

122. Bei der Entscheidung der Frage, ob der Täter die Tat gewerbmäßig begangen hat, ist das gesamte Verhalten, nicht nur zur Tatzeit, sondern auch vor und nach der Tat, in Betracht zu ziehen. Dabei sind auch solche strafbare Handlungen zu berücksichtigen, die nicht mehr strafbar oder nicht mehr verfolgbar sind.

VI. Straffenat. Ur. v. 29. September 1939 g. 3. 6 D 259/39.

I. Landgericht Graz.

Gründe:

Die Angeklagte W. ist schuldig erkannt worden, in sechs Fällen Schwangeren zur Abtreibung der Leibesfrucht Hilfe geleistet zu haben. Sie hat die verbotenen Eingriffe in fünf Fällen vor dem 8. Juli 1937 begangen, vor dem Tag also, an dem die Strafgesetznovelle 1937 (BGBl. Nr. 202/1937) in Kraft getreten ist, und in einem Falle — Rosa E. — im Juli 1938.

Durch die Strafgesetznovelle 1937 hat der § 146 StGB. eine neue Fassung erhalten. Danach ist die Hilfeleistung zur „zustande gebrachten“ Abtreibung einer Leibesfrucht — wie nach dem früheren Rechte — mit schwerer Kerker von einem Jahre bis zu fünf Jahren zu bestrafen; dagegen wird für die gewerbmäßige Mitwirkung zur Abtreibung eine höhere Strafe, nämlich schwerer Kerker von fünf bis zu zehn Jahren, angedroht.

Das Erstgericht hat in den Abtreibungshandlungen, die die W. vor dem 8. Juli 1937 begangen hat, das Verbrechen der Beihilfe zur Abtreibung der Leibesfrucht nach den §§ 5, 144 StGB. und in der an der Rosa E. im Juli 1938 vorgenommenen Abtreibungshandlung das Verbrechen der Hilfeleistung zur Abtreibung nach dem § 146 (nF.) StGB. gefunden und die Strafe nach dem zweiten Strafsatz des § 145 StGB. (ein bis fünf Jahre schwerer Kerker) bemessen, während die Anklage verlangt hatte, die W. nach dem zweiten Strafsatz des neugefaßten § 146 StGB. zu bestrafen.

Das Erstgericht hat seinen Standpunkt mit folgenden Ausführungen zu begründen versucht: „Das Gesetz über die gewerbmäßige Abtreibung ist am 30. Juni 1937 erschienen; vor seinem Erscheinen wurde die gewerbmäßige Abtreibung nicht strenger als mit einem Jahre bis zu fünf Jahren bestraft. Da das Beweisverfahren ergeben hat, daß nur ein einziger Fall, und zwar der der Rosa E., unter das neue Gesetz fällt, hat der Gerichtshof die Überzeugung gewonnen, daß bei der Angeklagten W. der zweite Strafsatz des § 146 StGB. nicht anzuwenden ist. Eine Rückwirkung des Gesetzes wäre nur dann anzunehmen gewesen, wenn für die Angeklagte W. das neue Gesetz günstiger wäre als das alte. Die Tat der Angeklagten W. ist im Falle der Rosa E. dem Tatbestande des § 146 StGB., in allen übrigen Fällen dem Tatbestande der §§ 5, 144 StGB. zu unterstellen.“

Die Nichtigkeitkeitsbeschwerde der StA. bezeichnet diese Rechts-

ansicht als irrig. Das Erstgericht habe dadurch, daß es statt der neuen Fassung des § 146 StG. den § 145 StG. angewendet habe, die Tat der W. einem Strafgesetznovelle unterstellt, das nicht dafür zutrefte (§ 281 Nr. 10 OstStGD.).

Der Nichtigkeitsbeschwerde ist aus folgenden Erwägungen stattzugeben.

Nach der Vorschrift des Art. II Abs. 2 Strafgesetznovelle 1937, die das Erstgericht offenbar übersehen hat, sind die Bestimmungen dieses Gesetzes auch auf die vor dem Tage seines Inkrafttretens (8. Juli 1937) begangenen strafbaren Handlungen anzuwenden, sofern nicht das frühere Recht für den Beschuldigten günstiger ist. Die Hilfeleistung zu einer „zustande gebrachten“ Abtreibung war nach dem früheren Rechte den Vorschriften der §§ 5 und 145 (zweiter Halbsatz) StG. zu unterstellen. Die Strafe war demnach schwerer Kerker von einem bis fünf Jahren. Demselben Strafmaß unterliegt nach der neuen Fassung des § 146 StG., wer zur Abtreibung der Leibesfrucht Hilfe leistet; nur bei gewerbsmäßiger Mitwirkung an der Abtreibung ist dieser Strafmaß im Jahre 1937 auf schweren Kerker von fünf bis zu zehn Jahren erhöht worden. Die Vorschriften der Strafgesetznovelle 1937, die die gewerbsmäßige Abtreibung betreffen, dürfen, da hier das frühere Recht für den Beschuldigten günstiger ist, auf die vor dem 8. Juli 1937 begangenen strafbaren Handlungen keinesfalls angewendet werden. Insoweit ist das angefochtene Urteil frei von Rechtsirrtum. Doch soll nicht unbemerkt bleiben, daß es der angeführten Übergangsvorschrift der Strafgesetznovelle 1937 entsprochen hätte, die Angeklagte W. in den vor dem 8. Juli 1937 liegenden Fällen statt des Verbrechens nach den §§ 5, 144 StG. des mit der gleichen Strafe bedrohten Verbrechens gegen den § 146 (nF.) StG. schuldig zu sprechen. Ein für die Bemessung der Strafe entscheidender Rechtsirrtum liegt aber darin, daß es das Erstgericht deshalb abgelehnt hat, die nach dem 8. Juli 1937 an Rosa E. vorgenommene Abtreibungshandlung der Vorschrift des § 146 (nF.) StG. über die gewerbsmäßige Mitwirkung zur Abtreibung zu unterstellen, weil nur ein einziger Fall in Betracht komme. Diese Begründung zeigt, daß das Erstgericht den Begriff der Gewerbsmäßigkeit verkennt.

Gewerbsmäßigkeit bedeutet die Absicht, sich durch Wiederholung der strafbaren Handlung eine — wenn auch nicht gerade dauernd und regelmäßig fließende — Einnahmequelle zu verschaffen. Der

Täter muß eine Handlung, die ihm Gewinn bringen soll, in der Absicht vornehmen, sie künftighin bei gegebenen Gelegenheiten zu wiederholen. Es kann daher auch eine einzige Handlung gewerbsmäßig begangen werden, wenn sie der Täter in dieser Absicht vornimmt. Denn entscheidend ist nicht die Wiederholung der Tat, sondern die auf Wiederholung gerichtete Absicht des Täters. Um die Frage nach der Gewerbsmäßigkeit einer Tat richtig beantworten zu können, muß das gesamte Verhalten des Angeklagten, nicht nur zur Tatzeit, sondern auch vor und nach der Tat, in Betracht gezogen werden. Dabei sind auch solche strafbaren Handlungen zu berücksichtigen, die nicht mehr strafbar oder nicht mehr verfolgbar sind, um so mehr also strafbare Handlungen, die der Angeklagte vor dem Zeitpunkte des Inkrafttretens eines Gesetzes begangen hat, das die gewerbsmäßige Begehung einer bestimmten strafbaren Handlung als Straferhöhungsgrund behandelt, mag es auch auf früher begangene strafbare Handlungen nicht anzuwenden sein. Durch die Berücksichtigung der vor dem Inkrafttreten eines solchen Gesetzes begangenen Handlungen erfahren diese keine strengere Beurteilung; sie werden, auch wenn sie den Gegenstand desselben Strafverfahrens bilden, nicht dem neuen Gesetz unterstellt, sondern nur als Erkenntnisgründe für die Sinnesart und Absicht des Angeklagten zur Zeit der neuen Tat verwertet.

Von diesem rechtlichen Standpunkt aus wird das Erstgericht im neuen Verfahren die Frage zu prüfen haben, ob die Angeklagte W. bei der an Rosa G. vorgenommenen Abtreibungshandlung gewerbsmäßig zur Abtreibung mitgewirkt hat.

Das Urteil entspricht dem Antrage des Oberreichsanwaltes.