

A. Einleitung

I. Ein einschlägiger Kasus: Der Fall Sabine H.¹

In einer Septembernacht 1988, während Ehemann und Kinder schlafen, wird Sabine H. von dem plötzlich einsetzenden Geburtsvorgang überrascht. Sie geht schnell auf die Toilette und beginnt dort leise zu entbinden. Sie ruft nicht um Hilfe: Niemand darf erfahren, dass sie gerade gebärt. Nach einer Viertelstunde nach dem Wehenbeginn fiel das Kind aus der Hockstellung ins Klosettbecken. Dabei reißt die Nabelschnur. Das Kind ist blau im Gesicht und hat Schaum vor dem Mund. Sabine H. ist am Ende ihrer Kräfte und fällt in Ohnmacht. Als sie wieder zu sich kommt, merkt sie, das Kind äußert keine Lebenszeichen. Sie hebt es auf und wickelt es in ein Handtuch. Dann setzt sie sich mit dem reglosen Bündel ins Wohnzimmer und betrinkt sich. Am nächsten Morgen erwacht sie auf dem Balkon mit dem dumpfen Gefühl, das Neugeborene während der Nacht in dem mit Sand gefüllten Aquarium auf dem Balkon vergraben zu haben. Weder von ihrer

¹ Der hier vorgelegte Fall von Sabine H. wurde aus folgenden Presseberichten abgefasst: Friedrichsen: Die Überzeugungsrichter, Spiegel Online (01.06.2006); Mayer: Die Kinder für die Kinder getötet, Frankfurter Allgemeine Zeitung (01.06.2006); Rückert: Ein ganz privater Friedhof, Die Zeit (01.06.2006); Hauke-Steller: Tote Babys nicht im Blumenkasten, Focus (12.05.06); Blankennagel: Neun Kinder, noch ohne Namen, Berliner Zeitung (19.05.2006); Möller: Die neun toten Babys der Sabine H., Hamburger Abendblatt (28.04.2006); Fritzen: Sie war eine Ruhige, Frankfurter Allgemeine Zeitung (03.08.2005); Hildebrandt: Tote Babys sind kein Beweis, Tagesspiegel (22.11.2005); Bollwahn: Kinder, im Sand vergraben, Tageszeitung Online (03.04.2008); Küpper: Sabine spricht über sich, FAZ (03.04.2008); Dassler: Sabine beschuldigt Ehemann, Tagesspiegel (15.02.2008); Mielke: Neuer Prozess um neue Babyleichen, Berliner Morgenpost (10.02.2008. Das Aktenzeichen dieses Falles im Landgericht Frankfurt/Oder lautet: 23 Ks 1/07.

Schwangerschaft noch von der Geburt merkte jemand etwas. Zur Tatzeit ist Sabine H. gerade 22 Jahre alt, körperlich gut entwickelt, überdurchschnittlich begabt, antriebsarm, in ihren Entscheidungen unschlüssig und kaum zielstrebig. Instinktunsicher, unselbstständig, abhängigkeitsbedürftig, initiativ- und standpunktlos, mit festen Bindungen an den Ehemann und ans Elternhaus. Tendenz zu Trotzhaltungen, Abkapselung und Introversion, affektiv gut beeinflussbar, sanguinische, lang anhaltende Schamreaktionen.

Sabine H. ist ehelich geboren, der Vater ist Eisenbahnangestellter und Mitglied im Kirchenrat. Beide Eltern leben und sind psychisch unauffällig. In der Schule fühlt sich Sabine aufgehoben. Sie ist von ihren Mitschülern anerkannt und sie kann an den Nachmittagen ihren Interessen nachgehen: Literatur, Mathematik, Handball. Sie ist bei den Jungen Pionieren und später bei der FDJ². Sie will ein Studium absolvieren und hat bereits die Zusage für ein Gymnasium. Doch der Vater will, dass sie einen Beruf lernt. Die 10. Klasse schließt Sabine H. mit lauter Einsen ab. Da sie sich nicht traut, ihre Zukunft selbst in die Hand zu nehmen, macht sie widerstrebend eine Lehre zur Zahnarzthelferin.

Als sie 17 ist, lernt sie beim Mai-Tanz Oliver H. kennen. Er ist 19, Soldat in der Volksarmee und ihr erster Freund. Drei Monate später ist Sabine H. zum ersten Mal schwanger; will den Kindesvater heiraten und freut sich auf das Kind. Die erste Schwangerschaft läuft vollkommen regulär: geringe Schwangerschaftsbeschwerden, Auftreten von Kindsbewegungen zur normalen Zeit, der Leibesumfang entspricht dem jeweiligen Schwangerschaftsmonat. In einer komplikationslosen, normalen Geburt entbindet sie 1984 ihr erstes Kind, ein Mädchen. Sie

² Freie Deutsche Jugend. Die Organisation hatte die Aufgabe, die Jugend der DDR in den Marxismus-Leninismus einzuführen. Sie verstand sich offiziell als Kampfesreserve der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands - SED.

möchte gern viele Kinder haben, doch Oliver H. lässt schon damals durchblicken, dass er keine Kinder mehr haben will. Alle bei der Stasi haben eins, höchstens zwei, und Oliver H. will nicht auffallen. 1985 heiraten Sabine und Oliver H. Der evangelischen Familie ist jedoch nicht recht, dass Sabine eine Ehe mit einem Unteroffizier der Volksarmee und Stasi-Mitarbeiter eingeht. Kurze Zeit später entbindet Sabine H. ihr zweites Kind und ein Jahr später das dritte Kind. Oliver H. war schon über die Niederkunft des zweiten Kindes verärgert, zumal Sabine ihm wahrheitswidrig sagte, dass sie die Verhütungspille nehme. Bei der Schwangerschaft und Geburt des dritten Kindes 1987 machte ihr Ehemann Sabine H. heftige Vorwürfe. Sie ist jedoch nicht in der Lage, ihre Wünsche anzusprechen, ihre eigene Position durchzusetzen. In ihrer eigenen Familie hat sie keine Stimme, weil sie praktisch unter der Bevormundung des Ehemannes steht. Er hat das Konto, er bestimmt alleine, was die Familie tut oder nicht. Als er fremdgeht und eine venerische Krankheit nach Hause bringt, nimmt Sabine das hin. Ein gemeinsames Leben führen die Eheleute nicht. Oliver H. ist ein pragmatischer Mensch, der nicht spricht, kaum grüßt und jeden Gesprächsbedarf seiner Frau einfach ignoriert. Die Ehe von Sabine H. ist mehr Wohngemeinschaft als Liebesbeziehung. Früh morgens geht Oliver H. raus und kommt zwischen 18 Uhr und 18:30 zum Abendessen zurück. Geredet wird nur über Alltägliches, meistens wird wortlos ferngesehen. Deswegen ist Sabine trotz ihrer enormen Verwandtschaft, mit dem Ehemann und drei Kindern in einem Hochhaus unter hundert anderen Familien total einsam, isoliert. Sie würde gerne tanzen oder essen gehen, aber sie sagt nichts. Freunde hat sie auch nicht.

Sabine H. führte somit das Leben einer Erwachsenen, ohne dass sie Möglichkeit hatte, erwachsen zu werden. Einige Jahre später befindet sich Sabine H. gerade auf einer Fortbildung zur Pharmareferentin in Goslar. Es ist Dienstag der 5. Mai 1992 und

sie fühlt sich nicht, daher bleibt sie dem Unterricht fern. Sie ist zum fünften Mal schwanger und entbindet das Kind heimlich im Zimmer ihrer Pension. Sie lässt es unversorgt sterben, wickelt das leblose Neugeborene anderntags in einen grünen Mantel, packt es in ihre Reisetasche, fährt damit zurück nach Hause, vergräbt es in einer mit Erde gefüllten roten Kinderbadewanne auf dem Balkon und betrinkt sich bis zur Ohnmacht. Sabine H. wird noch sieben weitere Male schwanger und entbindet heimlich noch sieben Kinder, immer unbemerkt vom Rest der Familie. Die Pflanzgefäße auf dem Balkon wurden zu Gräbern der neun verstorbenen Neugeborenen. Sie zieht darauf Tomaten, Kräuter und Erdbeeren. Und in einem pflanzt sie rosafarbige *Tränende Herzen*. Gleichgültig ob es Sommer oder Winter ist, Tag oder Nacht, Sabine H. gebärt im Klosett, im Kinderzimmer, im Schlafzimmer, immer wieder unbemerkt von ihrer Umgebung. Wird sie wegen ihres Leibesumfanges auf eine eventuelle Gravidität angesprochen, leugnet sie dies nachdrücklich und begründet ihre physische Veränderung mit unterschiedlichen Erkrankungen. Zum Frauenarzt zu gehen und sich Empfängnisverhütungsmittel geben zu lassen, traut sie sich nicht. Sie hat Angst, er könne die vorangegangenen Schwangerschaften erkennen und nach dem Verbleib der Kinder fragen.

Sie hat Angst, ihren Mann und ihre Kinder zu verlieren. Und da sie ihre ziemlich gebrechliche familiäre Existenz nicht aufs Spiel setzen will, entscheidet sie, den Schein zu wahren und sich bei jeder weiteren Geburt des Kindes zu entledigen: Sabine H. tötet ihre Neugeborenen, damit sie die anderen, die lebenden Kinder, erhalten kann. Eines Tages im Sommer 2005 wird ein Neffe wütend auf Sabine H., weil sie wieder betrunken ist. Er kippt ihre Pflanzgefäße aus und zum Vorschein kommen plötzlich Knöchelchen. Es herrscht Ungewissheit und Entsetzen. Die Polizei wird geholt. Sabine wird festgenommen und anschließend

gerichtlich verfolgt. Am 1. Juni 2006 wird Sabine H. vom Landgericht Frankfurt/Oder zu 15 Jahren Gefängnis wegen Totschlags durch Unterlassen in acht Fällen verurteilt³. Die Verteidigung kündigt Revision an. Der Bundesgerichtshof in Leipzig hebt am 4. April 2007 das Strafmaß auf. Sabine H. sitzt jetzt in der Justizvollzugsanstalt Duben-Luckau⁴, der modernsten Haftanstalt Brandenburgs, sie ist schwer an Krebs erkrankt und wartet auf ein neues Strafurteil.

Der hier vorgelegte Fall wirft sofort mannigfache Fragen auf: Was bringt eine Mutter dazu, ihr neugeborenes Kind zu töten? Ist etwa diese rätselhafte Problematik überhaupt zu entschlüsseln? Können die Gebärenden in solch einer Situation anders handeln? Welche so unlösbare Notlage steckt hinter diesen Taten? Welche Strafvorschriften erfassen in der Gegenwart die Neugeborenentötung? Hinsichtlich dieser Fragen und ebenso anlässlich der Aufhebung des § 217 a. F. durch das 6. Strafrechtsreformgesetz werden wir uns mit dem Thema der Neugeborenentötung durch die Mutter näher beschäftigen. Mittelpunkt dieser Arbeit liegt in der Analyse der Rechtslage nach Aufhebung des § 217 a. F.⁵

II. Rechtliche Ausgangslage

Der Sondertatbestand der *Kindstötung* des § 217 a. F. bezeichnete die Tötung eines nichtehelichen Kindes durch die Mutter *in* oder *gleich nach der Geburt* und war im Verhältnis zu anderen Tötungsdelikten privilegiert.

§ 217 a. F. lautete:

³ Der erste Fall von 1988, der sich noch zu DDR-Zeiten ereignet haben soll, ist verjährt.

⁴ Dahme-Spreewald.

⁵ §§ ohne Angabe eines Gesetzes sind nachfolgend solche des StGB.

„(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 eigentümlichen Tatbestandsmerkmale des § 217 a. F. hinsichtlich des Täters, des Opfers, der Tatzeit und der Tathandlung bildeten einen Sonderfall des Totschlags im Sinne des § 212⁶.

Zwischen Täter und Opfer bestand eine spezielle persönliche Beziehung. Täter konnte hier nur die Mutter sein. Opfer war ihr nichteheliches Neugeborenes⁷. Ein Kind wird als nichtehelich bezeichnet, wenn seine Eltern weder zur Zeit der Zeugung noch zur Zeit der Niederkunft in rechtmäßiger Ehe miteinander verheiratet sind. Insofern ist ein Kind nichtehelich, entweder wenn die Mutter ledig ist oder wenn die Mutter zum Zeitpunkt der Zeugung und Niederkunft mit einem anderen Mann als dem leiblichem Vater des Kindes verheiratet ist⁸. Darüber hinaus ist ein Kind, dessen Eltern nach der Zeugung aber vor der Niederkunft geheiratet haben, ebenfalls ehelich wie das Kind, dessen Eltern sich nach der Zeugung, aber vor der Niederkunft haben scheiden lassen⁹. Die nichteheliche Mutterschaft war ein personales täterbezogenes Merkmal gemäß § 28 II¹⁰.

§ 217 a. F. war nach seiner Formulierung lediglich für eine bestimmte Zeitspanne anwendbar, und zwar *in oder gleich nach der Geburt*. Der Ausdruck *in der Geburt* setzte voraus, dass der Geburtsvorgang durch das Einsetzen der Eröffnungswehen

⁶ Lackner, Rdn. 24 vor § 211.

⁷ BGHSt 32, 140 (140 f.).

⁸ Frick, 59.

⁹ Sch/Schr/Eser, § 217 Rn. 3.

¹⁰ Lackner, Rdn. 2 zu § 217.

begonnen hat¹¹. Unter *Geburt* versteht man den Prozess am Ende der Gravidität, wobei die Leibesfrucht die Gebärmutter verlässt. Die *Spontangeburt* (auch *normale Geburt* genannt) beginnt mit der Eröffnungsphase, dem ersten Stadium der Geburt. Sie beginnt meist mit einer Frequenz von 2 – 3 Wehen in 30 Minuten und bewirkt die Öffnung des Muttermundes. In der Übergangsphase wird die Wehenfrequenz schneller. Wenn der Muttermund annähernd vollkommen geöffnet ist, beginnt das dritte Stadium der Geburt, die sog. Austreibungsphase, in der die Leibesfrucht die Gebärmutter verlässt. Mit der Ausstoßung der Plazenta (*Nachgeburt* oder Plazentaphase) endet die Geburt¹². Die Geburt beim *sectio cesarea*¹³ beginnt, nach einhelliger Literatur, mit der Eröffnung des Uterus¹⁴.

Die Wendung *gleich nach der Geburt* bezeichnete hingegen den Zeitraum, in dem die durch die Niederkunft bewirkte Gemütsbewegung noch anhielt¹⁵. Die Strafvorschrift hat von einer festen zeitlichen Begrenzung Abstand genommen, die Beschränkung ergibt sich jedoch aus dem der Privilegierung zugrunde liegenden Motiv. *Lackner* behauptet, diese Gemütsbewegung konnte sich über einen Zeitraum von mehr als eine Stunde erstrecken¹⁶. Nach *Eser* konnte die durch die Geburt hervorgerufene Gemütsbewegung noch 1 ½ Stunden nach der Geburt anhalten¹⁷. Im Einzelfall musste jedoch nicht nachgewiesen werden, dass diese Gemütsbewegung tatsächlich bestanden hatte. Gingen im Einzelfall die Auswirkungen der Geburt faktisch über die normale Dauer hinaus, so war es im

¹¹ BGHSt 32, 194 (196).

¹² http://www.frauenaerzte-im-netz.de/de_geburt_88.html.

¹³ Kaiserschnitt.

¹⁴ *Heinemann*, 349; *Roxin*, Lebensschutz im Strafrecht – Einführung und Überblick. In: www.kcla.net/download.red?fid=79. Vgl. ebenso dazu mit weiteren Nachweisen Schönke/Schröder/*Eser*, Rdn. 13 vor §§ 211 ff.

¹⁵ BGHSt 1, 235; RGSt 77, 246; OGHSt 3, 115; *Jescheck*, AT § 42 II 1.

¹⁶ *Lackner*, Rdn.3 zu §217.

¹⁷ Sch/Schr/*Eser*, Rdn.5 zu §217.

Anwendungsbereich des § 21 zu berücksichtigen¹⁸. § 217 a. F. privilegierte die nichtehelich Gebärende lediglich bezüglich ihrer Konfliktslage und labile Gemütsbewegung während der geburtsbedingten Erregungsphase¹⁹.

Da § 217 a. F. die Neugeborenentötung und damit – aus der Sicht der herrschenden Strafrechtslehre – die Tötung eines Menschen im Gegensatz zur Tötung eines *Embryos* im Sinne des § 218 erfasste, diente die Bestimmung zugleich zur Abgrenzung beider Rechtsgüter²⁰.

Begehbar war die Neugeborenentötung durch eine beliebige Handlung sowie durch Unterlassen, wobei die Garantenstellung der Mutter dem § 217 a. F. innewohnen war²¹. Die Tathandlung musste also in oder gleich nach der Geburt erfolgen. Handlungen, die vor der Geburt einwirkten, fielen in den Anwendungsbereich der §§ 218 ff. Daher war belanglos, ob der Tod des Neugeborenen, bewirkt durch pränatale Einwirkungen, erst nach der Niederkunft eintritt²². Strittig war jedoch die Antwort auf die Frage, wie die Mutter bestraft werden sollte, wenn sie sich vor der Niederkunft in einen Zustand begab, in dem eine Versorgung des neugeborenen Kindes tatsächlich nicht denkbar war. Diesbezüglich behauptete *Eser*, solche Konstellation sollte nach den Regeln der *actio libera in causa* unter §§ 211, 212 fallen²³. *Jähnke* war dagegen der Auffassung, dass durch die *actio libera in causa* lediglich Verschulden und Tatvorsatz, nicht aber die Handlung selbst vor der Niederkunft gezogen werden konnten, weil erst die Niederkunft das Unrecht des Sondertatbestandes begründete: Die Handlung richtete sich gegen einen Menschen

¹⁸ *Streb*, 70; *Sch/Schr/Eser*, Rdn. 5 zu § 217.

¹⁹ Verfassungsrechtlich war das nicht zu beanstanden. Vgl. *Wessels*, 39.

²⁰ *Sch/Schr/Eser*, vor §§ 211 ff. Rdn. 1.

²¹ *Lackner*, Rdn. 3 zu § 217.

²² *Tröndle/Fischer*, Rdn. 6 zu § 218.

²³ *Sch/Schr/Eser*, Rdn. 6 zu § 217.

und nicht mehr gegen die Leibesfrucht²⁴. Die Strafbarkeit durch Unterlassungshandlungen wurde ebenso erst mit dem Beginn der Geburt begründet. Erforderlich war deswegen im Grunde eine Gesamtwürdigung des Sachverhaltes²⁵.

Ausschlaggebend bei der *Kindstötung* war, dass das Neugeborene tatsächlich gelebt hat. Ob es lebensfähig war oder nicht, war strafrechtlich belanglos, weil auch einem nicht lebensfähigen *neonatus* Menschlichkeit zukommt, selbst wenn er kurz nach dem *partus* stirbt²⁶. Lässt der *neonatus* nach der Scheidung vom Mutterleib bestimmte Lebenszeichen erkennen, beispielsweise Herzschlag, Lungenatmung, Muskelbewegung oder Nabelschnur-pulsationen, dann spricht man von einer *Lebendgeburt*. Von einer *Stillgeburt*²⁷ spricht man wiederum, wenn der *neonatus* während der Entbindung verstorben ist. Während *Frühgeburt* als die Entbindung vor Vollendung der 37. Schwangerschaftswoche²⁸ definiert wird, ist vom *Abort*²⁹ die Rede, wenn eine vorzeitige Beendigung des Schwangerschaftsverlaufes eintritt.

§ 217 a. F. setzte Vorsatz voraus, wobei bedingter Vorsatz genügte. War die Neugeborenentötung das Ergebnis einer bloßen Fahrlässigkeit, war also § 222 anzuwenden³⁰, z. B. bei Fallkonstellationen, in denen die Mutter das Neugeborene irrig für tot hielt und deswegen unversorgt ließ³¹. Darüber hinaus musste die Tat rechtswidrig sein. Rechtfertigungsgründe waren im

²⁴ LK-Jähnke, Rdn. 5 zu § 217.

²⁵ BGHSt GA 1970, 86.

²⁶ Sch/Schr/Eser, Rdn. 3 zu § 217.

²⁷ Oder Todgeburt.

²⁸ Eine reguläre Schwangerschaft dauert 40 Wochen, 280 Tage nach der letzten Regelblutung.

²⁹ Auch Schwangerschaftsabbruch, Fehlgeburt oder Abtreibung genannt.

³⁰ RGSt. 59 83, BGH LM Nr. 2 zu § 217; Sch/Schr/Eser, Rdn. 10 zu § 217.

³¹ BGH NSTZ 87, 21. Zur Abgrenzung zwischen Kindstötung und bloßer Fahrlässigkeit vgl. BGH GA 79, 106.

Bereich der Privilegierung anwendbar. Rechtlich relevant war insbesondere die Frage nach der Perforation, wonach das Kind während der Geburt getötet wurde, um das Leben der Mutter zu retten³². Auch wenn § 34 bei Fallkonstellationen Leben gegen Leben ausscheidet, war er trotzdem im Fall der Perforation angewandt worden³³.

Fasste die Mutter die Tötungshandlung bereits vor der Geburt mit der Folge, dass die Tat nicht der Gemütsregung entsprach, war trotzdem § 217 a. F. anzuwenden³⁴. Tötete die Mutter jedoch ihr eheliches Neugeborene, war sie nach den Vorschriften der allgemeinen Tötungsdelikte zu bestrafen. Tötete die Mutter ihr Neugeborenes, weil sie es irrtümlicherweise als nichtehelich hielt, war die Tat dennoch nach § 16 Abs. 2 nur gemäß § 217 a. F. zu ahnden³⁵. Dies ließ sich damals daraus begründen, dass die Mutter sich psychisch in der gleichen privilegierenden Zwangslage befand, die die Anwendung des § 217 a. F. rechtfertigte³⁶. Ging die Mutter irrtümlicherweise von der Ehelichkeit des Kindes aus und tötete das Neugeborene, so war die Mutter nicht aus § 217 a. F. sondern aus §§ 211, 212 zu verurteilen³⁷.

Die Strafrechtslehre ging bei § 217 a. F. von einer unselbständigen Privilegierung des § 212 aus. Die Rechtsprechung³⁸ hielt diese Vorschrift wiederum für ein unechtes Sonderdelikt³⁹. Nach beiden Auffassungen waren

³² Zum Thema Perforation siehe D. I.

³³ Sch/Sch/Eser, Rdn. 34 zu § 218; Dreher/Tröndle, Rdn. 21 zu § 34; LK-Hirsch, Rdn. 74 zu § 34.

³⁴ Gegebenenfalls strafschärfend zu beachten. Vgl. BGH MDR 1972, 750.

³⁵ Frick, 64.

³⁶ Blei, § 8 III; Sch/Schr/Eser, Rdn. 11 zu § 217; Frick, 65.

³⁷ Sch/Schr/Eser, Rdn. 11 zu § 217.

³⁸ BGHSt 1, 235 (237, 240).

³⁹ Dieses Ergebnis wäre jedoch begründet gewesen, nur wenn die Tatbestandsmerkmale des § 217 a.F. der Straftat einen spezifischen Gehalt verliehen hätten. Das war aber nicht der Fall. Der Tatbestand

Teilnehmer⁴⁰ aus dem Bereich des § 217 a. F. ausgeschlossen und insofern nach den allgemeinen Vorschriften der Tötungsdelikte zu bestrafen⁴¹. Da die *Kindstötung* des § 217 a. F. kein eigenhändiges Delikt darstellte, war eine *mittelbare Täterschaft* der Mutter möglich, welche nach § 25 I der eigenhändigen Tatbegehung gleichgestellt und damit nach § 217 a. F. geahndet werden konnte⁴². War die Mutter nur als Teilnehmerin an der Neugeborenentötung beteiligt, so wurde sie über § 28 II nach § 217 a. F. bestraft⁴³. Zwischen §§ 217 a. F. und § 222 bestand keine Konkurrenz, sondern Exklusivität⁴⁴. Da beide Strafvorschriften unterschiedliche Schuldformen⁴⁵ erfordern, konnten sie nicht synchron vorliegen⁴⁶. Eine scheinbare Gesetzeskonkurrenz, und zwar in Form von Spezialität, bestand zwischen den Strafvorschriften der *Kindstötung* und des Totschlags. § 217 a. F. war eine Privilegierung des § 212, dessen Tatbestand in ihm enthalten war⁴⁷.

Die *ratio legis* des § 217 a. F. ergab sich einerseits aus dem besonderen psychischen Zustand der Mutter eines nichtehelichen Kindes während des Geburtsvorganges und andererseits aus der Rücksicht auf die schuld mindernde Furcht vor Schande⁴⁸. Durch

des § 217 a.F. war zwar gegenüber § 212 bezüglich des Subjekts, des Objekts und der Handlungszeit umgewandelt worden. Die Grundhandlung (Tötung eines Menschen) und das geschützte Rechtsgut (das Menschenleben) blieben aber unverändert. Somit war der Wesenskern des Grundtatbestandes nicht modifiziert worden. Demzufolge - und in Anlehnung an die Strafrechtslehre - war in § 217 a.F. eine privilegierende Abwandlung des Grunddelikts zu sehen.

⁴⁰ Oberbegriff für Anstifter und Gehilfen.

⁴¹ BGHSt 1, 237 (240).

⁴² Sch/Schr/Eser, Rdn. 12 zu § 217.

⁴³ *Ebenda*.

⁴⁴ Sch/Schr/Eser, Rdn. 10 zu § 217.

⁴⁵ Vorsatz und Fahrlässigkeit.

⁴⁶ *Frick*, 72.

⁴⁷ Sch/Schr/Eser, Rdn. 3 vor § 211.

⁴⁸ Siehe dazu *Simson/Geerds*, 35 ff.; *Sch/Schr/Eser*, Rdn. 1 zu § 217; *Lackner*, Rdn.1 zu § 217; *Dreher/Tröndle*, Rdn. 1 zu §217; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, 54; *Wessels*, BT, 38 ff.; *Arzt/Weber*, BT 1, Rdn. 171 zu § 217.

die sog. *Sperrwirkung der Privilegierung* kam der Mutter bei auftretenden Mordmerkmalen § 217 a. F. auch zugute. Die benannte Sperrwirkung entsteht, wenn eine privilegierende Straftat mit qualifizierten Merkmalen zusammentrifft, sodass die privilegierende Vorschrift die Rechtsfolge des qualifizierenden Tatbestandes ausschließt⁴⁹. Nach *Welzel*⁵⁰ ist jeweils durch Berücksichtigung der einzelnen Tatbestandselemente zu untersuchen, ob der Privilegierung oder der Qualifizierung der Vorrang gebührt. Im Zweifelsfall geht die Privilegierung vor. Im Kontrast dazu verneint *Puppe*, dass immer die Privilegierung vor der Qualifizierung Vorrang habe⁵¹. Obwohl die dogmatische Natur des Begriffes wenig geklärt erscheint, betrachtete die h. L. die §§ 211, 217 a. F. als unselbständige Abwandlungen des Totschlags; der § 217 a. F. sollte dann als abschließende Sonderregelung dem § 211 vorgehen⁵², und zwar unter Berufung auf die *Sperrwirkung des privilegierenden Tatbestandes*. Die Judikatur erblickte allerdings in § 217 a. F. ein unechtes Sonderdelikt⁵³, sodass bei Vorliegen dieses Tatbestandes eine Strafbarkeit nach § 211 ausgeschlossen ist⁵⁴. Trotzdem bleibt fraglich, ob die Sperrwirkung der Privilegierung aus dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* herzuleiten war, sofern eine Spezialität des Gesetzes im eigentlichen Sinne nicht vorlag. Die Spezialität des Gesetzes liegt nur vor, wenn der Grundtatbestand über alle Merkmale der Sondernorm verfügt und diese demgegenüber noch mindestens ein weiteres Merkmal enthält. Das jedoch war im Verhältnis der §§ 217 a. F. und 211 nicht gegeben.

⁴⁹ Zustimmung: *Jescheck*, AT § 26 III; *Wessels/Beulke*, AT Rdn. 113; *Maurach/Zipf*, AT I, Rdn. 45 zu § 20; *Küpper*, Meurer-FS, 123 ff.; *Dreher/Tröndle*, Rdn. 1 zu § 217.

⁵⁰ *Welzel*, Strafrecht, § 30 III.

⁵¹ *Puppe* ZIS 2007, 256.

⁵² *Haft*, BT, 82; *Czelk*, Privilegierung, 55; *Lackner*, Rdn. 24 vor § 211; *Sch/Schr/Eser*, Rdn. 2 zu § 217; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, Rdn. 65 zu § 2.

⁵³ BGH, St 1, 235; übereinstimmend: *Dreher/Tröndle*, Rdn. 1 zu § 217; *Sch/Schr/Eser*, Rdn. 1 zu § 217; *Jescheck*, AT § 26 III; *Krey*, BT 1, Rdn. 110 zu § 1.

⁵⁴ *Wessels*, BT 1 § 2, VI, 2; *Lackner*, Rdn. 24 vor § 217.

Mancherseits wird behauptet⁵⁵, dass die Sperrwirkung der Privilegierung nicht mehr als eine Art *petitio principii* oder *circulus in probando* darstellt⁵⁶. Die Sperrwirkung des § 217 a. F. lässt sich trotz alledem klar erfassen, wenn der Grund der Privilegierung beachtet wird⁵⁷. Aufgrund der Verzweiflungslage der Gebärenden, in Verbindung mit ihrem besonderen psychischen Zustand bei der Geburt, ließe die besondere Verwerflichkeit entfallen, sodass die Tat von § 211 nicht erfasst wurde⁵⁸. Die notstandsähnliche Situation der Mutter war insofern nach dem gleichen subjektiven Maßstab der §§ 213, 216 zu beurteilen⁵⁹.

Der Vorrang des § 217 a. F. basierte also auf einer kongruenten Würdigung: Mit der Schaffung des privilegierenden Tatbestandes sollte der Sachverhalt der Neugeborenentötung abschließend geregelt werden, sodass der geringere *Schuldgehalt*⁶⁰ ein vermindertes Strafbedürfnis hervorrief und eine entsprechende Herabsetzung der Strafdrohung rechtfertigte⁶¹.

Im Verhältnis zu Körperverletzungen schließt der Tötungsvorsatz den Körperverletzungsvorsatz immer ein⁶². Wird die Tötung vollendet, so treten die Körperverletzungsdelikte hinter der

⁵⁵ Dazu: Wolf, Erläuterungen.

⁵⁶ Die *petitio principii* wird als Fehlschluss oder *Paralogismus* definiert, wonach eine These für eine andere als Begründung angeführt wird, die aber selber eines Beweises bedarf. *Circulus in probando* ist hingegen eine durch Deduktion geschlussfolgerte These, indem die These selbst als Prämisse verwendet wird.

⁵⁷ Seiler, 72.

⁵⁸ Zustimmend: Krey, BT1, Rdn. 114 zu § 1; Sch/Schr/Eser, Rdn. 2 zu § 217; Wessels, BT1, § 2 VI 2; Lackner, Rdn. 5 zu § 217; Arzt/Weber, BT1, Rdn. 169 zu § 217.

⁵⁹ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT1, Rdn. 66 zu § 2.

⁶⁰ § 217 a.F. basierte nicht auf dem Gedanken eines geringeren *Unrechtsgehalts*, weil das Leben des nichtehelichen Kindes genauso viel wert wie das Leben des ehelichen Kindes ist.

⁶¹ Sch/Schr/Eser, Rdn. 2 zu § 217.

⁶² Nach der sog. „Gegensatztheorie“. Arzt/Weber, § 2 Rdn. 86. Vgl. BGHSt. 16, 122.

vollendeten Tötung als dem intensiveren Delikt zurück⁶³. Die Qualifizierungen der §§ 224, 225, 229 II waren durch die Sperrwirkung der Privilegierung ausgeschlossen⁶⁴.

Der Sondertatbestand hatte trotz Privilegierung Verbrechenscharakter⁶⁵ und die Mindestfreiheitsstrafe betrug 3 Jahre. Der Versuch war daher nach § 23 I strafbar. Der Strafraum für minder schwere Fälle reichte von 6 Monaten bis zu fünf Jahren. Zur Privilegierung des § 217 a. F. kam noch der *Geburtsaffekt*. Diese an § 21 heranreichende Verfassung (Erschöpfung, Erschütterung, Verzweiflung, Gleichgültigkeit) erklärt vorwiegend die häufige Tötung durch Unterlassen⁶⁶. Die Privilegierung bildete jedoch lediglich den Hintergrund des Regelfalls. Lagen die Tatbestandmerkmale des § 217 a. F. vor, durfte die Milderung nicht versagt werden. Lag darüber hinaus ein Geburtsaffekt oder die Furcht tatsächlich vor, so entstand zusätzlich ein minder schwerer Fall im Sinne des § 217 II a. F. Da § 50 die Doppelverwertung besonderer subjektiver Umstände untersagt, ging es jedoch nicht, den Strafraum wegen besonderer seelischer Umstände nach § 217 a. F. Abs. 2 zu bemessen und gleichzeitig über § 21 zu einer zusätzlichen Strafmilderung zu gelangen⁶⁷.

Diese Normativität unterschied sich grundlegend vom Strafrecht der DDR, als dort die Privilegierung auch für die eheliche Mutter galt, was *Gerchow*⁶⁸ ab 1954 für das Strafrecht der BRD gefordert hatte. Bezüglich des kriminalpolitischen Hintergrundes wird behauptet, dass die erfassten Fälle von *Kindstötung* in der Gesamtkriminalität *numerisch* eine bescheidene Rangstufe

⁶³ Sch/Schr/ Eser Rdn. 26 zu § 212.

⁶⁴ Sch/Schr/Eser, Rdn. 25 zu § 212.

⁶⁵ § 12 I StGB.

⁶⁶ *Simson/Geerds*, 38 ff.; *Eser*, Gutachten D, 147 ff.; *Arzt/Weber*, BT1, Rdn. 171 zu § 217.

⁶⁷ *Eser*, Gutachten D, 147 ff.

⁶⁸ Vgl. *Gerchow*, Abnormisierung (1954), 9.

einnehmen würden⁶⁹. Nach einem Bericht von „*terre des hommes*“⁷⁰ bewegen sich die gemeldeten Kindstötungsfälle seit 1999 zwischen 28 und 43 jährlich (1999 = 34, 2000 = 28, 2001 = 31, 2002 = 35, 2003 = 43, 2004 = 34, 2005 = 31, 2006 = 34, 2007 = 29).⁷¹ Von einem darüber hinausgehenden Dunkelfeld⁷² ist auszugehen, weil möglicherweise nicht alle Neugeborenenleichen tatsächlich aufgefunden werden. Seit 1979 bis 1997 waren ca. 5 Verurteilungen pro Jahr wegen § 217 a. F. registriert⁷³. Obwohl der Begriff der *Kindstötung* im juristischen Sinne die Tötung eines Kindes durch die Mutter in oder gleich nach der Geburt bezeichnet⁷⁴, ist seine Verwendung im allgemeinen Sprachgebrauch unklar, denn oft wird darunter auch die Tötung von älteren bzw. nicht eigenen Kindern verstanden. Um Missverständnisse zu vermeiden, bezeichnen wir die Neugeborenentötung durch die Mutter – anhand der Klassifizierung *Resnicks* - als *Neonatizid*⁷⁵, die wir im folgenden neben den Begriffen „*Kindstötung*“ oder „*Neugeborenentötung*“ verwenden werden. Nach der Klassifizierung *Resnicks* verwerten wir ebenso den Terminus *Filizid*, welcher die Tötung eines älteren Kindes durch die Eltern bezeichnet. Gleichfalls benutzen wir den Begriff *Infantizid*, um die Tötung von Kindern im Allgemeinen zu benennen, gleichgültig wer der Täter und wie alt das Opfer ist.

⁶⁹ *Arzt/Weber*, BT1 Rdn. 167/168.

⁷⁰ http://www.tdh.de/content/themen/weitere/babyklappe/studie_toetung.htm.

⁷¹ <http://www.zeugungsstreik.de/babyleichen2007>.

⁷² Das Dunkelfeld ist die Differenz zwischen den amtlich gemeldeten Straftaten und den tatsächlichen begangenen Straftaten. Vgl. *Dörmann*, Zahlen sprechen nicht für sich: Aufsätze zu Kriminalistik, Dunkelfeld und Sicherheitsgefühl aus drei Jahrzehnten (2004).

⁷³ Vgl. *Blanke*, 104 ff.; *Streb*, 102 ff.; *Schmidt*, 193/194; *Weinschenk*, 35 ff.; *Arzt/Weber*, BT1 Rdn. 167/168.

⁷⁴ Dazu: *Wächterhäuser* Kindestötung. In: *Lück* (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 736 – 741, 1978.

⁷⁵ Vgl. *Raič*, 10 ff.