

Seine Tätigkeit erschöpft sich in der Betreuung des Mündels, wie sie sonst vom Familienoberhaupt oder andern Angehörigen ausgeübt wird. Das Gesetz beruft dazu denn auch vorzugsweise nahe Verwandte oder den Ehegatten, und besondere Wünsche des zu Bevormundenden und seiner Eltern müssen berücksichtigt werden, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen (Art. 380, 381 ZGB). Im Volke wird der Vormund nicht als Beamter betrachtet. In den meisten Fällen besteht seine Hauptaufgabe in der Verwaltung des Mündelvermögens. Den verstärkten strafrechtlichen Schutz, den dieses nötig hat, gibt Art. 140 Ziff. 2. Den Vormund auch für andere strafbare Handlungen dem Beamten gleichzustellen, drängt sich praktisch nicht auf.

Auf die Urkundenfälschung des Beschwerdeführers ist somit Art. 317 StGB schon aus diesem Grunde zu Unrecht angewendet worden.

2. — Der Beschwerdeführer beantragt, Art. 251 Ziff. 1 StGB sei anzuwenden. Das Obergericht wird jedoch, wenn das nach dem kantonalen Prozessrecht noch zulässig ist, zu prüfen haben, ob er durch Herstellung einer Quittung der Heil- und Pflegeanstalt Rosegg nicht eine öffentliche Urkunde im Sinne des Art. 251 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 110 Ziff. 5 Abs. 2 StGB gefälscht hat. Das ist dann der Fall, wenn die Rosegg eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt ist oder dem Staat oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaft gehört, und wenn sie zudem nicht als wirtschaftliches Unternehmen, sondern als Fürsorgeeinrichtung angesprochen werden muss. Trifft das zu, so ist die Quittung selbst dann nicht in einem « zivilrechtlichen Geschäft » (Art. 110 Ziff. 5 Abs. 2) ausgestellt, wenn Marie Vögtli nicht zwangsweise, sondern auf Grund einer Vereinbarung in die Anstalt aufgenommen worden ist.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 25. No-

vember 1949 aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**31. Urteil des Kassationshofes vom 15. September 1950 i. S. Bruderer gegen Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen.**

1. *Art. 23, 118 StGB.* Die Nichtschwangere, die an sich auf Abtreibung gerichtete Handlungen vornimmt oder vornehmen lässt, ist wegen untauglichen Versuchs strafbar (Änderung der Rechtsprechung).
2. *Art. 269 Abs. 1, Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP.* Über die Entschädigungspflicht und die Kostentragung für das kantonale Verfahren hat der Kassationshof nicht zu urteilen.
  1. *Art. 23 et 118 CP.* La femme non enceinte qui pratique ou fait pratiquer des manœuvres abortives sur sa personne se rend coupable de délit impossible (changement de jurisprudence).
  2. *Art. 269 al. 1 et 273 al. 1 litt. b PPF.* Pour l'instance cantonale, la Cour de cassation n'a pas à statuer sur l'octroi d'une indemnité ni sur la répartition des frais.
    1. *Art. 23 e 118 CP.* La donna non incinta che pratica o fa praticare degli atti abortivi sulla sua persona è punibile a titolo di delitto impossibile (cambiamento della giurisprudenza).
    2. *Art. 269 cp. 1 e 273 cp. 1 lett. b PPF.* La Corte di cassazione non statuisce sul diritto ad un'indennità e sull'onere delle spese in sede cantonale.

A. — Erika Bruderer liess sich im Jahre 1947 durch Maria Rutishauser fünf Spülungen vornehmen in der Absicht, die Leibesfrucht abzutreiben. Das Kantonsgericht von St. Gallen, vor dem sie sich zu verantworten hatte, sah nicht als bewiesen an, dass sie wirklich schwanger gewesen war. Es verurteilte sie am 30. Juni 1950 in Anwendung von Art. 118 und 23 StGB wegen wiederholten Abtreibungsversuches zu einer bedingt vollziehbaren Strafe von drei Wochen Haft.

B. — Erika Bruderer führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei wegen Verletzung von Art. 23 und 118 StGB aufzuheben und die Beschwerdeführerin freizusprechen. Sie macht unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts geltend, dass die Frauensperson, die es unternimmt, sich eine nicht vorhandene

Leibesfrucht abzutreiben oder abtreiben zu lassen, nicht strafbar sei.

C. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Aus dem Ausdruck « Schwangere » in Art. 119 Ziff. 1 StGB schloss der Kassationshof ursprünglich, dass das Verbrechen der Abtreibung durch eine Drittperson auch als strafbarer Versuch nur an einer Schwangeren ausgeführt werden könne (BGE 70 IV 9, 152). Später gab er diese Rechtsprechung auf (BGE 74 IV 66). Er führte aus, wer einer Nichtschwangeren die Leibesfrucht abzutreiben versuche, begehe einen untauglichen Versuch im Sinne von Art. 23 Abs. 1 StGB, weil der Gegenstand, woran er die Tat ausführen wolle, derart sei, dass sie an ihm überhaupt nicht ausgeführt werden könne ; der Ausdruck « Schwangere » in Art. 119 Ziff. 1 StGB wolle nicht einschränkend die Eigenschaft des Gegenstandes des Verbrechens besonders betonen, sondern gehe darauf zurück, dass das Wort « Frau », dessen Verwendung am nächsten gelegen hätte, in der Sprache des Gesetzes nur die weibliche Person, die das sechzehnte Altersjahr zurückgelegt hat, bezeichne. Die Frage, ob dagegen der Ausdruck « Schwangere » in Art. 118 StGB der Bestrafung der Nichtschwangeren, die ihre vermeintliche Frucht abzutreiben versucht oder versuchen lässt, im Wege stehe, wurde damals offen gelassen, aber später bejaht aus der Erwägung, dass der erwähnte Ausdruck in Art. 118 nicht wie in Art. 119 den Gegenstand, sondern das Subjekt der strafbaren Handlung bezeichne (BGE 75 IV 7).

2. — Das Kantonsgericht hält dem entgegen, dass die bloss grammatikalische Auslegung des Gesetzes gegenüber der ausdrücklichen Stellungnahme der Expertenkommission und des Nationalrates zurückzutreten habe ; es sieht es als « klaren Willen des Gesetzgebers » an, den Abtreibungsversuch an einer vermeintlich Schwangeren

strafbar zu erklären. Diese Auffassung geht zu weit. Gewiss sprach sich die erste Expertenkommission nach anfänglich gegenteiliger Stellungnahme (Protokoll 1 332 f.) ausdrücklich für die Bestrafung der Nichtschwangeren aus (Protokoll 2 399 f.), ohne aber diesem Beschluss durch eine bestimmte Gestaltung des Textes Ausdruck zu geben. Die zweite Expertenkommission sodann beriet die Frage überhaupt nicht ; die Meinungsäusserung Gautiers, das Wort « Schwangere » schliesse die Bestrafung der Nichtschwangeren für den Abtreibungsversuch aus, wurde bloss mit dem Hinweis beantwortet, dass die Frage schon in der ersten Expertenkommission behandelt worden sei ; dabei wurde irrtümlicherweise nur auf den ersten, nicht auf den zweiten Beschluss dieser Kommission hingewiesen (Protokoll 2 186 f.). Der Umstand schliesslich, dass im Nationalrat die Abtreibungshandlungen an einer Nichtschwangeren als Beispiel eines untauglichen Versuchs erwähnt wurden (StenBull NatR, Sonderausgabe 89), hat schon deshalb keine Bedeutung, weil damals die Bestimmungen über den Versuch, nicht jene über die Abtreibung erörtert wurden (so schon BGE 70 IV 154 und 74 IV 71), aber namentlich auch deshalb, weil er nichts darüber sagt, ob bloss die Tat des Dritten oder auch jene der Nichtschwangeren selber als strafbar angesehen wurde.

Der Entstehungsgeschichte des Gesetzes lässt sich jedoch entnehmen, dass man mit dem Wort « Schwangere » nicht das Subjekt der in Art. 118 umschriebenen Tat einschränkend bezeichnen wollte. Nachdem die erste Expertenkommission beschlossen hatte, auch die Nichtschwangere bestrafen zu lassen, führte sie bei anderer Gelegenheit in die Bestimmung über die Abtreibung (damals Art. 55) das Wort « Schwangere » aus einem Grunde ein, der mit der Frage der Strafbarkeit des Versuchs der Nichtschwangeren nichts zu tun hat (Protokoll 2 497). Dass das Wort später im Texte blieb, obwohl Gautier bei der ersten Lesung in der zweiten Expertenkommission die Meinung vertrat, es schliesse die Bestrafung der Nichtschwangeren aus, hat

seinen Grund darin, dass das Wort « Frau » nicht passte, da man darunter nur die weibliche Person mit zurückgelegtem sechzehnten Altersjahr verstehen wollte ; das ergibt sich aus dem Umstande, dass man mit dieser Begründung in der Bestimmung über die durch einen Dritten verübte Abtreibung das Wort « Frau » durch « Schwangere » ersetzte (bereinigter Vorentwurf vom August 1915 Art. 110 ; Protokoll der 2. ExpK 8 225).

Dazu kommt, dass Art. 118 StGB an sich auch als Umschreibung *nur* des vollendeten Vergehens der Abtreibung durch die Schwangere, die ja zugleich Objekt des Vergehens ist, aufgefasst werden kann, gleich wie in Art. 119 Ziff. 1 und 2 nur das vollendete Verbrechen der Abtreibung durch Drittpersonen umschrieben ist. Wenn dem so ist, bezeichnet das Wort « Schwangere » in Art. 118 bloss die Täterin des vollendeten Vergehens, schliesst also nicht aus, dass auch eine Nichtschwangere Subjekt des am untauglichen Gegenstande versuchten Vergehens sein kann. Die Bestrafung der Nichtschwangeren für den untauglichen Abtreibungsversuch erfolgt dann auf Grund von Art. 23, widerspricht also dem Art. 1 StGB nicht.

3. — Bei dieser Sachlage genügt es nicht, die Straflosigkeit der Nichtschwangeren, die an sich einen Abtreibungsversuch vornimmt oder vornehmen lässt, mit dem Hinweis auf das Wort « Schwangere » in Art. 118 StGB zu begründen. Andere gewichtige Gründe, die es rechtfertigen würden, trotzdem an dieser Rechtsprechung festzuhalten, bestehen aber nicht. Gegenteils gibt es Überlegungen, die für die Strafbarkeit der Nichtschwangeren wegen untauglichen Versuches sprechen. Einmal ist nicht einzusehen, weshalb die Nichtschwangere, die durch einen Abtreibungsversuch, der für ihr Leben gefährlich werden kann, straflos sein sollte, wo andererseits eine Schwangere für den Abtreibungsversuch selbst dann bestraft werden muss, wenn er weder ihr selbst noch ihrer Leibesfrucht schaden kann, weil das angewendete Mittel, z.B. ein harmloses Bad, absolut untauglich ist. Dazu kommt, dass es im allgemeinen

nicht verstanden wird, wenn der Dritte, der an einer Nichtschwangeren abzutreiben versucht, bestraft wird, die Nichtschwangere selber dagegen straflos bleibt. Gewiss gibt es Fälle, in denen sich die ungleiche Behandlung durchaus rechtfertigen liesse, geht doch das Gesetz, wie sich aus den Strafandrohungen der Art. 118 und 119 ergibt, davon aus, dass grundsätzlich der Dritte härter anzufassen sei als die Frauensperson. Allein es sind Fälle denkbar, in denen nach Vorleben oder Beweggründen die Frauensperson strafwürdiger ist als der Dritte. Bei der vollendeten Abtreibung hindern dann Art. 118 und 119 den Richter nicht, jene strenger (mit Gefängnis bis zu drei Jahren) zu bestrafen als den Dritten, gegenüber dem bis auf Gefängnis von drei Tagen hinuntergegangen werden kann. Deshalb ist nicht einzusehen, weshalb beim untauglichen Versuch an der Nichtschwangeren diese rein schematisch sollte straflos gelassen werden müssen, während das Gesetz Bestrafung des Dritten verlangt. Das hätte auch die sachlich nicht gerechtfertigte Folge, dass jemand, der der Nichtschwangeren anders als beim Abtreibungsakte hilft (z.B. durch Angabe der Adresse eines Abtreibers), ebenfalls straflos bliebe (vgl. BGE 75 IV 8), während jemand, der die Hülfe nicht der Frauensperson, sondern dem Abtreiber leisten will (z.B. indem er ihm den Weg zum Hause der Frauensperson zeigt), bestraft werden muss. Dazu kommt die kriminalpolitische Überlegung, dass eine Frauensperson nur selten einen Eingriff vornimmt oder vornehmen lässt, wenn sie nicht wirklich schwanger ist, dass aber häufig eine Schwangerschaft, die tatsächlich vorhanden gewesen ist, nachträglich nicht mehr bewiesen werden kann (vgl. SCHWARZ, ZStrR 61 201 ff.), also nach der bisherigen Rechtsprechung die Frauensperson meistens nicht wegen tatsächlichen Fehlens der Schwangerschaft, sondern nur weil diese nicht genügend nachgewiesen werden konnte, freizusprechen war. Da der Nachweis der Schwangerschaft in der Regel davon abhängt, ob die Frauensperson dem Sachverständigen oder dem Richter wahrheitsgetreue An-

gaben darüber macht, was sie beim Abgang der Frucht wahrgenommen hat, musste die Beschuldigte meistens freigesprochen werden, wenn sie log, während nur die Aufrichtige, die schuldbewusst gestand, bestraft werden konnte. Das Stossende dieses Ergebnisses wird beseitigt, wenn auch Abtreibungshandlungen, die mangels Nachweises der Schwangerschaft als untauglicher Versuch gewürdigt werden müssen, für die Frauensperson (wie für den Dritten) Strafe nach sich ziehen.

Die Beschwerdeführerin ist deshalb zu Recht verurteilt worden.

4. — Damit ist das Entschädigungsbegehren, das die Beschwerdeführerin für den Fall der Freisprechung stellt, gegenstandslos, desgleichen das Begehren um Befreiung von der Kostenpflicht. Soweit es die Entschädigungs- und Kostenfrage für das kantonale Verfahren betrifft, könnte es übrigens vom Kassationshof nicht beurteilt werden, da er der kantonalen Behörde keine Weisungen über die Anwendung kantonalen Prozessrechtes zu erteilen hat.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

**32. Urteil des Kassationshofes vom 11. Juli 1950 i. S. Treyer gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.**

*Art. 148 Abs. 1 StGB.* Betrügt der Schuldner, wenn er den Gläubiger nicht darauf aufmerksam macht, dass dieser aus Irrtum zu wenig fordert ?

*Art. 148 al. 1 CP.* Le débiteur qui ne signale pas à son créancier que, par erreur, ce dernier réclame trop peu, commet-il une escroquerie ?

*Art. 148 cp. 1 CP.* Si rende colpevole di truffa il debitore che omette di richiamare l'attenzione del suo creditore sul fatto che costui, per errore, ha chiesto troppo poco ?

A. — Am 19. Mai 1943 wies die städtische Elektrizitätsverwaltung am Schalter der Ersparniskasse Laufenburg

die Stromrechnung für die Monate März und April 1943 vor. Sie lautete auf Fr. 79.—, da aus Versehen für Heizstrom nur Fr. 67.50 statt Fr. 675.— verlangt wurden, denn der Verbrauch, bei dessen Feststellung die Ersparniskasse in keiner Weise mitzuwirken gehabt hatte, war auf der Rechnung irrtümlicherweise mit 2700 kWh statt mit 27 000 kWh angegeben. Der Kassier Kurt Rehmann bezahlte die Rechnung und gab sie an den Hilfsbuchhalter Stephan Obrist weiter. Dieser entdeckte den Irrtum der Elektrizitätsverwaltung und unterrichtete darüber sowohl Rehmann als auch den Verwalter der Ersparniskasse, Josef Treyer. Dieser sah voraus, dass die Elektrizitätsverwaltung den Irrtum selber entdecken werde, war aber auch für den Fall, dass das nicht zutreffen sollte, zu schweigen bereit. Er liess durch Obrist den bezahlten Betrag von Fr. 79.— verbuchen und die zu wenig bezahlten Fr. 607.50 auf ein transitorisches Konto übertragen für den Fall, dass sie nachgefordert würden. Auch der Buchhalter Gotthold Huber, der schon um jene Zeit von der Sache Kenntnis erhalten haben will, schwieg.

Weder die Elektrizitätsverwaltung noch der Stadtkassier bemerkten den Irrtum. Der Stadtkassier überprüfte von den vielen Rechnungen stichprobeweise nur einzelne, weil er nicht Zeit hatte, alle genau nachzusehen. Als die Elektrizitätsverwaltung im Februar 1944 auf den Postcheckkonto der Ersparniskasse den reglementarischen Stromrabatt bezahlte, den sie nach den tatsächlich bezahlten Rechnungsbeträgen bemass, buchte Obrist am 14. Februar 1944 den Betrag von Fr. 607.50 vom transitorischen Konto auf das Konto « Ertrag der Liegenschaften » um. Treyer, der davon Kenntnis erhielt, liess es dabei bewenden in der Meinung, die Elektrizitätsverwaltung entdecke den Irrtum nun nicht mehr.

Huber, der auf 31. Dezember 1945 bei der Ersparniskasse entlassen wurde, meldete kurz darauf den Sachverhalt dem Stadtkassier. Dieser untersuchte die Sache, stellte mühelos den Irrtum fest und gab davon dem Bankverwalter Kennt-