

vom Ermessen ab, das dem Sachrichter zusteht, und ist daher dem Obergerichte zum Entscheide vorzubehalten. Gelangt es zum Schlusse, dass für die beiden Übertretungen der Verkehrsvorschriften allein eine strengere Ahndung als Busse nicht am Platze wäre, so wird sie nach Art. 68 Ziff. 1 Abs. 2 StGB mit der Busse wegen Verletzung der Meldepflicht zu einer Gesamtbusse zusammenzufassen sein.

3. — Das Obergericht wird auch das Versehen zu berichtigen haben, das ihm bei Festsetzung der Probezeit für den bedingten Strafvollzug unterlaufen ist. Für das Fahren in angetrunkenem Zustande hat es den Beschwerdegegner bloss nach Art. 59 Abs. 1 MFG bestraft, sind doch qualifizierte Fälle nach Art. 59 Abs. 2 Vergehen (Art. 333 Abs. 2 StGB), die als Freiheitsstrafe nur Gefängnis, nicht Haft zulassen. Nicht qualifizierte Fälle aber sind bloss Übertretungen, weil Art. 59 Abs. 1 als Höchststrafe zwanzig Tage Gefängnis androht, an dessen Stelle nach Art. 333 Abs. 2 StGB Haft tritt. Bei Verurteilung wegen einer Übertretung beträgt die mit dem bedingten Strafvollzug verbundene Probezeit stets ein Jahr (Art. 105 StGB).

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 29. Oktober 1948 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 11. Februar 1949 i. S. Langenegger und Mitverurteilte gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz.

1. *Art. 18 Abs. 2, 191 Ziff. 3 StGB.* Eventualvorsatz schliesst die Anwendung von Art. 191 Ziff. 3 aus.
2. *Art. 64 Abs. 3 StGB.* Eine ernstliche Versuchung kann nur in etwas liegen, was der Verletzte dem Täter angetan hat.
3. *Art. 25, 118 StGB.* Weder die Nichtschwangere, die sich die Frucht abzutreiben versucht, noch der Dritte, der ihr, ohne dass Art. 119 StGB zutrifft, dazu Hilfe leistet, sind strafbar.

1. *Art. 18 al. 2 et 191 ch. 3 CP.* Le dol éventuel exclut l'application de l'art. 191 ch. 3.
 2. *Art. 64 al. 3 CP.* La tentation grave doit être provoquée par la conduite de la victime envers l'auteur.
 3. *Art. 25 et 118 CP.* La personne non enceinte qui tente de se faire avorter n'est pas punissable, de même que, si les conditions de l'art. 119 ne sont pas remplies, le tiers qui l'assiste.
1. *Art. 18 cp. 2 e 191 cifra 3 CP.* Il dolo eventuale esclude l'applicazione dell'art. 191 cifra 3.
 2. *Art. 64, cp. 3 CP.* La grave tentazione dev'essere provocata dalla condotta della vittima verso il colpevole.
 3. *Art. 25 e 118 CP.* La persona non incinta che tenta di procurarsi l'aborto, e il terzo che l'assiste non sono punibili, se le condizioni dell'art. 119 non sono soddisfatte.

Das Kantonsgericht von Schwyz verurteilte mehrere Angeklagte nach Art. 191 StGB, weil sie zwei Mädchen unter sechzehn Jahren zum Beischlaf und zu ähnlichen Handlungen missbraucht und mit ihnen andere unzüchtige Handlungen vorgenommen hatten. Einen der Angeklagten verurteilte es ausserdem wegen Gehülfschaft zu untauglichem Abtreibungsversuch nach Art. 118 und Art. 23 in Verbindung mit Art. 25 StGB, weil er dem einen Mädchen, als es sich schwanger glaubte, Rat erteilte, wie es die — nicht nachgewiesene — Leibesfrucht abtreiben könne.

Die Nichtigkeitsbeschwerden der Verurteilten wurden vom Kassationshof des Bundesgerichts abgewiesen, soweit sie sich gegen die Verurteilung nach Art. 191 richteten. Dagegen hob der Kassationshof die Verurteilung wegen Gehülfschaft zu untauglichem Abtreibungsversuch auf und wies die Sache in diesem Punkte zur Freisprechung des Beschwerdeführers an das Kantonsgericht zurück.

Aus den Erwägungen:

3. — ... Den Beschwerdeführern Gwerder und Zuppiger wirft das Kantonsgericht vor, sie hätten gewusst, dass Käthy S. noch jung bzw. « underjährig » war, und es sei ihnen gleichgültig gewesen, sich allenfalls mit einem noch nicht sechzehn Jahre alten Kinde zu vergehen. Das bedeutet, dass sie die Tat zwar in der Annahme begangen haben, das Mädchen könnte sechzehn Jahre alt sein oder mehr,

dass sie aber auch für möglich hielten, es könnte jünger sein, und die Tat auch für diesen Fall wollten. Diese Feststellungen sind tatsächlicher Natur und können gemäss Art. 277bis und 273 Abs. 1 lit. b BStP nicht angefochten werden, auch nicht mit der Rüge, der Satz «in dubio pro reo» sei verletzt (BGE 69 IV 152, 74 IV 145). Aus ihnen ergibt sich, dass Gwerder und Zuppiger im Sinne der Rechtsprechung (BGE 69 IV 80, 74 IV 83) mit Eventualvorsatz gehandelt haben, der dem direkten Vorsatz gleichsteht. Art. 191 Ziff. 3 StGB kann daher auch ihnen gegenüber nicht angewendet werden. Sie haben sowenig wie die anderen Beschwerdeführer in einer irrigen Vorstellung über das Alter des Kindes gehandelt. Wer, wie sie, beide Möglichkeiten erwägt und die Tat auch für den Fall, dass die ungünstigere zutrefte, begehen will, ist nicht das Opfer eines Irrtums. Ob Gwerder, wie das Protokoll vom 15. Januar 1948 nahe legt, das Alter der Käthy S. im Zeitpunkt der Tat auf 16 bis 17 Jahre schätzte, oder ob seine Schätzung, wie die Vorinstanz annimmt, sich auf den Zeitpunkt der Einvernahme bezog, ist daher unerheblich. Auch stellt sich die Frage nicht, ob Zuppiger, was er bestreitet, bei der Schätzung des Alters des Mädchens fahrlässig gehandelt hat.

5. — Nach Art. 64 StGB kann der Richter die Strafe unter anderem dann mildern, wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt worden ist. Nachsicht übt das Gesetz in einem solchen Falle, weil der Verletzte den Anstoss zu der strafbaren Handlung gegeben hat, und zwar so ernstlich, dass der Täter für seinen Entschluss, sie zu begehen, nicht voll verantwortlich erscheint, sondern den Verletzten einen Teil dieser Verantwortung trifft. Daher scheidet als Straf-milderungsgrund zum vornherein jeder Umstand aus, der nicht in einem Verhalten des Verletzten selbst, und zwar in einem Verhalten gerade gegenüber dem betreffenden Täter liegt. Das gilt einmal von der «Versuchung», die lediglich auf die Immoralität oder den physischen Zustand,

im vorliegenden Falle auf den Geschlechtstrieb, des Täters oder darauf zurückgeht, dass sich diesem eine günstige Gelegenheit zur Begehung des Verbrechens bietet. Auch im Verhalten Dritter, selbst wenn sie rechtlich oder sittlich verpflichtet sind, das Opfer zu schützen, kann der Strafmilderungsgrund der «ernstlichen Versuchung» nicht liegen. Daher hilft den Beschwerdeführern weder die Berufung auf die sittliche Verdorbenheit der beiden Mädchen, in der sie eine günstige Gelegenheit zur Befriedigung ihres Geschlechtstriebes sahen, noch die Behauptung, das ganze Milieu im Elternhause und im Restaurant Höllgrotte sei für sie schwerste Versuchung gewesen. Auch auf das Verhalten der Mädchen im allgemeinen, auf den Umstand, dass sie den Männern nachgelaufen und ihre sexuellen Verfehlungen den Eltern verschwiegen haben sollen, kommt nichts an. Jeder Täter kann sich nur auf das berufen, was gerade ihm persönlich vom Verletzten angetan worden ist.

7. — Dass Art. 118 StGB nur die «Schwangere» mit Strafe bedroht und Art. 119 StGB nur die Abtreibung an einer «Schwangeren» erfasst, hat das Bundesgericht dahin ausgelegt, dass der Versuch der Abtreibung an einer Nichtschwangeren, werde er von dieser selber oder werde er von einem Dritten vorgenommen, nicht strafbar sei (BGE 70 IV 9, 152). Diese Rechtsprechung hat es später verlassen, soweit ein Dritter einer Nichtschwangeren die Leibesfrucht abzutreiben versucht; es sieht darin einen nach Art. 23 StGB zu beurteilenden untauglichen Versuch (BGE 74 IV 65). Dabei hat es darauf hingewiesen, dass die Gründe, auf denen die Änderung der Rechtsprechung beruht, sich nicht ohne weiteres auch auf den Fall des Art. 118 übertragen lassen, da in dieser Bestimmung der Ausdruck «Schwangere» das Subjekt der strafbaren Handlung bezeichnet, in Art. 119 dagegen den Gegenstand. In der Tat behandelt das Strafgesetzbuch den Fall, wo ein untaugliches Subjekt handelt, nicht gleich wie die Fälle, wo der Gegenstand oder das Mittel nicht taugen, um das Verbrechen zu vollenden. Art. 23 StGB spricht nur vom Gegenstand und vom

Mittel des Verbrechens. Fehlt dem Täter selbst die Eigenschaft, die das Gesetz verlangt, so kann er das Verbrechen sowenig versuchen wie vollenden. Um ihn wegen Versuchs bestrafen zu können, bedürfte es einer besonderen Bestimmung.

Ist somit die Frauensperson, die es unternimmt, sich eine nicht vorhandene Leibesfrucht abzutreiben oder abtreiben zu lassen, nicht strafbar, so kann auch der Dritte, der ihr dazu Hülfe leistet, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 119 StGB zutreffen, nicht strafbar sein. Gehülfschaft im Sinne von Art. 25 StGB setzt voraus, dass die Tat, zu der Hülfe geleistet wird, ein Verbrechen oder Vergehen sei (BGE 74 IV 133). Die in der Literatur vertretene Auffassung, dass das Fehlen der Tätereigenschaft gemäss Art. 26 StGB nur der Nichtschwangeren selber, nicht auch dem Gehülften zugute komme (Comtesse, ZStR 61 227), hält nicht stand. Art. 26 StGB gilt nur, wenn dem Täter «besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände», also persönliche Strafausschliessungsgründe zugute kommen. Das Fehlen der Schwangerschaft ist kein solcher. Es befreit die Täterin nicht aus einem nur ihr persönlich anzurechnenden Umstände von Strafe, sondern macht mangels eines zur Begehung des Vergehens geeigneten Täters die Tat als solche straflos.

3. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 4 mars 1949 dans la cause Ministère public du canton de Fribourg contre Vonlanthen.

Art. 125 et 18 al. 3 CP. Culpabilité du patineur qui en blesse un autre.

Art. 125 und 18 Abs. 3 StGB. Verschulden des Schlittschuhläufers, der einen andern verletzt.

Art. 125 e 18 cp. 3 CP. Colpa del patinatore che ne ferisce un altro.

A. — Le soir du 24 février 1948, Paul Geinoz démontrait des figures à un groupe de patineurs, vers le milieu de la

patinoire du Jura, à Fribourg. Il s'apprêtait à exécuter un « huit », lorsque, tête baissée et regardant derrière lui des camarades qui le poursuivaient, survint en trombe Joseph Vonlanthen. Il fonda de la tête contre la poitrine de Geinoz, qu'il n'avait pas vu et qui n'eut pas le temps de se garer. Tous deux tombèrent. Geinoz eut une jambe brisée.

B. — Sur plainte de Geinoz, qui a pris des conclusions civiles, le Tribunal correctionnel de la Sarine a infligé à Vonlanthen un mois d'emprisonnement, avec sursis pendant trois ans, en vertu de l'art. 125 CP et l'a condamné à payer au lésé une indemnité de 1760 fr. 50.

C. — Admettant un recours du condamné, la Cour de cassation fribourgeoise l'a acquitté, le 29 septembre. Quant aux conclusions civiles, elle a confirmé le jugement de première instance. Si Vonlanthen, à son avis, a manqué de prudence, sa faute n'a pas un caractère pénal, le patinage sur une patinoire publique très fréquentée comportant la possibilité de collisions.

D. — Le Ministère public du canton de Fribourg s'est pourvu en nullité contre cet arrêt.

Vonlanthen conclut au rejet du pourvoi.

Considérant en droit :

1. — Fait preuve de négligence, aux termes de l'art. 18 al. 3 CP, celui qui, par une imprévoyance coupable, agit sans se rendre compte ou sans tenir compte des conséquences de son acte.

Il est notoire que les patineurs qui rivalisent de vitesse accroissent sensiblement, pour les autres usagers de la patinoire, le risque d'être renversés. Aussi de telles courses sont-elles interdites, dans l'intérêt de la sécurité, sur plusieurs patinoires. Or, le prévenu ne s'est pas borné, malgré l'affluence, à s'élancer à toute allure sur la glace. Bien que sa vélocité même commandât un redoublement d'attention, il tenait la tête baissée, regardant par instant derrière lui, sans se soucier du péril auquel il exposait les tiers qui se trouvaient sur son chemin. Un tel comportement dénote