

124. Unter welchen Voraussetzungen kann, wenn aus §. 217 St.G.B.'s angeklagt worden war, verlangt werden, daß für den Fall der Verneinung der Frage nach Kindesmord eine Hilfsfrage aus §. 218 St.G.B.'s an die Geschworenen gerichtet werde?
St.R.D. §§. 265. 294. 296.

III. Straffenat. Urtr. v. 1. Oktober 1885 g. M. Rep. 1805/85.

I. Schwurgericht Stendal.

Gründe:

Die Revision der Staatsanwaltschaft führt Beschwerde aus den §§. 294. 296 St.R.D., weil der Instanzrichter abgelehnt habe, die von der Staatsanwaltschaft bezüglich der unverehelichten M. beantragte Frage aus §. 218 St.G.B.'s zu stellen. Sie war zu verwerfen.

Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß legten der unverehelichten M. das Verbrechen des Kindesmordes (§. 217 St.G.B.'s) zur Last, welches in der Weise ausgeführt sein sollte, daß sich diese Angeklagte bei heranahender Geburt auf einen mit heißem Wasser gefüllten Eimer gesetzt und in dieser Stellung die Entbindung abgewartet habe, sodaß das Kind in das Wasser gefallen sei; dies habe sie mit dem Vorsatze gethan, das Kind zu töten. In der Voruntersuchung hatte sie sich über ihre Handlungsweise auf sehr verschiedene und in sich widersprechende Art ausgesprochen und ihre Aussagen mehrmals wieder zurückgenommen. In der Hauptverhandlung erklärte sie laut Sitzungsprotokolls, und zwar im wesentlichen übereinstimmend mit einer ihrer früheren Erzählungen: vor Weihnachten 1883 sei sie bei der Ehefrau des Arbeiters D. in B. gewesen und habe derselben Mitteilung gemacht, daß sie

schwanger sei; die D. habe ihr, um die Frucht abzutreiben, Tropfen, Pulver und Thee gegeben; nach Weihnachten sei sie nochmals zur D. gegangen und habe ihr erzählt, die Mittel hätten nicht geholfen, worauf die D. ihr einen Korb fauler Äpfel, die sie kochen und genießen solle, gegeben habe; dies sei von ihr auch versucht, aber nicht fortgesetzt worden; bei einem späteren abermaligen Besuche habe sie von der D., welche dabei gesagt habe, da die Mittel noch nicht gewirkt hätten, müßten schärfere Mittel angewandt werden, Pulver und Thee erhalten; im April 1884 sei die Geburt erfolgt; sie habe sich beim Herannahen derselben von ihrer Mutter einen Eimer mit Wasser, jedoch nicht heißem, bringen lassen, in den das Kind gefallen sei; dasselbe sei, als ihre Mutter es herausgenommen, tot gewesen; nach ihrer Meinung hätten die Mixturen, die ihr die D. gegeben, das Kind abgetrieben; sie habe sich dieselben auch in dieser Absicht verabreichen lassen und eingenommen; diese Erzählung enthalte die reine Wahrheit, ihre früheren Angaben seien erlogen. Die vom Vorsitzenden des Schwurgerichtes entworfenen Fragen an die Geschworenen lauteten gegen die unverehelichte M. auf Kindesmord, gegen deren Mutter auf Beihilfe zum Kindesmorde. Die D. war als beeidigte Zeugin vernommen worden. Die Staatsanwaltschaft beantragte, eine weitere Frage, nämlich eine Hilfsfrage auf Abtreibung (§. 218 St.G.B.'s), gegen die unverehelichte M. für den Fall der Verneinung der Frage nach Kindesmord zu stellen. Nachdem der Verteidiger dem Antrage widersprochen hatte, lehnte das Gericht denselben unter Bezugnahme auf §. 265 Absf. 1. 2 St.P.D. ab, da die verlangte Hilfsfrage eine andere strafbare Handlung betreffe, was in den Urteilsgründen näher dahin ausgeführt worden ist: die beantragte Eventualfrage sei keine Hilfsfrage im Sinne des §. 294 St.P.D., denn, wenn auch einzelne Momente in derselben mit der Frage nach Kindesmord zusammenträfen, so erweise sich doch die durch erstere betroffene That vermöge der ganzen geschichtlichen Ausführung der verbrecherischen Handlung als eine von der zur Verhandlung gestellten grundsätzlich verschiedene That, die nach §. 265 Absf. 1 St.P.D., weil die Angeklagte widersprochen habe, und nach Absf. 2, weil es sich um ein Verbrechen handle, nicht in der gegenwärtigen Hauptverhandlung erledigt werden könne.

Entscheidend für die Beurteilung der Revisionsbeschwerde ist es, ob mit der von der Staatsanwaltschaft beantragten Frage die durch

den Eröffnungsbeschluß der unverehelichten M. zur Last gelegte That nur unter einen von dem des Eröffnungsbeschlusses abweichenden rechtlichen Gesichtspunkt gestellt (§. 264 St.P.O.), oder ob vermittelt derselben der Spruch der Geschworenen auf eine neue von derjenigen, welche den Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses bildete, verschiedene That ausgedehnt sein würde. Da unter einer anderen That ein anderer konkreter oder geschichtlicher Vorgang verstanden werden muß, so hat man zunächst zu fragen, auf welchen geschichtlichen Vorgang sich die Eventualfrage der Staatsanwaltschaft bezog. Die letztere hat sich darüber, soweit das Sitzungsprotokoll ersehen läßt, in der Hauptverhandlung nicht ausgesprochen. Auch die Revisionschrift giebt keine Darstellung des geschichtlichen Vorganges, der als Abtreibung zu qualifizieren sei; sie sagt nur, schon in der Voruntersuchung und dann auch in der Hauptverhandlung sei zur Erörterung gekommen, ob nicht die Angeklagte, wie sie selbst behauptet habe, schuldig der Abtreibung der Frucht durch die von der D. erhaltenen oder durch andere Mittel sei; in der Voruntersuchung habe sie sich des Verbrechens gegen §. 218 St.G.B.'s schuldig bekannt, der konkrete äußere Vorgang, welcher den Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses bilde, sei derselbe geblieben, wenn auch nach dem Ergebnisse der Verhandlung — nämlich wenn man Abtreibung annehme — der Verübungsakt und die Willensrichtung der Angeklagten sich anders darstelle. Es wird hinzugefügt, daß, wenn es sich um eine andere That handelte, die Angeklagte auch sogleich wegen beider Verbrechen, Abtreibung und Kindesmord, hätte angeklagt werden können, dies sei jedoch nicht möglich gewesen, weil nur Eins von diesen beiden Verbrechen begangen sein könne, und ebenso unzulässig sei es gewesen, die Anklage alternativ zu erheben.

Dieses Argument aus der Unzulässigkeit der gleichzeitigen Anklageerhebung wegen beider Verbrechen läßt sich indessen für die Behauptung der Identität der That nicht mit Erfolg verwenden. Vollendete Abtreibung konnte allerdings nicht neben vollendetem Kindesmorde von der Angeklagten verübt sein, weil erstere nur durch die Tötung der Frucht entweder vor der Geburt oder durch dieselbe vollendet wird. Aber die Anklage konnte auf Versuch der Abtreibung und vollendeten oder versuchten Kindesmord, und auf vollendete Abtreibung und versuchten Kindesmord — letzteres nach der vom Reichsgerichte als richtig anerkannten Lehre vom Versuche am untauglichen Objekte — gerichtet werden,

auch dann, wenn dabei behauptet wurde, daß beide Verbrechen im Verhältnisse der Realkonkurrenz ständen; und der alternativen Anklage stand ebenfalls kein rechtliches Hindernis entgegen, was die Staatsanwaltschaft selbst anerkannt hat, indem sie den Antrag auf die Eventualfrage nach Abtreibung für den Fall der Verneinung der Frage nach Kindesmord stellte, also, da sie in erster Linie die Bejahung der Frage nach Kindesmord verlangte, in Wahrheit eine alternative, spezieller ausgedrückt, eine eventuelle neben einer prinzipalen, jede die Durchführung der anderen ausschließende, Anklage erhob.

In Ermangelung einer Darstellung desjenigen Vorganges, worauf sich die Eventualfrage beziehen sollte, von Seiten der Staatsanwaltschaft, ist man für diesen Vorgang lediglich auf das vorstehend referierte Material, hauptsächlich auf die von der Angeklagten in der Hauptverhandlung gemachten Angaben angewiesen, sodaß zu prüfen ist, ob der durch diese Angaben beschriebene Vorgang sich als ein und derselbe mit demjenigen darstelle, welchen der Eröffnungsbeschluß behauptet hatte. Diese Prüfung muß freilich eine unsichere bleiben, weil unbekannt ist, welche Thatumstände zur Zeit, als die Eventualfrage beantragt wurde, die Verhandlung hinsichtlich des Verbrechens der Abtreibung ergeben hatte und die Staatsanwaltschaft der Eventualfrage unterzulegen beabsichtigte, und weil, wie unten zu erwähnen, nicht einmal feststeht, was von der Angeklagten in der Hauptverhandlung erklärt worden ist. Für die Identität läßt sich darauf verweisen, daß bei beiden Vorgängen von derselben Person ein vorsätzlicher Angriff gegen das Leben desselben Kindes gemacht sein würde. Aber daß diese Momente nicht mit Notwendigkeit auf die Identität schließen lassen, folgt, wie bereits erwähnt, daraus, daß sie auch mit Realkonkurrenz, also mit einer Beschaffenheit der beiden Vorgänge, vereinbar sind, wonach sich die letzteren als zwei selbständige Handlungen der Angeklagten verhielten; die Angeklagte konnte beispielsweise, nachdem die Abtreibung des Kindes in Wirklichkeit oder ihrer Meinung nach mißlungen war, vermöge eines neuen selbständigen Entschlusses zur Tötung des lebendigen oder für lebendig gehaltenen Kindes schreiten, in welchem Falle die Annahme, daß nur Ein geschichtlicher Vorgang und folgerweise nur Eine That gegeben sei, nicht gerechtfertigt sein würde. Zwar liegt in dem gegenwärtigen Falle, nachdem die Geschworenen die Frage nach Kindesmord, ohne daß man wissen kann, aus welchen Gründen, insbesondere ob deshalb, weil das

Kind totgeboren war, oder deshalb, weil keine auf Tötung abzielende vorsätzliche Handlung hatte bewiesen werden können, verneint haben, die Sache so, daß nicht von zwei selbständigen Thaten, die beide wirklich ausgeführt worden seien, die Rede ist, sondern daß gefragt werden sollte, ob die Angeklagte nicht anstatt des ihr durch den Eröffnungsbeschluß heigemessenen Kindesmordes sich vielmehr einer Abtreibung schuldig gemacht habe. Dies macht jedoch hinsichtlich der Beurteilung der Revisionsbeschwerde keinen Unterschied; denn da, wie die Staatsanwaltschaft anerkennt, nicht der Abtreibungsakt mit dem behaupteten, aber verneinten Tötungsakte identisch gewesen sein soll, hat man auch bei dieser Sachlage anzuerkennen, daß die Identität des geschichtlichen Vorganges, der in seinem Verlaufe anfangs einen Kindesmord, nachher das Verbrechen der Abtreibung enthalten haben sollte, nicht schon daraus abgeleitet werden kann, daß es sich bei beiden Verbrechen um dieselbe Thäterin, dasselbe Kind und einen Angriff gegen das Leben handelt. Selbst zwei auf Abtreibung zielende Handlungen könnten, ungeachtet dieser Momente, ebensowohl zwei selbständige Handlungen als nur Eine fortgesetzte That darstellen.

Andere Momente für die Beschaffenheit desjenigen, was in Bezug auf Kindesmord und in Bezug auf Abtreibung geschehen sein soll, als eines und desselben Vorganges, lassen sich aber von hier aus nicht erkennen. Die Handlungen der Angeklagten, auf welche es, soweit ersichtlich, bei der beantragten Frage nach Abtreibung ankam, waren zeitlich von denjenigen, die der Anklage wegen Kindesmordes zu Grunde lagen, vollständig, zum Teil um mehrere Monate, getrennt; die einen waren von den anderen auch nach ihrer äußeren Beschaffenheit vollständig verschieden, und wenn auch die Verbrechen gegen §. 217 und gegen §. 218 St.G.B.'s systematisch beide unter die Verbrechen gegen das Leben gehören, so ist darum bei ihnen doch der strafbare Voratz nicht gleich zu stellen; zum Teil erklärt sich das erheblich verschiedene Strafmaß der Paragraphen aus dem verschiedenen Inhalte eines gegen ein noch ungeborenes und eines gegen ein bereits als selbständiges Wesen existierendes Kind gerichteten Tötungswillens. Ob die der Angeklagten ursprünglich und die ihr nachher durch die Eventualfrage zur Last gelegten Handlungen aus demselben Entschlusse hervorgegangen seien, ist durchaus zweifelhaft; aber selbst die Einheit des Entschlusses reicht allein nicht aus, mehrere successive Handlungen zu Einer identischen That zu verbinden.

Ohnehin aber ist das Sitzungsprotokoll hinsichtlich der Angaben, welche die Angeklagte in der Hauptverhandlung gemacht hat, kein maßgebendes urkundliches Beweismittel, sodaß nicht einmal für unbedingt feststehend erachtet werden kann, was die Angeklagte in der Sitzung wirklich erklärte, weil das Verfahren nach §. 273 Abs. 3 St. P. O. nicht stattgefunden hat.

Alles dies führt zwar nur dahin, daß, wenn der Instanzrichter annahm, es handle sich hier um zwei verschiedene geschichtliche Vorgänge, die juristische Unrichtigkeit dieser Ansicht nach der Sachlage nicht behauptet werden kann, also insofern auf ein bloß negatives Ergebnis. Für die Revisionsinstanz genügt das letztere jedoch zur Verwerfung der Beschwerde. Denn die Frage nach der Identität oder Nichtidentität eines geschichtlichen Vorganges ist in der Art eine tatsächliche, daß für ihre Beantwortung aus dem Rechte als solchem nur gewisse Grenzbestimmungen abgeleitet werden können. Innerhalb dieser Grenzbestimmungen hört die Frage auf, eine Rechtsfrage zu sein. Daher ist es sehr wohl möglich, daß in der nämlichen Sache sowohl die Annahme der Identität als auch die der Nichtidentität, obwohl für die tatsächliche Beurteilung nur die eine oder die andere richtig sein kann, sich doch gleichmäßig der Anfechtung mittels der Revision entzieht. In der gegenwärtigen Sache handelt es sich nicht darum, ob die tatsächliche Beurteilung unter Berücksichtigung aller dem Instanzrichter bekannt gewordenen konkreten Umstände nicht zur Annahme der Identität hätte führen können, sondern darum, ob die Annahme der Nichtidentität, wie sie vorliegt, gegen Rechtsätze verstieß, und dies ist zu verneinen.

Die praktische Schwierigkeit, welche die Revisionschrift aus dem Aufrechtbleiben der erstinstanzlichen Entscheidung befürchtet, daß nämlich der Durchführung einer neuen Anklage wegen Abtreibung das „ne bis in idem“ entgegengesetzt werden könne, erscheint, soweit sich für jetzt urteilen läßt, nicht erheblich. Die Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem“ fordert eine positive Begründung aus den konkreten Materialien der Sache, während, wie hier, zeitlich getrennte und sowohl äußerlich als innerlich verschiedene Willensakte in Rede stehen, die Annahme, daß verschiedene geschichtliche Vorgänge gegeben sind, schon durch die erwähnten Merkmale der Willensakte zunächst gerechtfertigt wird. Ob jene positive Begründung demnächst rechtlich einwandfrei erfolgen kann, ist abzuwarten; für jetzt läßt sich nicht sagen, daß es wahrscheinlich sei.