

S. 152 / Nr. 40 Strafgesetzbuch (d)

BGE 70 IV 152

40. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 13. Oktober 1944 i.S. Hug und Mitangeklagte gegen Staatsanwaltschaft des bernischen Mittellandes.

Regeste:

Art. 23, 118 und 119 StGB.

Versuchte Abtreibung an einer Nichtschwangeren ist nicht strafbar (Bestätigung der Rechtsprechung).

Art. 23, 118 et 119 CP.

L'avortement tenté sur une personne non enceinte n'est pas punissable (confirmation de la jurisprudence).

Art. 23, 118 e 119 CP.

L'aborto tentato su una persona non incinta non è punibile (conferma della giurisprudenza).

Aus den Erwägungen:

Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut der Art. 118 und 119 StGB sowie gestützt auf die Erwägung, dass ein untauglicher Versuch im Sinne des Art. 23 StGB einen Gegenstand voraussetze, an welchem die Ausführung versucht wird, somit ein untauglicher Abtreibungsversuch an einer Nichtschwangeren wegen Fehlens der Leibesfrucht, die allein Gegenstand der Abtreibung sein könne, nicht möglich sei, hat der Kassationshof in Sachen Baumeler und Mitangeklagte Abtreibungshandlungen an einer Nichtschwangeren als nicht strafbar erklärt (BGE 70 IV 9).

Der Entstehungsgeschichte wurde entnommen, dass der Vorentwurf von 1908 strafbar erklärte einerseits die «Schwangere», welche ihre Frucht abtreibt oder abtreiben lässt (Art. 68 Ziff. 1), anderseits den Dritten, welcher einer «Frau» die Frucht abtreibt (Art. 68 Ziff. 2 und 3). Diese

Seite: 153

Verschiedenheit der Ausdrücke entsprach dem ursprünglichen Beschluss der ersten Expertenkommission, welche die Abtreibungshandlungen einer sich irrtümlich für schwanger haltenden Person straflos lassen, die Abtreibungshandlungen eines Dritten an einer Nichtschwangeren dagegen bestrafen wollte (Protokoll 1 332 f.). Dem späteren Beschluss der gleichen Kommission, die sich irrtümlich für schwanger haltende Frau für den Abtreibungsversuch doch auch zu bestrafen (Protokoll 2 398 ff.), trug der Vorentwurf von 1908 nicht Rechnung. Die zweite Expertenkommission hielt an diesem Entwurf fest, obschon sie auf die sich aus der Verschiedenheit der Ausdrucksweise ergebenden Folgen, dass die Nichtschwangere für Abtreibungshandlungen straflos bleibe, der Dritte dagegen bestraft werde, aufmerksam gemacht wurde (Protokoll 2 186 f.). Per Vorentwurf vom August 1915 bezeichnete dann die Frauensperson sowohl in der Bestimmung über ihre eigene Tat (Art. 109) als auch in der Bestimmung über die Tat des Dritten (Art. 110) als «Schwangere». Aus der Genehmigung dieser Fassung in der zweiten Lesung der zweiten Expertenkommission (Protokoll 8 224 ff.), dem Übergang in den Entwurf von 1918 und der unwidersprochenen Annahme durch die eidgenössischen Räte hat der Kassationshof geschlossen, dass für Abtreibungshandlungen an einer Nichtschwangeren nicht nur diese, sondern auch der Dritte straflos gelassen werden sollten. Die Vorinstanz wendet nun ein, die Verwendung des Ausdruckes «Schwangere» in den Art. 109 und 110 des Vorentwurfes vom August 1915 gehe darauf zurück, dass der Ausdruck «Frau» nicht mehr gepasst habe, da der Vorentwurf von 1915 in Art. 101 Ziff. 1 diesen Ausdruck für die weibliche Person im Alter von mindestens sechzehn Jahren vorbehalten habe. An diesem Einwand ist richtig, dass die Weiterverwendung des Ausdruckes «Frau» nach der Aufnahme des Art. 101 Ziff. 1 in den Vorentwurf von 1915 zur Folge gehabt hätte, dass Abtreibungen an Mädchen unter sechzehn Jahren nicht hätten bestraft werden können,

Seite: 154

worauf auch in der zweiten Expertenkommission hingewiesen wurde (Protokoll 8 225 Votum GAUTIER). Das erklärt aber nur, weshalb das Wort «Frau» in Art. 110 des Vorentwurfes nicht mehr verwendet werden konnte, sagt dagegen nicht, weshalb nicht ein anderer Ausdruck, der sowohl die Schwangere wie die Nichtschwangere umfasst hätte, z.B. nach dem Vorbild des Vorentwurfes von 1896 (Art. 56 Abs. 2) «Frauensperson» eingesetzt wurde. Die zweite Expertenkommission wusste, weil von Gautier nachdrücklich darauf aufmerksam gemacht (Protokoll 2 186), dass die Verwendung des Ausdruckes «Schwangere» in Art. 68 Ziff. 1 des Vorentwurfes von 1908 zur Folge hatte, den Abtreibungsversuch der Nichtschwangeren straflos zu lassen, und dass die Verwendung des gleichen Ausdruckes in der Bestimmung über Abtreibung durch Drittpersonen zur Auffassung führen musste,

der Gesetzgeber habe Drittpersonen für Handlungen an Nichtschwangeren wie diese selbst von Strafe befreien wollen. Der Gedanke, den Abtreibungsversuch an einer Nichtschwangeren besonders, von der allgemeinen Bestimmung über untauglichen Versuch unabhängig, zu regeln, lag nicht fern, ging doch z.B. auch die Praxis des französischen Kassationshofes dahin, den im Code pénal nicht geregelten Versuch des Verbrechen am fehlenden Gegenstande (versuchtes Plündern eines leeren Opferstockes, Schuss auf ein leeres Bett, in welchem der Täter das Opfer vermutet, Griff des Taschendiebes in eine leere Tasche) im allgemeinen zu bestrafen (DALLOZ, Recueil périodique 1878 I 33, 35, 1896 I 21), die auf Abtreibung einer nicht bestehenden Leibesfrucht gerichteten Handlungen dagegen straflos zu lassen (DALLOZ, Recueil périodique 1859 I 336). Schliesslich spricht für die Strafbarkeit der Abtreibungshandlungen an einer Nichtschwangeren auch nicht der Umstand, dass diese Handlungen im Nationalrat als Beispiel eines untauglichen Versuchs erwähnt wurden (AStenBull, Sonderausgabe, NatR 89). Es geschah dies bei der Erörterung der allgemeinen Bestimmungen über den Versuch, also in

Seite: 155

einem Zeitpunkt, als über die Sonderregelung der Art. 105 und 106 des Entwurfes (Art. 118 und 119 des Gesetzes) noch nicht verhandelt wurde und daher auch nicht Anlass bestand, gegen das erwähnte Beispiel unter dem Gesichtspunkt dieser Artikel Stellung zu nehmen.

Wie dem aber auch sei, so schliesst die Aufnahme von «Schwangere» als Tatbestandsmerkmal in den Gesetzestext die Anwendung von Art. 23 bei fehlender Schwangerschaft aus. Das sollte zunächst nicht zweifelhaft sein können für die passive und die Selbstabtreibung gemäss Art. 118. Wenn hier als Täterin des vollendeten Vergehens die Schwangere bezeichnet ist, so fehlt der Nichtschwangeren die gesetzliche Tätereigenschaft, die für den Versuch so nötig ist wie für das vollendete Delikt. Die Frage nach dem Versuch am untauglichen Objekt im Sinne von Art. 23 stellt sich hier gar nicht, weil schon das Subjekt untauglich ist. Die in Anlehnung an RGE 47 66 von der Vorinstanz erhobene Einwendung, dass «Schwangere» nur die abgekürzte Formulierung für «Frauensperson, die im Normalfall des vollendeten Deliktes schwanger war» bedeute, nimmt nicht gebührend Rücksicht auf die durch Art. 1 StGB der Auslegung des Strafgesetzes gezogene Grenze, vollends nicht angesichts der durch die Protokolle der Expertenkommissionen erwiesenen Hinweise auf die Wichtigkeit der Unterscheidung zwischen «Schwangere» und «Frauensperson» für die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs.

Und weil die Verwendung des Ausdrucks «Schwangere» in 119 wie in 118 keine so zufällige ist, erlaubt sie auch nicht, Abtreibungshandlungen des Dritten an der Nichtschwangeren als untauglichen Versuch gemäss Art. 23 zu bestrafen. Wohl will Art. 23 die Bestrafung gerade dann ermöglichen, wenn die Ausführung der Tat sich gegen einen Gegenstand richtet, der nicht der tatbestandsmässige ist, wenn nur der Täter das Delikt in seinen gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen zu begehen beabsichtigte. Wenn aber das Gesetz eine Eigenschaft des Gegenstandes des Delikts

Seite: 156

besonders betont, insbesondere wenn es ihn einschränkend bezeichnet, dann bedeutet dies, dass die Tat straflos zu bleiben hat, wenn sich ihre Ausführung nicht gegen einen Gegenstand in diesen Schranken richtet, und darum kann sie nicht dennoch als Versuch am untauglichen Objekt strafbar sein. So liegt, wenn der Beischlaf mit dem Kinde unter sechzehn Jahren strafbar erklärt ist (Art. 191), darin die negative Entscheidung, dass der Beischlaf mit der Sechzehnjährigen nicht als untauglicher Versuch bestraft werden darf, der Beischläfer mag noch so fest der Überzeugung und willens gewesen sein, es mit einem Kinde unter sechzehn Jahren zu tun zu haben. Oder würde der Gesetzgeber die Tötung am lebenden Kind als Kindestötung (Art. 116) unter Strafe gestellt haben, so hätte er damit betont, dass der Tötungsversuch am totgeborenen nicht als Versuch am untauglichen Objekt bestraft werden dürfe. Genau so liegt eine negative Entscheidung gegen die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs der Abtreibung darin, dass die Schwangerschaft als Tatbestandsmerkmal hervorgehoben ist (ebenso THORMANN-OVERBECK, Komm. StGB Art. 119 N. 7). Es wäre übrigens ein erstaunlicher Widerspruch, die Selbstabtreiberin gemäss dem eindeutigen Text von Art. 118 bei bloss vermeintlicher Schwangerschaft straflos zu lassen, aber den Dritten, dessen sie sich zur Abtreibung bedient, z.B. den Arzt, der nach den Regeln der Kunst vorgeht, zu bestrafen.

In gleicher Weise folgerte die obzitierte französische Gerichtspraxis aus gleichem Gesetzestext (femme enceinte) die Straflosigkeit des Abtreibungsversuchs bei fehlender Schwangerschaft und bedurfte es in Frankreich einer Gesetzesänderung (décret du 29 juillet 1939, art. 82: femme enceinte ou supposée enceinte), um seine Strafbarkeit herzustellen. Andererseits kann die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, welche den Abtreibungsversuch an der Nichtschwangeren schon immer bestrafte, obschon die frühere Fassung des § 218 RStGB ebenfalls die «Schwangere» nannte (heute bezeichnenderweise abgeändert in

Seite: 157

«Frau»), nicht zum Vergleiche herangezogen werden, denn sie geht gerade von der für das StGB oben abgelehnten Auffassung aus, dass der Ausdruck «Schwangere» im Text des deutschen Gesetzes keine andere Bedeutung als «Frauensperson» habe (RGE 47 66). Wohl huldigt im übrigen das deutsche Reichsgericht einem Begriff des Versuchs, der nicht einmal vor einem eigens betonten gesetzlichen Tatbestandsmerkmal Halt macht, sondern auch hier genügen lässt, dass es in der Vorstellung des Täters vorhanden ist, so dass sogar der Beischläfer im obigen Beispiel des untauglichen Versuchs schuldig wird (RGE 39 316). Allein diese logisch bis ins Extrem befolgte subjektive Auffassung des Versuchs widerspricht allzusehr dem Rechtsgefühl, um sie Art. 23 StGB zugrunde zu legen. Sie ist auch von der I. Expertenkommission anlässlich der Beratung des Art. 14 VE 1893 = 19 StGB unmissverständlich abgelehnt worden (Prot. 1 82/88, 98, 2 385 /6).

Nicht entscheidend ist, dass der Kassationshof heute an der Auffassung nicht festhält, dass es ohne Gegenstand, an dem die Ausführung versucht wird, einen strafbaren untauglichen Versuch überhaupt nicht gebe. Es gibt Fälle des Angriffs auf einen fehlenden Gegenstand, die allgemein als untaugliche Versuche bezeichnet werden und von denen mit Gewissheit feststeht, dass der Gesetzgeber sie erfassen wollte, wenn er einmal den objektiven Versuchs begriff aufgab. Das verbietet, die gesetzliche Definition des Versuchs am untauglichen Gegenstände in Art. 23 wörtlich zu nehmen