

D. Derzeitige Gesetzeslage

I. Rechtslage bezüglich des *Menschseins* i. S. v. Tötungs- und Körperverletzungsdelikten nach Fortfall des § 217 a. F.

Die Menschqualität i.S.d. Tötungsdelikte beginnt in der Geburt. Hier liegt die maßgebliche Zäsur zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschqualität, die für die Abgrenzung zwischen Schwangerschaftsabbruch und vorsätzlicher Tötung entscheidend ist.

Durch die Aufhebung des § 217 ist diese positivrechtliche Verankerung des Abgrenzungsmerkmals „Geburtsbeginn“ weggefallen. Da diese Auswirkung in den Beratungen des 6. StrRG übersehen wurde, stellt sich mittlerweile die Streitfrage, ob der Fortfall des § 217 a. F. zu einer Neuorientierung der Rechtslage bezüglich des Menschseins im Sinne der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte geführt hat.

Der positivrechtlicher Anhaltspunkt der Zäsur „Geburtsbeginn“ war bis 1998 der § 217 a. F. , weil dort die Formulierung „*in der Geburt*“ stand¹. Durch den Paragraph der Kindstötung beabsichtigte der Gesetzgeber keine Legaldefinition der Menschqualität zu schaffen². Aber dieses Rechtsverständnis, wonach der Geburtsbeginn die Menschqualität kennzeichnet und somit der Beginn des Menschseins im Sinne der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte markiert, hat sich bereits mit der *Constitutio Criminalis Bambergensis* von 1507 begonnen zu

¹ Vgl. Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe (1974); Hirsch, 309; Drescher, 5; Ingelfinger, 103; Lüttger, Menschqualität, 255.

² Lüttger, Menschqualität, 254.

bilden³: Der Art. 156 CCB über Kindstötung enthält im Absatz 2 den Ausdruck „vor, in, oder nach der Geburt“⁴. Dieser Tatbestand wird differenziert von der in Art. 158 CCB sanktionierte Abtreibung⁵. Die CCB setzte also bezüglich des Rechtsgutes der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte nicht erst die Vollendung der Geburt voraus. Dieselbe Formulierung ist in Art. 131 CCC von 1532 zu finden.

Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 enthält in § 265 die Abfassung „bei oder nach der Geburt“. In § 180 preuß. StGB von 1851 und in § 217 R StGB von 1871 ist die Tötung „in der Geburt“ die Rede. In den Partikulargesetzbüchern des 19. Jahrhunderts wird auch das Rechtsverständnis angenommen, wonach das Geburtsstadium der Beginn des Menschseins im Sinne der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte bestimmt, so in Art. 171 BayStGB von 1813, Art. 250 des Württembergischen StGB von 1839, § 149 des Criminalgesetzbuches für das Herzogtum Braunschweig von 1840, Art. 126 des Criminalgesetzbuches für das Herzogtum Sachsen-Altenburg von 1841, Art. 126 des StGB für Thüringen von 1850, Art. 159 des StGB für das Königreich Sachsen von 1855. In Art. 233 des Criminalgesetzbuches für Hannover von 1840, Art. 258 des StGB für das Grossherzogtum Hessen von 1841 und Art. 251 des StGB für das Herzogtum Nassau von 1849 ist die Formulierung „in und während der Geburt“ zu finden. Obwohl es in allen diesen Vorschriften um die Regelung der Kindstötung und nicht um eine bewusste Vorverlegung der Menschqualität ging, haben sie jedoch über die Jahrhunderte ein kriminalpolitisches Rechtsverständnis begründet, wonach das Menschsein im Sinne der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte bereits in der Geburt beginnt. Insofern

³ *Ebenda.*

⁴ *Schmid*, 166.

⁵ *Ebenda.*

hat § 217 a.F. die Linie der Rechtstradition fortgesetzt⁶. Die Zäsur „Beginn der Geburt“ als Grenzmarke zwischen Leibesfruchtcharakter entspricht also *in erster Linie* alter deutscher Strafrechtstradition.

In Bezug auf die Begründung des traditionellen Abgrenzungskriteriums zwischen Abtreibung und Tötungs- und Körperverletzungsdelikten lässt sich feststellen, dass der *Geburtsbeginn* als Übergang vom Leibesfruchtcharakter zur Menschqualität markiert, *auch ein strafrechtsdogmatisches Axiom* ist, das auf die Frage nach dem Verständnis der Rechtsgütertheorie angewiesen ist⁷.

Die tatbestandliche Trennung zwischen Schwangerschaft und Tötungs- und Körperverletzungsdelikten dient zur Abgrenzung der geschützten Rechtsgüter „werdendes Leben“ und „Menschenleben“. Und diese dem Strafrecht zwecktaugliche Differenzierung ist auf die Definition von Rechtsgut und Handlungsobjekt zurückzuführen⁸. Rechts- oder Schutzgut bezeichnet das nach den Wertvorstellungen einer Gesellschaft für schützwürdig erachtete Interesse, dessen Schutz das Strafrecht beabsichtigt. Handlungsobjekt ist hingegen der konkrete Gegenstand, der das Tatobjekt formt und an die Tathandlung anknüpft wird. Die Funktion des Gesetzgebers liegt darin festzulegen, welche Eingriffe in ein bestimmtes Rechtsgut rechtswidrig sein sollen und ab wann der strafrechtliche Schutz wirksam wird. Die Relation von Rechtsgut und Handlungsobjekt ist unterschiedlich. Während in einem Fall beide Elemente inhaltlich und formell übereinstimmen⁹, besteht in einem anderen eine inhaltliche, aber keine formelle Übereinstimmung, beispielsweise bezüglich der Straftaten gegen das Leben des

⁶ Zur historischen Entwicklung der Zäsur „Geburtsbeginn“ vgl. *Drescher*, 78 ff.

⁷ *Lüttger*, Empfängnisverhütung und Abtreibung, 234.

⁸ *Ebenda*.

⁹ *Roxin*, Strafrecht, § 2 Rdn. 5.

StGB: Tatobjekt bei Abtreibung und Tötungsdelikten ist das „Menschenleben“. Im ersten Fall ist das geschützte Rechtsgut das „werdende Leben“. Im zweiten Fall ist das geschützte Rechtsgut das „geborene Leben“. Bei den Körperverletzungsdelikten ist das Tatobjekt ebenfalls das „Menschenleben“, die geschützten Rechtsgüter sind jedoch seine körperliche Unversehrtheit und Gesundheit. Diese grundlegende Eventualität einer Nichtübereinstimmung zwischen Handlungsobjekt und Schutzgut deutet darauf hin, dass es hauptsächlich nicht auf die Frage nach dem „Beginn des Menschseins“, sondern vielmehr darauf ankommt, wann der Anwendungsbereich des Abtreibungsverbots endet und wann der Normenkomplex der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte beginnt¹⁰.

Die Beantwortung auf die Streitfrage, wann das „Menschsein“ im Strafrecht beginnt, ist allerdings häufig durch die Argumentationsrichtung kompliziert worden, die Definition des Begriffs „Menschsein“ sei eine Alleinzuständigkeit anderer wissenschaftliche Disziplinen und daher könnte die Rechtswissenschaft darüber nichts bestimmen¹¹. Aus der Tatbestandslehre ergibt sich jedoch, dass die Frage nach dem „Beginn des Menschseins“ im Strafrecht zunächst epistemologischer Natur ist, wobei jede Verwechslung der verschiedenen Bereiche bzw. Ebenen unvermeidlich zur Verwirrung führt¹².

Nach der Tatbestandslehre lassen sich die Tatbestandsmerkmale in *objektiv* und *subjektiv* unterteilen¹³. Während die *objektiven Tatbestandsmerkmale* das äußere Erscheinungsbild der Tat bezeichnen, bestimmt der *subjektive Tatbestand* die inneren

¹⁰ Lüttger, Empfängnisverhütung und Abtreibung, 237.

¹¹ Lüttger, Empfängnisverhütung und Abtreibung, 235.

¹² *Ebenda*.

¹³ Roxin, Strafrecht, § 10 Rdn. 13 ff.

Gegebenheiten, die zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes hintreten. Die einzelnen objektiven Tatbestandsmerkmale lassen sich in deskriptiv und normativ klassifizieren. *Deskriptive Tatbestandsmerkmale* sind Gegenstände und Vorgänge, die allein durch sinnliche Wahrnehmung erfasst werden können, beispielsweise „der Mensch“. *Normative Tatbestandsmerkmale* sind hingegen diejenige, die erst nur aus einer systematisch-logischen, aber auch aus einer objektiv-teleologischen Interpretation des Gesetzes gewonnen werden können, beispielsweise „Menschenleben“ oder „Beginn des Menschseins“. *Normative Tatbestandsmerkmale* sind also transempirische, dogmatische und vor allem wertausfüllungsbedürftige Rechtskategorien. Definiert das Gesetz den Begriff „Beginn des Menschseins“ nicht selbst, dann liegt hier ein tatbestandliches Merkmal zur wertenden Interpretation vor. Damit wird einerseits klar, dass die Problematik des Tatbestandes und seiner Auslegung (einschließlich der Rechtswert „Menschenleben“ und das Tatobjekt „Mensch“) ausschließlich der Strafrechtswissenschaft gehört. Und auch wenn andere Wissenschaften dafür die grundlegenden Erkenntnisse liefern können, können sie aber nicht die juristische Exegese substituieren. Andererseits, ist der Begriff „Beginn des Menschseins“ im Kontext des Lebensschutzes - ungeachtet seiner biologischen bzw. philosophischen Substanz - ein Strafrechtsbegriff und mithin nach der Kategorien der Rechtsgüterlehre zu definieren¹⁴.

Da das Strafrecht den Schutz des „werdenden Lebens“ von dem des „Menschenlebens“ differenziert, muss die Entwicklung der traditionellen Zäsur untersucht werden. Ausgangspunkt ist hier die aus dem Jahr 1880 stammende Entscheidung des Reichsgerichts, die bestimmt, dass im Strafrecht anders als im Zivilrecht (§ 1 BGB) die Menschwerdung der Leibesfrucht mit dem

¹⁴ *Ebenda.*

Geburtsbeginn vorkommt¹⁵. Das Gericht argumentierte damals, dass nach § 217 RStGB die Menschlichkeit bereits „in“ der Geburt auftritt, weil der Gesetzeswortlaut bezüglich der Leibesfrucht bei der Niederkunft von einem „Kind“ spreche, welches aufgrund seiner vitalen Existenz die „Rechte eines geborenen Menschen genießt“. Der grammatischen Auslegung folgte die systematische Interpretation, wobei § 217 RStGB mit § 218 RStGB¹⁶ verglichen wurde. Daraus folgerte das Gericht, dass die ausgestoßene Leibesfrucht strafrechtlich bereits als Mensch geschützt wird: Ansonsten wäre die Tötung eines von der Nabelschnur noch nicht getrennten Kindes einerseits wegen Mordtötung straflos, weil die Leibesfrucht noch keine Menschlichkeit hat und andererseits straffrei wegen Abtreibung, weil die Tötung der Leibesfrucht nicht im Mutterschoß erfolgte:

„Der 217 betrifft nicht die Frucht, sondern ein Kind, betrachtet also das Kind als Mensch, da weder nach dem Gedanken, welcher der Ausscheidung der Kindestötung von dem Gattungsbegriffe der Mordtötung überhaupt zu Grunde liegt, noch nach sonstigen Rücksichten sich annehmen lässt, dass hiermit ein Mittelbegriff habe geschaffen werden sollen, welcher, je nachdem die Tötung in oder gleich nach der Geburt erfolgt, im ersteren Falle eine Frucht und im letzteren einen Menschen umfasst.“¹⁷

Durch die Entscheidung RGSt 5, 553 ff. von 1883 erklärt darüber hinaus das Obergericht, dass die Eröffnungswehen (nicht erst die Presswehen), mit denen der Muttermund und der Geburtskanal ausgedehnt werden, der Beginn der Niederkunft kennzeichnen.

Die oben genannten grundlegenden Entscheidungen wurden durch spätere Urteilsprüche¹⁸ bekräftigt. Diese reichsgerichtliche

¹⁵ RGSt 1, 446.

¹⁶ Straftatbestand der Abtreibung.

¹⁷ RGSt 1, 446.

¹⁸ RGSt 2, 41; RGSt 26, 178 ff.

Auffassung wurde durch den Ansatz ergänzt, wonach das Tatobjekt in der Eröffnungsperiode durch die medikamentösen und operativen Geburtshilfen besonders gefährdet ist.

„Es besteht kein innerer Grund, denjenigen, welcher das Leben der im Geburtsvorgange begriffenen Frucht fahrlässig vernichtet, alsdann nicht zu bestrafen, wenn ihm der Geburtsakt gestattet, die Frucht zur Verletzung zu erreichen, obwohl solche noch innerhalb des Muttermundes liegt, während der Verletzende zu bestrafen ist, wenn er dieselbe Verletzung an nämlichen Teile der Frucht, sobald dieser aus der Mutterscheide hervorgetreten, zufügt.“¹⁹

Die Argumente des Obergerichts setzen sich so durch, dass die These der Vorverlegung der Menschqualität nicht mehr bezweifelt wurde. Die neuere Rechtsprechung bis 1998 hielt sich innerhalb der Rechtstradition und basierte hinsichtlich der Festlegung des Geburtsbeginn ebenso auf § 217 a. F. Der BGH²⁰ erklärt in einer Entscheidung von 1983, dass eine Tötung im Geburtsstadium nicht mehr als Schwangerschaft, sondern als Tötungsdelikt betrachtet wird, weil § 217 a. F. das Tatobjekt als „Kind“, also bereits als „Mensch“ bezeichnet und somit eine Identität des rechtlichen Status zwischen beiden menschlichen Wesen festlegt:

„Bei der insoweit entscheidenden Frage des Beginns des menschlichen Lebens ist von § 217 Abs. 1 StGB auszugehen. In dieser Vorschrift wird die Tötung des unehelichen Kindes durch die Mutter „in oder gleich nach der Geburt“ unter Strafdrohung gestellt. Das Gesetz wertet mithin auch die vorsätzliche Tötung während des Geburtsvorgangs nicht mehr als Schwangerschaftsabbruch, sondern als Tötung; demgemäss wird das Tatobjekt nicht als „Leibesfrucht“, sondern als „Kind“

¹⁹ RGSSt 9, 131.

²⁰ BGH 32, 194.

bezeichnet. Wenn aber das Gesetz in dieser Regelung bereits den Zeitraum in der Geburt einbezieht, so liegt die Zäsur für den Beginn des menschlichen Lebens notwendig beim Beginn der Geburt.“²¹

Das Oberlandesgericht Karlsruhe²² bekräftigt die Position des BGH und weist darauf hin, dass § 217 a. F. den Übergang vom Leibesfruchtcharakter zur Menschlichkeit markiert und somit den Anwendungsbereich der Schwangerschaftsabbruchstatbestände und der der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte abgrenzt. Das Bundesverfassungsgericht²³ behauptet ebenso unter Hinweis auf § 217 a. F., dass die Schwangerschaft durch die Zäsur des Geburtsbeginns endet:

„Gegenstand der angegriffenen Vorschriften ist der Schwangerschaftsabbruch, vor allem die strafrechtliche Regelung; entscheidungserheblich ist daher nur der Zeitraum der Schwangerschaft. Dieser reicht nach den – von den Antragstellern unbeanstandeten und verfassungsrechtlich unbedenklichen – Bestimmungen des Strafgesetzbuches vom Abschluss der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter (Nidation, vgl. § 218 Abs. 1 Satz 2 StGB in der Fassung des Art. 13 Nr. 1 SFHG) bis zum Beginn der Geburt (vgl. § 217 StGB und dazu BGHSt 32, 194 ff.).“²⁴

Auch wenn die von § 217 a. F. angelegte Zäsur der Geburt nach herrschender Auffassung der Rechtsprechung als Grenzmarke zwischen Schwangerschaftstatbeständen und Tötungsdelikten zu sehen ist, wird hier ersichtlich, *dass diese Abgrenzung nicht vorwiegend auf dem Fundament positivrechtlicher Anhaltspunkte, sondern vielmehr aus der Funktion und Systematik des*

²¹ *Ebenda.*

²² OLG Karlsruhe, NStZ 1985, 315.

²³ BVerfG 88, 203, 251.

²⁴ *Ebenda.*

*Rechtsgüterschutzes hergeleitet und fundiert wird*²⁵. Bezüglich der Mindermeinung im Schrifttum befürworten *Herzberg/Herzberg*²⁶, dass § 217 a. F. keine Legaldefinition des Beginn des Menschseins im Sinne der §§ 211 ff. festsetzt. Sie bestreiten die Auffassung, jedes Kind sei ein Mensch, und den Ansatz, dass zwischen dem Beginn des Menschseins und dem Beginn des Kindseins eine Identität besteht. Sie basieren ihren Ansatz auf die *Polysemie* des Wortes „Kind“, genauer gesagt, sie nehmen auf den Duden Bezug, um nachzuweisen, dass das Wort „Kind“ nicht unbedingt das geborene Menschenleben sondern auch die Leibesfrucht bezeichnet²⁷. *Herzberg/Herzberg* basieren ihre These ebenso auf dem Wortlaut des § 219 Abs. 1 Satz 3 bezüglich der Beratung der Gravida in einer Notlage, wo die Formulierung „das Austragen des Kindes,“ zu finden ist. Aus ihrer semantischen Auslegung folgern *Herzberg/Herzberg*, dass die im § 217 a. F. enthaltene Formulierung „in der Geburt“ keine gültige Anfangszäsur für die Menschqualität darstellt und dass der Beginn des Menschseins erst mit der Vollendung der Geburt vonstatten gehen musste. Da *Herzberg/Herzberg* jedoch nicht erfolgreich erwiesen haben, dass die „Vollendung der Geburt“ vorzugswürdiger für die strafrechtliche Datierung der Menschwerdung als der „Beginn der Geburt“ ist, erscheint ihre Überlegung im Kontext der gesetzlichen Systematik eher belanglos. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die ersatzlose Streichung des § 217 a. F. an der traditionellen Zäsur zwischen dem Tatbestand des Schwangerschaftsabbruchs und dem der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte nichts geändert hat.

II. Strafbarkeit

²⁵ *Hirsch*, 322.

²⁶ *Herzberg/Herzberg*, *Juristenzeitung* 2001, 1106 – 1113, 1107.

²⁷ *Ebenda*.

Der Hauptgrund für die Aufhebung des § 217 a. F. bezog sich auf seine *Antiquiertheit*, deren Anknüpfungspunkt die Beschränkung der Privilegierung auf die Nichtehelichkeit des Kindes war. Bei der Beratung des Entwurfs zum 6. StrRG war es dem Bundestag klar, dass der Sondertatbestand des § 217 a. F. in seiner damaligen Fassung nicht beibehalten werden sollte. Während die Fraktionen CDU/CSU und FDP auf die ersatzlose Aufhebung der Strafvorschrift setzten, schlugen die SPD und das Bündnis 90/Die Grünen hingegen die Umstrukturierung des Paragraphen vor. Da die Koalition eine günstige Kräftekorrelation während der 13. Wahlperiode im Bundestag erreichte, gelang es ihr, die ersatzlose Streichung des § 217 a. F. durchzusetzen.

Durch diese ersatzlose Abschaffung wurde zwar die kritisierte Beschränkung des Tatbestandes auf die Tötung nichtehelicher Neugeborenen beseitigt, aber die folgende Darstellung wird ergeben, dass die heutige Strafbarkeit der Neugeborenentötung durch die Mutter in vielfältiger Beziehung nicht befriedigen kann und daher eine bessere Regelung dieses Tötungsdelikts noch zu schaffen wäre.

Die gegenwärtige Strafverfolgung des Neonatizids erfolgt durch die allgemeinen Tötungstatbestände des StGB, wobei eine Bestrafung mit der absoluten Strafandrohung seit Aufhebung des § 217 a. F. durchaus möglich ist. Bei Neonatizid kommt einstweilen der vorsätzliche Totschlag des § 212 I in Betracht. Nach dieser Strafvorschrift wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft, wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein²⁸. Die Tathandlung gemäß § 212 I besteht in der Herbeiführung des Todes eines Neugeborenen²⁹. Mit dem Hirntod³⁰ ist der Tod des Neugeborenen forensisch festgestellt³¹.

²⁸ *Tröndle/Fischer*, Rdn. 2/3 zu § 212.

²⁹ Vor Beginn der Geburt ist das Embryo durch § 218 geschützt.

³⁰ Der Hirntod wird definiert als das irreversible Versagen des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms. Die Medizin

Bezüglich der Systematik trennt der Ausdruck „ohne Mörder zu sein“ § 211³² von §212 ab³³. § 212 I betrifft nach herrschender Auffassung den Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung geborenen menschlichen Lebens.

Zwischen ihm und seinen Abwandlungen, nämlich dem qualifizierten Delikt des § 211 und dem privilegierenden Tatbestand des §216 besteht ein Stufenverhältnis, wie es für artgemäße Erscheinungsformen einer Deliktgruppe typisch ist. §213 ist in diesem Zusammenhang - auch nach herrschendem Schrifttum – kein selbständiger Sondertatbestand, sondern lediglich eine Strafzumessungsregel zum § 212 . Bemerkenswert ist die Tatsache, dass durch das 6. StrRG vom 1998 nicht nur § 217 ersatzlos gestrichen, sondern auch der Regelstrafrahmen des § 213³⁴ erhöht wurde³⁵.

unterscheidet zudem zwischen Stammhirntod, Teilhirntod und Ganzhirntod. Vgl. Deutsches Ärzteblatt 95, Heft 30, 24. Juli 1998 (53) A-1861.

³¹ Bei der Medizin und anderen Naturwissenschaften ist der Tod kein Zeitpunkt, sondern vielmehr ein biologischer Prozess, der mit dem Tod endet. Anhand des Hirntodkriteriums wird Tod als das irreversible Versagen der Hirnfunktion definiert.

³² Mordparaphrase: „Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. „Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet“. Vgl. *Tröndle/Fischer*, Rdn. 3 zu § 211.

³³ Die Formulierung ist zugleich irreführend, weil es eine gleichartige Abtrennung zu dem Privilegierungstatbestand des § 216 (Tötung auf Verlangen) nicht gibt. Vgl. *Tröndle/Fischer*, Rdn. 3 zu § 212.

³⁴ Minder schwerer Fall des Totschlags des § 213 a. F. : „War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Misshandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren“.

³⁵ *Nagy*, 562 f.

Mindestsanktion des § 217 a. F.³⁶ betrug sechs Monate Freiheitsstrafe. Seit der Inkraftsetzung des 6. StrRG wurde das Strafmaß für diese Tat jedoch in erheblicher Weise verschärft³⁷.

Die Tathandlung des Neonatizids gemäß § 212 I besteht in der Herbeiführung des Todes eines Neugeborenen. Mit dem Hirntod³⁸ ist der Tod des Neugeborenen forensisch festgestellt³⁹. Tatmittel wird definiert als jede Einwirkung, die den Tod des Neugeborenen verursacht⁴⁰. Die Straftat ist auch durch Unterlassen begehbar. Die Teilnahme Dritter ist nach wie vor, gemäß der allgemeinen Tötungsstraftatbeständen unstreitig zu beurteilen. Bezüglich des subjektiven Tatbestandes setzt § 212 Vorsatz voraus⁴¹.

Darüber hinaus muss die Tat rechtswidrig sein. Die Rechtfertigung des § 34 gilt an sich auch bei der Notstandstötung eines Neugeborenen⁴². Der Notstand des § 34 wird verwirklicht, wenn a) eine gegenwärtige Gefahr für ein bedrohtes Rechtsgut besteht, b) eine Interessenkollision vorhanden ist und c) die Tat ein angemessenes Mittel zur Gefahrabwendung darstellt⁴³. Die Interessenabwägung scheidet jedoch aus, wenn Leben gegen

³⁶ Bei minder schwerem Fall der Kindstötung.

³⁷ Eine Mutter, die ihr neugeborenes Kind tötet, kann sogar – gemäß § 211 - mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden. Nach § 217 a. F. war diese Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen.

³⁸ Der Hirntod wird definiert als das irreversible Versagen des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms. Die Medizin unterscheidet zudem zwischen Stammhirntod, Teilhirntod und Ganzhirntod. Vgl. Deutsches Ärzteblatt 95, Heft 30, 24. Juli 1998 (53) A-1861.

³⁹ Bei der Medizin und anderen Naturwissenschaften ist der Tod kein Zeitpunkt, sondern vielmehr ein biologischer Prozess, der mit dem Tod endet. Anhand des Hirntodkriteriums wird Tod als das irreversible Versagen der Hirnfunktion definiert.

⁴⁰ Das Tötungsrecht über den Embryo (sog. *Rechtfertigungsgrund der eugenischen Indikation*) i.S.v. § 218 a, dessen Wortlaut die *praesumptio iuris et de iure* der Gleichwertigkeit vor- und nachgeburtlichen Lebens widerspricht, setzt sich hier nicht mehr fort.

⁴¹ Hier genügt *dolus eventualis* (auch Eventualvorsatz oder bedingter Vorsatz genannt).

⁴² Tröndle/Fischer, Rdn. 9 zu § 212.

⁴³ Schönke/Schröder/Lenckner, §34 Rn.9 ff.

Leben steht⁴⁴. Ein Sonderfall ist die sogenannte Perforation. Darunter versteht man - im weiteren Sinne - die Tötung eines Kindes in der Geburt, um das Leben der Gebärende zu retten⁴⁵ oder sie vor schweren Gesundheitsschäden zu bewahren; sie wird jedenfalls nach § 34 begründet. Perforation (auch *cephalocentesis*) bedeutet im engeren Sinne die Durchbohrung des Kinderkopfes, um die Gehirnmasse abzusaugen. Der Vorgang führt zum Tod des Kindes. Das tote Kind wird anschließend aus dem Uterus entfernt oder auf natürliche Weise ausgestoßen⁴⁶. Die echte Perforation ist heutzutage eine sehr seltene Methode⁴⁷. Die strafdogmatische Begründung der Perforation erscheint umstritten: Obwohl eine Notstandstötung in Leben gegen Lebensfallkonstellationen (wie oben angeführt) grundsätzlich nicht gerechtfertigt ist, ist die Tötung des Kindes im Grundfall der Perforation nach ganz h.L. zulässig. Überwiegend wird die Notstandstötung des Kindes als durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand eingeordnet⁴⁸, weil das menschliche Leben in der Geburt nicht mehr Leibesfrucht, sondern bereits Mensch i.S. der §§ 211 ff. und des § 217 a. F. ist. Nach *Merkel* wiederum ist die Tötung des Kindes zugunsten der mütterlichen Interessen eher eine übergesetzliche Notstandsentschuldigung des Arztes⁴⁹.

Der Regelstrafrahmen des § 212 I ist wiederum Freiheitsstrafe von 5 bis 15 Jahren und bei besonders schweren Fällen ist gemäß § 212 II sogar auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen. Die Strafzumessungsregel des § 213 Alt. 2, deren Strafrahmen durch Art. 1 Nr. 34 des 6. StrRG erheblich verschärft

⁴⁴ *Roxin*, Strafrecht, § 16, Rn. 33; *Jescheck*, 324.

⁴⁵ *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 327.

⁴⁶ *Pschyrembel/Dudenhausen*, Praktische Geburtshilfe, 18. Aufl. 1994, 536.

⁴⁷ *Merkel*, Früheuthanasie, 610.

⁴⁸ *Roxin*, Strafrecht, § 16, Rn. 33 ff.; *Schönke/Schröder/Eser*, vor § 218, Rn. 41; *Lackner/Kühl*, § 34, Rn. 9; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT, Tb.1, §5, Rn.24; *Tröndle/Fischer*, § 34, Rn. 21.

⁴⁹ *Merkel*, Früheuthanasie, 615.

wurde, bietet zugleich eine weitere Ahndungsmöglichkeit von Neugeborenentötung durch die Mutter. Grund für eine Strafmilderung wäre die psychische Ausnahmesituation der Frau hinsichtlich psychopathologischer Syndrome der Gravidität bzw. der Niederkunft. Im Gegensatz zu § 217. a. F. ist die psychische Ausnahmesituation der Mutter bei § 213 Alt. 2⁵⁰ keine *praesumptio iuris et de iure* mehr, sondern vielmehr ein besonderer Zustand, der zwingend konkret nachzuweisen ist. Demzufolge erfolgt die *Subsumtion* eines Neugeborenentötungsfall unter § 213 Alt. 2 nicht von selbst, sondern durch eine Gesamtabwägung der Straftatumstände, sodass die Anwendung des Regelstrafrahmens des § 212 unangemessen wäre. Trotz allem ist der Strafraumen des § 213 Alt. 2 gegenüber § 217 a. F. wesentlich höher⁵¹. Erwägenswert ist ebenfalls ein Zusammentreffen von allgemeinen und vertypen Strafmilderungsgründen. Nach einhelliger Auffassung eröffnet das Vorliegen des § 213 Alt. 2 *zwingend* den reduzierten Strafraumen unabhängig davon, ob die Schuldfähigkeit der Täterin wegen des Geburtsaffekts erheblich vermindert war.

Entscheidend ist zu prüfen, ob die sonstigen Voraussetzungen des § 213 Alt. 2 tatsächlich vorliegen, da sie eine abweichende Ahndung von § 212 begründen können. Nach einer Gesamtwürdigung wäre sogar denkbar, dass der Tatrichter von der Anwendung des § 213 absehen und lediglich nach §§ 212, 21 und 49 I mildern kann⁵².

Mit der Aufhebung des § 217 a. F. entschwindet ebenfalls dessen Sperrwirkung im Verhältnis zu § 211⁵³. Nach § 217 a. F. konnte

⁵⁰ Alternative 2.

⁵¹ Vgl. *Tröndle/Fische*, Rdn. 1 zu § 213 ; *Wille/Steckeler/Wessel* (2004); Wortlaut des 6.StrRG, Bundesgesetzblatt I, 1998, 164; *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, 27 – 28.

⁵² Vgl. *Tröndle/Fischer*, Rdn. 17/20 zu § 213 .

⁵³ *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, 27/28; vgl. auch dazu *Sch/Schr/Eser*, Rdn. 14 zu § 213.

eine Mutter, die ihr Neugeborenes getötet hat, nicht wegen Mordes bestraft werden, auch wenn sie dabei hinzukommende Mordmerkmale verwirklicht hätte. Grundlage dieser Sperrwirkung war die privilegierte Rechtsnatur des Tatbestandes⁵⁴. Verwirklicht also die Mutter bei der Neugeborenentötung zusätzlich Mordmerkmale, dann könnte sie nach heutigem Recht wegen Mordes mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden. *Fraglich ist es trotzdem, ob die Mutter bei einer Neugeborenentötung die unterschiedlichen Mordmerkmale tatsächlich verwirklichen kann.* Nach § 211 begeht einen Mord, wer einen anderen Menschen aus einem besonders verwerflichen Beweggrund, auf besondere Begehungsweise oder zu einem besonders verwerflichen Handlungszweck vorsätzlich tötet. Rechtsfolge ist nach dem StGB allein die lebenslange Freiheitsstrafe. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit des Mordtatbestandes und der absoluten Strafandrohung bejaht, verlangt jedoch eine restriktive Interpretation der Mordmerkmale⁵⁵. In dieser Hinsicht verlange die Erfüllung des Mordtatbestandes, nach herrschender Auffassung des Schrifttums, nicht nur das bloße Vorliegen der Tatbestandsmerkmale, sondern vielmehr eine besondere Verwerflichkeit der Tatausführung⁵⁶. Liegt diese besondere Verwerflichkeit nicht vor (beispielsweise bei einer Affektlage während der Geburt), so ist den Mordmerkmalen nur indizielle Wirkung zuzuerkennen und somit die Verwirklichung des Mordtatbestandes zu verneinen⁵⁷.

Auch wenn die Verwirklichung von Mordmerkmalen in einem Fall von Neonatizid nach vorangegangener Schwangerschaftsverleugnung tatbestandlich kaum wahrscheinlich erscheint, ist diese Möglichkeit in anderen

⁵⁴ Vgl. *Jähnke*, Rdn. 2 zu § 217.

⁵⁵ BverfGE 45, 187 vom 21.06.1997; Aktenzeichen 1 BvL 14/76.

⁵⁶ Sog. positive Typenkorrektur. Vgl. *Rengier*, NStZ 2004, 233 f.

⁵⁷ Sog. negative Typenkorrektur. Vgl. *Sch/Sch/Eser* § 211, Rn. 10.

Fallkonstellationen nicht vollkommen ausgeschlossen. Eine Einordnung der Strafandrohung für Neonatizid nach seinem Strafraumen wird infolgedessen folgendermaßen lauten: Unterste Stufe ist die Affekt- und Konflikttötung des § 213 (Bestrafung zwischen 1 und 10 Jahren)⁵⁸. Es folgt die Rechtsfolgelösung wegen Unverhältnismäßigkeit (Strafraumen zwischen 3 und 15 Jahren)⁵⁹. Über ihr liegt der Totschlag des § 212 (Sanktionierung zwischen 5 und 15 Jahren)⁶⁰. Dann kommt der Totschlag in besonders schwerem Fall des § 212 II: Das impliziert lebenslänglicher Freiheitsentzug. Bei günstiger Prognose ist jedoch eine Mindestverbüßung von 15 Jahren möglich⁶¹. Auf oberster Stufe findet sich der Tatbestand des Mordes, nämlich lebenslänglicher Freiheitsentzug und bei günstiger Prognose ist eine Mindestverbüßung von 15 Jahren möglich⁶². Mit der Aufhebung des § 217 a. F. wird also die Strafandrohung für Neonatizid erheblich verschärft, nicht nur weil der Strafraumen durch die Anwendung der allgemeinen Regeln der Tötungsdelikte beträchtlich erweitert wurde, sondern weil die Sperrwirkung des § 217 a. F. bezüglich des Mordparagrafen weggefallen ist.

⁵⁸ *Tröndle/Fischer*, Rdn. 2 zu § 213.

⁵⁹ BGH 3 StR 107/04 - Urteil vom 1. Juli 2004 (LG Aurich); Senat NStZ 1982, 69; BGH NStZ 1984, 20; BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 2 und 3; BGH NJW 1983, 54, 55; NStZ 1995, 231.

⁶⁰ *Tröndle/Fischer*, Rdn. 10 zu § 212.

⁶¹ *Tröndle/Fischer*, Rdn. 11 zu § 212.

⁶² *Tröndle/Fischer*, Rdn. 44 zu § 211.