Urteilskopf

88 I 93

15. Urteil vom 4. Juli 1962 i.S. E. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft.
Regeste (de):
Auslieferung.

Ist vorfrageweise eidgenössisches Strafrecht anzuwenden, so weicht der Staatsgerichtshof in der Regel nicht von der Rechtsprechung des Kassationshofs des Bundesgerichts ab.

Begriff der gewerbsmässigen Abtreibung (Art. 119 Ziff. 3 StGB).

Regeste (fr):
Extradition.

Lorsqu'il y a lieu d'appliquer le droit pénal fédéral à titre préjudiciel, la Chambre de droit public ne s'écarte en règle générale pas de la jurisprudence de la Cour de cassation du Tribunal fédéral.

Notion de l'avortement par métier (art. 119 ch. 3 CP).

Regesto (it):
Estradizione.

Se si deve applicare il diritto penale federale in via pregiudiziale, la Camera di diritto pubblico non si scosta di regola dalla giurisprudenza della Corte di cassazione del Tribunale federale.

Nozione dell'aborto per mestiere (art. 119 num. 3 CP).

Sachverhalt ab Seite 94

BGE 88 I 93 S. 94

A.- Die I. Strafkammer des Landgerichts Bremen hat am 5. März 1962 gegen den praktischen Arzt und Geburtshelfer Dr. E. einen Haftbefehl erlassen. Sie legt ihm zur Last, er habe im Herbst 1954 in seinen Praxisräumen in Hamburg die bei der ersten Ehefrau des Friseurmeisters B. bestehende Schwangerschaft nach Vornahme einer Narkose durch operativen Eingriff unterbrochen, wofür er sich von B. 350 DM habe zahlen lassen. Als Frau Waltraut B. im Jahre 1955 erneut schwanger gewesen sei, habe Dr. E. die Leibesfrucht wiederum auf gleiche Weise beseitigt, wofür er von B. etwa 400 DM erhalten habe. Nach Eintritt einer weiteren Schwangerschaft habe Dr. E. - ebenfalls noch im Jahre 1955 - an Waltraut B. eine dritte operative Schwangerschaftsunterbrechung vorgenommen, wofür ihm B. 500 DM entrichtet habe. Am 4. August 1958 habe Dr. E. an der zweiten Ehefrau B.s, Ute B., den gleichen operativen Eingriff vorgenommen wie in den drei erwähnten Fällen; die Frucht sei jedoch erst zwei Tage später bei hohem Fieber abgegangen. Auch für diesen Eingriff habe Dr. E. von B. mindestens 500 DM erhalten. Es bestehe deshalb der dringende Verdacht, dass Dr. E. sich in vier Fällen der gewerbsmässigen Fremdabtreibung im Sinne der §§ 218 Abs. III und 73 dStGB schuldig gemacht habe. (Das Schöffengericht in Bremen hat Dr. E. am 14./22. Juni 1961 mit Bezug auf die am 4. August 1958 begangene

Handlung der Fremdabtreibung im Sinne des § 218 Abs. III dStGB schuldig erkannt und ihn zu einer Gefängnisstrafe von elf Monaten verurteilt.) Gestützt auf den angeführten Haftbefehl ersuchte der

BGE 88 I 93 S. 95

Senator für Justiz und Verfassung des Landes Bremen das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement am 15. März 1962, Dr. E. sei zur Strafverfolgung auszuliefern.

B.- Dr. E. hat gegen die Auslieferung Einsprache erhoben. Sein Vertreter wendet unter Berufung auf ein Gutachten von Prof. Hans Schultz in Bern ein, nach schweizerischem Recht sei der Vorwurf der Gewerbsmässigkeit nicht begründet; es liege vielmehr einfache Drittabtreibung vor, deren Verfolgung gemäss Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in zwei Jahren verjähre. Die dem Einsprecher zur Last gelegten Handlungen seien somit nach schweizerischem Recht verjährt. Das habe gemäss Art. 5 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrags zur Folge, dass die Auslieferung nicht stattzufinden habe.

C.- Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement hat die Akten samt Sachbericht dem Bundesgericht unterbreitet, damit es über die Auslieferung entscheide. Die Bundesanwaltschaft hat sich im wesentlichen der Betrachtungsweise des Vertreters des Einsprechers angeschlossen; sie beantragt, die Auslieferung sei zu verweigern.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Auslieferung von Personen, die wegen strafbarer Handlungen verurteilt worden sind oder verfolgt werden, wird im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz durch den Auslieferungsvertrag vom 24. Januar 1874 (BS Bd. 12 S. 85 ff.) geregelt. Nach Art. 1 Ziff. 2 des Vertrags stellt die vorsätzliche Abtreibung der Leibesfrucht ein Auslieferungsdelikt dar. Es wird nicht bestritten und steht fest, dass der Sachverhalt, der Dr. E. im Haftbefehl zur Last gelegt wird, die Tatbestandsmerkmale der Abtreibung sowohl nach § 218 des deutschen wie nach Art. 119 des schweizerischen StGB erfüllt.

2. Es fragt sich dagegen, ob die Auslieferung gestützt auf Art. 5 des Auslieferungsvertrags zu verweigern sei. Danach soll die Auslieferung nicht stattfinden, wenn nach

BGE 88 I 93 S. 96

dem Gesetz des ersuchten Staates die strafgerichtliche Verfolgung oder die erkannte Strafe verjährt ist. Die Auslieferung Dr. E.s wird nicht zum Vollzug des Urteils des Schöffengerichts in Bremen, sondern zur Strafverfolgung wegen der im Haftbefehl genannten Handlungen verlangt. Zu prüfen ist deshalb, ob nach schweizerischem Recht die Verfolgungsverjährung eingetreten sei. Dabei sind sämtliche Vor- und Hauptfragen nach inländischem Recht zu beurteilen (BGE 87 I 204 a). Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 des schweizerischen StGB lässt als Sonderbestimmung die Verfolgung der (einfachen) Abtreibung durch Drittpersonen in zwei Jahren verjähren; die absolute Verjährung tritt somit nach drei Jahren ein (Art. 72 Ziff. 2 Abs 2 letzter Satz StGB). Die Verjährung

der qualifizierten Drittabtreibung im Sinne von Art. 119 Ziff. 2 und 3 StGB richtet sich dagegen nach den allgemeinen Verjährungsvorschriften; sie tritt demgemäss nach zehn und (absolut) nach fünfzehn Jahren ein. Da die Dr. E. zur Last gelegten Handlungen mehr als drei Jahre zurückliegen, kommt es entscheidend darauf an, ob sie unter die Ziff. 1 oder unter die Ziff. 2 bzw. 3 des Art. 119 StGB fielen. Der Haftbefehl beschuldigt Dr. E. nicht, er habe ohne Einwilligung der Schwangeren gehandelt. Der Tatbestand des Art. 119 Ziff. 2 StGB fällt daher in diesem Zusammenhang ausser Betracht. Die Abtreibungen, die Dr. E. zu verantworten hat, hatten keinen tödlichen Ausgang. Art. 119 Ziff. 3 StGB und die damit verbundene ordentliche Verjährungsfrist greifen demnach nur Platz, wenn die im Haftbefehl umschriebenen Handlungen als gewerbsmässig zu bezeichnen sind. Der Haftbefehl wirft Dr. E. ausdrücklich vor, er habe sich gewerbsmässig vergangen. Damit wird der Sachverhalt nach deutschem Recht gewürdigt. Der Auslieferungsrichter, der die geltend gemachten Tatumstände nach schweizerischem Recht zu beurteilen hat, wird durch diese Stellungnahme nicht gebunden. Er hat vielmehr zu prüfen, ob die einzelnen tatsächlichen Vorhalte des Strafbefehls

nach schweizerischem Recht den Vorwurf der Gewerbsmässigkeit begründen. Der Staatsgerichtshof hat keinen Anlass, bei Beantwortung dieser strafrechtlichen Frage von der Rechtsprechung des Kassationshofs abzuweichen (die der vom Einsprecher beigezogene Gutachter nur hinsichtlich der Vermögensdelikte ablehnt; vgl. SCHULTZ, Zwanzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch, ZStR 78 S.11). Wie der Kassationshof in zahlreichen Urteilen erkannt hat, entnimmt der Begriff der gewerbsmässigen Begehung strafbarer Handlungen seine Merkmale dem des erlaubten Gewerbes. Gewerbsmässigkeit liegt demgemäss immer dann vor, wenn der Täter mit der dem Gewerbebetrieb eigenen Bereitschaft, um des Erwerbes willen gegenüber unbestimmt vielen zu handeln, die Tat wiederholt, wo immer sich passende Gelegenheit bietet (BGE 70 IV 135;BGE 71 IV 85Erw. 2, 115;BGE 72 IV 109;BGE 74 IV 141Erw. 2;BGE 76 IV 239Erw. 4;BGE 78 IV 154;BGE 79 IV 11, 118; BGE 81 IV 36; BGE 86 IV 10, 207). Nicht erforderlich ist, dass die Absicht, sich durch das Verbrechen Einnahmen zu verschaffen, einziger oder vorherrschender Beweggrund sei; denn ein Gewerbe kann auch aus andern Motiven, wie aus Freude am Beruf, aus Nächstenliebe und dergleichen ausgeübt werden (BGE 72 IV 109;BGE 78 IV 156;BGE 79 IV 13, 119). Die für die Gewerbsmässigkeit kennzeichnende Bereitschaft, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln, ist ihrerseits nicht nur dann gegeben, wenn der Täter unterschìedslos gegenüber jedermann handeln will. Wie der Inhaber eines erlaubten Gewerbes seine Kunden ausssuchen kann, so kann sich auch der gewerbsmässig vorgehende Verbrecher an Personen oder Personengruppen halten, die bestimmte von ihm als günstig bewertete Voraussetzungen erfüllen; so kann sich beispielsweise ein Abtreiber veranlasst sehen, nur vertrauenswürdigen Bekannten die Leibesfrucht abzutöten (BGE 79 IV 13mit Verweisungen). Diese Beschränkung in der Wahl der Opfer macht es möglich, dass der Täter während einer gewissen Zeitspanne seinen verbrecherischen Willen nur gegenüber einer einzigen Person verwirklicht, während es

im übrigen mangels passender Gelegenheit bei der Bereitschaft zur Tat bleibt. Strafbare Gewerbsmässigkeit kann daher auch vorliegen, wenn die Tat ausschliesslich gegenüber ein und derselben Person wiederholt wird. Dieser Qualifikationsgrund entfällt dagegen, wenn aus besonderen Gründen geschlossen werden muss, der Täter habe sich nur gerade an dieser einen Person vergehen wollen und er wäre infolgedessen gegenüber andern Personen, selbst bei sich bietender Gelegenheit, untätig geblieben (BGE 86 IV 208). Der Haftbefehl legt Dr. E. viermalige Abtreibung zur Last. Dr. E. soll in allen Fällen im Auftrag B.s gehandelt haben; seine Opfer waren die erste und die zweite Frau des Auftraggebers. Dr. E. stand indes weder zu diesem noch zu den

Opfern in näheren Beziehungen. Dass Dr. E. im Herbst 1954 und im Laufe des Jahres 1955, also während längstens eineinviertel Jahren, nicht weniger als drei Eingriffe an Waltraut B. vornahm, zeigt, dass er bei jedem Auftreten einer neuen Schwangerschaft zur Tat bereit war. Dass sich seine Bereitschaft nicht nur auf dieses bestimmte Opfer bezog, erhellt daraus, dass er auch bei Ute B. einen Eingriff vornahm. Wohl kam es erst rund zweiunddreiviertel Jahre nach der letzten Abtreibung an Waltraut B. zum Eingriff bei Ute B. Das lässt sich indes nicht damit erklären, dass Dr. E. Hemmungen gehabt hätte, sich ein neues Opfer zu wählen. Der zeitliche Abstand zwischen dem dritten und dem vierten Fall ist vielmehr offentsichtlich darauf zurückzuführen, dass B. in der Zwischenzeit die Hilfe Dr. E.s nicht benötigte. Für die Eingriffe liess sich Dr. E. laut Haftbefehl 350, 400, 500 und nochmals mindestens 500 DM bezahlen. Da er keine persönlichen Gründe für die Tat hatte, ist zu schliessen, dass er um des Erwerbes willen handelte. Zusammengefasst ergibt sich, dass die im Haftbefehl umschriebenen Umstände im Lichte der Rechtsprechung des Kassationshofs geeignet sind, den Vorwurf der Gewerbsmässigkeit zu begründen. Dass Dr. E. nicht auf die

Einkünfte aus den Abtreibungen angewiesen war, dass er keine Werbung für die Eingriffe entfaltete und dass der Anstoss zur Tat nicht von ihm, sondern von B. ausging, spricht nach dem Gesagten nicht gegen das Vorliegen der Gewerbsmässigkeit. Die Handlungen, derentwegen die Auslieferung verlangt wird, sind mithin nicht verjährt. Da auch im übrigen keine Gründe gegen die Auslieferung bestehen, ist diese zu bewilligen.

3. Es fragt sich allerdings, ob die Auslieferung nicht an den Vorbehalt zu knüpfen sei, dass Dr. E. nicht wegen einfacher (Fremd-)Abtreibung bestraft werden dürfe, weil diese nach schweizerischem Recht verjährt wäre. Würde ein entsprechender Vorbehalt in den Urteilsspruch aufgenommen, so könnte das indes zu Irrtümern Anlass geben. Der Gewerbsmässigkeitsbegriff des deutschen Rechts deckt sich nicht mit demjenigen des schweizerischen StGB. Sollte der Sachrichter erkennen, Dr. E. habe im Sinne des deutschen Rechts nicht gewerbsmässig gehandelt, so hiesse das daher nicht notwendigerweise, dass auch nach Massgabe des schweizerischen Rechts (Art. 119 Ziff. 3 StGB) keine Gewerbemässigkeit vorliege. Die Grundsätze des Auslieferungsrechts stehen mithin einer Verurteilung wegen (einfacher) Fremdabtreibung nur entgegen, falls der Sachrichter zum Schluss gelangen sollte, die Merkmale der Gewerbsmässigkeit seien auch nach schweizerischem Recht nicht erfüllt.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Einsprache des Dr. E. gegen seine Auslieferung an die Bundesrepublik Deutschland wird abgewiesen, und die Auslieferung wird insoweit bewilligt.