Gerhard Dilcher

Religiöse Legitimation und gesellschaftliche Ordnungsaufgabe des Eherechts in der Reformationszeit

I.

Ehe und Familie sind nach einem alten Topos die Keimzelle des Staates. Sie werden darum auch in modernen liberalen Rechtsordnungen, obwohl grundsätzlich dem Privatrecht zugewiesen, ausdrücklich verfassungsmäßig garantiert und geschützt¹. Das zivilrechtliche Ehe- und Ehescheidungsrecht enthält deutlich öffentlich-rechtliche Elemente, die die Ordnungsaufgabe des Staates in diesem Bereich bezeugen². Die Konfliktbereiche sind brisant deshalb, weil einerseits mit der Sexualität der elementare Triebbereich des Menschen rechtlich verfaßt wird, zum anderen die besondere und langfristige Verantwortung für die Kinder in Frage steht. Es handelt sich also um einen Problembereich rechtlicher und sozialer Disziplinierung, der für jede Gesellschaft konstituierend und ihr Menschenbild prägend ist.

Bekanntlich hat die christliche Kirche durch ihr Bild von Ehe, Familie und Ehescheidung diesen Bereich bis heute, in ein säkular-staatliches, von liberal-individualistischen Prinzipien geprägtes Eherecht, in fast zwei Jahrtausenden geformt; dabei haben sich die Formen und Gewichtungen allerdings sehr gewandelt³. Im katholischen Eherecht steht dies unter dem Zeichen der Auffassung, die sich zu Anfang des 2. christlichen Jahrtausends durchsetzt, daß die Ehe ein Sakrament im strengen kir-

¹ Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland Art. 6¹: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.

² Im preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 ist das Ehe- und Familienrecht nicht dem das Recht des Individuums regelnden Teil I, sondern dem Aufbau von Staat und Gesellschaft gewidmeten Teil II eingeordnet. Zuvor war in Europa das Eherecht Teil des Kirchenrechts. Seit dem Code civil von 1804 ist es mit dem übrigen Familienrecht den privatrechtlichen Kodifikationen eingefügt. Die „öffentlich-rechtlichen“ Elemente zeigen sich heute von der Eheschließung vor dem Standesbeamten bis zur Ehescheidung mit verbindlicher Regelung der Unterhaltsfragen und des Sorgerechts für die Kinder durch ein Gericht.

³ Einen Aufriß der Entwicklung im Spannungsfeld von religiös-kirchlicher Begründung und Säkularisierung in meinem Aufsatz: *Gerhard Dilcher*, Ehescheidung und Säkularisation, in: *ders. u. Ilse Staff* (Hrsg.), *Christentum und modernes Recht* (stw 421) Frankfurt/M. 1984 (urspr. in: *Luigi Lombardi-Vallauri u. G. Dilcher* (Hrsg.) *Cristianesimo, Secolarizzazione e diritto moderno*. Quaderni Fiorentini [Milano u. Baden-Baden 1981]).

chenrechtlichen Sinne sei, mit der Konsequenz kirchlicher Rechtszuständigkeit und der Unauflöslichkeit⁴. In diesem Sakramentscharakter liegt ein Punkt enger Berührung zum Thema des Eides als Gesamtthema dieser Tagung, der ja auch *sacramentum* heißt, durch die darin ausgesprochene Bindung an Gott dem Kirchenrecht unterliegt, ohne doch Sakrament im engeren Sinne zu sein. Eine Verbindung zum Eid liegt aber auch darin, daß durch die christliche Heiligung der Ehe, die alle christlichen Zeiten und Konfessionen den Worten Alten und Neuen Testaments entnehmen, dem Vertrag = *consensus* und damit dem ehelichen Versprechen eine unvergleichliche Bindungswirkung zukommt, die im Religiösen wurzelt⁵. Auf die vielen Berührungspunkte mit dem Problemaufriß, den Paolo Prodi an den Anfang der Tagung gestellt hat, soll darum hier schon insgesamt verwiesen werden.

Unter diesen Aspekten, die die Verbindung zu dem Gesamtthema herstellen, soll der Umbruch im Eherecht im 16. Jahrhundert, der durch Reformation und Tridentinum bezeichnet ist, betrachtet werden. In dieser Skizze kann dabei allerdings das tridentinische katholische Eherecht nicht im einzelnen analysiert werden; es bleibt aber im Hintergrund des Bildes gegenwärtig in dem Sinne, daß es auf der alten sakramentalrechtlichen Grundlage den gleichen sozialen Belangen gerecht zu werden versucht, die die dargestellte Entwicklung des protestantischen Eherechts prägen. Was das Eherecht betrifft, wird dabei auf Bekanntes zurückgegriffen. Doch ist das Problem vor allem von Rechtshistorikern – das gilt nicht ganz für Historiker – nicht so sehr von den gesellschaftlichen Wirkungen (und damit als Problem der Sozialdisziplinierung) denn als Stufe in der Säkularisierung und Verstaatlichung des Eherechts und der Ausbildung moderner Prinzipien, etwa Scheidung aufgrund von Verschulden oder Zerrüttung, gesehen worden⁶. Die Verbindung des Eherechts, seiner Sakralität oder Heiligkeit mit Fragen der Sozialdisziplinierung soll daher im Vordergrund der Überlegungen stehen – wenn auch meist nur in eher thesenhafter Form ausgeführt.

⁴ Die katholische Lehre ist ausführlich dargestellt bei *Klaus Mörsdorf*, Lehrbuch des Kirchenrechts aufgrund des Codex Juris Canonici [begr. v. E. Eichmann], II. Band (München – Paderborn – Wien ¹¹1967) III. Abschnitt: Das Eherecht 128 ff.

⁵ Religion in Geschichte und Gegenwart (RGG), 2. Bd. (Tübingen ³1958) Art. Ehe; Lexikon für Theologie und Kirche (LThK), 3. Bd. (Freiburg 1959) Art. Ehe. Daß Eheversprechen im Mittelalter auch von Eidesleistungen begleitet waren, zeigen etwa die Entscheidungen Alexanders III. c. 4,5 X 4,1.

⁶ Vgl. vor allem die protestantischen Beiträge in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts: *E. Richter*, Beiträge zur Geschichte des Ehescheidungsrechts der ev. Kirche (Berlin 1858); *E. Friedberg*, Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtl. Entwicklung (Leipzig 1805); *A. Stölzel*, „Zur Geschichte des Ehescheidungsrechts“, in: Zs. für Kirchenrecht XVIII (1883) 1–53; *Dove u. Sebling*, Art. „Scheidungsrecht“, in: Realenzyklopädie für prot. Theologie und Kirche, hrsg. v. *Albert Hauck*, 21. Bd. (Leipzig ³1908) Sp. 858. Das gilt aber auch noch für *Hans-Gert Hesse*, Evangelisches Ehescheidungsrecht in Deutschland (Bonn 1960). Die katholische Lehre kann von einer Kontinuität ihrer theologischen Grundlagen ausgehen, die keiner unmittelbaren Rückfrage nach den sich wandelnden gesellschaftlichen Verhältnissen bedarf.

II.

Das mittelalterliche kanonische Eherecht, mit dem Luther vor allem durch das mönchische Zölibatsversprechen wie aufgrund seiner Beichtpraxis zusammenstieß, verwies die Fragen des Ehebandes, des *vinculum matrimonii*, eindeutig und ausschließlich an die kirchliche Zuständigkeit, während Fragen des Ehegüterrechts, des Kindschaftsrechts, des Erbrechts vom weltlichen Recht geregelt waren und weltlichem Gericht unterstanden, naturgemäß aber von der Vorfrage einer gültigen Ehe weitgehend abhängig waren⁷. Damit kam der Frage der Rechtsverbindlichkeit der Eheschließung eine große Bedeutung zu. Das wurde natürlich verschärft durch die Unlösbarkeit des sakramental gültigen Ehebandes⁸.

Das auf so festen dogmatischen Grundlagen errichtete kanonische Eherecht enthielt nun gerade hier einen erheblichen Unsicherheitsfaktor. Der Kirche war es gelungen, gegenüber der germanischen Sippenvertragsese sich weitgehend mit ihrer Ehekonzepktion durchzusetzen, auch den Eheschluß mit vorausgehendem Aufgebot in den kirchlichen Bereich zu ziehen⁹. Doch spenden nach kirchlicher Lehre die Eheleute selbst das Sakrament, so daß die kirchliche Mitwirkung nicht zwingend ist¹⁰. Bei der Konsenslehre wurde Verlöbniß und ehebegründender Konsens theoretisch unterschieden, ohne daß dieser Unterschied in der Praxis stets nachvollziehbar war¹¹. Mit dem wie immer festzustellenden Konsens und der körperlichen Vereinigung – *copula carnalis* – war die Ehe gültig und unscheidbar geschlossen¹². Unter dem Stichwort der *matrimonia clandestina* oder Winkelehe ergab sich aus dieser eherechtlichen Grundlage eine Situation, in der bei einer Vielzahl von Paaren unklar war, ob sie in gültiger Ehe lebten, ob Konkubinat, ob eventuell Bigamie vorlag, mit Folgewirkung für die

⁷ Dazu *Friedrich Merzbacher*, Art. „Ehe, kirchenrechtlich“ in: Handwörterbuch z. deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. v. *Adalbert Erler* u. *Ekkehard Kaufmann* (HRG), Bd. 1 Sp. 835; *Hans-Erich Feine*, Kirchliche Rechtsgeschichte. Die katholische Kirche (Köln – Graz 1964) bes. § 34 II, S. 433 ff.; *Willibald Plöchl*, Geschichte des Kirchenrechts, Bd. II (Wien – München 1962) IV. Kap. § 5 S. 305 ff.

⁸ *J. Fahrner*, Geschichte des Unauflöslichkeitsprinzips u. der vollkommenen Scheidung der Ehe im kanonischen Recht (Freiburg 1903) 15 ff.

⁹ Übersicht *Paul Mikat*, Art. „Ehe“ in: HRG. Bd. 1 Sp. 809 ff.

¹⁰ Die ältere, noch mehrdeutige kirchliche Lehre wird durch päpstliche Gesetzgebung im Liber Extra c. 3 X 4,4 im Sinne des Sakramentscharakters der durch verbalen Konsens (*consensus facit nuptias*) der Partner begründeten Ehe festgelegt, vgl. *Feine*, a.a.O. Das Beilager als Teil des germanischen Eheritus begründet dann kirchenrechtlich die volle Unauflöslichkeit.

¹¹ Es wurde unterschieden der Konsens über das Verlöbniß = *sponsalia de futuro* vom eigentlichen Ehekonsens = *sponsalia de presenti*. Vor allem wenn das Beilager = *copula carnalis* dazu kam, waren sowohl die Unterscheidung wie der Übergang von einem zum anderen fließend. Weil die Kirche die älteren, volkstümlichen mittelalterlichen Formen der Eheschließung nicht zu verdrängen vermochte, aber doch auf sie die kanonistischen Rechtsbegriffe anwandte, trug sie zu den eherechtlichen Unklarheiten bei.

¹² Vgl. die Lit. Anm. 7 bis 9. Eine Zusammenfassung der differenzierten spätmittelalterlichen Lehren bietet die grundlegende Studie von *Dieter Schwab*, Grundlagen und Gestalt der staatl. Ehegesetzgebung der Neuzeit (Bielefeld 1967).

erwähnten Bereiche von Güterrecht, Kindschafts- und Erbrecht¹³. Außerdem konnte auf diese Weise der Begriff der Sünde und Schuld, ohnehin in der christlichen Tradition mit der Sexualität eng verbunden, den Bereich der Ehe noch mehr umlagern und die kirchliche Beicht- und Bußpraxis fordern. Die Seelsorge suchte diese Probleme zu bewältigen, selbst durch Duldung gebeichteter bigamischer Beziehungen, konnte aber vom Ansatz her die gesellschaftlichen Verhältnisse nicht ordnen und die Verstrickung der Menschen in so definierte Schuld nicht aufheben¹⁴. Die Sozialverhältnisse basierten auf der Haltung vor allem der unteren Mittel- und Unterschichten des Spätmittelalters, spontan und ohne langfristige Lebensplanung zu leben, ferner auf der Möglichkeit, jenseits der Grenzen einer Stadt oder eines Kleinterritoriums einen neuen Lebens- und Rechtskreis zu finden, in welchem man – und das heißt hier wohl fast ausschließlich Mann! – unter Zurücklassung alter Bindungen eine neue Existenz aufbauen konnte – kurz, auf dem Fehlen allgemeiner Sozialdisziplinierung oder der vorneuzeitlichen Stufe im Prozeß der Zivilisation individueller und kollektiver Triebhaftigkeit¹⁵.

III.

Genau an diesem Punkt, der mangelnden Fähigkeit zur Ordnung der menschlichen Verhältnisse, setzte Luthers Auseinandersetzung mit dem bestehenden Eherecht an, die natürlich seine Ablehnung des kanonischen Rechts bestätigte und bestärkte. Ich kann die einzelnen Phasen der Entwicklung der Ehelehre Luthers überschlagen – sie kamen aus theologischen und seelsorgerlichen Erwägungen und waren schon darum im Rechtlichen keineswegs klar, oft widersprüchlich¹⁶. Doch schufen sie das insgesamt von den Kirchen der Reformation, also auch Zwinglianismern und Calvinisten, anerkannte Fundament des protestantischen Eherechts – die Ehe als *essuerlich weltlich Ding*, wie Haus und Hof, Kleider und Speise, wie Ackerbau und Handwerk, wie von allen Reformatoren in vielfältigen Wendungen wiederholt wird¹⁷. Das bedeutet Verneinung des Sakramentscharakters der Ehe, damit Verneinung der zwingenden kirchlichen Zuständigkeit für das materielle Recht der Eheschließung und Ehescheidung sowie der Zuständigkeit kirchlicher Gerichte. Das Ehe- und Ehescheidungsrecht war

¹³ Das Problem wird jetzt unter weiterer Angabe älterer Lit. ausführlich erörtert von *Karl Michaelis*, Das abendländische Eherecht im Übergang vom späten Mittelalter zur Neuzeit (Nachr. d. Akad. d. Wiss. Göttingen, phil.-hist. Kl., Göttingen 1989).

¹⁴ Diese Verhältnisse werden mehr oder minder intensiv in allen Darstellungen der Problematik angeleuchtet. Vgl. etwa die zitierten Arbeiten von Köhler, Lähtenmäki, Michaelis.

¹⁵ Im folgenden werden ohne Erörterung im einzelnen die Begriffe Sozialdisziplinierung oder Disziplinierung in einem wertungsfreien Sinn zur Kennzeichnung jener Veränderungen der Lebensführung verwandt, die Norbert Elias von dem Gesichtspunkt der Haltung zu Sinnlichkeit und Triebhaftigkeit als Prozeß der Zivilisation beschrieben hat.

¹⁶ Die Entwicklung der Ehelehre Luthers aus seinen inneren Auseinandersetzungen ist eingehend beschrieben von *Olavi Lähtenmäki*, Sexus und Ehe bei Luther (Turku 1955).

¹⁷ Die vielzitierten Stellen kurz angeführt bei *Schwab*, a.a.O. 105 f. Ausführlicher *Walter Köhler*, Die Anfänge des protestantischen Eherechts, in: *Zs d. Savigny-Stiftg. f. Rechtsgeschichte (ZRG) Kan. Abt.* 61 (1941) 271 ff.

damit in dem Sinne säkularisiert, daß es aus kirchlicher Rechtszuständigkeit entlassen war. Das Eherecht ist, so wieder Luther, Calvin, Bucer u. a., nicht der Kirche, die das Predigtamt zu verwalten hat, zugeordnet, sondern dem weltlichen Regiment, den Juristen: es ist *res politica*. Christus selbst habe in den Aussagen zur Ehe als Prediger die Gewissen angesprochen, nicht als Gesetzgeber gehandelt¹⁸.

Aus diesen Predigerworten jedoch leitet Luther den Charakter der Ehe als eines heiligen, geistlichen Standes ab, woraus er auch eine grundsätzliche Ablehnung der Scheidung, ein entschiedenes detestari, herleitet. Doch fordert dieser geistliche Charakter keine Ordnung durch kirchliches Recht, denn geistlich ist bei Luther kein Begriff rechtlicher Zuordnung¹⁹. Allerdings geht er davon aus, daß die weltliche Obrigkeit seiner Zeit eine christliche Obrigkeit sei, also im Rechtsbereich christliche Grundsätze befolge und damit im wesentlichen ein christlich geprägtes Eherecht garantiere.

Die Reformation vollzieht also hier eine Entkoppelung von Religion und Recht im Bereich der Ehe und damit eine Änderung grundsätzlicher Art gegenüber dem kanonischen Recht. Für Luther spielt dabei die Bejahung der Sexualität als Teil der menschlichen Natur eine große Rolle, der Sexualität, die in der Ehe ihre Ordnung findet²⁰. Hieraus leitet er ja auch seine Absage an das mönchische Leben und an die Bindung des Zölibats ab. Der Gedanke, daß die Ehe und alleine die Ehe ein christliches, d. h. geheiligt Leben mit der Sexualität ermöglicht und nach dem Schöpferwillen Gottes ermöglichen soll, prägt nun sehr stark Luthers Stellungnahmen zum Scheidungsrecht. Eine Scheidung dem Bande nach mit der Folge der erneuten Eheschließung muß zumindest dem unschuldigen Teil möglich sein, um ihm oder ihr einen Partner zu geben und sie nicht tiefer in Konflikte zu verstricken. Die Ermöglichung geordneter geschlechtlicher Beziehungen unter Vermeidung der Unzuträglichkeiten, die das kanonische Recht verursacht hatte, wurde damit Grundlage der protestantischen Ehelehre.

Vor allem Luther versuchte lange, in diesem Sinne als Prediger, geistlicher Lehrer, als Seelsorger und nicht als Gesetzgeber zu handeln, etwa, wenn er dem Landgrafen von Hessen die Bigamie als Ehe vor Gott, als „Gewissensehe“ also erlaubt²¹. Doch hatte seine Ehelehre ein Rechtsvakuum geschaffen. In diesem Vakuum versuchten nun die Menschen in den der Reformation sich zuwendenden Städten und Ländern selber die Probleme abzuwickeln, die sich angestaut hatten: zerrüttete Ehen, neu eingegangene Verbindungen, die Einbeziehung von ehemaligen Mönchen und Nonnen in die Gesellschaft. Die krisenhaften sozialen Erscheinungen des Spätmittelalters verschärften sich noch, vor allem in den Städten als Orten größerer Bevölkerungszusam-

¹⁸ Nachweise wie Anm. 16 und 17. Vgl. auch meine Studie, wie Anm. 3.

¹⁹ Schwab, Grundlagen 107; Johannes Heckel, Lex charitatis (München 1953) 62.

²⁰ Vgl. vor allem Lähteenmäki, cit.

²¹ Die vielzitierte Stellungnahme Luthers u. a. bei Lähteenmäki, 87. Luther wollte als Rat eines Beichtvaters bei der fehlenden Möglichkeit zur Scheidung Philipp von Hessen die Bigamie mit Margarete von der Sale in heimlicher Ehe gestatten, dieser vollzog aber eine öffentliche Trauung. William W. Rockwell, Die Doppelhehe des Landgrafen Philipp von Hessen (Marburg 1904); Hastings Eells, The attitude of Martin Bucer toward the bigamy of Philipp of Hesse (1924).

menballungen, in denen nicht die sozialen Beziehungen selbst normierend wirkten. Auf den städtischen Rat kamen Fragen des Ehegüter- und Kindschaftsrechts, auf den Pfarrer Fragen der erlaubten Trauung und Wiedertrauung zu – insofern fand die alte getrennte Zuordnung zum weltlichen und geistlichen Gericht ihre Verlängerung.

Die Unsicherheit im Eherecht war zunächst groß. Selbsttrauungen aufgrund des allgemeinen Priestertums fanden statt, bloße Gewissensehen fanden eine neue Begründung, die Protokollnotiz aus Ulm zu *Laupheim scheiden sie sich selbst* verrät die Unsicherheit in Scheidungssachen nach Wegfall des kanonischen Rechts und die eruptiven Lösungen dieser Probleme durch eine „befreite“ Gesellschaft²². Die Feindschaft Luthers gegen das kanonische Recht führte binnen kurzem zu einer Verschärfung all jener krisenhaften Erscheinungen, die das spätmittelalterliche Kirchenrecht nur ungenügend zu ordnen vermocht hatte. Luthers Reaktion blieb schwach, 1530 in der Schrift „Von Ehesachen“ hält er an der nichtjuristischen Rolle des Seelsorgers fest, und erst 1539 wird in Wittenberg das erste Konsistorium als Ehe- und Disziplinargericht errichtet²³. Doch hat schon zuvor im Bereich der Reformation ein sehr schneller Wandel zu einer neuen Ordnung der ehelichen Verhältnisse stattgefunden. Bereits 1525 gibt es im Zürich Zwinglis ein evangelisches Ehegericht, zunächst noch halb geistlichen Charakters. Nach Zürcher Vorbild schaffen die reformierten Städte der Schweiz und Südwestdeutschlands – Basel, Konstanz (Blarer), Straßburg (Bucer), Lindau, Isny, Kempten, Memmingen, Ulm, Augsburg u. a., schließlich Württemberg (Brenz) Ehegerichte²⁴. Sie waren von der weltlichen Obrigkeit bestellt, und die Einrichtung eines Ehegerichts wird, wie W. Köhler treffend festgestellt hat, ein Stück reformatorischer Territorialhoheit²⁵. In Genf hält der Rat gegen Calvin die Zuständigkeit in Ehesachen gegen die geistliche Behörde des Consistoire, besetzt mit Ältesten und Pfarrern, aufrecht – doch Calvin führt in das protestantische Eherecht den kanonistischen Begriff der *res mixta* als Anspruch geistlicher Mitsprache ein²⁶.

Ehesachen waren also, gemäß der Einordnung der Reformatoren als *res politica*, in die Kompetenz weltlicher Behörden übergegangen. Freilich blieb dem Pfarrer jedenfalls Beichte, Seelsorge und Beratung in Ehesachen – und darüber hinaus die Fragen von Aufgebot und Trauung, damit aber von Ehehindernissen und der Wiedertrauung von, wie und von wem auch immer, Geschiedenen.

Auf diese Weise kommt neben dem Problem der Zuständigkeit die Frage zum Zuge, nach welchen materiellen Normen Eherecht und Ehescheidung sich richten. Die mittelalterliche Kirche hatte es erreicht, daß die Mitwirkung des Geistlichen üblich – wie wir sahen: nicht zwingend – wurde. Die gewöhnliche Abfolge war Eheschluß als Konsens vor Zeugen, sodann das Beilager, schließlich die Trauung durch

²² Vgl. Stölzel, cit.; Walther Köhler, Zürcher Ehegericht und Genfer Konsistorium, Bd. 1 (Leipzig 1932).

²³ W. Köhler, (wie Anm. 17) 272; Künigolt Kilchenmann, Die Organisation des zürcherischen Ehegerichts zur Zeit Zwinglis (Zürich 1946).

²⁴ Köhler, (wie Anm. 22); ders., Zürcher Ehegericht und Genfer Konsistorium, Bd. 2 (Leipzig 1942).

²⁵ Köhler, ZRG Kan. 61, 272.

²⁶ Köhler, ZRG Kan. 61, 279 u. ö.

den Geistlichen²⁷. Diesem von der alten Kirche übernommenen Modell fügte sich der Kirchgang der Protestanten ein, von Zwingli selbst erst nach längerer heimlicher Ehe vollzogen. Er war aber wie im kanonischen Recht nur Öffentlichmachung, nicht konstitutiv für die Ehe. Hier findet aber um die Mitte des Jahrhunderts ein Umschlag statt. In Genf wird das Beilager vor dem Kirchgang im Wege der Sittenzucht bestraft; damit fehlt ein konstitutiver Akt vor der kirchlichen Trauung. Ähnlich verläuft es anderswo. Für die Frauen bot dies die größere Sicherheit, nicht mit einem Kind sitzen gelassen zu werden; erst die öffentlich gemachte Ehe war ja unbezweifelbar. Die Trauung schiebt sich immer mehr an den Anfang der Eheschließung. Über sie wird eine Urkunde oder Eintragung gefertigt, und *innerhalb* des kirchlichen Aktes wird jetzt der Konsens gegeben – die kirchliche Trauhandlung wird zum öffentlichen, nicht mehr bezweifelbaren ehebegründenden Akt. Die endgültige rechtliche Fixierung findet dies erst bei Justus Henning Böhmer (1674–1749); die Realität entspricht dem weit früher²⁸.

Der Kern altkirchlichen Eherechts bestand im Sakramentalcharakter der Ehe und damit der Unscheidbarkeit, gemildert durch die breite Palette von Nichtigkeitsgründen, Dispens und der Rechtsfigur der Trennung von Tisch und Bett²⁹. Nach reformatorischem Verständnis entfiel diese Rechtsgrundlage, damit trat das erwähnte Vakuum auf. Wie konnte es gefüllt werden? Das Neue Testament kannte als Trennungsgrund – nur bei Matthäus – den Ehebruch und bei Paulus die Glaubensverschiedenheit³⁰. Damit waren aber viele der Probleme, die Luthers Kritik am kanonischen Recht hervorgerufen hatte, nicht zu bewältigen. Als Rechtsordnung stand außerdem das römische Recht zur Verfügung, das in seiner älteren Form die freie Scheidung, in der Gesetzgebung der christlichen Kaiser eine relativ breite Scheidungsmöglichkeit kannte³¹. Für das römische Recht sprachen darum die Humanisten der Zeit, auch manche Reformatoren, und die Anerkennung des römischen Rechts als des Reichs gemeines Recht hätte auch die protestantischen Obrigkeiten gegenüber Kaiser und Reich gedeckt, hätte also keine politischen Reaktionen der katholischen Seite unter Berufung auf die Treue zum Reich heraufbeschwören können. Die Anwendung des römischen Rechts hätte auch der reformatorischen Einordnung der Ehe als *res politica* entsprochen³².

Dennoch setzte sich das römische Recht als Eherecht nicht durch. Statt dessen bildete sich ein protestantisch-kirchliches Eherecht, das von den städtischen Ehegerichten und den Konsistorien der Territorien angewandt wurde, dessen strenge Richtung in Scheidungssachen dominant war und das weitgehend das kanonische Recht rezi-

²⁷ Köhler, a.a.O. 291 ff. (293).

²⁸ Zum vorhergehenden die Darstellung bei Köhler, ZRG Kan. 61, 293 f.; Schwab, (wie Anm. 12) 111.

²⁹ Auch in den historischen Grundlagen dargestellt bei August Knecht, Handbuch des katholischen Eherechts (Freiburg i. Br. 1928).

³⁰ Die Quellengrundlagen u. a. bei Dilcher, (wie Anm. 3).

³¹ Köhler, (wie Anm. 22) 10 f.

³² Vgl. Köhler, a.a.O.; Hesse, (wie Anm. 6) 11, 23 ff.; Schwab, a.a.O. 116 ff.

pierte. Der einzige wesentliche Unterschied blieb, daß das protestantische Eherecht die Trennung des Ehebandes kannte³³.

Die Folge war, daß die Scheidung einer Ehe schwer zu erreichen, aber möglich war. Die normative Grundlage für das neue protestantische Scheidungsrecht bildeten vor allem die Texte des Neuen Testaments, also entgegen der Einordnung als *res politica* wieder Texte religiöser Autorität, die Luther dem Predigeramt zugeordnet hatte. Darum war es unentbehrlich, neben Juristen auch Theologen für Verfahren in Ehesachen heranzuziehen, entweder als Beisitzer der Ehegerichte oder als Gutachter – so wie in anderen Rechtssachen Juristenfakultäten als Autoritäten Gutachten erstatteten. Diese inhaltliche Zuordnung bildete die Grundlage für die Ausgestaltung der landesherrlichen Kirchenverwaltung in den Konsistorien³⁴.

Die säkulare Obrigkeit im Bereich des Protestantismus hatte die Gestaltung des materiellen Ehe- und Ehescheidungsrechts, die ihr die Ehelehre Luthers zugespielt hatte, nicht übernommen, sondern die Kirche wieder in den Dienst der Legitimation des Eherechts genommen. Zürcher Ehegericht und Genfer Konsistorium, die Verbindung reformierter Sittenzucht mit Eheordnung und -gerichtsbarkeit hat hier schon zu Beginn der reformatorischen Bewegung die Grundlage für die neue Ordnung gelegt³⁵.

Wie ist diese Erscheinung, die erst im 18. Jahrhundert durch eine zunächst polizeirechtliche Einwirkung des Staates auf das materielle Ehe- und Ehescheidungsrecht abgelöst wird³⁶, zu erklären, widerspricht sie doch der Vermutung nach einem Macht- und Kompetenzhungers des frühmodernen Staates, der auch die Reformation mitgetragen hat?

Für einen wichtigen Teil der Sozialordnung, der den einzelnen im innersten Bereich der persönlichen Lebensgestaltung betrifft, den Bereich von Ehe und Familie also, war wohl eine nur vom Staat geschaffene und erzwungene Ordnung damals nicht vollziehbar. In einer langen, sich durch das ganze Mittelalter ziehenden Tradition schien offenbar die Kirche zur Legitimation und Durchführung eherechtlicher Ordnung unverzichtbar. Dagegen griff der Staat – oder die Stadtoberkeit – gerne zu der Möglichkeit, den institutionellen Rahmen, die Ehegerichte, zu organisieren, und auch auf die Mitwirkung der staatlich-säkularen Juristen keinesfalls zu verzichten. Sie waren es, die ein protestantisches Eherecht entwickelten. Aus diesem protestantischen Eherecht sollte in Deutschland dann erst nach den rechtspolitischen Kämpfen des 19. Jahrhunderts endgültig ein staatlich-säkulares Ehe- und Ehescheidungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch von 1896/1900 hervorgehen; die alten gemeinsamen Grundlagen im kanonischen Recht ermöglichten es dem Zentrum damals wohl, diesem Eherecht und damit dem BGB zuzustimmen.

³³ Vor allem in der „strengen Richtung“ des protestantischen Eherechts galten die kanonistischen Gründe der Trennung von Tisch und Bett nunmehr als Scheidungsgründe.

³⁴ Stölzel, (wie Anm. 6) für die Städte Köhler, op. cit., Schwab, cit., 111 ff., Dilcher, (wie Anm. 3) 319 f.

³⁵ Das ist das Ergebnis der zitierten Studien von W. Köhler. Das Problem wird vertieft und weitergeführt durch die Studien von Robert M. Kingdon und Heinz Schilling in diesem Bande.

³⁶ Hier sind vor allem die zunächst polizeirechtlichen Anordnungen des aufgeklärten Preußen im 18. Jahrhundert zu nennen, die dann in die Regelungen des preußischen Allgem. Landrechts von 1794 münden. Nachweise bei Dilcher, 328.

Wenden wir uns zum Abschluß noch einmal der Ausgangsfrage nach der sozialdisziplinierenden Wirkung des Eherechts zu, des Eherechts, in dem, wie wir sahen, Kirchliches und Weltliches, Geistliches und Profanes, Religion und Gesellschaft in besonderer Weise in der europäisch-christlichen Geschichte verbunden war.

Zunächst ist hier daran zu erinnern, daß wir unter der Fragestellung der Sozialdisziplinierung – der Begriff kann hier schon im Blick auf die ehelich so „undisziplinierte“ Gesellschaft des Spätmittelalters und ihre sozialen Nöte keine bloß negative Konnotation haben – nicht nur das eigentliche Eherecht betrachten dürfen. Dies ist häufig deshalb in rechtshistorischen Untersuchungen geschehen, weil diese sich um eine Klärung der historischen Grundlage zum Zwecke der rechtspolitischen Gestaltung der Gegenwart bemühten. Das geschah aber im Hinblick auf ein nunmehr seit dem 19. Jahrhundert dem Privatrecht zugeordnetes Eherecht. Diese Form der Differenzierung und Zuordnung verfehlt aber jedenfalls den vollen Blick auf die sozialen Wirkungen für die ältere Zeit. Hier müssen wir hinzunehmen den Bereich kirchlicher Sittenzucht im Bereich vorehelicher, außerehelicher und ehelicher Sexualität und der allgemeinen Eheführung. Hier müssen wir ferner hinzunehmen das Sexualstrafrecht, vor allem die Bestrafung des Ehebruchs³⁷. Es ist offensichtlich, daß hier ein rechtlich gefestigter und überprüfbarer Bestand der Ehe Voraussetzung und Grundlage der Wirksamkeit der beiden genannten Sanktionssysteme darstellt. Diesem Wechselspiel kann hier nicht mehr im einzelnen nachgegangen werden. Der erste Eindruck besagt aber, daß Kirchenzucht und Strafrecht zunächst im 16. und frühen 17. Jahrhundert sehr massiv die Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse um das neue Eherecht abschirmten. Danach gewinnen nicht nur die „milderer“ Richtungen im protestantischen Eherecht an Bedeutung, sondern die für unsere Auffassungen extrem harte Abschirmung durch die genannten Sanktionsmechanismen schwächt sich ab – vielleicht, weil eine höhere Stufe selbstverständlicher sozialer Disziplin im Prozeß der Zivilisation der europäischen Gesellschaften erreicht war. Schon im Eherecht zeigt sich die wachsende Höherbewertung der Person und ihres subjektiven Bereiches gegenüber objektiven Ordnungsstrukturen; das wird sich wohl im Bereich der Sittenzucht und des Strafrechts noch verstärkt erweisen.

Diese Hypothese wäre an einem Vergleich protestantischer und katholischer Territorien und Städte, vor allem zunächst Deutschlands, zu überprüfen. Das katholische Eherecht hatte durch die Reformen des Tridentinum ja die geschilderte spätmittelalterliche Phase sozialer Unsicherheit in bezug auf den Bestand der Ehe überwunden und konnte deshalb in ähnlicher Weise wie das protestantische die Sicherung sozialer Ordnung im Bereich der Familie übernehmen. Der einzige deutliche Unterschied

³⁷ Die Studien von W. Köhler haben diese Verbindung exemplarisch aufgezeigt, ohne daß die rechtshistorische Forschung diesem wegweisenden Forschungsansatz bisher gefolgt wäre. Zum Strafrecht wäre etwa von den Art. 116–123 der Carolina auszugehen, in denen widernatürliche Unzucht, Blutschande, Entführung, Notzucht, Ehebruch, Bigamie, Kuppelei in Zusammenhang behandelt werden. Die Partikularrechte und die Rechtspraxis weichen aber hier weit voneinander ab. Die für Ehebruch „eigentlich“ verdiente Todesstrafe wird auch als Argument für Scheidung und Wiederverheiratung des unschuldigen Partners herangezogen.

blieb die Unzulässigkeit der Scheidung dem Bande nach und damit einer legalen Begründung einer neuen Verbindung.

Interessanterweise blieb im Recht der Eheschließung vortridentinisch-kanonisches Eherecht im englischen Common Law als protestantisches Eherecht wirksam³⁸. Hier scheint es, daß die Übernahme des vortridentinischen Zustandes so weitgehend war, daß die sozialdisziplinierende Wirkung des kontinentalen Rechts beider Konfessionen nicht eintrat.

Auch die weltlichen Obrigkeiten im Bereich des Protestantismus, wo das Eherecht nicht wie im kanonischen Recht als Bereich eines „Sakralrechts“ (nämlich in der Begründung auf *ius divinum*) vor dem Zugriff des Gesetzgebers abgeschirmt, sondern vielmehr zur *res politica* erklärt war, zögerten bis ins 18. und 19. Jahrhundert mit einer staatlichen Regelung der Materie. Die Erklärung kann nur sein, daß sie im Jahrhundert der Reformation noch nicht die innere Legitimität – und damit auch nicht eine ausreichende Zwangsgewalt zur Durchsetzung im persönlichsten Bereich des Lebens der Menschen – besaßen, um die Ehe und das Scheitern der Ehe durch Normen inhaltlich zu regeln. Gerade um hier einen höheren Grad disziplinierter, geordneter und verantwortlicher Lebensführung in der Gesellschaft zu erreichen, war offenbar die Rückführung der rechtlichen Normen auf religiös begründete Werte, ja auf die Textgrundlage der heiligen Schrift unentbehrlich. Damit aber waren Eheschließung und Eheführung der Aufsicht und Seelsorge der Kirche weiterhin zugeordnet. Entgegen Luthers Ausbruchversuch aus der Rechtsverantwortung haben die übrigen Reformatoren, vor allem Zwingli und Calvin, in Übereinstimmung mit den städtischen und den langsamer nachziehenden fürstlichen Obrigkeiten die religiöse „Heiligkeit“ der Ehe zur inhaltlichen Begründung des Rechts und zur Begründung seiner Durchsetzung herangezogen. Die Grundfrage des Kolloquiums, ob der Bereich des *Sacrum* im Sinne der religiösen, von der Kirche verwalteten Bindungskraft historisch unentbehrlich war, um die Veränderung der Lebensführung am Beginn der Neuzeit, die man mit dem Begriff „Sozialdisziplinierung“ oder auch mit den Kategorien von Norbert Elias als Stufe im Prozeß der Zivilisation bezeichnen kann, in entsprechende Normierungen zu fassen, kann für den Bereich der Ehe voll bejaht werden.

³⁸ Vgl. Giesen, Grundlagen und Entwicklung des englischen Eherechts in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts (Bielefeld 1983).