

# Rechtsgeschichte

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg11>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 11 (2007)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg11/188-192>

Rg **11** 2007 188 – 192

**Thomas Vormbaum**

## Strafrechtliche Privilegierung als Ausgleich für zivilrechtliche Diskriminierung

große Themen wie »freiheitsrechtliches Denken« und »Mentalitätsgeschichte« anspricht, sollte schon etwas mehr kommen. Geht nicht die Abschaffung von Sklaverei und Leibeigenschaft mit der Abschaffung der Schuldhafte zeitlich einher? Aber das ist vielleicht endgültig ein anderes Buch.

Die »Buntheit der Quellen« als Erklärung für fehlende Forschungsergebnisse zu bemühen, finde ich wenig überzeugend. Es sollte auch klar sein, dass es sich verbietet, etwas »vorschnell als eine fortschrittlichere Entwicklungsstufe anzusehen« oder eine »holzschnittartige Zuweisung« vorzunehmen (434 f.). Das sind nichts als Floskeln. Um es klar zu sagen: Ich finde Breßlers in meinen Augen viel zu weitschweifige und keineswegs immer innovative methodentheoretische Ausführungen nicht beachtlich.<sup>10</sup> Sprachlich stört manchmal der zu sehr auf dem Passiv basierende Stil.<sup>11</sup> Auch ist die Annahme, kaum jemand werde ein Buch komplett lesen, keine Entschuldigung für Wiederholungen und Redundanzen (57).

Breßlers Buch ist dennoch eine bemerkenswert facettenreiche wissenschaftliche Leistung und ein wichtiges Hilfsmittel für zukünftige Forschungen. Breßler gibt auf eine grundlegende

Frage des älteren sächsischen Rechts tatsächlich eine Antwort bzw. – was das Wichtigere ist – *er stellt sie*, und das anhand eines konkreten Beispiels. Die Frage lautet, »ob und inwieweit man überhaupt von einem sächsischen Recht der Personalexekution sprechen kann« (57). Wer die Antwort wissen will, der lese sein Buch. Das Ergebnis ist überzeugend begründet (405 f.). Breßlers Arbeit kann ferner wegen ihrer übersichtlichen Gliederung als eine Art aktuelles Handbuch wichtiger Quellen des älteren sächsischen Rechts dienen. Sowohl die wichtige ältere Literatur als auch die neuere ist in großem Umfang ausgewertet und mit deutlichen Linien gewürdigt. Breßler bringt Klarheit in den Nebel der Jahrhunderte, und zwar von mehreren Warten aus. Welche Arten von Schuldhafte sind zu unterscheiden, welche Funktionen kamen ihnen zu? Welche Personen waren beteiligt, was sind die sozialen Hintergründe, usw. Dieses Buch ist auch als Einstiegslektüre für Anspruchsvolle in das ältere sächsische Recht empfehlenswert und lässt den europäischen Aspekt nicht außen vor.

**Bernd Kannowski**

## Strafrechtliche Privilegierung als Ausgleich für zivilrechtliche Diskriminierung\*

Hat ein Wissenschaftler oder eine Wissenschaftlerin ein Thema gefunden und behandelt, so taucht mitunter die Frage auf, warum dieses auf offener Straße liegende Hufeisen nicht schon früher aufgehoben worden ist. So geht es mir bei

diesem Buch: Das Hufeisen ist die Verbindung zwischen der Regelung des BGB über die Rechtsstellung unehelicher Kinder und dem Kindstötungs-Tatbestand des StGB; diejenige, die das Hufeisen aufgehoben hat, ist die Verfasserin des

<sup>10</sup> Anderer Ansicht ROLF LIEBERWIRTH, Rezension, in: ZRG GA 122 (2005) 593.

<sup>11</sup> So kommen auf Seite 56 elf Formen von »werden« vor, neun Mal das Wort »werden« selbst.

\* ANDREA CZELK, »Privilegierung« und Vorurteil. Positionen der Bürgerlichen Frauenbewegung zum »Unehelichenrecht« und zur Kindstötung im Kaiserreich (Rechtsgeschichte und Geschlechterforschung 3), Köln, Weimar, Wien: Böhlau 2005, XIV, 260 S., ISBN 3-412-17605-2

hier besprochenen Buches, und ihr ist dafür zu danken. Gegenstand ihrer Untersuchung sind die Stellungnahmen der im Dachverband »Bund deutscher Frauenvereine« organisierten bürgerlichen Frauenbewegung im Kaiserreich und (über den im Buchtitel angegebenen Zeitraum hinaus) in der frühen Weimarer Republik (6, 27 ff.) zum Unehelichenrecht des BGB und zum Straftatbestand der Kindstötung im Strafgesetzbuch. Dass gegen Ende des 19. Jahrhunderts das Strafrecht häufiger als das Familienrecht des BGB Gegenstand von Petitionen und öffentlichen Deklarationen der Frauenbewegung war, hat einen einfachen Grund: Im BGB, das nach mehr als zwanzigjähriger Vorarbeit 1896 vor der Verabschiedung stand, waren, als der Rechtskampf der Frauen öffentliche Aufmerksamkeit zu erzielen begann, Änderungen realistischerweise allenfalls noch in Randbereichen, danach zunächst einmal gar nicht mehr zu erhoffen; hingegen wurde die Forderung nach einer Reform des 1870 verabschiedeten Strafgesetzbuches seit Mitte der 80er Jahre allenthalben erhoben, es bestand also Aussicht, den Frauenforderungen im Rahmen des Reformprozesses Gehör zu verschaffen (79 ff.). Besonderes Gewicht besaßen die Stellungnahmen und Vorschläge von Julie Eichholz, Helene Lange, Camilla Jellinek zum Vorentwurf von 1909, die denn auch den hauptsächlichen Gegenstand der Analysen der Verfasserin bilden.

Bis 1998 gehörte es zur Vorlesungsroutine des Strafrechtslehrers, den juristischen Anfängern und Anfängerinnen zu erläutern, dass § 217 StGB, der Tatbestand der Kindstötung, nicht etwa eine spezielle *Kriminalisierung*, sondern (unter bestimmten Voraussetzungen) eine *Strafmilderung (Privilegierung)* für Frauen normiere. Nachdem die Vorschrift durch das 6. Strafrechtsreformgesetz fast handstreichartig aufgehoben worden ist, lässt sich rätseln, warum

diese frauenfreundliche Bestimmung gerade in einer Zeit verschwunden ist, in der Frauen zahlreiche Verbesserungen ihrer Rechtsstellung erreichen, und warum die betroffenen Frauen nunmehr der deutlich härteren und unbestimmteren Regelung des § 213 StGB unterliegen – rätseln um so mehr, als in der vorhergehenden Diskussion auch eine *Ausweitung* des Privilegierungstatbestandes diskutiert worden war.

Freilich war der Tatbestand der »Kindstötung«, der für eine Frau, die ihr »uneheliches« (seit 1975: »nichteheliches«)<sup>1</sup> Kind »in oder unmittelbar nach der Geburt« tötet, eine gegenüber Mord und Totschlag deutlich mildere Bestrafung vorschrieb, nie unumstritten. Und die Kritik wurde – aus heutiger Sicht vielleicht erstaunlich – nicht zuletzt, ja vor allem, von der Frauenbewegung vorgetragen, die sich kurz vor der Wende zum 20. Jahrhundert allmählich, wenn auch noch weitgehend erfolglos, öffentlich Gehör verschaffte (42). Bis zuletzt besonders umstritten war das Abstellen des Tatbestandes auf die »Nichtehelichkeit« des getöteten Kindes (und gerade dies dürfte das ausschlaggebende Argument für die Aufhebung gewesen sein – die »frauenfreundlichere« Lösung wäre gewesen, das Merkmal »nichtehelich« zu streichen).

Nach einer Vorstellung der Rechtslage zu § 217 in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum und einem Rückblick auf die Vorgeschichte seit der Carolina gelangt die Verfasserin anhand einer überzeugenden Analyse der Quellen zum preußischen Strafgesetzbuch von 1851 zu dem Ergebnis, dass der Privilegierungsgrund des § 217 nicht in erster Linie die »Furcht vor Schande« gewesen sei, sondern »die durch den Geburtsakt hervorgerufene Schwäche und verminderte Zurechnungsfähigkeit«, die freilich erst in Verbindung mit der (vermuteten, d. h. nicht beweisbedürftigen) Belastung der unehelichen

1 Die Verfasserin verwendet mit guten Gründen (25 f.) die seinerzeit gebräuchlichen Bezeichnungen »unehelich« und »Kindstötung«. – Zur Abgrenzung von bürgerlicher und proletarischer Frauenbewegung und zu den unterschiedlichen Schwerpunkten ihrer politischen Forderungen: 7 ff.

Schwangerschaft die Schwelle der Privilegierungswürdigkeit erreiche (75). Folgerichtig wurde als »nichtehelich« i. S. d. § 217 auch das im Ehebruch erzeugte Kind der verheirateten Frau angesehen (60) – eine Erweiterung, die freilich, wie die Verfasserin nachweist, keine große praktische Bedeutung erlangte (62).

Insgesamt also durchaus eine frauenfreundliche Vorschrift, die auch noch frauenfreundlich ausgelegt wurde.<sup>2</sup> Worin bestanden dann aber die Forderungen und die Kritik der Frauenbewegung? Gefordert wurde eine Ausweitung des Begriffs »gleich nach der Geburt« auf die gesamte Zeit der durch den Geburtsvorgang hervorgerufenen Erregung (83), eine Herabsetzung des Strafmaßes (84) sowie eine Ersetzung der Zuchthaus- durch die Gefängnisstrafe (94) – Forderungen, von denen die beiden ersten durch Auslegung bzw. durch Gesetz später erfüllt wurden, die dritte sich nach § 14 Abs. 2 RStGB bei Erfüllung der zweiten von selbst ergab. Kritisiert wurde die Einseitigkeit der (wenn auch gemilderten) Strafe und gefordert, »dass auch der uneheliche Vater zur Verantwortung gezogen werde, wenn festgestellt worden ist, dass ihn eine, wenn auch nur moralische Mitschuld trifft« (95) – eine Forderung, mit der in dieser Formulierung wohl weder der Strafrichter noch die Strafrichterin etwas anfangen kann.

Das Stichwort »Verantwortung des unehelichen Vaters« führt die Verfasserin in das Familienrecht des BGB zurück (100 ff.), wo die Frauenbewegung reichlich Anhaltspunkte für Kritik fand: die Nichtverwandtschaft des unehelichen Kindes mit dem Vater, die Vorenthaltung der elterlichen Gewalt der unehelichen Mutter, die Beschränkung der Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters auf die ersten 16 Lebensjahre und ihre Bemessung an der Lebensstellung der Mutter sowie die Einrede des Mehrverkehrs. Trotz

ihrer erkennbaren Sympathie für bzw. Solidarität mit den Frauenforderungen – die bei der geschilderten Rechtslage wahrlich nicht schwer fällt – bemüht die Verfasserin sich um eine gerechte und zeitangemessene Einschätzung dieser Regelungen; vor allem die Antinomien der *exceptio plurium concubentium* und der Gegenforderung, alle *concubentes* für unterhaltspflichtig zu erklären, werden anschaulich geschildert. Dass die uneheliche Mutter selbst nicht unterhaltsberechtigter war, war immerhin systemimmanent stimmig, wenn man, wie es auch die Frauenbewegung tat, die Schadensersatzklage wegen Defloration (die ja nicht zwangsläufig mit der unehelichen Empfängnis einherging) ablehnte.

Die weiteren Kapitel geben der Verfasserin Gelegenheit, die erwähnten Forderungen zum Strafrecht genauer zu untersuchen. Dies tut sie in einer Gründlichkeit, die man durchaus als »penibel« bezeichnen kann. Alle erdenklichen Verständnisse, Einwände und Widerlegungen werden erschöpfend beleuchtet. So prüft die Verfasserin, ob die Forderung nach einer Reduzierung der Strafdrohung auf drei Jahre Gefängnis ohne untere Begrenzung »überzogen« gewesen sei, ob der Opferaspekt, d. h. die Rolle des Kindes, nicht zu kurz gekommen sei und der Frauenbewegung nicht der Vorwurf anzulasten sei, sie habe den unehelichen Kindern »eine geringere Existenzberechtigung« zugebilligt (141). Auch werden juristische Mängel der Forderungen, die angesichts der fehlenden juristischen Professionalität der Autorinnen nicht verwunderlich sind, angesprochen. Doch wirbt die Verfasserin allenthalben um Verständnis für die dargestellten Forderungen. Dies kann man ihr verständigerweise nicht vorwerfen; zumal das Verstehen historischer Akteure aus ihren historischen Bedingungen heraus ohnehin zur historiographischen Professionalität gehört.

<sup>2</sup> Die in der NS-Zeit durch das Reichsgericht initiierte subjektive, für die Frau nachteilige Auslegung des Merkmals »unehelich«, die – ein unschönes Beispiel für Kontinuität im Strafrecht – nach 1945 fortgesetzt wurde, fiel nicht mehr in den Untersuchungsbereich der Verfasserin.

Allerdings geht die Verfasserin einen Schritt weiter und interpretiert die Texte in einer Art, die an das Bemühen um eine *concordantia discordantium* gemahnt, wie man sie aus der Rechtsdogmatik oder der römisch- oder deutschrechtlichen Exegese kennt. Auf vielerlei Weise wird versucht, die Texte, die – wie alle historischen Texte – widersprüchlich sind, stimmig zu machen; sie werden weniger als historische Quellen denn als autoritative Texte behandelt und interpretiert. So bei der schon erwähnten Forderung nach Strafbarkeit des Mannes, der die von ihm geschwängerte Frau »sitzen lässt«. Eine »mittelbare Täterschaft« (so Jellinek) im Hinblick auf den Tod des Kindes lässt sich – von unproblematischen Grenzfällen abgesehen – nicht konstruieren; die Verfasserin selbst bezeichnet solche Konstruktionen als »absurd« (152); man kann der Forderung überdies entgegenhalten, dass sie der Frau die Eigenverantwortlichkeit für ihr Handeln abspricht. Hier standen die Frauenrechtlerinnen offenkundig vor einer Antinomie, die sich aus der Sache ergab. Die Verfasserin bemüht sich aber nun um die Auflösung dieses Widerspruchs, indem sie die Forderung – ungeachtet der Verwendung des Terminus »mittelbare Täterschaft« durch Jellinek – als Forderung nach *eigenständiger* Strafbarkeit des Mannes interpretiert. Dies setzt bereits einiges Wohlwollen voraus; die Verfasserin geht aber noch weiter und interpretiert die Forderung als eine solche nach einem Tatbestand unterlassener Hilfeleistung mit dem Tod des Kindes als Erfolgsqualifikation. Damit erweist sie der Urheberin der Forderung im Nachhinein einen schlechten Dienst: Die Forderung nach einem Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung zu unterstellen, den das damalige Recht (abgesehen von einem Sonderfall im Übertretungsbereich) noch gar nicht kannte und den uns (was kein Zufall ist)

erst der NS-Gesetzgeber beschert hat, erscheint reichlich anachronistisch; und einem echten Unterlassungsdelikt, das gemeinhin gerade durch die schlichte Tätigkeit ohne Rücksicht auf den Erfolg charakterisiert ist, eine Erfolgsqualifikation anzufügen, erscheint auch nicht gerade als die »wahrscheinlichste Interpretation« (154).

Mit Erleichterung liest man dann wenig später die Einschätzung, »dass Jellinek nichts weiter erreichen wollte, als das einseitige Verständnis der Gesellschaft, dass die uneheliche Mutter doppelte Schuld auf sich lud, weil sie sich erst zum außerehelichen Verkehr hingab und dann das Kind tötete, dadurch zu kompensieren, den Anteil des Vaters sowohl an der Zeugung als auch an der Verzweigung der Mutter ebenfalls ins Gedächtnis zu rufen« (156). Genau dies ist die Einschätzung, die der historischen Situation Jellineks gerecht wird.

Zeitlos ist allerdings eine Erkenntnis, die man aus der Lektüre gewinnt: Emanzipationsbewegungen gewinnen spätestens dann, wenn sie Einfluss auf die Gesetzgebung nehmen können, meistens auch schon vorher, Geschmack am wichtigsten normativen staatlichen Herrschaftsinstrument, dem Strafrecht. Diese Erkenntnis gilt für die bürgerliche Emanzipationsbewegung, sie gilt für die proletarische Emanzipationsbewegung und sie gilt auch – wie das Buch zeigt und die Gegenwart bestätigt – für die Frauenemanzipationsbewegung. Das Bewusstsein, auf der weltgeschichtlich richtigen Seite zu stehen, spült anfängliche Skrupel schnell hinweg; Gerechtigkeit in beiden klassischen Erscheinungsformen muss zur Begründung erhalten: zuerst die *iustitia commutativa*: die anderen sollen genau so strafbar sein wie die eigenen Leute, anschließend die *iustitia distributiva*: die anderen als die »Schlimmeren« müssen besonders hart bestraft werden.

Nach der Kritik an einem methodischen Aspekt des Buches sei der Stellenwert dieser Kritik klargestellt. Bei ein wenig Wohlwollen stören die fraglichen Stellen nicht, zumal, wie der erleichtert zitierte Satz zeigt, die *historische* Bewertung dann doch nicht ausbleibt. Bringt

man dieses Wohlwollen auf – und man sollte es –, so erhält man eine Fülle von Informationen und Anregungen. Darum sei betont: Das Buch von Czelk ist ein Buch, das die Lektüre lohnt.

**Thomas Vormbaum**

## Gallia und Germania: Figuren und Figurationen\*

Wer kennt es nicht, das gute alte Vexierbild? Das Auge erlebt einen Spagat zwischen zwei Darstellungen im selben Bild, von denen, je nach Betrachtungsweise, mal die eine, mal die andere im Vordergrund steht. Ein ähnliches Gefühl stellt sich ein, wenn man den Titel des vorliegenden Sammelbandes betrachtet, der 15 Blicke deutscher und französischer Historiker, Soziologen, Kulturwissenschaftler und Juristen bietet – auf den eigenen Staat, den des Nachbarn oder beide gleichzeitig. Der deutsche Titel kündigt von den »Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich«, Bezugszeitraum 1870 bis 1945. So weit, so gut. Der französische, nur eine Zeile weiter unten, spricht hingegen von »Les figures de l'État en Allemagne et en France«. Ein Übersetzungsfehler? Mitnichten. Ein Programm. So wie sich die Beiträge des Bandes in der Sprachkombination aus Deutsch und Französisch erschließen, erschließt sich sein Titel aus der Zusammenschau: Figuren *und* Figurationen.

Figurationen stehen hier als Symbol für Norbert Elias und seine Theorien in den Kulturwissenschaften. Elias kritisiert in seinem Werk die Annahme einer Gegensätzlichkeit zwischen Individuum und Gesellschaft auf der einen und dem Staat auf der anderen Seite sowie das hie-

raus folgende Desinteresse am Staat und seiner Geschichte.

Die Rückkehr des Staates in die französische und deutsche Historiographie seit dem Ende der 1970er Jahre ist das Thema der Retrospektive von Alain Chatriot und Dieter Gosewinkel im Doppelvortrag dieses Sammelbandes. In Frankreich eine Wiederentdeckung auf ganzer Linie, in Deutschland eine Weiterentdeckung über das traditionelle juristische Interesse hinaus. Gosewinkel würdigt insbesondere den Beitrag von Norbert Elias zur gegenseitigen Öffnung und Methodenverschränkung in den Geschichts-, Sozial- und Kulturwissenschaften. Es bleibt indessen bedauerlicherweise der einzige explizite Bezug auf Elias im gesamten Band, der doch mit den »Figurationen« das theoretische Flaggschiff dessen Werkes im Titel führt. In der Sache lassen sich Bezüge zu Elias' Werk herstellen. Dieser wendet sich hauptsächlich gegen den normativen Antagonismus zwischen Individuum und Gesellschaft. Um diesen Gegensatz zu überwinden, bedient er sich der Figuration. Die Vorstellung vom Menschen als *homo clausus* wird verworfen und durch ein Geflecht relativ (und eben nicht absolut) unabhängiger Menschen ersetzt, die in Interdependenzen leben und miteinander wan-

\* ALAIN CHATRIOT, DIETER GOSEWINKEL (Hg.), Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich. 1870–1945. Les Figures de l'État en Allemagne et en France, Pariser Historische Studien 72, München: Oldenbourg 2006, 308 S., ISBN 13: 978-3-486-57671-9, ISBN 10: 3-486-57671-2