

War der Embryo nach Ulpian D. 25, 4, 1, 1 rechtlich ein bloßer¹ Teil des Mutterleibs?

Von Wolfgang Waldstein, Salzburg

I. Vorbemerkung

Wilhelm Simshäuser hat 1992 im Forum Katholische Theologie einen Beitrag über »Die Behandlung der Abtreibung in der antiken römischen Rechts- und Gesellschaftsordnung« veröffentlicht². Leider stehen seine Ausführungen noch ganz unter dem Eindruck eines grundlegenden Missverständnisses des Schlüsseltextes von Ulpian D. 25, 4, 1, 1, das lange vor Simshäuser begründet wurde und seither unerschütterlich herrscht. Die Veröffentlichung im Forum hat jedoch wohl dazu beigetragen, dieses Missverständnis auch im kirchlichen Raum weiter zu verbreiten. Weil die Leser des Forum wahrscheinlich in der Regel mit den Quellen des römischen Rechts nicht vertraut sind und daher nicht selbst beurteilen können, ob die Aussagen eines Fachmannes im römischen Recht tatsächlich der Aussage Ulpians entsprechen, werden sie das Missverständnis einfach übernehmen. Daher scheint es mir sehr wichtig, auch für die Leser des Forum zu zeigen, was die Aussage Ulpians in Wahrheit bedeutet und wie die Rechtsstellung des ungeborenen Kindes im römischen Recht wirklich gewesen ist. Dies macht es vor allem notwendig, die Aussagen Ulpians in ihrem Kontext zu würdigen. Hierauf sind jedoch auch allgemein die Quellentexte zur Frage der Rechtsstellung des ungeborenen Kindes im römischen Recht zu besprechen. Vorher muss ich aber kurz auf die Geschichte dieses Missverständnisses eingehen und an Hand einiger Beispiele zeigen, welche Blüten es getrieben hat.

II. Zur Geschichte des Missverständnisses

1. Im Jahre 1831 wurde eine Übersetzung³ des Schlüsseltextes von Ulpian D. 25, 4, 1, 1 veröffentlicht, in welcher die Worte: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, folgendermaßen wiedergegeben werden: »die Leibesfrucht ist, ehe sie geboren wird, ein Theil der Mutter oder des Mutterleibes«. Seither steht die Beurteilung der rechtlichen Stellung des ungeborenen Kindes unter einem Vorverständnis, das die Erfassung der tatsächlichen Rechtslage geradezu unmöglich macht. Der ganze übersetzte Kontext des langen Fragments wird durch eine solche

¹ Das Wort »bloßer«, das nicht in der alten Übersetzung steht, dürfte von Kaser (unten Anm. 4) übernommen sein.

² Forum Katholische Theologie 8 (1992) 174–186. Künftig abgekürzt zitiert: Forum. Der Beitrag wird in der Zeitschrift *Orbis Iuris Romani* (OIR) 10 (2005) nochmals abgedruckt. Ich wurde gebeten, dazu ein Nachwort zu schreiben, in dem ich bereits auf Ulp. D. 25, 4, 1, 1 näher eingegangen bin.

³ Das *Corpus iuris civilis*, in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgel. und hrsg. von C. Otto/B. Schilling/C. F. F. Sintenis, Leipzig 1831. Die neue Digestenübersetzung (Anm. 5) Bd. IV (2005) folgt leider der alten.

Übersetzung im buchstäblichen Sinne »gegenstandslos«, weil es im ganzen Problem des Falles nicht um einen »Teil des Mutterleibes« geht, sondern klarerweise um das ungeborene Kind, von dem der im Fall beteiligte Mann glaubt, dass seine geschiedene Frau es erwartet. Das hätten die Übersetzer eigentlich merken müssen. Dennoch ist die Meinung, dass für die römischen Juristen das ungeborene Kind »bloßer Teil des Mutterleibs«⁴ war, geradezu unausrottbar verbreitet. Dass eine solche Meinung sogar von einem Forscher vom Range Max Kasers geteilt werden konnte, zeigt nur, wie eine Vorentscheidung in der Übersetzung weiterwirken kann. Theo Mayer-Maly hat mir brieflich seine Auffassung mitgeteilt, dass diese Übersetzung auch für die Fassung des § 1 BGB verantwortlich ist: »Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt«. In dem direkt vom römischen Recht übernommenen § 22 des österreichischen ABGB wird dagegen gesagt: »Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen«. Der in der Sache entsprechende Text von Paulus D. 1, 5, 7 wird folgendermaßen übersetzt: »Das Kind im Mutterleib wird so geschützt, wie wenn es schon auf der Welt wäre, soweit es sich um die Vorteile der Leibesfrucht selbst handelt, obwohl es, ehe es geboren ist, einem anderen keineswegs von Nutzen ist«⁵. Dies wird als Teilrechtsfähigkeit verstanden.

2. Der Ulpiantext ist auch außerhalb der rechtshistorischen Forschung mit grotesken Folgen im Sinne der falschen Übersetzung zitiert worden, offensichtlich ohne dass die betreffenden Autoren den Originaltext oder dessen Verfasser überhaupt kannten und den Kontext je gelesen hätten. Ein besonders krasses Beispiel dafür sind die Aussagen von Salvino Leone, die im Text eines Vortrages vor der Päpstlichen Akademie für das Leben enthalten sind: »The fetus, as Latin jurisprudence pronounces on the basis of this conception⁶, is considered *portio matris uteri vel viscerum*. Ultimately, the cultural substrate is not different from that of the roaring feminism of the 1960's, which, through its famous slogan: »my uterus is mine and I will decide over it«, maintained the dependence and submission of the embryo to the maternal corporeity of which he was held to form a part«⁷. Hier zeigt sich klar, wohin Kons-

⁴ Max Kaser, Das römische Privatrecht I²1971, 272 Anm. 17. K. Hackl, Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt, SZ 90 (1973) 105–149, geht dort 125–127 unter dem Gesichtspunkt der Vaterschaftsfeststellung auf den Text ein, jedoch ohne den von Kaser zitierten Satzteil zu behandeln.

⁵ Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, II, Digesten 1–10, Gemeinschaftlich übersetzt von O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H. H. Seiler, Heidelberg 1995, 119. Zum Text selbst noch unten III 2. Ausführlicher dazu Waldstein, Ist »der *partus* bloßer Teil des Mutterleibs«? In: Iurisprudentia universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, hrsg. von M. J. Schermaier, J. M. Rainer und L. C. Winkel, Köln Weimar Wien 2002, 837–851 (künftig abgek. FS MayerMaly). In diesem Beitrag setze ich mich besonders mit den in OIR 6 (2000) S. 102–123 veröffentlichten Ausführungen von Juan Manuel Blanch Nougés auseinander.

⁶ Gemeint ist die vorausgehend dargestellte Auffassung der Stoa, die hier nicht näher zu prüfen ist, aber von Leone zweifellos nicht vollständig dargestellt wird.

⁷ S. Leone, The Ancient Roots of a Recent Debate, in: Identity and Statute of Human Embryo, Proceedings of Third Assembly of the Pontifical Academy for Life, Edited by Juan de Dios Vial Correa and Elio Sgreccia, Città del Vaticano 1998, 32. Dazu bereits dort 405–410 mein Beitrag zu The Legal Position of the Unborn Child in Roman Law.

truktionen führen können, wenn man *una aliqua particula ... proposita* (Cels. D. 1, 3, 24) über einen Text spricht, den man offensichtlich nicht gelesen hat, wahrscheinlich nicht einmal kennt. Leone zitiert den Text nämlich nicht exakt und gibt auch die Quelle nicht an. Solche Feststellungen werden dann mit »wissenschaftlicher« Autorität selbst vor einer Päpstlichen Akademie ungeniert gewagt und dann auch noch, trotz Kenntnis ihrer Unrichtigkeit, in den offiziellen Akten der Päpstlichen Akademie für das Leben publiziert. Dort können es dann alle lesen, die meinen, wenn das in Akten der Päpstlichen Akademie steht, wird das auch richtig sein.

Noch beunruhigender erscheint mir die Tatsache, dass sogar ein prominentes Mitglied der Päpstlichen Akademie für das Leben in seinem vorbereiteten Vortrag für die Dritte Vollversammlung 1997 der herrschenden Meinung gefolgt ist. Ich fragte den Autor des Vortragstextes, ob er je das betreffende Fragment im Zusammenhang gelesen hat. Er hat zugegeben, den Text selbst nie gelesen zu haben, sondern nur den immer wieder zitierten Teilsatz. Als ich ihm den Text daraufhin zeigte und er ihn las, gab er zu, dass in diesem Kontext die Aussage Ulpianus das nicht bedeuten kann, was man ihr allgemein entnehmen zu können glaubt. Er hat darauf in seinem Vortrag sich vorsichtiger ausgedrückt. Die gedruckte Fassung ist jedoch leider sehr unklar geblieben⁸. Meine Stellungnahme dazu ist nur in der englischen Fassung der Proceedings erschienen⁹. Die Leser der italienischen Fassung haben aber keine Stellungnahme dazu zur Kenntnis bekommen. Dort ist die Aussage Leones übereinstimmend mit der englischen Fassung allein erschienen¹⁰. Das müssen Leser der Akten einer Päpstlichen Akademie lesen, obwohl den Herausgebern die Einwände bekannt waren.

3. Bei einem internationalen Symposium betreffend den Schutz des ungeborenen Kindes an der Università di Roma »La Sapienza« im März 1997 haben Referenten unabhängig voneinander, aber übereinstimmend, den Satzteil aus Ulpianus Text dahin interpretiert, dass die römischen Juristen das ungeborene Kind als »Teil des Mutterleibs« angesehen und ihm daher keine eigenständige rechtliche Bedeutung beigemessen hätten. Ein spanischer Referent hat auf Vorhalt des Vorsitzenden Prof. Pierangelo Catalano, dass ich doch gerade vorher gezeigt hätte, dass dies nicht zutreffe, geantwortet, in Spanien sei dies »herrschende Lehre«. Es wurde die Meinung vertreten, dass erst bei den Kirchenvätern ein Bewusstsein von der Eigenständigkeit des ungeborenen Kindes als Rechtssubjekt festzustellen sei. Dieses Beispiel hat mir klargemacht, was der von Celsus formulierte Interpretationsgrundsatz auch für jede historische Forschung bedeutet und was herauskommt, wenn man *nisi tota lege perspecta* urteilt. Der Text von Celsus D. 1, 3, 24 lautet im Zusammenhang: *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*. Die Übersetzung (ob. Anm. 5) dazu lautet: »Es ist unjuristisch, ohne das Gesetz als Ganzes zu berücksichtigen, nach irgendeinem Teil desselben ein Urteil zu sprechen oder ein Gutachten zu erteilen.« Für die Forschung an Quellen allgemein müsste man wohl sagen: Es ist unwissenschaftlich und unredlich dazu, einen Text

⁸ Ignacio Carrasco de Paula, The Respect Due to the Human Embryo: a Historical and Doctrinal Perspective, in: Identity (vgl. vorige Anm.) 49.

⁹ The Legal Position of the Unborn Child in Roman Law, Identity 405–410.

¹⁰ Identità e statuto dell'embrione umano, Pontificia Accademia pro Vita, Città del Vaticano 1998, 38.

auf der Grundlage eines Satzteiles zu interpretieren, ohne den Kontext zu berücksichtigen, aus dem das Gegenteil dessen hervorgeht, was man dem Satzteil glaubt entnehmen zu können. Dies gilt noch viel mehr, wenn außer dem zu interpretierenden Text zahlreiche andere Texte, auf die ich noch eingehen werde, ganz klar machen, dass die für den interpretierten Satzteil angenommene Bedeutung nicht richtig sein kann.

Im Sinne des spanischen Vorverständnisses diskutiert Blanch Nougés die Frage, weshalb die Kompilatoren Ulp. D. 25, 4, 1, 1 nicht in den Titel D. 1, 5 *De statu hominum* eingeordnet haben. Seine Überlegungen dazu zeigen, dass er einfach nicht weiß, worum es im Text geht¹¹. Der sachlich einfache Grund dafür, dass der Text nicht in den Titel *De statu hominum* aufgenommen wurde, ist der, dass D. 25, 4, 1, 1 nicht vom *status* des ungeborenen Kindes handelt, sondern von der rechtlichen Beziehung des Kindes zur Mutter und zum Vater. Daher gehen seine Vermutungen völlig am Text vorbei. Den Kompilatoren war klar, dass der Text nur zum Titel 25, 4 gehört, weil sie nicht auf eine falsche Übersetzung des Textes fixiert waren. Sie wußten vor allem zweifellos, dass *viscera* nicht nur »Eingeweide« bedeutet und im gegebenen Kontext auch nicht bedeuten kann. Ein spanisches Mitglied der Päpstlichen Akademie für das Leben behauptete gleichwohl, dass *viscera* nur »Eingeweide« bedeuten könne. Ich zeigte ihm daraufhin einen biblischen Text, der dem folgenden ähnlich war: *Induite vos ergo ... viscera misericordiae* (Col. 3, 12), und fragte ihn, ob in diesem Kontext *viscera* »Eingeweide« heißen kann. Er sah mich etwas verdutzt an und gab dann zu, dass es das wohl nicht heißen kann. Die Jerusalemer Bibel übersetzt; »Legt also an ... herzliches Erbarmen, ...«. Unter den 33 Belegen für *viscera* in der Bibelkonkordanz habe ich nur einige gefunden, die eindeutig »Eingeweide« betreffen. Im Bericht der Apostelgeschichte 1, 18 über das Ende des Judas heißt es: *et diffusa sunt omnia viscera eius*. Die Jerusalemer Bibel übersetzt: »..., und alle seine Eingeweide traten heraus«. Es kommt also ganz auf den Kontext an, was *viscera* jeweils bedeutet. Die Wahl der für einen gegebenen Kontext unpassendsten Bedeutung kann wohl nur mit der vorweg angenommenen Meinung erklärt werden, dass dem *partus* keine eigene rechtliche Bedeutung zukam. Auf keinen Fall aber kann der Satzteil mit *viscera* im gegebenen Kontext bedeuten, dass der *partus* als »bloßer Teil des Mutterleibs« angesehen wurde, weil sich sonst das gesamte rechtliche Problem des in so breiten Einzelheiten von den Kaisern Marcus Aurelius und Lucius Verus ernstgenommenen Falles nicht gestellt hätte.

4. Angesichts der tatsächlich herrschenden Lehre in dieser Frage ist es nicht verwunderlich, dass auch Wilhelm Simshäuser keinen Anlass gesehen hat, eine Meinung zu überprüfen, die selbst von einer Autorität wie Max Kaser vertreten wurde. Daher stellt Simshäuser in seinem Beitrag fest: »Eine rechtliche Grundlage findet dies¹² in der Beurteilung des Embryos durch die wesentlich privatrechtlich orientierten klassischen römischen Juristen, die hier offenbar unter dem Einfluß der stoischen Philosophie standen, welche den Embryo erst bei der Geburt zu einem (eigenen)

¹¹ OIR 6, 109. Vgl. dazu FS Mayer-Maly 847.

¹² Bezugnehmend auf die vorausgehende Darstellung der Auffassungen über das ungeborene Kind.

menschlichen Lebewesen werden ließ¹³. Dementsprechend war der Embryo nach Ulpian, weil noch nicht *in rebus humanis*, rechtlich ein bloßer¹⁴ Teil des Mutterleibs: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*¹⁵. Die Übernahme der »herrschenden Lehre« in diesem Punkt hat natürlich das Gesamtbild, das Simshäuser zeichnet, deutlich negativ beeinflusst.

Ich selbst habe mich mit dieser Frage bereits wiederholt auseinandergesetzt, zuletzt in der Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag¹⁶. Es wird im Folgenden nicht darum gehen, die Einzelheiten der Darlegungen von Simshäuser durchzudiskutieren. Vielmehr geht es darum, die Zentralaussage, die auf einem klaren Missverstehen von Ulp. D. 25, 4, 1, 1 beruht, herauszugreifen und nochmals zu zeigen, was für das Verständnis des Ulpiantextes aus dem Kontext des Fragments folgt. Dazu muss ich auch nochmals auf einige weitere Texte eingehen, die zeigen, dass der angenommene Einfluss der stoischen Philosophie auf die römischen Juristen nicht das bewirkt hat, was damit in Zusammenhang gebracht wurde, ganz abgesehen davon, dass auch die Position der stoischen Philosophie nicht so einfach ist, wie sie dargestellt wird. Aber darauf ist hier nicht einzugehen.

III. Der Kontext des Fragments Ulp. D. 25, 4, 1

1. Das Fragment steht im Titel *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*. Schon aus dem Titel wird klar, dass es um Fragen der Untersuchung einer Schwangeren und um den Schutz des *partus* geht. Partus bezeichnet aber zweifelsfrei das ungeborene Kind, den Embryo, die Leibesfrucht, keinesfalls aber einen Teil des Mutterleibs. Bereits die Tatsache, dass es im ganzen Titel um die Bewachung und den Schutz eben des *partus* geht, schließt die Annahme aus, das ungeborene Kind hätte rechtlich noch keine selbstständige Bedeutung oder Existenz gehabt. Es geht hier um den rechtlichen Schutz eben dieses ungeborenen Kindes.

2. Um die Einzelheiten zu klären, muss zunächst der lateinische Originaltext in seinem Kontext wiedergegeben werden: Ulp. D. 25, 4, 1 pr. – 1: *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatam mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: »Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatam profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem po-*

¹³ In einer Anm. 20 zitiert Simshäuser Ausführungen von Dölger und Waszink dazu, auf dieses Problem kann ich hier nicht näher eingehen, aber auf einige Texte dazu werde ich noch eingehen müssen.

¹⁴ Das Wort »bloßer«, das nicht in der alten Übersetzung steht, dürfte von KASER übernommen sein.

¹⁵ Forum 8, 179. In der Anm. 21 zu dieser Feststellung zitiert Simshäuser neben Ulpian D. 25, 4, 1, 1 auch Ulp. D. 28, 6, 10, 1 und 37, 9, 7 (das Gemeinte im pr. des Fragments), wo das Problem des *in rebus humanis esse* angesprochen wird. Diese Texte können jedoch die Deutung der Hauptstelle nicht stützen.

¹⁶ FS Mayer-Maly 837–851. Vgl. dazu meinen Beitrag in der FS Wacke (hrsg. v. H. G. KNOTHE), München 2001, 520–526, mit zahlreichen weiteren Hinweisen. In der FS Mayer-Maly 837 Anm. 3 auch Hinweise auf weitere Lit.

stulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit. (§ 1) Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhibere sibi aut ducere permitti.

Die alte Digestenübersetzung¹⁷ übersetzt den Text folgendermaßen: »Als sich zu den Zeiten der höchstseligen Brüder (Anm. 52: Marc. Aurelius ... u. Lucius Verus) dies zugetragen hatte, dass zwar der Ehemann behauptete, seine Frau sei schwanger, die Ehefrau [aber] es leugnete, so haben sie, um Rath gefragt, an den Valerius Priscianus, den Stadtprätor, in folgenden Worten rescribiert: ›Rutilius Severus (der ›Ex-Ehemann‹) scheidet etwas Neues zu verlangen, dass er [nämlich] seiner Ehefrau, welche sich von ihm geschieden hatte, und aussagt, dass sie nicht schwanger sei, einen Wächter bestellen könne; und darum wird sich niemand wundern, wenn auch wir einen neuen Rath und [ein neues] Mittel an die Hand geben. Wenn er also bei derselben Forderung beharret, so ist es am passendsten, dass das Haus einer ganz ehrbaren Frau gewählt werde, damit Domitia (die geschiedene Frau) in dasselbe komme, und dort sollen drei Hebammen, deren Kunst sowohl als Redlichkeit bewährt ist und welche von dir (vom Prätor) dazu angenommen sein werden, sie besichtigen (*inspiciant* hier wohl besser: untersuchen); und wenn entweder alle oder zwei ausgesagt haben werden, dass sie schwanger zu sein scheine, dann wird man suchen müssen, die Frau zu vermögen (*persuadendum mulieri erit* wohl besser: dann soll man der Frau raten oder sie dazu überreden), dass sie ebenso einen Wächter zulasse, als wenn sie das selbst verlangt hätte. Wenn sie aber nicht niedergekommen sein wird, so möge der Ehemann wissen, dass [dies] seinen Ruf und seine Ehre betreffe, so dass man es nicht mit Unrecht so ansehen kann, als habe er dieses [Mittel] zu irgend einer Ehrenkränkung der Frau ergriffen. Wenn aber entweder alle oder mehrere ausgesagt haben werden, dass sie nicht schwanger sei, so wird kein Grund zum Bewachen vorhanden sein.« § . 1. (Ulpian's Kommentar) »Aus diesem Rescript erhellt ganz deutlich, dass die Senatsbeschlüsse über die Anerkennung der Kinder nicht Statt gehabt haben, wenn die Frau es verheimlichte oder auch leugnete, dass sie schwanger sei; und dies nicht mit Unrecht, denn die Leibesfrucht ist, ehe sie geboren wird, ein Theil der Mutter oder des Mutterleibes; freilich nachdem die Leibesfrucht von der Frau geboren ist, so kann nun der Ehemann in Folge seines Rechts durch ein Interdict ausserordentlich verlangen, dass entweder das Kind ihm herausgegeben werde, oder dass es ihm erlaubt werde, dasselbe wegzuführen. Daher kommt der Kaiser in einer notwen-

¹⁷ Vgl. oben Anm. 3.

digen Sache zu Hilfe« (Hier hat die Übersetzung das *extra ordinem* ausgelassen, das auf die *extraordinaria cognitio* verweist, also auf ein Verfahren, das außerhalb der normalen Ordnung des Formularprozesses stand¹⁸ und in dem der Kaiser bei Bedarf helfen konnte).

Wenn man das Reskript der Kaiser *Marcus Aurelius* und *Lucius Verus* (*divi fratres*) aufmerksam liest, dann muss man zunächst von der Sorgfalt und Umsicht berührt sein, die für den zu lösenden Fall aufgewendet werden. Die detaillierten Anweisungen der Kaiser lassen erkennen, dass dem Schutz des Kindes eine eminente Bedeutung beigemessen wird.

Was aus dem Reskript eindeutig klar wird, ist, dass der Ehemann, dessen Frau sich vom ihm getrennt hatte, der Meinung war, dass die Frau ein Kind erwartet. Für dieses Kind beantragte er beim Prätor einen *custos*, um seine künftigen Rechte an dem Kind zu sichern. Die Frau dagegen bestreitet, schwanger zu sein. In dieser Lage müssen die Kaiser eine neue Lösung finden, um festzustellen, ob der Antrag des Mannes begründet ist. Sie bestimmen daher, dass die Frau im Hause einer ehrbaren Frau von drei zuverlässigen Hebammen, die der Prätor ausgewählt hat, untersucht werden soll. Kommen sie mehrheitlich zur Überzeugung, dass die Frau schwanger ist, soll ihr zugeredet werden, einen *custos* für das Kind so zuzulassen, als hätte sie ihn selbst erbeten. Hier zeigt sich eine besondere Rücksichtnahme der Kaiser gegenüber den Gefühlen der Frau. Gleichwohl wird auch das Interesse des Vaters an dem Kind dadurch geschützt, dass dann für das Kind wirklich für die Zeit der Schwangerschaft ein *custos* bestellt werden kann. Dies alles wäre im buchstäblichen Sinne völlig gegenstandslos, wenn die im anschließenden Kommentar Ulpians gebrauchten Worte: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, jene Bedeutung hätten, die ihnen beigelegt wird. Die Entscheidung der Kaiser geht vielmehr klar davon aus, dass ein erwartetes Kind bereits ein eigenständiges Subjekt ist, für das ein *custos* an sich bestellt werden kann, wie es der von Paulus formulierten Regel entspricht: D. 1, 5, 7: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*. »Das Kind im Mutterleib wird so geschützt, wie wenn es schon auf der Welt wäre, soweit es sich um die Vorteile der Leibesfrucht selbst handelt, obwohl es, ehe es geboren ist, einem anderen keineswegs von Nutzen ist«¹⁹. Dem Mann nützt das in dieser Zeit nicht direkt, aber er kann für den Schutz des Kindes sorgen lassen, vorausgesetzt, dass die Frau wirklich schwanger ist. Stellen die Hebammen jedoch fest, dass sie das nicht ist, *nulla causa custodiendi erit*. Wenn es nur um die »Eingeweide« der Frau ginge oder um einen »bloßen Teil des Mutterleibs«, wäre eine *causa custodiendi* überhaupt nicht gegeben.

¹⁸ Vgl. Max Kaser/Karl Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, 435–514.

¹⁹ Vgl. zur Übersetzung oben Anm. 5. Zu bemerken ist noch, dass *custos* »Wächter« oder »Hüter« bedeutet; vgl. Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Nachdruck 1971, 118 zu *Custos*, wo Ulp. D. 25, 4, 1 pr. ausdrücklich zu dieser Bedeutung angeführt wird. Der *custos* ist nicht zu verwechseln mit dem *curator ventris* etwa in Mod. D. 26, 5, 20 pr. oder Ulp. D. 27, 10, 8. Dabei wird der *curator* natürlich nicht für den »Bauch« der Frau bestellt, sondern für das Kind, das im Mutterleib ist. Zum Kind im Mutterleib vgl. Marcian. D. 1, 5, 5, 3: *sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse*; dazu noch unten IV 2.

3. Im anschließenden Kommentar zum Reskript ab dem § 1 sagt Ulpian zunächst, dass nach dem Reskript die *senatus consulta de liberis agnoscendis*, die der Frau das Recht einräumten, »binnen 30 Tagen nach der Scheidung dem gewesenen Ehemann anzuzeigen, dass sie (von ihm) schwanger sei«²⁰, nicht anzuwenden seien, wenn die Frau bestreitet, schwanger zu sein. Und Ulpian fügt hinzu: *nec immerito*. Denn in diesem Falle geht es ja nicht um die Wahrung der Rechte der Frau und des Kindes. Es geht vielmehr um das Interesse des Mannes, wegen der vermuteten Schwangerschaft der Frau den Schutz des Kindes sicherzustellen. In diesem Zusammenhang stehen die Worte: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*. Im Hinblick auf den Inhalt des Reskripts können sie unmöglich bedeuten, was auch die alte Digestenübersetzung nahelegt, wenn gesagt wird: »die Leibesfrucht ist, ehe sie geboren wird, ein Theil der Mutter oder des Mutterleibes«, zu dem Kaser noch das Wörtchen »bloßer« hinzufügt²¹.

Die Worte *mulieris portio* müssen im Gegensatz zum Interesse des vermeintlichen Vaters gesehen werden, wenn die Frau bestreitet schwanger zu sein. *Portio* bedeutet auch einfach den rechtlichen »Anteil«²². Die Worte *mulieris portio* müssen hier als Rechtsposition der Mutter gegenüber den Rechten des präsumptiven Vaters gesehen werden, welche dieser erst nach der Geburt geltend machen kann. Dies entspricht der allgemeinen Regel in Paul. D. 1, 5, 7.

Und das lateinische Wort *viscera* bedeutet auch nicht einfach »Eingeweide«, sondern, neben vielem anderem, wie »das Teuerste od. Liebste, das eigene Kind«²³, auch »Mutterleib« gleichbedeutend mit *uterus*, wie in Ulp. D. 48, 8, 8: *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partus abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget*. Hier ist der *partus* ebenso in *visceribus* wie in D. 1, 5, 7 *in utero*. Und es bedeutet ebensowenig, dass der *partus* als solcher in dem Sinne »bloßer Teil des Mutterleibs« wäre, dass ihm keine selbständige rechtliche Existenz zukäme. Das ungeborene Kind ist nach dieser Aussage Ulpians vielmehr auch strafrechtlich geschützt. Die Abtreibung wird mit Exil der Frau bestraft, und zwar ohne das bei Tryph. D. 48, 19, 39 angeführte Tatbestandsmerkmal einer Feindseligkeit gegen den Vater.

4. Dies wird aus der Fortsetzung des Textes in den auf D. 25, 4, 1, 1 folgenden Paragraphen noch klarer.

Ulp. D. 25, 4, 1, 2 – 5: *Secundum quod rescriptum evocari mulier ad praetorem poterit et apud eum interrogari, an se putet praegnatam, cogendaque erit respondere. (§ 3) Quid ergo, si non responderit aut non veniat ad praetorem? numquid senatus consulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? sed finge non esse eo contentum maritum, qui se patrem potius optet quam carere filio velit. cogenda igitur erit remediis praetoriis et in ius venire et, si venit, respondere: pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel multis coercenda. (§ 4) Quid*

²⁰ Vgl. Kaser, RPR I 346.

²¹ RPR I 272 Anm. 17 (oben bei Anm. 4).

²² Vgl. HEUMANN/SECKEL, Handlexikon 439 zu *Portio* 3).

²³ Vgl. Menge-Güthling, Enzyklopädisches Wörterbuch der lateinischen und deutschen Sprache, Erster Teil Lateinisch-Deutsch, ⁹1955, 805 zu *viscus*.

ergo, si interrogata dixerit se praegnatem? ordo senatus consultis expositus sequetur. quod si negaverit, tunc secundum hoc rescriptum praetor debet obstetrices adhibere. (§ 5) Et notandum, quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a praetore adhibendae sunt.

»§ 2. Diesem Rescript gemäss wird die Frau zum Prätor vorgefordert, und bei demselben gefragt werden können, ob sie sich für schwanger halte, und sie wird zum Antworten zu zwingen sein. §. 3. Wie also, wenn sie nicht geantwortet haben, oder nicht zum Prätor kommen sollte, wenden wir dann die Strafe des Senatsbeschlusses an, nämlich [die], dass dem Ehemanne frei stehe, [das Kind] nicht anzuerkennen. Aber man denke sich, der Ehemann sei damit nicht zufrieden, da er lieber Vater zu sein wünscht, als sein Kind entbehren will. Sie wird also durch die prätorischen Mittel zu zwingen sein, sowohl vor Gericht zu kommen (*in ius venire* heißt: vor den Prätor zu kommen), als auch, wenn sie gekommen ist, zu antworten, und es werden Pfänder von ihr weggenommen und verkauft werden müssen, wenn sie ungehorsam sein sollte, oder sie wird durch Geldstrafen angehalten werden müssen. §. 4. Wie also, wenn sie auf Befragen geantwortet haben sollte, dass sie schwanger sei? Es wird die in den Senatsbeschlüssen gegebene Vorschrift befolgt werden; wenn sie es aber geleugnet haben sollte, dann wird der Prätor diesem Rescript gemäss Hebammen zuziehen. §. 5. Und es ist zu bemerken, dass es dem Ehemann oder der Frau nicht erlaubt wird, eine Hebamme zuzuziehen, sondern dass sie alle vom Prätor zuzuziehen sind.«

Die Art, in der sich Ulpian um die Auslegung des Reskripts bemüht, in dem es nur um dieses eine ungeborene Kind geht, zeigt mit hinreichender Klarheit, dass Ulpian auch in diesem Text von der eigenständigen rechtlichen Existenz des ungeborenen Kindes ausgeht. Sie ist in der Tat nicht nur anerkannt, sondern auch geschützt. Nach § 2 kann die Frau vor den Prätor geladen werden, damit sie befragt werden kann, ob sie sich für schwanger hält. Sie kann nach § 3 *remediis praetoriis* gezwungen werden, vor dem Prätor zu erscheinen. Nach §§ 2 und 3 kann sie auch gezwungen werden, die Frage zu beantworten. Und dies alles soll nur für einen »bloßen Teil des Mutterleibs« geschehen, der Privatsache der Frau sei! Alle diese Maßnahmen zeigen vielmehr deutlich ein öffentliches Interesse am Schutz des ungeborenen Kindes. Dies wird durch § 5 besonders klar. Denn es steht weder dem Mann noch der Frau zu, eine Hebamme heranzuziehen. Vielmehr müssen alle durch den Prätor herangezogen werden. Damit wird die Entscheidung der Frage, ob die Frau schwanger ist und ob daher für das Kind ein *custos* bestellt werden soll oder nicht, dem privaten Einfluss entzogen. Der Prätor muss hier offenbar im öffentlichen Interesse tätig werden. Er muss für die Prüfung der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Schwangerschaft kompetente und vertrauenswürdige (zuverlässige) Hebammen zuziehen, wie die Kaiser ausdrücklich im Reskript sagen: *obstetrices probatae et artis et fidei*. Auch die weiteren Ausführungen des Kommentars bis zum § 9 verdeutlichen dies. Der nun erforderlichen Vollständigkeit halber seien auch diese Texte vorgeführt:

§ 6: *Item praetor domum honestae matronae eligere debet, in qua mulier veniat, ut possit inspici.* §7 *Quid ergo, si inspici se non patiatum vel ad domum non veniat? aequae praetoris auctoritas interveniet.* § 8 *Si omnes vel plures renuntiaverint praegna-*

tem non esse, an mulier possit iniuriarum (actione) experiri ex hac causa? et magis puto agere eam iniuriarum posse, sic tamen, si iniuriae faciendae causa id maritus desideraverit: ceterum si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est vel ipsa eum illexerat ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingeat, aequissimum erit ignosci marito. § 9 Meminisse autem oportet tempus non esse praestitutum rescripto, quamvis in senatus consultis de liberis agnoscendis triginta dies praestituantur mulieri. ... et putem praetorem causa cognita debere maritum et post triginta dies audire.

»§ 6. Desgleichen muss der Prätor das Haus einer ehrbaren Frau wählen, in welches die Frau kommen solle, damit sie besichtigt (untersucht) werden kann. §. 7. Wie also, wenn sie nicht dulden sollte, dass sie besichtigt (untersucht) werde, oder nicht in das Haus kommen sollte? Die Gewalt des Prätors wird auf gleiche Weise eintreten. §. 8. Wenn Alle (sic!) oder mehrere ausgesagt haben sollten, das (sic!) die Frau nicht schwanger sei, ob sie wohl aus diesem Grunde wegen Ehrenkränkung verfahren kann? Und ich glaube mehr, dass sie wegen Ehrenkränkung klagen könne, dann jedoch, wenn der Ehemann jenes [Verfahren] verlangt hat, um ihr eine Ehrenkränkung zuzufügen; sonst wenn er es nicht in der Absicht, ihr eine Ehrenkränkung zuzufügen, [gethan hat,] sondern weil er mit Grund geglaubt hat [dass sie schwanger sei], oder von dem allzuheftigen Wunsch, Kinder zu haben, dazu veranlasst worden ist oder sie selbst ihn dazu verleitet hatte, dass er es glaubte, weil sie das während der Ehe vorgab, so wird es ganz billig sein, dass dem Ehemanne verziehen werde. §. 9. Man muss sich aber erinnern, dass in dem Rescript keine Zeit vorgeschrieben sei, obwohl in dem Senatsbeschluss über die Anerkennung der Kinder der Frau dreissig Tage vorgeschrieben werden. ...²⁴. Und ich möchte glauben, dass der Prätor nach Untersuchung der Sache, den Ehemann auch nach dreissig Tagen hören müsse.«

5. Nach alledem ist wohl klar, dass die Worte Ulpians im § 1: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, nicht den ontologischen und rechtlichen *status* des Kindes betreffen, sondern vielmehr die Grenze zwischen der Phase, in welcher der Vater noch nicht eigene Rechte am Kind geltend machen kann, und der Zeit nach der Geburt, in der er das Kind nach eigenem Recht von der Frau herausverlangen kann (§ 1 letzter Satz: *post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhibere sibi aut ducere permitteri*). Daher wäre der Teilsatz etwa folgendermaßen zu übersetzen: »Das ungeborene Kind ist bevor es geboren wird (rechtlich) Anteil der Frau und ihrer eigenen Kinder« oder »ihr eigenes Fleisch und Blut«²⁵. Aber selbst dann, wenn man *viscera* als *uterus* versteht, so ist es doch das ungeborene Kind, das sich im »Mutterleib« befindet. Daran schließt logisch der Satz an, dass der Mann nach der Geburt *iure suo*, nach eigenem Recht, das Kind herausverlangen kann. Der *editus partus* ist dasselbe Subjekt wie der *partus antequam edatur*, aber die Rechtsbeziehung des *alius* zu ihm, nämlich des Vaters, ändert sich. Nun werden seine eigenen Rechte wirksam.

²⁴ Die hier gestellte Frage, ob auch dem Ehemann die »dreissig Tage« vorzuschreiben seien, ist für den Kontext nicht relevant.

²⁵ Vgl. oben bei Anm. 23.

6. Simshäuser zitiert auch Aussagen Ciceros in seiner Rede pro Cluentio, die belegen sollen, dass es auch Cicero nicht um den Schutz des ungeborenen Kindes ging, sondern darum, dass die Frau durch die Abtreibung »die Hoffnung des Vaters, den Fortbestand des Namens, die Stütze des Hauses (Geschlechts) und den Erben des Familienbesitzes aus dem Wege geräumt habe«²⁶. Er übersieht jedoch, was Cicero vor dem von Simshäuser zitierten § 32 im § 31 im Zusammenhang mit der Ermordung der Frau des Bruders des Oppianicus durch diesen sagt: *Ita mulierem, ne partu eius ab hereditate fraterna excluderetur, necavit: fratris autem liberos prius vita privavit, quam illi hanc ab natura propriam²⁷ lucem accipere potuerunt: ut omnes intellegent nihil ei clausum, nihil sanctum esse posse, a cuius audacia fratris liberos ne materni quidem corporis custodiae tegere potuissent.*

Manfred Fuhrmann übersetzt den Text folgendermaßen: »So tötete er die Frau, damit ihre Leibesfrucht ihn nicht vom Nachlaß des Bruders ausschlösse; doch die Nachkommenschaft des Bruders beraubte er eher des Lebens, als sie von der Natur das Licht der Welt zu empfangen vermochte – damit jedermann begriffe, daß dem nichts unzugänglich, nichts heilig sein könne, vor dessen Brutalität nicht einmal der schützende Mutterleib die Nachkommenschaft des Bruders zu bewahren vermochte«²⁸.

Dass hier der *partus*, den *ne materni quidem corporis custodiae tegere potuissent*, nicht als ein »bloßer Teil des Mutterleibs« angesehen werden kann, dürfte unbestreitbar sein. Daran kann auch die rhetorische Ausschmückung nichts ändern. Die Tatsache, dass es sich bei dem *partus*, dem ungeborenen Kind, um ein Rechtssubjekt handelt, das den Mörder von der Erbschaft ausschließen würde, ist auch dem Mörder selbst bewusst. Gerade deswegen wird ja die Frau ermordet, damit das Kind mit ihr stirbt und kein Hindernis für die Erbfolge des Mörders Oppianicus bildet.

Zu dem von Simshäuser aus dem § 32 angeführten Beispiel der Frau aus Milet, die sich bestechen hatte lassen, um ihr Kind abzutreiben, damit durch das Kind nicht andere Erbberechtigte von der Erbfolge ausgeschlossen würden, und deshalb zum Tode verurteilt wurde, fügt Cicero jedoch hinzu: *Quanto est Oppianicus in eadem iniuria maiore supplicio dignus! si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis mortem atque cruciatum. Ceteri non videntur in singulis hominibus multa parricidia suscipere posse, Oppianicus inventus est, qui in uno corpore plures necaret.*

Fuhrmann übersetzt diesen Abschnitt folgendermaßen: »Eine wieviel härtere Strafe hat Oppianicus für dieselbe Untat verdient! Denn jene Frau quälte sich selbst, indem sie gegen ihren Körper Gewalt anwandte; Oppianicus aber bewirkte das gleiche durch den Tod und die Qual einer anderen Person. Es scheint, daß sonst niemand imstande ist, an Einzelnen viele Morde zu begehen; nur Oppianicus wurde für fähig befunden, in einer Person mehrere zu töten«²⁹. Hier wird klar, dass es Cicero nicht

²⁶ Forum 8, 179. In der Anm. 19 zitiert er dazu pro Cluent. 32 und 34.

²⁷ Das Wort *propriam* steht in einer mir zugänglichen älteren Ausgabe, in anderen Ausgaben, wie etwa in der Ausgabe der Loeb Library, steht es nicht.

²⁸ Ausgabe: Cicero, Sämtliche Reden Bd. II, Zürich 1970, 29.

²⁹ Reden II, 30.

nur um die von Simshäuser angeführten Gründe für die Strafbarkeit der Tat der Mieslerin ging, sondern dass er klarerweise die Tötung auch des ungeborenen Kindes selbst als Verbrechen ansah, und zwar als eines, das er ebenso wie die Tötung der Mutter als *parricidium*, also als Mord eines nahen Verwandten bezeichnet. Dass Simshäuser offenbar den § 32, in dem die von ihm zitierten Aussagen direkt vor den hier zitierten stehen, nicht weitergelesen hat, zeigt nur, wie unverrückbar die Grenzen sein können, die durch ein Vorverständnis gezogen werden.

7. Auch die Auffassung der Stoa bedürfte näherer Überprüfung. Der Stoiker Musonius Rufus etwa berichtet im 1. Jh. n. Chr. über die Gesetzgeber, »deren Aufgabe es ist, zu ergründen, was gut und was schlecht für den Staat ist«, dass sie zu dem, »was das Gemeinwesen fördert«, auch »viele Kinder zu haben für ein Glück« hielten. Er sagt dann wörtlich weiter: »Sie haben doch den Frauen verboten, Abtreibungen vorzunehmen, und für die, die dagegen handelten, eine Strafe festgesetzt, wie sie ihnen ja auch verboten haben, Unfruchtbarkeit zu erstreben und die Empfängnis zu verhindern«³⁰.

Besonders die Aussagen Ciceros, die auch von der Stoa beeinflusst sein werden, bezeugen seit dem 1. Jh. v. Chr. das Bewusstsein, dass es sich beim ungeborenen Kind, soweit es um seine eigenen Rechte ging, um eine bereits zumindest teilrechtsfähige menschliche Person handelt. Sie zeigen, wie abwegig es ist, aus einem langen Text einen isolierten Satzteil als Beleg für eine vorgefasste Meinung herauszunehmen, wenn der Kontext das Gegenteil davon belegt, was man beweisen möchte. Damit geht man an der historischen Wirklichkeit vollkommen vorbei und erzeugt über diese gänzlich falsche Vorstellungen.

IV. Aussagen des Gaius zur Rechtsstellung der Ungeborenen

1. Weil Simshäuser, soweit ich sehen konnte, die wichtigen Texte von Gaius, in denen die Rechtsstellung der Ungeborenen grundsätzlich klargestellt wird, nicht erwähnt, muss ich zumindest einige hier vorführen. Die Gaiustexte sind deswegen so wichtig, weil etwa für Iul. D. 1, 5, 26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse, nam et legitimae hereditates his restituuntur*, behauptet worden ist, dass dieser Text unter christlichem Einfluss interpoliert sei³¹. Die Gaiustexte widerlegen diese Meinung eindeutig. Es ist jedoch klar, dass auch Ulpian keine davon grundsätzlich abweichende Auffassung vertreten hat.

³⁰ Muson. Fragm. 15 A, Ausg. der Wiss. Buchgesellschaft von R. Nickel, Darmstadt 1987, S. 267. Vgl. dazu F. J. Dölger, Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes und die Fruchtabtreibung in der Bewertung der heidnischen und christlichen Antike, in: Antike und Christentum, Kultur- und religionsgeschichtliche Studien 4, 1934 (Neudr. 1975), 14.

³¹ So noch A. Ingoglia, A proposito dell'influenza delle fonti cristiane primitive sulla condizione giuridica del nasciturus; in: Diritto canonico e comparazione, Giornate canonistiche di studio, a cura di R. Bartolino/S. Gherro/L. Musselli, Venezia 1991, 260–269. Grundsätzlich zu den besonders für Texte mit *ius naturale* behaupteten Interpolationen unter christlichem Einfluss Waldstein, *Ius naturale im nachklassischen Recht und bei Justinian*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (= ZRG) 111 (1994) 1–65. Es ließ sich einwandfrei zeigen, dass diese Behauptungen ohne wirkliche Kenntnis der klassischen und der nachklassischen Quellen reinen Vorurteilen entstammen.

Gaius, für dessen Institutionen ein christlicher Einfluss nicht behauptet werden kann³², stellt in inst. 1, 89 schlicht fest: *hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum assumunt*. Wenn man weiß, welche grundlegende Bedeutung dem *status* einer Person im römischen Recht zukommt, so ist die Feststellung, dass der *status* eines in legitimer römischer Ehe gezeugten Kindes sich nach dem Zeitpunkt der Empfängnis richtet, unvereinbar mit der Vorstellung, das ungeborene Kind sei vor der Geburt »bloßer Teil des Mutterleibs«. Das Kind ist vielmehr ab dem Zeitpunkt der Empfängnis bereits römischer Bürger mit dem *status* seiner Familie. Wenn das Kind jedoch nicht in legitimer römischer Ehe gezeugt wurde, richtet sich der *status* nach dem Zeitpunkt der Geburt (inst. 1, 89: *nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore, quo nascuntur*). Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Kinder bis zur Geburt rechtlos gewesen wären. Dies zeigt sich besonders in den gleich noch zu besprechenden Texten Gaius inst. 1, 90 und Marcian. D. 1, 5, 5, 3. Was der Zeitpunkt der Geburt bedeutet, zeigt Gaius inst. 1, 89: Wenn eine Sklavin von einem römischen Bürger ein Kind empfangen hat und dann freigelassen wurde, so ist das Kind *naturali ratione* frei geboren. Hier ist also für den *status* des Kindes nicht der Umstand entscheidend, dass die Mutter zum Zeitpunkt der Empfängnis Sklavin war, sondern vielmehr die Tatsache, dass sie zum Zeitpunkt der Geburt frei war.

2. Die folgenden Paragraphen zeigen jedoch, dass selbst dann, wenn die Mutter in der Zeit der Schwangerschaft ihren *status* verlieren sollte, das Kind gleichwohl den seinen behält. Selbst wenn sie Sklavin würde, kommt das Kind als römischer Bürger zur Welt (Gai. inst. 1, 90). Marcian sagt dazu in D. 1, 5, 5, 3: *Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa civitate peperit, liberum an servum pariat. et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse*. Wenn eine schwangere Sklavin freigelassen wurde und vor der Geburt des Kindes wieder in Sklaverei geriet, wird das Kind im Hinblick auf den *favor libertatis* dennoch als freier Mensch geboren. Wie die Begründung sagt, genügt es dem Kind, zu irgendeiner Zeit der Schwangerschaft eine freie Mutter gehabt zu haben. Auch hier behält das Kind, unabhängig vom Schicksal der Mutter, den während der Schwangerschaft einmal erworbenen *status*. Es ist für mich vollkommen unverständlich, wie denkende Menschen und noch dazu solche, die das römische Recht als wissenschaftliches Fach pflegen, angesichts solcher Quellenaussagen an der Meinung festhalten können, das ungeborene Kind sei von den römischen Juristen als »bloßer Teil des Mutterleibs« angesehen worden. Ein solcher »Teil des Mutterleibs« behält seinen *status* als freier Mensch, auch wenn die Mutter ihn vor der Geburt verliert!

3. Ein wichtiger Text ist Gai. inst. 1, 147: *Cum tamen in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis na-*

³² Das Werk ist um 161 n. Chr. veröffentlicht worden und die einzige zusammenhängende Darstellung des klassischen römischen Rechts, die fast vollständig unabhängig vor der Kodifikation Justinians in einer Palimpsesthandschrift erhalten geblieben ist; dazu Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. München 2005, 204 f.

scantur, in potestate nostra fiant. Hos <enim> etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit.

Hier kommt bereits bei Gaius die Formulierung vor, dass ungeborene Kinder in vieler Hinsicht als bereits geborene angesehen werden. Daher ist es anerkannt worden, dass Ungeborenen nicht weniger als Geborenen testamentarisch Vormünder bestellt werden können, vorausgesetzt, dass sie *in ea causa sint*, dass sie im Falle der Geburt zu unseren Lebzeiten in unserer *potestas* stehen würden. Es ist wohl klar, dass nur für ein ungeborenes Kind, das selbständiges Rechtssubjekt ist, ein Vormund bestellt werden kann. Sie können auch als Erben eingesetzt werden, während es nicht erlaubt ist, *extraneos postumos heredes instituere*³³. Auch Scaevola D. 28, 2, 29 pr. – 4 zeigt, dass ein ungeborenes Kind als Erbe eingesetzt werden kann.

Iul. D. 38, 16, 6 führt das Erbrecht des ungeborenen Kindes ausdrücklich auf die Zwölftafeln zurück: *lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*, woran die Aussage von Celsus D. 38, 16, 7 angeschlossen ist: *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*. Das alles widerlegt die Annahme, für die römischen Juristen sei das ungeborene Kind einfach »nicht *in rebus humanis*« gewesen, wie Simshäuser meinte³⁴.

V. Ergebnis

Das Ergebnis der genauen Untersuchung des Sinnes des Schlüsseltextes, von dem Simshäuser ausgeht, in Verbindung mit den anderen angeführten Texten zeigt, dass Simshäuser unter dem Eindruck der lange »herrschenden Lehre« deren Verständnis der Aussage Ulpians in D. 25, 4, 1, 1 sozusagen selbstverständlich übernommen hat. Dies hat leider seiner ganzen weiteren Untersuchung ein falsches Vorzeichen gegeben und damit die Einzelheiten seiner an sich verdienstvollen Untersuchung belastet. Dieses falsche Vorzeichen hat sogar dazu geführt, dass er etwa Texte aus Cicero für seine Auffassung zitiert, aber nicht bemerkt, dass die von ihm zitierten Texte Aussagen enthalten, die seiner Auffassung widersprechen. Im ganzen können die Ausführungen von Simshäuser jedoch dazu beitragen, besser zu erkennen, wie fatal die Folgen sein können, wenn der von Celsus in D. 1, 3, 24 formulierte Interpretationsgrundsatz nicht beachtet wird.

Ich kann im Übrigen nur hoffen, dass es doch allmählich gelingt, gegenüber der bisher »herrschenden« Lehre klarzumachen, dass der Satzteil in Ulp. D. 25, 4, 1, 1: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, nicht bedeuten kann: »Vor der Geburt ist der *partus* bloßer Teil des Mutterleibs«. Das Fragment Ulp. 25, 4, 1 erweist in seinem ganzen Kontext diese Auffassung als völlig unhaltbar. Um das zu erkennen, ist es eigentlich nur erforderlich, den ganzen Text aufmerksam zu lesen.

³³ Zum Erbrecht des ungeborenen Kindes nach Paul. D. 50, 16, 231 ausführlich M. Meinhart, ZRG 82 (1965) 188–210.

³⁴ Vgl. oben bei Anm. 15.

Aus dem Kontext wird klar, dass es in diesem Text um die Abgrenzung des Rechtes des Mannes von dem der Frau geht. Erst nach der Geburt kann der Mann das Kind *iure suo* herausverlangen³⁵. Vorher gehört das Kind zur Rechtssphäre der Mutter. Daher wäre der Teilsatz etwa folgendermaßen zu übersetzen: »Das ungeborene Kind ist bevor es geboren wird (rechtlich) Anteil der Frau und ihrer eigenen Kinder« oder »ihr eigenes Fleisch und Blut«³⁶. Wenn endlich einmal erkannt würde, dass die Deutung des Textes durch die »herrschende« Lehre ein großes Missverständnis ist, würde es auch möglich, die anderen Texte zu diesen Fragen besser zu verstehen. Ulpian und dem römischen Recht im ganzen wird in eigentlich unbegreiflicher Weise durch die herrschende Deutung von D. 25, 4, 1, 1 etwas unterstellt, was eine wahre Schande wäre, wenn es zuträfe. Die völlige Unkenntnis des wahren Sachverhalts, die besonders aus den oben zitierten Bahauptungen von Salvino Leone hervorgeht, ist eine Schande für den, der ohne Kenntnis des Textes, den er zitiert, Ulpian auf die Stufe des »roaring feminism of the 1960's« zu stellen wagt. Und so etwas wird dann noch in den Akten der Päpstlichen Akademie für das Leben abgedruckt!³⁷

Bisher ist es mir offensichtlich nicht gelungen, diejenigen, die der herrschenden Lehre folgen, dazu zu bringen, doch selbst einmal die Texte wirklich zu lesen und dann endlich zu verstehen, dass die herrschende Deutung unhaltbar und gröblich irreführend ist. Vielleicht vermag das Forum Katholische Theologie zu bewirken, was meine bisherigen Publikationen zur Sache nicht bewirken konnten, dass wenigstens von einigen dieses nun schon über anderthalb Jahrhunderte unbeirrt weitertradierte Missverständnis endlich als solches erkannt wird. Dann wird man auch wissen, dass im römischen Recht das galt, was noch der § 22 ABGB sagt: »Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen«³⁸.

³⁵ Vgl. oben III 5.

³⁶ Vgl. oben III 5.

³⁷ Vgl. oben bei Anm. 7.

³⁸ Vgl. oben II 1.