

ZÜRCHER GRUNDRISSE DES STRAFRECHTS
Daniel Jositsch (Hrsg.)

Andreas Donatsch
Marc Thommen
Wolfgang Wohlers

Strafrecht IV

Delikte gegen die Allgemeinheit

5. Auflage

Schulthess § 2017

6. Titel Verbrechen und Vergehen gegen die Familie (Art. 213–220)

§ 1 Inzest (Art. 213)

Literaturauswahl: F. Baumann, Die Blutschande und ihre rechtlichen Folgen, SJZ 63 (1967) 323, J. Hurtado Pozo, La protection pénale du bien juridique famille, in: Familie und Recht, Festschrift für B. Schnyder, hrsg. von P. Gauch/J. Schmid/P.-H. Steinauer/P. Tercier/F. Werro, Freiburg 1995, 443, M. A. Niggli/S. Maeder, Beischlaf, parlamentarische Vorstösse und andere erregende Dinge, AJP 9 (2016) 1159, M. Schubarth, Straffloser Geschwisterinzest?, ZStrR 133 (2015) 34 (zit. Schubarth, Geschwisterinzest), derselbe, Zur Rationalität des Inzestverbotes im Lichte der ausserrechtlichen Erkenntnisse zum Inzest, in: Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für M. Killias, hrsg. von A. Kuhn et al., Bern 2013, 779 (zit. Schubarth, FS Killias), derselbe, Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft, ZStrR 114 (1996) 330 (zit. Schubarth, Eigenhändiges Delikt), M. Stettler, L'évolution de la protection civile et de la protection pénale de la famille, in: Le rôle sanctionnateur du droit pénal, hrsg. von J. Gauthier, Fribourg 1985, 101, G. Stratenwerth, Inzest und Strafgesetz, in: Familienrecht im Wandel, Festschrift für H. Hinderling, hrsg. von A. Staehelin/F. Vischer, Basel 1976, 301.

Welches Rechtsgut durch die Bestimmung (*Inzest/Inceste/Incesto/Incest*)¹ gewährleistet wird und ob es strafrechtlichen Schutzes bedarf, ist umstritten². Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre nennen den Schutz des Nachwuchses vor Erbschäden bzw. -krankheiten als Zweck von Art. 213 StGB³. Ein weiterer Sinn wird darin gesehen, dass das familiäre Umfeld von sexuellen Beziehungen freigehalten werden soll⁴ («Reinheit der Familie»⁵), was jedoch abzulehnen ist⁶.

1 Bis 1989 mit «Blutschande» betitelt, Botschaft BBl 1985 II 1009, 1045.

2 Vgl. z.B. Schubarth, N 7 ff. zu Art. 213, Stratenwerth/Bommer, BT II, § 26 N 2 f. m.w.H., Schubarth, FS Killias, 785, vgl. auch EGMR Urteil vom. 12.04.2012, Stübing v. Germany, 43547/08.

3 Ausführlich Schubarth, FS Killias, 779 ff., 784, «Vermeidung der bei Inzestkindern auftretenden Krankheiten», für Niggli/Maeder, 1172, historisch bedingt bloss «mittelbares Interesse», da es eigentlich um ökonomische Kollektivinteressen gehe.

4 BGE 77 IV 170, Eckert, BSK StGB II, N 2 zu Art. 213, Stratenwerth/Bommer, BT II, § 26 N 2, Trechsel/Christener-Trechsel, N 1 zu Art. 213.

5 BGE 83 IV 160.

6 Ebenso Niggli/Maeder, 1172, welche sich fragen, weshalb dann nur Vaginal-, nicht aber Oral- oder Analverkehr die Familie tangieren soll, kritisch auch Schubarth, N 9 ff. zu Art. 213, ausserdem gehören auch die Ehegatten zum familiären Umfeld.

1. Tatbestand (Abs. 1)

Der Tatbestand wird *objektiv* von Blutsverwandten unterschiedlichen Geschlechts⁷ in gerader Linie sowie von voll- und halbbürtigen Geschwistern⁸ erfüllt, welche miteinander den Geschlechtsverkehr vollziehen, und zwar unabhängig davon, ob empfängnisverhütende Mittel verwendet werden. Wird das Rechtsgut auf den Schutz vor Erbkrankheiten eingeschränkt, dann ist nur die biologische, nicht die registerrechtlich festgehaltene Verwandtschaft massgebend⁹. Erfasst wird demnach auch der Geschlechtsverkehr zwischen ausser-ehelichen Blutsverwandten¹⁰, nicht aber derjenige unter bloss miteinander ver schwägerten Personen.

Die Tathandlung besteht im Beischlaf, den das Bundesgericht als «die naturgemässe Vereinigung der Geschlechtsteile»¹¹ definiert hat. Als solche soll bereits das Eindringen in den Scheidenvorhof gelten¹². Bloss *beischlafähnliche* Handlungen genügen demnach nicht¹³.

Subjektiv wird Vorsatz gefordert, der höchstens im unwahrscheinlichen und an das Schicksal von Ödipus und Iokaste erinnernden Fall fehlen könnte, dass die Beteiligten nicht um ihre Verwandtschaft wissen.

2. Privilegierung Minderjähriger (Abs. 2)

Beteiligte, die im Zeitpunkt des Beischlafs minderjährig, also nach ZGB Art. 14 noch nicht 18 Jahre alt sind, bleiben straflos, wenn sie (nach dem Sinn des Gesetzes von dem oder der anderen Beteiligten) verführt worden sind. Trifft dies nicht zu, ist der Geschlechtsverkehr auch zwischen zwei minderjährigen Blutsverwandten strafbar.

7 *Hurtado Pozo*, Partie spéciale, N 3362.

8 Zum Geschwisterinzest siehe ausführlich *Schubarth*, Geschwisterinzest, 34 ff.

9 *Corboz*, Vol. I, N 4 f. zu Art. 213, *Hurtado Pozo*, Partie spéciale, N 3368.

10 BGE 82 IV 102.

11 BGE 99 IV 152, 101 IV 3.

12 BGE 77 IV 170, 99 IV 153, *Eckert*, BSK StGB II, N 5 zu Art. 213, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 2 zu Art. 213, a.M. *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 6.

13 Vgl. allerdings auch BGE 77 IV 170, vgl. auch *Niggli/Maeder*, 1159 ff., insb. 1172.

3. Beteiligung

Inzest stellt einen Anwendungsfall notwendiger Beteiligung dar, bei dem sich i.d.R. beide Partner strafbar machen¹⁴. Es soll sich ausserdem um ein eigenhändiges Delikt handeln, welches nur von den Blutsverwandten begangen werden kann¹⁵. Folgt man dem, so können sich Dritte weder als Mittäter noch als mittelbare Täter, sondern ausschliesslich der Anstiftung und der Gehilfenschaft zu diesem Delikt strafbar machen.

4. Weitere Fragen

Eine Frau, welche von einem Blutsverwandten *vergewaltigt* wird, scheidet schon deshalb als Täterin des Inzests aus, weil sie den Beischlaf nicht «vollzieht», sondern nur erduldet. Gleiches gilt im Fall der Widerstandsunfähigkeit einer oder eines Beteiligten bei Schändung nach Art. 191. Wird ein derartiges Delikt an einer oder einem urteilsunfähigen Blutsverwandten verübt, muss diese bzw. dieser bezüglich des Inzestes regelmässig als zurechnungsunfähig gelten. Sollte der eine Beteiligte den Verkehr durch Ausnützen einer Abhängigkeit eines Minderjährigen i.S. von Art. 188 erlangt haben, ist das Opfer nicht strafbar. Wenn ein verführter Minderjähriger bereits straffrei ist, muss dies für einen aus Abhängigkeit gefügigen umso mehr gelten. Grundsätzlich muss für Minderjährige bezüglich Art. 193 (Ausnützung der Notlage) dasselbe gelten. Erwachsene Opfer hingegen sind unter Berücksichtigung von Art. 48 lit. a Ziff. 4 zu bestrafen. Für den dominierten Partner kommt aber der Schuldausschlussgrund der Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens in Betracht, was ebenso für Verkehr unter dem Einfluss einer Nötigung i.S. von Art. 181 (in der neben Art. 190 verbleibenden Variante «durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit») oder mit einem Kind (Art. 187) gilt¹⁶.

Der Partner, welcher gegenüber einer oder einem Blutsverwandten durch den Beischlaf einen der Tatbestände von Art. 187–193 erfüllt, ist im Hinblick auf

14 Ausgenommen die Fälle von Abs. 2 (hiervor Ziff. 2), sowie bei Vergewaltigungen (nachstehend Ziff. 4).

15 Vgl. Strafrecht I, § 8 Ziff. 2.6, *Corboz*, Vol. I, N 7 zu Art. 213, *Eckert*, BSK StGB II, N 9 zu Art. 213, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3374, *Stratenwerth*, AT I, § 13 N 18, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 6 zu Art. 213, a.M. *Schubarth*, N 19 zu Art. 213, *Schubarth*, *Eigenhändiges Delikt*, 330.

16 Dazu Strafrecht I, § 27.

die Verschiedenartigkeit der geschützten Rechtsgüter sowohl nach der betreffenden Bestimmung wie auch gemäss Art. 213 zu verurteilen¹⁷.

§ 2 Mehrfache Ehe oder eingetragene Partnerschaft (Art. 215)

Literaturauswahl: F. Gautschi, Die mehrfache Ehe im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1953, H.F. Pfenninger, Die Strafbarkeit der mehrfachen Ehe (Bigamie), SJZ 63 (1967) 369.

1. Eheschluss bzw. Eintragung gleichgeschlechtlicher Partnerschaft durch den bereits Verheirateten oder in eingetragener Partnerschaft Lebenden (Abs. 1)

Nach dieser Bestimmung (*Mehrfache Ehe oder eingetragene Partnerschaft/Pluralité de mariages ou de partenariats enregistrés/Bigamia nel matrimonio o nell'unione domestica registrata/Bigamy*) wird bestraft, wer eine Ehe schliesst oder eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft eintragen lässt, obwohl er bereits verheiratet ist oder in eingetragener Partnerschaft lebt¹⁸. Während der Dauer einer formell rechtsgültigen¹⁹ ersten Ehe oder eingetragenen Partnerschaft darf demnach keine weitere solche eingegangen werden. Der Tatbestand wird allein durch den formell rechtsgültigen Abschluss der verbotenen Ehe bzw. Eintragung einer Partnerschaft vollendet; Art. 215 ist als Zustands-, nicht als Dauerdelikt ausgestaltet²⁰. Eine Teilnahme ist demnach auch bis zum Zeitpunkt der Eintragung möglich²¹. Wer nicht vorsätzlich eine mehrfache Ehe oder eingetragene Partnerschaft eingeht, seinen Irrtum aber später erkennt und trotzdem vorsätzlich in diesem Zustand verbleibt, der erfüllt den Tatbestand nicht (*dolus subsequens*)²².

17 BGE 120 IV 197, *Corboz*, Vol. I, N 12 zu Art. 213, *Eckert*, BSK StGB II, N 10 zu Art. 213, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 11.

18 Zur eingetragenen Partnerschaft siehe BG über die eingetragene Partnerschaft vom 18.6.2004, in Kraft seit 1.1.2007 (PartG, SR 211.231).

19 *Corboz*, Vol. I, N 2 zu Art. 215, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 14.

20 BGE 105 IV 327, *Eckert*, BSK StGB II, N 10 ff. zu Art. 215, vgl. zu den erwähnten Begriffen Strafrecht I, § 8 Ziff. 2.4.

21 *Eckert*, BSK StGB II, N 10 zu Art. 215, so könnte sich bspw. die mitwissende Zivilstandsbeamtin der Gehilfenschaft strafbar machen.

22 BGE 105 IV 327.

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich. Insbesondere muss der Täter bei der Heirat bzw. Eintragung der Partnerschaft um den Vorbestand einer gültigen Ehe oder eingetragenen Partnerschaft wissen oder mindestens mit der Möglichkeit rechnen, dass seine bestehende Ehe oder eingetragene Partnerschaft (noch) gültig ist.

2. Strafbarkeit des zweiten Ehegatten oder eingetragenen Partners (Abs. 2)

Das Gesetz erfasst den nicht vorverheirateten oder bereits in eingetragener Partnerschaft Lebenden nicht als Teilnehmer an der Tat des (Ehe-)Partners, sondern durch die spezielle Regelung in Art. 215 Abs. 2 («wer mit einer Person, die verheiratet ist ...»). Das strafbare Verhalten erschöpft sich auch hier in der verbotenen Heirat bzw. der gesetzeswidrig erlangten eingetragenen Partnerschaft als solcher.

3. Weitere Fragen

Das Prinzip der Monogamie entspricht dem Ordre public der Schweiz. Der Abschluss einer zweiten Ehe oder eingetragenen Partnerschaft hierzulande ist deshalb auch dann strafbar, wenn einer oder beide der Beteiligten Angehörige eines Staates sind, der die Polygamie erlaubt. Hingegen bleibt ein verheirateter oder in eingetragener Partnerschaft lebender Schweizer straflos, wenn er sich in einem Land, welches die Mehrfachehe zulässt, mit einer Angehörigen dieses Staates verheiratet. Weil der Tatbestand als Tätigkeitsdelikt ausgestaltet ist, kann als Ort der Begehung nur derjenige der unzulässigen Eheschliessung bzw. des Zivilstandsamtes, welches die gesetzeswidrige eingetragene Partnerschaft beurkundete, gelten. Da dieses Verhalten in solchen Ländern straflos bleibt, lässt sich auch Art. 6 Ziff. 1 nicht anwenden²³.

Als schlichtes Tätigkeitsdelikt beginnt das Delikt der mehrfachen Ehe oder eingetragenen Partnerschaft im Zeitpunkt ihres Abschlusses zu verjähren (Art. 98).

23 BGE 105 IV 330, vgl. auch BGE 118 IV 307, ferner VPB 42 (1978) Nr. 46.

§ 3 Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Art. 217)

Literaturauswahl: P. Albrecht, Wann beruht die Vernachlässigung von Unterstützungsspflichten auf bösem Willen?, SJZ 72 (1976) 223, C. Arndt/G. Brändli, Berechnung des Betreuungsunterhalts – ein Lösungsansatz aus der Praxis, FamPra.ch 2017, 236, V. Bräm, Auswirkungen von Art. 163–165 ZGB auf Renten bei Scheidung und Getrenntleben, SJZ 84 (1988) 57, P. Breitschmid, Fragen um die Zwangsvollstreckung bei Alimentenbevorschussung (Art. 289 ff. ZGB), SJZ 88 (1992) 83, U. Broder, Delikte gegen die Familie, insbesondere Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, ZStrR 109 (1992) 290, A. Bucher, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Familien- und migrationsrechtliche Aspekte, 7. Symposium zum Familienrecht 2013, hrsg. von A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis, Zürich/Basel/Genf 2013, 1, F. Clerc, Vernachlässigung von Unterstützungsspflichten, SJK Nr. 865, T. Geiser, Übersicht über die Revision des Kindesunterhaltsrechts, AJP 10 (2016) 1279, H. Hausheer/R. Reusser/T. Geiser, Kommentar des Eherechts, Bern 1988, C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, derselbe, Die Dauer der elterlichen Unterhaltspflicht, in: Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationales Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Festschrift für M. Keller, hrsg. von P. Forstmoser, Zürich 1989, 19, C. Hegnauer/P. Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000, J. Müller, Die Vernachlässigung von Unterstützungsspflichten im Sinne von Art. 217 StGB, ZStrR 82 (1966) 254, F. Riklin, Herabsetzung von Unterhaltsleistungen wegen (absichtlicher) Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit?, Nachtrag aus strafrechtlicher Sicht, ZBJV 128 (1992) 533, S. Sandoz, L'art. 217 CPS protège-t-il le montant à libre disposition de l'art. 164 CCS?, in: Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur Gauthier, hrsg. von N. Schmid, Bern 1996, 153, A. Spycher, Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst, FamPra.ch (2016) 1, P. Steiner, Die Vernachlässigung von Unterstützungsspflichten, SJZ 73 (1977) 186, M. Stettler, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 3, Das Kindesrecht, Basel 1992.

Bei diesem in der Praxis recht häufig zur Anwendung gelangenden echten Unterlassungstatbestand geht es darum, dass jemand familienrechtlich begründete vermögensrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsspflichten nicht oder nur unzureichend erfüllt. Wenn der Gesetzgeber hier ausnahmsweise solche privatrechtliche Pflichten mit den Mitteln des Strafrechts durchzusetzen sucht, so deshalb, weil familiäre Unterhaltsleistungen für die Berechtigten oft von existenzieller Bedeutung sind²⁴.

24 Vgl. OGer ZH vom 5.12.2014, LZ140010, Erw. 3.3.2.

1. Objektiver Tatbestand

1.1 Geschützte Ansprüche

Die in Art. 217 (*Vernachlässigung von Unterhaltspflichten/Violation d'une obligation d'entretien/Trascuranza degli obblighi di mantenimento/Neglect of duty to support the family*) genannten Pflichten ergeben sich aus verschiedenen *familienrechtlichen Beziehungen*²⁵. Die Frage, ob ein derartiges Verhältnis zwischen zwei Personen besteht, entscheidet sich nach den Bestimmungen des ZGB, insbesondere über die Ehe (ZGB Art. 96 ff.) und das Kindesverhältnis (ZGB Art. 252 ff.). Auch gestützt auf das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare entstehen familiäre Beziehungen, welche Unterhalts- und Unterstützungspflichten während und nach der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft begründen (PartG Art. 13, Art. 27, Art. 34). Für das Bestehen solcher Pflichten begründender familiärer Beziehungen sind die Eintragungen im Zivilstandsregister massgebend. So ist in der Regel das Bestehen eines Kindesverhältnisses aus den Eintragungen im Zivilstandsregister ersichtlich. Wird geltend gemacht, das eingetragene Kindesverhältnis entspreche nicht der natürlichen Abstammung, so befreit dies nicht eo ipso von den aus der eingetragenen Beziehung erwachsenden Unterhalts- bzw. Unterstützungspflichten²⁶. Umgekehrt begründet das biologische Kindesverhältnis – beispielsweise im Fall der altrechtlichen Zahlvaterschaft (ZGB alt Art. 319) – keine entsprechenden Pflichten, solange der betreffende Status nicht zivilgerichtlich festgestellt ist²⁷. Somit macht sich der biologische Vater nicht strafbar, wenn er die mit der Mutter vertraglich vor der Feststellung des Kindesverhältnisses vereinbarten Unterhaltsbeiträge nicht leistet²⁸. Ebenso wenig macht sich der nicht mit der Mutter verheiratete Vater strafbar, welcher vor dem Eintritt der Rechtskraft des Vaterschaftsurteils keinen Unterhalt für das Kind leistet; anders verhält es sich nur dann, wenn er gestützt auf vorsorg-

25 BGE 122 IV 209, *Broder*, 296, *Corboz*, Vol. I, N 5 zu Art. 217, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3428 ff., *Bosshard*, BSK StGB II, N 4, 8 ff. zu Art. 217, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 23 ff.

26 *Bosshard*, BSK StGB II, N 8 zu Art. 217, BGE 86 IV 180 ff.

27 *Albrecht*, N 17 zu Art. 217, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3433, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 25, *Bosshard*, BSK StGB II, N 8 zu Art. 217.

28 BGE 108 II 530, 136 IV 123 f.

liche Massnahmen zur entsprechenden Leistung verpflichtet ist²⁹. Der zivilgerichtlich festgestellte Status ist für das Strafgericht bindend³⁰.

Bevorschusst das Gemeinwesen die Kosten für den Unterhalt, so fehlt den daraus resultierenden Erstattungsansprüchen die familienrechtliche Natur und ihnen kommt kein Schutz durch Art. 217 zu³¹.

Bei den Pflichten handelt es sich um Unterhalts- oder Unterstützungspflichten.

Der *Umfang* der Leistungspflicht und damit des geschützten Anspruchs kann je nach dem ihm zugrunde liegenden familienrechtlichen Verhältnis unterschiedlich sein und bedarf nicht notwendigerweise einer vorgängigen Feststellung durch das Zivilgericht³². In solchen Fällen stellt sich die Frage, in welcher Weise das Strafgericht zu ermitteln hat, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass eine Leistungspflicht besteht. Je nach der konkreten familienrechtlichen Situation findet zu diesem Zweck nach der Rechtsprechung entweder die «direkte» oder die «indirekte» Methode Anwendung³³. Bei der Ersteren kann das Strafgericht selber Bestand und Umfang der Pflicht feststellen, wenn diese nicht schon zivilgerichtlich verbindlich bestimmt (worden) sind. Nach der indirekten Methode *muss* dagegen die Regelung vom Zivilgericht oder durch Vereinbarung getroffen worden sein. Im letzteren Fall, jedenfalls im Fall eines Zivilurteils, hat das Strafgericht die Richtigkeit der betreffenden Regelung nicht zu überprüfen³⁴; das gilt auch für ein ausländisches Urteil³⁵. Immerhin hat das Strafgericht auch dann, wenn die zu erbringende Leistung durch ein Urteil festgelegt worden ist, den seit dem Urteilszeitpunkt allfällig deut-

29 BGE 136 IV 123 ff. (anders noch für alt Art. 217 Ziff. 1 Abs. 2 i.V.m. ZGB alt Art. 319: BGE 78 II 322), a.M. *Albrecht*, N 32 zu Art. 217.

30 *Albrecht*, N 18, 41 zu Art. 217.

31 *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 28, *Albrecht*, N 22 zu Art. 217, entgegen BGE 71 IV 204, 78 IV 44, 81 IV 269, *Breitschmid*, 84 f., *Bosshard*, BSK StGB II, N 8 zu Art. 217, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 5 zu Art. 217; a.M. die Voraufflage.

32 BGE 89 IV 22.

33 Vgl. BGE 128 IV 88 f., vgl. auch *Bosshard*, BSK StGB II, N 19 f. zu Art. 217, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3458.

34 BGE 73 IV 178, 93 IV 2, *Corboz*, Vol. I, N 12 zu Art. 217, *Broder*, 301 f., *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3458, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 29, a.M. zwar nicht bezüglich der Statusfeststellungen, wohl aber des Ausmasses der Leistungspflicht *Albrecht*, N 43 zu Art. 217.

35 SJZ 59 (1963) 347.

lich schlechteren Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Pflichtigen Rechnung zu tragen³⁶.

Nach BGE 71 IV 195 und 73 IV 179 hängt der strafrechtliche Schutz des so ermittelten Anspruchs nicht davon ab, ob der Berechtigte die Leistungen des Pflichtigen wirklich benötigt oder nicht. Indessen hat das Bundesgericht später entschieden, dass im letzteren Fall bei einer Lohnpfändung nicht in das Existenzminimum des Alimentenschuldners eingegriffen werden darf³⁷, was wohl auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 217 beachtet werden muss.

1.11 *Unterhaltsansprüche unter Ehegatten*

Die Unterhaltsansprüche werden in ZGB Art. 163–165 geregelt. Diese Bestimmungen gelten auch für Ehegatten, die unter altem Recht geheiratet und einen altrechtlichen Güterstand beibehalten haben (SchlT Art. 8).

1.111 Unterhaltsbeiträge gemäss ZGB Art. 163

- a) Im Regelfall der *Führung eines gemeinsamen Haushaltes* gemäss ZGB Art. 163 Abs. 1 sorgen die Ehegatten «gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie». Gemäss ZGB Art. 163 Abs. 2 verständigen sich die Eheleute untereinander, wer welchen Beitrag leistet und in welcher Form. Strafrechtlich bedeutsam sind neben den so festgelegten Geldzahlungen auch vereinbarte Naturalleistungen in der Form, dass ein Ehegatte auf seine Kosten den Wohnraum oder die benötigten Lebensmittel und andere Verbrauchsmaterialien zur Verfügung stellt³⁸. Arbeitsleistungen (Besorgen des Haushaltes, Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten) zählen indessen wohl nicht zum Unterhalt in dem engen Sinn, wie ihn Art. 217 Abs. 1 schützen will.³⁹ Massgebend sind die entsprechenden Verpflichtungen für die Dauer der Ehe, selbst wenn die häusliche Gemeinschaft nie bestanden hat⁴⁰.

36 Albrecht, N 46 f. zu Art. 217, vgl. hinten Ziff. 1.2.

37 BGE 111 III 15, BGer vom 12.6.2007, 6S.113/2007, Erw. 3.3.

38 Albrecht, N 17 zu Art. 217, a.M. Hegnauer/Breitschmid, N 16.35, wonach nur Geldzahlungen erfasst seien.

39 Durch Neuregelung der Kinderbetreuung als Teil des Kindesunterhaltes dürfte diese neu einen Unterhaltsbeitrag darstellen (dazu hinten 1.13).

40 BGE 76 IV 118.

Im Gegensatz zum alten Recht trifft den Ehemann keine primäre Unterhaltspflicht für die Familie⁴¹. Verzichtet der Gesetzgeber auf eine genaue Zuordnung der Aufgaben innerhalb der Ehe, so kann dies in der Praxis zu einer Erschwerung des Tatbestandsnachweises führen, da sich die Pflicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen eindeutig aus den Umständen ergeben muss⁴². Die abgesprochene Rollenverteilung muss daher von einer gewissen Dauer sein⁴³, oder es muss unter den Ehegatten ausdrücklich geregelt worden sein, wer welchen Beitrag erbringt, damit festgestellt werden kann, ob und allenfalls in welcher Höhe ein Unterhaltsanspruch des einen Partners gegenüber dem andern besteht. Von der einmal getroffenen Regelung kann der eine Ehegatte – ohne Zustimmung des andern – nicht mehr grundlos abweichen⁴⁴. Vermögen sich die Ehegatten nicht darüber zu verständigen, welche Leistungen jeder von ihnen an den Unterhalt der Familie zu erbringen hat, so setzt das Gericht gemäss ZGB Art. 173 auf Begehren eines Ehegatten die Geldbeiträge fest.

Der Tatbestand von Art. 217 Abs. 1 kann aber auch erfüllt werden, ohne dass die Ansprüche gegenüber dem betreffenden Ehegatten durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem anderen oder durch gerichtlichen Entscheid festgelegt worden wären⁴⁵. Alsdann sind sie nach der direkten Methode vom Strafgericht zu bestimmen⁴⁶.

- b) Im Fall der *Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes* werden die bisher getroffenen Regelungen über Unterhaltsleistungen hinfällig. Das Gericht muss gemäss ZGB Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 auf Begehren eines Ehegatten u.a. die Geldbeiträge, die der eine dem andern schuldet, festlegen. Der vom Strafrecht gewährte Schutz bezieht sich auf in dieser Weise *vom Zivilgericht bestimmte*, aber auch auf *aussergerichtlich* für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes von den Ehegatten *vereinbarte Ansprüche*. Selbst

41 Vgl. BBl 1907 589, 629, Art. 160 des ZGB von 1907, welcher lautete: «Er [der Ehemann] bestimmt die eheliche Wohnung und hat für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen.»

42 BGE 128 IV 90 f., *Hegnauer/Breitschmid*, N 16.35.

43 Beispiel: Der Ehemann besorgt den Haushalt und betreut die Kinder, während die Ehefrau einer externen Tätigkeit nachgeht und Geldleistungen für die Familie erbringt.

44 *Hegnauer/Breitschmid*, N 16.25.

45 Vgl. BGE 89 IV 22, 128 IV 88, 90.

46 Die direkte Methode kommt v.a. für den Unterhaltsanspruch der Ehegatten und Kinder zur Anwendung, BGE 70 IV 168, 89 IV 22, 100 IV 175, vgl. dagegen aber ZR 104 (2005) N 23.

in Ermangelung bzw. vor einer derartigen Regelung kann sich jedoch der Pflichtige nach Art. 217 Abs. 1 strafbar machen, etwa wenn er die eheliche Gemeinschaft ohne Grund aufgelöst hat oder wenn der Anspruchsberechtigte aus einem vom Gesetz in ZGB Art. 175 vorgesehenen Grund (Gefährdung seiner Persönlichkeit, seiner wirtschaftlichen Sicherheit oder des Wohls der Familie) oder im Einverständnis mit dem Ehegatten weggezogen ist⁴⁷. In solchen Fällen findet nicht die indirekte, sondern die direkte Methode Anwendung⁴⁸. Keine Leistungen beanspruchen kann der Ehegatte, der schon bisher den vollen Unterhalt aus eigenem Erwerb bestritten hat.

- c) Ist bereits eine *Scheidungs- oder Trennungsklage* anhängig, so werden die für die Dauer des Prozesses zu leistenden Unterhaltsbeiträge regelmässig als vorsorgliche Massnahme nach ZPO Art. 276 Abs. 1 vom Zivilgericht festgelegt. Die Pflichten beschränken sich in diesem Fall auf die so bestimmten finanziellen Leistungen. Diese dürfen alsdann auch nicht mehr in natura erbracht werden⁴⁹.

Fehlt es an einer gerichtlichen Regelung und auch an einer entsprechenden Parteivereinbarung, so kann sich der Pflichtige gleichwohl strafbar machen, wenn er die in diesem Fall nach der direkten Methode zu bestimmenden Leistungen an seinen Ehegatten nicht erbringt⁵⁰.

1.112 Betrag zur freien Verfügung gemäss ZGB Art. 164

ZGB Art. 164 steht zwar mit ZGB Art. 163 und 165 unter dem Randtitel «Unterhalt der Familie». Mit dem darin vorgesehenen Betrag zur freien Verfügung soll aber nicht der Unterhalt, d.h. das, was nach der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Ehegatten zum Leben notwendig und nützlich ist, bestritten werden, sondern er dient zur Befriedigung von Bedürfnissen, die darüber hin-

47 Diese Situationen stellen sich i.d.R. dort, wo ein Ehegatte eine geringe bis keine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweist. Dieser soll nicht jederzeit nach Belieben die eheliche Wohnung auflösen und direkt Unterhalt verlangen können. Es wird von ihm die Einhaltung von ZGB Art. 175 verlangt. Zieht er mit entsprechendem Grund aus, entsteht eine strafrechtlich geschützte Unterhaltspflicht. Ebenso wenig soll der «Versorger» der Familie die Wohnung ohne Grund nach ZGB Art. 175 verlassen können, um dann bis zur gerichtlichen Festlegung keinen Unterhalt zu bezahlen, BGE 80 IV 22, 100 IV 175.

48 Vgl. vorne Ziff. 1.1.

49 BGE 106 IV 37, *Hurtado Pozo*, Partie spéciale, N 3435.

50 BGE 89 IV 22, 128 IV 88.

ausgehen. Deshalb darf im Fall der Nichtbezahlung dieser Beträge der Straftatbestand von Art. 217 nicht zur Anwendung gelangen⁵¹.

1.113 Ausserordentliche Beiträge gemäss ZGB Art. 165

Hat ein Ehegatte im Beruf oder Gewerbe des anderen erheblich mehr mitgearbeitet als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt, so hat er dafür Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Wird diese nicht geleistet, so kann aber kein strafrechtlicher Schutz beansprucht werden⁵².

1.12 *Unterhaltsansprüche zwischen geschiedenen Ehegatten*

Gemäss ZGB Art. 125 Abs. 1 (nachehelicher Unterhalt) fällt die Unterhaltspflicht des einen Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten mit der Auflösung der Ehe grundsätzlich dahin. Es wird erwartet, dass jeder Ehegatte für seinen Unterhalt selbst aufkommt, unter Einschluss der Altersvorsorge. Ein allfälliger nachehelicher Unterhaltsanspruch hängt somit von der Eigenversorgungsfähigkeit des geschiedenen Ehegatten ab. Ein solcher Unterhaltsanspruch steht unter strafrechtlichem Schutz. Ebenfalls strafrechtlich geschützt sind weiterhin die Beiträge nach ZGB alt Art. 151, die vor dem 1.1.1988 rechtskräftig begründet worden sind und die vom Scheidungsgericht zugesprochenen Bedürftigkeitsrenten nach alt ZGB Art. 152.

Die Vernachlässigung der Unterhaltszahlungen durch den Pflichtigen kann auch dann strafrechtlich geschützt sein, wenn sie nach einer Wiederverheiratung des geschiedenen Ehepartners erfolgt⁵³.

1.13 *Unterhaltsansprüche von Kindern*

Gemäss ZGB Art. 276 Abs. 2 sorgen die Eltern *gemeinsam* für den Unterhalt ihrer Kinder, wobei sie von dieser Pflicht in dem Masse befreit werden, als den Kindern zugemutet werden kann, den Unterhalt aus ihrem Arbeitserwerb oder anderen Mitteln zu bestreiten (ZGB Art. 276 Abs. 3). Die Unterhaltspflicht entsteht aus dem zivilrechtlichen Kindesverhältnis und untersteht gegenüber dem minderjährigen Kind keiner weiteren Bedingung. Sie hängt insb. weder vom

51 Corboz, Vol. I, N 7 zu Art. 217, Hegnauer/Breitschmid, N 16.48, 16.52, Stratenwerth/Bommer, BT II, § 26 N 27, Trechsel/Christener-Trechsel, N 2 zu Art. 217, Bosshard, BSK StGB II, N 9 zu Art. 217.

52 Corboz, Vol. I, N 7 zu Art. 217.

53 BJM 1997, 213 ff.

Zivilstand der Eltern noch von der elterlichen Sorge oder der Obhut ab⁵⁴. Eine Ausnahme stellen vom Gericht als vorsorgliche Massnahme verfügte Unterhaltsbeiträge vor Ergehen eines Vaterschaftsurteils (ZPO Art. 303 Abs. 2) dar, welche bereits vor Entstehung des Kindesverhältnisses vom strafrechtlichen Schutz erfasst werden⁵⁵. Die Unterhaltspflicht dauert grundsätzlich bis zur Volljährigkeit des Kindes, unter bestimmten Voraussetzungen auch darüber hinaus bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung (ZGB Art. 277). Die Erfüllung der Pflicht erfolgt meist *in natura*, also durch Pflege, Erziehung und Betreuung, Besorgung von Nahrung und Kleidern etc. Ansonsten erfolgt die Erfüllung durch Geldzahlung. Grundsätzlich können daher beide Elternteile den Tatbestand von Art. 217 Abs. 1 erfüllen, ohne dass es einer vorherigen zivilrechtlichen Festlegung der Leistungen bedürfte⁵⁶. Gläubiger der Leistung ist grundsätzlich das Kind. Solange dieses minderjährig ist, wird die Pflicht jedoch durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt (ZGB Art. 289).

Das Kindesrecht hat in den letzten Jahren mehrere Änderungen erfahren⁵⁷. Da die Unterhaltspflicht der Eltern unabhängig vom Zivilstand bzw. zivilstandlichen Änderungen besteht, berührt *eine Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, Anhängigkeit einer Trennungs- oder Scheidungsklage, Scheidung oder Trennung* diese grundsätzlich nicht. Wohnten die Eltern zusammen, so werden sich nach einem Auszug die Pflichtentragung und die finanzielle Lage verändern, insb. wird ein Elternteil regelmässig eine grössere Naturalleistung als der andere erbringen, wodurch eine Geldzahlungspflicht des letzteren entsteht – stets unter Berücksichtigung der jeweiligen Leistungsfähigkeit. Eine quantitative Festlegung der Pflicht erfolgt auf entsprechende Klage hin (ZGB Art. 279), in einem eherechtlichen Verfahren oder durch vertragliche Regelung⁵⁸. Aufgrund der früheren Praxis, die Obhut grundsätzlich einem Elternteil zuzuweisen, führte dies automatisch dazu, dass der nicht obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag in Form einer Geldzahlung zu leisten hatte (ZGB aArt. 276 Abs. 2). Heute insb. mit der Möglichkeit der alternierenden/gemeinsamen⁵⁹ Obhut (ZGB Art. 298 Abs. 2^{ter}) sind die Verhältnisse nicht mehr so

54 Siehe Botschaft BBl 2014 II 529, 538, BGer vom 12.12.2011, 5A_618/2011, Erw. 3.2.

55 BGE 136 IV 123 ff., *Broder*, 300, *Bosshard*, BSK StGB II, N 14 zu Art. 217, ablehnend *Albrecht*, N 32 zu Art. 217.

56 Vgl. dagegen ZR 104 (2005) N. 23 (vgl. vorne Ziff. 1.111 lit. a).

57 Siehe *Spycher*, 1 ff., *Geiser*, 1279 ff.

58 *Breitschmid*, BSK ZGB I, N 1 zu Art. 276.

59 *Geiser*, 1283, ausführlich *Bucher*, 89 ff.

klar, sodass die Pflichten im Einzelfall eruiert werden müssen. Klar ist, dass wenn das Kind mehrheitlich bei einem Elternteil lebt, es im Ergebnis wohl auch weiterhin auf eine Geldzahlung durch den anderen Elternteil hinauslaufen wird. Neu ist, dass auch die Betreuungskosten als Kinderkosten von Eltern gemeinsam zu tragen sind (ZGB Art. 276 Abs. 2)⁶⁰. Die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch die Kindesschutzbehörde gemäss ZGB Art. 310 führt nicht mehr explizit (ZGB aArt. 276), aber faktisch weiterhin zu einer Geldleistungspflicht, da die Möglichkeit zur Naturalleistung aufgehoben ist, was auch beide Elternteile gleichzeitig betreffen kann.

1.14 *Unterstützungsansprüche gegenüber Angehörigen*

Die Ansprüche Bedürftiger auf Unterstützung durch ihre Verwandten in auf- und absteigender Linie – namentlich durch erwachsene Kinder – gemäss ZGB Art. 328 sind durch Art. 217 Abs. 1 gemäss bundesgerichtlicher Praxis unabhängig davon geschützt, ob die an sich Unterstützungspflichtigen vom Zivilgericht zu bestimmten Leistungen verpflichtet worden sind⁶¹. In der Regel findet hier jedoch die indirekte Methode Anwendung.

1.2 *Tatbestandsmässiges Verhalten*

Das tatbestandsmässige Verhalten wird vom Gesetz dahingehend umschrieben, dass der Täter die eingangs erwähnten Pflichten «*nicht erfüllt*». Das trifft dann zu, wenn er eine ihm obliegende entsprechende *Leistung im gebotenen Zeitpunkt überhaupt nicht oder nur teilweise in der geschuldeten Weise (in Geld oder natura)*⁶² erbringt⁶³ oder wenn er ohne entsprechende Ermächtigung des unterhaltsberechtigten Gläubigers an einen Dritten leistet, um dessen Schulden zu tilgen⁶⁴. Hat dies bei Unterhaltspflichten in natura zu geschehen oder sind die zu erbringenden Zahlungen nicht festgelegt worden, so ist der Moment massgebend, in welchem die betreffende Leistung erforderlich wird. In den übrigen Fällen bestimmt sich der gebotene Zeitpunkt nach der Fälligkeit der gerichtlich bestimmten oder vereinbarten Leistungen. Leistet der Unterhalts-

60 Botschaft BBl 2014 529, 551 f., ausführlich zum Betreuungsunterhalt *Arndt/Brändli*, 236 ff.

61 BGE 128 IV 86 ff., 90, anders BGE 70 IV 167, *Corboz*, Vol. I, N 9 zu Art. 217.

62 BGE 106 IV 37, 114 IV 124 f., *Corboz*, Vol. I, N 15 zu Art. 217.

63 BGE 114 IV 124, *Albrecht*, N 48 zu Art. 217, *Corboz*, Vol. I, N 15 zu Art. 217, *Bosshard*, BSK StGB II, N 4 zu Art. 217, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 11 zu Art. 217.

64 BGE 106 IV 37.

pflichtige mehr, als er müsste, so kann er diese Mehrleistung auf später fällige Forderungen anrechnen lassen⁶⁵.

Art. 217 Abs. 1 wird als reines «Unbotmässigkeitsdelikt»⁶⁶ schon damit vollendet, dass der Täter die ihm obliegende Leistung nicht rechtzeitig, d.h. im Zeitpunkt der Fälligkeit⁶⁷, erbringt, ohne dass es eines darüber hinausgehenden Erfolgseintritts (Notlage, Bedürftigkeit usw.) oder einer gewissen Dauer der Pflichtvernachlässigung bedürfte. Weiter handelt es sich um ein Dauerdelikt⁶⁸.

Wegen solchen Verhaltens macht sich indessen nur strafbar, wer über die nötigen Mittel zur Erfüllung der ihm obliegenden Unterhalts- oder Unterstützungspflichten verfügt oder verfügen könnte. Diese Voraussetzung entspricht dem allgemeinen Erfordernis der Tatmacht bei Unterlassungsdelikten⁶⁹ und geht für die Variante «verfügen könnte» sogar über blosser Tatmacht hinaus. Massgebend ist, ob der Pflichtige im Rückblick auf die betreffende Periode in der Lage gewesen wäre, die Unterhaltszahlungen zu leisten⁷⁰.

Ob und inwieweit der Pflichtige über die erforderlichen Mittel verfügt, lässt sich aus SchKG Art. 93 (beschränkt pfändbares Einkommen) ableiten⁷¹. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass bei Unterhaltsforderungen der Gläubiger insoweit auf den Notbedarf des Schuldners greifen darf, als bei einer Lohnpfändung in diesen eingegriffen würde⁷². Dies gilt insbesondere dann, wenn die Unterhaltsbeiträge für den Notbedarf des Gläubigers unentbehrlich sind⁷³. Dabei ist der Eingriff in das Existenzminimum in der Weise vorzunehmen, dass sich Gläubiger und Schuldner in analoger Weise einschränken müssen⁷⁴. Dieses Privileg der Unterschreitung des Notbedarfs kommt nur dem persön-

65 BGer vom 19.7.2011, 6B_72/2011, Erw. 3.4 f.

66 Vgl. *Strafrecht I*, § 29 Ziff. 1.1 lit. c.

67 BGer vom 25.8.2003, 6S.152/2003, BGer vom 28.10.2004, 6S.248/2004, *Bosshard*, BSK StGB II, N 4 zu Art. 217, *Corboz*, Vol. I, N 16 zu Art. 217, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 30.

68 BGE 132 IV 49.

69 Vgl. *Strafrecht I*, § 29 Ziff. 1.1 lit. b.

70 *Albrecht*, N 53 zu Art. 217, *Corboz*, Vol. I, N 20 ff. zu Art. 217, *Bosshard*, BSK StGB II, N 4 zu Art. 217, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 31, vgl. auch BGE 133 III 59 f.

71 BGE 121 IV 277 f., BGer vom 12.6.2007, 6S.113/2007, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3460.

72 BGE 74 IV 156, 101 IV 53, 121 IV 278, kritisch *Albrecht*, N 57 zu Art. 217.

73 RS 1996 Nr. 67, BGer vom 12.6.2007, 6S.113/2007.

74 BGE 121 IV 278, BGer vom 12.6.2007, 6S.113/2007, BGE 135 III 66.

lich betreibenden Unterhaltsgläubiger zu, nicht aber Dritten, wie dem Gemeinwesen, das sich Unterhaltsforderungen abtreten lässt⁷⁵.

Ob der Täter in der Lage gewesen wäre, seinen Verpflichtungen nachzukommen, beurteilt sich aber nicht nur nach seinen tatsächlichen Verdienstverhältnissen. Erlauben diese ihm die Leistung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht, so ist immer noch zu prüfen, ob er keine ihm nach den Umständen (berufliche Qualifikation, Gesundheitszustand, Alter, Arbeitsmarktsituation⁷⁶) zumutbare besser bezahlte Tätigkeit hätte finden können⁷⁷ bzw. ob ihm die Aufnahme eines Nebenerwerbs⁷⁸, die Intensivierung einer bisher unregelmässigen Tätigkeit⁷⁹ oder der Wechsel von einer selbständigen zu einer unselbständigen Tätigkeit⁸⁰ zumutbar gewesen wäre. Umso mehr ist der Schuldner verpflichtet, *überhaupt* einem Erwerb nachzugehen, der es ihm mindestens erlaubt, die Unterhaltspflichten zu erfüllen⁸¹. Wenn sich eine Person demnach strafbar macht, wenn sie zwar einerseits nicht über ausreichende Mittel zur Pflichterfüllung verfügt, es andererseits aber unterlässt, ihr offenstehende und zumutbare Möglichkeiten zum Geldverdienen zu ergreifen, muss dies gemäss Bundesgericht auch für jene Person gelten, die es unterlässt, ihr offenstehende und zumutbare Möglichkeiten zu ergreifen, gebundenes Vermögen liquid zu machen⁸². Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss sodann dem in *zweiter Ehe verheirateten Pflichtigen* selbst dann die Leistung der festgesetzten Unterhaltsbeiträge an Frau und Kinder aus erster Ehe zugemutet werden, wenn sein Einkommen den Notbedarf der zweiten Familie nicht oder nur knapp deckt⁸³. Immerhin gilt dies nur bis zu dem Betrag, der zugunsten der Leistungsempfänger gepfändet werden könnte. Zu berücksichtigen ist neu, dass die Unterhaltspflichten gegenüber einem minderjährigen Kind grundsätzlich den anderen familienrechtlichen Pflichten vorgehen (ZGB Art. 276a). Hat eine

75 BGE 116 III 10, BGer vom 12.6.2007, 6S.113/2007.

76 *Albrecht*, N 63 zu Art. 217.

77 Eingehend *Müller*, 273 ff., zur entsprechenden Beschränkung des Rechts auf freie Wahl und Ausübung eines Berufes, BGE 114 IV 124, 126 IV 133, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3465.

78 BGer vom 6.2.2008, 6B_571/2007 zur Aufnahme eines Nebenerwerbs durch einen Bauern.

79 BGer vom 24.11.2009, 6B_730/2009 zum Ausbau der Erwerbstätigkeit einer Prostituierten.

80 BGer vom 12.6.2007, 6S.113/2007.

81 ZR 73 (1974) Nr. 4.

82 BGer vom 28.10.2004, 6S.248/2004.

83 BGE 111 III 19, 116 III 12.

Person mehrere familienrechtliche Pflichten gleichzeitig zu erfüllen, deckt ihr aktuelles bzw. potenziell mögliches Einkommen jedoch nur die Unterhaltspflicht gegenüber dem (minderjährigen) Kind, so kann diese Person nicht für die Nichterfüllung gegenüber dem Ehepartner bestraft werden.

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt⁸⁴. Der Täter muss sich bewusst sein, dass er zufolge einer familienrechtlichen Beziehung bestimmte Unterhaltsleistungen zu erbringen hat und über die zur Erfüllung seiner Pflichten nötigen Mittel verfügt oder verfügen könnte. Er muss also seine Leistungspflicht kennen und deren Nichterfüllung wollen oder zumindest in Kauf nehmen⁸⁵.

Der für den Vorsatz erforderliche Wille wird regelmässig anzunehmen sein, wenn der Täter in Kenntnis dieser Umstände trotz vorhandener Mittel die Leistung im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit nicht erbringt. Gleiches gilt, wenn er im Wissen um Möglichkeiten, seine finanzielle Lage so zu verändern, dass er dies (auch nur teilweise) tun könnte, von diesen keinen Gebrauch macht.

Besteht keine zivilgerichtliche Regelung der Unterhaltsbeiträge und kommt mithin die direkte Methode zur Anwendung, dann können keine hohen Anforderungen an die Kenntnis des Leistungspflichtigen über den Inhalt dieser Pflicht gestellt werden. Wer um eine Leistungspflicht weiss, jedoch lediglich deren Höhe nicht kennt und deshalb nicht leistet, der handelt vorsätzlich. Wer die Leistungspflicht jedoch summenmässig unterschritten hat, dem wird der Vorsatz nur schwer nachzuweisen sein.

Vorsatz wird sodann nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass jemand seine Verpflichtung zu Unterhaltsleistungen durch ein gerichtliches Urteil für materiellrechtlich unrichtig hält⁸⁶. Entsprechende Fehlvorstellungen wären unter dem Gesichtspunkt des Rechtsirrtums nach Art. 21 zu würdigen⁸⁷.

Kein Vorsatz besteht, wenn der Schuldner der geschiedenen Ehefrau die Unterhaltsbeiträge nicht mehr bezahlt, weil er nicht in der Lage ist, sich ein zuverläss-

84 BGer vom 14.6.2004, 6S.91/2004.

85 BGer vom 25.8.2003, 6S.152/2003.

86 Vgl. aus der Rechtsprechung zu alt Art. 217, z.T. allerdings im Rahmen des objektiven Tatbestandes BGE 71 IV 194, 73 IV 178, 76 IV 119.

87 Zur Berufung auf Rechtsirrtum vgl. auch BGer vom 28.10.2004, 6S.248/2004.

siges Bild über die relativ komplexe Sach- und Rechtslage zu machen und weil er sich auf die Auskünfte eines Sozialarbeiters verlässt⁸⁸.

3. Prozessvoraussetzung (Abs. 2)

Durch eine frühere Revision des StGB vom 5. Oktober 1950 wurde die Vernachlässigung von Unterstützungspflichten zu einem Antragsdelikt ausgestaltet. Das führte dazu, dass Art. 217 in der Praxis weitgehend als Druckmittel gegenüber dem Unterhalts- oder Unterstützungspflichtigen eingesetzt wird. Erbringt dieser die geschuldeten Leistungen auf Strafantrag hin, zieht der Gläubiger diesen meistens zurück, besonders wenn dem Täter eine Strafe mit unbedingtem Vollzug droht und er in der Zeit ihrer Verbüssung überhaupt keine Unterhaltsbeiträge mehr zahlen könnte.

3.1 Antragsberechtigung

Antragsberechtigt ist zunächst und primär der Anspruchsberechtigte als der durch die Tat Verletzte i.S. von Art. 30; für weniger als 18 Jahre alte Geschädigte und für Urteilsunfähige hat deren gesetzlicher Vertreter zu handeln (Art. 30 Abs. 2 und 3). Ausserdem steht nach Art. 217 Abs. 2 ein davon unabhängiges Antragsrecht auch den vom Kanton bezeichneten Behörden zu. Die neueren kantonalen Sozialhilfegesetze sehen regelmässig eine Leistungspflicht ausschliesslich der Wohngemeinde des Hilfesuchenden vor, woraus sich die Antragsberechtigung der entsprechenden Behörden ergibt⁸⁹. Gemäss Bundesgericht⁹⁰ dient die Regelung von Art. 217 Abs. 2 nicht in erster Linie den Interessen der «Armenkasse», sondern des Anspruchsberechtigten. Sie soll zum Zug kommen, wenn der Geschädigte bzw. sein gesetzlicher Vertreter in ungerichteter Weise dem Schuldner gegenüber untätig bleibt⁹¹. Dementsprechend setzt das Antragsrecht der Behörde nicht voraus, dass sie «selbst» – d.h. das Gemeinwesen – materiell geschädigt worden ist⁹². Kommt das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so geht nach ZGB Art. 131 Abs. 3 und ZGB Art. 289 Abs. 2 der Unterhaltsanspruch auf das Gemeinwesen über. Die Revision von 1989 dehnte die Antragsberechtigung der Behörden auf von den Kantonen

88 RS 1996 Nr. 67.

89 Vgl. z.B. für den Kanton Zürich das Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 14. Juni 1981 (LS 851.1) § 32.

90 BGE 78 IV 98.

91 BGE 119 IV 317, 122 IV 209 f.

92 BGE 119 IV 318.

bezeichnete «Stellen» aus. Damit sind Amtsstellen sowie private Organisationen gemeint, die sich mit dem Eintreiben von Unterhaltsbeiträgen befassen⁹³. Obschon das Recht, Strafantrag zu stellen, grundsätzlich höchstpersönlich und unübertragbar ist, kann durch eine generelle Vollmacht dem Vertreter die Entscheidung überlassen werden, ob er Strafantrag stellen will oder nicht⁹⁴.

Die Kantone bezeichnen meist Fürsorge- und Armenbehörden, z.T. auch Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, als antragsberechtigt. Keine solche Befugnis kommt ausländischen Instanzen sowie anderen schweizerischen Behörden zu, selbst wenn diese die Ansprüche gegenüber dem Schuldner kraft Subrogation erworben haben⁹⁵.

Seit der letzten Revision schreibt das Gesetz den legitimierten Behörden und Stellen vor, das Antragsrecht unter Wahrung der Interessen der Familie auszuüben. Damit ist v.a. die Rücksichtnahme auf das Weiterbestehen einer Ehe gemeint; der blosser Umstand, dass zwischen geschiedenen Gatten ein gutes Einvernehmen herrscht, verbietet jedenfalls die Stellung eines Strafantrags nicht⁹⁶. Die Beachtung des erwähnten Gebotes lässt sich nicht als Gültigkeitsvorschrift auffassen; infrage kommt nur, dass seine Missachtung in krassen Fällen als rechtsmissbräuchliche Stellung eines Strafantrags qualifiziert wird und dieser deshalb unbeachtlich bleibt⁹⁷.

3.2 Ort der Antragstellung

Als Begehungsort, an dem der Strafantrag zu stellen ist, gilt im Fall der Vernachlässigung von Unterstützungspflichten der Wohnsitz des Berechtigten (vgl. StPO Art. 31 Abs. 1)⁹⁸. Obliegt die Verfolgung dieses Vergehens im konkreten Fall aber nach StPO Art. 34 Abs. 1 der Behörde eines anderen Ortes, so kann auch dort die Bestrafung des Schuldners beantragt werden⁹⁹.

93 BGE 119 IV 317.

94 BGE 122 IV 209.

95 BGE 78 IV 215, *Bosshard*, BSK StGB II, N 23 zu Art. 217, *Albrecht*, N 90 zu Art. 217, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 35.

96 BGE 119 IV 318.

97 *Bosshard*, BSK StGB II, N 25 zu Art. 217, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 36.

98 BGE 98 IV 207, 108 IV 171.

99 BGE 98 IV 207, 108 IV 170 = Pr 72 (1983) Nr. 22.

3.3 Fristbeginn und Wirkungen des Antrages

Die *Antragsfrist* beginnt in der Regel mit dem Tag, an welchem der Schuldner mit seiner Leistung in Verzug gerät, da dem Verletzten bzw. seinem gesetzlichen Vertreter in jenem Zeitpunkt normalerweise Tat und Täter bekannt sein werden (vgl. Art. 31). Da es sich bei Art. 217 um ein Dauerdelikt handelt, beginnt die Antragsfrist erst mit der letzten schuldhaften Unterlassung zu laufen¹⁰⁰. Der fristgemäss gestellte Antrag erfasst alsdann bei periodisch geschuldeten Leistungen nicht nur den betreffenden unerfüllten Anspruch, sondern wirkt – wenn der Pflichtige während einer gewissen Zeit und ohne Unterbrechung schuldhaft die Zahlung der Unterhaltsbeiträge unterlässt – auch auf die früher nicht erbrachten Leistungen zurück. Dagegen erstreckt er sich nicht auch auf künftige weitere Unterlassungen, kann aber immerhin noch durch eine Erklärung des Antragsberechtigten während des Verfahrens auf den bis dahin vergangenen Zeitraum ausgedehnt werden¹⁰¹.

4. Weitere Fragen

4.1 Versuch und Teilnahme

Bloss versuchte Vernachlässigung von Unterstützungspflichten kommt bei diesem reinen Unbotmässigkeitsdelikt nicht in Betracht, wohl aber strafbare Anstiftung sowie Gehilfenschaft, z.B. durch Vertuschung der finanziellen Verhältnisse des Pflichtigen oder wenn der Arbeitgeber entgegen dem Entscheid eines Zivilgerichts den von seinem Arbeitnehmer als Unterhaltsbeitrag geschuldeten Lohnanteil nicht der berechtigten Gattin zukommen lässt, sondern den gesamten Lohn dem Arbeitnehmer überweist¹⁰².

4.2 Konkurrenzfragen

Verfügt der Täter über Werte, die zugunsten des Unterhaltsberechtigten gepfändet wurden, so besteht echte Konkurrenz zwischen Art. 217 und Art. 169 (Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte)¹⁰³.

100 BGE 132 IV 53 ff., BGer vom 19.7.2011, 6B_72/2011, Erw. 3.3, vgl. auch BGE 118 IV 327, 121 IV 275, 126 IV 132.

101 Vgl. RS 1990 Nr. 721.

102 BGE 132 IV 49.

103 BGE 99 IV 146 zu alt Art. 169.

4.3 Räumliche Geltung von Art. 217 und Gerichtsstand

Als *Begehungsort* der Vernachlässigung von Unterstützungspflichten gilt der Wohnsitz des Berechtigten¹⁰⁴. Demzufolge befindet sich dort der Gerichtsstand, und des Weiteren kann die Tat gemäss Art. 3 Abs. 1 auch dann in der Schweiz verfolgt werden, wenn der Schuldner im Ausland wohnt¹⁰⁵.

§ 4 Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (Art. 219)

Literaturauswahl: U. Broder, Delikte gegen die Familie, insbesondere Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, ZStrR 109 (1992) 290, U. Frauenfelder Nohl, Strafrecht und Kinderschutz in der Praxis, Krim 48 (1994) 747, B. Loppacher, Erziehung und Strafrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (Art. 219 StGB), Zürich/Basel/Genf 2011, L. Moreillon, Quelques réflexions sur la violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 nouveau CP), ZStrR 116 (1998) 431, H. Schultz, Bedingter Strafvollzug III, SJK Nr. 1197 (zit. Schultz, SJK).

Das durch Art. 219 (*Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht/Violation du devoir d'assistance ou d'éducation/Violazione del dovere d'assistenza o educazione/Neglect of duty of care or education*) geschützte Rechtsgut ist die physische und psychische Entwicklung bzw. Integrität des Minderjährigen im Rahmen eines Fürsorge- oder Erziehungsverhältnisses¹⁰⁶.

1. Objektiver Tatbestand

Den Tatbestand erfüllt, wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer *minderjährigen* Person verletzt oder vernachlässigt und diese dadurch in ihrer körperlichen oder seelischen Entwicklung gefährdet. Minderjährig ist, wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (ZGB Art. 14 e contrario).

Täter kann nur sein, wer Pflichten der genannten Art gegenüber Minderjährigen hat. Dabei muss er im Verhältnis zu diesen eine eigentliche *Garantenstel-*

104 BGE 105 IV 329 f.

105 In früheren Entscheiden wie BGE 87 IV 153 und 91 IV 231 war man zum gleichen Ergebnis gelangt, indem man den Wohnort des Berechtigten fälschlicherweise als Ort des Erfolgseintrittes i.S. von Art. 8 bezeichnete.

106 BGE 125 IV 68 f., BGer vom 20.3.2009, 6B_993/2008, *Hurtado Pozo*, Partie spéciale, N 3496, siehe auch *Loppacher*, 61 f.

lung¹⁰⁷ einnehmen, da das tatbestandsmässige Verhalten auch in einer reinen Unterlassung bestehen kann¹⁰⁸. Ob von einer solchen Garantenstellung auszugehen ist, ist aufgrund der konkreten Umstände zu bestimmen, wobei vor allem die gefährdeten Interessen und die Beziehung zwischen dem potenziell Verantwortlichen und dem Minderjährigen zu berücksichtigen sind¹⁰⁹. Dabei ist mit Bezug auf das Verhältnis zwischen Verantwortlichen und Minderjährigen vorauszusetzen, dass dieses von einer gewissen Intensität sowie Dauer ist¹¹⁰, da Personen mit nur ganz vorübergehenden Obliegenheiten gegenüber einem Kind nicht den allgemein für dessen Wohl Verantwortlichen gleichgestellt werden dürfen. Infrage kommen deshalb namentlich Eltern, Adoptiv-, Pflege- und Tageseltern, Kinderbetreuende, Krippen-, Hort-, Spital- und Heimpersonal, Lehrer, Schul- bzw. Internatsverantwortliche¹¹¹, Vormünder, Arbeitgeber¹¹² und Beistände. Nicht pflichtig i.S. von Art. 219 sind dagegen beispielsweise Babysitter, Tourenleiter und Lehrer für Einzelstunden, wenn diese nur gelegentlich tätig werden.

Der Inhalt der Fürsorge- und Erziehungspflichten im Einzelnen ist nicht einfach zu bestimmen. Der Tatbestand ist in dieser Hinsicht relativ unbestimmt, was mit Blick auf Art. 1 problematisch ist¹¹³. Allerdings können und sollten, wo immer solche bestehen, die zivilrechtlichen Pflichten herangezogen werden, sei dies aus dem Kindesverhältnis oder dem Lehr- oder Betreuungsvertrag¹¹⁴. Erst wenn diese als Folge des pflichtwidrigen Verhaltens tatsächlich eintritt, ist der tatbestandsmässige Erfolg gegeben und das Delikt vollendet. Es handelt sich bei dieser Norm somit um ein konkretes Gefährdungsdelik¹¹⁵. Nicht erforderlich ist, dass das Verhalten des Täters zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung der körperlichen oder seelischen Unversehrtheit führt¹¹⁶.

107 Dazu Strafrecht I, § 30 Ziff. 2.11.

108 BGE 125 IV 68, *Corboz*, Vol. I, N 3 zu Art. 219, *Eckert*, BSK StGB II, N 3, 8 zu Art. 219, *Hurtado Pozo*, Partie spéciale, N 3500, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 42, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 1 ff. zu Art. 219.

109 BGE 125 IV 69.

110 *Corboz*, Vol. I, N 7 zu Art. 219, *Eckert*, BSK StGB II, N 5 zu Art. 219, *Schubarth*, N 7 zu Art. 219, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 1 zu Art. 219.

111 BGE 125 IV 69, 70.

112 BGE 126 IV 139 f.

113 *Hurtado Pozo*, Partie spéciale, N 3514.

114 Ausführlich *Loppacher*, 72 ff., 82 ff.

115 *Corboz*, Vol. I, N 16 zu Art. 219, *Eckert*, BSK StGB II, N 10 zu Art. 219, *Hurtado Pozo*, Partie spéciale, N 3512.

116 BGer vom 20.3.2009, 6B_993/2008.

Was die Erfüllung des Tatbestandes durch aktives Tun anbelangt, muss es sich – wie sich aus Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3 und Art. 126 Abs. 2 ergibt – um mehr als eine gelegentliche übermässige Züchtigung handeln¹¹⁷. Bei Unterlassungen kann sich das Problem stellen, gegen welche Selbstgefährdungen von Jugendlichen ihre Erzieher einschreiten, und inwieweit sie umgekehrt deren Entwicklung fördern müssen¹¹⁸. Besonders schwierig wird ein Verhalten zu erfassen sein, welches Kinder und Jugendliche psychisch beeinträchtigt¹¹⁹.

2. Subjektiver Tatbestand

Art. 219 Abs. 1 erfordert Vorsatz. Der Täter muss insbesondere um die tatsächlichen Voraussetzungen der Garantenstellung, um die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens und die Gefährdung des Minderjährigen wissen. Diese muss als Folge des pflichtwidrigen Verhaltens mindestens als naheliegende Möglichkeit vorausgesehen und in Kauf genommen werden.

3. Fahrlässige Begehung

Die Tat kann nicht nur vorsätzlich, sondern auch fahrlässig verübt werden, wofür ungewöhnlicherweise nur fakultativ eine geringere *Mindeststrafe* vorgesehen wird (Art. 219 Abs. 2).

4. Weitere Bemerkungen

4.1 Konkurrenzfragen

Da Art. 219 die physische und psychische Entwicklung des Minderjährigen schützt, steht dieser grundsätzlich in unechter Konkurrenz zu den Delikten gegen Leib und Leben¹²⁰. Erfüllt der Täter am Minderjährigen den Tatbestand eines Deliktes gegen Leib und Leben, die sexuelle Integrität oder die Freiheit, so ist Art. 219 nach h.L. dann zusätzlich anwendbar, wenn das pflichtwidrige Verhalten des Täters quantitativ oder zeitlich darüber hinausgeht und auch insofern eine Mitursache der Gefährdung des Opfers darstellt¹²¹, möglicher-

117 Vgl. *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 43.

118 Vgl. *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 3 zu Art. 219.

119 Beispiele bei *Loppacher*, 154 f.

120 *Eckert*, BSK StGB II, N 13 zu Art. 219, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 46.

121 *Corboz*, Vol. I, N 17 und 21 ff. zu Art. 219, *Eckert*, BSK StGB II, N 14 zu Art. 219, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 26 N 47, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 7 zu Art. 219, BGer

weise kann aber sogar eine einzelne solche Tat ausreichen. Darin, dass die Verletzung von einer Person ausgeht, welcher das Kind vertraut und die es schützen soll, kann bereits eine Gefährdung der Entwicklung und ein zusätzlicher Unrechtsgehalt liegen¹²².

Art. 187 schützt die sexuelle Entwicklung von unter 16-Jährigen abstrakt, welche von der körperlichen und geistigen Entwicklung in Art. 219 umfasst wird. Grundsätzlich würde Art. 219 als konkretes Gefährdungsdelikt dem abstrakten demnach vorgehen. Da Ersteres aber milder bestraft wird, ist Art. 187 der Vorzug zu geben, auch wenn dies dogmatisch nicht befriedigt.

Nach Bundesgericht geht Art. 188 (sex. Handlungen mit Abhängigen) als *lex specialis* Art. 219 vor¹²³. Die sexuelle Nötigung (Art. 189) und die Vergewaltigung (Art. 190) sollten jedoch aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgüter (sex. Selbstbestimmung anstatt Entwicklung) in echter Konkurrenz zu Art. 219 stehen¹²⁴.

4.2 Mitteilungspflichten und -rechte

Im Zusammenhang mit Art. 219 ist daran zu erinnern, dass nach Art. 364 Amts- und Berufsgeheimnisträger i.S. von Art. 320 und 321 berechtigt sind, den Kinderschutzbehörden Mitteilung zu machen, wenn an einem Minderjährigen eine strafbare Handlung verübt wurde, falls die Information in dessen Interesse liegt.

vom 28.11.2000, 6 S.736/2000, Erw. 1.d, BGE 126 IV 136 ff., a.M. und von grundsätzlich echter Konkurrenz zu Art. 128, 129, 187, 189, 190 und 194 ausgehend, *Loppacher*, 156 ff.

122 Zum Ganzen *Loppacher*, 156 ff.

123 BGE 126 IV 140.

124 Ebenso *Loppacher*, 160.

§ 5 Entziehen von Minderjährigen (Art. 220)

Literaturauswahl: A. Bucher, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Familien- und migrationsrechtliche Aspekte, 7. Symposium zum Familienrecht 2013, hrsg. von A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis, Zürich/Basel/Genf 2013, 1, B. Deschenaux, L'enlèvement international d'enfants par un parent, Bern 1995, derselbe, Résoudre rapidement les enlèvements d'enfants à moindre frais, AJP 7 (1994) 907, S. Hüppi, Straf- und zivilrechtliche Aspekte der Kindesentziehung gemäss Art. 220 StGB mit Schwergewicht auf den Kindesentführungen durch einen Elternteil, Diss. Zürich 1988, H. Kuhn, «Ihr Kinderlein bleibt, so bleibt doch all»: neuere schweizerische Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungs-Übereinkommen, AJP 9 (1997) 1093, B. Sauterel, L'enlèvement de mineurs, Diss. Lausanne 1991, M. Schaefer-Altiparmakian, Aspects juridiques de l'enlèvement d'enfants par un parent: le conte de fées à rebrousse-poil, Étude systématique du phénomène d'enlèvement d'enfants, Diss. Fribourg 2001, M. Schubarth, Begünstigen durch Beherbergen?, ZStrR 94 (1977) 158.

Die Bestimmung (*Entziehen von Minderjährigen/Enlèvement de mineur/Sottrazione di minorenni/Abduction of minors*) schützt – wie in der heutigen Gesetzesversion bereits aus dem Wortlaut ersichtlich – den *Inhaber des Rechts der Bestimmung des Aufenthaltsortes* des Minderjährigen. Die minderjährige Person selbst wird weiterhin lediglich mittelbar geschützt¹²⁵. Im früheren Wortlaut wurde zunächst der Inhaber der *elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt*¹²⁶ und anschliessend der Inhaber des *Obhutsrechts*¹²⁷ geschützt. Die Bestimmung wurde dabei fortlaufend an die Veränderungen der zivilrechtlichen Ausgangslage angepasst. Das Bundesgericht hat die Bestimmung aber bereits vor dem aktuellen Wortlaut dahingehend interpretiert, dass der Tatbestand diejenige Person schützt, welche über den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen darf^{f128}. Wer dies im Einzelnen ist, beurteilt sich nach den Regeln des Zivilrechts¹²⁹. Die

125 BGE 128 IV 159, *Hurtado Pozo*, Partie spéciale, N 3541, zum früheren Wortlaut, *Eckert*, BSK StGB II, N 6 zu Art. 220, *Hüppi*, 42, *Schubarth*, N 8 zu Art. 220, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 27 N 3.

126 AS 1989 2449, 2453.

127 AS 2014 357, 365.

128 BGE 141 IV 210, 128 IV 160, 125 IV 15, 118 IV 63.

129 BGE 141 IV 210, 128 IV 160, *Corboz*, Vol. I, N 11 zu Art. 220, *Schubarth*, N 20 zu Art. 220.

elterliche Sorge¹³⁰ schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (ZGB Art. 301a Abs. 1)¹³¹.

1. Objektiver Tatbestand

1.1 Täterkreis

Als *Täter* kommt nach bundesgerichtlicher Praxis – mit Ausnahme der minderjährigen Person selber – jedermann in Betracht, der das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes des Minderjährigen nicht allein und uneingeschränkt ausübt. Das Delikt kann also einmal durch *Aussenstehende*, sodann aber in verschiedenen Fällen auch von einem *Elternteil* begangen werden, namentlich

- a) bei gemeinsamer elterlicher Sorge beider Eltern (unabhängig von deren Zivilstand) von demjenigen, der den Aufenthaltsort des Kindes wechseln will und dabei die *erforderliche Zustimmung* des andern Elternteil nicht einholt (ZGB Art. 301a Abs. 2)¹³². Diese muss eingeholt werden, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt (ZGB Art. 301a Abs. 2 lit. a)¹³³ oder der Wechsel des Aufenthaltsort erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung elterlichen Rechte des anderen Elternteils hat (ZGB Art. 301a Abs. 2 lit. b)¹³⁴;
- b) grundsätzlich von Eltern, die das Sorgerecht nicht innehaben oder denen die elterliche Sorge (vgl ZGB Art. 311) oder das Aufenthaltsbestimmungsrecht (ZGB Art. 310) entzogen wurde¹³⁵.

Umstritten war, ob Art. 220 zum Schutz von Besuchsrechten desjenigen in Anspruch genommen werden kann, der nicht das Aufenthaltsbestimmungsrecht inne hat. Diese Frage wurde mittlerweile insofern geklärt, als in der Revi-

130 Vgl. dazu BGE 128 IV 160 f., 162, wo u.a. festgestellt wird, auch blossen «Registereltern» könne die elterliche Sorge zukommen und auch bei solchen könne «ein schutzwürdiges Interesse an der Bewahrung des Familienfriedens bzw. am Schutz der Befugnisse des faktisch Erziehungsberechtigten bestehen».

131 Vgl. BGE 142 III 484.

132 Vgl. *Bucher*, 68.

133 Vgl. BGE 142 III 484 f.

134 BGE 142 III 484 f., BBl 2011 9077 ff., 9108, BGE 141 IV 210; Vgl. auch, jedoch zum alten Recht ZR 115/2017, 20 ff.

135 Zu beachten ist, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht an das Sorgerecht anknüpft und nicht auf andere Personen übertragen werden kann. Dieses Recht fällt dann ausnahmsweise an die KESB. Siehe dazu *Bucher*, 37.

sion des ZGB betreffend elterliche Sorge ausdrücklich darauf verzichtet wurde, die Vereitelung des Besuchsrechts in Art. 220 zu integrieren und unter Strafe zu stellen¹³⁶. Fraglich ist, wie die Besuchsrechtsvereitelung zwischen Eltern mit gemeinsamer Sorge zu behandeln ist. Um der Rechtssicherheit Willen sollte der Anwendungsbereich von Art. 220 bei gemeinsamer elterlicher Sorge deshalb auf die in Art. 301a ZGB geregelten Fälle beschränkt werden¹³⁷. Der Besuchs-berechtigte ist im Übrigen auf die zivilrechtlichen Interventionsmöglichkeiten (begleitetes Besuchsrecht etc.) zu verweisen¹³⁸.

1.2 Minderjährige Person

Massgebend ist ZGB Art. 14. Liegt ein internationaler Sachverhalt vor, sind die Regeln des IPRG¹³⁹, insbesondere IPRG Art. 35, massgebend.

1.3 Tatbestandsmässiges Verhalten

Strafbar macht sich, wer eine minderjährige Person dem Inhaber des Rechts zur Bestimmung des Aufenthaltsortes entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben.

- a) «Entziehen» bedeutet nach der Praxis des Bundesgerichts die örtliche Trennung der minderjährigen Person vom Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts, und zwar ungeachtet dessen, ob die minderjährige Person damit einverstanden ist oder nicht¹⁴⁰. Weiter ist vorauszusetzen, dass der Täter die minderjährige Person *durch eigenes Handeln* aus dem Einflussbereich des Berechtigten entfernt, zu welchem auch ein allfälliger von diesem bestimmter auswärtiger Aufenthaltsort des Kindes oder Jugendlichen gehört. Nur wenn die minderjährige Person noch nicht urteilsfähig ist, könnte es auch ausreichen, sie zum Weggehen aufzufordern. Schliesslich ist erforderlich, dass die minderjährige Person an einen neuen Aufent-

136 BBl 2011 9077 ff., 9096, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 27 N 5, zur Diskussion vor der Revision siehe ZR (109) 2010 N. 62, *Corboz*, Vol. I, N 31 zu Art. 220, *Eckert*, BSK StGB II, N 14 zu Art. 220, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3549, *Schubarth*, N 38 zu Art. 220, BGE 98 IV 37 ff., 128 IV 159 f., BGer vom 1.6.2010, 5D_171/2009, *Hüppi*, 268 ff., *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 2 zu Art. 220.

137 *Bucher*, 69.

138 So bereits zum alten Recht *Eckert*, BSK StGB II, N 14 f. zu Art. 220.

139 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291.

140 BGE 99 IV 270, 101 IV 303, 128 IV 163.

haltsort gebracht wird¹⁴¹. So erfüllt z.B. den Tatbestand nicht, wer ein Kind gegen den Willen des Berechtigten bloss zu einem Ausflug mitnimmt. Mit der Verbringung an den neuen Aufenthaltsort ist der Tatbestand in Form des Entziehens vollendet; es handelt sich dabei nicht um ein Dauerdelikt¹⁴².

- b) Die zweite Begehungsform, die Verweigerung der Rückgabe der minderjährigen Person, wird in der Regel nur in zwei Konstellationen aktuell, wobei sich die minderjährige Person in jedem Fall bereits in der tatsächlichen Obhut des Täters befinden muss¹⁴³:
- Jemand hat das Kind bloss vorübergehend, aber insoweit rechtmässig zu sich genommen (bei Ausübung seines Besuchsrechts oder im Einverständnis mit dem Inhaber der Sorge);
 - das Kind, welches sich dem Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts bereits selber entzogen hat oder ihm von einem Dritten entzogen wurde, wird an einen neuen Aufenthaltsort verbracht¹⁴⁴, oder nicht mehr herausgegeben¹⁴⁵.

Die Strafbarkeit hängt stets davon ab, ob der Täter zur Herausgabe des Kinds rechtlich verpflichtet ist¹⁴⁶. Dies wird einmal der Fall sein, wenn das Kind jemandem gemäss gerichtlichem Urteil oder Vereinbarung nur vorübergehend übergeben worden und die dafür festgesetzte Dauer abgelaufen ist¹⁴⁷. Da die elterliche und vormundschaftliche Sorge gegenüber jedermann durchgesetzt werden kann, trifft auch andere Personen, bei denen sich das Kind befindet, eine solche Rechtspflicht.

Das strafbare Verhalten besteht darin, dass sich der Täter weigert, die minderjährige Person dem Berechtigten herauszugeben. Es kann dies ausser in Form einer mündlichen oder schriftlichen Mitteilung auch etwa in der Weise geschehen, dass der Täter sich weigert, die betroffene Person nach einem Ferienaufenthalt in die Obhut des Inhabers der elterlichen Sorge

141 *Corboz*, Vol. I, N 25 zu Art. 220, *Eckert*, BSK StGB II, N 25 zu Art. 220, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3558.

142 *Eckert*, BSK StGB II, N 26 zu Art. 220, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 27 N 6 m.w.H., a.M. *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 5 zu Art. 220, *Corboz*, Vol. I, N 35 zu Art. 220, *Hüppi*, 64.

143 BGE 125 IV 16, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 27 N 7.

144 Vgl. BGE 99 IV 271, 101 IV 305, *Eckert*, BSK StGB II, N 27 zu Art. 220.

145 BGE 101 IV 303.

146 BGE 91 IV 231, 92 IV 159.

147 Vgl. BGE 104 IV 92, 110 IV 37, 128 IV 163 betreffend Überschreiten des Besuchsrechts.

zurückzugeben¹⁴⁸, dass er diese an einen anderen Ort verbringt¹⁴⁹, dass er sie versteckt oder den Berechtigten, der sie abholen will, daran tätlich oder mit Drohungen hindert.

Die blossе Unterlassung der Rückgabe ist demnach noch nicht tatbestandsmässig, sondern es wird zumindest vorausgesetzt, dass der Täter von sich aus oder auf eine Aufforderung hin zum Ausdruck bringt, dass er den Minderjährigen in seiner Obhut nicht nur vorübergehend behalten bzw. die Wiederherstellung der rechtmässigen elterlichen Obhut oder des vormundschaftlichen Sorgeverhältnisses nicht nur vorübergehend verhindern möchte¹⁵⁰.

Entsprechend verhält sich nicht tatbestandsmässig, wer die minderjährige Person bei der Ausübung des Besuchsrechts zu spät zurückbringt¹⁵¹ oder wer sie vorübergehend beherbergt¹⁵². Nicht mehr im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers ist diesbezüglich das Bundesgericht, welches festhielt, ein Vorenthalten könne namentlich im Fall gesehen werden, in dem «ein Elternteil, dem im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ein Besuchsrecht zugesprochen wurde, dieses Besuchsrecht überschreitet (...)»¹⁵³.

Aus der gesetzlichen Formulierung erhellt aber auch, dass der potenzielle Täter grundsätzlich nicht verantwortlich gemacht werden kann, wenn die Rückkehr einer minderjährigen Person zum Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts ausschliesslich an deren eigener Weigerung scheitert¹⁵⁴. Es ist durchaus denkbar, dass ein Jugendlicher seiner «Herausgabe» einen Widerstand entgegensetzt, dessen Überwindung unmöglich oder unzumutbar ist.

Die Weigerung der Herausgabe stellt im Gegensatz zur Tatbestandsvariante des Entziehens ein *Dauerdelikt* dar¹⁵⁵. Die Tat ist mithin schon durch die Verweigerung der Herausgabe der minderjährigen Person vollendet,

148 BGE 125 IV 16, f., vgl. auch BJM 1997, 76 ff.

149 Vgl. schon BGE 110 IV 37.

150 BGE 125 IV 16, *Corboz*, Vol. I, N 40 f. zu Art. 220, *Eckert*, BSK StGB II, N 28 zu Art. 220, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3562 f., *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 27 N 7, vgl. auch *Hüppi*, 273.

151 Für das frühere Recht: BGE 104 IV 92 ff.

152 Für das frühere Recht: BGE 99 IV 271 ff.

153 BGE 128 IV 160, siehe vorne Ziff. 1.1.

154 *Eckert*, BSK StGB II, N 30 zu Art. 220, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 4 zu Art. 220.

155 A.M. mit Bezug auf diese Differenzierung *Corboz*, Vol. I, N 35 zu Art. 220.

kann aber auch weiterhin durch Aufrechterhaltung des unrechtmässigen Zustands begangen werden.

- c) Da die minderjährige Person, welche sich selber dem Inhaber des Rechts zur Bestimmung des Aufenthaltsortes entzieht oder vorenthält, nach Art. 220 straflos bleibt, muss dies auch für Verhaltensweisen anderer Personen gelten, die als blosser *Beihilfe* zu solchem Tun erscheinen. Entgegen der früheren Praxis¹⁵⁶ fällt daher das – auch nicht bloss vorübergehende – Beherbergen, Verpflegen oder Transportieren eines entlaufenen Jugendlichen nicht unter die genannte Bestimmung¹⁵⁷. Anders verhält es sich allerdings, wenn jemand die entlaufene Person nicht nur beherbergt, sondern konkrete Massnahmen ergreift, um Inhaber der elterlichen Sorge an der Ausübung ihrer Rechte in Bezug auf die minderjährige Person zu hindern; verbringt er diese bspw. ins Ausland und mietet dort eine gemeinsame Wohnung, ist damit von vornherein ausgeschlossen, dass die Rückgabe einzig an der Weigerung des Jugendlichen scheitert¹⁵⁸.

2. Subjektiver Tatbestand

Art. 220 erfordert *Vorsatz*. Daran kann es v.a. fehlen, wenn eine Drittperson die bestehenden Sorgerechtsverhältnisse nicht kennt und deshalb das Kind einem Unberechtigten herausgibt oder dem Berechtigten vorenthält.

3. Prozessvoraussetzung

Das Delikt wird nur auf *Antrag* des oder der Verletzten verfolgt. Als solche kommen zunächst die Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts in Betracht. Üben die Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht gemeinsam aus, so steht ihnen das Antragsrecht unabhängig voneinander zu¹⁵⁹. Bei Bevormundeten hat der Vormund, im Fall ihrer Heimeinweisung die Vormundschaftsbehörde als anordnende Behörde jenes Recht. Keine Antragsberechtigung kommt nach der bundesgerichtlichen Praxis den Jugendschutzbehörden zu¹⁶⁰. Ebenso wenig komme eine solche der entzogenen Person selber zu.

156 BGE 99 IV 271.

157 *Corboz*, Vol. I, N 28 zu Art. 220, *Eckert*, BSK StGB II, N 29 zu Art. 220.

158 BGer vom 20.5.2010, 6B_813/2009, Erw. 3.6 f.

159 BGE 92 IV 2 f., 108 IV 24 f.

160 BGE 108 IV 24 f., anders aber *Hüppi*, 205, für Vormundschafts- und Jugendstrafbehörden als Inhaber der Obhut ohne «Restgewalt».

Ein vom Berechtigten gestellter Strafantrag kann nach der Judikatur rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam sein, wenn der Verletzte durch eigenes grobes Unrecht dem Täter Anlass zur Entziehung der minderjährigen Person gegeben hat¹⁶¹.

Die Antragsfrist beginnt – sofern der Täter bekannt ist – im Fall des Entziehens mit dem Wegbringen der minderjährigen Person zu laufen, bei der Verweigerung ihrer Rückgabe erst mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustands¹⁶². Diese Situation ist insofern unbefriedigend, als der Täter, welcher den Minderjährigen den Berechtigten eigenhändig «wegnimmt», privilegiert wird. Die Antragsfrist sollte deshalb in beiden Fällen erst ab Rückkehr des Minderjährigen zu laufen beginnen.¹⁶³ Dies könnte bspw. damit begründet werden, dass die Verweigerung der Rückgabe eine mitbestrafte Nachtat zum Entziehen darstellt.

4. Weitere Fragen

4.1 Rechtfertigungsgründe

Denkbar ist unter den Voraussetzungen von Art. 17¹⁶⁴ die Rechtfertigung durch Notstandshilfe. Dafür muss jedoch der minderjährigen Person bei dem Inhaber der Sorge eine unmittelbare Gefahr für ihre physische oder psychische Gesundheit drohen, die nicht anders abgewendet werden kann als durch sofortige Wegnahme des Kindes oder Verweigerung seiner Herausgabe. In aller Regel wird daher zivil- und/oder strafrechtliche Hilfe beansprucht werden müssen, um ein gefährdetes Kind vom Inhaber der Sorge zu trennen.

4.2 Konkurrenzen

Neben Art. 220 sind auch Art. 183, 185 und 185^{bis} anwendbar, wenn das Entziehen bzw. Verweigern der Rückgabe der minderjährigen Person damit bewerkstelligt wird oder verbunden ist, dass man ihre Fortbewegungsfreiheit aufhebt, sie entführt, als Geisel nimmt oder dem «Schutz des Gesetzes entzieht» (Art. 185^{bis}). Denn die entsprechenden Bestimmungen schützen die minder-

161 BGE 104 IV 95, 105 IV 231, 128 IV 163 f.

162 Zur Variante der Verweigerung der Rückgabe BGE 141 IV 213 f.

163 So wohl auch *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 5 zu Art. 220,

164 Vgl. dazu Strafrecht I, § 20.

jährige Person selber, nicht den Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts¹⁶⁵. Verbringt jedoch ein Elternteil, der das Aufenthaltsbestimmungsrecht innehat, ein Kind unter 16 Jahren an einen anderen Aufenthaltsort, fällt dies nach neuerer Bundesgerichtspraxis nicht unter Art. 183 Ziff. 2, auch wenn die räumliche Veränderung nicht dem Wohl des Kindes dient¹⁶⁶. Die Konkurrenzfrage mit Art. 220 stellt sich in diesem Fall somit nicht mehr.

¹⁶⁵ BGE 118 IV 61 ff., *Corboz*, Vol. I, N 59 zu Art. 220, *Eckert*, BSK StGB II, N 37 zu Art. 220, *Hurtado Pozo*, *Partie spéciale*, N 3577, *Schubarth*, N 52 zu Art. 220, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 27 N 12, *Trechsel/Christener-Trechsel*, N 8 zu Art. 220, a.M. *Sauterel*, 142.

¹⁶⁶ Im Entscheid noch «elterliche Sorge» BGE 126 IV 221 ff.

10. Titel Fälschung von Geld, amtlichen Wertzeichen, amtlichen Zeichen, Mass und Gewicht (Art. 240–250)

Literaturauswahl: S. Gless/P. Kugler/D. Stagno, Was ist Geld? Und warum schützt man es?, recht 2015, 82, S. B. Kim, Gelddelikte im Strafrecht, Diss. Zürich 1991, R. Montanari, Falschgelddelikte und Betrug, Kommentar zu BGE 6S.101/2007 vom 15. August 2007, jusletter vom 15.10.2007, M.A. Niggli/G. Fiolka, Geld, Gold und die Kunst der Gesetzgebung, ZStrR 119 (2001) 257, M. Ragenbass, Strafrechtlicher Schutz von Banknoten, Der revidierte Tatbestand gemäss Art. 327 StGB, SJZ 92 (1996) 57, D. Sahin, «Systemnoten» – eine andere Form der Kleinkriminalität, fp 2015, 164, H. Schultz, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973, ZBJV 110 (1974) 394 (zit. Schultz, Rechtsprechung 1973), D. Stoll, Le bitcoin et les aspects pénaux des monnaies virtuelles, fp 2015, 99, W. Wohlers, Konkurrenzprobleme bei Geldfälschungsdelikten, zugleich Besprechung von BGE 133 IV 256 sowie BGer v. 5.10.2007, 6B_392/2007, fp 2008, 121.

§ 26 Einleitung und allgemeine Bestimmungen (Art. 249 und 250)

1. Regelungsmaterie, geschütztes Rechtsgut und Entwicklung der Gesetzgebung

Die den Tatbeständen von Art. 240 ff. zugrunde liegenden Normen verbieten es, Geld zu fälschen (Art. 240), zu verfälschen (Art. 241) oder ohne Fälschungsabsicht nachzumachen, sodass die Gefahr einer Verwechslung entsteht (Art. 243). Mit Strafe bedroht wird aber auch, wer die betreffenden Falsifikate als echt oder unverfälscht in Umlauf setzt (Art. 242 Abs. 1, Art. 243 Abs. 1 al. 4) oder sie nur schon zu diesem Zweck einführt, erwirbt oder lagert (Art. 243 Abs. 1 al. 4, Art. 244). Der Vollständigkeit halber ist auf Art. 328 hinzuweisen, wonach das Nachmachen von Postwertzeichen des In- und Auslandes ohne Fälschungsabsicht unter Strafe gestellt ist.

Nach der heute vorherrschenden Lehre schützen die Geldfälschungsdelikte das Interesse der Öffentlichkeit bzw. das allgemeine Interesse an der Sicherheit des Geldverkehrs⁵⁸¹. Sie stellen zumeist abstrakte Gefährdungsdelikte dar⁵⁸².

2. Zahlungsmittel

Unter «Geld» versteht das Gesetz in den genannten Bestimmungen im einzelnen Metall-, Papiergeld⁵⁸³ und Banknoten des In- und des Auslandes (Art. 250), denn auch Geld anderer Staaten wird in der Schweiz zur Zahlung entgegengenommen und eingewechselt. Nach der h.L. und Rechtsprechung fällt jedes von einem völkerrechtlich anerkannten Staat oder von einer durch diesen ermächtigten Stelle als Wertträger beglaubigtes Zahlungsmittel unter den strafrechtlichen Geldbegriff, solange es einen gesetzlichen Kurs hat⁵⁸⁴. Eine rein virtuelle und private Währung, wie bspw. «Bitcoins», fällt damit nicht unter die Art. 240 ff.⁵⁸⁵. Ein früheres Zahlungsmittel, welches ausser Kurs gesetzt worden ist, stellt ebenso kein Geld im erwähnten Sinne dar, während der blosserückruf wegen der Verpflichtung der Banken, das zurückgerufene Geld weiterhin anzunehmen, an der Geldeigenschaft nichts ändert⁵⁸⁶. Da ausschliesslich Metall- und Papiergeld sowie Banknoten unter dem strafrechtlichen Schutz der Art. 240 ff. stehen, fallen Buch- und Girogeld sowie andere Zahlungsmittel wie z.B. Wechsel, Check oder Kreditkarten aus dem Anwendungsbereich der Geldfälschungsdelikte. Werden Geldzeichen gefälscht, welche nicht den strafrechtlichen Schutz der Art. 240 ff. geniessen, kommt allenfalls der Tatbestand der Warenfälschung (Art. 155) zur Anwendung.

In der Schweiz besitzt der Bund allein das Monopol zur Ausgabe von Münzen, Banknoten und anderen gleichartigen Geldzeichen⁵⁸⁷. Das Recht zur Ausgabe

581 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 8 vor Art. 240, *Niggli*, N 60 vor Art. 240 ff., *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 1, *Trechsel/Vest*, N 1 zu Art. 240, vgl. dazu *Botschaft 1999 II*, 7282 f.

582 Hierzu Strafrecht I, § 8 Ziff. 2.33.

583 Papiergeld kann in wirtschaftlich gestörten Zeiten an die Stelle des Hart- bzw. Metallgeldes treten.

584 BGE 78 I 225, 82 IV 201, *Corboz*, Vol. II, N 2 f. zu Art. 240, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 3 vor Art. 240, *Niggli*, N 42 vor Art. 240 ff., *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 4.

585 *Gless/Kugler/Stagno*, 88 f., ebenso *Stoll*, 105.

586 BGE 76 IV 164 f.

587 BV Art. 99 Abs. 1.

von Banknoten und die Münzversorgung hat der Bund der Schweizerischen Nationalbank übertragen⁵⁸⁸.

3. Einziehung (Art. 249)

Falsifikate i.S. von Art. 240 ff., falsche oder verfälschte Masse, Gewichte, Waagen und andere Messgeräte sowie Fälschungsgeräte unterliegen nach der Bestimmung von Art. 249 (*Einziehung/Confiscation/Confisca/Confiscation*) stets der Einziehung. Die Einziehung gemäss Art. 249 ist *zwingend* anzuordnen⁵⁸⁹. Die betreffenden Gegenstände sind stets unbrauchbar zu machen oder zu vernichten.

4. Anwendung auf Geld- und Wertzeichen des Auslandes (Art. 250)

Nach Art. 250 (*Geld und Wertzeichen des Auslandes/Monnaies et timbres de valeur étrangers/Monete e bolli di valore esteri/Foreign currency and stamps*) bezieht sich der Anwendungsbereich der Fälschungsdelikte des 10. Titels nicht nur auf inländische Geld- und Wertzeichen, sondern auch auf ausländisches Metall- und Papiergeld, auf ausländische Banknoten sowie auf Wertzeichen des Auslandes. Nicht erfasst werden demzufolge ausländische amtliche Zeichen, Masse, Gewichte, Waagen und weitere Messinstrumente.

5. Verfolgung

Die strafrechtliche Verfolgung der Fälschungsdelikte betreffend Metallgeld, Papiergeld und Banknoten, amtliche Wertzeichen und sonstige Zeichen des Bundes sowie Mass und Gewicht untersteht gemäss StPO Art. 23 Abs. 1 lit. e der Bundesgerichtsbarkeit. Davon ausgenommen sind jedoch Fälschungsdelikte mit Bezug auf ausländische Zahlungsmittel.

⁵⁸⁸ Vgl. BG über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG) vom 3. Oktober 2003 (SR 951.11), BG über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG) vom 22. Dezember 1999 (SR 941.10), Münzverordnung (MünzV) vom 12. April 2000 (SR 941.101).

⁵⁸⁹ BGE 123 IV 57.

1. Abschnitt: Gelddelikte

§ 27 Geldfälschung (Art. 240)

1. Objektiver Tatbestand

Den schwerwiegendsten Tatbestand des 10. Titels, auch als «Falschmünzerei»⁵⁹⁰ bezeichnet, begeht objektiv, wer Geld im vorher erwähnten Sinne *fälscht, um es als echt in Umlauf zu bringen (Geldfälschung/Fabrication de fausse monnaie/Contraffazione di monete/Counterfeiting money)*. Das bedeutet, dass der Täter unbefugterweise Metallgeld, Papiergeld oder Banknoten herstellt, und zwar in einer Art, welche den Produkten den Anschein der Echtheit verleiht. Im Vordergrund steht das «Nachmachen» von Geld, d.h. die Imitation offizieller Zahlungsmittel. Mindestens theoretisch kommt aber auch die Herstellung von sog. «Fantasiegeld» in Betracht, falls dieses für einen Durchschnittsbetrachter als echt erscheint⁵⁹¹, so z.B. wenn jemand selber in dieser Form gar nicht existierende Banknoten eines weit entfernten Kleinstaates entwerfen und produzieren sollte⁵⁹². Ein Fälschungshandlung kann aber auch darin liegen, dass unfertige Originalnoten ausserhalb des zulässigen Herstellungsprozesses weiterverarbeitet werden⁵⁹³.

Da im alltäglichen Geschäftsverkehr keine allgemeine Pflicht zur Prüfung der Echtheit von Geld besteht⁵⁹⁴, ist nicht auf die Qualität bzw. Überzeugungskraft der Fälschungen, sondern auf die Entstehung einer Verwechslungsgefahr mit echtem Geld abzustellen. Entsprechend der Natur von Art. 240 als abstraktes Gefährdungsdelikt muss es ausreichen, wenn das gefälschte Geld geeignet ist, auch nur bei bloss flüchtiger Betrachtung als echt zu erscheinen⁵⁹⁵. Wenn die Fälschungen jedoch selbst vom Durchschnittsbetrachter leicht erkennbar sind, kann nicht von einer Verwechslungsgefahr gesprochen werden⁵⁹⁶. Unter

590 So verwendet auch im Internationalen Abkommen zur Bekämpfung der Falschmünzerei vom 20. April 1929, SR 0.311.51.

591 Dies dürfte bei dem von *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 5, erwähnten silbernen Zehnfrankenstück ausgeschlossen sein.

592 *Corboz*, Vol. II, N 2 f. zu Art. 240.

593 Konkret wurden die Noten zugeschnitten und Fantasieseriennummern aufgedruckt, TPF 2015 51.

594 *Kim*, 72, *Niggli*, N 16 zu Art. 240.

595 Vgl. hierzu BGE 123 IV 58 f., *Corboz*, Vol. II, N 9 zu Art. 240.

596 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 11 zu Art. 240, *Niggli*, N 18 zu Art. 240.

diesem Gesichtspunkt ist bei Fälschungen ausländischen Geldes auch der Bekanntheitsgrad der nachgemachten Währung zu berücksichtigen⁵⁹⁷.

Dienen die Falsifikate nicht der Täuschung von Menschen, sondern lediglich der Überlistung einer Maschine (z.B. Metallplättchen zum Gebrauch an Münz- oder Spielautomaten), so ist der objektive Tatbestand nicht gegeben, weil nicht ein Mensch, sondern lediglich eine Maschine «getäuscht» werden soll⁵⁹⁸.

2. Subjektiver Tatbestand

Art. 240 Abs. 1 verlangt Vorsatz bezüglich der eben genannten objektiven Tatbestandsmerkmale. Insbesondere muss der Täter um den gesetzlichen Kurs des von ihm imitierten Geldes wissen⁵⁹⁹.

Weiter wird vorausgesetzt, dass er dieses fälscht, um es «*als echt in Umlauf zu bringen*». Damit umschreibt das Gesetz eine Absicht im technischen Sinne⁶⁰⁰. Diese bezieht sich ausschliesslich auf die Zweckbestimmung des Falschgeldes, setzt also nicht voraus, dass der Fälscher selbst das Falsifikat als echt in Umlauf bringen will⁶⁰¹. Es genügt also bereits, wenn der Fälscher weiss, dass das von ihm hergestellte Falschgeld von anderen Personen – insbesondere kommen Käufer seiner Falsifikate infrage – als echt in Umlauf gesetzt wird, oder er dies auch nur im Sinne einer Eventualabsicht in Kauf nimmt⁶⁰². Die umschriebene Absicht muss im Zeitpunkt der Tathandlung des Fälschens vorhanden sein⁶⁰³.

Geld setzt in Umlauf, wer dieses als Zahlungsmittel oder zu andern Zwecken entgeltlich oder unentgeltlich anderen Personen abgibt⁶⁰⁴.

3. Weitere Fragen

3.1 Versuch und Vollendung

Die Tat ist mit der Herstellung auch nur einer einzigen falschen Münze oder Banknote vollendet. Vor der Fertigstellung liegt stets ein Versuch vor, sofern

597 Kim, 73, Niggli, N 24 zu Art. 240.

598 Niggli, N 30 zu Art. 240, Stratenwerth/Bommer, BT II, § 33 N 5.

599 BGE 82 IV 202.

600 Vgl. hierzu Strafrecht I, § 9 Ziff. 3.

601 BGE 119 IV 157 f., Niggli, N 37 zu Art. 240, Stratenwerth/Bommer, BT II, § 33 N 8.

602 BGE 119 IV 157 f. = Pr 83 (1994) Nr. 146, Corboz, Vol. II, N 12 zu Art. 240.

603 Lentjes Meili/Keller, BSK StGB II, N 17 zu Art. 240, Niggli, N 38 zu Art. 240.

604 BGE 80 IV 265.

bereits mit der Fälschungshandlung begonnen worden und der erforderliche subjektive Tatbestand gegeben ist. Wird nicht mit der Ausführung der Tat handlung begonnen, kann Strafbarkeit gemäss Art. 247 für die Vorbereitungs handlungen der Anfertigung oder Beschaffung von Gerätschaften zur Herstel lung von Falschgeld gegeben sein⁶⁰⁵. Stellt jemand Falsifikate her, welche ohne Weiteres als solche erkennbar sind und nicht den Anschein von Echtheit erwe cken, liegt ebenfalls ein blosser (allenfalls untauglicher) Versuch vor.

3.2 Der «besonders leichte Fall» gemäss Abs. 2

Der Grundtatbestand in Abs. 1 enthält eine Strafdrohung von einem Jahr bis maximal 20 Jahren Freiheitsstrafe⁶⁰⁶. Abs. 2 sieht demgegenüber eine mildere Strafe für «besonders leichte Fälle» vor. Dabei ist insbesondere an Fälle zu denken, bei welchen nur auf wenige Exemplare beschränkte Fälschungen mit geringem Nominalwert hergestellt werden. Mit der Verneinung eines beson ders leichten Falls bei der Herstellung einer Serie von vier schwer erkennba ren Falsifikaten einer Tausendernote hat das Bundesstrafgericht die Schwelle – in Anbetracht der massiven Strafdrohung – sehr tief angesetzt⁶⁰⁷. Denkbar ist die Annahme eines leichten Falles auch, wenn die Fälschung als ungeschickt zu erachten ist, trotzdem aber Verwechslungsgefahr besteht, weil sich die Fäl schung angesichts der Umstände nicht als plump erweist⁶⁰⁸.

3.3 Anwendungsbereich von Art. 240

Nach Abs. 3 ist der Täter überdies strafbar, wenn er die Tat im Ausland began gen sowie wenn er die Schweiz betreten hat⁶⁰⁹ und nicht ausgeliefert wird, immer unter der Voraussetzung, dass die Tat auch am Begehungsort strafbar ist. Mit dieser Norm ist die Schweiz ihrer durch das Internationale Abkommen vom 20. April 1929 zur Bekämpfung der Falschmünzerei⁶¹⁰, Art. 9 Abs. 1 und

605 Dazu hinten § 35.

606 Vgl. Art. 40.

607 TPF 2015 53 f.

608 BGE 119 IV 159, 133 IV 256 Erw. 3.2, BGer vom 5.10.2007, 6B_392/2007, Erw. 2.2, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 9, *Trechsel/Vest*, N 8 zu Art. 240, s. auch *Niggli*, N 49 ff. zu Art. 240, welcher die Privilegierung nach Abs. 2 bei einer besonders plum pen Fälschung mangels Verwechslungsgefahr ablehnt und sich für die Annahme eines Fälschungsversuchs nach Abs. 1 ausspricht.

609 Vgl. dazu BGE 116 IV 252 f.

610 SR 0.311.51.

2, auferlegten Verpflichtung zur Strafverfolgung nachgekommen. Ob darin eine Verwirklichung des Weltrechtsprinzips (Universalitätsprinzip)⁶¹¹ oder ein Anwendungsfall stellvertretender Strafrechtspflege⁶¹² gesehen wird, hängt von der Definition dieser Prinzipien ab⁶¹³.

3.4 Konkurrenzen

Bringt der Täter die Fälschung in Umlauf, so handelt es sich bei Art. 242 Abs. 1 um eine mitbestrafte Nachtat⁶¹⁴. Handelt der Täter ohne Fälschungsabsicht, kann der subsidiäre Tatbestand von Art. 243⁶¹⁵ zur Anwendung gelangen. BG über die Währung und die Zahlungsmittel vom 22. Dezember 1999 (WZG)⁶¹⁶ Art. 11 Abs. 1, ist im Verhältnis zu Art. 240 ebenfalls subsidiär⁶¹⁷.

§ 28 Geldverfälschung (Art. 241)

1. Objektiver Tatbestand

Der Täter erfüllt ihn dadurch, dass er echtes, gültiges Geld *verfälscht* (*Geldverfälschung/Falsification de la monnaie/Alterazione di monete/Falsification of money*), d.h. dieses Änderungen unterzieht. Im Hinblick auf den im Gesetz verwendeten Finalsatz muss dies in der Weise geschehen, dass der Täter der Münze oder Banknote den *Anschein eines höheren Nennwertes* verleiht, wenn auch bloss bei flüchtiger Betrachtung durch ihren Empfänger. Im Hinblick auf den erforderlichen Anschein eines höheren Wertes ist auch hier die Verwechslungsfahr massgebend⁶¹⁸. Es kommt indessen selten vor, dass jemand den aufgeprägten oder aufgedruckten Nennwert durch Beifügen weiterer Zahlen verändert und so z.B. aus einer Zehndollarnote eine Hundertdollarnote macht. Wird nicht mehr gültiges Geld so verändert, dass es den Anschein eines gültigen Zahlungsmittels erhält, ist dies nicht als Geldverfälschung nach Art. 241,

611 *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 10, *Trechsel/Vest*, N 9 zu Art. 240.

612 *Kim*, 55 ff., *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 25 zu Art. 240, *Niggli*, N 58 ff. zu Art. 240.

613 Vgl. hierzu Strafrecht I, § 5 Ziff. 2.4 und 2.6.

614 Vgl. Strafrecht I, § 38 Ziff. 2.42, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 23. Anders hingegen BGE 119 IV 154, 133 IV 260 f., *Corboz*, Vol. II, N 18 zu Art. 240 und N 7 zu Art. 242.

615 Vgl. hierzu § 30.

616 SR 941.10.

617 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 27 zu Art. 240.

618 Vgl. vorn § 27 Ziff. 1.

sondern als eigentliche Fälschungshandlung i.S. von Art. 240 zu qualifizieren⁶¹⁹. Ein Spezialfall bildet die «Systemnote», zu deren Herstellung einzelne Teile verschiedener echter Noten zusammengeklebt werden. Es ist ungeklärt, ob es sich dabei um eine Fälschungs- oder Verfälschungshandlung handeln soll⁶²⁰. Die praktische Relevanz dieser Frage ist allerdings gering.

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht kann auf das in § 25 Ziff. 2 Ausgeführte verwiesen werden mit der Modifikation, dass der Täter bei Art. 241 die Absicht hat, das Falsifikat als Zahlungsmittel *mit einem höheren als seinem tatsächlichen Nennwert* in Umlauf zu bringen. Auch hier bezieht sich die Absicht allein auf die Zweckbestimmung des verfälschten Geldes. Nicht vorausgesetzt ist somit, dass der Täter das Falsifikat selbst als echt in Umlauf bringen will.

3. Strafmilderungsgrund, Abgrenzungen

Da Art. 241 Abs. 2 den gleichen Strafmilderungsgrund wie Art. 240 Abs. 2 vorsieht, kann in Bezug auf den privilegierten Tatbestand auf jene Ausführungen verwiesen werden⁶²¹.

Wird mit der Ausführung der Tathandlung nicht begonnen, kommt allenfalls eine Bestrafung wegen Vorbereitungshandlungen i.S. von Art. 247⁶²² infrage. Fehlt es an der Fälschungsabsicht, kann Art. 243⁶²³ anwendbar sein.

§ 29 In Umlaufsetzen falschen Geldes (Art. 242)

1. Abs. 1

1.1 Objektiver Tatbestand

Tatbestandsmässig verhält sich, wer *falsches oder verfälschtes Geld⁶²⁴ als echt oder unverfälscht in Umlauf setzt* (*In Umlaufsetzen falschen Geldes/Mise en cir-*

619 Niggli, N 13 zu Art. 241, Stratenwerth/Bommer, BT II, § 33 N 5.

620 Vgl. Sahin, 164 ff.

621 § 27 Ziff. 3.2.

622 Vgl. dazu hinten § 35.

623 Vgl. dazu § 30.

624 Vgl. hierzu §§ 27 Ziff. 1 und 28 Ziff. 1.

culatation de fausse monnaie/Messa in circolazione di monete false/Distributing counterfeit money). Das bedeutet, dass der Täter das Falschgeld als Zahlungsmittel oder zu anderen Zwecken entgeltlich oder unentgeltlich an andere Personen weitergibt, ohne dass diese über die Fälschung orientiert sind oder werden⁶²⁵. Unter «In Umlaufsetzen» ist jedes Handeln zu verstehen, mit welchem der Gewahrsam oder eine eigene Verfügungsgewalt zugunsten einer ausserhalb des involvierten Täterkreises stehenden Person aufgegeben wird⁶²⁶. Das kann auch der Fall sein, wenn das Geld in einen Automaten geworfen wird, welcher von einem Dritten geleert wird. Der Tatbestand wird nach Praxis und herrschender Lehre allerdings nur erfüllt, wenn der Empfänger gutgläubig, d.h. nicht eingeweiht, ist⁶²⁷.

Die Tat ist mit der Übergabe auch nur eines Falsifikates an einen nicht eingeweihten Dritten vollendet.

1.2 Subjektiver Tatbestand

Strafbar macht sich nur, wer das Falschgeld *vorsätzlich* als echt oder unverfälscht in Umlauf setzt, wobei auch Eventualvorsatz genügt. Insbesondere muss das im Bewusstsein geschehen, dass die betreffenden Banknoten oder Münzen gefälscht sind oder mindestens diese Möglichkeit besteht. Zudem muss der Täter zumindest billigend in Kauf nehmen, dass der Abnehmer das Falschgeld möglicherweise als echtes Geld verwenden wird. Strafflos bleibt daher, wer die Falsifikate selber gutgläubig entgegengenommen hat und das Geld in der Folge weitergibt, ohne der Fälschung bzw. Verfälschung gewahr zu werden.

2. Abs. 2

Art. 242 Abs. 2 sieht dieselbe Sanktion vor wie Abs. 1 und erfasst diejenige Person, welche das Falschgeld gutgläubig entgegengenommen hat, daraufhin die Fälschung entdeckt und den ihr zugefügten Schaden in der Folge an einen nächsten Empfänger des Falschgeldes abzuwälzen versucht.

625 Vgl. BGE 119 IV 162.

626 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 9 zu Art. 242, *Niggli*, N 15 ff. zu Art. 242 m.w.H., *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 18, *Trechsel/Vest*, N 2 zu Art. 242.

627 Vorbehalten bleibt die Konstellation der Mittäterschaft sowie die Weitergabe an einen Beteiligten, BGE 123 IV 13, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 15 zu Art. 242, *Niggli*, N 23 zu Art. 242, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 19, a.M. *Trechsel/Vest*, N 2 f. zu Art. 242.

3. Weitere Fragen

3.1 Versuch und Teilnahme

Wer Falsifikate einem Eingeweihten bzw. einer bösgläubigen Person überlässt, kann nicht wegen Versuchs bestraft werden⁶²⁸. Von einem strafbaren Versuch ist hingegen auszugehen, wenn der Täter das Geld schon aus der Hand gegeben hat oder zur Zahlung bereithält, der Empfänger aber noch vor Annahme der Münzen oder Scheine die Fälschung bemerkt. Versuch liegt auch vor, wenn ein gefälschtes Geldstück vom Automaten nicht akzeptiert und ausgeworfen wird.

Wird einem Eingeweihten bzw. einer bösgläubigen Person falsches Geld überlassen, so beurteilt sich dessen Beteiligung am in Umlaufsetzen nach den Regeln über die Täterschaft, Anstiftung und Helferschaft⁶²⁹.

3.2 Konkurrenzen

Wird das Falschgeld vom Fälscher oder Verfälscher *selber* in Umlauf gesetzt, so ist er u.E. ausschliesslich nach den mit höherer Strafdrohung versehenen Art. 240 oder 241 zu bestrafen. Art. 242 bildet beim Vertrieb eigener Falsifikate eine mitbestrafte Nachtat⁶³⁰, weil diese Bestimmung nur in ergänzender Weise die Bestrafung von selber an der Fälschung nicht beteiligten Mittelsmännern ermöglichen will⁶³¹. Demgegenüber lehnt das Bundesgericht die Lehre der mitbestraften Nachtat ab und hebt mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers die eigenständige Strafwürdigkeit von Herstellungs- und Absatzhandlungen hervor⁶³².

Zum Verhältnis von Art. 242 zum *Betrug nach Art. 146* hält das Bundesgericht in BGE 133 IV 262 f. in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung⁶³³ fest, dass die beiden Bestimmungen unterschiedliche Rechtsgüter schützen und deshalb in echter Konkurrenz zueinander stehen. Dem ist zuzustimmen. Wird

628 BGE 123 IV 15, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 19 zu Art. 242, *Niggli*, N 28 zu Art. 242, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 19, a.M. *Trechsel/Vest*, N 3 zu Art. 242.

629 BGE 123 IV 13 ff.

630 Vgl. hierzu Strafrecht I, § 38 Ziff. 2.42.

631 Im Ergebnis ebenso *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 33 zu Art. 242, *Niggli*, N 49 ff. zu Art. 242, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 23, *Trechsel/Vest*, N 5 zu Art. 242, mit Einschränkungen BGE 119 IV 161, vgl. auch BGE 121 IV 201.

632 133 IV 260 f., so auch *Corboz*, Vol. II, N 7 zu Art. 242, *Weder*, StGB-Kommentar, N 2 zu Art. 242, vgl. auch *Wohlers*, 122 f. (echte Konkurrenz nur bei vollendetem Delikt).

633 BGE 99 IV 11.

zur Begehung eines Betruges Falschgeld i.S. von Art. 242 Abs. 1 eingesetzt, hat somit eine zusätzliche Bestrafung wegen in Umlaufsetzens falschen Geldes zu erfolgen, ansonsten die abstrakte Gefährdung der Sicherheit des Geldverkehrs unbestraft bliebe⁶³⁴. Wird mit dem Absetzen des Falschgeldes durch den Getäuschten nicht nur der Tatbestand von Art. 242 Abs. 2, sondern zugleich auch der Tatbestand des Betruges erfüllt, ist unklar, ob von echter Konkurrenz auszugehen ist. Die Regelung von Art. 242 Abs. 2 ist nur damit zu erklären, dass der Gesetzgeber den entsprechenden Verhaltensweisen – jedenfalls ursprünglich – weniger Unwert beimass als denjenigen von Abs. 1. Das müsste dazu führen, dass ausschliesslich Art. 242 Abs. 2 als abschliessende Sonderregelung zur Anwendung gelangt⁶³⁵. Andererseits ist bei der Hingabe von Falsifikaten in aller Regel von arglistigen Vorkehren auszugehen, da man im Geschäftsverkehr auf die Echtheit der staatlich emittierten Zahlungsmittel vertrauen können muss. Wer (zunächst nicht als solches erkanntes) Falschgeld in Umlauf bringt, begeht somit in aller Regel auch einen Betrug⁶³⁶.

§ 30 Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht (Art. 243)

1. Schutzobjekte

Art. 243 (*Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht/Imitation de billets de banque, de pièces de monnaies ou de timbres officiels de valeur sans dessein de faux/Imitazione di biglietti di banca, monete o valori di bollo ufficiali senza fine di falsificazione/Reproducing bank notes, coins or official stamps without intent to commit forgery*) schützt nicht nur Banknoten mit amtlichem Kurs und amtliche Wertzeichen des In- und Auslandes⁶³⁷, sondern stellt im Gegensatz zu alt Art. 327 auch die Herstellung von Gegenständen unter Strafe, welche in Kurs stehenden Münzen ähnlich sind.

634 Kim, 90, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 36 zu Art. 242, *Niggli*, N 61 zu Art. 242, *Schultz*, Rechtsprechung 1973, 394, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 24, *Trechsel/Vest*, N 5 zu Art. 242, *Corboz*, Vol. II, N 8 zu Art. 242, nunmehr auch BGE 133 IV 262 f.

635 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 37 zu Art. 242, *Niggli*, N 62 zu Art. 242, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 29, a.M. *Corboz*, Vol. II, N 8 zu Art. 242, unklar BGE 133 IV 263.

636 BGE 133 IV 262 f., vgl. zum Ganzen *Wohlers*, 122.

637 Vgl. Art. 250.

Vor der Revision der Geldfälschungsdelikte war die Nachahmung von Münzen ohne Fälschungsabsicht indirekt durch das am 1. Mai 2000 aufgehobene BG über das Münzwesen vom 18. Dezember 1970 unter Strafe gestellt.

2. Vorsatzdelikt (Abs. 1)

2.1 Objektiver Tatbestand

2.11 *Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen (al. 1–3)*

Strafbar macht sich nach Abs. 1 al. 1–3 zunächst, wer eines der genannten Schutzobjekte wiedergibt, d.h. originalgetreu reproduziert, oder nachahmt und dadurch in einer dem Vorbild ähnelnden Weise darstellt. Eine tatsächliche Übereinstimmung des hergestellten Falsifikats mit dem Original wird nicht vorausgesetzt, sondern es muss lediglich *die Gefahr* einer Verwechslung mit echten Noten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen geschaffen werden (was auch durch Machenschaften eines Dritten geschehen kann). Für die Frage, ob eine Verwechslungsgefahr besteht, stehen bei den Banknoten einerseits die Grössenverhältnisse zwischen Original und Imitation und andererseits die Beschaffenheit des Materials im Vordergrund. Für die Münzen sind Gepräge, Gewicht und Grösse von primärer Bedeutung.

Aufgrund der stetig wachsenden Bedeutung von Geldautomaten im Zahlungsverkehr ist die Imitation neu auch dann strafbar, wenn bei Personen oder bei *Geräten* die Gefahr einer Verwechslung mit echten Geld- oder Wertzeichen geschaffen wird⁶³⁸.

2.12 *Einführen, Anbieten oder in Umlaufsetzen solcher Gegenstände (al. 4)*

Gemäss Abs. 1 al. 4 macht sich strafbar, wer «solche Gegenstände», d.h. mit echten Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen verwechselbare Falsifikate, einführt, anbietet oder in Umlauf setzt. Nicht von al. 4 erfasst und als solches straflos sind indessen der blosser Besitz, Erwerb und das Lagern der betreffenden Gegenstände⁶³⁹, sofern keine Veräusserungsabsicht i.S. von Art. 244 gegeben ist.

638 *Botschaft 1999 II*, 7283.

639 Vgl. *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 24 zu Art. 243, *Niggli*, N 29 zu Art. 327.

2.2 Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss einerseits *vorsätzlich* handeln und die durch die Herstellung der Falsifikate hervorgerufene Verwechslungsgefahr zumindest in Kauf nehmen.

Andererseits wird vorausgesetzt, dass er «*ohne Fälschungsabsicht*» handelt. Richtigerweise ist damit gemeint, dass die Imitationen nach dem Willen des Täters nicht als echtes Geld oder echte Wertzeichen in Umlauf gesetzt, also nicht zur Täuschung im Verkehr verwendet werden sollen.

3. Fahrlässigkeitsdelikt (Abs. 2)

Die unter Ziff. 2.1 genannten Verhaltensweisen sind auch bei fahrlässiger Tatbegehung strafbar⁶⁴⁰. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter die von ihm geschaffene Möglichkeit einer Verwechslungsgefahr⁶⁴¹ aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit verkennt oder diese beim Einführen, Anbieten oder in Umlaufsetzen der Tatobjekte sorgfaltswidrig ausser Acht lässt. Die Beurteilung der Fahrlässigkeit erfolgt nach dem allgemeinen Massstab von Art. 12 Abs. 3⁶⁴².

4. Konkurrenzen und Abgrenzung

Art. 243 findet im Verhältnis zu den Art. 240 ff. als subsidiärer Tatbestand Anwendung, wenn in subjektiver Hinsicht kein Vorhaben der Täuschung im Verkehr besteht⁶⁴³ oder dieses dem Täter nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden kann.

Werden die Falsifikate von demjenigen eingeführt, angeboten oder in Umlauf gebracht, der sie ohne Fälschungsabsicht hergestellt hat, so gehen die inkriminierten Handlungen nach Abs. 1 al. 4 als mitbestrafte Nachtaten⁶⁴⁴ in Abs. 1 al. 1–3 auf⁶⁴⁵. Setzt der Täter, welcher bei der Herstellung der Falsifikate noch ohne Fälschungsabsicht handelte, das Falschgeld anschliessend vorsätzlich als

640 Kritisch dazu *Niggli*, N 35 zu Art. 327.

641 Vgl. hierzu § 27 Ziff. 1.

642 Vgl. Strafrecht I, § 32 Ziff. 1.2.

643 *Corboz*, Vol. II, N 15 zu Art. 243, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 29 zu Art. 243.

644 Vgl. Strafrecht I, § 38 Ziff. 2.42.

645 Siehe auch vorn § 29 Ziff. 3.2.

echt oder unverfälscht in Umlauf, so ist er ausschliesslich nach Art. 242⁶⁴⁶ zu bestrafen⁶⁴⁷.

§ 31 Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes (Art. 244)

In Art. 244 (*Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes/Importation, acquisition et prise en dépôt de fausse monnaie/Importazione, acquisto e deposito di monete false/Importing, acquiring and storing counterfeit money*) erklärt der Gesetzgeber Verhaltensweisen für strafbar, die sich als eigentliche *Vorbereitungshandlungen* zum Tatbestand von Art. 242 (in Umlaufsetzen falschen Geldes) charakterisieren lassen. Sie schliessen ihrerseits an ein bereits strafbares Verhalten an, wie Geldfälschung oder Geldverfälschung.

1. Grundtatbestand (Abs. 1)

1.1 Objektive Elemente

Als Tatobjekt kommt falsches oder verfälschtes Geld des In- und des Auslandes im bereits erwähnten Sinne infrage, sei es in Form von Metallgeld, Papiergeld oder Banknoten.

Strafbar ist, wer solche Gegenstände *einführt, erwirbt oder lagert*. Unter «Einführen» versteht man das Verbringen dieser Gegenstände in die Schweiz⁶⁴⁸, unter «Lagern» das Vorrätighalten in einem seiner Verfügungsgewalt unterstehenden Raum⁶⁴⁹ (verbunden jeweils mit der Absicht, das Falschgeld bei Gelegenheit als echt oder unverfälscht in Verkehr zu bringen). Wenn das Gesetz das «Erwerben» neben den beiden anderen Verhaltensweisen besonders erwähnt, kann damit nicht die blossе Begründung von Gewahrsam gemeint sein. Vorauszusetzen ist vielmehr, dass der Täter das Geld rechtlich oder wirtschaftlich seinem Vermögen einverleibt, z.B. als Zwischenhändler, Pfandgläubiger oder Gesellschafter⁶⁵⁰, wobei der Erwerb auch durch Diebstahl, Veruntreuung

646 Vgl. hierzu § 29.

647 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 29 zu Art. 243.

648 *Corboz*, Vol. II, N 4 zu Art. 244.

649 BGE 103 IV 249 f., 119 IV 266 ff.

650 BGE 80 IV 255, zustimmend *Corboz*, Vol. II, N 5 zu Art. 244, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 38, *Trechsel/Vest*, N 3 zu Art. 244.

oder Fund begründet werden kann⁶⁵¹. Wer dagegen Falschgeld bloss treuhänderisch entgegennimmt, um es einem Dritten weiterzugeben, kann nur wegen Beihilfe zu einem von diesem oder vom Auftraggeber begangenen Delikt nach Art. 240 ff. bestraft werden⁶⁵². Richtigerweise verlangt das Bundesgericht namentlich im Zusammenhang mit diesem Tatbestandsmerkmal seit Langem eine Neuregelung⁶⁵³.

Bei allen drei Tatvarianten handelt es sich um Tätigkeitsdelikte, bei der Variante des Lagerens überdies um ein Dauerdelikt. Demnach kann der Tatbestand in der Variante des Lagerens auch dadurch erfüllt werden, dass man das Falschgeld eines andern übernimmt und weiterhin «am Lager hält».

Mit Recht wurde daher in BGE 103 IV 249 auch derjenige für strafbar erklärt, der beim Bezug von Räumen darin von seinem Vorgänger zurückgelassenes Falschgeld vorfand und dieses dort beliess, um es bei Gelegenheit als echt in Umlauf zu bringen.

1.2 Subjektive Elemente

Der Täter muss nicht nur *vorsätzlich* handeln, sondern das Falschgeld ausserdem einführen, erwerben oder lagern, *um es «als echt oder unverfälscht in Umlauf zu bringen»*. Diese Absicht im technischen Sinn⁶⁵⁴ liegt vor, wenn der Täter direkt anstrebt, dass die Falsifikate von ihm oder jemand anderem als echt oder unverfälscht in Verkehr gebracht werden⁶⁵⁵.

2. Qualifizierter Tatbestand (Abs. 2)

Nach Art. 244 Abs. 2 ist derjenige Täter strenger zu bestrafen, welcher Falschgeld «in grosser Menge» einführt, erwirbt oder lagert. Mit diesem unbestimmten Qualifikationsmerkmal wird dem Richter ein weiter Ermessensbereich eingeräumt. Es wird vorgeschlagen, von einer grossen Menge auszugehen, wenn eine ernstliche Störung des Geldmarktes oder die Schädigung vieler Leute zu befürchten ist⁶⁵⁶. Weshalb ausschliesslich Art. 244 in Abs. 2 eine Qualifikation bei grosser Menge vorsieht, während dies bei den restlichen Geldfälschungstat-

651 Kim, 93, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 11 zu Art. 244.

652 Vgl. *Corboz*, Vol. II, N 5 zu Art. 244, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 38.

653 BGE 123 IV 16 f.

654 Vgl. vorn § 27 Ziff. 2 und Strafrecht I, § 9 Ziff. 3.

655 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 16 zu Art. 244, *Niggli*, N 23 zu Art. 244.

656 *Trechsel/Vest*, N 5 zu Art. 244, kritisch *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 26 f. zu Art. 244, *Niggli*, N 36 zu Art. 244.

beständen ausser Acht gelassen wird, ist nicht nachvollziehbar. Ebenso unklar ist, weshalb die Vorbereitungshandlung zum Falschgeldvertrieb mit höherer Strafe bedroht werden soll als das eigentliche in Umlaufsetzen gemäss Art. 242.

In der Praxis wurde das Vorliegen einer grossen Menge bei einem Betrag von Fr. 34 000 verneint⁶⁵⁷, bei Fr. 800 000 hingegen bejaht⁶⁵⁸. Ob das Bundesgericht bei Fr. 800 000 heute noch von einer ernstlichen Störung ausgehen würde, ist zu bezweifeln.

3. Konkurrenzen

Führt oder lagert der Fälscher bzw. Verfälscher selbst seine Produkte ein, so ist er gemäss h.L. ausschliesslich nach Art. 240 oder 241 zu bestrafen⁶⁵⁹, da die von Art. 244 erfassten Tathandlungen bei dieser Konstellation als mitbestrafte Nachtaten gelten. Das Bundesgericht schien seine frühere gegenteilige Auffassung, dass im Verhältnis der Art. 240 ff. und 244 echte Konkurrenz⁶⁶⁰ anzunehmen sei, vorübergehend aufgegeben zu haben, indem es von einer mitbestraften Nachtat ausging⁶⁶¹. Mit einer neuen Entscheidung kehrte es nun zur Annahme echter Konkurrenz zurück⁶⁶².

Setzt der Täter das von ihm eingeführte, erworbene oder gelagerte Geld anschliessend selber in Verkehr, so ist nach wohl herrschender Lehre allein Art. 242 anwendbar, zumal die Bestrafung wegen in Umlaufsetzens falschen Geldes auch vorausgegangene Vorbereitungshandlungen miterfasst⁶⁶³.

Erfüllt das Verhalten des Täters mehrere der von Art. 244 Abs. 1 erfassten Tatbestandsvarianten, so kann mehrfache Tatbegehung vorliegen.

657 RS 1949 Nr. 238.

658 SJZ 61 (1965) 144.

659 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 31 zu Art. 244. Dies ist auch dann der Fall, wenn er die Fälschate nachträglich in Umlauf bringt (vgl. vorn § 29 Ziff. 3.2).

660 BGE 77 IV 15, 80 IV 255, ebenso RS 1993 Nr. 383.

661 BGE 119 IV 154 ff., vgl. auch *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 31 zu Art. 244, *Niggli*, N 40 zu Art. 244, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 41, kritisch *Corboz*, Vol. II, N 11 zu Art. 244.

662 BGer vom 17.10.2011, 6B_56/2011, Erw. 4.3, BGE 133 IV 260 f., *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 32 zu Art. 244

663 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 32 zu Art. 244, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 41, *Trechsel/Vest*, N 6 zu Art. 244, vgl. auch BGE 119 IV 161, a.M. *Corboz*, Vol. II, N 11 zu Art. 244, mit der an sich nachvollziehbaren Begründung, dass Art. 244 Abs. 2 die höhere Strafe androht als Art. 242.

2. Abschnitt: Fälschung von amtlichen Wertzeichen, amtlichen Zeichen, Mass und Gewicht (Art. 245, 246 und 248)

Ähnlich wie bei den Geldfälschungsdelikten geht es in den nachfolgend zu besprechenden Tatbeständen um die abstrakte Gefährdung öffentlicher Interessen vermögensrechtlicher und immaterieller Art. Die den genannten Bestimmungen zugrunde liegenden Normen wollen das in amtliche Zeichen gesetzte Vertrauen schützen. Bei diesen handelt es sich um Zeichen, welche einen gewissen Wert verkörpern (Art. 245), welche die erfolgte Prüfung oder Genehmigung eines Gegenstandes bekunden (Art. 246) oder welche die Richtigkeit von Messvorgängen bezeugen (Art. 248).

Die von den Fälschungshandlungen betroffenen Objekte unterliegen nach der Bestimmung von Art. 249 der Einziehung.

Mit Ausnahme der Fälschung kantonaler und ausländischer Wertzeichen fallen die hier behandelten Straftaten gemäss StPO Art. 23 Abs. 1 lit. e unter die Bundesgerichtsbarkeit.

§ 32 Fälschung amtlicher Wertzeichen (Art. 245)

1. Schutzobjekte

Art. 245 (*Fälschung amtlicher Wertzeichen/Falsification des timbres officiels de valeur/Falsificazione di valori di bollo ufficiali/Forgery of official stamps*) bezieht sich ausschliesslich auf *amtliche Wertzeichen*, gemäss Art. 250 auch auf solche des Auslandes. Amtlich ist ein Wertzeichen, wenn es für den amtlichen Verkehr bestimmt ist⁶⁶⁴. Als Beispiele für solche Objekte nennt das Gesetz Postmarken, Stempel- oder Gebührenmarken. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Entsprechend kommen als amtliche Wertzeichen gleichwertige *Aufdrucke* wie z.B. diejenigen von Frankiermaschinen in Betracht. Entscheidend ist, dass es sich um Zeichen handelt, welche vom Staat, einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt herausgegeben wurden⁶⁶⁵, dass sie für den amtlichen

664 Corboz, Vol. II, N 2 zu Art. 245, Vgl. *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 9 ff. zu Art. 245, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 5.

665 Corboz, Vol. II, N 2 zu Art. 245, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 12 f. zu Art. 245, *Niggli*, N 20 zu Art. 245.

Verkehr bestimmt sind und eines ähnlichen Schutzes bedürfen wie Geld, weil sie in beschränktem Umfang als Zahlungsmittel verwendet werden oder zur Bescheinigung einer Zahlung dienen⁶⁶⁶. Ausserdem dürfen sie nicht ausser Kurs gesetzt sein⁶⁶⁷. Typische Erscheinungsformen für amtliche Wertzeichen sind z.B. Autobahnvignetten⁶⁶⁸, Abfallvignetten oder Gebührenmarken der öffentlichen Verwaltung.

Von Art. 245 nicht erfasst werden u.a. die Herstellung und Verwendung falscher Rationierungsmarken⁶⁶⁹, Essensmarken einer privaten Kantine oder ausser Kraft gesetzte Briefmarken⁶⁷⁰. Die Fälschung derartiger Wertzeichen kann aber als Urkundendelikt (Art. 251 ff.) oder als Warenfälschung (Art. 155) strafbar sein.

2. Fälschung und Verfälschung amtlicher Wertzeichen (Ziff. 1)

2.1 Objektiver Tatbestand

Abs. 1 stellt das *Fälschen*, d.h. das unberechtigte Nachahmen amtlicher Wertzeichen, sowie deren *Verfälschung*, also die unbefugte Abänderung der Wertzeichen⁶⁷¹, unter Strafe. Die von Abs. 1 erfassten Handlungen sind inhaltlich deckungsgleich mit denjenigen von Art. 240 und 241, sodass auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann⁶⁷². Eine Verfälschungshandlung begeht bspw., wer eine Autobahnvignette auf Klarsichtfolie aufklebt und so am Fahrzeug anbringt⁶⁷³. Begründet wurde dies damit, dass die Vignette durch das Aufkleben auf die Folie ihren Wert verlor und anschliessend abgeändert wurde und ihr so der Anschein der Gültigkeit verliehen wurde.⁶⁷⁴

666 BGE 72 IV 31, dazu kritisch Niggli, N 23 zu Art. 245.

667 Corboz, Vol. II, N 4 zu Art. 245, Stratenwerth/Bommer, BT II, § 34 N 5.

668 BGE 141 IV 336.

669 BGE 72 IV 31.

670 BGE 77 IV 175.

671 So z.B. das nachträgliche Einsetzen eines höheren Wertes in den Abdruck einer Frankiermaschine.

672 Vgl. vorn § 27 Ziff. 1 und § 28 Ziff. 1.

673 BGE 141 IV 339.

674 Ob das Bundesgericht auch so entschieden hätte, wenn der Beschwerdeführer die Ränder der Vignette nicht abgeschnitten hätte, ist unklar. Es wäre dann wohl eher Art. 245 Ziff. 1 Abs. 2 StGB einschlägig.

Nach Abs. 2 ist ebenfalls strafbar, wer entwerteten amtlichen Wertzeichen den Anschein von Gültigkeit verleiht⁶⁷⁵.

Die Tat ist mit der Fertigstellung auch nur eines Falsifikates vollendet. Dessen Verwendung braucht also nicht erfolgt, wohl aber in subjektiver Hinsicht beabsichtigt worden zu sein⁶⁷⁶.

2.2 Subjektiver Tatbestand

Die tatbestandsmässige Handlung muss von *Vorsatz* getragen sein und ausserdem erfolgen, *um die Wertzeichen als echt oder unverfälscht* (Abs.1) bzw. *als gültig* (Abs. 2) *zu verwenden*. Damit ist Absicht im technischen Sinne gemeint⁶⁷⁷, die sich nicht auf einen entsprechenden Gebrauch der Falsifikate durch den Täter selber zu beziehen braucht. Es genügt also, wenn dieser die Fälschung im Wissen darum vornimmt, dass ein anderer die davon betroffenen Wertzeichen als echt, unverfälscht oder gültig verwenden wird. In voluntativer Hinsicht reicht es, wenn der Täter dies will oder zumindest in Kauf nimmt⁶⁷⁸.

2.3 Strafbarkeit der Auslandstat

Gemäss Ziff. 1 Abs. 3 ist der Täter auch strafbar, wenn er die Tat im Ausland begangen hat, in der Schweiz angehalten⁶⁷⁹ und nicht ausgeliefert wird, und wenn die Tat auch am Begehungsort strafbar ist. Insofern gilt für die Wertzeichenfälschung je nach Definition⁶⁸⁰ das Weltrechtsprinzip⁶⁸¹ bzw. im Falle der Unmöglichkeit der Auslieferung der Grundsatz der stellvertretenden Strafverfolgung⁶⁸² durch die schweizerischen Behörden.

2.4 Konkurrenzen

Art. 245 stellt – jedenfalls teilweise – einen Spezialfall der Urkundenfälschung nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 dar, da sich diese gemäss Art. 110 Abs. 4 auch auf sog. *Beweiszeichen* bezieht. Als *lex specialis* ginge die Fälschung amtlicher

675 V.a. durch Entfernung von Stempelaufdrucken.

676 Vgl. Ziff. 2.2.

677 Vgl. hierzu Strafrecht I, § 9 Ziff. 3.

678 *Corboz*, Vol. II, N 11 zu Art. 245, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 21 f. zu Art. 245.

679 Vgl. dazu BGE 116 IV 252.

680 Vgl. vorn § 27 Ziff. 3.3.

681 Vgl. hierzu Strafrecht I, § 5 Ziff. 2.4.

682 Vgl. dazu Strafrecht I, § 5 Ziff. 2.6.

Wertzeichen demnach Art. 251 eigentlich vor. Da Art. 245 eine geringere Strafdrohung vorsieht als Art. 251, läuft dies auf eine sachlich nicht zu rechtfertigende Privilegierung der Fälschung eines amtlichen Wertzeichens gegenüber der Urkundenfälschung hinaus⁶⁸³.

Vorbereitungshandlungen im Zusammenhang mit Geräten i.S. von Art. 247 für die Fälschung amtlicher Wertzeichen sind nach diesem Tatbestand zu beurteilen⁶⁸⁴. Das Nachahmen amtlicher Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht wird von Art. 243 Abs. 1 al. 3 erfasst⁶⁸⁵.

Macht der Täter Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht nach, um sie als nachgemacht in Verkehr zu bringen, ohne sie entsprechend zu kennzeichnen, so ist er nach Art. 328 Ziff. 1 zu bestrafen.

Bei ausser Kurs gesetzten, gefälschten Wertzeichen ist Warenfälschung zu prüfen⁶⁸⁶.

3. Verwendung gefälschter amtlicher Wertzeichen (Ziff. 2)

3.1 Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand wird dadurch erfüllt, dass jemand falsche, verfälschte oder entwertete amtliche Wertzeichen *als echt, unverfälscht oder gültig verwendet*. Dies ist dann der Fall, wenn das betreffende Wertzeichen allein oder ein mit ihm versehener Gegenstand einem Dritten übergeben wird, sei es als Zahlungsmittel, oder aber um eine gebührenpflichtige Leistung zu erhalten. Unter dem Begriff «verwenden» ist der bestimmungsgemässe Gebrauch der Zeichen gemeint, weshalb nur die Verwendung im amtlichen Verkehr gemäss den für das jeweilige Wertzeichen geltenden Bestimmungen als Tathandlung infrage kommt⁶⁸⁷. Unerheblich ist, ob der Täter selber die Wertzeichen zuvor gutgläubig erworben hat oder ob er von der Fälschung seinerseits Kenntnis hatte⁶⁸⁸.

683 Vgl. auch Niggli, N 52 zu Art. 245, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 5.

684 Vgl. dazu hinten § 35.

685 Vgl. vorn § 30.

686 Vgl. dazu BGE 77 IV 175, *Corboz*, Vol. II, N 4 zu Art. 245, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 34 zu Art. 245, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 5.

687 Niggli, N 59 f. zu Art. 245, zustimmend *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 13.

688 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 28 zu Art. 245, Niggli, N 57 zu Art. 245.

Vollendet ist die Tat dann, wenn der Täter seinen Gewahrsam am Falsifikat aufgegeben hat und das Wertzeichen dem amtlichen Verkehr zugeführt worden ist.

Beispiele: Aufgeben eines Briefes mit einer schon vorher gebrauchten Marke nach Beseitigung des darauf befindlichen Stempelabdruckes.

3.2 Subjektiver Tatbestand

Strafbar ist nur, wer sich *vorsätzlich* in der eben geschilderten Weise verhält, wobei auch Eventualvorsatz genügt. Insbesondere muss der Täter wissen oder zumindest in Kauf nehmen, dass das von ihm verwendete Wertzeichen falsch oder verfälscht bzw. ungültig ist.

3.3 Konkurrenzfragen

Bei Art. 245 Ziff. 2 handelt es sich um einen subsidiären Tatbestand, welcher die Verwendung gefälschter amtlicher Wertzeichen durch andere Personen als den Fälscher selbst erfassen will. Dementsprechend ist nur nach Ziff. 1 der genannten Bestimmung zu verurteilen und zu bestrafen, wer die von ihm eigenhändig gefälschten Zeichen als echt, unverfälscht oder gültig verwendet⁶⁸⁹.

Werden die Falsifikate durch andere Personen als den Fälscher verwendet, so lässt sich dieses Verhalten – analog zur in BGE 133 IV 262 f. begründeten Praxis – sowohl unter Art. 245 Ziff. 2 als auch unter Betrug (Art. 146) subsumieren (echte Konkurrenz)⁶⁹⁰.

Die bloße Übergabe der Falsifikate an einen beliebigen Dritten als Zahlungsmittel fällt nicht unter Art. 245 Ziff. 2, sondern ist unter dem Gesichtspunkt des Betruges (Art. 146) oder der Urkundenfälschung (Art. 251) zu beurteilen⁶⁹¹.

689 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 35 zu Art. 245, offengelassen bei *Corboz*, Vol. II, N 16 zu Art. 245. Würde man die in BGE 133 IV 260 f. begründete Praxis zum Verhältnis von Art. 243 und Art. 240 f. auf die vorliegende Konstellation übertragen, so müsste demgegenüber von echter Konkurrenz ausgegangen werden.

690 Offengelassen bei *Corboz*, Vol. II, N 17 zu Art. 245.

691 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 37 zu Art. 245, *Niggli*, N 59 ff. zu Art. 245.

§ 33 Fälschung amtlicher Zeichen (Art. 246)

1. Tatobjekte

Schutzobjekt von Art. 246 (*Fälschung amtlicher Zeichen/Falsification des marques officielles/Falsificazione di marche ufficiali/Forgery of official symbols*) sind amtliche Zeichen, die von einer Behörde an einem Gegenstand angebracht werden, um das Ergebnis einer Prüfung festzustellen oder um eine Genehmigung zu dokumentieren.

Ein Zeichen gemäss Art. 246 ist nach BGE 76 IV 32 dadurch charakterisiert, dass es seinen gedanklichen Inhalt erst durch Anbringung an einem Gegenstand erlangt, indem dadurch bekundet wird, dass dieser amtlich geprüft oder genehmigt sei⁶⁹². Als Beispiele erwähnt das Gesetz Stempel der Gold- und Silberkontrolle, Stempel der Fleischschauer und Marken der Zollverwaltung. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

Nicht erfasst werden also amtliche Zeichen, die anderen Zwecken als den genannten dienen, wie etwa der Versiegelung von Gegenständen und Räumen. Ebenso wenig bezieht sich Art. 246 auf Bescheinigungen über das Ergebnis einer Prüfung oder über eine Genehmigung, soweit solche Dokumente zu einer vom betreffenden Gegenstand gesonderten Aufbewahrung bestimmt sind.

Die amtlichen Zeichen des Auslands fallen nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 246, zumal diese in Art. 250⁶⁹³ nicht explizit erwähnt werden⁶⁹⁴.

2. Fälschung und Verfälschung amtlicher Zeichen (Abs. 1)

2.1 Objektiver Tatbestand

Mit Strafe bedroht wird sowohl das Fälschen (Nachmachen) als auch das *Verfälschen*, also die Abänderung eines amtlichen Zeichens der genannten Art. Ersteres kann nicht nur durch Manipulationen am bezeichneten Gegenstand (z.B. durch Aufzeichnen eines Stempels) erfolgen, sondern auch durch Nachmachen des zur Anbringung eines Zeichens verwendeten Gerätes (z.B. Herstellung eines falschen Stempels). Doch wird die Tat auch in diesem zweiten Fall erst damit vollendet, dass der Täter das Zeichen auf der Sache anbringt.

692 Vgl. auch BGE 103 IV 34.

693 Vgl. dazu § 26 Ziff. 4.

694 BGE 103 IV 31.

Nicht nach Art. 246 strafbar macht sich derjenige, welcher ein *echtes* amtliches Zeichen auf einem Gegenstand anbringt, obwohl dieser nicht – wie dadurch verurkundet – geprüft oder genehmigt oder obwohl das Zeichen aus inhaltlichen Gründen zu Unrecht angebracht worden ist⁶⁹⁵. Ein solches Verhalten kann nur durch Art. 251 Ziff. 1 oder Art. 317 (sofern ein Beamter beteiligt ist) als unrichtige Beurkundung mit einem Beweiszeichen⁶⁹⁶ verfolgt werden und untersteht demzufolge einer höheren Strafdrohung⁶⁹⁷.

2.2 Subjektiver Tatbestand

Die Fälschung bzw. Verfälschung der Zeichen muss vorsätzlich geschehen, und zwar *«um sie als echt oder unverfälscht zu verwenden»*. Unter dieser Absicht im technischen Sinne⁶⁹⁸ ist sinngemäss zu verstehen, dass der Täter dem bezeichneten Gegenstand im Verkehr mit Behörden oder Dritten (z.B. Käufern) den Anschein geben will, geprüft bzw. genehmigt worden zu sein. Es genügt, wenn der Täter weiss oder zumindest mit der Möglichkeit rechnet, dass die Fälsficate von einer anderen Person in der genannten Weise verwendet werden.

2.3 Konkurrenzen

Amtliche Zeichen gemäss Art. 246 stellen stets auch Beweiszeichen i.S. von Art. 110 Abs. 4 dar, deren Fälschung oder Verfälschung von Art. 251 mit Strafe bedroht wird. Anwendung findet jedoch immer nur Art. 246 als der speziellere Tatbestand⁶⁹⁹.

695 BGE 76 IV 32, 103 IV 34, *Corboz*, Vol. II, N 5 zu Art. 245, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 13 zu Art. 246, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 21.

696 Vgl. Art. 110 Abs. 4.

697 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 25 zu Art. 246, *Niggli*, N 40 zu Art. 246, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 22, *Trechsel/Vest*, N 2 zu Art. 246.

698 Vgl. Strafrecht I, § 9 Ziff. 3.

699 Vgl. BGE 76 IV 33, wohl auch *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 25 zu Art. 246, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 22, anders aber 103 IV 35 f., zum Verhältnis zwischen Art. 246 und VStrR Art. 14 und 15 vgl. BGE 103 Ia 218.

3. Verwendung falscher und gefälschter amtlicher Zeichen (Abs. 2)

3.1 Tatbestand

Der Tatbestand wird objektiv dadurch erfüllt, dass jemand falsche oder gefälschte amtliche Zeichen «als echt oder unverfälscht verwendet». Im Gegensatz zu Art. 245 Ziff. 2 erschöpft sich der bestimmungsgemässe Gebrauch dieser Zeichen nicht in der Verwendung im amtlichen Verkehr, da die von Art. 246 Abs. 2 geschützten Zeichen auch gegenüber Dritten den Nachweis der amtlichen Prüfung oder Kontrolle belegen sollen⁷⁰⁰.

Subjektiv wird Vorsatz vorausgesetzt, wobei auch Eventualvorsatz genügt. Insbesondere muss der Täter wissen oder zumindest in Kauf nehmen, dass das amtliche Zeichen gefälscht oder verfälscht ist.

3.2 Konkurrenzen und Abgrenzungen

Wie beim Paralleltatbestand des Art. 245 Ziff. 2 gilt Art. 246 Abs. 2 als mitbestrafte Nachtat zu Abs. 1 dieser Bestimmung, wenn der Fälscher bzw. Verfälscher selbst die Falsifikate im Nachhinein als echt oder unverfälscht verwendet⁷⁰¹.

Fälscht der Täter amtliche Zeichen ohne Täuschungsabsicht, kommt die Anwendung von Art. 243 nicht infrage, zumal das Tatobjekt von Art. 246 nicht von jener Bestimmung erfasst wird.

Wird ein gefälschtes amtliches Zeichen verwendet, um jemanden zu betrügen, so besteht zwischen Art. 146 und Art. 246 Abs. 2 echte Konkurrenz⁷⁰². Denn mit der Abgabe der falsch bezeichneten Sache an den Betrogenen ist die weitergehende Gefahr verbunden, dass das Falsifikat vom Abnehmer an Dritte weitergegeben wird.

700 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 19 zu Art. 246, *Niggli*, N 35 zu Art. 246.

701 *Corboz*, Vol. II, N 9 zu Art. 245, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 24 zu Art. 246, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 26. Würde man die in BGE 133 IV 260 f. begründete Praxis zum Verhältnis von Art. 243 und Art. 240 f. auf die vorliegende Konstellation übertragen, so müsste demgegenüber von echter Konkurrenz ausgegangen werden.

702 *Corboz*, Vol. II, N 10 zu Art. 245.

§ 34 Fälschung von Mass und Gewicht (Art. 248)

1. Zweck der Bestimmung

Art. 248 (*Fälschung von Mass und Gewicht/Falsification des poids et mesures/Falsificazione dei pesi e delle misure/Forgery of weights and measures*) schützt das Vertrauen, welches in Handel und Verkehr amtlichen Eichzeichen entgegengebracht wird⁷⁰³. Mit Strafe bedroht wird das Anbringen und Verwenden falscher Zeichen dieser Art an Massen, Gewichten, Waagen und anderen Messinstrumenten⁷⁰⁴. Der ratio legis entsprechend gilt dies unabhängig davon, ob die Verwendung amtlich geeichter Masse, Gewichte oder Messgeräte im konkreten Fall vorgeschrieben ist oder nicht. Inhaltlich besteht ein Zusammenhang sowohl mit der Warenfälschung gemäss Art. 155 wie auch mit der Fälschung amtlicher Zeichen gemäss Art. 246.

2. Objektiver Tatbestand

Art. 248 bedroht verschiedene Verhaltensweisen mit Strafe, sofern sie «zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr» erfolgen. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass die Täuschung zulässig ist, wenn das verwendete Eichzeichen zwar falsch ist, jedoch den Messwert zutreffend wiedergibt⁷⁰⁵.

- a) Nach Abs. 2 macht sich strafbar, wer an Objekten der eingangs unter Ziff. 1 genannten Art ein falsches Eichzeichen anbringt oder ein vorhandenes Eichzeichen verfälscht. Zur Vornahme von Eichungen sind nur das Bundesamt für Messwesen und die kantonalen Eichstätten berechtigt⁷⁰⁶. Ein *falsches Eichzeichen* bringt an, wer ohne solche Befugnis ein Objekt mit einem Zeichen versieht, welches dem Anschein nach eine amtliche Eichung festhält. Strafflos bleibt also z.B., wer Literstriche auf ein Gefäss aufmalt, die

703 Vgl. dazu z.B. Bundesgesetz vom 9. Juni 1977 über das Messwesen (SR 941.20), Messmittelverordnung vom 15. Februar 2006 (SR 941.210), Verordnung des EJPD vom 16. April 2004 über nichtselbsttätige Waagen (SR 941.213), Verordnung des EJPD vom 19. März 2006 über selbsttätige Waagen (SR 941.214).

704 Wie z.B. Elektrizitäts- und Wärmehzähler.

705 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 12 zu Art. 248, *Niggli*, N 31 zu Art. 248, *Trechsel/Vest*, N 3 zu Art. 248, a.M. *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 31.

706 Vgl. BG vom 9. Juni 1977 über das Messwesen (SR 941.20).

nicht dem tatsächlichen Inhalt entsprechen. Ein vorhandenes Eichzeichen *verfälscht*, wer ein echtes Zeichen dieser Art unbefugterweise abändert⁷⁰⁷.

- b) Abs. 3 erfasst das *Verändern* geeichter Messinstrumente. Der Täter lässt in diesem Fall die Eichung als solche unberührt, verändert aber das *Messgerät* derart, dass ein falsches Messresultat entsteht. Zu denken ist etwa an das Verringern eines Gewichtes, das Einsetzen einer schwächeren Feder in eine Federwaage oder Eingriffe in die Elektronik eines modernen Messgerätes.
- c) Abs. 4 bedroht denjenigen mit Strafe, der falsche oder verfälschte Masse, Gewichte, Waagen oder andere Messinstrumente gebraucht. Sinngemäss soll damit – entsprechend den Bestimmungen von Art. 245 Ziff. 2 und 246 Abs. 2 – derjenige erfasst werden, der die von einem anderen hergestellten falschen Masse, Gewichte oder Messgeräte entsprechend dem damit verfolgten widerrechtlichen Zweck verwendet. Entgegen dem durch den Wortlaut von Art. 248 Abs. 4 erweckten Anschein erfasst die Bestimmung daher auch den Gebrauch von Massen, Gewichten oder Messinstrumenten, die im Sinne von Abs. 3 der Bestimmung *verändert* wurden, beschränkt sich andererseits aber auf *geeichte* Objekte dieser Art⁷⁰⁸. Die von Art. 248 geschützten Gegenstände «*gebraucht*» derjenige, welcher sie in Handel oder Verkehr verwendet.

Die Tat ist in den Fällen von Abs. 2 und 3 mit dem Anbringen des falschen bzw. verfälschten Zeichens oder mit der Abänderung des richtig geeichten Masses, Gewichtes oder Messapparates vollendet. Bei der Variante von Abs. 4 bedarf es hierzu der – wenn auch nur einmaligen – Verwendung des betreffenden Objektes.

3. Subjektiver Tatbestand

Strafbar ist nur, wer einen der eben umschriebenen objektiven Tatbestände *vorsätzlich* und *zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr* erfüllt. Hiefür reicht es bereits aus, wenn der Täter ein entsprechendes Täuschungsvorhaben eines anderen für möglich hält und dieses zumindest in Kauf nimmt.

707 Vgl. den in SJZ 55 (1959) 245 geschilderten Fall, der allerdings als Fälschung behandelt wurde.

708 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 20 zu Art. 248, *Niggli*, N 44 zu Art. 248, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 35 m.w.H.

4. Konkurrenzen

Wenn der Täter, welcher die Masse, Gewichte, Waagen oder Messinstrumente i.S. der Abs. 2 und 3 selber gefälscht, verfälscht oder verändert hat, diese anschliessend zur Täuschung gemäss Abs. 4 gebraucht, ist der Gebrauch als mitbestrafte *Nachtat*⁷⁰⁹ zu erachten⁷¹⁰.

Im Verhältnis zu Art. 246 bildet Art. 248 eine *lex specialis*⁷¹¹.

Die Bestrafung wegen eines mit falschen Massen, Gewichten oder Messinstrumenten verübten Betruges gilt die mit deren Herstellung und Gebrauch verbundene weiter gehende abstrakte Gefährdung von Handel und Verkehr nicht ab. Zwischen Art. 146 und Art. 248 besteht daher in solchen Fällen echte Konkurrenz⁷¹².

Ausschliesslich nach Art. 146 ist zu bestrafen, wer andere durch die Verwendung *ungeeichter Masse*, Gewichte oder Messinstrumente irreführt, um sie zu schädigen und sich unrechtmässig zu bereichern.

Das Anbringen eines *echten Eichzeichens* (durch einen Eichmeister), welches nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, ist als Falschbeurkundung im Amt mit einem Beweiszeichen i.S. von Art. 317 i.V.m. Art. 110 Abs. 4 zu verfolgen.

709 Vgl. Strafrecht I, § 38 Ziff. 2.42.

710 *Corboz*, Vol. II, N 12 zu Art. 248, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 26 zu Art. 248, *Niggli*, N 54 zu Art. 248, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 37, *Trechsel/Vest*, N 6 zu Art. 248. Würde man die in BGE 133 IV 260 f. begründete Praxis zum Verhältnis von Art. 243 und Art. 240 f. auf die vorliegende Konstellation übertragen, so müsste demgegenüber wohl von echter Konkurrenz ausgegangen werden.

711 *Corboz*, Vol. II, N 13 zu Art. 248, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 27 zu Art. 248, *Niggli*, N 55 zu Art. 248.

712 BGE 71 IV 207, 100 IV 179, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 34 N 37, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 28 zu Art. 248.

3. Abschnitt: Gemeinsame Bestimmung betreffend Geld und Wertzeichen

§ 35 Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten (Art. 247)

1. Anfertigung und Erwerb von Fälschungsgeräten (Abs. 1)

1.1 Objektiver Tatbestand

Nach dieser Bestimmung (*Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten/Appareils de falsification et emploi illicite d'appareils/Strumenti per la falsificazione e uso illegittimo di strumenti/Counterfeiting equipment and unlawful use of equipment*) macht sich strafbar, wer Geräte zum Fälschen von Metallgeld, Papiergeld, Banknoten oder amtlichen Wertzeichen anfertigt oder sich verschafft, um sie unrechtmässig zu gebrauchen. Sinngemäss muss es sich dabei um Instrumente handeln, die schon nach ihrer *objektiven Beschaffenheit* typischerweise den genannten Zwecken dienen, also nicht bloss *auch* für Fälschungen benützt werden können, wie dies z.B. auf Farbkopierer oder Druckgeräte zutrifft⁷¹³. Als *Geräte* können nur Apparate und Werkzeuge für den Fälschungsprozess wie Giessformen, Prägestempel, Clichés usw. gelten. *Materialien*, aus denen die Fälsfikate hergestellt werden (Papiere, Metalle) fallen nicht unter die Bestimmung.

Unter «anfertigen» wird das Herstellen einer Sache verstanden⁷¹⁴. «Sich verschaffen» kann der Täter die Geräte durch Kauf, Miete, Leihe, Schenkung oder auf deliktische Weise. Die Tat ist damit vollendet, dass er Gewahrsam am betreffenden Objekt erlangt. Stellt der Täter das Gerät selber her, so tritt die Vollendung mit dessen Fertigstellung ein.

1.2 Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss die Fälschungsgeräte vorsätzlich anfertigen bzw. sich verschaffen, und zwar «*um sie unrechtmässig zu gebrauchen*», womit sinngemäss aus-

⁷¹³ Kim, 97, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 7 f. zu Art. 247, *Niggli*, N 11 ff. zu Art. 247, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 44.

⁷¹⁴ *Niggli*, N 15 zu Art. 247.

schliesslich Handlungen gemeint sind, welche die Tatbestände von Art. 240, 241 oder 245 erfüllen. Gleichgültig bleibt dagegen, ob diese Handlungen vom Hersteller oder Erwerber selber oder von einem anderen vorgenommen werden sollen. Es genügt, wenn der Täter mit der Möglichkeit einer entsprechenden Verwendung rechnet und sie in Kauf nimmt (Eventualabsicht)⁷¹⁵.

1.3 Versuch und Konkurrenzen

Die in Art. 247 Abs. 1 umschriebenen Verhaltensweisen stellen Vorbereitungshandlungen zu den Fälschungsdelikten von Art. 240, 241 und 245 dar, die vom Gesetz ausnahmsweise mit Strafe bedroht werden. Deshalb kann nur die *vollendete* Herstellung oder Beschaffung von Fälschungsgeräten⁷¹⁶ strafbar sein, nicht aber der blosser Versuch zu solchem Tun⁷¹⁷. Aus dem gleichen Grund ist der Hersteller oder Erwerber des Gerätes, welcher es anschliessend auch benützt, nach h.L. nur aufgrund von Art. 240, 241 oder 245 bzw. wegen Versuches zu einem dieser Delikte zu bestrafen⁷¹⁸. Das Unrecht der vorausgegangenen Vorbereitungshandlung ist damit abgegolten, und sie wird zur mitbestraften Vortat⁷¹⁹.

2. Unrechtmässiger Gebrauch von Geräten (Abs. 2)

Nach dieser Bestimmung wird ebenso bestraft, wer Geräte zur Herstellung von Metallgeld, Papiergeld, Banknoten oder amtlichen Wertzeichen *«unrechtmässig verwendet»*. Damit kann nicht ein Gebrauch zu Fälschungszwecken gemeint sein. Denn ein solcher wäre bereits als versuchte oder gar vollendete Tat nach Art. 240, 241 oder 245 strafbar. Vielmehr geht es darum, dass Geräte unrechtmässig gebraucht werden, welche an sich legalerweise zur Herstellung von Münzen, Banknoten oder Wertzeichen verwendet werden. Das kann nur dann der Fall sein, wenn diese Geräte durch eine hierzu überhaupt oder unter den konkreten Umständen *unbefugte Person* gebraucht werden⁷²⁰.

715 *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 15 zu Art. 247, *Niggli*, N 22 zu Art. 247.

716 Vgl. vorn Ziff. 1.1.

717 Ebenso *Niggli*, N 24 zu Art. 247, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 48, *Trechsel/Vest*, N 1 zu Art. 247, kritisch *Corboz*, Vol. II, N 11 zu Art. 247.

718 Ebenso *Niggli*, N 29 zu Art. 247, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 49.

719 Vgl. hierzu Strafrecht I, § 38 Ziff. 2.41.

720 *Corboz*, Vol. II, N 8 zu Art. 247, *Lentjes Meili/Keller*, BSK StGB II, N 21 zu Art. 247, *Niggli*, N 34 zu Art. 247, *Stratenwerth/Bommer*, BT II, § 33 N 46.

2.1 Objektiver Tatbestand

Er besteht darin, dass der Täter – ohne dazu befugt zu sein – ein Gerät der genannten Art benützt, um damit Münzen, Banknoten oder Wertzeichen herzustellen. Mit dem Beginn des Herstellungsvorganges ist die Tat vollendet.

2.2 Subjektiver Tatbestand

Strafbar ist nur, wer *vorsätzlich* handelt, wobei Eventualvorsatz genügt. Dazu gehört insbesondere das Bewusstsein des Täters, nicht zur Herstellung der vorher erwähnten Objekte befugt zu sein.