

delsmann Waren verkauft, zumal ja der Abtreiber bei der Auswahl der Gelegenheiten auf die Gefahr der Entdeckung Rücksicht nimmt. Die Gewerbmässigkeit beurteilt sich unabhängig davon, ob *alle* Fälle zum Gegenstand der Anklage gemacht werden.

2. — Ob der Täter bei mehrfacher Begehung bereit war, um des Verdienstes willen gegenüber unbestimmt vielen zu handeln, ist Tatfrage. Der Kassationshof ist daher an die Auffassung der Vorinstanz gebunden, dass der Beschwerdegegnerin diese Bereitschaft fehlte. Diese Annahme beruht nicht auf einer Verkennung von Rechtsbegriffen, sondern ist das Ergebnis von Schlüssen aus objektiven Tatsachen auf die subjektive Einstellung der Täterin, gründet sich also auf Beweiswürdigung. Grundlage jener Schlüsse ist die tatsächliche und daher vom Beschwerdeführer zu Unrecht angefochtene Feststellung des Obergerichts, dass die Beschwerdegegnerin nur an vier Frauen Abtreibungshandlungen vorgenommen hat. Dann hat das Gericht dem Verstreichen verhältnismässig langer Zeit zwischen den beiden ersten und den beiden letzten Fällen Rechnung getragen, in der richtigen Erkenntnis, dass der zeitliche Abstand der einzelnen Begehungen für die Frage, ob der Täter sich eine Erwerbsquelle hat schaffen wollen, also um des Verdienstes willen gegenüber unbestimmt vielen zur Abtreibung bereit gewesen ist, unter Umständen Gewicht hat. Auch die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin ihre Dienste nicht angepriesen hat, dass ihr die Schwangeren vielmehr ohne ihr Zutun zugeführt worden sind, erwähnt die Vorinstanz nur als Indiz für die subjektive Einstellung der Täterin, nicht weil sie der Meinung wäre, Gewerbmässigkeit setze objektiv Anpreisung voraus, wie sie bei Ausübung erlaubter Gewerbe die Regel ist, bei verbotenen Gewerben wegen der damit verbundenen Gefahr der Entdeckung dagegen häufig fehlt. Und endlich ebenfalls Sache der Beweiswürdigung war es, zu erwägen, welchen Schluss auf die Absicht der Beschwerdegegnerin der Besitz von Abtreibungswerkzeugen zulässt. Der Besitz

solcher Werkzeuge ist nicht gleichbedeutend mit Gewerbmässigkeit; auch der nicht gewerbmässig handelnde Abtreiber benötigt Werkzeuge. Zudem führt die Vorinstanz diesen Besitz der Beschwerdegegnerin verbindlich auf einen Umstand zurück, der mit den begangenen Verbrechen überhaupt nicht zusammenhängt.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

29. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 14. September 1945 i. S. Hubert gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gilt nur für die beim Abtreibungsakte geleistete Hülfe; wer sonstwie hilft, ist Gehülfe im Sinne des Art. 25 StGB, sei es Gehülfe der Schwangeren (Art. 118), sei es Gehülfe des Drittabtreibers (Art. 119 Ziff. 1). (Bestätigung der Rechtsprechung.)

L'art. 119 ch. 1 al. 2 CP ne s'applique qu'à celui qui fournit son aide au cours des manœuvres abortives elles-mêmes; celui qui prête assistance d'une autre manière est un complice au sens de l'art. 25 CP: complice de la personne enceinte (art. 118) ou complice du tiers avorteur (art. 119 ch. 1). (Confirmation de la jurisprudence.)

L'art. 119, cifra 1, cp. 2 CP si applica soltanto a colui che presta aiuto a manovre abortive; chi presta assistenza in altro modo è complice a' sensi dell'art. 25 CP: complice della persona incinta (art. 118) o complice del terzo che ha procurato l'aborto (art. 119, cifra 1). (Conferma della giurisprudenza.)

A. — Am 21. Oktober 1943 und 1. April 1944 liess Hedwig Hubert der Anna Benz auf deren Verlangen zwei Instrumente in der Meinung, die Empfängerin wolle sich damit die Leibesfrucht abtreiben. Anna Benz tat dies nicht, sondern verwendete die Instrumente, um am 21. Oktober 1943 der Hedwig Schärer die Leibesfrucht abzutreiben und am 1. April 1944 Abtreibungsversuche an den Schwangeren Marie Pedrazzoli und Gertrud Roggensinger vorzunehmen. Hätte Hedwig Hubert die Absicht der Anna Benz gekannt, so hätte sie ihr die Instrumente nicht geliehen.

B. — Am 9. Mai 1945 erklärte das Obergericht des Kantons Zürich Hedwig Hubert der Gehülfsenschaft bei Abtreibung im Sinne von Art. 119 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 25 StGB sowie der Gehülfsenschaft bei wiederholtem Versuch von Abtreibung im Sinne von Art. 119 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 und 25 StGB schuldig und verurteilte sie zu sechs Wochen Gefängnis. Das Gericht nahm an, wenn Hedwig Hubert nach dem Sachverhalt beurteilt würde, den sie sich vorstellte, müsste sie nach Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bestraft werden, denn diese Bestimmung gelte entgegen der vom Bundesgericht in BGE 69 IV 206 vertretenen Auffassung nicht nur gegenüber Personen, welche der Schwangeren *beim Abtreibungsakte*, sondern auch gegenüber Personen, die ihr überhaupt irgendwie zur Abtreibung Hilfe leisten. Da der wirkliche Sachverhalt gemäss Art. 119 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 25 StGB nicht zu strengerer, sondern im Gegenteil zu milderer Bestrafung führe als der vorgestellte, treffe Art. 19 StGB nicht zu, sei die Tat also nach jenem, nicht nach diesem Sachverhalt zu beurteilen.

C. — Die Verurteilte hat die Nichtigkeitsbeschwerde erklärt. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und sie sei der Gehülfsenschaft bei Abtreibung im Sinne von Art. 118 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 25 und 19 Abs. 1 StGB sowie der Gehülfsenschaft bei wiederholtem Versuch von Abtreibung im Sinne von Art. 118 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22, 25 und 19 Abs. 1 StGB schuldig zu erklären und zu milderer Strafe zu verurteilen.

D. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich verweist auf ihre Ausführungen in der Vorinstanz, die sich mit denjenigen des Obergerichts decken.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. —

Auf die (nicht eindeutige) Entstehungsgeschichte braucht indessen nicht abgestellt zu werden, und auch in Sachen Torriani hat sie nicht den Ausschlag gegeben. Schon da-

mals hat das Bundesgericht nach dem Grund gefragt, der den Gesetzgeber zum Erlass des Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 bewogen haben muss. Dieser Grund kann nicht darin bestanden haben, dass man dem Gehülften in Abweichung vom allgemeinen Grundsatz des Art. 25 StGB die Strafmilderung unter allen Umständen vorenthalten wollte. Es gibt schwerere Verbrechen, bei denen das Gesetz an einer mildereren Bestrafung des Gehülften nicht Anstoss nimmt. Dass es ihn nur gerade bei der Abtreibung durch die Schwangere gleich behandelt, wie wenn er die Abtreibung selber vorgenommen hätte, geht auf die Schwierigkeiten zurück, die sich in solchen Fällen der Unterscheidung von Täterschaft und Gehülfsenschaft in den Weg stellen. Das anerkennt auch die Vorinstanz, freilich nicht als ausschliesslichen Grund. Sie weist darauf hin, dass es sich nicht rechtfertigen würde, die Privilegierung, welche Art. 118 StGB der Schwangeren zuteil werden lässt, auf den Gehülften auszudehnen. Das ist richtig für die Fälle, wo der Gehülfe beim Abtreibungsakte mitwirkt und daher eine Rolle spielt, die derjenigen eines als Täter handelnden Drittabtreibers nahe kommt. Ist der Gehülfe beim Abtreibungsakte nicht dabei, so ist er dagegen in der Regel weniger strafwürdig. Die Vorinstanz glaubt gerade durch das Beispiel des vorliegenden Falles dartun zu können, dass die Hilfeleistung vor dem Abtreibungsakte ungleich schwerer sein könne als die Hilfeleistung bei diesem Akte. Sie verkennt, dass das Verbrecherische der Tat dem, der bei ihrer Ausführung hilft, in der Regel wesentlich eindringlicher zum Bewusstsein kommt als einem Gehülften, welcher der Ausführung der Tat zeitlich und örtlich ferne steht. Das Gesetz kann nicht jeden, der das Vorhaben der Schwangeren durch Angabe einer Adresse, Erteilung eines Ratschlages oder auf ähnliche Weise unbedacht fördert, der schweren Strafdrohung des Art. 119 Ziff. 1 unterstellen wollen, wo es doch sogar den Anstifter, der sie zur Tat des Art. 118 bestimmt, Anstifter im Sinne des Art. 24 StGB sein lässt und nicht dem Art. 119 Ziff. 1 unterstellt. Nichts

spricht dafür, dass die Nichterwähnung des Anstifters in dieser Bestimmung auf einem Versehen beruhe, wie die Vorinstanz glaubt. Und wenn es sich bloss um ein Versehen handeln würde, stünde Art. 1 StGB der Anwendung des Art. 119 auf den, der zum Vergehen des Art. 118 anstiftet, im Wege. Eine stossende Ungleichheit in den Strafdrohungen bestünde bei der von der Vorinstanz vertretenen Auslegung des Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 auch für den Gehülfen des Drittabtreibers und den Gehülfen der Schwangeren, wenn die Gehülfschaft anders als beim Abtreibungsakte geleistet wird. Der Gehülfe des Drittabtreibers könnte nach Art. 119 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 25 milder bestraft werden als der Gehülfe der Schwangeren, obwohl ersterer zu einem Verbrechen, letzterer dagegen nur zum Vergehen des Art. 118 Hülfe leistet. Solche Unstimmigkeiten entstehen nicht, wenn der Anstifter und der nicht beim Abtreibungsakte mitwirkende Gehülfe der Schwangeren als Anstifter beziehungsweise Gehülfe zum Vergehen des Art. 118, der nicht beim Abtreibungsakte mitwirkende Gehülfe des Drittabtreibers als Gehülfe zum Verbrechen des Art. 119 und der beim Abtreibungsakte Helfende als Täter im Sinne des Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 bestraft werden.

Diese Überlegungen rechtfertigen es, an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten. Sie ist mit dem Gesetzestext, namentlich mit der italienischen Fassung (« aiuto nel procurarsi l'aborto »), nicht unvereinbar. Die deutsche und französische Fassung (« Hülfe zu der Abtreibung », « assistance en vue de l'avortement ») lassen sich freilich eher zugunsten der vorinstanzlichen Auffassung anführen, zwingen diese aber doch nicht auf.

2. — Da die Beschwerdeführerin sich vorgestellt hat, Anna Benz brauche die Instrumente, um sich selber die Leibesfrucht abzutreiben, gilt sie gemäss Art. 19 Abs. 1 StGB als Gehülfin beim (vollendeten und versuchten) Vergehen des Art. 118. Diese Bestimmung droht geringere Strafe an als Art. 119 Ziff. 1. Inwiefern sich das in der Herabsetzung der ausgesprochenen Strafe auswirken wird,

welche den von Art. 118 in Verbindung mit Art. 25 angeordneten Rahmen nicht übersteigt, liegt im Ermessen der Vorinstanz.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

30. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 29. Juni 1945 i. S. Gygax und Leuenberger gegen Staatsanwalt des Berner Mittellandes.

Art. 139 Ziff. 1 StGB. Vollendeter Raub setzt in allen Fällen voraus, dass der Angegriffene zum Widerstand vollständig unfähig gemacht worden sei.

Art. 139 ch. 1 CP. Pour être consommé, le brigandage suppose dans tous les cas que la personne attaquée soit mise tout à fait hors d'état de résister.

Art. 139, cifra 1 CP. Per essere consumata, la rapina presuppone in tutti i casi che la persona attaccata sia stata messa nell'impossibilità di resistere.

A. — Arnold Gygax und Karl Leuenberger lockten in der Nacht vom 20. auf den 21. Dezember 1944 Alfred Blum in Bern an das Bord der Aare. Sie beabsichtigten, ihm sein Geld zu stehlen. Leuenberger umfasste ihn mit beiden Armen, und Gygax schlug auf ihn ein. Blum wehrte sich, konnte sich losmachen und rannte davon. Leuenberger setzte ihm nach, erwischte ihn und hieb ihm mit dem Stock, den die Angreifer ihm vorher entrissen hatten, über den Kopf. Blum befreite sich zum zweitenmal und eilte gegen die Stadt, was Gygax und Leuenberger veranlasste, sich davonzumachen.

B. — Am 26. März 1945 erklärte die Kriminalkammer des Kantons Bern Gygax und Leuenberger des vollendeten Raubes im Sinne des Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig und bestrafte sie.