

Honorare doch zur Erwerbsquelle werden lassen und damit gezeigt, dass es ihr recht war, wenn nicht jedesmal, so doch in einem Teil der Fälle entschädigt zu werden. Sie hat mit der Entschädigung zum vornherein gerechnet. Dass die Absicht, sich durch das Verbrechen Einnahmen zu verschaffen, der einzige oder zum mindesten vorherrschende Beweggrund sei, ist nicht nötig. Gewerbsmässig handelt der Täter schon dann, wenn er sich von ihr bloss teilweise bestimmen lässt, denn damit zeigt er das, was das Gesetz als Grund zur schärferen Bestrafung betrachtet: die dem Gewerbebetrieb eigene Bereitschaft, um des Verdienstes willen gegenüber unbestimmt vielen zu handeln (BGE 71 IV 115). Hat auch die Beschwerdegegnerin ihre Hemmungen vorwiegend aus sozialen Erwägungen ein für allemal aufgegeben, so hat sie sich doch auch durch die Aussicht auf Verdienst leiten lassen. Dass dieser gering war, spielt für die Frage der Gewerbsmässigkeit keine Rolle.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 31. Mai 1946 aufgehoben und die Sache zur Verurteilung der Emma Landert wegen vollendeter und versuchter gewerbsmässiger Abtreibung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**34. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 4. Oktober 1946 i. S. Steurer gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau.**

1. Bedeutung der Anerkennung der Anklage durch den Angeklagten (Erw. 1).
2. Art. 137 Ziff. 2 Abs. 2 StGB trifft auch zu, wenn die fortgesetzte Verübung von Raub oder Diebstahl nicht der einzige oder ursprüngliche Zweck der Bande ist (Erw. 2).
3. Strafzumessung, wenn die Tat sowohl unter Art. 137 Ziff. 2 Abs. 2 als auch unter Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 StGB fällt (Erw. 3).

1. Portée du fait que l'accusé se soumet à l'accusation (consid. 1).
  2. L'art. 137 ch. 2 al. 2 CP s'applique aussi lorsque la commission de vols ou de brigandages n'est pas le but unique ou originaire de la bande (consid. 2).
  3. Mesure de la peine lorsque l'infraction tombe à la fois sous le coup de l'art. 137 ch. 2 al. 2 et sous celui de l'art. 137 ch. 2 al. 4 CP (consid. 3).
1. Portata del riconoscimento dell'accusa da parte dell'accusato (consid. 1).
  2. L'art. 137, cifra 2, cp. 2 CP si applica anche quando lo scopo unico od originario della banda non è quello di commettere furti o rapine (consid. 2).
  3. Commisurazione della pena nel caso in cui il reato è punito tanto dall'art. 137, cifra 2, cp. 2 CP, quanto dall'art. 137, cifra 2, cp. 4, CP (consid. 3).

*Aus den Erwägungen:*

1. — Die Staatsanwaltschaft macht geltend, der Beschwerdeführer habe die Anklage und damit auch das Merkmal der Bandenmässigkeit des Diebstahls anerkannt und sei deswegen statt vom Geschworenengericht von der Kriminalkammer beurteilt worden. Ein Rückzug des erwähnten Geständnisses sei in diesem Verfahren nicht mehr möglich. Auch sei die Frage der tätigen Reue nicht mehr zu beurteilen, weil dieser Strafmilderungsgrund in der Anklageschrift nicht vermerkt worden sei und daher von der Kriminalkammer nicht habe beurteilt werden dürfen. Wenn der Beschwerdeführer tätige Reue hätte geltend machen wollen, hätte er die Anklage in diesem Punkte bestreiten müssen, worauf er dem Geschworenengericht überwiesen worden wäre.

Soweit mit diesen Ausführungen das Recht des Kassationshofes zur freien rechtlichen Würdigung der festgestellten Tatsachen bestritten werden will, weil nach kantonalem Prozessrecht das Geschworenengericht hätte urteilen müssen, wenn der Beschwerdeführer sich der Rechtsauffassung des Anklägers im kantonalen Verfahren nicht unterzogen hätte, sind sie unbegründet. Für den Kassationshof verbindlich können als Ergebnis des kantonalen Verfahrens, sei es gestützt auf ein Geständnis, sei es gestützt auf andere Beweismittel, nur *Tatsachen*

festgestellt werden. Deren rechtliche Würdigung steht dem Kassationshof selbst dann unbeschränkt zu, wenn der Angeklagte vor den kantonalen Behörden die Rechtsauffassung des Anklägers als richtig anerkannt hat und diese Anerkennung für die Zuständigkeit des Gerichts von Bedeutung gewesen ist. Auch versteht es sich, dass die Anerkennung der Rechtsauffassung des Angeklagten durch den Angeklagten das kantonale Gericht, sei es die Kriminalkammer, sei es das Geschworenengericht, nicht von der Pflicht entbindet, die Tatsachen rechtlich frei zu würdigen, insbesondere auch zu entscheiden, ob sie einen Grund zur Milderung der Strafe enthalten. Das verlangt das eidgenössische Strafrecht, das so anzuwenden ist, wie das Gesetz es vorschreibt, nicht wie Ankläger und Angeklagter es übereinstimmend haben wollen. Vom Standpunkt des Bundesrechts aus kann die Unterziehung unter die Anklage daher nur heissen, dass der Angeklagte die in der Anklage behaupteten Tatsachen anerkenne, nicht auch, dass er sich einer bestimmten rechtlichen Würdigung verbindlich füge (vgl. BGE 70 IV 51).

2. — Art. 137 Ziff. 2 Abs. 2 StGB droht dem Dieb dann schwerere Strafe an, « wenn er den Diebstahl als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat ». Der Beschwerdeführer hält diese Bestimmung nur für anwendbar, wenn die fortgesetzte Verübung von Raub oder Diebstahl der Zweck ist, zu dem sich die Beteiligten zusammengefunden haben, nicht auch dann, wenn Leute zu einem anderen Zwecke zusammenkommen und diesen Anlass nebenbei benutzen, fortgesetzten Raub oder Diebstahl zu vereinbaren.

Diese Unterscheidung ist nicht begründet. Bandenmässige Begehung zeichnet den Diebstahl aus, weil sie eine besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart. Das ergibt sich aus dem vierten Absatz von Art. 137 Ziff. 2, der im Anschluss an die im zweiten und dritten Absatz aufgezählten Beispiele ausgezeichneten Diebstahl allgemein

dann annimmt, wenn er « *auf andere Weise* die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart ». Ob aber ein Täter sich nur gerade zum Zwecke des Raubes oder Diebstahls mit anderen zusammenfindet oder ob er es zu einem anderen Zwecke tut und erst nachträglich auf den Gedanken kommt, die Vereinigung taue auch zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl, ist für die Frage seiner Gefährlichkeit belanglos. Besonders gefährlich ist der als Mitglied einer Bande stehlende Dieb, weil der Zusammenschluss ihn stark macht und die fortgesetzte Verübung weiterer solcher Verbrechen voraussehen lässt. Unter diesem Gesichtspunkt ist es nebensächlich, ob die Bande auch noch andere Ziele verfolgt, mögen es auch ursprünglich die einzigen gewesen sein.

Daher kommt im vorliegenden Falle nichts darauf an, ob sich der Beschwerdeführer und die drei andern Täter bloss zur gemeinsamen Verbringung der Freizeit, zum Besuch von Tanzauslässen und dergleichen zusammengeschlossen haben. Indem sie übereinkamen, zwei Diebstähle und einen Raub auszuführen, gründeten sie eine zur fortgesetzten Verübung solcher Verbrechen bestimmte Bande. Als deren Mitglied hat der Beschwerdeführer am ersten der drei vereinbarten Verbrechen, am Einbruch bei Boffini, teilgenommen. Die Voraussetzungen von Art. 137 Ziff. 2 Abs. 2 StGB sind erfüllt.

3. — Wenn Bandenmässigkeit den Diebstahl auszeichnet, ist es müssig, darnach zu fragen, ob ausserdem ein Qualifikationsgrund im Sinne von Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 vorliege, denn doppelt ausgezeichnet in dem Sinne, dass der aus dem einen Grunde verschärfte Strafrahmen aus einem andern Grunde noch weiter verschärft würde, kann der Diebstahl nicht sein. Das nimmt aber auch die Vorinstanz nicht an. Sie geht von einer angedrohten Mindeststrafe von drei Monaten Gefängnis aus und betrachtet das, was sie als Anzeichen einer besonderen Gefährlichkeit des Beschwerdeführers würdigt, lediglich als Grund, die Strafe innerhalb des durch Art. 137 Ziff. 2 Abs. 1 ange-

drohten Rahmens zu erhöhen. Damit befolgt sie Art. 63 StGB, welcher verlangt, dass die Strafe nach dem Verschulden des Täters zugemessen werde. Dass die Mitnahme eines Brecheisens, worin die Vorinstanz die besondere Gefährlichkeit erblickt, die Schuld erhöht, lässt sich nicht bestreiten. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe dieses Werkzeug nicht als Waffe, sondern nur zum Aufbrechen eines Fensters und eines Pultes mitgenommen. Allein wenn die Kriminalkammer im Brecheisen « eine gegebenenfalls ernsthafte Waffe » erblickt, will sie damit zugleich feststellen, dass der Beschwerdeführer, wenn nötig, das Eisen tatsächlich als Waffe gebraucht hätte. An die Feststellung dieser Absicht ist der Kassationshof gebunden. Die Mitnahme des Brecheisens wäre zudem selbst dann Anzeichen einer besonderen Gefährlichkeit, wenn der Beschwerdeführer es nur als Werkzeug zum Einbrechen hätte gebrauchen wollen.

Nicht richtig ist dagegen, dass die Kriminalkammer auch noch des Beschwerdeführers « ganze Mitwirkung in dieser Gesellschaft » als einen die Tat nach Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 auszeichnenden Umstand betrachtet. Die Begehung als Mitglied einer Bande wird schon dadurch abgegolten, dass nach Art. 137 Ziff. 2 Abs. 2 der höhere Strafraum zur Anwendung kommt, und soll daher nicht ausserdem als Straferhöhungsgrund ins Gewicht fallen. Allein aus den Erwägungen über die Strafzumessung ergibt sich nicht, dass die erwähnte Fehlüberlegung die Höhe der ausgefallten Strafe tatsächlich beeinflusst habe.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**35. Urteil des Kassationshofes vom 13. September 1946 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen Rüeeggler und Scheiwiller.**

*Art. 137, 145 StGB.* Die Sachbeschädigung, die der Dieb durch Einbrechen und dergleichen verübt, wird durch die Strafe des Diebstahls, selbst des ausgezeichneten, nicht abgegolten.

*Art. 137, 145 CP.* Les dommages à la propriété que le voleur cause par effraction ou autrement ne sont pas réprimés par la peine attachée au vol, même s'il s'agit d'un vol qualifié.

*Art. 137, 145 CP.* I danni alla proprietà, che il ladro causa mediante lo scasso o in altro modo, non sono repressi con la pena inerente al furto, anche se si tratta di furto qualificato.

A. — Am 9. Mai 1946 erklärte das Obergericht des Kantons Zürich Max Rüeeggler und Elsa Scheiwiller des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls sowie des unvollendeten Versuchs des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls und Elsa Scheiwiller ausserdem der wiederholten Hehlerei schuldig. Es verurteilte Rüeeggler zu anderthalb und Elsa Scheiwiller zu zwei Jahren Zuchthaus und stellte ersteren für zwei, letztere für drei Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein. Dagegen sprach es beide von der auf Grund von Strafanträgen der Geschädigten erhobenen Anklage, sich durch bestimmte in der Zeit vom 6. Oktober bis 13. November 1945 verübte vollendete und versuchte Einbruchsdiebstähle ausserdem der Sachbeschädigung im Sinne des Art. 145 Abs. 1 StGB schuldig gemacht zu haben, frei, weil der vollendete bzw. versuchte Einbruchsdiebstahl die Sachbeschädigung konsumiere, der vom Einbrecher erfüllte Tatbestand der Sachbeschädigung in der Diebstahlsstrafe, insbesondere der Strafe des qualifizierten Diebstahls von Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 aufgehe.

B. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich ficht dieses Urteil mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Sie beantragt, es sei wegen Verletzung der Art. 68 Ziff. 1, 137 Ziff. 2 Abs. 4 und 145 StGB aufzuheben und die Sache zur Schuldigerklärung auch wegen Sachbeschädi-