

DIE UNTERSCHIEDUNG
DER
VERLÖBNISS E.

Von demselben Verfasser erschien früher in unserem Verlage:

Die Wirkungen
der
Geschlechtsgemeinschaft
auf die Ehe.

Eine kirchenrechtliche Abhandlung.

gr. 8. 1883. geh. 3 M.

Die
Schenkung auf den Todesfall
nach dem
sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche.

Eine civilrechtliche Abhandlung.

gr. 8. 1886. geh. 1 M 60 S.

Leipzig.

Veit & Comp.

DIE UNTERSCHIEDUNG
DER
VERLÖBNISS E
IM KANONISCHEN RECHT.

VON

DR. E. SEHLING,
DOCENTEN DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT LEIPZIG.



LEIPZIG,
VERLAG VON VEIT & COMP.
1887.

Vorwort.

Das Recht der Eheschliessung gehört zu den bestrittensten Theilen des Kirchenrechts.

Seit den bekannten Schriften von Friedberg, Sohm und Scheurl schienen die wichtigsten Streitfragen immerhin zu einem gewissen Abschlusse gebracht zu sein. Wie wenig dies aber in Wirklichkeit der Fall, zeigen die Aufsätze von Freisen, welche in der Literatur mehrfach günstige Aufnahme gefunden haben.

Diesen neuesten Ansichten verdanke ich jedoch nicht die Anregung zu der vorliegenden Arbeit; dieselbe hängt vielmehr eng zusammen mit denjenigen Studien, welche ich zu der im Jahre 1885 erschienenen Abhandlung „Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe“ gemacht habe. Ich bemerke dies deshalb, um mich gegen den Vorwurf zu verwahren, die Schrift in vorwiegend polemischer, besonders gegen Freisen gerichteter Absicht verfasst zu haben; trägt sie doch auch einen durchaus selbständigen Charakter, weil sie ein bisher im Zusammenhange noch nicht behandeltes, in sich abgeschlossenes Capitel des Eheschliessungsrechtes zur Darstellung bringt.

Gegenstand der Abhandlung ist die geschichtliche Klarlegung der im kanonischen Rechte hervortretenden Unterscheidung der sponsalia de praesenti und de futuro. Wenn vielleicht hiernach der Titel genauer „Die Distinction der Sponsalien“ hätte lauten müssen, so ist doch den deutschen, ebenso verständlichen, Ausdrücken „Die Unterscheidung der Verlöbnisse“ der Vorzug gegeben worden.

Was die Anordnung und Behandlung des Stoffes betrifft, so war zunächst das römische Recht mit einer gewissen Ausführlichkeit dar-

zustellen, da ein richtiges Erkennen desselben zum vollen Verständnisse der scholastischen Ansichten erforderlich erscheint. Das deutsche Recht wurde dagegen bei seiner geringen Wichtigkeit für die gegenwärtige Aufgabe nur gestreift.

Besonders eingehend mussten die Ansichten der Scholastiker (Hugo von St. Victor und Petrus Lombardus) und Gratians, sowie der kirchlichen Schriftsteller und Gesetzgeber des 12. und 13. Jahrhunderts dargelegt werden, während die Periode vom 14. Jahrhundert an bis zum Tridentinum wegen Mangels an eigenen, neuen Ideen bei Seite gelassen werden konnte.

Möge diese Schrift, welche sich keineswegs anmasst, eine endgültige Lösung der vielen streitigen Fragen des Eheschliessungsrechtes herbeizuführen, wenigstens in dem von ihr behandelten Theile desselben zur Klärung der Ansichten und zur Vereinigung der noch bestehenden Gegensätze beitragen.

Leipzig, 22. März 1887.

Emil Sehling.

Inhaltsübersicht.

Erster Theil.

Das römische Recht.

	Seite
§ 1. Consensus facit nuptias	1
§ 2. Die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist zum Zustandekommen der Ehe nicht erforderlich	7
§ 3. Die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft gilt unter bestimmten Voraussetzungen als concludente Handlung für den Eheschliessungswillen	14
§ 4. Die Sponsalien	20

Zweiter Theil.

Das kanonische Recht.

Erstes Capitel.

Das Recht der Kirche bis zu Hugo von St. Victor.

§ 5. Die älteste Kirche	24
§ 6. Das deutsche Recht	29
§ 7. Die Stellung der Kirche gegenüber dem deutschen Eheschliessungsrecht	34
§ 8. Hincmar von Rheims und die Reception seiner Theorie in der fränkischen Kirche.	40
§ 9. Die Copula-Theorie Hincmars im Widerspruche mit der Lehre der römischen Kirche	48
§ 10. Fortsetzung. Die Vermittelung der Theorie Hincmars mit den Grundsätzen der römischen Kirche. Consensu initiatur = desponsatione initiatur matrimonium	53
§ 11. Die Consequenzen der Hincmarschen und der vermittelnden Theorie als Gründe einer Reaction	57

Zweites Capitel.

Die Sponsaliendistinction der Scholastiker.

§ 12. Hugo von St. Victor, der Schöpfer der Sponsaliendistinction	60
§ 13. Lombardus	72
§ 14. Anhang. Bandinus	79

Drittes Capitel.

Seite

Die Distinction: desponsatione initiatur copula perficitur conlugium, in Oberitalien.

§	15.	Gratian	81
§	16.	Abweichende Ansichten über Gratian	87
§	17.	Schlussbetrachtung über Gratian	94
§	18.	Die Distinction: matrimonium desponsatione initiatur, copula perficitur, in der Schule von Bologna	96

Viertes Capitel.

Die Sponsaliendistinction bis zur Gesetzgebung Alexanders III.

§	19.	Der Gegensatz der ecclesia transalpina und gallicana	103
§	20.	Weitere Geschichte der Sponsaliendistinction bis zu Alexander III.	110

Fünftes Capitel.

Die Vereinigung der beiden Distinctionen unter Alexander III.

§	21.	Die Gründe der Vereinigung	115
§	22.	Die Vereinigung durch Alexander III.	118
§	23.	Bernhard von Pavia	128

Sechstes Capitel.

Die Gesetzgebung von Alexander III. bis Gregor IX.

§	24.	Allgemeine Bemerkungen	131
§	25.	Fortsetzung. Das System der Decretalen	133

Siebentes Capitel.

Die Verlöbnißunterscheidung bei den Kanonisten und Civilisten dieser Periode.

§	26.	Die kanonistische Doctrin	138
§	27.	Die Sponsaliendistinction bei den Civilisten	148
§	28.	Schlussbetrachtung über die kanonistische Doctrin	151
§	29.	Schluss. Das Tridentinum	154

Erster Excurs.

Zu § 3.

§	30.	Die abweichenden Ansichten über das römische Eheschliessungsrecht	157
---	-----	---	-----

Zweiter Excurs.

Zum siebenten Capitel des zweiten Theiles.

Die abweichenden Ansichten über die Verlöbnißunterscheidung.

§	31.	Sohm	165
§	32.	Scheurl. Dieckhoff	171
§	33.	Freisen. Meurer	174

Erster Theil.

Das römische Recht.

§ 1. Consensus facit nuptias.

I. Das Eheschliessungsrecht der Römer beginnt, wie bei allen uns bekannten Culturvölkern, mit dem Frauenkauf.¹ Sollte dieser Satz irgend welche Anfechtung erfahren, so braucht bloss auf die abgeschwächte Form des Frauenkaufes in der späteren Zeit, die *coemptio*, hingewiesen zu werden.

Die Frau als Kaufobject gelangt in das Eigenthum des Käufers: Eheschliessung ist Eigenthumsübertragung. — Schon hieraus ergibt sich, von anderen Beweisen ganz abgesehen,² die Unrichtigkeit der Vermuthung Freisen's,³ die Ehe sei im ältesten römischen Rechte durch *copula* geschlossen worden.

Der Frauenkauf schwächte sich aber allmählich ab, da das sittliche Bewusstsein des Volkes der Frau eine höhere sociale Stellung einzuräumen strebte. Doch hielt der conservative Sinn der Römer noch an der äusseren Form fest. Der Kauf wird zum Scheinkauf.⁴

Wurde mit der Ehe ursprünglich Eigenthum übertragen, so später lediglich die *manus*.⁵ Es macht hierbei keinen Unterschied, was man als

¹ Rossbach, Untersuchungen über die röm. Ehe. Stuttg. 1853. S. 87 ff. — Auch bei den Römern sind in den ältesten Zeiten zweifellos Raubehen vorgekommen. Dies beweist die Sage vom Raube der Sabinerinnen und der noch in der historischen Zeit vorhandene Hochzeitsbrauch des *raptus* (s. u.). Wie bei den Germanen (vgl. unten), hat auch sicher bei den Römern diese Eheschliessungsform stets als eine ausserordentliche, anomale gegolten. — Für Rom ist uns übrigens nur ein einziges Beispiel der Raubehe überliefert.

² vgl. unten. ³ Archiv 52, 371.

⁴ Die *confarreatio* wird hier ausser Betracht gelassen.

⁵ Man kann hier die — allerdings nicht unbestrittene — rechtliche Stellung des Mannes gegenüber seiner Frau in Erwägung ziehen. Ursprünglich war der Ehemann zum Verkaufe seiner Frau, seines Eigenthums, berechtigt. Diese Befugniß wurde ihm jedoch bald entzogen (*Plut. Rom. c. 22*; Hasse, *Das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Recht*. Berlin 1824. S. 489), und es blieb dem Ehemanne nur das Recht der *Mancipation* durch *imaginaria venditio* (*Gaius 1, 118*). Es wäre dies eine interessante Illustration zu dem Satze „*Nemo plus iuris etc.*“

Schling, Verlobnisse.

Inhalt der *coemptio* betrachten will. Bekanntlich stehen sich hier verschiedene Theorien gegenüber: wechselseitiger Verkauf der Eheleute, Verkauf der Frau durch den Vater bez. Vormund oder Selbstverkauf der Frau an den Mann, oder Mancipation der Frau in *patria potestate* durch den Vater, Selbstmancipation *auctoritate tutorum* der Frau in *tutela*, oder Verkauf der *manus* durch Vater bez. Vormund an den Ehemann, oder wohl auch Verkauf des Vermögens von Seiten der Frau.¹

¹ Aus der Vorgeschichte der *coemptio* ergibt sich, dass von einem wechselseitigen Verkaufe keine Rede sein kann (vgl. Rein, Das Privatrecht der Römer. Leipzig 1858. S. 384. Keller, Grundriss zu Vorles. über Instit. Berlin 1854—1858. § 208. Rossbach, a. a. O. S. 73 ff.); ebenso wenig ist an Verkauf des Vermögens der Frau zu denken (so Böcking, Inst. des r. Rechts. Bonn 1843. 1, 283), da sonst die *sua*, welche kein Vermögen besass, sich dieser Form nicht hätte bedienen können, Emancipationen von *filiae* in alter Zeit aber zweifellos selten waren. (Andere Gründe bei Walter, Geschichte des r. Rechts. 3. Aufl. Bonn 1861. 2, 106. Anm. und Karlowa, Die Formen der r. Ehe und *manus*. Bonn 1868. S. 56 ff.). Dagegen scheint es auf den ersten Blick nicht undenkbar, dass sich die *coemptio* aus einem Scheinverkaufe Seitens des Vaters in der späteren Zeit in einen Selbstverkauf Seitens der Frau verwandelt habe, zu welchem der Vater oder Vormund nur ihre *auctoritas* erteilten. Diese Ansicht wird vertreten von Zimmern (Gesch. des r. Privatrechts. Heidelberg 1826. 1, 837), Walter (a. a. O. 2, 105 ff.), Huschke (Studien des r. Rechts. Breslau 1830. 1. 200), Keller (a. a. O. § 208), Karlowa (a. a. O. S. 53 ff.). Es widerstreitet derselben aber der Umstand, dass nach Gaius die bei der Handlung gebrauchten Worte den einzigen Unterschied zwischen *coemptio* und den übrigen Anwendungsfällen der *mancipatio* gebildet zu haben scheinen. — Auch das schon betonte conservative Rechtsgefühl der Römer liess einen Selbstverkauf der Frau nicht zu, wie ein solcher mit den Formen der *Mancipation* auch kaum vereinbar gewesen wäre. — Noch ein weiteres Moment, welches — soviel ich bemerke — bis jetzt übersehen worden ist, spricht gegen diese Annahme: die *Stipulationsformel* der *Sponsalien* nämlich, wie sie uns Gellius IV, 4 aus dem Buche des Servius Sulpicius, de *dotibus* als eine allgemein gebräuchliche überliefert hat. (Vgl. auch l. 2 D. 23, 1.) — Die Terminologie (z. B. *quae coemptionem facit*, Gaius 1, 123) spricht nicht dafür. (Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 77; dagegen Karlowa, a. a. O. S. 54). Auch die Erwägung, dass die Frau, welche unter *Tutel* (also nicht mehr in *patria potestate*) stand, von den *Tutores* hätte *mancipiert* werden müssen, beweist nichts, denn den *Tutoren* hat dieses *Mancipationsrecht* offenbar zugestanden. (Rossbach, a. a. O. S. 79.) Einen Mittelweg schlägt Hasse (a. a. O. S. 63. 64) ein: die Frau in *patria potestate* wurde *mancipirt*; stand sie dagegen unter *Vormundschaft*, so *mancipirte* sie sich selbst *auctoritate tutorum*. Eine weitere Ansicht, die beim ersten Anblick plausibel erscheint, ist die, dass Vater bez. Vormund Verkäufer, der Ehemann der Käufer sind, dass Letzterer aber nicht die Ehefrau als solche, sondern die *manus* kauft. (Vgl. hiergegen Rein, a. a. O. S. 385 Anm.; Walter, a. a. O. 2, 106 Anm.). Jedenfalls spricht hierfür der Umstand, dass ursprünglich *Eigenthum*, in der späteren Zeit dagegen die *manus* erworben wurde. Die *coemptio* unterscheidet sich deshalb, wie Gaius 1, 123 hervorhebt, von den übrigen *Mancipationen* dadurch,

Eine Conjectur will ich hier nicht unterdrücken — selbst auf die Gefahr hin, diese an Vermuthungen keineswegs arme Frage noch um eine weitere zu bereichern. Zweifellos deuten der Ausdruck „*coemptio*“ und ähnliche darauf hin, dass bei der Eheschliessung die Frau auch in irgend einer Beziehung als mitwirkend gedacht wurde. Könnte man diese Mitwirkung nicht in der Wechselrede vor der eigentlichen Mancipation finden? Es würde damit der Gedanke ausgedrückt gewesen sein, dass die Frau nicht gegen ihren Willen mancipirt werden dürfe. Hiermit würde trefflich zusammenpassen Boeth. in Top. Cic. II. ad. c. 3; das „*Itaque mulier conveniebat in manum*“ würde dann bedeuten, dass auf Grund der vorangegangenen Willenseinigung die Mancipation vorgenommen wurde und so die Frau in die Gewalt des Mannes gelangte. Die Wechselrede in die Coemptionsformel hineinzunehmen,¹ geht mit Rücksicht auf die Anfangsworte von Gaius 1, 113 nicht an. Das Charakteristische dieses Kaufes besteht darin, dass das Object nur mit seinem — vorher erklärten — Willen verkauft werden darf (daher *coemptio*).

Bei der lückenhaften Natur der den Ausschlag gebenden Stelle des Gaius (1, 113)² ist jene Controverse mit absoluter Gewissheit wohl überhaupt nicht zu entscheiden. Für unsere Aufgabe kam sie auch nur so weit in Betracht, als sich daraus unzweifelhaft ergab, dass ein Scheinkauf, in welchem der Mann Käufer, die Frau entweder gleichzeitig Subject und Object oder bloss Object war, die Ehe begründete.

dass die Frau in eine sklavenähnliche Lage geräth. Wenn dann Gaius weiter bemerkt, dass dieser Unterschied seinen Grund in den verschiedenen Mancipationsformeln habe, so ergibt sich von selbst, dass in der Coemptionsformel das zukünftige Verhältniss ausgedrückt gewesen sein muss. Hieraus erklärt sich schon, welche Stellung wir gegenüber den bekannten Ansichten von Huschke (Studien. S. 200; Ueber das Recht des *nexum*. Leipzig 1846. S. 103) und Karlowa (a. a. O. S. 51) über die Mancipationsformel einzunehmen haben. Beide Formulierungen sind richtig. Unserer Ansicht nach gehört nämlich die von Huschke dem älteren römischen Rechte an, einer Zeit, welche keine *imaginaria venditio*, sondern eine wahre *emptio* mit Eigenthumsfolgen kannte, wogegen die Formulirung Karlowa's einem späteren Standpunkte entspricht. Aber auch in dieser Formel ist doch der eigentliche Kaufsgegenstand immer die Frau (vgl. Puchta, *Cursus der Inst.* 9. Aufl. Leipzig 1881. 2. § 235; Walter, a. a. O. 2, 106. Anm.), nicht das Recht über dieselbe; auch hier wird die Frau gekauft — wenn auch nur scheinbar; die Wirkung des Kaufes ist nicht Eigenthum, sondern *manus*. Also ist auch für die spätere Zeit als Object der *coemptio* die Frau zu bezeichnen. Aehnlich Karlowa, a. a. O. S. 50.

¹ So Huschke, Studien. S. 185 ff.

² Die verschiedenen Reconstructionsversuche dieser Stelle spiegeln die oben dargestellten verschiedenen Ansichten wieder. Vgl. die Ausgaben von Böcking, ed. V. Lips. 1866; Huschke, in *Jurisprud. antejust.* Lips. 1879, zu Gaius 1, 113.

II. Die Ehe war im römischen Rechte vorwiegend ein Rechtsverhältniss. Manus und Ehe waren untrennbare Begriffe; die manus durchdrang das eheliche Verhältniss in dem Grade, dass für die Betrachtung der Ehe unter irgend einem anderen Gesichtspuncte kein Raum gegeben war.¹ Nur durch Erwerb der manus (für sich, oder eventuell für den eigenen pater familias²) konnte man Ehemann werden. Hieran änderte der Umstand nichts, dass die manus über die Frau auch zur Herbeiführung anderer rechtlicher Folgen erworben werden konnte.³

Momente, welche die manus nicht hervorzurufen im Stande waren, konnten auch die Ehe nicht zur Folge haben. Solange manus und Ehe ungetheilte Begriffe waren, entstanden beide gleichzeitig durch die *coemptio*.⁴

Neben dieser Ehe mit *conventio in manum mariti* entwickelte sich in den letzten Jahrhunderten der Republik die Ehe ohne manus.⁵

¹ Vgl. Kuntze, Excursus über r. Recht. (2. Aufl. Leipzig 1880) zu § 764. (S. 581.) A. M. ohne Grund Zimmern, a. a. O. 1, 510 ff. Böcking, Inst. 1, 237 Anm. 40.

² Gell. 18, 6. ed. Lips. Teubner. 1853. Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 11 Anm. 3. Bechmann (Das r. Dotalrecht. Erlangen 1863. 1867. 2, 46) nennt den Vater das juristische Haupt der Ehe.

³ Vgl. Gaius, 1, 114. 115.

⁴ Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 64. Rein, a. a. O. S. 376.

⁵ Cic., Top. 3. Quintil., Inst. 5, 10. 62. — Ueber den Grund des Aufkommens der Ehe ohne manus sind verschiedene Hypothesen aufgestellt worden. Die früher herrschende Ansicht, welche die Ehe ohne manus auf ethnische Gegensätze zurückführte, ist von Rossbach (a. a. O. S. 162 ff.) widerlegt worden. Doch ist seine eigene Ansicht (a. a. O. S. 242) eine sehr gewagte. Der Grund scheint in dem Bestreben des röm. Rechts nach einer freieren Gestaltung des Eherechts, insbesondere der rechtlichen Stellung der Frau im Eherechte zu liegen. Hiergegen hat allerdings Ihering (Geist des römischen Rechts. 4. Aufl. Leipzig 1880. 2, 1. S. 187 ff.) gewichtige Gründe beigebracht; aber es lässt sich gegen seine Argumente bemerken, dass die Frau im einzelnen Falle in vermögensrechtlicher Beziehung vielleicht lieber von ihrem Vater oder Tutor, als von ihrem Ehemanne hat abhängen wollen. — Iherings Hypothese: Vermeidung des Conflicts zwischen Tutoren und Frau (da es im Interesse der Tutoren lag, die Ehe mit manus zu verhindern — wegen des ihnen sonst entgehenden Erbrechts —, da zur Uebertragung der manus ihre auctoritas erforderlich war, ein Zwang zu deren Ertheilung aber nicht bestand — so Auskunftsmittel: Ehe ohne manus), hat ja etwas Anziehendes. Aber einmal war dieser Conflict doch schon seit Jahrhunderten vorhanden, ohne dass er eine Lösung verlangt hätte, und andererseits bezieht sich Iherings Annahme bloss auf die *sui iuris*, nicht die *filiae familias*. Auch bei ihnen konnte ein Ehebündniss ohne manus vorkommen. Ihering giebt dies zu, bemerkt jedoch, dass eine solche Ehe bei den *filiae familias* nur etwas Vorübergehendes, nicht wie bei den *sui iuris* etwas Dauerndes gewesen sei. — Man kann sich aber

Diese Ehe galt anfänglich zweifellos nicht als legitime; die Frau wurde nicht *uxor*, sondern *uxoris loco*.¹ Deshalb erfand das Recht auch ein Mittel, durch Verjährung das nicht vollkommen legitime Verhältniss in ein vollgesetzliches umzuwandeln, den *usus*.² Schon aus diesem Institut folgt, dass das römische Recht Ehen ohne *manus* ursprünglich nicht gekannt hat.

Das nach einer freien Gestaltung der ehelichen Verhältnisse, namentlich der rechtlichen Stellung des Weibes drängende Rechtsbewusstsein liess sich aber an dieser Abschlagszahlung nicht genügen. Ehen ohne *manus* wurden mehr und mehr die Regel; es verbreitete sich die Sitte, durch Usurpation das Zustandekommen der *manus* zu verhindern — der *usus* kam nach und nach in Abnahme. Der letzte Schritt in dieser Entwicklung ist die Anerkennung der Ehe ohne *manus* als vollgültig.

Damit änderte sich die Auffassung der Ehe; dieselbe war von nun an nicht mehr bloss ein zur Begründung der *manus* geeignetes Rechtsinstitut, sondern auch ein thatsächliches Verhältniss.³ — Jetzt erfuhren naturgemäss auch die Grundsätze über die Eheschliessung eine Wandlung. Während bisher die Ehe durch einen *Formalcontract* zu Stande kam, konnte dies in Zukunft durch einen *Consensualvertrag* geschehen; der freie Wille der Contrahenten sollte entscheidend sein.⁴ Dies war im Grunde genommen kein neuer Gedanke. Auch die *coemptio* war nicht mehr der alte Kauf eines willenlosen Gegenstandes, sondern eine *imaginaria venditio*. Aber noch mehr. Auch bei der *coemptio*⁵ erfolgte ein

den Fall denken, dass Vater und Tochter darüber einverstanden waren, dass letztere in *patria potestate* verbleiben und nicht vollkommen der Gewalt eines fremden Menschen überlassen werden sollte. Wir bleiben also bei der nächstliegenden, oben angedeuteten Annahme stehen; der von Ihering erwähnte Conflict mag ein weiteres Moment zur Ausbildung der Ehe ohne *manus* gewesen sein. Endlich musste auch für den Fall Sorge getragen werden, dass aus Versehen oder aus sonstigem Grunde die *coemptio* einmal unterblieben war. Hier musste die Uebertragung eines bisher nur für Sachen geltenden Rechtes auf das Personenrecht practisch und erwünscht erscheinen. So entstand der *usus*.

¹ Vgl. Karlowa, a. a. O. S. 70; Kuntze, Excurse zu § 792. S. 594. — Bluntschli (Die verschiedenen Formen der r. Ehe, in Schweiz. Museum für histor. Wissenschaften 1, 261 ff.) nennt das Verhältniss eine Art *Concubinat*.

² Der *usus* kommt also später vor als die erste Vereinigung zweier Personen ohne *manus*. Dies verkennt Rossbach. Richtig Karlowa, a. a. O. S. 69.

³ Natürlich wurde der Ehe der Charakter eines Rechtsverhältnisses keineswegs vollständig genommen. Als juristisches Merkmal der Ehe tritt an Stelle der *manus* die *dos*. Vgl. Bechmann, a. a. O. 1, 43. Kuntze, Excurse. § 764.

⁴ Vgl. Kuntze, Excurse. § 768.

⁵ Ob auch bei der *confarreatio* Consenserklärungen stattfanden, ist eine

Austausch der übereinstimmenden Willenserklärungen der Nupturienten und an diesen Consens austausch schloss sich die *imaginaria venditio* zwecks Begründung der *manus an*.¹ Die *manus* konnte jetzt der Ehe fehlen, also auch der Scheinkauf, und so blieb denn der Consens austausch als der alleinige Eheschliessungsvorgang übrig. Consensual-Ehen besaßen sämtliche Wirkungen der früheren *Manus-Ehen*² — mit Ausnahme eben der *manus*.

Auch bei dieser Entwicklung bildete der *usus* die Uebergangsform aus der Periode der strengen Ehe in diejenige der laxen Ehe. Im *usus* fielen zuerst Ehe und *manus* nicht mehr zusammen. Die Ehe wurde hier durch Consens geschlossen, und durch *usus* in die *Manus-Ehe* verwandelt. Die *Manus* entstand bei Usurpation überhaupt nicht, und dann bildete der Consens den alleinigen Factor. Solange eine Ehe ohne *manus* nicht denkbar war, begründete dieser Consens bloss ein illegitimes Verhältniss, — sobald aber die laxen Ehe anerkannt war, die Ehe selbst.

So gelangte das römische Recht unter allmählicher Abschwächung der Kaufsidee zu dem Fundamentalsatz:

consensus facit nuptias.

III. Was den Inhalt des Consenses betrifft, so sei darüber Folgendes bemerkt.

Wir haben uns die Consensualehe vorgestellt als eine Abwandlung der *coemptio* durch die Mittelstufe der Usualehe. Es lässt sich denken, dass die alten Formalitäten — soweit sie nicht durch den *manus-Erwerb* bedingt waren — zunächst weiter beobachtet wurden.³ So mag denn auch die für den bei der *coemptio* vorkommenden Consens austausch übliche Formel⁴ auch bei der freien Ehe in Anwendung geblieben sein.

streitige Frage, die hier nicht weiter berührt werden soll. Vgl. Karlowa, a. a. O. S. 25.

¹ Vgl. Kuntze, Excuse zu § 771. S. 586. Der Consens austausch bildete keinen Bestandtheil der *Coemptionsformel*. (So unrichtig Rossbach, a. a. O. S. 71 ff.) Vgl. Karlowa, a. a. O. S. 52.

² Z. B. *patria potestas* über die in der Ehe erzeugten Kinder.

³ Kuntze (Inst. § 770.) bemerkt, „Wenn dann die Usualehe und später auch die Consensualehe anerkannt wurden, so war das zunächst nur stufenweise Entwicklung des Gedankens, dass das Vertragsmoment sich verschieden gestalten könne, und wir haben uns vorzustellen, dass in der Volkssitte noch lange darnach manches religiöse Ceremoniell (*Auspicien*) vor und bei der Vermählung sich behauptete. Cic. de divin. 1, 16. Tac. Annal. 11, 27. 15, 37.

⁴ Der Mann fragte: *an mulier sibi materfamilias esse vellet*; die Frau dagegen: *utrum vir sibi paterfamilias esse vellet*. Vgl. Kuntze, Excuse zu § 771. S. 586.

Diese Formel ist deshalb interessant, weil sie dem Gedanken des römischen Rechts über den Hauptzweck der Ehe: die Erhaltung des Hauses und Geschlechtes (*liberorum quaerendorum causa*)¹ Ausdruck verleiht.

Diese Consensformel änderte sich bei der laxen Ehe insofern, als sie nicht mehr die Aufnahme der Frau in die familia, sondern lediglich die Begründung der Ehe bezweckte. Aber auch bei der freien Ehe blieb die Formel „*liberorum quaerendorum causa*“ in hohem Ansehen; sie wurde vor Zeugen erklärt oder in die *tabulae nuptiales* aufgenommen.² Später fiel jedwede Formalität fort,³ der Consens — in jeder beliebigen Form ausgedrückt — genügte zur Ehebegründung.

§ 2. Die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist zum Zustandekommen der Ehe nicht erforderlich.

I. Die Eheschliessung war bei dem römischen Volke von jeher mit einer Reihe von Hochzeitsfeierlichkeiten umgeben gewesen.⁴ Diese Hochzeitsgebräuche standen in engster Beziehung zum Kultus; sie waren religiöse Formen,⁵ denn Sitte, Recht und Religion lagen noch ungetrennt neben einander. Daher waren sie — es ist bloss an die Auspicien zu erinnern⁶ — im höchsten Alterthume ebenso wesentlich, wie in der historischen Zeit, in welcher das juristische Element in den Vordergrund tritt, unwesentlich. Es ergibt sich dies schon aus dem Umstande, dass die solenne Hochzeitsfeier nur bei *virgines* stattfand,⁷

¹ L. 22 § 7 D. *soluto matr.* 24, 3; l. 220 § 3. D. de V. S. 50, 16; vgl. auch pr. I. de excus. tut. 1, 25; l. 1 D. *soluto matr.* 24, 3; l. 9 C. de nupt. 5, 4; l. 2 C. de *indicta viduitate* 6, 40. Mit diesem Gedanken hängen verschiedene Gebräuche namentlich auch bei der Eheschliessung zusammen; vgl. Rossbach, a. a. O. 345. 369—371. — Ueber die Formel *liberorum quaerendorum causa* vgl. Festus v. *quaeso*. ed. Müller. Lips. 1839. p. 258; Gell. 4, 3; Val. Max. 7, 7; Tacit. *Annal.* 11, 27; Suet. *Caes.* 52. — S. auch folgende Anm.

² Ulp. 3, 3; *Quinct. decl.* 247; Walter, a. a. O. 2, 144; Karlowa, a. a. O. S. 72 ff.; Savigny, *Verm. Schriften*. Berlin 1850. 1, 83 ff.; Rossbach, a. a. O. S. 4 ff. Vgl. auch Tertullian, *De virgin. velat. c.* 11 (Migne, *Patrol. lat.* 2, 905.); Augustin, *Sermon.* 51, 13 (Migne 38, 344.): *Caeterum qui uxoris carnem amplius appetit, quam praescribit limes ille liberorum quaerendorum causa, contra ipsas tabulas facit, quibus eam duxit uxorem. Recitantur tabulae et recitantur in conspectu omnium attestantium; et recitatur: liberorum quaerendorum causa et vocantur tabulae matrimoniales.*

³ Vgl. übrigens Nov. 22. c. 43.

⁴ Vgl. im Einzelnen Rossbach, a. a. O. S. 92 ff.

⁵ Rossbach, a. a. O. S. 255 ff.

⁶ Ayrer, *De iure connubiorum apud Romanos*. Gottingae 1736. § 10. S. 44 ff. § 11. S. 50 ff.; Rossbach, a. a. O. S. 295. 307. 327.

⁷ Rossbach, a. a. O. S. 262.

und doch zweifellos auch die Ehen der Wittwen gültig waren. Welche von den vielen Hochzeitsgebräuchen hätten wesentlich sein sollen? Die in domum deductio, oder der Raub der Braut, oder das Hineintragen in das Haus des Bräutigams, oder die Aufnahme durch Feuer oder Wasser in die häusliche Gemeinschaft?¹ Was von allen Hochzeitsbräuchen gilt, bezieht sich insbesondere auch auf die in domum deductio. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass mit dem Erwerbe der manus — solange manus und Ehe ungetheilte Begriffe waren — die Ehe zu Stande gekommen war, d. h. also bei der gebräuchlichen Form der coemptio mit dem Abschlusse der Mancipation.² Auch bei der confarreatio war die in domum deductio unwesentlich, denn sie konnte ja erst nach Verbrennung des libum farreum erfolgen, da das Opfer, welches die Eheschliessungsform bildete,³ im väterlichen Hause der Braut vorgenommen werden musste. Mit der Consensual-Ehe hätten sich allerdings Formalitäten als Erforderniss wohl verbinden lassen; aber einestheils haben wir doch hier nur die frühere Eheschliessung ohne manus-Erwerb, und weiter waren um diese Zeit mit dem religiösen Indifferentismus die alten Gebräuche immer seltener geworden.⁴ Es wird daher auch schon vor oder während der in domum deductio stets von nova nupta (Neu-Vermählten), uxor u. s. w. gesprochen.⁵ Diesem Gedanken leiht l. 22. C. 5, 4 treffenden Ausdruck.⁶ Es kann also nicht zweifelhaft sein, dass die in domum deductio als Hochzeitsbrauch für das Zustandekommen der Ehe — zu Zeiten sowohl der Coemptions-, wie der Consensual-Ehe — unwesentlich gewesen ist.⁷

II. Es fragt sich aber weiter, ob nicht die thatsächliche Herstellung des ehelichen Lebens, welche mit der deductio ihren Anfang nimmt — und somit auch die letztere selbst — für die Begründung des ehelichen Verhältnisses erforderlich war. Dies ist mit Bestimmtheit zu ver-

¹ Dieser Vorgang wird von Scävola in l. 66. § 1. D. 24, 1 allgemein für Ehevollzug gebraucht.

² Vgl. Kuntze, Excuse zu § 764 (S. 581). § 771 (S. 583).

³ Gaius 1, 112. ⁴ Rossbach, a. a. O. S. 256.

⁵ Varro Agath. ap. Non. Marc. s. v. obscenum; Festus, s. v. in pelle lanata (in pelle lanata nova nupta considerare solet); s. v. facem; s. v. rapi solet; Val. Max. X (fragm. libri de nominibus) i. f. — Vgl. ferner Virgil. Eclog. 8, 29; Plautus, Casin. 4, 3. 1; Catull. 61, 96.

⁶ Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet, ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.

⁷ Ueber abweichende Ansichten vgl. Glück, Commentar. 22, 394.

neinen.¹ — Allerdings galt es auch in Rom zweifellos als das Normale, dass sich an die *coemptio*, später an die *Consensabgabe* die Herstellung der Lebensgemeinschaft anschloss. Ebenso wurde aber auch das Zusammenleben während der Ehe als das Normale angesehen. Wie hätte denn auch schöner das „*consortium omnis vitae*“ zur Darstellung gelangen sollen?² Sollte es deshalb aber etwa in Rom nicht auch möglich gewesen sein, das Zusammenleben aufzugeben, ohne dadurch die Ehe selbst aufzuheben? Die Entscheidung der Frage könnte nicht schwer fallen — selbst wenn wir nicht so klare Quellenaussprüche besäßen.³ Wenn aber die thatsächliche Lebensgemeinschaft für die einmal geschlossene Ehe ohne die geringste Bedeutung war, so sehe ich keinen Grund zu der Annahme ein, dass sie gerade für die Entstehung der Ehe von ausschliesslichem Einflusse gewesen sein solle.

Man vergegenwärtige sich nur die Consequenzen der entgegengesetzten Ansicht, indem man folgende Fälle ins Auge fasst: Nach der *Coemption* oder der *Consensabgabe* (in der freien Ehe) — aber vor der *Heimführung* — stirbt der eine *Contrahent*,⁴ oder der *Ehemann* hat keine Wohnung, oder ist abwesend, oder die Parteien wollen sich zwar schon jetzt als *Eheleute* betrachten, die *Heimführung* aber erst in einiger Zeit vornehmen. In allen diesen Fällen ist von *Lebensgemeinschaft* keine Rede, beziehungsweise kann von ihr keine Rede sein. Sollte das Recht hier keine „Ehe“ angenommen haben, weil es als die Regel das *consortium totius vitae* betrachtete? Auch nach unseren sittlichen und rechtlichen Anschauungen gilt das gemeinsame Leben der *Ehegatten* als das Regelmässige, auch bei uns betonen die *Rechtsdefinitionen* die thatsächliche Seite der Ehe, die *Vereinigung zu ungetheilter Lebensgemeinschaft* — sind doch unsere *Definitionen* denen des römischen Rechtes nachgebildet —, und doch würde es Niemandem einfallen, das Vorhandensein einer Ehe zu leugnen, wenn nach der *Consensabgabe* die *Nupturienten* nicht sofort das gemeinsame Leben beginnen. Freilich kann man entgegnen, bei der heutigen formellen *Eheschliessung* liege die Sache anders. Aber, war denn die *confarreatio*, die *coemptio* nicht auch

¹ Ueber abweichende Ansichten siehe unten.

² Vgl. l. 1 D. de ritu nupt. 23, 2; § 1. I. de patria pot. 1, 9; l. 1 D. de act. rer. amot. 25, 2; l. 1 § 15 D. de Scto. Siliano 29, 5. *Quintilian.*, *Declam.* 257: *Ego eligam cum qua victurus sim, ego comitem laborum, sollicitudinum, curarum ipse perpendam.*

³ Vgl. l. 33 D. de ritu nupt. 23, 2; l. 32 § 13 D. de don. inter vir. et uxor. 24, 1; l. 15 i. pr. D. de act. rer. amot. 25, 1. — Gesonderte Wohnungen waren in vornehmen römischen Ehen durchaus nichts ungewöhnliches. Vgl. Glück, a. a. O. 26, 143. 235. ⁴ Dies betont schon *Quintilian*, *Declam.* 247.

ein Formalact, konnte sich nicht auch die Consenserklärung bei der freien Ehe formell, vor Zeugen u. s. w., vollziehen?¹ Es verhält sich also mit den römischen Ehedefinitionen wie mit denjenigen des heutigen Rechts; sie bezeichnen nur die Regel, beweisen aber nichts gegen die Ausnahme.

Die Geschichte der freien Ehe weist dem Consense eine selbständige, von thatsächlichen Lebensvorgängen unabhängige Stellung an. —

Auch der Concubinatus setzte im römischen Rechte ein auf die Dauer berechnetes Zusammenleben voraus. Die thatsächliche Lebensgemeinschaft konnte daher das von der Ehe unterscheidende Moment nicht sein; aus demselben Grund konnte sie aber auch nicht den alleinigen Factor der Eheschliessung bilden.

Die Sponsalien wurden im römischen Recht durch Vertrag geschlossen, ursprünglich durch formellen Verbalcontract,² später durch nudus consensus.³ Daneben steht aber der ausdrückliche — keinen Unterschied zulassende — Satz der Quellen: Sponsalia, sicut nuptiae, consensu contrahentium fiunt.⁴

Hierzu kommen noch die klaren Aussprüche der Juristen und der Gesetze, sowie der nicht-juristischen Schriftsteller.⁵

Die Schilderung, die Tacitus⁶ von einer normalen Eheschliessung giebt, weist auf die ausdrückliche Erklärung des Eheconsensus in Gegenwart von Zeugen hin. Von einer in domum deductio ist dort, wo ein „matrimonium“ zu Stande kommt,⁷ keine Rede.

Gaius stellt die Ehe den Consensualcontracten mit Bezug auf den Abschluss gleich,⁸ d. h. er sagt, die Ehe kommt durch einen Consensualvertrag zu Stande, wenn sie auch selbst ein solcher nicht ist. Bei Obligationen — so bemerkt hier Gaius — welche durch Consens entstehen, ist die Form der Willenserklärung gleichgültig; die schriftliche Form bildet kein Essentiale, sie dient nur zur leichteren Beweisbarkeit. Es liegt auch dann eine Ehe vor, wenn die Consenserklärung nicht in schriftliche Form gekleidet worden ist.⁹ Hier haben wir den

¹ Vgl. Tacit. Annal. 11, 27.

² l. 1 D. de sponsal. 23, 1.

³ l. 4 D. de sponsal. 23, 1.

⁴ l. 11 D. de sponsal. 23, 1.

⁵ Vgl. l. 11 D. de sponsal. 23, 1; l. 6 D. de ritu nupt. 23, 2; l. 32 § 13, l. 66. pr. D. de don. inter vir. et uxor. 24, 1; l. 15 D. de condit. 35, 1. l. 22 Cod. de nupt. 5, 4; Nov. 22 c. 3 u. s. w. — Ueber nicht juristische Schriftsteller vgl. oben.

⁶ Annal. 11, 27.

⁷ Vgl. auch die folgenden Capitula z. B. c. 30.

⁸ l. 4 D. de pign. 20, 1; l. 4 D. de fide instrum. 22, 4.

⁹ Dass in dieser Stelle „testatio“ lediglich „Erklärung“ bedeutet, nicht „Erklärung vor Zeugen“ — was übrigens an obigem Resultate nichts ändern würde —, geht aus dem Umstande hervor, dass sonst der Beweis durch scripturae überflüssig

unumstösslichen Beweis dafür, dass die Erklärung des Consenses zur Eheschliessung genügte, und dass dieselbe sogar als normale Eheschliessungsform anzusehen ist.

Wie soll sich hiermit auch die Annahme, dass nur die Herstellung der Lebensgemeinschaft Eheschliessung sei, vereinigen lassen? Hier hätte doch überhaupt ein Beweis der Eheschliessung durch *scripturae* gar nicht in Frage kommen können?

Wenn man diese Stelle des Gaius im Auge behält, so wird man es kaum als Zufall bezeichnen können, dass in den *Sent. rec.* des Paullus¹ die Lehre von Verlöbniß und Ehe sich unmittelbar an die bekannten vier Consensualverträge anschliesst.²

gewesen wäre. Vgl. für diese Bedeutung von *testatio* z. B. l. 20 D. de opt. vel elect. leg. 33, 5; l. 16 D. de Scto. Macedon. 14, 6; l. 9 C. qui admitti. 6, 9.

¹ II, 19.

² Es mag auf die ähnliche Terminologie hingewiesen werden. Vgl. z. B. l. 11 D. de sponsal. 23, 1 mit l. 3 D. de rescind. vend. 18, 5. —

Die Auflösung der Ehe durch beiderseitigen Willen (vgl. l. 2. pr. § 1. l. 3 D. soluto matr. 24, 2) ergibt in Verbindung mit dem bekannten Satze des römischen Rechtes: „*Prout quidque contractum est, ita et solvi potest*“ durch Rückschluss das Resultat, dass die Ehe *verbis, nudo consensu* geschlossen wurde, andererseits gewährt sie eine treffliche Analogie zu den Consensualverträgen (l. 80 D. de solut. 46, 3; l. 35. 100. D. de reg. iur. 50, 17; l. 1 C. quando liceat 4, 45). Es ist hierbei auch darauf hinzuweisen, dass in der That im älteren römischen Rechte Ehescheidung und Eheschliessung zweifellos von diesem formellen Grundsatz beherrscht waren. Die farreirte Ehe wurde nur durch *diffareatio* gelöst, die durch Mancipation geschlossene Ehe erforderte zur Trennung *Remancipation* (Festus, verb. *remancip.* Gaius 1, 136. 137. Wächter, Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgart. 1822. S. 72 ff.). — Die von der *lex Julia de adulteriis* für die Auflösung der freien Ehe eingeführte Form (Erklärung des Scheide-Willens vor sieben Zeugen) weist zwingend auf die Mancipation hin (fünf Zeugen, *libripens* und eine Person, welcher *mancipirt* wird) und deshalb kann man diese Form mit Recht als eine Abschwächung der Mancipation bezeichnen (vgl. Hasse, a. a. O. S. 164. Anm. 245). Da diese Ehetrennungsform aber durch ein specielles Gesetz der Kaiserzeit, in welcher die freie Ehe bereits längere Zeit anerkannt war, angeordnet wurde, so kann man den oben erwähnten Grundsatz hier nicht anwenden, und nicht den Schluss ziehen, dass die Ehe auch vor sieben Zeugen habe geschlossen werden müssen. (So Merillius nach Glück, 26, 240.) Doch kann man immer so weit gehen und aus der Scheidungsformel entnehmen, dass auch die Eheschliessung *certa et solemnia verba* im Anschlusse an die Mancipationsform erforderte. Wir wollen hier erinnern, dass nach unserer Ansicht die Schliessung der freien Ehe sich aus den bei der *coemptio* üblichen Willenserklärungen entwickelt hat. Zur Ehescheidung wird ausdrückliche Consenserklärung verlangt, blosses Auseinandergehen, Aufheben der Gemeinschaft genügt nicht, deshalb ist der Schluss nicht ungerechtfertigt, dass auch für die Eheschliessung ausdrückliche Consenserklärung erfordert wird. Daher bemerkt Nov. 22. c. 1 mit Recht: „*Nam si mutua affectio nuptias facit, merito eadem contraria sententia consensu solvit, cum missa repudia*

In l. 8. C. de incestis et inutil. nupt. 5, 5 wird die „thatsächliche Eheschliessung“ (re contrahere) der rechtlichen Eheschliessung gegenüber gestellt, und die Auffassung, dass ohne coitus die Ehe noch nicht geschlossen sei, getadelt, damit aber dem Sinne der Stelle nach auch der Grundsatz ausgesprochen, dass zur Eheschliessung Herstellung der Lebensgemeinschaft nicht erforderlich sei.

Dasselbe Resultat ergiebt l. 9. C. de nupt. 5, 4.¹

IV. Auch die justinianeische Gesetzgebung bestätigt unsere Ansicht.

Justinian sieht als das Normale die Eheschliessung durch ausdrückliche Consenserklärung an.²

In Nov. 22. c. 3 wird dieser Grundsatz klar ausgesprochen. Dass hier unter Consens nicht „thatsächliche Lebensgemeinschaft“ gemeint sein kann, geht aus dem einfachen Umstande hervor, dass sonst der Satz „instrumentorum accessione non indigens“ keinen Sinn gehabt hätte, da ja für das Zusammenleben nach Beweisen nicht besonders gesucht zu werden brauchte. Wenn man aber sagen wollte: hier bringt das Zusammenleben die Ehe zu Stande, zum Unterschiede vom Concubinat bedarf es aber des Nachweises der affectio maritalis, und um den Nachweis dieser affectio maritalis handelt es sich — so steht solcher Auffassung der klare Wortlaut entgegen. Nudus consensus ist nur die ausdrückliche Consenserklärung oder der aus concludenten Handlungen — wozu auch Lebensgemeinschaft gehört³ — zu folgernde Consens.

Hierzu kommt, dass die Novelle 22 anerkanntermassen das alte Recht bezüglich der Eheschliessung unverändert lässt.⁴ Nov. 74 und 117 bestätigen dieses Resultat. In Nov. 74. c. 4 ff. trifft Justinian gegen die Gefahren des formlosen Eheschliessungsrechtes, welche er in derselben Novelle in treffender Weise geschildert hat, verhütende Vorschriften: Personen der dignitates maiores sollen die Ehe mit instrumenta dotalia schliessen; Personen „in gravioribus militiis et omnino in professionibus dignioribus“, dürfen auch ohne schriftliche Heirathscontracte ehelichen, sollen dann aber ihren Eheschliessungswillen vor

eum declarent.“ Die einseitige Ehescheidung kann hier nicht in Betracht gezogen werden.

¹ In dieser Stelle wird ein Beweis dafür verlangt, dass nicht Concubinat, sondern Ehe vorliege. Der Beweis kann nur ausdrückliche Erklärungen bei der Eheschliessung betreffen, denn aus der blossen Thatsache des Zusammenlebens ist nichts zu folgern. Dass an Erklärungen zu denken ist, geht auch aus dem folgenden Satze von den tabulae nuptiales hervor, die stets im Gegensatze zu nudus consensus gebraucht werden. Jedenfalls ist auch hier ausgesprochen, dass Willenserklärung und nicht Lebensgemeinschaft die Ehe bewirkt.

² Vgl. l. 24 C. de nupt. 5, 4.

³ Vgl. Nov. 74. c. 5. Näheres im § 3.

⁴ Vgl. Hasse a. a. O. S. 119.