

39. 1. Zum Begriff der gewerbsmäßigen Abtreibung (§ 218 Abs. 4 StGB. n. F.). Kann sie einen bisher als Beihilfe zu versuchter Abtreibung strafbaren Abtreibungsversuch (§ 218 Abs. 3 StGB. n. F.) umfassen? Kann dieser als versuchte gewerbsmäßige Abtreibung strafbar sein?

2. Kann im Vergleich zu einer wegen mehrerer Lohnabtreibungen (§§ 219 a. F., 74 StGB.) verwirkten Gesamtstrafe die Bestrafung wegen gewerbsmäßiger Abtreibung (§ 218 Abs. 4 StGB. n. F.) sich auch bei Versagung mildernder Umstände als milder (§ 2 Abs. 2 StGB.) erweisen?

II. Straffenat. Ur. v. 10. Januar 1927 g. Pf. II 1029/26.

I. Schwurgericht Hamburg.

Gründe:

1. . . . Den Sachverhalt hatte das Schwurgericht in freier Beweiswürdigung nach dem Ergebnis der vor ihm stattgehabten Beweisaufnahme zu ermitteln (§ 261 StPD.), ohne hierbei insbesondere hinsichtlich der Frage, inwieweit es unter Mitwirkung der Angeklagten zu vollendeten Abtreibungen gekommen ist, an die Feststellungen gebunden zu sein, die hierüber in einem anderen Ver-

fahren gegen andere Angeklagte (die von ihr behandelten Frauen) getroffen worden sind. Ohne Rechtsirrtum hat es aber für erwiesen erachtet, daß die Angeklagte — und zwar in jedem Falle mit Einwilligung der sie in Anspruch nehmenden Frauen und gegen Entgelt — im Jahre 1921 der S., im Jahre 1923 der B. und im Jahre 1924 der A. die Frucht abgetrieben, sowie im Jahre 1925 versucht hat, der L., die schwanger war, die Frucht abzutreiben.

Nach dem bei Begehung dieser Straftaten geltenden Strafgesetz hat sich die Angeklagte hiernach — je durch eine selbständige Handlung (RGSt. Bd. 59 S. 98) — in den drei ersten Fällen der Vornabtreibung (Verbrechen nach § 219 StGB. a. F.), im letzten Falle der Beihilfe zu dem von der L. versuchten Verbrechen der Abtreibung (§ 218 Abs. 1 StGB. a. F. in Verbindung mit §§ 43, 49 StGB.) schuldig gemacht.

Bei der Aburteilung der Angeklagten galt bereits das Gesetz zur Abänderung des Strafgesetzbuchs vom 18. Mai 1926, wonach bloße Entgeltlichkeit der Abtreibung nicht mehr einen gesetzlichen Strafschärfungsgrund bildet, hierzu vielmehr Gewerbsmäßigkeit erfordert wird. Diese stellt sich als ein die Entgeltlichkeit in sich begreifender und insofern den allgemeineren Begriff der Entgeltlichkeit mitumfassender engerer strafrechtlicher Tatbestand dar (vgl. das Urteil des erkennenden Senats II 836/26 vom 11. Oktober 1926, RGSt. Bd. 60 S. 363).

2. Bei der wegen Anwendung des milderen Strafgesetzes (§ 2 Abs. 2 StGB.) zu prüfenden Frage, ob die gegen Entgelt vorgenommenen Abtreibungshandlungen der Angeklagten zugleich das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit aufweisen, hat das Schwurgericht nicht verkannt, daß es hierzu nicht genügt, wenn die Abtreibung als Erwerbshandlung in Ausübung eines an sich erlaubten Gewerbes — wie die Angeklagte es als Krankenpflegerin betrieb — vorgenommen wird; vielmehr muß, ähnlich wie in andern Fällen, in denen Gewerbsmäßigkeit nach dem Strafgesetzbuch zur Begründung oder Erhöhung der Strafbarkeit vorausgesetzt wird, die wiederholte Begehung entgeltlicher Abtreibungen den „Betrieb“ darstellen, dessen Einnahmen zu einer ständigen Einkommensquelle werden sollen und der hierdurch zum Gegenstand eines Gewerbes gemacht wird (vgl. z. B. RGSt. Bd. 55 S. 20 [21]). Das Vorliegen solcher Gewerbs-

mäßigkeit hat das Schwurgericht bei allen den Gegenstand der Bestrafung der Angeklagten bildenden Abtreibungshandlungen einwandfrei festgestellt. Sie waren daher nicht nur nach dem zur Zeit der Tat geltenden Strafgesetz strafbar, sondern erfüllen zugleich den Tatbestand der gewerbsmäßigen Abtreibung nach § 218 Abs. 4 StGB. n. F.

Da aber die gewerbsmäßige Abtreibung ein Sammelverbrechen darstellt, ist ohne Rechtsirrtum angenommen worden, daß im vorliegenden Falle nur ein Verbrechen der gewerbsmäßigen Abtreibung vorliegt, worin alle einzelnen festgestellten Abtreibungshandlungen aufgehen, da ihnen, obwohl sie sich auf mehrere Jahre erstrecken, nach der Beweiswürdigung des Schwurgerichts der Gesamtvorsatz der Angeklagten zugrunde liegt, aus dieser andauernden verbrecherischen Abtreibungstätigkeit einen ständigen Erwerb zu erzielen.

3. Das trifft auch auf den Versuch der Abtreibung an der L. zu.

Zwar unterliegt der Strafschärfung des § 218 Abs. 4 StGB. n. F. nur, „wer die in Abs. 2 bezeichnete Tat . . . gewerbsmäßig begeht“, und diese „Tat“ ist die vollendete Abtreibung; bestraft wird nach Abs. 2, wer die Frucht einer anderen „tötet“; der Versuch der Tötung wird nicht in Abs. 2, sondern in Abs. 3 für strafbar erklärt. Bleibt es beim bloßen Versuch, so ist (im Sinne von Abs. 2) eine Abtreibung auch dann nicht gewerbsmäßig begangen, wenn durch diesen Versuch mit einer Tätigkeit begonnen wird, bei der die Absicht obwaltet, hierdurch mit dem Gewerbe der Abtreibung den Anfang zu machen und aus der wiederholten Begehung von — vollendeten — Abtreibungen dauernden Erwerb zu erzielen. Das schließt jedoch nicht aus, in einem solchen Falle ein versuchtes Verbrechen der gewerbsmäßigen Abtreibung (§ 218 Abs. 4 StGB. n. F. in Verbindung mit § 43 StGB.) für gegeben zu erachten. Denn jeder Versuch ist seinem Wesen nach auf Vollendung des beabsichtigten Verbrechens (oder Vergehens) gerichtet (§ 43 StGB.), und wer durch eine beabsichtigte, aber nicht über den Versuch gebliebene Abtreibung es unternimmt, dieses Verbrechen gewerbsmäßig zu betreiben, hat hierdurch bereits den Anfang der Ausführung des Entschlusses betätigt, nicht nur eine Abtreibung (§ 218 Abs. 2 StGB. n. F.) zur Vollendung zu bringen, sondern auch aus solchem wiederholten Tun dauernden Erwerb zu ziehen.

Mit Recht ist daher der vorbezeichnete Abtreibungsversuch, obwohl er vordem nur aus §§ 218 Abs. 1 a. F., 43, 49 StGB. strafbar war, ebenfalls als eine Teilhandlung der gesamten gewerbsmäßigen Abtreibungstätigkeit der Angeklagten angesehen worden, so daß er, wenn § 218 Abs. 4 StGB. n. F. hier überhaupt der Bestrafung zugrunde zu legen ist, von diesem Sammelverbrechen mitumfaßt wird und in ihm aufgeht. . . .

4. Als Ergebnis der nach § 2 Abs. 2 StGB. gebotenen Prüfung, ob das alte oder das neue Strafgesetz als das mildere anzusehen sei, kommt mithin in Betracht, daß nach dem früheren Recht die Angeklagte wegen Lohnabtreibung in drei Fällen (§§ 219 a. F., 74 StGB.) sowie wegen Beihilfe zur versuchten Abtreibung der L. (§ 218 Abs. 1 StGB. a. F. in Verb. mit §§ 43, 49 StGB.) zu bestrafen war, während nach jetzigem Recht ihr eine gewerbsmäßige Abtreibung (§ 218 Abs. 4 StGB. n. F.) zur Last fällt. Da ihr mildernde Umstände (§ 218 Abs. 4 Satz 2 StGB. n. F.) versagt worden sind, so war bei Anwendung des § 218 Abs. 4 StGB. n. F. auf Zuchthaus (von 1 Jahr bis zu 15 Jahren) zu erkennen. Nach früherem Recht wäre allein schon für jede der drei Lohnabtreibungen nach § 219 StGB. a. F. auf 1 Jahr bis 10 Jahre Zuchthaus, demgemäß aber nach § 74 StGB. auf eine Gesamtstrafe von mindestens 1 Jahr 1 Monat Zuchthaus (§ 19 Abs. 2 StGB.; vgl. RGSt. Bd. 4 S. 161; Bd. 8 S. 26; Bd. 31 S. 106) bis zu 15 Jahren Zuchthaus zu erkennen gewesen. Hiernach ist die Anwendung des § 218 Abs. 4 StGB. n. F. als des milderen Gesetzes durch das Schwurgericht, das auf 2 Jahre Zuchthaus erkannt hat, nicht zu beanstanden.

Die Revision ist daher unbegründet.