

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-

schiedene Tatbestände der Veruntreuung konstruiert, nämlich einen solchen, bei dem das anvertraute Gut erst in einem bestimmten Zeitpunkt zurückzuerstatten sei, und einen zweiten, bei dem der Empfänger es ständig zur Verfügung des Berechtigten zu halten habe. Art. 140 StGB mache aber diesen Unterschied nicht. Das Obergericht gehe über den Willen des Gesetzes hinaus, zwei verschiedene Tatbestände zu schaffen, die dieses nach seinem klaren Wortlaut gleich behandelt haben wollte. Es sei willkürlich, ein und denselben Täter bei ein und demselben subjektiven Tatbestand und bei Anwendung des gleichen Artikels einmal zu verurteilen und das andere Mal freizusprechen, bloss weil der objektive Tatbestand etwas ändere.

D. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Nach Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer anvertrautes Gut, namentlich Geld, unrechtmässig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet. Obwohl diese Bestimmung, im Gegensatz zu Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1, nicht ausdrücklich sagt, dass der Täter in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung gehandelt haben müsse, verlangt die Rechtsprechung des Bundesgerichts dieses Merkmal auch hier (BGE 74 IV 30).

Die Absicht unrechtmässiger Bereicherung besteht nicht, wenn der Täter im Augenblick, wo er das anvertraute Gut in seinem oder eines andern Nutzen verwendet, bereit und auch fähig ist, es zu ersetzen. Aber nicht jede Ersatzbereitschaft und Ersatzfähigkeit genügt. Sie müssen der Verpflichtung angepasst sein, die der Täter mit der Übernahme des anvertrauten Gutes eingegangen ist. Hat er das anvertraute Gut dem Berechtigten *jederzeit* zur Verfügung zu halten, so bereichert er sich unrechtmässig, wenn er es in seinem oder eines andern Nutzen verwendet, ohne fähig und gewillt zu sein, es *jederzeit* sofort zu ersetzen. Kann oder will er es in einem solchen Falle erst später einmal

ersetzen, so hat er die Absicht, sich oder den Dritten, in dessen Nutzen er es verwendet, für die Zwischenzeit zu bereichern. Diese vorübergehende Bereicherung genügt, und sie ist auch unrechtmässig, weil der Täter das Gut jederzeit zur Verfügung halten muss. Nur wenn das nicht der Fall ist, die Abrechnung und Rückgabe vielmehr erst in einem bestimmten Zeitpunkt nach Empfang zu erfolgen hat, schliessen die Fähigkeit und der Wille, es in diesem Zeitpunkt zu ersetzen, die Absicht unrechtmässiger Bereicherung aus, kann also der Täter, ohne sich der Veruntreuung schuldig zu machen, ohne Bereitschaft und Fähigkeit *sofortigen* Ersatzes über das Gut in seinem oder eines andern Nutzen verfügen. Es ist nicht einzusehen, wieso diese Unterscheidung zwischen Fällen, in denen der Täter das anvertraute Gut dem Berechtigten *jederzeit* zur Verfügung zu halten hat, und den Fällen, in denen er das vereinbarungsgemäss erst später zu tun braucht, nicht zulässig sein sollte. Der Verschiedenheit der objektiven Tatbestände entspricht auch ein Unterschied nach der subjektiven Seite. Wer anvertrautes Gut, das er jederzeit zur Verfügung zu halten hat, ohne den Willen und die Fähigkeit jederzeitiger Ersatzleistung in seinem oder eines andern Nutzen verbraucht, tut subjektiv nicht das gleiche wie jemand, der zwar auch nicht jederzeit, aber doch auf den Zeitpunkt vertragsgemässer Abrechnung ersatzbereit und ersatzfähig ist.

2. — Nach der verbindlichen Feststellung des Obergerichts war die Beschwerdeführerin verpflichtet, den Inhalt der ihr anvertrauten Ladenkasse ihrem Arbeitgeber jederzeit zur Verfügung zu halten, und wusste sie das auch. Andererseits steht fest, dass sie weder gewillt noch fähig war, die der Kasse entnommenen Fr. 150. — *jederzeit* zu ersetzen. Nach ihren eigenen Aussagen wollte sie den Betrag erst am 23. November 1949, also eine volle Woche nach der Wegnahme, ersetzen. Sie hat denn auch die nicht verbrauchten Fr. 25.25 nicht sofort zurückgelegt, sondern erst nach der Entdeckung ihrer Tat abgeliefert. Ebenso-

wenig war sie fähig, dem Arbeitgeber das weggenommene Geld jederzeit voll zu ersetzen, musste sie doch die Hilfe ihres Ehemannes in Anspruch nehmen, um ihren Arbeitgeber am 22. November 1949 schadlos zu halten. Sie ist zu Recht wegen Veruntreuung bestraft worden.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

5. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 23. Februar 1951 i. S. Stutz gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 242, 244 StGB. Wer falsches Geld einführt und es in Umlauf setzt, ist in Anwendung beider Bestimmungen zu bestrafen.

Art. 242 et 244 CP. Celui qui importe et met en circulation de la fausse monnaie tombe sous le coup de ces deux dispositions.

Art. 242 e 244 CP. Chi importa e mette in circolazione delle monete false dev'essere punito in applicazione di ambedue i disposti menzionati.

Am 24. März 1950 verurteilte das Bezirksgericht Zürich Emil Stutz zu vier Monaten Gefängnis :

a) wegen Einführens einer falschen Banknote von Fr. 100.—, die er am 25. November 1949 von Nizza in die Schweiz gebracht hatte (Art. 244 Abs. 1 StGB) ;

b) wegen Gehülfsenschaft zum Einführen falscher Banknoten, weil er am 22. Dezember 1949 Werner Fankhauser Fr. 200.— gegeben hatte, um ihm zu ermöglichen, nach Paris zu reisen, dort falsche schweizerische Fr. 100-Banknoten zu erwerben und sie in die Schweiz einzuführen, mit dem Erfolge, dass Fankhauser noch vor Ende des Jahres sechs solche Banknoten von Paris aus mit der Post in die Schweiz schickte und elf weitere persönlich über die Grenze brachte ;

c) wegen Inumlaufsetzens falscher Banknoten (Art. 242 Abs. 1 StGB) und Betruges (Art. 148 StGB), weil er vier falsche Fr. 100-Banknoten als echt in Umlauf gesetzt

hatte, und zwar am 26. November 1949 je deren eine durch Zusammenwirken mit Fankhauser bzw. Hedwig Stutz und am 1. Januar 1950 deren zwei durch gemeinsames Vorgehen mit Fankhauser.

Auf Berufung der Staatsanwaltschaft, der sich Stutz anschloss, bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 27. Oktober das Urteil im Schuldpunkt, setzte aber die Strafe auf sechs Monate Gefängnis hinauf. Es verwarf die Auffassung des Verurteilten, wonach der Tatbestand des Einführens falschen Geldes (Art. 244) in dem des Inumlaufsetzens solchen Geldes (Art. 242) aufgehe und daher bloss letztere Bestimmung anzuwenden sei.

Stutz führt gegen das Urteil des Obergerichts Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragt, es sei aufzuheben, er sei von der Anklage des Einführens falschen Geldes und der Gehülfsenschaft dazu freizusprechen und die Sache sei zur Neubemessung der Strafe wegen wiederholten Inumlaufsetzens falschen Geldes und wiederholten Betruges an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Die in der Beschwerde erneut vertretene Auffassung, dass der Täter, der in der Absicht des Inumlaufsetzens falschen Geldes solches einführt und es dann in Umlauf setzt, bloss nach Art. 242 Abs. 1 StGB bestraft werden dürfe, gründet sich auf die Theorie der sogenannten straflosen Vortat. Ob diese Theorie anwendbar sei, kann sich zum vornherein nur für eine der am 26. November 1949 und für die zwei am 1. Januar 1950 in Umlauf gesetzten Banknoten fragen. Die andere der am 26. November 1949 abgesetzten Noten hat der Beschwerdeführer nach dem angefochtenen Urteil nicht einführen helfen, und 15 von den 17 Banknoten, die er durch sein Verhalten vom 22. Dezember 1949 hat in die Schweiz schaffen helfen, hat er nicht in Umlauf gesetzt. Schon aus diesem Grunde kann keine Rede davon sein, ihn von der Anklage des Einführens falschen Geldes überhaupt freizusprechen.