

nach der Gemeinschaftssinn und die ethischen Gefühle des Knaben anlagemässig gestört seien, sowie die Auffassung des psychiatrischen Gutachters, dass der Knabe schwererziehbar sei.

Geht man von diesen Tatsachen aus, so erscheint das Kind als sittlich verwahrlost und sittlich gefährdet. Verwahrlosung ist von ZÜRCHER in den Erläuterungen zum Vorentwurf 1908, Seite 30, umschrieben worden als ein Zustand, der durch den Mangel an leiblicher und geistiger Fürsorge und Erziehung eingetreten ist und daher ein Fürsorge- und Erziehungsbedürfnis weckt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes braucht sie bloss auf sittlichem Gebiete zu liegen, also nicht auch auf einem Mangel an *leiblicher* Fürsorge zu beruhen. Ein Zustand der *moralischen* aufgelöstheit genügt. Ob dem Kinde auf Grund seiner Entwicklung das Verständnis für seine sittlichen Verpflichtungen zugemutet werden kann, ist unerheblich, weil sonst gerade in Fällen einer Fehlentwicklung, verursacht durch mangelhafte Erziehung, nicht eingeschritten werden könnte. Ferner kommt nichts darauf an, ob die bisherige Erziehung dem Durchschnitt entsprochen habe. Auch auf Fälle, in denen die sittliche Verwahrlosung darauf zurückzuführen ist, dass überdurchschnittliche Anforderungen an die Erziehung nicht erfüllt worden sind, trifft Art. 84 StGB zu. Entsprechendes gilt für die sittliche Gefährdung, mit dem Unterschiede, dass bei dieser die Fehlentwicklung nicht schon eingetreten oder abgeschlossen ist, sondern erst einzutreten oder fortzuschreiten droht.

5. — Die Frage, durch welche in Art. 84 StGB vorgeordnete Massnahme die Erziehung zu verbessern sei, liegt im Ermessen der zuständigen Behörde. Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Knabe nach dem Ergebnis der Begutachtung dauernd gefährdet wäre, wenn er in der Familie der Beschwerdeführerin belassen würde; seine Versetzung in andere Erziehungsverhältnisse sei daher die einzige und zwingende Folge. Die Verbringung in eine Anstalt sei der Einweisung in eine Familie vorzuziehen;

das entspreche der Auffassung des Sachverständigen und der Personen, welche Einblick in die Verhältnisse haben, und rechtfertige sich wegen der Eigenart des Knaben und der Schwierigkeiten, die seine Erziehung biete. Gegen diese Auffassung lässt sich im Kassationsverfahren, das nur der richtigen Anwendung eidgenössischen Rechts und nicht der Kontrolle des Ermessens dient, nichts einwenden. Die Vorinstanz hat sich mit Recht vom Wohl des Kindes und nicht von den Interessen der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes leiten lassen. Für das Wohl des Kindes aber drängte sich die Einweisung in eine Erziehungsanstalt auf. Das Gesetz sieht die Überlassung des Kindes an die eigene Familie mit guten Gründen erst in letzter Linie vor (Art. 84 Abs. 2 StGB), denn in der Regel ist eine Besserung in der Erziehung nur zu erwarten durch einen Wechsel der Verhältnisse und der Erzieher.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

**33. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 7. Juli 1944  
i. S. Bühler gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern.**

*Art. 26, 119 Ziff. 3 StGB.* Auf den Gehülfen ist Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 StGB nur anwendbar, wenn er die Gehülfenschaft gewerbsmässig leistet, nicht schon, wenn der Täter gewerbsmässig handelt.

*Art. 26, 119 ch. 3 CP.* L'art. 119 ch. 3 al. 2 CP ne s'applique au complice que lorsqu'il prête son concours par métier, et non pas du simple fait que l'auteur fait métier de l'infraction.

*Art. 26, 119 cifra 3 CP.* L'art. 119, cifra 3, ep. 2 CP si applica al complice soltanto s'egli presta professionalmente il suo aiuto, e non già pel semplice fatto che l'autore del reato è un delinquente professionale.

*Aus den Erwägungen:*

Nach Art. 26 StGB werden besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, welche die

Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, bei dem Täter, dem Anstifter und dem Gehülften berücksichtigt, bei dem sie vorliegen. Ein solcher Umstand ist die Gewerbsmässigkeit im Sinne des Art. 119 Ziff. 3 StGB. Damit diese Bestimmung auf den Gehülften anwendbar ist, genügt es daher nicht, dass der Täter gewerbsmässig gehandelt hat, selbst dann nicht, wenn der Gehülfe gewusst und gewollt hat, dass dieses qualifizierende Merkmal beim Täter verwirklicht werde. Insofern lässt das Gesetz den Grundsatz der Akzessorietät der Gehülfsenschaft fallen. Unter die strengere Strafdrohung des Art. 119 Ziff. 3 StGB fällt der Gehülfe nur dann, wenn er seine Hülfe gewerbsmässig geleistet hat.

**34. Urteil des Kassationshofes vom 14. Juli 1944 i. S. Generalprokurator des Kantons Bern gegen Arn.**

*Art. 133 StGB.* Raufhandel liegt nicht vor, wenn die eine Partei passiv bleibt oder bloss abwehrt.

*Art. 133 CP.* On n'est pas en présence d'une rixe lorsqu'un des partis demeure passif ou se borne à repousser l'attaque.

*Art. 133 CP.* Non si è in presenza d'una rissa, se l'una delle parti resta passiva o si limita a respingere l'attacco.

*A.* — Fritz Grunder kehrte in der Nacht vom 26. Januar 1943 in Begleitung Max Sommerhalders von Grossaffoltern nach Vorimholz zurück. Unterwegs wurde er von Otto Arn, der auf der Strasse im Schutze einer Hecke auf ihn gewartet hatte, gestellt und mit Faustschlägen ins Gesicht und auf den Hinterkopf bearbeitet. Als Grunder fliehen wollte, trat hinter der Hecke Alfred Arn hervor und schlug ebenfalls auf ihn ein. Auf die Hilferufe von Grunder machten sich die beiden davon. Grunder wurde im Gesicht leicht verletzt.

*B.* — Am 2. Februar 1944 erklärte das Obergericht des Kantons Bern Otto Arn und Alfred Arn der einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB) schuldig und ver-

urteilte jeden zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zehn Tagen, verbunden mit der Weisung, dem Privatkläger Grunder binnen sechs Monaten je zwanzig Franken Genugtuung zu bezahlen und solidarisch die Parteikosten zu ersetzen.

Der Generalprokurator hatte beantragt, beide Angeklagten seien wegen einfacher Körperverletzung in Idealkonkurrenz mit Beteiligung an einem Raufhandel (Art. 133 StGB) zu bestrafen. Das Obergericht lehnte die Anwendung von Art. 133 ab mit der Begründung, Raufhandel setze die beidseitige Absicht voraus, am Streit aktiv teilzunehmen. Grunder habe diese Absicht nicht gehabt.

*C.* — Der Generalprokurator des Kantons Bern hat Nichtigkeitsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Anwendung von Art. 133 in Idealkonkurrenz mit Art. 123 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

*D.* — Die Beschwerdegegner beantragen die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Grunder hat sich beim Überfall durch die Brüder Arn passiv verhalten und ist gegen sie in keiner Weise tötlich geworden. Art. 133 StGB, der mit Strafe bedroht, wer sich an einem Raufhandel beteiligt, trifft daher nicht zu. Raufhandel ist tätlicher Streit zwischen mehreren Personen. Dass bei jeder Streitpartei eine Mehrheit von Personen vorhanden sei, ist nicht erforderlich; es kann auch einer allein gegen zwei oder mehrere stehen. Aber jede Seite muss aktiv am Streite beteiligt sein. Wo eine Partei von der anderen angegriffen wird, ohne irgendwie tötlich auf den Angriff zu reagieren, sei es, weil sie nicht den Willen oder weil sie nicht die Möglichkeit dazu hat, kann nicht von einem Raufhandel gesprochen werden. In einem solchen Falle liegt Tötlichkeit (Art. 126) oder, je nach dem Ausgange, ein Körperverletzungs- (Art. 122 ff.)