

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 Strafrohungen 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.

C. — Beide Verurteilten fechten das Urteil mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Sie beantragen, die Tat gegenüber Blum sei bloss als versuchter statt als vollendeter Raub zu würdigen und demgemäss die Sache zur Herabsetzung der Strafe an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. — Der Staatsanwalt des bernischen Mittellandes beantragt die Abweisung der Beschwerde.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 139 Ziff. 1 StGB wird wegen Raubes bestraft, « wer in der Absicht, einen Diebstahl zu begehen, oder wer, auf einem Diebstahl betreten, an einer Person Gewalt verübt, sie mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben bedroht oder sie in anderer Weise zum Widerstand unfähig macht ». Aus dieser Umschreibung ergibt sich, dass nach dem Strafgesetzbuch im Gegensatz zu verschiedenen ehemaligen kantonalen Rechten der Raub schon vor Begehung des beabsichtigten Diebstahls vollendet sein kann (so auch Protokoll 2. ExpK 2 303, Votum GAUTIER). Der Umstand, dass die Beschwerdeführer dem Überfallenen das Geld nicht wegnehmen konnten, steht daher der Annahme vollendeten Raubes nicht im Wege.

Damit der Raub vollendet ist, muss indes der Täter « an einer Person Gewalt verübt, sie mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben bedroht oder sie in anderer Weise zum Widerstand unfähig gemacht haben ». Die Worte « in anderer Weise » (das Gesetz sagt nicht « in irgend einer Weise ») zeigen, dass auch die Verübung von Gewalt und die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben den Angegriffenen beziehungsweise Bedrohten zum Widerstand unfähig machen müssen. Diese Wirkung haben alle drei Gruppen von Angriffen gemeinsam. Der Raub richtet sich nicht nur gegen das Vermögen, sondern auch gegen die persönliche Freiheit, ist Nötigung zur Duldung eines Diebstahls oder eines auf Diebstahl abzielenden Verhaltens. Diese Duldung wird erreicht entweder durch materiellen (*vis absoluta*) oder durch psychi-

sehen Zwang (*vis compulsiva*). Der eine oder der andere oder das Zusammenwirken des einen *und* des andern muss das Opfer zum Widerstand unfähig, und zwar, wie das Bundesgericht es bei der Nötigung zu einer unzüchtigen Handlung (Art. 188 StGB) fordert (BGE 70 IV 207), zum Widerstand *vollständig* unfähig machen. Ist das nicht der Fall, hat also der Täter mit Handlungen, welche den Widerstand des andern brechen oder vereiteln sollen, bloss begonnen, so liegt nur Versuch vor. Eine andere Auslegung würde den Begriff des vollendeten Raubes noch mehr ausdehnen, als es das Gesetz entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch, nach welchem der Raub erst nach der Wegnahme der geraubten Sache als vollendet gilt, ohnehin schon tut.

2. — Dass Blum durch materiellen Zwang ganz wehrlos gemacht worden sei, hat die Vorinstanz mit Recht verneint. Wenn sie dagegen annimmt, er sei unter psychischem Zwang zum Widerstand vollständig unfähig gewesen, weil er aus Furcht für sein Geld und sein Leben die Nutzlosigkeit des Widerstandes eingesehen und seine Rettung in der Flucht gesucht habe, so verkennt sie, dass von psychischem Zwang nur gesprochen werden kann, wenn der Genötigte in einen seelischen Zustand gerät, der ihn zwingt, sich dem Willen des Täters zu beugen. In diesen Zustand haben die Beschwerdeführer Blum nicht gebracht. Ihr Angriff brachte ihn nicht so weit, dass er aus Furcht für sein Leben bereit gewesen wäre, sich ihnen zu fügen, den Diebstahl zu dulden. Blum hinderte sie daran im Gegenteil aus eigener körperlicher und seelischer Kraft durch die Flucht. Das war Widerstand so gut wie die vorherige Abwehr ihres Zugriffes und ihrer Schläge im Handgemenge. Zum Widerstand unfähig ist nicht schon, wer sich mit dem Angreifer nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg schlagen kann, sondern nur, wer genötigt ist, sich ihm zu unterwerfen.

Die Beschwerdeführer sind somit des Raubversuchs, nicht des vollendeten Raubes schuldig.

.....

*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.

**31. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 6. Juli 1945 i. S. Winiger gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern.**

*Art. 140 Ziff. 1 StGB, Art. 436 OR.* Veruntreuung von Kommissionsware (Lotterielosen) und des Erlöses aus solcher ; Zulässigkeit und Ausübung des Selbsteintrittes durch den Verkaufskommissionär.

*Art. 140 ch. 1 CP, art. 436 CO.* Abus de confiance portant sur des marchandises en consignation (billets de loterie) et sur le prix de celles-ci. Droit du commissionnaire à la vente de se porter acheteur. Admissibilité et conditions d'exercice de ce droit.

*Art. 140, cifra 1 CP, art. 436 CO.* Appropriazione indebita di merci in consegna (biglietti di lotteria) e del loro ricavo. Diritto del commissionario di rendersi acquirente. Ammissibilità e condizioni d'esercizio di questo diritto.

Winiger erhielt vom luzernischen Depothalter der Interkantonalen Landeslotterie Lose und Ziehungslisten in Kommission. Je etwa acht Tage vor der Ziehung schickte ihm der Depothalter ein Rundschreiben mit der Weisung, dass unverkaufte Lose der betreffenden Tranche bis zu einem bestimmten Tage wieder im Besitze des Depothalters sein müssten und dass dieser nachher keine Lose mehr zurücknehmen könne. Das Schreiben ersuchte den Empfänger ausserdem, « den Gegenwert der verkauften und fest übernommenen Lose » dem Depothalter bis zum gleichen Tage zu bezahlen. Winiger verkaufte einen Teil der Lose sowie die Ziehungslisten. Den Erlös verbrauchte er für sich, und die unverkauften Lose gab er nicht zurück, noch bezahlte er sie. Das Obergericht des Kantons Luzern verurteilte ihn deswegen in Bestätigung eines Urteils des Kriminalgerichtes wegen Veruntreuung im Sinne des Art. 140 Ziff. 1 StGB. Winiger erklärte die Nichtigkeits-

beschwerde. Er machte unter anderem geltend, es liege in bezug auf alle Lose, insbesondere die unverkauften, rechtmässiger Selbsteintritt vor. Das Bundesgericht verwarf diesen Standpunkt.

*Aus den Erwägungen :*

Bei Kommission zum Verkauf von Wertpapieren mit Marktpreis ist nach Art. 436 OR dem Kommissionär gestattet, selbst als Käufer einzutreten. Diese Vorschrift behält indes eine andere Bestimmung des Kommittenten vor. Es steht somit dem Kommittenten frei, den Selbsteintritt des Kommissionärs zu verbieten oder bloss unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen. Eine solche Beschränkung hat als stillschweigend angeordnet zu gelten, wenn und soweit der Selbsteintritt in einer dem Kommissionär erkennbaren Weise den Interessen des Kommittenten widerspräche, denn der Kommissionär darf nicht annehmen, dass der Kommittent etwas erlauben wolle, was seine Interessen verletzt. Daher hätte der Beschwerdeführer nur dann selber als Käufer eintreten dürfen, wenn er fähig und auch willens gewesen wäre, die Lose zu bezahlen. Dass der Kommittent mit einer unsicheren Kaufpreisforderung nicht zufrieden war, ergibt sich noch aus dem Rundschreiben, in welchem er auch für die « fest übernommenen Lose » Zahlung bis zum Stichtag verlangte. Dass aber der Beschwerdeführer die Lose weder bezahlen konnte noch bezahlen wollte, stellt das Kriminalgericht, dessen Erwägungen vom Obergericht übernommen werden, ausdrücklich fest. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und daher für den Kassationshof verbindlich (Art. 277 bis, 273 lit. b BStrP).

Auch wenn die erwähnten Tatsachen dem Selbsteintritt nicht im Wege gestanden hätten, könnte der Beschwerdeführer nicht als Käufer betrachtet werden. Der Selbsteintritt als Ausübung eines Gestaltungsrechts bedarf einer an den Kommittenten gerichteten Erklärung des Kommissionärs, welche vor dem Weiterverkauf der Ware und, wenn