

Ih 59

Die  
**Voraussetzungen der Putativehe**

in den Rechtsquellen des gemeinen Rechts  
und nach heutiger Doctrin.



**Inaugural - Dissertation**

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität zu Göttingen

7737/E

vorgelegt von

**Otto Hanns Mankiewicz**

Referendar.

Göttingen.

Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. A. Huth.

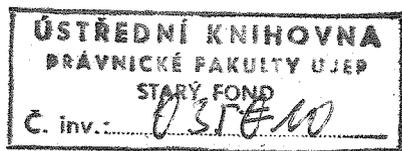
1895.

# Seinen teuren Eltern

in kindlicher Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfasser.



## Uebersicht.

### Einleitung:

Die allgemeine Bedeutung des Zusatzes „Putativ“  
in der Rechtswissenschaft.

### Ausführung:

#### A. Voraussetzungen der Putativehe in den Rechtsquellen.

§ 1. Römisches Recht (fr. 57 § 1 D. de ritu nupt. 23, 2).

§ 2. Einheimische Rechtsquellen:

Sachsenspiegel. 3, 27.

Schwabenspiegel. 238.

Hamburger Statut von 1605. 4, 22.

§ 3. Die Gesetzgebung des canonischen Rechts (Cap. 2, 8, 10, 14, 15 X. qui filii sint legit. IV 17).

#### B. Voraussetzungen der Putativehe nach heutiger Doctrin.

§ 1. Entschuldbarer Irrtum.

§ 2. Die weitere Voraussetzung der Beobachtung der gesetzlichen Form, welche die herrschende Lehre aufstellt, ist zu verwerfen.

a) Weil eine restrictive Interpretation der canonischen Gesetzgebung bezüglich der Putativehe unstatthaft.

- a) Widerlegung der Gründe der herrschenden Lehre.
- β) Nachweis aus den Bestimmungen des Tridentiner Concils.
- b) Weil dieses Erforderniss gegen die Grundsätze der Billigkeit verstösst.
- c) Weil die hier vertheidigte Ansicht auch durch Partikularrechte bestätigt wird.

Schluss:

Kurze Betrachtung der Stellung, welche die bisherige Theorie und Praxis bezüglich der vorliegenden Frage eingenommen hat.

---

Literatur.

- Arndts, Ludwig: Pandekten. 8. Auflage 1874.
- Bartels, E: Ehe und Verlöbniß nach gemeinem und partikulärem Recht in der Provinz Hannover. Hannover 1871.
- Böhmer, Georg Ludwig: Auserlesene Rechtsfälle. Bd. I. Abth. I. No. 22. 1799; Principia iuris canonici. 1791.
- Bruns, Carl Georg: Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. 1872.
- v. Buchholtz: Juristische Abhandlungen No. 13. 1833. Bürgerliches Gesetzbuch. Motive zum Entwurf eines b. G. Band IV. 1888.
- Code Napoléon. Uebersetzung von Daniels. Köln 1810. Les Codes expliqués par J. A. Rogron. Bruxelles 1840.
- Dabelow: Eherecht. 1792.
- Dalloz: Jurisprudence du 19. siècle. Paris.
- Demolombe: Du mariage. Cours de Code civ. t. III. IV. Paris.
- Dernburg, Heinrich: Pandekten. 1892.
- „ „ Preuss. Privatrecht. 1881.
- Deutscher Jurist. Die bürgerliche und die canonische Ehe. 1875.
- Dove-Richter: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 1886.

- Eichhorn, Karl Friedrich: Grundsätze des Kirchenrechts. 1833.
- Engel: collegium iuris ecclesiastici. 1798.
- v. Espen: ius ecclesiasticum universum.
- Friedberg, Emil: Das Recht der Eheschliessung. 1865.
- Frey, Joseph: Kirchenrechts-Commentar. III. 1855.
- Freisen: Geschichte des canonischen Eherechts.
- Fuzier, Hermann: Code civil annoté. Köln 1873.
- v. Gerber, C. F.: System des Deutschen Privatrechts. 1886. 15. Aufl.
- Gitzler, Ludwig: Handbuch des gemeinen u. preuss. Eherechts. 1840.
- Glück, Christian Friedrich: Erläuterung der Pandekten. Th. II. Aufl. 2. 1860.
- Gruchot, J. A.: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 25. III. Folge. 5. Jahrg. 1881.
- v. Hartitzsch, A. C. H.: Handbuch des Eherechts. 1828.
- Hergenhahn, Theodor: Das Eheschliessungs- u. Ehescheidungsrecht. Bd. II. 1893.
- Hertius, J. Nic.: Dissertatio de matrimonio putativo (in opuscul. vol. I. Tit. 1. S. 348—408).
- Holtzendorff: Rechtslexikon. Bd. III. S. 240.
- v. Holzschuher, Rudolph: Gemeines Civilrecht. I. Bd. 2. Aufl. 1856.
- v. Jhering's Jahrbücher. Band 29. Neue Folge. Bd. 17. 1890.
- Knopp, Nicolaus: Katholisches Eherecht. Bd. 1 u. 2. 1850.
- Kutschker, Johann: Das Eherecht der kathol. Kirche. Bd. 1. 2. 3. 1856.
- Laurent: Principes de droit civil. Paris 1878.

- v. Marcadé: Explication du Code Napoléon. Paris 1859.
- Mühlenbruch, F. C.: Pandektenrecht. Theil III. 2. Aufl. 1838.
- Oudot, M. J.: Du droit de famille. Paris 1867.
- Phillips, George: Lehrbuch des Kirchenrechts. II. Abtheil. 1862.
- Richter, Dove u. Kahl: Lehrbuch des Kirchenrechts. Leipzig 1886.
- Roth: Bayrisches Civilrecht. 1881.
- Sachsenspiegel (Eyke von Reggow) Dr. Wilh. Gärtner. Leipzig 1732.
- Sachsenspiegel (Eyke von Reggow) Dr. C. G. Homeyer. Berlin 1861.
- v. Salis, L. R.: Publication des tridentinischen Rechts der Eheschliessung. 1888.
- v. Savigny, Friedrich Carl: System des römischen Rechts. Bd. III. 1840.
- v. Scheurl, Adolph: Das gemeine deutsche Eherecht. 1882.
- Schmalzgrueber: ius ecclesiasticum 1794.
- Schmidt, Bernhard Gottlob: Vorlesungen über sächsisches Privatrecht. Band I. II. 1869.
- Schott, August Ludwig: Einleitung in das Eherecht. 1786.
- v. Schulte, Johann Friedrich: Lehrbuch des katholischen u. evangelischen Kirchenrechts. 4. Aufl. 1886.
- Schwabenspiegel, Dr. F. L. A. Frhrn. v. Lassberg. Tübingen 1840.
- Seuffert: Archiv. II. 1849.
- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand: Das praktische gemeine Civilrecht. Band III. 1851.
- Sohm, Rudolph: Recht der Eheschliessung. 1875.

- Standesbeamte. Centralblatt für Standesbeamte (Berlin. Eug. Grosser).
- Stölzel: Deutsches Eheschliessungsrecht. Heft 1 u. 2. Berlin 1875. 1876.
- Thomasius, Christian: Kirchenrechtsgelahrtheit. Theil I. 1738.
- v. Waechter, Carl Georg: Pandekten. 1880.
- „ „ Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. 1871.
- Walter, Ferdinand: Lehrbuch des Kirchenrechts. XIV. Aufl. 1871.
- Weiske: Rechtslexikon. Band III. Leipzig 1841.
- Westphal, Ernst Christian: Diss. de veris casibus matrimonii putativi. Halae 1758.
- Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. Aufl. 1887.
- Derselbe: Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. 1847.
- v. Wiese: Kirchenrecht. 1826.
- Zachariae: Französ. Civilrecht. 7. Aufl. 1886.

## Einleitung.

Unter dem Zusatz „Putativ“, welcher uns in den mannigfachsten Verbindungen in der Rechtswissenschaft begegnet, versteht man im allgemeinen die Andeutung, dass der Grundbegriff in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, sondern den Betheiligten nur als vorliegend erscheint. So spricht man beim „gutgläubigen Besitz“ und bei der „Ersitzung“ von einem „Putativtitel“, wenn der gutgläubige Besitzer oder Usucapient einen Rechtsgrund, die Sache für sich haben und behalten zu können, annimmt, ohne dass er wirklich vorhanden ist; ferner im Gebiet des Strafrechts von einem „Putativdelict“, von einer „Putativnothwehr“<sup>1)</sup>, wenn die für diese Grundbegriffe erforderlichen Momente nur in der Anschauung der Thäter, aber nicht in Wirklichkeit existieren. In dieser Weise hat sich auch der Begriff der „Putativehe“<sup>2)</sup> herausgebildet für diejenigen Fälle, in welchen die Nupturienten oder einer derselben eine gültige Ehe zu schliessen glauben, während es in Wirklichkeit zu keinem gültigen Abschluss kommt.

Die angeführten Begriffe sind jedoch nicht nur der systematischen Unterscheidung wegen eingeführt wor-

1) Olshausen, Commentar zum Strafgesetzbuch. Band I § 59 Note 24 und 25.

2) Der Ausdruck matrimonium putativum ist nicht quellenmässig.

den, sondern sie sind vor allem deswegen bedeutsam, weil sie von der Gesetzgebung unter gewissen Voraussetzungen mit rechtlichen Wirkungen ausgestattet worden sind. Wie dies bezüglich des Instituts der Putativehe durch die Rechtsquellen des gemeinen Rechts erfolgt ist, und wie sich der Begriff dieses Instituts für das heutige gemeine Recht gestaltet, soll den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden.

## Ausführung.

### A. Die Voraussetzungen der Putativehe in den Rechtsquellen.

#### § 1. Römisches Recht.

Die älteste Quelle, welche eine Anwendung des Prinzips der Putativehe enthält, bietet uns das römische Recht<sup>1)</sup> in einem Rescript der Kaiser Lucius und Marcus. Es wäre allerdings verfehlt, aus dieser individuellen Gnadenbewilligung der römischen Kaiser allgemeine Grundsätze<sup>2)</sup> zu folgern, wenn wir die Zeit des Erlasses in Betracht ziehen. Da diese Specialverfügung jedoch von Justinian in seine mit Gesetzeskraft versehene „Rechtssammlung“ aufgenommen worden ist, so hat dadurch der ursprünglich kaiserliche Gnadenact die Geltung eines allgemeinen<sup>3)</sup> Prinzips erlangt.

1) Cfr. 57 § 1 de ritu nuptiarum 23, 2. In die Basiliken ist diese Stelle nicht aufgenommen.

2) Cfr. v. Buchholz: Juristische Abhandlungen. No. 13. Johann Nicolaus Hertius: „Commentationes atque opuscula“ Vol. I S. 258.

3) Vergl. Fischer in Gruchot's Zeitschrift (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts). Herausgegeben von Rasso

Die Stelle lautet:

„In libro secundo de adulteriis Papiniani Mar-  
cianus notat:

Divus Marcus et Lucius imperatores Flaviae Ter-  
tullae per mensorem libertum ita rescripserunt:  
Movemur et temporis diuturnitate, quod ignara ju-  
ris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia  
tua collocata es, et numero liberorum vestrorum:  
idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt  
confirmamus statum liberorum vestrorum in eo ma-  
trimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta  
contractum est, perinde atque si legitime concepti  
fuissent.

Es gelten im vorliegenden Fall, trotzdem das Ehe-  
hinderniss der nahen Verwandtschaft vorliegt, die Kin-  
der doch als ehelich. Diese Ausnahme wird zunächst  
damit begründet, dass die Frau nicht wusste, dass Ver-  
wandtschaft in derartigen Graden ein rechtliches Hin-  
derniss für die Eheschliessung bilde. Ferner motivirt  
der Gesetzgeber die Anomalie dadurch, dass die vor-  
liegende Ehe schon seit 40 Jahren bestanden habe, und  
aus derselben eine grössere Anzahl Kinder hervorge-  
gangen sind; schliesslich wird noch auf den Umstand  
hingewiesen, dass die Frau ihren Onkel nicht aus eige-  
ner Initiative zum Gemahl genommen habe, sondern  
durch ihre Grossmutter verheirathet worden sei.

Sucht man aus diesem Rescript die principielle  
Auffassung des Gesetzgebers festzustellen, so wird man

und Küntzel, (1881) Band 25 Seite 72. Dagegen: Keller,  
Lehrbuch der Pandekten II § 410 A. b. Hertius „de veris ca-  
sibus matrimonii putativi“ Seite 29. Schirmer, Römisches Erb-  
recht § 12 Nr. 8. Buchholz a. a. O., wo auch die übrige Litteratur  
zusammengestellt ist.

wohl aus dem speciellen der kaiserlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Thatbestand zwei Thatbestandsmerkmale „die lange Dauer der Ehe“ und „die Zahl der Kinder“ ausscheiden müssen, weil dieselben der Individualität des speciellen Falles angehören, und also nicht als allgemeine gesetzliche Voraussetzungen anzuerkennen sind. Als principiell Erforderniss für die Ehelichkeit der Kinder müssen wir in erster Reihe den Irrtum der Frau in Rücksicht ziehen, da sie ignara juris gegen die gesetzlichen Bestimmungen gefehlt hat. Aus dem Umstande, dass sie nur auf Veranlassung ihrer Grossmutter irrthümlich diese gesetzlich verbotene Ehe eingegangen ist, ist ferner zu entnehmen, dass der Gesetzgeber auch die „Entschuldbarkeit“ des Irrtums als Voraussetzung für die Anwendung des Principis der Putativehe aufgestellt hat; denn die Einwirkung der Grossmutter konnte in der Flavia keinen Zweifel an der Rechtmässigkeit ihrer Ehe aufkommen lassen, und ist daher, obgleich es sich um einen Rechtsirrtum handelt, der nach römischen Begriffen<sup>1)</sup> als principiell unverzeihlich anzusehen ist, die Handlungsweise der Flavia als entschuldbar zu erachten.

Wir haben also aus diesen Erörterungen als Resultat gewonnen, dass das römische Recht den entschuldbaren Irrtum als einzige gesetzliche Voraussetzung für die Ehelichkeit der Kinder im Fall einer Putativehe aufgestellt hat.

## § 2. Einheimische Rechtsquellen.

Wenden wir uns nun zu unsern einheimischen Rechtsquellen, so finden wir die ältesten Spuren des Principis der Putativehe in dem im ersten Drittel des

1) Cfr. Seite 32 dieser Abhandlung.

13. Jahrhunderts entstandenen Sachsenspiegel. Die Bestimmung<sup>1)</sup> lautet:

Von Kindern aus einer ungültigen Ehe:

Sve wif to echte nimt unwetene, der he nicht hebben ne mut, unde kindere bi ere gewint, werdet sie seder gesceiden mit rechte, it ne scadet de kinderen to irem rechte nicht, die er der sceidunge geboren sin, noch deme dat die muder dreget.

Wenn also Jemand — sagt das Rechtsbuch — aus Unwissenheit eine Frau gegen die gesetzlichen<sup>2)</sup> Eheverbote heirathet und die Ehe rechtmässig annulliert wird, so soll es den vor der Scheidung (d. h. Annullation) geborenen und concipirten Kindern nicht schaden, d. h. sie gelten als ehelich. Also auch der Sachsenspiegel erklärt den entschuldbaren Irrtum für die einzige Bedingung der Ehelichkeit der Kinder, die in einer nichtigen<sup>3)</sup> Ehe concipirt sind. Die Entschuldbarkeit des Irrtums ist zwar in dieser Stelle nicht hervorgehoben, doch spricht sich die deutsche Glosse des Landrechts in diesem Sinne aus.

„Darum, weil die leges und canones zwischen etlichen Personen die Ehe verbieten, so geschieht es oft, dass die einander nemen, welche sich denselbigen nach nicht nemen mögen“.

1) Eykes von Regow Sachsenspiegel oder das Sächsische Landrecht 3, 27. Herausgegeben von Dr. Carl Wilhelm Gärtner. Leipzig 1732. Herausgegeben von Dr. C. G. Homeyer. Berlin 1835; vergl. auch Hertius a. a. O. § XXII.

2) Aus welchem Grunde er das Weib „nicht hebben mut“ ist zwar in der Stelle nicht ausdrücklich ausgesprochen; aber bereits die deutsche Glosse zum Landrecht weist ausdrücklich auf die Eheverbote der „leges und canones“ hin.

3) Die Deutsche Glosse des L. R. „Unter diesen ist dann keine Ehe“.

Mit Recht hebt die Glosse hervor, dass es bei den vielen Eheverboten, welche in der damaligen Zeit von der Kirchengewalt ergingen, leicht möglich war, dass eine unrechtmässige Ehe geschlossen wurde; daher müssen wir den Nupturienten einen bezüglichen Rechtsirrtum, der durchaus nicht auf Fahrlässigkeit zu beruhen brauchte, verzeihen.

Während der Sachsenspiegel<sup>1)</sup> vornehmlich im Norden Deutschlands, wo er entstanden war, Eingang fand, erlangte in Süddeutschland der dort zwischen 1273 und 1282 entstandene Schwabenspiegel eine sehr weite Verbreitung und hohes Ansehen in den Gerichten. Derselbe verdrängte den ebenfalls in Süddeutschland nach der Mitte des 13. Jahrhunderts entstandenen „Spiegel deutscher Leute“, welcher in den ersten 109 Artikeln seines Landrechts eine freiere Bearbeitung des Sachsenspiegels, demnächst im Wesentlichen nur eine hochdeutsche Uebersetzung desselben enthält, früh aus der Praxis. Der Deuschenspiegel giebt in Art. 241 die angeführte Stelle des Sächsischen Landrechts folgendermassen wieder:

„Swer weip ze e nimet im vnwizzenleichen, der er niht haben mag, vnd chint bei ir gewinnet werdent si geschaiden mit rehte ez enschadet den chinden niht an ir rehte, die e der schaidung geporn sint, noch dem daz dev mûter treit“.

Der Schwabenspiegel<sup>2)</sup> bestimmt im Anschluss hieran im Landrecht:

287. Der ze vnrechte an siner e sitzt ane sine wissende. Swer wip zer e nimet, vnde bi der ze

1) Siehe Geschichte der deutschen Rechtsquellen. O. Stobbe Braunschweig 1860.

2) Schwabenspiegel. Herausgegeben von Freiherrn v. Lassberg. Tübingen 1840.

vnrechte sitzt. vnde vnwissende. div kint div er bi er gewinnet. div sind doch. é. kint. und daz si ie mitten treit, so sie gescheiden werdent daz ist ovch ir. é. kint vnd erbet ouch ir vater vnd ir mōter gūt mit rehte.

Es ist aus dieser Stelle dieselbe Rechtsanschauung zu entnehmen, wie wir sie im Sachsenspiegel gefunden haben. Auch hier ist es der verzeihliche Irrtum des Ehemannes, der den Verfasser des Rechtsbuchs bestimmt, die Kinder trotz der Unrechtmässigkeit der Ehe als legitim gelten zu lassen. —

Mit derselben Klarheit ist dieses Princip für die Anwendung der Putativehe auch in der „Stadt Hamburg. Gerichts-Ordnung und Statuta“<sup>1)</sup> vom Jahre 1605 aufgestellt worden. Dieselbe bestimmte Folgendes:

Wie es in dem fall, da eine Ehefrawe in abwesenheit ihres Ehemannes auß irrung einen andern Ehemann freyet, soll gehalten werden.

DA es aber aus beweißlicher Irrung sich zutragen möchte/wann der Ehemann in abgelegenen orten sich aber vier oder fünf Jahr aufhalten und von seiner Haußfrawen in mitler zeit von seinem zustande nicht zu wissen gethan/viel weniger ihr und seinen Kindern in notturfft und unterhalt/die zeit über verschaffet/daß darüber die Ehefraw/auf vorgehende vergebliche aufkündigung ihres abwesenden Ehemannes gelegenheit/und auf angeruffene Hülff des Gerichts/in bestendiger meinung/daß derselbe todts verfahren/zur andern Ehe sich würde oder hatte begeben: So werc auff den Fall/auff des ersten Ehemannes wiederheimkunfft/kein Ehebruch begangen/Jedoch wird auff solchen fall/der

1) Artikel 32; vergl. Hertius a. a. O. S. 255 und 276. 265.

erste Ehemann wiederumb zu seiner Ehefrawen gestattet/und der ander Ehemann davon abgewiesen/  
Und seyn gleichwol die Kinder/die in des ersten Ehemannes abwesen von dem andern Ehemanne in wehrender Ehe geboren vor ehrlich zu achten.

Dass der entschuld bare Irrtum als Voraussetzung für die Anwendung einer Putativehe zu gelten hat, ist in diesem Artikel ganz besonders hervorgehoben und eingehend begründet; denn wir sehen, dass die Ehefrau nichts ausser Acht gelassen hat, um über ihren Mann Erkundigungen einzuziehen; erst als auch die gerichtlichen Massnahmen fruchtlos verlaufen sind, hat sie sich in der festen Ueberzeugung, dass ihr erster Mann gestorben, zu einer zweiten Ehe gewandt. —

### § 3. Die Gesetzgebung des canonischen Rechts.

Die Hauptquelle für den Begriff der Putativehe nach gemeinem Recht bilden eine Reihe von Decretalen, Entscheidungen praktischer Fälle, welche von den Päpsten Alexander III., Innocenz III., Coelestin III. in den Jahren 1180—1240 erlassen sind und von Gregor IX. in die 1234 vollendete Decretalen-Sammlung aufgenommen wurden; dieselben finden sich im Titel: *Qui filii sint legitimi*, dem 17. Titel des 4. Buches, Kapitel 2, 8, 10, 14, 15.

Die Bestimmungen des Kapitels 2 lauten:

*Quum inter J. veterem concivem vestrum et T. mulierem divortii sententia canonice sit prolata, filii eorum, qui ante sententiam ipsam nati fuerunt et ille, qui tunc conceptus erat, non debent exinde sustinere jacturam, quum parentes eorum publice et sine contradictione ecclesiae matrimonium inter se*

*contraxisse noscantur. Ideoque sancimus, ut filii eorum, quos ipsi ante divortium habuerunt, et qui concepti fuerant, ante latam sententiam, non minus habeantur legitimi, et quod in bona paterna hereditario jure succedant et parentum facultatibus nutriantur.*

Es handelt sich im vorliegenden Fall offenbar um eine ungültige Ehe; denn wenn die Ungültigkeit der Ehe auch nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, so ergibt sie sich doch ganz unzweifelhaft aus der Wahl der Worte. Nicht ohne Absicht hat sich der Gesetzgeber im vorliegenden Falle des Ausdrucks „divortium“ bedient, der nach allgemeinem kanonischen Sprachgebrauch nur bei der Annulation der Ehe angewandt zu werden pflegt.

Ueberhaupt wäre ja die ganze Entscheidung, weil selbstverständlich, zwecklos, wenn wir nicht die Ungültigkeit der Ehe unterstellen würden. Wäre der Eheabschluss ein gültiger, so hätte der Gesetzgeber keine Veranlassung; darauf hinzuweisen, dass er „öffentlich“ und „ohne Widerspruch der Kirche“ erfolgt sei; auch wäre die Ehelichkeit der Kinder bei einer gültigen Ehe nach den allgemeinen Grundsätzen eine so natürliche Folge, dass sie wohl kaum einer Erwähnung bedurfte. Wir können also den Thatbestand folgendermassen formulieren: Es ist eine Ehe öffentlich und ohne Widerspruch der Kirche zum Abschluss gelangt. Nunmehr stellt sich heraus, dass die Eheschliessung ungültig ist; es wird daher von Seiten der Kirche das Trennungsurtheil erlassen. Auf Grund dieses Thatbestandes geht nun die Entscheidung des Papstes Alexander III. dahin, dass die Kinder, welche vor dem Trennungsurteil geboren oder concipirt waren, aus demselben keinen Nachtheil erleiden sollten, d. h. es wird ihnen Legitimität

zugesprochen; diese Anomalie wird damit begründet, dass der Abschluss der Ehe öffentlich und ohne Widerspruch der Kirche erfolgt war. Wenn also nicht einmal die Behörden das der Ehe entgegenstehende Hinderniss bei dem Abschluss derselben entdecken konnten, so müssen wir wohl annehmen, dass es sich um ein allgemein unbekanntes Hinderniss handelt, dessen Unkenntniss den Parteien durchaus nicht zur Last gelegt werden kann. Es hat also auch in diesem Fall der „entschuldbare“ Irrtum der Nupturienten den Gesetzgeber bestimmt, trotz der Nichtigkeit der Ehe die Kinder als legitim gelten zu lassen.

In Kapitel 8 des ang. Titels IV 17 hat derselbe Papst, wie folgt, bestimmt:

Perlatum est ad audientiam nostram, quod, quum H. filius quondam Lazari, ad partes Constantinopolitanas transisset, et ibi moram per decennium et amplius faciens, ad J. uxorem suam non rediens, ipsa apud bonae memoriae J. quondam Vincentinum episcopum adversus eum querelam deposuit, et quod eum non posset diutius expectare, nihilominus allegavit. Episcopus vero, sicut vir providus et discretus, parentibus praedicti viri mandavit, ut pro eo mitterent, et ipsum ad propria revocarent. Quumque elapso longi temporis spatio, vir praedictus non remearet ad propria, episcopus in conspectu ecclesiae, auditis rationibus mulieris, inter eos sententiam divortii promulgavit, et mulieri ut alium virum duceret, plenariam facultatem indulisit. Ideoque quia huius rei veritas nobis non constat, discretioni vestrae per apostolica scripta praecipiendo mandamus, quatenus rem ipsam diligenter investigetis, et si vobis consisterit, quod episcopus inter eos sententiam divortii tulerit, filios eius, quos sustulit de

alio, ad cuius copulam auctoritate praedicti episcopi sine quaestione et contradictione ecclesiae migravit, legitimos judicetis, eos hac occasione ab hereditate non patientes excludi. Et si quis contra hoc niti voluerit, ei auctoritate apostolica silentium penitus imponatis.

Der dieser Entscheidung zu Grunde liegende Thatbestand ist folgender: Eine Ehe ist auf Antrag der Ehefrau nach zehnjähriger Abwesenheit des Mannes durch den Bischof für gelöst erklärt worden und derselben gleichzeitig verstattet worden, zu einer neuen Ehe zu schreiten. Daraufhin hatte die Frau eine zweite Ehe unter Gestattung desselben Bischofs geschlossen. Da nun der Papst nicht für feststehend erachtet, dass der erste Ehemann nicht doch noch lebt, und solchen Falls der zweiten Ehe das impedimentum ligaminis entgegenstehen würde, befiehlt er eine sorgfältige Untersuchung des Sachverhalts. Weil aber ein Erkenntniss in Ehesachen<sup>1)</sup> nach canonischem Recht niemals Rechtskraft erlangt, würde die erste Ehe, auch wenn sie von seiten der Kirche für gelöst erklärt worden ist, in Kraft bleiben, falls sich später herausstellen würde, dass sie unrechtmässig geschieden wurde. Unter dieser Voraussetzung würde also im vorliegenden Falle die zweite Ehe für ungültig zu erachten sein, da der erste Ehemann noch lebt. Trotz der Ungültigkeit dieser Ehe wird doch, sofern wirklich die fortbestehende erste Ehe durch den geistlichen Richter für aufgelöst erklärt worden war, nach vorliegender Entscheidung den in der

1) Vergl. hierzu: Schulte, Katholisches Eherecht S. 462; Richter, Dove und Kahl, Lehrbuch des Kirchenrechts S. 1164. Ferner: C. 7. 11. X de sent. et re jud. II 37; c. 5. 6. X de frig. et malef. IV 15.

zweiten erzeugten Kindern Legitimität zuerkannt, da sich die Nupturienten hinsichtlich des impedimentum ligaminis in „entschuldbarem Irrtum“ befanden; denn wie sollten in ihnen Bedenken an der Rechtmässigkeit ihrer Handlungsweise entstehen können, wenn dieselbe mit Wissen und unter Mitwirkung der kirchlichen Behörde vor sich ging. Es ist nicht ohne Absicht, wenn vom Gesetzgeber hervorgehoben wird, dass derselbe Bischof, ein vir providus et discretus, der das Scheidungsurteil bei der ersten Ehe gesprochen, auch bei dem Abschluss der neuen Ehe mitgewirkt hat; er musste den nöthigen Einblick in die Lage der Dinge gewonnen haben, und auf seine Rechts- und Geschäftskennntniss konnten sich die Parteien wohl verlassen, ohne den Vorwurf der Fahrlässigkeit auf sich zu laden.

Eine ähnliche Entscheidung trifft Innocenz III. im 14. Kapitel tit. cit.; dasselbe lautet:

*Ex tenore litterarumstrarum nobis innotuit, quod, quum G. vidua hereditatem R. quondam mariti sui, a Landulfo de Granno et nepotibus suis cum fructibus inde perceptis, in praesentia vestra, qui ex delegatione nostra de causa cognoscebatis eadem, sibi et pupillo filio restitui postularet, pars adversa petitionem eius nitebatur excludere, pro eo, quod eundem R. maritum ipsius viduae de adulterio genitum asserebat proponens, quod dicti Roberti pater, vivente uxore legitima, quandam aliam, Maruciam nomine, superduxit, ex qua praefatum Robertum maritum ipsius viduae generavit. E contra vero pars viduae respondebat, quod quum praefata Marucia, nesciens, quod dicti Roberti pater aliam haberet uxorem cum ipso in facie ecclesiae contraxisset, filius, quem suscipit ex eo, legitimus debebat haberi, quum non debeant illegitimi reputari, qui de adultera conscia non nas-*

*cuntur. Quumque diutius super hoc in vestra fuisset praesentia litigatum, et nonnullorum prudentum sententia, quorum consilium requisistis, in hoc invicem discordaret, sedem duxistis apostolicam consulendam. Nos igitur, intellectis his et aliis, quae per vestras nobis litteras intimastis, habito cum fratribus nostris diligenti tractatu, intelligentes, quod pater praedicti R. matrem ipsius in facie ecclesiae, ignaram penitus, quod ipse aliam sibi matrimonialiter copulasset, duxerit in uxorem, et dum ipsa coniux ipsius legitima putaretur, dictum R. susceperit ex eadem, in favorem prolis potius declinamus, memoratum R. quoad hoc legitimum reputantes.*

Der Thatbestand dieses Falles ist folgender: Ein Ehemann hat zu Lebzeiten seiner ersten Frau eine Ehe in facie ecclesiae mit einer zweiten geschlossen. Die Entscheidung geht nun dahin: die aus dieser zweiten Ehe entsprossenen Kinder trotz des impedimentum ligaminis, welches diese Ehe nichtig macht, als legitim gelten zu lassen, weil der Mutter derselben das der Ehe entgegenstehende Hinderniss nicht bekannt war. Auch lässt die Mitwirkung der Kirche bei dem Abschluss der Ehe den Irrtum als „verzeihlich“ erscheinen; denn man kann es Niemand verübeln, wenn er in der Mitwirkung des obrigkeitlichen Organs und in der Oeffentlichkeit seines Eheabschlusses eine Sicherheit dafür zu finden glaubt, dass den materiellen und formellen Erfordernissen genügt sei.

Die Entscheidung des Kapitel 15 h. t. lautet folgendermassen:

*Ceterum prolem, de infidelium coniunctionibus natam, qui secundo, tertio vel ulteriore gradu secundum opinionem illorum matrimoniali contraxerunt*

affectedu, post fidem receptam, utilitate publica suadente, legitimam volumus reputari.

In der vorliegenden Entscheidung handelt es sich um die Frage, ob die Legitimität denjenigen Kindern zuzusprechen ist, welche von nicht christlichen Ehegatten, die im 2., 3. oder entfernteren Grade verwandt sind, vor ihrem Uebertritt zum Christenthum erzeugt worden sind. Trotz der mannigfachen Momente, welche gegen die Bejahung dieser Frage sprechen, werden die Kinder doch als ehelich erachtet, weil es einmal überhaupt im öffentlichen Interesse liegt, und ferner die Eltern sich in dem Glauben befunden haben, trotz der Verwandtschaft eine solche Verbindung matrimoniali affectu eingehen zu dürfen. Auch hier ist es zunächst wieder der gute Glaube der Parteien, welcher den Gesetzgeber zu der Anomalie bestimmt hat, wenn auch das „öffentliche Interesse“ nicht ausser Acht zu lassen ist. Dass dasselbe nicht das Interesse kirchlicher Politik sein kann, die Ungläubigen dadurch leichter zum Uebertritt zum Christenthum zu bewegen, ist wohl mit Sicherheit anzunehmen, da der Papst sonst sicherlich unterlassen hätte, davon zu reden. Das Interesse der kirchlichen Politik wird wohl nur mit ein innerer Beweggrund des Decretale gewesen sein und ist eben wohlweislich von einer auf das Recht gestützten Entscheidung fernzuhalten. Ich glaube, dass das „öffentliche Interesse“ hier nur den Sinn der „Berücksichtigung der Gerechtigkeit und Billigkeit“ haben kann; diesem Erforderniss wird aber nicht durch den „guten Glauben“ allein Rechnung getragen, sondern nur dann, wenn derselbe als durch „Entschuldbarkeit“ des Irrtums gerechtfertigt zu gelten hat. Auch diese Entscheidung hat nach meiner Ansicht den „entschuldbaren Irrtum“ als einzige Voraussetzung.

Negativ ist für den Begriff der Putativehe folgende Bestimmung des Kapitel 10 h. t. massgebend:

Frat. t. *taliter* respondemus, quod, publicae honestatis justitia prohibente, matrimonium inter eos contrahi non potuit, et contractum debuit separari, ac per hoc, quum filii nec per ecclesiae permissionem nec per paternam ignorantiam excusentur, ad successionem bonorum paternorum non videntur aliquatenus admittendi.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um das impedimentum publicae honestatis<sup>1)</sup>, d. h. das Verbot der Ehe zwischen der Braut und dem Vater des Bräutigams, und zwischen dem Sohn und der Braut des Vaters, welches sich auf die allgemeine Rücksicht der Wohlanständigkeit gründet. Den Kindern, welche aus einer aus diesem Grunde nichtigen Ehe erzeugt sind, wird die Legitimität versagt, weil weder „die Unkenntniss des Vaters“ noch die „kirchliche Erlaubniss“ vorliegen, welche als Entschuldigung angeführt werden könnten. Aus dieser Begründung der Entscheidung ist zu entnehmen, dass den Kindern, trotz dieses Hindernisses nach canonischem Recht Ehelichkeit zuzusprechen ist, wenn eines der beiden letztgedachten Momente vorhanden ist, d. h. wenn ein entschuldbarer Irrtum vorliegt.

Den angeführten<sup>2)</sup> Stellen ist noch c. 3 Comp. II de cognatione spirituali, IV. 6, hinzuzufügen. Wenn auch die darin enthaltenen Bestimmungen, weil die betreffende Decretale nur in einer der quinque compila-

1) Cfr. Richter-Dove a. a. O. § 276. Emil Friedberg „Das Recht der Eheschliessung“ § 147.

2) Dr. Otto Fischer: „Die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen, insbesondere bei Formmängeln“ S. 8. Separat-Abdruck aus Jhering's Jahrbüchern. Bd. XXIX N. F. XVII. Jena, Gustav Fischer 1890.

tiones antiquae enthalten ist<sup>1)</sup>, keine Gesetzeskraft haben, da sie nicht in die Decretalensammlung Gregor's IX. aufgenommen sind, so sind sie doch für das gemeine Eherecht nicht vollkommen belanglos; denn es handelt sich immerhin um eine päpstliche Decretale, die zum mindesten den Anspruch erheben kann, die zur damaligen Zeit herrschende Ansicht wiederzuspiegeln. Da dieselbe nun mit den von den Decretalen Gregor's IX. über die Putativehe aufgestellten Grundsätzen nicht im Widerspruch steht, im Gegenteil nur eine weitere Ausführung derselben enthält, so ist diese Entscheidung für die Interpretation der canonischen Rechtsquellen von ganz besonderem Interesse.

Celestinus III Laudabilem Pontificalis officii prosequens actionem, quod in hiis, quibus dubitas matrem tuam Romanam ecclesiam consulis et ab ea postulas edoceri, asseris quidem in primis, quod quidam quandam mulierem in uxorem accepit, cuius pater ipsum, dum esset puer de sacro fonte ante levaverat, qui ambo coniuges XXX annis pariter sine quaestione manserunt, et filios procrearunt, licet a XV anno eorum conscientia lesa fuisset. Postmodum vero contra huiusmodi coniunctionem accusatione in iure proposita, facta est fides ecclesiae per testes omni exceptione majores, ipsum virum a patre eius cum qua contraxerat, de baptismatis unda fuisse sublatum. Hoc autem cum Zacharias et Deusdedit Romani pontifices audierunt, talem copulam decreverunt separandam utpote, ubi cognatio spiritualis esse minime dubitatur, maxime inter eos, per quos compaternitas contra-

hitur, per quam in lege divina germani esse dicuntur. Licet tanto tempore sibi invicem cohabitaverint, quia tamen diuturnitas temporis non minuit peccata sed auget et specialiter lite mota super hoc Marte proprio decurrente, ecclesia contractum illum esse cognovit illicitum, dicimus matrimonium illud fore secundum instituta canonica dirimendum; monendus tamen est uterque, ut in necessariis juxta vires provideat alteri. Prolem autem susceptam ante separationem huius modi, si aliud non obsistit, legitimam esse censemus.

Der Entscheidung liegt folgender Thatbestand zu Grunde:

Jemand heirathet eine Frau, deren Vater ihn, während er noch ein Knabe war, aus dem Taufbade gehoben hat. Nach 15jähriger Dauer der Ehe kommt ihnen wegen des Hindernisses der cognatio spiritualis ein Gewissensbedenken, das sie vorher, vielleicht weil sie den Sachverhalt gar nicht kannten, nicht gehabt haben; trotzdem setzen sie die Ehe noch 15 Jahre fort, bis durch accusatio matrimonii die Sache zur Entscheidung der geistlichen Ehegerichtsbarkeit gelangt. Die Kirche entscheidet, dass, weil erweislich der Vater der Frau den Mann im Knabenalter als Pathe aus dem Taufbade gehoben, das Ebehinderniss der cognatio spiritualis die Ehe nichtig mache, da sie einer solchen unter leiblichen Geschwistern gleichzurechnen sei. Die Länge der Zeit biete um so weniger einen Rechtfertigungsgrund, da ja den Gatten Zweifel gekommen sind, und sie trotzdem, die ehelichen Pflichten fortgesetzt haben. Bei den unschuldigen Kindern aber liege die Sache anders. Selbst denen, die nach der mala fides superveniens vor dem Trennungsurteil der Ehe concipiert sind, sei die Legitimität nicht zu versagen.

1) C. 3. comp. II de cognatione spirituali IV. 6 [Friedberg, Quinque compilationes antiquae, Lipsiae 1882 p. 98].

Wir sehen also, dass auf Grund dieser Entscheidung selbst mala fides superveniens auf die rechtliche Stellung der Kinder, welche vor der Trennung der verbotenen Ehe concipiert sind, ohne Einfluss ist.

### B. Voraussetzungen der Putativehe nach heutiger Doctrin.

Nachdem wir nun die Rechtsquellen, welche für die Anwendung der Putativehe im Gebiet des gemeinen Rechts massgebend sind, zusammengestellt und erläutert haben, wollen wir nunmehr aus denselben den Begriff dieses Instituts, wie sich derselbe für das heutige gemeine Recht gestaltet, zu entwickeln versuchen.

Von den angeführten Rechtsquellen haben wir in erster Reihe hierbei die Bestimmungen des canonischen Rechts zu berücksichtigen; denn abgesehen davon, dass diese Rechtsquellen im Gegensatz zu den angeführten Partikularrechten für das in Betracht kommende Rechtsgebiet eine allgemeine Geltung beanspruchen und gegenüber dem römischen Recht eine erheblich jüngere und daher dasselbe aufhebende Rechtsquelle bilden, hat die Putativehe durch das canonische Recht eine ganz besonders hervorragende und intensive Ausbildung erfahren. Ueberhaupt ist ja dem kanonischen Recht dem römischen gegenüber wenigstens im gemeinen katholischen Eherecht in Consequenz des Sacramentsbegriffs der Ehe der Vorzug zu geben. Diese Sacramentsnatur hat sich freilich im protestantischen Eherecht nicht ausgebildet. Aber auch hier geht wenigstens für die Beurteilung der Voraussetzungen und Wirkungen einer Putativehe aus den reformatorischen Grundsätzen über die weltliche Natur des Eherechts kein Grund hervor, die Anwendung der kanonischen Sätze auszuschliessen.

### § 1. Entschuldigbarer Irrtum.

Zunächst tritt nun die Aufgabe an uns heran, die Bedingungen zu fixieren, unter welchen die für die Putativehe geltenden Bestimmungen zur Anwendung gebracht werden können. Aus der Betrachtung der Quellenstellen geht unzweifelhaft hervor, dass als wesentliche Voraussetzung für die Putativehe der Irrtum hinsichtlich des Grundes der Ungültigkeit der Ehe mindestens auf Seiten eines der Ehegatten anzusehen ist. Wenn auch in einigen angeführten Bestimmungen dies Erforderniss nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, so enthalten dieselben doch, wie wir gesehen haben, mannigfache Momente, welche ohne die Annahme eines zu Grunde liegenden Irrtums unmöglich die Wirkungen einer Putativehe erzeugen könnten. Man darf sich nicht irre leiten lassen, wenn in diesen Stellen die kirchliche Form „sine contradictione ecclesiae“ bezw. „auctoritate episcopi“ hervorgehoben wird; das kanonische Recht, als das Recht der mittelalterlichen Kirche, kannte ja keine wesentliche Form der Eheschliessung. Dass die erwähnten Formen für die Annahme einer Putativehe nicht ausschlaggebend sein konnten, ist auch aus einer ausdrücklichen Verordnung des vierten<sup>1)</sup> Lateran-Concils zu entnehmen, welche vorschreibt:

Pari modo proles illegitima censeatur, si ambo parentes, impedimentum scientes legitimum, praeter omne interdictum, etiam in conspectu ecclesiae contrahere praesumpserunt.

Es sollen also ungeachtet des Abschlusses der Ehe in conspectu ecclesiae die Kinder als illegitim gelten,

1) Kap. 3 § 1 X de clandestina desponsatione 4, 3; cfr. Fischer in Gruchot's Zeitschrift. § 5.

wenn die Eltern das gesetzliche Hinderniss kannten. Da nun in unsern Entscheidungen den Kindern Legitimität zugesprochen wird, so müssen wir auf Grund der Bestimmungen des Lateran-Concils annehmen, dass eine Unkenntniss bezw. ein Irrtum über das entgegenstehende Hinderniss obwaltete. Dass eine ausdrückliche Erwähnung des Irrtums unterblieben ist, ist eben darauf zurückzuführen, dass er sich ganz deutlich aus andern Momenten, namentlich der *divortii sententia* der ersten, und dem kirchlichen Abschluss der zweiten Ehe ergibt, denn es ist ein anerkannter Grundsatz des canonischen<sup>1)</sup> Rechts, dass beim Abschluss der Ehe *in facie ecclesiae* die *bona fides* vermuthet wird.

Massgebend für die Begriffsbestimmung des Irrtums ist folgende Vorschrift des vierten Lateran-Concils<sup>2)</sup>:

*Si quis vero huiusmodi clandestina vel interdicta coniugia inire praesumpserit, in gradu prohibito etiam ignoranter, soboles de tali coniunctione suscepta, prorsus illegitima censeatur, de parentum ignorantia nullum habitura subsidium, quum illi taliter contrahendo non expertes scientiae vel saltem affectatores ignorantiae videantur.*

Wenn also Jemand eine heimliche oder verbotene Ehe einzugehen unternimmt, ohne zu wissen, dass ein

1) Dieser Grundsatz des canonischen Rechts ergibt sich aus Kap. 11 X *qui filii sint legitimi* 4, 17:

*Pervenit sane ad nos ex insinuatione L. viduae, quod cum inter G. patrem suum, et A. matrem illius, matrimonium fuisset legitime celebratum, et quamdiu vixerunt, quiete permanserunt: post illorum decessum quidam asserentes eam de non legitimo matrimonio fuisse susceptam, a paterna hereditate tamquam illegitimam amovere conantur: Mandamus itaque, quatenus si est ita, dictam viduam legitimam nunciatis.*

2) Cap. 3. § 1 X *de clandest. desp.* 4. 3.

*impedimentum affinitatis* vorliegt, so sollen die aus derselben hervorgegangenen Kinder als illegitim gelten; denn der Umstand, dass die Eltern das Hinderniss nicht kannten, kann den Kindern nicht zum Vorteil ausgelegt werden, da jene durch den heimlichen Abschluss der Ehe sich als *non expertes scientiae* vel saltem *affectatores ignorantiae* gezeigt hätten.

Der Sinn des Gesetzes geht also dahin, die Wirkungen der Putativehe zu versagen, wenn die Verlobten das Aufgebot absichtlich<sup>1)</sup> vernachlässigt haben und sich nachher ein materielles Hinderniss herausstellte; denn der Gesetzgeber präsumiert<sup>2)</sup> daraus, dass das Aufgebot von den Parteien nicht beachtet wurde, die Nupturienten hätten entweder guten Glauben simuliert oder absichtlich eine Aufklärung über den ihnen unbekanntem Hinderungsgrund verschmäht und sich dadurch in einem scheinbaren oder günstigsten falls in einem hartnäckig festgehaltenen Irrtum befunden. Ein solcher Irrtum aber, der bei nur gewöhnlicher Aufmerksamkeit aufgeklärt werden konnte, hat keine ethische Grund-

1) *Si quis huiusmodi clandestina vel interdicta coniugia inire „praesumpserit“.* Von einem „Wagen“ oder „Unternehmen“ der Unterlassung des Aufgebots kann nur bei wissentlicher Vernachlässigung desselben die Rede sein. Cfr. Fischer (Gruchot) a. a. O. § 6. Engel, *collegium iuris ecclesiastici* 4, 17 No. 4:

*„omissionem denuntiationis impedire legitimitatem prolis, si culpabiliter seu dolose facta sit — Si in omissione denuntiationum nihil peccatum sit, cessabit etiam poena et praesumptio.*

2) Cfr. Walter, *Lehrbuch des Kirchenrechts* § 317; J. H. Böhrer a. a. O. 4, 17 § 36; Schmalzgrueber, *ius ecclesiasticum* 4, 3 No. 73 ff.; am treffendsten bemerkt hierzu v. Espen *ius eccles. suppl.* S. 585: *„negligendo scilicet remedia ab ecclesia ordinata huiusmodi impedimenta detegendi et in eorum notitiam deveniendi.“*

lage und kann keine den Parteien günstige Veränderung der Rechtslage bewirken<sup>1)</sup>.

Aus den vorangegangenen Erörterungen haben wir also das Resultat gewonnen, dass der Irrtum „entschuldbar“ sein muss, wenn die Bestimmungen über die Putativehe Platz greifen sollen; und zwar besteht derselbe in der verzeihlichen Annahme mindestens einer der Parteien, eine gültige Ehe einzugehen. Lag dieser gute Glaube eines Gatten bei Abschluss der Ehe vor, so schadet dem Begriff der Putativehe weder das böse Bewusstsein des andern Gatten, noch ein nach dem Abschluss eintretender Zweifel des gutgläubigen Gatten, mag derselbe wieder gehoben worden sein oder sich bis zur vollen Kenntniss des Mangels gesteigert haben.

Dies ist demnach die einzige Voraussetzung<sup>2)</sup>, welche sich aus den Quellen für die Wirkung der Putativehe nachweisen lässt.

§ 2. Die weitere Voraussetzung der Beobachtung der gesetzlichen Form, welche die herrschende Lehre aufstellt, ist zu verwerfen.

Die herrschende Lehre<sup>3)</sup> nun erfordert als fernere Voraussetzung des Instituts den Abschluss der Ehe in

1) Cfr. Wächter, Die bona fides, insbesondere bei der Ersetzung des Eigenthums; Bruns „Rechtsgutachten“.

2) Dieselbe Ansicht vertheidigt Dalloz in seiner Jurisprudence du 19 siècle [vol. 19 s. v. mariage sect. II p. 282]. Er verwirft die von Hertius für die Putativehe aufgestellten drei Voraussetzungen: „ut bona fide, ut palam ac solenniter contractum sit“ und erklärt nur „la bonne foi“ als nothwendig.

3) Weiske, Rechtslexikon Band III S. 570. Waechter, Pandekten Band II S. 585. Bartels, Ehe und Verlöbniß nach hannoverschem Recht S. 282. Scheurl, Das gemeine deutsche

der gesetzlichen Form und sucht dadurch die Anwendung der Putativehe einzuschränken. Auf der einen Seite glaubt sie ihre Behauptung vermöge des argumentum e contrario aus den Entscheidungen selbst deducieren zu können, da diese nur materiell ungültige Fälle im Auge haben. Andererseits führt sie als Begründung dieser Lehre an, dass in den mitgetheilten Entscheidungen vielfach die Schliessung der Ehe „in der Oeffentlichkeit“ angesichts der Gemeinde „mit Erlaubniß des Bischofs“ bezw. „der Kirche“ hervorgehoben werde. Vor allem aber sucht sie sich auf die schon vorher citierte Vorschrift des vierten Lateran-Concils zu stützen.

Die Aufstellung der herrschenden Lehre ist zu verwerfen.

---

Eherecht S. 357. Freisen, Geschichte des canonischen Eherechts S. 865. Philips, Kirchenrecht Bd. II § 299. Frey, Kirchenrechts-Commentar Bd. III S. 279. Glück, Intestaterbfolge § 156. Holzschuber, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Band I S. 531. Knopp, Eherecht Bd. I S. 134. Gitzler, Gemeines und Preuss. Eherecht S. 21. Dernburg, Pandekten III § 28 Anm. 14. Walter, Kirchenrecht § 317. Richter-Dove, Kirchenrecht § 280. Schulte, Katholisches Eherecht S. 397. Schott, Einleitung in das Eherecht § 138. Schmalzgrüber, jus ecclesiasticum 4, 17. Sintenis, Gemeines Civilrecht § 138. 29. Die ältesten Autoren Hertius, Mascovius, Henelius, Westphal verfochten die Ansicht: matrimonium, quo personae, quae iure coniugi nec poterant, ritu solenni iungantur bona fide. Alb. Gentil. 2. de Nupt. c. 25: matrimonium putativum est matrimonium, quod palam bona fide contractum. Alph. de Olea de cess. iur. action. tit. 4. quaest. 8 u. 9:

„quod vero solenniter celebratum est, ex impedimento tamen aliquo non subsistit, quod ambo coniuges vel eorum alter probabiliter ignorabant.“

a) Weil eine restrictive Interpretation der canonischen Gesetzgebung bezüglich der Putativehe unstatthaft.

α) Widerlegung der Gründe der herrschenden Lehre.

Es tritt nun die Aufgabe an uns heran, diese einzelnen Beweisgründe einer eingehenden Prüfung zu unterziehen, um festzustellen, ob dieselben eine restrictive Interpretation der canonischen Rechtsquellen hinsichtlich der Putativehe als zulässig erscheinen lassen. Da alle einschlägigen Entscheidungen nur materielle Ungültigkeitsgründe als Ausgangspunkt für die Wirkungen der Putativehe anführen, so liegt es ja an und für sich ganz nahe, vermöge des *argumentum e contrario* formelle Ungültigkeit auszuschliessen. Jedoch dürfen wir eine Gesetzesvorschrift nicht nur nach ihrem Inhalt allein interpretieren; den Kernpunkt des Gesetzes werden wir erst ergründen, wenn wir dasselbe im Rahmen seiner Zeit beurteilen. Und so finden wir im vorliegenden Fall, dass es zur Zeit, als die gesetzlichen Bestimmungen erlassen wurden (1180—1214), für die Eheschliessung noch keine gesetzliche Form<sup>1)</sup> gab; daher konnten die Grundsätze der Putativehe nur an praktischen Beispielen, die auf materiellen Fehlern be-

1) Cfr. Walter a. a. O. § 298; Knopp, Katholisches Eherecht, I § 30. v. Salis „Publication des Tridentinischen Rechts der Eheschliessung“. v. Schulte, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Eherechts S. 37; Bürgerliche und canonische Ehe von einem Deutschen Juristen; Getreu dem Grundsatz „Consensus facit nuptias“ (l. 36 Dig. D. R. J. 50. 17), welchen das decretum Gratiani wörtlich wiederholte, (C. 27 c. 1 qn. 2), war, natürlich die Verschiedenheit der Geschlechter vorausgesetzt, einzig und allein der consensus matrimonialis der Nupturienten massgebend, d. h. der übereinstimmende Wille von Mann und Frau, eine Ehe unter sich bestehen zu lassen; Worte, Zeichen, konkludente Handlungen genügten zum Beweis.

ruhten, gezeigt werden. Ein weiteres *argumentum e contrario*, als Grundlage der Putativehe den formell gültigen Abschluss vorauszusetzen, ist daher unstatthaft, weil der Gesetzgeber an formelle Fehler gar nicht denken konnte.

Als fernerer Beweisgrund nun führen die Verfechter dieser Meinung an, dass in den Entscheidungen auf die kirchliche Form Gewicht gelegt wird. Wie kann aber dieser Umstand massgebend sein, wenn die Beobachtung der Form für die Gültigkeit<sup>1)</sup> der Ehe nicht in Betracht kam, Allerdings waren schon frühzeitig unter den Christen bei Eheschliessungen Mitwirkung der Kirche<sup>2)</sup> und gewisse Solennitäten üblich geworden. Dieser Brauch war jedoch nur eine Huldigung, welche man der Kirche schuldig zu sein glaubte; er galt als etwas rein accessorisches. Ganz unzweideutig spricht sich der den angeführten Entscheidungen zeitgenössische Papst Alexander III.<sup>3)</sup> über die Bedeutung des Form-

1) v. Schulte a. a. O. S. 39 u. 44. v. Wiese, Kirchenrecht § 285. Dabelow, Eherecht § 124. Philips, Lehrbuch des Kirchenrechts II § 275. Frey, Kirchenrechtscommentar III § 261. Schott, Einleitung in das Eherecht § 161 Anm. 4.

2) *Professio matrimonialis in ecclesia*.

3) C. l. comp. II de cland. desponsat. 4. 3: „Alexander III. Consuluit nos tua fraternitas, quid faciendum sit de hiis, qui cum de aliqua causa in episcopatu tuo non possunt nuptialem benedictionem accipere, ad alios episcopatus furtive se transferunt coniugia ibi clandestina contrahentes. Ad quod taliter respondemus, quod si talis fuerit culpa, que non permittat eos manere simul sunt adinvicem dividendi. Si vero fuerit aliqua, que contractum matrimonium non dissolvat, pro transgressione tali penitentia potest eis indici, coniugium vero ex tali causa non debet dissolvi. In demselben Sinne spricht sich die ungefähr gleichzeitige Summa Roberti Flamesburiensis de matrimonio et usuris. (Freisen, Geschichte des canonischen Eherechts, Seite 81) aus.

erfordernisses in den canonischen Rechtsquellen dahin aus, dass das Formerforderniss für die Gültigkeit der Ehe nicht in Betracht komme, und dass auch die formlose Ehe nur dann nichtig ist, wenn ein trennendes Ehehinderniss vorliegt. Die Form war eben rechtlich nur für den Beweis des Consensus von Bedeutung<sup>1)</sup>. In den vorher behandelten Entscheidungen wird sie aber deshalb so eindringlich hervorgehoben, weil in ihrer Beobachtung ein gewichtiges Anzeichen für den entschuldigen Irrtum<sup>2)</sup> gefunden wurde.

Die Hauptstütze glaubt nun die herrschende Meinung in der schon angeführten Vorschrift des vierten Lateran-Concils zu finden, nach welchem die Wirkungen der Putativehe im Falle der Nichtigkeit wegen eines materiellen Hindernisses dann versagt werden, wenn das Aufgebot unterblieben ist. Da nun, wie eben gezeigt worden, das Aufgebot in der damaligen Zeit gar nicht zur nothwendigen Form der Eheschliessung gehörte, so konnte diese Anordnung des Concils keineswegs die Form des Aufgebots um ihrer selbst willen zur Geltung bringen wollen; der Nachdruck, welcher hier auf den Nichtvollzug des Aufgebots gelegt wird, bietet keinen Anlass, dasselbe etwa als ein nothwen-

1) c. 1. l. 30 qu. 5 [Decret. Pseudoisid. ed. Hinschius p. 87. nr. II]; gl. quod autem ad pr.; gl. non interveniant ad c. 3; gl. confessione ad. 3 C. 30 qu. 5; summa magistri Rolandi causa 30 qu. 5 [ed. Thauer p. 151 sq.]; Bernhards summa decretalium IV, 3 und summa de matrimonio III l. u. 14 [ed. Laspeyres p. 141 sq., 287, 304]; näheres hierüber auch bei Scheurl „Das gemeine deutsche Eherecht“ Seite 58 ff. und Freisen, „Geschichte des canonischen Eherechts“ Seite 120 ff.

2) Auch im römischen Recht finden wir diese Anschauung vielfach vertreten, cfr. fr. 5 § 4 D. de auct. tut. 26, 8; fr. 68 Dig. de ritu nupt. 23, 2; fr. 3 § 1 Dig. de jure fisci 49, 14.

diges Erforderniss der Putativehe hinzustellen, sondern ergibt nur eine Beweisvermuthung gegen das gute Gewissen der Parteien, deren heimliche Verbindung die Annahme eines bösen Glaubens als gerechtfertigt erscheinen lässt.

β) Nachweis aus den Bestimmungen des Tridentiner Concils.

Auch die weitere Entwicklung der Ehe Theorie im Kirchenrecht giebt der herrschenden Meinung keinen Beweis an die Hand. Die Vorschriften des Tridentinum<sup>1)</sup> lauten dahin:

Si quis intra gradus prohibitos scienter matrimonium contrahere praesumpserit, separetur, et spe dispensationis consequendae careat, idque in eo multo magis locum habeat, qui non tantum matrimonium contrahere, sed etiam consummare ausus fuerit. Quod si ignoranter id fecerit, si quidem solennitates requisitas in contrahendo matrimonio neglexerit, eidem subjiciatur poenis, non enim dignus est, qui ecclesiae benignitatem facile experiatur, cuius salubria praecepta temere contempsit. Si vero solennitatibus adhibitis impedimentum aliquod postea subesse cognoscatur, cuius ille probabilem ignorantiam habuit, tunc facilius cum eo et gratis dispensari poterit.

Wenn also eine Ehe wissentlich innerhalb der verbotenen Grade geschlossen ist, wird sie getrennt, ohne dass irgend welche Aussicht auf eine nachfolgende Dispensation vorhanden ist, und zwar dann erst recht, wenn die Betheiligten es nicht nur unternommen haben, eine Ehe einzugehen, sondern auch der Beischlaf that-

1) Sess. 24 decr. de reform. matr. cap. 5 pr.

sächlich vollzogen ist. Liegt Unwissenheit vor, sind aber die erforderlichen Solennitäten beim Eheabschluss nicht gewahrt, so kommen dieselben Strafen in Anwendung; denn wer die heilsamen Vorschriften der Kirche frech verachtet, verdient die Milde derselben nicht. Die Dispensation erfolgt aber leicht und unentgeltlich, wenn die Solennitäten beachtet, und sich nachher ein Hinderniss herausstellt, hinsichtlich dessen die Eheschliessenden in entschuldbarer Unkenntniss sich befanden.

Aus der Weigerung des Dispenses ist in diesem Falle nicht zu schliessen, dass die Ablehnung erfolge, weil die Form objectiv nicht gewahrt sei; denn wie sollte die Form der ersten ungültigen Ehe ein Hinderniss für die Erlaubniss bilden können, eine neue einzugehen, die natürlich unter Beobachtung der vorgeschriebenen Form zu vollziehen wäre. Vielmehr wird die Dispensation deshalb versagt, weil in der Vernachlässigung der Eheform ein offensichtliches Zeugniss für die Gottesverachtung der Parteien liegt, die sich über die weisen Vorschriften der Kirche frivol hinwegsetzten und nun, nachdem ein materielles Hinderniss naher Verwandtschaft erst nachträglich zu ihrer Kenntniss gelangte, was ja bei Wahrung der Form vermieden worden wäre<sup>1)</sup>, den Dispens der Kirche zu ihrer neuen Ehe begehren. Es ergiebt sich demnach, dass selbst

1) Denn gerade die Oeffentlichkeit und die Form der Eheschliessung sollen vorzugsweise dazu dienen, Ehen in verbotenen Verwandtschaftsgraden zu verhüten. Diesen Gedanken finden wir auch im capitulare Aquisgr. Caroli M. v. 802 No. 35 [Mon. Germ. Leg. I 95] *coniunctiones facere non praesumat, ante quam episcopi, presbyteri cum senioribus populi consanguinitatem conjungentium diligenter exquirant; et tunc cum benedictionem iungantur.*

die Bestimmungen des Tridentiner Concils nichts enthalten, was der Zulassung der Wirkungen der Putativ-ehe bei Formmängeln entgegenstände. Im Gegenteil, wir müssten gerade aus dem Umstände, dass ein Gesetz, das eine so schwerwiegende Form<sup>1)</sup> für den Abschluss der Ehe einführt, sich nicht über den Einfluss dieser Form auf die Putativehe äusserte, entnehmen, dass es das von den canonischen Quellen für dieses Institut aufgestellte Prinzip, nachdem nunmehr eine Ehe formell ungültig sein konnte, auch für diesen Fall anerkannt hat. Bei der misslichen Rechtslage und den schwerwiegenden Folgen, welche die Unehelichkeit der Kinder im canonischen Recht erzeugte, hätte die Gesetzgebung unbedingt bezüglich der Putativehe Bestimmungen getroffen, wenn sie von dem geltenden Prinzip abweichen wollte. Ausserdem will ich noch hervorheben, dass das Tridentinum<sup>2)</sup> in der Gültigkeitserklärung<sup>3)</sup> einer vor dem *parochus putativus* geschlossenen

1) Sess. 24 decr. de reform. matr. cap. I: „*Qui aliter quam praesente parochi vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat.*“ Cfr. Richter-Dove a. a. O. § 264; Gitzler, Handbuch des gemeinen und preussischen Eherechts S. 32; v. Wiese, Kirchenrecht § 286; Frey a. a. O. III § 261; Phillips a. a. O. II § 275; Knopp a. a. O. I § 80; Walter a. a. O. § 299.

2) Cfr. Knopp, Eherecht I § 30. Phillips, Lehrbuch des K. R. II § 276. Schulte, Katholisches Eherecht S. 62. Kutschker, Eherecht S. 383. Entscheidungen der congr. Conc. Trid. interpretum bei Richter, Beschlüsse des Concils zu Trient, sess. 24, *causae* 51, 53.

3) Uebrigens hat das evangelische Eherecht sogar dem Grundsatz gehuldigt, dass, wenn die Ehe vor einem unzuständigen Geist-

Ehe seine Tendenz zeigt, das gute Bewusstsein der Personen zu berücksichtigen<sup>1)</sup>; warum sollte es diese Rücksicht ausser Acht lassen, wenn es sich um einen den Parteien unbewussten Formfehler handelt und gerade dann die Härte beweisen, den Beischlaf zu einem unehelichen und die daraus erzeugten Kinder zu illegitimen zu stempeln!

Dieselben Grundsätze müssen wir auch, wie wir oben<sup>2)</sup> gesehen haben, für das evangelische Eherecht anerkennen. Die vortridentinischen Quellen hat es mit dem katholischen Eherecht gemeinsam; infolgedessen galt auch im evangelischen Eherecht der Grundsatz: „consensus facit nuptias“. Vom 16. Jahrhundert an begann dann in den evangelischen Ländern Deutschlands, die Trauung<sup>3)</sup> durch den Geistlichen sich zu verallgemeinern. Dieselbe war jedoch durchaus nicht ausschliessliche Form des Zustandekommens einer gültigen Ehe, sondern sie galt allgemein als löblicher, rechtmässiger Brauch. Erst im 18. Jahrhundert ist die kirchliche Trauung im protestantischen Eherecht wesentliche Eheschliessungsform geworden. Da nun keine

lichen geschlossen worden war, dieser Umstand die Eheschliessung nicht ungültig mache. Vgl. Hinschius, Commentar zum Personenstandsgesetz Anm. 38 zu 42.

1) Eine ähnliche Berücksichtigung der starren Rechtsconsequenz hat auch in dem nachtridentinischen Eherecht stattgefunden, wie aus mannigfachen Entscheidungen der Congregatio Concilii Tridentini Interpretum ersichtlich. Cfr. Canones et decreta Concil. Trid. ed. Richter-Schulte p. 227 u. 229. Näheres siehe auch bei Fischer (Jhering) S. 6.

2) Cfr. Seite 28.

3) Cfr. Dove-Richter a. a. O. § 283. Friedberg, „Eheschliessung“ S. 252. v. Schulte, Katholisches und evangelisches Kirchenrecht § 159. Walter a. a. O. § 299. Fischer (Gruchot) a. a. O. § 7.

imperative Vorschrift die Wirkungen der Putativehe von dieser Form abhängig macht, so gilt auch im evangelischen Eherecht das von den canonischen Quellen aufgestellte Prinzip.

Die von der herrschenden Lehre aufgestellte Voraussetzung der Beobachtung der gesetzlichen Form ist zu verwerfen.

b) Weil dieses Erforderniss gegen die Grundsätze der Billigkeit verstösst.

Bisher ist nur aus dem Schweigen der kirchenrechtlichen Vorschriften über die Folgen eines Formfehlers der Beweis erbracht worden, dass in der Beobachtung der Form keine nothwendige Voraussetzung der Putativehe liege; positiv spricht dafür die jedem Rechtssatz als Leitstern dienende Billigkeit, welche aus der Gleichheit der Sach- und Rechtslage zu demselben Resultate führt. Warum sollten wir auch zwei Verhältnisse anders behandeln, die innerlich so nahe verwandt und sich äusserlich zum mindesten ähneln! Was für uns vor allem ins Gewicht fällt, die Sachlage ist bei formell, wie materiell ungültigen Ehen die gleiche. Zunächst treffen die Erfordernisse, welche wir aus den canonischen Quellen für die Putativehe entnommen haben, bei beiderlei Ehen zu. Oder sollten sich vielleicht bei mangelhafter Form der Eheschliessung die Nupturienten nicht in dem guten Glauben befunden haben können, eine gültige Ehe zu schliessen! Ohne Zweifel kann man betreffs formeller Mängel sich ebenso im Irrtum befinden, wie bezüglich materieller Hindernisse. Im Gegenteil, es giebt sogar formelle Mängel, welche weit mehr der Kenntnissnahme der Nupturienten entzogen sein können, als materielle und daher auch in grösserer Masse zu Irrtümern Anlass geben. Denken wir nur an die heutige Form der Eheschliessung, wie

dieselbe durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 geregelt ist.

§ 4 Abs. 2 des Reichsgesetzes lautet:

„Die Gemeindebehörde kann die Anstellung besonderer Standesbeamten beschliessen. Die Ernennung der Standesbeamten erfolgt in diesem Falle durch den Gemeindevorstand „unter Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde.“

Es ist nun ein fast allgemein anerkannter Grundsatz, dass, sofern ein Beamter unter Genehmigung des Staats zu ernennen ist, erst diese ihm die Qualifikation als Beamter erteilt. Solange die Genehmigung noch aussteht, ist derselbe als Privatmann zu betrachten. Es ist demnach, wie auch die Praxis der Gerichte<sup>1)</sup> und Verwaltungsbehörden<sup>2)</sup> es bestätigt, ein von dem Gemeindevorstand ernannter Standesbeamter, der nicht die „Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörden“ hat, nicht als Standesbeamter zu betrachten. Daher wären, da § 41 des Reichsgesetzes vorschreibt:

„Innerhalb des Gebiets des deutschen Reichs kann eine Ehe rechtsgültig nur vor dem Standesbeamten geschlossen werden, so qualifizierte Personen nicht befugt, rechtsgültige Eheschliessungen vorzunehmen. Wie sollten sich nun die Parteien der Abwesenheit eines solchen formellen Mangels, welcher nur im innern Verkehr der Behörden kontrollierbar ist, vergewissern? Wenn ein Beamter von einer Gemeinde, also einer öffentlichen Corporation, in aller Form Rechtens gewählt ist und in einer äusserlich vollkommen legalen Weise amtiert, so sind die

1) „Standesbeamte“, Centralblatt für Standesbeamte Jhrg. 1884. S. 258; Jahrg. 1889. S. 33.

2) „Standesbeamte“ Jahrg. 1882. S. 161.

Ehegatten weder befugt, noch fähig, seine Beamtenqualität prüfen zu können<sup>1)</sup>. Es ist in dem angeführten Falle ein thatsächlicher Irrtum betreffs des formellen Mangels nicht nur als möglich, sondern fast als Seitens der Parteien unabwendbar anzusehen.

Natürlich wird auch bei formellen Mängeln der Irrtum entschuldbar sein können. Bei dem thatsächlichen Irrtum wird diese Behauptung keines Beweises bedürfen; aber auch bezüglich des Rechtsirrtums werden wir es in gewissem Umfange anerkennen müssen. Von der starren<sup>2)</sup> Regel: „Juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere“ lässt schon das römische Recht die Concession einer Ausnahme zu, wenn es an der Möglichkeit rechtlicher Belehrung für die Parteien fehlte; sonst stützte es die regelmässige Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums auf den Grundsatz<sup>3)</sup>, dass man gewöhnlich in der Lage ist, über die in Frage kommenden Rechtssätze sich unterrichten zu können, und dass in der Unterlassung der Erkundigung bei Rechtsverständigen eine Fahrlässigkeit liegt. Wir müssen daraus folgern, dass Rechtsirrtümer, die durch den Standesbeamten veranlasst oder nicht beseitigt sind, in der Regel als entschuldbar zu gelten haben<sup>4)</sup>; denn in diesem Fall wird den Parteien nun und nimmermehr Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden können; der Rechts- und Geschäftskennntniss des Standesbeamten sind sie berechtigt, volles Vertrauen zu schenken. Natürlich im allgemeinen wird sich die

1) Cfr. „Standesbeamte“ 1889. S. 33.

2) I. 9. pr. D. 22. 6.

3) Wächter, „bona fides“ S. 120 ff. Sintenis, Civilrecht I § 8 A. 4, 5; Savigny, System III S. 334.

4) Cfr. Fischer [Gruchot] a. a. O. § 9.

Grenze schwer ziehen lassen; es wird sich lediglich nach Lage der obwaltenden Umstände beurteilen lassen, wann der Irrtum bei Formmängeln entschuldbar ist oder nicht. Jedenfalls wird der Grund der Verschuldung eine wesentliche Grundlage für die Beurteilung bilden, und beim Vorliegen einer culpa levis der Irrtum wohl stets als unentschuldbar angesehen werden müssen.

Da wir nachgewiesen, dass die Voraussetzungen der Putativehe wie bei materiellen, so auch bei formellen Mängeln der Ehe zutreffen, so ergibt sich notwendigerweise, dass auch der Grund des Instituts, der ja mit den Erfordernissen im engsten Zusammenhange steht, bei beiderlei Ehen derselbe ist. Der allgemeine Grundsatz, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft ungeeignet ist, irgend welche Rechtswirkungen hervorzubringen, welche ihm eigenthümlich sind, muss natürlich auch bei nichtigen Ehen in Anwendung kommen<sup>1)</sup> und entspricht auch, soweit es sich um den wissentlichen Abschluss derselben handelt, vollkommen den Grundsätzen der Billigkeit, denn, quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur sentire<sup>2)</sup>; das Recht hat keine Veranlassung, gegen selbstverschuldeten Schaden zu schützen. Wie anders aber, wenn die Ehe in Folge eines entschuldbaren Irrtums zum Abschluss gekommen ist! Gilt es schon unter dieser Voraussetzung bei Rechtsgeschäften als unzweckmässig, die Nichtigkeit in ihrer nackten Form eintreten zu lassen, um wieviel unthunlicher wäre es, diese Folgen bei der Eheschliessung in Anwendung zu bringen. In den meisten Fällen dürfte es bei Rechts-

1) Vergl. zu diesen Betrachtungen: Fischer (Gruchot) a. a. O. § 8.

2) L. 203 de R. J.

geschäften wohl möglich sein, das Verhältniss auch thatsächlich so wiederherzustellen, wie es vor dem Vertragsabschluss sich gestaltete. Soweit schon Leistungen erfolgt sind, können sie, wenn auch nicht immer in ihrer ursprünglichen Gestalt, so doch wenigstens ihrem Werte nach zurückgegeben werden; wir kommen also stets zu einem Zustand, der zum mindesten demjenigen nahe kommt, welcher vorhanden wäre, wenn ein Vertragsschluss niemals stattgefunden hätte. Wie sollte man diesen Erfolg bei der Eheschliessung erzielen können. Die Gemeinschaft mit ihren schwerwiegenden Folgen, welche die Ehe erzeugt, lässt sich nicht ungeschehen machen. Ferner sind, wie wir eben gesehen haben, die Verluste, welche in Folge der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts eintreten, in der Regel nur vermögensrechtlicher Natur. Wie anders steht es bei einer nichtigen Ehe! Hier handelt es sich vor allem um ideale Güter, die Persönlichkeit, die Sittlichkeit, ja das gesammte Lebensglück der Beteiligten steht hier auf dem Spiel. Zu welcher unleidlichen Härte würde es führen, eine Frau, die bona fide die Ehe eingegangen ist, in die unglückliche Lage einer ausserehelich Geschwängerten zu versetzen, die Kinder, deren Dasein einem Irrtum, nicht einem Vergehen, zuzuschreiben ist, als illegitim<sup>1)</sup>, kurz das ganze Verhältniss als Konkubinat zu behandeln! Um nun diese Unbill, welche die Beteiligten ohne ihre

1) Besonders die Gesetzgebung des canonischen Rechts musste dies recht tief empfinden, da die Nachteile „unehelicher“ Kinder z. Z. ganz ausserordentliche waren. Nicht nur, dass sie als moralisch anrühlich galten, es wurde ihnen die Fähigkeit zur Ordination, zur Bekleidung öffentlicher Aemter, zum Erwerb des Leben und Bürgerrechts, zur Aufnahme in die Zünfte principiell abgesprochen. Cfr. Richter-Dove a. a. O. § 105; Stobbe, Deutsches Privatrecht I S. 305; Sachsenspiegel I 38, 48, 50; III 45; ferner C. 14 X de filiis presbyt. 1, 17.

Schuld erleiden müssten, zu mildern, hat die Gesetzgebung das factisch eheähnliche Verhältniss, welches durch einen entschuldbaren Irrtum entstanden ist, mit den rechtlichen Wirkungen einer Ehe ausgestattet. Dies ist das der Putativehe zu Grunde liegende Prinzip, und dasselbe müssen wir aus gleichen Gründen bei formell, wie materiell ungültigen Ehen zur Anwendung bringen. Es ist kein Anlass vorhanden, die irrtümliche Ausserachtlassung des Formerfordernisses in anderer Weise zu behandeln, als den Mangel einer materiellen Voraussetzung. Wenn auch die Form zur Gültigkeit vorgeschrieben ist, so wird sie doch nicht um ihrer selbst willen erfordert, sondern sie dient nur zur Sicherung anderer Zwecke: sie soll im öffentlichen Interesse, wie im Interesse der Eheschliessenden den Abschluss der Ehe in sicherer Weise feststellen und durch die Mitwirkung des obrigkeitlichen Organs und durch die Oeffentlichkeit eine Sicherheit dafür schaffen, dass die materiellen Voraussetzungen der Ehe gewahrt, und Ehehindernisse noch rechtzeitig entdeckt werden <sup>1)</sup>).

Viel intensiver eigentlich, wie der Mangel der Form, die doch nur das Aeussere verletzt, trifft ein materieller Mangel die Grundprinzipien der Ehe. Die Ehehindernisse der Bigamie und zu nahen Verwandtschaft erschüttern die für die Ehe fest und unabänderlich geltenden Sätze in ihren Grundpfeilern; dennoch werden einem solchen Verhältnisse, das eigentlich an und für sich keine Ehe ist und keine werden kann, um die bona fides zu schützen, solange es thatsächlich besteht, eheähnliche Wirkungen beigelegt. Sollte man diesen Erfolg der bona fides vielleicht einem Verhältniss versagen, das seinem innern Wesen nach vollkommen einer

1) Cfr. Fischer (Gruchot) § 9.

rechten Ehe gleicht, dessen Ungültigkeit einzig und allein nur auf einer äusseren Formverletzung beruht! Für unsere Ansicht spricht auch der Umstand, dass im canonischen <sup>1)</sup> Recht noch mit weit grösseren Nachdruck auf den favor matrimonii Gewicht gelegt wurde, als im römischen <sup>2)</sup>; in dubio war also stets für die Aufrechterhaltung der Ehe oder eheähnlicher Wirkungen zu entscheiden.

Nachdem wir nun die Gleichheit der Sachlage, die für uns ja in erster Linie in Betracht kommt, bei formell und materiell ungültigen Ehen nachgewiesen haben, wollen wir auch die Rechtslage in beiden Fällen einer Prüfung unterziehen. So durchgreifend, wie bei der Sachlage, tritt hier die Gleichheit natürlich nicht hervor, aber sie ist unbedingt vorhanden. Allerdings ist bei einer materiell ungültigen, in der Form aber tadellosen Ehe den gesetzlichen Anforderungen in jeder Weise genügt; an dem äusserlichen Vorhandensein dieser Ehe kann nicht der geringste Zweifel entstehen; aber ich glaube auch, dass bei einem Mangel in der gesetzlichen Form wenigstens der äussere Schein einer Ehe vorhanden sein kann. Man kann bei einer formell ungültigen Ehe doch nicht immer behaupten, dass nihil actum; dies geht schon aus dem Umstand hervor, wie die Theorie <sup>3)</sup> überwiegend annimmt, dass bei jeder nichtigen Verbindung zwischen Personen beiderlei Geschlechts, welche die Form der Ehe an sich trägt, die Nullität den allgemeinen Grundsätzen widersprechend

1) Cap. 22 X de test. 2, 20; Cap. 26 X de sent. et re iudicata 2, 27; Cap. 3 X qui matr. accus. 4, 18; Cap. 11 X qui filii sint leg. 4, 17; Cap. 6 u. 7 de cond. oppos. 4, 5.

2) Fr. 45 i. f. D. sol. matr, 24, 3.

3) Cfr. Dernburg, Preuss. Privatrecht III. Fischer (Gruchot) a. a. O. § 10. Scheurl, „Gemeines Eherecht“ S. 350.

nicht ipso jure wirke, sondern erst durch Richterspruch auf Grund einer Nichtigkeitsklage festgestellt werden müsse; denn wozu brauchte durch die Klage etwas aus der Welt geschafft zu werden, was offensichtlich ein „Nichts“ ist; es liegt eben etwas vor, das den Anlass zu der Klage bildet, das ist der vorhandene Schein einer Ehe.

Natürlich müssen wir zugeben, dass bei völliger Ausserachtlassung der Form auch nicht der geringste Schein einer Ehe vorhanden ist, und die Nichtigkeit ohne Zweifel ipso iure wirke. Wenn zwei Personen, in dem Glauben eine gültige Ehe einzugehen, zum Beispiel weiter nichts, als den geschlechtlichen Beischlaf vollziehen, so kann das Recht selbstverständlich dieser willkürlichen Handlungsweise keine ehähnlichen Wirkungen beilegen. Bei der durchgreifenden staatlichen Bevormundung, welche heute gegenüber dem Einzelnen durch die weitgehendsten Vorschriften geübt wird, bei dem staatlichen Schulzwang, der selbst den untersten Schichten einen gewissen Bildungsgrad aufnötigt, ist ein solches Verfahren selbst, wenn bona fides vorliegt, unverantwortlich und rechtlich nicht zu schützen. Es muss sich ein jeder darüber klar sein, dass der Staat, der für viel geringfügigere Thatsachen zwingende Bestimmungen getroffen hat, bei einer so schwerwiegenden Umwälzung der Verhältnisse, wie sie die Eheschliessung mit sich bringt, unzweifelhaft Massnahmen entweder selbst vorgeschrieben haben oder zum mindesten die Befugniss hierzu an die Kirche delegiert haben muss.

Natürlich brauchen die Bestimmungen im einzelnen nicht jedwedem bekannt zu sein; jedenfalls hat man aber dann die Verpflichtung, sich bei rechtskundigen oder doch wenigstens erfahrenen Leuten zu orientieren; dies jedoch muss als hinreichend angesehen werden.

Ich halte es für entschieden verzeihlich, wenn zwei Bauersleute aus einem kleinen Dorfe, die eine Ehe einzugehen beabsichtigen, sich an den erfahrensten Mann der Gemeinde, den Geistlichen, um Auskunft wenden, dieser als starrer Gegner der Civilehe den Nupturienten die kirchliche Trauung als ausreichend bezeichnet, und sie demgemäss die Eheschliessung vornehmen.

Dass die einzige Voraussetzung, die wir bezüglich der Putativehe aufgestellt haben, nicht vollkommener Formlosigkeit und Willkür freien Spielraum lässt, sondern dass immer wenigstens der Schein einer Ehe vorhanden sein muss, dafür bürgt das Erforderniss des „entschuldbaren“ Irrtums; denn man wird doch unmöglich den irrigen Glauben, eine gültige Ehe einzugehen, entschuldigen können, wenn nicht einmal äusserlich für den unbefangenen Beobachter der Schein einer Ehe vorhanden ist.

Aus den erörterten Thatsachen geht also unzweifelhaft hervor, dass die Rechtslage bei formell und materiell ungültigen Ehen zum mindesten eine sehr ähnliche ist.

Die von der herrschenden Lehre aufgestellte Voraussetzung der Beobachtung der gesetzlichen Form ist zu verwerfen.

e) Weil die hier vertheidigte Ansicht auch durch Partikularrechte bestätigt wird.

Ein Niederschlag dieser Anschauung, welche das geltende Rechtsbewusstsein fixiert, findet sich auch in einzelnen in Deutschland geltenden Gesetzbüchern. Betrachten wir zunächst die Bestimmungen, welche der Code civil bezüglich dieses Instituts aufgestellt hat. Art. 201 und 202 lauten:

„Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils; tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.“

„Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage.“

Der französische Gesetzgeber ist unverkennbar dem Princip des gemeinen Rechts gefolgt. Auch hier ist es der gute Glaube bei Abschluss der Ehe mindestens auf Seiten eines der Ehegatten, der als Voraussetzung erfordert wird, und als Erfolg sollen die rechtlichen Wirkungen einer Ehe zu Gunsten der gutgläubigen Gatten und der Kinder eintreten. Insoweit stimmt es mit dem gemeinen Recht unzweifelhaft überein; zu beweisen wäre nur noch, dass die Anwendung der Putativehe bei materiellen und formellen Mängeln vom Gesetz gewollt ist. Aus den genannten Artikeln ist nichts entgegenstehendes zu entnehmen; ebensowenig weist der Code sonst irgend welche Specialbestimmungen über die Anwendung der Putativehe bei Formmängeln auf. Zu Bedenken könnte blos folgender Artikel Anlass geben:

Art. 191: „Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.“

Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass formell ungültige Ehen nach franz. Recht nicht nichtig sind, sondern nur angefochten werden können. Fischer<sup>1)</sup>

1) Fischer (Gruchot) § 14.

hebt nun hier mit vollem Recht hervor, dass die Anfechtbarkeit, die geltend zu machen, nicht nur den Ehegatten, Ascendenten und sonstigen Interessenten, sondern sogar dem öffentlichen Ministerium zusteht, mit der Nichtigkeit, die ja auch erst durch Nichtigkeitsurteil erklärt werden muss, als auf gleicher Stufe stehend zu erachten sei; daher kann dieser Artikel nicht gegen unsere Ansicht in's Feld geführt werden. Von einigen<sup>1)</sup> Juristen wird auch der Einwand gemacht, dass die vom Gesetz vorgeschriebene Form nach französischem Recht eine so wesentliche thatsächliche Voraussetzung für das Vorhandensein einer Ehe bilde, dass man bei einer Verletzung derselben gar nicht von einer Ehe sprechen könne. Daraus folgern sie natürlich, dass eine „nichtige“ Ehe nur eine „materiell nichtige“ sein kann, da eine „formell nichtige“ Ehe überhaupt keine Ehe, sondern ein „Nichts“ ist. Diese Behauptung ist nicht richtig, denn wie wir aus dem schon erwähnten Artikel 191 ersehen, hat gerade der Code civil mit feinem Gefühl der Ansicht Ausdruck verliehen, dass eine Verletzung der Form viel weniger das Wesen der Ehe treffe, als ein materieller Mangel; daher bestimmte er, im letzteren Falle solle „Nichtigkeit“ der Ehe eintreten, bei nicht gehörig beobachteter Form dagegen nur „Anfechtbarkeit“.

Zur Bekräftigung unserer Ansicht will ich auch noch erwähnen, dass die französische Theorie<sup>2)</sup> und Praxis<sup>3)</sup>, ganz überwiegend den Grundsatz verfißt,

1) Vergl. Zachariae, Französ. Civilrecht Bd III § 454, wo auch die übrigen citirt sind.

2) Marcadé, Explication du Code Napoléon I S. 539. Demolombe, Du mariage I No. 353. 355 ff. Cours de Code civil III 355. Laurent, Principes de droit civil II S. 635 ff.

3) Cfr. Sirey, Recueil général 1828—1830, II S. 414. 1838, II S. 113. 1883, II S. 18. 137. 1888, I S. 12. 1889, I S. 271.

dass die Putativehe nicht nur bei materiell, sondern ebenso bei formell ungültigen Ehen anzuwenden sei.

Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen hat für das Institut der Putativehe folgende Normen aufgestellt:

§ 1628 lautet:

„Haben sich die beiden Ehegatten bei Eingehung einer nichtigen oder in Folge Anfechtung aufgehobenen Ehe in redlichem Glauben befunden, so hat die Ehe bis zu dem Zeitpunkte der erlangten Kenntniss von dem Ehehindernisse für sie alle Wirkungen einer gültigen Ehe. Hat sich blos ein Ehegatte im redlichen Glauben befunden, so hat die Ehe bis zu dem Zeitpunkte, wo er von dem Ehehindernisse Kenntniss erlangt, blos für ihn alle Wirkungen einer gültigen Ehe.“

Aus dieser gesetzlichen Bestimmung ist nichts zu entnehmen, warum bei formell ungültigen Ehen die Anwendung der Putativehe auszuschliessen sei; daher bezieht sich dieselbe auf alle nichtigen Ehen ohne Unterschied<sup>1)</sup>; denn der Gesetzgeber, der hinsichtlich der Feststellung und des Eintritts der Nichtigkeit deutlich und scharf zwischen materieller und formeller

1) In sehr unbestimmter Weise äussert sich Siebenhaar in seinem Commentar zum Bürgerlichen Sächsischen Gesetzbuch Bd. III S. 35. „Ehen, bei deren Eingehung die erforderliche Form nicht beobachtet worden ist, sind nichtig, ohne dass es eines richterlichen Ausspruches über dieselben bedarf. Zweifel darüber, ob die erforderliche Form beobachtet worden sei oder nicht, werden nicht leicht entstehen können. Aus diesem Gesichtspunkte ist auch die Frage, ob eine ohne Beobachtung der erforderlichen Form eingegangene Ehe denkbarerweise eine sog. Putativehe sein könne, in den Fällen, in welchen die Form „gänzlich“ fehlt, verneinend zu beantworten.“

Nichtigkeit unterscheidet<sup>1)</sup>, hätte es auch hier gethan, wenn er bezüglich der formellen Nichtigkeit eine Ausnahme hätte constatieren wollen<sup>2)</sup>. Da sich auch sonst keinerlei Specialbestimmungen über die Anwendung der Putativehe bei Formmängeln finden, so müssen wir annehmen, dass auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch den von uns aufgestellten Standpunkt des gemeinen Rechts in dieser Frage einnimmt<sup>3)</sup>.

1) Vergl. § 1620 u. 1621. § 1620 lautet:

„Ehen, bei deren Eingehung die nach § 1588 erforderliche Form nicht beobachtet worden ist, sind ohne weiteres nichtig.“

§ 1621 lautet:

„Ehen, welche gegen die Vorschriften in §§ . . . (diese §§ behandeln nur Erfordernisse materieller Natur) geschlossen worden, sind nichtig, wenn der Richter sie dafür erklärt.“

2) Vergl. hierzu auch die Auslassungen Fischers bei Gruchot § 12.

3) Es wird von Fischer in Gruchot's Zeitschrift § 15 ff. der Nachweis zu führen versucht, dass das Allg. Landr. auch dem von uns aufgestellten gemeinrechtlichen Princip (im wesentlichen gefolgt sei. Natürlich giebt er unbedingt zu, dass das A. L. R. ausdrücklich die gemeinrechtliche Putativehe aufgehoben hat, aber eine Aehnlichkeit glaubt er darin zu finden, dass, soweit das A. L. R. überhaupt bei einer nichtigen Ehe für die Kinder gewisse eheliche Wirkungen eintreten lässt, dieselben ohne Rücksicht auf materielle oder formelle Nichtigkeit eintreten. Diese Ansicht ist jedoch künstlich und in entschieden verfehlter Beweisführung aus dem A. L. R. herauskonstruiert. Der § 50 A. L. R. Thl. II Tit. 2 spricht sich ganz unzweifelhaft dahin aus, dass nur bei Ehen, die aus ganz bestimmten materiellen Gründen für nichtig erklärt sind, die in denselben erzeugten Kinder in Ansehung ihrer unmittelbaren Eltern alle Rechte der ehelichen haben; daher ist besonders bei der kasuistischen Art und Weise, mit der das A. L. R. diese Bestimmungen behandelt eine analoge Ausdehnung derselben auf formell nichtige Ehen, wie sie Fischer mit Berücksichtigung des A. L. R. § 49 Einl. zu begründen versucht, ganz unhaltbar. Das A. L. R. ist also im Gegenteile gerade als eine Ausnahme von dem von uns verfochtenen gemeinrechtlichen Prinzip zu betrachten.

## Schluss.

Zum Schluss will ich noch einige Streiflichter auf die Behandlung des Instituts der Putativehe durch die bisherige Theorie und Praxis werfen, insbesondere im Vergleich zu dieser Abhandlung. Den Standpunkt der herrschenden Lehre habe ich schon oben hinreichend gekennzeichnet und zu widerlegen versucht; ich will nur noch auf einen Punkt hinweisen. Es wirkt entschieden befremdend, wenn wir sehen, wie die bedeutendsten Männer der Rechtswissenschaft so unhaltbare Ansichten aufstellen konnten. Diese auffallende Erscheinung hat jedoch darin ihren Grund, dass sich trotz der anerkannten Wichtigkeit der Putativehe fast nirgends eine tiefgehende Prüfung dieses Instituts findet, sondern dass man, einzig und allein gestützt auf die Erörterungen des Nicolaus Hertius, dessen Ansichten huldigt.

Von einer Praxis ist bezüglich der Putativehe fast nirgends etwas zu finden. Wenn auch die Fälle, welche eine Putativehe erzeugen, trotz unserer gestrengen Verwaltungsinstitutionen durchaus nicht so selten sind, so haben die beteiligten Parteien doch beinahe niemals den Rechtsweg beschritten; denn meistens ist die Ungültigkeit noch so zeitig entdeckt worden, dass durch eine nachfolgende Eheschliessung und Legitimation der Kinder der vorliegende Mangel geheilt werden konnte.

Das Verdienst, zuerst das Institut der Putativehe eingehend geprüft und die Berechtigung der herrschenden Lehre angezweifelt zu haben, gebührt Professor Fischer in Breslau, welcher seine Ansicht in seiner schon vielfach citierten Abhandlung in Gruchot's Zeitschrift niedergelegt hat. Wenn ich auch mit Fischer in dem Endergebnisse: „dass die Wahrung der gesetzlichen Form kein nothwendiges Erforderniss für die

Anwendung der Putativehe im Gebiet des gemeinen Rechts bilde“, völlig übereinstimme, so halte ich doch seine Beweisführung für verfehlt. Seine Behauptung sucht Fischer vor allem durch den Nachweis zu begründen, dass „die ursprünglich für den Fall materieller Eehindernisse gegebenen Vorschriften über die Wirkungen der Putativehe, nachdem eine Ehe wegen Formmangel nichtig sein konnte, auch auf Ehen, deren Nichtigkeit in der Verabsäumung der gesetzlichen Form ihren Grund hat, analog angewendet werden dürfen“. Was zunächst die ursprünglichen Vorschriften anbelangt, so sind dieselben, wie wir oben gesehen haben, durchaus nicht für materielle Eehindernisse gegeben, sondern das in den Bestimmungen enthaltene allgemeine Prinzip „wenn eine ungültige Ehe geschlossen ist, und mindestens einer der Ehegatten sich in dem entschuldbaren Irrtum befunden hat, eine gültige Ehe einzugehen, so treten für den oder die gutgläubigen Ehegatten und die Kinder in gewissem Umfange die Wirkungen einer gültigen Ehe ein“, ist vom Gesetzgeber an praktischen Beispielen klargelegt worden, die ohne Absicht, da es eben zur Zeit noch keine wesentliche Form gab, materiell ungültige Ehen behandeln. Es musste demnach, als das Gesetz eine wesentliche Form für die Eheschliessung einfuhrte, und also eine Ehe auch formell ungültig sein konnte, dieses allgemeine Prinzip auf für formell ungültige Ehen in Anwendung kommen. Ja sogar, das Tridentiner Concil hätte Bestimmungen treffen müssen, wenn es das allgemeine Prinzip über die Anwendung der Putativehe bei formell ungültigen Ehen hätte ausschliessen wollen. Wozu also die Nothbrücke der Analogie, da schon der ursprüngliche Gedanke des Gesetzgebers unser Institut festlegt?

## Lebenslauf.

Ich, Otto Hanns Mankiewicz, evangelischer Religion, bin am 1. Juli 1871 zu Posen geboren. Mein Vater ist der königliche Regierungs-Medicinalassessor Dr. Gustav Mankiewicz daselbst. Von Ostern 1878 bis Michaelis 1890 besuchte ich die Vorschule und das Kgl. Friedrich Wilhelms Gymnasium zu Posen. Ostern 1891 erhielt ich das Zeugniß der Reife auf dem Kgl. Gymnasium in Lissa i/P. Darauf wendete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu und lag demselben in Giessen, Leipzig, Berlin und Breslau ob.

Am 14. Dezember 1894 bestand ich bei dem Königl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung. Ich trat sodann in den praktischen Vorbereitungsdienst ein und wurde am 12. März 1895 als Referendar an dem Kgl. Amtsgericht in Wandsbek [Schleswig-Holstein] vereidigt, wo ich noch jetzt beschäftigt bin.

---

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S03510

ROBERT FIZIKAL.  
KATEDRA  
ŠTOL. MATEMATIKA 4.