

Regelbildung durch *exempla* – Papinians *Quaestiones* zur *lex Iulia de adulteriis* (Pal. 378)

Ulrike Babusiaux

Inhalt

I.	Einleitung.....	19
II.	Thematische Schwerpunkte in Pal. 378=D. 48,5,39pr.-7 Pap. 36 <i>quaest.</i>	22
	1. Strafbarkeit des <i>incestum</i> nach der <i>lex Iulia de adulteriis</i>	23
	2. Entschuldigungsgründe für <i>incestum</i> bei Frau und Mann	24
III.	Besonderheiten der Darstellung.....	25
	1. Ermittlung der Fragestellung	25
	2. (Scheinbare) Redundanzen	27
IV.	Die Regel zur Strafschonung bei <i>incestum</i> in § 7	28
	1. § 7 als Regel.....	28
	2. Die argumentative Funktion der Reskripte	29
	a) Die Reskripte als <i>exempla</i>	29
	b) Der Induktionsschluss aus §§ 5 und 6	32
	3. § 7 im Verhältnis zum pr. und zu § 3	32
	a) <i>Humanitas</i> als Leitlinie (§ 3).....	33
	b) <i>Leges contrariae</i> (pr. und § 7)	34
	4. Zwischenfazit.....	36
	5. § 7 als Regel für den in § 1 geschilderten Fall?.....	36
V.	Vergleich mit zivilrechtlichen Katenen	38

I. Einleitung

Aus Papinians *Quaestiones*-Werk sind nur zwei Fragmente zur *lex Iulia de adulteriis* überliefert.¹ Dieser zahlenmäßig bescheidende Überlieferungsumfang überrascht schon deshalb, weil durch die beiden unter Papinians Namen kursierenden Mono-

¹ Vgl. Pal. 377=D. 1,7,13 Pap. 36 *quaest.*, Pal. 378=D. 48,5,39pr.-10 Pap. 36 *quaest.*

U. Babusiaux (✉)

Privatrecht und Rechtsvergleichung, Rechtswissenschaftliches Institut,

Universität Zürich, Zürich, Schweiz

E-Mail: ulrike.babusiaux@rwi.uzh.ch

graphien zur *lex Iulia* der Eindruck entsteht, der Jurist habe ein besonderes Interesse für Rechtsfragen des *adulterium* gepflegt.²

Das umfangreichste *Quaestiones*-Fragment zur *lex Iulia de adulteriis*, Pal. 378=D. 48,5,39pr.-7 Pap. 36 quaest., betrifft mit der Bestrafung von *adulterium cum incesto* einen Sonderfall des Ehebruchs.³ Da weitere Quellen zur strafrechtlichen Verfolgung des *incestum* fehlen,⁴ ist es daher immer wieder als Hauptquelle zur Sanktion des Inzests im kaiserzeitlichen Rom herangezogen worden.⁵ Daneben diente es als Beleg in Untersuchungen zur Relevanz des *error iuris*.⁶ An dieser Stelle soll weniger dieser sachliche Gehalt des Fragmentes im Zentrum stehen als die Analyse des papinianischen Vorgehens.

Leitfrage ist dabei, ob sich die für diese strafrechtliche Frage zu beobachtende Methode vom Vorgehen Papinians in den zivilrechtlichen Erörterungen seiner *Quaestiones* unterscheidet. Zur Beantwortung dieser Frage sind nach einer kurzen thematischen Einführung (II) zunächst Besonderheiten der Darstellung (III) in den Blick zu nehmen, bevor zu untersuchen ist, auf welche Weise Papinian die in § 7 formulierte Regel entwickelt (IV). In diesem Zusammenhang sind auch Überlieferungsprobleme und Fragen der Textgeschichte zu erörtern, bevor ein Vergleich zu den zivilrechtlichen Katenen des *Quaestiones*-Werkes gezogen werden kann (V).

Im Zusammenhang gelesen lautet der Text:⁷

² *De adulteriis libri II cum notis Marciani*, vgl. Pal. 1-18 sowie *De adulteriis liber singularis*, vgl. Pal. 19-27. Fragen der *lex Iulia de adulteriis* auch in den *responsa*, vgl. Pal. 723=D. 48,5,40 Pap. 15 resp. (sowie D. 48,16,1,10 Pap. 15 resp., D. 48,18,4 Pap. 15 resp.), Pal. 724=Coll. 4, 5.

³ Auch §§ 8-10 betreffen die *lex Iulia de adulteriis*, handeln aber von der Strafbarkeit des Mannes, der seine Frau trotz Fehlens einer entsprechenden Regelung im Affekt erschlagen hat. Zum Kontext der Ehegesetzgebung vgl. D. Nörr, Planung in der Antike, in: T.J. Chiusi/W. Kaiser/H.-D. Spengler (Hg.), *Historiae Iuris Antiqui II*, Goldbach 2003, S. 1093-1118.

⁴ Zur Beurteilung dieser Lücke vgl. Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 689 einerseits (Neuerung der *lex Iulia*) und W. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962, S. 121-124 (Vorläuferregelung wahrscheinlich).

⁵ V.a. A. Guarino, Studi sull'incestum, SZ 63 (1943), 175-267, 209-215, 249-252; in jüngerer Zeit S. Puliatti, *Incesti crimina*, Mailand 2001, sowie J. Konecka-Misztal, *Incestum w Prawie Rzymskim*, Warschau 2007.

⁶ Vgl. E. Volterra, Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano, BIDR 38 (1930), 75, 96 f.; P. Voci, L'errore nel diritto romano, Mailand 1937, S. 198-207; Th. Mayer-Maly, Error iuris, in: H. Miehsler et al. (Hg.), *Festschrift Verdross*, Berlin 1980, S. 147-169; L. Winkel, Error iuris nocet, Zutphen 1985, S. 126 f.

⁷ Nachweise zur Textkritik im *Index interpolationum*; ferner A. D. Manfredini, La donna incestuosa, in: Ann. Univ. Ferrara Sc. Giur. NS I (1987), S. 21 Fn. 45; Puliatti (Fn. 5), S. 101 f. mit Fn. 63-65.

Pal. 378=D. 48,5,39pr.-7 Pap. 36 quaest.

pr. Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret.

- 1 Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. occurrit, quod hic duplex admissum est, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant.
- 2 Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.
- 3 Nonnumquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.
- 4 Fratres denique imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate. nam et mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem.
- 5 Idem imperatores rescripserunt post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admitendum incesti.
- 6 Idem Pollioni in haec verba rescripserunt: „incestae nuptiae confirmari non solent: et ideo abstinenti tali matrimonio poenam praeteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus“.

pr. Wenn der Ehebruch (*adulterium*) in Tateinheit mit dem Inzest (*incestum*) begangen wird, zum Beispiel mit der Stieftochter, Schwiegertochter oder Stiefmutter, so wird die Frau gleichfalls vergleichbar bestraft werden, denn dies würde auch dann geschehen, wenn kein Ehebruch stattfände.

- 1 Wenn gegen die Tochter der Schwester Unzucht (*stuprum*) verübt wird, ist zu prüfen, ob die Strafe des Ehebruchs für den Mann genügt. Es kommt vor, dass hier ein doppeltes [Verbrechen] vorliegt, weil es ein großer Unterschied ist, ob eine Ehe unerlaubter Weise eingegangen wird oder Ungehorsam wider die Gesetze und Schande des Blutes zusammen treffen.
- 2 Weshalb die Frau nur dann dieselbe Strafe erleiden wird wie der Mann, wenn sie einen nach *ius gentium* verbotenen Inzest begangen hat. Denn wenn es nur auf die Beachtung unse- res Rechtes ankommt, so wird die Frau vom Verbrechen des Inzests entschuldigt sein.
- 3 Zuweilen pflegen aber die Verbrechen des Inzests auch in Ansehung der Männer, wenn- gleich sie [die Verbrechen] von Natur aus schwerwiegender sind, milder als der Ehebruch behandelt zu werden. [Dann nämlich], wenn der Inzest durch eine verbotene Ehe begangen worden ist.
- 4 So erliessen die *fratres imperatores* der Claudia das Verbrechen des Inzests wegen ihres Alters, befahlen aber die unerlaubte Verbindung auf- zulösen, obwohl umgekehrt das Verbrechen des Ehebruchs, welches mit Geschlechtsreife begangen wird, durch das Alter nicht entschul- digt wird. Denn so ist oben gesagt worden, dass auch Frauen, die rechtsirrtümlich handeln, wegen des Verbrechens des Inzests nicht haften, obwohl sie sich mit Blick auf den Ehe- bruch nicht entschuldigen könnten.
- 5 Dieselben Kaiser haben beschieden, dass nach der Ehescheidung, welche der Stiefsohn mit der Stiefmutter gutgläubig vorgenommen habe, kein Verbrechen des Inzests anzunehmen sei.
- 6 Dieselben haben dem Pollio folgendermaßen beschieden: „Inzestuöse Ehen werden nicht bestätigt. Und deshalb erlassen wir demjenigen, der eine solche Ehe aufgibt, die für das Delikt verfallene Strafe, wenn er noch nicht angeklagt worden ist.“

Pal. 378=D. 48,5,39pr.-7 Pap. 36 quaest.

7 Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctio-nem admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit, utique si error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit.

7 Der Inzest also, der durch eine verbotene eheliche Verbindung begangen wird, pflegt wegen des Geschlechts oder des Alters entschuldigt zu werden, oder auch durch die Berichtigung zum Zwecke der Strafe [=die Auflösung der Ehe], wenn jene [die eheliche Verbindung] in guten Glauben geschah, besonders, wenn ein Irrtum behauptet wird und einfacher, wenn kein Ankläger aufgetreten ist.

II. Thematische Schwerpunkte in Pal. 378=D. 48,5,39pr.-7 Pap. 36 quaest.

Die Katene kreist um zwei thematische Schwerpunkte: Zum einen betrifft sie die Strafbarkeit des *incestum* nach der *lex Iulia de adulteriis*, zum andern die Entschuldigungsgründe, die zum Erlass der Strafe führen können. Die *lex Iulia de adulteriis coercendis* sanktionierte primär den Ehebruch, das heißt den einverständlichen Geschlechtsverkehr zwischen einer ehrbaren Frau, sei es verheiratet oder unverheiratet, und einem Mann, der nicht ihr Ehemann war.⁸ Für das einfache *adulterium* mit einer verheirateten bzw. das *stuprum* mit einer unverheirateten Frau war als Strafe offenbar die *relegatio* vorgesehen.⁹ Sie traf die Ehebrecherin ebenso wie den (fremden) Ehebrecher. Pal. 378 untersucht dagegen das als Strafschärfungsgrund angesehene Zusammentreffen dieser Ehebruchstatbestände mit dem Inzest (*incestum*), das heißt mit einer wegen der Verwandtschaft unsittlichen Geschlechtsgemeinschaft.¹⁰ Als Strafe dieses schwereren Deliktes (*adulterium cum incesto*) gilt die *deportatio in insulam*.¹¹ Sie unterscheidet sich von *relegatio* dadurch, dass die *deportatio* auch den Verlust des Bürgerrechts sowie des Vermögens nach sich zog, also Kapitalstrafe war, während die *relegatio* nur eine (zeitweilige) Verbannung

⁸ Zum Gesetzestext vgl. die Rekonstruktionen bei C.G. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui* I, Tübingen 1909, S. 112 Nr. 12; E. C. Green/A. D. E. Lewis/M. H. Crawford, *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, in: M. H. Crawford (Hg.), *Roman Statutes*, II, 1996, S. 781-786; Einzelheiten bei Ph. Lotmar, *Lex Iulia de adulteriis und incestum*, in: *Mélanges Girard* I, Paris 1912, S. 119 ff.; W. Kunkel, *Quaestio*, in: H. Niederländer (Hg.), *Kleine Schriften*, Weimar 1974, 33, 91 f.; A. Mette-Dittmann, *Die Ehegesetze des Augustus*, Stuttgart 1991, S. 34-75; O.F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, S. 59 f.; Th. A. McGinn, *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, New York 1998, S. 140-147.

⁹ Vgl. E. Sehling, *Das Strafsystem der lex Julia de adulteriis*, SZ 4 (1883), 160, 162 f.; ferner McGinn (Fn. 8), S. 143 f.

¹⁰ Einzelheiten bei Guarino (Fn. 5), 217-219; Mette-Dittmann (Fn. 8), 45 f.

¹¹ G. Kleinfeller, s.v. *deportatio in insulam*, in: RE V,1 (1903) Sp. 231-233. Zu PS 2.26.14 vgl. auch F. De Martino, *L'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in: A. Dell'Agli/T. Spagnuolo Vigorita (Hg.), *Diritto e società nell'antica Roma*, Rom 1979, S. 440 f. Zur allgemeinen Unterscheidung von *deportatio* und *relegatio* vgl. zuletzt A. Schilling, *Poena extraordinaria*, 2010, S. 44 f. m.w.N. Zu beachten ist, dass der Frau wohl auch ein Teil der Mitgift strafweise entzogen wurde. Vgl. Mette-Dittmann (Fn. 8), 59 f.; Robinson (Fn. 8), 66 f.

bedeutete, die nicht nur die Möglichkeit der Rückkehr einschloss, sondern dem Verurteilten auch das Bürgerrecht und sein Vermögen beließ.¹²

1. Strafbarkeit des *incestum* nach der *lex Iulia de adulteriis*

Da die Katene thematisch an die *lex Iulia de adulteriis* anknüpft und nicht an eine spezielle Strafgesetzgebung zum *incestum*, sind allgemeine Erkenntnisse zur Strafbarkeit des Inzests nicht zu erwarten.¹³ Aufschluss ist allein zur Frage zu erlangen, ob und inwieweit die augusteische Ehegesetzgebung das *incestum* bei Zusammenreffen mit dem Ehebruch als Strafschärfungsgrund ansah.¹⁴ Für die Beantwortung dieser Frage dürfte zweitrangig sein, ob das *incestum* im Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich erwähnt wurde.¹⁵ Bekanntlich stellt der Wortlaut im Strafrecht der Kaiserzeit keine Auslegungsgrenze dar, weshalb die Juristen ohne weiteres auch Analogien zu Lasten der Beschuldigten zulassen.¹⁶ Zu beachten ist zudem, dass sich Papinian nicht für die konkrete Rechtsfolge, das heißt für die einschlägige Strafe, interessiert, sondern lediglich die Schuldfrage erörtert.¹⁷ Maß und Art der Strafe werden mithin – sowohl für *incestum* wie für *adulterium* – als bekannt vorausgesetzt.

Die Darlegung lässt sich in drei Teile gliedern. Nach dem Einstieg in die Thematik, der betont, dass Mann und Frau gleichartig für *adulterium cum incesto* bestraft werden (pr.), erörtert Papinian den Fall eines Onkels, der mit der Nichte einen inzestuösen Ehebruch begangen hat. Hier sei zu prüfen, ob ein doppeltes Verbrechen vorliege oder ob der Inzest nachgesehen werden könne (§ 1), weil er auf einem Irrtum beruhe. Für die Frau gelte, dass ein *incestum* nach *ius civile* entschuldigt werden könne, während ein *incestum iuris gentium* zur Strafe führe (§ 2). Der dritte Teil (§§ 3–7) erörtert sodann die Strafbarkeit des Mannes: Nachdem Papinian festgestellt hat, dass auch Männern die Inzeststrafe erlassen werden kann, wenn sie irrtümlich eine verbotene Ehe eingehen, zitiert er drei Reskripte der *fratres impe-*

¹² Zur Unterscheidung vgl. D. 48,19,28pr.-1 Call. 6 de cogn., dazu R.A. Bauman, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London 1996, S. 151 f.

¹³ Zum Thema *incestum* vgl. die Nachweise bei Y. Thomas, *Mariages endogamiques à Rome*, RHD 58 (1980), 345, 345-347; Manfredini (Fn. 7), S. 12 Fn. 4 und Fn. 5; zuletzt S. Puliatti, D. 48,5,39 (36 quaest.) e la problematica dell'incesto nell'elaborazione dottrinale di Papiniano, in: Studi Parmensi 43 (1997), 153, 156-160.

¹⁴ Vgl. auch D. 23,2,57a *Marcianus notat*=Pal. 10 (*Papinianus de adulteriis libri II*), dazu Voci (Fn. 6), S. 206; E. Volterra, *Intorno a D.23,2,57a*, in: *Mélanges Meylan I*, 1963, S. 367-377. Zu den Rekonstruktionen der älteren Lit. vgl. Guarino (Fn. 5), 246-248.

¹⁵ Lotmar (Fn. 8), S. 124 meint: „In der *lex Julia* war der Incest nicht vorgesehen“.

¹⁶ Vgl. dazu M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege*, Salerno 2009, bes. S. 115-141.

¹⁷ Dies entspricht den Grundsätzen des römischen Strafverfahrens, da die Strafe ohnehin im Gesetz fixiert war, vgl. W. Kunkel, *Prinzipien des römischen Strafverfahrens*, in: H. Niederländer (Hg.), *Kleine Schriften*, Weimar 1974, 11, 16-18 m.w.N.

ratores, die aus verschiedenen Gründen von Strafe absehen. § 7 fasst diese Straf-milderungsgründe zusammen.

2. Entschuldigungsgründe für *incestum* bei Frau und Mann

Schon dieser kurze Überblick zeigt, dass Hauptanliegen Papinians ist, die unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau als Täter des *incestum* darzulegen. Dabei zeigt § 1, dass der Jurist offenbar von einer einheitlichen *ratio* für das Absehen von Bestrafung ausgeht: Handele der Täter in der guten Absicht, die Ehe einzugehen, könne von der Bestrafung für Inzest abgesehen werden.¹⁸ Verstöße die Verbindung dagegen sowohl gegen evidente Eheverbote als auch gegen die *lex Iulia de adulteriis*, sei der Täter für beide Taten zu bestrafen. Papinian betont den qualitativen Unterschied, der zwischen beiden Sachverhalten besteht, durch die emphatische Verhüllung der zweiten Alternative: *contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant*.

Diese Formulierung schließt wie der Anschluss mit *quare* § 2 zeigt, auch die Unterscheidung von *incestum iuris gentium* und *incestum iuris nostri* ein, wie sie offenbar für die Frau anerkannt ist.¹⁹ Entgegen der früheren Literatur gibt es keinen Anlass, diese Unterscheidung zwischen *incestum iuris gentium* und *incestum iuris nostri* für interpoliert zu halten.²⁰ Auch in anderen Zusammenhängen wählt Papinian diese Bezeichnung, die sich zudem sachlich halten lässt,²¹ da die gesetzliche Sanktion von Inzest im Rom der Kaiserzeit weit über gesellschaftlich-moralische Tabus hinausweist, die noch in der späten Republik Gültigkeit haben.²² Diese Diskrepanz zwischen gesetzlicher Regelung und sittlicher Norm erklärt auch, warum Verstöße häufig gewesen sein dürften, ohne dass den Parteien die Schändlichkeit ihres Tuns sofort einsichtig war. Ein derartiger Rechtsirrtum führte dann – gerade bei Zusammentreffen mit Strafbarkeit nach einer anderen Vorschrift – zur

¹⁸ *Stuprum* und *adulterium* sind insoweit gleich zu behandeln, vgl. auch D. 48,5,6,1 Pap. 1 de adult. Einzelheiten bei Lotmar (Fn. 8), S. 120-122; E. Volterra, Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris, in: Scritti giuridici I, 1991, 6 f. m.w.N; Mette-Dittmann (Fn. 8) 40-42; McGinn (Fn. 8), S. 150-152.

¹⁹ Zu diesem Anschluss vgl. bereits Lotmar (Fn. 8), S. 131.

²⁰ Für nachklassische Unterscheidung vgl. Volterra, BIDR 38 (1930), 75, 97-99; Guarino, (Fn. 5), 237-241 zur Stelle. Für Klassizität bereits De Martino, (Fn. 11) S. 444 f. mwN; ähnlich Voci (Fn. 6), S. 200 f.; Manfredini (Fn. 7), S. 16 mit Fn. 25.

²¹ Vgl. D. 12,7,5pr.-1 Pap. 11 quaest.; zur Sache vgl. auch D. 23,2,68 Paul. 1. sing. ad SC Turpill. Zum Zusammenhang zwischen Strafrecht und Ehehindernis vgl. auch M. Kaser, Ius gentium, Köln, Weimar, Wien 1993, S. 85 f.

²² Zur (früheren) Toleranz vgl. auch Thomas (Fn. 13), 345, 347 f. mit Belegen zu Verbindungen zwischen Onkeln und Nichten.

Strafmilderung bei Frauen, die ohnehin als weniger rechtskundig und wegen der Schwäche ihres Geschlechts als schützenswert angesehen wurden.²³

Von diesen Unterschieden zwischen den Geschlechtern bei der Strafbarkeit scheint auch Papinian auszugehen: Während er nämlich die Strafmilderung der Frau in § 2 als Grundsatz darstellt, leitet er die entsprechende Regelung für den Mann mit dem Wort *nonnumquam* ein (§ 3), das einen seltenen Fall anzeigt.²⁴ Dass es sich um eine Ausnahme handelt, hebt auch der Vergleich zwischen *incestum* und *adulterium* hervor: Obwohl der Inzest eine schwerere Tat darstelle (*natura graviora*) sei er bisweilen auch bei Männern milder als das *adulterium* zu bestrafen. Voraussetzung für diese Strafmilderung sei, dass die Tat durch verbotene Ehe (*matrimonium illicitum*) begangen werde.²⁵ Diese neue Regel wird im Folgenden (§§ 4–6) durch Beispiele erhärtet und in § 7 nochmals im Klartext formuliert.

Bevor die Herleitung dieser Regel zu würdigen ist, sind zunächst einige Auffälligkeiten in der Darstellung hervorzuheben.

III. Besonderheiten der Darstellung

Hierzu gehören zunächst einige (scheinbare) Redundanzen des Textes sowie die die Kernfrage verhüllende Darlegung.

1. *Ermittlung der Fragestellung*

Die verhüllende Tendenz begegnet bereits bei der scheinbar tautologischen Formulierung *mulier similiter quoque punietur*.²⁶ Sie setzt voraus, dass die Strafbarkeit des Mannes bereits bekannt ist, das heißt entweder im entfallenen vorangehenden Textstück behandelt wurde oder aber vom Juristen als bekannt vorausgesetzt wird.²⁷ Ein spiegelverkehrtes Vorgehen ist in § 1 zu beobachten: Auch hier fokussiert Papinian direkt auf die ihn interessierende Strafschonung des Mannes (*an adulterii poena sufficiat mari*),²⁸ ohne die offenbar vorausgesetzte Strafschonung der Frau weiter zu

²³ Gerade in dem in § 1 geschilderten Fall der Unzucht mit der Nichte (Tochter der Schwester) dürfte freilich ein *incestum iuris gentium* vorliegen. Allgemein dazu Mayer-Maly (Fn. 6), S. 166 f.

²⁴ Zu *nonnumquam* bei Papinian vgl. U. Babusiaux, Papinians *Quaestiones*, München 2011, S. 210–214.

²⁵ Der Begriff wird hier von Papinian geprägt, ist in der Folge dann auf andere Eheverbote erstreckt worden, vgl. J. Gaudemet, *Justum matrimonium*, in: *Études de droit romain III*, Neapel 1979, S. 343 f.

²⁶ Entsprechend verdächtig durch Guarino (Fn. 5), 209: il „testo classico (...) non può essere stato scritto in maniera tanto ardita“.

²⁷ Vgl. zutreffend Lotmar (Fn. 8), S. 128 f.; Puliatti (Fn. 5), S. 105 f.

²⁸ Zur Gleichstellung von *adulterium* und *stuprum* in diesem Zusammenhang vgl. Lotmar, (Fn. 8), S. 130.

behandeln.²⁹ Nur diese Annahme eines impliziten Vergleichs erklärt auch die *prima facie* unpassende Anknüpfung des § 2 mit *quare*: Während nämlich in § 1 von der Strafbarkeit des Mannes die Rede war, die je nach den Umständen (*matrimonium illicitum* – oder *contumacia iuris et sanguinis contumelia*) gemildert werden kann, betrifft § 2 die anerkannte Strafmilderung bei der Frau für *incestum iuris nostri*. Da Papinian beide Aussagen mit *quare* verbindet, scheint er die *ratio* einer Doppelbestrafung unabhängig vom Geschlecht bestimmen zu wollen.³⁰ Er propagiert diese Gleichstellung freilich nicht im Klartext, sondern in der Rätselrede (*tropus*), das heißt einer Darstellungsweise, bei der der Leser oder Hörer ständig selbst die notwendigen Schlüsse ziehen muss, um zu klären, wer von beiden Beteiligten, Mann oder Frau, eigentlich gemeint ist.³¹

Diese Darstellungsweise dient üblicherweise der Vermeidung des *taedium*, also der Langeweile des Adressaten;³² sie kann freilich auch zur Verschleierung der eigenen Motive genutzt werden, etwa wenn der Redner sich im *genus admirabile* bewegt, also eine neue oder ungehörige Meinung vertritt.³³ Für diese letzte Deutung spricht, dass Papinian im Ergebnis auch den Mann von der Inzeststrafe befreien will, wenn bestimmte Umstände zu seinen Gunsten vorliegen. Dies scheint eine Neuerung gegenüber dem bis dato geltenden Recht darzustellen.

Mit der Annahme eines ständigen inzidenten Vergleichs von Mann und Frau wird auch eine *crux* der Katene erklärbar. Sie liegt darin, dass § 4 in der überlieferten Textfassung auf eine nicht näher identifizierbare Claudia, das heißt eine Frau, bezieht,³⁴ obwohl dies als wenig tauglicher Beweis für die in § 3 getroffene Aussage erscheint, bisweilen werde auch den Männern die Strafbarkeit für *incestum* erlassen (*nonnumquam tamen et in maribus incesti crimina ... humanius quam adulterii tractari solent*). Um die Konkordanz zwischen beiden Sätzen herzustellen, hat schon Savigny die Emendation der Claudia (Claudiae) in einen Claudius (Claudio) vorgeschlagen.³⁵ Indes zeigen schon die vorherigen Erörterungen, dass Papinian die Strafschonung von Mann und Frau aus einer einheitlichen *ratio* rechtfertigt (§ 1) und schon die Strafbarkeit selbst als parallele Erscheinung darstellt (pr.). Diese be-

²⁹ Vgl. bereits *Voci* (Fn. 6), S. 199 f.

³⁰ Anders *Manfredini* (Fn. 7), S. 21, der sich fragt: „Se invece è commesso uno stupro con incesto (quindi la donna è nubile), come ad esempio con la figlia della sorella, il giurista si domanda se basta la pena dell’adulterio inflitta all’uomo (quindi, se la donna possa andare esente).“ Wie hier *Puliatti* (Fn. 5), S. 107.

³¹ Frau und Mann werden hier tropisch verwendet, indem sie immer gegeneinander ausgetauscht werden. Zur *verborum immutatio* vgl. Quint. 9, 1, 4. Als Hinweis auf einen Texteingriff deutet dies dagegen *De Martino* (Fn. 11), S. 447 f.

³² Vgl. nur *H. Lausberg*, Handbuch der Literarischen Rhetorik³, 1990, § 552, S. 283 f. m.w.N.

³³ Diese Redegattung ist geradezu typisch für Papinians *Quaestiones*, vgl. Einzelheiten bei *Babusiaux* (Fn. 24), S. 66, 73 f., 88, 109, 136, 149 f.

³⁴ Vgl. *Heimbach*, V, 739: *nonnumquam et mares incesto coniuncti*; das Scholion stellt eine fast identische Wiedergabe des § 3 und § 4 dar, insbesondere ist auch von Claudia die Rede.

³⁵ *F. C. v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, Berlin 1840 (Nachdr. 2008), 392 Fn. e, ihm folgend *Volterra*, BIDR 38 (1930), 75, 110 sowie *Manfredini* (Fn. 7), S. 23 mit Fn. 53. Wie hier bereits *Guarino* (Fn. 5), 251 Fn. 47.

wusste Gleichsetzung, die sich auch im beschriebenen stillschweigenden Perspektivenwechsel vom *principium* zu § 1 und von § 1 zu § 2 äußert, könnte gerade als vorbereitende Rechtfertigung dafür dienen, auch das Reskript zugunsten der Claudia als Beleg zugunsten eines Mannes anzusehen. Auch nach dem Reskript selbst ist ja Grund für die Strafverschönerung nicht das Geschlecht, sondern das junge Alter (*minor*).³⁶ Aus diesem Grund ist Claudia nicht nur als *lectio difficilior* vorzugswürdig, sondern auch aus Sicht der argumentativen Strategie: Dem Leser wird suggeriert, dass auch hier der Schluss von einem Geschlecht auf das andere naheliegend und zulässig ist.

2. (Scheinbare) Redundanzen

Die erste, eher vordergründige Redundanz betrifft das strafmildernde Merkmal des *matrimonium illicitum*. Es wird insgesamt sechs Mal erwähnt, ohne dass die erneute Nennung eine weitere Präzisierung bedeutete. Vielmehr scheint es darum zu gehen, das Merkmal schrittweise zu etablieren.

Dafür spricht, dass der Sachverhalt bei der ersten Erwähnung in § 1 überhaupt nicht von *matrimonium illicitum*, sondern nur von Inzest und *adulterium* spricht. Erst bei der Würdigung der Strafbarkeit des Mannes führt der Jurist das Kriterium gleichsam *ultra petita* ein. Dabei bleibt offen, ob sich der Mann im geschilderten Beispiel (*stuprum in sororis filiam*) überhaupt auf diesen Milderungsgrund berufen kann. *Occurrit* zeigt, dass es sich um eine Frage des Einzelfalls handelt, die Papinian hier offenlassen will. Der Hinweis auf *matrimonium illicitum* hat hier lediglich die Funktion, den unterschiedlichen Unrechtsgehalts auszumalen, der nach Meinung Papinians zwischen beiden denkbaren Varianten (*errore matrimonium illicitum* bzw. *contumacia iuris et sanguinis contumelia*) besteht.

Als eigentliche Voraussetzung einer Strafmilderung beim *incestum* erscheint das Kriterium erst bei seiner zweiten Erwähnung in § 3. Hier steht nicht mehr der sittliche Appell im Vordergrund, sondern die genaue Formulierung des Anwendungsbereichs eines Strafmilderungsgrundes: *si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit*. Die in §§ 4–6 folgenden Auszüge aus der Reskriptenpraxis der *fratres imperatores* konkretisieren diese Bedingung, obgleich das *matrimonium illicitum* in den zitierten Fällen nicht als Strafmilderungsgrund erscheint. Vielmehr betreffen alle Reskripte die Aufhebung der verbotenen Verbindung (§ 4: *distrahi coniunctionem illicitam iusserunt*; § 5: *post divortium*; § 6: *abstinenti tali matrimonio*). Mit anderen Worten: Nur wenn der Täter nach Entdeckung des Verstoßes auf die Fortsetzung der Ehe verzichtet, wird ihm Strafmilderung mit Blick auf das *incestum* gewährt. Und genau diese Lektion fasst § 7 nochmals zusammen, indem die *correctio puniendi*, das heißt die Berichtigung zum Zwecke der Strafe, also die Auflösung der Ehe, ebenso als Grund für Strafnachlass anerkannt wird wie das Geschlecht und das Alter. In dieser letzten Erwähnung erscheint das *illicitum ma-*

³⁶ Zur Vergleichbarkeit dieser Argumente siehe Mayer-Maly (Fn. 6), S. 166 f. m.w.N.

trimonium als besonderes Qualifikationsmerkmals eines Sachverhalts, in dem eine Strafmilderung üblicherweise gewährt wird: *Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet* etc. (§ 7).

Hierin liegt die zweite und weitaus störende Redundanz des Textes: Sollte Papinian wirklich zweimal (§§ 3 und 7) eine ähnliche Regel formuliert haben? Der geringe Abstraktionsgrad des § 7 hat auch moderate Textkritiker zu der Annahme verleitet, es handele sich um ein Glossen oder eine Interpolation.³⁷ Immerhin spricht aber diese Formulierung den bis dato nur latenten Widerspruch zum *principium* offen aus: Obgleich für *adulterium cum incesto* eine einheitliche Bestrafung für Mann und Frau gilt, ist für das *incestum* selbst eine Diskriminierung des männlichen Täters zu beobachten, da er nur unter erschwerten Voraussetzungen von der Strafe frei wird. Mit diesem Widerspruch sind wir bei der interpretatorischen Kernfrage, nämlich dem Verhältnis des § 7 zum Rest des Fragmentes angelangt.

IV. Die Regel zur Strafschonung bei *incestum* in § 7

Hier ist zunächst zu fragen, welche Qualitäten § 7 aufweisen muss, um eine Regel zu sein (1), bevor auf die argumentative Funktion der Reskripte (2) und das Verhältnis von § 7 zum *principium* und zu § 3 einzugehen ist (3).

1. § 7 als Regel

Der Regelbegriff ist in der Rhetorik eng mit der Qualifizierung einer Aussage als Enthymem verbunden, also eines Satzes, der Grundlage einer deduktiven Argumentation sein kann.³⁸ Eine Regel liegt demnach vor, wenn es bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen wahrscheinlich ist, dass bestimmte Folgen eintreten. Nicht zum Regelbegriff gehört dagegen, wie diese Regel ermittelt wird, ob sie also bereits als solche existiert oder erst herzuleiten ist.

Legt man diesen Regelbegriff zugrunde, so lässt sich die in § 7 getroffene Aussage als Regel auffassen, denn schon sprachlich bringt Papinian zum Ausdruck, dass diese regelmäßig zutrifft (*excusari solet*). Und ebenso lässt sie sich als Grundlage einer Deduktion vorstellen, da sie aus Anlass eines Falls formuliert wurde (§ 1), dessen Lösung nach wie vor offen steht. Einen Beleg für diese letzte These bietet eine parallele Erörterung in der *Collatio*, die einen Auszug aus dem sogenannten *liber singularis de adulteriis* des Papinian überliefert:³⁹

³⁷ *Voci* (Fn. 6), 203: „Il § 7 è tal complesso di ripetizioni, di oscurità e di banalità, che non può averlo scritto Papiniano“; ähnlich *Guarino* (Fn. 5), 251; *De Martino*, (Fn. 11), 448 f. m.w.N.

³⁸ Zum Streitstand vgl. *Chr. Rapp*, Aristoteles, Rhetorik, Berlin 2002, K165 f.

³⁹ Zur Übereinstimmung vgl. bereits *Puliatti* (Fn. 5), S. 106.

Argumenta Papiniani

Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts

Harke, J.D. (Hrsg.)

2013, IX, 146 S., Softcover

ISBN: 978-3-642-27136-6