
This is the **accepted version** of the review article:

Stagl, Jakob Fortunat. «Die ratio des schenkungsverbotes unter ehgatten : Monopolisierung des Ehegüterrechts im Dotalregime». Tijdschrift voor Rechtsgeschiedeni = Legal History Review, Vol. 85 Núm. 1/2 (2017), p. 141-165. DOI 10.1163/15718190-08512p06


This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/306666>

under the terms of the  **IN COPYRIGHT** license

This is the **accepted version** of the review article:

Stagl, Jakob Fortunat. «Die ratio des schenkungsverbotes unter ehgatten : Monopolisierung des Ehegüterrechts im Dotalregime». Tijdschrift voor Rechtsgeschiedeni = Legal History Review, Vol. 85 Núm. 1/2 (2017), p. 141-165. DOI 10.1163/15718190-08512p06

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/306666>

under the terms of the  **IN COPYRIGHT** license

Die Ratio des Schenkungsverbotes unter Ehegatten:

Monopolisierung des Ehegüterrechts im *ius dotium*

Jakob Fortunat Stagl

I. Einleitung

Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest. Dieser Satz Julians¹ trifft wohl auf keine Regel mehr zu als auf das Verbot der Schenkung unter Ehegatten². So ist es insbesondere eine ungelöste Frage, ob dies Verbot auf die *lex Iulia et Papia* (18 v./9 n. Chr.) zurückgeht³, auf die *lex Cincia de donis et muneribus* (204 v. Chr.) mit ihrem Verbot von Schenkungen in einer bestimmten Höhe⁴ oder ob es älteren, gewohnheitsrechtlichen Ursprungs ist: In der *manus*-Ehe habe der Mann der Frau angesichts ihrer Vermögensunfähigkeit nichts schenken können; die hieraus sich ergebende Rechtslage sei dann auf die Ehe ohne *manus* übertragen worden⁵. Die Antwort auf diese Frage ist der Schlüssel zum richtigen Verständnis der Ratio dieses Verbotes. Wenn es sich nämlich auf die *lex Iulia et Papia* zurückführen ließe, was die hier vertretene Ansicht ist, dann hätte es notwendigerweise Teil an deren Zweck, „Kopfzahl, Niveau und Moral“⁶ der Römer zu heben, wie Kaser deren Telos treffend fasste⁷. Mit dem Rätsel des Ursprungs ließe sich also auch das Rätsel der Ratio lösen.

Für einen Ursprung in der *lex Iulia et Papia* spräche, so die herkömmliche Argumentation, dass man mit lebzeitigen Schenkungen die passive Erbunfähigkeit umgehen könnte, die sich einstellt, wenn die Eheleute das *ius liberorum* nicht haben⁸. Auch wird in den Quellen das Schenkungsverbot erstmals im Hinblick auf einen Zeitgenossen Augustus' erwähnt, nämlich Maecenas (70–8 v. Chr.)⁹. Hinzu tritt das Terentius Clemens in seinem Kommentar *Ad legem Iuliam et Papiam* Probleme der Schenkung unter Ehegatten behandelt¹⁰. Gegen die augusteische Ehegesetzgebung als *sedes materiae* spricht, dass die Juristen das

¹ D. 1, 3, 20.

² Auch Nichtjuristen wie Plutarch beißen sich am Schenkungsverbot die Zähne aus: Qu. R. 7 u. 8. Mit umfangreicher Bibliographie hierzu F. J. Andrés Santos, *En torno a el origen y fundamento de la prohibición de la donación entre cónyuges: Una reconsideración crítica*, 42–43 (2001) p. 317 ff., auf dessen nützlichen Beitrag hier vielfach vor allem in Hinblick auf Quellen und Bibliographie zurückgegriffen wurde.

³ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, Bd. I, 2. Aufl., Rom 1963, p. 287 ff.; A. Manzo, *Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi*, Labeo 37 (1991) p. 342 ff.; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 121. Diese Ansicht geht zurück auf I. Alibrandi, *Ricerche sul divieto delle donazioni tra coniugi*, in: *Opere giuridiche e storiche*, Bd. 1, Rom 1896, p. 595 ff. Weitere Nachweise bei Andrés Santos, *Origen* (*supra* n. 2) p. 320 mit n. 2.

⁴ Grundlegend W. Francke, *Über Rückzahlung der Dos während der Ehe, nebst Bemerkungen über Schenkungen unter Ehegatten*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 18 (1835) p. 1 ff.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Mailand 1990, 775. Weitere Nachweise bei Andrés Santos, *Origen* (*supra* n. 2) p. 320 mit n. 9.

⁵ Das ist die alte, einfach dem Text folgende Auffassung: M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl., München 1971, p. 331. Weitere Nachweise bei Andrés Santos, *Origen* (*supra* n. 2) p. 320 mit n. 13.

⁶ Kaser, *RPR I* (*supra* n. 5) p. 318.

⁷ S. jetzt auch A. Dolganov, *Imperialism and Social Engineering: Augustan Social Legislation in the Gnomon of the Idios Logos*, in: Harter-Uibopuu, K. and Kruse, T. (Hg.) *Dienst Nach Vorschrift: Vergleichende Studien zum „Gnomon des Idios-Logos.“* 3 Internationales Wiener Kolloquium zur Antiken Rechtsgeschichte. Wien (im Erscheinen).

⁸ M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, 20. Aufl., München 2014, Rn. 58/27 u. 71/13.

⁹ Lab.-Iav. D. 24, 1, 64.

¹⁰ D. 24, 1, 25.

Schenkungsverbot auf das Herkommen stützen¹¹ – *moribus apud nos receptum est...* (D. 24, 1, 1) – und nicht unmittelbar auf die *lex Iulia et Papia*¹². Die Formulierung *maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt* (D. 24, 1, 3) aus dem Munde eines seiner severischen Herren, die Ulpian uns im selben 32. Buch seines Ediktskommentares überliefert, klingt freilich schon sehr viel mehr nach einem positiven Rechtssetzungsakt¹³. Auch weist es auf eine Herkunft aus einem Gesetz, wenn die Juristen das Schenkungsverbot im *ius civile* verorten, was vielfach der Fall ist¹⁴: *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit* (Pap. D. 1, 1, 7). Noch deutlicher sind direkte Bezüge auf Gesetze wie etwa in Vat. 273: ... *legum aequitatem*... (weiter zu dieser Frage unten).

Astolfi jedenfalls, sicher einer der besten Kenner dieser Frage, hat sie angesichts dieser Argumente pro und contra die Frage nach dem Ursprung der *lex Iulia et Papia* mit einem resignativen *non liquet* beantwortet¹⁵.

Aufgabe des vorliegenden Beitrages ist es ein neues und – hoffentlich – entscheidendes Argument zugunsten der *lex Iulia et Papia* als *sedes materiae* des Schenkungsverbotes unter Ehegatten zu entwickeln und dieses Argument ergibt sich, wie zu zeigen sein wird, aus der Struktur des römischen Ehegüterrechts¹⁶.

II. Die Juxtaposition von Schenkungsverbot und Dotalrecht

Wenn wir in die Quellen des römischen Rechts blicken, dann finden dort kein Äquivalent des Begriffs eines Ehegüterrechts, wir finden stattdessen einen auf den ersten Blick sehr viel engeren Ausdruck, den der *dos* (Mitgift). Es bestehen allerdings Zweifel, ob dieser Ausdruck wirklich nur die Mitgift meint oder ob er nicht vielmehr weiter zu verstehen sei. In der *Constitutio Omnem* berichtet Justinian davon, dass er für den Unterricht, sprich für die Institutionen, *ex collectione quidem tripertiti voluminis, quod pro dotibus composuimus, uno libro excerpto* veranstaltet habe (§ 3)¹⁷. Ein Schluss auf das, was er mit dem Begriff *dos* meint, ergibt sich also aus dem Inhalt dieser drei *volumina*: Der Titel 23, 1 der Digesten behandelt *De sponsalibus*, Titel 23, 2 *De ritu nuptiarum*, Titel 23, 3 *De iure dotium*, Titel 23, 4, *De pactis dotalibus*, Titel 23, 5 *De fundo dotali*. Nun zum 24. Buch: Titel 24, 1 behandelt *De donationibus inter virum et uxorem*, Titel 24, 2 *De divortiis et repudiis*, Titel 24, 3 *Soluta matrimonio dos quemadmodum petatur*. Nun zum 25. Buch: Titel 25, 1 behandelt *De impensis in res dotales factis*, Titel 25, 2 *De actione rerum amotarum*, Titel 25, 3 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*, Titel 25, 4 *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*, Titel 25, 5 *Si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*, Titel 25, 6 *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur* und schließlich Titel 25, 7 *De concubinis*. Die drei Bücher, welche Justinian

¹¹ Zur Frage, ob es Gewohnheitsrecht überhaupt gegeben hat, Darstellung des Streitstandes und Stellungnahme bei M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien etc. 1986, p. 21 ff.

¹² Ulp. D. 24, 1, 1; hierzu Manzo, *Sull'origine (supra Fn. 3)* p. 342 f.

¹³ S. auch Proc.-Pomp. D. 24, 1, 31, 7.

¹⁴ Ulp. D. 23, 3, 5, 9; Paul. D. 24, 1, 3, 12; Ulp. D. 24, 1, 5, 18; Paul. D. 24, 1, 26 pr.; Paul. D. 41, 2, 1, 4; Paul. vat. 96; Alex. Sev. C. 5, 16, 20 (a. 294). Es findet sich auch die Formulierung *ius* oder *iure constitutum* oder *vulgatum* (i. S. v. bekannt machen): Ter. Clem. D. 24, 1, 25; Ulp. D. 24, 1, 32, 24; Ulp. D. 24, 1, 28, 2; Pap. vat. 294. Verdienstvoll hierzu Andrés Santos, *Origen (supra n. 2)* p. 323.

¹⁵ R. Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, 4. Aufl., Mailand 1996, p. 160. Ähnlich skeptisch KASER, RPR I 331 und ders., *Ausgewählte Schriften*, Camerino 1975, p. 314.

¹⁶ Einen Vorläufer hat diese Argumentation in A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Wien-Köln 1969, p. 127 ff.

¹⁷ Zur justinianischen Studienordnung jetzt J. F. Stagl, *Das didaktische System des Gaius*, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung 131 (2014) p. 313, 329 ff.

pro dotibus, kompilieren ließ, zerfallen grob gesagt in zwei Teile: das eigentliche Ehegüterrecht und Apendixmaterien. In einem logischen Aufbau wird zunächst das Verlöbnis behandelt, dann die Eheschließung und zum Schluss als Krönung die maßgebliche Rechtsfolge der Eheschließung, die Mitgift, für deren Entstehen der Eheschluss eine eherne Voraussetzung ist¹⁸. Die beiden folgenden Titel *De fundo dotali* und *De donationibus inter virum et uxorem* behandeln die rechtliche Situation der *dos* während der Ehe. Darauf folgen die Ehescheidung und ihre Auswirkungen auf die Mitgift, nämlich das Entstehen eines Resitutionsanspruchs der Frau und seine rechtliche Ausgestaltung.

Für den folgenden weiteren Gedankengang ist es entscheidend, ob wir es hier mit einer klassischen oder einer justinianischen Anordnung des Stoffes zu tun haben. Die Fragmente von *De Donationibus inter virum et uxorem* (D. 24, 1) stammen kurioserweise ganz überwiegend aus den Sabinuskomentaren¹⁹ und nicht aus den Ediktskomentaren²⁰: In den Sabinuskomentaren wiederum wird das Schenkungsverbot gemeinsam mit der Mitgift behandelt²¹, dasselbe gilt auch für die Ediktskomentare soweit wir darüber aufgrund der wenigen Fragmente informiert sind²². Die Juxtaposition von Schenkungsverbot einerseits und Dotalrecht andererseits ist also keineswegs eine justinianische Erfindung, sondern vielmehr klassisch. Aus Sicht der klassischen Jurisprudenz ist das Schenkungsverbot unter Ehegatten ein integrierender Teil des Ehegüterrechts, das sie *pars pro toto* als *dos* bezeichnen. Damit gilt es zu fragen, was die klassischen Juristen bewogen haben mag, diese beiden Rechtsmaterien als innerlich verwandt zu betrachten. Hierzu tut es not, sich die besondere Statik der römischen Ehe und ihres Güterrechts zu vergegenwärtigen.

III. Das Gefüge des römischen Ehegüterrechts

Die römische Ehe konnte bekanntlich völlig frei eingegangen werden und dementsprechend frei auch wieder aufgelöst werden: Es reichte, dass einer der beiden Eheleuten sie für beendet erklärte²³. Zumindest in der Oberschicht – und auf diese kam es Augustus an – bedeutete dies, dass Scheidung in einem solchen Ausmaß häufig war, dass die freie Ehescheidung geradezu als Charakteristikum des römischen Rechts bezeichnet werden kann²⁴. Völlig gegenläufig war das Anliegen der augusteischen Ehegesetzgebung: Personen der Oberschicht sollten verheiratet sein und Kinder haben²⁵. Neben den bekannten positiven und negativen Sanktionen der *lex Iulia et Papia* erfüllt das Regime des römischen Dotalrechts diese Funktion auf treffliche Weise. Das System beruht auf dem festesten in der römischen Gesellschaft verankerten Brauch, dem Bräutigam von Seiten der Braut, d. h. im Idealfall ihres Vaters, eine größere Zuwendung zu machen²⁶. In der sozialen Anschauung gab es keine Ehe ohne Mitgift und galt die Bestellung

¹⁸ D. 23, 3, 3, Karl Czychlarz, *Das römische Dotalrecht*, Gießen 1870, p. 77 ff.

¹⁹ D. 24, 1: 1–3, 5, 7, 9, 11–13, 15, 17, 19, 21–24, 26, 28–29 und 31–34.

²⁰ D. 24, 1: 8, 10, 14, 30, 35–36, 42, 45–46 und 61.

²¹ Ulpian behandelt die Ehegattenschenkung nach der Rekonstruktion Lenels im 32. u. 33. Buch *Ad Sabinum* gemeinsam mit dem Dotalrecht. Genauso verfahren Paulus im 7. und Pomponius im 14. Buch ihrer *Sabinuskomentare*.

²² Ulpian behandelt die Ehegattenschenkung, nach der Rekonstruktion Lenels, gemeinsam mit der Mitgift im 34. Buch seines *Ediktskomentares*; ebenso verfahren Paulus im 36. und Gaius im 11. Buch ihrer entsprechenden *Kommentare*.

²³ Kaser, *RPR I* (*supra* n. 5) p. 326 f.

²⁴ F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1954, Rz. 181, bezeichnet die Leichtigkeit der Scheidung als „the keystone of the Roman legal building“.

²⁵ A. Mette-Dittmann, *Die Ehegesetze des Augustus*, Stuttgart 1991; D. Nörr, Planung in der Antike. Die Ehegesetze des Augustus, in: *Historiae iuris antiqui*, hrsg. v. T. Chiusi et al., München, 2003, Bd. 2, p. 1093 ff.; J. F. Stagl, *Favor dotis – Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien 2009, p. 27 ff.

²⁶ Stagl, *Favor dotis* (*supra* n. 25) p. 8 ff., 22 ff.

einer solchen als Zeichen dafür, dass die eingegangene Verbindung kein Konkubinat sei²⁷. Durch diese Zuwendung gibt der Vater der Braut nicht nur seine Tochter, sondern ein Stück seines Vermögens in die Hand des Bräutigams. In der klassischen Zeit ein bedeutendes Stück seines Vermögens, ungefähr die Einkünfte eines Jahres nämlich²⁸. Damit hält der Mann ein Pfand für das Wohlverhalten seiner Frau und seiner Schwiegerfamilie in der Hand. Gleichzeitig ist die *dos* aber auch ein Hebel für Wohlverhalten in den Händen der Frau und ihrer Familie. Die Frau kann sich jederzeit scheiden lassen und die *dos* zurückfordern²⁹. Man stelle sich vor wie unangenehm es ist, eine große Summe, an deren Genuss man sich gewöhnt hat, zurückzahlen zu müssen und sei es auch *annua bima trima*³⁰. Diese Situation ist so unangenehm und die dadurch der Frau über den Mann gegebene Macht so evident, dass sie zum Topos der Komödiendichter werden konnte³¹. Allerdings ist die Macht der Frauenseite alles andere als unbeschränkt, hat der Mann doch Retentionsrechte wegen der Impensen, der gemeinsamen Kinder, welche ihm verbleiben, und *propter mores*³². Auf der anderen Seite ist die Frau gegen eine völlige Verschwendungssucht des Mannes dadurch geschützt, dass er den wichtigsten Vermögensgegenstand der römischen Wirtschaft, den *fundus*, nicht veräußern kann, also nur die Stellung eines Nießbrauchers hieran hat (*lex Iulia de fundo dotali*)³³. In dem Moment also, in dem die unausweichliche *dos* bestellt worden war, entstand eine Lage wechselseitiger Erpressbarkeit angesichts welcher kluge Eheleute gut beraten waren, einander treu zu bleiben. Wie schwer der Alp dieses Regimes empfunden wurde, zeigen die Parapherna³⁴. Hierbei handelt es sich um extradotales Vermögen der Frau („Nebengut“), also Vermögen, dass ausschließlich unter der Kontrolle der Frau stand. Aus dem Umstand, dass in dem uns bekannten Fall der Tochter des Gnaeus Piso³⁵ *pater* die Parapherna viermal so groß wie die Mitgift waren³⁶, kann man schließen, dass eine starke soziale Tendenz gab, der verheirateten Frau weitestgehende finanzielle Unabhängigkeit zu gewähren und dass angesichts dieser Tendenz die *dos* selbst begann, unwichtig zu werden. Dieselbe Tendenz schlägt sich in der kautelarjuristischen Phantasie nieder, mit welcher in den *pacta dotalia* sichergestellt wurde, dass der Ehemann die *dos* so spät wie möglich und nur unter den für die Frau günstigsten Umständen erhielt³⁷.

Es liegt nun auf der Hand, dass es alle möglichen Tendenzen gab, dieses Regime nicht nur dadurch zu vermeiden, dass man der *dos* die wirtschaftliche Substanz entzog, sondern auch dadurch, dass man dotales Vermögen von den Fesseln des dotalrechtlichen Regimes befreite. Ein Weg hierzu war die Restitution der Mitgift in aufrechter Ehe. Dies ist durch die *lex Iulia et Papia* verboten und damit sanktioniert, dass diese Restitution als nicht erfolgt anzusehen ist. Die Frau kann also bei Auflösung den Wert dieses Dotalgegenstandes noch einmal fordern³⁸. An diesem Rechtssatz wird deutlich, dass die Mitgift eine öffentliche Funktion wahrnimmt,

²⁷ C. Fayer, *La familia romana*, Rom 1994–05, p. 673 mit n. 2.

²⁸ R. P. Saller, *Patriarchy, property and death in the Roman family*, Cambridge 1994, 216.

²⁹ Diesen Aspekt erhebt Bechmann zur zentralen Perspektive seiner Darstellung des Dotalrechts; C. A. Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, Bd. 1, Gießen 1862, p. 9 ff., 106 ff.

³⁰ UE 6, 8. Hierzu Czyhlarz, *Dotalrecht* (*supra* n. 18) p. 355 ff.

³¹ Nachweise bei Stagl, *Favor dotis* (*supra* n. 25) p. 66 f.

³² UE 6, 9. Kaser, *RPR I* (*supra* n. 5) p. 339 f.

³³ PS 2, 21b, 2 u. Paul. D. 23, 5, 1 pr. mit Stagl, *Favor dotis* (*supra* n. 25) p. 255 ff.

³⁴ Hierzu J. Platschek, *Das Nebengut der Ehefrau in D. 23.3.9.3 (Ulp. 31 Sab.): quae Gaiae peculium appellantur*, Quaderni Lupiensi 5 (2015) p. 125–138.

³⁵ Dass es sich um die Tochter handelt, ist die einzig plausible Interpretation; F. Lamberti, *Famiglia romana e i suoi volti*, Turin 2014, p. 181 ff.

³⁶ SC de Cn. Pisone patre Z. 103–105.

³⁷ Siehe zum Beispiel Ulp. D. 23, 4, 11. Zu den *pacta dotalia* Czyhlarz, *Dotalrecht* (*supra* n. 18) p. 429 ff.

³⁸ Ergibt sich *e contrario* aus Paul. D. 23, 3, 73 u. 24, 3, 20. Ausführlich hierzu Stagl, *Favor dotis* (*supra* n. 25) p. 295 ff.

man könnte sagen, dass der Dotalgegenstand zur öffentlichen Sache wird, was zur Folge hat, dass die Ehegatten diese Widmung nicht privatautonom aufheben können³⁹. Aber warum sollten der Ehemann die *dos* bei aufrechter Ehe restituieren? Die Höhe der bestellten Mitgift ist Ausdruck des Status der beteiligten Familien und Personen. Die Familie der Frau hat aber für gewöhnlich und aus nachvollziehbaren Gründen die allergrößte Scheu, die Mitgift der Kontrolle des Ehemannes zu übertragen, muss sie die Mitgift doch bei Auflösung der Ehe unter den größten Schwierigkeiten wieder erstreiten. Es lag daher nahe, nach außen eine möglichst hohe Mitgift zu bestellen und unter der Hand mit dem Ehemann zu vereinbaren, dass er sie – teilweise – bei aufrechter Ehe restituiert. Das wird indirekt belegt durch das Phänomen der Schein-Mitgiften, bei denen nur der äußere Schein einer hohen Mitgift erzeugt wird, eine reale Vermögensverschiebung in diesem Ausmaß aber nicht stattfindet⁴⁰. Indem die *lex Iulia et Papia* die Restitution bei aufrechter Ehe unterbindet, schützt sie nicht die Frau, sondern die *dos* als Institution, zwingt diese Institution doch die Eheleute aneinander: je größer sie ist, desto mehr.

IV. Die Monopolisierung des Ehegüterrechts in der *dos* als Ratio des Verbotes der Ehegattenschenkung

Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten ist – damit kommen wir zur zentralen These dieses Beitrages – als eine weitere Maßnahme seitens der Rechtsordnung zu begreifen, solchen Tendenzen zur Aushöhlung der *dos* Einhalt zu gebieten, und zwar in „denkendem Gehorsam“ gegenüber der *lex Iulia et Papia*, welche die *dos* in Dienst der augusteischen Familienpolitik gestellt hatte.

Das Dotalregime zwingt – wie gesagt – die Frauenseite dazu, der Mannesseite einen Teil ihrer Vermögens zur Verwaltung zu übergeben, kompensiert sie aber für diesen Verlust mit allen möglichen Garantien, die wiederum von Gegenrechten des Mannes in Schach gehalten werden. Dieses fein ausbalancierte System wechselseitiger Erpressbarkeit würde aus dem Gleichgewicht gebracht werden, wenn es während aufrechter Ehe zu bedeutenden Vermögensverschiebungen zwischen den Ehegatten kommen würde, aus welchem Grunde die Restitution der *dos* bei aufrechter Ehe verboten und mit schweren Sanktionen belegt ist. Wenn nun der Mann der Frau ein bedeutendes Geschenk macht, dann wird das aus seiner Sicht als vorzeitige Resitution der Mitgift aufzufassen sein – was in der *lex Iulia et Papia* aber verboten ist⁴¹. Das Schenkungsverbot unterbindet also Umgehungsgeschäfte.

Ein Beispiel hierfür ist etwa Ulp. D. 24, 1, 7, 6 (31 ad Sab.): *Si uxor a marito suo praedia, quae ob dotem pignori acceperat, emerit eaque emptio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti, pignoris tamen obligationem durare imperator noster cum patre suo rescripsit, cuius rescripti verba ideo rettuli, ut appareat venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari. „si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum. at si titulus donationis quaesitus ostenditur atque ideo venditionem irritam esse constabit, iure publico causam pignorum integram obtinebis“.*

In dieser Konstellation hatte die Frau, was durchaus üblich war, die *dos* lediglich versprochen und zur Sicherheit Grundstücke übereignet, die *dos* war also nominell viel größer als in der Wirklichkeit. In aufrechter Ehe veräußert der Mann die Grundstücke – wie zu

³⁹ Stagl, *Favor dotis* (supra n. 25) p. 310 ff.

⁴⁰ Stagl, *Favor dotis* (supra n. 25) p. 133 ff.

⁴¹ Zur *lex Iulia et Papia* als *sedes materiae* des Rückforderungsverbotes Stagl, *Favor dotis* (supra n. 25) p. 295 f.

vermuten ist – weit unter Wert an die Frau und begibt sich damit der realistischen Chance, die *dos* jemals zu erhalten. Diese Veräußerung ist als Ehegattenschenkung nichtig und das Sicherungseigentum des Mannes an den Grundstücken bleibt *iure publico* aufrecht. Dieser Regel liegt dieselbe Ratio zugrunde wie dem Verbot der Restitution der Mitgift: die einmal bestellte *dos* wird telle quelle wider den Willen der Eheleute aufrechterhalten.

Die Zulässigkeit von Schenkungen würde auch die Funktion der *dos* gefährden, die Ehe zu stabilisieren: Die Frau könnte den Mann damit „erpressen“ (Karlowa⁴²), sich scheiden zu lassen mit der Folge, dass er ihr die *dos* restituieren müsste, wenn er ihr nicht etwas schenkte. Dies kommt in zwei Stellen zum Ausdruck, zunächst:

Paul. D. 24, 1, 2 (7 ad Sab.): [...] *Sextus Caecilius et illam causam adiciebat* [zur Begründung des Schenkungsverbotes], *quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia*⁴³.

Berühmtestes Beispiel hierfür ist die Scheidung von Maecenas und Terentia, von welcher Labeo berichtet⁴⁴. Natürlich ist es auch denkbar, dass der Mann die Frau erpresst, ihm etwas zu schenken. Erweist sie sich freigiebig, so genießt sie hinsichtlich der Rückforderung bei Auflösung der Ehe gerade nicht die Privilegien des Dotalregimes. Würde sie einfach die *dos* erhöht haben, was durch ein *pactum* ohne weiteres möglich ist⁴⁵, so würde sie des Schutzes des Dotalregimes nicht entraten haben, sich also erheblich besser gestellt haben.

Das Schenkungsverbot unter Ehegatten ist also ein Instrument dazu, Vermögensverschiebungen zwischen den Ehegatten im Dotalrecht zu monopolisieren. Und diese Monopolisierung wiederum erheischt die *lex Iulia et Papia* mit ihren sozialpolitischen Zielsetzungen. In den Quellen bestätigt wird diese innere Verwandtschaft in der bereits erörterten Juxtaposition von Dotalrecht und Verbot der Ehegattenschenkungen in den Sabinus- und Ediktskommentaren der Klassiker. Zum zweiten findet sich, wenn auch weniger technisch formuliert, diese Ratio legis in Begründungen der Klassiker selbst: Ulp. D. 24, 1, 1 (32 ad Sab.): *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*⁴⁶.

Beim Wort genommen ist die von Ulpian gegebene Begründung wenig stimmig: wie sollen sich die Ehegatten gegenseitig ausplündern können? Wenn beide einander beschenken, bleiben die Eheleute in Summe gleich reich oder arm und auch der einzelne Ehegatte: Was er durch seine Geschenke verliert, gewinnt er durch die Geschenke des anderen. Die fatalen Folgen der Ehegattenschenkung zeigen sich erst, bei Auflösung der Ehe: Der Mann läuft Gefahr, die Mitgift trotz der seiner Frau gemachten Geschenke zurückzahlen zu müssen und die Frau enträt der besonderen Privilegien der Dotalklage – wie auch der Mann, der die Impensen nicht geltend machen kann. In diesem Sinne berauben sich die Ehegatten, sie berauben sich der Positionen, die ihnen nach der Vorstellung des Dotalrechts zustehen sollen.

⁴² O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. 2, Leipzig 1901, p. 226.

⁴³ Der gleiche Gedanke findet sich ausgedrückt bei: Ulp. D. 24, 1, 3 pr.

⁴⁴ D. 24, 1, 64. Hierzu A. Guarino, *Mecenate e Terenzia*, in: Labeo 38 (1992) p. 137 ff.

⁴⁵ Z.B. *e contrario* Paul. D. 23, 4, 28

⁴⁶ S. auch Paul. D. 24, 1, 28, 2; Pomp. D. 24, 1, 31, 7.

Der hier dargelegte Zusammenhang zwischen Dotalrecht und Schenkungsverbot zeigt sich exemplarisch in einer Stelle aus dem 32. Buch von Ulpian's Ediktskommentar:

D. 24, 1, 21, 1: *Si uxor viro dotem promiserit et dotis usuras, sine dubio dicendum est peti usuras posse, quia non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur. quid tamen, si maritus uxori petitionem earum remiserit? eadem erit quaestio, an donatio sit illicita: et Iulianus hoc diceret: quod verum est. plane si convenerat, uti se mulier pasceret suosque homines idcirco passus est eam dote sua frui, ut se suosque aleret, expeditum erit: puto enim non posse ab ea peti quasi donatum, quod compensatum est*⁴⁷.

Die Frau verspricht eine *dos*, sagen wir eine *insula*, und deren Zinsen, sprich die Mieteinnahmen. Der Mann kann die Zinsen nur dann Fordern, wenn diese nicht eine – verbotene – Schenkung unter Ehegatten sein sollten. Hieran könnte man deshalb denken, weil die Frau, mag der Mann auch Eigentümer sein, die *dos* ‚hat‘, wie die Juristen sich ausdrücken. Da jedoch der Mann die Lasten der Ehe zu tragen hat, entspricht es der allgemeinen Meinung, dass ihm die Früchte bzw. Zinsen der *dos* zustehen: *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere* (Ulp. D. 23, 3, 7 pr., 31 ad Sab.)⁴⁸. Die Reichweite des Schenkungsbegriffs wird also aus der Funktion der Mitgift heraus beantwortet und die Funktionalität des Schenkungsverbot's damit eine dotalrechtliche, und zwar die des Umgehungsschutzes. Dasselbe zeigt sich auch im zweiten Fall der Ulpian-Stelle: Restituiert der Mann die Früchte handelt es sich nach der konsequenten Meinung Julians um eine Schenkung. Im Dritten Fall aber nicht: Hier war paktiert worden, dass die Frau *se suosque* [d. h. ihre *homines*, sprich Sklaven] *aleret*. In diesem Fall trägt sie die Lasten der Ehe, soweit sie durch sie verursacht wurden, und ist es dementsprechend auch legitim, ihr die Früchte zuzubilligen. Der Begriff der *donatio* wird also durch dotalrechtliche Zwecke determiniert. Diese dotalrechtlichen Zwecke wiederum werden durch die *lex Iulia et Papia* bestimmt. Es ist daher auch nur plausibel, dass das Schenkungsverbot in diesem Gesetz seinen Ursprung hat.

Die *dos* hat eine sozialpolitische Funktion nicht nur im Hinblick auf die Ehe, in dem Sinne dass sie überhaupt eingegangen und aufrechterhalten wird, sondern auch im Hinblick auf die Nachkommen. Der Mann kann wegen der gemeinsamen Kinder, welche im Scheidungsfalle ihm verbleiben, an der *dos* Retentionsrechte *propter liberos* geltend machen⁴⁹, womit dieser Teil der *dos* ihrem Unterhalt zu dienen hat. Die Monopolisierung der Vermögensverschiebungen zwischen den Eheleuten im Dotalrecht hat daher auch den Sinn, den Unterhalt der Nachkommen zu sichern, was der folgende Text zeigt:

Ulp. D. 24, 1, 34 (43 ad Sab.): *Sive uxor marito res donasset isque eas in dotem pro communi filia dedisset, sive post donationem, quam in maritum contulit, uxor passa est eum pro filia in dotem dare, benigne dici potest, etsi prima donatio nullius momenti est, attamen ex sequenti consensu valere dotis dationem.*

Hier hat die Frau dem Mann etwas geschenkt, was normalerweise die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach sich ziehen würde. Wenn jedoch der Mann die Schenkung als *dos* verwendet

⁴⁷ Derselbe Zusammenhang zwischen Dotalrecht und Schenkungsverbot findet sich auch in Ulp. D. 24, 1, 19, 1; Ulp. D. 24, 1, 15pr., Paul. D. 24, 1, 28, 1; id. 24, 1, 28, 7; Pap. D. 21, 4, 54; Paul. D. 24, 1, 59; Scaev. D. 24, 1, 66pr.–1.

⁴⁸ Ausführlich J. F. Stagl, *Die Ausglei chung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer „aequitas“*, in: Dario Mantovani u. Aldo Schiavone (Hgg.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, IUSS Press, Pavia 2007, 675–713.

⁴⁹ S. o. zu Retentionsrechten.

oder die Ehegatten dahin übereinkommen, dass er das tut, dann ist die Vermögensverschiebung unter den Ehegatten wirksam. Es geht also keineswegs darum, Vermögensverschiebung als solche zu unterbinden, sondern darum sie in bestimmte Formen zu kanalisieren.

Diese Teleologie drücken die Klassiker auch recht deutlich in der von Justinian arrangierten Kollage zu Beginn des Titels *De donationibus entra virum et uxorem* aus: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est*⁵⁰, [...] *ne cesset eis studium liberos potius educendi*⁵¹.

V. Moribus receptum oder lege Iulia et Papia cautum est?

Der hier entwickelte These von der Monopolisierungsfunktion des Verbotes der Ehegattenschenkung und deren *sedes materiae* in der *lex Iulia et Papia* soll, diese Klarstellung steht noch aus, nicht bedeuten, dass das Schenkungsverbot von der *lex Iulia et Papia* sozusagen *ex nihilo* geschaffen worden wäre, sondern vielmehr, dass diese bereits zuvor bestehende Tendenzen bündelte, radikalisierte und in ihrem Anwendungsbereich erweiterte – was insoweit eine Parallele im *favor dotis* hätte. Die ältere Romanistik führte seit Savigny das Schenkungsverbot auf die Vermögensverhältnisse der *manus*-Ehe zurück: Begibt sich die Frau in die *manus* ihres Ehemannes, so ist sie vermögensunfähig und kann ihr der Mann von Rechtswegen nichts schenken⁵². Genau dieser Rechtsgedanke steht hinter einem der Zeugnisse für das Schenkungsverbot aus republikanischer Zeit, und zwar von Alfen, war dieser doch 39 v. Chr. schon Konsul⁵³, so dass er die augusteische Ehegesetzgebung nicht mehr erlebt haben dürfte: Alf. D. 24, 1, 38, pr.–1 (3 Dig. a Paulo epit.): *Servus communis viri et fratris eius puerum donavit uxori fratris: pro qua parte is servus qui donasset viri esset, pro ea parte munus non esse factum mulieris respondit*⁵⁴. Ein dem Ehemann und seinem Bruder gemeinsamer Sklave schenkt der Ehefrau einen Sklavenjungen – nur aus der Hand des Bruders, nicht der des Ehemannes, also nur zur Hälfte, ist die Schenkung wirksam. Der Fall erklärt sich daraus, dass der Mann, was wie selbstverständlich vorausgesetzt wird, der Frau nicht schenken kann. Die Fallerzählung mutet kurios an (wieso ein Bruderpaar?) und ist inkonsequent, müsste es doch im Gutachten heißen *fratris* und nicht *viri*, was dafür spricht, dass hier eine Zusammenfassung eines realen Rechtsgutachtens Alfens vorliegt⁵⁵, was es wiederum möglich erscheinen lässt, dass wir es hier mit einer *manus*-Ehe zu tun haben. Der Text konnte der unveränderten Rechtsfolgen wegen problemlos in die Digesten aufgenommen werden.

Es wäre schließlich kaum vorstellbar, dass ein solch scharfer Eingriff in die Privatautonomie wie das Schenkungsverbot, der sich zivilrechtlich nicht begründen lässt, einfach aus Gewohnheitsrecht ergibt⁵⁶ – vergessen wir nicht: Immerhin wird hier einer Privatperson verboten, über ihr Eigentum zu verfügen – ganz wie bei der *lex Cincia*. Und dass das Schenkungsverbot keineswegs als selbstverständliche Beschränkung ihrer Freiheit von den Römern empfunden wurde, das zeigt ihr intensiven Bemühen darum, dieser für sie ebenso beschwerlichen wie unverständlichen Regel einen Sinn zu geben.

⁵⁰ Ulp. D. 24, 1, 1.

⁵¹ Paul. D. 24, 1, 2.

⁵² S. oben die Nachweise unter n. 5.

⁵³ W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl., München 1967, p. 29.

⁵⁴ S. auch Alf. D. 24, 1, 38, 1.

⁵⁵ Zur Person jetzt D. Liebs, *P. Alfenus Varus – Eine Karriere in Zeiten des Umbruchs*, In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 127, 2010, p. 32–52.

⁵⁶ So auch Bonfante, *Corso* (*supra* n. 3) p. 289.

Für einen republikanischen Ursprung des Schenkungsverbotes wird auch auf häufig folgender Text in Anschlag gebracht: Marcian. D. 48, 11, 1 pr.–1 (14 inst): *Lex Iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex cohorte cuius eorum est.* (1) *Excipit lex, a quibus licet accipere: a sobrinis propioreve gradu cognatis suis, uxore.* Da man nur die Lex 1 zu zitieren pflegt, übersieht ein Teil der Lehre, dass es bei *lex Iulia repetundarum* nicht um Schenkungen der Frau an ihren in römischen Diensten stehenden Ehemann geht, sondern um Geschenke der Ehefrauen Dritter an römische Beamte. Diese Stelle hat also mit dem Schenkungsverbot unter Ehegatten schlichtweg nichts zu tun.

Geht man von einem republikanischen Ursprung des Schenkungsverbotes aus, käme als *sedes materiae* auch die bereits angesprochene *lex Cincia* in Betracht: Diese *lex* enthält ein Verbot für Schenkung über einer bestimmten, uns unbekannten Höhe. Zu den *personae exceptae* dürften die Ehegatten nicht gehört haben. Vom Tatbestand her passen das Schenkungsverbot und die *lex Cincia* so gut zusammen, dass, wie gesagt, ein bedeutender Teil der Lehre in diesem Gesetz auch den Ursprung des Verbotes sieht. Allerdings dürfte die Grenze des Erlaubten sehr hoch gelegen haben⁵⁷, eine Beschränkung, welche dem Schenkungsverbot der Ehegatten völlig ungekannt ist, und die Rechtsfolgen der *lex Cincia* anders als beim Schenkungsverbot im Ermessen des Prätors gelegen haben dürfte.

Am Wahrscheinlichsten dürfte es sein, dass das Schenkungsverbot des klassischen Rechts zwar republikanische Wurzeln in Gestalt der Vermögensverhältnisse der manus-Ehe und der *lex Cincia* hat, sich aber erst in der *lex Iulia et Papia* zu der uns bekannten Gestalt entwickelt hat. Ein solches Aufgreifen republikanischen Regelbestandes und seine Radikalisierung ist typisch für die augusteische Ehegesetzgebung⁵⁸, das hat sich insonderheit bezüglich des *favor dotis* gezeigt, dessen republikanischen Wurzeln von Augustus in revolutionärer Weise radikalisiert wurden⁵⁹.

Ein weiteres Argument zugunsten der *lex Iulia et Papia* als *sedes materiae* ergibt sich aus der *retentio propter res donatas*: Hat der Mann während der Ehe verbotenerweise der Frau Geschenke gemacht und verlangt die Frau nach Auflösung der Ehe die *dos* zurück, so kann ihr der Mann die *retentio propter res donata* entgegenhalten, was zur Folge hat, daß sich der Rückgewähranspruch in Höhe der ihr zuvor gemachten Geschenke mindert. Der Zusammenhang zwischen Dotalrecht und Schenkungsverbot ist so evident, daß immerhin Karlowa⁶⁰ die genannte *retentio* für einen Vorläufer des Schenkungsverbotes hielt und die *retentiones* des Ehemannes wurden von Augustus, wenn nicht geschaffen, so doch zumindest in erheblichem Umfang durch die *lex Iulia et Papia* modifiziert⁶¹.

Mit gewisser Wahrscheinlichkeit war es auch Augustus, der die Retentionsrechte des Mannes (namentlich bei der *retentio propter mores* durch die *lex Iulia de adulteriis*) und auch die Restitutionstermine auf feste Quoten fixierte

⁵⁷ So Kaser, *RPRI* (supra n. 5) p. 602.

⁵⁸ Ausführlich hierzu: R. M. Baltrusch, *Regimen Morum: Die Reglementierung des Privatlebens der Senatoren und Ritter in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit*, München 1989.

⁵⁹ Stagl, *Favor dotis* (supra n. 25) p. 27 ff., 63 ff.

⁶⁰ Karlowa, *Rechtsgeschichte* (supra n. 42) p. 226 f.

⁶¹ R. Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, 4. Aufl., Mailand 1996, 160; Czyhlarz, *Dotalrecht* (supra n. 18) p. 334 ff., mwN.; M. Humbert, *Le remariage à Rome*, Rom 1972, p. 266.

Das einzig ernstzunehmende Argument gegen die hier entwickelte These von der Monopolisierungsfunktion des Verbotes der Ehegattenschenkung und deren *sedes materiae* in der *lex Iulia et Papia* ist der textliche Befund, dass Ulpian nicht die *lex Iulia et Papia* als Rechtsquelle benennt, sondern die Gewohnheit: *moribus apud nos receptum est ...* (D. 24, 1, 1). Das kann freilich zwei Erklärungen haben, welche es nicht ausschließen, dass die *lex Iulia et Papia* doch *sedes materiae* des Schenkungsverbotes ist: Ein Charakteristikum Ulpians sind die Ediktslaudationen, welche auch den Sinn haben, Zustimmung für das Edikt zu erheischen und im Hinblick auf die Lösung schwieriger Einzelfragen die Teleologie der ediktalen Bestimmung zu benennen⁶². Es könnte sich um eine rhetorische Strategie Ulpians handeln, nicht einfach auf die *lex Iulia et Papia* zu rekurrieren, um diese einschneidende und sicher äußerst unbeliebte Regel zu legitimieren, sondern darauf, dass es sich um einen überkommenen Grundsatz handelt, den man als solchen nicht in Frage zu stellen hat. Diese Deutungsmöglichkeit lässt sich mit einer textkritischen Beobachtung Mantovanis kombinieren. Wie Mantovani unlängst durch einen Schluss von Gaius und den Fragmenta Vaticana auf die Digesten nachgewiesen hat⁶³, sind die Digesten „delegifiziert“, das heißt systematisch von ihren Bezügen auf Gesetze gereinigt worden. Es ist anders nicht zu erklären, dass das Anfängerlehrbuch der Institutionen viele Gesetze kennt und erwähnt, welche die Digesten nicht kennen wie etwa die praktisch äußerst wichtige *lex Iulia et Papia*. Der Grund für diese Technik ist die Monopolisierung der kaiserlichen Autorität im Digestentext: Enthielte dieser Verweise auf andere Texte und seien es Gesetze, wäre die Autorität der Digesten unterminiert. Schließt man sich dieser Lehre an, wie es der Verfasser an anderem Ort getan hat⁶⁴, so stellt sich die Frage, wie die Kompilatoren damit umgingen, einerseits den Gesetzesbezug aus den genannten Gründen streichen zu müssen, andererseits aber eine unbeliebte – gesetzliche – Regelung ihrer mangelnden Popularität und der daraus sicher ergebenden geringen Anwendungskraft wegen legitimieren zu müssen: Was liegt näher, als die in Frage stehende Regel als Gewohnheitsrecht auszugeben? Das ist nicht falsch, schließlich sind seit dem Gesetz und der Kompilation 500 Jahre vergangen und es ist effizient, da die fragliche Regel als überkommen und damit unangreifbar präsentiert wird.

⁶² U. Babusiaux, *Zur Funktion der aequitas naturalis in Ulpians Ediktslaudationen*, in: D. Mantovani, A. Schiavone, *Testi e problemi del giusnaturalismo*, Pavia 2007, p. 603–644.

⁶³ D. Mantovani, „*Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*“, in: *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, hrsg. v. J.-L. Ferrary, IUSS Press, Pavia 2012, p. 708–767.

⁶⁴ J. F. Stagl, *Die Bedeutung von leges publicae im Römischen Recht: Der Beitrag Mantovanis zur legum multitudo und die Frage der Privatautonomie bei den Römern*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 133 (2016) p. 445, 453 ff.