren protestantischen Kirchenrechte nie gezeitigt haben und wie sie in dieser Schärfe in keinem anderen Civilgesetze sich findet. Diese Urgierung ist ungeschichtlich, sie widerspricht dem Volksempfinden und ist praktisch nicht von nöten. Ob sie materiell bewusst sei oder nicht, sie muss durch eine Fassung ersetzt werden, welche deutlich der Consenserklärung der Parteien gleichberechtigte Bedeutung giebt.

Aus dem Requisit der Erklärung des Standesbeamten folgt weiter, dass bei Trauung durch eine Person, die nicht

¹²⁾ Anders Fleiner 20 Note 1 und v. Wyss 22 „aus dem Wortlaut der Formel selbst geht hervor, dass der eheliche Konsens das entscheidende Moment ist, welchem der Beamte durch seine Deklaration lediglich die formelle Perfektion verschafft.“ Der Wortlaut spricht für unsere Darstellung. Martin 119 fg. Siehe unsern Text oben A 1 a am Schluss.

¹³⁾ Bezeichnend Reichs-Pers. St. G. 41: „Eheschluss vor dem Standesbeamten,“ ebenso B. G. B. 1317; Code civil 165 „le mariage sera célébré devant l'officier civil“ cf. 75. Dagegen C. St. G. 37: der Beamte vollzieht

Standesbeamter ist, nach R. P. St. Ges., CSt. Ges. und Entwurf eine Ehe überhaupt nicht entsteht, auch dann nicht, wenn die Parteien gutgläubig waren, z. B. den Amtenden für einen Standesbeamten hielten und halten konnten.¹⁴⁾ So im Gegensatz zu BGB 1319. Nach ihm genügt, dass jemand, der nicht Standesbeamter war, aber öffentlich das Amt eines Standesbeamten ausübte, als solcher bei der Trauung mitgewirkt hat, ohne dass die Parteien den Mangel kannten. Die Erfahrung hat gezeigt, dass jene Bestimmung zu hart ist.¹⁵⁾ Das Civilstandsgesetz ist ebenso unerbittlich wie das französische Recht. Bei der grossen Verbreitung und leichten Zugänglichkeit der schweizerischen Civilstandsämter sind in normalen Zeiten aus dieser Strenge keine Gefährden zu befürchten. In anormalen Zeiten kann aber eine besondere Gesetzesremedur nötig werden, wie in Frankreich nach dem Krieg von 1870/71: es wurde ein Gesetz vom 6. Januar 1872 erlassen „pour valider rétroactivement les actes dressés par des officiers de l'état civil sans qualité légale après le 4 septembre 1870, sous cette condition que la personne ait eu à ce moment l'exercice public des fonctions municipales ou de celles de l'officier de l'état civil à quelque titre ou sous quelque nom que ce soit.“¹⁶⁾

2. Diesen unzweifelhaften Requisiten und Nichtrequisiten der formellen Gültigkeit einer Ehe stehen im Civilstandsgesetze vier zweifelhafte Requisite gegenüber; die Vorschriften über die Kompetenz des Civilstandsbeamten, über Lokal und Zeit der Trauung, über die Assistenz zweier Zeugen und über das Aussprechen der in Art. 39 wörtlich vorgeschriebenen Frage- und Trauformeln durch den Standesbeamten. Sind sie bloss Ordnungsvorschriften oder unerlässliche Formalrequisite? Nach französischem Recht müssten wir trennen: die zwei letzten wären bloss Ordnungs-

die Trauung, nimmt sie vor. 39: schliesst sie ab. Entw. 157: er schliesst sie; vorsichtiger 138. Richtig 135: „bei“, nicht „von.“

¹⁴⁾ Hinschius Komm. § 42 Note 53.

¹⁵⁾ Fischer in Iherings Jahrb. 29 p. 283 fg. spez. 290 fg.

¹⁶⁾ Pandectes franç. cit. n° 227, 947, 951, 956.

vorschriften; dagegen kann eine nicht öffentlich oder von einem inkompetenten Standesbeamten abgeschlossene Ehe laut Code civil 191 von jedem Interessenten angefochten werden. Im R. Pers. St. Ges. waren die Kompetenz des Standesbeamten (§ 42) und die Vorschriften über Lokal und Zeit der Trauung (§ 52 enthält keine solchen) blosse Ordnungsvorschriften; Formalrequisit dagegen waren die Assistenz zweier Zeugen, die Fragestellung des Standesbeamten an die Verlobten einzeln und nacheinander, ob sie die Ehe mit einander eingehen wollten, und die ausdrückliche Konstatierung ihrer Eheconsenserklärung durch den Standesbeamten; bestimmte Wortformeln stellte das Gesetz nicht auf, sondern blosse Anleitungen bezüglich des Inhaltes (§ 52).¹⁷⁾

a) Wie nun nach Civilstandsgesetz? Trotz unsern bestimmten Frage- und Trauformeln wird für Fragestellung und Erklärung des Standesbeamten dasselbe gelten wie im Reichspersonenstandsgesetz. Dafür spricht die ganze Tendenz unseres Rechtes pro matrimonio und das Bedenken, den Eheschluss an einem noch so geringfügigen Sich-Versprechen oder einer inhaltlich irrelevanten Abänderung seitens des Civilstandsbeamten scheitern zu lassen.¹⁸⁾ Dagegen Fragestellung und Erklärung des Trauungswillens durch den Civilstandsbeamten sind unerlässlich. Hinwider sind die Vorschriften über die Assistenz zweier volljähriger Zeugen (Art. 38) sehr wahrscheinlich¹⁹⁾ und die über Zeit und Lokal der Trauung sicher blosse Ordnungsvorschriften. Für das Letztere spricht der Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 und 3. Die Bedeutung des Requisites der Oeffentlichkeit der Ehe, d. h. die Tendenz, heimliche Ehen zu verunmöglichen, fordert keinen gegenteiligen Entscheid. Das Gesetz sieht ja selber Ausnahmen vor; ferner ist die Verkündung, die in besonderem Masse

¹⁷⁾ Hinschius Komm. zu § 52 Note 13 und zu § 53. Fischer in Iherings Jahrb. 29 p. 281 fg.

¹⁸⁾ *Mentha cit.* 113, 114.

¹⁹⁾ *Mentha cit.* 114 fg; Hauptargument: Art. 39 erwähnt die Zeugen nicht. cf. *Mentha Mémoire relatif à la révision de la loi féd. sur l'état civil* (1888) p. 26.

die Oeffentlichkeit garantiert, für die Giltigkeit der Ehe nicht unerlässlich; endlich ist thatsächlich die Oeffentlichkeit der Trauung faktisch meist blosser Möglichkeit, nicht Thatsache.²⁰⁾

Am unklarsten ist die Tragweite der Inkompetenz des trauenden Civilstandsbeamten.²¹⁾ Unerlässlich ist gewiss, dass der amtierende Civilstandsbeamte in seinem eigenen Bezirke fungiert habe. Auch durch Delegation (kantonale Vorschriften vorbehalten) kann er nicht in einem anderen als seinem Bezirke Standesbeamter sein. In beiden Fällen heisst es „extra territorium privatus.“²²⁾ Ist aber die Ehe ungiltig, die ein Civilstandsbeamter, der nicht Standesbeamter des Wohnsitzes des Bräutigams ist, in seinem Kreise ohne die durch Art. 37 vorgeschriebene Autorisation jenes leitenden regulären Standesbeamten abgeschlossen hat? Im Zweifel wird man die Vorschrift als blosser Ordnungsvorschrift auffassen, in dubio pro matrimonio entscheiden müssen. Auf den Wortlaut des Art. 37 (Abs. 1 „in der Regel soll,“ Abs. 3 „darf,“ nicht „kann“) soll nicht allzuviel Gewicht gelegt werden; ausschlaggebend ist die Wünschbarkeit, die Nichtigkeitsgründe nicht zu häufen.²³⁾

b) Nach Entwurf 134, 135 autorisiert schon der Verkündschein die Ehelustigen, sich bei jedem schweizerischen Civilstandsbeamten trauen zu lassen; einer Delegation seitens des Civilstandsbeamten des Wohnsitzes des Bräutigams bedarf es nicht mehr. Ob diese Neuerung erwünscht sei, bleibe dahingestellt. Jedenfalls folgt daraus, dass die durch irgend einen schweizerischen Civilstandsbeamten, wenn auch ohne Vorweisung eines Verkündscheins, getraute Ehe giltig ist; denn die Verkündung ist nicht Formalrequisit. Für die übrigen Fragen schafft Art. 153 fast durchweg Klarheit mit den Worten: „Sind bei der Eheeingehung die gesetzlichen Formvor-

²⁰⁾ *Mentha* in *Revue jud.* cit. 82, 83. Ebenso *Martin* 220, aber mit unrichtiger Begründung. Daraus, dass Art. 50 fg. diesen Fall nicht unter den Gründen der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage aufzählen, folgt sein Charakter als reine Ordnungsvorschrift nicht; sie regeln eben nur das *matrimonium nullum*, nicht das *matr. non existens*.

²¹⁾ *Fischer* in *Iherings Jahrb.* 29 p. 282 fg.

²²⁾ Unrichtig *Martin* 82: blosser Ordnungsvorschrift.

²³⁾ *Mentha* *Revue cit.* 82.

schriften nicht beachtet worden, so kann aus diesem Grunde eine durch den Civilstandsbeamten mit Einwilligung der Ehegatten geschlossene Ehe nicht für ungiltig erklärt werden.“ Also: reine Ordnungsvorschriften sind die über die Assistenz zweier mündiger Zeugen und über das Lokal der Trauung (Art. 137; Bestimmungen über die Zeit enthält der Entwurf nicht); die wörtliche Fixierung der Frageformel ist abgeschafft und nicht einmal getrennte Fragestellung vorgeschrieben (Art. 138). Ja, nach Art. 153 ist nicht einmal eine Frage irgendwelchen Wortlauts nötig. Der Entwurf enthält bloss noch eine Trauformel: „nachdem ihr beide auf meine Frage erklärt habt, mit einander die Ehe eingehen zu wollen, erkläre ich im Namen des Gesetzes eure Ehe für geschlossen.“ Man darf aber wohl aus Art. 153 folgern, dass der Wortlaut bloss Ordnungsvorschrift und nur die inhaltliche Erklärung unerlässlich ist. Immerhin wäre eine ausdrückliche Hebung des Zweifels erwünscht. Zwei weitere Bedenken gegen die Fassung von Art. 153 erheben sich insofern, als einmal besser statt „den“ gesagt würde „einen“ Civilstandsbeamten, und als der terminus „mit Einwilligung der Eheleute“ durch „nach Einwilligungserklärung der Eheleute“ ersetzt würde. Sonst wird die in Art. 138 vorgeschriebene Reihenfolge: zuerst Einwilligungserklärung, dann erst Trauung, zur blossen Ordnungsvorschrift; das liegt nicht im Interesse zweifelsfreier Feststellung des Consenses. Vor allem aber, soll wirklich die interne Zustimmung der Parteien genügen; soll die in Art. 138 vorgesehene Bejahung der Frage soweit abgeschwächt werden? Man wäre versucht, angesichts der Präponderanz, die das Civilstandsgesetz und auch der Entwurf den Erklärungen des Standesbeamten beimisst, sich an passiv-bereitwilliger Assistenz der Parteien genügen zu lassen, wie BGB mit der passiv-bereitwilligen Assistenz des Standesbeamten. Aber das wäre doch bedenklich! Zuzugeben ist ja, dass eine Formalerklärung nicht erforderlich ist;²⁴⁾ so gut wie ein klares Ja

²⁴⁾ Unrichtig v. Wyss 14 „die formelle Erklärung (des Eheconsenses durch die Parteien im Momente der Trauung) ist wesentlicher Bestandteil des Trauungsaktes.“ Irreführend auch Martin 119 „cette forme rappelle

kann jedes konkludente Ausdrucksmittel des Willens genügen, auch ein Nichtwidersprechen auf gestellte inhaltlich klare Frage. Aber die Fragestellung ist ja bloss Ordnungsvorschrift. Umsomehr sollte eine deutliche positive Parteierklärung gefordert werden, so dass ein Nichtwidersprechen nicht ausreicht. Sonst sind Prozesse mit schwer zu entscheidenden Indicienbeweisen nicht ausgeschlossen. Ueber einen rein intern gebliebenen Willen kann natürlich kein Beweis erhoben werden, auch nicht durch Eid. Steht Art. 153 auf dem einzig sicheren Boden, eine Einwilligungserklärung der Parteien sei notwendig, so sage er es.

Die übrigen Förmlichkeiten der Ehe werden hier nicht besprochen.

B. Die materiellen Erfordernisse.

1. Ehemündigkeitsalter. Der für südliche Himmelsstriche und gesund-einfache Verhältnisse berechnete Pubertäts-termin des römischen Rechtes von 14 und 12 Jahren, den das kanonische Recht beibehielt, ist in den neueren Gesetzgebungen selbst von südlichen Ländern meist erhöht worden. Frankreich und Italien fordern 18 und 15 Jahre mit Dispensmöglichkeit.²⁵⁾ Das Reichspersonenstandsgesetz hatte 20 und 16 Jahre, beides mit Dispensmöglichkeit (§ 28); BGB 1303 fixiert für den Mann die Ehemündigkeit dispenslos auf die Volljährigkeit, normal also auf das zurückgelegte 21. Jahr; für die Frau blieb es beim frühern Ansatz. Unser jetziges Recht

la stipulation.“ Stipulation forderte Hören und mündliche Consenserklärung; sie war daher Tauben und Stummen verschlossen. Ueber Taubstumme cf. Fuzier-Herman, Répertoire du droit français t. 27 p. 328 n° 124, 125.

²⁵⁾ Code civil 144, 145. Codice civile 55. Oesterreich 14 Jahre für beide Geschlechter, Allg. B. G. B. 21, 48. Nach Lehr, le mariage le divorce et la sép. de corps dans les principaux pays civilisés, Paris 1899 p. 435: 14 und 12 Grossbritannien, Spanien, Griechenland, Portugal, Argentinien, Chili, Mexiko, Uruguay. 15 und 13 Kaukasus und Serbien. Beide 15 Norwegen. 16 und 14 Brasilien. 18 und 14 Peru. 18 und 15 Frankreich, Belgien, Italien, Rumänien. 18 und 16 Ungarn, Niederlande, Russland. Beide 20 Dänemark. 21 und 17 Schweden.

(Art. 27) stellt auf das vollendete 18. und 16. Jahr ab; dagegen Entwurf 116 schiebt die Ehemündigkeit für beide Teile um zwei weitere Jahre hinauf, 20 und 18 Jahre, und zwar wie bisher ohne Dispensmöglichkeit.²⁶⁾

a) Bei der Fixierung des Ehemündigkeitsalters kreuzen sich zwei Erwägungen: der Schutz der Parteien, ihrer Nachkommen, der Allgemeinheit gegen unreife, daher schädliche Ehen,²⁷⁾ und das Bedenken, aus weitem Hinausschieben könnte gesteigerter ausserehelicher Geschlechtsverkehr und die Unmöglichkeit, den Fall eines Mädchens durch Eheschluss zu decken, erwachsen. Primär entscheidend muss sein, wann durchschnittlich die wünschbare körperliche, geistige und sittliche Reife eintritt, beim Manne ferner, wann er wirtschaftlich leistungsfähig wird. Klimatische, hygienische, soziale Verhältnisse sind massgebend. Sie sprechen bei uns gegen niedrig gegriffene Termine. Keine Frage, dass unsere heutige Kultur gesteigerte Ansprüche an den Einzelnen stellt, denen er zudem körperlich weniger gewachsen ist als in einfachen Verhältnissen. Ein reiferes Alter bietet heute bessere Garantien für die leibliche Wohlfahrt der Ehegatten und ihrer Nachkommen und sichert ein besseres Verständnis für die

²⁶⁾ v. Salis, Schweiz. Bundesrecht III 1057, 1057 a.

²⁷⁾ Statistische Quelle oben Note 5 p. 24 *: 1871—1890 kamen auf je 1000 unverheiratete Männer der Altersklasse 18 und 19 im Jahresdurchschnitt Eheschliessungen von Männern dieses Alters: Schweiz, Durchschnitt 4, Glarus 15, Ausserrhoden 11. Wie die Eheschliessungen überhaupt, sind insbesondere die frühzeitigen in gewerblichen Gegenden häufiger als in landwirtschaftlichen; s. dort Tab. p. 25 *. Ehescheidungen 1876—1890 auf je 1000 bestehende Ehen: Schweiz, Durchschnitt 2,02; Glarus 3,24; Ausserrhoden 3,93. Für die Frage, ob ein Zusammenhang vorliege, fehlt das Material. Der Einfluss des Alters der Eheschliessung auf die Häufigkeit der Scheidung ist in jener Publikation nicht dargestellt. Keinen Schluss gestattet p. 60, wonach die Durchschnittszahl der Scheidungen auf je 1000 Verheiratete desselben Alters betrug: im ganzen 1,98 Männer, 1,96 Frauen, von solchen unter 20 Jahren z. Zt. der Scheidung: 1,81 und 2,37, cf. Beschlüsse der Schweiz. Aerztekommission 25. Mai 1900, spez. Votum von Dr. E. Haffter, Korrespondenzblatt für Schweizer Aerzte 1900 p. 416 fg. Von der Ausführung dieser Beschlüsse ist leider nichts zu hören. Siehe auch Verhandl. der schweiz. Reform. Predigergesellschaft Glarus 1900 p. 140 fg. 178 fg.

durch die Ehe begründeten moralischen Pflichten und wirtschaftlichen Aufgaben. Heute kann jeder 18-jährige Mann heiraten; alljährlich aber werden bei der Rekrutenuntersuchung viele Mangels körperlicher Reife auf 1—2 Jahre zurückgestellt. Die volle Reife erlangt bei uns der Mann erst zwischen dem 20. und 25. Jahre.²⁸⁾ Zeugung vor erlangter Reife schwächt die Organe und damit auch die Nachkommen. Ferner ist die Sterblichkeit und sonstige Gefährdung der Ehegatten unter 20 Jahren grösser als die der Ledigen desselben Alters und der Ehegatten über 20 Jahren; ebenso bezüglich der Nachkommen.²⁹⁾ Keinesfalls ist bei uns die Frau mit 16 Jahren durchschnittlich geschlechtsreif. Für eine Erhöhung bei beiden Teilen sprechen noch zwei weitere Erwägungen. Nach Art. 1 des Bundesgesetzes betr. die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881 und nach Entwurf 8 tritt die privatrechtliche Mündigkeit, d. h. die volle Privatrechts-Handlungsfähigkeit mit vollendetem 20. Jahre ein; mit demselben Alter wird man nach BV 74 stimmberechtigt. Vor diesem Termine kann die privatrechtliche Geschäftsfähigkeit nur erlangt werden, wenn die Behörde *causa cognita* Mündigkeitserklärung (Jahrgebung) ausspricht. Sie sollte hierbei nicht nur die wohlverstandenen, subjektiven Interessen des Petenten wahren, die Entwurf 9 einseitig hervorhebt, sondern auch die Interessen der Allgemeinheit. Der Petent muss wirtschaftlich, sittlich, und was zum Teil Vorbedingung ist, körperlich reif sein. Darum auch als unterste Grenze das vollendete 18. Jahr (Handlungsfähigkeitsgesetz 2, Entwurf 9). Nach Schweizer Recht macht Heirat mündig (cit. Gesetz 1, Entwurf 8). So ergibt sich fürs heutige Recht das seltsame Resultat, dass ein 18-jähr-

²⁸⁾ A. Hegar, *Der Geschlechtstrieb* (1894) 145, fordert das zurückgelegte 25. Altersjahr für den Mann, 20. für die Frau.

²⁹⁾ A. Hegar cit. 16 fg., spez. Tab. III p. 18, 19, z. B. Belgien 15—20 J. in ‰ Männer ledig 6,43; verheiratet 11,9; Frauen led. 8,36; verh. 13,16. 20—25 J.: 9,09 gegen 8,92; 8,33 gegen 13,15. Die abnorm hohe Sterblichkeit der ledigen 15—20 jähr. Frauen in Paris (1860—64: 10,23 ‰) ist nach Hegar „gewiss nicht ihrer Keuschheit“ zuzuschreiben. Ueber Kindersterblichkeit u. dgl. eod. p. 65, 122 fg., über „Vererbung“ p. 111 fg.: „die Nachkommen zu junger Eltern sind schwach an Körper und Geist.“

riger, auch wenn ihm die Jahrgebung mangels Reife versagt würde, sich durch Heirat privatim volljährig machen kann, wenn nur der Consensberechtigte, auch ein Privater, beistimmt. Die Wahrer des öffentlichen Interesses haben kein Wort hiezu zu sagen und so lassen sich durch reinen Privatakt Folgen erzielen, die dem öffentlichen Wohl schaden können. Der Entwurf beseitigt nun mit seinem Ehemündigkeitsalter die Bedeutung der Heirat als Mündigkeitsfaktor für den Mann. Mit Recht. Das Prinzip „Heirat macht mündig“ soll, wo nicht dringende Gründe dafür sprechen, nicht zu erheblichen Differenzen zwischen dem normalen und dem durch das Surrogat der Eheschliessung ersetzten Ehemündigkeitsalter führen. Nur bei der Frau ist eine Differenz gerechtfertigt der einschneidenderen Folgen wegen, die der Geschlechtsverkehr für sie haben kann. Und auch hier darf der Unterschied nicht zu gross sein. Warum knüpft aber der Entwurf die Ehemündigkeit des Mannes nicht an die Volljährigkeit, so dass auch ein mündig Erklärter heiraten kann wie im deutschen Recht, umsomehr da kein Dispens vorgesehen ist? Etwa weil die politischen Rechte erst mit dem 20. Jahr erworben werden und weil eine laxer Handhabung der Volljährigkeitserklärung zu Heiratszwecken befürchtet wird? Die letztere Gefahr ist zuzugeben. Aber kommen bei dieser Regelung nicht Fälle legitimen Bedürfnisses zu kurz? Dieselben Gründe, die eine privatrechtlich wirksame Jahrgebung wünschbar machen, können auch für Ehemündigkeit ins Gewicht fallen. Und den Gegengründen aus der politischen Handlungsfähigkeit gebricht es an innerem Gehalt. Privatrechtliche und politische Handlungsfähigkeit haben nichts zusammen zu thun. Ihr Eintritt im selben Termin ist eine abstrakte Gleichmacherei. Bei der Jahrgebung fallen sie ja auch auseinander. Nun dürfte aber ein ausschlaggebender Grund für die Regelung des Entwurfes neben der Befürchtung eines Missbrauches der Jahrgebung in der prophylaktischen Gegenwirkung dieser Grenze gegen verfrühten geschlechtlichen Verkehr liegen. Wenn ein noch nicht 20-jähriger Mann nicht heiraten kann, wird sich ihm ein Mädchen

weniger leicht hingeben als heutzutage. Diese Rückstauung des geschlechtlichen Verkehrs unreifer Männer liegt in ihrem und im allgemeinen Interesse. Die Bedürfnisse früherzeitiger Heirat sind auch auf Seite des Mannes nicht so gross, dass aus der Abschneidung ihrer Möglichkeit schwerer Schaden zu gewärtigen wäre.³⁰⁾ Lehnen wir also mit dem Entwurfe die Bedeutung der Jahrgebung für die Ehemündigkeit ab, so ist a fortiori der Vorbehalt eines Dispenses für den Mann zu verwerfen, wie Bebel ihn bei Beratung des BGB. im deutschen Reichstage forderte.³¹⁾ Wohl bemerkt, prinzipiell betonte er, dass eine Heirat von Männern unter 20 Jahren nur sehr ausnahmsweise erwünscht sei, da die notwendige körperliche und sittliche Reife in der Regel sogar über diesem Termine liege. Was die Fixierung des weiblichen Ehemündigkeitsalters betrifft, so steht der Entwurf mit seinen dispenslosen 18 Jahren unter unsern Nachbarn isoliert da.³²⁾ Eine noch höhere Grenze, so sehr andere Erwägungen für sie sprechen,³³⁾ verbietet sich wegen der schweren physiologischen und sozialen Folgen ausserehelichen Umganges für die Frau auch bei ausbleibender Schwangerschaft. Eine Regulierung durch Heirat kann hier dringender sein als beim Manne. Ja, angesichts der That- sache, dass ausserehelicher Verkehr von Mädchen unter 18 Jahren nicht selten ist, und angesichts der Opposition, die jener absolute Termin der weiblichen Ehemündigkeit namentlich in der romanischen Schweiz finden wird, möchte man

³⁰⁾ Statist. Quelle oben Note 5 p. 26 Tab. N: 1881—90 heirateten in der Schweiz 567 18-jährige und 1636 19-jährige Männer, d. h. 3‰ und 9‰ der heiratsfähigen Männer, gegenüber 20‰ im 20., ansteigend bis zu 113‰ im 28. Jahre.

³¹⁾ Sitzung 25 Juni 1896: Mugdan, die gesamten Materialien des B. G. B. IV. p. 1296 fg.

³²⁾ Ueber das „Bedürfnis“ früherzeitiger Heirat ist aus Quelle oben Note 30 zu entnehmen: 468 16-jährige und 1676 17-jährige Frauen = 3 und 8‰ der heiratsfähigen Frauen: im 18. Jahre schon 19‰, ansteigend bis zu 110‰ im 26. Jahre.

³³⁾ Oben Note 28. Eine Eingabe Schweizerischer Frauenvereine vom 24. Nov. 1897/3. Mai 1898 an das Eidg. Justizdep., unterzeichnet von 733 Vereinen mit 45,922 Mitgliedern, fordert mit knapper, guter Begründung 18 Jahre.

einer Dispensmöglichkeit vom 16. Jahre an das Wort reden, wenn nicht wieder jene ausschlaggebende Erwägung entgegentröfete: die Gefahr zu leichten Dispenses und die prophylaktische Bedeutung dieser ausnahmslosen Schranke. Niemand darf leugnen, dass das Schutzalter, welches die gegenwärtigen Strafgesetze den Mädchen gegen ausserehelichen Geschlechtsverkehr einräumen, erschreckend niedrig ist und sich nur aus dem Egoismus des männlichen Gesetzgebers erklärt. Ein Kind, das über keinen Rappen seines Vermögens frei disponieren kann, wird bezüglich Geschlechtsehre, leiblicher und moralischer Gesundheit als verfüngungsfähig und nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* behandelt, wie wenn es volle Einsicht in die Tragweite seiner Handlung hätte. Nicht nur für es selber, sondern auch für die Allgemeinheit erwächst hieraus schwerster Schaden. Die Prostitution rekrutiert sich überwiegend aus solchen, die in jugendlichem Alter gefallen sind. Die Unreifen bieten für geschlechtliche Infektion einen besonders fruchtbaren Nährboden und fördern damit die Verbreitung von Seuchen, die nur von wenigen anderen an Extensität und Intensität eingeholt werden, die man aber zum Schaden der Volkskraft immer noch feig gewähren lässt und unzureichend bekämpft. Das beste Kampfmittel, das sich heutzutage erreichen lässt, ist das, Gegenmotive gegen geschlechtlichen Umgang unreifer Mädchen zu schaffen, also den Mann hart zu bestrafen, der ein unreifes Mädchen geschlechtlich benützt, und das Mädchen widerstandsfähiger zu machen, indem man ihm vor Erreichung reiferen Alters die Aussicht auf Heirat, die es so oft zu Fall bringt, abschneidet. Ein bis zum vollendeten 18. Jahre rein erhaltenes Mädchen wird in vielen Fällen rein bleiben, weil es nun einsichtiger geworden ist. Genau besehen haben ja allerdings Schutzalter und Ehemündigkeit nichts zusammen zu thun. Man könnte sagen: das Schutzalter mag man bis zum vollendeten 18. Jahre ausdehnen; deswegen kann man doch das Ehemündigkeitsalter auf 16 Jahre festsetzen; es ist nicht dasselbe, ob man eigenmächtig ausserehlich über sich disponiert oder mit Zustimmung der Consensberechtigten zu

Ehezwecken. Zugegeben. Aber die grosse Masse unterscheidet nicht; sie sagt: „wer heiraten kann, ist zum Umgang reif und frei.“ Gewiss erreicht man eine wirksame Erhöhung des Schutzalters nur, wenn man es mit dem Ehefähigkeitsalter identifiziert, weil man nur so für das Mädchen gewichtige Motive schafft, seine Ehre bis zu dem Alter zu bewahren; wo es zu den *anni discretionis* kommt. Der absoluten Fixierung des weiblichen Ehemündigkeitsalters auf 18 Jahre ist die höchste soziale Bedeutung beizumessen.

b) Ungeschickt sagt Entwurf 116: „um eine Ehe eingehen zu können, muss der Bräutigam das 20., die Braut das 18. Altersjahr zurückgelegt haben.“ Nach Sprachlogik heisst das: die Ehe eines Eheunmündigen ist nichtig. Das will aber der Entwurf nicht. Er sollte sagen „dürfen.“ Denn zunächst ist die Eheunmündigkeit nur ein aufschiebendes Ehehindernis und die Ehe wie im BGB ihretwegen nur anfechtbar seitens der übergangenen Consensberechtigten. Nach bisherigem wie nach deutschem Recht setzt die Anfechtung voraus, dass dieser Consens bei der Heirat fehlte. Das ändert nun § 150 ohne Grund.³⁴⁾ Zwar der deutsche Text ist unklar; der Satz „und ist die Ehe“ etc. lässt sich zur Not auch auf den ersten Fall beziehen. Aber der französische Text ergiebt die Neuerung: „le mariage peut être attaqué par les père et mère ou le tuteur, lorsque l'un des époux n'avait pas atteint l'âge requis;“ dann folgt: „ou qu'étant mineur ou interdit il s'est marié sans leur consentement.“ Offenbar: der zweite Fall, der die Einschränkung aufstellt, denkt, soweit Minderjährige in Frage kommen, an ehemündige Minderjährige, der erste, bei dem sie fehlt, an eheunmündige Minderjährige. Vielleicht ein *lapsus calami*; Art. 52 des jetzigen Gesetzes sagt klar: „die Nichtigkeitsklage ist nicht mehr annehmbar: c. Wenn Vater

³⁴⁾ „Hat sich ein Ehegatte vor dem Alter der Ehefähigkeit verheiratet oder ist er zwar ehefähig, aber unmündig oder bevormundet gewesen, und ist die Ehe ohne die Einwilligung der Eltern oder des Vormundes geschlossen worden, so kann die Ehe durch Vater oder Mutter oder durch den Vormund angefochten werden.“

oder Mutter oder Vormund ihre Einwilligung für die Heirat gegeben haben.“ Unklar ist sodann nach dem Entwurf in beiden Fällen, ob, wenn Vater und Mutter die elterliche Gewalt haben, zur Anfechtung ebenso ihre Uebereinstimmung erforderlich ist, wie der Entwurf sie für die Zustimmung verlangt, oder ob Einer für sich allein anfechten kann. Kein Teil hat zugestimmt; kann Einer anfechten oder benimmt ihm die Nichtanfechtung des Andern das Recht dazu? Einer hat zugestimmt; kann der Andere anfechten? oder gar der Zustimmende, da seine isolierte Zustimmung wirkungslos war? Ueber Verwirkung des Anfechtungsrechts unten 2 am Schluss.

2. Zwei weitere Neuerungen des Entwurfs betreffen das Consensrecht (Art. 118).

a) Nach heutigem Rechte bedürfen (von den absolut eheunfähigen Geisteskranken abgesehen) nur die unter Altersvormundschaft Stehenden des Consenses ihrer gesetzlichen Vertreter, nicht aber andere Bevormundete. Der Entwurf dagegen knüpft auch die Verehelichung grossjähriger Entmündigter (interdits) an den Consens ihres Vormunds, mit Rekursrecht an die Obervormundschaft im Falle der Verweigerung. Dies trifft entmündigte Geistesschwache; ferner entmündigte Verschwender, trunksüchtige und lasterhafte Personen, die sich oder ihre Familie der Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung aussetzen oder die Sicherheit Anderer gefährden; ferner Personen, die zu einer Freiheitsstrafe von wenigstens einem Jahre verurteilt sind,³⁵⁾ endlich solche, die sich freiwillig unter Vormundschaft gestellt haben, weil sie wegen körperlicher Gebrechlichkeit, Altersschwäche, Unerfahrenheit ihre eigenen Angelegenheiten nicht gehörig zu be-

³⁵⁾ Heutiges Recht Bundesger. E. 19. Febr. 1876 i. S. Willi II 27 fg.: bedingt freigelassenen Sträflingen kann Eheschliessung nicht versagt werden; B. E. 20. Sept. 1884 i. S. Lendi X 330 fg.: Niemand darf zwecks Verunmöglichung der Verehelichung in eine Arbeitsanstalt verbracht werden; einem aus andern Gründen Detinierten braucht aber nicht zwecks Verheiratung zeitliche Entlassung gewährt zu werden; B. V. 54 garantiert bloss rechtliche, nicht faktische Ehefreiheit. — Angesichts dieser Praxis übertrieben Robadey in *Revue judiciaire* 1888 p. 321 fg.

sorgen vermögen (Art. 396—399).³⁶⁾ Eine glückliche Lösung, welche gegenüber dem Prinzip der Ehefreiheit das Interesse des Einzelnen und der Allgemeinheit wahrt, ohne das Prinzip selber anzutasten.³⁷⁾ Wenn mit der Vereinheitlichung des Civilrechts ein Rekurs ans Bundesgericht eröffnet werden sollte, ist ein Missbrauch nicht zu befürchten.

b) Beim Eheschlusse Minderjähriger giebt Civilstandsgesetz 27 das Consensrecht dem „Inhaber der elterlichen Gewalt (Vater oder Mutter)“ und wenn sie gestorben oder nicht in der Lage sind, ihren Willen zu äussern, dem Vormund. Die Bestimmung leidet an grosser Unklarheit.³⁸⁾ Sie lässt sich nicht einfach durch den Hinweis beseitigen, dass das kantonale Recht den Inhaber der elterlichen Gewalt benennt und ebenso das Verhältnis der vormundschaftlichen zur elterlichen Gewalt bestimmt. Denn es fragt sich: stellt nicht Art. 27 Obersätze auf? Die Frage soll hier nicht verfolgt werden.³⁹⁾ Entwurf 118 schafft Klarheit. Er sagt in Abs. 1: „Unmündige Personen können eine Ehe nur mit Einwilligung ihres Vaters und ihrer Mutter, und wenn beide Eltern gestorben sind oder die elterliche Gewalt nicht haben, mit Einwilligung des Vormundes eingehen.“ Das Nähere ergibt sich aus Art. 300. Demnach üben in bestehender Ehe beide Eltern gemeinsam die elterliche Gewalt über das unmündige Kind aus, der Vater als Haupt der Gemeinschaft, die Mutter als seine Vertreterin. Der Consens zur Ehe des ehemündigen Minderjährigen aber ist nach Art. 118 und 304, der gesteigerten Stellung zufolge, die der Entwurf durchweg der Mutter giebt, bei Vater und Mutter einzuholen, solange die normale

³⁶⁾ Der französ. Text von Art. 399 trägt den Vermerk „interdiction volontaire.“ Die zwei letztgenannten Fälle sind mit den zwei ersten auf eine Linie gestellt. Art. 403, 405.

³⁷⁾ Gegen weitergehende Einschränkungen der Eheschliessungsfreiheit König cit. 5, 6.

³⁸⁾ v. Wyss 15, 16. Martin 88 geht über die Frage hinweg. Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatrechts I (1886) 422 Note 1 und dort cit. König cit. 11.

³⁹⁾ Handbuch für schweiz. C. St. B. 123.

elterliche Gewalt besteht. Hat zur Zeit der Verkündung nur noch ein Elternteil die elterliche Gewalt, so genügt dessen alleinige Zustimmung. Dieser Fall tritt ein einmal bei Auflösung der Ehe (Art. 300); hier steht die Gewalt dem überlebenden oder demjenigen Ehegatten zu, dem die Kinder zugewiesen werden; ferner wenn einem Ehegatten die elterliche Gewalt gerichtlich entzogen wird (Art. 313). Im Interesse der Autorität der Mutter ist diese Steigerung ihrer Rechte gewiss zu begrüßen. Ein Konsens des Vormundes kommt nur in Frage, wenn beide Eltern todt sind, wenn beiden Eltern die elterliche Gewalt entzogen ist (Art. 313), oder wenn die Inhaberin der elterlichen Gewalt sich wieder verheiratet (Art. 315). Im Gegensatze zu BGB hält der Entwurf am Gesichtspunkte der Fürsorge für die Person des Kindes, der Ergänzung seiner mangelnden Handlungsfähigkeit fest.

Neben den Eltern steht wie nach jetzigem Recht⁴⁰⁾ so auch im Entwurf keine obere Instanz, wohl dagegen über dem Vormund. Im bisherigen Rechte war früher streitig, ob die Obervormundschaft bloss bei Verweigerung des Ehekonsenses thätig werden, oder ob sie auch, wenn das kantonale Recht dies zulasse, die vom Vormund erteilte Zustimmung kassieren könne. Seit 1892 ist im letzteren Sinne entschieden.⁴¹⁾ Diese Möglichkeit will der Entwurf stillschweigend abschneiden, wie sie ja auch vom BGB für grosse Teile Deutschlands, z. B. die Gebiete des Preussischen Landrechts, des sächsischen, französischen und badischen Rechts beseitigt wurde. Entwurf 449, welcher die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, und 450, welcher die Zustimmung der Aufsichtsbehörde zu gewissen vormundschaftlichen Handlungen fordert, zählt die Einwilligung zur Eheschliessung nicht darunter auf. Dies gilt für bevormundete Minderjährige und Grossjährige. Es fällt nun billig auf, dass es einer zweit-

⁴⁰⁾ v. Wyss 16 Note 2.

⁴¹⁾ B. E. 4. März 1892 i. S. Lüscher XVIII p. 75 fg. spez. p. 79 fg. *Revue der Gerichtspraxis* X 64, XI 42.

instanzlichen Ueberprüfung und Zustimmung bedarf bei einer Menge nicht sehr wichtiger ökonomischer Rechtsgeschäfte, z. B. bei jedem noch so kleinen Prozess, bei Ermächtigung des Bevormundeten zum selbständigen Betrieb eines Berufs oder Gewerbes, bei Eheverträgen und bei Jahrgebung, nicht aber beim Eheschluss, der doch auch mündig macht und wichtige ökonomische Folgen nach sich ziehen kann, kurz, bei dem Daseinsinteressen des Mündels und der Allgemeinheit in Frage kommen. Hier erscheint eine Aenderung im Sinne einer Herübernahme des jetzigen Rechtes angezeigt.

Der Mangel der erforderlichen Zustimmung ist nach Art. 118 und 150 nicht nur ein aufschiebendes, sondern auch ein, freilich stark beschränktes, trennendes Hindernis. Die Anfechtung steht nur dem nicht zustimmenden Konsensberechtigten zu und entfällt wie im bisherigen Rechte, sobald der Konsensbedürftige die Handlungsfähigkeit erlangt hat oder die Frau schwanger geworden ist.⁴²⁾ Im Gegensatze zum bisherigen Rechte soll sie dagegen durch ordnungsmässige Verkündung nicht ausgeschlossen werden.⁴³⁾ Beim Eheunmündigen soll der Mangel auch durch inzwischen erlangte Ehemündigkeit geheilt werden wie nach Civilstandsgesetz 52.

3. Verwandtschaft und Schwägerschaft in verbotenem Grade.

a) Das Civilstandsgesetz 28 verbietet in Uebereinstimmung mit dem mosaischen, römischen, kanonischen Recht die Heirat zwischen Oheim und Nichte, Tante und Neffe;⁴⁴⁾ ebenso Frankreich und Oesterreich,⁴⁵⁾ Dispens vorbehalten. Dagegen in Deutschland ist eine solche Ehe schon

⁴²⁾ Im C. St. Ges. ist streitig, ob auch Art. 53 unter der Ausnahme von Art. 52 b stehe. v. Wyss 29, 30 kritisiert zutreffend das unklare Verhältniss von Art. 27, 52, 53.

⁴³⁾ Mit Recht. Die Präsumption des Konsenses aus dem Stillschweigen trotz Verkündung, wie sie C. St. Ges. 53 aufstellt, läuft auf eine Fiktion hinaus, ebenso die Mangels ausdrücklicher Einwilligung aus Unterlassen der Verkündung gezogene Präsumption des Gegenteils. v. Wyss 30 Note 4.

⁴⁴⁾ Nicht Grossoheim und Grossnichte, Grosstante und Grossneffe. B. E. 10. März 1876 i. S. Tannaz II p. 29. v. Salis, Schweiz. Bundesrecht III n^o 1062.

⁴⁵⁾ Code civil 163. Oesterr. B. G. B. 65.

seit dem Reichspersonenstandsgesetze erlaubt. Welche Gründe veranlassen wohl den Entwurf, das bisherige Verbot zu streichen? Vielleicht die leichte Möglichkeit der Umgehung:⁴⁶⁾ die in Deutschland gültig geschlossene Ehe ist ja auch bei uns gültig. Aber das Bedürfnis ist gewiss kein schreiendes; die Fälle werden kaum zahlreich werden. In Preussen bildeten 1886—1890 die Ehen zwischen Onkel und Nichte nur 0,48^{0/0}, zwischen Tante und Neffe erklärlicherweise gar nur 0,09^{0/0} aller Ehen. Nun bestehen aber schon gegen die weit häufigeren Ehen zwischen Geschwisterkindern erhebliche sanitärische Bedenken; in jenem Grade der Verwandtschaft erhöhen sie sich noch.⁴⁷⁾

b) Ein zweites Verbot betrifft die Ehe zwischen Verschwägerten in gerader Linie („Schwiegereltern und -kindern, Stiefeltern und -kindern“⁴⁸⁾) sagt Civilstandsgesetz 28 Z. 2 b). Und zwar nach Civilstandsgesetz und Entwurf, trotz ihrem Schweigen, gemäss bundesgerichtlicher Praxis auch bezüglich der ausserehelichen Descendenz und Ascendenz eines Ehegatten und dem andern.⁴⁹⁾ Entwurf 119 stellt das Ehehindernis ausdrücklich auch für den Fall auf, dass das Verhältnis durch eine ungültige Ehe (inkl. Formmängel) begründet worden war. Ist dies eine materielle Neuerung? Das Civilstandsgesetz schweigt und so ist die Frage streitig, wie sie es nach dem 1875er Reichsgesetz war. In Deutschland herrschte die Ansicht, bei jener Sachlage entfalle das Ehe-

⁴⁶⁾ Handb. für C. St. B. 111. v. Salis cit. III 1061. König cit. 8.

⁴⁷⁾ Hegar cit. 120 fg., 143, 145. Gegen Tantenehe v. Scheurl, Archiv f. civ. Praxis 74 p. 392. Für Dispens zwischen Onkel und Nichte König cit. 11.

⁴⁸⁾ Ist dies wörtlich beschränkt zu interpretieren? Für Bejahung scheint zu sprechen der Gegensatz zu C. St. Ges. 28 Z. 2a, Blutsverwandte, wo es ausdrücklich heisst „in allen Graden der auf- und absteigenden Linie.“ Aber der französ. Text sagt: „alliés en ligne directe, ascendante ou descendante.“ Dieser genauere Ausdruck zeigt, dass hier Kinder = Descendenten, Eltern = Ascendenten. Martin 91. König 11. Handb. für C. St. B. 127 fg. Ebenso B. G. B. 1310. Der Stiefvater kann also nicht die Tochter seiner Stieftochter, die Witwe nicht den Grossvater ihres verstorbenen Ehemannes heiraten.

⁴⁹⁾ B. E. 7. Juli 1877 i. S. Imhof III 475. B. E. 22. April 1881 Dard c. Vaud VII 352.

hindernis, es wäre denn die Ehe nur wegen Formmangels ungültig.⁵⁰⁾ BGB Entwurf I 1236 hatte aus sittlichen Erwägungen dieselbe Bestimmung wie unser Entwurf getroffen; das definitive Gesetz liess sie fallen, weil es das Ehehindernis der *affinitas illegitima* einführte, das in der Mehrzahl der Fälle wegen des stattgefundenen geschlechtlichen Umgangs der Ehegatten der ungültigen oder Putativehe eine solche Heirat unmöglich macht. Unser Entwurf kennt dieses Ehehindernis nicht,⁵¹⁾ seine Neuerung ist also gewiss sittlich empfehlenswert. Während in diesem Punkte unser heutiges Recht zweifelhaft ist, wird trotz Schweigen des Gesetzes kein Bedenken bestehen, das Eheverbot wegen Schwägerschaft anzuwenden ohne Unterschied, ob die gültige Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet wurde, noch besteht oder nicht. Man wende nicht ein, im ersten Fall komme es wegen des Verbots der Doppelehe gar nicht in Frage. Freilich, wenn z. B. der Fall Entwurf 144 Schlusssatz eintritt.⁵²⁾ Dagegen gilt das Hindernis der Schwägerschaft nicht für die nach Auflösung der die Schwägerschaft vermittelnden Ehe geborenen Descendenten. Erlaubt ist z. B. die Ehe zwischen einem geschiedenen Manne und der nach erfolgter Scheidung aus anderweiter Verbindung geborenen Tochter seiner geschiedenen Frau. Denn hier ist kein Schwägerschaftsverhältnis begründet.⁵³⁾

c) Keine materielle Neuerung ist es, dass das Hindernis der Verwandtschaft zwischen Adoptiveltern und -kindern mit der Lösung des Verhältnisses aufhört.⁵⁴⁾ Eigentümlich, aber unserem geltenden Rechte doch wohl entsprechend, ist,

⁵⁰⁾ Hinschius Komm. zu § 33 Note 17. B. G. B. Mot. IV p. 22.

⁵¹⁾ B. E. 5. Dez. 1879 i. S. Blättler V 592.

⁵²⁾ B. G. B. 1310, 1590 Abs. 2. Komm. Schmidt-Habicht zu § 1310 p. 53 n^o 3b.

⁵³⁾ Für das R. Pers. St. G. zu Unrecht bestritten; v. Sicherer, Personenstand und Eheschliessung in Deutschland (1879) 203.

⁵⁴⁾ Entw. 119 am Schluss. C. St. Ges. schweigt. Ebenso wie Entw. R. Pers. St. G. § 33 Z. 4 und B. G. B. 1311. Anders das gemeine Recht: Dig. 23, 2, 55.

dass die Ehe zwischen dem Adoptierenden und einem Descendenten des Adoptierten möglich ist.⁵⁵⁾ Undenkbar ist der Fall nicht, da nach Entwurf 289 die Adoption nach zurückgelegtem 40. Altersjahr und bei einer Altersdifferenz von wenigstens 18 Jahren gestattet ist.

d) Die Tragweite des Ehehindernisses der Bluts- und Adoptivverwandtschaft und der Schwägerschaft ist eine verschiedene, daher der farblose Ausdruck von Entwurf 119: „Die Ehe ist verboten.“ Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft im verbotenen Grade sind trennende öffentliche Hindernisse; sie rufen der Amts- und der Popularklage. Dagegen das Adoptivverhältnis schwächt der Entwurf unserem jetzigen Rechte gegenüber von einem trennenden öffentlichen zu einem aufschiebenden Hindernis ab; wenn formal richtig geschlossen, ist die verbotswidrige Ehe gültig und hebt das Adoptivverhältnis auf.⁵⁶⁾

4. Das impedimentum ligaminis, das sich aus dem monogamen Prinzip ergibt (Entwurf 120, 121), ist wie bisher ein trennendes öffentliches. Neu und zweckmässig ist der Ausschluss der Nichtigerklärung, wenn der zweite Ehegatte des Bigamen beim Eheschlusse gutgläubig war und die frühere Ehe aufgelöst ist (Art. 144).⁵⁷⁾ Den Nachweis des Todes des frühern Ehegatten erleichtert Entwurf 32 gegenüber 31. Eigentümlich geordnet ist die Bedeutung der Verschollen-

⁵⁵⁾ Entw. 119: „Zwischen der Person, die ein Kind angenommen hat, und dem angenommenen Kinde.“ Bei C. St. G. 28 Z. 2 b „Adoptiveltern und -Kinder“ dieselbe Kontroverse wie oben Note 48. Für wörtliche Beschränkung spricht, dass nach moderner Rechtsentwicklung die Adoption ein Verwandtschaftsverhältnis nur zwischen diesen Personen selbst schafft, cf. Handb. für C. St. B. 130. Ebenso R. Pers. St. G. § 33; anders B. G. B. 1311 „mit dem an Kindesstatt Angenommenen oder dessen Abkömmlingen.“ Die Ehe zwischen dem Annehmenden und dem geschiedenen oder überlebenden Ehegatten des Angenommenen fällt auch nach schweiz. Rechte nicht unter das Verbot wegen Schwägerschaft. Denn nach Entw. 289 fg. erstreckt sich die Adoptivverwandtschaft nicht auf die Blutsverwandten oder Verschwägerten der Parteien, ebenso nach den geltenden kantonalen Rechten, Huber, Schweiz. Privatr. I p. 410 fg. cf. B. G. B. 1763. Mot. IV p. 979.

⁵⁶⁾ Entw. 151 wie B. G. B. 1323, 1330, 1771.

⁵⁷⁾ Jetziges Recht: B. E. 27. Mai 1887 i. S. Pugin XIII 190 fg. Erw. 3, 4.

heitserklärung für das Recht der Wiederverhehlichung, welche bisher bundesrechtlich nicht normiert war. Nach katholischem Kirchenrecht löst nur der Tod die Ehe, nicht die Todeserklärung. Die Härte, die in einer Auflösung der Ehe durch eine Todeserklärung dann liegt, wenn der Totgeglaubte lebt, vermeidet BGB 1348; nach ihm löst zwar nicht schon die Todeserklärung, wohl aber die auf ihrem Grunde erfolgte Wiederverheiratung des Ehegatten des Toterklärten die Ehe; es wären denn beide neue Ehegatten im Momente des Eheabschlusses im bösen Glauben; dann ist ihre Ehe nichtig. Dem katholischen Standpunkt ist Rechnung getragen dadurch, dass jedem gutgläubigen Gatten der neuen Ehe verstattet wird, diese Ehe anzufechten, wenn der Toterklärte lebt. Nach dem Entwurfe 33 fg. wirkt die Todeserklärung auf alle Ansprüche, die aus dem Tode einer Person abgeleitet werden können, auch auf die familienrechtlichen. Aber sie begründet überall nur eine Vermutung; ihre Folgen sind umstossbar. Das mag sich in vermögensrechtlicher Hinsicht durchführen und ausgleichen lassen, nicht aber bei der Ehe. Hier soll darum durch besondere Kautelen eine unumstossbare Praesumption geschaffen werden. Entwurf 121 bestimmt: Wenn sich der Ehegatte des Verschollenen wieder verheiraten will, kann er den hiezu erforderlichen Nachweis des Todes nicht durch den Nachweis der gewöhnlichen Todeserklärung ersetzen. Sondern seine Ehe mit dem Verschollenerklärten muss zuvor durch Gerichtsspruch aufgelöst sein, welcher ergeht sei es zugleich mit der Verschollenheitserklärung, sei es in einem besonderen Verfahren nach Massgabe des Ehescheidungsverfahrens. Todeserklärung ist also Voraussetzung der Wiederverhehlichung, aber nicht ausreichende; es muss noch jenes Plus dazu kommen. Jene Auflösung ist keine Scheidung.⁵⁸⁾ Scheidungsgründe und -wirkungen kommen bei ihr

⁵⁸⁾ Mitunter bietet die Scheidung wegen böswilliger Verlassung ein Auskunftsmittel, aber nicht immer. Freilich ist dieser Scheidungsgrund mitunter gesetzgeberisch in dieser Richtung verwertet worden und wird bei uns gesetzwidrig, wie überhaupt, so auch für solche Fälle mitunter missbraucht, z. B. Revue der Gerichtspraxis XI N^o 62.

nicht in Frage; nur das Scheidungsverfahren ist analog anzuwenden. Denn die Auflösung dient nur dazu, die Eingehung einer neuen Ehe derart zu sichern, dass in dieser Richtung eine Umstossung der Praesumption einflusslos ist. In der That ist nirgends ein Anfechtungsrecht des Toterklärten gegen die zweite Ehe seines Gatten vorgesehen. Auch die Nichtigkeitserklärung dieser zweiten Ehe ist ausgeschlossen; da jene potenzierte Todeserklärung die Ehe auflöst, war ja der Gatte des Toterklärten z. Zt. seiner neuen Heirat nicht „bereits verheiratet“ (Art. 132). Eine Anfechtung oder Nichtigkeit der Auflösung des Art. 121 ist nicht vorbehalten. Das heisst aber etwas weit gehen im Bestreben, reinen Tisch zu schaffen. Wenn der binubus oder gar beide neuen Ehegatten in bösem Glauben sind, verdient doch ihre Ehe keinen Schutz, jene Auflösung keinen Bestand. Auch der Ausschluss der Anfechtung ist bedenklich. Der gutgläubige Ehegatte des Toterklärten kann sich nämlich nicht auf Irrtum oder Betrug seitens des andern berufen; Entwurf 146 und 147 passen nicht. Der andere gutgläubige Ehegatte aber kann aus diesen Gründen anfechten, jedenfalls wegen Betrugs („Täuschung über die Ehrenhaftigkeit des andern Ehegatten“).

Unumstösslich ist auch diese potenzierte Todeserklärung freilich wohl nur, wenn der Ehegatte, der das Urteil erwirkt hat, auf Grund desselben wieder heiratet. Unterlässt er es, so kann auch jenes Urteil nur *rebus sic stantibus* gelten. Demnach wäre es nicht sowohl das Urteil als die auf Grund des Urteils geschlossene neue Ehe, welche die Ehe mit dem Verschollenen löste; auch der Toterklärte selber kann nun erst anderweitig heiraten, nicht schon auf Grund des Urteils. Oder sollte auch das nicht möglich sein? Er kommt mit Art. 120 ins Gedränge: „Personen, die bereits verheiratet waren, müssen, um eine neue Ehe einzugehen, vorerst den Nachweis erbringen, dass ihre frühere Ehe durch Tod des andern Ehegatten oder durch Scheidung aufgelöst oder für ungültig erklärt worden ist.“ Nichts von alledem trifft ja zu. Der Civilstandsbeamte müsste also wirklich Enoch Arden, dessen Gattin sich so gültig anderwärts verheiratet hat, Ver-

kündigung und Trauung verweigern? Nein. Jene Fassung ist nur deshalb so eng, weil an diesen Fall nicht gedacht wurde. A kann nicht mit B verheiratet sein, während B es nicht mit A ist. Die Materie ist offenbar inhaltlich und redaktionell noch zu überprüfen; fraglich ist auch, welche erhöhten Garantien besserer Untersuchung dieser zweite Todeserklärungsprozess bieten soll? Neue oder andere Momente als für die gewöhnliche Todeserklärung können auch hier nicht in Frage kommen.

5. Ehebruch ist weder in unserem jetzigen Recht noch im Entwurf ein Ehehindernis.⁵⁹⁾ Auch ein ausdrücklich wegen Ehebruchs geschiedener Ehegatte kann den konstatierten Mitschuldigen heiraten. Das kanonische Recht und die lutherischen Kirchenordnungen des 17. Jahrhunderts dagegen knüpften ein Eheverbot an qualifizierte Ehebruchsfälle;⁶⁰⁾ die reformierten Genfer Ordonnances von 1541 sogar an jeden Ehebruch. Code civil 298 und Reichspersonenstandsgesetz 33 Z. 5 schliessen nur die Ehe des Ehebrechers mit dem gerichtlich festgestellten Mitschuldigen aus, BGB 1312 verbietet sie schlechthin zwischen dem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit welchem er den Ehebruch begangen hat. Diese Verschärfung hat sich nur schwer durchsetzen lassen;⁶¹⁾ man ging zu weit und suchte wieder durch Beibehaltung der bisherigen Dispensmöglichkeit einzulenken. So verfehlt das Gebot seinen Zweck, abschreckend zu wirken; natürlich hofft und zählt jeder auf Dispens und Legitimierung des Ehebruchs. Ist die negative Lösung des Entwurfes zu begrüßen? Pro und contra dürften sich die Wage halten.⁶²⁾

⁵⁹⁾ Bundesrat und Ständerat wollten ihn im C. St. Ges. als Ehehindernis aufnehmen; B. Rätl. Entw. 26 Z. 3. Durch B. V. 54 wäre dies nicht ausgeschlossen; B. E. 20. Februar 1875 i. S. Graf I 98 fg. Ueber Revisionsbegehren im Sinn einer Aufnahme dieses Ehehindernisses einlässlich König 12 fg.

⁶⁰⁾ Seuffert Archiv 52, 241.

⁶¹⁾ B. G. B. Mot. IV 24 konzidiert „erhebliche Gründe für Beseitigung des Eheverbotes.“ Prot. 4919 fg. (Mugdan cit. p. 696 fg.) Kommissionsbericht 11 Mugdan 1192).

⁶²⁾ pro Martin 193. König 16 mit Dispens. cf. v. Salis, Schweiz. Bundesr. III n° 1032. Darstellung der in den Preussischen Gesetzen über die

Die öffentliche Meinung urteilt sehr verschieden. Der Angelsachse fordert die Heirat als Sühne; bei uns wird sie wohl mehr als sittliches Aergernis empfunden; je nach Einzellage, Schuld oder Unschuld des Teilnehmers am Ehebruche, wird aber das sittliche Urteil bald imperativ bald prohibitiv lauten. Sicher verdient keine Schonung ein am Ehebruch Mitschuldiger, d. h. der Gegenpart, der sich ebenfalls des Ehebruches schuldig gemacht hat. Zumal wenn er rechtskräftig deswegen verurteilt wurde, ist die Zulassung der Ehe sittlich bedenklich, während sie sich empfehlen kann, wenn die ledige Frau, mit der die Ehe gebrochen wurde, den verheirateten Stand des Ehebrechers nicht kannte. An gröbere Fälle sollte ein Verbot geknüpft werden; die Wartefrist reicht nicht aus.

6. Bei den Wartefristen trifft der Entwurf eine sachgemässe und eine unsachgemässe Neuerung.

a) Sachgemäss ist es, dass die 300tägige Wartefrist, welche Art. 28 des Civilstandsgesetzes propter turbationem sanguinis den Witwen, den geschiedenen und den aus nichtiger Ehe heraustretenden Frauen starr ausnahmslos auflegt,⁶³⁾ nach Entwurf 122 nur, wo sie angemessen ist, aufrecht bleibt: sie endet mit Eintritt einer Geburt oder Fehlgeburt, und der Richter kann sie abkürzen, erstens wenn eine Schwangerschaft aus der früheren Ehe ausgeschlossen ist. Bedenklicher, weil zu generell, ist die zweite Alternative: „oder wenn aus anderen Gründen die Abkürzung als geboten erscheint.“ Es wird vorab an den Fall gedacht sein, dass geschiedene Eheleute vor Fristablauf einander wieder heiraten. Die Klausel ist aber zu generell und eröffnet richterlicher Willkür einen Spielraum. Ist es z. B. erwünscht, dass eine geschiedene schwangere Frau von der Wartefrist dispensiert werden kann, weil sie vom neuen Bräutigam schwanger sei?

b) Unsachgemäss ist die erhebliche Beschränkung der Strafwartefristen; Entwurf 123, 173. Sie sind eine eigenartige

Ehescheidung unternommenen Reform, Berlin 1844 p. 86. Verhdlg. der Schweiz. Reform. Predigergesellschaft Glarus 1900 p. 154, 184. Contra E. Herrmann in Jahrbücher für deutsche Theologie V (1860) p. 254 fg. spez. 304 fg.

⁶³⁾ v. Wyss 18. Martin 94. v. Salis cit. III n° 1058 und Note zu 1060.

Bestimmung^{63a)} des Civilstandsgesetzes. Es sieht sie bei jeder Scheidung aus einem der speziellen Thatbestände für den schuldigen Teil vor, und zwar auf ein Jahr, das richterlich bis zu drei Jahren erstreckt werden kann. Inkonsequent⁶⁴⁾ greift sie nicht auch bei Scheidung aus Art. 45 und 47 für den schuldigen Teil Platz. Die Erwägung, ein Ehegatte, der sich als solcher so schlecht bewährt habe, müsse vor Eingehung einer zweiten Ehe eine Karenz- und Wandlungszeit durchmachen, sonst ruiniere er auch diese — diese Erwägung ist doch in allen Fällen, wo ein Ehegatte die überwiegende Schuld trägt, gleich richtig oder gleich unrichtig. Wer ihre durchgängige Beseitigung fordert, mag sich auf Luthers Worte berufen: „Laster und Sünde soll man strafen, aber mit anderer Strafe, nicht mit Eheverbieten.“ Er mag ferner geltend machen, solche Wartefristen förderten nur aussereheliche Unzucht, speziell Konkubinat. Dem wird aber erwidert werden müssen: dieser letzte Rest der öffentlichen Ehescheidungsstrafen betont energisch, an der richtigen Führung der Ehe sei auch das öffentliche Interesse beteiligt, es handle sich dabei nicht um eine blosse Privatsache der Eheleute; und durch solche Wartefristen wird die Versuchung gemindert, wegen erwünschter anderweitiger Ehe die bestehende zu zertrüthen. Daher ist eine Ausdehnung jener Bestimmung auf alle Fälle überwiegender Schuld erwünscht, keinesfalls eine Beschränkung einzig auf den Fall der Scheidung wegen Ehebruchs, wie der Entwurf vorschlägt. Sonst streiche man die Strafwartefrist lieber ganz.⁶⁵⁾ Ein Ehebruch im Affekt, in der Trunkenheit, kurz unter mildernden Umständen begangen, verdient nicht härtere Ahndung als jahrelange raffinierte feine Quälereien und Bosheiten.

^{63a)} Einfluss des Preussischen Entwurfes von 1844, s. „Darstellung etc.“ (oben Note 62) p. 83 fg. mit bemerkenswerten Gründen.

⁶⁴⁾ Ebenso v. Wyss 26 und namentlich Martin 191 fg. (192 Note 2 die Judikatur).

⁶⁵⁾ Vorschläge in den 1888er Gutachten: König Streichung aller Wartefristen, Mentha 3-jährige Wartefrist für alle Geschiedenen, auch die Unschuldigen. Dagegen Prélaz in *Revue judic.* 1888 p. 247 fg.

Die Wartefrist bleibt auch nach Entwurf 152 lediglich ein aufschiebendes Hindernis.⁶⁶⁾

7. Das Erfordernis natürlicher Handlungsfähigkeit verwehrt Geisteskranken, Kindern und vorübergehend ihres freien Willens Beraubten den Eheschluss. Das Civilstandsgesetz erwähnt nur erstere ausdrücklich (Art. 28 Z. 3, Art. 51) und findet in ihrem Zustande ein ausnahmsloses trennendes öffentliches unheilbares Hindernis. Entwurf 144 dagegen schliesst sachgemäss die Nichtigkeit aus, sobald der Nichtigkeitsgrund gehoben ist und keiner der Ehegatten die Nichtigkeitsklärung verlangt. Wer zur Zeit der Trauung bloss vorübergehend handlungsunfähig war (*vis absoluta*, Narkose, Suggestion u. drgl.), kann nach Entwurf 145 die Ehe anfechten.

8. Die Willensmängel sind im Civilstandsgesetz Art. 26, 50 äusserst kurz aufgezählt: „Zwang, Betrug, Irrtum in der Person eines der Ehegatten“ und dabei ist fraglich, ob die Worte „eines der Ehegatten“ den thätigen oder den leidenden Teil bezeichnen? offenbar nach Art. 50 das Objekt; und ob sie sich auf alle drei Mängel oder bloss den dritten beziehen?⁶⁷⁾ Der Entwurf präzisiert näher und zwar

a) Den Zwang in Art. 148 als „Herrschaft einer Drohung mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die Ehre seiner selbst oder einer ihm naheverbundenen Person.“ Also ähnlich wie O. R. 26, 27, nur mit Wegfall des Vermögens unter den bedrohten Objekten. Ob mit Recht? BGB 1335. 123 ist weiter; nach ihm genügt jeder Kausalzusammenhang zwischen Drohung und Willenserklärung; gewiss zu subjektivistisch. Der Entwurf fordert mit Recht nicht Widerrechtlichkeit der Drohung; ein Recht zur Drohung lässt sich bei einer Eheschliessungserklärung überhaupt nie annehmen.

⁶⁶⁾ Für das C. St. Ges. durchschlagend v. Wyss 28 Note 2. Martin 220.

⁶⁷⁾ „Im Bestreben, die Freiheit des Eheschlusses (i. e. die Eheschliessungsfreiheit) ja recht anschaulich zu machen, sind diese Schranken möglichst knapp, z. T. dürftig definiert.“ So v. Wyss 14; derselbe wirft die im Text erwähnten Fragen auf p. 15.

b) Die Unterscheidung zwischen Irrtum und Betrug ist dem kanonischen Rechte fremd und erst in den evangelischen Kirchenrechten ausgebildet worden.⁶⁸⁾ Auch das französische Recht kennt sie nicht. Im Civilstandsgesetze (dem bundesrätlichen Entwurf Art. 24 war sie unbekannt) ist das Verhältniss der beiden Mängel unklar; es liegt nahe, die Worte „in der Person“ eng interpretiert bloss auf den Irrtum zu beziehen und sich für den Betrug an die Fälle des O. R. 24, 25 zu halten, wobei aber fraglich bleibt, in welcher Richtung der Betrug funktionieren muss? Genügen z. B. Thatbestände wie in Jer. Gotthelfs „der Notar in der Falle?“ Kommt es auf objektive oder subjektive Wesentlichkeit an, oder ist wie im O. R. auch ein nicht wesentlicher durch Betrug erzeugter Irrtum ausreichend? Man wird aus höheren Rücksichten gerne objektivierte Wesentlichkeit fordern.⁶⁹⁾ So nennt nun auch BGB 1334 als Betrug allgemein die „arglistige kausale Täuschung über solche Umstände, die bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten.“ Nur negativ nennt er einen Spezialfall: „die Täuschung über die Vermögensverhältnisse;“ sie berechtigt nicht zur Anfechtung. Entwurf 147 dagegen konzipiert seine Formel in factum „wenn der Ehegatte zur Eheschliessung nur eingewilligt hat unter der Herrschaft einer durch den andern oder mit dessen Vorwissen durch einen Dritten hervorgerufenen arglistigen Täuschung über die Familie oder die Ehrenhaftigkeit des anderen Ehegatten, oder wenn ihm eine Krankheit verheimlicht worden ist, die die Gesundheit des Klägers oder der Nachkommen in hohem Grade gefährdet.“ Das Bestreben, richterliche Willfährigkeit auszuschliessen, war wohl hiebei

⁶⁸⁾ Seuffert Archiv 37, 122.

⁶⁹⁾ Zweifelnd und verzweifelnd v. Wyss 15. Nicht eingehend Martin 213. Richtig Civilger. Baselstadt 4. Juni 1884 in Revue der Ger. Pr. III 99. Subjektive Wesentlichkeit: Reichsger. in Seuffert Archiv 43, 24. König 10: „Irrtum in der physischen Person war denkbar zur Zeit von Jakob und Lea, aber nicht mehr bei der Oeffentlichkeit, unter deren Schutz der Eheabschluss gegenwärtig gestellt ist... Es würde sich empfehlen..., die Wesentlichkeit des Irrtums, selbst wenn er durch Betrug hervorgerufen worden ist, zu betonen.“

massgebend; inkonsequent ist beim Irrtum der andere Weg eingeschlagen. Aber ist jene Formulierung geschickt; ist sie genügend und nicht andererseits zu weit? Was ist „Täuschung über die Familie?“ Gemeint sind wohl erhebliche persönliche Eigenschaften naher Angehöriger, auch hereditäre Krankheit derselben kann in Betracht fallen. Aber der Ausdruck ist zu unbestimmt und weit. Zu weit ist auch „Ehrenhaftigkeit des anderen Ehegatten.“ An geschlechtliche oder allgemein sittliche Unehrenhaftigkeit, sei es heimliche, sei es öffentliche turpitude, ist kaum ausschliesslich gedacht; über die Ehrenhaftigkeit des andern, sonst wohlbeleumdeten und in intern aufrechten Ehegatten ist auch der getäuscht, der seine Einwilligung zur Heirat von der Zustimmung seiner oder des andern Eltern abhängig gemacht hat und in dieser Richtung vom andern oder mit dessen Wissen in einem Moment der Schwäche getäuscht wurde; ebenso der, dem der andere Teil kirchliche Trauung in Aussicht stellte, mit der Absicht, dies Versprechen nicht zu halten. Aber soll auch bei Täuschung über die Vermögensverhältnisse des andern Teils oder seiner Familie Anfechtung zulässig sein? Schlechthin doch kaum, obschon es unehrenhaft ist, hierin zu täuschen. Sollen wir mit den Kommentatoren des BGB die Distinktion treffen, eine Täuschung über die künftigen Vermögensverhältnisse berechtige zur Anfechtung, wenn sie eine Täuschung über die Lebenslage, die sozialen Verhältnisse provoziere?⁷⁰⁾ Nach alledem wäre wohl eine generelle Fassung vorzuziehen.

c) Der Irrtum. Im Civilstandsgesetz ist streitig, ob der „Irrtum in der Person“ auf den technischen error in persona, die Identität der Person, die A heiratet, mit der, die zu heiraten er entschlossen war, zu beschränken ist; dieselbe Kontroverse wie im französischen Recht.⁷¹⁾ Das kanonische

⁷⁰⁾ Komm. Schmidt-Habicht zu § 1334 p. 111 Z. 5a und dort cit.

⁷¹⁾ Für Bejahung Urteil in Note 69. König 10, 11. Zweifelnd Martin 213 fg. Code civil 180: „lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage peut être attaqué.“ Pothier, contrat de mariage 308 schrieb sehr bestimmt: „lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable. P. e. si j'ai épousé

Recht, das die Frage bejaht, stellt auf gleiche Linie den *error qualitatis in personam redundans*, d. h. den Irrtum über solche Eigenschaften, welche die Person für den anderen Teil als individuell bestimmte charakterisieren; die Relevanz eines *error qualitatis* über anderweitige Eigenschaften des Ehegatten bildet nach katholischem Kirchenrecht kein Ehehindernis,⁷²⁾ ausser beim *error condicionis* über die Freiheit. Die evangelischen Kirchenrechte waren entgegenkommender; sie liessen auch gewisse objektiv und erfahrungsgemäss schwer ins Gewicht fallende Eigenschaften in Betracht kommen und

Marie la croyant noble quoiqu'elle soit de la plus basse roture, ou la croyant vertueuse quoiqu'elle se fût prostituée, ou la croyant de bonne renommée quoiqu'elle eût été flétrie par la justice, dans tous ces cas le mariage que j'ai contracté avec elle ne laisse pas d'être valable nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet. En vain opposerait-on que je n'eusse pas voulu épouser Marie si j'eusse su ce que j'ignorais sur son compte, car pour que le mariage que j'ai voulu contracter avec elle soit valable, il n'est pas nécessaire que j'eusse voulu l'épouser si j'avais eu connaissance de ce que j'ai depuis découvert; il suffit que j'ai voulu effectivement l'épouser. Or, l'erreur dans laquelle j'ai été, n'empêche pas que je n'aie voulu effectivement l'épouser; elle ne détruit pas le consentement que j'ai effectivement donné à mon mariage avec Marie. Il n'est pas de l'essence du mariage que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois qu'elle a; il suffit que ce soit elle que j'ai voulu épouser.“ In Litteratur und Praxis des Code herrscht Uebereinstimmung, dass zum *error in persona* auch zählt der Irrtum dans la personne civile. Einzelne Autoren lassen Irrtum über Eigenschaften genügen, wenn sie so wichtig sind, dass ihr Fehlen die Heirat zu einer total andern macht als der Kontrahierende sie im Auge hatte; aber über diese Fälle besteht keine Einigung, und die spitzfindige Unterscheidung von Attributen und Qualitäten schafft keine Klarheit. Für die Praxis ist der Streit gegenstandslos seit dem Entscheide der Cour de Cassation vom 24. April 1862 (Sirey 62, 1, 341); eine Frau heiratete einen Galeerensträfling nach dessen Strafverbüssung und focht die Ehe nach erlangter Kenntnis an. Sie wurde abgewiesen; weder Person noch Civilstand wurde verwechselt, Irrtum über conditions oder qualités genügt nicht. Pandectes franc. cit. n^o 300 fg. spez. 301. 311. 312.

⁷²⁾ Ist der *error qualitatis in personam redundans* ein *error in persona*? Ist überhaupt die Prüfung von Existenz und Identität etwas von der Prüfung der Eigenschaften qualitativ, nicht bloss quantitativ Trennbares? Darüber und über die ganze Lehre E. Hölder, die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die Person in Iherings Jahrb. II. Folge Bd 6 (1901) p. 1 fg. R. Leonhard in Archiv f. Bürg. R. X p. 20 fg.

führten als solche speziell an den Mangel der Virginität, das Vorhandensein schwerer ansteckender Krankheiten, die Begehung schwerer Verbrechen. Neben dem allgemeinen Grund des Betruges dürfte der „Irrtum in der Person“ des Civilstandsgesetzes eng technisch zu interpretieren sein. Man muss sich fragen, ob Entwurf 146 gut thut, neben seinem weitgehenden Betrugsthatbestand die Anfechtung wegen Irrtums so weit auszudehnen wie BGB 1333. Art. 146: „wenn er irrtümlich sich mit einer anderen Person hat trauen lassen, als es sein Wille war, sowie wenn er zur Eheschliessung nur eingewilligt hat unter der Herrschaft der irrtümlichen Voraussetzung persönlicher Eigenschaften des anderen Ehegatten, bei deren Mangel die eheliche Gemeinschaft dem irrenden Ehegatten nicht zugemutet werden kann.“⁷³⁾ Welches Spielfeld für Streit über die Bedeutung von „persönliche Eigenschaften“, nur geistige, oder auch körperliche? Welch' ein glücklicher Ausweg auch für kopflos Heiratende! Entschuldbarkeit des Irrtums ist nicht gefordert; das „es prüfe, wer sich ewig bindet“ ist überflüssig. Gewiss nicht wünschbar. Die vom Entwurf geplante Erschwerung der Scheidung wird durch diese weitgehende Erleichterung der Anfechtung mehr als wettgemacht!

d) Alle diese Hindernisse geben lediglich dem Ehegatten, auf dessen Seite ein Willensmangel vorliegt, ein Anfechtungsrecht; es verjährt hier wie bei der Anfechtbarkeit wegen vorübergehender natürlicher Handlungsunfähigkeit nach Art. 149 mit Ablauf von sechs (Civilstandsgesetz 50: drei) Monaten seit erlangter Freiheit, und in jedem Fall mit Ablauf von fünf Jahren seit der Eheschliessung. Letzteres neu und gewiss sachgemäss.⁷⁴⁾ Natürlich daneben auch durch konkludenten oder ausdrücklichen Verzicht.⁷⁵⁾

⁷³⁾ Fälle eines error in persona, die nicht unter den zweiten Satz fallen, sind bei der heutigen Eheschliessungsform kaum konstruierbar. Für Satz 2 cf. Hölder 26 fg., dessen Ausführungen ein näheres Eintreten überflüssig machen; beachtenswert seine Kritik p. 28 fg.

⁷⁴⁾ Hölder 37.

⁷⁵⁾ Seuffert Archiv 23, 144. 51, 109. 55, 78.