

UNIwersYTET
KARDYNAŁA STEFANA WYSZYŃSKIEGO

WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI

ZESZYTY PRAWNICZE

15.2

Kwartalnik



Wydawnictwo
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego
Warszawa 2015

UNIWERSYTET KARDYNAŁA STEFANA WYSZYŃSKIEGO

Wydział Prawa i Administracji

Redaktor Naczelny

Jan Zabłocki

Rada Naukowa

Chen Xiaoming (Chiny), Cosimo Cascione (Włochy), Luigi Garofalo (Włochy),
Wojciech Góralski (Polska), Antun Malenica (Serbia), Carla Masi Doria
(Włochy), Leonid Kofanov (Rosja), Manana Kopaliani (Gruzja), Marek
Kuryłowicz (Polska), Jarosław Majewski (Polska), Marek Michalski (Polska),
Cezary Mik (Polska), Francesco Milazzo (Włochy), Paul J. Du Plessis (Szkocja),
Stanisław Prutis (Polska), Francesco Sini (Włochy), Janusz Sondel (Polska),
Katarzyna Sójka-Zielińska (Polska), Grażyna Szpor (Polska),
Tadeusz Tomaszewski (Polska), Maria Zabłocka (Polska), Guodong Xu (Chiny)

Redaktorzy Tematyczni

Aleksandra Gawrysiak-Zabłocka, Sławomir Godek,
Maria Szczepaniec, Anna Tarwacka

Redaktorzy Językowi

Teresa Bałuk-Ulewiczowa (język angielski), Dorota Oleszczak (język polski)

Redaktor Statystyczny

Ryszarda Rempala

Recenzenci

José Luis Alonso (Hiszpania), Piotr Girdwoyń (Polska), Krzysztof Amiełańczyk
(Polska), Ewa Bieńkowska (Polska), Jacek Jastrzębski (Polska), Maciej Jońca
(Polska), Maciej Kaliński (Polska), Paweł Księżak (Polska), Paola Lambrini
(Włochy), Katarzyna Maćkowska (Polska), Joseph Méléze Modrzejewski
(Francja), Joanna Misztal-Konecka (Polska), Piotr Niczyporuk (Polska), Andrey
Novikov (Rosja), Anna Pikulska-Radomska (Polska), Łukasz Pisarczyk (Polska),
Adam Redzik (Polska), Anton Rudokvas (Rosja), Izabella Rusinowa (Polska),
Michał Skřejpek (Czechy), Joanna Sieńczyło-Chlabicz (Polska), Aleksander
Stępkowski (Polska), Renata Świrgoń-Skok (Polska), Daniil Tuzov (Rosja),
Jacek Wierciński (Polska), Mirosław Włodarczyk (Polska), Rafał Wojciechowski
(Polska), Witold Wołodkiewicz (Polska), Andrzej B. Zakrzewski (Polska)

Wersja pierwotna to wersja drukowana

Adres Redakcji

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

Wydział Prawa i Administracji,

ul. Wóycickiego 1/3, 01-938 Warszawa

e-mail: zeszytyprawnicze@uksw.edu.pl; www.uksw.edu.pl/node/1165

ISSN-1643-8183

Skład, druk i oprawa:

EXPOL, P. Rybiński, J. Dąbek, sp.j.

ul. Brzeska 4, 87-800 Włocławek

tel. 54 232 37 23, e-mail: sekretariat@expol.home.pl

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY:

Joseph Mélèze Modrzejewski	
<i>Alexandre Jannée et les pharisiens</i>	5
<i>Aleksander Janneusz i Faryzeusze</i>	21
Luigi Labruna	
<i>'Quasiadfnitas' Henryka Kupiszewskiego</i>	23
<i>Henryk Kupiszewski's Term "quasiadfnitas"</i>	40
Luigi Garofalo	
<i>L' 'humanitas' tra diritto romano e totalitarismo hitleriano ..</i>	43
<i>'Humanitas' między prawem rzymskim a totalitaryzmem</i> <i>hitlerowskim</i>	74
Andreas Wacke	
<i>'Dos' und 'donatio'. Mitgiftbestellung ist keine Schenkung</i>	77
<i>'Dos' i 'donatio'. Ustanowienie posagu to nie darowizna</i>	97
Marek Kuryłowicz	
<i>'Illotis manibus'. Henryk Kupiszewski i współczesne dyskusje</i> <i>romanistyczne w Polsce</i>	99
<i>'Illotis manibus'. Henryk Kupiszewski and the Contemporary</i> <i>Discussion of Roman Law in Poland</i>	111
Witold Wołodkiewicz	
<i>Henryka Kupiszewskiego – wizja prawa rzymskiego</i>	113
<i>Henryk Kupiszewski's Vision of Roman Law</i>	122
Janusz Sondel	
<i>Prawo rzymskie w świecie współczesnym według Henryka</i> <i>Kupiszewskiego</i>	123
<i>Roman Law in the Contemporary World According</i> <i>to Henryk Kupiszewski</i>	133
Zuzanna Benincasa	
<i>'Accessio ab alluvione' i 'reditus venationis et aucupii' jako</i> <i>'fructus fundi'. Kilka uwag na marginesie PS. 3,6,22</i>	135
<i>'Accessio ab alluvione' and 'reditus venationis et aucupii' as</i> <i>'fructus fundi'. Some Remarks on PS. 3,6,22</i>	158

Sławomir Godek

- O roli prawa rzymskiego w dawnej Rzeczypospolitej w świetle „Kursu prawa cywilnego polskiego” Aleksandra Mickiewicza z 1829 roku* 161
- Roman Law in Poland-Lithuania in the Light of Aleksander Mickiewicz's 1829 Lecture on Polish Civil Law* 189

Maria Zabłocka

- Badania romanistów polskich w latach 2011-2013* 191
- Polisch Romanists' Research Work, 2011-2013* 241

TŁUMACZENIA – MONUMENTA AERE PERENNIORE:

Anna Tarwacka

- O tym, że termin 'humanitas' nie oznacza tego, co się powszechnie sądzi, natomiast ci, którzy mówili czystszy językiem, używali go bardziej właściwie. Aulus Gellius, Noce attyckie 13,17. Tekst – tłumaczenie – komentarz* 243

SPRAWOZDANIA

Renata Kamińska

- VIII Lubelskie sympozjum naukowe rzymskiego prawa karnego, „Prawo karne i polityka w państwie rzymskim”, Lublin, 16-17 maja 2014 r.* 249

Elżbieta Loska

- Seminario Eurasiatico di diritto romano, „Repubblica e difesa dei diritti dell'uomo e del cittadino. Recezione e insegnamento del diritto romano”, Stambuł, 30-31 maja 2014 r.* 251

Sławomir Godek

- XXV Ogólnopolski Zjazd Historyków Prawa, Kraków, 22-25 września 2014 r.* 255

ANDREAS WACKE

Universität zu Köln

‘DOS’ UND ‘DONATIO’
MITGIFTBESTELLUNG IST KEINE SCHENKUNG

I. EINLEITUNG

Das Verhältnis zwischen Dosbestellung und Schenkung war soweit ersichtlich seit über einem Jahrhundert nicht mehr Gegenstand einer wissenschaftlichen Untersuchung¹. In den Jahrzehnten um die Mitte des 19. Jahrhunderts beschäftigten sich hingegen mehrere renommierte Autoren mit dieser Fragestellung². Damals galt römisch-gemeines Recht

¹ Der Titel des Aufsatzes von G.G. ARCHI, *Dote e donazione*, [in:] *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano 1953 = *Scritti di diritto romano*, II, Milano 1981, S. 1081-1129, greift zu weit. Archi behandelt darin die Frage, inwieweit die von einem Dritten (einem *extraneus*) bestellte Mitgift eine Schenkung an die Ehefrau darstellen könnte. Diese Spezialfrage lasse ich im folgenden außer Betracht. Eine Anführung weiterer Literatur dazu bei J.F. STAGL, *‘Favor dotis’*. *Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar 2009, S. 15.

² J.C. HASSE, *Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht*, I, (einziger Bd.), Berlin 1824, S. 383-411 (§§ 110-116); F.W.L. VON MEYERFELD, *Lehre von den Schenkungen*, II, Marburg 1835/37, S. 38-75 (§ 22); A. BECHMANN, *Römisches Dotalrecht*, I, Erlangen 1863/67, S. 195-220 (§§ 45-47); K. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Gießen 1870, S. 54-73 (§§ 15-20). Rezensionen dieser Werke sind angeführt bei A. VON ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*¹³, bearb. von L. PFAFF und F. HOFMANN, Stuttgart 1886, § 395 f. Weiter B. WINDSCHEID, *Pandekten*, III, § 492. – Die Autoren wirkten in Bonn (Hasse), Prag (Czyhlarz), Wien (Pfaff und Hofmann), ihre Verleger residierten weit entfernt. Diese Tatsache ist charakteristisch für die weite Verbreitung und Internationalität der (über die politisch zersplitterte Kleinstaaterie erhabene) Pandektenwissenschaft.

noch für etwa ein Drittel der deutschen Bevölkerung. Deshalb hatte auch das Dotalrecht noch durchaus praktische Bedeutung. Unsere Frage ist aber auch von dogmatischem Interesse: Falls nämlich die Bestellung einer Mitgift den Charakter einer Schenkung hätte, dann ließen sich auf sie (ergänzend) Regeln aus dem Schenkungsrecht anwenden. Diese Fragestellung wählte ich mir im ehrenden Andenken an den unvergessenen Gelehrten Henryk Kupiszewski und an seine und seiner Gattin mir gegenüber in Warschau noch unter der kommunistischen Herrschaft erwiesene Gastfreundschaft. Das römische Eherecht bildete einen Schwerpunkt innerhalb seines Schaffens. Unser Thema hätte ihn deshalb gewiss interessiert. Es vermittelt nämlich Einsichten über die wichtige sozialpolitische Bedeutung der Mitgiften im römischen Familienrecht.

Die in Fn. 2 genannten Autoren des 19. Jh. haben uns trotz ihrer zeitbedingten Darstellungsweise wegen der von ihnen angeführten Quellen und verwendeten Argumente für unser Thema durchaus Anregendes zu sagen. Hinsichtlich des Aufbaus ist ihnen jedoch nicht zu folgen: Ihre Schlüsse zogen sie zuerst aus dem „Wesen“ der sich unterscheidenden Rechtsinstitute Mitgiftbestellung und Schenkung; erst in einem sich anschließenden zweiten Schritt fragten sie, inwieweit ihre Aufstellungen von den Quellen bestätigt werden. Statt dieses deduktiven Ansatzes empfiehlt sich umgekehrt ein induktiver, unmittelbar von den Quellen ausgehender Aufbau. Von diesen Digestenstellen kann ich im folgenden freilich nur die wichtigsten betrachten.

Dem äußeren Anschein nach bestehen zwischen Schenkung und Dosbestellung gewisse Parallelen. Beides sind willentliche Zuwendungen aus dem eigenen Vermögen in dasjenige des Empfängers. Wohl wegen dieser oberflächlichen Gemeinsamkeit behauptete Justinian C. 5,3,20,2 i. f., schon die alten Rechtsschöpfer hätten die Dosbestellung zu den Schenkungen gerechnet: *...antiqui iuris conditores inter donationes etiam dotes connumerant*. Wie Justinian zu dieser beiläufigen Bemerkung innerhalb seiner langen Konstitution über die Neuordnung der Eheschenkungs³ gelangte, bleibt jedoch unerfindlich.

³ Der *donatio ante* oder *propter nuptias*; zu datieren zwischen 531 und 533. Dazu M. KASER, *Das römische Privatrecht*², II, München 1975, S. 198 f. (§ 224 IV).

Klassische Juristen hätten einen Satz wie diesen: *Donat qui dotat* (oder *donat qui dotem dat*)⁴ entschieden als falsch bezeichnet. Das unterscheidende Kriterium ist die Zweckbestimmung der Mitgift, zur Versorgung der Familie, der *onera matrimonii* beizutragen. Das soll im folgenden präzisiert werden.

II. DER EINWENDUNGSAUSSCHLUSS BEI DER AKTIVDELEGATION

Aufschlussreich sind besonders die unterschiedlichen Regeln bei der Aktivdelegation *ad promittendum*, also beim Gläubigerwechsel. Wenn schenkungshalber vorgenommen, muss sich der Delegatar Einreden des Angewiesenen aus dem Deckungsverhältnis zu seinem Anweisenden entgegenhalten lassen⁵. Das Verbot der Geltendmachung von *exceptiones ex iure tertii* gilt für eine Delegation *donationis causa* nicht. Die *causa donandi* ist nämlich durchweg eine *causa minor*, weil ein Beschenkter keine Gegenleistung erbringen muss⁶. Ein Vertrauen des Delegatars auf einrededfreien Forderungserwerb ist darum nicht zu

⁴ Das Verbum *dotare* (bekannt aus den Regeln des kanonischen Rechts *duc et dota* oder *duc aut dota*) findet sich in den Digesten nur einmal in D. 23,2,19 (*in matrimonium collocare et dotare*), ansonsten zweimal in Justinians Codex. Der technische Ausdruck *dotem dare* ist unvergleichlich viel häufiger.

⁵ Julian D. 39,5,2,3; zitiert von Ulpian D. 44,4,7pr. Nur bei Mangelfreiheit sowohl des Deckungs- als auch des Valutaverhältnisses wird eine Schenkung durch Anweisung vollzogen. Dann gilt: *donat qui delegat*: D. 39,5,2,2; D. 39,5,21pr.: *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit*. G. THIELMANN, *Schenkungen durch Delegation*, «Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino» 5/1984, S. 2309-2330. Zu D. 44,4,5,5 (in Verbindung mit D. 39,5,2,1) neuerdings eingehend I. REICHARD, *Anweisungsschenkungen und 'lex Cincia'*, [in:] *'Liber amicorum' Christoph Krampe*, Berlin 2013, S. 289-307. Zu D. 12,4,9,1 noch L. TER BEEK, 'Dolus': *Een semantisch-juridische studie*, II, Proefschrift Nijmegen 1999, S. 1074-1077; zu diesem Werk s. die Rez. von R. KNÜTEL, «ZSS» 119/2002, S. 651 ff.

⁶ W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II: *Das Rechtsgeschäft*², Berlin-Heidelberg 1975, S. 172; A. WACKE, *Europäische Spruchweisheiten über das Schenken*, [in:] *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Hrsg. R. ZIMMERMANN u. a., H.H. SEILER gewidmet, Heidelberg 1999, S. 356, 360 f.; IDEM, 'Potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando', [in:] *Principios generales del*

schützen. Das Vertrauen eines Ehemannes auf Erhalt der Mitgift wird dagegen ausdrücklich für schützenswert erklärt; ihm sei es nämlich nicht zuzumuten, eine nichtdotierte Frau zur Gattin zu haben. Dies lehrte der spätclassische Jurist Iulius Paulus in zwei inhaltlich verwandten Textfragmenten:

D. 12,4,9,1 (Paulus 17 *ad Plaut.*): *Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promississet et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere...*

«Wenn jemand nichtgeschuldetes Geld irrtümlich auf Anweisung einer Frau ihrem Verlobten versprach und die Hochzeit stattfand, kann er die *exceptio doli* nicht vorschützen. Der Ehemann führt nämlich sein eigenes Geschäft, er begeht keinen *dolus* und darf nicht enttäuscht werden. So wäre es nämlich, falls er gezwungen wäre, eine Gattin ohne Mitgift zu haben...».

D. 44,4,5,5 (Paulus 71 *ad ed.*): *Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. in eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summoveri, qui suo nomine agit. numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset? nisi iam divertit...*

«Wenn ich denjenigen, der mir über das erlaubte Maß hinaus schenken wollte, meinem Gläubiger (zu versprechen) angewiesen habe, so wird er gegenüber diesem als Kläger

nicht die Einrede vorschützen können, weil der Gläubiger das ihm Gebührende fordert. In derselben Lage ist ein Ehemann: Auch er darf nicht mit der Einrede abgewehrt werden, weil er im eigenen Interesse klagt. Darf dann auch nicht wegen eines von der Frau begangenen *dolus* eine Einrede vorgeschützt werden gegen den die Mitgift einklagenden Ehemann, der die Frau ohne eine Mitgift nicht geheiratet hätte? <So ist es allerdings>; es sei denn, die Ehe ist bereits geschieden...».

Im ersten Text konnte sich der Schuldner gegen eine Klage seiner Gläubigerin mit einer *exceptio doli* schützen, weil er die ihr versprochene Geldsumme in Wahrheit nicht schuldet⁷. (Zur Wahl stünde für ihn wohl auch eine *exceptio non numeratae pecuniae*). Noch vor der Entdeckung seines Irrtums verspricht er seine Zahlung auf Anweisung seiner Gläubigerin an deren Verlobten. Diese Anweisung geschah *dotis constituendae causa*. Nach erfolgter Hochzeit kann der angewiesene Schuldner die Einrede der Arglist dem Ehemann gegenüber nicht mehr vorschützen. Vielmehr muss er an ihn zahlen; anschließend kann er gegen seine vermeintliche Altgläubigerin mit einer *condictio indebiti* Rückgriff nehmen. Die am (hier weggelassenen) Schluss beider Fragmente erwähnte Rückgriffskondition interessiert hier jedoch nicht.

Im ähnlichen zweiten Fragment will jemand einer Frau unter Überschreitung der von der *lex Cincia* erlaubten Grenze einen Betrag schenken. Zum Schenkungsvollzug verspricht er kraft ihrer Anweisung die Zahlung der Summe an ihren Gläubiger. Die einen Schenker schützende *exceptio legis Cinciae* entfällt gleichfalls gegenüber dem Anweisungsempfänger, weil er als Gläubiger nur erhält, was ihm zusteht (*quoniam creditor suum petit*). Ein Ehemann ist nach dem zweiten Satz (wie im ersten Fragment) in derselben günstigen Lage. Nicht einmal auf einen von der Braut begangenen *dolus* (etwa weil sie den

⁷ Ein im Text genanntes *indebitum* liegt auch vor, wenn eine Klage *per exceptionem perpetuam* erfolglos bleibt: Ulpian Vat. 266.

Gesetzesverstoß erkannte) kann der Schenker (bzw. der Schuldner) einen Verteidigungseinwand stützen⁸.

Zur Begründung führt Paulus zunächst an, dass der Ehemann als Anweisungsempfänger *suum negotium gerit* bzw. *suo nomine agit*. Gleichgestellt wird er einem Gläubiger, welcher *suum petit*. In gleichliegenden Anweisungsfällen wird der Einwendungsausschluss zum Schutze des Delegatars damit begründet, dass er *suum recipit*⁹. Die gleichbedeutenden Wendungen bilden einen verbreiteten Topos und besagen, dass der Anweisungsempfänger das bekommt, was ihm zusteht. Letztlich geschieht dies gemäß dem Gerechtigkeitsgebot (dem *praeceptum iuris*) des *ius suum cuique tribuere* (D. 1,1,10pr.-1).

Diesem positiven Argument fügt Paulus ein negatives, an eine *deductio ad absurdum* gemahnendes Argument hinzu¹⁰: Das Vertrauen

⁸ Ist die Ehe freilich schon wieder geschieden und damit das Interesse des Ex-Ehemannes an ihr (zumindest teilweise) entfallen, so schützt den angewiesenen Promittenten die *exceptio doli* insoweit, als der Mann die *dos* seiner Ex-Gattin zurückzuerstatten hätte: D. 12,4,9,1 i. f.: *sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo dumtaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset*. Der Mann würde fordern, was er seiner geschiedenen Frau zu erstatten hat und was die Frau wiederum dem Angewiesenen zurückgewähren muss. Der *dolo petit*-Einwand wirkt hier im Dreiecksverhältnis. Und die Einrede wirkt hier ausnahmsweise kondemnationsmindernd. Der Promittent wird in soviel verurteilt, wie der Mann an der *dos* Retentionsrechte hat. Insoweit hat der Mann an der *dos* auch nach beendeter Ehe ein legitimes Interesse. *Nisi iam divertit* in D. 44,4,5,5 betrifft ebenfalls die Scheidung der geschlossenen Ehe und nicht etwa einen Rücktritt vom Verlöbnis vor der Heirat: zutreffend I. REICHARD, *op. cit.*, (Fn. 5), S. 299 Fn. 45 gegen M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte*, Wien 1977, S. 25 Fn. 19.

⁹ F. STURM, 'Suum recipere', [in:] *Festschrift für Rolf Knütel*, Heidelberg 2009, S. 1207-1225. Vgl. o. Fn. 5. Entgegen G. THIELMANN, *op. cit.*, (Fn. 5) 2319 f. ist diese Begründung in D. 44,4,5,5 keineswegs „eher banal“, sondern tragender Entscheidungsgrund. Dass der Mangel im Deckungsverhältnis durch die Stipulation im Vollzugsverhältnis „geheilt“ werde, erscheint auch nicht ganz passend formuliert. Um Konvalessenz geht es hier nicht. Eher handelt es sich um eine (partielle) Neuvornahme.

¹⁰ Der Topos *ne indotata (mulier) fiat* begegnet in den Digesten mindestens fünfmal als zu vermeidende unerwünschte Konsequenz: D. 23,3,9,1; D. 23,3,59,1; D. 23,3,63; D. 23,4,12,1; D. 44,4,4,21. Zu (insbesondere mit *ne* eingeleiteten) Absurditätsargumenten siehe A. WACKE, [in:] *Mélanges Sturm*, I, 1999, S. 545, 565; IDEM, 'Ne occasio sit maioris tumultus faciendi', [in:] *Een Rijk Gerecht. Opstellen aangeboden aan Paul*

des Bräutigams, eine gut dotierte Ehefrau zu bekommen, dürfe nicht enttäuscht werden; eine Gattin ohne Mitgift zu haben, sei ihm nicht zuzumuten (fr. 9,1). Etwas pharisäerhaft klingt das in fr. 5,5 noch gesteigerte Argument, ohne Mitgift hätte der Mann diese Frau nicht geheiratet¹¹. Heiratet man eine Frau etwa nicht der Liebe, sondern vorwiegend ihres Geldes wegen? Nicht einmal wegen einer arglistigen Täuschung der Braut (*nec de dolo mulieris*) könne der Angewiesene gegen seine Zahlungspflicht eine Einrede vorschützen¹². Falls er es aber könnte: Wäre eine Täuschung für den Mann ein anerkennenswerter Scheidungsgrund? Wegen einer Täuschung über die Vermögensverhältnisse ist die Aufhebung einer Ehe heute (und dies gilt seit langer Zeit) ausgeschlossen (ehemals § 1334 Abs. 2, heute § 1314 Abs. 2 Nr. 3 BGB). In der ehelichen Solidargemeinschaft müssen beide Partner trotz eines etwaigen Vermögensverlustes einander beistehen und zu einander halten. Dies entspricht unserem heutigen Eheverständnis. Für das antike Recht kann die Frage dahinstehen, denn eine Ehescheidung bedurfte damals noch nicht der Angabe von Gründen. Worauf es den Juristen ankommt, ist, das unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, dass es in einer Ehe keine Mitgift gibt. Eine solche Ehe war nicht standesgemäß, sie galt als sozial minderwertig; die Existenz einer *dos* unterschied am deutlichsten das *matrimonium* vom bloßen Konkubinats. „Dotierte Ehe – rechte Ehe“: dieser Grundsatz galt auch im fränkischen Recht¹³. Eine *mulier indotata* war keineswegs erst ein von Justinian erfundenes „Schreckgespenst“, wie man auf dem Höhepunkt der Interpolationenkritik zuweilen meinte. Die Vermeidung einer undotierten Ehe

Nève, Nijmegen 1998, S. 585, 596 f.; weitere grundlegende Überlegungen bei T. GIARRO, *Absurditätsargumente in der römischen Jurisprudenz*, «OIR» 11/2006, S. 31 ff.

¹¹ Ebenso Venuleius D. 42,8,25,1 i. f.: *cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit*.

¹² Inhaltsgleich Ulpian D. 44,4,4,21: *Sed et si mulier post admissum dolum debitorem suum marito in dotem delegaverit, idem probandum erit de dolo mulieris non esse permittendum excipere, ne indotata fiat*.

¹³ P. MIKAT, *Dotierte Ehe – rechte Ehe. Zur Entwicklung des Eheschließungsrechts in fränkischer Zeit*. [in:] *Abhandlungen der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wiss.*, Opladen 1978.

war vielmehr schon ein von den klassischen Juristen argumentativ und strategisch angestrebtes Auslegungsziel¹⁴. Ohne Mitgift war eine Ehe jedoch nicht etwa unwirksam. Die Existenz einer *dos* war keine Voraussetzung für das Zustandekommen eines gültigen *matrimonium*.

Geld kann gewiss noch immer bei der Partnerwahl eine Rolle spielen. Ihres Geldes wegen kann auch eine ansonsten vielleicht weniger attraktive Frau umworben werden und sich Heiratschancen ausrechnen. Der Deflorationsanspruch, das Kranzgeld (§ 1300 BGB, aufgehoben 1998) diente dem Ausgleich geminderter Heiratsaussichten einer entjungferten Ex-Verlobten. Und noch heute dürfen wegen entstellender Körperverletzung namentlich einer Frau bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ihre geminderten Heiratschancen berücksichtigt werden¹⁵. Den römischen Juristen ging es jedoch nicht um Frauenreichtum an sich¹⁶ (dies kann auch Paraphernalgut einer Ehefrau sein), sondern um den in der spezifischen Gestalt einer Mitgift konstituierten Fonds zur (teilweisen) Befriedigung der Lebensbedürfnisse der Familie, mit allen daran geknüpften typischen Konsequenzen. Die wichtige sozialpolitische Bedeutung der Mitgiften erkannten die Kaiser und andere Wohltäter, indem sie Stiftungen errichteten für junge Frauen, damit sie heiraten konnten¹⁷.

Der Wegfall von Einreden gegenüber einem Delegatar ist jedoch kein nur den Anspruch auf Mitgiftbestellung betreffender Sonderrechtssatz, also keine Ausprägung des *favor dotis*. Der Wegfall gilt vielmehr für sämtliche Delegationsfälle mit entgeltlicher *causa* im Valutaverhältnis. Das ergibt sich etwa aus der generellen Aussage desselben Juristen Paulus in:

¹⁴ Vgl. zuletzt nur J.F. STAGL, *op. cit.*, (Fn. 1) S. 23, 65 ff., *passim*.

¹⁵ Namentlich gemäß § 1326 des österreichischen ABGB: A. WACKE, *Vom „Schmachgeld“ zum Schmerzensgeld und wieder zurück*, [in:] *Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle*, Hrsgg. T. CHIUSI u. a., Berlin 2008, S. 1163 ff., hier S. 1179 ff.: Entstellungsgeld und Kranzgeld.

¹⁶ Dazu der von E. SPECHT herausgegebene Sammelband: *Frauenreichtum. Die Frau als Wirtschaftsfaktor im Altertum*, Wien 1994, die gesamte Antike betreffend. Darin E. SPECHT, *Mitgift und Aussteuer*, S. 221 ff.

¹⁷ Zum darauf gerichteten Euergetismus etwa J.F. STAGL, *op. cit.*, (Fn. 1), S. 314 f.

D. 46,2,19 (Paulus 69 *ad ed.*): *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus...[es folgen diverse Beispiele]. ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est, aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.*

«Die Einrede der Arglist, welche einem Anweisenden entgegengehalten werden konnte, entfällt gegenüber der Person des Gläubigers, dem jemand (zur Abgabe eines Versprechens) angewiesen wurde. Dasselbe gilt für andere ähnliche Einreden... Deswegen aber werden Einreden einem zweiten Gläubiger gegenüber verweigert, weil bei Kontrakten und Absprachen unter Privatleuten ein Kläger nicht leicht wissen kann, was zwischen dem Angewiesenen und dem (anweisenden) Schuldner abgemacht wurde; aber selbst wenn er es weiß, muss er so tun, als wüsste er es nicht, um nicht als neugierig zu erscheinen. Darum ist mit Recht eine Einrede aus der Person des (anweisenden) Schuldners zu versagen».

Dieser Text belehrt uns zudem (vielleicht als einziger) im zweiten Teil über den Grund des Einwendungsausschlusses: Was der angewiesene Schuldner mit seinem Gläubiger im Deckungsverhältnis vereinbarte, soll den Anweisungsempfänger nichts angehen. Erfährt er zufällig, dass der Schuldner seine Leistung verweigern könnte, dann muss er dies nicht beachten, in diese Zweierbeziehung soll er sich nicht einmischen: *etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur*. Inwieweit dieser Ansicht beizupflichten ist, muss hier nicht hinterfragt werden. Nachforschungen über die Gültigkeit des Deckungsverhältnisses muss der Anweisungsempfänger jedenfalls nicht anstellen. Sie würden den Abschluss von Delegationsstipulationen verzögern und deren Umlauffähigkeit beeinträchtigen.

Festzuhalten bleibt, dass eine Delegation zwecks Mitgiftbestellung hinsichtlich des Wegfalls von Einreden ebenso behandelt wird wie jede andere Delegation mit entgeltlicher (oneroser) *causa*. Nur bei einer schenkungshalber erfolgten Anweisung bleiben dem Angewiesenen seine Einreden gegenüber dem Delegatar erhalten, weil die rein lukrative *causa* als weniger schützenswert vom Recht durchgängig diskriminiert wird, vgl. o. Fn. 6.

III. ZUM *CONCURSUS CAUSARUM*

Im Falle eines *concursum causarum* wird die *causa dotis* von Julian ausdrücklich als nicht lukrativ eingeordnet:

D. 44,7,19 (Iulianus 73 dig.): *Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur, qui dotem petit. porro cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus integras actiones retinent, sicut ex contrario qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere.*

«Ein Mitgiftversprechen ist nicht als bereichernder Rechtsgrund anzusehen, sondern wer eine Mitgift einklagt, ist gewissermaßen als ein Gläubiger oder Käufer zu betrachten. Erlangt daher ein Gläubiger oder ein Käufer aus einem bereichernden Rechtsgrund eine Sache, so bleiben ihm dessen ungeachtet seine Klagen erhalten, ebenso wie umgekehrt wer aus einem nicht bereichernden Rechtsgrund eine Sache erlangt, nicht daran gehindert wird, sie aufgrund des bereichernden Grundes einzuklagen».

Der die versprochene Mitgift einfordernde Ehemann wird hier einem Gläubiger oder einem Käufer gleichgestellt. Der Vergleich mit einem Käufer liegt besonders nahe bei einer *dos aestimata*, für die der Mann die Gefahr trägt. Eine lukrative *causa* ist für den Berechtigten

günstiger als eine onerose; die eine hebt aber die andere nicht auf. Erlangt ein Käufer später einen Anspruch auf die Sache aufgrund eines Vermächtnisses, so bleibt ihm der Vermächtnisanspruch erhalten; aus dem Kaufvertrag kann er die Befreiung von seiner Kaufpreisverbindlichkeit oder die Rückzahlung des bereits entrichteten Preises verlangen¹⁸. Bei zeitlich umgekehrter Reihenfolge gilt dasselbe. Bekommt also der Ehemann den versprochenen Dotalgegenstand unentgeltlich aufgrund eines Vermächtnisses zugewendet, so wird sein Anspruch auf Erfüllung des Mitgiftversprechens nicht aufgehoben. Zusätzlich zur Dotalsache erhält er folglich nochmals den Wert derselben. Ein Gläubiger erhält demzufolge nochmals den Wert von einem Gegenstand, den er bereits in seinem Vermögen hat. Aber *dos* und Eigenvermögen des Ehemannes sind nicht dasselbe. Die Verdoppelung seines Anspruchs ist damit zu rechtfertigen, dass der *dotis causa* übereignete Gegenstand zur *res uxoria*, also zum nur treuhänderisch innegehabten Vermögen wird und bei einer Auflösung der Ehe gegebenenfalls zurückzuerstaten ist. Die *dos* erlangt der Ehemann nicht (wie aus Legat) *pro suo*. Ob er die *dos* dereinst (wie beim Tode der Frau) lukrieren wird, steht noch nicht fest. Ein etwaiges Erlöschen des Mitgiftanspruchs führte hingegen zu dem unerwünschten Ergebnis einer *mulier indotata*. Vorausgesetzt ist, dass der Vermächtnisanspruch vom Testator nicht zur bloßen Bekräftigung des Dotalanspruchs zugewendet wurde (wenn das Legat etwa lauten würde: „ich vermache dir als Mitgift für deine Frau...“); vgl. D. 30,84,6. Festzuhalten ist, dass es im Text nicht um das Zusammentreffen zweier unentgeltlicher *causae* geht¹⁹.

¹⁸ Die *actio empti* hat hier bereicherungsrechtliche Funktion: H. HONSELL, ‘*Quod interest im bonae fidei iudicium*’, München 1969, S. 40 f.; J.D. HARKE, *Julian und die Rechtsmängelhaftung*, «OIR» 11/2006, S. 80; etwas anders (das Klageziel offenlassend) W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen 1995, S. 49 ff. mit ausführlichem Literaturbericht.

¹⁹ H. ANKUM, ‘*Concursus causarum*’, «Seminarios Complutenses de Derecho romano» 8/1996, S. 81 f. = H. ANKUM, [in:] *Mélanges André Magdelain*, Paris 1998, S. 9-38.

IV. EINWILLIGUNG DES GLÄUBIGERS IN DIE VERÄUSSERUNG DER PFANDSACHE

Ausdrücklich einem Verkauf wird die Dosbestellung gleichgeachtet wegen der *onera matrimonii* in:

- D. 20,6,8,13 (Marcianus sing. *ad formulam hypoth.*): *Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero donaverit, an exceptione illum summoveat? an facti sit magis quaestio, numquid ideo veniri voluit, ut pretio accepto ipsi quoque res expediat? quo casu non nocebit consensus. quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii. in contrarium: si concessit donare et vendiderit debitor, repellatur creditor, nisi si quis dicat ideo concessisse donari, quod amicus erat creditori is cui donabatur.*

«Wenn nun der Gläubiger in einen Verkauf einwilligte, der Schuldner aber die Schache verschenkte, kann man den Gläubiger dann mit der Einrede abwehren? Ist dies eher eine Tatfrage, weil er vielleicht [nur] deswegen in einen Verkauf einwilligte, um aus der Preiszahlung auch selbst Vorteile zu haben? In diesem Falle wird ihm seine Einwilligung nicht schaden. Eine Einbringung zur Mitgift ist jedoch in diesem Falle einem Verkauf richtigerweise gleichzuachten, wegen der ehelichen Lasten. Umgekehrt: wenn der Gläubiger in eine Schenkung einwilligte, der Schuldner aber verkaufte, wird der Gläubiger (mit der Einrede) abgewehrt; es sei denn, jemand bringt vor, eine Schenkung deswegen bewilligt zu haben, weil der Empfänger sein Freund war».

Veräußert ein Verpfänder die Pfandsache mit Einwilligung des Pfandgläubigers, so schützt den Erwerber gegen eine Pfandvindikation eine *exceptio voluntate eius venditae*²⁰. Seine Zustimmung kann

²⁰ D. 20,6,8,9. Vgl. D. 41,4,7,6. H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, II, Leipzig 1864, S. 537 ff., 555 f.

der Gläubiger gemäß D. 20,6,8,10 davon abhängig machen, dass ihn der Käufer mit dem ihm gebührenden Teil des Kaufpreises befriedigt. Marcian erörtert die Reichweite der Zustimmung des Gläubigers. Innerhalb einer gewissen Bandbreite darf der Verpfänder von ihr abweichen. Der Begriff „Verkauf“ ist nach D. 20,6,8,11 weit auszulegen. Verschenkt aber der Verpfänder die Sache, nachdem der Gläubiger nur in einem Verkauf einwilligte, dann ist diese Veräußerung nicht durch seinen Konsens gedeckt. Eine Einbringung zur Mitgift soll allerdings nach Satz 4 wegen der vom Ehemann zu tragenden ehelichen Lasten einem vom Gläubiger bewilligten Verkauf gleichstehen. Diese Meinung ist sehr problematisch und meines Erachtens abzulehnen. Mit der Bestreitung der ehelichen Lasten aus der Mitgift erbringt der Ehemann für die Zukunft eine Leistung an seine Familie. Das ist aber keine Gegenleistung an den Schuldner, welche diesem die Befriedigung seines Gläubigers ermöglichen würde und für den Gläubiger von Vorteil wäre. In einen Verkauf willigt der Gläubiger in der Regel wegen seiner Befriedigungsaussichten aus dem Kaufpreis ein (*ut pretio accepto ipsi quoque res expediat*). Seine Befriedigungsaussichten verbessern sich jedoch nicht im geringsten mit der Mitgiftbestellung für eine fremde Ehe. Wegen eines unentgeltlichen Verzichts auf sein Pfandrecht wäre der Gläubiger neben dem Verpfänder als (Mit) Besteller der Mitgift anzusehen. Dies ist aber nicht sein Wille²¹. Soll die Einbringung zur Mitgift als Pfandverzicht gedeutet werden, dann muss diese Einbringung vom Pfandgläubiger speziell konsentiert sein. Wie das Wörtchen ‚*recte*‘ andeutet, war Marcians Ansicht vermutlich umstritten. Für die gegenteilige Ansicht sprechen die besseren Gründe. Aus der herrschenden Betrachtung, dass die *causa dotis* wegen der *onera matrimonii* keine *causa lucrativa* war, schloss Marcian unüberlegt, dass sie auch im vorliegenden Falle eines etwaigen Pfandverzichts

²¹ Auszunehmen wäre der Fall, dass die zu dotierende Braut auch dem Pfandgläubiger persönlich nahesteht (ähnlich wie wenn nach dem letzten Beispiel der zu Beschenkende *amicus erat creditori*). Der Gedanke lässt sich aber nicht so verallgemeinern, wie Marcian darüber berichtet.

noch unter den Begriff „Verkauf“ subsumiert werden könne²². Dieser zu weitgehende Schluss berücksichtigt nicht hinreichend das Interesse des Pfandgläubigers.

V. MITGIFTVERSPRECHEN UND SCHENKUNGSVERBOT

Im Hinblick auf die Schenkungsverbote war die Abgrenzung zwischen Schenkung und Dosbestellung belangreich. Eine Mitgift konnte die Frau ihrem Manne noch nach der Hochzeit bestellen; dies verstieß offenbar weder gegen die *lex Cincia* noch gegen das Schenkungsverbot unter Ehegatten²³. Einen Spezialfall erörtert Ulpian in:

D. 24,1,21,1 (Ulpianus 32 *ad Sab.*): *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.*

«Versprach eine Ehefrau ihrem Manne eine Mitgift sowie Zinsen von dieser Mitgift, so ist eine Klagbarkeit der Zinsen zweifellos zu bejahen, weil dies keine solche [unter Ehegatten verbotene] Schenkung ist, da sie für die Lasten

²² Eng auszulegen ist die Einwilligung nach dem Schlusssatz. Statt einer bewilligten Schenkung darf der Schuldner die Pfandsache verkaufen; ein Verkauf ist nämlich für den Schuldner wie für den Gläubiger günstiger. Die Pfandfreigabe kann jedoch ausnahmsweise nur zugunsten der Person des zu Beschenkenden erfolgt sein, weil dieser des Gläubigers Freund war. Der Jurist berücksichtigt hier die Affektion zum Beschenkten; der Gläubiger erwartet von ihm die geschuldete Dankbarkeit.

²³ K. CZYHLARZ, *op. cit.*, (Fn. 2), S. 61.

der Ehe verlangt werden. Was aber, wenn der Mann zugunsten seiner Frau auf die Einforderung der Zinsen verzichtet? Dieselbe Frage stellt sich hier, ob dies eine unerlaubte Schenkung darstellt. Und Julian würde dies bejahen; dies ist auch richtig. Falls man freilich übereinkam, dass die Frau sich selbst unterhalte mitsamt ihren Sklaven, und der Mann es gestattete, die Nutzungen aus ihrer Mitgift zu ihrem eigenen Unterhalt und zur Ernährung ihrer (Sklaven) zu verwenden, bestehen keine Bedenken. Meines Erachtens kann nämlich nicht als (unzulässig) geschenkt zurückverlangt werden, was verrechnet wurde».

Die *dos* wurde hier dem Manne von seiner Frau nur versprochen, aber noch nicht geleistet²⁴; stattdessen versprach sie ihm die regelmäßige Zahlung von Zinsen vom Betrage dieser Mitgift. Ihre Zinszahlungen sind keine verbotene Schenkung, weil der Mann diese zur Bestreitung des ehelichen Aufwands zu verwenden hat, dadurch also nicht bereichert wird. Eine verbotene Schenkung wäre es, wenn der Mann auf die Zinsen verzichtete; das ergäbe eine „sterile“ Mitgift²⁵, die keine Früchte trägt: was der Aufgabe einer Mitgift widerspricht²⁶. Unterhält jedoch die Frau abredegemäß ihrerseits die Familie (ein Rollentausch), und verzichtet der Mann deshalb auf die Zinsen, um die Frau nicht doppelt zu belasten, dann ist dieser Verzicht nicht verboten. Aus den von der Frau zu entrichtenden Zinsen müsste eigentlich der Mann die Familie unterhalten. Unter Abkürzung dieses Umweges entlastete ihn hier (atypischerweise) die Frau und leistete direkt an die Unterhaltsberechtigten. Ulpian nennt das (nicht im technischen Sinne) „Aufrechnung“ (*compensatum est*). In beiden Fällen – sowohl bei der Leistung als auch beim Verzicht auf die Zinsen – ist, wenn dies zwecks

²⁴ Zu derartigen Stundungs-*pacta* siehe A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, Köln-Wien 1969, S. 93 ff.

²⁵ Die Bezeichnung *sterilis dos* begegnet in D. 23,4,4.

²⁶ Falls der Mann seinerseits Zinsen von der Mitgift seiner Frau verspricht, wäre der Verstoß gegen die Funktion der Mitgift noch gravierender. Statt einer *dos* bekäme der Mann dann nur ein Darlehen.

Bestreitung des ehelichen Aufwands geschieht, ein Verstoß gegen das Schenkungsverbot zu verneinen. Nachweise über die tatsächliche zweckentsprechende Verwendung werden aber nicht verlangt.

VI. EHESCHLIESSUNG ZWISCHEN GLÄUBIGERIN UND BÜRGEN

Um eine Verrechnung geht es auch in dem ausgeklügelten Fall, dass eine Gläubigerin den für ihren Schuldner aufgetretenen Bürgen heiratet und ihm den Betrag als Mitgift einbringt, für den er sich bei ihr verbürgte:

D. 17,1,47pr. (Pomponius 3 ex Plaut.): *Iulianus ait, si fideius-sori uxor doti promiserit, quod ei ex causa fideiussoria de-beat, nuptiis secutis confestim mandati adversus debitorem agere eum posse, quia intellegitur abesse ei pecunia eo, quod onera matrimonii sustineret.*

«Julian sagt, wenn einem Bürgen seine (künftige) Gattin das als Mitgift verspreche, was er ihr aus seiner Bürgschaft schulde, dann könne er nach der Heirat sogleich mit der Auftragsklage gegen deren Schuldner vorgehen; es sei nämlich anzunehmen, dass ihm (soviel) Geld deswegen fehle, weil er die Lasten der Ehe zu tragen habe».

Der Bürge muss als jung vermählter Ehemann für seine Frau soviel als Mitgift bereitstellen, wie er der Frau als Garantieleistung schuldet. Eigenvermögen des Mannes und treuhänderisch innegehabte Mitgift bilden in seiner Hand getrennte Vermögensmassen. Als Ehemann muss der Bürge den Betrag aus seinem Vermögen absondern und seiner Frau als *dos* gutschreiben. Wegen des ihm infolgedessen in seinem Eigenvermögen fehlenden Betrages (*quia intellegitur abesse ei pecunia*)²⁷ kann der Bürge gegen den Schuldner Regress nehmen: dem Text zufolge sogleich (*confestim*), bei gestundeter Hauptschuld aber

²⁷ *Pecuniam abesse* war nach O. LENEL, 'Edictum perpetuum'³, Leipzig 1927, S. 297 mit Fn. 2 vermutlich Tatbestandsmerkmal der *actio mandati contraria*.

wohl erst nach eingetretener Fälligkeit. Zugrunde liegt der Gedanke einer logischen Sekunde: Es wird so angesehen, als habe der Bürge an seine Gläubigerin gezahlt. Damit entstand sein Regressanspruch. Anschließend bringt ihm die Frau denselben Betrag unter dem neuen Rechtsgrund als Mitgift in die Ehe ein. Anstelle doppelter Zahlung werden die beiden wechselseitigen Ansprüche miteinander verrechnet. Als Erfinder der logischen Sekunde gilt gemeinhin Publius Iuventius Celsus, der sie in D. 24,1,3,12 beschrieb²⁸. Aber auch Julian scheint die Argumentationsfigur unserem Text zufolge gekannt zu haben. Da aus der Mitgift die Lasten der Ehe zu bestreiten sind, bildet die Operation ein oneroses Geschäft. Hinter der aufs knappste reduzierten Sachschilderung steckt eine staunenswerte Phantasie und Intuition im Erfinden und Durchdenken von Fällen.

VII. LEISTUNG AUF IRRTÜMLICH ANGENOMMENE DOTIERUNGSPFLICHT

In unserem letzten Text verneint Julian die Rückforderbarkeit der von einer Frau in der irrtümlichen Meinung bestellten Mitgift, ihrem Manne dazu verpflichtet zu sein:

D. 12,6,32,2 (Iulianus 10 dig.): *Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.*

«Wenn eine Frau der Meinung war, zur Bestellung einer Mitgift verpflichtet zu sein, so kann sie das, was sie als Mitgift geleistet hat, nicht zurückverlangen. Trotz ihres entdeckten Irrtums bleibt nämlich ihr familiäres Pflichtgefühl übrig; und deswegen kann sie das Geleistete nicht zurückfordern».

²⁸ F. WIEACKER, *Die Juristische Sekunde*, [in:] *Kleine juristische Schriften*, 1988, ex 1962, S. 77-101; vgl. I. REICHARD, *op. cit.*, (Fn. 5), S. 290.

Die jung vermählte Ehefrau glaubt beispielsweise, ihr inzwischen verstorbener und von ihr beerbter Vater habe eine *dos* ihrem Verlobten versprochen²⁹. Nachdem sich die Ungültigkeit dieses Versprechens herausstellte, will die Frau ihre Leistung als *indebitum* kondizieren. Julian verweigert ihr die Rückforderung mit der Begründung, dieser Irrtum sei irrelevant. Eine rechtsgeschäftlich übernommene Pflicht zur Dotierung bestärkt nämlich nur die dazu ohnehin bestehende sittliche Verpflichtung. Die Nichtexistenz oder ein Wegfall der rechtsgeschäftlich übernommenen Pflicht hebt aber die sittliche Pflicht nicht auf. Die rechtsgeschäftliche Pflicht lässt sich wegdenken: die sittliche bleibt als „Reservecausa“³⁰ bestandskräftig. Die eingebrachte Mitgift ist darum kondiktionsfest. Das Vertrauen des Ehemannes ist auch hier schützenswert, weil er aus den Erträgen der Mitgift die Familie zu unterhalten hat. Tragender Grund ist die *pietas*, die auch die Rückforderbarkeit erbrachter Unterhaltsleistungen ausschließt³¹. Einer zusätzlichen Berufung auf den *favor dotis* bedarf es dazu wohl nicht³².

²⁹ An eine etwaige generelle Verpflichtung zur Mitgiftbestellung kraft Gesetzes kann die Frau kaum irrtümlich geglaubt haben. Der Text gilt gemeinhin als Beleg dafür, dass im klassischen Recht eine gesetzliche Pflicht nicht bestand: J.F. STAGL, *op. cit.*, S. 62 f. (mit reichen Literaturnachweisen S. 60 Fn. 196). Eine Dotierungspflicht statuierte Justinian für den Vater der Braut, subsidiär für die Mutter: M. KASER, *Das römische Privatrecht...*, II, (Fn. 3), S. 186. Im deutschen BGB galt dies gemäß § 1620 (alter Fassung) fort bis zum Gleichberechtigungsgesetz von Mann und Frau von 1957.

³⁰ J.F. STAGL, *op. cit.*, (Fn. 1), S. 194.

³¹ H. H. SEILER, *Der Tatbestand der 'negotiorum gestio' im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, S. 42 ff.; V. HALBWACHS, 'Pietas' im römischen Unterhaltsrecht, [in:] *'Meditationes de iure et historia'. Essays in honor of Laurens Winkel. 'Fundamina, editio specialis'*, I, Unisa, Pretoria 2014, S. 371 ff. – Die Übersetzungen von *causa pietatis* fallen ziemlich unterschiedlich aus: Am einfachsten machte es sich Á. d'Ors (1968): „subsiste la causa de piedad“. Zu schlicht C.E. Otto, B. Schilling, C.F.F. Sintenis (1831): „so bleibt der Grund der Liebe übrig“. Etwas zu frei J.E. Spruit (1996): „so bleibt noch als Grundlage die Loyalität ihrem Manne gegenüber“; O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H.H. Seiler (1999): „bleibt ein sittlicher Grund übrig“. Besser S. Schipani (2007): „rimangono i motivi dei doveri familiari“.
Pietas ist nach meinem Vorschlag die pflichtmäßige Gesinnung, der Familiensinn.

³² In allzu kunstvollem Gedankengang meint J.F. STAGL, *op. cit.*, (Fn. 1), S. 195, die rechtsgrundlos erbrachte Leistung werde kraft des *favor libertatis* in die Bahnen

Dahinstehen kann für uns auch die Frage, ob die *causa pietatis* als Naturalobligation zu qualifizieren ist³³. Von einer *obligatio naturalis* spricht unser Text nicht ausdrücklich. Hinsichtlich des Kondiktionsausschlusses steht jedoch die sittliche Pflicht (wie nach § 814 Fall 2 BGB) einer Naturalobligation gleich. Um ihre Mitgift zurückzubekommen, müsste die Frau die Scheidung vollziehen.

VIII. SCHLUSSBETRACHTUNGEN

1. Auf exegetische Analysen weiterer Quellen müssen wir verzichten. Ergänzend wäre noch kurz etwa hinzuweisen auf D. 42,8,25,2: Auf Restitution der von einem Insolventen bestellten Mitgift haftet danach ein Ehemann nicht (wie ein Beschenker) stets, sondern nur, wenn ihm die Absicht der Gläubigerbenachteiligung bekannt war; ebenso wie bei anderen onerosen Geschäften³⁴. Das einen Schenker schützende *beneficium competentiae*, die Einrede des Notbedarfs, steht einem Dosbesteller nicht zu³⁵. Die Dotalverbindlichkeit kann nach D. 20,1,5pr. schließlich auch durch ein Pfand gesichert werden.

des Dotalrechts umgeleitet. Wegen der zum Kondiktionsausschluss hinreichenden *causa pietatis* war jedoch die Leistung von vornherein nicht rechtsgrundlos. Den Konvalessenzgedanken braucht man dazu nicht zu bemühen.

³³ Das war im romanistischen Schrifttum umstritten. Doch siehe P. L. LANDOLT, '*Naturalis obligatio*' and bare social duty, Köln-Weimar-Wien 2000, zum Text S. 8 f., ausführlich S. 105 ff., mit freilich zweifelhafter Interpolationsannahme von ‚mulier‘ S. 127 ff. In Sachverhaltsschilderungen sind Interpolationen jedoch generell unwahrscheinlich. Zu ‚mulier‘ auch J. F. STAGL, *op. cit.*, (Fn 1), S. 61 (dem Landolts Ausführungen entgingen).

³⁴ X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma-Madrid 1974, S. 166 f. Zum im Text genannten *extraneus* als Dosbesteller A. GUARINO, «ZSS» 61/1941, S. 378 ff. = A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli 1995, S. 441.

³⁵ Einerseits ist ein Schenker vor Verarmung zu schützen. Andererseits ist, wie gezeigt, das Vertrauen des Ehemannes schützenswert, die Mitgift (voll) ausbezahlt zu erhalten. – Gegenüber einem Mitgiftversprechen muss sich der Promittent den Selbstbehalt durch eine spezielle Klausel vorbehalten, etwa ‚cum potuero‘ oder ‚cum commodum (commodissimum) erit‘: D. 50,16,125; D. 23,3,79,1. A. WACKE, *Zur Einrede*

Die Mitgift ist für den Mann ein zweckgebundenes Sondervermögen. Ein dazugehöriges Grundstück kann er nach der *lex Iulia de fundo dotali* nicht ohne Zustimmung seiner Frau veräußern. In der Verwendung eines geschenkten Gegenstandes ist der Beschenkte hingegen grundsätzlich frei.

Aus unseren Exegesen wurde deutlich, dass die römischen Juristen die Mitgiftbestellung durchgängig als oneroses Geschäft einordneten. Als Gegenteil zur *causa lucrativa* kommt der Begriff *causa onerosa* in den Quellen allerdings nicht vor³⁶. Oneros hat hier auch nicht die Bedeutung von synallagmatisch, von *do ut des*, von *quid pro quo*. Die Bestreitung der ehelichen Lasten aus den Erträgen der Mitgift ist nur dann eine – untypische – Art von „Gegenleistung“, wenn die Braut selber die *dos* bestellt. Dass die *causa dotis* auch dann zu den entgeltlichen Geschäften gerechnet wurde, wenn ein *extraneus* die Mitgift bestellt, ist besonders auffallend für eine Rechtsordnung, welche wie die römische Verträge zugunsten Dritter prinzipiell nicht anerkannte. Die Tragung der *onera matrimonii* wurde von Marcian D. 20,6,8,13 (wohl unüberlegt und wenig beifallswert) sogar für den Fall übersteigert, dass einem auf sein Pfandrecht verzichtenden Gläubiger daraus keinerlei Vorteil erwächst.

2. Das Dotalrecht gehört der Geschichte an. Es basierte auf der typischerweise unterschiedlichen Aufgaben- und Rollenverteilung zwischen Mann und Frau in Ehen früherer Gesellschaften. Die dafür geltenden Regeln haben kulturgeschichtlichen Erkenntniswert. Sich damit zu beschäftigen, ist keineswegs unnützlich. Mit der zielgerichteten Vermeidung einer *uxor indotata* erkannten die Juristen die wichtige, auch überindividuelle Aufgabe der Mitgiften. Im Interesse künftiger

des Notbedarfs ('ne egeat') bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht, [in:] *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Milano 2010, S. 447-479.

³⁶ Das seltene Adjektiv *onerosus* (in den Digesten sechsmal und einmal bei Gaius) bedeutet zur Last fallend, aufsässig, widerspenstig, unverträglich, intransigent, etwa als negative persönliche Eigenschaft eines Gläubigers (D. 13,7,25 i. f.) oder eines Sklaven (D. 17,1,8,4). Niemals hat das Wort die Bedeutung von 'entgeltlich'. Der Terminus *lucrativ** findet sich in den Digesten hingegen 21 Mal.

Generationen liegt es im existentiellen staatlichen Interesse, dass Kinder in Familien mit guten Vermögensverhältnissen heranwachsen. Und einem unentwegt Kriege führenden Weltreich wie dem römischen musste viel daran gelegen sein, dass auch die Witwen und Waisen gut versorgt wurden³⁷.

3. Wegen des weggefallenen Dotalrechts gibt es im modernen Recht auch nicht mehr einen *favor dotis*. Die aus dem römischen Recht überkommene Schlechterstellung unentgeltlicher Erwerbsgründe als *causae minores* (oder *causae* „zweiter Klasse“) kennen wir jedoch sehr wohl. Unter dem Kunstwort „*disfavor donationis*“ kann man die diesbezüglichen verstreuten Regeln nach meinem Vorschlag zusammenfassen³⁸. Die mindere Qualität der Berufung eines Beklagten auf eine Schenkung ist auch bei der Verteilung der Beweislast zu beachten. Dies entgegen der bei uns in Deutschland herrschenden Auffassung nachzuweisen, ist das Anliegen diverser Aufsätze aus meiner Feder³⁹. Wegen der diskriminierten Schenkungscausa waren die römischen Juristen geradezu dazu gezwungen, ihr den *favor dotis* als konträres Gegenteil gegenüberzustellen und die Rechtsinstitute *dos* und *donatio* deutlich voneinander abzugrenzen.

4. Als neuzeitliche Parallelen wären noch kurz zu erwähnen: Preußens Allgemeines Landrecht ordnete in 11 §§ 1047-48 Verträge zur Ausstattung ausdrücklich als „lästige“ (onerose) ein. Nach § 1624 BGB gelten Ausstattungsversprechen ebenfalls nicht als Schenkung, sofern sie nicht die Vermögensverhältnisse des Versprechenden über-

³⁷ Vgl. etwa G. HEYSE, 'Mulier non debet abire nuda'. *Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, Frankfurt u. a. 1993, rezensiert von CH. BALDUS, K. PAPANIKONANTINOU, «Seminarios Complutenses» Supl. 1994-95 (1996), S. 79-93. Weiter J. U. KRAUSE, *Witwen und Waisen im römischen Reich* (4 Bände), Stuttgart 1994-95.

³⁸ A. WACKE, *Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben*, «ZSS» 118/2001, S. 264-285; vertieft in IDEM, 'Potior est'... (o. Fn. 6).

³⁹ A. WACKE, 'Donatio non praesumitur', «Archiv für die zivilistische Praxis» 1991, S. 1-31; weiter IDEM, *Zur Behauptungs- und Beweislast des Beklagten für den Einwand der Schenkung*, «Zeitschrift für Zivilprozess» 2001, S. 77-96.

steigen. Auch in England gilt die Mitgiftbestellung nicht als Schenkung, denn „Future marriage is good consideration”⁴⁰. Das bedeutet etwa: Die beabsichtigte Heirat genügt als anerkanntes Motiv für das Versprechen oder die Zuwendung⁴¹.

„DOS” I „DONATIO”. USTANOWIENIE POSAGU TO NIE DAROWIZNA

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest instytucja ustanowienia posagu w prawie rzymskim. Autor dowodzi, że ustanowienie posagu nie było darowizną. W oparciu o materiał źródłowy wskazuje na różnice pomiędzy tymi instytucjami, które wynikały z różnych funkcji przez nie spełnianych. Autor przypomina, że reguły prawne dotyczące posagu były konsekwencją różnych zadań i ról mężczyzny i kobiety, jaką mieli w małżeństwie. Posag, w odróżnieniu od darowizny, odgrywał rolę nie tylko indywidualną, gdyż w interesie przyszłych pokoleń czyli w interesie publicznym leżało, aby dzieci dorastały w rodzinach o dobrej sytuacji finansowej. W imperium, które prowadziło stale wojny chciano też zapewnić, aby wdowy i sieroty były zabezpieczone. W konsekwencji, z racji różnych ograniczeń dotyczących *causa donandi*, prawnicy rzymscy zmuszeni byli wykreować *favor dotis*, aby wyraźnie rozróżnić *dos* i *donatio*.

Słowa kluczowe: posag, darowizna, zabezpieczenie finansowe.

Keywords: dowry, donation, financial security.

⁴⁰ E. WAHL, *Art. Ausstattung, Aussteuer*, in Schlegelbergers Rechtsvergleichendem Handwörterbuch II (1929) 338; W. SIEBERT, *Art. Schenkung*, ebenda VI (1938) 148.

⁴¹ Vgl. das Stichwort „Good consideration” in Black’s Law Dictionary⁵, 1979 (11. Reprint 1987) p. 278 und 623.