

le délai absolu de trois ans (art. 118 al. 2, 72 ch. 2 al. 2 CP) étant expiré le 7 juillet 1946. Peu importe que l'arrêt attaqué soit antérieur à cette date. Le Tribunal fédéral a jugé que la prescription continue à courir après le dépôt d'un recours doté d'effet suspensif (arrêt Bieri RO 69 IV 103). Or, par ordonnance du 29 juin 1946, M. le Président de la Cour de cassation pénale fédérale a suspendu les effets de l'arrêt cantonal du 20 mai 1946. L'affaire doit donc être purement et simplement classée.

La Cour de cassation a rejeté ce moyen.

Motifs :

C'est à tort que le recourant Michaud soutient que l'action pénale est actuellement prescrite en ce qui le concerne, les faits retenus à sa charge remontant aux 1^{er} et 7 juillet 1943. Le jugement du Tribunal de police est du 18 mars 1946 et celui de la Cour de cassation cantonale du 20 mai 1946. A aucune de ces deux dates, la prescription absolue n'était donc acquise. Or cela seul importe. Le dépôt d'un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral demeure en soi sans influence sur la prescription de l'action pénale, ainsi que l'a déjà jugé la Cour de cassation dans l'arrêt *Rauch c. Ministère public du canton de Zurich* du 5 juillet 1946. L'exercice du recours empêche sans doute que le jugement attaqué ne passe en force, mais il n'empêche pas qu'il ne soit exécutoire. En effet, l'art. 272 dern. al. PPF dispose que le pourvoi ne suspend l'exécution de la décision que si la Cour de cassation ou son président l'ordonne. Le jugement étant aussitôt exécutoire, la prescription de la peine (art. 73 CP) doit courir dès le prononcé de la juridiction cantonale de dernière instance, encore qu'à ce moment-là le jugement ne soit pas passé en force. Il est vrai que l'art. 74 CP fait courir le délai du jour où précisément la force de chose jugée est acquise. Cette disposition légale part de l'idée qu'un jugement n'est pas exécutoire avant d'être passé en force. Telle est en effet la règle, mais l'art. 272 dern. al. fait exception. Or

si, nonobstant le dépôt d'un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral, la prescription de la peine commence à courir dès le prononcé de la juridiction cantonale de dernière instance, la prescription de l'action pénale doit nécessairement prendre fin à ce moment-là. Il ne saurait y avoir une période où les deux prescriptions chevaucheraient l'une sur l'autre. Lorsque, comme en l'espèce, la suspension de l'exécution est ordonnée, la prescription de la peine, qui a déjà commencé, est suspendue du jour où l'ordonnance est prise au jour où elle cesse ses effets, généralement avec l'arrêt du Tribunal fédéral. Mais cette suspension ne fait pas courir à nouveau le délai de prescription de l'action pénale, lequel a pris fin le jour du prononcé attaqué. Ce délai ne reprend son cours que dans un seul cas, à savoir lorsque la Cour de cassation annule le jugement et que la juridiction cantonale doit statuer à nouveau, c'est-à-dire continuer la poursuite pénale : dans ce cas, le nouveau jugement doit être rendu dans le délai de prescription de l'action. Le précédent auquel fait allusion le recourant est sans application en l'espèce ; il concerne les effets qu'exerce sur la prescription de l'action pénale un moyen de recours — l'appel de la procédure pénale bernoise — qui suspend de plein droit l'exécution du jugement.

33. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 20. September 1946 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen gegen Landert.

Art. 119 Ziff. 3 StGB, gewerbemässige Abtreibung.
Gewerbemässigkeit erfordert nicht, dass die Absicht, sich durch das Verbrechen Einnahmen zu verschaffen, der einzige oder vorherrschende Beweggrund sei.

Art. 119 ch. 3 CP. Faire métier de l'avortement.
Faire métier d'une infraction ne suppose pas que l'intention de se procurer par là des ressources soit pour l'auteur le mobile exclusif ou prépondérant.

Art. 119, cifra 3 CP. Fare mestiere delle pratiche abortive.

Fare mestiere d'un reato non presuppone che l'intenzione di procurarsi in tale modo degli introiti sia per l'autore il motivo esclusivo o preponderante.

A. — Emma Landert nahm von 1934 bis zu ihrer am 8. August 1944 erfolgten Verhaftung in 45 Fällen an schwangeren oder vermeintlich schwangeren Personen Eingriffe vor, die auf Abtreibung der Leibesfrucht gerichtet waren und in einem Teil der Fälle Erfolg hatten. Sie liess sich vorwiegend vom Wunsch bewegen, den Frauen, die bei ihr Hilfe suchten, aus der Not zu helfen. Sie griff stets ein, ohne vorher über eine Entschädigung zu sprechen. In dreizehn Fällen erhielt sie keine solche. Einige Male wies sie das Geld ganz oder teilweise zurück, als man sie nach Begehung der Tat entschädigen wollte. Sechsmal nahm sie Fr. 5.—, fünfmal Fr. 10.—, zweimal Fr. 15.—, sechsmal Fr. 20.—, zweimal Fr. 25.—, sechsmal Fr. 30.—, zweimal Fr. 40.—, einmal Fr. 45.— und zweimal Fr. 50.— an.

B. — Am 28. Januar 1946 erklärte das Kantonsgericht von Schaffhausen Emma Landert in einundzwanzig Fällen der vollendeten und in sieben Fällen der versuchten Abtreibung schuldig und verurteilte sie in Anwendung von Art. 119 Ziff 3 StGB zu drei Jahren Zuchthaus und fünfjähriger Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit. In Gutheissung der Berufung der Verurteilten verneinte das Obergericht durch Urteil vom 31. Mai 1946 die Gewerbmässigkeit der begangenen Verbrechen, weil bei der Angeklagten das Hilfsmoment als Beweggrund im Vordergrund gestanden habe, die Entgegennahme einer Entschädigung nach der Tat noch nicht den Schluss zulasse, der Täter habe nur in Erwartung einer Entschädigung gehandelt, und die Angeklagte angesichts der bescheidenen Einnahmen, des Zeitaufwandes, der Auslagen für Reisen nach auswärts sowie für Anschaffung der Abtreibungsinstrumente auf die Dauer praktisch wohl überhaupt keinen Gewinn habe erzielen können.

Das Obergericht setzte die Zuchthausstrafe auf zweieinhalb Jahre herab.

C. — Der Staatsanwalt des Kantons Schaffhausen führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung unter Annahme von Gewerbmässigkeit im Sinne des Art. 119 Ziff. 3 StGB an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. —
2. — Gewerbmässig handelt nach der Rechtsprechung des Kassationshofes, wer die Tat in der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen, wiederholt begeht (BGE 70 IV 17, 135 ; 71 IV 115). In der vorliegenden Sache ist nicht die Vielheit der Begehung, sondern bloss die Erwerbsabsicht streitig. Das Obergericht hält sie für nicht gegeben, weil der Wille, den Schwangeren zu helfen, als Beweggrund im Vordergrund gestanden habe. Allein dieses soziale Empfinden schliesst den Willen der Täterin, die Abtreibungen gleichzeitig zur Erwerbsquelle zu machen, nicht aus, wie denn auch die Vorinstanz in ihm bloss die hauptsächliche, nicht die ausschliessliche Triebfeder erblickt. Tatsächlich hat die Nächstenliebe die Beschwerdegegnerin nicht gehindert, sich in der Mehrzahl der Fälle bezahlen zu lassen. Dass hin und wieder ein Honorar ausblieb oder von der Beschwerdegegnerin ganz oder teilweise zurückgewiesen wurde, ist unerheblich, denn die übrigen Fälle bilden eine genügende Vielheit von Abtreibungen und Abtreibungsversuchen, um das gesamte Verhalten als ein von den Merkmalen der Gewerbmässigkeit gekennzeichnetes Kollektivverbrechen erscheinen zu lassen, in dem auch die wenigen unentgeltlichen Fälle aufgehen (BGE 71 IV 237). Wohl hat die Beschwerdegegnerin die Eingriffe nie von der Zusicherung einer Entschädigung abhängig gemacht. Allein tatsächlich hat sie ihre Taten durch die nachherige Annahme der

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*