

Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 75

**Abt. A:
Abhandlungen zum Römischen Recht
und zur Antiken Rechtsgeschichte**

Aus der Werkstatt römischer Juristen

**Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung
2013 in Fukuoka**

Herausgegeben von

**Ulrich Manthe
Shigeo Nishimura
Mariko Igimi**



Duncker & Humblot · Berlin

Aus der Werkstatt römischer Juristen

Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen

Herausgegeben vom Institut für Rechtsgeschichte und
geschichtliche Rechtsvergleichung der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br.

Neue Folge · Band 75

Abt. A: Abhandlungen zum Römischen Recht
und zur Antiken Rechtsgeschichte

Aus der Werkstatt römischer Juristen

Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung
2013 in Fukuoka

Herausgegeben von

Ulrich Manthe
Shigeo Nishimura
Mariko Igimi



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark
Printed in Germany

ISSN 0720-6704

ISBN 978-3-428-14398-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54398-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84398-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Den Römern ist es mit ihrem Recht gelungen, die grundlegenden Regeln für das Zusammenleben der Menschen zu schaffen. Die Tagung „Römisch-rechtliches Kolloquium – Interpretation und Umfeld historischer Quellen des römischen Rechts“ fand vom 25. bis 27. März 2013 in den Räumen der Technischen Universität Fukuoka (Fukuoka Institute of Technology – Fukuoka Kogyo Daigaku) statt und verfolgte den Zweck, durch vertiefende und auf mehreren Ebenen durchgeführte Exegesen der römischen Quellentexte das Besondere des römischen Rechtes weiter zu ergründen.

Da römisches Recht die Grundlage des modernen Zivilrechts in mehreren Staaten sowohl in Mitteleuropa als auch in Ostasien bildet, schlugen die Vorträge eine Brücke zwischen römischem Recht und modernem Zivilrecht. Shigeo Nishimura hatte Romanisten aus drei ostasiatischen und sieben europäischen Ländern versammelt; so entstand eine zweite Brücke zwischen Ostasien und Europa. An der Tagung nahmen jüngere und ältere Wissenschaftler teil – dies war die dritte Brücke zwischen Jung und Alt.

Dieser Band enthält die Vorträge in deutscher oder englischer Sprache. Die sprachliche Fassung wurde, wenn überhaupt erforderlich, von Ulrich Manthe angepasst, wobei ihn die europäischen Kollegen – nicht nur die Teilnehmer der Tagung, sondern auch manche andere – bereitwillig unterstützten; hierfür sei allen herzlich gedankt! Mariko Igimi stellte das Quellenregister her.

Unser herzlicher Dank gilt dem Herausgeber der Freiburger Rechtsgeschichtlichen Abhandlungen, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Kaiser, und dem großzügigen Verleger, Herrn Dr. Florian Simon, für die Aufnahme in diese Reihe.

Die Autoren hoffen, mit diesem Band einen bescheidenen Beitrag zur Erkenntnis der Bedeutung der Wissenschaft vom römischen Recht als Grundlage jeder Rechtswissenschaft in Ost und West geleistet zu haben.

Februar 2016

Ulrich Manthe, Passau
Shigeo Nishimura, Fukuoka
Mariko Igimi, Fukuoka

Inhaltsverzeichnis

<i>Frits Brandsma</i>	
Gab es eine Form der Ehescheidung bei den Römern seit der <i>lex Iulia de adulteriis</i> ? Einige Bemerkungen zu D. 24,2,9	9
<i>Byoung Jo Choe</i>	
Zur Debatte um den Rutiliana-Fall (Paul. D. 4,4,38 pr.). Wie soll man einen Text lesen?	23
<i>Thomas Finkenauer</i>	
Das entgeltliche Mandat im römischen Recht	55
<i>Seiji Fukuda</i>	
Der Inhalt des Bürgschaftsauftrags: eine Meinungsverschiedenheit über D. 17,1,38 Marcell. 1 resp. im Mittelalter	91
<i>Jean-François Gerkens</i>	
Fernand De Visscher als Archäologe	111
<i>Tomoyoshi Hayashi</i>	
“I ask and he gave his opinion” (<i>quaero, respondit</i>) – Some Reflections on the Forms of Legal Questions and Responses in D. 17,1,59 and on their Background	131
<i>Mariko Igimi</i>	
<i>Occupatio</i> im Alltag der Römer	153
<i>Makoto Ishikawa</i>	
MINPO § 719 und das römische Recht. Eine Anwendungsmöglichkeit auf den Nebentäterfall	173
<i>Sebastian Lohsse</i>	
Vertragliche Haftungsverschärfung beim <i>depositum</i>	185
<i>Ulrich Manthe</i>	
Die Collatio: Inhalt, Textkritik und Verfasserfrage	197
<i>Carla Masi Doria</i>	
Der Redner Albucius Silus und ein „merkwürdiger“ Prozess wegen Mordes.	219
<i>Wataru Miyasaka</i>	
D. 23,3,67 Proculus 7 epistulae: Ein angemessener Lehrstoff in Bezug auf die Übertragung des Eigentums im römischen Recht	253

<i>Hikaru Mori</i>	
D. 30,86,4: Ursprung der <i>superficies</i> als <i>ius in re aliena</i> ?	277
<i>Shigeo Nishimura</i>	
Eine raffinierte Falllösung zur <i>condictio indebiti</i> : Scaev. D.12,6,67,4	291
<i>Martin Pennitz</i>	
Die rechtliche Funktion von Asylstätten in Rom zur Zeit der Republik und des frühen Prinzipats	315
<i>Pascal Pichonnaz</i>	
Die Begrenzung des Schadens: „ <i>circa ipsam rem</i> “ und D. 19,1,21,3: Einige diachronische Überlegungen	339
<i>Daisuke Shinomori</i>	
<i>Testamentum porcelli</i> : Ein von Sklaven errichtetes Testament?	353
<i>Boudewijn Sirks</i>	
Zum Schadensersatzanspruch bei der <i>Lex Aquilia</i> anhand von D. 9,2,54 und 55 und eine Bemerkung zu D. 9,2,56	375
<i>Akira Sugao</i>	
<i>Usurae ultra alterum tantum</i> : Welche Zinsen sind zum <i>duplum</i> des Kapitals gerechnet?	385
<i>Yoshihiro Tabata</i>	
Sachmängelhaftung und Nichterfüllungshaftung	403
<i>Minoru Tanaka</i>	
<i>Semel heres semper heres</i> : Kommentare der Humanisten zu D. 4,4,7,10 und D. 28,5,89	423
<i>Norio Tanaka</i>	
Zum Verzicht auf das Widerrufsrecht bei der Schenkung von Todes wegen	447
<i>Kazunori Uemura</i>	
Zur Normstruktur des <i>Edictum aedilium curulium</i> . Exegese von D. 21,1,14,9 und D. 21,1,28	463
<i>Shiro Yanata</i>	
The Burden on the Share of Common Property after Dividing Common Property	477
<i>Lihong Zhang</i>	
Studies on <i>Actio in Factum Civilis</i>	489
Autorenverzeichnis	503
Quellenverzeichnis	505

Gab es eine Form der Ehescheidung bei den Römern seit der *lex Iulia de adulteriis*? Einige Bemerkungen zu D. 24,2,9

Von *Frits Brandsma*

I. Die freie römische Ehe war nach herrschender Meinung eine völlig formfreie Angelegenheit. Sie wurde geschlossen durch Konsens und geschieden durch Dissens; so lautet es in den Hand- und Lehrbüchern. Sie war eine faktische Angelegenheit, mit der das Recht zwar nur eine Rechtsfolge verbunden habe, aber deren Zustandekommen und Beendigung freie Sache der Ehepartner sei. Zur Ehescheidung brauchte man nur zu sagen: „Packe deine Sachen und verschwinde“, und die Ehe war getrennt. Schulz sagt zur Ehescheidung in seinen Prinzipien zum Beispiel: „Ein moderner Ehescheidungsprozeß würde [dem Römer] schamlos dünken ... So wenig als möglich Recht! lautet auf diesem Gebiet seine Parole.“¹ Das war alles ganz anders bei der *manus*-Ehe. Dort gab es Formen im Überfluss. Der *confarreatio* folgte die *diffarreatio* und der *coemptio* folgte die *remancipatio*. War es aber keine *manus*-Ehe, dann war Freiheit die Parole und keine Form vorgeschrieben, so jedenfalls die herrschende Meinung.² Dennoch gibt es einen Text, der für die Ehescheidung eine Form vorsieht.³ Diese Form wird aber von den meisten Autoren, die Levy folgen, auf die *manus*-Ehe bezogen, so zum Beispiel auch in der neuen deutschen Übersetzung des *Corpus Iuris*.⁴ Neuerdings gibt es aber auch eine andere Meinung. Sie wurde 2006 von Astolfi in seinem Werk über das *matrimonium* im klassischen römischen Recht vertreten.⁵ Er nimmt den Text, welcher sogleich folgt, ernst.

¹ Fritz Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, Berlin 1934, 15.

² Z. B. Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, München 2014²⁰, § 58.46–48; Gabriela Eisenring, Die römische Ehe als Rechtsverhältnis, Wien 2002, 182; Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb, Römisches Recht, Berlin 1987, § 144 IV; Max Kaser, Das römische Privatrecht I, München 1971², § 77 III 3.

³ D. 24,2,9.

⁴ Ernst Levy, Der Hergang der römischen Ehescheidung, Weimar 1925; Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung IV, Rolf Knütel u. a., Heidelberg 2005, Fn. 2 ad D. 24,1,35.

⁵ Riccardo Astolfi, Il matrimonio nel diritto romano classico, Padova 2006, § 54. Siehe dazu die Anzeige von Jakob Fortunat Stagl in SZ 125 (2008) 897 ff., 900. Vgl. jedoch auch schon Josef Huber, Der Ehekonsens im römischen Recht, Rom

Was er dabei nicht beachtet, sind die byzantinischen Zeugnisse.⁶ Das bedeutet, dass es nun Zeit ist, den Text und die byzantinischen Zeugnisse zu diesem Text einmal anzuschauen.

II. Der Text ist einem Werke Paulus' über die *Lex Iulia de adulteriis* entnommen:

D. 24,2,9 Paul. 2 de adulteriis

Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet. Libertum accipiemus etiam eum, qui a patre avo proavo et ceteris susum versum manumissus sit.

Eine Scheidung ist nur wirksam, wenn sieben mündige römische Bürger hinzugezogen wurden, ausgenommen Freigelassene desjenigen, der die Scheidung erklärt. Unter einem Freigelassenen verstehen wir auch denjenigen, der vom Vater, Großvater, Urgroßvater oder von den übrigen Verwandten in aufsteigender Linie freigelassen wurde.

Es heißt *nullum divortium* „keine Scheidung“. *Divortium* geschah durch *repudium*⁷ und *repudium* verlangte sieben Zeugen.

Die Byzantiner bestätigen das Bestehen eines Formbedürfnisses, jedenfalls für das justinianische Recht. Dorotheos, zum Beispiel, übersetzt wie folgt:

Schol. 1 ad Bas. 28,7,15 (D. 24,2,9), BS 1878,15–18

Τοῦ αὐτοῦ. Οὐδὲ ἐν ῥεπούδιον ἔρρωται μὴ παρὰ ἑπτὰ μαρτύρων ὑπογραφόμενον πολιτῶν Ῥωμαίων καὶ ἐφήβων ὄντων χωρὶς ἀπελευθέρου τοῦ πέμποντος τὸ ῥεπούδιον, εἴτε αὐτὸς αὐτὸν ἠλευθέρωσεν εἴτε ὁ πατὴρ αὐτοῦ ἢ πάππος ἢ πρόπαππος ἢ ἕτερός τις τῶν ἀνιόντων αὐτοῦ ἢ κατιόντων.

Desselben. Eine bloße Verstoßung ist nicht gültig, wenn sie nicht von sieben Zeugen unterschrieben ist, die römische Bürger und mündig und nicht Freigelassene desjenigen sind, der die Verstoßung schickt, sei es dass er selbst ihn freigelassen hat, sei es sein Vater oder Großvater oder Urgroßvater oder ein anderer seiner Vorfahren oder Abkömmlinge.

Nach Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung* (1925), nimmt die herrschende Meinung jedoch an, Paulus habe nicht das gesagt, was Justinian ihn sagen lässt.

1977, 152 ff., 158 f. Siehe vor *Levy* z.B. *Rudolf Leonhard*, *Divortium*, in: RE Band V,1 (1903) 1244, mit Lit.

⁶ Auch nicht in *Riccardo Astolfi*, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli 2012.

⁷ Vgl. die bei *Olis Robleda*, *Il divorzio in Roma prima di Costantino*, in: ANRW II 14, Berlin 1982, 347–390, 349 genannten Autoren. Anders *Lucien Claes*, *La terminologie du divorce dans les textes juridiques latins et les constitutions grecques de Justinien*, in: *Scrinium Lovaniense* 1961 (*Mélanges historiques Étienne van Cauwenbergh*) 167 ff., 175 ff.

III. Levy meint, die Worte am Anfang „*Nullum divortium ratum est*“ seien interpoliert worden, und er will stattdessen lesen: *Uxorem coemptione in manum receptam neque remancipatam maritus ex lege non dimittit*.⁸ Also nicht: „Eine Scheidung ist nur wirksam ...“, sondern „Eine Ehefrau, die durch Brautkauf in die Ehegewalt aufgenommen und nicht wieder manzipiert worden ist, entlässt der Ehemann dem Gesetz übereinstimmend nur ...“. Dass ist etwas ganz anderes. Es gehe im Paulus-Text ursprünglich nicht um eine allgemeine Form der Ehescheidung. Die *Lex Iulia de adulteriis* habe eine besondere Form nur für den Fall eingeführt, dass eine Entlassung aus der Ehegewalt durch *remancipatio* nicht gelingen konnte, weil die durch *coemptio* geheiratete Ehefrau durch ihre Abwesenheit sich dieser *remancipatio* entzog. Diese besondere Form sei notwendig gewesen, um dem Ehemann die Möglichkeit zu geben, seine ehebrecherische Frau aus der *manus* zu entlassen und so die Ehe zu beenden, in welchem Falle er nicht wegen Kuppelei (*lenocinium*) beschuldigt werden konnte.

Spätere Autoren haben, auch wenn sie dieser Ansicht nicht im allgemeinen folgen wollten und den Text an sich für paulinisch hielten, doch jedenfalls diese Form auf die strafrechtlichen Konsequenzen der *Lex Iulia de adulteriis* beschränken wollen.⁹

Ist es aber wahrscheinlich, dass Justinian auf diese Weise eine Form der Ehescheidung einführte? Denn das wäre die Folge, wenn Levy recht hätte. Vielleicht lohnt sich die Mühe, diesen schon viel erörterten Text noch einmal zu besprechen.

Der Text bereitet uns verschiedene Schwierigkeiten. Hauptfrage ist selbstverständlich, ob der Text nur justinianisches Recht wiedergibt oder bereits von Paulus herrührt. Eine andere Frage ist, was *praeter libertum* zu bedeuten hat und was wir mit diesem Freigelassenen anfangen: gehört er zu den Zeugen oder nicht?

IV. Beginnen wir mit der Hauptfrage. Der Text ist der einzige, der uns die Formalitäten der Ehescheidung nach klassischem römischem Recht mitteilt. Levy betont dies neben den Umstand, dass das Paulus-Fragment seinem Buch über Ehebruch entnommen ist.¹⁰ Der Text soll daher auf irgendeine Weise mit der *Lex Iulia de adulteriis* in Verbindung stehen und keine allgemeine Form der Ehescheidung betreffen. Der Paulus-Text ist aber nicht

⁸ Levy (o. Fn. 4) 46.

⁹ Vgl. Schirmer, Die formlose Scheidung nach der *lex Julia de adulteriis*, in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte 11 (1873) 355 ff., 369, und die bei Robleda (o. Fn. 7) 380 genannten Autoren; z.B. Percy Ellwood Corbett, The Roman Law of Marriage, Oxford 1930, 233 f. R. Yaron, Divortium inter absentes, TR 31 (1963) 54 ff., 59, fügt zwischen *nullum* und *divortium* ein: *<inter absentes>*.

¹⁰ Levy (o. Fn. 4) 25 ff.; 31 ff.