

## Die Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB: Formelle und materielle Aspekte

Lukas Schaub\*

### Einleitung

«Nichts verletzt das Gerechtigkeitsgefühl nachhaltiger als die Erfahrung, dass ein Verbrechen ungesühnt bleibt, die ungerechte Tat sich für den Täter also <gelohnt> hat.»<sup>1</sup>

Das Gerechtigkeitsgefühl einer bzw. eines manchen dürfte im obigen Sinne durch die Einstellungsverfügungen in den Strafverfahren des ehemaligen Armeechefs Roland Nef<sup>2</sup>, des Milliardärs Viktor Vekselberg<sup>3</sup> oder der französischen Konzernmutter Alstom<sup>4</sup> verletzt worden sein. Allen drei Fällen ist gemeinsam, dass sich die Beschuldigten mittels finanzieller Leistungen einer Verurteilung bzw. Strafe zu entziehen vermochten. Gestützt haben die Strafverfolgungsbehörden die Einstellung des Verfahrens jeweils auf eine erfolgte Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB<sup>5,6</sup>. In der Folge machten Schlagworte wie «Checkbuchjustiz»<sup>7</sup> bzw. «Ablassjustiz»<sup>8</sup> die mediale Runde, es wurde eine Privilegierung vermögender Täter sowie die Käuflichkeit der Justiz moniert und die Bestimmung von Art. 53 StGB erfuhr eine breite öffentliche Aufmerksamkeit, die in eigentümlichem Gegensatz zu ihrer (bisherigen) praktisch geringen Bedeutung steht<sup>9</sup>. Es verwundert denn auch nicht, dass sich der Strafbefreiungsgrund der Wiedergutmachung nach nur wenigen Jahren Bestand<sup>10</sup> politischem Reformdruck von links bis rechts ausgesetzt sieht<sup>11</sup>, wobei die Vorschläge von einer Modifizierung des Art. 53 StGB<sup>12</sup> bis hin zu dessen vollständiger Abschaffung reichen<sup>13</sup>.

Ob die gegenwärtige Regelung von Art. 53 StGB diese mediale Aufregung bzw. diesen politischen Aktionismus zu Recht verdient hat bzw. verdient, soll in der Folge zu klären versucht werden. Zu diesem Zweck wird die Wiedergutmachung schwergewichtig in Bezug auf ihre materiellen, aber auch formellen Aspekte untersucht und punktuell zu Problempunkten Stellung genommen.

\* Dr. iur. Lukas Schaub, Advokat.

- 1 ANNEMARIE PIEPER, in: CAPUS NADIA, Ewig still steht die Vergangenheit? Der unvergängliche Strafverfolgungsanspruch nach schweizerischem Recht, Bern 2006, Vorwort VIII.
- 2 Siehe dazu «Warum der Armeechef nicht vor Gericht kam», <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/warum-der-armeechef-nicht-vor-gericht-kam-1.4599432> (zuletzt besucht am 4.5.2014).
- 3 Siehe «Eidg. Finanzdepartement stellt Sulzer-Verfahren gegen Viktor Vekselberg ein», <http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/eidg-finanzdepartement-stellt-sulzer-verfahren-gegen-viktor-vekselberg-ein> (zuletzt besucht am 4.5.2014).
- 4 Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 22.11.2011, <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=42300> (zuletzt besucht am 4.5.2014).
- 5 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0). Der Gesetzestext mit der Marginalie «Wiedergutmachung» lautet: «Hat der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, so sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn:  
a. die Voraussetzungen für die bedingte Strafe (Art. 42) erfüllt sind; und  
b. das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind.»
- 6 Versagt hat das Bundesgericht die Anwendung von Art. 53 StGB jedoch unlängst etwa im Fall des Millionenerben Carl Hirschmann (Urteil 6B\_215/2013 vom 27. Januar 2014).
- 7 Siehe etwa «Transparenz im Fall Vekselberg», [http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/gesetze-recht/artikel/checkbuchjustiz\\_transparenz-im-fall-vekselberg](http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/gesetze-recht/artikel/checkbuchjustiz_transparenz-im-fall-vekselberg) (zuletzt besucht am 4.5.2014).
- 8 «Der Ablass zieht in die Justiz ein», <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/der-ablass-zieht-in-die-justiz-ein-1.8120268> (zuletzt besucht am 4.5.2014).
- 9 Siehe dazu unten im 4. Teil: Schlussbemerkungen.
- 10 Art. 53 StGB trat als Teil der Revision des Allgemeinen Teils des StGB am 1. Januar 2007 in Kraft (AS 2006, 3474 f.).
- 11 Dieser hat in die anstehende Revision des Sanktionenrechts jedoch keinen unmittelbaren Eingang gefunden. So thematisieren, so weit ersichtlich, weder die Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012, BBl 2012, 4721 ff. noch der zugehörige Entwurf die Regelung von Art. 53 StGB. Die Vorlage befindet sich gegenwärtig in der parlamentarischen Beratung.

- 12** So die Motion der Kommission für Rechtsfragen NR vom 10.11.2011, «Für eine vernünftige Revision von Artikel 53 StGB» (GN 11.4041; abgelehnt im SR) sowie die noch hängige parlamentarische Initiative von Daniel Vischer vom 14.12.2010, «Modifizierung von Artikel 53 StGB» (GN 10.519).
- 13** So die parlamentarische Initiative von Rudolf Joder vom 15.12.2010, «Abschaffung der Wiedergutmachung nach Artikel 53 StGB» (GN 10.522; abgelehnt im NR).
- 14** FRANZ RIKLIN, in: Basler Kommentar Strafrecht I (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger), 3. Aufl., Basel 2013, Art. 53 Rz. 5; ANDRÉ KANYAR, Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht, Diss. Basel 2008, 9.
- 15** Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979 ff., 2065; BGE 136 IV 41 42 sowie HANS WIPRÄCHTIGER, Revision des Allgemeinen Teils des StGB – Änderungen im Schatten des Sanktionenrechtes, ZStrR 123/2005, 426.
- 16** Umfassend zur Idee des Täter-Opfer-Ausgleichs nur etwa KANYAR (Fn. 14).
- 17** GERHARD FIOLKA/CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (Hrsg.: Niggli/Heer/Wiprächtiger), Basel 2010, Art. 8 Rz. 33.
- 18** KANYAR (Fn. 14) 9.
- 19** Einlässlich zur Differenzierung von Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich die Darstellung bei KANYAR (Fn. 14) 5 ff.
- 20** BGE 135 IV 12 21; Botschaft (Fn. 15), 2065 und KARL-LUDWIG KUNZ, Kriminologie, 6. Aufl., Bern 2011, § 22 Rz. 37.
- 21** Für den historischen Hintergrund der Norm siehe CÉLINE SCHENK, Die Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB, Jusletter vom 24. Januar 2011, Rz. 3 f.
- 22** Zum Aufkommen der Viktimologie als Triebfeder von strafrechtlichen Wiedergutmachungslösungen nur KANYAR (Fn. 14) 33 f. sowie MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012, 100 ff.
- 23** Zur Differenzierung zwischen Art. 53 StGB als strafprozessualer Opportunitätsregel und materiell-rechtlichem Strafbefreiungsgrund FRANZ RIKLIN, in: Basler Kommentar Strafrecht I (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger), 3. Aufl., Basel 2013, Vor Art. 52–55 Rz. 10 ff.
- 24** Dazu KURT SEELMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012, 23 f. sowie FELIX BOMMER, Bemerkungen zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), forumpoenale 3/2008, 171 f.
- 25** PETRA SCHOENMAKERS, Das Verhältnis des abgekürzten Verfahrens zur Einstellung durch Wiedergutmachung, recht 2011, 27; RAINER ANGST/HANS MAURER, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung, forumpoenale 5/2008, 302 und DOMINIQUE EXQUIS, Sinn und Gesinnung: Bemerkungen zu Art. 53 rev. StGB, AJP 2005, 312.
- 26** GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, 236.

## 1. Teil: Die Idee der Wiedergutmachung

Bevor näher auf materielle und formelle Aspekte der Wiedergutmachung eingegangen wird, soll kurz das Wesen der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB erläutert werden.

### A. Zweck der Wiedergutmachung

Unter Wiedergutmachung ist der freiwillige Ausgleich der Tatfolgen durch den Täter zu verstehen<sup>14</sup>. Durch die Möglichkeit der Wiedergutmachung soll an die Verantwortung des Täters appelliert, ihm der Unrechtsgehalt seiner Tat verdeutlicht und die Beziehung zwischen Täter und Opfer verbessert werden, womit der öffentliche Friede wiederhergestellt wird<sup>15</sup>. Die Wiedergutmachung steht damit in engem Konnex zum Anliegen des Täter-Opfer-Ausgleichs<sup>16</sup>, welcher den durch eine Straftat ausgelösten Konflikt mittels eines kommunikativen, auf Konfliktlösung und Versöhnung<sup>17</sup> ausgerichteten Prozesses beizulegen versucht<sup>18</sup> und damit ebenfalls auf Wiederherstellung des Rechtsfriedens zielt<sup>19</sup>. Der Erkenntnis folgend, dass Geschädigte primär an Wiedergutmachung und nicht an Strafe interessiert sind<sup>20</sup>, fand Art. 53 StGB nach rund 20-jähriger Diskussion<sup>21</sup> insbesondere im Zeichen verstärkten Opferschutzes<sup>22</sup> Eingang in den Allgemeinen Teil des StGB<sup>23</sup> und bricht damit ein klein wenig mit der althergebrachten, starren Dichotomie von Privat- und Strafrecht, welche die Aufgabe der Reparation grundsätzlich dem privaten (Schadens)Recht vorbehält<sup>24</sup>. Auf einer pragmatischen Ebene soll das Institut der Wiedergutmachung auch der Entlastung der Justizbehörden zuträglich sein<sup>25</sup>.

### B. Wiedergutmachung als Strafbefreiungsgrund

Zentral für die Idee der Wiedergutmachung ist der Umstand, dass der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB kein Strafcharakter zukommt, sondern sie vielmehr «Verzicht auf eine an sich verwirkte Strafe»<sup>26</sup> bildet. Mit dieser Konzeption der Wiedergutmachung als Strafbefreiungsgrund braucht sich der Gesetzgeber der schwierigen Frage, wie und ob Wiedergutmachung Strafzwecke zu erfüllen vermag bzw. wie und ob sie sich in das traditionelle System der Strafzwecke (Repression und Prävention) einfügen lässt, nicht zu

stellen<sup>27</sup>. Auf den Umstand, dass traditionelle Strafzwecke der Wiedergutmachung Grenzen setzen, wird jedoch noch zurückzukommen sein<sup>28</sup>.

### 2. Teil: Materielle Aspekte der Wiedergutmachung

Art. 8 StPO<sup>29</sup> erlaubt und verpflichtet Staatsanwaltschaften und Gerichte in Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips<sup>30</sup> von der Strafverfolgung abzusehen, falls die materiellen Voraussetzungen der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB erfüllt sind<sup>31</sup>.

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, Kataloge zu formulieren, welche bestimmte Straftaten oder Tätergruppen von der Möglichkeit der Wiedergutmachung ausnehmen<sup>32</sup>. Grundsätzlich findet Art. 53 StGB unter den durch ihn formulierten und im Anschluss erläuterten Voraussetzungen deshalb auf alle Straftaten, also etwa auch auf Officialdelikte, Anwendung<sup>33</sup>. Es sind dies die Leistung einer Wiedergutmachung in Form der Deckung des Schadens oder der Unternehmung aller zumutbarer Anstrengungen zwecks Ausgleich begangenen Unrechts durch den Täter, das Vorliegen der Voraussetzungen einer bedingten Strafe und ein geringes Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung.

#### A. Leistung einer Wiedergutmachung

##### I. Ausgleich der verursachten Ungerechtigkeit

Wiedergutmachung zielt auf den Ausgleich verursachter Ungerechtigkeit<sup>34</sup>. In diesem Sinne steigen die Anforderungen an die Bemühungen des Beschuldigten mit der Schwere der erwarteten Strafe<sup>35</sup>. Es gilt vor diesem Hintergrund jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob das Verhalten des Täters nach der Tat einen Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch legitimiert<sup>36</sup>. Das Ideal bildet dabei voller Schadenersatz bzw. die integrale Neutralisierung der negativen Auswirkungen der Tat<sup>37</sup>, ein Ideal von welchem es aber im Sinne der Rechtsgleichheit fallweise ein Stück weit abzuweichen gilt<sup>38</sup>.

##### II. Wiedergutmachung als persönliche Leistung

Wiedergutmachung ist stets durch die Person des Beschuldigten selbst zu leisten<sup>39</sup>, gefordert ist seine

«aktive soziale Leistung»<sup>40</sup>. Nur eine Leistung des Beschuldigten selbst vermag die Aussöhnung zwischen Täter und Opfer zu fördern, Rechtsfrieden zu stiften und das Strafbedürfnis zu mindern<sup>41</sup>. Hier zeigt sich ein augenfälliger Unterschied zum zivilen Schadensausgleichsrecht, welches grundsätzlich nicht auf die Person des Leistenden abstellt<sup>42</sup>. Irrelevant ist, ob die Leistung der Wiedergutmachung intrinsisch motiviert oder etwa auf Veranlassung des Geschädigten oder Dritter hin erfolgt<sup>43</sup>.

### III. Schadensdeckung

Der Regelfall der Wiedergutmachungsleistung bildet nach Art. 53 StGB die Leistung von Schadener-

<sup>27</sup> Siehe etwa GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, 47 f. und BOMMER (Fn. 24) 172 f. für den fraglich bleibt, ob sich die Wiedergutmachung «in das Prokrustesbett der Präventionszwecke» (Ders., 173 mit Fn. 9) stecken lässt.

<sup>28</sup> Siehe unten bei 2. Teil: C.

<sup>29</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

<sup>30</sup> Dazu PIETH (Fn. 22) 39 sowie Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005, 1131 f.

<sup>31</sup> Zu Art. 53 StGB als Spielart des Opportunitätsprinzips BGE 137 I 16 20, ANGST/MAURER (Fn. 25) 302 sowie DANIEL JOSITSCH, Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGB neu und prozessrechtliche Umsetzung, SJZ 100/2004, 2 f.

<sup>32</sup> EXQUIS (Fn. 25) 312; KANYAR (Fn. 14) 220.

<sup>33</sup> ANGST/MAURER (Fn. 25) 304.

<sup>34</sup> Siehe schon oben im 1. Teil: A.

<sup>35</sup> Siehe nur BGE 135 IV 12 22.

<sup>36</sup> FIOKA/RIEDO (Fn. 17) Art. 8 Rz. 33 sowie RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 23.

<sup>37</sup> RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 23.

<sup>38</sup> Siehe unten im 2. Teil: A.V.

<sup>39</sup> FIOKA/RIEDO (Fn. 17) Art. 8 Rz. 33.

<sup>40</sup> BGE 136 IV 41 42.

<sup>41</sup> Botschaft (Fn. 15) 2065; RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 18. Liegt eine Wiedergutmachungsleistung durch einen Dritten vor, muss sich der Beschuldigte gegenüber diesem deshalb seinerseits zu einer ausgleichenden Leistung verpflichten (SCHENK [Fn. 21] Rz. 12).

<sup>42</sup> Siehe nur INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, Rz. 7.28 ff.

<sup>43</sup> STRATENWERTH (Fn. 26) § 7 Rz. 11 in fine sowie Botschaft (Fn. 15) 2066. Zur davon zu unterscheidenden Frage, ob die Wiedergutmachung auch von der Reue des Beschuldigten getragen werden muss, unten beim 2. Teil: D. I.

satz unter Einschluss von Genugtuung<sup>44</sup>. Für die Schadenersatzbemessung ist nach den zivilrechtlichen Regeln vorzugehen, weshalb die Grösse des Verschuldens und allfälliges Selbstverschulden des Geschädigten nach Art. 43 f. OR die Höhe der Wiedergutmachungszahlung mitbestimmen<sup>45</sup>.

#### IV. Nichtpekuniäre Formen der Wiedergutmachung

In Fällen, in welchen kein materieller Schaden vorliegt (bspw. bei einem Versuch oder bei Gefährdungsdelikten), erlaubt Art. 53 StGB über die Vornahme aller zumutbarer Anstrengungen zur Unrechtsausgleichung auch Wiedergutmachungsleistungen nichtpekuniärer Natur. Dabei reicht das Spektrum von Arbeitsleistungen bis hin zu anderweitigen Bemühungen wie insbesondere einer Entschuldigung oder weiteren symbolischen Handlungen<sup>46</sup>.

#### V. Zumutbare Anstrengungen zum Ausgleich des bewirkten Unrechts

##### 1. Verzicht auf volle Schadensdeckung bei zumutbaren Anstrengungen als Absage an eine «Klassenjustiz»

Ist dem Beschuldigten die volle Schadensdeckung aus finanziellen Gründen nicht möglich, schliesst ihn das von der Möglichkeit der Wiedergutmachung nicht aus. Das Gesetz lässt für diesen Fall ausdrücklich genügen, dass er alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen<sup>47</sup>. Auch eine Teilzahlung, insbesondere in Verbindung mit nicht geldwerten Wiedergutmachungsleistungen, kann vor diesem Hintergrund eine Strafbefreiung nach Art. 53 StGB begründen<sup>48</sup>. Der populäre Vorwurf, der Strafbefreiungsgrund der Wiedergutmachung begründe eine rechtsungleiche Privilegierung der vermögenden Täterschaft<sup>49</sup>, eine eigentliche «Klassenjustiz»<sup>50</sup>, lässt sich damit, zumindest dem Grundsatz nach, nicht halten<sup>51</sup>.

##### 2. Zur Problematik hoher Schranken für zumutbare Anstrengungen

Der Entscheid, ob ein Beschuldigter alle zumutbaren Wiedergutmachungsanstrengungen unternommen hat, ist von den Strafverfolgungsbehörden im Lichte aller Umstände, insbesondere auch der Schuld und der finanziellen Verhältnisse, zu treffen<sup>52</sup>. Dabei kommt den Strafverfolgungsbehörden ein weiter Ermessensspielraum zu<sup>53</sup>. Die in der Lehre in diesem Zusammenhang erhobene Forderung nach hohen Schranken für die Bejahung von durch den Beschuldigten vorgenommenen zumutbaren Ausgleichsleistungen<sup>54</sup> deckt sich wohl mit dem durch die Wiedergutmachung intendierten Opferschutz, schafft aber quasi durch die Hintertür wieder die latente Gefahr einer Privilegierung begüterter Straftäter. Denn anders als Geldstrafen oder Bussen, die für ihre Höhe die finanziellen Verhältnisse der Täter mitberücksichtigen und damit unter ihnen im Sinne der Rechtsgleichheit eine gewisse «Opfergleichheit» herstellen<sup>55</sup>, wird die Höhe der finanziellen Leistung im Rahmen von Art. 53 StGB durch den verursachten Schaden begrenzt und bleiben die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten, welcher zur vollen Schadensdeckung fähig ist, unberücksichtigt. Einen vermögenden

44 RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 9.

45 SCHENK (Fn. 21) Rz. 23.

46 RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 14 ff. Nach ANGST/MAURER hat sich im Fall von Delikten gegen kollektive Rechtsgüter die Art der Wiedergutmachungsleistung am verletzten Rechtsgut zu orientieren. Allgemeine Leistungen für einen ideellen Zweck oder zugunsten der Allgemeinheit sollen nicht genügen (Dies., Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung, forum-poenale 6/2008, 374 ff.). Kritisch dazu RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 17.

47 Botschaft (Fn. 15) 2065 f.; RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 11; SCHENK (Fn. 21) Rz. 25 f. sowie WIPRÄCHTIGER (Fn. 15) 427.

48 RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 12 f. und 24 sowie SCHENK (Fn. 21) Rz. 18.

49 Er hat die Wiedergutmachung auch in der schweizerischen Diskussion von Beginn weg begleitet (RIKLIN [Fn. 14] Art. 53 Rz. 4).

50 Dazu oben in der Einleitung.

51 So auch FRANZ RIKLIN, «Vom behaupteten Unsinn der Wiedergutmachung», plädoyer 1/11, 24.

52 Botschaft (Fn. 15) 2066.

53 STRATENWERTH (Fn. 26) 238.

54 Siehe etwa RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 12 sowie SCHENK (Fn. 21) Rz. 27.

55 Siehe Art. 34 StGB bzw. Art. 106 StGB.

Straftäter kann die Leistung von Wiedergutmachung vor diesem Hintergrund weit weniger stark treffen als einen nicht vermögenden Täter. Die Rechtsgleichheit fordert deshalb, im Gegensatz zum Opferschutz, dass an die Leistung von Wiedergutmachung durch zumutbare Anstrengungen nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Es öffnet sich ein Spannungsfeld, das in der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion der Wiedergutmachung soweit ersichtlich noch nicht thematisiert worden ist.

### B. Möglichkeit der Ausfällung einer bedingten Strafe

Neben der Leistung einer Wiedergutmachung fordert Art. 53 lit. a StGB, dass aufgrund einer individuellen, antizipierten Strafzumessung<sup>56</sup> die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nach Art. 42 StGB vorliegen<sup>57</sup>. Damit öffnet sich dem Beschuldigten die Möglichkeit der Wiedergutmachung «bis in den Bereich der mittleren Kriminalität hinein»<sup>58</sup>. Gleichzeitig fingiert das Gesetz mit Art. 53 lit. a StGB bei Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren bzw. kürzeren, bei welchen der bedingte Vollzug nicht gewährt werden kann, den Fortbestand des staatlichen Strafbedürfnisses<sup>59</sup>, welches einer Wiedergutmachung entgegensteht<sup>60</sup>. In diesen Fällen kann ein Schadensausgleich durch den Täter nach Art. 48 lit. d StGB immerhin zu einer Strafmilderung führen<sup>61</sup>.

Die Möglichkeit der Ausfällung einer bedingten Strafe als Voraussetzung für die Strafbefreiung, kann mit dem durch das Institut der Wiedergutmachung intendierten Opferschutz in Konflikt geraten. So entgeht dem Geschädigten etwa bei Ausfällung einer unbedingten Geldstrafe möglicherweise eine Wiedergutmachung, weil der Täter seine bescheidenen finanziellen Möglichkeiten auf die Begleichung der Geldstrafe verwenden muss<sup>62</sup>.

### C. Geringes Strafverfolgungsinteresse der Öffentlichkeit und des Geschädigten

Selbst wenn volle Wiedergutmachung geleistet worden ist und sich die Tat im Rahmen des Art. 53 lit. a StGB bewegt, können einer Wiedergutmachung bzw.

Strafbefreiung nach Art. 53 lit. b StGB immer noch öffentliche und private Interessen entgegenstehen.

#### I. Geringes Strafverfolgungsinteresse der Öffentlichkeit

Die einer Strafbefreiung entgegenstehenden öffentlichen Interessen nach Art. 53 lit. b StGB sind general- und spezialpräventiver Natur<sup>63</sup>. Dabei stehen erstere im Vordergrund, weil spezialpräventive Überlegungen<sup>64</sup> bereits in die vorgängig zu beurteilende Frage, ob eine allfällige Strafe nach Art. 42 StGB bedingt ausgefällt werden kann, zwingend Eingang gefunden haben<sup>65</sup>.

Aus (positiv) generalpräventiver Optik<sup>66</sup> erscheint ein Verzicht auf Strafverfolgung dann legitim, wenn der Beschuldigte seinen Normbruch eingesteht, Wieder-

<sup>56</sup> EXQUIS (Fn. 25) 309 mit Fn. 2.

<sup>57</sup> Übertretungen sind mit Bussen bedroht, die nach Art. 105 Abs. 1 StGB nicht bedingt ausgesprochen werden können. Nichtsdestotrotz muss Art. 53 StGB bei Übertretungen Anwendung finden, ansonsten widersprüchlicherweise Wiedergutmachung nur bei Taten mit schwererem Unrechtsgehalt zugelassen würde (siehe auch SCHENK [Fn. 21] Rz. 31).

<sup>58</sup> So Urteil 6B\_215/2013 vom 27. Januar 2014 E.2.4.

<sup>59</sup> Auch im Fall einer teilbedingten Strafe (Art. 43 StGB) entfällt eine Wiedergutmachung (Urteil 6B\_215/2013 vom 27. Januar E. 2.4). Wird hingegen eine bedingte Strafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse kombiniert, hindert dies die Anwendung von Art. 53 StGB nicht (RIKLIN [Fn. 14] Art. 53 Rz. 25 in fine). Allgemein zu den Voraussetzungen der Ausfällung einer bedingten Strafe nach Art. 42 StGB nur etwa STRATENWERTH (Fn. 26) § 5 12 ff.

<sup>60</sup> BGE 135 IV 12 22.

<sup>61</sup> Zur strittigen Frage, ob auch die Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB entsprechend Art. 48 lit. d StGB aufrichtige tätige Reue voraussetzt, die Stellungnahme unten im 2. Teil: D. I.

<sup>62</sup> Es bleibt dem Geschädigten nur der Weg über Art. 73 StGB (Verwendung zugunsten des Geschädigten). Siehe dazu auch BOMMER (Fn. 24) 173 f. und SCHENK (Fn. 21) Rz. 30.

<sup>63</sup> BGE 135 IV 12 22; FIOLOKA/RIEDO (Fn. 17) Art. 8 Rz. 37 sowie eingehend die Darstellung bei ANGST/MAURER (Fn. 25) 304 ff.

<sup>64</sup> Zu diesen nur etwa SEELMANN (Fn. 24) 25.

<sup>65</sup> FIOLOKA/RIEDO (Fn. 17) Art. 8 Rz. 37; BGE 135 IV 12 23 sowie Urteil 6B\_152/2007 vom 13. Mai 2008 E.5.2.3.

<sup>66</sup> Zur Generalprävention nur etwa SEELMANN (Fn. 24) 25 ff.

gutmachung leistet und in der Folge das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in das Recht hinreichend gefestigt wurde, um auf eine Strafverfolgung zu verzichten<sup>67</sup>. Bei Straftaten gegen Individualrechtsgüter mit einem die Wiedergutmachung annehmenden Verletzten wird dies regelmässig der Fall sein<sup>68</sup>. Bei Straftaten gegen Gemeininteressen ist jeweils 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»<sup>69</sup>. Instrukтив in diesem Zusammenhang etwa das Appellationsgericht Basel-Stadt, das im Fall einer Urkundenfälschung durch Falschetkettierung in einem Warenhaus mit einem vom Täter erstatteten Deliktstrafbetrag von CHF 10.– die Anwendung von Art. 53 StGB unter anderem mit der Begründung versagte, dass aus generalpräventiver Sicht ein öffentliches

Interesse an der Verfolgung der häufigen und für die Gesamtkundschaft preistreibenden Kleinkriminalität in Warenhäusern bestehe<sup>70</sup>. Nicht als öffentliches Interesse im Sinne von Art. 53 lit. b StGB missverstanden werden dürfen demgegenüber etwa das (mediale) Aufsehen, das einer Tat in der Öffentlichkeit zukommt, die Prominenz von Beschuldigten oder Geschädigten, aber auch das Interesse an der Klärung einer spezifischen rechtlichen Fragestellung<sup>71</sup>.

## II. Geringes Strafverfolgungsinteresse des Geschädigten

Ein geringes Strafverfolgungsinteresse des Geschädigten nach Art. 53 lit. b StGB, welches eine Strafbefreiung ermöglicht, liegt dann vor, wenn er die Wiedergutmachung des Beschuldigten akzeptiert bzw. zum Ausdruck bringt, an einer Strafverfolgung nicht mehr interessiert zu sein<sup>72</sup>. Die Zustimmung des Geschädigten zur Strafbefreiung nach Art. 53 StGB wird indes nicht vorausgesetzt<sup>73</sup>. Könnte dieser doch den Strafverzicht aus sachfremden, bspw. rein schikanösen bzw. willkürlichen Motiven verhindern<sup>74</sup>. Der Entscheidung, ob der Beschuldigte ausreichende Wiedergutmachung geleistet hat und damit Strafbefreiung möglich ist, steht damit im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden<sup>75</sup>. Das fehlende Einverständnis des Geschädigten stellt lediglich ein Indiz für ein nicht geringes privates Interesse an der Strafverfolgung dar. Im Einzelfall vermag der Geschädigte jedoch dann ein schützenswertes privates Interesse an der Nichtanwendung von Art. 53 StGB haben, falls die Durchsetzung seiner Ansprüche, insbesondere etwa seiner zivilen Schadenersatzansprüche, die Durchführung eines Strafverfahrens bedingt<sup>76</sup>.

## D. Weitere Voraussetzungen

### I. Tätige Reue als Voraussetzung

Kontrovers diskutiert wird in der Lehre, ob eine Strafbefreiung nach Art. 53 StGB nur unter der Voraussetzung aufrichtiger, tätiger Reue möglich sein soll, wobei die Mehrheit dem Erfordernis ablehnend gegenübersteht und damit etwa auch die Vermeidung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung als Motiv für die Leistung von Wiedergutmachung genügen lassen will. Soweit ersichtlich hat diese Frage durch das Bundesgericht noch keine Klärung erfahren<sup>77</sup>.

<sup>67</sup> BGE 135 IV 12 23; FIOLKA/RIEDO (Fn. 17) Art. 8 Rz. 39 sowie SCHENK (Fn. 21) Rz. 34.

<sup>68</sup> BGE 135 IV 12 23; ANGST/MAURER (Fn. 46) 373 sowie FIOLKA/RIEDO (Fn. 17) Art. 8 Rz. 39. Überzeugend legt das Bundesgericht aber in Urteil 6B\_215/2013 vom 27. Januar 2014 E.2.5 etwa für die Straftat der sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) dar, dass hier eine Strafbefreiung im Einzelfall wohl prinzipiell möglich ist, ein geringes Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung im Sinne von Art. 53 lit. b StGB aber auch bei Vorliegen einer Desinteresseerklärung des Opfers an der Strafverfolgung nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen ist.

<sup>69</sup> BGE 135 IV 12 23 sowie Urteil 6B\_278/2012 vom 16. August 2012 E.1.5.

<sup>70</sup> Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 27.5.2009 E. 5.3. Auch das Bundesgericht verneinte die Anwendung von Art. 53 StGB im Falle mehrerer Falschbeurkundungen mit Verweis auf das öffentliche Interesse an der Vertrauenswürdigkeit von Urkunden (BGE 135 IV 12 27).

<sup>71</sup> Eingehend ANGST/MAURER (Fn. 25) 305 f.

<sup>72</sup> Siehe die Ausführungen in Urteil 6B\_215/2013 vom 27. Januar 2014 E. 2.3 in fine und aus der Lehre STRATENWERTH (Fn. 26) § 7 Rz. 12.

<sup>73</sup> BGE 136 IV 41 42 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die einschlägigen Lehrmeinungen.

<sup>74</sup> STRATENWERTH (Fn. 26) § 7 Rz. 12 und SCHENK (Fn. 21) Rz. 42.

<sup>75</sup> BGE 136 IV 41 43.

<sup>76</sup> Siehe BGE 136 IV 41 43; RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 27 und JOSITSCH (Fn. 31) 5.

<sup>77</sup> STEFAN TRECHSEL/STEFAN KELLER, in: Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 53 Rz. 3 unter Verweis auf Urteil 6B\_152/2007 vom 13. Mai 2008 (siehe dort E.5.2.3).

### 1. Wiedergutmachung erfordert tätige Reue

Wird berücksichtigt, dass bereits der Strafmilderungsgrund nach Art. 48 lit. d StGB neben einer zumutbaren Schadensdeckung eine aufrichtige, tätige Reue des Täters fordert, kann etwas anderes im Rahmen der weitergehenden Strafbefreiung nicht gelten<sup>78</sup>. Der Einwand, dass Art. 48 lit. d StGB die Frage der Strafzumessung regle, Art. 53 StGB hingegen jene der Strafbarkeit<sup>79</sup>, verliert sich in Formalismus. Auch der Hinweis auf die Botschaft, dass die Wiedergutmachung nicht aus eigenem Antrieb erfolgen müsse<sup>80</sup>, geht fehl. Greift der Strafmilderungsgrund der tätigen Reue nach Art. 48 lit. d StGB doch auch dann, wenn die Initiative zum Schadensausgleich nicht vom Täter selbst herrührt<sup>81</sup>. Auch das Argument, dass Art. 53 StGB, anders als Art. 48 lit. d StGB, seinem Wortlaut nach das Erfordernis tätiger Reue bzw. allgemein das Erfordernis einer inneren Abkehr des Täters von der Tat nicht zu entnehmen sei<sup>82</sup>, vermag nicht zu überzeugen. Zum einen ist das grammatikalische Auslegungselement nur ein Element des Auslegungsvorgangs<sup>83</sup>, zum anderen kann dem Randtitel von Art. 53 StGB («Wiedergutmachung») sehr wohl auch die Notwendigkeit einer inneren Abkehr des Täters von der Tat entnommen werden. Impliziert «Wiedergutmachung» im gewöhnlichen Sprachgebrauch doch mehr als etwa «nackter Schadenersatz», der unbestrittenermassen keine Anforderungen an die innere Einstellung des Leistenden stellt<sup>84</sup> und nicht einmal vom Schädiger selbst zu leisten ist<sup>85</sup>. Eine solche Deutung drängt sich gerade im Kontext des Instituts der Wiedergutmachung auf, das seine Legitimation namentlich auch aus einer Verbesserung der Täter-Opfer-Beziehung zieht<sup>86</sup>. Denn diese Beziehung, und damit der öffentliche Friede, wird sich eher verbessern, wenn der Geschädigte beim Leistenden aufrichtige Reue verspürt.

### 2. Akzeptanzgewinn von Art. 53 StGB durch das Erfordernis tätiger Reue

Der Einbezug des Erfordernisses der tätigen Reue in den Voraussetzungskatalog des Art. 53 StGB<sup>87</sup> würde dem Institut der Wiedergutmachung wahrscheinlich viel von der Akzeptanz zurückgeben, welche es aufgrund der eingangs genannten Fälle<sup>88</sup> in der Öffentlichkeit verloren hat. Wirkt dieses Erfordernis doch der (nachvollziehbaren) Abneigung ge-

genüber dem vermögenden Täter entgegen, der ohne Einsicht und persönliche Aufarbeitung seines begangenen Unrechts die Brieftasche zückt, um sich, möglicherweise gar systematisch<sup>89</sup>, von Strafe freizukaufen<sup>90</sup>. Dass die Wiedergutmachung tatsächlich aus echter Reue erfolgt, kann im Einzelfall freilich schwer feststellbar sein<sup>91</sup>. Damit verhält es sich aber im Rahmen des unumstrittenen Strafmilderungsgrunds von Art. 48 lit. d StGB bereits heute nicht anders.

## II. Geständnis als Voraussetzung?

Bevor auf die Frage nach dem Geständnis als Voraussetzung einer Wiedergutmachung eingegangen wird, gilt es darauf hinzuweisen, dass eine solche ohne-

<sup>78</sup> So insbesondere schon früh JOSITSCH (Fn. 31) 8 und im Anschluss WIPRÄCHTIGER (Fn. 15) 426.

<sup>79</sup> In diesem Sinne etwa SCHENK (Fn. 21) Rz. 44.

<sup>80</sup> So SCHENK (Fn. 21) Rz. 45.

<sup>81</sup> Siehe nur HANS WIPRÄCHTIGER/STEFAN KELLER, in: Basler Kommentar Strafrecht I (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger), 3. Aufl., Basel 2013, Art. 48 Rz. 36.

<sup>82</sup> Siehe etwa RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 31 und SCHENK (Fn. 21) Rz. 45.

<sup>83</sup> Dazu nur etwa BGE 114 V 219.

<sup>84</sup> «Der Terminus Wiedergutmachung bleibt nicht nur wegen seiner Unschärfe umstritten, changiert er doch zwischen der Wiedergutmachung eines Schadens und der Wiedergutmachung eines Unrechts.» (Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 12: W–Z, Basel 2004, Stichwort Wiedergutmachung 734).

<sup>85</sup> Dazu bereits oben im 2. Teil: A. II.

<sup>86</sup> Siehe oben im 1. Teil: A.

<sup>87</sup> So unter anderem gefordert in der Motion der Kommission für Rechtsfragen NR vom 10.11.2011, «Für eine vernünftige Revision von Artikel 53 StGB» (GN 11.4041; abgelehnt im SR).

<sup>88</sup> Siehe oben in der Einleitung.

<sup>89</sup> RIKLIN, der das Erfordernis tätiger Reue ablehnt, identifiziert im Falle solcher «Checkbuchtäter» zumindest ein überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 53 lit. b StGB, welches eine Strafverfolgung gebietet (Ders. [Fn. 14] Art. 53 Rz. 29 und Rz. 31). Die schwierige Frage, ab wann jemand als eigentlicher «Checkbuchtäter» zu gelten hat, lässt er aber offen.

<sup>90</sup> Freilich dürfte in dieser Konstellation das Erfordernis des bedingten Strafvollzuges ohnehin nicht gegeben sein (dazu oben im 2. Teil: B).

<sup>91</sup> Auch dies ein verbreiteter Einwand gegen das Erfordernis der tätigen Reue im Rahmen von Art. 53 StGB (siehe etwa RIKLIN [Fn. 14] Art. 53 Rz. 31).

hin nur in Frage kommt, falls, unabhängig vom Vorliegen eines Geständnisses, keine begründeten Zweifel an der Schuld des Beschuldigten bestehen. Das Bundesgericht fordert in diesem Zusammenhang «einen hinreichend geklärten belastenden Sachverhalt»<sup>92</sup>. Nur auf diese Weise kann auch sichergestellt werden, dass das Institut der Wiedergutmachung nicht dazu missbraucht wird, jemanden durch falsche Anschuldigungen zu veranlassen, sich für ein nicht begangenes Delikt quasi «freizukaufen»<sup>93</sup>. Dass die Strafverfolgungsbehörden das Strafverfahren für die Anwendung von Art. 53 StGB ohnehin bis zu einem gewissen Punkt voranzutreiben haben, ergibt sich auch schon daraus, dass sie abzuklären haben, ob das Ausfällen einer bedingten Strafe möglich ist<sup>94</sup>.

Folgt man der vorliegend vertretenen Meinung, dass die Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB tätige Reue voraussetzt, läge der Schluss nahe, jeweils auch ein Geständnis des Täters als Voraussetzung für eine Wiedergutmachung zu fordern. Regelmässig wird die Wiedergutmachung leistende Person denn auch geständig sein<sup>95</sup>. Es ist aber durchaus denkbar, dass der Täter wohl das Unrecht seines Handelns und auch etwa zivilrechtliche Ausgleichsansprüche anerkennt bzw. Wiedergutmachung leisten will, aber die Erfüllung eines Straftatbestandes, insbesondere etwa eines offen formulierten Straftatbestandes wie der Nötigung nach Art. 181 StGB, negiert<sup>96</sup>. Ein fehlendes Geständnis sollte in dieser Konstellation die Anwendung von Art. 53 StGB nicht hindern<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> BGE 137 I 16 20.

<sup>93</sup> Siehe auch RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 43.

<sup>94</sup> Dazu oben im 2. Teil: B.

<sup>95</sup> SCHENK (Fn. 21) Rz. 46.

<sup>96</sup> Entsprechend auch RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 32.

<sup>97</sup> SCHOENMAKERS (Fn. 25) 34 sowie RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 32.

<sup>98</sup> Der Strafbefreiungsgrund nach Art. 53 StGB verlangt bei Vorliegen aller materiellen Voraussetzungen nach obligatorischer Anwendung (siehe nur BOTSCHAFT [Fn. 15] 2066 in fine).

<sup>99</sup> JOSITSCH (Fn. 31) 8; EXQUIS (Fn. 25) 313.

<sup>100</sup> RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 46.

<sup>101</sup> Zum Erfordernis der tätigen Reue oben im 2. Teil: D. I.

<sup>102</sup> BOTSCHAFT (Fn. 15) 2067 f.

<sup>103</sup> WOLFGANG WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) (Hrsg: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich 2010, Art. 8 Rz. 6. Siehe auch Art. 328 StPO.

### 3. Teil: Formelle Aspekte der Wiedergutmachung

Nachdem materielle Aspekte der Wiedergutmachung erläutert worden sind, soll in der Folge skizziert werden, welche formellen Grenzen das Prozessrecht der Wiedergutmachung setzt.

#### A. Keine Beschränkung auf ein Verfahrensstadium

Liegen die materiellen Voraussetzungen einer Wiedergutmachung vor, sieht bzw. muss die zuständige Behörde nach Art. 53 StGB von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung absehen<sup>98</sup>. Daraus erhellt sich in einem ersten Schritt, dass die Wiedergutmachung keiner zeitlichen Beschränkung unterliegt<sup>99</sup>. Der Strafbefreiungsgrund kann also auch noch im fortgeschrittenen Verfahrensstadium, namentlich im Hauptverfahren oder gar im Rechtsmittelverfahren, Anwendung finden<sup>100</sup>. Nach hier vertretener Ansicht ist dann freilich besonders einlässlich zu prüfen, ob der Täter die Wiedergutmachung aus tätiger Reue und nicht aus blossen Opportunitätsüberlegungen zu leisten bereit ist<sup>101</sup>.

#### B. Zuständigkeit

Nach Art. 55 Abs. 2 StGB obliegt es den Kantonen die für die Anwendung des Strafbefreiungsgrundes der Wiedergutmachung zuständigen Organe der Strafrechtspflege zu benennen. Dabei stellt die Formulierung «Organe der Strafrechtspflege» klar, dass der Entscheid über Verzicht auf Strafe bzw. Verfahrenseinstellung nicht der Polizei belassen werden darf<sup>102</sup>. Vor der Anklageerhebung liegt es damit allein an der Staatsanwaltschaft zu entscheiden, ob auf Strafe zu verzichten ist, danach allein am Gericht<sup>103</sup>.

#### C. Prozessuale Handhabung der Wiedergutmachung im Vor- und Hauptverfahren

##### I. Anwendung von Art. 53 StGB im Vorverfahren

###### 1. Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft

Kommt die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren zum Schluss, dass die Voraussetzungen von Art. 53 StGB

gegeben sind, hat sie entsprechend Art. 2 Abs. 2 StPO für einen gesetzmässigen Abschluss des Strafverfahrens besorgt zu sein. Nach Art. 8 Abs. 4 StPO hat sie in diesem Fall zu verfügen, dass kein Verfahren eröffnet wird bzw. ein laufendes Verfahren eingestellt wird. Ersteres hat nach Art. 310 Abs. 1 lit. c StPO mittels einer Nichtanhandnahmeverfügung, letzteres nach Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO mittels einer Einstellungsverfügung zu erfolgen. Diese ergeht im Anschluss an eine Vergleichsverhandlung gemäss Art. 316 Abs. 2 StPO, zu welcher die Staatsanwaltschaft geschädigte und beschuldigte Person zwingend zu laden hat. Gegenstand des Vergleichs kann neben der Schadensdeckung insbesondere auch die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sein<sup>104</sup>.

### 2. *Notwendigkeit der Öffentlichkeit von auf Art. 53 gestützte Einstellungsverfügungen*

In Fällen der Wiedergutmachung wird in einem nicht öffentlich geführten Verfahren von einer Strafverfolgung abgesehen, obwohl bei Fortführung des Verfahrens eine richterliche Verurteilung resultieren könnte. In dieser Konstellation besteht ein spezifisch hohes demokratisches Interesse der Öffentlichkeit über die Gründe der Verfahrenseinstellung informiert zu werden, um den Verdacht eines «Kuhhandels» bzw. der Bevorzugung etwa prominenter Persönlichkeiten zu entkräften<sup>105</sup>. Zutreffend die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates im Zusammenhang mit der Einstellung des Verfahrens im Fall Nef<sup>106</sup>: «(Es) lässt sich aus der Einstellung des Verfahrens gerade nicht folgern, dass am Verfahren nichts dran gewesen sei und dass deshalb auch grundsätzlich kein öffentliches Interesse an der Kenntnis des konkreten Inhalts des Strafverfahrens (...) besteht.»<sup>107</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Anwendung von Art. 30 Abs. 3 BV<sup>108</sup> auf Einstellungsverfügungen, die in Anwendung von Art. 53 StGB ergangen sind, zwingend und vom Bundesgericht auch geschützt worden<sup>109</sup>. Heute anerkennt das Bundesgericht konsequenterweise ohne spezifischen Interessennachweis<sup>110</sup> ein Einsichtsrecht in Einstellungsverfügungen nach Art. 53 StGB, wenn darin ausdrücklich eine Rechtsverletzung bejaht wird, die zu einer Verurteilung hätte führen können<sup>111</sup>.

## II. **Anwendung von Art. 53 StGB im Hauptverfahren**

Erachtet das Gericht im Hauptverfahren die Voraussetzungen von Art. 53 StGB als erfüllt, stellt sich die Frage, ob es gleich der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen kann oder es ein Urteil fällen und den Täter im Falle seiner Schuld von Strafe befreien muss, letztlich also, ob nach Anklageerhebung nur noch Freispruch oder Schuldspruch möglich ist.

### 1. *Bedeutung der Unterscheidung von Verfahrenseinstellung und Schuldspruch mit Strafbefreiung*

Eine Verfahrenseinstellung darf, im Gegensatz zum Schuldspruch, nicht mit einer Schuldfeststellung verbunden werden<sup>112</sup>. Der Beschuldigte kann sich in der

**104** Zur Vergleichsverhandlung nach Art. 316 Abs. 2 StPO einlässlich ANDREAS EIGENMANN, Wo und wie macht der Vergleich wieder gut?, *forumpoenale* 4/2012, 241 ff.

**105** So soll nach FRANZ ZELLER die Gerichtsöffentlichkeit gerade auch Spekulationen darüber ein Ende bereiten, dass bestimmte Personen durch die Justiz eine bevorzugte Behandlung erfahren (Ders., *Gerichtsöffentlichkeit als Quelle der Medienberichterstattung*, *medialex* 2003, 16 f.).

**106** Zu diesem oben in der Einleitung.

**107** Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 28. November 2008 über die Umstände der Ernennung von Roland Nef zum Chef der Armee, *BBl* 2009, 3478.

**108** Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101). Zu den grundlegenden individualrechtlichen und demokratischen Funktionen der Gerichtsöffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV eingehend nur die Darstellung bei JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Die Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008, 964 ff.

**109** BGE 137 I 16; bestätigt im Urteil 1B\_68/2012 vom 3. Juli 2012.

**110** Von der Frage eines spezifischen Interessennachweises ist zu trennen, ob die Einsicht im Einzelfall durch überwiegende private oder öffentliche Interessen eingeschränkt werden kann (dazu die Ausführungen in BGE 137 I 16 22).

**111** Das Gericht stützt diesen Anspruch nun unmittelbar auf die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 3 BV. Siehe dazu das Urteil 1B\_68/2012 E.3.4. Für das ebenfalls nicht öffentlich geführte Strafbefehlsverfahren kompensiert die StPO in Art. 69 Abs. 2 die fehlende Entscheidöffentlichkeit ausdrücklich mittels eines Einsichtsrechts, welches, entgegen dem Wortlaut, nicht an einen spezifischen Interessennachweis gebunden ist (BOTSCHAFT [Fn. 30] 1152).

**112** BGE 137 I 16 20. Insofern erscheint die Verwendung des Begriffs «Täter» in Art. 53 StGB unglücklich.

Folge auch nach der Verfahrenseinstellung unbeschränkt auf die Unschuldsvermutung berufen<sup>113</sup>. Konsequenz ist unter anderem, dass dem Beschuldigten, unter Vorbehalt «prozessualen Verschuldens» nach Art. 426 Abs. 2 StPO<sup>114</sup>, keine Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen<sup>115</sup>. Das «prozessuale Verschulden» dürfte bei einer Einstellung aufgrund von Art. 53 StGB jedoch gerade regelmässig zu bejahen sein<sup>116</sup>. Insoweit zeitigt die Fortwirkung der Unschuldsvermutung diesbezüglich keine praktischen Konsequenzen. Auch für die Eintragung im Strafregister spielt die Unterscheidung zwischen Einstellung und Schuldspruch mit Strafbefreiung gemäss Art. 366 Abs. 2 lit. a StGB bzw. Art. 9 lit. b VOSTRA-Ver.<sup>117</sup> keine Rolle.

## 2. Keine Verfahrenseinstellung im Hauptverfahren

Das Bundesgericht hat sich in einem jüngeren Entscheid<sup>118</sup> einlässlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob auch das Gericht im Hauptverfahren aufgrund von Art. 53 StGB eine Verfahrenseinstellung verfügen kann. Nach einer ausführlichen, vorrangig systematischen Auslegung von Art. 8 StPO und Art. 52 ff. StGB<sup>119</sup> gelangt es zum Schluss, dass dem Gericht diese Möglichkeit nicht offen steht und folglich nur ein Schuldspruch unter Verzicht auf Strafe möglich

bleibt<sup>120</sup>. Damit stellt sich das Gericht gegen die herrschende Lehre, welche, namentlich gestützt auf den Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 StPO, die gegenteilige Ansicht vertritt<sup>121</sup>.

## 4. Teil: Schlussbemerkungen

Die Auseinandersetzung mit dem Strafbefreiungsgrund der Wiedergutmachung hat gezeigt, dass die einleitend geschilderte, medial und politisch geschürte Aufregung rund um eine angebliche «Klassenjustiz» unbegründet ist. Auch sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass die Gefahr der Privilegierung reicher Täter heute wohl eher von den Antragsdelikten ausgeht, denn von Art. 53 StGB. Kann doch ein vermögender Täter den Antragssteller mit einer hohen Summe eher zum Antragsrückzug bewegen als ein armer Täter.

Die Wiedergutmachung verdient als neues, dem Opferschutz verpflichtetes Institut eine echte Bewährungsprobe. Es stellt sich aber die Frage, wie das möglich sein soll, wenn es dazu bis anhin (fast) keine Gelegenheit erhalten hat. So wurden etwa im Kanton Zürich seit Inkrafttreten von Art. 53 StGB am 1. Januar 2007 nur jeweils zehn Strafverfahren pro Jahr durch eine Wiedergutmachung erledigt<sup>122</sup>. In Basel-Stadt waren es bis heute insgesamt gerade einmal drei<sup>123</sup>. Diese geringen Zahlen erstaunen. Beschlägt ihr Anwendungsbereich doch auch die leichte Kriminalität<sup>124</sup>, was die überwiegende Zahl der Strafverfahren betrifft. Der Schluss liegt nahe, dass die Staatsanwaltschaften in vielen Fällen aus praktischen Überlegungen auf das Strafbefehlsverfahren ausweichen<sup>125</sup>, um sich eine aufwendige Vergleichsverhandlung zu sparen. Nicht zu hoffen ist, dass Art. 53 StGB bisher aus ideologischen Gründen, dem Festhalten am Dogma, dass Rechtsfriede Strafe bedingt, als systemwidrig empfunden worden und deshalb praktisch bedeutungslos geblieben ist. Art. 316 Abs. 2 StPO verpflichtet die Staatsanwaltschaften nun seit dem 1. Januar 2011 eine Vergleichsverhandlung durchzuführen, falls eine Wiedergutmachung in Frage kommt. Ob dies der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB ihre wünschenswerten und vom Gesetzgeber gewollte, praktische Bewährungsprobe verschafft, wird sich weisen.

**113** RIKLIN (Fn. 23) Vor Art. 52–55 Rz. 31 und Rz. 37.

**114** Siehe dazu nur PIETH (Fn. 22) 244 f.

**115** THOMAS DOMEISEN, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (Hrsg.: Niggli/Heer/Wiprächtiger), Basel 2010, Art. 426 Rz. 8.

**116** Siehe auch RIKLIN (Fn. 14) Art. 53 Rz. 50.

**117** Verordnung über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung) vom 29. September 2006 (SR 331).

**118** BGE 139 IV 220.

**119** Siehe BGE 139 IV 220 223 ff.

**120** BGE 139 IV 220 227.

**121** Siehe nur etwa SCHENK (Fn. 21) Rz. 58 mit weiteren Hinweisen auf die Lehrmeinungen.

**122** So die Stellungnahme des Bundesrates vom 1.2.2012 auf GN 11.4041 (siehe oben in Fn. 12).

**123** Ein Vermögensdelikt im Jahr 2009, eine einfache Körperverletzung im Jahr 2010 und ein Vermögensdelikt im Jahr 2013 (Auskunft der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 4. April 2014).

**124** Siehe oben im 2. Teil: B.

**125** Siehe Art. 352 ff. StPO.