

ERSTER ABSCHNITT:

Straftaten gegen den Einzelnen

§ 1 Straftaten gegen das Leben (§§ 211 - 213, 216, 222; 221 StGB)

I. Der Mensch als Tatobjekt der Tötungsdelikte

Schutzgut der Tötungsdelikte ist das Leben, Handlungsobjekt ein anderer Mensch. 1
Das Rechtsgut Leben ist nicht disponibel, wie sich aus § 216 StGB ergibt.

1. Beginn des menschlichen Lebens im Strafrecht

Fall 1: – Tötung in der Geburt – 2

Die Hebamme Helena (H) wurde herbeigerufen, um einer Schwangeren bei der Geburt ihres Kindes Hilfe zu leisten. Da die Geburt nach Abgang des Fruchtwassers und Eintritt der Wehen nach Meinung der H nicht zügig genug fortschritt, griff sie zu einer Geburtszange. Diese setzte sie aber derart ungeschickt an, dass sie den Schädel des Kindes verletzte; das Kind erlag seinen Verletzungen kurz nach der Geburt.

Strafbarkeit der H wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB?

Der Fall wirft die Frage nach dem **Beginn** des menschlichen Lebens im Strafrecht auf. Hierfür ist – anders als im bürgerlichen Recht (§ 1 BGB) – nicht die Vollen-
dung, sondern der »Beginn des Geburtsaktes« maßgeblich¹.

Damit ist das Einsetzen des Ausstoßungsversuchs des Mutterleibes, der Beginn der im weiteren Verlauf zur Ausstoßung führenden Wehen gemeint, wobei bereits die Eröffnungswehen genügen².

Die Begründung dafür ergab sich vor dem Inkrafttreten des 6. StrRG aus § 217 3
StGB a.F.: Da diese Vorschrift die Tötung des Kindes **in der Geburt in gleicher Weise wie die »gleich nach der Geburt« als Tötungsdelikt mit Strafe bedrohte**, war ihr zu entnehmen, dass das Gesetz der Leibesfrucht schon während der Geburt Menschlichkeit im strafrechtlichen Sinne zuerkennt. Dies ist auch sachgerecht. Die Leibesfrucht ist nämlich, solange sie noch nicht ein Mensch i.S. des Strafrechts geworden ist, nur gegen vorsätzliche Abtötung geschützt (§ 218 StGB); sie ist aber

¹ BGH St 31, 348 (350 f.); 32 (194 ff.); Eisele, BT 1, Rn. 40; Mitsch, in: AnwK, Vor § 211 Rn. 6; Wessels/Hettinger, Rn. 9 ff. m.w.N.; a.A. (Vollendung der Geburt) Herzberg/Herzberg, JZ 2001, 1106 ff.

² BGH St 32, 194 ff.; NStZ 2010, 214; OLG Karlsruhe, NStZ 1985, 314 ff. m. Anm. Jung; Eisele, BT 1, Rn. 40; Kühl, JA 2009, 321 ff.; a.A. (Beginn der Presswehen) Neumann, in: NK, vor § 211 Rn. 6 ff. – Zum Lebensbeginn beim Kaiserschnitt vgl. Eser/Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch, vor § 211 Rn. 13; Fischer, vor § 211 Rn. 5 f.; Rengier II, 3/3: Maßgeblich ist die Öffnung des Uterus.

gerade während der Geburt besonders gefährdet, sodass der Schutz des § 222 StGB (fahrlässige Tötung) sowie der §§ 223 ff. StGB (Körperverletzung) schon mit Beginn des Geburtsaktes einsetzen muss³. Diese **Auslegung** der §§ 211 ff., 223 ff. StGB hat, was den Beginn des menschlichen Lebens angeht, seit langem gewohnheitsrechtlichen Rang; die Aufhebung des § 217 StGB durch das 6. StrRG wollte und konnte an jener Auslegung nichts ändern⁴.

- 4 Maßgeblich für die **Abgrenzung der Anwendungsbereiche des § 218 StGB einerseits und der Tötungsdelikte andererseits** ist der Zeitpunkt, zu dem der Täter die auf die Herbeiführung des Erfolgs gerichtete Handlung auf das Opfer vornimmt. Wirkt der Täter bereits vor der Geburt auf die Leibesfrucht ein, so ist er wegen eines Schwangerschaftsabbruchs, nicht wegen eines Tötungsdelikts zu bestrafen, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg, der Tod des Kindes, – ohne weitere Handlungen – erst nach dessen Geburt eintritt⁵.

Da die Geburt bereits begonnen hatte, als H das Kind mit der Zange verletzte, war es schon taugliches Objekt eines Tötungsdeliktes. Sie hat daher eine fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) begangen.

- 5 *Ergänzender Hinweis zur Garantenstellung der Schwangeren:*

Die schwangere Frau ist vom Einsetzen der Geburtswehen an verpflichtet, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um das Leben des Kindes zu erhalten⁶. Die Inanspruchnahme (ggf. ärztlicher) Hilfe wird immer dann erforderlich sein, wenn es für die Schwangere im Hinblick auf bekannte Vorerkrankungen oder sonstige Risiken absehbar ist, dass bei der Geburt Gefahren für Leib oder Leben des Kindes entstehen können.

- 6 **Fall 2:** – *Lebensunfähige Frühgeburt als Mensch?* –

Lydia (L), die im fünften Monat schwanger war, wollte ihre Leibesfrucht abtreiben. Sie öffnete sich mit einer Stricknadel die Fruchtblase; bald darauf kam es zum Ausstoß einer lebenden, aber lebensunfähigen Frühgeburt. Als L sah, dass das Kind lebte, erstickte sie es mit einem Kissen.

Strafbarkeit der L?

a) § 212 StGB

L könnte sich wegen Totschlags, § 212 StGB, strafbar gemacht haben. Dann müsste ihre Leibesfrucht, als sie diese »gleich nach der Geburt« tötete, bereits ein Mensch i.S. des Strafrechts gewesen sein.

³ Eser/Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch, vor § 211 Rn. 13; Wessels/Hettinger, Rn. 10.

⁴ Rengier II, 3/3; im Ergebnis ebenso: BGH, NStZ 2008, 393 (394); Hirsch, FS-Eser, 2005, S. 309 ff.; siehe auch Küper, GA 2001, 515 (529) m.w.N.; gewisse Zweifel bei Fischer, vor § 211 Rn. 6.

⁵ BGH, NStZ 2008, 393 (394 f.); ob an dem in früheren Entscheidungen – BGH St 13, 21 (24); 31, 348 (352) – aufgestellten Erfordernis eines »alsbaldigen« Todesintritts des lebend geborenen Kindes festzuhalten sei, lässt der Senat im Übrigen offen.

⁶ BGH, NStZ 2010, 214.

Einer lebensunfähigen Frühgeburt kann Menschlichkeit zukommen; das ist der Fall, wenn sie unabhängig vom Organismus der Mutter in menschlicher Weise lebt, sei es auch nur für kurze Zeit⁷. Für die Annahme eines Menschen genügt also das Vorliegen menschlichen Lebens, während es auf die **Lebensfähigkeit** nicht ankommt; für eine Fehlgeburt gilt dies nicht anders als für einen sterbenden Greis oder einen Schwerverletzten, der nicht mehr lange leben wird⁸. Da Tötung (grundsätzlich) auch die Abkürzung eines ohnehin todgeweihten Lebens ist⁹, hat L einen Totschlag begangen.

b) § 218 StGB

Es fragt sich, ob zudem der Tatbestand eines Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 StGB erfüllt ist. Die »Abtötung einer Leibesfrucht« kann nach h.A. auch dadurch erfolgen, dass die Frühgeburt eines lebenden Kindes herbeigeführt wird, dieses aber bald nach der Geburt stirbt, weil es noch nicht voll ausgetragen ist¹⁰ (vgl. Rn. 4).

Dem soll nach Ansicht des *BGH* der Fall gleichzusetzen sein, dass die lebende, aber lebensunfähige Frühgeburt vorsätzlich getötet wird: In einem Fall wie dem vorliegenden sei – in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) mit dem Tötungsdelikt – ein vollendeter Schwangerschaftsabbruch anzunehmen¹¹.

M.E. ist hier neben § 212 StGB keine vollendete, sondern lediglich eine **versuchte** Abtreibung gegeben¹², die für die Mutter gemäß § 218 IV 2 StGB straflos bleibt. Fraglich ist schon, ob der objektive Tatbestand des § 218 I, III StGB vorliegt. Zwar war die Abtreibungshandlung *condicio sine qua non*, also kausal für den Tod des Kindes; bedenkenswert erscheint aber, ob nicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzbereichs der Norm¹³ § 218 StGB entfällt, wenn der Tod der Leibesfrucht nicht unmittelbar auf die Abtreibungshandlung zurückzuführen ist, sondern auf eine vorsätzliche Tötungshandlung i.S. der §§ 211, 212 StGB. Zumindest scheidet ein vollendetes Vergehen nach § 218 I, III StGB hier aber unter dem Gesichtspunkt der »wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf«¹⁴ nach § 16 I StGB aus¹⁵.

⁷ *BGH* St 10, 291 (292); *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch, vor § 211 Rn. 14; Maurach/Schroeder/Maiwald Bd.1, 1/10, 11.

⁸ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch, vor § 211 Rn. 14; *Jäger*, BT, Rn. 4; Maurach/Schroeder/Maiwald Bd.1, 1/10, 11; *Merkel*, in: NK, § 218 Rn. 80 f.

⁹ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch, vor § 211 Rn. 14; *Krey/Esser*, AT, Rn. 308; *Küper*, JuS 1981, 785 ff. – Siehe auch unten, *Fall 3*. –

¹⁰ *BGH* St 10, 5; 10, 291 (293); 31, 348 (351 f.); *NStZ* 2008, 393 (394).

¹¹ *BGH* St 10, 293; ebso. *Jähnke*, in: LK¹¹, § 212 Rn. 42; dahingestellt von *BGH* St 13, 21.

¹² *Eser*, in: Sch/Sch, § 218 Rn. 24; *Kröger*, in: LK¹¹, § 218 Rn. 13.; *Küper*, ZIS 2010, 197 (206); Maurach/Schroeder/Maiwald Bd.1, 6/28; *Rudolphi/Rogall*, in: SK, § 218 Rn. 15 f.; *Wessels/Hettinger*, Rn. 7, 240 f.

¹³ *Rudolphi*, JuS 1969, 549 ff.; *Sax*, JZ 1976, 9 ff., 80 ff., 429 ff.

¹⁴ Vgl. *Krey/Esser*, AT, Rn. 425 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Sch/Sch, § 15 Rn. 55.

¹⁵ Ähnl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 218 Rn. 4.

2. Sterbehilfe

9 Fall 3: – Abbruch der Behandlung eines unheilbar Erkrankten –

Maria Meier (M) lag nach einer Hirnblutung seit fünf Jahren im Wachkoma. Sie war nicht ansprechbar und wurde in einem Pflegeheim versorgt. Obwohl sie über eine Magensonde künstlich ernährt wurde, war sie auf ein Gewicht von 40 kg abgemagert. Eine Besserung ihres Gesundheitszustands war nicht mehr zu erwarten. Vor ihrer Erkrankung hatte M eine Patientenverfügung verfasst, in der sie lebensverlängernde Maßnahmen für den Fall ablehnte, dass sie sich im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei der jede lebenserhaltende Maßnahme das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf erfolgreiche Behandlung verlängern würde; sie wolle nicht an irgendwelche »Schläuche« angeschlossen werden. Unter Berufung auf den Willen der M verlangte deren Tochter Thea (T) die Beendigung der künstlichen Ernährung von der Heimleitung. Als dieses Verlangen wegen der »unsicheren Rechtslage« abgelehnt wurde, durchtrennte T den Schlauch der Magensonde. Drei Tage später »schlief M daraufhin friedlich ein«.

Strafbarkeit der T aus § 212 (§ 13) StGB?

(1) Tatbestand

T hat den Tod der M – vorsätzlich – verursacht. Für die Kausalitätsprüfung kommt es auf die Verbindung zwischen dem wirklichen Geschehensablauf und dem konkreten Erfolg an; dass der Erfolg (Tod des Opfers) in relativ kurzer Zeit ohnehin eingetreten wäre, ist für die Kausalität der realen Tötungshandlung irrelevant¹⁶. Eine kausale Tötungshandlung ist daher auch die (nicht ganz unerhebliche) Abkürzung todgeweihten Lebens. Fraglich ist, ob es sich in casu um eine – grundsätzlich – **verbotene »aktive« Sterbehilfe** oder eine – unter bestimmten Bedingungen – **erlaubte »passive« Sterbehilfe**¹⁷ handelt.

- 10 Streit besteht darüber, ob zu einer erlaubten passiven Sterbehilfe auch der Fall des Abbruchs einer lebensverlängernden Behandlung durch technische Apparate (z.B. durch **Abschalten** eines Respirators oder – wie hier – durch Beendigung der künstlichen Ernährung durch eine aktive Handlung) zählt. Zum Teil wird aktives und passives Handeln nach äußerlichen Kriterien unterschieden¹⁸. Nach der Gegenmeinung liegt in einem solchen Fall »nach dem sozialen Sinngehalt der Tat deren Schwerpunkt rechtlich ungeachtet der beim Abschalten der Maschine entfalteten Aktivität nicht in einem lebensverkürzenden Tun, sondern in dem Unterlassen einer lebensverlängernden Behandlung, das mangels Handlungspflicht straflos ist«¹⁹.

¹⁶ So für alle: *Krey/Esser*, AT, Rn. 308, 309; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 161, 162.

¹⁷ Dazu *Bartsch*, FS-Achenbach, 2011, S. 13 (14 ff.); *Fischer*, vor § 211 Rn. 58 ff.; *Giesen* JZ 1990, 929; *Momsen*, in: SSW, Vor §§ 211 ff. Rn. 24 ff.; *Schmitt*, JZ 1985, 365 (367 f.).

– Zur Problematik des sog. »Liegenlassens schwerstgeschädigter Neugeborener« (Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht in solchen Fällen), vgl.: *AG Oldenburg*, ZfL 2004, 117 m. krit. Anm. *Wiele*; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch, vor § 211 Rn. 32a; *Giesen*, JZ 1990, 929 (941); *Isemer/Lilie*, MedR 1988, 66 ff. –

¹⁸ *Gössel/Dölling*, Bd. 1, 2/58 ff.; *Jähnke*, in: LK¹¹, vor § 211 Rn. 18; *Wessels/Hettinger*, Rn. 37.

¹⁹ *Krey*, AT 2, 3. Auflage 2008, Rn 320 ff. m.w.N.; ebso. *BGH* St 40, 257; *Küper* JuS 1971, 476 f.; *Roxin*, FS-Engisch, 1969, S. 399; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 703 ff.

Einen anderen Standpunkt vertritt nun der *BGH*²⁰. Nach seiner Auffassung wird die Unterscheidung von Tun und Unterlassen, auch eine wertende Umdeutung eines aktiven Tuns in ein normatives Unterlassen, in den Fällen des Behandlungsabbruchs den auftretenden Problemen nicht gerecht. Ein **Behandlungsabbruch** erschöpfe sich nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit, sondern könne und werde in der Regel »eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann«²¹. Stattdessen befürwortet der *BGH* die Zusammenfassung aller mit der Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehenden Handlungen in dem normativ-wertenden Oberbegriff der **Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch**. Dies setze voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist²². Sterbehilfe, die einer Rechtfertigung durch eine Einwilligung des Betroffenen zugänglich sei, setze zudem voraus, dass die Handlung objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung in dem genannten Sinn bezogen ist; erfasst würden deshalb das Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung, deren Abbruch sowie die so genannte »indirekte Sterbehilfe«, die als Nebenfolge einer medizinisch indizierten palliativen – d.h. nicht auf Heilung oder Wiederherstellung, sondern auf Linderung von Schmerzen und Beschwerden eines Unheilbaren gerichtete – Maßnahme einen möglichen vorzeitigen Todeseintritt in Kauf nimmt²³. Bei lebensbeendenden Handlungen, die nicht im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung vorgenommen werden, scheidet eine Rechtfertigung dagegen von vornherein aus²⁴.

(2) Rechtswidrigkeit

Die Lösung des *BGH* überzeugt zum einen, weil die Entscheidung gleich gelagerter Sachverhalte von klaren Kriterien, statt von tatsächlichen Zufälligkeiten oder der – u.U. zweifelhaften – Ermittlung des Schwerpunkts des vorwerfbaren Verhaltens abhängt, und zum anderen, weil diese Sicht den Fokus auf den maßgeblichen Umstand, nämlich das **Selbstbestimmungsrecht des Patienten**, seiner Autonomie bei der Problematik des Abbruchs lebensverlängernder Maßnahmen richtet. Zu Recht stellt der *BGH* fest, dass aus Art. 1 I, II GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiere ihn zur Abwehr nicht gewollter Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit und in den unbeeinflussten Fortgang seines Lebens und Sterbens.

²⁰ *BGH* St 55, 191 ff., m. Bespr. *Bartsch*, FS-Achenbach, 2011, S. 13 (21 ff.); *Dölling*, ZIS 2011, 345 ff.; *Gaede*, NJW 2010, 2925 ff.; *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 544 ff.; *Walter*, ZIS 2011, 76 ff.

²¹ *BGH* St 55, 191 (Rn. 31).

²² *BGH* St 55, 191 (Rn. 33).

²³ *BGH* St 55, 191 (Rn. 34); ebso. *BGH* St 42, 301 (305); *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch, vor § 211 Rn. 26; a.A. *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 122 ff.

²⁴ *BGH* St 55, 191, Rn. 33; siehe auch *BGH* St 37, 376; *VG Karlsruhe*, JZ 1988, 208 ff.; *Schreiber*, NSZ 1986, 337 (339 f.).

Das Selbstbestimmungsrecht gewähre dem Betroffenen jedoch nicht ein Recht oder gar einen Anspruch darauf, einen Dritten zu selbstständigen Eingriffen in das Leben ohne Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung zu veranlassen. Eine Einwilligung rechtfertige somit nur Handlungen, die sich darauf beschränken, einen Zustand wieder herzustellen, der den Betroffenen dem Sterben überlässt²⁵.

- 13** In einer weiteren Entscheidung hat der *BGH* die Bedeutung einer **Patientenverfügung** hervorgehoben. Bei der Prüfung einer rechtfertigenden Einwilligung in den Behandlungsabbruch seien die §§ 1901a, 1901b BGB zu beachten²⁶. Es ist also zu ermitteln, ob die in der Patientenverfügung eines einwilligungsfähigen Volljährigen getroffenen Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation (noch) zutreffen (§ 1901a I 1 BGB). Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen nicht auf die aktuelle Situation zu, so ist der mutmaßliche Wille des Patienten zu ermitteln (§ 1901a II 1 BGB – nach Möglichkeit unter Berücksichtigung der Meinung naher Angehöriger und sonstiger Vertrauenspersonen (§ 1901b II BGB)). Der *BGH* hat zuvor schon den Gesichtspunkt des Selbstbestimmungsrechts des Patienten bei der Problematik des Abbruchs lebensverlängernder Maßnahmen deutlich betont; dabei hatte das Gericht der **mutmaßlichen Einwilligung** beim entscheidungsunfähigen Patienten grundsätzlich die gleiche Verbindlichkeit wie dem Behandlungsverzicht des urteilsfähigen Patienten zuerkannt²⁷. Dieses Urteil betraf den Behandlungsabbruch bei einem »irreversibel schwerst cerebralgeschädigten Patienten« vor Eintritt des Sterbevorganges.
- 14** Nach Maßgabe dieser überzeugenden Entscheidungen des *BGH* ist der – den Tatbestand des § 212 StGB erfüllende – Behandlungsabbruch der T durch die – jedenfalls – mutmaßliche Einwilligung der M gerechtfertigt. Eine Beschränkung auf ärztliche Handlungen enthalten die Entscheidungen zu Recht nicht.
- 14a** Diese Grundsätze gelten auch, wenn einem an **Demenz** erkrankten Patienten Sterbehilfe geleistet wird. Wegen des schleichenden Voranschreitens der Krankheit wird die Feststellung, ob bei dem Dementen die erforderliche Fähigkeit, die Tragweite des Todeswunsches zu überblicken und eine autonome Entscheidung zu treffen, noch vorhanden ist, häufig schwierig sein. Ist der Patient noch entscheidungsfähig, so ist sein ausdrücklich erklärter Wille maßgeblich. Lässt sich seine Fähigkeit zu einer autonomen Entscheidung nicht – mehr – sicher feststellen oder ist sie nicht mehr vorhanden, so ist sein mutmaßlicher Wille, ggf. unter Berücksichtigung einer – früheren – Patientenverfügung, zu ermitteln. Der ausdrücklich geäußerte Wille eines Dementen, weiterleben zu wollen, sollte jedoch stets geachtet werden²⁸.
- 14b** Derzeit werden Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, insbesondere des ärztlich assistierten Suizids, **rechtspolitisch** heftig diskutiert. Dem Bundestag liegen vier

²⁵ *BGH* St 55, 191, Rn. 35. Zu § 1901a BGB eingehend *Bartsch*, FS-Achenbach, 2011, S. 13 (20 f.).

²⁶ *BGH*, NJW 2011, 161 ff.; *Verrel*, NStZ 2011, 276 ff.; *Wolfslast/Weinrich*, StV 2011, 284 (286).

²⁷ *BGH* St 40, 257 (260); dazu u.a.: *Schöch*, NStZ 1995, 153; *Wessels/Hettinger*, Rn. 39 f.

²⁸ Zutreffend *Magnus*, NStZ 2013, 1 (5 f), m.N. des Streitstandes.

fraktionsübergreifende Gesetzentwürfe vor, die von der generellen Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe zur Selbsttötung²⁹ über das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung³⁰ bis zu der ausdrücklichen Erlaubnis einer ärztlich begleiteten Lebensbeendigung³¹ reichen. Die große Mehrzahl der deutschen Strafrechtslehrerinnen und -lehrer hat sich gegen die politischen Bestrebungen zur Ausweitung der Strafbarkeit im Zusammenhang mit der Sterbehilfe ausgesprochen³².

3. Todeszeitpunkt

Fall 4: – Organentnahme –

15

Michael Müller (M) erlitt mit seinem Motorrad einen Unfall und wurde mit schweren Kopfverletzungen in die Universitätsklinik eingeliefert. Dort ließ ihn Professor Schmidt (S) an einen Respirator (Gerät zur künstlichen Beatmung) anschließen und entnahm ihm, nachdem die Hirnströme versiegt und im Elektroencephalogramm (EEG) die Nulllinie eingetreten war, das Herz; dieses wurde einem geeigneten Patienten eingepflanzt.

Hat S den M durch die Herzentnahme getötet?

Es fragt sich, wann das menschliche Leben endet.

Der Todeseintritt wurde früher mit dem »irreversiblen, endgültigen Stillstand von Kreislauf und Atmung« angenommen³³. Obwohl bekannt war, dass der Tod kein abruptes Ereignis, sondern ein fortschreitender Prozess ist, in dem die Lebensfunktionen nacheinander erlöschen und Zelle auf Zelle, Organ auf Organ absterben³⁴, bot sich dieser Zeitpunkt unter pragmatischen Gesichtspunkten an: Er bezeichnete den Beginn der therapeutisch nicht mehr aufhaltbaren Absterbeautomatik³⁵; denn nach dem endgültigen Ausfall von Kreislauf und Atmung mussten infolge fehlender Sauerstoffversorgung die Zellen des Körpers sukzessive sterben.

Diese »klassische« Todesdefinition geriet durch den medizinischen Fortschritt, der zur apparativen Ersetzbarkeit der Spontanfunktion von Kreislauf und Atmung führte (Respiratoren), ins Wanken. Die h.M. stellt heute, im Anschluss an die neue Todesdefinition der medizinischen Wissenschaft, auf den **Hirntod** ab: Mit dem irreversiblen Erlöschen der Hirntätigkeit soll der Todeseintritt anzunehmen sein³⁶.

16

²⁹ BT-Drs. 18/5376.

³⁰ BT-Drs. 18/5373, 18/5375.

³¹ BT-Drs. 18/5374; ein Entwurf (BT-Drs. 18/5375) will sogar entgegenstehende berufsständische Regelungen für unwirksam erklären

³² Hilgendorf/Rosenau, medstra 2015, 129 ff.

³³ Geilen, FS-Heinitz, 1972, S. 375 f.; Gössel/Dölling, Bd. 1, 2/41 ff.

³⁴ Lüttger, JR 1971, 309 m.w.N.

³⁵ Geilen, JZ 1971, 41 f.; Schreiber, JZ 1983, 593.

³⁶ Eser/Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch, vor § 211, Rn. 18 ff.; Heun, JZ 1996, 213; Jäger, BT, Rn. 5; Momsen, in: SSW, Vor §§ 211 ff. Rn. 13; Sinn, in: SK, § 212 Rn. 6; Spittler, JZ 1997, 747; eingehend: Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Kriterien des Hirntodes. Resolution vom 4.2.1982, JZ 1983, 594 ff. – i.d.F. von 1997, Deutsches Ärzteblatt 1997, B-1032. Bedenken bei Geilen, JZ 1971, 41; Höfling, JZ 1995, 26.

Dabei ist nach herrschender und zutreffender Ansicht der irreversible Ausfall des **Gesamthirns** erforderlich, während das Absterben des Großhirns noch nicht genügt³⁷.

– Demgemäß stellt § 3 II Nr. 2 Transplantationsgesetz v. 5.11.1997, BGBl. I, 2631 überzeugend ab auf den »endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen«.

Der Nachweis des Gehirntodes soll dabei im Wesentlichen mit dem Auftreten der Nulllinie im EEG erbracht sein. Als sichere – aber bedenkliche – Möglichkeit der Hirntodfeststellung wird zudem der »angiographische Nachweis des intercraniellen Kreislaufstillstandes« (eine röntgenologische Methode) genannt³⁸.

- 17** Zur **Begründung** der Hirntodthese werden einmal anthropologische (1), zum anderen therapeutische (2) und schließlich utilitaristische Erwägungen (3) geltend gemacht:

(1) Man sagt, ohne das Gehirn mit seiner einzigartigen Bedeutung für die Manifestation des Geistes fehle es an **menschlichem** Leben.

(2) Nach den (gegenwärtigen) Erkenntnissen der Medizin ist der Hirntod irreversibel. Die Hirnfunktionen sind apparativ nicht ersetzbar; nach dem Hirntod ist der Prozess des Absterbens des Gesamtorganismus auch durch Reanimationstechniken nur aufzuschieben, nicht aber zu verhindern³⁹.

(3) Wenn der Hirntod irreversibel ist, das Herz und andere Organe aber bei Verwendung von Reanimationstechniken (für gewisse Zeit) wiederbelebt oder am Leben erhalten werden, stellt sich im Hinblick auf **Organtransplantationen** die Frage, ob ein solches »lebendes Organpräparat« nicht als Organspender sinnvoll verwendet werden kann. Dies zu bejahen gestattet die Hirntodthese⁴⁰.

Folgt man der h.M., so war M, als S ihm das Herz entnahm, kein Mensch mehr, sondern lediglich ein »lebendes Organpräparat«; danach hat S den M nicht getötet.

II. Verhältnis von Mord und Totschlag (§§ 211, 212; 28 I, II StGB)

- 18** **Fall 5:** – *Anwendbarkeit des § 28 StGB* –

Bauer Kreibohm (K) erschoss den Polizisten Werner (W), um ungestört die Scheune seines Nachbarn, mit dem er verfeindet war, anzünden zu können. Die Tatwaffe hatte K von seinem Freund Grimm (G), den er eingeweiht hatte, erhalten, da dieser über W, der ihm vor Wochen eine gebührenpflichtige Verwarnung für falsches Parken erteilt hatte, verärgert war. Strafbarkeit von K und G?

a) *Strafbarkeit des K*

K hat eine vorsätzliche Tötung begangen, *um eine andere Straftat* (§ 306 I Nr. 1 StGB) *zu ermöglichen*. Damit ist der Tatbestand des § 211 II StGB erfüllt.

³⁷ Fischer, vor § 211 Rn. 15; Isemer/Lilie, MedR 1988, 66 ff.; Jähnke, in: LK¹¹, vor § 211 Rn. 8; *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer*, JZ 1983, 594 ff.: »Der Hirntod ist der vollständige und irreversible Zusammenbruch der Gesamtfunktion des Gehirns ... Der Hirntod ist der Tod des Menschen.« Abw. Horn, *Der Internist* 1974, 559 f.

³⁸ Dazu m.w.N. Schreiber, JZ 1983, 593 (594); *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer*, JZ 1983, 594 ff.

³⁹ Lüttger, JR 1971, 309 ff.; *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer*, JZ 1983, 594 ff.

⁴⁰ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, 2/85; Geilen, FS-Heinitz, 1972, S. 375 f.

b) Strafbarkeit des G

G könnte wegen Beihilfe zum Mord strafbar sein. Nach allgemeinen Akzessorie-
tätsgundsätzen (vgl. § 27 I StGB) wäre Mordbeihilfe anzunehmen; doch ist zu
prüfen, ob die **Akzessorietätslockerung** des § 28 II StGB eingreift, und zwar mit
der Folge einer Strafbarkeit des G nur wegen **Beihilfe zum Totschlag**:

(1) Herrschende Lehre

19

Für das Verhältnis §§ 211, 212 StGB⁴¹ gilt nach h.L. Folgendes: § 212 ist Grundde-
likt, § 211 StGB ein qualifizierter Tatbestand.

Die Mordmerkmale sind nach dieser Auffassung also nicht strafbegründend, son-
dern **strafschärfend**⁴². Daher greift § 28 II StGB nach h.L. ein, wenn es sich bei
dem von K verwirklichten Mordmerkmal um ein **besonderes persönliches** Merk-
mal handelt.

Ein – strafschärfendes (§ 28 II StGB) bzw. strafbarkeitsbegründendes (§ 28 I 20
StGB) – besonderes persönliches Merkmal ist gegeben, wenn es primär täterbezo-
gen ist, d.h. vornehmlich in der Person des Täters liegt; den Gegensatz bilden die
tatbezogenen Merkmale, die in erster Linie der Charakterisierung der Tat dienen⁴³.

Danach sind besondere persönliche Merkmale die Mordmerkmale der **1. Gruppe**
(»aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus
niedrigen Beweggründen«)⁴⁴. Denn es entspricht »Sprachgebrauch und natürlichem
Empfinden«, *niedrige Beweggründe* zu den besonderen persönlichen Merkmalen
zu zählen⁴⁵; die anderen Mordmerkmale der 1. Gruppe sind lediglich Beispiele für
einen niedrigen Beweggrund.

Besondere persönliche Merkmale sind aber auch die Mordmerkmale der **3. Gruppe** 21
(»um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken«)⁴⁶.

⁴¹ Zur Abgrenzung Mord/Totschlag auch als rechtspolitisches Problem: *Arzt*, ZStW 1971, 1 ff.;
Jähnke, MDR 1980, 705 ff.; *Köhne*, Jura 2011, 741 (742); *Otto*, ZStW 1971, 39 ff.

⁴² *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, 2/26 ff., 40; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch, vor § 211,
Rn. 3, 5; *Krey/Esser*, AT, Rn. 1025, 1027; *Mitsch*, in: AnwK, § 211 Rn. 2, 85; *Puppe*, in: NK,
§§ 28, 29 Rn. 30; *Schneider*, in: MK², vor § 211, Rn. 182 ff.; *Sinn*, in: SK, 211 Rn. 2; *Wessels/
Hettinger*, Rn. 69 ff. Ebso. jetzt obiter dictum *BGH*, JZ 2006, 629 (632); dazu *Küper*, JZ 2006,
608 (612 f.).

⁴³ *BGH* St 22, 375 (378); 23, 103 (105); 25, 287 (290); *Heine/Weißer*, in: Sch/Sch, § 28 Rn. 10 ff.,
15, 17; *Jähnke*, in: LK¹¹, § 211 Rn. 64 f.; *Krey/Esser*, AT, Rn. 1016 - 1020; *Kühl/Hinderer*, JuS
2010, 697 (698); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 28 Rn. 3 ff. Abl. u.a.: *Jakobs*, 23/8 ff.; *Puppe*, in: NK,
§§ 28, 29, Rn. 16; *Roxin*, AT 2, § 27 Rn. 23 ff.

⁴⁴ *BGH* St 22, 375 (378); 25, 287 (290); NStZ 2009, 627; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, 2/29,
54 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch, § 211 Rn. 49; *Fischer*, § 211 Rn. 90, 92; *Jäger*, BT,
Rn. 10; *Krey/Esser*, AT, Rn. 1025; *Kühl*, JA 2009, 566 ff.; *ders.*, JuS 2010, 1041; *Maurach/
Schroeder/Maiwald* Bd. 1, 2/51.

⁴⁵ *BGH* St 22, 375 (378); vgl. ergänzend *Krey/Esser*, AT, Rn. 1017.

⁴⁶ *BGH* St 23, 39 (40); 25, 287 (290); *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, 2/29, 54 ff.; *Eser/Sternberg-
Lieben*, in: Sch/Sch, § 211 Rn. 49; *Fischer*, § 211 Rn. 90, 92; *Jähnke*, in: LK¹¹, vor § 211 Rn. 64,
67; *Krey/Esser*, AT, Rn. 1025; *Lotz*, JuS 2010, 982 (985); *Maurach/Schroeder/Maiwald* Bd. 1,
2/51.

Diese Tatmodalität ist nämlich der Sache nach nichts anderes als ein Fall des Handelns *aus niedrigen Beweggründen*, weil der Täter das Leben eines Mitmenschen als Mittel zur Verdeckung (bzw. Ermöglichung) eigenen strafbaren Tuns einsetzt⁴⁷.

- 22 Die von K verwirklichte Tatmodalität (»um eine andere Straftat zu ermöglichen«) ist also **täterbezogen**, folglich ein strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal i.S. des § 28 II StGB. Damit hat bei der Frage, ob G wegen Mordbeihilfe oder nur wegen Beihilfe zum Totschlag strafbar ist, gemäß dieser Vorschrift außer Acht zu bleiben, dass K sich des Mordes und nicht nur des Totschlags schuldig gemacht hat. G ist nach § 28 II StGB nur dann der **Mordbeihilfe** schuldig, wenn in seiner Person ein besonderes persönliches Mordmerkmal vorliegt. Das ist hier der Fall: G hat »aus niedrigen Beweggründen« gehandelt. Ein niedriger Beweggrund (siehe dazu auch Rn. 33 - 35) ist nämlich gegeben, wenn das Tatmotiv des Täters nach allgemeiner sittlicher Wertung auf niedrigster Stufe steht, »verächtlich« ist⁴⁸, was z.B. bei einem sich über alle Maßstäbe hinwegsetzenden Vergeltungsdrang grundsätzlich anzunehmen ist⁴⁹. Nach der h.L. über das Verhältnis der §§ 211/212 StGB ist G also der Mordbeihilfe schuldig.

- 23 *Ergänzender Hinweis zur Bedeutung des § 28 II StGB im Verhältnis §§ 211/212 StGB:* Manche Autoren halten die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe für **Schuldmerkmale**, sodass § 29 StGB einschlägig sei⁵⁰. Anders die h.L., die – wie dargelegt – auf § 28 II StGB rekurriert⁵¹; dem ist aus den folgenden Gründen zuzustimmen: Erstens sprechen die systematische Stellung des § 29 StGB und seine ratio für die These, diese Vorschrift erfasse lediglich die Schuldausschließungs-, Entschuldigungs- und Schuldminderungsgründe des Allgemeinen Teils des Strafrechts⁵². Zweitens begründen alle Mordmerkmale, auch die der 1. und 3. Gruppe, nicht nur erhöhte Schuld, sondern gegenüber dem Totschlag **erhöhtes Unrecht**; beim Handeln aus niedrigen Beweggründen bzw. um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken geht es also um »tatbestandliches Unrecht«⁵³. –

24 (2) Rechtsprechung

Anders als die h.L. sieht der *BGH* in ständiger Rechtsprechung in § 211 und § 212 StGB zwei selbstständige Tatbestände und in den Mordmerkmalen demnach **straf-**

⁴⁷ *BGH* St 23, 39 (40); *Jähnke*, in: LK¹¹, § 211 Rn. 2; *Sinn*, in: SK, § 211 Rn. 66, 75; *Wessels/Hettinger*, Rn. 123. Vgl. auch *BGH* St 35, 116 (121 f., 126 f.).

– Zur Frage, ob § 211 StGB trotz Vorliegens eines Mordmerkmals der 3. Gruppe entfällt, wenn es wegen außergewöhnlicher Umstände »ausnahmsweise nicht die Kriterien eines niedrigen Beweggrundes erfüllt«, siehe unten, Rn. 63. –

⁴⁸ *BGH* St 3, 132 f.; 47, 128; NStZ 1984, 261 f.; NStZ 1993, 341 f.; NStZ 2008, 29; *Fischer*, § 211 Rn. 14 a.

⁴⁹ *BGH*, NJW 1958, 189; NStZ 1995, 181 f. (Zorn, Wut).

⁵⁰ So u.a.: *Jeschek/Weigend*, § 42 II 3, III 2, § 61 VII 4 c; *Schmidhäuser*, AT 14/89 mit Fn. 29; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 422 f., 555 ff.; *Wessels/Hettinger*, Rn. 141.

⁵¹ So etwa: *Hoyer*, in: SK, § 28 Rn. 7 ff.; *Jähnke*, in: LK¹¹, vor § 211 Rn. 46 ff., Rn. 65; *Krey/Esser*, AT, Rn. 1015 ff., 1020, 1025, 1026, 1029; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 211 Rn. 16; *Küpper*, BT 1, I 1/70; *Maurach/Schroeder/Maiwald* Bd. 1, 2/50, 51; *Momsen*, in: SSW, § 211 Rn. 87.

⁵² So u.a. *Hoyer*, in: SK, § 28 Rn. 7-14; *Joecks*, § 29 Rn. 1 f.; *Schünemann*, Jura 1980, 363.

⁵³ So u.a.: *BGH* St 1, 368 (371), *Jähnke*, in: LK¹¹, vor § 211 Rn. 46 ff., 49, 65; *Krey/Esser*, AT, Rn. 375 m.w.N.; *Otto*, 4/1.