Ausgewählte Institutionen und Fragen des Privatrechts: § 12: Ehe

LITERATUR: Kaser, Römisches Privatrecht I, §§ 17 ff., 73 ff.; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, §§ 58 f.

I. Eheschließung

1. Ehevoraussetzungen und Ehehindernisse nach römischem Recht

Gai inst. 1, 58-62

58. <Non tamen omnes nobis uxores ducere licet.> nam a quarundam nuptiis abstinere debemus. 59. Inter eas enim personas, quae parentum liberumve locum inter se obtinerent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possunt inter se matrimonium coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filia seu neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim. 60. Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. 61. Sane inter fratrem et sororem prohibitae sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum: sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimentis sit nuptiis. 62. Fratris filiam uxorem ducere licet: idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam uxorem duxisset: sororis vero filiam uxorem ducere non licet. et haec ita principalibus constitutionibus significantur.

58. <Aber wir dürfen nicht jede Frau heiraten,> mit manchen ist uns die Ehe verboten. 59. Zwischen Personen nämlich, die in gerader aufsteigender oder absteigender Linie miteinander verwandt sind oder als so verwandt gelten, können keine Ehen geschlossen werden, und zwischen ihnen gibt es kein *conubium*, z.B. zwischen Vater und Tochter, Mutter und Sohn, Großvater und Enkelin. Und wenn solche Personen sich verbinden, spricht man von einer frevelhaften und blutschänderischen Ehe, und das geht so weit, dass sie auch dann keine Ehe eingehen können, wenn ihr verwandtschaftliches Verhältnis nur durch Adoption zustande gekommen ist. Selbst wenn die Adoption aufgehoben wird, bleibt diese Rechtslage bestehen. Also kann ich ein Mädchen, das durch Adoption für mich an die Stelle einer Tochter oder Enkelin getreten ist, selbst dann nicht heiraten, wenn ich sie emanzipiert habe. 60. Auch für die Personen, die in der Seitenlinie verwandt sind, gilt eine ähnliche, aber nicht so strenge Regelung. 61. Zwischen Bruder und Schwester ist die Ehe allerdings verboten, ob sie nur den Vater oder die Mutter oder beide Elternteile gemeinsam haben; aber wenn ein Mädchen durch Adoption meine Schwester geworden ist, so kann zwar keine Ehe zwischen uns geschlossen werden, solange die Adoption besteht; wenn aber durch Emanzipation die Adoption aufgehoben ist, kann ich sie heiraten; aber auch, wenn ich emanzipiert bin, gibt es kein Ehehindernis mehr. 62. Die Tochter seines Bruders darf man heiraten; diese Anschauung setzte sich durch, als der vergöttlichte Kaiser Claudius seine Nichte Agrippina heiratete; die Tochter seiner Schwester aber darf man nicht heiraten. Das ist auch so in kaiserlichen Erlassen ausgesprochen.

2. Eheschließungsformen des römischen Rechts

Gai inst. 1, 111 (XII Tab. 6, 4)

Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usu capietur, in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat. itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni <usum> interrumperet. sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.	Durch Ersitzung gelangte die Frau in die *manus*, die ein volles Jahr mit dem Mann ehelich zusammen lebte; sie wurde von ihm sozusagen auf Grund des einjährigen Besitzes durch Ersitzung erworben, ging in die Familie des Mannes über und nahm dort die Rechtsstellung einer Tochter ein. Daher ist im Zwölftafelgesetz bestimmt, dass eine Frau, die nicht auf diese Art in die *manus* ihres Mannes kommen wolle, jedes Jahr drei Nächte hintereinander von zu Hause fortbleiben und auf diese Weise <die Ersitzungsperiode> jedes Jahr unterbrechen sollte. Aber dieses ganze Rechtsverhältnis ist zum Teil durch Gesetze aufgehoben, zum Teil auch durch gewohnheitsmäßige Nichtanwendung in Vergessenheit gekommen.

Gai inst. 1, 112

Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. quod ius etiam nostris temporibus in usu est: nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.	Durch *confarreatio* gelangt die Frau in die *manus* des Mannes mittels eines besonderen Opfers, das man dem Iuppiter Farreus darbringt; dabei wird ein Kuchen aus Speltweizen (*far*) gebraucht, daher der Name con*far*reatio. Es werden außerdem noch mehrere Formalitäten mit feierlichem Ritual und in Gegenwart von zehn Zeugen vollzogen, um diese Rechtsform der Ehe zu begründen. Dieses Rechtsverhältnis gibt es noch heute, denn zu bestimmten höheren Priesterwürden, nämlich zum Flamen Dialis, Martialis und Quirinalis und ebenso zum Opferkönig, können nur Männer gewählt werden, die aus einer durch *confarreatio* geschlossenen Ehe geboren sind, und sie können diese Priesterwürde nur bekleiden, wenn sie selbst ihre Ehe durch *confarreatio* geschlossen haben.

II. Rechtsnatur der Ehe

1. Rom: Ehe als „sozialer Tatbestand“?

D. 23, 2, 1 (Modestin 1 reg.)

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.	Die Ehe ist die Verbindung eines Mannes und einer Frau und eine Vereinigung für das ganze Leben, eine Gemeinschaft göttlichen und menschlichen Rechts.

Text 1: D. 50, 17, 30 (Ulp. 36 Sab.)

Nuptias non concubitus, sed consensus facit.	Nicht der Beischlaf bewirkt die Ehe, sondern die Einwilligung.

C. 8, 38, 2 (Severus Alexander, 223 n. Chr.)

Libera matrimonia esse antiquitus placuit. […]	Es ist von Alters der Satz angenommen worden, dass die Ehen zwanglos sein sollen. […]

2. Kanonisches Recht: Sakrament und Vertragscharakter

Liber Extra 4, 1, 14 (1298)

Quum locum non habet consensus, ubi vel metus vel coactio intercedit, necesse est, ut, ubi assensus cuiusquam requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium autem solo consensu contrahitur […].	Weil da keine Einwilligung Statt findet, wo Furcht oder Zwang vorhanden ist, so versteht es sich, dass bei einem Geschäfte, welches die Zustimmung eines jeden Betheiligten erfordert, von Gewalt keine Rede sein kann. Die Ehe aber wird blos durch Einwilligung geschlossen, […].

3. Moderne Zivilehe

Thomas Hobbes, Opera philosophica omnia, De Cive, caput VI art. 16, London 1642

Utrum matrimonium sacramentum sit, quod sensu ea vox a theologis usurpatur, an non sit, non est hujus instituti disputare. Tantum dico, viri et mulieris ad cohabitationem contractum legitimum, id est, lege civili concessum, sive sacramentum idem sit, sive non sit, certe esse matrimonium legitimum: cohabitationem autem qualem aut inter quos civitas fieri prohibet, matrimonium non esse, cum sit de essentia matrimonii, ut sit contractus legitimus.	Es ist nicht meine Aufgabe hier zu erörtern, ob die Ehe ein Sakrament sei – wie dies die Theologen tun oder nicht. Ich sage nur so viel, dass der rechtmäßige Vertrag eines Mannes und einer Frau zum Zusammenleben, d. h. der durch das Zivilgesetz gestattete Vertrag, sicherlich eine rechtmäßige Ehe ist, mag sie selbst ein Sakrament sein oder nicht, mag auch der Staat die eine oder andere Form des Zusammenlebens verbieten und als Nichtehe erklären, da zu den Grundvoraussetzungen der Ehe ein rechtmäßiger Vertrag gehört.

Code civil des Français (1804)

Art. 144. L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. Art. 146. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.	Art. 144. Der Mann kann nicht heiraten, bevor er das achtzehnte, die Frau nicht, bevor sie das fünfzehnte Lebensjahr erreicht hat. Art. 146. Ohne Einwilligung gibt es keine (wirksame) Ehe.

Friedrich Carl von Savigny, Über Eherecht und Ehescheidung, 1844 (nach FamRZ 1969, S. 1-4)

Nach der gewöhnlichen Auffassung ist das Verhältniß der Ehe von ganz gleicher Natur, mit den übrigen Verhältnissen des Privatrechts; bei genauerer Betrachtung aber sind hierin sehr durchgreifende Verschiedenheiten anzuerkennen. Am reinsten und vollständigsten erscheint die Natur des Privatrechts in denjenigen Rechtsverhältnissen, welche dem Vermögen angehören. […] (z. B. Eigentum und Schuldforderungen).

Eine andere Natur hat die Ehe. Das Wesen derselben besteht zum großen, ja zum wichtigsten Theil nicht auf einem rechtlichen, sondern auf einem sittlichen Verhältniß. Allerdings aber reicht die Ehe auch in das Rechtsgebiet hinein, und in diesem ihrem rechtlichen Bestandtheil wird sie Gegenstand der Gesetzgebung und des Richteramtes. Mit dieser doppelten Natur der Ehe hängt es zusammen, daß bei ihr der Gesichtspunkt für die Behandlung kein so einfacher sein kann, wie es bei dem Eigenthum und den Schuldforderungen der bloße Rechtsschutz, und Nichts außer ihm, ist. Bei der Ehe dagegen ist der Rechtsschutz nur einer von mehreren Gesichtspunkten, die auf Beachtung Anspruch haben. Ein zweiter besteht in der individuellen Freiheit der Ehegatten; der dritte und wichtigste endlich in der Würde der Ehe selbst, diese als Institution betrachtet, unabhängig von dem Recht und dem Willen der Individuen. […]

Die Würde der Ehe als Institution, begründet den wichtigsten und eigenthümlichsten Gesichtspunkt, der hierin für die Gesetzgebung zu beachten ist. Ihre Ehrfurcht gebietende Natur gründet sich darauf, daß sie, in Beziehung auf die Einzelnen, eine wesentliche und nothwendige Form des menschlichen Daseins überhaupt ist, in Beziehung auf den Staat aber unter die unentbehrlichen Grundlagen seines Bestehens gehört. Durch diese ihre Natur erhält sie ein selbständiges Dasein, einen Anspruch auf Anerkennung, welcher von individueller Willkür und Meinung unabhängig ist. […]

Am häufigsten wird darüber gestritten, in welchem Maaße die individuelle Freiheit, gegenüber der Würde der Ehe, zu begünstigen ist. Hierin aber ist zu erwägen, daß jede zu weit getriebene Begünstigung der Freiheit unvermeidlich dahin führt, die eigenthümlichste Natur der Ehe zu verdunkeln und dadurch ihre heilsamen Folgen zu schwächen. Durch eine solche, konsequent durchgeführte, extreme Begünstigung würde nämlich die scharfe Grenze zwischen der Ehe und dem Konkubinat unkenntlich gemacht und endlich vernichtet werden. […] Nun ist es aber einleuchtend, dass derjenige, welcher die völlig freie Scheidung durch gegenseitige Einwilligung, oder gar durch einseitige Willkühr, befürwortet, eigentlich den augenscheinlichsten Unterschied aufhebt, damit aber auch sowohl die höhere sittliche Stellung des weiblichen Geschlechts, als den auf dem Familienleben ruhenden Segen, die sichere Uebertragung unseres ganzen Besitzthums sittlicher Gesinnung auf die nachwachsende Generation, in die größte Gefahr bringt. […] Diese Folgen will in der That Niemand. […]

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band IV (Familienrecht), Berlin-Leipzig, S. 562 f.
Der christlichen Gesammtanschauung des deutschen Volkes entsprechend geht der Entwurf davon aus, daß im Eherechte, auch soviel die Auflösung der Ehe vor dem Tod eines der Ehegatten betrifft, nicht das Prinzip der individuellen Freiheit herrschen darf, sondern die Ehe als eine von dem Willen der Ehegatten, unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung anzusehen ist. Daraus läßt sich indessen, selbst vom sittlichen Standpunkte aus, die absolute Unzulässigkeit der Ehescheidung nicht ableiten. […] Da die Ehe ihrem Begriffe und Wesen nach unauflöslich, die Scheidung daher stets etwas Anomales ist, so verdient schon von diesem Gesichtspunkte aus die Scheidung […] keine Begünstigung. Für eine strengere Gestaltung des Scheidungsrechtes sprechen aber auch vom staatlichen Standpunkte aus die gewichtigsten Gründe. Der Staat hat ein dringendes Interesse daran, darauf hinzuwirken, daß die Ehe als die Grundlage der Gesittung und der Bildung so sei, wie sie sein soll, und deshalb das Bewußtsein des sittlichen Ernstes der Ehe und die Auffassung derselben als einer von dem Willen der Ehegatten unabhängigen sittlichen Ordnung im Volke zu fördern. Dies geschieht durch Erschwerung der Ehescheidung. […] Dazu kommt, daß auf der Festigkeit der Ehe im Gegensatze zum Konkubinate die höhere sittliche Stellung des weiblichen Geschlechtes beruht, eine zu große Erleichterung der Scheidung auch den öffentlichen Wohlstand und die Erziehung der Kinder gefährdet. […]

Dieter Schwab, Familienrecht, 15. Aufl. 2007, Rdnr. 24 und 29, S. 17 f.
Die religiöse Neutralität des modernen Verfassungsstaates gab den Weg zu einem profanen Verständnis der Ehe frei. Dabei erwiesen sich unterschiedliche Eheverständnisse als lebenskräftig und konkurrieren miteinander, wenngleich sie verschiedenen Epochen entstammen. […] Durch die gesellschaftliche Entwicklung der jüngsten Jahrzehnte erhält die Ehe zunehmend Konkurrenz durch andere Lebensformen, […].

III. Auflösung der Ehe

Cicero, phil. 2, 28, 69 (XII Tab. 4, 3)

Illam suas res sibi habere iussit ex XII tabulis, claves ademit, exegit.	Jener (seiner Frau) befahl er gemäß den Zwölftafeln, ihre Sachen mitzunehmen, nahm ihr die Schlüssel ab und wies sie aus dem Hause.

D. 24, 2, 1-3 (Paul. 35 ed.(Gai. 11 ed. prov.)

1 Paulus libro trigesimo quinto ad edictum Dirimitur matrimonium divorzio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum. *2 Gaius libro undecimo ad edictum provinciale* pr. Divortium autem vel a diversitate mentium edictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. 1. In repudiis autem, id est renuntiatione	*1 Paulus im 35. Buch zum Edikt.* Die Ehe wird beendet durch Scheidung, Tod, Kriegsgefangenschaft oder wenn einer der Ehegatten auf andere Weise Sklave geworden ist. *2 Gaius im elften Buch zum Provinzialedikt.* pr. Als *divortium* wird die Scheidung bezeichnet entweder nach den verschiedenen Gesinnungen oder weil diejenigen, die die Ehe beenden, in verschiedene Richtungen gehen. 1. Bei Scheidungserklärungen aber, das heißt für die Aufkündigung der Ehe, sind diese Worte üblich: „Pack

comprobata sunt haec verba: „tuas res tibi habeto“, item haec: „tuas res tibi agito“. 2. In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere: in qua re haec verba probata sunt: „condicione tua non utor“. 3. Sive autem ipsi praesenti renuntietur sive absenti per eum, qui in potestate eius sit cuiusve is eave in protestate sit, nihil interest.

Deine Sachen!“, ebenso die folgenden: „Mach Deine Sachen allein!“ 2. Auch für die Aufkündigung des Verlöbnisses ist anerkannt, daß es einer Aufkündigung bedarf. Dabei sind folgende Worte üblich: „Ich mache von dem Verlöbnis mit Dir keinen Gebrauch.“ 3. Ob aber die Aufkündigung in Gegenwart des Ehegatten erklärt wird oder in seiner Abwesenheit durch denjenigen, der in seiner Gewalt steht oder in dessen Gewalt er oder sie steht, macht keinen Unterschied.

3 Paulus libro trigesimo quinto ad edictum

Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso ripudio si brevi riversa uxor est, nec divertisse videtur.

3 Paulus im 35. Buch zum Edikt.

Eine Scheidung liegt nur vor, wenn sie ernstlich gemeint ist, also mit der Absicht erfolgt, eine endgültige Trennung herbeizuführen. Was daher in der Hitze des Zorns geschieht oder gesagt wird, ist nicht eher rechtsgültig, als bis die Beharrlichkeit zeigt, daß es sich um eine bewußte Entscheidung gehandelt hat. Wenn daher eine Frau, die im Zorn die Scheidung erklärt hat, nach kurzer Zeit zurückgekehrt ist, hat sie sich ersichtlichermaßen nicht geschieden.

D. 24, 1, 64 (Iav. 6 ex post. Lab.)

Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divertii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tum longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram.

Ein Mann hatte seiner Frau nach vollzogener Scheidung deshalb etwas zugewendet, damit sie zu ihm zurückkehre. Die Frau war zurückgekehrt, darauf vollzog sie (erneut) die Scheidung. Labeo: Trebatius hat im Fall der Terentia und des Maecenas gutachtlich entschieden, daß, wenn die (erste) Scheidung wirksam gewesen sei, die Schenkung gültig sei, wenn aber nur vorgetäuscht, dann verhalte es sich umgekehrt. Es trifft aber zu, was Proculus und Caecilius (Africanus) meinen, daß dann die Scheidung wirksam und die aus Anlaß der Scheidung vorgenommene Schenkung gültig sei, wenn eine anderweitige Verheiratung erfolgt oder die Frau so lange Zeit ohne Gatten war, daß kein Zweifel besteht, daß es sich bei der Verheiratung um eine erneute Ehe handelt; anderenfalls werde die Schenkung keinerlei Rechtswirkung besitzen.

IV. Ehegüterrecht

1. Mitgift (*dos*)

Formel der actio rei uxoriae (nach Lenel, EP^3, 305)

Si paret Numerium Negidium Aulae Ageriae dotem partemue eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius iudex Numerium Negidium Aulae Ageriae condemnato, si non paret, absolvito.

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte der Klägerin die Mitgift oder einen Teil davon zurückgeben muss, was dabei nach richterlichem Ermessen recht und billig ist, darauf soll der Richter den Beklagten zugunsten der Klägerin verurteilen, wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

2. Sonstige güterrechtliche Wirkungen der Ehe