

2. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 30. März 1951 i. S. Haas gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 69 StGB. Untersuchungshaft kann nur angerechnet werden, wenn sie wegen einer Handlung ausgestanden worden ist, für die der Beschuldigte bestraft wird.

Art. 69 CP. La détention préventive ne peut être imputée que si elle a été subie pour une infraction punie par la condamnation.

Art. 69 CP. Il carcere preventivo può essere computato nella pena soltanto se è stato sofferto a motivo di un'infrazione per la quale il colpevole è punito.

Aus den Erwägungen :

Der Beschwerdeführer verlangt, dass ihm die vom 14. Oktober bis 24. Dezember 1946 ausgestandene Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet werde. Über die Gründe der Nichtanrechnung sagt das angefochtene Urteil nichts, obwohl sich der Sachrichter darüber aussprechen sollte, um dem Kassationshof die Überprüfung der Rechtsanwendung zu ermöglichen, wenn der Verurteilte die Nichtanrechnung von Untersuchungshaft mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfecht. Im vorliegenden Falle kann indessen davon abgesehen werden, die Sache nach Art. 277 BStP an das Schwurgericht zurückzuweisen, denn aus der Vernehmlassung der Staatsanwaltschaft und den Akten ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer die erwähnte Haft zweifellos deshalb nicht auf die Strafe angerechnet wurde, weil sie ausschliesslich wegen Handlungen verhängt worden ist, deretwegen nicht Anklage erhoben wurde. Der Beschwerdeführer hat die Handlungen, die ihm die Anklage zur Last legte und die zu seiner Verurteilung führten, erst nach der Haftentlassung vom 24. Dezember 1946 begangen, ausgenommen jene im Falle Brender. Im Falle Brender aber, in welchem die Strafklage im Jahre 1945 einging wäre der Beschwerdeführer nach der massgebenden Erklärung der zuständigen Staatsanwaltschaft nicht in Haft gesetzt oder behalten worden, weil er sofort ein Geständnis ablegte. Wird die Untersuchung wegen Handlungen, die

allein zur Verhaftung oder Haftbelassung des Beschuldigten Anlass gegeben haben, eingestellt, der Beschuldigte dagegen wegen anderer Handlungen verurteilt, so kann nach der Rechtsprechung des Kassationshofes die Haft nicht auf die Strafe angerechnet werden ; die Frage der Anrechnung oder Nichtanrechnung von Untersuchungshaft stellt sich nur insoweit, als die Haft wegen einer Handlung ausgestanden worden ist, für die der Beschuldigte bestraft wird (Urteile des Kassationshofes vom 10. Oktober 1947 i. S. Lutz und vom 31. Oktober 1947 i. S. Michel). Der Ausgleich für die Haft, die wegen der von einem Einstellungsbeschluss erfassten Handlungen ausgestanden wurde, kann dem Beschuldigten höchstens in Form einer Entschädigung gegeben werden. Die Staatsanwaltschaft hat denn auch zur Frage, ob dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zuzusprechen sei, im Einstellungsbeschluss vom 15. Juni 1950 Stellung genommen und sie verneint. Wenn der Beschwerdeführer sich mit diesem Entscheide nicht abfinden wollte, hätte er ihn nach § 44 zürch. StPO weiterziehen sollen.

3. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 23 janvier 1951 dans la cause Rey contre Ministère public du canton de Fribourg,

Art. 119 ch. 3, 70 al. 3 et 71 al. 3 CP.

1. Le caractère professionnel de l'avortement ne suppose pas la grossesse des femmes sur lesquelles des manœuvres ont été pratiquées.
2. La prescription de l'action pénale et son point de départ.

Art. 119 Ziff. 3, 70 Abs. 3, 71 Abs. 3 StGB.

1. Gewerbmässigkeit der Abtreibung verlangt nicht Schwangerschaft.
2. Verfolgungsverjährung und ihr Beginn.

Art. 119 cifra 3, 70 cp. 3, 71 cp. 3 CP.

1. L'aborto per mestiere non presuppone la gravidanza delle donne sulle quali sono state compiute le manovre abortive.
2. Prescrizione dell'azione penale e sua decorrenza.

Par jugement du 7 juin 1950, le Tribunal de la Sarine a infligé à Cécile Rey trois ans de réclusion en vertu de l'art.

119 ch. 3 CP. Il a constaté que, de 1944 à 1949, elle s'était livrée, moyennant une rémunération de 30 à 250 fr., à des manœuvres abortives sur les femmes suivantes :

- 1) Jeanne Zahno, en automne 1944 (30 fr.),
- 2) Edith Meier, en septembre 1945 (60 fr.),
- 3) Alice Monney, en septembre 1946 (250 fr.),
- 4) Blanche Ceriana, le 20 mai 1947 (150 fr.),
- 5) Bertha Birbaum, en mars 1949 (100 fr.),
- 6) Gemma Roulin, en mars 1949 (100 fr.),
- 7) Violette Evalet, en novembre 1949 (150 fr.).

Le Tribunal a admis que la prévenue s'était rendue coupable, dans les cas Monney et Birbaum, du crime consommé (art. 119 ch. 1) et dans les autres — la grossesse n'étant pas établie — du crime impossible d'avortement (art. 119 ch. 1 combiné avec l'art. 23).

Déboutée par la Cour de cassation fribourgeoise, elle s'est pourvue en nullité au Tribunal fédéral. Elle conteste le caractère professionnel des infractions.

Considérant en droit :

1. — Fait métier d'une infraction celui qui, disposé à agir dans un nombre indéterminé de cas pour se procurer des ressources, la commet effectivement à plusieurs reprises (RO 74 IV 141 et les citations, arrêts Willemin et consorts du 7 octobre 1949 et Dessemontet du 5 juillet 1950). Peu importe, dans le cas de l'art. 119 ch. 3, que le résultat cherché se soit produit ou non (art. 22 CP) ou encore qu'il n'ait pu être atteint, soit que l'auteur ait usé de moyens impropres soit que la femme, en réalité, n'ait pas été enceinte (art. 23). L'intention de tirer un gain de pratiques abortives n'a en effet rien à voir avec l'obtention du résultat. La Cour de céans s'est toujours prononcée dans ce sens (RO 72 IV 109 ; arrêts Prêtre du 4 décembre 1944, Waldispühl du 13 juillet 1945 consid. 2). Cette jurisprudence, établie à une époque où l'avortement tenté sur une personne non enceinte n'était pas

jugé punissable (RO 70 IV 152), se justifie encore plus depuis qu'a été rendu l'arrêt Elmer qui le fait tomber sous le coup de l'art. 23 (RO 74 IV 66).

La recourante persiste à invoquer l'arrêt RO 70 IV 16. Ce dernier relève simplement que le caractère professionnel de l'infraction ne résulte pas de la seule volonté de réitérer ; il faut encore que l'acte ait été effectivement commis plusieurs fois. Or, il y a aussi pluralité d'actes lorsque l'agent procède à maintes interventions sur des femmes non enceintes. Ce n'est pas la fréquence du résultat qui rend son comportement particulièrement condamnable, mais la répétition d'actes criminels, dans un esprit de lucre.

2. — De l'automne 1944 au mois de novembre 1949, la recourante a pratiqué sept fois des manœuvres abortives, contre paiement de 30 à 250 fr. Elle a par conséquent fait métier de l'avortement. Quoique échelonnées sur six ans, ses interventions se succédaient avec une certaine régularité, à raison généralement d'une par an. On peut en inférer qu'elle entendait en tirer des revenus. Cette conclusion n'est pas infirmée par l'interruption constatée de mai 1947 à mars 1949, d'autant moins qu'en 1949 Cécile Rey a procédé à trois interventions (arrêt Meyer du 19 février 1949). Dans l'affaire Micheli, dont elle se prévaut, la prévenue s'était abstenue pendant quatre ans de toute manœuvre abortive et les premiers juges avaient admis, sur la base d'une appréciation souveraine des preuves, qu'elle n'était pas disposée à agir, en vue du gain, au gré des occasions qui se présentaient (RO 71 IV 116). Enfin, il est indifférent que, dans quelques cas, la recourante ait d'abord refusé ses services. Elle a fini par intervenir et, chaque fois, contre paiement. C'est cela qui est déterminant.

3. — La recourante ayant fait métier de l'avortement au sens de l'art. 119 ch. 3 CP, ses infractions forment une unité (délit collectif). Il s'ensuit que l'action pénale se prescrit non par deux ans selon l'art. 119 ch. 1, mais

par dix ans conformément à l'art. 70 al. 3 (RO 71 IV 238; arrêt Dessemontet, consid. 4) et que la prescription court seulement du jour du dernier acte (art. 71 al. 3), en l'espèce novembre 1949.

Il est vrai que Cécile Rey a commencé d'exercer son activité coupable à une époque où les manœuvres abortives pratiquées sans qu'il y eût grossesse n'étaient pas considérées comme punissables. Mais elle ne saurait pour autant bénéficier d'une jurisprudence aujourd'hui abandonnée. Du reste cette dernière tenait déjà compte de telles interventions à propos du caractère professionnel de l'infraction (arrêts Prêtre et Waldispühl), de sorte que le recourante aurait de toute façon dû être condamnée en vertu de l'art. 119 ch. 3.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

Rejette le pourvoi.

4. Urteil des Kassationshofes vom 26. Januar 1951

i. S. Morosoli gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Wer anvertrautes Gut, das er dem Berechtigten *jederzeit* zur Verfügung zu halten hat, im eigenen oder eines andern Nutzen verwendet, ohne *jederzeit* fähig und gewillt zu sein, es zu ersetzen, veruntreut es.

Art. 140 ch. 1 al. 2 CP. Commet un abus de confiance celui qui emploie à son profit ou au profit d'un tiers, se mettant ainsi volontairement dans l'impossibilité de la remplacer *en tout temps*, la chose fongible qui lui a été confiée à charge de la tenir *en tout temps* à la disposition de l'ayant droit.

Art. 140 cifra 1 cp. 2 CP. Commette appropriazione indebita chi impiega a profitto proprio o di un terzo la cosa affidatagli con l'impegno di tenerla *in ogni tempo* a disposizione dell'avente diritto, mettendosi così volontariamente nell'impossibilità di restituirla *in ogni tempo*.

A. — Die Verkäuferin Martha Morosoli entnahm der ihr anvertrauten Ladenkasse ihres Arbeitgebers Brunner, deren Bestand sie, wie sie wusste, diesem jederzeit zur Verfügung zu halten hatte, am 16. November 1949 ohne

Erlaubnis Fr. 150.—, um damit im eigenen Nutzen Stoff zu kaufen und andere Auslagen zu decken. Sie will die Absicht gehabt haben, am Zahhtag, den 23. November 1949, einen gleichen Betrag in die Kasse zurückzulegen. Am 21. November 1949 bemerkte Brunner, dass Fr. 150.— fehlten. Er stellte Martha Morosoli zur Rede und erhielt von ihr sofort Fr. 25.25 zurück, die sie von dem der Kasse entnommenen Betrage noch besass. Die verbrauchten Fr. 124.75 ersetzte sie am 22. November 1949, und zwar Fr. 74.75 aus eigenem Gelde und Fr. 50.— aus Geld, das ihr Ehemann ihr zu diesem Zwecke zur Verfügung stellte.

B. — Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte Martha Morosoli am 1. September 1950 der Veruntreuung nach Art. 140 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte sie zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von drei Tagen. Als veruntreut bezeichnete es in Übereinstimmung mit der Anklage den Betrag von Fr. 124.75, fügte jedoch bei, dass richtigerweise wegen Veruntreuung von Fr. 150.— hätte Anklage erhoben werden sollen. Martha Morosoli habe die Veruntreuung schon dadurch begangen, dass sie einen Betrag ohne Wissen des Geschäftsinhabers der Kasse entnommen und ihn für ihre persönlichen Zwecke verwendet habe, im Bewusstsein, dass sie dazu nicht berechtigt war, weil ihr Arbeitgeber jederzeit über die in der Kasse liegenden Gelder verfügen können wollte, was die Angeklagte gewusst habe. Die Frage der Ersatzbereitschaft brauche nicht geprüft zu werden, da Martha Morosoli in keinem Zeitpunkt berechtigt gewesen sei, sich Geld aus der Kasse anzueignen.

C. — Martha Morosoli führt Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff. BStP mit den Anträgen, das Urteil sei aufzuheben und die Beschwerdeführerin freizusprechen, eventuell die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Auffassung des Obergerichts, dass die Frage der Ersatzbereitschaft sich nicht stelle. Das Obergericht habe zwei ver-