

tümer verfügt, straflos zu lassen. Besteht die Verfügung darin, dass der Täter die Sache beschädigt, zerstört oder unbrauchbar macht, so ist er nach Art. 145 strafbar. Schafft er sie dagegen bloss beiseite, indem er z. B. einen anvertrauten Edelstein in den tiefen See wirft, so gilt Art. 143.

Nicht strafbar ist dagegen, wer eine fremde Sache, die ihm anvertraut oder gegen seinen Willen zugekommen ist, lediglich unrechtmässig gebraucht oder lediglich seine Rückgabepflicht nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt. Wie Art. 140 und Art. 141 mit Strafe bloss bedrohen, wer sich die Sache aneignet, sich also unrechtmässig die Stellung eines Eigentümers verschaffen will, richtet sich auch Art. 143 nur gegen den, der unrechtmässig eine Verfügung trifft, die gar nicht anders denn als Verfügung eines Eigentümers denkbar ist. Der Täter muss sich so benehmen wollen, als ob er Eigentümer der in seinem Gewahrsam befindlichen Sache wäre; nur dann entzieht er sie dem wirklichen Eigentümer, nicht dagegen, wenn er, ohne das Eigentum des andern antasten zu wollen, sich bloss Rechte eines obligatorisch oder beschränkt dinglich Berechtigten anmasst.

2. — Indem Dr. Schmid nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses sich weigerte, dem Arbeitgeber die anvertrauten Schlüssel zurückzugeben, ehe ihm ein Dienstzeugnis ausgestellt und ein streitiger Lohnbetrag bezahlt werde, verletzte er lediglich seine Rückgabepflicht, ohne wie ein Eigentümer über die Schlüssel zu verfügen. Er ist daher von der Anklage der Sachentziehung freizusprechen, welches auch sein Geisteszustand gewesen sein mag, in dem er die Tat beging.

3. — Wenn der Richter an der Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten zweifelt, muss er dessen Geisteszustand durch einen oder mehrere Sachverständige untersuchen lassen (Art. 13 Abs. 1 StGB). Das Bundesgericht hat diese Vorschrift dahin ausgelegt, dass der Richter die Zweifel nicht unterdrücken darf, wenn Umstände vorliegen, die

sie normalerweise aufdrängen (BGE 69 IV 53). Ein solcher Umstand lag im vorliegenden Fall in der Mitteilung der Amtsvormundschaft Zürich vom 11. April 1946, dass Dr. Schmid auf Grund von Art. 369 ZGB (Geisteskrankheit oder Geistesschwäche) bevormundet sei. Da das Amtsgericht darüber hinweggegangen ist, muss auch die Verurteilung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung aufgehoben werden. Die Vorinstanz hat das Versäumte nachzuholen und neu zu urteilen, und zwar auch über die allfällige Anwendung der Art. 14 oder 15 StGB. Ob es eigene Sachverständige ernennen oder die Unzurechnungsfähigkeit des Angeklagten auf Grund des vom Beschwerdeführer eingelegten Gutachtens von Ärzten der Heilanstalt Burghölzli vom 23. Juni 1945 bejahen will, liegt in seinem Ermessen.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Amtsgerichts Luzern-Stadt vom 2. Mai 1946 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

20. Urteil des Kassationshofes vom 12. April 1946 i. S. Decurtins gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden.

Art. 148 Abs. 1 StGB. Der zahlungswillige, aber zahlungsunfähige Käufer handelt nicht ohne weiteres arglistig, wenn er auf Kredit kauft, ohne dem Verkäufer unaufgefordert seine Vermögenslage bekannt zu geben.

Art. 148 al. 1 CP. L'acheteur disposé à s'exécuter, mais qui est insolvable, n'agit pas nécessairement de façon astucieuse du fait qu'il achète à crédit, sans révéler de son propre chef au vendeur sa situation de fortune.

Art. 148 cp. 1 CP. Il compratore disposto a pagare, ma insolvente non agisce necessariamente con astuzia, se compera a credito senza rivelare spontaneamente al venditore la sua situazione patrimoniale.

A. — Johann Anton Decurtins, der seit vielen Jahren den Beruf eines Viehhändlers ausgeübt hatte, trat am

1. Januar 1944 das Geschäft seinem Sohne ab und war von da an nur noch Inhaber eines Nebenpatentes, das ihn nicht berechtigte, den Viehhandel weiterhin auf eigene Rechnung auszuüben. Trotzdem kaufte er in der Zeit vom 11. September bis 2. Oktober 1944 bei Metzgermeister Sonderegger zum Preise von Fr. 1426.80 sieben Kälber auf eigene Rechnung, wobei er dem Verkäufer, der ihn nicht darnach fragte, verschwieg, dass er, Decurtins, das Hauptpatent, das nur zahlungsfähigen Viehhändlern erteilt wird, nicht mehr besass, und dass gegen ihn seit März 1944 ein Verlustschein von Fr. 3458.85 bestand und er auch noch andere Schulden hatte. Während er Sonderegger im Sommer 1944 bei andern Käufen den Preis anstandslos bezahlt hatte, beabsichtigte er diesmal nicht, seiner Verpflichtung sofort nachzukommen. Er verkaufte die sieben Kälber an den Tagen, an denen er sie erworben hatte, weiter, zog den Erlös von Fr. 1600.— sofort ein und befriedigte mit diesem Gelde andere Gläubiger. In der Betreibung gegen Decurtins kam Sonderegger am 13. April 1945 vollständig zu Verlust, worauf er anfangs Juni 1945 gegen seinen Schuldner Strafklage wegen Betrages einreichte.

B. — Das Kantonsgericht von Graubünden verurteilte Decurtins am 23. Januar 1946 wegen fortgesetzten Betrages zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von drei Monaten. Es führte aus, er habe beim Kaufe der Kälber seine Zahlungsunfähigkeit dem Sonderegger absichtlich verschwiegen. Letzterer habe beim Schweigen Decurtins' annehmen müssen, dieser sei selbständiger Viehhändler und daher zahlungsfähig. Darin liege die Täuschung. Decurtins habe diesen Eindruck absichtlich erweckt und den bestehenden Irrtum absichtlich ausgenützt. Hätte Sonderegger gewusst, mit wem er es zu tun habe, so hätte er die Kälber nur gegen Nachnahme oder Vorausbezahlung oder überhaupt nicht geliefert. Decurtins habe den Willen zur sofortigen Bezahlung der Kälber nicht gehabt. Er habe sich unrechtmässig bereichern wollen.

C. — Decurtins hat mit dem Antrag auf Freisprechung gegen das Urteil des Kantonsgerichts die Nichtigkeitsbeschwerde erklärt. Er bestreitet die objektiven Merkmale des Betrages und die Absicht unrechtmässiger Bereicherung.

D. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden verweist auf das angefochtene Urteil und verzichtet auf weitere Bemerkungen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Betrug liegt nicht jedesmal schon dann vor, wenn sich jemand durch einen Irrtum zu einem Verhalten bestimmen lässt, das ihn am Vermögen schädigt, und ein anderer in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung den Irrtum bewusst und gewollt herbeigeführt oder ausgenützt hat. Der Täter muss *arglistig* handeln (Art. 148 Abs. 1 StGB). Arglist aber kann ihm nicht vorgeworfen werden, wenn er nicht verpflichtet ist, den Irrenden aufzuklären. Diese Pflicht bestand für den Beschwerdeführer nicht. Der Käufer, der nicht über seine Vermögenslage befragt wird, ist beim Abschluss eines Kreditkaufes nicht ohne weiteres gehalten, dem Verkäufer mitzuteilen, dass gegen ihn, den Käufer, Verlustscheine bestehen oder dass er überschuldet ist. Verlustscheine und Überschuldung hindern den Käufer nicht unbedingt, den Kaufpreis zu bezahlen. Der Beschwerdeführer ist denn auch früheren Verpflichtungen gegenüber Sonderegger noch im Sommer 1944 nachgekommen, trotz des Verlustscheines, der im März des gleichen Jahres einem anderen Gläubiger ausgestellt worden war. Wenn der Verkäufer Wert darauf legt, die Vermögenslage des Käufers zu kennen, so kann er ihn darnach fragen. Tut er das nicht, so handelt der Käufer nicht arglistig, wenn auch er darüber schweigt. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Käufer den Willen hat, den Kaufpreis wirklich zu bezahlen. Für den Beschwerdeführer trifft dies zu, denn die Vorinstanz stellt nicht fest, dass er überhaupt

nicht habe zahlen wollen, sondern bloss, dass er dies *nicht sofort* habe tun wollen. Aus der blossen Säumnis allein darf übrigens, wie der Kassationshof schon wiederholt erklärt hat, nicht geschlossen werden, der Schuldner sei von Anfang an nicht gewillt gewesen, zu zahlen. Wäre dieser Schluss zulässig, so liefe das in Wirklichkeit auf die strafrechtliche Verfolgung wegen Nichterfüllung der zivilrechtlichen Verpflichtung hinaus. Selbst wenn der Schuldner beim Abschluss des Vertrages überschuldet ist, darf nachher, wenn er in Verzug kommt, nicht kurzerhand angenommen werden, die Absicht, zu zahlen, habe ihm von Anfang an gefehlt.

Auch nicht dadurch hat der Beschwerdeführer arglistig gehandelt, dass er auf eigene Rechnung einkaufte, ohne Sonderegger zu sagen, dass er bloss das Nebenpatent eines Viehhändlers besass. Wenn die Vorinstanz davon ausgeht, Sonderegger habe ein Interesse gehabt, zu wissen, ob der Beschwerdeführer das Hauptpatent oder das Nebenpatent besitze, so bloss deshalb, weil sie annimmt, er hätte daraus auf die Vermögenslage seines Vertragsgegners schliessen können. Allein der Beschwerdeführer war, wie gesagt, nicht verpflichtet, über seine Vermögenslage Auskunft zu geben, ohne darnach gefragt worden zu sein. Folglich kann ihm auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er nicht von sich aus erklärt hat, er besitze bloss das Nebenpatent. Damit wäre übrigens nicht gesagt gewesen, dass gegen ihn ein Verlustschein bestand und dass er noch andere Schulden hatte, denn auch der Inhaber eines Nebenpatentes kann zahlungsfähig sein. Positiv behauptet, er besitze das Hauptpatent und sei folglich zahlungsfähig, hat der Beschwerdeführer nicht.

2. — Fehlt somit die Arglist, so ist der Beschwerdeführer freizusprechen. Ob zur Absicht unrechtmässiger Bereicherung genügte, dass er *nicht sofort* zahlen wollte, oder ob er vielmehr die Absicht hätte haben müssen, überhaupt nie zu zahlen, kann deshalb dahingestellt bleiben.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückgewiesen.

21. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 20. Juli 1946 i. S. Obrecht gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn.

Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Ob das missbrauchte Kind schon verdorben war, ist für die Anwendung dieser Bestimmung unerheblich.

Art. 191 ch. 1 al. 1 CP. Il est sans importance pour l'application de cette disposition que l'enfant dont l'auteur abuse soit déjà corrompu.

Art. 191, cifra 1, cp. 1 CP. Per l'applicazione di questo disposto è irrilevante che il fanciullo, di cui si abusa, sia già corrotto.

Aus den Erwägungen :

Der Beschwerdeführer verneint die Anwendbarkeit des Art. 191 Abs. 1 StGB, weil der Beischlaf oder die beischlafsähnliche Handlung mit einem bereits verdorbenen Kinde keinen Missbrauch desselben darstelle. Missbrauch setze Unverdorbenheit voraus. Diese Auslegung ist absurd. Sie ist die Verneinung für das Anwendungsgebiet des StGB des sogenannten strafrechtlichen Schutzalters. Indem der deutsche Text — im Unterschied übrigens zu den romanischen, welche einfach den Beischlaf und die beischlafsähnliche Handlung mit dem Kind unter Strafe stellen, — den Missbrauch des Kindes zum Beischlaf bestraft, drückte er gerade den Gedanken aus, der das Schutzalter motiviert, nämlich dass der Beischlaf mit einem Partner, der das Kindsalter noch nicht überschritten hat, in allen Fällen Missbrauch des Kindes ist.