

gegeben werden können. Es waren äussere Umstände, die sie von Dr. B. zu Frau G. führten und, als sie auch in dieser keine Helferin fand, vom geplanten Vergehen Abstand nehmen liessen. Allein damit ist an sich nicht gesagt, dass das, was sie getan hat, im Sinne der erwähnten Rechtsprechung bereits zur Ausführung der Tat gehörte. Mag auch Frau K. fest entschlossen gewesen sein, die Leibesfrucht abtreiben zu lassen, so kann doch nicht gesagt werden, dass es für eine Frau, die sich mit einem solchen Entschlusse erstmals in der Wohnung eines Arztes oder bei einer anderen ihr nicht näher bekannten Person meldet, normalerweise kein Zurück mehr gebe. Das würde voraussetzen, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge unter solchen Umständen die Abtreibung auf erstes Begehren hin unverzüglich vorgenommen werde, etwa so, wie einem Kunden, der einen Laden betritt, normalerweise die gewünschte Ware anstandslos verkauft und sofort übergeben wird. Von solcher Geschäftsabwicklung kann im Gebiete der unerlaubten Abtreibungen nicht einmal dann die Rede sein, wenn — was im vorliegenden Falle nicht zutrifft — die angegangene Person grundsätzlich gegenüber jedermann zur Begehung des Verbrechens bereit ist, denn selbst in einem solchen Falle wird der ersten Fühlungnahme die Abtreibung in der Regel nicht auf dem Fusse folgen, sondern zuerst Zeit und Ort der Tat vereinbart werden, sodass der Schwangeren genügend Musse bleibt, auf ihren Entschluss zurückzukommen. Den *letzten* entscheidenden Schritt, wie ihn die Rechtsprechung verlangt, tut sie erst, wenn sie unter Umständen, die eine ungehinderte und ununterbrochene Verwirklichung ihrer Absicht voraussehen lassen, sich dem Abtreiber zur Vornahme des verbrecherischen Eingriffs stellt.

Hat somit Frau K. das Vergehen nicht auszuführen begonnen, sondern bloss vorbereitet, so muss der Beschwerdeführer von der Anklage der Gehülfschaft zu einem Abtreibungsversuch freigesprochen werden.

**36. Urteil des Kassationshofes vom 29. Oktober 1948 i. S. Kessler gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.**

*Art. 41 Ziff. 1 StGB.* Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges. Ablehnung wegen Hemmungs- und Skrupellosigkeit des Verurteilten bei Begehung der Tat.

*Art. 41 ch. 1 CP.* Conditions du sursis. Refus motivé par l'absence de scrupules du condamné.

*Art. 41 cìfra 1 CP.* Condizioni della sospensione condizionale della pena. Rifiuto a motivo della mancanza di scrupoli del condannato.

*A.* — Kessler führte am 12. September 1947 um 21.30 Uhr im Zustande starker Angetrunkenheit ein Personenautomobil von Zürich nach Wallisellen. Als er eine leichte Linksbiegung der alten Winterthurerstrasse in Wallisellen kurz nahm, stiess er auf der linken Strassenseite mit dem aus entgegengesetzter Richtung kommenden Radfahrer Wilhelm Knecht zusammen und tötete ihn. Die Untersuchung ergab, dass das Blut Kesslers 1,35 ‰ Alkohol enthielt, eine so starke Konzentration, dass der Sachverständige sie mit der Behauptung Kesslers, lediglich am Nachmittag des betreffenden Tages sieben bis acht Becher Bier getrunken zu haben, nicht vereinbaren kann.

*B.* — Das Bezirksgericht Bülach verurteilte Kessler am 6. November 1947 wegen fahrlässiger Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 2 StGB) und fahrlässiger Tötung (Art. 117 StGB) zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zwei Monaten und zu zweihundert Franken Busse.

Auf Appellation der Staatsanwaltschaft erhöhte das Obergericht des Kantons Zürich am 4. Juni 1948 die Strafe auf vier Monate Gefängnis und Fr. 500.— Busse. Den bedingten Strafvollzug lehnte es ab. Es führte aus, im Abtreibungsprozess N. habe Kessler sich lügenhaft benommen. Im vorliegenden Verfahren bestreite er wider besseres Wissen, am Nachmittag des 12. September 1947 mehr als acht Becher Bier getrunken zu haben. Bei der

Einvernahme der Zeugin N. habe er geschwiegen, als die Zeugin wahrheitswidrig verneint habe, mit ihm befreundet zu sein. Trotzdem er am 24. Juni 1947 wegen Drohung mit Fr. 40.— gebüsst worden sei, habe er sich keine drei Monate später in einem Zustande an das Steuer gesetzt, der laut Gutachten als starke Angetrunkenheit bis leichter Rausch zu bezeichnen sei. Alle diese Einzelhandlungen ergäben zusammen ein Bild der Unaufrichtigkeit, der Hemmungslosigkeit, der rücksichtslosen Durchsetzung der eigenen und der groben Missachtung fremder Interessen, also eines Charakters, der keine Gewähr dafür biete, dass die Zubilligung des bedingten Strafvollzuges den Angeklagten von weiteren strafbaren Handlungen abhalten würde.

C. — Kessler führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrage auf Rückweisung der Sache an das Obergericht zur Gewährung des bedingten Vollzuges.

Er macht geltend, es lägen keine besonderen Tatsachen vor, die auf weitere strafbare Handlungen des Beschwerdeführers schliessen liessen. Seine Unaufrichtigkeit im Strafverfahren N. sei nicht wesentlich. Aus dem Umstande sodann, dass der Beschwerdeführer der Zeugin N. nicht widersprochen habe, könne nicht auf grundsätzliche Unaufrichtigkeit geschlossen werden, denn der Beschwerdeführer habe gemeint, sein Anwalt werde die nötigen Bemerkungen machen. Der Vorwurf, der Beschwerdeführer habe wider besseres Wissen bestritten, mehr Alkohol, als die acht Becher Bier enthielten, genossen zu haben, sei unbegründet. Der Drohung, deretwegen der Beschwerdeführer verurteilt worden sei, habe das Bezirksgericht keine erhebliche Bedeutung beigemessen. Aus ihr und dem Autofahren nach einem einmaligen grösseren Alkoholgenuß könne nicht auf Hemmungslosigkeit, rücksichtslose Durchsetzung der eigenen und grobe Missachtung fremder Interessen geschlossen werden und damit auf einen Charakter, der eine Besserung ohne Vollzug der Strafe als ausgeschlossen erscheinen lasse. Diese Beurteilung überschreite

die Grenze des Ermessens, widerspreche dem Zweck des bedingten Strafvollzuges. Tatsachen, die mit der begangenen strafbaren Handlung in keinem Zusammenhang stünden, dürften, wenn allgemein keine Momente für die Begehung weiterer strafbarer Handlungen vorlägen, nicht zur Verweigerung des Strafaufschubes führen. Unaufrichtigkeit des Beschwerdeführers genüge daher nicht, um anzunehmen, dass er ohne Vollzug der Strafe weitere Vergehen, insbesondere Verkehrsdelikte, verüben würde. Der Beschwerdeführer habe einen sehr guten automobilistischen Leumund, da er seit 1935 trotz fast täglicher Benutzung des Automobils nicht mehr gebüsst worden sei.

D. — Die Staatsanwaltschaft beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 41 Ziff. 1 StGB kann der Richter den Vollzug einer Gefängnisstrafe von nicht mehr als einem Jahr oder einer Haftstrafe (Abs. 1) aufschieben, wenn (Abs. 2) Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde durch diese Massnahme von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten, wenn überdies (Abs. 3) der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre weder in der Schweiz noch im Auslande wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe verbüsst hat und wenn (Abs. 4) er den gerichtlich oder durch Vergleich festgestellten Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat.

Aus dem Worte « kann » im ersten Absatz dieser Bestimmung folgt, dass der Richter auch beim Vorliegen der in den Absätzen 2 bis 4 genannten Voraussetzungen den bedingten Strafvollzug verweigern darf, freilich nicht allgemein aus bestimmten in den Absätzen 2 bis 4 nicht genannten Gründen, z. B. ausschliesslich oder vorwiegend zur allgemeinen Abschreckung, wohl aber aus Überlegungen, die sich auf die Umstände des betreffenden Falles und die persönlichen Verhältnisse des zu beurteilenden

Täters stützen und dem Sinn und Geist des Gesetzes, dem Grundgedanken der Einrichtung des bedingten Strafvollzuges nicht widersprechen, der dahin geht, den Täter schon durch die in der ausgesprochenen Strafe liegende Warnung zu bessern, wenn dafür begründete Aussicht besteht und er diese Behandlung nach seiner Persönlichkeit verdient (BGE 73 IV 77, 84).

2. — Die fahrlässige Störung des öffentlichen Verkehrs und die fahrlässige Tötung sind im vorliegenden Falle darauf zurückzuführen, dass der Beschwerdeführer in einem Zustande, der als starke Angetrunkenheit, wenn nicht sogar als leichter Rausch zu bezeichnen ist, ein Motorfahrzeug geführt hat. Dieses Verhalten zeugt von einer solchen Hemmungs- und Skrupellosigkeit des Beschwerdeführers, dass er den bedingten Aufschub der Strafe nicht verdient. Wohl hat gerade der Alkohol die Hemmungen vermindert. Das wusste der Beschwerdeführer aber, wie ihm auch selbstverständlich bekannt war, dass ein Angetrunkenener seine Fähigkeiten zur Beherrschung des Fahrzeuges überschätzt, anders ausgedrückt, dass das Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustande die anderen Strassenbenützer in hohem Masse gefährdet. Er hätte, wenn er nicht auf die Führung seines Wagens verzichten wollte, weniger oder keinen Alkohol trinken sollen. Durch sein Verhalten hat er auf Leben und Gesundheit anderer so wenig Rücksicht genommen dass es dem Sinn und Geiste des Gesetzes nicht widerspricht, ihn durch eine unbedingt vollziehbare Strafe an seine Pflicht zu erinnern, zumal eine solche Strafe, was nebenbei mitberücksichtigt werden darf (BGE 73 IV 80), durch Abschreckung auch allgemein das Verantwortungsgefühl der Motorfahrzeugführer stärken kann.

3. — Bleibt die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges somit im Rahmen des Ermessens, das dem Richter nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zusteht, so kommt nichts darauf an, ob die Vorinstanz den zweiten Absatz von Art. 41 Ziff. 1 richtig ausgelegt hat, d. h. ob Vorleben und

Charakter des Beschwerdeführers, wie sie sich aus der Vorstrafe wegen Drohung, dem Verhalten im Prozesse N. und im vorliegenden Prozesse sowie aus dem Fahren in angetrunkenem Zustande ergeben, die Erwartung nicht rechtfertigen, dass der Beschwerdeführer sich durch eine bedingt vollziehbare Strafe von weiteren Vergehen und Verbrechen abhalten liesse.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**37. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 8. Oktober 1948 i. S. Cottinelli gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden.**

1. Art. 154 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Gewerbsmässigkeit des Inverkehrbringens gefälschter Ware (Erw. 2).
  2. Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Gewinnsucht (Erw. 3).
  3. Art. 48 Ziff. 2 StGB. Wie ist die Busse für eine gewerbsmässig begangene Tat zu bemessen ? (Erw. 4). Grundsätze für die Berechnung des aus dem Vergehen gezogenen Gewinnes (Erw. 5).
  4. Art. 269 Abs. 1 BStP. « *In dubio pro reo* » ist kein Satz des eidgenössischen Rechts (Erw. 5 Abs. 1).
1. Art. 154 ch. 1 al. 2 CP. Faire métier de la mise en circulation de marchandises falsifiées (consid. 2).
  2. Art. 48 ch. 1 al. 2 CP. Cupidité (consid. 3).
  3. Art. 48 ch. 2 CP. Comment fixer l'amende lorsque l'auteur fait métier de l'infraction ? (consid. 4). Principes applicables au calcul du gain tiré de l'infraction (consid. 5).
  4. Art. 269 al. 1 PPF. Le principe « *in dubio pro reo* » ne constitue pas une règle du droit fédéral (consid. 5 al. 1).
1. Art. 154 cifra 1 cp. 2 CP. Mettere in circolazione per mestiere merci contraffatte (consid. 2).
  2. Art. 48 cifra 1 cp. 2 CP. Fine di lucro (consid. 3).
  3. Art. 48 cifra 2 CP. Commisurazione della multa quando l'autore fa mestiere dell'infrazione (consid. 4). Principi applicabili pel calcolo del profitto procurato dall'infrazione (consid. 5).
  4. Art. 269 cp. 1 PPF. Il principio « *in dubio pro reo* » non costituisce una regola del diritto federale (consid. 5 cp. 1).

A. — Da während des zweiten Weltkrieges die Einfuhr von Veltliner Wein immer schwieriger wurde, mischte Paul Cottinelli als kaufmännischer und technischer Leiter der A.-G. J. Cottinelli in Chur solchen Wein mit billigeren