

I deb

Die

donatio propter nuptias,

Inauguralabhandlung

von

Dr. Hermann Schott

I deb 154



I-3909

Mannheim.

Buchdruckerei des katholischen Bürgerhospitals.

1867.

1320/92

I. Literaturgeschichte dieses Instituts und Kritik der Ansichten der einzelnen Juristen.

Einleitung.

Die donatio propter nuptias ¹⁾ gehört zu den dunkelsten und besrittensten Instituten des ganzen römischen Rechts. Bis auf den heutigen Tag ist noch keine der verschiedenen über das Grundwesen derselben aufgestellten Meinungen zur durchschlagenden Anerkennung gelangt. Die Ursache dieser Divergenz der Ansichten liegt eines Theils in der Unklarheit der Quellen und der Unsicherheit des Ursprungs und der Herkunft der d. pr. n., andern Theils aber auch in dem größern oder geringern Einflusse, den ähnliche germanische Rechtsinstitute auf die Anschauungen der einzelnen Juristen ausgeübt haben. Da man in den Constitutionen und Novellen keinen allgemeinen Grundgedanken zur Erklärung aller gesetzlichen Bestimmungen der d. pr. n. finden

1) Quellen: Cod. Theod. (3. 5). Cod. Just. (5. 3) nebst vielen zerstreuten Constitutionen. — § 3 J. (2. 7). Theoph. ibid — Nov. 2. 12. 22. 38. 39. 53. 61. 68. 74. 87. 91. 97. 98. 108. 109. 117. 119. 123. 127. 134. — Epanagoge leg. Basil. et Leon. et Const. tit. 19 ed. Zachar. — Basil. 29. 1 ed. Heimbach. — Basil. syn. 1. 29 ed. Leuncl. — Nov. Leon. 20. 22. 85. 110. — Harmenop. man. leg. IV. 6 ed. Heimbach.

Literatur: Glück, Comment. B. 25 § 1242 u. die dort in N. 54 Cit., wo zu noch gehören: Olearius, de dominio mul. in reb. pr. n. don. Lips. 1707. Gruppen, de donatione a. n. Francf. et Lips. 1754. — Burchardi im Civil. Arch. IX. 4. Warntönig Arch. XIII. 1. v. Böhr Arch. XV. 20. XVI. 1. XXX. 11. Francke, Arch. XXVI. 4. — Zimmern, RÖ. I. § 163. Unterholzner, Schuldverb. II § 568 ff. Fein, Collation § 41. Bachmann röm. Dotatf. Erl. 1863 1. Abth. § 28. — Hepp, Eübinger krit. Zeitschr. III S. 261 ff. Erlanger Jahrb. der ges. d. jur. Lit. V. S. 290 ff. Weiske, Rechtslex. s v. Brautgeschenke. — Merlin, repertoire univ. de jurispr. s v. Augment. —



konnte, so griff man eine Eigenschaft oder Function derselben heraus und glaubte mit mehr oder minder Ueberzeugung, darin das eigentliche Wesen derselben gefunden zu haben. Die natürliche Folge dieser Auffassung ist, daß die verschiedenen gesetzlichen Ausprüche nicht in einem organischen Zusammenhang zu stehen, sondern die Ausflüsse der reinsten legislatorischen Willkür zu sein scheinen. Deshalb hat man es in neuerer Zeit versucht, auf dem Wege historischer Erforschung den Ursprung und die allmähliche Um- und Ausbildung der d. pr. n. zu verfolgen, um aus ihrem ganzen Entwicklungsgange die ihr zu Grunde liegende Idee zu erkennen. Obschon nun v. Böhr dieß mit großer Klarheit und vielem Geschicke durchgeführt hat, so ist seine aufgestellte Ansicht dennoch nicht allgemein angenommen worden, nicht sowohl wie wir glauben, wegen des Resultates seiner Forschungen im Ganzen, als vielmehr wegen ungenügender und theilweise irriger Begründung desselben. Die Aufgabe vorliegender Abhandlung ist, diese Mängel in der v. Böhr'schen Darstellung so viel wie möglich zu heben und seine Meinung vom Wesen der d. pr. n., wonach dieselbe ein Vermögen ist, welches herkommt von Seite des Mannes und gerade so wie die dos die Bestimmung hat, einen Beitrag zu liefern zu den Lasten der Ehe, und das in seinen Eigenthümlichkeiten mit der dos übereinstimmt, den Quellen entsprechender zu begründen. Zuvor aber wollen wir uns zu den übrigen bisher gemachten Aufstellungen wenden und dieselben einer kritischen Beleuchtung unterwerfen. Zum Schlusse werden wir dann noch kurz die weitem Schicksale unsers Rechtsinstituts nach Justinian im Orient und Occident und die Frage seiner praktischen Geltung in Deutschland besprechen.

§. 1.

Die d. pr. n. ist ein Sicherungsmittel.

Nach der ältesten und bis in die neuere Zeit hereinragenden Meinung ist die d. pr. n. ein Sicherungsmittel, wobei jedoch die

einzelnen Juristen in Bezug auf den Gegenstand der Sicherung sehr auseinander gehen.

1) Ausgehend von dem ganz richtigen Gedanken, daß die d. pr. n. in der innigsten Beziehung zur dos stehe, ging im Anschluß an die Glosse, 2) die auch in einem Scholion zu Harmenopulos 3) aufgestellte und bis in die neuere Zeit fast allgemein angenommene Ansicht dahin, daß die d. pr. n. die Sicherstellung der Frau bezwecke für den Fall, daß bei Auflösung der Ehe die Dotalsachen nicht mehr vorhanden sein sollten. 4) Die größere Anzahl der Vertheidiger dieser Ansicht gestehen der Frau das Eigenthum an den res pr. n. donatae und im Fall der Auflösung der Ehe oder der Verarmung des Mannes die rei vind. zu 5), während die andern der Frau blos eine Hypothek an der d. pr. n. geben. 6) In dieser angebliehen Sicherheitsbestellung sah man dann auch mit Rücksicht auf einige Quellausprüche 7) eine remuneratio oder recompensatio dotis. 8)

Diese Meinung ist heutzutage völlig aufgegeben. Denn die

2) Gloss. ad §. 3 J. cit., ad tit. Cod. (5. 3), ad Nov. 119.

3) schol. ad Harmenop. IV. 10, 38.

4) Hierher gehören mit Ausnahme der großen französischen Juristen fast alle Schriftsteller seit der Glosse bis in das gegenwärtige Jahrhundert, z. B. Duarenus comm. in tract. sol. matr. opp. p. 111. — Giphanius, Hotomanus, Bachov, Otto, Vinnius, Schrader ad § 3 J cit. — J Meier, Coll. Argent. T II ad Pand. XXIII. 3. n. 29. Voet, comp. jur. j. s. Pand. XXIII. 3. § 17. Heineccius, elem. jur. civ. T. I p. IV l. XXIII. 3. § 194. Hofacker, princ. jur. civ. T. I § 475 sqq. Zauner, Dig. p I I II t. 6 § 17. — Brunnemann, Perez in Cod. (5. 3). — Carpzov, jurispr. for. Rom. Sax. p. II c 42 d. 1. Leyser, meditt. vol. V spec. 305. VI. J. H. Böhmer, j. eocl. Pr. T. IV. l. IV t. 20 § 45. — Sc. Gentilis de don. int. vir. et ux. l. IV. c. 16 (opp. IV p. 514). — Olearius § 4. Lauterbach, comm. de don. pr. n. c. 17. J. P. a Ludewig diff. jur. Rom. et Germ. in dot. mar. d. 1 § 9 n. 23. Chr. God. Hoffmann, de diff. jur. Rom. et Germ. in doct. de don. pr. n. § 7. Grupen de don. a. n. I § 7. Id. de ux. Rom. c. V. — Mackelsbey, Just. § 356. Dabelow, Pand. 3. Th. § 279. Weber Pand. § 1262. Tigerström, RG. § 144. Seuffert Pand. 1. Aufl. § 462 b.

5) z. B. Brunnem. Perez, Hotom., Böhmer, Dabelow u. a.

6) z. B. Bachov, Gent., Otto, Hein., Lauterb., Hofacker, Seuffert u. a.

7) c. 20 pr. C. h. t. Nov. 38 pref. § 2 Nov. 119 c. 1.

8) z. B. Grupen, Carpzov, Leyser, Tigerström u. a.

9) § 3 J. cit. c. 19 C. h. t. c. 29 C (5. 12) Nov 61 c. 1 pr. § 1 Nov.

als Beweis angezogenen Gesetzesstellen ⁹⁾ enthalten keine Spur dieser Behauptung. Die einen derselben sprechen überhaupt nicht von Sicherung, ¹⁰⁾ die andern von Sicherung der d. pr. n. selbst, ¹¹⁾ oder des *lucris* aus derselben. ¹²⁾ Die Bezeichnung *pignus dotis* ¹³⁾ beweist nichts, da dieselbe nicht quellenmäßig ist. Ebenso wenig die quantitative Gleichheit der *dos* und d. pr. n., da dieselbe erst von Justinian durchgeführt wurde.

Allein wie sollte denn auch die *dos* durch die d. pr. n. besonders geschützt werden können, da ja die Frau wegen ihrer Dotalsforderung seit Justinian eine privilegirte Generalhypothek am Vermögen des Mannes hat, ¹⁴⁾ worin ja nach der Ansicht derjenigen, welche der Frau blos eine Hypothek an der d. pr. n. zugestehen, auch diese selbst enthalten ist? Und vor Justinian hätte doch eine einfache Hypothekbestellung am Vermögen des Mannes der Ehefrau dieselbe Sicherheit gewährt, ¹⁵⁾ wie die Constituirung einer keinen Falls privilegirten d. pr. n., man müßte denn mit Dabelow annehmen, eine vertragsmäßige hypothekarische Sicherung des Brautschatzes sei ebenjowenig zulässig gewesen, wie eine solche durch Bürgschaft, ¹⁶⁾ welche Annahme aber der *ratio legis* (Verhinderung einer möglichen Collusion) entbehrt und auch auf jeden Fall zu viel, d. h. auch gegen die gesetzliche Hypothek beweisen würde. Welchen Vortheil aber eine von manchen ¹⁷⁾ behauptete Specialhypothek dem *privilegium dotis* gegenüber gewähren könnte, läßt sich nicht einsehen, abgesehen davon, daß dieselbe nicht überall möglich ist, so daß einige Juristen auch abwechselnd je nach Umständen zu einer General- oder Specialhypothek griffen. ¹⁸⁾ Die auch schon zur Rechtferti-

10) § 3 J. cit. c. 19 C. cit. Nov 127 c. 2 cit.
 11) c. 29 C. cit.
 12) Nov 61 c. 1.
 13) z. B. Carpzov, Otto, Lauterb. II. cc.
 14) Francke, Arch. XXVI. S. 63.
 15) A. M. Dabelow a. a. D.
 16) Derf. a. a. D.
 17) z. B. Bachov I. c. Lauterb. c. 17. 51.
 18) z. B. Berger oecon. jur. I. t. 3. th. 12 a.

gung angeführte ¹⁹⁾ Unveräußerlichkeit der d. pr. n. wurde erst von Justinian und zwar zu einem andern Zweck eingeführt und bezieht sich überdies nur auf Immobilien. ²⁰⁾ Bei Mobilien hätte also wenigstens immer der Besitz und die *custodia* der Frau eingeräumt werden müssen, ²¹⁾ um sich durch Retention zu schützen, was einige ²²⁾ auch behauptet haben, aber ohne ein Quellenzeugniß. Dasselbe gilt auch von der Unverzichtbarkeit der angeblichen Hypothek an der d. pr. n. ²³⁾ Hätte der letztern der Zweck der Sicherheit der *dos* zu Grunde gelegen, so würde Justinian das Dotalprivilegium auch auf die Hypothek an ihr übertragen haben, während das Gegentheil doch klar aus dem Gesetze ²⁴⁾ erhellt, das sich ganz besonders zur Aufgabe macht, die Frau gegen den Verlust ihrer *dos* zu sichern.

Wenn nun gar manche ²⁵⁾ zur Erhöhung der Sicherheit der *dos* der Frau Eigenthum und Pfandrecht zugleich an der d. pr. n. zusprechen, so ist dieß eine juristische und logische Ungeheuerlichkeit, die sich weder durch den Schutz der Frauen, ²⁶⁾ noch

19) z. B. Duar, Hotom, Bachov II. cc.

20) Nov. 61 c. 1.

21) Gegen die Nothwendigkeit des Besitzes, im Falle des Eigenthums Herr a. a. D. Richtig dagegen Dabelow S. 458.

22) Duar, Hotom., Hofacker II. cc. Coll. Arg. I. c. n. 36 räumt im Falle der Veräußerung der Mobilien der Frau eine gesetzliche Hypothek am übrigen Vermögen des Mannes ein.

23) Lauterb. c. 17. 56.

24) c. 12 § 2 C. (8. 18). Der Ausdruck *lucrum*, auf den Pufendorf obs. 39 § 5 u. Glük a. a. D. großes Gewicht legen, beweist nichts, da damit die d. pr. n. nur insoweit bezeichnet wird, als die Frau dieselbe laut Vertrags auf den Fall ihres Ueberlebens gewinnt, was ja die gegnerische Theorie keineswegs leugnet, vgl. z. B. Lauterb. c. 55. Vinnius, Berger, Böhmer, Coll. Arg. II. cc. Dabelow a. a. D. Aus demselben Grunde ist der Einwurf Glüks und Francke's a. a. D. aus c. 29 C. (5. 12) ungerechtfertigt. Es bedarf also nicht der kühnen Voraussetzung und gezwungenen Erklärung Dabelow's a. a. D. oder der Ableugnung des Einforderungsrechts der d. pr. n. Coll. Arg. I. c. n. 36. Mit nicht mehr Recht hält Pufendorf I. c. § 7 die Nothwendigkeit der Insinuation u. vor Justinian auch Tradition entgegen, c. 13 (8) C. Th. h. t. ed. Haenel c. 20 C. h. t.

25) z. B. Berger, Brunnem. etc. II. c.

26) Sc. Gent. p. 521. Brunnem. I. c.

durch die Unterscheidung zwischen einem *dominium jure communi* und d. j. *singulari*, neben welcher letzterm auch die Hypothek bestehen könne,²⁷⁾ noch durch eine Analogie aus L. 2 D (26. 9)²⁸⁾ heben läßt, abgesehen von der durch die angezogenen Gesetzesstellen²⁹⁾ mit keiner Silbe erwähnten Distinction, daß die Frau während der Ehe Eigenthum und nach derselben Pfandrecht an der d. pr. n. haben soll.³⁰⁾ Der Name unsers Instituts und der in unsern Quellen so scharf ausgesprochene Parallelismus zwischen dos und d. pr. n. und Ausdrücke, wie *antipherna* u. dgl.,³¹⁾ was Alles auf eine Coordination der d. pr. n. gegenüber der dos hinweist, hat die Vertheidiger der hier bekämpften Theorie theilweise zu der Bezeichnung *compensatio* oder *remuneratio dotis* gebracht, ohne daß sie sich über den Inhalt dieser Worte einigen, ja manche nur in Klarheit darüber kommen konnten. Die Mehrzahl sieht die Remuneratio schon in der Sicherheit allein und war entweder in dem Akte und Zustande der Sicherheitsleistung,³²⁾ oder in deren praktischem Effekte bei der Ersetzung der *consumirten* oder veräußerten dos aus den verpfändeten *res pr. n. donatae*.³³⁾ Allein wie kann man das eine *donatio* und *remuneratio* nennen, was keinen Gewinn für die Frau, sondern nur eine Sicherstellung ihrer gesetzlichen Rechte bezweckt?³⁴⁾ Auch der Begriff einer *don. remun.* oder *ob caussam*³⁵⁾ reicht nicht

27) Olearius § 21.

28) Jd. l. c. Diese Stelle gewährt dem Mündel gegenüber dem Vormund *blos electiv* eine *ut rei vind.* oder durch Generalhypothek geschützte *mut. cond.* — Der Verkäufer aber bleibt bei nicht creditirtem Kaufpreise Eigenthümer des Verkaufobject's. N. M. Berger u. Olearius II. cc.

29) Nov. 61 c. 1. § 3. c. ult. x (4. 20)

30) Matthaei obs. 1 n 95—101. Umgekehrt Coll. Arg. l. c. n. 36. Ähnlich Tigerström a. a. D.

31) Vgl. bef. c. 20 pr. C. h. t. Nov 119 c. 1.

32) z. B. Duar., Giph., Gent., Cothman, Carpzov, Perez, Voet, Zauner II. cc.

33) z. B. Hofacker, Hoffmann II. cc.

34) Burchardi S. 203.

35) z. B. Duar., Perez, Hofacker II. cc.

aus, weil auch diese immer ein Akt reiner Liberalität ist, während im justinianischen Rechte die nothwendige Bestellung der d. pr. n. im Fall des Vorhandenseins einer dos gefordert wird.³⁶⁾ Andere³⁷⁾ reflektiren bei dem Ausdrucke *Compensation* neben der Sicherheit auch noch auf das *lucrum d. pr. n.* Schließlich ist noch zu erwähnen, daß einige der genannten Schriftsteller außer der Sicherstellung der dos noch einen andern Zweck der d. pr. n. annehmen und so einen Uebergang zu einer oder der andern der folgenden Meinungen bilden.³⁸⁾

2) Nach einer zweiten Gruppe von Meinungen soll die d. pr. n. zur Sicherung des Unterhalts der Ehefrau und ihrer Kinder dienen und zwar entweder blos während der Ehe im Falle der Verarmung des Mannes³⁹⁾ oder zugleich auch nach der Ehe im Falle ihrer Auflösung durch den Tod desselben,⁴⁰⁾ oder auch noch, wenn er die Trennung verschuldet hat.⁴¹⁾ Die Frau erhält nach dem Tode des Mannes nur den Nießbrauch an der d. pr. n. und zwar nur, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind; immerhin bedarf es aber einer ausdrücklichen Stipulation auch für diesen Fall.⁴²⁾

36) Hepp S. 261. Wenn derselbe weiterhin bemerkt, es könne eine derartige Cautionsleistung als reiner Gewinn angesehen werden, wenn sie freiwillig geleistet werde wie vor Justinian, so ist zu bemerken, daß eine freiwillige Leistung noch lange keine Liberalität ist, indem dieselbe eben so gut bei erblichen Verträgen vorkommt. Es kann eine Liberalität darin enthalten sein, muß aber nicht.

37) z. B. Duar., Vinnius, Voet II. cc.

38) Gegen die bekämpte Meinung vgl. bef. Pufendorf § 5. Glück a. a. D. Burchardi S. 201 ff. Francke S. 63 ff

39) Witzleben (praes. Heinecc.) diss. qua uxor Rom. per pr. n. d. de al. sec. tant. § 11. Heineccius, Instit. § 416. Höpfer Comm. § 416. Wittich, Syst. d. b. Civilr. II § 209. Th. M. Zachariae, Inst. S. 448. Schweppe, R. R. G. § 401. Ders. R. Privatr. § 694.

40) Rosshirt. Grundl. d. r. R. § 35. Thibaut Syst. I § 347.

41) Mackeldey Inst. § 356. Puchta Inst. III § 393. Ders. Pand. § 424. Seuffert Pand. 3. Aufl. § 462b. Marezzoll Inst. § 166 S. 432. Dasselbe scheint auch die Ansicht zu sein von Weber a. a. D. Schrader l. c. und Scheurl Inst. § 175.

42) Rosshirt, Thibaut, Puchta u. a. a. D.

Nach Mühlenbruch ⁴³⁾ dient die d. pr. n. während der Ehe zur Bestreitung der gemeinschaftlichen Lasten derselben und nach ihrer Auflösung zur Sicherung des Unterhalts der Frau und ihrer Kinder. Eigenthümlich ist die Ansicht Zimmerns, ⁴⁴⁾ nach welchem die Frau durch die d. pr. n. bei Eingehung der Ehe darüber sicher gestellt werden soll, daß ein während der Ehe zur Bestreitung der Bedürfnisse der Familie dienendes, nachher der Frau oder den Kindern zu statten kommendes Vermögen, nicht bloß wie die dos von Seite der Frau, sondern auch von Seite des Mannes wirklich vorhanden sei.

Endlich gehört hierher noch die Behauptung Burchardi's, ⁴⁵⁾ daß unser Institut eine Wittwenversorgung sei, d. h. ein von Seite des Bräutigams oder Chemanns oder eines Dritten für ihn zu dem Zwecke ausgesetzter Vermögenstheil, daß die Frau, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt wird und Kinder vorhanden sind, den Ususfructus oder Quasiusfructus daran erhalte. Sind keine Kinder vorhanden oder will die Frau das Eigenthum an der d. pr. n., so bedarf es einer ausdrücklichen Stipulation.

Gegen diese ganze Meinungsgruppe spricht die innige Beziehung zwischen dos und d. pr. n. ganz entschieden. Wie hätte Justinian sagen können, daß sich beide Institute et nomine et substantia in nichts unterscheiden? ⁴⁶⁾ Wie konnte er die d. pr.

43) Pand. §. 539.

44) Zimmern, N. RG. § 163. Jedoch ist derselbe der Wahrheit auf der Spur, wenn er N. 8 sagt: dos u. d. pr. n. bilden ein gemeinschaftliches Kapital, dessen Ertrag der Familie zu gut kommt.

45) Arch. a. a. D. Syst. d. r. Privatr. II § 113. Derselbe irrt, wenn er glaubt, Rave u. Pufendorf sähen in der d. pr. n. eine Wittwenversorgung, vgl. Rave, de vora ind. don. pr. n. § 16. Pufendorf § 19. Ebenso ungerechtfertigt oftvoirt Franke Glück diese Theorie auf. — Burch. folgt nur Köhler de contradote p. 19 sqq.; u. Franke a. a. D. glaubt nur, daß die d. pr. n. nebenbei auch dazu benutzt wurde, der Frau für den Todesfall des Mannes eine Wittwenversorgung vertragmäßig auszusetzen.

46) c. 20 pr. C. h. t. Daß diese Gleichheit nicht bloß in einigen untergeordneten Rücksichten vorkomme, wie Burchardi S. 221 V will, dürfte der aufmerksame Durchleser der justinianischen Constitutionen nicht bezweifeln.

n. antipherna ⁴⁷⁾ nennen und sagen, daß eine aequalis dos für sie gegeben werde? ⁴⁸⁾ Es läßt sich ferner der Einwurf machen, daß gerade da, wo die Frau das größte Interesse an einem derartigen Zwecke der d. pr. n. gehabt hätte, nemlich wenn sie vermögenslos war, derselbe wenigstens nach justinianischem Rechte nicht zu erreichen war, indem die d. pr. n. nothwendig eine gleich große dos voraussetzt. ⁴⁹⁾ Und wenn insbesondere der Unterhalt der Frau für den Fall der Verarmung des Mannes dadurch gesichert werden soll, so kann man sich hierfür nur auf Constitutionen ⁵⁰⁾ berufen, die erst von Justinian herrühren. Wie erklärt sich aber hiernach das Vorhandensein der d. pr. n. vor Justinian? Oder hat etwa eine Veränderung derselben nach der angegebenen Richtung hin stattgehabt? Allein welche, wann und durch welches Gesetz? Wenn Hepp ⁵¹⁾ meint, es hätte eben dieser Zweck früher durch ausdrückliche Festsetzung im Ehevertrag bestimmt werden können, so fragen wir ihn, wozu dann noch ein Gesetz nöthig gewesen wäre, da ja schon in der Constituirung der d. pr. n. der Zweck derselben liegen würde? ⁵²⁾

Gegen Zimmerns Ansicht läßt sich geltend machen, daß der von ihm der d. pr. n. zugeschriebene Zweck in Wirklichkeit nach den von ihr geltenden Rechtsnormen nicht gesichert ist. Denn wenn der Mann der Frau eine noch so große d. pr. n. aussetzt, so ist es, wenn die Frau keine anderweitigen Vorsichtsmaßregeln gebraucht, doch noch lange nicht gewiß, ob sein wirkliches Vermögen dem angeblichen Umfange derselben entspricht, und besteht sie auch in Grundstücken, so können letztere doch durch die darauf ruhenden Hypotheken der Frau nichts nützen, da sie ja kein

47) const. cit. Mühlenbruch a. a. D. glaubt die Rechtfertigung dieses Ausdrucks darin zu finden, daß die d. pr. n. während der Ehe ja dieselben Zwecke, wie die dos verfolgte.

48) Nov. 119 c. 1.

49) Nov. 97 c. 1.

50) c. 29 C. (5. 12.) Nov. 97 c. 6.

51) A. a. D. S. 261.

52) Pufendorf § 5. Burchardi a. a. D.

Privilegium wegen der d. pr. n. am Vermögen des Mannes hat. 53) Ja sollte wirklich auch bei Eingehung der Ehe das vor- ausgelegte Vermögen vorhanden sein, so ist immer noch zu be- rücksichtigen, was auch Zimmern selbst zugestehet, 54) daß die Veräußerung dem Manne erst ganz spät und nur in Beziehung auf Immobilien untersagt wurde, 55) so daß also einer Ver- schleuderung des ehemännlichen Vermögens wenigstens in früherer Zeit nicht vorgebeugt war.

Aus diesen Gründen erhellet aber zugleich, daß die Sicher- heit des Unterhalts der Frau auch nach Auflösung der Ehe nicht sehr groß war, zumal nicht vor Nov. 61, und daß deshalb der Hauptzweck der d. pr. n. darin nicht gesucht werden kann. Dieß um so weniger, als abgesehen von der durch den Mann verschul- deten Trennung der Ehe nur kraft ausdrücklichen Vertrags im Falle des Ueberlebens der Frau die d. pr. n. zu gute kommt, und nur dann, wenn auf gleiche Weise dem überlebenden Manne der Gewinn der dos zugesichert wurde, so daß man bei dem schon erwähnten Parallelismus beider Vermögenstheile den nemlichen Zweck auch für die dos zu Gunsten des Mannes aufstellen müßte.

Burchardi's Ansicht, 56) wonach zu unterscheiden sei, ob Kinder vorhanden sind, oder nicht, ist gänzlich unbegründet. Das Hauptargument dafür soll die Nov. Leon. 20 bilden. Allein nicht zu gedenken, daß das Anführen byzantinischer Zeugnisse für die Begründung einer Aufstellung da sehr heikel ist, wo sich keine Spur einer ähnlichen Bestimmung in der justinianischen Quellsammlung finden läßt; daß ferner die Byzantiner in der Zeit Leo's selbst über unser Institut sehr im Unklaren waren, um so mehr, als sich dasselbe in der Praxis schon längst in das

53) Im praktischen Leben gewähren die Eheverträge oft interessante Be- obachtungen in dieser Beziehung.

54) A. a. D. N. 7.

55) Nov. 61 c. 1 v. J. 537.

56) A. a. D. S. 112.

damit verwandte, aber im Einzelnen und seinem Hauptzwecke nach gänzlich verschiedene hypobolon umgewandelt hatte; daß auch nicht mit Sicherheit angegeben werden kann, was Leo unter *τοῦ πατρὸς νόμοις* meint, 57) kann die Novelle für Burchardi schon deshalb nichts beweisen, weil in derselben jener Unterschied nicht blos für das *lucrum d'is. pr. n.* zu Gunsten der Frau, sondern auch zu Gunsten des Mannes für das *lucrum dotis* gemacht wird. 58) Burchardi's Folgerungen aus einigen justinianischen Gesetzesstellen 59) sind reine Cirkelschlüsse, indem er das zu Be- weisende immer als gegeben voraussetzt; es steht kein Wort darin, das auf ein gesetzliches *lucrum d'is. pr. n.* schließen lassen könnte.

Daß die Frau im Falle des Vorhandenseins von Kindern blos den Nießbrauch abgesehen von der Modification der Nov. 127 c. 3 an der d. pr. n. erhalte, behaupten auch wir. Allein dieß setzt immer ein *pactum de lucranda d'is. pr. n.* voraus, und diese Beschränkung des *lucri* auf den Nießbrauch wurde erst von Justinian gesetzlich eingeführt, 60) während vor Nov. 98 die Frau nur in Folge ihrer Wiederverheirathung 61) das Eigenthum den

57) Warnkönig Arch. XIII 1 S. 19 ff.

58) *Etenim vetustiores leges statuerunt altero vita defuncto etc.* Aehnlich Petri *exce. I. 33.*

59) Nov. 53 c. 6 vom. Nov. 117 c. 5. Nov. 2 c. 5. Nov. 127 c. 3. Vgl. *bes. dagg. Warnkönig a. a. D. N. 32.*

60) Nov. 98 c. 1. Daran bezieht sich das *sicut prius sancivimus* in Nov. 127 c. 3, nicht aber nach Burch. a. a. D. N. 49 auf Nov. 22 c. 33. Diese Stelle, sowie c. un. C (5. 10) sprechen von dem Fall, daß die d. pr. n. selbst schon bei ihrer Constituirung blos in einem Nießbrauche besteht. Wie ließe sich sonst Nov. 22 c. 33 mit c. 20 § 1 vereinigen, wo der Frau aus- drücklich Eigenthum zugesprochen wird? Vgl. Warnkönig S. 20. *Gepp a. a. D.* — Nov. Sev. 1 v. 463 wurde wieder durch c 6 § 1 C (5. 9) v. 469 ab- geändert.

61) c 2 C. Th (3. 8). c 3 C (5. 9). — Nov. Theod 14 (7) ed. Haen. c. 5 C. (5. 9) *vb. m. c 3 C. (6. 61).* — Nov. Maj. 6 (8) § 6. — c 6 § 1. c 7. 8 § 4 a 11 C. (5. 9) c 18. C. h. t. — Nov. 2 c 1. Nov. 22 c 20 § 1. c 23. 26. Nov. 68 *praef. c 1.* — Jedoch „da wir die Gesetze gar nicht vorfinden, aus welchen der *usufructus* der Frau herkommen soll“, glaubt Burchardi S. 219 III, daß die Gesetze, auf welche er sich berufen, „nur so- viel sagen sollen, als daß dieser *usufructus* der ursprüngliche gesetzlich an- erkannte Zweck der d. pr. n. sei.“

gemeinschaftlichen Kindern seit einer Constitution v. J. 382 aufbewahren mußte. ⁶²⁾ Nur in diesem und dem andern Sinne, daß dieser Nießbrauch unter der angegebenen Voraussetzung durch eine entgegenstehende letztwillige Verfügung des Mannes weder entzogen, ⁶³⁾ noch in Eigenthum umgewandelt werden kann, ⁶⁴⁾ ist derselbe ein gesetzlicher.

Die häufigen Verträge über das *lucrum d. pr. n.* beweisen aber gerade gegen ihn, ⁶⁵⁾ daß eben gesetzlich kein solcher Gewinn, auch nicht des Nießbrauchs, im Falle des Vorhandenseins von Kindern eintrat.

Gegen ihn sprechen ferner eine Reihe von Stellen, wonach die *mater hinuba* das Eigenthum an der *d. pr. n.* ihren Kindern erster Ehe aufbewahren muß. ⁶⁶⁾ Wenn sich alle diese auf den vertragsmäßigen Erwerb des Eigenthums beziehen sollen, so hat schon Hepp ⁶⁷⁾ richtig dagegen bemerkt, warum denn nicht die von Burchardi für seine Ansicht angeführten Gesetze ebensogut von einem vertragsmäßigen *Ususfructus* zu verstehen sein sollten? Uebrigens gibt für das vorjustinianische Recht Burchardi ⁶⁸⁾ selbst zu, daß die Frau auch das Eigenthum erhalten habe und zwar auch dann, wenn keine Kinder vorhanden gewesen seien. Wesentlich ist ihm deßhalb nur der Zweck der Versorgung der Wittwe. Allein wie konnte alsdann Justinian eine Beschränkung, wir wollen nicht sagen auf den Nießbrauch, sondern nur auf den Fall von vorhandenen Kindern eintreten, also da eine gesetzliche Wittwenversorgung nicht eintreten lassen, wo dieselbe nach Lage der Verhältnisse am nothwendigsten sein kann?

62) c 2 C Th. (3. 8). c 3 C. (5. 9).

63) c 1 C. Th. (3. 9) c 1 C. (5. 10) Nov. 22 c 32. 33.

64) *U. M. Burch.* S. 217.

65) *Derf. a. a. O.*

66) c 4. 5. 6 § 1. 3. c 8 § 1 C. (5. 9) Nov. 2 c 1—4. Nov. 22 c 20 § 1. c 23—26. 30. 45.

67) Hepp *a. a. O.* S. 248.

68) S. 221.

Wie kann ferner das eine Wittwenversorgung sein, was ein derselben gleiches Vermögen auf Seite der Frau voraussetzt? Zwar läugnet dieß unser Gegner, ⁶⁹⁾ allein gegen unzweideutige Gesetzesausprüche. ⁷⁰⁾ Die sogenannte „indirekte gegenseitige Verbindlichkeit,“ welche er aus diesen Stellen heraus- oder vielmehr in dieselben hineininterpretiren will, ist nach seiner Ausführung davon gar keine Verbindlichkeit.

Auch die Verkehrtheit Justinians kann hiegegen nicht helfen, weil dieser Vorwurf auf der irrigen Ansicht der Wittwenversorgung beruht, ebensowenig die Zartheit des Verhältnisses zwischen den Verlobten, weil dieser Geltendmachung die Verwechslung des Gefühls eines Bräutigams mit dem Verstande eines Gesetzgebers zu Grunde liegt.

Endlich wie ließe sich das Behalten des Nießbrauchs im Falle einer zweiten Ehe der Frau ⁷¹⁾ rechtfertigen, da dieselbe doch dadurch ihre Versorgung erhalte?

3) Nach Francke ⁷²⁾ soll die *d. pr. n.* ein Sicherheitsmittel der Frau gegen die leichtfertige Ehescheidung und besonders das willkürliche Verstoßen der Frau durch den Mann sein, welches mit Rücksicht auf das Princip der freien Ehescheidung aus provinciellen Rechten und Gewohnheiten hervorgegangen sei.

Ohne noch näher den einzelnen Argumenten dieses Schriftstellers zu entgegnen, wollen wir vor Allem an einige allgemeine Bedenken erinnern, die uns von vornherein gegen diese ganze Auffassung zu sprechen scheinen. Wiesollten die Römer ein solches Geschäft als eine Schenkung haben betrachten können? ⁷³⁾ Wäre da nicht der Ausdruck *cautio* oder

69) *U. a. O.* VI.

70) c 9. 10 C. (5. 14). Nov. 97 c 1. 2. Nov. 119 c 1. In Nov. 97 dürfte wohl mehr als „mit einigem Schein“ die Nothwendigkeit der quantitativen Gleichheit von *dos* und *d. pr. n.* ausgesprochen sein, zumal der Kaiser in c. 1 ausdrücklich sagt, daß ja der reichere Etheil in anderer Weise sich gegen den andern liberal zeigen könne.

71) Nov. 22 c 33.

72) *Arch.* XXVI. 4 S. 63 ff. *Vgl. Hotom., Duar. II. ce.*

73) v. *Esbr* im *Arch.* XXX. 11 N. 5.

ein ähnlicher viel sachgemäßer gewesen? Oder sollte vielleicht gar das aus dem Provincialrechte herübergenommen, seinem Zwecke nach bereits vollständig bestimmte Institut seinen so unpassenden römischen Namen von dem untergeordneten Nebenzwecke der vertragsmäßigen Wittwenversorgung erhalten haben?

Zwar gibt Francke selbst zu, daß die d. pr. n. nach seiner Auffassung den Grundsätzen des ältern römischen Rechts ⁷⁴⁾ widerspreche, nach welchen im Voraus für den Fall der Ehescheidung keine Vermögensstrafen festgesetzt werden konnten; doch hätte sich dieß später auf Grund provincieller Sitte in der von ihm angegebenen Weise geändert, nachdem schon zuvor durch Constantin als Strafe der von der Frau verschuldeten Ehescheidung der Verlust der dos gesetzlich angeordnet war. Allein wie hätte bei dem absoluten Charakter des römischen Rechts eine solche durch nichts bewiesene provincielle Gewohnheit dem Principe der freien Scheidung und der c 2 cit. gegenüber entstehen oder bestehen können, abgesehen davon, daß die Bestimmung jener Constitution auch ganz in der Natur der Sache begründet ist? Es würde doch gegen den Anstand ganz und gar verstoßen, bei Eingehung der Ehe, deren Seele das Vertrauen ist, blos die Möglichkeit ihrer willkürlichen Auflösung vor Augen zu haben und gewissermaßen den Grad des Vertrauens oder Mißtrauens in des Mannes Treue nach der Größe der zur d. pr. n. ausgesetzten Summe zu bestimmen. Wohl kann das Gesetz für einen solchen Fall hinterher gewisse Vermögensnachtheile eintreten lassen und dabei den Umfang derselben nach einem zu ehelichen Zwecken ausgesetzten Vermögenstheile der Ehegatten festsetzen, wie dieß schon ziemlich frühe in Ansehung der dos geschah; aber von vornherein hiefür eine besondere Vermögensauscheidung vorzunehmen und ein eigenes Rechtsinstitut zu erfinden und auszubilden, wäre doch „selbst für das byzantinische Recht gar zu verkehrt.“

74) c. 2 C. (8. 39) ob. m. L 19 D (15. 1) c 5 i. f. C (5. 7).

Auch wäre die d. pr. n. für den von Francke angenommenen Zweck ein sehr mangelhaftes Institut gewesen, einmal weil bei der nothwendigen quantitativen Gleichheit der dos und d. pr. n. ⁷⁵⁾ eine arme Frau einem reichen Manne gegenüber dieses Schutzmittel ganz oder fast ganz hätte entbehren müssen; ferner weil bei der vollständigen Willkür der beiden Ehegatten in der Constituirung der dos und d. pr. n. dieselben durch Festsetzung einer ganz kleinen Quantität die Absicht des Gesetzes und sogar die unvergleichlich zweckentsprechendere Bestimmung Justinians ⁷⁶⁾ vereiteln konnten, wonach beim Mangel jener Vermögenstheile der schuldige Gatte ein Viertel seines Vermögens zu Gunsten des unschuldigen verlieren sollte. Ja diese letztere Bestimmung wäre auch schon deshalb der d. pr. n. weit vorzuziehen gewesen, weil ja der Ehemann zwar bei Eingehung der Ehe ohne alles oder doch bedeutendes Vermögen, dagegen bei Trennung derselben sehr reich sein konnte.

Wenn insbesondere Francke dem sich mit Recht gemachten Einwurfe, daß nach den früheren Constitutionen die d. pr. n. sogleich bei der Bestellung an die Frau ausgehändigt wurde, mit den damals geltenden Rechtsgrundsätzen über Schenkungen unter Lebenden begegnen will, so fragt man dagegen richtig mit v. Bähr, ⁷⁷⁾ worauf denn dieser Gesichtspunkt beruhe? Und wenn jener damit, daß die Frau die d. pr. n. oft dem Manne als dos zurückgegeben habe, ⁷⁸⁾ beweisen will, daß es nicht Zweck der sofortigen Uebergabe war, der Frau dadurch Besitz- und Nutzung an der d. pr. n. zu verschaffen, so bleibt es doch unerklärt, wie, trotzdem schon Theodos II. i. J 428 ⁷⁹⁾ die Tradition nicht für nothwendig erklärte, dennoch erst unter Justinian das Promittiren recht aufkam. Denn sicherlich hätten die Römer eine solche lästige

75) Nov. 97 c. 1.

76) c. 11 C. (5. 17). Nov. 22 c. 18.

77) Arch. XXX. 11 Note 15.

78) c. 5 pr. C. (5. 9.)

79) c. 13 (8) C. Th. h. t.

mit dem Wesen und den Zwecken unsers Instituts nach Franckes Ansicht in gar keiner Beziehung stehende Form so bald als möglich und immerhin längst vor Justinian bei Seite geschoben, ohne daß man dem Herkommen seine Kraft zu schmälern braucht. Auch die Vortheile der vindication bei etwaiger Insolvenz des Mannes können dabei nicht in Betracht kommen, weil dieselbe erst von Justinian gestattet wurde. ⁸⁰⁾

§. 2.

Die d. pr. n. ist ein reines *lucrum* der Frau.

Eine andere ursprünglich sich an den Gedanken der *compensatio dotis* ¹⁾ anschließende und in neuerer Zeit gangbare Hauptansicht betrachtet die d. pr. n. als eine vom Vorhandensein gewisser Voraussetzungen und vom Eintreten bestimmter Umstände mehr oder minder abhängige und bedingte Liberalität des Mannes zum Besten der Frau. Im Einzelnen differiren jedoch die Anhänger dieser Meinung nach der Verschiedenheit der Voraussetzungen des *lucri*. Dasselbe ist bald bloß ein vertragsmäßiges und tritt dann ein entweder im Falle des Vorversterbens des Mannes, wenn für den umgekehrten Fall des früheren Todes der Frau der Mann die *dos* lucrirt, ²⁾ oder im Falle der Auflösung der Ehe überhaupt, ³⁾ wieder unter Voraussetzung der Gegenseitigkeit; bald ist es bloß ein gesetzliches und hängt dann von der durch den Mann verschuldeten Trennung der Ehe ab, ⁴⁾

80) c. 29 C. (5. 12.) — Vgl. geg. Francke bes. v. Löhr im Arch. XXX. 11. S. 323 — 327.

1) Lauterbach c. 18. Hofacker 1. c.

2) Warnkönig im Arch. XIII. 1. § 1. Mackeldey Lehrb. d. h. r. R. II § 528. Erleben, *condict. s. c. 2.* Abth. S. 151.

3) Arndts Pand. § 413. Beckmann § 28 S. 122. Derselbe erklärt zwar hier ausdrücklich, daß seine Auffassung im Wesentlichen vollkommen mit der von Francke übereinstimme, allein seine Herleitung und Entwicklung des Instituts und besonders der von ihm so stark betonte Zusammenhang desselben mit dem sich allmählig entwickelnden Begriffe des *lucri dotis* führt mit Nothwendigkeit auf die im Text erwähnte Meinung. Verj. S. 119.

4) F. J. Reinharth *de ux. in don. pr. n. neque dom. neque hyp. tac. hab.* § 29. Doch spricht er auch § 14 von einem *pactum de lucranda dote et d. pr. n.*

bald ist es ein vertragsmäßiges und gesetzliches zugleich, indem unter denselben Voraussetzungen, unter welchen, wenn sie hinsichtlich des Mannes eintreten, diesem bei getrennter Ehe ausnahmsweise die *dos* verbleibt, die Frau *sol. matrim. die d. pr. n.* gewinnt, wenn sie hinsichtlich ihr eintreten. ⁵⁾ Pufendorf's Ansicht ⁶⁾ unterscheidet sich nur dadurch, daß er das gesetzliche *lucrum* auch auf den Fall des Vorhandenseins von Kindern ausdehnt. Schweppe ⁷⁾ bildet einen Uebergang zur dritten Hauptmeinung, indem er während der Ehe die d. pr. n. mit der *dos* ein gemeinschaftliches Kapital für den anständigen Unterhalt der Familie im Falle der Noth bilden läßt.

Diese Theorie, namentlich wie sie von Glück und Warnkönig vertheidigt wird, scheint beim ersten Anblicke allen Quellenansprüchen zu genügen. Auch läßt sich nicht läugnen, daß sich die praktische Bedeutung der d. pr. n. für die Frau hauptsächlich in dem *lucrum* derselben concentrirte, und daß diese Idee auf die allmähliche Entwicklung und die spätern Schicksale unsers Instituts in der Zeit nach Justinian, besonders auf die Ausbildung des *hypobolon* von dem mächtigsten Einflusse war. Allein die ganze Auffassung muß schon an den Gesetzesstellen ⁸⁾ scheitern, welche von einem theilweisen Gewinne der d. pr. n. sprechen. Ebensovienig ließe sich die Ueberschrift des *tit. Cod. (5. 14)* ⁹⁾ erklären. Diesem Einwurfe sucht Warnkönig ¹⁰⁾ dadurch auszuweichen, daß er noch eine andere d. pr. n. „in einem andern und weitern Sinn“ annimmt, die als Widerlage der *dos* besonders in

5) Duar., Bachov, Lauterbach II. cc. Cujac. obss. 1. V c 4. Derselbe nennt die d. pr. n. zwar eine *dos mariti*, allein da er sie dem *hypobolon* gleichstellt, so ist jene Ausdrucksweise auf das *lucrum* zu beschränken. — Glück, *Comm.* § 1242 S. 292 ff. Gödchen, *Vorles.* III § 698. Keller, *Pand.* § 406. 393 c. Windscheid, *Pand.* II, 2 § 508.

6) *Observ.* 39 § 4.

7) R. Privat. § 694. An etwas Aehnliches scheinen auch noch Glück und Arndts a. a. D. zu denken.

8) c. 9. 10 C. (5. 14). c. 20 *pr. i f. C. h. t. Nov.* 22 c. 9. 20 *pr. Nov.* 39 *praef. Nov.* 97 c. 1. *Nov.* 123 c. 40. *Nov.* 127 c. 2. *Jul. Epit. Nov.* 36 c. 3 *ed Pith.*

9) *De pactis conventis tam super dote quam super d. a. n.*

10) *H. a. D.* § 2 a. G.

den Constitutionen vor Leo vorkomme, woraus die Frau aber keinen Gewinn zöge außer im Falle einer durch den Mann verschuldeten Scheidung. Allein da diese d. pr. n. im weitern Sinne unstreitig auch noch nach Leo und besonders unter Justinian vorkommt ¹¹⁾ und da das etwaige *lucrum* immer aus jener d. pr. n. im weitern Sinn genommen wurde, so reducirt sich die Behauptung Warnkönigs dahin, daß letztere die eigentliche, alle gesetzlichen Bestimmungen umfassende d. pr. n., die von Warnkönig aber dafür ausgegebene nur eine Function derselben ist. Dabei wollen wir allerdings zugeben, daß man vielleicht im praktischen Leben bei der d. pr. n. oft zunächst nur an diese wichtigste Function dachte und daß sich das ganze Institut in der spätern byzantinischen Kaiserzeit zuletzt im *hypobolon* auf diese wichtigste Function einschränkte; ¹²⁾ daß sie aber allein das Eingreifen der Gesetzgebung und zwar zur Sicherung der Gleichheit der Rechte für beide Eheheile nöthig machte, ist um so weniger zu beweisen, als die d. pr. n. viel älter ist, als alle die Gesetze, welche den letztern Gedanken enthalten. ¹³⁾ Im Gegentheil hätten bei dieser Auffassung die jeweiligen gesetzlichen Normen über bedingte remuneratorische Schenkungen vollständig ausgereicht, und das Charakteristische und gesetzlich zu Bestimmende wäre blos die Gleichheit der eventuellen Leistung und Gegenleistung gewesen. Der Aufstellung eines besondern technischen Begriffes bedurfte es nicht; auf jeden Fall war es aber sehr verkehrt, denselben in so ungeschickter Weise in d. *propter nuptias* statt d. *propter dotem* umzuwandeln, wie dieß Justinian gethan hat. ¹⁴⁾ Unerkklärlich wäre es auch, bei Zurückweisung der Idee einer Wittwenversorgung, die Bestellung einer d. pr. n. bei Eingehung der Ehe in den von Justinian herrührenden Constitutionen ¹⁵⁾ als

11) S. die in N. 88 cit. Ges.

12) S. u. II § 4 vom hyp.

13) c. 9. 10. C. (5. 14) c. 19. 20 C. h. t. Nov. 22 c. 20.

14) c. 20 C. h. t. § 3 J. cit.

15) Dieß zeigt sich besonders in den Gesetzen, in welchen zugleich auch von der *dos* gesprochen wird.

etwas so Gewöhnliches und Natürliches angeführt zu finden, zumal aber dem Vater des Mannes die Pflicht zur Besenkung seiner Schwiegertochter aufzulegen. ¹⁶⁾ Unbegreiflich aber ist es, wie Vertheidiger dieser Meinung mit ruhigem Gewissen sagen können, daß die d. pr. n. meistentheils als *dos* zurückgegeben wurde. ¹⁷⁾

Pufendorf's Ansicht insbesondere hat viele Aehnlichkeit mit der Meinung Burchardi's; doch unterscheidet sie sich von der letztern ganz wesentlich. Denn Pufendorf sieht in der d. pr. n. keine Wittwenversorgung, sondern ein *lucrum* zur Förderung der *liberorum procreatio* ¹⁸⁾, und beschränkt dasselbe nicht auf den Nießbrauch, sondern gewährt der Frau mit Kindern principiell das Eigenthum. ¹⁹⁾ Außer den Argumenten, welche er mit Burchardi gemein hat und deren Unhaltbarkeit oben dargethan wurde, beruft er sich hauptsächlich auf die Gesetzesstellen, welche vom *pactum orbitatis* sprechen. ²⁰⁾ Allein das *pactum non existentium liberorum* läßt nicht den gewagten Schluß zu, daß im Falle des Vorhandenseins von Kindern es zum *lucrum* d. pr. n. keines Vertrags bedürfe; die Bedeutung desselben liegt vielmehr darin, daß im Falle der Nichteristenz von Kindern beim Tode des Mannes die Frau in der Regel nur eine *Quote* ²¹⁾ der d. pr. n. lucrirte, abgesehen davon, daß der nehmliche Vertrag

16) c. 7. C. (5. 11.)

17) Cujac. *obss.* l. c. Ueberhaupt scheint dieser große Jurist, vielleicht durch Harmenopolus ins Gedränge gebracht, mit unserm Institute nicht recht ins Klare gekommen zu sein. Er nennt es bald *dos mariti* (*obss.* l. c.), *alia veluti quaedam dos* (*obss.* III c. 30), *contraria dos* (*recitt. soll.* l. 5 ad sec. et tert. part. t. 1); bald aber auch *pensatio sive remuneratio* aut *sacoma dotis* (*obss.* XXVII c. 40), *aequamentum dotis sive amussis* (*recitt. soll.* l. V. t. 3), und in *obss.* l. V. c. 4 sagt er: *Quibus ex casibus si in persona mariti existant, maritus lucratur dotem vel aliquam partem ex ea, iidem, si in persona uxoris existant, tantundem uxor lucratur ex donatione pr. n.*

18) Pufend. §. 4 *vb. m.* § 9.

19) *Id.* § 4.

20) c. 11 C. (5. 9), Nov. 2 c. 2. Nov. 22 c. 26. Nov. 68.

21) *cc.* und *Novv. citt.*

auf Seiten des Mannes in Ansehung der *dos* stattfand. Mit nicht mehr Grund beruft er sich auf *c* 12 § 1 *C* (8. 18); denn die hier angezogene *Distinction sive liberos habeat mulier etc.* hat blos die Absicht, etwaigen unrichtigen Folgerungen aus den vorausgegangenen Worten vorzubeugen, wo Justinian als Motiv der Einführung des *Dotalprivilegs* die schwierige sociale und familiäre Stellung des Weibes und darunter auch die *liberorum procreatio* anführt; keineswegs will aber der Kaiser auf einen bestimmten sonstigen Vorzug der Frau mit Kindern vor den übrigen Frauen anspielen. Wenn ferner dieser Schriftsteller ²²⁾ mit Rücksicht auf den Ausspruch Justinians, daß die *d. pr. n.* eine *contraria dos* sei, welche immer gleichen Schritt mit der *dos* halte ²³⁾, und auf den Umstand, daß der überlebende Mann vor Justinian die *dos adv.* immer und die *prof.* im Falle des Vorversterbens des Bestellers *lucrit* habe, meint, es sei eine Forderung der Billigkeit gewesen, der man auch in der Praxis statt gegeben habe, daß die Frau beim Tode des Mannes die *d. pr. n. lucirte*, so ist damit nur gesagt, daß unser Rechtsinstitut, dessen Gesamtzweck ein ganz anderer war, auch zur Herstellung der Gleichheit in dieser Beziehung gebraucht werden konnte, sowie damit noch nicht ausgeschlossen ist, daß dieser Effekt durch einen speciellen Vertrag unter den Eheleuten erreicht wurde, was bekanntlich ja im justinianischen Rechte auch in Beziehung auf das *lucrum dotis* immer der Fall war. Am allerwenigsten kann dieser Parallelismus auf die Voraussetzung der Existenz von Kindern hinführen. Als innern Grund hiefür nimmt Pufendorf ²⁴⁾ die Beförderung der Kindererzeugung an und unterstützt denselben durch einige formale Momente. Einmal hätte in den römischen Eheverträgen gestanden, der Mann nehme die Frau *lib. procr. c.*, und da die *d. pr. n.* auch darin stand, so sei die-

22) P. § 6.

23) *c.* 20 *C.* h. t.24) *Id.* § 9.

selbe auch nur *lib. procr. c.* gemacht worden. ²⁵⁾ Allein diese sonderbare Logik führt mit Nothwendigkeit zur Schlußfolgerung, daß eine Ehe ohne Kinder gar keine Ehe gewesen sei. Auch dächten wir, die Frau hätte mit der Geburt von Kindern ihre Schuldigkeit gethan und wäre dieselbe nicht dafür verantwortlich zu machen, daß jene auch am Leben blieben, was ja nicht einmal die *lex Jul. Pap. Pop.* durchweg verlangte. ²⁶⁾ Auch war die Politik dieses Gesetzes, womit Pufendorf ²⁷⁾ ferner seine Aufstellung stützen will, zu den Zeiten der *d. pr. n.* nicht mehr maßgebend, und seine Bestimmungen hätten leicht durch das *pactum orbitatis* umgangen werden können. Endlich führt er nach *c* 5 *C* (5. 27) an, ²⁸⁾ deren Sinn sei, daß auch legitimirte Kinder der Mutter zum *lucrum dis. pr. n.* verhelfen und durch die Mutter sich selbst. Allein diese Constitution sagt weiter nichts, als daß die legitimirten Kinder den ehelichen nicht blos in Bezug auf das übrige Vermögen der Eltern, sondern auch rücksichtlich der *dos* und *d. pr. n.* gleichstehen sollen.

§. 3.

Die *d. pr. n.* ist eine *dos mariti*.

Ebenfalls vom Gedanken der *remuneratio dotis* ausgehend, haben schon Donellus ¹⁾ und de Retes ²⁾ die *d. pr. n.* für eine *Gegendos* gehalten, an welcher die Frau während der Ehe die nemlichen Rechte habe, wie der Mann an der *dos*. Indem sie jedoch der Idee der *Recompensation* eine falsche Ausdehnung gaben, kamen sie dazu, der Frau sogar den Fruchtgenuß zu gestatten, ohne denselben auch nur durch Verwendung zu den Zwecken der Ehe zu beschränken. Da aber nach justinianischem

25) *Id.* § 8.26) *Ulp. fr.* XV. XVI. 1.27) *Id.* § 11.28) *Id.* § 101) *Comment. jur. civ.* XIV c. 9.2) *De donat. ac. rel. c.* XXII. 16. Meerman VI p. 652 sqq.

Rechte ³⁾ die d. pr. n. der dos nothwendig gleich sein muß, so wäre die Constituirung dieser beiden Vermögenstheile in Bezug auf ihre Bestimmung während der Ehe nicht bloß eine lächerliche Spielerei, sondern es müßte auch der Hauptzweck der dos unreichbar und damit das ganze römische Dotalrecht unnöthig sein. Beide Schriftsteller erklären deshalb auch die Bestimmung der Nov. 97 für eine Absurdität; allein mit gleichem Rechte müßten sie vielmehr den Ausspruch der c 20 pr. C h. t. „et nomine et substantia nihil distat a dote a. n. d.“ für einen gesetzgeberischen Unsinn erklären, wenn er nur in dem von ihnen angenommenen Sinne interpretirt werden könnte. Jedoch das Wesen (substantia) der dos besteht nicht darin, daß der Mann die Früchte bloß lucrare, sondern daß er sie auch direkt oder indirekt zu Zwecken der Ehe verwende, indem sie ihm ja ein theilweiser Ersatz für die Lasten derselben sind. ⁴⁾ Daß aber das Eigenthum, das indeß zu Justinians Zeiten die Frau nicht mehr hatte, nicht nothwendig den Nießbrauch involvirt, ist an sich klar, und dagegen beweist auch die von Donellus angeführte L 25 pr. § 1 D (22. 1) nichts, welche von etwas ganz anderm redet. Und wenn zur Bestellung einer d. pr. n. ein obrigkeitliches Decret und der Consens des Curators erfordert wird, ⁵⁾ so liegt der Grund darin, daß in der Constituirung derselben eine bedingte Veräußerung und eine sofortige gesetzliche Verpfändung des gesammten Vermögens des Minderjährigen enthalten ist.

3) Nov. 97 c. 1.

4) L. 56 § 1. L. 75 D. (24. 3) c. 20 C. (5. 12); de Retes l. c. 18 hebt dieß auch ausdrücklich hervor.

5) c. 22 C. (5. 37). Diese Constitution ist zwar v. J. 326, also viel älter, als das zur Motivirung vorstehender Bestimmung im Texte angeführte und zuerst in c. 12 C. (8. 18) v. J. 531 erwähnte gesetzliche Pfandrecht; allein das Datum der c. 22 cit. kann deshalb nicht gegen unsere Ansicht sprechen, weil der in diesem Gesetze enthaltene Passus, „vel in donationem propter nuptias“ eine Interpolation Tribonianus ist, wenigstens in der Gestalt nicht von Constantin herrühren kann trotz der Uebereinstimmung der c. 3. C. Th. (3. 19).

Einen unwiderleglichen Beweis gegen den Fruchtgenuß der Frau liefert endlich c. 29 C. (5. 12). — Von den Neueren schloß sich an die unhaltbare Theorie des Donellus nur Fein ⁶⁾ an, und auch v. Wening = Jüngerheim ⁷⁾ kann sich nicht ganz davon losmachen.

Rave ⁸⁾ stellte dann auf Grund historischer Entwicklung zuerst die richtige Meinung auf, daß die d. pr. n. eine dos des Mannes und der dos der Frau an Größe, Recht und Vertrag gleich sei, daß sie zur Bestreitung der ehelichen Lasten diene, und in des Mannes Verwaltung stehe. Diese Theorie wurde später von v. Böhr ⁹⁾ ausführlicher entwickelt und auf eine festere historische Basis gestellt. Nach ihm ist die d. pr. n. ein Vermögen der Frau, welches herkommt von Seiten des Mannes und gerade so wie die dos die Bestimmung hat, einen Beitrag zu liefern zu den Lasten der Ehe. ¹⁰⁾ Seiner Ansicht folgten dann eine Reihe der neuern Civilisten. ¹¹⁾

So sehr wir nun v. Böhr's Aufstellung über das Wesen der d. pr. n. im Ganzen für richtig halten, so wenig können wir uns mit seiner historischen Herleitung derselben einverstanden erklären. Auch wir halten sie für ein aus speciell römischen Begriffen hervorgegangenes Rechtsinstitut, und anerkennen einen Zusammenhang derselben mit den Brautgeschenken. Allein wir

6) Coll. § 41. C. 203. 204.

7) Gemeln. Civilr. III § 51.

8) De vera indole don. pr. n. Rom. § 16. 17. Auch die uns unzugängliche Schrift von Koch (praes. Einert) de don. pr. n. soll diese Ansicht haben nach Koehler de contradote p. 23. — Reinharth § 9—12 leitet die d. pr. n. ebenfalls aus der spons. larg. her.

9) Arch. XV. 20. XVI. I. XXX. 11.

10) Arch. XV. C. 431. XXX. C. 327.

11) Unterholzner Schulverb. II. § 568. Heimbach in Weiske's R. Ver II. C. 470 ff. v. Vangerow, Pand. § 222. Ann. Sintenis, Gem. Civilr § 132 Ann. 3. Böding, Instit. C. 199. Waltec, Gesch. d. r. R. § 502 C. R. Sontag, de sponsal. apud. Rom. Hal. 1860 p. 63. — Auch Rosshirt Gem. D. Civilr. I. § 127. scheint dieser Ansicht zu sein.

verwerfen die Identität des Brautgeschts mit der ante nuptias donatio, so daß letztere nur eine andere Bezeichnung der sponsalicia largitas nach Abschluß der Ehe gewesen wäre, indem sich das Brautgescht durch Eingehung der Ehe in ein zu den Zwecken derselben bestimmtes Vermögen verwandelt habe.¹²⁾ Denn was für Zwecke sollte dann etwa das Brautgescht als solches gehabt haben? Ueber die schwierige Antwort darauf kommt allerdings v. Böhr leicht hinweg, indem er sponsalicia largitas und arrha sponsalicia für gleichbedeutend hält.¹³⁾ Doch diese Gleichstellung können wir noch viel weniger für berechtigt halten. Nach v. Böhr¹⁴⁾ sollen die Ausdrücke sponsalia, sponsalicia, arrae, pignora zur Bezeichnung der Geschenke gebraucht werden, welche mit Rücksicht auf das abgeschlossene Verlöbniß gemacht wurden. Der Ausdruck sponsalia bedeutet aber in einem Theil der von ihm citirten Constitutionen¹⁵⁾ dasselbe wie arrha, aber durchaus nicht, was donatio sponsalicia bedeutet, wie schon aus der Abwechslung mit den Bezeichnungen arrae und pignora und aus der in der letzten Stelle erwähnten poena quadrupli hervorgeht. In einem andern Theile jener Constitutionen¹⁶⁾ kommt sponsalia nur in Verbindung mit andern Worten vor (sponsaliorum jure, sp. titulo, sp. nomine¹⁷⁾ sp. causa) und

12) Arch. XV. a. a. D. XXX. a. a. D.

13) Arch. XV. 20, III. S. 445 ff. XXX. S. 328 ff. bes. N. 22. 23. Aehnlich de Retes l. c. 5. 6. sqq., welcher jedoch die a. spons. von den andern Brautgeschten immerhin noch durch die Intention des Gebers sich unterscheiden läßt.

14) Arch. a. a. D.

15) c. 1 C. Th. (3. 10) c. 1 C. (5. 8) c. 6 C. Th. h. t. rubr. tit. und c. 1 C. Th. (3. 6). — Im Arch. XV. a. a. D. N. 28 und XXX. a. a. D. N. 22. betont v. Böhr bes. die Worte „sponsalia, h. e. arrharum nomine data.“ Allein diese Stelle spricht gerade gegen ihn, indem die Kaiser es zur Vermeidung von Mißverständnissen für nothwendig halten, das Wort sponsalia zu erklären.

16) c. 2. C. h. t. c. 1. 2. C. Th. (3. 8.). c. 2. 3 C. (5. 9). c. 2 C. Th. h. t.

17) Wenn v. Böhr Arch. XXX. a. a. D. N. 22 auch aus c. 10. C. Th. (3. 5.) c. 3 C. (5. 1.) die Worte „arris sponsaliorum nom. datis“ hervorhebt, so sprechen dieselben ebenfalls wieder gegen ihn, indem doch sponsalium unmittelbar neben arris nicht dasselbe, wie das letztere sein kann.

bedeutet so viel als Verlöbniß. Die hier und an andern Orten¹⁸⁾ vorkommenden Redensarten „jure spons. percepta“, „spons. titulo vel data vel ullo genere donata“, „spons. nomine data“ können sowohl die arrha als donatio sponsalicia meinen; ja sollte nicht etwa die in der vorletzten Redensart gemachte Distinction zwischen vel data und vel donata auf beide zugleich hinweisen, zum besten Beweise dafür, daß sie nicht identisch sind?

Pignus bedeutet immer so viel wie arrha, womit es in den Gesetzen gewöhnlich auch abwechselft,¹⁹⁾ beide aber nie so viel, wie donatio sponsalicia. Das Wort sponsalitia selbst kommt nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit arra oder donatio und largitas vor.²⁰⁾

Der Unterschied zwischen arrha und donatio spons. wird uns schon äußerlich durch die verschiedenen Titelnrubriken des Codex Just. zu verstehen gegeben, indem C (5. 1) von der a. spons., dagegen C (5. 3) von der d. spons. handelt. Entsprechend hat denn auch Tribonian diejenigen Constitutionen aus C Th. (3. 5), welche von der a. spons. handeln, bei Abfassung des Cod. Just. ausgeschieden und unter C (5. 1) gestellt.²¹⁾

Auch hätten die römischen Kaiser bei ihrer stylistischen Neigung mit Ausdrücken abzuwechseln, auch wo dieß nicht am Platz war, sich die Gelegenheit nicht entgehen lassen, dieß auch mit den Begriffen arra und donatio oder largitas spons. zu thun, wenn

18) c. 8. C. (5. 71.) c. 14. C. (7. 14.)

19) c. 6. C. Th. h. t. c. 1. C. Th. (3. 6.) c. 1. C. (5. 2.) Man nennt sie so besonders vom Standpunkte der Braut aus, indem die hingegebene arrha gleichsam ein Pfand für die Erfüllung des Verlöbnißes von Seiten des Mannes bietet.

20) Im rubr. Cod. (5. 3.) ist bei sponsaliciis das vorausgegangene donationibus zu ergänzen. Betreffs des rubr. C. (5. 2) existirt statt sponsalicia die Variante sponsalia, welche auch in neueren Ausgaben des Corp. jur. in den Text genommen worden ist.

21) j. B. c. 10. C. Th. h. t. = c. 3. C. (5. 1.) c. 12. C. Th. h. t. = c. 4. C. (5. 1.). Um so weniger kann sich daher v. Böhr Arch. XXX. a. a. D. auf rubr. C. Th. (3. 5.) de sponsalibus et a. n. donationibus berufen.

beide gleichbedeutend wären, und nicht in einer einzigen Constitution 22) 11 Mal das nemliche Wort *arrha spons.* gebraucht.

Einen entschiedenen Beweis gegen v. Böhr liefern endlich noch die Basiliken. Denn nicht nur, daß auch sie von der *arrha spons.* und der *donatio spons.* in zwei verschiedenen Titeln handeln, 23) stellt das erste Kapitel des zweiten Titels ohne Beziehung auf eine Stelle des justinianischen Gesetzbuchs die gewöhnlichen Grundsätze der *arrha* an die Spitze 24) zum klarsten Beweise dafür, daß die *arrha spons.* sich von der gewöhnlichen *arrha* in weiter nichts unterschied, als daß sie eben einer Braut oder deren Gewalthabern zur Befestigung der beiderseitigen Verlöbnißtreue gegeben wurde. Und merkwürdiger Weise warnt noch der Scholiast Theodorus 25) ausdrücklich vor einer Verwechslung derselben mit den Grundsätzen von der *donatio spons.*, da sich letztere von der erstern nicht bloß durch eine Modification jener Grundsätze in Folge eines vielleicht hinzugekommenen *osculi sponsi* unterscheidet. Wir ersehen daraus, daß eine Verwechslung beider Institute nicht erst seit v. Böhr datirt, zumal da durch die Bestimmungen der *c. 15 C. h. t.* die *don. spons.* der *a. spons.* rücksichtlich ihrer Wirkungen bei nicht stattfindender Ehe viel näher gebracht wurde, weshalb auch Holzschuher 26) glaubt, daß bloß in Beziehung auf den doppelten Ersatz der *arrha spons.* eine Abweichung derselben von der *don. spons.* gegeben sei.

22) *c. 5. C. (5. 1.)*. Aehnlich in *c. 56. pr. C. (1. 3.) c. 16. C. (1. 4.)*.

23) *Bas. XXVIII. 2 de arrhis sponsalium (μνηστείας)*. *XXVIII. 3 de muneribus sponsaliciis*.

24) *Bas. XXVIII. 2. 1. Arrha hanc habet naturam, ut si quidem is, qui arrham accepit, recusaverit (implere contractum), duplum ejus, quod accepit reddat, si vero is, qui dedit, ut arrham amittat. Cf. c. 17. i. f. C. (4. 21)*.

25) *sch. a. Ne hinc autem conturberis et dicas, haec esse et in donatione; alia enim in illis distinctio obtinet, etiamsi quidem confundunt utrumque caput et accessionem existimant sponsi osculum, quod sponsae datur.*

26) *Theorie u. Cas. I. S. 538.*

Auch muß zugestanden werden, daß im Leben manchmal nicht zu unterscheiden sein wird, ob der Bräutigam eine *a.* oder *don. spons.* gegeben hat, zumal wenn die Hingabe an die Braut selbst geschah. 27) In Verbindung damit stehen denn auch die in den Quellen hie und da vorkommenden vieldeutigen und farblosen Ausdrücke, 28) bei denen man manchmal nicht weiß, ob sie die *arrha* oder *don. spons.*, oder beide zugleich bezeichnen sollen. Allein nichts desto weniger haben beide Institute eine selbständige und eigenthümliche Existenz und unterscheiden sich gar sehr von einander.

1. Die *don. spons.* ist ein Akt reiner Liberalität, ein Ausfluß der Liebe und des Wohlwollens, vielleicht auch bis zu einem gewissen Grade der Convenienz, aber immerhin ohne ausgeprägten juristischen Zweck, die *a. spons.* dagegen ist keine Schenkung und hat einen scharf ausgeprägten juristischen Charakter. Dafür spricht ihre Herkunft, ihr Name, ihr Synonymum *pignus* 29), ihr Zweck und ihre Grundsätze. Sie soll das durch den Verlöbnißvertrag um beide Theile geschlungene Band durch die Gefahr einer etwaigen Vermögenseinbuße mehr befestigen. 30) Eine Schenkung, welche geeignet ist, möglicher Weise sogar einen positiven Vermögensverlust für den Beschenkten herbeizuführen, wie dieß die *poena dupli* und *quadrupli* involvirt, 31) wäre doch eine Monstrosität. Ja es würde geradezu eine gesetzgeberische Absurdität sein, den Donatar, welcher sich an seinem Schenkgeber thätlich vergeißt, bloß zur Zurückgabe des Geschenkten, also zu einer negativen Vermögensminderung anzuhalten, 32) die

27) Daraus möchte sich auch der Ausdruck *arrhae in Capitol. Maxim. jun. c. 1* erklären.

28) *Vgl. R. 16. 18.*

29) *Vgl. R. 19.*

30) *Vgl. R. 24.*

31) *c. 6 C. Th. h. t. c. 1 C. Th. (3. 6.) c. 1 C. Th. (3. 10.) c. 5 C. (5. 1.) c. 1 C. (5. 2.) c. 1 C. (5. 8.)*

32) *c. 10 C. (8. 56.)*

Braut aber in Folge bloßer Gesinnungsänderung³³⁾ so schwer zu bestrafen. Kurz die *don. spons.* ist immer, die *arrha spons.* nie eine Schenkung. Deshalb bedurfte sie auch nicht der Förmlichkeiten derselben, besonders nicht der *Insinuatio*.

2) Vermöge ihres streng juristischen und geschäftsmäßigen Charakters auf der einen Seite und der Zartheit des Verhältnisses zwischen den Verlobten auf der andern Seite kommt die *arrha spons.* nur selten und hauptsächlich nur dann vor, wenn die Frauensperson sich nicht selbst verlobte, sondern von ihren Eltern oder Vormündern versprochen wurde, welche auch die *arrha spons.* in diesem Falle oft für sich erhielten³⁴⁾ und bei verschuldeter Vereitelung der Ehe Strafe leiden mußten.³⁵⁾ Dieselbe ist wahrscheinlich eine orientalische Einrichtung,³⁶⁾ wo bei der zu allen Zeiten mehr sclavenartigen socialen Stellung des Weibes die Verlobung und Verheirathung desselben so ziemlich den Charakter eines Kaufgeschäftes zwischen Bräutigam und Vater oder Gewalthaber gehabt hat³⁷⁾ und heutzutage noch hat. Daraus erklärt sich auch, daß die *arrha spons.* nur von Seiten des Bräu-

33) Ausgenommen der Fall in *c. 56. pr. (1. 3.)*

34) Nur in *L. 38. pr. D. (23. 2.)* u. in *c. 56 C. (1. 3.)* wird bloß von der Braut gesprochen. In allen übrigen von der *a. spons.* sprechenden Gesetzen, *c. 6 C. Th. h. t. c. 1 C. Th. (3. 6.). c. 1 C. Th. (3. 10.). c. 16 C. (1. 4.). c. 5 C. (5. 1.). c. 1 C. (5. 2.). c. 1 C. (5. 8.)* werden entweder allein oder doch hauptsächlich die Eltern und Vormünder als bei der *a. spons.* interessiert erwähnt. Dagegen spricht nur *c. 2 C. h. t.* von einem Geschenke des Bräutigams an die Eltern der Braut.

35) *c. 6. C. Th. h. t.*

36) Dafür spricht, daß sie unsers Wissens in den Pandekten nur in einer einzigen Stelle *L. 38 pr. D. (23. 2.)* (Paul.) vorkommt, und hier ist von der Provinz die Rede. Außerdem finden wir die *a. spons.* erst seit 380 in den Gesetzen der byzantinischen Kaiser. Nebenbei gesagt ist ja ihr Name auch griechisch.

37) So heißt es, immer mit Bezug auf die *a. spons.* in *c. 6. § 2. C. Th. h. t. „quisquis de nuptiis paciscitur“*, in *c. 12(7) C. Th. h. t. c. 4 C. (5. 1.) „si pater nuptium de filiae nuptiis inierit“*, in *c. 1 C. Th. (3. 6.). c. 1 C. (5. 2.) „matrimonium, quod arrhis fuerat obligatum“*. Scharfer ausgedrückt finden wir diesen Gedanken im *pretium* der germanischen Rechte, das merkwürdiger Weise in manchen auch *arrha* genannt wird. Zöpfl, *RG. § 81 a. III. u.* die hier in *N. 7.* citirten Gesetze.

tigams gegeben wurde.³⁸⁾ Die *don. spons.* dagegen ist ein mehr den Sitten aller Völker angehöriges Institut und kommt auch bei den Römern schon frühzeitig vor.³⁹⁾ Da sie ein Ausfluß gegenseitiger Neigung ist, so kommt sie auch auf Seiten der Braut, wenn auch nur selten vor.⁴⁰⁾

3) Die *arrha spons.* wird als ein Zeichen und Bestärkungsmittel des abgeschlossenen Verlöbnisses gleich gemacht und *tradirt*.⁴¹⁾ Wegen dieser sofortigen Tradition wird sie in der Regel eine mäßige Größe nicht überschreiten⁴²⁾ und wegen ihrer geschäftsmäßigen Eigenschaft wird sie meistens in Geld oder andern Fungibilien bestanden haben.⁴³⁾ Die *d. spons.* dagegen kann in jedem Momente vom Abschlusse des Verlöbnisses an bis zur Eingehung der Ehe gemacht werden. Eine sofortige Tradition liegt

38) *A. M. v. Böhr a. a. D.* mit Berufung auf *c. 5 § 1 C. Th. h. t.* Allein dieselbe spricht von der *don. spons.*, was überdies durch Justinian selbst bestätigt wird, der diese Constitution als *c. 16 C. h. t.* aufnahm und statt *spons. tit. „donationis“* *titulo* schrieb.

39) *L. 1 § 1 D. (39. 5.) (Jul.) L. 12 pr. D. (6. 2.) L. 5 pr. L. 27. 32 § 27. L. 66 D. (24. 1.)*.

40) *L. 66 pr. D. (24. 1.) c. 2 C. Th. h. t. c. 5 C. Th. cod. „quod raro accidit“ c. 10. 15 § 2. c. 16 § 1 C. h. t.*

41) Gerade dadurch unterscheidet sie sich von der Conventionalstrafe, welche nach *L. 134 pr. D. (45. 1.) u. c. 5 i. f. C. (5. 1.)* untersagt ist, „*quum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat*“, eine Reaction römischer gegen orientalische Anschauungen.

42) *Sc. Gentilis l. c. p. 502.* — Gerade wegen dieser Unbedeutendheit der *a. spons.* gestattet *Nov. Leon. 18.* die in *c. 5 C. cit.* verbotene u. in Folge orientalischer Anschauungen trotzdem bereits in der Sitte durchgedrungene Conventionalstrafe. — Das Verbot der Conventionalstrafe und die Idee des römischen Rechts, die Freiheit der Eheschließung nicht einem Zwange zu unterwerfen, führen ebenfalls zu der im Texte aufgestellten Behauptung.

43) Möglich und sehr wahrscheinlich ist es, daß beim Abschlusse des Verlöbnisses neben oder ohne die *a. spons.* im eigentlichen Sinne nach der Sitte noch andere Gegenstände, z. B. der *annulus pronubus* u. dgl. der Braut gegeben wurden, von denen man sich in der Praxis nicht recht klar wurde, ob sie zur *a. spons.* gehörten, oder ein Brautgeschenk seien, zumal der *annulus* auch bei eigentlichen Vermögensgeschäften als *arrha* gebraucht wurde *L. 5 § 15 D. (14. 3.) L. 11 § 6 D. (19. 1.)*. Daher die oben erwähnte hier und da vorkommende Vermengung der Begriffe im bürgerlichen Leben. In letzterer Hinsicht mag sich diese Hingabe dem germanischen Walschatz genähert haben. Zöpfl § 89. I. Die Rückgabe dieser Gegenstände überließ man wahrscheinlich vor *c. 15. C. h. t.* der Delikatesse, falls die Ehe nicht zu Stande kam.

nicht in ihrem Wesen, sondern hat, falls sie erfordert ist, ihren Grund nur in vorübergehenden positiven Bestimmungen. ⁴⁴⁾ Je nachdem sie mit oder ohne Rücksicht auf die künftige Ehe geschieht, wird sie von ziemlich bedeutendem oder nur mäßigem Werthe sein und darnach wird sich auch ihr Gegenstand richten.

4) Kommt die Ehe nicht zu Stand und liegt der Grund auf Seiten der Braut, so muß die a. sp. doppelt, oder falls dieß ausdrücklich bedungen vierfach restituirt werden, ⁴⁵⁾ wenn nicht ein gesetzlicher Entschuldigungsgrund zum Abbrechen des Verhältnisses vorliegt, ⁴⁶⁾ oder die Verlobte minderjährig ist, ⁴⁷⁾ wo dann die a. spons. bloß einfach zurückgegeben werden muß. Liegt die Ursache auf Seiten des Mannes, so verliert er die a. spons., ⁴⁸⁾ vorbehaltlich der erwähnten Ausnahmen. ⁴⁹⁾ Wird aber die Ehe durch Zufall, besonders durch Tod eines der Verlobten, verhindert, so wird die a. spons. zurückerstattet. ⁵⁰⁾ Bei der don. spons. mußte früher unterschieden werden. War dieselbe unbedingt gemacht, so war sie gültig und beständig, es mochte die Ehe erfolgen oder nicht. ⁵¹⁾ Wurde sie aber mit Rücksicht auf die zukünftige Ehe gegeben, so hing ihre Wiederauflösung und die einfache Restitution des Geschenken vom Nichteintritte der gehofften Ehe ab. ⁵²⁾

44) Dieß geschah durch die Constantinische Gesetzgebung. c. 1 C. Th. (8. 12.) c. 3 C. Th. h. t. Anders z. B. nach c. 3 C. h. t. Unter die Lex Cincia fielen die Brautgeschenke nicht. Fragm. Vat. 302.

45) c. 6 C. Th. h. t. c. 1 C. Th. (3. 10.). c. 1 C. (5. 8.). c. 5 C. (5. 1.). c. 56 pr. C. (1. 3.). c. 16 C. (1. 4.).

46) c. 6 pr. C. Th. h. t. c. 5 C. (5. 1.). c. 1 C. Th. (3. 6.). c. 1 C. (5. 2.). c. 56 pr. C. (1. 3.). c. 16 C. (1. 4.). Nov. 123 c. 39.

47) c. 5 C. (5. 1.).

48) c. 10 C. Th. h. t. c. 3. 5 C. (5. 1.). c. 56 pr. C. (1. 3.). c. 16 i. f. C. (1. 4.). Außerdem noch im Fall der c. 1 C. Th. (3. 6.). c. 1 C. (5. 2.). Dagegen L. 38 pr. D. (23. 2.).

49) S. N. 46. 47.

50) c. 10 C. Th. h. t. c. 3 C. (5. 1.).

51) c. 9—11. 15 pr. C. h. t.

52) L. 1 § 1 D. (39. 5.). c. 2. 15 C. h. t. fr. Vat. 262.

Constantin stellte beide Fälle einander gleich. ⁵³⁾ Auf Schuld oder Nichtschuld kommt es hier nicht an. Wenn nur der Schenker den Abschluß der Ehe absichtlich verhindert, verliert er das Geschenke zu Gunsten des andern Theils, ohne Rücksicht auf die Gründe, welche ihn zum Rücktritt bewogen haben; ⁵⁴⁾ und hat der Bräutigam interveniente osculo an seine Braut Geschenke gemacht, so braucht sie sogar im Falle seines Todes nur die Hälfte zu restituiren. ⁵⁵⁾

5) Kommt die Ehe zu Stand, so bleibt die don. spons. auf jeden Fall der Frau, falls sie dieselbe nicht etwa als dos zurückgegeben hat. ⁵⁶⁾ Ob sie oder vielmehr der Empfänger auch die a. spons. behielt, ist bestritten. v. Böhr ⁵⁷⁾ behauptet es, ohne eine Gesetzesstelle dafür anführen zu können. Für das Gegentheil sprechen die allgemeinen Grundsätze der arrha. ⁵⁸⁾ Möglich ist, daß man sie wegen ihrer Geringfügigkeit oftmals der Frau beließ, und wahrscheinlich, daß sie in späterer Zeit in die a. n. d. eingerechnet wurde. ⁵⁹⁾

Wollen wir einmal von der Kleinheit der a. spons. absehen

53) c. 2 C. Th. h. t. c. 15 C. h. t.

54) c. 2 C. Th. cit. c. 15 C. cit. Da die Passage der c. 2 C. Th. cit. nullis caussis ulterius requirendis etc. in c. 15 C. cit. weggelassen ist, so könnte man eine Interpretation der letztern Constitution nach Art des Ter. es anzuweisen. Allein es wird hier von keinem ungerechtfertigten Zurücktreten gesprochen, sondern es heißt einfach „si sponsus vel parentes ejus sortiri filium noluerint uxorem“ u. „quodsi sponsa. vel is, in cujus agit potentate, caussam non contrahendi matrimonii praebuerit, während in c. 5 C. (5. 1) bei der a. spons. die Entschuldigungsgründe des Rücktritts ausdrücklich hervorgehoben sind.

55) c. 5 C. Th. h. t. c. 16 pr. C. h. t. Anders c. 3 C. (5. 1) bei der a. spons.

56) L. 12 pr. D. (6. 2) c. 1. 14 C. h. t. c. 5 pr. C. (5. 9). Nov. Theod. II. 14 (7) § 3 i. f.

57) Arch. XV. S. 450.

58) L. 5 § 15 D. (14. 3). L. 11 § 6 D. (19. 1). Keller Pand. S. 726. Se. Gentil. l. c. p. 502.

59) Ueber den Unterschied zwischen a. spons. u. don. spons. vgl. Sc. Gentil. l. c. Cujac. recit. soll. l. V. ad sec. et tert. part. t. 1. Bardili de sponsalicia largitate Tub. 1675 § 35 seqq. u. bes. gegen v. Böhr C. R. Sontag p. 56—66.

und auch annehmen, daß sie nach Abschluß der Ehe der Frau verbleibe, so könnte sie freilich von nun an secundär zu andern Zwecken der Ehe dienen. Wie hätte man aber dann zu der ungeschickten Bezeichnung a. n. d. für diese secundären Functionen, ja überhaupt zu einer Aenderung des Namens kommen sollen? Denn wie wir gesehen haben, ist die a. spons. keine donatio; sie könnte dies erst nach dem Eheabschluß werden, wodurch die a. spons. als solche zwecklos wird; dann wäre aber das ante nuptius unerklärlich. Ja um mit dem Abschlusse der Ehe überhaupt nur eine donatio sein zu können, müßte doch ein Schenkungsakt vorausgegangen sein, sei es nun, daß man annimmt, die a. spons. falle bei Eingehung der Ehe in der Idee nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen an den Mann zurück und dieser constituire sie nun ausdrücklich oder stillschweigend als Schenkung, oder daß man sie gleich von vornherein als eine durch den Abschluß der Ehe suspensiv bedingte donatio errichten läßt, wo dann der nehmliche Gegenstand successiv den Inhalt zweier Rechtsgeschäfte, eines unbedingten und eines bedingten bilden würde. Allein beide Constructionen sind juristisch unmöglich, weil sie dem Schenkungsverbot zwischen Ehegatten widersprechen.⁶⁰⁾ Bleibt man aber auf v. Böhrs Behauptung stehen, daß die a. spons. nach zu Stande gekommener Ehe von Rechts wegen der Frau gehöre, so kommen wir zur folgenden Alternative. Entweder es lag uranfänglich im Wesen dieser a. spons., daß sie nach Abschluß der Ehe im Eigenthum der Frau zu ehelichen Zwecken verwendet wurde; dann müßte sie seit ihrem Aufkommen und nicht nach v. Böhr erst in späterer Zeit zugleich a. n. d. gewesen sein und die spätere Gesetzgebung hätte sich dann nur um die Aufstellung des sehr ungeschickten Namens a. n. d. zur Bezeichnung des Zweckes des bisher einheitlichen Instituts nach der Verheirathung gedreht. Oder eine solche Beschränkung der Eigenthumsausübung der Frau an der a. spons. mit Rücksicht

60) tot. tit. D. (24. 1). c. 4. C. h. t.

auf die Zwecke der Ehe ist erst später gesetzlich eingeführt worden; allein wo steht dieses Gesetz? oder wo finden wir die Spuren eines darauf hinizielenden Gewohnheitsrechts? Oder aber die Beförderung jener ehelichen Zwecke ist ein Produkt der Vertragswillkühr der Verlobten bei Constituirung der a. spons. Aber wenn dann nach Eingehung der Ehe nichts Neues, keine unerlaubte Schenkung entstehen soll, so muß der Charakter der a. n. d. der a. spons. gleich bei ihrer Errichtung anhaften, d. h. die a. spons. ist keine arrha mehr, sondern eine don. spons., mit andern Worten, das Wesen der a. spons. schließt das Wesen der a. n. d. aus.

Im Gefühle alles dessen und in Erwägung der quantitativen Unbedeutendheit der a. spons. für sich allein kommt v. Böhr⁶¹⁾ zu der unnatürlichen und ungerechtfertigten Verquickung der a. spons. und don. spons., indem er aus beiden ein Brautgeschenk construirt, das nach Bedürfniß seine Rechtsgrundsätze bald von der einen, bald von der andern borgt, um so zugeschnitten mit dem Abschlusse der Ehe in die a. n. d. übergehen zu können. Denn auch die don. spons. allein, wie sie sich uns quellenmäßig darstellt, ist nicht geeignet, nach v. Böhrs Construction der Ausgangspunkt der a. n. d. zu werden. Das Brautgeschenk im eigentlichen Sinne des Wortes ist eine donatio simplex, die d. a. n. aber immerhin, was auch ihr anfänglicher Zweck gewesen sein möge, entweder eine don. remuneratoria oder sub modo. Nach v. Böhrs Ansicht müßte also die don. spons. beides zugleich sein und vor Eingehung der Ehe den Charakter der ersten, nachher aber den der zweiten bethätigen, eine Vermengung, die logisch undenkbar ist. Denn die don. simplex ist eine solche auch nach der Ehe und die don. remun. oder sub modo. eine solche auch vor der Ehe.

61) Arch. XV. 20, III. IV.—XXX. S. 327. ff.

II. Historisch-dogmatische Entwicklung der d. pr. n.

§. 1.

Die donatio sponsalicia, sponsalicia largitas.

Die Schenkungen, welche nach römischem Rechte der Bräutigam an die Braut machte, sind zweierlei: solche, die ohne, und solche, die mit Rücksicht auf die künftig abzuschließende Ehe gemacht wurden (*affinitatis contrahendae causa, aff. coeundae c. donare, futurae conjugii aliquid conferre u. dgl.*) Die erstern hatten weiter keinen Zweck, als sich der Braut gefällig zu erweisen, und es war für ihr weiteres Bestehen gleichgültig, ob die Ehe erfolgte oder nicht; sie waren absolute Schenkungen. ¹⁾ Die andere Art von Brautgeschenken hing in ihrem Bestande vom wirklichen Eintritt der Ehe ab; wurde dieselbe nicht abgeschlossen, so konnten sie, falls nicht das Hinderniß im Bräutigam lag, ²⁾ als ob *causam* gegeben, *revocirt* werden. ³⁾ Suspensiv bedingte Brautgeschenke in der Art, daß der Abschluß der Ehe als Bedingung ihrer Wirksamkeit gesetzt wurde, fielen unter die verbotenen Schenkungen zwischen Ehegatten. ⁴⁾

Auf jeden Fall war die Intention des Gebers bei der mit Rücksicht auf die zukünftige Ehe gemachten Schenkung eine andere, als bei der absoluten. Diese galt der Braut, jene der Ehefrau, und wenn sie auch keinen Zwecken der Ehe diente, so konnte sie doch auf Zwecke der Ehefrau sowohl während als nach der Ehe, die mit den eigenthümlichen persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnissen der römischen Gatten zusammenhingen, gerichtet sein. Es kommt hier besonders in Betracht, daß vielleicht

1) L. 1. § 1. D. (39. 5). c. 9-11. 15. pr. C. h. t. fr. Vat. 262.

2) fr. Vat. 262. Bas. XXVIII. 3, 15 sch. z.

3) Cod. Greg. II. 2. 1 ed. Haenel. c. 2 C. Th. h. t. Nov. Theod. II. 22. § 15. L. 1 § 1 D. (39. 5). c. 2. 15 pr. C. h. t. c. 1 C. (10. 35).

4) c. 2. 8 C. Th. h. t. L. 32 § 22 D. (24. 1) c. 4 C. h. t. fr. Vat. 262.

die Frau ihr ganzes Vermögen als dos bestellt und in Folge davon über gar keine Vermögensmittel zur Befriedigung speciell weiblicher Bedürfnisse zu verfügen hatte; daß sie bei dem Principe der willkürlichen Ehescheidung durch eine solche in eine sehr üble Lage versetzt werden konnte, indem sie als geschiedene Frau im Allgemeinen einer gleich dotirten Jungfrau nachstehen wird; endlich daß der Mann beim Vorversterben der Frau die dos advent. immer, die prof. aber dann, wenn der Besteller nicht mehr am Leben war, lucrirte, während die Frau für den Fall ihres Ueberlebens sich keines solchen Gewinnes erfreuen konnte. Allen diesen Mängeln konnte eine solche Schenkung vor der Ehe, da sie während der Ehe verboten war, abhelfen.

Einzelne dieser Zwecke konnte man aber auch auf andere Art, z. B. durch die *donatio divortii causa* ⁵⁾ oder durch eine Schenkung unter der Suspensivbedingung der Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Tod des Mannes erreichen. War es bei der unter Voraussetzung des Eheabschlusses gemachten Schenkung der Frau nicht besonders darum zu thun, dadurch ein dispositionsfreies Vermögen in ihre Hände zu bekommen, so konnte sie das geschenkte Object als dos dem Manne zurückgeben. ⁶⁾ Diese sowie die suspensiv bedingte Schenkung hatten miteinander gemein, daß sie ein giltiges Verlöbniß voraussetzten ⁷⁾ und daß sie auf eine künftige Ehe gerichtet waren und gerade durch letztern Punkt unterschieden sie sich wesentlich von den einfachen Brautgeschenken.

Im Uebrigen bewegten sich sämmtliche Brautgeschenke in formeller und materieller Beziehung auf dem Gebiete der freiesten Willkür der Parteien und wichen sie von den gewöhnlichen Schenkungen nur da-

5) L. 11 § 11. L. 12. 60 § 1. L. 61. 62 pr. D. (24. 1). v. Savigny Syst. IV. E. 170.

6) L. 12 pr. D. (6. 2) c. 1 C. h. t. c. 7 eod. „remaneret“ (darüber Bas. XXVIII. 3. 7 sch. 1.). e. 14 cod. c. 18. C. (9. 9) „repetere“; in c. 5. C. h. t., welche dieselbe Stelle verkürzt enthält, steht bloß *petere*. Letzteres scheint richtiger zu sein, weil ersterem c. 1 C. h. t. widerspricht.

7) c. 5 C. h. t. c. 18 C. (9. 9).

durch ab, daß sie nicht den Beschränkungen der lex. Cincia unterworfen waren. 8)

Dies änderte sich durch die Constantinische Gesetzgebung über Schenkungen. Nach Constantin 9) bedarf eine jede Schenkung zu ihrer Gültigkeit einer in Gegenwart von Zeugen aufgesetzten und von ihnen unterschriebenen schriftlichen Urkunde, der wirklichen Tradition der Sache in Gegenwart von Nachbarn und der gerichtlichen Insinuation. Was die Brautgeschenke insbesondere betrifft, so setzte er fest, 10) daß auch die, welche nicht mit Rücksicht auf die künftige Ehe gegeben werden, den *affinitatis coeundae* c. errichteten in Bezug auf die Rückforderung bei nicht erfolgter Ehe gleichgestellt sein sollen. Die Intention des Bräutigams, der Braut als solcher oder als zukünftiger Ehegattin ein Geschenk zu machen, konnte von nun an nur mehr im Gegenstande und Umfang der *donatio* ihren entsprechenden Ausdruck finden. Da aber die strikte Aufrechterhaltung der oben erwähnten formellen Erfordernisse sowohl bei manchen gewöhnlichen Schenkungen als insbesondere bei den Brautgeschenken zu Ungereimtheiten und Unannehmlichkeiten führen mußte, so sah sich schon Constantin selbst und seine nächsten Nachfolger veranlaßt, ausnahmsweise zu Gunsten gewisser Personen 11) und so auch der Brautleute 12) von der einen oder andern Formalität abzusehen. Immerhin aber blieb deren Durchführung Regel.

Hier wurde nun das Erforderniß der Tradition für die mit Rücksicht auf die künftige Ehe gemachten Brautgeschenke von der mächtigsten Wirkung. Nun mußte auch in den Fällen, wo früher

8) Fr. Vat. 302. Irrig glaubt Burchardi S. 218, die a. n. d. wäre vor c. 13 (8) C. Th. h. t. der lex Cincia unterworfen gewesen.

9) c. 1 C. Th. (8. 12) c. 1 C. Th. h. t.

10) c. 2 C. Th. h. t. c. 15 C. h. t.

11) c. 4. 5. 7 C. Th. (8. 12).

12) c. 3 7. 8. 13 C. Th. h. t. ed. Haen. v. Löhr's Arch. XV. 20. II. S. 439 ff., Entwicklung des formellen Schenkungsrechts nach Constantin bedarf in Ansehung der Geschenke zwischen Braut und Bräutigam nach den vorstehenden Gesetzen einiger Modificationen.

der Mann durch eine suspensiv bedingte Schenkung die Zwecke der Frau befördern konnte, derselbe sich entweder den sofortigen Eigenthumsübergang der geschenkten Gegenstände mit den daraus folgenden lästigen Consequenzen gefallen lassen, d. h. einfach unter der Voraussetzung einer künftigen Ehe schenken, oder auf eine Schenkung überhaupt verzichten. That er das letztere, so konnten die Frau oder deren Vater in Bezug auf die dos die geeigneten Gegenmaßregeln ergreifen und sich bei dem nun aufkommenden Stipulationsssystem den Rückfall der dos bei der Auflösung der Ehe ausbedingen. Denn gerade wegen der aus der dos zu hoffenden Bereicherung für den Fall seines Ueberlebens wird der Mann seiner zukünftigen Frau ein Geschenk unter der Suspensivbedingung seines früheren Todes besonders häufig gemacht haben. 13) Wählte er aber das erstere, so konnte er sich zwar den Nießbrauch reserviren, mußte aber das Eigenthum für immer der Frau tradiren, so daß es bei ihrem Vorversterben an ihre Erben überging und um seinen Betrag der Gewinn des Mannes durch die dos vermindert wurde. Daß sich dieser Mißstand ganz besonders in der Zeit geltend machte, wo man beim Aufkommen des *lucris dotis* hauptsächlich mit Rücksicht auf dieses solche Geschenke und zwar nun häufiger und quantitativ bedeutender machte, ist natürlich. Man konnte ihm zwar durch resolutiv bedingte Schenkungen unter der Voraussetzung des Nichtvorversterbens der Frau vor dem Manne entgehen, allein man konnte ihn auch durch einen schon längst geübten Brauch 14) beiseitigen. Die Frau hatte bloß die geschenkten Gegenstände als dos zu retradiren. Der Mann bekam sie nun wieder zu Eigenthum, hatte den Fruchtgenuß davon und behielt sie im Fall seines Ueberlebens oder bei einer durch die Frau verschuldeten Scheidung als dos; umgekehrt zog die Frau dieselbe beim Tode des Mannes

13) Dies dürfte aus c. 3 C. h. t. u. der spätern Gesetzgebung über das *lucrum dotis* u. d^{is} pr. n. hervorgehen.

14) Vgl. o. R. 6.

oder einer von ihm verschuldeten Auflösung der Ehe als dos zurück. Die früher nur hie und da vorkommende Retradition wurde nun zur Regel.¹⁵⁾ Die Constantinische Gesetzgebung war also dieser Art Brautgeschenken nicht nur nicht lästig, sondern war vielmehr ganz geeignet, den von Anfang in ihnen liegenden Keim durch einen unbewußten indirekten gesetzlichen Zwang zur allmählichen Entwicklung zu bringen. Man konnte nun die Bestallung der dos und donatio spons., deren Traditio und Retradition bei einer und derselben Gelegenheit vornehmen und in einem und demselben Instrumente beurkunden. Der Natur der Sache nach nahm man dieß alles beim Abschlusse der Ehe selbst vor und daraus erklären sich auch die Ausdrücke *tempore nuptiarum donare, ad nuptias tradere* u. dgl.¹⁶⁾ und der später aufgekommene Gedanke, daß die Constituirung einer a. n. d. zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Ehe gehören könnte.¹⁷⁾ Eine Vereinfachung dieser Manipulationen dadurch, daß ohne Hingabe und Rückgabe des Geschenkes sich der Mann einfach im Ehevertrage zum Empfange einer größeren dos bekannte, ging nicht an.¹⁸⁾

Es ist begreiflich, daß die einfachen Brautgeschenke an diesen Veränderungen keinen Antheil nahmen, sondern ihrer Natur und ihren Gegenständen entsprechend noch ganz in der alten Weise mit der Modification der c. 15. C. h. t. behandelt wurden.

15) Nov. Theod. II. 14 § 3. „licet res a. n. donatae, ut assolet fieri, in dotem a muliere redigantur“. § 4 spricht von einer „altera dos“ c. 5 pr. C. (5. 9). — c. 15 C. Th. (9. 42) si forte cum proscripti bonis c. 13 (8) C. Th. h. t. „exacta restitui“. Eine Epi davon findet sich sogar noch in Nov. 22 c. 23 i f. — Bas. XXVIII. 2, 7 sch. Thalel. „Quoniam enim a. n. d. tempore nuptiarum viro datur ab unore praeter dotem etc.“ Bas. XXVIII. 14, 1. sch. Eustath. „Erat olim hic mos in nuptiis, ut maritus a. n. res uxori donaret et uxor eas res acceptas marito quasi in dotem daret cum aliis rebus, quae ab ipsa in dotem dabantur.“

16) c. 2. 3 C. Th. (3. 8) c. 3 C. (5. 9). In letzterer Stelle wird das „sponsaliorum nomine“ dem „nuptiarum solennitate percepta“ gegenübergestellt. Vgl. auch noch c. 9 C. Th. h. t. Nov. Major. 6 (8) § 9.

17) c. 3 C. Th. (3. 7) c. 22 C. (5. 4).

18) c. 1 C. h. t. c. 15 C. Th. (9. 42) c. 9 pr. C. (9. 49) vb. m. c. 1 C. Th. (8. 12) u. e. 1 C. Th. h. t. Vgl. auch c. 13 (8) C. Th. h. t.

Ebenso natürlich ist es, daß in Folge des Zusammenwerfens und der daraus entstandenen formellen und theilweise materiellen Gleichbehandlung der mit Rücksicht auf die Ehe gemachten don. spons. mit der dos die Ansicht vom eigentlichen Wesen jener sich in einer der Natur dieser mehr entsprechenden Weise allmählig umgeändert hat. War die dos zur Mitbestreitung der ehelichen Lasten bestimmt, so diente die don. spons. nun zu dem nehmlichen Zwecke. Rührte die dos von der Frau her, so kam die don. spons. aus dem Vermögen des Mannes. Diese verfolgte also theilweise ähnliche Zwecke wie jene, war also etwas Aehnliches auf Seiten des Mannes, wie die dos auf Seiten der Frau. Dieser Gedanke war natürlich noch lange nicht zur Klarheit durchgedrungen, sondern lag erst im Keime vor. Die nächstfolgende Gesetzgebung war aber ganz dazu angethan, diesen Keim zu entwickeln. Am frühesten näherten sich beide Institute in Folge der Ehegesetzgebungspolitik der christlichen Imperatoren, welche den willkürlichen und ungerechtfertigten Ehescheidungen und theilweise auch den zweiten Ehen der überlebenden Gatten durch Vermögensstrafen entgegenzuwirken suchten, für welche die in der dos und don. spons. mit Rücksicht auf die Ehe ausgeschiedenen Vermögenstheile den natürlichsten Inhalt und Maßstab boten.

Trotz ihrer Vereinigung mit der dos verlor doch die don. spons. ihre Selbstständigkeit nicht, um so weniger, als außer den gewöhnlichen Brautgeschenken auch hie und da Fälle vorkamen, wo die don. matrimonii eo. c. nicht als dos zurückgegeben wurde. Aber auch diese Brautgeschenke sollten nun beim frühern Tode der Frau an die Geber zurückkehren.¹⁹⁾

19) c. 9 C. Th. h. t. v. 368. Nach dem Ausdruck „multa sponsaliorum nomine ad nuptias pro solemnitate tradita“ u. nach dem ganzen Inhalt der Stelle zu schließen, worin von dem Manne gar nicht die Rede ist, möchte hier hauptsächlich auf das munus nuptiale [L. 13 § 2 D. (26. 7) L. 1 § 3. D. (27. 3) oder nuptialicium [L. 194 D. (50. 16)], Geschenke, die nach der Sitte der Braut zur Hochzeit von Verwandten und Bekannten gegeben wurden, reflectirt sein. v. Löhr Arch. XXX. 11 R. 27 hat deshalb viel zu viel Gewicht auf diese Stelle gelegt.

Den berührten Umständen gemäß mußten die Brautgeschenke zunächst bezüglich ihrer Verhältnisse nach der Ehe Gegenstand besonderer gesetzlicher Verfügungen sein, und da Constantin²⁰⁾ sie alle, wenn auch mit den verschiedensten Intentionen gemacht, zusammengeworfen hatte, so gebrauchten auch die nachfolgenden Kaiser zur Bezeichnung dieses Conglomerats die verschiedenartigsten Redewendungen. So bestimmten Gratian, Valentinian und Theodos 371²¹⁾, daß die Frau, welche das Trauerjahr verläßt, alles was sie aus dem Vermögen des Mannes *jure sponsalium* (*sponsaliorum Cod. Theod.*) oder durch letztwillige Disposition erhalten habe, verlieren soll. Ein Jahr später²²⁾ verfügen die nehmlichen Kaiser, daß die *mater binuba* alles was sie aus dem Vermögen ihres ersten Gatten *sponsalium* (*sponsaliorum Cod. Theod.*) *jure*, *quidquid etiam nuptiarum sollemnitate* sowie durch letztwillige Liberalität bekam, dem Eigenthum nach ihren Kindern erster Ehe aufbewahren müsse. Der *Ususfructus* an den *res. a. n. donatae* kann ihr aber auf keinen Fall, auch nicht durch eine Verfügung des Mannes, entzogen werden.²³⁾ Ebenso sollen nach Honorius und Theodos solche Frauen während ihrer Lebzeiten den Nießbrauch haben *eorum, quae nuptiarum tempore accipiunt.*²⁴⁾ Aehnliche Grundsätze spricht Theodos II. über die *donationem a. n. resque alias certis modis ad eam (mulierem) devolutas ex mariti persona aus*²⁵⁾ und wendet dieselben auch auf den *pater binubus* rücksichtlich der *dos resque alias ad eum ex persona mulieris devolutas an.*²⁶⁾ Wenn aber Kinder auch aus der zweiten Ehe da sind, so erhalten dieselben die sponsa-

20) e. 2 C. Th. h. t. c. 15 C. h. t.

21) c. 1 C. Th. (3. 8) c. 2 C. (5. 9).

22) c. 2 C. Th. (3. 8) c. 3 C. (5. 9).

23) c. 1 C. (5. 10) c. 1 C. Th. (3. 9) Nov. 22. c. 32. 33.

24) c. 3 C. Th. (3. 8).

25) Nov. Theod. II. 14 § 1. c. 5 C. (5. 9).

26) Nov. cit. § 2. 3. c. 5 C. cit.

litiam largitatem (*mariti largitatem, sponsalium l.*) des zweiten Ehemannes zu Eigenthum *tanquam paternum patrimonium*, wenn ihre Mutter auch nicht zur dritten Ehe schreitet, damit die jedesmaligen Kinder aus einer Ehe *patrum suorum sponsalities retineant facultates.*²⁷⁾ Gleichgültig ist es, ob der Mann oder die Frau selbst oder ein Dritter für sie die *a. n. d.* oder *dos* bestellt hat und ob erstere mit der *dos* vereinigt ist, oder nicht. Denn die *a. n. d.* behauptete doch ihr Sonderdasein, wie ja auch der Mann bei einer von der Frau verschuldeten Scheidung die ganze *a. n. d.* zurückbehalte, nicht aber Theile davon, *ut in altera dote.* Doch kann der überlebende *parens binubus* das *lucrum nuptiale* unter die Kinder nach Wahl und Belieben vertheilen.²⁸⁾ Daß die Kinder die Erbschaft des erstverstorbenen *parens* angetreten haben, ist nicht nothwendig, wenn sie nur den letztverstorbenen beerbt haben; ja wenn dieser sich nicht wieder verheirathet und das ihm deshalb eigenthümlich gewordene *lucrum nuptiale* bei seinem Tode nicht veräußert oder consumirt hat, so brauchen sie nicht einmal Erben dieses letztern zu werden, *ut eis liceat res a patre profectas ut paternas, a matre ut maternas accipere.*²⁹⁾

Nachdem Arcadius und Honorius 396³⁰⁾ verfügt hatten, daß die Frau aus dem Vermögen ihres proscribirten Mannes ihre *dos* und *quae ab innoxio adhuc marito a. n. titulo d^{is} acciperit* wegnehmen könne, bestimmten Theodos II. und Honorius 421³¹⁾ im Geiste der von Julian wieder aufgehobenen³²⁾ *c. 1*

27) c. 4 C. (5. 9). In Nov. 22 c. 29 30 auch auf die *dos* ausgedehnt.

28) Nov. cit. § 4—5. c. 5 C. cit.

29) Nov. cit. § 7. In c. 5 § 2 C. cit. dagegen sind die Worte „*si hereditatem ejus, qui posterior moritur, liberi adire noluerint*“, ausgelassen.

30) c. 15 C. Th. (9. 42) c. 9. pr. C. (9. 49). Nov. 134 c. 18.

31) c. 2 C. Th. (3. 16).

32) Augustini quaest. ex utr. test. qu. 115. v. Bhr Arch. XVI. 1. N. 84.

C. Th. (3. 16) v. 331, daß die Frau wegen unbegründeten repudii von ihrer Seite neben andern Strafen abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, ihre dos einbüße, daß sie aber in Folge rechtmäßiger Scheidung ihre dos zurückbekommen und sponsalem quoque obtineat largitatem; der Mann dagegen solle unter der ersten Voraussetzung je nach Umständen entweder die dos und donatio einbüßen, oder blos die dos verlieren, im zweiten Falle dagegen et dote potiatur et suam recipiat largitatem. ³³⁾ In einer Constitution von 449 ³⁴⁾ sind dann die gesetzlich zulässigen Scheidungsgründe aufgeführt, bei deren Vorhandensein entweder die Frau et dotem recuperare et a. n. d^{em}. lucro habere aut legibus vindicare, oder der Mann tam dotem quam a. n. d^{em}. sibi habere seu vindicare kann, während er andern Falls et dotem redhibeat et a. n. d^{em}. amittat. Sind Kinder vorhanden, so muß quicquid ex nuptiis lucratum est, von Seiten der Frau die a. n. d., von Seiten des Mannes die dos, vorbehaltlich des Electionsrechts, ihnen dem Eigenthum nach aufgehoben werden.

Einen tiefen Einblick in die Entwicklung der a. n. d. giebt uns die Gesetzgebung von 428. Die instrumenta donationum a. n. vel dotis sollen nicht zu den wesentlichen Erfordernissen der Ehe gehören. ³⁵⁾ Dieselben müssen also bereits so gewöhnlich gewesen sein, daß man im Leben Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Ehe bekommen konnte, wenn sie einmal nicht stattfanden. Ebenso wenig soll die Tradition zum Bestande der a. n. d. nothwendig sein, ja wenn ihre Summe 200 sol. nicht übersteigt oder wenn die Frau minderjährig und der Stütze ihres Vaters beraubt ist, nicht einmal die Insinuation. ³⁶⁾ Wahrscheinlich wurde die

33) Ueber die nach dieser Stelle noch fortbestehenden retentiones ab liberos v. Lühr a. a. D. II. 86.

34) c. 8 C. (5. 17).

35) c. 3 C. Th. (3. 7). c. 22 C. (5. 4).

36) c. 13 (8) C. Th. h. t. c. 17 C. h. t.

Tradition mitunter nicht vorgenommen, weil ja doch die Frau die a. n. d. als dos retrahirte, und wurden in Folge davon die Frauen von den Männern oder deren Erben hintergangen unter dem Einwande, daß die a. n. d. wegen nicht geschehener Tradition gar nicht zu Stande gekommen sei und daß auch die in den Ehevertrag gesetzte Klausel, die a. n. d. sei zur dos geschlagen ³⁷⁾, ihr nichts helfe. ³⁸⁾

Hat ein Hausvater eine a. n. d. oder eine dos für sein Hauskind bestellt, so soll dieselbe nicht peculium adv. regal. werden, falls sie wieder an das Kind zurückfällt. ³⁹⁾ Lucrirt aber ein Hauskind eine dos oder a. n. d. und stirbt als solches mit Hinterlassung von Kindern, so fällt das lucrum jure hereditatis an die Kinder und nicht jure peculii an den Vater. ⁴⁰⁾ Höchst merkwürdig ist zum Schlusse noch ein Gesetz von 443 ⁴¹⁾ welches erklärt, daß zwar die einfache Schenkung ein lucratives Rechtsgeschäft sei, nicht aber die a. n. d. oder dos, weil beide zur Erleichterung der ehelichen Lasten beitragen, obschon allerdings unter Umständen dieselben Stoff zu einem lucrum geben könnten. Diese Constitution ist um so merkwürdiger, als hier die a. n. d. ungeschrieben wird mit den Worten „si socer futurus filii, ne otis vel pronepotis sponsae affinitatis coeundae causa donaverit“, welchen unmittelbar darauf der Ausdruck dotaverit gegenübergestellt wird, ein sicherer Beweis dafür, daß die a. n. d. nichts ist, als der der ehemaligen donatio matrimonii coeundi causa zu Grunde liegende nun weiter ausgebildete Gedanke.

Werfen wir einen Rückblick auf das bisher angeführte, so finden wir, daß es vor Constantin zweierlei nach Intention und

37) So möchte die etwas dunkle Stelle in c. 13 C. Th. cit. „nec si et imperite vel callide rerum offerendarum in dotem habeat donatio mentionem“ den besten Sinn geben.

38) c. 1 C. h. t. c. 5 C. Th. (9. 42) c. 9 pr. C. (9. 49).

39) c. 2 C. (6. 61).

40) Nov. Theod. II. 14 (7) § 8. c. 3 C. (6. 61) Nov. 22 c. 34.

41) Nov. Theod. II. 22 § 15. c. 1 C. (10. 35).

gesetzlichen Grundsätzen verschiedene Brautgeschenke gab; daß dieser Kaiser beide im Sinne der *matrim. co. e. don* zusammenwarf; daß seine Gesetzgebung über die Form der Schenkungen zur Verminderung von Nachtheilen für den Mann wie die Frau die Retradition der Brautgeschenke als *dos* gewöhnlich und allgemein machte; daß diese äußere Vereinigung mit der *dos* auch auf die Auffassung des Wesens der *don. spons.* im Sinne jener einen mächtigen Einfluß übte; daß diese veränderte Anschauung auch in der Gesetzgebung ihren Ausdruck fand durch das Bestreben, beide Institute zunächst und hauptsächlich bezüglich ihrer Verhältnisse bei der Scheidung und nach der Ehe einander gleichzustellen; daß aber besonders unter Theodos II. die unter der Bezeichnung *a. n. d.* ganz allgemein gewordene *don. spons.* mit der Ausbildung dieses Namens immer mehr Selbstständigkeit und Consistenz gewann, so daß man sie als ein besonderes von Seiten des Mannes herrührendes Vermögen, als eine *altera dos* ansah, die von vornherein zu den Zwecken der Familie bestimmt, beim Vorhandensein von Kindern *tamquam paternum patrimonium* diesen nicht entgegen soll und die deshalb auch keine reine Liberalität mehr ist, sondern zu gleicher Zeit die Erleichterung der ehelichen Lasten bezweckt.

In sprachlicher Beziehung sehen wir sodann, daß wie anfänglich zweierlei Brautgeschenke von einander unterschieden werden, indem man dem einen einen Beisatz giebt, wie *matrim. co. e. u.* dgl.; daß man seit ihrer Vermengung durch Constantin dieses Conglomerat zunächst durch mannigfache Umschreibungen bezeichnete; daß mit der nach und nach eintretenden Consistenz ihrer Umbildung abstrakte Begriffe, wie *sponsalicia largitas*, *sponsalis l.*, *mariti largitas* aufkamen; daß sich allmählig, besonders unter Theodos II., statt ihrer und neben den Ausdrücken *res. a. n. donatae*, ⁴²⁾ *donationes a. n.*, der Name *ante nuptias*

42) In c. 4 C. (5. 5) bezeichnet das *a. n. donatum* in einem vagen Begriffe die Liberalitäten beider Ehegatten vor der Ehe, welche im Falle einer gesetzlich verbotenen Ehe an den Fiscus kommen. In Nov. 12 c. 1. 2 wird hier nur noch die *dos* erwähnt, weil die *d. pr. n.* im übrigen Vermögen des Mannes inbegriffen ist.

donatio feststellte als Bezeichnung eines der *dos* entsprechenden selbstständig gewordenen Instituts, das geradezu auch einmal *altera dos* genannt wird. Zum Schlusse sehen wir dann noch die merkwürdige Umschreibung der *a. n. d.* als eine *donatio affin. co. e.*

Da also die *a. n. d.* nichts anders als das un- und fortgebildete Brautgeschenk ist, welches mit Rücksicht auf die künftige Ehe gemacht wurde, so mußte mit der Ausbildung und Selbstständigkeit derselben auch die einfache *don. spons.* wieder in ihrem Sonderdasein und zwar noch schärfer als früher hervortreten. Dieß liegt in der Natur der Sache ⁴³⁾ und wird uns auch durch die in das justinianische Rechtsbuch aufgenommenen von ihr sprechenden Constitutionen ⁴⁴⁾ sowie durch die nachjustinianische Gesetzgebung bezeugt. ⁴⁵⁾ Ihre einstige Vereinigung mit der *don. spons. matr. co. e.* zeigt sich noch in dem Rechtsätze, daß ihr Bestand von der Eingehung der Ehe abhängt ⁴⁶⁾ und ihre Verwandtschaft mit der aus jener herausgebildeten *a. n. d.* in ihrer Zusammenstellung mit letzterer in derselben Titelerubrik des Codex. ⁴⁷⁾

Während aber so unter Theodos II. im Orient die *a. n. d.* bereits zu einer bestimmten Entwicklung und einem gewissen Abschlusse gekommen war und nun die Gesetzgebung eine Zeit lang stille steht, ist dieß im weströmischen Reiche anders. In dem der Zeitfolge nach nächsten Gesetze von Valentinian III. von 452 ⁴⁸⁾ finden wir nicht nur den Begriff der *a. n. d.* noch nicht, und wird ganz in der früheren Weise von „*sponsalia quae mulier*

43) Dieß gibt auch der in dieser Hinsicht von Sontag p. 63 mißverständliche v. Savigny Syst. IV. S. 169 N. k. zu. Reinhardt § 11.

44) c. 1—16 C. h. t.

45) z. B. Prochir. t. XV de *arrhis et donationibus sponsaliciis*. Bas. XXVIII. 3. de *numeribus sponsalitiis*. Harmen. IV. 3. de *donationibus sponsal.*

46) c. 15 C. h. t.

47) tit. Cod. (5. 3).

48) Nov. Val III. 34 § 8. 9.

accepit“ oder „quantum maritus sponsalibus intulerit“ gesprochen, sondern es werden auch ganz eigenthümliche materielle Bestimmungen darin aufgestellt. Wenn nemlich der Mann vor der Frau ohne Kinder verstirbt, so soll dieselbe die Hälfte der pro pudore percepta“ 49) an seinen Vater oder seine Mutter restituiren, und nur, wenn letztere nicht vorhanden sind, darf sie das Ganze behalten. Dasselbe findet in Ansehung der vom Manne lucrirten dos statt, falls bei ihrer Constituirung keine andern Festsetzungen getroffen worden sind. Um aber eine jede Ueber- vortheilung des einen oder andern Ehegatten zu verhüten, muß die Frau so viel als dos einbringen, quantum sponsalibus maritus intulerit. Dasselbe befiehlt Majorian 458 50) bei Strafe der Infamie für die Frau und ihren Vater, der Nichtigkeit der Ehe und der Illegitimität der daraus geborenen Kinder. Auch soll die Frau nicht mehr das Recht haben, die sponsaliciam largitatem, wenn sie sich wieder verheirathet hat, ungleich unter die Kinder erster Ehe zu vertheilen, sondern dieselben sollen zu gleichen Antheilen in sie succediren, siquidem recte illa donatio inter bona paterna numerabitur, quam in uxorum maritus contulit tempore nuptiarum. Zu Gunsten eines extraneus soll sie nur bei vorliegenden gerechten Enterbungsgründen verfügen können. 51) Auf Verlangen der Kinder muß sie Bürgschaft stellen salva fore corpora omnia sponsalitiæ largitatis. 52) Letztere sowie die andern, früheren Gesetzen widersprechenden Bestimmungen der vorigen Novelle hob Severus 463 53) wieder

49) Schon dieser Ausdruck zeigt, in welcher Unklarheit man sich bezüglich der spons. larg. in Westrom befand. Vgl. c. 1 C. Th. (9. 42) u. Gothofr. comm. ad h. l. über die „donatio maritalis, quæ pudicitia præmio eessit.“

50) Nov. Major. 6 (8) § 9. In § 10 werden der Umgebung dieser Verfügung durch Mittelspersonen und der Haabsucht der Schwiegerväter Schranken gesetzt.

51) Nov. cit. § 8.

52) Nov. cit. § 6

53) Nov. Sev. 1.

auf und hielt nur daran fest, daß die Kinder das Eigenthum der sponsalia zu gleichen Theilen und die Mutter nur den Nießbrauch davon haben soll, möge sie zu einer zweiten Ehe schreiten oder nicht. 54)

Diese drei aus Rom und Ravenna datirten Constitutionen sind im Orient unberücksichtigt geblieben. Charakteristisch für sie ist, daß sie noch nicht zu einer technischen Bezeichnung gekommen sind, obgleich sie den Zusammenhang der spons. larg. mit der dos so sehr betonen. Sie sahen eben in ihr nur ein Gegengeschenk des Mannes gegen das *lucrum dotis*, und daraus erklärt sich auch, daß man hier schon viel früher zu einer vollständigen arithmetischen Gleichheit beider Vermögenstheile und deren gegenseitig nothwendigen Bestellung, als im Orient gelangte.

§ 2.

Die ante nuptias donatio.

Die a. n. d. bildete sich von nun an nur mehr im Orient weiter und zwar im Anschluß an die Gesetzgebung Theodos II. Hier müssen wir uns aber erinnern, daß sich besonders seit Constantin in Folge der Einwirkung von Grundsätzen aus dem *jus gentium* eine allmähliche Veränderung in der Anschauung vom Wesen der dos einstellte, welche sich unter principieller Festhaltung der alten civilen Dotalgrundsätze durch *stipulationes* in den Eheverträgen Ausdruck verschaffte. Der Zielpunkt und Enderfolg dieser Entwicklung war, daß man die dos nicht mehr wie früher als eine dem Manne ein für allemal wegen der Lasten der Ehe gegebene Entschädigung betrachtete, sondern als einen während der Dauer der Ehe zur theilweisen Bestreitung des Aufwandes derselben von Seiten der Frau in das Eigenthum und die Verwaltung des Mannes hingegebenen Vermögenstheil, der beim Auf-

54) Severus scheint hier vorauszusetzen, daß schon nach früheren Gesetzen die Mutter blos den Nießbrauch habe. Allein nur für den Fall eines durch grundlose Scheidung gemachten *lucris d. a. n.* oder *dotis* wird in c. 8 § 7 C. (5. 17) v. 449 kein Unterschied zwischen dem Eintreten oder Nicht-Eintreten einer neuen Ehe gemacht.

hören der Ehe wieder an seinen Ausgangspunkt zurückfallen sollte. Behielt nun der Mann unter gegebenen Voraussetzungen bei Auflösung der Ehe trotzdem die dos, so machte er einen positiven Gewinn, ein eigentliches *lucrum*, und dieß erkannte man auch an, indem man zur Herstellung einer billigen Gleichheit eine a. n. d. constituirte, welche unter den umgekehrten Voraussetzungen die Frau lucrirte. 4) In dieser Hinsicht mußte die Ausbildung der a. n. d. gar sehr die Umgestaltung der dos in obiger Weise befördern. Aber umgekehrt mußte auch die dos, wie bereits erwähnt, wegen ihres Zusammenhangs mit der a. n. d. und besonders in Folge der durch die Retradition derselben bewirkten engen Verbindung mit ihr den Gedanken schärfer ausprägen, daß die a. n. d. während der Ehe zu den nehmlichen Zwecken wie die dos zu dienen habe. Ja diese Zwecke der Ehe erweiterten sich bei beiden Instituten unter Theodos II. gewissermaßen zu Zwecken der Familie, indem die Gesetzgebung darauf gerichtet war, den Kindern womöglich das Eigenthum an den *lucra dis. a. n.* oder *dotis* ohne Rücksicht auf die gewöhnlichen Erbfolgegrundsätze zu sichern. Je mehr aber die Bedeutung der a. n. d. für die Förderung ähnlicher Zwecke erkannt wurde, eine um so selbständigere und der dos entsprechendere Gestaltung mußte sie annehmen. Sie wird jetzt nicht bloß häufiger, sondern auch in einem beträchtlicheren Umfange vorgekommen sein. Da sie ihren Zweck nun in sich trug, so war es nicht mehr nöthig, sie demselben auf einem Umwege zuzuführen, d. h. sie zu tradiren und als dos retradiren zu lassen, zumal seit der Gesetzgebung von 428 2) auch kein äußerer Grund mehr zu dieser Manipulation vorlag. Wenn uns gleichwohl Theodos II. noch 439 3) sagt, daß dieß das Gewöhnliche sei, so mag dieß allerdings bis dahin der Fall gewesen sein. Auch später kam sicherlich noch die Hingabe und Rückgabe und in

1) Ueber diese Umbildung der dos vgl. bes. Beckmann, d. r. Dotalsrecht § 27 S. 110—119, auch Unterholzner, Schuldverh. § 541.

2) c. 13 (8) C. Th. h. t.

3) Nov. Theod. II. 14 (7) § 3. c. 5 pr. C. (5. 9).

der nächsten Zeit noch ziemlich häufig vor; allein dieß war nur eine immer mehr abkommende Übung, worauf noch Justinian anspielt, 4) und der man wahrscheinlich dann statt gab, wenn man die Frau die ganze a. n. d. nach dem Tode lucriren lassen wollte. Allein mit der quantitativen Erweiterung derselben, welche die Sitte eines bloß theilweisen Lucrircns erzeugte, mußte es immer gebräuchlicher werden, die a. n. d. einfach zu promittiren oder nach Justinians Ausdruck zu *conscribiren*, d. h. nach Art und Größe im Ehevertrage festzusetzen, 5) bis zu einem gewissen Grade aus dem übrigen Vermögen auszuscheiden und sie dann zu insinuiren. Zudem aber so der Regel nach die a. n. d. beim Manne verblieb und dieselbe nur unter den vertragsmäßigen oder gesetzlichen Voraussetzungen an die überlebende oder geschiedene Frau ganz oder theilweise kam, mußte dieß auf die Anschauung von der dos den Einfluß haben, daß dieselbe nur unter den nehmlichen umgekehrten Voraussetzungen beim Manne verbleiben, außerdem aber und principiell an die Frau bei Auflösung der Ehe zurückfallen solle.

Diese veränderte Auffassung muß bald nach Theodos II. im Orient in einem Gewohnheitsrechte (ein Gesetz haben wir nicht) zum Durchbruch gekommen sein. Denn die uns zunächst begegnenden Gesetze basiren mit Nothwendigkeit auf dem principiellen Verbleiben der a. n. d. beim Manne und dem Rückfalle der dos an die Frau bei Auflösung der Ehe. Natürlich mußte nun auch die a. n. d. rechtlich dann an den Mann zurückfallen, wenn sie der Frau noch nach der frühern Sitte wirklich ausgehändigt wor-

4) Nov. 22 c. 23 i. f. Eustath. ad Bas. XXVIII. 14, 1 sch. Vgl. auch c. 31 § 1 C. (5. 12).

5) Es ist falsch, wenn Böhr XXX. 11 N. 47 meint, daß die Tradition bis zur c. 35 C. (8. 54) v. 530 nöthig gewesen sei und erst seitdem die *datio* aufgehört habe. Denn schon c. 13 C. Th. cit. gestattet das Unterlassen der Tradition und schon c. 9 C. (5. 14) v. 468 spricht von *promittere*. Gewöhnlich bediente man sich unbestimmter Ausdrücke, wie *facere*, *conferre*, *praestare*, *conferre*; auch finden wir in c. 10 C. (5. 27) v. 529 bereits den Ausdruck *conscribere*.

den war. So verordnet Leo 467⁶⁾, daß bei der Intestatjucceſſion in das Vermögen eines Ascendenten die von dieſem herrührende dos und a. n. d., gleichviel ob letztere direkt an die Braut oder zunächſt an den Bräutigam gemacht wurde, conferirt werden müſſen. Concurrirten Oheime mit Neffen, ſo müſſen auch letztere die vom gemeinſchaftlichen Ascendenten gegebene dos und a. n. d. conferiren, erhalten aber aus der ſo gebildeten Maſſe nach dem damaligen Erbrechte nur $\frac{2}{3}$ des Antheils ihres verſtorbenen parens. 7) Wer keine dos oder a. n. d. zu conferiren hat, muß die einfachen Schenkungen einwerfen, wenn ihm ſelbſt eine dos oder a. n. d. conferirt wird. 8) Im Falle teſtamentariſcher Succeſſion erhielt der Descendent, deſſen vom Ascendenten oder einem Dritten herrührende dos oder a. n. d. in Folge Stipulation oder Geſetzes wieder an den Ascendenten gekommen iſt, und worüber derſelbe im Teſtamente nichts beſtimmt hat, die dos oder a. n. d. als ein Præcipuum; wenn er aber mit ſeinen Geſchwiftern eingefeßt iſt, nur dann, falls dieſelben eine gleich große nicht zu conferirende a. n. d., dos oder militia aus dem Vermögen des Verſtorbenen beſitzen, denn außerdem muß der Ueberſchuß unter alle nach Maßgabe der Erbeseinſetzung vertheilt werden. 9)

Ferner ſollen die *lucra ex dote* und a. n. de. nach einem Geſetze von 468¹⁰⁾ geometriſch, nicht arithmetiſch gleich ſein, mögen ſie von den Ehegatten ſelbſt oder deren Ascendenten oder von Dritten gegeben worden ſein. Im Falle geſetzwidriger Ungleichheit ſetzte ſie Juſtinian¹¹⁾ auf die kleinere Quantität herab. Ebenſo macht die obige Vorausſetzung noch eine Conſtitution

6) c. 17 C. (6. 20). Fein, Coll. S. 206. 207.

7) c. 19 C. eod.

8) c. 20 C. eod.

9) c. 12 C. (3. 38).

10) c. 9 C. (5. 14.)

11) c. 10 C. eod.

Zeno's von 475¹²⁾ nothwendig, nach welcher dos und a. n. d. in den Pflichttheil eingerechnet werden.

Auch die weitem Verfügungen betreffen mit höchſt ſeltenen Ausnahmen dos und a. n. d. gleichmäßig. So verordnen Leo und Anthemius 469¹³⁾, daß der zu einer zweiten Ehe ſchreitende Ascendent ſeinem zweiten Ehegatten nicht mehr *dotis vel a. n. dis titulo* oder überhaupt in freigebiger Weiſe zuwenden darf, als der wenigſt bedachte Descendent aus ſeiner erſten Ehe bekommt. Der zu revocirende Ueberſchuß ſoll jedoch nach einer Beſtimmung Juſtinian's an die Kinder aus beiden Ehen vertheilt werden¹⁴⁾ und ebenſo ſollen undankbare Descendenten nicht in Betracht kommen.¹⁵⁾ Die *mater binuba* hat an den in ihrem *lucrum* befindlichen Immobilien, Slaven und *annonae civiles* den Nießbrauch; deſgleichen an den Mobilien, die von Sachverſtändigen eidlich abgeſchätzt werden, falls ſie Bürgſchaft leiſtet, oder die Descendenten keine leiſten wollen oder können. Wollen dieſe letztern die Mobilien beſitzen, ſo müſſen ſie Bürgſchaft leiſten, daß jene 4% Zinſen vom Schätzungswerthe und falls ſie alle vor ihr mit Tode abgehen, die Gegenſtände ſelbſt zurückerhält.¹⁶⁾ Das Eigenthum und Vindicationsrecht an den *lucra nuptialia* haben die Descendenten wie früher.¹⁷⁾ Gleichgültig iſt, ob in ſeinem etwaigen Teſtamente der Ascendent bloß *extranei* oder daneben auch ſeine Kinder, ob letztere zu gleichen oder ungleichen Theilen inſtituirt hat, wenn ſie nur nicht *ingrati* ſind.¹⁸⁾ Nur

12) c. 29 C. (3. 28.)

13) c. 6 pr. C. (5. 9).

14) c. 9 pr. C. eod.

15) c. 10 C. eod.

16) c. 6 § 1 C. eod.

17) S. v. § 1 R. 29. c. 6 § 2. 3 C. eod. Nov. 22 c. 20 § 1 c. 23. 24. Nov. 68 praef. Daraus erhellet ganz klar, daß die Nov. Maj. 6 (8) § 9 u. Nov. Sev. 1 im Orient ohne Beachtung geblieben iſt. Damit erledigen ſich auch v. Böhr's Bedenken im Arch. XXX. 11. R. 33.

18) Nov. 22 c. 20 § 3. c. 21 pr.

die Kinder zweiter Ehe können nicht vindiciren, wenn sie mit den Kindern erster Ehe zur Intestatsuccession in das Vermögen ihres parens gelangt sind, der keine dritte Ehe eingegangen. 19) Stirbt ein Kind vor dem parens binibus, so erhalten seine Descendenten seinen Antheil am aufzubewahrenden *lucrum nuptiale*, vorbehaltenlich des Electionrechts für den Ascendenten, 20) sind keine Descendenten da, seine Geschwister. 21) Wegen dieser *lucra* haben die Kinder eine gesetzliche Generalhypothek am Vermögen ihres parens. 22) Ob das *lucrum* in Folge Ehevertrags oder einer Scheidung gemacht wird und welches die Ursache derselben war, ist einerlei. 23) Ebenso finden die gewöhnlichen Grundsätze über das *lucrum dotis* oder *dis. pr. n.* statt, wenn wegen nicht bestellter *dos* oder *a. n. d.* der die Auflösung der Ehe verschuldende Gatte $\frac{1}{4}$ seines Gesamtvermögens nach Abzug der Schulden, jedoch nie über 100 *aur.* verliert, 24) welche Bestimmung später bei mehr als 3 Kindern auf eine *Virilportion* und zu Gunsten der Frau beschränkt wird. 25) Geht ein Gatte ins Kloster, so treten die nehmlichen Folgen rücksichtlich der *dos* und *a. n. d.* ein, wie wenn er gestorben wäre. Nur sind hier den Kindern die *lucra* ohne Rücksicht auf eine zweite Ehe aufzubewahren. 26) Dagegen ist eine neue Ehe ohne Einfluß auf das Eigenthumsrecht des *pater binibus* an seiner *a. n. d.*, oder der *mater binuba* an ihrer *dos*. 27)

19) c. 8 § 3 C. eod.

20) c. 7 C. eod.

21) Nov. 22 c. 21 § 1.

22) c. 8 § 4. C. eod.

23) c. 9 C. eod. Nov. 22 c. 30. Es scheint daher auch in c. 8 § 7 C. (5. 17) nur von dem Falle einer zweiten Ehe die Rede zu sein. S. v. § 1 N. 54.

24) c. 11. C. (5. 17) Nov. 22 c. 18. 21 § 1 c. 30 Nov. 74 c. 5.

25) Nov. 117 c. 5.

26) c. 53 § 3 C. (1. 3) Nov. 22 c. 5. Nov. 123 C. 40. Auf gleiche Weise wird der durch richterliches Urtheil in die Sklaverei zurückgebrachte Ehegatte für den andern als todt betrachtet. Nov. 22 c. 9.

27) c. 18. C. h. t.

Die *lucra* der *dos* oder *a. n. d.*, wie die *lucra nuptialia* überhaupt, gehören zum *peculium adv. reg.* des Hauskinds und bei seinem Tode fallen sie zunächst an seine Descendenz, dann an seine vollbürtigen, hierauf an seine halbbürtigen Geschwister und zuletzt an den Hausvater. 28)

Die legitimirten Kinder stehen den ehelichen auch in Bezug auf *dos* und *a. n. d.* gleich. 29)

Kurz vor Justinian, besonders aber in seiner Gesetzgebung streift die *a. n. d.* die ihr noch von der Schenkung her anhaftenden Eigenthümlichkeiten ab und nimmt dafür mehr und mehr die Grundsätze von der *dos* an. Minderjährige bedürfen zur rechtsgiltigen Bestellung oder Einforderung einer *dos* oder *a. n. d.* des Consenses ihres General- oder Specialcurators, 30) sowie eines obrigkeitlichen Dekrets. Für die *a. n. d.* gilt die Bestimmung nicht, wonach ein Minderjähriger, auch wenn er *veniam aetatis* erlangt hat, nicht einmal in Folge eines obrigkeitlichen Dekrets eine Schenkung rechtsgiltig machen kann. 31) Verheiratheten Kinder von Geisteskranken, so hat der *Curator furiori* ihnen die *dos* oder *a. n. d.* zu prästiren und ihr Betrag ist unter Mitwirkung der Obrigkeit mit Rücksicht auf die Personen und auf die Größe der vom andern Ehegatten gewährten *dos* oder *a. n. d.* mit möglichster Schonung des Vermögens des Irnsinnigen festzusetzen. 32) Schon daraus ersehen wir, daß es ganz nach Analogie der *dos* als eine Verpflichtung des Vaters angesehen wurde, seinem sich verhehelichenden Sohne eine *a. n. d.* auszusetzen. Ausdrücklich sanctionirt wird dieß zunächst zu Gunsten

28) c. 4. 6 pr. C. (6. 61).

29) c. 5. 10 C. (5. 27). — Wenn hier und im Vorausgehenden bereits einige Justinianische Constitutionen besprochen wurden, so geschah dieß einmal um später Wiederholungen zu vermeiden, und ferner, weil sich dieselben als unwesentliche Ausführungen und Modificationen vorjustinianischer Gesetze hier am besten anfügten.

30) c. 28 C. (5. 12). c. 22. 25 C. (5. 87).

31) c. 3 C. (5. 74).

32) c. 28 C. (1. 4) c. 25 C. (5. 4).

rechtgläubiger Kinder ihren legerischen Eltern gegenüber, ³³⁾ dann aber allgemein einem jeden Vater ³⁴⁾ die Pflicht der Bestellung einer a. n. d. für seinen Sohn auferlegt. ³⁵⁾ Hat deshalb der Vater eine dos oder a. n. d. versprochen oder gegeben, während sein Kind ein peculium adv. oder sonst selbstständiges Vermögen hat, so fällt seinem Vermögen allein die Bestellung zur Last, falls er sie ohne Klausel vorgenommen hat. Ja wenn er auch beifügt, er gebe aus seinem und seines Kindes Vermögen, so muß er trotzdem die dos und a. n. d. allein tragen, falls jenes hinreichend ist, und nur bei gänzlicher Vermögenslosigkeit trifft das Vermögen des Kindes die Bestellung. Will er sich in dieser Hinsicht vor Nachtheilen bewahren, so muß er mit seinem Kinde verabreden, was für die dos oder a. n. d. aus dessen und was aus seinem Vermögen genommen werden soll. ³⁶⁾

Hat der natürliche Vater keine Ehefrau und keine legitimen Kinder, so kann er seinen natürlichen Kindern zusammen die Hälfte seines Vermögens als dos oder a. n. d. zuwenden ³⁷⁾ Hat ein Dritter eine a. n. d. bestellt und dieselbe der Braut ausgehändigt und ist, wo nöthig, die Insinuation erfolgt, so fällt dieselbe im Zweifel an den Ehemann zurück und nicht an den

33) c. 12 § 1. c. 19 § 1 C. (1. 5).

34) Manche, z. B. Glück a. a. D. N. 96, Schweppe § 569 a. a. D., Unterholzner wollen diese Verpflichtung analog auch auf die Mutter in dem Falle ausdehnen, wo dieselbe auch eine dos für ihre Tochter bestellen mußte. Es liegt dieß allerdings im Geiste der justinianischen Gesetzgebung.

35) c. 7 C. (5. 11). „Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum officium esse, dotem vel a. n. dem pro sua dare progenie. Es ist unbegreiflich, wie man trotz dieser klaren Worte, des ganzen Inhaltes dieser Constitution, des Geistes der vorerwähnten Gesetze sowie der Nov. 39 c. 1, und endlich des nach vollständiger Gleichheit mit der dos strebenden Entwicklungsganges der a. n. d. den im Texte aufgestellten Satz hat läugnen wollen, z. B. Warnkönig a. a. D. § 3 Nr. 3.

36) c. 7 C. cit.

37) c. 8 C. (5. 27).

Besteller, falls er sich nicht ausdrücklich den Rückfall ausbedungen hat. ³⁸⁾

Die Litigirfähigkeit einer Sache hindert ihre Bestellung zur dos oder a. n. d. nicht. ³⁹⁾

Von den letzten Fesseln der Schenkung löst die a. n. d. an sich loszumachen, als Justin gestattete, auch während der Ehe bis zum Belaufe der Vermehrung ⁴⁰⁾ der dos die a. n. d. entweder zu vermehren oder zu constituiren, falls bei Eingehung der Ehe keine solche bestellt worden war. Die Stipulationen über Retention oder Redhibition dieser Vermehrungen könnten entweder in selbstständigen Verträgen niedergelegt oder den frühern Verträgen angehängt werden. Etwaige Hypotheken datiren vom Tage der Vermehrung an. Umgekehrt könnten aber auch die Ehegatten während der Ehe die dos und a. n. d. verhältnißmäßig mindern, falls nicht die Kinder erster Ehe dadurch benachtheiligt würden. ⁴¹⁾ Justinian, immer noch nicht ganz von der Idee der Schenkung frei, erhöhte dann zunächst den Betrag, bis zu welchem die a. n. d. (sowie die gewöhnlichen Schenkungen) nicht insinuirt zu werden braucht, auf 300 ⁴²⁾ und später auf 500 sol. ⁴³⁾ Endlich erlaubte Justinian ⁴⁴⁾ die a. n. d. sowohl vor als nach der Ehe ohne Rücksicht auf Vermehrung der dos, insoweit sie nur nicht den Betrag der letztern überschreitet, zu constituiren und natürlich auch zu insinuiren, und ändert ihren Namen in propter nuptias donatio um. ⁴⁵⁾ Sie sei keine einfache Schenkung, sondern quasi

38) c. 31 § 1 C. (5. 12). Bas. XXIX. 1. 118 sch. s.

39) c. 4 C. (8. 37).

40) c. 19 C. h. t. Also nicht der dos mit Inbegriff der Vermehrung; aucta dos bedeutet hier so viel wie der andere Ausdruck augmentum dotis.

41) c. 19 C. cit Nov. 22 c. 31. Vgl. über diese beiden Gesetze Bachmann 2. Abth. S. 33. 439.

42) c. 34 pr. C. (7. 54).

43) c. 36 § 3 C. eod.

44) c. 20 C. h. t. § 3 J. (2. 7).

45) Klingt hier nicht wieder die donatio matrim. eo. c. durch? Ebenso in dem pr. ipsarum nuptiarum affectionem?

antipherna; sie könne nicht mit mehr Recht zu den Schenkungen gerechnet werden, als wie die alten Juristen auch die dos dazu zählten.⁴⁶⁾ Sie unterscheidet sich also von der dos weder nach ihrem Namen noch nach ihrem Wesen; sie sei eine *donatio propter dotem, propter ipsarum nuptiarum affectionem*. Liege ein bestimmter Vertrag vor, so entscheide zunächst dieser über die Verhältnisse der *d. pr. n.*, außerdem aber gelten die vertragsmäßigen Bestimmungen der dos auch von ihr, *ut aequis passibus utraque ambulet tam dos quam donatio*. Die früheren Constitutionen über die Gleichheit der *lucra* sollen bestehen bleiben.⁴⁷⁾

Deutlicher und bestimmter kann man das Wesen der *a.* oder *pr. n. d.*, wie es sich als Produkt der seitherigen Entwicklung darstellt, nicht ausdrücken. Sie ist eine *antipharna*, eine *contraria dos* auf Seiten des Mannes und verfolgt in Verbindung mit dieser die nehmlichen Zwecke, Zwecke der Ehe und Familie. In diesem Geiste hat denn auch Justinian⁴⁸⁾ schon ein Paar Jahre früher die Verfügung erlassen, daß im Falle schlechter Wirthschaft des Mannes⁴⁹⁾ die Frau die *dos* und *a. n. d.* (nebst ihren *paraphernis*) gerade so soll vindiciren können, als ob die Ehe nicht mehr bestände.⁵⁰⁾ Anstatt des Mannes übernimmt dann

46) So nennt Nov. 39 c. 1 *pr. dos u. d. pr. n.* zusammen *nuptiales donationes*. Und im *Brachyol.* II. 13, 5 heißt es: *Pr. n. d. alia est dos, alia pr. n. tantum d.* — *N. W. Burchardi a. a. O. S. 198.*

47) Schon in der *c. 11 C. (5. 17)* v. 528 kommt der Ausdruck *pr. n. d.* vor. Allein da die *c. 20 h. t.* auf keinen Fall vor dem Jahre 533 datirt (denn in keiner der vielen von der *a. n. d.* im Codex sprechenden Constitutionen Justinians kommt sonst diese Bezeichnung vor, was ganz gegen seine Natur wäre), so liegt hier entweder eine Interpolation wie in *c. 3 C. Th. (3. 30) c. 22 C. (5. 37)* vor, oder das Gesetz ist in das Jahr 533 zurückzudatiren. Für letzteres spricht das außerdem unerklärliche Unterlassen der Interpolation in den übrigen justinianischen Constitutionen u. der *Mag. Off. Hermogenes*, der auch in andern Gesetzen von 533 vorkommt z. B. *c. 54 C. (1. 5).*

48) *c. 29 C. (5. 12) Nov. 97 c. 6. Jul. Epit. Nov. 90, 6. ed. Pith. Bas. XLI 7, 38 sch. o.*

49) „*Marito male res administrante*“ *Nov. 97 c. 6.*

50) In *c. 30 i. f. C. (5. 12) ficti divortii falsa etc.* ist bloß diese Fiction für ungerechtfertigt erklärt worden, ohne eine Rechtsfolge daran knüpfen. *N. W. v. Bähr im Arch. XVI. 1. N. 48*

die Frau die Verwaltung der *dos* und *a. n. d.*, darf dieselben aber nicht veräußern, sondern muß die Früchte zum Unterhalte der Familie verwenden. Für die Verhältnisse nach der Ehe bleiben die Bestimmungen des Ehevertrags aufrecht erhalten. Andern etwaigen Hypothekengläubigern gegenüber verfolgt sie ihre Rechte nach der gesetzlichen Rangordnung⁵¹⁾. Sie hat wegen der *dos* eine privilegierte,⁵²⁾ wegen der *a. n. d.* aber nur eine einfache gesetzliche Hypothek.⁵³⁾ Die Klagenverjährung beginnt mit dem Vermögensverfall oder mit dem Tode des Mannes, oder der sonstigen Auflösung der Ehe.⁵⁴⁾

§. 3.

Die propter nuptias donatio.

Die Novellen Justinian's änderten an dem bisherigen Wesen der *pr. n. d.* nichts, sondern führten hauptsächlich nur die Grundsätze der *c. 20 C. h. t.* in ihren Consequenzen durch.

Im Codex steht noch eine restituirte Constitution¹⁾, worin uns zum ersten Male das *pactum orbitatis* oder *non existentium liberorum* entgegentritt, welches nach seinem eigenen Zeugnisse von Justinian herrührt.²⁾ Um nemlich die Vermögens-einbuße zu vermeiden, welche die Familie des verstorbenen Ehegatten bei einem in beträchtlicher Größe stipulirten *lucrum dotis* oder *pr. n. d.* dann erleiden konnte,³⁾ wenn bei Auflösung der Ehe entweder keine Kinder vorhanden oder dieselben später, jedoch vor dem überlebenden *parens* verstorben sein sollten, in welchem

51) „*Secundum legum distinctionem.*“ Dieß ist offenbar eine Interpolation aus *c. 30 C. (5. 12)* u. *c. 12 C. (8. 18).*

52) *c. 30 C. cit. c. 12 § 1 C. cit.*

53) *c. 12 § 2 C. cit.*

54) *c. 7 § 4 C. (7. 39). c. 30 C. (5. 12).*

1) *c. 11 (14) C. (5. 9).*

2) *Nov. 2 c. 2 pr.*

3) *Arg. Nov. 39 praef.*

Falle ja der letztere das *lucrum* an seine Familie oder vielleicht gar an einen zweiten Ehegatten vererben würde, kam wahrscheinlich zuerst im Leben die Sitte auf, für einen solchen Fall nur einen aliquoten Theil des außerdem stipulirten *lucri* festzusetzen⁴⁾, das dann von Justinian die obige Bezeichnung erhalten haben mag. Die erwähnte Constitution nun bestimmt, daß wenn die Kinder eines *parens binubus* vor demselben sterben, das Eigenthum der *lucra nuptialia* an ihre Erben kommen soll und an jenen nur so weit, als er nach dem *pactum orbitatis* lucrirt, welches *pactum* beim Tode eines Kindes ohne Descendenz proportionell auf dessen Eigenthumsantheil an den *lucra nuptialia* angewendet wird. Am Nießbrauch des überlebenden Elternteils wird jedoch dadurch nichts geändert. Hat derselbe die *lucra nuptialia* veräußert, so gilt die Veräußerung, soweit ihm nach Maßgabe jenes *pacti* das Eigenthum zufällt, falls er nicht alleiniger Erbe seines Kindes geworden ist.⁵⁾ Gleichgiltig ist, ob die Veräußerung vor oder nach Eingehung der zweiten Ehe stattfand.⁶⁾ Ohne *pactum orbitatis* succedirt die *mater binuba* mit ihren andern Kindern in das Vermögen des verstorbenen nur soweit dasselbe nicht aus Bestandtheilen der *d. pr. n.* des Vaters gebildet ist; denn dieß erben die Kinder allein, *quum dis. a. n. naturum nondum amiserit*⁷⁾, während der Mutter allein der Nießbrauch davon verbleibt, falls ihr derselbe in Folge des *lucri dis. pr. n.* zusteht.⁸⁾ Auch ist dem sich wieder verhehelichenden Gatten das

4) Epit. Jul. Nov. 36 c. 14. — Anders erklärt Rave § 21 dasselbe im Zusammenhange mit seiner irrigen Ansicht, daß der Ueberlebende beim Vorhandensein von Kindern ohne Vertrag dos oder *pr. n. d. lucriri*.

5) c. 11 C. (5. 9). Nov. 2 c. 1. 2 pr. § 1. c. 4. Nov. 22 c. 26 pr. c. 45 § 1. Nov. 68 c. 1.

6) Nov. 2 c. 2 pr.

7) Nov. 2 c. 3. Das gleiche muß auch vom *lucrum dotis* in Bezug auf den *pater bin.* gelten einmal wegen c. 2. § 1, dann weil nach der in der *praef.* angegebenen *species facti* der Kaiser zunächst nur von der Mutter zu reden veranlaßt war.

8) Nov. 22 c. 46 § 2. c. 47 § 1.

Electionsrecht für die Zukunft entzogen⁹⁾, jedes Kind erhält eine *Virilportion*.¹⁰⁾ Um aber, wenn das *lucrum pr. n. dis.* in Geld oder Mobilien besteht, die Kinder nicht zu nöthigen, zur Befriedigung ihrer Mutter von ihrem väterlichen Erbe verkaufen zu müssen, ist dieser das früher gestattete Wahlrecht¹¹⁾ entzogen und kann sie nur mehr gegen Bürgschaft 4% Zinsen vom Schätzungswerthe des *lucri dis. pr. n.* verlangen, außer wenn das Vermögen des Mannes bedeutend, und Gold, Silber, Kleidung und was ihr sonst noch gebührt, darin enthalten ist. In diesem Falle hat sie wieder die Wahl wie früher. Die Immobilien muß sie immer in Besitz nehmen und darf nicht 4% Zinsen ihres Schätzungswertes beanspruchen.¹²⁾

Hat die Frau oder der dritte Besteller der im Ehevertrage bedingenen dos dieselbe während der ganzen Dauer der Ehe nicht inferirt, so erhält jene vom *lucrum pr. n. dis.* nichts beim Tode des Mannes, weil er allein die Lasten der Ehe trug. Hat sie nur einen Theil eingebracht, so lucrirt sie auch nur nach Verhältniß desselben.¹³⁾ War aber die Frau oder der sonstige Besteller zur Aushändigung der dos bereit, während der Mann oder dessen Ascendent sie nicht entgegennehmen wollte, so kann ihr nach Auflösung der Ehe die Leistung der *d. pr. n.* nicht versagt werden.¹⁴⁾ Stirbt die Frau zuerst, so kann der Mann die während der Ehe nicht erhaltene dos nach Maßgabe des Ehevertrags einfordern, und hat er sie während der Ehe an die Frau zurückgegeben, so kann er oder seine Erben nach dem Tode der Frau sie sammt Früchten zurückfordern und nach den Bestimmungen des

9) Nov. 2 c. 1. 2 § 1. Nov. 22 c. 25.

10) Nov. 22 c. 25.

11) c. 6 § 1 C. (5. 9). Vgl. § 2 R. 16.

12) Nov. 2 c. 4. Nov. 22 c. 45.

13) Nov. 2 c. 5. Nov. 53 c. 6 § 1. Den umgekehrten Fall bei *Harmonop.* IV. 6, 3.

14) Nov. 91 c. 2.

Vertrags lucriven. 15) Ist eine Ehe ohne dos und d. pr. n. eingegangen worden, so erhält der dürftige überlebende Gatte mit Einreichung der letztwilligen Liberalitäten des Verstorbenen den vierten Theil des Vermögens desselben 16); einige Jahre später wurde diese Verfügung auf die arme Wittve beschränkt, welche sich überdieß bei mehr als 3 Kindern mit einer Virilportion begnügen und das Eigenthum auf jeden Fall den gemeinschaftlichen Kindern aufheben muß. 17)

Obchon bei Eingehung der Ehe der Abschluß von Eheverträgen und die Bestellung einer dos und d. pr. n. darin das Gewöhnliche war, so sind sie doch nicht zur Giltigkeit der Ehe erforderlich, mit Ausnahme der höchstgestellten Beamten. 18) Doch sucht Justinian ihre Constituirung auf jede Weise zu befördern. Die lästigen Beschränkungen der Decurionen hinsichtlich der Disposition über ihr Vermögen finden in Ansehung der dos und pr. n. d. für sich oder ihre Kinder nicht statt. 19) Auch ist die Restitutionspflicht des Erben zu ihren Gunsten beschränkt. Ist nemlich einem Kinde, welches eine seinen Verhältnissen entsprechende dos oder a. n. d. bestellt hat, von seinen Eltern die Restitution der Erbschaft aufgetragen, so ist es bis zum Betrage jener davon befreit, auch wenn sie den Pflichttheil überstiegen. 20) Muß Jemand von dem ihm letztwillig Zugewendeten, so viel als bei seinem Tode noch übrig ist, als Fideicommiß restituiren, so kann er auch das sonst unverletzbare Viertel angreifen, wenn er eine dos oder pr. n. d. bestellen will und sonst kein Vermögen hat. 21)

Von zweifelhaftem Werthe für die Beförderung der Consti-

tuirung der dos und pr. n. d. ist die Bestimmung Justinian's, daß dieselben immer von gleicher Größe sein müssen, so daß man keine ohne die andere bestellen und vermehren oder vermindern kann. 22)

Schreitet eine Wittve zu einer neuen Ehe, so kann derselben ihr Vater nicht das *lucrum dis. pr. n.* an ihrer zurückgefallenen dos ganz oder theilweise abrechnen, wenn er nicht inzwischen eine Vermögensminderung erfahren hat. 23)

Der zur zweiten Ehe schreitende Gatte ist, falls er Descendenten hat, in Bezug auf die Bestellung der dos oder pr. n. d. an die früheren Schranken gebunden; nur wird jetzt das Uebersmaß bloß an die nicht undankbaren Kinder erster Ehe vertheilt und dasselbe nach dem Todestage des *parens binubus* beurtheilt. 24) Wo keine Ehe möglich ist, da ist auch keine dos oder pr. n. d. zu Stande gekommen. 25) Nur wenn einer Person unter der Bedingung der Verehelichung letztwillig oder unter Lebenden etwas als dos oder pr. n. d. zugewendet worden ist und dieselbe geht in's Kloster, so behält sie die Liberalität trotzdem. 26)

Um die pr. n. d. vollständig von der Schenkung loszulösen, soll sie nach *Arto. 119* auch keiner *Insinuation* mehr bedürfen. 27) Allein nach 3 Jahren führte Justinian die *Insinuation* bei einem Betrage über 500 sol. wieder ein. Doch hat das Unterlassen der-

22) Nov. 97 c. 1. 2. Jul. Epit. Nov. 90 c. 2. Zum Theil a. M. Se. Gentil. 1 c. p. 517. Heimbach a. a. O. — Von einer Zurückgabe der pr. n. d. kann jedoch nicht, wie v. Löhr Arch. XVI. 1. N. 47 will, die Rede sein, sondern nur von einer Lösung des dinglichen und obligatorischen Bandes, in welchem sich das in der d. pr. n. enthaltene Vermögen befindet.

23) Nov. 97 c. 5.

24) Nov. 22 c. 27. 28.

25) Nov. 12. 22. c. 10. 17.

26) Nov. 123 c. 37.

27) Nov. 119 c. 1.

15) Nov. 22 c. 39.

16) Nov. 53 c. 6.

17) Nov. 74 c. 5 pr. Nov. 117 c. 5.

18) Nov. 22 c. 3. Nov. 74 c. 4.

19) Nov. 38 praef. § 2 Nov. 87 c. 1.

20) Nov. 39 c. 1.

21) Nov. 108 c. 1.

selben bloß für den Mann einen Nachtheil, indem er zur Strafe das eventuelle *lucrum dotis* verliert. 28)

Während der Ehe hat der Mann das Eigenthum an der d. pr. n. 29) Doch kann er die darin befindlichen Immobilien weder

28) Nov. 127 c. 2. Cujac. obss. XXVII. 40 folgert aus den Motiven dieses Gesetzes u. Arg. L. 4 D. (20. 1) mit Unrecht die Unnützigkeit der Insinuation dann, wenn die Constituirung der d. pr. n. durch andere Mittel erwiesen werden kann.

29) Dieser Punkt ist sehr bestritten, indem viele der Frau das Eigenthum an der d. pr. n. einräumen. Doch sprechen überwiegende Gründe dagegen: 1) Den Consens der Frau bei Seite gelassen, wäre die Verfügung in Nov. 61 c. 1 pr. ganz überflüssig, da ja eine Veräußerung des Mannes dem Eigenthumsrechte der Frau auf keinen Fall präjudiciren könnte und eine Immobilie nicht heimlich aus der Welt geschafft werden kann. 2) Justinian sagt in c. 1 § 1 selbst, daß bloß frühere Richter der Frau eine in rem actio gewährt, die spätern aber dieß nicht mehr gethan hätten. Diese Thatsache erwähnt der Kaiser bloß zur Entschuldigung seines Veräußerungsverbotes, ohne aber selbst diese in rem actio wieder einführen zu wollen. Nimmt man aber auch mit manchen das Letztere an, so kann man daraus noch nicht auf Eigenthum schließen. Denn diese in rem actio ist nur eine utilis vindicatio, wie in c. 29. 30 C. (5. 12). u. etwas anderes bedeuten auch die Ausdrücke *ἐκδοτικὴν* in c. 1 pr. u. *ἐκδοτικὴν* in Nov. 97 c. 6 § 1 nicht. 3) In Nov. 97 c. 3 i. f. sagt Justinian, daß es möglich wäre, daß die Frau wegen besserer Hypotheken Dritter ihr *lucrum d'is pr. n.* verliere, ohne daß wir nach der Fassung der Stelle an eine aus Mobilien bestehende d. pr. n. denken müßten. 4) Sogar der Eigenthumsübergang der dos auf den Mann war nach Justinians Auffassung c. 30 C. (5. 12) eine *legum subtilitas*, wodurch aber die rei veritas nicht vermischt worden sei. Da aber in der Natur der d. pr. n. noch viel weniger ein Eigenthumsübergang auf die Frau begründet ist, so läßt sich annehmen, daß der Kaiser nicht aus reinem Doctrinarismus die Gleichstellung zwischen dos u. d. pr. n. bis zu unnötigen Konsequenzen ausgedehnt hat. 5) Endlich liegt in der Gesetzgebung Justinians auch kein äußerer Anlaß zum Eigenthumsübergange vor, indem hier nur mehr von einem *conscribere*, *promittere* u. dgl. gesprochen wird. — Daß im Anfange der Entwicklung unseres Instituts der Eigenthumsübergang gewöhnlich war, läßt sich nicht läugnen; aber als mit der Ausbildung seiner Selbstständigkeit das bloße Versprechen und Aussetzen genügte, kam man sicherlich allmählig davon ab, und darauf mag auch Justinians Bemerkung in Nov. 61 c. 1 § 1 gehen. Die von v. Löhr Arch. XV. 20 Nr. VI. angeführten Stellen beziehen sich entweder auf das *lucrum dotis pr. n.* (Nr. 84—89), oder auf eine bloße Ausscheidung der zur d. pr. n. gehörigen Sachen vom übrigen Vermögen des Mannes. Ebenso wird nur mit Rücksicht auf das *lucrum d'is pr. n.* in § 3 J. (2. 7) unter die Arten des Eigenthumsüberweises aufgeführt. Vgl. Cujac. expos. ad Nov. 61. Vinnius, Bachov ad § 3 J. cit. Reinhardt § 1—11. Windscheid a. a. O. — A. M. Olearius § 20, 2., bes. v. Löhr im Arch. XV. S. 457 ff. — Eine Mittelmeinung hat Unterholzner § 569. 570.

verpfänden noch veräußern, auch nicht mit Einwilligung der Frau, außer wenn sie nach 2 Jahren ihren Consens wiederhole und sonst noch Vermögen da ist, woraus sie wegen ihrer Forderung bezüglich der d. pr. n. befriedigt werden kann. 30) Von der dos gilt das Gesagte um so mehr 31) Außerdem hat sie noch wegen der d. pr. n. eine einfache gesetzliche Hypothek. 32) Doch ist diese, wie das Dotalprivileg der häretischen Frau entzogen. 33)

Das vertragsmäßige *lucrum dotis* und *d'is pr. n.* muß gleich sein, und ebenso ist auch das in Folge einer Ehescheidung gemachte gleich, weil ja beide Vermögenstheile immer gleich groß constituirt werden müssen. 34)

In den Fällen, wo die Ehe *bona gratia* aufgelöst wird, erhält die Frau ihre dos zurück und die d. pr. n. bleibt beim Manne. 35) Nur wenn die Ehegatten *castitatis desiderio* sich trennen, ist den Kindern sowohl dos als d. pr. n. aufzubewahren. 36)

Wird die Ehe durch Verschulden des Mannes geschieden, so nimmt die Frau ihre dos zurück und lucrirt die d. pr. n. dazu; 37) ist aber die Frau der schuldige Theil, so behält der Mann die

30) Daran hat auch Nov. 134 c. 8 nichts geändert. A. M. v. Löhr Arch. XVI. 1. Nr. 38.

31) Nov. 61 c. 1.

32) Nov. 97 c. 3. A. M. ohne Grund Sammet de hypobolo § 2. Reinhardt § 19—29. Ebenso unbegründet räumt ihr Mackeldey Inst. § 356 ein Privileg ein.

33) Nov. 109 c. 1.

34) Nov. 97 c. 1. 2.

35) Nov. 22 c 6—14. Nov. 117 c. 10. Nov. 123 c. 40 i. f. Nov. 140 c. 1.

36) Nov. 117 c. 10. Mit Unrecht von Burchardi S. 210 auf die Ehescheidung *bona gratia* überhaupt ausgedehnt. Vgl. noch Nov. 123 c. 40 i. f.

37) Ob in diesem Falle die Rechte der Frau der Reservation des Bestellers einer receptizischen d. pr. n. vorgehen, wie Burchardi S. 211. 212 will, möchte sehr zu bezweifeln sein. Die von ihm citirten L 27 § 2 D (2. 14) L. 28 D. (23. 3) L. 14. 17 D. (23. 4) c. 6 C. (5. 14) sprechen bloß davon, daß vertragsmäßig die Lage der Frau in Ansehung ihrer dos nicht verschlimmert werden dürfe.

d. pr. n. und gewinnt die dos dazu. 38) Hat der Mann die Frau fälschlich des Ehebruchs angeklagt oder eine Mätresse sich gehalten, so wird die Strafe noch um $\frac{1}{3}$ der d. pr. n. erhöht; 39) und wurde die Ehe wegen Ehebruchs der Frau aufgelöst, so erhält der Mann noch $\frac{1}{3}$ der dos mehr. 40) Mißhandelt der Mann die Frau während der Ehe ohne einen der zur Scheidung hinreichenden Gründe, so muß er der Frau soviel als $\frac{1}{3}$ der d. pr. n. beträgt sofort aus seinem Vermögen geben. 41)

Schickt die Frau dem Manne ein *injustum repudium*, so verliert sie die dos an den Mann und ihr übriges Vermögen an das Kloster und ihre Kinder oder Eltern nach gewissen Verhältnissen. 42) Gleiche Strafe soll den Mann treffen, der ohne Grund die Ehe aufkündigt. 43) Kinder können ohne Einwilligung ihrer Eltern kein *repudium* schicken, wenn letztere eine dos oder d. pr. n. bestellt, oder, sei es allein, sei es mit den Kindern, entgegen genommen haben; wenigstens soll in einem solchen Falle die Eltern nicht die Strafe des *injusti repudii* treffen. 44)

Auch soll von nun an ohne Rücksicht Wiederverehelichung das *lucrum dotis* oder *d^{is} pr. n.* den Kindern immer zu Eigenthum gehören und der *lucrivende* Ehegatte nur den Nießbrauch davon haben. 45) Doch bekommt derselbe auch das Eigenthum an einem Kindestheile, falls er von einer ferneren Ehe absteht. 46)

38) Nov. 22 c. 15. Nov. 117 c. 8. 9. 13. Nov. 134 c. 10.

39) Nov. 117 c. 9 § 4. 5. Mit Unrecht von Burchardi S. 210 dahin verstanden, als *lucrare* die Frau überhaupt nur in diesen zwei Fällen die d. pr. n.

40) Nov. 117 c. 8 § 2.

41) Nov. 117 c. 14.

42) Nov. 117 c. 13.

43) Nov. 117 c. 13 *vb. m.* Nov. 127 c. 4.

44) Nov. 22 c. 19.

45) Nov. 98 c. 1. 2.

46) Nov. 127 c. 3.

Der *Usufructuar* muß die gemeinschaftlichen Kinder ernähren und ihnen das sonst Nöthige bieten, nach Maßgabe des *lucrirten* Vermögens. 47)

Die Frau, welche durch Eingehung einer neuen Ehe 48) oder durch Unzucht 49) das Trauerjahr verlegt oder als Vormünderin ihrer Kinder zu einer zweiten Ehe schreitet, ohne einen Tutor verlangt, Rechnung gestellt und das darnach Geschuldete herausgezahlt zu haben, 50) verliert von andern Strafen abgesehen alles von ihrem früheren Manne Hinterlassene und auch den Nießbrauch an der d. pr. n.

So sehen wir denn am Ende der justinianischen Gesetzgebung die d. pr. n. an dem Ziele angelangt, wohin ihre ganze Entwicklung strebte. Sie ist eine *dos mariti* und dient den nehmlichen Zwecken, wie die *dos uxoris*. Sie ist ein Beitrag zur Bestreitung der Bedürfnisse der Ehe. Sie kann ein Sicherungsmittel der Frau sein, daß der Mann ein Vermögen besitze, das in Verbindung mit ihrer dos zu einem anständigen Lebensunterhalt der Familie hinreicht, um so mehr, als sie durch die Unveräußerlichkeit der Immobilien und durch eine gesetzliche Generalhypothek geschützt ist und beim Vermögensrückgange des Mannes ein Rückforderungs- und Verwaltungsrecht hat. Sie kann eine Caution gegen willkürliche Ehescheidung des Mannes sein, weil ihr Verlust darauf steht. Sie kann eine Wittwenversorgung der Frau sein, kann aber auch eine Liberalität des Mannes zu Gunsten der überlebenden Frau bezwecken. Allein dieß sind nur Functionen der d. pr. n. und keine macht für sich allein das Wesen unsers Instituts aus. Ihr Grundwesen besteht vielmehr in der Beförderung der verschiedensten Zwecke der Ehegemeinschaft und der

47) Nov. 98 c. 2 § 1.

48) Nov. 22 c. 22.

49) Nov. 39 c. 2.

50) Nov. 22 c. 40.

mit ihr zusammenhängenden Verhältnisse. Dos und d. pr. n. bilden zusammen nicht sowohl eine Gütergemeinschaft⁵¹⁾ im germanischen Sinne, als vielmehr eine partielle Vermögensvereinigung⁵²⁾, eine Art Societät, oder noch besser eine Art Familienstiftung in einem beschränktem Sinne des Worts. Ihre Substanz soll wo möglich den Nachkommen aufbewahrt bleiben, die dieselbe auch außerhalb des gewöhnlichen Successionsrechts an sich bringen. Während der Ehe steht regelmäßig der Mann an der Spitze dieser Vermögensgemeinschaft; er hat die Verwaltung und Nutznießung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Ehe davon. Nur wenn er sich unfähig zeigt, tritt die Frau an seine Stelle. Da während der Verwaltung des Mannes die d. pr. n. meistens nur nominell von seinem übrigen Vermögen ausgeschieden sein wird,⁵³⁾ so erklärt es sich daraus, daß uns dieselbe während der Ehe so wenig selbständig entgegentritt.

Die d. pr. n. ist aber auch ein römisches und kein orientalisches Institut. Sie hat sich auf der Grundlage der römischen donatio sponsalicia im Anschlusse an die dos entwickelt und sich gemeinschaftlich mit dieser fortgebildet. Denn die justinianische dos hat von der classischen dos fast nur noch den Namen und es hätte nur noch des einen Justinian und seiner Zeit⁵⁴⁾ nicht so fern liegenden Schrittes mancher unserer modernen Gesetzgebungen⁵⁵⁾ bedurft, nehmlich dem Manne nicht mehr das Eigenthum, sondern nur Verwaltung und Nießbrauch an den als dos ausgeschiedenen Gütern einzuräumen, um sie ihrer civilen Eigenthümlichkeiten vollends zu entkleiden. Dos und d. pr. n. er-

51) Giphanius ad § 3 J. cit. mit Bezug auf Caesar de bell. Gall. VI. 19. van Hall nach v. Löhr Arch. XXX. S. 339.

52) v. Löhr a. a. O. S. 228. Balsamon ad Nomoc. Phot. (Justell. bibl. jur., can. t. II. p. 1098): *εἴ τι γὰρ ἡ γυνὴ ἐδίδου χάριν προικὸς, τοσοῦτο καὶ ὁ ἀνὴρ ὑποβάλλειν ποσὸν εἰς τὴν κοινὴν περιουσίαν ἠναγκάζετο.*

53) M. M. Burchardi S. 209.

54) c. 30 C. (5. 12). Boeth in top. Cic. c. 17.

55) 3. B. Code Nap. Art. 1549.

gänzten sich wechselseitig zu einem römisch-christlichen Anschauungen entsprechenden neuen ehelichen Gütersysteme. Trotz ihrer theilweisen Verschwommenheit in den Quellen läßt sich doch in der d. pr. n. ein der dos ebenbürtiges Institut erkennen. Sie ist das letzte juristische Product des römischen Geistes.

§ 4.

Die d. pr. n. im Morgenlande; das hypobolon.

In der nächsten Zeit nach Justinian finden wir in den Grundsätzen der d. pr. n. keine Veränderung. Nur kommt bei Athanasius und besonders bei Theodoros Hermopolitamus, bei letztem gewöhnlich, der Ausdruck τὰ ἔδρα zu ihrer Bezeichnung vor.¹⁾ Anders muß sich die Sache im Laufe des 7. und 8. Jahrhunderts gestaltet haben. Denn in der uns zunächst begegnenden Ecloge von Leo und Constantin Kopronymus, um 740, finden wir den neuen Begriff des ὑποβόλον²⁾ mit ganz andern Grundsätzen. Aus den verworrenen byzantinischen Aussprüchen über dieses hypobolon ersehen wir so viel, daß dasselbe einige Aehnlichkeit mit dem lucrum d^{is} pr. n. hat, daß es sich aber Anfangs nach ganz andern Grundsätzen richtete als letzteres. Es wurde beim Abschlusse des nun feierlichen Verlöbnisses³⁾ der zukünftigen Frau gegeben und ging entweder sogleich oder nach Leo des Weisen Zeugniß⁴⁾ bei Eingehung der Ehe für immer in das Eigenthum derselben über und verblieb darin ohne Rücksicht, ob sie den Mann überlebte oder nicht,⁵⁾ ob sie zu einer zweiten Ehe schritt oder nicht.⁶⁾ Eine dos von Seiten der Frau scheint dabei immer

1) Athan. Nov. Just. t. X. c. 2 ed. Zachariae. Theodor. Hermopol. Nov. 2. 22. 39. 53 ed. Zach.

2) J. G. Sammet de hypobolo Lips. 1746 Meerman suppl. p. 375 sqq.

3) Ecl. Leon et Const. I. 1. Ecl. priv. aucta I. 1. ed. Zach. J. G. R. p. IV. Ecl. ad proch. mut. I. 1. ed. Zach.

4) Nov. Leon 20. Dabei ist zu bemerken, daß nach griechischem Ritus Verlöbniß und Eheabschluß oft zusammenfällt. Walter, Kirchenr. § 302.

5) Nov. Leon. 20. 85.

6) Ecl. Leon. II. 1. 5. Nov. Leon. et Const. 2 ed. Lenucl. Nov. Leon. 20.

vorausgesetzt zu sein. 7) Auf Seiten des Mannes gab es keinen diesem hypobolon entsprechenden Gewinn. Gemeinschaftlich war beiden Ehegatten nur der sogenannte *κείσος*. Dieß ist nichts anderes als das alte *pactum orbitatis*. Beim Nichtvorhandensein von Kindern soll der überlebende Eheheil $\frac{1}{4}$ der *dos* erhalten. 8) Später, wahrscheinlich seit Basilius Macedo, wurde dieses Viertel nach dem *πυοικουπόβολον*, d. h. nach der *dos* und dem hyp. zusammen berechnet. 9) Sind Kinder vorhanden, so hat der überlebende Eheheil, so lange er sich nicht wieder verheirathet, Besitz, Verwaltung und Nutznießung des gesammten Vermögens des verstorbenen, 10) und sogar das Eigenthum an einem Kindesheile. 11) Dieß wurde später etwas modificirt. 12)

Aus dem bisher Gesagten erhellet, daß die *d. pr. n.* neben solchen gesetzlichen Bestimmungen nicht mehr existiren konnte. Gleichwohl schleppte sich aber die Lehre von der *d. pr. n.* in den Rechtsbüchern der ganzen byzantinischen Periode fort, und da an in dem hyp. einige Verwandtschaft mit dem *lucrum d. pr. n.* zu erkennen glaubte, so suchte man in geistloser Weise die Grundsätze dieses auf jenes zu übertragen. Besonders zeichnete sich in diesem Bestreben Basilius Macedo 13) und sein Sohn Leo Philosophus 14) aus. Deshalb sehen wir auch in den Basiliken die Scholiasten das Wort *don. pr. n.* mit hyp. erläutern, ja beide geradezu für identisch halten. 15) Dadurch entstand ein Widerstreit

7) Nov. Leon et Const. cit. Ecl. Leon II. 3. Ecl. priv. II. 3. Ecl. ad proch. II. 11.

8) Nov. cit. Ecl. cit.

9) Eponag. leg. Bas. et Leon. XIX. 5. 7. Ecl. ad proch. 20. 23. Nov. Leon. 20.

10) Ecl. II. 6. Ecl. priv. II. 6. Ecl. ad proch. II. 14.

11) Ecl. II. 7. Ecl. priv. II. 7. Nov. Leon. 22.

12) Epanag. XIX. 5. 7. Ecl. ad proch. II. 20. 23.

13) Nov. Leon. 20.

14) Nov. Leon. 20. 22. 85.

15) Bas. XXVIII. 7, 7 N. 3 „donationis pr. n. sive hypoboli“.

zwischen Gesetzgebung und Leben und eine große Confusion in der Bedeutung des Begriffes hyp., indem man abwechselnd die *d. pr. n.*, das *lucrum d. pr. n.* und das eigentliche hypobolon damit bezeichnete. 16)

Die Gesetzgebung des Basilius Macedo und Leo Philosophus drang in der ersten Zeit in der Praxis nicht durch. 17) Erst allmählig, wahrscheinlich unter dem Einflusse des *θεώρητον*, welches uns als *pretium virginitatis* definiert wird 18) und so ziemlich die Grundsätze des hypobolon vor Leo angenommen hat, 19) näherte sich letzteres dem *lucrum d. pr. n.* und wandte man dessen Grundsätze auf es an. So erhält es ferner die Frau nur mehr im Falle ihres Ueberlebens; 20) wenn Kinder da sind, muß sie diesen das Eigenthum aufheben; 21) hat sie während der Ehe die *dos* nicht inferirt, so erhält sie nach derselben auch das hyp. nicht; 22) wird die *dos* während der Ehe vermehrt, so muß auch eine Vermehrung des hyp. eintreten; 23) auch hat die Frau wegen desselben eine einfache gesetzliche Hypothek am Vermögen des Mannes. 24) Nach und nach stellte sich ein gewisses proportionelles Verhältniß zwischen *dos* und hyp. fest und zwar betrug dasselbe im Zweifel anfänglich $\frac{1}{2}$, 25) später $\frac{1}{3}$ 26) der *dos*.

16) Gundling de emtione ux. c. III. § 11.

17) Nov. Leon. cit. Ecl. ad proch. II. cc.

18) Harmenop. IV. 13, 3. 4.

19) Eustath. pract. XXV. 45 ed. Zach. Harm. IV. 13, 3. Die gesetzliche Größe war $\frac{1}{12}$ der *dos* Eust. XXV. 18. Harm. IV. 13, 4.

20) Bas. synopsis XXIX. 1 ad Nov. 119 sch. ed. Leuncl. p. 298. Demetrius Chartophylax bei Pet. Faber quaest. 55. Phorbenos bei Cujac. obs. V. 4. Balsamon ad. Shot. nomoe. t. XIII. c. 4. Harm. IV. 14, 12.

21) Harm. IV. 9, 38 sch.

22) Eust. pract. XXV. 20.

23) Eust. pract. XXV. 35. 45.

24) Harm. IV. 9, 33 sch. Ein Privileg gibt ihr Sammet § 7.

25) Eust. pract. XXV. 19.

26) Harm. IV. 9, 38. IV. 13, 12.

Zu einer klaren Anschauung des Verhältnisses des hyp. zur d. pr. n. gelangt nur Balsamon, indem er sagt, daß das alte hyp., d. h. die d. pr. n. nicht mehr existire.²⁷⁾ Harmenopulos behandelt es zwar in einem eigenen Titel,²⁸⁾ schleppt aber in einem andern die pr. n. d. mit fort²⁹⁾ und wechselt in der alten confusen Weise in einzelnen Titeln mit beiden Ausdrücken ab.³⁰⁾ Er definiert uns das hyp. als Dasjenige, was beim Tode des Mannes außer der dos kraft Vertrages³¹⁾ der Frau noch gegeben wird.³²⁾ So können wir denn zum Schlusse das hyp. bezeichnen als einen in einem gewissen, eventuell gesetzlich bestimmten, proportionellen Verhältniß zur dos stehenden Vermögenstheil des Mannes, den die Frau im Falle ihres Ueberlebens neben der dos aus dessen Hinterlassenschaft erhält.³³⁾

§ 5.

Die d. pr. n. im Abendland; ihre praktische Geltung.

Im Abendlande finden wir unser Institut nicht nur bei den Westgothen, sondern auch in den Gesetzbüchern der ostgothischen und burgundischen Romanen und zwar in der noch unentwickelten Gestalt des Codex Theodosianus und der wenigen spätern Constitutionen der weströmischen Kaiser. Merkwürdig ist, daß ob-

27) Bals. I. c.

28) Harm. IV. 12. ed. Heimbach.

29) Harm. IV. 6.

30) Harm. IV. 9, 28. 37.

31) Daß das hyp. gesetzlich eintrat, dafür spricht nichts, dagegen aber Phorbenos u. Balsamon II. cc. Nur seine Größe wird nöthigen Falls gesetzlich bestimmt. N. M. Sammet § 2. 6. 7.

32) Harm. IV. 13, 1.

33) Phorb. I. c. nennt es ὄπλοιο καρπὸς τῆς προικὸς συμφωνοῦμενος. Sonderbarer Weise hält es Sc. Gent. I. c. I. I. c. 1 b. 3 für ein Pfand zur Sicherheit der dos. Diese Idee ist auch dem schol. ad Harm. IV. 9, 38 nicht fremd.

schon hier der Ausdruck a. n. d. nicht durchgedrungen ist,¹⁾ sich dennoch, wahrscheinlich unter dem Einflusse der germanischen dos, bereits ein fester technischer Begriff gebildet hat. So heißt die a. n. d. im Edictum Theodorici immer sponsalicia largitas²⁾ und in der lex Rom. Burgund. immer donatio nuptialis.³⁾ Dieselbe richtet sich nach römischen Rechtsätzen, ohne sich aber den Einwirkungen der germanischen dos entziehen zu können. Dahin gehört, daß der Mann, welcher in Folge gerechter Ehescheidung seine spons. larg. zurücknahm oder behielt, das Eigenthum davon den gemeinschaftlichen Kindern aufbewahren;⁴⁾ daß der Stuprator einer Freien dieselbe heirathen und ihr $\frac{1}{3}$ seines Vermögens als spons. larg. bestellen;⁵⁾ endlich daß die Ehe interveniente nuptiali donatione abgeschlossen werden muß.⁶⁾ Umgekehrt läßt sich aber auch ein Einfluß romanischer Ideen auf die germanische dos nicht verkennen. So heißt es in der lex Burgundionum, daß die Frau, welche nach dem Tode ihres Mannes zu einer zweiten oder dritten Ehe schreitet, den jedesmaligen Kindern aus einer Ehe die donatio nuptialis aufbewahren muß und nur den Nießbrauch an derselben ohne Veräußerungsbefugniß hat.⁷⁾ Hat die überlebende Frau keine Kinder, so müssen ihre Erben die Hälfte der don. nupt. an die Eltern des verstorbenen Mannes herausgeben.⁸⁾ Nach westgothischem Rechte darf der

1) Man sieht daraus, daß die Constitutionen der oströmischen Kaiser nach dem Cod. Theod., in denen sich schon der feste Begriff der a. n. d. findet, in dem Abendlande keinen Eingang gefunden haben.

2) Ed. Theod. 54. 59 ed. Rhon.

3) Lex Rom. Burg. 16. 21. 22. 37 ed. Barkow..

4) Ed. Theod. 54. Dasselbe scheint Petri except. I. 32 von der Frau bezüglich der dos zu verlangen.

5) Ed. Theod. 59.

6) Lex Rom. Burg. 37. Vgl. über die ähnlichen Grundsätze der germanischen dos Börsf., D. Rechtsz. § 81b.

7) Lex Burg. XXIV. 1. ed. Georg. Allerdings sind dieß auch die Grundsätze der germanischen dos, allein neu und römisch ist der Ausdruck donatio nuptialis, welcher für jene sonst nicht vorkommt.

8) Lex. Burg. XXIV. 2. Vgl. Nov. Valent III. 34 § 8.

Mann der Braut oder Frau nur $\frac{1}{10}$ seines Vermögens als dos constituiren, außer wenn dieselbe nach Maßgabe der römischen Bestimmungen dem Manne eben so viel dagegen gibt, als sie mehr von ihm verlangt.⁹⁾ „Es zeigt sich hier, wie bald die dos im deutschrechtlichen Sinne und die römische d. pr. n. in einander überflossen.“¹⁰⁾

Der Brachyologus¹¹⁾ enthält ganz römische Grundsätze über die d. pr. n. und zwar nach ihrer justinianischen Ausbildung. (Ebenso Petri exceptiones¹²⁾); nur die Modification findet sich hier, daß eine dos ohne d. pr. n. bestehen kann, aber nicht eine d. pr. n. ohne dos¹³⁾

Als man mit dem Wiedererwachen des römischen Rechtsstudiums mit der d. pr. n. bekannter wurde, glaubte man die bestehenden germanischen Institute in ihr zu finden und gebrauchte deshalb den Ausdruck propter nuptias donatio für jene. Wie nun die romanisirenden Tendenzen schärfer hervortraten, wendete man auch einzelne Grundsätze der römischen d. pr. n. auf die germanische an. So gebrauchen die Päpste das Wort d. pr. n. als identisch mit dos (mariti) oder dotalicium,¹⁴⁾ und Gregor IX. sagt ganz römisch, daß wie nach Auflösung der Ehe die dos an die Frau, so auch die d. pr. n. an den Mann zurückkehren solle, nisi de consuetudine secus obtineat vel ex pacto de lucrando dote et d^o pr. n., quod aequale fit tamen, hinc inde contrarium inducatur.¹⁵⁾ An der Natur des dotalicii konnte dieses Gesetz schon deshalb nichts ändern, weil ja dem germanischen Ge-

wohnheitsrechte sein Vorrang reservirt ist. So sprechen auch die Urkunden der damaligen Zeit oft von d. pr. n. und meinen das dotalicium.¹⁶⁾

Die nehmliche Erscheinung zeigt sich uns beim Eindringen des römischen Rechts in Deutschland auch hier. Alles was die Frau nach Auflösung der Ehe vom Manne erhielt, nannte das Mittelalter d. pr. n.¹⁷⁾ So sagt schon die Glosse zum Sachsen- spiegel: Die dritt gab nennt man Abgeding, d. h. d^o pr. n., gab um der Eh willen.¹⁸⁾ Offenbar unter dem Einflusse des römischen Rechts verordnet das Stadtrechtbuch von Eisenach am Ende des 15. Jahrhunderts, daß das Leibgeding der Wittgilt gleich sein soll.¹⁹⁾ Ebenso muß die dithmarsische Widerlage der von der Frau eingebrachten dos gleich sein.²⁰⁾ D. pr. n. oder contrados nannte man auch die der eingebrachten dos der abligen Frau gleich große Widerlage, welche von den Erben des Mannes bei seinem Tode der Wittwe ausbezahlt wurde.²¹⁾

Auch die spätere Gesetzgebung blieb nicht frei vom Einflusse der römischen d. pr. n. Am weitesten geht hierin das Chur- bayrische Landrecht.²²⁾ Der Grundgedanke seiner Wid.rlage oder seines Gegenvermächtnisses ist zwar der der germanischen Wider- lage; allein Kreittmayr wandte fast alle Bestimmungen der römi- schen d. pr. n., wie man sie nach der damaligen Doktrin auffaßte und soweit es sich mit dem germanischen Grundgedanken jener

16) Vgl. die bei Gundling c. II § 23. Leyser med. V spec. 305. IV. VI. u. Glück a. a. O. N. 144 angeführten.

17) Grupen de ux. Theot. p. 83. Pufendorf. I. c. § 17.

18) Glosse z. Sachsensp. I. 20.

19) Eisen. Ab. II. 20. „Desse gabe (lipgedinge) sal glich sin der met- gilt; wez an der metgilt gebriht, des sal an desin lipgedinge auch gebrechin.“

20) Dithm. Landr. art. 34 § 3. Koehler de contradote p. 31. 32. Doch könnten diese Grundsätze auch aus der Tilgave des nordischen Rechts herrühren. Mittermaier, d. Privatr. II. § 93. N. 1.

21) Gerber, d. Privatr. § 239. Bluntzschli, d. Privatr. § 159, 1.

22) p. I c. 16 § 14 u. Kreittmayr's Anmerkf. dazu.

9) Lex Wisig. III. 1, 5.

10) Zypfl § 81 b. XII.

11) Brach. II. 13, 4—9. ed. Böcking.

12) Petri except. I. c. 7. 30. 32—35. 37. 38. 43. 44. 46. 51. IV. 53—55 ed. Barkow.

13) Petri exc. I. c. 43.

14) c. 4. 5. 6. X. (4. 20) c. 15 X. (2. 2) Gundling de emt. ux. c.

II. § 22. J. H. Boehmer J. E. P. t. IV. 1. IV. t. 20. § 45. 46.

15) c. 8 X (4. 20).

vertrag, darauf an.²³⁾ Ganz im Geiste der römischen d. pr. n. hat das in einigen Theilen Schwabens geltende vorderösterreichische Recht eine Widerlage, welche sich im Zweifel nach den Bestimmungen des Heirathsguts richtet und sich nach den darüber aufgestellten gesetzlichen Normen von demselben in nichts weiter unterscheidet, als daß der Mann bei beiden die Verwaltungsbezugniß hat.²⁴⁾ Ein römischer Anklang findet sich auch im preussischen Landrechte, indem in Ermanglung einer vertragsmäßigen Bestimmung das Gegenvermächtniß dem Ehevermächtniß (eine Art *lucrum dotis*) gleich sein soll.²⁵⁾

Einen bedeutenderen Einfluß auf die Abendländische Gesetzgebung hat das hypobolon geübt. Mit der Veränderung der Ehegesetzgebung mußte sich in den romanischen Ländern auch eine Veränderung in dem praktischen Gebrauche der d. pr. n. ergeben. Man hatte noch den Namen, verstand darunter aber etwas ganz anders. Als man nun in Folge der Kreuzzüge das griechische hyp. kennen lernte, nahm man dasselbe als eine Ergänzung der Lücke des geschriebenen Rechts auf. So entstand in Frankreich das *augment de dotem*, und in Italien das *antifactum*.²⁶⁾ Das erstere findet sich schon in der von Philipp dem Schönen 1289 confirmirten *coutume der Stadt Toulouse*,²⁷⁾ und die 1521 redigirte *coutume von Bordeaux* bestimmt ausdrücklich, daß unter dem Namen pr. n. d. das *augment de dot* verstanden sein soll.²⁸⁾ Dasselbe ist ein Gewinn, welchen die überlebende Frau kraft Vertrags oder Gesetzes als Recompensation für die Bestellung der *dos* am Ver-

23) Sie setzt z. B. eine *dos* (nicht ein eventuelles *lucrum dotis*) voraus, muß alsdann vom Manne oder dessen Ascendenten constituirt werden, ist im Zweifel der *dos* gleich u. s. w.

24) Weber, Darstellung der Prov. u. Stat. R. Bayerns B. IV. Th. 2. S. 1189 § 129—131. 148. 178.

25) Preuß. Landr. 2. Th. 1. Tit. § 460 vb. un § 452.

26) Mittermaier a. a. O. N. 4.

27) Merlin, repert. II. p. 154.

28) Merlin, p. 155.

mögen des verstorbenen Mannes macht.²⁹⁾ Es beträgt in der Regel $\frac{1}{2}$ oder $\frac{1}{3}$ der *dos*³⁰⁾; hat die überlebende Frau Kinder, so erhält sie den Nießbrauch am Ganzen und falls sie sich nicht wieder verhehlicht auch das Eigenthum an einer Kindspotion; ohne Kinder hat sie das Ganze zu Eigenthum;³¹⁾ auch hat sie eine gesetzliche Generalhypothek,³²⁾ Alles wie beim hyp. Daneben bestand aber noch als Reminiscenz an die d. pr. n. die Nothwendigkeit der *Institution*³³⁾ und das eigenthümliche Successionsrecht der Kinder in das *augment de dot*.³⁴⁾ Auch scheint letzteres wieder auf das germanische *douaire* (*doarium* oder *dotalicium*) eingewirkt zu haben, z. B. in Ansehung der Größe desselben.³⁵⁾

Seit dem 16. Jahrhundert finden wir dann das *augmentum dotis* unter den Bezeichnungen: Mehrung oder Vermehrung, Besserung oder Verbesserung des Brautschatzes, der Ehesteuer, Widerlage, Gegenvermächtniß u. dgl. auch in Deutschland. Dasselbe ist bald mehr bald minder mit germanischen Grundsätzen vermischt und kommt bald vertragsmäßig,³⁶⁾ bald gesetzlich vor.³⁷⁾ Es beträgt im Zweifel bald $\frac{1}{2}$ bald $\frac{1}{3}$ der *dos*.³⁸⁾ Die Frau

29) Merlin, p. 161.

30) Merlin, p. 155.

31) Merlin, p. 154 Nr. 3 p. 161.

32) Merlin p. 161.

33) Merlin p. 161.

34) Merlin p. 154 Nr. 1. 2.

35) Cujac. obss. V. 4. Merlin p. 153. 154. — Vgl. noch Salmasius de modo usur. p. 147—151. Domat les lois dans leur ordre nat. l. I. t. 10 p. 105. 106.

36) Wormser Ref. Th. 5 B. 5. T. 3. Preuß. Landr. 2. Th. 1. Tit. § 456. 459. 460. Oesterr. Gesetzb. § 1230.

37) Ritterr. des Herzogth. Bremen v. 1576 Tit. 4. 5. Rgl. preuß. Constit. v. 1718 § 7. Behmisches Recht v. 1592 XVII. 37. 38. Auch in Mecklenburg zum Besten adeliger Wittwen, v. Kampff, mecklenb. Civilt. § 202.

38) Preuß. Landr. a. a. O. § 459. Preuß. Const. a. a. O. — Brem. Ritterr. a. a. O.

hat daran entweder unbedingt das Eigenthum,³⁹⁾ oder nur, wenn keine Kinder vorhanden sind,⁴⁰⁾ oder sie hat immer nur den Nießbrauch.⁴¹⁾ Ueberall wird eine dos mit Nothwendigkeit vorausgesetzt, aber nirgends ein *lucrum dotis*.⁴²⁾

Aus der bisherigen Entwicklung erschen wir, daß die d. pr. n. in der Gestalt des justinianischen Rechtsbuchs sogar bei den romanischen Völkern bald wieder abkam.⁴³⁾ Bei den Germanen konnte sie schon deshalb nicht durchdringen, weil sie bereits ähnliche Institute hatten, als sie mit ihr bekannt wurden, so daß sie nur den Namen davon recipirten. Bei der Aufnahme des den Germanen fremden römischen Dotalrechts in Deutschland suchte man nur einige Sätze der d. p. n. auf die vorhandenen ähnlichen Institute auszudehnen.⁴⁴⁾ Im Ganzen wurde aber die d. pr. n. nicht praktisch und konnte dieß schon deshalb nicht werden, weil die Theorie über ihr Wesen nicht im Klaren war. Außerdem ist sie durch eigenthümliche römische Eheverhältnisse, besonders durch die Verpflichtung des Vaters des Bräutigams zu ihrer Bestellung, bedingt, was Alles heutzutage nicht mehr zutrifft. Ueber ihre heutige Unanwendbarkeit sind fast alle neuern Romanisten⁴⁵⁾

39) Preuß. Const. a. a. D. Preuß. Landr. § 456. Oesterr. Gesetzb. § 1230.

40) Brem. Ritterr. a. a. D.

41) v. Kampß § 202.

42) Vgl. J. A. Hofmann, Eheverh. § 99, welcher das Wesen u. die Herkunft des *augm. dot.* sehr scharf erkennt. Eckardt, Zeitschr. f. d. Recht X § 21 p. 474, 475. § 22 p. 476, 477 nebst den weiteren dortigen Citaten. Walter, d. Privatr. § 200.

43) Cujac. *obss.* V. 4. de Retes l. c. 16.

44) Jahrb. d. ges. d. jur. Lit. V S. 294.

45) Vgl. bei Schilter, *prax. jur. Rom. I. exerc.* 36 § 86. Keller *Pand.* § 406. Sintonis, *gen. Civilr.* III. § 133 *Ann.* 3. — A. M. Dablow S. 462. Burchardi a. a. D. a. G. Windscheid *Pand.*, a. a. D. Legierer Schriftsteller übersieht, daß das deutsche Gegenvermächtniß u. dgl. von der d. pr. n. auch nach seiner Auffassung des Wesens derselben ganz und gar verschieden ist, indem jenes nur eine dos, aber kein eventuelles *lucrum dotis* (*aequalia pacta*) voraussetzt, wie die d. pr. n. In dieser Hinsicht würde das deutsche Leibgebing oder *dotalicium* (zum Unterschiede vom Wittthum oder *vidualicium*) der römischen Voraussetzung mehr entsprechen. *Const. Saxon. p. II const.* 44. Glück, *Comm.* § 1243 S. 349 ff. In denselben Irrthum verfällt Laysner, *med. vol. V spec.* 305. IV.

und Germanisten⁴⁶⁾ einig. Praktisch könnte sie nur dann werden, wenn zwei Ehegatten ausdrücklich ihre ehelichen Güterverhältnisse nach ihr normirt haben wollten.

Gleichwohl bietet die Kenntniß dieses Instituts großes historisches Interesse und gewährt einen tiefern Einblick in das römische Ehe- und Dotalrecht, sowie den einzigen Aufschluß über das Entstehen und die Normen einiger spätern Institute und über die oft eigenthümlichen Grundsätze solcher Rechtseinrichtungen, die nicht auf römischem Boden gewachsen sind. —

46) Unter den Germanisten vertheidigt blos Mittermaier a. a. D. die entgegengesetzte Ansicht.

REV15

REV25

REV37

ÚK PrF MU



3129S05357