

S. 9 / Nr. 4 Strafgesetzbuch (d)

BGE 79 IV 9

4. Urteil des Kassationshofes vom 23. Januar 1953 i. S. Schärer gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.

Regeste:

Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 StGB. Begriff der Gewerbsmässigkeit.

Art. 119 ch. 3 al. 2 CP. Faire métier de l'infraction.

Art. 119 cifra 3 cp. 2 CP. Far mestiere del reato.

A. - Fritz Schärer, Reisender, wohnte im Herbst 1950 Abtreibungen bei, die ein wegen solcher Verbrechen Vorbestrafter mit Namen Diriwächter an zwei Frauen vornahm, und liess sich von ihm über die Ausführung solcher Eingriffe unterrichten, in der Meinung, vielleicht selber einmal abzutreiben. Einige Zeit später kaufte er Diriwächter die Abtreibungsinstrumente zum Preise von Fr. 38.- ab, liess sich von ihm weitere Instruktionen geben und nahm von ihm den Rat an, für eine Abtreibung Fr. 400 bis 500 zu verlangen. Schärer war bereit, sich durch Abtreibungen, wo immer sich zu solchen Gelegenheit biete, einen Nebenerwerb zu verschaffen und zugleich die durch die Abtreibertätigkeit gewonnenen Beziehungen zur Aufnahme von Bestellungen auf Wäscheaussteuern und dergleichen und damit zur Steigerung seines Einkommens aus seiner Vertretertätigkeit auszunützen. Er liess sich eigens bei den Eheleuten Woodtli in Rothrist ein Zimmer bereitstellen, um ungestört jederzeit abtreiben zu können. Dort hinterlegte er auch seine hiezu benötigten Instrumente.

Seite: 10

Tatsächlich beging er folgende Verbrechen:

a) Ende Januar oder anfangs Februar 1951 trieb er in seiner Wohnung in Olten der Margrit Hunziker die Leibesfrucht ab. Für den Eingriff verlangte er Fr.80.-. Er erhielt nur Fr. 20.-; für den Rest beharrte er auf pünktlicher Abzahlung in Raten. Das Begehren Schärers, mit der Schwangeren vor der Vornahme des Eingriffs geschlechtlich zu verkehren, will diese abgelehnt haben.

b) Am 21. November 1951 trieb Schärer der Lydia Heiniger in der Wohnung ihrer Eltern gegen Bezahlung von Fr. 200.- die Leibesfrucht ab, nachdem er vorher ihrer Mutter zwei Tischtücher im Werte von etwa Fr. 200.- verkauft und die Schwangere unter dem Vorwand, der Eingriff setze voraus, dass ihre Scheide nass sei, zur Gewährung des Beischlafs bestimmt hatte.

c) Ende November oder anfangs Dezember 1951 versuchte er der Dora Rindlisbacher bei den Eheleuten Woodtli gegen ein Entgelt von Fr. 150.- die Leibesfrucht abzutreiben, nachdem er vorher mit ihr einen Vertrag über die Lieferung von Wäsche im Werte von Fr. 1500.- abgeschlossen hatte. Sein Ansuchen um Gewährung des Beischlafs hatte die Schwangere abgelehnt. Einige Tage später nahm er in ihrem Elternhaus einen zweiten Eingriff vor, worauf die Leibesfrucht abging.

d) Ende Januar 1952 trieb Schärer der Silvia Beltrami bei den Eheleuten Woodtli gegen ein Entgelt von Fr. 150.- und gegen Abschluss eines Vertrages auf Lieferung einer Wäscheaussteuer im Werte von Fr. 1500.- die Leibesfrucht ab. Vor dem Eingriff bestimmte er die Schwangere, sich ihm zum Beischlaf hinzugeben, indem er ihr angab, dieser sei Voraussetzung des Erfolges.

B. - Am 30. September 1952 verurteilte das Kriminalgericht des Kantons Aargau Schärer wegen gewerbsmässiger vollendeter und versuchter Abtreibung im Sinne des Art. 119 Ziff. 3 StGB zu dreieinhalb Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung von zweihundert Tagen Untersuchungshaft.

Seite: 11

C. - Schärer führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Kriminalgericht zurückzuweisen, unter Annahme einfacher Lohnabtreibung im Sinne von Art. 119 Ziff. 1 StGB. Er macht geltend, er habe seine Verbrechen nicht gewerbsmässig begangen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Der Beschwerdeführer bestreitet die Gewerbsmässigkeit seiner Handlungen mit dem Hinweis auf eine in der Literatur vertretene Auffassung, wonach ein gewerbsmässiges Verbrechen dann vorliege, «wenn das Verhalten des Täters in der asozialen Sphäre derart ist, dass es in der sozialen Ordnung den Gewerbebegriff erfüllen würde, insbesondere wenn er zum Zwecke des Erwerbs Produktionsmittel anwendet, organisiert vorgeht und unter Beachtung des ökonomischen Prinzips eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität manifestiert.

Indessen verschweigt er, weshalb die in der Rechtsprechung des Bundesgerichts entwickelte Begriffsumschreibung, wonach gewerbsmässig sich vergeht, wer in der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen, und mit der Bereitschaft, gegen unbestimmt viele zu handeln, die

Tat wiederholt (BGE 78 IV 154 und dort angeführte Urteile), dem Sinn des Gesetzes nicht entspreche. Mit dem blossen Hinweis auf die in Art. 119 Ziff. 3 StGB angedrohte hohe Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus kann die Notwendigkeit einer anderen Begriffsumschreibung schon deshalb nicht dargetan werden, weil das Strafgesetzbuch die gewerbsmässige Begehung auch in anderen Bestimmungen des Gesetzes auszeichnet, ohne sie mit so hohen Strafen zu bedrohen. So stehen auf gewerbsmässigem Diebstahl nur mindestens drei Monate Gefängnis (Art. 137 Ziff. 2 StGB), auf gewerbsmässiger Warenfälschung und gewerbsmässigem Inverkehrbringen gefälschter Waren nur mindestens ein Monat Gefängnis und Busse (Art. 153 Abs. 2, 154 Ziff. 1 Abs. 2), auf

Seite: 12

gewerbsässiger Kuppelei nur mindestens sechs Monate Gefängnis, nebst Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit (Art. 199 Abs. 1), und auch unter den Bestimmungen, die auf Gewerbsmässigkeit Zuchthaus androhen, ist Art. 119 Ziff.:3 neben Art. 262 Ziff. 2 (gewerbsmässiger Frauen- und Kinderhandel) die schärfste die übrigen lassen Zuchthaus von einem Jahr zu (Art. 144 Abs. 3, 148 Abs. 2, 1x6 Ziff. 2, 157 Ziff. 2). Gewerbsmässiges Anlocken zur Unzucht und Belästigung durch gewerbsmässige Unzucht ziehen sogar nur Haft oder Busse nach sich (Art. 266, 267 StGB), gewerbsmässige widernatürliche Unzucht nur Gefängnis von mindestens drei Tagen (Art. 194). Die besondere Strenge des Art. 119 Ziff. 3 erklärt sich aus der dem Abtreibergewerbe anhaftenden besonderen Gefährlichkeit und Verwerflichkeit, nicht daraus, dass der (Gesetzesgeber von einem engen Begriff der Gewerbsmässigkeit ausgegangen wäre, der nur besonders krasse Fälle erfasste, etwa nur solche, die von einer sozialen Entfremdung des Täters zeugten, wie im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesgerichts angenommen worden ist (vgl. JZ 39 523 Nr. 265; HALTER SZStrR 62 358; MEYER SZStrR 65 155 einerseits und BGE 74 IV 142, 78 IV 155 andererseits).

Der Begriff der gewerbsmässigen Begehung strafbarer Handlungen entnimmt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seine Merkmale dem Begriff des erlaubten Gewerbes.

Wie der Gewerbetreibende im allgemeinen muss auch der gewerbsmässig handelnde Verbrecher sich ein Erwerbseinkommen verschaffen wollen. Dass es sein ausschliessliches oder sein hauptsächliches Einkommen sei, ist nicht nötig es kann wie das Einkommen aus erlaubter gewerblicher Tätigkeit dem Täter blossen Nebenverdienst beitragen (BGE 74 IV 142, 76 IV 246). Es braucht auch nicht ständig und regelmässig zu fliessen wie ein erlaubtes Gewerbe öfters nur saisonmässig oder nur bei Gelegenheit bestimmter Art ausgeübt wird, kann auch der

Seite: 13

gewerbsmässig handelnde Verbrecher seine Tätigkeit auf bestimmte Gelegenheiten beschränken (BGE 71 IV 85, 115). Ebenso wenig erfordert die Gewerbsmässigkeit, dass die Absicht, sich durch das Verbrechen Einnahmen zu verschaffen, einziger oder vorherrschender Beweggrund sei (BGE 72 IV 110, 78 IV 156); ein Gewerbe kann zum Zeitvertreib, aus Freude am Beruf, aus Nächstenliebe und dergleichen ausgeübt werden. Unerheblich ist sodann, ob das Einkommen aus der gewerblichen Betätigung gross ist und ob es den Arbeitsaufwand gut oder schlecht belohnt; auf den tatsächlich erzielten Verdienst kommt überhaupt nichts an, sondern nur darauf, ob der Täter es auf ein Erwerbseinkommen abgesehen hat. Sogar subjektiv, in der Absicht des Täters, braucht dieses nicht gross zu sein (BGE 74 IV 141). Das Gewerbe braucht auch nicht auf kaufmännischer Berechnung und Planung zu beruhen. Das vom Beschwerdeführer geforderte «ökonomische Prinzip», d. h. der Wille des Täters, «bei minimalem Aufwand einen grösstmöglichen Erfolg zu erzielen», gehört nicht notwendigerweise zum Gewerbe.

Wie das erlaubte ist sodann auch das strafbare Gewerbe gekennzeichnet durch die Bereitschaft des Handelnden, gegenüber beliebigen Personen tätig zu werden. In dieser Bereitschaft zeigt sich die besondere soziale Gefährlichkeit des Täters, deretwegen das gewerbsmässige Verbrechen gegenüber dem nicht gewerbsmässigen mit schärferer Strafe bedroht ist. Bereitschaft, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln, erfordert jedoch nicht, dass der Täter gegenüber jeder Person handeln wolle. Wie der Inhaber eines erlaubten Gewerbes seine Kunden aussuchen kann, betätigt auch der Verbrecher sich schon dann gewerbsmässig, wenn er die Tat nur gegenüber Personen begehen will, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, z. B. wenn er nur vertrauenswürdigen Bekannten die Leibesfrucht abtreibt, nur Freunde und Hausgenossen bestiehlt, nur Witwen betrügt (BGE 71 IV 86, 115, 78 IV 155).

Unerheblich ist, ob der Kundenkreis gross oder klein

Seite: 14

ist, ob der Inhaber des Gewerbes jeden Kunden wiederholt oder nur einmal bedient und ob er Reklame macht oder ohne Werbung die Gelegenheiten zur Betätigung abwartet. Kommt darauf schon im erlaubten Gewerbe nichts an, so noch weniger im verbrecherischen, das nach der Natur der Sache im verborgenen und zur Vermeidung der Entdeckung oft nur im kleinen betrieben wird. Mit dem vom

Bundesgericht aufgestellten Erfordernis wiederholter Begehung der Tat ist das verbrecherische Gewerbe - Erwerbsabsicht und Bereitschaft, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln, vorausgesetzt - genügend gekennzeichnet und gegenüber der in Erwerbsabsicht verübten Einzeltat abgegrenzt. «Gesteigerte wirtschaftliche Intensität», wie der Beschwerdeführer sie fordert, ist umsoweniger nötig, als nach allgemeiner Anschauung auch das erlaubte Gewerbe schon betrieben wird, wenn der Inhaber die Tätigkeit aufnimmt (das Geschäft eröffnet), nicht erst wenn er eine grosse Anzahl Kunden bedient und einen bestimmten Umsatz erzielt hat.

Ebenfalls kein notwendiges Kennzeichen des Gewerbes ist die Organisation und die Anwendung von Produktionsmitteln, wie der Beschwerdeführer meint. Ob und inwieweit der Inhaber eines Gewerbes seine Tätigkeit organisiert und Werkzeuge und dergleichen anschafft, hängt von der Natur des Gewerbes ab. Wer durch gelegentliche Handlangerdienste ein Nebeneinkommen erwerben will, braucht weder eine Organisation noch Produktionsmittel, ebensowenig z. B. der gewerbsmässige Taschendieb und der gewerbsmässige Betrüger. Der gewerbsmässige Abtreiber wird in der Regel ein für allemal einige Instrumente anschaffen, kann dies aber auch von Fall zu Fall tun und sie jeweilen nach Gebrauch vernichten, z. B. um nicht entlarvt zu werden. Er kann sie aber auch zu erlaubten Zwecken schon besitzen, insbesondere als Arzt, ohne dass deswegen seiner Abtreibertätigkeit das Merkmal der Gewerbsmässigkeit abginge. Übrigens verkennt der Beschwerdeführer, dass auch der Urheber der von ihm

Seite: 15

angerufenen Begriffsumschreibung im organisierten Vorgehen und der Anwendung von Produktionsmitteln blosse Anzeichen, nicht notwendige Merkmale der Gewerbsmässigkeit sieht.

2.- Dass der Beschwerdeführer die Abtreibungen und den Abtreibungsversuch in Erwerbsabsicht begangen hat, hat das Kriminalgericht verbindlich festgestellt, ohne von einem unzutreffenden Begriff der Absicht oder des Erwerbes auszugehen. Zur Begründung verweist es auf die Abtreiberlöhne, die er verlangt und erhalten habe und die in keinem Verhältnis zur aufgewendeten Arbeit und zu seiner Vorbildung gestanden hätten, ihm willkommener Nebenerwerb gewesen seien. Ferner schliesst es auf Erwerbsabsicht daraus, dass er die gewonnenen Beziehungen zum Abschluss von Verträgen über Wäscheaussteuern und dergleichen benützt und sich auf diese Weise noch weiteres Einkommen verschafft habe. Was der Beschwerdeführer zur Widerlegung der Erwerbsabsicht anführt, z. B. er habe genügendes anderes Einkommen gehabt, ist nicht zu hören, da tatsächliche Feststellungen der kantonalen Behörde mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden können (Art. 277 bis Abs. 1, 273 Abs. 1 lit. b BStP). Auf die Behauptung sodann, er habe sich von geschlechtlicher Begierde leiten lassen, kommt nichts an, weil dieser Beweggrund, selbst wenn er den Ausschlag gegeben haben sollte, den Willen, die Abtreibungen zur Erwerbsquelle zu machen, nicht ausschliesst. Verbindlich festgestellt ist auch, dass der Beschwerdeführer bereit gewesen ist, in einer unbestimmten Zahl weiterer Fälle abzutreiben. Die Vorinstanz hat den Rechtsbegriff der Bereitschaft nicht verkannt, wenn sie auf diese Einstellung des Täters daraus schliesst, dass er stets auf Anfrage hin ohne Hemmung abgetrieben, sich Instrumente angeschafft und bei den Eheleuten Woodtli ein Zimmer bereitgestellt hat, um ungestört jederzeit seine Tätigkeit ausüben zu können. Die Anbringen, mit denen der Beschwerdeführer die festgestellte Bereitschaft zu widerlegen

Seite: 16

versucht, zielen auf eine andere Beweiswürdigung ab daher ist auf sie nicht einzutreten (BGE 71 IV 116).

Die Wiederholung der strafbaren Tat sodann ergibt sich aus der festgestellten und nicht bestrittenen Zahl von vier Abtreibungen und einem Abtreibungsversuch.

Der Beschwerdeführer ist zu Recht nach Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 StGB bestraft worden.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann