

Hans Lüttger
Vorträge und Abhandlungen

Hans Lüttger

Vorträge und Abhandlungen

Ausgewählte Beiträge zum Strafrecht,
zur Strafrechtsreform und zum Strafverfahrensrecht
aus den Jahren 1950–1985

Mit einem Geleitwort von Hans-Heinrich Jescheck

Herausgegeben
von
Theo Vogler



1986

Walter de Gruyter · Berlin · New York



Gedruckt auf säurefreiem Papier
(alterungsbeständig – pH 7, neutral)

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Lüttger, Hans:

Vorträge und Abhandlungen :
ausgew. Beitr. zum Strafrecht, zur
Strafrechtsreform und zum Strafverfahrensrecht
aus d. Jahren 1950–1985 / Hans Lüttger.
Mit e. Geleitw. von Hans-Heinrich Jescheck.
Hrsg. von Theo Vogler. – Berlin ; New York :
de Gruyter, 1986.

ISBN 3-11-010714-7

NE: Lüttger, Hans [Sammlung]

©

Copyright 1986 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

Geleitwort

Am 1. April 1985 vollendete Professor Dr. *Hans Lüttger*, emeritierter Ordinarius für Strafrecht, Strafprozeßrecht und internationales Strafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, sein 70. Lebensjahr. Aus diesem Anlaß wird von seinem früheren Fakultätskollegen Professor Dr. *Theo Vogler*, der ihm seit gemeinsamen Tagen im Bundesjustizministerium freundschaftlich verbunden ist, eine Sammlung ausgewählter Beiträge zum Strafrecht, zur Strafrechtsreform und zum Strafverfahrensrecht aus den Jahren 1950–1985 unter dem Titel „Vorträge und Abhandlungen“ herausgegeben.

In Bonn geboren, war *Hans Lüttger* nach glänzend bestandenen Examina und einer Assistententätigkeit bei Professor *Jahrreiß* in Köln zunächst als Staatsanwalt, seit 1955 als Oberstaatsanwalt beim Generalstaatsanwalt in Köln tätig. Zugleich war er aus pädagogischer Neigung mehrere Jahre Referendar-Übungsleiter für Strafrecht beim Oberlandesgericht Köln. Von 1957–1967 gehörte er, seit 1961 als Ministerialrat, dem Bundesjustizministerium an. Er war dort Leiter des Staatsschutzreferats und dadurch auch mit der Vorbereitung des 8. Strafrechtsänderungsgesetzes befaßt, das das politische Strafrecht aus seiner zu einseitigen Fixierung auf das Spannungsverhältnis zur DDR gelöst und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen eines seiner selbst gewissen Rechtsstaats freiheitlich ausgestaltet hat. In dieser Zeit hat *Lüttger* bei regelmäßigen Arbeitstagungen mit den Staatsschutzreferenten der Landesjustizverwaltungen eine intensive Vortragstätigkeit entfaltet und dadurch die Einheit der Auslegung des Staatsschutzstrafrechts gefördert.

1967 folgte er einem Ruf auf den Lehrstuhl an der Freien Universität Berlin, den er bis zu seiner Emeritierung im Jahre 1983 innegehabt und danach noch ein Jahr lang selbst vertreten hat. Außer den Vorlesungen und Übungen in den Grundfächern seines Lehrbereichs hat er durch seine Seminare und Vorlesungen internationales Strafrecht, Strafgesetzgebung, Kriminalpolitik und Grenzprobleme zwischen Strafrecht und Medizin gepflegt. Seine Lehrveranstaltungen waren beliebt und besucht, insbesondere die Seminare, in denen er auf Grund intensiver dogmatischer, praktischer und rechtsvergleichender Vorbereitung seine besondere Befähigung zum juristischen Vortrag wie auch zum belehrenden Gespräch mit Jüngeren entfalten und dadurch einen Kreis ihm eng verbundener Schüler um sich sammeln konnte, die z. T. noch lange Jahre

während ihres Berufslebens seinen Seminaren angehört haben und die ihm in der Schlußsitzung seines Seminars am 11. Febr. 1983 in stattlicher Zahl ihren Dank und die Verbundenheit mit ihrem Lehrer bekundet haben. Oft haben auch hervorragende Praktiker an seinen Seminaren teilgenommen. Eine Reihe hochqualifizierter Dissertationen ist seiner Betreuung zu danken. Der durch die Insellage Berlins stets drohenden Isolierung der Freien Universität suchte er entgegenzuwirken durch zahlreiche Gastvorträge deutscher und ausländischer Strafrechtslehrer in seinen Vorlesungen und Seminaren, durch Veranstaltung von Vortragsreihen zu aktuellen Themen (z. B. „Probleme der Strafprozeßreform“, 1975; „Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung“, 1979) sowie durch eigene Gastprofessuren und Gastvorlesungen an ausländischen Universitäten (Ankara, Madrid und Posen); die gastgebenden türkischen und spanischen Fakultäten haben seine Vorlesungen in ihren Zeitschriften und Schriftenreihen veröffentlicht.

In den schweren Jahren der Freien Universität hat *Hans Lüttger* sich nie entmutigen lassen. Er hat seine Lehrveranstaltungen unbeirrt durchgeführt und in den Gremien der Fakultät und Universität würdig seine Meinung vertreten im Sinne der Freiheit der Wissenschaft und des Worts, der Autonomie der Universität gegenüber der Macht der Bürokratie und dem Druck der ungeordneten politischen „Basiskräfte“, im Sinne auch der Zusammenarbeit von Lehrern und Schülern und der selbstverständlichen Pflichterfüllung von jedermann, der sich zur akademischen Korporation rechnen wollte.

Theo Vogler hat aus dem Lebenswerk *Hans Lüttgers*, das durch das Verzeichnis seiner Schriften am Ende dieses Bandes nachgewiesen wird, Beiträge aus drei Bereichen ausgewählt: zu medizinisch-juristischen Problemen im Strafrecht, zu Strafrecht und Strafrechtsreform und zum Strafverfahrensrecht. Sie zeigen sämtlich die Qualität der Arbeitsweise des Verfassers: Umsicht in der Sammlung und Auswertung des Materials, Genauigkeit in der juristischen Argumentation, entschiedene, aber stets sachliche Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung, Blick für die Realitäten der Praxis und die Gabe zu äußerster Klarheit und Durchsichtigkeit einer fein gegliederten Darstellung.

Im Bereich der medizinisch-juristischen Probleme werden in diesem Band Grundfragen des Lebens und des Todes behandelt. Die neue Lehre vom Beginn des Lebensschutzes nach § 218 StGB mit dem Zeitpunkt der Nidation wird überzeugend begründet (JR 1969, 445), ihre Anerkennung durch die negative Begriffsbestimmung in § 219 d StGB mit allen Vorzügen und Nachteilen eingehend kommentiert (Festschrift W. Sarstedt, 1981). Ebenso wie beim Beginn des Lebens findet auch beim Tode die moderne Lehre, die statt auf den „Herz- und Atmungstod“ auf den „Gehirntod“ abstellt, eine Begründung, die über die rein juristische

Argumentation hinausgreift (JR 1971, 309). Die künstliche Insemination verfolgt *Lüttger* von den noch verpönten Anfängen bis zu ihrer Anerkennung als vielfach praktizierte Form der Ermöglichung menschlicher Fortpflanzung durch medizinisch-technische Hilfe (Jahrbuch der Berliner Wissenschaftlichen Gesellschaft, 1977, S. 150). Besondere Bedeutung erlangt haben endlich die Arbeiten zur Abgrenzung zwischen dem Schutz des werdenden Lebens nach § 218 und des im vollen Sinne menschlichen Lebens nach dem Beginn der Geburt durch §§ 211, 212, 217, 222 StGB (JR 1971, 133; Festschrift für E. Heinitz, 1972, 359; NStZ 1983, 481), weil sich der Bundesgerichtshof in den beiden für die Geburtshilfe wichtigen Entscheidungen BGHSt. 31, 348 und 32, 194 darauf gestützt hat.

Die Schriften zum materiellen Strafrecht beginnen mit einer Durchsicht des neuen Staatsschutzstrafrechts (JR 1969, 121), in deren Verlauf der Kenner auf ein Werk zurückblickt, das zum Teil noch sein eigenes gewesen ist, wenn er auch am Endergebnis Kritik übt. § 353 c StGB, dem ein Artikel in JZ 1969, 578 gewidmet ist, hat zwar 1979 seine Geltung verloren, doch beweisen die Ausführungen *Lüttgers*, daß die ersatzlose Streichung des früheren § 353 c Abs. 1 StGB kaum gerechtfertigt war und auch nicht dadurch entschärft wird, daß § 353 b Abs. 2 n. F. StGB den früheren § 353 c Abs. 2 StGB ersetzt. In zwei großen Festschriftbeiträgen zeigt sich *Lüttger* einmal als entschiedener Verfechter eines Strafrechts, das dem verfassungswidrigen Machtmißbrauch bei der Ämtervergabe entgegenzutreten vermag (Festschrift für E. Dreher, 1977), zum anderen als Schöpfer einer neuen Konzeption für die tatbestandliche Auslegung von Strafnormen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes ausländischer Rechtsgüter (Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck 1985). In einem großen rundfunkrechtlichen Gutachten (Schriften der Gesellschaft für Rechtspolitik e. V. in Trier, Bd. I: Rundfunkrecht, 1981, S. 123) hat er kritisch in die damalige Diskussion um eine Strafabwehrung der rundfunkrechtlichen Programmgrundsätze (inhaltliche Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitige Achtung) eingegriffen.

Im Kapitel „Strafverfahrensrecht“ stehen am Anfang zwei Abhandlungen, die sich als besonders anregend und wirkungsvoll erwiesen haben. Der Aufsatz über die Schuldspruchänderung durch das Revisionsgericht (DRZ 1950, 348) hat den Anstoß für eine Reihe von Monographien und Aufsätzen gegeben; und der andere Aufsatz über das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers (NJW 1951, 744) hat zu einer Ergänzung der damaligen Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufs geführt. Es folgen drei Beiträge zur Stellung des Staatsanwalts, die unmittelbar aus der Erfahrung der Praxis geschrieben sind. Die bekannte Arbeit über den „genügenden Anlaß“ zur Erhebung der öffentlichen Klage (GA 1957, 193), die *Eb. Schmidt* (MDR 1961, 270) „das weitaus

Beste“ genannt hat, „was in jüngerer Zeit zur gesamten Problematik des Legalitätsprinzips geschrieben worden“ ist, zeigt Bindung und Ermessensspielraum bei den staatsanwaltlichen Entscheidungen und die Grenzen der Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts. Der Diskussionsbeitrag auf dem 45. Deutschen Juristentag vertritt, wie schon der zuvor genannte Aufsatz (S. 211), die Freiheit des Staatsanwalts auch gegenüber einer ständigen oder gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Ein dritter Beitrag begründet die Notwendigkeit der Lockerung des Verfolgungszwangs bei Staatsschutzdelikten (JZ 1964, 569). Über allem steht das auf *Eberhard Schmidt* zurückgehende Wort: „Die Staatsanwaltschaft ist als Rechtspflegeorgan mit der unbedingten Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit nur vorstellbar, wenn sie selbständig und eigenverantwortlich die Wahrheit und das Recht sucht. Sie steht im gleichen Verpflichtungsverhältnis zu Wahrheit und Gerechtigkeit wie das Gericht“ (Verh. des 45. DJT, Bd. II, 1965, S. D 75).

Die Sammlung der Vorträge und Abhandlungen *Hans Lüttgers* macht dem Autor Ehre und stellt dem Leser einen Juristen vor, der als Praktiker wie als Rechtslehrer verdient ist und mit seiner Gründlichkeit, Sachlichkeit, Sorgfalt und Klarheit die besten Eigenschaften seines Berufsstandes verkörpert.

Freiburg, im Januar 1986

Hans-Heinrich Jescheck

Vorwort des Herausgebers

Der Gedanke, ausgewählte Beiträge zum Strafrecht, zur Strafrechtsreform und zum Strafverfahrensrecht von *Hans Lüttger* nach dessen 70. Geburtstag herauszugeben, geht ursprünglich auf die Überlegung zurück, die über 15 Jahre immer wieder von ihm aufgegriffenen Themen aus dem Grenzbereich von Medizin und Rechtswissenschaft, die sich mit der Spanne des Lebens von seinem Beginn bis zum Tode befassen, in einem Sammelband zusammenzufassen. Mit dem Herannahen des 70. Geburtstags von *Hans Lüttger* ist das frühere Vorhaben zugunsten einer Sammlung von Vorträgen und Aufsätzen auch aus anderen Rechtsgebieten, die *Hans Lüttger* durch seine Arbeiten mitgestaltet und gefördert hat, erweitert worden. Ausschlaggebend dafür war nicht zuletzt, daß der Jubilar schon der Andeutung anderer Ehrungen aus Anlaß seines 70. Geburtstags von Anfang an ablehnend gegenüber stand.

Wer *Hans Lüttger* kennt, weiß, daß die Verwirklichung auch dieses Vorhabens bei ihm auf Skepsis stoßen mußte. Der 70. Geburtstag ist zwar ein besonderes Ereignis, besagt aber wenig für einen Wissenschaftler, der sich Forschung und Lehre mehr als altersrechtlichen Vorstellungen verpflichtet fühlt. Für seinen Schaffensdrang, aber auch für seine Neigungen bezeichnend ist die Tatsache, daß *Hans Lüttger* über die Emeritierungsgrenze hinaus bis heute – wenn zuletzt auch in eingeschränktem Umfang – seine Lehrtätigkeit fortgeführt und der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Freien Universität Berlin dadurch eine Wiederbesetzung seiner Professur ohne unzuträgliche Mehrbelastung der Kollegen ermöglicht hat. Aber auch in der Forschung ist *Hans Lüttger* rege geblieben, so daß kein Grund besteht, mit der Herausgabe der Sammlung ausgewählter Vorträge und Abhandlungen sein Werk als abgeschlossen zu betrachten. Im Gegenteil, neue Arbeiten zu aktuellen Themen, wie die extrakorporale Befruchtung und die medizinische Indikation bei der Organtransplantation sehen der Vollendung entgegen, ihre Fertigstellung konnte aber nicht mehr abgewartet werden. Der grundlegende Aufsatz über den Schutz ausländischer Rechtsgüter aus dem Jahre 1985 bestärkt in der Erwartung, daß es *Hans Lüttger* auch künftig vergönnt ist, aus der reichen praktischen und wissenschaftlichen Erfahrung mit der Souveränität des Meisters zu schöpfen.

Die Beschränkung auf ausgewählte Beiträge und der Verzicht auf die Aufnahme weiterer Veröffentlichungen war allerdings auch aus anderen

Gründen geboten. Die verlegerische Betreuung eines solchen Vorhabens bedarf einer wahrhaft wissenschaftlichen Einstellung unter Verzicht auf wirtschaftliche Überlegungen. Herr Rechtsanwalt *Dr. Hassenpflug* vom Verlag Walter de Gruyter hat sich, diesem Geist verpflichtet, von Anfang an in dankenswerter Weise um die Verwirklichung des Vorhabens verdient gemacht. Dank gebührt auch denjenigen Verlagen, die ungeachtet ihres Nutzungsrechts den Wiederabdruck von Beiträgen gestattet haben.

Die einzelnen Beiträge sind in der ursprünglichen Form – abgesehen von geringfügigen Berichtigungen – inhaltlich unverändert übernommen worden. Die eckigen Klammern im Text geben jeweils die Seitenzahl im Original wieder, um das Auffinden von Belegstellen zu erleichtern. Der Abdruck innerhalb der drei Themenbereiche folgt der chronologischen Ordnung unter Verzicht auf sachliche Gesichtspunkte. Die Aufgliederung in einzelne Themenbereiche entspricht dem Schwerpunkt des Schaffens von *Hans Lüttger*, während die chronologische Ordnung innerhalb der einzelnen Themenbereiche geeignet erscheint, die Entwicklung der Gedanken des Autors über einen Zeitraum von 35 Jahren zu verfolgen und zu verdeutlichen. Das gemeinsame Band aller Beiträge bildet das Bemühen um ein Strafrecht, das sich dem Fortschritt auf der Grundlage des Bewahrens von Bewährtem verpflichtet fühlt und auch die Abkehr von Fehlentwicklungen nicht scheut, sowie die Unbestechlichkeit der Gedankenführung, die in einer ebenso präzisen wie prägnanten, jeder Übertreibung abholden Sprache ihren adäquaten Ausdruck findet.

Die Vorgeschichte von der Idee eines Sammelbandes bis zur Inangriffnahme ihrer Verwirklichung macht verständlich, daß das jetzt vorliegende Werk erst ein Jahr nach dem 70. Geburtstag von *Hans Lüttger* erscheint. Die guten Wünsche, mit denen die Laudatio von *Ulrich Weber* in der JZ 1985, S. 325, aus Anlaß des 70. Geburtstags von *Hans Lüttger* schließt, seien an dieser Stelle zu seinem 71. Geburtstag am 1. 4. 1986 in herzlicher kollegialer Verbundenheit wiederholt.

Gießen, im Januar 1986

Theo Vogler

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort von Hans-Heinrich Jescheck V

Vorwort des Herausgebers IX

Medizinisch-juristische Probleme im Strafrecht

Der Beginn des Lebens und das Strafrecht 3
aus: Juristische Rundschau 1969, S. 445–453

Der Beginn der Geburt und das Strafrecht. Probleme an der Grenze
zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschlichkeit 27
aus: Juristische Rundschau 1971, S. 133–142

Der Tod und das Strafrecht 53
aus: Juristische Rundschau 1971, S. 309–315

Geburtshilfe und Menschwerdung in strafrechtlicher Sicht 71
aus: Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, S. 359–372

Die humane artifizielle Insemination. Entstehung und Untergang eines
kriminalpolitischen und legislatorischen Problems 85
aus: Jahrbuch der Berliner Wissenschaftlichen Gesellschaft 1977, S. 150–185

Genese und Probleme einer Legaldefinition, dargestellt am Beispiel des
Schwangerschaftsabbruchs 119
aus: Festschrift für Werner Sarstedt, 1981, S. 169–187

Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen 139
aus: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1983, S. 481–484

Strafrecht und Strafrechtsreform

Das Staatsschutzstrafrecht gestern und heute 155
aus: Juristische Rundschau 1969, S. 121–130

Zur Reform des § 353 c StGB 181
aus: Juristenzeitung 1969, S. 578–586

Der Mißbrauch öffentlicher Macht und das Strafrecht 205
aus: Festschrift für Eduard Dreher, 1977, S. 587–609

- Empfiehl es sich, neue Instrumente strafrechtlicher Art zur besseren Durchsetzung der Programmgrundsätze für Rundfunk- und Fernsehanstalten einzuführen („Verbraucherschutz“)? (zusammen mit Dagmar Junck) . . . 229
 aus: Schriften der Gesellschaft für Rechtspolitik e. V. in Trier, Bd. I: Rundfunkrecht, 1981, S. 123–192
- Bemerkungen zu Methodik und Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsgüter 299
 aus: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 1985, S. 121–178

Strafverfahrensrecht

- Die Änderung des Schuldspruchs durch das Revisionsgericht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone 359
 aus: Deutsche Rechts-Zeitschrift 1950, S. 348–351
- Das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht 371
 aus: Neue Juristische Wochenschrift 1951, S. 744–747
- Der „genügende Anlaß“ zur Erhebung der öffentlichen Klage 381
 aus: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1957, S. 193–218
- Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden? 415
 aus: Verhandlungen der Strafrechtlichen Abteilung des 45. Deutschen Juristentages, 1964, Bd. II/D, S. 69–77
- Lockerung des Verfolgungszwanges bei Staatsschutzdelikten? 425
 aus: Juristenzeitung 1964, S. 569–576

Bibliographie

- Verzeichnis der Schriften von Hans Lüttger 451

**Medizinisch-juristische Probleme
im Strafrecht**

Der Beginn des Lebens und das Strafrecht^{*+}

Das verständliche Bestreben, den Titel eines Vortrags knapp und einprägsam zu formulieren, läßt sich oft nur auf Kosten der Präzision verwirklichen. Ich will daher den Gegenstand meines Vortrags genauer umreißen: Es geht um die Abgrenzung zwischen strafloser Empfängnisverhütung und strafbarer Abtreibung; konkret gesprochen: um das Problem, ob der Strafschutz gegen Abtreibung schon mit der Befruchtung der Eizelle durch den Samen oder erst mit der (etwa 7 Tage später erfolgenden) Einnistung der befruchteten Eizelle in der Gebärmutter (Nidation) beginnt. Die Aktualität des so eingegrenzten Themas ergibt sich aus einer drängenden und umstrittenen Frage, auf deren Klärung nicht nur Ärzte, Apotheker und pharmazeutische Industrie, sondern auch weite Kreise der Bevölkerung warten: Sind die mechanischen und die medikamentösen Mittel, die zwischen der Befruchtung und der Einnistung des Eies dessen Weiterentwicklung unterbinden, Abtreibungsmittel? Diese Frage kann offensichtlich nur dann verneint werden, wenn es rechtlich zulässig sein sollte, die für den Beginn der Strafbarkeit wegen Abtreibung maßgebende Zäsur erst bei der Nidation anzusetzen. Falls sich aber die Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter-schleimhaut als entscheidend herausstellen sollte, dann werden sich auch noch zwei andere Rechtsfragen leichter lösen lassen, die von Juristen oft in diesen Zusammenhang gestellt werden: Erfüllt die Beseitigung einer extrauterinen Schwangerschaft den Tatbestand der Abtreibung? Ist ein in vitro befruchtetes Ei eine „Leibesfrucht“ i. S. des § 218 StGB? Die erste Frage stellt sich oft genug in der gynäkologischen Praxis; die zweite Frage gehört vielleicht schon nicht mehr in den Bereich der biologischen Futurologie.

A.

Bei der Darstellung der strafrechtlichen Probleme¹ sehe ich mich in besonderem Maße den Schwierigkeiten einer Verständigung zwischen

* Aus: Juristische Rundschau, 1969, S. 445–453.

+ Vortrag auf der 48. Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin am 6. Oktober 1969 in Berlin.

Der Vortragsstil ist unverändert beibehalten.

¹ Die zivilrechtlichen Probleme um Rechtsfähigkeit und Deliktsschutz des nasciturus (vgl. dazu: *Wolf-Naujoks*, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955;

Juristen und Vertretern anderer Disziplinen ausgesetzt. Das ist nicht verwunderlich, denn jeder Versuch einer Abgrenzung zwischen Empfängnisverhütung und Abtreibung scheint unlöslich mit der Frage nach dem „Beginn des Lebens“ verknüpft zu sein und stößt zudem – wie schon ein flüchtiger Blick in das Gesetz zeigt – auf Begriffe wie „Leibesfrucht“ und „Schwangerschaft“, die reine Lehnbegriffe aus dem Bereich der Biologie und der Medizin zu sein scheinen. So erklärt sich ja auch die nicht seltene Behauptung, nur Mediziner und Humanbiologen, nicht aber Juristen könnten entscheiden, was Leibesfrucht und Schwangerschaft in § 218 StGB bedeuten². Wenn ich demgegenüber davon ausgehe, daß die Frage nach dem Beginn des Lebens nicht im Mittelpunkt der juristischen Problematik steht und daß Begriffe wie Leibesfrucht und Schwangerschaft in § 218 StGB außer ihrem biologischen Hintergrund einen spezifisch [446] strafrechtlichen Sinngehalt haben, also „juristische Begriffe“ sind und der kompetenten juristischen Auslegung unterliegen, so bedürfen diese Thesen einer näheren Begründung. Und zwar nicht nur deshalb, weil ein solcher Ausgangspunkt – insbesondere im Kreise von Medizinern – bei erster flüchtiger Betrachtung befremdlich oder gar anmaßend erscheinen könnte; sondern vor allem, weil ich sonst nicht erwarten darf, durch Methode und Argumentation meines Vortrags zu überzeugen.

Meine erste Ausgangsthese erklärt sich aus dem strafrechtsdogmatischen *Unterschied zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt* einer Strafnorm³:

Unter Rechtsgütern versteht man im Strafrecht abstrakt gedachte Lebensgüter des einzelnen oder der Gemeinschaft, ideelle Werte der Sozialordnung, deren Schutz gegen Angriffe die Strafvorschriften bezwecken, wie etwa Leben, Ehre und Freiheit. Unsere nach Rechtsgütern gruppierte strafrechtliche Legalordnung faßt nun die Abtreibung mit Mord und Totschlag in dem Abschnitt „Verbrechen und Vergehen wider das Leben“ zusammen und macht schon dadurch deutlich, daß auch die Abtreibung ein Angriff auf das Leben ist. Zugleich aber zeigt die tatbestandliche Trennung der Abtreibung von den eigentlichen

Deynet, Die Rechtsstellung des nasciturus, 1960; *Stör*, Der Deliktsschutz der Ungeborenen, 1968) bleiben außer Betracht, weil sie für die Auslegung des § 218 StGB irrelevant sind (vgl. RGSt. 1, 447; RG in GA 1907, 288; RG in DR 1939, 365; ganz h. M.). Der „zivilrechtliche Sündenfall“ bei § 218 StGB in RGSt. 41, 329–330 gehört seit einem halben Jahrhundert zu den Kuriositäten im Strafrecht.

² Vgl. z. B. *Ackermann*, Hamb. Arztebl. 1967, 299.

³ Vgl. zum folgenden näher: *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil, 1969, 175 ff; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl. 1965, 179 ff.

Tötungsdelikten, daß die geltende Legalordnung⁴ das geschützte Rechtsgut „Leben“ in das Leben *vor* und *nach* Beginn der Geburt (§ 217 StGB) aufspaltet, oder – wie die Juristen gerne sagen – in vollentwickeltes und in werdendes (keimendes) Leben⁵. Es ist heute unbestritten, daß die Strafvorschrift gegen Abtreibung dieses „werdende, keimende Leben“ als selbständiges Rechtsgut schützt⁶. Die weitere Frage, ob die Strafvorschrift gegen Abtreibung auch noch andere Rechtsgüter schützt, mag im Rahmen dieser methodologischen Vorbemerkung zunächst dahinstehen; sie wird uns später beschäftigen.

Nun besteht im Strafrecht Einigkeit darüber, daß dieses „werdende Leben“ mit der Befruchtung des Eies durch den Samen beginnt. Daß ein früherer Beginn nicht erörtert wird, ist verständlich, denn das zelluläre Leben *vor* der Vereinigung von Ei und Samenzelle interessiert bei § 218 StGB nicht⁷. Bei der Rechtsgutbestimmung wird aber auch eine spätere Zäsur – etwa die Nidation – nicht diskutiert. Wie aber kann dann noch Raum dafür sein, die Anwendung der Strafvorschrift gegen Abtreibung auf den Zeitpunkt eben dieser Nidation zu begrenzen?

Die Lösung liegt bei dem anderen soeben erwähnten Begriff: bei dem Handlungsobjekt. Darunter versteht man im Strafrecht den konkreten Gegenstand, an dem die Tat sich vollzieht, in welchem das Rechtsgut angegriffen wird. Was im Einzelfall das Handlungsobjekt ist, bestimmt der jeweilige gesetzliche Straftatbestand; bei der Abtreibung ist es die „Leibesfrucht“ (§ 218 StGB). Spricht man – wie es oft geschieht – von der Leibesfrucht als Trägerin des werdenden Lebens, so kommt auch sprachlich zur Geltung, daß Rechtsgut und Handlungsobjekt sich „wie die Idee von der Erscheinung“ unterscheiden (Jescheck). Aus dieser Einsicht, daß Rechtsgut und Handlungsobjekt auch bei den „Delikten wider das Leben“ – allen Vertauschungen in der Judikatur⁸ zum Trotz – nicht dasselbe sind, ergeben sich zwei für uns wichtige Folgerungen: Beide können deckungsgleich sein; das ist beispielsweise zwischen dem Rechtsgut „vollentwickeltes Leben“ und dem Handlungsobjekt „Mensch“ bei den Tötungsdelikten der Fall, denn beide rechnen rechtsbegrifflich gleichermaßen vom Beginn der Geburt (§ 217 StGB) bis zum

⁴ Das künftige Strafrecht wird diese Rechtsgütersystematik voraussichtlich noch dadurch verfeinern, daß es die Tötungsdelikte und die Abtreibung in getrennten Titeln aufführt; vgl. BT-Drucks. IV/650, 264 ff.

⁵ Vgl. zum ganzen insbes. *Schwalm*, MDR 1968, 278.

⁶ Vgl. RGSt. 59, 99; 67, 207; RG in DR 1940, 26; BGHSt. 11, 16–17; *Jescheck*, JZ 1958, 750.

⁷ Zum Problem der Keimschädigungen und zu Reformfragen vgl. *Schwalm*, MDR 1968, 279; *Geilen*, FamRZ 1968, 127 ff; *Schwarz-Dreher*, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 1968, Anm. 1 zu § 218 StGB; s. auch Fn. 78.

⁸ Vgl. z. B. RGSt. 59, 99; OLG Braunschweig, HEst. 2, 226; BGHSt. 11, 16–17.

Tode. Es ist aber auch denkbar, daß das Rechtsgut sich im Handlungsobjekt nur ausschnittsweise manifestiert. Wenn wir beispielsweise als Arbeitshypothese einmal davon ausgehen, daß unter einer „Leibesfrucht“ in § 218 StGB nur das bereits in der Gebärmutter eingenistete befruchtete Ei zu verstehen sei, dann wäre eine Diskrepanz zwischen dem weitergreifenden Rechtsgut „werdendes Leben“ und diesem enger gefaßten Handlungsobjekt „Leibesfrucht“ evident. Derartiges wäre dann für den Juristen gar nicht verwunderlich, denn bei den weitaus meisten Straftatbeständen fehlt es ohnehin an dieser verwirrenden vermeintlichen Bedeutungsgleichheit von Rechtsgut und Handlungsobjekt; bei ihnen ist es oft geradezu selbstverständlich, daß das Rechtsgut im Handlungsobjekt nur punktuell getroffen wird⁹. Die Einsicht, daß diese beiden Begriffe nicht notwendig Entsprechungen darstellen, muß auch zum Ausgangspunkt der Diskussion um die Neuabgrenzung zwischen Empfängnisverhütung und Abtreibung gemacht werden. Denn der Schlüssel für die Lösung liegt nicht bei dem Begriff „keimendes Leben“, sondern bei dem Begriff „Leibesfrucht“, also nicht beim Rechtsgut, sondern beim Handlungsobjekt der Abtreibung, und vor allem in der Möglichkeit einer Divergenz zwischen beiden, die hier zunächst einmal als grundsätzliches Prinzip gemeint ist. Ein Deuteln an dem Begriff „werdendes Leben“ ist dann aber unnötig und wäre m. E. auch unrichtig.

Von hier aus ist es leicht, Verständnis für meine zweite Ausgangsthese zu gewinnen, daß der scheinbare Lehnbegriff „Leibesfrucht“ trotz seines biologischen Gehalts ein *juristischer Begriff* und daher nach juristischen Interpretationsmethoden zu bestimmen ist. Denn das Handlungsobjekt „Leibesfrucht“ ist – im Gegensatz zu dem gedachten Rechtswert „keimendes Leben“ – ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands der Abtreibung. Zwar gehört der Begriff „Leibesfrucht“ zu den sog. deskriptiven Tatbestandsmerkmalen, mit denen das Gesetz Fakten der Realwelt beschreibt. Es ist aber unbestritten, daß auch solche beschreibenden Merkmale durch ihre Einstellung in den gesetzlichen Tatbestand eine normative Färbung gewinnen, die es nicht nur erlaubt, sondern sogar dazu zwingt, ihren Inhalt unter Berücksichtigung des Realitätsgehalts nach den Bedürfnissen des Strafrechts auszulegen¹⁰. Der Begriff „Leibes-

⁹ Ein Beispiel mag für zahlreiche andere stehen: Beim Landesverrat und bei der Gefährdung der äußeren Sicherheit des Staates (§§ 93 ff StGB i. d. F. des Achten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 25. 6. 1968 – BGBl. I, 741) ist geschütztes Rechtsgut die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (früher: die äußere Machtstellung des Staates: BGHSt. 20, 361, 367); Handlungsobjekt ist das einzelne Staatsgeheimnis; dessen Preisgabe wird aber die äußere Sicherheit wohl stets nur partiell gefährden.

¹⁰ Vgl. dazu näher: *Maurach*, AT, 206 ff; *Schwarz-Dreher*, Anm. IID 1 zu § 59 StGB.

frucht“ in § 218 StGB ist sogar ein besonders anschauliches Beispiel für ein deskriptives Merkmal mit stark normativen Zügen. Denn das Gesetz legt mit dem Beginn der Geburt (§ 217 StGB) nur seine – übrigens immer noch auslegungsbedürftige – Endzäsur fest, bestimmt aber nicht seine Anfangszäsur, die eben durch wertende Auslegung gewonnen werden muß. Damit wird dann klar, daß wir uns hier in einem ureigenen juristischen Bereich befinden, nämlich bei der Lehre vom gesetzlichen Tatbestand und seiner Interpretation. Und es wird verständlich, daß andere Disziplinen hierfür nur die Arbeitsgrundlage liefern, nicht aber die spezifisch juristische Bewertung ersetzen können¹¹. [447] M. a. W.: Ob das „werdende Leben“ in seinem ganzen Umfang durch § 218 StGB geschützt ist, ist eine Frage der Tatbestandsfassung; und ob eine „Leibesfrucht“ schon bei der Befruchtung des Eies oder erst bei der Nidation vorliegt, ist eine Frage der Tatbestandsauslegung¹². Es geht also um das alte Problem: extensive oder restriktive Interpretation?

B.

Damit hat diese methodologische Vorbemerkung eine Frage provoziert, die erfahrungsgemäß in einer Diskussion über unser Thema ohnehin alsbald auftaucht: Ist denn eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Leibesfrucht“ und damit eine Verkürzung des Schutzbereichs des § 218 StGB überhaupt zulässig? Stehen einem solchen Vorhaben nicht die strafrechtliche Wertung des keimenden Lebens, die Verfassung und auch ethische Grundsätze entgegen? Diese Grundsatzfrage muß vorab geklärt werden; denn von ihrer Beantwortung hängt es ab, ob wir uns überhaupt noch mit den Einzelargumenten befassen müssen, die bei der Auslegung des Begriffs „Leibesfrucht“ auftauchen.

1. Unter strafrechtlichen Aspekten geht es hier um die Frage nach dem *Einfluß des Rechtsgutes auf die Tatbestandsauslegung*¹³.

Die Frage nach dem Zweck einer Strafnorm ist unbestritten eine Kernfrage jeder strafrechtlichen Auslegung. Fast alle Strafgesetze bezwecken aber den Schutz von Rechtsgütern. Diese Rechtsgüter sind daher unstreitig ein wichtiger Ansatzpunkt für die Auslegung strafrechtlicher Tatbestände. Zwar gibt es einen Grundsatz des Inhalts, daß Strafgesetze im Interesse des Rechtsgüterschutzes stets maximal auszule-

¹¹ Vgl. dazu: *Forster*, Geburtenregelung und Abtreibung, 1968, 17, 38 ff, 50 ff.

¹² Vgl. *Geilen*, FamRZ 1968, 129; *Forster*, wie Fn. 11. – Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Schwangere“ in § 218 StGB vgl. Abschnitt C 3.

¹³ Vgl. zum folgenden näher: *Maurach*, AT, 83 ff, 179 ff; *Jescheck*, AT, 5 f, 109 ff, 176; *Baumann*, Strafrecht, Allg. Teil, 5. Aufl. 1968, 128, 134 ff; *Schönke-Schröder*, Strafrechtsgesetzbuch, 14. Aufl. 1969, Rdz. 37–39 zu § 2 StGB.

gen seien, unstreitig nicht. Dennoch kann im Einzelfall der Schutzzweck des Strafgesetzes einer einschränkenden Auslegung entgegenstehen. Dabei kann die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes eine Rolle spielen. – Die Frage nach dem Rangwert eines Rechtsgutes ist nun eine unsentimentale Angelegenheit rechtlicher Bewertung. Denn zunächst gibt die Legalordnung dafür in Gestalt der Straftatbestände und ihrer unterschiedlichen Strafandrohungen selbst ein Bewertungsschema, das übrigens nicht unabänderlich ist, sondern sich durch Novellen ändern kann. Und weil Rechtsgüter – wie ich früher sagte – ideelle Werte der Sozialordnung sind, unterliegen sie überdies zeitlich wechselnder Beurteilung. Ich darf vergleichsweise daran erinnern, daß der Wertverfall eines Rechtsgutes im Extremfall sogar den Anstoß zu einer gewohnheitsrechtlichen Derogierung einer Strafnorm geben kann (Maurach).

Doch was bedeutet dies für § 218 StGB? Hier gilt es zunächst, ganz illusionslos einzusehen, daß unser Strafrecht das Rechtsgut des „werdenden Lebens“, dessen Schutz § 218 StGB bezweckt, geradezu drastisch geringer bewertet als das „vollentwickelte Leben“¹⁴. Das ergibt sich nicht nur aus der tatbestandlichen Trennung der Abtreibung von den Tötungsdelikten, aus der Wortwahl „Abtöten“ statt „Töten“ und aus dem speziellen Rechtfertigungsgrund der medizinischen Indikation, der es erlaubt, Leben oder Gesundheit der Mutter auf Kosten des Lebens der Leibesfrucht zu retten. Es ergibt sich vielmehr vor allem aus dem erheblichen Unterschied der gesetzlichen Strafandrohungen für vorsätzliche Tötung und für Abtreibung. Und wenn die Rechtsprechung in neuerer Zeit bei der Strafzumessung für die Eigenabtreibung ausnahmslos im unteren Viertel des gesetzlichen Strafrahmens geblieben ist¹⁵, so zeigt sich darin beim Vergleich mit früheren Zeiten ersichtlich das, was ich soeben mit meinem Hinweis auf den zeitlichen Wechsel in der Bewertung eines Rechtsgutes meinte. Auch der Gesetzgeber hat diese Richtung eingeschlagen; denn er hat soeben durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts¹⁶ nicht nur die gesetzliche Strafandrohung weiter herabgesetzt, sondern auch die Fremdadtreibung vom Verbrechen zum Vergehen umgewandelt¹⁵. Dies hat unter anderem zur Folge, daß nicht nur – wie bisher – Verfahren wegen Eigenabtreibung, sondern auch solche wegen Fremdadtreibung gemäß § 153 Abs. 2 StPO wegen Geringfügigkeit eingestellt werden können. – Bei einer solchen Platzierung des Rechtsgutes „werdendes Leben“ im Bewertungsschema der Legalord-

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. IV/650, 277 ff; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Besond. Teil, 5. Aufl. 1969, 12; *Stratenwerth* in Geiger-Stratenwerth, Ethische Gegenwartsprobleme in theologischer und juristischer Betrachtung, 1968, 97 ff.

¹⁵ Vgl. BT-Drucks. V/4049, 34.

¹⁶ Vom 25. 6. 1969 – BGBl. 1969, I, 645.

nung fehlt aber jeder strafrechtliche Anhalt für die Annahme, § 218 StGB könne wegen der Bedeutung dieses Rechtsgutes einer etwaigen restriktiven Interpretation seines Tatbestands und damit einer Einschränkung seines Schutzbereichs entzogen sein. Dieses Resultat ist – wie ich anfüge – für Juristen im Grunde selbstverständlich; ich habe es näher begründet, um der Faszination Rechnung zu tragen, die sicherlich von dem Rechtswert „Leben“ ausgeht.

Um einem anderen Einwand zuvorzukommen, muß ich jedoch noch auf einen weiteren Aspekt des Rechtsgüterproblems eingehen. Manche Strafvorschriften schützen nicht nur *ein* Rechtsgut, sondern *mehrere* Rechtsgüter, die dann entweder untereinander gleichwertig sind oder im Verhältnis von dominierendem und untergeordnetem Rechtswert zueinander stehen¹⁷. Bei § 218 StGB wird nun nicht selten angenommen, geschütztes Rechtsgut sei hier nicht nur das – zweifelsfrei dominierende – keimende Leben, sondern daneben sekundär auch das staatliche Interesse an einer Bevölkerungsvermehrung sowie die Gesundheit der Frau¹⁸. Ich halte das zwar mit Stimmen in der Rechtslehre¹⁹ aus grundsätzlichen Erwägungen für unzutreffend; doch mag dies hier dahinstehen, denn es verschlägt aus anderen Gründen nichts: Wenn wirklich – abgesehen von der Pervertierung des § 218 StGB in nationalsozialistischer Zeit²⁰ – das staatliche Interesse an der Volksvermehrung nicht nur ein gesetzgeberisches Motiv²¹, sondern ein Rechtsgut des § 218 StGB gewesen sein sollte, so hat es die Anerkennung als geschütztes Gut jedenfalls mittlerweile eingebüßt. Dabei kann ganz dahinstehen, ob man solchen Vorstellungen heute überhaupt noch Raum geben will²². Denn im Wandel der Verhältnisse sind Familienplanung und Geburtenregelung²³ legitime Interessen²⁴ geworden. Als gegenläufiger Bewertungsfaktor neutralisieren sie aber ein [448] (etwaiges) staatliches Fortpflanzungsinteresse und inhibieren

¹⁷ Vgl. dazu näher: *Maurach*, AT, 184 f.; *Mezger-Blei*, Strafrecht, Allg. Teil, 13. Aufl. 1968, 117.

¹⁸ Vgl. statt vieler: BT-Drucks. IV/650, 277; *Koch* NJW 1959, 2294, mit Nachw.

¹⁹ Vgl. *Maurach*, BT, 56, m. w. Nachw.

²⁰ Vgl. dazu: *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, 299 f.; *Maurach*, BT, 56.

²¹ So richtig: RGSt. 59, 98–99; *Mezger-Blei*, Strafrecht, Besond. Teil, 9. Aufl. 1966, 29; *Koch*, NJW 1959, 2294.

²² Vgl. zum Streitstand etwa: *Hanack* bei Göppinger, Arzt und Recht, 1966, 40 f.; *Zillmer*, NJW 1958, 2099 ff (mit im übrigen abzulehnenden Folgerungen); *Martin*, NJW 1959, 468 f, u. FamRZ 1959, 351 ff.

²³ Vgl. dazu näher: *Harmsen*, Med. Klinik, 1953, 589 ff; *Gesenius*, Empfängnisverhütung, 2. Aufl. 1959, 30 ff; *Giesen*, Med. Klinik, 1965, 513 ff; 555 ff; 592 ff; *Nachtsheim*, Berliner Universitätstage, 1965, 158 ff; *Specht*, Ärztliche Praxis, 1968, 153 ff; *Trillhaas*, Ärztl. Praxis 1968, 2006 ff; *Böckle*, Ärztl. Praxis, 1968, 2290 ff; *Langmann*, Dt. Ärztebl. 1968, 2642 ff.

²⁴ Vgl. für die Empfängnisverhütung: BVerwG in NJW 1960, 1409; ferner allg.: *Hanack* (Fn. 22), 24, 40 f; *Kaiser*, Med. Klinik, 1963, 1530.

damit seine weitere Anerkennung als Schutzgut des § 218 StGB: ein Beispiel für den Wertverfall eines (vermeintlichen) Rechtsgutes im Verlaufe eines sozialen Umwertungsprozesses. Jedoch auch derjenige, der diesen Schluß nicht ziehen will, wird zumindest einräumen müssen, daß der Schutz bevölkerungspolitischer Interessen bei § 218 StGB heute so weit in den Hintergrund getreten ist, daß er keine die Auslegung prägende Kraft mehr hat. – Eine restriktive Interpretation wird – zumindest in den hier in Rede stehenden Grenzen – auch durch das (vermeintliche) weitere Rechtsgut der Gesundheit der Frau nicht behindert. Denn der (bei § 218 StGB zweitrangige) gesundheitliche Aspekt bestimmt nicht die Deliktsrichtung²⁵ und hat schon deshalb keine Bedeutung für die Auslegung des Begriffes „Leibesfrucht“²⁶. Es kommt daher nicht einmal mehr darauf an, daß es hier ja gerade in ärztlicher Sicht nur um solche nidationsverhindernde Mittel geht, bei denen schädigende Nebenwirkungen von Belang zumindest für den Normalfall ausschließbar sind²⁷ und bei denen daher die Gesundheit der Frau auch praktisch nicht tangiert wird²⁸.

2. Ein Hindernis für eine einschränkende Auslegung des § 218 StGB ergibt sich auch nicht aus dem *Verfassungsrecht*. Zwar wird von der überwiegenden Lehre²⁹ bereits der nasciturus „seit der Zeugung“ (!) als Träger der Menschenwürde und des Grundrechts auf Leben (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG) angesehen und auch eine Pflicht des Staates zu seinem Schutz gegen Angriffe angenommen. Herr Kollege Herzog hat in seinem vorangegangenen Referat³⁰ jedoch dargelegt, daß die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates zum Schutze des keimenden Lebens nicht mit dem Mittel des Strafrechts erfüllt zu werden braucht und daß das Verfassungsrecht daher auch nicht zu einer maximalen Auslegung des geltenden § 218 StGB zwingt. Dies ist auch meine Rechtsansicht.

3. So bleibt die Vorfrage nach der drohenden *Diskrepanz zwischen einer restriktiven Interpretation des § 218 StGB und den Grundsätzen der Ethik*. In der Tat finden sich Stimmen, die die strafrechtlichen Probleme

²⁵ Vgl. dazu allgemein: *Maurach*, AT, 184 f.

²⁶ Das Rechtsgut „Gesundheit der Frau“ hat allenfalls Auswirkungen bei Konkurrenzfragen; vgl. *Maurach*, BT, 58, m. Nachw.

²⁷ Vgl. betr. die Intrauterinpressare: *Kirchhoff*, Dt. Ärztebl. 1966, 2137 ff, 2322 ff; *Döring*, Empfängnisverhütung, 2. Aufl. 1967, 25 ff; *Kepp* in *Kepp-Koester*, Familienplanung, 1968, 66 ff; betr. die medikamentösen Mittel: *Fikentscher*, Ärztl. Praxis 1968, 579, 595 ff.

²⁸ Vgl. dazu: *Forster* (Fn. 11), 87 ff.

²⁹ Vgl. *Dürig* in *Maunz-Dürig-Herzog*, Grundgesetz, 2. Aufl. 1968, Rdz. 23, 24 zu Art. 1 u. Rdz. 21, 22 zu Art. 2 GG, mit zahlr. Nachw.

³⁰ Abgedruckt in JR 1969, S. 441.

der Abtreibung im Lichte der Sittenordnung sehen³¹ oder gar ihre Orientierung an der christlichen Glaubenshaltung fordern³². Aus solcher Sicht liegen Einwendungen gegen eine Auslegung nahe, die zu einer Schmälerung des Strafschutzes für das werdende Leben führt; denn ethische Grundsätze können ohne Zweifel zu einer anderen Wertung des keimenden Lebens führen als sie sich in der strafrechtlichen Legalordnung abzeichnet. Dennoch tangieren solche Einwände unser Interpretationsproblem nicht. § 218 StGB ist zunächst unbestritten kein Sittlichkeitsdelikt; die Sittenordnung – oder wie immer man dies formulieren mag – ist ebenso unstreitig kein durch § 218 StGB geschütztes Rechtsgut; von dort her besteht also – ebenso wie von den Tatbestandsmerkmalen aus – kein Ansatzpunkt, um ethische Wertungen in die Auslegung des § 218 StGB einzubringen. Überdies ist es nicht Aufgabe des Strafrechts die Anforderungen des Sittengesetzes, durchzusetzen, sondern das soziale Zusammenleben von Menschen zweckmäßig zu regeln³³; in der pluralistischen Gesellschaft ist das staatliche Strafrecht auch nicht die „moralische Instanz“ des Bürgers³⁴. Und was die Verquickung mit religiösen Wertungen anlangt, so sollte das grundgesetzliche Gebot weltanschaulicher Neutralität des Staates³⁵ weitere Ausführungen dazu entbehrlich machen. – Es hat sicher wesentlich zur Entschärfung des Konflikts zwischen Ethik und Strafrecht beigetragen, daß namhafte katholische Moraltheologen auch aus ihrer Sicht gerade im Hinblick auf unser Problem die Möglichkeit einer Divergenz zwischen ethischer und strafrechtlicher Beurteilung betont haben³⁶. Der Standpunkt der protestantischen Theologen ist ohnehin weitherziger³⁷. Vor allem aber ist zu bedenken: Durch eine Zurückhaltung des staatlichen Strafrechts wird der sittlichen und weltanschaulichen Beurteilung nicht vorgegriffen; niemand wird gehindert, für sich einen schärferen Maßstab anzulegen; er soll lediglich nicht von Rechts wegen dazu gezwungen werden³⁸. Ich bin überzeugt, daß mit der Einsicht in die Autonomie der beiden Bereiche ein entscheidender Schritt zur Versachlichung der Diskussion getan ist.

³¹ Vgl. z. B. RGSt. 59, 426; *Martin*, NJW 1959, 468; *Schultz*, MDR 1959, 176.

³² Vgl. *Engelhardt*, FamRZ 1958, 269.

³³ Vgl. *Baumann*, AT, 7f – dies verkannt zu haben, ist das Mittelalterliche an BGHSt. 6, 46 ff u. 17, 230 ff, wenngleich es sich dort immerhin noch um ein „Sittlichkeitsdelikt“ (Kuppelei) handelte.

³⁴ Vgl. *Hanack* (Fn. 22), 18; *Böckle*, Wort und Wahrheit, 1968, 3 ff, bes. 9 ff.

³⁵ Vgl. die Nachw. bei *Müller*, DÖV 1969, 441 ff; ferner *Heiss*, ÖJZ 1966, 506.

³⁶ Vgl. z. B. *Böckle*, Wort und Wahrheit, 1968, 3 ff, 16.

³⁷ Vgl. z. B. *Trillhaas*, Ärztl. Praxis, 1968, 2006 ff, m. Nachw.

³⁸ So treffend: *Schwalm*, MDR 1968, 279.

C.

§ 218 StGB ist also offen für eine etwaige einschränkende Auslegung; es gelten für ihn die allgemeinen Auslegungsregeln³⁹: Wir haben seinen Sinn mit den Hilfsmitteln der historischen, grammatischen und systematischen sowie der teleologischen Interpretation zu ermitteln, bei der auch kriminalpolitische Erwägungen ihren angestammten Platz haben. Dabei geht es um die „Gegenwartsaufgabe der Strafsatzung“; denn Gesetze dürfen nicht in einem historischen Verständnis „mumifiziert“ werden, sie müssen vielmehr innerhalb ihres erklärten Sinnes neuen Erkenntnissen und Situationen angepaßt werden (Maurach). Ein Bedeutungswandel der Norm kann sich daher auch aus einem Wandel der Normsituation ergeben (Larenz). Die Mitberücksichtigung neuer biologischer Erkenntnisse ist deshalb für eine sachgerechte Auslegung des § 218 StGB selbstverständlich.

Damit bin ich bei der Darstellung und Abwägung der *Einzelargumente* angelangt, die bei der Frage nach der Zäsur zwischen Empfängnisverhütung und Abtreibung auftauchen – Begriffe, die übrigens hier als strafrechtliche *termini technici* gemeint sind⁴⁰. Zum besseren Verständnis sei jedoch ein kurzer Hinweis auf die Geschichte der strafrechtlichen Deutung dieser Zäsur voraufgeschickt:

Als unter der Herrschaft der Partikulargesetze des 19. Jahrhunderts die letzten Auswirkungen der sog. „Beseelungslehre“ überwunden wurden, setzte sich die Ansicht durch, daß für den Beginn der Strafbarkeit wegen Abtreibung der Zeitpunkt der *Befruchtung* maßgebend sei⁴¹. Nach Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs [449] von 1871 war dies dann bis in die neueste Zeit hinein allgemeine Ansicht⁴². Indessen besagt dies für unser Problem nicht viel. Denn den Juristen früherer Tage waren die Vorgänge von der Befruchtung bis zur Nidation, die erst nach 1900 ganz allmählich in das allgemeine Bewußtsein der Mediziner gedrungen sind⁴³, naturgemäß noch unbekannt; man sprach daher trotz

³⁹ Vgl. zum folgenden näher: *Maurach*, AT, 83 ff; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, 233 ff, 250 ff, 261 ff; *Jescheck*, AT, 109 ff; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl. 1956, 63 ff, 100 ff; *Baumann*, AT, 135 ff.

⁴⁰ Die Kontroverse um den medizinischen Begriff „Empfängnis“ bleibt hier außer Betracht. Vgl. dazu: *Harmsen und Dietel*, Hamb. Arztebl. 1967, 297 u. 302; s. auch die Nachw. bei *Strutz*, MSchrKrim. 1969, 87, Anm. 32 ff – Vgl. auch Fn. 104.

⁴¹ Vgl. zur Rechtsgeschichte der Abtreibung die Quellennachweise bei: A. *Heinitz*, die Straftaten wider das keimende Leben, 1911, 1–40; *Schmidlein*, Die Natur der menschlichen Leibesfrucht, 1966, 6–31.

⁴² Vgl. die Nachw. bei *Strutz*, MSchrKrim. 1969, 86, Anm. 20 ff.

⁴³ Vgl. *Winter*, Historisches zum mensuellen Zyklus, 1955, bes. 9 f, 14; *Fassbender*, Geschichte der Geburtshilfe, 1906/1964, 398 ff, 402 ff; 407 ff; *Grosser* in Seitz-Amreich, Biologie und Pathologie des Weibes, 7. Bd. 1952, 1 ff; *Stoeckel-Kraatz*, Lehrbuch der

Abstellung auf die Befruchtung auch ganz unbefangen davon, der Begriff „Abtreiben“ bedeute die Tötung der Frucht durch „unzeitige Zerstörung ihrer organischen Verbindung mit der Mutter“⁴⁴. Und als die Unterscheidung zwischen Befruchtung und Nidation aufgrund neuerer medizinischer Publikationen hätte bekannt sein können, nahm die Rechtswissenschaft zunächst noch keine Notiz davon; sie blieb bis in die neueste Zeit hinein ohne jede juristische Stellungnahme zu den neuen embryologischen Erkenntnissen bei der überlieferten Formel. Es ist daher nicht einmal feststellbar, seit wann diese juristischen Autoren des Unterschieds zwischen Befruchtung und Nidation eingedenk waren⁴⁵. Dieses Schweigen der juristischen Literatur ist nicht verwunderlich; denn ein praktisches Problem war ja mit den neuen embryologischen Einsichten für die Juristen zunächst noch nicht verbunden, weil die nidationshemmenden Mittel erst eine Erfindung der neuesten Zeit sind. Und die Rechtswissenschaft hinkt eben oftmals nach! Sie tat es hier bis 1966.

Der Kreis der neueren juristischen Stimmen, die seit 1966 unsere Frage behandeln und sich dann für die traditionelle Interpretation entscheiden, ist entgegen der landläufigen Meinung sehr klein; er ist – soweit ich sehe – mit den Namen Blei⁴⁶, Kaiser⁴⁷ und Strutz⁴⁸ bereits umrissen. Hingegen nimmt der Kreis derjenigen juristischen Autoren, die sich unter Auseinandersetzung mit unserem Problem für die Zäsur der *Nidation* entscheiden, ständig zu; die Namen Dreher⁴⁹, Schwalm⁵⁰, Ackermann⁵¹, Geilen⁵², Bockelmann⁵³, Forster⁵⁴, Maurach⁵⁵, Müller-

Geburtshilfe, 14. Aufl. 1966, Teil I, 22 u. passim; Brockhaus Enzyklopädie, 17. Aufl. 1967, 2. Bd., 457 f.

⁴⁴ Vgl. *Goldammer*, Materialien zum StGB für die Preuß. Staaten, Teil II, 1852, 288, sowie die diesen Materialien folgende damalige Literatur. – Näheres im Text zu u. mit Fn. 60–64.

⁴⁵ Das Gegenteil ist indessen noch 1958 feststellbar: Schaefer in *Leipziger Kommentar*, 8. Aufl. Anm. II 1 a spricht vom „Embryo... von der Konzeption... an“! Vgl. dazu den Text zu und mit Fn. 65.

⁴⁶ Vgl. *Mezger-Blei*, BT, 30 ff.

⁴⁷ Vgl. *Kaiser*, *Med. Klinik* 1968, 1564, sowie *Familie und Geburtenregelung* (herausgegeben von *Blobel-Flitner-Tölle*), 1969, 119 ff.

⁴⁸ Vgl. *Strutz*, *MSchrKrim.* 1969, 83 ff.

⁴⁹ Vgl. *Schwarz-Dreher*, ab 29. Aufl. 1967, Anm. 1 zu § 218 StGB.

⁵⁰ Vgl. *Schwalm*, *Med. Klinik* 1967, 1556 ff = *MDR* 1968, 277 ff.

⁵¹ Vgl. *Ackermann*, *Hamb. Ärztebl.* 1967, 299 ff.

⁵² Vgl. *Geilen*, *JZ* 1968, 145 ff, u. *FamRZ* 1968, 121 ff.

⁵³ Vgl. *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes*, 1968, 32.

⁵⁴ Vgl. *Forster* (Fn. 11), 60 ff.

⁵⁵ Vgl. *Maurach*, BT, 55 u. 66.

Emmert/Friedrichs⁵⁶, Lackner⁵⁷ und Welzel⁵⁸ dürften – soweit ich feststellen konnte – den augenblicklichen Stand wiedergeben. Die Rechtsprechung hat sich mit unserem Problem noch nicht befaßt⁵⁹.

Doch wenden wir uns nun den Argumenten dieses Meinungsstreites zu.

1. An die Entstehungsgeschichte des § 218 StGB hat Geilen⁵² mit folgendem Argument angeknüpft: Der in früheren Fassungen des § 218 StGB verwendete Begriff des „Ab-treibens“ der Frucht lasse erkennen, daß damit ein Eingriff in eine bereits bestehende organische Verbindung zwischen Frucht und Mutterleib gemeint gewesen sei. Dies klinge auch noch in dem Begriff des „Ab-tötens“ an, der in der heutigen Fassung des § 218 StGB verwendet sei. Eine solche organische Verbindung zwischen Frucht und Mutterleib bestehe aber erst von der Nidation an.

Nun ist es zwar richtig, daß § 218 Abs. 1 StGB in den Fassungen von 1871 und von 1926 nebeneinander die Alternativen „Abtreiben“ und „Töten im Mutterleib“ enthielt⁶⁰. Und es ist vor allem auch zutreffend, daß mit der Alternative des „Abtreibens“ – wie ich schon erwähnte – ursprünglich die Tötung der Frucht durch „unzeitige Zerstörung ihrer organischen Verbindung mit der Mutter“ gemeint war⁶¹. Indessen hilft dies nicht weiter. Denn der Gesetzgeber von 1871 und die damalige Rechtswissenschaft kannten ja den Unterschied zwischen Befruchtung und Nidation noch nicht; und der Gesetzgeber von 1926 ist – wie das Schweigen der Materialien hierzu zeigt⁶² – insoweit einfach bei dem

⁵⁶ Vgl. Müller-Emmert/Friedrichs, JZ 1969, 253, Anm. 125 u. DRiZ 1969, 321.

⁵⁷ Vgl. Lackner in Lackner-Maassen, 5. Aufl. 1969, Anm. 2 zu § 218 StGB.

⁵⁸ Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, 300.

⁵⁹ 1925 – also vor dem Auftauchen unseres Problems – sprach RGSt. 59, 99 davon, daß die Leibesfrucht durch § 218 StGB in ihrer Entwicklung „von dem Augenblick ihrer Zeugung (!) bis zu ihrer natürlichen Ausstoßung aus dem Mutterleibe“ geschützt sei.

⁶⁰ § 218 Abs. 1 StGB in der ursprünglichen Fassung vom 15. 5. 1871 (RGBl. 1871, I, 127) lautete insoweit: „Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleib tötet, wird...“. Die Neufassung vom 18. 5. 1926 (RGBl. 1926, I, 239) lautete: „Eine Frau, die ihre Frucht im Mutterleib oder durch Abtreibung tötet...“. – Diese Umstellung im Wortlaut sollte die Streitfrage ausräumen, ob unter die „Abtreibung“ auch die Herbeiführung einer Frühgeburt *ohne* Tötungsvorsatz und Tötungserfolg falle; vgl. RGSt. 4, 380 ff; Mezger-Blei, BT, 30.

⁶¹ Vgl. Goldammer, wie Fn. 44. – Später wurde diese Formel übrigens in die Wendung vom „vorzeitigen Abgang der Frucht aus dem Mutterleib“ verwässert; vgl. RGSt. 4, 380 ff; Frank, Strafgesetzbuch, 18. Aufl. 1931, Anm. II zu § 218 StGB; Schaefer in LK, Anm. II 1 b zu § 218 StGB. – Die Formel bezog sich auch nicht auf die andere Alternative des „Tötens im Mutterleib“. Dieses unterschied sich vom „Abtreiben“ dadurch, daß der Tod der Frucht nicht erst infolge der Ausstoßung aus dem Mutterleib, sondern schon vorher durch die Einwirkung im Mutterleib eintrat; vgl. die vorbez. Nachw. sowie Fn. 44.

⁶² Vgl. StGB-E 1925, S. 117 ff; Niederschrift über die 194. u. 196. Sitzung der III. WP des Reichstages vom 5. u. 7. 5. 1926, S. 7010 ff, 7052 ff.

überlieferten Sprachgebrauch geblieben. Selbst wenn also damals mit dem Begriff des „Abtreibens“ die Vorstellung eines „Abtrennens von der Gebärmutter“ verbunden war, so war dies die zwangsläufige Folge mangelnder Kenntnis der biologisch-juristischen Problematik, nicht aber eine bewußte Entscheidung für eine von zwei möglichen Lösungen. Ich sehe aber nicht, welchen Argumentationswert eine rechtshistorische Erscheinung, die auf Unkenntnis der zu bewertenden Fakten beruhte, heute noch haben könnte! Und wenn schließlich das Gesetz seit 1943 bis heute⁶³ statt der bisherigen beiden Alternativen vom „Abtöten der Leibesfrucht“ spricht⁶⁴, so hat dies heute einen anderen Sinn: Diese Wortwahl soll – wie ich schon erwähnte – sinnfällig machen, daß die Legalordnung einen Wertunterschied zwischen der „Tötung eines Menschen“ und der „Abtötung einer Leibesfrucht“ macht¹⁴.

2. Bedeutsamer sind die vom Boden der heutigen biologischen Einsichten ausgehenden Versuche einer grammatischen *Neuinterpretierung* des gesetzlichen Merkmals „Leibesfrucht“, die Schwalm⁵⁰ und Geilen⁵² sowie im Ergebnis ähnlich Ackermann⁵¹ unternommen haben. Sie argumentieren: Der Begriff „Leibesfrucht“ deute anschaulich auf eine innige Verbindung der befruchteten Eianlage mit dem Mutterleib hin (Schwalm). Er besage, daß das befruchtete Ei nicht nur vom mütterlichen [450] Organismus beherbergt werde, sondern daß es mit ihm eine Symbiose eingegangen sei. Erst dann könne man auch mit dem Gesetz (§ 218 StGB) – in einem durchaus „possessorischen“ Sinne – von der Frau und „ihrer“ Leibesfrucht sprechen (Geilen). Dieses Stadium enger Verbindung beginne aber erst mit der Nidation. – Geilen⁵² fügt noch als teils historisches, teils grammatisches Argument hinzu, der Begriff „Leibesfrucht“ sei nichts anderes als eine (scil.: in der Gesetzessprache nötige) Eindeutschung für Embryo; von einem Embryo spreche man aber erst *nach* der Einnistung.

Das letztgenannte Argument ist freilich verwirrend. Denn die medizinische Wissenschaft spricht für das Stadium *nach* der Nidation zunächst noch von Keim, dann erst während der Dauer der Organentwicklung von „Embryo“ und danach von Fetus⁶⁵. Geilen meint indessen mit

⁶³ § 218 Abs. 1 StGB i. d. F. vom 18. 3. 1943 (RGBl. 1943, I, 169) lautete: „Eine Frau, die ihre Leibesfrucht abtötet...“. – Wegen der unveränderten Weitergeltung dieses Tatbestandsteils vgl. Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 (BGBl. 1953, I, 735) und Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. 6. 1969 (BGBl. 1969, I, 645).

⁶⁴ Mit dieser Kurzfassung sind unstreitig nach wie vor beide Begehungsweisen erfaßt; vgl. BGHSt. 10, 5–6; 13, 24; BT-Drucks. IV/650, 278.

⁶⁵ Vgl. *Blechs Schmidt*, Vom Ei zum Embryo, 1968, 43 ff, 63 ff u. bes. 131; *Psyhyrembel*, Klin. Wörterbuch, 1969, 303 u. 364. – Die medizinische Terminologie lautet also, stets gerechnet vom Zeitpunkt der Befruchtung, bis zum Ende der 3. Woche: Keim (also noch

„Embryo“ ersichtlich als *pars pro toto* das gesamte Entwicklungsstadium nach der Nidation. Doch auch mit dieser Klarstellung hilft der Begriffsvergleich nicht viel weiter: Daß dem Gesetzgeber von 1943, der den Begriff „Leibesfrucht“ in das Gesetz eingeführt hat⁶⁵, die Eindeutigkeit medizinischer Begriffe vorgeschwebt habe, läßt sich nämlich wegen des Schweigens der Materialien⁶⁶ nicht beweisen; eine bewußte Einschränkung dieser Art hätte dem damaligen drakonischen Gesetzgeber sogar gewiß fernelegen! Indessen kommt es in erster Linie auf das Sprachverständnis der Gegenwart an⁶⁷; damit mündet dieses Argument dann in die geschilderte grammatische Interpretation: Die Auslegung des Begriffs „Leibesfrucht“ als mit dem Mutterleib verbundene Frucht ist sprachlich möglich und wohl auch naheliegend, jedoch – wie meist bei Fragen des Sprachgefühls – für sich allein nicht zwingend. Jedenfalls aber zeigt dieser grammatische Interpretationsversuch auch für Skeptiker etwas Wichtiges und Richtiges: Der Begriff „Leibesfrucht“ ist *offen* für eine *Neuinterpretation* auf das *nach* der Nidation liegende Entwicklungsstadium.

3. Eine erste und wesentliche Verstärkung erfährt diese Umdeutungstendenz durch ein systematisches Argument, das Bockelmann⁶⁸ und Forster⁶⁹ hervorgehoben haben: § 218 Abs. 1 StGB spreche von einer „Frau, die ihre Leibesfrucht“ abtöte. § 218 Abs. 3 (jetzt Abs. 2) StGB bedrohe denjenigen mit Strafe, der „die Leibesfrucht einer *Schwangeren*“ abtöte. Von einer „Schwangeren“ könne man aber nicht vor Einnistung des befruchteten Eies sprechen. Da jedoch nicht unterstellt werden dürfe, daß in den beiden Absätzen des § 218 StGB unterschiedliche Zäsuren gewollt seien, müsse dies gleichermaßen für Absatz 1 gelten.

Diese Deutung des gesetzlichen Begriffs „Schwangere“ kann sich darauf stützen, daß die Umstellung der weiblichen Funktionsabläufe nach neueren humanbiologischen Einsichten nicht schon mit der Befruchtung, sondern erst mit der Nidation stattfindet⁶⁸. Hieran bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Schwangere“ anzuknüpfen, steht der Rechtswissenschaft aus den Gründen, die ich eingangs dargelegt habe, frei. Eine solche juristische Auslegung müßte auch die Zustimmung derjenigen Mediziner finden, die mit zahlreichen Stimmen in der neueren medizinischen Wissenschaft aus der Sicht ihrer eigenen Diszi-

während der ersten beiden Wochen nach der Nidation), vom Ende der 3. Woche bis zum Ende des 3. Monats: Embryo, nach dem Ende des 3. Monats: Fetus.

⁶⁶ Vgl. Rietzsch, DJ 1943, 242 ff.

⁶⁷ Vgl. Larenz (Fn. 39), 264.

⁶⁸ Vgl. dazu näher: Zimmer, Dt. Ärztebl. 1968, 449 ff.

plin den Beginn der Schwangerschaft nicht mehr auf den Zeitpunkt der Befruchtung, sondern auf den Zeitpunkt der Nidation bestimmen⁶⁹. Jedenfalls aber kann man nicht den einen Schritt ohne den anderen tun: Man kann nicht eine Schwangerschaft verneinen, aber eine Leibesfrucht bejahen^{69a}!

4. Das Zwischenergebnis dieser grammatischen und systematischen Interpretation wird weiter bestärkt in der Auseinandersetzung mit Argumenten, die – vornehmlich in *biologischer* Sicht – für und gegen den *Zäsurcharakter* der Nidation vorgebracht worden sind.

a) Vorweg ein Wort zur Vermeidung von Mißverständnissen⁷⁰: Auch der Jurist denkt nicht daran, zu leugnen, daß die Entwicklung des menschlichen Lebens ein kontinuierlicher Vorgang ist; es geht nur darum, in dieser Entwicklung „Stationen“ aufzuzeigen, an die das Recht anknüpfen kann. Konkret gesprochen: es geht um die Frage, ob die Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eine solche biologische Station ist, der von Rechts wegen der Charakter einer Zäsur für die Bestimmung des Begriffs „Leibesfrucht“ beigemessen werden kann. Solche Zäsuren kennt das Recht auch sonst, wie beispielsweise im Strafrecht den Beginn der Geburt (§ 217 StGB) als Zäsur für den Übergang vom „Leibesfruchtcharakter“ (§ 218 StGB) zur „Menschqualität“ im Sinne der Tötungsdelikte (§§ 211 ff StGB).

Fordert man nun aus naheliegenden Gründen für eine solche Zäsur eine möglichst große Prägnanz und Festigkeit, so hat die Nidation gerade in biologischer Sicht entscheidende Vorzüge vor der Station der Befruchtung: Humanbiologen und Mediziner sind darin einig, daß zwischen der Befruchtung des Eies und dem Abschluß seiner Einnistung in der Gebärmutter ein sehr großer – auf ca. 50 % geschätzter – Teil der Keimlinge zugrundegeht und daß die Absterberate nach erfolgter Nidation drastisch und sprunghaft absinkt⁷¹. Der Gynäkologe Döring hat dafür den plastischen Vergleich gebraucht, daß die Existenz des Keimlings bis zur Einnistung etwas „Fakultatives“ habe; er hat gerade deshalb vorgeschlagen, erst von der Nidation an von einer „Leibesfrucht“ zu sprechen⁷². Nimmt man noch hinzu, daß mit der Einnistung nicht nur diese außerordentliche Vergänglichkeit schwindet, sondern auch noch

⁶⁹ Vgl. *Harmsen*, Dt. Ärztebl. 1967, 297; *Zimmer*, Dt. Ärztebl. 1968, 452; ferner die zahlr. Nachw. bei *Strutz*, MSchrKrim. 1969, 87, Anm. 32 ff.

^{69a} Vgl. zur „Umdeutbarkeit“ beider Begriffe: RGSt. 8, 198 ff; 29, 419 ff; *Welzel*, 195.

⁷⁰ Vgl. zum folgenden die treffenden Ausführungen von *Schwalm*, MDR 1968, 278.

⁷¹ Vgl. *Döring* (Fn. 27), 29; *Zimmer*, Dt. Ärztebl. 1968, 452.

⁷² Vgl. *Döring* (Fn. 27), 29; ähnlich: *Harmsen*, Hamb. Ärztebl. 1967, 297; s. auch *Zimmer*, Dt. Ärztebl. 1968, 452–453.

die feste Verbindung des Keimlings mit der Gebärmutter an die Stelle seiner Wanderung tritt, so ist die Station der Einnistung in einer geradezu bildhaften Weise als Zäsur ausgewiesen. An sie anzuknüpfen, liegt auch für die juristische Interpretation nahe, denn es kann nicht sinnvoll sein, mit dem Strafschutz ausgerechnet dort einzusetzen, wo die Natur selbst eine so „verschwenderische Selektion“ betreibt. Ich pflichte daher Geilen⁷³ bei, der hierin ein entscheidendes Argument für eine Neuinterpretation des Begriffs „Leibesfrucht“ erblickt hat.

Dieses biologisch-juristische Argument bleibt auch unangefochten von Angriffen, die dagegen erhoben worden sind:

So ist eingewandt worden⁷⁴, dieser Gesichtspunkt habe eine frappante Ähnlichkeit mit den Schätzungen über die Dunkelziffer der Abtreibungen und der daraus oftmals abgeleiteten Forderung nach Straflosigkeit oder doch milder Behandlung der Abtreibungsfälle. Dies ist indessen ein untaugliches Argument, denn es geht hier doch darum, [451] juristische Konsequenzen aus einer Selektion zu ziehen, die die *Natur von sich aus* vornimmt.

Weiter ist eingewandt worden⁷⁵, die Zäsur der Nidation sei willkürlich, weil schon *vor* der Einnistung vermittelt des Eileitersekrets ein Stoffwechsel zwischen Mutter und Keimling stattfindet⁷⁶. Indessen stellt die neuere Strafrechtslehre auf die Nidation als markante Zäsur ja gerade deshalb ab, weil dann (und erst dann) eine *feste Verbindung* zwischen Frucht und Mutterleib eintritt. Der Hinweis, daß schon vorher eine *nicht-feste Beziehung* bestehe, trifft dann aber juristisch ins Leere.

So bleibt noch der oft in fachlichen Diskussionen zu hörende Einwand, die Nidation sei als Zäsur unbrauchbar, weil ihr eine gewisse (geringe) zeitliche Unbestimmtheit anhafte. Indessen ist eine gewisse Unbestimmtheit unentrinnbar allen strafrechtlich relevanten biologischen Stationen eigen. Das gilt nicht nur für die Nidation, sondern auch für die Befruchtung; es gilt gleichermaßen für den Beginn der Geburt in § 217 StGB, der von der heute herrschenden Rechtsmeinung⁷⁷ mit dem – gewiß fließenden – Anfang der Ausstoßungswehen gleichgesetzt wird⁷⁸;

⁷³ Vgl. Geilen, JZ 1968, 147.

⁷⁴ Vgl. Kaiser, Familie und Geburtenregelung, 1969, 138.

⁷⁵ Vgl. Kirchhoff, Dt. Ärztebl. 1968, 2956; Kaiser (Fn. 74), 135–136; Kepp in Kepp-Koester (Fn. 27), 76.

⁷⁶ Vgl. zu diesem Vorgang näher: Zimmer, Dt. Ärztebl. 1968, 450.

⁷⁷ Vgl. RGSt. 9, 131 ff; 26, 178 ff; BGHSt. 10, 5; Frank, Vorbem. I vor § 211 StGB; Maurach, BT, 13; beide m. w. Nachw. – Die in RGSt. 1, 446 ff vertretene Ansicht, daß „das Kind zum Teil bereits den Schoß der Mutter verlassen haben“ müsse, hat heute kaum noch Anhänger.

⁷⁸ Die Zäsur „Beginn der Geburt“ in § 217 StGB und ihre Auslegung (vgl. den Text zu u. mit Fn. 77) werden immer wieder von Medizinerinnen als „willkürlich“ bezeichnet (vgl.

und es gilt ebenso für den Tod, der durch den „Prozeß des Sterbens“ gekennzeichnet ist und dessen schwierige Feststellung das Hauptproblem bei der Transplantatentnahme ist. Mit solchen Unsicherheiten werden wir uns abfinden müssen.

b) Mit unserem Zäsurproblem scheint nun noch ein weiterer Umstand in Zusammenhang zu stehen: Der Zeitpunkt der *Individuation*⁷⁹. Es kann heute als sicher gelten, daß die Möglichkeit zur Entstehung von Mehrlingsgeburten aus einer einzigen Zelle nicht mit der Befruchtung endet, sondern noch bis zur Nidation (möglicherweise sogar noch kurze Zeit danach) fortbesteht. Der Zeitpunkt, von welchem an der künftige Mensch in seiner unteilbaren Einmaligkeit festliegt, ist nun ohne Zweifel für die Theologie und andere Disziplinen von größter Bedeutung. Und auch einzelne juristische Autoren⁷⁹ haben geglaubt, hierin ein weiteres Argument dafür finden zu können, daß die Einnistung die Anfangszäsur des Leibesfruchtstadiums sei. Für diese Ansicht scheint zu sprechen, daß Rechtsprechung und Lehre – wenn auch ohne Zusammenhang mit dem Problem der Individuation – sehr oft von der „Leibesfrucht als Keim der sich in ihr entwickelnden Persönlichkeit“ sprechen⁸⁰. Dennoch ist der Gesichtspunkt der Individuation als Abgrenzungsmerkmal juristisch hier unbrauchbar; das wird deutlich, wenn wir ihn um der Klarheit willen isolieren: Unterstellen wir also einmal, alle anderen Argumente

neuestens: *Spann*, Zeitschr. f. d. ges. gerichtl. Medizin, 1966, 26; *Pribilla*, Dt. Ärztebl. 1968, 2256). In Wahrheit ist dies im System des geltenden Rechts eine sehr vernünftige Grenzmarke zwischen „Leibesfruchtcharakter“ und „Menschqualität“. Denn mit dem Beginn der Ausstoßungswehen tritt das Lebewesen in eine zeitlich-biologische Zone erhöhter Gefährdung durch unsorgfältiges Manipulieren ein. Hier bedarf es eines Strafschutzes gegen fahrlässige Beeinträchtigungen. §218 StGB schützt aber weder gegen „fahrlässige Abtreibung“ noch gegen „fahrlässige Leibesfruchtverletzung“. Diesen fehlenden Strafschutz erreichen §217 StGB und seine herrschende Auslegung durch eine weitreichende Vorverlegung der „Menschqualität“. Denn dadurch werden die Strafvorschriften gegen fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung (§§ 222, 230 StGB) anwendbar (natürlich auch diejenigen gegen vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung!). Eine Verständigung zwischen Juristen und Medizinern wäre eben viel leichter, wenn sich alleits die Einsicht durchsetzen würde, daß das Strafrecht seine eigene Methode und seine eigene Fragestellung hat! Ob de lege ferenda ein noch weiter vorverlegter Strafschutz gegen fahrlässige Verursachung des Todes oder einer Verletzung der Leibesfrucht geschaffen werden soll, oder ob sich eine solche Erstreckung bereits de lege lata im Wege der Auslegung den §§ 222, 230 StGB entnehmen läßt, ohne in eine unzulässige Analogie zu verfallen, ist eine andere Frage. Vgl. zum ganzen die Nachweise in Fn. 7.

⁷⁹ Vgl. zum folgenden: *Zimmer*, Dt. Ärztebl. 1968, 449 ff; *Ruff*, Stimmen der Zeit, Bd. 181/1968, 107 ff, 327 ff; *Ebrensing*, Theologie der Gegenwart, 1966, 149; *Böckle*, Ärztl. Praxis 1968, 2621; *Cyran* (Tagungsbericht), FAZ, Nr. 187 v. 14. 8. 1968; *Forster* (Fn. 11), 76 ff.

⁸⁰ Vgl. RGSt. 67, 207; RG in DR 1940, 26; BGHSt. 11, 16–17.

sprächen dafür, daß der Keimling schon mit der Befruchtung die Begriffsmerkmale einer Leibesfrucht erfülle. Dann wäre es juristisch ausgeschlossen, den Rechtsbegriff „Leibesfrucht“ gleichwohl mit der Begründung zu verneinen, daß aus dem Keimling möglicherweise nicht nur *ein* Mensch, sondern sogar *mehrere* Menschen hervorgehen werden; vielmehr wäre die Potenz zur Mehrlingsbildung dann umgekehrt allenfalls⁸¹ ein Anlaß zu einem juristischen „Erst-recht-Schluß“. Ein Argument, das aber für sich allein juristisch fehlerhaft ist, wird durch das Hinzutreten anderer Argumente nicht richtig. Es kann also strafrechtlich auf den Zeitpunkt der Individuation nicht ankommen. Die Frage nach der menschlichen Individualität ist nicht die Fragestellung des Strafrechts bei § 218 StGB.

5. Trotz recht drastischen Aussonderns haben wir gewichtige grammatische, systematische und biologische Gründe gefunden, die es nahelegen, die Nidation als Anfangszäsur des Leibesfruchtstadiums anzuerkennen. Sie werden durch *kriminalpolitische Erwägungen* bestärkt, deren Berücksichtigung im Rahmen teleologischer Interpretation legitim ist.

Seit langem ist die Abtreibungsseuche ein ernstes Problem, und zwar unter anderem auch wegen des Mißverhältnisses zwischen den entdeckten Fällen und der sog. Dunkelziffer. So lag beispielsweise die Zahl der zur Kenntnis der Polizei gekommenen Abtreibungen in den letzten fünf Jahren zwischen 2400 und 1600 Fällen⁸². Die Latenz der Abtreibungen wird hingegen von Medizinern und Polizei auch heute noch mindestens im Verhältnis von 1:100, aber nicht selten sogar auf jährlich etwa 500 000 Fälle geschätzt; andere Schätzungen liegen noch weit höher⁸³. Daß die Abtreibungsseuche sich mit den modernen, die Befruchtung verhindernden Mitteln ausrotten lasse, nimmt niemand an; Fachleute bezweifeln sogar, daß sie sich dadurch drastisch eindämmen lasse⁸⁴. Entgegen einer verbreiteten Ansicht läßt sich ein Gegenargument auch aus der Polizeilichen Kriminalstatistik – von allem anderen abgesehen – schon deshalb nicht entnehmen, weil dort bereits seit geraumen Jahren *vor* der Einführung der sog. Antibabypille ein Rückgang der entdeckten Abtreibungsfälle und ausgerechnet 1967 – also *nach* Einführung der „Pille“ – ein sprunghaftes Ansteigen verzeichnet ist⁸². Realistisch ist also

⁸¹ Nämlich wenn solche Quantitätsfragen hier im Bereich des Lebensschutzes überhaupt eine Rolle spielen würden.

⁸² Nach der vom Bundeskriminalamt herausgegebenen Polizeilichen Kriminalstatistik betrug die Zahl der gemeldeten Abtreibungsfälle 1953: 6555, 1954: 5664, 1955: 5971, 1956: 5400, 1957: 4772, 1958: 4521, 1959: 4537, 1960: 4195, 1961: 3842, 1962: 2942, 1963: 2784, 1964: 2388, 1965: 2165, 1966: 1773, 1967: 2369, 1968: 1687.

⁸³ Vgl. *Dotzauer* in Handwörterbuch der Kriminologie, 2. Aufl. 1966, 5; *Hanack* (Fn. 22), 42; *Webner*, Kriminalistik, 1968, 497; *Döring*, Bay. Ärztebl. 1969, 30.

⁸⁴ Vgl. dazu näher: *Dotzauer* (Fn. 83), 8; *Hanack* (Fn. 22), 19.

nur ein begrenzter und vorsichtiger Optimismus. Zwar werden auch die Nidationshemmer die Abtreibungen gewiß nicht aussterben lassen. Aber die Chance, durch nidationsverhindernde Mittel wenigstens eine (weitere) Abnahme der gesundheitlich gefährlichen Eingriffe *nach* erfolgter Nidation zu erreichen, darf nicht durch eine starre Auslegung des § 218 StGB vertan werden; denn der Mangel [452] einer durchgreifenden generalpräventiven Wirkung des § 218 StGB ist unbestritten⁸⁵.

Dagegen läßt sich nicht – wie es immer wieder geschieht – einwenden, mit einer derartigen Begründung könne man beispielsweise auch die Abschaffung der Strafvorschrift gegen Diebstahl fordern, weil ein hoher Prozentsatz der Diebstahlsfälle unaufgeklärt bleibe. Denn es geht hier nicht um die Aufklärungsquote bei entdeckten Straftaten, sondern um die nicht entdeckte Kriminalität. Die Aufklärungsquote ist bei den zur Kenntnis der Polizei gekommenen Abtreibungsfällen sogar rund dreimal so hoch wie beim Diebstahl⁸⁶; Aufklärungsquoten lassen sich auch durch Verstärkung der Polizei und Verbesserung der kriminalistischen Methoden steigern. Die exorbitante Dunkelziffer der Abtreibungen ist aber ein Spezifikum dieses Delikts; sie läßt sich auch durch die beste Polizei schon deshalb nicht beheben, weil hier die wichtigen „Entdeckungsmittel“ der polizeilichen Tatbeobachtung und der Anzeige⁸⁷ weitgehend ausfallen.

Hinzu kommt aber noch folgendes⁸⁸: Ohne sich in Spekulationen zu verlieren, kann man davon ausgehen, daß § 218 StGB im Bereich zwischen Befruchtung und Nidation in ganz besonderem Maße wirkungslos bleiben muß. Denn hier ist für den Laien der Unterschied zur Empfängnisverhütung wohl nur noch „terminologischer“ Art und der Eingriff nur noch „theoretisch“ eine Abtreibung⁸⁹. Mit der Prognose einer

⁸⁵ Vgl. statt vieler: Bader, Soziologie der deutschen Nachkriegskriminalität, 1949, 39 f.; Gesenius (Fn. 23), 182 ff.; Hanack (Fn. 22), 42 f.

⁸⁶ Nach der vom Bundeskriminalamt herausgegebenen Polizeilichen Kriminalstatistik betrug die Aufklärungsquote bei der *Abtreibung* 1964: 90,7 %, 1965: 90,0 %, 1966: 89,0 %; 1967: 92,0 % u. 1968: 91,7 %; beim *einfachen Diebstahl* 1964: 35,7 %, 1965: 35,0 %, 1966: 36,9 %, 1967: 37,2 % u. 1968: 37,8 %; beim *schweren Diebstahl* 1964: 31,3 %, 1965: 28,7 %, 1966: 29,1 %, 1967: 28,3 % u. 1968: 27,8 %. Bei einzelnen Diebstahlsarten lag die Aufklärungsquote noch weit niedriger; z. B. beim Diebstahl an Kraftfahrzeugen 1968: 8,3 %.

⁸⁷ Vgl. zum letzteren näher: Bader (Fn. 85), 39 f.

⁸⁸ Das in diesem Zusammenhang häufig angeführte weitere Argument, die Lösung künftiger Übervölkerungsprobleme (vgl. dazu *Nachtsheim*, MMW 1969, 432, u. *Der Frauenarzt* 1969, 1 ff) dürfe nicht durch eine starre Gesetzesauslegung erschwert werden (vgl. *Geilen*, JZ 1958, 147; *Schwalm*, MDR 1968, 278), scheint mir angesichts der gegenwärtig absehbaren Geburtenentwicklung in der Bundesrepublik allzu futuristisch, als daß es die Interpretation der „Gegenwartsaufgabe“ der Strafsatzung beeinflussen könnte.

⁸⁹ So allgemein für das Frühstadium nach der Befruchtung: *Hanack* (Fn. 22), 46; ähnlich *Ackermann*, Hamb. Ärztbl. 1967, 300.

solchen gesteigerten Wirkungslosigkeit verstärkt sich aber das kriminalpolitische Argument zum Sachzwang. Denn eine Auslegung, die eine Strafnorm förmlich in die Dunkelziffern hineintreibt, ist sinnwidrig; sie ist überdies rechtsstaatlichen Bedenken ausgesetzt⁹⁰. Die Rechtsbedenken verstärken sich zwangsläufig bei der Überlegung, daß für den Bereich zwischen Befruchtung und Nidation der Nachweis einer abgetriebenen „Leibesfrucht“ nachträglich kaum je möglich sein wird⁹¹. Eine Auslegung, die praktisch von vornherein nur auf die Rechtsfigur des untauglichen Versuchs rekurrieren kann, ist aber eine dogmatische Anomalie.

6. Ich glaube zwar, daß inzwischen die Würfel gefallen sind. Doch soll ein Blick auf zwei zu Beginn erwähnte Randprobleme die *Zweckmäßigkeit* der sich abzeichnenden Lösung auch in anderer Richtung dartun. Denn schließlich erstrebt das Recht ja eine zweckmäßige Ordnung des menschlichen Zusammenlebens.

a) Wie Geilen⁹² berichtet, werden in der medizinischen Praxis *extrauterine Schwangerschaften* ohne Prüfung der materiellen und formellen Voraussetzungen der medizinischen Indikation entfernt; ihre Beseitigung wird als rein therapeutischer Eingriff angesehen. Das ist in medizinischer Sicht auf doppelte Weise konsequent: Denn einmal definiert die medizinische Wissenschaft die Schwangerschaft beim Menschen als den Zustand der Frau während der *intrauterinen* Entwicklung der Frucht⁹³. Und zum anderen besteht bei der extrauterinen Schwangerschaft stets eine ernste Gefahr für die Frau, während die Frucht nur in extrem seltenen Fällen überhaupt bis zur Reife kommen kann⁹⁴.

In der juristischen Literatur ist das Problem – soweit ich sehe – nur sehr selten behandelt. Die ältere Rechtslehre hat es vereinzelt aufgegriffen und dann bei einer extrauterinen Schwangerschaft die Anwendbarkeit des § 218 StGB verneint⁹⁵. In neuerer Zeit hat sich das Problem anscheinend in Deutschland⁹⁶ nicht mehr gestellt. Hebt man nun für die

⁹⁰ Vgl. dazu: Herzog, in diesem Heft S. 445, Fn. 43.

⁹¹ Vgl. dazu näher: Forster (Fn. 11), 104 ff, dessen Folgerungen hieraus noch weitergehen als im Text.

⁹² Vgl. Geilen, JZ 1968, 147.

⁹³ Vgl. Zimmer, Dt. Ärztebl. 1968, 452.

⁹⁴ Vgl. Niedermeyer, Handbuch der speziellen Pastoralmedizin, 3. Bd. 1950, 301 ff, m. Nachw.; Pschyrembel (Fn. 65), 350.

⁹⁵ Vgl. z. B. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, 3. Bd., 1874, 457–458. – Ebenso für das schweiz. Recht: Hafter, Schweiz. Strafrecht, Besond. Teil, 1. Hälfte, 1937, 77.

⁹⁶ Anders in Österreich, wo man sich für eine Einbeziehung der extrauterinen Schwangerschaft ausgesprochen hat; vgl. dazu: Österreich. OGH. Bd. X (1930), 40 ff; Malaniuk, Die Abtreibung und verwandte Delikte als Rechtsproblem, 1956, 17–18.

Leibesfruchteigenschaft auf die Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter Schleimhaut ab, so löst sich das Problem per definitionem in der Tatbestandsebene; eines Rückgriffs auf Rechtfertigungsgründe bedarf es nicht. Ich halte diesen Einklang zwischen medizinischer und juristischer Wertung für erstrebenswert⁹⁷.

b) Wenn wir den Naturwissenschaftlern⁹⁸ glauben dürfen, dann ist der „Homunculus aus der Retorte“ zwar so bald noch nicht mitten unter uns, jedoch die *Befruchtung eines menschlichen Eies in vitro* – anders als seine Aufzucht – für die „Menschenmacher“ schon kein Problem mehr. Eine solche Befruchtung *in vitro* muß nicht einmal stets vermessenes Experimentieren mit dem menschlichen Leben bedeuten oder schockierende Zwecke verfolgen⁹⁹; es kann auch höchst achtenswerte Ziele haben, wie beispielsweise in bestimmten Fällen die Implantation eines befruchteten Eies bei einer empfängnisunfähigen Frau. Aus der Fülle der Rechtsfragen, die hier auf uns zukommen und die übrigens nur zum kleinsten Teil solche des § 218 StGB sind, interessiert im Rahmen unseres Themas nur eine: Ist das *in vitro* befruchtete Ei eine „Leibesfrucht“ i. S. des § 218 StGB?

Ich halte es durchaus für möglich, daß die Anhänger der konservativen Formel, derzufolge das Leibesfruchtstadium mit der „Befruchtung“ beginnt, diese Frage in silbenstechender Auslegung bejahen würden, um einem – an sich richtig empfundenen – Regelungsbedürfnis Rechnung zu tragen. Eine solche Lösung wäre indessen nicht nur unverträglich mit dem natürlichen und juristischen Sinn des Tatbestandsmerkmals „Leibesfrucht“¹⁰⁰; sie würde vielmehr auch eine Pervertierung des § 218 StGB bedeuten, dessen Sinn es nicht ist, wissenschaftliche Experimente und Methoden zu reglementieren. Wenn aber die Anhänger der konservativen Formel sich auf die Einschränkung einigen würden, daß das befruchtete Ei sich jedenfalls „im Mutterleib“ befinden müsse¹⁰¹, und wenn sie dadurch das *in vitro* befruchtete Ei aus dem Begriff der „Leibesfrucht“ ausklammern würden, so wären sie zu einer „zweispurigen“ Lösung gezwungen: [453] Denn während sie im Normalfall von der Befruchtung ausgehen könnten, müßten sie bei der Implantation eines *in vitro* befruchteten Eies (zumindest) auf die nachträgliche Einbringung in den Mutterleib abstellen. Diesen Zwiespalt vermeidet die

⁹⁷ Ebenso Geilen, JZ 1968, 147; a. A.: Strutz, MSchrKrim. 1969, 88–89.

⁹⁸ Vgl. zum folgenden näher: Burian, Wort und Wahrheit, 1967, 428 ff; Schurr, Theologie der Gegenwart, 1966, 214 ff; Konferenzbericht in Selecta 1967, 1531 ff; 1534; Eberle, Zeitschr. für prakt. Psychologie, 1968, 255 ff.

⁹⁹ Vgl. dazu: Kirchhoff, Dt. Ärztebl. 1968, 2952; Geilen, FamRZ 1968, 128.

¹⁰⁰ Ebenso Schwalm, MDR 1968, 278; Geilen, JZ 1968, 147, u. FamRZ 1968, 128–129.

¹⁰¹ Das hofft anscheinend Strutz, MSchrKrim. 1969, 88, Anm. 40.

moderne Lehre, indem sie – ohne Rücksicht auf die vorangegangenen Prozesse – in jedem Falle auf die Nidation abhebt. Sie rettet also die Einheitlichkeit des Leibesfruchtbegriffes und überläßt die Regelung der Experimente dem, der dafür zuständig ist: dem Gesetzgeber¹⁰².

D.

Doch ziehen wir nun das Fazit! Die Frage, ob das Leibesfruchtstadium schon mit der Befruchtung oder erst mit der Nidation beginnt, ist keine dem Gesetzgeber vorbehaltene rechtspolitische EntschlieÙung, sondern eine Angelegenheit normaler Tatbestandsinterpretation. Die Gesetzesauslegung ergibt, daß ein Abstellen auf die Zäsur der Nidation nicht nur möglich ist, sondern sich gebieterisch aufdrängt. Diese restriktive Interpretation halte ich für richtig. Als Richter würde ich so und nicht anders entscheiden.

Folgt man dieser Rechtsansicht, so ergibt sich juristisch folgendes *Schema*¹⁰³, bei dem alle allgemeinen Probleme – wie Versuch und Vollen- dung, untauglicher Versuch und innerer Tatbestand – außer Betracht bleiben müssen:

1. Die Anwendung von Mitteln und Methoden, die eine *Befruchtung* des Eies verhindern, ist schon im traditionellen Sinne straflose Empfängnisverhütung.
2. Die Anwendung von Mitteln und Methoden, welche die *Einnistung* des befruchteten Eies in der Gebärmutter verhindern, ist keine Abtrei- bung mehr, da es dann nach der neuen Rechtsansicht noch an einer „Leibesfrucht“, d. h. an einem eingestuteten befruchteten Ei fehlt. Dadurch klärt sich dann auch die Lage bei denjenigen Mitteln und Methoden, bei denen noch ungewiß ist, ob ihre Wirkungsweise in einer Verhinderung der Befruchtung oder der Nidation besteht. Wenn man das Wortspiel liebt, mag man sagen, daß damit der juristische Begriff der (straflosen) Empfängnisverhütung bis zur Nidation erweitert werde¹⁰⁴.
3. Die Anwendung von Mitteln und Methoden, die ein bereits eingeni- stetes Ei wieder *entnisten*, erfüllt hingegen auch nach der neuen Rechts- ansicht den Tatbestand der Abtreibung. Rechtliche Bedenken bestehen daher auch gegen solche Mittel, bei denen damit zu rechnen ist, daß sie sowohl eine Nidation verhindern als auch eine Entnistung bewirken

¹⁰² Ein anschauliches Bild von den dabei zu regelnden Fragen geben *Kirchhoff* (Fn. 99) und *Burian* (Fn. 98).

¹⁰³ Vgl. dazu die treffenden Ausführungen von *Schwalm*, MDR 1968, 278–279.

¹⁰⁴ Dies trifft sich dann mit den modernen Bestrebungen, den medizinischen Begriff der Empfängnis auf den Zeitpunkt der Nidation festzulegen; vgl. dazu die Nachw. in Fn. 40.

können, zumal für § 218 StGB *dolus eventualis* genügt. Die bloße Möglichkeit, einen Nidationshemmer im Einzelfall durch vorschriftswidrige Benutzung zu einer Entnistung zu mißbrauchen, macht diesen aber – ebensowenig wie bei anderen Mitteln – noch *nicht generell* zum Abortivmittel.

Die Beurteilung der Tatfrage, welche Mittel die eine oder die andere Wirkung haben, ist nicht Sache der Juristen, sondern der Mediziner²⁷.

Damit bin ich am Schluß meiner Ausführungen angelangt. Auch wenn es mir gelungen sein sollte, Sie von der Richtigkeit einer einschränken- den Auslegung des § 218 StGB zu überzeugen, werden Sie den begreiflichen und ungeduldigen Wunsch haben, daß eine Frage von solcher Bedeutung nicht nur wissenschaftlich geklärt, sondern im Interesse der Rechtssicherheit auch ausdrücklich klargestellt werde. Hier bleibt uns nur die Hoffnung, daß der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform des Deutschen Bundestages in der neuen Legislaturperiode nicht wieder erklären wird, für eine Beratung der Probleme des § 218 StGB keine Zeit zu haben, wie es in der soeben abgelaufenen Wahlperiode geschehen ist¹⁰⁵. Durch diese Verzögerung ist freilich Ihrer Tagung¹⁰⁶ die Aussicht eröffnet, einen klärenden Beitrag für künftige parlamentarische Beratungen zu leisten. Diesen Erfolg wünsche ich Ihnen.

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drucks. V/4094, 34. – Gesetzestechnisch wäre es nicht schwierig, in § 218 StGB durch eine Legaldefinition klarzustellen, daß eine „Leibesfrucht“ erst von der Einnistung des (befruchteten) Eies in der Gebärmutterschleimhaut an vorliegt.

¹⁰⁶ Die weiteren auf der 48. Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin am 6. 10. 1969 in Berlin zum hier erörterten Thema gehaltenen Referate von Prof. Dr. med. *Kirchhoff*, Göttingen: „Der Beginn des Lebens aus biologischer Sicht“ und von Prof. Dr. theol. *Böckle*, Bonn: „Theologische Fragen zum Rechtsschutz des Lebens vor der Geburt“ werden nebst der gesamten Diskussion in „Beiträge zur gerichtlichen Medizin“ (Wien) veröffentlicht.

Der Beginn der Geburt und das Strafrecht

Probleme an der Grenze zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschqualität**

In biologischer Sicht ist die Entwicklung des menschlichen Lebens von seiner Entstehung bis zu seinem Ende ein kontinuierlicher Vorgang. Unser Strafrecht weist aber den Schutz dieses Lebens abschnittsweise unterschiedlichen Strafnormen zu, die zwischen Abtreibung und Tötung differenzieren. Im ersten Falle schützt unser Strafrecht das Rechtsgut „keimendes Leben“ und bezeichnet das Objekt der Tat als „Leibesfrucht“ (§ 218); im zweiten Falle schützt es das Rechtsgut „vollentwickeltes Leben“ und bezeichnet das Handlungsobjekt als „Mensch“ oder „Kind“ (§§ 211 ff., 217). Ein so ausgestaltetes Strafrecht muß notwendig drei biologischen Stationen in dem kontinuierlichen Entwicklungsprozeß die Bedeutung von rechtlich relevanten Zäsuren beimessen¹. Konkret gesprochen: Es muß klarstellen, wann das Leibesfruchtstadium und damit der Lebensschutz beginnt². Es muß weiter den Begriff des Todes und damit das Ende des Lebensschutzes klären³. Es muß aber auch bestimmen, wann der Leibesfruchtcharakter sich zur Menschqualität wandelt; denn damit wechselt der Lebensschutz von der Abtreibung zur Tötung über. Die Zäsur der „Menschwerdung“ grenzt jedoch zugleich die körperliche Integrität der Leibesfrucht rechtlich von derjenigen des Menschen ab; sie hat daher auch Bedeutung für den Anwendungsbereich der Strafnormen gegen Körperverletzung (§§ 223 ff.).

Um diese Zäsur des Übergangs vom Leibesfruchtcharakter zur Menschqualität und um ihre strafrechtliche Absichtungsfunktion geht es bei den folgenden Erörterungen. Das Thema hat medizinische und juristische Aspekte. Seine Untersuchung liefert zugleich einen Beitrag zu den Methoden und den Schranken der strafrechtlichen Auslegung.

* Aus: Juristische Rundschau 1971, S. 133–142.

** Überarbeitete und (um die Abschnitte A 3, 4 u. C) ergänzte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser 1969 im Rahmen einer interdisziplinären Vorlesungsreihe über „Medizinisch-juristische Probleme im Strafrecht“ an der Freien Universität Berlin gehalten hat. Der Vortragsstil ist beibehalten. – §§ ohne Gesetzeszusatz sind solche des StGB.

¹ Vgl. zum ganzen: *Schwalm*, MDR 1968, 277 ff.

² Vgl. dazu: *Lüttger*, JR 1969, 445 ff., mit Nachw.

³ Vgl. dazu: *Stratenwerth*, Festschrift für *Engisch*, 1969, 528 ff.; *Heimitz*, Rechtliche Fragen der Organtransplantation, 1970; jeweils mit Nachw.

A.

Während unser Strafgesetzbuch zu den Fragen nach dem Beginn des Leibesfruchtstadiums und nach dem Begriff des Todes schweigt, enthält es – an fast versteckter Stelle und in unerwarteter Gestalt – eine dogmatisch und kriminalpolitisch interessante Bestimmung über den Wechsel vom Leibesfruchtcharakter zur Menschlichkeit. In der Strafvorschrift gegen die sogenannte Kindestötung (§ 217) spricht es nämlich von der Tötung eines unehelichen „Kindes“ (durch seine Mutter) „in oder gleich nach der Geburt“. Hier wertet das Gesetz mithin die vorsätzliche Tötung *während* des Geburtsaktes, wo man juristisch durchaus noch von einer „Leibesfrucht“ reden könnte, rechtlich nicht mehr als Abtreibung, sondern schon als Tötungsdelikt. Ganz konsequent spricht es hier bei der Umschreibung des Handlungsobjekts auch nicht mehr von „Leibesfrucht“, sondern von „Kind“, womit nach unserem juristischen Sprachgebrauch die Anfangszeit des Menschseins bezeichnet wird. Wenn aber das Gesetz hier bereits den Zeitraum *während* des Geburtsvorgangs einbezieht, so liegt die Zäsur notwendig beim *Beginn der Geburt*. Dieser bestimmt also den Anfang der Menschlichkeit und damit zugleich das Ende des Leibesfruchtstadiums⁴.

Diese im Gesetz selbst angelegte Zäsur gilt unbestritten über den Bereich der Kindestötung hinaus für das Verhältnis zwischen der Abtreibung und *allen* Tötungsdelikten (§§ 211 ff., 222). Die Strafvorschrift gegen die Kindestötung will nämlich nur dem präsumtiven besonderen seelischen Zustand einer außerehelich gebärenden Frau durch mildere Strafe Rechnung tragen⁵, nicht aber den Beginn der Strafbarkeit bei der Kindestötung anders regeln als in den übrigen Strafvorschriften gegen Tötung⁶. Unsere versteckte Legaldefinition ist also Ausdruck eines allgemeinen Grundgedankens der Tötungstatbestände; der Begriff der Menschlichkeit ist dort allenthalben derselbe⁷.

Die hier sichtbar gewordene Zäsur gilt aber weiterhin auch für den sachlichen Anwendungsbereich der Strafvorschriften gegen Körperverletzung (§§ 223 ff., 230). Diese sprechen zwar von der körperlichen

⁴ Vgl. RGSt. 9, 131 ff.; 26, 178 ff.; RG in GA 1907, 288; BGHSt. 10, 5.

⁵ Vgl. RGSt. 77, 245 u. 247; OGH.BrZ.St. 3, 115 ff.

⁶ Die sonst eintretende Schlechterstellung der unehelichen Mutter (vgl. Abschnitt A 1) wäre unvereinbar mit der Tendenz des § 217 zur Besserstellung; und bei einer Teilnahme von Außenstehenden an der Kindestötung (vgl. dazu: *Maurach*, BT, 5. Aufl. 1969, 42, 44) ergäben sich sonst absurde Divergenzen hinsichtlich der Zäsur zwischen Abtreibung und Tötung. Ähnlich schon: *A. Heinitz*, Die Straftaten wider das keimende Leben, 1911, 59, und *Eisenmann*, Die Erlangung der Mensch-Eigenschaft, ihre rechtliche Bedeutung und Behandlung, 1915, 62 ff.

⁷ Vgl. RGSt. 1, 446 ff.; RG in DR 1939, 365.

Mißhandlung und von der Gesundheitsbeschädigung „eines anderen“; [134] doch ist damit nach dem Sprachgebrauch unseres Strafgesetzbuchs unstreitig ein „Mensch“, nicht aber eine Leibesfrucht gemeint⁸. Da das Strafrecht jedoch nur einen einheitlichen Begriff der Menschlichkeit kennt, ist der sachliche Anwendungsbereich der Körperverletzungstatbestände mit demjenigen der Tötungsdelikte koordiniert⁹: er setzt gleichfalls mit dem Beginn der Geburt ein.

Zwar drängt sich hier sogleich die Frage nach dem Zusammenhang dieser allgemein anerkannten, durchgängig geltenden Zäsur mit den Tathandlungen und den Handlungserfolgen der genannten Delikte auf. Doch soll diese Frage zunächst dahinstehen; sie wird uns später (in Abschnitt B) beschäftigen. Zunächst wollen wir prüfen, welchen Zweck das Gesetz mit der Abstimmung auf den „Beginn der Geburt“ verfolgt, welchen Sinngehalt dieser Begriff hat und wo seine Leistungsgrenze liegt.

1. Die im deutschen Strafrecht auf den „Beginn der Geburt“ festgelegte Zäsur zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschlichkeit ist nicht willkürlich, sondern hat triftige kriminalpolitische Gründe für sich¹⁰:

Unser Strafrecht kennt für den Zeitraum des Leibesfruchtstadiums nur eine Strafvorschrift gegen vorsätzliche Abtreibung; Strafvorschriften gegen eine fahrlässige Abtötung der Leibesfrucht sowie gegen eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Leibesfrucht enthält es nicht. Mit dem Beginn des Geburtsaktes tritt das Lebewesen aber in eine zeitlich-biologische Zone erhöhter Gefährdung durch unsorgfältiges Manipulieren ein. Hier bedarf es eines erweiterten Strafschutzes gegen Beeinträchtigungen. Diesen verbesserten Strafschutz erreicht das Gesetz für den kritischen Zeitraum während des Geburtsaktes dadurch, daß es die Zäsur zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschlichkeit in der geschilderten Weise auf den *Beginn* des Geburtsvorgangs *vorverlegt*. Denn dadurch treten nicht nur an die Stelle der Strafvorschrift gegen vorsätzliche Abtreibung (§ 218) die wesentlich härteren Strafvorschriften gegen Mord, Totschlag und Kindestötung (§§ 211, 212, 217). Vielmehr greifen nunmehr auch die Strafvorschriften gegen fahrlässige Tötung (§ 222) sowie gegen vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzung ein (§§ 223 ff., 230), weil ja die Anfangszäsur der Menschlichkeit dort allenthalben dieselbe ist. Unsere versteckte Legaldefinition über den

⁸ Vgl. RGSt. 26, 178 ff.; RG in DR 1939, 365.

⁹ Vgl. dazu: *Geilen*, FamRZ 1968, 121 ff. (127); *Blei*, Münchener Medizinische Wochenschrift (MMW) 1970, 741 ff. (743).

¹⁰ Vgl. zum folgenden: *Maurach*, BT, 13; *Lüttger*, Beiträge zur gerichtlichen Medizin (Wien) 1970, 69 ff.

Wechsel vom Leibesfruchtcharakter zur Menschlichkeit ist also auch ein Beispiel dafür, daß das Strafrecht seine eigene Methode zur Lösung seiner kriminalpolitischen Probleme hat.

2. Was die Zäsur „Beginn der Geburt“ des näheren bedeutet, bedarf jedoch – wie auch bei anderen human-biologisch fundierten Rechtsbegriffen² – noch der Auslegung. Die Ansichten darüber haben gewechselt¹¹:

In älterer Zeit hat man nicht selten angenommen, entscheidend sei der Zeitpunkt, in welchem die (mittels der Nabelschnuradern erfolgende) Plazentaratmung aufhöre und die Lungenatmung oder doch die Möglichkeit dazu beginne. Indessen wird diese Lehrmeinung heute schon deshalb nicht mehr vertreten, weil eine solche Unterscheidung gar nicht funktioniert. Beide Atmungsformen kommen nämlich nebeneinander vor. Dies ist vor allem nach dem Austritt aus dem Mutterleib vor der Abnabelung der Fall, gelegentlich aber auch schon früher, wenn während des Geburtsvorgangs Luft in die Vagina der Mutter eingeströmt ist, wie es beim Einführen der Hand und von Instrumenten, aber auch bei normalem Geburtsverlauf vorkommt¹². Daß bereits einige Zeit vor der Geburt intrauterine „Atembewegungen“ des Fetus zu beobachten sind, die keine Luft in die Lungen hineinbringen¹³, mag dabei in juristischer Sicht sogar noch außer Betracht bleiben.

Andere Autoren haben (statt dessen) unter dem „Beginn der Geburt“ den teilweisen Austritt aus dem Mutterleib verstanden. Diese Ansicht hat heute jedoch nur noch vereinzelte Anhänger; sie ist ebenfalls unhaltbar. Der teilweise Austritt des Kindes aus dem Mutterleib bildet nämlich – ebenso wie übrigens auch das Aufhören der Plazentaratmung und das Einsetzen der Lungenatmung – nicht den Anfang der Geburt, sondern eine späte Geburtsphase. Eine solche Auslegung verstößt daher gegen den Sinn des Gesetzes, das auf den Beginn des Geburtsaktes abhebt und späteren Geburtsstadien keine rechtliche Bedeutung mehr beimißt¹⁴. Überdies würde eine derartige Deutung den Rechtsbegriff „Beginn der Geburt“ so nahe an die tatsächliche „Vollendung“ der Geburt heranrück-

¹¹ Vgl. zum folgenden und zu weiteren Varianten die Literatur-Übersichten bei: A. Heinitz (Fn. 6), 56 ff.; Eisenmann (Fn. 6), 60 ff.; Frank, 18. Aufl., 1931, Vorbem. I vor § 211; Schaefer in LK, 8. Aufl. 1958, Vorbem. I 2 vor § 211.

¹² Vgl. dazu: Stoeckel/Kraatz, Lehrbuch der Geburtshilfe, Teil I, 14. Aufl. 1966, 214 ff. – Näheres zur Plazentaratmung bei von Mikulicz/Radecki in Stoeckel/Kraatz, a. a. O., 87–97.

¹³ Vgl. dazu: Stoeckel/Kraatz (Fn. 12), 116 u. 214; Bickenbach bei Seitz/Amreich, Biologie und Pathologie des Weibes, 2. Aufl. 1952, Bd. VII, 187 ff.; Jaschke, ebendort, 692; Ewerbeck in Gynäkologie und Geburtshilfe (herausgegeben von Käser u. a.), Bd. II, 1967, 83 u. 86; Ewerbeck bei Martius, Lehrbuch der Geburtshilfe, 7. Aufl. 1971, 456 ff.

¹⁴ Vgl. RGSt. 9, 131 ff.; 26, 178 ff.; RG in GA 1907, 288.

ken, daß das kriminalpolitische Ziel einer möglichst weitgehenden Vorverlegung des Strafschutzes gegen fahrlässige Beeinträchtigungen vereitelt wäre.

Die seit langem in Rechtsprechung und Rechtslehre ganz herrschende Ansicht versteht daher unter dem „Beginn der Geburt“ eine wesentlich frühere biologische Station, nämlich das Einsetzen der Ausstoßungsversuche des Mutterleibes¹⁵ oder den Anfang der im weiteren Verlauf zur Ausstoßung führenden Wehen¹⁶. Dabei stehen den von der Natur selbständig in Gang gesetzten Wehen die „künstlich“ eingeleiteten Wehen gleich; und wenn die Wehen ganz ausbleiben, tritt der Beginn der „künstlichen Geburt“ – gleichgültig in welcher medizinischen Form – rechtlich an ihre Stelle¹⁷.

3. Sieht man von dem zuletzt genannten besonderen Fall ab, so fällt auf, daß Rechtsprechung und Rechtslehre fast ohne Ausnahme darauf verzichten, die seit alters her üblichen Formeln vom „Einsetzen der Ausstoßungsversuche des Mutterleibes“ und vom „Beginn der zur Ausstoßung hinführenden Wehen“ unter Berücksichtigung medizinischer Erkenntnisse zu präzisieren. Nun werden aber in der medizinischen Wissenschaft mehrere zeitlich hintereinander auftretende Wehenarten unterschieden; die naheliegende Frage, welche von ihnen die Merkmale dieser Definitionen erfüllen, hat daher erhebliche praktische Bedeutung. Überdies ist noch offen, ob die Formel [135] vom „Einsetzen der im weiteren Verlauf zur Ausstoßung führenden Wehen“ überhaupt in allen Fällen den Beginn einer Geburt zutreffend beschreibt; verneinendenfalls ist sie entweder voreilig für synonym mit der anderen Formel vom „Einsetzen der Ausstoßungsversuche des Mutterleibes“ gehalten worden oder es bedürfen gar beide Definitionen einer Ergänzung. Eine Antwort auf diese Fragen läßt sich nur unter Heranziehung des medizinischen Geburtsbegriffs und unter Besinnung auf die *ratio legis* gewinnen.

a) Noch nicht zum Geburtsvorgang gehören in medizinischer Sicht: die sogenannten Schwangerschaftswehen, bei denen der Uterus nur „trainiert“; die Senkwehen, die beim Senken des Leibes der Schwangeren auftreten; und die Stellwehen, durch die bei Erstgebärenden der voranliegende Teil der Frucht im Beckeneingang „eingestellt“ wird. Diese

¹⁵ Vgl. die Rspr.-Nachw. in Fn. 14; ferner BGHSt. 10, 5.

¹⁶ Vgl. *Mezger/Blei*, BT, 9. Aufl. 1966, 10; *Welzel*, 11. Aufl. 1969, 280; *Dreher*, 32. Aufl. 1970, Vorbem. 2 A vor § 211; *Lackner/Maassen*, 6. Aufl. 1970, Anm. 3 zu § 211.

¹⁷ Vgl. *Mezger/Blei*, BT, 10. – In der Rechtsprechung ist diese Frage noch nicht behandelt. – Die Konsequenzen, die sich bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Unterlassung einer medizinisch indizierten Einleitung der künstlichen Geburt mit Todes- oder Verletzungsfolgen ergeben, sollen zusammen mit anderen noch offenen Fragen (vgl. Abschnitt A 4) in einer geplanten weiteren Abhandlung erörtert werden.

Schwangerschafts- und Vorwehen, die in unregelmäßigen und längeren Abständen in den letzten Wochen der Schwangerschaft auftreten, sind noch keine Geburtswehen, sondern lediglich Vorzeichen einer bevorstehenden Geburt¹⁸. Als bloßes Vorstadium einer Geburt scheiden sie für unsere Frage nach dem „Beginn der Geburt“ von vornherein aus.

b) Die normale Geburt beginnt vielmehr in medizinischer Sicht mit der sogenannten Eröffnungsperiode; sie setzt sich fort mit der Austreibungsperiode und schließt mit der – hier nicht interessierenden – Nachgeburtsperiode ab. „Geburtswehen“ sind daher schon die Eröffnungswehen, nicht erst die Austreibungs- und Preßwehen¹⁹. Die Eröffnungswehen, die in kurzen und meist rhythmischen Intervallen auftreten, erweitern die oberen Abschnitte des Geburtsweges – insbesondere den Gebärmutterhalskanal und den äußeren Muttermund – bis zur vollen Durchgängigkeit; zugleich drängen sie den vorangehenden Teil des Kindes (Kopf oder Steiß) in sie hinein bis zum äußeren Muttermund, nach Ansicht mancher medizinischer Autoren oftmals sogar noch weiter bis zum Beckenboden²⁰. Die Treib- und Preßwehen, die nach einer meist kurzen Wehenpause in schnelleren Intervallen und mit größerer Stärke aufzutreten pflegen, befördern das Kind anschließend durch die unteren Abschnitte des Geburtswegs hindurch und aus dem Mutterleib hinaus²¹. Dabei beträgt die Dauer der Eröffnungsperiode ein Vielfaches der Austreibungsperiode. – Schon dieser ganz summarische Hinweis macht deutlich, daß nicht erst die Treib- und Preßwehen, sondern schon die Eröffnungswehen in juristischer Sicht zu den „Ausstoßungsversuchen des Mutterleibes“ zählen, denn sie realisieren in zeitlicher und lokomotorischer Hinsicht bereits einen erheblichen Teil des Gesamtvorgangs der Ausstoßung aus dem Mutterleib. Die verwirrende sprachliche Ähnlichkeit des juristischen Begriffs „Ausstoßung“ mit dem medizinischen terminus technicus „Austreibung“ kann daher nicht darüber hinwegtäu-

¹⁸ Vgl. dazu näher: *Pschyrembel*, Praktische Geburtshilfe, 10. Aufl. 1964, 93, 96 ff.; *Jaschke* bei *Seitz/Amreich* (Fn. 13), 588 ff.; *Martius* (Fn. 13), 273.

¹⁹ Die medizinische Terminologie ist nicht einheitlich. Die Bezeichnung „Preßwehen“ wird häufig synonym für Treibwehen verwandt; meist wird darunter jedoch eine bestimmte Wehenart in der Austreibungsperiode verstanden. Vgl. dazu: *Jaschke* bei *Seitz/Amreich* (Fn. 13), 600–601.

²⁰ Vgl. dazu näher: *Pschyrembel* (Fn. 18), 93, 131 ff.; *Stoeckel/Kraatz* (Fn. 12), 196 ff., 203; *Käser/Pallaske* in *Gynäkologie und Geburtshilfe* (Fn. 13), 713 ff.; *Martius* (Fn. 13), 273, 285 ff.; *Jaschke* bei *Seitz/Amreich* (Fn. 13), 591 ff.

²¹ Vgl. dazu näher: *Pschyrembel* (Fn. 18), 93, 139 ff.; *Stoeckel/Kraatz*, (Fn. 12), 203 ff.; *Käser/Pallaske* in *Gynäkologie und Geburtshilfe* (Fn. 13), 721 ff.; *Martius* (Fn. 13), 273 ff., 288 ff.; *Jaschke* bei *Seitz/Amreich* (Fn. 13), 599 ff.

schen: Auch im Rechtssinne „beginnt“ die normale Geburt mit den Eröffnungswehen²².

Diese Auslegung führt aber nicht nur zu einem erstrebenswerten Gleichklang der strafrechtsdogmatischen Begriffsbildung mit den medizinischen Anschauungen vom Geburtsbeginn. Sie verwirklicht vielmehr dank ihrer Übereinstimmung mit den Lebenskonkreta auch in optimaler Weise die kriminalpolitischen Ziele, die das Gesetz mit der Zäsur „Beginn der Geburt“ verfolgt. Denn die Eröffnungsperiode gehört bereits zu jenem Zeitraum, in dem das Lebewesen eines erweiterten Strafschutzes bedarf, da es jetzt – beispielsweise bei Wehenschwäche und bei zu starken Wehen, aber auch bei Vorliegen von Geburtshindernissen – in den gefahrenträchtigen Bereich medikamentöser und operativer Geburtshilfen gelangt²³. Jede andere Auslegung würde also auch der ratio legis zuwiderlaufen.

Nach alledem ist es auch verfehlt, die Praktikabilität der geschilderten Definition durch einschränkende Zusätze aufs Spiel zu setzen, wie sie sich gelegentlich finden, wenn vom Einsetzen der „ohne längere Unterbrechung“ zur Ausstoßung führenden Wehen die Rede ist²⁴. Denn einmal kann dann bei engherziger Auslegung schon die meist zwischen der Eröffnungsperiode und der Austreibungsperiode liegende Wehenpause zu Schwierigkeiten führen, wenn sie länger andauert. Vor allem aber scheitert eine solche einschränkende Auslegung in den zahlreichen Geburtsfällen, bei denen die Wehen wieder aussetzen; gerade dort ist jedoch ein Strafschutz gegen fahrlässige Beeinträchtigungen unverzichtbar, weil nunmehr Geburtshilfen nötig werden können.

c) Die Formeln vom „Einsetzen der Ausstoßungsversuche des Mutterleibes“ und vom „Beginn der zur Ausstoßung hinführenden Wehen“ passen aber nicht nur auf die bisher behandelte normale Geburt; sie funktionieren auch dann, wenn das Kind regelwidrig mit nur einigen Wehen – unter Umständen binnen weniger Minuten – oder gar mit einer einzigen Wehe geboren wird, wie es bei der „überstürzten Geburt“ und bei der „Sturzgeburt“ vorkommt²⁵. Hier mag die übliche Einteilung in

²² Im Ergebnis ebenso: *Schwalm*, MDR 1968, 278. – A. A.: *Maurach*, BT, 13, der – ersichtlich als einziger in der neueren juristischen Standardliteratur – auf das Einsetzen der „Preßwehen“ abhebt und damit auf den letztmöglichen Wehenzeitpunkt (vgl. Fn. 19) rekurriert.

²³ Vgl. dazu näher: *Mosler* bei *Stoeckel/Kraatz* (Fn. 12), 290 ff.

²⁴ Vgl. dazu: *Frank*, Vorbem. I vor § 211; *Schönke/Schröder*, 15. Aufl. 1970, Rdz. 10 der Vorbem. vor § 211; *Krey* in JuS 1971, 87.

²⁵ Vgl. dazu und zu der kontroversen medizinischen Terminologie: *Stoeckel/Kraatz* (Fn. 12), 221; *Käser/Pallaske* in *Gynäkologie und Geburtshilfe* (Fn. 13), 730 f.; *Martius* (Fn. 13), 292.

Eröffnungs- und Austreibungsperiode im ersten Falle fragwürdig und im letzten Falle hinfällig werden; gleichwohl erfüllt dann die erste beziehungsweise einzige Geburtswehe die Merkmale unserer Definition.

d) Besonderer Überlegungen bedarf es jedoch, wenn eine Geburt gar nicht mit Wehen, sondern mit einem anderen Vorgang beginnt. Manche medizinische Autoren terminieren beispielsweise bei einem „vorzeitigen Blasensprung“, dem die Eröffnungswehen erst nachfolgen, den Geburtsbeginn jedenfalls dann auf den Zeitpunkt des Blasensprungs, wenn dieser „geburtsterminnah“ erfolgt²⁶. Diese medizinische Streitfrage ist hier nicht zu entscheiden; das Beispiel soll lediglich eine allgemeine juristische Schlußfolgerung anschaulich machen: Wenn in medizinischer Sicht andere Vorgänge als Wehen den Auftakt der [136] Geburt bilden, so steht grundsätzlich nichts im Wege, diesen nunmehr vorangehenden Teilakt des Geburtsvorgangs im Einklang mit den geburtshilflichen Lehren auch rechtlich als „Beginn der Geburt“ zu werten. Zwar versagt hier die – auf den Regelfall zugeschnittene – Formel vom „Einsetzen der zur Ausstoßung hinführenden Wehen“; und auch die – nicht notwendig synonym zu verstehende – Formel vom „Anfang der Ausstoßungsversuche des Mutterleibes“ mag hier ungewohnt oder gar unpassend klingen. Indessen sind beide Formeln nur althergebrachte juristische Umschreibungen für den allein maßgeblichen Begriff „Beginn der Geburt“; sie sind daher auch der Ausweitung auf bisher nicht bedachte neue Fallgruppen fähig, wie es ja bereits in dem früher erwähnten Beispiel der „künstlichen Geburt“ geschehen ist. Eine solche Anpassung der juristischen Definition an medizinisch konstatierte Lebenssachverhalte kann nach der ratio legis geradezu geboten sein, wenn das Kind mit jenem – den Wehen vorausgehenden – Auftakt der Geburt in den Bereich etwa nötiger Geburtshilfen gelangt²⁷. Dieser allgemeine Hinweis auf die Anpassungsfähigkeit unserer Definition mag genügen; denn hier ist nicht der Ort, die Skala der geburtshilflichen Phänomene und medizinischen Lehren durchzuspielen.

4. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß andere Schwierigkeiten bleiben:

Zunächst ist unserer Definition mit ihrem Abheben auf das Einsetzen der Ausstoßungsversuche des Mutterleibes oder der zur Ausstoßung hinführenden Wehen auch bei der normalen Geburt unverkennbar eine

²⁶ Vgl. dazu: *Jantzen/Hilfrich* in Deutsche Medizinische Wochenschrift (DMW) 1968, 1760 ff. (1765), mit Nachw.; *Psyhyrembel* (Fn. 18), 99, 135; allgemein: *Wulf* bei *Martius* (Fn. 13), 165 ff.

²⁷ Vgl. für das erwähnte Beispiel des geburtsterminnahen vorzeitigen Blasensprungs: *Jantzen/Hilfrich*, wie Fn. 26.

gewisse Unsicherheit eigen. Diese liegt zwar bei der hier vertretenen Auslegung nicht mehr so sehr – wie gelegentlich angenommen wird²⁸ – im Auftreten nachträglicher Wehenpausen. Sie besteht vielmehr darin, daß der Übergang von den Vorwehen, die noch keine Geburtswehen sind, zu den Eröffnungswehen, mit welchen in rechtlicher Sicht die Ausstoßungsversuche des Mutterleibes beginnen, oftmals fließend ist und nicht selten Erkenntnisschwierigkeiten bereitet²⁹. Indessen ist eine gewisse (geringe) zeitliche Unbestimmtheit unentrinnbar allen strafrechtlich relevanten biologischen Stationen eigen. Denn dies gilt nicht nur für den „Beginn der Geburt“, sondern ebenso für Befruchtung und Nidation, die beiden zur Zeit vieldiskutierten denkbaren Anknüpfungspunkte für den Beginn des Leibesfruchtstadiums². Und es gilt gleichermaßen für die Endzäsur des strafrechtlichen Lebensschutzes, den Tod, der durch den „Prozeß des Sterbens“ gekennzeichnet ist und dessen schwierige Feststellung das Hauptproblem bei der Entnahme lebenswichtiger Transplantate bildet³. Mit solchen Unsicherheiten werden wir uns also abfinden müssen.

Weiter ist neuerdings problematisch geworden, ob und inwieweit die Zäsur „Beginn der Geburt“ auch bei vorzeitiger Ausstoßung unreifer Feten als Grenzmarke zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschqualität funktioniert. In diesem Zusammenhang ist nämlich die Frage aufgetaucht, ob es in der Entwicklung des keimenden Lebens einen Zeitpunkt gibt, bis zu dem immer nur von einer „Leibesfrucht“ und (trotz Beginns der Ausstoßung) niemals von einem „Menschen“ gesprochen werden kann³⁰. Diese noch ungeklärte Frage hat vielschichtige medizinische und juristische Aspekte; ihre Erörterung muß einer geplanten gesonderten Darstellung überlassen werden. Das ist ohne Schaden für unser Thema möglich. Denn hier ging es um das für den Rechtsbegriff „Beginn der Geburt“ maßgebende Anfangsstadium des Geburtsaktes. Dort wird es um die andere Frage gehen, ob und wann eben diese Zäsur in dem besonderen Fall der Ausstoßung unreifer Feten aus anderen Erwägungen um ihre Rechtswirkung – die Veränderung der rechtlichen Objektqualität – gebracht wird. In der großen Mehrzahl der Geburtsfälle³¹ stellt sich dieses Sonderproblem also gar nicht.

²⁸ Vgl. *Maurach*, BT, 13; *Metzger/Blei*, BT, 10.

²⁹ Vgl. *Jaschke*, bei *Seitz/Amreich* (Fn. 13), 591 ff.; *Käser/Pallaske* in *Gynäkologie und Geburtshilfe* (Fn. 13), 713 ff.; *Martius* (Fn. 13), 273 u. 285.

³⁰ Vgl. dazu: BGHSt. 10, 291 ff.; österr. OGH.SSt. XXXV, S. 191 ff.; *Gerschow/Schewe*, Beiträge zur gerichtlichen Medizin 1970, 61 ff. – Ich mache mir weder die unklare Formel des BGH vom „Leben in menschlicher Weise“ noch die Argumentation von *Gerschow/Schewe* zu eigen.

³¹ Vgl. dazu näher: *Fuchs/Stakemann* in *Gynäkologie und Geburtshilfe* (Fn. 13), 733 ff.; *Stoeckel/Kraatz* (Fn. 12), 479; *Martius* (Fn. 13), 237.

Und schließlich wird die Zäsur „Beginn der Geburt“ gewiß versagen³², wenn – in hoffentlich ferner Zukunft – die Aufzucht eines in vitro befruchteten Eies zum „Retortenbaby“ möglich werden sollte. Aber dann läßt sich – wie ich an anderer Stelle näher dargetan habe² – schon gar nicht von einer „Leibesfrucht“ reden; hier wird ohnehin der Gesetzgeber aufgerufen sein.

B.

Wir wollen uns daher der bisher zurückgestellten Frage nach dem Zusammenhang der Zäsur „Beginn der Geburt“ mit den Tathandlungen und den Handlungserfolgen der Abtreibung, der Tötungs- und der Körperverletzungsdelikte zuwenden. Es geht im folgenden also um die *Abschichtungsfunktion* unserer Zäsur. Diese Frage ist generationenlang unproblematisch erschienen; seit dem sogenannten Contergan-Prozeß ist sie jedoch zu einem vieldiskutierten und umstrittenen Problem geworden.

In diesem Strafverfahren ging es – unter anderem – um folgendes³³: Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft hatten die angestellten Ermittlungen hinreichend dargetan, daß ein von schwangeren Frauen eingenommenes Medikament zu Schädigungen der Leibesfrüchte geführt habe, die sich nach der Geburt als bleibende körperliche Defekte der Kinder manifestiert und in zahlreichen Fällen später auch zum Tode der Kinder geführt hätten. Die Anklage und – ihr folgend – der Eröffnungsbeschluß legten den für den Vertrieb des Medikaments verantwortlichen Personen zur Last, sich der fahrlässigen Körperverletzung (§ 230) beziehungsweise der fahrlässigen Tötung (§ 222) an diesen Kindern schuldig gemacht zu haben. Zwar ist das Verfahren inzwischen vom Gericht gemäß § 153 Abs. 3 StPO eingestellt worden³⁴, die in ihm aufgeworfenen grundsätzlichen Probleme bleiben aber bestehen: Ist es „fahrlässige Tötung eines Menschen“ im Sinne des § 222 StGB, wenn ein solchermaßen der „Leibesfrucht“ zugefügter Schaden nach der Geburt zum Tode des „Kindes“ führt? Liegt „fahrlässige Körperverletzung eines Menschen“ im Sinne des § 230 StGB vor, wenn eine dergestalt bereits der „Leibesfrucht“ zugefügte Schädigung sich nach der Geburt als Schadenszustand an dem „Kinde“ auswirkt?

Indessen will ich die Frage – ihrer grundsätzlichen Bedeutung wegen – noch breiter stellen: für *jede* Tathandlung, [137] ob Eingriff oder

³² Insoweit zutreffend: *Hofmann*, ÖJZ 1963, 285.

³³ Vgl. dazu die Dokumentation von Dagmar und Karl-Heinz *Wenzel* „Der Contergan-Prozeß“, Bde. I–IV, 1968–1970, bes. Bd. I, 4 ff.

³⁴ Vgl. „Der Tagesspiegel“ (Berlin), Nr. 7683 vom 19. 12. 1970, S. 9.