

## II. VERFAHREN

## PROCÉDURE

Vgl. Nr. 8 und 14. — Voir nos 8 et 14.

## I. STRAFGESETZBUCH

## CODE PÉNAL

**15. Urteil des Kassationshofes vom 1. Oktober 1948 i. S. Elmer gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt.**

*Art. 23, 119 StGB.* Der Dritte, der einer Nichtschwangeren die Frucht abzutreiben versucht, ist wegen untauglichen Versuchs strafbar (Änderung der Rechtsprechung).

*Art. 23 et 119 CP.* Le tiers qui pratique des manœuvres abortives sur une personne non enceinte est punissable pour délit impossible (changement de jurisprudence).

*Art. 23 e 119 CP.* Il terzo che pratica degli atti abortivi su di una persona non incinta è punibile per reato impossibile (cambiamento della giurisprudenza).

*A.* — Am 6. Juli 1948 verurteilte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt Elsa Elmer in Anwendung von Art. 119 Ziff. 1, Art. 22 und 23 Abs. 1 StGB wegen Abtreibungsversuches an Ida Ducros zu sechs Monaten Gefängnis. Es erachtete zwar als wahrscheinlich, immerhin aber (im Gegensatz zur ersten Instanz) nicht als erwiesen, dass Ida Ducros zur Zeit der Tat schwanger gewesen sei, nahm jedoch auch für diesen Fall einen strafbaren Versuch an.

*B.* — Die Verurteilte führt durch ihren Verteidiger Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrage auf Freisprechung. Sie beruft sich auf die Rechtsprechung des Kassationshofes und den klaren Wortlaut des Gesetzes, wonach der Versuch der Abtreibung an einer Nichtschwangeren straflos sei.

*C.* — Die Staatsanwaltschaft beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 119 Ziff. 1 StGB ist strafbar, « wer einer Schwangeren mit ihrer Einwilligung die Frucht abtreibt » und « wer einer Schwangeren zu der Abtreibung Hilfe leistet ».

Wer einer Nichtschwangeren die Leibesfrucht abzutreiben versucht, begeht einen untauglichen Versuch im Sinne von Art. 23 Abs. 1 StGB. Untauglich ist er, weil der Gegenstand, woran der Täter das Verbrechen ausführen will, « derart ist, dass die Tat an einem solchen Gegenstande überhaupt nicht ausgeführt werden könnte ». Dabei kommt nichts darauf an, ob man als Gegenstand des Verbrechens die Frucht oder den Körper der Frauensperson ansieht. Der Kassationshof hat bereits in BGE 70 IV 157 ausgeführt, dass die gesetzliche Umschreibung des Versuchs am untauglichen Gegenstande in Art. 23 nicht wörtlich zu nehmen ist, sondern an sich auch die Fälle erfasst, wo ein Gegenstand, an dem das Verbrechen ausgeführt werden könnte, überhaupt fehlt.

2. — Aus der Verwendung des Ausdruckes « Schwangere » in Art. 119 Ziff. 1 StGB hat indes der Kassationshof geschlossen, dass das Verbrechen der Abtreibung durch eine Drittperson auch als Versuch nur an einer Schwangeren ausgeführt werden könne, der Versuch an einer Nichtschwangeren straflos sei (BGE 70 IV 9, 152). Diese Auffassung geht darüber hinweg, dass Art. 119 wie die anderen besonderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches nur den Tatbestand des vollendeten Verbrechens umschreibt. Aus dieser Umschreibung allein darf nicht geschlossen werden, dass der Versuch am nicht vorhandenen Gegenstand oder an einem Gegenstande, der die zum vollendeten Verbrechen gehörenden Merkmale nicht aufweist, straflos sei. Das Wesen des untauglichen Versuches, wie ihn Art. 23 StGB unter Strafe stellt, besteht gerade darin, dass der Täter irrtümlich glaubt, der Gegenstand oder dessen gesetzliche Merkmale seien gegeben. Es

verhält sich nicht anders, als wenn der Täter mit tauglichem Mittel zu handeln wähnt, während es in Wirklichkeit untauglich ist; auch hier stellt er sich etwas vor, das zum gesetzlichen Tatbestand gehört, aber nicht vorhanden ist. Um seines Verhaltens angesichts des vorgestellten Tatbestandes willen wird er bestraft. In BGE 70 IV 155 glaubte der Kassationshof, dann eine Ausnahme machen zu müssen, wenn das Gesetz eine Eigenschaft des Gegenstandes des Verbrechens « besonders betont, insbesondere wenn es ihn einschränkend bezeichnet ». Das bedeute, dass die Tat straflos zu bleiben habe, wenn sich ihre Ausführung nicht gegen einen Gegenstand in diesen Schranken richte. Allein die Eigenschaften des Gegenstandes gehören zur gesetzlichen Umschreibung des Tatbestandes, weil nur am Gegenstande der umschriebenen Art das Verbrechen vollendet werden kann, so z. B. die Tötung oder Körperverletzung nur am « Menschen » (Art. 111 ff., 123 ff.), der Diebstahl nur an einer « fremden beweglichen Sache » (Art. 137), die Unzucht mit Kindern nur am « Kind unter sechzehn Jahren » (Art. 191), die Urkundenfälschung nur an der « Urkunde » (Art. 251, 110 Ziff. 5). Ob das Gesetz die Eigenschaften des Gegenstandes erschöpfend eigens erwähnt oder ob sich einzelne von ihnen aus den übrigen Tatbestandsmerkmalen, insbesondere aus dem die Handlung kennzeichnenden Zeitwort ergeben, so z. B. wenn in Art. 116 mit dem Worte « töten » zugleich gesagt ist, dass sich die Handlung gegen ein *lebendes* Kind richten muss, macht keinen Unterschied aus. So wäre z. B. nicht zu verstehen, weshalb der Versuch der Aussetzung an einer irrtümlich für hilflos gehaltenen Person straflos sein sollte, weil Art. 127 den Gegenstand des Verbrechens als einen « Hilflosen » bezeichnet, wogegen der mit Tötungsvorsatz abgegebene Schuss auf eine Leiche als untauglicher Versuch vorsätzlicher Tötung strafbar wäre, weil Art. 111 bloss vom « Menschen », nicht vom « lebenden Menschen » spricht, und z. B. auch bestraft werden muss, wer einen tatsächlich Hilflosen in

einer eingebildeten Gefahr im Stiche lässt (BGE 73 IV 168). Freilich war es nicht nötig, in Art. 119 StGB « Schwangere » zu sagen, ergibt sich doch die Schwangerschaft als Merkmal des vollendeten Verbrechens schon daraus, dass die Bestimmung von der Abtreibung einer *Frucht* spricht. Allein diese pleonastische Ausdrucksweise ist darauf zurückzuführen, 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, bezeichnet (Art. 110 Ziff. 1 StGB) und sich andere Ausdrücke, z. B. « Weib », « Frauensperson », « weibliche Person » nicht aufdrängten. Inwiefern diese Auslegung des Art. 119 Ziff. 1 gegen Art. 1 StGB verstossen sollte, ist nicht zu sehen. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen den Pleonasmus meidet, verbietet sie nicht. Nichts lag ferner, als z. B. in Art. 116 vom « lebenden Kinde » zu sprechen, wo sich schon aus dem Worte « töten » ergibt, dass das Verbrechen nur am Lebenden vollendet werden kann, wogegen der Ausdruck « Schwangere » in Art. 119 eine vernünftige Erklärung findet, ohne dass in ihm eine negative Entscheidung gegen die Strafbarkeit des Versuchs der Abtreibung an einer Nichtschwangeren gesehen zu werden braucht. Es bestand kein Grund, diese Entscheidung, wenn sie hätte getroffen werden wollen, als Ausnahme von der allgemeinen Bestimmung des Art. 23 in so verhüllter Weise zu treffen, wo sie doch mit wenigen Worten ausdrücklich hätte getroffen werden können.

3. — Der Kassationshof hat auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes herangezogen, ohne freilich in BGE 70 IV 152 mehr entscheidend darauf abzustellen. Allein auch diese Erwägungen sind zu berichtigen. Wohl ersetzte die erste Expertenkommission in Art. 54 Abs. 2 und 3 des Vorentwurfes von Stooss aus dem Jahre 1894 das Wort « Schwangere » durch « Frauensperson », um jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass der Dritte sich auch durch den Abtreibungsversuch an einer Nicht-

schwangeren strafbar mache, im Gegensatz zur Nichtschwangeren selbst, die nach der Auffassung der Kommission in Art. 14 ausdrücklich straflos erklärt werden sollte (Protokoll 1 332 f.). Doch das bedeutet nicht, dass das Wort « Schwangere » die Bestrafung des Dritten für den Abtreibungsversuch an der Nichtschwangeren nach der Auffassung der Kommission wirklich ausgeschlossen hätte; die Kommission wollte bloss keine Zweifel aufkommen lassen. Nachdem sie später beschlossen hatte, auch die Nichtschwangere bestrafen zu lassen (Protokoll 2 399 f.), führte sie bei anderer Gelegenheit in die Bestimmung über die Abtreibung (damals Art. 55) selber wieder das Wort « Schwangere » ein, indem sie den ersten Absatz, lautend: « Wer eine menschliche Frucht vorsätzlich tötet... », abänderte in: « Die Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich tötet... ». Bedenken, dass damit die Nichtschwangere für den Abtreibungsversuch wieder als straflos betrachtet werden könnte, äusserte sie nicht, obschon gerade hier, wo « Schwangere » das Subjekt des Vergehens bezeichnet, solche Bedenken eher am Platze gewesen wären als dort, wo dieses Wort den Gegenstand umschrieb. Die Änderung des Absatzes erfolgte aus einem Grunde, der mit der Frage der Strafbarkeit des Versuchs an der Nichtschwangeren nichts zu tun hat (Protokoll 2 497). So kam es, dass der nach den Beschlüssen der Expertenkommission im März 1896 herausgegebene Vorentwurf in Art. 56 sowohl von einer « Schwangeren » (Abs. 1) als auch von einer « Frauensperson » (Absätze 2, 4, 5, 7) sprach. Stooss legte der Verschiedenheit des Ausdrucks keine Bedeutung bei, verwendete er doch in seinem Berichte von 1901 in den Bemerkungen zu Art. 56 überhaupt nur die Bezeichnung « Frauensperson ». In die revidierten Vorentwürfe der Jahre 1901 bis 1903 wurde die Bestimmung unverändert übernommen, und so gelangte das Wort « Schwangere » auch in Art. 68 Ziff. 1 des Vorentwurfes von 1908, wogegen in den übrigen Ziffern des Artikels « Frauensperson » durch « Frau »

ersetzt wurde. Es trifft also nicht zu, dass, wie der Kassationshof in BGE 70 IV 10 und 153 angenommen hat, die Verwendung des Ausdruckes « Schwangere » im Tatbestand der aktiven Abtreibung im Vorentwurfe von 1908 auf den ursprünglichen Beschluss der ersten Expertenkommission zurückgeht, wonach die Nichtschwangere für den Abtreibungsversuch straflos zu lassen sei, und dass dem spätern Beschluss der gleichen Kommission, die sich irrtümlich für schwanger haltende Frau doch auch zu bestrafen, nicht Rechnung getragen worden ist. Eben- sowenig hat die zweite Expertenkommission die Nichtschwangere oder sogar den Dritten straflos lassen wollen. Wohl vertrat GAUTIER bei der ersten Lesung in der zweiten Expertenkommission die Meinung, das Wort « Schwangere » in Art. 68 Ziff. 1 schliesse die Bestrafung der Nichtschwangeren für den Abtreibungsversuch aus, und kritisierte die Verschiedenheit der Ausdrucksweise. Aber er beantragte nicht etwa, dass durchwegs « Schwangere » zu setzen sei, sondern beanstandete im Gegenteil, dass der Fall unter Ziff. 1 nicht gleich behandelt werde wie die andern Fälle. Sein Votum wurde mit dem Hinweis beantwortet, dass die Frage schon in der ersten Expertenkommission behandelt worden sei, wobei freilich irrtümlicherweise nur auf den ersten, nicht auch auf den zweiten Beschluss hingewiesen wurde. Damit war die Sache ohne weitere Diskussion erledigt (Protokoll 2 186 f.). Der bereinigte Vorentwurf vom August 1915 verwendete dann durchwegs den Ausdruck « Schwangere », sowohl bei der aktiven wie bei der passiven Abtreibung (Art. 109 und 110). Aber nicht etwa weil man, was niemand in der zweiten Expertenkommission postuliert hatte, den Abtreibungsversuch des Dritten an der Nichtschwangeren hätte straflos lassen wollen, sondern, wie GAUTIER in der Kommission darlegte, weil der Ausdruck « Frau » nicht passte, da man darunter nur die weibliche Person mit zurückgelegtem sechzehntem Altersjahr verstehen wollte (Protokoll 8 225). Es darf somit nicht geschlossen werden,

dass die zweite Expertenkommission durch Zustimmung zur abgeänderten Ausdrucksweise, die GAUTIER ausdrücklich nur als redaktioneller Natur bezeichnete, die Ansicht gebilligt habe, der Abtreibungsversuch des Dritten an der Nichtschwangeren sei nicht strafbar. Auch im späteren Werdegang des Gesetzes vertrat niemand diese Ansicht. Im Gegenteil wurden die Abtreibungshandlungen an einer Nichtschwangeren im Nationalrat als Beispiel eines untauglichen Versuchs erwähnt (StenBull NatR, Sonderausgabe 89), was freilich, wie der Kassationshof in BGE 70 IV 154 ausgeführt hat, weiter keine Bedeutung haben mag, da damals die Bestimmungen über den Versuch, nicht jene über die Abtreibung erörtert wurden. Sicher ist, dass sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht ergibt, dass man durch Art. 119 StGB in Abweichung von Art. 23 den vom Dritten verübten Versuch der Abtreibung an der Nichtschwangeren straflos erklären wollte.

4. — Die Auffassung, dass dieser Versuch straflos sei, lässt sich auch nicht damit begründen, dass es ein erstaunlicher Widerspruch wäre, die Frauensperson gemäss dem eindeutigen Text von Art. 118 StGB bei bloss vermeintlicher Schwangerschaft straflos zu lassen, aber den Dritten, z. B. den nach den Regeln der Kunst vorgehenden Arzt, zu bestrafen (BGE 70 IV 156). Dabei kann die Frage, ob der Ausdruck « Schwangere » in Art. 118 der Bestrafung der Nichtschwangeren im Wege steht, für heute offen bleiben. In dieser Bestimmung bezeichnet der Ausdruck das Subjekt der strafbaren Handlung, in Art. 119 dagegen den Gegenstand, an dem sie ausgeführt wird. Die Gründe, die für die Strafbarkeit des vom Dritten ausgeführten Abtreibungsversuches an einer Nichtschwangeren sprechen, lassen sich daher nicht ohne weiteres auch auf den Fall des Art. 118 übertragen. Allein an der verschiedenen Behandlung wäre nicht Anstoss zu nehmen. Einmal behandelt das Gesetz die Frauensperson, die ihre eigene Frucht abtreibt, aus einleuchtenden Gründen ohnehin

milder als den Dritten, und sodann ist dieser durchaus nicht immer sachkundiger als jene. Schon eher läge ein nicht zu verstehender Widerspruch darin, den Dritten dann zu bestrafen, wenn er an einer Schwangeren ein absolut untaugliches Mittel, z. B. harmlose Bäder, anwendet (BGE 70 IV 50), ihn dagegen straflos zu lassen, wenn er an einer Nichtschwangeren Eingriffe vornimmt, die deren Leben oder Gesundheit gefährden können.

An der Rechtsprechung, die den Dritten für den Abtreibungsversuch an der Nichtschwangeren straflos erklärt, kann daher nicht festgehalten werden.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**16. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 9. Juli 1948 i. S. Hofstetter und Stampfli gegen Käch.**

1. *Art. 24 Abs. 1 StGB, Anstiftung.* Dass der Haupttäter unbekannt ist, schliesst die Bestrafung des wegen Anstiftung Angeklagten nicht ohne weiteres aus.
2. *Art. 29 StGB, Antragsfrist.* Der Antragsberechtigte kennt den Täter nicht schon, wenn er eine bestimmte Person im Verdacht hat, sondern erst, wenn er von deren Täterschaft überzeugt sein darf.
1. *Art. 24 al. 1 CP, instigation.* Il peut y avoir instigation, encore que l'auteur principal n'ait pas été identifié.
2. *Art. 29 CP, délai pour porter plainte.* Pour connaître l'auteur d'une infraction, il ne suffit pas de soupçonner une personne déterminée; il faut encore être convaincu que c'est elle qui a agi.
1. *Art. 24 cp. 1 CP, istigazione.* L'istigatore è punibile quand'anche l'autore principale non sia stato identificato.
2. *Art. 29 CP, termine per sporgere querela.* Per conoscere l'autore di un reato, non basta sospettare una persona determinata; occorre altresì la convinzione che sia stata essa a agire.

A. — Paul Käch, Arbeiter im Zeughaus Solothurn, war Gemeindeschreiber in Bolken (Solothurn) gewesen. Im Jahre 1945 wurde er in diesem Amte nicht mehr bestätigt. Er war der Auffassung, dass zwei Einwohner von Bolken, Hofstetter und Stampfli, welche der gleichen

politischen Partei wie er angehörten, seine Wiederwahl hintertrieben hätten. In der Folge wurden diese beiden in einem anonymen Zettel, der sich bei einer Abstimmung in einem Stimmcouvert fand, in ihrer Ehre angegriffen. Ferner erhielt Hofstetter einen ebenfalls anonymen Brief ehrenrührigen Inhalts. Die Verletzten hatten sofort Käch als Verfasser oder Urheber dieser Schriftstücke im Verdacht. Ein Gutachten, das in ihrem Auftrag am 23. März 1946 erstattet wurde, bezeichnete Kürsener, der wie Käch im Zeughaus Solothurn arbeitet, als Verfasser. Darauf erhoben Hofstetter und Stampfli am 9. April 1946 gegen Kürsener und Käch Strafklage wegen Ehrverletzung.

B. — Das Amtsgericht Bucheggberg-Kriegstetten sprach Kürsener mangels Beweises frei; dagegen verurteilte es Käch wegen vollendeter Anstiftung zu Verleumdung und Beschimpfung zu einer Busse von Fr. 400.—

Das Obergericht des Kantons Solothurn, das als Appellationsinstanz nur noch über die Anklage der Verleumdung bzw. der Anstiftung dazu zu befinden hatte, sprach insoweit nicht nur Kürsener, sondern auch Käch frei; dementsprechend setzte es die Busse für diesen auf Fr. 100.— herab (Urteil vom 8. November 1947).

C. — Hofstetter und Stampfli einer- und Käch andererseits führen gegen das Urteil des Obergerichts Nichtigkeitsbeschwerde.

Hofstetter und Stampfli beantragen, das Urteil aufzuheben, soweit es Käch von Anstiftung zu Verleumdung freispreche, und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie beanstanden die Auffassung des Obergerichts, dass der Anstifter nicht selbständig verurteilt werden könne, wenn der Haupttäter nicht festgestellt sei. Darin liege eine Verletzung des Art. 24 StGB.

Käch wendet sich dagegen, dass das Obergericht ihn wegen Anstiftung zu Beschimpfung verurteile. Er macht unter anderm geltend, die Gegenpartei habe die Antragsfrist verpasst. —