

UXORES CONSTRICTAE

Rolf Knütel*

1. Das Prinzip: *Libera matrimonia*

Ein Reskript des Alexander Severus stellt als Grundlage der Rechtsauskunft an den Anfang das berühmte Prinzip der Ehefreiheit: *Libera matrimonia esse antiquitus placuit*, daß Ehen frei sind, ist seit alters anerkannt, C. 8,38,2 (a. 223)¹. Daraus werden vom Kaiser zwei unmittelbare Folgerungen gezogen: *ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogantur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat*, und deshalb steht fest, daß Vereinbarungen, die eine Scheidung ausschließen, ungültig sind² und daß Stipulationen als unwirksam anzusehen sind, durch die demjenigen, der die Scheidung vollzieht, Vertragsstrafen auferlegt werden.

An anderer Stelle finden sich zusätzliche Begründungen des Prinzips. Paulus berichtet im 15. Buch seiner Gutachtensammlung von dem folgenden Fall: Als sie ihre Ehe eingingen, wurden die Frau, die von einem Dritten einen Sohn hatte, und der Mann, der eine Tochter mitbrachte, sich darin einig, die Tochter dem Sohn anzugeloben. Die Eheleute setzten darüber eine Urkunde auf mitsamt einem Strafversprechen für den Fall, daß einer von ihnen den Eheschluß verhindere. Nach dem Tode ihres Vaters weigerte sich die Tochter, den Sohn zu heiraten.

D. 45,1,134 pr., *Paulus 15. Resp.*: ... respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstatutam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. (Paulus erteilte das Gutachten, demjenigen, der aus der vorgelegten Stipulation klage, werde, da diese nicht im Einklang mit den guten Sitten abgeschlossen sei, die Einrede der

1 Zu diesem Prinzip s. etwa *G. Marcours*, *Libera matrimonia esse antiquitus placuit*, in J.E. Spruit, M. van de Vrugt, *Brocardia in honorem G.C.J.J. van den Bergh*, Deventer 1987, S. 55.

2 Daß es im heutigen Recht ebenso ist, hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 9. April 1986 entschieden, BGHZ (= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen), Bd. 97, S. 304ff., im wesentlichen im Anschluß an *R. Knütel*, *Scheidungsverzicht und Scheidungsausschlußvereinbarungen*, *FamRZ* (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 32 (1985) 1089ff.

* Professor emeritus, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Arglist entgegenstehen, denn man halte es für sittenwidrig, wenn Ehen durch die Fessel einer Strafe zusammengehalten werden, seien es künftige oder bereits geschlossene.)

Vergleichbar wird in den sog. Scholia Sinaitica, einem nur in lückenhaften Bruchstücken erhaltenen griechischen Kommentar unter anderem zu den *responsa* des Paulus und Ulpian's *libri ad Sabinum* sowie *ad edictum*, im § 6³ erklärt, es sei *atopos*, widersinnig, unziemlich, daß die Ehe, in der dauerhafte Eintracht vonnöten sei, aufgrund [der Furcht vor] einer Strafe und nicht aus freiem Willen bestehen sollte.

Vereinbarungen, welche die Freiheit einschränken, eine Ehe einzugehen oder eine Ehe zu beenden, sind mithin sittenwidrig und schon deshalb nichtig. Darüber hinaus können Abreden oder testamentarische Bestimmungen, die auf ein Heirats- oder Wiederverheiratsverbot hinauslaufen, wegen Gesetzesverstoßes nichtig sein, begründeten doch die *leges Iulia et Papia* Ehepflichten für Männer von 25-60 und Frauen von 20-50 Jahren⁴.

Die weiteren Belege für das Prinzip der Ehefreiheit⁵ bedürfen in unserem Zusammenhang keiner Erörterung; doch sei ein Blick noch auf die allgemeine Aussage Diokletians und Maximinians geworfen, die aus einem Reskript überliefert ist in:

C. 5,4,14: Neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliari quisquam cogi potest. unde intellegis liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere (*sine anno*). (Niemand kann dazu gezwungen werden, erneut eine Ehe zu schließen oder eine geschiedene Ehe wiederzubegründen. Deshalb siehst du ein, daß die Freiheit, eine Ehe einzugehen oder aufzulösen, keinem Zwang ausgesetzt werden darf.)

Die Aussage ist klar. Die Ehefreiheit umschließt die Scheidungsfreiheit, und auch diese darf durch Zwänge nicht eingeschränkt werden. Die Frage ist allerdings, ob das die ganze historische Wahrheit ist. Dafür werden wir uns einem sehr sensiblen Punkt der römischen Ehe zuwenden müssen, der *dos*.

2. Ehestabilisierende Vereinbarungen

2.1 Zuvor ist jedoch darauf hinzuweisen, daß Vereinbarungen zur Sicherung ehegemäßen Verhaltens rechtliche Anerkennung fanden. Im Fall von D. 45,1,121,1 hatte sich eine Frau im Zusammenhang mit dem Eheschluß in der Absicht, ein wirkungsvolles Stipulationsversprechen zu erlangen, von dem Mann 200.000 HS für den Fall versprechen lassen, daß er während der Ehe erneut den Umgang mit der Konkubine aufnehme (*si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset*). Papinian (11. *Resp.*) sieht keinen Grund, weshalb die Frau bei Eintritt der Bedingung nicht „*ex stipulatione*,

3 E. Seckel, B. Kübler, *Iurisprudentiae anteustinianae reliquias*, II/2, 6. Aufl., Leipzig 1927, S. 469; FIRA II, S. 640.

4 Vgl. nur M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, 20. Aufl., München 2014, S. 339ff. (Randziffern [= Rz] 58.25-28) mit weiterer Literatur.

5 Vgl. etwa Pap. D. 35,1,71,1; zu unerlaubten Bedingungen testamentarischer Verfügungen s. die Nachweise bei P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, 2. Aufl., Mailand 1963, S. 797ff.

quae ex bonis moribus concepta fuerat“ das Geld sollte erlangen können. Immerhin: Die Strafsumme ist wahrhaft beträchtlich, im konkreten Fall zwar keine hinreichende; bedenkt man aber, daß die Frau die Erneuerung der *consuetudo concubinae* zugleich zum Anlaß für die Scheidung genommen haben dürfte, so wird deutlich, daß die Stipulation mit ihrer massiven Strafandrohung zugleich scheidungserschwerende Funktion hatte.

Es ist bemerkenswert, daß das Reichsgericht in einem Urteil vom 3. November 1938 sehr klar im gegenteiligen Sinne entschied⁶. Dort hatte die Ehefrau sich in einem notariellen Vergleich verpflichtet, die Scheidungsklage zurückzunehmen, und sich im Gegenzug verschiedene Pflichten des Ehemannes ausbedungen, unter anderem, daß er „in Zukunft keinerlei Geschäfts- oder Vergnügungsreisen allein ... unternehmen“ werde. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die übernommenen Pflichten sollte er der Frau eine Vertragsstrafe in Höhe von 3.000 Reichsmark zahlen – ein seinerzeit sehr hoher Betrag. Das Reichsgericht hielt „eine solche Einschränkung der persönlichen und geschäftlichen Bewegungsfreiheit des Ehemannes“ für „mit dem sittlichen Wesen der Ehe unvereinbar“ und erklärte die Strafklausel für nichtig, „weil es dem Wesen der Ehe widerspricht, die ... aus ihr fließenden familienrechtlichen Verpflichtungen durch Vereinbarung von Vertragsstrafen zu sichern“ (S. 300). Auch angesichts dieser Entscheidung muß Papinians Meinung, das rechtlich oder sittlich Gebotene könne in einer Ehe durch Vertragsstrafe gesichert werden, uns heute sehr fraglich erscheinen⁷. Ob sie zu seinen Zeiten überwiegend für richtig gehalten wurde, bleibt zweifelhaft, dies auch im Hinblick auf unseren anschließenden Text.

2.2 D. 45,1,19, Pomponius 15. Sab.:

Si stipulatio facta fuerit: „Si culpa tua divortium factum fuerit, dari“, nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa. (Wurde die Stipulation abgeschlossen: „Wenn es durch deine Schuld zur Scheidung gekommen ist, wird gezahlt“, so ist die Stipulation nichtig, weil wir uns mit den in den Gesetzen⁸ bestimmten Strafen zufriedengeben müssen, es sei denn, daß auch die Stipulation ebendas an Strafe enthält, was vom Gesetz bestimmt wird.)

Bestätigt wird der Grundsatz, daß Stipulationen, die Strafen für den Fall der Ehescheidung vorsehen, unwirksam sind. Die Nichtigkeit *ipso iure* (statt einer Entkräftung über die *exceptio doli*) ist glaubhaft, ergibt sich doch schon aus dem Wortlaut, daß es sich um eine sittenwidrige Vereinbarung handelt. Auch leuchtet der Grundgedanke ein, daß im öffentlichen Interesse vorgesehene Sanktionen durch Vereinbarungen Privater prinzipiell

6 RGZ (= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen), Bd. 158, S. 294ff.

7 Günstiger beurteilt die Lösung *F.C. v. Savigny*, System des heutigen Röm. Rechts, Bd. III, Berlin 1840, S. 174.

8 Statt *legum* findet sich in der handschriftlichen Überlieferung auch *lege*, wofür der Schlußsatz und Bas. 43,1,19 sprechen, und *legibus*. Aller Wahrscheinlichkeit nach geht es um die *lex/leges Iulia et Papia Poppaea*, die die Klassiker als Einheit verstehen.

nicht abgeändert werden können⁹. Diese Regel wird jedoch nicht verletzt, wenn die Eheleute die Sanktionen, ohne über sie hinauszugehen, durch Stipulationen auch vertraglich für sich verbindlich machen¹⁰.

Im Zusammenhang des fr. 19 bedeutet das (ebenso wie in § 7 Scholia Sin.), daß der Mann die Beträge, die sich im Scheidungsfall aufgrund der *retentio propter mores* (gegebenenfalls zusammen mit der *propter liberos*) ergeben, zum Gegenstand einer Strafstipulation machen¹¹ und die Frau demgegenüber sich die Rückgewähr der Mitgift, je nach den Umständen vollständig und unter verkürzten Fristen versprechen lassen kann. Das kann für beide Teile von Vorteil sein, etwa im Hinblick auf die prozessuale Durchsetzbarkeit der Rechte oder die Erleichterung einer Sicherung durch Bürgschaften, auch wenn diese eine Stipulationsschuld nicht voraussetzen.

3. *Pacta dotalia*

3.1 (a) Aus dem weiten Feld der Ehevereinbarungen¹² sind für unseren Zusammenhang nur diejenigen *pacta* von Interesse, die für den Fall getroffen sind, daß die Frau Anlaß zur Scheidung gibt. Nach der Rechtslage, die schon vor dem Inkrafttreten der *lex Iulia de adulteriis* (17 v. Chr.) sowie der *leges Iuliae de maritandis ordinibus* (18 v. Chr.) und *Papia Poppaea* (9 n. Chr.) bestand¹³ und in dieser Gesetzgebung festgeschrieben wurde, konnte der Ehemann bei einer von der Frau verschuldeten Scheidung, wenn Kinder aus der Ehe hervorgegangen waren, eine *retentio propter liberos* ausüben, und zwar für jedes Kind ein Sechstel der Mitgift einbehalten, insgesamt aber nicht mehr als die Hälfte der *dos* (UE 6,9 u. 10). Ferner hatte er das Recht, wahrscheinlich kumulativ mit der *retentio propter liberos*¹⁴, eine *retentio propter mores* vorzunehmen, bei der zu unterscheiden war: Soweit es sich um leichtere Sittenverstöße (*mores leviores*) handelte, konnte ein Achtel einbehalten werden, bei schwereren (*mores graviore*s), die in der Spätklassik nur im Falle des Ehebruchs bejaht wurden, dagegen ein Sechstel (UE 6,9 u. 12).

- 9 Vgl. Paul. D. 23,4,5 pr. (*Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur [retineatur?] ne publica coercitio privata pactione tollatur*); Consultatio 4,3 (*Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat*) sowie allgemein Pap. D. 2,14,38 (*Ius publicum [Rechtsregeln von besonderem öffentlichem Interesse] privatorum pactis mutari non potest*); dazu und zu fr. 19 M. Kaser, Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im röm. Recht, Wien 1977, S. 91 mit Literatur.
- 10 Der Gedanke wird – möglicherweise zu einem Passus aus Ulpianus Sabinuskommentar – in den Scholia Sinaitica § 7 ausgesprochen (wo *ob mortem* in *ob mores* zu verbessern ist).
- 11 Daß es sich dabei um die Novation eines „debito legale futuro“ handelt, wie P. Voci, *Le obbligazioni romane*, I/1, Mailand 1969, S. 175 annimmt, ist ungewiß, bei Abschluß einer Doppelstipulation (vgl. Paul. D. 44,7,44,6) aber denkbar. – Es beruht offenbar auf der Abschaffung der *retentiones ex dote* durch Justinian (C. 5,13,1,5; a. 530), daß der Schlußteil von fr. 19 (ab *quia*) nicht ganz intakt ist, s. Voci; Kaser (Fn. 9), S. 91.
- 12 Dazu bald, R. Knütel, Zum pactum de lucranda dote im klassischen römischen Recht, Homenaje A. Guzmán, III, 2014 (?), S. 51ff.
- 13 Vgl. nur M. Kaser, Das römische Privatrecht, I, 2. Aufl., München 1971, S. 338.
- 14 A. Bechmann, Das Röm. Dotalrecht, I, Erlangen 1863, S. 98f.; K. Czyhlarz, Das röm. Dotalrecht, Gießen 1870, S. 343f.; P.E. Corbett, The Roman Law of Marriage, Oxford 1930, S. 193; H. Stiegler, Divortium, culpa und retentio propter liberos, Mélanges Fritz Sturm, I, Lüttich 1999, S. 435, 437.

(b) Diese Bestimmungen konnten durch formlose Vereinbarung abgeändert werden, freilich nur in Grenzen. Paulus (35. ed.) D. 23,4,12,1 unterscheidet bei den *pacta dotalia* einen Bereich, in dem die Parteien frei entscheiden können, und einen anderen, in dem die Gestaltungsfreiheit durch das Recht eingeschränkt ist; zu diesem schreibt er: *alia [sc. pacta] ad ius pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur*, andere Vereinbarungen beziehen sich auf rechtliche Regelungen, zum Beispiel darauf, wann die Mitgift eingeklagt werden kann oder wie sie zurückzugeben ist; bei diesen Vereinbarungen wird die freie Entscheidung der Vertragspartner nicht immer anerkannt. – Diese Auskunft ist ziemlich unklar (*non semper*); eine Durchsicht der Quellen zeigt jedoch, daß in dem zweiten Bereich, in dem es um die Rückgabe der *dos* geht, die Tendenz besteht, daß die Parteien von den gesetzlichen Bestimmungen zur *dos* grundsätzlich nicht zum Nachteil der Frau abweichen dürfen, regelmäßig, wenn auch nicht durchweg, aber zu ihrem Vorteil¹⁵. Dementsprechend hebt Paulus (35. ed.) in D. 23,4,16 im Kontext seiner Ausführungen zu D. 23,4,12,1 zum Rückgabetermin hervor: *ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis quam ne omnino reddatur*, daß die Mitgift aber zu einem späteren Termin geleistet werden darf, kann man nicht vereinbaren, ebensowenig, daß sie überhaupt nicht zurückgegeben wird. Dazu liegt auf der Hand, daß ein genereller Ausschluß der Rückgabe der *dos* mit dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der *dos* und den mit ihr verfolgten Zwecken¹⁶ schwerlich in Einklang zu bringen ist.

3.2 Nach diesen allgemeinen Beobachtungen ist es etwas überraschend zu sehen, daß Vereinbarungen anerkannt waren, die die Rechtslage der Frau gravierend verschlechterten:

D. 33,4,1,1, *Ulpianus 19. Sab.*: Et ideo si inter virum et uxorem convenerat, ut morte viri soluto matrimonio filio communi interveniente dos apud mariti heredem remaneret, et maritus decedens dotem relegaverit, stari pacto non debet ob hoc quod dos relegata est. verum et citra relegationem hoc probari debet: nam quod est admissum posse deteriorem condicionem dotis fieri intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit vel divortium intervenit. (Daraus folgt: Wenn Mann und Frau für den Fall, daß die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst wird und ein gemeinsames Kind vorhanden ist, vereinbart hatten, daß die Mitgift bei dem Erben des Mannes verbleiben sollte, und der Mann auf dem Sterbebett die Mitgift [seiner Frau] zurückvermacht, dann darf man die Vereinbarung schon deshalb nicht aufrechterhalten, weil die Mitgift zurückvermacht wurde. Aber selbst ohne Rückvermächtnis muß das gebilligt werden. Denn auch wenn es zulässig ist, daß sich [für die Frau] die Rechtslage im Hinblick auf die Mitgift verschlechtern kann, wenn Kinder vorhanden sind, so gilt das doch immer nur dann, wenn die Frau in der Ehe stirbt oder es zur Scheidung kommt.)

Der Mann hat in seinem Testament dem für seine Frau nachteiligen *pactum* durch das Rückvermächtnis der *dos* die Wirkung genommen. Ulpian erkennt diese Möglichkeit

15 Proc. D. 23,4,17 (*pacto existimo meliorem condicionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse*); Paul. D. 4,4,48,2; D. 23,4,14 u. 16; Scaev. D. 23,4,29 pr. sowie Ulp. fr. Vat. 120 (dazu unten). Näheres zu Paul. D. 23,4,12,1 bei *Knütel* (Fn. 12), S. 53ff.

16 Vgl. Pomp. D. 24,3,1; Paul. D. 23,3,2.

an, was überzeugt¹⁷. Denn würde die Frau mit der *actio ex testamento* aus dem Rückvermächtnis klagen und der Erbe des Mannes ihr die *exceptio pacti* entgegensetzen, so würde die Frau ihm mit der *replicatio doli* erwidern können, er dürfe sich nicht mit dem Willen seines Erblassers in Widerspruch setzen. Wichtiger für unseren Zusammenhang ist jedoch, daß Ulpian das *pactum* für unwirksam hält, es solle nach dem Tod des Mannes, wenn ein Kind vorhanden sei, die Mitgift (in der Erbschaft und damit) beim Erben des Mannes verbleiben. Als Begründung führt der Jurist an, es seien – unter der Voraussetzung, daß Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind – überhaupt nur zwei Fälle anerkannt, für die wirksam vereinbart werden könne, daß die Mitgift bei dem Mann verbleibe, der Tod der Frau in der Ehe und die Scheidung.

(a) Der erste Fall (*ipsa in matrimonio decedit*) wird, seitdem erstmals Czychlarz den Verdacht äußerte, nahezu allgemein als kompilatorischer Zusatz angesehen, weil ein *pactum* für den Fall, daß die Frau in der Ehe verstirbt, im klassischen Recht überflüssig, im justinianischen dagegen sinnvoll gewesen sei¹⁸. Denn Justinian hatte in der Reformkonstitution vom 1. November 530 (C. 5,13 un.) die *actiones rei uxoriae* und *ex stipulatu* zu einer einheitlichen modifizierten Stipulationsklage verschmolzen und diese beim Tod der Frau in der Ehe zugunsten ihrer Erben vererblich gestellt, ohne daß es (anders als zuvor bei der *actio rei uxoriae*, UE 6,7) auf einen Verzug des Mannes noch angekommen wäre. Nach Justinians Änderung bedurfte es also eines *pactum*, wenn die Mitgift beim Mann verbleiben sollte, worauf Justinian in C. 5,13,1,6 auch hinweist. Danach ist es gut möglich, daß der beanstandete Passus in D. 33,4,1,1 eingefügt worden ist. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß es für das beanstandete *pactum* auch schon zu Ulpians Zeit Anwendungsfälle gab, etwa bei der *dos profecticia*, die dem Mann vom *paterfamilias* der Frau bestellt wurde, oder bei der von einer gewaltfreien Ehefrau dem Mann überlassenen *dos adventicia*, die bei dem Tod der Frau zwar ohnehin beim Mann verbliebe, zu der über das *pactum* aber Bedingungen für diesen Verbleib festgelegt werden könnten¹⁹. Der in D. 33,4,1,1 (i f.) zuerst genannte Fall kann demnach gut auch von Ulpian schon angeführt worden sein.

(b) Überraschender ist der zweite Fall. Denn bei einer Scheidung ist die Frau in besonderem Maße auf die Mitgift angewiesen, um ihren Unterhalt zu bestreiten und sich die Chancen einer Wiederverheiratung zu erhalten, zu der sie nach den augusteischen Ehegesetzen grundsätzlich auch verpflichtet war. Zudem wird das *divortium* uneingeschränkt genannt, so daß ein *pactum*, die *dos* solle beim Ehemann bleiben, auch

17 Anders G. Beseler, Textkritische Studien, SZ 52 (1932) 49 („... juristisch unmöglich: durch ein Legat kann man weder ein Dotalpactum noch eine exceptio aufheben“).

18 Czychlarz (Fn. 14), S. 433f., zustimmend P. Krüger; O. Lenel; H. Dernburg; P.E. Corbett; A. Burdese, auch H. Siber; M. Humbert (Nachweise bei Knütel (Fn. 12), S. 59 Fn. 25); anders, aber ohne nähere Auseinandersetzung, M. Magagna, I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici, Padua 2002, S. 270f. mit Fn. 59, 275 Fn. 34.

19 Siehe etwa Paul. D. 23,4,12 pr.; Diocl. C. 5,14,6 (a. 293) sowie Flor. D. 23,4,24; dazu und zu weiteren Einzelheiten s. Knütel (Fn. 12), S. 65ff., 70ff., 78ff.

in dem Fall als wirksam anerkannt worden sein müßte, in dem den Mann die Schuld an der Scheidung traf. Das ist kaum vorstellbar, würde das doch auf eine Prämierung ehewidrigen Verhaltens des Mannes hinauslaufen, was der Prätor nicht zulassen würde²⁰. Es ist deshalb anzunehmen, daß Ulpian es für selbstverständlich gehalten hat, daß diese Situation von seinem Hinweis in D. 33,4,1,1 i f. nicht erfaßt ist²¹.

Das findet eine Bestätigung in Fragmenta Vaticana 120, *Ulpianus 33.ed.*:

Inter cetera de reddenda dote pacta praeter legitimam ut retentionum ratio habeatur si quidem convenit, eo pacto verendum est, ne non deterior dotis causa fiat, nisi in eum casum, quo filii extent, convenerit; hoc enim iure utimur et Iulianus scribit et est rescriptum. tum igitur et universa dos retineri uno filio interveniente potest, si modo non culpa viri divortium factum est. Quod si nihil convenit, exercendae retentiones non sunt nisi legitimae. (Wird bei den Absprachen über die Rückgewähr der Mitgift unter anderem vereinbart, daß über das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht hinaus auch andere Zurückbehaltungsrechte Berücksichtigung finden sollen, so muß bei einer derartigen Vereinbarung darauf geachtet werden, daß die Rechtslage der Mitgift nicht verschlechtert wird, sofern das Übereinkommen nicht für den Fall geschlossen wird, daß Kinder vorhanden sind. Das ist bei uns nämlich geltendes Recht, und Julian schreibt dies, und es ist durch Reskript bestimmt. Es kann dann also, auch wenn nur ein Kind vorhanden ist, die gesamte Mitgift zurückbehalten werden, es sei denn, daß es durch Schuld des Mannes zur Scheidung gekommen ist. Ist aber nichts vereinbart, so können allein die gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte ausgeübt werden.)

Das Blatt des Manuskripts ist von rechts so beschnitten worden, daß die Textzeilen nahezu zur Hälfte weggefallen sind. Die kursiv gekennzeichneten Ergänzungen Mommsens sind einleuchtend und haben weit überwiegend Zustimmung gefunden²². Der Text kann daher als Beleg dafür genommen werden, daß Vereinbarungen zum Schicksal der *dos* nach Auflösung der Ehe zum Nachteil der Frau wirksam nur dann getroffen werden konnten, wenn zumindest ein Kind in der Ehe geboren ist und wenn im Falle der Auflösung durch Scheidung der Mann nicht der schuldige Teil war.

War demnach Voraussetzung, daß die Scheidung nicht vom Mann verschuldet war, so bleiben die drei Möglichkeiten, daß beide Ehegatten gleiches Verschulden trifft, daß der Frau das Verschulden anzulasten ist und daß auf keiner Seite Verschulden anzunehmen ist.

20 Vgl. etwa Ulp. D. 4,8,31 pr.

21 Vgl. auch Stiegler (Fn. 14), S. 442 (zu fr. Vat. 107: „Denn *culpa viri* durfte nie vorliegen“).

22 Nach der Ausgabe P. Krüger, Th. Mommsen, W. Studemund, Collectio librorum iuris anteustiniani, III, Berlin 1890, S. 1ff. (54), die zugrundegelegt wird auch von G. Baviera, FIRA II, S. 464ff. (493); J.E. Spruit, K.E.M. Bongenaar, Zutphen 1987, S. 13ff. (56); A. d Ors, A. Castresana Herrero, Madrid 1988, S. 1ff. (58). Die Abweichungen in der Lesart von E. Seckel, B. Kübler, Iurisprudentiae anteustinianae reliquias, II/1, Leipzig 1911, S. 207 (250: *rescriptum itaque a marito etiam tota dos ... non culpa eius divortium ...*), und von O. Lenel, Palingenesia iuris civilis, II, Leipzig 1889, Sp. 646 (Ulp. Nr. 963) weisen keine für die Sache wesentlichen Abweichungen auf.

(1) Bei beiderseitigem Verschulden läßt sich nicht sagen, den Mann treffe kein Verschulden; dasselbe gilt im Hinblick auf die Frau. Es kommt deshalb zur *culpa*-Kompensation, was durch Papinian²³ bestätigt wird²⁴.

Folglich liegen die Voraussetzungen des Dotalpaktums über den Verbleib des *dos* nicht vor, so daß die Mitgift der Frau innerhalb der gesetzlichen Fristen in drei Jahresraten vollständig zurückzugeben ist. Da der Mann von Verschulden nicht frei ist, entfallen auch die *retentiones propter liberos* und *propter mores*.

(2) Fällt nur der Frau *culpa* zur Last, so verliert sie aufgrund des *pactum* die gesamte Mitgift. Das ist, zumal wenn es sich um ein leichteres Verschulden handelt, eine sehr harte Sanktion. Nicht minder schwer, aber verständlicher sind die Konsequenzen im Fall, daß die Scheidung wegen Ehebruchs der Frau erfolgt.

(3) Kommt es ohne Verschulden der Frau oder des Mannes zur Scheidung und liegt auch in dem Umstand, daß ein Teil die Scheidung herbeigeführt hat, kein Verschulden²⁵, so ergibt sich schon aus dem Wortlaut des *pactum*, daß der Mann die Mitgift behält. Eine Bestätigung findet diese Annahme in Fragmenta Vaticana 106-107, *Paulus 8. Resp.*:

Convenit in pacto dotali, ut divortio facto sextae liberorum nomine retinerentur: quaero, an discidio interveniente sextae retineri possint. Paulus respondit secundum ea quae proponuntur posse. 107 item quaesitum est, si vir repudium misit et eandem reduxit eaque mulier absente viro de domo eius discesserit, an eaque sextae retineri possint ex priore pacto. Paulus respondit, si verum divortium intercessit et ad eundem rursus reversa non renovato pacto manente dote divortit, sextas liberorum nomine ita demum retineri posse, si culpa mulieris divortium intercessit. (In einer Mitgiftabrede wurde vereinbart, daß im Fall einer Scheidung die Sechstel wegen der Kinder einbehalten würden. Ich frage an, ob nach Vollzug der Scheidung die Sechstel einbehalten werden können. Paulus hat die Auskunft gegeben, nach dem, was vorgetragen werde, könne man das. 107. Des weiteren wurde gefragt: Wenn der Mann einen Scheidebrief schickte, dann die Frau wieder heiratete und sie während einer Abwesenheit ihres Mannes sein Haus verließ – könnten dann diese Sechstel aufgrund der früheren Abrede einbehalten werden? Paulus hat das Gutachten erteilt: Ist es zu einer wirklichen Scheidung gekommen und hat die Frau nach der Rückkehr zu demselben Mann die Mitgift fortbestehen lassen, ohne die Abrede zu wiederholen, und dann die Scheidung vollzogen, so können die Sechstel wegen der Kinder nur unter der Bedingung einbehalten werden, daß die Schuld an der neuerlichen Scheidung bei ihr liege.)

Offensichtlich geht es um einen einheitlichen Fall²⁶. Der Petent richtet zwei Fragen an Paulus. Die erste betrifft das Grundsätzliche, ob eine *retentio propter liberos* überhaupt

23 (11. *quaest.*) D. 24,3,39: Viro atque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est. id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicatur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.

24 Vgl. A. Söllner, Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae, Köln, Wien 1969, S. 118; Stiegler (Fn. 21), S. 438.

25 Vgl. Cic., topica 4,19.

26 Vgl. O. Lenel, Palingenesia iuris civilis, I, Leipzig 1889, Sp. 1235, Paul. Nr. 1513; J.H. Wolff, Dos und erneuerte Ehe, SZ 66 (1948) 40f.; R. Yaron, De divortio varia, TR 32 (1964) 540; Stiegler (Fn. 14), S. 440 („vielleicht“).

generell für den Fall der Scheidung vereinbart werden kann, also auch wenn die Frau kein Verschulden trifft – was eine Verschlechterung der *condicio mulieris* ist²⁷. Paulus bejaht die Frage und damit wird es erforderlich, auf die zweite Frage einzugehen, aus der sich der konkrete Sachverhalt ergibt: Für die erste Ehe war die Mitgift mit der genannten Dotalabrede bestellt worden. Es kam zur Scheidung und später zur Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft mit *affectio maritalis* und unter Belassung der *dos* beim Mann. Doch erlosch die eheliche Gesinnung auf Seiten der Frau, die mit Verlassen des Hauses die zweite Scheidung vollzog.

Paulus stellt sein Gutachten unter den (sich bei der Wiedervereinigung von Ehegatten immer aufdrängenden) Vorbehalt, daß die erste Ehe durch eine wirkliche Scheidung aufgelöst wurde, und betont die weitere Voraussetzung, daß, auch wenn die Mitgift beim Ehemann verblieb²⁸, das Dotalpaktum nicht erneuert wurde. Daß er nicht davon ausgeht, die *quasi renovatio* der *dos* erfasse auch die Abrede, erklärt sich wahrscheinlich aus dem anerkannten Auslegungstopos des *favor dotis*²⁹, wird mit dieser Auslegung doch das die Frau benachteiligende *pactum* in Grenzen gehalten.

Aus dem Wegfall des *pactum* folgt, daß die gesetzliche Regelung anzuwenden ist, eine *retentio propter liberos* also nur bei *culpa mulieris* ausgeübt werden kann (UE 6,10). Mit dieser Hervorhebung bestätigt Paulus zugleich die für unseren Zusammenhang entscheidende und schon aus fr. Vat. 106 erschlossene Annahme, daß dann, wenn das *pactum* erneut vereinbart worden wäre, die Sechstel auch unabhängig von einer Schuld der Frau hätten einbehalten werden können³⁰. Daß es sich bei den Dotalpacta zur Einbehaltung der *gesamten dos* bei einer Scheidung ohne Verschulden des Mannes ganz entsprechend verhält, die Frau also ohne ihr Verschulden die Mitgift verlieren kann, ergibt sich aus fr. Vat. 120.

Bei Lichte besehen kann sich das *pactum* also als eine die gesamte Mitgift erfassende verschuldensunabhängige Verfallklausel zu Lasten der Ehefrau erweisen. Bedenkt man, daß die *dos* den nahehelichen Unterhalt der Ehefrau sichern und ihre Wiederverheiratungschancen wahren sollte, so wird klar, daß sich das *pactum* in dieser Situation für die schuldlose Frau geradezu existenzvernichtend auswirken und sie von einer Scheidung abschrecken würde. Mit dem Prinzip *libera matrimonia esse antiquitus placuit* steht das in einem bislang kaum beachteten³¹ krassen Widerspruch.

3.3 Eine Erklärung für diesen noch in der Spätclassik fortbestehende Widersprüchlichkeit dürfte im römischen Traditionalismus liegen. In Zeiten, die über das 2. Jahrhundert v. Chr. zurückreichen, war es in Fällen des Ehebruchs und eines anderen als gravierend

27 Vgl. o. Fn. 15.

28 Das bedarf hier keiner Vertiefung. Zur Möglichkeit einer stillschweigenden Neubestellung s. A. Wacke, Zur Lehre vom *pactum tacitum*, SZ 91 (1974) 251ff. mit Mod. D. 23,3,13; Iav. D. 23,3,64; Sev.-Ulp. D. 23,3,40 (*quasi renovata dote*).

29 Zu diesem J.F. Stagl, *Favor dotis*, Wien, Köln 2009, freilich ohne Berücksichtigung von fr. Vat. 107.

30 Ebenso Wolff und Yaron (beide Fn. 26); Stiegler (Fn. 14), S. 442.

31 Wohl nur Söllner (Fn. 24), S. 124 hat bislang die allgemeine „Vorstellung einer freien, jederzeit ohne Rechtsnachteil aus freien Stücken lösbaren Ehe“ als ein „zumindest unvollständiges Bild“ kritisiert. Siehe etwa Kaser (Fn. 13), S. 326 („Im ganzen aber gilt die Freiheit der Scheidung als unantastbares, aus dem Wesen der Ehe folgendes Prinzip“).

aufgefaßten Fehlverhaltens der Frau, etwa heimlichem Weingenuß, dem Mann erlaubt, bei der Scheidung die Mitgift zu behalten, ganz abgesehen von dem (von der *lex Iulia de adulteriis* beseitigten) Recht, die beim Ehebruch angetroffene Frau zu töten³². Hier tritt deutlich hervor, daß die Einbehaltung der *dos* eine Strafe für den Ehebruch darstellt. Dieses Verständnis hat sich auch zu den *retentiones* in deren Fassung durch die *lex Iulia de adulteriis* von 17 v. Chr. erhalten, die deshalb *morum graviorum nomine* mit einem Sechstel höher ausfallen als die ein Achtel ausmachenden *leviorum nomine* und die deshalb *propter liberos* eine *culpa* der Frau an der Scheidung voraussetzen³³.

Die überkommene Rechtslage hat offenbar auch nach Erlaß der augusteischen Ehegesetze noch die Vorstellungen der maßgeblichen Kreise in dem Sinne beeinflußt, daß man über die Sanktionen der Gesetze hinaus zur Sicherung der ehelichen Treue der Frau am Herkömmlichen festhalten sollte, freilich auch in Anpassung an diese Gesetze. Denn das Erfordernis, daß zumindest ein Kind in der Ehe geboren ist, dürfte erst durch sie begründet worden sein, ergab sich aus diesem Umstand doch, daß die Ehe zur Erfüllung des „bevölkerungspolitischen Auftrags“ der augusteischen Ehegesetze tauglich war; aus einer solchen Ehe auszubrechen, lief dem staatlichen Interesse zuwider³⁴. Es kommt hinzu, daß der „Leitfall“ einer nicht vom Ehemann verschuldeten Scheidung ein Ehebruch der Frau gewesen sein wird. Dieser zog nach der *lex Iulia de adulteriis* ein Scheidungs- und Anklagegebot für den Ehemann, der andernfalls als Kuppler (*leno*) bestraft werden würde, nach sich; die schuldige Frau wurde mit dem teilweisen Verlust ihrer Mitgift aufgrund der *retentiones propter liberos* und *propter mores* bestraft³⁵; darüber hinaus traf sie das Verbot der Wiederverheiratung³⁶. Hinzu traten in der strafgerichtlichen *quaestio de adulteriis*, die durch die *lex Iulia* von 17 v. Chr. eingeführt wurde, die Relegation der Frau und des Ehebrechers auf verschiedene Inseln und für die Frau die Konfiskation der Hälfte ihrer Mitgift und eines Drittels der *parapherna*³⁷. Angesichts dieser Sanktionen bestand kein Wiederverheiratungsinteresse mehr, das es gerechtfertigt hätte, ihr die Mitgift zu sichern; im übrigen war es Zweck der Strafe, die Frau in Mitgift und Vermögen zu treffen, womit auch einer Sicherung ihres Versorgungsinteresses die Grundlage entzogen war. Wenn aber für den Hauptfall einer

32 Dionysios v. Halikarnass 2,25; Plutarch, Romulus 22; Plinius, N.H. 14,90 und vor allem Gellius, N.A. 10,23,4-5 (aus der Rede des Cato Censorius *de dote*: „vir ... cum divortium fecit mulieri iudex pro censore est. imperium quod videtur habet. si quid pervorse taetrique factum est a muliere, multatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur ... in adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio impune necares ...“); dazu Näheres bei W. Kunkel, Das Konsilium im Hausgericht, SZ 83 (1966) 234ff., der aus *vir ... iudex pro censore* folgert, es gehe in der ersten Fallgruppe um ein Multierungsrecht des Mannes, nach Art zensorischen Sittengerichts Abzüge *propter mores* zu machen.

33 Vgl. auch UE 6,13: *Mariti mores puniuntur ...*

34 Vgl. M. Humbert, Le remariage à Rome, 1972, S. 278.

35 Vgl. o. zu Fn. 14.

36 Kaser (Fn. 13), S. 319 Fn. 10. Ein Mann, der sie in Kenntnis ihrer Verurteilung wegen Ehebruchs heiratete, unterlag einer Bestrafung wegen *lenocinium*, Ulp. D. 48,5,30,1.

37 Th. Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 698f. (mit Pauli sent. 2,26,14); B. Santalucia, Diritto e processo penale, 2. Aufl., Mailand 1998, S. 204 mit Fn. 57. In Homenaje Guzmán (Fn. 12), S. 83 ist mir leider eine (lucubrationsbedingte) Vermengung der privatrechtlichen und der strafrechtlichen Scheidungssanktionen der *lex Iulia* unterlaufen.

Scheidung aus Verschulden der Frau schon von Gesetzes wegen derart einschneidende Sanktionen bestanden, werden Braut und Brautvater keinen größeren Widerstand gegen das Paktum aufgebracht haben, wonach die Mitgift bei einer Scheidung ohne Verschulden des Mannes bei diesem verbleiben sollte.

Im übrigen wird es sich bei der an sich selbstverständlichen Einschränkung *si modo non culpa viri divortium factum est* (fr. Vat. 120) um eine feste Klausel der Vereinbarung, die *dos* solle im Scheidungsfall beim Mann verbleiben, handeln, die sich in der Formularpraxis gebildet hat und bei der der eher seltene Fall einer von keiner Seite verschuldeten Scheidung außer acht gelassen wurde. Heutzutage würde man durch teleologische Reduktion zu dem Ergebnis kommen, daß dieser Fall von der Vereinbarung nicht erfaßt sei. Für die Klassik bleibt jedoch der ungelöste Widerspruch zum Prinzip der *libera matrimonia*. Und es bleibt der Eindruck, daß die römischen Ehefrauen durch die sehr bedrohlichen Konsequenzen von Dotalpakta, die ihre Hausväter für sie abgeschlossen oder auf die sie selbst sich möglicherweise in einer gewissen *levitas animi* eingelassen hatten, an ihre Ehe gefesselt werden konnten.

Gegen Ende seiner 1. Satire bei Ratschlägen für einen Liebe suchenden Mann – Passagen, die Wieland in seiner vorzüglichen Ausgabe ausließ, denn es würden „weder unsre Sitten noch unsre Ohren ... diesen Grad von altrömischer Freyheit, und die etwas cynische Laune, welcher Horaz hier den Zügel schiessen läßt, ertragen können“³⁸ – trifft Horaz den Punkt, wenn er die Frau, die während des Abenteuers mit einem Liebhaber von dem Ruf aufgeschreckt wird, ihr Mann näher sich dem Hause, als erste Reaktion an den Verlust ihrer Mitgift denken läßt³⁹.

Abstract

As becomes apparent if one studies *pacta dotalia*, the principle *libera matrimonia esse antiquitus placuit* did not apply quite as unrestrictedly as commonly assumed. These *pacta* could involve discrimination against women in the sense that a subsequent divorce would threaten their subsistence.

38 M.C. Wieland, Horazens Satiren, 2. Aufl. 1804, Nachdruck Nördlingen 1985, S. 46.

39 Horaz, Sat. 1,2,131.