

er die gesetzliche Voraussetzung des bedingten Strafvollzuges nicht und ist dieser Massnahme auch nicht würdig.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorstrafe sei, weil erlassen, als nicht vorhanden zu betrachten und könne deshalb nicht mehr berücksichtigt werden. Jene Strafe wurde indessen unter der Herrschaft des kantonalen Rechts gefällt. Deshalb bestimmt dieses, ob mit der Bewährung während der Probezeit und der damit allenfalls verbundenen Löschung des Urteils im Strafregister die Verurteilung als ungeschehen zu gelten habe oder ob und in welchem Umfange das Urteil weiter wirke. Der Kassationshof hat diese Frage des kantonalen Rechtes nicht zu überprüfen (Art. 269 Abs. 1 BStrP). Das Bundesrecht verbietet nicht, jene Vorstrafe im Rahmen des Art. 41 StGB zu berücksichtigen.

4. — Wäre die Vorstrafe unter neuem Recht ausgesprochen worden, so wäre es nicht anders. Nach Art. 41 Ziff. 4 StGB lässt der Richter das Urteil im Strafregister löschen, wenn sich der Verurteilte während der Probezeit bewährt hat. Die Löschung ist auch in anderen Fällen vorgesehen: in Art. 80 (Rehabilitation), 96 Abs. 4, 97 Abs. 3, 99 (Jugendstrafrecht). Die Frage, welche Folgen sie habe, stellt sich überall gleich. Sie ist in Art. 363 Abs. 3 StGB dahin beantwortet, dass eine gelöschte Vorstrafe nur Untersuchungsämtern und Strafgerichten, unter Hinweis auf die Löschung, mitgeteilt werden darf, und nur dann, wenn die Person, über welche Auskunft verlangt wird, im Strafverfahren Beschuldigter ist. Daraus muss gefolgert werden, dass die genannten Behörden die Mitteilung für die Zwecke des Strafverfahrens auch sollen verwenden dürfen; sonst hätte sie keinen Sinn. Und von Bedeutung sind die Vorstrafen, auch gelöschte, zur Beurteilung des Vorlebens des Beschuldigten, nämlich bei der Strafzumessung (Art. 63) und in der Frage des bedingten Strafvollzuges (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2). Dass das Gesetz die gelöschte Vorstrafe unter den erwähnten Gesichtspunkten

berücksichtigen lassen will, ergibt sich auch aus seiner Entstehungsgeschichte.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

48. Urteil des Kassationshofes vom 12. November 1943 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden gegen Torriani und Mitangeklagte.

1. Art. 24 StGB. Wer zum vornherein jederzeit zur Tat bereit ist, kann nicht angestiftet werden.
2. Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bezieht sich nur auf die beim Abtreibungsakte geleistete Hülfe; wer vorher oder nachher hilft, ist Gehülfe im Sinne des Art. 25 StGB.
3. Ob die Gehülfenschaft der Schwangeren oder ob sie dem dritten Abtreiber geleistet sei, entscheidet sich nach subjektiven Gesichtspunkten.

1. Art. 24 CP. Celui qui est d'emblée disposé en tout temps à commettre l'infraction ne peut pas être l'objet d'une instigation.
2. L'art. 119 ch. 1 al. 2 CP ne concerne que l'assistance prêtée au cours de l'avortement; celui qui prête son assistance avant ou après est un complice au sens de l'art. 25 CP.
3. C'est d'après les circonstances subjectives qu'on décidera si l'assistance est prêtée à la personne enceinte ou si elle l'est au tiers avorteur.

1. Art. 24 CP. Chi è senz'altro disposto in ogni momento a commettere l'infrazione non può essere oggetto d'un'istigazione.
2. L'art. 119, cifra 1, cp. 2 CP si riferisce soltanto all'assistenza prestata nel corso dell'aborto; chi presta assistenza prima o dopo l'aborto è un complice a' sensi dell'art. 25 CP.
3. Secondo le circostanze soggettive si deciderà se l'assistenza è prestata alla persona incinta oppure al terzo che procura l'aborto.

A. — Wilhelm Fischer, der schon im Jahre 1929 wegen Abtreibung der Leibesfrucht bestraft worden ist, trieb der schwangeren Rosa Casanova einmal anfangs Februar 1942 und zum zweiten Male am 26. Januar 1943 die Frucht ab, beide Male gegen ein Honorar von Fr. 80.—. Am 26. Januar 1943 beging er eine gleiche Tat an Ursula Marugg. Beide Mädchen starben wenige Tage später an den Folgen des Verbrechens.

Ursula Marugg war von Viktor Torriani geschwängert worden. Dieser fragte Martin Koch, den Freund seiner Schwester Klara, ob er ihm nicht die Adresse eines Abtreibers wüsste. Koch nannte ihm Fischer und schrieb diesem auf Veranlassung des Torriani einen Brief, worin er Fischer ersuchte, sich telephonisch mit Klara Torriani-Bensegger, der Mutter des Viktor Torriani, in Verbindung zu setzen. Fischer tat dies. Klara Torriani-Bensegger veranlasste ihn, nach Chur zu kommen, um Ursula Marugg die Frucht abzutreiben. Dann vereinbarten Klara Torriani jun. und Fischer eine Zusammenkunft, die am 26. Januar 1943 stattfand. Nachdem sie bei diesem Anlass erörtert hatten, wo der Eingriff vorzunehmen sei, holte Klara Torriani jun. Ursula Marugg und führte sie in ein Hotelzimmer. Dort beging Fischer an Ursula Marugg in Gegenwart von Klara Torriani jun., doch ohne deren Mitwirkung, die Tat. Klara Torriani jun. bezahlte ihm dafür Fr. 100.—.

B. — Am 16./17. Juni 1943 erklärte das Kantonsgericht von Graubünden Wilhelm Fischer der wiederholten gewerbmässigen Abtreibung im Sinne des Art. 119 Ziff. 3 StGB schuldig, Klara Torriani-Bensegger, Klara Torriani jun. und Martin Koch dagegen der Gehülfschaft bei Abtreibung gemäss Art. 118 in Verbindung mit Art. 25 StGB. Es verurteilte Fischer zu fünf Jahren Zuchthaus, Klara Torriani-Bensegger und Martin Koch zu je acht Monaten Gefängnis und Klara Torriani jun. zu zehn Monaten Gefängnis. Den letzteren drei gewährte es den bedingten Strafvollzug. Alle vier stellte es ferner in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein, Fischer auf acht, die anderen auf drei Jahre.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden rechtzeitig die Nichtigkeitsbeschwerde erklärt mit dem Begehren, es sei mit Bezug auf Klara Torriani-Bensegger, Klara Torriani jun. und Martin Koch zwecks Neubeurteilung der Sache aufzuheben. Die Staatsanwaltschaft beanstandet die Auffassung des Kantonsgerichts, wonach Wilhelm Fischer als gewerbmässiger

Abtreiber von den drei genannten Personen nicht habe angestiftet werden können. Anstiftung liege vor, sagt die Beschwerdeführerin, denn auch der gewerbmässige Abtreiber habe seinen freien Willen, und hier sei er durch das Schreiben des Koch und durch die Fürsprache der Frau Torriani und ihrer Tochter beeinflusst worden. Ferner macht die Staatsanwaltschaft geltend, auf die Hilfe, welche die Beschwerdegegner der Schwangeren bei der Abtreibung geleistet haben, sei Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, nicht Art. 25 in Verbindung mit Art. 118 StGB, anzuwenden.

D. — Klara Torriani-Bensegger, Klara Torriani jun. und Martin Koch beantragen die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. —
2. — Klara Torriani-Bensegger, Klara Torriani jun. und Martin Koch wären Anstifter, wenn sie Fischer zu dem von ihm verübten Verbrechen bestimmt hätten (Art. 24 StGB). Das würde voraussetzen, dass sie in ihm den Willen, das Verbrechen zu begehen, hervorgerufen hätten. Das kann an sich auch gegenüber einem gewerbmässigen Abtreiber geschehen, denn auch ein solcher behält den freien Willen, im einzelnen Falle zu- oder abzusagen. Hier ist jedoch nicht festgestellt, dass Fischer eine Absage erteilt habe und von den Beschwerdegegnern beeinflusst worden wäre. Die Vorinstanz hat seiner diesbezüglichen Behauptung nicht geglaubt, vielmehr festgestellt, dass er zu Abtreibungen jederzeit bereit gewesen sei und nur darauf gewartet habe, bis ein « Auftrag » eingegangen sei. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und bindet daher den Kassationshof. Sie schliesst die Anstiftung durch die Beschwerdegegner aus.
3. — Das Strafgesetzbuch unterscheidet zwischen der Abtreibung der Frucht durch die Schwangere und der Abtreibung durch einen Dritten. Daneben gibt es Fälle,

in welchen die Schwangere und der Dritte bei der Abtreibung zusammenwirken oder eine dieser Personen der anderen beim Abtreibungsakte Hilfe leistet. Ob in solchen Fällen der Dritte Täter bezw. Mittäter oder bloss Gehülfe gewesen ist, kann in der Regel nur schwer festgestellt werden. Um dieser Unterscheidung aus dem Wege zu gehen, ist in Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB die Hülfeleistung eines Dritten bei Abtreibung durch die Schwangere der Abtreibung durch einen Dritten gleichgestellt worden. Dabei dachte der Gesetzgeber nur an die Hülfeleistung beim Abtreibungsakte, nicht auch an Handlungen, welche sich vorher oder nachher abspielen, wie z. B. die Beschaffung von Instrumenten und Arzneien oder die Pflege der Täterin nach vorgenommener Abtreibung. Deutlich kam dies in den Vorwürfen von 1894 an zum Ausdruck, welche strafbar erklärten, « wer eine Abtreibungshandlung an einer Frauensperson mit ihrem Willen vornimmt oder dazu Hülfe leistet ». Von 1908 an waren die Entwürfe weniger klar, ohne dass indessen ersichtlich wäre, dass in diesem Punkte ihr Sinn hätte geändert werden wollen. Noch im Ständerat wurde darauf hingewiesen, dass Art. 106 des Entwurfs (Art. 119 des Gesetzes) sich mit dem Dritten befasse, « der einer Schwangeren, sei es mit oder ohne ihren Willen, die Frucht abtreibt oder der Schwangeren bei der Abtreibung Hilfe leistet » (AStenBull StR 1931 487). Auf Hülfeleistungen, die sich nicht beim Abtreibungsakte abspielen, trifft denn auch der Grund nicht zu, aus welchem Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 die Hülfe zu der Abtreibung durch die Schwangere der Abtreibung durch einen Dritten gleichstellt. Solche Handlungen lassen sich ohne Schwierigkeit als reine Hülfeleistungen von der Täterschaft unterscheiden. Sie sind auch weniger strafwürdig als die Abtreibung durch einen Dritten und die dieser gleichgestellten Handreichungen beim Abtreibungsakte. Wer der Schwangeren bloss im Sinne des Art. 25 StGB Gehülfschaft leistet, kann wie die Schwangere höchstens mit Gefängnis bestraft werden. Wer dagegen im Sinne des Art. 119 Ziff. 1 StGB

schuldig ist, steht unter der Strafdrohung von Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis. Mit dieser schweren Strafe kann das Gesetz den nicht treffen wollen, der nicht beim Abtreibungsakte mitwirkt, sondern die Tat sonstwie fördert und ihr daher weniger nahe steht.

Im vorliegenden Falle ist die Abtreibung nicht durch die Schwangere selbst, sondern durch Fischer vorgenommen worden. Die Frage, ob Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht bloss anwendbar ist auf Personen, die bei einer durch die Schwangere selbst vorgenommenen Abtreibung helfen, kann indessen offen bleiben. Die Anwendung auf die Hülfeleistung bei der Abtreibung durch Drittpersonen liesse sich jedenfalls nur insoweit rechtfertigen, als beim Abtreibungsakte und nicht bloss vor oder nach demselben geholfen worden ist. Die Beschwerdegegner haben bloss letzteres getan. Mit Recht sind sie als Gehülfen im Sinne des Art. 25 StGB behandelt worden.

Der Vorinstanz ist auch darin beizupflichten, dass die Beschwerdegegner, obgleich die Abtreibung nicht durch die Schwangere, sondern durch Fischer vorgenommen worden ist, die Gehülfschaft nicht diesem, sondern der Schwangeren geleistet haben, dass sie mithin als Gehülfen zum Vergehen des Art. 118 StGB, nicht als Gehülfen zum Verbrechen des Art. 119 zu bestrafen waren. Die Unterscheidung, ob jemand Gehülfe der Schwangeren oder Gehülfe des Dritten ist, muss nach subjektiven Gesichtspunkten getroffen werden. Ausschlaggebend ist, wem der Beschuldigte hat helfen wollen. Daher ist z. B. Gehülfe der Schwangeren, wer dieser einen Abtreiber sucht, Gehülfe des (gewerbsmässigen) Abtreibers dagegen, wer diesem « Kundinnen » sucht. Die Beschwerdegegner haben ersteres getan.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.