

## **Strafrecht Droit pénal**

KGVS P1 10 29

*Strafrecht - Strafen - Wiedergutmachung - KGE (I. Strafrechtliche Abteilung)  
vom 12. November 2010 i.S. Staatsanwalt, X. gegen Y. - TCV P1 10 29*

### **Strafrecht: Wiedergutmachung (Art. 53 StGB)**

- Voraussetzungen für eine Strafbefreiung infolge Wiedergutmachung im Sinne von Art. 53 StGB (E. 5b).
- Es fehlt an einer genügenden Wiedergutmachungsleistung, wenn der Täter zwar einräumt, die Grenzen des Anstands überschritten zu haben, gleichzeitig aber jegliche strafrechtliche Verantwortung bestreitet (E. 5c/aa).
- Selbst bei einer genügenden Wiedergutmachungsleistung würde eine Strafbefreiung vorliegend angesichts des infrage stehenden Tatbestands der sexuellen Handlungen mit Kindern am Interesse der Öffentlichkeit an einer Strafverfolgung scheitern (E. 5c/bb).

Ref. CH: Art. 53 StGB

Ref. VS: -

### **Droit pénal : réparation (art. 53 CP)**

- Conditions pour accorder une libération pénale à la suite d'une réparation au sens de l'art. 53 CP (consid. 5b).
- Des efforts suffisants en vue de réparation font défaut lorsque l'auteur admet certes avoir dépassé les limites de la bienséance, mais conteste simultanément toute responsabilité pénale (consid. 5c/aa).
- Même en cas d'efforts suffisants, la libération pénale ne pourrait être accordée en l'espèce, compte tenu de l'intérêt public à poursuivre une action pénale découlant d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (consid. 5c/bb).

Réf. CH: art. 53 CP

Réf. VS: -

### **Aus den Erwägungen**

(...)

5. b) Bei der Wiedergutmachung gemäss Art. 53 StGB sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, die Voraussetzungen

für die bedingte Strafe erfüllt sind und das Interesse der Öffentlichkeit und der Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind.

Die Wiedergutmachung dient in erster Linie dem Opfer, dem vielfach mehr am Ersatz des Schadens als an einer Bestrafung des Täters liegt. Es wird an das Verantwortungsbewusstsein des Täters appelliert. Es soll ihm das Unrecht seiner Tat vor Augen geführt werden. Durch die Wiedergutmachung soll auch die Beziehung zwischen Täter und Opfer verbessert werden, was den öffentlichen Frieden wiederherstellt. Die Wiedergutmachung des Schadens rechtfertigt die Strafbefreiung, das Strafbedürfnis schwindet, weil der Täter aktiv eine soziale Leistung erbringt, die der Versöhnung und der Festigung des öffentlichen Friedens dient (BGE 136 IV 41 E. 1.2.1, 135 IV 12 E. 3.4.1).

Nach der Lehre geht es beim Erfordernis des geringen öffentlichen Strafverfolgungsinteresses in Art. 53 StGB um das infolge der Unrechtswiedergutmachung verringerte Strafbedürfnis (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. A., Bern 2006, § 7 N. 12). Die Strafbefreiung infolge Wiedergutmachung ist nur zulässig, soweit die Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug erfüllt sind. Aus diesem Abstellen auf Art. 42 StGB folgt, dass bei Freiheitsstrafen über zwei Jahre das öffentliche Strafverfolgungsinteresse nicht mehr als gering gelten kann. Innerhalb des zweijährigen Strafrahmens wird das Interesse an der Strafverfolgung gering, weil und soweit der Täter Wiedergutmachungsschritte unternommen hat. Die Anforderungen an die Wiedergutmachungsbemühungen des Täters steigen mit der Höhe der zu erwartenden Strafe. Andererseits nimmt das öffentliche Strafverfolgungsinteresse in gleichem Masse ab, wie die Wiedergutmachung zur Aussöhnung zwischen den Betroffenen und zur Wiederherstellung des öffentlichen Friedens geführt hat. Im Gegensatz etwa zu § 46 dt. StGB verlangt der schweizerische Gesetzeswortlaut von Art. 53 StGB, dass der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen zum Unrechtsausgleich unternommen hat. Welches Mass an Anstrengung als erforderlich erscheint, um das Unrecht auszugleichen, und welches für den Täter zumutbar ist, ist eine Frage sehr weiten behördlichen Ermessens (Stratenwerth, a.a.O., § 7 N. 11; Trechsel/Pauen Borer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, N. 3 zu Art. 53 StGB). Nach der Rechtsprechung muss der Täter jedenfalls die Normverletzung anerkennen und sich bemühen, den öffentlichen Frieden wiederherzustellen (BGE 136 IV 41 E. 1.2.1, 135 IV 12 E. 3.5.3; Bundesgerichtsurteil 6B\_558/2009 vom 26. Oktober 2009 E. 2.1.2, 6B\_152/2007 vom 13. Mai 2008 E. 5.2.3; vgl. auch Fahrni, Wiedergut-

machung als Voraussetzung einer diversionellen Verfahrenserledigung, in: Schindler/Schlauri [Hrsg.], Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 205).

Doch selbst wenn die Tatschwere sich im Rahmen von Art. 53 lit. a StGB hält und volle Wiedergutmachung geleistet worden ist, führt dies nicht zwingend zum Entfallen des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung. Zu beurteilen bleibt, ob die Ausfällung einer bedingten Strafe unter spezial- oder generalpräventiven Gesichtspunkten noch notwendig erscheint (BGE 135 IV 12 E. 3.4.3). Spezialpräventive Überlegungen sind bereits beim Entscheid über den bedingten Strafvollzug nach Art. 42 StGB zwingend zu berücksichtigen. Da die Gewährung des Strafaufschubs eine Voraussetzung der Wiedergutmachung ist, spielen sie bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses nach Art. 53 StGB nur eine untergeordnete Rolle (Bundesgerichtsurteil 6B\_152/2007 vom 13. Mai 2008 E. 5.2.3; Riklin, Basler Kommentar, N. 4 und N. 16 zu Art. 53 StGB). Während die Strafzwecke ganz allgemein zu berücksichtigen sind, ist bei der Beurteilung der öffentlichen Strafverfolgungsinteressen im konkreten Fall insbesondere nach den geschützten Rechtsgütern zu unterscheiden: Art. 53 StGB nimmt explizit Bezug auf die Wiedergutmachung des begangenen Unrechts. Worin dieses Unrecht liegt, definieren die einzelnen Tatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts (Angst/Maurer, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB - Versuch einer Konkretisierung, *forum* 2008, S. 304, 373). Bei Straftaten gegen individuelle Interessen und einem Verletzten, der die Wiedergutmachungsleistung akzeptiert, wird häufig auch das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung entfallen. Bei Straftaten gegen öffentliche Interessen ist zu beurteilen, ob es mit der Erbringung der Wiedergutmachung sein Bewenden haben soll oder ob sich unter Gesichtspunkten des Schuldausgleichs und der Prävention weitere strafrechtliche Reaktionen aufdrängen (BGE 135 IV 12 E. 3.4.3 mit Hinweisen; Bommer, Bemerkungen zur Wiedergutmachung [Art. 53 StGB], *forum* 2008, S. 174).

c) aa) Bereits vor Bezirksgericht war unstrittig, dass die Bedingungen zur Aussetzung des Vollzugs der ausgesprochenen Strafe gemäss Art. 42 StGB bei Y. erfüllt sind. Strittig und zu prüfen ist, ob die weiteren Voraussetzungen der Wiedergutmachung gegeben sind, so auch ob der Berufungskläger alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen.

Der Berufungskläger bringt unter Hinweis auf E. 5.2.3 des Bundesgerichtsurteils 6B\_152/2007 vom 13. Mai 2008 vor, das Einge-

ständnis, die Grenzen des Anstands überschritten zu haben, während er gleichzeitig «nach wie vor in Abrede» stellte, «an X. irgendwelche sexuelle Handlungen vorgenommen zu haben», reiche aus, um die Normverletzung anzuerkennen, da er damit eingeräumt habe, nicht korrekt gehandelt zu haben. Ihm ist entgegenzuhalten, dass das Bundesgericht sowohl in BGE 136 IV 41 E. 1.2.1. wie auch in 135 IV 12 E. 3.5.3 ausdrücklich die Anerkennung der Normverletzung forderte und in seinem Urteil 6B\_558/2009 vom 26. Oktober 2009 E. 2.1.2 gar explizit verlangte, dass der Beschuldigte «reconnait avoir violé une norme pénale». Hiervon kann bei der eingeräumten Verletzung des Anstands als moralisches Verhalten im gesellschaftlichen Umgang unter gleichzeitiger Bestreitung jeder (straf-)rechtlichen Relevanz dieses Verhaltens keine Rede sein. Richtigerweise kann denn die Norm, deren Verletzung eingeräumt werden muss, einzig eine rechtliche, nicht aber eine moralische sein. Gerade im Bereich der Sexualdelikte, wo ein bloss unanständiges oder geschmackloses Verhalten nach einhelliger Auffassung gerade noch nicht strafrechtlich relevant erscheint und für die Annahme einer sexuellen Handlung nicht genügt (vgl. statt vieler BGE 125 IV 58 E.3b mit Hinweisen) und dementsprechend keine strafrechtliche Haftung begründet, kann ein Eingeständnis lediglich unmoralisch gehandelt zu haben, keineswegs als Anerkennung der rechtlichen Normverletzung verstanden werden, zumal der Berufungskläger vorliegend bloss zwei Tage nach der Einräumung der Verletzung des Anstandes bei seinem wortgetreu hinterlegten Schlusswort während der Hauptverhandlung bestritt, mit X. eine sexuelle Handlung vorgenommen und etwas Unrechtes getan zu haben und den Grund für das Strafverfahren in der Persönlichkeitsstruktur seines Opfers sah. Mithin stellte Y. auch zu diesem Zeitpunkt noch jegliche Glaubwürdigkeit von X. bzw. die Richtigkeit ihrer Aussagen in Abrede. Zudem unterstellte er in der Hauptverhandlung der Lehrerin, der sich X. anvertraute, Rachsucht und prangerte die Strafuntersuchung als einseitig und unverhältnismässig an. Ein Wort des Bedauerns gegenüber seinem Opfer findet sich demgegenüber nicht. Ein solches Verhalten, insbesondere die unnötige Diskreditierung seines Opfers, ist keineswegs darauf gerichtet, mit der Geschädigten zu einem friedensstiftenden Ausgleich zu gelangen und widerspricht eklatant der erforderlichen Bemühung, den Rechtsfrieden wiederherzustellen. Der Berufungskläger akzeptierte weniger die Opferrolle von X., als dass er sich selber als Opfer von X., einer rachsüchtigen Strafanzeigerin und einer übereifrigen Justiz darstellte. An der Berufungsverhandlung stellte Y.

in seiner Einvernahme die Vornahme der von X. beschriebenen Handlungen erneut in Abrede und bezeichnete in seinem Schlusswort weiterhin sich selbst als Opfer und nicht als Täter.

Überdies ist das fehlende Geständnis als «Zugestehen der Wahrheit des Tatvorwurfs» (Metzger, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch, Basel/Genf 2005, Definition zu «Geständnis»), welches in der Regel Voraussetzung einer Wiedergutmachung bildet (vgl. Riklin, a.a.O., N. 18 zu Art. 53 StGB; Angst/Maurer, a.a.O., S. 303 Fn. 25), vorliegend nicht mit der Unschärfe des Begriffs der sexuellen Handlung mit einem Kind unter 16 Jahren und einer aus ihr folgenden diffusen Tatbestandsumschreibung erklärbar, wie dies der Berufungskläger vorbringt. Denn diese ist nicht vergleichbar mit etwa derjenigen des strafrechtlichen Ehrbegriffs (vgl. hierzu statt vieler Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 7. A., Bern 2010, § 11 N. 1 ff.) oder des Treubruchtatbestands von Art. 158 Ziff. 1 StGB (vgl. hierzu statt vieler Trechsel/Crameri, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, N. 1 ff. zu Art. 158 StGB), bei denen RIKLIN ein fehlendes Geständnis ausnahmsweise für denkbar hält (Riklin, a.a.O., N. 18 zu Art. 53 StGB). Seit der Revision des Sexualstrafrechts qualifizieren Lehre und Rechtsprechung einhellig all diejenigen Verhaltensweisen als sexuelle Handlungen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild eindeutig sexualbezogen sind. Problematisch sind nach Ansicht des Bundesgerichts einzig sog. ambivalente Handlungen (vgl. BGE 125 IV 58 E.3b), worunter die gynäkologische Untersuchung des Opfers durch einen Arzt oder Säuberungshandlungen bei einem Kleinkind oder hilfsbedürftigen Personen fallen (vgl. Maier, Basler Kommentar, N. 26 zu Vor Art. 187 StGB), die für die Geschehnisse in concreto aber ohne Bedeutung waren. In diesem Sinne verlangt denn auch der deutsche Bundesgerichtshof im Rahmen der deutschen Regelung der Wiedergutmachung bei Sexualdelikten regelmässig ein Geständnis des Täters (Urteil 1 StR 405/02 des BGH vom 19. Dezember 2002 E. 2b/bb; vgl. auch Riklin, a.a.O., N. 18 zu Art. 53 StGB mit Hinweisen).

Zusammenfassend bestritt der Berufungskläger in der Vereinbarung vom 22. März 2010 [mit welcher er Gerichts- und Parteikosten übernahm] jegliche strafrechtliche Verantwortung und legte zwei Tage später an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ein Verhalten an den Tag, das sich von seinem Verhalten zu Beginn des Strafverfahrens nicht unterschied. Weitere genügende Wiedergutmachungshandlungen unternahm er nicht. So entschuldigte sich Y. gegenüber seinem Opfer bis heute nicht etwa für sein Verhalten, d.h. für die sexuellen Handlungen an sich, sondern lediglich dafür, «dass [er] mit [s]einem

Verhalten dieses Strafverfahren veranlasst habe» und, dass X. ungewollt in dieses Strafverfahren miteinbezogen worden sei. Auch mit dieser Äusserung übernahm der Berufungskläger keine Verantwortung für das Geschehene, wie dies Art. 53 StGB voraussetzt (vgl. Exquis, Sinn und Gesinnung: Bemerkungen zu Art. 53 rev. StGB, AJP 2005, S. 312 mit Hinweisen). An seiner Einstellung zu seinen Taten hat sich auch während des Berufungsverfahrens nichts geändert. Bereits aus diesen Gründen sind seine Anstrengungen, das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, ungenügend und scheitert eine Strafbefreiung gemäss Art. 53 StGB. Aufgrund der ungenügenden Wiedergutmachungsschritte bleibt das Interesse der Öffentlichkeit an einer Strafverfolgung bestehen (vgl. Angst/Maurer, a.a.O., S. 373).

bb) Somit kann grundsätzlich offen bleiben, ob eine Strafbefreiung überdies am fehlenden geringen Interesse der Öffentlichkeit und der Geschädigten an einer Strafverfolgung scheitern würde (Art. 53 lit. b StGB). Immerhin sei erwähnt, dass es sich beim in concreto beeinträchtigten Rechtsgut, der ungestörten sexuellen Entwicklung Unmündiger, anders als bei der sexuellen Selbstbestimmung um kein reines Individualrechtsgut handelt. Dies zeigt sich bereits daran, dass der geschützte Unmündige als Rechtsgutsträger nie rechtswirksam in die Verletzung des Rechtsguts einwilligen kann, das Rechtsgut mithin generell seiner Verfügungsgewalt entzogen ist. Art. 187 StGB zielt auf den Jugendschutz (so ausdrücklich Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie] vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II S. 1064; vgl. auch Jenny, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Bern 1997, N. 4 zu Vor Art. 187 StGB und Suter-Zürcher, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 24, je mit Hinweisen), dessen Verfolgung nach unstrittiger Auffassung ein öffentliches Interesse darstellt (vgl. BGE 133 II 136 E. 7), weshalb das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nicht einzig durch die Akzeptierung einer genügenden Wiedergutmachung durch X. entfielen. Vielmehr wäre abzuklären, ob sich eine weitere strafrechtliche Reaktion im Sinne eines rechtlich geschützten Verfolgungsinteresses unter den Gesichtspunkten des Schuldausgleichs und der Prävention aufdrängen würde (BGE 135 IV 12 E. 3.4.3 mit Hinweisen). So hält denn Bommer im Bereich von Sexualdelikten, die sich einzig gegen individuelle Interessen richten und bei denen der Verletzte die Wiedergutmachungsleistung akzeptiert, Fälle für vorstellbar, in denen Art. 53 StGB

trotz genügender Wiedergutmachungsleistungen nicht zur Strafbefreiung führt (Bommer, a.a.O., S. 174; so auch Brunner, Geldstrafe, Busse und Freiheitsstrafe im strafrechtlichen Alltag sowie Wiedergutmachung, in: Tag/Hauri [Hrsg.], Das revidierte StGB - Allgemeiner Teil: erste Erfahrungen, Zürich 2008, S. 68 f.; Wiprächtiger, Die Sanktionen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches - taugliche Instrumente?, ZStrR 2008, S. 387) und generalpräventive Gründe ein Interesse an der Strafverfolgung nahelegen (vgl. Wiprächtiger, a.a.O., S. 388). Umso mehr muss dies im Bereich von Art. 187 StGB gelten, mit welchem - wie erwähnt - auch öffentliche Interessen geschützt werden. So bejahte etwa das Obergericht des Kantons Zürich das eminente Interesse der Öffentlichkeit an der Bestrafung eines Pädagogen, welcher sexuelle Handlungen mit Kindern begangen hatte (Urteil SB070195 mit Urteil vom 19. Dezember 2007, zitiert nach: Angst/Maurer, a.a.O., S. 307), was auch für einen Polizeioffizier gelten dürfte.