

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE
SITZUNGSBERICHTE · JAHRGANG 1965, HEFT 4

KARL ENGISCH

Kritische Bemerkungen zu dem Urteil
des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
über die Straflosigkeit
freiwilliger Sterilisierungen
vom 27. Oktober 1964

Vorgelegt am 5. März 1965

MÜNCHEN 1965
VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
In Kommission bei der C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung München

*Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag
am 1. Mai 1965*

Das Urteil des Bundesgerichtshofs in Sachen des Facharztes Dr. Axel Dohrn, das am 27. Oktober 1964 erlassen wurde, ist zu Beginn des Jahres 1965 an mehreren Stellen publiziert und damit der wissenschaftlichen Kritik unterbreitet worden (BGHStr. 20, S. 81 ff., NJW 1965, S. 355 ff., MDR 1965, S. 60 f., D. Richterztg. 1965, S. 22 ff. mit Äußerung des Generalbundesanwalts dasselbst S. 24 ff., Z. f. d. ges. Familienr. 1965, S. 33 ff.). Zu diesem Urteil, das zu dem Ergebnis gelangt ist, daß derzeit gegen „freiwillige Sterilisierungen“ keine Strafvorschrift vorhanden ist, möchte ich unter rechtstheoretischen Gesichtspunkten kritisch Stellung nehmen. Die in den letzten Jahren viel diskutierte Frage, ob und wie weit solche Sterilisierungen mit den „guten Sitten“ im Einklang stehen und daher durch § 226a StGB gerechtfertigt sein können, behandle ich nicht näher. Voraussetzung für die Anwendung dieses § 226a ist, daß die genannten Sterilisierungen überhaupt unter einen gesetzlichen Körperverletzungstatbestand fallen. Eben diese Voraussetzungen sieht jedoch der BGH nicht als gegeben an. Es muß daher geklärt werden, ob er damit recht hat oder nicht. Diese und nur diese Vorfrage soll Gegenstand der gegenwärtigen Erörterung sein.

Bei dieser Erörterung gehe ich so vor, daß ich zunächst kurz den Sachverhalt schildere, von dem das BGH-Urteil ausgegangen ist, sodann in der Reihenfolge ihres Entstehens die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften darstelle, danach den Gedankengang unseres Bundesgerichtshofsurteils in seinen wesentlichen Umrissen nachzeichne, um am Ende meine kritischen Bedenken anzuschließen.

I

Dr. Axel Dohrn hat nach den tatsächlichen Feststellungen des Urteils erster Instanz und den kurzen Bemerkungen des Bundesgerichtshofs eingangs seines Urteils als Chefarzt und Chirurg eines Kreiskrankenhauses in Niedersachsen in den Jahren nach

dem 2. Weltkrieg (von 1946–1961) in zahlreichen Fällen (es wird von ungefähr 1300 Fällen gesprochen) Frauen auf operativem Wege (durch „Tubenligatur“) unfruchtbar gemacht, und zwar meist eigenhändig, in einzelnen Fällen aber auch durch Einschaltung von Assistenzärzten. Die Frauen waren größtenteils verheiratet und Mütter von mehreren Kindern. Sie waren mit der Operation einverstanden, auch über ihre Tragweite aufgeklärt. Waren sie Ehefrauen, so holte Dr. Dohrn auch das Einverständnis der Ehemänner ein. Es handelte sich bei diesen Unfruchtbarmachungen um Akte der Geburtenregelung. Überwiegend waren es soziale Gesichtspunkte irgendwelcher Art, die die Sterilisation als wünschenswert erscheinen ließen. Die Frauen lebten in Angst vor neuen Schwangerschaften. Nicht selten sollten die Sterilisierungen künftigen Abtreibungen vorbeugen. Wir dürfen annehmen, daß Dr. Dohrn aus Überzeugung handelte, den Frauen in ihrer seelischen Not helfen zu sollen. Er vermied es, finanzielle Vorteile aus seiner Handlungsweise zu ziehen. Auch verheimlichte er sein Tun nicht vor seiner Umgebung. Er wurde wegen 149 Eingriffen, die er in den Jahren 1952–1960 vorgenommen hatte, angeklagt und in erster Instanz vom Landgericht Hannover (2. Große Strafkammer) am 22. November 1963 wegen schwerer Körperverletzung nach den §§ 224, 225 in 40 Fällen verurteilt, im übrigen aber freigesprochen. Die Revision des Angeklagten führte zur Aufhebung dieses Urteils durch den 5. Strafsenat des BGH. Im Mittelpunkt der Begründung dieses Urteils steht der Satz: „Die Gesetzesgeschichte ergibt: Es besteht heute keine deutsche Strafvorschrift mehr, die freiwillige Sterilisierungen mit Strafe bedroht. Diese Gesetzeslücke kann nur der Gesetzgeber schließen.“

II

Sehen wir die Gesetzesgeschichte zunächst einmal nur nach ihrem äußeren Erscheinungsbild an, ohne bereits konkrete Schlußfolgerungen zu ziehen.

1. Bis zum Jahre 1933 wurden Unfruchtbarmachungen, die nicht aus medizinischen Gründen, also nicht zur Rettung von Leben oder Gesundheit, geboten waren, allgemein als Körperverletzungen angesehen, die unter die gesetzlichen Tatbestände der

§§ 224, 225 StGB zu „subsumieren“ seien. § 224 lautet: „Hat die (sc. vorsätzliche) Körperverletzung zur Folge, daß der Verletzte . . . die Zeugungsfähigkeit verliert . . ., so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter einem Jahre zu erkennen.“ Zweifeln konnte man allerdings, ob die „Gebärfähigkeit“ einer Frau unter der „Zeugungsfähigkeit“ mitverstanden sei. Doch war man schon um das Jahr 1933 der Meinung und überwiegt auch heute die Auffassung, daß § 224 unter „Zeugungsfähigkeit“ jegliche Art von „Fortpflanzungsfähigkeit“ versteht, also auch die Gebärfähigkeit einer Frau (so das Reichsgericht im September 1933 in JW 1933, S. 2911; allerdings unter Bezweiflung des Verfassers der Anmerkung: Klee, ob dieser Standpunkt mit dem Sprachgebrauch in Einklang zu bringen sei). § 225 fügt dem § 224 hinzu: „War eine der vorbezeichneten Folgen beabsichtigt und eingetreten, so ist auf Zuchthaus von zwei bis zehn Jahren zu erkennen.“

Auch unter der Herrschaft dieser Vorschriften war bereits vor 1933 die gesetzlich nicht beantwortete Frage aufgetaucht, ob etwa durch Einwilligung der unfruchtbar gemachten Person die Rechtswidrigkeit der Tat und damit auch die Strafbarkeit ausgeschlossen sein könnte. Angesichts der Schwere der Strafdrohung wurde die Einwilligung allein wohl von keiner Seite als Rechtfertigungsgrund betrachtet, wohl aber vielfach dann, wenn außer ihr (außer der Einwilligung) besondere Gründe (sog. „Indikationen“) für die Sterilisation vorlagen. Neben der unproblematischen medizinischen Indikation stand in erster Linie die eugenische Indikation, also das Bedürfnis der Verhütung erbkranken Nachwuchses zur Diskussion.

2. In der letzteren Beziehung wurde nun alsbald nach der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus eine gewisse Klärung herbeigeführt, als durch die Novelle vom 26. Mai 1933 der § 226a in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde. Er lautet: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.“ Diese Vorschrift wurde, wie wir wissen, in erster Linie erlassen, „um die rechtlichen Bedenken auszuräumen, die der im öffentlichen Interesse gebotenen Vornahme von Sterilisationen oder Kastrationen mit Einwilligung oder gar auf Antrag der Betroffenen entgegenstanden“ (so H. von Dohnanyi,

Nachtrag zur 18. Auflage des Frank'schen Kommentars zum Strafgesetzbuch, 1936, S. 46). Hier erschien also offensichtlich das Hinzutreten speziell der eugenischen Indikation zur Einwilligung als Grundlage einer Rechtfertigung von Handlungen, die „an sich“ schwere Körperverletzungen im Sinne der §§ 224, 225 waren.

3. Freilich wurde § 226 a, ohne im übrigen angetastet zu werden, mit Bezug auf die Sterilisation überholt durch das sog. Sterilisationsgesetz vom 14. Juli 1933 mit seinen Novellen und Durchführungsbestimmungen. Hier wurde einerseits für die eugenische Sterilisation die zwangsweise Unfruchtbarmachung vorgesehen, andererseits für jede andere Sterilisation bestimmt (§ 14): „Eine Unfruchtbarmachung . . ., die nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes erfolgt, sowie eine Entfernung der Keimdrüsen sind nur (!) dann zulässig, wenn ein Arzt sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit desjenigen, an dem er sie vornimmt, und mit dessen Einwilligung vollzieht.“ Abs. 2 des § 14 behandelte dann noch die Entmannung mit Einwilligung, um von einem entarteten Geschlechtstrieb mit Gefahr der Begehung von sittlichen Verfehlungen im Sinne der §§ 175–178, 183 usw. zu befreien. Dieser Absatz 2 ist jedoch 1939 außer Kraft gesetzt worden. § 14 ist im übrigen nach dem Zusammenbruch von 1945 in einzelnen Ländern aufrechterhalten worden, in anderen dagegen mit dem gesamten Sterilisationsgesetz außer Kraft getreten. Jedenfalls stand auf Grund dieser Regelung zunächst fest, daß eine Sterilisation auch mit Einwilligung aus sozialer Indikation nicht gerechtfertigt sei, da ja § 14 mit dem Wörtchen „nur“ jede andere Indikation als die eugenische und die medizinische für unzulässig erklärte. Allerdings enthielt dieser § 14 im Lichte der Binding'schen Terminologie gesehen nur eine neue „Norm“, kein neues Strafgesetz.

4. Der nächste Schritt war die Einfügung einer besonderen Strafvorschrift, nämlich des § 226 b durch eine Verordnung vom 18. März 1943. Diese Bestimmung lehnte sich an an einen § 143 des Entwurfs 1939, der seinerseits folgenden Wortlaut hatte: „Wer in anderen als den gesetzlich vorgesehenen oder zugelassenen Fällen die Zeugungs- oder Gebärfähigkeit bei sich oder bei einem anderen mit dessen Einwilligung zerstört, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. In besonders schweren Fällen ist die Strafe

Zuchthaus.“ Von dieser Entwurfsbestimmung wich der § 226b StGB vor allem durch eine Subsidiaritätsklausel ab. Er lautete: „Wer in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen die Zeugungs- oder Gebärfähigkeit bei einem anderen mit dessen Einwilligung oder bei sich selbst vorsätzlich zerstört oder durch Bestrahlung oder Hormonbehandlung nachhaltig stört, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft, soweit nicht die Tat nach einer anderen Vorschrift mit schwererer Strafe bedroht ist.“

5. Eben dieser § 226b ist durch das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946 aufgehoben worden. Dessen Artikel I sagte: „Folgende Vorschriften des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 in seiner gegenwärtigen Fassung werden hiermit ausdrücklich aufgehoben: Paragraphen 2, 2 b . . . 210a, 226b . . .“ Artikel IV dieses Kontrollratsgesetzes fügte hinzu: „Die Aufhebung der in Artikel I und II bezeichneten Vorschriften und Bestimmungen setzt frühere Gesetze, die durch die hierdurch aufgehobenen Vorschriften und Bestimmungen aufgehoben worden sind, nicht wieder in Kraft.“

Auf Grund dieser ganz nüchtern, ohne jeden Kommentar dargestellten Gesetzesgeschichte ist nun der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis gekommen, daß heute für eine Sterilisation mit Einwilligung (kurz, wenn auch sprachlich vielleicht nicht einwandfrei: „freiwillige Sterilisation“ genannt) keine Strafvorschrift vorhanden sei, während bisher im Schrifttum die Meinung herrschte, daß Sterilisierungen mit Einwilligung auf Grund der §§ 224, 225, 226a rechtlich zu beurteilen seien, so daß alles darauf ankomme, ob sie mit den „guten Sitten“ zu vereinbaren seien oder nicht, wobei zu dem letzteren Problem, wenn es sich nicht gerade um die medizinische Indikation handelte, stark gegensätzliche Meinungen geäußert wurden (insbesondere von Eberhard Schmidt, Kienzle, Hanack, Hardwig, Roxin, Kohlhaas, Urbanczyk, Schröder und Lange). Eine „soziale“ Indikation wurde häufig abgelehnt, eine sogenannte „Gefälligkeitssterilisation“, also eine Sterilisation, die keine andere Grundlage hatte als den Wunsch der sterilisierten Person selbst, nur ganz ausnahmsweise als statthaft angesehen (siehe im übrigen die Äußerung des Generalbundesanwalts in der Deutschen Richterzeitung).

III

Ich versuche nun zusammenfassend den Gedankengang des BGH-Urteils vom 27. Oktober 1964 wiederzugeben:

1. Freiwillig geduldete Unfruchtbarmachungen waren zuerst nach den §§ 224, 225 und seit der Novelle vom 26. Mai 1933 auch nach § 226a zu beurteilen.

2. § 226a hat aber nur ganz vorübergehend Bedeutung erlangt, weil er durch das Sterilisierungsgesetz überholt wurde, das einerseits die ausdrücklich anerkannten eugenischen und medizinischen Sterilisationen rechtlich gestattete, andererseits alle anderen Sterilisationen, auch die durch Einwilligung gedeckten, für rechtswidrig erklärte und damit der Strafbarkeit nach §§ 224, 225 preisgab. „§ 226a war für freiwillige Sterilisierungen rechtlich bedeutungslos.“ „Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung entfiel hiernach für freiwillige Sterilisierungen schlechthin.“

3. Die 1943 in Kraft getretene Vorschrift des § 226b „engte als Sondergesetz den Bereich der Körperverletzungsvorschriften derart ein, daß sie freiwillige Sterilisierungen aus dem Tatbestand der Körperverletzungen herausnahm“. Freiwillige Sterilisierungen fielen nun nicht mehr unter die Körperverletzungstatbestände, sondern nur unter § 226b.

4. Die scheinbar anders lautende Subsidiaritätsklausel des § 226b bezieht sich nicht auf Sterilisationen als solche, sondern nur auf Fälle, „in denen über die bloße Sterilisation hinaus noch weiter in geschützte Rechtsgüter eingegriffen wurde“, z. B. durch Bewirkung von Siechtum, Lähmung, Verlust der potentia coeundi, Tod, in welchen Fällen also die §§ 224 bis 226 zum Zuge kommen konnten. Insoweit beruft sich die Entscheidung auf die Erläuterungen von Kohlrausch-Lange und Schwarz zu § 226b. Die entgegenstehende Auffassung von Olshausen und anderen, die für gegen die guten Sitten verstoßende „freiwillige Sterilisierung“ allgemein die §§ 224 ff. anwenden wollte, wird zurückgewiesen mit dem Hinweis auf die Bedeutungslosigkeit des § 226a seit Erlaß des Sterilisierungsgesetzes.

5. § 226b, der also seit 1943 allein für gewöhnliche „freiwillige“ Sterilisierungen (ohne besonders gravierende Folgen) galt, ist

durch Kontrollratsgesetz Nr. 11 beseitigt worden und auch nicht durch spätere Außerkraftsetzung dieses Gesetzes durch den Artikel 2 des AHKG A – 37 vom 5. Mai 1955 wieder zum Leben erwacht.

6. Durch die Aufhebung des § 226 b sind die vor Erlass dieser Bestimmung geltenden §§ 224 ff. nicht wieder in Kraft getreten, wie Artikel IV KRG 11 ergibt. „Daß die Körperverletzungsbestimmungen als solche durch § 226 b nicht aufgehoben waren, weil sie außerhalb des Gebiets der freiwilligen Sterilisierungen ihre Geltung behalten sollten, ändert hieran nichts. Die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Körperverletzungsbestimmungen durch § 226 b steht ihrer Teilaufhebung i. S. des Artikel IV KRG 11 gleich.“

Der vorstehend mitgeteilte Gedankengang ist der nervus probandi. Ergänzend werden etwas schwieriger zu durchschauende teleologische Erwägungen angestellt über den Sinn der Behandlung der Sterilisation im Dritten Reich (Verhinderung der Entstehung „wertloser Menschen“, Förderung der Entstehung „wertvoller Menschen“) sowie über die daran sich knüpfenden Absichten des Kontrollrats. Wenn ich recht verstehe, geht die Meinung des Urteils dahin, daß der Kontrollrat den gesamten einheitlichen Komplex der Strafbestimmungen gegen Sterilisationen ausräumen wollte, daß es deshalb diesem seinem Willen zuwiderlaufen würde, den deutschen Strafgerichten die Möglichkeit („Machtvollkommenheit“) zu belassen, auf einem Teilgebiet der Sterilisierungen, nämlich dem Gebiet der freiwillig geduldeten Sterilisierungen doch noch zu bestrafen, und zwar strenger zu bestrafen als auf Grund des aufgehobenen § 226 b, nämlich zu bestrafen wegen schwerer Körperverletzung.

Im übrigen befaßt sich das Urteil – abgesehen von der Erörterung der Einwilligungssproblematik im konkreten Falle – mit dem Verhältnis der gegenwärtigen Entscheidung zu den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs betreffend § 210 a StGB (BGHSt 4, S. 29 f.) und betreffend die Zulässigkeit von Kastrationen zwecks Befreiung von einem abartigen Geschlechtstrieb im Rahmen des § 226 a (BGHSt 19, S. 201 ff.). Das Urteil verneint einen Widerspruch zwischen seinem Urteil und diesen anderen BGH-Urteilen.

IV

Ich wende mich jetzt der kritischen Besprechung des Urteils zu. Dabei ist mir bislang nur eine andere Stellungnahme nach seinem Erlaß zu Gesicht gekommen, nämlich die von H. Schröder in der soeben erschienenen 12. Auflage des Kommentars zum StGB, Anm. 19 zu § 226 a. Schröder hält das Urteil für unrichtig, weil auf einer Verkennung des Verhältnisses von Grund- und Spezialtatbestand beruhend. § 226 b habe die §§ 223 ff. StGB nicht „aufgehoben“. Daher seien nach Außerkrafttreten des § 226 b durch KRG Nr. 11 jene allgemeinen Körperverletzungsbestimmungen wieder die „Rechtsgrundlage“ für die Beurteilung der Sterilisierungen geworden.

Wenngleich ich Schröder im Ergebnis durchaus zustimme, glaube ich doch, daß die komplizierten Überlegungen des Bundesgerichtshofs-Urteils einer noch genaueren Betrachtung bedürftig sind, um überzeugend widerlegt zu werden. Man würde auch dem Urteil nicht gerecht werden, wenn man es nur als eine Gewaltlösung des ganzen Problems der rechtlichen Behandlung freiwillig geduldeter Unfruchtbarmachungen ansehen würde, als eine Umgehung der so heiß umstrittenen Frage, wie weit Sterilisationen mit Einwilligung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten. Zu verstehen wäre es allerdings schon, wenn die höchstichterliche Rechtsprechung nach einem Notausgang aus dem Gedränge gegensätzlicher Meinungsäußerungen in dieser Frage Umschau hielt. Aber es ist nicht nur zu verstehen, sondern schlankweg zu billigen, daß der BGH in streng rechtsstaatlicher Gesinnung einmal die gesetzliche Grundlage für die Strafbarkeit sorgfältiger Prüfung unterzogen hat. Und es ist sogar zu begrüßen, daß nunmehr der Gesetzgeber aufgerufen ist, die Entscheidung über die rechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit nicht länger mehr den Gerichten zu überlassen, sondern selbst zu fällen. Denn die Verantwortung für das, was in diesem so sehr umkämpften höchst unsicheren aber überaus lebenswichtigen Grenzbereich zwischen Recht und Sittlichkeit zu gelten und zu geschehen hat, kann nicht ein einzelnes Gericht, und sei es selbst der Bundesgerichtshof, tragen, sondern muß die Volksvertretung übernehmen.

Nichtsdestoweniger müssen wir uns fragen, ob die Begründung unseres BGH-Urteils stichhaltig ist. Der Kritiker sieht sich schon insofern in einer mißlichen Lage, als er nicht recht weiß, an welchem Punkte er mit seiner sich ihm aufdrängenden Skepsis einsetzen soll. Ich glaube, daß den Angelpunkt der Diskussion die Bedeutung der Subsidiaritätsklausel in § 226 b bilden muß. Von ihrer Interpretation hängt das Verhältnis des § 226 b zu den Körperverletzungsbestimmungen ab. Es ist ja immerhin auffallend, daß das Vorbild für § 226 b, nämlich der § 143 des Entwurfs 1939, und dessen unmittelbarer Vorgänger: der § 139 des Entwurfs 1938 die Subsidiaritätsklausel noch nicht enthielten.

Sieht man sich nun die Begründung zu diesen Entwurfsbestimmungen an, so liest man (in dem mir vorliegenden Entwurf 1938 zu § 139): Die Vorschrift trifft „die Fälle, in denen willkürlich körperliche Eingriffe vorgenommen werden, die die Zeugungs- oder Gebärfähigkeit zerstören. Ein solcher Eingriff ist nur zulässig unter den Voraussetzungen des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses . . . sowie der §§ 73, 74 des vorliegenden Entwurfs (sc. welche die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher betreffen). In allen anderen Fällen widerspricht eine Zerstörung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit der deutschen Rasse- und Erbpflegepolitik und ist daher strafwürdig . . . Die Mindeststrafe ist höher als in § 414 Abs. I (sc. des Entwurfs 1938, der sich dort mit der gefährlichen Körperverletzung befaßt), da die Zerstörung der Fortpflanzungsfähigkeit eines anderen nicht nur als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, sondern vor allem als ein Angriff auf Rasse und Erbgut zu werten ist; sie ist hingegen geringer als in § 414 Abs. II („Wer eine schwere Schädigung an Körper oder Gesundheit vorsätzlich herbeiführt, wird mit Zuchthaus oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft“), da der Einwilligung in den Eingriff auch achtenswerte Motive zugrunde liegen können. Fehlt die Einwilligung, so kommt lediglich § 414 zur Anwendung.“

Wir fragen: was schwebte dem Gesetzgeber des Vorbildes für § 226 b mit Bezug auf das Verhältnis der „Sondervorschrift“ (§ 139 Entwurf 1938, § 143 Entwurf 1939) zu den Körperverletzungsbestimmungen vor?

Es dürfte eindeutig aus der Begründung wie übrigens auch aus der Stellung der Vorschriften inmitten der Paragraphen zum

Schutz der „Lebenskraft des Volkes“ (in Sonderheit vor „Angriffen auf Rasse und Erbgut“) hervorgehen, daß man die über die Körperverletzung als solche hinausgehende Beeinträchtigung der „Volkskraft“ abwehren und zusätzlich treffen wollte. Die Körperverletzung war wie die Tötung, die Ehrenkränkung, die Freiheitsverletzung Angriff auf die Persönlichkeit, bei ihr sollte darum auch (§ 420 des Entwurfs 1938) die Einwilligung des Verletzten im Rahmen der guten Sitten die Strafbarkeit ausschließen können. Für den Angriff auf die „Volkskraft“ kam dagegen die Einwilligung als Strafausschließungsgrund nicht in Betracht, vielmehr höchstens als Strafmilderungsgrund, wenn „achtenswerte Motive“ vorlagen, die die Körperverletzung als solche (als Verletzung der Person) von Strafe hätten freistellen können. Die Entwurfsbestimmungen betreffend Zerstörung der Fortpflanzungsfähigkeit ergänzten somit die Körperverletzungsbestimmungen in der Weise, daß etwas, was straflos war (nämlich Körperverletzung mit Einwilligung bei „achtenswerten Motiven“ bzw. bei Nichtverstoß gegen die „guten Sitten“) qua Angriff auf die Volkskraft strafbar werden sollte, daß etwas, was an sich schon strafbar war (nämlich Körperverletzung ohne Einwilligung) nach den allgemeinen Körperverletzungsbestimmungen strafbar bleiben sollte („fehlt die Einwilligung, so kommt lediglich § 414 zur Anwendung“). Keinesfalls sollte eine privilegierende Sonderbehandlung der nicht gesetzlich zugelassenen Sterilisationen eingeführt werden.

Nichts anderes hat nun aber auch dem Gesetzgeber vorgeschwebt, als er dem 1943 geschaffenen § 226 b (von weniger interessanten technischen Verbesserungen und der Ergänzung durch den Tatbestand der „Störung“ abgesehen) die Subsidiaritätsklausel anhängte. Er vollzog nur die ausdrückliche Klarstellung dessen, daß § 226 b keine privilegierende Behandlung der „freiwilligen Sterilisation“ zur Folge haben dürfe. Gerade auf dies letztere läuft aber die Deutung des § 226 b durch den BGH hinaus. Denn er vertritt die Meinung, daß seit 1943 Sterilisierungen mit Einwilligung, einerlei ob sie gegen die guten Sitten verstießen oder nicht, insbesondere auch sogenannte „Gefälligkeitssterilisationen“, die nach der bei Erlaß des § 226 b herrschenden Anschauung ganz gewiß nicht nur als Angriffe auf die „Volkskraft“, sondern auch als Herabminderung der „Persönlichkeit“ (somit als schwere Körperver-

letzungen) reprobirt waren, ausschließlich als Verfehlungen im ersteren Sinne, also als Angriffe auf die Volkskraft und nicht als schwere Körperverletzungen zu würdigen gewesen seien, was dann auch die praktische Folge haben mußte, daß die Strafe in erster Linie Gefängnis zu sein hatte und nicht in erster Linie Zuchthaus (wie bei der schweren Körperverletzung). Obwohl der Gesetzgeber des Jahres 1943 sicher von der Ansicht ausging, daß etwas, was an sich schwere Körperverletzung ist und nur ausnahmsweise bei Einwilligung und hinzutretenden „achtenswerten Motiven“ Nachsicht verdienen könnte (siehe die oben zitierte Begründung zu § 139 des Entwurfs 1938), jedenfalls wegen seiner Richtung gegen die „Volkskraft“ bestraft werden müsse (wenn auch vielleicht nicht ganz so hart wie eine schwere Körperverletzung), vertritt nun der BGH die Ansicht, daß § 226b überhaupt nur die Minderung der Volkskraft habe treffen wollen und die etwa Hand in Hand gehende schwere Körperverletzung nur dann, wenn diese nicht nur Vernichtung der Fortpflanzungsfähigkeit sei, sondern zusätzlich eine andere der schweren Folgen des § 224 (Siechtum, Lähmung usw.) nach sich ziehe. Natürlich liegt mir nichts ferner, als hier eine Lanze für die damalige Ideologie zu brechen. Aber alle weiteren Schlußfolgerungen betreffend die Aufhebung des § 226b hängen davon ab, wie man diese Bestimmung selbst auffaßt. Und ich bin der Meinung, daß der BGH sie nicht richtig versteht, sofern man den zur Zeit des Erlasses des § 226b vom Gesetzgeber intendierten Zweck zum Orientierungspunkt nimmt.

Allerdings gab es dazumal bereits Auslegungen, auf die sich der Bundesgerichtshof jetzt berufen konnte. So sagte Kohlrausch: „Dem § 226a gegenüber ist § 226b eine Sondervorschrift. In den hier genannten Fällen ist ein besonderer Verstoß gegen die guten Sitten nicht nötig. Liegt er überdies vor, so kann ein ‚besonders schwerer Fall‘ angenommen werden.“ Der letzte Satz dieser Erläuterung scheint in der Tat zu besagen, daß die Sterilisation mit Verstoß gegen die guten Sitten (also eine beliebige aus ganz egoistischen Motiven durchgeführte Gefälligkeitssterilisation) nicht aus § 226a und überhaupt nicht als Körperverletzung zu würdigen sei, sondern allenfalls als „besonders schwerer Fall“ des § 226b (das „kann“ im Zitat ist von Kohlrausch selbst gesperrt!). Demgegenüber aber verdient nach dem bisher schon Dargelegten den Vorzug

die Ansicht, wie sie etwa Schönke in seinem Kommentar, 2. Aufl., 1944, zu § 226 b vertreten hat: § 226 b ist zwar eine Sondervorschrift zu § 226 a, aber nur in dem Sinne, daß § 226 a außerhalb des Umkreises der gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Fälle niemals zu voller Rechtfertigung der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung führen kann. Auch wenn an sich kein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, weil z. B. sich jemand sterilisieren läßt, ohne daß die Voraussetzungen des Erbgesundheitsgesetzes vorliegen, aber indem er in einem dort nicht vorgesehenen Falle glaubt, minderwertige Nachkommenschaft erwarten zu müssen, bleibt doch die Sterilisierung mit Einwilligung strafbar nach § 226 b, obwohl sie ohne diese Vorschrift nach § 226 a gerechtfertigt und straflos wäre. Eben dies war schon die Intention der zitierten Bestimmungen der Entwürfe 1938, 1939: bei achtenswerten Motiven keine Rechtfertigung durch die Einwilligung, aber Sonderbehandlung durch eine mildere Strafe gestattende Vorschrift! Liegt dagegen zugleich ein Verstoß gegen die guten Sitten vor (bei einer sachlich ganz unbegründeten „Gefälligkeitssterilisation“!), so hat es bei der Regelung des § 226 a sein Bewenden, daß nämlich die mit der Sterilisation verbundene schwere Körperverletzung rechtswidrig ist und bleibt und unter die Tatbestände der §§ 224 f. zu ziehen ist. Ganz richtig sagt daher Schönke a. a. O. zu § 226 b wörtlich: § 226 b ist „nur anzuwenden, soweit nicht die Tat nach einer anderen Vorschrift mit schwererer Strafe bedroht ist. Dies ist der Fall, wenn der Eingriff gegen den Willen des Betroffenen erfolgt; in diesem Falle ist nur wegen schwerer Körperverletzung nach den §§ 224, 225 zu bestrafen. Erfolgt der Eingriff mit Einwilligung des Betroffenen, verstößt die Vornahme des Eingriffs aber trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten (§ 226 a), dann ist auch nur aus §§ 224, 225 zu bestrafen“. Damit ist der Sinn der Subsidiaritätsklausel klar wiedergegeben. Umgekehrt: § 226 b hat sein besonderes Anwendungsfeld, wenn bei Beurteilung nur an Hand des § 226 a die Sterilisation gerechtfertigt wäre, und somit die §§ 224, 225 entfallen würden, wie das sub specie „Persönlichkeitsschutz“ auch nach Erlaß des § 226 b für möglich gehalten wurde. Hier sollte immer noch wegen des Angriffs auf die „Volkskraft“ Bestrafung Platz greifen, wenngleich nicht mit derselben Strenge wie bei einer konkurrierenden schweren Körperverletzung.

Aus dieser m. E. allein zulässigen Deutung des § 226 b ergibt sich nun aber alles Weitere:

1. § 226 b hat zwar den § 226 a in einem Punkte durch eine Sondervorschrift zurückgedrängt, nämlich die qua Körperverletzung unter dem Gesichtswinkel des § 226 a gerechtfertigte und insoweit straflose aber qua Angriff auf die Volkskraft strafwürdige Unfruchtbarmachung mit Einwilligung unter Strafe gestellt. Dagegen kann von einer „Aufhebung“ des § 226 a oder gar der §§ 224, 225, sofern es sich um sittenwidrige Körperverletzungen handelt, nicht gesprochen werden. Die zusätzliche Bestrafung aus § 226 b im Falle der an sich gegebenen Straflosigkeit nach § 226 a setzte vielmehr die Weitergeltung dieses Paragraphen und aller ihm vorangehenden Paragraphen logisch voraus.

2. Die §§ 224, 225 sind auch nicht dem Anwendungsbereich nach eingeschränkt worden. Ihr Anwendungsbereich war nach der Tatbestandsseite hin nach Erlass des § 226 b genau der gleiche wie zuvor. Angebaut war lediglich eine Vorschrift, die den auch für die §§ 224, 225 in Frage kommenden Rechtfertigungsgrund des § 226 a einschränkte und durch eine gegenüber den §§ 224, 225 mildere, im ganzen aber strengere (weil den § 226 a für nicht unsittliche freiwillige Sterilisationen ausschaltende) Vorschrift ersetzte. Man darf also nicht sagen: § 226 b hat den Anwendungsbereich der §§ 224, 225 eingeschränkt und damit diese Paragraphen teilweise aufgehoben im Sinne des Artikels IV KRG 11. Es ist eine *petitio principii*, daß der § 226 b die §§ 224 ff. auch nur teilweise „aufgehoben“ hat. Ich halte es auch für irrig, wenn § 226 b als „lex specialis“ zu den §§ 223 ff. bezeichnet wird, wie dies der Generalbundesanwalt, Deutsche Richterzeitung 1965, S. 24 unter 1 in seinen sonst ganz zutreffenden Äußerungen tut. § 226 b war *lex specialis* nur zu § 226 a, im übrigen konkurrierte er mit den §§ 223 ff.

3. Das eben Gesagte führt uns zu einer etwas genaueren Betrachtung der Schicksale des § 226 a selbst. Zunächst muß daran erinnert werden, daß § 226 a nur als die gesetzliche Verlautbarung eines Grundsatzes anzusehen ist, der schon vor Einfügung dieses Paragraphen in das Strafgesetzbuch bekannt war und auch in der Praxis zum mindesten stillschweigend beachtet wurde. Der § 226 a schloß sich sehr eng an an den § 264 des Entwurfs 1930, der seinerseits in dieser Beziehung schon viele Vorgänger hatte. Daß er so-

bald nach der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus ins Gesetz aufgenommen wurde, hatte allerdings seinen Grund darin, daß man auf diese Weise speziell eugenische Sterilisationen ermöglichen und rechtfertigen wollte. Nicht ganz glücklich ist es, wenn der Generalbundesanwalt a. a. O. unter VI 3 diese Einführung eines Rechtfertigungsgrundes eine „Sonderregelung“ nennt, die „in diesem Rahmen den Tatbeständen der §§ 224, 225 vorgehen sollte“; denn hier ist das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit verkannt. Im übrigen schränkte das besondere Motiv des Gesetzgebungsaktes die Tragweite der sehr allgemein gehaltenen und übrigens auch der Analogie (z. B. bei Freiheitsberaubungen) zugänglichen Bestimmung nicht ein. Mochte dann § 226a für den Sonderbereich der Sterilisationen durch das Sterilisationsgesetz und seine Durchführungsbestimmungen b. a. w. bedeutungslos werden, so stand er doch stets im Hintergrund und in Reserve, falls die Sonderregelung des Sterilisationsgesetzes in Wegfall kommen sollte, was nach 1945 auf die eine oder andere Weise geschehen ist (vgl. dazu näher E. W. Hanack, Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachungen, 1959, S. 69 f.). Allerdings ist teilweise noch heute von Bedeutung der § 14 des Gesetzes mit seinem etwas fatalen Wörtchen „nur“ (s. o.). Ich halte es mit denen, die die Auffassung vertreten, daß dieses „nur“ nach der heutigen rechtlichen Situation keine Bedeutung mehr hat. Sollte man jedoch der gegenteiligen Meinung sein, so wäre die Konsequenz nur die, daß jede Sterilisation, die nicht medizinisch indiziert ist, unzulässig wäre und als schwere Körperverletzung bestraft werden müßte. Wer dieses Ergebnis nicht hinnehmen will, muß den § 226a aus seinem Wartestand hervorholen oder zum mindesten – was auf dasselbe hinausläuft – auf die Grundsätze über die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten zurückgreifen, die unabhängig von § 226a erarbeitet worden sind. Warum auch sollte ausgerechnet im Bereich der so tief in das persönliche Leben eingreifenden Unfruchtbarmachungen nicht das gleiche gelten wie für alle anderen Eingriffe in den Körper? Dagegen darf man das hier zutage tretende Prinzip nicht wie unser BGH-Urteil als *quantité négligeable* behandeln. Vor allem aber berührte die vorübergehende Zurückdrängung dieses zwar in der Einzelanwendung unsicheren aber doch eine Richtlinie abgebenden und insofern

wohltuenden Prinzips durch das Erbgesundheitsgesetz und seinen § 14 nicht die Weitergeltung der §§ 224, 225 im Umkreis auch der Sterilisationen, mochte deren *Rechtfertigung* durch Einwilligung bald weiter bald enger gefaßt sein.

4. Das Kontrollratsgesetz Nr. 11 hebt mit einer gewissen Zurückhaltung in Artikel I Vorschriften auf, von denen man der Meinung sein durfte, daß sie Strafbarkeit nach nationalsozialistischen Grundsätzen begründeten oder ausschlossen. Was dem traditionellen Bestand unseres Strafrechts angehörte, sollte nicht angetastet werden. Daher konnte man ja auch nach Aufhebung des § 2 b zurückkehren zu den früher entwickelten Grundsätzen betr. Wahlfeststellungen, wie auch die Aufhebung des § 2 in der Fassung des Gesetzes vom 28. 6. 1935 wieder den zuvor geltenden Grundsatz strenger Gesetzlichkeit der Strafrechtspflege zu Ehren bringen sollte. Mit dem gleichen Recht war eine Rückkehr zu § 226 a möglich dort, wo dieser Paragraph durch spezifisch nationalsozialistische Intentionen Terrain verloren hatte. Mit sicherem Blick hat man weiter den § 226 b als eine Bestimmung erkannt, die nicht etwa eine Spezialregelung aller „freiwilligen Sterilisationen“ bringen sollte, sondern die „Volkskraft“ schützen sollte und deshalb abschaffungswürdig war. Nicht weil man den deutschen Gerichten überhaupt die strafrechtliche Beurteilung freiwilliger Sterilisationen sub specie der Körperverletzungstatbestände versagen wollte, sondern nur wegen jenes spezifisch nationalsozialistischen Charakters verfiel § 226 b der Aufhebung. Insofern greift auch die teleologische Begründung des BGH-Urteils nicht durch.

Unter denselben Blickwinkel muß dann auch der Artikel IV des KRG 11 gebracht werden. Sein Sinn kann doch nur der gewesen sein, daß nicht der Teufel mit Beelzebub ausgetrieben werden sollte und Vorschriften nationalsozialistischen oder sonstwie politisch bedenklichen Inhalts wieder aufleben sollten, die den jetzt durch Artikel I beseitigten Vorschriften vorangegangen waren (das traf z. B. zu für die Strafvorschriften gegen Hoch- und Landesverrat). Aber auch hier war nicht daran gedacht, den festen Bestand des deutschen und weitgehend des der westeuropäischen Kultur überhaupt angehörigen Strafrechts anzutasten und insbesondere solche *leges generales* wie die Körperverletzungsbestimmungen in Frage zu stellen, soweit in deren Umkreis eine national-

sozialistische Sonderregelung bestanden hatte, die jetzt wegfallen mußte. Nicht nur rechtslogisch, sondern auch teleologisch gerechtfertigt ist daher die Ansicht, wie sie auch Schröder vertritt, daß das KRG Nr. 11 mit seinen Artikeln I und IV einer Würdigung der Unfruchtbarmachungen mit Einwilligung nach den Vorschriften der §§ 224, 225, 226 a nicht im Wege steht (wobei ich übrigens auch nichts gegen die bekannte Analogie aus § 216 StGB zwecks Abmilderung des zu strengen § 225 einzuwenden hätte). Von einer „Aufhebung“ (auch nur einer „Teilaufhebung“) kann weder im rechtslogischen noch im teleologischen Sinne gesprochen werden.

Auf sich beruhen lassen möchte ich die Frage, wie weit das BGH-Urteil sich in Widerspruch setzt mit jenen anderen Urteilen Bd. 4, S. 24 ff. und Bd. 19, S. 201 ff., mit welchen es sich vergleicht.

Aber ausdrücklich sei bemerkt, daß ich keineswegs der Auffassung bin, daß A. Dohrn zu Unrecht freigesprochen worden ist. Ich schließe mich vielmehr der Auffassung derjenigen an, die mit dem Urteil der Sittenwidrigkeit dort zurückhalten, wo es individuelle und an einzelne Bevölkerungsgruppen gebundene Auffassungen nicht transzendiert und mit dieser Maßgabe nicht objektivierbar ist (so namentlich auch Roxin, Jur. Schulg. 1964, S. 373 ff.; dazu dann bemerkenswert die Übersicht des Generalbundesanwalts über die höchst verschiedenen Ansichten zur Sittenwidrigkeit der nicht medizinischen Sterilisation a. a. O. S. 26). Eben darum hat der Gesetzgeber zu sprechen, der in einem demokratischen Staat die Berufung besitzt, mit parlamentarischer Mehrheit sittliche Forderungen zum Rechtsprinzip zu erheben, auch wenn sie nicht allgemein gebilligt werden sollten. Nicht dem Richter, wohl aber dem Gesetzgeber steht die Befugnis zur „Majorisierung“ zu.

NACHTRAG

Während der Drucklegung des vorstehenden Vortrages ist zu dem BGH-Urteil vom 27. 10. 64 eine Kritik aus der Feder von E. W. Hanack, Heidelberg, in der Aprilnummer der Juristenzeitung 1965 erschienen. Hanack kommt zu demselben Ergebnis wie ich, mit teilweise gleicher, teilweise anderer Begründung.