Urteilskopf

121 IV 272

44. Urteil des Kassationshofes vom 19. September 1995 i.S. M. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, Gemeinde Neuenhof (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 29 und 217 StGB; Beginn der Strafantragsfrist bei Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, Bestimmung der Leistungsfähigkeit.

Wenn der Pflichtige während einer gewissen Zeit ohne Unterbrechung schuldhaft die Zahlung der Unterhaltsbeiträge unterlässt, beginnt die Antragsfrist erst mit der letzten schuldhaften Unterlassung zu laufen, also beispielsweise dann, wenn der Pflichtige wieder mit Zahlungen beginnt, oder dann, wenn er mangels Leistungsfähigkeit seiner Zahlungspflicht nicht nachkommen kann (E. 2a, Bestätigung der Rechtsprechung). Dies gilt jedoch nur, wenn der Antragsberechtigte dies weiss oder wissen kann (E. 2a, Klarstellung der Rechtsprechung).

Verfügt der Unterhaltspflichtige über ein unregelmässiges Einkommen, das zeitweise nicht zur Deckung seines Notbedarfs ausreicht, muss zur Bestimmung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in analoger Anwendung von Art. 93 SchKG eine Gesamtbetrachtung mehrerer Monate vorgenommen werden; Behandlung der Ferienentschädigung. Ein Eingriff in den Notbedarf richtet sich nach der Praxis in SchKG-Sachen (E. 3c und d).

Regeste (fr):
Art. 29 et 217 CP; point de départ du délai pour déposer plainte en cas de violation d'une obligation d'entretien; détermination des moyens disponibles.

Lorsque le débiteur de l'obligation d'entretien cesse fautivement de façon continue pendant un certain temps de s'en acquitter, le délai pour déposer plainte ne commence à courir qu'au moment où le comportement fautif cesse, c'est-à-dire par exemple, lorsque le débiteur reprend ses paiements ou se trouve sans sa faute, par manque de moyens, dans l'impossibilité de s'acquitter de son obligation (consid. 2a, confirmation de la jurisprudence). Ce principe ne vaut toutefois que si l'ayant droit connaît ou doit connaître ces circonstances (consid. 2a, clarification de la jurisprudence).

Lorsque le débiteur de la pension alimentaire ne dispose que d'un revenu irrégulier ne suffisant parfois pas à couvrir ses besoins élémentaires, la détermination de sa capacité économique de verser la pension au sens de l'art. 93 LP appliqué par analogie doit intervenir en prenant en considération le revenu global de plusieurs mois. Cas de l'indemnité de vacances. Une atteinte au minimum vital est mesurée conformément à la pratique des autorités de poursuites (consid. 3c et d).

Regesto (it):
Art. 29 e 217 CP; inizio del termine per sporgere querela in caso di trascuranza degli obblighi di mantenimento, determinazione della capacità economica.

Qualora il debitore ometta colpevolmente di fornire durante un certo tempo e senza interruzione gli alimenti o i sussidi dovuti, il termine per presentare la querela inizia a decorrere solo dall'ultima omissione colpevole, ossia, ad esempio, dal momento in cui il debitore riprende i suoi versamenti o, per mancanza di mezzi, si trova senza colpa nell'impossibilità di adempiere i suoi obblighi (consid. 2a, chiarimento della giurisprudenza).

Ove il debitore disponga di un reddito irregolare, a volte insufficiente a coprire il suo minimo vitale, la determinazione della sua capacità economica va effettuata, in analogia all'art. 93 LEF, prendendo in considerazione il reddito globale di più mesi. Valutazione dell'indennità per vacanze. Nell'incidere nel minimo d'esistenza è

determinante la prassi in materia LEF (consid. 3c e d).

Sachverhalt ab Seite 273

BGE 121 IV 272 S. 273

A.- Die Gemeinde Neuenhof, die die von M. geschuldeten und nicht bezahlten Unterhaltsbeiträge bevorschusste, stellte am 27. Juli 1993 gegen diesen Strafantrag wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten in der Zeit von Dezember 1992 bis und mit Juli 1993. Sie bezifferte den Zahlungsrückstand per 27. Juli 1993 auf Fr. 42'845.65.

BGE 121 IV 272 S. 274

B.- Das Bezirksgericht Baden erkannte mit Urteil vom 16. Dezember 1993 M. der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten für die Zeit von Dezember 1992 bis Juli 1993 schuldig und bestrafte ihn mit 6 Wochen Gefängnis (unbedingt). Das Obergericht des Kantons Aargau sprach den Beschwerdeführer mit Urteil vom 24. August 1994 der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten in den Monaten Dezember 1992 und Januar 1993 schuldig und bestrafte ihn mit zwei Wochen Gefängnis (unbedingt). Für den übrigen, Gegenstand des Strafantrages und der Anklage bildenden Zeitraum wurde er von Schuld und Strafe freigesprochen.

C.- Dagegen erhebt M. eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben - ausgenommen soweit es ihn verpflichte, der Zivilklägerin Fr. 12'000.– zu bezahlen - und die Sache sei zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen. Ausserdem sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren und seiner Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu verleihen. Das Obergericht beantragt in seiner Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Die Staatsanwaltschaft verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Der Beschwerdeführer macht in seiner Nichtigkeitsbeschwerde vorab geltend, der Strafantrag vom 27. Juli 1993 habe ausschliesslich die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten in den drei vorangegangenen Monaten Mai, Juni und Juli betreffen können. Er sei aber einzig für die Monate Dezember 1992 und Januar 1993 schuldig gesprochen worden. Diese lägen jedoch ausserhalb der Dreimonatsfrist, nachdem die Gemeinde Neuenhof als Abtretungsgläubigerin und Zahlungsempfängerin mit Ausbleiben dieser vorschüssig fälligen Unterhaltsbeiträge bereits am 1. Dezember 1992 bzw. am 1. Januar 1993 Kenntnis von den behaupteten strafbaren Handlungen erlangt habe. Der Fristenlauf sei auch nicht etwa durch die andauernde Nichtleistung von Unterhaltsbeiträgen durch den Beschwerdeführer aufgeschoben, da diese Nichtleistung nicht schuldhaft und damit nicht deliktisch gewesen sei, sei er doch für den Zeitraum von Februar bis Juli 1993 freigesprochen worden. b) Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung aus, sie sei stillschweigend von der Rechtzeitigkeit des Strafantrags und dessen Gültigkeit für die ganze Dauer der Nichtleistung der geschuldeten Beiträge

ausgegangen. Ein Strafantrag sei auch dann gültig, wenn ein Unterhaltspflichtiger während einer gewissen Zeitspanne nicht schuldhaft die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen unterlassen habe. Entscheidend sei einzig die Tatsache, dass die Leistung andauernd unterlassen worden sei.

2. a) Das Antragsrecht erlischt nach Ablauf von 3 Monaten (Art. 29 StGB). Die Antragsfrist beginnt, sobald dem Antragsberechtigten Täter und Tat, d.h. deren Tatbestandselemente, bekannt sind; erforderlich ist dabei eine sichere, zuverlässige Kenntnis, die ein Vorgehen gegen den Täter als aussichtsreich erscheinen lässt (BGE 101 IV 113 E. 1b mit Hinweisen). Wenn der Pflichtige während einer gewissen Zeit ohne Unterbrechung schuldhaft die Zahlung der Unterhaltsbeiträge unterlässt, beginnt die Antragsfrist erst mit der letzten schuldhaften Unterlassung zu laufen (BGE 118 IV 325 E. 2b). Der Antrag ist gültig für den Zeitraum, in dem der Täter ohne Unterbrechung den Tatbestand erfüllt hat (E. 2c). Der Strafantragsberechtigte darf also mit der Stellung des Strafantrages - auch wenn er ihn schon vor Beginn des Fristenlaufs stellen kann (BGE 92 IV 75) - solange unbeschadet zuwarten, als der Unterhaltspflichtige schuldhaft die geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt. Bei mehreren monatlich geschuldeten Unterhaltsbeiträgen, die während einer bestimmten Zeitspanne nicht geleistet wurden, beginnt somit die Strafantragsfrist beispielsweise erst dann, wenn der Pflichtige wieder mit Zahlungen beginnt, oder dann, wenn er mangels Leistungsfähigkeit seiner Zahlungspflicht nicht nachkommen kann (vgl. BGE 118 IV 325 E. 2c: völlige Arbeitsunfähigkeit während eines Klinikaufenthaltes). Klarzustellen ist jedoch, dass dies entsprechend dem Sinn und Zweck von Art. 29 StGB (vgl. dazu REHBERG, Der Strafantrag, ZStR 85/1969, S. 267 f.) nur gilt, wenn der Antragsberechtigte vom Unterbruch in der schuldhaften Vernachlässigung der Unterhaltspflicht Kenntnis hatte oder zumindest haben konnte, wenn er also wusste oder zumindest wissen konnte, dass der Unterhaltspflichtige die geschuldeten Unterhaltsbeiträge schuldlos, etwa wegen Arbeitsunfähigkeit, nicht erbringen konnte. Dafür genügen - im Unterschied zur sicheren, zuverlässigen Kenntnis von Tat und Täter bei der gewöhnlichen Fristauslösung (siehe eingangs) - bereits konkrete Anhaltspunkte. b) Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Beschwerdeführer jedenfalls in der Zeit von Februar 1993 bis Juli 1993 unverschuldet nicht über die nötigen Mittel verfügte, um seine Unterhaltsbeiträge zu leisten, weshalb er

während dieser 6 Monate seine Unterhaltspflicht nicht verletzt hat. Objektiv ist also eine Zäsur im Sinne der Rechtsprechung gegeben. Dem angefochtenen Urteil kann jedoch nicht entnommen werden, ob die Antragstellerin davon wusste bzw. zumindest konkrete Anhaltspunkte dafür hatte. Die Sache ist daher nach Art. 277 BStP an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie prüfe, ob und gegebenenfalls wann für die strafantragstellende Gemeinde Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Beschwerdeführer mangels Leistungsfähigkeit seiner Unterhaltspflicht nicht nachgekommen ist.

3. a) Zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer habe im Monat Dezember 1992 über einen Betrag von Fr. 633.50 verfügen können und auch in den vorangegangenen Monaten mit je Fr. 4'000.– brutto genügend verdient, um seinen Lebensunterhalt zu decken. Er wäre deshalb in diesem Monat in der Lage gewesen, die Unterhaltszahlung voll zu leisten. Im Januar 1993 hätte er zumindest den Überschuss von Fr. 633.50 bezahlen können und wäre darüber hinaus gehalten gewesen, einen angemessenen Teil seines Notbedarfs für die Unterhaltskosten aufzubringen. In den Monaten Januar bis Juni 1993 habe sich das Einkommen des Beschwerdeführers stets unter seinem Notbedarf bewegt, und er sei für diese Zeit von Schuld und Strafe freizusprechen. Erstmals im Juli 1993 habe er einen Einkommensüberschuss von Fr. 571.85 aufge-

wiesen. Da die zur Diskussion stehenden Monate im Sinne einer Gesamtbetrachtung zu werten seien, könne dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, dass er aus diesem ersten Überschuss seinen rückständigen Notbedarf gedeckt habe. Auch für Juli 1993 sei er deshalb von Schuld und Strafe freizusprechen. b) Nach Ansicht des Beschwerdeführers verletzt die Vorinstanz Bundesrecht, da sie den Begriff der verfügbaren Mittel im Sinne von Art. 217 StGB falsch auslege. So gehe die Vorinstanz bei der Ermittlung der zumutbaren Zahlungen für den Monat Dezember 1992 davon aus, dass der Beschwerdeführer auch in den vorangegangenen Monaten genügend verdient habe, um seinen Lebensaufwand zu decken, und deshalb in der Lage gewesen wäre, die Unterhaltszahlungen voll zu leisten. Sie lasse dabei ausser acht, dass er von dem ihm für diese Periode zur Verfügung stehenden Nettoeinkommen von ca. Fr. 3'400.– auch den vollen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.– bezahlt habe, wobei ihm nach Abzug des Notbedarfs im November Fr. 905.– zuwenig zur Verfügung gestanden wäre.

Zuvor sei er während zwei Monaten zu 100% und während weiteren zwei zu 50% arbeitsunfähig gewesen und habe nur über ein auf 80% reduziertes Einkommen verfügen können. Der ihm von der Vorinstanz für den Monat Dezember angerechnete Überschuss von Fr. 633.50 werde durch die Unterdeckung des Novembers in Höhe von Fr. 905.– mehr als kompensiert. c) Der objektive Tatbestand von Art. 217 StGB setzt voraus, dass der Täter über die Mittel verfügte, um seine Unterhaltspflichten zu erfüllen. Bei der Bestimmung der verfügbaren Mittel des Pflichtigen ist dabei analog zu Art. 93 SchKG vorzugehen. Dies hat zur Folge, dass dem Schuldner bei veränderlichem, zeitweilig unter dem Existenzminimum bleibenden Lohn Ausgleich aus den Überschüssen der anderen Perioden gewährt werden muss (BGE 69 III 53, 68 III 156; AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Aufl., § 23 N. 52; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1984, § 24 N. 80). Dies jedenfalls dann, wenn sich der Schuldner zur Entrichtung des Unterhaltsbeitrags keinen Eingriff in den Notbedarf gefallen lassen muss (vgl. dazu E. 3d und BGE 116 III 10). Übertragen auf den zu beurteilenden Fall bedeutet dies, dass nur dann von einer genügenden Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers ausgegangen werden darf, wenn dieser den festgestellten Überschuss nicht zur Deckung des Notbedarfs der vorangegangenen Monate benötigte. Gestützt auf diese Betrachtungen hat die Vorinstanz die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers für den Monat Juli 1993 zutreffend verneint. In bezug auf den Monat Dezember 1992 geht die Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdeführer in den Monaten davor "genügend verdiente, um seinen Lebensunterhalt zu decken (er verdiente gemäss act. 32 Fr. 4'000.– brutto pro Monat)", und deshalb im Dezember 1992 in der Lage gewesen wäre, die Unterhaltszahlung voll zu leisten. Sie hat aber nicht abgeklärt, welcher Geldbetrag dem Beschwerdeführer nach Abzug des Notbedarfs Ende November 1992 tatsächlich verblieb, um die Unterhaltszahlungen für den Monat Dezember 1992 zu leisten. In ihrer Aufstellung im angefochtenen Urteil zeigt die Vorinstanz im Monat Dezember 1992 einen Überschuss von Fr. 633.50 auf, geht jedoch offenbar davon aus, dieser sei für die Unterhaltszahlung von Januar 1993 zu verwenden gewesen. Aus dem angefochtenen Urteil geht somit nicht hervor, welches die finanzielle Situation des Beschwerdeführers zu Beginn des Monats Dezember 1992 war. Dass der Beschwerdeführer in den

vorangegangenen Monaten "gemäss act. 32 Fr. 4'000.– brutto" verdient habe, reicht als Feststellung dazu nicht aus. Dies umso weniger, als der Beschwerdeführer bestreitet, über ein Einkommen dieser Höhe verfügt zu haben, da er, wie er geltend machte, von Juli bis Oktober 1992 nicht voll arbeitsfähig war. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer vor Dezember 1992 geleisteten Unterhaltsbeiträge - insbesondere

die im November 1992 bezahlten Fr. 1'500.– vom verfügbaren Einkommen nicht abgezogen hat. Aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz kann demnach nicht geprüft werden, ob der Beschwerdeführer in den Monaten Dezember 1992 und Januar 1993 finanziell genügend leistungsfähig war und die Verurteilung wegen schuldhafter Unterlassung der Unterhaltspflichten gemäss Art. 217 StGB zu Recht oder zu Unrecht erfolgte. d) Die Sache ist deshalb ebenfalls in diesem Punkt gemäss Art. 277 BStP zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie wird aufgrund einer Gesamtbetrachtung der in Frage stehenden Vormonate darzulegen haben, über welchen Betrag der Beschwerdeführer in den Monaten Dezember 1992 und Januar 1993 verfügen konnte und in welchem Umfang er demnach seiner Unterhaltspflicht in dieser Zeit allenfalls schuldhaft nicht nachkam. Dabei wird die Vorinstanz zu beachten haben, dass gemäss Art. 217 StGB dem Unterhaltspflichtigen entgegen ihrer Auffassung ein Eingriff in seinen Notbedarf nur insoweit zuzumuten ist, als bei einer Lohnpfändung in diesen eingegriffen würde (BGE 101 IV 52, BGE 79 IV 106 S. 113, BGE 74 IV 154 E. 2). Dies ist der Fall bei Betreibungen, die Familienmitglieder für ihnen zustehende Unterhaltsforderungen einleiten, sofern ihr Einkommen mit Einschluss der Alimentenforderung zur Deckung des eigenen Notbedarfs nicht ausreicht. Dabei ist der Eingriff so zu bemessen, dass sich der Schuldner und der Gläubiger in gleichem Verhältnis einschränken müssen (BGE 116 III 10 E. 2, BGE 101 IV 52 E. 3a). Tritt ein Gemeinwesen in die Rechte des Alimentengläubigers ein, ist der Eingriff in den Notbedarf des Schuldners hingegen nicht zulässig, da sich jenes nie in einer dem Unterhaltsberechtigten vergleichbaren Notlage befindet (BGE 116 III 10 E. 3). Aus denselben Überlegungen hat diese Einschränkung auch bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit nach Art. 217 StGB zu gelten, denn dem Unterhaltspflichtigen soll auch strafrechtlich nur dann der Vorwurf gemacht werden, nicht in seinen Notbedarf eingegriffen zu haben, wenn dies zur Deckung des Notbedarfs des Unterhaltsgläubigers im gleichen Masse, wie er dem Schuldner verbleibt, unabdingbar gewesen wäre. Im zu beurteilenden Fall

sind die Voraussetzungen eines Eingriffs in den Notbedarf des Beschwerdeführers nicht gegeben, da die Gemeinde Neuenhof die Unterhaltszahlungen bevorschusst hat. Bei der Ferienentschädigung ist zu beachten, dass diese eine Abgeltung des gesetzlichen Ferienanspruchs gemäss Art. 329a OR darstellt (vgl. BGE 118 II 136 E. 3b, BGE 116 II 515 E. 4). Um eine Benachteiligung von Unterhaltspflichtigen zu vermeiden, denen eine solche Entschädigung monatlich ausbezahlt wird, muss in Rechnung gestellt werden, dass diese während den effektiv bezogenen Ferien keinen Lohn erhalten. Würde deshalb, bei einer Einzelbetrachtung jedes Monats, die Ferienentschädigung zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit hinzugezogen, und der Unterhaltsschuldner verpflichtet, auch diesen Betrag zur Zahlung der Alimente zu verwenden, verlöre er seinen Anspruch auf bezahlte Ferien gemäss Art. 329d Abs. 1 OR. Die Ferienentschädigung muss deshalb vom erzielten Lohn in Abzug gebracht werden. Nur wenn, in einer Gesamtbetrachtung, auf das effektiv in einem Jahr bezogene Einkommen abgestellt wird, ist die Ferienentschädigung mitzuberücksichtigen.

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist danach gutzuheissen, das angefochtene Urteil gemäss Art. 277 BStP aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. (Kostenfolgen).