

HRRS-Nummer: HRRS 2021 Nr. 33

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2021 Nr. 33, Rn. X

BGH 5 StR 256/20 - Beschluss vom 11. November 2020 (LG Berlin)

BGHSt; Tötungsdelikte (Beginn der Geburt bei operativer Entbindung: „Kaiserschnitt“; Mehrlingsgeburt; Geburtsbeginn als Zäsur zwischen Tötungsdelikten und Schwangerschaftsabbruch; Eröffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib; eindeutiges Ende der Schwangerschaft; Vorsatz; Parallelwertung in der Laiensphäre; Rechtfertigung; Analogie; planwidrige Regelungslücke; Verbotsirrtum).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 218 StGB; § 218a Abs. 2 StGB

Leitsätze

1. Bei einer operativen Entbindung (Kaiserschnitt, sectio caesarea) beginnt die Geburt und damit der Anwendungsbereich der §§ 211 ff. StGB regelmäßig mit der Eröffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib; dies gilt auch bei einer Mehrlingsgeburt. (BGHSt)
2. Mit der Eröffnung des Uterus kommt ein Abbruch des begonnenen Geburtsvorgangs (in vergleichbarer Weise wie beim Beginn einer natürlichen Geburt) regelmäßig praktisch nicht mehr in Betracht. Der Nasciturus ist damit erstmals direkt vom Geburtsvorgang betroffen und es wird in aller Regel - anders als Narkose oder Bauchschnitt - ein eindeutiges Ende der Schwangerschaft im Sinne von § 218 StGB bewirkt. Lediglich in seltenen Sonderfällen wie der Uterusruptur kann der Geburtsbeginn bei einem Kaiserschnitt auch früher als mit der Uterusöffnung anzusetzen sein. (Bearbeiter)
3. Die grundsätzlich objektive Grenzziehung anhand des Merkmals der Eröffnung des Uterus bedarf aufgrund der medizinischen Möglichkeiten, den Uterus zu fetalchirurgischen Zwecken zu öffnen und wieder zu verschließen, um die Schwangerschaft anschließend fortauern zu lassen, einer Einschränkung. In subjektiver Hinsicht muss die Gebärmutter zu dem Zweck eröffnet werden, den Fetus dauerhaft vom Mutterleib zu trennen und damit die Schwangerschaft zu beenden. Diese Intention des Arztes lässt sich regelmäßig anhand objektiver Merkmale (insbesondere Operationsvorbereitung) feststellen. (Bearbeiter)
4. Der Senat hält daran fest, dass der Geburtsbeginn als maßgeblicher Zäsur zwischen §§ 211 ff. StGB und § 218 StGB anzusehen ist, weil das Kind gerade in der mit Risiken für Gesundheit und Leben verbundenen Geburtsphase besonderen Schutzes - auch vor fahrlässigen Einwirkungen - bedarf. Mit dem Wortlaut des § 218 StGB ist es ohne weiteres vereinbar, den Beginn der Geburt - entsprechend der medizinischen Terminologie - als Ende der von § 218 StGB geschützten Schwangerschaft und damit als Beginn des Schutzes durch §§ 211 ff. StGB anzusehen. Dass im Zivilrecht die Rechtsfähigkeit erst ab Vollendung der Geburt beginnt (§ 1 BGB), ist aufgrund des abweichenden Regelungszwecks von Zivil- und Strafnormen nicht ausschlaggebend. (Bearbeiter)
4. Der Senat hält daran fest, dass der Geburtsbeginn als maßgebliche Zäsur zwischen §§ 211 ff. StGB und § 218 StGB anzusehen ist, weil das Kind gerade in der mit Risiken für Gesundheit und Leben verbundenen Geburtsphase besonderen Schutzes – auch vor fahrlässigen Einwirkungen – bedarf. Mit dem Wortlaut des § 218 StGB ist es ohne weiteres vereinbar, den Beginn der Geburt – entsprechend der medizinischen Terminologie – als Ende der von § 218 StGB geschützten Schwangerschaft und damit als Beginn des Schutzes durch §§ 211 ff. StGB anzusehen. Dass im Zivilrecht die Rechtsfähigkeit erst ab Vollendung der Geburt beginnt (§ 1 BGB), ist aufgrund des abweichenden Regelungszwecks von Zivil- und Strafnormen nicht ausschlaggebend. (Bearbeiter)
5. Als Beginn der Geburt sieht der Bundesgerichtshof bei natürlichem Geburtsverlauf bisher das Einsetzen der Eröffnungswehen an. Ob angesichts der medizinischen Möglichkeit einer Unterdrückung von weiteren Eröffnungswehen durch die Gabe wehenhemmender Medikamente für den Geburtsbeginn auf den Beginn jeder Art von Eröffnungswehen, auf den Beginn von alsbald in die Ausstoßung der Leibesfrucht mündenden Eröffnungswehen, auf den Beginn der Presswehen oder gar erst auf den Beginn des Austritts des Kindes aus dem Mutterleib abzustellen ist, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)
6. Eine analoge Anwendung von § 218a Abs. 2 StGB kommt in Fällen der vorliegenden Art nicht in Betracht. Es fehlt schon an einer planwidrigen Regelungslücke. Angesichts der umfassenden parlamentarischen

Diskussion der auch weltanschaulich umstrittenen Fragen in Zusammenhang mit § 218a Abs. 2 StGB beruht die Beschränkung dieses Rechtfertigungsgrundes auf die Zeit der Schwangerschaft auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers in Umsetzung entsprechender Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Gegen eine Analogie spricht außerdem, dass Ausnahmenvorschriften wie § 218a Abs. 2 StGB eng auszulegen sind und durch eine Analogie eine vom Gesetzgeber als Ausnahme gewollte Regelung nicht zum allgemeinen Prinzip erhoben werden darf. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 19. November 2019 im Strafausspruch aufgehoben.

Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen Totschlags verurteilt, die Angeklagte R. zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, den Angeklagten V. zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten; die Vollstreckung beider Strafen hat es zur Bewährung ausgesetzt. Die jeweils mit der näher ausgeführten Sachrüge geführten Revisionen der Angeklagten erzielen den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie unbegründet. 1

I.

1. Das Landgericht hat Folgendes festgestellt: 2

Die bislang unbestraften Angeklagten sind fachlich versierte Geburtshelferinnen. Die Angeklagte R. ist seit 2005 Leitende Oberärztin in einer Klinik für Geburtshilfe in B., der Angeklagte V. war dort bis 2012 Chefarzt. Im Rahmen eines Kaiserschnitts töteten sie am 12. Juni 2010 nach Öffnung der Gebärmutter und Geburt eines gesunden weiblichen Zwillinges den verbliebenen schwer geschädigten weiblichen Zwilling durch Injektion von 20 ml Kaliumchloridlösung in die Nabelvene. Hierzu kam es wie folgt: 3

Die damals 26-jährige Zeugin S. wurde Ende 2009 spontan schwanger. Im Februar 2010 ergab sich, dass bei ihr eine intakte diamniotmonochoriale Zwillingsschwangerschaft vorlag, also eine Schwangerschaft, bei der jeder (eineiige) Fetus über eine eigene innere Eihülle verfügt, sich beide aber eine Plazenta teilen. Eine solche Schwangerschaft ist aufgrund der Verbindung der Blutkreisläufe der Zwillinge über Gefäßverbindungen in der Plazenta risikobehaftet, weil es dadurch zu einem Ungleichgewicht des Blutaustauschs und der Fruchtwasserbildung kommen kann. So war es auch bei der Zeugin. Anfang Mai 2010 wurden deshalb die Blutgefäßverbindungen mittels Laser verschweißt und die Fruchtwassermenge normalisiert. Ende Mai/Anfang Juni 2010 wurde bei dem einen Zwilling eine Hirnschädigung in Form einer Leukomalazie festgestellt, ein deutlich verschmälertes Hirnmantel mit Verlust der normalen Schichtung bei vermehrter Hirnflüssigkeitsansammlung in beiden seitlichen Hirnkammern und damit eine schwere Entwicklungsstörung. Der andere Fetus wies demgegenüber eine normale Entwicklung bei grenzwertig niedriger Biometrie aus. 4

In dem Universitätsklinikum H. wurde der Befund bestätigt und die Zeugin S. über die Möglichkeit eines selektiven Schwangerschaftsabbruchs (selektiver Fetozid) und dessen Risiken informiert. Ein solcher Eingriff wurde (und wird) nur in darauf spezialisierten medizinischen Zentren durchgeführt, in Deutschland namentlich im Universitätsklinikum H. und in Bo., zudem in vier weiteren europäischen Städten. Der Eingriff erfolgt, indem die Nabelschnurgefäße des betroffenen Fetus mittels eines 3 mm großen Instruments (Koagulationszange) mittels elektrischer Spannung verschlossen werden; alternativ kann ein Clip gesetzt werden. Eine Injektion mit Kaliumchlorid zur Herbeiführung eines Herzstillstandes ist nicht möglich, weil der andere Fetus dadurch in Gefahr gerät. Der Eingriff erhöht das Risiko einer Frühgeburt, ist aber auch bei bereits einsetzender Wehentätigkeit noch möglich und wirkt dann wehenfördernd. Der abgestorbene Fetus verbleibt bis zur Geburt im Mutterleib, wobei diese zeitnah zum Eingriff zu erfolgen hat, da anderenfalls das Risiko für den anderen Zwilling stark ansteigt. Daher werden der selektive Fetozid und die anschließende Geburt grundsätzlich in demselben medizinischen Zentrum durchgeführt. Wegen des erhöhten Frühgeburtsrisikos sollte das Gestationsalter (Schwangerschaftsdauer, Tragzeit) zu diesem Zeitpunkt so weit wie möglich fortgeschritten sein. 5

Am 11. Juni 2010 entschied sich die Zeugin S. zunächst für einen solchen selektiven Fetozid, nahm wenig später aber davon wieder Abstand, weil sie sich im Universitätsklinikum H. nicht gut betreut fühlte und glaubte, man wolle dort den Abbruch nicht vornehmen. Am 21. Juni 2010 wurde bei einer Untersuchung beim Frauenarzt eine 6

Zervixinsuffizienz (Verkürzung des Gebärmutterhalses und Öffnung des Muttermundes) festgestellt, weshalb die Zeugin in das V. Klinikum N. überwiesen wurde. Die Angeklagte R. untersuchte sie und kam zu dem Ergebnis, dass akut keine Frühgeburt drohe. Dabei wurden auch die bislang vorliegenden Befunde und die Frage besprochen, wie der von der Zeugin gewünschte Fetozid durchzuführen sei. Die Zeugin entschloss sich, weil sie sich von der Angeklagten gut betreut fühlte, Geburt und Fetozid im Klinikum N. durchführen zu lassen. Die Angeklagte erklärte ihr, dass eine Injektion mit Kaliumchlorid zur Tötung des schwer geschädigten Zwillinges die Gefahr berge, dass dieses auch in den Blutkreislauf des gesunden Zwillinges gelange. Daher müsse der selektive Fetozid unmittelbar mit der Geburt des gesunden Kindes im Zusammenhang mit der Sectio (Kaiserschnitt) durchgeführt werden. Beide Angeklagte besprachen den Fall und kamen überein, das geplante Geschehen so lange wie möglich hinauszuschieben, um dem gesunden Zwilling Zeit zur Entwicklung zu geben. Der Kaiserschnitt sollte ab der 34. Woche, besser später, vorgenommen werden. Für eine Woche wurde die Zeugin S. stationär aufgenommen, anschließend wieder entlassen.

Unter dem 28. Juni 2010 verfassten der bis dahin behandelnde Arzt und ein weiterer Arzt ein Indikationsschreiben, wonach aufgrund der schweren Hirnschädigung des einen Zwillinges unter Berücksichtigung der Lebenssituation der Schwangeren die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen und körperlichen Gesundheitszustandes der Schwangeren bestehe. Weil sie keine Möglichkeit gesehen hätten, die Gefahr auf andere zumutbare Weise abzuwenden, hätten sich die Eltern zum Abbruch der Schwangerschaft entschlossen. Die medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 Abs. 2 StGB sei aus mütterlicher Indikation gegeben. 7

Am 11. Juli 2010 setzten Wehen ein. Am späten Abend begab sich die Zeugin S. ins Klinikum N., wo sie stationär aufgenommen wurde. Ihr wurde - erfolglos - ein wehenhemmendes Medikament verabreicht. Der Gebärmutterhals war verkürzt, die Muttermundweite betrug 3 cm. Ob es sich bereits um Eröffnungswehen handelte, konnte die Kammer nicht feststellen; jedenfalls waren sie mit der Gabe wehenhemmender Medikamente nicht mehr zu unterdrücken. Die Angeklagte R. benachrichtigte den Angeklagten V., der in den frühen Morgenstunden des 12. Juli 2010 in die Klinik kam. Gemeinsam entschlossen sie sich, den geplanten Kaiserschnitt vorzunehmen, in dessen Verlauf zunächst der gesunde Zwilling entbunden und unmittelbar im Anschluss daran der geschädigte - jedoch lebensfähige - Zwilling mittels Kaliumchloridinjektion getötet werden sollte. Dabei war beiden bewusst, dass sie sich durch diese von den medizinischen Fachkreisen nicht vorgesehene Operationsmethode über geltendes Recht hinwegsetzten und einen Menschen töten würden. Dies nahmen sie in Kauf, um den Wunsch der Zeugin S., nur ein gesundes Kind zur Welt zu bringen, in jedem Fall umzusetzen. Das Gestationsalter betrug zu diesem Zeitpunkt 32 Wochen. 8

In Umsetzung dieses Plans öffnete die Angeklagte gegen 5 Uhr operativ Bauchdecke und Gebärmutter der Zeugin S., wobei ihr der Angeklagte assistierte. Der gesunde weibliche Zwilling (1.670 g schwer) wurde entnommen, seine Nabelschnur durchtrennt, und er wurde an die Ärzte der Neonatologie übergeben. Anschließend suchten sie bei dem in der Gebärmutter in Beckenendlage liegenden anderen Zwilling (1.430 g schwer) die Nabelschnur, klemmten diese ab und töteten ihn durch Injektion von 20 ml Kaliumchloridlösung in die Nabelvene. Den toten Zwilling hoben sie aus der Gebärmutter und nabelten ihn ab. Im Operationsbericht vermerkte die Angeklagte insoweit „Totgeburt“. Sie unterzeichnete auch den Leichenschauchein. Der getötete Zwilling war lebensfähig, es wären bei ihm aber schwere Behinderungen (motorische Störungen, Lähmungen, Spastiken, deutliche kognitive Einschränkungen) zu erwarten gewesen. Andere Verfahren zur Durchführung eines selektiven Fetozids wären mit höheren Risiken für den gesunden Zwilling verbunden gewesen. 9

2. Das Landgericht hat das Tun der beiden zum äußeren Geschehen weitgehend geständigen Angeklagten als gemeinschaftlich begangenen Totschlag gewertet. Der getötete Zwilling sei mit der Eröffnung der Gebärmutter ein Mensch im Sinne der §§ 211 ff. StGB und nicht mehr eine lediglich von § 218 StGB geschützte Leibesfrucht gewesen. Die Einlassung der Angeklagten, sie seien davon ausgegangen, es habe sich bei dem im Mutterleib zunächst verbliebenen Zwilling nach ihrer damaligen Auffassung noch um einen Fetus und noch nicht um einen Mensch gehandelt, hat die Schwurgerichtskammer als widerlegt angesehen, weil beide langjährig erfahrene und fachlich besonders versierte Geburtsmediziner seien. Im Rahmen ihrer Tätigkeit in der Frauenheilkunde und der Geburtsmedizin hätten sich beide mit den einschlägigen Rechtsvorschriften und der Rechtslage vertraut gemacht. Ein Verbotsirrtum scheidet aus, da sich die Angeklagten in Kenntnis der bestehenden Rechtslage bewusst über diese hinweggesetzt haben. 10

II.

Der Schuldspruch hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand (1.), während die Strafaussprüche nicht bestehen bleiben können (2.). 11

1. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen haben die Angeklagten den objektiven Tatbestand des Totschlags erfüllt. 12

Der getötete Zwilling war im Zeitpunkt der tödlichen Einwirkung (vgl. zu dessen Relevanz BGH, Urteil vom 22. April 1983 - 3 StR 25/83, BGHSt 31, 348, 352; Beschluss vom 2. November 2007 - 2 StR 336/07, NStZ 2008, 393, 394 mwN) bereits ein Mensch im Sinne der §§ 211 ff. StGB und nicht mehr eine lediglich von § 218 StGB geschützte Leibesfrucht. 13

a) Die Abgrenzung zwischen §§ 211 ff. StGB und § 218 StGB wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit jeher vom Beginn der Geburt abhängig gemacht (RGSt 1, 446, 448; 9, 131, 132; 26, 178, 179; BGH, Urteile vom 20. November 1956 - 5 StR 347/56, BGHSt 10, 5; vom 22. April 1983 - 3 StR 25/83, BGHSt 31, 348; vom 7. Dezember 1983 - 1 StR 665/83, BGHSt 32, 194; Beschluss vom 2. November 2007 - 2 StR 336/07, NStZ 2008, 393, 394; vgl. auch RGSt 4, 280; OLG Karlsruhe, NStZ 1985, 314; BVerfGE 88, 203, 251; BVerfG, NJW 1988, 2945; zur Entwicklung ausführlich Küper, GA 2001, 515, 525 ff.; Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, 124 ff., jeweils mwN). Abgeleitet wurde dieses Ergebnis vor allen Dingen aus § 217 StGB aF, der von Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs 1871 (vgl. RGBl. S. 127) bis zu seiner Abschaffung durch das 6. Strafrechtsreformgesetz (vom 26. Januar 1998, BGBl. I S. 164) nahezu unverändert galt und die Tötung eines unehelichen Kindes „in oder gleich nach der Geburt“ unter Strafe stellte (vgl. RG und BGH, aaO; Küper, aaO; zu historischen Vorläufern der Regelung Hirsch in Festschrift für Albin Eser, 2005, 309, 314 ff. mwN). 14

Mit der Abschaffung von § 217 StGB aF sollte sich an dieser Rechtslage nach dem Willen des Gesetzgebers nichts ändern. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu (BT-Drucks. 13/8587, S. 34): Der Tatbestand spiele in der strafrechtlichen Praxis nur eine sehr untergeordnete Rolle. Die psychische Ausnahmesituation einer Mutter, die ihr eheliches oder nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt töte, könne durch die Anwendung des § 213 StGB Berücksichtigung finden. Mit der Aufhebung des § 217 StGB werde zugleich die allgemein kritisierte Beschränkung des Tatbestandes auf die Tötung nichtehelicher Kinder beseitigt. Der Gesetzgeber hat damit eindeutig klargestellt, dass er weiterhin von einer Anwendbarkeit der §§ 212, 213 StGB bei der Tötung eines Kindes „in der Geburt“ ausgeht (vgl. auch BT-Drucks. 13/8587, S. 81 f.). Auch der Bundesgerichtshof hat nach Aufhebung von § 217 StGB aF an der bisherigen Begriffsbestimmung festgehalten und dies mit dem systematischen Verhältnis zwischen § 212 Abs. 1, § 222 StGB und § 218 Abs. 1 StGB begründet (BGH, Beschluss vom 2. November 2007 - 2 StR 336/07, NStZ 2008, 393, 394 mwN; ebenso OLG Dresden, MedR 2014, 896). 15

b) Es besteht kein Anlass, die mit dem Willen des Gesetzgebers übereinstimmende, seit 140 Jahren in ständiger Rechtsprechung praktizierte und dem überwiegenden kontinentaleuropäischen Rechtsverständnis entsprechende (näher Hirsch in Festschrift für Albin Eser, 2005, 309, 316 f.; umfassend Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teile 1 bis 3, 1988 bis 1999) Abgrenzung zwischen §§ 211 ff. StGB und § 218 StGB anders als anhand des Geburtsbeginns vorzunehmen. 16

In der Literatur wird allerdings teilweise vertreten, dass nicht der Beginn, sondern die Vollendung der Geburt den Übergang zwischen Schwangerschaftsabbruch und Tötungsdelikten markieren müsse (vgl. Herzberg/Herzberg, JZ 2001, 1106; Herzberg, in Bernsmann/Ulsenheimer [Hrsg.], Geilen-Symposium, 2003, 39; NKStGB/Neumann, 5. Aufl., Vor § 211 Rn. 10; NKStGB/Merkel, 5. Aufl., § 218 Rn. 33 ff.; Merkel in Roxin/Schroth, Handbuch Medizinstrafrecht, 4. Aufl., 295, 318 ff.; Hoven, medstra 2020, 64, 65). Begründet wird dies mit dem Wortlaut des Gesetzes, der auf den in der Natur der Sache liegenden Unterschied zwischen bereits (vollständig) geborenem und ungeborenem Leben verweise, und dem Auftreten von Wertungswidersprüchen in Konfliktfällen (vgl. Herzberg/Herzberg, aaO, S. 1110; Herzberg, aaO; Neumann, aaO; Merkel, aaO; Hoven, aaO). 17

Im Einklang mit dem überwiegenden Teil der Lehre ist an dem Geburtsbeginn als maßgeblicher Zäsur zwischen §§ 211 ff. StGB und § 218 StGB festzuhalten, weil das Kind gerade in der mit Risiken für Gesundheit und Leben verbundenen Geburtsphase besonderen Schutzes - auch vor fahrlässigen Einwirkungen - bedarf (vgl. MüKoStGB/Schneider, 3. Aufl., Vor § 211 Rn. 6 ff.; LKStGB/Rosenau, 12. Aufl., Vorbemerkungen zu den Tötungsdelikten, Rn. 6; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl., Vor § 211 bis § 222 Rn. 3; Fischer, StGB, 67. Aufl., Vor §§ 211 - 217 Rn. 6; Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., Vor §§ 211 ff. Rn. 13; SSWStGB/Momsen, 4. Aufl., Vor §§ 211 ff. Rn. 13; SKStGB/Rogall, 9. Aufl., Vor §§ 218 ff. Rn. 64; Safferling in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., § 212 Rn. 8; AnwKStGB/Mitsch, 3. Aufl., Vor §§ 211 ff. Rn. 7; Wenkel, in Duttge u.a. [Hrsg.], Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., Vor §§ 211 ff. Rn. 6; SKStGB/Sinn, 9. Aufl., § 212 Rn. 4; Küper, GA 2001, 515, 523; Sowada, GA 2011, 389, 406; Jäger, JuS 2000, 31; Merkel, Frühethanasie, 2001, 103; Dolderer, Menschenwürde und Spätabbruch, 2012, 146; Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, 129; Ulsenheimer, in Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., § 149 Rn. 1; ders., Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl., Rn. 783; Duttge, in Prütting [Hrsg.], Medizinrecht, 5. Aufl., § 212 Rn. 6; Schwarzenegger in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts Band 4, 2019, § 3 Rn. 15 f.; Otto, Jura 2003, 612, 614; Jäger, ZStW 115, 765, 775, 777; Kühl, JA 2009, 321; Kaltenhäuser, JuS 2015, 785, 786). Mit dem Wortlaut des § 218 StGB ist es ohne weiteres vereinbar, den Beginn der Geburt - entsprechend der medizinischen Terminologie - als Ende der von § 218 StGB geschützten Schwangerschaft und damit als Beginn des Schutzes durch §§ 211 ff. StGB anzusehen (näher Küper, GA 2001, 515, 536 f.; Gropp, in Schumann [Hrsg.], Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund, 2008, S. 19, 32; Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, 128 f.; vgl. auch BVerfGE 88, 203, 251). Dass im Zivilrecht die Rechtsfähigkeit erst ab 18

Vollendung der Geburt beginnt (§ 1 BGB), ist aufgrund des abweichenden Regelungszwecks von Zivil- und Strafnormen nicht ausschlaggebend (vgl. bereits RGSt 1, 446, 447; Safferling in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., § 212 Rn. 8).

c) Die Geburt des getöteten Zwillings hatte im Zeitpunkt der tödlichen Einwirkung bereits begonnen.

19

aa) Als Beginn der Geburt sieht der Bundesgerichtshof bei natürlichem Geburtsverlauf das Einsetzen der Eröffnungswehen an (BGH, Urteil vom 7. Dezember 1983 - 1 StR 665/83, BGHSt 32, 194 mwN und Anm. Hirsch JR 1985, 336; vgl. auch schon RGSt 9, 131, 132: Eintreten der „naturgemäßen Ausstoßungsversuche“; ebenso RGSt 26, 178, 179; dem folgend BGH, Urteil vom 20. November 1956 - 5 StR 347/56, BGHSt 10, 5; vgl. auch BGH, Urteil vom 22. April 1983 - 3 StR 25/83, BGHSt 31, 348: nicht vor Einsetzen der Eröffnungswehen; enger noch RGSt 1, 446, 448: das Kind müsse „zum Teil bereits den Schoß der Mutter verlassen“ haben und damit an die Außenwelt getreten sein; offengelassen von BGH, Beschluss vom 2. November 2007 - 2 StR 336/07, NStZ 2008, 393, 394; vgl. auch OLG Dresden, MedR 2014, 896). Dass dies vorliegend bereits der Fall war, hat das Landgericht nicht festgestellt. Der Senat braucht deshalb nicht zu entscheiden, ob angesichts der medizinischen Möglichkeit einer Unterdrückung von weiteren Eröffnungswehen durch die Gabe wehenhemmender Medikamente für den Geburtsbeginn auf den Beginn jeder Art von Eröffnungswehen (unabhängig von ihrer Verursachung, vgl. OLG Karlsruhe, NStZ 1985, 314 m. Anm. Jung), auf den Beginn von alsbald in die Ausstoßung der Leibesfrucht mündenden Eröffnungswehen (vgl. zu den daraus jeweils resultierenden Problemen Herzberg/Herzberg, JZ 2001, 1106, 1111 f.; vgl. zum geburtsterminnahen Blasensprung vor Einsetzen der Eröffnungswehen auch Lüttger, in Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, 359, 364), wie in einigen Ländern (vgl. Hirsch in Festschrift für Albin Eser, 2005, 309, 317 mwN) und nach früherem Verständnis (vgl. Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., Vor §§ 211 ff. Rn. 13; Lüttger, NStZ 1983, 481, 482, jeweils mwN; vgl. auch den Begriff der „naturgemäßen Ausstoßungsversuche“ in RGSt 9, 131, 132; 26, 178, 179; BGH, Urteil vom 20. November 1956 - 5 StR 347/56, BGHSt 10, 5) auf den Beginn der Presswehen (NKStGB/Neumann, 5. Aufl., Vor § 211 Rn. 10; Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, 1974, 95) oder gar erst (wie in wenigen anderen Ländern, vgl. Hirsch, aaO, mwN) auf den Beginn des Austritts des Kindes aus dem Mutterleib abzustellen ist (ausführlich zur Problematik Ingelfinger, Grundlagen und Grenzgebiete des Tötungsverbots, 2004, 129 ff.; Heinemann, Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht, 2000, 63 ff.).

20

bb) Wann bei einem - vor Beginn der Eröffnungswehen vorgenommenen - Kaiserschnitt (sectio caesarea) die Geburt und damit der Anwendungsbereich der §§ 211 ff. StGB beginnt, ist bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1983 - 1 StR 665/83, BGHSt 32, 194, 197; vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Mai 2003 - 5 StR 592/02). Nach Auffassung des Senats ist dies mit der Eröffnung des Uterus zum Zweck der Beendigung der Schwangerschaft durch Entnahme des Kindes aus dem Mutterleib der Fall (1). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein Kind oder mehrere Kinder handelt (2).

21

(1) In der Literatur wird der Beginn der Geburt beim Kaiserschnitt teilweise schon in der Einleitung der Narkose (Cremer, MedR 1993, 421) oder im ersten Schnitt des Operateurs zur Eröffnung der Bauchdecke angesehen (vgl. MüKoStGB/Schneider, 3. Aufl., Vor § 211 Rn. 12; Safferling in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., § 212 Rn. 10; Knauer/Brose in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl., §§ 211, 212 Rn. 2; Lüttger, in Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, S. 359, 366; Tag, Der Körperverletzungsvorsatz im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000, 136). Demgegenüber nimmt die ganz überwiegende Auffassung an, bei einer operativen Entbindung beginne die Geburt mit der Eröffnung des Uterus (LKStGB/Rosenau, 12. Aufl., Vorbemerkungen zu den Tötungsdelikten, Rn. 6; Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, 30. Aufl., Vor § 211 ff. Rn. 13; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl., Vor § 211 bis § 222 Rn. 3; Fischer, StGB, 67. Aufl., Vor §§ 211 - 217, Rn. 5; SSWStGB/Momsen, 4. Aufl., Vor §§ 211 ff. Rn. 13; Merkel, Früheuthanasie, 2001, 104; ders. in NKStGB, 5. Aufl., § 218 Rn. 43; Wenkel, in Duttge u.a. [Hrsg.], Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., Vor §§ 211 ff. Rn. 7; SKStGB/Sinn, 9. Aufl., § 212 Rn. 4; SKStGB/Rogall, 9. Aufl., Vor § 218 Rn. 64; Ingelfinger, Grundlagen und Grenzgebiete des Tötungsverbots, 2004, 132 ff.; Isemer/Lilie, MedR 1988, 66, 68; Heinemann, Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht, 2000, 70; Ulsenheimer, in Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., § 149 Rn. 4; Duttge, in Prütting [Hrsg.], Medizinrecht, 5. Aufl., § 212 Rn. 6; Schwarzenegger in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts Band 4, 2019, § 3 Rn. 15; Ratzel, MedR 1994, 472; Satzger, Jura 2008, 424, 428; Kaltenhäuser, JuS 2015, 785, 787).

22

Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Entscheidend hierfür ist, dass mit der Eröffnung des Uterus (in vergleichbarer Weise wie beim Beginn einer natürlichen Geburt) ein Abbruch des begonnenen Geburtsvorgangs regelmäßig praktisch nicht mehr in Betracht kommt, der Nasciturus damit erstmals direkt vom Geburtsvorgang betroffen ist und dies in aller Regel - anders als Narkose oder Bauchschnitt - ein eindeutiges Ende der Schwangerschaft im Sinne von § 218 StGB bewirkt (vgl. Ingelfinger, aaO, S. 134 f.; Heinemann, Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht, 2000, 68; Ratzel, MedR 1994, 472). Lediglich in seltenen Sonderfällen wie der Uterusruptur (OLG Dresden, MedR 2014, 896) kann der Geburtsbeginn bei einem Kaiserschnitt auch früher als mit der Uterusöffnung anzusetzen sein (vgl. Kaltenhäuser, JuS 2015, 785, 787).

23

Diese objektive Grenzziehung bedarf aufgrund der medizinischen Möglichkeiten, den Uterus zu fetalchirurgischen Zwecken zu öffnen und wieder zu verschließen, um die Schwangerschaft anschließend fort dauern zu lassen, einer Einschränkung. In subjektiver Hinsicht muss die Gebärmutter zu dem Zweck eröffnet werden, den Fetus dauerhaft vom Mutterleib zu trennen und damit die Schwangerschaft zu beenden (Ingelfinger, aaO, S. 135 f.; Heinemann, aaO, 68 ff. mwN). Diese Intention des Arztes lässt sich regelmäßig anhand objektiver Merkmale (insbesondere Operationsvorbereitung) feststellen (vgl. Heinemann, aaO, S. 70). 24

(2) Die chirurgische Eröffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib und damit zur Beendigung der Schwangerschaft stellt auch bei einer Mehrlingsgeburt durch Kaiserschnitt die entscheidende Abgrenzung zwischen §§ 211 ff. StGB und § 218 StGB dar. Einen normativ relevanten Unterschied zur Geburt nur eines Kindes mittels Kaiserschnitt vermag der Senat in Fällen wie dem vorliegenden - Öffnen der Gebärmutter zwecks endgültiger Trennung beider Feten vom Mutterleib - nicht zu erkennen. Auch in diesen Fällen markiert die Öffnung des Uterus das Ende der Schwangerschaft im Sinne von § 218 StGB und den Übergang zu dem von §§ 211 ff. StGB gewährleisteten Schutz. 25

Diese Grenzziehung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass es, wie die Revision vorträgt, auch eine zeitversetzte Geburt von Mehrlingen gibt. Dabei wird - auf natürlichem Wege oder per Kaiserschnitt - ein Kind vor dem oder den anderen geboren, während die Schwangerschaft hinsichtlich der im Uterus verbleibenden Feten fort dauert. Zwar mag in derartigen Fällen der Geburtsbeginn hinsichtlich der verschiedenen Feten unterschiedlich zu bestimmen sein, sich also die Geburt eines Zwillings nicht von der Geburt des anderen Zwilling ableiten. Ein solcher Fall einer zeitversetzten Geburt lag aber nicht vor. Vielmehr endete hier hinsichtlich beider Zwillinge die Schwangerschaft plangemäß dadurch, dass beide nach einmalig erfolgter Öffnung des Uterus aus dem Mutterleib entfernt wurden. 26

2. Die Angeklagten haben nach den getroffenen Feststellungen vorsätzlich gehandelt. 27

a) Sie handelten in dem Bewusstsein, dass auch für den getöteten Zwilling mit Eröffnung der Gebärmutter die Geburt und damit die Menschwerdung begonnen hatte. Dies reicht zum Beleg des Vorsatzes bezüglich des Tatbestandsmerkmals „Mensch“ aus. Relevanten Fehlvorstellungen über die für die Abgrenzung relevante Tatsachengrundlage (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1983 - 1 StR 665/83, BGHSt 32, 194, 197) unterlagen sie nicht. Ihnen fehlte auch nicht die für normativ bestimmte Grenzbereiche des im Kern deskriptiven Tatbestandsmerkmals „Mensch“ erforderliche Bedeutungskennntnis (vgl. hierzu näher Roxin/Greco, Strafrecht AT, 5 Aufl., Band 1, § 10 Rn. 57 ff.; § 12 Rn. 100 ff. mwN). 28

b) Diese Feststellungen beruhen auf einer tragfähigen Beweiswürdigung. 29

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei beiden Angeklagten um erfahrene und auch Schwangerschaftsabbrüche vornehmende Geburtshelferinnen handelt, die Grenzziehung zwischen (möglicherweise gerechtfertigter) Spätabtreibung im Sinne von § 218 StGB und (rechtswidriger) Tötung im Sinne der §§ 211 ff. StGB zu den rechtlichen Grundfragen dieser Berufstätigkeit gehört (vgl. auch Gercke/Leimenstoll/Stirnert, Handbuch Medizinstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 458), der Geburtsbeginn nach der Rechtspraxis seit jeher diese Zäsur markiert und sie nach nahezu einhelliger Auffassung beim schwangerschaftsbeendenden Kaiserschnitt spätestens mit der Eröffnung des Uterus anzusetzen ist, ist der Schluss der Schwurgerichtskammer auf den entsprechenden Vorsatz der Angeklagten unter Widerlegung ihrer gegenteiligen Einlassungen jedenfalls möglich; zwingend braucht er nicht zu sein (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 17. März 2020 - 1 StR 631/19 mwN). 30

Zutreffend hat die Strafkammer in diesem Zusammenhang auch darauf abgestellt, dass Gegenstand der medizinischen Literatur im Tatzeitpunkt die Durchführung des selektiven Fetozids mittels Koagulation der Nabelschnurgefäße gewesen ist, also lediglich ein Verfahren der Einwirkung auf den Fetus vor Geburtsbeginn, nicht aber das Vorgehen der Angeklagten. Denn das in der Literatur beschriebene und in der Praxis zur Tatzeit auch angewendete Verfahren, das im Vergleich zum Vorgehen der Angeklagten höhere Risiken für den anderen Zwilling birgt, lässt sich nur vor dem Hintergrund verstehen, dass ein derartiger Schwangerschaftsabbruch bei entsprechender Indikation nur bis zum Geburtsbeginn straffrei (§ 218a Abs. 2 StGB) durchgeführt werden kann, die Eröffnung des Uterus zwecks Entbindung beider Zwillinge diese Grenze nach Auffassung der beteiligten Fachkreise aber schon überschreitet. 31

3.) Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe hat das Schwurgericht rechtsfehlerfrei ausgeschlossen. 32

a) Zum Zeitpunkt der Tötung des zweiten Zwilling ging von diesem keine Gefahr (mehr) für den bereits abgenabelten ersten Zwilling aus. Hinsichtlich der Kindesmutter bestand zwar eine Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB. Diese kann nach der gesetzlichen Systematik indes lediglich eine Spätabtreibung, nicht aber die Tötung eines Menschen im Sinne der §§ 211 ff. StGB rechtfertigen. Sonstige zugunsten der Angeklagten eingreifende Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind auf der Grundlage der tragfähigen Feststellungen nicht ersichtlich. 33

b) Entgegen der Auffassung der Revision ist eine analoge Anwendung von § 218a Abs. 2 StGB im vorliegenden Fall nicht veranlasst. Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2003 - I ZR 290/00, NJW 2003, 1932, 1933 mwN).

Es fehlt schon an einer planwidrigen Regelungslücke. Angesichts der umfassenden parlamentarischen Diskussion der auch weltanschaulich umstrittenen Fragen in Zusammenhang mit § 218a Abs. 2 StGB beruht die Beschränkung dieses Rechtfertigungsgrundes auf die Zeit der Schwangerschaft auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers in Umsetzung entsprechender Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BT-Drucks. 13/1850, 13/285, 13/27 und 13/268; BVerfGE 88, 203; 98, 265). Gegen eine Analogie spricht auch, dass Ausnahmenvorschriften wie § 218a Abs. 2 StGB eng auszulegen sind („singularia non sunt extendenda“, vgl. BVerwG, NJW 2006, 77, 98) und durch eine Analogie eine vom Gesetzgeber als Ausnahme gewollte Regelung nicht zum allgemeinen Prinzip erhoben werden darf (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2003 - I ZR 290/00, aaO mwN).

c) Nach den Feststellungen kommt die Annahme eines Verbotsirrtums nicht in Betracht. Danach war beiden Angeklagten bewusst, dass sie sich über geltendes Recht hinwegsetzen und einen Menschen töten.

Diese Feststellungen beruhen auf einer tragfähigen Grundlage. Das Landgericht hat aus dem Verhalten der Angeklagten vor dem Hintergrund ihrer Position, ihrer spezifischen Fachkenntnisse und der Fachdiskussion derartiger Fälle zur Tatzeit rechtsfehlerfrei den möglichen Schluss gezogen, sie hätten sich in Kenntnis der Rechtslage bewusst über geltendes Recht hinweggesetzt, um der Zeugin S. in ihrer schwierigen Lage zu helfen. Auf der von der Revision bemängelten zweifelhaften Auslegung der Berliner Vorschriften über die Leichenschau, wonach die Angeklagte den Totenschein nicht habe ausfüllen dürfen, beruht die Beweiswürdigung insoweit nicht (§ 337 Abs. 1 StPO), weil das Landgericht diese Erwägung lediglich ergänzend herangezogen hat.

4. Die Strafaussprüche können allerdings nicht bestehen bleiben.

Bei der Strafzumessung hat die Strafkammer zahlreiche zu Gunsten der Angeklagten sprechende Gesichtspunkte aufgeführt und zu Recht bedacht, dass die Tat lange zurückliegt, beide unbestraft sind, sie lediglich der Zeugin S. in einer schwierigen Situation helfen wollten und im Ergebnis den Zustand hergestellt haben, der auch bei Vornahme eines zulässigen selektiven Schwangerschaftsabbruchs bestanden hätte. Angelastet hat das Schwurgericht den Angeklagten dagegen ausdrücklich, dass sie die Tat nicht etwa in einer schnelle Entscheidungen erfordernden Notfallsituation begangen haben, sondern vielmehr planvoll ein mehr als zwei Wochen zuvor verabredetes Vorgehen umsetzen.

Die strafschärfende Berücksichtigung dieses Umstandes ist rechtsfehlerhaft. Zwar hat sich die revisionsgerichtliche Überprüfung der Strafzumessung am sachlichen Gehalt der Erwägungen des Tatgerichts, nicht an dessen Formulierungen zu orientieren (vgl. BGH, Urteil vom 8. August 2017 - 5 StR 198/17 mwN). Auch eingedenk dessen darf einer längerfristigen Planung der Tat im konkreten Zusammenhang kein straferschwerendes Gewicht zugemessen werden. Denn sie war hier nicht Ausdruck krimineller Energie. Vielmehr ist ein Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst im Interesse seines Patienten zur umsichtigen Planung einer absehbaren Operation verpflichtet. Dass die beiden Angeklagten die Tat überhaupt begangen haben, darf ihnen - ebenso wie das Fehlen eines Strafmilderungsgrundes (Tatentschluss in einer Notfallsituation) - nicht erschwerend angelastet werden.

Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es bei dem vorliegenden Wertungsfehler nicht (vgl. § 353 Abs. 2 StPO); sie dürfen um solche ergänzt werden, die den bisherigen nicht widersprechen.