

Zuwendungen einer zur Mitgift bestimmten Sache (zugleich zur Schenkung unter Auflage)¹

The Gifts to a Dowry (a Contribution to a *donatio sub modo*)

Veronika Kleňová

Abstract: The “gifts” to a dowry can be divided into three groups of cases. Their explanation should show: 1.) that the donation was in the classical Roman law incompatible with the donor’s right of recovery (*condictio*); 2.) that a gratuitous transaction was treated as a *datio ob rem* if the “donor” had the *condictio* in the event that the condition (*modus*) will not be fulfilled; and 3.) that it was not decisive for the assessment of the legal transaction as a gift in whose interest the fulfilment of the condition (*modus*) was.

Key Words: Roman Law; donation; Providing of a Dowry; *modus*; *condictio ob rem*; Features of a Gift; *dos profecticia*; *dos adventicia*.

Abstrakt: Die Zuwendungen einer zur Mitgift bestimmten Sache lassen sich in drei Fallgruppen gliedern. Durch die Quellendeutung soll aufgezeigt werden: 1.) dass eine Schenkung im klassischen römischen Recht unvereinbar mit dem Rückforderungsrecht des Schenkers war; 2.) dass eine unentgeltliche Übereignung als eine *datio ob rem* gesehen wurde, wenn dem „Schenker“ das Rückforderungsrecht für den Fall zustand, dass die Auflage nicht erfüllt wird; und 3.) dass es für die Bejahung, beziehungsweise Verneinung einer Schenkung nicht entscheidend war, im wessen Interesse die Erfüllung der Auflage lag.

Schlüsselwörter: Römisches Recht; *donatio*; *Dosbestellung*; Auflage; Rückforderbarkeit wegen zweckverfehlender Leistung (*condictio ob rem*); Schenkungsmerkmale; *dos profecticia*; *dos adventicia*.

¹ Herrn Professor Andreas Wacke danke ich herzlich für kritische Durchsicht und wertvolle Anmerkungen.

Einleitung

Es ist umstritten, ob das klassische römische Recht bei Nichterfüllung einer Schenkungsaufgabe dem Schenker eine Rückforderung gewährte. Konnte der Schenker wegen Nichterfüllung eines Nebenzweckes das ganze Geschenk mit der *condictio ob rem* zurückfordern, wo lag dann die Grenze zwischen einer Schenkung unter Auflage und einer „einzweckigen“ *datio ob rem*² (also einer Leistung, mit der lediglich ein künftiger Erfolg, nicht aber auch eine Schenkung beabsichtigt wurde)? Ungeklärt ist auch, wie eine Rückforderung mit der Schenkungsvoraussetzung „*dat ea mente, nec ullo casu ad se reverti*“³ in Einklang zu bringen ist. Lag eine *donatio* nur dann vor, wenn der Schenker eine Sache in der Absicht übereignete, sie unter keinen Umständen zurückzubekommen, dann musste die Rückforderung auch wegen Nichterfüllung einer Auflage ausgeschlossen sein.⁴

Quellen, die den Eindruck erwecken, dass dem Schenker eine Kondiktion zustand, sind auch bei der Schenkung mit einem vom Schenker zusätzlich verfolgten *dos*-Zweck⁵ (Bestellung einer Mitgift mit der geschenkten Sache) überliefert. Es lässt sich zeigen, dass die überlieferte Kondiktion klassisch ist, ohne dass sie im Widerspruch mit dem Schenkungsmerkmal „*dat ea mente, nec ullo casu ad se reverti*“ steht.⁶ Die Quellen rechtfertigen ferner die Annahme, dass es für die Bejahung, bezie-

² TALAMANCA, M. Diocl. et Maxim. C. 8,54,3 = FV. 286: *Donatio sub modo, datio ob rem e contratto a favore di terzi*. In: C. R. RUGGERI, Hrsg. *Studi in onore di Antonino Metro: Tomo VI*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 2010, S. 249 ff. und 278 ff. ISBN 88-14-15411-2.

³ Iul. D. 39,5,1 pr.: „*Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur...*“; Iul. D. 12,1,20: „*... donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret.*“; Paul. D. 39,6,35,2: „*... illa vera et absoluta donatio, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur...*“; Ulp. D. 43,26,1,2: „*... qui donat, sic dat, ne recipiat...*“; Ulp. D. 24,1,13,2: „*Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id non potest, quia magis donari ei videtur...*“

⁴ Den Widerspruch lässt die neueste Literatur unbeachtet; siehe KASER, M., R. KNÜTEL und S. LOHSSE. *Römisches Privatrecht*. 21. Aufl. München: C. H. Beck, 2017, S. 83. ISBN 978-3-406-69559-9, § 10, Rn. 21.

⁵ Zur Abgrenzung einer *dos* von einer Schenkung WACKE, A. *Dos und donatio: Mitgiftbestellung ist keine Schenkung*. *Zeszyty prawnicze*. 2015, vol. 15, nr 2, S. 77-98. ISSN 1643-8183.

⁶ Es ist nicht notwendig anzunehmen, dass die Kondiktion in den Digestenstellen überall hineininterpoliert ist; so jedoch SCHULZ, F. *Interpolationenkritische Studien*. In: F. STIER-SOMLO, Hrsg. *Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstag*. 1. Aufl. München; Leipzig: Duncker & Humblot, 1913, S. 3 ff.

hungsweise Verneinung einer Schenkung irrelevant war, im wessen Interesse die Erreichung des *dos*-Zweckes lag.⁷

I. Die erste Fallgruppe: *Datio, ut in dotem daret*

D. 23,3,5,9 (ULPIANUS libro trigesimo primo ad Sabinum): „*Si quis certam quantitatem patri donaverit ita, ut hanc pro filia daret, non esse dotem profecticiam Iulianus libro septimo decimo Digestorum scripsit: obstrictus est enim ut det aut, si non dederit, conditione tenetur. hoc et in matre iuris esse ait, si forte sub ea condicione uxor marito det, ut pro filia genero in dotem daret, nec videri uxorem marito donasse rectissime ergo ait, ut non sit interdicta donatio iure civili: non enim ad hoc dedit, ut ipse habeat, sed ut genero pro filia expendat: denique si non dederit, conditione tenetur. esse igitur dotem istam adventiciam Iulianus ait: et ita utimur.*“

Ein Dritter schenkte (*donaverit*) eine bestimmte Geldsumme einem Vater mit der Zweckbestimmung, der Vater solle damit die Mitgift für seine Tochter bestellen (*ut hanc pro filia daret*). Die bestellte *dos* werde nach Julian nicht eine Mitgift väterlicherseits (*dos profecticia*), denn der Vater sei verpflichtet, das Geld weiterzugeben, oder, wenn er das nicht tut, hafte er aus der Kondiktion. Ebenso kann keine *dos profecticia* in dem Fall bestellt werden, wenn der Vater das Geld mit der gleichen Zweckbestimmung von seiner Ehefrau erhält. Unter den Ehegatten stellte sich zusätzlich die Frage, ob die Übereignung, *ut in dotem daret* nicht am Verstoß gegen das Ehegattenschenkungsverbot scheitert. Doch sah Julian in diesem Fall wegen des gesetzten *ut*-Zweckes keine verbotene *donatio*:⁸

⁷ Entgegen HAYMANN, F. *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht*. 1. Aufl. Berlin: F. Vahlen, 1905. 184 S., der das entscheidende Kriterium im Inhalt der Nebenabrede suchte. Je nachdem, ob die Nebenabrede auf den eigenen Vorteil des Empfängers abzielte (*modus simplex*), oder, ob sie etwas zugunsten des Gebers oder Dritter anordnete (*modus qualificatus*), löste Haymann auch die Kondiktionsfrage: Beim *modus simplex* sei die Kondiktion zugelassen, ohne dass dadurch dem Geschäft die Schenkungsnatur genommen wäre. Beim *modus qualificatus* sei die Kondiktion lediglich für die Fälle verbürgt, in denen die Auflage dem Beschenkten anbefahl, sich des Geschenkes wieder zu entäußern.

⁸ Der Begriff „*donatio*“ wurde unter Ehegatten auch in einem weiteren Sinne verwendet: Er schloss nicht nur die *donatio* im eigentlichen, technischen Sinne ein, sondern jede Bereicherung aus dem Vermögen des anderen Ehegatten. Wenn Julian sagt *nec videri uxorem marito donasse, ut non sit interdicta donatio iure civili*, meint er: „Nicht einmal unter Ehegatten sei hier eine verbotene Schenkung (gemeint Bereicherung) zu sehen, da der Ehemann aus der Sache nicht bereichert werde. Er muss sie entweder sogleich *in dotem* geben, oder, wenn er das nicht tut, hafte er aus der *condictio* auf Rückgabe.“ Da der *dos*-Zweck sogleich zu verwirklichen war, war auch eine Bereicherung aus Zwischenvorteilen ausgeschlossen. Wenn der Zweck unter Ehegatten erst später zu erreichen war, dann half

Die Ehefrau übergab nicht zu dem Zweck, dass der Ehemann das Geld endgültig behält, sondern dass er es dem Schwiegersohn sogleich für die Tochter weitergebe.

Die bei der Übereignung getroffene Abrede *ut in dotem daret* begründete eine Realobligation des Vaters, das Geld bei Verfehlung des *dos*-Zwecks an den Geber (die Ehefrau oder den Dritten) zurückzugeben (*si non dederit, condictione tenetur*). Der Geber, der durch die Übereignung eine bedingte Rückforderung erwarb, hat nicht in der Absicht gegeben, dass er das Geld unter keinen Umständen zurückerhält (*nec ullo casu ad se reverti*), er schenkte also nicht.⁹ Mit der Verneinung der Schenkung hat sich Ulpian einverstanden erklärt (*rectissime ergo ait*) und damit zum Ausdruck gebracht, dass das am Anfang stehende „*patri donaverit*“ nicht technisch zu verstehen ist.¹⁰

Die für den Fall der Zweckverfehlung dem Geber zustehende *condictio ob rem* schaltete die *donatio* aus.¹¹ Der Vater erwarb das Eigentum dennoch, an Stelle der beabsichtigten *donatio, ut pro filia in dotem daret*, wurde eine „einzweckige“ *datio, ut pro filia in dotem daret* (eine *datio ob rem*) zur *causa* für den Eigentumserwerb (*causa dandi*).

Die *traditio* beruhte zwar auf einer *causa dandi*, der Vater erwarb das Eigentum, er hatte aber keinen Rechtsgrund zum endgültigen Behalten des Geldes (*causa retinendi*).¹² Die *causa retinendi* konnte nur die *donatio*

man sich entweder mit der Konstruktion 1.) dass auch die in der Zwischenzeit erworbenen Früchte zu restituieren sind (bei der Abrede *uti post mortem restituitur filio*; D. 24,1,49), oder 2.) dass der Empfänger erst dann das Eigentum erwirbt, wenn er mit der Zweckverwirklichung anfängt (bei der Abrede *ut manumittatur*; D. 24,1,7,8 – 9).

⁹ Dennoch für eine „donazione modale“ ARCHI, G. G. Dote e donazione nel diritto romano. In: G. LAVAGGI, Hrsg. *Studi in memoria di Emilio Albertario: Tomo II*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1953, S. 237, N. 2 und S. 259, N. 1: Er meint, ohne jedoch die relevanten Quellen in Bezug zu nehmen, auf eine Schenkung unter Auflage bezog sich das Schenkungsmerkmal „*dat ea mente, nec ullo casu ad se reverti*“ nicht.

¹⁰ So auch SCHWARZ, F. *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*. 1. Aufl. Münster; Köln: Böhlau, 1952, S. 145: Möglich sei auch, dass an Stelle von „*donaverit*“ ursprünglich „*dederit*“ stand.

¹¹ BROISE, S. *Animus donandi: Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna I: Parte generale*. 1^a ed. Pisa: Pacini, 1975, S. 67, sieht den Grund für die Schenkungsverneinung lediglich darin, dass die Frau nicht in der Absicht übergab, den Ehemann zu bereichern. Mit gleicher Begründung für eine *datio ob rem* SCHLEI, H. *Schenkungen unter Ehegatten: Zu ihrer Behandlung nach römischem Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Ausblicken auf das geltende Recht*. 1. Aufl. Göttingen: Muster-Schmidt, 1993, S. 70. ISBN 978-3-7881-1821-1.

¹² Zur *causa dandi* und *causa retinendi* SCHWARZ, F. *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*. 1. Aufl. Münster; Köln: Böhlau, 1952, S. 228 f.

darstellen (damit sie als Behaltensgrund wirken könnte, müsste der Geber jedoch auf die *condictio ob rem* verzichten). Da der Übereignung an den Vater eine *causa retinendi* fehlte, konnte durch die Weitergabe an den Schwiegersohn keine *dos profecticia* bestellt werden. Eine *dos profecticia* lag vor, wenn die *dos* aus dem Vermögen des Vaters (oder eines anderen männlichen Vorfahren) stammte.¹³ Bei der Übereignung an den Schwiegersohn haftete der Vater dem Geber noch aus der *condictio*; das Geld war eher noch dem Vermögen des Gebers zuzurechnen, der die Rückforderung wegen Zweckverfehlung hatte. Dies verhinderte die Annahme, die *in dotem* gegebene Sache stamme aus dem Vermögen des Vaters.¹⁴ Wenn der Vater das Geld an den Schwiegersohn übereignete, wurde die bestellte *dos* zu einer *adventicia*, als ob das Eigentum nicht vom Vater, sondern vom Geber an den Schwiegersohn überginge. Daran änderte auch die Tatsache nichts, dass die Rückforderung des Gebers in dem Moment entfiel, in dem der Schwiegersohn das Eigentum *causa dotis* erwarb.

Während hier die *donatio* an den Vater und die *dos profecticia* scheiterten, kamen sie dann zustande, wenn ein Dritter in der Absicht, dem Vater zu schenken, die zur *dos* bestimmte Sache direkt an den Schwiegersohn übergab.

II. Die zweite Fallgruppe: *Donatio pura* und *Dosbestellung*

D. 23,3,5,2 (ULPIANUS libro trigesimo primo ad Sabinum): „*Quod si quis patri donaturus dedit, Marcellus libro sexto Digestorum scripsit hanc quoque a patre profectam esse: et est verum.*“

Wenn jemand, der dem Vater eine Sache schenken wollte, diese als Mitgift für dessen Tochter direkt an den Schwiegersohn übergab, so stamme die *dos* vom Vater (sie werde eine *dos profecticia*). Die Annahme einer *dos profecticia* lässt sich hier mit der Durchgangstheorie¹⁵ erklären: Der Fall wird so angesehen, als hätte der Geber dem Vater zunächst geschenkt und der Vater im nächsten Schritt den Geber angewiesen, die geschenkte Sache dem Schwiegersohn als Mitgift zu geben. Die Leistung an den Schwiegersohn ging durch den Vater hindurch: Für eine juristische

¹³ Ulp. D. 23,3,5 pr.

¹⁴ Ähnlich Von TIGERSTRÖM, F. W. *Das römische Dotalrecht: Band 1*. 1. Aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1983 [reprint], S. 53 f. ISBN 3-511-04891-5: Das Vermögen des Vaters wurde nicht vermehrt; das dem Vater Übergebene wurde nicht sein freies Vermögen. Im § 9 hat von Tigerström aber dennoch eine Schenkung angenommen.

¹⁵ Ulp. D. 24,1,3,12.

Sekunde erwarb der Vater das Eigentum aufgrund einer *causa donandi*¹⁶ und erst von ihm ging das Eigentum aufgrund einer *causa dotis* an den Schwiegersohn über.

So wie oben in § 9 bestand auch hier der mittelbare Gewinn des Vaters lediglich darin, dass er sich den Aufwand ersparte, den er für die Dosbestellung hätte. Obschon die geschenkte Sache nicht dazu bestimmt war, dass sie der Vater behält, nehmen Ulpian und Marcellus eine *donatio* an. Damit wird deutlich, dass für die Schenkungsablehnung im § 9 nicht allein die Tatsache relevant sein konnte, dass der Vater die Sache weitergeben musste¹⁷ (also nicht nur *non enim ad hoc dedit, ut ipse habeat, sed ut genero pro filia expendat*). Der entscheidende Grund bestand eher in der Kondiktion, aus der der Vater im § 9 für den Fall haftete, dass er die Sache nicht *in dotem* gibt.

Demgegenüber war im § 2 die Annahme einer *donatio* möglich, da hier die Zwischenphase, in der der Vater aus der *condictio* haftete, übersprungen wurde. Der Geber übergab die Sache, die er dem Vater schenken wollte, direkt an den Schwiegersohn, dadurch hat sich die Rückforderung für den Fall „*si non in dotem dederit*“ erübrigt. Die *donatio* an den Vater scheiterte nicht, weil der Vater, der das Eigentum für eine juristische Sekunde erwarb, keinen einzigen Moment aus der *condictio* gehaftet hatte. Die *causa donandi* verschaffte ihm den Behaltensgrund, und dieses ermöglichte die Bestellung einer *dos profecticia*. Beim Eigentumsübergang *dotis causa* an den Schwiegersohn war die Sache aus dem Vermögen des Gebers bereits endgültig ausgeschieden, weil er keine Rückforderung hatte. Die *in dotem* gegebene Sache wurde als eine aus dem Vermögen des Vaters stammende angesehen und die Mitgift somit als *profecticia* bestellt.

Zum Ergebnis, dass der Dosbesteller der Beschenkte ist und nicht derjenige, der die Sache an den Ehemann faktisch übergab, kam Ulpian auch im folgenden Fall:

¹⁶ Eine *causa donandi* als Erwerbstitel im Deckungsverhältnis auch in Iul. D. 39,5,2,2: „*Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, iussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est.*“ Dazu THIELMANN, G. Schenkung durch Delegation. In: V. GIUFFRÈ, Hrsg. *Sodalitas: Scritti in onore di Antonio Guarino* 5. 1^a ed. Napoli: Jovene, 1984, S. 2309 f.

¹⁷ So aber MISERA, K. *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*. 1. Aufl. Köln; Wien: Böhlau, 1974, S. 160. ISBN 3-412-03174-7.

D. 23,3,51 (ULPIANUS libro secundo responsorum): „*Si res, quas filiae emancipatae pater donavit, ex voluntate eius postea in dotem pro ea datae sunt, a filia dotem, non a patre videri datam.*“

Ein Vater schenkte Sachen seiner emanzipierten Tochter. Später (*postea*) wurden die Sachen mit ihrem Willen (*ex voluntate eius*) ihrem Ehemann als Mitgift gegeben. Es war fraglich, ob die Mitgift von der Tochter oder von ihrem Vater bestellt wurde.

Offenbar hat die geschenkten Sachen der Vater (und nicht ein Dritter) an den Schwiegersohn übergeben, denn sonst würde sich nicht die Frage stellen, ob die bestellte *dos* nicht etwa eine Mitgift väterlicherseits sei. Die Frage, von wem die *dos* bestellt wurde, konnte je nach dem beantwortet werden, aus wessen Vermögen die *in dotem* gegebenen Sachen bei der Dosbestellung stammten: Aus jenem des Vaters, der die Sachen an den Schwiegersohn übergab, oder aus jenem der beschenkten Tochter? Ulpian entschied: *a filia dotem videri datam*, mit anderen Worten: Die *dotis datio* sei so anzusehen, als hätte sie die Tochter vorgenommen.

Diese Entscheidung setzte voraus, dass die Tochter bei der Dosbestellung bereits Eigentümerin war (so dass das Eigentum von ihr an den Ehemann übergang) und dass der Vater die Sachen mit ihrer Zustimmung *in dotem* gab. Die zweite Voraussetzung war mit *ex voluntate eius in dotem datae sunt* erfüllt. Strittig konnte eher die erste Voraussetzung sein, die mit der Frage zusammenhing, warum die Tochter die Sachen nicht selbst an den Ehemann übergab. Hatte der Vater die „geschenkten“ Sachen noch immer bei sich, da noch keine *traditio* an die Tochter stattgefunden hatte? Das ist denkbar. Darauf, dass der Vater die Sachen an die Tochter übergab und sie später von ihr zurückerhielt, enthält der Text keine Hinweise. Auch von einem Detentionsgrund, aufgrund dessen der Vater die „geschenkten“ Sachen behielt, schweigt der Text; die Annahme eines Besitzkonstituts¹⁸ wäre hier ohne Anhaltspunkt.

Dafür, dass Ulpian trotz fehlender *traditio* an die Tochter diese bei der Dosbestellung für die Eigentümerin hielt, käme eine doppelte Erklärung in Betracht. Erstens konnte Ulpian (ähnlich wie in dem oben erörterten D. 23,3,5,2) einen Durchgangserwerb annehmen: Wenn der Vater die Sachen dem Schwiegersohn *in dotem* gab, ging das Eigentum an den Schwiegersohn durch die Tochter hindurch. Aufgrund der fehlenden *tra-*

¹⁸ Vgl. Ulp. D. 6,1,77; siehe dazu auch WACKE, A. Donner et retenir ne vaut: Kein Schenkungsvollzug ohne Aushändigung. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2001, Jg. 201, Nr. 2, S. 256 ff. mit N. 6. ISSN 0003-8997.

ditio konnte die Tochter aus der Schenkung erst jetzt mit Hilfe der Durchgangstheorie Eigentümerin werden.

Gegen den Durchgangserwerb scheinen jedoch die Worte „*pater donavit*“ und „*postea in dotem datae sunt*“ zu sprechen. „*Donavit*“ weist eher darauf hin, dass die Tochter zunächst schenkungshalber das Eigentum erworben hatte und erst danach die Sachen *in dotem* gegeben wurden. Wahrscheinlicher ist daher die zweite Möglichkeit: Für den Eigentumserwerb seitens der Tochter hielt Ulpian keine *traditio* für notwendig. Nach einer Konstitution von Antoninus Pius war die Schenkung *inter liberos et parentes* auch dann gültig, wenn sie *nuda voluntate* geschah, vorausgesetzt, dass der Schenkungswille unzweifelhaft war.¹⁹ Durch die *donatio nuda voluntate* konnte die Tochter trotz fehlender *traditio* Eigentümerin werden. Wenn der Vater die geschenkten Sachen (welche er immer noch bei sich hatte) später dem Schwiegersohn *in dotem* gab, war er nicht mehr Eigentümer. Die Mitgift konnte nicht als eine *dos profecticia* bestellt werden, da die Sachen bei der Dosbestellung aus dem Vermögen des Vaters bereits endgültig ausgeschieden, das heißt, auch nicht mehr kondizierbar waren. Der Vater schenkte nicht mit der Abrede *ut in dotem daret*. Die Schenkung geschah frei von einer *condicio dandi*, welche dem Vater eine Kondition gegen die *filia* für den Fall verschafft hätte, dass die *dos* nicht bestellt wird. Möglich ist, dass der Vater bei der Schenkung gar nicht daran dachte, dass die Sachen einmal als *dos* verwendet würden. Die *donatio* zugunsten der *filia* kam zustande und diente als Behaltensgrund. Wenn der Vater jene Sachen an den Schwiegersohn übergab, handelte er lediglich als von der Tochter zur Dosbestellung Ermächtigter.

Wenn der Schenker in den bereits erörterten D. 23,3,5,2 oder D. 23,3,51 die zur *dos* bestimmte Sache vor der Ehe an den künftigen Ehemann übergabe und die Ehe später nicht geschlossen würde, dann wäre es im ersten Fall der beschenkte Vater, im zweiten die beschenkte *filia*, die die Sache vom Verlobten wegen Zweckverfehlung kondizieren könnte. Dies zeigen die analogen Fälle einer *datio dotis causa ante nuptias*.

D. 12,4,9 pr. (PAULUS libro septimo decimo ad Plautium): „*Si donatur mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet. sed si ego contraxi cum sponso et pecuniam in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam.*“

¹⁹ Imp. Constantinus CTh. 8,12,4.

Vor der Eheschließung zahlte Ego eine bestimmte Geldsumme als Mitgift an den Verlobten. Die *dos* konnte erst mit der Ehe zustandekommen,²⁰ bis dahin galt das Geschäft als Leistung zu einem künftigen Zweck (*datio ob rem*). Der Zweck (die *res*) war die *causa dotis*, welche bei der Zahlung noch *in pendent* war.

In der ersten Variante hat Ego das Geld an den Verlobten in der Absicht übergeben, der *mulier* zu schenken. Ähnlich wie oben in D. 23,3,5,2 bildete sich auch hier ein Dreiecksverhältnis: Ego war von der beschenkten *mulier* angewiesen (*iussu mulieris*), die ihr geschenkte Sache an den Verlobten zu übergeben.²¹ Für eine juristische Sekunde erwarb die Verlobte das Eigentum aufgrund einer *causa donandi*, und von dieser ging es weiter an den Verlobten über. Die Schenkung konnte zustande kommen,²² weil Ego sich für den Fall, dass der *dos*-Zweck nicht erreicht wird, keine Rückforderung vorbehalten hat. Eher wollte er das Eigentum zugunsten der Frau endgültig verlieren. Da das Eigentum an den Verlobten durch die *mulier* hindurch ging und diese mit der *donatio* auch eine *causa retinendi* hatte, bestand das für die Kondiktion erforderliche *negotium*²³ zwischen ihr und dem Verlobten. Somit hatte, wenn die Ehe und damit die *dos* nicht zustande kamen, die Kondiktion wegen Zweckverfehlung die *mulier* und nicht Ego.

In der zweiten Variante zahlte Ego an den Verlobten, ohne der *mulier* vor der *Dos*bestellung schenken zu wollen.²⁴ Das Eigentum ging von Ego direkt an den Verlobten über; die *datio* zum künftigen *dos*-Zweck bestand zwischen Ego und dem Verlobten. Kommt die Ehe nicht zustande, kann mit der *condictio ob rem* Ego gegen den Verlobten vorgehen.²⁵

²⁰ Ulp. D. 23,3,3: „... neque enim dos sine matrimonio esse potest...“ Dazu KÖNIG, H. H. Die vor der Ehe bestellte *Dos* nach klassischem römischem Recht. *Studia et documenta historiae et iuris*. 1963, Jg. 29, S. 152 ff.

²¹ Auch KÖNIG, H. H. Die vor der Ehe bestellte *Dos* nach klassischem römischem Recht. *Studia et documenta historiae et iuris*. 1963, Jg. 29, S. 206; und HARKE, J. D. Das klassische römische Kondiktionensystem. *Iura – rivista internazionale di diritto romano e antico*. 2003, n° 54, S. 58. ISSN 0021-3241.

²² Es musste sich hier um eine Barschenkung und nicht um eine Schenkungsstipulation handeln und die Leistungsbewegung des Schenkers an die *mulier* erfüllt das Barerfordernis der Schenkung.

²³ Zum *negotium* Iul. D. 12,6,33.

²⁴ FERRETTI, P. *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*. 1^a ed. Milano: Giuffrè, 2000, S. 36 f. ISBN 88-14-08588-9, sieht eine Schenkung an die *mulier* in der *Dos*bestellung; zur *donatio dotis causa* unten im Kapitel IV.

²⁵ Beide Varianten auch in: Marcellus D. 23,3,59,2 (fehlende Schenkungsabsicht: „*Eius nomine quae libera videbatur decem in dote dedisti: eo casu habebis conditionem, quo habere*

Fassen wir die bisherigen Ergebnisse kurz zusammen: Bei der Kombination einer Schenkung mit einem *dos*-Zweck lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden. Erstens eine *datio, ut in dotem daret*, bei der der Geber die Kondiktion für den Fall hatte, dass der *dos*-Zweck verfehlt wird, zweitens eine einfache, ohne Rückforderungsvorbehalt erfolgte *donatio* mit nachfolgender *Dos*bestellung. In der ersten Gruppe übergibt ein *dans* eine Sache an den *accipiens* mit der Zweckbestimmung, der *accipiens* soll die Sache *in dotem* geben. Auch wenn der *dans* eine Schenkungsabsicht hätte, würde hier keine *donatio* angenommen und zwar gleichgültig, ob die Mitgift für den *accipiens* selber oder für einen Dritten bestellt werden sollte. Die Schenkung scheiterte an der *condictio ob rem* des Gebers. Zu dieser Fallgruppe gehört auch D. 23,3,9 pr.

III. *Seiae res dedero, ut ipsa in dotem det als Muster einer datio, ut in dotem daret*

D. 23,3,9 pr. (ULPIANUS libro trigesimo primo ad Sabinum): „*Si ego Seiae res dedero, ut ipsa suo nomine in dotem det, efficientur eius, licet non in dotem sint datae: sed condictione tenebitur...*“

Ego hat Seia Sachen mit der Zweckabrede übergeben, Seia solle sie *in dotem* geben. Seia wird zur Eigentümerin; für den Fall aber, dass die

potuisses, si mulieris liberae nomine dedisses nec nuptiae secutae essent.“; Schenkung an die Frau: „... igitur si mulieri donaturus dedisti, dominus condicet, quemadmodum si eum qui sibi donaturus esset mulier ipsam donare iussisset.“); Ulp. D. 23,3,43,1 (keine Schenkung: „*Quotiens autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendae causa, si quidem nuptiae insecutae non fuerint, liberatio non sequetur.*“; Schenkung: „... nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum: ceterum mulieri per liberam personam condictio adquiri non potest.“); Iul. D. 12,4,7 pr. (Annahme einer Schenkung an die Verlobte bei wissentlicher Zahlung einer Nichtschuld: „... sed si, cum sciret se nihil mulieri debere, promississet [sc. dotis nomine sponso et solvit], mulieris esse actionem, quoniam pecunia ad eam pertineret.“; im vorangehenden und nachfolgenden Fall liegt keine Schenkung.); Ulp. D. 23,3,9 pr. (keine Schenkung: „... quod si pro ea res ego dem, si quidem ante nuptias, interest qua condicione dedi, utrum ut statim fiant accipientis an secutis nuptiis: si statim, nuntio misso condicam...“); Ulp. D. 12,4,6 (keine Schenkung: „*Si extraneus pro muliere dotem dedisset et pactus esset, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae, quia de his casibus solummodo fuit conventum qui matrimonium sequuntur, nuptiae autem secutae non sint, quaerendum erit, utrum mulieri condictio an ei qui dotem dedit competat. et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat sibi prospicere: nam quasi causa non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato...*“; die Schenkung ist zwar nicht ausdrücklich benannt, Ulpian kommt aber zu demselben Ergebnis: „... nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret...“).

Dosbestellung ausbleibt, haftet sie dem Geber Ego aus der *condictio ob rem*. Im weiteren Verlauf der Stelle behandelt Ulpian Fälle einer *datio dotis causa ante nuptias*. Der Ausgangsfall scheint jedoch die Situation nach der Eheschließung zu betrachten, sonst würde sich die Kondiktionsfrage eher für den Fall stellen, dass die Ehe nicht geschlossen wird und nicht für den behandelten: *non in dotem sint datae*.

Ulpian erwähnt keine Schenkung, und der Text enthält auch sonst keinerlei Hinweise auf eine *donatio*. Dennoch befürwortet die überwiegende Meinung hier eine *donatio* an Seia²⁶ und behauptet, der Fall sei von jenem zu unterscheiden, in dem nicht der Frau, sondern ihrem Vater mit der Zweckabrede *ut in dotem pro filia det* gegeben wurde (D. 23,3,5,9). Bechmann²⁷ meinte, dass die Schenkung durch die Zweckbestimmung nicht ausgeschlossen war, da die Zweckerreichung im eigenen Interesse der Seia lag.

Mit einer anderen Begründung befürworteten eine Schenkung an Seia Haymann²⁸ und Burckhard.²⁹ Laut Burckhard sei „die wesentliche Voraussetzung der Schenkung, das Geben zu definitivem Haben“ (*ea mente daretur, ut omni modo penes accipientem maneret*; D. 12,1,20) hier gegeben, da die Mitgift für Seia bestellt wurde. Ihr wurde in der Weise gegeben, „dass das Empfangene trotz des Gebens der Dos ihr selbst verbleibt und durch das Geben der Dos nicht aufhört, Bestandteil ihres Vermögens zu sein“. Haymann fügte hinzu, dass der „Maßgabe“ zufolge die Frau lediglich für die Dauer der Ehe auf eigene wirtschaftliche Nutzung

²⁶ KASER, M. *Das römische Privatrecht I*. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1971, S. 259. ISBN 3-406-01406-2. Mit der Annahme, es sei eine Schenkung, hielt die *condictio* für unecht SCHULZ, F. Interpolationenkritische Studien. In: F. STIER-SOMLO, Hrsg. *Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstag*. 1. Aufl. München; Leipzig: Duncker & Humblot, 1913, S. 4. Für eine Schenkung auch ARCHI, G. G. Dote e donazione nel diritto romano. In: G. LAVAGGI, Hrsg. *Studi in memoria di Emilio Albertario: Tomo II*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1953, S. 237, N. 2 und S. 259, N. 1; PERNICE, A. *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit: 3. Band: 1. Abt.* 1. Aufl. Halle: Max Niemeyer, 1892, S. 200, N. 5, bei dem die Grenze zwischen einer Schenkung und einer *datio ob rem* verschwommen ist, indem er einerseits eine *donatio* annimmt, andererseits zugibt, sie werde nach den Grundsätzen einer „*datio ob causam*“ behandelt.

²⁷ BECHMANN, A. *Das römische Dotalrecht: 1. Abt.* 1. Aufl. Erlangen: A. Deichert, 1863, S. 211.

²⁸ HAYMANN, F. *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht*. 1. Aufl. Berlin: F. Vahlen, 1905, S. 72, N. 2.

²⁹ BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 35-36.

zugunsten des gemeinsamen Haustands verzichten musste. Die Sache sei ihr aber definitiv zugewandt. Diese Argumentation deckt freilich nicht den Fall, in dem Seia die Sache nicht *in dotem* gibt und daher aus der Kondiktion zur Rückgabe an den Geber verpflichtet wird. Mit der Kondiktion musste sich Haymann anders auseinandersetzen und kam zu einem widersprüchlichen Ergebnis: Die Kondiktion war hier zugelassen, da der Beschenkten anbefohlen war, sich der geschenkten Sache nach einem bestimmten Zeitraum wieder zu entäußern. In diesen Fällen (auch in C. 8,54,3 belegt) gewährten bereits die Klassiker dem Schenker ausnahmsweise eine Kondiktion.³⁰ Einerseits sollte die Schenkung nach Haymann bejaht werden, da die zur *dos* gegebene Sache während der Ehe lediglich in „temporärer Nutzung“ des Mannes und die Sache der Seia daher definitiv zugewandt war. Andererseits sieht Haymann aber eine Analogie zwischen diesem und jenem Fall, in dem mit der Abrede geschenkt wurde, *ut post tempus id quod donatum est alii restitatur* (C. 8,54,3), wo die Restitution an den Dritten einen definitiven Verlust des Geschenkten bedeutete.

Der in C. 8,54,3 behandelte Fall unterscheidet sich von D. 23,3,9 pr. wesentlich dadurch, dass die Restitution erst nach einer bestimmten Zeit vorzunehmen war (die Rückforderung war für die bestimmte Zwischenzeit ausgeschlossen, was die Schenkungsannahme ermöglichte).³¹ Seia dagegen sollte die erlangte Sache sogleich *in dotem* geben. Eine Schenkungsannahme bei gleichzeitigem Rückforderungsrecht des Schenkers lässt sich im Seia-Fall nicht durch Ähnlichkeit mit C. 8,54,3 erklären.

Auch die Tatsache, in wessen Interesse die Zweckerreichung lag (ob in dem des *accipiens* oder eines Dritten), war für die Schenkungsfrage irrelevant. Ulpian spricht von keiner Schenkung und dies, obwohl die *dos* für Seia bestellt werden sollte. Auf den Inhalt der Zweckabrede ließ es Ulpian nicht einmal ankommen, da die Schenkungsvoraussetzung des endgültigen Habens bereits an der bedingten Rückforderung des Gebers

³⁰ HAYMANN, F. *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht*. 1. Aufl. Berlin: F. Vahlen, 1905, S. 127-128; ihm folgt MITTEIS, L. *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. I. Band: Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*. 1. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblot, 1908, S. 201, N. 24. Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft: I. Abt.: VI. Teil.

³¹ Falls die *donatio* in Impp. Diocl., Max. C. 8,54,3 vom *ius vetus* überhaupt als eine *donatio* im eigentlichen Sinne gesehen wurde (also als eine Schenkung der übergebenen Sache selbst). Denkbar ist, dass die Juristen des *ius vetus*, ähnlich wie in Ulp. D. 39,5,18, lediglich eine Schenkung der Zwischenvorteile annahmen und das Geschäft als ein *negotium mixtum cum donatione* ansahen, was aber Diokletian übersah.

scheiterte. Bereits aus diesem Grund war hier keine Schenkung, sondern lediglich eine „einzweckige“ *datio ob rem* angenommen. Der Seia-Fall steht jenem in D. 23,3,5,9 (*dare, ut pro filia in dotem daret*) gleich.

Eine Schenkung an Seia liegt in D. 23,3,9 pr. weder in dem erwähnten ersten noch in den danach erörterten Fällen vor. Die ganze Stelle lautet: „*Si ego Seiae res dedero, ut ipsa suo nomine in dotem det, efficiuntur eius, licet non in dotem sint datae: sed condicione tenebitur. quod si pro ea res ego dem, si quidem ante nuptias, interest qua condicione dedi, utrum ut statim fiant accipientis an secutis nuptiis: si statim, nuntio misso condicam: sin vero non statim, potero vindicare, quia meae res sunt. quare et si sequi nuptiae non possunt propter matrimonii interdictionem, ex posteriore casu res meae remanebunt.*“

Anders als im Ausgangsfall hat Ego nun die Sachen vor der Eheschließung direkt an den Verlobten übergeben, um für Seia die *dos* zu bestellen. Es sei zu unterscheiden, ob er sie so gegeben hat, dass sie gleich Eigentum des Empfängers werden, oder so, dass der Eigentumsübergang durch die Hochzeit suspensiv bedingt wird.³² Im ersten Fall kann Ego bei ausgebliebener Ehe kondizieren, im zweiten vindizieren. Relevant für unseren Zusammenhang ist die Variante des sofort gewollten Eigentumsübergangs.

Während im Ausgangsfall die Schenkung an Seia an der Kondiktion des Ego zwingend scheitern musste, wäre sie in dem folgenden Fall *si pro ea res ego dem, ut statim fiant accipientis* eventuell zu bejahen. Dies jedoch nur dann, wenn Ego Schenkungsabsicht hätte, so dass man annehmen könnte, er hat die der Seia zuerst geschenkte Sache auf ihre Anweisung dem Verlobten übergeben. Die *donatio* an Seia könnte zustandekommen, weil Ego sich der Sache endgültig entäußert hätte. Weder gegen Seia noch gegen den Verlobten hätte er ein Rückforderungsrecht. Wenn Seia die Ehe nicht geschlossen hätte, könnte sie die Sache vom Verlobten selber kondizieren. Dies war aber nicht der Fall, da Ulpian (anders als Paulus in D. 12,4,9 pr. in der ersten Variante *si donaturus mulieri*)³³ die Kondiktion dem Ego gewährt (*si statim, nuntio misso condicam*). Das *negotium* zwischen Ego und dem Verlobten hatte kein in der Schenkung

³² Zu Unrecht hielt ALBERTARIO, E. Sulla dotis datio ante nuptias. In: E. ALBERTARIO. *Studi di diritto romano: Volume I: Persone e famiglia*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1933, S. 319 f., die Variante des suspensivbedingten Eigentumsübergangs für unklassisch. Gegen Albertario ausführlich KÖNIG, H. H. Die vor der Ehe bestellte *Dos* nach klassischem römischem Recht. *Studia et documenta historiae et iuris*. 1963, Jg. 29, S. 154 ff.

³³ Siehe oben im Kapitel II.

an Seia bestehendes Zwischenglied. Unrichtig ist daher die Annahme von Haymann,³⁴ dass der Fall *si pro ea res ego dem, ut statim fiant accipientis* dem Ausgangsfall gleichsteht und in beiden eine Schenkung an Seia vorliegt. Die Ähnlichkeit zwischen den zwei Fällen besteht demgegenüber darin, dass beide nach der klassischen Auffassung eine *datio ob rem* darstellen, im Ausgangsfall zwischen Ego und Seia, im zweiten Fall zwischen Ego und dem Verlobten. Der Zweck der ersten *datio ob rem* ist das von Seia vorzunehmende *dare in dotem*. Der Zweck der letzten die *causa dotis*, welche erst mit der Ehe zustandekommen konnte.

Dem Ausgangsfall *ego Seiae res dedero, ut ipsa in dotem det* stellt die überwiegende Meinung jenen in D. 24,1,59 gleich.

D. 24,1,59 (PAULUS libro secundo sententiarum = Paul. Sent. 2,23,7):
„*Si quis uxori ea condicione donavit, ut quod donavit in dotem accipiat, defuncto eo donatio convalescit.*“

Wenn ein Ehemann seiner Ehefrau mit der Zweckabrede schenkt, dass er das Geschenke als *dos* zurückerhält,³⁵ dann konvalesziere die Schenkung nach der *oratio Severi*³⁶ mit seinem Tode. Paulus geht davon aus, dass der Schenker die *donatio* während seines Lebens nicht widerrief, sonst wäre die Konvaleszenz ausgeschlossen.³⁷ Der Wortlaut lässt vermuten, dass der Ehemann die Sache auch faktisch an die Ehefrau übergab und später zurückerlangte.

Haymann³⁸ vertrat hier die gleiche These wie oben im Seia-Fall (D. 23,3,9 pr.): Die Nebenabrede widerspreche dem Schenkungscharakter nicht, das *ut in dotem accipiat* stellt keine Gegenleistung dar, im wirtschaftlichen Sinne bedeutet die Bestimmung lediglich den Vorbehalt temporärer Nutzung. Es sei somit eine Schenkung und als solche, weil sie zwischen Ehegatten vorgenommen war, unterliege sie dem Ehegatten-

³⁴ HAYMANN, F. *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht*. 1. Aufl. Berlin: F. Vahlen, 1905, S. 72, N. 2.

³⁵ Dosbestellung verstieß nicht gegen das Ehegattenschenkungsverbot; siehe Ulp. D. 24,1,21,1; dazu WACKE, A. *Dos und donatio: Mitgiftbestellung ist keine Schenkung. Zeszyty prawnicze*. 2015, vol. 15, nr 2, S. 90 f. ISSN 1643-8183.

³⁶ Ulp. D. 24,1,32. So die herrschende Meinung, zuletzt BACKHAUS, R. *Casus perplexus: Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*. 1. Aufl. München: C. H. Beck, 1981, S. 118. ISBN 3-406-07672-6. Anders jedoch SIBER, H. III. *Confirmatio donationis. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1933, Jg. 53, Nr. 1, S. 127, N. 2.

³⁷ Ulp. D. 24,1,32,2 - 4.

³⁸ HAYMANN, F. *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht*. 1. Aufl. Berlin: F. Vahlen, 1905, S. 72-73.

schenkungsverbot. Daher könne sie erst mit dem Tod des Schenkers konvaleszieren. Verwirrend ist jedoch, dass Haymann den betroffenen Fall als *modus qualificatus*³⁹ behandelt.⁴⁰ Wäre es nicht konsequenter, einen *modus simplex* anzunehmen, da der *dos*-Zweck im Interesse der beschenkten Frau lag?

Eine verbotswidrige Schenkung bejahte auch Burckhard⁴¹ mit dem Argument, die Schenkungsvoraussetzung des definitiven Habens wäre hier erfüllt. Dies ist bis heute die überwiegende Meinung, der zufolge die Schenkung lediglich am Verstoß gegen das Ehegattenschenkungsverbot scheiterte.⁴²

Auch die Tatsache sollte der Schenkungsvoraussetzung „*dat ea mente, nec ullo casu ad se reverti*“ nicht widersprechen, dass die *Dos*-bestellung hier (im Unterschied zum Seia-Fall) ein Rück-*dare* an den Schenker voraussetzte. Julian (D. 12,1,20) hat die *donatio* bei einer auf Rück-*dare* gerichteten Zweckabrede abgelehnt. Doch meint die überwiegende Lehre, dass der Fall Julians, in dem es um Rück-*dare* als Darlehen ging (*ut tu mihi eandem crederes*), von D. 24,1,59 zu unterscheiden sei: Das *reddere* als Mitgift wurde anders gesehen als das *reddere* als Darlehen. Bei einem Dotalgut, welches auch während der Ehe das Vermögen der Frau nicht vollständig verließ, sei das Schenkungsmerkmal „*dat ea mente, nec ullo casu ad se reverti*“ gegeben.

Es ist auffällig, dass die Autoren einen so wesentlichen Unterschied zwischen den Abreden sehen, die geschenkte Sache einmal als *dos*, ein andermal als Darlehen zurückzuübereignen. Um wieviel mehr verlässt ein als Darlehen gewährtes Geld das Vermögen des Beschenkten, als eine *dos*? In beiden Fällen behält der Beschenkte wirtschaftlich die erhaltene Bereicherung, indem er mittels der Rückübereignung eine Rückforderungsklage erwirbt. Die Stellung des Darlehensgebers ist sogar besser, da seine Rückforderung nur befristet ist. Die *Dos*-bestellerin könnte aber die

³⁹ Zum Begriff oben in N. 7.

⁴⁰ HAYMANN, F. *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht*. 1. Aufl. Berlin: F. Vahlen, 1905, S. 47, N. 2 und S. 72.

⁴¹ BURCKHARD, H. Zu *Fragmenta Vaticana* 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und *Dos*. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 36.

⁴² BETTI, E. Bewusste Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (*causa*) des Rechtsgeschäfts. In: *Festschrift Paul Koschaker: I. Band*. 1. Aufl. Weimar: Böhlau Nachfolger, 1939, S. 313; und BACKHAUS, R. *Casus perplexus: Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*. 1. Aufl. München: C. H. Beck, 1981, S. 118-119. ISBN 3-406-07672-6.

Rückforderung erst bei Beendigung der Ehe geltend machen, und sie wäre gegebenenfalls gemindert durch die *retentiones ex dote*. Wäre die Ehe durch ihren Tod aufgelöst, dann könnte der Ehemann die Mitgift behalten.⁴³ Auch beim Darlehen hätte der Beschenkte nur die temporäre Nutzung des Kapitals verloren. Wenn daher der Inhalt der Abrede für die Frage entscheidend wäre, ob das Schenkungsmerkmal des endgültigen Habens erfüllt ist, dann wäre die Schenkung wahrscheinlich auch bei der Abrede *ut mihi crederet* bejaht. Doch war sie es nicht.

Die überwiegende Meinung, die sich auf den Inhalt der Zweckabrede konzentriert, scheint die Tatsache zu übersehen, dass das Schenkungsmerkmal des endgültigen Habens in D. 24,1,59 (und auch in D. 12,1,20 bei der Abrede *ut tu mihi eandem crederes*) scheitern musste, noch bevor es auf den Inhalt der Abrede überhaupt ankommen konnte. Wenn sich jemand einer Sache nur unter der Voraussetzung definitiv entäußern will, dass sie der Empfänger zu einem bestimmten Zweck verwendet, dann behält er das Rückforderungsrecht für den Gegenfall vor. Schon aus diesem Grund will der Geber nicht, dass der Empfänger die Sache endgültig, unter allen Umständen behält. Welcher der Inhalt der Zweckbestimmung ist, bleibt dabei irrelevant. Es ist möglich, dass auch Paulus in D. 24,1,59 die Schenkung bereits wegen der fehlenden Absicht des Schenkers, der Beschenkten das endgültige Haben zu verschaffen, abgelehnt hätte.

Für die Ansicht, dass die Abrede *ut in dotem daret* nicht dem Schenkungsmerkmal des endgültigen Habens widersprach, ergibt sich aus den Quellen keine Grundlage. Diese Annahme lässt sich auch aus C. 5,3,1 nicht gewinnen.

C. 5,3,1 (Imperatores Severus, Antoninus Metrodoro): „*Multum interest, si ea, quae donat vir futurus, tradiderit uxori et postea in dotem accepit, an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod non accepit. priore enim casu donatio non impeditur, et res, quae in ea causa sunt, dotis effectae iudicio de dote peti possunt: posteriore autem nihil actum est donatione et, quod in dotem datum non est, non potest repeti.*“

Die Kaiser differenzieren zwei Fälle: Es sei ein Unterschied, ob der künftige Ehemann das Geschenke der Frau tradierte und später als *dos* zurückerhielt, oder ob er in der Schenkungsabsicht die *dos* der Frau nur

⁴³ Die *dos* wäre in D. 24,1,59 weder eine *profecticia* noch eine *recepticia*.

vergrößerte, damit es scheint, als habe er empfangen, was er tatsächlich nicht empfing. Im ersten Fall sei die Schenkung gültig und die Sachen können nach Beendigung der Ehe mit der Dotalklage zurückgefordert werden. Das Schenkungsverbot greift nicht ein, da die Schenkung noch vor der Ehe vollzogen wurde. In der zweiten Alternative „*donandi animo dotem auxerit*“ sind sowohl die Schenkung als auch die Dosbestellung unwirksam, beide scheitern an dem fehlenden *dare*.⁴⁴

Der erste Fall, der in unserem Zusammenhang interessant ist, enthält keinerlei Hinweis darauf, dass sich der Schenker bei der Übereignung ein Rückforderungsrecht vorbehielt. Vielleicht hat er schon in der Aussicht geschenkt, dass er die geschenkte Sache als Mitgift zurückbekommt, der Text sagt aber nicht, dass er *ea condicione* schenkte *ut in dotem recipe-ret*.⁴⁵ *War durch das dare an die Frau kein Rückforderungsrecht des Mannes begründet, dann war die Schenkung gültig*.⁴⁶ Mit der Schenkung erwarb die Frau einen Behaltensgrund und konnte durch die Rückübereignung eine *dos* bestellen. Demgegenüber hat der Ehemann in D. 24,1,59 *ea condicione* geschenkt, *ut quod donavit in dotem accipiat*. Die „*condicio*“ in Verbindung mit einer Zweckabrede⁴⁷ bezeichnet typischerweise die Bedingung, bei deren Nichteintritt der Geber kondizieren konnte. Da der Mann die *condictio ob rem* erworben hat, hat er nicht so gegeben, dass die Sache bei der Frau endgültig bleibt, also auch für den Fall, dass die Dosbestellung ausbleibt. Das Schenkungsmerkmal „*dat aliquis ea mente, nec ullo casu ad se reverti*“ war somit nicht gegeben.

Für die überwiegende Meinung (nach der die Abrede *ut in dotem daret* den Schenkungscharakter unberührt ließe, wenn die Beschenkte eine *dos* für sich bestellen sollte) bietet D. 24,1,59 das stärkste und zugleich einzige Argument: Hätte Paulus in dem Fall nicht eine (verbotswidrige) Schenkung gesehen, dann könnte er sie nicht konvaleszieren lassen. Gegen die hier vertretene Meinung könnte man dagegen einwenden, dass, wenn die Schenkung am Rückforderungsrecht des Ehemannes scheiterte,

⁴⁴ Zu den Deutungen im älteren Schrifttum FERRETTI, P. *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*. 1^a ed. Milano: Giuffrè, 2000, S. 63 f. und 252 f. ISBN 88-14-08588-9.

⁴⁵ Keine *ut*-Abrede auch in Paul. D. 6,2,12 pr.

⁴⁶ Anders BETTI, E. Bewusste Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (*causa*) des Rechtsgeschäfts. In: *Festschrift Paul Koschaker: I. Band*. 1. Aufl. Weimar: Böhlau Nachfolger, 1939, S. 318, N. 29, der den Fall jenem in D. 24,1,59 (Paul. Sent. 2,23,7) gleichstellte und in beiden eine „wirkliche Schenkung unter Auflage“ annahm.

⁴⁷ „*Ut*“ im Unterschied zur Bedingung im eigentlichen Sinne, derer Inhalt quellenmäßig mit „*si*“ beschrieben wurde.

dann konnte das Geschäft als eine *datio ob rem* aufrechterhalten werden und das Eigentum auch bei Lebzeiten des Ehemannes an die Ehefrau übergehen (analog zu D. 23,3,5,9: *nec videri uxorem marito donasse recitissime ergo ait, ut non sit interdicta donatio iure civili*)⁴⁸ – Paulus hätte die Konvaleszenz nicht gebraucht. Das trifft zu; überlegen wir aber die Konsequenzen, zu denen Paulus käme, wenn er das Geschäft nach den Grundsätzen einer *datio ob rem* gelten ließe. Das Eigentum, das die Ehefrau erwürbe, wäre mit dem Rückforderungsrecht des Ehemannes gebunden; infolge des Rückforderungsrechtes wäre die Sache noch nicht endgültig aus seinem Vermögen ausgeschieden. Wenn die Frau die Sache dem Ehemann zurückübereignet hätte, dann könnte der Mann eher so angesehen werden, als hätte er seine eigene Sache zurückbekommen (*magis enim meum accepisse intellegi debeo*; vgl. D. 12,1,20). Der Rückempfang der mit dem Rückforderungsrecht gebundenen Sache wäre eher Erfüllung der Verbindlichkeit aus der Kondiktion, als Begründung eines Dotalverhältnisses (*exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*; vgl. D. 12,1,20). Da durch die Rückgabe einer mit dem Rückforderungsrecht gebundenen Sache die Ehefrau keine *dos* bestellen könnte, hätte sie die Sache dadurch endgültig verloren. Beim Tode des Ehemannes könnte sie die Sache weder mit einer Dotalklage noch mit der Vindikation aufgrund einer Schenkungskonvaleszenz (es war ja nur eine *datio ob rem*) von seinen Erben herausverlangen. Indem Paulus bei Lebzeiten des Ehemannes keinen Eigentumsübergang an die Ehefrau bejahte, sondern entschied *defuncto eo donatio convalescit*, hat er die Ehefrau wesentlich besser gestellt.

Paulus konnte über den Fall wie folgt nachdenken: Bei Lebzeiten des Ehemannes wäre die Schenkung aus zwei Gründen nichtig: 1.) Es wäre keine *donatio*, weil der Ehemann mit der Abrede *ut in dotem daret* übereignete; die *donatio* würde an der bedingten Rückforderung des Ehemannes scheitern. 2.) Hätte der Ehemann ohne die Abrede übergeben, dann wäre die Schenkung wegen Verstoßes gegen das Schenkungsverbot ungültig. Nach dem Tod des Ehemannes stehe der Schenkung demgegenüber keiner der Gründe entgegen. Der zweite Grund fällt weg, da das Entstehen der Schenkung nach der *oratio Severi* mit dem Tod des Schenkers möglich ist. Der erste Grund wird auch gegenstandslos, da die Dosbestellung durch den Tod des Ehemannes unrealisierbar geworden ist; die Ver-

⁴⁸ Siehe oben im Kapitel I. Auch Marcellus D. 24,1,49. Bei einer *donatio* wäre dagegen nicht nur die *causa donandi*, sondern auch das Verfügungsgeschäft nichtig: Ulp. D. 24,1,3,10 – 11.

fehlung des *dos*-Zweckes konnte dem Schenker kein Rückforderungsrecht mehr verschaffen. Das Dotalgut war ohnehin dazu bestimmt, nach Beendigung der Ehe der Frau zu gehören. Aufgrund der fehlenden Rückforderung kann nun die Schenkung als Behaltensgrund gelten, das Schenkungsmerkmal des endgültigen Behaltens ist erfüllt. Die Frau kann bei Tod des Ehemannes die Sache erwerben, das Ergebnis entspricht dem Willen des Schenkers und die Schenkung verstößt nunmehr weder gegen das Ehegattenschenkungsverbot noch gegen das Schenkungsmerkmal „*dat aliquis ea mente, nec ullo casu ad se reverti*“.

D. 24,1,59 wäre nicht der einzige Beleg, in dem die Schenkung nach *oratio Severi* konvalensierte, obwohl sie bei Lebzeiten des Schenkers bereits aus einem anderen Grund (als wegen Verstoßes gegen das Schenkungsverbot) nichtig war. Eine solche Entscheidung kommt auch in C. 5,15,2 vor.

C. 5,15,2 (Imperator Alexander Severus Papiniana): „*Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, si eandem donationem [legitime confectam]⁴⁹ non revocavit, qui incrementum doti dedit, et durante matrimonio mortem obiit, ab heredibus mariti, quatenus interposita liberalitas munita est, peti potest. PP. non. Dec. Alexandro A. III et Dione cons. (a. 229)*“

Der Ehemann hat während der Ehe ihm gehörige Sachen schenkungshalber als Stücke der *dos* in die Dotalurkunde eingetragen, um das Heiratsgut zu vermehren. Er starb bei bestehender Ehe, ohne die Schenkung zu widerrufen. Nach Alexander Severus kann die Ehefrau die der *dos* schriftlich hinzugefügten Sachen von den Erben des verstorbenen Ehemannes herausverlangen. Mit *donationem non revocavit* und *durante matrimonio mortem obiit* bezieht sich die Entscheidung auf die *oratio Severi*: Mit dem Tod des Ehemannes konvalensiert die Schenkung, und dies berechtigt die Ehefrau zur Eigentumsklage.

⁴⁹ „*Legitime confectam*“ hielt auch SIBER, H. III. *Confirmatio donationis. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung.* 1933, Jg. 53, Nr. 1, S. 126 f., für interpoliert. Er kam aber zu einem anderen Ergebnis. Der Kaiser soll entschieden haben: *quatenus <stipulatione> interposita liberalitas munita <non> est, peti <non> potest.* Sowohl die Schenkung als auch die Mitgift scheiterten an fehlender Übergabe; die Ehefrau ließ sich die Leistung vom Mann auch nicht stipulieren. Hätte sie sich diese stipulieren lassen, dann könnte sie klagen; die Klagbarkeit der *stipulatio* beruhte aber nicht auf *confirmatio* entsprechend der *oratio Severi*, sondern stützte sich eher darauf, dass die Stipulation dann als eine *donatio mortis causa* zu beurteilen gewesen wäre.

Der Sinn des *adscribere* ist strittig,⁵⁰ jedoch scheint der Vorgang (mit *de suo [...] donandi animo in dotem adscripsit*) jenem in C. 5,3,1 (*donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod non accepit*) zu entsprechen: Der Ehemann hat die Mitgift nur vergrößert, damit es scheint, als habe er von der Ehefrau empfangen, was er nicht empfing. Noch kurz vor Alexander Severus haben Septimius Severus und Antoninus Caracalla in C. 5,3,1 entschieden, dass, wenn der künftige Ehemann in Schenkungsabsicht das Heiratsgut nur vergrößerte, ohne die Sachen auch faktisch der Ehefrau zu übergeben und später als Mitgift zurück zu erhalten, *nihil actum est donatione et, quod in dotem datum non est, non potest repeti*. Sowohl die Schenkung als auch die *dos* scheiterten an dem fehlenden *dare*. Es ist wenig wahrscheinlich, dass Alexander Severus meinte, dass für eine *donatio* und Dosbestellung formloses Eintragen in die Dotalurkunde genügt.⁵¹ Eher wäre die *donatio* auch in C. 5,15,2 zu Lebzeiten des Ehemannes bereits infolge der fehlenden Tradition nichtig.⁵² Dennoch lässt sie Alexander Severus mit dem Tod des Ehemannes konvaleszieren.

Letztlich stellt sich die Frage, mit welcher Klage die Frau in D. 24,1,59 die geschenkte Sache von den Erben des Schenkers herausverlangen konnte. Nicht überzeugend ist die Annahme, dass die Ehefrau mit der *actio rei uxoriae* vorgehen konnte.⁵³ Die Dotalklage würde voraussetzen, dass Paulus nicht nur die Schenkung, sondern auch die Dosbestel-

⁵⁰ Siehe SIBER, H. III. *Confirmatio donationis*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1933, Jg. 53, Nr. 1, S. 126-127, gegen BREMER, F. P. Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1868, Jg. 51, Nr. 2, S. 223 ff.

⁵¹ C. 5,15,2 enthält keinerlei Hinweise für eine faktische Übergabe an die Ehefrau; auch wäre *ab heredibus mariti [...] peti potest* unerklärlich, wenn die Ehefrau die Sachen bereits bei sich hatte. Dennoch für die Übergabe an die Ehefrau (und gegen die zweite *traditio* – Rückgabe an den Ehemann) BREMER, F. P. Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1868, Jg. 51, Nr. 2, S. 224 ff.

⁵² Ein Besitzkonstitut lässt sich nicht annehmen, da bei diesem die Ehefrau Besitzerin werden müsste, so dass der Ehemann in Zukunft in ihrem Namen besitzt. Der Ehemann wollte die Ehefrau aber nicht zur Besitzerin der Dotal Sachen machen; so richtig PUCHTA, G. F. Ueber die Convalescenz eines Schenkungsversprechens unter Ehegatten. In: A. A. F. RUDORFF, Hrsg. *Georg Friedrich Puchta's kleine civilistische Schriften*. 1. Aufl. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1851, S. 339, N. i): „Man müsse sagen, es liege in dem Einschreiben eine doppelte Tradition, vom Mann an die Frau (als Constitutum) und von der Frau an den Mann (als b. m. tr.).“

⁵³ So Von MEYERFELD, F. W. L. *Die Lehre von den Schenkungen, nach römischem Recht*. 2. Band: 1. Abt. 1. Aufl. Marburg: Elwert, 1837, S. 83; was für sie auch die günstigste Lösung wäre, so SÖLLNER, A. *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*. 1. Aufl. Köln; Wien: Böhlau, 1969, S. 135 f.

lung konvaleszieren ließ; mithin, dass er den Erfolg des zweiten Zweckes als erreicht betrachtete. Stock geht noch weiter und vermutet, dass der Gegenstand der Schenkung nach Paulus nicht die übereignete Sache selbst, sondern die *actio rei uxoriae* war.⁵⁴ Für diese Annahmen bietet die Stelle wenig Unterstützung, da Paulus sagt: *defuncto eo donatio convalescit*, von der *dos* spricht er nicht. Wie Bremer zeigte, wirkte die Konvaleszenz nach der *oratio Severi ex nunc*.⁵⁵ Erst Justinian verordnete, dass sie, wie eine Ratihabition, rückwirkende Kraft habe.⁵⁶ Durch die Konvaleszenz konnte die Frau erst mit dem Tod des Schenkers das Eigentum *ipso iure* erwerben.⁵⁷ Erst dann könnte sie die *dos* gültig bestellen. Unwahrscheinlich ist, dass Paulus die Entstehung der Mitgift nach der Beendigung der Ehe gutheißen wollte, da die Voraussetzung der römischen *dos* das Vorhandensein einer ehelichen Verbindung war.⁵⁸ Die *dos* kam nicht zustande, die *actio rei uxoriae* hatte die beschenkte Frau nicht. Die Herausgabe konnte sie mit einer Eigentumsklage verlangen. Eine Eigentumsklage wird auch Alexander Severus in C. 5,15,2 mit *peti potest* gemeint haben,⁵⁹ worauf vor allem *quatenus interposita liberalitas munita est* hinweist: Lediglich die *liberalitas*, die Schenkung wird mit dem Tod des Ehemannes verwirklicht. Die *dos* blieb vom Kaiser unbeachtet.

Ziehen wir zwischendurch ein Fazit: Aus D. 24,1,59 lässt es sich nicht schließen, dass Paulus die Übereignung einer Sache mit der Zweckabrede „*ut in dotem accipiat*“ als eine *donatio* ansah, obwohl dem Schenker eine

⁵⁴ STOCK, J. *Zum Begriff der donatio, insbesondere im Verhältnis zum commodatum*. 1. Aufl. Leipzig: Weicher, 1932, S. 39. Nicht überzeugend ist seine These, dass hier eine *mortis causa donatio* vorlag.

⁵⁵ BREMER, F. P. Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1868, Jg. 51, Nr. 2, S. 228, die Rückwirkung trat nur bei der *donatio mortis causa* ein. Dafür auch BACKHAUS, R. *Casus perplexus: Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*. 1. Aufl. München: C. H. Beck, 1981, S. 118. ISBN 3-406-07672-6.

⁵⁶ C. 5,16,25,2: „... et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit: sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt...“

⁵⁷ Ulp. D. 24,1,32,1; BREMER, F. P. Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1868, Jg. 51, Nr. 2, S. 207.

⁵⁸ So bereits Von TIGERSTRÖM, F. W. *Das römische Dotalrecht: Band 1*. 1. Aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1983 [reprint], S. 17. ISBN 3-511-04891-5. Wenn die Schenkung noch im letzten Moment des Lebens des Mannes konvaleszieren könnte, dann wäre es vielleicht möglich, dass auch die *dos* noch in der letzten Sekunde entsteht. Die Konvaleszenz der Schenkung *extremo vitae momento* ist jedoch nicht nachgewiesen.

⁵⁹ In diesem Sinne auch BECHMANN, A. *Das römische Dotalrecht: 2. Abt.* 1. Aufl. Erlangen: A. Deichert, 1867, S. 255, N. 1.

Kondiktion für den Fall Zustand, dass die Mitgift nicht bestellt wird. Denn es lässt sich nicht ausschließen, dass Paulus die Konvaleszenz nach der *oratio Severi* nur deswegen zuließ, um die Ehefrau in eine bessere Lage zu bringen und zugleich die Erreichung jenes Zweckes zu ermöglichen, der auch dem Willen des Schenkers entsprach. D. 24,1,59 enthält somit auch keinen Beleg gegen unsere These, dass der Fall *si ego Seiae res dedit, ut ipsa suo nomine in dotem det* (Ulp. D. 23,3,9 pr.) im klassischen Recht nicht als Schenkung an Seia gesehen wurde. Eher scheiterte die Schenkung in D. 23,3,9 pr. an der Kondiktion des Ego, die ihm für den Fall Zustand, dass der *dos*-Zweck verfehlt wird. Der Rückforderungsvorbehalt verstieß gegen das Schenkungsmerkmal, dass nur jener schenkt, der die Sache in der Absicht zuwendet, sie unter keinen Umständen zurückzubekommen. Den Fall hat Ulpian als eine *datio ob rem* angesehen, obwohl die Zweckverwirklichung im Interesse der Seia lag. Der Ausgangsfall in D. 23,3,9 pr. gehört somit zu der ersten Fallgruppe (*datio, ut in dotem daret*).

Um die Fallgruppen zu vervollständigen, ist noch eine dritte (neben der 1. *datio, ut in dotem daret* und der 2. *donatio pura* mit nachfolgender *Dos*bestellung) zu erwähnen: die sogenannte *donatio dotis causa*, auf die Vat. 269 hindeutet. Die *donatio dotis causa* bezeichnet eine Schenkung an die dotierte Frau, die der *Dos*bestellung nicht vorangeht, sondern erst mit der *Dos*bestellung entstehen kann. Der *Dos*besteller übergab eine Sache an den Ehemann, um durch die *Dos*bestellung der Frau zu schenken. Scheitert die *Dos*bestellung, dann wird auch die *donatio* nichtig, weil ihr Gegenstand (die *actio rei uxoriae*) erst durch die *Dos*bestellung erzeugt werden konnte.

IV. Die dritte Fallgruppe: *Donatio dotis causa*

Um die Deutung des Textes Vat. 269 zu erleichtern, gliedern wir ihn in drei Abschnitte (a, b, c).

Frag. Vat. 269 (ULPIANUS libro XLVI ad Sabinum):

a) *'Ut quod utendum mater filiae dedit, non videatur donatum et si donatum sit, non valeat, in potestate filia constituta patris; aliud esse, si dotem dedit.'* Ulpianus: *constat, quod utendum filiae datum est, non esse donatum; sed et si donatum esset, aequè donatio non valeret in filiam conlata, quae in patris erat potestate.*

b) *Plane si in dotem mater filiae dedisset, valet quod factum est; potest enim donare filiae, cum, quamvis res mariti fiant, quandoque filia vel sola, si iuris sui fuerit, vel voluntate filiae pater habeat rei uxoriae actionem.*

c) *Merito igitur Sabinus ait, si inscia uxore vel invita in dotem dedit, rem mariti non esse factam et ideo vindicari ab herede mulieris posse; quod si sciente ea hoc factum sit, consequens erit dicere in dotem conversum esse id quod datum est.*⁶⁰

Der unter Anführungszeichen zitierte Eingangssatz („*Ut quod [...] dotem dedit*“) kann ein Glossem sein. Die Worte von Sabinus, auf welche Ulpian reagierte, werden eher jene in D. 23,3,34 sein:⁶¹

D. 23,3,34 (ULPIANUS libro trigesimo tertio ad Sabinum): „*Mater cum filiae aurum dedisset utendum, pater puellae id aurum in dotem viro adpendit: dein mortua est mater. si inscia invitave uxore vir id aurum in dotem dedisset, manet id aurum heredis matris vindicarique potest et eo minorem dotem viro datam esse placuit: quia res evicta est, marito competit adversus socerum actio.*“

Auf den Zusammenhang zwischen Vat. 269 und D. 23,3,34 hat bereits Lenel⁶² hingewiesen. In beiden Quellen hat die Mutter ihrer in der väterlichen Gewalt stehenden Tochter eine Sache zum Gebrauch überlassen, der Vater gab diese später dem Schwiegersohn als Mitgift für die Tochter. Im Teil c) von Vat. 269 beschreibt Ulpian einen dem Fr. 34 entsprechenden Fall: Zu Recht sagt Sabinus, dass, wenn der Vater⁶³ ohne Wissen oder Willen der Mutter (*uxor*)⁶⁴ dem Schwiegersohn *in dotem* gibt, erwirbt

⁶⁰ Zitiert nach KRÜGER, P., Th. MOMMSEN und G. STUEMUND, Hrsg. *Collectio librorum iuris anteiustiniani: Tomus III.* 1. Aufl. Berolini: Weidmann, 1890, S. 84.

⁶¹ LENEL, O. *Palingenesia iuris civilis: Volumen II.* 1. Aufl. Lipsiae: Tauchnitz, 1889, S. 1174, Ulp. 2903, N. 4.

⁶² LENEL, O. *Palingenesia iuris civilis: Volumen II.* 1. Aufl. Lipsiae: Tauchnitz, 1889, S. 1174, Ulp. 2903.

⁶³ KRÜGER, P., Th. MOMMSEN und G. STUEMUND, Hrsg. *Collectio librorum iuris anteiustiniani: Tomus III.* 1. Aufl. Berolini: Weidmann, 1890, S. 84, N. 15, streichen „*maritus*“ in *Merito igitur Sabinus ait, si inscia uxore vel invita [maritus] in dotem dedit*, da „*maritus*“ zunächst den Schwiegervater, später den Schwiegersohn (*rem mariti non esse factam*) bezeichnet. Die nicht geänderte Fassung bei LENEL, O. *Palingenesia iuris civilis: Volumen II.* 1. Aufl. Lipsiae: Tauchnitz, 1889, S. 1174, Ulp. 2903. Ausführlich zu Unerheblichkeit der Streichung BURCKHARD, H. Zu *Fragmenta Vaticana* 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum.* 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 66 f.

⁶⁴ Die *uxor* bezeichnet die Mutter, nicht die Tochter. Die Zustimmung der Tochter mit der Dosbestellung war nicht erforderlich. Die verschiedenen Deutungen im älteren Schrifttum bei BURCKHARD, H. Zu *Fragmenta Vaticana* 269: Ein Beitrag zur Lehre von der

dieser kein Eigentum und der Erbe der Mutter kann die Sache von ihm vindizieren. Der Vater war nicht Eigentümer der der *filia* zum Gebrauch überlassenen Sache, somit konnte er ohne Zustimmung der Mutter-Eigentümerin keine *dos* wirksam bestellen. An diesen Fall knüpft Ulpian in Vat. 269 die Konträralternative: Hat der Vater aber mit Wissen der Mutter ihre Sache dem Schwiegersohn *in dotem* gegeben, dann ist es konsequent zu sagen, dass das Gegebene in Mitgift konvertiert. Der Schwiegersohn erwirbt das Eigentum an der erhaltenen Sache und die *dos* kommt gültig zustande. Um das Ergebnis *in dotem conversum esse* zu erreichen, würde es wahrscheinlich genügen, wenn sich die Mutter erst nachträglich mit der Dosbestellung einverstanden erklärte.⁶⁵ In beiden Fällen (Zustimmung vor oder nach der Übergabe an den Schwiegersohn) wäre die Mitgift eine von der Mutter bestellte *dos adventicia*. Der Vater konnte keine *dos profecticia* bestellen, weil er im Zeitpunkt der Übergabe nicht Eigentümer war.

Lenel⁶⁶ meinte, dass beide Texte aus dem 43. Buch *ad Sabinum* stammen; die Inskription in Vat. 269 sei falsch, da das 46. Buch die Novation behandelt; D. 23,3,34 gehöre auch in das 43. Buch *ad Sabinum*, da Ulpian im 33. Buch lediglich die *oratio Severi* bespricht. Es ist fraglich, ob das von Lenel vorgeschlagene 43. Buch zutrifft. In diesem behandelt Ulpian die Kondiktion (*De condictione*), welche in unseren zwei Stellen nicht vorkommt. Eher ist der Behauptung von Schulz⁶⁷ zuzustimmen, dass beide Stellen aus dem 33. Buch *ad Sabinum* stammen. Der Zusammenhang mit der in diesem Buch besprochenen *oratio Severi* lässt sich erklären: In einer Gebrauchsüberlassung an die Tochter ist keine Schenkung zu sehen (*quod utendum filiae datum est, non esse donatum*), daher kommt mit dem Tod der Mutter auch die Konvaleszenz nicht in Betracht. Da der Vater (als Gewalthaber der *filia*) mit dem Tod der Mutter durch die Konvaleszenz nicht Eigentümer wurde, kann auch die *dos*, die er ohne Wissen der Mutter bestellte, nicht konvaleszieren. Die Mutter stirbt als Eigentümerin und ihr Erbe kann das Gold vom Schwiegersohn vindizieren. Die Nichtanwendung der *oratio* auf einen *quod utendum dedit*-Fall ist

Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 65 f., der unter „*uxor*“ auch die Mutter verstand.

⁶⁵ Vgl. Ulp. D. 24,1,34.

⁶⁶ LENEL, O. *Palingenesia iuris civilis: Volumen II*. 1. Aufl. Lipsiae: Tauchnitz, 1889, S. 1174, Ulp. 2903, N. 2 - 3.

⁶⁷ SCHULZ, F. *Einführung in das Studium der Digesten*. 1. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1916, S. 28.

nur konsequent, da die Mutter das Eigentum gar nicht übertragen wollte. Die *filia* sollte die Sache lediglich benutzen können.⁶⁸

Umstritten ist, welche Variante der *Dos*bestellung Ulpian im Teil b) von Vat. 269 beschreibt. Er beginnt mit: *plane si in dotem mater filiae dedisset, valet quod factum est*. Dem Textaufbau zufolge handelt es sich hier um eine nähere Erörterung des Falles, auf den in der Eingangslosse mit *aliud esse, si dotem dedit* kurz hingewiesen wurde. Drei verschiedene Varianten kommen in Betracht: 1.) Es ist der im letzten Satz des Teiles c) erwähnte Fall: Die Mutter hat eine Sache der *filia* zum Gebrauch überlassen; der Vater gab die Sache mit Zustimmung der Mutter dem Schwiegersohn *in dotem*. 2.) Die Mutter hat die Sache direkt an den Schwiegersohn übergeben; es ist also nicht mehr ein Fall des „*utendum filiae datum*“.⁶⁹ 3.) Die Mutter hat die Sache an die *filia* übergeben, aber nicht zum Gebrauch, sondern mit der Abrede *ut in dotem det*.⁷⁰ Die Tochter oder ihr Vater kamen der Zweckabrede nach.

Um sich für eine der Deutungen entscheiden zu können, ist zunächst die etwas undeutliche Argumentation Ulpians im Teil b) zu betrachten. Ulpian sagt: *potest enim donare filiae, cum, quamvis res mariti fiant, quandoque filia vel sola, si iuris sui fuerit, vel voluntate filiae pater habeat rei uxoriae actionem*. Liest man mit Mommsen *quamvis* nach *cum*,⁷¹ dann gewinnt man leicht den Eindruck, Ulpian will darlegen, dass in dem betroffenen Fall eine Schenkung an die Tochter zu sehen ist; etwa: Obwohl das Eigentum an der *in dotem* gegebenen Sache der Schwiegersohn erwirbt, einmal (nach Beendigung der Ehe) wird die Tochter, falls sie *sui iuris* wird, oder mit ihrem Willen der Vater die *actio rei uxoriae* auf Herausgabe der *dotalen* Sache haben. Daher kann man in der *Dos*bestellung eine Schenkung an die Tochter sehen, deren Gegenstand die künftige *actio rei uxoriae* (und nicht das Eigentum an der Sache selbst) ist. Bei sol-

⁶⁸ Ob Ulpian nur sagte „*constat, quod utendum filiae datum est, non esse donatum*“, oder auch „*sed et [...] erat potestate*“, kann man offen lassen. SCHULZ, F. *Einführung in das Studium der Digesten*. 1. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1916, S. 29, hielt den Satz „*sed et [...] erat potestate*“ für eine „berichtigende Glosse“.

⁶⁹ Dafür BURCKHARD, H. Zu *Fragmenta Vaticana* 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und *Dos*. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 68 f.

⁷⁰ Dafür ARCHI, G. G. *Dote e donazione nel diritto romano*. In: G. LAVAGGI, Hrsg. *Studi in memoria di Emilio Albertario: Tomo II*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1953, S. 257-259.

⁷¹ Zu den verschiedenen Fassungen BURCKHARD, H. Zu *Fragmenta Vaticana* 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und *Dos*. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 64 f.

cher Argumentation zugunsten der Schenkung an die *filia* scheint jedoch die Erwähnung, dass die Dotalklage eventuell auch dem Vater zustehen kann, als Fremdkörper.⁷² Was für eine Schenkung an die Tochter wäre dies, wenn der Schenkungsgegenstand auch dem (nicht beschenken) Vater einmal gehören kann?

Deutlicher ist der Satz, wenn *quamvis* vor *quandoque* steht: *potest enim donare filiae, cum res mariti fiant, quamvis quandoque filia vel sola, si iuris sui fuerit, vel voluntate filiae pater habeat rei uxoriae actionem.*⁷³ Diese Fassung vertrat auch Burckhard⁷⁴ und deutete sie: Die Mutter kann der in der väterlichen Gewalt befindlichen Tochter in dieser Weise, durch *dotis constitutio*, schenken, ohne dass diese Schenkung vom Ehegattenschenkungsverbot betroffen wäre, weil der Schwiegersohn Eigentümer der betreffenden Sache wird, obgleich dieser Erwerb des Schwiegersohns kein definitiver ist, sondern ihm bei Auflösung der Ehe wieder entzogen wird durch die *actio rei uxoriae*. So eine Schenkung unterliegt nicht dem Ehegattenschenkungsverbot, da das künftige Schicksal des der Tochter so Zugewandten irrelevant ist.⁷⁵ Dem Kontext nach scheint dies auf den Gedankenfluss von Ulpian zuzutreffen.

Von den oben erwähnten drei Deutungen des Satzes *plane si in dotem mater filiae dedisset, valet quod factum est*, passt diese Argumentation Ulpians am wenigstens zu der dritten. Wenn die Mutter der Tochter Sachen mit der Abrede *ut in dotem det* gegeben hätte, dann wäre es ein ähnlicher Fall wie jener, den Ulpian in D. 23,3,5,9 behandelt. Vergleichen wir die Argumentationsweisen:

⁷² Nicht auszuschließen ist, dass der Teil „*filia vel sola, si iuris sui fuerit, vel*“ in der ursprünglichen Fassung fehlte; siehe dazu ARCHI, G. G. Dote e donazione nel diritto romano. In: G. LAVAGGI, Hrsg. *Studi in memoria di Emilio Albertario: Tomo II*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1953, S. 258, N. 3.

⁷³ Siehe Codex Vaticanus 5766 (mir nicht zugänglich) in KRÜGER, P., Th. MOMMSEN und G. STUEMUND, Hrsg. *Collectio librorum iuris anteiustiniiani: Tomus III*. 1. Aufl. Berolini: Weidmann, 1890, S. 84, N. 14; für diese Fassung auch LENEL, O. *Palingenesia iuris civilis: Volumen II*. 1. Aufl. Lipsiae: Tauchnitz, 1889, S. 1174, Ulp. 2903; BECHMANN, A. *Das römische Dotalrecht: 2. Abt.* 1. Aufl. Erlangen: A. Deichert, 1867, S. 39, N. 1; und MISERA, K. *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*. 1. Aufl. Köln; Wien: Böhlau, 1974, S. 68. ISBN 3-412-03174-7.

⁷⁴ BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 70.

⁷⁵ Im Ergebnis ähnlich MISERA, K. *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*. 1. Aufl. Köln; Wien: Böhlau, 1974, S. 69. ISBN 3-412-03174-7.

D. 23,3,5,9 (ULPIANUS libro trigesimo primo ad Sabinum): „... *hoc et in matre iuris esse ait, si forte sub ea condicione uxor marito det, ut pro filia genero in dotem daret, nec videri uxorem marito donasse rectissime ergo ait, ut non sit interdicta donatio iure civili: non enim ad hoc dedit, ut ipse habeat, sed ut genero pro filia expendat: denique si non dederit, condicione tenetur...*“

Die Mutter hatte die Sache in D. 23,3,5,9 an den Vater, nicht an die Tochter selber übergeben, für die Rechtskonsequenzen macht es aber keinen Unterschied. Es sei nach Julian (dem Ulpian folgt) keine verbotswidrige Schenkung an den Vater. Der Vater erwirbt zwar das Eigentum an der von der Mutter erhaltenen Sache, es sei aber kein definitiver Eigentumserwerb, da er die Sache entweder weiter an den Schwiegersohn *in dotem* geben muss, oder, wenn er dies nicht tut, der Mutter aus der Kondiktion auf Rückgabe haftet.

Stellt man diese Argumentation jener in Vat. 269 gegenüber, dann fällt auf, dass sich in Vat. 269 die Frage des Eigentumserwerbes seitens des Vaters überhaupt nicht stellte, obwohl man primär diese erwarten würde. Demgegenüber sagt Ulpian, dass die Mutter der *filia* schenken kann, weil das Eigentum der Schwiegersohn erwirbt. Die Schenkung an die *filia* und die Dosbestellung seien gültig, obgleich (*quamvis*) der Vater einmal die *actio rei uxoriae* haben kann. Ginge Ulpian davon aus, dass der Vater das Eigentum (wenn auch ohne Behaltensgrund) erwirbt, dann hätte er diesen Punkt sicher nicht unbeachtet gelassen und sich stattdessen auf die weniger problematische Konsequenz konzentriert, dass der Vater einmal die Dotalklage haben kann. Ulpian geht in Vat. 269 davon aus, dass das Eigentum direkt von der Mutter an den Schwiegersohn übergeht, was aber im Falle einer *datio, ut in dotem daret* nicht der Fall wäre. Nicht haltbar ist somit die These von Archi,⁷⁶ der hier eine Schenkung an die *filia* mit der Auflage, die *dos* zu bestellen, annimmt. Es ließe sich auch kaum eine Schenkung an die *filia* vertreten, da das Eigentum der Vater der *filia* erworben hätte. Zudem wäre es keine *donatio*, weil die Mutter eine Kondiktion für den Fall hätte, dass der *dos*-Zweck verfehlt wird. Die Schenkung an die *filia*, von der hier Ulpian spricht (*potest enim donare filiae*), konnte nur in der Mitgift bestehen und erst mit der Dosbestellung zustande kommen.

⁷⁶ ARCHI, G. G. Dote e donazione nel diritto romano. In: G. LAVAGGI, Hrsg. *Studi in memoria di Emilio Albertario: Tomo II*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1953, S. 257-259.

Direkt von der Mutter an den Schwiegersohn würde das Eigentum in den Varianten zu 1.) und 2.) übergehen, also sowohl dann, wenn die Mutter die Sache zunächst der *filia* zum Gebrauch überlässt und der Vater sie später mit Zustimmung der Mutter dem Schwiegersohn *in dotem* gibt, als auch dann, wenn die Mutter die Sache direkt an den Schwiegersohn übergibt. Die Dosbestellerin wäre in beiden Fällen die Mutter.⁷⁷ Eine wesentliche Differenz zwischen diesen zwei Fällen gibt es nicht. Es scheint daher nicht notwendig, mit Burckhard⁷⁸ annehmen zu müssen, dass sich der Teil b) von Vat. 269 auf einen von Teil c) unterschiedlichen Sachverhalt bezieht. Obwohl der Teil c) wieder von einem Fall „*utendum filiae datum*“ ausgeht, meinte Burckhard, dass der Teil b) direkte Übergabe von der Mutter an den Schwiegersohn behandelt. Einerseits hat Burckhard Recht, dass der Wortlaut *plane si in dotem mater filiae dedisset* eher für eine direkte Übergabe spricht. Andererseits würde Ulpian im Teil c) ein Argument für den Fall „*quod si sciente ea hoc factum sit, consequens erit dicere in dotem conversum esse id quod datum est*“ vermissen. Und gerade darum scheint es im Teil b) zu gehen: Den gegenteiligen Fall zu erläutern, in dem der Vater die der *filia* zunächst zum Gebrauch überlassene Sache mit Zustimmung der Mutter dem Schwiegersohn *in dotem* gibt. Ulpian meinte: Die Dosbestellung wird gültig, sieht man in ihr auch eine Schenkung an die in der Gewalt des Vaters stehende *filia*. Die *donatio*, deren Objekt erst die *actio rei uxoriae* sein kann, unterliegt nicht dem Ehegattenschenkungsverbot (*potest enim donare filiae*).

Nun stellt sich die Frage, von welcher rechtlichen Bedeutung die *donatio filiae* war, auf die die Worte Ulpians *potest enim donare filiae* hinweisen. Burckhard meinte, Ulpian habe die Dosbestellung eindeutig als eine Schenkung an die Tochter betrachtet. Hätte er hier keine Schenkung gesehen und nur die Auswirkung des Schenkungsverbots ausschließen

⁷⁷ Dies wäre sie aber auch in der von ARCHI, G. G. Dote e donazione nel diritto romano. In: G. LAVAGGI, Hrsg. *Studi in memoria di Emilio Albertario: Tomo II*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1953, S. 257-259, vertetenen Variante, was sich aus D. 23,3,5,9 ergibt (siehe oben im Kapitel I.). Zwar wäre der Vater in diesem Fall Eigentümer der der *filia* übergebenen Sache, der Mutter stünde aber die Kondiktion für den Fall zu, dass der *dos*-Zweck verfehlt wird. Infolge der Kondiktionsmöglichkeit der Mutter hätte der Vater bei Übergabe an den Schwiegersohn keinen Behaltensgrund, die Sache wäre noch dem Vermögen der Mutter wirtschaftlich zuzurechnen.

⁷⁸ BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 68 f.

wollen, dann hätte er einfach sagen können: Die Dosbestellung sei gültig, denn es sei keine Schenkung.⁷⁹

Dem Aufbau der Argumentation zufolge geht es jedoch nicht so sehr um eine Schenkung an die *filia* als vielmehr um jene an den Vater. Ulpian sagt *potest enim donare filiae [...] actionem*, weil er die Dosbestellung dem Ehegattenschenkungsverbot entziehen will. Er meint: Die *dos* kann gültig bestellt werden, da das Eigentum der Schwiegersohn, nicht der Vater erwirbt. Auf die *actio rei uxoriae*, die der Vater einmal haben kann, ist das Schenkungsverbot nicht zu beziehen. Ulpian erwähnt die *donatio filiae* nur, weil sich die Tochter in väterlicher Gewalt befindet. Es wäre verfehlt, aus diesen Worten allgemeine Schlüsse für die Schenkungslehre zu ziehen. Burckhard tat dies dennoch und behauptete, die *donatio dotis causa* sei Regelfall einer vom *extraneus* vorgenommenen Dosbestellung.⁸⁰ Belege für die Annahme, dass die vom *extraneus* bestellte *dos* regelmäßig als Schenkung an die dotierte Frau angesehen wurde, sind aber unzureichend. Außer Vat. 269 könnten D. 23,3,9,1,⁸¹ Paul. D. 26,7,43,1,⁸² Ulp. D. 23,3,33 und Fr. Vat. 305, 306⁸³ darauf hinweisen, jedoch nur indi-

⁷⁹ BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 7 f. und 63 f.; dagegen BECHMANN, A. *Das römische Dotalrecht*: 2. Abt. 1. Aufl. Erlangen: A. Deichert, 1867, S. 39, welcher allgemein die These bestritt, dass in der Dosbestellung eine Schenkung an die Frau lag; dazu auch BECHMANN, A. *Das römische Dotalrecht*: 1. Abt. 1. Aufl. Erlangen: A. Deichert, 1863, S. 211 f.

⁸⁰ BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 12, sie liege nur bei einer *dos recepticia* nicht vor, ferner dann, wenn der Dosbesteller mit der Dosbestellung eine Verbindlichkeit der Frau gegenüber erfüllt (dann geschah die Dosbestellung *solvendi causa*).

⁸¹ Wo aber das *pendet donatio* ebenso ein Schreibfehler sein konnte, wobei *pendet dos* gemeint war. Von „*et vereor*“ bis zum Schluss hielt die Stelle für unecht HAYMANN, F. III. Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht II. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1920, Jg. 41, Nr. 1, S. 95-97; der Text ist „heillos entstellt“ nach MITTEIS, L. *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*: I. Band: Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen. 1. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblot, 1908, S. 169, N. 6. Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft: I. Abt.: VI. Teil.

⁸² *Vel donasse videatur* bezieht sich nur auf *si sciens curator non sufficere promiserit* und bedeutet: Derjenige, der verspricht, obwohl er weiß, dass er nicht schuldet, sei als Schenker anzusehen (vgl. Paul. D. 50,17,53). Darauf, dass in der Dosbestellung eine Schenkung an die dotierte Frau gesehen war, könnte nur das später erwähnte *is de quo tractamus si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dotem promisit* hindeuten.

⁸³ Die *lex Cincia* greift nicht ein, wenn ein *cognatus* (Fr. Vat. 305) oder eine *cognata* (Fr. Vat. 306) *dotis nomine* schenkt (*dotis nomine donare potest*). BECHMANN, A. *Das römische Dotalrecht*: 1. Abt. 1. Aufl. Erlangen: A. Deichert, 1863, S. 211, bei N. 1, bezog die Ausnah-

rekt. Versuchen wir dennoch zu betrachten, worin die Eigenart einer solchen *donatio dotis causa* bestünde.

Die *donatio*, von der Ulpian spricht, war keine *donatio* im eigentlichen Sinne, bei der die Beschenkte endgültig Eigentum an der geschenkten Sache erwirbt. Burckhard⁸⁴ hat ihr Gepräge richtig darin gesehen, dass sie eine „durch den gleichzeitig verfolgten *dos*-Zweck beeinflusste und beschränkte“ *donatio* war, daher eine *donatio dotis causa*. Das *dare* war ein Mittel zur Verwirklichung der *causa dotis* gegenüber dem Schwiegersohn; *dare dotis causa* folglich ein Mittel zur Erreichung der der Tochter gegenüber verfolgten *causa donandi*. Das Zustandekommen der Schenkung setzte die gültige *Dos*bestellung voraus. Ohne *dos* hätte auch die *donatio* an die Tochter keinen Bestand, da der Gegenstand der Schenkung erst durch die *Dos*bestellung erzeugt werden konnte.

Damit unterscheidet sich die *donatio dotis causa* von der oben behandelten zweiten Fallgruppe („*donatio pura* und *Dos*bestellung“), in der die Schenkung bereits vor der *Dos*bestellung vollzogen wurde. Hat der Schenker die Sache direkt an den Ehemann übergeben, jedoch in der Absicht, der zu dotierenden Frau *vor der Dosbestellung* zu schenken, dann rechtfertigte seine Schenkungsabsicht die Annahme, er habe die Sache auf Anweisung der beschenkten Frau übergeben. Die *Dos*bestellerin wurde aufgrund dieser Konstruktion die beschenkte Frau. Das Zustandekommen der *donatio* war unabhängig von der *Dos*bestellung; auch wenn die *Dos*bestellung scheiterte, bliebe die Schenkung aufrecht. Dies galt für die *donatio dotis causa* nicht.

Diesen Unterschied verkannte Burckhard ebenso wie jenen zwischen der *donatio dotis causa* und der *datio, ut in dotem daret* (die erste Fallgruppe). Die letzte war nach der klassischen Auffassung keine Schenkung. Der Empfänger haftete dem Geber aus der Kondiktion für den Fall, dass er die Sache nicht *in dotem* gab. Die Haftung aus der Kondiktion schloss die *causa donandi* aus. Weder die Sache selbst, noch die künftig zu erwerbende *actio rei uxoriae* wurden als geschenkt gesehen.

mebestimmungen in Fr. Vat. 305, 306 auf den Fall, dass jemand eine Sache an die Frau mit der Bestimmung *ut in dotem daret* übereignet (also nicht auf die Fälle der direkten *Dos*bestellung vom Dritten).

⁸⁴ BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und *Dos*. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 11.

Undeutlich ist demgegenüber die Abgrenzung der *donatio dotis causa* von einer einfachen Dosbestellung. Burckhard meinte,⁸⁵ dass, wenn die Frau die *dotis causa* erfolgte Zuwendung nicht als Schenkung annehme (und daher eine einfache Dosbestellung vorliegt), dann besteht während der Ehe zwar ein übliches Dotalverhältnis, der Mangel der Schenkung macht sich aber nach der Auflösung der Ehe geltend. Die Frau habe die Zuwendung nunmehr *sine causa* und der Besteller kann aus diesem Grund die Zuwendung kondizieren (auch die Cession der *actio rei uxoriae* mit der *condictio sine causa* fordern). Für diese Behauptung, welche den Zwecken einer Mitgift widerspricht, fehlen Quellenbelege. Die *dos* hatte doch auch die Funktion, die Versorgung der Frau nach beendeter Ehe zu sichern (ausgenommen der *dos recepticia*),⁸⁶ indem sie mit der *actio rei uxoriae* die Herausgabe der dotalen Sachen verlangen und folglich behalten konnte. Inkonsequent ist, wenn Burckhard einerseits annimmt, auch ohne Schenkung entstehe ein übliches Dotalverhältnis, andererseits aber behauptet, nach der Beendigung der Ehe kann der Dosbesteller (bei fehlender Schenkung) die Cession der *actio rei uxoriae* verlangen.

Einen Unterschied zwischen einer *donatio dotis causa* und einer einfachen Dosbestellung könnte man sehen, wenn die *uxor* in *si inscia uxore vel invita in dotem dedit, rem mariti non esse factam et ideo vindicari ab herede mulieris posse die filia* bezeichnen würde. Daraus könnte man entnehmen, dass für die Gültigkeit der Dosbestellung die Annahme der Schenkung seitens der beschenkten Tochter notwendig war. Fehlt der *consensus* über die Schenkung, dann kommt auch die Mitgift nicht zustande. Dies bestritt Burckhard⁸⁷ jedoch und meinte, die *dos* sei auch ohne Einwilligung der Tochter vorhanden; die *uxor*, ohne deren Willen oder Wissen die Sache *in dotem* gegeben wurde, war die Mutter, nicht die *filia*. Dies wird wohl zutreffen.

Lassen sich aber keine relevanten Unterschiede zwischen einer einfachen Dosbestellung und einer Dosbestellung in der Absicht, der dotierten Frau dadurch zu schenken (*donatio dotis causa*), feststellen, dann hat

⁸⁵ BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 22 f.

⁸⁶ KASER, M. *Das römische Privatrecht* I. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1971, S. 333. ISBN 3-406-01406-2.

⁸⁷ BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum*. 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 19.

es weniger Bedeutung, die *donatio dotis causa* als eine eigene Rechtsfigur neben der einfachen Dosbestellung abzusondern.

Schluss

In keiner der drei beschriebenen Fallgruppen liegt eine Schenkung verbunden mit einer verpflichtenden Nebenbestimmung, in der man eine Schenkungsaufgabe erblicken könnte. In der ersten Fallgruppe (*datio, ut in dotem daret*) haben die Klassiker eine *causa donationis* verneint, weil der Geber eine Rückforderung für den Fall hatte, dass der *dos*-Zweck verfehlt wird. Das Geschäft war als eine „einzweckige“ *datio, ut in dotem daret* aufrechterhalten und als solche nach den Regeln einer *datio ob rem* behandelt. Dies abgesehen davon, ob die *dos* für die Empfängerin selber oder für einen Dritten zu bestellen war.

Bei der *donatio dotis causa* konnte die Schenkung erst durch die erfolgte Dosbestellung zustandekommen; die Dosbestellung war eine Voraussetzung für Entstehen der Schenkung und nicht eine durch die Schenkung zustandegewordene Nebenverpflichtung der Beschenkten.

„*Donatio pura* und Dosbestellung“ war Kombination einer einfachen Schenkung und einer nachfolgenden Dosbestellung, welche getrennt zu verstehen sind. Die Schenkung geschah frei von einer *condicio dandi*, aufgrund derer der Schenker die *condictio ob rem* für den Fall hätte, dass mit der geschenkten Sache keine Mitgift bestellt wird. Der Beschenkte war weder zur Dosbestellung verpflichtet noch zur Rückgabe an den Schenker, sollte die Dosbestellung ausbleiben.

Literaturverzeichnis

- ALBERTARIO, E. Sulla dotis datio ante nuptias. In: E. ALBERTARIO. *Studi di diritto romano: Volume I: Persone e famiglia*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1933, S. 319-336.
- ARCHI, G. G. Dote e donazione nel diritto romano. In: G. LAVAGGI, Hrsg. *Studi in memoria di Emilio Albertario: Tomo II*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 1953, S. 231-275.
- BACKHAUS, R. *Casus perplexus: Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*. 1. Aufl. München: C. H. Beck, 1981. 230 S. ISBN 3-406-07672-6.
- BECHMANN, A. *Das römische Dotalrecht: 1. Abt.* 1. Aufl. Erlangen: A. Deichert, 1863. 220 S.

- BECHMANN, A. *Das römische Dotalrecht: 2. Abt.* 1. Aufl. Erlangen: A. Deichert, 1867. 507 S.
- BETTI, E. Bewusste Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts. In: *Festschrift Paul Koschaker: I. Band.* 1. Aufl. Weimar: Böhlau Nachfolger, 1939, S. 296-333.
- BREMER, F. P. Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten. *Archiv für die civilistische Praxis.* 1868, Jg. 51, Nr. 2, S. 175-233.
- BROISE, S. *Animus donandi: Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna I: Parte generale.* 1^a ed. Pisa: Pacini, 1975. 112 S.
- BURCKHARD, H. Zu Fragmenta Vaticana 269: Ein Beitrag zur Lehre von der Schenkung und Dos. In: *Festgabe für Heinrich Dernburg zum Doktor-Jubiläum.* 1. Aufl. Leipzig: A. Deichert (G. Böhme), 1900, S. 1-72.
- FERRETTI, P. *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano.* 1^a ed. Milano: Giuffrè, 2000. 324 S. ISBN 88-14-08588-9.
- HARKE, J. D. Das klassische römische Kondiktionensystem. *Iura – rivista internazionale di diritto romano e antico.* 2003, n^o 54, S. 49-86. ISSN 0021-3241.
- HAYMANN, F. *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht.* 1. Aufl. Berlin: F. Vahlen, 1905. 184 S.
- HAYMANN, F. III. Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht II. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung.* 1920, Jg. 41, Nr. 1, S. 44-185.
- KASER, M. *Das römische Privatrecht I.* 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1971. 833 S. ISBN 3-406-01406-2.
- KASER, M., R. KNÜTEL und S. LOHSSE. *Römisches Privatrecht.* 21. Aufl. München: C. H. Beck, 2017. 517 S. ISBN 978-3-406-69559-9.
- KÖNIG, H. H. Die vor der Ehe bestellte Dos nach klassischem römischem Recht. *Studia et documenta historiae et iuris.* 1963, Jg. 29, S. 151-237.
- KRÜGER, P., Th. MOMMSEN und G. STUEDEMUND, Hrsg. *Collectio librorum iuris anteiustiniani: Tomus III.* 1. Aufl. Berolini: Weidmann, 1890. 323 S.
- LENEL, O. *Palingenesia iuris civilis: Volumen II.* 1. Aufl. Lipsiae: Tauchnitz, 1889. 1264 S.

- MISERA, K. *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*. 1. Aufl. Köln; Wien: Böhlau, 1974. 309 S. ISBN 3-412-03174-7.
- MITTEIS, L. *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians: I. Band: Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*. 1. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblot, 1908. 428 S. Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft: I. Abt.: VI. Teil.
- PERNICE, A. *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit: 3. Band: 1. Abt.* 1. Aufl. Halle: Max Niemeyer, 1892. 309 S.
- PUCHTA, G. F. Ueber die Convalescenz eines Schenkungsversprechens unter Ehegatten. In: A. A. F. RUDORFF, Hrsg. *Georg Friedrich Puchta's kleine civilistische Schriften*. 1. Aufl. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1851, S. 332-347.
- SCHLEI, H. *Schenkungen unter Ehegatten: Zu ihrer Behandlung nach römischem Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Ausblicken auf das geltende Recht*. 1. Aufl. Göttingen: Muster-Schmidt, 1993. 217 S. ISBN 978-3-7881-1821-1.
- SCHULZ, F. *Einführung in das Studium der Digesten*. 1. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1916. 136 S.
- SCHULZ, F. Interpolationenkritische Studien. In: F. STIER-SOMLO, Hrsg. *Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstage*. 1. Aufl. München; Leipzig: Duncker & Humblot, 1913, S. 1-24.
- SCHWARZ, F. *Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht*. 1. Aufl. Münster; Köln: Böhlau, 1952. 327 S.
- SIBER, H. III. *Confirmatio donationis*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1933, Jg. 53, Nr. 1, S. 99-150.
- SÖLLNER, A. *Zur Vorgeschichte und Funktion der *actio rei uxoriae**. 1. Aufl. Köln; Wien: Böhlau, 1969. 167 S.
- STOCK, J. *Zum Begriff der *donatio*, insbesondere im Verhältnis zum *commodatum**. 1. Aufl. Leipzig: Weicher, 1932. 50 S.
- TALAMANCA, M. *Diocl. et Maxim. C. 8,54,3 = FV. 286: Donatio sub modo, datio ob rem e contratto a favore di terzi*. In: C. R. RUGGERI, Hrsg. *Studi in onore di Antonino Metro: Tomo VI*. 1^a ed. Milano: A. Giuffrè, 2010, S. 249-295. ISBN 88-14-15411-2.

- THIELMANN, G. Schenkung durch Delegation. In: V. GIUFFRÈ, Hrsg. *Sodalitas: Scritti in onore di Antonio Guarino* 5. 1^a ed. Napoli: Jovene, 1984, S. 2309-2330.
- Von MEYERFELD, F. W. L. *Die Lehre von den Schenkungen, nach römischem Recht: 2. Band: 1. Abt.* 1. Aufl. Marburg: Elwert, 1837. 158 S.
- Von TIGERSTRÖM, F. W. *Das römische Dotalrecht: Band 1.* 1. Aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1983 [reprint]. 416 S. ISBN 3-511-04891-5.
- WACKE, A. Donner et retenir ne vaut: Kein Schenkungsvollzug ohne Aushändigung. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2001, Jg. 201, Nr. 2, S. 256-274. ISSN 0003-8997.
- WACKE, A. Dos und donatio: Mitgiftbestellung ist keine Schenkung. *Zeszyty prawnicze*. 2015, vol. 15, nr 2, S. 77-98. ISSN 1643-8183.

JUDr. Veronika Kleňová, PhD.

Juristische Fakultät
Trnavaer Universität in Trnava
Kollárova 10
917 01 Trnava
Slowakische Republik
v.klenova@gmail.com