

Iniusta lex Maioriani

von Hans WIELING

(Trier)

Im Jahre 463, also 14 Jahre vor dem Untergang des weströmischen Reiches, erläßt der Westkaiser Severus in Rom ein Gesetz, *Nov. Sev. 1*, dessen Hauptinhalt darin besteht, angeblich ungerechte Gesetzesbestimmungen, *iniusta capita legis Maioriani*, seines unmittelbaren Vorgängers, aufzuheben. Die Überlieferung gestattet freilich nicht, diesen Kaiser Maiorian als einen Tyrannen darzustellen, der seine Freude daran gehabt hätte, seine ohnehin geplagten Untertanen durch Ungerechtigkeiten zu quälen.

a) Maiorian stammte aus einer römischen Familie, er war ein hoher Offizier in Illyrien gewesen. Mitten im Zerfall des Staates begann er nach seiner Thronbesteigung eine konservative Reformpolitik. Auf sich allein gestellt, da ihn die Ostkaiser nicht unterstützten, versuchte er allein die Rettung des Westreiches

gegen übermächtige Barbarenvölker. Man kann in ihm die letzte wahrhaft große Gestalt des lateinischen Abendlandes sehen (1). Gerühmt wird er für seine politischen und militärischen Tugenden sowie für seine Tatkraft, die er zur Erhaltung des Reiches einsetzte (2), sowohl was die militärische Verteidigung gegen die Barbaren betrifft als auch den Versuch, durch wohldurchdachte Gesetze die Kraft des Reiches wieder zu stärken. Bei all seinen Aktionen tritt dabei unverkennbar seine konservative, nationalrömische Einstellung zutage, die auf die Sitten und Gesetze früherer, besserer Zeiten verweist (3). Immer wieder beschwört er in seinen Gesetzen den *mos vetus* (4) und das *ius antiquum* (5) und *vetus* (6), die *prisca dispositio* (7) und den *rigor veteris disciplinae* (8). Er spricht davon, daß er die alten Sitten wieder einführen will, die das Reich groß gemacht haben (*priscae consuetudinis morem revocandum esse*) (9), daß er das Pflichtgefühl der Vorfahren mit Unterstützung aller wieder auf

1) Vgl. GIBBON, *Die Germanen im römischen Weltreich* (1935), 446 ff.; SEECK, Otto, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt* VI, 340 ff.; STEIN, Ernst, *Geschichte des spätrömischen Reiches* I (1928), 555; DEMANDT, *Die Spätantike* (1989), 172.

2) Nach PROKOP, *Vandalenkriege* I 7, übertraf Maiorian sämtliche römischen Kaiser an guten Eigenschaften aller Art.

3) GIBBON 450; STEIN I 557; ENBLIN, *RE* XIV 1, 586, s.v. Maiorianus.

4) *Nov. Mai.* 2, 2.

5) Etwa *Nov. Mai.* 7, 11.

6) *Nov. Mai.* 6, 3.

7) *Nov. Mai.* 6, 5.

8) *Nov. Mai.* 9.

9) *Nov. Mai.* 3.

die Erde zurückbringen will (*pietas avorum vi socia in terras reducta*)⁽¹⁰⁾ und daß er das alte Recht wiederherstellen und ihm in allem folgen will (*vetus providentia dispositioque maiorum, quam in omnibus sequimur et reparamus*)⁽¹¹⁾.

Maorian schlug Söldneraufstände nieder und besiegte und vernichtete vandalische Scharen, die in Kampanien eingedrungen waren. Er war der letzte weströmische Kaiser, der mit seinen Truppen ins Feld zog und Italien verließ, um die Provinzen zu sichern. Im Winter zog er über die Alpen nach Gallien, dann weiter nach Spanien und hatte beträchtliche militärische Erfolge zu verzeichnen⁽¹²⁾. Maiorians Gesetze zeigen, daß er die fortgeschrittene Korrumpierung der römischen Verwaltung erkannt hatte und versuchte, ihr entgegen zu wirken; sie zeigen unverkennbar den persönlichen Einfluß des Kaisers, der versuchte, in letzter Stunde das Ruder zu wenden und den Staat noch zu retten; die Kürze seiner Regierungszeit (457 - 461) verhinderte sichtbare Erfolge.

Dagegen war Severus in jeder Hinsicht eine mittelmäßige Persönlichkeit⁽¹³⁾, von dem die Überlieferung nur zu berichten

10) *Nov. Mai.* 6, 12.

11) *Nov. Mai.* 2, 2.

12) Vgl. ENBLIN, *RE* XIV 1, 587 ff.; DEMANDT (o. Fn. 1), 172; GIBBON (o. Fn. 1), 453 ff.; STEIN I (o. Fn. 1), 558 ff.

13) SEECK (o. Fn. 1), 349 meint, er habe nicht einmal seinen Namen richtig schreiben können : Libius (statt Livius) Severus.

weiß, daß er *religiose vivens decessit* (14). Welches Gesetz nun erschien ihm unbillig und sogar hart oder grausam (15) ?

b) Welche gesetzlichen Regelungen Maiorians Severus als ungerecht aufheben wollte, erfahren wir nicht, da das Gesetz des Severus insoweit nicht erhalten ist. Wir erfahren nur die Tatsache der Aufhebung aus dem Einleitungssatz des Gesetzes : *Abrogatis capitibus iniustis legis divi Maioriani A. ad locum*. Es handelt sich also um ein einzelnes Gesetz (16), von dem einzelne Kapitel außer Kraft gesetzt wurden. Es folgt die Feststellung, daß lediglich das erhalten werden soll, was den alten Gesetzen entspricht, daß nämlich die Mütter an den Eheschenkungen des Mannes nach dessen Tod nur einen Nießbrauch haben sollen, während das Eigentum daran den Kindern zusteht, daß ferner nach dem Tod auch der Mutter den Kindern diese Gegenstände zu gleichen Teilen zufallen :

Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut post viri obitum sponsalia in usumfructum tantum mater habeat et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit sive non venerit, et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex

14) Vgl. SEECK, *RE* II A, 2006, s.v. Libius Severus.

15) *Nov. Sev.* 1 § 2 spricht von der *asperitas legis*, die zu korrigieren sei.

16) Das zeigt auch der Schluß des Gesetzes : *legis asperitas correcta et emendata*.

aequo communia in unum aut alterum matri conferre non liceat.

Sucht man nach dieser *lex* des Maiorian, von welchen der Kaiser Severus einzelne *capita* als *iniusta* verdammt und aufhebt, so stößt man auf die 6. Novelle Maiorians aus dem Jahr 458. Nur in ihr wird die genannte Materie der Eheschenkungen behandelt. In allen anderen der insgesamt neun überlieferten Gesetzen (17) Maiorians sucht man vergebens nach Ungerechtigkeiten und nach Regelungen der genannten Materie. Sein erstes Gesetz, *Nov. Mai.* 1, erließ er am 11. Januar 458 in Ravenna, kurz nach seiner Thronbesteigung. Es enthält sein Regierungsprogramm, in dem er verspricht, mit Gerechtigkeit zu regieren, Denunzianten zu bestrafen und das Reich vor den äußeren Feinden zu schützen. Das zweite Gesetz, erlassen am 10. März 458 in Ravenna, versucht durch einen Steuererlaß die Wirtschaft der Provinzen zu sanieren und durch ein genau geregeltes Einziehungsverfahren Erpressungen durch Steuereintreiber zu verhindern. Das dritte Gesetz, erlassen am 8. Mai 458 in Ravenna, führt die Institution des *defensor civitatis* wieder ein, um die Städte gegen die *potentes* und Beamte, insbesondere Steuereintreiber zu schützen. Das vierte Gesetz, erlassen am 11. Juli 458 zu Ravenna, versucht die fortgeschrittene Zerstörung öffentlicher Bauten aufzuhalten, indem es die Entnahme von Baumaterial aus noch sanierungsfähigen Bauten verbietet. Das fünfte Gesetz, erlassen am 4. September 458 zu Ravenna, befaßt sich mit verfallenen und eingezogenen Gütern verurteilter Verbrecher; sie sollen

17) Von *Nov. Mai.* 8, 10 und 12 sind nur die Überschriften überliefert.

rechtmäßig dem Fiskus zugeführt werden, Unterschlagungen sind zu bestrafen. Das siebte Gesetz, erlassen am 6. November 458 zu Ravenna, befaßt sich mit verschiedenen Gegenständen, zunächst mit den Decurionen. Sie sollen nicht ihre Stadt und ihr Amt im Stich lassen und nicht zu den Großgrundbesitzern fliehen, sich auch nicht zum Kleriker ordinieren lassen. Tun sie es dennoch, so sollen sie (ausgenommen Diakone, Priester und Bischöfe) zurückgebracht und die Großgrundbesitzer und ihre Verwalter bestraft werden. Die Städte und die Decurionen werden gegen übermäßige und unberechtigte Forderungen der Provinzstatthalter und der Steuereintreiber geschützt. Schließlich wird die mißbräuchliche Erhebung von Gebühren und die Verwendung falscher Gewichte unterbunden : An alle Städte und in alle Provinzen sollen geprüfte Gewichte gesandt werden. Das neunte Gesetz, erlassen am 17. April 459 zu Arles, wendet sich mit strengen Strafen gegen das Verbrechen des Ehebruchs. Das 11. Gesetz ist erlassen am 28. März 459 zu Arles, es bestimmt in seinem überlieferten Teil, daß niemand gegen seinen Willen zum Kleriker ordinert werden darf, und ordnet Strafen für den Fall an, daß das doch geschieht; Bischöfe sollen vor den Papst geladen und von ihm abgeurteilt werden. In all diesen Gesetzen findet sich nichts, was man als ungerecht ansehen könnte.

c) Richten wir also unsere Aufmerksamkeit auf das sechste Gesetz Maiorians, erlassen am 26. Oktober 458 zu Ravenna. Es befaßt sich mit "den gottgeweihten Jungfrauen und Witwen und deren Erbnachfolge" : *de sanctimonialibus vel viduis et*

successionibus eorum; hier müssen die Ungerechtigkeiten und Härten zu finden sein, die Severus dem Maiorian vorwirft. Das Gesetz ist lang und nimmt sich der genannten Personen in verschiedener Hinsicht an. Der übergeordnete politische Zweck des Gesetzes ist in dem Bemühen zu sehen, die Bevölkerungszahl Roms wieder zu heben, um so den Staat zu bewahren und zu fördern (18). Das zeigt sich einmal in der Einleitung des Gesetzes, in welcher der Kaiser den Zweck und die in Aussicht genommene Abhilfe vorstellt :

Susceptis regendi imperii gubernaculis cogitare debemus, quemadmodum nostra res publica et armis et legibus et integra religionis reverentia conservetur atque proficiat. cui plurimum sub hac emendatione confertur, si nobilium feminarum amplectenda generositas procreatis liberis multiplicata subcrescat.

Wiederholt wird das Anliegen des Kaisers nochmals in § 9 :

Et quia studiose tractatur a nobis utilitas filiorum, quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento et procreatis competentia commoda perire non patimur,...

Das liegt ganz auf der Linie der augusteischen Ehegesetze, die freilich unter christlichem Einfluß schon im 4. Jh. außer Kraft

18) Vgl. CAES, Lucien, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas* (1949), 79 f.

gesetzt waren (19), da das Christentum die Ehelosigkeit favorisierte.

Im ersten Teil des Gesetzes bis § 2 untersagt der Kaiser eine offenbar verbreitete Unsitte (20), daß Väter nämlich ihre überzähligen Töchter dadurch versorgten, daß sie sie noch minderjährig den Schleier nehmen ließen und ins Kloster steckten, um auf diese Weise ihr Vermögen ungeschmälert den Söhnen hinterlassen zu können. Der Kaiser verbietet das und bestimmt, daß kein Vater seine Tochter zur Übernahme des Schleiers zwingen darf, bevor sie das 40. Lebensjahr vollendet hat. Etwas Ähnliches hatten bereits Papst Leo (440-461) und das Konzil zu Chalkedon 451 bestimmt (21), möglicherweise ist das Gesetz Maiorians hierdurch beeinflusst. Wer das Verbot übertritt, verliert ein Drittel seines Vermögens, der gleichen Strafe unterliegt der mitwirkende Diakon und sogar das Mädchen selbst, wenn es elternlos freiwillig vor dem genannten Alter ins Kloster eingetreten ist. Der Kaiser begründet seine Entscheidung damit, daß vor der Vollendung des 40. Jahres eine endgültige Entscheidung kaum möglich sei, eine frühere Entscheidung könne später durch den verständlichen Wunsch junger Mädchen zur Ehe verdrängt werden, was sie in Schuld und Verzweiflung

19) Vgl. KASER II, § 217 II 4 c.

20) Vgl. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III (1954), 340.

21) Zu Leo vgl. RITTER in der kommentierten Ausgabe des *Codex Theodosianus* von 1743, Nachdruck 1975, Bd. VI 2 zu *Nov. Mai.* 8 n.a. Zu den Beschlüssen des Konzils zu Chalkedon vgl. MANSI, Johannes Dominicus, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio* (Nachdruck 1960), vol. VII, Sp. 397: "*Quod annorum velari debeant ancillae dei. Placuit non eas ordinari ante annum XLmum*"; vgl. auch Sp. 363.

führen müsse. Ähnliche Überlegungen werden auch den Papst zu seinem Erlaß geführt haben. Maiorian wird vielleicht auch daran gedacht haben, daß nach dem 40. Lebensjahr der Tochter der Vater meist nicht mehr leben wird und also auch die Tochter nicht mehr zu irgend etwas zwingen kann, und daß ab dem 25. Jahr die Tochter ohnehin ohne Zustimmung des Vaters wirksam heiraten⁽²²⁾ und danach nicht mehr in ein Kloster geschickt werden kann. Die gesetzte Grenze garantiert also eine Freiwilligkeit, wenn die Tochter danach den Schleier nimmt.

§ 3 schützt die Vermögensinteressen der Töchter, die auf Druck des Vaters dem Plan zugestimmt haben, später in ein Kloster einzutreten, und die infolgedessen keine Mitgift erhalten haben und auch nicht als Erben eingesetzt sind. Stirbt der Vater, so steht es trotz ihrem Versprechen der Tochter frei zu heiraten, und sie nimmt wie eine übergangene Tochter an der Erbschaft teil⁽²³⁾, selbst wenn sie nicht übergangen, sondern enterbt oder auf den Pflichtteil gesetzt worden war. In § 4 werden geweihte Jungfrauen durch strenge Strafen gegen Entführung geschützt. Alle diese Vorschriften des Gesetzes einschließlich der Altersgrenze von 40 Jahren kann man wohl kaum als ungerecht oder hart ansehen, zumal sie der Entscheidung des Papstes entsprechen; daß Severus diese Regelungen aufheben wollte, ist nicht anzunehmen.

22) Vgl. KASER II, § 217 II 2.

23) D.h. sie erhält neben *sui heredes* einen Kopfteil, neben *extranei* die Hälfte der Erbschaft, vgl. KASER I, § 171 II.

d) Setzen wir die Suche fort mit § 5. Hier führt der Kaiser eine Regelung ein, wie sie seit Augustus gegolten hatte, aber von Constantin abgeschafft worden war (24) : ein Ehegebot. Dieses Ehegebot Maiorians sollte freilich nicht für alle Frauen gelten, sonst hätte es geweihte Jungfrauen nicht mehr geben können; es gilt nur für Witwen bis zu 40 Jahren ohne Kinder. Der Kaiser geht davon aus, daß solche Witwen, die nicht wieder heiraten, das nicht aus christlicher Liebe zur Ehelosigkeit tun (*non eo, ut pudicitiae religionis amore famulentur*), da sie sich schon einmal für die Ehe entschieden hatten; daß sie vielmehr nicht wieder heiraten, um sich als Person ohne nahe Verwandte von Erbschleichern umschmeicheln zu lassen und so ein zwar wenig ehrenhaftes und laszives, aber angenehmes Leben zu führen (*potentiae ambitum orbitatis suae casibus viduitatisque captantes lascivam vivendi eligunt libertatem*). Der Kaiser will sie durch die Wiederherstellung des früheren Ehegebotes auf den ehrenhaften und rechten Weg zurückführen : *has ad honestioris vitae tramitem prisca dispositione revocantes*.

Heiratet eine solche Witwe trotzdem nicht binnen fünf Jahren, so verliert sie die Hälfte (25) ihres Vermögens sofort an ihre Geschwister, wenn solche fehlen, an deren Kinder oder sonstige Verwandte, hilfsweise an den Fiskus; den Rest behält sie zum Nießbrauch. Der Kaiser beruft sich für diese Regelung auf das alte Recht : *priscam dispositionem revocantes*. Hat die Witwe die Hälfte ihres Vermögens eingebüßt, so steht es nach

24) CTh. 8, 16, 1 = CJ 8, 57, 1 (a. 320).

25) *Sex unciae*, nicht ein Sechstel, wie KASER II, § 217 Fn. 25 meint.

der Ansicht des Kaisers fest, daß sie aus christlicher Liebe zur Keuschheit eine zweite Ehe abgelehnt hat, indem sie sich gegenüber ihren Verwandten so großzügig erwiesen hat : *quae tum se probare poterit studio castitatis secundas nuptias respuisse, cum liberalis fuerit in propinquos* (26).

Ein solches Ehegebot war für die damaligen Christen wohl schwer erträglich (27), es war deshalb schon einmal abgeschafft worden und außer Gebrauch gekommen; im übrigen hatte es in der langen Zeit seiner Geltung nichts genutzt. Es erscheint daher verständlich, wenn jemand ein solches Gesetz als ungerecht bezeichnet, zumal die Überlegung des Kaisers in der Tat nicht schlüssig erscheint : Eine Frau, die einmal geheiratet hat, ist deswegen nicht von vornherein für das Klosterleben ungeeignet. Sie kann nach dem Tod ihres Mannes durchaus den ernstesten Wunsch haben, ins Kloster zu gehen und nicht wieder zu heiraten. Ihr das zu verbieten, ist in der Tat bedenklich. Nach allgemeiner Ansicht hat der Kaiser Severus die Regelung in seinem Gesetz aufgehoben (28). In der Tat finden sich davon später keinerlei Spuren.

26) Man meint, den Hauch einer leisen ironischen Anwendung des Kaisers zu verspüren.

27) Vgl. auch HUMBERT, Michel, *Le remariage à Rome* (1972), 363 Fn. 9.

28) Vgl. etwa KASER II, § 217 II 4 c. Die Regelung, die Maiorian selbst als "*aeternabilis lex*" bezeichnet, war also etwa fünf Jahre lang in Kraft. Ähnliche Fehleinschätzungen durch Politiker geschehen auch heute.

e) Die nächsten *capita* befassen sich mit den Hochzeitsgeschenken, der *sponsalicia largitas* des Mannes an die Frau, womit wir bei der von Severus angesprochenen Materie wären. Dabei sind die ersten Regelungen noch völlig unverdächtig. Gemäß § 6 steht es der Witwe, die Kinder hat, frei, wieder zu heiraten oder nicht; sie fällt also nicht unter das Ehegebot des § 5. Falls sie wieder heiratet, steht ihr an den Geschenken des Mannes nur ein Nießbrauch zu, das Eigentum geht auf die Kinder über⁽²⁹⁾; auf deren Verlangen muß sie Bürgen dafür stellen, daß die ihnen gehörigen Sachen unversehrt erhalten bleiben. Das wird von Severus bestätigt, nur der Zwang zur Bürgenstellung wird in § 1 aufgehoben, womit die alte Regelung wieder in Kraft ist.

Diese Bindung der Ehegeschenke an die gemeinsamen Kinder tritt nach *Nov. Mai.* 6 § 7 nur ein, wenn die Witwe wieder heiratet. Andernfalls ist sie unbeschränkte Eigentümerin dieser Gegenstände und kann frei darüber verfügen⁽³⁰⁾, sie kann sie auf Fremde übertragen oder sie ihnen vererben; sie kann sie aber auch, wie es Maiorian als Beispiel nennt, nach Belieben ihren Kindern vererben, etwa einem besonders geliebten Kind alles zuwenden. Diese überkommene Regelung hebt Severus auf

29) Diese Regelung war im Jahre 382 von Theodosius eingeführt worden, vgl. CTh. 3, 8, 2 = C.J. 5, 9, 3.

30) Vgl. Theodosius I., CTh. 3, 8, 2 (a. 382); *Nov. Theod.* 14, 7 (a. 439). Eine gewisse Bindung der Eheschenkung an die Kinder, auch wenn die Witwe nicht wieder heiratete, war schon in *Nov. Theod.* 14, 7 angeordnet: Wurden die Kinder nicht Erben der Mutter, so erhielten sie doch die Ehegeschenke, soweit sie noch vorhanden waren, obwohl diese im Eigentum der Mutter gestanden hatten und somit eigentlich in den Nachlaß gehörten.

(*Nov. Sev.* 1 pr.), indem er der Witwe an den Ehegeschenken des Mannes auch dann nur einen Nießbrauch zugesteht, wenn sie nicht wieder heiratet. Das ist eine Neuerung³¹⁾ und zeigt, daß sich Severus keineswegs völlig allen Neuerungen verschloß und daß seine Ablehnung der Gesetze des Maiorian nicht allein darauf beruht, daß sie Neuerungen enthielten, was ja auch nur zum Teil der Fall war.

Das zeigt sich auch darin, daß Severus eine Neuerung Maiorians ohne weiteres übernimmt : Zunächst hatte es der Mutter nach der erneuten Heirat freigestanden, die Ehegeschenke des ersten Mannes nach Belieben an dessen Kinder zu verteilen, etwa einem Kind durch Testament alles zuzuwenden und die anderen leer ausgehen zu lassen³²⁾. Das ändert Maiorian in § 8 seines Gesetzes dahin ab, daß alle gemeinsamen Kinder einen gleichen Anteil an den Ehegeschenken erhalten müssen; Severus bestätigt das in *Nov. Sev.* 1 pr.

f) An all diesen Regelungen findet offenbar auch Severus nichts Anstößiges. Anders verhält es sich mit dem § 9 des Gesetzes, der ebenso wie § 10 gewisse mißbräuchliche Praktiken der Bräute und deren Familien bekämpfen will³³⁾. Es geht

31) Im Osten wird diese Regelung erst durch Justinian im Jahr 529 eingeführt, vgl. *Nov. Iust.* 98, 1; auch 127, 3.

32) Vgl. Theodosius I., CTh 3, 8, 2 pr.; *Nov. Theod.* 14, 5.

33) Mißbräuche auf dem Gebiet des Ehegüterrechts gab es aber nicht nur bei den Frauen, sondern auch bei den Männern, worüber sich Justinian in CJ 5, 3, 20 beklagt : Die Männer machen den unerfahrenen Frauen

darum, daß heiratswillige Männer wirtschaftlich übertölpelt und ausgebeutet werden. Dabei ist daran zu erinnern, daß der Zweck der getroffenen Regelung wie überhaupt der gesamten Novelle 6 erklärtermaßen in dem Bestreben liegt, die Bevölkerung des Reiches zu mehren :

Et quia studiose tractatur a nobis utilitas filiorum, quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento et procreatis competentia commoda perire non patimur, hoc necessario putavimus praecavendum, ut marem feminamque iungendos copula nuptiali par condicio utrimque constringat, id est ut numquam minorem quam exigit futura uxor sponsaliciam largitatem dotis titulo se noverit conlaturam, scituris puellis ac parentibus puellarum vel quibuscumque nupturis ambos infamiae maculis inurendos, qui fuerint sine dote coniuncti, ita ut nec matrimonium iudicetur nec legitimi ex his filii procreentur.

In dem Bestreben, die römische Bevölkerung zu mehren, ordnet der Kaiser an, daß die *dos* der Frau und die *donatio ante nuptias* des Mannes gleichen Wert haben sollen. Dabei wendet er sich aber nur an die Seite der Frauen und verbietet ihnen, weniger zu geben als sie erhalten (34); offenbar waren Versuche der

formungültige Geschenke, indem sie das Geschäft nicht insinuierten lassen, und berufen sich nach geschlossener Ehe auf das Schenkungsverbot.

34) Die Männer also waren nicht gehalten, ebenso viel als *donatio ante nuptias* zu geben, wie sie als *dos* erhalten hatten, vgl. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* (1891), 294 Fn. 1, 306. Justinian erwähnt ohne Tadel den

Frauen - oder wahrscheinlicher : ihrer Gewalthaber -, sich bei der Eheschließung in dieser Hinsicht Vorteile zu verschaffen, nicht selten (35); dem Kaiser mißfällt das. Daß *dos* und *donatio ante nuptias* gleich sein sollen, ist aber keine neue Forderung, sie findet sich schon im Jahr 452 in Nov. Val. 35, 9, *ne placita futuraque coniunctio uni lucrum, alteri faciat detrimentum* (36). Beide Gesetze nennen keine Sanktion für den Fall des Verstoßes, weswegen es sich eher um einen gutgemeinten kaiserlichen Rat handeln dürfte als um eine zwingende Regel. Das wird bestärkt durch ein Gesetz des Kaisers Leo aus dem Jahr 468 (37) - also nur 10 Jahre nach dem Gesetz Maiorians -, welches ausdrücklich und wie selbstverständlich feststellt, daß *dos* und *donatio ante nuptias* ungleich sein können, ohne ein entgegenstehendes Gesetz zu erwähnen oder gar aufzuheben. Noch im Jahr 536 stellt Justinian das gleiche fest (38) und erst im Jahr 539 bestimmt er in Nov. 97 cap. 1, daß *dos* und *donatio ante nuptias* gleich sein müssen.

Fall, daß Männer zwar eine *dos* von der Frau erhalten haben, aber überhaupt keine *donatio ante nuptias* gegeben haben, CJ 5, 3, 20, 5.

35) Justinian wendet sich dagegen, daß Frauen die versprochene *dos* nicht in die Ehe einbringen, aber nach dem Tod des Mannes, der die gesamten Lasten der Ehe getragen hat, die *donatio ante nuptias* behalten wollen, Nov. 2 cap. 5.

36) Auch bei den Galliern war es üblich, daß Mann und Frau einen gleichen Beitrag als Mitgift bzw. Eheschenkung in die Ehe einbrachten, vgl. Caesar, *de bello gallico* 4, 19; MITTEIS (o. Fn. 34), 284 ff.

37) CJ 5, 14, 9.

38) Nov. 22 cap. 20 pr.

Diese Regelung Maiorians hat Severus somit schon deswegen nicht aufheben können, weil es sich nicht um eine gesetzliche Bestimmung gehandelt hat. Aber selbst wenn sie es gewesen wäre, wäre nicht anzunehmen, daß er sie aufgehoben hätte (39). Die schon vor Maiorian erhobene Forderung nach Gleichheit der Beiträge des Mannes und der Frau ist zu keiner Zeit als unbillig angesehen worden.

g) Bedenklich dagegen erscheint der zweite Teil der Regelung : Gibt die Braut dem Bräutigam keine *dos*, so ist die Ehe ungültig, die Kinder sind nicht ehelich; Mann und Frau werden mit dem Makel der Infamie bestraft. Darin wird zumeist eine Formvorschrift für die Eheschließung gesehen, welche nun durch einen schriftlichen Bestellungsvertrag für die *dos* abzuschließen sei (40). Sie soll auf orientalischem Einfluß beruhen und durch die Vermittlung der christlichen Kirche in den Osten und Westen des römischen Reichs eingedrungen sein (41).

39) So aber VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, 404, in : *Cristianesimo e diritto romano* 1935. Zutreffend KASER, II, § 224 Fn. 43 (mit Lit.).

40) KÜBLER, *RE IV A 2*, 1952, s.v. "*Tabulae nuptiales*", weist zutreffend darauf hin, daß Maiorian lediglich die Hingabe einer *dos* fordert, nicht Urkunden darüber. Da es jedoch üblich war, *tabulae nuptiales* zu errichten, gehen beide Meinungen wohl nicht weit auseinander; vgl. auch Just. CJ 5, 17, 11 pr., wo die *dotalia instrumenta* und die *dos data* gleichgesetzt werden.

41) Vgl. FRANCKE, *Über die propter nuptias donatio*, *Archiv für die civilistische Praxis* 26 (1843), 74 ff.; MITTEIS (o. Fn. 34), 228; VISMARA (o. Fn. 39), passim; VOLTERRA, Eduardo, *Diritto romano e diritti orientali* (1937), 248; WOLFF, Hans Julius, *Written and unwritten Marriages in Hellenistic and Postclassical Roman Law* (1939), 91; BONFANTE, *Corso di*

Zwar hat man auch schon früher solche *tabulae nuptiales* errichtet (42), doch waren sie zu keiner Zeit Voraussetzung für das Zustandekommen der Ehe, wie die Rechtsquellen immer wieder betonen (43). Waren freilich *tabulae nuptiales* erstellt, so war das ein Beweis, daß eine Ehe vorlag und kein Konkubinat (44).

Das Gesetz Maiorians bedeutet in diesem Sinne eindeutig einen Verstoß gegen den Grundsatz des *consensus facit nuptias* (45) des überkommenen Rechts, in welchem die Hingabe einer *dos* und die Erstellung von *tabulae nuptiales* zwar Indiz für eine Ehe sein konnten, niemals aber eine Voraussetzung dafür

diritto romano I (1963), 264; MERÊA, Paulo, *Estudos de Direito Visigótico* (1948), 30; KASER II, § 218 bei Fn. 9; BRUNNER, Heinrich, *Die fränkisch-romanische dos, Abhandlungen zur Rechtsgeschichte* II 88, sowie die bei ANNÉ, Lucien, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire* (1941), S. 379 Fn. 3 Genannten. Eher skeptisch gegenüber orientalischen Einflüssen ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, *BIDR* 55/56 (1952), 332 ff. CASTELLO, *Lo strumento dotale come prova del matrimonio*, *SD* 4, 213 sieht in der Regelung den Versuch, das Konkubinat zu unterdrücken, was jedoch nicht zum Text paßt: Das Gesetz wendet sich nicht an Personen, die ein Konkubinat eingehen wollen, sondern an solche, die heiraten wollen, aber infolge des Gesetzes sich im Konkubinat wiederfinden.

42) Vgl. KÜBLER, *RE* IV A 2, 1949 ff.; CASTELLO, *SD* 4, 208 ff.

43) ...*neque enim tabulas facere matrimonium*, nicht die Vertragstafeln über die *dos* machen eine Ehe aus, Papinian D 39, 5, 31 pr. Vgl. auch Gaius D 20, 1, 4, *i. fi.* und D 22, 4, 4; Probus CJ 5, 4, 9; Diocl. *h. t.*, l. 13. Nach WOLFF, *SZ* 67, 295 Fn. 95 soll sich aus den Gesetzen Theod. und Val. CJ 5, 4, 21, und CTh 4, 6, 7 (426) ergeben, daß zeitweilig Eheschließungen der Schriftform bedurften; die genannten Texte besagen das jedoch nicht und Theod. und Val. CTh 3, 7, 3 = CJ 5, 4, 22 (428) besagt das Gegenteil.

44) Vgl. etwa Plautus, *Trinummus* 688 ff.

45) Vgl. Ulp. D 24, 1, 32, 13; 35, 1, 15; 50, 17, 30.

waren. Zudem erscheint es ungerecht, einer Frau aus armer Familie, die keine *dos* geben konnte, die Möglichkeit der Ehe völlig zu versagen; und im Interesse der Mehrung der römischen Bevölkerung lag eine solche Regelung offenbar auch nicht. Es ist verständlich, wenn das Gesetz dem Kaiser Severus insoweit unbillig erschien und er es infolgedessen aufhob.

Nach einer verbreiteten Ansicht hat das Gesetz Maiorians, das für die Wirksamkeit der Ehe die Hingabe einer *dos* verlangt, noch einige Zeit im kirchlichen Recht ⁽⁴⁶⁾ gegolten. Dafür wird auf einen Brief Papst Leos (440 - 461) an den *episcopus Narbonensis Rusticus* verwiesen ⁽⁴⁷⁾ :

Igitur cuiuslibet loci clericus, si filiam suam viro habenti concubinam in matrimonio dederit, non ita accipiendum est quasi eam coniugato dederit, nisi forte illa mulier et ingenua facta et dotata et publicis nuptiis honestata videtur.

Der Text beweist jedoch nichts für die daraus gezogenen Schlüsse. Wer mit seiner eigenen Sklavin zusammenlebt, ist deswegen sicher nicht verheiratet. Auch wenn er sie freiläßt (*ingenua facta*), spricht die Vermutung nicht für eine Ehe, sondern für das Weiterbestehen des Konkubinats. Wer behauptet, ein Mann habe nachträglich seine Konkubine zur Frau genommen, muß das schlüssig nachweisen ⁽⁴⁸⁾, etwa indem er

46) Vgl. etwa BRUNNER II (o. Fn. 41), 88.

47) *PL* 54, Sp. 1204 f. Nr. 1422.

48) Vgl. unten bei Fn. 58.

dartut, daß der Mann der Frau eine *dos* gegeben hat oder daß er sie *publicis nuptiis* geheiratet hat. Für eine vorgeschriebene Form bei der Eheschließung beweist das nichts (49).

Wer der Auslegung des Gesetzes Maiorians dahin folgt, daß darin für die Eheschließung eine Formvorschrift aufgestellt sei, sieht sich freilich vor einigen Schwierigkeiten. Zunächst ist nicht zu erklären, warum der Kaiser orientalische Gebräuche oder Rechtsregeln im weströmischen Reich verbindlich gemacht haben sollte. Denn die Quellen beweisen es und die Historiker weisen immer wieder darauf hin, daß Maiorian konservativ war und die alten römischen Sitten und Gesetze hoch einschätzte und wiederbeleben wollte. Warum nur sollte er, ein Offizier aus römischer Familie, der in Illyrien gedient hatte, orientalische Gebräuche so sehr schätzen? Daran ändert es auch nichts, daß diese Gebräuche vielleicht mit dem Christentum verknüpft waren; Maiorian war zwar Christ, doch keineswegs blindgläubig, da er eingerissene Mißbräuche bekämpfte (50). Zudem ist nicht zu erkennen, warum ein christlicher Kaiser verpflichtet sein sollte,

49) Dagegen scheint im germanischen Recht die Wirksamkeit der Ehe zwar nicht durch die *dos*, wohl aber durch die *donatio* des Mannes an die Frau bedingt gewesen zu sein. Ob das auf das Gesetz Maiorians zurückgeht (so etwa BRUNNER [o. Fn. 41], II 88 ff.; ANNÉ [o. Fn. 41], 380; ORESTANO [o. Fn. 41], *BIDR* 55/56, 354; VACCARI, Pietro, *Scritti di storia del diritto privato* [1956], 72 ff.), ist aber eher zweifelhaft, es scheint sich um eine germanische Rechtsregel gehandelt zu haben (so etwa MITTEIS [o. Fn. 41], 228 Fn. 4; MERÊA [o. Fn. 41], 23 ff., 29; CASTELLO [o. Fn. 41] *SD* 4, 220 f. mit Quellen und Literatur; vgl. auch WOLFF [o. Fn. 43], *SZ* 67, 296 Fn. 100). Daß in den orientalischen Rechten Schriftform und Bestellung einer Mitgift für die Eheschließung erforderlich war, hat MITTEIS, 225 ff. nachgewiesen.

50) Vgl. *Nov.* 6 pr. - 2.

orientalische Formen bei der Eheschließung oder orientalisches Ehegüterrecht zu übernehmen; der Glaube gebietet das nicht.

Sodann ist nicht zu übersehen, daß das Gesetz einige Ungereimtheiten aufweist. Es ist schon darauf hingewiesen, daß die Erschwerung des Eheschlusses nicht dem Ziel dienen kann, die Aufzucht von Kindern zu fördern. Ganz unverständlich aber ist die Sanktion des Gesetzes : Wird eine Formvorschrift verletzt, so folgt daraus vernünftigerweise die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Warum sollte der Kaiser jedoch, statt sich mit der Unwirksamkeit der Ehe zu begnügen, die Verletzung einer Formvorschrift mit der Infamie bestrafen ? Das ergibt keinen Sinn. Man wird wohl nach einem anderen Verständnis des Gesetzes suchen müssen.

h) Was also könnte den Kaiser Maiorian zu einer solchen Bestimmung veranlaßt haben ? Schon BRANDILEONE hat darauf verwiesen, daß man zum Verständnis des § 9 den § 10 hinzuziehen muß (51). Er lautet :

§ 10. *Sane quoniam quorundam cupiditatibus obviandum est, qui generorum exhauriunt facultates ac sibi vel filiabus suis vel subornatis quibuscumque personis, priusquam aliquid de nuptiarum pactione constituent, ab incautis iuvenibus et futuri coniugii desiderio concitatis multa faciunt occulta fraude conferri, quae secuta*

51) BRANDILEONE, Francesco, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, 1892, 33; vgl. auch ANNÉ (o. Fn. 41), 380.

sollemnitate votorum filiabus refundant aut forte maiore amore perfidiae sibi existimant acquisita, unde huius callidi frivoli que commenti ita nullum esse iubemus effectum, ut infirmato talis colore contractus sui iuris postea gener vindicet vel actione proposita securus reposcat, quidquid per illiciti posthac contractus imaginem alienare compulsus est.

Gewalthaber heiratsfähiger Frauen versuchen *occulta fraude*, die künftigen Schwiegersöhne auszunehmen, *generorum exhauriunt facultates*. Das tun sie, indem sie sich vor dem Abschluß des Ehekontrakts Vermögenswerte im Hinblick auf die künftige Ehe übertragen lassen, um sie nach der Eheschließung auf die Frau zu übertragen (52) oder, noch schlimmer, selbst zu behalten. Die jungen künftigen Ehemänner lassen sich *desiderio futuri coniugii*, aus Verlangen nach der geplanten Ehe, zu solchen Torheiten verleiten, statt mit der Übertragung von Vermögenswerten als *donatio ante nuptias* bis zum Ehevertrag zu warten. Sie können nun beim Abschluß des Ehevertrages nochmals Vermögenswerte als *donatio ante nuptias* übertragen oder aber - weil sie nichts mehr haben oder nichts mehr geben wollen - darauf verzichten. Im letzteren Fall werden sie dann auch keine *dos* erhalten haben; auf jeden Fall sind sie betrogen. Maiorian

52) Diese Vermögenswerte gehören dann nicht zur *donatio ante nuptias* und unterliegen nicht den Bindungen zugunsten der gemeinsamen Kinder, wie sie für die Sachen der *donatio ante nuptias* typisch ist; sie stehen der Frau zur freien Verfügung, vgl. BRANDILEONE, 34.

gibt ihnen die Möglichkeit, die übertragenen Vermögenswerte zurückzuverlangen.

In diesem Licht ist die Bestimmung in § 9 zu sehen, daß *dos* und *donatio ante nuptias* gleich sein sollen und daß keine Ehe zustande kommen soll, wenn die Frau überhaupt keine *dos* gibt. Das Gesetz bezweckt die *utilitas filiorum, quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento, et procreatis competentia commoda perire non patimur*. Der Kaiser befiehlt zum Schutz der heiratswilligen jungen Männer, daß *dos* und *donatio ante nuptias* gleichwertig sein sollen, ohne freilich eine Sanktion mit diesem Befehl zu verbinden. Für den Extremfall freilich, daß der Bräutigam überhaupt keine *dos* als Gegenleistung für seine *donatio ante nuptias* erhält, ordnet der Kaiser die Unwirksamkeit der Ehe an und belegt die Braut und den zu nachgiebigen und törichten Bräutigam mit dem Makel der Infamie. Das Verhalten der Braut bzw. ihrer Verwandten ist insbesondere deshalb verwerflich, weil es einer festen Übung entsprach, daß die Braut zumindest die vom Mann empfangenen Geschenke als *dos* zurückgab, wenn sie schon nicht eigene Vermögenswerte hinzufügte⁽⁵³⁾.

Es ist also anzunehmen, daß die Rechtsfolgen des § 9 nur dann eintreten sollten, wenn der Mann eine *donatio ante nuptias* gegeben hatte, die Frau aber oder ihr Gewalthaber dem Mann aus

53) Vgl. *Nov. Theod.* 14, 3 (a. 439) = CJ 5, 9, 5, 1; auch KASER II, § 222 II. Diese Sitte war schon in klassischer Zeit bekannt, vgl. Paulus D 6, 2, 12, pr.; Severus CJ 5, 3, 1; Diocl. *h.t.*, l. 14; dazu auch MITTEIS (o. Fn. 34), 288 Fn. 1; BONFANTE (o. Fn. 41), 524.

Eigennutz eine *dos* vollständig verweigerte. Es handelt sich also nicht um eine Formvorschrift (54), der Grundsatz des *consensus facit nuptias* bleibt durchaus erhalten. Es handelt sich auch nicht um orientalische Einflüsse, sondern um eine Strafe für allzu große Habgier der Braut und ihrer Gewalthaber, welche zudem die empfangene *donatio ante nuptias* zurückgeben müssen, da keine Ehe zustandegekommen ist. Die jungen Männer werden in ihrem Wunsch zu heiraten dadurch bestärkt, daß sie vor Übertölpelung geschützt werden, wobei die auch ihnen drohende Infamie das Bestreben zu wirtschaftlichem Denken steigern kann, damit die unangenehmen Folgen von vornherein vermieden werden.

i) War dies nun eine unbillige Regelung im Sinne des Abänderungsgesetzes des Severus? Wie Severus das Gesetz Maiorians verstanden hat, wissen wir nicht; daß er es aufgehoben hat ist sicher, denn wir hören nichts mehr von diesem Gesetz. Wenn Severus das Gesetz als Formvorschrift für Eheschließungen mißverstanden hat, befände er sich immerhin in der Gesellschaft berühmter moderner Rechtshistoriker. Betrachten

54) So zutreffend auch ANNÉ (o. Fn. 41), 378 f., der eine Unwirksamkeit der Ehe als Strafe aber immer schon dann annehmen will, wenn *dos* und *donatio ante nuptias* ungleich sind; ähnlich auch MATRINGE, Guillaume, *Individualisme et communauté dans la famille en Occident latin*, thèse Strasbourg 1961, p. 888. Maiorians Gesetz besagt das nicht, und daß beides durchaus ungleich sein kann und dabei die Wirksamkeit der Ehe nicht beeinträchtigt wird, ist oben unter f) gezeigt.

wir, wie es in der Zeit nach Maorian mit einer solchen Formvorschrift steht.

Von *instrumenta dotalia* als Voraussetzung einer gültigen Ehe ist wieder in dem Gesetz Justins CJ 5, 4, 23 (55) die Rede, in welchem das Eheverbot zwischen Senatoren, *perfectissimi, duoviri* u.s.w. und *humiles et abiectae feminae* (56), insbesondere Schauspielerinnen, aufgehoben wird, falls diese ihren Beruf und Lebenswandel aufgeben. Justin ermöglichte so seinem Neffen Justinian die Heirat mit der Schauspielerin Theodora. Das Gesetz knüpft die Eheschließung aber an die Voraussetzung, *dum tamen dotalibus omnimodo instrumentis, non sine scriptis tale probetur coniugium* (57). Darin liegt aber keine Formvorschrift für die Eheschließung, es handelt sich lediglich um eine Beweisvorschrift, wie der Kaiser ausdrücklich sagt. Die Ehe ist wirksam, kommt es allerdings zum Streit über diese Frage, so kann sie nur durch *dotalia instrumenta* bewiesen werden. Es handelt sich um ein Beweisproblem, das immer bei Ehen mit solchen Frauen auftritt, die üblicherweise eher als Konkubinen denn als Ehefrauen genommen werden (58). Daß die Ehe nach dem Willen des Kaisers formlos geschlossen wird, zeigt auch der § 7 dieses Gesetzes :

55) Vgl. auch Justinian, CJ 1, 4, 33, 2.

56) Vgl. Constant, CTh 4, 6, 2 und *l. 3* = CJ 5, 27, 1.

57) CJ 5, 4, 23, 1a.

58) Vgl. Papinian, D 39, 5, 31, pr. für den Fall, daß in Frage steht, ob der Mann seine Konkubine nachträglich geheiratet habe.

Immo et illud removendum esse censuimus, quod etiam in priscis legibus, licet obscurius, constitutum est, ut matrimonia inter impares honestate contrahenda non aliter quidem valeant, nisi dotalia instrumenta confecta fuerint...

Danach müßte ein Gesetz bestanden haben, wonach Ehen zwischen standesungleichen Partnern nur durch Errichtung von *instrumenta dotalia* abgeschlossen werden können. Allerdings soll diese Anordnung dunkel, das heißt also unbestimmt und undeutlich sein, also eventuell auch gar nicht bestehen, wenn man das betroffene Gesetz anders versteht als der Kaiser selbst. Von den überlieferten Gesetzen kommt hier nur CTh 3, 7, 3 = CJ 5, 4, 22 in Betracht :

Theodosius und Valentinian (a. 428). *Si donationum ante nubtias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nubtiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.*

Kann man daraus entnehmen, daß die Formfreiheit der Ehe nur für *personae pares honestate* gilt (59) ? Das ist höchst unwahrscheinlich, es geht auch hier um Beweisfragen, wie der Text zeigt. Als sichere Beweise sind auch keineswegs nur die *instrumenta* erwähnt, sondern auch die *pompa nuptialis* sowie andere *nuptiarum celebritates*. Auch sie müßten also ausreichen,

59) Das tut ORESTANO (o. Fn. 41), *BIDR* 55/56, 340 ff.

wenn man in diesem Text eine Formvorschrift sehen wollte. In Wirklichkeit geht es darum, daß beim Zusammenleben von standesgleichen Partnern eine Ehe und kein Konkubinat vermutet wird, so daß besondere Beweise nicht erforderlich sind (60), während bei erheblichen Standesunterschieden eher ein Konkubinat anzunehmen ist und für den Beweis des Gegenteils also sichere Beweise zu fordern sind, wie sie das Gesetz andeutet. Daß hier Rechtsfragen und Beweisfragen vermengt sind, ist für das nachklassische Vulgarrecht nicht verwunderlich (61). Vermutlich wollte Justin nur eine mögliche falsche Auslegung dieses Gesetzes verhindern.

k) Ebenso wie Justin beteuert auch Justinian, daß Ehen formlos geschlossen werden, daß es allein auf den *affectus maritalis* ankommt und nicht darauf, ob eine *dos* gegeben wurde oder *instrumenta dotalia* errichtet wurden : *non enim dotibus, sed adfectu maritali matrimonia contrahuntur* (62). Wie sehr aber auch Justinian die Beweis- und die Rechtsfrage durcheinanderwirft, zeigen zwei vorausgehende Gesetze aus den Jahren 529 und 530. Es geht um die Situation, daß ein Mann mit einer Frau zusammenlebt, ohne daß *dotalia instrumenta* errichtet wurden, und daß aus dieser Verbindung Kinder hervorgegangen

60) Vgl. Modestinus, D 23, 2, 24 : *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.*

61) Vgl. KASER II, § 193 III 2 a.

62) CJ 5, 17, 11 pr. (a. 533).

sind. Dann werden *instrumenta nuptialia* errichtet und das Paar bekommt weitere Kinder. Sind nur die letzteren ehelich ?

CJ 5, 27, 10 pr. (a. 529) : *Cum quis a muliere libera et cuius matrimonium non est legibus interdictum cuiusque consuetudine gaudebat aliquos liberos habuerit, minime dotalibus instrumentis compositis, postea autem ex eadem adfectione etiam ad nuptialia pervenerit instrumenta et alios iterum ex eodem matrimonio liberos procreaverit, ne posteriores liberi, qui post dotem editi sunt, sibi omne paternum patrimonium vindicare audeant, quasi iusti et in potestate effecti, fratres suos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paterna repellentes, huiusmodi iniquitatem non esse ferendam censemus. § 1. Cum enim adfectio prioris subolis et ad dotalia instrumenta efficienda et ad posteriorem filiorum edendam progeniem praestitit occasionem, quomodo non est iniquissimum ipsam stirpem secundae posteritatis quasi iniustam excludere, cum gratias agere fratribus suis posteriores debeant, quorum beneficio ipsi sunt iusti filii et nomen et ordinem subsequuti. § 2. Neque enim verisimile est eum, qui postea vel donationem vel dotem conscripsit, et ab initio talem adfectionem circa mulierem non habuisse, quae eam dignam esse uxoris nomine faciebat.*

Der Text wird meist so verstanden, daß ein Konkubinat bestand, das später in eine Ehe übergang (63); in diesem Fall würde das Gesetz besagen, daß die früheren natürlichen Kinder durch die nachfolgende Ehe legitimiert sein sollen. Das Gesetz kann auch dahin verstanden werden, daß bereits eine Ehe bestand, sein Sinn würde dann in der Feststellung liegen, daß für die Eheschließung Dotalurkunden nicht erforderlich sind. Beide Auslegungen sind unwahrscheinlich, da sie nicht zum Gesetzestext passen. Vielmehr ist anzunehmen, daß das Gesetz aus Anlaß eines Falles erlassen wurde, in welchem ungewiß war, ob von Anfang an eine Ehe bestand. Eine solche Situation konnte sehr leicht entstehen, sie ist in den Quellen mehrfach behandelt, eben weil das römische Recht keine Formvorschrift für die Eheschließung kannte; erst das Tridentinum von 1563 hat diesen Zustand geändert. Daß auch hier eine solche Situation der Ungewißheit vorlag, zeigt der § 2, in welchem der Kaiser aus der späteren Errichtung des Ehevertrages schließt, das Paar habe *verisimile ab initio talem adfectionem* gehabt, d.h. die *affectio maritalis*, welche eben durch die Errichtung der Heiratsurkunden bewiesen wird. Inhalt des Gesetzes ist also eine Vermutung, welche den Beweis des Bestehens der Ehe erspart; es wird vermutet, daß ein Paar, das nach einiger Zeit des Zusammenlebens *dotalia instrumenta* errichtet, von Anfang an verheiratet war; daß der Mann gegenüber der Frau von Anfang an die Einstellung gehabt habe, *quae eam dignam esse uxoris*

63) Vgl. ANNÉ (o. Fn. 41), 492; BIONDI III (o. Fn. 20), 134, 192; BONFANTE I (o. Fn. 41), 264 Fn. 2, 373 Fn. 4; KASER II, § 218 Fn. 8, § 230 II 1.

nomine faciebat. Der Kaiser sagt es nicht ausdrücklich, aber man darf mit Sicherheit davon ausgehen, daß diese Vermutung nur für standesgleiche Paare gelten sollte, nicht dann, wenn etwa eine *humilis et abiecta femina* beteiligt war, die üblicherweise nur zur Konkubine genommen wird.

Das Gesetz ist freilich etwas sorglos formuliert, der Kaiser nimmt schon im Eingang seines Gesetzes das Ergebnis voraus, wenn er mitteilt, daß Paar habe, nachdem es ohne Ehevertrag gelebt habe, *ex eadem adfectione* nun einen solchen errichtet. Wäre wirklich die *adfectio* vor und nach der Errichtung des Ehevertrages gleich gewesen, so stünde fest, daß von Anfang an eine wirksame Ehe bestanden hätte. Eine solche Annahme widerspricht aber der Tatsache, daß der Kaiser diese *adfectio* in § 2 nur vermutet. Die Vermutung der *adfectio maritalis* von Anfang an verträgt sich auch nicht mit der Annahme, es habe anfangs nur ein Konkubinat bestanden.

Verfänglich ist auch die Aussage in § 1, wonach die späteren Kinder den früheren dankbar sein müßten, weil die Liebe der Eltern zu den früheren Kindern jene zum Abschluß des Ehevertrages bestimmt hätten und zur Aufzucht weiterer Kinder; durch die früheren Kinder sei den späteren so das *beneficium* der Stellung ehelicher Kinder zugekommen. Die späteren Kinder hätten nicht den Status ehelicher Abkömmlinge, wenn das Paar nicht aus Liebe zu den früheren Kindern einen Ehevertrag errichtet hätte. Man kann das dahin verstehen, daß erst der Ehevertrag die Ehe begründet hat und daß die vorher geborenen Kinder zunächst unehelich waren, jetzt aber vom Kaiser

legitimiert werden; eine solche Auslegung würde jedoch der in § 2 aufgestellten Vermutung widersprechen. Man kann den § 1 im Wege einer *benigna interpretatio* aber auch dahin verstehen, daß der Vorteil des Ehevertrages für die später geborenen Kinder darin besteht, daß durch die vom Kaiser aufgestellte Vermutung ihr Status als eheliche Abkömmlinge gesichert wird. Ohne die früheren Kinder hätten die Eltern keinen Ehevertrag abgeschlossen und der Status der späteren Kinder wäre weiterhin unbestimmt. Von einer Formvorschrift für Eheschließungen ist auch hier nichts zu sehen.

Etwa ein halbes Jahr später, im April 530, geht der Kaiser nochmals auf diesen Gegenstand ein, CJ 5, 27, 11 :

Nuper legem conscripsimus, per quam iussimus, si quis mulierem in suo contubernio collocaverit non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conubium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero adfectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit filiosque vel filias habuerit, non solum secundos liberos qui post dotem editi sunt iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt.

Der eigentliche Anlaß für dieses neuerliche Gesetz über diese Materie ist die einigermaßen törichte Auslegung des vorhergehenden Gesetzes dahin, daß seine Wirkung nur dann eintrete, wenn nach der Errichtung des Heiratsvertrages nochmals Kinder geboren werden; der Kaiser ist sich als Gesetzgeber nicht zu schade, diese *supervacua subtilitas* richtig zu stellen.

Eigenartig jedoch ist die Schilderung des vorhergehenden Gesetzes, welche mit diesem selbst eindeutig im Widerspruch steht. Der Kaiser behauptet, das Paar habe zunächst keine *affectio maritalis* gehabt, diese jedoch später gefaßt und daher einen Heiratsvertrag errichtet, wodurch die Ehe zustande gekommen und die Kinder legitimiert worden seien. Tatsächlich hatte er jedoch in dem vorangehenden Gesetz eine solche *affectio maritalis ab initio* vermutet. Das Gesetz stellte eine Tatsachenvermutung auf, jetzt wird sein Inhalt so dargestellt, als sei die Rechtsfolge der Legitimation der Kinder angeordnet worden (64). Wie ist dieser offenbare Widerspruch zu erklären ?

Man könnte daran denken, daß der Kaiser sein Gesetz nicht mehr gut im Gedächtnis hatte und deshalb unrichtig seinen Inhalt schildert. Aber ein solches Versehen ist kaum anzunehmen, da die Kanzlei den Kaiser informiert hat. Näher liegt die Annahme, daß aus der Sicht der damaligen Juristen zwischen der Vermutung einer *affectio maritalis ab initio* und der Anordnung der Legitimation durch spätere Heirat gar kein Widerspruch bestand. In der Tat können ja, wenn man es rein von der praktischen Seite betrachtet, durch das Aufstellen von Vermutungen Rechte begründet werden.

Auf jeden Fall jedoch stellen beide Gesetze keine Formvorschrift für die Eheschließung auf. Wenn sie auf den

64) In gleicher Weise schildert Justinian dieses Gesetz in *Inst.* 1, 10, 13 und 3, 1, 2a; er geht darauf auch in *Nov.* 12, 4; 18, 11; 19; 74 und 89, 9 ein. Offenbar war das Problem von großer praktischer Bedeutung und von großem Interesse für den Kaiser.

Ehevertrag abstellen, so geschieht das deshalb, weil dieser ein sicheres Indiz für den Ehemann ist. Daß vor dem Ehevertrag keine Ehe bestand, liegt am fehlenden Ehemann, was deutlich gesagt wird. Daß Ehen formlos geschlossen werden können, spricht Justinian - wie oben erwähnt - deutlich in seinem Gesetz CJ 5, 17, 11 pr. vom Jahr 533 aus. Im übrigen gibt es neben dem nachträglichen Ehevertrag auch andere Indizien für eine bestehende Ehe. In *Nov. 117 cap. 2* wird eine Ehe angenommen, wenn der Vater ein Kind in Urkunden (z.B. einem Testament) als *filius* bezeichnet *et non adiecerit 'naturalis'*. Auch in diesem Text bleibt es offen, ob der Kaiser damit eine Legitimation anordnen will oder eine Vermutung für den Bestand der Ehe aussprechen will.

Die grundsätzliche Formfreiheit der Eheschließung wird auch in den Novellen Justinians betont, etwa in *Nov. 22 cap. 3* ⁽⁶⁵⁾ (536), *74 cap. 5* (538) und *117 cap. 3* ⁽⁶⁶⁾ (542). Der Kaiser, der an Fragen des Eherechts offenbar ein großes Interesse hatte und zahlreiche Gesetze dazu erließ, die sich z.T. aufheben, ergänzen oder wiederholen, hat schließlich für besondere Fälle auch Formvorschriften für die Eheschließung angeordnet. Das ist einmal erfolgt bei Ehen mit Frauen, die meist nur als Konkubinen genommen werden : Bei eigenen freigelassenen Sklavinnen, *Nov. 78 cap. 3*, und bei Ehen von Männern mit höherem Rang

65) *Nuptias itaque affectus alternus facit dotatium non egens augmento...* (a. 536).

66) ... *si quis ex non scripto per affectum nuptialem uxorem acceperit...* Der Kaiser betont hier, daß eine Ehe ohne schriftlichen Ehevertrag ebenso wirksam ist wie eine Ehe mit Vertrag.

mit Frauen, *quas Constantini lex abiectas vocavit*, *Nov. 117 cap. 6*; es wird ein Ehevertrag gefordert. Hier sind Beweisschwierigkeiten der Grund der Regelung. Zum anderen werden Formvorschriften aufgestellt bei Ehen von Senatoren und *illustres*, auch sie müssen Eheverträge errichten⁽⁶⁷⁾, *Nov. 74 cap. 4* und *Nov. 117 cap. 4*⁽⁶⁸⁾. Auch hier sind es Beweisschwierigkeiten, die den Kaiser zu seiner Maßnahme veranlassen, wie die Begründung in *Nov. 74 cap. 4 pr.* zeigt. Zum Beweis eines Eheschlusses sind häufig gefälschte Verträge beigebracht worden (*falsatis contractibus nostra ex hoc est completa respublica*) und lügnerische Zeugen, die gefahrlos behaupten können, daß der Mann die Frau *domina* genannt habe, wodurch nachträglich Ehen fingiert würden. Die wahrheitswidrige Behauptung einer Ehe mit Männern der genannten Stände war für eine Frau nach dem Tod des Mannes natürlich besonders lukrativ. Der Kaiser will solche Machenschaften verhindern. Aber es bleiben Zweifel, ob es sich wirklich um Formvorschriften im strengen Sinne handelte, deren Vernachlässigung die Ehe unwirksam machte. Genügte nicht doch vielleicht ein anderer Beweis, daß der Ehewille vorhanden war? Man wird es vermuten dürfen, zumal der Kaiser in *Nov. 74 cap. 4 § 1* sich recht unbestimmt ausdrückt: *sit omnino et dos et antenuptialis donatio et alia omnia, quae honestiora decet nomina*. Da es für Eheschließungen keine weiteren rechtlichen

67) Daß sie daß taten, war ohnehin selbstverständlich.

68) Die in *Nov. 74 cap. 4* (538) vorgesehene Möglichkeit, die Ehe auch durch Erklärung vor einem Priester abzuschließen, wird in *Nov. 117 cap. 4* (542) wieder aufgehoben.

Vorschriften gibt, kann man das Gesetz nur dahin verstehen, daß bei Hochzeiten der *honestiores* ein standesgemäßer Pomp entfaltet und das Brauchtum nicht vernachlässigt werden sollte. Man kann kaum annehmen, daß dies wirklich Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Ehe war; es konnte aber als Indiz oder Beweis für eine Ehe dienen.

1) Es zeigt sich also, daß das römische Recht auch weiter an dem Grundsatz festgehalten hat, daß die Ehe durch bloßen *consensus* zustandekommt und daß Formvorschriften für die Eheschließung, wie andere Rechtsordnungen sie kennen, ihm fremd bleiben. Das römische Recht forderte zur Wirksamkeit einer Eheschließung zu keiner Zeit einen schriftlichen Vertrag oder die Hingabe von Eheschenkungen. Umso auffälliger ist die Strafbestimmung Maiorians in *Nov.* 6, 9, wonach eine Ehe nichtig ist und die Partner sogar noch der Infamie verfallen, wenn die Frau, die eine *donatio ante nuptias* erhalten hat, dem Mann keine *dos* gibt. Kann man ein solches Gesetz als ungerecht bezeichnen ?

Das Ziel Maiorians, Ehen und Kindersegen zu fördern und deshalb den heiratswilligen Männern Schutz vor Übertölpelung zu gewähren, kann man kaum tadeln. Die angeordnete Rechtsfolge dagegen scheint in der Tat unangemessen. Warum müssen die Kinder für die Fehler ihrer Eltern büßen und als unehelich aufwachsen ? Warum muß der heiratswillige Mann, der sich in der Blindheit seiner Liebe auch noch betrügen ließ, mit der Infamie bestraft werden ? Der Kaiser ist in seiner edlen

Entrüstung über das wenig anständige Verhalten einiger Untertanen über das Ziel hinausgeschossen.

Bedenklich ist aber nicht nur der § 9, sondern auch der § 10 des Gesetzes. Natürlich ist es nicht richtig, wenn heiratswillige junge Männer übervorteilt werden, fraglich ist aber, ob Maiorian das richtige Mittel dagegen gefunden hat, wenn er den Männern eine Rückgabeanspruch gegen die beschenkte Braut zugesteht. Das läuft darauf hinaus, daß Schenkungen eines Bräutigams an seine Braut unwirksam sind und zurückgefordert werden können, ausgenommen *donationes ante nuptias*, die der Versorgung der Frau und der Kinder dienen. Soll der Mann wirklich Schmuck und ähnliche begehrenswerte Sachen, die er seiner Braut - wie auch in Rom üblich - geschenkt hatte, zurückfordern können? In der Tat scheint der Kaiser in seinem Eifer für die gute Sache auch hier übersehen zu haben, daß er mit seinem Gesetz zu weit geht. Oder sollte es so zu verstehen sein, daß die Rückforderung nur möglich ist, wenn der Bräutigam einen Betrug nachweist? Dann wäre das Gesetz wertlos.

m) Abschließend bleibt noch der § 11 der *Nov. 6* zu betrachten, der sich gegen die Erbschleicherei wendet, ein verbreitetes und seit langem bekanntes Übel der römischen Gesellschaft, gegen welches bisher keine Abhilfe gefunden war. Daß sie auch Maiorian mißfällt, ist verständlich, plastisch beschreibt er das Verhalten der *captatores*, mit welchem sie die Kranken umgarnen. Überraschend ist das Hilfsmittel, das Maiorian sich ausgedacht hat: Jeder in einem Testament

eingesetzte Erbe, der nicht auch ein Intestaterbrecht irgend eines Grades hat, d.h. der nicht irgendwie mit dem Erblasser verwandt ist, muß ein Drittel der Erbschaft an den Fiskus abführen. Auf diese Weise sollen *testator* und *captator* von ihrem verwerflichen Tun abgeschreckt werden.

Das bedeutet einen sehr weitgehenden Eingriff in die Testierfreiheit, welche die Römer zu jeder Zeit hochgehalten haben. Wenn auch der Kampf des Kaisers gegen die Erbschleicher vernünftig erscheint, so ist er jedoch auch hier mit seiner Bestimmung weit über das Ziel hinausgeschossen, indem er jeden Testamentserben bestraft, der nicht mit dem Testator verwandt ist, und so Testamente zugunsten Außenstehender unterdrückt. Die Testierfreiheit wird damit praktisch beseitigt oder doch weitgehend eingeschränkt. Da wir von einer solchen Regelung später nichts mehr hören, ist davon auszugehen, daß Severus sie zu Recht abgeschafft hat, auch sie gehörte zu den *iniusta capita* der *Nov. Mai. 6*.