

Ehewille und bonum prolis.

Von Dr Josef Fließer, Professor des kanonischen Rechtes und
Prosynodalrichter in Linz.

Die neue Österreichische Ehe-Instruktion vom 25. November 1936, erlassen vom österreichischen Episkopat zur Durchführung des Artikels VII des Konkordates vom 1. Mai 1934, schreibt im § 3 (2) vor:

Der Pfarrer befrage die Brautleute einzeln und in kluger Weise, ob sie absolut, daß heißt ohne irgend eine, sei es erlaubte, sei es unerlaubte, Bedingung die Ehe eingehen wollen, ob ihr Wille nicht gegen die Ehe selbst oder gegen das Recht der gegenseitigen ehelichen Pflicht oder gegen eine wesentliche Eigenschaft der Ehe gerichtet sei.

Von nun an muß in Österreich bei jeder Eheschließung dem Bräutigam folgendes Formular zur persönlichen Fertigung vorgelegt werden:

Der gefertigte Bräutigam erklärt hiemit, daß er über das Wesen der katholischen Ehe entsprechend belehrt worden ist und eine Ehe im Sinne der katholischen Kirche schließen will. Er erklärt insbesondere, daß er keine wie immer gearteten Vorbehalte oder Bedingungen hinsichtlich des Eheabschlusses oder des Rechtes auf die eheliche Pflicht oder der wesentlichen Eigenschaften der Ehe gemacht hat, beziehungsweise bei der Trauung machen wird. Endlich erklärt er, daß er völlig frei und von niemandem gezwungen die Ehe schließt.

Die Erklärung, welche die Braut zu unterfertigen hat, lautet dementsprechend. Dr Haring bemerkt in seinem „Kommentar zur Österreichischen Ehe-Instruktion“ zum § 3 der Ehe-Instruktion:

In den heutigen Eheprozessen spielen Bedingungen und Defekte des Ehewillens eine große Rolle. Die furchtbare Ehekrisis spiegelt sich gerade in den modernen Eheprozessen wider . . . Eine große, aber auch verderbliche Rolle spielen die gegen das Wesen der Ehe gerichteten Bedingungen (contra bonum prolis, fidei et sacramenti). Da die Ehe eine monogame unauflösliche Verbindung zur Fortpflanzung des Menschengeschlechtes ist (can. 1013), so wäre eine Ehe, die bei ihrem Abschluß die Einheit, Unauflöslichkeit oder den Kindersegen vertragsmäßig ausschließt, keine gültige Ehe (can. 1092, nr. 2). Aber auch abgesehen von einer vertragsmäßigen Bestimmung wäre eine Ehe ungültig, wenn bei Eingehung der Ehe ein oder beide Teile durch einen positiven Willensakt die Ehe ausschließen, also z. B. nur eine „Kameradschaftsehe“, eine Zeitehe, eingehen wollen, den Kindersegen ausschließen.

Wenn man hiezu das Eherecht Harings (Grundzüge des katholischen Kirchenrechtes, II. Teil, 1924, S. 415, Anm. 6) vergleicht, wird es klar, daß diese Worte nur vom grundsätzlichen Ausschluß des bonum prolis, nicht aber vom vorsätzlichen Ehemißbrauch zu verstehen sind, welcher zwar sündhaft ist, aber nicht die Gültigkeit der Ehe irritiert.

Der Priester, der den Brautunterricht zu erteilen und die Erklärungen der beiden Brautleute entgegenzunehmen hat, der Seelsorger und Beichtvater, von dem unglückliche Eheleute Aufklärung haben wollen, ob nicht ihre Ehe von Anfang an wegen verschiedener Mängel im ehelichen Willen für ungültig erklärt werden könnte, und namentlich der Richter im kirchlichen Ehegericht wartet auf eine klare, bündige Antwort auf die Frage: Wann macht ein Vorbehalt betreffs des bonum prolis den Eheabschluß ungültig? Es ist, solange nicht authentische Entscheidungen vorliegen, schier unmöglich, eine in allen Teilen sichere Antwort zu geben. Im Folgenden soll ein Überblick über die wichtigsten Ansichten der neueren Autoren gegeben werden, um für die Praxis einen Weg zu weisen, der sich rechtfertigen läßt.

I. Vorbegriffe.

1. Was ist die *substantia matrimonii* (can. 1092, nr. 2)? Am besten gibt Aufschluß can. 1081, § 2, wo klar gesagt wird, was der Konsens ist und was er beinhaltet, so daß die Ehe zustande kommt:

Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem.

Augustinus hat den Inhalt für diese jetzige Definition vorgebildet in den tria bona matrimonii: bonum prolis (ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem), bonum fidei (ius . . . exclusivum) und bonum sacramenti (ius . . . perpetuum). Die Auffassung dieses can. 1081, § 2, ist nun entscheidend für die Auffassung und Lösung der Frage nach den irritierenden Wirkungen von Vorbehalten bezüglich des bonum prolis in der Form der *fictio* (can. 1086) und in der Form der *conditio* (can. 1092).

Die bisher allgemein gebräuchliche Lehrmeinung hat im Eherecht den Ausdruck „ius“ aufgefaßt als ius radicale und unterschied davon den usus, respektive abusus und nonusus iuris. Das ius radicale in corpus muß die angegebenen Eigenschaften haben: perpetuum — exclusivum — in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem.

Man kann sich das ius ipsum, so sagen sehr viele Autoren, im vollem Umfange übergeben, aber dabei vorsätzlich oder gar durch eine Bedingung den usus iuris radicalis für immer (?) oder doch ganz sicher für eine Zeit einschränken: entweder im bonum fidei quoad ius exclusivum durch eheliche Untreue, oder im bonum pro-

lis quoad ius ad actus conjugales perpetuum durch non-usus und abusus oder im bonum prolis physicum durch procuratio abortus und occisio natorum. Niemals aber läßt sich eine Einschränkung machen im bonum sacramenti, also in der Unauflöslichkeit der Ehe, weil die Ehe wohl ohne bonum fidei und bonum prolis bestehen kann, niemals aber ohne bonum sacramenti.

Gegen diese distinctio zwischen ius radicale und usus juris zieht in neuester Zeit eine kleine Gruppe sehr angesehener Autoren zu Felde und erklärt diese distinctio für eine rein logische Fiktion, mit der die Wirklichkeit nicht rechnen kann. Wenn der nonusus oder abusus juris aber schon gleichbedeutend ist mit der Ausschaltung des ius überhaupt, dann muß man zur Folgerung kommen, daß jede bedeutendere Einschränkung des ius ad corpus schon das Zustandekommen des contractus matrimonialis unmöglich, und den verstümmelten Ehekonsens ungültig macht.

2. *Worin bestehen die Einschränkungen betreffs bonum prolis?* Wir können sie untersuchen: dem Inhalt nach, der Intention nach und der inneren und äußeren Form nach.

a) Dem *Inhalt* nach unterscheiden wir: nonusus und abusus, je nachdem das ius ad corpus gar nie oder nur zeitweise (immerwährende oder zeitweise Enthalt-samkeit) beansprucht und geübt wird, oder der geschlechtliche Verkehr nur onanistisch (mit oder ohne antikonzeptionelle Mittel) ausnahmslos oder zeitweise ausgeführt werden soll. Gegen das bonum physicum prolis ist auch der Vorbehalt, die Leibesfrucht abzutreiben oder das geborene Kind zu töten.

b) Der *Intention* nach unterscheiden wir non-usus und abusus mit der Absicht, Nachkommenschaft der Zahl nach („nur ein Kind“) oder der Zeit nach („erst nach einem Jahr“) zu beschränken, ferner nonusus und abusus mit der Absicht, jede Nachkommenschaft völlig auszuschließen (immerwährende [absolute] Kinderlosigkeit). Alle diese Einschränkungen sind schon durch die Intention direkt gegen das bonum prolis gerichtet, ob in irritierendem Sinne, ist eine andere Frage. Man rechnet aber auch den abusus und nonusus steriler Braut-leute, die mit Nachkommenschaft gar nicht rechnen können, zu den Beschränkungen des bonum prolis, weil auch bei diesen Leuten die actus per se apti ad generationem prolis, also die actus hominis (penetratio et semi-

natio), nicht die actus naturae (foecundatio) in Frage stehen. Beim nonusus kann die Absicht ehrenhaft oder unehrenhaft sein.

c) Der *inneren Form* nach unterscheiden wir bei den Einschränkungen des bonum prolis eine fictio consensus und eine conditio apposita, je nachdem die Einschränkung bloß ein firmum propositum oder eine conditio sine qua non ist. Die *äußere Form* der fictio und der conditio apposita kann sehr verschieden sein, je nachdem der beschränkte Ehewille nur bei einem oder bei beiden Brautleuten vorliegt, einander geoffenbart oder verschwiegen wird, explicite oder implicite angenommen oder geduldet wird, in Form einer einfachen Mitteilung, eines Versprechens oder gar eines förmlichen Vertrages kundgemacht wird. Es sei gleich bemerkt, daß die äußere Form für die Tatsache der fictio und conditio wenig Bedeutung hat, wohl aber für die Beweisbarkeit der Tatsache der fictio und der conditio.

Neuestens ist der Sinn des Textes in can. 1086, § 2, der die fictio consensus behandelt, sehr umstritten. Der Text lautet:

Si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad conjugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit.

Uns interessiert hier die fictio consensus quoad bonum prolis, welche in dem Satz ausgedrückt ist: si pars positivo voluntatis actu excludat omne ius ad actum conjugalem, invalide contrahit. Die Übersetzung und Deutung dieses excludere omne ius ad actum conjugalem fällt nun sehr verschieden aus, je nachdem man an der distinctio inter ius et abusus et nonusus festhält oder nicht. Die Autoren, welche an dieser distinctio festhalten, betonen vor allem das Wort *i u s* im Sinne des *i u s* radicale und übersetzen: Wer jedes *R e c h t* ausschließt, heiratet ungültig. Folgerung: Wer den *G e b r a u c h* des Rechtes teilweise oder ganz ausschließt, das Recht selbst aber übergibt, heiratet gültig. Damit ist die Gültigkeit der Ehe namentlich bei fictio, aber auch bei der conditio contra bonum prolis weitgehend geschützt.

Andere aber, welche die distinctio zwischen *i u s* radicale und nonusus — abusus ablehnen, legen den Ton und Sinn auf das *o m n e*, setzen omne ius = plenum ius und übersetzen: Wer dieses Recht nicht in seiner Gänze übergibt, heiratet ungültig. Folgerung: wer also nur einen Teil dieses ius gibt, heiratet ungültig; nur wer das inhaltlich und zeitlich völlig uneingeschränkte

ius gibt, heiratet gültig. Damit ist schon nahezu jeder Beschränkung des ehelichen Verkehrs, die ein Brautteil beim Eheabschluß plant, irritierende Wirkung zugeschrieben, da diese Lehrmeinung zwischen ius ipsum und usus nicht unterscheidet. Wird aber die *distinctio inter ius radicale et usum juris radicalis* beibehalten, dann ist gegen die Übersetzung *omne ius = plenum ius* nichts einzuwenden, weil das ius ipsum tatsächlich unteilbar ist, wie wir sehen werden (vgl. Triebs).

II. Die verschiedenen Meinungen der Autoren.

1. *Gasparri*, *De Matrimonio* II (1932), schränkt die irritierende Wirkung der Einschränkungen contra bonum prolis möglichst ein. Bei der *fictio consensus* sagt Gasparri:

... si contrahens (matrimonium) habet intentionem contrahendi et sese obligandi sed non implendi seu iura matrimonialia servandi, intendens, e. g., abusum matrimonii, adulteria, procuracionem futurae prolis, etc., ipse quidem graviter peccat, sed matrimonium valet. Nam intentio contrahendi et sese obligandi stare utique potest eum firmo proposito obligationem violandi; illa autem intentio constituit consensum et satis est pro validitate contractus ... Multo magis valet matrimonium, nec per se est peccatum, si pars simpliciter non desiderat prolem et ideo propositum habet abstinendi a matrimonii usu (nr. 828).

Auch bei der *conditio* contra bonum prolis macht Gasparri noch mehrere Unterscheidungen „in favorem matrimonii“. Er unterscheidet bei der *conditio contra ipsum ius in corpus alterius in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*:

Si generationem prolis evites sensu turpi id est si generationem prolis evites per abortum, per onanismum ... vel sensu honesto, nempe per nonusum matrimonii, servando castitatem (nr. 897).

Wird der Vorbehalt in sensu turpi ohne Einschränkung gemacht cum intentione ipsum ius et relativam obligationem excludere ... tunc matrimonium corrumpitur necesse est. Ist aber diese Bedingung immerhin mit der Intentio sese obligandi verbunden und nur ausgesprochen worden, um vom andern Teil eine promissio de abusu iuris matrimonialis zu erreichen, dann ist eine *conditio contra substantiam* nicht vorhanden, sondern nur ein *modus* ... matrimonium valet et *conditio vitatur*. Um so seltener läßt Gasparri eine irritierende Wirkung zu, wenn der Vorbehalt in sensu turpi auch noch Beschränkungen hat.

Apposita aliqua limitatione e. g. dummodo post primum vel alterum filium prolem evitemus de cetero abusuri matrimonio vel dummodo interim omnem prolem excludamus, donec melior fortuna arrideat, indicat contrahentem voluisse verum inire matrimonium, sed simul iure matrimoniali abuti.

Gasparri beruft sich auf Lehmkuhl, vol. II, nr. 689, welcher auch die irritierende Wirkung nur auf die exclusio iuris ipsius beschränkt.

Verum plerumque aderit praevalens intentio veri matrimonii, atque solum adjungitur secundaria voluntas iure matrimoniali abutendi, non ipsum ius excludendi (nr. 898).

Auch bei den Vorbehalten contra bonum prolis sensu honesto sucht Gasparri die Lösung in der distinctio inter ius radicale et nonusus iuris und in der Dauer des nonusus in favorem castitatis. Ist die Bedingung zeitlich beschränkt: dummodo castitatem servemus per tres annos vel post alterum filium vel feria sexta singulis hebdomadis, hält Gasparri die Gültigkeit der Ehe über jeden Zweifel erhaben, quia ius potest utique temporanee ab eius exercitio separari. Ist aber die conditio de servanda castitate in perpetuum gemacht, dann gibt Gasparri die Kontroverse über die „Josefs-Ehen“ zu, führt sie aber auf die Formel zurück:

Quaestio huc redire debet: an ea conditione reipsa ipsum ius excludatur; si affirmative, matrimonium est nullum, si negative, matrimonium valet (nr. 900). Gasparri entscheidet sich für die Gültigkeit: Exercitium iuris distinguitur ab ipso iure, ideoque nil vetat quominus, sicut ad tempus, ita et in perpetuum tum statim post matrimonium, quod omnes admittunt, tum ante matrimonium separantur; quod fit ea conditione (nr. 901). Conjux enim hac conventionem utique omittit ius morale utendi corpus alterius, non autem ius juridicum, radicale, ut aiunt, in quo proprie matrimoniale vinculum consistit . . . Conventio mutua mutuo consensu auferri potest, et consequenter usus matrimonii licitus evadit. Tandem vir, vi metuque mulierem ad copulam adigens, fornicationem non committit, sed solum contra fidem datam peccat (nr. 903). Unter Nummer 906 sagt Gasparri nochmals: Conditio quae in corruptis populorum moribus saepe apponitur: dummodo post primum vel alterum filium prolem evitemus, est contra perpetuitatem, si conjux intendit ipsum matrimoniale ius tradere-acceptare temporaneum, idest usque ad primum vel alterum filium; non est contra perpetuitatem, si conjux ius matrimoniale vult tradere-acceptare perpetuum, sed post primum vel alterum filium eodem abuti.

2. Wernz-Vidal, Ius Canonicum V (1925): Kurz und klar unterscheidet Wernz-Vidal bei der *fictio* den animus non se obligandi und den animus non implendi. Auf ersteren wendet er den can. 1086, § 2 (qui actu po-

sitivo voluntatis excludit omne jus ad actum conjugalem), an und erklärt die Ehe für ungültig,

nec necessarium est ut illam exclusionem in pactum deducat, quamvis, ubi in pactum deducta non est, difficilior probabitur illam positivam voluntatem intercessisse (nr. 461). Über den animus non implendi lesen wir: Qui matrimonium contrahit habens firmum propositum evitandi prolem non solum negative per nonusum seu denegando debitum sed etiam positive per pravam usum v. g. per coitum onanisticum vel necandi prolem vel adulterandi, non obstante tali proposito valide contrahit. Tale propositum est contrarium bono fidei et prolis, quae solum sunt essentialia in matrimonio quoad sua principia seu quoad obligationem ad illa, at in se quoad usum et executionem, cui usui opponitur illud propositum, non sunt essentialia, nam esse rei non pendet a suo usu (nr. 462).

Ganz kurz wird die *conditio* contra bonum prolis behandelt und ihr irritierende Wirkung zugeschrieben, wenn damit wirklich eine denegatio iuris, sei es für eine Zeit oder für immer ausgesprochen ist. Hat die Klausel „dummodo ab usu matrimonii abstineas“ den Charakter einer *conditio suspensiva*, so kann bis zur Todesstunde die Ehe nie gültig werden (nr. 518, Anm. 33). Sehr ausführlich wird die Gültigkeit der Ehe sub *conditione servandi continentiam* verteidigt.

Illam conditionem non esse contra substantiam matrimonii exinde patet, quod ius mutuum in corpus in ordine ad actus generationi inservientes separari potest ab usu seu exercitio ipsius iuris, quod multis modis, manente iure, potest esse impeditum sive dependenter sive independenter a voluntate conjugum . . . pactum de castitate contractui matrimonii adjectum nulli bono matrimonii repugnat . . . non bono prolis, quia conjuges non obligantur ad copulam nisi in quantum altera pars petat, quae iuri petendi renunciare potest se obligando ad non petendum, nec obligantur conjuges ad positivam prolis generationem, modo eam positive non impediunt aut prolem enecent (nr. 521).

3. *Vermeersch-Creusen*, Epitome Iuris Canonici II (1934), schreibt bei *fictio consensus* zu can. 1086, § 2:

A voluntate excludendi ius alterius partis prorsus est distinguendum propositum, susceptas obligationes non implendi. Hoc enim propositum, etsi est graviter peccaminosum, omnino componi potest cum voluntate contrahendi et se obligandi. Missionarii hanc distinctionem sedulo notent, ut recte judicent de valore matrimonii in regionibus ubi uxor facile a viro dimittitur (nr. 374).

Unter den *conditiones* contra bonum prolis schließt Vermeersch die Bedingung de prole concepta occidenda im Gegensatz zu vielen namhaften Autoren (vgl. oben Gasparri, Wernz) als irritierend aus, weil sie sich nicht auf die procreatio, sondern bloß auf die educatio prolis beziehe, und beruft sich auf De Smet, Eph. theol. Lov. 1927. Im übrigen schreibt Vermeersch:

Quando non excluditur ius ad prolis generationem, sed limitatur, praesumi potest validus consensus praestitus cum turpi intentione. Si tamen haec conditio in pactum deducta fuerit, tamquam vera condicio habenda est.

In der Streitfrage über die Josefs-Ehen enthält er sich des Urteils (nr. 381, 2).

4. *Chelodi-Dalpiaz*, Ius matrimoniale (1937), unterscheidet bei der *fictio* contra bonum prolis den irritierenden animus se non obligandi und den nicht irritierenden animus non implendi und schreibt:

Propositum evitandi prolem vel eam necandi, adulterandi, onanistice coeundi, debitum negandi et alia hoc genus conjugium non vitiat. Nam bona fidei et prolis non pertinent ad esse matrimonii sed ad eius usum: at esse rei non pendet ab usu suo (nr. 117).

Hingegen ist eine *condicio* contra bonum prolis (de impedienda conceptione, de abortu procurando, de natis interficiendis) immer irritierend, gleichgültig ob sie ist eine condicio turpis vel honesta, auch wenn es sich um die conditio (nicht bloß propositum aut votum aut mutua obligatio per appositionem „modi“) de servanda castitate handelt. Offensichtlich ist das ius petendi des anderen Teiles gemeint, wenn der Autor schreibt:

Nec valet distinguere inter ius et usum juris; quia per matrimonium praecise ius utendi corpore alterius acquiritur. Et facultatem iuris exercendi eodem actu concedere ac negare evidens est contradictio: habetur ius utendi cui respondet non obligatio relativa sed ius usum impediendi, i. e. totum ius reducitur ad verbum inane (nr. 125).

Die Gültigkeit der „Josefs-Ehen“ lehnt Chelodi gründlich ab:

haud minus obstat bono prolis castitas quam onanismus: paritas ex natura rei non est neganda, iure positivo non excluditur (ebendasselbst).

5. *Raus*, Institutiones Canonicae (1931), hält bei der *fictio* fest am Unterschied zwischen animus se non obligandi et animus non implendi (nr. 304). Über die *conditio* contra bonum prolis schreibt der Autor:

Tollitur bonum prolis, si ponatur conditio de impedienda prolis generatione, de prolis conceptae occisione, de procuranda sterilitate, de procurando abortu, de abutendo matrimonio, de expositione prolis etc. Si restringatur ius mutuum ad paucos filios generandos, contra substantiam matrimonii erit nisi ex turpi tantum sit intentione, non vero ex conditione, quae in pactum deducta fuerit.

Über die Josefs-Ehe urteilt der Autor:

Non repugnat substantiae matrimonii conditio servandi virginitatem, i. e. in casu non consummandi matrimonium; dummodo non ita in pactum deductum fuerit hoc conditum, ut negetur jus mutuum radicale in corpus, non tantum huius juris usus ligetur. Aliud enim absque dubio est jus ad usum, aliud ipsum ius (nr. 306).

6. *Cappello*, De Sacramentis III: In der Ausgabe 1923 bespricht der angesehene Autor bei der *fictio* die *Intentio non implendi* ganz im Sinne Gasparris u. s. w. unter Berufung auf den heiligen Thomas (In IV, D. 31, q. 1, art. 3):

Fides et proles possunt dupliciter considerari. Uno modo in se ipsis et sic pertinent ad usum matrimonii... matrimonium nunquam invenitur sine inseparabilitate, invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo... Alio modo possunt fides et proles considerari, secundum quod sunt in suis principiis, ut pro prole accipiatur intentio prolis et pro fide debitum servandi fidem, sine quibus etiam matrimonium esse non potest.

Zwischen vollständiger und teilweiser Kinderbeschränkung wird hier nicht weiter unterschieden, weil bei dem einen wie bei dem anderen Fall es sich nur um ein *propositum non implendi, non utendi seu abutendi* handelt, dem keine irritierende Wirkung zukommt (nr. 600). Bei der *conditio* contra bonum prolis (physicum) wird immer irritierende Wirkung angenommen, wenn dadurch das *ius radicale*, wenn auch nur teilweise und zeitweise, ausgeschlossen wird und nicht eine bloße *intentio abutendi* vorliegt, was aber *practice* vermutet werden kann, wenn bloß Einschränkungen hinsichtlich der Zeit (erst nach einem Jahr) oder der Kinderzahl (Zweikindersystem) gemacht werden (nr. 631). Ist die Bewahrung der Keuschheit zeitlich beschränkt (nach dem zweiten Kinde), so ist die Trennung von *ius* und *usus juris* nicht anzuzweifeln (nr. 631, 5). Ist aber die Bewahrung der immerwährenden Keuschheit zum Vorbehalt gemacht, dann entscheidet sich *Cappello* für die *sententia*, welche die Josefs-Ehe für ungültig erklärt.

Neque dicas ea conditione excludi tantum exercitium salvo radicali jure coeundi; nam exclusio ante matrimonium exercitio in perpetuum, ius radicale coeundi vix aut ne vix quidem intelligi potest, cum ius, ut diximus, sit ipsa potestas utendi aliquando (nr. 636).

In der neuesten Auflage (1933) schiebt *Cappello* beim *consensus fictus* ein eigenes Kapitel ein: *Intentio et pactum de prole vitanda* (nr. 600) und unterscheidet mehrere Fälle: 1. Wird das *ius ad corpus* nur ad tempus gegeben (pro uno vel altero filio): *proculdubio matrimonium non valet*. 2. Wird das *ius in corpus* nur ad actus incompletos et illicitos gegeben, *exclusa copula perfecta in ordine ad generationem: matrimonium irritum est*. 3. Si conjuges *matrimonium ineunt ea intentione, ut tradant et acceptent ius in corpus ad actus incompletos et illicitos ponendos vel ad unum al-*

terumve filium procreandum sed positive non excludant ius perpetuum et exclusivum in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, matrimonium valet. Prinzipiell und objektiv hält also Cappello auch jetzt noch fest an der Unterscheidung zwischen ius und usus iuris und an der intentio se non obligandi und der intentio non implendi (nr. 601, 631). Doch geht Cappello jetzt schon sehr weit in der *praesumptio* für die Praxis und schreibt: 4. Ist die Kinderzeugung nur zeitlich oder der Zahl nach beschränkt vereinbart: conjugium per se habendum est ut validum. Doch fügt der Autor hinzu: Consulto diximus: per se habendum est ut validum, quia agitur de mera praesumptione! Objektiv kann auch in diesem Falle schon die Ehe ungültig sein, wenn dabei das ius perpetuum et exclusivum nicht übergeben und empfangen wurde. 5. Ist aber jede Nachkommenschaft für immer ausgeschlossen worden, dann ist die Ungültigkeit der Ehe zu präsumieren, weil die exclusio juris perpetui et exclusivi zu präsumieren ist. Allerdings handle es sich nur um eine Präsumption. Objektiv ist es auch in diesem Falle noch möglich, daß doch nicht das ius ipsum ausgeschlossen wurde, sondern nur ein abusus vel nonusus perpetuus beschlossen wurde. Für die Praxis ist die von Cappello ausgesprochene Präsumption bei exclusio perpetua prolis insofern von großer Bedeutung, als Eheungültigkeitsklagen wegen völligen Ausschlusses der Nachkommenschaft auch dann angenommen werden müssen, wenn es sich nicht gerade um eine conditio sine qua non handelt.

7. *Knecht*, Handbuch des katholischen Eherechtes (1928), schließt sich bei der *fictio* den angeführten Autoren, besonders Cappello an (S. 592) und schreibt bei der *conditio*:

Bei vorkommenden Fällen bedingter Eheschließung ist wie bei den Konsensmängeln zu untersuchen, ob es sich um eine Absicht der Nichterfüllung ehelicher Aufgaben und Befugnisse oder um den Ausschluß des ehelichen Rechtes oder der ehelichen Pflicht handelt. Meistens beziehen sich die Vorbehalte, den Brautleuten mehr oder minder bewußt, nur auf die Verpflichtungen aus der Ehe und richten sich nicht gegen das Wesen der Ehe selbst (S. 595) . . . Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Bedingung gegen das Wesen der Ehe eine schändliche oder ehrbare ist . . . Von der Bedingung ist genau zu unterscheiden die Auflage, modus . . . Der Unterschied besteht hauptsächlich darin, daß die Bedingung den Ehevertrag in Schwebe läßt und, wenn sie sich nicht erfüllt, aufhebt, während die Auflage ihn als unbedingt und fertig voraussetzt und ihm etwas beifügt; sie kann vor und bei der Eheschließung gemacht wer-

den. Mit der Gültigkeit der Ehe hat die Auflage keinen Zusammenhang (S. 597).

8. *Schönsteiner*, Grundriß des kirchlichen Ehe-rechtes (1937), erklärt sehr gut bei der *fictio* den Unterschied zwischen *animus se non obligandi* (ohne Übertragung der ehelichen Rechte, also Mangel des Verpflichtungswillens) und *animus non implendi* (Übernahme der Pflicht mit dem Entschluß, ihr nicht nachzukommen, also Mangel des Erfüllungswillens) (S. 586). Letzterer hat keine konsenszerstörende Wirkung (S. 593), auch nicht, wenn jeder Verkehr verweigert oder jede Nachkommen-schaft durch Mißbrauch oder Abtreibung ausgeschlossen wird. Ist es in einem bestimmten Fall zweifelhaft, ob der Verpflichtungswille oder nur der Erfüllungswille gemangelt hat, so ist für den äußeren Rechtsbereich in *favorem matrimonii* zu entscheiden (S. 594). Auch bei der *con-ditio* hält Schönsteiner am Unterschied zwischen „Grundrecht“ und dessen Gebrauch fest. Wird z. B. die Keuschheit auf die ersten drei Jahre ausbedungen, so ist zu unterscheiden, ob hiemit das eheliche Grundrecht selbst, das ein *ius perpetuum* sein muß, zu einem zeitlich beschränkten Recht verstümmelt wird, oder ob nur der Gebrauch des Grundrechtes eingeschränkt wird. Im letz-teren Falle zerstört die Bedingung

die Gültigkeit des Ehevertrages nicht, weil die Übernahme eines zeit-weiligen Verzichtes auf den Gebrauch des Rechtes (*ad copulam*) mit dem Rechte als solchem doch wohl vereinbar ist (S. 637).

Außerordentlich genau behandelt Schönsteiner das Problem der Josefs-Ehen (S. 654 ff.), um sich schließlich für folgende „Zusammenfassung“ zu entscheiden:

Theoretisch erscheint die die Gültigkeit der Josefs-Ehen bestrei-tende Lehre als die bessere. In der Praxis ist zwischen der Situation vor geschlossener Ehe und der nach geschlossener Ehe zu unter-scheiden. Vor geschlossener Ehe ist die Setzung der diskutierten Be-dingung nicht zu gestatten. Nach geschlossener Ehe hat man im Sinne des *favor matrimonii* zu urteilen. Käme es aber zum Nichtigkeitspro-zeß, so wird der kirchliche Richter seiner eigenen Überzeugung folgen (S. 657). Bezeichnend ist der Satz: „Mit einem Wort: Die Übertragung eines Rechtes unter der Bedingung der Niemalsausübung desselben scheint juristisch undenkbar.“

9. *Hollnsteiner*, Die Spruchpraxis der S. Ro-mana Rota in Ehenichtigkeitsprozessen (1934): Holln-steiner hält sich bei der *fictio* genau an die Unter-scheidung zwischen Ausschluß der Pflicht und Ausschluß der Erfüllung der Pflicht.

Die Beweisführung des Ausschlusses der Pflicht der Treue gegen eine gewaltige *praesumptio* , daß nur die Erfüllung der Pflicht in Frage

gestellt wird, dürfte in den seltensten Fällen gelingen. Eher gelingt diese noch bezüglich des bonum prolis.

Die praesumptio steht aber auch hier

nach allgemeiner kanonistischer Ansicht, die aus sämtlichen vorliegenden Rotal-Urteilen spricht, daß nur die Erfüllung der Pflicht, nicht die Pflicht selbst ausgeschlossen werde. Dies gilt ganz besonders dann, wenn der Kindersegen nur für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen werden soll. Etwa nach dem ersten oder zweiten Kind, oder bis sich die Lebensverhältnisse gebessert haben. Wird hingegen die Ablehnung eines Nachwuchses *absolut* ausgesprochen, ist eher an einen Ausschluß des gegenseitigen Rechtes auf Kindersegen und auf die dazu nötigen ehelichen Akte zu schließen. Der Zweifel schwindet völlig, wenn die beiden Ehegatten einen förmlichen Pakt abgeschlossen haben oder wenn dies zur *conditio sine qua non* für die Eingehung der Ehe gemacht wurde. Doch wenn auch ein solcher Pakt nicht erwiesen werden kann, ist der Beweis eines die Ehe irritierenden Willens möglich. Als Indizium gegen den richtigen Ehewillen und für die Absicht, den Kindersegen auch dem Rechte und der Pflicht nach auszuschließen, wäre es nach Gasparri zu werten, wenn Mann oder Frau sich einer Vasektomie unterziehen. Als Indizium gegen den richtigen Ehewillen wird es aber auch schon gewertet, wenn in der Ehe ständig Mittel zur Verhütung einer Empfängnis angewendet werden (S. 69).

Sehr ausführlich behandelt Hollnsteiner die *conditio sine qua non*, die er streng von jedem *propositum* scheidet, auch wenn der sprachliche Wortlauf eher konditional als final gehalten ist. Erst wenn wirklich eine *conditio sine qua non contra bonum prolis* vorliegt, gleich ob diese zu einem förmlichen Pakt erhoben worden ist oder nicht, liegt eine Irritation des Ehewillens vor (S. 121 und 124). Ist die Bewahrung der Jungfräulichkeit nur auf eine gewisse Zeit zur Bedingung gemacht, so hält Hollnsteiner die Ehe für zweifellos gültig. „Denn jeder Mensch hat das Recht, für eine bestimmte Zeit auch auf die wesentlichsten Rechte zu verzichten.“ Hingegen ist die Bedingung der immerwährenden Keuschheit, wenn es sich nicht um eine Auflage handelt, irritierend. Für die Praxis gibt Hollnsteiner die Ansicht Gasparris (De Matrim. II. nr. 904): Die Eingehung einer Ehe unter dieser Bedingung ist nicht zu gestatten. Im Falle einer bereits geschlossenen Ehe ist in *favorem matrimonii* zu urteilen (S. 125 f.; vgl. oben Schönsteiner).

10. *Trieb's*, Handbuch des kanonischen Eherechtes (Gesamtausgabe 1933): Der Autor bringt bei der *fictio consensus* die übliche Unterscheidung von *animus se non obligandi* und *animus non implendi* (S. 491) und beschäftigt sich mit der Interpretation des Ausdrucks im can. 1086, § 2: *Si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat . . . omne ius ad conjugationem*.

l e m a c t u m . . . i n v a l i d e c o n t r a h i t . Selbstverständlich schließt hiemit die Ehe ungültig, sagt Trieb's,

wer zur Zeit der Eheschließung den ausdrücklichen Willen hat, bloß seiner Lust in der Ehe zu frönen, niemals ein Kind zu erzeugen (S. 488). In dem Ausschlusse des omne jus ad actum conjugalem ist der absolute Ausschluß des Kindersegens enthalten (S. 489).

Was aber ist es nun, wenn der Kindersegen nicht absolut ausgeschlossen wird, sondern nur zeitlich (einmal in der Woche) oder der Kinderzahl nach (Zweikindersystem) beschränkt wird? Trieb's untersagt es, aus dem Satz des Gesetzgebers: qui omne ius excludit . . . i n v a l i d e c o n t r a h i t die logische Folgerung zu ziehen: wer nicht o m n e i u s ausschließt, geht die Ehe gültig ein. Diese Folgerung darf nicht gezogen werden, weil sie

in unversöhnlichem Gegensatze stehen würde mit dem kanonischen Satze, daß die Verlobten das Recht auf den Leib zum Zwecke der Kinderzeugung als ein lebenslängliches, unbefristetes, lückenloses übertragen müssen (can. 1081, § 2) (S. 489).

Trieb's meint dies im Sinne des animus se non obligandi. Ist innerer Vertragswille und Verpflichtungswille vorhanden und äußerlich erklärt, so liegt der Vertrag perfekt vor, die Erfüllung der Verpflichtungen tritt zu dem fertigen Vertrag hinzu. Trieb's will dies hauptsächlich von den einseitigen Vorbehalten („die Ehe nicht zu gebrauchen, die Ehe durch Onanie u. s. w. zu mißbrauchen, das debitum zu verweigern“) gelten lassen:

Besitz des Rechts und Ausübung des Rechts sind zwei ganz verschiedene Dinge (S. 491).

Sind diese Vorbehalte von beiden, aber von jedem einzelnen für sich gedacht, so liegen zwei einseitige Verträge vor. Ob die beiden voneinander wissen oder nicht, ändert nichts an der Gültigkeit oder Ungültigkeit (S. 495 f.). Trieb's betont auch die scharfe Unterscheidung zwischen Vorsatz und Bedingung, sagt aber, daß eine einseitige Bedingung nicht unter can. 1092 einzubeziehen ist, sondern unter can. 1086, § 2, denn eine solche einseitige Bedingung sei nur ein einseitiger Vorbehalt, den der Simulant zu einer conditio sine qua non gemacht hat, der aber begrifflich ein einseitiger, bewußter und gewollter Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung bleibt. Ein solcher einseitiger Vorbehalt, der zur conditio sine qua non gemacht wurde, ist ebenso unter dem Ausdruck „in pactum deducere“ zu verstehen, wie der beiderseitige verlagsmäßige Pakt. Trieb's sagt, daß fast alle Kanonisten und geistlichen Gerichte in den Fehler gefallen seien, den einseitigen Vorbehalt in der Form der conditio unter

can. 1092 einzubeziehen, und dadurch viel Verwirrung angerichtet hätten (S. 495). Bei der Behandlung der *conditio sine qua non contra bonum physicum prolis* läßt Triebts keinen Unterschied zwischen Ausschluß der Ausübung des Rechtes und dem Ausschluß des Rechtes selber zu, wenn die Bedingung auf ausnahmslosen *abusus* oder *nonusus* lautet (S. 534), wobei das Motiv keine Rolle spielt (S. 533). Daher erklärt er auch die Josefs-Ehe für ungültig, wenn die dauernde Keuschheit wirklich als *conditio*, nicht etwa als Auflage (*modus*) vereinbart wurde. Im *modus* schließen die Gatten bedingungslos die Ehe und gehen nur eine neben der fertigen Ehe einhergehende gegenseitige Verpflichtung ein, nämlich die zugestandenen Rechte nie von einander *fordern* zu wollen; „denn die Ausübung des ehelichen Aktes steht in der freien Disposition der Gatten“ (S. 535 f.).

11. *Linneborn*, Grundriß des Eherechtes nach dem Cod. jur. can. (1933), faßt sich bei der *fictio juris* sehr kurz und sagt:

Der positive Willensentschluß gegen das Wesen der Ehe unterscheidet sich in seinen Wirkungen nicht von der Beifügung einer besonderen Bedingung gegen das Wesen der Ehe (S. 318).

Bei der Behandlung der *conditio sine qua non* gibt Linneborn zwar selbst bei der Josefs-Ehe den Unterschied zwischen *conditio* und *modus* (Auflage, „daß er nach gültig abgeschlossener Ehe sich zum Verzicht auf den Geschlechtsverkehr verpflichte“) zu, doch lehnt er scharf jeden Unterschied zwischen Besitz- und Gebrauchsrecht ab. Ob das nur im Falle der Bedingung der immerwährenden Keuschheit gelten soll oder auch in den anderen Fällen, geht nicht klar hervor (S. 336). Es scheint aber, daß Linneborn beim *ius ad corpus* den Unterschied zwischen *jus radicale* und *usus iuris* überhaupt ablehnen will, denn er beruft sich auf *Leitner* (Eherecht, S. 94), der auch in seinem Handbuch des katholischen Kirchenrechtes, 4. Lieferung (1924), schreibt:

Manche, unterscheidend zwischen *ius* und *usus iuris*, nehmen an: Wird das *ius* ausgeschlossen, fällt die Ehe, sonst besteht sie zu Recht. Daß man Recht und Gebrauch des Rechtes unterscheiden könne, leiten sie a) vom Eigentumsrecht an Sachen, b) vom Verzicht auf den Gebrauch nach Abschluß der Ehe ab. Aber Eherecht und Eigentumsrecht an Sachen sind nicht gleich (S. 196).

12. *Eine neue Richtung* fällt dem auf, der Gutachten und *Vota* von noch unveröffentlichten Prozessen einsehen kann. Diese neue Auffassung lehnt jede Unterscheidung von *jus radicale* und *usus iuris* entschieden als eine *sententia arbitraria* ab.

Est quoque confusionis conciliatrix, cum per eam ius ad conjugalem actum dividi videatur in ignota genera. Et revera: in iure matrimoniali non potest realiter, sed tantum cum distinctione rationis distinguere inter ius radicale et usum huius juris.

Diese Ansicht wird ganz unbeschränkt geäußert, ohne zu distinguieren, ob der nonusus oder abusus absolut oder beschränkt vorliegt. Diese Auffassung von „ius“ ist um so folgenreicher, wenn dabei gar keine limitatio geduldet wird. Das *omne ius* bedeutet in dieser neuen Richtung nicht „jedes Recht“, sondern „*ius plenum*“ = das volle Recht. Wer vor der Ehe das Recht ausschließt, die Ehe naturgemäß vor Eintritt eines bestimmten Termines oder eines unbestimmten Termines zu gebrauchen, schließt nicht „jedes Recht“, wohl aber das „volle Recht“ aus. Wer sich das Recht vorbehält, nach dem einen oder anderen Kind die Ehe zu mißbrauchen, schließt nicht „jedes Recht“ aus, wohl aber „das volle Recht“. Wenn nun bei dieser Übersetzung und Auffassung gar kein Unterschied zwischen *ius radicale* und *usus* gemacht werden darf, dann muß man sich bei der heutigen Eheauffassung fragen: wie viele Ehen sind denn dann überhaupt gültig? Sollen wirklich alle Ehen ungültig sein, vor deren Abschluß die Brautleute in ehrenhafter oder in unehrenhafter Absicht einseitig oder beiderseitig sagen: „Auf zwei, drei Kinder lassen wir uns schon ein, aber dann ist Schluß.“ Soll da wirklich nicht näher zu unterscheiden sein zwischen dem *firmum propositum post unum alterumve filium iure ad corpus non utendi, abutendi* und der wirklichen *denegatio iuris ipsius post unum alterumve filium*? Die Konsequenzen allein lassen vor dem „nein“ zurückschrecken!

IV. Zusammenfassung.

Auf Grund der vorgelegten Literatur, die namentlich im Sinne Gasparri, Cappellos u. s. w. noch leicht erweitert werden könnte, darf sich Priester und Richter mit gutem Gewissen, solange nicht andere Entscheidungen kommen, auf folgenden Standpunkt stellen: Das *ius radicale* selbst ist unteilbar, denn es ist ein *ius exclusivum et perpetuum*; doch ist es trennbar vom *usus*. Im einzelnen:

1. *Beifictio consensus contra bonum prolis*:

Die Unterscheidung von *animus non se obligandi* (Mangel des Verpflichtungswillens) und *animus non*

implendi (Mangel des Erfüllungswillens) ist vollauf berechtigt.

Objektiv ist bei fictio die Ehe ungültig, wenn durch positiven Willensakt (animus se non obligandi) das ius radicale selbst, nicht bloß der usus, entweder für immer verweigert oder auf eine gewisse Zeit, bezw. Kinderzahl beschränkt worden ist.

Die Präsumption steht bei dem gänzlichen Ausschluß jeder Nachkommenschaft (ausnahmsloser non-usus, bezw. Onanismus, ausnahmslose Tötung der Leibesfrucht, bezw. der geborenen Kinder) sehr stark dafür, daß nicht nur der Gebrauch des Rechtes, sondern das Recht selbst ausgeschlossen wurde. Denn der immerwährende Ausschluß des Gebrauches des Rechtes ist wirklich nur mehr in der logischen Ordnung, aber kaum mehr in der realen Ordnung von der Verweigerung des Rechtes selbst zu unterscheiden, gleich ob die Intention ehrenhaft oder unehrenhaft ist. Jedenfalls ist Brautleuten im Falle des einseitigen oder beiderseitigen absoluten Ausschlusses aller Nachkommenschaft im Sinne der Österreichischen Ehe-Instruktion, § 14, die Trauung zu verweigern. Dem absoluten Ausschluß der Nachkommenschaft kommt es wohl gleich, wenn Brautleute den Verkehr ausnahmslos auf die sicher (?) unfruchtbare Zeit der Frau beschränken wollen, um völlig kinderlos zu bleiben. Die irritierende Wirkung dieses Vorbehaltes ist um so wahrscheinlicher, je sicherer die Berechnung der unfruchtbaren Tage bei einer Frau erstellt werden kann.

Bei zeitlich beschränktem nonusus oder abusus steht jedoch die Präsumption für die Verweigerung des usus, nicht aber des ius radicale selbst, gleich, ob es sich um einen nonusus honestus oder inhonestus handelt. Wohl aber richtet sich nach der sittlichen Qualität der Intention die Erlaubnis zur Trauung im Sinne der Österreichischen Ehe-Instruktion. Die Erlaubnis ist nur für den nonusus honestus limitatus zu geben, wozu ganz bestimmt auch zu rechnen ist, wenn Brautleute sich vornehmen, nach mehreren Kindern den Verkehr auf die unfruchtbare Zeit der Frau zu beschränken.

Richter dürfen also nicht einen Prozeß ablehnen, weil es sich „bloß“ um eine fictio und nicht um eine conditio handelt, sondern müssen die fictio nach den angegebenen Grundsätzen der objektiven und präsumptiven Wertung untersuchen. Wer die behauptete fictio gemacht hat, hat als causa nullitatis matrimonii kein Klagerecht. Der promotor iustitiae darf die Klage nur nach den Re-

geln der Instruktion der Sakramentenkongregation vom 15. August 1936 erheben (vgl. Quartalschrift 1937, S. 133, und Haring, Kommentar zur Österreichischen Ehe-Instruktion, S. 16).

2. *Bei conditio contra bonum prolis:*

Vorerst ist zu untersuchen, ob tatsächlich eine propria conditio sine qua non vorliegt und nicht etwa, trotz der hypothetischen Wortfassung eines Laien, juristisch doch nur eine fictio. Einseitige Bedingungen sollen nach Triebis zur fictio — nicht zu can. 1092, sondern zu can. 1086, § 2 — gerechnet werden.

Objektiv entscheidet sich die Gültigkeit der Ehe auch bei der conditio nur darnach, ob wirklich das jus radicale perpetuum et exclusivum ausgeschlossen oder nur der usus juris radicalis eingeschränkt wurde auf den immerwährenden oder zeitweisen nonusus, respektive auf den immerwährenden oder zeitweisen abusus, respektive auf die ausnahmslose oder beschränkte Tötung der ungeborenen und geborenen Leibesfrucht.

Die Präsump tion für die exclusio juris radicalis ist zweifellos bei der conditio sine qua non viel größer als bei der fictio, auch schon bei der teilweisen exclusio prolis, um so mehr bei der exclusio prolis absoluta, namentlich, wenn die Bedingung von beiden Seiten gestellt und angenommen wurde.

Die Trauung ist bei jeder conditio contra bonum prolis im Sinne der Österreichischen Ehe-Instruktion, § 14, zu verweigern.

Richter und promotor wie oben unter 1.

3. *Bei Josefs-Ehen* (absolutus nonusus ad castitatem perpetuam servandam):

Wenn ein Teil oder jeder Teil, sei es in Form des firmum propositum oder der conditio, eine Josefs-Ehe eingehen will, so ist zunächst die Trauung zu verweigern, bis die beiden erklären, daß sie die völlige Enthalt samkeit nur als „Auflage“ (modus), die die Gültigkeit der Ehe nicht berührt, vereinbaren. Jedes soll schriftlich erklären, die eheliche Pflicht vom anderen Teile nicht fordern zu wollen.

Kommen bereits abgeschlossene Josefs-Ehen auf ihre Gültigkeit hin in Untersuchung, so kann in favorem matrimonii entschieden werden, solange nicht erwiesen ist, daß nicht nur das ius petendi, sondern auch die obligatio reddendi vorsätzlich oder bedingungsweise ausgeschlossen worden ist.