

39. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 12. November 1948 i. S. Amgwerd gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

1. *Art. 217 Abs. 1 StGB.* Ist bösen Willens, wer seinen Kindern aus der geschiedenen ersten Ehe die Unterhaltsbeiträge nicht leistet, weil sein Verdienst seinen Notbedarf und jenen seiner zweiten Ehefrau und der Kinder aus der zweiten Ehe nicht deckt?
2. *Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.* Ermessen des Sachrichters bei der Einschätzung der voraussichtlichen Wirkung einer bedingt vollziehbaren Strafe.
1. *Art. 217 al. 1 CP.* Celui qui ne gagne pas de quoi subvenir à son entretien et à celui de sa deuxième femme et des enfants nés du second mariage fait-il preuve de mauvaise volonté en ne fournissant aucun subside aux enfants issus d'un premier mariage dissous par divorce?
2. *Art. 41 ch. 1 al. 2 CP.* Pouvoir du juge du fond d'apprécier les effets probables du sursis.
1. *Art. 217 cp. 1 CP.* Colui che non consegue un guadagno sufficiente per provvedere al proprio sostentamento ed a quello della sua seconda moglie e dei figli nati da questo matrimonio fa prova di malvolere se non fornisce alcun sussidio ai figli nati dal primo matrimonio dissolto in seguito a divorzio?
2. *Art. 41 cifra 1 cp. 2 CP.* Facoltà del giudice di merito di apprezzare l'effetto probabile della sospensione condizionale della pena.

A. — Am 4. November 1943 verurteilte das Obergericht des Kantons Bern Karl Amgwerd, an den Unterhalt der drei in den Jahren 1933, 1935 und 1936 geborenen Kinder aus seiner am 20. Mai 1943 geschiedenen Ehe mit Rosa Fuchs monatlich je Fr. 40.— bis zum vollendeten zwölften und je Fr. 50.— von da an bis zum vollendeten zwanzigsten Altersjahr jeden Kindes zu bezahlen. Da er böswillig nichts leistete, verurteilte der Gerichtspräsident V von Bern ihn am 16. August 1944 in Anwendung von Art. 217 Abs. 1 StGB zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von vier Monaten und setzte ihm eine Probefrist von vier Jahren.

Amgwerd kam seiner Unterhaltspflicht auch nachher nicht nach und wurde daher am 4. Dezember 1944 abermals angezeigt. Vom 12. Dezember 1944 bis Ende Mai

1946 verdiente er monatlich Fr. 400.— bis 450.—. Am 26. Mai 1945 heiratete er Alma Baumann, die ihm am 19. September 1943 ein Kind geboren hatte und am 20. Mai 1946 zum zweiten Male Mutter wurde. An den Unterhalt des ausserehelichen Kindes hatte Amgwerd bis zur Eingehung der zweiten Ehe nichts geleistet. Am 22. November 1945 versprach er dem bernischen Obergericht, an den Unterhalt der Kinder erster Ehe inskünftig jeden Monat Fr. 20.— zu bezahlen, worauf die Verhandlung vertagt wurde. Am 25. Februar 1946 machte er seine erste und einzige Zahlung von Fr. 80.—. Ab Ende Mai 1946 war er während ungefähr eines Monats arbeitslos. Nachher verdiente er bis Ende April 1947 monatlich Fr. 400.— bis 450.— und in den Monaten Mai und Juni 1947 je etwa Fr. 520.— bis 540.—.

B. — Am 9. Juli 1947 verurteilte der Gerichtspräsident V von Bern Amgwerd wegen Vernachlässigung der Unterstützungspflicht gegenüber den Kindern erster Ehe zu drei Monaten Gefängnis, und am 23. März 1948 bestätigte das Obergericht des Kantons Bern dieses Urteil. Es erklärte ihn schuldig für die Zeit vom Februar 1945 bis Oktober 1945 und vom Juni 1946 bis 9. Juli 1947.

C. — Amgwerd führt Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Freisprechung, eventuell bloss für die Zeit vor Ende April 1947, und zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges an das Obergericht zurückzuweisen.

Er macht unter anderem geltend, da er das Existenzminimum nicht erreicht habe, jedenfalls nicht in der Zeit bis Ende April 1947, sei er nicht strafbar.

D. — Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Nach Art. 217 Abs. 1 StGB ist strafbar, wer aus bösem Willen, aus Arbeitsscheu oder aus Liederlichkeit

die familienrechtlichen Unterhalts- oder Unterstützungs-pflichten gegenüber seinen Angehörigen nicht erfüllt.

Mit dem Merkmal des bösen Willens verlangt das Gesetz mehr, als dass der Unterhaltspflichtige vorsätzlich, d. h. bewusst und gewollt die Unterhaltspflicht nicht erfülle (BGE 70 IV 169). Die Erfüllung muss objektiv und subjektiv ohne zureichenden Grund unterbleiben (BGE 73 IV 178). Objektiv trifft dies zu, wenn dem Pflichtigen die Leistung möglich ist und sie ihm angesichts der Umstände, insbesondere seiner übrigen Verpflichtungen, zugemutet werden kann, und subjektiv ist nötig, dass der Pflichtige sich dessen bewusst sei.

2. — Dem Beschwerdeführer war die Erfüllung der vom Februar bis Oktober 1945 und vom Juni 1946 bis 9. Juli 1947 verfallenen Unterhaltsbeiträge objektiv möglich, da sein Einkommen während dieser Zeit die Beiträge überstieg. Sie war ihm zum mindesten teilweise auch zuzumuten. Wie hoch sein Notbedarf und nach seiner Wieder-verheiratung auch jener seiner Ehefrau und der Kinder zweiter Ehe war, ist ohne Belang. Der Beschwerdeführer durfte sein Einkommen nicht ausschliesslich zur Deckung dieses Bedarfes verwenden. Das Recht der Kinder erster Ehe, dass er aus seinem Verdienst den Beitrag an ihren Unterhalt leiste (Art. 156 Abs. 2 ZGB), steht weder der Befugnis des Beschwerdeführers nach, aus seinen Mitteln das eigene Leben zu fristen, noch dem Anspruch von Frau und Kindern zweiter Ehe, dass er sein Einkommen für ihren Unterhalt verwende (Art. 160 Abs. 2, 272 Abs. 1 ZGB). In einer Betreibung der Kinder erster Ehe für den Unterhaltsbeitrag hätte sich denn auch der Beschwerdeführer nicht auf den Notbedarf der aus ihm, der Ehefrau und den Kindern zweiter Ehe bestehenden «engeren Familie» berufen können, um der Lohnpfändung zu entgehen, vorausgesetzt dass die Kinder erster Ehe, was zu vermuten ist und nicht bestritten wird, zur Deckung ihres eigenen Notbedarfes auf seinen Beitrag angewiesen waren (BGE 68 III 106, 71 III 177, 74 III 6, 47). Was einem

Schuldner von Unterhaltsbeiträgen auf dem Wege der Betreibung aufgezwungen werden kann, muss ihm, objektiv betrachtet, auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 217 StGB zugemutet werden. In diesem Sinne hat der Kassationshof schon bisher entschieden (Urteile vom 22. Dezember 1944 i. S. Kanz, 7. Juni 1948 i. S. Nef, 15. Oktober 1948 i. S. Roux). Wie hoch auch immer der Notbedarf der engeren Familie des Beschwerdeführers gewesen sein mag, war der Beschwerdeführer daher gehalten, wenigstens einen Teil des den Kindern erster Ehe geschuldeten Unterhaltsbeitrages zu bezahlen. Er durfte nicht den Gliedern der engeren Familie alles, denen der weiteren dagegen nichts zukommen lassen.

Dessen war er sich auch bewusst. Jeder weiss, dass er sich durch Eingehung einer zweiten Ehe und Zeugung weiterer Kinder der rechtlichen und moralischen Pflicht, als Vater an den Unterhalt seiner Kinder aus erster Ehe beizutragen, nicht entziehen kann, dass er also bis zur Höhe der ihm gerichtlich auferlegten Beiträge grundsätzlich für die Kinder erster Ehe die gleichen Opfer zu bringen hat wie für jene zweiter Ehe. Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer, wie die Vorinstanz feststellt, durch den Richter immer und immer wieder belehrt wurde, dass solche Beiträge nicht wie gewöhnliche Schulden mit einem Verlustschein liquidiert werden könnten, und dass der Beschwerdeführer schliesslich versprach, jeden Monat wenigstens Fr. 20.— zu leisten, wodurch er seine Einsicht offenbarte, dass ihm ungeachtet der Bedürfnisse seiner engeren Familie ein Beitrag an den Unterhalt der Kinder aus erster Ehe zugemutet werden könne. Dass er ausgerechnet habe, in welchem Umfange sein Lohn in einer Betreibung für die Forderung dieser Kinder gepfändet werden könnte, oder dass er das Ergebnis der nicht sehr einfachen Berechnung wenigstens durch Schätzung annähernd richtig ermittelt habe, darf mangels genügender Anhaltspunkte nicht angenommen werden. Davon hängt aber der böse Wille im vorliegenden Falle nicht ab. Er lag

schon in der bewusst pflichtwidrigen Zurückstellung der Kinder erster Ehe hinter die Glieder der engeren Familie, indem der Beschwerdeführer jenen in der dem Urteil zugrunde gelegten, nicht zu kurz bemessenen Zeit von seinem Einkommen überhaupt nichts zukommen liess.

Auf die Frage, ob der Beschwerdeführer bösen Willen auch dadurch bekundet habe, dass er keinen einträglichen Beruf als den eines Taxichauffeurs ausübt, oder dass er seine Ehefrau nicht zu einer Erwerbstätigkeit anhält, kommt somit nichts an.

3. — Der bedingte Strafvollzug setzt unter anderem voraus, dass Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde durch diese Massnahme von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Ob diese Erwartung am Platze ist, entscheidet der Sachrichter nach freiem Ermessen (BGE 68 IV 77, 73 IV 111). Die Vorinstanz hat es nicht überschritten. Der Beschwerdeführer hat sich schon kurz nach der Verurteilung vom 16. August 1944, die ihn unter Bewährungsprobe stellte, vergangen und dadurch bewiesen, dass er sich durch eine bedingt vollziehbare Strafe nicht von weiterer Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht abhalten lässt. Wie das Obergericht ferner feststellt, hat ihn nicht einmal die erstinstanzliche Verurteilung vom 9. Juli 1947 bewogen, an die Unterhaltsbeiträge etwas zu bezahlen, obwohl sein Monatseinkommen seit Mai 1947 mehr als Fr. 500.— beträgt.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

40. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 12. November 1948 i. S. Schneider gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau.

Art. 217 Abs. 1 StGB. Der Gatte, der nicht in Scheidung steht und ohne Zustimmung des Richters die häusliche Gemeinschaft aufgelöst hat, ist auch strafbar, wenn Bestand und Umfang seiner Unterhaltungspflicht gegenüber Frau und Kindern weder durch den Zivilrichter noch durch Vereinbarung festgesetzt sind.

Art. 217 al. 1 CP. L'époux qui n'est pas en instance de divorce et qui, sans l'autorisation du juge, a quitté le domicile conjugal est punissable alors même que son obligation d'entretien à l'égard de sa femme et de ses enfants n'a pas été fixée par le juge civil ou par une convention.

Art. 217 cp. 1 CP. Il coniuge, che non ha promosso causa di divorzio e che, senza l'autorizzazione del giudice, non vive più in comunione domestica, è punibile anche se il suo obbligo di mantenimento verso la moglie e i figli non è stato fissato dal giudice civile o da una convenzione.

Aus den Erwägungen:

Wer aus bösem Willen, aus Arbeitsscheu oder aus Liederlichkeit die familienrechtlichen Unterhalts- oder Unterstützungspflichten gegenüber seinen Angehörigen nicht erfüllt, ist gemäss Art. 217 Abs. 1 und 3 StGB zu bestrafen. Ob die Unterhalts- oder Unterstützungspflicht aus einem Entscheide des Zivilrichters oder doch aus einer Vereinbarung hervorgehen muss, oder ob der Strafrichter vorfrageweise auf Grund der massgebenden familienrechtlichen Bestimmungen selbst feststellen kann, was der Pflichtige hätte leisten sollen, sagt das Gesetz nicht. Der Kassationshof hat entschieden, dass für den Unterhalt zwischen Ehegatten sowie der Eltern gegenüber den Kindern, der unbedingt sei, grundsätzlich in natura geleistet werden müsse und auf den vollen Bedarf gehe, die vorgängige Feststellung der Leistungspflicht nicht erforderlich sei. Anders sei es, wenn die häusliche Gemeinschaft tatsächlich aufgelöst sei, weil die Ehegatten in Scheidung stehen. Hier trete die Geldleistung an Stelle des Naturalunterhaltes; auch erforderten die tatsächlichen