

diesem Kampfe so leicht unterliegt, zeigt sich des Vertrauens, das ihm der Richter durch Gewährung des bedingten Strafvollzuges entgegengebracht hat, nicht würdig. Was der Beschwerdeführer zu seiner Entschuldigung vorbringt (verminderte Leistungsfähigkeit wegen eines angeborenen körperlichen Fehlers, Abstammung von einem Trinker, geringe Trinkfestigkeit), ist nicht stichhaltig.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

43. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 15. November 1946 i. S. Ruch gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

1. *Art. 140 Ziff. 1 StGB.* Veruntreuung von Sachen Toter durch den Abwart einer städtischen Leichenhalle.
Sind die Sachen « anvertraut » ? (Erw. 1).
Sind es « fremde » oder herrenlose Sachen ? (Erw. 2).
Rechtsirrtum (Art. 20 StGB) ? (Erw. 3).
 2. *Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB.* Störung des Totenfriedens durch Verunehrung eines Leichnams ? (Erw. 4).
1. *Art. 140 ch. 1 CP.* Abus de confiance commis sur des choses ayant appartenu à des morts par le gardien d'une morgue municipale.
S'agit-il de choses confiées ? (consid. 1).
S'agit-il de choses appartenant à autrui ou de choses sans maître ? (consid. 2).
Erreur de droit (art. 20 CP) ? (consid. 3).
 2. *Art. 262 ch. 1 al. 3 CP.* Atteinte à la paix des morts par profanation d'un cadavre humain ? (consid. 4).
1. *Art. 140, cifra 1 CP.* Appropriazione indebita di cose appartenute a dei morti commessa da un guardiano d'un obitorio comunale.
Trattasi di cose « affidate » ? (consid. 1).
Trattasi di cose altrui o di cose senza padrone ? (consid. 2).
Errore di diritto (art. 20 CP) ? (consid. 3).
 2. *Art. 262, cifra 1, cp. 3 CP.* Turbamento della pace dei defunti mediante profanazione d'un cadavere umano ? (consid. 4).

A. — Ruch stand vom 29. Oktober 1939 an als Abwart einer Leichenhalle im Dienste der Stadt Zürich. Zu seinen Amtspflichten gehörte unter anderem die Annahme und

Herausgabe der Leichen. Solche wurden oft in den Kleidern in die Halle gebracht, namentlich wenn es Leichen von Verunfallten waren, die durch den Sanitätsdienst der Stadt Zürich eingeliefert wurden. Ruch hatte dann die Kleider und allfällige auf der Leiche zurückgebliebene andere Sachen in den in der Leichenhalle befindlichen Schränken aufzubewahren, sie sofort dem städtischen Bestattungsamt zu melden und dessen Weisungen abzuwarten. Das Bestattungsamt ersuchte die Angehörigen der Verstorbenen, die Sachen beim Abwart der Leichenhalle abzuholen, ansonst es darüber verfüge. Es kam vor, dass die Angehörigen auf die Herausgabe der Kleider verzichteten oder dass der Verstorbene keine Angehörigen hatte. Das Bestattungsamt wies dann die Kleider städtischen oder privaten Fürsorgeeinrichtungen zu oder liess sie, wenn sie unbrauchbar waren, verbrennen. Ruch hatte von seinen Amtspflichten Kenntnis; der Vorsteher des Bestattungsamtes rügte ihn wiederholt, weil er zurückgebliebene Kleider nicht oder nicht sofort dem Amte gemeldet hatte.

In der Zeit vom 29. Oktober 1939 bis 27. Mai 1943 nahm Ruch von den Sachen, die er dem Bestattungsamt hätte melden sollen, insgesamt 22 Kleidungs- und Wäschestücke, 7 Paar Schuhe, 2 Fingerringe und 2 Goldkronen, die sich infolge Unfalles oder Selbstmordes von den Zähnen der Getöteten gelöst hatten, an sich, in der Absicht, sie zu behalten und sich damit unrechtmässig zu bereichern.

Am 20. Mai 1943 erhielt Ruch von der Schwester und vom Ehemann einer in der Halle aufgebahrten Toten den Auftrag, am folgenden Tage in Anwesenheit der erstgenannten Angehörigen nachzusehen, ob der Mund der Verstorbenen eine Goldbrücke berage, und, wenn ja, diese herauszunehmen. Ruch untersuchte indes den Mund der Verstorbenen am Morgen des 21. Mai bevor ihre Schwester eintraf und zog der Toten vier Zähne aus, von denen einer eine Goldkrone trug. Die Goldbrücke will er nicht vorgefunden haben.

B. — Das Obergericht des Kantons Zürich, vor welchem

sich Ruch in zweiter Instanz zu verantworten hatte, würdigte die Aneignung von Kleidungs- und Wäschestücken, Schuhen, Fingerringen und Goldkronen als Diebstahl im Sinne von Art. 137 Ziff. 1 StGB und das Öffnen des Mundes einer Toten mit nachfolgendem Ausziehen von Zähnen als Störung des Totenfriedens im Sinne von Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB. Es verurteilte Ruch am 21. Juni 1946 zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von drei Monaten.

C. — Gegen dieses Urteil führt Ruch Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag auf Rückweisung zur Freisprechung in beiden Punkten.

Gegen die Verurteilung wegen Diebstahls macht er geltend, die weggenommenen Sachen seien herrenlos gewesen. Jedenfalls habe er sie für herrenlos gehalten, weshalb er wegen irriger Vorstellung über den Sachverhalt (Art. 19 StGB) nicht bestraft werden könne. Das vom Obergericht festgestellte Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Handelns habe bloss im Bewusstsein, eine Dienstvorschrift zu verletzen, bestanden, nicht im Bewusstsein, im Sinne des Art. 137 fremde Sachen wegzunehmen.

Die Verurteilung wegen Störung des Totenfriedens scheidet der Beschwerdeführer an, weil er nicht das Bewusstsein oder die Absicht gehabt habe, einen Leichnam zu verunehren; er habe bloss deshalb nicht auf die Schwester der Verstorbenen gewartet, weil er Zeit habe gewinnen wollen, damit die Arbeit erledigt sei, wenn die Leiche abgeholt werde. Er habe die Tat als Berufshandlung aufgefasst.

D. — Der Staatsanwalt beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Der Beschwerdeführer konnte sich an den Sachen, die er sich angeeignet hat, nicht des Diebstahls schuldig machen, denn sie waren ihm im Sinne des Art. 140 Ziff. 1 StGB anvertraut. Das Obergericht verneint dieses Merk-

mal der Veruntreuung, weil er an den Sachen nicht eigenen Gewahrsam ausgeübt, sondern sie lediglich in Erfüllung einer dienstlichen Pflicht im Auftrage des Bestattungsamtes im Schranke zu versorgen und nachher den Angehörigen der Verstorbenen herauszugeben gehabt habe; ein Vertrauensverhältnis, das ihn in erhöhtem Masse der Versuchung ausgesetzt hätte, die Sachen in eigenem Nutzen zu verwenden, habe nicht bestanden. Allein gerade das, was der Beschwerdeführer nach der Feststellung des Obergerichts mit den den Leichen abgenommenen Sachen auf Grund seiner dienstlichen Pflichten vorzukehren hatte, bis das Bestattungsamt weiter darüber verfügte, zeigt, dass ihm diese Sachen, wenn auch bloss für kurze Zeit, anvertraut waren. Seine Dienststellung machte ihm diese Sachen nicht bloss zugänglich, sondern sie verpflichtete ihn, sie zu verwahren, bis die Angehörigen der Verstorbenen sie abholten oder das Bestattungsamt sie anderweitig verwenden liess. Sie wurden ihm schon mit der Einlieferung der Leichen zusammen mit diesen anvertraut. Dass er daran nicht « eigenen Gewahrsam » ausübte, wie das Obergericht sagt, ist belanglos. Die Sachen sind auch dem anvertraut, der sie für einen anderen in Gewahrsam nimmt, so z. B. dem Dienstpflchtigen, der sie für den Dienstherrn inne hat. Gerade auch auf solche Fälle, in denen der Täter fremden Besitz verletzt, ohne dem Dritten die Sache im Sinne des Art. 137 « wegnehmen » zu müssen — der Täter hat sie schon —, ist Art. 140 StGB anzuwenden. Dem ist auch so, falls die Beamten des Bestattungsamtes berechtigt und in der Lage waren, die Schränke der Leichenhalle ohne Mitwirkung des Beschwerdeführers zu öffnen und die dort verwahrten Sachen zu behändigen. Wie der Kassationshof in BGE 71 IV 8 f. ausgeführt hat, steht die tatsächliche Verfügungsgewalt, die der Eigentümer oder ein Dritter neben dem Täter hat, der Anwendung des Art. 140 nicht im Wege.

2. — Herrenlose Sachen können nicht veruntreut werden, da ihre Aneignung erlaubt ist (Art. 718 ZGB). Zum

Tatbestand der Veruntreuung im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB gehört denn auch, dass die Sache eine « fremde » sei. Solche fremde Sachen waren die Kleidungs- und Wäschestücke, die Schuhe, Fingerringe und Goldkronen, welche sich der Beschwerdeführer angeeignet hat. Das Eigentum an ihnen ging mit dem Tode des Eigentümers ohne weiteres auf die Erben über (Art. 560 ZGB). In Fällen, in denen der Erblasser keine erbberechtigten Personen hinterliess, fiel es dem Gemeinwesen zu, und zwar wiederum kraft Gesetzes (Art. 466 ZGB). Nun mögen unter den Sachen, die sich der Beschwerdeführer angeeignet hat, freilich auch solche gewesen sein, die einem Erblasser gehört hatten, dessen Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt des Todes amtlich festgestellt oder offenkundig war. In solchen Fällen wurde die Ausschlagung der Erbschaft vermutet (Art. 566 Abs. 2 ZGB), und zwar auch dann, wenn sie mangels anderer Erben dem Gemeinwesen zugefallen wäre, haftet doch auch dieses, wenn nicht von Amtes wegen ein Rechnungsruf vorgenommen wird, unbeschränkt für die Schulden der Erbschaft (Art. 592 ZGB). In den erwähnten Fällen war es an sich möglich, dass die Sachen des Erblassers herrenlos wurden. Allein der Beschwerdeführer kam mit ihrer Aneignung zu spät. Die Gemeinde Zürich hatte sich die Sachen schon dadurch angeeignet, dass sie mit dem Willen, sie zu Eigentum zu erwerben, die Leiche und mit ihr auch die Sachen durch die Organe ihres Sanitäts- oder Bestattungsdienstes im Besitz genommen hatte. In Fällen sodann, wo Erben vorhanden waren, diese aber ihr Recht nicht geltend machten, wurden die Sachen erst in dem Augenblick herrenlos, wo der Eigentümer gewillt war, sein Recht aufzugeben (Art. 729 ZGB). Damit wurde aber ohne weiteres die Gemeinde Zürich Eigentümerin, mag der Erbe sein Recht durch einen ausdrücklichen an das Bestattungsamt gerichteten und zugunsten der Gemeinde lautenden Verzicht, oder mag er es bloss stillschweigend aufgegeben haben. Die Gemeinde hatte durch die Beamten des Bestattungsamtes wiederholt den Willen bekundet, über solche

Sachen zu verfügen, also Eigentum daran zu erwerben. Tatsächlich erwarb sie dieses dann im Augenblick, wo der Erbe sein Recht aufgab und die Gemeinde die Sache besass. Besitz aber hatte sie vom Augenblick an, da sie die Leichen in Empfang nahm, also in gewissen Fällen schon mit deren Behändigung durch die Organe des Sanitätsdienstes und in anderen spätestens mit der Einlieferung in die Leichenhalle, also stets bevor der Beschwerdeführer sich selbst durch Aneignung zum Besitzer der Sachen machte. Die Leichen wurden ihm ja stets als Diener der Gemeinde zur Verwahrung übergeben, womit die Gemeinde, nicht er persönlich ihr Besitzer und damit unmittelbar auch Besitzer der auf der Leiche befindlichen Sachen wurde.

3. — Der Beschwerdeführer hat sich nicht *Tatsachen* vorgestellt, die, wenn sie wahr wären, seine Tat als Aneignung herrenloser Sachen erscheinen liessen. Was er geltend macht, ist nicht irriige Vorstellung über den Sachverhalt im Sinne des Art. 19 StGB, sondern unrichtige rechtliche Würdigung wahrer Tatsachen, also Rechtsirrtum im Sinne des Art. 20 StGB. Der Beschwerdeführer will geglaubt haben, die Sachen, die er sich aneignete, seien unter den ihm bekannten Umständen herrenlos. Allein zur Strafmilderung oder Strafbefreiung wegen Rechtsirrtums genügt es nicht, dass der Täter die Tatsachen rechtlich falsch gewürdigt hat. Schon wenn er ein auch bloss unbestimmtes Empfinden gehabt hat, etwas Unrechtes zu tun, ist die Anwendung des Art. 20 StGB ausgeschlossen (BGE 69 IV 180, 70 IV 100). Dass der Beschwerdeführer dieses Empfinden hatte, ist durch die Vorinstanz verbindlich festgestellt und bestreitet er auch nicht, obwohl ihm sein Gewissen angeblich nur gesagt hat, er verstosse gegen Dienstvorschriften.

4. — Die Vorinstanz erblickt die Störung des Totenfriedens darin, dass der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB einen Leichnam verunehrt habe, indem er ihm in Abwesenheit der Angehörigen der Verstorbenen vier Zähne ausriss. Der Beschwerdeführer

war indes vom Ehemann und von der Schwester der Verstorbenen beauftragt worden, den Mund der Toten zu öffnen und eine Goldbrücke zu entfernen. Hätte er das in Gegenwart der Auftraggeber getan, so könnte schon objektiv von einer Verunehrung des Leichnams nicht gesprochen werden, weil die erwähnten Personen berechtigt waren, über die Leiche zu verfügen, und mit ihrem Auftrag einen Zweck verfolgten, der zur Not noch gebilligt werden kann. Wenn aber der Beschwerdeführer die Ausführung des Auftrages, so wie er lautete, nicht für eine Verunehrung des Leichnams ansehen konnte, ist nicht anzunehmen, er sei sich bewusst gewesen, den Leichnam deshalb zu verunehren, weil er in Abwesenheit der Schwester vorging und, als er die Goldbrücke nicht vorfand, einen Zahn mit einer Goldkrone und drei weitere Zähne entfernte. Die Vorinstanz stellt denn auch weder dieses Bewusstsein noch den Willen der Verunehrung des Leichnams fest. Ohne diese subjektiven Voraussetzungen ist aber die Tat nicht strafbar. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer von der Anklage der Störung des Totenfriedens freizusprechen.

5. —

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Juni 1946 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

44. Urteil des Kassationshofes vom 13. Dezember 1946 i. S. Metzler gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden.

1. Nachdem das Urteil in der Sache ausgefällt ist, kann der Gerichtsstand nicht mehr angefochten werden.
2. *Art. 148 Abs. 1 StGB.* Dass der Getäuschte die falschen Angaben hätte überprüfen können, schliesst den Betrug dann nicht aus, wenn der Täter den andern arglistig von der Überprüfung abgehalten hat, oder wenn sie besondere Mühe erfordert hätte.

1. Lorsqu'un jugement a été rendu sur le fond, il n'est plus possible de contester le for.
2. *Art. 148 al. 1 CP.* Le fait que la victime aurait pu contrôler les fausses allégations n'empêche pas qu'il y ait escroquerie lorsque l'auteur a astucieusement dissuadé l'autre partie de procéder à un contrôle ou lorsque celui-ci ne pouvait se faire sans difficultés particulières.

1. Se è stata pronunciata una sentenza sul merito, non è più possibile contestare il foro.
2. *Art. 148, cp. 1 CP.* Il fatto che la vittima avrebbe potuto verificare le false allegazioni non esclude la truffa se l'autore ha subdolamente dissuaso l'altra parte dal procedere ad una verifica o se questa verifica avesse richiesto particolare fatica.

A. — Wilhelm Casutt in Laax wollte ein siebenjähriges Pferd, das er ein halbes Jahr früher für Fr. 3600.— erworben hatte, verkaufen oder tauschen, weil es sich für schwere Arbeiten nicht eignete. Auf sein Inserat hin meldete sich Pferdehändler Fritz Metzler in Goldach, der im August 1945 für Fr. 900.— eine 15 bis 17 Jahre alte Stute gekauft hatte, die links an chronischer deformierender Carpitis mit mittelgradiger Lahmheit vorne links, an Dummkoller und an chronischem Katarrh mit Abmagerung litt und bloss Fr. 500.— wert war. Das Schreiben vom 30. September 1945, in welchem Metzler dem Casutt dieses Tier anbot, lautet wie folgt:

« Laut Inserat in der Neuen Bündner Zeitung sind Sie Abgeber eines guten Trabers und möchten ein Pferd zum Holzführen. Besitze eine Rotgriss-Stute, seltene Zügerin, grosser Schritt und absolut gesund und vertraut. Also kein Traber, das war diese Stute wohl vorher, aber jetzt wurde diese spez. im Holze und Landwirtschaft verwendet und passt auch besser für diesen Zweck, während für meinen Dienst einen guten Traber suche, aber gelegentlich, selbst wenn es Frühjahr werden sollte.

Bis heute habe ich mich auch nicht umgesehen, also keinen beauftragt, für diese Rotgriss-Stute einen Platz zu suchen. Nach Ihrem Inserate komme nun zur Ansicht, dass es ev. für beide Teile passen könnte, was Sie bald sehen würden, wenn Sie meine Stute besichtigen kommen wollten.

Durch jeden, der das Pferd schon benützte, wird das beste Zeugnis ausgestellt, aber ich möchte solche nur auf guten bleibenden Platz geben, denn ein mir passendes Pferd hat bei mir wenig Arbeit bei bester Pflege und Futter. Mein Pferd ist kein besonders grosses, aber eine starke, vertraute Stute.

Geben Sie mir also auch nähere Angaben über das Ihrige und welchen Preis Sie verlangen und ob solches wirklich ein guter Traber ist, etwas anderes kommt also nicht in Frage und würde ich ev. rasch nach Ilanz kommen zur Besichtigung, damit mit