

# Vollendung, Versuch und Rücktritt im „Interferenzbereich“ zwischen Schwangerschaftsabbruch und allgemeinem Tötungsdelikt – Ein imaginäres Lehrgespräch

Von Prof. Dr. Wilfried Küper, Heidelberg\*

## I. Einleitung

In guter, fruchtbarer Tradition knüpfen Beiträge zu Festschriften häufig an das wissenschaftliche Werk des Jubilars an. Auch in *Jörg Tenckhoffs* Oeuvre gibt es dafür manche „verführerischen“ Anknüpfungspunkte. Dies gilt etwa für seine Arbeiten zu den Ehrverletzungsdelikten,<sup>1</sup> zu Betrug und Erpressung,<sup>2</sup> den Straftaten gegen das Eigentum,<sup>3</sup> zum erfolgsqualifizierten Delikt<sup>4</sup> oder zu den Unterlassungsdelikten<sup>5</sup> – um nur einige zu nennen. *Tenckhoffs* meisterhafte Essays zu Klassikern der „schönen Literatur“ und zu „Literatur und Recht“<sup>6</sup> legen überdies den Gedanken nahe, auch auf diesem Gebiet eine Verbindung zu seinem wissenschaftlichen Werk herzustellen.

Gleichwohl habe ich hier einen anderen Ausgangspunkt und eine andere Form der Ehrung unseres Jubilars gewählt. Mein Beitrag will daran erinnern, dass *Jörg Tenckhoff* – nach verlässlichen Quellen – in seiner „aktiven Zeit“ als Heidelberger Assistent und später als Augsburger Professor nicht nur ein forschender und publizierender Wissenschaftler, sondern auch ein vorzüglicher, von den Studierenden sehr geschätzter *akademischer Lehrer* gewesen ist. Als Hommage, die dieser Seite seines Wirkens gelten soll, habe ich deshalb einen „didaktischen“ Beitrag entworfen. Er hat die ungewöhnliche Form eines *Dialogs*: eines fiktiven Gesprächs zwischen einem Lehrenden (L) und einem Studenten bzw. einer Studentin (S) über einen praktischen Fall. In dem Fall geht es im Schwerpunkt um eine für Studierende gewiss etwas extravagante, aber auch lehrreiche Materie, um Probleme des Schwangerschaftsabbruchs und seines Verhältnisses

---

\* Der Verf. ist emeritierter Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsgeschichte an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

<sup>1</sup> *Tenckhoff*, Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, 1974; *ders.*, Ehrverletzungsdelikte, 4. Aufl. 1997; *ders.*, JuS 1988, 199, 457, 618, 787; *ders.*, JuS 1989, 35, 198.

<sup>2</sup> *Tenckhoff*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 677; *ders.*, JR 1994, 489.

<sup>3</sup> *Tenckhoff*, JuS 1980, 723; *ders.*, JuS 1984, 775.

<sup>4</sup> *Tenckhoff*, ZStW 88 (1976), 897.

<sup>5</sup> *Tenckhoff*, JuS 1978, 308; *ders.*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 347.

<sup>6</sup> Vgl. z.B.: *Tenckhoff*, in: Heinrich Mann-Jahrbuch 12/1994 (1995), S. 65 (auch in: Jahrbuch der Universität Augsburg 1993/1994 [1995], S. 174); *ders.*, in: Bartl (Hrsg.), Festschrift für Helmut Koopmann, 1998, S. 339; *ders.*, JZ 2000, 1143 (auch in: Vormbaum [Hrsg.], Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Bd. 2 [2000/2001], S. 645, sowie in: Vormbaum [Hrsg.], Franz Kafka – Der Prozeß, 2006, S. 223); *ders.*, in: Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Bd. 3 (2001/2002), S. 645; *ders.*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 645.

zu den allgemeinen Tötungsdelikten, außerdem um den Rücktritt vom Versuch des Schwangerschaftsabbruchs.

## II. Ein praktischer Fall

Vor Beginn des Gesprächs legt L dem/der S den folgenden Sachverhalt vor und fordert dazu auf, den Text ruhig und sorgfältig zu lesen:

Die 18jährige Schülerin A wird von einem ihrer Lehrer ungewollt schwanger. Beide kommen überein, dass die Angelegenheit unter allen Umständen geheim gehalten und die Schwangerschaft abgebrochen werden müsse. Dafür erhält A von dem Lehrer 5.000 Euro. A verschleppt zunächst den Schwangerschaftsabbruch. Erst in der 28. Woche, als sich die Schwangerschaft kaum mehr verheimlichen lässt, sucht sie die ehemalige Hebamme H auf, die sich auch bereit erklärt, gegen Zahlung von 5.000 Euro den Abbruch vorzunehmen. Da H ebenso wenig wie A selbst – die nur unregelmäßig die Pille genommen hat – den Zeitraum der Schwangerschaft genau einschätzen kann, öffnet sie bei A die Fruchtblase. Hierbei geht H davon aus, dass infolge dieses Eingriffs eventuell ein lebendes, aber jedenfalls nicht lebensfähiges Kind zur Welt kommen werde. Kurz nach dem Eingriff setzen bei A die Wehen ein. Es kommt zur Geburt eines Kindes, das – wie H sogleich erkennt – bei medizinischer Intensivbehandlung noch Überlebenschancen hätte. Als das Kind zu schreien beginnt, bittet A die H, „die Sache zu Ende zu bringen“ und das Kind zu ersticken. Zum Schein verspricht H, dies zu tun und das tote Kind dann zu „entsorgen“: A solle inzwischen zwei Stunden ruhig liegen bleiben, um sich von dem Eingriff zu erholen. In Wirklichkeit verlässt H mit dem Kind die Wohnung und bringt es in die „Babyklappe“ des nahe gelegenen Kreiskrankenhauses. Dort wird das Kind nach kurzer Zeit gefunden und sogleich eine medizinische Intensivbehandlung veranlasst, mit der es gelingt, das Leben des Neugeborenen zu retten.

## III. Das Lehrgespräch

Nach der Lektüre dieses Textes wird S gebeten, den Sachverhalt in seinen wesentlichen Partien zu wiederholen. Dann beginnt das Gespräch zwischen L und S:

L: Ich habe diesen Fall nicht selbst erfunden, sondern Ihnen – geringfügig gekürzt und sprachlich etwas verändert – einen Sachverhalt präsentiert, der im Herbst 2008 Teil einer baden-württembergischen Examensklausur gewesen ist, einer insgesamt freilich umfangreicheren Prüfungsaufgabe in der Ersten Juristischen Staatsprüfung.<sup>7</sup> Gefragt war nach der Strafbarkeit von A und H. Wir wollen uns auf die Frage beschränken, wie sich H strafbar gemacht haben könnte, also die A außer Betracht lassen, dafür aber die Strafbarkeit der H gründlich untersuchen. Bevor wir in die nähere Prüfung eintreten, möchte ich Sie erst einmal nach Ihrem *intuitiven Ein-*

---

<sup>7</sup> Staatsprüfung in der Ersten Juristischen Prüfung Baden-Württemberg, Herbst 2008, Aufsichtsarbeit Nr. 4 (Strafrecht).

druck von unserem Fall fragen. Was fällt Ihnen daran auf? Wo sehen Sie Besonderheiten, die strafrechtlich berücksichtigt werden müssten?

S: H hat sich zunächst zum Abbruch der Schwangerschaft „bereit erklärt“. Hier sehe ich allenfalls die Besonderheit, dass dieses Verhalten noch straflos ist, weil sich § 30 Abs. 2 StGB auf „Verbrechen“ bezieht, der Schwangerschaftsabbruch jedoch nur ein „Vergehen“ darstellt (§§ 218 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB).

L: Einverstanden. Und wie verhält es sich mit dem Schwangerschaftsabbruch?

S: Unter einem typischen Schwangerschaftsabbruch stelle ich mir zunächst eine Handlung vor, durch die der Embryo oder Fetus – man benutzt wohl auch heute noch den altertümlichen Ausdruck „Leibesfrucht“ – *im Mutterleib* getötet und auf diese Weise „abgetrieben“ wird. So war es im Sachverhalt allerdings nicht. Vielmehr wurde nach dem Einsetzen der Wehen gewissermaßen regulär ein lebendes Kind geboren, dessen Leben letztlich auch erhalten werden konnte. Das ist ein extrem atypisches Geschehen, bei dem ich intuitiv Zweifel habe, ob man es als Abbruch der Schwangerschaft beurteilen darf. Keine Zweifel hätte ich, wenn das Geschehen tatsächlich so verlaufen wäre, wie es sich H als Möglichkeit vorgestellt hat, d.h. wenn als Folge des Eingriffs ein „nicht lebensfähiges“ Kind geboren worden wäre. Dann würde ich in der Herbeiführung dieses Zustandes, also der „Lebensunfähigkeit“ des Kindes, einen Schwangerschaftsabbruch sehen.

L: Das müssen Sie allerdings näher erläutern. Wieso soll die Herbeiführung der Frühgeburt eines „lebensunfähigen“ Kindes schon ein Schwangerschaftsabbruch sein? Und was heißt es überhaupt, dass das Kind „nicht lebensfähig“ ist?

S: Gestatten Sie, dass ich auf dem Umweg über die Beantwortung Ihrer *zweiten* Frage zur ersten komme. Der Begriff der „Lebensfähigkeit“ und sein Gegenbegriff, die „Lebensunfähigkeit“, sind offenbar keine besonders klaren Begriffe. Logisch betrachtet ist ja jedes lebend geborene Kind, auch das als „lebensunfähig“ bezeichnete, notwendig zugleich „lebensfähig“; denn sonst würde es nicht leben.<sup>8</sup> Die Begriffe sind deshalb wohl nicht logisch, sondern pragmatisch gemeint. „Nicht lebensfähig“ ist danach ein Kind, das praktisch keine relevante Chance hat, den Eingriff zu überleben, weil es aufgrund seines körperlichen Zustandes zwangsläufig innerhalb kurzer Frist sterben muss. Ein solches „nicht überlebensfähiges“ Kind – das wäre der bessere Ausdruck<sup>9</sup> – ist, etwas zynisch formuliert, bei der Geburt sozusagen schon „so gut wie tot“. Diesen Fall würde ich deshalb dem zuerst genannten, also der Tötung im Mutterleib, gleichstellen und daher einen Schwangerschaftsabbruch annehmen. Denn es hängt bei einer Abtreibung häufig vom Zufall ab, ob dem Embryo schon im Mutterleib seine „Lebensfähigkeit“ durch Tötung entzogen wird oder ob er als lebensunfähiges Kind zur Welt kommt. Nach meiner Erinnerung habe ich auch in

<sup>8</sup> Vgl. *Merkel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2010, § 218 Rn. 75.

<sup>9</sup> *Merkel* (Fn. 8), § 218 Rn. 75: „gemeint ist das Überleben-Können für einen [...] relevanten Zeitraum“.

Kommentaren und in einem Lehrbuch gelesen, dass die Herbeiführung des „Abgangs der Frucht in nicht lebensfähigem Zustand“ als Abbrechen der Schwangerschaft angesehen wird.<sup>10</sup>

L: Was Sie zur „Lebensfähigkeit“ gesagt haben, trifft im Wesentlichen die Bedeutung dieses – sehr problematischen – Begriffs.<sup>11</sup> Wenn wir also einmal von der Konstellation ausgehen, dass der Eingriff zur Geburt eines „nicht lebensfähigen“ Kindes führt, und zunächst bei diesem Fall bleiben – würden Sie dann wirklich schon einen Abbruch der Schwangerschaft annehmen? Ich betone das Wort „schon“.

S: Sie meinen wohl, ob der Schwangerschaftsabbruch mit dem „Abgang der Frucht in nicht lebensfähigem Zustand“ bereits *vollendet* ist oder etwa erst mit dem Tod des Kindes? Ich würde, aus den schon angedeuteten Gründen, in dem Eintritt des Todes *keine* notwendige Voraussetzung der Vollendung sehen. Das „Abbrechen“ der Schwangerschaft i.S.d. § 218 Abs. 1 StGB ist zwar kein bloßes Tätigkeitsdelikt, dessen Tatbestand lediglich einen Handlungsvollzug beschreibt, sondern ein Erfolgsdelikt. Doch besteht der Erfolg eben im „Abbruch“ der Schwangerschaft, und im Gesetz ist vom Tod als Erfolg nirgends die Rede. Verlangt wird nur, dass die Schwangerschaft vorzeitig beendet und in diesem Sinn „abgebrochen“ wird. Das ist aber bei der Herbeiführung einer „lebensunfähigen Frühgeburt“ ebenso der Fall wie bei der Tötung des Kindes im Mutterleib.

L: Sie merken hoffentlich, dass Sie jetzt plötzlich anders argumentieren als vorhin. Da hatten Sie den Fall der Geburt eines lebensunfähigen Kindes mit ziemlich dubiosen Erwägungen der Tötung im Mutterleib, also einem Fall des Todes eintritts, „gleichstellen“ wollen. Jetzt sagen sie aber, dass es allein auf die vorzeitige Beendigung der Schwangerschaft ankommt.

S: Sie sollten meine Überlegungen nicht als „dubios“ bezeichnen. So unvernünftig waren Sie doch eigentlich nicht – zumal sie sich auf Anhaltspunkte in der Literatur stützen

<sup>10</sup> Vgl. *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 57. Aufl. 2009, § 218 Rn. 5 („Abbrechen der Schwangerschaft ist jede Einwirkung [...], die das Absterben der noch lebenden Frucht im Mutterleib oder den Abgang der Frucht in nicht lebensfähigem Zustand herbeiführt“); *Rudolphi/Rogall*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 113. Lieferung, Stand: April 2008, § 218 Rn. 12 („eine Einwirkung [...], durch die die Leibesfrucht im Mutterleib getötet wird oder die den Tod dadurch bewirkt, dass sie den Abgang der Frucht in einem nicht lebensfähigen Zustand herbeiführt“); *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 226 („Abtötung der eingenisteten Frucht im Mutterleib“ oder „Herbeiführung des vorzeitigen Abgangs einer noch nicht selbstständig lebensfähigen Frucht“). Vgl. auch *Momsen*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2009, § 218 Rn. 11 (Einwirkung, „die dazu führt, dass die Frucht im Mutterleib absterbt oder dass sie in nicht lebensfähigem Zustand abgeht“).

<sup>11</sup> Zur Problematik der „Lebensfähigkeit“ näher *Merkel* (Fn. 8), § 218 Rn. 75 ff.

konnten –, mag es auch rechtsethisch problematisch sein, ein „lebensunfähiges“ Kind einem bereits toten Embryo gleichzustellen. Doch sehe ich ein, dass solche Überlegungen zumindest überflüssig waren, weil schon und nur die „Beendigung der Schwangerschaft“ der für den Erfolg entscheidende Gesichtspunkt ist.

L: Dann müssten Sie aber auch mit der Geburt eines „lebensfähigen“ Kindes, wie sie in unserem Fall ersichtlich vorliegt, einen vollendeten Schwangerschaftsabbruch annehmen, und das sogar dann, wenn das Kind den Eingriff tatsächlich überlebt.

S: Ob im Ausgangsfall die „Lebensfähigkeit“ des Kindes bejaht werden kann, wäre doch erst einmal die Frage. Der Sachverhalt teilt nur mit, dass das von A geborene Kind „bei *medizinischer Intensivbehandlung* noch Überlebenschancen hätte“. Ich verstehe das so, dass es ohne eine derartige Behandlung keine Überlebenschancen hätte. Liegt aber „Lebensfähigkeit“ schon vor, wenn das Kind nicht selbstständig, aus eigener konstitutioneller Kraft, sondern nur bei ärztlicher Spezialbehandlung eine Überlebensaussicht hat? Bei der Bearbeitung einer *Klausur* würde ich freilich von der Lebensfähigkeit ausgehen, weil der Verfasser des Falles dies ersichtlich gemeint hat, wenn er der Erwartung der H, dass eventuell ein „jedenfalls nicht lebensfähiges Kind“ geboren werde, die „Überlebenschancen“ des tatsächlich geborenen Kindes gegenüberstellt. Aber im „wirklichen Leben“ müsste die von mir aufgeworfene Frage, über die Sie vorschnell hinweggegangen sind, ernsthaft diskutiert und beantwortet werden.

L: Das ist durchaus zutreffend. Wie würden Sie die Frage denn beantworten?

S: Ein Kind, das nach dem Eingriff überhaupt noch Aussicht hat, am Leben erhalten zu werden, wird man nicht einfach als „lebensunfähig“ abqualifizieren dürfen, auch wenn die Lebenserhaltung von einer intensivmedizinischen Behandlung abhängt. Viele „Frühchen“ bedürfen dieser speziellen Behandlung – oft sogar für längere Zeit – und können dadurch, wie in unserem Fall, vor dem Tod bewahrt werden. Sie von vornherein als „lebensunfähig“ zu bewerten, hieße ja zugleich, dass eine auf Lebenserhaltung gerichtete Pflicht zur Intensivbehandlung verneint werden müsste. Das wäre unerträglich.

L: Darin stimme ich Ihnen zu.<sup>12</sup> Doch haben uns diese Überlegungen von der Frage abgelenkt, ob Sie auch bei der Geburt eines „lebensfähigen“ Kindes einen vollendeten Schwangerschaftsabbruch bejahen.

S: Da der Erfolg des Abbruchs mit der Beendigung der Schwangerschaft eintritt, würde ich die Frage positiv beantworten. Allerdings hat sich H in unserem Fall die Geburt eines „nicht lebensfähigen“ Kindes vorgestellt, während tatsächlich ein lebensfähiges geboren wurde. Insoweit liegt eine Abweichung im Kausalverlauf vor, die zum Wegfall des Vorsatzes führen könnte. Da es jedoch für den Erfolg nur darauf ankommt, ob die Schwangerschaft durch deren Beendigung abgebrochen worden ist, möchte ich von einer *unwe-*

*sentlichen* Abweichung ausgehen und damit auch den Vorsatz bejahen.

L: Langsam, langsam! Auch bei einer „wesentlichen“ Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten „entfällt“ nicht etwa der „Vorsatz“ des Täters, obwohl das manchmal so formuliert wird.<sup>13</sup> Vielmehr ist dann der objektiv verwirklichte Erfolg nicht mehr vom Vorsatz umfasst, kann nicht als vorsätzlich bewirkt zugerechnet werden: Der zurechenbare Erfolg ist nicht eingetreten und der eingetretene nicht zurechenbar. Doch brauchen wir dies hier nicht zu vertiefen. Ein Abweichungsproblem läge möglicherweise vor, wenn der Erfolg wirklich schon, wie Sie hartnäckig angenommen haben, in der Beendigung der Schwangerschaft bestehen würde. Aber so ist es nicht. Ich muss Ihnen jetzt deutlich sagen, dass ein sachkundiger Zuhörer unseres Gesprächs schon längst ungeduldig geworden wäre, weil Ihr intuitiver Eindruck Sie auf einen Irrweg geführt hat. Auch Ihre klugen Bemerkungen zur „Lebensfähigkeit“ – die uns später noch einmal beschäftigen wird – hingen deshalb sozusagen in der Luft. Es ist nämlich allgemein anerkannt, dass der „Abbruch“ der Schwangerschaft erst mit dem *Tod* des Opfers vollendet ist. Das wird auch in den Äußerungen der Literatur zum „Abgang der Frucht in nicht lebensfähigem Zustand“, auf die Sie hingewiesen hatten, vorausgesetzt oder angedeutet.

S: Das Gesetz spricht aber in § 218 Abs. 1 StGB nun einmal lediglich davon, dass jemand „eine Schwangerschaft abbricht“, ohne den Tod des Embryos zu erwähnen oder den Begriff „töten“ zu gebrauchen. Nicht einmal das Opfer des Abbruchs wird genannt, sondern nur der Zustand der Schwangerschaft.

L: Der Gesetzgeber hat in der 1974/76 eingeführten Formulierung des heutigen Tatbestandes den Charakter des Schwangerschaftsabbruchs als Tötungsdelikt – milde gesagt – „verschleiert“<sup>14</sup> und ist dafür oft getadelt worden.<sup>15</sup> Er ist daher nicht ganz unschuldig daran, dass Sie mit Ihren Überlegungen zum „Abbrechen“ auf eine schiefe Bahn geraten waren, wie übrigens auch manche Bearbeiter der Examensklausur. Doch besteht kein Zweifel daran, dass der Schwangerschaftsabbruch ein *Tötungsdelikt* darstellt, welches zur Vollendung einen entsprechenden *Erfolg* verlangt. Das können Sie selbst aus dem Gesetz ableiten, wenn Sie einmal darauf achten, in welchem Zusammenhang das Delikt im Strafgesetzbuch geregelt ist.

S: Die Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch stehen im 16. Abschnitt des Besonderen Teils, der die „Straftaten gegen das Leben“ enthält. Sie sind hier im unmittelbaren Anschluss an die allgemeinen Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB) geregelt. Daraus lässt sich schließen, dass auch die Abtreibung eine „Straftat gegen das Leben“, also ein Tötungsdelikt ist, das einen Todeserfolg voraussetzt.

<sup>12</sup> Zur „Lebensfähigkeit“ bei Notwendigkeit intensivmedizinischer Behandlung und zu den damit verbundenen Fragen eingehend *Merkel* (Fn. 8), § 218 Rn. 77 ff.

<sup>13</sup> Vgl. z.B. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 258.

<sup>14</sup> So BVerfG 39, 1 (46); *Wessels/Hettinger* (Fn. 10), Rn. 226.

<sup>15</sup> Hinweise dazu bei *Küper*, GA 2001, 515 (516, dort in Fn. 5).

L: Einen gewissen Anhaltspunkt dafür finden Sie zudem in § 219 Abs. 1 S. 3 StGB, wo bei der Beratungsregelung erwähnt wird, dass das „Ungeborene“ in jedem Stadium der Schwangerschaft ein „eigenes Recht auf Leben“ hat. Im Übrigen kann der Charakter des Schwangerschaftsabbruchs als Tötungsdelikt aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes abgeleitet werden. Sie zeigt, dass bei der Reform 1974/76 die bisherige Fassung des Tatbestandes, die den Abbruch als „Abtöten der Leibesfrucht“ bezeichnet hatte, ohne inhaltliche Abweichung nur sprachlich ersetzt werden sollte.<sup>16</sup> Bleibt der Todeserfolg – wie in unserem Fall – aus irgendwelchen Gründen aus, so kommt deshalb nur ein *Versuch* des Schwangerschaftsabbruchs in Betracht. Bitte prüfen Sie deshalb diesen Versuch.

S: Der Erfolg ist nicht eingetreten, weil das Leben des Kindes schließlich gerettet wurde. Ein Versuch des Schwangerschaftsabbruchs ist nach § 218 Abs. 4 S. 1 StGB mit Strafe bedroht; nur die Schwangere kann wegen Versuchs nicht bestraft werden (§ 218 Abs. 4 S. 2 StGB). Im Fall hat H durch das Öffnen der Fruchtblase zweifellos i.S.d. § 22 StGB zum Versuch „unmittelbar angesetzt“; eine bloße Vorbereitungshandlung kann man ausschließen. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen ebenfalls vor.

L: Halt! Abgesehen davon, dass der Täter nicht „zum Versuch“ unmittelbar ansetzt – wie ich in studentischen Arbeiten manchmal lese<sup>17</sup> –, wenn er einen Versuch begeht, sondern „zur Verwirklichung des Tatbestandes“, haben Sie etwas Wichtiges unterschlagen.

S: Ach so – Sie meinen den sog. „Tatentschluss“, den ich natürlich *vor* dem „unmittelbaren Ansetzen“ prüfen muss. Er besteht in dem subjektiven Tatbestand des jeweiligen Delikts, bei § 218 Abs. 1 StGB somit in dem Vorsatz, die Schwangerschaft abubrechen. Weil der objektive Tatbestand als Erfolg den Tod voraussetzt, ist mir inzwischen auch klar, dass es sich bei diesem Vorsatz um einen *Tötungsvorsatz* handeln muss. H hatte aber sicherlich den Vorsatz zur Tötung, weil das von A erwartete Kind durch den Eingriff getötet werden sollte. Das hätte ich vor der Bejahung des „unmittelbaren Ansetzens“ klarstellen müssen.

L: Vielleicht müssen wir aber noch *mehr* klarstellen. Sehen Sie sich doch den Tötungsvorsatz der H unter dem Aspekt, welche Vorstellungen sie über den Todeseintritt hatte, einmal *genauer* an.

S: Im Sachverhalt ist nur eine „Eventualvorstellung“ etwas näher beschrieben. Danach geht H davon aus, dass infolge des Eingriffs „eventuell ein lebendes, aber jedenfalls nicht lebensfähiges Kind“ zur Welt kommen werde. Zu dieser Vorstellung gehört notwendig auch diejenige, dass der Eingriff den baldigen Tod des Kindes zur Folge haben wird. Die Möglichkeit der Geburt eines „lebensfähigen“ Kindes hat H in ihrer Vorstellung damit ausgeschlossen. Allerdings ist das

nur die *eine Seite* ihrer Eventualvorstellung. Die zweite Seite erschließt sich mittelbar aus der anderen „Eventualität“, mit der H für den Fall, dass *kein lebendes* Kind geboren wurde, ebenfalls gerechnet hat. Diese Seite der Vorstellung kann sinnvollerweise nur den Inhalt gehabt haben, dass bereits die Tötung des Embryos *im Mutterleib* gelingen würde. Das dürfte auch das vorrangige Ziel der H gewesen sein. Denn die Geburt eines lebenden Kindes, welches H dann erst noch hätte sterben lassen „müssen“, bedeutete für sie eine Komplikation, die sie nach Möglichkeit vermeiden wollte. Allerdings war sie sich aufgrund ihrer Ungewissheit über das Stadium der Schwangerschaft nicht sicher, ob sich dieses Ziel verwirklichen ließ.

L: So würde auch ich den Sachverhalt verstehen. Jedenfalls wollen wir bei den weiteren Überlegungen davon ausgehen. Was bedeutet das aber für den Tötungsvorsatz der H?

S: H hatte gewissermaßen einen doppelten Tötungsvorsatz oder zwei verschiedene „Tötungsvorsätze“. Ihr primärer Vorsatz bezog sich auf die Tötung des Embryos schon vor der Geburt im Mutterleib. Hinzu kam sekundär der *bedingte Vorsatz*, den Tod eines Kindes herbeizuführen, das nach der Geburt mangels „Lebensfähigkeit“ unvermeidlich sterben würde. Der primäre Tötungsvorsatz war sicherlich ein *direkter Vorsatz* zum Abbruch der Schwangerschaft. Der hinzutretende bedingte Vorsatz richtete sich dagegen auf die Tötung eines bereits geborenen „Menschen“ i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB und war somit anscheinend ein Vorsatz zum *Totschlag*. Auch ein „lebensunfähiges“, aber eben lebendes Kind ist ja ein „Mensch“, wie er hier vorausgesetzt wird. Wir haben es also mit einer eigentümlichen Kombination von direktem Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch und bedingtem Totschlagsvorsatz zu tun. Ich bin im Zweifel, wie man diese Kombination beurteilen soll. Sie macht mir auch deshalb Schwierigkeiten, weil es sich bei dem „Doppelvorsatz“ doch irgendwie wieder um einen einheitlichen Vorsatz handelt: den Vorsatz zur Tötung eines menschlichen Wesens, das im Mutterleib noch „Embryo“, später aber „Mensch“ ist.

L: Zutreffend haben Sie gesagt, dass auch ein „lebensunfähiges“ Kind ein „Mensch“ i.S.d. § 212 StGB ist, auf dessen Tötung sich der Vorsatz zum Totschlag richten kann. Soweit H den Vorsatz hatte, das Kind durch Herbeiführung einer „lebensunfähigen Frühgeburt“ zu töten, lag jedoch kein bloß bedingter Vorsatz vor. Denn H hatte auch insoweit den zielgerichteten Willen zur Tötung, somit direkten Vorsatz 1. Grades. Ihr kam es auf den Tod des Kindes an. Nur war sie sich unsicher, auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt der Tod eintreten werde: entweder schon im Mutterleib als „intrauteriner Fruchttod“ – wie die Mediziner sagen – oder erst als unmittelbare Folge der Geburt eines „nicht lebensfähigen“ Kindes. Der „Doppelvorsatz“, von dem Sie sprachen, bezog sich – wohlgemerkt: als direkter Vorsatz – auf zwei verschiedene, einander ausschließende, doch nach Vorstellung der H jeweils zum sicheren Tod führende Geschehensabläufe. Insofern hatte ihr Vorsatz die logische Struktur eines „Alternativvorsatzes“.

S: Der „Alternativvorsatz“ ist mir bekannt. Der Täter weiß bei seiner Handlung nicht sicher, ob er von zwei Tatbeständen, die einander ausschließen, den einen oder den ande-

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drs. VI/3434, S. 12; *Lackner*, NJW 1976, 1233 (1235), der von einer bloßen „Umetikettierung“ spricht.

<sup>17</sup> Bisweilen auch in der didaktischen Literatur. Vgl. etwa *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger, 4. Aufl. 2008, Rn. 194 f.; *Putzke*, JuS 2009, 985 (1084 f.).

ren verwirklichen wird, nimmt aber beide Möglichkeiten – alternativ – in seinen Vorsatz auf. Ein Schulbeispiel, das ich mir gemerkt habe, ist der Fall des Wilderer, der in der Dämmerung vom Förster mit dessen Jagdhund verfolgt wird. Der Wilderer feuert seine letzte Kugel in Richtung des Försters mit dem Vorsatz ab, entweder den Förster oder den Hund tödlich zu treffen. Dieser Vorsatz richtet sich alternativ auf die Tötung eines Menschen oder die Zerstörung einer Sache. Wie ein solcher Alternativvorsatz strafrechtlich beurteilt wird, ist allerdings sehr streitig.<sup>18</sup> Die Einzelheiten der Kontroverse sind so unübersichtlich, dass ich sie mir beim besten Willen nicht merken kann. Nur den einfachsten und deshalb gut „merkfähigen“ Lösungsvorschlag habe ich in Erinnerung behalten. Danach soll allein der „schwerste Vorsatz“ maßgebend sein, also der auf das schwerere Delikt bezogene Vorsatz.<sup>19</sup> Im Wilderer-Fall wäre somit auf den Tötungsvorsatz abzustellen und der Vorsatz zur Sachbeschädigung außer Betracht zu lassen. Übertragen auf den Alternativvorsatz der H würde das heißen, dass allein ein Totschlagsvorsatz und kein Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch anzunehmen wäre; denn der Totschlag ist gewiss das schwerere Delikt.

L: Ehe wir uns im dogmatischen Labyrinth des „Alternativvorsatzes“ verirren, müssen wir klären, ob hier tatsächlich ein solcher Vorsatz gegeben ist. Ich hatte den Begriff bewusst vorsichtig gebraucht und nur angemerkt, dass der Vorsatz unter dem Gesichtspunkt der erwarteten *Geschehensabläufe* die „logische Struktur“ eines Alternativvorsatzes habe. Auch darf ich Sie an den Anfang unseres Gesprächs erinnern, als Sie im Zusammenhang mit dem „Abgang der Frucht in nicht lebensfähigen Zustand“ von einem Schwangerschaftsabbruch sprachen, wobei Sie freilich den für die Vollendung notwendigen Todeserfolg übersehen hatten. Außerdem hatten Sie gesagt, dass es sich bei dem Vorsatz der H doch „irgendwie wieder um einen einheitlichen Vorsatz“ handeln könnte, der sich auf die Tötung des Kindes in verschiedenen Lebensstadien bezieht. Haben wir es also in Wirklichkeit *allein* mit einem Vorsatz zum Abbruch der *Schwangerschaft* zu tun und nicht zugleich mit einem alternativen Totschlagsvorsatz?

S: Als Methode zur Beantwortung der Frage schlage ich vor, dass man aus dem „Doppelvorsatz“ der H den zweiten Vorsatzteil hypothetisch isoliert und überlegt, wie der Vorsatz zu bewerten wäre, wenn H einen Tod des Embryos im Mutterleib subjektiv völlig *ausgeschlossen*, also überhaupt nur damit gerechnet hätte, dass es infolge ihres Eingriffs zur Geburt eines „lebensunfähigen“ Kindes kommt, welches kurz darauf sterben wird.

L: Warum denn dieser komplizierte Vorschlag zur Bildung einer Hypothese, die vom tatsächlichen Fall abweicht?

S: Aus einem einfachen Grund. Wenn ich bei der Bewertung des hypothetisch angenommenen Vorsatzes zu dem Ergebnis komme, dass sich dieser Vorsatz auf die Begehung eines Schwangerschaftsabbruchs richtet, dann weiß ich auch,

dass kein „Alternativvorsatz“ vorliegt, sondern bei jeder von H erwarteten Alternative ein Vorsatz i.S.d. § 218 Abs. 1 StGB. Andernfalls hätte ich es mit einem echten Alternativvorsatz zu tun, der entweder auf einen Totschlag oder einen Abbruch der Schwangerschaft gerichtet wäre.

L: Die Methode leuchtet mir ein. Wie bewerten Sie nun aber den „hypothetischen Vorsatz“?

S: Ich muss gestehen, dass mir das bisher nicht klar ist. Als H den Eingriff vornahm, befand sich das Kind noch im Stadium einer „Leibesfrucht“; das spricht für einen Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch. Doch sollte der Erfolg ausschließlich an einem geborenen „Menschen“ eintreten, was wieder für einen Totschlagsvorsatz spricht. Man ist hier offenbar in einem Dilemma.

L: Mit „Dilemma“ haben Sie nicht ganz unrecht. Wir bewegen uns auf einem Grenzgebiet, das man – in wissenschaftlich anspruchsvoller Formulierung – als „Interferenzbereich zwischen Schwangerschaftsabbruch und allgemeinen Tötungsdelikten“ bezeichnen kann.<sup>20</sup> Diese „Interferenz“, deutsch: Überlagerung, wird hier unter dem Aspekt des *Vorsatzes* und seines jeweiligen Bezugsobjekts relevant. Da aufgrund der Exklusivität der Rechtsgüter<sup>21</sup> – „Leibesfrucht“ oder „Mensch“ – bei *einer* Handlung nicht *zugleich* ein Vorsatz zum Abbruch der Schwangerschaft und zum Totschlag gegeben sein kann, müssen wir im subjektiven Tatbestand eine Abgrenzung vornehmen. Sie hängt wiederum davon ab, wie beide Delikte *objektiv* voneinander abzugrenzen sind. Die *erste* notwendige Abgrenzung betrifft die Frage, wann sich die „Leibesfrucht“ als Schutzobjekt des § 218 Abs. 1 StGB in einen durch die allgemeinen Tötungsdelikte – übrigens auch durch die Körperverletzungstatbestände – geschützten „Menschen“ verwandelt. *Diese* Abgrenzung haben wir in unserem Gespräch bereits im *Grundsatz* getroffen, und Sie hatten sie zuletzt selbst vorausgesetzt.

S: Ich war als selbstverständlich davon ausgegangen, dass mit der „Geburt“ des Kindes eine Zäsur eintritt. Bis zur Geburt ist das Kind noch „Leibesfrucht“ und damit Schutzobjekt des § 218 Abs. 1 StGB; nach der Geburt ist es zum „Menschen“ i.S.d. allgemeinen Tötungsdelikte geworden. Man spricht auch von einem „Statuswechsel“ oder einem Wechsel der „Rechtsqualität“. Die „Geburt“ wird als Unterscheidungsmerkmal allerdings im Gesetz gar nicht erwähnt.

L: Das ist richtig. Immerhin ist in der schon genannten Beratungsregelung (§ 219 Abs. 1 S. 3 StGB) vom „Schutz des ungeborenen Lebens“ und vom „Ungeborenen“ die Rede, das ein „eigenes Recht auf Leben“ hat, auch vom „Austragen“ des Kindes durch die schwangere Frau. Dies sind Anhaltspunkte für eine Systematik des Gesetzes, die das „Menschsein“ an die Beendigung der Schwangerschaft durch die „Geburt“ anknüpft.<sup>22</sup> Freilich ist die „Geburt“ ein zeitlich

<sup>20</sup> Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 49.

<sup>21</sup> Dazu Küper, GA 2001, 516 f.; Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 30.

<sup>22</sup> Vgl. auch BGH NStZ 2008, 393 (394) im Anschluss an Küper, GA 2001, 533; Hirsch, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 309 (312 ff.).

<sup>18</sup> Übersichten dazu etwa bei Jeßberger/Sander, JuS 2006, 1065 f.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 27a/b; Wessels/Beulke (Fn. 13), Rn. 231 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>19</sup> So Kühl (Fn. 18), § 5 Rn. 27 b.

gestreckter Vorgang mit mehreren Phasen. Streng genommen muss deshalb noch entschieden werden, wann *genau* jener Statuswechsel stattfindet. Weil dies für unseren Fall nicht bedeutsam ist, brauchen wir uns mit dieser „Feinbestimmung“ eigentlich nicht näher zu befassen. Wegen ihrer praktischen Wichtigkeit sollten wir aber trotzdem kurz darauf eingehen.

S: Ich weiß, was Sie meinen. Das genauere Kriterium ist die „Eröffnung der Geburtswehen“. Mit der Eröffnung der Wehen wird aus dem bisherigen Embryo oder Fetus ein „Mensch“, obwohl er zu dieser Zeit noch nicht wirklich „geboren“ ist.

L: Was Sie als „Eröffnung der Geburtswehen“ bezeichnen,<sup>23</sup> nennt man sonst die sog. „Eröffnungswehen“. Mit diesem medizinischen Begriff wird ein anderer konkretisiert, nämlich der „Beginn der Geburt“ im rechtlichen Sinn.<sup>24</sup> Sobald die Geburt mit dem Einsetzen der „Eröffnungswehen“ – die man genauer beschreiben kann – *begonnen* hat, soll nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung jener Statuswechsel vom Embryo zum Menschen eintreten. Sie haben aber auch angedeutet, dass in diesem Zeitpunkt der Mensch noch nicht wirklich „geboren“ ist. Warum soll dann schon der „Beginn“ der Geburt maßgebend sein und nicht etwa ihr Ende?

S: Meines Wissens hat die herrschende Auffassung historische Gründe, die mir allerdings nicht mehr präsent sind. Es gab im Strafgesetzbuch wohl früher einmal eine Vorschrift, aus der man das Kriterium des Geburtsbeginns ableiten konnte, und die auch heute noch irgendwie weitergelten soll.

L: Die frühere Vorschrift, auf die Sie anspielen, war § 217 Abs. 1 StGB a.F., wo es zuletzt hieß, dass „eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet“, erheblich milder bestraft wird als sonst bei einem Totschlag. Aus der auf ein „Kind“, also einen „Menschen“, bezogenen Formulierung „in der Geburt“ wurde abgeleitet,<sup>25</sup> dass bereits der *Beginn* der Geburt für die Abgrenzung der „Leibesfrucht“ vom „Menschen“ maßgebend sei, so dass der Embryo mit Geburtsbeginn zum Schutzobjekt der allgemeinen Tötungsdelikte werde. Der Gesetzgeber hat 1998 jedoch die Vorschrift gestrichen, weil er die darin enthaltene Privilegierung für „nicht mehr zeitgemäß“ und allenfalls einen „minderschweren Fall“ i.S.d. § 213 StGB für angemessen hielt.<sup>26</sup> Hierbei hat der Gesetzgeber übersehen, dass er mit der Abschaffung der Privilegierung zugleich die bisher angenommene gesetzliche Grundlage für das Abgrenzungskriterium des „Beginns“ der Geburt beseitigte.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> So *Momsen* (Fn. 10), Vor §§ 211 ff. Rn. 11.

<sup>24</sup> Vgl. BGHSt 32, 194 (196); OLG Karlsruhe NStZ 1985, 314 (315); *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 149 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 3 Rn. 2; *Rudolphi/Rogall* (Fn. 10), § 218 Rn. 10; *Wessels/Hettinger* (Fn. 10), Rn. 9.

<sup>25</sup> Näher dazu *Küper*, GA 2001, 525.

<sup>26</sup> Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 34; Text auch bei *Küper* (Fn. 24), S. 151.

<sup>27</sup> Zu diesem eindeutigen Befund und zum Gesetzgebungsverfahren näher *Küper*, GA 2001, 529 ff.

S: Trotzdem soll aber die aufgehobene Vorschrift offenbar noch irgendwie weitergelten.

L: „Weitergelten“ kann sie nach ihrer Aufhebung natürlich nicht. Aber man beruft sich vielfach darauf, dass sie insofern ihre Bedeutung behalten habe, als der Gesetzgeber nur die „Privilegierung“ habe abschaffen wollen, nicht aber die daraus früher abgeleitete Grenze zwischen „Embryo“ und „Mensch“<sup>28</sup>. Dieses Argument ist sogar – das wird Sie interessieren – in eine Empfehlung zur Klausurbearbeitung eingegangen, nach der folgender Hinweis angebracht sei:<sup>29</sup>

„Da die Aufhebung des § 217 StGB [...] lediglich der Beseitigung einer als nicht mehr zeitgemäß empfundenen Privilegierung von Tötungen nichtehelicher Kinder dienen sollte, ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Zeitpunkt des Lebensbeginns mit dem Einsetzen der Eröffnungswehen in Frage stellen wollte.“

S: Der Hinweis ist für Klausuren sicher hilfreich. Doch halte ich die Begründung mit dem „Willen des Gesetzgebers“ für sehr problematisch. Wenn der Gesetzgeber tatsächlich – wie Sie sagen – nicht erkannt hat, dass er mit der Aufhebung des § 217 StGB a.F. die gesetzliche Basis der bisherigen Abgrenzung beseitigte, dann kann er überhaupt nicht den „Willen“ gehabt haben, diese Abgrenzung beizubehalten. Man kann nur negativ feststellen, dass dem Gesetzgeber ein Wille zur Änderung *gefehlt* hat. Das ist aber etwas anderes als der behauptete Wille, die vorgefundene Rechtslage weiterhin bestehen zu lassen. Hierfür wäre ein entsprechender *Inhalt* des gesetzgeberischen Willens erforderlich.

L: Das haben Sie richtig gesehen.<sup>30</sup> Ein schlichter „Mangel des Willens“, ein „Nichtwille“, der keine gesetzgeberische Entscheidung enthält, lässt sich nicht in einen inhaltserfüllten Willen des Gesetzgebers umdeuten. Das wird oft übersehen, wenn argumentiert wird, der Gesetzgeber habe eine Änderung „nicht gewollt“.<sup>31</sup> Pointiert könnte man in Anlehnung an § 164 Abs. 2 BGB sagen: „Tritt der Wille des Gesetzgebers, die frühere Rechtslage nicht zu verändern, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, sie zu verändern, nicht in Betracht.“

S: Wenn man sich nicht mehr auf den Willen des Gesetzgebers berufen darf, dann heißt das doch wohl, dass auch das Abgrenzungskriterium des „Beginns der Geburt“ verabschiedet werden muss. Da andererseits die Zäsur der „Geburt“ aufgrund der gesetzlichen Systematik unberührt geblieben ist, liegt es nahe, sie mit dem Abschluss der Geburt zu verknüpfen.

<sup>28</sup> Hinweise dazu bei *Hirsch* (Fn. 22), S. 310 mit Fn. 4; *Küper*, GA 2001, 529 mit Fn. 63.

<sup>29</sup> *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2009, Rn. 4, im Anschluss an *Jäger*, JuS 2000, 31 (32).

<sup>30</sup> Vgl. dazu *Küper*, GA 2001, 531 f. Gegen die Berufung auf einen „Willen des Gesetzgebers“ auch *Herzberg*, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), Symposium zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen, 2003, S. 39 (40); *Hirsch* (Fn. 22), S. 310.

<sup>31</sup> Vgl. in anderem Zusammenhang *Küper*, JuS 1976, 783 (787), und *ders.*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 555 (562 f.).

fen, also mit dem wirklichen „Geborenssein“ des Menschen. Das hatte mir auch vorgeschwebt, als ich sagte, dass der Embryo „nach der Geburt“ zum „Menschen“ geworden ist.

L: In der Tat wird vereinzelt vorgeschlagen, den Statuswechsel erst mit der „Vollendung der Geburt“ anzusetzen.<sup>32</sup> Es gibt jedoch auch Begründungen für die herkömmliche Abgrenzung, die nicht mit einem angeblichen „Willen des Gesetzgebers“ operieren.<sup>33</sup> Ich hatte aber schon davon gesprochen, dass diese Frage für die Beurteilung unseres Falles nicht von Bedeutung ist. Es genügt dafür zu wissen, dass H den Eingriff „vor der Geburt“, also frühestens vor deren Beginn, vorgenommen hat und der tödliche Erfolg „nach der Geburt“, hier nach deren Vollendung, eintreten sollte. Auf die zuletzt erörterte „Feinbestimmung“ des Geburtskriteriums kommt es deshalb nicht an.

S: Das sehe ich zwar ein. Viel klüger bin ich dadurch aber nicht geworden, weil für die Bewertung des Vorsatzes – ich meine immer noch: des „hypothetischen“ – das angesprochene Dilemma bestehen geblieben ist. Ich wiederhole: Als H den Eingriff vornahm, befand sich das Kind noch im embryonalen Stadium einer „Leibesfrucht“; das spricht für einen Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch. Der tödliche Erfolg sollte aber einen geborenen „Menschen“ treffen; das spricht wieder für einen Vorsatz zum Totschlag.

L: Um dieses Problem der „Interferenz“ zu lösen, benötigen wir ein *weiteres* Abgrenzungsmerkmal, gewissermaßen ein Parallelkriterium, das den an der Qualität des Schutzobjekts orientierten Statuswechsel zum konkreten Geschehensablauf in eine zeitliche Beziehung setzt. Ein solches Abgrenzungskriterium ist notwendig, um entscheiden zu können, welcher Status des Objekts – als „Embryo“ oder „Mensch“ – im Zeitverlauf *wann* maßgebend ist. Ich will Ihnen das heute allgemein anerkannte Kriterium nennen. Das gesuchte Abgrenzungsmerkmal wird nicht im Zeitpunkt des Erfolgseintritts gesehen, sondern in der sog. „Einwirkung“, genauer: im Zeitpunkt oder Zeitraum der Einwirkung.<sup>34</sup> Jede Einwirkung, die vor der Geburt stattfindet, also den Embryo betrifft, wird danach dem Anwendungsbereich des Schwangerschaftsabbruchs zugeordnet, auch wenn der tödliche *Erfolg* erst postnatal am „Menschen“ eintritt. Strafrechtlich „behält“ das Kind dann sozusagen den Status der „Leibesfrucht“, den es zur Zeit der „Einwirkung“ hatte, obwohl es im Zeitpunkt des Erfolges den Status eines geborenen „Menschen“ erlangt hat. „Einwirkung“ bedeutet dabei eine Handlung (oder Unterlassung), die in ihrer Auswirkung den Zustand des ungeborenen Kindes nachteilig verändert. Von Formulierungsnuancen abgesehen, ist das heute, wie ich schon sagte, einhellig aner-

kannt.<sup>35</sup> Als „Definition“ des Schwangerschaftsabbruchs ist diese Beurteilung auch in die Lehrbuch-Literatur eingegangen, wenn es z.B. heißt, dass eine Schwangerschaft abbricht, „wer auf die Leibesfrucht einwirkt und dadurch deren Tod – entweder schon im Mutterleib oder nach der Geburt als objektiv zurechenbare Folge der Einwirkung – herbeiführt“.<sup>36</sup>

S: Trotzdem ist das sehr eigenartig. Wie *begründet* man denn, dass es in dieser Weise auf die „Einwirkung“ ankommt, die ich in unserem Fall im Öffnen der Fruchtblase sehen würde. Die „allgemeine Anerkennung“ macht ja eine Begründung nicht überflüssig, und ich kann sie im Augenblick nicht erkennen. Manches allgemein Anerkannte stellt sich bei näherer Prüfung als unzureichend begründet heraus, und wir Studenten werden immer wieder aufgefordert, unsere Auffassungen auch zu begründen.

L: Ihre kritische Anfrage ist berechtigt. Erstaunlicherweise findet man in der Literatur kaum einmal etwas dazu. Ehe wir uns aber mit einer möglichen Begründung befassen, sollten Sie zunächst die Konsequenzen ziehen, die sich für den *Vorsatz* der H ergeben, wenn wir auf die Rechtsqualität des Kindes zur Zeit der „Einwirkung“ abstellen. Sonst verlieren wir den roten Faden. Die „Einwirkung“ besteht hier – darin stimme ich Ihnen zu – in dem negativen Einfluss, den das Öffnen der Fruchtblase auf den Zustand des ungeborenen Kindes hatte; dieser Eingriff verschlechterte dessen Situation.

S: Bei der Prüfung des Vorsatzes gehe ich zunächst wieder von dem hypothetisch unterstellten Vorsatz der H aus, das Kind allein durch die Herbeiführung einer „nicht lebensfähigen“ Frühgeburt zu töten. Hätte sich dieser Vorsatz verwirklicht, weil das Kind mangels „Lebensfähigkeit“ tatsächlich alsbald gestorben wäre, so läge aufgrund der vorgeburtlichen Einwirkung ausschließlich ein vollendeter Schwangerschaftsabbruch und kein Totschlag vor. Konsequenz daraus ist, dass der Vorsatz der H nur auf einen Abbruch der Schwangerschaft und nicht auf die Begehung eines Totschlages gerichtet sein konnte. Damit ist aber der „hypothetische“ Vorsatz nicht anders zu bewerten als der primäre, den Embryo schon im Mutterleib zu töten. Deshalb liegt in *jeder* Alternative ausschließlich ein Vorsatz zum Abbruch der Schwangerschaft und somit gerade kein auf verschiedene Tatbestände bezogener „Alternativvorsatz“ im dogmatischen Sinn vor.

L: In Ordnung. Damit haben wir den für einen Versuch des Schwangerschaftsabbruchs notwendigen „Tatentschluss“ festgestellt. Mit Recht hatten Sie aber gefragt, wie sich das Einwirkungskriterium *begründen* lässt, das wir dieser Bewertung zugrunde gelegt haben. Die Frage berührt ein Thema, dem ich eigentlich längere Ausführungen widmen müsste, als sie unser Gespräch erlaubt. Zunächst: In der Rechtsprechung finden Sie manchmal den Gedanken, dass die Strafbarkeit wegen Schwangerschaftsabbruchs oder wegen eines allgemeinen Tötungsdelikts nicht „von dem für den Täter ganz

<sup>32</sup> Vgl. Herzberg/Herzberg, JZ 2001, 110; Herzberg (Fn. 30), S. 48; Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 33 (40).

<sup>33</sup> Vgl. dazu Hirsch (Fn. 22), S. 312, 318 ff.; Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 127 ff.; Küper, GA 2001, 534 ff.; Weinschenk, § 217 StGB – Folgen des Wegfalls einer Norm, 2004, S. 158 ff.

<sup>34</sup> Üblicherweise wird nur vom *Zeitpunkt* der Einwirkung gesprochen. Es geht jedoch u.U. um den gesamten *Zeitraum* der Einwirkung oder mehrerer Einwirkungen.

<sup>35</sup> Auch Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 52 ff., (69), stimmt nach eingehender Begründungskritik dem Einwirkungskriterium letztlich zu.

<sup>36</sup> Rengier (Fn. 24), § 11 Rn. 6a, im Anschluss an Küper (Fn. 24), S. 270.

zufälligen Ablauf des physiologischen Vorgangs“ abhängen dürfe, der infolge des pränatalen Eingriffs zum Tod des Kindes (vor oder nach der Geburt) führt.<sup>37</sup> Überzeugt Sie dieses Argument?

S: Es kann zumindest nicht für die Fälle gelten, in denen der Täter den nachgeburtlichen Tod des Kindes bei seinem Eingriff schon einkalkuliert oder ihn gar ausschließlich herbeiführen will. Dann ist dieser Erfolg – wie in unserem Fall – für den Täter gerade kein bloßer Zufall. Eine allgemeingültige Lösung kann man daher mit dem Argument des „physiologischen Zufalls“ nicht gewinnen.

L: Immerhin kann man sagen: Weil es bei Abtreibungen häufig vom Zufall abhängt, ob der Tod vor oder nach der Geburt eintritt, ist auch der postnatale Tod des Kindes ein *typisches* Phänomen des Schwangerschaftsabbruchs, das in der Regelung des § 218 Abs. 1 StGB bereits implizit berücksichtigt und deshalb im Begriff des „Abbrechens“ mit enthalten ist. Auf diese Spur führt uns auch die *historische Entwicklung*, der das Einwirkungskriterium seine Entstehung verdankt; sie ist heute fast vergessen,<sup>38</sup> aber für die Auslegung eminent wichtig. Als es um die Eigenart des Schwangerschaftsabbruchs als *Tötungsdelikt* ging, hatten wir schon gesehen, dass in der heutigen Tatbestandsfassung der frühere Begriff „Abtöten der Leibesfrucht“ nur sprachlich, nicht sachlich ersetzt werden sollte. Diese frühere Formulierung beruhte jedoch ihrerseits auf den ursprünglichen Fassungen des Tatbestandes, in denen es hieß: „*abtreibt* oder im Mutterleibe tötet“ bzw. „im Mutterleib oder durch *Abtreibung* tötet“. Nichts anderes sollte jedoch die später vereinfachte Fassung „Abtöten der Leibesfrucht“ bedeuten,<sup>39</sup> die wiederum dem „Abbrechen der Schwangerschaft“ zugrunde liegt. Die Variante der tödlichen „Abtreibung“, die damit auch in der heutigen Tatbestandsfassung sinngemäß enthalten ist, setzte aber logisch voraus, dass der Erfolg des pränatalen Eingriffs an einem bereits geborenen „Menschen“ eintritt.<sup>40</sup>

S: Sie stützen sich bei der Begründung des Einwirkungskriteriums also vorwiegend auf eine historische Interpretation, auf die Genealogie wechselnder Tatbestandsfassungen ohne Änderung ihres Sinnes.

L: Ich sehe vorläufig keine bessere Begründung. Eine dogmatisch-theoretische ist diskutabel, aber zweifelhaft. So ist darauf hingewiesen worden, dass bei einem *Totschlag* das betroffene Rechtsgut „Mensch“ zur Zeit der Einwirkung bereits existieren müsse, um tauglicher Gegenstand einer Verletzung zu sein.<sup>41</sup> Das ist aber wohl eine ad-hoc-Argumentation vom Ergebnis her, der kein valides dogmatisches Prinzip zugrunde liegt. Eher könnte man sagen, dass die Tat zwar den „Erfolgsunwert“ eines allgemeinen Tötungsdelikts aufweist, ihr jedoch der korrespondierende „Handlungsunwert“ fehlt, weil sich der Eingriff primär gegen

noch ungeborenes Leben richtet.<sup>42</sup> Aber auch das bleibt vage. Die historische Interpretation lässt sich jedoch möglicherweise durch eine systematische ergänzen. Es muss nämlich beachtet werden, dass das Kriterium der „Einwirkung“ nicht nur über die Abgrenzung von Schwangerschaftsabbruch und Totschlag entscheidet, sondern z.B. auch über die Grenze zwischen fahrlässiger Tötung und strafloser Beeinträchtigung der Leibesfrucht. Würde man den Zeitpunkt des Erfolgseintritts für maßgebend halten, so gerieten auch fahrlässige Einwirkungen auf den Embryo, die zum postnatalen Tod führen, über § 222 StGB in den Bereich der Strafbarkeit. Damit würde die gesetzliche Begrenzung des Schwangerschaftsabbruchs auf Vorsatztaten unterlaufen. Doch kann ich diese Fragen hier nicht weiter vertiefen. Lassen Sie uns zur Prüfung des Versuchs zurückkehren.

S: Den Vorsatz zur Begehung eines Schwangerschaftsabbruchs haben wir schon festgestellt. Das „unmittelbare Ansetzen“ hatte ich bereits früher – damals allerdings voreilig und zu ungenau – bejaht und in dem Öffnen der Fruchtblase gesehen. Die Begründung kann ich jetzt nachholen. Einer Ihrer Kollegen hat mir geraten, dafür eine der anerkannten „Versuchsformeln“ zu verwenden, damit man bei der Fallprüfung „etwas in der Hand hat“ und sich nicht auf schlichte Behauptungen beschränken muss. Ich habe mir eine solche Formel gemerkt, obwohl sie etwas umständlich ist:<sup>43</sup>

Erforderlich ist ein Verhalten, das zwar nicht selbst tatbestandsmäßig zu sein braucht, nach dem Gesamtplan des Täters jedoch so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang – ohne weitere wesentliche Zwischenakte – zur Verwirklichung des gesamten Tatbestandes führen soll oder derart in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr steht, dass aus der Sicht des Täters das Angriffsobjekt schon konkret gefährdet erscheint.

Ein solches Verhalten bestand hier sicherlich im Öffnen der Fruchtblase.

L: Über den Wert solcher Formeln, die in verschiedenen Kombinationen auftauchen, lässt sich gewiss streiten, weil sie bei allem Wortreichtum irgendwie inhaltsarm bleiben. Aber man kann damit arbeiten. Ihre Formel ist jedenfalls besser als die isolierte Anwendung der in der Rechtsprechung häufig benutzten, dass der Täter die „Schwelle zum Jetzt geht es los“ subjektiv überschritten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung angesetzt“ haben müsse.<sup>44</sup> Auch mit Ihrem Ergebnis bin ich einverstanden. H hat sogar, über das in der Formel beschriebene Minimum hinaus, die gesamte Ausführungshandlung vollständig vorgenommen. Dass sie bei der eventuell erwarteten Geburt eines nicht lebensfähigen Kindes bis zu dessen Tod noch kurze Zeit hätte warten müssen, ist kein „wesentlicher Zwischenakt“, der die Unmittelbarkeit des Ansetzens in Frage stellt. Bitte fahren sie fort.

<sup>37</sup> Vgl. BGHSt 31, 348 (352); BGH NSTz 2008, 393 (394).

<sup>38</sup> Vgl. aber neuerdings wieder BGH NSTz 2008, 393 (394).

<sup>39</sup> Dazu näher *Lüttger*, JR 1971, 133 (138), m.w.N. vgl. auch BGHSt 10, 5.

<sup>40</sup> Vgl. bereits RGSt 4, 380 (381).

<sup>41</sup> *Hirsch*, JR 1985, 336 (337).

<sup>42</sup> In dieser Richtung *Merkel* (Fn. 8), § 218 Rn. 60.

<sup>43</sup> Das Folgende ist zusammengestellt aus *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 601.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. BGHSt 48, 34 (36); BGH NSTz 2008, 409 (410); jeweils freilich mit Ergänzungen.

S: Weil somit ein „unmittelbares Ansetzen“ zum Schwangerschaftsabbruch gegeben und die Tat auch rechtswidrig und schuldhaft ist, hat sich H wegen versuchten Schwangerschaftsabbruchs (§§ 22, 218 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 StGB) strafbar gemacht.

L: Immerhin sagen sie nicht – wie ich häufig lese – „des versuchten Schwangerschaftsabbruchs strafbar“. Aber Sie haben etwas sehr Wichtiges vergessen, was erstaunlicherweise sogar der Verfasser unserer Klausur in seinen Lösungshinweisen nicht berücksichtigt hat, obwohl man es bei der Prüfung eines strafbaren Versuchs niemals vergessen darf. H hat doch das Kind durch ihr späteres Verhalten vor dem Tod gerettet. Was muss man also unbedingt noch prüfen?

S: Zu prüfen ist weiterhin ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch. Die maßgebliche Vorschrift ist bei einem Einzeltäter § 24 Abs. 1 StGB. Gestatten Sie mir, dass ich aus dem Gesetz vorlese: „Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern.“ Diese Vorschrift enthält die Unterscheidung zwischen „unvollendetem“ und „vollendetem“ Versuch – Verzeihung: zwischen „unbeendetem“ und „beendetem“ Versuch. Beim „unbeendetem“ Versuch erlangt der Täter Straffreiheit durch freiwilligen Verzicht auf weitere Ausführung. Beim „beendetem“ Versuch muss er dagegen freiwillig den Erfolg abwenden oder sich wenigstens ernsthaft darum bemühen.

L: Gut, dass Sie sich sofort korrigiert und die richtige Terminologie benutzt haben. Die jeweils erforderliche Rücktrittsleistung haben Sie auch zutreffend beschrieben. Sie müssen aber noch darlegen, wie sich beide Versuchsformen in den *Voraussetzungen* unterscheiden.

S: Auch hierfür habe ich mir eine Abgrenzungsformel eingeprägt. „Unbeendet“ ist der Versuch, wenn der Täter noch nicht alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur ihrer Vollendung notwendig ist. „Beendet“ ist der Versuch dagegen, wenn der Täter alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges notwendig und möglicherweise ausreichend ist.<sup>45</sup>

L: Das ließe sich vielleicht präziser formulieren, ist jedoch in der Sache zutreffend. Wichtig ist dabei, dass ein „beendetem“ Versuch grundsätzlich schon vorliegt, wenn die Handlung aus der Sicht des Täters zur Erfolgsherbeiführung bereits „ausreicht“. Wie steht es nun in unserem Fall?

S: Mit Sicherheit handelt es sich um einen „beendetem“ Versuch. Denn H hat, als sie die Fruchtblase öffnete, schon alles getan, was sie für erforderlich und ausreichend hielt, um das Kind jedenfalls dadurch zu töten, dass es in einem „lebensunfähigen“ Zustand zur Welt kommen sollte, der kurzfristig zum „endgültigen Tod“ führen würde. Deshalb war für den strafbefreienden Rücktritt primär eine „Verhinderung der Vollendung“ erforderlich. Diese Rücktrittsleistung hat H glücklicherweise auch erbracht, weil sie für die Rettung des

Kindes gesorgt hat, das ohne intensivmedizinische Behandlung gestorben wäre.

L: Bitte nicht zu schnell vorgehen. Die „Rücktrittsleistung“ müssen wir bei Annahme eines „beendetem“ Versuchs ohnedies noch genauer daraufhin prüfen, ob das Verhalten die Voraussetzungen des „Verhinderns“ erfüllt. Doch zunächst muss Klarheit darüber erzielt werden, ob tatsächlich ein „beendetem“ Versuch vorliegt. Ich weiß nicht, ob es Ihnen aufgefallen ist, aber Sie haben die Beendigung des Versuchs mit der Vorstellung verbunden, die H in dem Zeitpunkt hatte, als sie den Eingriff vornahm.

S: Ich merke, worauf Sie hinaus wollen. Meiner Beurteilung habe ich die Vorstellung der H bei *Beginn* und *Vollzug* ihrer Ausführungshandlung zugrunde gelegt. Das ist die sog. „Tatplanperspektive“ oder der „Planhorizont“. Nach heutiger Rechtsprechung und herrschender Lehre soll für die Abgrenzung der Versuchsformen jedoch der sog. „Rücktrittshorizont“ maßgebend sein. Dies ist die Vorstellung, die der Täter bei Abschluss seiner bisherigen Ausführungshandlung hat, wenn er auf deren Wirkung gleichsam zurückblickt. Aus dieser „Rücktrittsperspektive“ sind dann die von mir genannten Maßstäbe zur Abgrenzung anzulegen.

L: Wir können hier über die „richtige Perspektive“ natürlich nicht eingehend diskutieren und wollen uns deshalb mit der herrschenden Auffassung am „Rücktrittshorizont“ orientieren, den der BGH auch „Erkenntnishorizont“ nennt.<sup>46</sup> Unter diesem Blickwinkel besteht die Möglichkeit, ein vom „Planhorizont“ aus erzieltetes Abgrenzungsergebnis in zweifacher Richtung zu verändern: Ein aus der „Planperspektive“ schon beendeter Versuch kann im „Rücktrittshorizont“ noch unbeendet sein und umgekehrt. Wie verhält es sich in unserem Fall, wenn wir diese „Rücktrittsperspektive“ einnehmen?

S: Als H ihre Handlung mit der Wirkung abgeschlossen hatte, dass das Kind geboren wurde, erkannte sie zwar, dass es entgegen ihrer ursprünglichen Erwartung „lebensfähig“ war; sie erkannte aber auch, dass es nur bei intensivmedizinischer Versorgung Überlebenschancen hatte. Objektiv und zugleich aus Sicht der H war das Neugeborene gewissermaßen – wenn der Ausdruck erlaubt ist – lediglich „bedingt überlebensfähig“ und befand sich in unmittelbarer, nur durch eine derartige Notfallbehandlung abwendbarer Lebensgefahr. Damit der Tod eintreten konnte, brauchte H somit, auch nach ihrer Vorstellung, keine weitere Handlung mehr vorzunehmen. Es genügte völlig, die Einleitung der medizinischen Behandlung zu unterlassen und den baldigen Tod des Kindes schlicht abzuwarten. Deshalb lag ein „beendetem“ Versuch vor. Das ist auch daran erkennbar, dass H bei dieser Situation zur Erfolgsabwendung *aktiv tätig* werden musste, um sich Straffreiheit zu verdienen. Sowohl aus der „Planperspektive“ als auch aus dem „Rücktrittshorizont“ kommt man daher zu einem „beendetem“ Versuch.

L: Das lässt sich hören. Bei der Rücktrittsprüfung darf man aber *eine* Konstellation nicht vergessen, über die Sie bisher elegant hinweggegangen sind, nämlich die Möglichkeit eines sog. „fehlgeschlagenen Versuchs“. Was versteht man darunter? Um unsere Diskussion etwas zu beschleunigen

<sup>45</sup> Nach *Wessels/Beulke* (Fn.13), Rn. 631.

<sup>46</sup> Vgl. z.B. BGH *NStZ* 2009, 688 (689).

gen, will ich Ihnen eine der üblichen Beschreibungen nennen. „Fehlgeschlagen“ ist der Versuch einer Straftat danach grundsätzlich dann, wenn die zu ihrer Ausführung vorgenommenen Handlungen aus der Sicht des Täters ihr Ziel nicht erreicht haben und der Täter erkennt oder annimmt, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg entweder gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne zeitliche Zäsur erreichen kann.<sup>47</sup> Bei diesem „fehlgeschlagenen Versuch“, der ebenfalls aus dem „Rücktrittshorizont“ zu bestimmen ist, soll die Regelung des § 24 Abs. 1 StGB nicht eingreifen, weil sie nach dem Sinn des Gesetzes prinzipiell voraussetze, dass der Täter die Vollendung seiner Tat noch für möglich hält. Aus Zeitgründen und um bald zum eigentlichen Problem vorzudringen, wollen wir von der Richtigkeit dieser Thesen ausgehen, ohne dass wir uns genauer damit befassen können. Wie steht es in unserem Fall mit dem „fehlgeschlagenen Versuch“? Läge er vor, so würde für H eine Rücktrittsmöglichkeit ausscheiden.

S: Ich kann nicht erkennen, wieso Sie überhaupt auf die Idee kommen, dass hier ein „fehlgeschlagener Versuch“ des Schwangerschaftsabbruchs vorliegen könnte. Dies würde ja bedeuten, dass nach der Frühgeburt keine Möglichkeit mehr bestand, der H ihre Rettungshandlung als strafbefreiende Rücktrittsleistung anzurechnen, obwohl das Kind sein Überleben ihrer Aktivität verdankt und es nur deswegen beim Versuch des Schwangerschaftsabbruchs geblieben ist.

L: Ich verstehe gut, dass Sie irritiert sind. Die Frage eines „fehlgeschlagenen“ Versuchs stellt sich sonst regelmäßig bei der Abgrenzung vom „unbeendeten“ Versuch. Damit haben wir es hier aber nicht zu tun, weil nach allgemeinen Regeln – wie Sie mit Recht ausgeführt haben – ohnehin ein „beendeter“ Versuch anzunehmen ist. Das Problem unseres Falles liegt indes in der Anwendbarkeit dieser anerkannten Regeln auf den Versuch des Schwangerschaftsabbruchs. Sie haben bisher den Rücktritt so geprüft, als ginge es um den Versuch eines *allgemeinen* Tötungsdelikts wie § 212 Abs. 1 StGB. Beim Versuch, die Schwangerschaft abbrechen, gibt es aber vielleicht Besonderheiten, die berücksichtigt werden müssen. Sie sind nicht leicht zu erkennen und hängen wieder mit der „Lebensfähigkeit“ des Kindes zusammen. Erinnern Sie sich, was Sie am Anfang unseres Gesprächs unter Hinweis auf Literaturstellen über das „Abbrechen“ der Schwangerschaft gesagt hatten, als Sie den „Abgang der Frucht“ erwähnten?

S: Ich hatte auf Beschreibungen des „Abbrechens“ hingewiesen, in denen sinngemäß von einer Handlung die Rede ist, die das Absterben des Embryos im Mutterleib oder dessen „Abgang in einem nicht lebensfähigen Zustand“ bewirkt. Sie hatten damals dazu gesagt, dass auch in der zweiten Variante für die Vollendung der Eintritt des Todes vorausgesetzt wird. In jenen Formulierungen wird aber die Frühgeburt eines „lebensfähigen“ Kindes, das gleichwohl infolge des Eingriffs stirbt, seltsamerweise nicht erwähnt. Sie klingen so, als gehöre der Tod eines solchen Kindes nicht mehr zum möglichen Erfolg eines Schwangerschaftsabbruchs, weil hierfür ein Zustand der „Lebensunfähigkeit“ erforderlich sei.

<sup>47</sup> Wessels/Beulke (Fn. 13), Rn. 628.

L: Erkennen Sie jetzt, weshalb ich die Idee eines „fehlgeschlagenen Versuchs“ ins Spiel gebracht habe?

S: Allerdings. Wenn das richtig ist, dann hätte H nach der Geburt des „lebensfähigen“ Kindes die Vollendung des Schwangerschaftsabbruchs gar nicht mehr „verhindern“ können, da der abwendbare „Erfolg“ außerhalb des Tatbestandes läge. Ihr Versuch, die Schwangerschaft abbrechen, wäre aufgrund der „Lebensfähigkeit“ des Neugeborenen „fehlgeschlagen“ und damit nicht mehr rücktrittsfähig. Die Rettung des Kindes, das sonst alsbald gestorben wäre, könnte daran nichts mehr ändern, obwohl sie dazu geführt hat, dass das Delikt im Versuchsstadium stecken geblieben ist. Das ist aber eine seltsame Sache!

L: Tatsächlich liest man häufig, dass der Versuch des Schwangerschaftsabbruchs „endgültig gescheitert“ oder „fehlgeschlagen“ sei, wenn es zur Geburt eines „lebensfähigen“ Kindes kommt.<sup>48</sup> Das wäre, wie Sie richtig gesehen haben, auch die Konsequenz der von Ihnen erwähnten Kennzeichnungen des „Abbrechens“. Da wir unser Gespräch allmählich beenden müssen, will ich Ihnen wenigstens kurz darlegen, weshalb ich dieser Auffassung jedenfalls so allgemein nicht zustimmen kann. Hinter der Frage des „Fehlgeschlags“ verbirgt sich ein Problem der *Erfolgszurechnung* beim Schwangerschaftsabbruch. Nehmen Sie an, H hätte zur Rettung des Kindes nichts getan und es einfach sterben lassen. Dann hätte sie sich aufgrund ihrer Garantenstellung aus Ingerenz eines Totschlags durch pflichtwidriges Unterlassen (§§ 13 Abs. 1, 212 Abs. 1 StGB) schuldig gemacht. In diesem Fall wäre zwar sogar der Erfolg eines *allgemeinen* Tötungsdelikts eingetreten. Doch könnte der Todeserfolg *zugleich* der Abbruchhandlung zugerechnet werden, so dass tatbestandlich auch ein vollendeter Schwangerschaftsabbruch gegeben wäre. Denn anders als vielleicht bei *aktiver* Tötung des Neugeborenen läge nicht etwa eine „wesentliche Abweichung im Kausalverlauf“ vor.<sup>49</sup> Vielmehr hätte sich im Tod des Kindes noch das Risiko realisiert, das H mit ihrem Eingriff geschaffen hat, wenngleich geringfügig anders, als ursprünglich von ihr erwartet. Zu diesem Risiko wird man nämlich nicht nur die Gefahr rechnen dürfen, dass der Embryo in „lebensunfähigem“ Zustand zur Welt kommt und deshalb unvermeidlich stirbt. Auch das Todesrisiko eines frühgeborenen Kindes, dessen Weiterleben von einer medizinischen Spezialbehandlung abhängt, gehört untrennbar zur Gefährlichkeit des Eingriffs. In welchem Verhältnis dann der

<sup>48</sup> Vgl. etwa BGHSt 13, 21 (24); Kröger, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 218 Rn. 9; Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 57, 75; Roxin, JA 1981, 542 (546); Satzger, Jura 2008, 424 (428). Vgl. auch Wessels/Hettinger (Fn. 10), Rn. 240.

<sup>49</sup> Dafür bei aktiver Tötung Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 218 Rn. 24; Groppe, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 3, § 218 Rn. 19, 60; Kröger (Fn. 8), § 218 Rn. 13; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 218 Rn. 4; Roxin, JA 1981, 545; in der Sache auch BGHSt 13, 21 (24). Kritisch dazu Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 84.

durch Unterlassen begangene Totschlag zum vollendeten Schwangerschaftsabbruch steht, ist eine *Konkurrenzfrage*, der wir nicht nachzugehen brauchen. Es genügt festzuhalten, dass eine im Unterlassungsfall eintretende Vollendung des Schwangerschaftsabbruchs folgerichtig durch Gegenaktivität i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB auch „verhindert“ werden kann. Deshalb kann von einem schon wegen der „Lebensfähigkeit“ des geborenen Kindes „fehlgeschlagenen“ Versuch nicht gesprochen werden. – Wenn Sie dieser Argumentation folgen, bliebe als letzte Frage des strafbefreienden Rücktritts noch übrig, ob H die Vollendung wirklich „verhindert“ hat.

S: Ich hatte das schon bejaht. Das Gesetz verlangt nur eine tatsächliche „Verhinderung“. Dafür genügt jede für das Ausbleiben des Erfolges kausale Handlung, die allerdings auch subjektiv, mit „Verhinderungsvorsatz“, auf dieses Ergebnis gerichtet sein muss. Der Täter braucht dabei die Vollendung nicht unmittelbar selbst zu verhindern. Er kann dazu auch Dritte einschalten, wie dies H getan hat, als sie das Kind in die „Babyklappe“ brachte und so die lebensrettende ärztliche Behandlung auslöste.

L: In der Literatur werden allerdings häufig strengere Anforderungen gestellt. Die nur kausal bewirkte Verhinderung des Erfolgseintritts soll danach nicht genügen. Es gibt dazu eine Reihe von Vorschlägen.<sup>50</sup>

S: Sie sind mir im Einzelnen leider nicht bekannt. Ich könnte mir aber vorstellen, dass man auch für das „Verhindern der Vollendung“ zusätzlich zur Kausalität ein „ernsthafte Bemühen“ i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB verlangt, um Fälle auszuschneiden, in denen das Verhalten des Täters nicht hinreichend aner kennenswert ist, um eine Strafbefreiung zu verdienen. Im vorliegenden Fall würde ich jedoch ein „ernsthafte Bemühen“ ebenfalls bejahen. H hat das Kind ja nicht an einer Stelle abgelegt, wo es nur durch glücklichen Zufall gerettet werden konnte, wie z.B. in der Nähe des Krankenhauses. Mit dem Verbringen in die „Babyklappe“ hat sie im Gegenteil eine zur Lebenserhaltung gut geeignete Maßnahme gewählt und sich daher sicherlich um die Verhinderung des Todes „ernsthafte bemüht“.

L: Dem kann man zustimmen, ohne dass wir uns mit den einzelnen Vorschlägen genauer beschäftigen müssen. – Unsere Zeit geht aber zu Ende. Wir haben die Strafbarkeit der H, um die es allein ging, noch nicht ganz vollständig geprüft. So müssten wir uns die Körperverletzung, die H an A durch das Öffnen der Fruchtblase begangen hat (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB), noch genauer ansehen. Dabei würden wir auf die schwierige Frage stoßen, ob die Einwilligung der A in diesen Eingriff wegen eines Verstoßes der Tat „gegen die guten Sitten“ (§ 228 StGB) unwirksam ist. Relativ einfach ist dagegen die Beurteilung des zum Schein abgegebenen Versprechens, das Kind zu ersticken. Ein „Sichbereiterklären“ zum Totschlag (§§ 30 Abs. 2, 212 Abs. 1 StGB) scheidet aus; dafür wäre die *ernst gemeinte* Erklärung der Bereitschaft zur Begehung eines Verbrechens erforderlich.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Detaillierte Übersicht bei *Kühl* (Fn. 18), § 16 Rn. 67 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 212 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>51</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 49), § 30 Rn. 6.