

Iurisprudentia universalis

Festschrift für Theo Mayer-Maly
zum 70. Geburtstag

herausgegeben von

Martin J. Schermaier,
J. Michael Rainer und Laurens C. Winkel



Theo Maly



2002

BÖHLAU VERLAG KÖLN WEIMAR WIEN

Die Ehescheidung im 4. und 5. Jahrhundert n. Chr.

Michael Memmer, Wien

I. Einleitung

Das nachklassische Scheidungsrecht ist bereits oft Gegenstand rechts historischer Untersuchungen gewesen¹. Die meisten Arbeiten stützen sich dabei jedoch nur auf die Kaiserkonstitutionen; eine andere wichtige Literaturgattung, nämlich die spätantike Paraphrasen- und Kommentarliteratur², ist weitgehend unbeachtet geblieben.³ Dabei bestimmt gerade die mögliche Vollständigkeit der Überlieferung die Richtigkeit der Ergebnisse. Die Theodosianushandschrift T (= Turiner Palimpsest), die 1903 in einem Brand untergegangen ist, enthielt nicht den Titel *Dē repudia* (CTh. 3,16). Überliefert sind nur jene zwei Konstitutionen dieses Codextitels, die in das Breviar Eingang gefunden haben (CTh. 3,16,1 und 2), und ein Fragment einer Konstitution Julians (CTh. 3,13,2). Nov. Theod. 12, das theodosianische Gesetz C. 5,17,8, die *lex Anastasiana* C. 5,17,9 und die historischen Anmerkungen Justinians

¹ Eine ausführliche (wenn auch nicht vollständige) und über mehrere Seiten reichende Bibliographie bietet S. Puliatti, Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II. II: Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa, Mailand 1991, 54–57 Anm. 3. Dieser Bibliographie sind u.a. folgende Arbeiten hinzuzufügen: J. Gaudemet, Le mariage en Occident, Paris 1987, 77 ff.; A. Di Mauro Todini, *Matrimonium, una denominazione insolita. Brevi considerazioni a proposito di CTh. 3,16,1*, in: AARC VII (1988) 343; A. Arjava, Divorce in Later Roman Law, in: Arcos 22 (1988) 5; C. Venturini, La ripudianda (In margine a CTh. 3,16,1), in: AARC VIII (1990) 343 (mit Lit. 345 Anm. 4, 346 Anm. 5 und 6) und im fast gleichlautender Version in: BUDR 91 (1988) 253; R. Astolfi, Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero, in: SD 56 (1990) 323; G. Luchetti, Brevi note sulla legislazione matrimoniale costantiniana, in: AG 212 (1992) 317, 327 ff., mit weit. Lit. in Ann. 20; J. Evans, Grubbs, Constantine and Imperial Legislation on the Family, in: J. Harries/L. Wood, The Theodosian Code, London 1993, 120; M. Menante, Die Entwicklung des römischen Familienvermögensrechts von Konstantin bis Justinian (Festivitatssschrift), Wien 1994; J. Evans, Grubbs, Law and Family in Late Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation, Oxford 1995, 225 ff.; A. Arjava, Women and Law in Late Antiquity, Oxford 1996, 177 ff.

² Zur Bedeutung dieser Literaturgattung für die rechts historische Forschung s. M. Memmer, Die Konstitutioneninterpretationen in der Lex Romana Visigothorum, in: GS Hofmeister (hrsg. v. W. Ogris/W. Rechberger), Wien 1996, 443 ff.

³ Vgl. z.B. Arjava, Divorce (o. Anm. 1) 14: „Once more it must be stressed that this history is based on existing laws and contains potentially important gaps“. Eine Ausnahme bildet M. Johen, Die vermögensrechtliche Stellung der weströmischen Frau in der Spätantike, Berlin 1999, die sich eingehend mit den weströmischen *interpretationes* beschäftigt (ebenda 125 ff.).

in Nov. 22 geben Auskunft über die Entwicklung *post dictum Theodosianum*. Diese Kenntnisse werden durch die über das Breviar überlieferten weströmischen *interpretationes* zum Codex Theodosianus und zu den posttheodosianischen Novellen und durch das in der oströmischen Reichshälfte entstandene Syrisch-römische Rechtsbuch⁴ teils bestätigt, teils ergänzt. Erst unter Heranziehung der Kommentarliteratur haben wir genügend Mosaiksteine in der Hand, um ein – zumindest in den Hauptnien – verlässliches Bild für das 4. und 5. Jahrhundert zu entwerfen.

II. Das klassische Scheidungsrecht

Als Ausgangspunkt für die Erörterung des nachklassischen Scheidungsrechts empfiehlt sich das klassische Recht; nur so läßt sich die Frage nach „Beharrung oder Wandel“ des römischen Rechts in der Spätantike beantworten. Die Ehe als faktisches Verhältnis des sozialen Lebens bestand in der Lebensgemeinschaft, die vom Ehemallen getragen war⁵. Der freie Wille der Partner entschied über den Fortbestand der Ehe. Alexander Severus bezeichnet die Freiheit der Ehe und ihre jederzeitige Auflösbarkeit durch die Ehegatten in einem Reskript als altes Prinzip:

C. 8,38,2: *Liberia matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne licet divertire, non valere et stipulationes, quibus poena inrogantur ei qui divortium fecisset, ratas non haberat constat (a. 223).*

Ungeachtet der freien Scheidbarkeit einer Ehe und des Verbots, die Scheidung durch *pacta* einzuschränken, zeigte ein *divortium* Konsequenzen, die im konkreten Einzelfall die Scheidungsfreudigkeit beschränkten. Bereits die klassische Zeit entdeckte, daß man die Ehegatten für ehewidriges Verhalten über die Mitgift bestrafen könnte⁶.

Titel 6 (*De dotibus*) der Tituli ex corpore Ulpiani informiert uns über die von der Praxis formulierten Normen für die Rückerrichtung der *dos*: Wird die Ehe *aufpa mulieris aut patris* geschieden, sind dem Ehemann nach allgemeiner Praxis Abzüge *proper liberorum* und *proper mores* erlaubt. Der Ehemann kann für jedes aus der geschiedenen Ehe stammende Kind ein Sechstel abziehen, insgesamt aber nicht mehr als drei Sechstel (Ulp. epit. 6,10). *Proper mores graviores* kann der Ehemann ein weiteres Sechstel, *proper mores leviores* ein Achtel einbehalten; als *mores*

graviores gilt Ehebruch, alle übrigen Eheverfehlungen fallen unter den Begriff der *mores leviores* (Ulp. epit. 6,12). Hat also eine Frau die Scheidung durch ihre *aufpa* verlaßt oder hat sie die Ehe treuwidrig bzw. grundlos verlassen, was ebenfalls als Verhältnis zu sehen ist, wird ihr die Mitgift nicht zur Gänze entzogen; es verbleibt ihr nach Abzug dieser beiden *retentiones* zumindest ein Drittel ihrer Mitgift. Dies stellt einen Kompromiß zwischen der ehehaltenden Funktion der *dos*, die in den *retentio-nes proper liberorum* und *proper mores* fassbar wird⁷, und der Versorgungsfunktion, die diesem Rechtsinstitut seit der klassischen Zeit zugewachsen ist, dar.

Ulp. epit. 6,13 beschreibt die vermögensrechtlichen Nachteile, die den Mann treffen, denn *mores graviores* oder *leviores* vorgeworfen werden. Verschuldet der Mann die Scheidung, ist er bei *mores graviores* abweichend von der sonstigen Herausgabepflicht in drei Jahresfristen zur sofortigen Rückgabe verpflichtet, bei *mores leviores* muß die Mitgift binnen sechs Monaten restituiert werden. Bei einer *dos*, die üblicherweise sofort zurückgegeben wird, muß er zusätzlich soviel erstatten, wie bei einer *dos*, die in drei Jahresfristen zurückzugeben ist, an Früchten veranschlagt wird. Die Zinsnachtreite und finanziellen Einbußen kommen, wie Söllner⁸ bereits nachgewiesen hat, rechnerisch dem Sechstel bzw. Achtel gleich, das die Frau *proper mores* verliert. Was die Epitome Ulpiani darlegt, war dispositive Recht und konnte in bestimmten Grenzen durch Parteivereinbarung abgeändert werden⁹.

III. Die Reform Konstantins

Konstantin greift als erster in dieses althergebrachte Scheidungsrecht ein. 331 n.Chr. setzt er der Freiheit der Ehescheidung in gewisser Weise ein Ende¹⁰. Konstantin

⁷ Söllner, Vorgeschichte (o. Anm. 6) 114 ff.; A. Wacke, Zur Funktion und Gefährdung bei der römischen Mitgift, in: IR 43 (1975) 241; K. Genius, Vorsorge für die geschiedene Ehefrau nach römischem Recht? Überlegungen zur Funktion der *dos*, in: FS Seidl (hrsg. v. H. Hübler/E. Klingmüller/A. Wacke), Köln 1975, 39, 45; Striegler, Divortium (o. Anm. 6) 437.

⁸ Söllner, Vorgeschichte (o. Anm. 6) 116 ff.; zusätzl. Wacker, Funktion und Gefährdung (o. Anm. 7) 244, und Striegler, Divortium (o. Anm. 6) 437 f.

⁹ Ein Beispiel für die Vertragsfreiheit bietet tabula Herculaneensis 87: Dem Ehemann wird für den Scheidungsfall (abweichend von Ulp. epit. 6,10 und Paulus frg. Vat. 105, 107) ein Abzug von einem Fünftel pro Kind eingeräumt.

¹⁰ Das genaue Datum ist unbekannt. O. Seck, Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n.Chr., Stuttgart 1919, NDr. Frankfurt/Main 1984, 181 und 428 datiert mit „Ende 331“. Evans Grubbs, (Constantine and Imperial Legislation, o. Anm. 1, 130; Law and Family, o. Anm. 1, 259 f.) stellt einen interessanten Zusammenhang her: Elf Jahre zuvor hat Konstantin die augustischen Ehegesetze aufgehoben (CTh 8,16,1, a 320). Damit sind der Elterzwang und die vermögensrechtlichen Nachteile für unverheiratete und kinderlose Römer beseitigt worden. Wir wissen zwar nicht, ob die Scheidungsrate nunmehr signifikant angestiegen ist; der Zusammenhang zwischen der Aufhebung der augusteischen Ehegesetze im Jahr 320 und dem Scheidungsgesetz von 331 n.Chr. ist aber greifbar nahe. Welche Gründe auch immer Konstantin veranlaßt haben, die *leges Iulia et Papia Poppaea* aufzuheben, er wollte sicher nicht zur Scheidung bestehender Ehen auffordern. Über das Scheidungsgesetz CTh 3,16,1 mußte er wieder einen Zwang zum Festhalten an einer bestehenden Ehe herstellen.

⁴ Die in diesem Beitrag verwendete Paragraphenzählung folgt der von W. Selb / H. Kaufhold veranstalteten Neuedition des Syrisch-römischen Rechtsbuchs (in Druck). Aus drucktechnischen Gründen werden nur die Übersetzungen der einschlägigen Texte wiedergegeben.

⁵ Vgl. nur M. Kasser, Römisches Privatrecht I, 2. Aufl., München 1971, 310 f., und W. Kückel / H. Oessle, Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin 1987, 386 f.

⁶ A. Söllner, Zur Vorgeschichte und Funktion der *ratio rei uxoris*, Köln 1969, 114 ff., vermutet, daß das System der Retentionen in den *leges Iulia et Papia Poppaea* endgültig fixiert worden ist; zuletzt Zustimmung H. Striegler, Divortium, *aufpa* und *retentio proper liberorum* (Ulp. ep. 6,10 und Cic. Top. 4,19), in: Mel. Sturm I (hrsg. v. J.-F. Gerkens/H. Peter/P. Trenk-Hinterberger/R. Vigneron), Liege 1999, 431.

untersagt zwar nicht die Ehescheidung an sich, prangert aber die grundlose Scheidung an:

CTh. 3,16,1: *Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrios aut alcatoris aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquit, si homicidiam vel medicamentarium vel sephlorchorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita dicendum laudata omnem suam doctem recipiat.*
Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miscrit, oportet eam usque ad aculum capitum in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidencia in insulam deportari.
In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquit conveniet, si moecham vel medicamentarium vel conciliatricem repudiare voluerint.
Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omninem dotem restituere debet et aliam non ducere.
Quod si fecerit, priori coniugi facultas debitum domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad sementem ipsam transferre pro iniuria sibi inflata.

Eine folgenlose Scheidung ist nur mehr wegen weniger, taxativ aufgezählter Scheidungsgründe, die allesamt zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen¹¹, zulässig. Der Frau wird die Scheidung gestattet, wenn der Mann Totschlag, Giftmischerei (*medamentarius* in CTh. bzw. *maleficus* in ITh. 3,16,1) oder Grabschändung begangen hat. In diesem Fall muß der verlassene Ehemann die *das* an die Frau auszahlen. Eine Scheidung aus anderen Gründen, selbst wegen einer Eheverfehlung des Ehemannes, wird als grundlose Scheidung bewertet. Dazu zählt, wie Konstantin einleitend feststellt, auch eine Scheidung der Frau, wenn der Ehemann ein Trinker, Spieler oder *muliercularius* ist. Der Kaiser argwöhnt, daß die Frau in diesen Fällen die Scheidung *propter suas pravas cupiditates* ausspricht. Die Folgen einer solchen grundlosen Scheidung sind drastisch: Die Frau muß alles „bis auf die letzte Haarnadel“ im Haus des verlassenen Ehemannes zurücklassen. Das Vermögen, das die Frau einbüßt, besteht sicherlich aus der Mitgift, die anlässlich der Eheschließung dem Mann gegeben worden ist. Vielleicht verliert die Frau ihr ganzes Vermögen¹²; dies würde mit der zusätzlich verhängten Deportationsstrafe zusammengehen. Klarer ist hier die im 5. Jahrhundert, also ca. 130 bis 150 Jahre später entstandene *interpretatio*. Sie entkleidet den Text seiner Bildlichkeit und formuliert technisch¹³:

¹¹ J. O. H. L. N., Vermögensrechtliche Stellung (o. Anm. 3) 128 f., überlegt deshalb, ob die Stellung der begründet geschiedenen Frau mit der einer Witwe übereinstimmt, welche ebenfalls *das* und *donativa ante nuptias* zu ihrer Verfügung hat.

¹² Vom Verlust der *das* spricht z.B. Evans Grubbs, Law and Family (o. Anm. 1) 230. Arava, Divorce (o. Anm. 1) 8, hält es für möglich, daß die Frau nicht nur die *das*, sondern ihr ganzes Vermögen verliert.

¹³ Vgl. hierzu M. Memmer, Konstitutioneninterpretationen (o. Anm. 2) 449.

Dem Mann ist spiegelbildlich zu den genannten Scheidungsgründen der Frau die Verstoßung seiner Gemahlin nur wegen Ehebruchs, Giftmischerei oder Kuppelei der Frau erlaubt. Die Rechtsfolgen einer auf einem Verbrechen beruhenden Scheidung werden zwar nicht expressis verbis behandelt, doch läßt die Konstitution erkennen, daß die Frau in diesem Fall strafweise die *das* verliert; im übrigen unterliegt sie der auf dieses Verbrechen stehenden Kapitalstrafe. Kann der Ehemann nicht einen der drei gesetzlichen Scheidungsgründe nachweisen, verläßt er seine Frau grundlos und muß die ganze *das* restituiieren. Dies gilt auch für den Fall, daß er die Ehe *cuius mulieris* geschieden hat; Abzüge sind ihm nicht erlaubt. Ein Fortbestand der klassischen *retentiones propter liberos* und *proper mores* ist mit dem Gesetz Konstantins nicht vereinbar¹⁴. Solche *retentiones* setzen eine größere Freiheit der Scheidung voraus, als Konstantin in seiner *lex CTh. 3,16,1* normiert. Retentionen dieser Art können auch nicht länger im Dotalvertrag gültig vereinbart werden; die Privatautonomie findet hier ihre Grenze im zwingenden *ius publicum privatorum pactis matre non potest*.

Die Mitgift hatte der sich grundlos scheidende Ehemann auch nach klassischem Recht verloren. Die nunmehrige Verschärfung liegt in der Gleichsetzung einer Scheidung *cuius mulieris* mit einer grundlosen Scheidung. Neu ist die darüber hinausgehende Strafe: Der Ehemann wird zwar nicht deportiert¹⁵, unterliegt aber einem lebenslangen Zölibat. Mißachtet der Mann dieses Heiratsverbot, so ist die Zweiteile gültig – nicht zu Unrecht spricht der Text von der *uxor posterior*. Die erste Frau darf jedoch in erlaubter Eigennachricht die für die zweite Frau bestellte Mitgift wegnehmen. Diese sehr eigenwillige Rechtsfolge ist keinesfalls unwirksam; sie entfaltet ihre Wirkung wohl im Faktischen. Die zweite Frau muß sich den Verlust des Mitgiftvermögens und ihrer nachheilichen Versorgung vergegenwärtigen; damit sinken auch ihre Chancen für eine standesgemäße Wiederheirat¹⁶. Diese Nachteile werden Frauen oder ihre Familien von solchen Eheschließungen abgehalten haben.

¹⁴ So schon C. Czyhlarz, Das römische Doralecht, Gießen 1870, 384. Vgl. zu dieser Frage auch S. Solazzi, La restituzione della dote nel diritto romano, Città di Castello 1899, 284 ff. und 302, in jüngster Zeit V. Entrini, La ripudianda (o. Anm. 1) 358.

¹⁵ Verfehlt H. Dörries, Das Selbstzeugnis Kaiser Konstantins, Göttingen 1954, 197, der vermutet, daß es auf die Komplikaturen zurückgehe, „daß die ursprünglich gewiß nicht fehlende Strafbestimmung für den Mann jetzt vermildert wird: das ging die Kriminaljustiz und nicht das Ehrerecht an“. Die unterschiedlichen vermögensrechtlichen Strafen für Mann und Frau machen m.E. die Nichtexistenz anderer Strafen glaubhaft.

¹⁶ J.U. Krause, Witwen und Waisen im Römischen Reich I: Verirbung und Wiederverheiratung, Stuttgart 1994, 133 ff., hat gezeigt, daß heiratswillige Witwen – und gleiches gilt für geschiedene Frauen – in ihrer Person liegende Nachteile (wie Alter, Kinder, fehlende Jungfräulichkeit) materiell, insbesondere durch eine hohe Mitgift, ausgeglichen haben oder sogar ausgleichen mußten. Waren sie dazu nicht bereit oder nicht in der Lage, blieb ihnen nur die Möglichkeit, unterhalb des eigenen sozialen Standes zu heiraten.

IV. Die Gesetzgebung Julians

Julian Apostata, der in Konstantin einen „Zerstörer alter Gesetze und Gebräuche“ gesehen hat¹⁷, hebt im Jahr 363 n.Chr. dessen Scheidungsgesetz wieder auf und kehrt zum klassischen Recht zurück. Die Hauptraussege seines Edikts ist uns wahrscheinlich nicht erhalten geblieben. Wir haben von dieser julianischen Restauration durch eine Ansspielung des sog. Ambrosiaster¹⁸ und durch ein in den Codex Theodosianus aufgenommenes Konstitutionenfragment Kenntnis. Der Ambrosiaster wirft Julian vor, Frauen die Scheidung ermöglicht zu haben¹⁹, was seiner Aussage zufolge früher nicht erlaubt und auch nicht in Übung gewesen wäre:

Quaestiones Veteris et Novi Testamenti 115,12; ... ante Iuliani edictum mulieres viros suos dimittire nequiant accepta autem potestate cooperant facere quod prius facere non poterant; cooperant enim cotidie licenter viros suos dimittere.

Die Schmähsschrift vereinfacht und übertriebt; wie oben gezeigt, ist es unrichtig, daß unter Konstantin und seinen Söhnen (also *ante Iuliani edictum*) keine Scheidung möglich gewesen ist. Die Wiedereinführung der „Scheidungsfreiheit“ durch Julian besteht nicht in einer Wiederzulassung der Ehescheidung an sich, sondern in der Aufhebung der Strafen wie Deportation bzw. Wiederverheiratungsverbot und insbesondere in der Beseitigung der ehegütterrechtlichen Einschränkungen, die Konstantin an eine Scheidung geknüpft hatte. Dies ist wohl der Grund, weshalb die das Ehegütterrecht betreffende Anordnung Eingang in den theodosianischen Codex gefunden hat:

CTH. 3,13,2: In dote reddenda et retentiones ex iure venientes et pacta, quae legibus consentanea esse monstrantur, placet etiam ex huius sanctionis auctoritate intertemerata inviolataque servari.

Die alte Ordnung beinhaltet die Freiheit der *pacta dotalia* und den Gedanken, daß die *dos* nicht als Scheidungsstrafe dienen soll. Julian spricht der Frau wieder die *dos* zu, gleichgültig, aus welchem Grund die Scheidung erfolgt ist. Dem Ehemann sind gegebenfalls Abzüge erlaubt. Der im 5. Jahrhundert tätige weströmische Interpret verweist in Ausführung der *retentiones* auf die Paulussentenzen und die Responsen des Paulus:

17 Amm. 21,10,8; vgl. auch die Dankrede des Claudius Mamertinus aus dem Jahr 362 (Gratianum Pauli sententiis sub titulo de dotibus requirendum aut certe in Pauli responsis sub titulo de re uxorio Juliano, c. 20 und 25).

18 Quaestiones Veteris et Novi Testamenti 115,12 (*Dicitur*), ediert in CSEL 50, 322 = PL 35, 2348 f. – Das Werk wurde früher Augustinus zugeschrieben; heute ist die Autorschaft des Ambrosiaster gesichert. Zu seiner Identität s. B. Altaner / A. Stuiber, Patrologie, 8. Aufl., Freiburg 1978, 389 f.

19 Vgl. Arjava, Women and Law (o. Ann. 1) 188: „the liberty of divorce was liberty for women.“

20 Responditorum libri XXIII, l. VII. Vgl. fig. Vat. 106 und 107 (= Lcnel, Pal. I, Nr. 1513).

Hinsichtlich der *pacta* stellt Julian klar, daß sich diese in den Grenzen der Gesetze halten müssen – *legibus consentanea* (in CTh.) oder *cum lego concordant* (in ITh.). Die vorkonstantinische Praxis zeigt, daß die *pacta dotalia* über die Miftrückgewährung immer wieder auf ihre Vereinbarkeit mit dem Recht, nämlich mit der *bona fides*, untersucht worden sind²¹. Die *interpretatio* dreht im 5. Jahrhundert die Reihenfolge bewußt um: Die *pacta* stehen im Vordergrund, sie verdrängen das dispositive Recht, müssen sich aber in den Grenzen des *ordo public* oder zwingender kaiserlicher Anordnungen halten²².

Der Ambrosiaster verschweigt, ob die von Julian wieder eingeführten Grundsätze der klassischen römischen Jurisprudenz noch in seiner Zeit, also etwa 380 n.Chr., Gültigkeit haben. Verschiedene Indizien legen nahe, daß sich das klassische Scheidungsrecht bis in das 5. Jahrhundert behauptet hat²³. Der Kirchenvater Gregor von Nazianz, der in der 2. Hälfte des 4. Jahrhunderts wirkte, stellte fest, daß sich hinsichtlich der Ehescheidung die „Gesetze“ der Kirche von denen der Römer unterscheiden²⁴. Die gewichtigsten Indizien für die Geltung des julianischen Gesetzes bis in das 5. Jahrhundert sind m.E. die Aufnahme der ehegütterrechtlichen Passage des *edictum Iuliani* in den *Codex Theodosianus* und die Reaktion Theodosius II in Nov. Theod. 12 (a. 439) auf CTh. 3,16,2, das im Oströmischen Reich durch die Promulgation des *Codex Theodosianus* geltendes Recht wurde.

V. Das Scheidungsgesetz Constantius' III

In der ersten Hälfte des 5. Jahrhunderts kehren die Kaiser – wenngleich in modifizierter Weise – zum konstantinischen Prinzip zurück. Im Westen setzen Honorius

²¹ Vgl. hierzu D. 23,4,12 pr.; C. 5,14,6; fig. Vat. 120; Sent. Syr. §§ 18 und 19 (mit Kommentar von W. Scib, Sententiae Syriacae, Wien 1990, 109 ff.).
²² ITh. 3,13,2: *Pacta inter maritum et uxorem, quae de dote inita sunt et cum legi consonant, haec lex sicut reliqua patentes valere praepedit.* ...

²³ In der Literatur ist die Fortsetzung des julianischen Gesetzes des öfteren bezweifelt worden, so z.B. R. Yaron, De divorcio varia, in: TR 32 (1964) 533, 545 f. Für ein Fortwirken z.B. H.J. Wolff, Doctrinal trends in Postclassical Roman Marriage Law, in: SZ 67 (1950) 261, 262; A. Merklein, Das Ehescheidungsrecht nach den Papry der byzantinischen Zeit, Diss. Erlangen 1967, 69 f.; in jüngerer Zeit R.S. Bagnall, Church, State and Divorce in Late Roman Egypt, in: Florilegium Columbianum. FS Kristeller (hrsg. v. K.-L. Seigl/R. Somerville), New York 1987, 41, 43; J. Gaudemet, La législation sur le divorce dans le droit impérial des IV^e et V^e siècles, in: AAFC VII (1988) 75, 76 f. Vorsichtig Arjava, Divorce (o. Ann. 1) 13, und derselbe, Women and Law (o. Ann. 1) 179 f. („If any restrictions existed at all, they had to be in a much milder form which we can no longer reconstruct“).

²⁴ Ep. 144 (An Olympius), ediert in PG 37, 248. – Für die Zeit des ausgehenden 4. und beginnenden 5. Jahrhunderts gibt es in der Literatur der Kirchenväter keine Anzeichen für Scheidungshindernisse. Zu den Kirchenvätern, die zwischen 385 und 420 geschrieben haben, siehe Arjava, Divorce (o. Ann. 1) 9 ff.

und Constantius III²⁵ im Jahr 421 diesen Schritt (CTh. 3,16,2). Die Scheidung bleibt möglich, wird aber beim Fehlen rechtfertigender Gründe wieder sanktioniert. CTh. 3,16,2 stuft jedoch gegenüber der konstantinischen *lex* die Folgen der Scheidung nach dem Gewicht der Gründe ab. Constantius nennt eine Scheidung aus *grave causa* und *magna crima* und eine solche aus *morum vita ac mediocres culpae*. Die Formulierung ist offen, eine Definition dieser Verschuldensgründe fehlt. Wahrscheinlich will Constantius ein größeres Maß an Flexibilität einführen und die Entscheidung von Fall zu Fall vom Richter getroffen sehen²⁶. Dabei ähnelt die Abstufung der Rechtsfolgen nach den Scheidungsgründen der klassischen Regelung: Die *grave causa* des Constantius erinnern an die *mores graviores* der klassischen Zeit, die *culpae mediores* an die *mores leviiores*. Vielleicht ist Constantius bei dieser Abstufung der Scheidungsgründe sogar von den bis in seine Zeit geltenden *retentiones propter mores* inspiriert worden.

CTh. 3,16,2: *Mulier, quae repudiū a se dat oblatione discesserit, si nullas probavent divortū sui causas, abolitis donationibus, quas sponsa perciperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciis: cui non solum secundū viri copulam, verum etiam postliniū ius negantur.*
Si vero morum vita ac mediocres culpis mulier matrimonio reluctata convicerit, perditura dōtem viro donationem refundat, nullius unquam penitus socianda consuego: quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure defērāmus.

Restat, ut, si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit quae recedit, dōtis suae compos sponsalem quoque obtineat largitatem atque a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem; tunc enim videbitur sui magis viri id exsecratione quam alieni appetitione fecisse.

(1) Sanc si divortium prior manitus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persecutar legibus accusatam impetrataque vindicta et dote potiatur et suam recipiat largitatem et ducenti mox alteram liberum sortiatur arbitrium.

Si vero morum est culpa, non criminum, donationem recipiat, dōrem relinquit, aliam post biennium ducturus uxorem.

Quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu nullisque virtus peccatisque gravetur exclusus, et donationem vir perdat et dōtem ac perpetuo cœlūlito insolenta divortū pocnam de solitudinis macrore sustinet, mulieri post anni metas nubiarum potestate concessa.

(2) Super retentionibus autem dōtum prop̄ter liberos iuris antiqui præcipitum cauta servari.

Verläßt die Frau grundlos oder wegen Verfehlungen des Mannes die Ehe, verliert sie die Ehegüter – die *dōs* verbleibt dem Ehemann, die *donatio* muß an ihn zurückgestellt werden. Bei grundloser Scheidung wird sie zudem deportiert, darf nicht wieder heiraten und kann das *ius postliniū* nicht erlangen. Bei einer Scheidung wegen geringfügigen

und Constantius III²⁵ im Jahr 421 diesen Schritt (CTh. 3,16,2). Die Scheidung bleibt möglich, wird aber beim Fehlen rechtfertigender Gründe wieder sanktioniert. CTh. 3,16,2 stuft jedoch gegenüber der konstantinischen *lex* die Folgen der Scheidung nach dem Gewicht der Gründe ab. Constantius nennt eine Scheidung aus *grave causa* und *magna crima* des Ehemannes scheidet, erleidet sie keine vermögensrechtlichen Nachteile – sie erhält ihre *dōs* zurück und behält die *donatio ante nuptias* –, nichtsdestotrotz wird ihr die Wiederheirat für fünf Jahre verboten. Die Konsequenz einer Übertretung des befristeten Heiratsverbots ist nicht genannt, wird aber möglicherweise wie beim dauernden Heiratsverbot in einer Verfolgung wegen *staprum* bestanden haben.

Weitgehend spiegelbildlich hierzu sind die vermögensrechtlichen Folgen gestaltet, die der Ehemann im Fall einer Verstoßung seiner Frau erleidet, nicht aber die sonstigen Strafen. Hat sich der Ehemann wegen eines schwerwiegenden Verbrechens (*grave crimen*) seiner Frau geschieden, bleibt die von ihm vollzogene Scheidung für ihn folgenlos. Er erleidet keine vermögensrechtlichen Nachteile – d.h. er muß die *dōs* nicht restituiieren und erhält seine *donatio* zurück – und darf sofort wieder heiraten. Bei einer grundlosen Scheidung bzw. einer Scheidung *dissensio animalorum* verliert der Mann die Ehegüter, nämlich die *dōs* und die *donatio ante nuptias*. Der Verfall der Eheschenkung zugunsten der Frau ist eine vorweg bestimmte Scheidungsstrafe für den Mann. Der Ehemann darf zudem nicht wieder heiraten; die Folgen einer Übertretung dieses Verbots sind uns allerdings nicht bekannt. Von der schuldlos versöhnlichen Frau hören wir, daß sie ein Jahr lang nicht heiraten darf. CTh. 3,16,2 normiert erstmals eine Wartezeit für eine geschiedene Frau. Hierbei handelt es sich aber um keine Strafmaßnahme, sondern um die allgemeine (seit 381 n.Chr. einjährige) Wartezeit nach Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes, die jetzt auch für den Scheidungsfall angeordnet wird. Im Fall der Scheidung dient die Wartezeit ausschließlich der Klarheit der Vaterschaft eines nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes – *ne quis de prole dubitet*²⁸.

Anders als der Frau ist dem Ehemann eine Scheidung wegen bloßer Charaktermängel oder eines Vergehens der Frau (*morum est culpa non criminum*) erlaubt²⁹. Der

²⁵ In jüngster Zeit schreiben z.B. Gaudemet, *Le mariage en Occident* (o. Anm. 1) 79, ders., La législation sur le divorce (o. Anm. 23) 77, und J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance* (4^e siècle), I, Paris 1990, 222, das Gesetz Kaiser Honorius zu. – Vgl. aber Nov. Val. 35,11: *ea que a divo patre nostro Constantio decreta sunt, et INov. Val. 35: quea sunt a divo Constantio ordinata*. Für Constantius III z.B. M. Kasch, Römisches Privatrecht II, 2. Aufl., München 1975, 176, und H. Krumpfholz, Über sozialstaatliche Aspekte in der Novellengesetzgebung Justinians, Bonn 1992, 170.

²⁶ So L. Casas, Dc wettige gronden tot eenzijdige echtscheiding in Constantins wet de Repudius, Leuven 1939, 27 Anm. 59; Wolf, Doctrinal trends (o. Anm. 23) 262 Anm. 3; Gaudemet, La législation sur le divorce (o. Anm. 23) 78. Yaron, De divortio varia (o. Anm. 23) 546 Anm. 25, denkt diese Möglichkeit an.

²⁷ Die *interpretatio* zeigt deutlicher als der Grundtext, daß die Wiederheirat der Frau als Ehebruch verstanden wird, das Anklagericht steht dem verlassenen Ehemann zu. Die Parallele zur christlichen Dogmatik (vgl. B. Löbmann, Zweite Ehe und Ehescheidung bei den Griechen und Lateinern bis zum Ende des 5. Jahrhunderts, Leipzig 1980) ist Zufall. In der Konstruktion beruht diese Regelung wohl auf praktischen Gründen: Die Wiederheirat ist vielleicht der einzige, sicher aber der letzte Beweis für einen Ehebruch.

²⁸ R. Yaron, Ad secundas nuptias convolare, in: Symb. David I (hrsg. v. J.A. Ankum/R. Feenstra/W.F. Leemans), Leiden 1968, 263, 276 f.; zustimmend John, Vermögensrechtliche Stellung (o. Anm. 3) 130.

²⁹ Das Scheidungsgesetz Constantius' III behandelt die Frau generell strenger als den Mann. Es offenbart das Mißtrauen gegen eine Frau, die sich scheidet; sie wird verdächtigt, es aus Gründen der eigenen Begierde getan zu haben.

Interpret berichtet, daß solche Scheidungen (zumindest im 5. Jahrhundert) häufig der Fall waren: *ut solet fieri, femina morum levitate displicat* (ITh. 3,16,2). Der Ehemann unterliegt nicht einem lebenslangen, sondern nur einem zweijährigen Heiratsverbot. Auch im Ehegüterrecht sind die Folgen weniger gravierend als jene für die Frau, die sich wegen bloßer Verfehlungen ihres Mannes geschieden hat. Der Ehemann bzw. erhält in diesem Fall die *languit sponsalicia*. Er muß zwar die Mitgift herausgeben, es ist ihm aber eine *retentio propter liberorum* erlaubt. Damit darf der Mann gegebenenfalls bis zu drei Sechstel der *dos* einbehalten. Die Sätze, *quae in iure de retentioribus statuta sunt pro numero filiorum*, werden ausdrücklich bestätigt. Constantius bezieht die *retentio propter liberorum* zwar nicht ausdrücklich auf die Scheidung wegen *culpae non criminum mulieris*, sondern fügt die Bestätigung des *iuris* an den Fall der grundlosen Verstößung der Frau durch den Ehemann. Die *retentio* kann aber mit Rücksicht auf den übrigen Inhalt dieses Gesetzes ausschließlich da Platz greifen, wo der Mann seine Frau wegen eines Vergehens verläßt, trotzdem aber zur Restitution der Mitgift verpflichtet ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Mann wegen bloßer Charaktermängel oder Verfehlungen der Frau die Scheidung vollzogen hat. Der weströmische Interpret folgt in seiner Darstellung dem Aufbau der Konstitution, ergänzt aber wie schon in ITh. 3,13,2 den kommentierten Text durch einen Verweis auf die *respona Pauli*:

ITh. 3,16,2: ... Propter communes vero liberorum, si fuerint, ea praecepit observari, quae in iure de retentoriibus statuta sunt pro numero filiorum, quod Paulus in libro responsorum dicit sub titulo de re uxoria.

Auffallend ist, daß im Gesetz des Constantius nicht mehr von einer *retentio propter mores* die Rede ist. Dies hat seinen Grund in der Institutionalisierung der *donatio ante nuptias* gegen Ende des 4. Jahrhunderts³⁰. Die *donatio ante nuptias* eröffnet neue Möglichkeiten, da der von der Frauenseite gegebenen Mitgift ein von der Mannesseite stammendes Vermögen gegenübersteht. Das Zusammenspiel dieser beiden Vermögensmassen führt zu tiefgreifenden Änderungen im Ehegüterrecht. Die Konstitution des Constantius ist das erste überlieferte Scheidungsgesetz, das die Eheschenkung in eine Scheidungstregel einbindet: Ein Verschulden der Ehefrau, das zur Scheidung geführt hat, wird nicht länger über die *retentio propter mores*, sondern über den Verfall der *donatio ante nuptias* zugunsten des Ehemannes gebüßt. Die *donatio ante nuptias* führt zum endgültigen Absterben der klassischen *retentio propter mores*³¹.

³⁰ In der Nachklassik tritt neben die *dos* eine von der Mannesseite der Frau gegebene oder versprochene „Gegenden“, die *donatio ante nuptias* bzw. *ponsalia largitas*. Der Brauch, solche Geschenke zu geben, hat in Rom seit langem bestanden; insofern ist die Eheschenkung nicht neu. Als Rechtsinstitut war die *donatio ante nuptias* dem klassischen Recht jedoch fremd; vgl. I. 2,7,3: *affid genus inter viros donatinum veteribus quidem prudentibus penitus erat iniquum*. Sie begegnet uns erst in den Kaisergesetzen des 4. Jahrhunderts (Konstantin ITh. 3,5,2, a. 319), seit der Mitte des 4. Jahrhunderts verfestigt sich die vom Mann der Frau versprochene oder gegebene *donatio ante nuptias* als Einrichtung besonderer Art. Ihre Eigenständigkeit ist spätestens mit Theodosius I (ITh. 3,8,2, a. 382) gegeben.

³¹ Dies hat bereits Czyhlarz, Dotalrecht (o. Anm. 14) 384 f., richtig erkannt.

Die Abstrufung nach den Verschuldensgründen und die *retentio propter liberorum* lassen m.E. ein bisher zu wenig beachtetes Weiterwirken der *leges veteres responsaque prudentium* über das julianische Gesetz hinaus deutlich werden. Constantius III fügt das von Konstantin eingeführte „Verschuldensprinzip“ in den vom klassischen Recht und durch die Institutionalisierung der *donatio ante nuptias* vorgegebenen Rahmen ein.

VI. Die Gesetzgebung Theodosius' II

1. Die Rückkehr zum klassischen Scheidungsrecht Nov. Theod. 12 (a. 439)³²

Im Osten gilt das julianische Scheidungsrecht zunächst bis Ende 438 n.Chr. Am 1. Jänner 439 tritt das weströmische Scheidungsgesetz CTh. 3,16,2 mit dem Codex Theodosianus auch im Osten in Kraft³³; es trifft den Osten unvorbereitet³⁴. Bereits ein halbes Jahr später, nämlich am 10. Juli 439, nimmt Theodosius II diese (vielleicht sogar unbeabsichtigte) Reform mit Nov. Theod. 12 wieder zurück:

Nov. Theod. 12: *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dis-solvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficultorem debere esse favor imperat liberorum.*
 (1) *Sed in repudio mittendo culpaque divorciu perquirenda durum est veterum legum moderamen excedere. Ideo constitutionibus abrogatis, quae nunc maritum, nunc mulierem matrimonio soluto participiunt poenis gravissimis coercerti, hac constitutione repudiū culpas culparumque coortitiones ad veteres leges responsaque prudentiam revocare censemus, Florenti p[arent]is k[arissime] a[ctu]q[ue] a(mantissime) ...*

Die Hauptaussagen der Novelle sind klar erkennbar: Der „Versetzungsprinzip“ wird wieder aufgehoben. Theodosius II bestätigt das zuvor gültige Scheidungsrecht

³² Der Fall, daß die Ehe wegen eines Verschuldens der Frau aufgelöst worden ist, findet sich nochmals in Nov. Theod. 14,4 (a. 439): ... *nam et si culpa mulieris repudio matrimonium fuerit dissolutum, matrimoniū totam donationem, non partē, ut in altera dote, retinetur*. Entsprechend dem Thema dieser Novelle wäre der zurückbehaltene Teil der Mitgift den Kindern verfangen gewesen. Die Echtheit dieser Textrapassage ist m.E. allerdings zweifelhaft. In Nov. Theod. 14 ist nie von der Scheidung die Rede, sondern immer nur von der Wiederherheit des überlebenden Ehegatten (= *pater binabu*). Auch die parallele Überlieferung in C. 5,9,5 und die Darstellung in der weströmischen Interpretatio, die den Scheidungsfall nicht kennen, sprechen gegen eine Authentizität dieses Textteils der Novelle 14. Vermutlich handelt es sich um eine weströmische Glossie, die versehentlich in den Gesetzesrest eingekrückt worden ist, oder um eine spätere Zuschreibung.

³³ Für sechs Monate, nämlich vom 1. Jänner bis zum 10. Juli 439, gilt mit CTh. 3,16,2 im Imperium wieder ein einheitliches Scheidungsrecht.

³⁴ Zutreffend W.E. Voss, Juristen und Rhetoren als Schöpfer der Novellen. Theodosius' II, in: Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition (hrsg. v. K. Luigi/D. Liebs), Ebelsbach 1980, 199, 242 ff.; so jetzt auch Evans Grubbs, Law and Family (o. Anm. 1) 235, und Ajavā, Women and Law (o. Anm. 1) 181. Freilich ist es nicht (wie Voss, aaO, meint) „überraschend“, daß Theodosius mit Nov. Theod. 12 nicht zu dem durch CTh. 3,16,1 eingeführten und auch im Osten bis Ende 438 gültigen (konstantinischen) Recht, sondern zu den *veteres leges*, die im Osten bis Ende 438 gültig gewesen sind, zurückkehrt. Völlig unhaltbar ist die Ansicht von Ajavā, Divorce (o. Anm. 1) 14, und Evans Grubbs, Law and Family (o. Anm. 1), daß aus eben diesem Grund das konstantinische Gesetz vor 438 im Osten nie Gültigkeit gehabt hätte.

der *vetus leges* und der *responsa prudentium*. Dies hat zum Ergebnis, daß jede Frau ihre Mitgift zurückhält – vorbehaltlich der aus dem Juristenrecht bekannten oder vertraglich vereinbarten Abzugsgrechte des Ehemannes. Theodosius II bindet aber die Scheidung an das Formerfordernis eines *reputium* im Sinne eines *libellus reputatip*³⁵; der Scheidebrief war sein „einziges“ Zugeständnis an eine erschwerete Eheauflösung³⁶. Theodosius argumentiert mit dem *favor liberorum*. Man mag dies als „fadenscheinige Begründung“ bezeichnen, wie Levy³⁷ es getan hat, oder mit H.J. Wolff³⁸ den praktischen Aspekt in den Vordergrund rücken. Entscheidend ist der Schutz der Kinder, sie sind die „Opfer“ einer Scheidung. Diese in Nov. Theod. 12 erstmals formulierte Idee wird wenige Jahre später nachhaltig die oströmische Scheidungsgesetzgebung beeinflussen.

Eine Ergänzung unseres Wissens bietet das Syrisch-römische Rechtsbuch. § 115³⁹ enthält einen ausführlichen Traktat zum Ehegütterrecht; zugeschrieben wird dieses „Gesetz“ Kaiser Theodosius II.⁴⁰ Entgegen den einleitenden Worten von § 115 SRR handelt es sich, wie Sell bereits 1964 nachgewiesen hat, um kein „Gesetz des Kaisers“, sondern um eine schulmäßige Paraphrase⁴¹, die wahrscheinlich den Hinweis auf die *vetus leges responsaque prudentium* in Nov. Theod. 12 ausführt. Die Paraphrase gibt unzweifelhaft jenes Recht wieder, das zwischen 439 und 449 in Kraft gewesen ist. Zum einen kennt § 115 Absatz 4 SRR noch Ehegütterverträge, wonach auch bei

³⁵ Deshalb gehen jene Autoren fehl, welche die *metuo reputati* erstmals mit C. 5,17,8 (a. 449) angeordnet sehen: So z.B. J. Hubert, Der Ehekonkurs im römischen Recht, Rom 1977, 158 und 159; S. Tregiai, Divorce Roman Style: How Easy and how Frequent was it?, in: B. Rawson, Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome, Oxford 1986/1992, 31, 37; d. i. e. Roman Marriage, Oxford 1991, 453.

³⁶ Ein praktisches Beispiel bietet vielleicht (abhängig von der Datierung 4. oder 5. Jahrhundert) P.Oxy. 3581, wonach die Scheidung durch Senden eines Briefes *απτά τὸν βασιλεὺον ώρον* erfolgt. Vgl. hierzu Merklein, Ehescheidungsrecht (o. Anm. 23) 53 ff., und Ball, Church (o. Anm. 23) 43 Anm. 7.

³⁷ E. Levy, Der Hergang der römischen Ehescheidung, Weimar 1925, 126; ebenso Yaron, De divortio varia (o. Anm. 23) 547.

³⁸ Wolff, Doctrinal trends (o. Anm. 23) 302.

³⁹ R II 44 = P 38.

⁴⁰ § 115 (1) SRR: Ältere Gesetze – sic sind älter als jene des siegreichen und geprägten Kaiser Leo, – die Kaiser Theodosius wegen der Ehegütterverträge der Frauen aufgestellt hat, sind folgendemal-

ben: ...
⁴¹ W. Selb, Zur Bedeutung des Syrisch-römischen Rechtsbuchs, München 1964, 120 f. Zu früher vertretenen Meinungen s. ebenda und Kaiser, Römisches Privatrecht II, 2. Aufl. München 1975, 190 Anm. 15. Kaiser selbst hat seine frühere Meinung (Römisches Privatrecht II, 1. Aufl., München 1959, 131 Anm. 12, wonach das SRR entweder undeutlich ist oder die Regelung verfälscht) zugunsten der Erkenntnisse von Selb abgeändert. Ungeachtet der Ergebnisse von Selb spricht P. Voci, Il diritto ereditario romano nell'era del tardo imperio. II V secolo, in: SD 48 (1982) 1, 53, und d. r. s., Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano, in: SD 51 (1985) 1, 46 Anm. 197, noch immer von einem Gesetz Theodosius' II. Er dankt es vor 439 und hält es deshalb für das älteste uns überlieferte theodosianische Gesetz. Für seine Meinung fehlt jeder Beweis; die von Nov. Theod. 12 wiederhergestellten *vetus leges responsaque prudentium* lassen zeitlich kein früheres Scheidungsgesetz zu.

einer von der Frau verschuldeten Scheidung die *dor* herauszugeben ist; dies ist für Ehegütterverträge, die nach 449 n.Chr. abgeschlossen wurden, unmöglich⁴². Zum anderen nennt die Paraphrase bereits das Erfordernis des Scheidebriefes, das durch Nov. Theod. 12 eingeführt worden ist, was den terminus post quem klarstellt. Wie der Vorlagetext beginnt der Interpret seinen Traktat mit der Anordnung zum *reputium*. Die Paraphrase führt allerdings für den Schüler bzw. Leser genauer als die Konstitution selbst aus, daß der Scheidebrief nicht nur vom Mann der Frau, sondern auch von der Frau dem Mann geschickt werden kann:

§ 115 (2) SRR: Wenn einer von ihnen sich von seinem (Ehe)Genossen trennen will, sei es der Mann von der Frau oder die Frau vom Mann, schickt der, der sich trennen will, einen Scherdebrief, der übersetzt heißt *reputium*. Und aus eben dem Scheidebrief erfährt man das Vergehen.

Daß man aus dem *reputium* das Vergehen erfährt oder erfahren soll, ist gewiß ein erklärender Zusatz des Interpreten und nicht eine Anordnung des Grundtextes⁴³.

Das Besondere dieses Traktats liegt in der Tatsache, daß § 115 SRR über Bekanntes hinausführt. Dies gilt insbesondere für die *donatio ante nuptias*: Im Osten ist mit der Rezeption der westlichen Konstitution CTh. 3,16,2 erstmals eine Regelung bezüglich der *donatio ante nuptias* nachweisbar. Wir dürfen aber davon ausgehen, daß ähnliche Regelungen im Osten schon früher bekannt gewesen sind. Nov. Theod. 12 selbst schweigt zu dieser Frage. Der Verweis auf die *vetus leges responsaque prudentium* geht ins Leere, da es ja in der Klassik keine *donatio ante nuptias* und daher keine entsprechenden Regeln gegeben hat. Das Syrisch-römische Rechtsbuch liefert das einzige Zeugnis für die Jahre 439 bis 449:

§ 115 (3) SRR: Wenn der Mann sich gegen die Frau vergeht, folgt er ihr ihre Mitgift und ihre Eheschenkung aus (4) Wenn sich ferner die Frau gegen den Mann vergibt, folgt er ihr (nur) ihre Mitgift aus; ihre Eheschenkung aber behält er für sich für ihr Vergehen.

Der Charakter der Eheschenkung als Scheidungsstrafe tritt offen zu Tage: Das Fehlverhalten eines Ehegatten führt zum Verfall der *donatio* an den schuldlosen Ehegatten⁴⁴, die *retentio propter more* verschwindet aus dem oströmischen Rechtsleben.

2. Die Scheidungsreform: C. 5,17,8 (a. 449)

Es bleibt kein Zweifel, daß mit Nov. Theod. 12 für zehn weitere Jahre die klassische Scheidungsfreiheit wiederhergestellt wird. Als nächstes Scheidungsgesetz ist jenes aus dem Jahr 449 belegt: C. 5,17,8. Wir können mit großer Sicherheit davon ausgehen,

⁴² C. 5,17,8,8 (s. unten bei und in Anm. 54).

⁴³ Selb, Bedeutung (o. Anm. 41) 119.

⁴⁴ Evans, Grubbs, Law and Family (o. Anm. 1) 235 Anm. 122, kommt zum selben Ergebnis, stützt sich hierbei aber auf Nov. Theod. 14,4 (Zu Nov. Theod. 14,4 s. aber oben Ann. 32).

dass zwischen diesen beiden *leges* kein weiteres Gesetz erlassen worden ist. Dies wird durch den Aufbau der Konstitution C. 5,17,8⁴⁵, welche die Regelung zum *repudium permissum*, in der *antiquata novella lex*, *quae soli coniugia sola contraria voluntate permittat*, identifizieren wir eindeutig. Nov. Theod. 12, die Valentinian III 448 in Kraft gesetzt hat. Valentinian ist damit Zeuge dafür, dass zwischen Nov. Theod. 12 (a. 439) und der Übersendung der posttheodosianischen Novellen durch Theodosius II im Jahr 447 (und damit wohl auch vor dem 9. Jänner 449 = C. 5,17,8) kein anderes östliches Gesetz zum Scheidungsrecht existiert hat.

Theodosius II setzt mit C. 5,17,8 das „Vorschuldensprinzip“ an die Stelle der klassischen Scheidungsfreiheit. Er kehrt damit zur Grundidee Konstantins zurück:

C. 5,17,8: Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi missio repudio solvi praecepimus. solutionem etenim matrimonii difficultorem debere esse favor imperat liberorum.
 (1) Causas autem repudiū hac saluberrima legē apertius designamus. sicut enim sine iusta causa dispolvi matrimonia iusto limate prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressatum, quatinus infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari.

(2) Si qua igitur matrimonia stuma adulterium aut homicidiam vel certe contra nostrum imperium alliquid molientur vel falsitatem criminis condemnatum invenient, si sepulchrorum dissolutorem, si sacrī acibus aliquid subtraheant, si latronum vel latronum suscepторem vel abactorem aut plagiarium vel ad contempnum sui domi sua ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coerunt invenient, si sua vita veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficiētēt probaverit, tunc repudiū auxilio uti necessarium ei permittimus libertatem et causas discidiū legibus comprobare.

(3) Vir quoque pari fine claudetur nec licet ei sine causis apertius designatis propriam repudiare designatis propriam repudiare. —
 (4) Haec nisi vir vel mulier observaverint, ultici providentissimae legis poena plectentur. ram mulier si contempta legē repudiū mittendum esse temptaverit, suam dotem et ante nuptias donatio nem amittat nec intra quinquennium rubendi habeat denuo potestatem: aquom est enim eam cam inter rim carecere conubio, quo se monstravit indignam. (4a) Quod si praeter haec nupserrit, erit ipsa quidem infamis, conubium vero illud nolumus nuncupari: insuper etiam arguendi hoc ipsum volenti concedimus libertatem.

(4b) Si vero causam probaverit intentatam, tunc eam et dotem recuperare et ante nuptias donatiū nem luco habere aut legibus vindicare censemus et nubendi post annum ei, ne quis de prole dubitet, permittimus facultatem.

daß zwischen diesen beiden *leges* kein weiteres Gesetz erlassen worden ist. Dies wird durch den Aufbau der Konstitution C. 5,17,8⁴⁵, welche die Regelung zum *repudium permissum* – in der *antiquata novella lex*, *quae soli coniugia sola contraria voluntate permittat*, identifizieren wir eindeutig. Nov. Theod. 12, die Valentinian III 448 in Kraft gesetzt hat. Valentinian ist damit Zeuge dafür, dass zwischen Nov. Theod. 12 (a. 439) und der Übersendung der posttheodosianischen Novellen durch Theodosius II im Jahr 447 (und damit wohl auch vor dem 9. Jänner 449 = C. 5,17,8) kein anderes östliches Gesetz zum Scheidungsrecht existiert hat.

Theodosius II setzt mit C. 5,17,8 das „Vorschuldensprinzip“ an die Stelle der klassischen Scheidungsfreiheit. Er kehrt damit zur Grundidee Konstantins zurück:

C. 5,17,8: Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi missio repudio solvi praecepimus. solutionem etenim matrimonii difficultorem debere esse favor imperat liberorum.

(1) Causas autem repudiū hac saluberrima legē apertius designamus. sicut enim sine iusta causa dispolvi matrimonia iusto limate prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressatum, quatinus infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari.

(2) Si qua igitur matrimonia stuma adulterium aut homicidiam vel certe contra nostrum imperium alliquid molientur vel falsitatem criminis condemnatum invenient, si sepulchrorum dissolutorem, si sacrī acibus aliquid subtraheant, si latronum vel latronum suscepторem vel abactorem aut plagiarium vel ad contempnum sui domi sua ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coerunt invenient, si sua vita veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficiētēt probaverit, tunc repudiū auxilio uti necessarium ei permittimus libertatem et causas discidiū legibus comprobare.

(3) Vir quoque pari fine claudetur nec licet ei sine causis apertius designatis propriam repudiare designatis propriam repudiare. —
 (4) Haec nisi vir vel mulier observaverint, ultici providentissimae legis poena plectentur. ram mulier si contempta legē repudiū mittendum esse temptaverit, suam dotem et ante nuptias donatio nem amittat nec intra quinquennium rubendi habeat denuo potestatem: aquom est enim eam cam inter rim carecere conubio, quo se monstravit indignam. (4a) Quod si praeter haec nupserrit, erit ipsa quidem infamis, conubium vero illud nolumus nuncupari: insuper etiam arguendi hoc ipsum volenti concedimus libertatem.

(4b) Si vero causam probaverit intentatam, tunc eam et dotem recuperare et ante nuptias donatiū nem luco habere aut legibus vindicare censemus et nubendi post annum ei, ne quis de prole dubitet, permittimus facultatem.

(5) Virum etiam, si mulierem interdicta queritur attemptantem, tam dotem quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare uxoremque, si velit, statim ducere hac iusta definitione sancimus. sin autem aliter uxori suac renuntiare volunt, dotem redhibeat et ante nuptias donationem amittat.

Über das Syrisch-römische Rechtsbuch § 120⁴⁶ ist uns eine oströmische *interpretatio* zum theodosianischen Scheidungsgesetz überliefert. Entsprechend dem Ziel seiner Darstellung⁴⁷ faßt der Paraphrast die Aussagen der *lex* C. 5,17,8 zusammen. Die Absätze 1–5 behandeln die Verstroßung der Frau durch den Mann, die Absätze 6–10 widmen sich der von der Frau vollzogenen Scheidung.

§ 120 SRR: (1) Ob ein Mann seine Frau entlassen kann, indem sie ihre Mitgift einbüßt, sofern er bei ihr keine Klagen findet, die sie nach den Gesetzen etwas einbüßen lassen. (2) Der Mann kann es nur, wenn er jene Dinge beweisen kann, welche die Gesetze verlangen, und das sind folgende: (3) Wenn sie mit einem anderen Unzucht treibt oder wenn sie in einem Haus übermachtet hat, das nicht das ihre ist, ohne das Wissen ihres Gatten. Oder wenn sie in das Theater gegangen ist, darmit sie solche Dinge sehe, die sich nicht ziern, und ähnliches mehr. (4) Und indem er sie wegen eines von diesen Dingen verklagen kann, kann er sie entlassen, wobei sie ihre Mitgift nicht erhält.
 (5) Wenn er sie mit anderen Gründen entlassen will, während er einen von diesen (genannten Gründen) nicht nachweist, so kann er sie nicht ohne Mitgift entlassen, auch nichts von der Mitgift abziehen.

(6) Ob eine Frau ihrem Schwiegervater oder ihrem Gatten einen Scheidebrief geben und ihre Mitgift nicht nehmen kann, während sie kein Vergehen beweist, das er gegen sie begangen hat; *repudiae* heißt Scheidebrief. (7) Die Frau kann keine Trennung bewirken und die Mitgift ohne Einwilligung ihres Gemahls oder Schwiegervaters nehmen, ausgenommen so: (8) Wenn sie das Zeugnis von zwei oder drei Männern gebracht hat, die bezeugen und beschwören, daß der Mann die Frau geschlagen hat, was gegen die Gesetze ist, oder gegen sie Dingē begangen hat, welche eine Trennung rechtfertigen, nämlich folgende: Zauberer oder Raub oder Unzucht oder daß er in sein Haus eine Ehefrau aufnimmt oder daß er sich eine Nebenfrau neben seiner Ehefrau hereingezogen hat. (9) Und nicht nur das, sondern auch, wenn er sie mit einem Stock oder mit einem Fußtritt oder mit einer Peitsche wie einen Sklaven geschlagen hat oder gegen sie ein Eisen erhoben hat. (10) Und so kann sie (es). Und mit dieser Bedingung erhalten die Gesetze, daß sie einen Scheidebrief gebe, wobei sie ihre Mitgift unbehindert fordert. C. 5,17,8 unzweifelhaft.

46 Schon K. G. Bruns / E. Sachau, Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert, Leipzig 1880, 2. NDr. Aalen 1985, 297, und L. M. teis, Über drei neue Handschriften des Syrisch-römischen Rechtsbuchs, Berlin 1905, 58, fanden die Vorlage für R II 87, 88 (= § 120 SRR neue Zählung) in C. 5,17,8, S. 1b, Bedeutung (o. Anm. 41) 124 f. und 196, schloß sich dieser Meinung an. — In der handschriftlichen Überlieferung wurde dieser an sich zusammengehörige Traktat durch die sekundäre Zählung ohne erkennbaren Grund in zwei Teile zerlegt: R II 87,88; R I 40,41; P 64,65; Dam 85,86; Ar 86,87 und Arm 86,87. Die innere Zusammengehörigkeit der beiden Stellen ist aber aus dem erörterten Thema, der Frage nach der Scheidung mit Folgen für die Mitgift, und dem Vorlagetext C. 5,17,8 unzweifelhaft.

47 § 120 SRR bietet einen unvollständigen Auszug aus C. 5,17,8. Die Unterschiede zum Grundtext resultieren aus dem Darstellungsziel des Interpreten. Es greift nicht alle Inhalte der dem Hörer vorliegenden Konstitution auf, sondern beschränkt sich auf die Darstellung der wichtigsten Fragen. Zentrales Thema sind die „Vergehen“, die eine Frau oder einen Mann die *dolor* verdienen lassen. Deshalb werden in § 120 SRR die ehegitterrechtlichen Folgen nur exemplarisch anhand der Mitgift und nicht anhand der in der Konstitution enthaltenen *donatio ante nuptias* erörtert. Manche Themen, wie z.B. das befristete Heiratsverbot, behandelt der Interpret überhaupt nicht. Dafür greift er Randfragen auf und führt sie aus, wie etwa die Anordnung des Scheidebriefs, den rechten Beweis im Prozeß und den richtigen Beklagten bei der *actio rei uxoriae* und der *actio ex stipulata*.

45 J. Partsch, Rez. von E. Sachau, Syrische Rechtsbücher I, Berlin 1907, in: SZ 23 (1907) 423, 426 und 437 Anm. 4, meinte, daß C. 5,17,8 ursprünglich anders gelautet hat und später interpoliert worden ist. § 120 SRR beweist die Originalität des überlieferten Textes; s. S. 1b, Bedeutung (o. Anm. 41) 125 Anm. 23.

(11) Gegen ihren Schwiegervater aber findet sie keine Klage, es sei denn, er hat ihrem Ehevertrag zugestimmt. Wenn aber ihr Ehegäutervertrag mit seiner Genehmigung abgeschlossen worden ist, indem er diesen unterzeichnet hat, so kann sie mit einer Klage auch gegen ihren Schwiegervater ihre Mifgriff fordern.

Nach einer breiten Einleitung nennt Theodosius in §§ 2 und 3 als Scheidungsgründe⁴⁸: *adulterium*⁴⁹, Mord, Giftmischerei, Staatsverbrechen, Fälschungsverbrechen, Grabschändung, Diebstahl aus geweihten Gebäuden, Strafverbrechen, Vierdhiebstahl, Menschenraub, unsittlicher Lebenswandel des anderen Ehegatten und Lebensnachstellung. Als Scheidungsgrund der Frau wird in der Konstitution auch die körperliche Mißhandlung durch den Ehemann genannt. Was unter einer „Mißhandlung durch Schläge, die einer *ingenua* unwürdig sind“ zu verstehen ist, löst der Interpret in § 120 Absatz 9 SRR auf: Es ist die Mißhandlung „mit einem Stock oder mit einem Fußtritt oder mit dem *fagellum*, der Peitsche“, also die Mißhandlung nach Art der Sklavenzüchtigung⁵⁰. Als Fehlverhalten der Ehefrau nennt Theodosius noch den Besuch des Circus, des Theaters oder der Remabahn⁵¹, ebenso die Übermachtung der Frau in einem fremden Haus ohne Wissen und Zustimmung des Ehemannes. Die Unterschiede zu den älteren Scheidungsgesetzen sind evident: Anstelle einer Verklausulierung wie bei Constantius zählt Theodosius die Scheidungsgründe auf und bindet somit den Richter; gegenüber CTh. 3,16,1 wird die Zahl der Scheidungsgründe erheblich vermehrt⁵².

Auch in der Normierung der Rechtsfolgen unterscheidet sich Theodosius grundlegend von Konstantin und Constantius III. Er bleibt seiner schon aus Nov. Theod. 12 bekannten Vorstellung treu, daß Ehegatten nicht durch *poena gravissima* gezwungen werden sollen. Die Scheidungsfolgen betreffen das Eheguterrecht (§§ 4 und 5); lediglich das für die schuldige Frau angeordnete fünfjährige Heiratsverbot⁵³ geht über die zivilrechtlichen Folgen hinaus. Liegt ein Verschulden der Frau vor (sei es in der Verwirklichung eines anerkannten Scheidungsgrundes, sei es wegen ihrer grundlosen

48 Alle in § 120 SRR angeführten *cunctae distitui* sind in C. 5,17,8 zu finden. Der Verfasser beabsichtigt aber keine abschließende Aufzählung; nach Art einer *interpretatio* kann er sich darauf beschränken, die restlichen Vergehen mit dem Satz „und vieles mehr“ zu erfassen.

49 J. Gaudent, *Iustitia matrimonium*, in: RIDA 2 = Mél. De Visscher I (hrsg. v. L. Caes/R. Dekkers/R. Henrion), Brüssel 1949, 309, 358 Anm. 150a, macht mit Bezug auf CTh. 9,7,5 (a. 388) darauf aufmerksam, daß der Ausdruck *adulterium* auch dazu dient, „situations matrimoniales irrégulières“ zu beschreiben. Yarrow, De divortio varia (o. Anm. 23) 548 Anm. 28, interpretiert *adulterium* „not as mere extramarital intercourse by the husband, but in the strict technical sense as the crime of co-habitation with a married woman“.

50 Vgl. hierzu Justinian Nov. 22,15,1, der ebenfalls von der Peitsche spricht, mit welcher der Ehemann seine Frau geschlagen hat.

51 Ohne Wissen des Ehemannes, vgl. Val. Max. 6,3,12.

52 Vgl. Nov. 22,15 pr.

53 C. 5,17,8,4 und 4a: Bei einer vorzeitigen Heirat wird die Frau infam, die zweite Ehe ist nichtig, jeder kann sie wegen *stiprum* anklagen. – Die einjährige Wartefrist nach einer begründeten Scheidung ist die allgemeine Wartefrist und keine *poena legis* (S. oben bei Anm. 28).

Scheidung), verliert die schuldige bzw. sich unrechtmäßig scheidende Frau die Eheschenkung und die ganze Mifgriff. Die Idee einer *poena legis* ist manifest, die Frau durch einen gesetzlich anerkannten Grund zur Scheidung motiviert worden, oder wurde sie von ihrem Ehemann grundlos im Sinne des Scheidungsgesetzes verstoßen, muß der Mann die *dos* der Frau restituiieren. Ein Abzug wegen *cui p̄a mulieris* ist dem Mann nicht erlaubt. Das spricht § 120 Absatz 5 SRR sehr deutlich aus; der Interpret weist seinen Leser bzw. Hörer auf die neue Rechtslage hin. Darüber hinaus behält die geschiedene Frau die *donatio*; im Verfall der Eheschenkung verwirklicht sich die Scheidungsstrafe für den schuldigen Ehemann. Die Lukration mag dabei kraft Gesetzes oder kraft Ehegutervertrags (so § 120 SRR) erfolgen. Der Ehegutervertrag muß sich aber im Rahmen des Gesetzes halten; eine anderslautende Vereinbarung ist nicht erlaubt⁵⁴.

Neu ist die Einbeziehung der Kinder in die Scheidungsregeln. Schon in Nov. Theod. 12 hatte Theodosius die Kinder als die eigentlichen Opfer einer Scheidung dargestellt, jetzt setzt er dieses Motiv in die Praxis um:

C. 5,17,8,7: Si vero filio seu filii, filia seu filiabus extantibus repudium missum est, omne quidquid ex nuptiis luctatum est filio seu filiis, filiae seu filiabus post mortem accipientis servari, id est si pater temere repudium miserrit, donationem ante nuptias a matre servati, si mater, doctem ipsam eidem vel eisdem filio seu filiae parte moriente dimitti censemur; patri videlicet vel matri in scribendis filii heredibus, unum seu unam vel omnem si scribere vel uni ex his donare velit, electione servata. (7a) Nec ullam alienandi seu supponendi memoratis res permitimus facultatem: sed si aliquid ex istem rebus defuerit, ab heredibus seu canum detentoribus, si tamen non ipsos heredes scripte aut scripti filii non adiicit, praeципianus resarciri, ut etiam hoc modo inconsulti animi ad repudium mittendum detrimento retrahantur.

Sind Kinder vorhanden, muß der schuldlose Teil alles, was er aus der Ehe lukriert, für die Söhne oder die Töchter bewahren. Dem schuldlos geschiedenen Elternteil wird zugunsten der Kinder das Recht genommen, diese Sachen zu veräußern oder zu verpfänden⁵⁵. Nach dem Tod des Empfängers soll dieses Vermögen ungescdmälernt an die Kinder fallen, die der geschiedenen Ehe entstammen. Fehlendes Vermögen muß von den Erben oder Inhabern ersetzt werden, falls die Kinder nicht zu Erben eingesetzt worden sind oder die Erbschaft nicht antreten. Damit wird nicht nur der schuldige Elternteil durch einen Vermögensverlust bestraft, sondern auch der schuldlose Elternteil wird eingeschränkt. Die strenge Behandlung des schuldlos geschiedenen Ehegatten ist gewollt, in der Bindung des Vermögens zugunsten der Kinder liegt eine Vermögensstrafe⁵⁶. Theodosius läßt daran keinen Zweifel: Selbst

54 C. 5,17,8,8: *Pactio sane, si quae aitervus praesentia salta nostre matutatis fuerint attempitandae, tamquam legum contritas nullam habere volumus firmatorem.*

55 Vgl. Yaron, De divortio varia (o. Anm. 23) 548 Anm. 29, gegen Kascer, RPR II (o. Anm. 25) 177.

56 Der Strafgedanke in C. 5,17,8 begründet die strengere Behandlung des geschiedenen Ehegatten im Vergleich zum verwitweten Ehegatten. Nov. Theod. 14 kennt keine Einschränkung der *potestas abalienandi* des verwitweten Vaters oder der verwitweten Mutter; erst bei Eingehen einer zweiten Ehe

wenn die Scheidung durch einen in der *lex* aufgezählten Scheidungsgrund gerechtfertigt wäre, soll der schuldlose Ehegatte durch die nachteiligen Folgen auch für seine Person von einer Scheidung abgehalten werden. Mit diesem neuen Konzept besiegte Theodosius im Osten die *retentio propter liberos*⁵⁷; die Entwicklungsgeschichte der Reaktionen endet.

VII. Die Gesetzgebungsakte Valentinians III

Das Scheidungsgesetz Constantius' III bleibt im Westen zunächst bis 448 in Kraft. 447 n.Chr. versendet Theodosius II seine Novellen (einschließlich Nov. Theod. 12) in den Westen; dort werden sie 448 von Valentinian III mit Nov. Val. 26 verkündet. Nov. Theod. 12 derogiert dem seit 421 geltenden Verschuldensprinzip Constantius' III und läßt den Westen nach 27 Jahren zum klassischen Scheidungsprinzip, d.h. zur völligen Scheidungsfreiheit zurückkehren⁵⁸. Eine Umkehr scheint aber nicht mehr möglich; die Promulgation der theodosianischen Novelle erweist sich – wie Jahre zuvor die Einführung des weströmischen Scheidungsrechts im Osten – als legislativer Fehlgriff. Bereits vier Jahre später kassiert Valentinian III selbst Nov. Theod. 12. Mit Novelle 35 (a. 452) bestätigt er wieder das Ehegesetz seines Vaters Constantius III:

Nov. Val. 35,11: In ipsorum autem matrimoniorum reverentiae vinculum, ne passim et temere deseruntur, antiquata novella legе, quac solvi coniugia sola contraria voluntate permisrat, ea quae a divo patre nostro Constantio decreta sunt intertemerata serventur.

INov. Val. 35: ... De divortiis vero inter coniuges sublata novella lege quae sunt a divo Constantio ordinata praeccipit observari. ...

Mit Nov. Val. 35 trennt sich abermals und endgültig die Scheidungsgesetzgebung im Westen und im Osten. Das strenge Scheidungsgesetz des Constantius bleibt nun mehr bis zum Ende des Weströmischen Reiches in Kraft. Erkenntnisquellen für diese Zeit sind die über das Breviar überlieferten Paraphrasen zu den Ehegesetzen des Konstantin und Constantius. Wie es den *interpretaciones* offeigen ist, bezeugen sie auch hier den Rechtszustand um die Mitte des 5. Jahrhunderts⁵⁹. Das zeigt sich besonders deutlich in der *interpretatio* zu CTh. 3,16,1. Konstantin hat die *donatio ante* war der Vater bzw. die Mutter zu einem Bewahren dieses Vermögens zugunsten ihrer Kinder verpflichtet.

⁵⁷ So bereits Cythlarz, Doralrecht (o. Anm. 14) 385.

⁵⁸ Die Publikation von Nov. Theod. 12 durch Valentinian III führt ein letztes Mal für sieben Monate, nämlich vom 3. Juni 448, dem Tag der Promulgation von Nov. Theod. 12 in Westrom, bis zum 9. Jänner 449, dem Tag der Kundmachung von C. 5,17,8 in Ostrom, zu einem einheitlichen Scheidungsrecht.

⁵⁹ Zur *interpretatio* als Ergänzung zum Grundtext und als Zeugnis des 5. Jahrhunderts vgl. Memer, Konstitutioneninterpretationen (o. Anm. 2) 451 ff und 453 ff.

mprias in seiner *lex* noch nicht erwähnt, der Interpret baut sie in seine Ausführungen ein⁶⁰. Neben diesen Ergänzungen bietet die *interpretatio* auch Neues:

I Th. 3,16,1: ... Quod si forte temptaverit, habebit mulier facultatem, quac innocens electa est, dominum mariti sui atque eius substantiam sibi metu vindicare. Quod dimoscitur ordinatum, ut etiam secundum uxoris dotem repudia in iuste mulier iubatur adquirere.

Demnach ist es jener Frau, die grundlos von ihrem Mann verlassen wurde, bei einem Verstoß ihres Ex-Mannes gegen das lebenslange Heiratsverbot erlaubt, Haus und Vermögen des Mannes an sich zu nehmen, damit ihr auch die *dos* der zweiten Frau zufällt. Der Interpret verschärft hier die von der Konstitution verhängte Strafe zugunsten der Frau. Mangels anderer Quellen bleibt offen, ob der Interpret den Vorlagetext dem Recht seiner Zeit angepaßt hat oder ob er einem Mißverständnis erlegen ist⁶¹.

VIII. Das Scheidungsrecht zur Zeit von Kaiser Leo

Im Osten bleibt das Scheidungsgesetz Theodosius' II bis Justinian unverändert in Kraft. Dies beweisen der Hinweis des Anastasius in C. 5,17,9 (a. 497) auf die Scheidungsgründe der *constitutio diviae memoriae Theoditii et Valentiniiani* und die historische Darstellung bei Justinian in Nov. 22,15, wonach der jüngere Theodosius nach mehreren Gesetzgebungsversuchen seiner Vorgänger (nämlich Konstantin und Constantius III) ein Scheidungsgesetz erlassen hätte, dem erst er, Justinian selbst, weitere Scheidungsgründe hinzugefügt habe. Für die Regentschaft Leos, der sieben Jahre nach Theodosius' Tod oströmischer Kaiser wird, ist uns deshalb mit gutem Grund kein Text im Codex Iustinianus bezeugt. Das einzige zeitgenössische Dokument findet sich im Syrisch-römischen Rechtsbuch § 87⁶²:

§ 87 (1) SRR. Der glückselige Kaiser Leo – sein Andenken sei zum Lob und Preis – hat beföhnen und ein Gesetz aufgestellt über die Eheverträge, daß sich von der Zeit an, zu der er (das Gesetz) aufgestellt hat, bis in Ewigkeit in Abmachungen stattfinden sollen. Und er hat die Abmachungen wie folgt bestimmt ...
(7) Die Abmachungen aber, die der Kaiser festsetzte, und die Gesetze, die er aufstellte, sind folgende: ...

Nach dem Prolog in § 87 SRR sind vom Kaiser „Abmachungen bestimmt worden“, in Absatz 7 heißt es von ihnen, der Kaiser habe sie in einem Gesetz „befohlen“. So nahm Bruns irrtümlich an, Leo habe ein Gesetz erlassen, in dem die schriftliche

⁶⁰ I Th. 3,16,1: ... nam si haec criminis mulier non potuerit approbare, hac poena multatetur, ut et dotem, quam debet vel per ipsa data fuerit, et donationem, quam perecipit, amittat ...

⁶¹ Ausführlicher hierzu Jollen, Vermögensrechtliche Stellung (o. Anm. 3) 131 f.

⁶² L 92,93 = R III 93,94 = R II 51,52 = R I 31 = P 40,41. Zur Zuschreibung an Kaiser Leo s. Selb, Bedeutung (o. Anm. 4) 121 und 123.

Aufzeichnung der Abreden über Mitgift und Eheschenkung vorgescrieben worden sei⁶³. Mit den „Abmachungen“ sind jedoch die *instrumenta dotalia* gemeint. Leo hat bestimmte Ordnungsvorstellungen, die seiner Meinung nach in jedem Ehegütervertrag stehen sollen⁶⁴. Damit wird den Parteien nicht generell die Dispositionsfreiheit entzogen. Zum einen greifen die vom Kaiser „bestimmten Abmachungen“ nur dann ein, wenn die Ehegatten keine Vereinbarung getroffen haben⁶⁵. Zum anderen will der Kaiser den „richtigen“ Vertragsinhalt vorbereiten. Die *lex* ist der Transporteur seiner Ordnungsvorstellungen; langfristig sollen gemeinsame Grundhaltungen institutionalisiert werden. Die „gesetzliche Regelung“ ist damit mehr als Rat denn als eine *lex* zu verstehen⁶⁶; der Vertragsinhalt erscheint in diesem Sinn als „vom Kaiser bestimmt bzw. befohlen“. Es handelt sich nicht um ein Gesetz Leos, sondern um typische Klauseln aus der leoninischen Vertragspraxis.

⁶³ § 87 (8) SRR: Wenn ein Mann seine Frau ohne Vergleich wegeschickt soll er ihr ihre ganze Mitgift geben und ihre ganze Eheschenkung, gemäß dem, was in der Urkunde zwischen ihnen als Mitgift und als Eheschenkung geschrieben ist.

⁶⁴ Und so ferner so: Wenn die Frau von ihrem Mann fortgeht, während er ihr gegenüber kein Vergehen begangen hat, das den Gesetzen bekannt ist, soll sie fortgehen, indem sie weder ihre Mitgift noch ihre Eheschenkung, die er ihr zugewendet hat, nimmt.

Daß trotz inhaltlicher Übereinstimmung mit C. 5,17,8 die „Abmachungen“ Kaiser Leo und nicht Theodosius II zugeschrieben werden, erklärt sich aus der zeitlichen Dimension: C. 5,17,8 wird am 9. Jänner 449 promulgiert, im Folgejahr stirbt Theodosius II. Das Scheidungsgesetz Theodosius' mit seinen ehegüterrechtlichen Normen ist wohl erst einige Zeit nach dem Tod dieses Kaisers – also unter Kaiser Leo – gelebtes Recht. Was uns in § 87 SRR unter dem Namen Leos überliefert ist, geht auf das Reformgesetz Theodosius' zurück, ist aber ebenso leoninisches Recht. Die Zuschreibung durch den Kommentator mag deshalb ungenau sein, sie ist aber keineswegs falsch.

⁶⁵ Bruns / Sachau, Rechtsbuch (o. Anm. 46) 295; zustimmend R. Taubenschlag, Il dritto provinciale romano nel libro Siro-Romano, in: JJP 6 (1952) 103, 111 = Opera minora I, Warschau 1959, 291, 302.

⁶⁶ Vgl. Nov. Theod. 14 pr., wo Theodosius II die Eltern ohne Kinder in die Kontrakte einzubeziehen.

⁶⁷ Vgl. Nov. Val. 35,9: *nullis interpositis condicribus*.

In ähnlichem Sinn formuliert Jahrzehnte später Justinian in Nov. 22,48: Wenn die Eltern ohne letzten Willen versterben, beruft die Rechtsordnung alle Kinder aus erster und zweiter Ehe gleichermaßen zur Erbfolge. Die Testierfreiheit der Eltern wird nicht angestastet, die gesetzliche Erbregelung wird jedoch den Eltern zur Nachahmung empfohlen.

IX. Resümee

Die Entwicklung des nachklassischen Scheidungsrechts führt über große zeitliche Perioden, die Gesetzgebung zeichnet sich durch starke Kontinuität aus. Das klassische Ehegüterrecht endet erstmals unter Konstantin; sein Reformgesetz bleibt für drei Jahrzehnte unangetastet. 363 n.Chr. restauriert Julian Apostata die *vetere leges*; das Ehegüterrecht der klassischen Zeit bleibt nunmehr im Westen für 60 Jahre, im Osten sogar für fast 90 Jahre in Kraft. Damit behauptet sich das klassische Scheidungsrecht (samt seinen ehegüterrechtlichen Normen) unverändert bis in das 5. Jahrhundert. Im Westen kehrt Constantius III 421 n.Chr. zu einem „Verschuldensprinzip“ zurück, stiftet aber die Rechtsfolgen einer Scheidung nach dem Vorbild des bis zu seiner Zeit gültigen klassischen Rechts nach dem Gewicht der Scheidungsgründe ab. Dabei baut Constantius die *retentio proper libens*, die er dem alten *ius* entlehnt, in das neue Ehegüterrecht ein. Sein Gesetz ist (mit Ausnahme eines kurzen vierjährigen Intermezzos) ein halbes Jahrhundert lang bis zum Untergang des Weströmischen Reiches gelten des Recht. Im Osten reformiert Theodosius II 449 n.Chr. das bis in seine Zeit geltende klassische Scheidungs- und Ehegüterrecht in einschneidender Weise; er verwirft das bekannte Recht und geht neue Wege. Theodosius versucht insbesondere einen Ausgleich zwischen den Interessen der Eltern und jenen der Kinder, wobei er Strafcharakter und Sicherungsgedanke verbindet. Seine Reform wiederum bleibt bis in die justinianische Zeit effektiv. In dieser Entwicklung zeigen sich nur zwei Brüche, die zu einem gewissen „Hin und Her“ führen. Der erste Bruch, ausgelöst durch das Inkrafttreten des Codex Theodosianus, betrifft den Osten. Das weströmische Scheidungsrecht derogiert zu Beginn des Jahres 439 dem geltenden oströmischen Recht, was Theodosius II schon wenige Monate später zwingt, den alten Rechtszustand mit Nov. Theod. 12 wieder herzustellen. Die gleiche Panne passiert Jahre später im Westen: Valentinian III publiziert die ihm übersandten Novellen des Theodosius. Nov. Theod. 12, die jetzt dem weströmischen Scheidungsrecht widerspricht, muß schließlich von Valentinian selbst vier Jahre später zurückgenommen werden. Dieses „eigenümliche Hin und Her“ – wie Kaser⁶⁷ es bezeichnete – hat somit seine Gründe in schieferlaufenen Gesetzgebungsakten.

Kennzeichnend für das nachklassische Scheidungs- und Ehegüterrecht sind der Verfall des Heiratsgutes, die Einbindung der *donatio ante nuptias* und der damit verbundene Wandel der Retentionsregeln. Die von Konstantin neu eingeführte und später von Constantius III und Theodosius II wieder aufgenommene Ehegüterregel, die auf dem Gedanken basiert, daß der schuldige Ehegatte die *dos* und die *donatio ante nuptias* zugunsten des anderen verliert, steht in Antithese zu den überkommenen Retentionsregeln. Konstantin beseitigte die *retentio proper libens* und *proper mores*, sie hätten den Grundgedanken seiner Scheidungsreform ausgeöhlt. Nach ihrer Res-

⁶⁷ Kaser, RPR II (o. Anm. 25) 176; anders Yaron, De divorcio varia (o. Anm. 23) 545: „To be sure, there was no little ‘In and Out’ ...“

tauration durch Kaiser Julian verlieren die *retiniones* im 5. Jahrhundert weitestgehend ihre Bedeutung. Die *retinio propter more* büßt mit der Institutionalisierung der *sponsalia*, *cia largitas* bzw. *donatio ante nuptias* ihren Anwendungsbereich ein. Der Verfall bzw. Rückfall der Eheschenkung als vorweg bestimmte Scheidungsstrafe ist im 5. Jahrhundert sowohl im Westen wie auch im Osten unumstrittene Regel. Die *retinio propter libens* behält Constantius III nur für den Fall bei, daß der Ehemann seine Frau wegen bloßer Charaktermängel verstößt. Über die Abschaffung der Scheidungsgründe und die *retinio* wirkt hier das klassische Recht bis zum Untergang des Weströmischen Reiches fort. In Ostrom setzt Theodosius II hingegen mit seinem Reformgesetz 449 n.Chr. dem über Jahrhunderte hindurch gültigen Ehegütterrecht ein Ende.