II. „Kriegskinder“ und die Zulässigkeit der Abtreibung in Notzuchtsfällen.

Von Rechtsanwalt Dr. Bacharach, München.

Die in der „Deutschen Strafrechtszeitung“ (1915, 208 ff.) erschienene (durch eine Vorbemerkung der dortigen Schriftleitung eingeleitete) Abhandlung des Kabinettrats Dr. von Behr-Pinnow über „Kriegskinder“ sowie die Abhandlung des Landrichters Dr. Bovenjepen (D. Str. Z. 1915, 342 ff.), „Zulässigkeit der Abtreibung, insbesondere bei Kriegskindern“, bilden den Anlaß zur nachstehenden Untersuchung¹⁾.

v. Behr-Pinnow verneint die Zulässigkeit der Fruchtabtreibung in Kriegsnotzuchtsfällen, Bovenjepen bejaht sie. Der erstere vertritt deshalb einen ablehnenden Standpunkt, weil die Beseitigung der weit vorgeschrittenen Fälle seinem Empfinden nicht zusage und auch in vielen Fällen, so bei Verlobten und Ehefrauen, gar nicht feststellbar sei, ob das Kind wirklich von dem Verbrechen der Notzucht stamme; der letztere bejaht die Frage deshalb, weil die Kriegskinder „nicht die naturgemäße Folge eines freiwilligen Geschlechtsverkehrs sind“ und auch „keine irgendwie wünschenswerte Vermehrung unseres Volkstums bilden“, also aus sittlichen, sozialen und bevölkerungspolitischen Gründen.

Die von v. Behr-Pinnow angeführten Motive erscheinen insofern nicht stichhaltig, als sie die überaus ernste Frage nicht vollständig erfassen. Welche Gründe sprechen gegen die Erlaubtheit der Abtreibung in allen den Fällen, in denen einwandfrei festgestellt ist, daß eine weibliche Person, insbesondere ein junges, unbescholtenes Mädchen, von einem entmenschten fremden Krieger geschändet und geschwängert wurde? Diese außerordentlich bedeutungsvolle Frage, welche doch hauptsächlich oder größtenteils für die Behandlung der Kriegsnotzuchtsfälle in Betracht kommt, läßt v. Behr-Pinnow unbeantwortet! Man sind aber doch die Schwierigkeiten der sicheren Feststellung eines künftigen „Kriegskindes“, wenn auch groß, so doch keineswegs unüberwindlich²⁾, und mit der Empfehlung von Maßregeln für die bereits geborenen „Kriegskinder“ ist es keineswegs getan; denn damit wird jene überaus ernste und wichtige Frage nicht gelöst.

Bei Bovenjepen findet die Frage zwar eine grundsätzliche und vollständige Lösung; die von ihm vorgebrachten Gründe sind durchaus einleuchtend und zutreffend, aber doch nur beachtenswerte Gesichtspunkte.

¹⁾ Der nach Vollendung dieses Aufsatzes mir zur Kenntnis gelangte Artikel von D.-L.-G.-R. Dr. Bittinger, „Nochmals die Kriegskinder“ (D. Str.-Z. 1915, 440), hat eine Abänderung oder Ergänzung meiner Darstellung nicht zur Folge.

²⁾ So Bovenjepen, a. a. D.

punkte de lege ferenda, und haben daher zurzeit nur vorwiegend akademischen Wert.

Mit der nachstehenden Untersuchung hingegen soll der Beweis geführt werden, daß die Abtreibung der durch ein Notzuchtsverbrechen aufgezwungenen Frucht vom Standpunkt des geltenden Rechtes als zulässig angesehen werden darf und muß, und zwar deshalb, weil die Bestrafung einerseits nicht mit dem Willen des Gesetzgebers und andererseits nicht mit den durch die Rechtsprechung des Reichsgerichtes entwickelten Grundsätzen in Einklang steht:

1. Bei historischer Betrachtung der Fruchtabtreibung finden wir, daß im römischen Recht die Frucht als *mulieris portio* (l 1 § 1 D. de insp. ventre 25, 4), nicht aber als Objekt verbotener Tötung betrachtet wurde (vgl. l 4 de extraordin. crim. 47, 11; l 8 D. ad leg. Corn. 48, 8). Das kanonische Recht unterschied zwischen noch unbeseelter und beseelter Frucht und stellte, auf die falsche Übersetzung einer Bibelstelle (2. Buch Mos. 21, 22 ff.)³⁾ sich stützend, den Grundsatz auf, daß der beseelte Fötus bereits als Mensch zu gelten habe, weshalb die Abtreibung desselben stets als homicidium zu bestrafen sei; hierbei nahm man an, daß gewöhnlich mit dem 40. Tag nach der Empfängnis die *anima rationalis* in den bis dahin unbeseelten Embryo eindringt⁴⁾ und von da an eine beseelte Frucht vorhanden sei. Auf dieser Unterscheidung zwischen beseelter und unbeseelter Frucht baut sich auch die Carolina auf (Art. 133). Jene Unterscheidung erwies sich aber auf Grund der späteren medizinischen und naturwissenschaftlichen Forschung als unhaltbarer physiologischer Irrtum, und es schwand daher bei der neueren Strafgesetzgebung das im kanonischen Recht vorhandene, religiösen Vorstellungen entsprungene Strafmotiv. Die Konsequenz dieser wissenschaftlichen Errungenschaft war vielmehr, daß einerseits die Fruchtabtreibung nunmehr vom ersten Tag der Schwangerschaft an als Tötungsdelikt betrachtet werden mußte, andererseits aber, wenn auch der Fötus hinsichtlich des Schutzes gegen Vernichtung dieselbe rechtliche Stellung erhielt wie der Mensch, doch das Strafmotiv ein völlig anderes wurde. Bereits das „österreichische Strafgesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretung vom 3. September 1803 (s. XVII. Hauptstück, § 128) läßt dies erkennen; hier liegt das Motiv der Fruchtabtreibung in der Verletzung des dem Staate zustehenden Rechtes auf den Nachwuchs⁵⁾.

Unser Reichsstrafgesetzbuch fußt, wie in seinen meisten Vorschriften so auch hinsichtlich der Fruchtabtreibung, auf dem preussischen Strafgesetzbuch von 1851⁶⁾, aus welchem die Bestimmungen über Ab-

³⁾ Vgl. Ehinger, Ursprung und Entwicklungsgeschichte der Bestrafung der Fruchtabtreibung, S. 19.

⁴⁾ S. Binding, Lehrbuch des Strafr., Bes. Teil, I S. 36.

⁵⁾ Vgl. Sebastian Jenull, „Das österreichische Kriminalrecht, nach seinen Gründen und seinem Geiste dargestellt“, Wien 1837, Teil II S. 130.

⁶⁾ S. die Sten. B. über die Verh. des R. des nordb. Bundes, I S. 71 und 27, 28 (die amtl. Mot.), Leg.-Per. 1870.

treibung (dort die §§ 181, 182) fast wörtlich⁷⁾ in das Reichsstrafgesetzbuch herübergenommen wurden. Wollen wir daher den hier in Frage kommenden Willen des Gesetzgebers erforschen, so müssen wir auf die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Strafbestimmungen des Pr. StGB. zurückgehen und feststellen, welches Strafmotiv hier der Gesetzgeber dem Verbot der Fruchtabtreibung zugrunde gelegt hat:

Die im kanonischen Recht geltende und in gewissem Sinn auch noch in das preußische Landrecht⁸⁾ hinübergeschleppte, physiologisch aber unhaltbare Unterscheidung zwischen befeelter und unbefeelter Frucht wurde bereits im ersten Entwurf (zum Pr. StGB.) von 1829 vollständig aufgehoben⁹⁾; man ließ den Unterschied aus dem Tatbestand fallen und betrachtete ihn nur noch als Motiv der Strafzumessung. Der Tatbestand wurde dann durch die späteren Entwürfe von 1830, 1833 und 1836 noch verschiedentlich geändert; die beiden letzteren Entwürfe nahmen für den Tatbestand bereits die Terminologie des § 181 Pr. StGB. an, unterschieden indessen in der Strafe noch zwei Stufen, je nachdem die Frucht lebensfähig gewesen sei oder nicht; die Immediat-Kommission von 1843 ließ aber auch diesen Unterschied fallen, sodaß er in der zum Gesetz gewordenen Fassung des § 181 Pr. StGB. völlig geschwunden war.

Man bestrafte also die Fruchtabtreibung lediglich als die Vernichtung des vegetalen Lebens, und zwar sowohl im Tatbestand wie in der Strafe, ohne Unterschied, ob die Leibesfrucht lebensfähig war oder nicht. Strafgrund war daher nicht mehr wie früher die Verletzung oder Gefährdung des der Leibesfrucht zugebilligten Anspruches auf Leben, Strafmotiv war vielmehr — wie bereits im oben erwähnten österreichischen Strafgesetzbuch von 1803 — die Verletzung bzw. Gefährdung des bevölkerungspolitischen Interesses des Staates, d. h. des dem Staate zuerkannten Rechts auf den Nachwuchs. Dieses Strafmotiv liegt, da der § 218 RStGB. auf dem § 181 Pr. StGB. vollkommen beruht, auch unserem geltenden Reichsstrafrecht zugrunde¹⁰⁾.

Von diesem Gesichtspunkt ausgehend, gelangen wir zu folgendem Ergebnis:

Keine Frau ist verpflichtet, sich gegen ihren Willen von einem Dritten schwängern zu lassen. Diesen Grundsatz hat unser Reichs-

⁷⁾ § 181 Pr. StGB.: „Eine Schwangere, welche durch äußere oder innere Mittel ihre Frucht abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird . . . bestraft. Derjenige, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel angewendet oder verabreicht hat, wird mit der nämlichen Strafe belegt.“

⁸⁾ § 182 Pr. StGB.: „Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Willen und Wissen vorsätzlich abtreibt oder tötet, wird . . . bestraft.“

Wird dadurch der Tod der Schwangeren herbeigeführt, so tritt lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.“

⁹⁾ Vgl. UR. §§ 986, 987; man teilte den Tatbestand zum Zweck der höheren oder geringeren Strafe je nach dem höheren oder geringeren Alter der Frucht (über und unter 30 Wochen).

¹⁰⁾ S. Goldammer, Materialien zum Pr. StGB., II S. 387 ff.

¹¹⁾ So Radbruch, Vergl. Darst. des in- und ausländischen Strafr., spez. Teil, 5 S. 159 f.

strafgesetzbuch in seinen Bestimmungen über Angriffe gegen die geschlechtliche Freiheit und Ehre des Weibes ausdrücklich anerkannt.

Das bevölkerungspolitische Interesse des Staates erstreckt sich daher grundsätzlich nur auf die Fälle, in welchen die Leibesfrucht als die naturgemäße Folge der freiwillig gewährten geschlechtlichen Hingabe entsteht. Aus dem dem Weibe vom Staat zuerkannten Recht der freiwilligen Hingabe¹¹⁾ resultiert für dasselbe die Pflicht, die etwaige Folge des freiwilligen Geschlechtsverkehrs, die Leibesfrucht, mit Rücksicht auf das erwähnte bevölkerungspolitische Interesse des Staates zu erhalten. Diese Pflicht entfällt aber selbstverständlich dann, wenn das Weib mit Gewalt gegen seinen Willen zur geschlechtlichen Hingabe gebracht wurde, also in allen Fällen der Notzucht und Schändung (§ 177 Abs. 1 und § 177 Abs. 2 StGB.); das bevölkerungspolitische Interesse findet seine Grenzen überall da, wo der Frau durch ein Verbrechen eine Frucht gegen ihren Willen aufgezwungen wurde.

Wenn Bovenziepen darauf hinweist, daß viele Frauen den durch die Schändung ihnen auferlegten Martern und Leiden erliegen und entweder durch Selbstmord der Schande ein Ende machen oder dem Wahnsinn verfallen werden, und wenn er ferner darauf aufmerksam macht, daß durch die Notzuchtsverbrechen entmenschter Kosaken und Tartaren unserem deutschen Volkstum eine Rassenverschlechterung drohen würde, da aller menschlichen Voraussicht nach die Kosakenabkömmlinge mit den gleichen verbrecherischen Neigungen belastet zur Welt kommen würden, wie ihre verruchten Väter, so sind das zwar sehr beachtenswerte Momente, allein sie vermögen die Erlaubtheit der Abtreibung nicht grundsätzlich zu begründen; denn es sind doch einerseits auch Fälle möglich, wo die Abkömmlinge nicht den Charakter ihres verbrecherischen Erzeugers erben, und andererseits Fälle, in denen die geschändeten Frauen nicht dem Wahnsinn verfallen und zum Selbstmord sich nicht entschließen können. Wollen sie aber weiterleben, ohne mit der Schande und der Frucht der Schändung belastet zu sein, so muß ihnen ein Recht hierauf zustehen; das geltende Recht aber gibt durch die aus den dargelegten Gründen abgeleitete Erlaubtheit der Abtreibung die Möglichkeit hierzu.

2. Denen aber, welche das Recht des Staates auf den Nachwuchs auch in Notzuchtsfällen nicht preisgeben wollen — wozu nach dem oben Ausgeführten kein stichhaltiger Grund besteht —, kann man durch die vom Reichsgericht über die Notwehr entwickelten Grundsätze begegnen:

Die Notzucht bedeutet einen Angriff auf die geschlechtliche Ehre und Freiheit des Weibes. Hat das Notzuchtsverbrechen zur Befruchtung geführt, so ist Idealkonkurrenz zwischen Notzucht und Nötigung gegeben; es liegt neben der Vergewaltigung ein — durch die nämliche Tat bewirktes — der geschändeten Frau durch Gewalt aufgedrungenes Erdulden der Schwangerschaft vor.

¹¹⁾ Soweit der Geschlechtsverkehr ein außerehelicher ist, ist er im Sinne des StGB. zwar unzüchtig, aber nicht verboten.

Soweit jener Nötigungszustand vorhanden ist, haben wir es mit einem Dauerdelikt zu tun. Bei den Dauerdelikten aber währt der deliktische Angriff solange wie die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes¹²⁾, hier also der Nötigungszustand solange als die aufgezwungene Schwangerschaft; maßgebend ist für den Begriff des „gegenwärtigen“ Angriffes bei der Notwehr ja nicht schon der Augenblick der formellen Vollendung des Deliktes¹³⁾. Geschütztes Rechtsgut ist bei Notwehr im Gegensatz zum Notstand nicht nur Leib und Leben, sondern jedes Rechts gut¹⁴⁾, insbesondere also auch die geschlechtliche Ehre und Freiheit des Weibes. Notwehr selbst ist die gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff gerichtete Verteidigung. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen erachtete das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 24. November 1890 (Bd. 21 S. 168) die Verteidigungshandlung auch dann für straflos, wenn sie hierbei gleichzeitig dritte Personen verletzt; es sprach damit eine Ansicht aus, die bereits vorher von angesehenen Schriftstellern wie Buchelt¹⁵⁾, v. Schwarze¹⁶⁾, Binding¹⁷⁾ und Frank¹⁸⁾ vertreten war.

In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 12 S. 443 ff. warf nun van Calker in seiner Abhandlung „Vom Grenzgebiet zwischen Notwehr und Notstand“ unter eingehender Besprechung jener Reichsgerichtsentscheidung die Frage auf (S. 441): „Dürfen wir diesen Satz dahin verallgemeinern, daß wir sagen: Jede Verletzung — sei nun der Träger des verletzten Rechtsgutes der Angreifer oder ein gänzlich Unbeteiligter — ist dann aus dem Gesichtspunkt der Notwehr als straflos zu betrachten, wenn die Handlung für den Täter erforderlich war, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden?“ van Calker kommt auf Grund eingehender Untersuchung zu dem Ergebnis, daß die Verletzung eines Dritten in Notwehr stets dann als Fall der Notwehr zu betrachten ist, wenn die Handlung, durch welche sie herbeigeführt wurde, sich gegen den Angreifer richtete (a. a. O. S. 471); wesentlich ist, wie er betont, nur, daß die Handlung gegen den Angreifer gerichtet war, nicht aber, daß sie den Angreifer auch verletzte.

Von diesem Gesichtspunkt ausgehend, gelangen wir zu folgendem Resultat:

Das durch Notzucht geschwängerte Weib befindet sich, wie oben dargelegt, in einem Nötigungszustand, solange wie die aufgezwungene Schwangerschaft dauert. Indem sie nun die ihr mit Gewalt aufgedrungene Frucht zu beseitigen sucht, richtet sich ihre Handlung gegen den

¹²⁾ S. Frank, StGB. § 53, I, 1; Ditschhausen, StGB. § 53, 9a, b.

¹³⁾ S. Ditschhausen, a. a. O.; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, III S. 210.

¹⁴⁾ S. Frank, § 53, I.

¹⁵⁾ Das StGB. f. d. Deutsche Reich, Note zu § 53 S. 105.

¹⁶⁾ Kommentar zum RStGB. (5. Aufl. 1884), S. 231.

¹⁷⁾ Vgl. Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, 1907, S. 189.

¹⁸⁾ Vgl. Frank in JStB. 14 S. 361.

trotz der formellen Vollendung des Deliktes noch andauernden Angriff auf ihre geschlechtliche Ehre und Freiheit, und dadurch auch mittelbar gegen den (wenn auch nicht mehr anwesenden) Angreifer; nötig ist aber für den Begriff der Notwehrhandlung nur, daß sie sich gegen den Angreifer richtet, nicht jedoch, daß sie ihn auch verletzt! Wird nun bei dieser Handlung ein Dritter verletzt — und das ist hier der Staat in seinem bevölkerungspolitischen Interesse, in seinem Recht auf den Nachwuchs — so ist und bleibt die Handlung trotzdem Notwehr.

3. Somit erscheint die Abtreibung der durch Notzucht aufgezwungenen Leibesfrucht sowohl mit dem Willen des Gesetzgebers als auch mit den durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Rechtsgrundsätzen, also mit den Normen des geltenden Rechtes vereinbar. Die Lösung der Frage über „Kriegskinder“ wie überhaupt die Frage über die Zulässigkeit der Abtreibung in Notzuchtsfällen ist daher im Rahmen des geltenden Rechtes möglich.