

mit Rücksicht auf das verwerfliche Mittel qualifizierter — Sonderfall der fahrlässigen Tötung, deren Strafnorm hier das Schutzobjekt bestimmt. Einzig im Falle der Ziff. 2 — Eingriff ohne Einwilligung der Schwangern — wäre zu erwägen, dass die Qualifizierung der Tat gar keinen andern Sinn haben könne, als neben der Frucht die körperliche und seelische Integrität der nicht einwilligenden Frau mitzuschützen, und dass gegenüber dieser unverkennbaren gesetzgeberischen Absicht der aus der Verwendung des Wortes « Schwangern » an sich zu ziehende, widersprechende Schluss auf die Frucht als ausschliessliches Objekt der Abtreibung zurückzutreten habe. In den andern Fällen aber bleibt es dabei, dass Objekt der Abtreibung einzig die Leibesfrucht darstellt. Hier ist also, wenn keine Frucht vorhanden, der Gegenstand der Abtreibung nicht bloss ein untauglicher, sondern er fehlt überhaupt, gleich wie z. B. der Gegenstand der Tötung, wenn der Täter ins Leere schießt, wo ihn Sinnestäuschung sein gesuchtes Opfer sehen lässt. Das Abstellen einzig auf den schuldhaften Willen (vgl. GERMANN, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, S. 16, 41/45) würde freilich auch solche Fälle als untauglichen Versuch strafbar sein lassen, allein nach der unmissverständlichen Vorschrift des Art. 23 StGB bedarf es für die Strafbarkeit immerhin eines Gegenstandes, an dem die Ausführung versucht wird.

5. Urteil des Kassationshofes vom 28. Januar 1944 i. S. Kempe und Heiniger gegen Staatsanwalt des bernischen Mittellandes.

1. Art. 119 Ziff. 3 StGB. Gewerbmässigkeit ist die tatsächliche Vielheit der Begehung mit der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen.
2. Art. 25 StGB. Wer die Tat eines anderen bloss billigt, ohne sie dadurch (psychisch) zu fördern, ist nicht Gehülfe.
1. Art. 119 ch. 3 CP. Fait métier d'une infraction celui qui la commet effectivement à plusieurs reprises dans l'intention de se procurer des ressources.

2. Art. 25 CP. Celui qui ne fait qu'approuver l'acte d'un autre, sans par là encourager l'auteur (complicité intellectuelle) n'est pas un complice.
1. Art. 119 cifra 3 CP. Fa mestiere di pratiche abortive chi commette quest'infrazione più volte nell'intento di procurarsi un reddito.
2. Art. 25 CP. Chi si limita ad approvare l'atto di un altro, senza incoraggiarne l'autore (complicità intellettuale), non è un complice.

A. — 1. Im Juli 1942 erklärte Rosa Schneuwly der schwangeren Frieda Widmer in Gegenwart der Hulda Wiedmer, Ludwig Kempe, den sie kannte, könnte ihr vielleicht helfen. Kempe hatte im Juni 1942 das Staatsexamen als Arzt bestanden. Er wohnte in einer Dachstube in Bern und arbeitete im Inselehospital an seiner Doktor-Dissertation. Er untersuchte Frieda Widmer in Gegenwart der Hulda Wiedmer, riet ihr, noch einige Zeit zu warten, bis er ihre Schwangerschaft mit Sicherheit feststellen könne, und erklärte sich bereit, ihr alsdann gegen ein Honorar von Fr. 300.— die Leibesfrucht abzutreiben. Frieda Widmer liess sich diesen Eingriff jedoch um einen billigeren Preis durch eine Abtreiberin vornehmen.

Am 31. August 1942 erfuhr Hulda Wiedmer, dass ihre Tochter Hulda Ammon schwanger war. Sie setzte sich, von Frieda Widmer unterstützt, mit Kempe in Verbindung. Dieser vereinbarte mit den beiden Frauen eine Zusammenkunft. Er traf sie auf der Strasse und begab sich mit ihnen in ein nahes Wirtshaus. Dort ersuchte ihn Hulda Wiedmer, ihrer Tochter die Frucht abzutreiben. Am 3. September 1942 begab sich Kempe in die Wohnung der Hulda Wiedmer, untersuchte dort Hulda Ammon und erklärte sich bereit, deren Schwangerschaft um den Preis von Fr. 265.— zu unterbrechen. Er rechnete mit Auslagen von Fr. 25 und einem Reingewinn von Fr. 240.—. Als das Honorar bereit lag, kehrte er zu Hulda Ammon zurück, liess sich bezahlen und nahm hierauf in der Nacht vom 8./9. September die Abtreibung vor. Am 12. September 1942 ging die Frucht ab. Bei der polizeilichen Durchsu-

chung der Dachstube des Kempe kamen am 18. September 1942 Instrumente zum Vorschein, welche Kempe bei der Abtreibung gebraucht hatte, ebenso Chemikalien, die bei solchen Eingriffen angewendet werden.

2. Die Schwangerschaft der Hulda Ammon ging auf Beziehungen zurück, welche das Mädchen im Frühjahr 1942 mit einem Manne gehabt hatte, mit dem es in der Folge brach. Vom 26. Juni 1942 an hatte Hulda Ammon einen neuen Geliebten, Erich Heiniger, der sie zu heiraten beabsichtigt. Den Entschluss, sich die Leibesfrucht abtreiben zu lassen, fasste sie ohne sein Zutun. Heiniger billigte ihn. Nachdem Hulda Ammon am 29. August 1942 einen Arzt in Herzogenbuchsee erfolglos ersucht hatte, den Eingriff vorzunehmen, begab sich Heiniger mit ihr gleichentags nochmals zu diesem Arzte und bat ihn — ebenfalls ohne Erfolg —, ihrem Wunsche zu entsprechen. Heiniger wusste, dass seine Geliebte die gesuchte Hilfe dann bei Kempe fand. Er schrieb ihr am 7. September 1942: «... Jetzt gerade wirst Du in tiefem Schlafe liegen und an nichts denken können. Ich verfolge alles im Sinn und Gedanken und sehe, wie der Arzt an Dir herum manipuliert. Ich bin immer bei Dir. Du gibst mir bis Sonntag genau Bericht, wie es Dir geht und wo Du Dich befindest am Sonntag... » Am 11. September 1942 schrieb Heiniger: «... Wie geht es Dir, und wie ist bis jetzt alles vorübergegangen? Ich hoffe das Allerbeste. Meine Gedanken sind immer bei Dir, das darfst Du mir glauben, denn unsere gegenseitige grosse Liebe wird uns für immer binden, und zwar so rasch als möglich... Hast Du die Blumen erhalten, und wie gefallen sie Dir?... Dieser Brief wird Dich tief in Kissen gebettet aber doch wohlgemut antreffen... » Am 16. September 1942 las Hulda Ammon in einem weiteren Briefe ihres Geliebten: «... Heute habe ich Blumen abschicken lassen, die Du ja vor diesem Brief hast... Nächsten Sonntag komme ich also wieder nach Bern... Und wie geht es Dir? Ich hoffe das Beste... Du kannst also Deiner Mutter sagen, ich nehme Dich am Sonntag

nach Hause. Sie soll sich nicht auch noch Kosten aufbürden, denn sie hat sich genug geopfert für Dich... ».

B. — Am 20. Juli 1943 erklärte das Geschworenengericht des II. Bezirks des Kantons Bern Ludwig Kempe wegen der an Hulda Ammon vorgenommenen Tat der gewerbsmässigen Abtreibung schuldig und verurteilte ihn zu drei Jahren Zuchthaus und fünfjähriger Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit. Es führte aus, die gesamten Verumständungen zeigten, dass Kempe sich gewerbsmässig mit Abtreibungen befasst habe. Er sei sowohl im Falle der Frieda Widmer als auch im Falle der Hulda Ammon gegen ein hohes Honorar sofort bereit gewesen, die Abtreibung vorzunehmen. Ferner habe er sich in lichtscheuer Weise, durch Stelldichein und Wirtshausgespräch auf die Angelegenheit Ammon eingelassen, was von Seiten eines Mannes mit beendetem Medizinstudium besonders schwer wiege. Er habe seine Besuche spät abends und die massgebende Manipulation zur Nachtzeit gemacht. Das Honorar habe er sich vor auszahlen lassen. Seine Ausrede, er hätte nur dieses eine Mal und aus besonderem Mitleide mit Hulda Ammon gehandelt, sei durch die Umstände widerlegt. Gewerbsmässig handle, wer es in der Absicht tue, sich durch wiederholte Begehung Einnahmen zu verschaffen. Wiederholte Begehung brauche aber nicht vorzuliegen, vielmehr könne sich die Gewerbsmässigkeit auch bei einem Einzelfall aus den Umständen ergeben.

Im gleichen Urteil sprach das Geschworenengericht Erich Heiniger von der Anklage der Anstiftung zu Abtreibung frei, erklärte ihn dagegen schuldig der Gehülfenschaft bei Abtreibung und verurteilte ihn zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von fünf Tagen. Es nahm an, er habe psychische Gehülfenschaft geleistet, und dies dadurch, dass er seine Braut in der Ausführung der Tat moralisch unterstützt habe. Sein Gang zum Arzt in Herzogenbuchsee zeige, dass er die Tat billigte und sie persönlich zu fördern trachtete. In seinen Briefen an

Hulda Ammon liege eine wesentliche Bestärkung ihres Vorsatzes. Der Einfluss Heinigers in dieser Sache sei entscheidend gewesen, sodass sein psychischer Beitrag als tatfördernd und unterstützend zu bezeichnen sei.

C. — Kempe und Heiniger fechten das Urteil mit der Nichtigkeitsbeschwerde an.

Ersterer macht geltend, seine Tat falle unter Ziffer 1, nicht unter Ziffer 3 des Art. 119 StGB; er habe nicht gewerbsmässig gehandelt.

Heiniger beantragt Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Freisprechung. Er führt aus, er habe zur Tat der Hulda Ammon nichts beigetragen, sie in ihrem Vorsatze nicht bestärkt, denn das Mädchen sei schon von sich aus entschlossen gewesen, sich die Frucht abtreiben zu lassen; wer die Tat bloss billige, wie der Beschwerdeführer, sei nicht Gehülfe.

D. — Die Staatsanwaltschaft des bernischen Mittelandes beantragt die Abweisung beider Nichtigkeitsbeschwerden.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Der Kassationshof hat das Merkmal der Gewerbsmässigkeit bisher darin erblickt, dass der Täter sich durch wiederholte Begehung Einnahmen verschaffen wolle. Dass der Wille darauf gerichtet sei, die Einnahmen zum einzigen oder doch hauptsächlichsten oder regelmässigen Erwerbe zu machen, galt nicht für nötig (BGE 68 IV 44, 69 IV 112).

Diese Begriffsbestimmung ist zu verdeutlichen. Die Schwere des Verschuldens des gewerbsmässigen Täters liegt in der Vielheit der Begehung mit der Absicht, sich Einnahmen zu verschaffen, aus welcher Absicht die dem Gewerbebetrieb eigene Bereitschaft folgt, gegen unbestimmt viele zu handeln, wo immer sich passende Gelegenheit findet. Gewerbsmässiges Handeln erfordert nicht bloss, dass der Täter die Tat wiederholen wolle, sondern er muss sie tatsächlich öfters begehen. Um der blossen Absicht

willen wird niemand bestraft. Darum kann — im Gegensatz zu einer vielfach vertretenen Auffassung (vgl. RGSt 58 20) — die Absicht als einziges Merkmal der Gewerbsmässigkeit nicht genügen. Wohl wird die Verwerflichkeit einer strafbaren Handlung dadurch gesteigert, dass sich der Täter dieselbe lediglich als Glied einer Kette gewinnbringender strafbarer Handlungen vorstellt, wenn aber die beabsichtigte Wiederholung in der Folge gar nicht verwirklicht worden ist, wiegt die Handlung schuldmissig nicht schwerer als die aus Gewinnsucht ohne jede Absicht der Wiederholung begangene Handlung. Was insbesondere die Abtreibung anbetrifft, ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber, bloss weil die Tat in der Absicht der Wiederholung begangen worden ist, jeden Lohnabtreiber schon für die erste Tat, die zugleich die letzte sein kann, mit der harten Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus bestraft wissen will. Dem Gesetz ist solche Strenge umso weniger zu unterschieben, als auch auf Grund von Art. 119 Ziff. 1 StGB bis fünf Jahre Zuchthaus ausgesprochen werden können, wenn die Umstände des Falles schon für die erste und einzige Lohnabtreibung solche Strenge rechtfertigen. Dabei kann des Beschuldigten Absicht, die Tat des Einkommens wegen unbestimmt oft zu wiederholen, als Gewinnsucht die Strafzumessung gemäss Art. 63 beeinflussen.

Gewerbsmässigkeit ist darnach die tatsächliche Vielheit der Begehung mit der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen. Vorzubehalten sind Bestimmungen der Spezialgesetzgebung, die einen eigenen Begriff der Gewerbsmässigkeit kennen (z. B. BG betr. Lotterien und gewerbsmässige Wetten).

Von der Bestimmung des Begriffes ist die Beweisfrage zu unterscheiden. Es ist nicht ausgeschlossen, dass besondere Umstände der einzigen inkriminierten Begehung schlüssigen Beweis dafür liefern können, dass die Tat bereits öfters begangen worden ist. Z. B. der Spezierer wird dabei ertappt, wie er mit zu leichtem Gewicht aus

dem aufliegenden Gewichtssatz wiegt, die Dirne ist wegen Anlockens zur Unzucht bereits vorbestraft (vgl. BGE 68 IV 44), oder die Art ihres Auftretens lässt auf Gewohnheit schliessen.

2. — Die Tatsachen des vorliegenden Falles erfüllen diesen Begriff der Gewerbsmässigkeit nicht. Es fehlt schon an der Vielheit der Begehung. Kempe ist nur wegen einer einzigen Abtreibung angeklagt worden, und diese eine Tat lässt nicht den Schluss zu, dass er das Verbrechen schon mehrmals begangen habe. Übrigens ist auch die Absicht im Sinne der Gewerbsmässigkeit nicht erstellt. Wohl stellt die Vorinstanz fest, dass er die Absicht der Wiederholung hatte. Aber aus Urteil und Akten ergibt sich nichts dafür, dass er sie wie ein Gewerbe bei jeder sich bietenden, ihm passenden Gelegenheit zu wiederholen gedachte. Seine Bereitschaft gegenüber Frieda Widmer und die Abtreibung an Hulda Ammon lassen diesen Schluss nicht zu. Im ersteren Falle zögerte Kempe, indem er zuzuwarten riet; er hing nicht besonders daran, die Tat zu begehen. Auch der Besitz von Instrumenten und Chemikalien spricht nicht für die erwähnte Absicht, denn Kempe brauchte diese Sachen zur Abtreibung an Hulda Ammon, und sie konnten ihm auch für die spätere Ausübung seines Berufes als Arzt nützlich sein. Aus der Höhe der Honorare, die er den beiden Schwangeren verlangte, lässt sie sich nicht herleiten. Jene Honorare zeigen bloss, dass er recht bezahlt sein wollte. Aus dem gleichen Grunde verlangte er Vorauszahlung. Tagsüber war er im Spital tätig, daher fällt nicht auf, dass er die Besprechungen abends hatte und die Tat nachts beging. Zudem hatte er keine Bewilligung, als Arzt zu praktizieren, und kann sich aus diesem Grunde lieber des Nachts zu der Schwangeren begeben haben, ganz abgesehen davon, dass er auch sonst Grund hatte, die Tat zu verheimlichen. Das Zusammentreffen auf der Strasse und die Besprechung im Wirtshaus möchten Anstoss erregen, wenn Kempe praktizierender Arzt gewesen wäre; das aber war er nicht; ausser

seiner Dachstube stand ihm kein Raum zur Verfügung, in welchem er Leute empfangen konnte.

Kempe ist daher bloss wegen einfacher Abtreibung im Sinne des Art. 119 Ziff. 1 StGB zu bestrafen.

3. — Das angefochtene Urteil wirft Heiniger keine Handlung vor, welche die Tat der Hulda Ammon materiell gefördert hätte. Wohl kann Gehülfschaft auch in einer psychischen Förderung bestehen. Immer aber ist nötig, dass das Verhalten des Gehülfsen zu der Tat beiträgt, z. B. indem es den Täter davon abhält, den gefassten Entschluss wieder aufzugeben. Dass Heiniger einen solchen Beitrag geleistet habe, lassen die festgestellten Tatsachen nicht schliessen. Die Vorinstanz geht davon aus, dass Hulda Ammon fest entschlossen gewesen sei, sich die Leibesfrucht abtreiben zu lassen, und zwar habe sie diesen Entschluss von sich aus gefasst. Heiniger billigte ihn, war einverstanden, seine Geliebte trotz Schwangerschaft und Abtreibung zu heiraten. In diesem Sinne sind auch seine Briefe auszulegen. Es steht jedoch nicht etwa fest, dass Hulda Ammon ohne diese Haltung des Beschwerdeführers auf ihren Entschluss zurückgekommen wäre. Und wenn es feststünde, müsste dargetan sein, dass Heiniger diese Wirkung seiner Haltung nicht nur gewollt, sondern auch gekannt habe. Heiniger ist daher freizusprechen.

Demnach erkennt der Kassationshof:

In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerden des Ludwig Kempe und des Erich Heiniger wird das Urteil des Geschworenengerichts des II. Bezirks des Kantons Bern vom 20. Juli 1943 aufgehoben und die Sache zur Verurteilung des Ludwig Kempe wegen nicht gewerbsmässiger Abtreibung und zur Freisprechung des Erich Heiniger an die Vorinstanz zurückgewiesen.