

Erster Abschnitt

Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben

1. Kapitel

Tötungsdelikte ieS und Aussetzung

Literatur: *Bernat* Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei einwilligungsunfähigen Patienten JBl 2009 129; *ders* Planungssicherheit am Lebensende? EF-Z 2006 42 und 74; *ders* Selbstmord, Selbstmordverhütung und aktive Teilnahme am Suizid – eine rechtsethische Überlegungsskizze ÖJZ 2002 92; *ders* Das Patiententestament – Rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Überlegungen zum Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung in: *Kopetzki* (Hrsg) Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 69; *ders* Das österreichische Recht der Medizin – eine Bestandsaufnahme JAP 1999/2000 105; *ders* Behandeln oder sterben lassen? Deutsch-FS (1999) 443; *ders* Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwille RdM 1995 51; *Birkbauer* Strafrechtliche Aspekte des Behandlungsabbruchs beim Wachkomapatienten in: *Kröll/Schaupp* (Hrsg) *Eluana Englaro* – Wachkoma und Behandlungsabbruch (2010) 89; *ders* Die Bedeutung von (medizinischen) Leitlinien im Strafrecht JMG 2019 16; *ders* Strafrechtliche Haftung der Gesundheitsberufe in: *Resch/Wallner* (Hrsg) Medizinrecht Handbuch³ (2020) 397; *ders* Die gesetzliche Verankerung der „indirekten Sterbehilfe“: ein Schritt in die richtige Richtung JMG 2018 200; *ders* Teilweise Verfassungswidrigkeit der Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB): Erste Analyse des Erkenntnisses und weiterführende Überlegungen JSt 2021 10; *ders* Schmerzbehandlung vor Leidensverlängerung – Zielrichtung und Grenzen des neuen § 49a Ärztegesetz DAG 2020 33; *Brandstetter* Die Begrenzung medizinischer Behandlungspflicht durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in: *Mazal* (Hrsg) Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 45; *Burda* Sterbehilfe: Das VfGH-Erkenntnis zur Verfassungswidrigkeit des § 78 StGB in der Handlungsalternative des Hilfeleistens Ein Schritt in die richtige Richtung, aber ein Stopp auf halben Weg? ÖJZ 2021 220; *Burgstaller* Selbstbestimmtes Sterben und Strafrecht in: *Pfusterschmid-Hardenstein* (Hrsg) Materie, Geist und Bewusstsein, Europäisches Forum Alpbach 1999 (2000) 154; *ders* Sterbehilfe und Strafrecht in Österreich JAP 2009/2010 200; *Czerner* Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe JR 2005 94; *Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom* Die Errichtung einer Sterbeverfügung und der neue Tatbestand des § 78 StGB ÖJZ 2022 161; *Dreier* Grenzen des Tötungsverbotes JZ 2007 261 und 317; *Eder-Rieder* Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen ÖJZ 1984 289; *Eser* Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen in: *Eser* (Hrsg) Suizid und Euthanasie (1976) 392; *Geilen* Euthanasie und Selbstbestimmung (1975); *Gamper* Gibt es ein „Recht auf ein menschenwürdiges Sterben“? Zum Erkenntnis des VfGH vom 11. 12. 2020, G 139/2019 JBl 2021 137; *Graßberger* Juristische Aspekte des dissozierten Hirntodes in: *Krösl/Scherzer* (Hrsg) Die Bestimmung des Todeszeitpunktes (1973) 295; *Harbich* Das Recht zu sterben – Lebensverlängerung um jeden Preis? RZ 1968 115; *Haslinger* Hirntodfeststellungen ohne Eingriffszustimmung? Zu den gesetzlichen Bestimmungen über die Organtransplantation RdM 2005 51; *R. Herzberg* Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand NJW 1996 3043; *R. Herzberg/A. Herzberg* Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt JZ 2001 1106;

Ida Strafrechtliche Probleme der Todeszeitbestimmung in Japan in: Jesionek-FS (2002) 379; *Janssen* Die Regelung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden – ein Novum ZRP 2001 179; *Jarosch* Agonie und Todeseintritt in ihrer rechtlichen Konsequenz RZ 1971 163; *Kalchschmid* Die Organtransplantation (1997); *van Kalmthout* Praxis der Sterbehilfe Neue Kriminalpolitik 1998 8; *Arthur Kaufmann* Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie JZ 1982 481; *Kert* Sterbehilfe – Der rechtliche Rahmen für das Ende des Lebens JAP 2005/2006 207; *Kienapfel* Frühabort und Strafrecht JBL 1971 175; *Kneihs* Grundrechte und Sterbehilfe (1998); *ders* Das Recht auf Leben in Österreich JBL 1999 76; *ders* Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen in: *Kopetzki* (Hrsg) Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 61; *Köberl/Matjaz* Die Unsterblichkeit vor dem Strafgericht juridikum 2017 327; *Köck* Die strafrechtliche Behandlung „vorgeburtlichen Lebens“ ÖJZ 2011 546; *Kopetzki* Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988); *ders* Rechtliche Aspekte der Widerspruchslösung in: *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg) Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 43; *Küper* Mensch oder Embryo? Der Anfang des Menschseins nach neuem Strafrecht GA 2001 515; *Kusch* Tabu Sterbehilfe NJW 2006 261; *Kuschel* Der ärztlich assistierte Suizid (2007); *Kutzer* Vorausverfügter Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen und das Verbot der Tötung auf Verlangen Rissing-van Saan-FS (2011) 337; *Laber* Der Schutz des Lebens im Strafrecht (1997); *Lachmann* Zur Bindungswirkung des „Patiententestaments“ AnwBl 1991 74; *Lewisich* Recht auf Leben (Art 2 EMRK) und Strafgesetz Platzgummer-FS (1995) 381; *ders* Quo vadis „strafbare Suizidhilfe“? Vom VfGH-Erl zur Neuregelung ÖJZ 2021 978; *Loebenstein* Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen ÖJZ 1978 309; *Lüttger* Geburthilfe und Menschwerdung in strafrechtlicher Sicht in: *Heinitz-FS* (1972) 359; *Merkel* Aktive Sterbehilfe in: *Schroeder-FS* (2006) 297; *ders* Ärztliche Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin JZ 1996 1145; *Moos* Die objektive Unrechtszurechnung bei Vorsatzdelikten JBL 2013 477; *ders* Sterbehilfe, Selbstmord und die ärztliche Behandlungspflicht in: *Birkbauer* (Hrsg) Recht zu sterben oder Pflicht zu leben? (2002) 15; *ders* Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im neuen Strafrecht LJZ 1991 9; *ders* Mord und Totschlag im neuen Strafrecht in: StP IV 34; *Rainer* Die Filter der Strafjustiz am Beispiel Mord und Totschlag ÖJZ 1986 302; *Rieder* Die strafrechtliche Beurteilung von Organtransplantationen de lege lata et ferenda ÖJZ 1978 113; *Roxin* Zur rechtlichen Problematik des Todeszeitpunktes in: *Krösl/Scherzer* (Hrsg) Die Bestimmung des Todeszeitpunktes (1973) 299; *Salamun* Implikationen der verfassungsrechtlichen Verankerung eines Verbots der Tötung auf Verlangen und des Rechts, in Würde zu sterben JRP 2014 147; *Sautner* Die religiös motivierte Verweigerung der ärztlichen Heilbehandlung bei Minderjährigen JAP 1999/2000 14; *Schick* Einwilligungsfähigkeit aus strafrechtlicher Sicht in: *Kopetzki* (Hrsg) Einwilligung und Einsichtsfähigkeit (2002) 54; *ders* Fremd- und Selbstbestimmung zum Tode im Lichte strafrechtlicher Wertungen Zipf-GS (1999) 393; *ders* Intensivmedizin und strafrechtliche Aspekte in: *Bernat/Kröll* (Hrsg) Intensivmedizin als Herausforderung für Recht und Ethik (1999) 34; *ders* Der Todesbegriff: Ethische und arztrechtliche Fragestellungen in: *Schwarz/Kröll/List* (Hrsg) Schädel-Hirn-Trauma, Hirntod (1995) 315; *ders* Todesbegriff, Sterbehilfe und aktive Euthanasie in: *Bernat* (Hrsg) Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod (1993) 121; *ders* Die strafrechtliche Haftung des Arztes in: *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg) Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 73; *Schmitt* Eugenische Indikation vor und nach der Geburt in: *Klug-FS* (1983) 329; *Schmoller* Sterbehilfe und Autonomie – Strafrechtliche Überlegungen zum Erkenntnis des VfGH vom 11. 12. 2020, JBL 2021 147; *ders* Strafrechtliche Verantwortung in ethischen Grenzbereichen? 38. Ottensteiner Fortbildungsseminar 2010 5; *ders* Ethische Dispute im Strafrecht in: *Fischer/Strasser* (Hrsg) Rechtsethik (2007) 203; *ders* Lebensschutz bis zum Ende? ÖJZ 2000 361; *ders* Strafrechtliche Folgen einer unterlassenen oder übermäßigen ärztlichen Aufklärung in: *Mayer-Maly/Prat* (Hrsg) Ärztliche Aufklärungs-

pflicht und Haftung (1998) 75; *ders* Euthanasie und Rechtsordnung *Imago Hominis* 2/1999 115; *Schneider* Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung (1997); *Schöch* Offene Fragen zur Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen in: *Hirsch-FS* (1999) 693; *Schreiber* Kriterien des Hirntodes JZ 1983 593; *Tak* Das niederländische Gesetz zur Kontrolle der Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Selbstmord ZStW 113 (2001) 905; *Taupitz* Sterbebegleitung im internationalen Vergleich JBL 2001 557; *Thienel* Rechtsprechung des EGMR 2011 (1) ÖJZ 2012 540; *Tipold* Mitwirkung am Selbstmord, Sterbeverfügungsgesetz, Kronzeugenregelung und unbare Zahlungsmittel JSt 2022 5; *Tröndle* Der Hirntod, seine rechtliche Bedeutung und das neue Transplantationsgesetz in: *Hirsch-FS* (1999) 778.

I. Vorbemerkungen zu den §§ 75 ff

Inhaltsübersicht

Rz

1. Zur Systematik	1
2. Rechtsgut und Tatobjekt	2– 5
3. Beginn und Ende des Strafschutzes	6–13
a) Beginn des Lebens	6–10
aa) Grundlagen	6– 8
bb) Einzelfragen	9–10
b) Ende des Lebens	11–13
4. Sterbehilfe (Euthanasie)	14–19
a) Sterbebegleitung	14
b) Unechte Sterbehilfe	15–19
aa) Verbot der aktiven Sterbehilfe	16
bb) Hilfe im Sterben	17–18
cc) Sterbenlassen missgebildeter Neugeborener	19
5. Unterlassung weiterer Lebensverlängerung	20–26
a) Ende der Behandlungspflicht	20–22
b) Recht auf einen natürlichen Tod	23–24/2
c) Ärztliche Verantwortung	25
d) Abbruch von Reanimation oder Intensivbehandlung	26

1. Zur Systematik

Bei den Delikten des Ersten Abschnitts ist einerseits zwischen vorsätzlichen (§§ 75–79) und fahrlässigen (§§ 80f) Delikten, andererseits zwischen Verletzungs- (§§ 75–81) und (konkreten) Gefährdungsdelikten (§ 82) zu unterscheiden. Mord (§ 75) ist das **Grunddelikt** im Verhältnis zu den privilegierten Vorsatzdelikten der §§ 76, 77 und 79, § 80 im Verhältnis zur Qualifikation des § 81 Abs 1, Abs 2. Mitwirkung am Selbstmord (§ 78) und Aussetzung (§ 82) sind **delicta sui generis**. Nicht zu den Tötungsdelikten gehören die zahlreichen durch den Tötungserfolg qualifizierten Delikte (zB §§ 86, 143, 169), weil sich bei ihnen der Angriff **nicht primär** gegen das menschliche Leben richtet. 1

2. Rechtsgut und Tatobjekt

Geschütztes Rechtsgut der Tötungsdelikte ist das **menschliche Leben**. 2 Dieses Rechtsgut ist indisponibel; vgl § 77 Rz 24 u § 90 Rz 13.

- 3** Die systematische Stellung der §§ 75 ff an der Spitze des BT und die strenge Strafdrohung des Mordes, die nur durch die absolute Strafdrohung beim Völkermord (§ 321), bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 321a Abs 1 und Abs 2) und bei Kriegsverbrechen gegen Personen (§ 321b Abs 1) übertragen wird, tragen dem hohen Rang dieses Rechtsguts Rechnung. Der Strafschutz des werdenden Lebens ist wesentlich schwächer ausgestaltet.
- 4** Tatobjekt ist ein **anderer Mensch**. Damit auch ein Sterbender oder wer bereits als klinisch tot gilt, aber noch reanimiert werden kann; Rz 11.
- 5** **Beachte!** Der (misslungene) **Selbstmord** ist für den Selbstmörder stets tatbestands- und damit straflos, die vorsätzliche Fremdbeteiligung am Selbstmord wird durch § 78 unter Strafe gestellt, sofern nicht tatbestandsausschließende Hilfe zu einem kontrollier-ten Suizids nach dem StVfG geleistet wird (dazu § 78 Rz 12/2 ff); zum sog „erweiterten Selbstmord“ § 78 Rz 5, Rz 29 u Rz 33.

3. Beginn und Ende des Strafschutzes

- 6** a) **Beginn des Lebens.** aa) **Grundlagen.** Das Menschsein beginnt mit der Geburt. Bei natürlicher Geburt setzt der Strafschutz durch die §§ 75 ff, 80 f, 82, 83 ff, 88, 89 etc mit dem **Beginn der regelmäßigen Eröffnungswehen**, bei künstlicher Geburt (Kaiserschnitt) mit der **Vornahme des Eingriffs** ein; inzwischen hL; vgl *Birkbauer WK*² Vorbem §§ 75–79 Rz 11 u Rz 14 ff; *L/St/Nimmer-voll* § 75 Rz 2; *Burgstaller/Schütz WK*² § 80 Rz 5; *Schmoller SbgK* Vorbem §§ 96 ff Rz 25; *Fuchs/Reindl-Krauskopf BT I*¹ 6 f; *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold BT I*⁵ Vorbem §§ 75 ff und 96 ff Rz 4; *Tipold PK-StGB* § 75 Rz 3; eingehend *Lüttger Heinitz-FS* 365; offen gelassen noch in 11 Os 104/82, *EvBl* 1983/86 329 = *SSt* 53/62; enger *Velten SbgK* Vorbem §§ 75 ff Rz 37 f: mit Beginn der Press- wehen; zu weitgehend *R. Herzberg/A. Herzberg JZ* 2001 1112: Vollendung des Geburtsvorgangs. Bis dahin steht die Leibesfrucht unter dem Schutz der §§ 96 ff; vgl *Köck ÖJZ* 2011 547. Zur Frage postnataler Schadensfolgen vgl Vorbem §§ 83 ff Rz 4. Zur Notstandstötung während der Geburt vgl § 79 Rz 14 f.
- 7** Dass schon für den **Geburtsvorgang** nicht mehr die verhältnismäßig lückenhaften Verbote der §§ 96 ff, sondern die umfassenden und strengen Tötungsvorschriften gelten, ergibt sich einerseits aus § 79 („während der Geburt“) und andererseits aus der Überlegung, dass das Kind sonst gerade in dieser besonders kritischen Phase einer fahrlässigen Tötung bzw einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzung schutzlos preisgegeben wäre; vgl *Birkbauer WK*² Vorbem §§ 75–79 Rz 11 u Rz 14 ff; *L/St/Nimmer-voll* § 75 Rz 3.
- 8** **Dagegen** beginnt die (volle) zivilrechtliche Rechtsfähigkeit erst mit der **Vollendung der Geburt**; vgl *Schauer* in *Kletecka/Schauer ABGB-ON*^{1,02} § 16 Rz 7; *Aicher* in *Rummel/Lukas ABGB*⁴ § 16 ABGB.
- 9** bb) **Einzelfragen.** Wenn ein Kind (zB infolge Schwangerschaftsabbruchs) vorzeitig zur Welt kommt, ist es Mensch iSd §§ 75 ff, 80 f, 82, 83 ff, 88, 89 etc ohne Rücksicht auf seine **Lebensfähigkeit**. Entscheidend für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist allein, dass es im Zeitpunkt der Angriffshandlung noch lebt; hM; vgl *Rittler* II 2; *Burgstaller/Schütz WK*² § 80 Rz 7; *Birkbauer WK*² Vor-

bem §§ 75–79 Rz 10; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 75 Rz 2; aus der Rspr vgl 11 Os 104/82, EvBl 1983/86 329 = SSt 53/62; 11 Os 96/75, EvBl 1977/59 133 = SSt 47/38.

Beachte! Problematisch erscheinen insb die Fälle, in denen die **Angriffshandlung** bereits **vor der Geburt**, also noch im Schwangerschaftsstadium, erfolgte. Hat sie zur (idR vorzeitigen) Geburt eines zwar lebenden, aber nicht lebensfähigen Kindes geführt, das ohne weitere Einwirkung stirbt, ist lediglich wegen vollendeten Schwangerschaftsabbruchs zu bestrafen. Liegt der Fall aber so, dass der Täter seine Angriffshandlungen nunmehr gegen das Neugeborene **fortsetzt** und es dabei **tötet**, kommt versuchter Schwangerschaftsabbruch in Realkonkurrenz mit einem vollendeten Tötungsdelikt (zB §§ 75, 76 oder 79) in Betracht; vgl *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 23; *L/St/Nimmervoll* § 96 Rz 25; *Schmoller* SbgK § 96 Rz 39; 11 Os 51/80, EvBl 1981/14 49. Das gilt unabhängig davon, ob das Neugeborene lebensfähig war oder nicht.

b) **Ende des Lebens.** Der Schutz des menschlichen Lebens durch die §§ 75 ff, 80 f, 82, 83 ff, 88 f etc dauert bis zum Erlöschen desselben. Der Sache und dem Begriff nach geht es darum, „in einem fließenden Geschehen einen Fixpunkt zu setzen“; *Roxin* in *Krösl/Scherzer* 300. Maßgebend für die Bestimmung des Todeszeitpunkts ist der **Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft**. Dem heutigen Stand medizinischer Erfahrung (Reanimationstechniken, Organtransplantationen) genügt die klassische Definition des Todes, die auf den irreversiblen Stillstand von Kreislauf und Atmung abstellte, nicht mehr. Nach hM kommt es auf den Eintritt des sog **Hirntodes** an, dh auf den **irreversiblen Funktionsverlust des gesamten Hirns**; vgl *Graßberger* in *Krösl/Scherzer* 295; *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 94 ff; *Burgstaller/Schütz* WK² § 80 Rz 8; *Velten* SbgK Vorbem §§ 75 ff Rz 51 f; *Schick* in *Bernat/Kröll* 35; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 75 Rz 2; *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 4; *Haslinger* RdM 2005 51; *Kneihs* Sterbehilfe 234 239; *Tipold* PK-StGB § 75 Rz 4; *Eder-Rieder* ÖJZ 1984 291; *Tröndle* Hirsch-FS 781: point of no return; zum Problem einer medikamentös herbeigeführten „Hirnstromnulllinie“ vgl *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 8 f. Näher zur Feststellung des Todeszeitpunkts vgl *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 104 ff; eingehend *Kopetzki* Organge-
winnung 36 176; aus gerichtsmedizinischer Sicht *Jarosch* RZ 1971 164. Zu anderen Ansätzen (Teilhirn- und Gesamtorgantod) s *Velten* SbgK Vorbem §§ 75 ff Rz 53 ff. Kryonik (das Einfrieren nach dem Tod in flüssigem Stickstoff) stellt kein Tötungsdelikt dar, sofern es nach dem Gesamthirntod erfolgt; *Matjaz* juridikum 2017 330. Zur Strafbarkeit der Kryonik bereits vor dem Gesamthirntod s *Matjaz* juridikum 2017 331 ff.

Konsequenzen. Eine idS vorzeitige Entnahme von Organen ist unzulässig und als Körperverletzung bzw Tötung strafbar; dasselbe gilt im Prinzip auch für den Abbruch von Reanimation oder Intensivbehandlung; vgl aber Rz 26.

Beachte! Die Entnahme von Organen **Verstorbener** zu Transplantationszwecken ist durch § 5 ff OTPG iSd sog **Widerspruchslösung** gesetzlich geregelt. Danach ist eine Organentnahme zulässig, wenn der Tote oder sein gesetzlicher Vertreter zu Lebzeiten keinen Widerspruch erhoben hat. Ein solcher ausdrücklicher Widerspruch kann auch im Widerspruchsregister eingetragen werden, in das vor einer geplanten Organentnahme

Einsicht genommen werden muss; § 7 OTPG. Damit ist eine den praktischen Bedürfnissen Rechnung tragende Lösung dieser heiklen rechtlichen Problematik erreicht worden; vgl *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 109 f; *Eder-Rieder* ÖJZ 1984 289; eingehend zur Rechtslage vor Inkrafttreten des OTPG (14. 12. 2012) *Kopetzki* Organgewinnung 220; *Kalchschmid* Organtransplantation 73. Es handelt sich um einen insb auch mit Blick auf § 190 geschaffenen speziellen **Rechtfertigungsgrund**; 10 Os 104/86, EvBl 1987/105 368 = RZ 1987/23 95 = SSt 57/89.

4. Sterbehilfe (Euthanasie)

- 14 a) **Sterbebegleitung.** Sie erfasst Fallkonstellationen, in denen der Arzt oder ein Dritter einem unausweichlich Sterbenden schmerzlindernde und/oder bewusstseinsdämpfende Mittel verabreicht, ohne dadurch dessen Leben zu verkürzen. Diese Form der Sterbehilfe ist **Hilfe im Sterben** und erfüllt nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts; vgl *Birkbauer* WK² Vorbem zu §§ 75–79 Rz 29; *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 7; *Fabrizy/Michel-Kwapiński/Oshidari* StGB¹⁴ § 75 Rz 5; im Ergebnis ebenso *Velten* SbgK Vorbem §§ 75 ff Rz 77 ff. Näher dazu Rz 17 f.
- 15 b) **Unechte Sterbehilfe.** Die unechte Sterbehilfe ist **Hilfe zum Sterben**. Dabei geht es um Maßnahmen (deshalb auch das Synonym **aktive Sterbehilfe**), die von einem Arzt oder anderen Personen vorgenommen werden und nachweislich oder doch erfahrungsgemäß den Eintritt des Todes herbeiführen bzw. beschleunigen. Es handelt sich um eine ebenso schwierige wie facettenreiche – im Hinblick auf Art 2 Abs 1 EMRK (vgl dazu *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 6 und 20 ff) und Art 2 Abs 1 GRC auch grundrechtlich brisante (vgl Rz 24 ff) – Problematik an der Grenze des Rechts. Diese Form der Sterbehilfe bringt gerade den human denkenden und handelnden Arzt in rechtliche Bedrängnis, wenn auch – nicht zuletzt aus Beweisgründen – nur selten vor Gericht.
- 16 aa) **Verbot der aktiven Sterbehilfe.** Dem Arzt beim qualvollen Sterben eines anderen eine Befugnis zum **Mercy killing** (zB Todesspritze) einzuräumen, ist de lege lata ausgeschlossen; vgl *Kert* JAP 2005/2006 208; *Moos* in *Birkbauer* 22 mN; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 20 f; *Velten* SbgK Vorbem §§ 75 ff Rz 78; *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold* BT I⁵ § 75 Rz 12; *Tipold* PK-StGB § 75 Rz 9. Dies widerspricht allen ärztlichen Maximen und könnte dazu führen, dass der Behandelnde auch in weniger eindeutigen Fällen zur erlösenden Spritze greift. Angesichts der in den Niederlanden seit 2001 und in Luxemburg seit 2008 in engen Grenzen erlaubten aktiven Sterbehilfe ist allerdings diesbezüglich ein Diskussionsprozess im Gange; vgl *Taupitz* JBl 2001 557; *Bernat* ÖJZ 2002 97; näher zur holländischen Rechtslage *Janssen* ZRP 2001 179; *Tak* ZStW 113 905. In der Bundesrepublik wurden erst 2015 die Grenzen der zulässigen Beihilfe zur Selbsttötung neu geregelt und die Entwicklung der (in der BRD zulässigen) Beihilfe zum Selbstmord (assistierter Suizid) zu einem Dienstleistungsangebot der gesundheitlichen Versorgung verhindert; vgl Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung dtBGBI I 2015/49. In Österreich kam es erst 2022 nach der E des VfGH vom 11. 12. 2020 G 139/2019 (JBl 2021

164), zu einer entsprechenden Neugestaltung des assistierten Suizids im § 78 Abs 2 Z 3; näher dazu § 78 Rz 12/2 ff.

17 bb) **Hilfe im Sterben.** Anerkannt sind heute die beiden folgenden Fixpunkte: Angesichts eines qualvoll verlöschenden Lebens hat die ärztliche Pflicht zur Lebensverlängerung Grenzen, die im § 49a ÄrzteG definiert sind; vgl dazu näher Rz 20 ff. Darüber hinaus darf der Arzt nur **Hilfe im Sterben** leisten, **nicht aber Hilfe zum Sterben**; vgl *Rittler* II 4; *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 27 ff; *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 9; *Tipold* PK-StGB § 75 Rz 8; *Kert* JAP 2005/2006 209; *Schmoller* ÖJZ 2000 371; *Schick* Zipf-GS 401; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 20f.

18 Der Sache nach handelt es sich bei der Hilfe im Sterben vor allem darum, dass **schmerzlindernde Mittel** (zB Morphium) – wenn dies medizinisch indiziert und die letzte verbleibende Möglichkeit der Hilfe ist – ungeachtet ihrer mehr oder weniger lebensverkürzenden Nebenwirkungen verabreicht werden dürfen (Palliativmedizin). Weniger das Ergebnis als seine rechtliche **Begründung** gehört zu den umstrittensten Fragen der Strafrechtsdogmatik; dazu eingehend *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 59 ff mwN, der bei derartigen Fallkonstellationen zu Recht bereits die **objektive Zurechenbarkeit** solcher – falls überhaupt nachweisbarer – Lebensverkürzungen verneint; vgl auch *Bernat* Deutsch-FS 443. Somit scheiden sowohl § 75 als auch § 77 aus; zum selben Ergebnis gelangt die hM in der BRD; eingehend dazu *Merkel* Schroeder-FS 297 mit einer Rechtfertigungslösung; vgl auch *R. Herzberg* NJW 1996 3043; BGHSt 46 279; 42 301; 37 376.

19 cc) **Sterbenlassen missgebildeter Neugeborener.** Hier ist die Rechtslage geklärt. Soweit das Neugeborene **lebensfähig** ist, besteht eine Rechtspflicht (§§ 75 ff), für die Erhaltung seines Lebens zu sorgen; vgl *Birkbauer* WK² § 79 Rz 21; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 22; eingehend *Merkel* JZ 1996 1145; *Kaufmann* JZ 1982 481; vgl aber Rz 22.

5. Unterlassung weiterer Lebensverlängerung

20 a) **Ende der Behandlungspflicht.** Ein Arzt, der ein erkennbar und unausweichlich zu Ende gehendes Leben künstlich verlängern könnte, dies aber unterlässt, ist idR nicht gem §§ 75 ff strafbar. *Pallin* ZStW 1972 200 verneint in solchen Fällen die Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen iSd § 2. Dabei wird übersehen, dass nach inzwischen allgemein anerkannter Auffassung bereits der Rechtspflicht, menschliches Leben zu erhalten, Grenzen gesetzt sind; vgl *Kienapfel* ÖJZ 1976 198; BGH 2 StR 454/09, NJW 2010 2963 und nunmehr auch VfGH vom 11. 12. 2020 G 139/2019 JBl 2021 164. Sie erlischt, sobald jene Phase erreicht ist, in der **das Sterben nach ärztlicher Erfahrung unabwendbar erscheint**; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 21.

20/1 In § 49a ÄrzteG schrieb der österreichische Gesetzgeber 2019 fest, dass im Rahmen palliativmedizinischer Indikationen auch Behandlungsmaßnahmen zulässig sind, deren Nutzen zur Linderung schwerster Schmerzen und Qualen im Verhältnis zum Risiko einer Beschleunigung des Verlusts vitaler Lebensfunktionen überwiegt. Dies betrifft vor allem die Morphiumtherapie zur

Schmerzbekämpfung bei Moribunden, mag diese auch zu einer Lebensverkürzung führen; näher dazu *Birkbauer* DAG 2020 35 f; s auch VfGH vom 11. 12. 2020 G 139/2019 JBl 2021 164. Die apparativ-technische oder/und medikamentöse Möglichkeit, das Leben eines Moribunden künstlich zu verlängern, begründet jedenfalls keine Rechtspflicht (nicht einmal gem § 95), dies auch tatsächlich zu tun; vgl *Rittler* II 4; *Harbich* RZ 1968 125; *Schick* Zipf-GS 401; *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 10; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 75 Rz 7; *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 49 ff.

20/2

Entscheidend ist, dass ein Zustand wiederhergestellt wird, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit (zB der Ersatz unzureichender oder ausgesetzter Eigenatmung durch einen Respirator) aber nicht (mehr) behandelt wird, sodass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Gleichgültig bleibt dabei, ob der Behandlungsabbruch durch ein Tun oder Unterlassen vorgenommen wird; BGH 2 StR 454/09, NJW 2010 2963.

Diese Linie wurde durch die Entscheidung des EGMR (große Kammer) U v 5. 6. 2015 Lambert ua gg Frankreich Z 46043/14 untermauert: der Gerichtshof hatte mit Blick auf die gleichgelagerte Argumentation des ein Ende der Behandlungspflicht akzeptierenden französischen Conseil d'État keinen Verstoß gegen Art 2 Abs 1 EMRK erblickt.

21

Ob es sich bei der Unterlassung weiterer Lebensverlängerung um einen Behandlungsverzicht, dh eine **Entscheidung des Sterbenden** (zB Patientenverfügung – § 2 Abs 1 PatientenverfügungsG, BGBI I 2006/55; § 10 Abs 1 Z 7 Krankenanstalten- und KuranstaltenG; vgl dazu *Bernat* EF-Z 2006 42 und 74; *Kert* JAP 2005/2006 210) handelt oder um einen **einseitigen Behandlungsabbruch** durch den Arzt, macht in diesem Zusammenhang keinen grundsätzlichen Unterschied. Maßgebend erscheint, ob der Prozess des Sterbens ein Stadium erreicht hat, in dem der Eintritt des Todes nach medizinischer Erfahrung unabwendbar ist; vgl BGH 2 StR 454/09, NJW 2010 2963 = BGHSt 55 191; näher zu dieser schwierigen Problematik *Kutzler* Rissing-van Saan-FS 352 ff; *Merkel* Schroeder-FS 297; *Eser* in *Eser* 401; *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 54 ff; *S/S/Eser/Sternberg-Lieben*³⁰ Vorbem §§ 211 ff Rz 27 ff. Davon unberührt bleibt die Pflicht zur Aufrechterhaltung von **Basispflege** und **Grundernährung**; *S/S/Eser/Sternberg-Lieben*³⁰ Vorbem §§ 211 ff Rz 31. Aber auch diese Grundversorgung kann durch Patientenverfügung ausgeschlossen werden; strittig; behahend *Bernat* EF-Z 2006 74; BGH XII ZR 177/03 – zivilr E; BGHSt 40 257; ablehnend EBRV PatVG 1299 BlgNR 22. GP 5; differenzierend *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 68 ff.

22

Beachte! Ähnliche Probleme treten auch bei einem auf **Dauer nicht lebensfähigen Neugeborenen** auf; instruktiv dazu *Arthur Kaufmann* JZ 1982 481; *Schmitt* Klug-FS 329. Selbstverständlich hat niemand das Recht, ein solches Kind zu töten. Doch gibt es, eine in dieser Beziehung abgesicherte Prognose vorausgesetzt, auch **keine Rechtspflicht**, den Zeitpunkt des Todeseintritts künstlich hinauszuzögern; vgl *Merkel* JZ 1996 1145; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I' 23; *Arthur Kaufmann* JZ 1982 486.

23

b) **Recht auf einen natürlichen Tod.** Niemand besitzt die Befugnis, einen Sterbenden **gegen dessen Willen** am Leben zu erhalten. Dem Recht des Menschen auf das Leben entspricht sein Recht auf den natürlichen Tod und ein **menschenwürdiges Sterben**; vgl Art 1 GRC; Art 8 EMRK (EGMR [große Kammer] U v 5. 6. 2015 Lambert ua gg Frankreich Z 46043/14; EGMR U v 19. 7. 2012 Koch gegen Deutschland Z 497/09 EGRZ 2012 616; EGMR

U v 20. 01. 2011 Haas gg Schweiz Z 31322/07); § 5a Abs 1 Z 9 Krankenanstalten- und KuranstaltenG; *Salamun* JRZ 2014 149f; *Bernat*, JBl 2009 129; ders EF-Z 2006 43; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 21; *Geilen* Euthanasie 11; *Graßberger* in *Krösl/Scherzer* 298. Zur zivilrechtlichen Problematik eines Behandlungsabbruchs vgl 9 Ob 68/11g, Zak 2012/762, 415 m Anm *Kletečka* = NL 2012 425 = JBl 2013 106 = iFamZ 2013/14 50 m Anm *Ganner* = EvBl 2013/60 414 m Anm *Pfurtscheller* = RZ 2013/2 41 = RdM 2013/74 104 m Anm *Kopetzki* = SZ 2012/100.

Die **freie Entscheidung** des Sterbenden (insb der Verzicht auf Intensivtherapie) ist **24** idR zu respektieren. Eingriffe, die diesem Willen zuwiderlaufen, sind unzulässig und können zur Strafbarkeit des Arztes gem § 110 führen; zust *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 10; *Birklbauer* WK² Vorbem §§ 75–79 Rz 68 ff; *Bernat* JAP 1998/99 113; ders JBl 2009 129; *Schick* in *Bernat* 136. **Es gibt weder eine Pflicht noch ein Recht zur Verlängerung des verlöschenden Lebens um jeden Preis.**

Wichtig: Das aus Art 8 Abs 1 EMRK ableitbare Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen umfasst auch das Recht zu entscheiden, wann und wie das eigene Leben enden soll. Das solcherart entstehende Spannungsfeld zwischen dem Recht auf Leben und der staatlichen Pflicht, dieses zu schützen, einerseits und dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen andererseits wird in den Mitgliedsstaaten der EMRK höchst unterschiedlich gelöst. Insoweit gesteht der EGMR Vertragsstaaten einen legitimen Spielraum zu; EGMR (große Kammer) U v 5. 6. 2015 *Lambert* ua gg Frankreich Z 46043/14, wonach dem Staat das Recht zukommt, die Beendigung einer künstlichen Ernährung bei einem im Wachkoma befindlichen Patienten zuzulassen; *Salamun* JRZ 2014 149f; vgl auch Rz 20f.

Zwar lässt sich nach der Rspr des EGMR weder aus Art 2 und Art 3 EMRK noch aus Art 8 EMRK eine Pflicht des Staates ableiten, aktive Sterbehilfe für einen Moribunden straffrei zu stellen; vgl EGMR U v 29. 4. 2002 *Pretty* gg Vereinigtes Königreich Z 2346/02 ÖJZ MRK 2003/17 311; näher dazu *Grabenwarter/Pabel* EMRK⁷ § 20 Rz 20. Der VfGH hat allerdings in seiner bahnbrechenden E vom 11. 12. 2020 G 139/2019 (JBl 2021 164) mit Berufung auf das aus Art 2 StGG; Art 7 Abs 1 B-VG; Art 8 EMRK ableitbare Recht auf Selbstbestimmung klargestellt, dass die Freiheit des Einzelnen, über sein Leben in Integrität und Identität selbst zu bestimmen und damit in diesem Zusammenhang zu entscheiden, dieses auch mit Hilfe Dritter zu beenden, gesichert werden muss. Ungeachtet des Fehlens einer aus der EMRK ableitbaren Verpflichtung des Staates, einem Sterbewilligen Zugang zu tödlichen Substanzen zu verschaffen, um einen schmerzfreien Tod wählen zu können (dazu EGMR U v 20. 1. 2011 *Haas* gg Schweiz Z 31322/07; vgl *Thienel* ÖJZ 2012 544; *Velten* SbgK Vorbem §§ 75 ff Rz 84), hat sich der Gesetzgeber mit dem SterbeverfügungsG dafür entschieden, dem Sterbewilligen unter bestimmten Voraussetzungen den Zugang zu einem todbringenden Präparat (§ 3 Z 9 StVfG; zumeist eine tödliche Dosis Natrium-Pentobarbital) zu ermöglichen; s dazu § 78 Rz 2.

c) **Ärztliche Verantwortung.** Innerhalb dieses nur durch einige wenige **25** Fixpunkte absteckbaren **rechtlichen Rahmens** (insb definiert durch § 49a ÄrzteG; dazu Rz 20/1) bleibt die Entscheidung über das weitere Vorgehen zumindest dort, wo sich der Sterbende zuvor nicht geäußert hat und auch nicht mehr artikulieren kann, letztlich dem Wissen, dem Können, dem Ethos und der Verantwortung des behandelnden Arztes überlassen; vgl *Graßberger* in *Krösl/Scherzer* 297; *Birklbauer* WK² Vorbem zu §§ 75–79 Rz 56 ff; ebenso die deutsche

Rspr; vgl BGHSt 40 257; 32 379; vgl weiter *Bernat* RdM 1995 58: objektiv verstandenes Patientenwohl.

26 d) Abbruch von Reanimation oder Intensivbehandlung. Hier ist schon die Vorfrage umstritten, ob es sich um ein Tun oder um ein Unterlassen handelt. Nach dem **sozialen Sinn der Maßnahme** ist Letzteres anzunehmen; vgl AT¹⁶ Rz 29.29; *Birkbauer* WK² Vorbem §§ 75 – 79 Rz 32; *Schick* in *Bernat* 138; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 22 f; *Velten* SbgK § 75 Rz 49; aM *Jescheck/Weigend* AT 604; *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold* BT I⁵ § 75 Rz 13. Unter denselben Voraussetzungen, unter denen ein medikamentös-therapeutischer Behandlungsabbruch in Betracht kommt (Rz 20 ff), ist auch der Abbruch von Reanimation oder Intensivbehandlung durch den Arzt rechtlich möglich und zulässig; vgl näher dazu *Hilf* WK² § 2 Rz 33; *S/S/Eser/Sternberg-Lieben*³⁰ Vorbem §§ 211 ff Rz 32 mwN; *Bernat* RdM 1995 51. Bei mehreren gleichzeitig Behandlungsbedürftigen hat der Arzt in den Grenzen des Missbrauchsverbots ein im Übrigen juristisch nicht nachkontrollierbares **Auswahlemessen**, wobei im Allgemeinen das **Prioritätsprinzip** gilt; vgl näher *S/S/Eser/Sternberg-Lieben*³⁰ Vorbem §§ 211 ff Rz 30 mwN.

Aber: Vereitelt hingegen ein Dritter fremde Rettungsmaßnahmen, liegt strafbares Tun vor; vgl AT¹⁶ Rz 29.30; *Hilf* WK² § 2 Rz 34.

II. Die einzelnen Delikte

1. Mord

§ 75. Wer einen anderen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Literatur: *Bittmann* Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS ÖJZ 1987 486; *Bottke* Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung in: *Schünemann/Pfeiffer* (Hrsg) Die Rechtsprobleme von AIDS (1988) 171; *Heine* Mord und Mordstrafe: Grundmängel der deutschen Konzeption und rechtsvergleichende Reformüberlegungen GA 2000 305; *Herzberg* Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS? NJW 1987 1461; *ders* Zur Strafbarkeit des AIDS-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr NJW 1987 2283; *Joerden* OGH JBl 1987 191 – ein Fall alternativer Kausalität? JBl 1988 432; *Kienapfel* Probleme des unvermittelt abgebrochenen Versuchs in: *Pallin-FS* (1989) 205; *Laubichler* Über die Tötungsdelinquenz aus psychiatrischer Sicht RZ 1988 270; *Mayerhofer* Mord und Totschlag in Österreich ÖJZ 1980 290; *Moos* Die Tötung im Affekt im neuen österreichischen Strafrecht ZStW 1977 796; *ders* Urteilsanmerkung JBl 2001 196; *Rainer* Die Filter der Strafjustiz am Beispiel Mord und Totschlag ÖJZ 1986 302; *Schmoller* „Kriminelle Vereinigung“ statt „Bande“ im Österreichischen Strafrecht Putzer-FS (2002) 977; *Schwaighofer* Autoraser vor dem Strafgericht ZVR 2019 320; *S. Seiler* Der „dolus generalis“ in Lehre und Rechtsprechung ÖJZ 1994 85; *Wessely* Zu den neuen Terrorismustatbeständen im StGB ÖJZ 2004 827; *Zehetgruber* Mord durch Unterlassen durch österreichische Soldaten? ÖJZ 2018 908; *Zipf* Kriminalpolitische Überlegungen zu einer Reform der Tötungsdelikte unter besonderer Berücksichtigung des neuen österreichischen Strafrechts in: *Würtenberger-FS* (1977) 151. Vgl außerdem die Angaben vor Vorbem §§ 75 ff Rz 1.

Inhaltsübersicht

	Rz
<i>Allgemeines</i>	1 – 3
I. <i>Tatbestand</i>	4–21
1. Tathandlung	4–10
a) Definition	4 – 5
b) Tun oder Unterlassen	6–10
aa) Begehungsdelikt	6 – 6/1
bb) Unechtes Unterlassungsdelikt	7
cc) Einzelheiten	8–10
2. Erfolg, Kausalität und objektive Zurechnung	11–19
a) Erfolg	11
b) Kausalität	12–13
c) Objektive Zurechnung	14–18
aa) Atypischer Kausalverlauf	16
bb) Mitwirkung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung	17
cc) Nachträgliches Fehlverhalten Dritter oder des Opfers	18
d) Aberratio ictus – error in persona	19
3. Tatvorsatz	20
4. Irrtum über den Kausalverlauf	21
II. <i>Rechtfertigungsgründe</i>	22
III. <i>Schuld</i>	23–25
1. Affekt	23
2. Entschuldigungsgründe	24–25
IV. <i>Sonderprobleme</i>	26–38
1. Vorbereitung	26
2. Versuch	27
3. Rücktritt	28
4. Beteiligung	29
5. Abgrenzungen	30
6. Konkurrenzen	31–38
a) Körperverletzung (§§ 83 ff)	31–32
b) Tötung mehrerer Personen	33
c) Idealkonkurrenz	34
d) Erfolgsqualifizierte Delikte mit Todesfolge	35–36
e) Realkonkurrenz	37–38

Allgemeines: Das StGB hat die frühere Regelung (§§ 134–136 StG) 1 sprachlich bereinigt und sachlich vereinfacht. Als **Mord** bezeichnet es nunmehr jede **vorsätzliche Tötung eines Menschen**; eingehend zur geschichtlichen Entwicklung und zur Reform *Birklbauer* WK² § 75 Rz 1 ff.

Rechtsvergleichung. Der Gesetzgeber hat mit gutem Grund darauf verzichtet, nach 2 dem Vorbild des § 211 Abs 2 dStGB Qualifikationen bei **besonderer Verwerflichkeit des Zwecks**, des **Motivs** oder der **Begehungsweise** zu bilden. Die deutsche Praxis liefert den überzeugenden Beweis für das Unbefriedigende einer solchen Kasuistik; *Heine* GA 2000 305. Sie führt zu subtilen Zuordnungs- und Abgrenzungsproblemen und bereitet insb bei der Beteiligung erhebliche Probleme. Mordlust, Habgier und sonstige niedrige Beweggründe, Heimtücke, Grausamkeit uä sind nach österr StGB im Rahmen der **Strafzumessung** zu berücksichtigen; vgl etwa § 33 Abs 1 Z 5, 5a u Z 6.

Beachte! Der Verzicht auf eine absolute Strafdrohung beim Mord und das **Prinzip** 3 der **ganzheitlichen Strafzumessung** ermöglichen es, auch den im deutschen Recht problematischen Fällen des atypisch entlasteten unmittelbaren Täters und des atypisch belas-

teten Beteiligten angemessen Rechnung zu tragen; vgl *Kienapfel* Einheitstäter 33. Zur Lösung des berüchtigten Badewannen-Falles (RGSt 74 84) und des Staschynskij-Falles (BGHSt 18 87) nach österr Recht vgl *Kienapfel* JuS 1974 3; zum Problem des Kinder-Selbstmordfalls vgl 14 Os 158/99, SSt 63/86 = JBl 2001 194 m abl Anm *Moos*.

I. Tatbestand

1. Tathandlung

- 4** a) **Definition.** Töten heißt, **den Tod eines anderen herbeiführen**. Der Mord erfasst jede Tötung eines anderen Menschen, soweit nicht Fahrlässigkeit oder die besonderen Voraussetzungen einer privilegierten Tat gem §§ 76–79 gegeben sind.
- 5** **Beachte!** Die gewollte Infizierung eines anderen mit HIV (insb durch nicht sterile Spritzen oder ungeschützten Geschlechtsverkehr) lässt sich zwar theoretisch als versuchter Mord begreifen; vgl *Herzberg* NJW 1987 1463 u 2283; *Bottke* in *Schünemann/Pfeiffer* 178 201; *Bittmann* ÖJZ 1987 490. Eine Bestrafung scheitert aber idR aus Beweisgründen (insb Kausalität, Vorsatz); vgl BGH NStZ 1989 114 m Anm *Helgerth*; LG München NJW 1987 1495; *Kienapfel* RZ 1989 123 (Anm); *Velten* SbgK § 75 Rz 29 f u Rz 36. Zur Anwendbarkeit der §§ 83 ff bzw § 178 f vgl Vorbem §§ 83 ff Rz 5 ff.
- 6** b) **Tun oder Unterlassen.** aa) **Begehungsdelikt.** In der Praxis überwiegen bei weitem die Fälle, in denen § 75 durch ein Tun erfüllt wird. Bei mehrdeutigen Verhaltensweisen, die sich aus Tun und Unterlassen zusammensetzen, oder bei Zusammentreffen beider Handlungsvarianten geht die hM vom **Primat des (strafbarkeitsausschöpfenden) Tuns** zugrunde; vgl *Kienapfel* ÖJZ 1976 285; ders StP II 83; *HilfWK*² § 2 Rz 24.
- 6/1** Beispiel: Bestärkt der Kindsvater die Schwangere schon vor der Geburt, das Neugeborene zu töten, verantwortet er Beitrag zum Mord durch Tun; ein nachfolgendes Nichteingreifen bei der Tötungshandlung der Gebärenden bleibt außer Betracht; 15 Os 69/06 w, EvBl 2007/77 421 = JBl 2007 743 = SSt 2006/85.
- 7** bb) **Unechtes Unterlassungsdelikt.** Dass es sich beim Mord durch Unterlassen (§§ 2, 75) nicht um ein rein akademisches Problem handelt, zeigen ua 15 Os 69/06 w, EvBl 2007/77 421 = JBl 2007 743 = SSt 2006/85; 14 Os 105/89, SSt 60/71 = EvBl 1990/71 310 = JBl 1990 262; 12 Os 97/79, JBl 1980 162; 10 Os 170/79, EvBl 1980/152 445 sowie die Ausführungen zur Unterlassung weiterer Lebensverlängerung; vgl Vorbem §§ 75 ff Rz 20 ff, insb 26. Zum **Aufbauschema** des Mordes durch Unterlassen vgl AT¹⁶ Anhang 5.
- 8** cc) **Einzelheiten.** (1) **Garantenstellung.** Der Unterlassende muss Garant iSd § 2 sein. Auf die Erweiterung der traditionellen Pflichtentrias bei gleichzeitiger Restriktion der einzelnen Pflichten durch das moderne Schrifttum ist Bedacht zu nehmen; vgl etwa *Jescheck/Weigend* AT 621; *HilfWK*² § 2 Rz 74 ff u Rz 84 ff; *Moos* StP IV 38; AT¹⁶ Rz 31.6 ff u Rz 23; *Kienapfel* JBl 1975 13 80; enger *L/St/Stricker* § 2 Rz 17 ff u Rz 29; *Fuchs/Zerbes* AT I¹¹ 37/36 ff; 15 Os 69/06 w, EvBl 2007/77 421 = JBl 2007 743 = SSt 2006/85.

(2) **Gleichwertigkeitskorrektiv.** Streit besteht, ob das sog Gleichwertigkeitskorrektiv (§ 2) auch beim Mord durch Unterlassen zu prüfen ist. 9

12 Os 87/70, EvBl 1971/66 103 = SSt 41/38 und 9 Os 116/71, JBl 1972 276 haben 10 diese Frage bejaht und vor allem auf das „Maß der unterlaufenen Pflichtverletzung“ abgestellt; ähnlich *Pallin* ZStW 1972 200; *Foregger* ZNStR I 21; *Birkbauer* WK² § 75 Rz 29. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei den **reinen Verursachungsdelikten**, zu denen auch § 75 zählt, eine Gleichwertigkeitsprüfung nichts bringt. Die Gleichstellungsklausel des § 2 gilt nur für **verhaltensgebundene Delikte**; idS *Velten* SbgK § 75 Rz 50; str; vgl dazu AT¹⁶ Rz 30.18 ff; umfassend *Hilf* WK² § 2 Rz 127 ff.

2. Erfolg, Kausalität und objektive Zurechnung

a) **Erfolg.** Erfolg iSd § 75 ist der **Tod** eines anderen. 11

b) **Kausalität.** Wie bei allen anderen Erfolgsdelikten gilt auch für die §§ 75 ff die **Äquivalenztheorie**; Mitverursachung genügt; vgl *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 13; *Birkbauer* WK² § 75 Rz 16; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 75 Rz 3; aus der Rspr vgl 14 Os 110/92, JBl 1994 556 m Anm *Burgstaller*; 13 Os 111/86, JBl 1987 191 = SSt 57/69; 11 Os 156/84, EvBl 1985/133 631 = SSt 55/86. 12

Zur **kumulativen Kausalität** beim Mord vgl 13 Os 111/86, JBl 1987 191 = SSt 57/69. 13

c) **Objektive Zurechnung.** In Wissenschaft und Praxis ist heute weitgehend anerkannt, dass das Haftungskorrektiv der objektiven Zurechnung bei den **vorsätzlichen Erfolgsdelikten**, somit auch bei den **Tötungsdelikten** (§§ 75 ff), Anwendung findet; vgl *Jescheck/Weigend* AT 286; *Kienapfel* ZVR 1977 163; *Birkbauer* WK² § 75 Rz 22 ff; *Schmoller* ÖJZ 1982 452; *H. Steininger* ÖJZ 1981 369; *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 13; *Fuchs/Zerbes* AT I¹¹ 13/35; *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 75 Rz 2; vgl die GrundsatzE 14 Os 110/92, JBl 1994 556 m Anm *Burgstaller*; 11 Os 156/84, EvBl 1985/133 631 = SSt 55/86; 13 Os 150/83, JBl 1984 326 m krit Anm *Fuchs*. Der eingetretene Tod ist dem Verursacher **nur zuzurechnen, wenn seine Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr für einen solchen Erfolg geschaffen und sich dieses Risiko im eingetretenen Tod verwirklicht hat.** 14

Beachte! IdR indiziert die Kausalität bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten – somit auch beim Mord – die objektive Zurechnung des Erfolgs. Auf diese Frage ist daher nur ausnahmsweise bei **speziellen Fallkonstellationen** einzugehen; vgl AT¹⁶ Rz 10.21; 14 Os 110/92, JBl 1994 556 m zust Anm *Burgstaller*; 11 Os 156/84, EvBl 1985/133 631 = SSt 55/86. Unbeschadet allfälliger Strafbarkeit wegen Versuchs handelt es sich dabei insb um die folgenden Fallkonstellationen: 15

aa) **Atypischer Kausalverlauf.** In den Fällen des atypischen Kausalverlaufs fehlt es an dem für Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte in gleicher Weise erforderlichen **Adäquanzzusammenhang**; vgl *Fuchs/Zerbes* AT I¹¹ 13/23 ff; *L/St/Stricker* Vorbem § 1 Rz 28; *Kienapfel* ZVR 1977 166; *Schmoller* ÖJZ 1982 452. Nach heutiger hM gilt das auch für die Tötungsdelikte der §§ 75 ff; so ausdrücklich 14 Os 110/92, JBl 1994 556 m Anm *Burgstaller*; 11 Os 156/84, EvBl 1985/133

631 = SSt 55/86; *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 13; *Birklbauer* WK² § 75 Rz 37; *S/S/Eisele*³⁰ Vorbem §§ 13 ff Rz 91 ff.

Beispiel: A entkommt dem Mordanschlag des B, wird aber auf der Flucht von einem herabfallenden Ziegel erschlagen oder von einem unbeteiligten Dritten erschossen. Es fehlt am **Adäquanzzusammenhang**; daher ist die Bestrafung des B wegen vollendeten Mordes ausgeschlossen; übrig bleibt **versuchter Mord**; vgl *AT*¹⁶ Rz 26.31.

- 17 bb) **Mitwirkung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung.** Wer seine eigenen Rechtsgüter aus freien Stücken gefährdet, trägt grundsätzlich selbst die Verantwortung für die Folgen; sog **Eigenverantwortlichkeits- oder Autonomieprinzip**; vgl näher § 80 Rz 64 ff. Wer eine solche Selbstschädigung oder Selbstgefährdung vorsätzlich oder fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert, schafft dadurch idR noch keine rechtlich missbilligte Gefahr iSd modernen Zurechnungslehre. Der eingetretene Tod ist ihm daher objektiv nicht zuzurechnen; vgl *Jescheck/Weigend* AT 288; *Burgstaller/Schütz* WK² § 6 Rz 73; *Schmoller* StP XXII 71; *AT*¹⁶ Rz 28.8 mwN; idS nunmehr auch dezidiert der **OGH**; vgl 15 Os 30/19 d, RZ 2019/21 175 m Anm *Fabrizy* = JSt-Slg 2019/65 565 m Anm *Birklbauer* = JBl 2019 801 m Anm *Rösler* = EvBl 2020/7 42 = SSt 2019/44; 14 Os 129/19 f, JBl 2021 198 m Anm *Birklbauer*; 12 Os 147/14 f, EvBl 2015/92 630 = JSt 2015 356 m zust Anm *Schwaighofer* = RZ 2015/21 S 212 = SSt 2015/12; 15 Os 68/03, EvBl 2003/174 809 = ZVR 2004/110 390 = SSt 2003/49; 12 Os 29/95, RZ 1996/5 45 = JBl 1996 804 = SSt 62/48; 11 Os 82/98, EvBl 1999/71 316.

Beispiele: Der Fixer H besitzt Heroin, der mit ihm befreundete Fixer A besorgt die Spritze. H stirbt an einem Heroinschock. Durch das Beschaffen der Spritze hat A den Tod des H zwar iSd Äquivalenztheorie mitverursacht, als bloße Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung darf ihm dieser Erfolg aber nicht objektiv zugerechnet werden; sog **Heroin spritzen Fall**: 15 Os 30/19 d, RZ 2019/21 175 m Anm *Fabrizy* = JSt-Slg 2019/65 565 m Anm *Birklbauer* = JBl 2019 801 m Anm *Rösler* = EvBl 2020/7 42 = SSt 2019/44; BGH JZ 1984 750 m zust Anm *Kienapfel*; BGH NJW 2003 2326; BGH NJW 2000 2287; BGHSt 36 17. Gleichtes gilt für das Überlassen der Wohnung zum ungestörten – wegen einer Überdosis tödlichen – Suchtgiftkonsum; 12 Os 147/14 f, EvBl 2015/92 630 = JSt 2015 356 m zust Anm *Schwaighofer* = RZ 2015/21 212 = SSt 2015/12. Auf derselben Ebene liegen der **Stechapfeltee-Fall** (BGH NStZ 1985 25) sowie traditionelle Lehrbuchfälle wie der **Gewitter-Fall** (*Rittler* II 2).

Beachte! In den oben genannten Fällen scheidet auch eine Bestrafung wegen **Veruchs** aus. Die Begründung ist allerdings str. Einiges spricht dafür, mangels objektiver Zurechenbarkeit des zwar gewollten, aber nicht steuerbaren Kausalverlaufs bzw Erfolgs einen absolut untauglichen Versuch anzunehmen; vgl *Triffterer* StP X 263; mit etwas anderer Akzentuierung *Schmoller* ÖJZ 1982 491. Nicht minder diskutabel erscheint es, das „Wollen“ eines schlechterdings nicht steuerbaren Kausalverlaufs als bloßes Wünschen oder Hoffen anzusehen und insoweit bereits einen **Vorsatz im Rechtssinn** zu verneinen.

Aber: Das Eigenverantwortlichkeitsprinzip findet seine Grenzen dort, wo der Mitwirkende das Risiko kraft **überlegenen Sachwissens** besser erfasst oder der Selbstgefährdungsentschluss des anderen erkennbar an gravierenden **Beurteilungs- oder Willensmängeln**, zB Krankheit, Schock, Panik, Irrtum, Täuschung, jugendliche Unreife, Tru-

kenheit leidet; vgl 15 Os 30/19 d, RZ 2019/21 175 m Anm *Fabrizy* = JSt-Slg 2019/65 565 m Anm *Birklbauer* = JBl 2019 801 m Anm *Rösler* = EvBl 2020/7 42 = SSt 2019/44; BGH NJW 2003 2326; BGH JZ 1984 750 m *zust Anm Kienapfel*; BGH NStZ 1985 25; eingehend § 80 Rz 65 ff.

Beispiel: Springt eine brutal missbrauchte Frau über entsprechende Aufforderung des eine Todesfolge bedingt vorsätzlich einkalkulierenden Täters aus dem Fenster, um weiterer sexueller Folter zu entgehen, wäre der letale Erfolg dem Peiniger objektiv zuzurechnen, auch wenn das Opfer ganz bewusst diesen letzten Ausweg wählt; vgl AT¹⁶ Rz 28.8; 12 Os 29/95, RZ 1996/5 45 = JBl 1996 804 = SSt 62/48.

cc) **Nachträgliches Fehlverhalten Dritter oder des Opfers.** Diese Fallgruppe und ihre Begrenzung sind sowohl im Grundsatz als auch in den Einzelheiten nach wie vor heftig umstritten; vgl dazu näher AT¹⁶ Rz 28.9 ff; § 80 Rz 70 ff mwN. 18

Beispiele: Der durch einen Mordversuch nur mäßig Verletzte stirbt, weil der Fahrer des Krankenwagens durch eigenes oder fremdes Verschulden in einen schweren Unfall verwickelt wird oder weil dem Operateur bzw Anästhesisten ein grober Kunstfehler unterläuft. Hier bleibt es bei der Bestrafung des Täters wegen **Mordversuchs**; vgl AT¹⁶ Rz 28.12 f u Rz 28.15; *Birklbauer* WK² § 75 Rz 33; der Sache nach ebenso 14 Os 110/92, JBl 1994 556 m Anm *Burgstaller*.

d) **Aberratio ictus – error in persona.** Die noch in § 134 StG vorgesehene 19 Sonderbehandlung der Fälle der **aberratio ictus** ist im StGB bewusst nicht übernommen worden. Insoweit gelten auch für den Mord, dessen Ausführung beim auserkorenen Opfer fehlschlägt, aber zum Tod eines unbeteiligten Dritten führt – wie für alle anderen Tötungsdelikte – die allgemeinen Regeln; hM; vgl *Birklbauer* WK² § 75 Rz 34 f mwN; *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 75 Rz 7; *Reindl/Krauskopf* WK² § 5 Rz 9 u Rz 81 f; *L/St/Huber* § 7 Rz 17 a; AT¹⁶ Rz 12.16 f; *Fuchs/Zerbes* AT I¹¹ 14/15 f.

Hält der Täter das getötete Opfer für einen anderen, so liegt ein unbeachtlicher **error in persona** vor; AT¹⁶ Rz 12.13 f; *Reindl/Krauskopf* WK² § 5 Rz 10 u Rz 81 f; *Birklbauer* WK² § 75 Rz 35 14 Os 72/97, RZ 1998/17 64.

Beispiele: A zielt mit Tötungsvorsatz auf B, verfehlt diesen aber. Die Kugel trifft den neben B stehenden C. In einem solchen Fall ist A **Mordversuch** an B in Tateinheit mit **fahrlässiger Tötung** bzw **Körperverletzung** des C anzulasten. Glaubt hingegen der geistig abnorme Täter A infolge unbeachtlichen Irrtums über eine Notwehrsituations einen Einbrecher zu erschießen, tötet A aber tatsächlich seine Mutter, ist von § 75 auszugehen; 14 Os 72/97, RZ 1998/17 64; vgl weiters AT¹⁶ Rz 20.10.

3. Tatvorsatz

Oft liegt **Tötungsabsicht** vor. Doch genügt bereits **bedingter Vorsatz**. 20 **Bloße Gleichgültigkeit** reicht nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass der Täter **positiv gewillt** ist, den Erfolg hinzunehmen; vgl 13 Os 6/75, EvBl 1975/192 405 = JBl 1975 384 = SSt 46/8; 13 Os 24/75, EvBl 1975/282 636; *Jescheck Lange* FS 370; *L/St/Stricker* § 5 Rz 17; AT¹⁶ Rz 28.25 f mwN. Es reicht der im Affekt impulsiv gefasste Tatentschluss (*L/St/Stricker* § 5 Rz 22; 12 Os 101/97) in Form

einer billigenden Inkaufnahme der Todesfolge; vgl RS0057499. Zur Vorsatzänderung während der Tatsachsführung vgl 13 Os 111/86, JBl 1987 191 = St 57/69.

Beachte! Da die Hemmschwelle bei der Tötung eines Menschen relativ hoch liegt, bedarf es bezüglich der subjektiven Tatseite stets einer sorgfältigen Prüfung sämtlicher Indizien des konkreten Falles; ähnlich *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 75 Rz 5 f; *Velten* SbgK § 75 Rz 21 ff. Aus der Inkaufnahme einer Lebensgefährdung (zB Zufahren auf einen Haltesignal gebenden Polizisten) darf nicht ohne weiteres auf bedingten Tötungsvorsatz geschlossen werden; vgl *Velten* SbgK § 75 Rz 30; wohl aber beim Verlenken des schnell fahrenden Autos auf die gegnerische Fahrbahn unter besonders gefährlichen Umständen; 15 Os 141/18 a, ZVR 2019/172 320 m *Anm Schwaighofer*; näher dazu § 89 Rz 18. Dasselbe gilt, wenn der Täter ein Mittel verwendet, das generell geeignet ist, tödliche Verletzungen herbeizuführen; zB Messerstiche, Hammerschläge. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass in solchen Fällen stets oder auch nur idR bedingter Tötungsvorsatz anzunehmen ist; instruktiv *Birklbauer* WK² § 75 Rz 21; vgl *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 75 Rz 6. In Anwendung des Grundsatzes **in dubio pro reo** bleibt daher, wenn das Opfer überlebt, oft nur Körperverletzung, sonst § 86 übrig; vgl AT¹⁶ Rz 28.25 a; § 84 Rz 61 f; § 86 Rz 3.

21 Irrtum über den Kausalverlauf. Unwesentliche Abweichungen des wirklichen vom vorgestellten Kausalverlauf sind unbeachtlich. Wesentliche schließen dagegen bereits die **objektive Zurechnung** aus; übrig bleibt aber **Versuch**; vgl AT¹⁶ Rz 12.8 a sowie Rz 12.18 mwN.

Beispiel: Tritt der Tod nicht, wie gewollt, durch Erschlagen, sondern erst durch den zur Verdeckung dieser Tat gelegten Brand ein, liegt eine **unwesentliche Abweichung**, somit vollendet Mord vor; vgl 9 Os 158/81, EvBl 1982/88 302; 4 Os 632/38, St 18/68; str; aM *Fuchs/Zerbes* AT I¹¹ 14/33; *Reindl-Krauskopf* WK² § 5 Rz 66; *Bertel/Schwaighofer* BT I¹² § 75 RN 2; *Joerden* JBl 1988 435: versuchter Mord und fahrlässige Tötung; differenzierend S. *Seiler* ÖJZ 1994 91.

II. Rechtfertigungsgründe

22 Als Rechtfertigungsgründe für eine vorsätzliche Tötung kommen insb Notwehr (§ 3) und das Recht zum Waffengebrauch (§ 7 Z 3 WaffG; vgl 12 Os 149/09 v, EvBl 2010/35 231 = St 2009/84 = JBl 2010 808 m *Anm Schütz*) in Betracht; vgl näher *Birklbauer* WK² § 75 Rz 44 f. Rechtfertigende Einwilligung scheidet aus (arg § 77); ebenso rechtfertigender Notstand; vgl AT¹⁶ Rz 14.27 mN. Das private Anhaltererecht gem § 80 Abs 2 StPO rechtfertigt nicht einmal eine vorsätzliche Körperverletzung (str; vgl AT¹⁶ Rz 15.15 ff und § 83 Rz 23), geschweige denn die Tötung des Festzunehmenden; vgl 13 Os 75/88.

III. Schuld

23 1. **Affekt.** Mord wird häufig im Affekt begangen. Handelt es sich um einen **höchstgradigen Affekt**, der den Schwellenwert des § 11 erreicht, ist der Täter straflos. Im Übrigen bleibt es bei der Anwendung des § 75, es sei denn, dass der Affekt die spezifischen Voraussetzungen des § 76 erfüllt; vgl auch Rz 20.

24 2. **Entschuldigungsgründe.** Entschuldigender Notstand (§ 10) ist denkbar.

Berühmtes Schulbeispiel: Mignonette-Fall; dazu *AT*¹⁶ Rz 14.27 u Rz 21.16.

Beachte! Auch eine nicht anders abwendbare **permanente Gefahr für Leib oder Leben** iS einer **Dauergefahr** kann für § 10 genügen; vgl *AT*¹⁶ Rz 21.14. Standardbeispiel ist die Tötung eines gewalttätig-unmenschlichen Familientyranns im Schlaf, gegen dessen Treiben die Behörden nicht energisch genug einschreiten; vgl *BGH NJW* 1966 1823. Es greift zu kurz, solche Familientragödien ausschließlich unter dem Aspekt der §§ 3 bzw 76 zu erörtern. 25

IV. Sonderprobleme

1. Vorbereitung: Verbrecherisches Komplott (§ 277), Kriminelle Vereinigung (§ 278), Kriminelle Organisation (§ 278 a), Terroristische Vereinigung (§ 278 b) und Terrorismusfinanzierung (§ 278 d) sind bei einer Ausführung der geplanten Straftat nach § 75 strafbar. Das **Mordkomplott** geht im späteren Mord (auch im Mordversuch) auf und lebt bei strafbefreiendem Rücktritt vom Mordversuch nicht wieder auf, weil idR zugleich die Voraussetzungen des Strafaufhebungsgrundes nach § 277 Abs 2 gegeben sind; hM vgl *AT*¹⁶ Rz 22.9; *Plöchl WK*² § 277 Rz 19 mN; *Birkbauer WK*² § 75 Rz 57. 26

Ebenso ist zwischen versuchtem bzw vollendetem Mord (allenfalls als terroristische Straftat iSd § 278 c Abs 1 Z 1) und nur auf diesen Mord gerichteter **krimineller oder terroristischer Vereinigung** Scheinkonkurrenz (Subsidiarität) anzunehmen; vgl *Plöchl WK*² § 278 Rz 65; *Schmoller Putzer-FS* 993 f; *Hinterhofer/Rosbaud BT II*⁶ § 278 Rz 19; aA *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari StGB*¹⁴ § 278 Rz 7; 12 Os 7/05 d, *EvBl* 2005/128 583 = *JBl* 2006 263 = *SSt* 2005/14.

Rücktritt vom Mordversuch befreit aber nicht von der wiederauflebenden Strafbarkeit gem § 278 Abs 1 bzw § 278 b Abs 1 u Abs 2; vgl *Plöchl WK*² § 278 Rz 73 und § 278 b Rz 22 mN.

Sind mehrere Morde in Aussicht genommen, aber nur einer davon verwirklicht, besteht echte Idealkonkurrenz zwischen § 75 einerseits und § 278 oder § 278 b andererseits. Entsprechendes gilt für § 278 a.

Die **Terrorismusfinanzierung** ist gegenüber dem vollendeten oder versuchten Mord kraft Gesetzes subsidiär; (§ 278 d Abs 2; *EBRV StRÄG* 2002 42; *Plöchl WK*² § 278 d Rz 27); beim Rücktritt vom Versuch des Mordes lebt die Strafbarkeit nach § 278 d wieder auf (*AT*¹⁶ Rz 22.9; *Plöchl WK*² § 278 d Rz 28; aM *Wessely ÖJZ* 2004 833).

2. Versuch: Eine ausführungsnahe Handlung iSd § 15 Abs 2 liegt vor, 27 wenn der zum sofortigen Töten entschlossene Täter mit schussbereiter Pistole die Wohnung nach dem Opfer durchsucht. Dass er es nicht antrifft, begründet nur relativ untauglichen Versuch; vgl *Fuchs/Zerbes AT I*¹¹ 30/37; 12 Os 48/11 t, *EvBl* 2011/121, 830; 9 Os 113/77, *EvBl* 1978/58 158 = *SSt* 48/75. Zum Schuss auf eine Leiche vgl *AT*¹⁶ Rz 25.13 ff. Versuch kommt auch dann in Betracht, wenn der Erfolg zwar eingetreten ist, dem Täter aber **nicht zugerechnet werden kann**; vgl Rz 16 u Rz 18.

- 28** 3. **Rücktritt:** Zum Rücktritt vom **unvermittelt abgebrochenen Tötungsversuch** vgl *AT¹⁶* Rz 24.5; *Kienapfel* Pallin-FS 205 mN.
- 29** 4. **Beteiligung:** Zur Beteiligung bei mehrphasiger Tatausführung vgl 11 Os 101/84, *SSt* 55/62; *AT¹⁶* Rz 33.14f. Bei mehreren Beteiligten kann iSd Lehre von der **funktionalen Einheitstäterschaft** A gem § 75, B etwa gem §§ 76, 79, 83–87 oder gem §§ 80f strafbar sein; vgl *AT¹⁶* Rz 33.23; 11 Os 75/96, *EvBl* 1997/32 147; 16 Os 14/92; 10 Os 50/85, *JBl* 1984 389 m Anm *Burgstaller* und *Kienapfel*; klarstellend: 13 Os 4/02. Zum Sonderfall des vom Erwachsenen veranlassten Selbstmords eines Unmündigen vgl 14 Os 158/99, *SSt* 63/86 = *JBl* 2001 194 (§§ 12 **3. Fall**, 75) m abl Anm *Moos* (§§ 12 **1. Fall**, 75; idS auch *Velten* *SbgK* § 75 Rz 45 und *Birklbauer WK²* § 75 Rz 63); § 78 Rz 11 u Rz 19; *Stud BT II²* § 125 Rz 72.
- 30** 5. **Abgrenzungen:** Zur Abgrenzung gegenüber dem Totschlag vgl § 76 Rz 39f; gegenüber der Aussetzung vgl *BT I⁵* § 82 Rz 39; gegenüber dem Schwangerschaftsabbruch vgl Vorbem §§ 75ff Rz 6f.
- 31** 6. **Konkurrenzen:** a) **Körperverletzung** (§§ 83ff). Sie ist idR das **Durchgangsstadium** der vorsätzlichen Tötung. Somit impliziert der Tötungsvorsatz den Körperverletzungsvorsatz (sog **Einheitstheorie**) und schließt ihn nicht etwa aus (sog **Willensrichtungstheorie**). Als intensivste Formen der Verletzung verdrängen die §§ 75ff – auch im Versuchsfall – qua Subsidiarität die §§ 83ff; hM; vgl *Burgstaller* *JBl* 1978 402; *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 34; *Birklbauer WK²* § 75 Rz 74; *Velten* *SbgK* § 75 Rz 52; aus der Rspr vgl 11 Os 4/86, *SSt* 57/10; 9 Os 41/84, *JBl* 1985 174 = *SSt* 55/36; ausführlich dazu 13 Os 132/10a, *EvBl* 2011/77 518 = *SSt* 2011/13.
- 32** **Beachte!** Der Vorrang der §§ 75ff gilt auch für den Fall, dass der Täter im Rahmen einer **natürlichen Handlungseinheit** beim identen Tatobjekt zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz und erst dann mit Tötungsvorsatz gehandelt hat. Im Gegensatz dazu liegt Realkonkurrenz vor, wenn die Körperverletzung neben der Tötung einen **eigenständigen Unwert** aufweist, etwa wenn sich der Täter erst nach Abschluss der Körperverletzung zur Tötung seines Opfers entschließt; *Velten* *SbgK* § 75 Rz 52. Dass der Täter dem Opfer vor der Tötung besondere Qualen zufügt (und allenfalls tatbestandsmäßig iSd § 84 Abs 2 Z 3 oder § 92 handelt), ist hingegen nur bei der Strafbemessung zu berücksichtigen; vgl *Birklbauer WK²* § 75 Rz 75.
- 33** b) **Tötung mehrerer Personen.** Bei gleichzeitiger Tötung mehrerer durch ein und dieselbe Handlung (zB Sprengung eines Flugzeugs) liegt gleichartige Idealkonkurrenz vor; vgl § 80 Rz 146.
- 34** c) **Idealkonkurrenz.** Sie ist ua denkbar mit versuchter und vollendeter Tat gem § 99; ebenso mit § 269; vgl 10 Os 123/77, *EvBl* 1978/82 215 = *JBl* 1978 270. Tötet der Täter eine Frau, von der er weiß, dass sie schwanger ist, ist Tateinheit zwischen § 75 (bzw § 76) und § 98 Abs 1 1. Fall anzunehmen; vgl *Birklbauer WK²* Vor §§ 75–79 Rz 24; *L/St/Nimmervoll* § 96 Rz 8; aM *Schmoller* *SbgK* § 96 Rz 9: nur § 75. Die bei der Tötung an der Kleidung des Opfers bewirkte Sachbeschädigung wird als typische Begleittat von § 75 konsumiert; vgl *Birklbauer WK²* § 75 Rz 79; *Velten* *SbgK* § 75 Rz 52. Bei Völkermord (§ 321),

Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 321 a Abs 1 Z 1) und Kriegsverbrechen gegen Personen (§ 321 b Abs 1) wird § 75 verdrängt (lex specialis); *Schmetterer* WK² § 321 Rz 79; *Triffterer* SbgK § 321 Rz 97; aA *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 321 Rz 3; *Birklbauer* WK² § 75 Rz 71; *L/St/Huber* § 321 Rz 9: Idealkonkurrenz, weil § 75 nur den Individualgüterschutz, § 321 hingegen den Gruppenschutz umfasst.

d) Erfolgsqualifizierte Delikte mit Todesfolge. Ob mit solchen Delikten Idealkonkurrenz möglich ist, hängt von der **Auslegung** des jeweiligen Tatbildes ab. So schließen sich etwa § 75 und § 86 aus (**Exklusivität**); vgl *AT*¹⁶ Rz 28,29; *Burgstaller/Schütz* WK² § 7 Rz 17 u Rz 35 (Subsidiarität); *Birklbauer* WK² § 75 Rz 73 (Spezialität); *Velten* SbgK § 75 Rz 54 (Spezialität); die Verurteilung hat bei Tötungsvorsatz nur gem § 75 zu erfolgen; 12 Os 112/76, EvBl 1977/259 640 = SSt 48/55. Dasselbe gilt ua im Verhältnis zu den §§ 82 Abs 3, 87 Abs 2 3. Fall, 98 Abs 1 2. Fall, 131 3. Fall, 169 Abs 3, 201 Abs 2 5. Fall, 202 Abs 2 5. Fall.

Wichtig! Im Allgemeinen konkurriert Mord nur mit dem hinzukommenden **Grunddelikt**. Die Qualifikation der Todesfolge – wie etwa beim Raub nach § 143 Abs 2 3. Fall StGB – wird als **stillschweigend subsidiär** verdrängt; 13 Os 132/10a, EvBl 2011/77 518 = SSt 2011/13; *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold* BT I⁵ § 75 Rz 16. Dies wurde außer für den Raub insb in Bezug auf § 169 Abs 1 (9 Os 73/81, EvBl 1982/88 301) sowie für § 203 Abs 1 aF und § 207 Abs 1 (11 Os 1/83, SSt 54/44) entschieden. Entsprechendes gilt für das Zusammentreffen des § 75 mit §§ 102 Abs 1, 169 Abs 2, 201 Abs 1, 202 Abs 1, 205 Abs 1, 206 Abs 1; vgl *L/St/Nimmervoll* § 75 Rz 31. Speziell zur Konkurrenz des § 75 mit Raub (§§ 142 f) vgl *StudB BT II²* § 142 Rz 80 f; 9 Os 131/75, SSt 46/75; 13 Os 83/05 p; 11 Os 100/98; ausführlich dazu 13 Os 132/10a, EvBl 2011/77 518 = SSt 2011/13.

e) Realkonkurrenz. Mit Handlungen, die der **Verschleierung des Mordes** dienen oder **nach dessen Abschluss** begangen werden, besteht idR Realkonkurrenz, zB mit §§ 142, 169; vgl *Velten* SbgK § 75 Rz 54; 9 Os 73/81, EvBl 1982/88 301; 9 Os 101/62, EvBl 1962/427 527; ebenso mit § 190 Abs 1; vgl 10 Os 11/86, EvBl 1987/13 55; insb auch mit §§ 134 und 136.

Beachte! Ist das Opfer im Zeitpunkt eines dem Mord unmittelbar nachfolgenden Vermögensdelikts bereits verstorben, hängt die Anwendung der §§ 127 ff, 133 f u 142 f von der **Gewahrsamslage** ab; vgl *StudB BT II²* § 127 Rz 82 f u § 142 Rz 81; näher dazu *Segelhuber* ÖJZ 1994 480 488.

2. Totschlag

§ 76. Wer sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen läßt, einen anderen zu töten, ist mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Literatur: *Bannenberg* Affektdelikte in: *Remschmidt* (Hrsg) Tötungs- und Gewaltdelikte junger Menschen (2012) 77; *Behrendt* Affekt und Vorverschulden (1983); *Geilen* Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts in: *Maurach-FS* (1972) 173; *Krümpelmann* Motivation und Handlung im Affekt in: *Welzel-FS* (1974) 327; *Laubichler* Über die Tötungsdelinquenz aus psychiatrischer Sicht RZ 1988 270; *Mayerhofer* Mord und Tot-

schlag in Österreich ÖJZ 1980 290; *Moos* Die Tötung im Affekt im neuen österreichischen Strafrecht ZStW 1977 796; *ders* Mord und Totschlag im neuen Strafrecht in: StP IV 34; *ders* Urteilsanmerkung JBl 2001 196; *Schmoller* Zur Argumentation mit Maßfiguren. Am Beispiel des durchschnittlich rechtstreuen Schwachsinnigen JBl 1990 631 u 706; *Zerbes* Schuldausschluß bei Affektaten (1999). Vgl außerdem die Angaben vor Vorbem §§ 75 ff Rz 1 u vor § 75 Rz 1.

Inhaltsübersicht

	Rz
<i>Allgemeines</i>	1 – 5
1. Hauptanwendungsgebiet	2
2. Rechtsgut und ratio legis	3 – 4
3. Ao Strafmilderung	5
<i>I. Tatbestand</i>	6 – 8
1. Tathandlung	6
2. Erfolg	7
3. Tatvorsatz	8
<i>II. Rechtfertigungsgründe</i>	9 – 10
<i>III. Schuld</i>	11 – 36
1. Schuldfähigkeit	11 – 12
2. Unrechtsbewusstsein	13
3. Schuld mindernder Affekt	14 – 35
a) In heftiger Gemütsbewegung (= im Affekt)	16 – 25
aa) Gemütsbewegung	16
bb) Intensität	17
cc) Spontanreaktion	18 – 25
b) Allgemeine Begreiflichkeit der Gemütsbewegung	26 – 32
aa) Ausgangsposition	26 – 28
bb) Generelle Einschränkung	29
cc) Ausschluss des § 76	30 – 32
c) Weitere Präzisierungen	33 – 35
aa) Vorhersehbarkeit des Affekts	33
bb) Alkoholkonsum	34
cc) Irrtum	35
4. Entschuldigender Notstand (§ 10)	36
<i>IV. Sonderprobleme</i>	37 – 43
1. Versuch	37
2. Beteiligung	38
3. Abgrenzungen	39 – 41
a) Mord (§ 75)	39 – 40
b) Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 86 bzw 87 Abs 2)	41
4. Konkurrenzen	42
5. Prozessuale	43

1 Allgemeines: Der Totschlag des alten Rechts (§ 140 StG) ist zum Delikt der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (§ 86) umgestaltet worden. Der für das StGB dennoch beibehaltene Begriff des Totschlags (§ 76) ist ein vom Mord abgespaltenes, formal selbstständiges **privilegiertes Delikt** und nicht etwa bloße Strafzumessungsregel wie § 213 dStGB; hM; vgl *Birkbauer WK*² § 76 Rz 2; *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 1.

2 1. Hauptanwendungsgebiet. § 76 erfasst nicht nur momentane **Angst-, Konflikt- und Verzweiflungssituationen**, sondern vor allem auch **Zustände**,

die oft schon lange schwelen und erst im Augenblick der Tat eine einmalige affektive Zuspitzung erfahren; häufig geht es dem Täter darum, den Abbruch einer Partnerschaft abzuwenden oder durch Tötung die Beendigung einer von ihm längst als ausweglos empfundenen Lage herbeizuführen; näher *Birklbauer WK² § 76 Rz 4 u Rz 47 ff; Mayerhofer ÖJZ 1980 293.*

2. Rechtsgut und ratio legis. Das geschützte Rechtsgut ist dasselbe wie bei 3 § 75. Der Unterschied betrifft allein die besondere Gemütsverfassung im Augenblick der Tat und liegt daher ausschließlich auf der Ebene der **Schuld**. Denn unter den im § 76 genannten Voraussetzungen wird der **Affekt** als schuld-mindernder und zugleich strafatzprivilegierender Umstand berücksichtigt; hM; eingehend *Birklbauer WK² § 76 Rz 3, Rz 17, u Rz 28 ff; im Ergebnis auch Velten SbgK § 76 Rz 25 u Rz 44; L/St/Nimmervoll § 76 Rz 5; 11 Os 140/89, RZ 1990/91 207; 10 Os 131/78, SSt 49/53.* Das hat Konsequenzen für die Beteiligung; vgl Rz 38.

Beachte! Die **Schuldfähigkeit** ist bei dem im § 76 umschriebenen Affekt stets ver- 4 mindert. Diesen Befund kombiniert das StGB mit dem normativen Aspekt **herabgesetzter Zumutbarkeit** rechtstreuen Verhaltens. Der Affekt des § 76 ist dogmatisch daher bei den Schuldmerkmalen zuzuordnen; dazu und zu den Konsequenzen für die Auslegung *Birklbauer WK² § 76 Rz 3, Rz 28 ff u Rz 47 ff.*

3. Ao Strafmilderung. Die **Strafuntergrenze** des § 76 ist mit 5 Jahren 5 Freiheitsstrafe generell **zu hoch** angesetzt; vgl *Birklbauer WK² § 76 Rz 11.* Die Praxis gleicht dies durch Anwendung des § 41 aus.

I. Tatbestand

1. Tathandlung. Die **Tathandlung** deckt sich in jeder Beziehung mit der 6 des § 75. Dies gilt auch für die – allerdings seltene – Begehung des § 76 durch Unterlassen; vgl 12 Os 97/79, JBl 1980 162: Totschlag durch Ertrinkenlassen (zw); *Birklbauer WK² § 76 Rz 18; Velten SbgK § 76 Rz 60 u Rz 118.*

2. Erfolg, Kausalität, objektive Zurechnung. Auch bezüglich Erfolg, Kausalität, 7 objektiver Zurechnung und aberratio ictus gilt das beim Mord Ausgeführte entsprechend; vgl § 75 Rz 11 – Rz 19.

3. Tatvorsatz. Vorsätzliches Handeln und der im § 76 beschriebene Af- 8 fekt schließen einander nicht aus, sind aber begrifflich zu trennen, weil sie auf verschiedenen dogmatischen Ebenen liegen; hM; vgl *Birklbauer WK² § 76 Rz 19; L/St/Nimmervoll § 76 Rz 5; Platzgummer Bewußtseinsform 49.* Wie beim Mord genügt für § 76 **bedingter Vorsatz**; vgl *Velten SbgK § 76 Rz 61; 15 Os 127/87, JBl 1988 330; 11 Os 124/79, EvBl 1980/79 245 = SSt 50/64; 13 Os 93/75, SSt 46/49.*

II. Rechtfertigungsgründe

Der in § 76 beschriebene Affekt steht einem Rechtfertigungsgrund (insb 9 Notwehr) nicht entgegen; vgl *Birklbauer WK² § 76 Rz 25; L/St/Nimmervoll § 76 Rz 17; EvBl 1983/134.*

10 Beachte! Liegt ein **intensiver Notwehrexzess** iSd § 3 Abs 2 vor, ist auf § 76 nicht einzugehen, weil die ex lege angeordnete Fahrlässigkeitsfolge die speziellere und § 76 verdrängende Regelung darstellt; *Velten SbgK* § 76 Rz 69. Das gilt jedoch ausschließlich für die im § 3 Abs 2 behandelten **asthenischen Affekte**. Ein etwaiger sthenischer Affekt fällt unter die für den Täter wesentlich ungünstigere Regelung des § 76; vgl *Birkbauer WK* § 76 Rz 26; *L/St/Tipold* § 3 Rz 95; *Velten SbgK* § 76 Rz 70; 12 Os 101/97.

III. Schuld

1. Schuldfähigkeit

11 Handelt der Täter in einem außergewöhnlich heftigen Affekt, der die im § 11 vorgegebenen Grenzen erreicht, entfällt die Schuld schon mangels Zurechnungsfähigkeit. Eine Haftung nach § 76 bei vorsätzlicher *actio libera in causa* ist str; dafür *Höpfel WK* § 11 Rz 9; abl *Birkbauer WK* § 76 Rz 39 f; *Zerbes* Affektataten 179.

12 Beachte! In Bezug auf die erforderliche **Intensität** ist der von § 76 erfasste Affekt zwischen dem einfachen, nur im Rahmen der Strafzumessung des § 75 relevanten, und dem höchstgradigen Affekt des § 11 angesiedelt; Rz 40.

2. Unrechtsbewusstsein

13 In aller Regel handelt der Affekttäter mit **aktuелlem** – zumindest tatimmantem – **Unrechtsbewusstsein**; vgl *Platzgummer StP* I 52; *ders* Bewußtseinsform 72; *Kienapfel ÖJZ* 1976 116. Ob es daneben auch Fälle gibt, die eines Rückgriffs auf das potenzielle Unrechtsbewusstsein bedürften, ist zw; dafür *Geilen* Maurach-FS 188; *Birkbauer WK* § 76 Rz 45.

3. Schuld mindernder Affekt

14 Der schuld- und strafzatzmindernde Affekt des § 76 setzt voraus, dass der Täter sowohl in einer **heftigen** als auch in einer **allgemein begreiflichen Gemütsbewegung** gehandelt hat.

15 Aus logischen Gründen ist zunächst auf den vom Gesetz vorausgesetzten **faktischen Befund**, dh auf den Affekt und seine Intensität, einzugehen. Erst danach stellt sich die Frage der **rechtlichen Bewertung** dieses Affekts unter dem Aspekt der allgemeinen Begreiflichkeit; wie hier *Birkbauer WK* § 76 Rz 37 und Rz 48. In der Praxis bildet die rechtliche Bewertung den eigentlichen Schwerpunkt. Allerdings bedarf es keiner Feststellungen zur Heftigkeit des Affekts, wenn seine Unbegreiflichkeit außer Zweifel steht.

a) In heftiger Gemütsbewegung (= im Affekt)

16 aa) **Gemütsbewegung.** Der weite Begriff der „Gemütsbewegung“ ist dem engeren der „Gemüterregung“ bewusst vorgezogen worden, um neben sthenischen Affekten wie Zorn, Rachsucht und Empörung auch asthenische Affekte wie Verzweiflung, Angst, Mutlosigkeit, Verwirrung, Bestürzung und Erschrecken zu erfassen; vgl *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari StGB*¹⁴ § 76 Rz 2; *Velten SbgK* § 76 Rz 89; 13 Os 133/89; 15 Os 127/87, JBl 1988 330. Meist wird der Affekt durch ein Verhalten des Opfers ausgelöst. Es reicht aber ein **psycho-**

logischer und sittlich allgemein begreiflicher Zusammenhang zwischen **Affektanlass und späterem Opfer**; vgl RS0099233; näher *Birklbauer WK*² § 76 Rz 107 ff. Dieser fehlt, wenn sich der nach einem Streit mit seinem Vater in einem hochgradigen Affekt befindliche Täter mit dem Tod eines unbeteiligten Verkehrsteilnehmers billigend abfindet und sein Auto auf die Gegenfahrbahn lenkt, um sich beim Frontalzusammenstoß mit dem entgegenkommenden Fahrer selbst zu töten; vgl 14 Os 175/95, EvBl 1996/131 793 = RZ 1997/25 87 = SSt 62/82; 13 Os 51/04 (Affektentladung gegenüber einer völlig fremden Frau); 11 Os 72/07 h (durch Partnerschaftsstreit begründeter Affekt – Tötung des gemeinsamen Kindes); 11 Os 192/09 h (affektbegründender Streit mit dem Schwiegervater – Tötung der Schwiegermutter); aM *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I¹ 14; *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 76 Rz 3; *Velten* SbgK § 76 Rz 113; vgl aber demgegenüber *dies* SbgK § 76 Rz 88 u Rz 102; krit auch *Zerbes* Schuld-ausschluss 157.

bb) **Intensität.** Die Intensität der Gemütsbewegung wird im Gesetz mit 17 „heftig“ umschrieben. Das StGB spricht insoweit den rein faktischen Befund an. Es kommt daher nicht darauf an, ob sich auch ein anderer bei gleichem Anlass ebenso heftig erregt hätte. Vielmehr ist ausschließlich der **subjektiv-individuelle Erregungsgrad** maßgebend; vgl *Birklbauer WK*² § 76 Rz 28 ff; *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 7. Vorausgesetzt wird ein **tief greifender, mächtiger Erregungszustand nach Art eines „Affektsturms“**, der alle normalen verstandesmäßigen Erwägungen ausschaltet und die Tötungshemmung hinwegzufegen geeignet ist; vgl RS0092338. Dabei sind nicht nur Intensität und Dauer des Affekts, sondern auch Charaktereigenschaften des Täters (zB cholerische Veranlagung oder Jähzorn) mitzuberücksichtigen; vgl aber Rz 30.

cc) **Spontanreaktion.** (1) **Ausgangsposition.** Nach dem Gesetzeswortlaut 18 sind nur Spontanreaktionen privilegiert. Danach müssen sowohl **Tatentschluss** als auch **Angriffshandlung wegen und während des Affekts** (arg „in“ sowie „hinreißen lässt“) erfolgen, der Tod dagegen kann auch erst später eintreten; hM; vgl *Birklbauer WK*² § 76 Rz 53 ff; 14 Os 97/06 f; aM *Velten* SbgK § 76 Rz 94 ff u Rz 103 f.

Aber: Gleichwohl ist eine flexible Interpretation geboten; vgl in diesem Sinn die 19 Differenzierungen bei *Birklbauer WK*² § 76 Rz 54 ff; RS0092061; 10 Os 11/86, EvBl 1987/13 55 zum **protrahierten** iS eines sich langsam entwickelnden **Affekts**. Dass eine **gewisse Zeitspanne** zwischen dem affektauslösenden Ereignis und der Ausführung der Tat liegt, schadet nicht; hM; vgl *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 7; 12 Os 97/79, JBl 1980 162; 13 Os 93/75, SSt 46/49; weitergehend *Velten* SbgK § 76 Rz 2 ff. Hinsichtlich der **Affektdauer** ist die Festlegung einer bestimmten zeitlichen Begrenzung weder möglich noch zweckmäßig; vgl *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 76 Rz 2; 12 Os 97/79, JBl 1980 162; näher *Birklbauer WK*² § 76 Rz 54 ff mwN.

Beispiele: Dass der Täter in seiner Erregung etwa erst nach Hause läuft und die 20 Waffe holt, steht der Annahme der für § 76 erforderlichen **Spontaneität** nicht entgegen; vgl *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 7. Ebenso wenig, dass er erst nach einem geeigneten Tatwerkzeug sucht, um das bereits wehrlose Opfer zu töten; vgl *Birklbauer WK*² § 76 Rz 53. Denn selbst ein heftiger Affekt schließt planvolles und systematisches Vorgehen zur Errei-

chung des **einen** Ziels nicht aus; vgl *Krümpelmann* Welzel-FS 336; *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 9; 12 Os 101/97. Ruhige Überlegung iS einer rational gesteuerten Affektentladung steht der Annahme des § 76 aber entgegen; hM; vgl *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 76 Rz 2; 10 Os 11/86, EvBl 1987/13 55; 14 Os 97/06f. Hier liegt idR ein **vorgefasster Tötungsentschluss** vor; idS wohl auch *Birklbauer* WK² § 76 Rz 22 f iVm Rz 50.

21 (2) **Konsequenzen.** Mangels Spontanreaktion ist in den beiden folgenden Fallkonstellationen nicht § 76, sondern § 75 anzuwenden:

22 (a) Wenn der Täter den **definitiven Tötungsentschluss** schon **vor dem Affektausbruch** gefasst hat; vgl *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 8; 14 Os 149/04; 10 Os 11/86, EvBl 1987/13 55; *Velten* SbgK § 76 Rz 102; näher *Birklbauer* WK² § 76 Rz 50.

Aber: Dass die drangsalierte Ehegattin schon länger **mit dem Gedanken gespielt** hat, ihren gewalttätigen Ehemann eines Tages umzubringen, schließt die Annahme eines Affekts bei der eigentlichen Tat und damit die Anwendbarkeit des § 76 für sich allein nicht aus; vgl *Birklbauer* WK² § 76 Rz 52; *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 76 Rz 2; 14 Os 149/04; 11 Os 140/89, RZ 1990/91 207. In manchen Fällen wird **anstelle des § 76** die Heranziehung des § 10 zu erwägen sein; vgl Rz 36 u § 75 Rz 24f.

23 (b) Wenn der **Affekt bereits abgeklungen** ist, als der Tötungsentschluss gefasst wird; vgl *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 16; *Birklbauer* WK² § 76 Rz 53; 13 Os 149/81, EvBl 1982/80 269; 10 Os 6/82, EvBl 1982/167 523.

24 **Beachte!** Bei manchen **Angst- und Verzweiflungstaten**, mögen sie noch so allgemein begreiflich sein, geht die Privilegierung des § 76 ins Leere, weil es an der dafür erforderlichen **Spontaneität** fehlt; krit dazu *Birklbauer* WK² § 76 Rz 57 ff; *Velten* SbgK § 76 Rz 97; 11 Os 125/90. Gerade um auch solche Fallkonstellationen zu erfassen, ist Art 113 schwStGB 1989 entsprechend geändert worden. Eine vergleichbare Anpassung (etwa zur Lösung der Problematik des Mordes an einem Familientyrannen; vgl *Birklbauer* WK² § 76 Rz 57 ff; *Velten* SbgK § 76 Rz 97) im Rahmen des StRÄG 2015 wurde zwar überlegt, aber dann doch nicht umgesetzt; AG-Bericht 15.

Beispiel: In der völlig verzweifelten B reift allmählich der Entschluss, ihrem unheilbar dahinsiechenden Kind eine Schlafmittelüberdosis zu geben, „um es von seinen Qualen zu erlösen“. B ist gem § 75 – unter Anwendung des § 41 Abs 1 Z 1 und Abs 2 möglichst milde – zu bestrafen; vgl *Birklbauer* WK² § 76 Rz 58 u 135 f; aM *Velten* SbgK § 76 Rz 104.

25 **Aber:** Mündet eine seelisch zermürbende Verzweiflungs- oder Konfliktsituation, die sich oft latent und schon über lange Zeit hinzieht, in einen spontanen Affektausbruch, steht – bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen – der Anwendung des § 76 nichts entgegen; das sind gerade die **klassischen Fälle** dieser Privilegierung; vgl *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I' 14; 11 Os 210/09 f; 12 Os 97/79, JBl 1980 162; Rz 2 u Rz 28.

b) Allgemeine Begreiflichkeit der Gemütsbewegung

26 aa) **Ausgangsposition.** Im Gegensatz zur Heftigkeit des Affekts ist an seine allgemeine Begreiflichkeit ein ausschließlich **objektiv-normativer Maßstab** anzulegen; vgl *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 12; 13 Os 6/08 v, EvBl 2008/91 457; 12 Os 163/99, EvBl 2000/144 610; 15 Os 127/87, JBl 1988 330; 12 Os 83/85, JBl

1986 261; 10 Os 6/82, EvBl 1982/167 523; 13 Os 93/75, St 46/49. Gefordert wird eine **Verhältnismäßigkeit** zwischen Anlass und psychischem Ausnahmezustand idS, dass sich auch ein Mensch von **durchschnittlicher Rechtstreue und mit vergleichbaren sozio-psycho-physischen Eigenschaften vorstellen könnte**, er wäre in der Lage des Täters beim gegebenen Anlass samt seiner **Vorgesichte in eine derart heftige Gemütsbewegung geraten**; hM; vgl EB 195; *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 11ff; *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 76 Rz 3; 14 Os 98/14i; 12 Os 42/07d; 13 Os 51/04; 14 Os 158/99, St 63/86 = JBl 2001 194 m Anm *Moos*; 14 Os 175/95, EvBl 1996/131 793 = RZ 1997/25 87 = St 62/82; 13 Os 183/87, St 59/8; eingehend zu dieser **individualisierenden und differenzierenden Interpretation** der allgemeinen Begreiflichkeit *Birklbauer* WK² § 76 Rz 60ff, insb 75ff. Anders hingegen *Velten* SbgK § 76 Rz 44ff.

Bei **Ausländern** ist die besondere Volksmentalität zwar mitzuberücksichtigen; vgl 14 Os 75/07x; 14 Os 149/04; 14 Os 20/04. Doch Totschlag kommt nur in Betracht, wenn eine in anderen Sittenvorstellungen wurzelnde Affektfähigkeit von Ausländern für Inländer trotz aller Fremdheit noch als sittlich verständlich beurteilt werden kann; Rz 12 Os 67/14s; 15 Os 119/10d; 12 Os 163/99, EvBl 2000/144 610; 14 Os 130/97, EvBl 1998/72 308; *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 76 Rz 3; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 14; *Velten* SbgK § 76 Rz 83; Erlass des BMJ vom 25. 1. 2010 zu § 76, JABl 2010/9. Treffend *Birklbauer* WK² § 76 Rz 81, der insoweit von einer Toleranzgrenze der multikulturellen Gesellschaft spricht. Allein der Verweis auf ausländische Wurzeln reicht jedenfalls nicht aus, um auf die Merkmale des § 76 näher einzugehen; 12 Os 67/14s; 14 Os 75/07x.

Jugendliche sind an der Vergleichsfigur eines an sich rechtstreuen Jugendlichen, der unter ähnlichen Umständen aufgewachsen ist, zu messen; 11 Os 4/00; zum Ganzen vgl *Birklbauer* WK² § 76 Rz 76f. Ein Grenz- und Extremfall („durchschnittlich rechtsstreuer Schwachsinniger“) findet sich in 15 Os 127/87, JBl 1988 330; dazu vgl *Schmoller* JBl 1990 631 u 706.

Maßgebend ist allein die allgemeine Begreiflichkeit der **Affektgenese**, 27 nicht etwa der Tatreaktion. Irrelevant ist daher insb, ob ein anderer aus solchem Anlass auch getötet hätte; hM; vgl *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 76 Rz 3; *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 11; 14 Os 75/07x; 10 Os 6/82, EvBl 1982/167 523.

Wichtig! Mitunter kann schon ein **geringfügiger Anlass** (zB Kränkung, Stichelei) 28 das Fass zum Überlaufen bringen; vgl Rz 2 u Rz 25. Bei solcher Sachlage wird die allgemeine Begreiflichkeit des Affekts nicht durch die Nichtigkeit seines Anlasses ausgeschlossen. Vielmehr ist die **affektiv aufgeladene Gesamtsituation** einschließlich der Vorgesichte mitzuberücksichtigen; vgl *Birklbauer* WK² § 76 Rz 104; *Mayerhofer* ÖJZ 1980 294.

bb) **Generelle Einschränkung.** Judikatur und Lehre schränken die allgemeine Begreiflichkeit mit Recht iS einer **rechtsethischen Bewertung** ein, um zu verhindern, dass der Totschlag zu einem Auffangtatbestand für einen sich geschickt verantwortenden Mörder wird. Der Affekt braucht zwar nicht sittlich gerechtfertigt, muss aber in Relation zum Anlass **sittlich verständlich = rechtsethisch verhältnismäßig** sein; vgl *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari* StGB¹⁴ § 76 Rz 3; *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 11a; RS0092197; 14 Os 175/95, EvBl 1996/

131 793 = RZ 1997/25 87 = SSt 62/82; 15 Os 127/87, JBl 1988 330; 13 Os 183/87, SSt 59/8; 11 Os 157/87, SSt 59/1; eingehend *Birklbauer* WK² § 76 Rz 67.

Beispiele: § 76 findet somit **keine Anwendung**, wenn der vom Bestohlenen überraschte und dadurch aufgebrachte Dieb diesen erschlägt (10 Os 71/75, EvBl 1976/119 218); idR auch dann nicht, wenn der Täter aus Zorn über seine sexuelle Zurückweisung (11 Os 4/00; 15 Os 45/89), aus Furcht, wegen einer Straftat entdeckt oder angezeigt zu werden (15 Os 141/91; 11 Os 157/87, SSt 59/1; 10 Os 6/82, EvBl 1982/167 523) oder aus Wut über eine Beleidigung (14 Os 86/05 m) oder eine verweigerte Aussprache (13 Os 183/87, SSt 59/8) getötet oder Medikamentenmissbrauch die Frustrationstoleranz herabgesetzt hat (15 Os 72/97; 14 Os 114/95, SSt 62/63). Auch die durch den Todeswunsch eines Unmündigen bei einem Erwachsenen ausgelöste Gemütsbewegung ist nicht allgemein begreiflich; 14 Os 158/99, SSt 63/86 = JBl 2001 194 m Anm *Moos*.

Dagegen kann ein Totschlag als Verzweiflungstat des betrogenen oder verlassenen Partners sowie der ständig drangsalierten Ehegattin (oder Kinder; vgl 11 Os 210/09 f) allgemein begreiflich sein; zu Recht kritisch bei Eifersucht *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold* BT I⁵ § 76 Rz 8. Auch wer Angehörige (zB Kinder) in den Tod mitnehmen will, um ihnen Schande zu ersparen, oder weil er sich in einer (zB nur vermeintlich; Rz 35) ausweglosen Situation befindet (10 Os 78/75), kann allgemein begreiflich iSd § 76 handeln. Gleiches gilt für den, der nach dem ungeschützt vollzogenen Geschlechtsverkehr überraschend erfährt, dass seine Partnerin AIDS hat; vgl 11 Os 30/89. Aber das „Abreagieren“ an einem wildfremden Dritten (Selbstmordversuch im Affekt durch Frontalkollision mit einem entgegenkommenden Auto: 14 Os 175/95, EvBl 1996/131 793 = RZ 1997/25 87 = SSt 62/82; näher Rz 16) ist niemals allgemein begreiflich. Weitere Judikatur bei *Mayerhofer* ÖJZ 1980 293 u *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 13; *Tipold* PK-StGB § 76 Rz 10.

30 cc) **Ausschluss des § 76.** Lässt sich die Intensität des Affekts nur aus der **besonderen charakterlichen Veranlagung** des Täters (zB Jähzorn bei nichtigem Anlass, Herrschaftsucht) erklären oder/und verbindet sie sich mit besonders **verwerflichen Beweggründen** (zB Hass, Rache, Neid, Habgier, Mordlust) oder besonders **verwerflichen Zwecken** (zB Raubmord), ist sie idR nicht mehr allgemein begreiflich; vgl EB 196; *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 12 f; *Birklbauer* WK² § 76 Rz 83 ff; *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁵ § 76 Rz 3; 11 Os 151/11 g; 14 Os 86/05 m; 14 Os 114/95, SSt 62/63; 15 Os 127/87, JBl 1988 330; 12 Os 83/85, JBl 1986 261; aM *Velten* SbgK § 76 Rz 25 ff. Dasselbe gilt bei einer Tötung, um eine andere Straftat zu verdecken; vgl 11 Os 157/87, SSt 59/1; 10 Os 6/82, EvBl 1982/167 523; 10 Os 71/75, EvBl 1976/119 218.

31 **Aber:** Leichte Erregbarkeit, erhöhte Verletzlichkeit, mangelnde Selbstbeherrschung etc, wie sie insb für Verzweiflungs- und Konfliktsituationen (etwa bei Abbruch von Intimbeziehungen) typisch sind, schließen nicht ohne weiteres die allgemeine Begreiflichkeit iSd § 76 aus; 12 Os 137/93. Etwas anderes gilt idR für stark abnorme Persönlichkeitszüge, die in einer psychopathischen Persönlichkeitsstruktur (zB Triebstörungen, ausgeprägte Neurosen; Enthemmung durch chronischen Alkoholmissbrauch iVm einer impulsiven, durch leichte Kränkbarkeit gekennzeichneten Persönlichkeit; 11 Os 151/11 g) wurzeln; vgl *Fabrizy/Michel-Kwapiński/Oshidari* StGB¹⁴ § 76 Rz 3; *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 12; 14 Os 71/02; 14 Os 111/99; näher *Birklbauer* WK² § 76 Rz 86 mwN. Erfolgt die Tötung aus **Eifersucht oder verschmähter Liebe**, kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an; vgl *Birklbauer* WK² § 76 Rz 92 ff; 13 Os 149/81, EvBl 1982/80 269; berechtigt kritisch *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold* BT I⁵ § 76 Rz 8.

Beachte! Eine besondere **Verwerflichkeit der Begehungsweise** (zB grausame Tat- ausführung) schließt die Anwendbarkeit des § 76 nicht ohne weiteres aus; vgl 13 Os 96/85; 13 Os 149/81, EvBl 1982/80 269. Zum **Blutrausch** vgl *Birklbauer WK*² § 76 Rz 114; zum **Lustmord** *Moos ZStW* 1977 832. 32

c) Weitere Präzisierungen

aa) **Vorhersehbarkeit des Affekts.** Eine solche Vorhersehbarkeit sowie 33 das eigene (Mit-)Verschulden des Täters am Affektausbruch stehen der Anwendung des § 76 idR nicht entgegen; vgl *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 14; instruktiv *Behrendt* Affekt 39; 14 Os 20/04. Etwas anderes gilt für die Fälle der **Absichtsprovokation** durch den Täter; 14 Os 20/04: Nötigung des Rivalen zum Geständnis des Ehebruchs; vgl *Birklbauer WK*² § 76 Rz 105.

bb) **Alkoholkonsum.** Vorheriger Alkoholkonsum schließt § 76 jedenfalls 34 dann nicht aus, wenn der Affekt unabhängig vom Alkoholgenuss allgemein begreiflich gewesen wäre; 14 Os 98/14 i; 15 Os 182/13 i. Im Übrigen bedarf das Verhältnis Alkohol/Affekt differenzierter Betrachtung; vgl 15 Os 72/97; näher *Birklbauer WK*² § 76 Rz 88 ff. Zur – nicht privilegierenden – Enthemmung infolge eines chronischen Alkoholmissbrauchs vgl 11 Os 151/11 g.

cc) **Irrtum.** Hat eine irrige Bewertung der **Sachlage** den Affekt ausgelöst, 35 ist der Täter gleichwohl wegen Totschlags und nicht wegen Mordes zu verurteilen, weil § 76 nicht primär an den Anlass, sondern an die **Gemütsverfassung** als solche anknüpft; vgl *Moos StP* IV 74; *Velten SbgK* § 76 Rz 86 f; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 15; *Birklbauer WK*² § 76 Rz 115 f; differenzierend *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 15; 14 Os 86/05 m: kein § 76, wenn der Irrtum aus einer Persönlichkeitsstörung resultiert.

4. Entschuldigender Notstand (§ 10)

Totschlag setzt voraus, dass die Tat unter den privilegierenden Voraussetzungen des § 76 begangen wird und zur **Bestrafung** des Täters nach dieser Vorschrift führt. Soweit die Tötung eines Menschen durch § 10 entschuldigt ist (§ 75 Rz 24 f), bildet allein § 75 die Grundlage, mag die Tat auch im Affekt begangen worden sein. § 10 findet daher im Rahmen des § 76 keine Anwendung; vgl *Birklbauer WK*² § 76 Rz 117. 36

IV. Sonderprobleme

1. **Versuch:** Auch in Bezug auf § 76 ist Versuch denkbar, vorausgesetzt, 37 dass sowohl der Tötungsentschluss als auch die Ausführungshandlung bzw ausführungsnahe Handlung **wegen und während** des Affekts erfolgt sind; Rz 18 ff.

2. **Beteiligung:** Die Privilegierung des § 76 betrifft nach hM ausschließlich 38 die **Schuld** iSd § 14 Abs 2; vgl *L/St/Nimmervoll* § 76 Rz 18; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 15; 14 Os 23/91; 10 Os 131/78, SSt 49/53.

Beispiele: Bestimmt B den A, den C zu töten und handelt A dabei unter den Voraussetzungen des § 76, ist A gem § 76, B dagegen gem §§ 12 2. Fall, 14 Abs 2, 75 zu

verurteilen; 14 Os 23/91; 10 Os 131/78, St 49/53. Liegen die Voraussetzungen des § 76 nur bei B vor, ist dieser gem §§ 12 2. Fall, 14 Abs 2, 76, A aber gem § 75 zu bestrafen.

39 3. **Abgrenzungen:** a) **Mord** (§ 75). Mord und Totschlag unterscheiden sich allein in subjektiver Hinsicht durch den in § 76 beschriebenen Affekt.

40 **Beachte!** Bei Tötungen im Affekt ist zu differenzieren: **Höchstgradige Affekte** schließen gem § 11 eine Bestrafung (also auch gem § 76) generell aus; vgl *Birkbauer WK²* § 76 Rz 32 ff; *Fuchs/Reindl-Krauskopf BT I⁷ 12; 12 Os 79/75, EvBl 1976/115 215*. **Einfache Affekte** und solche, welche die Voraussetzungen des § 76 nicht erfüllen, sind nur im Rahmen der Strafzumessung des § 75 zu berücksichtigen; 11 Os 108/76. Der im § 76 näher beschriebene Affekt liegt in der Mitte; Rz 11.

41 b) **Körperverletzung mit Todesfolge** (§§ 86 bzw 87 Abs 2). Ist dem Affektäter nur Körperverletzungs-, nicht aber Tötungsvorsatz nachzuweisen, ist er in dubio pro reo nur gem § 86 bzw gem § 87 Abs 2 zu verurteilen.

42 4. **Konkurrenzen:** Trifft § 76 mit § 77 bzw § 79 zusammen, ist mit Rücksicht auf die weiterreichenden Privilegierungen Scheinkonkurrenz mit Vorrang der §§ 77 bzw 79 anzunehmen; vgl *Velten SbgK* § 76 Rz 124; § 77 Rz 35 u § 79 Rz 34. Zum Verhältnis zu den Körperverletzungsdelikten vgl § 75 Rz 31 f.

43 5. **Prozessuale:** Wurde Anklage gem § 75 erhoben, ist bei entsprechender Verantwortung des Angeklagten oder bei sonstigen in der Hauptverhandlung vorgebrachten, in Richtung § 76 weisenden Tatsachen nicht eine (uneigentliche) Zusatzfrage (§ 316 StPO), sondern eine **Eventualfrage** (§ 314 Abs 1 StPO) in Bezug auf § 76 zu stellen; vgl ua 13 Os 6/08 v, EvBl 2008/91 457; 15 Os 127/87, JBl 1988 330; näher dazu *Schroll/Schillhammer Rechtsmittel*⁴ Rz 336 ff.

3. Tötung auf Verlangen

§ 77. Wer einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Literatur: *Felnhofer-Luksch* Irrtümer über privilegierende Deliktsmerkmale JBl 2004 703; *Frank/Eder/Harrer* Doppelselbstmord: Mitwirkung am Selbstmord? Tötung auf Verlangen? Probleme retrospektiver Rekonstruktion von Motivstruktur und Handlungsablauf ÖJZ 1994 805; *Salamun* Implikationen der verfassungsrechtlichen Verankerung eines Verbots der Tötung auf Verlangen und des Rechts, in Würde zu sterben JRP 2014 147; *Tanzer* Wodurch ist die Tötung auf Verlangen als privilegierter Fall des Mordes gerechtfertigt? JBl 1946 417; *Zerbes* Schuldausschluß bei Affektaten (1999). Vgl außerdem die Angaben vor Vorbem §§ 75 ff Rz 1 u vor § 75 Rz 1.

Inhaltsübersicht

	Rz
<i>Allgemeines</i>	1 – 4
1. Ratio legis	2
2. Geschütztes Rechtsgut	3 – 4
<i>I. Tatbestand</i>	5–23
1. Tathandlung	5 – 6
2. Erfolg, Kausalität und objektive Zurechnung	7

3. Ernstliches und eindringliches Verlangen	8–18
a) Verlangen	12–16
b) Ernstlichkeit	17
c) Eindringlichkeit	18
4. Tatvorsatz	19–23
a) Bedingter Vorsatz	19–20
b) Irrtumsprobleme	21–23
II. Rechtfertigungsgründe	24
III. Schuld	25–28
1. Motivation als spezielles Schuldmerkmal	25
2. Grenzen	26
3. Andere Motive	27–28
IV. Sonderprobleme	29–35
1. Versuch	29
2. Rücktritt	30
3. Beteiligung	31–32
4. Abgrenzungen	33–34
a) Mord (§ 75)	33
b) Mitwirkung am Selbstmord (§ 78)	34
5. Konkurrenzen	35

Allgemeines: Die Tötung auf Verlangen ist fast unverändert aus dem früheren Recht (§ 139a StG) übernommen worden. Das Delikt stimmt weitgehend mit § 216 dStGB und Art 114 aF schwStGB überein; zur Neufassung des Letzteren vgl Rz 25; näher zur Reformgeschichte und zur Rechtsvergleichung bei *Birklbauer WK*² § 77 Rz 10f. Es handelt sich um ein **privilegiertes Delikt**; hM; vgl *L/St/Nimmervoll* § 77 Rz 1; 11 Os 82/98, EvBl 1999/71 316; abw *Tanzer* JBl 1946 419.

1. Ratio legis. Der Grund für die Herabsetzung der Strafdrohung gegenüber § 75 besteht einmal im **Schutzverzicht des Opfers**, zum anderen in der **notstandsähnlichen Konfliktlage**, in welcher sich der Täter nicht aus eigenem Antrieb, sondern auf Grund eines ernstlichen und eindringlichen Tötungsverlangens des anderen über alle natürlichen Tötungshemmungen hinwegsetzt. Die Privilegierung betrifft daher sowohl das **Unrecht** als auch die **Schuld**; vgl *Birklbauer WK*² § 77 Rz 6f; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I⁷ 15f; *Birklbauer/Hilf/Tipold* BT I⁵ § 77 Rz 1; *Tipold* PK-StGB § 77 Rz 1; aM *L/St/Nimmervoll* § 77 Rz 9a; *Fabrizy/Michel-Kwapiński/Oshidari* StGB¹⁴ § 77 Rz 1; reine Schuldprivilegierung. Dieser Ansatz hat insb bei der Auslegung der privilegierenden Umstände Konsequenzen; Rz 8f u Rz 26.

2. Geschütztes Rechtsgut. Schutzgut und Tatobjekt sind mit jenen des § 75 identisch. Zur Indisponibilität des Rechtsguts vgl Rz 19.

Die **dogmatische Krux** des § 77 ist seine enge Verwandtschaft mit § 78, was zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führt; § 78 Rz 27f. Hinzu kommt der janusköpfige Charakter des § 77, auf den *Birklbauer WK*² § 77 Rz 3f mit Recht hinweist: Bezogen auf das Opfer ist § 77 eine Art Selbstmord durch fremde Hand, bezogen auf den Täter aber ein Fall der Fremdtötung; zu dieser Verwobenheit vgl VfGH vom 11. 12. 2022 G 139/2019 JBl 2021 164 und *Burda* ÖJZ 2021 223. Zur Problematik der fehlenden Umsetzung eines selbstbestimmten Suizids für den sterbewilligen moribunden Patienten, der selbst nicht mehr handeln kann *Burda* ÖJZ 2021 224ff.

I. Tatbestand

1. Tathandlung

5 Zur Tathandlung vgl § 75 Rz 4f. Es bestehen jedoch Unterschiede. § 77 setzt idR – anders als § 75 – **eigenhändige** Vornahme der Tötungshandlung voraus. Führt ein Dritter die Tat aus, etwa weil der Aufgeforderte verzagt, kann für ersteren § 75 in Betracht kommen; vgl *Birklbauer WK*² § 77 Rz 24. Außerdem ist § 77 **durch Unterlassen** nur ausnahmsweise begehbar; vgl näher *Birklbauer WK*² § 77 Rz 42f.

6 **Beachte!** Wer zB als Arzt, Ehepartner oder Lebensgefährte in Respektierung des Sterbewillens eines Todkranken seine Bemühungen, den Tod aufzuhalten, einstellt, macht sich a priori nicht gem §§ 77f strafbar, weil das bloße Eintretenlassen des natürlichen Todes schon begrifflich weder Tötung auf Verlangen noch Selbstmord bzw Mitwirkung daran ist; vgl *Birklbauer WK*² § 77 Rz 43 u § 78 Rz 7; *S/S/Eser/Sternberg-Lieben*³⁰ § 216 Rz 10. Auch § 95 entfällt; § 95 Rz 36f.

2. Erfolg, Kausalität und objektive Zurechnung

7 Das zu § 75 Ausgeführte gilt entsprechend; vgl § 75 Rz 11–Rz 19.

3. Ernstliches und eindringliches Verlangen

8 Hinter dieser scheinbar rein objektiven Formulierung verbirgt sich ein **Doppelfordernis**, das teils dem Unrecht, teils der Schuld zuzuordnen ist. Im Ansatz bereits *Rittler* II 9: „Das Wörtchen „auf“ drückt nicht bloß ein post hoc, sondern ein propter hoc aus“. Mit dem „post hoc“ ist das ernstliche und eindringliche Verlangen gemeint, mit dem „propter hoc“, dass der Täter durch dieses Verlangen **motiviert** worden sein muss; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I¹⁷ 17. Die objektiven Komponenten dieses Gesamtmerkmals sind auf der Ebene des Unrechts, somit des Tatbestands (Rz 10–Rz 18) zu untersuchen, die subjektiven dagegen auf der Ebene der Schuld (Rz 25–Rz 28).

9 **Beachte!** Dieser differenzierende Ansatz wirkt sich nicht nur auf die Auslegung der einzelnen Deliktsmerkmale, sondern auch bei der Frage der Beteiligung aus; Rz 31.

10 Die Verwendung des Begriffs „auf“ enthält insoweit eine eigenständige tatbestandliche Aussage, als das Verlangen für die Vornahme der Tötungshandlung **kausal** geworden sein muss; vgl *Rittler* II 9; *Birklbauer WK*² § 77 Rz 29.

11 Das Privileg des § 77 kommt daher weder dem **omnimodo facturus** zugute noch dem, der von diesem Verlangen nichts gewusst hat, geschweige denn jenem, der den Entschluss, aus dem Leben zu scheiden, beim anderen provoziert hat; vgl *Birklbauer WK*² § 77 Rz 30. In solchen Fällen bleibt es beim Grunddelikt des § 75.

a) Verlangen

12 aa) **Definition.** Verlangen ist die Aufforderung des Sterbewilligen, ihn zu töten. Dahinter verbirgt sich mehr als bloße Einwilligung. Das Gesetz bringt damit gezielt zum Ausdruck, dass die **Initiative** vom Sterbewilligen ausgehen muss. Anders ausgedrückt: Bei § 77 trifft das Opfer selbst die maßgebliche Ent-