Urteilskopf

118 IV 61

13. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 16. Januar 1992 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen gegen D. W. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 220, 183 Ziff. 2 StGB; Entziehen von Unmündigen/Entführung.

1. Aufgrund der Verschiedenheit der durch Art. 220 und 183 Ziff. 2 StGB geschützten Rechtsgüter ist für die Annahme echter Gesetzeskonkurrenz entscheidend, ob sich das Verhalten des Täters im konkreten Fall gegen den (Mit-)Inhaber der elterlichen Gewalt oder auch gegen die Freiheit des Kindes richtet (E. 2).

2. Der strafrechtliche Schutz der Freiheit des Kindes bezüglich der Wahl seines Aufenthaltsortes unterliegt den sich aus der elterlichen Gewalt ergebenden Einschränkungen; Entführung im konkreten Fall verneint (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 220, 183 ch. 2 CP; enlèvement de mineurs.

1. Compte tenu de la diversité des biens juridiques protégés par les art. 220 et 183 ch. 2 CP, il faut, pour que l'on puisse admettre l'existence d'un concours idéal, savoir si le comportement de l'auteur, dans le cas concret, portait atteinte non seulement aux droits du (co)détenteur de la puissance parentale, mais aussi à la liberté de l'enfant (consid. 2).

2. La protection pénale accordée à la liberté de l'enfant en ce qui concerne le choix de son lieu de séjour s'efface devant les restrictions qui résultent de la puissance parentale; réalisation d'un enlèvement écartée dans le cas d'espèce (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 220, 183 n. 2 CP; sottrazione di minorenni.

1. Tenuto conto della diversità dei beni giuridici protetti dagli art. 220 e 183 n. 2 CP, occorre, per poter ammettere l'esistenza di un concorso ideale, stabilire se il comportamento dell'agente abbia leso, nel caso concreto, non solamente i diritti del (con)titolare dell'autorità parentale, ma anche la libertà del minorenne (consid. 2).

2. La protezione penale accordata alla libertà del minorenne per quanto concerne la scelta del suo luogo di dimora deve cedere il passo alle restrizioni di tale libertà risultanti dall'autorità parentale; rapimento negato nella fattispecie concreta (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 62

BGE 118 IV 61 S. 62

Die Eheleute L. und D. W. haben zwei Kinder (geb. 1984 und 1987). Im Januar 1989 verliess die Ehefrau mit den Kindern die gemeinsame Wohnung. Kurz danach reichte sie die Scheidungsklage ein; sie verlangte, ihr im

Sinne einer vorsorglichen Massregel die Obhut über die Kinder zu übertragen. Am 15. April 1989 holte der Vater die Kinder zu einem vereinbarten Wochenendbesuch ab, reiste dann aber mit ihnen in die Ferien und brachte sie erst nach einer sechswöchigen Reise, die durch Italien, Jugoslawien, die Türkei und Griechenland führte, wieder zur Mutter zurück. Eine am 17. April 1989 versandte Verfügung der Instruktionsrichterin, mit welcher die Mutter zur Obhutsinhaberin erklärt wurde, ging ihm erst bei seiner Rückkehr zu. Alle Beteiligten stimmen darin überein, dass der Vater die Kinder gut behandelt habe; die Mutter fügte allerdings hinzu, sie hätten die lange Ferienreise psychisch verarbeiten müssen. Das Bezirksgericht Unterrheintal verurteilte D. W. am 12. Januar 1990 wegen fortgesetzter Entführung, fortgesetzten Entziehens und Vorenthaltens von Unmündigen sowie wegen Vernachlässigung von Unterstützungspflichten zu sechs Wochen Gefängnis, bedingt aufgeschoben auf eine Probezeit von zwei Jahren. Auf Berufung der Staatsanwaltschaft hin sprach das Kantonsgericht St. Gallen D. W. am 4. September 1990 von der Anklage der Entführung frei. Es erklärte ihn schuldig des Entziehens von Unmündigen

sowie der fortgesetzten Vernachlässigung von Unterstützungspflichten und verurteilte ihn zu vier Wochen Gefängnis, unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges bei einer Probezeit von zwei Jahren. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen an das Bundesgericht mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher sie beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen. D. W. beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe Art. 183 Ziff. 2 und 184 StGB verletzt, indem sie den Beschwerdegegner von der Anklage der Entführung freigesprochen habe; angesichts der Dauer liege eine qualifizierte Entführung vor. Zu prüfen ist somit, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, wenn sie den Beschwerdegegner nur wegen Entziehens von Unmündigen nach Art. 220 StGB verurteilte und nicht auch wegen qualifizierter Entführung.

2. a) Art. 220 StGB schützt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (auch nicht alleinige) Inhaber der elterlichen und vormundschaftlichen Gewalt in ihrer Befugnis, über die ihnen unterstellte Person, insbesondere über deren Aufenthaltsort, Erziehung und Lebensgestaltung zu bestimmen (BGE 95 IV 68, BGE 98 IV 35, BGE 110 IV 37 E. 1c mit Hinweisen; kritisch dazu SUSANNE HÜPPI, Straf- und zivilrechtliche Aspekte der Kindesentziehung gemäss Art. 220 StGB mit Schwergewicht auf den Kindesentführungen durch einen Elternteil, Zürcher Diss. 1988, S. 34 ff., insbesondere S. 42, die als geschützt nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht sieht; in diesem Sinn auch TRECHSEL, Kurzkommentar StGB, Art. 220 N 1, und HAUSER/REHBERG, Grundriss Strafrecht IV, Zürich 1989, S. 98). Es handelt sich um ein Vergehen gegen die Familie (Überschrift des sechsten Titels). b) Demgegenüber handelt es sich bei der Entführung um ein Delikt gegen die Freiheit. Nach BGE 83 IV 154 besteht das "Entführen" darin, dass das Opfer an einen Ort geführt wird, wo es sich in der Gewalt des Täters befindet; die Entführung besteht damit aus zwei Elementen: dem Verbringen des Opfers an einen anderen Ort und - als Folge davon - eine gewisse Machtposition des Täters

über das Opfer (STRATENWERTH, Bes. Teil I, 3. Auflage, S. 102; SCHUBARTH, Kommentar StGB, Art. 183 N 47). Gemäss Art. 183 Ziff. 2 StGB können auch Kinder (und Jugendliche: Art. 82 und 89 StGB) unter 16 Jahren entführt werden. c) Ob die durch Art. 184 StGB mögliche Erweiterung des Strafrahmens aufgrund der Dauer des Freiheitsentzuges auch für die Entführung gilt - wie Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ohne weiteres annehmen -, erscheint fraglich. Denn bei einer Entführung braucht weder eine Nötigung noch eine Freiheitsberaubung vorzuliegen (TRECHSEL, a.a.O., Art. 183 N 13; STRATENWERTH, a.a.O., S. 102 N 33; NOLL, Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil I, S. 79; SCHUBARTH, a.a.O., Art. 183 N 48 und 62); nach dem Wortlaut des Gesetzes "Entzug der Freiheit" ist wohl nur die eigentliche Freiheitsberaubung (Art. 183 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) qualifiziert, wenn sie länger als 10 Tage dauert. Auch die Botschaft verwendet bei der Erörterung des Qualifikationsgrundes der Dauer nur den Begriff der Freiheitsberaubung (BBl 1980 I 1260). Ob damit, wenn als eigentliche Tathandlung der Entführung einzig das Verbringen an einen anderen Ort zu betrachten ist, diesbezüglich kein Dauerdelikt vorliegt (so HAFTER, Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil I, S. 104; anderer Auffassung SCHUBARTH, a.a.O., Art. 183 N 50, allerdings ohne nähere Begründung), wie dies bei der Freiheitsberaubung als Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit der Fall ist, kann indessen offenbleiben, da der Tatbestand von Art. 184 StGB im vorliegenden Fall ohnehin nicht erfüllt ist. d) Für die Annahme einer echten Gesetzeskonkurrenz zwischen Art. 183 und 220 StGB ist wegen der Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter entscheidend, ob sich das Verhalten des Täters im konkreten Fall lediglich gegen den (Mit-)Inhaber der elterlichen Gewalt richtet oder auch gegen die Freiheit des Kindes (vgl. oben E. 2a und b; TRECHSEL, a.a.O., Art. 220 N 8). Diese Frage ist nach den jeweiligen Umständen sowie den Zielen und Absichten des Täters zu beurteilen (vgl. BERTRAND SAUTEREL, L'enlèvement de mineur, thèse de licence, Lausanne 1991, S. 142).

3. a) Der Tatbestand der Entführung setzt voraus, dass sich als Folge des Verbringens an einen anderen Ort eine Machtposition des Täters über sein Opfer ergibt (vgl. E. 2b). Hat der Täter diese Machtposition bereits aufgrund anderer Umstände inne, oder wird eine bereits bestehende Machtposition nicht erheblich verstärkt (vgl. EGLI, Freiheitsberaubung, Entführung und Geiselnahme, Diss. Zürich, S. 76 f.), kann daher keine Entführung vorliegen.

b) Der Schutz der Freiheit des Kindes bezüglich der Wahl seines Aufenthaltsortes unterliegt den sich aus der elterlichen Gewalt ergebenden Einschränkungen (vgl. EGLI, a.a.O., S. 113). Gemäss Art. 297 Abs. 1 ZGB üben die Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam aus; diese Regel gilt, bis ein Ehegatte verstirbt oder die elterliche Gewalt durch den Richter einem Elternteil allein zugeteilt wird. Die Eheleute W. hatten zwar eine private Vereinbarung abgeschlossen, wonach der Mutter die Obhut eingeräumt werde und der Vater die Kinder jeweils über ein verlängertes Wochenende zu sich nehmen könne. Eine solche Vereinbarung wie auch die Zuteilung der Obhut im Eheschutzverfahren oder als vorsorgliche Massnahme im Scheidungs- oder Abänderungsprozess (vgl. HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechtes, 3. Auflage, § 26 N 10) lässt aber die elterliche Gewalt des anderen Teils in ihrem rechtlichen Bestand vorderhand unberührt (BÜHLER/SPÜHLER, Kommentar, Art. 145 N 200). Die Kinder sind deshalb nach wie vor beiden Inhabern der elterlichen Gewalt zu Gehorsam verpflichtet (vgl. HEGNAUER, Kommentar, 3. Auflage, N 8 ff. zu aArt. 275 ZGB). c) Ist daher wie im vorliegenden Fall die elterliche Gewalt lediglich faktisch durch die Obhut der Obhutsberechtigten eingeschränkt, kann für die betroffenen Kinder das geschützte Rechtsgut ihrer Freiheit nicht wesentlich eingeschränkt sein, weil sie nach wie vor dem (Mit-)Inhaber der elterlichen Gewalt zu Gehorsam verpflichtet sind und es für sie grundsätzlich keine Rolle spielen wird, von welchem der beiden Elternteile ihr Aufenthaltsort bestimmt wird; dies gilt jedenfalls

so lange, als dies mit der im Interesse des Kindes ausgeübten elterlichen Gewalt vereinbar und damit zu dessen Wohl ist. Denn es wäre - wie die Vorinstanz zu Recht bemerkt - widersprüchlich, einerseits vom Willen des Kindes abzusehen und andererseits denjenigen wegen eines Deliktes gegen die Freiheit der Willensentschliessung zu bestrafen, der ermächtigt ist, gerade diesen Willen zu bilden. Dass auch das Kind unter 16 Jahren ein Freiheitsbewusstsein hat (so schon HAFTER, a.a.O., S. 107; LOGOZ, Commentaire, Art. 185 N 1, S. 284) und ihm mit zunehmendem Alter auch eine gewisse Freiheit in der Wahl seines Aufenthaltsortes zukommt (vgl. EGLI, a.a.O., S. 113), braucht hier nicht berücksichtigt zu werden, handelt es sich doch noch um Kleinkinder. Die dargelegte Zurückhaltung bei der Annahme einer Entführung durch einen (Mit-)Inhaber der elterlichen Gewalt würde sich auch aufgrund der möglicherweise zur Anwendung gelangenden hohen Mindeststrafe von Art. 184 StGB aufdrängen (vgl. Auslegung von

Straftatbeständen nach der angedrohten Strafe: BGE 116 IV 315 E. aa). d) Den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass der Beschwerdegegner seine Kinder gut behandelte; die Kinder waren nach ihrer Rückkehr wohlauf; es fehlte den Kindern körperlich nichts; sie hätten nach Angabe der Mutter lediglich "den langen Ferienaufenthalt psychisch verarbeiten müssen"; der getroffenen Obhutsvereinbarung stimmte der Beschwerdegegner angeblich nur zu, um die Kinder überhaupt sehen zu können. Die Ehefrau des Beschwerdegegners hatte die eheliche Wohnung mit den Kindern erst seit kurzer Zeit verlassen, weshalb sich die Kinder noch nicht an den neuen Zustand gewöhnt haben dürften. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall die Veränderung des Aufenthaltsortes anlässlich eines mit seiner Ehefrau und Mutter der Kinder vereinbarten Wochenendbesuches insbesondere noch keine wesentliche Verstärkung des auch zugunsten des Beschwerdegegners bestehenden Herrschaftsverhältnisses gegenüber seinen beiden Kleinkindern bewirkte. Unter solchen Umständen ist davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner in erster Linie seiner Ehefrau die (Mit-)Ausübung der elterlichen Rechte verunmöglichen wollte, nicht aber seinen Kindern zu deren Nachteil die Freiheit entziehen. Aus diesen Gründen muss es im vorliegenden Fall mit der ausschliesslichen Anwendbarkeit von Art. 220 StGB sein Bewenden haben. e) Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, wenn sie den Beschwerdegegner ausschliesslich nach Art. 220 StGB bestrafte.