

ou bien ajourner les débats jusqu'à ce qu'il fût déposé, ou bien inviter les autorités bernoises à lui procurer les indications manquantes (art. 352 CP). En passant outre, elle a violé l'art. 68 ch. 2 CP.

3. — Le Procureur général reproche à la Cour cantonale d'avoir cassé le jugement, bien que les nouveaux juges, liés par l'art. 119 ch. 3, ne puissent pas sévir avec moins de rigueur. Cette opinion est manifestement erronée.

Les nouveaux juges ne seraient fondés à infliger trois ans de réclusion à Edwige Meuwly que s'ils estimaient que, jugés simultanément, les actes réprimés par la Cour bernoise et ceux qui leur sont déferés eussent justifié quatre ans et demi de réclusion. Ce n'est pas certain. Ils pourraient admettre, quant au châtement, qu'il n'y a pas lieu de dépasser le minimum prévu par l'art. 119 ch. 3. Dans cette hypothèse, ils devraient condamner l'accusée à 18 mois de réclusion. Cette peine additionnelle et la peine principale atteindraient ensemble le minimum légal, ce qui satisferait aussi bien à l'art. 119 ch. 3 qu'à l'art. 68 ch. 2 CP.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le pourvoi.

43. **Urteil des Kassationshofes vom 26. September 1947**
i. S. Erismann gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 127 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

Auch wer nur Handlungen vornimmt, mit denen, wie er weiss, der Gefahr nicht beizukommen ist, lässt den Hülflösen im Stiche. Die Unterlassung muss mit dem Fortbestand der Gefahr für das Leben oder der schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit kausal sein.

Vorsatz, untauglicher Versuch der Aussetzung.

Art. 127 ch. 1 al. 2 CP.

Celui qui se borne à accomplir des actes qu'il sait être impuissants à détourner le danger commet un abandon au sens de l'art. 127 ch. 1 al. 2.

Il doit y avoir un lien de causalité entre l'abandon et l'existence du danger de mort ou du danger grave et imminent pour la santé.

Intention, délit impossible.

Art. 127, cifra 1, cp. 2 CP.

Colui che si limita a compiere degli atti che sa essere inefficaci ad allontanare il pericolo si rende colpevole d'un abbandono a' sensi dell'art. 127, cifra 1, cp. 2 CP.

Deve esistere un nesso causale tra l'abbandono e il pericolo di morte o il grave imminente pericolo di perdita della salute. Intenzione, reato impossibile.

A. — Liselotte Erismann schlug am Vormittag des 9. November 1945 ihr dreijähriges Kind Ursula mit einer Teppichbürste auf das Gesäss und schüttelte es heftig, weil es weinte und nicht sagte warum. Wahrscheinlich unter dem Einfluss des Schüttelns platzte im Gehirn des Kindes eine Geschwulst. Deshalb wurde das Kind unmittelbar nachher bewusstlos und brach zusammen. Es fing merkwürdig zu atmen an, sein Puls nahm zu, eine Pupille veränderte sich, das Gesicht wurde bleich und wächsern, und das Kind begann schliesslich am ganzen Körper zu zucken. Obschon Frau Erismann, die früher Krankenpflegerin gewesen war, in diesen Erscheinungen Anzeichen einer schweren Erkrankung oder Verletzung erkannte, welche ihr den Beizug eines Arztes aufdrängten, benachrichtigte sie keinen solchen. Freilich hätte, wie sich aus einem im Strafverfahren eingeholten Gutachten ergibt, auch ein Arzt das Leben Ursulas nicht retten können und war es auch nicht nötig, dem tief bewusstlosen Kinde Leiden und Schmerzen zu ersparen. Frau Erismann wusste das aber nicht. Ihr Verhalten wurde vom Gedanken bestimmt, man würde den Zustand des Kindes auf eine Überschreitung des Züchtigungsrechts zurückführen und sie dafür zur Rechenschaft ziehen, wenn die Sache auskäme. Sie legte das Kind ins Bett, zog ihm Socken an, gab ihm Wärmeflaschen, rieb ihm die Glieder und färbte das bleiche Gesicht mit Rot. Schliesslich legte sie sich selbst zum Schlafen nieder. Ohne weiter betreut worden zu sein und das Bewusstsein wieder erlangt zu haben, starb das Kind

um drei Uhr des 10. November. Frau Erismann schaffte die Leiche in einem Paket nach St. Gallen, damit ihre Mutter sie verbrenne, und meldete der Polizei das Kind als vermisst.

B. — Am 15. April 1947 erklärte das Obergericht des Kantons Zürich Liselotte Erismann der Aussetzung im Sinne von Art. 127 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, der Irreführung der Rechtspflege und der Anstiftung zu Begünstigung schuldig, verurteilte sie zu einem Jahr und sechs Monaten Gefängnis und entzog ihr die elterliche Gewalt über ihren Knaben Hansjörg. Den Tatbestand der Aussetzung erblickte das Obergericht darin, dass Frau Erismann das offensichtlich in Gefahr schwebende und ihrer Obhut unterstellte Mädchen nicht durch einen Arzt hatte betreuen lassen.

C. — Die Verurteilte führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Freisprechung von der Anklage der Aussetzung an das Obergericht zurückzuweisen.

Sie macht geltend, die Nichtzuziehung eines Arztes sei nur dann Aussetzung, wenn die Unterlassung in der Absicht, sich eines Hülfflosen zu entledigen, begangen werde. Diese Absicht habe sie nicht gehabt. Auch könnte ihr nur dann vorgeworfen werden, dass sie das Kind im Stiche gelassen habe, wenn sie es verlassen oder sich vollkommen passiv verhalten hätte. Sie habe sich indes um das Kind bekümmert, ihm die Glieder gerieben usw. Die Nichtverschaffung ärztlichen Beistandes sei kein Imstichelassen. Ferner fehle der zum Tatbestand der Aussetzung gehörende Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem Fortbestand der Gefahr. Endlich bejahe die Vorinstanz zu Unrecht den Vorsatz. Die Beschwerdeführerin habe nicht deshalb keinen Arzt beigezogen, weil sie gewollt und gebilligt hätte, die Gefahr weiterbestehen zu lassen. Sie habe auch nicht gewusst, dass durch ihre Unterlassung eine Gefahr für das Leben oder eine schwere unmittelbare Gefahr für die Gesundheit des Kindes weiterbestehe.

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

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Art. 127 Ziff. 1 StGB unterscheidet zwei Fälle der Aussetzung: einmal den, wo jemand einen Hülfflosen, der unter seiner Obhut steht oder für den er zu sorgen hat, einer Gefahr für das Leben oder einer schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit *aussetzt* (Abs. 1), und sodann den Fall, wo jemand einen Hülfflosen, der unter seiner Obhut steht oder für den er zu sorgen hat, in einer Gefahr für das Leben oder in einer schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit *im Stiche lässt* (Abs. 2). Im ersten Falle besteht das Verbrechen darin, dass der Täter die Gefahr für den Hülfflosen herbeiführt, im zweiten darin, dass er einer schon bestehenden Gefahr, die zu beseitigen er verpflichtet ist, nicht entgegenarbeitet. Wie Art. 111 ff. StGB sich gegen die *Verletzung* von Leib und Leben wenden, gehört Art. 127 zu den Bestimmungen, welche die blosse *Gefährdung* dieser Rechtsgüter sühnen wollen (vgl. ZÜRCHER, Erläuterungen zum VE 125 f.). Das ergibt sich aus der Einordnung des Art. 127 unter den Randtitel « 4. Gefährdung des Lebens und der Gesundheit ». Für den im zweiten Absatz geregelten Fall im besondern geht es auch daraus hervor, dass das Gesetz für dieses Verbrechen die gleiche Strafe androht wie für den im ersten Absatz geordneten typischeren Fall der Aussetzung, die Herbeiführung der Gefahr oder Aussetzung im engeren Sinne.

Für den objektiven Tatbestand des zweiten Absatzes ergibt sich daraus einmal, dass nicht nur « im Stiche lässt », wer den Hülfflosen in der Gefahr verlässt (sich von ihm entfernt) oder sich vollständig passiv verhält, sondern auch, wer sich zwar um ihn bemüht, aber nicht die zur Beseitigung der Gefahr nötigen Massnahmen trifft. Wer nur Handlungen vornimmt, mit denen, wie er weiss, der Gefahr nicht beizukommen ist, ist grundsätzlich gleich strafwürdig wie einer, der überhaupt nichts vorkehrt oder den Hülfflosen verlässt. Ein Grund, der den Gesetzgeber hätte bewegen können, hier einen Unterschied zu machen, besteht nicht. Die Wendung « im Stiche lassen » um-

schreibt jede Art der Nichtleistung der nötigen Hilfe. Daher schliessen die Bemühungen der Beschwerdeführerin (Reiben der Glieder usw.), die sich zum vorneherein nicht eigneten, ihr mit dem Tode ringendes Kind zu retten, die Anwendung von Art. 127 Ziff. 1 Abs. 2 objektiv nicht aus.

Andererseits genügt es nicht, dass die Beschwerdeführerin die Beiziehung eines Arztes, die sich ihr aufdrängte, unterlassen hat. Nicht jedes unmoralische Verhalten macht objektiv den Tatbestand des Art. 127 Ziff. 1 Abs. 2 aus, sondern nur die Verletzung einer Rechtspflicht, und eine solche besteht für den, der einen Hüllosen in seiner Obhut hat oder für einen solchen sorgen muss, nur insoweit, als es in seiner Macht steht, die Gefahr abzuwenden. Wie der Täter im Falle des ersten Absatzes von Art. 127 Ziff. 1 die Gefahr schafft, unterlässt er es in dem durch den zweiten Absatz geregelten Falle, sie zu beseitigen, wo er sie beseitigen könnte. Etwas zu tun, was nichts nützt, verlangt diese Bestimmung von ihm nicht. Daher war die Beschwerdeführerin objektiv nicht verpflichtet, einen Arzt beizuziehen. Ein solcher hätte nach menschlichem Ermessen das Leben des Kindes nicht retten und dem Kinde Schmerzen, die es wegen seiner tiefen Bewusstlosigkeit gar nicht empfand, nicht ersparen können. Der Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem Fortbestand der Gefahr fehlt. Die Beschwerdeführerin kann daher nicht wegen vollendeter Aussetzung bestraft werden.

2. — Dass ärztliche Hilfe nichts genützt hätte und daher nicht nötig war, wusste die Beschwerdeführerin nicht. Sie stellte sich, wie die Vorinstanz ausführt, im Gegenteil vor, dass das Kind einen Arzt nötig habe, war also der Meinung, ihm durch ihre Unterlassung in einer Gefahr für das Leben oder in einer schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit eine Hilfe vorzuenthalten, die sie ihm zu verschaffen verpflichtet sei. Indem sie trotz dieses Bewusstseins den Arzt nicht bezog, billigte sie notwendigerweise den Erfolg, den die Unterlassung nach

ihrer Vorstellung zur Folge hatte, nämlich den Fortbestand der Gefahr; sie hat diesen Erfolg gewollt. Ihr Vorsatz ging somit auf die Erfüllung eines Tatbestandes, der, wenn auch die objektiven Voraussetzungen gegeben wären, unter Art. 127 Ziff. 1 Abs. 2 StGB fallen würde. Dass zum Vorsatz, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, die Kenntnis der Hirnerkrankung des Kindes gehört hätte, ist nicht richtig. Es genügt, dass die Beschwerdeführerin, ohne die Ursache zu kennen, das Kind in einer Gefahr für das Leben oder in einer schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit sah. Das aber kann sie mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht bestreiten; der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts gebunden (Art. 273 Abs. 1 lit. b, 277bis BStP). Nach diesen Feststellungen verhielt es sich nicht so, dass die Beschwerdeführerin etwa glaubte, das Kind befinde sich nur in einem auf die Züchtigung zurückzuführenden Erschöpfungszustand, aus dem es sich erholen werde. Vielmehr hat sie nach ihrer eigenen Darstellung im Laufe des Nachmittags erkannt, das es ein Leiden habe, das die Beiziehung eines Arztes nötig mache, und hat davon nur abgesehen, weil sie fürchtete, man werde ihr doch nicht glauben, dass sie das Kind nicht schwer gezüchtigt habe. Auch auf diesen Beweggrund kommt nichts an. Art. 127 Ziff. 1 Abs. 2 lässt den Vorsatz, d. h. das Wissen und Wollen um die objektiven Merkmale der Tat genügen, ohne einen bestimmten Beweggrund zu verlangen. Insbesondere verlangt die Bestimmung nicht, dass der Täter die Absicht habe, sich des Hüllosen zu entledigen.

War somit der Vorsatz auf einen Erfolg gerichtet (Nichtbeseitigung der Gefahr), mit dem die der Beschwerdeführerin vorgeworfene Unterlassung (Nichtbeiziehung eines Arztes) nicht kausal zusammenhing, weil er auch sonst eingetreten wäre (die Gefahr auch mit ärztlicher Hilfe nicht hätte beseitigt werden können), so liegt ein untauglicher Versuch im Sinne des Art. 23 Abs. 1 StGB vor. Das Kind befand sich in einer Lage, in der es nicht mehr Ge-

genstand einer Aussetzung sein konnte, weil nichts mehr taugte, es aus der Gefahr zu retten.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil hinsichtlich der Verurteilung wegen Aussetzung aufgehoben und die Sache zur Neubemessung der Strafe, unter Annahme untauglichen Versuchs der Aussetzung gemäss Art. 127 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 23 StGB, an die Vorinstanz zurückgewiesen.

44. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 12 septembre 1947 dans la cause Porter contre Ministère public du canton de Vaud.

Art. 140 ch. 1 CP.

1. Notion de la « chose confiée ».
2. Relation entre l'action pénale et les prétentions civiles du lésé.
L'abus de confiance peut porter sur des choses remises à l'auteur pour qu'il accomplisse un acte illicite.
3. Consommation du délit.

Art. 140 Ziff. 1 StGB.

1. Begriff der « anvertrauten Sache ».
2. Verhältnis zwischen Strafklage und den Zivilansprüchen des Verletzten. Es können auch Sachen veruntreut werden, die dem Täter übergeben werden, damit er eine unerlaubte Handlung begehe.
3. Vollendung des Vergehens.

Art. 140, cifra 1 CP.

1. Concetto di « cosa affidata ».
2. Relazione tra l'azione penale e le pretese civili del leso. Anche cose consegnate all'autore per compiere un atto illecito possono essere l'oggetto d'un'appropriazione indebita.
3. Consumazione del reato.

A. — 1. Morris Porter a pris à bail de la gérance Gueydan, pour 100 fr. par mois, un appartement d'une pièce et demie. Le 14 mars 1945, il le sous-loua à Bozdogan au prix de 145 fr. 30 par mois et lui remit la pièce suivante :

« Contrat de sous-location » :

« Je soussigné déclare louer à Monsieur A. Bozdogan du 24 mars 1945 à midi au 24 mars 1946 à midi l'appartement du 3^e étage est, av. Juste Olivier 22 de 1 ½ pièce.

J'ai reçu en paiement la somme de 1744 fr. 75 (mille sept cent quarante-quatre 75 %) détaillée par ailleurs.

De ce fait le susnommé est entièrement déchargé de tous frais et prestations concernant ledit appartement dans le délai stipulé.

J'admets de même la responsabilité en ce qui concerne l'état des lieux.

sig. Morris Porter. »

A partir du 24 août 1945, Porter cessa de s'acquitter du loyer mensuel de 100 fr. Bozdogan fut contraint de quitter l'appartement le 12 décembre 1945 déjà. Après plusieurs réclamations, il reçut 900 fr. de Porter et retira la plainte qu'il avait déposée.

2. Le 5 juin 1945, Fivaz, qui faisait le trafic de pièces d'or, rencontra le courtier Janin. Ce dernier lui remit 32 000 fr. pour qu'il lui achète mille pièces d'or au cours de 30 fr. 50 ; la différence représenterait sa commission. Porter s'étant fait fort de lui procurer ces pièces, Fivaz lui remit les 32 000 fr., en le chargeant de procéder à l'achat. A la fin de la matinée, Porter rejoignit Fivaz et lui déclara faussement que la personne qui devait lui fournir les pièces s'était enfuie sans les lui livrer et en emportant 28 700 fr. Il lui rendit les 3300 fr. qu'il affirmait lui rester. Sommé à plusieurs reprises de rembourser le solde, Porter nia d'avoir reçu de l'argent de Fivaz en vue d'un achat d'or.

3. Afin de prouver un versement de 10 000 fr. qu'il prétendait avoir reçu de sa mère, Porter incita une ancienne domestique de ses parents, en octobre 1945, à faire un faux témoignage.

B. — Par jugement du 23 avril 1947, le Tribunal de police correctionnelle du district de Lausanne a déclaré Porter coupable d'abus de confiance dans les affaires Bozdogan et Fivaz, ainsi que d'instigation à faux témoignage. Il l'a condamné à dix-huit mois d'emprisonnement.

C. — La Cour de cassation pénale du canton de Vaud a maintenu ce jugement le 26 mai 1947.

D. — Porter se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral.