Selb, Walter

Reichsrecht und lokale Eheschliessungsformen in den römischen Ostprovinzen

The Journal of Juristic Papyrology 15, 99-118

1965

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.



REICHSRECHT UND LOKALE EHESCHLIESSUNGSFORMEN IN DEN RÖMISCHEN OSTPROVINZEN

I

Das Verhältnis des römischen Rechts zu den Volksrechten im Osten des römischen Reiches in der Zeit nach der Constitutio Antoniniana ist einer neuen Betrachtung wert. Das bedeutet nicht, daß man die zahlreichen Interpretationen des Pap. Gießen 40¹ um eine vermehren oder die Hypothesen zum totalen Geltungsanspruch des römischen Rechts im Leben der Neubürger² kritisch sichten sollte; denn es sind Thesen auf dürftigem Quellengrund. Nur neue Quellen rechtfertigten einen neuen Versuch.

Wir finden eine solche "neue" Quelle in den Handschriften des Syrisch-Römischen Rechtsbuches. Sie ist uns zwar längst bekannt, und Mitteis hat in seinem großen Werk Reichsrecht und Volksrecht gerade sie unter dem Gesichtspunkt unseres Themas auszuwerten unternommen. Eine gewandelte Interpretation der Einzelstellen nach anderen philologischen und juristischen Einsichten⁴, vor allem aber eine neue Stellungnahme zur Aussageform und zum Darstellungsziel des Werkes entwertet einen großen Teil der Schlußfolgerungen Mitteis". Man muß sich also nicht nur bei vielen Einzeltexten von der bisherigen Textrekonstruktion⁵, von der überlieferten Übersetzung⁶ und von den verschiedensten Herkunftsbestimmungen⁷ lösen; der Verständnis-

- ¹ Sasse unternimmt es, die Fülle der Literatur zusammenzustellen. In *JJP* XIV (1962), S. 109 ff. erscheint der erste Teil des Unternehmens.
- ² Eine Übersicht über die Literatur, die sich mit der Frage nicht nur am Rande befasst habe ich in Atti Accademia Nazionale dei Lincei Anno CCCLXI (1964), S. 101, ff., Note 29 gegeben. Zuzufügen ist Schönbauer, Personalitätsprinzip und Privat-rechtsordnung im Römerreiche, Anz. Öst. Ak. d. Wiss. 1960, S. 182 ff.
- ³ L. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches, Leipzig 1891.
- ⁴ Inauguriert von Nallino in zahlreichen Aufsätzen, zusammengefasst in Raccolta di scritti editi e inediti. Bd. IV. a cura di Maria Nallino. Roma 1942.
- ⁵ Editionen: Bruns-Sachau, Syrisch-Römisches Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert, Lpz. 1880, Neudruck Aalen 1961 (Hschr. L, P, Fr, Ar, Arm) und Sachau, Syrische Rechtsbücher I, Berlin 1907 (RI, RIÌ, RIII und Fragment). Sämtliche Handschriften sind nicht einmal methodisch konsequent ediert.
- ⁶ Übersetzungen: Bruns-Sachau, aaO, zu den dort publizierten Handschriften; Sachau, aaO, zu den dort publizierten Handschriften; Ferrini, ZSSt 23, S. 101 ff. (zu P) und FIRA II (zu L).
 - ⁷ Um Wiederholungen zu vermeiden, verweise ich auf die in Note 2 genannte Publikation.

wandel wird vielmehr umgreifender, wenn wir im Rechtsbuch an Stelle einer Sammlung von Regeln oder Normen origineller Prägung, wenngleich bekannter Herkunft, freie Interpretationen kaiserlicher Konstitutionen, zumeist Reskripten, die sich ausschließlich mit provinziellen Erfordernissen, Gegebenheiten und Rechtsgeschäften befassen, sehen8. Das Rechtsbuch ist also eine Quelle römischen Rechts. Lokale Rechtsvorstellungen und Institutionen erkennen wir nur mittelbar in ihrer Form und ihrer Lebenskraft. Nirgends erkennen wir die Volksrechte als neben dem römischen Recht stehende, gleichgeordnete Normen. Sie bilden nur die Quelle besonders gestalteter rechtsgeschäftlicher Formulare oder fremder Anfragemeinungen, über die der römische Jurist in der kaiserlichen Kanzlei von seinem heimischen Standpunkt 'aus zu urteilen hatte. Die Berührung der Rechtskulturen findet daher im Rechtsbuch keinen Niederschlag in einer äußerlichen oder institutionellen Mischung von römischem Recht und Volksrechten, wie man bisher annahm. Wo wir wirklich neben dem römischen Recht noch Anklänge an volksrechtliche Ideen finden, müssen wir die Herkunftsbestimmung differenzieren in die der Entscheidung, die der zu beurteilenden Gegebenheit, die der Anfragemeinung, die der interpretativen Randnotiz aus fremdem Denken des Interpreten und die der mit Heimischem vergleichenden Illustration.

Für das Rechtsbuch sind wir damit bei einer Arbeitsmethode angelangt, die uns bei den römischen Quellen zum Themenkreis Reichsrecht und Volksrecht durchaus geläufig ist: bei den wenigen mehr oder minder eindeutig auf östliche Gegebenheiten oder Anfragemeinungen bezogenen Kaiserkonstitutionen. Das Untersuchungsmaterial nimmt sich freilich gegenüber unserer Quelle recht dürftig aus, genau wie das umfänglich an sich reiche Urkundenmaterial der Papyrologie meist nur einen eng begrenzten Aspekt bietet, indem es uns vom unerklärten Fortleben volksrechtlicher Institutionen berichtet.

Nun ist die Idee, das römische Recht habe für die Neubürger aus den Bereichen östlicher Rechtskulturen nach dem Jahre 212 n. Chr. totale Geltung nur als Beurteilungsmaßstab, nicht als sofort oder allmählich eingeführtes Rechtsleben errungen, ja überhaupt nur im ersten Sinne erringen sollen, nicht ganz neu. H. J. Wolff⁹ hat auf ein solches Verhältnis der römischen zur frem-

⁸ Typische Beispiele sind L 8, 19, 52, 54, 57, 58, 75 u. a., wo der Fall eindeutig unter der Kompetenz des "Richters der Provinz" = ἡγεμών = praeses provinciae spielt; L 32, wo eine umfassende Konstitution für das ganze Reich nur in der Besonderheit für die Provinz wiedergegeben ist; siehe auch L 89 und CTh 2, 16, 2; L 21, in der Unterscheidung von πόλις und χώρα; L 33, in der Unterscheidung zwischen οἰχογενεῖς und χρυσώνητοι bei den Sklaven, die dann in der Entscheidung keine Rolle spielt; L 98, wo an der provinziellen Gegebenheit des Stockwerkseigentums die römische communio dargestellt wird. Die Beispiele lassen sich noch vermehren. Hier mögen sie genügen.

⁹ Zur Romanisierung des Vertragsrechts der Papyri, ZSSt 73 (1956), S. 1 ff. (S. 9 und Note 20).

den Rechtskultur aus der Entwicklung im Verkehrsrecht der Papyri Ägyptens zurückgeschlossen und schon Arangio-Ruiz¹⁰, Pringsheim¹¹ und Amelotti¹² haben bei der Erörterung von Einzelproblemen eine ähnliche Verhaltensweise der um die Entscheidung angegangenen kaiserlichen Kanzlei für möglich erachtet. Die Fülle des Materials im Rechtsbuch erlaubt m.E. erstmals, die Begegnung der Rechtskulturen auf solche Weise als Grundzug der Zeit nach 212 n.Chr. zu erkennen.

TT

Ein Beispiel möchte ich in der vorliegenden Untersuchung aufgreifen.

Die Exegese der Stellen zum Thema, das wir hier behandeln, stand bislang unter der Devise Ludwig Mitteis¹³, daß sich hier wie sonst zeige, wie erfolglos der "Kampf" des Reichsrechts gegen die Gewohnheiten des Orients gewesen sei. Die reichsrechtliche Maxime neque enim tabulae faciunt matrimonium habe sich nie durchgesetzt. Damit stehen wir vor der Grundthese älterer Betrachtung des Verhältnisses der Rechtskulturen zueinander, die noch heute in modernen Lehrdarstellungen zu finden ist¹⁴. Wir werden zu prüfen haben, was unsere Stellen im Rechtsbuch dazu sagen, aber auch, ob die immer wieder im gleichen Zusammenhang zitierten Codexstellen die Maxime neque enim tabulae … im behaupteten defensorischen Sinne anführen.

1. Die Texte

Im Rechtsbuch geht es um die Stellen L 35 (Parallelstellen in P 15, Ar 17, R II 17, R III 35), L 36 (Parallelstellen in P 16, Ar 18 und 73, Arm 12 und 73, R II 18 und 74, R III 36) und L 93 (Parallelstellen in P 41b, Ar 52, Arm 52, R II 52, R III 94).

Mitteis hat zwar auch noch L 48, L 91 und P 40 nebst Parallelen in anderen Handschriften in die Diskussion um das Fortleben volksrechtlicher Eheschließungsformen einbezogen haben wollen. Darin können wir ihm aber ebensowenig folgen wie Braßloff, der auch noch L 43 nebst Parallelen hierher zieht.

In L 43 geht es nicht um einen Gegensatz von ἄγραφος und ἔγγραφος γάμος

L'application du droit Romain en Egypte après la Constitution Antoninienne, Bull. de l'Institut d'Egypte, Bd. 29 (1948), S. 83 ff. (129).

¹¹ Tulane Law Review 33 (1959), S. 551 ff.

¹² Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano, Milano 1960, S. 92.

¹³ AaO, S. 218.

¹⁴ Besonders deutlich bei Dulckeit-Schwarz, Römische Rechtsgeschichte, 3. Aufl., 1963, S. 177 f.; Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 1950, S. 138 ff.; Grosso, Lezioni di Storia del Diritto Romano, 4. Aufl., 1960, S. 493 ff.

wie Braßloff¹⁵ meint. Eine sorgsamere Exegese zeigt, daß auch die Frau, die dem Manne von Jugend auf angetraut ist, eine φ s φ v $\dot{\eta}$ gebracht hat. Die Form der Eheeingehung spielt keine Rolle. Unterscheidendes Merkmal der Fälle ist allein, ob Paraphernalvermögen vorhanden ist.

In L 48 bezieht sich das "Schreiben" der freien Beischläferin eines Sklaven niemals auf einen ἔγγραφος γάμος zwischen Freier und Sklaven, wie Mitte i s¹¹ und Braßloff¹¹³ behaupten, sondern wir haben die wohlbekannte pactio der Freien mit dem Herrn des Sklaven vor uns, die ihr die Freiheit bewahrt¹³.

In L 91 mag vielleicht in dem "Brautgemach" ein Anklang an die jüdische Chuppa liegen²⁰, wir wissen aber genau, daß hier der Inetrpret des Constantinischen Gesetzes aus CTh 3, 5, 6 seine eigene Vorstellung von osculo interveniente zum Besten gab, im Prinzip also einen Verlobungsritus im römischen Sinne in seine Vorstellung übersetzte²¹.

In P 40 schließlich (eine Parallele in L fehlt) ist nicht von der Form der Eheschließung die Rede, sondern von der Form der Bestellung einer φερνή oder δωρεά²². Die Parallelstelle R II 51 macht uns das noch deutlicher.

Im Mittelpunkt der bisherigen Interpretation der Stellen L 35, 36 und 93 stand die Frage nach der "Gesetzlichkeit" der dort erwähnten "Ehen" und der Legitimität der in ihnen geborenen Kinder. In L 35 und 36 bildet diese Frage aber nicht unmittelbar das juristische Problem. Wir werden das bereits jetzt im Auge behalten müssen.

L 35²³: Wenn ein Mann Kinder von einer Frau ohne $\varphi \epsilon \rho \nu \dot{\eta}$ hat und ein Testament schreiben und sie (die Kinder) erben lassen will, so erlaubt es ihm das Gesetz.

¹⁵ Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreichs, 1902, S. 91 f.

¹⁶ Selb, Zur Bedeutung des Syrisch-Römischen Rechtsbuches, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, München 1963, Abschnitt B I 1 j.

¹⁷ AaO, S. 365 ff.

¹⁸ AaO, S. 82 f.

¹⁹ Selb, aaO, BI2, zu L 48.

²⁰ So Mitteis, aaO, S. 225, Note 3.

²¹ Selb, aaO, BIld.

²² A. A. Mitteis, aaO, S. 228, Note 2.

²³ Die Parallelversionen bieten keine Möglichkeit, einen besseren Originaltext zu erkennen, als L 35 ihn selbst zeigt. R IIÎ 35 gibt L 35 ganz in der Tendenz der Handschrift, ohne Verständnis, gerafft und dabei im Sinn verdorben, wieder. Wir müssen uns streng hüten, die Veränderungen als eigenwertige Texte zu nehmen. In R II 17 fehlt ein Stück des Textes, an L betrachtet, in bemerkenswerter Weise von og bis wieder zu og bis wieder zu og was auf einen frühen Abschreibefehler schliessen lässt. Der Schlussatz gewinnt im verkürzten Text dadurch einen ganz anderen Sinn. Eigenwert dürfen wir ihm also ebenfalls nicht beimessen. Derselbe Textmangel setzt sich in P 15 und Ar 17 fort, was nach den Filiationsverhältnissen der Versionen nicht überrascht, vgl. ZSSt 79 (1962), S. 28 ff. Die Überschrift zu P 15 ist ganz offensichtlich falsch und kann nur von der Hand eines späteren Redaktors stammen.

Er mag von ihnen²⁴ im Testament²⁵ schriftlich bekennen, daß sie seine Kinder sind; wenn er ihnen aber wie Fremden die Erbschaft zuschreiben will, kann er das auch. So wie er will, mag er schreiben²⁶.

L 36²⁷: Wenn ein Mann zwei Frauen hat, die erste oder²⁸ letzte ohne φερνή ist, und er Kinder von ihr hat, die andere ihm gesetzlich zugehört²⁹, und er (auch) von ihr Kinder hat, ob sie (die Kinder) dann alle ohne Unterschied erben?

Der Mann kann sie gleichermaßen erben lassen, sofern er nur die Kinder von der Frau ohne $\varphi \epsilon \rho \nu \dot{\eta}$ Fremde nennt und sie nicht seine "Kinder" nennt, sondern³⁰ n e b e n seinen Kindern zu Erben machen will.

- Das Wort Akkusativ. Man beachte, dass dann auch nicht erfordert ist, mit Sachau Akkusativ. Man beachte, dass dann auch nicht erfordert ist, mit Sachau As "zuschreiben" zu übersetzen, was wegen der engen Verbindung von "schreiben" und "bekennen" ohnehin unwahrscheinlich ist. Der Ausdruck heisst "schriftlich bekennen" und Oph bezieht sich als Objekt des Bekenntnisses darauf. Gerade der Jurist wird irregeführt.
- 25 Der Ausdruck heisst hier keinesfalls "durch Testament", sondern "im Testament". Es bleibt unklar, warum Sachau bei gleichem Text in R III 35 ohne Bemerkung zur anderen, falschen Auffassung gelangt. Damit fällt die Grundlage zu allen geistreichen Hypothesen einer Adoption im Testament in sich zusammen. Wir haben ein Musterbeispiel, welche Schwierigkeiten die Bewertung der Versionen und die Verwertung der philologischen Übersetzung dem Sprachunkundigen machen muss. In diesem Zusammenhang mag auch auf die unglückliche Idee verwiesen sein, eine lateinische Übersetzung des Rechtsbuches einer Sammlung lateinischer Rechtsquellen beizufügen, FIRA II. Technische Bedeutungen werden zwangsläufig herausgelesen, wo sie nicht hineingelegt sind: etwa uxor in L 35 und 36 mit dem Gedanken eines iustum matrimonium verbunden, das gerade fraglich ist.
- 26 09 schliesst eine Aussage. Was im Schlussteil folgt, ist eine ganz eigene Aussage, die Zusammenfassung der Entscheidung. So wird erst klar, was der Verfasser sagen wollte. Sachaus und Ferrinis Übersetzungen geben wenig Sinn. Sachau: "... die Erbschaft zuschreiben will, so kann er schreiben wie er will". Ferrini: "... adscribere eis hereditatem, licet ei quomodo velit scribere".
- ²⁷ P 16 ist eine sehr freie Weiterüberlieferung und gibt den ursprünglichen Sinn der Stelle nicht mehr wieder. R II 18 und 74, in Doppelüberlieferung, entsprechen L 36. R III 36 ist wieder sinnverändernde Zusammenfassung von L 36, während Ar 73, gemessen an Ar 18, den Text bemerkenswert gut weitergetragen hat; ebenso Arm 73, gemessen an Arm 12.
- 28 Die Handschrift L hat hier o ("und") nicht o? ("oder"), weshalb Sachau ein Stück Text λω;ω ο als sinnlos wegliess, aaO, S. 11, Note 1. Erst die später gefundene Version in R II 74 zeigt den sinnvollen Text λω;ω ολ. Ihm ist der Vorzug zu geben. Die Auslassung { des beim Abschreiben ist erklärlich. Ferrinis Versuch ("prior et altera (et sit prior) sine φερνή") ist nicht zu billigen.
- 29 Die Definition der "gesetzmässigen" Ehe als eine Ehe mit φερνή findet sich in R II 18 und 74, beide allerdings von Δ΄, zum genauen Gegenteil Δ΄, verschrieben, wie der weitere Text zeigt; ferner in P 16. Am Text ändern diese Varianten nichts entscheidendes.
 - 30 1 heisst "sondern". Sachaus "dennoch aber" oder "wohl aber" (R II 18) führt irre.

Wenn er kein Testament macht, erben diejenigen (von der Frau) mit φερνή. L 93³¹: Über die eheliche Verbindung der Menschen aber³², sofern Mann und Frau ⟨nicht⟩³³ φερνή und δωρεά untereinander schreiben.

Es gibt viele Völker, welche nicht den Brauch haben, sich der Urkunden zwischen Mann und Frau, φερναί genannt, zu bedienen. Vielmehr genügt ihnen, daß sie in παρρήσια die Weiber freien und sie krönen mit der glänzenden Krone der Jungfrauschaft und³ in Frieden³ und Freude eben³ diese Weiber vom Hause ihrer Eltern in ihre³ Häuser führen. Und diese παρρήσια erkennen die Gesetze an, genau wie die φερναί, die zwischen Mann und Frau geschrieben werden. Und es beerben sie die Kinder von denjenigen Frauen, die ohne φερνή dem Manne angehören nur dann, wenn sie in παρρησία sind, den Gesetzen jedes einzelnen Landes gemäß.

Sie (die Frauen) aber sind benachteiligt in den Wechselfällen, die sich (in der Ehe³³) creignen können, wenn sie weder φερναί haben noch von ihren Männern eine δωρεά.

Was aber die Kinder betrifft, die von den Weibern geboren werden, gilt, wenn sie dem Manne in παβόησία angehören, auch wenn sie keine φερναί haben: Diese ihre Kinder sind die Erben ihrer Eltern genau wie die Kinder nach dem Gesetz, deren Mutter eine φερνή hat.

31 P 41 b ist gegenüber L 93 und R II 53 etwas verkürzt. Ar 52 beruht in der Einleitung auf einer falschen Interpretation des Arabers zu 2. So wirkt die Einleitung wie die Motivation eines Gesetzgebers und Brassloff, aaO, S. 74, nimmt sie sofort für bare Münze. Im übrigen sind in Ar die Grundaussagen erheblich verwischt. Arm 52 bietet einen engeren, aber immerhin noch sinnvollen Abklatsch von Ar.

³² Kennzeichnet die Stelle als Anhang zu dem Traktat über die Dotalinstrumente in L 92.

33 Nur noch die Parallelstelle R II 52 gibt uns den Einleitungssatz. Statt steht dort aber das allein zu und dem Folgetext passende verneinende L 93 ist dahin zu korrigieren.

م م الله م ا

52 vollständiger und korrekter, gemessen am unbekannten Original.

³⁵ Siehe Note 34! L 93 ist fehlerhaft. Dem Abschreiber ist der Fehler unterlaufen. Es hiess im Original sieher nicht "in Frieden und Freude" (wenig sinnvoll), sondern dem Heimführungsbrauch gemäss "mit Spass und Lustbarkeit".

36 Siehe R II 52: Jail Zil.

³⁷ Auf keinen Fall sind die Häuser der Männer genannt, da es sich um ein Femininsuffix handelt. Sachaus angebliche Verbesserung dazu mit ist aber auch nicht nötig. Entweder bezieht sich das Suffix doch auf die Frauen oder — was ich für wahrscheinlicher halte — auf die eingangs genannten "Völker".

³⁸ Die Terminologie stammt eindeutig aus dem vorangehenden Text L 92 und bezeichnet die dort im einzelnen besprochenen Eheauflösungsumstände: Tod des Gatten und Scheidung.

2. Die Interpretation

Rein äußerlich können wir zuerst feststellen, daß unsere Stellen die Eheschließung durch instrumenta dotalia kennen³³, was in L 93 deutlich als lokal begrenzter Brauch beschrieben ist. Die Stellen L 35 und L 36 betreffen gerade Fälle des Zusammenlebens von Mann und Frau in Gegenden, in denen man sich anscheinend nach dieser Übung richtete, wollte man eine Ehe im Unterschied zum Konkubinat begründen⁴⁰. Leider ist die auch in vielen anderen Quellen bezeugte Sitte⁴¹, die Ehe allein auf solche Weise zu schließen, nicht genau lokalisiert. Die in L 93 weiter genannte Ehe ohne φερνή, aber in παβρησία, entstammt dagegen dem Brauchtum einer anderen Region. Aber noch eine dritte Auffassung zeigt sich im Text der Stelle L 93: Die Beruteilung der beiden lokalen Gebräuche von einem Standpunkt außerhalb der einen oder anderen Gewohnheit, vom Standpunkt der Gesetze des römischen Rechts aus, wie uns die nähere Exegesé noch zeigen wird.

Die Stelle L 93 ist viel besprochen. Der Dualismus einer Ehe mit und ohne Schrift hat zu mannigfachen Hypothesen angeregt. Braßloff⁴² hat die zu Unrecht für Ägypten behauptete Unterscheidung von ἄγραφος und ἔγγραφος γάμος⁴³ nach unserer Stelle auch im syrischen Bereich gefunden, dem Zusammenleben ohne Dotalinstrument also den Charakter einer "Ehe minderen Rechts" beigelegt⁴⁴. In L 35 sind dann für ihn auch die Kinder aus der schriftlosen Ehe legitime Kinder. In L 36 muß er den Satz aber notgedrungen irgendwie einschränken, da dort an ihrer Illegitimität kein Zweifel sein kann. Er meint, sie seien eben

³⁹ Die φερνή-Bestellung und die φερναί—Schreiben werden als dasselbe angesehen. A. A. zu Unrecht L. Mitteis, aaO, S. 226.

⁴⁰ Vgl. noch L 110, wo die Ehe mit φερνή auch die gesetzliche Ehe ist.

⁴¹ Über die Verbreitung der Sitte im Orient und in Ägypten vgl. L. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 225 ff.; über den mittelbaren Aufschluss durch römisch-rechtliche, rhetorische und kirchliche Quellen vgl. Orestano, La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustinianeo, in BIDR 47 (1940), S. 154 ff., und 48 (1941), S. 88 ff.; über die Belege aus der nachjustinianischen, byzantinischen Rechtswelt vgl. Brassloff, Zur Kenntnis des Volksrechtes, 1903, S. 73 ff. Es liegt nicht im Sinne der vorliegenden Untersuchung, die Quellenkreise neu zu erforschen oder neu auszuwerten. Für unsere Problemstellung mag es genügen, festzustellen, dass das Rechtsbuch zuverlässig ist, wenn es über lokale Gebräuche verschiedener Art in seinem Entstehungsbereich berichtet, und dass sich die römischrechtlichen, kirchlichen und literarischen Quellen der nachklassischen Zeit in vermehrtem Masse mit der Auffassung zu befassen haben, zur Ehe gehöre das Dotalinstrument. Auch liegt es ausserhalb des Themas, das sich vielleicht aus der Berührung der Rechtskulturen entwickelnde Denken in konstitutiven Formen der Eheschliessung bei und nach Justinian zu verfolgen. Vgl. dazu A.L. Ballini, Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal' primo secolo all'età giustinianea, Milano 1939, S. 62 ff.

⁴² AaO.

⁴³ Vgl. H. J. Wolff, Written and Unwritten Marriages in Hellenistic and Postclassical Roman Law, 1939, Haverford, der die prinzipielle Unterscheidung zumindest für den hellenistischen Rechtskreis verneint.

⁴⁴ AaO, S. 70 ff.

nur außerhalb einer Konkurrenz mit Kindern aus einem ἔγγραφος γάμος legitime Kinder. Beide Texte geben dafür nicht den geringsten Anhalt. Und andere Quellen für eine derartige "eingeschränkte" Legitimität der Kinder aus einem ἄγραφος γάμος gibt es nicht. In L 35 wird durch die These zudem die juristische Pointe erschlagen, die die Illegitimität der Kinder voraussetzt. In L 36 wird die angebliche Lösung, daß ἄγραφος und ἔγγραφος γάμος nebeneinander bestanden⁴⁵ und deshalb die erstgenannte⁴⁶ Verbindung vielleicht als Konkubinat betrachtet worden sei, sofort durch die einzige Quelle im Rechtsbuch, die überhaupt Schriftehe und schriftlose Ehe als Institutionen nebeneinander nennt, entwertet, falls man sie überhaupt für richtig hält. Denn in L 93 sind Ehe mit φερνή und in παβρησία Institutionen ganz verschiedener Rechtskreise, stehen also nicht institutionell nebeneinander. Gefolgschaft hat Braßloff bei Partsch47 gefunden, begründeten Widerspruch aber bei Nallino48. Auch Ehrhardt49 nennt die Verbindung des Rechtsbuches mit dem ἄγραφος γάμος eine reine Hypothese. Mitteis⁵⁰ übernimmt sie immerhin insoweit, als er im Rechtsbuch ein Analogon zum ägyptischen Dualismus findet. Das widerspricht den Quellen nicht weniger als Braßloffs These.

Die Ehe "in παξόησία" hat noch mehr Stellungnahmen herausgefordert. Bruns⁵¹ sah darin eine Anspielung auf das römische consensus facit nuptias, was der wörtlichen Darstellung als lokales Brauchtum sicher widerspricht; denn römische juristische Auffassungen sind damit sicher nicht gemeint. Mitte is 52 deutet sie als mündlich geschlossene Ehe und als Antithese zur Schriftehe. Braßloff 53 übersetzt dagegen παξόησία mit publice, palam, sodaß der ἄγραφος γάμος eine öffentliche Form bekam. Nallino 54 nimmt wieder anders παξόησία für familiaritas, "Vertrauen", und sah in der genannten Eheschließungsart das Gegenstück zur sichernden Schrift. Ehrhardt 55 schließlich versteht unter παξόησία libertas, licentia. Gerade Ehrhardt hat sich nach Nallino sehr gründlich mit dem Gehalt des Wortes παξόησία befaßt. Doch führte es ihn nicht

⁴⁵ Brassloff, aaO, S. 73, Note 2.

⁴⁶ Brassloff übersieht dazu noch das oben in Note 28 behandelte Textproblem.

⁴⁷ ZSSt 30 (1909), S. 389 f. Allerdings im Rahmen einer Rezension, ohne tieferschürfende Untersuchungen.

⁴⁸ Παβρησία e nozze senza scrittura nel Libro Siro-Romano di diritto, in RSO X (1923-25), S. 58 ff. = Raccolta di scritti editi e inediti, IV, S. 301 ff.

⁴⁹ Παβρησία, in Symbolae Frib. in honorem O. Lenel, Leipzig 1935, S. 80 ff.

⁵⁰ Arch. f. Pap. I, S. 345 ff.

⁵¹ AaO, S. 267 f.

⁵² Reichsrecht und Volksrecht, S. 226.

⁵³ AaO, S. 82.

⁵⁴ AaO.

⁵⁵ AaO. Übrigens kommt Peterson, Zur Bedeutungsgeschichte von παζόησία, in Festschrift für Reinhold Seeberg I, Leipzig 1929, S. 284 ff., den Erhardt zitiert, eher zu Nallinos als Ehrhardts Deutung: "Vertraulichkeit" (sei sie angemessen oder unverschämt), "vertrauter Umgang".

weiter. Der Versuch, für seine philologisch vergleichend begründete Übersetzung einen Sinn im Kontext zu finden, ist nicht von Erfolg. Er kann nicht leugnen, daß dieser Text immer wieder die Antithese zur schriftlosen Ehe in der Deutung erfordert. Sowohl der Versuch die libertas auf die manus-freie Ehe zu beziehen, den schon H. J. Wolff zurückgewiesen hat⁵⁵ als auch der, den Satz libera matrimonia esse debent aus der Auflösungsfreiheit der Ehe zur Eingehungsfreiheit zu ziehen, führt nicht zu einer glaubwürdigen These.

Mich überzeugt nur Nallinos Deutung. Sie ist philologisch nicht ausgeschlossen, wahrt die Antithese zur Schriftehe und läßt sich aus dem weiteren Text der Stelle L 93 begründen. Freilich ist die Antithese zu präzisieren. Die Ehe ist deshalb auf Treu und Glauben eingegangen, weil es der Frau an den üblichen finanziellen Sicherungen gegen die Wechselfälle einer Ehe fehlt. Diese Sicherungen sind in Form der Dotalabreden und Eheschenkung Inhalt der Schrift, nicht allein die schriftliche Beurkundung der Ehe ist jene Sicherung für die Frau. Unsere Stelle sagt ausdrücklich, was der Frau ohne Schrift droht, auch wenn ihre Ehe als gesetzlich anerkannt wird. Hier liegt der Schlüssel zur Interpretation der παβόησία. Die παβόησία ist also gar nichts Positives, ist also gar keine eigenständige Eheschließungsform, sondern lediglich negativ zu verstehen. Die positiven Elemente des Eheschließungsvorganges sind erst daneben genannt: die Krönung⁵⁷, die Heimführung⁵⁸ und andere mehr. Die vielen Völker, die sich nicht der φερνή bedienten, hatten wohl ihren speziellen eigenen Ritus, die Länder ihren eigenen νόμος. Daher weist der Verfasser des Rechtsbuches gebührlich darauf hin, daß hinter der παρόγισία der νόμος des jeweiligen Landes steht. Der Beurteilungsstandpunkt, von dem aus die Gesetzlichkeit der so verschieden geschlossenen Ehen bestimmt wird, liegt außerhalb aller dieser νόμοι der Länder; es ist ein übergeordneter Standpunkt, von dem aus die genannten Rechtsbräuche einheitlicher Wertung unterzogen werden. Dieser Standpunkt kann niemals mit dem jeweiligen νόμος identisch sein. Wirwerden diese Frage nochmals aufgreifen.

⁵⁶ AaO, S. 83 ff.

⁵⁷ Um die Krönung mit der Krone der Jungfrauschaft für den Raum zu belegen, in dem das Syrisch-Römische Rechtsbuch entstand, müssen wir nicht mit Brassloff auf Ecl. II, 3, 8 oder mit Nallino auf kirchliche ägyptische oder armenische Quellen zurückgreifen. Caput VI und VII der sanctiones et decreta der Väter des Konzils von Nicaea (325 n. Chr.), Mansi, Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio, Paris 1901, Nachdruck Graz 1960, vol. 2, S. 1030 ff., berichtet uns bereits von der kirchlichen celebratio nuptiarum durch benedictiones, preces und die incoronatio virginalis. Auch dieser Frage weiter nachzugehen, gehört nicht in den Rahmen der vorliegenden Untersuchung.

⁵⁸ Eine dogmatische Untersuchung über das Wesen der Heimführung in den lokalen Rechten der orientalischen Provinzen an unsere Stelle zu knüpfen, geht kaum an, auch wenn der Verfasser aus der konstitutiven Erfassung der Schrift bei der Eheschliessung in seiner Gegend auf die fremden Formen als ebenso verstandene νόμοι schliesst. Auch das Verhältnis zur Krönung und zu den anderen etwa in L 109 genannten Bräuchen lässt sich nicht aus der Stelle erraten.

Was uns das Rechtsbuch zur Erkenntnis fortlebenden Volksrechts in den genannten Stellen zu bieten hat, ist also nicht allzu viel. Leider hat gerade darauf die gelehrte Welt bislang ihr Augenmerk gerichtet. Die juristische Problematik aus der Berührung der römischen und der lokalen Rechtskultur blieb verborgen. Ihr allein wollen wir unser weiteres Interesse widmen.

In der Stelle L 35 geht es zuerst (erster Absatz unserer Übersetzung) darum, ob ein Vater die Abkömmlinge, die er von einer Lebensgefährtin "ohne φερνή" hat, testamentarisch erben lassen darf. Hätte es sich um ehelich e Kinder gehandelt, wäre das kein Problem gewesen. Problematisch war das aber bei außerehelich geborenen Kindern, insbesondere im römischen Recht. Die Entscheidung lautet bejahend. Von der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts aus gesehen, war eine solche Entscheidung aber nur für die Zeit vor 371 n. Chr. denkbar, denn CTh 4, 6, 4 (Valentinian I) führte Einsetzungsbeschränkungen ein. Wir wissen heute aber, daß das Rechtsbuch allenthalben geltendes wie überholtes Recht bringt, wählt man die Zeit mutmaßlicher Abfassung als Beurteilungszeit. Die wahrscheinliche Lösung ist, daß der Verfasser ohne Aktualitätsstreben vorhandene Vorlagen unterschiedslos wiedergab⁵⁹. In ihren Vorlagen reicht aber die Sammlung vielfach weit vor das Jahr 371 n. Chr. zurück.

Müssen wir bei der Herkunft der Entscheidung des ersten Problems der Stelle mit unserem Urteil noch zurückhalten, weil das römische Recht Ausgangspunkt der Frage und Entscheidung sein kann, nicht aber muß, so können wir doch beim zweiten Problem und seiner Lösung sicher sein. Nachdem gesagt ist, daß der Vater die Abkömmlinge im Testament einsetzen darf, wird gefragt, wie er sie einzusetzen, wie er sie zu benennen hat. Die Antwort lautet: Er kann sie wie Fremde — darin erkennt der Romanist die extranei — einsetzen, er kann sie aber auch "Kinder" nennen. Er hat die Wahl. Was heißt das? Das Problem entspringt römischem Denken, römischem, diffizilem Interpretationsvermögen, wie schon der Terminus extranei. Waren die unehelichen Kinder recte cum nomine eingesetzt, so war es ganz unschädlich, wenn sie daneben noch — vom Standpunkt des Beurteilers sicher fälschlich — als Kinder bezeichnet waren. Die falsche Bezeichnung im ureigensten Sinne schadete nicht. Mochte der Erblasser also schreiben, wie es ihm gefiel (letzter Satz unserer Übersetzung).

Wir finden dasselbe Problem behandelt wie in

D 28,5,59(58), 1 Paulus libro quarto ad Vitellium Qui frater non est, si fraterna caritate diligitur, recte cum nomine suo sub appellatione fratris heres instituitur.

Der Erblasser setzte namentlich einen Erben ein, den er für seinen Bruder und wie seinen Bruder hielt. Gerade um des angenommenen brüderlichen Verhältnisses willen bedachte er ihn und bezeichnete ihn als Bruder im Testament⁶⁰. Paulus entscheidet, daß die *falsa demonstratio*⁶¹ unschädlich sei. Eben dasselbe Problem ist behandelt in

D 35,1,33,pr Marcianus libro sexto institutionum Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel sororem vel nepotem vel quodlibet aliud: et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est.

Hat jemand im Testament den testamentarisch Bedachten, dessen Identität unzweifelhaft feststeht, zusätzlich charkterisiert, so mag diese Charakterisierung falsch sein; die Einsetzung ist dennoch wirksam⁶². Keineswegs ist das Thema des Irrtums berührt, etwa ob eine falsche Motivation zur Einsetzung eine andere Entscheidung rechtfertigte. Darauf ist in beiden Stellen der Sachverhalt nicht zugeschnitten. Auch in unserer Stelle L 35 kann das Irrtumsthema nicht angeschnitten sein. Im allgemeinen wird eben die Motivation zur Einsetzung leiblicher Kinder nicht von deren rechtlichem Status als eheliche oder uneheliche berührt⁶³.

Nach dem Schlußsatz in D 35,1,33,pr scheint das Problem häufiger Gegenstand der Reskriptenpraxis der Kaiser gewesen zu sein. Eines der Reskripte, das in der undogmatischen Aussage unserer Stelle nahesteht, ist

C 6,24,5 Imp. Gordianus A. Cassiano Non ideo minus uxor heres videtur instituta, quod non uxor sed adfinis testamento nominata est. pp.v.k.Oct. Gordiano A II et Pomponio conss. (241 n.Chr.).

60 Beseler, ZSSt 56 (1936), S. 33, verdächtigt "si ... diligitur" als Interpolation, da die Phrase unsinnig sei. Ähnlich argumentiert Grosso, Studi Bonfante II, S. 201, Note 40. Am behandelten Problem der falsa demonstratio ändert das nichts. Die Interpolationsannahme ist aber auch nicht gerechtfertigt. Der Nebensatz präzisiert nämlich erst das Thema. Bei der Einsetzung eines vermeintlichen Bruders mit dem Namen und der Bezeichnung als Bruder waren zwei Probleme gegeben: Ob die falsche Bezeichnung des in seiner Identität unbezweifelbaren Erben schade, ferner, ob eine falsche Motivation des Erblassers bei der Einsetzung den Bestand derselben in Frage stelle. Mit grossartigem Gefühl für das Wesentliche wird in kürzester Formel das zweite Problem eliminiert. Die caritas fraterna, nicht die rechtliche Verwandtschaft war das Motiv der Einsetzung.

61 Versuch einer Erläuterung des technischen Begriffs bei Gaius D 35, 1, 17.

62 Die Stelle wird zumeist für unverderbt gehalten: Eisele, ZSSt 18 (1897), S. 29 u. Note 1; Donatuti, Studi Perozzi, S. 318; Steinwenter, Studi in onore di Albertario, 2, S. 125, Note 2; Gaudemet, RH 17 (1938), S. 154, Note 1; Berger, Dict., sub demonstratio falsa; Siber, Röm. Privatrecht, S. 433; Maschi, Studi sull'interpretazione dei legati, S. 52 u. Note 3; Ferrini, RIL 19 (1886), S. 395 ff. = Opere 2, S. 53 ff.; Grosso, Studi Bonfante II, S. 201 u. Note 40 (er hält nur aus linguistischen Gründen die Beispiele in veluti ... aliud für verdächtig).

63 Ganz anders verhält es sich dagegen bei der Kindesunterschiebung. Hier spielt das Irrtumsproblem herein. Ein Problem blosser falscher Charakterisierung ist nicht zu behandeln. So in C 6, 24, 4 (Imp. Gordianus A. Ulpio). Im hier allein interessierenden Negativen sind sich B i o n d i, Succ. Test., S. 515; S a v i g n y, System 3, S. 379 f.; N a r d i, Indegnita, S. 256 ff.; V o c i, Errore, S. 39 und Zilletti, La dottrina dell'errore, S. 152 ff. einig, auch wenn sie über die Bedeutung von auferre uneins sind.

Die falsche Bezeichnung der Ehefrau als *adfinis* im Testament schadet nicht. Ihre Identität steht ja fest. Wie in den vorangehenden Stellen begleitet die falsche Charakterisierung⁶⁴ eine klare Identifizierung, etwa durch den Namen oder sonstwie.

Ganz anders ist die Problematik, wenn gerade zur Identifizierung eine Bezeichnung gewählt ist, mit deren Fehlerhaftigkeit die Bestimmung selbst fehlgeht. Damit werden wir uns in L 36 beschäftigen.

Ein letzter Beleg gehört indirekt zum Thema falsa demonstratio, das behandelte Problem ist aber ein anderes,

C 6,23,5 Impp Valerianus et Gallienus AA Lucillo Neque professio neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati praeiudiciant: et quae ut filiis testamento relinquuntur, iuxta ea quae a principibus statuta sunt non deberi certi iuris est.

Die Stelle geht ganz selbstverständlich davon aus, daß die Erbeinsetzung nicht schon des halb hinfällig ist, weil die Eingesetzten als Kinder des Testierenden charakterisiert sind⁶⁵. Die Parteien sollten lediglich ohne Erfolg versucht haben, eine Regelung der Kaiser⁶⁶ durch falsche Angaben zu überspielen.

Es bedürfte danach kaum des Hinweises auf die extranei, die sich auch sonst im Rechtsbuch finden, um den Ursprung des in L 35 behandelten Problems im römischen Recht zu sehen. Die Nachkommen des Erblassers, nach der Auffassung des Juristen⁶⁷ uneheliche Kinder, waren im Testament zwar fälschlich als Kinder bezeichnet, die Bezeichnung war jedoch unschädlich.

Damit kristallisiert sich endlich die weitere Frage heraus, um die es uns hier letztlich geht. Für den römischen Juristen entstand das Problem deshalb, weil er bei der Beurteilung der Vorfrage nach der Ehelichkeit der Kinder die Lebensgemeinschaft der Eltern nicht als Ehe qualifizierte. Die Frau ohne φερνή war für ihn nicht uxor, sondern concubina. Weshalb entschied er aber so, wenn er nach Mitteis der Bannerträger der Idee war, daß nicht die Dotalinstrumente die Ehe ausmachen? Weshalb gab er hier den "Kampf" auf? Wir wollen die Antwort nach allen Exegesen geben.

⁶⁴ Die Stelle lässt das nicht offen, wie Eisele, aaO, meint, sondern setzt es voraus.

⁶⁵ So anscheinend Zilletti, aaO, S. 152-54; Savigny, aaO, sah eine Parallele zu C 6, 24, 7 und meinte, die Erbeinsetzung habe als nicht geschrieben gegolten; Schulz, Gedächtnisschrift für Seckel, 1927, S. 100, nahm an, es sei um die Kindesunterschiebung gegangen, also um ein Irrtumsproblem, worin ihm Biondi, aaO, im Ergebnis gleichkommt.

⁶⁶ Für fraus legi facta überzeugend Lauria, Riv. dir. civ. 19 (1927), S. 364 ff.; Zilletti hält diese Lösung neben der seinen immerhin für möglich. Unklar bleibt freilich, welche Regelung überspielt werden sollte.

⁶⁷ An den Worten der Stelle L 35 lässt sich nicht ablesen, ob die Abkömmlinge nach volksrechtlicher Auffassung — ausgedrückt in den Worten des Erblassers — legitime Kinder waren. Der Erblasser konnte "Kinder" einfach für seine leiblichen Kinder verwendet haben.

In der Stelle L 36 geht es um eine andere Frage. Der Erblasser hatte von zwei verschiedenen Frauen leibliche Kinder. Die eine der Frauen war "ohne φερνή", die andere "mit φερνή". Im Testament setzte der Vater nun alle diese Abkömmlinge zu Erben ein. Die Einsetzung der einen Gruppe, der Abkömmlinge von der "Frau ohne φερνή" ist umstritten. Das Problem liegt auch hier in einer Benennungsfrage; der Zweifel entsteht aber nicht etwa deshalb, weil die eingesetzten Erben lediglich falsch charakterisiert waren, wie in L 35, sondern deshalb, weil die Individualisierung der eingesetzten Erben aus Gründen der Benennung Schwierigkeiten bereitet. Schreibt der Erblasser aus volksrechtlicher Sicht oder laienhaftem Unverstand: "Meine Kinder sollen Erben sein", so sind nach der Auffassung des beurteilenden Juristen nur die Kinder von der Frau mit φερνή genannt, da sie nach seiner Auffassung allein "Kinder", d.h. legitime Kinder, sind. Die Auslegung kann hier den illegitimen nicht helfen.

Dieses Problem individualisierender Beschreibung ist uns wiederum aus den römischen Quellen gut bekannt.

D 35,1,34,pr Florentinus libro undecimo institutionum Nominatim alicui legatur ita "Lucio Titio" an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudinis vel adfinitatis, nihil interest: nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur nec interest falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.

Die Stelle ist viel besprochen. Man ist sich zu Recht darin einig, daß der Hinweis auf das Problem der falsa demonstratio im Schlußsatz themenfremd und später in den Text gelangt ist⁶⁸. Es geht nicht um die falsche Charakterisierung des bestimmbaren Erben, sondern um die Individualisierung selbst. Sie konnte nicht nur durch den Namen des Bedachten stattfinden, sondern durch mancherlei Hilfsmittel, den Fingerzeig auf einen Anwesenden, die Nennung des Amts oder Handwerks oder den Hinweis auf eine nahe Beziehung oder Verwandtschaft. So konnte der Erblasser die Gattin Maevia durch "meine liebe Gattin" oder die Kinder Lucius und Gaius durch "meine Kinder" einsetzen. Ging diese Bezeichnung fehl, so ging die Einsetzung fehl. Die Individualisierung des Erben war nicht möglich. Hier schadete also die falsche Bezeichnung. Nannte der Erblasser im Testament als seine Erben die "Geschwister" ohne Namen, so waren nur die wirklichen Geschwister genannt, nicht auch die vermeintlichen. Und nannte er "die Kinder" als seine Erben, so waren nur die legitimen Kinder berufen, nicht auch die vermeintlichen.

⁶⁸ Eisele, ZSSt 18 (1897), S. 29; mit ihm Bang, Jher. Jb. 66 (1916), S. 323; Beseler, ZSSt 43 (1922), S. 416; Donatuti, aaO; Debbasch, Varia 2 (1956), S. 152, Note 17; Guarino, Adfinitas, S. 94 ff.; Grosso, Studi Bonfante II, S. 188, Note 9 und S. 215, Note 60; ders., Studi Riccobono III, S. 172; Lauria, aaO, S. 376. Anders nur Siber. Er hält (aaO) legatur für eine Veränderung, wo fidei committatur gestanden habe, vel artificii ... adfinitatis und plerumque für interpoliert, nominatio zwischen sit und si für ausgefallen. Er übersieht auf jeden Fall, dass nur von einer die nominatio ersetzenden (vice nominis), nicht einer sie begleitenden demonstratio die Rede ist.

Der Weg, diesen Erfolg zu vermeiden, wird in L 36 gleich angegeben. Der Erblasser muß die Kinder aus der Ehe ohne φερνή wie extranei heredes nament lich einsetzen, er darf nicht einfach pauschal schreiben "meine Kinder sollen meine Erben sein". Er muß, wie es weiter klärend heißt, diese Kinder in besonderer Nennung neben den "Kindern", d.h. denen aus der Ehe mit φερνή, anführen, um alle gleichermaßen erben zu lassen. Er muß schreiben: "Meine Kinder und Lucius wie Gaius…".

Auch hier setzt die Problematik des Falles voraus, daß die Abkömmlinge aus der Lebensgemeinschaft ohne $\varphi z \rho v \dot{\eta}$ uneheliche Kinder sind, von dem Terminus "Kinder" also nicht erfaßt sind. Schon im Sachverhalt ist das angedeutet. "Gesetzmäßig" ist nur die Ehe mit $\varphi z \rho v \dot{\eta}$. Der Schlußsatz macht es ganz deutlich: Die Kinder aus der Lebensgemeinschaft ohne $\varphi z \rho v \dot{\eta}$ beerben als filii naturales den Vater nicht ab intestato. Die Entscheidung über die Legitimität der Kinder und damit über den Charakter der Lebensgemeinschaft, der sie entstammten, war also die Vorfrage, der sich der Jurist gegenübersah.

Wieder stehen wir vor dem Problem, warum der römische Jurist nur die Lebensgemeinschaft mit der dotierten Frau für eine Ehe hält und so anscheinend vor der lokalen Auffassung kapituliert. Die Lösung kann nicht darin gesehen werden 69 , daß der Erblasser beide Frauen nebeneinander gehabt habe. Schon im Sachverhalt ist die Reihenfolge der "Ehen" für belanglos erklärt. Warum sollte also eine "Ehe ohne $\varphi \epsilon \rho \nu \dot{\eta}$ " nachträglich zum Konkubinat werden, wenn sie die zuerst geschlossene war? Schließlich bliebe auch ein Widerspruch zu L 35, wo nur eine Frau ohne $\varphi \epsilon \rho \nu \dot{\eta}$ vorhanden ist und dennoch die Lebensgemeinschaft nicht als Ehe angesehen wird. Hat der römische Jurist seine Abwehrstellung verlassen? Wir wollen es auch hier zunächst bei der Fragestellung belassen.

Die Stelle L 93 hat wieder eine andere Thematik, auch wenn zum Schluß wie in L 36 die Frage des Intestaterbrechts der Kinder der Frau ohne φερνή aufgegriffen wird. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht die Frage, ob "die Gesetze" die eine oder andere dem Brauch der Völker oder den lokalen Gesetzen entsprechende Eheabschlußform an erkennen. Ländliche Bräuche, lokale νόμοι werden damit der Beurteilung einer ihnen frem den Rechtsordnung unterworfen. Welche Gesetze sind gemeint? Wo gab es im Vorderen Orient zur gegebenen Zeit in der gegebenen historischen Situation die Tatsache einer der lokalen übergeordneten Instanz, eines dem lokalen Recht übergeordneten Rechts in der Funktion eines Beurteilungsmaßstabs? Man hat sich die Frage bislang nicht gestellt und die Stelle immer nur so gelesen, als sei die Gesetzlichkeit der verschiedenen Ehen vom Standpunkt der jeweiligen heimischen Rechtsordnung aus betrachtet. Der lokale νόμος ist jedoch ausdrücklich von einem νόμος der Beurteilung geschieden.

⁶⁹ So Brassloff, aaO, S. 73, Note 2.

Es kann mit dem Beurteilungsmaßstab nur das römische Recht gemeint sein. Die Untersuchung der Beurteilung selbst wird das noch bestätigen. In L 93 finden wir somit keine andere Arbeitsweise als in L 35 und L 36, nur daß dort über die Anerkennung der Lebensgemeinschaften mit und ohne φερνή nicht prinzipiell, sondern incidenter entschieden wird.

In der etwas groß angelegten Überschau der Stelle L 93 ist der Grundsatz hervorgehoben, daß die Ehe mit Dotalinstrument genau so anerkannt wird wie die ohne Dotalinstrument, die an anderem ort üblich ist, ganz gleich wie diese, eine "Ehe in παρρησία", dort ausgestaltet sein mag. Nur eine konsequente Folgerung ist es, daß die Kinder aus der Ehe in παρρησία für ebenso ehelich angesehen werden wie die aus der Ehe mit finanzieller Sicherung der Frau. Die von Ehrhard t^{71} angenommene verschiedene erbrechtliche Behandlung der Frauen gibt es nicht. Es ist nur eine selbstverständliche t a t s ä c h l i c h e Folge der Eheschließung ohne finanzielle Sicherung der Frau in einem Dotalinstrument, daß sie im Falle des Todes des Mannes oder der Scheidung der Ehe ungesichert zurückbleibt. Von einem Ehegattenerbrecht ist nicht die Rede.

Wieder stehen wir vor dem Anschein, daß die lokalen Eheschließungsformen vom beurteilenden Juristen akzeptiert werden, auch die Form der Eheschließung durch Dotalinstrument. Man könnte fast den Eindruck gewinnen, als seien die Provinzialen nach ihrem eigenen Recht beurteilt worden. Ich kann den bisher in der Literatur vertretenen Auffassungen dieser Art nicht folgen, weil mit der Argumentation der "Anerkennung einer lokalen Eheschließungsform" in dem Begriff der "Eheschließungsform" ein dem römischen Recht fremder Beurteilungsmaßstab oder gar ein Modernismus hereingetragen wird. Hier liegt der Schlüssel für die Fehlinterpretation unserer Stellen, jedoch auch der Parallelstellen aus der römischen Rechtsliteratur, die es im folgenden Abschnitt zu besprechen gilt.

3. Eheschließungsform in nachklassischen römischen Quellen

Die Ehe war im römischen Recht faktische, vom Ehebewußtsein getragene Lebensgemeinschaft. Ein rechtliches Problem in der Form der Eheeingehung — sehen wir die manus-Begründung richtig gesondert davon⁷² — gab es für den römischen Juristen nicht. In klassischer und nachklassischer Zeit interessierte ihn der nach und nach vergeistigte und schließlich rechtsgeschäftlich

 $^{^{70}}$ Dass für den Verfasser der Darstellung sein lokaler νόμος im Vordergrund steht, die Ehe mit φερνή, er das Wort "gesetzlich" auch in diesem Sinne verwendet, ist leicht zu erkennen. Wir dürfen uns dadurch nicht irreführen lassen.

⁷¹ Symbolae Frib. in hon. O. Lenel, S. 94 u. 104.

⁷² Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 276 ff.

verstandene Ehewille⁷³ wohl als Kriterium zwischen Ehe und Konkubinat und die äußeren Anzeichen des Ehewillens als Indizien für eine Ehe, als rechtliche Formen der Eheeingehung wurden solche Indizien jedoch nie verstanden⁷⁴.

In nachklassischer Zeit mögen die Konkubinate schon wegen der grundsätzlichen Zulässigkeit auch unter pares honestate personae häufiger geworden sein, damit aber auch die Unterscheidung von der Ehe prekärer⁷⁵. Nicht jede Lebensgemeinschaft unter Partnern, die pares honestate waren, konnte nunmehr ziemlich⁷⁶ bedenkenlos als Ehe betrachtet werden. Ausgesprochen schwierig wurde diese Unterscheidung aber, als sich mit der Constitutio Antoniniana der Anwendungsbereich des römischen Rechts erheblich erweiterte und für den römischen Juristen fremdes Brauchtum um den Ehebeginn, besonders des Ostens, neue Indizie nbrachte, die er zu werten hatte. Auf dieser Ebene der Wertung von Indizien für einen römisch verstandenen Ehewillen sind nicht nur die bereits bekannten Quellen aus Codex Justinianus und Digesten zu verstehen, sondern auch L 93, L 35 und L 36.

C 5, 4, 9 Imp. Probus A. Fortunato Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.

Jemand lebt mit einer Frau in häuslicher Gemeinschaft und hat eine Tochter von ihr. Er bezweifelt später, ob die Verbindung ein iustum matrimonium, die Frau uxor und die Tochter eheliches Kind sei. Dabei stützt er sich darauf, daß keine tabulae nuptiales und keine tabulae ad natam filiam pertinentes abgefaßt worden seien. Die Kanzlei erklärt die tabulae nuptiales wie die über die Geburt des Kindes errichteten nicht für unmaßgeblich. Sie verdammt auch nicht die

⁷³ Hier ist kein Anlass, doktrinären Zügen im Verständnis der affectio maritalis und des consensus nachzugehen, vgl. H. J. Wolff, ZSSt 67 (1950), S. 288 ff. und die reiche Literatur, die dort angegeben ist. Es mag nur vermerkt sein, dass die Quellen der späteren Zeit, die im Zusammenhang des Formproblems interessieren, affectio und consensus nicht als positive Kriterien dogmatischer Erfassung des Ehewillens verwenden, sondern lediglich als antithetische Formulierungen in der Dialektik konkreter Argumentation: D 24, 1, 66, pr (Scaevola), consensus gegen Dotalinstrument, weshalb der Text nicht schon wegen des consensus als itp. verdächtigt werden muss (vgl. dazu H. J. Wolff, aaO, S. 306 f.). Die Interpretation ist hier genau so limitiert wie bei den Stellen, die consensus gegen concubitus stellen. C 5, 4, 22 = CTh 3, 7, 3 (Theod. II und Valentinian III), wo Dotalinstrument bzw. Hochzeitsfeier in Kontrast zum consensus gebracht sind. C 5, 17, 11, pr (Justinian), wo die affectio maritalis gegen die Dosbestellung betont wird.

⁷⁴ Vgl. Ballini, aaO.; Levy, Ehescheidung, S. 68, will, wenn ich ihn recht verstehe, auch nicht den Brauch der feierlichen deductio in domum, sondern die faktische Lebensgemeinschaft als unumgängliche Voraussetzung einer Ehe verstanden wissen. Es geht ihm bei solcher Formulierung gar nicht um unser Problem der Unterscheidung von Ehe und Konkubinat.

⁷⁵ H. J. Wolff, aaO, S. 289 und Note 84, S. 291 und Note 88.

⁷⁶ Ausnahmen aus der Lebensführung der *ingenua* aufgezählt bei Castello, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano 1940, S. 165 unten f.

Meinung, daß sie gute Anhaltspunkte für die Unterscheidung von Ehe und Konkubinat sein könnten. Es heißt nur, daß auch dort, wo solche tabulae fehlen, eine gültige Ehe und damit legitime Kinder gegeben sein können. Der Wille, die Frau als uxor liberorum procreandorum causa zu sich zu nehmen, muß dann freilich auf andere Weise dargetan sein: vicinis vel aliis scientibus. Die Entscheidung richtet sich also nur gegen die Auffassung, die tabulae seien die einzig en Indizien für einen erforderten Ehewillen. Auch aus diesem Grunde ist es nicht sicher, daß die Stelle ein Reskript an den Osten und gegen eine östliche Übung oder Meinung um die Notwendigkeit der Schriftform bei der Eheschließung richtet, wie Taubenschlag⁷⁷ meinte. Auch in Italien waren schriftliche Dokumente über Ehe und Dosbestellung üblich⁷⁸, und damit die falsche Anfragemeinung erklärlich. Zudem weist nicht einmal der Name des Adressaten auf den Osten. Anders liegt es damit in

C 5, 4, 13 Impp Diocl. et Max. AA. et CC. Onesimo Neque sine nuptiis instrumenta facta matrimonii ad probationem sunt idonea diversum veritate continente, neque non interpositis instrumentis iure contractum matrimonium irritum est, cum omissa quoque scriptura cetera nuptiarum indicia non sunt irrita.

Die Kanzlei weist entschieden darauf hin, daß die Dotalinstrumente keine konstituierende Wirkung haben. Sie ersetzen niemals einen einwandfrei fehlenden Ehewillen (diversum veritate continente). Denn sie sind ja nur Indizien unter anderen. Noch weniger aber soll eine wirklich gegebene Ehe unwirksam sein, d.h. keine Ehe sein, wenn es an den instrumenta fehlt. Denn sie sind wiederum nur Indizien unter anderen. Auf die indicia kommt es also an, zu denen man ohne weiteres (cetera nuptiarum indicia) auch die Dotalinstrumente rechnet. Der Anfragende hatte demgegenüber wohl angenommen, die instrumenta seien konstitutiv, seien selbst formalisierte notwendige Bekundungen des Ehewillens. Der Ehewille wäre danach im Instrument verkörpert gewesen. Die Anfrage zeigt uns damit einen Standpunkt zur Natur der Eheschließung, der zutiefst unrömisch war. Der römische Jurist beurteilt also die auf fremder Grundlage entstandenen Fakten institutionell auf einer anderen Basis. Dennoch sagt er den Provinzialen nicht, daß sie jetzt ihre Frauen nach römischer oder italischer Art nehmen müßten. Er kann ihre Art, die Ehe zu "schließen" gar nicht verwerfen oder bekämpfen, denn es interessieren ihn auch die heimischen Eheschließungsarten nicht als Eheschließungsformen im juristischen Sinne. Der Natur der Sache nach muß er im Gegenteil die Dotalinstrumente immerhin für gute Indizien nehmen, wie uns eine andere Stelle zeigt:

C 5, 4, 2279 Impp Theodosius et Valentinianus AA Hiero pp Si donationum

 $^{^{77}}$ Le droit local dans les constitutions prediocletiennes, in Mel. Cornil. II, S. 497 ff. = Op. Min. I, S. 519 ff.

⁷⁸ Brissonius, *De formulis* 6, 124, neben den bei Ballini, aaO, S. 68, Note 1 zit. Quellen.

 $^{^{79} = \}text{CTh } 3, 7, 3.$

ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum 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 impediente consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.

Die kaiserliche Kanzlei betont einmal mehr, daß es für die Abgrenzung von Ehe und Konkubinat unter pares honestate personae, deren Ehe kein gesetzliches Hindernis entgegenstünde, vielerlei Indizien gebe. Sie nennen einige, die instrumenta über Eheschenkung und Dosbestellung, die pompa, ja jede celebritas nuptiarum, betonen aber, daß sie nicht ausschließlich geeignet sind, einen Ehewillen darzutun. Auch hier wird keine Form der Eheschließung anerkannt oder verworfen. Die Kanzlei steht nicht vor dem Problem, unrömische Rechtsvorstellungen zu bekämpfen. Das östliche Brauchtum wird wie das römische juristisch "charakterisiert", um einen geläufigen Terminus der angelsächsischen Jurisprudenz aus dem Conflict of Laws zu verwenden.

Freilich wirkt die Aussage recht allgemein. Es wird nicht differenziert nach Gegenden, in denen alle Bräuche nebeneinander geübt wurden, und solchen, in denen die verschiedenen Bräuche ausschließlich geübt wurden. Es wird nicht gesagt, ob etwa dort, wo eine Ehe nur mit φερναί geschlossen wird, der Mangel der φερναί ein negatives Indiz ist. Es wird auch nicht entschieden, ob dort, wo die feierliche deductio in domum nach lokaler Übung allein die Ehe ausmacht, deren Fehlen dem Römer sofort den fehlenden Ehewillen anzeigt. Stellen mit einer derart beschränkten Thematik fehlen eben in den Codices. Das darf uns nicht verwundern; denn Konstitutionen, die sich vielleicht mit dem Brauchtum einer fernen, unbedeutenden Völkerschaft befaßten, werden kaum für wert gefunden worden sein, in einer allgemeinen Sammlung zu erscheinen. Die besprochenen Konstitutionen waren demgegenüber auf den größeren Raum des Reiches zugeschnitten, in dem die Wahl der einen oder anderen Art, die Ehe zu begründen, positives Indiz war, ihr Fehlen aber wegen der Wahlmöglichkeit niemals negatives Indiz sein konnte. Immerhin erwarteten wir, wenn wir die offenbar gewordene Indizienwertung konsequent zu Ende denken, daß bei der Beurteilung einer Lebensgemeinschaft von Mann und Frau aus Gebieten geschlossenen und intakten Brauchtums, die Nichtwahrung der "Ortsform" den Römer zu dem Schluß veranlassen mußte, es sei kein Ehewille in seinem Sinne vorhanden.

Eine weitere in diesem Zusammenhang genannte Stelle zeigt ein anderes Thema. Die Kampftheorie bestätigt auch sie nicht.

C 5, 5, 8 Imp Zeno A Epinicio pp Licet quidam Aegyptiorum idcirco mortuorum fratrum sibi coniuges matrimonio copulaverint, quod post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrati scilicet, quodcertis legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerint, nuptias re non videri contractas, et huiusmodi conubia tunc temporis celebrata firmata sunt, tamen praesenti lege sancimus... Der Kaiser ruft das Ehehindernis der Schwägerschaft in Erinnerung. Als römische Bürger waren ihm auch die Ägypter unterworfen. Das Hindernis sollte auch dort gelten, wo die frühere Ehe mit dem Bruder des Nupturienten angeblich⁸⁰ nicht vollzogen und die jetzigen Ehepartner die neue Ehe vielleicht⁸¹ mit Rücksicht auf behauptetes⁸² ägyptisches Landesrecht für erlaubt hielten, weil jenes die Ehe erst mit dem Vollzug als geschlossen angesehen habe⁸³.

Eine anscheinend nur vorgeschützte volksrechtliche Auffassung wird beiseitegeschoben. Es wird eine Tendenz bekämpft, die zur Umgehung eines Eheverbotes führen würde. Die Befolgung der kaiserlichen Anordnungen wird verlangt. Es geht hier nicht um die Interpretation, Anerkennung oder Ablehnung einer volksrechtlichen Eheschließungsform. Es sollen auch nicht volksrechtliche Institutionen verdrängt werden; schließlich kennen wir das Problem um die Antithesen consensus — concubitus auch aus dem rein römischen Bereich. Das bedeutet zusammengefaßt, daß auch hier keine Absicht wirksam war, eine fremde Rechtsordnung zugunsten der römischen zurückzudrängen.

Die drei genannten Stellen L 35, L 36 und L 93 ordnen sich als Quellen römischen Rechts den aus den zitierten Konstitutionen gewonnenen Leitgedanken ein. Um den Ehewillen und die dafür oder dagegen sprechenden Indizien geht es indirekt oder direkt. Es mag dort, wo sich die Fälle abspielten und wo des Verfassers geistige Heimat war, die Idee einer Form der Eheschließung gegeben haben, der römische Jurist nahm keine Notiz von ihr. Er lehnte daher auch keine Form als unrömisch ab; das lag außerhalb seiner eigenen Denkweise. Er interpretierte sie aber in dieser Denkweise als Indizien für einen Ehewillen. Anders freilich als in den allgemein gehaltenen Konstitutionen, die uns im Codex Justinianus überliefert sind, waren hier spezielle Eheschlie-Bungsformen bestimmter Gegenden zu beurteilen. Der römische Jurist, der eine Lebensgemeinschaft unter Ehegatten zu beurteilen hatte, die in einer streng am überkommenen νόμος der Eheschliessung allein durch φερναί hängenden Gegend bestand, durfte nach seiner rechtlichen Denkweise korrekt schließen, daß eine Lebensgemeinschaft ohne φερναί Konkubinat, nicht aber Ehe war. Es fehlte am Ehewillen der Partner. Nichts anderes gilt für jeden anderen streng bewahrten "νόμος des Landes". Die Entscheidung des römischen Juristen deckt sich dabei mit der des lokalen νόμος. Das heißt für uns aber noch nicht, daß

⁸⁰ Dicebantur: Es sollte also dahingestellt bleiben, ob es sich in der Tat so verhielt oder nicht, da es für die Entscheidung unmassgeblich blieb.

⁸¹ Scilicet: Es bleibt dahingestellt, ob die Motivation nur vorgeschützt ist.

⁸² Certis wirkt ausgesprochen skeptisch.

s3 Die Stelle mit dem ägyptischen Probejahr zu verbinden, geht schlecht an; a. A. allerdings Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 223 ff. und Brassloff, aaO, S. 70 f. Schon die Formeln der Verträge, die Mitteis, aaO, S. 223 u. Note 2 anführt, sprechen dagegen. Die Frau, die als Frau angenommen war, durfte nach dem Probejahr in einfachster Form verstossen werden. Das setzte eine Ehe voraus.

das römische Recht dem lokalen rechtlich oder aus Toleranz oder aus bloßer Lässigkeit der römischen Organe gewichen sei. Ein großes Maß an juristischem Einfühlungsvermögen vielmehr ist es, was den Einklang der Ergebnisse herstellt.

Daß im Bereich der Heimat des Rechtsbuches der νόμος der Eheschließung durch φερναί streng beachtet wurde, können wir aus den einzelnen Stellen, die sich mit Ehe und Dotalinstrument befassen, leicht entnehmen. So überrascht es uns nicht, daß der römische Jurist in L 35 und L 36 das Zusammenleben der Eltern "ohne φερναί" als Konkubinat und die Kinder als illegitim ansieht. Die recht verstandene Maxime, daß nicht die tabulae die Ehe machen, steht dazu nicht im Widerspruch. In L 93 ist die Aussage nur über die Heimat des νόμος von der Eheschließung mit φερναί hinaus erweitert. Dem römischen Betrachter bieten sich in der Provinz noch andere Eheschließungsarten, die auf einen Ehewillen schließen lassen. Es wird aber klar nach lokalen, sich einander örtlich nicht überschneidenden Bräuchen geschieden. Es sind nicht Bräuche verglichen, die nebeneinander in Übung waren. Wir suchen daher vergebens eine Entscheidung, was gelten sollte, wenn im Bereich der φερναί -Ehe zwei Partner in παζόησία heirateten oder umgekehrt. In ganz beschränkter Aussage werden zwei Grundtypen der Eheeingehung getrennt unter römischrechtlichem Aspekt behandelt. Die Aussage ist immer auf den Brauchtumsbereich bezogen, bleibt daher recht fragmentarisch.

4. Schluß

Wir dürfen also feststellen, daß die Ausdehnung des Geltungsbereichs des römischen Rechts durch die Constitutio Antoniniana keine grundlegende Änderung im Rechtsleb en der Neubürger mit sich bringen mußte. Die entscheidende Frage nach den die Ehe vom Konkubinat trennenden Indizien wird einfach an neuen, aus dem Rechtsleben der verschiedenen Völker erwachsenen Gegebenheiten gestellt. Ein Faktum, nicht eine fremde Institution, tritt dem römischen Juristen entgegen. Er beurteilt dieses Faktum mit den Mitteln seines Instrumentariums. Die Alternative kämpferischer Ablehnung des fremden Rechts oder Anerkennung rechtlicher oder faktischer Art (Staatsrecht oder Staatspolitik) erweist sich als zu eng, den historischen Vorgang zu erfassen. Sie brächte uns um die Einsicht in eine der klassischen Jurisprudenz gleichwertige Leistung der kaiserlichen Kanzlei, die einfühlende Umsetzung fremder Gegebenheiten in römisches Denken zum Besten der Parteien.

[Wien] Walter Selb