

S. 9 / Nr. 4 Strafgesetzbuch (d)

BGE 70 IV 9

4. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 11. Februar 1944 i. S. Baumeler und Konsorten gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern.

Regeste:

Art. 23, 118 und 119 StGB.

Die Abtreibungshandlung an einer nicht Schwangern ist nicht als untauglicher Versuch der Abtreibung strafbar.

Art. 23, 118 et 119 CP.

Les manoeuvres d'avortement pratiquées sur une personne qui n'est pas enceinte ne sont pas punissables au titre de délit impossible.

Art. 23, 118 e 119 CP.

Le operazioni d'aborto praticate su una donna non incinta non sono punibili a titolo di delitto impossibile.

Aus den Erwägungen:

1.- Die Vorinstanz sieht in der Abtreibungshandlung an einer nicht schwangern Frauensperson einen untauglichen Versuch der Abtreibung im Sinne des Art. 23 StGB. Diese an sich naheliegende, weil von der Idee des Willensstrafrechts aus zu rechtfertigende Betrachtung, entspricht nachweisbar nicht der Absicht des Gesetzgebers und stösst sich am Wortlaut des Gesetzes. Art. 118 StGB stellt unter Strafe die Abtreibung durch die Schwangere und Art. 119 die Abtreibung an einer Schwangeren. Wie die Entstehungsgeschichte ergibt, war für die Wahl des Ausdrucks «Schwangere» («personne

Seite: 10

enceinte», «persona incinta») gerade die Rücksicht auf die Abtreibungshandlungen an einer nicht schwangern Frauensperson bestimmend.

Der Vorentwurf von 1908 gebrauchte bei der aktiven Abtreibung den Ausdruck «Schwangere» (Art. 68 Ziff. 1), bei der passiven Abtreibung den Ausdruck «Frau» (Art. 68 Ziff. 2 und 3). Dieser Unterschied ging auf die erste Lesung der ersten Expertenkommission zurück, die entschieden hatte, dass die Abtreibungshandlung einer sich irrtümlich für schwanger haltenden Frau straflos, die Abtreibungshandlung eines Dritten an einer nicht schwangern Frau dagegen strafbar sein solle. Um die Strafbarkeit des Dritten für diesen Fall klarzustellen, hatte die Kommission in Art. 54 Abs. 2 und 3 des Stooss'schen Vorentwurf von 1894 «Schwangere» durch «Frauensperson» ersetzt (Protokoll Bd. I, S. 332 f.).

Bei der Beratung des Vorentwurfs von 1908 wurde der Ausdruck «Schwangere» wieder in den gesetzlichen Tatbestand der passiven Abtreibung aufgenommen. Auch dies geschah gerade mit Rücksicht auf die Abtreibungshandlung an einer nicht schwangern Frau. GAUTIER brachte diese Frage bei der ersten Lesung der zweiten Expertenkommission zur Sprache (Protokoll Bd. II, S. 186 f.). Er legte dar, beim Tatbestand der aktiven Abtreibung schliesse der Ausdruck «Schwangere» es aus, dass die Abtreibungshandlung einer sich irrtümlich für schwanger haltenden Frau als untauglicher Versuch bestraft werde, «car le délit prévu dans cette disposition (sc.: Art. 68 Ziff. 1) suppose, par définition, une femme enceinte». Bei der passiven Abtreibung sei dies dagegen nach Ziff. 2 und 3 von Art. 68 nicht der Fall, sodass die Abtreibungshandlung eines Dritten an einer nicht schwangern Frau als untauglicher Versuch strafbar sei. GAUTIER beanstandete diesen Unterschied, worauf der Vorsitzende auf die Diskussion der ersten Expertenkommission hinwies. Die Anregung GAUTIER'S wurde in der Folge nicht weiter besprochen. Dagegen enthielt der bereinigte

Seite: 11

Vorentwurf vom August 1915 durchwegs den Ausdruck «Schwangere», sowohl bei der aktiven wie bei der passiven Abtreibung (Art. 109 und 110). Die Kommission stimmte dieser abgeänderten Ausdrucksweise in der zweiten Lesung zu (Protokoll, Bd. VIII, S. 224 f.). Eine Diskussion fand darüber nicht statt. Da jedoch die Kommission von GAUTIER über die Bedeutung der Ausdrucksweise unterrichtet und vom Vorsitzenden auf die Stellungnahme der ersten Expertenkommission hingewiesen worden war, kann die Änderung nur damit erklärt werden, dass die Kommission die Ansicht GAUTIER'S teilte, die Abtreibungshandlung an einer nicht schwangern Frau in keinem Fall strafen und die Anwendung der Bestimmung über den untauglichen Versuch dadurch ausschliessen wollte, dass sie den Ausdruck «Schwangere» auch in die Umschreibung des Tatbestandes der passiven Abtreibung aufnahm. Die von ihr angenommene Ausdrucksweise ging in den Entwurf von 1918 (Art. 105 und 106) und in das Gesetz über. Bei der Beratung der

Abtreibungsartikel in den eidgenössischen Räten kam die Frage der Strafbarkeit der Abtreibungshandlung an einer nicht schwangern Frau nicht zur Sprache, weil sich die Aufmerksamkeit offenbar ganz auf Art. 107 des Entwurfs (straflose Abtreibung) richtete. Im französischen Text wurde der von GAUTIER vorgeschlagene Ausdruck «personne en état de grossesse» erst von der Redaktionskommission durch «personne enceinte» ersetzt.

Der gesetzgewordene Text zwingt in der Tat im Sinne der Auffassung GAUTIERS dazu, die Strafbarkeit des Abtreibungsversuchs an der nicht Schwangern auszuschliessen. Denn dadurch, dass die Schwangerschaft eigens als Merkmal in den Tatbestand aufgenommen worden ist, kommt zum Ausdruck, dass als Objekt der Abtreibung ausschliesslich die Frucht zu gelten hat, dass der Eingriff nicht ausserdem um des Weibes willen bestraft wird. Dem widerspricht nicht die Bestimmung von Art. 119 Ziff. 3 Abs. 3, denn ihr Tatbestand ist seinem Wesen nach ein -

Seite: 12

mit Rücksicht auf das verwerfliche Mittel qualifizierter - Sonderfall der fahrlässigen Tötung, deren Strafnorm hier das Schutzobjekt bestimmt. Einzig im Falle der Ziff. 2 - Eingriff ohne Einwilligung der Schwangern - wäre zu erwägen, dass die Qualifizierung der Tat gar keinen andern Sinn haben könne, als neben der Frucht die körperliche und seelische Integrität der nicht einwilligenden Frau mitzuschützen, und dass gegenüber dieser unverkennbaren gesetzgeberischen Absicht der aus der Verwendung des Wortes «Schwangern» an sich zu ziehende, widersprechende Schluss auf die Frucht als ausschliessliches Objekt der Abtreibung zurückzutreten habe. In den andern Fällen aber bleibt es dabei, dass Objekt der Abtreibung einzig die Leibesfrucht darstellt. Hier ist also, wenn keine Frucht vorhanden, der Gegenstand der Abtreibung nicht bloss ein untauglicher, sondern er fehlt überhaupt, gleich wie z. B. der Gegenstand der Tötung, wenn der Täter ins Leere schießt, wo ihn Sinnestäuschung sein gesuchtes Opfer sehen lässt. Das Abstellen einzig auf den schuldhaften Willen (vgl. GERMANN, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, S. 16, 41/45) würde freilich auch solche Fälle als untauglichen Versuch strafbar sein lassen, allein nach der unmissverständlichen Vorschrift des Art. 23 StGB bedarf es für die Strafbarkeit immerhin eines Gegenstandes, an dem die Ausführung versucht wird