

der methodischen Weite, der exegetischen Tiefenschärfe und der bemerkenswerten Unvoreingenommenheit die juristische Dimension des *nasciturus* in nachhaltiger Weise erhellt haben.

[J.MICHAEL RAINER]

**Claudia Terreni**, ‘*Me puero venter erat solarium*’. *Studi sul concepito nell’ esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009

Dieses bemerkenswerte Buch einer jungen italienischen Gelehrten, Schüler von Carlo Venturini aus Pisa, ist in vier Kapitel eingeteilt. Das erste der *persona in ventre constituta* gewidmet, das zweite den Entscheidungen der Kompilatoren, das dritte der weiteren rechtshistorischen und rechtsdogmatischen Entwicklung, das vierte dem Schutz des Erzeugten. Die Überschrift des 1. Kapitels nimmt die Verfasserin aus C. 3.28.30.1, einer justinianischen Konstitution aus dem Jahre 528. Es kann somit kein Zweifel darüber bestehen, dass zumindest die justinianischen Juristen fest der Überzeugung waren, dass eine Person entweder geboren sein kann oder sich noch im Mutterleib befinden kann. Damit war auch klar, dass sich die bereits Erzeugten aber noch nicht Geborenen all jener Rechte erfreuen konnten, die gemeinhin den Personen zustanden, da der Begriff Person eben als einheitlicher Begriff zu verstehen war. Der Begriff *persona* ist für die Verfasserin im Gegensatz zum Biologischen des *homo* bereits wertend, ja geradezu mit einer ethischen

Bedeutungsschattierung versehen. Zu Recht weist die Verfasserin, Seite 24 darauf hin, dass der römische Begriff der *persona* nichts mit dem subjektiven Rechtsbegriff der Moderne zu tun hat. Nach dieser bemerkenswerten Einleitung seitens der Verfasserin versucht selbige die Wurzel und Vorläufer dieser Terminologie, Begrifflichkeit und Anschauung in klassischer Zeit zu verfolgen. Dabei beginnt sie mit Pap. 19 *quaest.* D. 35.2.9.1 *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*, sowie Ulp. 24 *ad ed.* D. 25.4.1.1 *partus ... antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*. Im Gegensatz zu manchen Interpreten, den die Verfasserin ausführlich in den Fußnoten zitiert, ist sie keinesfalls der Auffassung, dass es sich um eine apodiktische Aussage handelt. Beide Texte sind streng in ihrem Zusammenhang zu sehen und zwar insbesondere als Erklärungen im Bereiche des Erbrechtes. Es geht schlicht und einfach darum, dass im Falle der Schwangerschaft einer Sklavin der ungeborene Mensch nicht in die Berechnung der Erbmasse einzubeziehen sei. Wohl zu Recht bezieht sich die Verfasserin was die zweite Stelle anbelangt, auf Wolfgang Waldsteins Beitrag in der Festgabe für Zlinski (1998) zur Stellung der *nasciturus* im römischen Recht. Dort hatte Waldstein angenommen, dass sich die Aussage nicht

aus der Perspektive des werdenden Vaters. Von der Methode her möchte ich nochmals auf zwei Besonderheiten dieser Arbeit hinweisen, die die Verfasserin als umfassende Romanistin ausmachen können: Es ist dies zum einen die ständige Benutzung der Basiliken und Scholien zur Vertiefung der Ansichten des klassischen und des justinianischen Rechts auf der einen Seite und auf der anderen Seite die sehr lobenswerte Untersuchung der nachjustinianischen Entwicklung ab der Glosse bis zu den neuen Kodifikationen, ja bis zu den neuesten Kodifikationen wie dem argentinischen Gesetzbuch. Gerade diese Übersicht ermöglicht ein tiefes Durchdringen der gesamten Problematik. Die Ausführungen der Verfasserin zur Problematik der Abtreibung sind durch Umsicht und Ausgewogenheit gekennzeichnet. Man kann, sieht man vom sehr hypothetischen Hinweis zu den *legis regiae* und der Verfassung des Romulus ab, den von ihr gezeichneten Weg durchaus ohne weiteres Folge leisten. Auch in diesem Zusammenhang wird klar, dass die Abtreibung wiewohl bisweilen und unter gewissen Umständen gesellschaftlich geächtet war, juristisch jedenfalls gestattet gewesen ist. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die umfangreichen Untersuchungen von Terreni gerade wegen

*mulieris*, welche die Verfasserin in durchaus realistischer Weise nicht als allgemeine Feststellung sondern als einen aus dem Kontext genommenen Hinweis einer biologischen und nicht juristischen Realität sieht, behandelt Terreni sodann die verschiedenen Implikationen insbesondere erbrechtlicher Natur, die jedenfalls den Schutz des Ungeborenen und seine Präsenz als Individuum hervorkehren mussten. Auch die verschiedenen gesetzlichen Maßnahmen sowie juristische Interpretationen auf der Grundlage solider Exegesen werden in kohärenter Weise vorgenommen. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Darstellungsweise der Verfasserin hinsichtlich der Erneuerungen durch die Kompilatoren, die sich aber, wie man dem Buch als wichtiges Resultat entnehmen kann, doch in engen Grenzen gehalten haben. Bereits die klassischen römischen Juristen beginnend mit Julian bis zu den großen severischen Juristen, die Kaiserkonstitutionen insbesondere die Konstitutionen aus severischer Zeit, lassen auf der Grundlage vorangegangener *senatus consulta* erkennen, dass die Politik sich sehr wohl dieses Problems anzunehmen wußte, und letztlich einen erhöhten Schutz des Ungeborenen bewirken konnte, wiewohl in klassischer Zeit eben in vieler Hinsicht in erster Linie

auf den rechtlichen und theologischen Status des ungeborenen Kindes beziehen könne, sondern lediglich auf die Abgrenzung der Befugnisse des Vaters und der Mutter. Ohne die Problematik weiter zu vertiefen, ist Terreni der Auffassung, dass Ulpian's Aussage nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Stoa zu sehen ist, die ihrerseits von der Annahme ausgegangen war, dass erst bei der Geburt selbst über die Seele der Mutter, die Seele dem Kinde eingehaucht werden würde. Insofern wendet sie sich gegen die Auffassung von Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971, 44 und Pugliese in *Ciclo della vita individuale nell'esperienza giuridica romana*, in *Atti Lincei*, LXI, 1984, 85 f. Hier wären Vertiefungen durchaus angebracht gewesen, die auch allerdings weiteren Forschern offen bleiben sollten. Von großem Interesse ist der Hinweis der Verfasserin, dass die sogenannte *spes hominis*, nämlich die Hoffnung, dass ein Mensch endlich geboren werde, auch zur juristischen Folgen geführt habe, dass aber die Redewendung selbst bei den Juristen gar nicht vorkomme, sondern ausschließlich bei Scribonius Largus einem medizinischen Schriftsteller. Die Juristen, wie man bei Ulpian 41 *ad ed. D. 37.9.1 pr.* nachlesen kann, sprechen von der *spes nascendi* und den dadurch hervorgerufe-

nen Schutz durch den *praetor*. Zu Recht kommt die Verfasserin daher zum Schluss, dass die eigentliche *spes nascendi* tatsächlich eine zentrale Rolle beim rechtlichen Schutz des Ungeborenen eingenommen habe (S. 35). Dabei folgt sie Bartossek in *RIDA*, II, 30, der die Auffassung vertreten hatte, dass die *spes nascendi* nicht nur die rechtliche Position des *conceptus* erklären würde, sondern eben gerade ihre Begründung darstellen müsse. Im Weiteren lenkt die Verfasserin die Aufmerksamkeit, die bereits von Amirante, ‘*Captivitas*’ e ‘*postliminium*’, Napoli, 1950, hervorgehoben worden waren, auf das Verhältnis zwischen dem Ungeborenen und dem römischen Bürger, der in Feindeshand gefallen war. Wurde eine *nasciturus* oder ein *captivus* im Testament übergegangen, so bedeutete dies, falls der Gefangene wieder zurückkehrte oder der *nasciturus* geboren wurde, dass das Testament für null und nichtig erklärt werden musste. Kam der *nasciturus*, aus welchen Gründen auch immer, nicht lebend zu Welt bzw. starb der Gefangene in Gefangenschaft, dann blieb das Testament aufrecht. So erschien es jedenfalls geboten, derartige mögliche Erben jedenfalls entweder einzusetzen oder aber zu enterben. Im weiteren tun sich erhebliche Ähnlichkeiten zwischen der *cura bonorum captivi* und der *cura bono-*

des Vaters in den Vordergrund gestellt, sondern, so die Verfasserin, ausschließlich der Schutz des Ungeborenen, somit sieht die Verfasserin erst in der justinianischen Gesetzgebung den Abschluss der Anerkennung der Rechte des Ungeborenen als in jeder Hinsicht schützenswertes Individuum, schützenswert nicht mehr ausschließlich im Hinblick auf die möglichen Erbrechte, schützenswert nicht nur im Hinblick auf die Wünsche des Vaters, sondern schützenswert *per se*, auf dass das ungeborene Leben zu einer normalen Existenz heranreifen kann.

Dieses dichte und sehr übersichtlich gestaltete Buch verdient jedenfalls große Anerkennung, entsprechende Register erleichtern die Benützung. Der Verfasserin ist es gelungen ein überaus diffiziles Problem unter verschiedenen Gesichtspunkten zu behandeln. Es ging ihr darum, die juristische Relevanz des ungeborenen Lebens unter den herausragenden Fragestellungen zu beleuchten und die Rechtslage der Römer in ihrer langen Entwicklung darzustellen. Dabei ist es ihr insbesondere gelungen, die durchaus langwierigen Entwicklungstendenzen aufzuzeigen und dabei entsprechende Schlüsse über die juristische Natur des Ungeborenen zu untermauern. Ausgehend von der bekannten Äußerung Ulpians als *portio*

bannung zu verurteilen. Die Begründung ist, dass es schlicht und einfach unwürdig erscheinen müsse, dass eine derartige Frau nicht bestraft würde, die ihren Mann um die Kinder gebracht habe: *Maritum liberis fraudasse*. Die Verfasserin weit zu Recht darauf hin, dass hier von einer Scheidung nicht die Rede war, dass also ganz allgemein ein Ehemann ein Recht darauf habe, dass seine Ehefrau die Schwangerschaft voranbringe. Es ist zumindest von erheblichen Interesse festzustellen, dass weniger der Schutz des *nasciturus* als vielmehr die Rechte des Vaters von den spätklassischen römischen Juristen und ihrer Gesetzgebung ins Auge gefasst wurden. Die Verfasserin sieht weiteres in einer Ulpianstelle 33 *ad ed. D.* 48.8.8, die eben jene tatbestandsmäßigen Voraussetzungen sanktioniert, eine noch weitergehende Erweiterung, die aber definitiv wohl erst von den justinianischen Kompilatoren durchgeführt worden sei. Bei Ulpian heißt es nur mehr, «*Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum obigeret, constituerit, eam in exilium praeses provinciae exiget*». Die Kompilatoren haben dieses Fragment eben unter den Titel der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* eingereiht und damit tatsächlich die von der Verfasserin vorgeschlagene Erweiterung vorgenommen (S. 296). Nun werden nicht mehr die Interessen

*rum* des *nasciturus* auf. Zu Recht folgt die Verfasserin (S. 49) hier der Überzeugung von Solazzi, der angenommen hatte, dass die justinianischen Quellen eine Zusammenführung zweier verschiedener Funktionen nämlich des *curator bonorum* und des *curator ventris* vorgenommen hätten. In der Tat, und auch hier muss man der Verfasserin rechtgeben, spielen die Kuratoren des Gefangenen wie des Ungeborenen funktional eine sehr ähnliche Rolle. Der Unterschied haben darin gelegen, dass man bei einem Kriegsgefangenen versucht war, dessen Positionen, Rechte und Ansprüche nach Möglichkeit bis zu seiner erwarteten Rückkehr aufrecht zu erhalten, während dogmatisch eben dieser Schutz der Rechte des Ungeborenen einzig und allein von der *spes nascendi* getragen war (S. 53). Völlig zu Recht kann die Verfasserin hervorheben, dass es einen wesentlichen Unterschied macht, wenn man neben der *spes nascendi* als Faktum darin auch eine veritable juristische Begründung erkennt. Diese *spes nascendi* wird von der Verfasserin anhand eines Textes von Marcellus 28 *dig. D.* 11.8.2 ganz besonders ausgeweitet: *spes animantis cum gravida peremisse videtur* ist in der Natur die *ratio iuris* weshalb eine Schwangere, die gestorben war, nicht begraben werden durfte, bevor man das Kind

nicht ans Licht der Welt gebracht hatte. Zurecht sieht die Verfasserin im Text einen Beweis dafür, dass die Römer im Ungeborenen einen beseelten Leib anerkannt hatten, was die Verfasserin als Widerspruch zur oben zitierten stoischen Lehre ansieht und insbesondere auch als Beweis dafür, dass der Leib des Ungeborenen nicht einfach als Teil des Mutterleibes verstanden werden könne (S. 62). Auch mir dünkt die Interpretation der *anima* im Sinne eines beseelten Wesens des Neugeborenen für die einzig Richtige. Ich teile nach reiflichen Überlegungen auch die Interpretation von Terrenis des überaus seltenen und geradezu eigentümlichen Begriffes *animax* in Ulp. 46 *ad ed. D.* 38.8.1.8. Der Begriff weist darauf hin, dass der *nasciturus* als Gezeugter bereits ein eigenes Leben geführt habe und er daher zu berücksichtigen ist (Vgl. dagegen Kasers Interpretation: *Privatrecht*, I, 700: jedenfalls ist Terrenis Lösung dem Sinne nach denkbar 62 ff.). Wie unterschiedlich auch immer die Ansätze der klassischen Juristen gewesen sein mögen, die justinianische Überlieferung bietet ein eindeutiges Bild im Sinne der Anerkennung des Ungeborenen als beseeltes Wesen. Verdienstvollerweise beschäftigt sich Terrenis im weiteren mit den Kirchenvätern, mit Aussagen Tertullians und Augustinus (*contra Pelagium*

wenn sie geboren hätte, dem Mann ein Sechstel der *dos* für jedes Kind als Zurückbehaltungsrecht zugestanden hätten. Zum ersten Mal aber finden sich tatsächlich zur Zeit der severischen Kaiser gewisse Maßnahmen, die die Abtreibung hintanhalten und sanktionieren sollten. Ein bemerkenswertes Reskript wohl des Septimius Severus und Caracalla wird von Triphoninus in 10 *disp. D.* 48.19.39 überliefert. Dabei geht es darum, dass eine Frau nach der Ehescheidung eine Abtreibung vorgenommen hat, und zwar mit der Begründung, dass sie nicht einem inzwischen zum Feind gewordenen Ehemann, einen Nachkommen schenken wolle. In diesen Fällen wurde festgelegt, dass die Frau auf Zeit, somit nicht auf Lebenszeit, zu verbannen sei (*temporali exilio coercitur*). In der Tat handelt es sich bei diesem Reskript um einen erweiterten Schutz des Ungeborenen, aber ebenso wie beim Reskript der *divi fratres* gerade um die Rechte des Vaters, um einen Schutz letztlich der Vaterschaft selbst (S. 293). In der Tat ist das Reskript Zeichen einer wesentlichen Weiterentwicklung. Severus und Caracalla haben offenbar immer wieder diesbezüglich Stellung bezogen, so auch in Marc. 1 *reg. D.* 47.11.4. Die betreffende Frau, die abgetrieben hatte, ist strafrechtlich zu einer in der Zeit befristete Ver-

niert haben kann, sei jedenfalls dahingestellt. Mit dem Wegfall der Manusehe und der Auflösung häuslicher Hausgewalt gelangt auch Terreni zur Auffassung, dass wohl die Sanktion des *repudium* in diesem Zusammenhang obsolet geworden sei (S. 290). Zu Recht stellt sie daher Seite 291 fest, dass die Quellen des klassischen römischen Rechts uns keinen Hinweis dafür bieten können, dass die freiwillige Unterbrechung einer Schwangerschaft als *culpa* der Frau verstanden wurde. Sie weist zwar darauf hin, dass durchaus darüber ein Missfallen geherrscht haben mag, sie zitiert in diesem Zusammenhang Ovid, *amores* 2.14.21-28, jedenfalls von juristischer Relevanz waren Schwangerschaftsabbrüche nicht. Aussagekräftig ist in diesem Zusammenhang zweifellos, in der Tat eine einzige Sanktion gab es, wie uns in Scholia Sinaitica 34 mit Bezugnahme auf Paul. 7 *ad Sab.* überliefert ist: *quae abortum fecit, quod si invitum viro abortum fecerat sexta dotis multatur, quasi peperit*. Damit ist klar, wenn die Frau die Abtreibung mit Zustimmung des Mannes vorgenommen hatte, verlor sie auch nicht das Sechstel an Mitgift, das sie im Falle der Verweigerung der Zustimmung durch den Mann zurückerstatten musste, und zwar mit der durchaus im Bereiche des Dotalrechtes logischen Begründung, dass,

6.14.13) eine Stelle, aus welcher eindeutig hervorgeht, dass der Ungeborene als eigenes und beseeltes Wesen im Mutterleib angesehen wurde. Diese Standpunkte und der von der christlichen Lehre eingenommenen Standpunkt des Ungeborenen als mit Seele begabtes Wesen sollten die Kompilatoren wesentlich prägen. Zum andern weist die Verfasserin aber zu Recht darauf hin, dass selbige Stellen aus den Schriften der klassischen Juristen nicht eliminierten, wie eben jene berühmte, zur *mulieris portio vel viscerum*, wohl aus dem Grund, weil sie der Auffassung waren, dass diese ihren eigenen Überzeugungen nicht widersprachen (S. 70 f.). Geradezu als geistiges Verbindungsstück zwischen älteren Auffassungen und der christlichen Lehre hält die Verfasserin C. 7.4.14 pr. (530), eine Konstitution Justinians, in welcher gerade die Hoffnung des vollen Menschwerdens bei einem Ungeborenen als besonderes Merkmal angesehen wird. Die von der Verfasserin gewählte Ausdrucksweise *significativo compenatarsi di antico e nuovo* (S. 71) halte ich für besonders trefflich. An diese Worte schließt sich aber die bemerkenswerte Überzeugung von Terreni an, dass sich die justinianischen Juristen durchaus nicht im Gegensatz zu ihren klassischen Vorgängern sondern in Weiterentwicklung deren Ideen verstanden hät-

ten. Gewisse Aspekte hätten sie einer Präzisierung unterzogen, und sie insbesondere mit einer ihnen eigentümlichen Ethik unterlegt (S. 78). Auch diese Aussage der Verfasserin halte ich für durchaus richtig, wie so oft haben sich die justinianischen Juristen auch bei diesem speziellen Problem im Wesentlichen an ihre klassischen Vorgänger gehalten und haben – wo nötig – jene Entwicklungen in ihr Werk einfließen lassen, dass die Christianisierung des römischen Rechts seit Constantin hervorgerufen hat.

Das lange zweite Kapitel ist den Kompilatoren gewidmet. Es handelt sich allemal um eine beeindruckende Zusammenschau von Stellen klassischen Juristen, die von den Kompilatoren in die Digesten aufgenommen wurden und die sich allesamt mit der Problematik des Ungeborenen unter den verschiedenen juristischen Aspekten, vor allem unter erbrechtlichen Aspekten beschäftigen, aber keineswegs ausschließlich wie die Problematik der Ersitzung des Ungeborenen einer gestohlenen Sklavin belegt (Iul. 69 *dig.* D. 1.5.26 und Ulp. 16 *ad ed.* D. 41.3.10.2). In diesem Kapitel kann Terreni ihr gesamtes philologisches Können bestens zur Entfaltung bringen. Sie beschränkt sich keineswegs auf die Texte der Kompilation sondern sie versucht deren Nachleben in

von der Frau freiwillig vorgenommene Abtreibung im vorklassischen und im klassischen Recht nicht weiteres strafrechtlich beachtenswert gewesen sei und dass erst christliche Einflüsse hier eine Veränderung eintreten haben lassen. Die Verfasserin versucht diese Auffassung insofern zu widerlegen, als sie bereits in den alten Vorschriften insbesondere den *leges* des König Romulus bzw. anderen *leges regiae* Ansätze einer Sanktionierung der Abtreibung erkennen möchte. Sie bezieht sich dabei insbesondere auf ein Zitat Plutarchs, *Romulus* 33, dem zu Folge ein Ehemann seine Ehefrau verstoßen konnte, wenn sie durch Gift die Geburt von Kindern verhinderte. Es handelt sich gewiss um mögliche sehr alte Bestimmungen, die dem *mos maiorum* entstammen könnten, während die historische Aussagekraft wohl von geringer Breite sein mag, sind wir doch über die frühen Gesetzgebungen nur äußerst spärlich informiert und gerade, was die Verfassung des Romulus anbelangt, haben wir diese mit größter Vorsicht zu genießen. Historisch vergleichend betrachtet, mögen diese Ansätze in archaischen Gesellschaften existiert haben. Inwieweit natürlich das *iudicium domesticum* im Rahmen der *coercitio morum* derartige Dinge auch in historisch eindeutig nachvollziehbarer Zeit sanktio-

werden konnte. In diesem Zusammenhang fällt tatsächlich das Wort der *iniuria mulieris*, die eben dazu führen konnte, dass das Kind nicht auf die Welt kam. *Iniuria* ist tatsächlicher deliktischer Tatbestand. Von Interesse ist dabei in diesem Zusammenhang, dass der (gewesene) Ehemann dieses Verfahren einleiten konnte. *Iniuria* setzt einen Vorsatz voraus und dieser Vorsatz wäre selbstverständlich in einem Abbruch der Schwangerschaft zu erblicken. (S. 267 f.) Abschließend hält die Verfasserin fest, dass der normative Bereich seit dem *senatus consultum Plancianum* bis zum *rescriptum* der *divi fratres* über rein demographische Maßnahmen bzw. der *ratio legis* der *lex de adulteriis coercendis* hinausgeht. Die *spes nascendi* rückt immer stärker in den Vordergrund, ebenso wie die Möglichkeiten des Vaters, den Schutz seines werdenden Nachkommen nachhaltiger zu betreiben, stärker werden. Das führte, so Terreni (S. 270) dazu, dass die Individualität, das Wesen selbst des Ungeborenen stärker als schutzbedürftiges Individuum in den Vordergrund trat.

Der zweite Teil dieses Kapitels ist dem komplexen Problem der Abtreibung gewidmet. Gleich eingangs unterstreicht die Verfasserin, dass gemein davon ausgegangen wird, dass die

den Basiliken und Scholien nachzuvollziehen. Dieser methodisch überaus interessante und richtige Ansatz kann häufig zu einer Erhellung nicht nur des klassischen Inhalts der Texte führen, sondern insbesondere zum Verständnis, welches die justinianischen Juristen diesen Texten entgegenbrachten. *Pars pro toto* vergleiche man ihre Ausführungen zum *commodum* auf der Grundlage von Paul. *l. s. de port.* D. 1.5.7 *qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur...* Die Übersetzung der griechischen Quelle für *in rebus humanis* bedeutet schlicht und einfach eine Interpretation im Sinne *pro jam nato*.

Das zentrale Kapitel Terrenis hat aber geradezu als beiläufiges Ergebnis auch in diesen Punkten die herausragende Rolle des großen Julian erkennen lassen. Eingehend beschäftigt sich die Verfasserin daher mit Iul. 69 *dig.* D. 1.5.26, wo es heißt: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*. Für Terreni ist das zu Recht der Ausgangspunkt in *natura rerum esse* heißt, dass dem Ungeborenen eine Individualität zukommt und dass diese Individualität im Hinblick auf die bevorstehende Geburt ganz besondere Rechte zugestanden werden können und müssen (endgültig S. 164 f.).

Das dritte Kapitel ist den juristischen Weiterentwicklungen nach Justinians großen kompilatorischen Werk gewidmet, beginnend mit der Glosse über die Kommentatoren zu den großen französischen Juristen der Spätrenaissance und des Naturrechts. Hervorzuheben sind dabei die Fiktionslehren der Glosse und der Kommentatoren sowie höchst interessanten Überlegungen bei Donellus zu D. 1.5.7 und 1.5.26 im Sinne der bemerkenswerten Aussage *qui in utero sunt, in toto iure civili intelleguntur in rebus humanis esse*. Es ist klar, dass es sich gegenüber der Aussage Julians um eine bemerkenswerte und geradezu dramatische Erweiterung handelte. Ich erachte es regelmäßig für wichtig und notwendig, den letzten großen französischen Romanisten in der Nachfolge von Cujaz zu erwähnen und zwar Pothiers in seinen Pandektenkommentar. Auch Pothier hob die Individualität des Ungeborenen und seine Rechte hervor. Die Verfasserin beschränkt sich keineswegs auf eine sehr eingehende Beschäftigung mit den Juristen des Naturrechts sondern sie legt auch die Ergebnisse in den Kodifikationen des ALR und des ABGB dar. Für den modernen Juristen ist auch die Übersetzung des Paragraphen 22 ABGB in die italienische Sprache von Bedeutung, sieht man doch die unterschiedlichen An-

tels *denuntiatio* ihren Zustand bekanntgeben müssen. Schließlich wurde die Rechtslage durch ein Reskript der *divi fratres* nochmals ergänzt und erweitert. Dabei ging es darum, was zu tun sei, wenn eine Frau ihre Schwangerschaft nicht gehörig anzeigte. Die vom (ehemaligen) Ehemann der Schwangerschaft bezichtigte Frau musste vor dem Prätor erscheinen, um von diesem vernommen zu werden. Sie konnte auch mit Zwangsmitteln zum Erscheinen gezwungen werden: Gestand sie ihre Schwangerschaft zu, so folgte das in den vorangegangenen *senatus consulta* angeordnete Verfahren. Wenn sie freilich die Schwangerschaft bestritt, so konnte der Prätor selbst eine Untersuchung durch drei erfahrene Hebammen anordnen. In der Tat weist das Reskript, – und auch hier stimme ich der Verfasserin gerne zu –, in Ulp. 24 *ad ed.* D. 25.4.1 pr. eine Erweiterung der Rechtslage im Sinne eines erhöhten Schutzes des Ungeborenen auf. Der Frau wird insbesondere angeraten, einen *custos* zu ernennen, sozusagen im wahrsten Sinne des Wortes, eine Persönlichkeit, die sich um den Schutz des ungeborenen Lebens zu kümmern hatte und zwar insbesondere deshalb, auf dass, wenn es zu keiner ordnungsgemäßen Geburt kommen sollte, die Frau von jeder unrechtmäßigen Handlung reingewaschen

te, ohne den Erzeugten genannt zu haben, dieses Testament der Nichtigkeit preisgegeben war musste dazu führen, dass dem Ungeborenen eine erhebliche juristische Bedeutung beigemessen wurde. Ein *senatus consultum* unter Hadrian hat das *senatus consultum Plancianum* ergänzt. Zu Recht folgt Terreni hier Karl Hackl (in *ZSS*, XC, 1975, 113 ff.), der angenommen hatte, dass dieses *senatus consultum* dann eingegriffen habe, wenn die Eheleute zwar noch nicht geschieden worden wären, aber doch das gemeinsame Leben bereits aufgegeben hätten. Es handelt sich somit um Fälle, in welchen die Vaterschaft bei geradezu unterbrochener Ehe festgestellt werden musste. Eine ausführliche Betrachtung widmet die Verfasserin dem Edikt *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* (S. 262 ff.). Dieses Edikt diente in erster Linie dazu, dass das Kind eines verstorbenen Ehemannes als *postumus* tatsächlich zur Welt kommen konnte. Es wurden somit Maßnahmen ergriffen, zwar für das römische Privatrecht überaus genaue administrativer Art, um die Geburt zu überwachen und um insbesondere die Tötung bzw. Unterschiebung eines Kindes zu vermeiden. Die Frau selbst musste das wahrscheinliche Ende der Schwangerschaft im Voraus, nämlich 30 Tage vorher, mitteilen. Zuvor hatte sie bereits vermit-

sätze der beiden Rechtssprachen (S. 181). Auch der deutschen historischen Rechtsschule misst Terreni eine hinreichend große Bedeutung zu, in dem sie die wichtigsten Vertreter von Savigny bis Windscheid vorstellt. Savigny's Position unterschied sich wesentlich von derjenigen seiner Vorgänger seit der Antike. Im Zentrum seiner Überlegungen stehen die Begriffe der Rechtsfähigkeit und der Geschäftsfähigkeit, die ausschließlich lebenden Personen zukommen. Savigny ging es um die endgültige Abtrennung des Geborenen von seiner Mutter. Das Ungeborene kann weder über Eigentum verfügen noch Schuldner oder Gläubiger sein (S. 184). Mit Hilfe einer Fiktion und zwar der Fiktion der bereits erfolgten Geburt gelingt es auch Savigny die Rechte des Ungeborenen zu wahren und diese Form der Fiktionstheorie sollte im weiteren die gesamte Pandektistik prägen. Pernice spricht davon, dass vor der Geburt der Mensch vom römischen Rechte in keiner Beziehung als Person, weder als natürliche noch als juristische angesehen wird. In Windscheid erlangt die Lehre der historischen Schule seinen Höhepunkt. Dabei wird die Position des Ungeborenen als *portio mulieris* unmittelbar übernommen und die Aussage, dass der Ungeborene in gewissen Fällen als geboren zu betrachten ist, schlicht und

einfach abgelehnt. Freilich werden dem Ungeborenen gewisse Rechte zu Teil aber eben nicht per Person. Es handelt sich somit um Rechte ohne Subjekt, die erst im vollen Ausmaße sich erfüllen können, wenn das Ungeborene lebendig geboren wird. Nach Darstellung auch des italienischen Zweiges der historischen Rechtsschule geht die Verfasserin kurz auf die Lösung des Paragraphen 1 BGB ein, wonach die Rechtsfähigkeit erst mit der Geburt beginnt. Sie kann als direktes Ergebnis der Lehren der historischen Schule verstanden werden. Auch die italienische Lehre und Gesetzgebung hat sich an diesen Vorbildern angelehnt, sehr im Gegensatz freilich zur argentinischen Kodifikation, in welcher sich im Artikel 70 die alte naturrechtliche Position wiederfindet, der zu Folge auch der Ungeborene als Person zu betrachten ist, dem gerade deshalb Rechte zustehen.

Das vierte Kapitel ist dem *nasciturus* in seinem Verhältnis zur werdenden Mutter gewidmet. Der 1. Teil bezieht dabei mögliche unterschiedliche Auffassungen der Eheleute im Hinblick auf den Schutz des Ungeborenen in Betracht. Grundsätzlich behandelt die Verfasserin das sogenannte *senatus consultum Plancianum* (Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.10 und Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.3.1) ein weiteres *senatus consultum* aus der Zeit Hadrians (Ulp.

D. 25.3.1.1), das *senatus consultum de partu agnoscendo*, weiteres ein Reskript der *divi fratres* (Ulp. 24 *ad ed.* D. 25.4.1 pr.) und schließlich ein Edikt des Prätors *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* (D. 25.3.1.11). Auf der Grundlage des *senatus consultum Plancianum* traf eine geschiedene Ehefrau die Verpflichtung, dem geschiedenen Ehemann oder dessen Gewalthaber ihre Schwangerschaft anzuzeigen. Die Fallfrist war 30 Tage ab der Ehescheidung. Dem geschiedenen Ehemann standen daraufhin mehrere Möglichkeiten offen, entweder sogenannte *custodes*, höchstwahrscheinlich Frauen, zu entsenden, um den tatsächlichen Zustand der Schwangerschaft zu überprüfen, oder aber seinerseits der Frau bekanntzugeben, dass er nicht der Ansicht sei, das Kind könne von ihm selbst abstammen. Traf er letztere Maßnahme nicht, so war er gezwungen, die Nachkommenschaft anzuerkennen. Der Hintergrund war, dass seit alters her diejenigen, die *ex iustis nuptiis* gezeugt worden waren, auch in die Gewalt ihres Erzeugers fielen, somit *eo ipso* von diesem abstammten. Die folgende Ehescheidung konnte daran nichts ändern. Dieser Umstand und das Interesse des Vaters an einer eventuellen Nachkommenschaft bzw. die Tatsache, dass wenn er davon nicht in Kenntnis gesetzt worden war, und ein Testament errichte-