

S. 33 / Nr. 3 Nulla poena sine lege (d)

BGE 58 I 33

3. Urteil vom 6. Februar 1932 i. S. Walter gegen Obergericht des Kts, Aargau.

Regeste:

Es bildet eine Verletzung des Grundsatzes «Nulla poena sine lege» und Rechtsverweigerung, wenn mehrere Beischläfer, die sich gegenüber einem unehelichen Kinde mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Schwängerung der Mutter durch ihren Beischlaf zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet haben und diese Pflicht nicht erfüllen, als «Eltern, welche ihre Familienpflichten beharrlich... vernachlässigen und ihre Angehörigen dadurch in Notstand versetzen», bestraft werden.

Seite: 34

A. - Durch «Alimentenverpflichtung» vom 7. Mai 1920 hat der Rekurrent sich verpflichtet, in der «Vaterschaftssache W.» zu bezahlen: an die Mutter für Entbindungs- und Unterhaltskosten 100 Fr. und an das Kind Klara einen Unterhaltsbeitrag von monatlich 20 Fr. Eine gleichlautende Verpflichtung hatte ein Karl Rüedin eingegangen. Am 8. Oktober 1920 hat der Gemeinderat von Oftringen die beiden Alimentationsverpflichtungen genehmigt und beschlossen, von einer Schadenersatzklage gegen einen weitem «Beteiligten» (der seine «Beteiligung» in Abrede stelle und dem nur auf dem Wege einer Strafklage beizukommen wäre, von der Vater W. abzusehen bitte) Umgang zu nehmen.

Der Rekurrent hat in der Folge durch Aberkennungsklage seine Alimentationsverpflichtung angefochten und zwar wegen Willensmängeln. Die Klage wurde vom Kantonsgericht von Obwalden am 5. Mai 1925 abgewiesen. Der Amtsvormund von Zofingen als Vertreter der beklagten Partei hatte u. a. geltend gemacht: die W. sei geistig nicht normal; der Geschlechtsverkehr mit einer solchen Person sei nach aarg. Strafrecht ein Delikt; von einer Strafklage sei mit Rücksicht auf religiöse Bedenken des Vaters W. Umgang genommen worden; dagegen sei eine Schadenersatzklage gegen die verschiedenen Beischläfer möglich gewesen; es sei dann zu einer Verständigung gekommen; der Rekurrent habe gewusst, dass auch Rüedin zu Alimentationsleistungen herangezogen werde; es bestehe keine Sicherheit, dass der Rekurrent nicht der Vater des Kindes sei; die Forderung sei übrigens nicht eine solche aus Familienrecht, sondern aus Delikt.

Der Rekurrent war säumig in der Erfüllung seiner Alimentationspflicht gegenüber dem Kinde W. Er wurde deshalb vom Bezirksgericht von Zofingen am 19. Dezember 1927 und am 12. Mai 1930 bestraft, das erste Mal mit vier Wochen Gefängnis, das zweite Mal mit 6 Wochen korrekzionellem Zuchthaus. Die

Seite: 35

Verurteilungen stützten sich auf den § 2 des (ersten) Ergänzungsgesetzes betreffend die Strafrechtspflege vom 7. Juli 1886, der, soweit hier in Betracht kommend, lautet:

«Zuchtpolizeilich werden bestraft:

III. Eltern, welche ihre Familienpflichten beharrlich und trotz vorausgegangener Warnung durch den Gemeinderat vernachlässigen und ihre Angehörigen dadurch in Notstand versetzen.»

Im Laufe des ersten Verfahrens war am 24. Oktober 1927 ein Vergleich abgeschlossen worden, insbesondere über die Nachzahlung der verfallenen Alimentationsbeiträge.

Eine neue Anzeige gegen den Rekurrenten wegen Nichterfüllung seiner Alimentationspflicht führte zu einer dritten Verurteilung durch das Bezirksgericht von Zofingen (am 16. Juni 1931) zu einer Zuchthausstrafe von zwei Monaten. Die Beschwerde des Rekurrenten gegen dieses Urteil wurde vom Obergericht des Kantons Aargau am 6. November 1931 mit folgender Begründung abgewiesen: «Der Beschwerdeführer will aus dem Wortlaut des § 2 III ErgG I und dem Vorwort des Regierungsrates zu diesem Gesetz herleiten, dass der Gesetzgeber mit dieser Strafdrohung nur Ehemänner und Ehefrauen habe treffen wollen, dass sich also diese Vorschrift nicht auf die Verletzung der Alimentationspflicht gegenüber ausserehelichen Kindern beziehe, da diese nicht zum Familienband gehören. Diese Auffassung ist unzutreffend. Allerdings sind zu dieser Frage weder in den Grossratsverhandlungen vom 31. März und 7. Juli 1886, noch in den Begleitbotschaften des Regierungsrates vom 17. Februar und 21. Mai 1886 Wegleitungen gegeben worden. Allein nach dem Urteil des Obergerichtes vom 3. Dezember 1903, das ausdrücklich auf eine ständige Praxis verweist, ist der strafrechtliche Schutz der zitierten Vorschriften den ausserehelichen Kindern in gleichem Masse zu gewähren wie den ehelichen, da die Alimentationspflicht familienrechtlicher Natur ist, auch wenn ein Zuspruch unter

Seite: 36

Standesfolge nicht stattgefunden hat (VJS 04 75 No. 48). An dieser Praxis hat das Obergericht seither festgehalten und insbesondere auch nach dem Inkrafttreten des ZGB nichts geändert (OG v. 4. November 1927 i. S. E. B.). Auch nach dem ZGB ist die Vaterschaftsklage, auch wenn sie nur auf Geldleistung geht, keine obligationen-rechtliche, sondern eine familienrechtliche Leistungsklage (BGE 39 II 501, EGGGER, Art. 307, I b und 319, 3). Es fragt sich nur, ob die Sachlage eine andere sei, wenn die Alimentationsverpflichtung nicht in einem Vaterschaftsprozess festgestellt, sondern freiwillig übernommen wurde, wie dies im vorliegenden Fall seitens des Beklagten geschah. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass die Verpflichtung zu Alimenten an ein aussereheliches Kind auch ausser gerichtlich und formlos in verbindlicher Weise übernommen werden könne, gleichwie die Parteien in einem Prozesse sich über die Alimentations- und sonstigen Geldansprüche aussergerichtlich vergleichen können, so kann auch der als präsumtiver Vater in Anspruch genommene den ihm gegenüber geltend gemachten Geldanspruch anerkennen. Der Rechtsanspruch ist dann nicht die Vaterschaft, sondern die Anerkennung eines Geldanspruches (VJS 20 116 No. 33 und BGE 44 II 5). Anderer Ansicht ist EGGGER Art. 302 Ziffer 3 und Art. 319 Ziff. 7 und 8. Fest gestellt ist ferner, dass auch mehrere Beischläfer sich freiwillig zu Unterhaltsbeiträgen verpflichten können (BGE 48 II 194). Wenn nun auch nach dem Gesagten die vom Beklagten eingegangene Alimentenverpflichtung vom 7. Mai 1920, sowie der Vergleich vom 24. Oktober 1927 als obligationenrechtliche Verpflichtungen zu bezeichnen sind, so ist dies für die Bestrafung des Beklagten nicht von Bedeutung. Der strafrechtliche Elternbegriff ist für sich auszulegen an Hand des strafrechtlichen Zweckes. Zweck des § 2 III des ErgG. ist, zu verhüten, dass Kinder durch Pflichtvernachlässigung der zu ihrem Unterhalt verpflichteten Personen in Notstand versetzt werden. Die Pflicht zur Sorge für das Kind ist also unter

Seite: 37

Strafschutz gestellt und Voraussetzung für die Bestrafung ist lediglich, dass der Beklagte wirklich, dh. rechtlich zum Unterhalt desjenigen, dessen Vernachlässigung gegen ihn geltend gemacht wird, verpflichtet sei (VJS 22 78). Im vorliegenden Fall trifft dies zu. Es ist für die Anwendung des § 2 III ErgG I irrelevant, ob der zu Unterhaltsbeiträgen Verpflichtete der eheliche oder der durch Statusklage festgestellte aussereheliche Vater ist, ob er durch Vaterschaftsprozess zu Alimenten verpflichtet wurde, oder ob er die Alimentationspflicht freiwillig übernommen hat. Alle diese Personen fallen unter den Begriff der «Eltern» des § 2 III ErgG I. Eine andere Auslegung würde dem Sinn und Zweck dieser Gesetzesbestimmung widersprechen und zu Unbilligkeiten führen gegenüber denen, die aus irgend welchen Gründen einen Prozess vermeiden wollen. Auch diesen Personen soll zur wirksameren Durchführung der eingegangenen Verpflichtung im Interesse des Kindes und mit Rücksicht auf die natürliche Verwandtschaft mit diesem der strafrechtliche Schutz gewährt werden. Auf einem ähnlichen Standpunkt steht auch die Gerichtspraxis anderer Kantone (SJZ 16. Jahrgang 106 No. 64 und 26. Jahrgang 69 No. 13), sowie auch der Entwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch (Art. 184).»
 B. - Gegen dieses Urteil hat Walter den staatsrechtlichen Rekurs ergriffen mit dem Antrag auf Aufhebung. Angerufen werden Art. 19 KV (nulla poena sine lege), Art. 4 und 59 Abs. 3 BV. In der Begründung wird aus geführt, dass § 2 III des I. Ergänzungsgesetzes auch bei weitestgehender Auslegung auf den Fall des Rekurrenten nicht zutrefte, da dieser nicht unter den Begriff «Eltern» gebracht werden könne, das Kind W. ihm gegenüber nicht Angehöriger sei und von einer familienrechtlichen Pflicht nicht die Rede sein könne. Es möge allenfalls noch angehen, dass der ohne Standesfolge zu Alimenten verurteilte natürliche Vater unter den § 2 III subsumiert werde; das gleiche könne aber nicht für

Seite: 38

denjenigen gelten, der aussergerichtlich eine Unterhaltspflicht für das uneheliche Kind übernehme; hier fehle es an jeder rechtswirksamen Feststellung der Vaterschaft und handle es sich nur um eine obligationenrechtliche Verpflichtung. Insbesondere treffe dies zu für eine vertragliche Verpflichtung mehrerer Beischläfer. Das Strafrecht könne keinen besondern Eltern- und Vaterbegriff haben. In Betracht kommen könne nur der zivilrechtliche oder der physiologische Vater. Vollends, unhaltbar sei die Auffassung des Obergerichtes, § 2 III 1 . c. habe die Sicherstellung jeder Art Unterhaltspflicht gegenüber einem Kinde im Auge. Bisher sei das Obergericht nie so weit gegangen wie gegenüber dem Rekurrenten.

C. - Das Obergericht und die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau haben die Abweisung des Rekurses beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die aarg. KV stellt in Art. 19 den Grundsatz nulla poena sine lege auf («Niemand soll anders als in den durch das Gesetz bezeichneten Fällen... gerichtlich verfolgt... werden.»). Dieser Grundsatz ist verletzt nicht nur, wenn ein Strafurteil sich auf keine Strafnorm stützt, sondern auch, wenn es auf der Anwendung einer Strafnorm beruht, welche die Grenzen der zulässigen Auslegung von Strafnormen

überschreitet. Das Bundesgericht ist häufig in die Lage gekommen, die Bedeutung des Satzes *nulla poena sine lege* zu bestimmen in Hinsicht auf den ganz unbestimmten Tatbestand des § 1 des aarg. Zuchtpolizeigesetzes («Vergehen gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit werden zuchtpolizeilich bestraft», sofern sie nicht der kriminellen Bestrafung unterliegen). Hier wurde daraus gefolgert, dass keine Handlung gestützt auf die Bestimmung bestraft werden darf, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann (BGE

Seite: 39

27 I S. 339; 35 I S. 760), wobei neben der Beziehung auf die öffentliche Ordnung usw. auch die allgemeine Strafwürdigkeit der Handlung eine Rolle spielt. Der Rekurrent ist aber nicht verurteilt worden nach der allgemeinen Norm des § 1 des Zuchtpolizeigesetzes, sondern gestützt auf einen speziellen Rechtssatz, der die böswillige Verletzung von Familienpflichten seitens der Eltern unter Strafe stellt. Bei einer Bestimmung dieser Art ist entscheidendes Kriterium einer zulässigen Verurteilung vom Standpunkt jenes Verfassungsgrundsatzes aus, ob man es noch zu tun hat mit einer blossen, wenn auch sehr weitgehenden, Interpretation des Gesetzes, oder aber mit der Schaffung eines neuen Straftatbestandes im Wege der Analogie. Das erstere verstösst nicht gegen den Satz *nulla poena sine lege*, wohl aber das letztere (BGE 44 I S. 213; 46 I S. 215 f.; s. auch HAFTER, Schweiz. Strafrecht 10 ff.). In der Missachtung des Grundsatzes *nulla poena sine lege* liegt dann auch zugleich eine Verletzung von Art. 4 BV, eine materielle Rechtsverweigerung. Dagegen kann eine Verletzung von Art. 59 Abs. 3 BV hier nicht in Betracht kommen, da es sich bei der Verurteilung des Rekurrenten um eine Strafe, nicht um ein Exekutionsmittel, handelt.

2.- Nach § 2 III des I. aarg. Ergänzungsgesetzes betreffend die Strafrechtspflege sind zuchtpolizeilich strafbar: «Eltern, welche ihre Familienpflichten beharrlich und trotz vorausgegangener Warnung durch den Gemeinderat vernachlässigen und ihre Angehörigen dadurch in Notstand versetzen.» Der Rekurrent soll sich dieses Deliktes schuldig gemacht haben, indem er die vertraglich geschuldeten Unterstützungsbeiträge für das Kind W. nicht bezahlt hat. Die Bestimmung stellt nicht die böswillige Verletzung von Familien- oder Alimentationspflichten allgemein oder wenigstens Kindern gegenüber unter Strafe, sondern nur diejenige seitens der «Eltern» d. h. seitens Vater oder Mutter. Der Rekurrent muss daher, um nach § 2 III 1 . c. bestraft werden zu können,

Seite: 40

unter den Begriff des Vaters im Sinne des Gesetzes gebracht werden können. Ist es nicht der Fall, so kann nach auch von Verletzung von «Familienpflichten» gegenüber einem «Angehörigen» nicht die Rede sein.

Das Gesetz denkt in erster Linie an die ehelichen Eltern. Es ist aber eine durchaus zulässige und gegebene Auslegung, wenn es auch auf Adoptiv- und Pflegeeltern angewendet wird und ferner auch auf den unehelichen Vater. Das letztere zunächst dann, wenn der Vater das Kind nach Art 303 ZGB anerkannt hat oder wenn es ihm mit Standesfolge richterlich zugesprochen worden ist (Art. 323). Ist der Beklagte nur zu einem Unterhaltsgeld an das Kind verurteilt worden (Art. 319), so ist zwar Gegenstand der Verurteilung nicht die Feststellung der Vaterschaft, sondern eine blosser Vermögensleistung (BGE 39 II S. 501 ff.); aber die Tatsache der ausser ehelichen Vaterschaft wird doch immerhin in den Motiven des Urteils festgestellt, und das wird genügen, um die Person als Vater im Sinne des § 2 III 1 . o. erscheinen zu lassen. Diesem Fall wird man auch noch denjenigen gleichstellen dürfen, wo die ausser eheliche Vaterschaft sich nicht aus einem Urteil, sondern aus einem gewöhnlichen, formlosen Vergleich ergibt, sei es dass sie darin ausdrücklich anerkannt ist, sei es, dass sie als Motiv des Vergleiches angenommen werden kann. Wenn hierin auch wiederum keine familienrechtlich irgendwie massgebende Feststellung der Vaterschaft liegt (BGE 44 II No. 2), so ist doch nicht ausgeschlossen, dass eine solche aussergerichtliche tatsächliche Feststellung der Vaterschaft auf dem Boden des § 2 III 1 . o. beachtet wird. Das geht über die Grenzen einer blossen ausdehnenden Auslegung nicht hinaus.

Der Rekurrent ist aber auch nicht Vater in diesem Sinn. Er hat sich zwar zu Unterhaltsbeiträgen an das Kind W. vertraglich verpflichtet; doch kann der Gedanke einer Anerkennung der Vaterschaft mit diesem Akt nicht verbunden werden. Es kamen ja drei Personen

Seite: 41

als Schwängerer in Frage, von denen zwei gleichzeitig veranlasst werden konnten, Unterhaltsbeiträge vertraglich zu übernehmen. Welche der drei Personen Vater des Kindes ist, war und ist unsicher und nicht feststellbar. Aus der Alimentationsverpflichtung des Rekurrenten kann daher nicht mehr als die Möglichkeit gefolgert werden, dass er der Vater des Kindes sein könnte, wobei eine gleich grosse Möglichkeit für die beiden andern Beischläfer besteht. Es handelt sich bei dieser Sachlage im Hinblick auch auf Art. 314 Abs. 2 ZGB überhaupt nicht um eine familienrechtliche

Unterstützungspflicht, auch nicht im weitesten Sinne, sondern um eine rein obligationenrechtliche, wie denn der Amtsvormund im Zivilprozess betreffend die Gültigkeit der Verpflichtung erklärt hat, es sei eine solche aus Delikt (Beischlaf mit einer geistig nicht normalen Frauensperson) (vgl. BGE 48 II S. 194 ff.).

Es ist unmöglich, den Begriff der Eltern oder des Vaters auf dieses Verhältnis anzuwenden. Wenn auch der Elternbegriff des § 2 III 1 . c. als solcher des Strafrechtes weiter verstanden werden mag, als derjenige des Zivilrechtes, so geht es doch nicht an, etwas darunter zu fassen, was schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht dar unter fallen und auch nach der massgebenden Zivilrechtsordnung nicht als ein elternähnliches familienrechtliches Verhältnis gelten kann. Damit sind die Schranken zulässiger Auslegung überschritten und ist das Gebiet der Analogie betreten. Nicht weil er irgendwie als Vater aufgefasst werden könnte, wird der Rekurrent bestraft, sondern weil der Richter findet, § 2 III 1 . c. beruhe auf dem allgemeinen Prinzip der Strafwürdigkeit der böss willigen Verletzung einer Unterhaltspflicht, speziell gegen über einem Kinde, und treffe daher auch auf eine Person zu, die sich zu Alimenten verpflichtet hat, ohne dass ihre Vateigenschaft festgestellt oder feststellbar wäre, und die rechtlich daher Nichtvater ist. Das ist aber gerade der im Strafrecht unzulässige Analogieschluss aus dem

Seite: 42

dem Gesetz zu Grunde liegenden Gedanken. Das Gesetz hat diesem allgemeinen Gedanken nur Ausdruck gegeben in einer Strafnorm, welche die Eltern angeht; der Richter erstreckt sie auf einen andern weitem Personenkreis und schafft damit, neben dem § 2 III, einen neuen, weitem Straftatbestand.

Das Obergericht beruft sich auf seine Gerichtspraxis und nimmt auch Bezug auf diejenige anderer Kantone in der Anwendung ähnlicher Strafnormen. Auch im Wege der Gerichtspraxis und des Gewohnheitsrechtes kann indessen ein neuer, im Gesetz nicht enthaltener Straftatbestand nicht wohl aufgestellt werden (abgesehen vom Falle, wo mangels Kodifikation das Strafrecht eines Kantons überhaupt ganz oder teilweise auf Gewohnheitsrecht beruht, BGE 39 I S. 42; 46 I S. 206). Die zitierten aargauischen Entscheide gehen übrigens auch nicht so weit wie das angefochtene Urteil: der eine betrifft eine Person, deren aussereheliche Vaterqualität feststand (VJR 1904 No. 48), der andere den geschiedenen Ehegatten und Vater (VJR 1922 No. 28 b). Auch die angeführten ausserkantonalen Urteile haben einen andern Sinn. § 148 des zürch. StGB bedroht Eltern und Pflegeeltern mit Strafe, die ihre Familienpflichten gegenüber Kindern gröblich verletzen. Diese Bestimmung wird auch angewendet auf den unehelichen Vater, der, wenn auch ohne öffentliche Beurkundung, die Vaterschaft anerkannt hat (SJZ 16 S. 106). Ähnlich verhält es sich mit der st. gallischen Bestimmung (StGB Art. 191 «Eltern und Pflegeeltern...») und der st. gallischen Praxis (das Urteil SJZ 25 S. 69 bezieht sich auf einen im Sinne von Art. 319 ZGB zu Alimenten verurteilten ausserehelichen Vater).

Richtig ist, dass der Entwurf eines schweiz. StGB in Art. 184 eine weitergehende Bestimmung enthält, die jeden, der aus Arbeitsscheu oder Liederlichkeit eine auf Gesetz, Vertrag, Richterspruch oder administrativer Verfügung beruhende Unterhalts- oder Unterstützungspflicht nicht erfüllt, nicht nur die Eltern, mit Strafe

Seite: 43

bedroht. Eine solche umfassendere Norm mag ihre Berechtigung *de lege ferenda* haben. *De lege lata* besteht aber im Kanton Aargau nur der engere Rechtssatz, der sich an die Eltern richtet und der, wie ausgeführt, nach dem Grundsatz *nulla poena sine lege* nicht auf Personen erstreckt werden kann, die, ohne als Eltern gelten zu können, eine Unterstützungspflicht haben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 6. November 1931 aufgehoben