

S. 228 / Nr. 52 Strafgesetzbuch (d)

BGE 69 IV 228

52. Urteil des Kassationshofes vom 10. Dezember 1943 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen gegen Deuber.

Seite: 228

Regeste:

1. Art. 119 Ziff. 3 Abs. 3 StGB gilt nicht nur, wenn der Täter den Tod der Schwangeren grob und bewusst fahrlässig, sondern überhaupt, wenn er ihn im Sinne des Art. 18 Abs. 3 StGB fahrlässig verursacht hat; die Unvorsichtigkeit des Täters muss aber nach ihrer normalen Auswirkung für das Leben der Schwangeren eine besondere, erhebliche und naheliegende Gefahr einschliessen (Erw. 2-5).

2. Art. 41 Ziff. 1 StGB. Gründe zur Verweigerung des bedingten Strafvollzugs (Erw. 6).

1. L'art. 119 ch. 3 al. 3 CP s'applique non seulement lorsque l'auteur a causé la mort de la personne enceinte par une négligence grave et consciente, mais dès qu'il l'a causée par négligence au sens de l'art. 18 al. 3 CP; l'imprudence de l'auteur doit cependant normalement impliquer pour la vie de la personne enceinte un danger particulier, sérieux et facile à prévoir (consid. 2-5).

2. Art. 41 ch. I CP. Motifs justifiant le refus du sursis.

1. L'art. 119, cifra 3, cp. 3 CP non s'applica soltanto quando la morte della persona incinta è stata causata da negligenza grave ed intenzionale, ma anche da negligenza ai sensi dell'art. 18 cp. 3 CP. L'imprudenza del colpevole deve tuttavia portare seco per la vita della persona incinta un pericolo particolare, notevole ed ovvio (consid. 2-5).

2. Art. 41, cifra 1, CP. Motivi che giustificano il rifiuto della sospensione condizionale (consid. 6).

A. - Die 1928 geborene Susanne Reinhard unterhielt mit Duldung ihrer Mutter Marie Deuber und ihres Stiefvaters seit 1941 ein Liebesverhältnis mit dem 18-jährigen Ernst Blumenstein, das gegen Ende 1942 zur Schwangerschaft des Mädchens führte. Am 30. Dezember 1942 trieb Frau Deuber der Tochter auf deren Verlangen die Frucht ab, indem sie ihr eine Soda- und Seifenlösung in die Gebärmutter einlaufen liess. Dieser Eingriff verursachte eine Sepsis, die am 8. Januar 1943 den Tod der Tochter herbeiführte.

B. - Mit Urteil vom 21. April 1943 erklärte das Kantonsgericht von Schaffhausen Frau Deuber der Abtreibung im Sinne von Art. 119 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte sie zu einem Jahr Gefängnis, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs mit einer Probezeit von fünf Jahren.

Seite: 229

Das Obergericht, an das die Staatsanwaltschaft appellierte mit dem Begehren, es sei Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 statt Ziff. 1 StGB anzuwenden, schloss sich in seinem Urteil vom 3. September 1943 dem erstinstanzlichen Straferkenntnis an, verweigerte jedoch den bedingten Strafvollzug.

C. - Dieses Urteil wird von beiden Seiten angefochten. Die Staatsanwaltschaft beantragt Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache an das Obergericht zur neuen Entscheidung nach Art. 119 Ziff. 3 StGB. Frau Deuber verlangt Gewährung des bedingten Strafvollzugs.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Das Obergericht hat gemäss Art. 275 BStrP für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass die tödliche Infektion auf den abortiven Eingriff vom 30. Dezember 1942 zurückzuführen ist. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Tod der Tochter auch dann als Folge der Abtreibung im Sinne des Art. 119 Ziff. 3 StGB zu gelten hätte, wenn die Infektion erst durch die nach Abgang des Fötus am 1. Januar 1943 erfolgte Spülung verursacht worden wäre.

2.- Die Vorinstanz verhängte in erster Linie deshalb nicht die in Art. 119 Ziff. 3 StGB angedrohte Strafe von mindestens drei Jahren Zuchthaus, weil sich Frau Deuber der Infektionsgefahr nicht «bewusst» gewesen sei. Das Voraussehenkönnen des Art. 119 Ziff. 3 StGB bedeute nicht Fahrlässigkeit im Sinne des Art. 18 StGB.

Gegen diese Auslegung des Art. 119 Ziff. 3 spricht in erster Linie seine Entstehungsgeschichte. Der Begriff des Voraussehenkönnens ist nicht nur bei der Abtreibung mit tödlichem Ausgang, sondern auch bei den übrigen Delikten, wo der Erfolg das gewollte Mass überschreitet, schon in den ersten Entwürfen verwendet worden (vgl. die Materialien zu Art. 122 Ziff. 2, Art. 123 Ziff. 2 und 3, Art. 134 Ziff. 1 Abs. 2 und 3, Art. 139 i. f., Art. 195 Abs. 2 und 3 StGB). Stets wurde er im Sinne der bewussten und unbewussten Fahrlässigkeit verstanden. Die Erläuterungen zum

Seite: 230

Vorentwurf von 1908 führen auf Seite 132 hierüber aus: «Geht der Erfolg über den Vorsatz des Täters hinaus, d.h. treten schwerere Folgen ein, als er gewollt hatte, so ist zunächst zu untersuchen, ob er die schwereren Folgen nicht wenigstens fahrlässigerweise verschuldet habe... Liegt ein solches Verschulden vor, d.h. konnte der Täter den Ausgang voraussehen, so kommt ein dieses Mehr von Schuld berücksichtigender Strafraumen zur Anwendung» (vgl. ferner Prot. I. Expertenkommission 2 S. 356, Botschaft zum Entwurf 1918 S. 32, StenBull, Sonderausgabe, NR, S. 331). Eine abweichende Meinung ist während der ganzen Gesetzesberatung nie geäussert worden. Wenn GAUTIER die Voraussehbarkeit unter den *dolus eventualis* subsumiert hat, so ist diese Abweichung eine bloss scheinbare; auch GAUTIER geht davon aus, dass «*prévisible*» sei, was der Täter «*aurait dû et pu prévoir*» (Prot. II. Expertenkommission 2 S. 235 oben). Ebenso versteht die Doktrin unter dem Voraussehenkönnen in den zitierten Bestimmungen Fahrlässigkeit gemäss Art. 18 StGB (HAFTER, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1 S. 41 mit Fussnote 3, S. 80 usw.; THORMANN-OVERBECK, Kommentar, Art. 119 N. 22 ff., Art. 123 N. 8 usw.; GERMANN, das Verbrechen im neuen Strafrecht, S. 182 oben).

Die Auffassung des Obergerichtes widerspricht auch dem Wortlaut des Gesetzes. Dieses sagt nicht: «wenn der Täter dies voraussah», sondern: «wenn der Täter dies voraussehen konnte». Voraussehen kann aber nicht nur, wer sich der Gefahr bewusst ist, sondern auch, wer sie bei pflichtgemässer Vorsicht erkennen würde.

Die grundsätzlich verschiedene Behandlung der bewussten und der unbewussten Fahrlässigkeit stände überdies in Widerspruch zum herkömmlichen und auch dem schweizerischen Strafgesetzbuch zugrundegelegten Schuldbegriff, der dem Zufall nur die beiden Schuldformen der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes gegenüberstellt. Es wäre auch sachlich nicht angebracht, nur die bewusste Fahrlässigkeit als qualifiziertes Delikt gemäss Art. 119 Ziff. 3

Seite: 231

StGB zu behandeln. Die unbewusste kann im Vergleich zur bewussten Fahrlässigkeit eine nicht geringere Schuld in sich schliessen.

3.- Die Anwendung von Ziff. 3 des Art. 119 StGB kann auch nicht auf die Fälle grober Fahrlässigkeit eingeschränkt werden. Wenn der Gesetzestext sagt: «voraussehen konnte», so verlangt er damit nicht eine besonders grobe Verletzung der Sorgfaltspflicht. Die Gesetzesmaterialien bieten keinen Anhaltspunkt, dass hier oder bei den andern durch den fahrlässig herbeigeführten Erfolg qualifizierten Delikten die grobe Fahrlässigkeit als besondere, sonst im Strafgesetzbuch nicht verwendete Schuldform verwendet wurde. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit hat lediglich für die Strafzumessung Bedeutung. Die hohe Strafandrohung von wenigstens drei Jahren Zuchthaus versteht sich, weil zur Abtreibung, die für sich allein als Angriff auf das keimende Leben mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis bestraft wird, die fahrlässige Tötung der Schwangeren hinzukommt.

4.- Der Vorinstanz ist aber zuzustimmen, wenn sie nicht auf jede, auch noch so entfernte Möglichkeit eines tödlichen Ausganges Art. 119 Ziff. 3 StGB anwenden will. Eine gewisse Lebensgefahr ist für die Schwangere mit jeder Abtreibung verbunden. Das im Verhältnis zum einfachen Delikt stark erhöhte Strafminimum von drei Jahren Zuchthaus setzt voraus, dass die Unvorsichtigkeit des Täters nach ihrer normalen Auswirkung für das Leben der Schwangeren eine besondere, erhebliche und naheliegende Gefahr einschliesst.

Im übrigen ist nach Art. 18 StGB erforderlich, dass der Täter die Vorsicht ausser Acht gelassen hat, zu der ihn nicht nur die objektiven Umstände des Falles, sondern auch seine persönlichen Verhältnisse verpflichtet hatten. Sie musste ihm nach Intelligenz und Bildung, nach Lebenserfahrung und sozialer Stellung zumutbar gewesen sein.

5.- Die Vorinstanz anerkennt, dass bei nicht steril

Seite: 232

ausgeführter Abtreibung, wie sie Frau Deuber praktizierte, die Wahrscheinlichkeit einer lebensgefährlichen Infektion gross ist. Das Kochen der eingespritzten Flüssigkeit und das Spülen der verwendeten Instrumente mit heissem Wasser genügte nicht, um Keimfreiheit zu erzielen. Zudem wurde die Scheide nicht desinfiziert, so dass die Infektionserreger auch während des Eingriffes an das Instrument und damit in den Muttermund gelangen konnten. Die Angeklagte hat daher nicht die objektiv gebotene Vorsicht angewendet.

Es fragt sich aber nach Art. 18 StGB ausserdem, ob Frau Deuber nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen die objektiv gebotenen Vorsichtsmassnahmen zumutbar waren. Das ist zu verneinen. Die Bedingungen einwandfreier Sterilität bei der Abtreibungsoperation setzen ganz spezielle Kenntnisse voraus. Diese Kenntnisse hatte Frau Deuber nach der Feststellung der Vorinstanz nicht. Denn die Vorinstanz erklärt, Frau Deuber stamme aus sehr einfachen Verhältnissen und mache auch in intellektueller Hinsicht einen primitiven Eindruck. Damit ist in diesem Zusammenhange gesagt, dass sie nicht die nötige Einsicht hatte, um die Gefahr zu erkennen, welche

für das Leben ihrer Tochter mit dem Eingriff, so wie er ausgeführt wurde, verbunden war. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und daher für den Kassationshof verbindlich. Dann kann aber auch die rechtliche Schlussfolgerung nur die sein, dass die tödliche Folge des Eingriffs für Frau Deuber nicht voraussehbar war.

6.- Den bedingten Strafvollzug hat die Vorinstanz der Frau Deuber verweigert, weil Charakter und Vorleben nicht erwarten liessen, dass sie durch die verlangte Rechtswohltat von weitem Verbrechen und Vergehen abgehalten würde. Aus ihren eigenen Aussagen ergebe sich, dass sie mit Abtreibungspraktiken ziemlich vertraut sei. Moralische Gegenvorstellungen spielten bei ihr wohl keine grosse Rolle. Dass sie sich mit einem so bedenklichen Subjekte wie Deuber in ein Verhältnis eingelassen und dass sie die

Seite: 233

Beziehungen ihrer 14-jährigen Tochter mit Blumenstein geduldet habe, werfe ein schlechtes Licht auf sie. Zudem scheine sie die grosse Gefährlichkeit ihres Eingriffs heute noch nicht einsehen zu wollen. Der Besserungszweck erfordere die unbedingte Ausfällung der Strafe. Diese ernsthaften und schlüssigen Gründe berechtigten die Vorinstanz, den bedingten Strafvollzug zu verweigern.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden abgewiesen