

Vorschrift erlaubt nicht, zu unterscheiden, ob der Staatsanwalt formell in Parteistellung vor einer besondern Überweisungsinstanz aufgetreten ist oder ob er selber über die Anklageerhebung entschieden hat, sei es endgültig, sei es, wie in Basel, als erste Instanz. Der Sache nach standen hier wie dort Privatstrafkläger und öffentlicher Ankläger mit abweichender Stellungnahme im Verfahren.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

28. Urteil des Kassationshofes vom 13. Juli 1945 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen gegen Micheli.

Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 StGB. Gewerbmässigkeit der Abtreibung.

Art. 119 ch. 3 al. 2 CP. Faire métier de l'avortement.

Art. 119, cifra 3, cp. 2 CP. Far mestiere delle pratiche abortive.

A. — Lina Micheli nahm von 1939 bis 1940 in zwei Fällen an Frauen, deren Schwangerschaft der Staatsanwalt nicht für bewiesen hält, gegen Bezahlung von je Fr. 80.— bis 100.— unter Verwendung eines Gebärmutter spiegels und einer Metallspritze mit sondenförmigem Ansatzrohr einen Eingriff vor, der den Abgang der Leibesfrucht hätte bewirken sollen. Im Februar 1944 trieb sie der Rosa Schmucki durch vier gleichartige Eingriffe die Frucht ab. Louis Pastori, Bräutigam der Rosa Schmucki, bezahlte der Abtreiberin hierfür Fr. 60.— oder 80.—. Im März 1944 führte er Hilda Fey, deren Schwangerschaft er selber erfolglos zu unterbrechen versucht hatte, zu Lina Micheli. Diese trieb der Schwangeren die Leibesfrucht ab, die möglicherweise schon vor dem Eingriff tot, auf jeden Fall aber noch nicht abgestossen war. Der Schwängerer bezahlte ihr für die Tat Fr. 300.—.

B. — Am 4. Mai 1945 erklärte das Obergericht des Kantons Schaffhausen Lina Micheli für die an Rosa Schmucki und Hilda Fey vorgenommenen Handlungen der Abtreibung im Sinne von Art. 119 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte sie zu acht Monaten Gefängnis. Das Merkmal der Gewerbmässigkeit (Art. 119 Ziff. 3 StGB) verneinte es, weil die Angeklagte sich lediglich in vier Fällen der Abtreibung schuldig gemacht habe, wobei die beiden Fälle

aus den Jahren 1939 und 1940 verjährt seien. Bei zwei oder auch bei vier Fällen könne aber noch nicht von einer Vielheit der Begehung gesprochen werden, da das Bundesgericht den Begriff « zahlreiche » in Art. 42 StGB dahin ausgelegt habe, dass dafür drei Fälle nicht genügen (BGE 69 IV 99). Zudem müsse in Anlehnung an einen Entscheid des Basler Appellationsgerichts (SJZ 40 175) der vom Bundesgericht geschaffene Begriff der « tatsächlichen Vielheit der Begehung » dahin ergänzt werden, dass diese Vielheit innerhalb eines verhältnismässig kurzen Zeitraumes nachgewiesen sein müsse, ansonst wohl kaum davon gesprochen werden könnte, es habe sich der Täter ein Erwerbseinkommen verschaffen wollen. Ein derartiger verhältnismässig kurzer Zeitraum sei aber bei dem Eingriff der Angeklagten nicht gegeben, weil von 1940 bis 1944 keine Abtreibungshandlungen nachgewiesen seien. Einen schlüssigen Beweis dafür, dass die Tat bereits öfters begangen worden sei, lieferten die Begleitumstände, unter denen die beiden Eingriffe im Jahre 1944 stattfanden, nicht. Beide Frauen seien der Angeklagten ohne deren Zutun zugeführt worden. Lina Micheli habe ihre Dienste nicht angepriesen, auch nicht in verschleierter Form. Dass sie bereit gewesen wäre, sich jeder beliebigen Frau gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen, sei nicht nachgewiesen. Schliesslich spreche auch der Besitz von Abtreibungswerkzeugen nicht für Gewerbsmässigkeit, da solche Werkzeuge in jedem Sanitätsgeschäft erworben werden könnten und die Angeklagte sich durch zwei ärztliche Zeugnisse darüber ausgewiesen habe, dass sie an Unterleibsbeschwerden litt und sich deshalb von Scheidenspülungen Linderung versprechen durfte.

C. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen hat die Nichtigkeitsbeschwerde erklärt mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache sei zur Neubeurteilung unter Annahme von Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 119 Ziff. 3 StGB an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Der Kassationshof hat in einem in BGE 70 IV 16 veröffentlichten Urteile die Gewerbsmässigkeit im Sinne des Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 StGB umschrieben als tatsächliche Vielheit der Begehung mit der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen. Das ist nicht dahin zu verstehen, dass, wo nur wenige Fälle bewiesen sind, Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 zum vornherein nicht angewendet werden dürfte. Der Kassationshof hat im erwähnten Urteil das Schwergewicht auf den Gegensatz zwischen mehrfacher und bloss einmaliger Begehung gelegt, wie er sie nach der früheren Rechtsprechung genügen liess. Seither ergangene Entscheide erblicken denn auch immer mehr das entscheidende Merkmal der Gewerbsmässigkeit in der durch Wiederholung offenbarten, dem Gewerbebetrieb eigenen Bereitschaft, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln (BGE 70 IV 135, 71 IV 85). Diese Einstellung des Täters, der seine Hemmungen ein- für allemal überwunden hat und um des Verdienstes willen zur Tat bereit ist, wo immer sich passende Gelegenheit bietet, qualifiziert sein Verbrechen. Die erwähnte Bereitschaft kann sich schon aus einer verhältnismässig kleinen Zahl von Fällen ergeben, wenn sie zeitlich in einigem Zusammenhang stehen und der Wille, das Verbrechen zur Verdienstquelle zu machen, aus den Umständen erkennbar ist. Dabei braucht nicht einmal festzustehen, dass der Täter bereit war, wahllos jeden als Kunden anzunehmen. Ein Gewerbe kann auch betreiben, wer seine Kunden aussucht. Auch kommt nichts darauf an, ob sich der Täter die Einnahmen zum einzigen oder doch hauptsächlichen oder regelmässigen Erwerbe machen will ; eine Tätigkeit kann auch als Nebenberuf, saisonmässig oder überhaupt bloss bei Gelegenheiten bestimmter Art ausgeübt werden und dennoch Gewerbe sein (BGE 71 IV 85). Das gilt namentlich auch für Abtreibungen, die der Natur der Sache nach nicht mit der gleichen Häufigkeit begangen werden, mit der etwa ein Han-

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.