

159675

Das Verbrechen
der Abtreibung der Leibesfrucht.

~~—~~

Eine
zur Erlangung des Grades eines
Magisters des Criminalrechts

verfasste und mit Genehmigung

Einer Hochverordneten Juristenfacultät der Kaiserl. Universität DORPAT

zur öffentlichen Vertheidigung bestimmte

Abhandlung

von

Thaddaeus Hrehorowicz,

Cand. jur.

10868.
Ch 76.

10868.
Ch 76.
67843



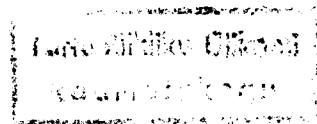
Dorpat 1876.

Gedruckt in H. Laakmann's Buchdruckerei u. Lithographie.

Gedruckt mit Bewilligung der Juristenfacultät.
Dorpat, 16. Oct. 1876.

Nr. 153.

Dr. J. Engelmann,
d. Z. Decan.



428569

Inhaltsverzeichniss.

	Seite.
§ 1—4. Begriff und Strafbarkeitsgrund der Abtreibung	1
§ 5. Arten der Abtreibung	15
§ 6. Stellung im System	16
§ 7. Thatbestand der Abtreibung. Vorbemerkung	17
§ 8. Fortsetzung I. Subject	18
§ 9. " II. Object	20
§ 10—12. Fortsetzung III. Handlung: Der Wille (künstliche Abtreibung und Frühgeburt)	23
§ 13—14. Die That	34
§ 15—17. Der Erfolg	40
§ 18. Strafe der Abtreibung	46
Geschichte der Abtreibung.	
§ 19—25. I. Römisches Recht	48
§ 26—28. II. Canonisches Recht	61
§ 29—32. III. Germanisches und gem. deutsches Recht	69
Neuere Gesetzgebungen.	
§ 33. I. Strafgesetzbuch für den Canton Zürich	78
§ 34. II. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich	84
§ 35. III. Französisches Code Pénal	93
§ 36. IV. Russisches Strafgesetzbuch	98

Begriff und Strafbarkeitsgrund der Abtreibung der Leibesfrucht.

§ 1.

Kindesabtreibung ist die populäre, früher auch von Wissenschaft und Gesetzgebung adoptirte Bezeichnung¹⁾ für jede, nach der Anwendung gewisser Mittel erfolgende Unterbrechung der Schwangerschaft, das ist des physiologischen Processes, welcher, mit der Befruchtung des weiblichen Ovulums beginnend, sich theils im weiblichen, theils im neu entstehenden, fötalen Organismus entwickelt, zur Heranbildung eines für das menschliche Leben vollkommen ausgerüsteten Individuums führt, und mit der Geburt endet. Diese Unterbrechung, die selbst abgesehen von ihren gewöhnlichen, verderblichen Folgen für die Gesundheit der Mutter, schon an sich als ein Angriff auf ihre leibliche Unversehrtheit betrachtet werden muss²⁾, und die die Hoffnung auf ein künftiges menschliches Leben vereitelt, ist das Wesentliche im Begriffe der Abtreibung der Leibesfrucht (*partus abactio, procuratio abortus*): es ist gleichgültig, ob die vorzeitige Entfernung des Embryo aus dem Mutterleibe erfolgt, oder ob die abgestorbene Frucht gar über die gewöhnliche Schwangerschaftszeit hinaus darin verweilet (was nach Jörg, Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren S. 246, auch möglich ist); — es ist ferner ebenfalls gleichgültig, ob

¹⁾ Diese Bezeichnung ist aber zweifach unrichtig: einmal ist der Fötus noch kein Kind, und das hat man auch eingesehen, wesshalb man auch jetzt die Bezeichnung Abtreibung der Leibesfrucht durchweg vorzieht — obgleich man mit dem alten Namen bei Weitem nicht alle Folgen der ehemaligen Auffassung aufgegeben hat; — sodann weist das Wort Abtreibung fälschlich auf eine gewaltsame Entfernung des Fötus aus dem Mutterleibe, was keineswegs für den Begriff des Verbrechens wesentlich ist.

²⁾ Diess wird häufig nicht gehörig unterschieden, und es ist vielleicht ein Grund, wesshalb viele die Verletzung der leiblichen Unversehrtheit der Mutter als nicht wesentlich für den Begriff der Abtreibung betrachten.

die Unterbrechung des Schwangerschaftsprocesses mit und durch widernatürliche und vorzeitige Geburt oder auf anderem Wege bewirkt wird, — worauf Wächter (Lehrb. II. S. 173 ff.) den Unterschied zwischen Abtreibung und Tödtung im Mutterleibe (embryochtonia, foeticidium) gründet.

Auch kann die Art der angewendeten Abtreibung (ob mechanische oder dynamische) keinen wesentlichen Unterschied in der Beurtheilung der Abtreibung begründen. Ueberhaupt ist die Aufstellung eines besonderen Begriffes der Tödtung im Mutterleibe neben der Abtreibung ungerechtfertigt, und alle Mühe, die man sich gegeben hat, diesem Unterschiede einen vernünftigen Sinn zu geben, ist vergeblich.¹⁾

§ 2.

Nachdem wir versucht haben, den Begriff der Abtreibung der Leibesfrucht als Handlung festzustellen, wenden wir uns zur Betrachtung derselben als strafwürdige Handlung, oder als Verbrechen: hier werden wir den Grund der Strafbarkeit der Abtreibung der Leibesfrucht zu erforschen haben; hieraus wird sich das Mass und die Grenze dieser Strafbarkeit ergeben.

Der allgemeine Strafbarkeitsgrund aller Verbrechen ist die Verletzung des Rechts: sei es das Recht eines einzelnen Menschen oder einer Menschengemeinschaft (vorzüglich des Staates): sei es direct, indem eines der den Inhalt des Rechts bildenden Güter verletzt wird; sei es indirect, indem die betreffende Handlung mit dem Fortbestehen der zum Gedeihen der Menschen und Staaten nothwendigen Institutionen unvereinbar wird. Jene Güter und Institutionen sind die wahren Objecte der Verbrechen; deren Verletzung ist der specielle Strafbarkeitsgrund jedes Verbrechen;

¹⁾ Spangenberg N. Archiv des Crim.-R. II. S. 44. Martin, Lehrb. § 115 u. 135 u. v. d. Bröcke. — Diss. de crimine partus abacti. S. 75 — unterscheiden Embryochtonie von Abtreibung, je nachdem die verbrecherische Handlung einen lebensfähigen (mehr als 7 Monate alten) Fötus oder einen Embryo (unter 7 Monaten) zum Gegenstande hat. Wächter, Lehrb. § 175, je nachdem der Tod der Frucht mit und durch widernatürlichen Abgang oder ohne solche bewirkt wurde. Tittmann, Handb. 2. Aufl., § 173, je nachdem die Tödtung der Frucht durch mechanische oder innerliche Mittel bewirkt wurde. Feuerbach gab diesen Unterschied in späteren Ausgaben seines Lehrbuches auf. XI. Aufl. § 392, Nota a.

dasjenige, was man gewöhnlich Object eines Verbrechens nennt, ist der sachliche (körperliche) Gegenstand, an welchem die verbrecherische Handlung vorgenommen werden kann.¹⁾ Das Object der Abtreibung der Leibesfrucht in diesem gewöhnlichen Sinne des Wortes wird später nebst den anderen Stücken des Thatbestandes dieses Verbrechens erörtert werden: hier haben wir die speciellen Strafbarkeitsgründe der Abtreibung zu erforschen.

Gewöhnlich wird als Object der Verletzung bei der Abtreibung der Leibesfrucht das Leben des Fötus angenommen und in den Vordergrund gestellt; wir können uns mit dieser Ansicht nicht einverstanden erklären, denn:

1. Das Leben des Embryo ist nicht das Leben, das im Menschen durch das Strafgesetz geschützt wird: es ist kein menschliches, selbstbewusstes Leben; das fötale Leben ist vom Leben selbst eines Blödsinnigen ebenso verschieden, wie das Leben eines Thieres davon verschieden ist; daher ist es unrichtig, von Tödtung eines Embryo zu sprechen: ja, das Leben mancher Thiere bietet viel mehr physiologischer und gar psychologischer Aehnlichkeiten mit dem menschlichen Leben, als diess bei dem fötalen Leben der Fall ist, und doch wird man nie von Mord oder Todtschlag an einem Thiere sprechen; ebensowenig kann die Unterbrechung des fötalen Entwicklungsprocesses eine Tödtung des Fötus genannt werden.

2. Eine Verletzung der Rechte eines Fötus ist überhaupt undenkbar, weil der Fötus keine Rechte hat: es können nur Menschen Rechte haben, und der Fötus ist offenbar kein Mensch: er ist nicht in rebus humanis, es kann ihm kein Recht der Persönlichkeit zugeschrieben werden. Wenn man von jura nondum natorum spricht, so darf es nicht buchstäblich genommen werden (nicht einmal im Civilrecht); denn es sind Rechte, die erst bei der Geburt des betreffenden menschlichen Subjects ihm erworben werden; sie haben freilich ihren Ursprung in Ereignissen.

¹⁾ Das Eigenthum ist Object des Diebstahls, der Sachbeschädigung etc. Wenn man aber sagt, dass Object des Diebstahls eine körperliche, bewegliche Sache ist, so bedeutet es nur, dass diejenige Art von Eigenthumsverletzung, welche man Diebstahl nennt, nur an einer körperlichen, beweglichen Sache verübt werden kann.

nissen, die sich vor der Geburt des zu erwartenden menschlichen Subjects zugetragen haben; sie werden im Hinblick auf die wahrscheinliche oder nur mögliche Geburt eines Berechtigten aufbewahrt; kommt aber das erwartete Subject dieser Rechte nicht zur Welt, so haben sie niemals existirt.¹⁾

Es wollen Einige in der Abtreibung der Leibesfrucht eine Verletzung der künftigen Persönlichkeit erblicken; man könnte zur Begründung dieser Ansicht sich auf die Bestimmungen des Civilrechts stützen, indem es verkehrt erscheinen müsse, dem Ungeborenen Eigenthum, Familienstand etc. zu bewahren und sein Leben nicht vor Angriffen sicher zu stellen. Das Criminalrecht kennt aber keine zukünftigen Objecte, eben so wenig wie das Civilrecht zukünftige Subjecte kennt; ein Embryo kann nicht Eigenthümer, nicht Gläubiger sein; er kann auch nicht in irgend welchem Rechte verletzt sein; seine zukünftigen Rechte können nicht Object eines Verbrechens sein.

Die Unhaltbarkeit der Ansicht, die Verletzung der Rechte des Fœtus sei das Wesentliche in dem Verbrechen der Abtreibung, muss noch an den Inconsequenzen gezeigt werden, zu denen man gelangen muss, wenn man von diesem Gesichtspunkt ausgeht. Die Ansicht, der Fœtus sei ein Mensch, braucht kaum einer Widerlegung: es dürften wohl wenige Criminalisten den von Dr. Rheinisch aufgestellten Satz unterschreiben: . . . cum fœtus ab ipso conceptionis momento homo sit et qua talis in civitatem intret etc.²⁾, und doch sehen die Meisten den Hauptstrafbarkeitsgrund der Abtreibung der Leibesfrucht in dem strafrechtlichen Schutze, welchen das Gesetz dem menschlichen Leben gewährt, und sehen die Abtreibung nur als eine Art von Tödtung an. Da aber dieser Gesichtspunkt nicht consequent durchgeführt werden kann, ohne zu den verkehrtesten Schlüssen

¹⁾ Vergl. Savigny, System des Röm. R., II. S. 12 ff.

²⁾ D. Rheinisch, De abortus procreatione. Wicceburgi 1836. — Citirt von Jörg, Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren etc., Leipzig 1837. Diese Ansicht ist von Jörg in dem eben citirten Werke, Cap. IV, auf Grund positiver Beobachtungen über die Entwicklung und Verrichtungen des fötalen Organismus widerlegt worden. Der Art, wie er der Ansicht, dass im Fœtus der zukünftige Mensch (S. 144) geschützt werde, zu begegnen sucht, kann ich nicht beistimmen.

zu gelangen, so sieht man sich genöthigt, entweder davon abzu-
sehen, oder den einmal falschen Gesichtspunkt auf Kosten anderer Lehren des Criminalrechts zu retten. Dies zeigt sich am augenscheinlichsten bei der Frage der Zulässigkeit des künstlichen Abortus und der Perforation. Aber auch bei anderen Fragen ist eine richtige und consequente Lösung von jenem Gesichtspunkte aus ganz unmöglich, z. B. bei Bestimmung des Strafbarkeitsgrades. Man nimmt jetzt ein mit der Auffassung der Abtreibung als Tödtung ganz unverträgliches Strafmass an, und es hat von jeher an Vertretern dieser unverhältnissmässig milden Bestrafung der Abtreibung nicht gefehlt. Auch der Einfluss der Einwilligung der Schwangeren auf die Strafbarkeit des Thäters lässt sich mit der Auffassung der Abtreibung als Tödtung nicht vereinigen. Bei der Frage der Vollendung des Verbrechens der Abtreibung führt obige Auffassung zu Inconsequenzen; es haben Einige zur Vollendung den Tod des Kindes (wie man sich ausdrückt, um Absterben der Leibesfrucht zu sagen) nicht erfordert; — eine besondere Art von Tödtung, deren angebliches Object am Leben bleibt. Es sollen diese Inconsequenzen und Widersprüche gehörigen Ortes näher beleuchtet werden; hier möge diese Andeutung dazu genügen, die Unrichtigkeit der gewöhnlich angenommenen Auffassung darzulegen¹⁾.

¹⁾ Einen ähnlichen Gedanken hat ausser dem schon citirten Jörg auch Platner ausgesprochen in seinen Quæst. med. forensis Programma de vitâ fœtus non animatâ quantum ad infanticidium. „Igitur animari fœtum dico quando in eo animus, veluti saluto supore, expergiscitur ad sensum ac motum et ad suimet ipsius conscientiam.“ — Citirt in Jörg. l. c. S. 141. Tissot: Le droit pénal étudié dans ses principes, II. p. 79, hat die von mir vertretene Ansicht ausgesprochen. — Nach einer Recension in N. Archiv des Criminalrechts, II. S. 505, auch Dr. Gensl, Bourtheilung des Strafgesetzbuches für Königreich Baiern: (Es kann) „in dem Embryo kein wahres Leben in dem Sinne wie ein lebendiger Mensch Gegenstand des Verbrechens der Tödtung ist, angenommen werden.“ — Vgl. auch N. Archiv, IX. S. 173, Recension von Telting's: De jur. nondum natorum. „Es fragt sich, ob, wenn man physiologisch die Sache auffasst, das Leben des Fœtus ein wahres Leben genannt werden könne, und inwiefern schon dem Fœtus ein selbstständiges Recht der Persönlichkeit zugeschrieben werden kann.“ — Schnabel: Ueber die generelle Verschiedenheit zwischen Abtreibung der Leibesfrucht und Mord eines Kindes. (Wagner's Zeitschrift, 1838, I. S. 107.

Es gibt noch einen Ausweg, auf welchem man, ohne zu sehr von der herrschenden Ansicht abzuweichen, die meisten der hier berührten Widersprüche vermeiden kann. Man kann nämlich den durch die Befruchtung des weiblichen Ovulums hervorgerufenen Zustand, welcher füglich das fötale Leben genannt werden kann, ähnlich wie das menschliche Leben, jedoch mit den durch den Unterschied zwischen fötalem und menschlichem Leben bedingten Modificationen unter strafrechtlichen Schutz stellen¹⁾. Diese Auffassung entbehrt aber der gehörigen Bestimmtheit, und bei näherer Betrachtung erweist sie sich als gehaltlos. Denn das fötale Leben ist dem menschlichen gleich oder es ist etwas wesentlich Verschiedenes: *Tertium non datur*; es kann etwas wesentlich Verschiedenes auch nicht im Criminalrecht als Gleiches behandelt werden, ohne zu irrigen Consequenzen zu gelangen. Lässt man aber die der Verschiedenheit der Gegenstände entsprechende Modification der Behandlung Platz greifen, so reducirt sich der Streit auf leere Worte: will man einmal Tödtung nennen, was nicht Tödtung ist und was man auch bei jeder Veranlassung als etwas von der Tödtung Verschiedenes behandelt — so ist nicht einzusehen, was damit gewonnen wird.

Ausserdem verleiht der Staat den strafrechtlichen Schutz nicht einem Zustande, sondern überall nur einem Rechte. Man kann freilich sagen, dass der dem Rechte gewährte Schutz auch den Zustand decke, insofern als ein Zustand nicht alterirt

citirt in Herbst, Handb. des österr. Strafrechts, I. S. 301.) Hume Commentaries. Abortus werde in Schottland nicht als Mord angesehen, weil ein Kind auch nach der ersten Bewegung stets ein Theil der mütterlichen Eingeweide sei. (Cit. in Fabrice, Kindesmord und Kindesabtreibung, S. 205.) Die Fleta verpönt Abtreibung „weil dadurch eine Beeinträchtigung des Staates gegeben sei“ (ebendas.). Endlich van den Bröcke, Diss. de crimine partus abacti, geht von dem Gedanken aus, der Fötus habe keine Rechte (S. 11), das Verbrechen der Abtreibung wäre daher nur als Verletzung der Rechte der Mutter, des (ehelichen) Vaters, und allenfalls des staatlichen Interesse an der Vermehrung der Bevölkerung strafbar.

¹⁾ Dies ist der Standpunkt vieler neueren Criminalisten, Hälschner, Syst. des preuss. Strafr., 1868, II. p. 120. Auch Holtzendorff in seinem Handbuche, III. S. 454. Freilich begnügt man sich meistens damit, die ganz unhaltbare Gleichstellung des Fötus mit dem Menschen zu vermeiden, im Uebrigen spricht man durchweg von Tödtung der Leibesfrucht.

werden kann, ohne dass damit zugleich ein Recht verletzt werde. Dies ist im vollsten Maasse bei dem menschlichen Leben der Fall: jedes Attentat auf das menschliche Leben ist eine Verletzung des Rechts auf Leben; ist dasselbe für das fötale Leben der Fall? Nein, denn offenbar könnte man sich ein Recht auf das fötale Leben nur als ein dem Fötus zustehendes Recht denken: da aber, wie oben gezeigt, der Fötus kein Mensch ist, er auch keine Rechte haben kann, so kann auch von einer Verletzung des Rechts auf Leben durch das Verbrechen der Abtreibung nicht die Rede sein. Der strafrechtliche Schutz des fötalen Lebens kann sich daher nur soweit erstrecken, als durch eine Störung des durch die Befruchtung eingeleiteten Processes andere Rechte verletzt werden.

So kann man sehr wohl zur Erhaltung des Fötus polizeiliche und privatrechtliche Anstalten treffen, wie das Römische Recht es gethan¹⁾, ohne dass daraus eine Anerkennung der Persönlichkeit und der Rechte des Fötus gefolgert werden könnte. Auch können ebensowohl Einzelne wie der Staat ein Recht darauf haben, dass der Entwicklungsprocess des werdenden Menschen nicht gestört werde, und es wird der diesen Rechten gewährte Schutz indirect auch dem Fötus zu Gute kommen. Aus der Beantwortung der Frage: welche sind nun jene, durch Strafandrohung vor Verletzung zu schützenden Rechte? — werden sich die wahren Strafbarkeitsgründe und daher die Grenzen der Strafbarkeit der Abtreibung von selbst ergeben.

§ 3.

1. Die Abtreibung der Leibesfrucht ist eine Verletzung der körperlichen Integrität der Schwangeren. Diese Störung einer der wichtigsten Functionen des weiblichen Organismus ist an sich in hohem Grade strafbar, und bildet eine Körperverletzung *sui generis* (ähnlich der Unfruchtbarmachung), ganz abgesehen von den äusserlichen Verletzungen, durch welche die Abtreibung bewirkt wird (Stösse, Punction u. dgl.) und von den durch die

¹⁾ l. 2. D. de mortuo inferendo (XI. 8). l. 18 D. de Statu hominum (I. 5). l. 3 D. De pœnis (XLVIII, 19). l. 20 pr. D. de Tutoribus (XXVI. 5). l. 3. pr. D. Si pars hereditatis petatur (V. 4). l. 1. D. de inspiciendo ventre. XXV. 4.

Abtreibung herbeigeführten üblen Folgen (bleibende oder vorübergehende Zerrüttung der Gesundheit, Prädisposition zum Abortus, Tod der Schwangeren).

Aus diesem Gesichtspunkt ist jede von einem Anderen an einer Schwangeren vorgenommene Abtreibung strafbar (ausgenommen wenn es zur Erhaltung des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren geschieht, — davon später). Die Einwilligung der Schwangeren kann die Strafbarkeit nicht ganz aufheben; dieser Fall wäre nach der Analogie der Tödtung an einem Einwilligenden zu behandeln: ähnlich wie das Leben, ist die Gesundheit und körperliche Integrität ein unveräußerliches Recht des Menschen¹⁾. Der dem Weibe von der Natur gegebene Beruf, Mutter zu werden, kann am allerwenigsten Gegenstand leichtsinniger Verfügung sein. Für die Strafbarkeit der Abtreibung an einer Einwilligenden spricht noch der Umstand, dass die edlen Motive, die eine Tödtung an einem Einwilligenden veranlassen können, bei der Abtreibung an einer Einwilligenden meistens fehlen werden. Ebenso wie Selbstmord nicht als Tödtung bestraft werden kann, kann auch die von der Schwangeren an sich selbst vorgenommene Abtreibung nicht als Körperverletzung bestraft werden. Es wird sich aber unten zeigen, dass sie von andern Gesichtspunkten aus strafbar erscheinen kann.

2. Durch die Abtreibung der Leibesfrucht können die Rechte dritter Personen verletzt werden. Vor Allem kommt hier das Recht der Eltern in Betracht, es können aber auch Verwandte und dritte Personen sein, denen es daran liegen kann, dass z. B. durch die Geburt eines Kindes der Nachlassenschaft eine gewisse Richtung gegeben werde. Bei den Römern war die Verletzung der Rechte des Vaters der Hauptstrafbarkeitsgrund der Abtreibung. Es haben aber die erbrechtlichen Interessen der Verwandten und dritter Personen, die Hoffnung der Eltern auf Nachkom-

¹⁾ Wenn leichte Körperverletzungen nur auf Antrag gestraft werden, so geschieht es hauptsächlich wegen ihrer nahe Verwandtschaft mit den Realinjurien, auf welche der Satz: *Volenti non fit injuria*, volle Anwendung findet. Vgl. Berner, Lehrb. S. 130 ff. und S. 370.

menschaft u. dgl. nur dann einen Anspruch auf rechtlichen Schutz, wenn sie in einer rechtlich und sittlich geheiligten Geschlechtsverbindung (in der Ehe) ihren Grund haben. Dieser Strafbarkeitsgrund wird sich daher einem höheren Gesichtspunkt unterordnen müssen, nämlich:

3. Der Verletzung des Eheinstituts. Wäre es den Eltern anheimgestellt, den naturgemässen Folgen der ehelichen Verbindung auszuweichen, so würde die Ehe den höchsten ihrer Zwecke verfehlen, ihren sittlichen Gehalt und ihre Würde verlieren¹⁾. Der Staat hat aber ein doppeltes Recht, dies zu verhindern: einmal ist er berechtigt und verpflichtet, die Heiligkeit der Ehe als eines zu seiner Existenz notwendigen Instituts zu wahren; es erwachsen aber auch aus der ehelichen Verbindung, aus der Geburt eines in der Ehe gezeugten Kindes für die Eltern und für Dritte nicht nur Rechte, die der Staat zu gewährleisten hat, sondern auch Pflichten, deren Erfüllung und Achtung er von einem Jeden fordern kann. Es ist daher eine der ersten und am wenigsten zu bezweifelnden Pflichten, die Geburt eines in der Ehe gezeugten Kindes nicht zu verhindern.²⁾ Es wird daher die Abtreibung einer in der Ehe concipirten Leibesfrucht immer strafbar sein, mag sie von der Schwangeren selbst oder von einem Anderen, mit oder ohne ihre Einwilligung vorgenommen worden sein. Die Richtung der Absicht auf Beeinträchtigung der Rechte des Vaters oder eines Dritten (vide sub 2) kann also nur erschwerend in's Gewicht fallen: die Abwesenheit dieser Absicht, oder die Einwilligung des Vaters oder jenes

¹⁾ Vgl. Decr. Grat. caus. 32, qu. 2.

²⁾ Man könnte sagen, es wären aus diesem Gesichtspunkte alle Vorkehrungen gegen die Befruchtung aus ehelichem Beischlaf zu strafen: dies sei aber keinem Gesetzgeber in den Sinn gekommen; der Gesichtspunkt selbst sei daher falsch. Dem ist zu erwidern, dass es sehr verschiedene Sachen sind, die Hoffnung einer nach den normalen Verhältnissen wahrscheinlichen Geburt zu vernichten und die Möglichkeit der Befruchtung auszuschliessen. Uebrigens liegt die Undenkbarkeit der Bestrafung von Handlungen letzterer Art weniger in dem Mangel eines Strafbarkeitsgrundes als in anderen, leicht zu begreifenden Schwierigkeiten, die bei der Bestrafung der Abtreibung nicht vorliegen.

Dritten in die Abtreibung kann die Strafbarkeit gar nicht aufheben, ja nicht einmal vermindern, denn nicht nur sind die aus der Ehe erwachsenden Rechte unveräusserlich, sondern es ist durch die Abtreibung einer in der Ehe concipirten Leibesfrucht der Staat in seinen Rechten verletzt.

4. Die Gefährlichkeit der zur Abtreibung gebrauchten Mittel, die schweren Folgen, die ein Abortus fast immer für die Gesundheit der Schwangeren nach sich zieht, endlich die Vernichtung des Keimes eines menschlichen Lebens sind dem medicinischen Berufe so zuwider, dass jede mit diesem Berufe betraute Person — Arzt, Hebamme, Apotheker —, die sich an der Abtreibung betheiliget, sich einer Verletzung ihrer Berufspflicht schuldig macht: natürlich sofern nicht im betreffenden Falle die Bewirkung eines Abortus medicinisch indicirt war (wovon später). — Dies ist doch kaum als ein selbstständiger Strafbarkeitsgrund anzusehen, weil er immer mit anderen, wichtigeren concurriren wird; er sinkt daher practisch zur Bedeutung eines Straferhöhungsgrundes herab.

5. Das durch eine gewohnheitsmässige Practicirung der Abtreibungskunst erregte öffentliche Aergerniss, und das Odium, welches an der Leistung solcher Dienste gegen Entgelt anhaftet, lassen diese Umstände als besondere Strafbarkeitsgründe erscheinen, und man wird dies um so unbedenklicher zugeben, als in Beziehung auf die Bedeutung dieser Strafbarkeitsgründe dasselbe gilt, was von der Verletzung einer Berufspflicht gesagt worden.

§ 4.

In den oben aufgezählten Strafbarkeitsgründen der Abtreibung findet sich keiner, der auf die unehelich Geschwängerte, die ihre Leibesfrucht selbst abtreibt, oder in die Abtreibung durch Andere einwilligt, bezogen werden könnte: die Abtreibung der Leibesfrucht wäre also in diesem Falle straflos, eine Consequenz, die Manchem bedenklich erscheinen könnte und daher einer Rechtfertigung bedarf.

Wenn man den oben aufgestellten und hier nicht weiter zu rechtfertigenden Satz, dass eine Handlung nur dann strafbar ist,

wenn sie eine Rechtsverletzung enthält, als richtig anerkennt, so kann man die Strafbarkeit der unehelich Geschwängerten, die ihre Leibesfrucht selbst abtreibt oder in die Abtreibung durch einen Anderen einwilligt, nur dann behaupten:

1. Wenn man, ausser den hier angeführten Strafbarkeitsgründen der Abtreibung, noch andere ausfindig machen könnte, die die Strafbarkeit der Abtreibung auch in diesem Falle begründen.

2. Wenn die absolute Unsittlichkeit und Gefährlichkeit der Abtreibung der Leibesfrucht so gross wären, dass sie eine Strafandrohung selbst dann rechtfertigen würden, wenn auch keine wirkliche Rechtsverletzung vorliegen sollte¹⁾.

Es ist nun weder das Eine, noch das Andere der Fall. Ausser den von mir geltend gemachten Strafbarkeitsgründen der Abtreibung, und ausser der Verletzung der Rechte des Fötus — deren Unhaltbarkeit wir oben darzuthun versucht haben — sind noch meines Wissens nur zwei Strafbarkeitsgründe der Abtreibung geltend gemacht worden: die Verletzung des Rechtes des Staates auf künftige Bürger²⁾ und die Verletzung der Rechte der Menschheit, deren Gattung das sich im weiblichen Organismus entwickelnde Wesen offenbaren soll³⁾.

Die Existenz eines Rechtes des Staates auf künftige Bürger ist nicht bewiesen; auch wäre es schwierig, ein solches Recht irgendwie zu begründen. Ausserdem würde die Annahme eines solchen Rechts zu sonderbaren Consequenzen führen: nicht nur wäre Ehelosigkeit, Keuschheitsgelübde, dann Alles, was die Zeugungskraft schwächt, als Verletzung dieses Rechts zu bestrafen, sondern es würde die Procreirung von Kindern zu einer Art von Bürgerpflicht erhoben werden, so wie die Gesetzgebung des Römischen Kaiserthums es gethan. Das Interesse des Staates an einer

¹⁾ Aehnlich wie dies bei Incest, naturwidriger Unzucht etc., in manchen Gesetzen geschieht.

²⁾ So Feuerbach in seinem Lehrbuche § 395 — „wenn gleich der Staat nicht verpflichtet ist, ihn (den Embryo) zu schützen, so ist er doch berechtigt, sich in ihm einen künftigen Bürger zu erhalten.“ Auch v. d. Bröcke, l. cit. S. 11.

³⁾ Dies wird angedeutet von Ziegler: Die Theilnahme an einem Verbrechen. S. 111.

naturgemässen Vermehrung der Bevölkerung ist übrigens in genügender Weise geschützt durch die Rechte, welche dem Staate aus der Ehe erwachsen: die aussereheliche Geschlechtsverbindung kann für den Staat keine Rechte begründen, auch hat er nicht einmal ein Interesse daran, dass die Bevölkerung auf diese Weise vermehrt werde; im Gegentheil ist es eher ein Glück, wenn der Staat solche Verbindungen und ihre Folgen ignoriren kann, und wenn die Geburt solcher Individuen verhindert wird, die sich selbst eine Last, der Gesellschaft nur eine Gefahr sein können.

Aus dem vermeintlichen Rechte der Menschheit kann eben so wenig die Strafbarkeit der Abtreibung einer unehelich concipirten Leibesfrucht durch die Schwangere selbst abgeleitet werden. Die Menschheit ist aber doch nur ein abstractes Wesen, das weder Rechte haben, noch verletzt werden, endlich nicht unter Staatsschutz stehen kann. Hat man doch die Verbrechen gegen die Gottheit für Urdinge erkannt und dieselben von den Gesetzbüchern gestrichen: es ist nicht an der Zeit, ein Analogon dieser vermeintlichen Verbrechen in einem Verbrechen gegen die Menschheit aufzustellen.

Ist eine Strafandrohung gegen die Abtreibung in dem uns beschäftigenden Fall (unehelicher Conception) etwa durch die Gefahr begründet, die aus der Straflosigkeit dieser Handlung für die Gesellschaft erwachsen würde? Gewiss nicht, denn die Befürchtung, dass dadurch der Unzucht gleichsam Vorschub geleistet werde, indem die letzte Schranke dagegen, die Furcht vor „den Folgen“ wegfällt, diese Befürchtung ist unbegründet; betrachtet man die Schwangerschaft als die von der Natur selbst gesetzte Strafe des fleischlichen Umganges, so kann man sich auf die strafende und abschreckende Gerechtigkeit der Natur auch weiterhin verlassen, da sie es wohlweislich nicht unterlassen hat, an die Abtreibung die schwersten Folgen zu knüpfen. Ausserdem wird sich eine Schwangere schwerlich entschliessen, auf eigene Hand Abtreibung zu versuchen, und beinahe jede Hülfe Seitens eines Dritten ist nach den oben ausgeführten Grundsätzen bei Strafe ausgeschlossen. Die Abtreibung an einer Einwilligenden ist immer strafbar, die Beihülfe an der von der Schwangeren

vorgenommenen Abtreibung wenigstens dann, wenn sie von Aerzten u. dgl., oder gewohnheitsmässig, oder gegen Entgelt geleistet wird. Was die einfache Beihülfe an einer straflosen Abtreibung anbetrifft, so ist die daraus entstehende Gefahr durch die Elasticität der Grenzen zwischen Urheberschaft und Theilnahme (siehe unten bei der Theilnahme) zum grössten Theile ausgeschlossen. Die Befürchtung, dass scandalöse Abtreibungsanstalten errichtet werden, kann nach obigen Bemerkungen nicht einmal auftauchen.

Es bleibt uns noch die Frage zu beantworten, ob die Unsittlichkeit der Abtreibung nicht eine Bestrafung derselben auch in unserem Falle rechtfertige. Auch diese Frage ist zu verneinen. Ist doch ein immerhin sittliches Schamgefühl das Hauptmotiv zur Abtreibung eines unehelichen Kindes, und die Ansicht von der Unsittlichkeit der Abtreibung wurzelt hauptsächlich in der Unsittlichkeit des ausserehelichen fleischlichen Umganges; und die Gesetze haben doch längst aufgehört, diesen zu bestrafen. Auch ist die Schuld der unehelich Geschwächten eine unendlich verschiedene: ihre That kann in der verworfensten Liederlichkeit, und in dem entschuldbarsten Leichtsinne, ja in einer edlen Leidenschaft ihren Grund haben; ja es kann der Beischlaf gänzlich unverschuldet sein (Nothzucht) und doch zur Schwangerschaft führen. Wird man an ein genozuchtigtes Mädchen die Forderung stellen, dass es seine unverschuldete Schande zur Schau trage, dass es sich den furchtbaren Schmerzen des Gebäraetes unterziehe, um seiner Schmach gleichsam ein lebendiges Denkmal zu errichten? Und warum? Ist es aus Achtung für die Rechte des Fetus, eines Wesens, dessen Leben, wenigstens in der ersten Schwangerschaftszeit, von der Volksmasse nie erkannt und kaum begriffen wird, und nur dem gelehrten Physiologen mehr oder weniger klar sein kann? Ist es um des Staates willen, dem die verbrecherische That eines Frevlers oder der Leichtsinne eines Wollüstlings ein unveräusserliches Recht auf einen künftigen Bürger begründen soll? Aber der Staat verzichtet auf ein viel besseres Recht, das Recht zu strafen, wenn dies die Rücksicht auf den Ruf und die Würde eines Unschuldigen erfordert (Antragsverbrechen); kann er nicht aus denselben Gründen auf seine Anwartschaft auf künftige Bürger verzichten?

Ich habe bisher den Fall einer offenbar unverschuldeten ausserehelichen Schwängerung vorausgesetzt, weil die Ungerechtigkeit der Bestrafung der unter solchen Umständen vorgenommenen Abtreibung am grellsten hervortritt. Dasselbe lässt sich aber — freilich in verschiedenem Grade und mit verschiedener Evidenz — von allen Fällen ausserehelicher Schwängerung sagen, denn es ist unmöglich, einen Grenzpunkt in der unendlichen Reihe der Verschuldungsgrade aufzustellen, und weil diese Verschuldung sich nie bis zur Strafbarkeit steigert¹⁾.

Ich habe mich bemüht, die Gründe darzulegen, welche für die Straflosigkeit der durch die unehelich Geschwängerte an sich selbst verübten Abtreibung streiten. Es kann aber nicht geleugnet werden, dass die Frage, inwiefern blosser Unsittlichkeiten bestraft werden können, eine offene Frage ist; es erhellt aus der Vergleichung des Code pénal mit dem Deutschen Strafgesetzbuch, wie sehr die Ansichten darüber verschieden sein können; wenn man aber die Strafbarkeit blosser Unsittlichkeiten en principe zulässt, so ist es erst recht unmöglich, die Grenze zwischen strafbaren und nicht strafbaren Unsittlichkeiten zu ziehen. So mag denn die Abtreibung der Leibesfrucht, abgesehen von den dadurch bewirkten Rechtsverletzungen auch als blosser Unsittlichkeit aus guten Gründen bestraft werden.

Sollte daher die Straflosigkeit der Abtreibung bei unehelicher Conception überhaupt verworfen werden, so würde sie wenigstens dann als eine unerlässliche Forderung der Gerechtigkeit aufgestellt werden müssen, wenn die Schwangerschaft aus einem solchen Beischlaffe hervorgegangen ist, welcher auf Seiten des Schwängerers sich als ein Verbrechen darstellt: Nothzucht, Missbrauch der Gewalt, Verführung, Schwächung einer Unerwachsenen etc.²⁾

¹⁾ Wo dies aber der Fall ist (z. B. Incest), da wird die etwa darauf folgende Abtreibung als Straferhöhungsgrund genügende Berücksichtigung finden.

²⁾ Dies ist anerkannt im Tittmann'schen Entwurf eines Strafgesetzb. für Sachsen, Art. 639 (citirt in Spangenberg l. c.; gegen Ende der Abhandlung), wonach unter obigen Voraussetzungen die Abtreibungstrafe auf ein Minimum reduziert wird (nur bis 6 Monate Gefängnis). Vgl. auch Holtzen-

Arten der Abtreibung der Leibesfrucht.

§ 5.

Das Verbrechen der Abtreibung kann so verschiedene Gestalten annehmen, so verschiedene Rechte verletzen und auf so verschiedenen Strafbarkeitsstufen stehen, dass es nothwendig ist, diesen Unterschieden in der Aufstellung besonderer Arten der Abtreibung Ausdruck zu geben.

Von den oben aufgezählten Strafbarkeitsgründen der Abtreibung ist die Verletzung des Rechts der Schwangeren auf körperliche Integrität offenbar der wichtigste; die Verletzung des aus dem Institut der Ehe entstehenden Rechts des Staates bildet einen, wenn auch nicht so wichtigen, Strafbarkeitsgrund, der auch mit Verletzung der Rechte Dritter meistens zusammenfällt. Es muss daher die Eintheilung der Arten der Abtreibung auf einen dieser Strafbarkeitsgründe basiren; es ist meines Erachtens dem Ersteren (Rechte der Schwangeren) den Vorzug zu geben, da er den grössten Einfluss auf die Sterblichkeit ausübt und auch bei dem Thatbestande am Meisten zur Sprache kommt.

Es lassen sich daher folgende Arten aufstellen:

1. Abtreibung durch die Schwangeren selbst oder durch einen Anderen mit ihrer Einwilligung.
2. Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren.

Die Schwangere begeht nur insofern eine Rechtsverletzung, als durch die Abtreibung die Rechte des Staates oder Dritter verletzt werden — was nur bei ehelicher Schwangerschaft möglich ist. Es ist, wie wir unten zeigen werden, gleichgültig, ob die Schwangere die Abtreibungshandlung selbst vornimmt, oder sie durch einen anderen auf ihr Verlangen oder mit ihrer Einwilligung

dorff Handbuch III., S. 456, Note 2. — Herbst, Handbuch des öster. Strafr. § 302 will uneheliche Conception der abgetriebenen Leibesfrucht überhaupt als einen sehr erheblichen Milderungsgrund gelten lassen, und zwar aus denselben Gründen wie bei Kindsmord. — Der öster. Entwurf eines neuen Strafgesetzb. macht einen erheblichen Unterschied in der Strafe der Schwangeren, je nachdem die abgetriebene Leibesfrucht eine eheliche war 1—4 Jahre Gef., oder eine uneheliche 4 Monat bis 1 Jahr Gef. — Vgl. v. Fabrice l. c. S. 308.

vornehmen lässt. Die Eintheilung in: Abtreibung durch die Schwangere selbst und Abtreibung durch einen Andern ist daher zu verwerfen ¹⁾).

Geschieht die Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren, so kann von einer Bestrafung der Letztern selbstverständlich nicht die Rede sein; der Andere wird aber mehr oder weniger strafbar, je nachdem eine Verletzung des Staates und Dritter (also eheliche Conception der abgetriebenen Leibesfrucht) vorliegt oder nicht.

3. Die Verletzung einer Berufspflicht, Gewohnheitsmässigkeit und gewinnsüchtige Absicht sind, wie wir oben gesehen, mehr accessorische Strafbarkeitsgründe der Abtreibung und können daher nicht eine besondere Art dieses Verbrechens begründen.

Stellung im System.

§ 6.

Die Stellung, welche der Abtreibung der Leibesfrucht im System anzuweisen ist, ist schwer zu bestimmen wegen der Verschiedenheit der durch dieselbe Handlung je nach den verschiedenen Fällen verletzten Rechte. Dass diese Frage keine müssige ist, braucht kaum einer Ausführung; selbst in einem Gesetzbuche ist die Stellung, welche einem Verbrechen angewiesen ist, nicht gleichgültig; in einer wissenschaftlichen Darstellung aber präjudicirt die dem Gegenstand angewiesene Stellung die meisten der sich auf denselben beziehenden Fragen.

Die Abtreibung der Leibesfrucht unter die vagen Verbrechen zu stellen (wie Feuerbach es thut), ist eine Umgehung der Frage. Sie der Kategorie der Verbrechen gegen das menschliche Leben

¹⁾ Diese Eintheilung wird der Fassung des Code Pénal, Art. 317, zu Grunde gelegt; der wichtige, im Willen der Schwangeren begründete, Unterschied wird verkannt. Mittermaier, im Feuerbach'schen Lehrbuch S. 627, macht die von mir verworfene Eintheilung; er nimmt jedoch die im Texte angegebene als Subdivision an. Feuerbach selbst, Lehrbuch II. Aufl. § 394, macht die meines Erachtens richtige Eintheilung. Herbst, Handb. des öster. Strafr. I. S. 301, führt die vom Gesetze gemachte Eintheilung (Abtreibung der eigenen Leibesfrucht, §§ 144—146, Abtreibung der fremden Leibesfrucht, §§ 147 und 148) auf die im Texte aufgestellte zurück.

einzureihen, wie die Meisten es thun, ist nur dann einigermaßen zu rechtfertigen, wenn man von der Verletzung der Rechte des Embryo's ausgeht; mit der oben angeführten Auffassung ist es unvereinbar.

Aus demselben Grunde, aus welchem wir oben die Eintheilung der Abtreibung auf die Verletzung der Schwangeren basirt haben, ist auch die Stellung im System nach diesem Strafbarkeitsgrunde zu bestimmen und die Abtreibung der Leibesfrucht unter die Verbrechen gegen die körperliche Unversehrtheit zu stellen. ¹⁾

Thatbestand der Abtreibung der Leibesfrucht.

Vorbemerkung.

§ 7.

Bevor wir zur Darstellung der Geschichte der Abtreibung der Leibesfrucht und zur Beleuchtung der Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen schreiten, bleibt es uns noch übrig, den Thatbestand der Abtreibung aus dem oben aufgestellten Begriff zu deduciren und die leitenden Gesichtspunkte zur Lösung der hieher gehörigen Fragen anzudeuten.

Wir werden erst die subjective Seite des Verbrechens, dann die objective Seite, endlich die Handlung, durch welche das Verbrechen begangen wird, untersuchen. Es sind, mit anderen Worten, drei Fragen zu beantworten: Von wem? (Subject). — An wem? (eigentlich woran?) (Object). — Wie wird das Verbrechen begangen? (Handlung). — Die letzte Frage muss wieder

¹⁾ So Martin, Lehrbuch des Crim.-R. § 135, freilich nachdem er von der Abtreibung das Fœtucidium (Vernichtung eines lebensfähigen Fœtus) ausgeschieden und dieses für eine Tödtung erklärt (CCC. Art. 131). Abegg, Lehrb. § 318, stellt Abtreibung unter die unbestimmten Verbrechen an die Persönlichkeit (?). Code Pénal Belge 1867 stellt Abtreibung unter die Verbrechen gegen die Familie und öffentliche Sittlichkeit. Der französische Code stellt es unter die Gesundheitsbeschädigungen.

in drei Theilfragen zerlegt werden: Was muss gewollt sein? (Wille). — Was muss gethan werden? (That). — Was muss erzielt (vollbracht) (Erfolg) werden, um den Thatbestand der Abtreibung der Leibesfrucht vollständig hervorzubringen? An jede dieser letzten Fragen werden sich Erörterungen über unvollkommene Formen des Verbrechens — Fahrlässigkeit, Beihilfe, Versuch — anreihen.

I. Subject.

§ 8.

Jeder zurechnungsfähige Mensch kann Subject einer strafbaren Abtreibung sein. Der Umstand, dass es der Ehemann der Schwangeren, oder der uneheliche Schwängerer ist, kann nur in der Strafausmessung berücksichtigt werden¹⁾. Einer näheren Erörterung bedürfen nur die Fragen: was ist erforderlich, um eine Berufspflicht zu begründen, deren Verletzung einen Strafbarkeitsgrund der Abtreibung constituirt? Dann wird die Gewohnheitsmässigkeit näher bestimmt werden.

Was die erste Frage anbetrifft, so muss man unterscheiden, ob die medicinische Kunst als ein Beruf nur mit staatlicher Erlaubniss ausgeübt werden darf, oder als ein Gewerbe einem Jeden freigestellt ist. Ist nun das Erstere der Fall, so kann kein Zweifel darüber sein, dass nur die staatlich autorisirten Aerzte, Hebammen, Apotheker u. dgl. eine Berufspflicht haben, und dieselbe verletzen können. Diejenigen, die kein Recht zur Ausübung des Berufs haben, haben auch keine Berufspflichten. Ist das Zweite der Fall, so ersetzt die Anstellung als Kreis-, Polizei- oder Spitalarzt Seitens des Staates oder einer Gemeinde, die staatliche Authorisation, denn diese Anstellung macht das Gewerbe zu einem Beruf. In dieser Anstellung drückt sich ein öffentliches Vertrauen aus, dessen Missbrauch gefährlich und

¹⁾ Dieses hebt meines Wissens nur das österreichische Strafgesetz 1852 ausdrücklich und zwar in einem besonderen Artikel 146 hervor. Dieses Gesetz macht sonst der Abtreibung durch einen andern mit Einwilligung der Schwangeren keine Erwähnung, so dass der Andere immer nur als Theilnehmer (§ 5) bestraft werden kann. Vgl. jedoch Herbst, l. c. S. 303.

unsittlich ist. Hinsichtlich derjenigen aber, die die medicinische Kunst als Gewerbe betreiben, so ist ihre Stellung im Vergleich zu den angestellten Aerzten freilich eine verschiedene; auch kann die Allen zustehende Berechtigung zur Ausübung der medicinischen Kunst nicht mit der speciellen Authorisation auf gleiche Linie gestellt werden, doch wird wegen des Vertrauens, welches sie manchmal beim Publikum geniessen, wegen ihrer ausgedehnten ärztlichen Thätigkeit, auch wegen der Hinneigung solcher Winkelärzte, ihre Stellung zu unerlaubten Zwecken zu missbrauchen, eine principielle Gleichstellung dieser Personen mit den angestellten und autorisirten Aerzten, Hebammen u. dgl. rathsam machen: der nicht zu verkennende Unterschied wird bei der Strafausmessung genügende Berücksichtigung finden¹⁾.

Aerztegehilfen, Feldscher u. dgl. sind den Aerzten in Beziehung auf ihre Berufspflicht gleichzustellen, so oft sie als solche vom Staate oder von einer Gemeinde angestellt werden; bei einem Schmid, der gelegentlich den Bauern Zähne reisst, oder einem Dorfbarbier, der Blutigel applicirt und zur Ader lässt, da kann von einem medicinischen Beruf, folglich auch von einer Berufspflicht nicht die Rede sein.

Was die Apotheker anbetrifft, so gilt dasselbe, was von den Aerzten gesagt worden, jedoch mit dem Unterschiede, dass wenn bei den Aerzten u. dgl. jede auf Abtreibung gerichtete Thätigkeit als Verletzung der Berufspflicht betrachtet werden muss, bei den Apothekern dies auf diejenige Thätigkeit beschränkt werden muss, die mit dem Apothekerberuf zusammenhängt, also z. B. Verabfolgen abtreibender Mittel. Es wird übrigens in den Fällen, wo über die Verletzung der Berufspflicht ein Zweifel obwalten könnte, meistens Gewohnheitsmässigkeit oder gewinnsüchtige Absicht vorliegen, und in Beziehung auf die Bestrafung zu demselben Ergebnisse führen.

In Beziehung auf Gewohnheitsmässigkeit ist zu bemerken, dass zur Constituirung und zum Beweise derselben weder Rückfall (frühere Verurtheilungen wegen Abtreibung) noch Wieder-

¹⁾ Vgl. die §§ 222 und 230 des D. Strafb. über fahrlässige Tödtung, resp. Körperverletzung, wo Amt, Beruf, Gewerbe gleichgestellt werden.

holung (mehrere gleichzeitig vorliegende Anklagen wegen Abtreibung) erforderlich sind. In dieser Beziehung kann dem richterlichen Ermessen freier Spielraum überlassen werden: es werden, auch ausser dem Rückfall und Wiederholung, andere Indicien, wie der Besitz einer verdächtigen Entbindungsanstalt, der öffentliche Ruf, der bei solchen Dingen der Strafbarkeit weit vorauszuweilen pflegt, die richterliche Ueberzeugung leiten und bestimmen können¹⁾.

II. Object.

§ 9.

Welches Recht durch die Abtreibung verletzt werden mag, wen man auch als beschädigt betrachtet — sei es die Schwangere, der Staat, oder gar der Fötus — so ist das materielle Object der Abtreibung, der Gegenstand, an welchem die Abtreibungshandlung vorgenommen wird, immer eine schwangere Frauensperson²⁾. Es ist unmöglich, sich den Fötus als Gegenstand der Abtreibung zu denken, schon aus dem Grunde, weil eine directe Einwirkung auf den Fötus, selbst bei mechanischen, aber noch mehr bei dynamischen (innerlichen) Abtreibungsmitteln — undenkbar ist³⁾; ausserdem, mag man dem Fötus selbst Persönlichkeitsrechte beilegen, so ist er doch natürlich eine

¹⁾ Am zweckmässigsten ist es Gewohnheitsmässigkeit und Entgeltlichkeit zum Begriffe der Gewerbmässigkeit zu vereinigen und diese als Strafbarkeits-, resp. Strafschärfungsgrund aufzustellen; so Baier. Gesetzsb., Art. 244 und die meisten Gesetzbücher in Deutschland. Vgl. v. Fabrice l. c. S. 208.

²⁾ Es entgeht uns nicht, dass der Ausdruck: „eine Schwangere ist Object der Abtreibung“, etwas sonderbar klingt; sagt man doch „Abtreibung der Leibesfrucht, Kindesabtreibung“, es wird das Kind, die Leibesfrucht und nicht die Schwangere abgetrieben. Sprachliche Rücksichten können aber der richtigen Erkenntniss keinen Eintrag thun; nehme man den lateinischen viel richtigeren Ausdruck: *abortus procuratio*, so wird jene Wunderlichkeit des Ausdruckes verschwinden; man kann sehr wohl sagen: der Abortus wird einer Schwangeren procurirt, an einer Schwangeren bewirkt, und im Gegentheil scheint es absurd zu sagen, dass der Abortus dem Foetus procurirt wird.

³⁾ Vgl. Jörg, l. c. S. 151 ff.

pars viscerum, ebenso wie die Früchte, die Blätter, Theile des Baumes sind. Will man aber einwenden, dass bei Abtreibung durch die Schwangere selbst Subject und Object zusammenfallen werden, so ist zu erwidern, dass dasselbe auch bei strafbarer Selbstverstümmelung (z. B. um sich der Militärflicht zu entziehen) der Fall ist, und doch wird Niemand sagen, dass nicht der Rekrut, sondern die einzelnen verletzten Körpertheile Objecte der strafbaren Verstümmelung sind¹⁾.

Um die Schwierigkeiten zu lösen, welche bei den verschiedenen Aberrationen des Schwangerschaftsprocesses, in Beziehung auf Tauglichkeit des Objects, entstehen können, muss man auf obige Begriffsbestimmung der Abtreibung zurückgehen.

a. Die Abtreibung ist eine Unterbrechung des Schwangerschaftsprocesses — folglich kann bei einer Frauensperson, welche eine abgestorbene Frucht im Leibe trägt, von Abtreibung keine Rede sein. Da ist der Entwicklungsprocess des Fötus schon beendet, da kann man eigentlich nicht mehr von einer Schwangerschaft sprechen.

b. Die Schwangerschaft ist ein physiologischer Process, der zur Entwicklung eines für das menschliche Leben ausgerüsteten Individuums führt — folglich ist eine Abtreibung nicht mehr möglich, wenn eine solche Aberration des Entwicklungsprocesses eingetreten ist, dass jede Hoffnung auf weitere Entwicklung und auf die Geburt eines menschlichen — wenn auch noch so schwachen — Wesens ausgeschlossen wird. Dies ist unzweifelhaft der Fall bei den sog. Molenbildungen, wo sich eigentlich nicht der Fötus, sondern die Eihäute entwickeln; aber auch bei anderen Arten von Missbildungen kann dasselbe angenommen werden, sofern obiges Requisite vorliegt. Darüber wird ein ärztliches Gutachten dem Richter Auskunft geben, natürlich wenn die ausgeworfene Leibesfrucht der Obduction vorgelegt werden kann; ist es nicht der Fall, so wird die blosse Möglichkeit, dass das Abgetriebene eine Missgeburt sein konnte, die Strafbarkeit nicht

¹⁾ Die Meisten nehmen jedoch an, die Leibesfrucht sei das Object, so Temme, Lehrb. des schweiz. Strafr. S. 540 ff.: „Die Schwangere kann nur als Object der etwa hinzutretenden Körperverletzung sein.“

ausschliessen; ist einmal die Conception nachgewiesen, so muss die Schwangere als taugliches Object der Abtreibung angesehen werden, so lange das Vorhandensein einer Missbildung nicht nachgewiesen oder wenigstens wahrscheinlich gemacht wird.

c. Eine Frauensperson, die sich nur schwanger wähnt, ist kein Object der Abtreibung; mag die Ueberzeugung von der eingetretenen Schwangerschaft auf einem blossen Wahn — was bei schuldbeuwesten unerfahrenen Mädchen wohl leicht vorkommen kann — oder auf irgend einem pathologischen Vorgange beruhen: z. B. falsche Molen, Neubildungen in der Gebärmutter, die mit keiner Conception zusammenhängen, dann Magenstörungen, Erbrechen u. dgl.¹⁾. — Eine auf Abtreibung gerichtete Handlung wird in allen diesen Fällen nicht einmal einen Versuch dieses Verbrechens constituiren. — Dass sie, wenn ohne Einwilligung der Schwangeren vorgenommen, eine strafbare Körperverletzung derselben sein kann, ist selbstverständlich.

Damit die Abtreibung der Leibesfrucht als Verletzung der Ehe bestraft werde, ist es erforderlich, dass die Schwangerschaft aus ehelichem Beischlaffe entstanden sei; aber es wird nicht jede, während der Ehe vorgenommene, Abtreibung unter diesen Strafbarkeitsgrund fallen: die vor der Ehe, oder im Ehebruch Geschwängerte wird nicht Object der Abtreibung in diesem Sinne sein können. Es können daher Schwierigkeiten entstehen in Bezug auf die Eruirung des Ursprungs der Schwangerschaft. Hier können nun die privatrechtlichen Präsuntionen nicht gelten. Es wird Sache der Angeklagten sein, wenn der eheliche Ursprung der Schwangerschaft vom Richter als wahrscheinlich angenommen werden muss, diesen eines Besseren zu belehren, und ihre

¹⁾ Spangenberg, l. c. S. 192. Mittelmaier, im Gerichtssaal 1855, S. 39 — merkwürdiger Rechtspruch aus Schletter's Annalen, 1854 Juli, S. 13. Tittmann, l. c. S. 359, nimmt dagegen Versuch an, ohne zwischen falschen und wahren Molen zu unterscheiden. Wächter, Lehrb. S. 179, nimmt auch Conat an, wenn nur eine Mola oder ein bereits todtcs Kind abgetrieben wurde. Martin, Lehrb. § 135, lässt die Frage unentschieden: „an einer vermeintlich Schwangern ist höchstens Versuch gedenkbar.“ v. Fabrice nimmt keinen strafbaren Versuch an, wenn die Thäterin sich irrthümlich für schwanger hielt. § 200. Temme, Lehrb. d. Gem. D. Strafrechts. 1876: „an einer blossen Mola oder bereits abgestorbenen Frucht ist nicht einmal Versuch möglich“.

Behauptung wenigstens zu bescheinigen: durch Hinweis auf längere Abwesenheit oder Krankheit des Mannes, auf ein in die betreffende Zeit fallendes ehebrecherisches Verhältniss u. dgl., natürlich wird dies Alles auch ex officio vom Richter untersucht werden können (im Interesse der materiellen Wahrheit); bleibt aber die Untersuchung fruchtlos, wie es fast immer der Fall sein wird, wenn sie gegen den Willen der Angeklagten geschieht, so wird sich auch der Richter dabei beruhigen und nach den allgemeinen Präsuntionen urtheilen.

III. Handlung.

Das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht wird begangen, indem Jemand ein auf Unterbrechung der Schwangerschaft gerichtetes Mittel vorsätzlich und in rechtswidriger Absicht an einer Schwangeren anwendet.

Wir müssen nun die verbrecherische Handlung in ihre Bestandtheile zerlegen, und nach dem oben angedeuteten Plane den Willen, die That und den Erfolg nach einander betrachten.

Der Wille (dolus und culpa).

§ 10.

1. Der Wille muss auf Herbeiführung des (unten näher zu bestimmenden) verbrecherischen Erfolges gerichtet sein. Diese Richtung ist nur dann denkbar, wenn das handelnde Subject von der eingetretenen Schwangerschaft Kenntniss hat. Diese Kenntniss kann bei unerfahrenen Frauenspersonen sehr oft fehlen¹⁾, so dass sie trotz ihres Zustandes, ihren gewöhnlichen Beschäftigungen obliegen, sich der gewöhnlichen Vergnügungen — z. B. Tanzen — nicht enthalten, was leicht einen Abortus zur Folge haben kann. Oder sie setzen das Unwohlsein, welches die Schwangerschaft begleitet, auf Rechnung von gewöhnlichen Magenbeschwerden u. dgl., und wenden dagegen Arzneimittel an, die

¹⁾ Vgl. Jörg, l. c. II. Cap., S. 59 ff.

einen Abortus bewirken¹⁾. Dergleichen Missgriffe sind auch Seitens eines Arztes denkbar, besonders da, wo Schwangerschaft nicht leicht zu vermuthen ist, z. B. bei einem dem Arzte als ehrbar bekannten Mädchen. Dass auch ein wirklich Schuldiger sich auf solche Unkenntniss und Irrthum berufen, und nicht leicht durch schlagende Beweise überwiesen werden kann, ist freilich klar, dies darf aber die Wissenschaft und den Gesetzgeber nicht verleiten, gefährliche Vermuthungen aufzustellen, oder fahrlässige Abtreibung desshalb als strafbar zu erklären. Der Richter wird sich, wie überhaupt bei Bestimmung des Dolus, an Indicien halten, die ihm auch hier nicht fehlen werden, z. B. früher bestandene Schwangerschaft, vorgeschrittene Schwangerschaftsperiode (wo ein Irrthum kaum mehr möglich), notorische Erfahrung des Angeklagten, endlich früher an Dritte gemachte Aeusserungen u. dgl.

Es kann aber auch vorkommen, dass ein Arzt Grund zu haben glaubt anzunehmen, die Frucht sei bereits abgestorben, oder es habe sich eine Mole gebildet u. dgl., und dass er, auf diese Voraussetzung hin, Mittel anwendet, um die Schwangere von der nunmehr gefährlichen Last zu befreien; erweist sich diese Voraussetzung als irrig, so ist dem Arzte kein Dolus, sondern bloss Culpa zu imputiren. Es liesse sich dasselbe auch von jedem Anderen, oder von der Schwangeren selbst sagen, die in der falschen Voraussetzung, die Schwangerschaft sei durch irgend einen pathologischen Vorgang vorzeitig beendet²⁾, Abtreibungsmittel angewendet hätte. Nur wird in diesem Falle der Verdacht ein viel dringenderer sein, und es wird dem Laien überhaupt schwer fallen, genügende Gründe seiner Vermuthung anzugeben und seinen Irrthum zu bescheinigen.

Unkenntniss der eingetretenen Schwangerschaft oder irrthümliche Annahme, dieselbe sei bereits auf pathologischem Wege beendet, sind nicht die ausschliesslichen Voraussetzungen einer

¹⁾ Es werden besonders sehr oft die bei Eintritt der Schwangerschaft regelmässige Unterbrechung der Menstruation als pathologisch angesehen und nun wendet man dagegen Arzneien an, die zugleich als Abortiva wirken können.

²⁾ Z. B. wenn die Bewegungen der Leibesfrucht plötzlich aufhören.

culposen Abtreibung. Der Abortus kann die Folge so mancher an sich ganz unverfänglicher Ursachen sein, z. B. schwere Arbeit, heftige physische oder Gemüthsbewegung, pathologische Zustände der Verdauungsorgane etc., selbst die meisten der als Abtreibungsmittel geltenden Substanzen haben eine so unsichere abtreibende Wirkung und können zu so verschiedenen Zwecken dienen, dass hier die Grenze zwischen dolus und culpa besonders schwer zu ziehen ist, und weniger als irgend sonst aus der Vornahme gewisser Handlungen auf dolus geschlossen werden kann.

Besonders wichtig ist bei der Abtreibung das Zusammenreffen von dolus und culpa, weil der Abortus die unbeabsichtigte Folge mancher Handlungen sein kann, die an sich verboten sind oder als Vergehen bezeichnet werden: Verabreichen oder Verwahrlosung gewisser verbotener Substanzen — es sind solche Verbote namentlich im Hinblick auf Abtreibung der Leibesfrucht vorgeschlagen worden —, Misshandlungen und Körperverletzung; ältere Gesetzgebungen haben oft diesen Fall besonders vor Augen (Mosaische Gesetzgebung) und auch neuere Gesetzgebungen machen davon Erwähnung (Russ. Strafb. Art. 1491). — Alle solche Fälle sind jetzt, nachdem die alte Lehre vom dolus indirectus als aufgegeben betrachtet werden kann, nach den allgemeinen Regeln über Verbrechensconcurrrenz zu behandeln¹⁾. Die culpose Abtreibung wird dann als culpose Körperverletzung mit dem betreffenden dolosen Verbrechen concurriren. Man hat die Strafbarkeit der fahrlässigen Abtreibung — hauptsächlich wegen der Analogie mit fahrlässiger Tödtung — behauptet; sie ist, meines Wissens, in keiner Gesetzgebung ausgesprochen, und gewiss nicht zu empfehlen. Die fahrlässige Abtreibung ist an sich immer eine fahrlässige Körperverletzung, und kann als solche an dem Thäter bestraft werden. Die Schwangere aber, die sich selbst durch Fahrlässigkeit einen Abortus verursacht, kann füglich unbestraft bleiben.

¹⁾ Ueber den Ursprung der Lehre vom dol. ind. Vgl. Ziegler, die Lehre von der Theilnahme. S. 113, Note 1.

§ 11.

Die Rechtswidrigkeit der Absicht ist neben der Richtung auf den verbrecherischen Erfolg ein nothwendiges Requisite zur Constituirung der dolosen Abtreibung¹⁾. Rechtswidrige Absicht ist aber immer anzunehmen, wenn die Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren vorgenommen wird (ausgenommen, wenn die Schwangere nicht im Stande ist, ihren Willen zu erklären, und die Abtreibung aus irgend einem der unten anzudeutenden Gründe geboten ist). Denn nicht einmal im eigenen Interesse der Schwangeren, nicht einmal um ihr Leben zu retten, darf ein so schwerer Angriff auf die körperliche Integrität ohne ihre Einwilligung gewagt werden. Willigt die Schwangere ein, so darf immer zur Abtreibung geschritten werden, wenn dies zur Erhaltung ihres Lebens oder ihrer Gesundheit nothwendig ist. Aber ausser dieser Rücksicht auf Leben und Gesundheit der Schwangeren gibt es Nichts, das die Abtreibung vollständig rechtfertigen könnte; so kann z. B. die Absicht, einer übermässigen Vermehrung der Familie vorzubeugen, als ein Rechtfertigungsgrund der Abtreibung nicht gelten; doch kann dies unter Umständen, z. B. bei sehr beschränktem Einkommen, als ein wichtiger Strafminderungsgrund bei der Strafausmessung berücksichtigt werden.

Es liessen sich freilich gegen die Aufstellung der Rechtswidrigkeit der Absicht als besonderes Erforderniss des Dolus bei der Abtreibung manche Bedenken erheben.

Schon der Umstand, dass aus dem Mangel dieses Erfordernisses nach dem eben Gesagten Straflosigkeit der Abtreibung nur in einem Falle gefolgert werden kann, möchte gegen die Zweckmässigkeit der Aufstellung dieses allgemeinen Erfordernisses sprechen. Es muss aber dieses Erforderniss trotzdem aufrecht erhalten werden, weil es sonst an jedem Anhaltspunkte fehlen würde, um das -- fast allgemein zugegebene und kaum zu be-

¹⁾ Martin, Lehrb. § 135, fordert rechtswidrige Absicht. Auch viele Andere, z. B. v. Fabrice, l. c. S. 200, Feuerbach, l. c. S. 260, fordern rechtswidrigen Vorsatz, verstehen jedoch darunter einfach die Absicht, das Kind abzutreiben. Vgl. v. Fabrice S. 209.

streitende — Recht zur sogen. künstlichen Abtreibung zu begründen. Dieses Recht kann doch offenbar nicht aus einer Abwägung des Werthes des embryonischen Lebens gegen den Werth des Lebens der Schwangeren, und nur in den seltensten Fällen aus einem Nothstande gefolgert werden.

Die Zulässigkeit des künstlichen Abortus¹⁾, Frühgeburt und Perforation²⁾ in den Fällen, wo sie nach den Regeln der medicinischen Kunst und speciell der Geburtshülfe indicirt sind, kann wohl als etwas Unbestrittenes³⁾ hingestellt werden; über die Begründung dieser Zulässigkeit aber und deren Grenzen ist lange noch keine Einigung erzielt worden. Es gibt Fälle, wo ein naturgemässer Verlauf der Schwangerschaft, resp. des Gebärces, entweder unmöglich ist, oder die Schwangere grossen Gefahren ausgesetzt, wobei auch meistens auf Erhaltung des Kindes wenig Hoffnung übrig bleibt. Ist es nun erlaubt, zur Vermeidung dieser ungewöhnlichen Gefahr, in den Schwangerschaftsprozess, resp. in den Gebärcact auf die oben angegebene Weise einzugreifen, wobei

¹⁾ Literatur bei Osenbrüggen, Casuistik d. Crim.-R., Casus X, s. auch Vorrede p. V.

²⁾ Künstlicher Abortus ist Abtreibung eines unreifen Fötus (unter 7 Monaten); dabei wird der Fötus ganz aufgeopfert. Künstliche Frühgeburt ist Einleitung der Geburt mit möglicher Schonung des schon reifen Fötus (über 7 Monate). Hier ist Hoffnung vorhanden, den Fötus zu retten. Auch für die Mutter soll die Operation weniger gefährlich sein, als die Perforation, wobei von Erhaltung des Fötus selbstverständlich keine Rede ist.

³⁾ v. Fabrice, Kindesabtreibung und Kindesmord, 1868, S. 256, verwirft den künstlichen Abortus; er beruft sich darauf, dass die von Scanzoni aufgestellten Indicationen des künstlichen Abortus (über 12 an der Zahl) von Hohl bis auf eine widerlegt wurden, und dass noch in diesem letzten Fall (Beckenenge) der Kaiserschnitt häufig möglich ist. Da also der Abortus nur in verschwindend seltenen Fällen gerechtfertigt ist, so soll der Geburtshelfer nie dazu schreiten. Ich bin nicht competent, die rein medicinische Streitfrage: wann Abortus indicirt ist, zu entscheiden. Jedenfalls kann v. Fabrice den künstl. Abortus nicht aus juristischen Gründen verwerfen; er lässt ja (a. a. O.) die unabweisbare Nothwendigkeit zu, „eine sicher tödtlich wirkende Operation an einem lebenden Kinde während der Geburt zu machen“ -- wahrscheinlich ist damit die Perforation gemeint. -- Die in der franz. Academie gegen den künstlichen Abortus etc. geltend gemachten, rein theologischen, Gründe können füglich in einer juristischen Schrift unbeachtet bleiben. Vgl. Mittermaier im Gerichtssaal 1855, Bd. II.: Ueber Versuch der Abtreibung, S. 45, Note, und Taganzew: Verbrechen gegen das Leben (in russischer Sprache), S. 285 ff.

die Leibesfrucht gänzlich oder wenigstens (bei künstlicher Frühgeburt) eventuell aufgeopfert wird?

Die Frage wird durch den Umstand complicirt, dass in vielen Fällen die sonst unmögliche Geburt durch eine freilich nicht absolut tödtliche, jedenfalls aber sehr gefährliche Operation (Kaiserschnitt) bewerkstelligt werden kann. Wodurch soll sich nun der Arzt, der zwischen Aufopferung des Kindes oder Kaiserschnitt zu wählen hat, bei seiner Wahl bestimmen lassen?

Einige geben die Zulässigkeit des künstlichen Abortus, etc. zu, weil die Mutter sich im Nothstande befinde: so Mittermaier¹⁾ Martin²⁾ Geib³⁾ auch Taganzew.⁴⁾ Nimmt man aber hier Collision zwischen Leben und Leben an, so kann der Nothstand nur höchstens die Schwangere entschuldigen, nicht aber den Arzt oder sonst einen Dritten⁵⁾. Aber selbst für die Schwangere kann ein wahrer Nothstand nicht immer angenommen werden: Nothstand liegt eben nur da vor, wo eine unmittelbare Gefahr droht; eine solche ist wohl nur in den Fällen anzunehmen wo ein überaus schweres Wochenbett der Wöchnerin tödtlich zu werden droht und nur in der Perforation Hülfe zu finden ist: der künstliche Abortus würde sich wohl nie durch Nothstand rechtfertigen lassen.

Um nun dieser Schwierigkeit auszuweichen hat man die angeblich den Menschen gleichberechtigte und gleichgeschützte Persönlichkeit des Fötus in diesem Falle über den Haufen geworfen oder jedenfalls als eine minderberechtigte hinge-

¹⁾ N. A. des Crim.-R. VIII., S. 600. Es wird freilich auch dabei, S. 590, das natürliche Rechtsgefühl, die *lex non scripta* mit angerufen.

²⁾ Lehrbuch § 115.

³⁾ Lehrbuch II., S. 223, mit reichlicher Literatur.

⁴⁾ I. c. II., S. 282 ff.

⁵⁾ Dies wird bemerkt durch Wächter, Lehrb. II., S. 120, 121. Dagegen Köstlin: Neue Revision der Grundbegriffe, S. 602 ff.; letzterer hat ganz recht, wenn man Nothstand und Nothrecht nicht unterscheidet und beides nur im Falle einer Collision zwischen ungleichen Rechten, z. B. Leben und Eigenthum, annimmt; dies ist aber n. m. A. falsch. Jemanden aus unmittelbarer Lebensgefahr auf Kosten fremden Eigenthums zu retten, dazu ist jeder Dritte berechtigt; anders wenn es auf Kosten fremden Lebens geschehen soll.

stellt. Wächter¹⁾ sieht den Fötus in diesem Collisionsfalle als eine *pars ventris*, ein Theil der Mutter gleich einem zu amputirenden Arm. Mittermaier²⁾, gleich nachdem er zugegeben, dass die Perforation als Mord eines lebenden Kindes erscheint, zieht dabei in Erwägung, dass das Kind noch ein Theil der Schwangeren ist. Jenull³⁾ bemerkt, dass die Rechtfertigung der Perforation (und dasselbe gilt gewiss auch bei dem künstlichen Abortus) bei den Prämissen, wovon man gewöhnlich ausgehe, stets misslingen müsse; und nachdem er den Unterschied zwischen dem Leben der Mutter (Schwangeren), als einem wirklichen, und dem des Embryo, als einem bloss möglichen, ausgeführt, fügt er hinzu: die Gesetzgebungen berechneten mit gutem Fug das menschliche Leben erst vom Augenblicke der Geburt an, nähmen Rechtsübertragungen durch den Embryo nicht an, und stellten Embryo keineswegs dem Morde gleich; es wäre endlich der Embryo bei der Perforationsfrage der Mutter nicht als gleichberechtigte Persönlichkeit gegenüberzustellen, weil man sonst eine Kollision erschaffen würde, die in der Natur der Sache nicht gegründet ist. Endlich Köstlin⁴⁾ stimmt mit dieser Ausführung ganz überein und rechtfertigt die Perforation durch ein nicht nur der Schwangeren sondern jedem Dritten zustehendes Nothrecht, welches durch die Kollision zweier ungleicher Rechte begründet ist.

Es mag hier nur pro memoria die Meinung von Zeillers⁵⁾ angeführt werden, der in dem uns beschäftigenden Falle einen Zustand der Nothwehr annahm. Denselben Missgriff macht Taganzew⁶⁾ der, nachdem er die Schwangere durch Nothstand

¹⁾ Lehrbuch II., S. 120, 121, er fügt hinzu: „auch dürfte dies wohl die Ueberzeugung jedes Geburtshelfers und jedes Ehemannes sein.“

²⁾ I. c. S. 600. Er vergleicht das zu perforirende Kind einem zu amputirenden Arm.

³⁾ Wagner's Zeitschrift, 1826 I., S. 313 (citirt bei Köstlin I. c.).

⁴⁾ I. c. S. 605.

⁵⁾ Wagner's Zeitschrift, 1825 II., S. 211 ff.

⁶⁾ I. c. Uebrigens fügt er einen, obwohl nicht streng juristischen, jedoch viel plausibleren Grund hinzu; es wäre nämlich eine arge Ironie des Gesetzes der Schwangeren Abortus, Perforation u. dgl. zu erlauben, und sie zugleich jeder ärztlichen Hülfe dabei zu berauben.

entschuldigt, das Recht des Arztes, die Operation auszuführen, auf Nothwehr gründet, wobei er den Fœtus einem Wahnsinnigen gleichstellt. Ganz eigenthümlich ist die Argumentation von Janouli¹⁾ er fingirt einen Vertrag, den jedes Frauenzimmer, das in den Beischlaf einwilligt, mit dem Staate eingeht, wodurch sich dieselbe verpflichtet, die Last und Gefahr der Schwangerschaft zu tragen, jedoch nur insofern als die Gefahr nicht eine unvermeidliche ist.

Ausser den hier angeführten Versuchen, die Rechtmässigkeit der Perforation etc. zu begründen, ist nur noch einer gemacht worden: die Perforation etc. gehöre zu den rechtmässigen Tödtungen.

So Holtzendorff²⁾ und Taganzew³⁾: dieser letztere vergleicht die künstliche Abtreibung mit der Ausführung eines Strafurtheils durch den Henker, Amputation eines Armes durch einen Arzt u. dgl.; es ist aber zunächst die Analogie zwischen diesen Fällen und der künstlichen Abtreibung zu beweisen; wäre aber die Zulässigkeit der letzteren in einem positiven Gesetze ausdrücklich ausgesprochen⁴⁾, so würde noch die theoretische Begründung einer solchen Bestimmung zu finden sein.

Diese Begründung wird aber nach m. A. stets misslingen, so lange man an einem selbständigen Recht des Fœtus festhält: es darf unter keiner Voraussetzung ein Leben auf Kosten eines anderen Lebens erhalten werden: wohl kann es der von Todesangst oder äusserster Hungersnoth bedrängte Schiffbrüchige ungestraft thun, nie aber wird es einem Dritten erlaubt sein, nach kaltblütig gefasstem Entschluss den Einen dem Anderen zu opfern; auch werden, wie schon oben gesagt, die Fälle wo künstliche Abtreibung und Frühgeburt indicirt ist, selten volle Analogie mit obigem Beispiel bieten. Man muss sich daher zur Begründung der Zulässigkeit der künstlichen Abtreibung auf die Rechtmässigkeit der hierbei obwaltenden Absicht stützen: diese hebt die meisten der oben aufgezählten Strafbarkeitsgründe der Abtreibung

¹⁾ Ueber Kaiserschnitt und Perforation in ger. med. Beziehung, 1834. cit. in Geib's Lehrb. II., S. 223 und Taganzew I. c. II. S. 293.

²⁾ Handbuch des Strafr. III., S. 456 ff.

³⁾ I. c. S. 295.

⁴⁾ Wie es etwa nach russischem Recht aus XIII, art. 184 a contrario gefolgert werden könnte; auch Taganzew weist darauf hin.

auf; von einer Verletzung der Ehe, der Berufspflicht, kann hier nicht die Rede sein; die Verletzung der Schwangeren ist hier ausgeschlossen, weil zur Vornahme der Operation immer die Einwilligung der Schwangeren abgewartet, und nur in dringenden Fällen vorausgesetzt werden muss¹⁾. Was die Rechte Dritter anlangt, so müssen sie vor dem Rechte der Schwangeren auf Leben zurückweichen und in dieser Hinsicht kann man sich füglich auf ein der Schwangeren und jedem Dritten zustehendes Nothrecht stützen.

Es lassen sich nun aus dem Gesagten die Gränzen und Bedingungen der Zulässigkeit des künstlichen Abortus und Perforation folgern. Der künstliche Abortus, Frühgeburt und Perforation sind Operationen, die der Arzt nur dann vornehmen darf, wenn sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst indicirt sind²⁾; der Arzt entscheidet allein und auf seine Verantwortung über die Opportunität der einen oder der andern Operation; hat er sich zur Operation entschieden, so braucht er nur die Einwilligung der Schwangeren einzuholen. Es muss nun der Arzt nicht nur auf die Erhaltung der Schwangeren, sondern auch, seiner Berufspflicht gemäss, auf die des Fœtus bedacht sein; der Conflict zwischen diesen beiden Zwecken, welcher bei der Wahl zwischen Perforation und Kaiserschnitt seinen höchsten Gipfel erreicht, macht sich auch sonst geltend; so kann der Arzt z. B. statt den Abortus zu bewirken, aus Rücksicht auf den Fœtus es auf Frühgeburt ankommen lassen, obgleich diese für die Schwangere etwas gefährlicher sein sollte als Abortus³⁾. Es lassen sich Fälle

¹⁾ Wir haben oben gesehen, dass die Einwilligung der Schwangeren unter gewöhnlichen Umständen die Strafbarkeit der Abtreibung nicht völlig aufzuheben vermag (ähnlich wie bei Einwilligung in den Tod); hier ist aber die Einwilligung selbst vollkommen gerechtfertigt. So würde die Einwilligung in die Kastration aus religiösem Fanatismus, Gewinnsucht u. dgl. den dieselbe Ausführenden nicht rechtfertigen — wohl aber, wenn die Operation zu Heilzwecken vorgenommen wird.

²⁾ Es ist aus Fabrice I. c. S. 236 zu ersehen, wie sehr die Ansichten der Geburtshelfer darüber auseinander gehen; es ist eine rein medizinische Frage, die hier nicht weiter berührt werden darf.

³⁾ Es liegt hierin keine Anerkennung eines selbständigen Rechts des Fœtus; es wird ebenso der Chirurg statt gleich zur Amputation eines verletzten Gliedes zu schreiten, dasselbe zu retten suchen, obgleich der Heilungsversuch mehr Gefahr für das Leben des Patienten mit sich bringen sollte, als eine sofortige Amputation.

denken, wo der Arzt Gründe haben wird anzunehmen, der Kaiserschnitt biete so viele Aussichten auf einen glücklichen Ausgang, dass er sich am liebsten für diese Operation entscheidet; nun darf er auch diese Operation gewiss ohne freiwilligen Consens¹⁾ der Patientin nicht vornehmen; soll er nun gegen seine Ueberzeugung zu der von der Patientin verlangten Perforation schreiten oder ruhig zusehen, wie Schwangere und Fötus zugleich zu Grunde gehen? Man kann nicht mit Mittermaier²⁾ sagen, dass der Arzt sich des Todes der Schwangeren und des Fötus durch eine strafbare Unterlassung schuldig mache, wenn er in diesem Falle die Perforation ablehnt; er würde sich ganz in derselben Lage befinden wie ein Chirurg, von welchem ein Patient, statt sich der von jenem proponirten Behandlung zu unterwerfen, eine völlig überflüssige Amputation verlangen würde; er würde volles Recht haben, den widerspenstigen Patienten seinem Schicksale zu überlassen. Noch mehr Recht wird der Geburtshelfer haben, den von der Schwangeren verlangten künstlichen Abortus durch Hinweis auf die Möglichkeit des Kaiserschnittes abzulehnen³⁾. Eine Veranlassung auf dem Kaiserschnitt zu bestehen kann einerseits darin gegeben werden, dass diese Operation für die Mutter selbst, abgesehen von der Frucht, weniger Gefahr bietet als die Entbindung auf natürlichem Wege, andererseits darin, dass die Perforation eine völlig unnütze Aufopferung des Fötus zu Gunsten eines ohnehin verlorenen mütterlichen Lebens wäre⁴⁾. Es wird aber jeder vernünftige Arzt, wenn der künstliche Abortus oder Perforation nur durch die Möglichkeit des Kaiserschnittes contraindicirt sind, den Widerspruch der Mutter als ein diese Contra-indication aufhebendes Moment betrachten, und unverzüglich zu

1) Vgl. Mittermaier, l. c. S. 604 u. 605.

2) l. c. S. 602.

3) So v. Fabrice, l. c. S. 236. Er lässt aber künstl. Frühgeburt unbedingt zu. Auch Hohl (citirt in Fabrice l. c.), der den künstl. Abortus nur dann zulässt, wenn sichere Hindernisse des Kaiserschnittes sich im Voraus erkennen lassen.

4) Schröder, Lehrb. der Geburtshülfe, S. 357 u. 358 Anm.

derjenigen Operation schreiten, die wenigstens der Mutter das Leben noch retten kann¹⁾.

Der künstliche Abortus, Frühgeburt und Perforation sind also Operationen, die, wenn sie mit der Absicht das Leben der Mutter zu retten und mit der Einwilligung derselben vorgenommen werden, durchaus zulässig sind; über die Opportunität der Operation hat der Arzt²⁾ allein zu entscheiden. Ist die Schwangere unfähig, ihren Willen auszusprechen, so darf der Arzt in dringenden Fällen diese Einwilligung voraussetzen; eine Befragung der nächsten Angehörigen der Patientin wird der Arzt in eigenem Interesse und zur Beruhigung seines Gewissens, besonders in zweifelhaften Fällen, nie unterlassen.

Es mag hier noch bemerkt werden, dass zwischen künstlicher Abtreibung und künstlicher Frühgeburt nur der juristisch erhebliche Unterschied besteht, dass bei dieser letzten Operation die Hoffnung, die beinahe reife Leibesfrucht dem Leben zu erhalten, dem Arzte vorschweben kann, die Aufopferung der Leibesfrucht daher nur eine eventuelle ist.³⁾

Wir haben bisher die Befugniss des Arztes zur Vornahme des künstlichen Abortus etc. erörtert. Was nun, wenn eine solche Operation durch einen zur Ausübung der ärztlichen Kunst nicht autorisirten, oder — soweit diess überhaupt möglich — durch die Schwangere selbst vorgenommen wird? — Es kann in diesem Falle — abgesehen von den Strafen für unbefugte Ausübung der ärztlichen Kunst — die Rechtmässigkeit der Ab-

1) Schröder, l. c. S. 343 und 347.

2) Mittermaier, l. c., betont, dass hier der Wille der Schwangeren entscheidend sein muss, er thut es jedoch, um die von ihm angeführten, zum Theil albernern Meinungen abzuweisen; seine S. 607 und 608 ausgesprochene Ansicht stimmt mit der unsrigen überein. — Herbst, Handb. des österr. Strafr., S. 304, sieht künstl. Frühgeburt und Perforation, sogar wider Wissen und Willen der Schwangeren, als erlaubt, und zwar, weil die nur vorausgesetzte Persönlichkeit des Fötus weder in strafrechtlicher noch in privatrechtlicher Beziehung der menschlichen gleichzustellen ist.

3) Dass die Prognose für den Fötus bei künstlicher Frühgeburt keine günstige ist, hat Schröder l. c. S. 335 gezeigt. Die künstl. Frühgeburt ist daher eine Operation zu Gunsten der Schwangeren. v. Fabrice begeht daher eine Inconsequenz, wenn er, nachdem er den künstl. Abortus absolut verdammt, die künstl. Frühgeburt ebenso absolut zulässt.

sicht vorausgesetzt, nur von etwaigen Fehlern bei der Beurtheilung der Indicationen zur Operation oder bei der Ausführung, die Rede sein. Es wird der Laie, was die Rechtmässigkeit der Operation anbetrifft, nicht anders zu beurtheilen sein, als der Arzt: nur dass er eine etwaige Fahrlässigkeit, falls sein Eingreifen durch das *periculum in mora* nicht gerechtfertigt war, strenger zu verantworten haben wird. So in der Theorie: eine positive gesetzliche Vorschrift, welche die Erlaubniss zur Vornahme der hier besprochenen Operationen auf autorisirte Aerzte beschränkte, würde sich gewiss aus practischen Gründen (Verhütung des Missbrauchs) rechtfertigen. Der Laie wäre alsdann wegen Uebertretung dieser Vorschrift zu bestrafen.

§ 12.

Die Richtung der Absicht auf Verletzung der Rechte des Vaters, der Verwandten oder überhaupt dritter Personen steigert bedeutend die Strafbarkeit der Abtreibung einer in der Ehe concipirten Leibesfrucht. Das Motiv zu solcher Absicht wird heute meistens die Aussicht auf eine Erbschaft sein: das *odium mariti* dagegen dürfte jetzt keine so grosse Rolle spielen, wie bei den Römern. Geschieht die Abtreibung, um eine auf das zu erwartende Kind — etwa einen *posthumus* — fallende Erbschaft an sich zu bringen, so sind selbst, wenn es gewiss sein sollte, dass es keine Dritte giebt, deren Interessen durch eine solche Wendung der Erbfolge verletzt werden, die Voraussetzungen obiger Strafschärfung vorhanden; denn einerseits ersetzt die Absicht, sich selbst einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, die Absicht einen Dritten um sein Recht zu bringen; anderseits aber kann der zukünftige Mensch, ohne Widerspruch mit dem oben Gesagten, als der Beschädigte angesehen werden.

Die That (Thäterschaft und Beihülfe).

§ 13.

Der verbrecherische Wille bethätigt sich in der Anwendung des auf Herbeiführung des widerrechtlichen Erfolges gerichteten Mittels. Wir werden zunächst die Abtreibungsmittel selbst und

deren rechtlich erhebliche Eigenthümlichkeiten, dann die Art und Weise ihrer Anwendung untersuchen. Es werden sich aus dem Letzteren der Unterschied zwischen Thäterschaft und Beihülfe, und einige Eigenthümlichkeiten der Theilnahme an der Abtreibung von selbst ergeben.

a) Als Abtreibungsmittel müssen alle Substanzen und Thätigkeiten bezeichnet werden, die nach einer genügsamen, verständigen Erfahrung *Abortus* bewirken können: dass ihre Wirkung aus den allgemeinen Ergebnissen der medicinischen Wissenschaft erklärt werden könne, ist nicht erforderlich: doch wird eine solche Erklärung die Ergebnisse der empirischen Erfahrung beleuchten und bekräftigen. Damit ist der Unterschied gegeben zwischen den wahren Abtreibungsmitteln und denjenigen, denen nur abergläubischer oder stumpfsinniger Pöbelwahn eine abortive Kraft zuschreibt. Nur nach der Anwendung eines wahren Abtreibungsmittels kann der eintretende Erfolg dem Thäter zugerechnet werden. Nur die Anwendung eines wahren Abtreibungsmittels kann bei ausbleibendem Erfolg einen strafbaren Versuch begründen. Die Abtreibungsmittel werden gewöhnlich in mechanische und dynamische eingetheilt. Zur ersten *Category* müssen ausser den eigentlich mechanischen Mitteln (nach dem Ausdrucke der *Carolina*: *Bezwang*) alle chirurgischen Mittel: Aderlass, *Punctionen*, *Pressschwamm*, auch *Einspritzungen* von scharfen Substanzen gewählt werden: zur zweiten *Category* gehören also nur die innerlichen Mittel, d. h. diejenigen, die durch den *Ernährungsapparat* dem *Organismus* mitgetheilt werden.¹⁾

Diese beiden *Categoryen* von Abtreibungsmitteln unterscheiden sich dadurch, dass nur bei den mechanischen Mitteln die

¹⁾ Es mag hier der psychischen Mittel gedacht werden: Dass eine heftige Gemüthsbewegung einen *Abortus* zur Folge haben kann, ist durch die Erfahrung erwiesen. Auch lässt sich gegen die Bestrafung einer auf solche Art bewirkten Abtreibung theoretisch nichts einwenden, sofern der *Dolus* und der *Causalzusammenhang* zwischen Mittel und Erfolg bewiesen sind. Es wird aber die Unmöglichkeit dieses Beweises in den meisten Fällen so augenscheinlich sein, dass eine umsichtige Praxis wohl selten Abtreibung durch psychische Mittel vor Gericht verhandeln oder bestrafen wird. Auch *Herbst*, l. c. S. 303; *Taganzew*, l. c. S. 275 — jedoch ohne die von mir gemachte Einschränkung.

Einwirkung auf die Genitalien (bei der Durchbohrung der Eihäute fast direct auf die Leibesfrucht) gerichtet werden kann, während die innerlichen Mittel auf die Genitalien der Schwangeren nur mittelbar, auf die Leibesfrucht selbst aber fast gar nicht wirken können. Daraus ergibt sich, dass nur unter den mechanischen Mitteln wenigstens einige auf Abtreibung direct und ausschliesslich gerichtet sind und den Abortus mit einiger Sicherheit ohne zu grosse Gefahr für die Schwangere herbeiführen können, während diess bei den dynamischen, innerlichen Mitteln gar nicht der Fall ist. Ueberhaupt haben viele medicinische Autoritäten die Ansicht ausgesprochen, dass es, ausser einigen, durch die Geburtshülfe ausgebildeten, und nur dem Accoucheur zugänglichen Abtreibungsmitteln, keine eigentlichen Abtreibungsmittel giebt: diess ist insofern richtig, als die Wirkung der meisten als Abtreibungsmittel geltenden Substanzen und mechanischen Thätigkeiten, eine völlig unsichere ist, so dass diese Substanzen in den grössten Dosen eingenommen, die Thätigkeiten (Springen, Lastentragen etc.) öfters wiederholt werden können, ohne den erwarteten Erfolg herbeizuführen. Diese Mittel können auch insofern nicht Abtreibungsmittel genannt werden, weil sie zu sehr verschiedenen Zwecken dienen können, die mit der Abtreibung gar nichts gemein haben: therapeutische Zwecke¹⁾, so fast alle innerlichen Mittel: Erwerb und Vergnügen, so Lastentragen, Tanzen u. dgl.²⁾

Die hieraus entstehenden Schwierigkeiten, den dolus aus der Art der angewendeten Mittel zu eruiren, sind schon oben angedeutet worden. Die Unsicherheit der meisten Abtreibungsmittel erschwert aber auch den Nachweis des Causalzusammenhangs zwischen Mittel und Erfolg; davon soll unten gesprochen werden. Die Unbestimmtheit und Unsicherheit eines Mittels darf aber nicht als ein Grund gelten, dasselbe aus der Liste der Abtrei-

¹⁾ Der Einwand, dass auch die meisten Gifte zu therapeutischen Zwecken gebraucht werden, lässt sich leicht widerlegen. Jedes Gift ist, je nach der Dosis, unschädlich oder heilbringend oder tödtend; bei den sogen. Abtreibungsmitteln ist es ganz anders, man kann nie sagen, welche Dosis davon Abortus sicher herbeiführen wird, und ob nicht eine mässige Dosis unter Umständen abtreibend wirkt.

²⁾ Vgl. Jörg, l. c. S. 165—190; Mittermaier, im Gerichtssaal, l. c. S. 27; v. Fabrice, S. 213 ff.

bungsmittel in juristischem Sinne gänzlich zu streichen, dasselbe für ein absolut untaugliches zu erklären: denn, wie oben gesagt, ist die blosser Möglichkeit des Erfolges genügend, um die strafrechtliche Tauglichkeit eines Mittels zu begründen.¹⁾

§ 14.

b) In der Anwendung eines Abtreibungsmittels auf das Object liegt der Kern der verbrecherischen Handlung, die nothwendige Voraussetzung der physischen Urheberchaft (Thäterschaft). Es tritt nun bei den Abtreibungsmitteln die Eigenthümlichkeit ein, dass, während die meisten mechanischen Mittel in der Regel von einem Anderen an der Schwangeren angewendet werden (Eihautstich, Aderlass, Stösse), die Anwendung der innerlichen Mittel eine Thätigkeit der Schwangeren selbst — das Einnehmen, das Herunterschlucken — erfordert. Es folgt daraus, dass eine Thäterschaft des Anderen bei der Abtreibung mit mechanischen Mitteln ebenso an einer Einwilligenden wie an einer Nichteinwilligenden möglich ist; dagegen bei der Abtreibung mit innerlichen Mitteln an einer Einwilligenden ist eine Thäterschaft des Anderen undenkbar. Die Thätigkeit dieses Anderen wird sich auf Anrathen (intellectuelle Urheberchaft resp. Beihülfe), Verschaffen, Vorbereiten der Mittel begränzen, und diess ist, nach allgemeinen Grundsätzen, nur Beihülfe; die Anwendung selbst, also die Thäterschaft, fällt auf Rechnung der einwilligenden Schwangeren, trotzdem der Andere in der Voraussetzung und mit dem Willen handelt, dass die Schwangere das Abortivmittel einnehme; denn dieselbe That (das Einnehmen des Abortivmittels) kann nicht auf Rechnung zweier Willen gesetzt werden, und hier ist der Wille der Schwangeren der unmittelbar bestimmende. Anders verhält es sich, wenn die Schwangere un-

¹⁾ Wenn man der Tauglichkeit des Mittels solche weite Gränzen steckt, so wird man wohl unbedenklich die Nichtstrafbarkeit des Versuchs mit einem untauglichen Mittel zugeben. Vgl. jedoch die von Mittermaier, l. c. S. 34, angeführte Entscheidung und seine Argumentation dagegen S. 36. v. Fabrice, l. c., sieht den Versuch mit einem „zum Zwecke unpassenden Mittel“ als strafbar an.

wissend oder gezwungen das Abortivmittel einnimmt; denn hier bestimmt der Wille des Anderen die willenlose Thätigkeit der Schwangeren.

Es ist nun angemessen, von den allgemeinen Grundsätzen hier abzusehen, damit ein, lediglich in der äusserlichen Beschaffenheit der Mittel begründeter, Unterschied in der Thätigkeit des Schuldigen keinen wesentlichen Einfluss auf die strafrechtliche Beurtheilung seiner Handlung ausübe. Darnach ist derjenige, der Alles gethan hat, was seinerseits möglich und nothwendig war, damit eine Schwangere innerliche Abtreibungsmittel einnehme (ohne intellectueller Urheber zu sein), ihr also diese Mittel angezeigt oder verschafft hat, dem Thäter gleichzustellen, und zwar

α in Beziehung auf das Strafmass,

β in Beziehung auf die Strafbarkeit;

so dass derjenige, der einer unehelich Geschwängerten Abtreibungsmittel angezeigt oder verschafft hätte, doch strafbar wäre, obgleich er, als Gehülfe an einer straflosen Abtreibung nach den allgemeinen Grundsätzen, straflos bleiben sollte.

Weiter darf aber die Gleichstellung nicht gehen, und die allgemeinen Grundsätze über Beihülfe bleiben in Kraft; so wird derjenige, der einer Einwilligenden Abtreibungsmittel dargereicht hat, doch straflos bleiben, wenn die Schwangere von dem Gebrauche dieser Mittel absteht.¹⁾

Eine ähnliche Gleichstellung ist auf Seiten der Schwangeren anzunehmen; diejenige, die in die Anwendung von (mechanischen) Mitteln durch einen Anderen einwilligt, begeht eigentlich nicht die Abtreibungshandlung, auch liegt nicht immer intellectuelle Urheberchaft vor; war aber ihr Wille so beschaffen, dass sie die Mittel selbst angewendet hätte, wenn die Mittel zur Selbstanwendung geeignet gewesen wären, so ist sie gleich einer Thäterin zu bestrafen, natürlich vorausgesetzt, dass die Anwendung der Mittel seitens des Anderen wirklich geschehe.

¹⁾ Es wird ein Fall mitgetheilt, wo die Schwangere das ihr dargereichte Abortivmittel in den Mund nahm und es gleich darauf ausspö; hier wäre nach meiner Ansicht kein Grund, den Darreicher zu bestrafen.

Liegt Verletzung einer Berufspflicht, Gewohnheitsmässigkeit oder Entgeltlichkeit vor, so ist jede Handlung, wodurch der Abtreibung Vorschub geleistet wird, genügend, um die Strafe zu verirken. Anrathen, Verschreiben, Verkauf von Abortivmitteln, Anbieten einer geheimen Entbindungsanstalt u. dgl. Damit aber nicht jede Beziehung dieser Handlungen zum Verbrechen der Abtreibung aufgehoben werde, so ist zur Bestrafung billig vorauszusetzen, dass von der angebotenen Hülfe wirklich Gebrauch gemacht worden, d. h. dass eine auf Abtreibung direct gerichtete Thätigkeit vorliegt. Es könnten ausserdem für pflichtwidrige Handlungen der Aerzte etc., disciplinarische Rüge, für das Feilhalten von Abortivmitteln polizeiliche Strafe angedroht werden.

Nicht jede auf Abtreibung gerichtete Handlung eines Arztes, Apothekers u. dgl. enthält eine Verletzung einer Berufspflicht; so wird z. B. ein Apotheker, der einer Schwangeren anrath, durch Tanzen, Reiten, übermässigen Beischlaf u. dgl. sich von ihrer Last zu entledigen, nicht wegen Verletzung seiner Berufspflicht bestraft werden, wohl aber, wenn er ein officinelles Mittel, das er nur als Apotheker besitzen durfte, behufs Abtreibung hergibt oder bereitet. Ein Arzt, der ein bereits von einem andern bestelltes Abtreibungsmittel aus der Apotheke abholt oder abholen lässt, begeht keine Verletzung seiner Berufspflicht; auch nicht, wenn er einer Schwangeren den Abortus suggerirt, ohne ihr ein bestimmtes Mittel anzurathen oder zu verschreiben; auch nicht, wenn er seine Instrumente einem Collegen zu pflichtwidrigem Gebrauch wissentlich zur Verfügung stellt. Freilich stehen diese Handlungen auf der Grenze, wo Verletzung der Berufspflicht beginnt.

Endlich ist noch die Einwilligung der Schwangeren dahin zu bestimmen, dass sie überall da anzunehmen ist, wo die Willensbeschaffenheit eine derartige ist, dass die Schwangere selbst wegen Abtreibung bestraft werden könnte. Dies ist immer der Fall, wenn die Schwangere das Abortivmittel wissentlich einnimmt, ohne dazu durch Drohungen getrieben zu sein; ferner wenn sie Abtreibungsmittel an sich ohne ernstern Widerspruch anwenden lässt. Ein solcher Widerstand, wie gegen Nothzucht, ist zur Beurkundung der Nichteinwilligung nicht erforderlich.

Was die Zeit anbetrifft, wo die Einwirkung auf das Object geschehen muss, um als Abtreibung zu gelten, so macht es nach einer Seite hin keine Schwierigkeit; sobald nämlich die Befruchtung geschehen und erkannt werden kann, da ist auch Abtreibung möglich, aber nach der andern Seite hin collidirt Abtreibung mit Kindesmord; es ist, nach unserer Begriffsbestimmung immer Abtreibung anzunehmen, so lange die Leibesfrucht noch nicht gelebt hat (eines menschlichen Lebens), wenn auch die Einwirkung während der Geburt geschehen sein sollte (Perforation). Wenn aber das Gesetz (wie D. Strfgb. § 217) von Kindesmord in der Geburt spricht, so kann es nur wohl den Sinn haben, dass in zweifelhaften Fällen, da nämlich, wo es unmöglich ist, zu bestimmen, ob die Einwirkung vor oder nach dem Anfange des Lebens geschah, eher das zweite (Kindesmord) angenommen werden müsse (also eine specielle Ausnahme von der Regel in dubio mitius).

Es ist bekanntlich sehr schwer, den Augenblick des Anfanges des menschlichen Lebens zu bestimmen. Es mag nicht rathsam sein, den gordischen Knoten durch Aufstellung eines gesetzlichen Merkmales durchzuschneiden (Athmen, Schreien, Trennung vom Mutterleibe u. dgl.). Am besten ist es das, vom ärztlichen Gutachten geleitete, richterliche Ermessen entscheiden zu lassen, um so mehr, als diejenigen Erscheinungen, die sich zu gesetzlichen Merkmalen des Lebens mehr oder weniger eignen, auch für den Arzt und den Richter bestimmend sein werden.

Der Erfolg.

§ 15.

3. Die Unterbrechung des Schwangerschaftsprocesses wird regelmässig den vorzeitigen Abgang der Leibesfrucht zur Folge haben. Dieser vorzeitige Abgang liegt aber nicht im Begriffe der Abtreibung, noch ist er zur Vollendung erforderlich¹⁾ Kommt nur die Leibesfrucht todt zur Welt, ja

¹⁾ Feuerbach, l. c. S. 260, fordert frühzeitige Geburt (vor 9 Monaten) und Tod vor oder bald nach der Geburt in Folge der frühzeitigen Geburt oder der erlittenen Misshandlungen. Martin, l. c., nimmt jede unnatürlich

ist es genügend bewiesen, dass sie todt ist und nunmehr als eine todtte Masse im Mutterleibe verweilt, so ist die Abtreibung vollendet¹⁾. Die Herbeiführung einer vorzeitigen Geburt ist so sehr für den Begriff der Abtreibung gleichgültig, dass wenn, trotz der beschleunigten Geburt, das Kind lebendig zur Welt kommt, die Abtreibung unmöglich als vollendet betrachtet werden kann; ein strafbarer Versuch würde auch nur insofern vorliegen, als das Mittel, welches geeignet war, die Geburt zu beschleunigen, regelmässig als ein zum Abortus geeignetes Mittel angenommen werden kann.

Das lebendig geborene Kind kann aber nicht lebensfähig sein; ist in solchem Falle die Abtreibung vollendet? Diese Frage hängt mit den privatrechtlichen Bestimmungen über die Bedingungen der Entstehung einer Person, und mit den strafrechtlichen Bestimmungen über Kindesmord eng zusammen²⁾. Es wäre verkehrt, in foro civili die Geburt eines menschlichen Subjects anzunehmen, und in foro criminali für die (vollendete) Verhinderung dieser Geburt zu strafen; wenn ferner die Lebensunfähigkeit des Neugeborenen weder den Thatbestand des Kindesmordes noch Vollendung der Abtreibung ausschliesst, so wird eine Frauensperson, die nach Anwendung von Abtreibungsmitteln mit einem lebensunfähigen Kinde niederkommt, und dasselbe nach der Geburt tödtet, einmal wegen vollendeter Abtreibung, und zweitens wegen Kindsmord bestraft werden können. Und umgekehrt, wenn die Geburt eines lebensunfähigen Kindes Vollendung der Abtreibung ausschliesst und kein Object des Kindesmords

frühe Entbindung als vollendete Abtreibung an; auf den Tod des Kindes soll es gar nicht ankommen. Tittmann, l. c. S. 358, fordert, dass das Kind vor der Zeit ohne Lebensfähigkeit oder todt zur Welt gekommen sei. Nach Mittermaier, l. c. S. 34, gehört zur Vollendung: Niederkunft mit einem unzeitigen, nicht lebensfähigen oder toden Kinde, oder Todt gleich nach der Geburt, als Folge der angewendeten Mittel. v. d. Bröcke, l. c. S. 75, sieht nur darauf ut fetus edatur mortuus, v. Fabrice, l. c. S. 199, fordert nur die Entbindung von einem toden oder gleich nach der Geburt wegen ungenügender Reife verstorbenen Kinde.

¹⁾ Herbst, l. S. 302, nimmt jedoch an, dass die Abtreibung, nach der eigentlichen Bedeutung des Wortes, die Ausscheidung aus dem Leibe der Mutter voraussetzt.

²⁾ Vgl. Savigny, System d. h. R. R. II., S. 61, 62 und Beil. III.

begründet, so wird in dem oben gedachten Falle die Mutter weder wegen vollendeter Abtreibung noch wegen Kindesmordes bestraft werden können.

Da nun die Lebensfähigkeit des Kindes weder zu seiner Rechtsfähigkeit noch zum Thatbestande des Kindesmords nach der gemeinen, wohl richtigen Meinung, erforderlich ist, so muss man auch annehmen, dass die Geburt eines, wenn auch lebensunfähigen, Kindes die Vollendung der Abtreibung ausschliesst, mag die Lebensunfähigkeit in der Unreife des Kindes oder in anderen Ursachen liegen¹⁾. Man muss aber nicht vergessen, dass nicht jede Lebenserscheinung Merkmal eines menschlichen Lebens ist, wenn sie sich auch an einem Theile oder an dem mehr oder weniger entwickelten Keime eines menschlichen Organismus zeigen. So sind die Palpitationen des Leichnams eines Hingerichteten keine Erscheinungen des menschlichen Lebens, auch können nicht als solche gelten alle Vorgänge, die an dem eben vom mütterlichen Leibe getrennten Fœtus beobachtet werden. Solche Lebenserscheinungen, die nicht als Anfang des menschlichen Lebens gelten können, werden sich fast immer der nicht sachverständigen Beobachtung entziehen; da, wo sie ausnahmsweise vom Arzte constatirt werden, da wird auch der Arzt über ihre Natur dem Richter Auskunft geben können, und das richterliche Ermessen wird daraufhin über das Vorhandensein eines wahren Lebens entscheiden.

Es ist ferner möglich, dass das lebendig geborene Kind in Folge der angewendeten Abortivmittel stirbt. Hier liegt eigentlich Concurrenz zwischen versuchter Abtreibung und fahrlässiger Tödtung vor. Dieser Fall dürfte aber als unpractisch ganz unberücksichtigt bleiben; er wird wohl nicht oft vorkommen und dann ist die Constatirung des Causalzusammenhanges zwischen den angewendeten Abtreibungsmitteln und dem nach der Geburt erfolgenden Tod ganz unmöglich. Die meisten Gesetzbücher, ausser dem Badischen § 251 haben daher mit

¹⁾ Tittmann, l. c. S. 359, sucht den Zeitraum zu bestimmen, in welchem der nach der Geburt erfolgende Tod der abgetriebenen Leibesfrucht noch den angewendeten Mitteln zugeschrieben werden und also als vollendete Abtreibung gelten kann; „diesen Zeitraum kann man bis dahin bestimmen, wo ein Kind in das Leben ausser der Mutter eingewohnt ist.“

Recht diesen Fall unbeachtet gelassen. Man hat jedoch darin eine Lücke des Gesetzes sehen wollen, und um sie auszufüllen, hat man diesen Fall für eine vollendete Abtreibung erklärt.¹⁾

§ 16.

Damit Vollendung angenommen werden könne, muss der Erfolg eine Folge der angewendeten Mittel sein, mit denselben im Causalzusammenhange stehen²⁾. Der Nachweis dieses Zusammenhanges ist hier fast nie mit der bei Tödtungen möglichen Sicherheit zu erbringen, es lässt sich nur in den seltensten Fällen die Kette, welche Mittel und Erfolg verbindet, an der — übrigens sehr selten aufzufindenden — abgetriebenen Leibesfrucht und an der meistens lebendigen und daher nur äusserlich zu untersuchenden Wöchnerin, verfolgen und nachweisen. Es muss daher die Annahme des Causalzusammenhanges auf Wahrscheinlichkeit beruhen. Ist aber ein taugliches Mittel angewendet worden, und der Erfolg eingetreten, so muss der Causalzusammenhang und daher Vollendung angenommen werden, so oft sich keine anderweitige Ursache nachweisen lässt, auf welche der Erfolg mit gleicher Wahrscheinlichkeit zurückgeführt werden könnte. In diesem Falle wäre keine Vollendung, sondern blos Versuch anzunehmen (vorausgesetzt dass die anderweitige Ursache nicht schon vor Anwendung der Mittel den tödtlichen Erfolg bewirkt hatte, denn es würde dann an einem tauglichen Objecte gefehlt haben), — und zwar deshalb, weil die, ausserhalb des Willens der Handelnden liegende, Ursache den Erfolg gleichsam der verbrecherischen That vorweggenommen hat; und dies ist dem Falle gleichzustellen, wo der verbrecherische Erfolg ganz ausgeblieben ist.

¹⁾ So Mittermaier, l. c. Temme, Schweiz. Strafr. S. 540.

²⁾ Dieses Erforderniss wird von den Meisten aufgestellt, jedoch Feuerbach, S. 260, fordert nur, dass der Erfolg nach einer auf die Leibesfrucht schädlich wirkenden Handlung eintrete. v. Fabrice, l. c. S. 260, fordert ausserdem, dass andere Ursachen dafür nicht nachgewiesen werden können. Spangenberg will eine absolute præsumtio juris aufstellen. Dagegen Wächter, Lehrb. S. 177. Tittmann, S. 358. v. d. Brœcke, l. c. S. 77. Herbt, S. 302, will den Tod der Frucht nicht als Erfolg der Abtreibung ansehen, wenn er die Folge des inzwischen durch die angewendeten Abtreibungsmittel verursachten Todes der Mutter ist.

Wenn auch, in Folge der Mannigfaltigkeit der Ursachen, die auf Abortus gleichzeitig wirken können, Fälle des mangelnden Causalzusammenhanges keine Seltenheit sein werden, so ist doch bei der Abtreibung das Ausbleiben des Erfolges nach doloser Anwendung von tauglichen Mitteln an einem tauglichen Object die regelmässige Voraussetzung des Versuchs. Was ist aber ein taugliches Mittel? Wir haben oben zu zeigen versucht, wie schwierig es ist, überhaupt die Frage zu beantworten: Was ist ein Abtreibungsmittel? Wenn schon das *quid?* so grosse Schwierigkeiten macht, so wird das *quale?* und *quantum?* fast gar nicht zu beantworten sein, besonders wenn wir bei ausbleibendem Erfolg gar keine Möglichkeit haben, die Wirkung des angewendeten Mittels zu constatiren und zu beurtheilen, wo das Einzige, was mit Sicherheit gesagt werden kann, ist, dass das fragliche Mittel nicht gewirkt hat. Man mag darüber einig sein, dass z. B. *secale cornutum*, *aloë* u. dgl. Abtreibungsmittel sind; wird dann jedes noch so minimale Quantum, jede beliebige Qualität ein taugliches Mittel sein? Gewiss nicht. — Welches Quantum und welche Qualität ist denn erforderlich? Hier wird man sich mit einer approximativen, durchschnittlich wahren Antwort begnügen, die im einzelnen Falle wohl selten das Richtige treffen wird und daher — ähnlich wie oben beim Causalzusammenhang — nur mit einigen Correctionen anzuwenden ist. Es wird das angewendete Mittel nur dann für tauglich angesehen und daher Versuch angenommen, wenn sich anderweitige, nicht im angewendeten Mittel selbst liegende Ursachen, denen das Ausbleiben des Erfolges zugeschrieben werden könnte, nicht nachweisen lassen. Z. B. es ist Sabina einer Schwangeren eingegeben worden; genügende Zeit hindurch hat das Mittel ungestört wirken können, und der Erfolg ist trotzdem nicht eingetreten: dann kann man Untauglichkeit des Mittels annehmen. — Oder: dasselbe Mittel ist angewendet, aber es ist ärztliche Hülfe rechtzeitig geboten worden: dann kann man das Mittel für tauglich erklären und das Ausbleiben des Erfolges auf die geleistete Hülfe zurückführen.

Die zweifelhaften Fälle, wo man sich an die oben aufgestellte Correction halten muss, werden zwar die Regel bilden: es werden

aber auch Fälle vorkommen, wo, abgesehen vom Nachweise solcher, die Wirkung des Mittels störender Nebenursachen, unbedingt Tauglichkeit resp. Untauglichkeit des angewendeten Mittels wird angenommen werden müssen.

§ 17.

Die Strafbarkeit des Versuchs der Abtreibung bildet eine sehr controversirte Streitfrage¹⁾, zunächst auf Grund der bezüglichen Bestimmung des Code pénal. Die französische Wissenschaft hat sich fast einstimmig für Strafflosigkeit des Versuchs erklärt. Mittermaier will den Versuch nur bei der Abtreibung durch die Schwangere selbst oder mit deren Einwilligung straflos lassen; liegt aber auch hier Gewohnheitsmässigkeit vor, so wird der Versuch strafbar — ohne Einwilligung der Schwangeren ist der Versuch immer strafbar.

Die für die Strafbarkeit des Versuchs geltend gemachten Gründe passen nur für den Fall, wo der Erfolg nicht eintrat; der Umstand aber, dass Versuch häufig wegen der Schwierigkeit, den Causalzusammenhang nachzuweisen, trotz des eingetretenen Erfolgs angenommen werden muss, lässt eine Bestrafung des Versuchs wünschenswerth erscheinen. Die gegen die Strafflosigkeit des Versuchs vorgebrachte Schwierigkeit der Erweisung des Thatbestandes — *dolus*, Tauglichkeit der Mittel und des Objects, — die Aussichtslosigkeit solcher Anklagen, die üblen Folgen und die Gehässigkeit einer resultatlosen leichtsinnig eröffneten Untersuchung etc. sind gewiss schätzenswerthe Winke für die Praxis. Man muss es ihr auch überlassen, den von Mittermaier vorgeschlagenen Unterschied zu machen. Es wird sich gewiss ein verständiger Staatsanwalt nicht leicht entschliessen, gegen eine Schwangere eine Anklage wegen Abtreibungsversuch zu erheben, er wird aber wohl keinen Anstand nehmen, die faule Praxis eines Winkelarztes oder einer übelberufenen Hebamme an's Licht zu ziehen, selbst wenn es sich nur um einen Abtreibungsversuch handeln sollte, und das Gesetz muss ihm die Mittel dazu bieten. Es

¹⁾ Mittermaier, im Gerichtssaal, 1855. cit. Aufsatz.

liesse sich aber noch zu Gunsten der Straflosigkeit des Abtreibungsversuchs sagen, dass gerade in dem Falle, wo eine Bestrafung am meisten erwünscht wäre — bei dem Abtreibungsversuch ohne Einwilligung der Schwangeren — der Abtreibungsversuch an sich eine Körperverletzung enthalten wird, die eine genügende Handhabe gewähren wird, um den Thäter zur Rechenschaft zu ziehen. — Dies ist aber nur ein Nothbehelf, der oft nur ungenügende Bestrafung zulassen wird und der Criminaljustiz unwürdig wäre.

Strafe der Abtreibung.

§ 18.

Die Feststellung der Strafe ist Sache der positiven Gesetzgebung, hier soll nur die Stellung der verschiedenen Arten der Abtreibung auf der Strafbarkeitsscala angedeutet werden, dann einige Concurrnzfälle und die Strafausmessungsgründe besprochen werden.

1. Die Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren ist wohl eine der schwersten denkbaren Verletzungen der körperlichen Integrität. Das Strafminimum muss daher dem der schwersten Körperverletzung gleichkommen, und das Minimum muss viel höher sein (vgl. Deutsches Strafgesetzb. § 225, 229 und 220). Das Maximum muss eine angemessene Berücksichtigung der etwa hinzukommenden Straferhöhungsgründe zulassen: Concurrnz mit Verletzung der Berufspflicht, gewinnsüchtige Absicht; dann mit den durch Abtreibung verursachten (aber nicht regelmässig und nothwendig damit verbundenen) Störungen der Gesundheit und Tod der Schwangeren. Diese werden dem Thäter entweder als culpose zugerechnet und nach den allgemeinen Concurrnzregeln in Anschlag gebracht, oder es wird für diesen Fall eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung gegeben.

2. Die Abtreibung mit Einwilligung der Schwangeren kann an dem Thäter und an der einwilligenden oder die Abtreibung selbst vornehmenden Schwangeren gleich gestraft werden. Es muss aber

entweder zwischen Maximum und Minimum ein grosser Spielraum gelassen werden, so dass der Richter die Verschiedenheit der Strafbarkeit, je nachdem die Schwangerschaft ehelichen oder ausserelichen Ursprungs war, berücksichtigen könne, oder es wäre am Besten ein verschiedenes Strafmass für diese Fälle aufzustellen; soll die unehelich Geschwängerte überhaupt bestraft werden, so soll das Minimum der Strafe möglichst niedrig gestellt werden, um die oben gezeigten Verschuldungsgrade berücksichtigen zu können. Die Strafe der Abtreibung einer in der Ehe gezeugten Leibesfrucht könnte füglich der der Kindesunterschiebung gleichkommen.

Auch könnte die Absicht, Rechte Dritter zu verletzen, eine Erbschaft zu erschleichen, überhaupt sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, in gleicher Weise berücksichtigt werden. Vgl. D. Strafgesetzb. § 169.

In der Strafausmessung wird auf Seite der Schwangeren darauf Rücksicht genommen werden, ob ihre Einwilligung sich zur intellectuellen Urheberschaft gestaltet, oder ein blosses Nachgeben in den Willen des Thäters ist; es wird sich auch die Schuld des Thäters darnach bestimmen, und ausserdem nach dem Antheil, den er an der Ausführung genommen hat; denn trotzdem Thäterschaft und Beihülfe, wegen der oben ausgeführten Besonderheit der Abtreibungsmittel, principiell einander gestellt werden, so schliesst dies eine Berücksichtigung der Unterschiede bei der Strafausmessung nicht aus.

3. Die in der Verletzung der Berufspflicht, Gewohnheitsmässigkeit etc. begründete Straferhöhung wird am Besten in einer besonderen Bestimmung angegeben werden. Die Strafbarkeit dieser Handlungen, wenn sie selbstständig zur Sprache kämen, würde ungefähr der der Kuppelei gleichkommen. Vgl. D. Strafgesetzb. § 180. Es wäre darnach die Straferhöhung zu bestimmen.

Geschichte der Abtreibung der Leibesfrucht.

I. Römisches Recht.

§ 19.

Bis zu den letzten Zeiten der Republik ist in den römischen juristischen und nicht juristischen Quellen von der Abtreibung der Leibesfrucht keine Erwähnung zu finden; das Verbrechen scheint kaum bekannt zu sein, und wenn es auch vorkam, so wurde die Sache im Familiengerichte abgethan, wobei wahrscheinlich im Falle der unehelichen Conception das Stuprum, im Falle der ehelichen Conception die verletzten Rechte des Ehegatten in erster Linie zur Sprache kamen. Dieser letzte Gesichtspunkt wird von der späteren (kaiserlichen) Gesetzgebung ausschliesslich in's Auge gefasst, so dass von einer Bestrafung der unehelich Geschwängerten nirgends die Rede ist.

Ueberall, wo von Abtreibung durch die Mutter die Rede ist — und das ist in allen direct von Abtreibung redenden Gesetzesstellen der Fall — wird als Thäterin eine Ehefrau vorausgesetzt. Der an der Schwangeren von einem Anderen bewirkte Abortus bildete nicht ein besonderes Verbrechen, konnte aber als eine Species anderer Verbrechen bestraft werden.

Es erhellt nun daraus, dass bei der Abtreibung die Römer an ein homicidium oder parricidium gar nicht dachten, dass es ihnen lediglich um die Rechte des Ehegatten oder die Integrität der Schwangeren zu thun war, von einer Gleichstellung des Fötus mit dem Menschen und von Rechten des Fötus gar nicht die Rede sein konnte. Wenn bei den Schriftstellern auch Stellen vorkommen, wo eine solche Gleichstellung ausgesprochen zu sein scheint (Juvenal Sat. VI „homines in ventre necandos“), so ist es eben nur eine poetische Fiction, eine rhetorische Form, die keinen Anspruch auf juristische Genauigkeit haben kann; hat doch Martialis selbst den männlichen Samen mit dem Menschen gleichgestellt. („Istud quod digitis, Pontice, perdis — homo est.“) Solche Beweise bedürfen keiner Widerlegung; auch konnten sie nur von den Schriftstellern der vorigen Jahrhunderte angeführt

werden, die oft mehr bemüht zu sein scheinen, ihre classische Erudition zu zeigen, als ihre Meinung mit guten Beweisen auszustatten. Es werden aber auch häufig einige Stellen aus den Classikern (Juvenal, Ovid, Seneca) zum Beweise der Straflosigkeit der Abtreibung angeführt; diese Stellen wo über die häufig von Ehefrauen aus Eitelkeit oder odium mariti vorgenommene Abtreibung geklagt wird, beweisen eben nur, dass dieses Verbrechen im Schwung war, und wenn zugleich von einer Bestrafung desselben nicht die Rede ist, so beweist das Schweigen der Autoren darüber keineswegs die principielle Straflosigkeit der Abtreibung; man könnte in unserer Zeit über die zunehmende Anzahl von Verbrechen in einem gegebenen Lande klagen, ohne dadurch eine Schwächung oder gar den Mangel einer gesetzlichen Repression behaupten zu wollen. Freilich lässt es sich bei der Ausschliesslichkeit des Anklageprincips im römischen Criminalprocess und bei der Sittenlosigkeit der damaligen Zeiten, leicht annehmen, dass, wäre auch eine Bestrafung der Abtreibung dem Gesetze nach möglich gewesen, diese doch in Praxis immer wieder ausgeblieben wäre. So sagt z. B. Cicero (pro Cluent. 32) Oppianicus habe zur Abtreibung angestiftet, und doch wurde darüber nicht gerichtlich verhandelt; es wäre aber falsch, daraus die Straflosigkeit der Abtreibung abzuleiten; denn es werden dem Oppianicus viele andere straflos gebliebene und doch jedenfalls strafbare Handlungen vorgeworfen. Wenn aber dieser positive Beweis der gesetzlichen Straflosigkeit der Abtreibung als ungenügend verworfen werden muss, so ist doch ein anderer negativer Beweis dieser Straflosigkeit vorhanden; es findet sich nämlich von einer gesetzlichen Strafandrohung gegen die Abtreibung oder von einer gerichtlichen Verfolgung wegen dieses Verbrechens in unseren Quellen keine Spur, und dieser negative Beweis genügt, um die gesetzliche Straflosigkeit der Abtreibung, abgesehen etwa von der nota censoria, und die Bestrafung im Familiengericht bis zu den letzten Zeiten der Republik anzunehmen.

§ 20.

Die erste Nachricht über eine gerichtliche Bestrafung der Abtreibung giebt uns Cicero in seiner Rede pro Cluentio cap. 32 und ff. L. 39 D. de pœnis berichtet darüber:

„Cicero in oratione pro Cluentio Avito scripsit, Milesiam quandam mulierem, quum esset¹⁾ in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partem sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnata.“

Im Munde Cicero's beweist diese Behauptung für die römische Gesetzgebung nichts; denn obgleich die Worte „quum in Asia esset“ darauf schliessen lassen, dass diese Capitalstrafe — ob es Todesstrafe war, mag dahingestellt bleiben, (l. 2 und l. 28, D. 48, 19) — vom römischen Statthalter verhängt wurde, so ist es durchaus nicht bewiesen, dass dieser sich bei Bestrafung einer Peregrina an römische Gesetze gehalten habe; im Gegentheil, wie trefflich bemerkt Rein, wären Beispiele aus der römischen Gerichtspraxis oder römische Gesetze dagewesen, so hätte doch Cicero eher diese citirt; statt sich auf die oft willkürlichen Wahrsprüche eines Provincialstatthalters zu berufen²⁾. Wir müssen daher annehmen, dass das Rescript der Imp. Severus (Sept.) und Antoninus (Caracalla), von welchem Marcianus uns berichtet (l. 4, D. de extraord. crim.) die erste gesetzliche Strafandrohung gegen die Abtreibung der Leibesfrucht war.

„Divus Severus et Antoninus rescripserunt, eam quae data abegit, a praeside in temporale exilium dandam, indignum enim videri posse, impunè eam maritum liberis fraudasse.“

Die Worte „indignum enim“ etc. deuten unzweifelhaft darauf hin, dass kein Gesetz da war, nach welchem die That hätte bestraft werden können, sonst hätten die Imperatoren einfach darauf hingewiesen, ohne weitere Gründe für ihr Rescript zu suchen.

Dieses Rescript drohte also extra ordinem das zeitweilige Exil der Ehefrau an, die ihre Leibesfrucht abtrieb.

Dieselbe Strafbestimmung enthält die schon oben citirte l. 39 de pœnis; denn es heisst nach dem oben Angeführten weiter:

¹⁾ Esset bezieht sich auf Cicero. Die Ausgabe von Schrevellius Cic. op. om. Amstel et Lugdoni 1661, hat Or. pro Cluent, S. 355 c. 11, memoria teneo milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia etc.

²⁾ Criminalrecht der Römer S. 446 ff.

³⁾ Es ist noch zu bemerken, dass nach Tacitus Annalen XIV, S. 3, Nero seine Gemahlin Octavia unter anderem auch der Abtreibung (abactus partus) beschuldigte.

„sed et si quae visceribus suis post divortium, quod prœgnans fecit, vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coercetur, ab optimis Imperatoribus nostris rescriptum est.“

Wenn man beide Theile der l. 39 de pœnis vergleicht und beiden Gesetzeskraft zuschreibt, was durch die Aufnahme in die Digesten auch für die erste Hälfte als begründet erscheinen möchte, so ergiebt sich, dass eine aus Gewinnsucht vorgenommene Abtreibung mit Capitalstrafe — wie Freherus¹⁾ annimmt, Todesstrafe — belegt werden sollte, welche Strafe — wie Freherus sich ausdrückt — in exilium temporale mitigatur für diejenige, welche ihre Leibesfrucht non alia causa quam odio mariti abtreibt. Der Hass ist aber kein so edles Motiv, als dass man dadurch eine so bedeutende Strafmilderung hätte motiviren können; viel rationeller ist es, den Anfangsworten der l. 39, mit denen Triphoninus sein Referat über das kaiserliche Rescript einleitet, die Gesetzeskraft abzusprechen. Man hat diesen Widerspruch auf den Unterschied zwischen partus animatus und inanimatus zurückgeführt; Cujacius²⁾ schwankt zwischen dieser Interpretation und der von Freherus vertheidigten; die erste aber hat am wenigsten Anspruch auf Richtigkeit, denn sie ist durch kein Wörtchen im Gesetze auch nur angedeutet; die letzte aber, die den Strafunterschied auf Verschiedenheit der Motive gründet, hat wenigstens den Wortlaut für sich. Das Rescript, auf welches sich Triphoninus (l. 39 cit.) bezieht, ist höchst wahrscheinlich das von Marcianus l. 4 D. de extraord. angeführte Rescript des Severus und Antoninus. In der Justinianischen Sammlung ergänzen sich diese Stellen gegenseitig in der Weise, dass die l. 4 de extraord. crim. die Abtreibung durante matrimonio, die l. 39 de pœnis die Abtreibung post divortium bedrohte.

§ 21.

In augenscheinlichem Widerspruch mit dem eben Gesagten und den angeführten Gesetzen (l. 4, D. 47, 11. und l. 39, D. 48, 19) steht die l. 8, D. 48, 8 (aus Ulpian's l. 33 ad edictum).

¹⁾ Parergon in Otto's Thesaurus I. p. 883.

²⁾ Obs. XIX, Cap. 9.

Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium præses provinciae exiget. Also: eine Frauensperson (l. 13, D. S. 50, 17, Mulieris appellatione etiam virgo viripotens continetur), die ihre Leibesfrucht gewaltsam abtreibt, wird mit Verbannung bestraft.

Es drängen sich hier zwei Fragen auf: 1. Sind hier die Worte Ulpian's getreu und ohne Emendation wiedergegeben und wenn es der Fall, war es die Absicht Ulpian's, mit diesen Worten die absolute Strafbarkeit jeder Schwangeren (verehelichten und unverehelichten) aufzustellen, und als Strafe des Abortus nicht zeitweiliges (temporale), sondern lebenslängliches Exil zu setzen. 2. Wie ist die Antinomie zwischen dieser Stelle und den oben citirten zu lösen?

Ad 1. Eine Emendation, so wahrscheinlich sie ist, kann nicht ohne weiteren Beweis angenommen werden; es kann aber mit grosser Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden, dass diese Stelle in dem Zusammenhange, wie sie im Werke Ulpian's stand, eine den oben citirten Stellen ganz identische Bedeutung hatte. Sie ist entnommen aus den liber 33 ad edictum.

Aus den Inscriptionen der ll. 11 und 13 D. de act. rer. amot. 22, 2 ersieht man, dass Ulpian im lib. 33 ad Edictum von der act. rer. amot., also von einem Verhältniss zwischen Mann und Frau nach dem Divortium redet, ganz wie l. 39 D. de pœnis; vide l. 17, D. 22, 2; da spricht Ulpian im lib. 30 ad Edictum auch von der act. r. amot. vid. l. 19 D. eod; diese aus Ulpian's l. 34 ad Edictum entnommene Stelle behandelt ebenfalls denselben Gegenstand; in demselben lib. 34 ad Edictum spricht Ulpian (vide ll. 1 und 3 D. de agnoscendis etc. 25, 3) von der custod. ventris nach dem divortium (vid. l. 1, § 1 et l. 3, § 1 eod. ¹⁾) In allen diesen Stellen ist das Wort „mulier“ offenbar statt des nach dem divortium nicht mehr passenden „uxor“ gebraucht und mit „Ehefrau“ zu übersetzen. Es ist auch in der Stelle, aus welcher die l. 8 D. ad l. Corn. de sic. entnommen, auch von einer Ehefrau die Rede, und es muss als Subject des hier aufgestellten Verbrechens immer eine Ehefrau gedacht werden. Was das Aus-

¹⁾ Vgl. Wieling. Jurpr. restituta. S. 279.

lassen des Wörtchens temporale (vor exilium) anbetrifft, so mag es schwer zu entscheiden sein, ob es ein Fehler eines Copisten, eine Emendation Tribonian's, oder eine Ungenauigkeit des Ulpian ist; selbst wenn wir das Letzte annehmen, so bleibt es doch sehr wahrscheinlich, dass Ulpian dasselbe Rescript im Auge hat, von welchem die lib. 39 de pœnis ausführlicher berichtet. Auf keinen Fall lässt sich diese Antinomie auf den unsinnigen und den Römern ganz fremden Unterschied zwischen Fœtus animatus und inanimatus zurückführen. Die Stellung dieser lex unter dem Titel ad l. Corn. de Sicariis (sie kann nur auf einem Erratum Tribonian's beruhen) ist kein Argument für diese Meinung, am wenigsten ist eine solche Vorstellung dem Ulpian anzudichten, der noch im l. 24 ad Edictum sagt: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum ¹⁾.

ad 2. Wenn wir also die Straflosigkeit der unehelich Geschwängerten bis auf Justinian unbedingt annehmen müssen, so entsteht die Frage, ob nicht durch die Aufnahme der Ulpian'schen Stelle in den Titel ad l. Corn. de Sicariis neues Recht geschaffen und unbedingte Strafbarkeit der Abtreibung und zwar aus dem Gesichtspunkt der Tödtung eines Menschen (dem der Fœtus also gleichgestellt wäre) von nun an angenommen werden müsste. Diese Interpretation mag formell richtig sein, weil nur auf diese Weise die lex si mulierem neben den l. 4 D. de extra-ord. und der l. 39 D. de pœnis aufrecht erhalten werden kann. Wenn wir aber den materiellen Willen des Gesetzgebers erforschen wollen, so muss die lex Si mulierem als eine blosser Wiederholung der beiden anderen angesehen und ihr also jede selbstständige Bedeutung abgesprochen werden, und zwar aus folgenden Gründen:

Erstens müsste man sonst zu dem widersinnigen Resultat kommen, dass die Abtreibung einer in der Ehe concipirten Leibesfrucht aus Hass gegen den Mann (in odium mariti) kein homicidium und weniger strafbar ist, als da, wo diese Voraussetzungen fehlen; wenn man nicht anders die l. D. 4 de extra. und l. 39 de pœnis über den Haufen werfen will, wozu kein vernünftiger Grund vorhanden.

¹⁾ l. 1, § 1 Dig. de inspiciendo ventre. 25, 4.

Zweitens lässt es sich schwer denken, dass Justinian, der seine Neuerungen sonst so ausführlich motivirt und darstellt so wichtige Aenderungen des bestehenden Rechts auf so implicitem Wege habe einführen wollen.

Justinian bestimmte in Nov. 22. 16 (diese Bestimmung wurde aufgehoben durch Nov. 117 in fine und durch die Nov. Leonis 31 wieder eingeführt), dass die Abtreibung als Ehescheidungsgrund gelten solle; in dieser Bestimmung und noch mehr in der Fassung der Nov. Leonis 31 bestätigt es sich noch einmal, dass bei dem Verbrechen der Abtreibung vorzüglich eine Ehefrau als Thäterin vorausgesetzt und nur gegen diese die Strafandrohungen gerichtet wurden; heute denkt man sich umgekehrt fast immer eine unehelich Geschwängerte als Thäterin bei der Abtreibung; so dass wir vollkommen berechtigt sind anzunehmen, dass die von einer unehelich Geschwängerten an sich selbst vollzogene Abtreibung auch nach der Justinianischen Gesetzgebung straflos war.

§ 22.

Die Frage, welchen Einfluss die Einwilligung des Mannes in die Abtreibung auf die Strafbarkeit der Schwangeren ausübte, lässt sich mit Sicherheit nicht beantworten. In praxi erledigte sich die Sache wohl damit, dass kein Kläger auftrat und die Sache verheimlicht blieb; nach dem Wortlaut der eben angeführten Gesetze aber müssen wir den Mann als den einzigen Interessirten annehmen und den Grundsatz „volenti non fit injuria“ gelten lassen. Auch die weiteren Einzelheiten dieses Verbrechens lassen sich im römischen Rechte nicht mit Bestimmtheit verfolgen, so die Frage: war auch der Versuch strafbar? Nach den heutigen Interpretationsregeln würde diese Frage nach der l. 39 de pœnis und der l. 8 ad leg. Corn. zu bejahen sein, so dass die Anwendung von Abtreibungsmitteln (ob dazu nothwendig ein gewaltsames Mittel [vim intulisse] gehörte, ist wieder zweifelhaft und eher zu verneinen) die Strafbarkeit begründet nach der l. 4 de extra. crim., dagegen wäre die Frage zu verneinen, da dort Vollendung vorausgesetzt wird. Die damaligen Richter aber würden es wahrscheinlich nicht so genau genommen haben.

War derjenige, der in den hieher gehörenden Fällen zur Abtreibung half oder dieselbe mit Einwilligung der Schwangeren vornahm, als Theilnehmer an den Verbrechen der Ehefrau strafbar? Die Frage muss nach den allgemeinen Grundsätzen über Theilnahme beantwortet werden; war die Ehefrau strafbar, wenn sie in die Abtreibung durch einen Andern eingewilligt hatte? Nach dem Wortlaut der Gesetze nicht, wohl aber nach dem Sinn.

Endlich setzte das Rescript, auf welches die drei angeführten Stellen sich beziehen, das *divortium* voraus. Die Anwendung dieser Gesetze auf eine Wittve liegt aber sehr nahe, trotzdem sie auch gegen den Wortlaut der Gesetze ist¹⁾.

§ 23.

War die Verletzung der Rechte des Ehemannes auch der Haupt-Gesichtspunkt, aus welchem die Abtreibung strafbar erschien, so kamen doch ausser den angeführten Gesetzen noch andere zur Anwendung, und zwar:

1) Die *lex aquilia* l. 37 § 22 D. ad leg. aquiliam 9. 2. Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa ejecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto.

Zunächst bezieht sich diese *lex* auf den privatrechtlichen Anspruch wegen Sachbeschädigung; *mulier* bedeutet hier: *Slavin*. Dass aber auch eine *Freie* Object dieses Verbrechens sein konnte, ergibt sich per analogiam aus ll. 5 in fine 6 und 7 pr., endlich l. 13 pr. h. t. Ist der Abortus durch ein innerliches Mittel herbeigeführt worden, so war die aquilische Klage begründet, vorausgesetzt jedoch, dass das Mittel nicht nur der Schwangeren vorgesetzt, sondern derselben beigebracht wurde, sonst war nur eine *Actio in factum* gegeben. l. 7 § 6²⁾ und l. 9 pr. § 1 h. S.³⁾.

¹⁾ Streng genommen auch gegen die Intention des Rescripts, welches die Rechte des Ehemannes vorzüglich in's Auge fasste.

²⁾ Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam præstiterit, ut qui mortis causam præstitit non Aquiliâ sed in factum actione teneatur.

³⁾ Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit Labeo distinguit, ut si quidem suis manibus supposuit videatur occidisse. Si vero dedit ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandum, quæ sententia vera est, magis enim causam mortis præstitit, quam occidit. § 1. Si quis per vim vel suasum alicui medicamentum infundit vel ore vel clystere, vel si eum unxit malo veneno l. Aquilia eum teneri.

Die hier angeführten Gesetze handeln zwar nicht von der Abtreibung, sondern von der Tödtung und Körperverletzung; es steht jedoch nichts im Wege, diese Grundsätze auf die Abtreibung — die bei den Römern nicht von den übrigen Körperverletzungen abgesondert wurde — zu übertragen.

Aus l. 5 in fine und l. 27 § 28 h. t. vgl. Collatio II. ist das Verhältniss der L. Aquilia zur Injurienklage zu ersehen. Ist der animus injuriandi da, so kann die actio injuriarum angesetzt werden und zwar ausschliesslich oder mit der Aquilischen Klage concurrirend, wenn die speciellen Voraussetzungen derselben vorhanden. Freilich ist der Abortus nirgends als Voraussetzung der Injurienklage ausdrücklich erwähnt. Doch ist sie in diesem Falle unbedenklich anzunehmen. War die Schwangere eine Freie, so war es unzweifelhaft eine injuria atrox l. 7 § 6 seq. h. t. und man konnte auch criminaliter auf extraordinäre Strafe (l. ult. h. t.) klagen; war es aber eine Sclavin, so konnte nur civiliter geklagt werden (vgl. l. 1 § 3 l. 7 l. 15 § 34. 35 l. 35 h. t.).

Die Abortivmittel gelten als mala venena; deren öffentliches Feilhalten war nach der l. 3 § 1 und 5 ad leg. Corn. strafbar.

§ 24.

Das Darreichen eines Abortivmittels war gleich dem Darreichen eines Liebestranks, mit Bergwerk- resp. mit Deportationsstrafe verpönt; war der Tod die Folge des eingenommenen Abortivmittels resp. Liebestrank, so trat die Todesstrafe für den Darreicher ohne Weiteres ein, indem hier die Gefährlichkeit und Unsittlichkeit der angewendeten Mittel, den möglicherweise fehlenden Willen zu tödten oder überhaupt zu schaden ersetzte.

Das ist der Sinn der vielbesprochenen l. 38 § 5 D. de pœnis (aus Paulus Sent. V 23 ad leg. Corneliam de Sicariis).

Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegantur: quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur.

Es haben die einzelnen Autoren einen verschiedenen Sinn den Worten „etsi dolo non faciant“ und „quia mali exempli res

est“ untergelegt; es ist wegen der Unbestimmtheit dieser Ausdrücke leicht erklärlich; unzweifelhaft weisen die Worte „etsi dolo non faciant“ auf Abwesenheit eines verbrecherischen Willens. Es ist aber nicht leicht zu ersehen, ob hier der Wille zu tödten gemeint sei — was aus dem weiter vorausgesetzten Erfolg angenommen werden könnte, und wie v. d. Bröcken und Ziegler behaupten — oder der Wille der betreffenden Person überhaupt zu schaden, was angenommen werden müsste, wenn der Trank heimlich dargereicht worden wäre.

Am wenigsten scheint uns die Ansicht Spangenberg's begründet, wonach die Worte „etsi dolo non faciant“ nur die Richtung des verbrecherischen Willens auf eine bestimmte Person ausschliessen sollten. Uns scheint, es habe der römische Jurisconsult mit diesem weitgefassten und daher auch unbestimmten Ausdrücke alle diejenigen Formen des verbrecherischen Willens ausschliessen wollen, wodurch der Thäter, abgesehen von der hier angedrohten Strafe, ohnehin einem Strafgesetze verfallen wäre, sei es wegen Giftmischerei, Gewalt, Injurien oder wie auch sonst die That sich gestalten möchte. Dass also die Absicht zu tödten hier ausgeschlossen ist, kann keinem Zweifel unterliegen, denn sonst wäre der Thäter der lex Corn. de sic et venen. selbstverständlich und offenbar verfallen¹⁾; eben so gewiss aber war die Einwilligung des den Trank Empfangenden vorausgesetzt: war der Liebes- oder Abortionstrank heimlich oder gewaltsam eingegeben worden, so war je nach Umständen des Falls die Klage de vi, oder die Aquilische und die Injurienklage begründet.

Eine ebenso weite und unbestimmte Bedeutung haben die Worte „quia mali exempli res est“; es mag hiermit auf die Gefährlichkeit der Mittel hingewiesen werden, auf die Unsittlichkeit des Zweckes — Abtreibung und Erweckung roher sinnlicher Begierden — und endlich auf die Verworfenheit der Leute, die sich mit Bereitung dieser Mittel und überhaupt mit Geheimmitteln abgeben. Meines Erachtens wird das letzte vom Gesetz-

¹⁾ Auch liesse sich dieser Wille bei dem Darreichen eines poculum amatorium nicht leicht denken.

geber hier hauptsächlich ins Auge gefasst: das Gesetz ist weder gegen Abtreibung an Einwilligenden, noch gegen die Einwirkung auf die sinnlichen Triebe gerichtet, sondern hauptsächlich gegen die artes magicae, gegen das Zauberwesen, welches schon seit den letzten punischen Kriegen gewaltsam zunahm, sich in der Vorstellung der Römer und wohl auch in der Wirklichkeit mit Giftmischerei und aller Art religiösem und sittlichem Unfug vermengte und auf welches der Gesetzgeber stets ein wachsames und besorgtes Auge gerichtet hielt.

§ 25.

Noch mehr divergirend sind die Meinungen über die Bedeutung des Wortes „homo“ in unserer Stelle „quod si eo mulier aut homo perierit.“ Am einfachsten ist es zu übersetzen: wenn dadurch eine Weibsperson (durch das Abortivmittel) oder überhaupt ein Mensch (Mann oder Weib durch den Liebestrank) getödtet — so übersetzen auch die meisten neueren Autoren¹⁾, und es ist auch meines Erachtens das Richtige; viele ältere Autoren, denen es gelegen zu sein schien, für die canonische Auffassung der Abtreibung eine Stütze auch im römischen Rechte zu finden, übersetzen „homo“ mit „Leibesfrucht“; aus der in unserer Stelle gedrohten Todesstrafe folgerten sie nun weiter, dass die Römer die Leibesfrucht mit menschlichen Rechten ausgestattet, Abtreibung mit Homicidium gleichgestellt; ja, war einmal diese Gleichstellung angenommen, so mussten angeblich die Römer auch eine beseelte Leibesfrucht von einer unbeseelten unterschieden haben, da ein homicidium an einer unbeseelten Frucht doch unmöglich ist.

Diese ganze Ausführung ist aber eben so falsch, wie die Interpretation, auf welcher sie beruht; mag man diese Interpretation auf verschiedene meist belletristische Beispiele, — hauptsächlich die Stelle des Juvenal „homines in ventre necandos“ — stützen, so gibt doch die obige Interpretation einen so logischen,

¹⁾ Luden v. Versuch, I. 128. Note 1. Rein Crim.-Ord. Römer S. 448. Ziegler nach der Theilnahme S. 113, Note 1 und mehrere Andern.

mit der ganzen Stelle so eng zusammenhängenden Sinn, dass es unmöglich ist, dem Worte „homo“ eine andere gekünstelte Bedeutung zu unterschieben; noch weniger ist es erlaubt, auf einer so zweifelhaften Interpretation sonst vollkommen unbewiesene, vielmehr der ganzen römischen Anschauung widersprechende Behauptungen aufzubauen.

Es ist übrigens zu bemerken, dass die l. 38 § 5 de poenis aus Pauli Sententiarum L. V. 23 § 14 bis auf eine unbedeutende Abweichung (mulier aut homo in den Dig. homo aut mulier bei Paulus) wörtlich abgeschrieben ist. Die Stelle würde viel besser in den Titel ad leg. corn. passen. Sie würde dann ein ganz natürliches Seitenstück zu l. 3 § 2 und 3 ad leg. corn. bilden (zu beachten ist das malo exemplo des § 2 in fine). Auch steht sie bei Paulus unter diesem Titel; in den §§ 1 bis 12 spricht Paulus vom Todtschlag und Vergiftung, in § 13 von der Castration, in § 14 von dem poculum abortionis und amatorium und dann von den sacra impia und den artes magicae, am Ende von der fahrlässigen Vergiftung durch Arznei, so dass es zweifelhaft ist, ob im Sinne des Paulus die Abtreibung eine nach Analogie der Castration zu bestrafende Körperverletzung ist oder aus dem Gesichtspunkt der artes magicae zu bestrafen ist. Dass dieses letzte das Richtige ist, ergibt sich aber aus der Zusammenstellung des poculum abortionis mit poculum amatorium, welches nach der l. 3 § 3 D. ad leg. Corn. als malum venenum galt, und unzweifelhaft nach den römischen Anschauungen zu den Zaubermitteln gerechnet wurde.

Wenn wir nun die Grundsätze des römischen Rechts über Abtreibung der Leibesfrucht kurz zusammenfassen, so ergibt sich Folgendes: Die von einer Schwangeren an sich selbst vorgenommene Abtreibung war nur als Verletzung eines familienrechtlichen Verhältnisses, also nur an Ehefrauen oder geschiedenen Ehefrauen strafbar (wahrscheinlich auch an Wittwen). Die an einer Schwangeren von einem Anderen vorgenommene Abtreibung der Leibesfrucht war als injuria strafbar (in gewissen Fällen als injuria atrox), ausserdem konnte fast in allen Fällen die aquilische Klage angestellt werden. Endlich war das öffentliche Feilhalten und jedenfalls das Darreichen eines Abortivmittels unbedingt

strafbar: concurrirte mit der letzten fahrlässige Tödtung, so trat Todesstrafe ein.

Die Abtreibung der Leibesfrucht war ein Ehescheidungsgrund.

Wenn wir bei der Bestrafung der Ehefrau nicht so ausschliesslich die Rechte des Mannes und der etwa interessirten Erben, mehr aber die sittliche und rechtliche Bedeutung der Ehe hervorheben: wenn wir ferner bei der Bestrafung des *procurator abortus* die jetzt unpractische Rücksicht auf Geheimkunst und Zauberwesen abstreifen und statt dessen die Gesundheitsbeschädigung und die Verletzung der Berufspflicht in den Vordergrund treten lassen, so hätten wir in den Bestimmungen des römischen Rechts vernünftige, für unsere Zustände passende Grundsätze über Abtreibung der Leibesfrucht; aber selbst gegen diese wenigstens unvollkommenen Grundsätze des römischen Rechts, bilden die Anschauungen des canonischen Rechts kaum einen Fortschritt.

II. Canonisches Recht.

§ 26.

In den Bestimmungen der älteren Concilien wird das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht in enge Beziehung zu den Fleischesverbrechen gebracht und mit dem Kindesmorde auf durchaus gleiche Linie gestellt.¹⁾ Es wird die Schwangere und Gebärende selbst und auch jeder Andere als Subject dieses Verbrechens gedacht; von irgend einem Unterschiede zwischen *foetus animatus* und *inanimatus* oder von einer Gradation der Strafe je nach dem Alter der Frucht ist durchaus nicht die Rede. Beides tritt zuerst auf in Regino lib. II. 66 (mit der Ueberschrift: „*Ex penitentiali*“):

Si qua mulier partum suum ante quadraginta dies in utero sponte perdiderit, annum unum poeniteat. Si vero post quadraginta dies eum occiderit, tres annos poeniteat. Si vero postquam animatus fuerit, eum perdiderit, quasi homicida poeniteat. Sed distat multum utrum pauperecula pro difficultate nutriendi, aut fornicaria causa sit, et pro sui sceleris coelandi faciat causâ.

Alle diese Bestimmungen beziehen sich aber nur auf die geistliche Busse und wurden in das *Corpus juris Can.* nicht aufgenommen.

Im *C. J. Can.* wird die Abtreibung der Leibesfrucht nur beiläufig erwähnt:

Im *Decr. Grat. Caus. II. quæst. 5 c. 20* handelt es sich darum, ob die Eisen- und Wasserprobe anzuwenden war in einem Falle, wo Kinder, die mit den Eltern in einem Bette schliefen, todt gefunden worden waren. Nachdem diese Frage verneint worden, wird hinzugefügt:

¹⁾ Regino lib. II. 63 und 64. — Bei der Synodalinquision bilden jedoch diese Verbrechen den Gegenstand zweier besonderer Fragen: Regino II. 5, Num. 5 (*Abortus*) und 6 (*Kindesmord*).

Hi autem qui probantur, vel confitentur talis reatus se noxios (scilicet liberos in lecto oppressisse) tua eos castiget moderatio: quia, si ille, qui conceptum in utero per abortum deleverit, homicida est; quanto magis qui unius saltem diei puerulum perimit, homicidam se esse excusare nequebit. Es wird hier zwischen Fœtus animatus und inanimatus gar nicht unterschieden. Dieser Unterschied wird nun eingehend und ausschliesslich behandelt im Caus. XXXII. qu. 2 c. 7, 8, 9 u. 10. Die Ueberschrift der quæstio lautet: An ea, quæ causa incontinentiæ ducitur, sit conjux appellanda. In cap. 6 wird auf die Autorität des Augustinus hin, die Frage conditionaliter bejaht. Die Ueberschrift des c. 7 lautet: „Fornicarii sunt, non conjuges, qui sterilitatis venena procurant“. Im Texte desselben Cap. heisst es, dass man zuweilen soweit geht, dass wenn die venena sterilitatis nicht geholfen, conceptos fœtus aliquo modo intra visceribus extingunt; und nun fragt Gratian, ob diejenigen, die den Abortus bewirken, homicidæ sind oder nicht. Auf Augustinus gestützt antwortet er: non est homicida qui abortum procurat, antequam anima corpori sit infusa. Es wird nun diese Thesis in Cap. 8, 9 und 10 ausgeführt und bewiesen, dass der fœtus erst dann animatus sein kann, wenn er gebildet, formatus, ist.¹⁾

In den Decretalen Gregor IX. wird die Abtreibung unter dem Titel de homicidio voluntario et casuali behandelt. (Lib. V. Tit. XII. c. 12.) Ein Pfarrer hatte ein Frauenzimmer, mit welchem er consuetudinem inhonestam contraxerat, und welches vorgab, von ihm geschwängert worden zu sein, quasi ludens bei dem Gürtel gefasst, so dass sie darauf abortirte. Darauf glaubte der Pfarrer, dem Rathe redlicher Männer folgend, sich des Gottesdienstes enthalten zu müssen; nun entscheidet der Papst Innocenz III.: quod si nondum erat vivificatus conceptus, ministrare poterit, alioquin debet ab altaris officio abstinere. In Beziehung auf die

¹⁾ Einige Excerpte daraus: Quia nondum diei potest anima viva in corpore quod sensu caret — — Anima certe, quia spiritus est, in sicco habitare non potest: idem in sanguine fertur habitare, — und Glosse dazu: In sicco id est in corpore rudi et informi. Et est argumentum pro normannis et anglicis et polonis ut possint fortiter bibere ne anima habitet in sicco. Decr. Grat. c. glossis Joh. Theuton etc. Basileæ.

Abtreibung besagt diese Stelle nur, dass wenn der Fœtus vivificatus war, so musste die Abtreibung desselben, als ein homicidium (wenn auch casuale, eigentlich culposum, vgl. c. 7 und 8 eod.) Irregularität begründen. Jedenfalls war die Entscheidung des Papstes sehr gnädig, wenn man sie der c. 5 eod. entgegenhält, wornach die Unfruchtbarmachung allein schon dem homicidium gleichgestellt wird. Uebrigens war schon das als constant vorausgesetzte Verhältniss des Pfarrers zum qu. Frauenzimmer genügend um eine schwere Ahndung dem Pfarrer zuzuziehen; davon ist aber nicht die Rede, und es wird bei der Unmöglichkeit die Vivificationsfrage objectiv zu beantworten, lediglich in das Ermessen des Pfarrers gestellt, inwiefern er seine That als ein homicidium ansehen soll¹⁾.

Man ersieht daraus wie dürftig, und zum Theil widersprechend die Bestimmungen des C. J. Can. sind: Sie wurden nun durch die damalige Wissenschaft mit denen des römischen Rechts in Verbindung gebracht²⁾, die Demarcationslinie zwischen Fœtus animatus und inanimatus — wenn auch nicht völlig übereinstimmend — festgestellt³⁾. Und so entstand die Lehre von der Abtreibung die in der C C C ihren Ausdruck fand.

¹⁾ Es erhellt übrigens aus einer Note zu dieser Stelle, dass der Prior und Fratres des Ordens, zu welchem der Pfarrer früher gehörte, sich zu Gunsten desselben bei dem Papste verwendet hatten.

²⁾ Decr. Grat. c. glossis J. Teut. etc. Caus. II. 9. 5. Consultuisti glossa per aborsum, und die daselbst citirten Stellen des C. J. Civ. Sed tamen licet (aborsus informati puerperii) secundum legem mosaicam non sit homicidium tamen puniatur l. corn. de sicco ff. ad l. corn. de sicco. Si mulierem et etiam l. Aquilia ff. ad l. aq. Si servus § Si mulier, und Gl. ad l. 4. D. 47. 11 Corp. jur. civ. cum notis Accursii etc. Lugd. 1604. Ante quadraginta dies quia ante non erat homo, postea de homicidio tenetur secundum legem Moysis vel l. pomp. de parricidiis; und Randbemerkung: mulier dans operam ad suffocandum filium quem habet in utero jam per 40. dies tenetur de homicidio, idem in quocunque alio operante.

³⁾ Den Ausgangspunkt zur Lösung dieser schwierigen Aufgabe bildete das Präcept des Leviticus (cap. 12 vers 2), wonach ein Frauenzimmer nach der Entbindung den Tempel nicht betreten sollte, und zwar 40 Tage wenn sie einen Knaben geboren hatte, 80 Tage wenn sie von einem Mädchen entbunden war. Und die Glosse (Decr. Grat. cit. p. I. dist. V) dazu: Quia tot diebus mortuus est partus ante infusionem animæ, sed fœtus femininus 80 diebus etc., und die Randbemerkung: anima maribus citius infunditur quam feminis.

§ 27.

Einen eigentlich gesetzgeberischen Ausspruch über diese Materie verdankt das Canonische Recht dem Papste Sixtus V. In einer im Jahr 1588 erschienenen Bulle¹⁾ machte sich der genannte Papst zur Aufgabe, *vetera jura partim innovando, partim ampliando*, das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht mit Strafen zu belegen, ähnlich wie dies für die Tödtung von Alters her geschehen. In einer langen Declamation gegen dies Verbrechen, (Ueberschrift: *Detestatio criminis abortus*) wovon ein Theil aus *Decret. Grat. caus. 32 qu. 2 c. 7* beinahe wörtlich abgeschrieben ist, und die auch zugleich gegen die Unfruchtbarmachung gerichtet ist, werden die Strafbarkeitsgründe der Abtreibung auseinandergesetzt. In erster Linie kommt das ewige Schicksal der ungetauften Seelen in Betracht: dann die Verletzung Gottes der um das *servitium suae creaturae* gebracht wird, und dessen schöpferische Thätigkeit vereitelt wird, es werden ferner durch das Verbrechen die Eltern ihrer Hoffnung auf Nachkommenschaft, der Fötus des Lebens beraubt, die Erde und die Welt verliert ein Wesen, das sie Ausschmücken und bewundern sollte, die Kirche endlich einen Gläubigen. Der Papst beruft sich auf die Bestimmung der sechsten Constantinopol. Synode, wonach das Geben und Einnehmen von Abortivmitteln mit den Tödtungsstrafen belegt wird, ferner auf das Concil von Lérida (Regino II. 64 siehe oben) und fügt hinzu: *omnes tam Ecclesiasticae quam prophanae leges gravibus poenis afficiunt eos, qui in utero matris puerperium interimunt, aut ne mulieres concipiant, sive ut conceptos foetus ejiciant, nefarie machinantur.* Es wird nun bestimmt, dass

Es wurde aber von diesem Unterschied zwischen männlichem und weiblichem Fötus abgesehen, und nach dem Vorgange der Accursischen Glosse zum Röm. R. ein gemeinschaftlicher Termin aufgestellt, welcher bald der 40., bald der 80., bald der 90. Tag nach der Empfängnis war. Wächter, Lehrb. S. 176. Auch in Arist. I. 7 de animal. c. 3, fand man einen Anhaltspunkt. Freilich spricht Aristoteles nicht von der Beseeung des Fötus, sondern von den Bewegungen, die sich bei einem männlichen Fötus am 40., bei den weiblichen am 90. Tage nach der Schwangerschaft einstellen sollen. Siehe Böhmer, *jus eccl. prot. Lib. V., Tit. X. § 37.*

¹⁾ Bullarium magnum Lugd. 1655. T. II. p. 648.

die Abtreibung, von wem und mit welchen Mitteln sie auch bewerkstelligt wird, an dem Thäter und an der Schwangeren, mögen sie *per se* oder *per interpositas personas* gehandelt haben, möge der Fötus *animatus* und *formatus* gewesen sein, oder nicht, wenn nur der Abortus wirklich die Folge der angewendeten Mittel war, immer mit den, gegen die wahre dolose Tödtung in den canonischen und Civilgesetzen bestimmten Strafen belegt werden¹⁾.

§ 5. Dieselben Strafen werden gedroht denjenigen *qui sterilitatis potiones propinaverint et quominus foetum concipiant impedimentum proestiterint — ac mulieres ipsis quoque eadem pocula sponte ac scienter sumpserint.* — Es handelt sich hier also nicht um Unfruchtbarmachung im gew. Sinne, worunter besonders die Castration verstanden wird, sondern lediglich um die mehr oder weniger vorübergehende Verhinderung der Conception²⁾.

Drei Jahre später (1591) wurde diese Bulle durch Papst Gregor XIV³⁾ (abgesehen von einer sich ausschliesslich auf das *forum conscientiae* beziehenden Bestimmung) dahin abgeändert, dass die Abtreibung eines Fötus *inanimis* (wohl gleichbedeutend mit *informatus* und *inanimatus*), und die Unfruchtbarmachung (des Weibes) *ad terminos juris communis, ac sacrorum canonum, et concilii Tridentini dispositionem* zurückgeführt werden.

Was damit eigentlich gemeint sei, ist schwer zu sagen, da in den Bestimmungen des Tridentinischen Concils meines Wissens über Abtreibung Nichts zu finden ist, die älteren Concilien den Unterschied zwischen Fötus *animatus* und *inanimatus* nicht kennen, im *Corp. jur. Can.* aber, von den drei hievon redenden Stellen eine jenen Unterschied ignorirt, und die Unfrucht-

¹⁾ Es wird jedoch nicht gesagt, dass die Abtreibung eine Tödtung sei, es wird im Gegentheil am Ende des § hinzugefügt: *ipsasque penas, leges et const. (scilicet contra homicidas) ad casus praefatos (scilicet abortus procur.) extendimus.*

²⁾ Conf. über Unfruchtbarmachung. *Decretal. V., 12. 5.* Die übrigen §§ der Bulle enthalten geistliche Strafen der Abtreibung (Inhabilität und Privation der Beneficien, Excommunication und Bestimmungen formellen Inhaltes; bemerkenswerth ist § 7 (der die Excommunication androht) wegen der sorgfältigen Aufzählung aller Formen der Urheberschaft und Beihülfe zu diesem Verbrechen, die übrigens in Beziehung auf Bestrafung ganz einander gleichgestellt werden.

³⁾ Bullarium magnum, T. II, p. 709.

barmachung in Decretal. V. 12. 5. ausdrücklich dem Homicidium gleichgestellt ist. Es wurde aber allgemein angenommen — dem Geist der Milde, welcher in der fraglichen Bulle vorherrscht, entsprechend — es wäre damit der Unterschied zwischen *Fœtus animatus* und *inanimatus* wieder eingeführt worden.

§ 28.

Eine übermässige Beeinflussung der Strafbarkeit der Abtreibung durch die Rücksicht dieses Verbrechen stehe in enger Beziehung zu der — vom Can. Recht besonders verabscheuten — Unzucht¹⁾; eine im Strafrecht durchaus unzulässige Rücksicht auf das ewige Schicksal der Fœtusseele; dann — als Corollaire zu der Ansicht von einer dem Fœtus inwohnenden menschlichen Seele — Gleichstellung des noch nicht geborenen Menschen mit dem lebendigen²⁾; endlich die unsinnige Unterscheidung zwischen *Fœtus animatus* und *inanimatus*³⁾; das sind die Anschauungen welche die Bestimmungen des Can. Rechts über Abtreibung beherrschen.

Wir sind weit entfernt die Erhabenheit jenes religiösen Gedankens über die materialistische, so zu sagen anatomische Anschauung der Römer über den fötalen Zustand zu verkennen: es wird aber jeder zugeben, dass es nicht Sache der Criminal-

¹⁾ In der Ehe wird die Abtreibung verabscheut, weil sie den eigentlichen Zweck der Ehe — Procreirung von Kindern — der Befriedigung sinnlicher Begierde unterordnet. Decr. Grat. c. 32 qu. 2; — ausserhalb der Ehe, weil sie die Folgen der Unzucht verwischt und sie dadurch begünstigt.

²⁾ Diese Anschauung wurde von den Kirchenvätern zur Geltung gebracht. Spangenberg, l. c. S. 32. Characteristisch ist der Ausspruch des Tertulian: *homicidii festinatio est prohibere nosci, homo est et qui futurus est et fructus omnis jam in semine (!) est.*

³⁾ Die Geschichte dieser Unterscheidung bei Walch de genuino fonte distinctionis inter fœt. anim. et inanim. Er lässt sich übrigens die Nützlichkeit dieser Unterscheidung nicht in Abrede stellen, indem sie als corrigens zu den übrigen Anschauungen diene. Dadurch wurde die principielle Gleichstellung der Abtreibung mit homicidium in praxi sehr oft, beinahe immer unschädlich gemacht.

rechtswissenschaft, noch weniger der Criminalgesetzgebung ist, sich mit solchen Dingen zu befassen: es müssten sonst die Unterthanen eines Staates ein verschiedenes Strafrecht haben, je nachdem sie sich zu dieser oder jener Religion bekennen: — es kann daher eine, auf speciell christlicher Anschauung beruhende Strafbestimmung für den heutigen Staat nicht massgebend sein. Es lässt sich auch nicht in Abrede stellen, dass die sittlichen Bestrebungen der Kirche und des Can. Rechts ihrer Zeit viel Gutes geschaffen haben, und auch heute Anerkennung und, soweit thunlich, Berücksichtigung und Förderung verdienen. Das Strafrecht ist aber nicht dazu da, um die Sittlichkeit zu fördern, sondern um Rechte — besser das Recht — zu wahren: nur dieser Zweck ist für die Bestimmung der Strafe — extensiv und intensiv — massgebend; die Wahrung des Rechtes wird die Sittlichkeit fördern; aber die unmittelbare Verfolgung dieses Zweckes muss der erziehenden Strafthätigkeit der Familie, der Schule und der Kirche überlassen werden; die vergeltende Strafthätigkeit des Staats, würde nothwendig dadurch auf die Irrwege verleitet werden, auf denen die Criminaljustiz so lange Zeit befangen war — und zwar wieder Dank dem ungebührlichen Einflusse der Kirche und des Can. Rechts auf die weltliche Strafgesetzgebung.

Und doch stehen die heutigen Gesetzgebungen und die Wissenschaft — was das Verbrechen der Abtreibung anbetrifft — auf Canonischem Boden. Selbst die Unterscheidung zwischen *Fœtus animatus* und *inanimatus* spuckte noch lange in verschiedenen Gestalten fort — ob der Carolina oder dem Can. Recht zu Ehren, ist zweifelhaft — nachdem sie nach dem Zeugnisse der sinnlichen Beobachtung der Thatsachen für unstichhaltig erklärt worden, ja, nachdem man erkannt hatte, dass sie sich in das Can. Recht in Folge eines Missverständnisses, einer misslungenen Uebersetzung einer Bibelstelle, eingeschlichen hatte. Man hat freilich manche Fragen dem heutigen Standpunkte der Criminalgesetzgebung und Wissenschaft gemäss, — und dem eingenommenen Gesichtspunkte über Abtreibung zuwider — entschieden: Feststellung des Strafmasses, Einfluss der Einwilligung der Schwangeren auf die Strafbarkeit, Zulässigkeit der künstlichen Abtreibung etc.; man hat aber vorgezogen die ärgsten Inconse-

quenzen zu begehen als das Princip selbst aufzugeben. Da kann man freilich mit Böhmer sagen: *quis crederet, auctoritatem juris canonici, etiam insipida narrantis et referentis, in materiâ criminali in tantum valuisse, ut legislatores instar piaculi duxerint ejus commenta spuriasque doctrinas deserere*¹⁾.

²⁾ Böhmer, Diss. de cœde infantum in utero S. 33. Diese Worte Böhmers gelten hier der *distinctio inter fœt. anim. et inanim.* Siehe auch J. H. Böhmer, Jus. eccl. prot., Lib. V., Tit. X., § 39.

III. Germanisches und gemeines Deutsches Recht.

§ 29.

Was bei der Betrachtung des in den *Leges Barbarorum* niedergelegten Strafrechts am Meisten auffällt, ist die ausschliessliche Rücksicht auf den durch das Verbrechen verursachten Schaden und dessen Vergütung, sei es dem Beschädigten selbst, sei es dessen Angehörigen. Selbst die an den König oder an die Kirche zu zahlende Busse hat den Character eines Schadenersatzes. Einen Rechtszustand, der durch jene Gesetzbücher ausschliesslich geregelt wäre, können wir uns gar nicht denken; wir müssen nothwendig annehmen, dass neben diesen Rechtsatzungen eine freie Rechtsüberzeugung — wovon freilich keine Aufzeichnung und kaum einige Spuren auf uns gekommen sind — Geltung halte, und in den Volksgerichten — besonders innerhalb der Gemeinde — und in dem Familiengerichte zur Anwendung kam. Es wäre daher ganz falsch, aus den bezüglichen Satzungen der *Leges Barbarorum* auf die wirkliche Rechtsüberzeugung und den Rechtszustand in Beziehung auf die Abtreibung der Leibesfrucht bei den Germanen schliessen zu wollen. Gerade dieses Verbrechen liess am Wenigsten eine Erledigung mit einer Busse zu; gewiss viel weniger als diess bei Diebstahl, Körperverletzung und Injurie der Fall war, welche Verbrechen auch einen so breiten Platz in jenen Bussentaxen einnehmen.

Ich will daher nur Einiges hervorheben, indem ich darauf verzichte, diese Bestimmungen in ein zusammenhängendes System zu bringen, oder darin einen gemeinsamen leitenden Gedanken zu finden.

Die Lex Visigothorum ausgenommen¹⁾, ist von der Schwangeren, die ihre Leibesfrucht selbst abtreibt, nirgends die Rede; auch ihre Einwilligung oder Nichteinwilligung in die Abtreibung durch einen Anderen kommt gar nicht in Betracht, und scheint die Nichteinwilligung überall vorausgesetzt zu sein.²⁾ Auch wird als Mittel der Abtreibung immer eine Gewaltthätigkeit gedacht. Der Werth des Fœtus ist sehr verschieden geschätzt; im Verhältniss zum Werthe der Mutter ist er nach Longobardischem Recht die Hälfte¹⁾, nach Lex Salica und Lex Ripuar $\frac{1}{6}$. Merkwürdig ist es, dass diese letzten Leges den partus mit einem Kinde, das noch keinen Namen hat, auf gleiche Linie stellen. Das Wergeld des partus wird zu dem der Mutter zugeschlagen, wenn diese stirbt, und zwar einerlei, ob der Tod der Mutter die Folge des Abortus ist, oder ob umgekehrt der Untergang des Fœtus die Folge der Tödtung der Mutter ist.²⁾ Ganz eigenthümlich ist die Lex Bajoariorum: Si quis liberæ mulieri ictu quolibet abortum fecerit, si mulier mortua fuerit, tanquam homicida

¹⁾ Spang, im N. Archiv, S. 12 und 13. Siehe auch Osenbrüggen, Alamannisches Strafrecht im deutschen Mittelalter, S. 228, und Strafrecht der Longobarden. S. 71.

²⁾ Es mag aber die Busse zur Anwendung gekommen sein, wenn die Schwangere wohl eingewilligt hatte, aber ihr Ehemann oder Herr sich dadurch verletzt erklärte.

¹⁾ Conf. Osenbr. Strafr. der Long., S. 71.

²⁾ Leges Francorum Sal. et Rip. ed. Eccardi. Francof. et Lips. 1720. S. 58, Tit. XXVIII, 4 und 5. Vgl. aber wegen des Wergeldes und der Gleichstellung mit dem infans antequam nomen habeat: Lex Salica, herausg. v. Behrend, Berlin 1874, S. 28. Auf S. 113 der Eccard'schen Ausgabe findet sich Tit. LXXV: De muliere gravida occisa: Si quis mulierem gravidam occiderit. — — — DC solid. culpabilis judicetur, et si probatum fuerit quod partus ille puer fuerit, simili conditione pro ipso puero DC sol. culp. judic. Die darauf folgenden Bestimmungen über das Wergeld der Frauen (CC sol. bis zur Mannbarkeit und nach 60 Jahren quando jam partum amplius habere non potuerit und DC in der Zwischenzeit) stimmen mit denen des Tit. XXVIII überein. S. 137, Tit. LXXVI des pact. Leg. salicæ ex M. Sto.: Da wird für Misshandlung einer Schwangeren CC sol., wenn Abortus erfolgt DC sol., wenn auch die Schwangere darauf stirbt DCCCC sol. gesetzt, — da wird der fœtus überall pecus genannt. Ich verzichte darauf, jene Differenzen auszugleichen. Die im Texte angenommene Satzung wird bestätigt durch Epilogus XXIX, S. 116 Eccard, und septem causas V de solidis C. 3, recapitulatio a. 29 und b. 32, S. 130, 133 und 134 ed. Behrend. Für L. Ripuar. Siehe Eccard, S. 217 unten.

teneatur: (bis LXXX. Sol. für einen Freien, das Doppelte für eine Freie quia femina se armis defendere nequivit). Si autem tantum partus ejus extinguitur, qui nondum vivere inciperat, XX solidis componat. Si autem jam vivens fuerit Vueregildum persolvat, id est LIIII Solidos et tremissem. Si abortum fecerit, inprimis XII Solidos cogatur exsolvere, deinde et posteri singulis annis singulos solidos solvant usque in septimam propinquitatem de patre in filio quia (anima) sine sacramento regenerationis abortivo modo tradita est inferis. Si autem ancilla à quâcunque personâ debilitatem passa fuerit, aut abortum fecerit si adhuc infans vivus non fuit IV solid. componat; si autem jam vivus fuerit X¹⁾. (Das Wergeld des Slaven ist XXX sol.)

Hier ist der Einfluss christlicher Anschauungen und cano-nischer Satzungen nicht zu verkennen, und doch steht die L. Bajoar durchaus auf der gleichen Stufe mit den anderen Leges Barb. Von der Bestrafung der Schwangeren ist nicht die Rede; auch ist der Werth des Fœtus selbst, wenn er schon lebendig war, auf ungefähr $\frac{1}{3}$ des vollen Wergeldes gesetzt. Auch ist das Verhältniss der fortdauernden Busse zum Wergeld ganz unklar; ist sie an Stelle des Wergeldes getreten (es ist nicht unwahrscheinlich, dass sie durch ein späteres Gesetz eingeführt wurde, neben welchem das alte mit in die Gesetzsammlung aufgenommen wurde) oder war sie neben dem Wergelde zu entrichten? War dabei auf das Alter des Fœtus (ob schon vivus oder nicht) Rücksicht genommen? War sie endlich für Abortus an einer Slavin zu entrichten? Das Letzte ist eher zu verneinen, obgleich es in sonderbarem Contrast steht mit der rein christlichen Anschauung, die der fortdauernden Busse zu Grunde liegt²⁾.

¹⁾ Leges Riboar. Bajoariorumq. etc. Basil. 1530, S. 41, 44 und 42. In Pertz. Monum. T. XV, S. 301 findet sich vor dem citirten unter No. 18. Si quis mulier quæ (alii) potionem dederit ut avorsum faceret: si ancilla est 200 flagella suscipiat, et si ingenna careat libertatem servitio deputanda cui dux jusserit. — Auch weichen die Texte bei Bestimmung des Wergeldes von einander ab.

²⁾ Der letzte Satz des Citates kann nicht grammaticalisch interpretirt werden: die Worte fecerit und componat können sich auf ancilla nicht beziehen. Es folgen einige Auszüge aus den Leg. Barb.: L. Alam. Carolina in Pertz Monum. T. XV, S. 160, cap. 77:

Si qua mulier gravida fuerit et per factum alterius infans natus mortuus fuerit aut si vivus natus fuerit et octo dies non vivit, cui imputatum fuerit

§ 30.

Die in den *Leges Barbarorum* niedergelegten Anschauungen über Abtreibung der Leibesfrucht blieben ohne jeglichen Einfluss auf die spätere Geschichte dieses Verbrechens. Die weitere Entwicklung ruhte ausschliesslich auf den vom can. Recht entworfenen Grundlagen¹⁾; selbst das römische Recht wurde nach canonischen Grundsätzen interpretirt und — wenn auch gewaltsam — mit diesen in Einklang gebracht. Auch wurden die Grundsätze des can. Rechts bis zur letzten — vom Gesetzgeber wohl nicht gehabten Consequenz getrieben; nachdem der Fœtus in Beziehung auf den rechtlichen Schutz gegen Verletzungen dem lebendigen Menschen gleichgestellt worden, blieb nichts mehr übrig, als ihm die gebührende Stelle in der Familie anzuweisen, und die in der Nähe der Verwandtschaft zwischen dem Mörder und dem Ermordeten begründete Strafbarkeitserhöhung auch auf die Abtreibung der Leibesfrucht auszudehnen. Dies wurde schon in der Glosse zu der oben citirten l. 4 D. de extraord. crim. 47, 11 angedeutet; charakteristisch ist das *Raisonnement* des Solorzano (in *Otto. Thesaurus* V. p. 1083): nachdem er die Behandlung der Ab-

40 solidos solvat aut cum XII mediis electis juret. Cap. 91 S. 166 eod. Si quis mulieri pregnantis abortivum fecerit ita ut jam cognoscere possit utrum vir an femina fuit si vir debuit esse cum 12 sol. componat: si autem femina, cum 24. Si nec utrum cognoscere potest et jam non formatus in lineamenta corporis, cum 22 solidis componat. Si amplius requirit, cum sacramentalibus suis se idoneat.

L. Frisionum. Pertz, cit. S. 663, enthält nichts über Abtreibung, doch gehörte infans ab utero sublatus et enecatus a Matre zu den homines qui sine compositione occidi possunt. Vgl. Wilda, *Strafr. der Germanen*, S. 725.

Die *lex Burgundionum* spricht von der Abtreibung nicht.

¹⁾ Man muss aus dem vollständigen Schweigen der germanischen Rechtsquellen bis zur Carolina darauf schliessen, dass auch in der Anwendung — so weit von einer geordneten Criminaljustiz damals die Rede sein konnte — das Can. und Römische Recht ausschliesslich berücksichtigt wurden. Zur Ausfüllung dieser Lücke in den germanischen Quellen könnten vielleicht dienen *Fleta*, Lib. I, cap. 23, § 10, 11, 12, und das Dänische *Keyserretten*, wovon ein *Index in Corp. jur. Germanici* ed. Königsthal *Francof. 1760*, T. 1, p. 86, abgedruckt ist; hierher gehören No. 15, si damnum infertur mulier gravidæ und 19, si femina gravida partum abigere tentat. Siehe p. 5 *ibid.* Beide stehen mir aber nicht zur Verfügung.

treibung der Leibesfrucht und der Unfruchtbarmachung als homicidium gebilligt und auf die Autorität des canonischen Rechts gestützt (er führt mehrere Concilienschlüsse nach dem Burchardus an), fährt er fort: Unde cum homicidium parentum vel filiorum in parricidii nomen et supplicium transierit, non dubitarem Cullei poenâ matres afficere quæ tam dirum facinus commississent; und gegen die Meinung derjenigen, die eine mildere Behandlung der Abtreibung befürworten, behauptet er: die Mutter, die ihr Kind abtreibt, sei viel schuldiger, als diejenige, die ihr geborenes Kind tödtet, weil diese etwa durch Injurien angereizt sein möchte, während jene dem unschuldigen Fœtus nichts vorzuwerfen hat, und weil sie (quod magis dolendum est): animas nondum sacro baptismo lotas æternis gaudiis et præmiis spoliant.¹⁾

§ 31.

Dies ist ganz der Standpunkt der C. C. Carolina, art. 133. Sie macht keinen Unterschied zwischen Tödtung eines Kindes vor, in, oder nach der Geburt (vgl. Art. 131, gegen Ende); deshalb droht sie der Mutter die Strafe der Kindestödtung, Ertränken, an (Art. 131, Anfang). Gewöhnlich wird in Beziehung auf Bestrafung nicht die Mutter jedem Dritten, sondern die Weiber überhaupt den Männern entgegengesetzt. *Carpzow*²⁾ hat das Richtige eingesehen, nur kann er keine Erklärung dafür finden, dass die Strafe des Parricidiums, Ertränken (*pœna cullei*), nur die Mutter, nicht aber den (ehelichen oder unehelichen) Vater treffe. Diese Erklärung ist in der Gleichstellung der Abtreibung mit

¹⁾ Es fehlte jedoch nicht an Vertheidigern von milderer Behandlung der Abtreibung: J. B. Bajardi, *adnotationes ad Jul. Clarum.*, lib. V, qu. 68. 2. Bajardus führt die Meinung von Menochius an (de arbitrio judicis cas 357), wonach immer arbiträre Strafe eintritt, einerlei, ob der fœtus animatus war oder nicht, und sagt weiter: „Opinionem Menochii credo esse veram quia nondam natus proprie non est homo“. Dort ist auch von den Aerzten die Rede qui causa valetudinis abortum causant. Auch *Damhouder praxis* c. 74, 8 sieht die künstliche Entfernung einer abgestorbenen Frucht aus Mutterliebe für statthaft an. — Zahlreiche Citate aus der älteren Literatur bei Schröter 4. *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Bd. II, Ueber Kindsabtreibung.

²⁾ *Praxis* Bd. I, p. 65.

Kindesmord (wobei man sich immer die Mutter als Thäterin denkt) zu suchen. Die Wortfassung der Bambergensis und Brandenburgica, Art. 138 und des Projects der Carolina, Art. 139, entspricht ganz der von mir angenommenen Interpretation; nach dem II. Project und der CCC ist dies mehr zweifelhaft.¹⁾

Die Carolina unterscheidet ferner die Abtreibung eines lebendigen Kindes, und die eines Kindes, „das noch nicht lebendig war“. Nur die erste war mit der ordentlichen Strafe (Ertränken, Schwert) zu bestrafen; im zweiten Fall wird der Richter an die Rechtsverständigen verwiesen. Damit ist unzweifelhaft derselbe Unterschied, wie im canonischen Recht zwischen Fœtus animatus und inanimatus gemeint. Wie dem auch sei, so war im Gesetze weder der Zeitpunkt des Anfanges des hier gemeinten Lebens, noch die Merkmale, woran dasselbe erkannt werden konnte, angegeben; man fragte anfangs nicht nach den Merkmalen, sondern suchte zu bestimmen, an welchem Tage nach der Empfängnis dieses Leben (zuweilen Vitalität genannt) wohl anfangen²⁾; eine schwer zu lösende Frage, die auch nicht viel nützt, da der Tag der Empfängnis selbst selten mit Sicherheit angegeben werden kann. Nach dem Vorgange des canonischen Rechts wurde der vierzigste Tag vorgezogen. Es wurde übrigens die ordentliche Strafe des Ertränkens in Praxi sogleich und fast einstimmig verworfen, die des Schwertes aber selten angewendet, weil, abgesehen vom obigen Unterschiede, die Unsicherheit des Thatbestandes Gelegenheit genug bot, die ordentliche Strafe zu umgehen. Die sächsischen

¹⁾ Zöppfl, Ausgabe der CCC, Art. 133. Item so Jemandt einem weibsbild durch bezwang essen oder trinken ein lebendig Kind abtreibet, wer auch mann oder Weib unfruchtbar macht so solch übel fürsetzlicher und bosshafftiger weiss beschicht, soll der mann mit dem schwert als ein todtschläger unnd die frau so sie es auch an Ir selbs thette ertrenckt oder sunst zum Todt gestrafft werden. So aber ein Kind, das noch nit lebendig wer, von cynem weibsbild getriben würde, sollen die Urtheyler der Straff halber bei den rechtverstendigen oder sunst wie zu end dieser Ordnung gemelt, radts pflegen. — Bamb und Brand. und I Project nach Cit. aus.: That es aber ein Weybsspile ann jr selbst, oder einer andernn, dy soll ertrenckt oder sunst zum Tode gestrafft werden.

²⁾ Die verschiedenen Lösungen der Frage siehe bei Carpzow cap. I, p. 64 und folg.

Constitutionen stellten eine andere Unterscheidung auf¹⁾: es sollte auf die Hälfte der Schwangerschaftszeit, und (da dieser Zeitpunkt nie ermittelt werden kann) auf den Umstand gesehen werden, ob das Kind im Mutterleibe schon Bewegungen gemacht habe odernicht. Die Abtreibung während der ersten Hälfte der Schwangerschaft war mit Abtreibung einer schon todten Leibesfrucht gleichgestellt. Dies war eine ziemlich annehmbare Lösung des durch Art. 133 CCC aufgestellte Räthsels. Sie konnte aber kaum gemeinrechtliche Gültigkeit erlangen, denn inzwischen war die Unterscheidung zwischen fœtus animatus und inanimatus (zuerst von den Aerzten) für unhaltbar erkannt worden; und nun handelte es sich, die gesetzliche unvernünftige Unterscheidung durch eine vernünftige, wenn auch nicht ganz gesetzliche zu ersetzen. Und man kann nicht sagen, dass dies Verfahren, so sehr sich Spangerberg²⁾ dagegen erheben mag, gegen den Grundsatz secundum leges non de legibus verstosse. Es stand fest, dass der Gesetzgeber die Leibesfrucht in der ersten Zeit der Schwangerschaft für ein nicht vollkommen taugliches Object des Verbrechens der Tödtung hielt; er knüpft die ordentliche Strafe der Abtreibung an ein gewisses Lebendigwerden der Leibesfrucht während der Schwangerschaft; die Sachverständigen (Aerzte) erklären aber, solch ein Vorgang wäre nicht nachzuweisen; die Leibesfrucht wäre eben so lebendig am ersten Tage der Schwangerschaft, wie am letzten. Nun gut: gibt es kein Lebendigwerden, so gibt es doch eine Lebenserscheinung, die während der Schwangerschaft einzutreten pflegt: die Bewegungen im Mutterleibe — daran muss der gesetzliche Unterschied geknüpft werden. Auch innere gewichtige Gründe, die sehr wohl dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben mögen, sprechen dafür; eine gewisse Ausbildung und Menschenähnlichkeit der Leibesfrucht, die Ermittlung der Schwangerschaft und deren Bekanntwerden der Schwangeren selbst, die höhere Wahrscheinlichkeit, dass die Leibesfrucht lebensfähig und zur Zeit der Abtreibung noch nicht abgestorben war u. dgl., dies Alles hing mit

¹⁾ Augustur Elector, P. IV, const. 4, dazu Mandat vom 14. October 1774.

²⁾ N. Archiv für Criminalrecht, Rd. II, 61 ff.

den Bewegungen des Kindes im Mutterleibe zusammen. Viel willkürlicher ist der Vorschlag Spangenberg's, in Ermangelung eines vernünftigen und klaren gesetzlichen Unterschiedes, den strengeren Weg zu wählen und die ordentliche Strafe immer eintreten zu lassen. Viel eher müsste das Gegentheil angenommen werden: nimmt der Gesetzgeber an, dass das Kind eine Zeitlang nach der Empfängniss noch nicht lebendig ist, so kann man sagen, dass es bis zur Geburt noch nicht lebendig bleibt. Und die Naturwissenschaft, deren Vertreter hier die Aerzte sind, wird hiergegen Nichts einzuwenden haben, denn das Leben, von welchem die Aerzte sprechen, und welches sogleich mit der Befruchtung sich entzünden soll, ist das physiologische, organische Leben, das Nichts weiter ist, als ein durch den Blutkreislauf bedingter Ernährungsprozess¹⁾. Das Leben aber, woran der Gesetzgeber denken müsste, so wie das canonische Recht es thut, ist das beseelte menschliche Leben, welches unzweifelhaft nur mit der Geburt anfängt, und wäre es erlaubt, *de legibus* zu urtheilen, so müsste man sagen, dass der Gesetzgeber sich das Lebendigwerden der Leibesfrucht nicht zu spät, sondern zu früh irrthümlicher Weise gedacht habe.

Eine besondere, den Thatbestand des Verbrechens betreffende Bestimmung enthalten die Worte: „so solch Uebel fürsätzlicher und boshafter weiss beschicht.“ Hiermit will der Gesetzgeber wohl nur die culpose Abtreibung von der Strafbarkeit ausschliessen, der Wortlaut gibt aber eine genügende Handhabe, um auch die künstliche Abtreibung und Frühgeburt zu Heilzwecken für straflos zu erklären. Die Aufzählung der Abtreibungsmittel ist nicht erschöpfend, das Verbrechen kann daher auch durch Anwendung anderer Mittel begangen werden.²⁾

Die Strafbarkeit des Versuchs mit einer arbiträren Strafe kann auch unbedenklich zugegeben werden³⁾.

¹⁾ Vgl. schon Kaltschmidt, *de distinctione* etc.

²⁾ (Luden [vom Versuch S. 486 Note 3] will dagegen Bezwang, Essen und Trinken als einzige Abtreibungsmittel ansehen; diess kann man unbedenklich zugeben, wenn man diesen Worten eine so weite Bedeutung beilegt, dass die Erregung einer heftigen Gemüthsbewegung darunter verstanden wird.

³⁾ Damhouder (Deutsche Uebersetzung 1565) cap. 74, No. 12 und 13. Luden. l. c. nimmt Versuch selbst da an, wo ein Frauenzimmer sich schwanger wähnt.

Festsetzung eines bestimmten Termins in der Schwangerschaftszeit, nach welchem die Abtreibung höher betrafft werde (an Statt der gemeinrechtlichen Unterscheidung), später gänzliche Weglassung solcher Unterscheidung, dann bedeutende Milderung der Strafe, endlich verschiedene Behandlung der Abtreibung, je nachdem sie von der Schwangeren selbst oder von einem Anderen und im letzten Fall, je nachdem sie mit oder ohne Einwilligung der Schwangeren vorgenommen wird, — das sind die Verbesserungen, welche die neuere Wissenschaft und Gesetzgebung in der Lehre vom Verbrechen der Abtreibung gemacht haben. Es muss aber als ein allgemeiner Irrthum der Criminalisten bezeichnet werden, dass sie die Abtreibung der Leibesfrucht immerfort als eine Art von Tödtung betrachten, nachdem sie längst aufgehört haben, dieselbe als eine Tödtung zu behandeln¹⁾.

Nicht zu billigen ist es in einigen Gesetzgebungen, dass die Schwierigkeit der Feststellung des Thatbestandes dadurch umgangen wird, dass eine, wenn auch mildere Strafe für den blossen Gebrauch von Abtreibungsmitteln gesetzt ist²⁾, oder dass eine *presumptio* aufgestellt wird, wonach der nach dem Gebrauche eines Abtreibungsmittels erfolgte Abortus immer dem Thäter zugerechnet wird³⁾. Spangenberg⁴⁾ billigt diese *Presumptio juris et de jure* und behauptet, die Carolina stelle eine solche auf, gibt aber keine Beweise für seine Meinung.

Der Versuch wird fast überall bestraft, wenigstens wenn die Abtreibung von einem Andern vorgenommen wird⁵⁾. Die fahrlässige Abtreibung wird nicht besonders erwähnt: als eine Art von Tödtung müsste sie gleich der fahrlässigen Tödtung bestraft werden: man hat aber diese Consequenz fast allgemein verworfen.

¹⁾ Vergl. jedoch Holzendorff, Handbuch des Strafrechts. III, pag. 457.

²⁾ Allg. preuss. Landr., Theil II, Titel 20, § 985. — Allg. Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung für Oesterreich, § 112.

³⁾ Baiern 1813, § 172 Bairischer Entwurf 1853. — Rudolf Benz, Strafgesetzb. für den Kanton Zürich 1871, S. 122, bezeugt dasselbe für das frühere Gesetz und Praxis in Zürich.

⁴⁾ N. A. II, S. 174.; siehe auch Mittermaier, Gerichtssaal 1855 I., S. 42.

⁵⁾ Siehe Mittermaier, l. cit., S. 17.

Neuere Gesetzgebungen.

I. Strafgesetzbuch für den Canton Zürich von 1871.

§ 33.

1. Wir lassen der Darstellung der Bestimmungen der durch ihren umfassenden Geltungskreis wichtigeren Gesetze Frankreichs, Deutschlands und Russlands eine Besprechung der §§ 134 und 135 des Strafgesb. für den Kanton Zürich vorausgehen. Die Bestimmungen dieses Gesetzbuchs über Abtreibung der Leibesfrucht lassen an Klarheit, Einfachheit und Zweckmässigkeit beinahe nichts zu wünschen übrig:

§ 134. Eine Schwangere, welche rechtswidrig durch äussere oder innere Mittel ihre Frucht vorsätzlich im Mutterleibe tötet, oder vor der gehörigen Reife abtreibt, ist des Verbrechens der Abtreibung der Leibesfrucht schuldig und wird mit Arbeitshaus bis zu fünf Jahren, oder mit Gefängniss bestraft.

Mit der gleichen Strafe, jedoch verbunden mit Busse, wird derjenige belegt, welcher mit Einwilligung der Schwangeren rechtswidrig solche Mittel gegeben oder angewendet hat.

§ 135. Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen und Willen vorsätzlich und rechtswidrig tötet oder abtreibt, soll mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft werden. Ist dadurch, ohne dass der Thäter dieses beabsichtigte, der Tod der Schwangeren oder ein bleibender Nachtheil an dem Körper oder der Gesundheit derselben herbeigeführt worden, so kann die Strafe bis auf fünfzehn Jahre Zuchthaus erhöht werden.

§§ 134 und 135 stehen im V. Titel „Verbrechen gegen Leben und Gesundheit“, zwischen Beseitigung des Kindes¹⁾ und Aussetzung hilfloser Personen. Diese Stellung ist ganz passend, und der Gesetzgeber vermeidet die mehr theoretische Frage, ob Abtreibung vorzüglich als Tödtung der Frucht oder als Gesundheitsverletzung der Schwangeren strafbar ist; der Abtreibung durch die Schwangere und mit deren Einwilligung einerseits wird die Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren ganz richtig entgegengesetzt. Die Abtreibung muss eine rechtswidrige sein: künstliche Abtreibung nach Verordnung eines Arztes ist kein Verbrechen²⁾. Der verbrecherische Erfolg ist trefflich bezeichnet durch die Worte: „im Mutterleibe tötet oder vor der gehörigen Reife abtreibt.“ Die Zeit der Geburt ist also gleichgültig, wenn nur die Frucht getödtet wird; wird aber der Fötus unversehrt aber vorzeitig aus dem Mutterleibe getrieben, so ist es Sache des Richters (nach dem Gutachten der Sachverständigen), zu bestimmen, ob der Zustand des Fötus ein eigentliches Leben war oder nicht; lebt das Kind nach der Geburt — wenn auch noch so kurze Zeit — so liegt blosser Versuch vor³⁾. Der Fall des Todes nach der Geburt in Folge der angewendeten Abtreibungsmittel wird mit Recht ignorirt.

2. Ueber die Strafbarkeit des Versuchs gelten die allgemeinen Grundsätze § 34 ff. Darnach ist Versuch der Abtreibung immer — auch an der Schwangeren — strafbar; über Tauglichkeit des Objects und der Mittel schweigt das Gesetz; Tauglichkeit des Objects wird aber nach der Praxis zur Strafbarkeit des Versuchs immer, also auch hier erforderlich⁴⁾; in Beziehung auf Tauglichkeit des Mittels wurde die Entscheidung vom Gesetzgeber dem

¹⁾ Beharrliche Weigerung einer Frauensperson nach der Niederkunft anzugeben, wo das Kind oder dessen Leichnam sich befindet.

²⁾ So Benz l. c. Anm. 3. Das Erforderniss der Rechtswidrigkeit wird aber leider ausdrücklich ebensogut in Art. 134 (Abtreibung ohne Einwilligung), 124 (Mord), 126 (Todtschlag) etc. aufgestellt, so dass man füglich die specielle Bedeutung, welche dem Worte „rechtswidrig“ in § 134 beigelegt wird, in Frage stellen, oder nach Belieben einschränken könnte.

³⁾ S. Benz, l. c.

⁴⁾ Benz, l. c. S. 50 und 122, No. 2.

richterlichen Ermessen überlassen¹⁾, jedoch mit der, in den Worten des § 134 „durch äussere oder innere Mittel“ enthaltenen Einschränkung; die psychischen Mittel sind damit ausgeschlossen, denn ein psychisches Mittel kann eben so wenig ein äusseres als ein inneres Mittel genannt werden. Dies gilt selbst dann, wenn nach einer absichtlich erregten Gemüthsbewegung der verbrecherische Erfolg eingetreten ist — à fortiori auch dann, wenn der Erfolg ausgeblieben ist. Auch die Thätigkeit, die eine Abtreibung mit Einwilligung der Schwangeren constituirt, wird ganz richtig bezeichnet mit den Worten: „die (Abtreibungs-) mittel gegeben oder angewendet“. Der Arzt der ein Mittel nur verschreibt, ist als Thäter zu behandeln — vorausgesetzt, dass die Schwangere von seinem Recept Gebrauch macht: ein Dienstbote, der wissentlich das Mittel aus der Apotheke abholt und der Schwangeren übergibt, hat das Mittel nicht gegeben — und ist nur Gehülfe.

3. Die Strafen der Abtreibung durch die Schwangere und mit deren Einwilligung (§ 134) sind ebenso zweckmässig als mild; das Minimum ist so unbedeutend (ein Tag Gefängniss), dass der Mangel einer besonderen Bestimmung für den Fall unehelicher oder unverschuldeter Schwangerschaft nicht fühlbar sein könnte, wenn nur die Richter in der unehelichen Schwangerschaft nicht einen erschwerenden Umstand der Ab-

²⁾ Benz, l. c. S. 49 unten. Es sind auch in Beziehung auf den Anfang und Voraussetzung der Strafbarkeit des Versuchs dem richterlichen Ermessen keine Grenzen gezogen. Auch wäre die selbst bei den geringsten Vergehen gesetzlich ausgesprochene Strafbarkeit des Versuchs § 34 nicht zu billigen, wenn es dem Richter nicht freigestellt wäre, die Bestrafung in unbedeutenden Fällen ganz zu unterlassen. Vgl. Benz, l. c. § 36, Anm. 5 und 6, S. 50. Es ist aber meines Erachtens nicht rathsam und unstatthaft, dem richterlichen Ermessen einen so weiten Spielraum gesetzlich anzuerkennen. Der Richter wird ohnehin durch die ihm zugestandene Freiheit bei Prüfung der Beweise, bei Beurtheilung der Thatsachen und bei der Strafzumessung thatsächlich über das Gesetz gestellt und beinahe ausschliesslich auf sein Gewissen angewiesen; es ist das Wenigste, dass das Gesetz die Voraussetzungen der Strafbarkeit unumstösslich aufstelle; entsprechen die gehörig bewiesenen Thatsachen diesen gesetzlichen Voraussetzungen, so muss der Richter eine Strafe — sei es das Minimum — eintreten lassen, der Staatsanwalt eine Strafe beantragen.

treibung sehen — wozu sie sich durch den eingewurzelten Einfluss des Can. Rechts leicht verleiten lassen können. Sollte aber der Richter im vorausgesetzten Falle das Minimum, eine unbedeutende Gefängnissstrafe eintreten lassen, so würde das durch die Untersuchung und die gerichtliche Verhandlung der Schwangeren verursachte Uebel in keinem Verhältniss stehen zu dem eigentlichen Strafübel; es wäre daher wünschenswerth, dass die Straflosigkeit im Falle unehelicher oder unverschuldeter Schwangerschaft (oder wenigstens im letzteren Falle) ausgesprochen werde, damit sich der Richter nicht gezwungen sehe eine weitläufige, der Angeklagten höchst peinliche Untersuchung anzustellen, um eine unbedeutende Strafe zu verhängen¹⁾. Die Verletzung einer Berufspflicht, Gewinnsucht etc. wird im Gesetze ausdrücklich nicht berücksichtigt, und dies ist leicht erklärlich aus dem weiten Spielraum, welcher dem richterlichen Ermessen überlassen ist. Der Richter kann nach seinem Ermessen, § 23, gegen die Schwangere auf eine Geldbusse (bis 15,000 Fr.) erkennen: gegen den Andern wird die Geldbusse in der Regel verhängt werden, und es kann dabei die gewinnsüchtige Absicht in Anschlag gebracht werden; die mit jeder Strafe facultativ zu verbindende Amts- und Dienstentsetzung, Confiscation und Untersagung der Betreibung eines bestimmten Berufs oder Gewerbes, § 26 b, geben dem Richter die Möglichkeit, die Pflichtverletzung der Aerzte, Apotheker und dgl. gehörig zu ahnden.

¹⁾ Hätte der Gesetzgeber in § 134 die Rechte des Fötus schützen wollen, die Abtreibung als einen Fötusmord betrachtet, so liesse sich nicht erklären, wie er ein so niederes Strafminimum — 1 Tag Gef. — hätte setzen können. Die Abtreibung einer unehelichen Leibesfrucht kann er daher nur als unsittliche Handlung bestraft haben. Aber auch hier begeht er eine Inconsequenz, da blosser Unsittlichkeiten in dem zürch. Gesetzbuch sonst nicht bestraft werden. — Aus den im Tit. 4 behandelten Verbrechen gegen die Sittlichkeit kommt nur bei Incest (§ 115) vorwiegend die Unsittlichkeit der Handlung in Betracht; die Verletzung des Familienrechts, welche darin enthalten ist, darf aber auch nicht zu niedrig veranschlagt werden, um so mehr, als es noch bestritten ist, inwiefern der Beischlaf zwischen unehelichen Verwandten auch strafbar ist. — Die übrigen in diesem Titel behandelten Verbrechen, Nothzucht, Schändung, Missbrauch der Autorität, gewerbsmässige Kuppelei — diese nur auf Verlangen des Gemeinderathes strafbar — endlich Erregung eines öffentlichen Aergernisses — sind offenbar Verletzungen des Rechts und der gesellschaftlichen Ordnung.

Die fahrlässige Abtreibung ist niemals strafbar, § 33.

4. Die in der Nicht-Einwilligung ¹⁾ der Schwangeren begründete Straferhöhung, § 135, lässt sich in diesem Masse kaum rechtfertigen ²⁾. Noch weniger die des Al. 2 § cit. (Concurrenz mit fahrlässiger Körperverletzung resp. Tödtung ³⁾). Dies gilt freilich nur von den Strafmaxima, und man kann hoffen, dass der Richter nur in den allerseltensten Fällen und nur bei ganz besonderer Veranlassung dazu greifen wird. Damit ist aber nicht jedes Bedenken erledigt, denn das gesetzliche Strafmaximum wird nothwendig die Behandlung der leichteren Fälle beeinflussen; ausserdem ist es gefährlich, von einem absoluten Vertrauen in die Umsicht und die Gewissenhaftigkeit des Richters auszugehen, und alle Schwierigkeiten mit einem Verweisen auf das richterliche Ermessen abzufertigen — wie dies zu oft bei der Berathung des zürichschen Gesetzes geschehen zu sein scheint ⁴⁾.

5. Der verbrecherische Erfolg ist im § 135 statt mit „im Mutterleibe tödtet oder vor der gehörigen Reife abtreibt“, wie im § 134, kürzer mit „tödtet oder abtreibt“ bezeichnet. Die Auslassung der Worte „im Mutterleibe“ hat keine Bedeutung. Die Auslassung der Worte „vor der gehörigen Reife“ würde streng genommen die Annahme begründen, dass im Falle des § 135 die Abtreibung (Entfernung aus dem Mutterleibe) nicht nothwendig den Tod der Frucht oder die Geburt einer unreifen Frucht zur Folge haben

¹⁾ Es wäre eine unnütze Spitzfindigkeit zu sagen, dass das Gesetz nicht nur das Nichtwollen der Schwangeren, sondern auch zugleich das Nichtwissen („ohne Wissen und Willen“) voraussetze, so dass, wenn die Schwangere weiss, dass eine Abtreibung, trotz ihres Widerspruchs, an ihr vorgenommen wird, die Straferhöhung nicht Platz greifen sollte. Ohne Wissen oder Willen wäre allerdings richtiger, aber ein Missverständniss ist hier jedenfalls unmöglich.

²⁾ Selbst nicht, wenn man mit Benz in Erwägung zieht, dass die That gegen zwei Wesen, die Mutter und das Kind, gerichtet ist. Man vergleiche § 138 a. Schwerste Körperverletzung — Zuchthaus bis 8 Jahre oder Arbeitshaus!

³⁾ Vgl. § 126, Todtschlag, bis zu 12 Jahren Zuchth.; § 127, Körperverletzung mit tödtlichem Ausgang, Arbeits- oder Zuchthaus bis zu 8 Jahren; § 137, fahrlässige Tödtung, in schweren Fällen Arbeitsh. bis zu 3 Jahren; § 141, fahrlässige Körperverletzung Gefängniss bis zu 1 Jahr; § 135 ist also strenger als das Cumulationsprinzip.

⁴⁾ Vgl. das schon citirte Werk: Strafgesetzb. für Ct. Zürich erläutert durch Rudolf Benz (Redactor des Gesetzes), passim.

muss, aber für sich allein, als ein Eingriff in die körperliche Integrität der Schwangeren den verbrecherischen Erfolg bildet. Es ist aber wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber an eine solche Consequenz seines Laconismus nicht gedacht hat.

6. Die Concurrenz mit fahrlässiger Körperverletzung und Tödtung ist nur bei Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren nach § 135 Abs. 2 bestraft, im Falle des § 134 kommt weder § 135 Abs. 2 noch die allgemeine Bestimmung des § 64 zur Anwendung: der Grund davon ist, abgesehen von dem unten bei Besprechung des D. Strafgesetzbuches zu erörternden, der, dass die unbeabsichtigten Verletzungen und Tödtung der Schwangeren nur demjenigen zugerechnet werden könnten, welcher die Mittel angewendet, nicht aber dem, welcher sie gegeben hat, und dies würde eine Verschiedenheit in der Behandlung beider Fälle begründen, die mit der völligen Gleichstellung derselben im § 134 widersprechen würde.

II. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1870.

§ 34.

1. § 218. Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tödtet, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 6 Monaten ein.

Dieselben Strafvorschriften finden auf Denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tödtung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

§ 219. Mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getödtet hat, gegen Entgeld die Mittel hiezu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

§ 220. Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter 2 Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter 10 Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

Abtreibung durch die Schwangere und mit deren Einwilligung wird der Abtreibung ohne deren Wissen oder Willen ganz richtig entgegengesetzt. Der Gesetzgeber hält ziemlich consequent an dem — durch die Stellung der Abtreibung unter die Verbrechen gegen das Leben angedeuteten — Standpunkt fest, die Abtreibung sei eine Art von Tödtung. Als eine Consequenz dieser Anschauung muss es angesehen werden, dass die Zulässigkeit der

künstlichen Abtreibung durch kein Wort angedeutet ist¹⁾. Die Aufopferung des Fœtus zur Rettung des mütterlichen Lebens wird daher nur im Falle eines Nothstandes, d. h. einer „unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben“ (§ 54) gerechtfertigt sein, und zwar, streng genommen, nur in der Person der Thäterin oder eines Angehörigen. Diese Voraussetzungen des Nothstandes werden aber sehr selten vorliegen und dann wird nicht die künstliche Abtreibung oder Frühgeburt, sondern nur Perforation angewendet werden können.

2. Das Object der Abtreibung ist die Leibesfrucht; es liegen keine gesetzlichen Bestimmungen über die Tauglichkeit des Objectes vor; das Object muss ein solches sein, an welchem eine Tödtung begangen werden kann; eine schon abgestorbene Frucht kann nicht mehr getödtet werden; eine falsche Mole ist keine Leibesfrucht, denn als solche kann nur das Product der Befruchtung des weiblichen Ovulums gelten; alle Missbildungen, sogar die Molen sind daher Leibesfrüchte, es kann ihnen ein gewisses Leben nicht abgesprochen werden, welches sich dem normalen fötalen Leben mehr oder weniger nähert; dieses Leben kann zerstört werden, und daher sind die Missbildungen, sogar solche, die zu keiner menschlichen Geburt führen können, taugliche Objecte der Tödtung im Mutterleibe und der Abtreibung²⁾. Ueber die Mittel

¹⁾ Dass dieses ein Mangel des Gesetzes ist, wird kaum angezweifelt werden können. Das Schweigen des Gesetzes wird auch nicht durch die Besorgniss entschuldigt, dass mit der künstlichen Abtreibung Missbrauch getrieben werden könnte; diese Besorgniss hätte viel besser durch eine gesetzliche Einschränkung der künstlichen Abtreibung beseitigt werden können. Eine solche Einschränkung hätte zwar in manchen Fällen entweder ihren Zweck verfehlt, oder zu harten Unbilligkeiten geführt; immerhin wäre dies erträglicher gewesen, als den Richter in das Dilemma zu stellen, entweder das Gesetz zu umgehen, oder ein der eigenen und der allgemeinen Rechtsüberzeugung widersprechendes Urtheil zu fällen. Holtzendorff III., S. 460, schlägt das Erstere vor, indem er die künstliche Abtreibung für eine rechtmässige Tödtung erklärt. Blum, Strafgesetzb. für den N. D. Bund erläutert etc., fügt sich in das Gesetz und sieht den Ausspruch des Arztes über die Nothwendigkeit der künstlichen Abtreibung nur für einen mildernden Umstand an. § 218, Anm. 5.

²⁾ Vgl. Holtzendorff III., S. 458. Blum, Anm. 1. Ich habe mich bemüht, die strenge Consequenz des Standpunktes und des Wortlauts des

ist nichts gesagt, es müssen daher die allgemeinen Grundsätze über Tauglichkeit des Mittels als Erforderniss der Bestrafung der Vollendung und besonders des Versuchs platzgreifen¹⁾. Dasselbe gilt vom Nachweise des Causalzusammenhangs zwischen Mittel und Erfolg; das Gesetz stellt hier keine Präsuntionen auf.

3. Die strafbare Thätigkeit besteht in der Anwendung des (mechanischen) Mittels und in dem Einnehmen des (innerlichen) Mittels Seitens der Schwangeren, in dem Beibringen desselben Seitens des andern Thäters. Der Thäter muss daher die Mittel selbst dem Körper der Schwangeren mittheilen²⁾; wer das Mittel bloß vorsetzt, verschafft; der Arzt, der dasselbe verschreibt, ist bloß Theilnehmer. Es wird die in der Beschaffenheit der Abortivmittel liegende Eigenthümlichkeit nicht beachtet, dass die Thätigkeit des Thäters sich meistens nicht nach dessen Willen, sondern nach der Art des gewählten Mittels richten wird, indem die innerlichen Mittel selten der einwilligenden Schwangeren beigebracht werden, da ein blosses Geben, Vorsetzen, Verschreiben genügt: die Thätigkeit der einwilligenden Schwangeren und des procurator abortus werden bei Anwendung des § 218 ganz nach allgemeinen Grundsätzen über Urheberschaft und Theilnahme (§ 48 ff.) beurtheilt. Anders wenn der Abortus gegen Entgelt procurirt wurde, § 219. Hier constituirt das Verschaffen³⁾ des Mittels für sich die Thäterschaft, vorausgesetzt jedoch, dass die Schwangere „ihre Frucht abgetrieben oder getödtet hat“ — oder wenigstens einen strafbaren Versuch gemacht hat⁴⁾. Ist

Gesetzes zu ziehen; entspricht das Resultat den heutigen Anschauungen nicht, so muss der Grund in der Unrichtigkeit des Principis gesucht werden. Hätte das Gesetz von Verhinderung der Geburt prohibere nasci (wie bei den Kirchenvätern) gesprochen, so würde obige Consequenz vermieden werden können.

¹⁾ Blum nimmt blossen Versuch an, wenn die Mittel keine abtreibenden oder tödtlichen waren. Anm. 7.

²⁾ Blum, Anm. 8. Holtzendorf. III. S. 461.

³⁾ Nach Blum, § 219, Anm. 2 e, ist Ueberbringen, Vermitteln, Ueberbringen lassen gleichbedeutend mit Verschaffen; es liegt aber zwischen diesen Thätigkeiten ein grosser Unterschied; verschaffen ist eine Thätigkeit, die sich mehr zur Thäterschaft nähert, als das Geben im zürch. Gesetz.

⁴⁾ Hat die Schwangere das verschaffte Mittel eingenommen und darauf den verbrecherischen Erfolg selbst abgewendet (strafloser Versuch § 46, 2), so ist auch Derjenige, der das Mittel verschafft hat, straflos, weil er doch

die Schwangere, welche von einem Abortivmittel Gebrauch macht, anders zu beurtheilen, als diejenige, welche in die Anwendung durch einen Anderen einwilligt? Wenn in der Einwilligung keine Anstiftung liegt, kann sie nur als Beihülfe gestraft werden, sofern das blosses Dulden von Handlungen, die dem Fötus tödtlich sind, eine Beihülfe constituirt. Eine Gleichstellung der beiden Fälle wäre gewiss angemessen.

4. Der zur Vollendung erforderliche Erfolg wird durch die Worte bezeichnet: „abtreibt oder im Mutterleibe tödtet.“ Ist die Frucht im Mutterleibe abgestorben, so ist es gleichgültig, ob sie darin länger verweilt oder sogleich ausgestossen wird, ob die Handlung im Anfange der Schwangerschaft oder zu einer Zeit vorgenommen wird, wo die Geburt naturgemäss erfolgen sollte. Die andere Form des Erfolges ist mit „abtreibt“ bezeichnet. Das Wort „abtreiben“ bedeutet aber nur: gewaltsam entfernen. Die gewaltsam und widernatürlich aus dem Mutterleibe entfernte Frucht kann aber schon reif sein und auch lebendig und lebensfähig zur Welt kommen. Man könnte nach dem Buchstaben des Gesetzes annehmen, dass in diesem Falle das Verbrechen der Abtreibung nichtsdestoweniger vollendet wäre. Eine solche Interpretation wäre aber mit der Gleichstellung des Abtreibens mit Tödtten unvereinbar; auch die Auffassung der Abtreibung als eine Art von Tödtung spricht entschieden dagegen; man kann dem Gesetzgeber nicht zumuthen, er habe eine Art von Tödtung angenommen, wo das vermeintliche Object derselben am Leben bleibt¹⁾.

Der Vorsatz in § 218 ist die Richtung des Willens auf diesen Erfolg²⁾. Fahrlässige Abtreibung ist nicht strafbar³⁾.

im Grunde nur eine Beihülfe zum Verbrechen geleistet hat. Anders, wenn er die Mittel angewendet oder beigebracht hat; wendet die Schwangere freiwillig den Erfolg ab, so nützt es dem Thäter nichts; er bleibt wegen Versuchs strafbar, wenn er nicht selbst die Schwangere dazu bewogen hat, den Erfolg abzuwenden. Vgl. Mittermaier l. c., S. 18.

²⁾ Blum, § 220, Anm. 4, meint in diesem Falle liege das Verbrechen nicht vor; meines Erachtens liegt hier Versuch vor.

³⁾ Die künstliche Frühgeburt ist daher zulässig — die Einwilligung der Schwangeren vorausgesetzt — denn hier ist die Absicht des Arztes nicht auf Tödtung der Frucht, sondern darauf gerichtet, die Frucht lebendig aus dem Mutterleibe zu entfernen.

⁴⁾ § 222 bedroht fahrlässige Tödtung „eines Menschen, also nicht einer Leibesfrucht“, sagt Blum, § 222, Anm. 6.

5. Es ergibt sich aus der Vergleichung der §§ 218 und 220 mit §§ 211 (Mord), 212 (Todtschlag), 217 (Kindsmord), dass § 43 ebenso wie bei diesen Verbrechen auch bei Abtreibung Anwendung findet. Der Versuch ist daher strafbar, ebenso an der Schwangeren selbst wie an dem procurator abortus, und die in § 220 ausgesprochene Strafschärfung im Falle der Nicht-Einwilligung der Schwangeren greift auch da Platz, wenn die verbrecherische Handlung erfolglos geblieben ist. Man könnte annehmen, § 219 käme nur dann zur Anwendung, wenn die Schwangere „ihre Frucht abgetrieben oder getödtet hat“ also nur, wenn das Verbrechen vollendet ist; liegt nur Versuch vor, so würde nur § 218 anzuwenden sein. Diese Interpretation ist aber zu verwerfen, weil die angeführten Worte nur bedeuten, dass das Verschaffen, Anwenden, Beibringen von Abortivmitteln gegen Entgelt nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit dem vollen Thatbestande der (vollendeten oder versuchten) Abtreibung nach § 219 bestraft werden¹⁾. Dass diese Worte in § 218 al. 3 nicht vorkommen, ist dadurch zu erklären, 1) dass nach dem Anwenden und Beibringen von Abortivmitteln Seitens des Thäters die Schwangere nichts mehr zu thun hat, wohl aber nach dem Verschaffen; und 2) weil derselbe Zweck ohnehin durch die Worte: „dieselben Strafvorschriften finden Anwendung“ erreicht ist.

Zur Anwendung des § 220 wird vorausgesetzt, dass der Thäter vorsätzlich ohne Wissen oder Willen der Schwangeren handelt; glaubt er im Einverständniss mit der Schwangeren zu handeln, so findet § 220 keine Anwendung. Es muss ausserdem die Schwangere, wenn sie nicht bewusstlos oder willensunfähig war, wenn auch nicht Widerstand geleistet, so doch ernstlichen Widerspruch erhoben haben, so dass sie völlig straffrei ausgehen kann. Findet auf den Thäter § 218 oder 219 Anwendung, so muss auch nothwendig gegen die Schwangere eine Strafverfolgung eintreten.

6. Ist durch die in § 220, Abs. 1, bezeichnete Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden, so kommen nicht

¹⁾ Diese Clausel ist aber nur in Beziehung auf Verschaffen der Mittel nothwendig; bei Anwenden und Beibringen ist sie überflüssig.

die allgemeinen Grundsätze über Verbrechenconcurrenz, sondern § 220, Al. 2, zur Anwendung. Was nun, wenn nicht der Tod, sondern eine schwere Körperverletzung durch die Abtreibungshandlung verursacht wird? In den Motiven zu § 220 wird die schwere Strafe (Al. 1) durch die Gefährlichkeit dieses Eingriffes in die Existenz der Schwangeren motivirt; darnach sind die schlimmsten accidentellen Folgen der Abtreibung — den Tod ausgenommen — bei der Strafbestimmung des Al. 1 in Anschlag gebracht worden; sie kommen daher nicht besonders in Betracht¹⁾. Concurrirt fahrlässige Verletzung oder Tödtung der Schwangeren mit den in § 218 und 219 behandelten Verbrechen, so muss unterschieden werden: liegt reale Concurrenz vor, so kommen die allgemeinen Bestimmungen des § 74 zur Anwendung; ist aber die Concurrenz eine ideale, so wäre man versucht, die Bestimmung des § 73 auszuschliessen. Denn ein fahrlässiges Verbrechen ist nur wegen des zugefügten Schadens strafbar; die Einwilligung der Schwangeren hebt aber diesen Grund auf; wenn die Schwangere die Abtreibung verlangt, so ist sie Anstifterin und man kann gewiss den Thäter nicht zur Rechenschaft ziehen wegen eines dem Anstifter in Ausführung seines Auftrags zugefügten Schadens; aber auch wenn keine Anstiftung Seitens der Schwangeren vorliegt, deckt ihre Einwilligung den Thäter vor jeder Verantwortung wegen unbeabsichtigter Folgen des gemeinsam begangenen Verbrechens, es sei denn, dass er aus Fahrlässigkeit solche Handlungen vorgenommen hätte, die keine Abtreibungshandlungen

¹⁾ Die Frage ist übrigens nicht von grosser practischer Bedeutung, weil jedenfalls hier nur § 73 (ideale Concurrenz) in Anwendung kommen würde, die Strafe also innerhalb des Strafmasses der Abtreibung bleiben müsste. Es muss jedoch unterschieden werden: Ist die Verletzung oder der Tod der Schwangeren eine Folge der Abtreibung oder der Abtreibungshandlung, so liegt ideale Concurrenz vor; die Verletzung kommt nicht besonders in Betracht, nur der Tod zieht die Strafe § 220, al. 2 nach sich. Anders, wenn die Verletzung oder der Tod die Folge einer Handlung ist, die bei Veranlassung der Abtreibung vorgenommen wurde, aber keinen Bestandtheil der Abtreibungshandlung ausmacht; z. B. die Schwangere leistet Widerstand und bei Bewältigung desselben erleidet sie eine Verletzung; hier liegt reale Concurrenz vor: denn es sind Abtreibung und Verletzung nicht zwei Erfolge einer und derselben Handlung, sondern jede ist auf eine besondere Handlung zurückzuführen; hier greift der § 74 Platz, selbst wenn der Tod der Schwangeren durch die Verletzung verursacht worden ist.

sind; z. B. er hat der Schwangeren ein Abortivmittel gereicht und als dieses nicht wirkt, bringt er ihr statt eines stärkeren Abortivmittels ein Gift bei; aber dann liegt eben keine ideale, sondern reale Concurrenz vor. In den §§ 218 und 219 findet sich Nichts, woraus die Ausschliessung des § 73 gefolgert werden könnte; diess hat übrigens keine grosse Bedeutung, weil selbst bei Anwendung des § 73 die Strafe innerhalb der durch § 218 und 219 gezogenen Grenzen bleiben müsste¹⁾.

7. Die Strafen sind im Vergleiche zu denen des zürich'schen Gesetzes etwas hart; aber selbst aus dem Vergleich mit den Strafen der mehr oder weniger verwandten Verbrechen des Todtschlags und der Körperverletzung im D. Strafgesetzb. kann man ersehen, dass der Gesetzgeber die Abtreibung mit besonderer Strenge behandelt; wenn man in der Abtreibung eine Art von Tödtung sehen will, so ist zwar die Strafe der einfachen Abtreibung (§ 218) ausserordentlich mild; der Gesetzgeber kann aber unmöglich bei dieser Strafbestimmung von dem eingenommenen Standpunkt ausgegangen sein, er hat vielmehr vorgezogen, davon abzusehen, als zu einer dem Rechtsgefühl widerstreitenden Consequenz zu gelangen: dass er nicht (wie das zürch. Strafges.) bei mildernden Umständen zum Minimum der Gefängnisstrafe herabgegangen ist, sondern das Minimum auf 6 Monat Gef. gestellt hat, erklärt sich daraus, dass das D. Strafgesetzb. die Bestrafung blosser Unsittlichkeiten überhaupt in grösserem Maasse zulässt, als dies im zürch. Strafgesetzb. der Fall ist.

¹⁾ Blum, § 218, Anm. 9: „Stirbt die Schwangere in Folge der That, so liegt auf Seiten des Dritten reale Concurrenz dieses Verbrechens mit tödtlicher Körperverletzung (§ 226, bez. mit fahrlässiger Tödtung (§ 222) vor. § 220 steht dem nicht entgegen.“ § 219, Anm. 5, besagt dasselbe. Dagegen ist zu erwidern, dass, wenn die Schwangere in Folge der That, und nicht in Folge einer anderen fahrlässigen Handlung stirbt, so liegt nur eine Handlung, also nur ideale Concurrenz vor. Zur idealen Concurrenz im eigentlichsten Sinne gehört zwar eine Handlung und ein Erfolg und mehrere Rechtsverletzungen; z. B. der Incest an einer verheiratheten Frauensperson ist zugleich Ehebruch. In unserem Falle ist nur eine (Abtreibungs-)handlung und zwei Erfolge: Abtreibung und Tod der Schwangeren. Dieser Unterschied ist aber nach dem D. Strafgesetzb. unerheblich, denn die ideale Concurrenz wird in § 73 nicht durch die Einheit des Erfolges, sondern durch die Einheit der Handlung characterisirt (im Gegensatz zu § 74, welcher mehrere Handlungen voraussetzt).

Die Strenge des Gesetzgebers zeigt sich in der Behandlung der qualifizirten Abtreibung (§§ 219, 220). Die vom Thäter durch Annahme eines Lohnes (Entgelt) an den Tag gelegte gewinn-süchtige Absicht ist genügend, um das Verschaffen der Mittel als Thäterschaft zu bestrafen, das Strafmaximum auf das Doppelte zu steigern und die mildernden Umstände¹⁾ auszuschliessen; der Richter soll daher nicht vergessen, dass zwei meines Erachtens viel wichtigere Strafschärfungsgründe: Gewohnheitsmässigkeit und Verletzung einer Berufspflicht, vom Gesetze sonst nicht berücksichtigt werden, und er wird das Strafmaximum nur bei Zusammentreffen aller oder wenigstens zweier Schärfungsgründe anwenden.

Der Gesetzgeber weicht wieder in § 220 vom eingenommenen Standpunkte ab, aber dies Mal um zu einer strengeren Strafe zu gelangen. Der Mangel der Einwilligung der Schwangeren steigert die Strafe in einem Maasse, in welchem man diesen Umstand bei Tödtung eines Neugeborenen gewiss nicht berücksichtigen würde; selbst wenn man neben der Tödtung der Frucht die in der Abtreibung liegende Verletzung der Schwangeren in Anschlag bringt, so wird sich die Strafe des §§ 220, Abs. 1, nach den Grundsätzen der realen Concurrenz kaum rechtfertigen lassen, geschweigen denn nach den — hier eigentlich anzuwendenden — Grundsätzen der idealen Concurrenz. Auch hier wird der Richter das Maximum nur in dem Fall anwenden, wenn die schwerste Körperverletzung mit der Abtreibung concurrirt.

Dasselbe kann in Beziehung auf die Strafe des § 220, Abs. 2, gesagt werden: Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder lebenslänglich. Abgesehen von dem zu hohen Minimum ist die lebenslängliche Strafe hier durchaus nicht zu billigen. Ist doch für Todtschlag nur zeitiges Zuchthaus nicht unter 5 Jahren gedroht; die Erhöhung des Minimums war genügend, um mit dem Abs. 1 eine passende Gradation einzuhalten; es liegt doch nur ideale Concurrenz zwischen Abtreibung und fahrlässiger Tödtung vor;

¹⁾ Die mildernden Umstände sind auf den Procurator Abortus im § 218 anwendbar, wegen der Worte des Abs. 3: „Dieselben Strafvorschriften“ etc. So Blum, l. c.

ein Abweichen von den allgemeinen Bestimmungen des § 73 ist allerdings durch die Besonderheit des Falles gerechtfertigt; man darf aber bei Concurrenz mehrerer zeitlicher Strafen doch nie zur lebenslänglichen greifen, ebenso wie man bei Concurrenz noch so vieler lebenslänglicher Freiheitsstrafen doch nie zur Todesstrafe greifen wird¹⁾.

¹⁾ Es wird freilich § 220, Abs. 2, wohl selten zur Anwendung kommen, ein directer Zusammenhang des Todes mit der Handlung wird sich schwer nachweisen lassen. Merkwürdig ist, dass es in diesem Fall im Interesse des Angeklagten sein wird, reale Concurrenz zu behaupten; z. B. die Schwangere stirbt in Folge der Chloroformnarcose, dann kommt § 220, Abs. 2. nicht zur Anwendung, weil das Chloroformiren keine Abtreibungshandlung ist.

III. Französisches Code Pénal.

§ 35.

1. Die ältere französische Rechtsübung in Beziehung auf das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht, obgleich auf römischem und canonischem Rechte beruhend, ist doch insofern von der in Deutschland üblichen und durch die CCC bestätigten verschieden, dass der Unterschied zwischen *foetus animatus* und *inanimatus*, wegen der Unmöglichkeit, denselben practisch durchzuführen, niemals beachtet wurde.¹⁾ Die Strafe des Abortus, ohne Unterschied, ob sie von der Schwangeren selbst oder von einem Anderen, mit oder ohne Einwilligung derselben, vorgenommen,²⁾ ob die Schwangerschaft aus legitimem oder illegitimem Beischlaf entstanden, war immer der Tod. Der Code von 1791 setzte die Strafe auf 20 Jahre schweren Kerkers herab, bedrohte aber nur den *procurator abortus*, auch hier ohne auf Einwilligung der Schwangeren Rücksicht zu nehmen. Die Schwangere selbst war immer straflos oder nur als Theilnehmerin strafbar — offenbar eine Lücke des Gesetzes.

Bei der Berathung der Code Pénal von 1810 wurde die Frage erörtert, ob die Abtreibung als eine Art von Kindesmord anzusehen und darnach zu bestrafen wäre. Diese Meinung hatte im Project Anerkennung gefunden, wurde aber nachher verworfen, und der Unterschied der Strafbarkeit, welcher in der That zwischen Abtreibung und Kindesmord liegt, wurde berücksichtigt. Es ist jedoch schwer zu entscheiden, ob der Gesetzgeber principiell die

¹⁾ Faustin Hélie Théorie der Code Pénal IV p. 54 Merlin répertoire v. Avortement.

²⁾ Gegen diese Unterscheidung ausdrücklich Merlin l. c. S. 310.

Abtreibung als Tödtung (d. Fœtus) oder als eine Gesundheitsbeschädigung der Mutter ansieht. Das Letzte wäre anzunehmen, wegen der Stellung des § 317¹⁾ und aus der verhältnissmässig milden Bestrafung; das Erste aber ergibt sich aus der völligen Unerheblichkeit der Einwilligung der Schwangeren bei der Bestrafung des procurator Abortus, welches sich nur dann rechtfertigen lässt, wenn man die Abtreibung als Tödtung des Fœtus ansieht.

Art. 317 sagt²⁾: Wer durch Speise, Trank, Arznei, Gewaltthätigkeit oder durch irgend ein anderes Mittel an einer Schwangeren, mit oder ohne Einwilligung derselben, eine Fehlgeburt bewirkt, wird mit Einsperrung (réclusion) bestraft.

Dieselbe Strafe trifft die Schwangere, die ihre Leibesfrucht abtreibt oder die in den Gebrauch der ihr zu diesem Zwecke angezeigten oder beigebrachten Mittel einwilligt, vorausgesetzt, dass eine Fehlgeburt darauf erfolgt.

Aerzte, Wundärzte und andere Medizinalbeamten (officiers de santé), sowie Apotheker, welche diese Mittel anzeigen oder beibringen, werden zu schweren Arbeiten (travaux forcés) auf Zeit verurtheilt, wenn die Fehlgeburt stattfindet.

2. Subject des Verbrechens ist die Schwangere oder jeder Andere, ohne Unterschied. Die Handlung, wodurch das Verbrechen verübt wird, ist das Anwenden irgend eines Abortivmittels; die Aufzählung dieser Mittel ist wegen der Clausula generalis „ou par tout autre moyen“ überflüssig. Jede andere Thätigkeit fällt nach den allgemeinen Grundsätzen unter den Begriff der Theil-

1) Der zweite Theil dieses Art., der von der vorsätzlichen Gesundheitsbeschädigung durch giftige Substanzen spricht, ist später (1832) hinzugefügt worden.

2) C. P. Art. 317. Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion.

La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi.

Le médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu.

nahme (complicité); denn man kann nicht sagen, dass, wer ein Abortivmittel einer Schwangeren anrath, verschafft und dergleichen, dadurch die Fehlgeburt bewirkt (procuré). Eine Ausnahme wird in dieser Beziehung für die Aerzte etc. gemacht: bei diesen ist dem Anwenden (administré) des Mittels das Anzeigen (indiqué) desselben gleichgestellt; jede andere Thätigkeit des Arztes fällt unter die allgemeine Bestimmung des Abs. 1; ein Arzt, der die Schwangere ermuntert, sich an den Apotheker um ein Abortivmittel zu wenden, ohne dieses näher zu bezeichnen, wird daher wie jeder Andere behandelt. Auf Seiten der Schwangeren ist die blosse Einwilligung in die Anwendung (administré) der Mittel als Thäterschaft anzusehen.

Der Wille muss auf den verbrecherischen Erfolg gerichtet sein. Dies ist im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, muss sich aber von selbst verstehen: das culpose Verursachen ist nicht Bewirken; das Wort procurer schliesst die Richtung der Absicht auf den Erfolg selbstredend in sich; fahrlässige Abtreibung ist daher straflos. Der Erfolg selbst ist im Gesetz durch das Wort avortement (Fehlgeburt) bezeichnet. Die gerichtliche Medizin ist geneigt, Frühgeburt von Fehlgeburt zu unterscheiden, da das Product einer vor dem normalen Termin erfolgenden Geburt nicht immer ein avorton ist, sondern auch ein gesundes und lebensfähiges Kind sein kann. Dem allgemeinen Sprachgebrauche und der Meinung des Sachverständigen zuwider, will die französische Jurisprudenz Avortement überall da erblicken, wo die Geburt die Folge der angewendeten Mittel ist, selbst wenn sie im normalen Termin erfolgen sollte.⁴⁾

Die Fehlgeburt muss eine Folge der angewendeten Mittel sein: dies folgt aus den Worten procuré und si l'avortement s'en est suivi. Der Abs. 3 scheint auch in dieser Beziehung eine Aus-

1) Diese Ansicht liesse sich noch rechtfertigen, wenn man die Abtreibung als eine Körperverletzung der Schwangeren ansieht: dann ist es beinahe gleichgültig, ob das Kind lebendig oder todt geboren wird: es wäre aber dann wieder ganz unbegreiflich, wie man bei Bestrafung des procurator abortus jede Rücksicht auf die Einwilligung der Schwangeren hätte ausschliessen können (soit qu'elle y ait consenti ou non); der Mangel eines leitenden Princips macht sich hier besonders fühlbar.

nahme für die Aerzte etc. machen zu wollen, indem dort die Voraussetzung der Strafe so ausgedrückt ist: „dans le cas où l'avortement aurait eu lieu“; also das Erforderniss des Causalzusammenhangs zwischen Mittel und Erfolg scheint aufgehoben zu sein. Diese Absicht des Gesetzgebers ergibt sich formell aus dem Vergleiche der Schlussworte des Abs. 3 mit denen des Abs. 2.

3. Die in der Verletzung der Berufspflicht begründete Strafschärfung für die Aerzte etc. ist bedeutend und kaum zu billigen: statt réclusion 5—10 J., travaux forcés 5—20 J.) Es wird bezweifelt, ob die Hebammen darunter fallen; der Cassationshof bejaht dies und zwar aus inneren und criminalpolitischen Gründen ganz richtig; die Hebammen sind bekanntlich am Besten in der Lage, dies lucrative Geschäft zu betreiben und thun es auch sehr häufig: die schärfere Strafe ist daher bei ihnen am Meisten gerechtfertigt. Der von Faustin Helie S. 69 dagegen angeführte rein formelle Grund, die Hebamme sei weder ein Arzt noch ein officier de santé, kann die inneren Gründe nicht aufwiegen.

4. Der von der Schwangeren selbst gemachte Versuch ist straflos; darüber ist kein Zweifel möglich, und es wird auch allgemein anerkannt. Dass die im Abs. 3 den Aerzten etc. gedrohte Strafschärfung nur da eintritt, wenn Fehlgeburt — wenn auch aus zufälligen Nebenursachen — eintritt, ist ebenso klar und allgemein anerkannt. Ob aber auch der von einem Dritten gemachte Versuch straflos bleiben solle, ist Gegenstand einer Controverse, in welcher der französische Cassationshof¹⁾ die Strafbarkeit des Versuchs gegen die einstimmige Meinung der Juristen und die mancher Gerichtshöfe²⁾ behauptet. Der Cassationshof stützt sich auf die Allgemeinheit des Art. 2 (über Versuch), dessen Geltung im Art. 317 nur für die im Abs. 2 und 3 bezeichneten Fälle ausgeschlossen ist; die Absicht des Gesetzgebers, den Abs. 1 von der Geltung des Art. 2 nicht auszunehmen, wäre erwiesen durch den Mangel der im Abs. 2 und 3 vorkommenden Zusätze: Si l'avortement s'en est suivi und dans le cas où l'avortement aurait

eu lieu. Faustin Helie¹⁾ hat die Unhaltbarkeit dieser Interpretation trefflich bewiesen; er hat alle Beweise dagegen angehäuft: die Meinungen der Autoren, die materiellen Gründe der Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit, welche für die Straflosigkeit des Versuchs der Abtreibung in allen Fällen sprechen, den in den Motiven und in der Berathung im Staatsrathe unzweideutig ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers, die Widersprüche und Absurditäten, in welche sich der Cassationshof verwickelt, endlich den grammaticalischen Sinn des Gesetzes. Die Hauptstütze der Interpretation des Cassationshofes wird dadurch umgestossen, dass der Gesetzgeber den Zusatz si l'avortement s'en est suivi nur da hinzufügt, wo er nicht von procurer l'avortement (abortus bewirken), sondern von faire usage de moyens (Mittel gebrauchen) spricht und eben dadurch zeigt er deutlich, dass er diesen Zusatz für überflüssig erachtet, da wo er schon dasselbe durch das Wort procurer ausdrückt; dies ist besonders deutlich im Abs. 2, wo zuerst von procurer l'avortement, dann von faire usage de moyens die Rede ist. Der Schlusssatz si l'avortement s'en est suivi bezieht sich offenbar nur auf die zweite Hälfte des Absatzes, also zum faire usage de moyens. Sollte das Wort procurer nicht das Erforderniss des Erfolges in sich schliessen, so wäre für die Schwangere nur der in Gemeinschaft mit einem Dritten gemachte Versuch straflos, der ohne fremde Hülfe unternommene aber strafbar: eine Consequenz, welche der Cassationshof selbst verwirft.²⁾

¹⁾ l. c. p. 62.

²⁾ Freilich ist auch damit noch nicht jeder Zweifel gelöst, denn man könnte annehmen, der Gesetzgeber habe durch jene Zusätze nur klar machen wollen, dass die Strafe nicht durch blosse Einwilligung seitens der Schwangeren und Anzeigen des Mittels seitens des Arztes verwirkt wird, dass vielmehr die wirkliche Ausführung des Verbrechens dazu erforderlich ist: das Wort Avortement würde nach dieser Interpretation nicht den Erfolg, sondern das Verbrechen selbst bezeichnen: eine Bedeutung, die besonders in dem Satze „dans le cas où l'avortement aurait eu lieu“ sehr plausibel ist.

¹⁾ S. auch die Entscheidung des Münchener Cassationshofs in Mittermeiers l. c. S. 11.

²⁾ S. Mittermaier am Anfange des cit. Aufsatzes im Gerichtssaal.

IV. Russisches Strafgesetzbuch 1866.

§ 36.

1. Das frühere russische Recht hielt streng an der Ansicht fest, die Abtreibung sei eine Tödtung eines menschlichen Wesens.¹⁾ Die zweite Ausgabe des Allgemeinen Gesetzbuchs (swod zakonow) 1842, Bd. XV, Thl. I, Art. 374 zählt Abtreibung zu den besonderen Arten von Tödtung. Nach Art. 373 ist culpose Abtreibung ebenso, wie jede andere Tödtung, strafbar. Art. 377 verbietet den Hebammen die Bewirkung der Frühgeburt und macht es ihnen zur Pflicht, wenn diese Operation von ihnen verlangt wird, dies gehörigen Ortes anzuzeigen.

Das Gesetzbuch (Uloshenie) von 1845 hat von der früheren Strenge etwas nachgelassen, ohne den Standpunkt selbst aufzugeben; es mag an dessen Bestimmungen gerührt werden, dass sie am consequentesten das angenommene Princip durchführen.

¹⁾ Die ältesten russischen Rechtsquellen enthalten nichts über Abtreibung der Leibesfrucht; die einzelnen, abgerissenen Sätze, die man anführen könnte, sind so unbestimmt gefasst, dass sie ebensogut auf Kindesmord und Kindesaussetzung bezogen werden können. Die erste Erwähnung der Abtreibung finden wir im Gesetzbuch von 1649 (Uloshenie): Cap. XXII, Art. 17, droht Knutenstrafe, 3jähriges Gefängniss und Verurtheilung zur Zahlung des doppelten Schmerzgeldes demjenigen, der eine Schwangere niederreitet und dadurch Todgeburt verursacht; stirbt aber die Schwangere, so soll der Thäter mit dem Tode bestraft werden (ebenso wie für Todtschlag). Art. 26 ibid. spricht von einem Eheweibe, welches die „im Ehebruch gezeugten Kinder tödtet“ (pogubit, ein Ausdruck, der etwas allgemeiner ist als „tödtet“), und droht sowohl der Frau, als demjenigen, der dies auf ihren Befehl besorgt hätte, scharfe Todesstrafe an. Nun ist nach Art. 3 ibid. die Tödtung eigener Kinder an dem Vater und der Mutter nur mit einjährigem Gefängniss zu strafen; darnach scheint Art. 26 nicht Tödtung, sondern Abtreibung zu bedrohen; man könnte aber auch annehmen, die Todesstrafe sei wegen des vorhergegangenen Ehebruchs angedroht.

Die Motive stützen die mildere Strafe der Abtreibung auf den Unterschied zwischen dem fetalen und dem menschlichen Leben, ferner darauf, dass im Volksbewusstsein Abtreibung sich von dem Wunsche, keine Kinder zu haben, fast gar nicht unterscheidet¹⁾; endlich darauf, dass für diese mildere Bestrafung gewöhnlich dieselben Gründe streiten wie bei Kindesmord²⁾.

Die Bestimmungen des Strafgesb. von 1845 gingen in die Ausgabe von 1857 wörtlich über, in die von 1866 nur mit den durch Abschaffung der Körperstrafen und der Brandmarkung bedingten Abänderungen.

Uloshenie von 1866. Art. 1461. Wer ohne Wissen und Einwilligung der Schwangeren ihre Leibesfrucht durch irgend ein Mittel vorsätzlich abtreibt, wird mit:

Verlust aller Standesrechte und Verschickung zur schweren Arbeit auf Fabriken auf 4—6 Jahre bestraft³⁾. (Art. 19, Grad 7.)

Wenn in Folge dieses Verbrechens die Schwangere ausser des Abortus, noch eine schwere Gesundheitsbeschädigung erleidet, so wird der Schuldige bestraft mit

Verlust (etc. wie oben) . . . auf 6—8 Jahre (Art. 19 Gr. 6).

Wenn darauf der Tod der Schwangeren erfolgt, so wird der Schuldige bestraft mit

Verlust (etc. wie oben) . . . auf 8—10 Jahre (Art. 19, Gr. 5).

Art. 1462. Wer mit Wissen und Einwilligung der Schwangeren zur Abtreibung ihrer Leibesfrucht irgend ein Mittel vorsätzlich anwendet, so wird er bestraft mit

Verlust aller Standesrechte und Verschickung in die entfernteren Gegenden Sibiriens (Art. 20, Gr. 1). Die Schwangere selbst, die durch eigenen Antrieb oder im Einverständniss mit einem Anderen, irgend ein Mittel zur Abtreibung ihrer eigenen Leibesfrucht anwendet, wird dafür bestraft mit

¹⁾ Man hat schon öfters darauf hingewiesen, das Volk sehe die Abtreibung nicht für eine strafbare Handlung an. N. A. Niekliudow, Leitfaden zum besond. Th. des Russ. Strafr., 1876. T. 4, S. 260 (in russischer Sprache).

²⁾ Taganzew, Verbr. gegen das Leben II., S. 260, behauptet die Eigenthümlichkeit des Objects der Abtreibung begründe eine Verschiedenheit nicht nur in der Bestrafung, sondern im Thatbestande selbst.

³⁾ Es ist dieselbe Strafe wie für schwere Körperverletzung, Kastration etc.

Verlust aller Standesrechte und Verschickung nach Sibirien (Art. 20 Gr. 2).

Art. 1463. Die in Art. 1461 und 1462 bestimmten Strafen werden

um einen Grad erhöht,

wenn ein Arzt, Geburtshelfer, Hebamme oder Apotheker überwiesen werden, Mittel zur Abtreibung der Leibesfrucht einer Schwangeren angewendet zu haben, oder wenn es bewiesen wird, dass sich der Angeklagte schon vorher des nämlichen Verbrechens schuldig machte.

2. Als Object der Abtreibung wird immer eine Leibesfrucht vorausgesetzt; sie muss noch lebendig und keine Mola sein, sonst wäre eine Tödtung derselben undenkbar ¹⁾.

Die Art der angewendeten Mittel ist gleichgültig, wenn es nur taugliche Mittel sind. Es ist besonders wichtig, zu bestimmen, was ein taugliches Mittel ist, weil das blosses Anwenden des Mittels (in Art. 1462) zur Strafbarkeit genügt. Wir sind hier auf die allgemeine Bestimmung des Art. 115 Anm. angewiesen, wonach leider nur die offenbar untauglichen, aus roher Unwissenheit oder Aberglauben gewählten Mittel ausgeschlossen sind ²⁾.

Die zur Bestrafung erforderliche Willensbeschaffenheit ist der einfache Dolus. Die Rechtmässigkeit der Absicht kann daher die künstliche Abtreibung nicht rechtfertigen. Taganzew behauptet das Recht des Arztes, diese Abtreibung immer vorzunehmen, wenn sie ihm als im Interesse der Schwangeren geboten erscheint, ja es ist seine Pflicht, zur Operation zu schreiten, selbst gegen den Willen der Angehörigen oder der Schwangeren selbst, sonst macht sich der Arzt durch seine Unterlassung des Todes der Schwangeren schuldig. Taganzew sucht seine Meinungen gesetzlich zu begründen dadurch, dass er die fraglichen Operationen mit Amputation eines Armes, Ausführung eines Todesurtheils u. s. w. ver-

¹⁾ Taganzew l. c., S. 262: S. 270 ff. behauptet er, dass Abtreibung auch da vorliegt, wenn es gewiss ist, dass der Fötus, vermöge seines anatomischen Baues vor der Geburt sterben würde. Niekliudow l. c.

²⁾ Taganzew l. c., S. 275, lässt auch psychische Mittel als taugliche gelten. Niekliudow behauptet, es müssen von aussen eingenommene oder beigebrachte Mittel sein; eigene Bewegungen der Schwangeren gelten nicht als solche.

gleicht. Art. 184 im XIII. Bd. steht diesem nicht entgegen, weil das darin ausgesprochene Verbot sich nur auf Hebammen bezieht. Der obige Vergleich ist aber meines Erachtens kein Beweis; ein solcher ist vielmehr aus den Art. 184 (und 377 des älteren Bd. XV. Thl. I. und 877 der Ulosh. von 1866) zu ziehen, weil man daraus, dass die künstliche Frühgeburt der Hebamme untersagt ist, à contrario schliessen kann, diese Operation sei dem Arzte — aber nur dem Arzte — erlaubt, sonst wäre dieses Verbot für die Hebammen selbstverständlich und daher überflüssig gewesen.

3. Fahrlässige Abtreibung ist im Allgemeinen straflos. Die Analogie mit der Tödtung kann die Strafbarkeit nicht begründen ¹⁾: die Regel wird bestätigt durch die durch Art. 878 gemachte Ausnahme.

Eine Hebamme, die überwiesen wird, eine vorzeitige Geburt, wenn auch nicht vorsätzlich bewirkt zu haben, wird mit

2—4 Monaten Gefängniss bestraft,

und wenn darauf der Tod der Mutter oder des Neugeborenen erfolgt, so soll sie ausserdem, falls sie zur christlichen Religion gehört, einer Kirchenbusse nach Anordnung ihrer geistlichen Obrigkeit unterworfen werden.

Art. 1491 behandelt die Concurrenz zwischen fahrlässiger Abtreibung und den verschiedenen Arten von Körperverletzung.

Wenn Jemand einer Schwangeren wissentlich und vorsätzlich Lähmungen, Wunden, oder eine schwere Gesundheitsbeschädigung, Schläge, Misshandlungen oder andere Leiden zufügt, wenn darauf vorzeitige Geburt und Tod des Neugeborenen erfolgt, so wird der Schuldige, obgleich es erwiesen sein sollte, dass er keinen directen Vorsatz hegte, dieses Unglück zu verursachen,

zum Maximum der für obige Handlungen in Art. 1477—1484, 1486—1490 bestimmten Strafen verurtheilt.

4. In den Art. 878 und 1491 wird der Erfolg in zwei Theile zerlegt: in vorzeitige Geburt, wobei der Tod des Neugeborenen nicht nothwendig vorausgesetzt wird (Art. 878 Abs. 2) und Tod des Neugeborenen. Die Erstere allein zieht schon die Strafe des

¹⁾ Taganzew l. c., S. 281 ff. Niekliudow l. c.

Art. 878 nach sich, für die in Art. 1491 angedrohte Strafschärfung müssen beide Erfolge vorliegen. Der Tod der Frucht allein, wenn er nicht von der vorzeitigen Geburt begleitet ist, wird dem Thäter nicht besonders zugerechnet.

In den von der dolosen Abtreibung handelnden Artikeln ist überall der Erfolg mit Abtreibung (*izgnanie ploda*) bezeichnet. Taganzew ¹⁾ will darunter blos die vorzeitige Entfernung aus dem Mutterleibe verstehen, abgesehen davon, ob der Fötus lebendig oder todt zur Welt kommt, so dass nach Art. 1461 das Verbrechen einerseits nicht vollendet ist, wenn der abgestorbene Fötus im Mutterleibe verweilt, andererseits aber als vollendet gilt, wengleich die Frucht unversehrt und lebendig geboren wird, wenn nur die Geburt eine vorzeitige gewesen ist. Wenn man dem Worte Abtreibung eine solche beschränkte Bedeutung beilegt, welche mit dem anderwärts im Gesetze gebrauchten Ausdrücke „vorzeitige Geburt“ zusammenfallen würde, so muss man nothwendig zu absurden Resultaten kommen. Es ist aber die Frage, ob eine solche Bedeutung dem Worte *izgnanie ploda* beigelegt werden soll; dieses ist meines Erachtens nicht der Fall. Es liegt kein Grund vor, „Abtreibung“ (im Sinne des Art. 1461) von „vorzeitiger Geburt“ (im Sinne des Art. 878 und 1491) nicht zu unterscheiden²⁾. Abtreibung ist offenbar mehr als vorzeitige Geburt; nur wenn man Tödtung der Frucht davon unterscheidet (wie im Deutschen und Zürichschen Gesetz), so bleibt freilich im Begriffe der Abtreibung nur vorzeitige Geburt übrig; dies ist aber in Art. 1461, 62 und 63 nicht geschehen, so dass man annehmen muss, *izgnanie ploda* schliesse beides in sich: vorzeitige Geburt und Tod der Frucht. Es ist freilich nicht zu billigen, dass darnach der verbrecherische Erfolg als nicht erreicht gilt, wenn die abgestorbene Frucht im Mutterleibe verbleibt. Dies ist aber wohl der seltenere Fall, und auch die erhöhte Schwierigkeit, den Thatbestand nachzuweisen, mag eine Strafverfolgung unratksam machen.

¹⁾ l. c., S. 303 ff.

²⁾ Wenn der franz. Cassationshof, Tardieu und A. *accouchement prématuré* von *Avortement* nicht unterscheiden (Taganzew l. c., S. 259), so haben sie gewiss unrecht, aber es ist kein Grund, es ihnen nachzumachen.

5. Zur Vollendung des Verbrechens gehört im Falle des Art. 1461 (Abtr. ohne Einwilligung) der Eintritt des oben bezeichneten Erfolgs; im Falle des Art. 1462 (Abtr. durch die Schwangere oder mit deren Einwilligung) gilt das blosse Anwenden eines Mittels in der Absicht, jenen Erfolg zu erreichen, als vollendetes Verbrechen. Taganzew tadelt mit Recht diese Bestimmung, Niekludow will zwischen Art. 1461 und Art. 1462 eine Antinomie erblicken, die im Sinne des Art. 1461 gelöst werden soll. Es ist schwer zu entscheiden, ob die Verschiedenheit in der Bezeichnung der Voraussetzungen der Bestrafung in den cit. Art. eine absichtliche ist, oder eine blosse Ungenauigkeit der Redaction ist; das Erstere könnte gefolgert werden daraus, dass die Bestimmung des Art. 1462 sehr an die in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts in der deutschen Wissenschaft und Gesetzgebung aufgestellten Präsumtionen erinnert, welche zum Zwecke hatten, die Schwierigkeit des Nachweises des vollen Thatbestandes zu umgehen.

Es kann von einem Versuch nur im Falle des Art. 1461 gesprochen werden; Art. 1462 lässt etwa nur für einen unbeeidigten Versuch Raum; es werden aber, wenn Vollendung nach Art. 1462 nicht angenommen werden kann, meistens blos Vorbereitungshandlungen vorliegen, die hier nicht strafbar sind. (Die Analogie der Abtreibung mit Tödtung kann die Anwendung von Art. 1457 nicht begründen¹⁾). Der Versuch dagegen ist nach Art. 113 - 116 zu strafen.

6. Was die Strafe anbetrifft, so ist, abgesehen von der auffallenden Systematik in der Gradation von einem Fall zum Andern, zu bemerken:

Der in Art. 1462 aufgestellte Strafunterschied zwischen der Schwangeren und dem anderen Thäter ist nicht immer in der Wirklichkeit begründet; die Einwilligung der Schwangeren kann sich zur Anstiftung gestalten, sie wird aber immer nach Art. 1462, Abs. 2, also niedriger als der Thäter bestraft werden; die Art der Thätigkeit der Schwangeren bleibt ohne Einfluss auf deren Bestrafung, weil das Wort „*upotrebit*“ ebenso Anwenden wie

¹⁾ So Taganzew l. c.

Gebrauch machen bedeutet; auf den Thäter haben die allgemeinen Bestimmungen des Art. 118 und 119 volle Anwendung¹⁾.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Strafe des Art. 1461 nicht nur da Platz greift, wo der Thäter ohne Wissen und Einwilligung der Schwangeren gehandelt hat, sondern auch da, wo die Schwangere um die Abtreibung weiss, aber die Einwilligung versagt²⁾.

Besondere Bestimmungen für den Fall realer oder idealer Concurrenz der Abtreibung mit fahrlässiger Körperverletzung, resp. Tod der Schwangeren werden nur in Art. 1461 getroffen; es greifen daher sonst (Art. 1462 und 63) die allgemeinen Bestimmungen über Verbrechensconcurrenz Platz³⁾.

Nach Art. 1463 wird die verwirkte Strafe erhöht: 1) wegen der Eigenschaft des Schuldigen: Nach Niekludow⁴⁾ tritt die Strafschärfung gegen alle Diejenigen ein, die eine staatliche Autorisation zur Ausübung des ärztlichen Berufs haben — sogar die Zahn- und Veterinärärzte. Diese Interpretation ist aber eine zu sehr extensive; wohl werden als Aerzte, Geburtshelfer, Hebammen und Apotheker nur diejenigen angesehen, die zur Ausübung ihrer Kunst autorisirt sind, daraus folgt aber nicht, dass alle Diejenigen, die eine Concession zur Ausübung einer der ärztlichen mehr oder weniger ähnlichen Kunst besitzen, unter den Art. 1463 fallen.

2) Wegen Wiederholung des Verbrechens: eine frühere Verurtheilung wird hier nicht erfordert; es genügt, wenn constatirt wird, dass der Angeklagte sich schon einmal eines der in Art. 1461 und 1462 behandelten Verbrechen schuldig machte; ja es brauchen nicht einmal mehrere Anklagen wegen Abtreibung gegen den Angeklagten vorzuliegen; die Wiederholung kann einfach mit einer Frage an die Geschworenen constatirt werden⁵⁾.

1) Taganzew l. c., S. 315.

2) Taganzew l. c., S. 318.

3) Taganzew, S. 321.

4) l. c., S. 260.

5) Taganzew fordert nicht frühere Verurtheilung. Niekludow behauptet, es sei hier Art. 131 (Rückfall) anzuwenden.

Taganzew¹⁾ behauptet, es sei ein Mangel des Gesetzes, dass es bei Abtreibung nicht unterscheidet, ob die Schwangerschaft aus ehelichem oder ausserhelichem Beischlafe entstanden war; er meint, es liegen doch hier zu dieser Unterscheidung dieselben Gründe vor wie bei Kindesmord. Es ist aber dagegen zu erwidern, dass dies schon einer der in den Motiven für die mildere Bestrafung der Abtreibung angeführten Gründe ist, so dass nichts übrig bleibt, wenn überhaupt auf den Ursprung der Schwangerschaft gesehen werden soll, als eine schärfere Strafe im Falle ehelicher Conception zu bestimmen; Taganzew würde gewiss eine solche Consequenz nicht befürworten; er hält ja die im Gesetze bestimmte Strafe der Abtreibung, so sehr sie auch von der Strafe der Tödtung abweicht, als für den Fall ehelicher Schwangerschaft genügend, und darin hat er gewiss Recht.

1) l. c., S. 317. Er führt ein Gutachten des Staatsrathes an, der sich für die Begnadigung (Strafmilderung) eines Mädchens ausspricht, welches zum Beischlafe verleitet worden war durch Leute, die Autorität über sie hatten — also in einem Falle unverschuldeter Schwangerschaft.

105
6.

Thesen.

1. Der einzige Zweck der Strafe ist die Erhaltung des Friedens in der Gesellschaft: die Besserung des Verbrechers ist ein *pium desiderium*, das bei Bestimmung der Strafe kaum berücksichtigt werden kann.
 2. Die gemeine Lehre vom Rückfall ist nicht stichhaltig.
 3. Die Todesstrafe ist in den schwereren Fällen des qualificirten Mordes gerechtfertigt: Sie ist unentbehrlich gegen diejenigen, die bereits eine lebenslängliche Freiheitsstrafe verwirkt haben.
 4. Die Körperstrafe ist in manchen Fällen gerechtfertigt: sie wäre nur dann entbehrlich, wenn man der Gefängnisstrafe einen physisch afflictiven Character geben könnte.
 5. Die lebenslänglichen Freiheitsstrafen müssten theils in mehr oder weniger harten Gefängnissen, theils in Strafcolonien abgebüsst werden.
 6. Jedes Recht begründet für den Berechtigten eine entsprechende Pflicht.
- 