



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 336/07

vom

2. November 2007

in der Strafsache

gegen

wegen versuchten Mordes u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 2. November 2007 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 6. März 2007 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Schwangerschaftsabbruch zu einer Freiheitsstrafe von vierzehn Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

I.

- 2 Nach den Feststellungen des Landgerichts ging der Angeklagte Anfang Mai 2006 eine intime Beziehung mit der damals 16-jährigen späteren Geschädigten S. ein, die kurz darauf von ihm schwanger wurde. S. zog einige Tage vor dem 10. Oktober 2006 aus der im August gemeinsam mit dem Angeklagten bezogenen Wohnung in H. aus, weil sie sich von ihm trennen wollte, und zog zu ihrer Mutter nach F. . Der Angeklagte suchte

in den folgenden Tagen dennoch regelmäßig telefonischen und persönlichen Kontakt zu ihr.

3 Bei einem Gespräch in der Wohnung ihrer Mutter am Tattage erklärte S. dem Angeklagten auf dessen Frage, sie wolle ihm keine neue Chance geben, sondern nur noch eine freundschaftliche Beziehung wegen des gemeinsamen Kindes. Der Angeklagte stieß ihr darauf in Tötungsabsicht mit Wucht ein von ihm mitgeführtes Küchenmesser von 12 cm Klingenlänge in die Brust. Er tat dies, weil er S. ganz für sich alleine wollte und sie keinem anderen Mann gönnte. Die Geschädigte schrie auf, zog sich das Messer selbst aus der Brust und legte es auf einem Tisch ab. Daraufhin nahm der Angeklagte das Messer vom Tisch und versetzte ihr in Tötungsabsicht mindestens sieben weitere Stiche in den Hals und die Brust, bevor er von dem im Nebenzimmer anwesenden Zeugen W. , einem Bekannten der Geschädigten, von dieser weggezogen wurde. Der Angeklagte stieß den Zeugen W. zur Seite. Obwohl es ihm aufgrund seiner körperlichen Überlegenheit möglich gewesen wäre, setzte er den Angriff auf S. nicht fort, sondern ging auf den Balkon und warf das Tatmesser auf die Schienen einer vorbeiführenden Straßenbahnlinie. Danach rief er mit seinem Mobiltelefon die Notrufnummer 112 an und verständigte, ohne seinen Namen zu nennen, einen Notarzt, bevor er die Wohnung verließ. Er tat dies, weil ihm die Geschädigte leid tat und er sie nun doch noch retten wollte.

4 S. konnte durch das sofortige Eingreifen des Notarztes und eine schwierige Notoperation gerettet werden. Sie wurde noch im Erstaufnahmeraum des Krankenhauses durch einen Notfallkaiserschnitt von einer Tochter entbunden. Nach der sofortigen Herzoperation musste sie sich zwei weiteren Operationen unterziehen. In Folge der Operationen trug sie mehrere auffällige Narben am Oberkörper davon. Ihre Tochter C. , die nach der Ent-

bindung auf die Frühgeborenenintensivstation verlegt wurde, verstarb dort am 26. Oktober 2006 auf Grund ihrer Frühgeburtlichkeit und eines in Folge der Stichverletzungen ihrer Mutter erlittenen Herz-Kreislauf-Stillstandes. Ohne diesen Herz-Kreislauf-Stillstand hätte eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für das Überleben des Kindes bestanden.

## II.

5 Die Annahme des Landgerichts, ein strafbefreiender Rücktritt des Angeklagten vom Versuch des Mordes gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB sei nicht gegeben, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

6 Das Landgericht hat hierzu ausgeführt, der Umstand, dass der Angeklagte noch Stichbewegungen in Richtung auf den Oberkörper der Geschädigten unternommen habe, als der Zeuge W. ihn zurück riss, zeige, dass er zu diesem Zeitpunkt die Tat als noch nicht beendet angesehen habe. Er habe noch weiter zustechen wollen, um die Tat zu vollenden. Hierzu wäre es jedoch erforderlich gewesen, den Widerstand des Zeugen W. zu überwinden; daher sei eine Zäsur eingetreten, so dass der Versuch insgesamt fehlgeschlagen und ein strafbefreiender Rücktritt ausgeschlossen gewesen sei.

7 Diese Begründung ist rechtlich nicht tragfähig. Richtig ist zwar, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein strafbefreiender Rücktritt ausgeschlossen ist, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (vgl. etwa BGHSt 34, 53, 56; 35, 90, 94; 39, 221, 227; 41, 369). Hierfür kommt es aber anders als vom Landgericht angenommen, nicht darauf an, ob der Täter nach der letzten Ausführungshandlung erkennt, dass seine Tat nicht vollendet und sein Tatplan daher noch nicht verwirklicht ist. Fehlgeschlagen ist der Versuch vielmehr dann, wenn der Erfolgseintritt nach der letzten Ausführungshandlung im unmittelbaren Handlungsfortgang und mit nahe liegenden Mitteln objektiv

nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder wenn der Täter den Erfolg subjektiv nicht mehr für möglich hält (BGHSt 39, 221, 228). Auch für die Feststellung eines Fehlschlags ist daher nicht in erster Linie auf den ursprünglichen Tatplan, sondern auf den Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung abzustellen. Der Tatplan kann nur insoweit eine Rolle spielen, als eine vom Täter nach dem Scheitern seiner bisherigen Bemühungen erkannte Notwendigkeit, Tathandlung und -ablauf grundlegend zu ändern oder ein ganz anderes als das bisher verwendete Tatmittel einzusetzen, die Annahme eines Fehlschlags nahe legt.

Nach den Feststellungen des Landgerichts war hier zum Zeitpunkt der Vornahme der letzten Ausführungshandlung des Angeklagten der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs, also der Tod der Geschädigten, objektiv ohne Weiteres möglich, denn S. wäre ohne das Eingreifen des Notarztes binnen kurzer Zeit an den ihr von dem Angeklagten zugefügten Stichverletzungen gestorben. Dass der Angeklagte diese Sachlage verkannt und den Eintritt des Erfolgs irrtümlich für nicht mehr möglich gehalten haben könnte, wäre schon mit der Feststellung nicht vereinbar, dass er den Notruf gerade deshalb absetzte, um die Geschädigte "noch zu retten".

- 8 Die Ablehnung eines strafbefreienden Rücktritts vom (beendeten) Versuch hält daher der rechtlichen Prüfung nicht stand, da das Landgericht einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab angewandt hat. Schon dies führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.
- 9 Der neue Tatrichter wird Gelegenheit haben, den Sachverhalt gegebenenfalls auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 226 StGB zu würdigen.

III.

10            Im Hinblick auf die Ausführungen des Landgerichts zur weiteren Straf-  
barkeit des Angeklagten merkt der Senat an:

11            Die Würdigung der Tat auch als tateinheitlich verwirklichter Schwanger-  
schaftsabbruch zum Nachteil des Kindes C.        entspricht der geltenden  
Rechtslage.

12            1. Die Grenzlinie der Anwendungsbereiche des § 218 StGB einerseits  
und der Tötungsdelikte andererseits war bis zum Jahre 1998 der ausdrückli-  
chen gesetzlichen Regelung des § 217 StGB zu entnehmen. Denn nach dieser  
Vorschrift wurde eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach  
der Geburt tötete, mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft, während  
der Schwangerschaftsabbruch nach § 218 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei  
Jahren oder mit Geldstrafe geahndet wird. Aus der Systematik dieser Normen  
folgte, dass eine Tötung nach Beginn der Geburt nicht mehr als Schwanger-  
schaftsabbruch (Tötung der Leibesfrucht), sondern als Tötung eines Kindes,  
also eines Menschen, anzusehen war (BGHSt 31, 348, 350 f. m.w.N.).

13            Ungeachtet der Aufhebung des § 217 StGB durch Art. 1 Nr. 35 des  
6. StrRG vom 26. Januar 1998 (BGBl. I, 164) wird diese Grenzlinie auch heute  
noch durch die Geburt bestimmt, ohne dass es vorliegend auf eine noch ge-  
nauere Bestimmung des nunmehr maßgeblichen Zeitpunktes im Rahmen des  
Geburtsvorgangs ankäme. Diese Abgrenzung, die auch das Landgericht im  
Grundsatz nicht in Frage stellt, ergibt sich nach dem Fortfall des § 217 StGB  
aus der Systematik der Tatbestandsmerkmale der §§ 212 Abs. 1, 222 StGB  
einerseits und des § 218 Abs. 1 StGB andererseits, welche den Beginn des  
Menschseins mit der Folge der Anwendbarkeit der Tötungstatbestände erst an  
das Ende der Schwangerschaft, also die Geburt, anknüpft (ausführl. hierzu Kü-

per, GA 2001, 515, 533 ff.; H.-J. Hirsch in Festschr. für Eser, 2005, S. 309 ff.; weit. Nachw. bei Fischer StGB 55. Aufl. vor § 211 Rdn. 3 a.E.).

14           Zwar hat das Landgericht hierin einen Wertungswiderspruch zwischen der Ausgestaltung des strafrechtlichen Schutzes des geborenen Kindes einerseits und des noch ungeborenen, aber wegen des Grades seiner Ausreifung bereits außerhalb des Mutterleibs lebensfähigen Kindes andererseits erblickt. Es hat die Auffassung vertreten, durch die Rechtsprechung müsse einer kritischen Überprüfung unterzogen werden, ob in einem Fall wie dem vorliegenden tatsächlich § 218 Abs. 1 StGB und nicht § 212 Abs. 1 StGB anzuwenden sei. Jedoch wäre zu einer Korrektur angesichts der dargestellten Gesetzssystematik im Gegensatz zur Einschätzung des Landgerichts nicht die Rechtsprechung, sondern allein der Gesetzgeber berufen.

15           2. Eine rechtliche Bewertung der Tat als Tötungsdelikt zum Nachteil des Kindes C. ergibt sich hier auch nicht deswegen, weil zwar die Einwirkung des Angeklagten auf das Kind bereits vor der Geburt erfolgt, der tatbestandsmäßige Erfolg, also der Tod der Leibesfrucht, aber erst nach der Geburt des Kindes eingetreten ist (so allerdings für den Bereich der Vorsatzdelikte insb. Tepperwien, Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?, Tübingen 1973, 47 ff., 55 ff., 95 ff., 138 ff.). Denn maßgeblich für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des § 218 StGB einerseits und der Tötungsdelikte andererseits ist der Zeitpunkt, zu dem die auf die Herbeiführung des Erfolgs gerichtete Handlung des Täters auf das Opfer einwirkt. Dies war hier der Zeitpunkt des Eintritts des Herz-Kreislauf-Stillstandes des ungeborenen Kindes in Folge der Verletzung der Mutter.

16           Diese rechtliche Bewertung ergab sich in den bis 1943 geltenden Fassungen der Abtreibungstatbestände bereits unmittelbar aus dem Wortlaut des

Gesetzes: Denn sowohl die §§ 218, 220 in der ursprünglichen Fassung des Reichsstrafgesetzbuches als auch § 218 StGB in der Fassung des Gesetzes vom 18. Mai 1926 (RGBl. I, 239) sahen als Tatbestandsalternativen der Tötung der Leibesfrucht entweder "im Mutterleib" oder "durch seine Abtreibung" vor. Nach dieser Tatbestandsfassung kam es zur Abgrenzung notwendig auf den Zeitpunkt der Einwirkung der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung, nicht aber auf den Zeitpunkt des Erfolgseintritts an, denn die zweite Alternative setzte zwingend voraus, dass der Tötungserfolg erst an einem bereits geborenen Kind eintrat.

17           Zwar enthält der Wortlaut des § 218 StGB in seinen Neufassungen durch die VO vom 9. März 1943 (RGBl. I, 140) und dann durch das 5. StrRG vom 18. Juni 1974 (BGBl. I, 1297) die beiden genannten Tatbestandsmodalitäten nicht mehr ausdrücklich. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfasst aber der Tatbestand weiterhin sowohl die Abtötung der Leibesfrucht im Mutterleib als auch die Tötung durch dessen Abtreibung (BGH, Urt. vom 12. Mai 1953 - 1 StR 796/52 -; BGHSt 10, 5 f.; 13, 21, 24; 31, 348, 352); daher kommt es für die Abgrenzung der zweiten Alternative zu den Tötungsdelikten weiterhin auf den Zeitpunkt der Einwirkung an. Diese Rechtsprechung, für die auch die gesetzliche Regelung des § 8 Satz 2 StGB spricht, vermeidet, dass es von dem für den Täter ganz zufälligen Ablauf des physiologischen Vorgangs - Eintritt des Todes vor oder nach der Geburt - abhängt, ob er wegen eines Tötungsdelikts oder wegen Schwangerschaftsabbruchs zu bestrafen ist (BGHSt 31, 348, 352).

18           3. Einer Bestrafung wegen Schwangerschaftsabbruchs stünde hier nicht entgegen, dass das in der 25. Schwangerschaftswoche geborene Kind angesichts des Grades seiner Ausreifung mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits lebensfähig gewesen wäre, wenn es nicht im Mutterleib in Folge der Verletzun-



gen seiner Mutter einen Herz-Kreislauf-Stillstand erlitten hätte. Zwar ist der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Fall der Verwirklichung des Abtreibungstatbestands durch die Herbeiführung der Ausstoßung aus dem Mutterleib die Einschränkung zu entnehmen, diese Art der Tatbestandsverwirklichung setze voraus, dass das Kind in Folge des verfrühten Fruchtabgangs alsbald nach dem Austritt aus dem Mutterleib stirbt (BGHSt 13, 21, 24). Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, dass der Tatbestand des § 218 Abs. 1 StGB nur bis zu dem Zeitpunkt verwirklicht werden könne, zu dem das ungeborene Kind bereits genügend ausgereift ist, um im Falle seiner Ausstoßung aus dem Mutterleib bereits selbständig weiterleben zu können. Vielmehr erfasst der Tatbestand gerade auch diejenigen Fälle, in denen die Einwirkung des Täters auf eine bereits selbständig lebensfähige Leibesfrucht zunächst zu einer Lebendgeburt geführt, das Kind jedoch die Verletzungen, die es durch die auf den verfrühten Abgang gerichteten Handlungen erlitten hatte, nicht überlebt. Denn andernfalls wäre derjenige Täter, der den Tod der bereits selbständig lebensfähigen Leibesfrucht noch im Mutterleib bewirkt hat, nach § 218 Abs. 1 Satz 1 StGB zu bestrafen, während derjenige, dessen Handlung den Tod einer solchen Leibesfrucht erst nach deren Ausstoßung aus dem Mutterleib herbeigeführt hat, straffrei bliebe. Sachliche Gründe für eine solche Differenzierung, bei der die strafrechtliche Einordnung der Tat als strafbarer Schwangerschaftsabbruch oder als straffreie Handlung wiederum von dem für den Täter ganz zufälligen Ablauf des physiologischen Vorgangs - Tod vor oder nach der Geburt - abhinge und durch die zudem die bereits lebensfähige Leibesfrucht einem geringeren strafrechtlichen Schutz unterstellt würde als die noch nicht ausgereifte, sind nicht ersichtlich.

- 19                    4. Im Ergebnis würde daher auch der zeitliche Abstand von 16 Tagen zwischen der Abtreibungshandlung und dem Tod des zunächst lebend geborenen Kindes einer Verurteilung des Angeklagten wegen Schwangerschaftsabbruchs

bruchs nicht entgegenstehen. Wenn das Kind schon diejenige intensivmedizinische Behandlung nicht überlebt, die unmittelbar durch die Abtreibungshandlung erforderlich geworden ist, und nach Behandlung noch auf der Frühgeborenenintensivstation verstirbt, so ist die zeitliche Verknüpfung des Todeseintritts mit der Abtreibungshandlung noch so eng, dass der Tod jedenfalls "alsbald" im Sinne der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung eingetreten ist (ähnl. Kröger in LK 11. Aufl. § 218 Rdn. 16). Ob an dem durch die bisherige Rechtsprechung (vgl. neben BGHSt 13, 21, 24 auch BGHSt 31, 348, 352) aufgestellten, allerdings bisher nicht näher begründeten Erfordernis eines "alsbaldigen" Todeseintritts des lebend geborenen Kindes überhaupt festzuhalten wäre, bedarf bei dieser Fallgestaltung keiner Entscheidung.

Rissing-van Saan

Bode

Rothfuß

Fischer

Roggenbuck