

## **4 Die strafrechtliche Behandlung der Kindstötung in Preußen vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Gegenwart in der Bundesrepublik**

Carl Christian Deutsch

### **4.1 Vorbemerkung**

Es ist eine kriminologische Grunderkenntnis, dass das Ausmaß der registrierten, aus Akten nachvollziehbaren Kriminalität wenig über das Ausmaß tatsächlichen kriminellen Verhaltens aussagt, weil die Mechanismen, die das Ausmaß des Dunkelfelds bestimmen, komplex sind und sich aus der Rückschau kaum aufklären lassen. Mit Dunkelfeld ist der Anteil der nicht entdeckten, angezeigten oder registrierten Taten an der Gesamtkriminalität gemeint.

Auf die Veränderung dieser Wahrnehmung und die dafür maßgeblichen sozialen Gründe ist also das Augenmerk zu richten, wenn man rechtshistorische Entwicklungen nicht nur anhand veränderter Normen, sondern in ihrem Entstehungszusammenhang beschreiben will. Nur aus der veränderten Wahrnehmung kriminellen Verhaltens, der „gefühlten“ Kriminalität, erschließen sich die legislatorischen Konsequenzen, die die jeweilige Epoche aus diesem zieht.

Ich werde mich im Folgenden aus Kapazitätsgründen auf die Rechtsentwicklungen in Preußen und später im Deutschen Reich beschränken, weil diese in gewisser Weise exemplarisch sind. Die in den deutschen Teilstaaten ähnlichen, aber nicht identischen Entwicklungslinien, mündeten mit der Entstehung des Deutschen Reiches in eine einheitliche Strafgesetzgebung.

### 4.2 Die Ausgangslage

#### Die Ausgangslage im Preußen des 17. Jahrhunderts

Im Preußen der frühen Neuzeit galt die „*Constitutio Criminalis Carolina*“, die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls des V. von 1532, die als Reichsgesetz noch bis ins 19. Jahrhundert hinein Anwendung fand. Als Reaktion auf eine immer stärkere Betonung der dem kanonischen Recht entstammenden Moralvorstellungen und, so darf man vermuten, als Versuch, ein als tatsächlich vorhanden eingeschätztes Problem durch Abschreckung einzudämmen, enthält die Carolina, die im Verhältnis zu den regionalen Landrechten ausdrücklich nur subsidiäre Gültigkeit beanspruchte, eine Vielzahl von Vorschriften, die die Kindstötung betrafen. Sie enthält sowohl strafprozessuale als auch materielle Vorschriften, und es finden sich deshalb prozessuale Vorschriften, die Taten zum Nachteil unehelich geborener Kinder betreffen, weil dies auch damals der Hauptanwendungsfall war. Die Carolina behandelt aber jede Kindstötung als Verwandtenmord und stellt sie unter drakonische Strafen. Sie unterscheidet materiell nicht zwischen ehelich oder unehelichen geborenen Opfern des Delikts. Als Regelstrafe wird Ertränken angeordnet, das in Preußen häufig in der Form des „Säckens“ vollstreckt wurde, wobei die Delinquentin gemeinsam mit einem Tier, häufig einem Huhn oder einer Katze, in einen Sack gesteckt und in ein Gewässer geworfen wurde, wo sie ertrank. Im Falle einer Häufung des Delikts in der Bevölkerung standen zur Abschreckung alternativ das Lebendigbegraben und Pfählen oder das Reißen mit glühenden Stangen – vor dem Ertränken – zur Verfügung. Die Carolina enthielt zudem prozessuale Bestimmungen, aus denen sich ergab, unter welchen Bedingungen Geständnisse durch Folter erzwungen werden durften, weil nach den damaligen Rechtsvorstellungen eine Verurteilung nur dann erfolgte, wenn zwei Zeugen zur Verfügung standen, was bei dem hier maßgeblichen Delikt erfahrungsgemäß nie der Fall war, oder wenn die Delinquentin oder der Delinquent gestand. Eine Verurteilung nur allein aufgrund von Indizien war nicht zulässig.

Wegen der häufigen Beweisschwierigkeiten wurde die Carolina landrechtlich mit harten Verdachtsstrafen untersetzt. In Bayern beispielsweise konnte die Kindsmutter mit dem Einwand, das Kind sei tot geboren worden, nicht gehört werden, wenn sie es heimlich zur Welt gebracht hatte.<sup>1</sup>

Die Härte der Carolina ist nur aus den kirchlich beeinflussten Moralvorstellungen des ausgehenden 16. und beginnenden 17. Jahrhunderts zu erklären. Der Umstand, dass die Täterin dem Kind die Taufe vorenthalten und deshalb dem Kind den Weg in die ewige Glückseligkeit versperrt hatte, trug explizit zur Einstufung als besonders strafwürdiges Verbrechen bei. Nach den damaligen Vorstellungen galt das Ertränken als gegenüber der Todesstrafe durch das Schwert verschärfte strafrechtliche Reaktion.

---

1 Codex iuris bavarici, Teil 1 Kap. 3, § 21.

### Die Ausgangslage im Preußen Friedrich Wilhelms I

Durch das im Jahre 1720 durch Friedrich Wilhelm I von Preußen, dem „Soldatenkönig“, erlassene *„Allgemeinen Edict wegen des Kindermords“* wurde Säcken als Regelstrafe wieder eingeführt, obwohl sie vorher in immer größerem Umfang durch Hinrichtungen mit dem Schwert ersetzt worden war. Gleichzeitig erließ er erstmalig auch Vorschriften, die der Prävention dienten. Unter schwere Strafe wurde bereits die Verheimlichung der Geburt selbst dann gestellt, wenn „kein Unglück oder Mord erfolgt wäre.“ Weiterhin enthielt das Edikt Aufsichtspflichten für das soziale Umfeld einer Schwangeren, deren Missachtung ebenfalls strafrechtlich sanktioniert wurde. Neben dem Umstand, dass Kindstötung als häufiges Problem angesehen wurde, wie sich aus zeitgenössischen Quellen ergibt,<sup>2</sup> wird die puritanische Glaubensstrenge des Monarchen für dessen Tendenz zur Verschärfung von Strafbestimmungen verantwortlich gemacht.

Die für die erste Hälfte des 18. Jahrhunderts festgestellte – nicht nur preußische – Entwicklung hin zu immer strengeren Strafvorschriften wird allerdings in der Rechtspraxis nicht ungebrochen gespiegelt. Während zu Zeiten Friedrichs I (1701–1713) fast 80 % der Strafverfahren wegen Kindstötung mit der Todesstrafe endeten, kehrte sich dieses Verhältnis in der Regierungszeit des Soldatenkönigs aus verschiedenen Gründen um. Fast zwei Drittel der Angeklagten kamen mit dem Leben davon.<sup>3</sup> Grund dafür waren insbesondere erhöhte Anforderungen an die objektiven, im Wesentlichen medizinischen Voraussetzungen des Straftatbestands und ein differenzierterer Umgang mit der subjektiven Tatseite. Da der König diese Urteile bestätigen musste, liegt nahe, dass Friedrich Wilhelm I. aus Gründen der Generalprävention bei den Strafandrohungen drakonisch war, im Alltag aber in Einzelfällen durchaus Milde walten ließ – zumindest nach den damaligen Maßstäben. Auch wurde zunehmend die Strafe von Säcken auf die Schwertstrafe ermäßigt, ein Umstand, der dann an Bedeutung gewann, als Friedrich II. die qualifizierte Todesstrafe 1740 abschaffte.

### Die Ausgangslage im Preußen Friedrichs des Großen

Mit dem Amtsantritt Friedrich des Großen begann im Jahre 1740 die Phase des aufgeklärten Absolutismus in Preußen. Es vollzog sich eine Verlagerung des *ideologischen* Schwerpunkts des Strafrechtssystems. Während der Soldatenkönig sich als Vollstrecker göttlichen Willens sah, der die Sünde gegen Gott auch weltlich zu vergelten und einer Sühne zuzuführen hatte, um Blutschuld vom Staate abzuwenden, war Friedrich von der Aufklärung beeinflusst, die ein säkularisiertes, auf der Vorstellung eines Gesellschaftsvertrags beruhendes Staatsverständnis hatte. Der König war der erste Diener des Staates. Strafe diente nach diesem Verständnis ausschließlich dem Schutz und der Sicherheit von Staat und Gesellschaft. Dieses von Nützlichkeitsabwägungen bestimmte

<sup>2</sup> Michalik a. a. O., 190.

<sup>3</sup> Michalik a. a. O., 197.

Strafverständnis führte in der Folge Montesquieus zu der Forderung nach Verhältnismäßigkeit von Strafe und Verbrechen und zu einer Hinwendung zu den sozialen Ursachen von Kriminalität. Friedrich der Große schaffte unmittelbar nach seinem Regierungsantritt die Strafe des Säckens ab und ersetzte sie durch die Schwertstrafe. Weiterhin verfügte er 1740 die Abschaffung der Folter, die alten Beweisregeln wurden aber beibehalten. Der Indizienprozess blieb nach wie vor nicht zugelassen. Im Übrigen verbot er, wie beispielsweise auch der Herzog von Mecklenburg<sup>4</sup> die Kirchenbuße, die öffentliche Diskriminierung lediger Mütter von der Kanzel aus („Sünderbank“).

Aus zeitgenössischen Dokumenten<sup>5</sup> geht aber auch hervor, dass es nicht allein altruistische Motive waren, die den aufgeklärten Monarchen bewegten, sondern auch bevölkerungspolitische Ziele. Es war aufgefallen, dass eine bloß repressive Reaktion die Kindstötungsfälle nicht verhindert hatten und eine eher an der Prävention ausgerichtete Politik das Überleben der zumeist unehelichen Kinder zur Folge haben könnte. Zudem hatte die Vollstreckung der Todesstrafe an der Täterin zur Folge, dass dem Staat auch deren zukünftige Kinder verloren gingen. Nach dem damaligen wirtschaftswissenschaftlichen Wissen waren es vor allem die Zahl der Untertanen (und Soldaten), die den Reichtum eines Staatswesens ausmachten.

In seiner rechtsphilosophischen Dissertation, die 1750 in der Akademie vorgelesen wurde, fragte Friedrich II., ob es nicht Schuld der Gesetze, die Schande mit der unehelichen Entbindung verknüpften, sei, dass ein leichtgläubiges Mädchen, „das sich durch die Schwüre eines Wüstlings hat verführen lassen“, zwischen dem Verlust der Ehre und dem des Kindes zu wählen habe? Raube nicht die richterliche Strenge dem Staat zwei Untertanen zugleich: das Kind und die Mutter, „die den Verlust durch eheliche Geburten reichlich wettmachen könnte?“<sup>6</sup>

Dieser Gedankengang ist allerdings zu relativieren. Michalik<sup>7</sup> hat in einer systematischen Untersuchung aller aus dem Zeitraum 1664–1764 überlieferten Gerichtsakten aus der Kurmark Brandenburg und Ostpreußen festgestellt, dass in diesem Zeitraum insgesamt ca. 600 Kindstötungsfälle an Neugeborenen aktenkundig geworden sind, dies sind etwa sechs Fälle<sup>8</sup> im Jahr. Diese Größenordnung ist zu gering, um zu belegen, dass der König objektiv ein vorrangig bevölkerungspolitisches Interesse an der Reform der Vorschriften haben musste, zumal er gleichzeitig in großem Umfang Neubürger (Hollän-

4 Kottmann a. a. O., 10.

5 Zit. nach Michalik a. a. O., 216ff.

6 Zit. nach Kottman a. a. O., 9.

7 Michalik a. a. O., 462.

8 Zum Vergleich: Im Jahre 1997, dem letzten Jahr des § 217 StGB, weist die polizeiliche Kriminalstatistik für die Bundesrepublik 20 angezeigte Fälle aus. Allein im Landgerichtsbezirk Neubrandenburg (also in Teilen des ehemals preußischen Vorpommern) hat es in den Jahren 2004 und 2005 allein vier Fälle von Kindstötungen kurz nach der Geburt gegeben.

9 Die Zahl der unaufgeklärten Fälle und die Zahl der nicht mehr auffindbaren Akten sind unbekannt. Die Zahlen sagen also wenig über das tatsächliche Problem aus.

der, Schwaben, Hugenotten) ins Land holte. Maßgeblich ist wohl doch zu einem großen Anteil die von der Aufklärung beeinflusste, utilitaristische Denkweise des aufgeklärten Monarchen<sup>10</sup> und seiner Zeit. Richtig ist, dass sich die von Nützlichkeitsbetrachtungen geprägte Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Verbrechen und Strafe und die bevölkerungspolitischen Motive der Zeit durch Quellen ebenso belegen lässt, wie die Tatsache, dass damals die Zahl der Kindstötungsfälle als gravierend eingeschätzt<sup>11</sup> wurde.

### 4.3 Das Kindsmordedikt von 1765

Vielleicht also nicht zufällig nur zwei Jahre nach Ende des verlustreichen<sup>12</sup> Siebenjährigen Krieges, der die Rolle Preußens als europäische Großmacht begründete, erließ Friedrich am 8. Februar 1765 das „*Edikt wider den Mord neugeborener unehelicher Kinder, Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft*“<sup>13</sup>. Weil inzwischen erkannt worden war, dass die Angst vor der sozialen Ächtung und vor den auf den außerehelichen Geschlechtsverkehr stehenden Strafen neben den wirtschaftlichen Konsequenzen eines außerehelich geborenen Kindes Motiv für dessen Tötung sein konnte, verfügte er die vollständige Abschaffung aller staatlichen Unzuchtstrafen. Auch sollten Eltern und Dienstherrschaften bestraft werden, die die „gefallenen Weibs-Persohnen zur Verzweiflung und Verübung eines größeren Übels“ verleitet hatten. Weiter enthielt das Edikt Vorschriften, die das Ziel verfolgten, heimliche Geburten durch das Umfeld einbeziehende, präventive Maßnahmen zu verhindern. Gleichzeitig wurden verheimlichte Geburten unter Strafe gestellt. „Das Edikt war ganz darauf ausgelegt, den ledigen Schwangeren eine goldene Brücke zu bauen, auf der sie in die bürgerliche Gesellschaft zurückkehren konnten.“<sup>14</sup>

Weiter enthielt das Edikt eine gravierende Verschärfung hinsichtlich der Verdachtsstrafen. Auf den ungeklärten Tod des Kindes nach verheimlichter Schwangerschaft oder bei anderen Lücken im subjektiven und objektiven Tatbestand stand nach dem Edikt lebenslange Festungsarbeit, eine Vorschrift, die sicherlich nicht als besonders gnädig zu bezeichnen ist.

Der Plan, Findelhäuser, Heime für uneheliche Kinder, zu schaffen, wurde aus Geldmangel nicht umgesetzt.

## 4.4 Preußisches Allgemeines Landrecht

Friedrich hatte gegen Ende seiner Regierungszeit die Vorarbeiten für ein allgemein gültiges Gesetzbuch Preußens initiiert, das 1794, also acht Jahre nach

<sup>10</sup> Anders Michalik a. a. O., 228f.; Kottmann a. a. O., 9.

<sup>11</sup> Michalik a. a. O., 222.

<sup>12</sup> Zeitgenössische Schätzungen gehen von 1.000.000 Toten aus (Michalik a. a. O., 222).

<sup>13</sup> Zit. nach Michalik a. a. O., 229.

<sup>14</sup> Wächtershäuser, „*Das Verbrechen des Kindsmords (...)*“, 141.

seinem Tod als „*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*“ (ALR) in Kraft trat. Es gilt aber als Ausdruck seiner späten Regierungszeit. Es enthielt eine Vielzahl von Bestimmungen zur Verbesserung der ökonomischen und rechtlichen Situation lediger Mütter und deren Kinder mit dem Ziel, die Zahl der Kindstötungen zu vermindern. Die präventiven Regeln des ALR folgen den Grundsätzen des Kindsmordsedikts von 1765. Die Verhinderung verheimlichter Schwangerschaften und Aufsicht der Schwangeren durch das Umfeld galten als wichtigstes Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung. Um die wirtschaftliche Not, ein weiteres Motiv für das als „Seuche“<sup>15</sup> empfundene Delikt zu lindern, gab das Preußische Landrecht von 1794 zur Verhütung des Kindsmords den unbescholtenen, mit einem Eheversprechen verführten Frauen, die Rechte und Würden einer Ehefrau, so dass die unehelichen Kinder die Rechte ehelicher Kinder hatten und vom Vater Unterhalt und Erziehung fordern konnten<sup>16</sup>. Sogar ohne Eheversprechen wurde der leibliche Vater zu Zahlungen an die ledige Mutter und das Kind herangezogen. Die bis dahin und später wieder gültige „Mehrverkehrseinrede“, die Behauptung, die Kindsmutter habe auch mit anderen Männern Geschlechtsverkehr gehabt, befreite den Vater nicht von seinen Zahlungspflichten dem Kind gegenüber.

Ausdrücklich mit der Begründung, dass das ALR ja die Motive für eine Kindstötung beseitige und deshalb die Gründe für eine Milderung entfallen seien, hielt der preußische Gesetzgeber die Androhung der Todesstrafe durch das Schwert für den „bey oder nach der Geburt“ erfolgten Kindsmord, so nannte es das Gesetz (II 20 § 887), durch Handeln oder Unterlassen (II 20 § 965) aufrecht. Auch die nach heutigem Rechtsverständnis unverständliche Verdachtsstrafe, lebenslang Zuchthaus bei schwerwiegenden Verdachtsmomenten („wenn zwar die gefährliche Behandlung erwiesen, aber nicht genugsam ausgemittelt ist, dass das Kind lebendig zur Welt gekommen ist“)<sup>17</sup> enthielt das ALR weiterhin: In den §§ 980 f. wurde der Täterkreis auf die ledige, verwitwete, geschiedene und getrennt lebende Frau sowie auf Ehebrecherinnen beschränkt, die Ehefrauen, die ihr eheliches Kind töteten, wurden nach den für den Verwandtenmord geltenden Vorschriften (§ 874 ALR) mit dem Rad („von unten“) und mit dem Schleifen zur Richtstätte bestraft. Gesenkt wurde das Strafmaß für die bloß verheimlichte Geburt.

### 4.5 Die Rechtspraxis im Preußen des 18. Jahrhunderts

Nach den von Michalik<sup>18</sup> für Preußen ermittelten Zahlen sind Todesstrafen im Verlauf des 18. Jahrhundert in immer geringerem Umfang verhängt worden. Während unter Friedrich Wilhelm I. noch mehr als Hälfte der Anklagen mit

15 Wächtershäuser, „*Das Verbrechen des Kindsmords (...)*“ a. a. O., 123.

16 II 2 592ff. ALR.

17 II 20 § 968 ALR.

18 A. a. O., 259.

der Kapitalstrafe endeten, reduzierte sich dieser Anteil wohl wegen der Abschaffung der Folter vor allem in der Regierungszeit Friedrichs nach den Urteilen auf ca. 20 %, wobei sich der Anteil der dann tatsächlich vollstreckten Strafen nach Bestätigung durch den König nur noch auf ca. 15 % belief. Einem allgemeinen Trend in Preußen folgend wurden gegen Ende des 18. Jahrhunderts fast keine Todesstrafen mehr vollstreckt. Allerdings verlief die Entwicklung der verhängten langjährigen Freiheitsstrafen in Verdachtsfällen wegen der mit der Abschaffung der Folter aufgetretenen Beweisschwierigkeiten nach Inkrafttreten des Edikts von 1765 gegenläufig.

Die nach den ermittelbaren Zahlen zutreffende Behauptung Friedrichs in einem Brief an Voltaire am 11. Oktober 1777<sup>19</sup>, dass die Kindsmörderinnen die größte Gruppe der hingerichteten Verbrecher stellten, obwohl „von den Kreaturen, die sich so grausam gegen ihren Nachwuchs (vergangen hatten) nur diejenigen exekutiert (wurden), denen man den Mord hatte nachweisen können“ belegt dies.

Die Entwicklung in Preußen ist in den übrigen deutschen Staaten in dieser Konsequenz nicht oder nur zu Teilen nachvollzogen worden. Auch in Preußen gab es insbesondere von kirchlicher Seite Kritik an den Reformvorhaben, weil ein Bedeutungsverlust von Ehe und Familie befürchtet wurde<sup>20</sup>.

Gleichwohl entsponn sich gegen Ende des 18. Jahrhunderts eine sozialwissenschaftliche, kriminalpolitische und literarische Debatte zu dem Thema Kindsmord, deren Entstehungsbedingungen heute schwer nachzuvollziehen sind.

Aus den von Michalik mitgeteilten Zahlen<sup>21</sup> ergibt sich jedenfalls ein Grund für die verstärkte Beachtung des Themas nicht unbedingt. Die in den Akten registrierten Verurteilungen haben sich in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts in Preußen im Jahresdurchschnitt von 6 auf 16 erhöht. Dies ist zwar eine beträchtliche prozentuale Zunahme, aber die absoluten Zahlen waren jedoch von untergeordneter Bedeutung angesichts der Tatsache, dass allein der Schlesische Krieg das Land 500.000 Tote gekostet hatte.<sup>22</sup> Auch Ulbricht kommt, wenn auch mit fragwürdiger Hochrechnung aus dem Hellfeld, aus den für Schleswig-Holstein vorliegenden Akten zu der Feststellung, dass man von einem Massendelikt nicht sprechen könne.<sup>23</sup> Offensichtlich hatte sich die Wahrnehmung verändert. Die Zeitgenossen und ihnen folgend auch Teile der neueren Literatur zu dem Thema empfanden jedenfalls die Kindstötung als „Seuche“, und Pestalozzi, ebenfalls ein Zeitgenosse, wird als Beleg für die Feststellung, bei den bekannten Fällen handele es sich nur um die Spitze „des bekannten Eisbergs“ mit dem Satz zitiert:<sup>24</sup> „Zu tausenden werden meine Kinder von der Hand der Gebärenden erschlagen.“

<sup>19</sup> Zit. nach Michalik a. a. O., 262.

<sup>20</sup> Kottmann a. a. O., 17.

<sup>21</sup> Michalik a. a. O., 462.

<sup>22</sup> Michalik a. a. O., 232.

<sup>23</sup> Ulbricht a. a. O., 176.

<sup>24</sup> Wächtershäuser, „Das Verbrechen des Kindsmords (...)“ a. a. O., 110.

#### 4.6 Die Entwicklung zum privilegierten Straftatbestand, die Mannheimer Preisfrage von 1780

Parallel zu der literarischen Behandlung des Themas fand eine kriminalpolitische Auseinandersetzung statt, die große öffentliche Beachtung fand. Im Jahre 1780 setzte ein „Menschenfreund“ – später stellte sich heraus, dass es sich um den Mannheimer Regierungsrat Adrian von Lamezan handelte – einhundert Dukaten für die beste Beantwortung der Preisfrage: „Welches sind die besten ausführbaren Mittel, dem Kindermord abzuhelpen, ohne die Unzucht zu begünstigen“ aus. Schon die Frage war akademisch formuliert und verstand sich als Beitrag zur aufklärerischen Reformpolitik. Die Reaktion auf den ausgelobten Preis war auch noch für heutige Verhältnisse überwältigend. Insgesamt sind 385 Beiträge bei den Preisrichtern eingegangen, im Umfeld der Preisfrage wurden insgesamt über 400 sich als wissenschaftlich begreifende Ausarbeitungen von Fachleuten und interessierten Laien, vor allem von Beamten, Theologen, Pädagogen und Medizinem, verfasst und veröffentlicht. Hervorzuheben ist Pestalozzis leidenschaftliches Buch über Gesetzgebung und Kindermord.<sup>25</sup> Das Thema muss seinerzeit eine heute kaum nachvollziehbare Brisanz gehabt haben.

Auch Zeitgenossen haben aber schon festgestellt, dass die Debatte nicht viel Neues ergeben hat.<sup>26</sup> Sie kam über den Wissenstand, der Grundlage des Edikts von 1765 war, nicht hinaus. Empfohlen wurde von einer Mehrheit – neben einer Minderheit, die drastische repressive Maßnahmen forderte – die Abschaffung von Kirchenbußen und Unzuchtsstrafen und im Übrigen soziale Maßnahmen, wie Findelhäuser, geheime Niederkunftshäuser sowie Investitionen in Erziehung und Bildung. Bemerkenswert ist, dass eine, wenn auch knappe, Minderheit – u. a. Pestalozzi – für die Abschaffung der Todesstrafe für Kindsmord votierte.<sup>27</sup>

Die Wirkungen der Debatte in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts sind aus einer Perspektive auf das gesamte Deutsche Reich allerdings überschaubar. Die weitgehenden Regelungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts sind nicht oder nur in geringem Umfang nachvollzogen worden. Fast überall wurden die Kirchenbußen abgeschafft. Die Unzuchtstrafen erlitten nur regional begrenzte Einbrüche und Modifikationen<sup>28</sup>; Findel- und geheime Entbindungshäuser wurden nicht, auch nicht in Preußen, geschaffen.

25 Radbruch/Gewinner, a. a. O., 207; Pestalozzi, Johann Heinrich, „Über Gesetzgebung und Kindermord“ 1783.

26 Michalik a. a. O., 296.

27 Vgl. die ausführliche Auswertung der Antworten bei Ulbricht a. a. O., 268ff. und Michalik a. a. O., 295ff.

28 Ulbricht a. a. O., 328.



#### 4.7 Die rechtspolitische Diskussion am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts

Die Reaktion in Deutschland auf die Französische Revolution und die Napoleonischen Kriege veränderten schließlich die Debatte inhaltlich. In Preußen blieben zwar die Kodifikationen der friderizianischen Zeit vorerst unangetastet, in der Umsetzung ist jedoch eine deutlich größere Zurückhaltung zu spüren<sup>29</sup>. In den Äußerungen zum Thema verschiebt sich der Schwerpunkt weg von der Erörterung des Schandmotivs hin zu einer Deutung der Kindstötung als einer fast unwillkürlichen Handlung in einem psychischen Ausnahmezustand während der Geburt. Die gesellschaftlichen Ursachen des Phänomens geraten zugunsten eines eher biologischen Ansatzes aus dem Blickwinkel, weil dies für die Menschen der Biedermeierzeit eher zu akzeptieren war.

Friedrich Wilhelm III. verfügte 1797 eine allgemeine Amnestie für Frauen, die eine Strafe wegen Kindsmordsverdacht absaßen. Diese Maßnahme wurde allein mit der psychischen Ausnahmesituation unter der Geburt begründet.<sup>30</sup>

Neben diesem Argumentationsstrang finden sich in zeitgenössischen Äußerungen vermehrt Hinweise darauf, dass das Bürgertum dieser Zeit das Leben eines nichtehelichen Kindes zudem als Schutzgut minderen Werts eingeschätzt hat. Kant führte beispielsweise in seiner *„Metaphysik der Sitten“* aus:

*„Das unehelich auf die Welt gekommene Kind ist außer dem Gesetz (denn das heißt Ehe), mithin auch außer dem Schutz desselben geboren. Es ist in das gemeine Wesen gleichsam eingeschlichen (wie verbotene Ware) so daß dieses seine Existenz (weil es auf diese Weise nicht hätte existieren sollen), mithin auch seine Vernichtung ignorieren kann.“*<sup>31</sup>

Diese aus heutiger Sicht unverständliche Einstellung ist Konsequenz der geänderten Auffassungen zu Ehe und Familie in der Biedermeierzeit. Die Ehe war nun kein rein rechtliches, sondern vor allem ein sittliches Verhältnis, das die vollständige Unterwerfung der Frau unter den Mann erforderte, dem sie zur Behauptung ihrer Menschenwürde nicht nur sich und ihre Persönlichkeit, sondern auch ihr Vermögen und ihre Eigenschaft als Rechtssubjekt hinzugeben hatte. Mit dem Begriff „Biedermeier“ ist eine bürgerliche Kultur gemeint, die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstand. Das Bürgertum kultivierte in dieser Zeit das Privat- und Familienleben in ganz neuem Ausmaß. Nicht mehr die Repräsentation stand im Vordergrund, sondern das häusliche Glück in den eigenen vier Wänden. Bürgerliche Tugenden wie Fleiß, Ehrlichkeit, Treue, Pflichtgefühl, Bescheidenheit wurden zu allgemeinen Prinzipien erhoben.

Verständnis für die sozialen Nöte von „gefallenen“ Mädchen oder ungetreuen Ehefrauen, die ihre neugeborenen Kinder töten und damit gegen so als

<sup>29</sup> Michalik a. a. O., 343.

<sup>30</sup> Michalik a. a. O., 345.

<sup>31</sup> Kant a. a. O., 457.

fundamental gedachte Prinzipien wie die Mutterliebe verstoßen, kann man in einer solchen Zeit nicht erwarten. Dieses Bild von Ehe und Familie lässt sich mit den auf Kenntnis der sozialen Ursachen von Kindstötungen beruhenden Auffassungen der Aufklärer und mit dem Willen zur Besserstellung lediger Mütter und unehelicher Kinder zur Kindsmordprävention und mit der Abschaffung der Unzuchtstrafen nicht mehr überein bringen. Folgerichtig verliert das Ehrenrettungsmotiv in der kriminalpolitischen Diskussion jede Bedeutung. Zudem gerät immer mehr die Angst vor einem Verfall von Sitten und Moral durch „Förderung“ unzüchtiger Handlungen in den Fokus des zeitgenössischen, kriminalpolitischen Diskurses.

Dass dies so ist, ergibt sich auch aus der gleichzeitigen Reform des Nichteheleichenrechts in Preußen aufgrund einer Kabinettsorder vom 15.01.1825. Dieses sollte einer beschleunigten Revision „unter besonderer Berücksichtigung des religiösen und sittlichen Prinzips“<sup>32</sup> unterzogen werden. In der Auseinandersetzung mit dem in der „Franzosenzeit“ geltenden „Code civil“, der keine Vaterschaftsklage zuließ und die ledigen Mütter und unehelichen Kinder weitgehend rechtlos ließ, entschied man sich in den 20er Jahren zwar noch für eine Beibehaltung der landrechtlichen Grundsätze, aber bei der nächsten Revision in den 40er Jahren des vorletzten Jahrhunderts wurde dann das Nichteheleichenrecht, auch durch Einführung der Mehrverkehrseinrede, so ausgehöhlt, dass es praktisch aufgehoben und damit dem französischen Rechtszustand angepasst wurde. Mit dem Regierungsantritt des von seinem Gottesgnadentum überzeugten Friedrich Wilhelm IV im Jahre 1842 kamen konservative und kirchlich beeinflusste Kräfte an die Macht. Diese gaben eine Reform des Eherechts in Auftrag, die dieses von den „den Lehren des Christentums widerstrebenden Grundsätzen“<sup>33</sup> befreien sollte. Die ideologischen Grundlagen des von Savigny vorgelegten Entwurfs beruhen auf den philosophischen Vorarbeiten Fichtes und Hegels und behandeln die Ehe als naturgegebene, „heilige“ Institution und als unentbehrliche Grundlage des bürgerlichen Staates. So gesehen wird der außereheliche Beischlaf zu einem staatsfeindlichen Akt.

Um Kindsmordprävention ging es dabei nicht mehr, diese war zu einer vernachlässigbaren Größe geworden. Auch dieser Einstellungswandel hatte ersichtlich nichts mit einer Abnahme des tatsächlichen Problems zu tun, dieses nahm als Folge der Verelendung breiter Bevölkerungsteile in der ersten Hälfte im 19. Jahrhundert nach Aufgabe der ständischen Ordnung eher zu.<sup>34</sup>

32 Zit. nach Michalik a. a. O., 399.

33 Zit. nach Michalik a. a. O., 413.

34 Michalik a. a. O., 427.

#### 4.8 Die Bestimmungen zum Kindsmord im Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 und die Rechtspraxis

Übrig geblieben aus den Debatten der Aufklärungszeit war aber die Einschätzung, dass eine strafrechtliche Besserstellung lediger Kindsmörderinnen erforderlich sei<sup>35</sup>. Möglich ist, dass dabei die beschriebene Einstellung dem Leben nichtehelichen Kindern gegenüber eine Rolle spielte. Man gewinnt jedenfalls den Eindruck<sup>36</sup>, dass die Zeitgenossen sich über die Zielsetzung zwar völlig einig waren, die rechtspolitische Begründung dafür aber nicht widerspruchsfrei liefern konnten.

Die bis dahin noch bestehenden Verdachtsstrafen und die Todesstrafe für Kindsmord wurden im Deutschen Reich nach und nach abgeschafft. Das erste deutschsprachige Gesetz, das die Todesstrafe abschaffte, war das österreichische Strafgesetzbuch von 1803. Dieses unterschied nur bei Strafandrohung hinsichtlich ehelicher und nichtehelicher Kinder und privilegierte die Tötung durch Unterlassen. Auch das von Anselm von Feuerbach verfasste Strafgesetzbuch für Bayern von 1813 sieht im Regelfall für die Kindstötung während oder innerhalb von drei Tagen nach der Geburt *nur* Zuchthaus auf unbestimmte Dauer vor. Die Regelungen in den übrigen Landrechten sind unterschiedlich, privilegieren aber alle nur die Tötung des unehelichen Kindes.<sup>37</sup>

In Preußen wurden die Verdachtsstrafen des ALR und die Todesstrafe für die Tötung unehelicher Kinder erst spät mit dem „*Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten*“ von 1851 aufgehoben.

Dessen § 180 lautete:

*„Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet, wird wegen Kindsmords mit Zuchthaus von fünf bis zehn Jahren bestraft.“*

Diese Vorschrift galt im Grundsatz mit leichten redaktionellen Änderungen fast unverändert in Preußen, im Deutschen Reich und in der Bundesrepublik Deutschland bis zum 01.04.1998, also 147 Jahre.

Aus den Materialien zum Entwurf des preußischen StGB ergibt sich, dass die Beeinträchtigung der Zurechnungsfähigkeit in der Geburt der Grund für die Milderung war und, weil er vorausgesetzt wurde, im Einzelfall nicht mehr geprüft werden musste.<sup>38</sup> Ehrenrettung und die Furcht vor Schande als minder strafwürdiges Motiv haben keine legitimatorische Funktion mehr. Zu Recht im Übrigen: Es geht immerhin um die Verdeckung eines vorherigen „Fehltritts“ durch Tötung eines wehrlosen Menschen. Das ist völlig unverhältnismäßig und

35 Ich habe als Praktiker in einer Strafkammer zudem den höchst subjektiven Verdacht, dass es in diesen Fällen – auch heute noch – einen sich aus höchst irrationalen Quellen speisenden, männlichen Mangel an Strafbefürdnis gibt.

36 Czelk a. a. O., 74 unter Hinweis auf die Tatsache, dass die Materialien die Notwendigkeit eines eigenständigen Tatbestands ohne weitere Erörterungen voraussetzen.

37 Frick a. a. O., 4.

38 Frick a. a. O., 47.

hat nichts Privilegierenswürdiges an sich. Beim heutigen Mordparagraphen gilt beispielsweise Verdeckung als ein besonders niedriger Beweggrund.

Mit dem – im Übrigen bis heute – ganz im Vordergrund stehenden Argument, die gebärende Mutter befände sich in einem psychischen Ausnahmezustand und sei nicht ganz verantwortlich zu machen für ihr Tun, ist die Privilegierung der Tötung nur des unehelichen Kindes nicht zu begründen. Wenn es diesen Ausnahmezustand gibt, gilt er auch für die Tötung ehelicher Kinder. Diesen Widerspruch hat die Rechtswissenschaft niemals aufzuklären vermocht.

In § 186 des Preußischen Strafgesetzbuchs wurde die Beseitigung der Leiche nach verheimlichter Schwangerschaft zu einer Ordnungswidrigkeit herabgestuft. Damit entfielen die bisherigen Verdachtsstrafen fast vollständig.

Der § 180 des Preußischen StGB privilegierte sowohl die Tötung eines Kindes (Totschlag) als auch die Tötung unter qualifizierenden Merkmalen (Mord). Das Delikt hieß deshalb Kindsmord.

Nichts an Deutlichkeit zu wünschen übrig ließen die Diskussionen zu der Frage, ob nicht konsequenterweise auch bei der Abtreibung zwischen ledigen und verheirateten Frauen unterschieden werden müsse, weil die Ehefrau „da sie zugleich die Rechte des ehelichen Vaters kränke, sowie aus allgemeineren Gründen strenger zu bestrafen sei“<sup>39</sup>. Auch hier findet sich wieder das unerschwellige Motiv, dass das uneheliche Kind weniger schützenswert sei. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde zudem die Nichtehelichkeit zunehmend als Problemfaktor für die Wirtschaftsstabilität und als Rekrutierungsbasis für das zunehmend gefürchtete Proletariat erörtert.<sup>40</sup> Auch dies mag eine Rolle gespielt haben.

Das Beharrungsvermögen dieser Vorschrift, die ein höheres Maß an Schutzlosigkeit des nichtehelichen Kindes gesetzlich sanktionierte, ist erstaunlich.

### 4.9 Vom Reichsstrafgesetzbuch von 1871 zu § 217 StGB

Das 1851 in Preußen gesetzlich verankerte Sonderrecht für ledige Kindsmörderinnen ging mit Herabsetzung der Mindeststrafe auf drei Jahre für den Regelfall und auf zwei Jahre bei mildernden Umständen durch Gesetz vom 31.05.1870 in das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes über, das durch Gesetz vom 15. Mai 1871 zum Reichsstrafgesetz wurde. Seit 1870 wird der Tatbestand als Kindstötung bezeichnet.

In der Folgezeit wurde immer wieder ausgehend von Zweifeln an dem Grund der Privilegierung und an der nur schwer nachvollziehbaren Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern erörtert, ob die Vorschrift nicht zu reformieren sei. In Erörterungen in den Jahren 1909, 1911, 1925, 1927, 1953 und 1960 wurden diese Gesichtspunkte erörtert, im Ergebnis aber blieb die Norm unverändert. Auch die Nationalsozialisten haben mit Vorarbeiten für

<sup>39</sup> Zit. nach Michalik a. a. O., 444.

<sup>40</sup> Michalik a. a. O., 449.

eine völlige Streichung der Privilegierung begonnen, weil „im Hinblick auf den hohen Wert des Kindes für die Volksgemeinschaft, seiner völligen Hilflosigkeit sowie angesichts der völligen Verleugnung der Mutterpflichten durch die Kindesmörderin eine Milderung nicht veranlasst“<sup>41</sup> sei. Umgesetzt wurde auch das Vorhaben nicht.

Die Vorschrift des § 217 Reichsstrafgesetzbuch wurde bei Gründung der Bundesrepublik unverändert übernommen, lediglich am 04.08.1953 wurde der Strafraum für den minder schweren Fall auf sechs Monate Mindeststrafe abgesenkt, um die Strafandrohung an den minder schweren Fall des Totschlags anzupassen.

Die Vorschrift lautete nun:

1. Eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.
2. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

Die Rechtsprechung sah Kindstötung als selbständigen Tatbestand und nicht als privilegierten Totschlag. Eine Kindesmörderin konnte deshalb, weil § 217 die speziellere Vorschrift war, niemals wegen Mordes bestraft werden. Ähnlich war die Situation in der DDR. Ein Neonatizid, das heißt die Tötung eines Kindes durch die Mutter „in oder gleich nach der Geburt“ (§ 113 StGB der DDR) wurde juristisch als Totschlag klassifiziert. Die Milderung kam der Täterin völlig unabhängig von der Frage zugute, ob ein psychopathologischer Ausnahmezustand tatsächlich für die Tat maßgeblich wurde oder nicht. Auch bestand kein Doppelverwertungsverbot, die Tatsache, dass die Täterin unter einem solchen Zustand litt, wurde von der Vorschrift vorausgesetzt und reichte zudem als Begründung für die Einstufung als minder schwerer Fall im Sinne des Abs. 2 der Vorschrift, wenn er denn tatsächlich vorlag.

## 4.10 Die Abschaffung des § 217 StGB im Jahre 1998

Mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.01.1998, in Kraft getreten am 01.04.1998, wurde § 217 StGB ersatzlos abgeschafft. Dieser Reform ging eine Debatte voraus, in der die Vorschrift als „antiquiert“<sup>42</sup>, „nicht mehr zeitgemäß“<sup>43</sup> und „verfassungswidrig“<sup>44</sup> angesehen wurde.

Die immanenten Widersprüche dieser Vorschrift, deren Auflösung als „Illusion“<sup>45</sup> angesehen wurde, waren seit dem Inkrafttreten dieser Vorschrift hinlänglich bekannt.

41 Zit. nach Frick, a. a. O., 54.

42 Sieg, ZStW 1990, 292, 312.

43 Eser, Gutachten zum 53. DJT, D148.

44 Rump/Hammer, NStZ 1994, 69.

45 Arzt/Weber a. a. O., 68.

Wenn nach § 46 StGB die individuelle Schuld, die Vorwerfbarkeit menschlichen Verhaltens also, Grundlage der Strafbemessung ist, dann könnten Angst vor Schande und Rettung der Geschlechtsehre als Motiv allenfalls dann strafmildernd Berücksichtigung finden, wenn diese Beweggründe tatsächlich vorhanden und glaubhaft sind. A priori als strafmildernd vorausgesetzt werden können sie in einem modernen Strafrechtssystem nicht. Ob diese Beweggründe angesichts des verletzten Rechtsguts auch gegen Ende des 20. Jahrhunderts noch als verständlich und positiv zu bewerten und deshalb strafmildernd sind, ist auch sehr zweifelhaft. Neben dem bereits angeführten Gesichtspunkt, dass die Tötung eines Menschen zum Zwecke der Verdeckung eines „Fehltritts“ nicht moralisch positiv zu bewerten ist, ist auch schwer zu begründen, warum auch Ehebrecherinnen dieser Ehrennotstand zugebilligt werden soll. Dies aber ist in der gesamten Zeit der Gültigkeit dieser Vorschrift so gehandhabt worden, die Privilegierung galt auch für die Tötung eines außerhalb einer bestehenden Ehe gezeugten Kindes. Im Übrigen ist auch die zeitliche Beschränkung der Vorschrift nicht schlüssig: Das Ehrenrettungsmotiv kann auch noch Tage nach der Geburt wirksam sein.

Grund für die Besserstellung der ledigen oder außerehelich gebärenden Mutter kann deshalb allein die affektive Belastung der Mutter während der Geburt sein. Diese als Regelfall anzunehmen, war medizinisch nie unumstritten.<sup>46</sup> Eine starke affektive Erregung liegt zudem angesichts der erhöhten Hemmschwelle zur Tötung eines Menschen den meisten Tötungsdelikten zugrunde. Zur Milderung bedarf es deshalb eines besonders starken Affekts. Ein zu einer erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit im Sinne der § 20, 21 StGB führender Affekt wird jedenfalls erst dann anerkannt, wenn er zu einem zumindest teilweisen Zusammenbruch von Ordnungsstrukturen in der Psyche des Täters führt. Der § 217 StGB setzte eine solche Beeinträchtigung aber ohne zureichenden rechtstatsächlichen Beleg in jedem Fall strafmildernd voraus. Dies ist aus heutiger Sicht schwer aufrechtzuerhalten. Die durchaus denkbare Fallkonstellation einer kühl und überlegt, beispielsweise mit gemeingefährlichen Mitteln tötenden Mutter, führte unter der Geltung des § 217 StGB zu schwer erträglichen Ergebnissen. Die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern in diesem Zusammenhang war zudem nicht zu begründen.

Die Brüche in der Logik dieser Vorschrift waren bekannt, gleichwohl kam es nicht zu einer Reform. Erst als sich die Einstellung der Gesellschaft nichtehelichen Kindern gegenüber tatsächlich verändert hat und dies auch mit einer großen zeitlichen Verzögerung, wurde sie abgeschafft.

Das nach Art. 6 Abs. 5 Grundgesetz bestehende Gleichstellungsgebot nichtehelichen Kindern gegenüber wurde erst mit dem am 01.07.1970 in Kraft getretenen „Gesetz über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder“ umgesetzt. Diese wurden jetzt erstmalig in das Familienrechtssystem des Bürgerlichen Gesetzbuchs

---

<sup>46</sup> Sieg, ZStW 1990, 313.

integriert. Bis dahin galten das nichteheliche Kind und sein Vater als nicht verwandt (§ 1589 Abs. 2 BGB a. F.). Alleinerziehende Mütter (und Väter) sind eine weitgehend akzeptierte Realität geworden, die zwar mit Belastungen zu kämpfen, aber wirtschaftliche Not, Ausgrenzung und „Schande“ nicht mehr zu befürchten haben.

Gleichwohl lebten im Zusammenhang mit dem Vorschlag der CDU-Regierung Helmut Kohls, § 217 StGB ersatzlos zu streichen, weil die Vorschrift nicht mehr zeitgemäß sei und kaum angewendet werde, die alten Diskussionen noch einmal auf. Zwischen 1986 und 1994 habe es in den alten Bundesländern, so die Bundesregierung in dem Gesetzentwurf<sup>47</sup>, jeweils jährlich nur bis zu zwölf Strafverfahren wegen Kindstötung gegeben, die nur in bis zu zehn Fällen zu einer Verurteilung geführt hätten. Die Vorschrift sei überflüssig, weil die psychische Ausnahmesituation durch Anwendung des § 213 StGB (minder schwerer Fall des Totschlags) Berücksichtigung finden könnte. Der Bundesrat<sup>48</sup> schlug auf Initiative Bayerns hingegen vor, die Vorschrift auch auf eheliche Kinder auszudehnen, weil die Unterscheidung nicht mehr zeitgemäß sei. Die den Müttern zugebilligte (!) psychische Ausnahmesituation sei vom Familienstand der Mütter und Kinder nicht abhängig. Gegen eine Streichung der Vorschrift spräche aber eben diese Ausnahmesituation. Die Ahndung der Tat als Mord oder Totschlag werde ihr nicht gerecht. Weil es sich um Bundesrecht handelt, entschied dann der Bundestag zugunsten einer vollständigen Streichung der Vorschrift.

## 4.11 Die Kindstötung in der Rechtspraxis der Gegenwart

Die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) sagt zu der Häufigkeit von Kindstötungen nichts mehr aus, weil diese nach Abschaffung des § 217 StGB nicht mehr gesondert registriert werden. Es ist aber zu vermuten, dass derartige Taten seit Ende der 90er Jahre nicht gravierend zugenommen haben, obwohl zu bemerken ist, dass die mediale Verarbeitung der bekannten Fälle die „gefühlte“ Kriminalität ansteigen lässt. Im Jahre 2006 hat es ausweislich der vom Bundeskriminalamt<sup>49</sup> veröffentlichten PKS in der Bundesrepublik insgesamt 1650 Tatverdächtige wegen Totschlags gegeben, unter diesen waren 232 Frauen. Die Zahl ist seit Jahren praktisch gleich bleibend. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass ein bestimmter Teil der Totschlagsdelikte gravierend zugenommen haben könnte. Forschung darüber hinaus, die das rechtstatsächliche Ausmaß des Phänomens beleuchtet, ist – soweit ersichtlich – nicht veröffentlicht. Die PKS des Jahres 1997 wies 20 Tatverdächtige im Zusammenhang mit § 217 StGB aus, allenfalls zehn davon wurden angeklagt.

47 BT-Drucksache 13/8587.

48 BR-Drucksache 164/97.

49 <http://www.bka.de/pks/pks2006/index2.html>.

**§** *Nach Abschaffung des § 217 StGB ist jede bewusste Kindstötung durch die Mutter während oder kurz nach der Geburt als Mord oder Totschlag strafbar. Totschlag, § 212 StGB, ist die vorsätzliche Tötung eines Menschen, Mord, § 211 StGB, ist die vorsätzliche Tötung eines Menschen unter besonderen, den Totschlag als Mord qualifizierenden Merkmalen, mit denen der Gesetzgeber die besondere Verwerflichkeit der Tat zu beschreiben versucht.*

Die Strafbarkeit der Frau, die ihr Kind während oder kurz nach der Geburt tötet, wegen Mordes kommt allerdings regelmäßig kaum in Frage. Heimtücke ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dann gegeben, wenn die Täterin die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt. Ein Neugeborenes kann indes nicht arglos sein, weil es die Fähigkeit dazu nicht besitzt.<sup>50</sup> Heimtücke als Mordmerkmal entfällt deshalb. Das Mordmerkmal „grausam“ wird durch die Begehungsweise der Tat, eine innere Haltung des Täters und den entsprechenden Vorsatz dazu erfüllt. In der besonderen Situation der Täterin in diesen Fällen wird Grausamkeit ganz selten gegeben und nie nachweisbar sein. Die Mordmerkmale im Übrigen, Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstrieb, Habgier, Verdeckung oder Ermöglichung anderer Straftaten, gemeingefährliche Mittel oder sonstige niedrige Beweggründe kommen bei Kindstötungen in oder kurz nach der Geburt praktisch nicht in Betracht.

Es erfolgt also in aller Regel bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen eine Verurteilung wegen Totschlags, der mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bedroht ist. Höchststrafe wäre damit 15 Jahre Freiheitsstrafe.

**§** *Bereits der Bundesgesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass in Fällen, in denen die Täterin sich in einem psychischen Ausnahmezustand befunden hat, häufig eine Anwendung des § 213 StGB, der minder schwere Fall des Totschlags, in Betracht kommt, der mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bedroht ist. Ein minder schwerer Fall ist dann gegeben, wenn eine Gesamtbetrachtung von Tat und Täter ergibt, dass die – eventuell nach den §§ 212, 49 StGB wegen Vorliegens einer erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit gemilderte – Strafe unangemessen hoch ist.*

Die wenigen nach Abschaffung des § 217 StGB zu Kindstötungen ergangenen höchstrichterlichen Urteile befassen sich ausnahmslos mit der Frage, ob sich die jeweilige Strafkammer in einer ausreichend umfassenden Gesamtwürdi-

<sup>50</sup> BGHSt 4, 13; 8, 216.



gung mit der besonderen psychischen Situation der gebärenden Mutter auseinandergesetzt habe.<sup>51</sup>

## 4.12 Schlussbemerkung

Gustav Radbruch hat 1949 bemerkt<sup>52</sup>, dass Kindsmord das Schlüsseldelikt aller strafrechtreformerischen Bestrebungen des 18. Jahrhunderts gewesen sei; über kein anderes Verbrechen sei damals häufiger und leidenschaftlicher gestritten worden. Dies ist richtig und die Auseinandersetzungen haben sich danach, wenn auch in deutlich weniger leidenschaftlicher Form, fortgesetzt. Die Befassung mit der Rechtshistorie zu diesem Thema erlaubt aber den Blick darauf, dass nicht nur in den jeweils aktuellen rechtspolitischen Auseinandersetzungen sondern auch in den auffällig zahlreichen rechtshistorischen Arbeiten häufig und leidenschaftlich über dieses Thema gestritten wurde. Auch insoweit scheint die Auseinandersetzung mit dem Kindsmord Schlüsselfunktion zu haben.

Grund dafür ist, dass es im Kern um den Wandel der Beziehungen der Geschlechter zueinander und den Umgang mit Illegitimität geht, die im Zusammenhang mit diesem Delikt strafrechtsrelevant werden. Die Einstellung zu diesem Wandel beeinflusst die Wahrnehmung nicht nur der Rechtspolitiker, sondern ersichtlich auch die der Rechtshistoriker.

## Literaturverzeichnis

- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794. 3. erw. Auflage. Neuwied, Krieffel, Berlin 1996.
- Arzt G, Weber U. Strafrecht, Besonderer Teil. 2. Aufl.. Bielefeld 1981.
- Czelk A. Privilegierung und Vorurteil. Köln, Weimar, Wien 2005.
- Dülmen R van. Frauen vor Gericht. Frankfurt/Main 1991.
- Eser A. Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung neu abzugrenzen? in: Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages. Berlin 1980.
- Frick V. Die Kindstötung im deutschen und englischen Recht. Bonn 1992.
- Imhof A. Die gewonnenen Jahre. München 1981.
- Kant I. Die Metaphysik der Sitten. Werkausgabe Bd. 8. Weischedel W. (Hrsg.) Frankfurt/Main 1982.
- Kottmann P. Studien zur Verrechtlichung und Reproduktion. Bielefeld 1987.
- Michalik K. Kindsmord. Sozial- und Rechtsgeschichte der Kindstötung im 18. und beginnenden 19. Jahrhundert am Beispiel Preußen. Pfaffenweiler 1997.
- Radbruch G, Gwinner H. Die Geschichte des Verbrechens. In: Radbruch G. Gesamtausgabe Bd. 11. Kaufman A. (Hrsg.). Heidelberg 2001.
- Rameckers JM. Der Kindsmord in der Literatur der Sturm-und-Drang-Periode. Rotterdam 1927.
- Ulbricht O. Kindsmord und Aufklärung n Deutschland. München 1990.
- Wächtershäuser W. Das Verbrechen des Kindsmords im Zeitalter der Aufklärung. Berlin 1973.
- Wächtershäuser W. Kindstötung. In: Erler A, Kaufmann E. (Hrsg.) Handwörterbuch der Rechtsgeschichte. Berlin 1973.

51 BGH NSTZ-RR 2005, 168; BGH NSTZ-RR 2004, 80 BGH StV, 2003, 557.

52 Radbruch/Gwinner a. a. O., 206.