

Grundfragen des Konkordats-Rechtes*)

Von

Dr. Rudolf Köstler

 Springer

ISBN 978-3-662-31372-5
DOI 10.1007/978-3-662-31577-4

ISBN 978-3-662-31577-4 (eBook)

Grundfragen des Konkordats-Cherrechtes*)

Von Dr. Rudolf Käßler

Schwierig ist oft schon die Auslegung eines einzelnen Gesetzes. Vielfach kommt da der Geist der gesamten Gesetzgebung zu Hilfe. Schwieriger ist die Auslegung eines Staatsvertrages, weil es hier an diesem einheitlichen Geiste fehlt. Am schwierigsten ist aber die Auslegung eines Konkordates: denn es geht von zwei grundverschiedenen Mächten aus, deren jede an ihrer Grundauffassung festhält. Daraus ergeben sich nicht nur für das Zustandekommen, sondern auch für die Auslegung mannigfache Schwierigkeiten. Von diesen soll im folgenden die Rede sein. Es sollen aber nur ein paar brennende Grundfragen des Konkordats-Cherrechtes herausgegriffen werden, die wohl verschiedentlich aufgeworfen, bisher aber nicht oder nicht entsprechend beantwortet wurden.

1. Wer ist Katholik?

Das Konkordat will nach seiner Einleitung „die Rechtslage der katholischen Kirche in Osterreich zum Besten des kirchlichen und religiösen Lebens“ neu ordnen. Wer aber dieser katholischen Kirche angehört, ist nicht gesagt. Diese Feststellung ist aber um so wichtiger, als in diesem Punkte kirchliche und staatliche Gesetzgebung voneinander stark abweichen. Um nur eines zu erwähnen: der Staat kennt einen Austritt aus der Kirche, die Kirche selbst nicht.

Hier geht es nur darum festzustellen, wer im Sinne der eherechtlichen Bestimmungen des Konkordats als Katholik anzusehen ist und daher unter das Konkordat fällt. An der Spitze des vom Cherrecht einzig handelnden Artikel VII, der im Schlußprotokoll seine Ergänzung findet, lesen wir den Satz: „Die Republik Osterreich

*) (Erweiterter) Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft am 13. Februar 1935.

reich erkennt den gemäß dem kanonischen Recht geschlossenen Ehen die bürgerlichen Rechtswirkungen zu.“ Diese allgemeine Fassung hat bereits zu der Auslegung geführt, daß auch die gemäß dem kanonischen Recht geschlossenen Ehen der Katholiken, wenigstens der getauften, im Sinne des Konkordats bürgerliche Rechtswirkung erlangen müssen¹⁾. Denn nach Anschauung der katholischen Kirche gehört jeder Getaufte ihr an (can. 87) und kann daher auch nach ihrem Recht eine Ehe schließen, ja die Ehen aller Christen sind kirchlich ein Sakrament (c. 1012, § 2); daher ist auch die Regelung der Voraussetzungen und der Form ihres Empfanges der Kirche ausschließlich vorbehalten (c. 1016). Für diese Auffassung könnte man sich vielleicht zunächst sogar auf Art. I, § 2, berufen: „Sie (die Republik Österreich) anerkennt das Recht der katholischen Kirche, im Rahmen ihrer Zuständigkeit Gesetze, Dekrete und Anordnungen zu erlassen.“ Fraglich ist dabei nur, wer die Zuständigkeit zu bestimmen hat; wenn die Kirche — und sie schreibt sich Kompetenz-Kompetenz zu²⁾ — und erstreckt ihre Zuständigkeit auf alle Getauften (vgl. c. 12) —, dann wäre obige Auslegung richtig. Demgegenüber ist aber doch zunächst darauf hinzuweisen³⁾, daß die Wendung „im Rahmen ihrer Zuständigkeit“ auch in anderen Konkordaten vorkommt, so im bayrischen (Art. 1, § 2) und im deutschen Reichskonkordat (Art. 1, Abs. 2), und namentlich in letzterem durch den Zusatz „innerhalb der Grenzen des für alle geltenden Gesetzes“ näher bestimmt wird. Die Zuständigkeit

¹⁾ J. Haring, Kommentar zum neuen österreichischen Konkordat, Innsbruck-Wien-München, 1934, S. 40; R. Parker, Neues Eherecht in Österreich (Internationales Anwaltsblatt, 20. Jg., 1934), S. 91; R. Satter, Das österreichische Eherecht nach dem Konkordat (Juristische Blätter, 63. Jg., 1934), S. 344 f.; R. Wahle, Das österreichische internationale Scheidungsrecht und das Konkordat mit dem St. Stuhl (Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 8. Jg., 1934), S. 706; R. Hermann, Die eherechtlichen Bestimmungen des Konkordats (Österreichische Anwaltszeitung, 11. Jg., 1934), S. 407, und G. Raßenhofer, Die Bedeutung des Konkordates für die Entwicklung des österreichischen Eherechtes (Notariatszeitung, 77. Jg., 1935), S. 27; dagegen wohl A. R. Breymann, Das Eherecht für Katholiken in Österreich nach dem Konkordat (Juristische Blätter, 63. Jg., 1934), S. 339.

²⁾ Vgl. c. 196; c. 218, § 2; c. 1160; c. 1322, § 2; c. 1495 sq.; c. 1529; c. 1553, § 1; c. 1556.

³⁾ Vgl. R. Köstler, Das neue österreichische Konkordat (Zeitschrift f. öffentl. Recht, 15. Bd., 1935), S. 7.

ergibt sich für diese Konkordate aus Art. 137, Abs. 3⁴⁾, der Weimarer Verfassung: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“, auf den das Reichskonkordat durch seinen Wortlaut geradezu hinweist⁵⁾. Und ebenso ist bei den angegebenen Worten des österreichischen Konkordates an die ähnliche Bestimmung des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. Dezember 1867, RGBl. Nr. 142 (Art. 15) und der geltenden Verfassung (Art. 29, Abs. 2): „Jede gesetzlich anerkannte Kirche . . . ordnet und verwaltet ihre inneren Angelegenheiten selbständig“ zu denken⁶⁾.

Wie man die eingangs erwähnte weite Auslegung der eherechtlichen Konkordatsbestimmungen zu, dann vertiefte sie nicht nur gegen die genannte Verfassungsbestimmung — was um so bedeutsamer wäre, weil Art. VII des Konkordats selbst keine Verfassungsbestimmung ist!⁷⁾ —, sondern gegen die öffentliche Ordnung (ordre public) in Österreich und hätte Ein- und Übergriffe in die Rechte der nichtkatholischen Kirchen zur Folge. Denn es könnten dann nichtkatholische Christen, auch wenn sie untereinander heiraten, sich aus irgendwelchem Grunde vom katholischen Seelsorger trauen lassen, sich dadurch ihrer Kirche entziehen und einer fremden unterstellen. Richtig verstanden will der einleitende Satz des Art. VII doch nur besagen, daß die Katholiken, die bisher mit staatlicher Wirksamkeit nur nach staatlichem Recht (und im Burgenlande auch nur vor dem Standesamte) heiraten konnten, dies nunmehr auch nach kirchlichem Recht tun können. Es können daher rein- und gemischt-katholische Ehen, die früher schon — freilich nicht im Burgenlande — vor dem katholischen Pfarrer nach staatlichem Recht eingegangen werden konnten, nunmehr dem kirchlichen Recht unterstellt werden. Wer aber Katholik ist, kann sich daher in einer Vereinbarung zwischen Staat und Kirche, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, was nicht der Fall ist, naturgemäß nur nach dem Rechte beider bestimmen. Das

⁴⁾ Noch heute in Geltung: A. Roedel und R. Paulus, Reichskonkordat und neues bayerisches Kirchenrecht, München und Berlin, 1934, S. 3 und 5.

⁵⁾ A. M. Koeniger, Die neuen deutschen Konkordate und Kirchenverträge mit der preuß. Zirkumskriptionsbulle (Kanonistische Studien und Texte, Bd. 7), Bonn und Köln, 1932, S. 207, Anm. 112.

⁶⁾ Haring, Kommentar, S. 14.

⁷⁾ Vgl. Verfassung, Art. 30 (4).

heißt, Katholik ist nur der, der von den beiden Gewalten, Staat und Kirche, als solcher angesehen wird⁸⁾. Dafür spricht wohl auch die Tatsache, daß die Kirche, die das persönliche Eherecht (anders das eheliche Güter- und Erbrecht) sonst als ausschließliche und rein kirchliche Angelegenheit ansieht, im Konkordat doch Abmachungen darüber mit dem Staat getroffen und sie dadurch zu einer gemischten Angelegenheit gemacht hat⁹⁾, nicht in dem Sinn, daß die Kirche verzichtet hätte auf ihre eigene Regelung, wohl aber in dem anderen, daß sie zum Teil auch (z. B. hinsichtlich der Ehescheidung) die staatliche Regelung auch für ihren Bereich gelten läßt.

Es wird daher zunächst zu fragen sein: Wer ist Katholik im Sinne der Kirche, wer ist es im Sinne des Staates, und nur wenn wenigstens einer der beiden Eheerber Katholik im Sinne beider Rechtsordnungen ist, kann die Ehe kraft Konkordatsbestimmung vor der katholischen Kirche und nach ihrem Recht eingegangen werden und wird dann mit kirchlichen und bürgerlichen Wirkungen zugleich ausgestattet sein. Die erwähnte Frage ist aber leichter gestellt als beantwortet, da, wie sich zeigen wird, das kirchliche *v i e r* und das österreichische Recht *d r e i* Begriffe des Katholiken kennt und es dann schwer fällt, den richtigen Begriff beiderseits auszuwählen, um einen gemeinsamen Begriff als den des Konkordats herauszubekommen.

1. *K i r c h e n r e c h t l i c h e B e d e u t u n g e n*¹⁰⁾: Hier sind zu unterscheiden:

a) Katholik im *w e i t e s t e n* Sinne ist jeder gültig Getaufte, mithin jeder Christ. Durch die — katholische wie akatholische — Taufe wird der Mensch Mitglied der (einzigen) Kirche Christi („in Ecclesia Christi persona“, c. 87), d. h. der katholischen Kirche¹¹⁾. Das Gesetzbuch verwendet hiefür

⁸⁾ Dagegen *W a h l e*, Scheidungsrecht, S. 706.

⁹⁾ Vgl. *U. P e r u g i n i*, Concordata vigintia notis historicis et iuridicis declarata, Romae, 1934, p. 231, n. 6, und *i d e m*, Inter Sanctam Sedem et Rempublicam Austriacam sollemnis conventio (Apollinaris, annus VII [1934]), p. 195.

¹⁰⁾ Vgl. dazu *L. S c h m i d*, De vi verborum „acatholicus, secta acatholica, minister acatholicus“ in iure canonico (Apollinaris V, 1932), p. 69 sqq., und *F. M e ß*, Wer gehört der Kirche an? (Archiv für öffentliches Recht, N. F., 10. Bd., 1926, S. 2 ff.).

¹¹⁾ *W. B o h m*, Acatholicus (Hamburger Rechtsstudien, Heft 18, Hamburg, 1933), S. 12; *F. X. W e r n z - P. B i d a l*, Ius canonicum, II, Romae, 1928, p. 2 sq.; *E. E i c h m a n n*, Lehrbuch des Kirchen-

nicht den Ausdruck Katholik (*catholicus*), sondern spricht vielmehr von Getauften (*baptizati*, z. B. c. 1121, § 1), Bekehrten (*conversi*, z. B. c. 1122), Christen (*christiani*, z. B. c. 87), Gläubigen (*fideles*, z. B. c. 1124) und Christgläubigen (*christifideles*, z. B. VIII)¹²). In diesem Sinne gehören zu den Katholiken auch die Lehr- und verbandsfremden Christen (Häretiker und Schismatiker) und daher der katholischen Kirche an, wenngleich sie in der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte behindert sind (c. 87 und c. 731, § 2). Ehefähig bleiben sie jedoch (c. 1035); für sie alle gelten die Gesetze der katholischen Kirche (c. 12), insbesondere die Ehegesetze (c. 1016).

b) Katholik im engeren Sinne ist jeder gültig Getaufte, der sich zur katholischen Kirche bekennt oder bekant hat¹³). Hieher gehört jeder katholisch Getaufte, aber auch der zwar nicht katholisch, aber doch sonst gültig Getaufte, der später zur katholischen Kirche übergetreten ist¹⁴), wenn er ihr auch nur vorübergehend angehört hat. Denn ein späterer Abfall (*apostasia*), selbst ein Übertritt zu einer anderen Religion oder gar zur Konfessionslosigkeit macht hier nichts aus¹⁵). Dieser Begriff des Katholiken spielt im Eherecht nur ausnahmsweise eine Rolle, nämlich beim Hindernis der

rechts auf Grund des *Codex Iuris Canonici*, I, 4. Aufl., Paderborn, 1934, S. 20; *Knecht*, Handbuch des katholischen Eherechts, Freiburg i. Br., 1928, S. 296, Anm. 2.

¹²) Leider wird auch hier (wie sonst im Gesetzbuch) an dem Sprachgebrauch nicht immer festgehalten (vgl. *R. Köstler*, Wörterbuch zum *Codex Iuris Canonici*, München, 1929, S. 11); so bedeutet „*fideles*“ sicherlich die rechtläubigen Christen, also die Katholiken im engsten Sinn, in c. 487, c. 1065, § 1, und c. 1325, § 1.

¹³) *Wernz-Bidal*, *Ius canonicum*, V, (Romae, 1928), p. 303 et 647 sq.; *Eichmann*, Lehrbuch, I, S. 483 und 518; *Knecht*, Handbuch, S. 395 und 649; *P. Gasparri*, *Tractatus canonicus de matrimonio*, ed. nova (Romae), 1932, I., p. 350, II., p. 143 sqq.; *J. Linneborn*, Grundriß des Eherechts nach dem *Codex Iuris Canonici*, Paderborn, 1933, 4. und 5. Aufl., S. 240 f. und 373; *F. Trieb*, Praktisches Handbuch des geltenden kanonischen Eherechts in Vergleichung mit dem deutschen staatlichen Eherecht für Theologen und Juristen, Breslau, 1933, S. 319 und 605 ff.; *Schmid*, *Aatholicus*, p. 73.

¹⁴) „*Persona baptizata in Ecclesia catholica vel ad eandem ex haeresi aut schismate conversa*“, c. 1070, § 1.

¹⁵) „*Omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eam ex haeresi aut schismate conversi, licet sive hi sive illi ab eadem postea defecerint*“, c. 1099, § 1, 1^o.

Religionsverschiedenheit (*cultus disparitas*, c. 1070) und bei der Bindung an die Eheschließungsform (c. 1099).

c) Katholik in noch engerem Sinne ist jeder gültig Getaufte, der sich zur Kirche und ihrer Lehre im Zeitpunkte der Eheschließung bekennt, oder freireligiös (konfessionslos) geworden ist, wenn er nur nicht zu einer anderen Gemeinschaftsreligion übergetreten ist¹⁶⁾. Auch hier ist es gleichgültig, ob er ursprünglich durch die Taufe aufgenommen worden war oder nach anderweitiger gültiger Taufe zum Katholizismus übergetreten ist. Diese Bedeutung des Wortes wird nur für das Hindernis der Bekenntnisverschiedenheit (*mixta religio*, c. 1060) verwertet.

d) Katholik im engsten und eigentlichen Sinne ist jeder gültig Getaufte, der sich zur Kirche und ihrer Lehre bekennt, d. h. ihr (äußerlich) treu geblieben ist. In diesem Sinne ist wohl — das Schrifttum äußert sich hierüber nicht und auch eine Entscheidung liegt meines Wissens darüber nicht vor — der Ausdruck „katholische Person“ (*persona catholica*) in c. 1123 sq. zu verstehen. Denn dort handelt es sich um die Wiederverheiratung auf Grund des Paulinischen Privilegs. Eine solche kann aber, da das erwähnte Privileg den Schutz des wahren Glaubens im Auge¹⁷⁾ hat, doch nur mit einer wirklich glaubenstreuen katholischen Person zugelassen sein.

2. **S t a a t s r e c h t l i c h e B e d e u t u n g e n**: Um hier volle Klarheit zu schaffen und um insbesondere meine von der herrschenden abweichende Meinung genügend begründen zu können, ist es nötig, auf die Zeit und die Verhältnisse der Entstehung unseres Eherechtes im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch zurückzugreifen. Dieses war bekanntlich bestrebt, den religiösen Anschauungen nach Möglichkeit Rechnung zu tragen und regelte daher das Eherecht konfessionell. Damals gab es neben der herrschenden (dominanten) katholischen Kirche die — im Sinne des Toleranzpatentes vom 13. Oktober 1781 — geduldeten (tolerierten) nichtkatholischen Kirchen und das nach Sonderrecht lebende Judentum. Diesen drei Gruppen entsprechend wurde das Eherecht geschieden in das der Katholiken (vgl. § 111, Überschrift), der andern christlichen Religionsverwandten (vgl.

¹⁶⁾ Eichmann, Lehrbuch, I., S. 475; Knecht, Handbuch, S. 297, Anm. 2; Vinneborn, Grundriß, S. 202; Trieb's, Handbuch, S. 223 f.

¹⁷⁾ „Privilegium fidei intelligatur fidei catholicae tantum“: G. Brömant, De applicatione canonis 1127 (Ius pontificium annus XII, 1932), p. 115, n. 4.

§ 115, Überschrift) und der Judentum (vgl. § 123, Überschrift). Trotzdem damals noch jeder Religion auch eine anerkannte Organisation, eine Religionsgesellschaft, entsprach — oder wenigstens entsprechen sollte —, unterscheidet das Gesetzbuch deutlich — was auch die zeitgenössischen Schriften andeuten¹⁸⁾, aber seit geraumer Zeit ganz übersehen wird — Religion und Religionsgesellschaft und dementsprechend Religions- und Kirchenzugehörigkeit. Mit diesem letzteren Worte will ich der Einfachheit halber, um das richtigere, aber schwerfälligere Wort Religionsgenossenschaftszugehörigkeit zu vermeiden, die Mitgliedschaft eines Religionsverbandes nennen. Dieser Sprachgebrauch ist vielleicht darum nicht ganz unbegründet, weil es sich, abgesehen vom Judentum, doch immer nur um Kirchen, d. h. christliche Religionsgenossenschaften, handelt.

Ganz offenkundig sind (abgesehen von dem auch fürs Eherecht mit in Betracht kommenden § 39) auf die Religionszugehörigkeit abgestellt die Bestimmungen des § 64: „Eheverträge zwischen Christen und Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, des § 111: „... unauflöslich ist das Band der Ehe, wenn auch nur ein Teil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Religion zugetan war“, des § 116: „Das Gesetz gestattet dem nichtkatholischen Ehegatten . . . die Trennung zu verlangen, obschon der andere Teil zur katholischen Religion übergetreten ist“, und des § 136: „Durch den Übertritt des jüdischen Ehegatten zur christlichen Religion wird die Ehe nicht gelöst.“

Im Gegensatz dazu setzen Kirchenzugehörigkeit voraus alle Bestimmungen über Aufgebot, Trauung und Eintragung der Trauung (§§ 70/82 und §§ 126/131), sowie über die Bornahme der Versöhnungsversuche (§ 104 und §§ 132/133). Sie sprechen vom „ordentlichen Seelsorger“, vom „Pfarrer“, „Pastor“, vom „Pfarrvorsteher“, vom „Rabbiner oder Religionslehrer (Religionsweiser)“, von der „gewöhnlichen Kirchenversammlung“, von der „Syn-

¹⁸⁾ Insbesondere F. v. Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, 1. Bd., Wien und Triest, 1811, S. 213 (zu § 64), S. 286 (zu § 111) und S. 320 (zu § 140); weiterer Nachweis bei O. v. Lutterotti, Das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit und die Anglikaner (Allgemeine österr. Gerichtszeitung, 56. Jg., 1905), S. 115 mit Anm. 4; vgl. auch die Ausführung des Berufungsgerichtes im E. v. 14. Oktober 1913, Slg. N. F. 6611.

agoge“ und dem „gemeinschaftlichen Bethaus“, vom „Pfarrbezirk“ und von der „Gemeinde“, durchaus Ausdrücke, die auf die Organisation der Religionsgenossen, auf die Religionsgesellschaft, hindeuten, mit anderen Worten, die „Kirchenzugehörigkeit“ der Chewerber voraussetzen. Diese Unterscheidung zwischen „Religionszugehörigkeit“ und „Kirchenzugehörigkeit“ haftet durchaus nicht am Wort, sondern ergibt sich aus dem Geiste des Gesezbuches, das nicht nur die Religionsbegriffe der zugelassenen Religionen berücksichtigt¹⁹⁾, sondern auch die religiösen Gefühle des einzelnen schonen wollte. Sie wäre freilich nicht voll verständlich, wenn wirklich, wie gewöhnlich gelehrt wird, damals jeder Religion auch eine Religionsgesellschaft entsprochen und man im Zweifel als Katholik gegolten hätte²⁰⁾. Dem war aber nicht so. Kleinere Gruppen wie die Mennoniten (eine niederländische Wiedertäufersekte), die Gregorianer (orientalische Armenier) und die Lippowaner, später auch die Anglikaner, erhielten freie Religionsübung zugestanden, wurden aber nicht als eigene Kirchen angesehen, sondern unter die bestehenden der Lutheraner und nichtunierten Griechen, bzw. unter die Reformierten eingereiht, so daß es — außer bei den Anglikanern²¹⁾, die es deshalb zu einer Religionsgenossenschaft nicht gebracht haben, weil sie sich

¹⁹⁾ Religiösen Anschauungen sollen ganz allgemein Rechnung tragen die §§ 115 und 123 (nicht als Maßstab, sondern als Begründung); vgl. M. v. Hussarek, Eherechtliche Fragen der österreichischen Altkatholiken (Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, 53. Jg., 1902), S. 411, Anm. 45, und A. Lenhoff in Klangs Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 1. Hbd., Wien, 1933, S. 382.

²⁰⁾ H e n n e r, Interkonfessionelle Verhältnisse (Österr. Staatswörterbuch, 2. Bd., Wien, 1906), S. 907, und F r a n k, Toleranzpatent (ebendort, 4. Bd., Wien, 1909), S. 560.

²¹⁾ Ihre Stellung war ganz eigenartig, da sie in Triest eine Gemeinde mit einem eigenen Seelsorger hatten, der auch Trauungen (in Gegenwart des reformierten Pfarrers von Triest) vornahm. So blieb es bis zum Umsturz (freundliche Auskunft des H. Dr. S. Medicus zu Salzburg, vermittelt durch H. Hofrat Prof. Dr. Lippert). Die Anglikaner waren dort gleichsam anerkannt, wenngleich im übrigen Österreich Konfessionslose. Vgl. B u r c h a r d, Die Standesregister in Österreich (Österreichische Zeitschrift für Verwaltung, 22. Jg., 1889), S. 189 f., und S. Heidlmaier, Das Österreichische Kultuswesen (aus Mayrhofer's Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst, 4. Bd., 5. Aufl., Wien, 1898), S. 18, Anm. 2, und S. 383, Anm. 1.

fast durchwegs aus Ausländern zusammensetzen — bis heute zweifelhaft ist, ob man sie als eigene (anerkannte) Religionsgesellschaften oder bloß als Sonderbildungen innerhalb der evangelischen, bzw. morgenländischen Kirche anzusehen hat²²⁾. Zu den österreichischen Untertanen, die wohl einer zugelassenen Religion, aber keiner eigenen Religionsgesellschaft angehörten, kamen noch Ausländer, insbesondere Mohammedaner, die einer zugelassenen Religionspartei nicht angehörten. Nichtsdestoweniger wurde diese und jene Religion z. B. bei der Eidesleistung berücksichtigt²³⁾. Immerhin spielten Religionsbekenner, die keinem eigenen Religionsverbande angehörten, zahlenmäßig wohl keine besondere Rolle. Anders wurde es erst mit der ausdrücklichen Anerkennung der sogenannten Konfessionslosigkeit durch die Dezemberverfassung des Jahres 1867. Jetzt gab es mit einem Male — neben Religionslosen — auch unter den Staatsbürgern²⁴⁾ zugestandenermaßen „Anhänger eines gesetzlich nicht anerkannten Religionsbekenntnisses“ (Art. 16), die aber „keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft angehören“ (Gesetz vom 9. April 1870, RGBl. Nr. 51, Überschrift). Mit einem Schlag ward so Religionszugehörigkeit und Kirchenghörigkeit scharf voneinander getrennt. Denn diese Personen konnten zwar eine (staatlich nicht verbotene) Religion haben, aber keiner (staatlich anerkannten) Religionsgesellschaft angehören. Für all diese Personen wurde bekanntlich das bisherige konfessionelle Eherecht aufrechterhalten, sie wurden (hinsichtlich der Trennbarkeit ihrer Ehen) den nichtkatholischen Christen gleichgestellt und, da sie ja keinen Seelsorger hatten, vor dem sie hätten heiraten können, die Ehe vor der bürgerlichen Behörde durch das Gesetz vom 9. April 1870, RGBl. Nr. 51, zu schließen ermächtigt. Fürs staatliche Eherecht erscheinen

²²⁾ Vgl. Burckhard, a. a. O., HeidImair, Kultuswesen, S. 18, Anm. 1, und S. 477 ff.; M. v. Hussarek, Ultrakatholiken, S. 412, Anm. 47 bis 49; Sennner, Interkonfessionelle Verhältnisse, S. 907, und derselbe, Religionsgesellschaften (Österr. Staatswörterbuch, 4. Bd., Wien, 1909), S. 105.

²³⁾ Hofdekret vom 10. Jänner 1816, S. G. S. Nr. 1201 (Mennoniten), und Hofdekrete vom 9. Mai 1806 und vom 26. August 1826 (S. G. S. Nr. 763 und 2217) (Mohammedaner).

²⁴⁾ Die keiner oder keiner anerkannten Religion angehörigen Personen dürften bis dahin wohl meist Ausländer gewesen sein; jetzt wird das Recht der Konfessionslosigkeit ausdrücklich (siehe die Gesetzesüberschrift) auch den Staatsbürgern zugestanden.

sie daher ihrer Religionszugehörigkeit nach als „nichtkatholische christliche Religionsverwandte“ (erwähntes Ges., § 2), jedoch ohne Kirchenzugehörigkeit („Personen, welche keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft angehören“, Überschrift desselben Gesetzes). Durch die Durchführungsverordnung hiezu vom 20. Oktober 1870, RGBl. Nr. 128, wurde für alle Personen, die keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft angehören, die Bezeichnung „konfessionslos“ eingeführt, ein Ausdruck, der besagt, daß die betreffenden Personen keiner — oder wenigstens keiner staatlich anerkannten — Religion angehören. Und so ist durch diesen unpassenden und verhängnisvollen Ausdruck²⁵⁾ zum erstenmal Religions- und Kirchenzugehörigkeit miteinander verwechselt worden, und seither zieht sich diese Verwechslung und Verquickung wie ein roter Faden durch die gesamte Gesetzgebung und Rechtsprechung, sehr zum Unheil der Rechtsicherheit. Der Klärung dieses Gegensatzes soll ein besonderer Aufsaß

²⁵⁾ Unpassend, weil er die Kirchen- durch die Religionszugehörigkeit ersetzt, weil er dem allgemeinen Sprachgebrauch widerstreitet, weil er die allfällige Religion nicht erkennen läßt und weil er auch zur Bezeichnung der Religionslosigkeit gebraucht wird; verhängnisvoll, weil er dadurch viele falsche Entscheidungen und Begründungen verschuldet hat. Die Bezeichnung wurde denn auch schon wiederholt gerügt, so schon im Bericht des konfessionellen Ausschusses des Abgeordnetenhauses vom 16. März 1874 (Beilage 135 des stenogr. Protokolles des Abgeordnetenhauses, VIII. Session, 2. Bd.; vgl. Gesetze und Verordnungen in Kultusachen [Taschenausgabe der österr. Gesetze, 26. Bd.], herausgegeben von Burckhard, 3. Aufl., I, Wien, 1895, S. 11); ferner in der Literatur: E. Rittner, Österreichisches Ehe-recht, Leipzig, 1876, S. 142, Anm. 11; — t —, Die Bestimmungen des österreichischen Gesetzes vom 15. Mai 1868, RGBl. Nr. 49, bezüglich des Religionsbekenntnisses der Kinder und insbesondere die Frage des Konfessionszwanges bei dem unmündigen ehelichen Sohne eines Konfessionslosen (Österr. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiete der Verwaltungs-Rechtspflege, 1. Jg., Wien, 1877), S. 302 ff.; F. Thaler, Das Religionsbekenntnis von Kindern der sog. Konfessionslosen (Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, 10. Bd., Wien, 1883), S. 609; R. Hirsch, Wer ist konfessionslos? (Theologisch-praktische Quartalschrift, 45. Jg., 1892), S. 732; Heidlmair, Kultuswesen, S. 16; D. Illasiewicz, Das Religionsbekenntnis der Kinder nach österreichischem Recht (Österr. Zeitschrift für Verwaltung, 32. Jg., 1899), S. 214; Lutterotti, Religionsverschiedenheit, S. 116; A. v. Di Pauli, Konfessionslose und Konfessionslosigkeit nach österreichischem Recht (Archiv für kath. Kirchenrecht, 87. Bd., 1907), S. 460 f.

dienen. Hier seien nur ein paar Beispiele aus der Rechtsübung gegeben, die dieses Auseinanderfallen von Religions- und Kirchenzugehörigkeit grell beleuchten:

1. „Eheliche Kinder folgen der Religion ihrer Eltern“ heißt es im Art. 1 des Gesetzes vom 25. Mai 1868, RGBl. Nr. 49, über die interkonfessionellen Verhältnisse. Sie müssen auch in dieser Religion erzogen werden (ABGB, §§ 139 f.²⁶). Der anerkannten Religionsgesellschaft der Eltern, wenn diese überhaupt Mitglieder einer solchen sind, gehören sie aber erst dann an, wenn sie von dieser aufgenommen werden. Wenn und solange das nicht geschieht, weil die Eltern das Kind nicht aufnehmen lassen oder die zuständige Religionsgesellschaft es nicht tut, sind sie, wenn die Eltern katholisch sind, mit der Geburt von Gesetzes wegen katholisch ihrer Religion nach, gehören aber keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft an, sind demnach „konfessionslos“²⁷. Sie sind mithin Katholiken dem Glauben nach (G l a u b e n s k a t h o l i k e n), nicht aber ihrer Kirchenzugehörigkeit nach (keine K i r c h e n k a t h o l i k e n).

2. Ein Jude läßt sich taufen, ohne aus seiner bisherigen Religionsgesellschaft auszutreten. Er bleibt daher auch weiterhin z. B. seine Kultussteuern an die jüdische Gemeinde zu entrichten verpflichtet, kann aber eine Christin heiraten, ohne daß ihm das Hindernis der Religionsverschiedenheit entgegengehalten werden könnte²⁸, da er nicht mehr den „Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen“, angehört. Seine Ehe kann freilich unter einem anderen Gesichtspunkte ungültig sein, nämlich wegen Unzuständigkeit des katholischen Seelsorgers zur Bornahme von Aufgebot und Trauung. Mangels der Kirchenzugehörigkeit hat er eben einen solchen nicht. Wenn aber beide Ehemerker den gleichen Wohnsitz und daher den gleichen Pfarrer haben oder vom Aufgebot Befreiung erteilt und die Ehe vor dem Seelsorger des anderen Teiles geschlossen wird, ist sie gültig. Ebenso wenn er nach kirchlichem

²⁶) Vgl. E. vom 12. November 1889, Slg. 12.989; vgl. M. v. H u s s a r e k, Die religiöse Erziehung der Kinder nach österreichischem Recht (Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, 23. Bd., 1896), S. 638 ff., und A. M e r k l, Das Wesen des Religionsaustrittes (Juristische Blätter, 45. Jg., 1916), S. 434.

²⁷) Vgl. I l l a s i e w i e z, Religionsbekenntnis, S. 224, und D i P a u l i, S. 453 und 459.

²⁸) Vgl. Pl. E. vom 18. Jänner 1898, Slg. N. J. 3.

Recht, wonach er zufolge der Taufe auch einen Pfarrer hat, heiratet²⁹⁾.

3. Ein Katholik wanderte nach Persien aus, trat dort aus der katholischen Kirche aus und zum Islam über. Nach seiner Rückkehr nach Österreich meldete er sich beim bischöflichen Ordinariat wegen Wiederaufnahme in die Kirche. Dort wurde ihm bedeutet, daß von seinem Austreten nichts bekannt sei und er übrigens durch die Rückkehr nach Österreich ohnedies wieder der katholischen Kirche zugehöre. Im Vertrauen auf diese Auskunft heiratete er eine Katholikin. Auch hier war das Hindernis der Religionsverschiedenheit nicht gegeben. So entschied mit durchaus zutreffender Begründung der Oberste Gerichtshof³⁰⁾, hatte allerdings hinterher Bedenken.

Gerade diesen Fall nahm er nämlich neben anderen zum Anlaß, den Tatbestand der Religionsverschiedenheit zu überprüfen und kam dabei in seinem Plenarbeschluß vom 23. April 1926, der auch ins Sudikatenbuch unter Nr. 22 eingetragen wurde, zu dem Ergebnis: „Sich zur christlichen Religion bekennen“ im § 64 ABGB. heißt: einer christlichen Religionsgenossenschaft im Sinne der staatlichen Vorschriften angehören³¹⁾. Dadurch ist wieder die Religionszugehörigkeit durch die Kirchengenossenschaft ersetzt worden und der OGH. wieder zu seiner früheren Anschauung von der Maßgeblichkeit der Kirchengenossenschaft zurückgekehrt. Hält man an dieser Anschauung aber fest, daß die Kirchen- und nicht die Religionszugehörigkeit entscheidet, dann dürfen folgerichtig auch nicht — wie es Übung geworden ist³²⁾ — Ehen zwischen Katholiken oder Protestanten und

²⁹⁾ Zum gleichen Ergebnisse kommt, wenn auch auf anderem Wege, A. Lenhoff, Der Herrschaftsbereich des kirchlichen und bürgerlichen Eherechtes nach dem Konkordate (Juristische Blätter, 63. Jg., 1934), S. 503.

³⁰⁾ E. vom 28. Oktober 1924 (Zentralblatt für die juristische Praxis, 43. Bd., 1925, S. 106, Nr. 50).

³¹⁾ E. J. VIII, 104; W. Gerdes, Der Begriff der Konfessionslosigkeit im österreichischen Recht (Jahrbuch der Österr. Leo-Gesellschaft, Wien, 1932), S. 24 f.; R. v. Neumann-Ettenreich-R. Satter, Das Eherecht Österreichs (Leske-Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, IV., Eherecht), 1932, S. 150; G. Walker, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Wien, 1934, S. 601.

³²⁾ E. vom 14. Oktober 1913, Slg. Nr. 6611 (R. Funke und G. Fuchs, Rechtsprechung des k. k. Obersten Gerichtshofes in Eheungültigkeitsachen, Wien, 1916, Nr. 116); E. vom 4. Februar 1914,

Anglikanern zugelassen werden, da letztere eben nicht „einer christlichen Religionsgenossenschaft im Sinne der staatlichen Vorschriften angehören“, auch dann nicht, wenn sie Ausländer sind³³⁾, weil sie durch ihre Auswanderung nach Österreich im Sinne der österr. staatlichen Vorschriften konfessionslos werden. Das ist bisher nicht bedacht worden, ergibt sich aber aus folgender Erwägung:

Jede gesetzlich anerkannte Religionsgenossenschaft gilt in Österreich als eine öffentlich-rechtliche Körperschaft³⁴⁾. Besonders klar spricht die jetzige Verfassung (Art. 29, Abs. 1): „Die katholische Kirche und die anderen gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften genießen öffentlich-rechtliche Stellung.“ Dementsprechend heißt es auch im Art. II des Konkordats, der obendrein auch Ver-

(Sg. N. F. 6796 (F u n k e r - F u c h s, Rechtsprechung, Nr. 125); E. vom 9. Juli 1931 (Zentralblatt für die juristische Praxis, 1932, S. 45, Nr. 1). — Die Begründung ist allerdings gleich wie in der Ausfertigung des Justizministeriums vom 18. Oktober 1904, J. 20.384 (Normalien-Sammlung für den politischen Verwaltungsdienst, IV, Wien, 1907, S. 134), auf die Kirchenzugehörigkeit abgestellt, wenn gesagt wird, Anglikaner bilden eine Religionsgenossenschaft im Auslande und sind daher auch im Inlande eine (allerdings nicht anerkannte) Religionsgenossenschaft. (Ebenso L e n h o f f in K l a n g s Kommentar, I/1, S. 468 f.) Eine solche gibt es aber staatlich nicht (vgl. den Bericht des konfessionellen Ausschusses des Abgeordnetenhauses vom 16. März 1874 [Beilage 135 des stenogr. Protokolls des Abgeordnetenhauses, VIII. Session, 2. Bd., bei B u r c h a r d, Gesetze, I, S. 12] zu § 1 des Entwurfes eines Gesetzes, betreffend die gesetzliche Anerkennung von Religionsgesellschaften). Richtig N. v. N e u m a n n - E t t e n r e i c h, Das österreichische Eherecht, Wien, 1913, S. 32 f., u. E h r e n z w e i g, System des österr. Privatrechts, 6. Aufl., 2. Bd., 2. Abt., Wien, 1924, S. 29, und R. M a y r, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 2. Bd., 2. Abt., Reichenberg, 1923, S. 15.; vgl. auch R. K ö s t l e r, Das österreichische Eherecht unter Mitberücksichtigung des bürgerländischen Eherechtes, Wien-Leipzig-München, 1923, S. 29 f.

³³⁾ Anderer Meinung W a l k e r, Internat. Privatrecht, S. 601.

³⁴⁾ H e i d l m a i r, Kultuswesen, S. 8 und 21 ff.; M. v. S u s s a r e l, Grundriß des Staatskirchenrechts (Grundriß des Österr. Rechts, 3. Bd., 3. Abt.), 2. Aufl., Leipzig, 1908, S. 17. Meines Erachtens sind sie es nur dann im vollen Sinne des Wortes, wenn sie — wie die protestantische Kirche — die nötige Gesamtorganisation und Gesamtorgane haben, was z. B. für die Judentum nicht zutrifft. Für den Staat sind sie — nicht unähnlich den Nationalitäten — Religionsgemeinschaften in öffentlich-rechtlicher Stellung. Vgl. jetzt Verfassung, Art. 29, Abs. 1, und Konkordat, Art. II.

fassungsbestimmung ist (Verfassung Art. 30, Abs. 4): „Die katholische Kirche genießt in Österreich öffentlich-rechtliche Stellung.“ Sie ist eine Zwangsgemeinschaft in dem Sinne, daß ihr alle in Österreich lebenden (Kirchen-) Katholiken angehören müssen. Das ergibt sich daraus, daß jedes Mitglied einer anerkannten Religionsgenossenschaft nach § 8 des Gesetzes vom 20. Mai 1874, RGBl. Nr. 68, betreffend die gesetzliche Anerkennung von Religionsgesellschaften, der Gemeinde seines Wohnsitzes angehören muß und daß alle Kultusgemeinden zusammengenommen die Religionsgesellschaft ausmachen. Wenn auch diese Bestimmung und dieses Gesetz zunächst unmittelbar nur für die auf seiner Grundlage seither anerkannten Religionsgesellschaften (Alt-katholiken und Herrnhuter) in Betracht kommt, so ist es doch auch auf früher entstandene Religionsgesellschaften sinngemäß anwendbar. Daraus ergibt sich aber auch, daß Ausländer, die nach Österreich einwandern, d. h. die ihren Wohnsitz hieher verlegen, zugleich der katholischen Kirche Österreichs beitreten. Die Kirchenzugehörigkeit richtet sich eben von Staats wegen nicht nach der Staatsbürgerschaft, sondern nach dem Wohnsitz. Daher bleibt auch z. B. der Anglikaner oder Buddhist in Österreich Anglikaner oder Buddhist seiner Religion nach, wenngleich er im übrigen „konfessionslos“ ist. Die Verordnung vom 18. Jänner 1869, RGBl. Nr. 13, die den Austritt aus einer Religionsgenossenschaft regelt, zieht daraus ganz richtig die Folgerung (§ 2): „Die Kompetenz der (österreichischen) Behörde zur Entgegennahme der Austrittserklärung ist durch die österreichische Staatsbürgerschaft des Austretenden nicht bedingt“³⁵⁾. Es muß aber auch dann das Umgekehrte gelten, daß Österreicher im Falle ihrer Auswanderung aus Österreich zugleich aus der katholischen Kirche Österreichs auswandern. Sie sind nach österreichischer Vorschrift nicht mehr Kirchenkatholiken, nur noch Glaubenskatholiken. Dieser Umstand ist bei der Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen für Österreicher, die im Auslande heiraten wollen, zu berücksichtigen, insbesondere für das Hindernis der Religionsverschiedenheit. Es ergibt sich daraus aber auch, daß eben für dieses Hindernis nicht die Kirchenzugehörigkeit, wie die herrschende Lehre an-

³⁵⁾ Vgl. F. Kirchner, Gilt das Gesetz vom 25. Mai 1868, RGBl. Nr. 49, über die interkonfessionellen Verhältnisse der Staatsbürger auch für Ausländer? (Österr. Zeitschrift für Verwaltung, 11. Jg., 1878), S. 141.

nimmt³⁶⁾, sondern die Religionszugehörigkeit maßgebend sein kann.

Ich komme nach dem Vorstehenden zu einem dreifachen Begriff des Katholiken nach österr. Staatskirchenrecht:

a) Katholik ist jedes Mitglied der katholischen Kirche Österreichs (Kirchenkatholik). Maßgebend ist also die Kirchenzugehörigkeit. Voraussetzung ist dabei, daß der Betreffende im In- oder Auslande von der katholischen Kirche aufgenommen wurde — die Aufnahme ist eine innerkirchliche Angelegenheit (vgl. § 3 des Gesetzes vom 20. Mai 1874, RGBl. Nr. 68) — und seinen Wohnsitz in Österreich hat. Die Mitgliedschaft erlischt durch den rechtsförmlichen Austritt (Abmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde im Sinne des Gesetzes vom 25. Mai 1868, RGBl. Nr. 49, Art. 6), wofür auch bei Ausländern im Inland ausschließlich die österreichische Behörde zuständig ist, oder durch die Auswanderung. Ob und wodurch dann der Auswandernde Mitglied der katholischen Kirche des betreffenden Staates wird, bestimmt sich nach dessen staatlichen Vorschriften³⁷⁾, die grundsätzlich verschieden sind für Länder mit Trennung von Staat und Kirche und für Länder mit öffentlicher Anerkennung der Kirche. Nach herrschender Lehre ist die Kirchenzugehörigkeit fürs Eherecht schlechthin entscheidend, nach meiner Auffassung hingegen nur für die Zuständigkeit des Seelsorgers für Aufgebot, Trauung, Eintragung ins Traubuch und Versöhnungsversuch.

b) Katholik ist jeder, der sich zur katholischen Religion bekennt (Glaubenskatholik). Maßgebend ist hier die Religionszugehörigkeit. Hierher gehören die oben angegebenen Beispiele des katholisch erzogenen, aber konfessionslos gebliebenen Kindes, des Juden, der sich, ohne auszutreten, taufen ließ, und des Katholiken, der ohne förmliche Wiederaufnahme Katholik geworden ist. Sie besagen zugleich aber auch, daß es sich hier nicht um ein bloßes Bekenntnis im Sinne einer Erklärung handelt — auch die

³⁶⁾ Vgl. Rittner, Eherecht, S. 141; M. v. Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuch, 8. Aufl., 1. Bd., Wien, 1902, S. 132; schwankend J. v. Anders, Grundriß des Familienrechts (Grundriß des österreichischen Rechts, 1. Bd., 5. Abt.), 2. Aufl., Leipzig, 1911, S. 10 f., u. a.

³⁷⁾ Vgl. E. vom 15. März 1933 (Juristische Blätter, 1933, S. 299).

persönliche Erklärung vor dem Vorsteher oder Seelsorger der Religionsgesellschaft im Sinne des § 6, Abs. 2, des interkonfessionellen Gesetzes ist nicht gemeint, da diese ja der Aufnahme in die Religionsgesellschaft dienen soll³⁸⁾ —, sondern es müssen auch sonstige Umstände hinzukommen, die im Einzelfall die Ernstlichkeit der religiösen Anschauung erkennen lassen. Daß diese Feststellung im Einzelfalle schwierig sein kann, rechtfertigt es nicht, die m. E. im Gesetz begründete Religionszugehörigkeit abzulehnen³⁹⁾. Ein sehr wichtiges Anzeichen (Indiz) hiefür — aber auch nicht mehr als das — wird die Erklärung vor dem Seelsorger oder die Aufnahme in die Religionsgesellschaft sein. Beides schafft m. E. nur eine Vermutung für die Religionszugehörigkeit, gegen die aber der Gegenbeweis zulässig ist. Diese (bloße) Religionszugehörigkeit wird gewöhnlich übersehen, liegt aber nach meinem Dafürhalten den eherechtlichen Vorschriften des ABGB. — außer in Zuständigkeitsfragen — zugrunde.

c) Katholik im strengen Sinne des Wortes ist dann jeder, der der katholischen Kirche Österreichs wirklich angehört und sich auch zu ihrer Lehre bekennt (staatlicher *Bo II* Katholik). Maßgebend ist hiefür Religions- und Kirchenzugehörigkeit zusammengenommen. Für ihn gelten die Ehevorschriften der Katholiken unzweifelhaft.

Das Konkordat kann sich als kirchlich-staatliche Vereinbarung mangels einer eigenen Begriffsbestimmung⁴⁰⁾ nur auf Katholiken beziehen, die das im kirchlichen und im staatlichen Sinne zugleich sind. Es gilt daher sozusagen den kirchlichen und den staatlichen Begriff des Katholiken auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Für die Ehe wird man sagen können: Für die Zuständigkeit der Kirche zur Trauung und damit für die Anwendbarkeit des kirch-

³⁸⁾ Es handelt sich (auch beim Wiedereintritt) nicht bloß um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern im Zusammenhang mit § 3 des Gesetzes vom 20. Mai 1874, RGBl. Nr. 68, um eine solche, die die Aufnahmehandlung des Vertreters der Religionsgesellschaft erst auslöst, durch die sodann der Eintritt oder Wiedereintritt vollzogen wird. Das übersehen die oberstgerichtlichen Erkenntnisse vom 21. Februar 1888, Slg. 12.057, vom 14. Juli 1909, Slg. R. F. 4684, und besonders vom 27. Juni 1923, S. 3. B. 167.

³⁹⁾ Vgl. dagegen Pl. B. vom 23. April 1926, S. 3. VIII, 104, S. 288.

⁴⁰⁾ Es spricht nur einmal (in einem anderen Zusammenhang) von „Angehörigen der katholischen Kirche in Österreich“ (Art. I, § 4).

lichen Rechtes ist es im Sinne des Konkordates sicherlich ausreichend, wenn wenigstens ein Teil (In- oder Ausländer) kirchlicher und staatlicher Vollkatholik ist. Es genügt aber auch schon, daß er kirchlicher Katholik im weitesten Sinne und zugleich nach herrschender Lehre staatlicher Kirchenkatholik, nach meiner Meinung, daß er staatlicher Glaubenskatholik ist. Das Mindeste wird also sein: er muß gültig getauft sein — ob das zutrifft, entscheidet die Kirche⁴¹⁾ — und der katholischen Kirche Österreichs angehören, bzw. der katholischen Religion zugetan sein. Nichtkatholiken als solche befreit schon das gemeine Kirchenrecht von der katholischen Eheschließungsform (c. 1099, § 2). Nach der ersteren, der herrschenden Lehre würde das Konkordat dann für Ehen im Auslande keine Anwendung finden können, weil der Österreicher durch die Auswanderung aufhört, österreichischer Kirchenkatholik zu sein. Das Durchführungsgesetz (Bundesgesetz vom 4. Mai 1934, BGBl. Nr. 8/II, § 10), das das Konkordat auch auf diese Eheschließung ausdehnt, würde über jenes hinausgehen. Nach meiner Auffassung aber erstreckt sich das Konkordat auch auf diese Ehen, weil die Religionszugehörigkeit durch die Auswanderung nicht berührt wird.

Das Konkordat gilt (Art. I, § 1) für die „römisch-katholische Kirche in ihren verschiedenen Riten“⁴²⁾. Der Ausdruck ist richtig, bei uns aber ungewöhnlich⁴³⁾. Denn unter der römisch-katholischen Kirche versteht man in Österreich gemeiniglich die (römisch-) katholische Kirche des lateinischen Ritus⁴⁴⁾. Sie kennt allerdings drei verschiedene Riten, den römischen, mailändischen (ambrosianischen) und spanischen (mozarabischen), die sich aber nur in der Feier des Gottesdienstes äußern⁴⁵⁾ und von denen nur der römische in Österreich vertreten ist. Im Konkordat können aber nur Riten gemeint sein, die auch rechtlich bedeutsam sind. Hiefür

⁴¹⁾ Vgl. R. Hilling, Das Eherecht des Codex Iuris Canonici, Freiburg i. Br., 1927, S. 31 f., und Gasparri, Tractatus, I, p. 88 sq. et p. 350 sqq.

⁴²⁾ Vgl. Rößler, Konkordat, S. 5 f.

⁴³⁾ Doch hieß es schon im alten österr. Konkordat, Art. I: „Die heilige römisch-katholische Religion...“; auch darunter waren alle Riten gemeint (vgl. Art. XXVI).

⁴⁴⁾ Seidlmaier, Kultuswesen, S. 17; R. Groß-R. Schueler, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 8. Aufl., Wien, 1922, S. 74.

⁴⁵⁾ Eichmann, Lehrbuch, I, S. 117.

kommen in Österreich neben dem lateinischen nur der griechische und der armenische Ritus in Betracht⁴⁶⁾. Wenn das Konkordat von der römisch-katholischen Kirche spricht, so denkt es an die katholische Kirche, die mit Rom (d. h. dem Papsttume) verbunden ist⁴⁷⁾, im Gegensatz zur sogenannten romfreien Kirche, etwa der orientalischen Griechen oder der Altkatholiken.

Da der armenische Ritus in Österreich nur durch eine Missionskongregation (Mechitaristen) vertreten ist, kommt für das Eherecht außer dem lateinischen nur der griechische Ritus in Frage. Für diesen gilt aber das kirchliche Eherecht, wie es im päpstlichen Gesetzbuch (Codex Juris Canonici) niedergelegt ist, zunächst nicht, weil dieses nur für die lateinische Kirche Geltung hat (c. 1).

Die Eheschließungsform der Lateiner war vor dem päpstlichen Gesetzbuch zuletzt allgemein durch die im Auftrage des Papstes Pius X. ergangene Verordnung der Konkordatskongregation vom 2. August 1907 (Decretum „Neteremere“⁴⁸⁾) geregelt worden. Diese Regelung galt von Haus aus nur für die lateinischen Katholiken, wurde später aber auch auf die griechischen Katholiken Galiziens ausgedehnt⁴⁹⁾. Zur griechischen Erzdiözese Lemberg gehörten aber auch alle griechischen Katholiken Westösterreichs und gehören heute noch die im jetzigen Österreich lebenden griechischen Katholiken, die in der Zentralpfarre zur hl. Barbara in Wien zusammengefaßt sind; sie ist durch ein Übereinkommen zwischen dem griechischen Erzbischof von Lemberg und dem lateinischen Erzbischof von Wien mit päpstlicher Genehmigung vorläufig dem letzteren unterstellt. Als das jetzt maßgebende päpstliche Gesetzbuch für die Lateiner in Kraft trat, hielten die griechischen Katholiken an der Eheschließungsform der oben erwähnten Verordnung fest, deren Bestimmungen hierüber mit geringen Änderungen ins Kirchengesetzbuch Eingang gefunden hatten. Seither halten

⁴⁶⁾ Seidlmaier, Kultuswesen, S. 17; dazu kommt neuestens der russische Ritus, der vorläufig nur eine Kirche (ohne Pfarre) in Wien hat.

⁴⁷⁾ Concilium Vaticanum, sessio IV, de Ecclesia, c. 2; vgl. J. B. Sägmüller, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechtes, 4. Aufl., 1. Bd., Freiburg i. Br., 1925, S. 7.

⁴⁸⁾ A. A. S. XXXIX, p. 81.

⁴⁹⁾ R. Rößler, Das neue kirchliche und das österreichische Eheschließungsrecht (Juristische Blätter, 46. Jg., 1917), S. 482, Anm. 20, und derselbe, Konkordat, S. 6.

sich die griechischen Katholiken Österreichs aber nicht nur an die Eheschließungsform, wie sie das Papstgesetzbuch vorschreibt, sondern an dessen gesamtes Eherecht⁵⁰⁾. Da dieser Umstand der päpstlichen Kurie bekannt ist, und sie dagegen nichts verfügt, wird man im Sinne des c. 25 auf die Zustimmung des Gesetzgebers schließen und sagen können, das Eherecht des päpstlichen Gesetzbuches gilt in Österreich auch für die griechischen Katholiken, zwar nicht von Gesetzes wegen, wohl aber kraft Gewohnheitsrechtes. Einer vierzigjährigen Übung, wie sie sonst (c. 27 sq.) vorgeschrieben ist, bedarf es hier nicht, weil der Gesetzgeber die Gewohnheit kennt⁵¹⁾.

2. Widerspruch zwischen Konkordat und Durchführungsgesetz?

Schon bei flüchtiger Vergleichung der eherechtlichen Bestimmungen des Konkordates (Art. VII samt Zusatzprotokoll) mit deren Durchführungsgesetz (BG. vom 4. Mai 1934, BGBl. Nr. 8/II) zeigt sich, daß dieses jene in verschiedener Hinsicht einschränkt. Es ist das bei der Eheschließung, der Eheungültigerklärung und der Ehetrennung der Fall. Über die Eheschließung sagt der Art. VII, § 1, ganz allgemein: „Die Republik Österreich erkennt den gemäß dem kanonischen Recht geschlossenen Ehen die bürgerlichen Rechtswirkungen zu.“ § 1 des Durchführungsgesetzes behält diese aber nur „den vor einem Priester der katholischen Kirche gemäß dem kanonischen Recht geschlossenen Ehen (kirchliche Ehen)“ vor⁵²⁾, wodurch die kirchlichen, für gewisse Notfälle (Todesgefahr, Priesternot) zugelassenen Laientraunungen⁵³⁾ ausgeschlossen werden und

⁵⁰⁾ Freundliche Auskunft des Hochw. Herrn Pfarrers der Pfarre St. Barbara.

⁵¹⁾ J. Trummer, Die Gewohnheit als kirchliche Rechtsquelle (Theologische Studien der Österreichischen Leo-Gesellschaft, 31), Wien, 1932, S. 87.

⁵²⁾ Derselbe Unterschied findet sich auch zwischen dem italienischen Konkordat (Art. 34, Abs. 1) und dem italienischen Durchführungsgesetz vom 27. Mai 1929 (Nr. 847, Art. 5) (Lenhoff, Herrschaftsbereich, S. 501, Anm. 2), ist dort aber nur formell, da das Konkordat im weiteren (Abs. 2 u. 3) von Pfarrkirche und Pfarrer spricht; vgl. G. Grifostomi Marini, Il diritto matrimoniale nelle recenti disposizioni legislative, Roma, 1929, p. 21 sq. M. Falco, Corso di diritto ecclesiastico, Padova, 1930, p. 406; B. del Giudice, Corso di diritto ecclesiastico Italiano, vbl. II, Milano, 1933, p. 169 sqq.

⁵³⁾ Nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Geiste nach soll wohl auch

unter der weiteren Voraussetzung, daß sie „in das Ehe-
register (Trauungsbuch, Ehematrifel) eingetragen worden
sind“. Diese Eintragung hat aber zu unterbleiben, wenn a)
nach dem staatlichen Recht das Hindernis des Ehebandes
besteht, b) ein Gatte unmündig oder voll entmündigt ist
oder c) die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters fehlt,
wo sie (wegen Minderjährigkeit, Verlängerung der väter-
lichen Gewalt, Vormundschaft oder beschränkter Entmündi-
gung) vom Staatsgesetz verlangt wird (§ 2, Abs. 1). Ähn-
liche Einschränkungen finden sich bei der Ungültig-
erklärung und bei der Trennung der Ehe, Ein-
schränkungen, die zum Teil durch die vorstehenden bedingt
sind. Im Art. VII, § 3, heißt es: „Die Republik Österreich
anerkennt die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte und Be-
hörden zum Verfahren bezüglich der Ungültigkeit der Ehe
und der Dispens von einer geschlossenen, aber nicht voll-
zogenen Ehe.“ Das Durchführungsgesetz (§§ 3 ff.) macht die
vorgesehene Vollstreckbarerklärung der kirchlichen Ver-
fügung davon abhängig, daß a) es sich um eine kirchliche
Ehe mit bürgerlichen Rechtswirkungen handelt — das hängt
mit der obigen Einschränkung bei der Eheschließung zu-
sammen —, bei Ungültigkeitserkenntnissen überdies b) daß
in erster Instanz ein in Österreich gelegenes kirchliches Ge-
richt (und nicht etwa bloß der Ordinarius im kurzen Wege⁵⁴)
eingeschritten ist — bei der nur vom Papst vorzunehmenden
Trennung der Ehe (c. 1119) kommt das nicht in Frage —
und c) daß sich die Ehegatten in das kirchliche Verfahren
eingelassen haben — was bei der Trennung der Ehe durch
den Papst ein Gesuch voraussetzt und daher selbstverständlich
ist. Hingegen verstößt es nicht gegen das Konkordat und
seinen Wortlaut, daß der Staat sich unabhängig davon eine
Ungültigerklärung in der Form der Aberkennung der bür-
gerlichen Rechtswirkungen vorbehalten hat (§ 6). Denn
weder Eheschließung noch Eheungültigerklärung sind der
Kirche ausschließlich vorbehalten — eine Ehetrennung ist bei
Katholiken nach bürgerlichem Recht bekanntlich unmöglich

die Nottrauung vor einem Priester (c. 1098, 20) ausgeschlossen sein.
So wohl *Raßenhöfer*, Bedeutung des Konkordats, S. 26; vgl. da-
gegen *Haring*, Kommentar, S. 40, und *Lenhoff*, Geltungs-
bereich, S. 503, Anm. 23, und *S. Bombiero-Kremerac*, *Se-
paratio tori, mensae et habitationis* nach kirchlichem und welt-
lichem Recht (Archiv für katholisches Kirchenrecht, 114. Bd., 1934),
S. 479.

⁵⁴) Vgl. c. 1990 sqq.

— sondern es wird in diesen Fragen neben der staatlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung auch die kirchliche „anerkannt“.

Woher diese Abweichungen und wie steht es um ihre Berechtigung? Man kann darauf, da Verhandlungsschriften über die Entstehung des Konkordates nicht veröffentlicht wurden, nur mit Vermutungen antworten, die sich aus dem Vergleich mit dem altösterreichischen und dem italienischen Konkordat aufdrängen. Dank den ausführlichen Untersuchungen *Suffarek*⁵⁵⁾ über das alte Konkordat wissen wir, daß neben dem Konkordat damals noch 9 weitere Urkunden ergänzende und aufklärende Abmachungen enthielten, die jedoch amtlich nicht kundgemacht worden sind⁵⁶⁾. Wir erfahren aber auch weiters daraus⁵⁷⁾, daß über gewisse rein staatliche Ehehindernisse (insbesondere über das der Unmündigkeit und des Fehlens der väterlichen oder vormundschaftlichen Zustimmung bei Ehen Minderjähriger) lange Verhandlungen geführt wurden, deren Ergebnis damals war, daß der Staat im Durchführungsgesetz (Gesetz über die Ehen der Katholiken im Kaisertum Österreich, Anhang I des Kaiserl. Patentens vom 8. Oktober 1856, *RGBl.* Nr. 185), §§ 4 ff. die betreffenden Ehehindernisse auf bloße Eheverbote herabdrückte und die „Anweisung für die geistlichen Gerichte des Kaisertums Österreich in betreff der Ehesachen“ auch auf die Einhaltung dieser staatlichen Eheverbote drang und die Pfarrer anwies, bei deren Vorliegen vor der Trauung die Entscheidung des Bischofs einzuholen (§§ 69 f.). Dieser Weg war damals gangbar, weil das gesamte Ehwesen der Katholiken der Kirche übertragen worden war, während jetzt das weltliche Eherecht auch für Katholiken nebenher bestehen bleibt. Das Durchführungsgesetz zum italienischen Konkordat (Gesetz vom 27. Mai 1929, Nr. 847), welches letzteres hinsichtlich des Ehwesens im Art. 34 die auch fürs österreichische Konkordat vorbildliche Regelung enthält, macht (Art. 5) ganz ähnlich wie unser Durchführungsgesetz (§ 2) die bürgerlichen Wirkungen einer kirchlich geschlossenen Ehe von der Eintragung in die

⁵⁵⁾ *M. Suffarek*, Die Verhandlung des Konkordates vom 18. August 1855 (*Abd. d. Wiss. in Wien, phil.-hist. Kl., Historische Kommission*, 109. Bd., 2. Hälfte), Wien, 1922, und *derselbe*, Die Krise und die Lösung des Konkordates vom 18. August 1855 (ebendort, 112. Bd., 2. Hälfte), Wien und Leipzig, 1932.

⁵⁶⁾ *Suffarek*, Verhandlung, S. 653 ff.

⁵⁷⁾ *Suffarek*, Verhandlung, S. 569 f., S. 766 ff. und 771 f.

staatliche Matrikel abhängig, die aber beim Vorliegen der Hindernisse des Ehebandes und der Entmündigung verweigert werden muß (Art. 12), während es die Ehe Minderjähriger ohne väterliche oder vormundschaftliche Genehmigung bloß verbietet (Art. 3). Die kirchliche Durchführungsanweisung der Sakramentenkongregation vom 1. Juli 1929 (A. A. S. XXI, 1929, p. 351 sqq.) nimmt auf diese staatlichen Ehehindernisse und Eheverbote in der Art Rücksicht, daß der Pfarrer in einem solchen Falle die Trauung nicht ohne ausdrückliche Genehmigung des Ordinarius, die dieser nur ausnahmsweise gewähren soll, vornehmen darf (n. 17 sqq.)⁵⁸). Daraus ergibt sich ein stillschweigendes Einverständnis der Kurie. Das gleiche wird auch für Österreich anzunehmen sein, da auch hier die vorläufigen Diözesananweisungen (z. B. die Provisorische Instruktion für Wien vom 1. Mai 1934 im Kap. III), die späterhin durch eine gemeinsame Anweisung des österreichischen Episkopats ersetzt werden sollen (Zus. Prot. zu Art. VII, Abs. 3), die staatlichen Eheverbote in ganz ähnlicher Weise berücksichtigen.

Letzten Endes ist wohl die grundverschiedene Auffassung der Kirche und des Staates über die Ehe auch der Grund für den vorliegenden Widerstreit.

Kirchlicher Standpunkt: Die Kirche betrachtet die Ehe nicht als eine familienrechtliche Einrichtung, da ihr ein Familienrecht unbekannt ist, sondern als ein Seelenheilmittel, ein Sakrament (c. 1012)⁵⁹); daher auch die Einreihung des Eherechtes ins Sachenrecht (liber III), ein Standpunkt, den insbesondere auch das altösterreichische Konkordat sehr nachdrücklich betont hat (Art. X). Ob und unter welchen Voraussetzungen aber Sakramente empfangen werden können, darüber entscheidet dann einzig und allein die Kirche. Sie allein kann daher auch Ehehindernisse und Eheverbote aufstellen und kann nicht zugeben, daß der Staat etwa den Empfang eines Sakramentes verhindert oder verbietet, den die Kirche erlaubt. Nicht die Voraussetzungen und nicht die eigentümlichen Wirkungen der Ehe kann der Staat festsetzen, er kann nur den letzteren rein staatliche (namentlich vermögens- und staatsrechtliche) beifügen. Die Kirche erklärt denn auch ausdrücklich, daß die Ehe durch göttliches und kirchliches Recht geregelt wird und der Staat nur die rein bürgerlichen Wirkungen festsetzen könne (c. 1016). Und

⁵⁸) A. Pompanin, Die Ehe in Italien, Brigen (1929), S. 27 ff.

⁵⁹) G. S. Jonce, Die christliche Ehe, Leipzig (1934), S. 139 ff.

in der Kirche steht es wieder ausschließlich der höchsten Gewalt zu, die Hindernisse göttlichen Rechts festzustellen und solche menschlichen (kirchlichen) Rechtes einzuführen, sei es für alle Getauften oder alle Gebiete, sei es für einzelne Gruppen oder Länder (c. 1038). Selbst im Einzelfall kann der Papst aus einem triftigen Grunde eine an sich vom Rechte zugelassene Ehe verhindern, der sonstige Ordinarius wenigstens verbieten (c. 1039). Darin liegt das ob erwähnte Mittel, den staatlichen Vorbehalten (Eheverboten) Rechnung zu tragen. Bei diesen staatlichen Vorbehalten handelt es sich, wie schon gesagt, um das Hindernis des Ehebandes, der Eheunmündigkeit und der Vollentmündigung, sowie um die Einschränkung der freien Willensbestimmung durch Einholung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Wie stellt die Kirche sich dazu?

1. Das staatliche Eheband kann nach dem Bargesagten die Kirche unter formgebundenen Katholiken (es sind das die im obigen zweiten Sinne des Wortes) nicht anerkennen, es besteht für sie nicht, es ist ohne ihre Mitwirkung durch einen bürgerlichen Vertrag entstanden und entbehrt daher der Sakramentalität, es ist kirchlich — außer dem Falle der Nottrauung (c. 1098) — ein Nichts, eine Nichtehe.

2. Der zweite staatliche Vorbehalt betrifft die Eheunmündigkeit, die kirchlich zum Teil anders geregelt ist. Sie stimmt im Alter (14 Jahre) mit dem staatlichen Recht (ABGB. § 48) nur bei Frauen überein, ist aber bei Männern um zwei Jahre höher (16 Jahre; c. 1067). Abweichungen zwischen staatlicher und kirchlicher Anforderung werden sich nur ganz ausnahmsweise ergeben, wenn die Kirche einmal im Wege der Nachsichtgewährung unter das staatliche Ehefähigkeitsalter von 14 Jahren heruntergehen sollte. Auf diese Möglichkeit kann die Kirche nach dem Gesagten nicht verzichten, sie wird aber im gegebenen Falle auf die staatlichen Wünsche (vgl. c. 1067, § 2) wohl in der Art Rücksicht nehmen, daß sie die Nachsicht nur erteilt, wenn auch die staatliche Behörde damit einverstanden ist.

3. Was ferner die Entmündigung anbelangt, so ist das eine Einrichtung, die dem kirchlichen Rechte fremd ist. Die Kirche kennt sie nicht und kann sie — gar im Eherecht — nicht kennen, da sie eine Formalisierung⁶⁰⁾ der Willensun-

⁶⁰⁾ Es ist das ein ähnlicher Gesichtspunkt, wie er im Strafrecht (StG., § 2) gilt, wo nicht die Entmündigung, sondern nur die tat-

fähigkeit (wegen Geisteskrankheit) bedeuten würde und es dann vorkommen könnte, daß ein Geisteskranker auch in seinen lichten Zwischenräumen, wenn es solche gibt⁶¹⁾, oder ein geistig Geheilter, aber noch entmündigter Christ von seinem natürlichen Rechte auf Willensbetätigung zugunsten seines Seelenheiles, also ein im gegebenen Falle Willensfähiger vom Empfange eines Sakramentes aus formellen (staatlichen) Gründen ausgeschlossen wäre. Tatsächlich wird freilich zwischen kirchlicher und staatlicher Auffassung sich auch hier ein Zwiespalt kaum ergeben, da kirchlich die Geisteskrankheit auch in lichten Zwischenräumen vermutet wird⁶²⁾, die vorübergehende Gefundung daher ausdrücklich bewiesen werden müßte.

4. Was schließlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder des Pflégschaftsgerichtes anbelangt, so steht die Kirche hier auf dem Standpunkt, daß zwar Minderjährige (d. h. Personen bis zum 21. Lebensjahre, c. 88, § 1) elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt unterworfen und dadurch in der Ausübung ihrer Rechte beschränkt sind, ausgenommen jedoch dort, wo das Gesetz sie davon befreit (c. 89). Es ist dies der Fall in Angelegenheiten des Glaubens und ihres Seelenheiles. Es gilt das insbesondere für den Sakramentenempfang, wozu eben auch die Eheschließung gehört. Trotzdem sollen aber auch sie den Rat und die Einwilligung der Eltern einholen (schon um des 4. Gebotes Gottes willen), der Pfarrer soll sie dazu auch ermahnen. Wird aber diese Einwilligung nicht eingeholt oder nicht erteilt, so behindert dieser Umstand die Ehe selber nicht, sondern erzeugt bloß ein dienstliches Trauungsverbot für den Pfarrer, der vorerst die Entscheidung seines Ordinarius einzuholen hat (c. 1034).

Ähnlich wie mit den Vorbehalten und Einschränkungen bei der Eheschließung steht es um die bei der kirchlichen Nichtigterklärung. Sie wird staatlich nur anerkannt („für

sächliche Geisteskrankheit zur Zeit der Tat schuld- und damit straf-ausschließend wirkt.

⁶¹⁾ Das kirchliche Recht scheint das anzunehmen (vgl. c. 754, § 2: *dilucida intervalla*). Dafür spricht wohl auch c. 88, § 3, der den dauernd Geisteskranken dem Kinde gleichstellt, das seiner als nicht mächtig erachtet wird (*censetur non sui compos*). Der hiebei verwendete Ausdruck „*censetur*“ deutet wohl darauf hin, daß der Gegenbeweis (also bei Geisteskranken für lichte Zwischenräume) zulässig ist; die gegenteilige Ansicht vertritt *T r i e b s*, Handbuch, S. 464.

⁶²⁾ *G a s p a r r i*, *Tractatus*, II, p. 14.

vollstreckbar erklärt“), wenn es sich um eine kirchliche Ehe handelt, die bürgerliche Wirkungen erlangt hat, wenn in erster Instanz ein in Österreich gelegenes kirchliches Gericht eingeschritten ist und die Parteien sich in das kirchliche Verfahren eingelassen haben. Was sagt die Kirche dazu?

1. Es muß eine kirchliche Ehe sein, die bürgerliche Wirkungen erlangt hat. Die Kirche verlangt das grundsätzlich für alle Ehen unter Katholiken (Getaufte) (c. 1016).

2. In erster Instanz muß ein österreichisches kirchliches Gericht eingeschritten sein. Diese Forderung verstößt gegen die Allgewalt (plenitudo potestatis) des Papstes (c. 218), der jedes Verfahren in jeder Stufe vor sich oder sein Gericht ziehen kann (ius evocandi; vgl. c. 1599, § 2).

3. Die Parteien müssen sich ins kirchliche Verfahren eingelassen haben. Das erscheint vom kirchlichen Standpunkt aus selbstverständlich, da die Katholiken verpflichtet sind, nur das kirchliche Eheverfahren anzuerkennen und sich daher in dieses auch einzulassen (c. 1960 und Wiener Instr., B. 27).

Wie dargelegt, konnte die Kirche aus grundsätzlichen Erwägungen auf die Wünsche des Staates nicht eingehen. Warum hat dann aber der Staat an diesen Forderungen dennoch festgehalten? Weil er von seinem Standpunkte aus ungefähr in der gleichen Lage sich befindet wie die Kirche, was nun gezeigt werden soll.

Staatlicher Standpunkt: Zunächst konnte der Staat den Standpunkt der Kirche, daß die Ehe ein Sakrament sei, sich nicht zu eigen machen, für ihn ist sie eben kein Sakrament, sondern seit dem Ehepatente Josephs II.⁶³⁾ ein durch familienrechtlichen Vertrag eingegangenes Rechtsverhältnis. Unter diesem Gesichtspunkt behält er sich auch eine selbständige Regelung der Ehe vor. Er kann daher auch nicht darauf verzichten, daß eine Ehe, die für ihn besteht und seinen Vorschriften entspricht, von der Kirche nicht beachtet wird, wenn er nicht etwa, wie es im altösterreich. Konkordat der Fall war (Art. X), die Katholikenehe völlig der Kirche überläßt.

Was die weiteren staatlichen Vorbehalte anlangt

⁶³⁾ Ehepatent vom 16. Jänner 1783, J. G. S. Nr. 117, § 1: „Die Ehe an sich selbst als ein bürgerlicher Vertrag (Kontrakt) betrachtet, wie auch die aus diesem Vertrage herfließenden und den Vertrag-Errichtenden gegeneinander zustehenden bürgerlichen Gerechtigkeiten und Verbindlichkeiten erhalten ihre Wesenheit, Kraft und Bestimmung ganz und allein von unseren landesfürstlichen Gesetzen.“

(Priestertrauung, Unmündigkeit, Vollentmündigung, Zustimmung der gesetzlichen Vertretung), so mußte sie der Staat machen im Interesse der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und der Rechtsvereinfachung. Die Gleichheit aller vor dem Gesetze ist allerdings durch sachliche Gründe einschränkbar, solche liegen aber hier nicht vor. Es geht nicht an, Katholiken bloß vor (Laien-) Zeugen oder vor Erreichung der Mündigkeit oder nach dieser ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter heiraten zu lassen oder die Erleichterung und Sicherung des Rechtsverkehres, die durch die Entmündigung (statt der jeweiligen Feststellung der Geistesfähigkeit im Einzelfall) herbeigeführt wird, gerade für die Eheschließung der Katholiken außer Kraft zu setzen. Es verstieße das auch gegen Art. 66, Abs. 1 und 2, des Staatsvertrages von St. Germain (StGBI. Nr. 303/1920) und gegen Art. 27, Abs. 2, der neuen Verfassung.

Wenn der Staat aber neben dem kirchlichen Eherecht auch sein staatliches Recht für die Katholiken aufrechterhält, dann muß er auch feststellen können und dürfen, ob und wie weit er zur Richtigerklärung der katholischen Ehen zuständig ist. Seine Gerichte müssen daher vorerst prüfen, ob die kirchliche Ehe überhaupt bürgerliche Rechtswirkungen erlangt hat, weil sonst die staatliche Entscheidung ins Leere fiel. Das Einschreiten des inländischen Gerichtes⁶⁴) in erster Instanz — tatsächlich wird auch die zweite Instanz ein inländisches Gericht sein⁶⁵) — ist vorgesehen, weil kein Staatsbürger einer außerösterreichischen Gerichtsbarkeit unterworfen werden kann und schließlich wird das Einverständnis der Partei mit dem kirchlichen Verfahren gefordert, weil in einer zwangsweisen Unterstellung unter das kirchliche Gericht ein versteckter Glaubenszwang liegen könnte (Art. 66 des Staatsvertrages von St. Germain)⁶⁶).

Wir sehen also, daß es auch auf Seite des Staates grundsätzliche Erwägungen allgemeiner Natur, Rücksichten der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) sind, die diese

⁶⁴) Mit einer Richtigerklärung im kurzen Wege (c. 1990 sqq.) kann sich der Staat grundsätzlich nicht begnügen.

⁶⁵) Denn die Berufung geht im Sinne des c. 1594, § 1, vom Diözesangericht ans Metropolitangericht, und wenn dieses 1. Instanz ist, im Sinne des c. 1594, § 2, an das andere österreichische Metropolitangericht (Wien, Salzburg); siehe Amtsblatt der österr. Justizverwaltung, 1934, S. 73.

⁶⁶) Hermann bei Bartsch, Das Neue österreichische Recht, II, a, 15, S. 5, Anm. 8.

staatlichen Vorbehalte rechtfertigen und den Staat davon nicht abgehen lassen. Die Rücksicht auf die öffentliche Ordnung spielt im internationalen Privatrecht⁶⁷⁾ insofern eine große Rolle, als ein Staat, der für gewisse ausländische Verhältnisse ausländisches Recht anzuwenden verheißt, das doch nicht zu tun braucht, wenn die ausländische Norm gegen seine öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstößt, mit anderen Worten: kein Staat kann verpflichtet sein, ausländische Normen durch deren Anwendung sich zu eigen zu machen, die den Grundsätzen seiner eigenen Rechtsordnung widerstreiten. Die Wissenschaft spricht hier von der Vorbehaltsklausel⁶⁸⁾. Eine solche ist zwar im österr. Recht nirgends ausgesprochen, ihm gleichwohl aber nicht fremd. Sie muß nämlich schon darum angenommen werden, weil sie für jede Rechtsordnung unentbehrlich ist⁶⁹⁾. Vielleicht lassen sich hierfür die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ (ABGB., § 7), auf denen das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch aufgebaut ist, ins Treffen führen. Die andere Frage ist freilich die, ob die Vorbehaltsklausel auch bei Staatsverträgen und Konkordaten ohneweiters gilt, auch wenn sie nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Für Konkordate kann man das unbedenklich annehmen, weil es hier gemeiner Brauch ist. Schon der Altmeister *Hinschius*⁷⁰⁾ sagt: „Konkordate . . . werden stets von jedem Teile unter dem stillschweigenden Vorbehalt seiner prinzipiellen Anschauung aufgefaßt und in diesem Sinne praktisch gehandhabt.“ Obendrein liegt hierüber ja doch ein unausgesprochenes Einverständnis vor, wie die durchführenden Diözesananweisungen es dartun.

Auf beiden Seiten waren es also grundlegende Bedenken, geboren einerseits aus dem Geiste des kirchlichen, andererseits des weltlichen Rechtes, die in den einzelnen angegebenen Fragen einen Mittelweg ausschlossen. Um aber doch darum das Gesamtwerk des Konkordates nicht zum Scheitern zu bringen, suchte man um des höheren Zieles

⁶⁷⁾ *W a l k e r*, Internationales Privatrecht, S. 281 ff.

⁶⁸⁾ *E. Z i t e l m a n n*, Internationales Privatrecht, I. Band, Leipzig, 1897, S. 317; *A. R u ß b a u m*, Deutsches internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechtes, Tübingen, 1932, S. 60.

⁶⁹⁾ *R u ß b a u m*, Internationales Privatrecht, S. 66; *W a l k e r*, Internationales Privatrecht, S. 282 f.

⁷⁰⁾ *P. H i n s c h i u s*, Staat und Kirche in Marquardtsens Handbuch des Öffentlichen Rechtes, Freiburg, 1883, S. 272.

willen, wenigstens einen Notsteg über die Klust hinweg zu schlagen. Das Mittel hiefür ist kirchlicherseits die Duldung (*tolerari potest*). Zur Vermeidung größerer Übel (Scheitern des Konkordates) und mit Rücksicht auf die gegebenen Verhältnisse (weil mehr nicht zu erreichen ist), duldet (toleriert) die Kirche, ohne dadurch ihre grundsätzliche Einstellung aufzugeben, aber unter Berücksichtigung der derzeit unabänderlichen Verhältnisse, daß gewisse kirchliche Vorschriften nicht befolgt oder widersprechende staatliche Gesetze befolgt werden⁷¹). Daß die Kirche hier zu dulden geneigt ist, ergibt sich — wie fürs italienische Konkordat aus der Anweisung der Sakramentenkongregation — so fürs österreichische Konkordat aus den Diözesananweisungen, die z. B. beim Vorliegen rein staatlicher Ehehindernisse und Eheverbote die vorherige Genehmigung des Ordinarius verlangen, die dieser nur aus wichtigen Gründen zu erteilen verspricht (Wiener Instr., Kap. III) oder hinsichtlich des Ehenichtigkeitsverfahrens den Gläubigen einschärft, sich nur ans kirchliche Gericht zu wenden (Wiener Instr., P. 27).

Nicht viel anders liegt die Sache auf Seite des Staates. Auch er läßt, um das Konkordat nicht zu gefährden, ausnahmsweise auch bloß kirchliche Ehen zu, deren Abschließung sonst wegen Bestehens staatlicher Ehehindernisse unzulässig und bei Strafe verboten wäre (ABGB., § 78, und St. G., § 507). Solche sind sogar möglich trotz des Bestandes einer staatlich unanfechtbaren Ehe. Zu ihnen kann es insbesondere auch infolge des Paulinischen Privilegs kommen, das im Zusatzprotokoll anerkannt ist, wenn die nichtchristliche Ehe nicht vorher staatlich getrennt wurde. Solche bloß kirchliche Ehen sind staatlich mißbilligt, aber doch geduldet und daher straflos, wenngleich staatlich unwirksam (Nichtehe)⁷²).

Und was ist das tatsächliche Ergebnis? Bei gegenseitigem guten Willen wird sich kaum ein Widerstreit ergeben. Denn das staatliche Ehehindernis erzeugt für den Pfarrer zunächst die dienstliche Verpflichtung, die Weisung des Ordinarius einzuholen (Wiener Instr., P. 14) und dieser wird in aller Regel mit einem für die Dauer des staatlichen Ehehindernisses befristeten Trauungsverbot (c. 1039, § 1) antworten, dessen Übertretung den Pfarrer strafbar (c. 2331,

⁷¹) E. W o h l h a u p t e r, *Aequitas canonica* (Görres-Gesellschaft, Veröffentlichungen der Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft, 56. Heft, Paderborn, 1931, S. 179); E i d m a n n, *Lehrbuch*, I, S. 104.

⁷²) S a r i n g, *Kommentar*, S. 41; R ö s t l e r, *Konkordat*, S. 27.

§ 1), die Ehe darum aber nicht ungültig macht. Nur in dringenden Fällen (z. B. bei Todesgefahr) oder aus seelsorglichen Gründen (z. B. Gestattung der zweiten Ehe auf Grund des Paulinischen Privilegs bei Glaubensgefahr) wird der Ordinarius die Trauerlaubnis für den kirchlichen Bereich erteilen (Wiener Instr., S. 15). In aller Regel werden daher wohl kirchliche Ehen entgegen dem Staatsgesetz nicht zustande kommen. Und auch aus dem Ungültigkeitsverfahren, geschweige denn aus dem Trennungsverfahren, werden sich nicht leicht Schwierigkeiten ergeben. Und wenn es dennoch der Fall ist? Dann ist durch Art. XXII, Abs. 2, „im gemeinsamen Einverständnis eine freundschaftliche Lösung“ zu suchen⁷³). Kommt es zu einer solchen nicht, dann gibt es allerdings kein weiteres Mittel. Ein Schiedspruch oder ein Schiedsgericht — etwa der Haager Ständige Gerichtshof, der ohnedies nur von Staaten gegen Staaten angerufen werden kann⁷⁴) — ist nicht vorgesehen. Einem solchen würden sich Papst und Kirche nach ihrer Grundeinstellung sich gar nicht unterwerfen⁷⁵).

3. Rechtskraft eherechtlicher Entscheidungen?

Eherechtliche Entscheidungen erwachsen (im Gegensatz zum österr. Recht) kirchlich nie in Rechtskraft. Dennoch spricht das Konkordat (Art. VII, § 4) — doch nur zufolge eines Übersetzungsfehlers⁷⁶) — von rechtskräftig gewordenen Verfügungen und Urteilen, und auch das Durchführungsgesetz (§ 6, Abs. 2) erwähnt ein „rechtskräftig abgeschlossenes

⁷³) Es ist das derselbe Ausweg, den schon der Westfälische Friede in Religionsachen ging: Art. V, § 50 („amicabili ratione transigatur“) und § 52 („sola amicabile compositio lites dirimat“) (K. Z e u m e r, Quellensammlung für Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit [Quellensammlungen zum Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, 2. Bd., 2. Aufl., Tübingen, 1913, S. 413]).

⁷⁴) Art. 14 der Völkerbundsatzung und Art. 34 des Statuts dazu; vgl. D. A n z i l o t t i, Lehrbuch des Völkerrechts, Berlin und Leipzig, 1929, S. 99, und E. A. H u b e r, Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich (Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht sowie aus dem Völkerrecht, 44. Heft), Breslau, 1930, S. 84.

⁷⁵) Syllabus errorum, pr. 19 (Fontes iuris canonici, II, Romae, 1924, p. 1002) und Leos XIII. Rundschreiben Immortale Dei vom 1. November 1885 (ibidem, III, Romae, 1925, p. 234 sqq.). Vgl. auch K o e n i g e r, Konkordate, S. 180, Anm. 41.

⁷⁶) Siehe R ö s t l e r, Konkordat, S. 4.

kirchliches Ungültigkeitsverfahren⁷⁷⁾. In Betracht kommen hier nur die kirchlichen Ehenichtigkeitsurteile und die kirchlichen Trennungsbescheide, nicht auch die (im Rechts- oder Verwaltungswege ergehenden) Scheidungserkenntnisse⁷⁸⁾, weil diese in Österreich nicht anerkannt werden, die Scheidung vielmehr nach dem Konkordat (Zusatzprotokoll zu Art. VII, Abs. 2) durch staatliche Erkenntnisse ausgesprochen werden muß, die auch kirchlich anerkannt werden.

Was zunächst die kirchengerichtlichen Ehenichtigkeitsurteile anbelangt, so erklärt das Kirchengesetzbuch Urteile in Statussachen ganz allgemein einer Rechtskraft nicht für fähig⁷⁹⁾; für Erkenntnisse in Ehesachen wird es noch obendrein ausgesprochen im c. 1989. Die letztere Bestimmung setzt bei, daß die Rechtsfälle daher immer vom neuen behandelt werden können, ohne daß Rechtskraft eingewendet werden könnte, allerdings unter der Einschränkung, daß neue Beweise geboten werden⁸⁰⁾. Und ähnlich besagt c. 1903, auf den verwiesen wird: Wenn zwei gleichsinnige⁸¹⁾ Urteile („duplex sententia conformis“) vorliegen, kann ein weiteres Klagevorbringen nur zugelassen werden, wenn neue Beweise vorgelegt werden können. Daraus ergibt sich, daß auch das Eheverfahren nicht willkürlich endlos fortgesetzt werden kann, es ergibt sich aber auch daraus, daß es zur Fortsetzung des Verfahrens nicht — wie sonst nach Rechtskraft des Urteiles — erst der Wiedereinsetzung in den früheren Stand bedarf (c. 1905). Es tritt also doch infolge zweier gleichsinniger Entscheidungen eine gewisse Beruhigung ein (formelle Rechtskraft). Das zeigt sich auch schon darin, daß das Erkenntnis, wenn es auf Nichtigkeit lautet, nunmehr in

⁷⁷⁾ Auch Haring, Kommentar, S. 46, spricht von einem rechtskräftigen kirchlichen Erkenntnis; ebenso Sperl, Das neueste österreichische Eherecht (Deutsche Juristen-Zeitung, 40. Jg., 1935) Sp. 343 f.; dagegen J. Hollnsteiner, Das Konkordat (Tagblatt-Bibliothek, Nr. 1042/3), Leipzig-Wien-Berlin, 1934, S. 44 f.

⁷⁸⁾ Die Kirche sieht darin im wesentlichen nur eine Art einstweiliger Verfügung, die Lebenslänglichkeit der Scheidung ist die Ausnahme. Die Kirche kennt auch eigenmächtige Scheidungen (c. 1129, § 2 et c. 1131, § 1).

⁷⁹⁾ „Nunquam transeunt in rem iudicatam causae de statu personarum“, c. 1903.

⁸⁰⁾ „Causae ipsae, si nova argumenta praesto sint, retractari semper poterunt“, c. 1989.

⁸¹⁾ Ich ziehe diesen Ausdruck dem sonst gebräuchlichen „gleichlautend“ und „gleichförmig“ als besser vor.

den Kirchenbüchern (Tauf- und Traubuch) vermerkt wird (c. 1988). Das letzte Urteil, also den zweiten Ungültigkeitspruch, wird man, weil es wenigstens vorderhand maßgeblich bleibt, als abschließendes Urteil⁸²⁾ bezeichnen können. Dieses abschließende Urteil wird nun hinsichtlich seines Zustandekommens (also bloß verfahrensrechtlich), nicht hinsichtlich seiner inneren Wahrheit (also nicht materiellrechtlich) durch die päpstliche Signatur (Signatura Apostolica) von Amts wegen überprüft und, wenn alles in Ordnung befunden, vom österreichischen Obersten Gerichtshof wiederum von Amts wegen überprüft, auch hier wieder nur hinsichtlich gewisser Voraussetzungen, nicht jedoch inhaltlich. Diese doppelte Überprüfung hat mit Rechtsmitteln nichts zu tun. Das abschließende Urteil ist eben doch formell rechtskräftig geworden⁸³⁾! Ergibt sich bei der Überprüfung kein Anstand, so erklärt der Oberste Gerichtshof das kirchliche Ungültigkeitsurteil für „vollstreckbar“. Der Ausdruck ist hier unpassend⁸⁴⁾, mag man das Urteil als rechtsgestaltend oder — was richtiger ist — als feststellend betrachten⁸⁵⁾. Das Eheungültigkeitsurteil schafft (im Gegensatz zum Scheidungs- und Trennungsurteil) nur scheinbar eine neue Rechtsform, in Wahrheit wird nur der Rechtszustand, der bisher unklar war, geklärt⁸⁶⁾. Das gilt fürs kirchliche Recht und genau so fürs österreichische Recht, das gerade in Ehesachen (Eherecht und Eheverfahren) sich ans kirchliche Recht seit jeher eng anschließt. „Als . . . Feststellungsurteil bedarf es

⁸²⁾ Der Ausdruck des Konkordates (Art. VII, § 4) „endgültige Urteile (sententiae definitive)“ paßt insofern nicht recht, als das Urteil nur „vorläufig endgültig“ ist, was aber einen Widerspruch in sich bedeutet.

⁸³⁾ Die Anrufung der Signatur (c. 1603, § 1, 5^o) ist kein ordentliches Rechtsmittel; übrigens entscheidet sie hier von Amts wegen.

⁸⁴⁾ Hermann bei Bartsch, Recht, S. 5, Anm. 8; R. Chiff, Das katholische Eherecht nach dem Konkordate (Juristische Blätter, 63. Jg., 1934), S. 144. — Der Ausdruck stammt wohl aus dem italienischen Recht und Konkordat; anderer Meinung Sperl, Eherecht, Sp. 345.

⁸⁵⁾ Vgl. E. v. Kienig, Klageinhalt und Klageänderung im Zivilprozeßrecht des Codex Iuris Canonici, München, 1932, S. 78.

⁸⁶⁾ Daher meines Erachtens kein reines oder echtes Feststellungsurteil (so S. Sperl, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege, I. Bd., 2. Abt., Wien, 1928, S. 577, bzw. Kienig, a. a. O.); die Begriffe Rechtsgestaltungs- und Rechtsfeststellungsurteil lassen sich aufs Eheverfahren nicht immer rein übertragen.

keiner Vollstreckung und ist keiner fähig⁸⁷⁾. Richtigerweise wird daher das Urteil nicht vollstreckbar, sondern staatlich für wirksam erklärt oder staatlich anerkannt.

„Mit der Vollstreckbarerklärung erhält die kirchliche Entscheidung die Kraft eines inländischen Urteiles über die Ungültigkeit der Ehe“ (Durchf. Ges., § 3, Abs. 2), d. h. sie wird staatlich rechtskräftig. Denn in Oesterreich ist auch das Eheungültigkeitsurteil des staatlichen Gerichtes der Rechtskraft fähig⁸⁸⁾. Es genießt sogar eine erweiterte Rechtskraft, indem es nicht nur wie sonstige Zivilurteile zwischen den Parteien Recht schafft. Es erlangt vielmehr „allgemeine absolute Rechtskraft, nicht nur den als Parteien beteiligt gewesenen Ehegatten und dem Eheverteidiger gegenüber, sondern jedermann, der durch den Bestand oder Nichtbestand dieser Ehe in seinen rechtlichen Verhältnissen berührt ist“⁸⁹⁾. Und doch ist das nicht die Rechtskraft, wie sie sonst verstanden wird. Denn „das rechtskräftige Urteil... wirkt kraft Rechtskraft, nicht kraft Richtigkeit“⁹⁰⁾. Das Eheverfahren ist aber auf Wahrheit unbedingt abgestellt, daher keine Parteienvernehmung und kein Neuerungsverbot, daher Amtlichkeit der Untersuchung (wenigstens bei öffentlichen Hindernissen). „Aus dem Grundsätze der amtlichen Richtigkeitsuntersuchung... ergibt sich, daß dort, wo dem Gerichte ein neuer Tatbestand oder ein Beweismittel für ein... Hindernis... bekannt wird, von Amts wegen... zur Wiederaufnahme des früheren Richtigkeitsprozesses (530) als amtliche Untersuchung einzuleiten ist“⁹¹⁾. Da also das Gericht (wenigstens bei öffentlichen Hindernissen) von Amts wegen einschreiten und nicht erst den Antrag einer Partei abwarten muß, das öffentliche Interesse vom Gericht selbst vertreten wird, bedarf es zur Wiederaufnahme des Verfahrens nicht wie sonst (ZPO., § 530) erst einer Klage und einer Bewilligung. Es gibt keine förmliche Wiederaufnahme, sondern das Verfahren wird beim Vorliegen

⁸⁷⁾ Sperl, a. a. O.; Hermann bei Bartsch, Recht, S. 5, Anm. 8; dagegen R. Pollak, System des Oesterreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, 2. Aufl., 2. Bd., Wien, 1931, S. 770.

⁸⁸⁾ Vgl. Hofdekret vom 28. August 1819, J. G. S. Nr. 1595, § 19; Bdg. d. ZM. vom 9. Dezember 1897, RGBl. Nr. 283, § 17; E. vom 30. Dezember 1925, S. 3. VII, 415.

⁸⁹⁾ Sperl, a. a. O.

⁹⁰⁾ Pollak, System, II, S. 531.

⁹¹⁾ Sperl, Lehrbuch, I, S. 579.

neuer Beweise wieder eröffnet. Das kirchliche Recht, das dem Ungültigkeitserkenntnis Rechtskraft abspricht, kommt mithin zu demselben Ergebnis, wie das österreichische Recht, das ihm ausdrücklich Rechtskraft zuspricht. Da muß etwas nicht in Ordnung sein!

Das kirchliche Recht denkt eben an die volle Rechtskraft und leugnet eine solche für die Ehenichtigkeitsurteile, das österreichische Recht hingegen spricht von einer Rechtskraft, versteht sie aber in einem anderen, milderen Sinne als sie sonst verstanden wird. Fürs Eherecht passen eben wegen seiner halböffentlichen und halbprivaten Natur nicht immer die strengen Begriffe des Privatrechtes. Es gilt das für die Begriffe Nichtigkeit und Unsechtbarkeit, Feststellungs- und Gestaltungsurteil und ebenso auch für die Rechtskraft, die hier zwar besteht, aber anders gestaltet ist. Fürs Eherecht und fürs Eheverfahren gelten in Österreich besondere Grundsätze, für letzteres noch die alten Vorschriften, die durch die neue ZPO. nicht beseitigt wurden⁹²⁾. Man wird also sagen müssen: Kirchliches und staatliches Recht stehen genau genommen auf dem gleichen Standpunkt: sie beide kennen eine Rechtskraft der Ehenichtigkeitsurteile, doch nur eine beschränkte, nämlich eine formelle und eine auf Dritte übergreifende materiell eingeschränkte.

Woher kommt das? Fürs kirchliche Gebiet aus dem göttlichen Recht und seiner völligen Unwandelbarkeit. Gegenüber göttlichem Recht gibt's daher auch keinerlei Ausnahme, es darf daher auch kein Urteil dagegen verstoßen. Tut es das dennoch zufolge menschlicher Fehlbarkeit, sei es, daß eine gültige Ehe irrtümlich für ungültig erklärt oder ein begründetes Ehenichtigkeitsbegehren abgewiesen wird, so muß dieser Fehler bei seiner Erkenntnis behoben werden. Alle Urteile ergehen daher vorbehaltlich des göttlichen Rechtes (salvo iure divino)⁹³⁾. Und fürs österreichische Recht, das zwar kein göttliches Recht kennt, gilt dennoch das gleiche. Denn es hat sich in Ehesachen (Eherecht und Eheverfahren), wie bekannt und schon erwähnt, stark ans kirchliche Recht angeschlossen und spricht dem Ehenichtigkeitsurteil daher nur eine beschränkte Rechtskraft zu. Was aber in der Kirche 'göttliches Recht' oder gelegentlich auch 'natürliches Recht'

⁹²⁾ Hofdekret vom 23. August 1819, S. G. S. Nr. 1595, angepaßt durch die Justizministerialverordnung vom 9. Dezember 1897, RGVl. Nr. 283.

⁹³⁾ Eichmann, Lehrbuch, II, S. 286.

heißt⁹⁴⁾, hieß hier zur Zeit der Entstehung unseres bürgerlichen Eherechtes und Eheverfahrens ‚natürliches Recht‘ oder ‚Naturrecht‘ und heißt jetzt vielfach ‚öffentliches Interesse‘; daß aber trotz öffentlichem Interesse die Regelung auch anders sein könnte, beweisen sonstige weltliche Rechte, die auch dem Ehenichtigkeitserkenntnisse wahre Rechtskraft zuteilen.

Was ist nun Rechtens, wenn ein kirchliches Eheungültigkeitsurteil, das durch Beschluß des Obersten Gerichtshofes mit der „Kraft eines inländischen staatlichen Urteiles“ (Durchf. Ges., § 3, Abs. 2) ausgestattet und rechtskräftig geworden ist, nachher kirchlich aufgehoben wird⁹⁵⁾? Kirchenrechtlich ist das mangels der Rechtskraft beim Aufkommen neuer Beweise ohnweiters möglich⁹⁶⁾. Der staatlichen Anerkennung des neuen kirchlichen Urteiles steht aber nun anscheinend die Rechtskraft im Wege. Es ist aber daran zu erinnern, daß auch ein staatliches Eheungültigkeitsurteil

⁹⁴⁾ Gewöhnlich zerlegt das Gesetzbuch das göttliche Recht in geſagtes und natürliches Recht (*ius divinum positivum, i. d. naturale*, z. B. c. 27, § 1), ſtellt gelegentlich aber auch göttliches und natürliches Recht einander gleich (z. B. c. 1139, § 2); auch die Bezeichnung *Naturrecht (ius naturae)* kommt vor (z. B. c. 1068, § 1); vgl. R ö ſ t l e r, Wörterbuch, S. 231 (*natura, d'*, und *naturalis, d'*), und U. S t u h, Geist des Codex Iuris Canonici (Kirchenrechtliche Abhandlungen, 92. und 93. Heft), Stuttgart, 1918, S. 181 ff.

⁹⁵⁾ Die gleiche Frage beſteht fürs italienische Recht und wurde dort verſchieden beantwortet. Siehe darüber *Del Giudice*, Corso, 11, p. 206 sgg. — Fürs öſterr. Recht kommen auf anderem Wege zum gleichen Ergebnis wie ich: *Hermann*, Eherechtliche Beſtimmungen, S. 409, *Rahenhofer*, Bedeutung des Konkordats, S. 26, und *H. Weißenstein*, Kirchliche Ehe und bürgerliche Rechtswirkungen (Zentralblatt für die Juristische Praxis, 53. Bd., 1935), S. 174 ff.

⁹⁶⁾ Zuständig hierfür ist kirchlich die nächsthöhere Instanz. (Entſcheidung der päpstlichen Auslegungskommission vom 16. Juni 1931, A. A. S. XXIII, 1931, p. 353; dazu *Ius pontificium*, XI, 1931, p. 254, und *F. Gillmann*, Zur Auslegung der Interpretationskommissions-Entſcheidung vom 16. Juni 1931 zu c. 1989, CIC., betreffend die Wiederaufnahme des Eheprozesses [Archiv für katholisches Kirchenrecht, 113. Bd., 1933], S. 486 f.) Diese wird in aller Regel die *Sacra Rota Romana* ſein. Falls für das wiederaufgenommene kirchliche Verfahren auch die Forderung des § 3 (1) b des Durchf. Ges. gelten ſollte, wäre die Anerkennung („Vollſtreckbarerklärung“) des neuerlichen Urteils ſtaatl. unmöglich oder es müßte kirchlich ein inländisches Gericht als nächste Instanz ermächtigt werden (*iudices in partibus*; vgl. Concilium Tridentinum, sess. XXV, c. 10; c. 1606 sq.).

unter den gleichen Verhältnissen⁹⁷⁾ von Amts wegen überprüft werden kann⁹⁸⁾. Mehr an Rechtskraft als dem staatlichen Urteil kann aber auch der Vollstreckbarerklärung nicht innewohnen, der Vollstreckungsbeschuß steht hier dem (rechtskräftigen) Urteile gleich. Wie sonst in kirchlichen Ehesachen das Einschreiten des Obersten Gerichtshofes nicht von einem Parteienantrag abhängig ist, sondern durch die Mitteilung der Signatur von Amts wegen ausgelöst wird⁹⁹⁾, so auch hier. Die erwähnte Mitteilung ersetzt hier die Wiederaufnahmsklage (vgl. ZPO., § 530). Da der Anfechtungsgrund einen (einem Urteil gleichzuachtenden) Beschluß des Obersten Gerichtshofes betrifft (ZPO., § 532, Abs. 2), wird dieser auch in der Regel über Wiederaufnahme und Beschlußänderung in nichtöffentlicher Sitzung ohne mündliche Verhandlung (ZPO., § 509) erkennen, mit anderen Worten die Vollstreckbarerklärung zurücknehmen können¹⁰⁰⁾.

Was vom Ehenichtigkeitsurteil gilt, gilt mit entsprechenden Änderungen auch vom Ehetrennungsausspruch¹⁰¹⁾. Dieser ergeht nicht als Gerichtsurteil, sondern als Verwaltungsbescheid (rescriptum) und ist ein Gnadenakt¹⁰²⁾. Ihm geht aber ein gerichtliches Erhebungsverfahren voraus¹⁰³⁾, das der entscheidenden Kardinalskon-

⁹⁷⁾ Vgl. ZPO., § 530, 7.

⁹⁸⁾ Sperl, Lehrbuch, I, S. 579.

⁹⁹⁾ Hermann bei Bartsch, Recht, S. 5, Anm. 8.

¹⁰⁰⁾ Damit ist die von Hollnsteiner (Konkordat, S. 46) aufgeworfene Frage beantwortet.

¹⁰¹⁾ Ohne Ausspruch erfolgt die Trennung durch die feierliche Ordensprofeß (c. 1119); sie ist im Konkordat nicht erwähnt, vielleicht deshalb, weil es hier keines Verfahrens bedarf; ob sie daher übernommen ist, erscheint zweifelhaft; dafür Harinng, Kommentar, S. 48, Anm. 13, dagegen Wahle, Scheidungsrecht, S. 714, und Sperl, Eherecht, Sp. 345, Anm. 6.

¹⁰²⁾ Trieb, Handbuch, S. 707.

¹⁰³⁾ Hierfür bestehen zwei Anweisungen der Sakramentenkongregation, die eine vom 7. Mai 1923 (A. A. S. XV, p. 389 sqq.), die andere vom 17. März 1929 (A. A. S. XXI, p. 490 sqq.), beide abgedruckt bei Gasparri, Tractatus, II, p. 509 sqq. Das Verfahren kennt noch für den Nachweis des Nichtvollzuges der Ehe — ähnlich wie im Ehenichtigkeitsverfahren zum Nachweis des Unvermögens — den germanischen Beweis durch Eidhelfer. Er ist im Laufe des Mittelalters im bürgerlichen Verfahren verschwunden (R. Schröder-E. von Rünßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., Berlin, 1932, S. 93 und 851 f., und C. v. Schwering, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, München und Leipzig, 1934, S. 30 und

gregation — bei vollchristlichen Ehen der Sakramenten-
kongregation (c. 249, § 3), bei halbchristlichen Ehen der
Glaubenskongregation (c. 247, § 3)¹⁰⁴ — die Überzeugung
vom Nichtvollzug der Ehe und vom Vorliegen eines Tren-
nungsgrundes verschaffen muß. Dann ergeht die päpstliche
Trennungsverfügung, Dispens genannt¹⁰⁵. Sie wird nach
ähnlicher Überprüfung wie beim Ehenichtigkeitsurteil durch
die päpstliche Signatur dem österreichischen Obersten Ge-
richtshof übermittelt, der sie für vollstreckbar erklärt (Kon-
fordat, Art. VII, § 4); sie gilt von da an als dem Bande nach
getrennt (Durchf. Ges., § 4, Abs. 2), kirchlich aber bereits vom
Tage des Bescheides (c. 38), nach anderer Meinung¹⁰⁶ gar
schon vom Zeitpunkte der Entscheidung des Papstes. Die
kirchliche Ehetrennung fällt daher mit der staatlichen Ehe-
trennung zeitlich nie zusammen.

Kirchlich erwächst der Trennungsausspruch nicht in
Rechtskraft. Er ergeht ausdrücklich unter dem Vorbehalt der
Voraussetzungen (Nichtvollzug der Ehe und Vorliegen eines
Trennungsgrundes; vgl. c. 40). Treffen diese in Wahrheit
nicht zu, dann ist der Bescheid ungültig, die Ehetrennung
muß beim Aufkommen dieses Mangels rückgängig gemacht
werden. Obgleich die Entscheidung hier vom Papst aus-
geht, ist sie fehlbar und anfechtbar, wenn sie auf unrichtigen
Voraussetzungen aufgebaut ist. Es müßte das Verfahren
von Amts wegen wieder aufgenommen werden. Der kirch-
liche Trennungsbescheid wirkt hier rechtsgestaltend und ist
in ähnlicher Weise mit vorläufiger Rechtskraft ausgestattet
wie das kirchliche Ehenichtigkeitsurteil, beide sind sozusagen
auflösend bedingt.

201), hat sich aber in der Kirche im Eheverfahren als Siebenhänder-
beweis (testimonium septimae manus; c. 1975) erhalten und so
auch ins österreichische Recht Eingang gefunden.

¹⁰⁴ c. 1962 und E. v. 27. Jänner 1928 (A. A. S. XX, p. 75);
Trieb s, Handbuch, S. 704 Linneborn, Grundriß, S. 450 f.;
dazu Anecht, Handbuch, S. 758, Anm. 5.

¹⁰⁵ Sie ist keine echte Dispens, weil sie nicht Aufhebung der
Wirksamkeit eines Rechtsaktes, sondern Auflösung eines Rechtsver-
hältnisses zum Ziele hat; Trieb s, Handbuch, S. 702; Linne-
born, Grundriß, S. 409, Anm. 6; vgl. auch P. Hirschius, System
des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutsch-
land, 3. Bd., Berlin, 1883, S. 790 f., und R. Köstler, Der Aufbau
des katholischen Kirchenrechtes (Zeitschrift f. öffentl. Recht, 6. Bd.,
Wien und Berlin, 1927), S. 485.

¹⁰⁶ Trieb s, Handbuch, S. 705.

Wie ist es nun, wenn die Kirche den Trennungsbescheid als ungültig zurücknimmt, mit der staatlichen Vollstreckbarerklärung? Durch diese wurde die Ehe in Wahrheit staatlich nicht getrennt, sondern, wie das Durchführungsgesetz sich vorsichtig ausdrückt, „als dem Bande nach getrennt angesehen“ (§ 4, Abs. 2). Das will besagen, daß keine wirkliche, dauernde, voll rechtskräftig werdende Trennung im Sinne des ABGB., § 115, vorliegt, sondern die (widerlegbare) Rechtsvermutung einer solchen¹⁰⁷). Auch der Trennungsgrund ist ein anderer, nämlich die päpstliche Verfügung, die ihrerseits von der Voraussetzung des Nichtvollzuges der Ehe und des Vorliegens eines Trennungsgrundes abhängig ist¹⁰⁸). Die Lage ist wohl am besten zu vergleichen mit der durch die feierliche Todeserklärung geschaffenen. Diese besagt, „daß der Abwesende für tot zu halten und die Ehe getrennt sei“ (ABGB., § 112) bzw. „daß die Ehe als aufgelöst zu betrachten sei“ (Gesetz vom 16. Februar 1883, RGBl. Nr. 20, § 9). Kehrt der Toterklärte später zurück oder gibt er von sich Nachricht, so wird die Todesvermutung und die Todeserklärung hinfällig und ebenso wird die päpstliche Ehetrennung und damit ihre Vollstreckbarerklärung hinfällig, wenn nachher etwa der Ehevollzug aufkommt oder der Befreiungsgrund zerfällt, da nach göttlichem, also unabänderlichem Recht der Papst zur Ehetrennung nur unter den gegebenen Voraussetzungen ermächtigt ist¹⁰⁹). In einem solchen Falle müßte dann die Mitteilung der päpstlichen Signatur den Anstoß geben zur Wiederaufnahme des Verfahrens und Aufhebung der Trennungserklärung.

¹⁰⁷) Die Vollstreckbarerklärung steht eben hier nicht dem (rechtskräftig werdenden) staatlichen Trennungsurteil gleich. Vgl. dagegen R. Satter, Die Trennbarkeit kirchlicher Ehen im neuen Ehe-recht (24. Tätigkeitsbericht der Rechtshilfestelle der Gemeinde Wien für Bedürftige, Wien, 1935), S. 13 f.

¹⁰⁸) T r i e b s, Handbuch, S. 703.

¹⁰⁹) T r i e b s, Handbuch, a. a. D.