Urteilskopf

112 IV 9

3. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 23. April 1986 i.S. B. gegen Generalprokurator des Kantons Bern (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
1. Art. 19 Abs. 2 ZGB.

Der urteilsfähige Entmündigte kann im Rahmen der Ausübung höchstpersönlicher Rechte, z.B. für die Erhebung einer eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde, durch Vollmachterteilung selbständig einen gewillkürten Vertreter bestellen und mit diesem einen das Basisverhältnis ordnenden Vertrag (Auftrag) abschliessen (E. 1).

2. Art. 137 StGB.

Gewahrsam des Eigentümers bejaht, der sein Portemonnaie in betrunkenem Zustand in einer Telefonkabine liegengelassen hatte (E. 2).

Regeste (fr):
1. Art. 19 al. 2 CC.

Les interdits capables de discernement peuvent, dans le cadre de leurs droits strictement personnels, mandater d'une manière indépendante, par exemple pour déposer un pourvoi en nullité de droit fédéral, un défenseur de leur choix, et conclure avec celui-ci un contrat réglant leurs relations (mandat) (consid. 1).

2. Art. 137 CP.

Le propriétaire d'un porte-monnaie qui l'oublie, étant pris de boisson, dans une cabine téléphonique, n'en perd pas la possession (consid. 2).

Regesto (it):
1. Art. 19 cpv. 2 CC.

Gli interdetti capaci di discernimento possono in modo indipendente, nel quadro dei diritti inerenti alla loro personalità, farsi rappresentare, per esempio per proporre un ricorso per cassazione federale, da un difensore di loro scelta e concludere con quest'ultimo un contratto che regoli i rispettivi rapporti (mandato) (consid. 1).

2. Art. 137 CP.

Il proprietario di un portamonete che, alcolizzato, dimentica quest'ultimo in una cabina telefonica, non ne perde il possesso (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 9

B. behändigte am 17. September 1984 in einer Telefonzelle das dort zuvor vom angetrunkenen A. liegengelassene Portemonnaie. Im Appellationsverfahren sprach das Obergericht des Kantons Bern B. des Diebstahls schuldig und verurteilte ihn zu 30 Tagen Gefängnis. B. führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie ihn bloss wegen Nichtanzeigens eines Fundes bestrafe. B. ist bevormundet. Ende März 1985 erteilte der Vormund Herrn Fürsprecher X., der den Verurteilten schon vor Obergericht vertreten hatte, die "Erlaubnis", das Urteil des Obergerichts mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Bundesgericht anzufechten. Mit Schreiben vom 2. April 1985 zog er indessen sein "Einverständnis

zur Einreichung der Nichtigkeitsklage" zurück, weil B. inzwischen wieder straffällig geworden sei. Dessen ungeachtet meldete Fürsprecher X. am 4. April 1985 die Nichtigkeitsbeschwerde an, und am 3. Februar 1986 reichte er die Beschwerdebegründung ein.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Der Vertreter des Beschwerdeführers macht geltend, gemäss BGE 75 IV 143 und BGE 78 IV 21 E. 1 sei der Bevormundete unabhängig von seinem Vormund berechtigt, eine Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben und für diesen Zweck einen Anwalt zu bevollmächtigen. Diese letztere Aussage findet sich indessen in keinem der angeführten Urteile. In beiden Entscheiden ging es um die Frage, ob auch der Vormund zur Nichtigkeitsbeschwerde befugt sei und ob er dazu der Zustimmung des Bevormundeten bedürfe. Dagegen wurde nichts darüber gesagt, ob das Mündel entgegen dem ausdrücklich erklärten Willen des Vormunds einen Verteidiger beauftragen dürfe. Die Frage bedarf deshalb der Prüfung. a) Urteilsfähige entmündigte Personen sind nach Art. 19 Abs. 2 ZGB befugt, ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Rechte auszuüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (s. auch Art. 410 ZGB). In BGE 88 IV 115 E. 3 hat der Kassationshof entschieden, dass die Rechte, welche der strafrechtlich Verurteilte mit einem Revisionsgesuch nach Art. 397 StGB geltend mache, ihm unzweifelhaft um seiner Persönlichkeit willen zustünden, weshalb sie von ihm nach Art. 19 Abs. 2 ZGB selbständig ausgeübt werden könnten, sofern er urteilsfähig sei; dabei mache es keinen Unterschied aus, ob es sich um die Einreichung eines befristeten Rechtsmittels oder um ein an keine Frist gebundenes Wiederaufnahmegesuch handle. Diese Überlegungen müssen analog für die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gelten; auch mit dieser macht der strafrechtlich Verurteilte Rechte geltend, die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehen.
b) Damit ist allerdings die Frage nicht entschieden, ob der urteilsfähige Entmündigte im Rahmen der Ausübung höchstpersönlicher Rechte durch Vollmachterteilung auch selbständig einen gewillkürten Vertreter bestellen und mit diesem überdies einen das Basisverhältnis ordnenden Vertrag (Auftrag) abschliessen kann. Sie ist - was die Vollmachterteilung als einseitiges Rechtsgeschäft anbelangt - ohne weiteres zu bejahen (BUCHER, Berner Kommentar, N. 199 und 313 zu Art. 19 ZGB). Die mit Art. 19 Abs. 2 ZGB

angestrebte Handlungsfreiheit des beschränkt Handlungsfähigen muss aber auch die Befugnis zum selbständigen Abschluss eines Auftrags umfassen, ansonst die prozessuale Durchsetzung seiner höchstpersönlichen Rechte im Strafprozess illusorisch würde, weil Anwälte als Verteidiger in aller Regel nicht aufgrund einer blossen Vollmacht, sondern nur gestützt auf ein Auftragsverhältnis tätig werden (BUCHER a.a.O. N. 314 zu Art. 19 mit Verweisungen auf die entsprechende kantonale Rechtsprechung). c) B. konnte somit selbständig Fürsprecher X. einen Auftrag zu seiner Verteidigung und namentlich zur Einreichung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde erteilen, sofern er insoweit als urteilsfähig anzusehen ist. Aufgrund des angefochtenen Urteils ist einzig bekannt, dass der Beschwerdeführer seit 1971 unter Vormundschaft steht. Auch geht aus einem psychiatrischen Bericht des Jahres 1977 hervor, dass er an einer Geisteskrankheit, nämlich an einer schleichenden paranoiden Schizophrenie leidet. Dagegen ist weder diesem Gutachten noch dem angefochtenen Urteil zu entnehmen, ob die genannte Krankheit der Grund der Bevormundung war. Indessen ergibt sich aus den Akten, dass B. im kantonalen Verfahren zur Sache sowie zu dem Schadenersatzbegehren des A. einvernommen wurde und dabei durchaus vernünftige Antworten gegeben hat. Es besteht deshalb kein Grund zur Annahme, es habe ihm die Urteilsfähigkeit gefehlt, um sich auch über die Tragweite einer Vollmacht- und Auftragserteilung an einen Anwalt zwecks Wahrnehmung seiner Interessen im Strafverfahren Rechenschaft zu geben. Ist dem aber so, war Fürsprecher X., als er die Nichtigkeitsbeschwerde anmeldete und begründete, rechtsgültig bevollmächtigt. Demzufolge ist die Beschwerde an die Hand zu nehmen.

2. In der Sache selbst nahm das Obergericht an, der Beschwerdeführer habe sich des Diebstahls schuldig gemacht, weil A. den Gewahrsam an seinem Portemonnaie nicht aufgegeben gehabt habe. B. bestreitet dies. a) Wegnehmen im Sinne des Art. 137 StGB ist Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams. Dieser besteht in der tatsächlichen Sachherrschaft, verbunden mit dem Willen, sie auszuüben (BGE 100 IV 158, BGE 97 IV 196). Verlegte oder vergessene Sachen sind nicht gewahrsamslos, solange sie sich in einem der faktischen Herrschaft des Gewahrsamsinhabers unterliegenden oder der Öffentlichkeit zugänglichen Raum (z.B. einer Telefonkabine) befinden, und jener weiss oder sich doch alsbald mit Bestimmtheit

erinnern kann, wo sie sind. So wurde in BGE 71 IV 184 der Gewahrsam in einem Falle bejaht, in dem jemand seine Uhr auf dem Tisch des Rauchersalons eines Schiffes vergass, dies jedoch kurz darauf bemerkte und sofort wusste, wo er sie liegengelassen hatte. Dagegen wurde der Gewahrsam verneint, wo eine Person, ohne sich dessen gewahr zu werden, Banknoten auf dem Ladentisch eines Geschäftes liegenliess und sich nach Entdecken des Verlustes an den Standort der Banknoten nicht zu erinnern vermochte, sondern an anderer Stelle zu suchen begann (BGE 71 IV 90; in diesem Sinne auch STRATENWERTH, Schweiz. Strafrecht, Besonderer Teil I, 3. Aufl. S. 195 f.; a.M. bezüglich ausserhalb des Zugriffsbereichs vergessener Sachen REHBERG, Grundriss/Strafrecht III S. 33 lit. c). Eine vorübergehende Verhinderung an der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft lässt den Gewahrsam nicht untergehen (BGE 100 IV 159, BGE 80 IV 153). Der Herrschaftswille, der zur tatsächlichen Herrschaftsmöglichkeit hinzutreten muss, braucht nicht ständig "auf der Wacht zu sein"; durch Schlaf oder Bewusstlosigkeit wird die Fortdauer des einmal begründeten Willens nicht aufgehoben (MAURACH, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl. S. 202; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 22. Aufl., N. 30 zu § 242). Das muss analog auch für den Zustand der Trunkenheit gelten. b) Im vorliegenden Fall steht fest, dass A. sein Portemonnaie in der Telefonkabine liegenliess und sich, als er beim anschliessenden Besuch des Restaurants "Bahnhof" die Konsumation bezahlen wollte, des Verlustes gewahr wurde. Auch realisierte er in diesem Zeitpunkt, dass er im Restaurant "Waldrand" noch im Besitz des Geldbeutels gewesen war, da er damals seine Konsumation bezahlt hatte. Dagegen konnte er sich, als er später bei der Polizei vernommen wurde, nicht mehr daran erinnern, dass er die Telefonkabine aufgesucht hatte. Nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz war der Grund dieser Erinnerungslücke einzig der übermässige Alkoholgenuss. Entsprechend erinnerte sich A. anderntags, als er wieder nüchtern war, an seinen Aufenthalt in der Telefonkabine, nachdem die Polizei ihm gemeldet hatte, dass das Portemonnaie dort von B. behändigt wor-

den sei. Die Annahme des Obergerichts, wonach A. nach "erfolgter Ausnüchterung" sein Erinnerungsvermögen mit Sicherheit auch ohne das Zutun der Polizei wiedererlangt und in der Folge die Suche an der betreffenden Stelle aufgenommen hätte, ist - wie im Entscheid zur

staatsrechtlichen Beschwerde ausgeführt wurde - sachlich vertretbar. Geht man aber davon aus, kann nicht gesagt werden, der Gewahrsam des A. sei an dem in der Telefonkabine zurückgelassenen Portemonnaie aufgehoben gewesen, als B. dieses an sich nahm. Hat der Beschwerdeführer demnach mit dessen Aneignung fremden Gewahrsam gebrochen und eigenen begründet, so hat er den objektiven Tatbestand des Art. 137 StGB erfüllt; denn die Wegnahme geschah zumindest ohne den Willen des Geschädigten, und dass es sich um eine fremde Sache gehandelt hat, steht ausser Frage.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.