

**Die Desinteresse-Erklärung
der geschädigten Person im Strafverfahren**

DISSERTATION
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Esther Blattner

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Marc Thommen
und
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 21. Oktober 2015

Die Dekanin: Prof. Dr. Christine Kaufmann

für
Dominique, Lio & Noa

Dank

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation angenommen und entstand während meiner zweijährigen Tätigkeit als wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut, am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Marc Thommen.

Zum erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit haben zahlreiche Personen beigetragen. Der grösste Dank gebührt meinem Doktorvater und Betreuer, Prof. Dr. Marc Thommen, welcher mir die Gelegenheit bot, diese Arbeit in einem familienfreundlichen Teilzeitpensum zu verfassen; mich stets motivierte und unterstützte, und nicht zuletzt eine äusserst angenehme, kollegiale Teamatmosphäre schuf. Ein herzlicher Dank richtet sich auch an Prof. Dr. Wolfgang Wohlers für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Von ganzem Herzen möchte ich mich auch bei meinen hochgeschätzten Kollegen MA Julia Salomé Richter sowie MLaw Moritz Oehen für das sorgfältige und kritische Lektorat bedanken. Weiter danke ich lic. iur. Benjamin Meier, Dr. iur. Oliver Fritschi sowie lic. iur. Lorenz Garland für die Durchsicht einzelner Teile der Dissertation. Der Büroalltag und die Arbeit an meiner Dissertation wäre ohne die folgenden Personen bedeutend weniger spassig gewesen: Beni, Christina, Erika, Julia, Ivy, Lorenz, Moritz und Silvia. Herzlichen Dank für die unvergessliche gemeinsame Zeit an der Treichlersstrasse.

Viele weitere Personen haben mich an ihrem qualifizierten Fachwissen aus der Praxis teilhaben lassen. Ihnen allen bin ich sehr dankbar für Kritik und Anmerkungen: Dipl. Päd. Hilde Hellbernd, lic. iur. Manuel Kehrl, lic. iur. Cornelia Kranich Schneiter, lic. iur. Hans Maurer, Dr. iur. Goran Mazzucchelli, Heinz Mora, PD Dr. rer. nat. Astrid Rossegger, Prof. Dr. iur. Marianne Schwander sowie lic. iur. Bettina Tanner.

Mein innigster Dank gilt meiner Familie: In Liebe meinem Mann Dominique für die vergangenen gemeinsamen glücklichen 15 Jahre und alle weiteren, die noch folgen; unseren Söhnen Lio und Noa, die mich mit Liebe, Glück und Stolz erfüllen; sowie meinen Eltern Margarita und Klaus und meinen Schwiegereltern Conny und Christoph für den tatkräftigen Rückhalt in allen Dingen.

Zürich, im Oktober 2015, ESTHER BLATTNER

Inhaltsübersicht

Dank	III
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVIII
Materialienverzeichnis	XXXIII
Einleitung	1
I. Thematik und Ziel der Untersuchung	1
II. Gang der Untersuchung	2
1. Erster Teil	2
2. Zweiter Teil	4
Erster Teil: Arten von Desinteresse-Erklärungen	7
I. Desinteresse-Erklärung betreffend Teilnahme am Strafverfahren	8
1. Konstituierung zur Privatklägerschaft	9
2. Verzicht auf Konstituierung (Art. 120 Abs. 1 StPO)	20
3. Fazit	26
II. Desinteresse-Erklärung betreffend Verfolgung und Bestrafung	29
1. Antragsdelikte	29
2. Offizialdelikte	56
III. Ergebnisse des ersten Teils	127
Zweiter Teil: Desinteresse-Erklärungen bei Offizialdelikten	131
I. Gültigkeit der Desinteresse-Erklärung	134
1. Rechtsfigur der Desinteresse-Erklärung	134
2. Voraussetzungen der Desinteresse-Erklärung	135

3. Fazit	140
II. Dispositionsbefugnis und Opportunität	141
1. Offizial- und Legalitätsprinzip	141
2. Opportunitätsprinzip	149
3. Fazit	172
III. Desinteresse-Erklärung bei divergierenden öffentlichen Interessen	174
1. Private Verzichtsinteressen	177
2. Öffentliche Strafverfolgungsinteressen	180
3. Interessenabwägung	186
4. Dispositionsbefugnis bei Art. 52 ff. StGB	189
IV. Ergebnisse des zweiten Teils	197
Schlussbetrachtung	201
Stichwortverzeichnis	203

Inhaltsverzeichnis

Dank	III
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVIII
Materialienverzeichnis	XXXIII
Einleitung	1
I. Thematik und Ziel der Untersuchung	1
II. Gang der Untersuchung	2
1. Erster Teil	2
2. Zweiter Teil	4
Erster Teil: Arten von Desinteresse-Erklärungen	7
I. Desinteresse-Erklärung betreffend Teilnahme am Strafverfahren	8
1. Konstituierung zur Privatklägerschaft	9
A. Allgemein	9
a) Begrifflichkeiten	9
i. Geschädigte Person	9
ii. Opfer	10
iii. Privatklägerschaft	11
b) Parteistellung der geschädigten Person	14
B. Folgen der Konstituierung	15
a) Allgemein	16
b) Kostenauflage	16
c) Einvernahme als Auskunftsperson	18
2. Verzicht auf Konstituierung (Art. 120 Abs. 1 StPO)	20
A. Ausgangsfrage	20
B. Rückzug des Strafantrags?	21

C.	Desinteresse-Erklärung in der Praxis	22
a)	BGer 6P.88/2006	22
b)	BGer 6B_978/2013	25
3.	Fazit	26
II.	Desinteresse-Erklärung betreffend Verfolgung und Bestrafung	29
1.	Antragsdelikte	29
A.	Das Antragsdelikt	29
a)	Ratio legis	29
b)	Strafantrag als Prozessvoraussetzung	33
c)	Dispositionsbefugnis der geschädigten Person	36
d)	Vergleich beim Antragsdelikt	37
B.	Verzicht auf Strafantrag (Art. 30 Abs. 5 StGB)	39
a)	Allgemein	39
b)	Zeitpunkt	40
c)	Form	41
d)	Willensmängel	41
e)	Unteilbarkeit	42
f)	Desinteresse-Erklärung in der Praxis	43
g)	Fazit	43
C.	Rückzug des Strafantrags (Art. 33 Abs. 1 StGB)	44
a)	Allgemein	44
b)	Zeitpunkt	45
c)	Form	46
d)	Willensmängel	46
e)	Unteilbarkeit	47
f)	Desinteresse-Erklärung in der Praxis	48
i.	BGE 132 IV 97	49
ii.	BGer 6B_510/2011	50
g)	Fazit	52
D.	Fazit Antragsdelikte	54
2.	Offizialdelikte	56
A.	Das Offizialdelikt	56
a)	Ratio legis	56
b)	Opportunitätsüberlegungen	57
c)	Dispositionsbefugnis der geschädigten Person	58
d)	Vergleich bei Offizialdelikten	60
B.	Fehlendes Strafbedürfnis (Art. 52 StGB)	62
a)	Ratio legis	62

b)	Voraussetzungen	62
c)	Desinteresse-Erklärung in der Praxis	63
d)	Fazit	67
C.	Wiedergutmachung (Art. 53 StGB)	68
a)	Ratio legis	68
b)	Voraussetzungen	73
i.	Geschädigten-Interessen	73
ii.	Öffentliche Interessen	76
iii.	Weitere Voraussetzungen nach Art. 42 StGB	79
c)	Desinteresse-Erklärung in der Praxis	80
i.	BGer 6B_215/2013	80
ii.	BGer 6B_278/2012	82
d)	Fazit	83
D.	Betroffenheit des Täters (Art. 54 StGB)	84
a)	Ratio legis	84
b)	Voraussetzungen	85
c)	Desinteresse-Erklärung in der Praxis	87
d)	Fazit	88
E.	Häusliche Gewalt (Art. 55a StGB)	89
a)	Allgemein	89
i.	Begrifflichkeit	90
ii.	Zahlen und Fakten	91
iii.	Opfer häuslicher Gewalt	94
b)	Ratio legis	96
i.	Gesetzgebungsgeschichte	96
ii.	Offizialisierung zum Schutz des Opfers	99
iii.	Desinteresse-Erklärung zum Schutz des Opfers?	101
c)	Voraussetzungen	105
i.	Sachlicher Anwendungsbereich	105
ii.	Persönlicher Anwendungsbereich	106
iii.	Opferwille	108
iv.	Formelle Vorgaben	109
v.	Prozessuale Besonderheiten	110
d)	Desinteresse-Erklärung in der Praxis	112
i.	Pflicht oder Recht zur Sistierung?	112
ii.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	113

iii.	EGMR-Rechtsprechung	115
e)	Lehrmeinungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung	116
i.	Kritik	116
ii.	Lösungsansätze	118
f)	Notwendigkeit der Streichung von Art. 55a StGB	120
g)	Fazit	123
F.	Fazit Officialdelikte	124
III.	Ergebnisse des ersten Teils	127
Zweiter Teil: Desinteresse-Erklärungen bei Officialdelikten		131
I.	Gültigkeit der Desinteresse-Erklärung	134
1.	Rechtsfigur der Desinteresse-Erklärung	134
2.	Voraussetzungen der Desinteresse-Erklärung	135
A.	Verzichtssubjekt	135
B.	Bildung des Verzichtswillens	135
C.	Formelle Voraussetzungen	137
D.	Dispositionsbefugnis	138
3.	Fazit	140
II.	Dispositionsbefugnis und Opportunität	141
1.	Official- und Legalitätsprinzip	141
A.	Legalitätsprinzip	142
a)	Allgemein	142
b)	Ratio legis	144
B.	Officialprinzip	144
C.	Ausnahmen	145
a)	Geringe Anzeigequote	146
b)	Antrags- und Ermächtigungsdelikte	147
c)	Abgekürzte Verfahren	148
2.	Opportunitätsprinzip	149
A.	Verhältnis zum Legalitätsprinzip	151
B.	Ratio legis	152
C.	Gemässiges Opportunitätsprinzip (Art. 8 StPO)	155
a)	Gesetzliche Vorgaben	156
i.	Regelung im materiellen Strafrecht (Art. 8 Abs. 1 StPO)	156

ii.	Bedeutungslosigkeit der Strafverfolgung oder Auslandsbezug (Art. 8 Abs. 2 und 3 StPO)	157
b)	Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips	159
i.	Vorverfahren	159
ii.	Hauptverfahren	162
D.	Faktisches Opportunitätsprinzip	166
E.	Dispositionsbefugnis im Bereich gemässiger Opportunität	169
3.	Fazit	172
III.	Desinteresse-Erklärung bei divergierenden öffentlichen Interessen	174
1.	Private Verzichtsinteressen	177
A.	Schutz der geschädigten Person	177
B.	Erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich	179
2.	Öffentliche Strafverfolgungsinteressen	180
A.	Klassische Strafzwecke	182
a)	Absolute Straftheorie	183
b)	Relative Straftheorie	183
B.	Strafzweck Täter-Opfer-Ausgleich	184
3.	Interessenabwägung	186
4.	Dispositionsbefugnis bei Art. 52 ff. StGB	189
A.	Art. 52 StGB (Fehlendes Strafbedürfnis)	189
B.	Art. 53 StGB (Wiedergutmachung)	191
C.	Art. 54 StGB (Betroffenheit des Täters)	193
D.	Art. 55a StGB (Häusliche Gewalt)	194
IV.	Ergebnisse des zweiten Teils	197
	Schlussbetrachtung	201
	Stichwortverzeichnis	203

Abkürzungsverzeichnis

a.	auch
a.A.	anderer Ansicht
AB ... N	Amtliches Bulletin, Nationalrat
AB ... S	Amtliches Bulletin, Ständerat
Abs.	Absatz
AG	Aargau
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des (schweizerischen) Bundesrechts
aStGB	alte Fassung des StGB, SR 311.0
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
Bericht ...	(siehe Materialienverzeichnis)
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne/Luzern)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGer	(nicht amtlich publizierter Entscheid des) Bundesgericht(s)
BGZ	Bezirksgericht Zürich
BIP	Berner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt
Botschaft ...	(siehe Materialienverzeichnis)
BR	Bundesrat/Bundesrätin
BSK	Basler Kommentare (Helbing Lichtenhahn, Basel)
BSK BGG	NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX, PETER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.): Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011

Abkürzungsverzeichnis

BSK StGB I	NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.): Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013
BSK StGB II	NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.): Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013
BSK StPO	NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/HEER, MARIANNE/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.): Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014
BstGer	Bundesstrafgericht
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CR CP I	ROTH, ROBERT/MOREILLON, LAURENT (Hrsg.): Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Basel 2009
CR CPP	KUHN, ANDRÉ/JEANNERET, YVAN (Hrsg.): Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011
ders. M.	derselben Meinung
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
D-StGB	Deutsches Strafgesetzbuch vom 15.5.1871
E.	Entwurf / Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; abgeschlossen in Rom am

	4. November 1950; in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101)
et al.	et alii = und weitere
f./ff.	folgende (Seite/n)
fampra	Praxis des Familienrechts, Bern
Fn.	Fussnote
fp	forumpoenale, Bern
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg
GSG	Gewaltschutzgesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006 (LS ZH 351)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
i.S.v.	im Sinne von
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 (SR 311.1)
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (SR 312.1)
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
KassH	Kassationshof
krit.	kritisch
Kt.	Kanton
lit.	litera
LS ZH	Zürcher Loseblattsammlung, Zürcher Gesetzessammlung
MstG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.	oben

Abkürzungsverzeichnis

OHG	Bundesgesetz über die Hilfe von Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (SR 312.5)
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (SR 211.231)
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
PK-StGB	TRECHSEL, STEFAN/PIETH, MARK: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012
PK-StPO	SCHMID, NIKLAUS: Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013
Pra	Die Praxis: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, Basel
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern
RK-NR	Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates
RZ	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SH	Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StPO/SH-1986	Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 15. Dezember 1986
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StR	Ständerat/Ständerätin
StA	Staatsanwaltschaft

u.	und
u.a.	unter anderem
v.	von/vom
v.a.	vor allem
VE ...	Vorentwurf (siehe Materialienverzeichnis)
vgl.	vergleiche
VOSTRA	Verordnung über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung, SR 331)
WOSTA	Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren vom 1. Oktober 2014
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift der bernischen Juristenvereins, Bern
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
ZHK-StGB	DONATSCH, ANDREAS (Hrsg.)/FLACHSMANN, STEFAN/HUG, MARKUS/ MAURER, HANS/RIESENKUPPER, MARCEL/WEDER, ULRICH: Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, 19. Aufl., Zürich 2013
ZHK-StPO	DONATSCH, ANDREAS/HANSJAKOB, THOMAS/LIEBER, VIKTOR (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2014
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZStrR/RPS	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern; Revue Pénale Suisse, Berne, Rivista Penale Svizzera, Berna

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden mit dem Namen des Verfassers/der Verfasser und der betreffenden Seitenzahl bzw. Randziffer oder Randnote zitiert. Zeitschriftenartikel und Beiträge in Kommentaren werden unter Angabe der abgekürzten Fundstelle genannt. Bei mehreren Publikationen desselben Autors wird ein präzisierender Zusatz verwendet. Bei Dissertationen und Habilitationen werden nur vom Abnahmeort und -Jahr abweichende Publikationsorte und Jahre ausgewiesen. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand vom 31. Juli 2015.

AEBERSOLD, PETER: Ist das Ziel der (Re-)Sozialisierung noch zeitgemäss?, in: QUELOZ, NICOLAS ET AL. (Hrsg.): Ist das Ziel der Resozialisierung noch zeitgemäss? : Beiträge und Dokumentation der 6. Freiburger Strafvollzugstage (November 2008), Bern 2009, 17-36 (zit. AEBERSOLD)

ALBRECHT, PETER: Brauchen wir „Schnellrichter“ in der Strafjustiz?, in: AJP 2004, Heft 8, 899-903 (zit. ALBRECHT, AJP 2004)

AMELUNG, KNUT: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes : Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin 1981 (zit. AMELUNG)

ANGST, RAINER/MAURER, HANS:

- Das „*Interesse der Öffentlichkeit*“ gemäss Art. 53 lit. b StGB - Versuch einer Konkretisierung (Teil 2), in: forumpoenale 2008, Heft 6, 373-377 (zit. ANGST/MAURER, fp 2008)
- Das „*Interesse der Öffentlichkeit*“ gemäss Art. 53 lit. b StGB - Versuch einer Konkretisierung (Teil 1), in: forumpoenale 2008, Heft 5, 301-308 (zit. ANGST/MAURER, fp 2008)

ARZT, GUNTHER:

- Gewichtsverlagerungen im System der Kriminalitätskontrolle, in: forumpoenale 2009, Heft 6, 360-364 (zit. ARZT, fp 2009)
- Verfolgungsverzicht und Unterlassung der Nothilfe: Unter besonderer Berücksichtigung des kantonbernischen Rechts, in: ZBJV 127/1991, 445-465 (zit. ARZT, ZBJV 127/1991)

- BALVIG, FLEMMING: Weiss wie Schnee: Die verborgene Wirklichkeit der Kriminalität in der Schweiz. Übersetzung aus dem Dänischen und Englischen von HAGEMANN, OTMAR, Bielefeld, 1990 (zit. BALVIG)
- BAUMGARTNER, ANITA: Entscheidung, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. August 2012, i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X. - 6B_278/2012, in: *forumpoenale* 2013, Heft 1, 4-8 (zit. BAUMGARTNER, fp 2013)
- BERKEMEIER, ANNE: Das Opportunitätsprinzip : Unter Berücksichtigung kantonaler Jugendstrafrechtspflegegesetze (BS, BE, FR, GE, GL, ZH), des Jugendstrafgesetzes und der künftigen eidgenössischen Jugendstrafprozessordnung, Diss. Freiburg 2008, Zürich 2008 (zit. BERKEMEIER)
- BLATTNER, ESTHER: Entscheidung, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 27. Januar 2014 i. S. Y. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich - 6B_215/2013, in: *forumpoenale* 2014, Heft 4, 194-197 (zit. BLATTNER, fp 2014)
- BOMMER, FELIX:
- Bemerkungen zur Wiedergutmachung, in: *forumpoenale* 2008, Heft 3, 171-177 (zit. BOMMER, fp 2008)
 - Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Habil. Luzern 2005, Bern 2006 (zit. BOMMER, Verletztenrechte)
 - Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, in: *ZStrR* 121/2003, 172-194 (zit. BOMMER, *ZStrR* 121/2003)
- BRÄHMER, SUSANNE: Wesen und Funktion des Strafantrags : Eine Studie über Voraussetzungen und Probleme des Verfahrens bei Antragsdelikten, Lübeck 1994 (zit. BRÄHMER)
- BRAUN, ROBERT: Strafprozessuale Absprachen im abgekürzten Verfahren : „*Plea bargaining*“ im Kanton Basel-Landschaft?, Diss. Basel 2003, Liestal 2003 (zit. BRAUN)
- BREGUET, ALINE: La procédure simplifiée dans le CPP : un réel progrès?, in: *Jusletter* 16.03.2009 (zit. BREGUET, *Jusletter* 16.03.2009)
- BRUNNER, ANDREAS/HEIMGARTNER, STEFAN: Es ist gerecht, dass jeder an die Reihe kommt - Gedanken zu Art. 53 StGB, in: *ZSR* 130/2011, 613-626 (zit. BRUNNER/HEIMGARTNER, *ZSR* 130/2011)
- BÜCHLER, ANDREA: Gewalt in Ehe und Partnerschaft : Polizei-, straf- und zivilrechtliche Interventionen am Beispiel des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 1998 (zit. BÜCHLER)

- CAPUS, NADJA: Die geschädigte Person und das Legalitäts- sowie das Opportunitätsprinzip, in: ZStrR 131/2013, 408-425 (zit. CAPUS, ZStrR 131/2013)
- CHEN, ZHUOLI: Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizerischen Strafprozess, Diss. Luzern 2013, Zürich 2014 (zit. CHEN)
- CHRISTEN-ARNOLD, MARGARETHA/STEINER, SILVIA: Opfer und Opferinteressen im Strafverfahren, in: Kriminalistik 59/2005, 448-456 (zit. CHRISTEN-ARNOLD/STEINER, Kriminalistik 59/2005)
- CLERC, FRANÇOIS: Protokoll der 80. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, abgehalten am 7.-9. September 1946 in Neuenburg, in: ZSR 65/1946, 377a-380a (zit. CLERC, ZSR 65/1946)
- COLOMBI, ROBERTO: Häusliche Gewalt - die Offizialisierung im Strafrecht am Beispiel der Stadt Zürich : Eine dogmatische und empirische Studie, Diss. Zürich 2009 (zit. COLOMBI)
- COMTESSE, FRÉDÉRIC-HENRI: Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht, in: ZSR 65/1946, 61a-144a (zit. COMTESSE, ZSR 65/1946)
- DONATSCH, ANDREAS/HANSJAKOB, THOMAS/LIEBER, VIKTOR (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. AUTOR/IN, ZHK-StPO)
- DONATSCH, ANDREAS (Hrsg.)/FLACHSMANN, STEFAN/HUG, MARKUS/MAURER, HANS/RIESEN-KUPPER, MARCEL/WEDER, ULRICH: Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, 19. Aufl., Zürich 2013 (zit. AUTOR/IN, ZHK-StGB)
- DONATSCH, ANDREAS/SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN/WOHLERS, WOLFGANG: Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS)
- DONATSCH, ANDREAS/TAG, BRIGITTE: Strafrecht I : Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013 (zit. DONATSCH/TAG)
- EICKER, ANDREAS:
- Die vielen Gesichter der Privatklägerschaft, Ein Rechtsinstitut zwischen den Eigenschaften als Prozesspartei, Auskunftsperson und Zeuge, in: BOMMER, FELIX/BERTI STEPHEN V. (Hrsg.): Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche : Festgabe zum Schweizeri-

- schen Juristentag 2011 - 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich 2011, 159-178 (zit. EICKER, Privatklägerschaft)
- Die Schweizerische Strafprozessordnung im Überblick - Anknüpfung an Bestehendes, Vereinheitlichung und hohe Regelungsdichte -, in: recht 2010, Heft 6, 189-195 (zit. EICKER, recht 2010)
- EIGENMANN, ANDREAS: Wo und wie macht der Vergleich wieder gut?, in: forumpoenale 2012, Heft 4, 241-246 (zit. EIGENMANN, fp 2012)
- ESER, ALBIN: Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren, Nationale und internationale Tendenzen, in: DORNSEIFER, GERHARD ET AL. (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, 723-747 (zit. ESER)
- EXQUIS, DOMINIQUE: Sinn und Gesinnung: Bemerkungen zu Art. 53 rev. StGB, in: AJP 2005, Heft 3, 309-314 (zit. EXQUIS, AJP 2005)
- FELLER, KLAUS: Häusliche Gewalt als Offizialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte, in: infointerne 26/2005, 36-52 (zit. FELLER, infointerne 26/2005)
- FELTES, THOMAS: Konfliktbereinigung zwischen Täter und Opfer : Institutionalisierung oder Reprivatisierung?, in: JANSEN, HELMUT/KERNER HANS-JÜRGEN (Hrsg.): Verbrechensopfer, Sozialarbeit und Justiz : Das Opfer im Spannungsfeld der Handlungs- und Interessenkonflikte, Bonn 1986, 407-437 (zit. FELTES)
- FINGERHUTH, THOMAS: BGE-Praxis - I/2013, in: forumpoenale 2013, Heft 3, 178-188 (zit. FINGERHUTH, fp 2013)
- FLÜCKIGER, SILVAN: Art. 66^{bis} StGB / Art. 54 f. StGB^{neu} - Betroffenheit durch Tatfolgen : Straftatfolgen als Einstellungsgrund und Strafer-satz?, Diss. Freiburg 2006, Bern 2006 (zit. FLÜCKIGER)
- FLÜKIGER, KARIN: Grundzüge des kontinentaleuropäischen und des angelsächsischen/angloamerikanischen Strafprozessrechts sowie die grössten Unterschiede dieser Rechtssysteme, in: Jusletter 24.06.2013 (zit. FLÜKIGER, Jusletter 24.06.2013)
- GERTH, JULIANE/ROSSEGGER, ASTRID/URBANIÖK, FRANK/ENDRASS, JÉRÔME: Das Ontario Domestic Assault Risk Assessment (ODARA) - Validität und autorisierte deutsche Übersetzung eines Screening-Instruments für Risikobeurteilungen bei Intimpartnergewalt, in: Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie, 82/2014, 616-626 (zit. GERTH ET AL., Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie, 82/2014)

- GILLIOZ, LUCIENNE/DE PUY, JACQUELINE/DUCRET, VÉRONIQUE: Domination et violence envers la femme dans le couple, Lausanne 1997 (zit. GILLIOZ/DE PUY/DUCRET)
- GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE/LAZERGES CHRISTINE: La victime sur la scène pénale en Europe, Paris 2008 (zit. GIUDICELLI-DELAGE/LAZERGES)
- GLESS, SABINE: Verfahrenserledigungen ohne Urteil: Pragmatismus und Gerechtigkeit, in: ZStrR 127/2009, 377-392 (zit. GLESS, ZStrR 127/2009)
- GLOOR, DANIELA/MEIER, HANNA:
- Zahlen und Fakten zum Thema häusliche Gewalt, in: Fachstelle für Gleichstellung, Frauenklinik Maternité, Stadtspital Triemli; Verein Inselhof Triemli (Hrsg.): Häusliche Gewalt erkennen und richtig reagieren. Handbuch für Medizin, Pflege und Beratung, 2. Aufl., Bern 2010, 17-36 (zit. GLOOR/MEIER, Gewalt)
 - Frauen, Gesundheit und Gewalt im sozialen Nahraum: Repräsentativbefragung bei Patientinnen der Maternité Inselhof Triemli, Klinik für Geburtshilfe und Gynäkologie, Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann der Stadt Zürich und Maternité Inselhof Triemli Zürich (Hrsg.), Bern 2004 (zit. GLOOR/MEIER, Nahraum)
- GODENZI, ALBERTO: Gewalt im sozialen Nahraum, Habil. Zürich 1992, 3. Aufl., Basel 1996 (zit. GODENZI)
- GRAWEHR-BUTTY, ARTHUR: Rechtsfragen aus dem Gebiete des Strafantrages unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und italienischen Rechtes, Diss. Freiburg 1959 (zit. GRAWEHR-BUTTY)
- GREBER, FRANZISKA/KRANICH, CORNELIA: Schutz bei häuslicher Gewalt, Kapitel 1, 2 und 9 des Manuals, IST Interventionsstelle gegen Häusliche Gewalt der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich (Hrsg.), Zürich 2011/2012 (zit. GREBER/KRANICH)
- GRUNST, BETTINA: Prozesshandlungen im Strafprozess, Habil. München 2001, Ebelsbach am Main 2002 (zit. GRUNST)
- GUIDON, PATRICK: Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung : Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Beschwerde nach dem Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege, Diss. Bern 2011, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. GUIDON)

- HAUSER, ROBERT: Die Desinteressesmentserklärung des Geschädigten, in: ZStrR 81/1965, 431-434 (zit. HAUSER, ZStrR 81/1965)
- HAUSER, ROBERT/SCHWERI, ERHARD/HARTMANN, KARL: Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005 (zit. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN)
- HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX: Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN)
- HELLBERND, HILDEGARD: Häusliche Gewalt gegen Frauen – Hintergründe und Folgen. Referat an der Tagung Häusliche Gewalt und Gesundheit vom 29. September 2005 an der Paulus-Akademie Zürich, Stadt Zürich, Fachstelle für Gleichstellung (zit. HELLBERND)
- HENSLER, BEAT: Die Alltagsarbeit der Polizei zwischen Legalität und Opportunität, in: forumpoenale 2013, Heft 1, 45-50 (zit. HENSLER, fp 2013)
- HOFSTETTER, DAVID: Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) : Ausgewählte Aspekte, Diss. Zürich 2014 (zit. HOFSTETTER)
- HÖRNLE, TATJANA: Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, in: JZ 19/2006, 950-958 (zit. HÖRNLE, JZ 19/2006)
- HUBER, WALTER: Die allgemeinen Regeln über den Strafantrag im schweizerischen Recht (StGB 28-31), Diss. Zürich 1966, Zürich 1967 (zit. HUBER)
- HUTZLER, DORIS: Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren, Eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelung, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern 2010, Zürich 2010 (zit. HUTZLER)
- JABORNIGG, DANIELA: Die Stellung des Verletzten in den schweizerischen Strafprozessordnungen zwischen Beweismittel und Partei, Diss. Basel 1998, 2001 (zit. JABORNIGG)
- JEANNERET, YVAN: Ordonnance pénale et procédure simplifiée : une autoroute semée d'embûches?, in: Jusletter 13.02.2012 (zit. JEANNERET, Jusletter 13.02.2012)
- JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996 (zit. JESCHECK/WEIGEND)

- JOSITSCH, DANIEL: Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGBneu und prozessrechtliche Umsetzung, SJZ 100/2004, 2-10 (zit. JOSITSCH, SJZ 100/2004)
- JUNG, HEIKE: Die Stellung des Verletzten im Strafprozess, in: ZStW 93 (1981), 1147-1176 (zit. JUNG, ZStW 93)
- KANYAR, ANDRÉ: Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht : Entwicklung eines Modells unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Strafrechts, Diss. Basel 2007, Basel 2008 (zit. KANYAR)
- KERNER, HANS-JÜRGEN: Die Wiedereinsetzung des Opfers als Subjekt, in: JANSEN, HELMUT/KERNER HANS-JÜRGEN (Hrsg.): Verbrechensopfer, Sozialarbeit und Justiz : Das Opfer im Spannungsfeld der Handlungs- und Interessenkonflikte, Bonn 1986, 495-533 (zit. KERNER)
- KILLIAS, MARTIN:
- Nebeneffekte extremer Verjährungsfristen – Ein übersehener Aspekt der Produktsicherheit, in: BÜHLER, THEODOR/KILLIAS, MARTIN (Hrsg.): Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zürich 2013, 53-68 (zit. KILLIAS, Verjährungsfristen)
 - Zweischneidiger Vergewaltigungs-Tatbestand / Scheidung ohne Schuldvorwurf - dafür mit Strafverfahren?, in: NZZ vom 11. Februar 1998 (zit. KILLIAS, NZZ)
 - Les Suisses face au crime : Leurs expériences et attitudes à la lumière des enquêtes suisses de victimisation, Grusch 1989 (zit. KILLIAS, crime)
- KILLIAS, MARTIN/GRAPPENDAAL, MARTIN: Entkriminalisierung des Drogenkonsums oder Einschränkung der Strafverfolgungspflicht?, in: ZStrR 115/1997, 94-109 (zit. KILLIAS/GRAPPENDAAL, ZStrR 115/1997)
- KILLIAS, MARTIN/KUHN, ANDRÉ/AEBI, MARCELO F.: Grundriss der Kriminologie : Eine europäische Perspektive, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. KILLIAS/KUHN/AEBI)
- KILLIAS, MARTIN/KUHN, ANDRÉ/DONGOIS, NATHALIE/AEBI, MARCELO F.: Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009 (zit. KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI)
- KILLIAS, MARTIN/SIMONIN, MATHIEU/DE PUY, JACQUELINE: Violence experienced by women in Switzerland over their lifespan : Results of the

- International Violence against Women Survey (IVAWS), Bern 2005
(zit. KILLIAS/SIMONIN/DE PUY)
- KINDHÄUSER, URS/NEUMANN, ULFRID/PAEFFGEN, HANS-ULLRICH (Hrsg.):
Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. Kommentar
D-StGB)
- KNECHT, STEFAN: Willensmängel bei Prozesshandlungen des Beschuldigten,
Diss. Zürich 1979, Zürich 1980 (zit. KNECHT)
- KUHN, ANDRÉ/JEANNERET, YVAN (Hrsg.): Commentaire romand, Code de
procédure pénale suisse, Basel 2011 (zit. CR CPP)
- KÜHNE, HANS-HEINER: Strafprozessrecht : eine systematische Darstellung
des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 8. Aufl., Hei-
delberg 2010 (zit. KÜHNE)
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Zur Neugestaltung der Sanktionen des Schweizeri-
schen Erwachsenenstrafrechtes, in: ZStrR 117/1999, 234-254
(zit. KUNZ, ZStrR 117/1999)
- LAGLER, MARION: Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz
oder Ausdruck erhöhter Punitivität? Diss. Zürich 2015, zur Publika-
tion vorgesehen (zit. LAGLER)
- MALACRIDA, RALPH: Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 1992
(zit. MALACRIDA)
- MEILI, ADRIAN: Der Rekurs im Strafprozess nach zürcherischem Recht,
Diss. Zürich 1967, Zürich 1968 (zit. MEILI)
- METTLER, CHRISTOPH: Staatsanwaltschaft : Position innerhalb der Gewalt-
entrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation
sowie ein Vorschlag zur Neuordnung, Diss. Freiburg 2000, Basel 2000
(zit. METTLER)
- MEYER-GOSSNER, LUTZ/SCHMITT, BERTRAM: Strafprozessordnung mit Ge-
richtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmun-
gen, 58. Aufl., München 2015 (zit. MEYER-GOSSNER/SCHMITT)
- MÜLLER, PETER: Effektivität und Effizienz in der Strafverfolgung : Ansätze,
Chancen, Risiken, in: ZStrR 116/1998, 273-290 (zit. MÜLLER, ZStrR
116/1998)
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX, PETER/WIPRÄCHTIGER, HANS
(Hrsg.): Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel
2011 (zit. BSK BGG-AUTOR/IN)

NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/HEER, MARIANNE/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.):

- Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-AUTOR/IN)
- Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-AUTOR/IN)

NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.):

- Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-AUTOR/IN)
- Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-AUTOR/IN)

OBERHOLZER, NIKLAUS: Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012 (zit. OBERHOLZER)

OECHSLI, WILHELM: Geschichte der Schweiz im neunzehnten Jahrhundert, Band 2: 1813-1830, Leipzig 1903-1913 (zit. OECHSLI)

PERLER, THOMAS: Auskunftsperson mit Zeugenpflichten? Die prozessuale Stellung der Privatklägerschaft in der Einvernahmesituation gemäss der schweizerischen Strafprozessordnung, Masterarbeit Master of Advanced Studies in Forensics, Luzern 2009 (zit. PERLER)

PFENNINGER, HANS FELIX:

- Probleme des schweizerischen Strafprozessrechts : Ausgewählte Aufsätze, Zürich 1966 (zit. PFENNINGER, Aufsätze)
- Legalität oder Opportunität im Schweizerischen Strafrecht, in: ZStrR 66/1951, 125-157 (zit. PFENNINGER, ZStrR 66/1951)
- Das Materialprinzip des modernen Strafprozessrechts, Habil. Zürich, Bern 1918 (zit. PFENNINGER, Materialprinzip)

PIETH, MARK:

- Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. PIETH, StPO)
- Besondere Strafverfahrensarten: das abgekürzte Verfahren, in: ZStrR 128/2010, 161-172 (zit. PIETH, ZStrR 128/2010)
- Der Beweis Antrag des Beschuldigten im Schweizer Strafrecht, Diss. Basel 1983, 1984 (zit. PIETH, Beweis Antrag)

- QUELOZ, NICOLAS: Représentations et place des personnes victimes dans la justice pénale, in: ZStrR 131/2013, 426-444 (zit. QUELOZ, ZStrR 131/2013)
- RADKE, HENNING/HOHMANN, OLAF (Hrsg.): Strafprozessordnung, Kommentar, München 2011 (zit. Kommentar D-StPO)
- RAE, SARAH-JOY: Tatort Familie - strafrechtliche Delikte im Kreis der Familie und in der Partnerschaft, in: fampra 2009, Heft 3, 579-604 (zit. RAE, fampra 2009)
- RHINOW, RENÉ A./KRÄHENMANN, BEAT: Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung : Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte. Ergänzungsband Basel/Frankfurt a.M. 1990 (zit. RHINOW/KRÄHENMANN)
- RIEDO, CHRISTOF:
- Strafverfolgung um jeden Preis? Bemerkungen zur aktuellen Kontroverse um Art. 55a StGB, in: ZStrR 127/2009, 420-442 (zit. RIEDO, ZStrR 127/2009)
 - Delikte im sozialen Nahraum, Bemerkungen zur Revision betreffend die Strafverfolgung in der Ehe und in der Partnerschaft vom 3. Oktober 2003, in: ZStrR 122/2004, 267-279 (zit. RIEDO, ZStrR 122/2004)
 - Der Strafantrag, Diss. Freiburg 2004, Basel 2004 (zit. RIEDO, Strafantrag)
- RIEDO, CHRISTOF/FIOLKA, GERHARD/NIGGLI, MARCEL ALEXANDER: Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011 (zit. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI)
- RIKLIN, FRANZ:
- StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, StPO-Kommentar)
 - Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I - Verbrechenlehre, 3. Aufl., Zürich 2007 (zit. RIKLIN, AT I)
 - Die Strafprozessrechtsreform in der Schweiz, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2006, Heft 7, 495-514 (zit. RIKLIN, GA 2006)
- ROTHENFLUH, WALTER: Die Dauer des Strafprozesses, in: ZStrR 100/1983, 369 ff. (zit. ROTHENFLUH, ZStrR 100/1983)
- ROTH, ROBERT/MOREILLON, LAURENT (Hrsg.): Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Basel 2009 (zit. CR CP I)

- ROXIN, CLAUDIUS: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006 (zit. ROXIN)
- RUCKSTUHL, NIKLAUS/DITTMANN, VOLKER/ARNOLD, JÖRG: Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011 (zit. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD)
- SCHENK, CÉLINE: Die Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB - Unter Berücksichtigung des Falls Nef, in: Jusletter 24.01.2011 (zit. SCHENK, Jusletter 24.01.2011)
- SCHMID, GABRIELLA: Die Situation von Frauen, die Gewalt in der Partnerschaft erleben, in: Fachstelle für Gleichstellung, Frauenklinik Maternité, Stadtpital Triemli; Verein Inselhof Triemli (Hrsg.): Häusliche Gewalt erkennen und richtig reagieren. Handbuch für Medizin, Pflege und Beratung, 2. Aufl., Bern 2010, 37-52 (zit. SCHMID, Gewalt)
- SCHMID, NIKLAUS:
- Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID, Handbuch StPO)
 - Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. SCHMID, PK-StPO)
 - Strafprozessrecht : Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechts des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Aufl., Zürich 2004 (zit. SCHMID, Strafprozessrecht)
- SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: BOCKELMANN PAUL/GALLAS WILHELM (Hrsg.): Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, 511-524 (zit. SCHMIDHÄUSER)
- SCHMIDT, EBERHARD: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 4. Aufl., Göttingen 1995 (unveränderter Nachdruck der 3. Aufl., Göttingen 1964), (zit. SCHMIDT)
- SCHNEIDER, OTMAR: Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafprozess : (unter besonderer Berücksichtigung des st. gallischen Strafprozessrechts), Diss. Freiburg 1991 (zit. SCHNEIDER)
- SCHÖNKNECHT, SABINE: Das Opportunitätsprinzip im französischen Strafverfahren, Diss. Mainz 1997, Pfaffenweiler 1999 (zit. SCHÖNKNECHT)
- SCHULTZ, HANS: Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989, ZStR 109/1991, 395-416 (zit. SCHULTZ, ZStR 109/1991)

SCHWANDER, MARIANNE:

- Das Opfer im Strafrecht: Aktuelles und potenzielles Opfer zwischen Recht, Psychologie und Politik, Bern 2010 (zit. SCHWANDER, Opfer)
- Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt: Neue Erkenntnisse - neue Instrumente, in: ZStrR 121/2003, 195-215 (zit. SCHWANDER, ZStrR 121/2003)

SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN:

- Ausgehandelte Wahrheit im abgekürzten Strafprozess?, in: RIEDO, CHRISTOF/FIOLKA, GERHARD/GFELLER, DIEGO (Hrsg.): Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli: Von Lemuren, Igel und anderen strafrechtlichen Themen, Basel 2010, 25-41 (zit. SCHWARZENEGGER, Wahrheit)
- Opfermerkmale, Kriminalitätsbelastung und Anzeigeverhalten im Kanton Zürich: Resultate der Zürcher Opferbefragung, in: ZStrR 109/1991, 63-91 (zit. SCHWARZENEGGER, ZStrR 109/1991)

SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN/HUG, MARKUS/JOSITSCH, DANIEL: Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007 (zit. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH)

SEELMANN, KURT:

- Wen schützt das Strafrecht? Interpendenz verschiedener Schutzziele in einem gewachsenen, austarierten System, in: NZZ vom 02. Juni 2009 (Nr. 124), 9 (zit. SEELMANN, NZZ)
- Strafzwecke und Wiedergutmachung, in: BASTIAN, H.D. ET AL. (Hrsg.): Zeitschrift für Evangelische Ethik, 25/1981, 44-55 (zit. SEELMANN, Strafzwecke)

SOLLBERGER, JÜRIG: Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht : Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?, Diss. Bern 1989, Basel 1989 (zit. SOLLBERGER)

STRATENWERTH, GÜNTER:

- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I)
- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. STRATENWERTH, AT II)

SUMMERS, SARAH: Strafbefreiung und Einstellung des Verfahrens: Gedanken zu Art. 52 bis Art. 55a StGB aus der Perspektive des Common Law, in: ZStrR 128/2010, 1-21 (zit. SUMMERS, ZStrR 128/2010)

THOMMEN, MARC:

- Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, in: recht 2014, 264-276 (zit. THOMMEN, recht 2014)
- Kurzer Prozess – Fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Habil. Luzern 2013, Bern/Baden-Baden 2013 (zit. THOMMEN, Prozess)
- Opfermitverantwortung beim Betrug, in: ZstrR 126/2008, 17-40 (zit. THOMMEN, ZstrR 126/2008)

TRECHSEL, STEFAN/PIETH, MARK (Hrsg.): Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. TRECHSEL/PIETH-AUTOR/IN, PK-StGB)

TREYVAUD, DOMINIQUE: *Légalité ou opportunité de la poursuite pénale? : Étude de droit suisse et de droit comparé*, Diss. Lausanne 1961 (zit. TREYVAUD)

VARGHA, JULIUS: *Die Verteidigung in Strafsachen – historisch und dogmatisch dargestellt*, Wien 1879 (zit. VARGHA)

VETTERLI, LUZIA: *Gesetzesbindung im Strafprozess : Zur Geltung von Verwertungsverboten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen*, Diss. Luzern 2010, Zürich 2010 (zit. VETTERLI)

VON CLERIC, GEORG FRANZ: *Das Absehen von Bestrafung wegen Geringfügigkeit der Verletzung*, SJZ 1911, 340-345 (zit. VON CLERIC, SJZ 1911)

WALLER, IRVIN: *Die Auswirkungen von Straftaten auf deren Opfer*, in: JANSEN, HELMUT/KERNER HANS-JÜRGEN (Hrsg.): *Verbrechensopfer, Sozialarbeit und Justiz : Das Opfer im Spannungsfeld der Handlungs- und Interessenkonflikte*, Bonn 1986, 45-81 (zit. WALLER)

WARNKE, CLAUDIUS: *Die vergewaltigte Frau im Gestrüpp einer opferfeindlichen Strafverfolgung*, in: *Das Misstrauen gegen vergewaltigte Frauen : Erfahrungen von Vergewaltigungsoptionen mit Polizei und Justiz. Eine Untersuchung von Polizeibeamten an der Hochschule für öffentliche Verwaltung in Bremen*, red. von BAURMANN, MICHAEL C., Wiesbaden 1986 (zit. WARNKE)

WEBER, CHRISTIAN: *Aktuelle Entwicklungen im Wirtschaftsstrafrecht*, in: Jusletter 23.06.2008 (zit. WEBER, Jusletter 23.06.2008)

WEDER, ULRICH: Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, in: ZStrR 132/2014, 367-382 (zit. WEDER, ZStrR 132/2014)

WEIGEND, THOMAS:

- Das Opfer als Prozesspartei? Bemerkungen zum 2. Opferrechtsreformgesetz 2009, in: DÖLLING, DIETER/MEIER, BERND-DIETER/GÖTTING, BERT/VERREL, TORSTEN (Hrsg.): Verbrechen - Strafe - Resozialisierung, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, Berlin 2010, 947-962 (zit. WEIGEND, Prozesspartei)
- Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, in: ZStW 96, 761-793 (zit. WEIGEND, ZStW 96)
- Deliktsoffer und Strafverfahren, Habil. Freiburg (Breisgau) 1986, Berlin 1989 (zit. WEIGEND, Deliktsoffer)

WEISSENBERGER, PHILIPPE: Die Einwilligung des Verletzten bei Delikten gegen Leib und Leben, Diss. Basel 1996, Bern 1996 (zit. WEISSENBERGER)

WENT, FLORIAAN H.:

- Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren, Diss. Rotterdam u. Zürich 2012, Zürich 2012 (zit. WENT, Opportunitätsprinzip)
- Entscheidung, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 27. November 2008 i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen H. C. und E. A. - 6B_522/2008, BGE 135 IV 27 (gekürzter Abdruck), in: forumpoenale 2009, Heft 4, 196-199 (zit. WENT, fp 2009)

WIPRÄCHTIGER, HANS:

- Die Sanktionen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches - taugliche Instrumente? Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Freiheitsstrafe, bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung - Die Sicht des Bundesgerichts, in: ZStrR 126/2008, 364-390 (zit. WIPRÄCHTIGER, ZStrR 126/2008)
- Revision des Allgemeinen Teils des StGB - Änderungen im Schatten des Sanktionenrechts, Überblick über diverse kleinere Neuerungen * (Art. 1-33, 52-55a, 97-101 und 103-110 nStGB), in: ZStrR 123/2005, 403-437 (zit. WIPRÄCHTIGER, ZStrR 123/2005)

- Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach Artikel 66bis StGB - ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit?, in: ZStrR 121/2003, 141-171 (zit. WIPRÄCHTIGER, ZStrR 121/2003)

WOHLERS, WOLFGANG/WENT, FLORIAN H.: Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion, in: ANDREAS VON HIRSCH/ULFRID NEUMANN/KURT SEELMANN (Hrsg.), Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, 173 ff. (zit. WOHLERS/WENT)

WOHLERS, WOLFGANG:

- „*In dubio pro duriore*“ - zugleich Besprechung von BGer, Urteil v. 11.7.2011, 1B_123/2011= BGE 137 IV 219, in: *forum poenale* 2011, Heft 6, 370-375 (zit. WOHLERS, fp 2011)
- Das Strafverfahren in den Zeiten der „*Eilkrankheit*“, in: NJW 2010, Heft 34, 2470 ff. (zit. WOHLERS, NJW 2010)
- Legalität und Opportunität im teilharmonisierten europäischen Strafverfahren und der Grundsatz *ne bis in idem*, in: HENNING ERNST MÜLLER/GÜNTHER M. SANDER/HELENA VÁLKOVÁ (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, München 2009, 807 ff. (zit. WOHLERS, Opportunität)

ZIMMERLIN, SVEN: Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess : Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 2008 (zit. ZIMMERLIN)

ZODER, ISABEL:

- Polizeilich registrierte häusliche Gewalt, Übersichtspublikation, Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Neuchâtel 2012 (zit. ZODER, Übersichtspublikation)
- Tötungsdelikte in der Partnerschaft, Polizeilich registrierte Fälle 2000-2004, Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Neuchâtel 2008 (zit. ZODER, Tötungsdelikte)

Materialienverzeichnis

Berichte/Statistiken/Weisungen

- Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht 2014, Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Neuchâtel 2015 (zit. PKS 2014)
- Jahresbericht 2014, Kanton Zürich, Oberstaatsanwaltschaft und Staatsanwaltschaften, Zürich 2015 (zit. Bericht OSTA)
- Bericht des Bundesrates zur Motion 09.3059 HEIM „*Eindämmung der häuslichen Gewalt*“ vom 28. Januar 2015 (zit. Bericht BR Motion HEIM)
- BFS Aktuell, Polizeilich registrierte häusliche Gewalt 2009–2013, Neuchâtel, November 2014 (zit. BFS, häusliche Gewalt)
- Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren (WOSTA), Stand 1. Oktober 2014 (zit. WOSTA)
- Informationsblatt 9: Zahlen zu Häuslicher Gewalt in der Schweiz, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau EBG (Hrsg.), Bern, Juli 2014 (zit. EBG, Informationsblatt 9)
- Das Panorama zu „*Kriminalität, Strafrecht*“, Bundesamt für Statistik BFS (Hrsg.), Periode 2014, Bern, Februar 2014 (zit. BFS, Panorama)
- Kosten von Gewalt in Paarbeziehungen, Forschungsbericht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau EBG (Hrsg.), Zürich, November 2013 (zit. EBG, Kosten)
- Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats FEHR 09.3878 „*Mehr Anzeigen, mehr Abschreckung*“ vom 24. September 2009, Februar 2013 (zit. Bericht BR Postulat FEHR)
- Informationsblatt 16: Aktueller Forschungsstand zu Opfern und Tatpersonen häuslicher Gewalt, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau EBG (Hrsg.), Bern, September 2012 (zit. EBG, Informationsblatt 16)
- Berner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt, Runder Tisch, Konzept und Vorschläge zuhanden der Kantonalen Projektorganisation. Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs betreffend 1. Polizeilicher Gewähr-

sam und 2. Polizeiliche Wegweisung/Rückkehrverbot, November 2001/Januar 2002 (zit. BIP)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Justiz, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern, Juni 2001 (zit. Begleitbericht VE StPO)

Botschaften

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft Vereinheitlichung)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979 ff. (zit. Botschaft AT-StGB)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) und zu einem Bundesbeschluss über das Europäische Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten vom 25. April 1990, BBl 1990 II 961 ff. (zit. Botschaft OHG)

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 1009 ff. (zit. Botschaft Sexualstrafrecht)

Gesetzgebungsverfahren

Wortprotokoll Ständerat zur 4. Sitzung der Wintersession 2006 (7. Dezember 2006), zu 05.092, Strafprozessrecht. Vereinheitlichung, AB StR 2006 996 ff. (zit. AB StR 2006)

Wortprotokoll Ständerat zur 13. Sitzung der Herbstsession 2003 (3. Oktober 2003), zu 96.464, Parlamentarische Initiative Gewalt gegen Frauen als Officialdelikt, Revision von Artikel 123 StGB, und zu 96.465, Parlamentarische Initiative Sexuelle Gewalt in der Ehe als Officialdelikt, Revision von Artikel 189 und 190 StGB, Schlussabstimmung, AB StR 2003 1028 ff. (zit. AB StR 2003)

- Wortprotokoll Nationalrat zur 16. Sitzung der Herbstsession 2003 (3. Oktober 2003), zu 96.464, Parlamentarische Initiative Gewalt gegen Frauen als Officialdelikt, Revision von Artikel 123 StGB, und zu 96.465, Parlamentarische Initiative Sexuelle Gewalt in der Ehe als Officialdelikt, Revision von Artikel 189 und 190 StGB, Schlussabstimmung, AB NR 2003 1741 ff. (zit. AB NR 2003)
- Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Februar 2003 zu 96.464, Parlamentarische Initiative Gewalt gegen Frauen als Officialdelikt, Revision von Artikel 123 StGB, und zu 96.465, Parlamentarische Initiative Sexuelle Gewalt in der Ehe als Officialdelikt, Revision von Artikel 189 und 190 StGB, BBl 2003 1937 ff. (zit. Stellungnahme BR 2003, BBl 2003)
- Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 28. Oktober 2002 zu 96.464, Parlamentarische Initiative Gewalt gegen Frauen als Officialdelikt, Revision von Artikel 123 StGB, und zu 96.465, Parlamentarische Initiative Sexuelle Gewalt in der Ehe als Officialdelikt, Revision von Artikel 189 und 190 StGB, BBl 2003 1909 ff. (zit. Bericht RK-NR 2002, BBl 2003)
- Wortprotokoll Nationalrat zur 9. Sitzung der Wintersession 1997 (15. Dezember 1997) zu 96.464, Parlamentarische Initiative Gewalt gegen Frauen als Officialdelikt, Revision von Artikel 123 StGB, und zu 96.465, Parlamentarische Initiative Sexuelle Gewalt in der Ehe als Officialdelikt, Revision von Artikel 189 und 190 StGB, AB NR 1997 2633 ff. (zit. AB NR 1997)

Einleitung

I. Thematik und Ziel der Untersuchung

Im Frühjahr 2010 kam es zwischen dem prominenten 30-jährigen Erben der Jet-Aviation-Dynastie Hirschmann und einer 15-jährigen Jugendlichen zu mehreren einvernehmlichen sexuellen Handlungen. Nachdem die Vorfälle den Behörden zur Kenntnis gelangten, leistete Hirschmann finanziell und symbolisch Wiedergutmachung, worauf die jugendliche Geschädigte und deren Mutter eine „*Desinteresseerklärung an der Strafverfolgung*“ abgaben. Aus generalpräventiven Gründen verneinten indes sämtliche Instanzen die Anwendbarkeit der Wiedergutmachungsbestimmung Art. 53 StGB und sprachen Hirschmann schuldig betreffend sexuelle Nötigung und mehrfache sexuelle Handlungen mit Kindern. Das Bundesgericht bestätigte am 27. Januar 2014 die Nichtanwendbarkeit von Art. 53 StGB.¹

Nur wenn die Verfahrenseinstellung oder Strafbefreiung eines prominenten Beschuldigten aufgrund von Art. 53 StGB zur Diskussion steht² oder der Opferschutz bei häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB³ thematisiert wird, gelangt die Desinteresse-Erklärung in die mediale Berichterstattung. Lehre und Rechtsprechung hingegen befassen sich in erster Linie mit der Desinteresse-Erklärung im Rahmen des Verzichts auf Konstituierung als Privatklägerschaft i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO.⁴ Die Desinteresse-Erklärung hat allerdings weitaus mehr Anwendungsgebiete, auch wenn sie dabei oftmals nicht

¹ BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013, vgl. dazu S. 80 ff.

² Vgl. hierzu auch den Fall Nef, Fn. 263.

³ Z.B. in „*Gewaltopfer geben häufig klein bei*“, Tagesanzeiger online vom 19.11.2013 (<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Gewaltopfer-geben-haeufig-klein-bei/story/18771459>, Stand: 30.06.2015), vgl. dazu S. 89 ff.

⁴ Vgl. dazu S. 20 ff.

als solche bezeichnet wird. Trotz ihrer hohen Praxisrelevanz stellt die Desinteresse-Erklärung damit im Strafverfahren ein nahezu unerforschtes Institut dar.⁵

II. Gang der Untersuchung

1. Erster Teil

Die vorliegende Abhandlung bezweckt deshalb, in einem ersten Teil die verschiedenen Arten von Desinteresse-Erklärungen des Schweizerischen Prozessrechts darzustellen. Ziel dieser Bestandsaufnahme ist es, eine praktikable Vorgehensweise zu entwerfen für den Fall, dass die geschädigte Person im Strafverfahren eine Desinteresse-Erklärung ausspricht.

Dafür ist zunächst nach dem Zeitpunkt der Erklärung zu fragen: Wurde sie vor oder nach der Tat abgegeben? Erfolgt eine Desinteresse-Erklärung vor der Tat, weist diese als „*Einwilligung*“⁶ bekannte Rechtsfigur in der Sache Parallelen zur Desinteresse-Erklärung im Strafverfahren auf: Es handelt sich in beiden Fällen um Erklärungen von (potentiell) Geschädigten, auf die Strafverfolgung und Bestrafung zu verzichten.⁷ Nach herrschender Meinung ist die Einwilligung indes bei den materiell-rechtlichen Rechtfertigungsgründen anzusiedeln, weshalb sie an dieser Stelle nicht weiter zu erörtern

⁵ So bereits HAUSER, ZStrR 81/1965, 431.

⁶ Eine „*empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der sich die betroffene Person bereit erklärt, Beeinträchtigungen in ihre Rechtspositionen durch einen Dritten hinzunehmen*“, CHEN, 10; AMELUNG, 13; wohingegen WEISSENBERGER empfiehlt, anstelle einer einheitlichen Definition den Begriff durch inhaltliche Auseinandersetzung im Einzelfall zu klären, WEISSENBERGER, 22.

⁷ Ähnlich CHEN, 10 f., welche von „*unverkennbarer Verwandtschaft*“ der verfahrensrechtlichen Einwilligung und des Verzichts spricht.

ist.⁸ Relevant für die vorliegende Arbeit sind damit einzig Desinteresse-Erklärungen nach erfolgtem Delikt.

In einem weiteren Schritt ist der Wille der geschädigten Person massgebend: Bekundet diese ihr Desinteresse an der *Teilnahme* am Strafprozess oder an der *Verfolgung* und *Bestrafung* des Täters? Bei einer Desinteresse-Erklärung betreffend die Teilnahme am Strafverfahren handelt es sich um einen Verzicht gemäss Art. 120 Abs. 1 StPO. Dabei wird sich zeigen, dass ein Desinteresse an der Verfahrensteilnahme als Prozesspartei strikte zu trennen ist von einem Desinteresse betreffend die Verfolgung und Bestrafung.⁹

Bezieht sich die Desinteresse-Erklärung auf die Verfolgung und Bestrafung, ist zu unterscheiden, ob die Erklärung im Rahmen eines Antrags- oder Offizialdelikts erfolgte. Während die Desinteresse-Erklärung bei einem Antragsdelikt zwingend zum Verzicht (Art. 30 Abs. 5 StGB) respektive Rückzug (Art. 33 Abs. 1 StGB) des Strafantrags führt¹⁰, findet sie bei den Offizialdelikten im Rahmen der Opportunitätsnormen (Art. 52 ff. StGB) in unterschiedlicher Ausprägung Berücksichtigung¹¹. Eine schematische Darstellung fasst die entsprechenden Erkenntnisse des ersten Teils abschliessend zusammen.¹²

Der Fokus des ersten Teils liegt damit auf den verschiedenen Arten von Desinteresse-Erklärungen im prozessualen Kontext. Sämtliche materiell-rechtlichen Fragestellungen sind von dieser Fragestellung auszuklammern und nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Beiseitezulassen ist deshalb neben der Desinteresse-Erklärung vor der Tat insbesondere die Dis-

⁸ Vgl. zum Lehrstreit betreffend die tatbestandsausschliessende oder rechtfertigende Wirkung der Einwilligung GÖBEL, 66 ff.; ROXIN, § 13 N 11 ff.; WEISSENBERGER, 26 ff. und 46 ff.

⁹ Vgl. S. 26 ff.

¹⁰ Vgl. S. 54 ff.

¹¹ Vgl. S. 124 ff.

¹² Vgl. S. 127 ff.

kussion, inwiefern eine Desinteresse-Erklärung im Rahmen der Strafzumessung (Art. 47 StGB) als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen ist.¹³

2. Zweiter Teil

Im zweiten Teil konzentriert sich die Arbeit auf die Desinteresse-Erklärung bei Offizialdelikten und befasst sich mit der Frage, ob private Interessen im Strafverfahren zu berücksichtigen sind.

Dabei wird sich folgende Vorgehensweise in drei Schritten herauskristallisieren, welche sich auch im Aufbau des zweiten Teils widerspiegelt: Zunächst ist zu prüfen, ob die Desinteresse-Erklärung an sich gültig ist. Massgebend sind hierbei die gesetzlichen Vorgaben an das Verzichtssubjekt, dessen Dispositionsbefugnis und freie und aufgeklärte Willensbildung sowie die Form der Erklärung.¹⁴

Danach ist abzuklären, ob der entsprechende Sachverhalt innerhalb der Grenzen der gemässigten Opportunität liegt: Nur im Rahmen von Art. 8 StPO ist eine Dispositionsbefugnis der geschädigten Person zulässig.¹⁵

Zuletzt ist das Kriterium des öffentlichen Interesses zu beachten: Einzig wenn keine höherrangigen öffentlichen Interessen entgegenstehen, darf das

¹³ Zurückhaltend aufgrund der Systematik des StGB JOSITSCH, SJZ 100/2004, 9 f.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 71 f.; befürwortend im Hinblick auf den Strafzweck des Schuldausgleichs BGer, Urteil vom 28.08.2001, 6S.385/2001, E. 3. c; ebenfalls zustimmend aufgrund der (wiederhergestellten) Täter-Opfer-Beziehung, wofür die Desinteresse-Erklärung ein Indiz sei, OGer ZH, Urteil vom 02.07.2010, SB100146, 9 f.; ebenso OGer ZH, Urteil vom 25.06.2013, SB130009, 16; dazu kritisch BGer, Urteil vom 19.06.2014, 6B_849/2013, E. 1.3.2.

¹⁴ Vgl. S. 134 ff.

¹⁵ Vgl. S. 141 ff.

Strafverfahren mittels Einstellungs- oder Nichtanhandnahmeverfügung durch die Strafverfolgungsbehörden beendet werden.¹⁶

Die Bezugnahme auf die Erkenntnisse des ersten Teils ermöglicht diesbezüglich eine differenzierte Betrachtungsweise der einzelnen Opportunitätsnormen. Diese dreistufige Vorgehensweise wird abschliessend ebenfalls in schematischer Form dargestellt.¹⁷

¹⁶ Vgl. S. 174 ff.

¹⁷ Vgl. S. 197 ff.

Erster Teil: Arten von Desinteresse- Erklärungen

I. Desinteresse-Erklärung betreffend Teilnahme am Strafverfahren

Im folgenden Kapitel sind Wesen und Inhalt der Desinteresse-Erklärung gemäss Art. 120 Abs. 1 StPO darzustellen. Dieser Verzicht lässt nach hier vertretener und nachfolgend darzulegender Ansicht keinen Rückschluss auf ein fehlendes Strafverfolgungs- und Bestrafungsinteresse zu.¹⁸

Spricht die geschädigte Person eine Desinteresse-Erklärung aus, um sich vom Verfahren zu distanzieren, verzichtet sie damit auf ihre Parteirechte im Strafverfahren (Art. 120 Abs. 1 StPO). Ein traumatisiertes Opfer eines Sexualdelikts beispielsweise verzichtet möglicherweise auf seine Stellung als Privatklägerin im Sinne von Art. 120 Abs. 1 StPO, um keine Beteiligungs- und Anfechtungsrechte als Prozesspartei wahrzunehmen. Auch wenn das Opfer nicht umhin kommen wird, als Zeuge einvernommen zu werden, so erhofft es sich damit möglicherweise eine gewisse Abgrenzung von Prozess und Täter. Insbesondere ist das Opfer vor Sekundärviktimsierung zu schützen.¹⁹ Seine Interessen an der Verfolgung und Bestrafung des Täters hingegen sind vom Verzicht auf die Parteirechte nicht tangiert.

¹⁸ Vgl. S. 26 ff.

¹⁹ Sekundärviktimsierung bezeichnet die Schädigung des Opfers durch das Strafverfahren selber, z.B. durch öffentliche Prozesse oder Konfrontationseinvernahmen mit dem Täter, vgl. JABORNIGG, 1 ff., m.w.H.; SCHWANDER, Opfer, 60 ff.; vgl. dazu S. 177 ff.

1. Konstituierung zur Privatklägerschaft

A. Allgemein

a) Begrifflichkeiten

Da die geschädigte Person zur Privatklägerin wird, sobald sie sich dazu konstituiert (Art. 118 Abs. 1 StPO), ist der Unterschied dieser Rechtsfiguren zunächst darzulegen. Eine besondere Verfahrensstellung nimmt die geschädigte Person mit Opfereigenschaft ein. Ebenso ist die Privatklägerschaft von der Privatstrafklägerschaft abzugrenzen, respektive der Zusammenhang zum Begriff der Nebenklägerschaft aufzuzeigen.

i. Geschädigte Person

Die geschädigte Person ist nach Art. 115 Abs. 1 StPO „*die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist*“. Unmittelbarkeit setzt voraus, dass die Person Träger des geschützten, durch das Delikt verletzten Rechtsguts ist.²⁰ Bei Eingriffen in Grundrechte und Grundfreiheiten oder der Auferlegung von Kosten ist unmittelbare Betroffenheit stets zu bejahen.²¹ Bei Straftaten, die keine Individualgüter verletzen, sind nur diejenigen Personen direkt betroffen, „*welche durch die darin umschriebenen Tatbestände in ihren Rechten beeinträchtigt werden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist*“.²²

Ist eine geschädigte Person durch ein Delikt in ihren Rechten unmittelbar betroffen, so stehen ihr gemäss Art. 105 Abs. 2 StPO die ihr „*zur Wahrung ihrer Interessen erforderlichen Verfahrensrechte einer Partei zu*“. Diese

²⁰ BGE 138 IV 258 E. 2.2 und 2.3.

²¹ LIEBER, ZHK-StPO, N 12 ff. zu Art. 105.

²² BGE 138 IV 258, E. 2.3; eine Ausnahme der verlangten unmittelbaren Betroffenheit besteht bei Angehörigen eines Opfers, vgl. Art. 116 Abs. 2 StPO, Art. 117 Abs. 3 i.V.m. Art. 122 Abs. 2 StPO); dazu Fn. 31.

Rechte gliedern sich in defensive Rechte, die den Schutz vor Sekundärviktimisierung²³ zum Inhalt haben, sowie in offensive Rechte mit dem Ziel der Verfolgung und Bestrafung des Täters.²⁴ Damit erhalten die Geschädigten im Gegensatz zu den Parteien nur reduzierte Ansprüche auf offensive Verfahrensrechte. Eines der wichtigsten offensiven Rechte bei unmittelbarer Rechtsgutsverletzung ist der Anspruch auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 107 StPO: Die geschädigte Person nimmt als Subjekt am Verfahren teil und trägt mit ihren Aussagen zur Sachverhaltsaufklärung bei.²⁵ Art. 107 StPO nennt nicht abschliessend einige Teilgehalte des rechtlichen Gehörs, etwa das Recht auf Einsicht in die Prozessakten, die Teilnahme an Verhandlungen oder die Äusserung zur Sache.

ii. *Opfer*

Gemäss Art. 116 Abs. 1 StPO gilt als Opfer „*die geschädigte Person, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist*“ (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 OHG). Wie oben dargelegt, bestimmt sich der Begriff der „*geschädigten Person*“ nach Art. 115 Abs. 1 StPO. Der Opferbegriff in Art. 116 Abs. 1 StPO ist demzufolge enger als derjenige der geschädigten Person. Ein Opfer ist immer auch eine geschädigte Person, letztere ist hingegen nur bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 116 StPO auch ein Opfer. Ausserdem muss ein Opfer naturgemäss eine natürliche Person sein. Es hat sämtliche Beteiligungsrechte der geschädigten Person. Zusätzlich stehen ihm aber spezielle Opferrechte mit defensiver Ausprägung zu (Art. 117 Abs. 1 und 2 StPO,

²³ Vgl. Fn. 19.

²⁴ BOMMER, Verletztenrechte, 10 f.

²⁵ BSK StPO-VEST/HORBER, N 3 zu Art. 107.

Schutz- und Informationsrechte), wobei die Aufzählung in diesem Artikel nicht abschliessend ist.²⁶

Einige Straftaten begründen begriffsnotwendig die Opfereigenschaft durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität, so etwa die schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), die Tötungsdelikte (Art. 111 ff. StGB), sexuelle Nötigung und Vergewaltigung (Art. 189 und Art. 190 StGB), sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB, ausser etwa Art. 187 Ziff. 2 StGB), sowie Raub und räuberische Erpressung (Art. 140 und Art. 156 Abs. 3 StGB). Ausserhalb dieser Tatbestände muss im Einzelfall geprüft werden, wie sich die Straftat auf den Betroffenen ausgewirkt hat: Entscheidend ist, dass die Beeinträchtigung eine gewisse Intensität aufweist.²⁷ Umstritten ist die Auffassung des Bundesgerichts, wonach die individuelle Empfindlichkeit irrelevant sei.²⁸ Folgte man dieser Ansicht, so wäre von einer durchschnittlichen, bei allen Geschädigten gleichsam ausgeprägten Empfindlichkeit auszugehen. Das ist allerdings wenig sachgerecht. Als sinnvoller wird es deshalb erachtet, die subjektive Empfindlichkeit anhand objektiver Kriterien (z.B. die Biographie der geschädigten Person oder ein psychiatrisches Gutachten) zu würdigen.²⁹

iii. *Privatklägerschaft*

Gemäss Art. 118 Abs. 1 StPO ist die Privatklägerschaft „*die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen*“. Als Konstituierung gilt auch der

²⁶ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 3 zu Art. 116; weitere Parteirechte finden sich etwa in Art. 68 Abs. 4 StPO, Art. 173 Abs. 1 lit. d StPO, Art. 314 Abs. 4 StPO, vgl. diesbezüglich BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 4 zu Art. 117.

²⁷ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 11 zu Art. 116.

²⁸ BGE 131 IV 78, E. 1.2 (=Praxis 2005, Nr. 109); a.A. BOMMER, Verletztenrechte, 31 ff., insb. 33, wonach v.a. psychische Beeinträchtigungen eine objektivierte Betrachtung ausschliessen.

²⁹ Ebenso BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 13 u. 15 zu Art. 116.

Strafantrag (Art. 118 Abs. 2 StPO). Es wird aufzuzeigen sein, dass der Rückzug des Strafantrags nicht automatisch zum Verzicht der Privatklägerschaft i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO führt.³⁰

Während geschädigte Person und Opfer ihren Status von Gesetzes wegen erhalten, braucht es für die Konstituierung zur Privatklägerschaft deren ausdrückliche Erklärung. Privatklägerin kann ausserdem nur diejenige geschädigte Person werden, welche Geschädigteneigenschaft i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO aufweist (Art. 118 Abs. 1 StPO). Einzige Ausnahme sind indirekte Opfer i.S.v. Art. 116 Abs. 2 StPO.³¹ Obwohl diese nicht direkt in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt wurden, haben sie die Möglichkeit, sich als Privatkläger zu konstituieren.³² Die Erklärung zur Konstituierung hat bis spätestens zum Abschluss des Vorverfahrens zu erfolgen (Art. 118 Abs. 3 StPO), wobei Art. 119 StPO Form und Inhalt regelt.

Abzugrenzen ist die Privatklägerschaft vom Privatstrafklageverfahren, welches einige kantonale Strafprozessordnungen³³ vor Inkrafttreten der Eidgenössischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 noch kannten: Im Privatstrafklageverfahren hatte die geschädigte Person die Möglichkeit, das Verfahren anstelle der Staatsanwaltschaft (sog. exklusive prinzipale Privatstrafklage) oder nach dem es durch die Staatsanwaltschaft eingestellt bzw. gar nicht erst an Hand genommen wurde (sog. subsidiäre Privatstrafklage), zu

³⁰ Vgl. dazu S. 21 f.

³¹ Als Angehörige des Opfers gelten der Ehegatte bzw. die Ehegattin, Kinder, Eltern sowie „ähnlich nahestehende Personen“, Art. 116 Abs. 2 StPO; dazu BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 8 u. 11 zu Art. 115.

³² Vgl. Art. 117 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 122 Abs. 2 StPO. Dabei ist noch nicht geklärt, ob Opfer-Angehörige lediglich zur Zivilklage, oder auch zur Strafklage zugelassen sind, vgl. BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 21 zu Art. 121.

³³ Z.B. Kt. ZH für Ehrverletzungdelikte, Kt. AG für Antragsdelikte, Begleitbericht VE StPO 2 ff. m.w.H.

führen.³⁴ Die Eidgenössische Strafprozessordnung sieht kein Privatstrafklageverfahren mehr vor.³⁵

Ebenfalls bereits vor Inkrafttreten der Eidgenössischen Strafprozessordnung enthielten einige kantonale Strafprozessordnungen die Regelung, wonach die geschädigte Person sich in irgendeinem Stadium des Verfahrens auf ihre Rechte berufen konnte, wobei ihr lediglich dann Parteistellung zukam, wenn sie dies ausdrücklich erklärte.³⁶ Letztere Variante wurde als Privatklägerschaft bezeichnet und mit der Eidgenössischen Strafprozessordnung gesamtschweizerisch in Art. 118 ff. StPO übernommen.³⁷

Das deutsche Recht verwendet den Begriff der Nebenklage: Gemäss §§ 395-396 D-StPO kann sich das Opfer von Delikten gegen die körperliche Integrität der öffentlichen Klage anschliessen.³⁸ Da sich die geschädigte Person damit im Strafverfahren aktiv neben der Staatsanwaltschaft am Verfahren beteiligt, handelt es sich um nichts anderes als eine Privatklage in Form einer Strafklage, und somit um eine Nebenstrafklage i.S.v. Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO.³⁹ Währenddem die Privatklägerschaft im Schweizer Recht Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen adhäsionsweise mittels Zivilklage gem. Art. 122 f. StPO geltend machen kann, stehen dem Nebenkläger keine Adhäsionsrechte zu: Das deutsche Recht enthält lediglich die Möglichkeit des Opfers, einen Antrag auf ein Adhäsionsverfahren gem. § 403 ff. D-StPO zu stellen, in welchem Rahmen zivilrechtliche Forderungen zu behandeln sind.⁴⁰

³⁴ EICKER, Privatklägerschaft, 159 f.

³⁵ Botschaft Vereinheitlichung, 1111.

³⁶ Betr. Situation vor der Eidgenössischen StPO vgl. JABORNIGG, 73 ff., m.w.H.

³⁷ Botschaft Vereinheitlichung, 1171.

³⁸ Anstelle vieler: KÜHNE, RN 255 ff.

³⁹ EICKER, Privatklägerschaft, 160 f.

⁴⁰ KÜHNE, RN 260, wonach dieser Antrag indes in der Regel abgelehnt würde.

b) *Parteistellung der geschädigten Person*

Ein Blick in die Geschichte des Strafprozesses zeigt deutlich, dass dieser seit je her von der „Zweierbeziehung zwischen staatlichem Strafrecht und Täter.“⁴¹ geprägt ist. Heute noch spricht man von der verletzten Norm und nicht der verletzten Person.⁴² Der Fokus liegt auf Staat und Täter. Die Möglichkeit der geschädigten Person, sich zur Straf- oder Privatklägerin zu konstituieren (und damit Parteistellung zu erlangen), durchbricht dieses Prinzip. Damit stellt sich die Frage nach den Gründen für die Schaffung dieses Instituts.

Der Parteibegriff ist im Strafverfahren nur bedingt zielführend, da sich im Unterschied zum Zivilprozess keine gleichberechtigten Parteien gegenüberstehen. Gleichwohl bezeichnet die Schweizerische Strafprozessordnung sowohl beschuldigte als auch geschädigte Person sowie Staatsanwaltschaft (im Haupt- und Rechtsmittelverfahren) als Partei. Dies hat den primären Zweck, einen einheitlichen Sprachgebrauch im Schweizerischen Strafverfahren zu gewährleisten.⁴³

Auch die sich auf den zweiten Blick zeigenden Vorteile leuchten ein: Zunächst hat das Zugeständnis der Parteistellung der geschädigten Person eine starke symbolische Wirkung: Konstituiert sie sich zur Privatklägerin, ist sie nunmehr – formell betrachtet – auf Augenhöhe mit der beschuldigten Person.⁴⁴ Die strafrechtliche Zweierbeziehung zwischen Täter und Staat wird damit um eine dritte Position erweitert. Ausserdem erhält die geschädigte Person eine breite Palette an Verfahrensrechten, soweit sie diese zur Wah-

⁴¹ SCHWANDER, Opfer, 21; vgl. zur historischen Entwicklung der Dispositionsbefugnis der geschädigten Person Fn. 728.

⁴² BOMMER, ZStrR 121/2003, 175.

⁴³ Französisch: la partie, Italienisch: la parte; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 1 zu Art. 104; LIEBER, ZHK-StPO, N 1 zu Art. 104; SCHMID, Handbuch StPO, N 633.

⁴⁴ Ähnlich EICKER, Privatklägerschaft, 165, welcher vom Ausgleich einer Waffenungleichheit spricht.

nung ihrer rechtlich geschützten Interessen benötigt.⁴⁵ Insgesamt dient die Parteistellung der geschädigten Person somit der Stärkung ihrer Verfahrensposition.

B. Folgen der Konstituierung

Gemäss Art. 119 Abs. 2 StPO hat die geschädigte Person die Wahl, ob sie sich im Straf- und/oder im Zivilpunkt konstituiert. Mit der Strafklage verlangt die geschädigte Person die Verfolgung und Bestrafung des Täters (Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO), während mit der Zivilklage privatrechtliche Ansprüche geltend zu machen sind (Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO). Problematisch ist es, wenn die Konstituierung nicht spezifiziert wird. Die herrschende Lehre empfiehlt, eine unbestimmte Äusserung als Konstituierung im Straf- und Zivilpunkt zu betrachten.⁴⁶ Meines Erachtens ist weder eine Vermutung zugunsten des Straf- noch zugunsten des Zivilpunktes zweckmässig. Erfolgt eine inhaltlich unklare Erklärung, so hat die zuständige Behörde als Folge ihrer Aufklärungspflicht i.S.v. Art. 118 Abs. 4 StPO vielmehr unverzüglich nach dem Gehalt zu fragen.

Eine Konstituierung zur Privatklägerschaft hat verschiedene Auswirkungen auf die prozessuale Stellung der geschädigten Person. Neben zusätzlichen Verfahrensrechten untersteht sie unter Umständen einer verschärften Kostentragungspflicht. Ebenso wird sie nunmehr nicht als Zeugin, sondern als Auskunftsperson einvernommen. Die nachfolgenden Erörterungen der Folgen einer Konstituierung zur Privatklägerschaft sollen deshalb veranschaulichen, dass es für Geschädigte gute Gründe geben kann, sich nicht zu konstituieren, obwohl sie ein Verfolgungs- und Bestrafungsinteresse haben.

⁴⁵ Vgl. dazu S. 16; sowie zur Frage, ob Geschädigteninteressen auch bei den Strafzwecken zu berücksichtigen sind S. 177 ff.

⁴⁶ LIEBER, ZHK-StPO, N 5 zu Art. 119; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, § 27 N 888; SCHMID, Handbuch StPO, N 698; a.A. BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 8 zu Art. 118, die bei unbestimmter Konstituierung eine Strafklage annehmen.

a) *Allgemein*

Konstituiert sich die geschädigte Person als Privatklägerin, wird sie zur Prozesspartei (Art. 104 Abs. 1 lit. b. StPO). Die Konstituierung stellt somit eine Willenserklärung dar, sich am Strafprozess zu beteiligen und sämtliche Parteirechte zu beanspruchen.⁴⁷ Der Privatklägerschaft stehen diejenigen Verfahrensrechte zu, welche sie zur Wahrung ihrer rechtlichen Interessen benötigt.⁴⁸ Beispiele für Teilnahmerechte sind etwa Akteneinsichtsrechte, Beweisantragsrechte, Eingaberechte oder Recht auf Beizug eines Rechtsbeistandes; Beispiele für Anfechtungsrechte sind Beschwerden gegen Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen sowie Rechtsmittel gegen freisprechende Urteile.⁴⁹

b) *Kostenauflage*

Die Eidgenössische Strafprozessordnung hat es sich zum Ziel gemacht, die Rechte der Privatklägerschaft, aber damit einhergehend auch deren (Kosten-)Pflichten, auszubauen.⁵⁰ So regelt Art. 432 StPO die Ansprüche der obsiegenden beschuldigten Person gegenüber der Privatklägerschaft, und Art. 427 StPO die Auflage von Verfahrenskosten an die Privatklägerschaft. Sowohl Gesetzgeber⁵¹ als auch Lehre⁵² und Rechtsprechung⁵³ sind sich einig, dass die antragstellende geschädigte Person, welche sich als Zivilklä-

⁴⁷ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 5 zu Art. 118.

⁴⁸ Ebenso OBERHOLZER, N 547 f.; a.A. BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 5 zu Art. 119, wonach der Privatklägerschaft sämtliche Rechte der beschuldigten Partei zustehen. In diesem Fall hätte die Privatklägerschaft beispielsweise Einsicht in die Akten aller Beteiligten, was nur schon aufgrund datenschutzrechtlicher Überlegungen zu verneinen ist.

⁴⁹ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 5 zu Art. 119.

⁵⁰ Botschaft Vereinheitlichung, 1327.

⁵¹ Botschaft Vereinheitlichung, 1327 (Art. 343 E-StPO).

⁵² BSK StPO-DOMEISEN, N 8 ff. zu Art. 427.

⁵³ BGer, Urteil vom 26.09.2012, 6B_93/2012, E. 4.2.2.

gerin konstituiert hat, das volle Kostenrisiko hinsichtlich der durch ihre Anträge verursachten Kosten trägt (Art. 427 Abs. 1 StPO). Bleibt eine Konstituierung hingegen aus oder bezieht sie sich lediglich auf den Strafpunkt, entsteht die Kostenpflicht nur bei „trölerischem“ Verhalten (Art. 427 Abs. 2 StPO).⁵⁴

Im Jahr 2012 erging ein wegweisender Bundesgerichtsentscheid, der Klarheit über die Auferlegung der Verfahrenskosten an die antragstellende bzw. zur Privatklägerschaft konstituierte geschädigte Person schuf.⁵⁵ Dabei ging es um die Auferlegung der Parteientschädigung sowie der erst- und zweitinstanzlichen Verfahrenskosten an den geschädigten und zugleich antragstellenden X. Der Beschuldigte A. hatte ein Gespräch mit dem Geschädigten X. ohne dessen Einwilligung mithilfe eines Smartphones aufgezeichnet. A. wurde deswegen erstinstanzlich verurteilt, zweitinstanzlich allerdings auf seine Berufung hin freigesprochen. Das Bundesgericht beschied in der Folge, X. habe sich mit Ausnahme des Strafantrags und der Erhebung der Strafklage nicht am Verfahren beteiligt, und insbesondere weder Beweisangebote eingereicht noch Schadenersatz gefordert. Damit könnten ihm nicht ohne weiteres sämtliche Kosten auferlegt werden. Insbesondere der erstinstanzliche Schuldspruch vergegenwärtige, dass das Verfahren nicht ohne Anlass durchgeführt worden sei. Ausserdem habe X. für das zweitinstanzliche Verfahren gänzlich auf Anträge verzichtet. Zwischen ihm und einem gemäss Art. 120 Abs. 1 StPO am Verfahren Desinteressierten bestehe „im Grunde kein Unterschied“. Deshalb dürften dem Privatkläger, dessen Beteiligung sich lediglich auf die Verfolgung und Bestrafung i.S.v. Art. 30 Abs. 1 StGB beschränke, Kosten nur in besonderen Fällen auferlegt werden.⁵⁶

⁵⁴ Kritisch zu dieser Unterscheidung der Privatklägerschaft im Zivil- bzw. Strafpunkt BSK StPO-DOMEISEN, N 9 zu Art. 427; vgl. dazu auch SCHMID, PK-StPO, N 7 zu Art. 427.

⁵⁵ BGE 138 IV 248.

⁵⁶ BGE 138 IV 248, E. 4.4.1. und E. 5.

Die Überwälzung der Verfahrenskosten hängt demnach massgeblich vom Verhalten der Privatklägerschaft im Verfahren ab, welches das Gericht nach freiem Ermessen würdigen kann.⁵⁷ Da das Gesetz keine Gründe nennt, nach welchen sich eine Überwälzung der Verfahrenskosten rechtfertigt, hat das Gericht nach Recht und Billigkeit zu entscheiden (Art. 4 ZGB).⁵⁸

c) Einvernahme als Auskunftsperson

Die geschädigte Person verkörpert im Strafverfahren eine „*Vereinigung von Parteistellung und Beweismittelfunktion*“.⁵⁹ Dies führt zu einigen praktischen Problemen: Die geschädigte Person ist neben dem Beschuldigten oft die einzige Person, welche Ausführungen zur Sache machen kann.⁶⁰ Da sie jedoch wie dargelegt auch ein offenkundiges Interesse am Verfahrensausgang hat, kompromittiert dies die Objektivität ihrer Aussagen. Namentlich dürfte sie neben allfälligen zivilrechtlichen Ansprüchen an der „*Klärung des Sachverhalts und der allfälligen Bestrafung der beschuldigten Person*“ interessiert sein.⁶¹

Die Strafprozessordnung enthält deshalb eine Sonderregelung für geschädigte Personen, welche sich als Privatklägerschaft konstituiert haben: Diese werden als Auskunftspersonen einvernommen (Art. 166 Abs. 2 i.V.m. Art. 178 lit. a i.V.m. Art. 118 Abs. 2 StPO). Damit soll verhindert werden, dass sie in einen Loyalitätskonflikt zwischen eigenen Interessen und der

⁵⁷ Ebenso FINGERHUTH, fp 2013, 187.

⁵⁸ BGE 138 IV 248, E. 4.2.4; vgl. BGer, Urteil vom 26.06.2014, 6B_1125/2013, E. 3.2.2, wo der Beschwerdeführer „*im Laufe des Verfahrens wiederholt neue Strafanzeigen einreichte, zahlreiche Beweisanträge stellte und verschiedene Untersuchungshandlungen beantragte*“, womit er insgesamt eine „*laufende Ausdehnung*“ des Verfahrens bewirkte, was gem. BGer im Unterschied zum Entscheid BGE 138 IV 248 dazu führte, dass der Beschwerdeführer sich nicht wie ein blosser Antragsteller verhalten habe.

⁵⁹ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 15 zu Art. 115.

⁶⁰ JABORNIGG, 22 ff.

⁶¹ LIEBER, ZHK-StPO, N 1 zu Art. 118.

Wahrheitspflicht unter Strafandrohung geraten.⁶² Allerdings verweist Art. 180 Abs. 2 StPO betreffend Einvernahmen der Auskunftsperson, deren Stellung lediglich in der Konstituierung zur Privatklägerschaft begründet ist (Art. 178 lit. a StPO), auf eine allgemeine Aussagepflicht und nennt im Übrigen die Bestimmungen zur Einvernahme von Zeugen als anwendbar.⁶³ Sofern die als Privatklägerin konstituierte geschädigte Person kein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen kann, untersteht sie einer Aussagepflicht. Die herrschende Lehre ist sich indes in Übereinstimmung mit der Botschaft zur StPO einig, dass die Privatklägerschaft keiner Wahrheitspflicht unterliegt und sich nicht wegen Falschaussagen gemäss Art. 307 StGB strafbar machen kann.⁶⁴ Wird allerdings eine Aussagepflicht ohne Wahrheitspflicht statuiert, schmälert dies ohne Zweifel die Relevanz der gemachten Aussagen.⁶⁵

Zusammengefasst sind Privatkläger nur bedingt zur Aussage verpflichtet: Es drohen (mit Ausnahme von Art. 304 f. StGB) weder Sanktionen für die Verweigerung der Aussage noch für deren Unwahrheit. Die Folgen für die Beweiswürdigung der auf diesem Wege erfolgten Aussagen liegen auf der Hand: Ihr Beweiswert ist deutlich geringer als derjenige von Zeugenaussagen, welche unter der strengen Strafandrohung von Art. 307 StGB erfolgen. Diese unterschiedliche Behandlung geschädigter Personen nach erfolgter

⁶² Botschaft Vereinheitlichung, 1197.

⁶³ Zeugnispflicht (Art. 163 Abs. 2 StPO) sowie Zeugnisverweigerungsrechte (Art. 168 ff. StPO).

⁶⁴ Botschaft Vereinheitlichung, 1198; BSK StPO-KERNER, N 6 zu Art. 180; LIEBER, ZHK-StPO, N 3a zu Art. 118; DONATSCH, ZHK-StPO, N 26 zu Art. 180; a.A. PERLER, 25, der für eine wortgemässe Auslegung hält. Anwendbar auch auf Auskunftspersonen sind indes die Art. 304 f. StPO.

⁶⁵ Ebenso LIEBER, ZHK-StPO, N 3a zu Art. 118; DONATSCH, ZHK-StPO, N 26 zu Art. 180, die allesamt von einem „gesetzgeberischen Versehen“ sprechen; a.A. Botschaft Vereinheitlichung, 1198, wonach Aussagen von Auskunftspersonen nicht von vorneherein weniger Beweiswert zugebilligt werde. Das Gericht habe in jedem Fall eine sorgfältige Beweiswürdigung vorzunehmen.

bzw. ausgebliebener Konstituierung im Zivil- und/oder Strafpunkt rechtfertigt sich allerdings deshalb nicht, weil sämtliche Geschädigten – unabhängig von der Konstituierung als Privatkläger – in der Regel tatsächliche Interessen am Verfahrensausgang haben. Wie darzulegen ist, lässt ein Desinteresse an der Parteistellung keinen Rückschluss auf ein Desinteresse am Verfahrensausgang zu.⁶⁶ Diese „formale“, „nicht zeitgemässe“ Betrachtungsweise, die zu einer „Abwertung“ des Beweiswerts von Aussagen der Privatklägerschaft führt, wird deshalb zu Recht von der neueren Lehre kritisiert.⁶⁷

2. Verzicht auf Konstituierung (Art. 120 Abs. 1 StPO)

A. Ausgangsfrage

Eine Konstituierung zur Privatklägerschaft hat, wie gezeigt wurde, weitreichende Auswirkungen auf die Parteistellung der geschädigten Person. Art. 120 Abs. 1 StPO enthält deshalb die Möglichkeit, auf die Konstituierung zu verzichten. Dieser Verzicht, mitunter auch als Desinteresse-Erklärung bezeichnet⁶⁸, kann jederzeit erfolgen und ist, sofern er den formellen Voraussetzungen entspricht, endgültig (vgl. Art. 120 Abs. 1 Satz 2 StPO). Vorbehalten bleibt eine Anfechtung wegen Täuschung, Einwirkung durch eine Straftat sowie unrichtige behördliche Auskunft (Art. 386 Abs. 3 StPO).⁶⁹

Ausgehend vom Gesetzeswortlaut von Art. 118 ff. StPO wird nicht deutlich, welches die Auswirkungen eines Verzichts sind. So ist Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO zu entnehmen, die geschädigte Person könne als Straflägerin die „Verfolgung und Bestrafung“ des Täters verlangen. Verzichtet sie hingegen

⁶⁶ Vgl. S. 26 ff.

⁶⁷ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, RN 394; vgl. dazu Fn. 65.

⁶⁸ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 1 zu Art. 120.

⁶⁹ LIEBER, ZHK-StPO, N 3 zu Art. 120.

auf eine Konstituierung, ist vom Verzicht „auf die ihr zustehenden Rechte“ die Rede (Art. 120 Abs. 1 StPO). Wie nachfolgend zu belegen ist, bedeutet die ausgebliebene Konstituierung lediglich einen Verzicht auf die Verfahrensteilnahme als Prozesspartei, mithin auf die Geltendmachung der rechtlich geschützten Interessen. Ein allfälliges Verfolgungs- und Bestrafungsinteresse bleibt unabhängig davon bestehen.⁷⁰

Die hier vertretene Ansicht wird allerdings von der herrschenden Lehre nicht gestützt, welche sich in erster Linie betreffend die Konkretisierung des Konstituierungsverzichts am Bundesgerichtsentscheid 6P.88/2006 orientiert. Die entsprechende Rechtsprechung ist deshalb genauer zu betrachten.⁷¹ Ebenfalls in die Erörterungen miteinzufliessen hat zunächst der Gesetzgebungsprozess, wo ausführlich diskutiert wurde, inwiefern der Verzicht auf Konstituierung Auswirkungen auf einen allfällig gestellten Strafantrag haben sollte.

B. Rückzug des Strafantrags?

Stellt die geschädigte Person Strafantrag, konstituiert sie sich damit zugleich zur Privatklägerin (Art. 118 Abs. 2 StPO). Die Konstituierung erfolgt indes in diesem Fall nur hinsichtlich des Strafpunktes, da sich der Strafantrag auf das Interesse an der Bestrafung und Verfolgung bezieht.⁷²

Zusätzlich regelte Art. 118 Abs. 3 E-StPO, dass mit dem Verzicht auf Strafklage automatisch der Strafantrag zurückgezogen bzw. auf dessen Antragstellung verzichtet werde.⁷³ Allerdings kam es im späteren Verlauf des Gesetzgebungsprozesses zur Streichung dieser Bestimmung. Als Begründung angeführt wurde im Wesentlichen die Überlegung, dass ein Bestrafungs- und Verfolgungsinteresse unabhängig einer Verfahrensteilnahme bestehen könne:

⁷⁰ Vgl. S. 26 ff.

⁷¹ Vgl. S. 22 ff.

⁷² LIEBER, ZHK-StPO, N 5 zu Art. 118; EICKER, recht 2010, 194.

⁷³ Botschaft Vereinheitlichung, 1171.

Bei einem Ladendiebstahl etwa sei es üblich, Strafantrag zu stellen, ohne gleichsam Parteistellung zu beantragen und alle Schriften zugestellt zu erhalten. Die Regelung in Art. 118 Abs. 3 [E-StPO] schaffe somit nur „Probleme“.⁷⁴

Nach geltendem Recht führt der Verzicht auf Konstituierung als Privatklägerschaft i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO nicht automatisch zu einem Rückzug bzw. Verzicht auf Strafantrag und das Verfahren kann fortgesetzt werden.⁷⁵ Dies verdeutlicht, dass sich der Verzicht auf Parteistellung und Verfahrensteilnahme nicht auf ein Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung bezieht. Im Gegensatz dazu wird gemäss Art. 30 Abs. 1 StGB mit einem Strafantrag die Verfolgung und Bestrafung des Täters verlangt. Folglich bedeutet dessen Rückzug i.S.v. Art. 33 Abs. 1 StGB ein Abstandnehmen von diesem Interesse, womit das Strafverfahren mangels Prozessvoraussetzung zu enden hat.⁷⁶

C. Desinteresse-Erklärung in der Praxis

a) BGer 6P.88/2006

Der Bundesgerichtsentscheid 6P.88/2006 vom 1. Februar 2007 befasst sich mit der Frage, ob ein Strafverfahren gegen X. wegen Geldwäscherei und Betrugs, welches ursprünglich aufgrund einer Desinteresse-Erklärung der Geschädigten A eingestellt wurde, wegen einer Strafanzeige der Beschwerdeführerin A. wegen Betrugs, allenfalls (neu) wegen Wuchers, wieder aufzunehmen sei. A. hatte X. für Aktien mit Nominalwert über Fr. 25'000.- einen Kaufpreis von 50 Millionen bezahlt. Nach Anzeigeerstattung durch die Bank des X. kam es aufgrund einer Desinteresse-Erklärung von A. (sie erklärte ihr

⁷⁴ AB StR 2006, 1011, Votum BLOCHER.

⁷⁵ Ebenso BGE 138 IV 248, E. 4.2.1; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 3 zu Art. 120.

⁷⁶ Vgl. dazu S. 54 ff.

I. Desinteresse-Erklärung betreffend Teilnahme am Strafverfahren

„*ausdrückliche[s] Desinteresse an einer Strafuntersuchung gegen X.*“) sowie einer Rückerstattung des Kaufpreises durch X. zur Einstellung des Strafverfahrens.

Die Vorinstanzen hatten die Wiederaufnahme verneint, da die im früheren Verfahren abgegebene Erklärung, worin die Geschädigte A. auf eine strafrechtliche Abklärung verzichtet habe, nach wie vor wirksam sei. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut mit der Begründung, bei einer Desinteresse-Erklärung handle es sich im Gegensatz zu einem Prozessvergleich, wo Ungewisses einer Regelung zugeführt werde, um eine einseitige Willensäusserung der geschädigten Person betreffend ihres Desinteresses „*an einer Beteiligung am Verfahren*“.⁷⁷ Auch wenn die Ursache einer Desinteresse-Erklärung darin liegen könne, dass die geschädigte Person überzeugt sei, das inkriminierte Verhalten sei nicht strafbar, so sei gerade bei Officialdelikten diese Frage letztlich von Amtes wegen zu klären. Ob eine strafbare Handlung vorliege oder nicht, stelle somit nie Regelungsinhalt einer Desinteresse-Erklärung dar. Im Gegensatz zu einem Prozessvergleich und dem Rückzug eines Strafantrags sei eine Irrtumsanfechtung ferner auch nie von vorneherein ausgeschlossen.⁷⁸

Die Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils lassen kein schlüssiges Ergebnis betreffend des Inhalts eines Verzichts i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO zu. Insbesondere bleibt unklar, ob die geschädigte Person damit einen Verzicht hinsichtlich ihrer Beteiligung am Strafverfahren oder ihrer Strafverfolgung- und Bestrafungsinteressen anstrebt. Auch die Lehre ist sich nicht einig bezüglich der Auswirkungen besagten Bundesgerichtsentscheids. Wie zu zeigen sein wird, ist eine Differenzierung nach dem Inhalt des Verzichts aber wesentlich für die korrekte Auslegung einer Desinteresse-Erklärung im Strafverfahren.

⁷⁷ BGer, Urteil vom 01.02.2007, 6P.88/2006 und 6S.185/2006, E. 5.4.2.

⁷⁸ BGer, Urteil vom 01.02.2007, 6P.88/2006, E. 5.4.3 f.

So schreibt SCHMID, die Erklärung i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO, womit der Geschädigte „auf seine Stellung als Privatkläger und damit auf alle Verfahrensrechte verzichte“, könne gleichbedeutend sein zu einer „in Vergleichen übliche[n] Desinteressemeterklärung“.⁷⁹ Es bleibt unklar, in welchen Fällen eine Desinteresse-Erklärung nicht Art. 120 Abs. 1 StPO entsprechen sollte; mithin, worin der Autor einen Unterschied dieser zwei Institute erkennt. Doch offensichtlich beschränkt sich gemäss SCHMID der Verzicht auf Konstituierung als Privatklägerschaft auf die Beteiligung am Strafverfahren.⁸⁰

Aufgrund des bisher Gesagten irritiert es, wenn OBERHOLZER mit Verweis auf denselben Bundesgerichtsentscheid ausführt, dass die „blosse Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person“ keinen Verzicht auf die Parteirechte i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO darstelle.⁸¹ Dabei erläutert der Autor nicht, was eine „blosse Desinteresse-Erklärung“ seiner Meinung nach bedeutet, oder weshalb eine Desinteresse-Erklärung an der Verfahrensteilnahme keinen Verzicht gemäss Art. 120 Abs. 1 StPO darstellen sollte. Auch die nachfolgenden Ausführungen OBERHOLZERS in diesem Zusammenhang verwirren: So führt er aus, im Bereich der Offizialmaxime seien die Behörden verpflichtet, auch ohne Beteiligung der geschädigten Person und damit selbst „gegen deren Willen“ das Strafverfahren durchzuführen.⁸² Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist es bei einem Verzicht i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO nicht relevant, ob dieser im Rahmen eines Antrags- oder Offizialdelikts ausgesprochen wurde. Das Verfahren ist in jedem Fall weiterzuführen.

⁷⁹ SCHMID, Handbuch StPO, N 699, mit Verweis auf BGer, Urteil vom 01.02.2007, 6P.88/2006.

⁸⁰ Zum selben Ergebnis kommt LIEBER, ZHK-StPO, N 3 zu Art. 120, ebenfalls mit Verweis auf BGer, Urteil vom 01.02.2007, 6P.88/2006 und 6S.185/2006.

⁸¹ OBERHOLZER, N 541, mit Verweis auf BGer, Urteil vom 01.02.2007, 6P.88/2006.

⁸² OBERHOLZER, N 543.

b) BGer 6B_978/2013

In einem neueren Entscheid aus dem Jahre 2014 hatte sich das Bundesgericht mit dem Verhältnis zwischen dem Verzicht auf Konstituierung i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO und dem Rückzug bzw. Verzicht auf Strafantrag auseinanderzusetzen.⁸³ Der Beschwerdeführer rügte, ihm sei die Stellung als Privatkläger und damit die Legitimation zur Anfechtung der Verfahrenseinstellung aberkannt worden aufgrund eines von ihm im Vorfeld unterzeichneten „Formulars[s] für Antragsdelikte“. Ein Printscreen dieses Formulars ist dem bundesgerichtlichen Entscheid beigelegt. Darauf ist ersichtlich, wie der Beschwerdeführer das Feld A („... stelle ich Strafantrag und verzichte auf meine Rechte als Privatkläger/in“) ankreuzte. Als Alternativen standen Feld B („... stelle ich Strafantrag und beteilige mich am Strafverfahren als Privatkläger/in“, nachfolgend bestand die Möglichkeit, Zivilansprüche zu beziffern) sowie Feld C („... verzichte ich auf einen Strafantrag“) zur Auswahl.

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, der Beschwerdeführer habe mit dem Ankreuzen von Feld A nicht auf die Konstituierung zur Privatklägerschaft verzichtet. Vielmehr sei dieses Formular mangelhaft formuliert gewesen. Für einen juristischen Laien entstehe dadurch der Eindruck, beim Strafantrag gehe es um die Bestrafung des Täters, bei der Privatklägerschaft nur um die Geltendmachung von Zivilansprüchen. Damit liege keine eindeutige Willenserklärung hinsichtlich eines Verzichts auf Konstituierung als Strafkörper vor. Als weiteres Argument zieht das Bundesgericht die Aussage des Beschwerdeführers hinzu, „ihm sei es um die Verfolgung und Bestrafung des Beschuldigten gegangen [...]. Er habe das Kostenrisiko einer Zivilklage vermeiden, nicht aber auf seine Rechte als Strafkörper verzichten wollen.“⁸⁴

Den bundesgerichtlichen Ausführungen ist zuzustimmen. Wenn der Beschwerdeführer erklärt, er habe sowohl ein Interesse an der Verfolgung und

⁸³ BGer, Urteil vom 19.05.2014, 6B_978/2013; vgl. zum Verhältnis Rückzug des Strafantrags sowie Verzicht auf Konstituierung S. 21 ff.

⁸⁴ BGer, Urteil vom 19.05.2014, 6B_978/2013, E. 2.2 ff.

Bestrafung des Beschuldigten als auch an seinen Rechten als Strafkläger, meint er damit nichts anderes, als dass er den Strafantrag i.S.v. Art. 30 Abs. 1 StGB aufrechterhalte (was dem Interesse an der Verfolgung und Bestrafung entspricht), sowie eine Parteistellung als Strafkläger zur Geltendmachung seiner Rechte innehaben wolle. Die Konstituierung zur Zivilklägerschaft lehnte der Beschwerdeführer folglich ab.

3. Fazit

Mit der Konstituierung zur Privatklägerschaft i.S.v. Art. 118 Abs. 1 StPO verlangt die geschädigte Person, als Klägerin im Straf- und/oder Zivilpunkt aufzutreten und die damit verbundenen Mitwirkungs- und Kontrollrechte wahrzunehmen.⁸⁵ Die Verzichtserklärung i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO bezieht sich damit ausschliesslich auf die Verfahrensteilnahme und Stellung als Prozesspartei und nicht auf ein Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung.⁸⁶

Dies wird bekräftigt durch die Tatsache, dass Art. 118 Abs. 3 E-StPO, wonach der Verzicht auf Konstituierung im Bereich der Antragsdelikte den Strafantrag hinfällig werden liess, im Laufe des Gesetzgebungsprozesses gestrichen wurde.⁸⁷ Ginge man davon aus, eine gemäss Art. 120 Abs. 1 StPO verzichtende geschädigte Person habe kein Interesse an der Strafverfolgung und Bestrafung, müsste konsequenterweise im Hinblick auf die Rechtssicherheit auch ein allfälliger Strafantrag zurückgezogen werden.

⁸⁵ Vgl. S. 15 ff.; S. 21 ff.

⁸⁶ A.A. MAZZUCHELLI/POSTIZZI, wonach eine Desinteresse-Erklärung i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO dann abgegeben werde, wenn sämtliche privatrechtlichen Ansprüche anerkannt und/oder befriedigt worden seien, BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 2 zu Art. 120; mit Verweis auf HAUSER, ZStrR 81/1965, 431. Diese Aussage impliziert, dass in diesem Fall kein Interesse mehr am Verfahrensausgang besteht, was jedoch wie dargelegt nicht zutrifft.

⁸⁷ Vgl. S. 21 ff.

Wie zudem erläutert wurde, gibt es oftmals Fälle, in denen eine geschädigte Person sehr wohl die Strafverfolgung, nicht aber die diesbezügliche Mitwirkung als aktive Prozesspartei verlangt.⁸⁸ Neben zeitlichen Gründen oder einer bewusst gewollten Distanz zum Verfahren aus Angst vor Sekundärviktimsierung sind bei einer Konstituierung zur Privatklägerschaft weit reichende Kostenfolgen zu befürchten (vgl. z.B. Art. 427 StPO). Darüber hinaus wird die geschädigte Person nach einer Konstituierung nicht mehr als Zeugin, sondern als Auskunftsperson einvernommen (vgl. Art. 178 lit. a StPO), was den Beweiswert ihrer Aussage deutlich mindert. Diese Risiken, welche mit der Konstituierung einhergehen, möchte die geschädigte Person unter Umständen nicht in Kauf nehmen. Ihre Bestrafungs- und Verfolgungsinteressen werden davon jedoch nicht notwendigerweise tangiert.

Damit wird deutlich, dass eine Desinteresse-Erklärung nicht, wie vom Bundesgericht im Entscheid 6P.88/2006 postuliert, nach Gutdünken ausgelegt werden darf. Eine Willensäußerung betreffend eines Verzichts „*must be made in an unequivocal manner*“⁸⁹, hat also im Inhalt unmissverständlich zu sein. Spricht die geschädigte Person eine Desinteresse-Erklärung aus und spezifiziert den Inhalt nicht genauer, ist nachzufragen, ob sich ihr Desinteresse auf die Verfolgung und Bestrafung oder auf die Teilnahme am Verfahren i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO bezieht. Dies entspricht dem Vorgehen im Bundesgerichtsentscheid 6B_978/2013⁹⁰, worin zwischen dem Willen der geschädigten Person auf Verfolgung und Bestrafung und dem Interesse an einer Prozessbeteiligung differenziert wird. Die Bezeichnung der Erklärung ist demgegenüber nicht massgeblich.

Das Abstellen auf die reine Willensäußerung der geschädigten Person rechtfertigt sich deshalb, weil die Desinteresse-Erklärung gemäss Art. 120 Abs. 1

⁸⁸ Vgl. S. 21 ff.

⁸⁹ EGMR-Urteil vom 10. Juli 2012 i.S. Gabrielyan gg. Armenien, (Appl. no. 8088/05), Ziff. 85.

⁹⁰ Vgl. S. 25 ff.

StPO keine Auswirkungen auf den weiteren Verfahrensgang, sondern lediglich auf die Rechtsstellung der geschädigten Person hat.⁹¹

Ist das Strafbedürfnis der geschädigten Person hingegen befriedigt, dürften in der Regel das Desinteresse an der Teilnahme am Strafverfahren sowie an einer Verfolgung und Bestrafung des Täters übereinstimmen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Auseinandersetzung privat beigelegt werden konnte und sämtlicher Schaden ersetzt ist. Das Gerechtigkeitsempfinden der geschädigten Person verlangt in diesem Fall nicht nach einer Bestrafung des Täters.

Erfolgt eine solche Desinteresse-Erklärung betreffend die Verfolgung und Bestrafung, ist weiter zwischen der Deliktsart zu unterscheiden. Je nach Ergebnis entfaltet die Desinteresse-Erklärung eine andere Wirkung.

⁹¹ Vgl. im Gegensatz dazu die Desinteresse-Erklärung bei häuslicher Gewalt (Art. 55a StGB), mit welcher Geschädigte in das staatliche Strafmonopol eingreifen, S. 120 ff.

II. Desinteresse-Erklärung betreffend Verfolgung und Bestrafung

Spricht sich eine geschädigte Person nach der Tat gegen die Verfolgung und Bestrafung aus, spielt es eine massgebliche Rolle, ob das zu beurteilende Delikt ein Antrags- oder Officialdelikt ist: Während die Dispositionsbefugnis der geschädigten Person im Rahmen der Antragsdelikte sehr weit geht, ist sie bei Officialdelikten unzulässig. Officialdelikte wurden explizit geschaffen, um den Strafanspruch zur Sicherung des Rechtsfriedens in die Hände des Staates zu legen.⁹²

Wie darzulegen sein wird, führt eine Desinteresse-Erklärung beim Antragsdelikt je nach Verfahrensstand zu einem Verzicht (Art. 30 Abs. 5 StGB) bzw. einem Rückzug (Art. 33 Abs. 1 StGB) des Strafantrags.⁹³ Bei Officialdelikten ist zu prüfen, ob das Verfahren aufgrund von Opportunitätsüberlegungen (Art. 8 Abs. 1 StPO und Art. 52 ff. StGB)⁹⁴ einzustellen ist.

1. Antragsdelikte

A. Das Antragsdelikt

a) *Ratio legis*

Die Officialmaxime als eines der Kernprinzipien des Strafverfahrensrechts sieht vor, dass das Strafmonopol alleine dem Staat zusteht und die Strafverfolgungsbehörden das materielle Strafrecht ohne Rücksicht auf den Willen

⁹² SCHMID, Handbuch StPO, N 166; ausführlich S. 56 ff.

⁹³ Vgl. S. 54 ff.

⁹⁴ Vgl. S. 124 ff.

der geschädigten Person durchzusetzen haben.⁹⁵ Antragsdelikte stehen für das gegenteilige Prinzip, nämlich die Möglichkeit der geschädigten Person, durch Nichtstellen bzw. Zurückziehen des Strafantrags ein Verfahren zu verhindern.

Antragsdelikte befinden sich damit im Spannungsfeld von öffentlichen und privaten Interessen. Bereits die Theorie vom „*doppelten Beweggrund*“ zu Entstehungszeiten des StGB erklärte diejenigen Straftaten zu Antragsdelikten, bei denen das öffentliche Verfolgungsinteresse unverhältnismässig stark mit einem privaten gegenteiligen Interesse kollidierte⁹⁶ oder es sich um Bagatelldelikte handelte.⁹⁷ Die Elemente mussten somit alternativ vorliegen.

Die heute herrschende Lehre greift diese Argumente für die Begründung des Antragserfordernis auf und bildet daraus drei Kriterien, die nach überwiegender Ansicht alternativ oder kumulativ erfüllt sein müssen: Eine Straftat wird zum Antragsdelikt, wenn ein mögliches Strafverfahren die Persönlichkeit der geschädigten Person oder eine enge persönliche Täter-Opfer Beziehung tangieren könnte. Ausserdem wird verlangt, dass die Straftat einen geringen Unrechtsgehalt aufweist, also ein Bagatelldelikt ist.⁹⁸ Ob bereits eine abstrakte enge Beziehung als schützenswert gilt, ist strittig. So wird etwa geltend gemacht, strafrechtlichen Schutz sollten ausschliesslich diejenigen Beziehungen geniessen, die von der geschädigten Person (trotz oder gerade wegen der Tat) faktisch als schützenswert empfunden werden.⁹⁹

⁹⁵ Vgl. S. 56 ff. u. S. 144 ff.

⁹⁶ Kollisionstheorie, vgl. PFENNINGER, Materialprinzip, 109, welcher damit ein Antragserfordernis bei „*Notzucht, Entführung, Ehebruch und Familiendelikten*“ begründete.

⁹⁷ BSK StGB I-RIEDO, N 9 zu Vor Art. 30.

⁹⁸ Statt vieler: DONATSCH/TAG, 421; OBERHOLZER, N 681; RIKLIN, AT I, §21 N 22.

⁹⁹ Es soll nur eine tatsächlich gelebte Beziehung geschützt werden, BSK StGB I-RIEDO, N 11 zu Vor Art. 30; ebenso BGE 102 IV 162, E. 2., wonach Familiengenossen i.S.v. Art. 140 Ziff. 3 aStGB (Veruntreuung, Art. 138 Ziff. 1 Abs. 4 StGB) tatsächlich zusammen essen, wohnen und unter dem gleichen Dach schlafen müssen.

RIEDO befindet differenzierend, ein Antragserfordernis sei einzig dann legitim, wenn in Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen erkannt werde, dass die Interessen auf Verfolgung geringer seien als diejenigen auf Nichtverfolgung: Dabei könnten öffentliche wie auch private Interessen an der Beendigung des Strafverfahrens bestehen, namentlich auf Seite des Staates bei Bagatelldelikten, auf Seiten der Privaten aus persönlichen Gründen.¹⁰⁰ Auch BOMMER orientiert sich an den beteiligten Strafverfolgungsinteressen. Seiner Ansicht nach sind Geringfügigkeit und Verletzteninteressen allerdings kumulativ vorausgesetzt.¹⁰¹

Je grösser die Dispositionsbefugnis der geschädigten Person ist, desto mehr Druck vermag sie auf den Täter auszuüben. Deshalb wird als weiteres Argument für die Antragserfordernis die Förderung eines Täter-Opfer-Ausgleiches und der Wiedergutmachung genannt: RIEDO bezeichnet diese Überlegung gar als „*einzig*“ tragfähige zur Berechtigung von Antragsdelikten – zumindest soweit es sich um kein gravierendes Delikt handle und mit dem Straftatbestand ein Individualrechtsgut geschützt werde.¹⁰² Gemäss BRÄHMER bestünde für den Täter einzig dann ein Anreiz für Wiedergutmachungsbemühungen, wenn die geschädigte Person faktisch die Möglichkeit habe, auf den Fortgang des Verfahrens Einfluss zu nehmen.¹⁰³ TRECHSEL/JEAN-RICHARD befürworten, dass das Antragsrecht letztlich ein Feilschen um Schadenersatz und Genugtuung ermögliche, was Sinnbild des modernen Strafprozesses mit Tendenzen zu Dekriminalisierung und Diver-

¹⁰⁰ BSK StGB I-RIEDO, N 9 zu Vor Art. 30.

¹⁰¹ Handelt es sich demnach nur um ein Bagatelldelikt, wohingegen der Private ein Verfolgungsinteresse hat, rechtfertigt dies gem. BOMMER ein Antragserfordernis nicht, BOMMER, Verletztenrechte, 163 ff.

¹⁰² BSK StGB I-RIEDO, N 15 zu Vor Art. 30, womit RIEDO im selben Atemzug auch weitere Kriterien anerkennt, weshalb er im Folgenden eine „*Kombination verschiedener Ansätze*“ empfiehlt, BSK StGB I-RIEDO, N 16 zu Vor Art. 30.

¹⁰³ BRÄHMER, 91 f.

sion sei.¹⁰⁴ BOMMER andererseits ist der Ansicht, Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich seien in ihrem Anwendungsbereich nicht auf die Antragsdelikte beschränkt, und ebenso wenig seien sämtliche Antragsdelikte zu diesem Zweck geeignet.¹⁰⁵

Bei Antragsdelikten scheint sich die geschädigte Person damit in einer starken Verhandlungsposition zu befinden.¹⁰⁶ Doch jede Medaille hat auch eine Kehrseite: Gerade wegen ihrer Dispositionsbefugnis gerät die geschädigte Person eines Antragsdelikts leicht in Situationen, wo sie vom Täter unter Druck gesetzt werden kann. Es ist bekannt, dass bei der Erwägung eines Rückzugs oder Verzichts des Strafantrags auch „*der Wille zur Erhaltung der von der Tat betroffenen Beziehung, Gleichgültigkeit, Hilflosigkeit, Abhängigkeit des Opfers oder Pressionen des Täters*“ eine gewichtige Rolle spielen.¹⁰⁷ BRÄHMER hält diese Gefahr für besonders realistisch bei Delikten, welche sich bereits gegen die körperliche Integrität des Opfers richten und dieses eine Wiederholung der Straftat befürchte.¹⁰⁸ Mit anderen Worten: Familiäre Manipulation, finanzielle Abhängigkeit, Fortführung der Ehe, gemeinsame Kinder, Angst vor dem Täter – alle diese Elemente beeinflussen die geschädigte Person in ihrer Entscheidungsfindung.

Wenn also die Antragsdelikte geschaffen wurden mit dem Zweck, Geschädigte zu schützen, so versagt das Instrument in den Fällen, wo Geschädigte durch Drohung oder Gewalt dazu gebracht werden, den Strafantrag nicht zu stellen oder zurückzuziehen. Auch wenn solche Fälle offiziell zur Nichtigkeit des Rückzugs bzw. Verzichts führen würden¹⁰⁹, dürfte dieser Nachweis in der Praxis häufig scheitern: In den klassischen Zweiparteien-Delikten sind in der

¹⁰⁴ TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, N 5 zu Art. 33; mit Hinweis auf die diesbezüglich kritische Argumentation des Bundesgerichts, z.B. BGE 81 IV 81, E. 1.

¹⁰⁵ BOMMER, Verletztenrechte, 176 f.

¹⁰⁶ Vgl. dazu nachfolgend S. 36 ff.

¹⁰⁷ BOMMER, Verletztenrechte, 178.

¹⁰⁸ BRÄHMER, 166 f.

¹⁰⁹ Vgl. nachfolgend S. 41 f. u. S. 46 f.

Regel keine weiteren Zeugen zugegen, welche diesbezüglich aussagen könnten. Kritische Stimmen merken in diesem Zusammenhang an, einen viel wirksameren Opferschutz könnte durch die sinnvolle Anwendung des Opportunitätsprinzips erzielt werden, da in diesem Fall die Verfahrensbeendigung nicht vom Willen des Opfers abhängt.¹¹⁰ Wie darzulegen sein wird, war dies eines der tragenden Argumente für die Offzialisierung von Delikten im Rahmen häuslicher Gewalt in Verbindung mit dem neu geschaffenen Institut der Desinteresse-Erklärung i.S.v. Art. 55a StGB.¹¹¹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Antragserfordernis zunächst nur dann zulässig ist, wenn es sich um ein Bagatelldelikt handelt. Zusätzlich ist zu verlangen, dass sich seine Legitimation mit der Wahrung individueller Interessen sowie der Förderung eines Täter-Opfer-Ausgleichs begründet.¹¹² Damit sind die Interessen der geschädigten Person an der Nicht-Verfolgung in Relation zu den öffentlichen Interessen an der Strafverfolgung zentral bei der Argumentation für die Schaffung von Antragsdelikten.

b) Strafantrag als Prozessvoraussetzung

Ein gültiger Strafantrag gilt bei Antragsdelikten als Prozessvoraussetzung.¹¹³ Antragsdelikte selber gliedern sich in relative (z.B. Art. 139 Ziff. 4 StGB) und absolute (z.B. Art. 123 Ziff. 1 StGB) Antragsdelikte. Erstere werden grundsätzlich als Offizialdelikte von Amtes wegen verfolgt und bestraft, bei einer besonderen Täter-Opfer Konstellation wird hingegen ein Strafantrag vorausgesetzt. Zweitere werden stets nur auf Antrag hin verfolgt.¹¹⁴

¹¹⁰ BÜCHLER, 46; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 837; RIEDO, Strafantrag, 45 ff.

¹¹¹ Vgl. S. 96 ff.

¹¹² Ebenso BOMMER, Verletztenrechte, 168.

¹¹³ Nach jahrelangen Kontroversen herrscht darüber nunmehr Einigkeit, vgl. auch Art. 303 Abs. 1 StPO; BSK StGB I-RIEDO, N 108 zu Art. 30; DONATSCH/TAG, 419 f.; RIEDO, ZHK-StGB, N 2 zu Art. 30; BGE 129 IV 305, E. 4.2.3.

¹¹⁴ Statt vieler: RIKLIN, AT I, § 21 N 21.

Das Bundesgericht beschreibt den Strafantrag als „*die Willenserklärung des Verletzten, dass die Strafverfolgung stattfinden solle, und zwar eine Willenserklärung, welche nach dem massgebenden Prozessrecht die Strafverfolgung auch tatsächlich in Gang bringt und das Verfahren ohne weitere Erklärung des Antragstellers seinen Lauf nehmen lässt*“.¹¹⁵ Für die Gültigkeit des Strafantrags gelten strenge Anforderungen in materieller, formeller und zeitlicher Hinsicht. Das Strafantragsrecht, die Frist zur Stellung eines Strafantrages sowie das Rückzugsrecht sind in den Art. 30-33 StGB geregelt. Die formellen Voraussetzungen hingegen finden sich in Art. 303 f. StPO. Besonders hinzuweisen ist etwa auf die Bedingungsfeindlichkeit des Antrags.¹¹⁶ Im Rahmen des Strafantrags ist der inkriminierte Sachverhalt zu umschreiben, wobei eine sachliche Beschränkung – im Gegensatz zur persönlichen Beschränkung (vgl. Art. 32 StGB) – zulässig ist.¹¹⁷

Bei Fehlen eines Strafantrags ist demnach ein bereits begonnenes Verfahren gemäss Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO einzustellen, respektive ein noch nicht eröffnetes nach Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO nicht an Hand zu nehmen. Ergibt sich der Mangel ab dem Zeitpunkt der Anklageerhebung, wird eine Einstellung gemäss Art. 329 Abs. 4 StPO verfügt. Es ist kein Sachentscheid zu fällen.¹¹⁸ Entsprechen der Rückzug oder der Verzicht auf Strafantrag nicht den formellen Voraussetzungen gemäss Art. 304 StPO, sind sie ungültig und das Strafverfahren ist fortzusetzen.¹¹⁹

¹¹⁵ BGE 69 IV 195, 198.

¹¹⁶ BGE 131 IV 97, E. 3.1; wobei RIEDO dafür hält, zur Vergleichsförderung Bedingungen, die alleine vom Willen des Täters abhängig seien, zuzulassen, BSK StGB I-RIEDO, N 51 zu Art. 30; N 6 zu Art. 33.

¹¹⁷ BSK StGB I-RIEDO, N 54 f. zu Art. 30.

¹¹⁸ SCHMID, Handbuch StPO, N 323.

¹¹⁹ RIEDO, Strafantrag, 605.

Abzugrenzen ist der Strafantrag von einer Ermächtigung¹²⁰ sowie von der Strafanzeige als blosser Wissenserklärung¹²¹. Staatliches Handeln setzt voraus, dass die betreffende Behörde Kenntnis von der Straftat hat. Kriminologisch betrachtet unterscheiden sich dabei Antrags- und Officialdelikte kaum: So werden in über neunzig Prozent aller Fälle Strafverfahren durch eine Strafanzeige eingeleitet, wobei diese im Durchschnitt in achtzig Prozent der Fälle durch die geschädigte Person erstattet wird.¹²² Überspitzt formuliert gibt es „ohne Aktion der geschädigten Person keine Wahrnehmung der Strafbehörden“¹²³. Fraglos bestehen bedeutende Unterschiede formeller Natur zwischen Strafanzeige und Strafantrag: Während bei der Strafanzeige lediglich die Frist der Verfolgungsverjährung gemäss Art. 97 StGB gilt, muss der Strafantrag von der berechtigten Person innert kurzer Frist sowie in entsprechender Form gestellt werden (Art. 30 f. StGB und Art. 304 StPO). Davon abgesehen handelt es sich sowohl bei der Strafanzeige als auch beim Strafantrag in der Sache um Prozessvoraussetzungen.¹²⁴

Zusammenfassend ist der Strafantrag die Willensäusserung der geschädigten Person, es sei ein Strafverfahren gegen den Täter aufzunehmen. Damit liegt die Schlussfolgerung nahe, dass es sich bei der gegenteiligen Äusserung hinsichtlich eines Desinteresses an der Verfolgung und Bestrafung um nichts anderes als einen Verzicht i.S.v. Art. 30 Abs. 5 StGB bzw. einen Rückzug i.S.v. Art. 33 Abs. 1 StGB handelt. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, verwenden Lehre und Rechtsprechung den Begriff der Desinteresse-Erklärung in diesem Kontext allerdings nur sehr zurückhaltend, und schon gar nicht im Sinne eines Synonyms.

¹²⁰ Bei der Ermächtigung handelt es sich um eine behördliche Erklärung, welche die zuständigen Organe zur Strafverfolgung gegen Beamte und Behördenmitglieder ermächtigt, HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 4.

¹²¹ HUBER, 3.

¹²² SCHWARZENEGGER, ZStrR 109/1991, 65.

¹²³ CAPUS, ZStrR 131/2013, 416.

¹²⁴ Ebenso BSK StGB I-RIEDO, N 5 zu Vor Art. 30.

c) Dispositionsbefugnis der geschädigten Person

Indem die geschädigte Person beim Antragsdelikt das Verfahren mittels Rückzug oder Verzicht auf Strafantrag zum Stillstand zu bringen vermag, hat sie ein erhebliches Druckmittel gegen den Täter in der Hand.¹²⁵ Sie kann beispielsweise die Ausübung ihres Rückzugs oder Verzichts von der Leistung einer materiellen Entschädigung abhängig machen. Der Erhalt von Schadenersatz oder Genugtuung ist gemäss kriminologischen Studien der meist genannte Anreiz der geschädigten Person, um Strafanzeige oder Strafantrag einzureichen.¹²⁶ Für die beschuldigte Person wiederum dürfte eine finanzielle Abgeltung oftmals das kleinere Übel darstellen als der Fortgang des Strafverfahrens mit ungewissem Ende. BOMMER unterscheidet hinsichtlich „*unzulässiger Druckausübung*“ im Zeitpunkt des Rückzug des Strafantrags sowie im Zeitpunkt vor Antragstellung, und attestiert ersterem eine verbesserte Kontrollmöglichkeit: Der Rückzug sei bereits in ein laufendes Strafverfahren eingebunden, wohingegen die Antragstellung vor Eröffnung des Verfahrens erfolge.¹²⁷ RIEDO hält eine gewisse Druckausübung für „*legitim*“ und kritisiert den Bundesgerichtsentscheid BGE 96 IV 58 aus dem Jahr 1970.¹²⁸ Dieser Entscheid qualifizierte das Vorgehen des Geschädigten, den Rückzug des Strafantrags von der Unterschrift einer Saldoquittung abhängig zu machen, als Nötigung.¹²⁹

Die geschädigte Person hat demnach bei einem Antragsdelikt einen beachtlichen Einfluss auf den Verfahrensablauf: Stellt sie keinen Strafantrag oder zieht sie diesen zurück, so muss das Verfahren letztlich eingestellt bzw. nicht an Hand genommen werden. Dispositionsbefugnis und Möglichkeiten der Einflussnahme der Geschädigten auf den Täter sind gross. Bei der Ermitt-

¹²⁵ BSK StGB I-RIEDO, N 6 zu Vor Art. 30.

¹²⁶ KILLIAS, crime, 115 f.

¹²⁷ BOMMER, Verletztenrechte, 183, Fn. 663.

¹²⁸ BSK StGB I-RIEDO, N 2 zu Art. 33.

¹²⁹ BGE 96 IV 58, E. 5.

lung von Amtes wegen sind weder die Verfahrenseinleitung noch die weitere Gangart von der geschädigten Person abhängig.¹³⁰ Es bleibt anzumerken, dass natürlich auch die im Officialverfahren geschädigte Person damit „drohen“ kann, eine Strafanzeige zu stellen. In diesem Fall ist die Bedeutung des Druckmittels allerdings erheblich geringer, da weder Einleitung noch Beendigung des Strafverfahrens von der geschädigten Person abhängen. Zusammenfassend erhalten Geschädigte eines Antragsdelikts in einem von Officialdelikten dominierten Rechtssystem¹³¹ eine weitgehende Dispositionsbefugnis.

d) Vergleich beim Antragsdelikt

Nach geltender Regelung lässt sich ein Verfahren durch Schadensbehebung des Täters und Verzicht der geschädigten Person auf Verfolgung und Bestrafung diversionell erledigen (vgl. Art. 316 StPO). Diversionelle Verfahrenserledigungen sind vor allem bei den Strafverfolgungsbehörden beliebt: Die Parteien sollen auf Augenhöhe und ohne autoritative Einmischung der Behörden eine Einigung erzielen, was letztlich den Verfahrensaufwand reduziert.¹³² Diese Entwicklungen finden sich im Schweizerischen Recht in der Anwendung des Opportunitätsprinzips (Art. 8 StPO) sowie beim Vergleich (Art. 316 StPO).¹³³

Dementsprechend fördert der Vergleich in erster Linie die Prozessökonomie: Mit einer Verurteilung des Täters ist der geschädigten Person meist wenig gedient, da ihr damit der entstandene Schaden nicht erstattet wird; und ein Täter dürfte kaum Interesse an dessen Begleichung haben, wenn er ohnehin verurteilt wird.¹³⁴ Mittels „gegenseitigen, übereinstimmenden Willenserklärungen“ soll deshalb anlässlich eines Vergleichs ein Ausgleich herbeige-

¹³⁰ Vgl. S. 58 ff.

¹³¹ Vgl. S. 56 f.

¹³² KÜHNE, RN 258.

¹³³ SCHMID, Handbuch StPO, N 1240.

¹³⁴ BSK StPO-RIEDO, N 4 f. zu Art. 316.

führt, und das Verfahren frühzeitig beendet werden.¹³⁵ Die Desinteresse-Erklärung ist demnach ein massgebliches Element eines Vergleichs beim Antragsdelikt.¹³⁶

Art. 316 StPO unterscheidet dabei zwischen dem Vergleich bei Antragsdelikten (Abs. 1) und dem Vergleich im Rahmen einer Wiedergutmachung (Abs. 2).¹³⁷ Gemäss Art. 316 Abs. 1 StPO (vgl. auch Art. 16 lit. a JStPO) kann die Staatsanwaltschaft bei Antragsdelikten die antragstellende und die beschuldigte Person zu einer Verhandlung vorladen mit der Absicht, einen Vergleich zu erzielen. Zweck dieser Kann-Vorschrift ist es, der antragstellenden Partei die Möglichkeit zu verschaffen, ihren Strafantrag zurückzuziehen, sofern die beschuldigte Person im Gegenzug einen Ausgleich leistet.¹³⁸ Wird tatsächlich eine Einigung erzielt, ist dies im Protokoll zu vermerken und von den Beteiligten zu unterzeichnen. Daraufhin wird das Verfahren durch die Staatsanwaltschaft aufgrund fehlender Prozessvoraussetzung eingestellt (Art. 316 Abs. 3 StPO und Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO). Bei Nichterscheinen der antragstellenden Person gilt die Fiktion des zurückgezogenen Strafantrags und es kommt zu einer Einstellung (Art. 316 Abs. 1 und 3 StPO).

Der Vorentwurf der Schweizerischen Strafprozessordnung sah in Art. 346 E-StPO eine Strafmediation vor: Geregelt wurde eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, bei Antragsdelikten sowie generell bei Vergehen mit nachträglicher Desinteresse-Erklärung den Fall an eine Fachstelle zur „*aussergerichtlichen Konfliktbewältigung*“ zu überweisen. Ziel war das Herbei-

¹³⁵ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 49 N 3.

¹³⁶ Vgl. diesbezüglich BGer, Urteil vom 01.02.2007, 6P.88/2006, E. 5.5.1 u. E. 5.4.2, worin festgehalten wird, dass eine Desinteresse-Erklärung als einseitige Willensäusserung der geschädigten Person auch anlässlich eines Vergleichs als zweiseitiges Konstrukt ergehen könne.

¹³⁷ Allg. Ausführungen zum Vergleich bei Offizialdelikten vgl. S. 68 ff.

¹³⁸ Denkbar sind neben finanziellen Abgeltungen z.B. auch Entschuldigungen, vgl. SCHMID, Handbuch StPO, N 1241.

führen einer schriftlichen Einigung, welche bei Antragsdelikten mit einem zurückgezogenen Strafantrag und bei Offizialdelikten mit einem Ausgleich in „*anderer Weise*“ einherginge. In der Folge hätte das Verfahren eingestellt werden können.¹³⁹ Eine derartige Strafmediation fand den Weg in die heutige Strafprozessordnung jedoch nicht. Auf freiwilliger Basis bleibt sie allerdings möglich und findet im Rahmen von Art. 8 StPO (Einstellung aufgrund des Opportunitätsprinzips, insbesondere der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB), sowie bei Art. 316 StPO (Einstellung aufgrund eines Vergleichs) Berücksichtigung.¹⁴⁰

Nach diesen allgemeinen Ausführungen zum Antragsdelikt sind nachfolgend die verschiedenen Arten von Desinteresse-Erklärungen im Rahmen eines Antragsdelikts darzustellen.

B. Verzicht auf Strafantrag (Art. 30 Abs. 5 StGB)

a) Allgemein

Verzichtet eine geschädigte Person eines Antragsdelikts auf Stellung eines Strafantrags i.S.v. Art. 30 Abs. 5 StGB, so wird ein mögliches Strafverfahren mangels gültiger Prozessvoraussetzung nicht an Hand genommen (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO¹⁴¹). Da der Strafantrag die Willensbekundung zur Strafverfolgung und Bestrafung darstellt¹⁴², handelt es sich beim Verzicht auf An-

¹³⁹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 789a, m.w.H.

¹⁴⁰ SCHMID, Handbuch StPO, N 1240.

¹⁴¹ Vgl. Art. 303 Abs. 1 StPO, wonach bei Antragsdelikten das Vorverfahren erst nach Antragstellung eröffnet wird.

¹⁴² Vgl. S. 29 f.

tragstellung um einen Verzicht auf Verfolgung und Bestrafung.¹⁴³ Dieser Wille muss durch die Erklärung deutlich zum Ausdruck kommen.¹⁴⁴

Wie nachfolgend zu erläutern ist, ist damit jede Äusserung einer geschädigten Person, womit sie im entsprechenden Zeitpunkt ihr Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung erklärt, als Verzicht i.S.v. Art. 30 Abs. 5 StGB zu qualifizieren. Es kommt nicht auf die Bezeichnung der Erklärung, sondern ausschliesslich auf deren Inhalt an. Der Verzicht muss ferner bedingungslos sein.¹⁴⁵ Gemäss Art. 30 Abs. 5 ist der Verzicht zudem endgültig.

b) Zeitpunkt

Gemäss Art. 30 Abs. 5 StGB hat die antragsberechtigte Person die Möglichkeit, auf ihr Antragsrecht zu verzichten. Ein Verzicht ist nur nach der Tat und solange das Antragsrecht noch nicht ausgeübt wurde möglich.¹⁴⁶ Wurde bereits Strafantrag gestellt, muss dieser i.S.v. Art. 33 Abs. 1 StGB zurückgezogen werden.¹⁴⁷ RIEDO kritisiert indes die Formulierung der Gesetzesbestimmung: Verzichtet werden könne nur auf ein Recht zur Antragstellung, respektive auf dessen Ausübung, nicht aber auf den Antrag als Willenserklärung i.S.v. Art. 30 Abs. 1 StGB.¹⁴⁸

¹⁴³ Zum selben Schluss kommt das BGer in BGE 68 IV 68, 70, vgl. dazu nachfolgend.

¹⁴⁴ BGE 90 IV 168, E. 1; BSK StPO-RIEDO/BONER, N 34 zu Art. 304; RIEDO, Strafantrag, 579 f.; vgl. auch den Wortlaut in Art. 30 Abs. 5 StGB.

¹⁴⁵ BGE 75 IV 15, E. 4; DONATSCH/TAG, 427; a.A. BSK StGB I-RIEDO, N 120 zu Art. 30, wonach vom Verhalten des Täters abhängige Bedingungen zulässig sein sollten.

¹⁴⁶ GRAWEHR-BUTTY, 52.

¹⁴⁷ BGer, Urteil vom 17.10.11, 6B_510/2011, E. 2.4; vgl. dazu S. 44 ff.

¹⁴⁸ BSK StGB I-RIEDO, N 116 zu Art. 30.

c) Form

Die Erklärung ist gemäss Art. 304 Abs. 1 StPO schriftlich einzureichen oder mündlich zu Protokoll zu geben.¹⁴⁹ Die frühere Bundesgerichtspraxis, wonach konkludentes Verhalten ausreicht, sofern sich daraus klar der Wille eruieren lässt¹⁵⁰, gilt damit nicht mehr.

d) Willensmängel

Der Entscheid, zu verzichten, muss freiwillig getroffen worden sein.¹⁵¹ Ein Fall aus der Zürcherischen Rechtsprechung verdeutlicht, welche hohen Anforderungen diesbezüglich an die Gültigkeit des Verzichts gestellt werden: Eine 32-jährige Schwimmerin, welche im Sommer 2008 von einem rückwärtsfahrenden Limmatschiff angefahren wurde, verzichtete anschliessend im Spital „zwischen zwei Operationen und mit einem Medikamentencocktail im Blut“¹⁵² auf die Antragstellung. Die Geschädigte, von Beruf Juristin, machte geltend, sie sei von einem Polizeibeamten zwei Tage nach dem Vorfall im Spital aufgesucht und zur Unterschrift des Verzichts bewegt worden, obwohl sie psychisch wie physisch in einem sehr schlechten Zustand gewesen sei. Erst im Nachhinein sei ihr bewusst geworden, was sie unterzeichnete. Das Gericht befand, bei einem solchen „Horrorunfall“ müsse ein Verzichtender die Gelegenheit haben, in Ruhe über diese Entscheidung nachzudenken. Ein- und ausgehende Pflegeleute im Spital sowie die Präsenz des Polizeibeamten hätten diese Ruhe erheblich gestört. Zudem habe sich die Ge-

¹⁴⁹ Damit erübrigt sich die Formulierung in Art. 30 Abs. 5 StGB, welche Ausdrücklichkeit verlangt, BSK StPO-RIEDO/BONER, N 37 zu Art. 304.

¹⁵⁰ BGE 115 IV 1, E. 2. b).

¹⁵¹ BSK StGB I-RIEDO, N 126 zu Art. 30; vgl. zu Willensmängeln S. 46 ff.

¹⁵² „Unfall mit Limmatschiff: Freispruch“, Tagesanzeiger online vom 01.11.2013, (<http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Unfall-mit-Limmatschiff-Freispruch-/story/25452886>, Stand: 30.06.2015).

schädigte offensichtlich in einem posttraumatischen Schockzustand befunden. Der Verzicht sei ungültig.¹⁵³

Bedeutsam ist, welches Gewicht das Gericht der Drucksituation, in welcher sich die Geschädigte angeblich befunden habe, und ihrer gesundheitlichen Verfassung zumass. Zweifelsohne wäre der Besuch des Polizeibeamten derart kurze Zeit später nach dem Unfall nicht angezeigt gewesen. Davon abgesehen stellt es die Regel dar, dass Geschädigte ihre Erklärungen in Anwesenheit von Behördenmitgliedern abgeben, und in diesem Zeitpunkt durch die Straftat nach wie vor auf eine Art und Weise psychisch oder physisch tangiert sind. Mit dieser Argumentation liessen sich die meisten Willenserklärungen widerrufen. Genau dies wollte der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit jedoch vermeiden.¹⁵⁴ Offensichtlich haben die Behörden bei der Auslegung der Freiwilligkeit noch immer einen breiten Ermessensspielraum.

e) Unteilbarkeit

Der Verzicht auf Strafantrag wirkt sich analog zu Art. 33 Abs. 3 StGB gegenüber sämtlichen Tatbeteiligten aus.¹⁵⁵ Es ist indes nicht restlos geklärt, ob der Grundsatz der Unteilbarkeit des Verzichts auch in sachlicher Hinsicht gelten soll.¹⁵⁶ Da anlässlich der Antragstellung der strafrechtlich zu ahndende Sachverhalt umschrieben werden muss und diesbezüglich eine Beschränkung ohne weiteres möglich ist¹⁵⁷, impliziert dies bereits die Möglichkeit einer sachlichen Differenzierung. Somit muss es zulässig sein, wenn die geschädigte Person den Verzicht nur bezüglich eines Teils der Delikte ausspricht, und einzelne Taten (nicht einzelne Täter) nicht verfolgt werden.

¹⁵³ BGZ, Urteil vom 01.11.2013, GG130141, 9 ff.

¹⁵⁴ COLOMBI, 197 ff.

¹⁵⁵ BSK StGB I-RIEDO, N 124 zu Art. 30; DONATSCH/TAG, 427.

¹⁵⁶ Bejahend BGE 68 IV 68, 70; verneinend BSK StGB I-RIEDO, N 125 zu Art. 30; GRAWEHR-BUTTY, 52 f.

¹⁵⁷ Vgl. Fn. 117.

f) Desinteresse-Erklärung in der Praxis

Einen ausdrücklichen Verzicht nahm das Bundesgericht in folgendem Entscheid aus dem Jahre 1942 an: Der Beschuldigte Eugen Bragagnolo wurde 1941 aufgrund einer Strafanzeige der Geschädigten Julia Hug wegen Betrugs verfolgt, weil er sie „*unter Verschweigung, dass er verheiratet war, zur geschlechtlichen Hingabe und zur Anschaffung einer Aussteuer veranlasst hatte*“¹⁵⁸. Nach damals anwendbarem Recht setzte die Verurteilung wegen boshafter Vermögensschädigung einen Strafantrag der geschädigten Person voraus, Betrug hingegen führte zur Verfolgung von Amtes wegen. Nachdem der Beschuldigte erstinstanzlich wegen Betrugs verurteilt wurde, kam es zu einem Vergleich mit der Geschädigten. Er bezahlte ihr eine Abfindungssumme und sie erklärte ihr „*Desinterressement am hängigen Strafprozess wegen Betrugs*“. Daraufhin wurde der Beschuldigte zweitinstanzlich wegen boshafter Vermögensschädigung schuldig gesprochen. Das Bundesgericht beschied, es könne nicht angehen, die Erklärung der Geschädigten betreffend ihr Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung des Beschuldigten lediglich auf den Betrug zu beziehen und daraus zu schliessen, sie habe auf ihr Antragsrecht nie verzichtet. Vielmehr sei es so, dass sich ein Strafantrag immer nur auf eine konkrete Tat, und nicht auf die entsprechende rechtliche Qualifikation beziehen könne: Die entsprechende Qualifizierung sei Sache des Gerichts. Die Geschädigte habe demnach in der vorliegenden Konstellation mit ihrer Desinteresse-Erklärung auch auf ihr Antragsrecht verzichtet und der Beschuldigte hätte freigesprochen werden müssen.¹⁵⁹

g) Fazit

Da der Strafantrag die Willensbekundung zur Strafverfolgung und Bestrafung darstellt, handelt es sich beim Verzicht auf Antragstellung um einen

¹⁵⁸ BGE 68 IV 68.

¹⁵⁹ BGE 68 IV 68, 70.

Verzicht auf Verfolgung und Bestrafung.¹⁶⁰ Nach hier vertretener Auffassung gilt somit jede Erklärung, welche im Rahmen eines Antragsdelikts vor Antragstellung ergeht, worin die geschädigte Person ihr Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung des Täters kundtut, als Verzicht auf Strafantrag i.S.v. Art. 30 Abs. 5 StGB.¹⁶¹ Die Erklärung hat den inhaltlichen und formellen Voraussetzungen gemäss Art. 30 Abs. 5 StGB zu entsprechen sowie innerhalb der dreimonatigen Frist i.S.v. Art. 31 StGB zu ergehen. Als Folge ist das Verfahren aufgrund der fehlenden Prozessvoraussetzung des Strafantrags nicht an Hand zu nehmen (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO).

C. Rückzug des Strafantrags (Art. 33 Abs. 1 StGB)

a) Allgemein

Die Möglichkeit, den Strafantrag zurückziehen zu können, ist nichts als die „logische Konsequenz aus der gesetzgeberischen Entscheidung, die Strafverfolgung in gewissen Fällen vom Willen des Verletzten abhängen zu lassen“.¹⁶² Es soll damit vermieden werden, dass der Antragsteller auf eine Erklärung behaftet wird, die nicht mehr seinem tatsächlichen Willen entspricht.¹⁶³ Ist der Strafantrag erst einmal gestellt, kann er somit unter gewissen Umständen zurückgezogen werden. Der Inhalt des Rückzugs wird vom Bundesrecht bestimmt und setzt eine Willensäusserung voraus, die sich klar auf den Rückzug des Strafantrags bezieht.¹⁶⁴ Der Rückzug des Strafantrags ist grundsätzlich bedingungsfeindlich.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Vgl. S. 39 ff.

¹⁶¹ Ebenso LANDSHUT/BOSSHARD, ZHK-StPO, N 9 zu Art. 304, wobei der Begriff der „Desinteresseserklärung“ nicht weiter konkretisiert wird, namentlich nicht, worauf sich das Desinteresse zu beziehen habe.

¹⁶² TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, N 1 zu Art. 33.

¹⁶³ BGer, Urteil vom 12.02.09, 6B_640/2008, E. 1.1.

¹⁶⁴ BGE 89 IV 57, E. 3. a); BGer, Urteil vom 11.08.04, 6S.439/2003, E. 5.1.

¹⁶⁵ Vgl. Fn. 116.

Während der Strafantrag den Willen der geschädigten Person zur Strafverfolgung bekundet, bezeugt dessen Rückzug somit das Gegenteil: Das Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung des Täters. Analog zu den Überlegungen betreffend Desinteresse-Erklärung als Verzicht i.S.v. Art. 30 Abs. 5 StGB¹⁶⁶ hat jede Erklärung nach Antragstellung, welche auf die Beendigung der Strafverfolgung abzielt, als Rückzug i.S.v. Art. 33 Abs. 1 StGB zu gelten. Das Verfahren ist mangels gültiger Prozessvoraussetzung durch die Staatsanwaltschaft (Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO) oder das Gericht (Art. 329 Abs. 1 lit. b und Art. 329 Abs. 4 StPO) einzustellen.¹⁶⁷

b) Zeitpunkt

Gemäss Art. 33 Abs. 1 StGB kann die antragstellende Person ihren Strafantrag zurückziehen, solange das Urteil¹⁶⁸ der zweiten kantonalen Instanz noch nicht eröffnet bzw. ein erstinstanzliches Urteil noch nicht rechtskräftig¹⁶⁹ ist. Die geschädigte Person hat damit die Möglichkeit, ihren Entscheid erneut (da sie bereits tätig werden musste, um das Verfahren in Gang zu setzen) zu überdenken.¹⁷⁰ Als Begründung dieser zeitlichen Schranke wird der Aspekt der Rechtssicherheit herangezogen: Die geschädigte Person darf nicht die Möglichkeit haben, durch den Rückzug ein rechtskräftiges Urteil umzustossen.¹⁷¹

¹⁶⁶ Vgl. S. 43 f.

¹⁶⁷ BSK StPO-GRÄDEL/HEINIGER, N 13 zu Art. 319; BSK StPO-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, N 3 zu Art. 329.

¹⁶⁸ Ob ein Urteil vorliegt, bestimmt sich gemäss DONATSCH, ZHK-StGB, N 8 zu Art. 33 nach der Rechtsprechung, welche ein Urteil wie folgt definiert: Gemeint ist „*jeder Entscheid der zuständigen Behörde, der verbindlich darüber erkennt, ob sich der Beschuldigte einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat*“, BGE 78 IV 148, E. 2.

¹⁶⁹ BGer, Urteil vom 14.08.09, 6B_321/2009, E. 1.2.

¹⁷⁰ RIEDO, Strafantrag, 596.

¹⁷¹ BSK StGB I-RIEDO, N 2 zu Art. 33.

c) Form

Betreffend die Form des Rückzugs des Strafantrags ist der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts zu entnehmen, es seien daran keine hohen Anforderungen zu stellen: Insbesondere sei der Rückzug auch konkludent gültig.¹⁷²

Die Eidgenössische Strafprozessordnung regelt seit dem 1. Januar 2011 die formellen Voraussetzungen des Rückzugs in Art. 304 Abs. 2 StPO, welcher auf Abs. 1 desselben Artikels verweist: Demnach reicht konkludentes Verhalten nicht mehr aus, um von einem Rückzug auszugehen. Es bedarf vielmehr einem schriftlichen Nachweis oder einer mündlichen Erklärung zu Protokoll, ansonsten das Strafverfahren fortzusetzen ist.¹⁷³ Eine Ausnahme stellt allerdings Art. 316 Abs. 1 StPO dar: Bei Nichterscheinen zu einer Vergleichsverhandlung wird Rückzug des Strafantrags angenommen. Damit genügt in diesem Bereich für den Rückzug nach wie vor konkludentes Handeln.¹⁷⁴

d) Willensmängel

Spricht die antragstellende Person den Rückzug nachweislich wegen einer (gemäss StGB strafbaren) Drohung oder Täuschung durch Dritte aus, so hält die herrschende Lehre den Rückzug für anfechtbar.¹⁷⁵ Strittig ist hingegen,

¹⁷² BGE 86 IV 145, E. 3; bestätigt in BGE 89 IV 57, E. 3.

¹⁷³ RIEDO, Strafantrag, 605.

¹⁷⁴ BSK StGB I-RIEDO, N 7 zu Art. 33; BGer, Urteil vom 20.03.14, 6B_908/2013, E. 2.5; vgl. dazu S. 37 f.

¹⁷⁵ BSK StGB I-RIEDO, N 23 zu Art. 33; TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, N 11 zu Art. 33; SCHMID, Handbuch StPO, N 648; a.A. das Bundesgericht, wonach sämtliche Willensmängel – als auch Drohung und Täuschung – stets unbeachtlich seien, da die analoge Anwendbarkeit von Art. 23 ff. OR ausgeschlossen sei, BGE 79 IV 97, E. 4.

ob ein Irrtum, welcher nicht auf einer strafbaren Täuschung basiert, berücksichtigt werden soll.¹⁷⁶

Dass bei strafrechtlich relevantem Verhalten ein Rückzug des Strafantrags ungültig ist, scheint sinnvoll und sachgerecht. Die zivilrechtliche Mängel lehre des Obligationenrechts hat indes keine Gültigkeit für den Rückzug des Strafantrags, welcher als strafprozessuale Handlung zu qualifizieren ist und damit bei Fehlerhaftigkeit aufgrund strafbaren Einflussnehmens Dritter automatisch zur Nichtigkeit führt.¹⁷⁷ Erfolgt der Fehler hingegen in der Willensbildung des Erklärenden aufgrund eines Irrtums, welcher nicht auf einer strafbaren Täuschung beruht, ist dies unbeachtlich: Es wäre der Rechtssicherheit abträglich, auch in diesen Fällen die Nichtigkeit des Rückzugs anzunehmen, da der Beschuldigte dann ständig damit rechnen müsste, doch noch verfolgt zu werden.¹⁷⁸ Entstand der Irrtum allerdings aufgrund einer unrichtigen behördlichen Auskunft, so liegt ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor und die Erklärung gilt als nichtig.¹⁷⁹

e) Unteilbarkeit

Der Grundsatz der persönlichen Unteilbarkeit des Strafantrags i.S.v. Art. 32 StGB findet sich auch beim Rückzug des Strafantrags wieder: Gemäss Art. 33 Abs. 3 StGB hat ein Rückzug für einen der Beteiligten auch für die übrigen zu gelten.

¹⁷⁶ BSK StGB I-RIEDO, N 25 zu Art. 33; a.A. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 43 N 19 f.; TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, N 11 zu Art. 33, die in diesen Fällen Rechtsmissbrauch annehmen.

¹⁷⁷ BSK StGB I-RIEDO, N 24 zu Art. 33; TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, N 11 zu Art. 33.

¹⁷⁸ Ders. M. BSK StGB I-RIEDO, N 25 zu Art. 33; a.A. TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, N 11 zu Art. 33, welche dieses Vorgehen als rechtsmissbräuchlich qualifizieren.

¹⁷⁹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 43 N 20; BSK StGB I-RIEDO, N 25 zu Art. 33.

Das Bundesgericht bestätigte in einem Grundsatzentscheid aus dem Jahre 2006, dass die geschädigte Person nicht nach Gutdünken darüber entscheiden solle, wer von den Beteiligten bestraft werde und wer nicht.¹⁸⁰ Damit argumentierten die höchsten Richter des Landes gegen die damals herrschende Lehre, deren Ansicht nach ein Geschädigter nicht genötigt werden dürfe, gegen alle Beteiligten vorzugehen, wenn er einen davon als unschuldig einstufe: Dezidiert wurde festgehalten, dass der Gesetzeswortlaut einer Teilbarkeit des Strafantrag-Rückzugs klar entgegenstehe. Da letztlich das Gericht über die Schuldfrage zu entscheiden habe, gelte dies selbst dann, wenn ein Antragsteller von der Unschuld eines der Beteiligten aufgrund ernstlicher Anhaltspunkte überzeugt sei.¹⁸¹

Steht eine Anwendung des Unteilbarkeitsgrundsatzes zur Diskussion, ist sodann zu prüfen, ob es sich um eine beschuldigte Person i.S.v. Art. 33 Abs. 3 StGB handelt. Dies ist nur dann der Fall, wenn es sich um einen Mittäter, Anstifter oder Gehilfen handelt.¹⁸² Diese Frage hat jedoch, wie bereits dargelegt, nicht der Antragsteller, sondern das Gericht zu klären. Es ist hingegen zulässig, den Strafantrag in sachlicher Hinsicht zu beschränken.¹⁸³

f) *Desinteresse-Erklärung in der Praxis*

Gemäss bisher Gesagtem zieht der Antragsberechtigte seinen Strafantrag zurück, wenn der Staat das Strafverfahren beenden soll. Die geschädigte Person ist in diesem Fall an der Verfolgung und Bestrafung des Täters nicht mehr interessiert. Die Hintergründe des Rückzugs (strafrechtlich relevante Einflussnahme durch Dritte ausgenommen) spielen keine Rolle. Sobald der

¹⁸⁰ BGE 132 IV 97. Ausführlich zu diesem Entscheid S. 49 ff.

¹⁸¹ BGE 132 IV 97, E. 3.3.3, m.w.H.; ders. M. BSK StGB I-RIEDO, N 42 zu Art. 33; DONATSCH, ZHK-StGB, N 1 zu Art. 33.

¹⁸² Gem. der Praxis des Bundesgerichts sind Mittäter, Anstifter i.S.v. Art. 24 StGB und Gehilfe i.S.v. Art. 25 StGB tatbeteiligt, nicht aber Nebentäter wie der Vortäter bei der Hehlerei, BGE 80 IV 209, E. 1.; BGE 81 IV 90, E. 2.

¹⁸³ BGer, Urteil vom 11.08.04, 6S.439/2003, E. 5.2.; vgl. auch S. 42.

Rückzug erfolgt ist, kommt es aufgrund fehlender Prozessvoraussetzungen zur Beendigung des Verfahrens.

Verwirrung in der Praxis hat allerdings die nachfolgend darzustellende bundesgerichtliche Rechtsprechung gestiftet, welche in mehreren wegweisenden Urteilen Rückzug und Desinteresse-Erklärung ohne ersichtliche sachliche Begründung unterschiedliche prozessuale Folgen zuspricht.¹⁸⁴ Wie zu zeigen sein wird, ist dieses Vorgehen nicht korrekt und kritikwürdig, lässt es doch eine Auslegung der Erklärung zu, welche sich an keinerlei Rahmenbedingungen zu orientieren hat. Eine Desinteresse-Erklärung beim Antragsdelikt wird damit zum Spielball resultatorientierter Behördenpraxis.

i. *BGE 132 IV 97*

In BGE 132 IV 97 behandelte das Bundesgericht die Frage, ob die Äusserungen des Beschwerdeführers zu Recht als Rückzug des Strafantrags verstanden wurden. Der Beschwerdeführer hatte ursprünglich Strafklage gegen mehrere Beteiligte wegen Ehrverletzung eingereicht. Daraufhin teilte ihm das Untersuchungsamt mit, dass einer von ihnen, A., aufgrund der Kantonsverfassung des Kantons Zug Immunitätsschutz geniesse. In der Folge „*verzichtete*“ der Beschwerdeführer auf die Einleitung eines Strafverfahrens gegen A., respektive ersuchte nach der Sühneverhandlung um Weiterführung der Untersuchung gegen die übrigen Beteiligten, nachdem der Strafantrag gegen A. „*zurückgezogen*“ worden sei. Die Untersuchung wurde in der Folge mit Verweis auf den Unteilbarkeitsgrundsatz gemäss Art. 31 Abs. 3 aStGB (Art. 33 Abs. 3 StGB) eingestellt, obschon der Beschwerdeführer monierte, lediglich wegen der mutmasslich unaufhebbaren Immunität auf die Weiterführung des Strafverfahrens gegen A. verzichtet zu haben.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Vgl. z.B. BGE 132 IV 97, E. 3.3.3, wo von einem „*strafprozessualen Einstellungsbegehren*“ die Rede ist, vgl. dazu S. 49 f.; ebenso BGer, Urteil vom 17.10.2011, 6B_510/2011, E. 2.2, vgl. dazu S. 50 ff.

¹⁸⁵ BGE 132 IV 97.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und hielt fest, eine Ausnahme vom Unteilbarkeitsgrundsatz sei nicht erkennbar. Sofern ein Strafantragsteller im Laufe des Verfahrens zum Schluss komme, die Strafbarkeitsvoraussetzungen seien gegenüber einem der Beschuldigten nicht (mehr) gegeben, so könne er in Bezug auf diesen eine Einstellung des Strafverfahrens verlangen: „Dieses strafprozessuale Einstellungsbegehren darf nicht in einen Rückzug des Strafantrags uminterpretiert werden.“¹⁸⁶ Das Bundesgericht anerkennt damit ein sogenanntes Institut eines „strafprozessualen Einstellungsbegehrens“, eine Willensäußerung der geschädigten Person, mit welcher sie die Beendigung des Strafverfahrens betreffend einen der Beteiligten verlangen könne. Dieses Einstellungsbegehren tangiert nach Ansicht des Bundesgerichts den Unteilbarkeitsgrundsatz nicht. In der Konsequenz würde dies bedeuten, dass neben dem Recht, den Strafantrag zurückzuziehen die Möglichkeit bestünde, ein strafprozessuales Einstellungsbegehren zu stellen. Offensichtlich zielen nach dieser Auffassung sowohl prozessuales Einstellungsbegehren als auch der Rückzug des Strafantrags darauf ab, die Verfolgung und Bestrafung gegen einen der Beteiligten einzustellen. Doch ausschliesslich der Rückzug des Strafantrags hat den formellen und materiellen Anforderungen i.S.v. Art. 30 ff. StGB zu genügen und lässt dementsprechend eine Prozessvoraussetzung dahin fallen.

ii. *BGer 6B_510/2011*

Im Entscheid 6B_510/2011 vom 17. Oktober 2011 bestätigte das Bundesgericht seine Auffassung, wonach Desinteresse-Erklärung und Rückzug des Strafantrags unterschiedliche strafprozessuale Auswirkungen haben: Nach einer Hausbesetzung durch Mitglieder der Jungsozialisten Aargau am 24./25. Januar 2009 stellte die B. AG (die Eigentümerin des besetzten Gebäudes) Strafantrag gegen Unbekannt. Am 14. Januar 2010, also rund ein Jahr später, erklärte sie dann ihr „Desinteresse an der Strafverfolgung“ der

¹⁸⁶ BGE 132 IV 97, E. 3.3.3.; bestätigt in BGer, Urteil vom 17.10.11, 6B_510/2011.

Medienschaffenden C. und D., welche sich nicht gegen ihren Willen im Gebäude aufgehalten hätten. Davon sei der „Strafantrag“ gegen Unbekannt nicht betroffen. Daraufhin kam es zur Einstellung des Verfahrens gegen C. und D., hingegen zu einer Weiterführung gegen die übrigen Beteiligten, darunter die Beschwerdeführerin X., welche letztlich mit Strafbefehl wegen Hausfriedensbruch verurteilt wurde. Die Beschwerdeführerin X. machte anlässlich ihrer Beschwerde in Strafsachen geltend, der Strafantrag der B. AG sei wegen des Grundsatzes der Unteilbarkeit des Strafantrags ungültig. Die Erklärung der Geschädigten, „*wonach sie kein Interesse an der Strafverfolgung der Journalisten habe (Desinteresse-Erklärung), sei bei einem Antragsdelikt – wie dem Hausfriedensbruch – als Rückzug des Strafantrags zu qualifizieren. Ein solcher Rückzug gelte gemäss dem Grundsatz der persönlichen Unteilbarkeit gegenüber allen Tatbeteiligten*“.¹⁸⁷

Die Vorinstanz hielt zunächst einleitend fest, die B. AG sei sich des Unterschiedes zwischen einer Desinteresse-Erklärung und einem Rückzug des Strafantrags durchaus bewusst gewesen. Immerhin habe sie beide Begriffe in ihrem Schreiben vom 14. Januar 2010 differenziert verwendet. Somit sei die Desinteresse-Erklärung zu Recht nicht als Rückzug des Strafantrags verstanden worden, zumal die Einstellung gegen C. und D. vorwiegend wegen der Begehung in Ausübung ihrer Berufspflichten ergangen sei. Das Bundesgericht bestätigte zunächst mit Hinweis auf vorstehend behandelten BGE 132 IV 97 seine Ansicht, wonach ein Einstellungsbegehren nicht als Rückzug des Strafantrags interpretiert werden dürfe: Gleiches gelte für die gar „*weniger weit reichende Desinteresse-Erklärung, mit welcher die Antragstellerin lediglich ihr fehlendes Strafverfolgungsinteresse in Bezug auf die Medienschaffenden zum Ausdruck brachte. Sie stellt weder eine Umgehung des Unteilbarkeitsgrundsatzes dar [...], noch steht sie im Widerspruch zum Weiterbestehen des Strafantrags*“¹⁸⁸. Relativierend schliesst das Bundesgericht mit

¹⁸⁷ BGer, Urteil vom 17.10.11, 6B_510/2011, E. 2.1. und 2.3; mit Hinweis auf BGE 132 IV 97.

¹⁸⁸ BGer, Urteil vom 17.10.11, 6B_510/2011, E. 2.4.

der Bemerkung ab, dass das Verfahren gegen die Medienschaffenden allerdings ohnehin nicht nur wegen der Desinteresse-Erklärung (selbst wenn diese dafür „*relevant gewesen sein sollte*“), sondern auch aus materiellen Überlegungen eingestellt wurde.¹⁸⁹

Das Vorgehen des Bundesgerichts, ausschliesslich auf den Wortlaut der Erklärung der geschädigten Person abzustellen, scheint bedenklich und nicht im Interesse der geschädigten Person zu liegen. Die Geschädigten werden damit auf ihre Erklärung behaftet, ohne dass nach ihrem tatsächlichen Willen gefragt wird. Das Problem dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung könnte mittels Nachfrage- und Aufklärungspflicht der Strafbehörden behoben werden.¹⁹⁰

g) *Fazit*

Das Bundesgericht ist wie dargelegt dezidiert der Auffassung, der Rückzug des Strafantrags i.S.v. Art. 33 Abs. 1 StGB sei strikte zu unterscheiden von sogenannten „*prozessualen Einstellungsbegehren*“ und „*weniger weit reichenden Desinteresse-Erklärungen*“.¹⁹¹ Unklar bleibt jedoch, worin sich diese Erklärungen unterscheiden sollen; ja nicht einmal der Unterschied zwischen einem „*prozessualen Einstellungsbegehren*“ und der „*weniger weit reichenden Desinteresse-Erklärung*“ ist aufgrund der bundesgerichtlichen Ausführungen nachvollziehbar.

Sachlich differenzierte Begründungen fehlen, was den Eindruck resultatsorientierter Argumentation erweckt. Abhängig vom gewünschten Prozessergebnis setzen die Behörden eine Erklärung der geschädigten Person nach Gutdünken im Strafverfahren ein. Spricht die geschädigte Person einen Ver-

¹⁸⁹ BGer, Urteil vom 17.10.11, 6B_510/2011, E. 2.4.

¹⁹⁰ S. Fn. 550.

¹⁹¹ Vgl. diesbezüglich auch BGer, Urteil vom 01.02.2007, 6P.88/2006, E. 5.4.4, wonach eine Desinteresse-Erklärung im Gegensatz zum Rückzug des Strafantrags keine rechtsgestaltenden Wirkungen habe.

folgungs- und Bestrafungsverzicht betreffend einen von mehreren beteiligten Tätern aus, so hätten die Behörden dementsprechend verschiedene Möglichkeiten, mit dieser Erklärung umzugehen: Soll das gesamte Strafverfahren beendet werden, könnte die Erklärung der geschädigten Person als Rückzug des Strafantrags qualifiziert werden. Unter Hinweis auf den Grundsatz der persönlichen Unteilbarkeit des Rückzugs wäre das Verfahren dann einzustellen oder nicht an Hand zu nehmen.¹⁹² Bezwecken die Behörden hingegen eine Weiterführung des Strafverfahrens, bestünde die Möglichkeit, die Erklärung der geschädigten Person als „*prozessuales Einstellungsbegehren*“ oder „*Desinteresse-Erklärung*“ zu qualifizieren, für welche der Grundsatz der Unteilbarkeit demnach nicht gilt.¹⁹³

Selbst wenn sich das Bundesgericht offensichtlich teilweise bemüht, den Begehren der Erklärenden betreffend Strafverfolgungsverzicht einzelner Täter Rechnung zu tragen¹⁹⁴, legitimiert dies eine solche Vorgehensweise nicht. Die gesetzlichen Vorgaben sind klar und lassen keinen Auslegungsspielraum zu: Bei Antragsdelikten hat die geschädigte Person insofern eine Dispositionsbefugnis, als es um die Frage geht, ob im Grundsatz ein Strafverfahren zu eröffnen sei oder nicht. Das Prinzip der Unteilbarkeit des Strafantrags gemäss Art. 32 StGB schreibt hingegen vor, dass es nicht zur Disposition der Geschädigten stehen darf, welche (von mehreren) Beschuldigten strafrechtlich zu verfolgen seien.¹⁹⁵ Wird nun eine Erklärung, welche inhaltlich und formell einem Rückzug des Strafantrags entspricht, als andere Erklärung ausgelegt, führt dies zu einer unzulässigen Umgehung des absolut geltenden Grundsatzes der Unteilbarkeit des Strafantragsrückzugs.

Wegen konkreter Umgehungsgefahr besteht unter der Voraussetzung, die geschädigte Person verzichtet auf die Verfolgung und Bestrafung, nach mei-

¹⁹² So argumentiert in BGE 132 IV 97.

¹⁹³ Vgl. BGer, Urteil vom 05.12.11, 6B_562/2011.

¹⁹⁴ Vgl. etwa in BGer, Urteil vom 17.10.11, 6B_510/2011, E. 2.1., dazu S. 50 ff.; wo die Erklärende den Rückzug nur betreffend den Medienschaffenden aussprach.

¹⁹⁵ Vgl. S. 47 ff.

ner Auffassung kein inhaltlicher Unterschied zwischen einer „*Desinteresse-Erklärung*“, einem „*prozessualen Einstellungsbegehren*“ und dem (Teil-)Rückzug des Strafantrags. Wird nach Antragstellung ein Desinteresse betreffend die Verfolgung und Bestrafung ausgesprochen, so muss nach der hier vertretenen Ansicht diese Erklärung zwingend als Rückzug des Strafantrags i.S.v. Art. 33 Abs. 1 StGB qualifiziert werden.¹⁹⁶ Es gelten sämtliche Anforderungen an die Erklärung gemäss Art. 30 ff. StGB sowie Art. 303 f. StPO. Eine partielle Desinteresse-Erklärung hinsichtlich Verfolgung und Bestrafung einzelner Täter gilt gegenüber allen Beteiligten (vgl. Art. 33 Abs. 3 StGB). Dementsprechend grosses Gewicht ist auf die Aufklärungspflicht der Behörden zu legen: Sind einer geschädigten Person die prozessualen Folgen ihrer Verzichtserklärung nicht bekannt, ist die Erklärung als nichtig zu qualifizieren.¹⁹⁷

D. Fazit Antragsdelikte

Spricht die geschädigte Person eines Antragsdelikts eine Desinteresse-Erklärung betreffend die Verfolgung und Bestrafung aus, so ergeben sich nach hier vertretener Ansicht im Sinne einer abschliessenden Aufzählung drei alternative Vorgehensweisen. Der massgebende Faktor zur Unterscheidung ist einzig der Stand des Verfahrens.

Erfolgt die Erklärung innerhalb der dreimonatigen Strafantragsfrist i.S.v. Art. 31 StGB und vor Antragstellung, entspricht dies einem Verzicht i.S.v. Art. 30 Abs. 5 StGB. Das Verfahren ist mangels Prozessvoraussetzung eines

¹⁹⁶ Ebenso z.B. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. September 2011, Geschäfts-Nr.: UE110156-O, E. 2.2 a), wonach „*kein Strafantrag wegen Hausfriedensbruches vorgelegen habe, womit derselbe sinngemäss sein Desinteresse an der Aufklärung der Straftat bzw. am Unterbruch des strafrechtlich relevanten Dauerzustandes kundgetan habe*“.

¹⁹⁷ Vgl. S. 46 f.

II. Desinteresse-Erklärung betreffend Verfolgung und Bestrafung

gültigen Strafantrags nicht an Hand zu nehmen (Art. 303 Abs. 1 und Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO).¹⁹⁸

Ergeht die Erklärung nach Antragstellung und vor Eröffnung des Urteils der zweiten kantonalen Instanz bzw. vor Rechtskraft des erstinstanzlichen Entscheids, handelt es sich um einen Rückzug i.S.v. Art. 33 Abs. 1 StGB. Es kommt aufgrund definitiv nicht erfüllter Prozessvoraussetzungen zur Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft (Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO) oder das Gericht (Art. 329 Abs. 1 lit. b und Art. 329 Abs. 4 StPO).¹⁹⁹

Der letzte Fall sei der Vollständigkeit halber erwähnt, auch wenn er in der Praxis kaum relevant sein dürfte: Die geschädigte Person spricht einen Verfolgungs- und Bestrafungsverzicht nach Eröffnung des Urteils der zweiten kantonalen Instanz oder nach rechtskräftig gewordenem Urteil der ersten Instanz aus. Zu diesem Zeitpunkt kann der Strafantrag als Prozessvoraussetzung aus Gründen der Rechtssicherheit nicht mehr umgestossen werden und ein Rückzug oder Verzicht ist nicht mehr zulässig.²⁰⁰

¹⁹⁸ Vgl. S. 43 ff.

¹⁹⁹ Vgl. S. 52 ff.

²⁰⁰ BSK StGB I-RIEDO, N 10 ff. zu Art. 33.

2. **Offizialdelikte**

A. **Das Offizialdelikt**

a) *Ratio legis*

Die meisten Straftaten des Schweizerischen Strafgesetzbuches unterliegen der Offizialmaxime und sind damit sogenannte Offizialdelikte. Der Staat hat bei diesen Delikten „*unabhängig vom Willen der Geschädigten*“ – ja sogar gegen deren Willen²⁰¹ – sämtliche zu ihrer Kenntnis gelangten Straftatbestände zu ahnden.²⁰²

Nur wenn der „*staatliche Strafanspruch mit einer gewissen Regelmässigkeit durchgesetzt*“ werde, gelinge es, die höchsten Strafzwecke, sprich die Sicherung des Rechtsfriedens und der Gesellschaft, zu befriedigen.²⁰³ Oder anders ausgedrückt: Überliesse man die Durchsetzung des Strafanspruchs der geschädigten Person, „*so bliebe mancher Straftäter ungestraft, weil ein Einzelner aus mannigfachen Gründen nicht willens oder in der Lage ist, die Verfolgung vorzunehmen*“.²⁰⁴ Auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zu entnehmen, dass die Behörden ungeachtet einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person bei Offizialdelikten den Sachverhalt in rechtlicher und sachlicher Hinsicht von Amtes wegen abzuklären haben.²⁰⁵

Als Besonderheit gibt es seit Inkrafttreten der Revision betreffend die Strafverfolgung in der Ehe und in der Partnerschaft vom 3. Oktober 2003²⁰⁶ „*re-*

²⁰¹ BGE 114 IV 78, E. 1. b); RIEDO, Strafantrag, 7 ff.

²⁰² DONATSCH/TAG, 419; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 1; RIEDO, Strafantrag, 9 f.; SCHMID, Handbuch StPO, N 165; vgl. zur Desinteresse-Erklärung bei Offizialdelikten S. 133 ff.

²⁰³ SCHMID, Handbuch StPO, N 166.

²⁰⁴ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 1.

²⁰⁵ BGer, Urteil vom 01.02.2007, 6P.88/2006, E. 5.4.3; vgl. zu diesem Entscheid S. 22 ff.

²⁰⁶ AS 2004 1403 1407; BBl 2003 1909 1937.

lative Offizialdelikte“: Dabei handelt es sich um Antragsdelikte, die bei speziellen Täter-Opfer-Konstellationen im sozialen Nahraum grundsätzlich von Amtes wegen verfolgt werden (Art. 55a StGB).²⁰⁷ Das Opfer häuslicher Gewalt allerdings hat die Möglichkeit, mit einer Desinteresse-Erklärung das Verfahren zu beenden, weshalb die entsprechenden Delikte trotz OffIALIZIERUNG mitunter als antragsähnliche Delikte bezeichnet werden.²⁰⁸

b) Opportunitätsüberlegungen

Oftmals werden in der Praxis Strafuntersuchungen von Offizialdelikten aus Opportunitätsüberlegungen eingestellt (Art. 8 Abs. 1 und Art. 319 Abs. 1 StPO) oder gar nicht erst an Hand genommen (Art. 8 Abs. 1 und Art. 310 Abs. 1 lit. c StPO). Die gewichtigsten Opportunitätsnormen²⁰⁹ Art. 52 StGB (Fehlendes Strafbedürfnis), Art. 53 StGB (Wiedergutmachung), Art. 54 StGB (Betroffenheit des Täters durch seine Tat) und Art. 55a StGB (Einstellung des Verfahrens bei häuslicher Gewalt) sind im materiellen Strafrecht geregelt. Damit sollte deren Anwendung bereits in Zeiten der kantonalen Strafprozessordnungen einheitlich gewährleistet werden.²¹⁰ In der Schweizerischen Strafprozessordnung findet sich in Art. 8 Abs. 1 StPO nunmehr der Verweis auf das materielle Recht.

Je nachdem, ob auf die Weiterverfolgung verzichtet oder im Urteil von einer Bestrafung Umgang genommen wird, handelt es sich bei Art. 52 ff. StGB um strafprozessuale Opportunitätsvorschriften oder um materiell-rechtliche Strafbefreiungsgründe.²¹¹ Materiell-rechtliche Strafbefreiungsgründe führen zu einem Schuldspruch ohne Sanktion²¹², während strafprozessuale Oppor-

²⁰⁷ RIEDO, ZStrR 122/2004, 270; betr. der Unterscheidung in relative und absolute Antragsdelikte vgl. S. 33 ff.

²⁰⁸ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 137 zu Art. 7; vgl. dazu S. 89 ff.

²⁰⁹ Prägend für diesen Begriff in erster Linie WENT, Opportunitätsprinzip, 120 ff.

²¹⁰ BSK StGB I-RIKLIN, N 15 zu Vor Art. 52-55.

²¹¹ BSK StGB I-RIKLIN, N 10 zu Vor Art. 52-55.

²¹² BGE 135 IV 27, E. 2.3, vgl. auch S. 162 f.

tunitätsvorschriften der zuständigen Behörde den Verzicht auf Weiterverfolgung gestatten²¹³. Somit hat die Staatsanwaltschaft bereits im Vorverfahren die Möglichkeit, ein Verfahren aufgrund von Opportunitätsüberlegungen zu beenden.²¹⁴ Wie darzulegen ist, ist oftmals die Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person Anlass dafür.²¹⁵

Es drängt sich an dieser Stelle der Verdacht auf, die Desinteresse-Erklärung allein könnte ausschlaggebend sein für die Beendigung des Verfahrens, und Begründungen mit Opportunitätsnormen würden nur vorgeschoben, um die gesetzlichen Vorschriften zu wahren. Damit hätte die geschädigte Person weit mehr Dispositionsbefugnis, als ihr der Gesetzgeber zugedacht hat. Im Folgenden findet sich deshalb eine Betrachtung derjenigen Opportunitätsnormen, in deren Zusammenhang eine Desinteresse-Erklärung relevant ist. Dabei wird sich zeigen, dass die Dispositionsbefugnis in erster Linie bei häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB problematisch ist. In den übrigen Bereichen berücksichtigen die Behörden verschiedene sachliche Kriterien²¹⁶, die das Ermessen der geschädigten Person eingrenzen sollen.

c) *Dispositionsbefugnis der geschädigten Person*

Auf den ersten Blick scheint die Rechtslage klar: Eine Desinteresse-Erklärung entfaltet im Bereich des Offizial- und Legalitätsprinzips für die Strafbehörden keine Wirkung.²¹⁷ Ganz offensichtlich und durchwegs nachvollziehbar ist die geschädigte Person durch ihre eigenen Interessen beeinflusst. Es wäre der gerechten und gleichen Rechtsanwendung abträglich, ihr den Entscheid über die Durchführung des Verfahrens aufzuerlegen. Beginn,

²¹³ STRATENWERTH, AT II, § 7 N 22.

²¹⁴ Vgl. dazu S. 159 ff.

²¹⁵ Vgl. S. 124 ff.

²¹⁶ In erster Linie wird geprüft, ob öffentliche Interessen an der Verfolgung und Bestrafung bestehen, vgl. S. 124 ff.

²¹⁷ So bereits HAUSER, ZstrR 81/1965, 432 f.; ebenso BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 2 zu Art. 120.

Fortgang und Beendigung des Verfahrens müssen deshalb unabhängig von allfälligen entgegenstehenden Interessen der geschädigten Person vonstattengehen. Ebenso wenig steht die Erkenntnis über Schuld oder Unschuld zu ihrer freien Disposition.

Gleichwohl sprechen geschädigte Personen eines Officialdelikts Desinteresse-Erklärungen betreffend die Verfolgung und Bestrafung aus, worauf die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren oftmals einstellen. Wie nachfolgend anhand von Fällen aus der Praxis darzulegen ist²¹⁸, zieht man zur Begründung dieser Verfahrensbeendigungen gerne opportunistische Überlegungen heran. SCHMID attestiert dem Institut der Desinteresse-Erklärung in diesem Zusammenhang eine eigenständige Bedeutung: Nicht selten würden Strafverfahren mit unklarer Beweislage aufgrund einer Desinteresse-Erklärung eingestellt: Auch wenn die Officialdelikte damit nicht zu Antragsdelikten würden, sei „*der Weg für die Anwendung von Opportunitätsüberlegungen frei*“.²¹⁹ Dahingehend muss auch BOMMERS Bemerkung verstanden werden, wonach die Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person bei Officialdelikten als Mittel, die Ressourcenknappheit zu entschärfen, Anwendung finde: Bei finanzieller und personeller Knappheit im Strafprozess Sorge sie dafür, Strafverfahren „*gar nicht erst entstehen zu lassen, niederzuschlagen oder wenigstens abzukürzen*“.²²⁰

Führt eine Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person betreffend die Verfolgung und Bestrafung somit zur Beendigung eines Strafverfahrens, geschieht dies vorwiegend aufgrund ökonomischer Überlegungen. Selbst in einem Bereich, in welchem die geschädigte Person keine Dispositionsbefugnis haben dürfte, kommt ihr folglich mitunter faktisch ein erhebliches Er-

²¹⁸ Vgl. zusammenfassend auch S. 124 ff.

²¹⁹ SCHMID, Handbuch StPO, N 199.

²²⁰ BOMMER, Verletztenrechte, 6.

messen zu. Dies alleine begründet indes noch keinen Konflikt mit dem Legalitätsprinzip, sofern dessen Anforderungen gewahrt bleiben.²²¹

d) Vergleich bei Officialdelikten

Ein Vergleich bei Officialdelikten ist ausschliesslich im Rahmen einer Wiedergutmachung gemäss Art. 53 StGB vorgesehen (vgl. Art. 316 Abs. 2 StPO sowie Art. 16 lit. b JStPO).²²² Sobald eine Anwendung von Art. 53 StGB zur Diskussion steht, hat die Strafverfolgungsbehörde im Laufe des Verfahrens einen Vergleich herbeizuführen.²²³

Wiedergutmachungsbemühungen anlässlich eines Vergleichs i.S.v. Art. 316 Abs. 2 StPO unterscheiden sich insofern von der direkten Anwendung von Art. 53 StGB, als „*dass hier nicht eine bereits erfolgte einseitige Wiedergutmachungsleistung des Beschuldigten zu beurteilen ist, sondern dass die direkt Beteiligten die erforderliche Ausgleichsleistung selbst anlässlich der Vergleichsverhandlung festlegen.*“²²⁴ Unklar ist, ob sämtliche geschädigten Personen oder nur die gemäss Art. 118 ff. StPO konstituierten beigezogen werden müssen.²²⁵ Unter der Annahme, lediglich konstituierte Privatkläger i.S.v. Art. 118 StPO dürfen an einem Vergleich beteiligt sein, manifestiert sich ein weiterer Unterschied zur direkten Anwendung von Art. 53 StGB i.V.m. Art. 8 Abs. 1 StPO: Eine Wiedergutmachung in Anwendung des Opportunitätsprinzips berücksichtigt auch geschädigte Personen, die nicht Privatkläger sind. Verzichtet die geschädigte Person auf eine Verfahrensteilnahme, bedeutet dies nicht, dass kein Interesse an einer diversionellen Erledigung im Rahmen eines Vergleichs vorhanden ist. Ganz offensichtlich be-

²²¹ Zur Auseinandersetzung der Desinteresse-Erklärung mit dem Legalitätsprinzip vgl. S. 141 ff.

²²² Vgl. für allgemeine Ausführungen zum Vergleich S. 37 ff.

²²³ SCHMID, Handbuch StPO, N 1242.

²²⁴ EIGENMANN, fp 2012, 241.

²²⁵ BSK StPO-RIEDO, N 13 zu Art. 316; wohingegen SCHMID, der Ansicht ist, sämtliche Geschädigte seien einzubeziehen, SCHMID, Handbuch StPO, N 1242, Fn. 103.

stehen beim Verzicht i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO nach wie vor tatsächliche Interessen am Verfahrensausgang, andernfalls ein Verfolgungs- und Bestrafungsverzicht ausgesprochen worden wäre. Will also die geschädigte Person die Folgen einer Verfahrensteilnahme nicht in Kauf nehmen, hat sie mitunter dennoch ein Interesse an der Teilnahme an einem Vergleich, in welchem Rahmen ihren Ansprüchen grosses Gewicht beigemessen wird. Der Abschluss der nicht konstituierten Geschädigten anlässlich eines Vergleichs würde damit im Hinblick auf die ratio legis eines Täter-Opfer-Ausgleichs²²⁶ von Art. 53 StGB wenig Sinn machen. Nach hier vertretener Auffassung sind deshalb sämtliche Geschädigten in die Vergleichsverhandlungen miteinzubeziehen.

Die Teilnahme der Staatsanwaltschaft an den Vergleichsverhandlungen ist vorgesehen, damit keine unrechtmässigen Vereinbarungen getroffen werden.²²⁷ Ob Art. 53 StGB im Rahmen eines Vergleichs zur Anwendung gelangt, bleibt im Ermessen der Behörden.²²⁸ Eine Desinteresse-Erklärung führt demnach nicht zwingend zum Zustandekommen eines Vergleichs i.S.v. Art. 316 Abs. 2 StPO. Erscheint die geschädigte Person nicht zur Vergleichsverhandlung, wird das Verfahren weitergeführt. Dies im Gegensatz zum Vergleich bei Antragsdelikten, wo Nichterscheinen zur Fiktion des zurückgezogenen Strafantrags führt.

Nach diesen allgemeinen Ausführungen zur Desinteresse-Erklärung bei Offizialdelikten sind nachfolgend die bedeutendsten Opportunitätsnormen darzustellen, in deren Zusammenhang eine Desinteresse-Erklärung oftmals zur Verfahrensbeendigung führt. Wie zu zeigen ist, indiziert eine Desinteresse-Erklärung das Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 52 StGB (fehlendes Strafbedürfnis), Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) sowie Art. 55a StGB (häusliche Gewalt). Demgegenüber führt eine Desinteresse-Erklärung nicht

²²⁶ Vgl. dazu S. 68 ff.

²²⁷ BSK StGB I-RIKLIN, N 37 zu Art. 53.

²²⁸ BOMMER, fp 2008, 177.

zur Annahme einer geringen Betroffenheit beim Täter gemäss Art. 54 StGB.²²⁹

B. Fehlendes Strafbedürfnis (Art. 52 StGB)

a) Ratio legis

Sind sowohl Schuld als auch Tat geringfügig, so verlangt Art. 52 StGB das Absehen von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung wegen fehlendem Strafbedürfnis (vgl. Marginalie bei Art. 52 StGB).

Insgesamt dient Art. 52 StGB der „*Entlastung der Straffjustiz*“²³⁰: Die Behörden sollen befreit werden von der Vielzahl an ohnehin zu geringen Sanktionen führenden Straftaten. Auf keinen Fall darf Art. 52 StGB zu einer Aushöhung des materiellen Rechts führen: Eine Rechtsanwendung, wonach generell bei geringfügigen Taten, die der Gesetzgeber ausdrücklich unter Strafe stellen wollte (z.B. Betäubungsmittelkonsum) auf eine Strafverfolgung verzichtet wird, wäre unzulässig.²³¹

b) Voraussetzungen

Damit Art. 52 StGB zur Anwendung gelangt, müssen Schuld und Tatfolgen (sämtliche Auswirkungen der Tat) kumulativ geringfügig sein.²³² Sämtliche

²²⁹ Vgl. S. 124 ff.

²³⁰ BSK StGB I-RIKLIN, N 10 zu Art. 52.

²³¹ STRATENWERTH, AT II, § 7 N 5.

²³² BSK StGB I-RIKLIN, N 19 zu Art. 52; BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 28 zu Art. 8; HUG, ZHK-StGB, N 1 zu Art. 52; krit. zur Kumulation KUNZ, ZStrR 117/1999, 243 f., welcher stattdessen Schuld oder Unrecht alternativ berücksichtigen möchte: „*Eine Vermögensschädigung von fünf Rappen aus Bosheit ist ungeachtet der (allein verschuldensrelevanten) Bosheit bagatellisierungsfähig.*“

Strafzumessungserwägungen, gemessen an den Kriterien von Art. 47 StGB, sind zu berücksichtigen.²³³

Mit Art. 52 StGB sollen indes nicht einfach sämtliche Bagatelldelikte erfasst werden. Ein fehlendes Strafbedürfnis wird nur bei „*geringfügigen Bagatellen*“ anerkannt; Fälle also, wo das Verhalten des Täters im Vergleich zu „*typischen unter dieselbe Gesetzesbestimmung fallenden Taten insgesamt*“ als unbedeutend erscheint (relativer Massstab).²³⁴ Daneben sind auch die Un erheblichkeit der Schuld und der Tat für sich und in der Werteordnung des Rechtssystems vorausgesetzt (absoluter Massstab).²³⁵ Mord oder Raub etwa fallen aufgrund ihrer Schwere als Anwendungsfall dieser Bestimmung von vorneherein ausser Betracht, denn ein geringfügiger Mord existiert nicht. Führt ein geringes Verschulden zu schwerwiegenden Folgen oder bleibt schweres Verschulden ohne Folgen, steht dies einer Anwendung von Art. 52 StGB folglich entgegen.

c) *Desinteresse-Erklärung in der Praxis*

Soll Art. 52 StGB aufgrund einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person betreffend die Verfolgung und Bestrafung zur Anwendung gelangen, hat die zuständige Behörde die Umstände des Einzelfalles zu prüfen. Insbesondere ist abzuklären, welche Rechtsgüter in welchem Masse beeinträchtigt wurden, welches Motiv dahinter stand und in welcher Beziehung die Tatbeteiligten zueinander stehen.²³⁶ Folgende Fallbeispiele aus der Praxis verdeutlichen, welchen Einfluss eine Desinteresse-Erklärung auf die Anwendbarkeit von Art. 52 StGB haben kann.

²³³ BGE 135 IV 130, E. 5.4.; vgl. auch JOSITSCH, SJZ 100/2004, 4, welcher noch von Art. 63 aStGB spricht, vgl. aber dessen Fn. 18.

²³⁴ BGE 135 IV 130, E. 5.3.3.; BGE 138 IV 13, E. 9; womit der Begriff im Zusammenhang mit Art. 52 StGB nicht dem „*Bagatellfall*“ bei amtlicher Verteidigung i.S.v. Art. 132 Abs. 3 StPO entspricht.

²³⁵ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 32 zu Art. 8.

²³⁶ BSK StGB I-RIKLIN, N 15 zu Art. 52.

Entgegen des erstinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Zürich sah das Obergericht des Kantons Zürich am 16. Juli 2012 aufgrund von Art. 52 StGB von der Bestrafung im Verfahren gegen die Beschuldigte A. betreffend Hinderung einer Amtshandlung (Art. 286 StGB) und Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte (Art. 285 Ziff. 1 StGB) ab.²³⁷ Die Beschuldigte A. hatte sich gegen ihre Einsperrung durch die Polizisten B. und C. derart gewehrt, dass B. blutige Kratzer aufwies und C. aufgrund der Tritte Schmerzen am Schienbein erlitt.²³⁸ Das Zürcher Obergericht argumentierte, die aktenkundigen Verletzungsbilder von B. und C. würden auf geringfügige Verletzungen hinweisen. Das Vorliegen der Desinteresse-Erklärung von B. verdeutliche die Geringfügigkeit der Tatfolgen. Da es sich insgesamt um ein Bagatelldelikt handle, rechtfertige es sich, von einer Strafe abzusehen.²³⁹ Das Gericht begründet das Vorliegen geringer Tatfolgen (unter anderem) mit der Desinteresse-Erklärung einer der Geschädigten. Dieser Rückschluss birgt Gefahren in sich: Eine Desinteresse-Erklärung kann aus vielerlei Beweggründen ausgesprochen werden und hat dabei nicht im Zusammenhang mit dem Ausmass der erlittenen Schädigungen zu stehen. Im vorliegenden Fall handelt es sich allerdings neben dem Vorliegen geringfügiger Verletzungen um eine milde Auflehnung gegen die Staatsgewalt, so dass der Entscheid des Obergerichts im Ergebnis korrekt ist.

Zu einer prozessualen Einstellung aufgrund einer Desinteresse-Erklärung in Anwendung von Art. 52 StGB kam es in einem Strafverfahren vor der Zürcher Staatsanwaltschaft See/Oberland am 20. April 2012.²⁴⁰ Dabei ging es um die Delikte zwischen Ex-Partnern, welche gegenseitige Drohungen und Nötigungen ausgesprochen hatten. Bereits anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme zog der Beschuldigte allerdings seinen Strafantrag wieder zu-

²³⁷ OGer ZH, Urteil vom 16.07.2012, SB120210-O.

²³⁸ OGer ZH, Urteil vom 16.07.2012, SB120210-O, E. 2.

²³⁹ OGer ZH, Urteil vom 16.07.2012, SB120210-O, E. 3.

²⁴⁰ Einstellungsverfügung und Nichtanhandnahme StA See/Oberland vom 20.04.2012, 2/2012/678, 1.

II. Desinteresse-Erklärung betreffend Verfolgung und Bestrafung

rück, die Beschuldigte verzichtete auf Stellung eines Strafantrags und erklärte ihr Desinteresse an einer Bestrafung des Beschuldigten betreffend die Nötigungen (Offizialdelikte). Aufgrund dessen wurden die Strafverfahren nicht an Hand genommen, bzw. eingestellt.²⁴¹

Auch in folgendem Fall befand die Staatsanwaltschaft See/Oberland Schuld und Tatfolgen für gering, nachdem eine Desinteresse-Erklärung ausgesprochen wurde: Der Beschuldigte entwendete 24 Weinflaschen aus dem Kellerabteil seines Nachbarn. Nach Eröffnung der Strafuntersuchung entschuldigte sich der Täter ausdrücklich und retournierte die (noch nicht konsumierten) Flaschen. Da dem Geschädigten auch der Ersatz des restlichen Schadens zugesagt wurde, sprach er eine Desinteresse-Erklärung aus, und es kam zu einer Einstellung i.S.v. Art. 52 StGB.²⁴² Offensichtlich verwendete die Staatsanwaltschaft in diesen beiden geschilderten Fällen die Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person als Indiz für das Vorliegen von geringfügigen Tatfolgen gemäss Art. 52 StGB.

Im Mai 2010 setzte sich auch das Bundesgericht im Entscheid 6B_596/2009 mit dem Verhältnis einer Desinteresse-Erklärung und geringfügigen Tatfolgen auseinander.²⁴³ Der Beschuldigte X. hatte sich als Leiter der A. AG selber einen Bonus in beachtlicher Höhe ausbezahlt, eine Rückzahlung verweigert und damit eine Veruntreuung begangen. Das Kreisgericht St. Gallen verurteilte X. deswegen am 7. Dezember 2006 wegen Veruntreuung i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 StGB zu einer Gefängnisstrafe von 6 Wochen bedingt bei einer Probezeit von 2 Jahren. Gegen dieses Urteil wurde Berufung erhoben. Im Laufe des Berufungsverfahrens kam es zu einer Einigung der Parteien, in deren Folge die Geschädigte B. (Nachfolgerin der A. AG) ihr Desinteresse an X.s Verurteilung bekundete. X. durfte gemäss dieser Vereinbarung gar

²⁴¹ Einstellungsverfügung und Nichtanhandnahme StA See/Oberland vom 20.04.2012, 2/2012/678, 2.

²⁴² Einstellungsverfügung StA See/Oberland vom 09.08.2012, 2/2012/644, 1.

²⁴³ BGer, Urteil vom 27.05.2010, 6B_596/2009.

den bezogenen Bonus behalten und erhielt überdies als Entschädigung für seine fristlose Kündigung eine Nachzahlung in der Höhe über Fr. 220'000.-. Das Kantonsgericht St. Gallen beschied darauf hin, einer Anwendung von Art. 52 StGB stehe die nicht mehr geringfügige Schuld des Beschwerdeführers entgegen. Das Urteil der ersten Instanz wurde bestätigt, wogegen der Beschwerdeführer Beschwerde vor Bundesgericht erhob. Das Bundesgericht kam zum Schluss, in diesem Fall sei das Verschulden des Beschwerdeführers nachweislich gering. Sinn und Zweck von Art. 52 StGB sei es, dann korrigierend einzugreifen, wenn ein Strafbedürfnis aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen entfallen sei. Der Anwendbarkeit von Art. 52 StGB stünde nicht entgegen, wenn die Strafbarkeitsvoraussetzungen an sich noch vorhanden seien. Aufgrund der gesamten relevanten Umstände, insbesondere der Desinteresse-Erklärung der Geschädigten, bestehe kein Strafbedürfnis mehr.²⁴⁴ In diesem Fall war die Desinteresse-Erklärung somit eine der massgeblichen Kriterien, welche letztlich zur Strafbefreiung führten.

Verdeutlicht wird die Relevanz der Desinteresse-Erklärung durch den Entscheid BGE 135 IV 130. Dabei zeigen sich deutliche Parallelen zum vorangehend besprochenen Entscheid 6B_596/2009: In beiden Fällen stand die Anwendbarkeit von Art. 52 StGB im Rahmen einer Urkundenfälschung zur Diskussion. In BGE 135 IV 130 hatte das Bundesgericht indes die Falschbeurkundung durch einen öffentlichen Notar und Anwalt zu beurteilen, welcher ohne Berechtigung eine Prüfungsbestätigung rückdatiert hatte. Doch weder erwirkte er dadurch einen materiellen Schaden noch einen persönlichen Vorteil oder strebte einen solchen auch nur an. Das Bundesgericht bestätigte letztlich bei diesem offensichtlich geringfügigen Delikt zu Recht die Anwendbarkeit von Art. 52 StGB.²⁴⁵ Im Gegensatz dazu erscheinen Schuld und Tatfolgen im Entscheid 6B_596/2009 bedeutend schwerer. Dennoch stand deren Geringfügigkeit zur Diskussion und wurde letztlich bejaht. Es drängt

²⁴⁴ BGer, Urteil vom 27.05.2010, 6B_596/2009, E. 5.3.2 f.

²⁴⁵ BGE 135 IV 130, E. 5.5.

sich hier die Vermutung auf, dass in erster Linie die Desinteresse-Erklärung Anlass dazu gab.

d) Fazit

Wie mit diesen Ausführungen belegt werden konnte, spielt die Desinteresse-Erklärung bei der Beurteilung der Anwendbarkeit von Art. 52 StGB eine erhebliche Rolle, indem sie (neben anderen Indikatoren) Aufschluss darüber gibt, ob es sich um ein geringfügiges Bagatelldelikt handelt. Damit wird deutlich, dass bei Art. 52 StGB kein rein objektiver Massstab anwendbar ist. Ebenso ist die Geschädigtenseite in die Beurteilung miteinzubeziehen: Sachgemässe Ergebnisse lassen sich einzig dann erzielen, wenn ein Bagatelldelikt nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv geringfügig ist.

Die Schwierigkeit besteht darin, zu vermeiden, einzig *aufgrund* einer Desinteresse-Erklärung auf objektiv geringfügige Tatfolgen zu schliessen. Es darf nicht verkannt werden, dass die Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person auch andere Hintergründe haben könnte und nicht zwingend auf geringfügige Schuld und Tatfolgen hinweist. Die geschädigte Person könnte etwa durch den Täter oder dessen Umfeld zu einer Desinteresse-Erklärung genötigt worden sein oder die Folgen eines Strafverfahrens meiden wollen.²⁴⁶

Die Desinteresse-Erklärung ist demnach zu Recht von grosser Bedeutung, jedoch nicht allein ausschlaggebend für die Anwendbarkeit von Art. 52 StGB. Grundsätzlich ist keine Möglichkeit vorgesehen, geschädigte Personen in diesem Bereich über den Gang des Verfahrens disponieren zu lassen. Der Entscheid obliegt der zuständigen Behörde. Gleichwohl hat vor allem der Blick in die Praxis gezeigt, dass je eher eine Desinteresse-Erklärung erfolgt, desto rascher auf Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen ge-

²⁴⁶ Vgl. ähnliche Überlegungen beim Rückzug des Strafantrags, S. 44 ff.

geschlossen wird. Die Vereinbarkeit dieser Praxis mit dem Legalitätsprinzip wird im zweiten Teil vorliegender Abhandlung zu erörtern sein.²⁴⁷

C. Wiedergutmachung (Art. 53 StGB)

a) *Ratio legis*

Nach Art. 53 StGB können die Behörden von der Strafverfolgung, Überweisung an das Gericht oder Bestrafung absehen, wenn der Täter den Schaden gedeckt oder zumindest alle zumutbaren Anstrengungen zum Unrechtsausgleich unternommen hat und keine privaten und öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Diese Norm – eine sogenannte „*materielle escape clause*“²⁴⁸ – wurde 2007 im Zuge der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches eingeführt. Primärer Zweck von Art. 53 StGB ist eine aussergerichtliche Täter-Opfer-Versöhnung, und damit einhergehend der verbesserte Opferschutz.²⁴⁹ Der öffentliche Friede wird wiederhergestellt, indem sich der Täter durch eine aktive soziale Leistung sein Unrecht vor Augen führt.²⁵⁰ Damit muss er die Verantwortung für seine Taten übernehmen.²⁵¹ Zugleich erhält die geschädigte Person ihren Schaden in der Regel ersetzt. Nicht vorausgesetzt ist indes, dass der Täter die Wiedergutmachung in aufrichtiger Reue leistet: Es wird ihm zugestanden, aus anderen, beispielsweise taktischen, Beweggründen zu handeln.²⁵² Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat unter anderem

²⁴⁷ Vgl. S. 189 ff.

²⁴⁸ „*Entkommen aus der Strafbarkeit*“, BRUNNER/HEIMGARTNER, ZSR 130/2011, 615.

²⁴⁹ FAHRNI, Wiedergutmachung, 205 f.; KANYAR, 37, 216.

²⁵⁰ Botschaft AT-StGB, 2065 f.

²⁵¹ Und eine Verantwortungsübernahme dient dem Rechtsfrieden, vgl. THOMMEN, recht 2014, 276; ebenso FAHRNI, Wiedergutmachung, 205, wonach die Wiedergutmachung das Vertrauen der Allgemeinheit in das Rechtssystem stärke.

²⁵² EXQUIS, AJP 2005, 312.

dieser Aspekt zu harscher Kritik an der Wiedergutmachungsnorm Art. 53 StGB geführt.

Bei der Wiedergutmachung handelt es sich nicht um eine Bestrafung. Vielmehr wird sie „statt“ einer Strafe (Strafbefreiung, Art. 53 StGB) bzw. „daneben“ (Strafmilderung, Art. 48 lit. d. StGB) angewendet. Es ist deshalb auch möglich, sie in das System der klassischen Strafzwecke einzugliedern.²⁵³ Wie SEELMANN bereits 1979 überzeugend darlegte, ist die Wiedergutmachung vielmehr als „*eigenständiges Element der Strafzwecklehre*“ zu betrachten: Zum einen stelle der zivilrechtliche Schadenersatz eine Art „*Auflage*“ dar, welche vor Sanktionen schütze, zum anderen eine symbolische Sühnehandlung.²⁵⁴ Auch die neuere Lehre hält die Wiedergutmachungsnorm für ein „*neues Konzept*“; eine „*alternative Form der Bewältigung von Straftaten*“.²⁵⁵ Übt der Täter eine Wiedergutmachungshandlung aus und sind auch die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 53 StGB erfüllt, besteht die Möglichkeit, das Strafverfahren zu beenden oder den Täter von einer Strafe zu befreien. Meines Erachtens ist die Wiedergutmachung deshalb dem Bereich der Diversion²⁵⁶ zuzuordnen. Dementsprechend ist auch RIKLIN der Ansicht, bei Art. 53 StGB handle es sich um die einzige „*rudimentär geregelte [...] intervenierende Diversion*“.²⁵⁷

Es gibt offensichtlich Parallelen in materieller Hinsicht zwischen der Wiedergutmachungsbestimmung und dem abgekürzten Verfahren: Reuige Täter, welche bereit sind, Entgegenkommen zu signalisieren, sollen von einer

²⁵³ BOMMER, fp 2008, 172 f.

²⁵⁴ SEELMANN, Strafzwecke, 54 f.

²⁵⁵ BRUNNER/HEIMGARTNER, ZSR 130/2011, 614 f.

²⁵⁶ Diversion befasst sich mit dem Verzicht auf ein förmliches Verfahren und dem Ausweichen auf informelle Erledigungsformen, RIKLIN, StPO-Kommentar, Einleitung N 82.

²⁵⁷ RIKLIN, StPO-Kommentar, Einleitung N 82; ebenso FAHRNI, Wiedergutmachung, 214 f.

Strafreduktion profitieren.²⁵⁸ Bei einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren kann eine Wiedergutmachungsabsicht der beschuldigten Person mit einer Strafmilderung im abgekürzten Verfahren gemäss Art. 358 ff. StPO berücksichtigt werden. Für eine Durchführung des abgekürzten Verfahrens wird zunächst vorausgesetzt, dass die beschuldigte Person die zivilrechtlichen Forderungen im Grundsatz anerkennt (Art. 358 Abs. 1 StPO). Ferner hat die als Privatklägerin konstituierte geschädigte Person der Anklageschrift zuzustimmen, respektive dieser nicht zu widersprechen (Art. 360 Abs. 2-4 StPO). Die Anklageschrift muss bereits eine Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche der geschädigten Person enthalten (Art. 360 Abs. 1 lit. f StPO). Ein wesentlicher Unterschied zur Wiedergutmachungsbestimmung besteht zum einen darin, dass ein abgekürztes Verfahren nicht zur Strafflosigkeit führen kann.²⁵⁹ Zum anderen verlangt lediglich das abgekürzte Verfahren das Einverständnis der (zur Privatklägerschaft konstituierten) geschädigten Person. Bei der Wiedergutmachung ist ihre Zustimmung wünschenswert, aber nicht vorausgesetzt.²⁶⁰

Die Einführung der Wiedergutmachungsnorm wurde stark kritisiert, etwa von BRUNNER, der sie als „*Bruch im Rechtssystem*“ bezeichnete: Diese ermögliche es vor allem finanziell besser gestellten Tätern, sich damit „*durchs ganze Leben [zu] schlängeln*“, denn bei einer Einstellung im Rahmen von Art. 53 StGB entfalle der Strafregistereintrag.²⁶¹ WEBER stellt gar provokativ die Frage in den Raum, ob mit Art. 53 StGB „*die Officialmaxime zu Grabe*

²⁵⁸ SCHWARZENEGGER, Wahrheit, 30 f., betr. abgekürztes Verfahren. So können etwa Geständnisse strafmildernd berücksichtigt werden, was zu einem „*Strafhandel*“ führen kann, vgl. dazu weiterführend THOMMEN, Prozess, 151 f.

²⁵⁹ BRUNNER/HEIMGARTNER, ZSR 130/2011, 616, die eine „*gewisse Verwandtschaft*“ zwischen abgekürztem Verfahren und Wiedergutmachung bejahen.

²⁶⁰ BGE 136 IV 41, E. 1.2.2; vgl. zur Frage, inwiefern für die Anwendbarkeit von Art. 53 StGB die Zustimmung der geschädigten Person vorliegen muss S. 73 ff.

²⁶¹ „*Wenig durchdachte ‚Quantensprünge‘ im neuen Strafrecht: Der leitende Oberstaatsanwalt Andreas Brunner fordert rasche Änderungen*“, NZZ vom 18.4.2009 (Nr. 89), 45.

getragen“ werde.²⁶² Die Kritik ist wohl nicht zuletzt wegen der publikums-wirksamen Einstellung im Jahre 2010 gegen den ehemaligen Armeechef Nef derart gross ausgefallen: Nachdem Nef Wiedergutmachung geleistet und die Geschädigte eine Desinteresse-Erklärung ausgesprochen hatte, kam es aufgrund Art. 53 StGB zur Einstellung des Strafverfahrens betreffend Nötigung, Pornografie, sexueller Belästigung und anderer Delikte.²⁶³ Der Fall wurde in den Medien hochgeschaukelt, es war von einer „*Zweiklassen-Justiz*“ die Rede, die es den Reichen erlaube, sich vom Strafverfahren freizukaufen.²⁶⁴ Zu Recht erkennen allerdings BRUNNER/HEIMGARTNER, dass solche „*als stossend empfundene Einzelfälle*“ von der Öffentlichkeit selektiv wahrgenommen würden. Dies alleine begründe aber noch keine Grundsatz-Kritik an der Wiedergutmachungsbestimmung.²⁶⁵

Auch auf Seiten der geschädigten Person dürfte die Wiedergutmachungsbestimmung entgegen ihrer ratio legis der Täter-Opfer-Versöhnung nicht nur Vorteile mit sich bringen: Durch die entsprechende Verantwortung der geschädigten Person, unter Umständen über den weiteren Gang des Verfahrens zu disponieren, wird sie unter Druck gesetzt.²⁶⁶ Je mehr Dispositionsbefugnis sie erhält, desto lohnenswerter könnte es für den Täter sein, auf sie einzuwirken, eine Desinteresse-Erklärung an der Verfolgung und Bestrafung auszusprechen. Dahingehend lässt sich wohl auch SEELMANN'S Kritik verstehen, wonach Art. 53 StGB erneut das unerwünschte Element der Auseinandersetzung von Täter und Opfer aufgreife, welches man im Strafverfahren auszublenden gedachte.²⁶⁷ Letztlich läuft die Wiedergutmachungsbestimmung Gefahr, private Interessen an einer diversionellen Verfahrenserledigung hö-

²⁶² WEBER, Jusletter 23.06.2008, RZ 90.

²⁶³ Ausführlich zum Fall Nef SCHENK, Jusletter 24.01.2011, RZ 1 ff.

²⁶⁴ „*Affäre Nef – Reiche könnten sich freikaufen*“, Beobachter vom 23.07.2008 (http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/artikel/affaere-nef_reiche-koennten-sich-freikaufen/; Stand: 30.06.2015)

²⁶⁵ BRUNNER/HEIMGARTNER, ZSR 130/2011, 614.

²⁶⁶ SCHWANDER, Opfer, 52 f.

²⁶⁷ SEELMANN, NZZ, 9.

her zu gewichten als das Interesse der Öffentlichkeit an der Verfolgung und Bestrafung des Täters.

Kritisiert wird ausserdem, dass eine Wiedergutmachung durch die Voraussetzungen gemäss Art. 42 StGB bei gewissen Delikten per se ausser Betracht falle. In diesen Fällen werde das Prinzip des Wiedergutmachungsgedankens und des Täter-Opfer-Ausgleichs zurückgestellt: Wenn also beispielsweise ein Geschädigter das „*Pech*“ habe, einem Täter mit ungünstiger Prognose gegenüber zu stehen, „*dann spart sich der Verurteilte das Geld besser für die Geldstrafenzahlung auf als dass er versucht, dem Betroffenen Wiedergutmachung zu leisten (die dem Verurteilten unter dem Gesichtspunkt von Art. 53 StGB eben nichts nützt)*“.²⁶⁸ Gemäss SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH sollte das Kriterium des bedingten Vollzugs deshalb gänzlich ausser Acht gelassen werden, da im Moment des Entscheids hinsichtlich Art. 53 StGB nicht bekannt sei, ob die gem. Art. 42 StGB vorausgesetzte Obergrenze von zwei Jahren eingehalten werden könne.²⁶⁹

Zusammenfassend weist die Wiedergutmachungsnorm Art. 53 StGB einige Ungereimtheiten und Unklarheiten auf, so dass Art. 53 StGB in dieser Form auf Dauer nicht Bestand haben kann. In diesem Sinne hiess der Nationalrat im Jahr 2012 eine Motion der Rechtskommission gut, wonach die Bestimmung ausschliesslich in der Bagatellkriminalität anwendbar sei und der Täter in reuiger Gesinnung handeln müsse.²⁷⁰ Doch auch hier drängt sich die Frage auf, wie Reue als subjektive Empfindung, welche sich bei jedem Menschen auf andere Art äussert, objektiv messbar ist. Meiner Auffassung nach ist es zu befürworten, dass die Behörden mit Art. 53 StGB ein Instrument besitzen, mit dem das Verfahren auch bei Offizialdelikten unter Berücksichtigung aller Interessen vorzeitig beendet werden kann. Dies ist allerdings nur nach ein-

²⁶⁸ BOMMER, fp 2008, 173 f., für den Fall, dass eine Geldstrafe zur Diskussion steht.

²⁶⁹ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 64.

²⁷⁰ „Nationalrat will reuige Täter“, NZZ vom 08.03.2012 (Nr. 57), 10.

gehender Prüfung sämtlicher Voraussetzungen gemäss Art. 53 StGB zulässig: Weder die Wiedergutmachungsleistung der beschuldigten Person noch die Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person alleine vermögen dafür den Ausschlag zu geben.

b) Voraussetzungen

Der Täter kann Wiedergutmachung zum Ausgleich des Unrechts leisten in Form von Schadenersatzzahlungen oder anderen „zumutbaren Anstrengungen“ (Art. 53 StGB). Dieser alternative Unrechtsausgleich muss zulässig sein, damit sich wohlhabende Täter nicht „freikaufen“ können, wohingegen finanzschwache Täter diese Möglichkeit nicht haben.²⁷¹ Art. 53 StGB darf keinesfalls zum „Freipass für Reiche“ werden.²⁷² Folglich wird eine breite Palette von Wiedergutmachungsbemühungen mit symbolischem Charakter anerkannt, etwa Entschuldigungen oder versöhnende Gespräche.²⁷³ Die geleistete Wiedergutmachung und der Unrechtsgehalt der Tat sollen in einem „vernünftigen Verhältnis“ zueinander stehen.²⁷⁴ Die Möglichkeit eines alternativen Unrechtsausgleichs stellt somit sicher, dass auch weniger finanzkräftige Täter von Art. 53 StGB profitieren können. Damit dürfte allerdings kaum verhindert werden, dass sich reiche Täter unter Umständen mit grosszügigen Wiedergutmachungsleistungen ihre Straflosigkeit erkaufen.

i. *Geschädigten-Interessen*

Um die Wiedergutmachungsbestimmung anzuwenden, müssen neben den formellen Rahmenbedingungen die Interessen der geschädigten Person und der Öffentlichkeit an einer Strafverfolgung, Bestrafung oder Überweisung an das Gericht gering sein (Art. 53 lit. b. StGB). Massgeblich sind die jeweili-

²⁷¹ BSK StGB I-RIKLIN, N 11 ff. zu Art. 53; vgl. BGE 135 IV 12, E. 3.4.1.

²⁷² ANGST/MAURER, fp 2008, 376.

²⁷³ BSK StGB I-RIKLIN, N 15 zu Art. 53, m.w.H.

²⁷⁴ BSK StGB I-RIKLIN, N 23 zu Art. 53; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 123/2005, 427.

gen Interessen in Bezug auf die Wiedergutmachung: Es ist zu prüfen, ob sich die Interessen von geschädigter Person und Öffentlichkeit verringerten, weil der Täter Wiedergutmachungsbemühungen leistete.²⁷⁵

Sofern eine private Person geschädigt wurde, ist zunächst ihren Interessen nachzugehen. Relevant sind objektiv messbare Kriterien; sprich rechtlich geschützte Verfolgungsinteressen, welche insbesondere bei Antragsdelikten oder angemeldeten Schadenersatzansprüchen bestehen.²⁷⁶ An der Bestrafung des Täters an sich besteht nach restriktiver bundesgerichtlicher Auffassung für die geschädigte Person kein rechtlich geschütztes Interesse, auch wenn sie unbestritten ein tatsächliches Interesse daran haben dürfte.²⁷⁷ Keine einhellige Auffassung besteht darüber, ob private Interessen einer geschädigten Person zu berücksichtigen seien. So ist ein Teil der Lehre der Ansicht, private Interessen spielten „keine Rolle“²⁷⁸, beziehungsweise eine Zustimmung der geschädigten Person zur Einstellung sei „nicht unerlässlich“²⁷⁹. Argumentiert wird andererseits mit einem erfolgreichen Täter-Opfer-Ausgleich, mithin der ratio legis von Art. 53 StGB, wofür die Zustimmung der geschädigten Person notwendig sei.²⁸⁰ In diesem Zusammenhang wird auch gefordert, dass die geschädigte Person die Wiedergutmachungsleistung akzeptiere.²⁸¹

Beispielhaft für die Konstellation einer Verfahrenseinstellung trotz fehlender Zustimmung ist folgendes bundesgerichtliche Urteil aus dem Jahre 2009:

²⁷⁵ BOMMER, fp 2008, 174.

²⁷⁶ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 38 zu Art. 8; JOSITSCH, SJZ 100/2004, 5; TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/KELLER, PK-StGB, N 7 f. zu Art. 53.

²⁷⁷ BGE 136 IV 41, E. 1.1.; BSK BGG-THOMMEN, N 37 zu Art. 81.

²⁷⁸ EXQUIS, AJP 2005, 312; a.A. JOSITSCH, SJZ 100/2004, 4, wonach ein Schadensausgleich i.S.v. Art. 53 StGB die Bereitschaft der geschädigten Person dazu voraussetze.

²⁷⁹ BSK StGB I-RIKLIN, N 27 zu Art. 53.

²⁸⁰ STRATENWERTH, AT II, § 7 N 12.

²⁸¹ TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/KELLER, PK-StGB, N 7 zu Art. 53; differenzierend BSK StGB I-RIKLIN, N 16 zu Art. 53; wonach in diesem Fall auch eine Wiedergutmachung gegenüber der Allgemeinheit möglich sei.

Die Richter in Lausanne hatten über einen Fall zu entscheiden, bei dem sich die geschädigte Person und Beschwerdeführerin A. mit der Einstellung aufgrund Art. 53 StGB nicht einverstanden erklärt hatte.²⁸² Das Verfahren betreffend die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten i.S.v. Art. 217 StGB wurde durch die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis aufgrund einer Schadenswiedergutmachung eingestellt, wogegen A. rekurrierte. Das Zürcher Obergericht wies den Rekurs ab. Das Bundesgericht beschied in der Folge, ein Einverständnis der geschädigten Person werde bei Art. 53 StGB gemäss Gesetzeswortlaut nicht verlangt. Damit habe die Beschwerdeführerin kein rechtlich geschütztes Interesse, womit es ihr bereits an der Legitimation für die Beschwerde in Strafsachen mangle.²⁸³

Die Anwendbarkeit der Wiedergutmachungsbestimmung darf nach hier vertretener Auffassung nicht zur Disposition der geschädigten Person stehen. Keinesfalls soll die geschädigte Person im Geltungsbereich des Offizialprinzips die Möglichkeit haben, aus „*inakzeptablen oder irrationalen*“²⁸⁴ Überlegungen heraus das Verfahren zu beeinflussen. BRUNNER/HEIMGARTNER geben diesbezüglich zu bedenken, dass der Gesetzgeber mit seiner Einteilung der Delikte in Offizial- und Antragsdelikte bereits festgelegt habe, welche Delikte unabhängig vom Interesse der geschädigten Person zu verfolgen seien: Zumindest bei schwereren Delikten bestünde damit selbst bei geleisteter Wiedergutmachung stets ein öffentliches Interesse an deren Strafverfolgung.²⁸⁵ Im Bereich der Offizialdelikte ist es folglich zulässig, das Verfahren trotz Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person, und damit gegen ihren

²⁸² BGE 136 IV 41.

²⁸³ BGE 136 IV 41, E. 1.2.4.

²⁸⁴ STRATENWERTH, AT II, § 7 N 12.

²⁸⁵ BRUNNER/HEIMGARTNER, ZSR 130/2011, 622.

Willen, durchzuführen.²⁸⁶ Umgekehrt kann nicht verlangt werden, dass die geschädigte Person der Verfahrenseinstellung zustimmt.²⁸⁷

ii. *Öffentliche Interessen*

Weiter wird vorausgesetzt, dass auch die öffentlichen Interessen an einer Verfolgung und Bestrafung gering sind (Art. 53 lit. b. StGB). Nach strittiger Auffassung ist es fraglich, ob und wie weit dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse als eigenständiges Kriterium eine Bedeutung zukomme; würden doch spezialpräventive Überlegungen bereits im Rahmen der Voraussetzung des bedingten Strafvollzugs berücksichtigt.²⁸⁸ Wie zu zeigen sein wird, beinhaltet die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses allerdings eine „gewisse Kontroll- und Beschränkungsfunktion“, die umso bedeutsamer wird, je gravierender die Beeinträchtigung des Rechtsguts ist.²⁸⁹

Ob öffentliche Interessen an der Strafverfolgung vorhanden sind, bestimmt sich zunächst ganz allgemein nach einhelliger Auffassung von Lehre und Praxis an den Strafzwecken.²⁹⁰ Dies setzt eine Gewichtung der geleisteten Wiedergutmachung mit den general- und spezialpräventiven Erwägungen der verletzen Norm voraus.²⁹¹ Ziel der Spezialprävention ist es, neue Taten des Täters zu verhindern.²⁹² Dabei ist nicht nur täterbezogen zu prüfen, ob die Gefahr von Wiederholungstaten besteht (vgl. Art. 42 StGB), sondern

²⁸⁶ Ebenso BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, FN 31 zu Art. 8; a.A. CR CP I-KILLIAS/KURTH, N 16 zu Art. 53.

²⁸⁷ BSK StGB I-RIKLIN, N 27 zu Art. 53; EXQUIS, AJP 2005, 312 f.; STRATENWERTH, AT II, § 7 N 12.

²⁸⁸ BSK StGB I-RIKLIN, N 30 zu Art. 53; teilw. ANGST/MAURER, fp 2008, 302 ff., BGE 135 IV 12, E. 3.4.3.

²⁸⁹ EIGENMANN, fp 2012, 243; ebenso ANGST/MAURER, fp 2008, 302; vgl. dazu BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013, S. 80 ff.

²⁹⁰ BGE 135 IV 12, E. 3.4.3; ANGST/MAURER, fp 2008, 303; BRUNNER/HEIMGARTNER, ZSR 130/2011, 618; vgl. dazu S. 177 ff.

²⁹¹ BSK StGB I-RIKLIN, N 29 zu Art. 53.

²⁹² RIKLIN, AT I, § 5 N 22.

auch die Tatkomponente ist mit einzubeziehen: Demnach verlangen bestimmte Delikte wie häusliche Gewalt, Stalking oder Konsum harter Internet-Pornographie über einen längeren Zeitraum nach einer „*wirksamen spezialpräventiv ausgerichteten Reaktion des Staates*“.²⁹³ Daneben bezweckt die Generalprävention, potentielle Täter vom Delinquieren abzuhalten: Der Allgemeinheit wird damit verdeutlicht, dass auf ein strafbares Verhalten Strafverfahren und Sanktionen folgen.²⁹⁴

Ausserdem ist bei der Beurteilung der öffentlichen Strafverfolgungsinteressen im konkreten Fall insbesondere auch nach den geschützten Rechtsgütern zu unterscheiden.²⁹⁵ Bei Straftaten gegen individuelle Interessen und einem Verletzten, der mit der Wiedergutmachungsleistung einverstanden ist, ist anzunehmen, dass auch aus generalpräventiven Überlegungen das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung entfällt, wohingegen bei Straftaten gegen öffentliche Interessen zu prüfen ist, ob für den Schuldausgleich und die Prävention strafrechtliche Sanktionen notwendig sind oder sich das Strafbedürfnis infolge der Unrechtswiedergutmachung verringert hat.²⁹⁶ Ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung trotz vorhandener Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person besteht ausserdem bei konkreter Gefahr weiterer einschlägiger Delikte zum Nachteil Dritter.²⁹⁷ Ebenso hat die Öffentlichkeit ein Verfolgungs- und Bestrafungsinteresse, wenn der Verdacht hinsichtlich einer unfreien Willensabgabe der geschädigten Person besteht: Die Strafverfolgungsbehörden haben die Erklärung aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes auf ihre Integrität hin zu überprüfen und dabei insbesondere die Beziehung und allfällige Abhängigkeiten zwischen geschädigter und

²⁹³ ANGST/MAURER, fp 2008, 306.

²⁹⁴ RIKLIN, AT I, § 5 N 19 f.

²⁹⁵ BGE 135 IV 12, E. 3.4.; zur Problematik der Rechtsgutstheorie und alternativen Ansätzen vgl. WOHLERS/WENT, 189 ff.

²⁹⁶ BGE 135 IV 12, E. 3.4.3; vgl. auch STRATENWERTH, AT II, § 7 N 12.

²⁹⁷ ANGST/MAURER, fp 2008, 306.

beschuldigter Person zu berücksichtigen.²⁹⁸ Diesfalls ist davon auszugehen, dass auch die geschädigte Person nach wie vor ein Interesse an der Fortführung des Verfahrens hat.

Bei einem reinen Allgemeindelikt ohne unmittelbare Beeinträchtigung individueller Interessen stellt sich die Frage der Auswirkungen einer Desinteresse-Erklärung nicht, da es naturgemäss keine Geschädigten gibt.²⁹⁹ Ist somit ausschliesslich ein kollektives Rechtsgut verletzt, steht dies einer individuellen Desinteresse-Erklärung entgegen.

Sind bei einem Allgemeindelikt zusätzlich Individualgüter verletzt, ist die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung möglich, selbst wenn der Straftatbestand in erster Linie dem Schutz kollektiver Interessen dient und das Individualrechtsgut lediglich nachrangig oder daneben geschützt wird.³⁰⁰ In diesem Fall hat eine Interessenabwägung zwischen privaten Verzichtsinteressen und öffentlichen Strafverfolgungsinteressen zu erfolgen.

Diesbezüglich illustrativ ist ein Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2008 in einem Fall von Leasing-Betrug: Im Rahmen eines fingierten Geschäftes unterzeichneten die Beschwerdeführer Leasing-Verträge. Die vermeintlichen Leasingnehmer erhielten für diesen Tatbeitrag vom Haupttäter eine Provision.³⁰¹ Das Bundesgericht hatte sich vorliegend mit der Frage zu befassen, ob die Wiedergutmachungsbestimmung Art. 53 StGB aufgrund der Desinteresse-Erklärung der geschädigten Bank sowie der Schadensbegleichung durch die Beschwerdeführer anwendbar sei. Zunächst stellte das Bundesgericht fest, dass die überlange Verfahrensdauer aus Gründen der Gleichbehandlung – in vielen gleich gelagerten Fällen wurden bereits Strafbefehle erlassen – noch kein geringes öffentliches Interesse an einer Einstellung

²⁹⁸ ANGST/MAURER, fp 2008, 376; vgl. zur freien Willensabgabe ausführlich S. 138 ff.

²⁹⁹ BSK StPO-KÜFFER, N 4 zu Art. 105; BGer, Urteil vom 08.01.2013, 1F_27/2012, E. 1.

³⁰⁰ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 21 ff. zu Art. 115, m.w.H; BGE 135 IV 12, E. 3.5.

³⁰¹ BGE 135 IV 12.

begründe. Ausserdem wurde festgehalten, dass Urkundendelikte nicht nur private Vermögensinteressen, sondern auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in Urkunden als Beweismittel schützen. Im vorliegenden Fall seien die „*Dimensionen der vorliegend zu beurteilenden Massenfalschbeurkundung*“ derart gross, dass das öffentliche Interesse der Anwendbarkeit von Art. 53 StGB entgegenstehe.³⁰²

Wurden neben Individualinteressen zusätzliche Allgemeininteressen verletzt, disponieren Geschädigte in einen Bereich, der über ihre privaten Interessen hinausgeht. In diesen Fällen macht es entsprechend der bundesgerichtlichen Regelung durchaus Sinn, die Schranken für die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung höher anzusetzen. Das öffentliche Interesse steht folglich vor allem dann im Zentrum, wenn sich das Delikt nicht (ausschliesslich) gegen Individualrechtsgüter richtet.³⁰³

iii. *Weitere Voraussetzungen nach Art. 42 StGB*

Art. 53 StGB legt weiter fest, dass die Voraussetzungen einer (voll-)bedingten Strafe erfüllt sein müssen. Gemäss Art. 42 StGB bedeutet dies kumulativ: (1) der vollbedingte Vollzug muss möglich sein, was nur bis zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren zulässig ist; (2) es dürfen in den letzten fünf Jahren keine gravierenden Vorstrafen vorliegen und (3) es liegt eine günstige Prognose vor. Damit ist eine Wiedergutmachung bei mittlerer Kriminalität möglich, nicht jedoch bei schweren Straftaten.³⁰⁴ Allerdings beinhaltet Art. 53 StGB keinen Deliktskatalog und ist damit grundsätzlich bei sämtlichen Delikten zu prüfen. Dennoch gab und gibt es immer wieder Stimmen, welche dafür halten, die Wiedergutmachung bei gewissen Sexual-, Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten gar nicht zur Anwendung zu brin-

³⁰² BGE 135 IV 12, E. 3.6.

³⁰³ Ebenso JOSITSCH, SJZ 100/2004, 4.

³⁰⁴ BOMMER, fp 2008, 174, welcher diesen Anwendungsbereich als „*weit*“ definiert; BGE 135 IV 12, E. 3.4.3

gen.³⁰⁵ Wie nachfolgend dargelegt wird, ist diese Ansicht rechtlich nicht vertretbar.

Bussen sind nur unbedingt aussprechbar (Art. 105 Abs. 1 StGB). Eine Anwendbarkeit von Art. 53 StGB ist hierbei jedoch nicht von vorneherein ausgeschlossen, könnte dies doch etwa den Täter einer Körperverletzung gegenüber demjenigen einer Tötlichkeit bevorzugen.³⁰⁶ Massgebend soll in Fällen von Übertretungen vorwiegend die Frage nach einer günstigen Legalprognose sein.³⁰⁷

c) *Desinteresse-Erklärung in der Praxis*

i. *BGer 6B_215/2013*

Im Januar 2014 hatte sich das Bundesgericht mit dem Verhältnis verletzter öffentlicher Interessen und einer Desinteresse-Erklärung zu befassen.³⁰⁸ Es wurde geprüft, ob der 30-jährige Täter und Beschwerdeführer Hirschmann³⁰⁹ trotz hinlänglicher Wiedergutmachungsbemühungen und mehrfachen Desinteresse-Erklärungen seitens der geschädigten Person dennoch bestraft werden sollte. Der Beschwerdeführer hatte mit einem 15-jährigen Mädchen mehrmals sexuellen Verkehr, wobei er bereits frühzeitig den Verdacht hegte, das Mädchen könnte noch nicht 16 Jahre alt sein. Nachdem deshalb ein Verfahren gegen ihn eröffnet wurde, tätigte er mehrere Zahlungen an die geschädigte Person und entschuldigte sich bei ihr und ihren Eltern. Die geschädigte Person und ihre sorgeberechtigte Mutter unterzeichneten daraufhin

³⁰⁵ BOMMER, fp 2008, 174; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 126/2008, 287; vgl. auch BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013.

³⁰⁶ BSK StGB I-RIKLIN, N 26 zu Art. 53.

³⁰⁷ SCHENK, Jusletter 24.01.2011, RZ 30.

³⁰⁸ BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013.

³⁰⁹ „Schuldspruch gegen Carl Hirschmann bestätigt“, NZZ vom 07.02.2014 (Nr. 31), 13; vgl. auch S. 1 f., S. 191 f.

eine „*Desinteresseerklärung an der Strafverfolgung*“.³¹⁰ Nachdem Hirschmann von sämtlichen Instanzen für schuldig und strafbar befunden wurde, stand im Zentrum des Verfahrens vor Bundesgericht vor allem die Frage, ob „*die Verhängung einer Strafe unter spezial- oder generalpräventiven Gesichtspunkten noch notwendig erscheine*“.³¹¹ Das Bundesgericht befand in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen, vorliegend handle es sich beim betroffenen Rechtsgut, der „*ungestörte[n] sexuelle[n] Entwicklung des Kindes*“, um ein überaus hochwertiges Rechtsgut. Aus generalpräventiven Gründen werde deshalb ein gewichtiges Interesse an einer Bestrafung bejaht und Art. 53 StGB nicht angewendet. Richtigerweise seien die Bemühungen des Beschwerdeführers um Wiedergutmachung i.S.v. Art. 48 lit. d StGB zumindest strafsenkend berücksichtigt worden.³¹²

Angemerkt werden muss diesbezüglich, dass es sich beim Beschuldigten um eine Person des öffentlichen Lebens handelt. Auch wenn das Gebot der Rechtsgleichheit der besonderen Behandlung von Prominenten widerspricht³¹³, dürfte dieser Umstand bei der Entscheidungsfindung eine Rolle gespielt haben. Der Prozess stand, wie alle Wiedergutmachungsverfahren mit prominenten Tätern, unter medialer Beobachtung. Offensichtlich wollte man aufzeigen, dass wohlhabende Täter sich eben doch nicht immer freikaufen können. Es lässt sich aber sachlich nicht rechtfertigen, Art. 53 StGB bei Sexualdelikten mit Minderjährigen nie anzuwenden.³¹⁴ Die Argumentation mit verletzten öffentlichen Verfolgungs- und Bestrafungsinteressen war folglich das Mittel der Behörden, um die Wiedergutmachungsnorm trotz verletztem

³¹⁰ BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013, E. 2.3.

³¹¹ BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013, E. 2.4.

³¹² BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013, E. 2.5.4.

³¹³ ANGST/MAURER, fp 2008, 305.

³¹⁴ Vgl. BLATTNER, fp 2014, 197; mit derselben Begründung befand das Obergericht des Kantons Zürich im Dezember 2007 die Nichtanwendbarkeit von Art. 53 StGB betreffend eines Pädagogen, welcher sexuelle Handlungen mit Kindern begangen hatte, OGer ZH, Urteil vom 19.12.2007, SB070195 (Urteil liegt im Auszug vor).

Individualrechtsgut, Desinteresse des Opfers und erheblichem Schuldausgleich des Täters nicht anwenden zu müssen.³¹⁵

ii. *BGer 6B_278/2012*

Ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung verneinte das Bundesgericht im Gegensatz dazu im August 2012: Es beurteilte einen Fall betreffend mehrfachen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 1 StGB).³¹⁶ Der Beschuldigte X., ein ehemaliger Mitarbeiter einer Vorsorgestiftung, hatte per E-Banking dreimal ohne Berechtigung das Konto der Vorsorgestiftung belastet und dabei einen Deliktsbetrag von Fr. 120'000.- erzielt. Trotz Desinteresse-Erklärung der Geschädigten und Rückerstattung der Schadenssumme wurde er vom Bezirksgericht Zürich erstinstanzlich verurteilt mit der Begründung, X. sei nach wie vor im Bereich der Vorsorge tätig. Dies begründe ein grosses öffentliches Interesse an seiner Bestrafung. Das Obergericht hingegen nahm aufgrund geringer öffentlicher Interessen von einer Bestrafung Umgang, wenn es auch den Schuldspruch bejahte. Das Bundesgericht stützte die Auffassung des Obergerichts. Es führte in seinen Erwägungen aus, der bezifferte Schaden sei nicht geeignet, „eine Vorsorgeeinrichtung in finanzielle Schieflage zu bringen“, zumal BVG-Sicherheitsfonds die Leistung der Vorsorgeeinrichtung garantieren würden. Damit handle es sich nicht um eine Straftat gegen öffentliche Interessen.³¹⁷

Wiederum war das Kriterium des öffentlichen Interesses ausschlaggebend für die Anwendbarkeit von Art. 53 StGB. Im Gegensatz zum vorab geschilderten Entscheid 6B_215/2013 erkannte das Bundesgericht hierbei trotz

³¹⁵ Vgl. zur Interessenabwägung im Strafverfahren ausführlich S. 174 ff.

³¹⁶ BGer, Urteil vom 16.08.2012, 6B_278/2012.

³¹⁷ BGer, Urteil vom 16.08.2012, 6B_278/2012, E. 1.6 und 1.7, m.w.H.; vgl. die kritische Auseinandersetzung mit diesem Entscheid BAUMGARTNER, fp 2013, 7 f., welche insbesondere auf die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung mit Fällen wie obgenanntem Urteil OGer ZH, Urteil vom 19.12.2007, SB070195, hinweist.

hoher Deliktssumme, der Schädigung einer Vorsorgeeinrichtung sowie mehrfacher Begehung kein öffentliches Interesse an einer Bestrafung. Offensichtlich neigt man im Bereich von Wirtschaftsdelikten (selbst bei hohen Deliktssummen) tatsächlich eher als bei Sexualdelikten dazu, ein öffentliches Interesse am Strafverfahren zu verneinen. Diese Vorgehensweise entbehrt jedoch jeglicher sachlichen Grundlage.

d) *Fazit*

Hat ein Täter Wiedergutmachung geleistet und sind die formellen Voraussetzungen einer bedingten Strafe i.S.v. Art. 42 StGB erfüllt, ist somit die Frage entscheidend, welcher Art die verletzten Interessen sind. Spricht die geschädigte Person eine Desinteresse-Erklärung aus und wurden ausschliesslich Individualinteressen tangiert, dürfte einer Strafbefreiung wenig bis nichts im Wege stehen.³¹⁸ Eine Desinteresse-Erklärung ist in diesem Falle nicht zwingend notwendig, immerhin jedoch ein bedeutsames Indiz für einen erfolgreichen Schuldausgleich. Befinden die Behörden über die Subsumtion unter Art. 53 StGB, hat eine Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person somit unter Umständen einen grossen Einfluss auf das weitere Verfahren. Damit dürften oftmals auch die öffentlichen Interessen an einer Verfolgung und Bestrafung dahinfallen. Die Vereinbarkeit dieser Praxis mit dem Legalitätsprinzip wird im zweiten Teil vorliegender Abhandlung zu erörtern sein.³¹⁹

Wurden neben Individualrechtsgütern zusätzlich kollektive Rechtsgüter verletzt, sollten die Schranken für die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung deutlich höher angesetzt werden.³²⁰

Öffentliche Interessen an der Verfolgung und Bestrafung finden sich indes bei sämtlichen Delikten. Deshalb ist sehr sorgfältig abzuwägen, ob gravie-

³¹⁸ Ebenso ANGST/MAURER, fp 2008, 373; BOMMER, fp 3/2008, 173; BSK StGB I-RIKLIN, N 29 zu Art. 53; HUG, ZHK-StGB, N 3 zu Art. 54.

³¹⁹ Vgl. S. 191 ff.

³²⁰ Vgl. S. 76 ff.

rende öffentliche Interessen eine Anwendung der Wiedergutmachungsbestimmung verbieten. Ebenso massgeblich ist die Verwirklichung der *ratio legis* von Art. 53 StGB durch einen gelungenen Täter-Opfer-Ausgleich.

Wird das Verfahren in der Folge durch die Staatsanwaltschaft beendet, unterbleibt eine unabhängige richterliche Überprüfung.³²¹ Das „*faktische Ermessen*“ der Staatsanwaltschaft ist in solchen Fällen erheblich.³²² Das deutsche Recht etwa behält demgegenüber die Anwendbarkeit der Wiedergutmachungsbestimmung dem Gericht vor (vgl. § 46a D-StGB).³²³ Einzelne Staatsanwaltschaften dämmen die Gefahren, welche eine fehlende richterliche Kontrolle mit sich bringen können, durch interne Weisungen ein, um eine gleiche und gerechte Rechtsanwendung sicherzustellen.³²⁴

D. Betroffenheit des Täters (Art. 54 StGB)

a) *Ratio legis*

Art. 54 StGB regelt das Absehen von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung, wenn der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen ist, dass eine Strafe unangemessen wäre.

³²¹ WIPRÄCHTIGER, ZStR 123/2005, 429.

³²² BRUNNER/HEIMGARTNER, ZSR 130/2011, 618; THOMMEN, Prozess, 150 f.; SUMMERS, ZStR 128/2010, 21.

³²³ Weiterführend Kommentar D-StGB STRENG, § 46a N 5 ff.

³²⁴ Vgl. für die Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich WOSTA, Ziff. 12.9.3., welche u.a. die Regelung enthält, dass „*je höher die zu erwartende, auszufällende Strafe ist und je näher sich diese der Zweijahresgrenze nähert, desto strenger die Anforderungen sein müssen, die an die Wiedergutmachungsbemühungen der beschuldigten Person zu stellen sind und desto gewichtiger sind die im öffentlichen Interesse liegenden Gesichtspunkte der General- und Spezialprävention.*“

Art. 54 StGB (vormalig Art. 66^{bis} aStGB) trat auf Vorschlag der Expertenkommission Schultz im Jahre 1976 am 1. Januar 1990 in Kraft.³²⁵ Zu diesem Zeitpunkt hatten erst die Kantone Waadt, Neuenburg und Genf sowie ab 1986 der Kanton Schaffhausen die Möglichkeit, Strafbefreiung und Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsüberlegungen vorzunehmen.³²⁶ Es sollte deshalb auf nationaler Ebene ein Mittel geschaffen werden, um Täter, die bereits genug „*bestraft*“ durch die Tatfolgen sind, nicht einer Verurteilung zuzuführen: Nach geltendem Recht würden in diesen Fällen lediglich „*symbolische Strafen*“ ausgesprochen, was wiederum der Rechtssicherheit abträglich sei.³²⁷ Art. 54 StGB ist damit die „*erste Opportunitätsnorm des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*“.³²⁸

b) Voraussetzungen

Damit Art. 54 StGB zum Tragen kommt, muss eine eingehende Abwägung der Angemessenheit der Strafe und der unmittelbaren Folgen für den Täter vorgenommen werden, wobei es auch eine Rolle spielt, wie schwer die Tat an sich und das Verschulden des Täters wiegen.³²⁹ Die Folgen für den Täter oder ihm nahestehende Personen müssen eine gewisse Schwere aufweisen und können körperlicher, psychischer oder finanzieller Natur sein.³³⁰ Eine Bestrafung scheint dann unangemessen, wenn die Tatfolgen selber zu einer „*poena naturalis*“³³¹ werden. Verlangt wird ein „*direkter Zusammenhang*“

³²⁵ WIPRÄCHTIGER, ZStR 121/2003, 143, m.w.H.

³²⁶ WENT, Opportunitätsprinzip, 130; vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. a StPO/SH-1986; Botschaft Sexualstrafrecht, 1017.

³²⁷ Botschaft Sexualstrafrecht, 1016 f.

³²⁸ WENT, Opportunitätsprinzip, 129 ff., welcher Art. 54 StGB als „*Prototyp*“ zahlreicher späterer Opportunitätsvorschriften bezeichnet, da darin erstmals bei einer Opportunitätsnorm inhaltlich gestaffelte Rechtsfolgen geregelt wurden, WENT, Opportunitätsprinzip, 132, Fn. 333.

³²⁹ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 51 ff. zu Art. 8.

³³⁰ BSK StGB I-RIKLIN, N 12 ff. zu Art. 54; BGE 137 IV 105, E. 2.3.3. u. E. 2.3.4.

³³¹ SCHULTZ, ZStR 109/1991, 400, m.w.H.

zwischen der konkreten Tat und der unmittelbaren Betroffenheit.³³² Um die Schwere der Betroffenheit mit der angemessenen Strafe zu vergleichen, ist die konkrete Strafzumessung den unmittelbaren Folgen beim Täter gegenüberzustellen: Ist das Übel der Tatfolge höher oder gleich gross als ein schuldangemessenes Übel, ist Art. 54 StGB anwendbar. Ergibt diese Gegenüberstellung, dass die Tatfolgen geringer sind, so führt Art. 54 StGB a maiore minus zu einer Strafmilderung.³³³

Kasuistik und herrschende Lehre gehen von drei verschiedenen Fallgruppen der unmittelbaren Betroffenheit beim Täter aus: (1) Personenschaden in Form physischer Folgen beim Täter, (2) Personenschaden durch psychische Betroffenheit beim Täter durch die von ihm verursachte Verletzung oder Tötung von Dritten, sowie (3) Vermögensschäden.³³⁴ Die nachfolgenden Erwägungen beschränken sich vorwiegend auf die zweite Fallgruppe, da die Desinteresse-Erklärung einer geschädigten Person naturgemäss nur möglich ist, wenn neben dem Täter auch Dritte zu Schaden gekommen sind.

In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob die bei Art. 54 StGB vorausgesetzte unmittelbare Betroffenheit des Täters auf *nahestehende* getötete oder verletzte Personen beschränkt werden sollte.³³⁵ Diesbezüglich überzeugt FLÜCKIGERS differenzierte Auffassung, wonach eine unmittelbare Betroffenheit bei nahestehenden Personen vermutet werde, doch auch bei nicht nahestehenden im Einzelfall ein entsprechender Nachweis erbracht

³³² BGE 137 IV 105, E. 2.3.4, wonach Art. 54 StGB bei mehreren Straftaten nur betreffend denjenigen, welchen zur unmittelbaren Betroffenheit führten, zur Anwendung gelange.

³³³ BGE 121 IV 162, E. 2. e); FLÜCKIGER, 28 ff., insbes. 37; TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/KELLER, PK-StGB, N 3 zu Art. 54; gegen die Möglichkeit der Strafmilderung BSK StGB I-RIKLIN, N 55 zu Art. 54; WENT, Opportunitätsprinzip, 134 ff.

³³⁴ Vgl. BSK StGB I-RIKLIN, N 15 ff. zu Art. 54; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 121/2003, 149 ff.

³³⁵ Bejahend u.a. STRATENWERTH, AT II, § 7 N 19; TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/KELLER, PK-StGB, N 2 zu Art. 54; verneinend u.a. ARZT, ZBJV 127/1991, 448; SCHULTZ, ZStR 109/1991, 398.

werden könne.³³⁶ In der Tat ist es für die Erfüllung der Strafzwecke meiner Meinung nach irrelevant, ob der Täter massgeblich betroffen ist durch die Tat an nahestehenden oder an fremden Personen, vorausgesetzt, die Betroffenheit ist indiziert.

c) *Desinteresse-Erklärung in der Praxis*

Einer der häufigsten Anwendungsfälle von Art. 54 StGB ist die fahrlässige Tötung oder Verletzung der eigenen Kinder.³³⁷ Als Geschädigte gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO gelten ausschliesslich die Träger des geschützten Rechtsgutes³³⁸; in diesem Fall die betroffenen Kinder. Beim Tod oder der Verletzung eines Kindes durch einen Elter hat der andere Elter als Angehöriger und indirektes Opfer gemäss Art. 116 Abs. 2 StPO die Möglichkeit, eine Desinteresse-Erklärung an der Verfolgung und Bestrafung auszusprechen. Als indirekte Opfer gelten Personen des engeren Umfeldes, die von der Integritätsverletzung des Opfers ebenso betroffen sind wie das Opfer selbst.³³⁹ Erleidet das Kind Verletzungen, kann es, sofern urteilsfähig (Art. 16 ZGB), die Desinteresse-Erklärung als höchstpersönliches Recht³⁴⁰ selber aussprechen (Art. 106 Abs. 3 StPO). Ist das Kind nicht urteilsfähig, so haben in aller Regel die Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge die Vertretungsbefugnis (Art. 116 Abs. 2 StPO). Verletzt demnach ein Elter das urteilsunfähige Kind, wäre der zweite Elter berechtigt, in Vertretung des Kindes eine Desinteresse-Erklärung auszusprechen. In diesem Fall ist allerdings zu befürchten, dass der Inhaber der elterlichen Sorge auch aufgrund eigener Interessen handelt.

³³⁶ FLÜCKIGER, 183 ff., 334 f.

³³⁷ Vgl. z.B. BGE 119 IV 280; BGer, Urteil vom 26.09.2006, 6S.370/2006.

³³⁸ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 49 zu Art. 115.

³³⁹ Ehegatten, Kinder und Eltern des Opfers; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 16 f. zu Art. 116; vgl. Art. 1 Abs. 2 OHG.

³⁴⁰ BSK StPO-VEST/HORBER, N 5 zu Art. 106; vgl. z.B. Art. 30 Abs. 3 StGB, wonach es sich bei der Stellung des Strafantrags um ein höchstpersönliches Recht handle, da die Straftat die geschädigte Person in ihren persönlichen Verhältnissen verletze, dazu LIEBER, ZHK-StPO, N 13 zu Art. 106.

Eine gesetzliche Vertretung ist indes nur dann zulässig, wenn Interessenkollisionen ausgeschlossen werden können, ansonsten ist eine Beistandschaft zu bestellen.³⁴¹

d) Fazit

Verletzt oder tötet ein Täter Drittpersonen, so ist es denkbar, dass diese bzw. deren Angehörige oder ihre gesetzlichen Vertreter eine Desinteresse-Erklärung aussprechen. Steht die Anwendbarkeit von Art. 54 zur Diskussion, haben die Behörden nach freiem Ermessen zu prüfen, ob beim Täter eine unmittelbare Betroffenheit gemäss Art. 54 StGB vorliegt. Insbesondere hat eine Gewichtung der privaten Interessen an der Verfahrenseinstellung und der entgegenstehenden öffentlichen Interessen an der weiteren Verfolgung und Bestrafung zu erfolgen. Sind die Behörden der Ansicht, dass ein öffentliches Strafbedürfnis aufgrund der besonderen Betroffenheit des Täters entfällt, gelangt Art. 54 StGB zur Anwendung.

Die privaten Geschädigteninteressen, die mit der Desinteresse-Erklärung zum Ausdruck gelangen, sind damit bedeutungslos bei der Beurteilung einer Subsumtion unter Art. 54 StGB: Ein fehlendes Strafverfolgungsinteresse der geschädigten Person lässt keine Rückschlüsse auf eine besondere Betroffenheit des Täters gem. Art. 54 StGB zu. Wie dargelegt wurde, liegt der Rechtsgrund für die Anwendbarkeit von Art. 54 StGB ausschliesslich auf Seiten des Täters. Wiederum³⁴² ist allerdings anzunehmen, dass das Vorliegen einer Desinteresse-Erklärung eine frühzeitige Verfahrensbeendigung de facto begünstigt.

³⁴¹ LIEBER, ZHK-StPO, N 9 zu Art. 106.

³⁴² Vgl. Argumentation bei Art. 52 StGB, S. 63 ff.; die Vereinbarkeit dieser Praxis mit dem Legalitätsprinzip wird im zweiten Teil vorliegender Abhandlung zu erörtern sein, vgl. S. 193 ff.

E. Häusliche Gewalt (Art. 55a StGB)

„Nirgends wird so viel getötet und verletzt wie in Beziehung und Familie, denn nirgends geht die Enttäuschung tiefer, schlagen die Emotionen höhere Wellen.“³⁴³

a) Allgemein

Art. 55a StGB ist keine klassische Opportunitätsnorm: Zum einen erhalten gewisse Opfer³⁴⁴ eines Delikts im sozialen Nahraum mit der Desinteresse-Erklärung eine sehr ausgereifte Dispositionsbefugnis.³⁴⁵ Zum anderen führt genau dieser Aspekt dazu, dass aus Officialdelikten relative Officialdelikte bzw. nach Ansicht gewisser Kritiker sowie der hier vertretenen Auffassung Antragsdelikte werden.³⁴⁶

Nachfolgend finden sich zunächst verschiedene Informationen zur Thematik der häuslichen Gewalt, deren Verständnis in Zusammenhang mit der Desinteresse-Erklärung gemäss Art. 55a StGB notwendig ist.

³⁴³ „Häusliche Gewalt - Delikte in Beziehungen“, Interview mit Gerichtspsychiater KIESEWETTER, 01.09.2011, Beobachter 18/2011, (http://www.beobachter.ch/familie/beziehung-partnerschaft/artikel/haeusliche-gewalt_delikte-in-beziehungen, Stand: 30.06.2015).

³⁴⁴ Art. 55a StGB verwendet anstelle des Begriffs der geschädigten Person den Opferbegriff. Im Zusammenhang mit Art. 55a StGB wird deshalb ebenfalls dieser Begriff verwendet, auch wenn keine vollständige Übereinstimmung mit Art. 116 StPO besteht, vgl. S. 106 ff.

³⁴⁵ Vgl. S. 113 ff.

³⁴⁶ Vgl. S. 116 ff.

i. *Begrifflichkeit*

Als die Thematik der Gewalt im sozialen Nahraum in den Achtziger-Jahren des 20. Jahrhunderts aufkam, wurden die Begrifflichkeiten „*Misshandlung der Frauen*“ oder „*Männergewalt gegen Frauen*“ verwendet.³⁴⁷ Seit Mitte der Neunziger-Jahre hingegen spricht man von der „*Gewalt im sozialen Nahraum*“, „*häuslicher Gewalt*“ oder „*Gewalt in Paarbeziehungen*“, was verdeutlicht, dass Männer, Frauen, Kinder oder betagte Familienangehörige Opfer oder Täter sein können.³⁴⁸ Gleichwohl bestätigten Studien, dass Frauen häufiger im privaten Raum, Männer hingegen im öffentlichen Raum Opfer von Gewalt werden; in beiden Fällen sind die Täter überwiegend Männer.³⁴⁹ Nach wie vor scheint sich die häusliche Gewalt primär gegen Frauen zu richten und von deren (Ex-)Partnern auszugehen.

Für den Begriff der häuslichen Gewalt finden sich unterschiedliche Auslegungen.³⁵⁰ Seit der Runde Tisch des Berner Interventionsprojektes gegen häusliche Gewalt im November 2001 / Januar 2002 eine Definition erarbeitete, etablierte sich deren Verwendung in Lehre³⁵¹ und Gesetzgebung³⁵² rasch. Demnach liegt häusliche Gewalt vor, „*wenn Personen innerhalb einer bestehenden oder aufgelösten familiären, ehelichen oder eheähnlichen Beziehung physische, psychische oder sexuelle Gewalt ausüben oder androhen.*“³⁵³

Merkmale häuslicher Gewalt sind eine besonders emotionale Bindung zwischen Opfer und Täter sowie das Ausüben und Androhen von Gewalt in jeg-

³⁴⁷ GLOOR/MEIER, Gewalt, 17.

³⁴⁸ Anstelle vieler: COLOMBI, 7 ff.; KILLIAS/KUHN/AEBI, RN 553 ff.; RIEDO, ZStrR 122/2004, 267 ff.

³⁴⁹ KILLIAS/KUHN/AEBI, RN 561.

³⁵⁰ BÜCHLER, 3 ff.; COLOMBI, 8 ff. m.w.H.; GODENZI, 142 ff.; GREBER/KRANICH, 101/1.

³⁵¹ SCHWANDER, ZStrR 121/2003, 199.

³⁵² Vgl. etwa GSG § 2 Abs. 1.

³⁵³ BIP, 9 f.

licher Form.³⁵⁴ Die Bezeichnung „*häuslich*“ verweist demzufolge auf die emotionale Nähe zwischen Täter und Opfer, und nicht etwa auf „*häuslich*“ im Sinne eines Tatortes.³⁵⁵

Der hier massgebliche Anwendungsbereich von Art. 55a StGB ist allerdings enger umschrieben: Regelungsgegenstand sind nur diejenigen Straftaten gemäss Art. 55a Abs. 1 StGB (sachlicher Anwendungsbereich³⁵⁶), welche in den abschliessend definierten partnerschaftlichen Verhältnissen geschehen (persönlicher Anwendungsbereich³⁵⁷). Andere Beziehungskonstellationen und Formen der Gewalt³⁵⁸ sind keine Anwendungsfälle von Art. 55a StGB.

ii. *Zahlen und Fakten*

Um die Praxisrelevanz häuslicher Gewalt aufzuzeigen, finden sich im Folgenden einige Zahlen und Fakten dazu.³⁵⁹

Zunächst einmal ist ein Blick auf die Hellfeldzahlen zu richten, Daten also, die durch Polizei und Staatsanwaltschaft der Öffentlichkeit zugänglich und damit „*ans Licht gekommen*“ sind.³⁶⁰ Seit 2009 listet die Polizeiliche Krimi-

³⁵⁴ COLOMBI, 9.

³⁵⁵ Damit kann häusliche Gewalt auch ausserhalb der eigenen vier Wände geschehen, wohingegen z.B. Mitbewohner einer Wohngemeinschaft, obwohl im selben Haushalt wohnhaft, nicht zum persönlichen Anwendungsbereich zählen, GREBER/KRANICH, 101/1.

³⁵⁶ Bei einfacher Körperverletzung, wiederholten Tötlichkeiten, Drohung und Nötigung; vgl. S. 105 f.

³⁵⁷ Wenn Opfer und Täter in einer Beziehung zueinander stehen oder standen (bis ein Jahr nach Beendigung der Beziehung), und zwar als Ehegatten, eingetragene Partner bzw. hetero- oder homosexuelle Lebenspartner; vgl. S. 106 f.

³⁵⁸ Vgl. dazu ausführlich GREBER/KRANICH, 101/1, m.w.H.

³⁵⁹ Für eine Gesamtübersicht vgl. z.B. EBG, Informationsblatt 9. Die folgenden Statistiken zeigen die Problematik häuslicher Gewalt in ihrer Gesamtheit, und nicht nur i.S.v. Art. 55a StGB auf, da häusliche Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB statistisch nicht separat erfasst wurde.

³⁶⁰ EBG, Informationsblatt 16, 3.

nalstatistik (PKS) Delikte im Bereich der häuslichen Gewalt gesondert auf. Für das Jahr 2014 sind folgende Zahlen bekannt: Von insgesamt 42'396 Gewaltstraftaten waren 37 Prozent (15'650 Straftaten) Fälle häuslicher Gewalt. In 47.9 Prozent dieser Fälle bestand eine aktuelle, in 26.7 Prozent eine ehemalige Paar-Beziehung zwischen Täter und Opfer.³⁶¹ Die häufigsten Straftaten häuslicher Gewalt waren Tötlichkeiten (4'632), Drohungen (43'896), Beschimpfungen (2'408) und einfache Körperverletzungen (1'879).³⁶² Ein Blick in das Archiv der PKS zeigt, dass sich diese Zahlen in den letzten Jahren nur unwesentlich verändert haben³⁶³ und somit aktuell nach wie vor Gültigkeit beanspruchen dürften.

Weiter existiert eine Übersichtspublikation von ZODER zu polizeilich registrierter häuslicher Gewalt, basierend auf den Daten der PKS. Dieser lässt sich entnehmen, dass sich über die Hälfte der Straftaten in einer aktuellen Partnerschaft (53.1 Prozent) und gut ein Viertel in einer ehemaligen Partnerschaft (28.4 Prozent) ereigneten. Frauen waren dabei gut dreimal häufiger betroffen als Männer, wobei Männer v.a. bei den Straftaten gegen die Ehre (üble Nachrede, Verleumdung), Frauen hingegen bei den vollendeten Tötungsdelikten und bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität geschädigt wurden. Von 2009 bis 2011 gab es insgesamt einen Rückgang von 7.3 Prozent aller Straftaten im Bereich der häuslichen Gewalt. Im selben Zeitraum fand sich jedoch eine markante Zunahme schwerer Fälle im Bereich der häuslichen Gewalt (z.B. plus 8 Prozent vollendete Tötungsdelikte, plus 27.3 Prozent schwere Körperverletzung, plus 58.1 Prozent üble Nachrede)³⁶⁴,

³⁶¹ Die weiteren Straftaten fanden statt zwischen Eltern, Ersatz- oder Pflegeeltern und Kind (13.8 Prozent); sowie zwischen Verwandten (10.1 Prozent), PKS 2014, 41.

³⁶² PKS 2014, 39.

³⁶³ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html> (Suchbegriff „PKS“, Stand: 30.06.2015).

³⁶⁴ ZODER, Übersichtspublikation, 5 ff.; vgl. auch die eindrückliche Studie betr. Tötungsdelikte, ZODER, Tötungsdelikte, 5 ff.

wobei diese Delikte nicht im sachlichen Anwendungsbereich von Art. 55a StGB³⁶⁵ liegen.

Schweizer Dunkelfeldstudien, die der Frage erlittener Gewalt unabhängig von einer Meldung an eine Behörde oder einen Arzt nachgingen, erforschten bisher lediglich die Gewalt von Männern gegenüber Frauen.³⁶⁶ Die erste Studie, welche Zahlen für die Schweiz lieferte, war diejenige von GILLIOZ/DE PUY/DUCRET im Jahre 1997. Die Verfasser zeigten auf, dass eine von fünf Frauen (20.7 Prozent) im Verlauf ihres Lebens körperliche oder sexuelle Gewalt, und zwei von fünf Frauen (40.3 Prozent) psychische Gewalt durch den Partner erfahren.³⁶⁷ Im Jahr 2004 führte die Maternité Inselhof Triemli eine schriftliche Befragung durch. Diese ergab, dass in aktuellen Partnerschaften 15.7 Prozent der Frauen, in früheren Partnerschaften gar 29.9 Prozent der Frauen physische Gewalt und Drohungen erlebten. Psychische Gewalt erfahren in aktuellen Partnerschaften 48.1 Prozent, in früheren 66 Prozent der Befragten.³⁶⁸ In einer Studie von KILLIAS/SIMONIN/DE PUY aus dem Jahr 2005 erklärten 10.5 Prozent aller befragten Frauen, dass sie in ihrem Leben bereits Gewalt durch den Partner erfahren hätten.³⁶⁹ Ausländische Dunkelfeldstudien bestätigen eine höhere Betroffenheit von Frauen, wobei der Unterschied zu derjenigen der Männer viel geringer ist als bei den Hellfeldstudien. Erklären lässt sich dies in erster Linie mit der stärkeren Scham der Männer, Anzeige zu erstatten.³⁷⁰

In den letzten Jahren und Jahrzehnten gab es in der Schweiz diverse Studien über das Ausmass häuslicher Gewalt, welche geringfügig unterschiedliche Ergebnisse aufweisen. Doch auch wenn sie im numerischen Wert nicht deckungsgleich sind, zeigen sie klar auf, dass *„ein ganz erheblicher Anteil der*

³⁶⁵ Vgl. dazu S. 105 ff.

³⁶⁶ BSK StGB I-RIKLIN, N 19 ff. zu Art. 55a; EBG, Informationsblatt 16, 4 ff.

³⁶⁷ GILLIOZ/DE PUY/DUCRET, 69 f.

³⁶⁸ GLOOR/MEIER, Nahraum, 26.

³⁶⁹ KILLIAS/SIMONIN/DE PUY, 38.

³⁷⁰ EBG, Informationsblatt 16, 4 ff.

Frauen im Verlaufe ihres Lebens Opfer von strafbaren Gewaltanwendungen in Paarbeziehungen werden“.³⁷¹ Die Desinteresse-Erklärung in Art. 55a StGB, womit dem Opfer, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, eine weitgreifende Dispositionsbefugnis eingeräumt wird, hat demnach in der Praxis eine massgebliche Bedeutung.

Die veranschlagten Kosten häuslicher Gewalt sind dementsprechend hoch: Eine Studie des Eidgenössischen Büros für Gleichstellung (EBG) listete im November 2013 erstmals die Folgekosten von Gewalt in Paarbeziehungen auf. Bei Polizei und Justiz, Unterstützungsangeboten für Opfer und Täter, Kosten von Fach- und Koordinationsstellen, Kosten im Gesundheitswesen und Produktivitätsverluste infolge Krankheit, Invalidität und Tod ergab sich ein Kostentotal von mindestens Fr. 164 Millionen bis maximal Fr. 287 Millionen pro Jahr. Dies entspricht den gesamten öffentlichen Ausgaben einer mittelgrossen Schweizer Stadt.³⁷²

iii. *Opfer häuslicher Gewalt*

Wie bereits erwähnt und anhand konkreter Zahlen aufgezeigt, sind in erster Linie Frauen Opfer häuslicher Gewalt. Deshalb wird im Folgenden aus der Opferperspektive einer Frau exemplarisch dargestellt, welche Auswirkungen die in einer Paarbeziehung erlittene Gewalt haben kann. Dabei gilt es stets zu vergegenwärtigen, welches ausgereifte Dispositionsbefugnis diesem Opfer im Strafprozess eingeräumt wird.³⁷³

Obwohl von Aussenstehenden wenig Verständnis dafür aufgebracht wird, bleiben Frauen oft freiwillig bei ihren gewalttätigen Männern, respektive kehren nach Fluchtversuchen oder Trennungen wieder zu diesen zurück. Es ist bekannt, dass diese Beziehungen bereits zu Beginn von Dominanz, Kontrolle, Demütigungen und Beschimpfungen geprägt sind, was schlussendlich

³⁷¹ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 24 zu Art. 55a.

³⁷² EBG, Kosten, 3.

³⁷³ Vgl. dazu auch S. 112 ff.

meist in psychischer und physischer Gewalt endet.³⁷⁴ Besonders einschüchternd wirkt bei diesen Frauen die Angst vor weiterer Gewalt oder gar vor einer Tötung.³⁷⁵ In gewalttätigen Paarbeziehungen herrscht ein „*Kreislauf der Gewalt*“³⁷⁶: Die Phasen des Spannungsaufbaus, des Gewaltausbruchs sowie der anschließenden Entschuldigungs- und Entlastungsversuche wechseln ab, was zu einer Verwirrung der Opfer und zusammen mit ihrer Isolation letztlich zu einer grossen Verzweiflung führt. Daneben gibt es weitere Faktoren, welche eine Trennung zusätzlich erschweren: Existenzängste und finanzielle Motive (z.B. Verlust des Arbeitsplatzes bei einer Flucht ins Frauenhaus), die Situation als Mutter (zum einen in finanzieller Hinsicht – nach einer Scheidung sind die Frauen oft viel schlechter gestellt als vorher – zum anderen durch notwendige Konfrontationen anlässlich der Kinderübergabe für das Besuchsrecht), aber auch Reaktionen des Umfelds sowie Schuld- und Schamgefühle über das Versagen des angestrebten Familienideals.³⁷⁷

Hält man sich diesen Druck vor Augen, unter welchem die von Gewalt betroffenen Frauen in einer Paarbeziehung stehen, ist es nachvollziehbar, weshalb sie oft den innigen Wunsch verspüren, „*wider alle Logik*“ ihre Beziehung weiter zu führen.³⁷⁸ Es bestehen offensichtlich zwischen Täter und Opfer Abhängigkeiten und Machtgefüge³⁷⁹, bedingt durch „*eine enge Beziehung*“, gegenseitige „*Gefühle*“ sowie „*Rechte und Pflichten miteinander*“.³⁸⁰ Emotionen spielen, ganz anders etwa als bei Vermögensdelikten, eine entscheidende Rolle.

³⁷⁴ SCHMID, Gewalt, 37 f.

³⁷⁵ HELLBERND, 2 f.; die Referatsnotizen wurden mir von der Autorin freundlicherweise zur Verfügung gestellt.

³⁷⁶ SCHMID, Gewalt, 39.

³⁷⁷ SCHMID, Gewalt, 39 ff.; m.w.H.

³⁷⁸ KILLIAS, NZZ, 15.

³⁷⁹ RAE, fampra 2009, 580.

³⁸⁰ Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1912.

Vor diesem Hintergrund ist es problematisch, dass den Opfern derart viel Einfluss auf den Verlauf des Verfahrens eingeräumt wird. Obwohl sie allem Anschein nach anfällig für Manipulationen in ihrer Willensbildung sind, haben sie mit der Desinteresse-Erklärung gemäss Art. 55a Abs. 1 StGB nach hier vertretener Auffassung ein Mittel in der Hand, um über Fortgang oder Beendigung des Verfahrens zu entscheiden.³⁸¹

Welche Überlegungen steckten dahinter, dem Opfer häuslicher Gewalt eine derart ausgereifte Dispositionsbefugnis zu überlassen? Antworten finden sich möglicherweise in der *ratio legis* von Art. 55a StGB, in deren Zusammenhang insbesondere auch die Gesetzgebungsgeschichte zu erwähnen ist.

b) *Ratio legis*

i. *Gesetzgebungsgeschichte*

Im Dezember 1996 reichte Nationalrätin VON FELTEN zwei parlamentarische Initiativen ein, welche vorsahen, das Strafrecht bezüglich häuslicher Gewalt so zu ändern, dass die im sozialen Nahraum begangenen Delikte der einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB), sexuellen Nötigung (Art. 189 StGB) und Vergewaltigung (Art. 190 StGB) von Amtes wegen verfolgt werden sollen.³⁸² Der Nationalrat hat diesen beiden Initiativen auf Antrag seiner Kommission für Rechtsfragen am 15. Dezember 1997 Folge geleistet.³⁸³

Die Rechtskommission des Nationalrates erarbeitete daraufhin einen Gesetzesentwurf zur Änderung der Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches, gemäss dem die in der Ehe begangene sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB) und die Vergewaltigung (Art. 190 StGB) – bislang beides

³⁸¹ Ausser die Behörden gelangten zum Schluss, der Antrag auf Verfahrenseinstellung entspreche nicht dem freien Willen des Opfers, vgl. BGer, Urteil vom 21.03.2006, 6S.454/2004, dazu S. 113 ff.

³⁸² Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1911; Stellungnahme BR 2003, BBl 2003, 1938.

³⁸³ AB NR 1997 2633 ff.

Antragsdelikte – zu Officialdelikten erhoben wurden. Auch die zwischen Ehegatten und Lebenspartnern begangenen Delikte der einfachen Körperverletzungen (Art. 123 StGB), wiederholten Tötlichkeiten (Art. 126 StGB) und Drohungen (Art. 180 StGB), die „weniger schweren Delikte“³⁸⁴ in diesem Katalog, wurden, sofern im sozialen Nahraum begangen, Officialdelikte (sogenannte relative Officialdelikte).³⁸⁵ Daneben schuf man mit Art. 55a StGB³⁸⁶ das Institut einer Desinteresse-Erklärung, wonach bei einfacher Körperverletzung, wiederholter Tötlichkeit, Drohung und Nötigung mit Einverständnis des Opfers das Verfahren eingestellt werden kann. Damit sollte verhindert werden, dass Prozesse durchexerziert würden, obwohl dies weder für die Ehepartner noch gesamthaft betrachtet von Interesse wäre.³⁸⁷ Mit der Desinteresse-Erklärung kann ein Opfer die Verfahrenseinstellung eines Officialdelikts beantragen. Art. 55a StGB gilt deshalb auch als „Mittelweg zwischen Antrags- und Officialdelikt“.³⁸⁸

Am 3. Oktober 2003 wurden die Neuerungen von beiden Räten angenommen und traten am 1. April 2004 schliesslich in Kraft.³⁸⁹ Mit der Eidgenössischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, in Kraft seit 1. Januar 2011, erfolgten einige prozessuale Anpassungen und insbesondere eine Anpassung an die Terminologie der StPO³⁹⁰, mit Ausnahme des Opferbegriffs,

³⁸⁴ Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1910.

³⁸⁵ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 38 zu Art. 55a.

³⁸⁶ Ehemals Art. 66ter aStGB, durch das Inkrafttreten des neuen Partnerschaftsgesetzes vom 18. Juni 2004, in Kraft seit 01.01.2007, wurde Art. 66ter aStGB nunmehr zum heutigen Art. 55a StGB.

³⁸⁷ Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1911 ff; vgl. auch nachfolgend.

³⁸⁸ JOSITSCH, SJZ 100/2004, 6.

³⁸⁹ AB NR 2003 1741; AB StR 2003 1028; Art. 55a StGB als Art. 66^{ter} aStGB, eingefügt durch das Bundesgesetz vom 03.10.2003 (Strafverfolgung in der Ehe und in der Partnerschaft), AS 2004, 1403 ff.

³⁹⁰ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 30 ff. zu Art. 55a m.w.H.

welcher Art. 55a StGB nach wie vor anstelle der geschädigten Person verwendet.³⁹¹

Derzeit sind zwei Motionen betreffend Art. 55a StGB hängig: Zum einen reichte HEIM am 5. März 2009 im Nationalrat eine Motion mit dem Auftrag an den Bundesrat ein, einen Bericht zur Einstellungspraxis zu verfassen und damit einhergehend Massnahmen zu treffen, welche Gewalt mindern und das Opfer stärken sollten.³⁹² Ausserdem gab KELLER-SUTER am 29. November 2012 eine Motion im Ständerat ein mit dem Ziel, Art. 55a StGB zu ergänzen. Als Zusatz sollte die Vorschrift aufgenommen werden, das Opfer vor einer Einstellung zwingend erneut anzuhören.³⁹³ Dazu ist zu bemerken, dass dieses Vorgehen etwa im Kanton Zürich bereits angewendet wird.³⁹⁴ Die Annahme beider Motionen wurde vom Bundesrat befürwortet und in der Folge durch National- bzw. Ständerat angenommen.³⁹⁵ Jüngst veröffentlichte der Bundesrat eine Stellungnahme zu diesen Motionen.³⁹⁶ Darin kommt der Bundesrat zum Schluss, dass Opfer häuslicher Gewalt nach wie vor ungenügend geschützt seien. Er schlägt deshalb unter anderem vor, den Ermessensspielraum der Strafverfolgungsbehörden deutlich zu erweitern, so dass der Opferwille alleine nicht mehr ausreiche, um ein Verfahren zu beenden. Ausserdem sei das Opfer vor einer Verfahrenseinstellung zwingend erneut anzuhören.³⁹⁷

³⁹¹ Vgl. dazu Fn. 439.

³⁹² Motion HEIM, 09.3059, „Eindämmung der häuslichen Gewalt“.

³⁹³ Motion KELLER-SUTTER, 12.4025, „Opfer häuslicher Gewalt besser schützen“.

³⁹⁴ Vgl. WOSTA Ziff. 12.8.1.2.6.

³⁹⁵ http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093059;
http://nationalrat.ch/r/suche/Paginas/geschaefte.aspx?gesch_id=20124025
(Stand: 30.06.2015).

³⁹⁶ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 28.01.2015, „Gewaltprävention fortsetzen - Häusliche Gewalt eindämmen“ (<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2015/2015-01-28.html>, Stand: 30.06.2015).

³⁹⁷ Bericht BR Motion HEIM, 45 u. 49 f.; vgl. dazu auch S. 118 ff.

ii. *Offizialisierung zum Schutz des Opfers*

Schon länger hat sich der Konsens durchgesetzt, dass Gewalt im sozialen Nahraum nicht mehr zu tolerieren ist: Delikte innerhalb von Paarbeziehungen sind nicht länger als Bagatellen nur auf Antrag hin zu verfolgen. Auch die Körperstrafe am eigenen Nachwuchs, welche noch vor wenigen Jahren als gängige Erziehungsmethode akzeptiert wurde, „würde heute wohl *Amtstellen des Jugend- und Kinderschutzes auf den Plan rufen*“.³⁹⁸

Wie dargelegt, wurden vor der Offizialisierung die meisten der in häuslicher Gemeinschaft begangenen Delikte auf Antrag hin verfolgt.³⁹⁹ Die beschuldigte Person hatte damit die Möglichkeit, das Opfer unter Druck zu setzen, so dass es gar nicht erst zur Einreichung eines Strafantrags kam, bzw. ein bereits eingereichter Strafantrag wieder zurückgezogen wurde.⁴⁰⁰ Denn gerade im Bereich des sozialen Nahraums bestehen offensichtlich „*Abhängigkeiten, die zu einem krassen Ungleichgewicht zwischen Täter und Opfer führen können und die deshalb eine faire – für beide Seiten akzeptable – Wiederherstellung des Rechtsfriedens verunmöglichen*“.⁴⁰¹ Fehlte es am Strafantrag, mithin einer Prozessvoraussetzung, mussten die Strafverfolgungsbehörden bis anhin untätig bleiben, selbst wenn sie der Ansicht waren, der ursprüngliche Konflikt sei ungelöst.

Mit der Offizialisierung dieser Delikte versprach man sich einen verbesserten Opferschutz: Das Strafverfahren sollte unabhängig vom Opferwillen durchgeführt werden.⁴⁰² Führte früher das Stillschweigen des Opfers dazu, dass es gar nicht erst zu einem Strafprozess kam, so kann nach der Offizialisierung die aktive Entscheidung des Opfers, diesen zu beenden, auf unzuläs-

³⁹⁸ KILLIAS, Verjährungsfristen, 63 f.

³⁹⁹ Vgl. S. 96 ff.

⁴⁰⁰ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 837.

⁴⁰¹ FELLER, infoterm 2/2005, 40; vgl. dazu S. 94 f.

⁴⁰² Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1910.

sige Manipulationsversuche hin überprüft werden.⁴⁰³ Selbst vehemente Kritiker der Offizialisierung wie RIEDO erkannten zudem an, dass diese ein Zeichen in der Ahndung häuslicher Gewalt setze: Dies verdeutliche das Ende der Akzeptanz von Delikten im sozialen Nahraum, welche nunmehr gesellschaftlich und strafrechtlich nicht mehr toleriert würden.⁴⁰⁴ Auch bewirke die Offizialisierung, dass die Behörden (zumindest zu Beginn) auch ohne Mithilfe des Opfers die Sachlage klären und erste Massnahmen gegen den Beschuldigten ergreifen können.⁴⁰⁵

Gleichzeitig sollte Art. 66^{ter} aStGB bzw. Art. 55a StGB bei den geringfügigeren Delikten häuslicher Gewalt (einfache Körperverletzung, wiederholte Tötlichkeiten, Drohung und Nötigung) die Offizialisierung „*abschwächen*“⁴⁰⁶. Damit wollte der Gesetzgeber jedoch keineswegs „*das grundsätzliche Bekenntnis zur Offizialmaxime*“ hinterfragen, sondern vielmehr den Opferwillen aus opportunistischen Überlegungen heraus in den Vordergrund stellen.⁴⁰⁷

Die Kehrseite der Offizialisierung wird folglich in der Benachteiligung derjenigen Opfer gesehen, für die ein Strafverfahren nur Nachteile mit sich bringt, etwa wenn es im späteren Verlaufe zu einer Versöhnung zwischen Täter und Opfer kommt.⁴⁰⁸ Dies könnte letzten Endes zu einer Verschlimmerung der Situation der misshandelten Frau führen, indem diese aus Angst, eine unerwünschte Strafverfolgung auszulösen, auf jeglichen Beistand der Behörden verzichtet.⁴⁰⁹ RIEDO befürchtet gar, die Angst der Opfer, in eine exponierte Lage in einem Strafverfahren zu kommen, reiche so weit, dass sie den notwendigen Gang zu einer medizinischen Fachperson unterlassen wür-

⁴⁰³ BOMMER, Verletztenrechte, 179.

⁴⁰⁴ RIEDO, ZStrR 122/2004, 278.

⁴⁰⁵ RIEDO, ZStrR 122/2004, 278.

⁴⁰⁶ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 39 zu Art. 55a.

⁴⁰⁷ Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1922 f.

⁴⁰⁸ Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1920.

⁴⁰⁹ KILLIAS, NZZ, 15.

den in der (irrigen) Annahme, der Arzt erstatte Anzeige.⁴¹⁰ Entgegen gehalten werden kann diesem Argument, dass gerade deshalb im Zuge der Revision mit der Desinteresse-Erklärung gemäss Art. 55a StGB bei weniger schwer wiegenden Straftaten ein Mechanismus eingebaut wurde, welcher verhindern soll, dass ein Strafverfahren letztlich zum Nachteil des Opfers durchexerziert wird. Wie letztlich zu zeigen sein wird, ist dieser Nachteil auf Seiten des Opfers in Kauf zu nehmen, um im Bereich häuslicher Gewalt den Opferschutz gewährleisten zu können.⁴¹¹

iii. *Desinteresse-Erklärung zum Schutz des Opfers?*

Mit Art. 55a StGB schuf der Gesetzgeber ein prozessuales Institut, mit welchem Opfer häuslicher Gewalt (i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB) den Fortgang des Verfahrens beeinflussen können: Spricht ein Opfer eines in häuslicher Gemeinschaft begangenen Offizialdelikts eine Desinteresse-Erklärung betreffend die Verfolgung und Bestrafung des Täters aus, so hat die Staatsanwaltschaft das Verfahren zu sistieren und letztlich einzustellen, sofern kein Widerrufsbegehren gestellt wurde (Art. 55a Abs. 1-3 StGB).

Zu Diskussionen führte die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Opferwillen, wonach eine Desinteresse-Erklärung einzig dann nicht zur Verfahrensbeendigung führe, wenn die Erklärung nicht freiwillig erfolgt.⁴¹² Die Dispositionsmöglichkeiten des Opfers, welches damit die Strafverfolgung und Bestrafung von Offizialdelikten stoppen kann, scheinen immens. Seit seiner Einführung ist Art. 55a StGB deshalb Ziel mannigfacher Kritik. FELLER etwa hält es für einen gesetzgeberischen „Fehler“, dass das Verfahren gemäss Art. 55a StGB nur wiederaufgenommen werden könne, wenn es das Opfer verlange. Die Behörden hingegen hätten diese Möglichkeit

⁴¹⁰ RIEDO, ZStrR 122/2004, 272 f.

⁴¹¹ Vgl. S. 194 ff.

⁴¹² BGer, Urteil vom 21.03.2006, 6S.454/2004, E. 3.; vgl. dazu S. 113 ff.

nicht.⁴¹³ JOSITSCH moniert, Art. 55a StGB versage in jenen Fällen, in denen das Opfer massiven Einschüchterungen ausgesetzt sei. Damit sei diese Bestimmung gerade nicht zweckdienlich.⁴¹⁴ RIEDO bringt an, dass sich durch die Offzialisierung an der Sachlage kaum etwas geändert habe: Selbst wenn es zu einer Strafanzeige komme, stünde das Opfer nämlich weiterhin unter massivem Druck, da seine Mitwirkung in Form einer Aussage gefordert sei.⁴¹⁵

Da Delikte im sozialen Nahraum naturgemäss unter Ausschluss von Dritten geschehen und somit keine weiteren Zeugen zur Verfügung stehen, stützt sich die Beweisführung letztlich auf die Aussage des Opfers.⁴¹⁶ Sofern es sich beim Täter um den Ehemann oder Verlobten handelt, kann das Opfer ein Zeugnisverweigerungsrecht gegen diesen geltend machen (vgl. Art. 168 StPO). Verweigert das Opfer die Aussage, wird die Beweisführung schwierig, wenn nicht gar unmöglich.⁴¹⁷ Die Offzialisierung dient somit keinesfalls dazu, das Opfer vor Drucksituationen zu schützen.⁴¹⁸

Gemäss KILLIAS führt das alleinige Abstellen auf den Opferwillen zu unbefriedigenden Situationen: Da das Opfer seine Aussagen nicht formell zurücknehmen oder abschwächen könne, dies jedoch in der Praxis regelmässig geschehe, müsse es in solchen Fällen gar fürchten, (ebenfalls) zum Täter zu werden und sich der falschen Anschuldigung oder des falschen Zeugnisses (Art. 303 und 307 StGB) strafbar zu machen. Letztlich werde ein Opfer dazu gebracht, sich noch vor einem Anruf bei der Polizei die Konsequenzen eines Strafprozesses zu vergegenwärtigen und möglichst von einer Anzeige abzu-

⁴¹³ FELLER, in:fointerne 26/2005, 41.

⁴¹⁴ JOSITSCH, SJZ 100/2004, 6.

⁴¹⁵ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 40 f. zu Art. 55a.

⁴¹⁶ Ausführlich CHRISTEN-ARNOLD/STEINER, Kriminalistik 59/2005, 453 ff.

⁴¹⁷ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 41 zu Art. 55a; im Ergebnis ebenso FELLER, in:fointerne 26/2005, 40.

⁴¹⁸ RIEDO, ZStrR 122/2004, 272; ebenso SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 69 f.

sehen.⁴¹⁹ Auch SCHWANDER ist der Ansicht, Art. 55a StGB laufe den Interessen der Opfer zuwider: Diese strebten in erster Linie eine autoritative Entscheidung und Feststellung des erlittenen Unrechts und nicht die Bestrafung, welche sie häufig finanziell mittragen müssten, an. Als sinnvoller erachtet sie eine Formulierung, wonach Art. 55a StGB in Zusammenhang mit einem Täterprogramm für häusliche Gewalt zu einer Strafbefreiung führe.⁴²⁰

Die Ergebnisse einer empirischen Studie von COLOMBI zur Offizialisierung in der Stadt Zürich untermauerten diese Kritiken.⁴²¹ Zunächst stellte der Autor dar, dass Verfahren vor und nach der Reform etwa in gleich (hohem) Masse durch Einstellungen beendet wurden. Es kam also trotz Offizialisierung nicht zu einem markanten Rückgang von Einstellungen. Eine Veränderung stellte COLOMBI jedoch bei der Verfahrenserledigung fest: So kam es zu einem Anstieg der erlassenen Strafbefehle (plus 65.8 Prozent) und einer Verringerung der erhobenen Anklagen (minus 45.9 Prozent). Ausserdem kam es zu einer signifikanten Erhöhung von sonstigen Erledigungen (plus 164 Prozent), wobei es sich hier hauptsächlich um Fälle handelte, in welchen das Opfer sein Desinteresse erklärte, das Verfahren jedoch noch nicht eingestellt werden konnte – etwa weil der Beschuldigte nicht auffindbar und seine Befragung noch ausstehend war.⁴²²

COLOMBI fasst pointiert zusammen, dass das befürchtete Szenario, wonach die Offizialisierung die Drucksituation für das Opfer nicht zu vermindern

⁴¹⁹ KILLIAS, NZZ, 15.

⁴²⁰ SCHWANDER, Opfer, 153 ff.

⁴²¹ In seiner empirischen und dogmatischen Studie vergleicht COLOMBI 179 Dossiers aus dem Jahr 2003 der ehemaligen Bezirksanwaltschaft Zürich mit 238 Dossiers aus dem Jahr 2005 der Staatsanwaltschaften Zürich-Limmat und Zürich-Sihl im Bereich häuslicher Gewalt. Der Verfasser beabsichtigte damit unter anderem einen direkten Vergleich bei Delikten im sozialen Nahraum vor und nach der Reform von Art. 66ter aStGB bzw. Art. 55a StGB, in Kraft getreten am 1. April 2004; COLOMBI, 293 ff.; ein ähnliches Bild zeigt die Einstellungspraxis in anderen Kantonen, vgl. Bericht BR Motion HEIM, 17 ff.

⁴²² COLOMBI, 308.

möge, tatsächlich eingetreten sei: „*Misst man die Effizienzsteigerung der Strafverfolgung an der Erhöhung der Verurteiltenrate und der zur Anklage gebrachten (vermeintlichen) Täter, muss demzufolge der Schluss gezogen werden, dass die intendierte Stärkung der Wirksamkeit des Strafrechts bei Delikten im häuslichen Kontext – wenn überhaupt – nur in sehr bescheidenem Ausmass erreicht werden konnte.*“⁴²³ Damit belegt COLOMBI, dass bei Delikten im sozialen Nahraum i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB die Desinteresse-Erklärung keine wesentlich anderen Folgen hat als der Verzicht auf Stellung eines Strafantrags oder dessen Rückzug vor der Offizialisierung. Der einzige Unterschied bestehe darin, dass die Desinteresse-Erklärung aufgrund der Sistierungsfrist gemäss Art. 55a Abs. 2 StGB ihre „*Wirkungen stets mit der Verzögerung eines halben Jahres*“ zeitige.⁴²⁴ Die Gründe dafür, dass sich die Situation für die Opfer seit der Offizialisierung kaum gebessert hat, sieht COLOMBI insbesondere darin, dass das Opfer nach wie vor im Verfahren eine Schlüsselrolle innehat. Für die Fortführung des Verfahrens seien die Behörden unbedingt auf dessen Mithilfe angewiesen, sei es in Form der Anzeige, seiner Aussagen oder des Ausbleibens einer Desinteresse-Erklärung.⁴²⁵

Art. 55a StGB macht damit die Offizialisierung bei einfacher Körperverletzung, wiederholten Tötlichkeiten, Drohung und Nötigung im sozialen Nahraum hinfällig.

Im Folgenden werden die Modalitäten von Art. 55a StGB beschrieben. Insbesondere ist eine entsprechende Desinteresse-Erklärung nur in einem eng gefassten sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich möglich. Sodann richten sich weitere Anforderungen an den geäusserten Opferwillen sowie an die Form der Erklärung.

⁴²³ COLOMBI, 408.

⁴²⁴ COLOMBI, 409.

⁴²⁵ COLOMBI, 409.

c) Voraussetzungen

i. *Sachlicher Anwendungsbereich*

Art. 55a Abs. 1 StGB beinhaltet einen Deliktskatalog, welcher einfache Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3-5 StGB), wiederholte Tötlichkeiten (Art. 126 Abs. 2 lit. b, b^{bis} und c StGB), Drohung (Art. 180 Abs. 2 StGB) und Nötigung (Art. 181 StGB) umfasst.⁴²⁶ Bei diesen Delikten im häuslichen Kontext taxierte der Gesetzgeber die Schwere der Straftat als weniger gravierend als die Auswirkungen eines Strafverfahrens auf die geschädigte Person. Nicht erfasst im sachlichen Anwendungsbereich von Art. 55a Abs. 1 StGB sind aus diesem Grund die sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB) sowie die Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 StGB). Deren jeweiliger Abs. 2 wurde in diesem Zusammenhang aufgehoben.⁴²⁷

Es stellen sich einige praktische Probleme bei der Frage, was als „wiederholte Tötlichkeiten“⁴²⁸ einzustufen ist. Wiederholte Tötlichkeiten liegen dann vor, wenn das Delikt mindestens zwei Mal selbstständig begangen wurde, wobei aber ein minimaler zeitlicher Zusammenhang vorliegen sollte.⁴²⁹ Eine wiederholte Tötlichkeit bei häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB und damit die Verfolgung von Amtes wegen ist zu bejahen, wenn bei einer ersten Tötlichkeit kein Strafantrag gestellt bzw. dieser zurückgezogen wurde, und später eine weitere Tötlichkeit erfolgte: Es werden nun beide Tötlichkeiten zusammen betrachtet zum Offizialstraftatbestand.⁴³⁰ Stellte das Opfer

⁴²⁶ Dabei handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung; BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 49 zu Art. 55a; TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/KELLER, PK-StGB, N 3 zu Art. 55a.

⁴²⁷ Die Absätze 2 dieser Artikel regelten die Verfolgung der sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung auf Antrag, wenn der Täter Ehegatte des Opfers war und mit diesem in einer Lebensgemeinschaft lebte; vgl. auch Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1918.

⁴²⁸ Art. 55a Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 126 Abs. 2 lit. b, b^{bis} und c StGB.

⁴²⁹ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 55 f. zu Art. 55a.

⁴³⁰ COLOMBI, 120.

hingegen bereits bei der ersten Tötlichkeit einen Strafantrag und kommt es im Verlauf der Strafuntersuchung zu einer weiteren Tötlichkeit, ist das Verfahren gemäss Art. 311 Abs. 2 StPO und Art. 333 Abs. 2 StPO auszudehnen.⁴³¹ Dies ist jedoch nur möglich, wenn die erste Straftat nicht abgeurteilt (Sperrwirkung von ne bis in idem, Art. 11 Abs. 1 StPO) oder verjährt ist.⁴³² Ist ein Verfahren wegen Tötlichkeiten sistiert, so ist die Ausdehnung bei einer neuerlichen Tötlichkeit nicht mehr möglich. Die erneute Tötlichkeit gilt allerdings bis zur Einstellung des ersten Verfahrens als Offizialdelikt.⁴³³ Eine Einstellung aufgrund von Art. 55a Abs. 3 StGB führt zur materiellen Rechtskraft des Entscheids. Eine später erfolgte (einzelne) Tötlichkeit ist in diesem Fall nur auf Antrag zu verfolgen.⁴³⁴

ii. *Persönlicher Anwendungsbereich*

Art. 55a StGB setzt voraus, dass Opfer und Täter in einer Beziehung zueinander stehen oder standen (gemäss Wortlaut bis spätestens ein Jahr nach Beendigung der Beziehung), und zwar als Ehegatten (Art. 55a Abs. 1 lit. a Ziff. 1 StGB) oder eingetragene Partner (Art. 55a Abs. 1 lit. a Ziff. 2 StGB), bzw. hetero- oder homosexuelle Lebenspartner⁴³⁵ (Art. 55a Abs. 1 lit. a Ziff. 3 StGB). Abgestellt wird auf den Zeitpunkt der Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft als rechtliches Konstrukt, was unter Umständen erst viele Jahre nach der tatsächlichen Trennung der Fall ist.⁴³⁶

⁴³¹ COLOMBI, 120 f.

⁴³² BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 58 ff. zu Art. 55a; COLOMBI, 120 f.

⁴³³ COLOMBI, 121.

⁴³⁴ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 60 zu Art. 55a; COLOMBI, 121.

⁴³⁵ Massgeblich für den Begriff der Lebenspartnerschaft ist die Definition des Bundesgerichts des „*Konkubinatspaares*“: Die Partnerschaft muss demnach eine auf längere Zeit angelegte Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen unterschiedlichen oder gleichen Geschlechts sein. Vorausgesetzt werden mindestens zwei Gemeinschaften im geistig-seelischen, körperlichen oder im wirtschaftlichen Bereich (vgl. BGE 118 II 235, E. 3. b).

⁴³⁶ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 73 zu Art. 55a.

Massgeblich ist demnach einzig, ob die Ehe bzw. die eingetragene Partnerschaft im Zeitpunkt der Desinteresse-Erklärung rechtlichen Bestand hat. So wird etwa ein gemeinsamer Wohnsitz nicht vorausgesetzt, weshalb ein Eheschutz mit aufgehobenem gemeinsamem ehelichem Wohnsitz, eine Ehetrennung, oder auch die Aufhebung im Scheidungsverfahren unbeachtlich sind.⁴³⁷ Bei der Lebenspartnerschaft hingegen ist der Zeitpunkt der Trennung, also die faktische Auflösung des gemeinsamen Haushalts, relevant.⁴³⁸

Für die Anwendbarkeit von Art. 55a StGB ist keine qualifizierte Opfereigenschaft gemäss Art. 116 StPO vorausgesetzt.⁴³⁹ Ist bei Art. 55a StGB demnach vom „Opfer“ die Rede, entspricht dies der Bezeichnung der geschädigten Person gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO. Auch wenn faktisch davon ausgegangen werden kann, dass das „Opfer“ i.S.v. Art. 55a StGB in den meisten Fällen aufgrund der Qualität der Beeinträchtigung Opfereigenschaft gemäss Art. 116 StPO und OHG aufweisen dürfte⁴⁴⁰, so sind dennoch durchaus Fälle denkbar, wo die Intensität der physischen oder psychischen Beeinträchtigung dafür nicht ausreicht.⁴⁴¹ Relevant ist diese Frage vor allem bei der Prüfung, ob das „Opfer“ besondere Opferrechte hat. Gerade wenn sich wiederholte Tötlichkeiten über längere Zeit erstrecken, stellen sie mitunter eine grosse Belastung für die betroffene Person dar.⁴⁴² Das OHG regelt deshalb die Pflicht der Behörden, das Opfer über seine Rechte und die zuständigen Opferhilfe-Beratungsstellen zu informieren (Art. 8 i.V.m. Art. 12 OHG⁴⁴³; Art. 305 StPO). Wird ein Opfer durch eine Beratungsstelle unterstützt, för-

⁴³⁷ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 72 zu Art. 55a.

⁴³⁸ Bericht RK-NR 2002, BBl 2003 1918; krit. zu dieser Ungleichbehandlung gegenüber Ehe und eingetragener Partnerschaft BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 89 zu Art. 55a.

⁴³⁹ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 68 zu Art. 55a.

⁴⁴⁰ COLOMBI, 176.

⁴⁴¹ Denkbar ist dies v.a. bei wiederholten Tötlichkeiten, vgl. etwa BGE 122 IV 71, E. 3. a).

⁴⁴² COLOMBI, 177 f.

⁴⁴³ Dazu ausführlich Botschaft OHG, 971 ff.

dert dies erfahrungsgemäss seine Bereitschaft, gegen den Täter strafrechtlich vorzugehen.⁴⁴⁴

iii. *Opferwille*

Neben den Voraussetzungen in persönlicher und sachlicher Hinsicht ist weiter verlangt, dass entweder das Opfer oder sein gesetzlicher Vertreter um Sistierung ersuchen müssen, oder einem entsprechenden Antrag der Behörde zuzustimmen haben (Art. 55a Abs. 1 lit. b StGB). Eine Vertretung soll dabei nur bezüglich der Erklärung, nicht aber bezüglich des Willens möglich sein.⁴⁴⁵

Damit das Verfahren sistiert werden kann, muss der vorbehaltlose und bedingungslose Wille des Opfers zur Sistierung des Verfahrens erkennbar sein. Es wird vorausgesetzt, dass „*das Opfer seine Entscheidung autonom getroffen hat, namentlich nicht durch Gewalt, Täuschung oder Drohung beeinflusst wurde und dass es über Hilfsangebote und Handlungsalternativen informiert ist*“.⁴⁴⁶ Ausserdem ist „*der grösste Wert darauf zu legen, dass das Opfer seinen Entscheid in ausreichender Kenntnis der Rechtslage trifft*“.⁴⁴⁷ Aus diesem Grund kommt der vorgängigen Aufklärungspflicht der Behörden besonders grosse Bedeutung zu: Die Verfolgungsbehörden haben in einer ersten Orientierung gemäss Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO entsprechend zu informieren. Das Opfer soll die rechtliche Situation und alternative Vorgehensweisen kennen. COLOMBI warnt diesbezüglich davor, dass die Behörden mit ihrer Information betreffend Art. 55a StGB „*über ihr Ziel hinaus*“ schiessen könnten: Selbst wenn das Opfer bereits zu Beginn des Verfahrens mit einer Desinteresse-Erklärung liebäugle, sei dennoch von Amtes wegen zu ermitteln; keineswegs dürfe Druck zur Sistierung ausgeübt werden.⁴⁴⁸ Die

⁴⁴⁴ Bericht BR Postulat FEHR, 58.

⁴⁴⁵ COLOMBI, 182 f., m.w.H.

⁴⁴⁶ Stellungnahme BR 2003, BBI 2003, 1941; vgl. auch KILLIAS, NZZ, 15.

⁴⁴⁷ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 114 zu Art. 55a.

⁴⁴⁸ COLOMBI, 193 f.

Schwierigkeit besteht demnach darin, die Opfer über die Möglichkeit einer Desinteresse-Erklärung zu informieren, ohne sie in ihrem diesbezüglichen Entscheid zu beeinflussen.⁴⁴⁹ Wohl aus diesen Überlegungen heraus schreiben exemplarisch für den Kanton Zürich die Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren (WOSTA) vor, dass „*unmittelbar vor, während oder nach einer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme [...] ein allfälliges Desinteresse nicht anzusprechen [ist], um das Opfer nicht unter Zugzwang zu setzen.*“⁴⁵⁰

iv. *Formelle Vorgaben*

Der Antrag auf Sistierung beziehungsweise deren Zustimmung kann formfrei erfolgen.⁴⁵¹ COLOMBI empfiehlt zu Beweis Zwecken allerdings eine Protokollierung.⁴⁵² Wiederum sei als Beispiel auf die WOSTA verwiesen, welche vorschreiben, „*über Zustandekommen und Inhalt*“ der Erklärung eine Aktennotiz zu erstellen.⁴⁵³

Da eine Desinteresse-Erklärung darauf abzielt, das Verfahren zu beenden, kann sie nur ausgesprochen werden, solange ein Strafverfahren hängig ist. Das Verfahren muss also eröffnet, aber noch nicht abgeschlossen sein. Möglich ist dies selbst noch während des Rechtsmittelverfahrens⁴⁵⁴, strittig ist hingegen, ob das Verfahren auch vor Bundesgericht sistiert werden kann.⁴⁵⁵

⁴⁴⁹ Ebenso COLOMBI, 190 ff.

⁴⁵⁰ WOSTA, Ziff. 12.8.1.2.6.

⁴⁵¹ TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/KELLER, PK-StGB, N 4 zu Art. 55a.

⁴⁵² COLOMBI, 187.

⁴⁵³ WOSTA, Ziff. 12.8.1.2.6.

⁴⁵⁴ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 119 zu Art. 55a, COLOMBI, 209.

⁴⁵⁵ Bejahend BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 127 zu Art. 55a; a.A. COLOMBI, 209.

v. *Prozessuale Besonderheiten*

Der Sistierungsentscheid bzw. dessen Verweigerung haben zwingend als begründete Verfügung bzw. als begründeter Beschluss zu ergehen (Art. 314 Abs. 5 i.V.m. Art. 320 Abs. 1 und Art. 80 Abs. 1-3 StPO).⁴⁵⁶ Durch die Sistierung wird die Strafverfolgung lediglich ausgesetzt, das Verfahren bleibt hängig.⁴⁵⁷

Nach einer einstweiligen Sistierung kann das Verfahren wieder aufgenommen werden, wenn das Opfer oder sein Vertreter dies sechs Monate nach der Desinteresse-Erklärung i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB verlangen (Art. 55a Abs. 2 StGB). Der Widerruf muss gemäss Wortlaut der Gesetzesnorm schriftlich oder mündlich erfolgen. Analog zur Desinteresse-Erklärung i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB wird empfohlen, mündliche Erklärungen zu Protokoll zu nehmen und sicherzustellen, dass der Erklärende seinen Willen deutlich zum Ausdruck bringt.⁴⁵⁸ Eine zeitlich begrenzte Widerrufsfrist bewahrt den Täter davor, auf unbestimmte Zeit dem Druck eines hängigen Verfahrens ausgesetzt zu sein.⁴⁵⁹ Auch die Beweisführung wird mit fortgeschrittener Zeit stark erschwert. Es macht deshalb Sinn, den Beginn der Frist dann anzusetzen, wenn das Opfer Kenntnis über die Sistierung erlangt.⁴⁶⁰ Verpasst das Opfer die sechsmonatige Frist allerdings wegen strafbaren Verhaltens von Dritten, soll die Frist – sofern noch keine definitive Einstellung erging – nach COLOMBI wiederhergestellt werden können.⁴⁶¹ Die weiteren Modalitäten der Fristberechnung richten sich nach Art. 89 ff. StPO.

⁴⁵⁶ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 142 ff. zu Art. 55a; COLOMBI, 236; RIEDO, ZStR 127/2009, 425.

⁴⁵⁷ BstGer vom 30.3.2009, BG.2008.21, E.2.2.

⁴⁵⁸ COLOMBI, 243 f.

⁴⁵⁹ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 181 ff. zu Art. 55a.

⁴⁶⁰ Bericht RK-NR 2002, BBI 2003, 1927; COLOMBI, 250, a.A. FELLER, infointerne 26/2005, 49, welcher das Datum des Beschlusses als massgeblich bezeichnet.

⁴⁶¹ Kam es bereits zu einer definitiven Einstellung, wäre nur noch die Wiederaufnahme des Verfahrens gem. Art. 323 StPO denkbar, COLOMBI, 428.

Erfolgt ein Widerruf, so haben die Behörden diesen lediglich auf seine Gültigkeit zu überprüfen: Steht diese ausser Frage, so haben sie kein Ermessen und das Verfahren ist anhand zu nehmen, und zwar „*unabhängig davon, ob dies unter spezialpräventiven Gesichtspunkten sinnvoll erscheint*“.⁴⁶² Die Behörde selber indes darf das Verfahren nicht auf eigene Initiative hin wieder aufnehmen. Dies selbst dann nicht, wenn ihr weitere strafbare Handlungen des Täters bekannt sind. Auch wenn das erneute strafbare Verhalten Gegenstand eines weiteren Strafverfahrens werden kann, bleibt eine gesamt-hafte Betrachtung des deliktischen Verhaltens des Täters versagt, was besonders im Falle der (wiederholten) Tätlichkeiten von Relevanz ist.⁴⁶³ Gemäss COLOMBI sollte es den Behörden in diesen Fällen jedoch zumindest möglich sein, korrigierend einzugreifen, sofern sie von erneuten strafrechtlich relevanten Vorfällen erfahren würden: Die Behörden könnten das Opfer zu einem informellen Gespräch vorladen, anlässlich dessen es bei Verdacht auf weitere deliktische Handlungen aufgefordert würde, zur Frage der Wiederaufnahme Stellung zu nehmen.⁴⁶⁴ Strittig ist, ob es für die Wiederanhandnahme einer Verfügung bedarf.⁴⁶⁵ Eine nochmalige Sistierung ist ausgeschlossen.⁴⁶⁶

Wird keine Wiederanhandnahme verlangt, kommt es hingegen zur definitiven Verfahrenseinstellung (Art. 55a Abs. 3 StGB). Die Einstellung hat dabei von Amtes wegen zu erfolgen, die Behörden haben keinerlei Ermessensspielraum.⁴⁶⁷ Massgeblich sind somit rein formale Kriterien. Damit wird deutlich, welche zentrale Rolle der Desinteresse-Erklärung i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB zukommt: Ist sie erst einmal ausgesprochen, haben die Behör-

⁴⁶² RIEDO, ZStrR 127/2009, 425.

⁴⁶³ Vgl. S. 105 ff.

⁴⁶⁴ COLOMBI, 429.

⁴⁶⁵ Verneinend BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 191 zu Art. 55a mit Hinweis auf Art. 315 StPO; anders noch RIEDO, ZStrR 127/2009, 425; jedoch ders. M. COLOMBI, 257.

⁴⁶⁶ TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/KELLER, PK-StGB, N 6 zu Art. 55a.

⁴⁶⁷ Bericht RK-NR 2002, BBl 2003, 1927 f.; RIEDO, ZStrR 127/2009, 425.

den keinerlei Ermessen mehr bei der Frage, ob das Verfahren wiederaufgenommen werden kann. Dieses fehlende behördliche Ermessen bei der Einstellung wird teilweise heftig kritisiert: Müsse das Verfahren selbst dann beendet werden, wenn das Opfer zum Unterlassen des Widerrufs genötigt wurde, so unterlaufe dies die ratio legis von Art. 55a StGB, welche einen verbesserten Opferschutz gewährleisten sollte.⁴⁶⁸ Diese Ansicht verkennt allerdings, dass ein aufgrund einer Nötigung unterlassener Widerruf analog zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend freie Willensabgabe einer Desinteresse-Erklärung⁴⁶⁹ als erfolgter Widerruf zu qualifizieren ist.⁴⁷⁰ In diesen Fällen ist die Widerrufsfrist wiederherzustellen.⁴⁷¹

d) Desinteresse-Erklärung in der Praxis

i. *Pflicht oder Recht zur Sistierung?*

Gemäss dem Wortlaut von Art. 55a Abs. 1 StGB „*können*“ die Behörden das Verfahren bei einer Desinteresse-Erklärung sistieren. Ursprünglich war man sich einig, dass diese Kann-Formulierung das Recht, nicht aber die Pflicht zur Sistierung beinhalte.⁴⁷² Auch wenn die Erklärung des Opfers für die Sistierung notwendig ist, sollte es den diesbezüglichen Entscheid nicht selber treffen müssen. Vielmehr sollte ausschliesslich die zuständige Behörde in Abwägung privater und öffentlicher Interessen darüber entscheiden.⁴⁷³

⁴⁶⁸ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 211 zu Art. 55a;

⁴⁶⁹ Vgl. S. 113 ff.

⁴⁷⁰ Ähnlich FELLER, infointerne 26/2005, 41, welcher dies zumindest für „*Extremfälle*“, z.B. massiven Drohungen, postuliert.

⁴⁷¹ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 213 zu Art. 55a.

⁴⁷² Anstelle vieler COLOMBI, 218; RIEDO, ZStrR 122/2004, 274; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 123/2005, 431; Stellungnahme BR 2003, BBl 2003, 1941.

⁴⁷³ COLOMBI, 218; FELLER, infointerne 26/2005, 41; RIEDO, ZStrR 122/2004, 274; Stellungnahme BR 2003, BBl 2003, 1941.

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist das Bundesgericht anderer Ansicht. Ein wegweisendes Urteil aus dem Jahre 2006 zu Art. 55a StGB (damals noch Art. 66^{ter} aStGB) schränkt den Ermessensspielraum der Behörden massiv ein und hält fest, dass eine Sistierung nur dann zu verweigern sei, wenn die Desinteresse-Erklärung „*nicht dem freien Willen des Opfers*“ entspreche.⁴⁷⁴ Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung führte zu heftigen Diskussionen darüber, wie viel Dispositionsbefugnis dem Opfer häuslicher Gewalt zugestanden werde, mithin, in welchen Fällen die Behörden ihr Einverständnis zur Sistierung überhaupt verweigern dürfen.

ii. *Bundesgerichtliche Rechtsprechung*

Beim Entscheid 6S.454/2004 vom 21. März 2006 ging es um die zweitinstanzliche Verurteilung des Beschwerdeführers X. vor dem Obergericht des Kantons Zürich betreffend die mehrfache Gefährdung des Lebens, Nötigung und mehrfache versuchte Nötigung: Der Beschwerdeführer X. hatte seiner Tochter B. anlässlich einer Auseinandersetzung ein Messer unter das Kinn gehalten, um sie dazu zu bringen, mit dem Weinen aufzuhören. Als die Ehefrau A. intervenierte, drückte X. auch ihr das Messer mehrere Minuten an den Hals. Dabei sagte er ihr, sie sei eine „*Schlampe*“ und es wäre „*vor seinem Gott gerechtfertigt, sie umzubringen*“. Anlässlich des zweitinstanzlichen Verfahrens bat die geschädigte Ehefrau A., auf die Verfolgung und Bestrafung von X. zu verzichten, „*da sie ihm wieder näher gekommen sei und sie beide eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft erwögen*“.⁴⁷⁵ Das Obergericht sah von einer Einstellung ab: Da eine Desinteresse-Erklärung der Geschädigten A. i.S.v. Art. 66^{ter} aStGB wegen des sachlichen Anwendungsbereichs nur für die versuchte Nötigung möglich sei, das Verfahren betreffend die weiteren Delikte jedoch fortgesetzt werde, käme es ohnehin nicht zu einer Verfahrenseinstellung, die das Opfer entlasten würde. Das Bundesgericht bestätigte zu Recht die Auffassung der Vorinstanz und

⁴⁷⁴ BGer, Urteil vom 21.03.2006, 6S.454/2004, E. 3.

⁴⁷⁵ BGer, Urteil vom 21.03.2006, 6S.454/2004, E. 2.

befand, diese überschreite ihr Ermessen nicht, wenn sie die Einstellung gemäss Art. 66^{ter} aStGB verweigere. Es hätte nur ein Freispruch betreffend versuchte Nötigung, nicht aber hinsichtlich der übrigen Delikte erreicht werden können, was sich kaum positiv auf die familiäre Situation ausgewirkt hätte.⁴⁷⁶ Diese Ausführungen sind zutreffend und nachvollziehbar.

Zu grossem Aufruhr führten jedoch die ergänzenden verbindlichen Erwägungen allgemeiner Natur zu Art. 66ter aStGB: Das Bundesgericht führte unter anderem aus, eine Desinteresse-Erklärung des Opfers sei nur dann unbeachtlich, wenn die Behörde die begründete Auffassung habe, es fehle der Erklärung an Selbstbestimmung. Es sei somit auszuschliessen, dass das Opfer seine Aussage beeinflusst durch Gewalt, Drohung oder Täuschung machte. Summa summarum könne *„die Behörde somit nur an der Strafverfolgung festhalten, wenn sie zum Schluss komm[e], der Antrag auf Verfahrenseinstellung entspreche nicht dem freien Willen des Opfers“*.⁴⁷⁷

Wenige Jahre darauf bestätigte das Bundesgericht seine Praxis. In diesem Zusammenhang äusserte sich das Bundesgericht ausserdem zur ratio legis von Art. 55a StGB und führte aus, eine entsprechende Verfahrenseinstellung erfolge *„nicht mangels Beweisen für ein strafbares Verhalten bzw. weil mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht mit einer Verurteilung zu rechnen ist, sondern weil der Ehegatte oder Partner die Strafverfolgung nicht (mehr) wünsch[e]“*.⁴⁷⁸

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist somit einzig bei einer nachweislich unfreien Willensabgabe des Opfers von der Sistierung bei Delikten häuslicher Gewalt gemäss Art. 55a StGB abzusehen. Begründet wird dies mit der

⁴⁷⁶ BGer, Urteil vom 21.03.2006, 6S.454/2004, E. 3.

⁴⁷⁷ BGer, Urteil vom 21.03.2006, 6S.454/2004, E. 3., unter Weglassung der Hinweise; vgl. auch WOSTA, Ziff. 12.8.1.2.6; zustimmend HUG, ZHK-StGB, N 2 zu Art. 55a; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 69 f.

⁴⁷⁸ BGer, Urteil vom 21.12.2009, 6B_835/2009, E. 4.2.

Dispositionsbefugnis des Opfers, welcher mehr Gewicht beizumessen sei als möglichen divergierenden öffentlichen Interessen an der Strafverfolgung.

iii. *EGMR-Rechtsprechung*

Weiter sind die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) betreffend häusliche Gewalt zu beachten: In einem wegweisenden Urteil aus dem Jahre 2009 litten die Beschwerdeführerin und deren Mutter während Jahren unter der Gewalt und den Drohungen des Ehemannes der Beschwerdeführerin. Dutzende der Verfahren wurden aufgrund zurückzogener Strafanzeigen eingestellt. Schliesslich eskalierten die familiären Auseinandersetzungen und der Ehemann erschoss die Mutter der Beschwerdeführerin auf offener Strasse. Der EGMR sah in den wiederholten Einstellungen eine Verletzung des positiven Anspruchs des Opfers auf eine Strafverfolgung.⁴⁷⁹ Im Entscheid wurde festgehalten, je schwerer das Delikt und je grösser die Gefahr weiterer Straftaten, desto grösser sei ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, selbst wenn die Strafanzeige zurückgezogen werde.⁴⁸⁰ Der EGMR verlangt damit hinsichtlich des Sistierungsentscheids eine eingehende Interessenabwägung: Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und Bestrafung des Täters steigt dabei in Relation zu der drohenden Gefährdung des Opfers.

Diesbezüglich gilt in der Schweiz die Auffassung, durch den Einbezug und die Evaluation verschiedenster Kriterien beim Entscheid betreffend Verfahrenssistierung werde den Vorgaben des EGMR Genüge getan.⁴⁸¹ Diese Meinung verkennt allerdings, dass nach Ansicht des Bundesgerichts sämtliche veranschlagten Kriterien in den Hintergrund treten, sobald ein Opfer sein Desinteresse erklärt. In diesem Fall muss das Verfahren eingestellt werden.

⁴⁷⁹ EGMR-Urteil vom 9. Juni 2009 i.S. Opuz gg. die Türkei, (Appl. no. 33401/02), Ziff. 139.

⁴⁸⁰ EGMR-Urteil vom 9. Juni 2009 i.S. Opuz gg. die Türkei, (Appl. no. 33401/02), Ziff. 139.

⁴⁸¹ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 141 zu Art. 55a; vgl. nachfolgend.

Das bundesgerichtliche Vorgehen, wonach dem Willen des nicht offenkundig unter Zwang stehenden Opfers bedingungslos zu entsprechen sei, verunmöglicht eine solche Interessenabwägung und ist damit EGMR-widrig. Vielmehr ist allfälligen öffentlichen Interessen an der Verfolgung und Bestrafung auf Kosten der Dispositionsbefugnis des Opfers Vorrang zu geben.

e) *Lehrmeinungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung*

i. *Kritik*

Als Folge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen die Behörden das Verfahren grundsätzlich einstellen, es sei denn, sie hätten handfeste Beweise für eine unfreie Willensabgabe des Opfers. Mit anderen Worten: Das Opfer häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB erhält volle Dispositionsbefugnis.

Es dürfte sich äusserst schwierig gestalten, an Beweise für eine manipulierte Willensabgabe zu gelangen: Delikte im Kontext häuslicher Gewalt geschehen in den meisten Fällen zuhause und unter Ausschluss von (neutralen) Dritten.⁴⁸² Hinter die familiären Kulissen haben die Behörden keinen Einblick. Druckversuche, wenn nicht im Beisein von Zeugen, lassen sich folglich kaum je belegen. Erklärt das Opfer mehr oder weniger plausibel sein Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung, ist nicht davon auszugehen, dass die Behörden auf die Weiterführung des Verfahrens pochen. Ohne Aussagen des Opfers hätten sie ohnehin keine Handhabe gegen den Täter. COLOMBI schlägt in diesem Zusammenhang vor, das Opfer zur Begründung seines Gesuchs zu verpflichten, obwohl die Desinteresse-Erklärung i.S.v. Art. 55a StGB an sich keiner Begründung bedarf.⁴⁸³ Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass ein Opfer offen zugibt, unter Druck gesetzt worden zu sein. Erfolgt eine Desinteresse-Erklärung unter fadenscheiniger Begründung und

⁴⁸² CHRISTEN-ARNOLD/STEINER, *Kriminalistik* 59/2005, 453 ff.; vgl. auch S.94 ff.

⁴⁸³ COLOMBI, 196.

besteht der Verdacht unfreier Willensabgabe, zeigt sich wiederum die Problematik der Beweisbarkeit.

In der Konsequenz bedeutet diese bundesgerichtliche Rechtsprechung nichts anderes als die Geltung der Dispositionsmaxime im Anwendungsbereich von Art. 55a StGB. Die Offizialisierung ist hinfällig, Delikte häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB werden aufgrund der Desinteresse-Erklärung faktisch zu Antragsdelikten. Dies setzt der Empfehlung, bei der Prüfung einer Einstellung Interessenabwägungen vorzunehmen und weitere Umstände neben der Desinteresse-Erklärung zu berücksichtigen⁴⁸⁴, „*ein jähes Ende*“⁴⁸⁵ Dementsprechend wird von einem grossen Teil der Lehre bezweifelt, dass der Gesetzgeber „*den Ermessensspielraum der Behörden derart beschränken wollte*“, schliesslich trage damit erneut das Opfer den Entscheid zur Sistierung.⁴⁸⁶ Deshalb spreche das Bundesgericht „*zu Unrecht*“⁴⁸⁷ den Opfern häuslicher Gewalt eine derartige Dispositionsbefugnis zu.

Dieser Kritik ist zuzustimmen. Die Entstehungsgeschichte von Art. 55a StGB verdeutlicht, dass für die opportune Verfahrensbeendigung bei häuslicher Gewalt auch materielle Kriterien zu berücksichtigen sind: Die Offizialisierung sollte das Opfer von der Verantwortung des Entscheids über den weiteren Fortgang des Verfahrens befreien, und es damit besser schützen.⁴⁸⁸ Dies ist jedoch nur möglich, wenn die Behörde trotz divergierendem Opferwillen Sacherwägungen vornehmen kann. Die Praxis des Bundesgerichts unterbindet dies und verletzt auf diese Weise die ratio legis der Offizialisierung bei häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB.

⁴⁸⁴ Vgl. S. 108 ff.

⁴⁸⁵ RIEDO, ZStrR 127/2009, 423.

⁴⁸⁶ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 132 zu Art. 55a.

⁴⁸⁷ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 137 zu Art. 7.

⁴⁸⁸ Stellungnahme BR 2003, BBl 2003 1940 f.; dazu BSK StPO-GRÄDEL/HEINIGER, N 18 zu Art. 319; COLOMBI, 218 ff.; FELLER, infointerne 26/2005, 45 f.; RIEDO, ZStrR 127/2009, 424, ferner BGer, Urteil vom 16.03.2006, 6S.3/2006, E. 11.1.

ii. *Lösungsansätze*

Die herrschende Lehre empfiehlt deshalb, beim Sistierungsentscheid neben der Desinteresse-Erklärung des Opfers zu dessen Schutz einen ganzen Katalog an Kriterien zu berücksichtigen: Geprüft werden müsse, ob einschlägige Vorstrafen bestünden oder bereits Sistierungen gemäss Art. 55a StGB erfolgt seien, ob der Täter Einsicht und Reue zeige und die Parteien an einer Lösung arbeiteten, ob sich die Situation für das Opfer tatsächlich geändert habe und ob die Verfahrenseinstellung dem Opfer eine Erleichterung bringen würde.⁴⁸⁹

Will man die Offizialisierung im Anwendungsbereich von Art. 55a StGB aufrechterhalten, so müssen nach hier vertretener Auffassung die Behörden zwingend die Möglichkeit haben, anhand sachlicher Kriterien ihren Entscheid zu treffen. Die Schwierigkeit besteht allerdings darin, dass die Evaluierung vieler der genannten Punkte – etwa die Frage nach einer Änderung im Täterverhalten und einer Lösung des partnerschaftlichen Konflikts – wiederum von der Aussage des Opfers abhängt.

Im Entstehungsprozess der Offizialisierung wurde es beispielsweise verworfen, eine günstige Prognose, beispielsweise unter Verpflichtung zu täterorientierten Kursen, vorauszusetzen: Der Problematik werde bereits insofern Rechnung getragen, als sich der Täter während der sechsmonatigen Sistierungsfrist i.S.v. Art. 55a Abs. 2 StGB zu bewähren habe. Letztlich liege die Einstellung im Ermessen der Behörden und werde bei „*uneinsichtige[n] Tätern*“ nicht erfolgen.⁴⁹⁰ Im jüngst veröffentlichten Bericht bestätigte der Bundesrat die Meinung, wonach weder ein generelles Weisungsrecht noch die Anordnung zu Lernprogrammen durch die Strafverfolgungsbehörden zu befriedigenden Ergebnissen führen würde: Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips müssten diese Anordnungen respektive Weisungen ohnehin auf die Verfahrensdauer beschränkt sein und eine Überprüfung würde sich als

⁴⁸⁹ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 133 ff. zu Art. 55a; COLOMBI, 220 ff; FELLER, infointerne 26/2005, 45 f.; RAE, fampra 2009, 601.

⁴⁹⁰ Stellungnahme BR 2003, BBl 2003 1941 f.

schwierig erweisen.⁴⁹¹ Im Hinblick auf die Strafzwecke der Spezialprävention und des Täter-Opfer-Ausgleichs⁴⁹² ist diese Zurückhaltung zunächst nicht nachvollziehbar: Die in der Regel deliktsbezogenen Auflagen oder Weisungen könnten sich positiv auf den Täter auswirken, was letztlich dem Opfer zu Gute käme.⁴⁹³ In Konsequenz der hier vertretenen Auffassung, wonach Opfer häuslicher Gewalt besonders prädestiniert seien für Repressalien des Täters, überzeugt allerdings auch dieser Lösungsansatz nicht: Der Erfolg von Auflagen oder Weisungen bei Delikten häuslicher Gewalt lässt sich naturgemäss nur mit Einbezug des Opfers überprüfen, welches allerdings wie dargelegt keine sachliche Informationsquelle darstellt.

Im Kanton Zürich erfolgt bei sämtlichen Fällen häuslicher Gewalt eine erste Risikoanalyse nach dem kanadischen Risk Assessment System „*Ontario Domestic Assault Risk Assessment*“, kurz „*ODARA*“.⁴⁹⁴ Entwickelt wurde ODARA, um das Gefahrenpotential des gewaltbereiten Täters einzustufen.⁴⁹⁵ Nach einer mehrjährigen Testphase⁴⁹⁶ wird ODARA seit dem 1. Februar 2015 standardmässig durch die Zürcher Polizei angewandt und das Ergebnis anschliessend der Untersuchungsbehörde mitgeteilt.⁴⁹⁷ Es ist zu befürworten, dass bereits in einem frühen Stadium eine Gefährlichkeitsanalyse erstellt wird. Deren Aussagekraft bleibt allerdings nicht über alle Zweifel erhaben,

⁴⁹¹ Bericht BR Motion HEIM, 47 ff.

⁴⁹² Vgl. S. 182 ff.

⁴⁹³ Kommentar D-StPO-RADKE, § 153a N 35 ff.; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 153a N 12 ff.

⁴⁹⁴ WEDER, ZStrR 132/2014, 373 f.

⁴⁹⁵ ODARA ist nur bei männlichen Tätern anwendbar, GERTH ET AL., Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie, 82/2014, 618.

⁴⁹⁶ Vgl. „*Schiesserei in Dietlikon: Kontaktverbot missachtet*“, NZZ vom 22.08.2013 (Nr. 193), 15.

⁴⁹⁷ Gemäss Auskunft von HEINZ MORA, Fachstellenleiter Häusliche Gewalt, Kantonspolizei Zürich.

da viele massgebliche Kriterien, welche in das Ergebnis einzufließen haben, der Polizei nicht bekannt sind.⁴⁹⁸

Diese Ausführungen belegen, dass sämtliche Lösungsansätze von Lehre und Praxis die ratio legis von Art. 55a StGB, nämlich einen verbesserten Opferschutz, nicht vollständig zu erfüllen vermögen. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist es vielmehr zielführend, Art. 55a StGB ersatzlos zu streichen.

f) *Notwendigkeit der Streichung von Art. 55a StGB*

Mit der Schaffung des Instituts der Desinteresse-Erklärung gemäss Art. 55a Abs. 1 StGB wollte man sicherstellen, dass die Behörden bei divergierenden privaten Interessen der Opfer kein Verfahren durchexerzieren. Für eine gültige Desinteresse-Erklärung verlangt das Bundesgericht allerdings einzig die freie Willensabgabe.⁴⁹⁹ Ist das Verfahren erst einmal sistiert, so kann es zudem nur noch vom Opfer wieder in Gang gesetzt werden (Art. 55a Abs. 2 StGB). Die Behörde hat keinerlei Ermessensspielraum. Die Strafverfolgungsbehörden dürfen nicht verfolgen – selbst wenn sie davon ausgehen

⁴⁹⁸ So dürfen bei der Anwendung von ODARA bis zu fünf von insgesamt 13 Kriterien ausgelassen werden, wobei diesbezüglich der Ergebniswert anzupassen ist. Die 13 Kriterien von ODARA lauten in zusammenfassender Form: Item 1: Früherer häuslicher Vorfall; Item 2: Früherer nicht-häuslicher Vorfall; Item 3: Frühere Freiheitsstrafe von 30 Tagen oder mehr; Item 4: Versagen bei früherer bedingter Entlassung; Item 5: Drohung beim Index-Übergriff zu verletzen oder zu töten; Item 6: Einsperren der Partnerin beim Index-Übergriff; Item 7: Besorgnis des Opfers; Item 8: Mehr als ein Kind; Item 9: Leibliches Kind der Opfers von einem früheren Partner; Item 10: Gewalt gegen andere; Item 11: Substanzmissbrauch; Item 12: Übergriff auf das Opfer während der Schwangerschaft; Item 13: Barrieren der Opferunterstützung; GERTH ET AL., Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie, 82/2014, 618 ff., m.w.H.

⁴⁹⁹ D.h. eine Erklärung, welche frei von Zwang, Täuschung oder Drohung erfolgt; vgl. S. 108 ff.

müssen, dass ein inkriminierter Lebenssachverhalt vorliegt und eine Verurteilung durchaus angemessen wäre.⁵⁰⁰

Selbst wenn man davon ausginge, ein Abstellen auf den Opferwillen liesse den Behörden insofern einen gewissen Beurteilungsspielraum, als beispielsweise bei einschlägigen Vorstrafen des Täters höhere Anforderungen an die Freiwilligkeit der abgegebenen Erklärung gestellt würden, scheidet dieses Vorgehen letztlich daran, dass sich die Unfreiwilligkeit der Erklärung in den seltensten Fällen beweisen lässt. Nach geltender bundesgerichtlicher Praxis ist in diesen Konstellationen das Verfahren einzustellen.⁵⁰¹

Die Berücksichtigung privater Interessen im Strafverfahren ist nur dort möglich, wo keine divergierenden höherrangigen öffentlichen Interessen entgegenstehen.⁵⁰² Im Bereich häuslicher Gewalt deutet nichts darauf hin, die Strafverfolgung und Bestrafung in erster Linie mit privaten Interessen zu begründen – im Gegenteil: Aufgrund der Schutzbedürftigkeit der Opfer und der häufigen Vorkommnis in der Gesellschaft besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse daran. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Delikte häuslicher Gewalt nicht vollständig offiziellisiert wurden. Um die Fälle im Bereich häuslicher Gewalt sachgerecht lösen zu können, ist Art. 55a StGB ersatzlos zu streichen. Die Ansicht des Bundesrats, wonach mit einer vollständigen Offiziellisierung die Situation der Opfer „*verschlimmert*“⁵⁰³ würde, weil unter diesen Umständen kein Opfer mehr zur Polizei ginge, überzeugt nicht. Entweder man erklärt häusliche Gewalt zur Privatsache und überlässt den Entscheid über ein Strafverfahren vollständig den betroffenen Geschädigten. Damit würden die entsprechenden Delikte⁵⁰⁴ erneut zu Antragsdelikten. Oder man stellt sich auf den Standpunkt, dass Gewalt in Paarbeziehun-

⁵⁰⁰ Zum selben Schluss kommt SUMMERS, ZStrR 128/2010, 21.

⁵⁰¹ Vgl. S. 112 ff.

⁵⁰² Vgl. S. 186 ff.

⁵⁰³ Bericht BR Motion HEIM, 46.

⁵⁰⁴ Zumindest die weniger schwer wiegenden Delikte gem. Art. 55a StGB (Drohung, mehrfache Tötlichkeit, einfache Körperverletzung und Nötigung).

gen – ebenso wie unbestritten jegliche Gewalt an Kindern – gesellschaftlich nicht mehr toleriert wird.

Lässt sich die Forderung einer Streichung von Art. 55a StGB auf politischer Ebene nicht durchbringen, bräuchte es meiner Ansicht nach mindestens einen deutlich grösseren Ermessensspielraum auf staatlicher Seite, wie ihn etwa das amerikanische und englische Recht kennen.⁵⁰⁵ Hat das Opfer erst einmal glaubhaft ausgesagt, darf sein Desinteresse alleine nicht ausreichen, um das Verfahren zunächst zu sistieren und dann ohne weiteres einzustellen.⁵⁰⁶ Auch der Bundesrat stützt seit neuestem diese Meinung und verlangt, dass beim Entscheid betreffend die Verfahrensbeendigung neben der Desinteresse-Erklärung weitere Umstände zu berücksichtigen seien.⁵⁰⁷ Während eine Desinteresse-Erklärung betreffend Teilnahme am Strafverfahren lediglich Auswirkungen auf die Rechtstellung der geschädigten Person hat, greift die Dispositionsbefugnis des Opfers häuslicher Gewalt gemäss Art. 55a Abs. 1 StGB in das staatliche Strafmonopol ein. Somit ist es legitim, bei einer Desinteresse-Erklärung betreffend Teilnahme am Strafverfahren ausschliesslich auf den wahren Willen des Erklärenden abzustellen, wohingegen beim Entscheid, ob eine Desinteresse-Erklärung gemäss Art. 55a Abs. 1 StGB zur Verfahrenseinstellung führt, weitere Kriterien zu berücksichtigen sind.

Will man den Behörden dieses erweiterte Ermessen nicht zugestehen, so wäre zumindest sicherzustellen, dass der Verzicht in aufgeklärter Weise und

⁵⁰⁵ FLÜKIGER, Jusletter 24.06.2013, RZ 21; SUMMERS, ZStrR 128/2010, 8 ff., wonach bei vielen Common-Law-Systemen oftmals trotz Anfangsverdacht kein Verfahren durch die Staatsanwaltschaft eröffnet werde, da diese Voraussetzung alleine noch keinen Zwang zur Strafverfolgung begründe.

⁵⁰⁶ Vgl. COLOMBI, welcher sich für eine autonome Sistierungsverfügung ausspricht, womit die definitive Einstellung z.B. vom Absolvieren gewaltpräventiver Massnahmen abhängig gemacht werden könnte, COLOMBI, 464.

⁵⁰⁷ Bericht BR Motion HEIM, 51.

ohne Manipulationen erfolgt. Dies könnte etwa anlässlich einer Konfrontationseinvernahme von Opfer und Täter überprüft werden.

g) Fazit

Mit der Schaffung des Instituts der Desinteresse-Erklärung gemäss Art. 55a Abs. 1 StGB wollte man sicherstellen, dass die Behörden bei divergierenden privaten Interessen der Opfer kein Verfahren durchexerzieren. Für eine gültige Desinteresse-Erklärung verlangt das Bundesgericht allerdings einzig die freie Willensabgabe.⁵⁰⁸ Ist das Verfahren erst einmal sistiert, so kann es zudem nur noch vom Opfer wieder in Gang gesetzt werden (Art. 55a Abs. 2 StGB). Die Behörde hat keinerlei Ermessensspielraum. Die Strafverfolgungsbehörden dürfen nicht verfolgen – selbst wenn sie davon ausgehen müssen, dass ein inkriminierter Lebenssachverhalt vorliegt und eine Verurteilung durchaus angemessen wäre.⁵⁰⁹ Die Vereinbarkeit dieser Praxis mit dem Legalitätsprinzip wird im zweiten Teil der vorliegenden Abhandlung zu erörtern sein, wobei sich bestätigt wird, dass Art. 55a StGB aus Gründen des Opferschutzes ersatzlos zu streichen ist.⁵¹⁰

Die Strafverfolgung des Täters ist indes nicht das einzige Mittel gegen häusliche Gewalt. Es stehen verschiedene zivil- und verwaltungsrechtliche Massnahmen zur Verfügung.⁵¹¹ Art. 55a StGB ist deshalb als „*Teil des gesamten Massnahmenpakets*“ gegen häusliche Gewalt zu betrachten.⁵¹² Durch die Offizialisierung sind die Behörden angehalten, von Amtes wegen zu ermit-

⁵⁰⁸ D.h. eine Erklärung, welche frei von Zwang, Täuschung oder Drohung erfolgt; vgl. S. 108 ff.

⁵⁰⁹ Zum selben Schluss kommt SUMMERS, ZStrR 128/2010, 21.

⁵¹⁰ Vgl. S. 194 ff.

⁵¹¹ Etwa Annäherungs-, Orts- und Kontaktaufnahmeverbote gestützt auf Art. 28b ZGB, die fürsorgliche Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB oder im Kanton Zürich die Massnahmen nach dem GSG; vgl. dazu BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 244 ff. zu Art. 55a; § 3 Abs. 2 GSG; sowie S. 118 f.

⁵¹² FELLER, infointerne 26/2005, 39.

teln. Damit kommt der Offzialisierung eine symbolische Wirkung zu: Gewalt innerhalb der Familie wird nicht länger toleriert.⁵¹³

F. Fazit Offizialdelikte

Im Bereich der Offizialdelikte liegt es im behördlichen Ermessen, eine Desinteresse-Erklärung in Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips (Art. 8 Abs. 1 StPO) zu berücksichtigen. Spricht eine geschädigte Person eines Offizialdelikts eine Desinteresse-Erklärung aus, so hat die zuständige Behörde in erster Linie zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Art. 52 ff. StGB erfüllt sind. Wie dargelegt wurde, indiziert eine Desinteresse-Erklärung dabei zu Recht die Annahme eines Bagatelldelikts gemäss Art. 52 StGB bzw. eine erfolgreiche Wiedergutmachung gemäss Art. 53 StGB, wohingegen keine Rückschlüsse auf eine geringe Betroffenheit beim Täter gemäss Art. 54 StGB zulässig sind.⁵¹⁴ Öffentliche Interessen an der Verfolgung und Bestrafung stehen dabei im Vordergrund, während die tatsächlichen Interessen der Geschädigten zweitrangig sind. Es ist jedoch zu vermuten, dass die Anforderungen an die Voraussetzungen der Art. 52 ff. StGB sinken, sobald die geschädigte Person eine Desinteresse-Erklärung ausspricht.

Noch viel bedeutsamer ist der Einfluss des Opfers häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB auf das Strafverfahren: Gibt das Opfer häuslicher Gewalt eine freiwillige⁵¹⁵ Desinteresse-Erklärung ab, ist das Verfahren einstweilig zu sistieren. Nach Ablauf der sechsmonatigen Frist kommt es zur Einstellung des Verfahrens, sofern das Opfer seine Erklärung nicht widerruft (Art. 55a Abs. 3 StGB). Bei häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB ist demnach in erster Linie der Opferwille massgebend. Die Dispositionsbefugnis des Opfers entspricht derjenigen der geschädigten Person eines Antragsdelikts. Diese Vorgehensweise gewährleistet den Opferschutz in diesem sensiblen

⁵¹³ BSK StGB I-RIEDO/ALLEMANN, N 47 zu Art. 55a.

⁵¹⁴ Vgl. S. 67 ff.; S. 83 ff.; S. 88 f.

⁵¹⁵ Vgl. S. 108 ff.

Bereich des sozialen Nahraums, wo Repressalien und Druckversuche des Täters offensichtlich nicht selten auftreten, nur ungenügend.

Bei Officialdelikten gibt es folglich nach geltendem Recht zwei Kategorien von Geschädigten mit unterschiedlichen Kompetenzen. Während die Opfer häuslicher Gewalt aufgrund von Art. 55a StGB ermächtigt sind, auf den Fortgang des Verfahrens einzuwirken, haben die übrigen Geschädigten diese Möglichkeit von Rechts wegen nicht. Daraus kristallisiert sich der Verdacht, der Opferschutz habe gerade bei den Schutzbedürftigsten versagt.⁵¹⁶ Nach hier vertretener Auffassung ist deshalb Art. 55a StGB zu streichen.⁵¹⁷ Damit werden Delikte häuslicher Gewalt vollständig officialisiert. Verfahrenseinstellungen haben dann den Voraussetzungen der Opportunitätsnormen im Sinne von Art. 52 ff. StGB zu entsprechen.

Besonders bei klassischen Zweiparteien-Delikten⁵¹⁸ läuft es in der Praxis häufig darauf hinaus, den Konflikt ausserprozessual zu bereinigen. Diversion ist im Trend; Prozessökonomie das Ziel.⁵¹⁹ Zur Einsparung von Ressourcen sind die Bemühungen gross, Verfahren frühzeitig zu beenden. Bei dünner Beweislage und einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person werden Officialdelikte zwar nicht zu Antragsdelikten, doch Opportunitätsüberlegungen sind ein willkommenes Mittel, Strafverfahren einzustellen.⁵²⁰ Wie der Volksmund sagt: Wo kein Kläger, da kein Richter. Verzichtet die geschädigte Person auf die Verfolgung und Bestrafung des Täters und wird das Verfahren in der Folge eingestellt, dürfte kaum jemand ein Interesse haben, dagegen vorzugehen. Das faktische Ermessen der geschädigten Person ist in

⁵¹⁶ Vgl. die Ausführungen betreffend Geschädigte häuslicher Gewalt, welche aufgrund ihrer nahen Beziehung zum Täter besonders schutzbedürftig sind, S. 94 ff.

⁵¹⁷ Vgl. S. 120 ff.

⁵¹⁸ Bei opferlosen Delikten, wie es sie etwa im Strassenverkehr zuhauf gibt, besteht diese Möglichkeit naturgemäss nicht: Ist kein Opfer vorhanden, kann auch kein Täter-Opfer-Ausgleich vollzogen werden.

⁵¹⁹ Ebenso THOMMEN, recht 2014, 273; WOHLERS, NJW 2010, 2470.

⁵²⁰ Ähnlich auch SCHMID, Handbuch StPO, N 199.

diesem Fall erheblich. Im zweiten Teil vorliegender Abhandlung wird deshalb zu prüfen sein, unter welchen Voraussetzungen es (ausschliesslich) zulässig ist, private Interessen bei Officialdelikten zu berücksichtigen.⁵²¹

⁵²¹ Vgl. die Ergebnisse des zweiten Teils, S. 197 ff.

III. Ergebnisse des ersten Teils

Eine Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person hat je nach Verfahrenszeitpunkt, Deliktsart und inhaltlicher Ausrichtung andere Auswirkungen auf das Strafverfahren. Ihre praktische Bedeutung ist enorm, auch wenn sich gezeigt hat, dass weder in der Terminologie noch betreffend ihre Folgen Einigkeit herrscht. Liegt eine Desinteresse-Erklärung vor, muss in erster Linie geprüft werden, ob sie vor oder nach der Tat erfolgte. Obgleich eine Einwilligung vor der Tat in der Sache Parallelen zur Desinteresse-Erklärung im Strafverfahren aufweist, handelt es sich dabei nach herrschender Lehre um einen materiell-rechtlichen Rechtfertigungsgrund, welcher an dieser Stelle nicht weiter zu erörtern ist.⁵²² Relevant für die vorliegende Arbeit sind damit einzig Desinteresse-Erklärungen nach erfolgtem Delikt.

In einem nächsten Schritt ist nach dem Willen des Erklärenden zu fragen: Bezieht sich das Desinteresse auf die Teilnahme am Strafverfahren (Art. 120 Abs. 1 StPO)⁵²³ oder die Verfolgung und Bestrafung des Täters? Bei letzterem ist weiter zwischen Antrags- und Officialdelikten zu unterscheiden: Bei Antragsdelikten führt die Desinteresse-Erklärung zum Verzicht (Art. 30 Abs. 5 StGB) oder Rückzug (Art. 33 Abs. 1 StGB) des Strafantrags.⁵²⁴

Der Gesetzgeber schuf die Kategorie der Antragsdelikte aufgrund ihres Bagatelcharakters und mit dem Ziel eines Täter-Opfer-Ausgleichs.⁵²⁵ Es besteht ein öffentliches Interesse daran, den Geschädigten die Verantwortung über das weitere Strafverfahren zu übertragen. Die entsprechende Dispositionsbefugnis ist somit zu befürworten: Die geschädigte Person soll in eigener Autonomie entscheiden dürfen bei Delikten, die strafrechtlich gesehen Bagatellen darstellen. Häufig sind dies Fälle, in denen eine Beziehung mit

⁵²² Vgl. S. 2 f.

⁵²³ Vgl. S. 26 ff.

⁵²⁴ Vgl. S. 54 ff.

⁵²⁵ Vgl. S. 29 ff.

Familienangehörigen weitergelebt wird; das Unbill ausgeglichen wurde; beziehungsweise Täter und Opfer versöhnt sind. Dann ist der Rechtsfrieden im Kleinen wiederhergestellt. Unter der Prämisse einer deliktischen Bagatelle ist es berechtigt, dass auch das Interesse des Staates an der Strafverfolgung und Bestrafung erlischt. Folglich ist die Desinteresse-Erklärung an der Verfolgung und Bestrafung bei Antragsdelikten ein wichtiger Anwendungsfall einer gesetzlich statuierten Ausnahme des Offizial- und Legalitätsprinzips.

Bei Officialdelikten liegt es grundsätzlich im behördlichen Ermessen, die Desinteresse-Erklärung aus Opportunitätsüberlegungen zu berücksichtigen. Gemeinsam ist diesen Fällen, dass bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen der Art. 52 ff. StGB ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung als getilgt gilt. Nur dann ist die Anwendbarkeit der Opportunitätsnormen überhaupt in Betracht zu ziehen. Eine Desinteresse-Erklärung kann dabei die Anwendbarkeit initiieren, sie kann Indiz sein für die geforderten Begleitumstände, aber sie kann auch ausbleiben. Die Desinteresse-Erklärung ist letztlich eines von mehreren Kriterien, die zu prüfen sind. Mit Blick auf die Praxis und insbesondere unter Berücksichtigung der knappen Ressourcen und steigenden Fallbelastung manifestiert sich allerdings der Verdacht, dass oftmals aufgrund einer Desinteresse-Erklärung die übrigen Voraussetzungen der Art. 52 und Art. 53 StGB ohne weiteres als erfüllt gelten.⁵²⁶

Bei den Delikten im sozialen Nahraum (Art. 55a StGB) hat das Opfer hingegen die Möglichkeit, mit seiner Desinteresse-Erklärung faktisch die alleinige Herrschaft über den Verfahrensgang auszuüben. Gerade wegen den familiären Verknüpfungen und den oftmals auftretenden Repressalien sind diese Opfer besonders schutzbedürftig.⁵²⁷ Es besteht deshalb ein grundlegendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bei häuslicher Gewalt und Art. 55a StGB ist ersatzlos zu streichen.

⁵²⁶ Vgl. S. 124 ff.

⁵²⁷ Vgl. S. 94 ff.

III. Ergebnisse des ersten Teils

Dieser aktuelle Stand der Praxis, anschliessend in grafischer Form dargestellt, erhebt Anspruch auf Vollständigkeit: Weitere Arten einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person gibt es nach geltendem Recht nicht. Die Behörden dürfen nicht im Sinne einer resultatsorientierten Vorgehensweise eine Erklärung der geschädigten Person nach Gutdünken z.B. als prozessuales Einstellungsbegehren deuten. Dieses bis anhin praktizierte Vorgehen⁵²⁸ schadet der Rechtssicherheit und dem Gebot gleicher Rechtsanwendung und damit im Endeffekt dem Vertrauen der Gesellschaft in die Justiz.

⁵²⁸ Vgl. S. 22 ff.; S. 49 ff.

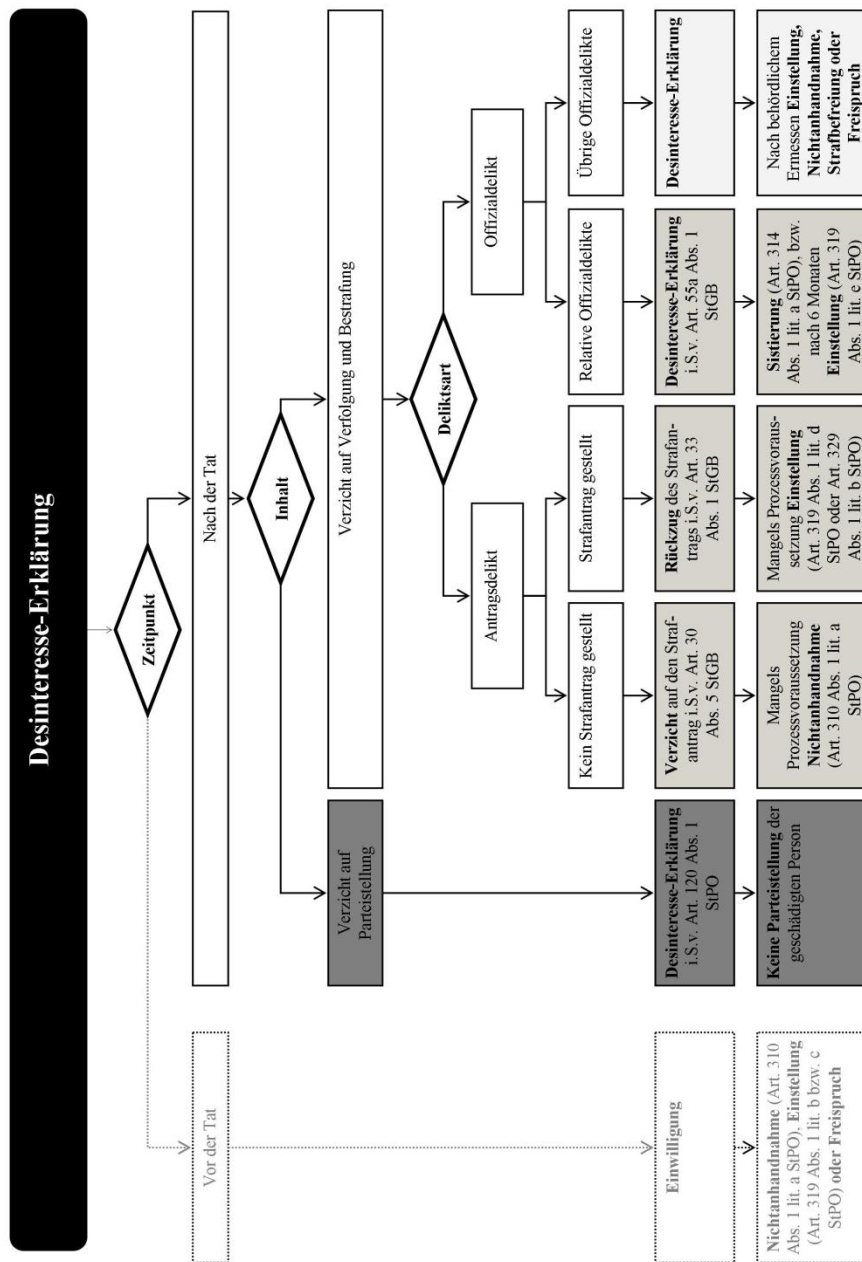


Abbildung 1: Arten von Desinteresse-Erklärungen

Zweiter Teil: Desinteresse-Erklärungen bei Offizialdelikten

Nachdem im ersten Teil dieser Arbeit die verschiedenen Arten von Desinteresse-Erklärungen dargestellt und in eine zeitliche und inhaltliche Struktur eingeordnet wurden, befasst sich der zweite Teil meiner Abhandlung mit der Desinteresse-Erklärung betreffend Verfolgung und Bestrafung bei Offizialdelikten.

Diese spezifische Art einer Desinteresse-Erklärung bezweckt die Beendigung des Strafverfahrens im Sinne des Opportunitätsprinzips, weshalb sich notwendigerweise Spannungen mit dem Legalitätsprinzip ergeben: Es sind mannigfache Interessen tangiert, so etwa öffentliche Interessen an der Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, der Verfahrensökonomie⁵²⁹ und an der Strafverfolgung⁵³⁰, sowie auf der anderen Seite private Geschädigteninteressen an der Beendigung des Strafverfahrens aus persönlichen Gründen. Diese widersprüchlichen Interessen sind sorgfältig abzuwägen. Im Zentrum des zweiten Teils steht damit die Frage, in welchem Ausmass private Interessen im Strafverfahren zu berücksichtigen sind. Dabei wird sich zeigen, dass es aus verschiedenen Gründen notwendig ist, Geschädigte ihre Interessen geltend machen zu lassen. Gleichzeitig sind die Strafverfolgungsbehörden aber dazu verpflichtet, das öffentliche Interesse zu wahren und gegen das private abzuwägen.⁵³¹

Der Aufbau des zweiten Teils entspricht dem nach meiner Auffassung vorzugehenen dreistufigen Prüfungsprogramm. Diese Vorgehensweise verlangt, bei Vorliegen einer Desinteresse-Erklärung erstens zu prüfen, ob die Erklärung gültig ist; zweitens der Frage nachzugehen, ob der Sachverhalt innerhalb der gemässigten Opportunität i.S.v. Art. 8 StPO liegt; sowie drittens sicherzustellen, dass bei Einstellung bzw. Nichtanhandnahme des Verfahrens keine divergierenden höherrangigen öffentlichen Interessen verletzt werden.

⁵²⁹ Vgl. Opportunitätsprinzip, S. 149 ff.

⁵³⁰ Vgl. Legalitäts- und Offizialprinzip, S. 142 ff.

⁵³¹ Vgl. S. 174 ff.

I. Gültigkeit der Desinteresse-Erklärung

Zunächst ist folglich darzulegen, welche Kriterien eine Desinteresse-Erklärung betreffend Verfolgung und Bestrafung grundlegend zu erfüllen hat, um überhaupt Auswirkungen im Strafverfahren zu entfalten. Damit ist es notwendig, das Institut der Desinteresse-Erklärung bei Officialdelikten losgelöst von den im ersten Teil beschriebenen Formen zu definieren, um allgemeine Voraussetzungen an dessen Gültigkeit zu benennen. Nur wenn die Gültigkeit einer Desinteresse-Erklärung zu bejahen ist, kann sich die Frage nach ihren zulässigen Folgen stellen.

1. Rechtsfigur der Desinteresse-Erklärung

Die geschädigte Person verzichtet mit ihrer Desinteresse-Erklärung auf Ahndung des von ihr erlittenen Unrechts. Damit wird deutlich, dass es sich bei der Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person in der Sache um einen Verzicht mit strukturellen Nuancen handelt. Der Verzicht als „*private Prozesshandlung*“ beinhaltet sämtliche Handlungen der geschädigten Person, welche rechtswirksam sind und die Erledigung des Falles anstreben.⁵³² Anlehnend an die allgemeinen Verzichtslernen im Strafprozessrecht ist damit die Desinteresse-Erklärung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, mit welcher das Verzichtssubjekt seinen freien Willen zum vollständigen oder teilweisen Verlust bestimmter Rechte oder Rechtspositionen mitteilt.⁵³³

⁵³² HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 42 N 1 f.; ZIMMERLIN, 104.

⁵³³ Vgl. CHEN, 29; ebenso ZIMMERLIN, 104 f.

2. Voraussetzungen der Desinteresse-Erklärung

A. Verzichtssubjekt

Zunächst einmal ist zu fordern, dass die erklärende Person gemäss Art. 106 Abs. 1 StPO prozessfähig ist. Bezugnehmend auf Art. 13 ZGB⁵³⁴ werden demnach Handlungsfähigkeit und Volljährigkeit vorausgesetzt (vgl. Art. 14 und Art. 16 ZGB).⁵³⁵ Im Gegensatz zu der beschuldigten Person, welche gemäss Art. 114 StPO zudem verhandlungs- und vernehmungsfähig sein muss⁵³⁶, sind die Anforderungen an die geschädigte Person damit weniger hoch anzusetzen.

B. Bildung des Verzichtswillens

Um im Strafverfahren eine rechtsverbindliche Wirkung zu entfalten, muss ein Verzicht freiwillig getroffen werden.⁵³⁷ Der Freiwilligkeit ist es indes gemäss THOMMEN nicht abträglich, wenn mit einem Entscheid „*eines von zwei Übeln*“ gewählt werde: Die Annahme, dass einer freien Wahl nur Vorteilhaftes entspringe, trifft also nicht zu.⁵³⁸

CHEN unterscheidet bei der Prüfung der Freiwilligkeit zwischen einem negativen und einem positiven Ansatz: Im negativen Sinne müsse das Fehlen von Willensmängeln (Zwang, Täuschung oder Irrtum) feststehen, wohingegen

⁵³⁴ SCHMID, Handbuch StPO, N 643.

⁵³⁵ Sofern es sich um höchstpersönliche Rechte handelt, können diese auch von urteilsfähigen Unmündigen wahrgenommen werden, vgl. Art. 106 Abs. 3 StPO; dazu BSK StPO-KÜFFER, N 5 zu Art. 106.

⁵³⁶ Verlangt wird, dass die beschuldigte Person körperlich und geistig fähig ist, der Verhandlung zu folgen und in Einvernahmen über ihre Person und die Sachlage Auskunft zu erteilen; vgl. diesbezüglich BSK StPO-ENGLER, N 4 ff. zu Art. 114; CHEN, 119 ff.

⁵³⁷ CHEN, 133 m.w.H.; MALACRIDA, 22 ff.; betr. Folgen eines fehlerhaften Verzichts vgl. ausführlich CHEN, 161 ff.

⁵³⁸ Betr. Verzicht im Strafbefehlsverfahren vgl. THOMMEN, Prozess, 122.

positiv betrachtet mit gewissen Massnahmen ein korrekter Informationsfluss gesichert werde.⁵³⁹ Ein freiwillig abgegebener Verzicht verlangt also im negativen Sinn „*das Fehlen von Motivationsdruck bei der Willensbildung*“ und im positiven Sinn ein Verständnis des Verzichtenden über seine Rechte und die Folgen eines Verzichts.⁵⁴⁰ Massgeblich dafür ist der Zeitpunkt der Willensbildung: Fand die Manipulation bereits während der Willensbildung statt, ist auch eine anschliessend freiwillig abgegebene Verzichtserklärung nicht bindend.⁵⁴¹

GRUNST plädiert dafür, einen Irrtum für unbeachtlich zu halten, wenn die geschädigte Person ein Verschulden daran treffe.⁵⁴² Diese Ansicht wird allerdings kritisiert: Stelle man lediglich auf die Frage des Verschuldens ab, so könne dies im Ergebnis zu sachfremden Entscheidungen führen: Geringfügiges Verschulden führe unter Umständen zu schwerwiegenden Rechtsverlusten.⁵⁴³ Empfohlen wird – besonders bei schwerwiegenden Irrtümern – eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen Berichtigungsinteresse des Einzelnen und öffentlichem Interesse an der Rechtssicherheit.⁵⁴⁴

Im Sinne des positiven Ansatzes verlangt der EGMR „*minimum procedural safeguards*“⁵⁴⁵, d.h. prozedurale Absicherungen, welche die sachliche Auf-

⁵³⁹ CHEN, 134 ff., m.w.H. zu Willensmängeln.

⁵⁴⁰ CHEN, 133 f.; vgl. etwa Art. 386 Abs. 3 StPO betr. Verzicht auf ein Rechtsmittel, wonach die diesbezügliche Erklärung nicht „*durch Täuschung, eine Straftat oder eine unrichtige behördliche Auskunft*“ veranlasst worden sein darf.

⁵⁴¹ CHEN, 134, mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR.

⁵⁴² GRUNST, 351 ff., welche als Paradebeispiel eine unrichtige behördliche Auskunft nennt, m.w.H. zur deutschen Rechtsprechung.

⁵⁴³ CHEN, 139 f., welche als Beispiel die beschuldigte Person nennt, welche wegen sprachlicher Defizite die Rechtsmittelbelehrung im Strafbefehl nicht versteht und nicht rechtzeitig Einsprache erhebt.

⁵⁴⁴ CHEN, 139 f.; ZIMMERLIN, 108.

⁵⁴⁵ EGMR-Urteil vom 23. November 1993 i.S. Poitrimol gg. Frankreich, (Appl. no. 14032/88), Ziff. 31.

I. Gültigkeit der Desinteresse-Erklärung

klärung des Verzichtenden sicherstellen.⁵⁴⁶ Die betroffene Person hat demnach ihren Entscheid „*in voller Sachkenntnis*“ zu treffen⁵⁴⁷, wobei der Staat sich um die entsprechende Aufklärung kümmern muss.⁵⁴⁸ Damit einhergehend sollen den Staat gegebenenfalls auch die Folgen der Beweislosigkeit treffen, etwa dann, wenn ohne den Nachweis einer genügenden Information von einer ausgebliebenen Erklärung auszugehen ist.⁵⁴⁹

Probleme dieser Vorgaben von Lehre und Rechtsprechung an die freie Willensbildung dürften sich in der Praxis vor allem beim Zustandekommen und der Deutung des tatsächlichen Willens des Erklärenden ergeben. Ist die Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person missverständlich formuliert, ist es ratsam, dass die Behörden gezielt nachfragen.⁵⁵⁰ Neben einer entsprechenden Aufklärungspflicht der Behörden kann es unter Umständen auch ratsam sein, der geschädigten Person eine anwaltliche Vertretung zur Seite zu stellen, „*da sich diese am besten eigne[t], das prozessimmanente Machtgefälle auszugleichen und Willensmängel*“ zu verhindern.⁵⁵¹

C. Formelle Voraussetzungen

Art. 110 Abs. 1 und 3 StPO regeln als Folge des Grundsatzes der Formfreiheit in der Strafprozessordnung⁵⁵², dass Eingaben schriftlich, mündlich oder in sonstiger Form zur Kenntnis gebracht werden können, sofern das Gesetz keine Ausnahmen bezeichnet. Der Sinn dieser Norm wird darin gesehen, dass „*eine Verfahrensordnung, die grundsätzlich keinen Anwaltszwang [...]*

⁵⁴⁶ THOMMEN, Prozess, 120 f.

⁵⁴⁷ BGer, Urteil vom 14.08.2006, 1P.409/2006, E. 3.2.

⁵⁴⁸ BGer, Urteil vom 27.05.2013, 6B_152/2013, E. 4.5.2.

⁵⁴⁹ BGer, Urteil vom 06.11.2012, 1B_309/2012, E. 5.7.

⁵⁵⁰ Vgl. zur Aufklärungs-, Fürsorge- und Fragepflicht der Behörden, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO ergibt, WOHLERS, ZHK-StPO, N 9 zu Art. 3.

⁵⁵¹ Ebenso ZIMMERLIN, 126, betreffend Verzicht der beschuldigten Person.

⁵⁵² BSK StPO-HAFNER/FISCHER, N 1 zu Art. 110.

*kennt, diese Formfreiheit [braucht], damit auch rechtsunerfahrene Personen ihre Verfahrensrechte wahrnehmen können.*⁵⁵³ Eine spezielle Formvorschrift findet sich etwa in Art. 304 Abs. 2 StPO, welcher betreffend Rückzug und Verzicht eines Strafantrags Schriftlichkeit oder Mündlichkeit zu Protokoll vorsieht.⁵⁵⁴ Auch der Verzicht auf Konstituierung als Privatkläger i.S.v. Art. 120 Abs. 1 StPO verlangt die Abgabe einer schriftlichen oder mündlich zu Protokoll erfolgten Erklärung. Im Gegensatz dazu enthält beispielsweise Art. 55a Abs. 1 StGB betreffend die Desinteresse-Erklärung bei häuslicher Gewalt keine Formvorgaben. Es empfiehlt sich dabei allerdings aus Gründen der Beweispflicht der Behörden dasselbe Vorgehen wie in Art. 304 Abs. 2 StPO.

D. Dispositionsbefugnis

Verzichtet werden kann nur auf die Rechte, die einem alleine und persönlich zustehen.⁵⁵⁵ Diese Aussage klingt unproblematisch und manifestiert sich etwa in der unterschiedlichen Vorgehensweise bei Antrags- und Officialdelikten: Während bei Antragsdelikten das Verfahren aufgrund der Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person zum Stillstand gelangen muss – weil eben die Antragsdelikte der Dispositionsmaxime unterliegen – so hat die geschädigte Person bei Officialdelikten keine Disposition über den weiteren Fortgang des Verfahrens. Eine Desinteresse-Erklärung dürfte demnach bei Officialdelikten nicht dazu führen, dass das Verfahren eingestellt wird. Diese Entscheidung liegt einzig bei den Behörden.⁵⁵⁶

Die Situation in der Praxis zeigt sich jedoch anders: Wie im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt, begründen relative Officialdelikte im Rahmen der häuslichen Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB eine ähnlich ausgereifte Dispositionsbe-

⁵⁵³ Botschaft Vereinheitlichung, 1165.

⁵⁵⁴ Vgl. S. 46 f.

⁵⁵⁵ THOMMEN, Prozess, 119 f.

⁵⁵⁶ Vgl. die Ausführungen zum Legalitätsprinzip, S. 141 ff.

fugnis des Opfers wie bei Antragsdelikten.⁵⁵⁷ Doch auch bei den übrigen Offizialdelikten wird der Desinteresse-Erklärung des Opfers derart viel Gewicht beigemessen, dass im konkreten Fall unter Umständen von einer faktischen Dispositionsbefugnis der geschädigten Person gesprochen werden kann.⁵⁵⁸ Legalitäts- und Offizialprinzip verlangen zweifelsohne nach einer begründeten Beendigung des Verfahrens.⁵⁵⁹ Ein findiger Staatsanwalt dürfte jedoch wenig Mühe haben, eine Begründung aus dem Ärmel zu ziehen. So wird oftmals bei der Prüfung der Anwendbarkeit von Opportunitätsnormen einzig aufgrund einer Desinteresse-Erklärung auf geringfügige Schuld und Tatfolgen (i.S.v. Art. 52 StGB) oder eine gelungene Wiedergutmachung (i.S.v. Art. 53 StGB) geschlossen.⁵⁶⁰ Damit wird deutlich, dass gesetzliche Vorgaben und Praxis auseinanderklaffen.

Es steht im Ergebnis fest, dass das geltende Recht im Grundsatz das staatliche Strafmonopol vorsieht und die geschädigte Person (mit Ausnahme der Antragsdelikte) keine Dispositionsbefugnis erlangen darf. Auch die verschiedenen Teilnahmerechte als Privatklägerin begründen bezüglich des Strafverfahrens keinerlei privates Ermessen. Eine Desinteresse-Erklärung bei einem Offizialdelikt ist somit mangels Dispositionsbefugnis ungültig. Gleichwohl entspricht es der Praxis, Geschädigten im Rahmen des Opportunitätsprinzips eine Dispositionsbefugnis zuzugestehen. Im Folgenden ist daher der Frage nachzugehen, ob das Opportunitätsprinzip selbst eine entsprechende Dispositionsbefugnis begründen könnte.

⁵⁵⁷ Vgl. S. 112 ff.

⁵⁵⁸ Vgl. S. 124 ff; für die Darstellung der Dispositionsbefugnis der geschädigten Person in anderen Rechtssystemen sei im Übrigen auf die entsprechende weiterführende Literatur verwiesen, vgl. z.B. GIUDICELLI-DELAGE/LAZERGES.

⁵⁵⁹ Vgl. betreffend die Nichtanhandnahme bzw. Einstellung durch die Strafverfolgungsbehörden Art. 310 und Art. 319 StGB.

⁵⁶⁰ Vgl. S. 124 ff.

3. Fazit

Der Verzicht als „*private Prozesshandlung*“ stellt spezifische Anforderungen an das Verzichtssubjekt, an dessen Dispositionsbefugnis und Willensbildung sowie an die Form der Erklärung.⁵⁶¹

Die Problematik der Voraussetzung einer Dispositionsbefugnis der geschädigten Person besteht darin, dass Officialdelikte eine solche per Definitionem ausschliessen. Eine Desinteresse-Erklärung im Bereich der Officialdelikte ist damit aufgrund fehlender Dispositionsbefugnis ungültig. Wie im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt wurde, ist es in der Praxis im Rahmen der Opportunitätsnormen indes üblich, als direkte Folge einer Desinteresse-Erklärung das Verfahren enden zu lassen.⁵⁶² Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob das Opportunitätsprinzip eine Dispositionsbefugnis der geschädigten Person begründen könnte. Dies wäre nur dann zulässig, wenn die Vorgaben des Legalitätsprinzips gewahrt sind und keine höherrangigen öffentlichen Interessen entgegenstehen.

⁵⁶¹ Vgl. S. 134 ff.

⁵⁶² Vgl. S. 124 ff.

II. Dispositionsbefugnis und Opportunität

Endet ein Verfahren aufgrund der Initiative der geschädigten Person, setzt dies zunächst eine gesetzliche Grundlage voraus, welche der geschädigten Person das entsprechende Ermessen zuspricht. Während die Antragsdelikte die geschädigte Person ohne weiteres zur Disposition ermächtigen, verweigert die *Offizialmaxime* im Bereich der *Offizialdelikte* den Geschädigten ein Ermessen.⁵⁶³

Wie nachfolgend zu verdeutlichen sein wird, ermöglicht indes der Grundgedanke der *Opportunität* eine (beschränkte) *Dispositionsbefugnis* der geschädigten Person. Dass dies zu Spannungen mit dem *Legalitätsprinzip* führt, ist unausweichlich. Es gilt daher als Erstes das *Legalitäts-* und *Offizialprinzip* darzustellen und dieses dem *Opportunitätsprinzip* gegenüberzustellen. Dabei wird sich zeigen, dass eine Einschränkung von *Offizial-* und *Legalitätsprinzip* durch eine *Desinteresse-Erklärung* zunächst einzig dann zulässig ist, wenn sich die *Dispositionsbefugnis* im Rahmen *gemässigter Opportunität* i.S.v. Art. 8 StPO befindet.⁵⁶⁴ Darüber hinaus ist zu gewährleisten, dass durch die Einstellung bzw. Nichtanhandnahme keine höherrangigen öffentlichen Interessen verletzt werden.⁵⁶⁵

1. Offizial- und Legalitätsprinzip

Das staatliche Strafmonopol lässt sich einzig dann rechtfertigen, wenn der „*Staat seine Strafgewalt mit einem gewissen Automatismus*“ ausübt, was sich im materiellen Sinn durch das *Offizialprinzip*, im formellen und organi-

⁵⁶³ Vgl. S. 56 ff.

⁵⁶⁴ Vgl. S. 169 ff.

⁵⁶⁵ Vgl. S. 174 ff.

satorischen Sinn durch das prozessuale Legalitätsprinzip (hiernach: Legalitätsprinzip) konkretisiert.⁵⁶⁶ Official- und Legalitätsprinzip sind somit elementare „stark verwurzelte“⁵⁶⁷ Grundsätze des Schweizerischen Strafprozess- und Strafrechts.

Führt das Ermessen der geschädigten Person zur Beendigung des Verfahrens, geschieht dies wie dargelegt im Rahmen von Opportunitätsüberlegungen. Somit stellt sich die Frage, ob bei dieser Vorgehensweise Official- und Legalitätsprinzip noch gewährleistet sind. Um dies schlüssig zu beantworten, sind im Folgenden die massgeblichen Prinzipien darzustellen.

A. Legalitätsprinzip

a) Allgemein

Das Legalitätsprinzip beinhaltet die Verpflichtung (gemäss Titulierung von Art. 7 StPO⁵⁶⁸ den „Verfolgungszwang“) der Behörden zur Verfolgung und Bestrafung des Beschuldigten, sofern alle Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.⁵⁶⁹ Gemäss dem Untersuchungsgrundsatz in Art. 6 StPO sind dabei alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären. Das Legalitätsprinzip zählt zu den „Kernprinzipien“⁵⁷⁰ des Schweizerischen Strafprozessrechts.

Das Legalitätsprinzip gilt in sachlicher Hinsicht für sämtliche strafbaren Handlungen, die nach der Strafprozessordnung zu ahnden sind. Alle Strafbehörden gemäss Art. 12 f. StPO (also auch die Gerichte) haben sich daran zu

⁵⁶⁶ SCHMID, Handbuch StPO, N 164.

⁵⁶⁷ WENT, Opportunitätsprinzip, 221.

⁵⁶⁸ Nach unbestrittener Auffassung regelt Art. 7 StPO das Legalitätsprinzip, vgl. WENT, Opportunitätsprinzip, 165.

⁵⁶⁹ WOHLERS, ZHK-StPO, N 1 zu Art. 7; BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 5 zu Art. 7; RIEDO, Strafantrag, 10; vgl. zur Officialmaxime S. 144 ff.

⁵⁷⁰ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 3 zu Art. 7.

halten. In zeitlicher Hinsicht wird als Minimalvoraussetzung das Vorliegen eines Tatverdachts verlangt.⁵⁷¹ Für die Frage, ob ein solcher Anfangsverdacht vorliegt, ist der erfüllte Tatbestand in materieller Hinsicht zu werten. Insbesondere ist zu prüfen, ob „konkrete Anhaltspunkte bestehen, aufgrund derer eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines strafbaren Verhaltens besteht“.⁵⁷² Liegt ein Anfangsverdacht vor, besteht eine Pflicht zur Strafverfolgung und Bestrafung. Im Gegensatz dazu ergeht eine Nichtanhandnahme-Verfügung, sofern eindeutig keine strafbaren Handlungen vorliegen (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO).

Aus Art. 324 Abs. 1 StPO folgt der für die Staatsanwaltschaft geltende (ungeschriebene) Grundsatz in dubio pro durore (im Zweifel für die Anklageerhebung), welcher besagt, dass eine Einstellung ebenso wie eine Nichtanhandnahme nur wegen „klarer Straflosigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen verfügt werden“ darf.⁵⁷³ Einer Mindermeinung folgend genügt für die Verfahrensbeendigung allerdings bereits, wenn die Verurteilung zweifelhaft ist.⁵⁷⁴ WOHLERS warnt im Hinblick auf den Schutz der beschuldigten Person davor, den Grundsatz in dubio pro durore allzu „strikt“ anzuwenden.⁵⁷⁵ Letztlich dürfte der Kompromiss in Anlehnung an WENT darin gefunden werden, dass das Verfahren zumindest in denjenigen Fällen nicht einzustellen ist, in denen eine Verurteilung wahrscheinlich erscheint.⁵⁷⁶ Das Vorliegen einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person sollte bei diesen Fragen nicht weiter von Bedeutung sein, da sich daraus betreffend die Straflosigkeit nichts ableiten lässt.

⁵⁷¹ Botschaft Vereinheitlichung, 1130; CAPUS, ZStrR 131/2013, 414.

⁵⁷² DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 21.

⁵⁷³ BGE 137 IV 219, E. 7.1; BGer, Urteil vom 01.05.2014, 6B_962/2013, E. 3.2.

⁵⁷⁴ BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, N 12 zu Art. 324; mit Hinweis auf den Ermessensspielraum, welcher der Staatsanwaltschaft ohne Frage zusteht; vgl. auch BGE 138 IV 186, E. 4.1.

⁵⁷⁵ WOHLERS, fp 2011, 375, wonach sich die Schutzmöglichkeiten bei sachlich nicht gerechtfertigten Verfahrensbeendigungen auf Art. 322 Abs. 2 StPO beschränken.

⁵⁷⁶ WENT, Opportunitätsprinzip, 168.

b) Ratio legis

Das Legalitätsprinzip sieht seine Begründung in erster Linie in der Gewährleistung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV).⁵⁷⁷ In diesem Zusammenhang bewirkt das Legalitätsprinzip die Geltendmachung des materiellen Rechts und verwirklicht die Spezial- und Generalprävention.⁵⁷⁸ Nur wenn mutmassliche Täter gleich behandelt werden und bei Vorliegen des Anfangsverdachts stets ein Strafverfahren zu eröffnen ist, kann auf sie wie auch auf den Rest der Gesellschaft eine abschreckende Wirkung ausgeübt werden. Das Vertrauen der Gesellschaft in einen wirksamen Strafprozess benötigt die „Gewissheit, dass jeder Rechtsbrecher gleichermassen zur Rechenschaft gezogen wird“.⁵⁷⁹

Die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person bei einem Officialstraftatbestand bedeutet damit einen Widerspruch in sich: Das Ermessen Privater, welches sich verständlicherweise an eigenen Interessen orientiert, führt unweigerlich dazu, dass die rechtsgleiche Durchsetzung des materiellen Strafrechts nicht mehr gewährleistet werden kann.

B. Officialprinzip

Die Officialmaxime hält fest, dass die Befugnis zur Strafrechtspflege im Sinne eines Strafmonopols einzig dem Staat zusteht, welcher diese Aufgabe von Amtes wegen durchzusetzen hat (vgl. Art. 2 und Art. 6 StPO).⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ PIETH, StPO, 39; BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 2 zu Art. 7; WENT, Opportunitätsprinzip, 213; WOHLERS, ZHK-StPO, N 2 zu Art. 7.

⁵⁷⁸ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 21 ff.; SCHMID, Handbuch StPO, N 179; vgl. allerdings WENT, wonach die Ansicht, das Legalitätsprinzip verwirkliche General- und Spezialprävention, veraltet sei; WENT, Opportunitätsprinzip, 166.

⁵⁷⁹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 48 N 1.

⁵⁸⁰ BGE 114 IV 78, E. 1. Zur ratio legis des Officialprinzips vgl. S. 56 ff.

Über das Verhältnis von Offizial- und Legalitätsprinzip besteht in der Lehre keine Einigkeit. RIEDO/FIOLKA sind etwa der Ansicht, das Legalitätsprinzip lehne sich stark an das Offizialprinzip an.⁵⁸¹ Nach WENT lasse sich eine dogmatische Grenze gar nicht erst ziehen, es handle sich vielmehr um „*antagonistische*“, „*vor allem komplementäre*“ Grundsätze, da das eine des anderen Grenzzauns sei.⁵⁸² Auch SCHMID stellt eine „*untrennbare*“⁵⁸³ bzw. „*enge*“⁵⁸⁴ Verknüpfung der beiden Prinzipien fest. Ganz offensichtlich basiert das strafprozessuale Legalitätsprinzip als Verfolgungspflicht auf dem Offizialprinzip im Sinne einer materiellen Strafberechtigung.

C. Ausnahmen

Offizialmaxime und Legalitätsprinzip gelten nicht unbeschränkt. Dies ist ein Ausdruck der einleitend umschriebenen, oftmals divergierenden Zielsetzungen des Strafrechts und des Strafprozesses.⁵⁸⁵ Dementsprechend führte bereits PFENNINGER 1951 aus, selbst Anhänger des Legalitätsprinzips würden anerkennen, dass dieses viel zu wenig „*schmiegsam*“ sei, um den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.⁵⁸⁶ Ausserdem würde eine ausnahmslose Strafverfolgung die vorhandenen Kapazitäten der Strafverfolgungsbehörden sprengen.⁵⁸⁷

⁵⁸¹ Oder, umständlicher formuliert: „*Das prozessuale Legalitätsprinzip impliziert also das Offizialprinzip insofern, als eine Verpflichtung zur Strafverfolgung nach den Grundsätzen der deontischen Logik eine entsprechende Berechtigung voraussetzt*“, BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 6 zu Art. 7.

⁵⁸² WENT, Opportunitätsprinzip, 521.

⁵⁸³ SCHMID, Strafprozessrecht, RN 96.

⁵⁸⁴ SCHMID, PK-StPO, N 2 zu Art. 7.

⁵⁸⁵ Vgl. S. 133 ff.

⁵⁸⁶ PFENNINGER, ZStrR 66/1951, 137.

⁵⁸⁷ Botschaft Vereinheitlichung, 1131.

a) Geringe Anzeigequote

Eine ausschliesslich strafprozessuale Betrachtung wird der Thematik nicht gerecht. Beeinflusst wird die Gewährleistung von Official- und Legalitätsprinzip zunächst durch kriminologische Aspekte, welche nachfolgend darzustellen sind. Wie dabei aufzuzeigen ist, hat die geschädigte Person nicht nur durch die Desinteresse-Erklärung im Strafverfahren, sondern ebenso durch das Unterlassen einer Anzeige die Möglichkeit, zu verhindern, dass Official- und Legalitätsprinzip überhaupt zum Tragen kommen. Diesbezüglich hat das Desinteresse der geschädigten Person an einer Verfolgung und Bestrafung bedeutende praktische Auswirkungen: Sofern die geschädigte Person die Straftat nicht zur Anzeige bringt, wird der staatliche Strafverfolgungsapparat gar nicht erst in Gang gesetzt.

Die faktische Relativität von Legalitäts- und Officialprinzip zeigt sich dementsprechend darin, dass nur ein geringer Teil der Straftaten von privater Seite zur Anzeige kommt.⁵⁸⁸ Eine Anzeigepflicht für den Bürger schreibt Art. 301 Abs. 1 StPO denn auch nicht vor, im Gegensatz zur (straf-)behördlichen Anzeigepflicht gemäss Art. 302 Abs. 1 StPO. Ganz unbestritten setzt aber staatliches Handeln naturgemäss zunächst einmal die Kenntnis des strafbaren Verhaltens durch die Strafverfolgungsbehörden voraus.

Anlässlich des Postulats FEHR vom 24. September 2009 wurde deshalb der Bundesrat aufgefordert, zu untersuchen, weshalb Opfer eine Anzeige unterlassen. Das Ziel war es, die Anzeigequote zu erhöhen.⁵⁸⁹ Entsprechende Studien haben in der Folge gezeigt, dass in weniger als der Hälfte aller Straftaten eine Anzeige durch das Opfer erfolgte.⁵⁹⁰ Auch wenn der Bundesrat ver-

⁵⁸⁸ SCHMID, Handbuch StPO, N 168.

⁵⁸⁹ Motion FEHR, 09.3878 „Mehr Anzeigen, mehr Abschreckung“, eingereicht im Nationalrat.

⁵⁹⁰ Bei häuslicher Gewalt sind es gar lediglich 22 %, bei Kindern und Jugendlichen, die Opfer von Sexualstraftaten wurden, zwischen 0 und 20 %, Bericht BR Postulat FEHR, 50.

schiedene Massnahmen vorschlägt, um die Anzeigebereitschaft der Bevölkerung zu erhöhen, hält er pointiert fest, nicht immer diene das Strafverfahren den Interessen der geschädigten Person, sondern bringe für diese vielmehr verschiedene Risiken mit sich: Das „*Risiko, in den Medien zur Schau gestellt zu werden; Risiko von Vergeltungsmassnahmen und finanziellen Aufwendungen; Risiko eines Bruchs in der Familie oder gar des Verlusts von Unterstützung, wenn das Opfer eine Beziehung zur Täterin bzw. zum Täter hat*“.⁵⁹¹ Es wird empfohlen, dem Opfer den Entscheid zu belassen, ob ein Strafprozess in seinem Sinne ist oder nicht.⁵⁹²

Damit ein Strafverfahren eröffnet wird, sind die Behörden de facto auf die Mitteilung der strafbaren Handlung durch Private angewiesen. Die fragliche Konsequenz: Die Gewährleistung wichtiger Rechtsgrundsätze und Strafzwecke liegt oftmals in den Händen der geschädigten Person.⁵⁹³ Und diese trifft ihre Entscheidungen offensichtlich und nachvollziehbar aus persönlichen Gründen.

b) Antrags- und Ermächtigungsdelikte

Auch wenn Privaten die Befugnis eingeräumt wird, über den Fortgang des Verfahrens zu entscheiden, so erfahren Officialmaxime und Legalitätsprinzip Einschränkungen.⁵⁹⁴ „*Wichtigster Anwendungsfall*“⁵⁹⁵ davon sind Antragsdelikte gemäss Art. 30 ff. StGB, in welchem Rahmen geschädigte Personen eine Dispositionsbefugnis erhalten, um über die Durchführung oder Einstellung eines Strafverfahrens zu entscheiden.⁵⁹⁶

⁵⁹¹ Bericht BR Postulat FEHR, 51.

⁵⁹² Bericht BR Postulat FEHR, 51

⁵⁹³ Ebenso CAPUS, ZStrR 131/2013, 416.

⁵⁹⁴ SCHMID, Handbuch StPO, N 169 ff.

⁵⁹⁵ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 136 zu Art. 7.

⁵⁹⁶ Vgl. S. 29 ff.

Ferner regelt Art. 7 Abs. 2 StPO Ermächtigungsdelikte: Die Kantone erhalten damit die Kompetenz, die Strafverfolgung von gewissen Beamten auszuschliessen oder zu beschränken, oder von der Ermächtigung einer nicht richterlichen Behörde abhängig zu machen. Indem die Entscheid-Kompetenz allerdings bei den Behörden liege, werde der Officialmaxime damit gemäss RIEDO letzten Endes Genüge getan.⁵⁹⁷

c) *Abgekürzte Verfahren*

Die beschuldigte Person kann ein abgekürztes Verfahren beantragen, wenn sie den für die rechtliche Würdigung relevanten Sachverhalt eingesteht (Art. 358 Abs. 1 StPO). Ein solches Vorgehen führt zu einer Beschränkung des Legalitätsprinzips in sachlicher Hinsicht⁵⁹⁸; was eine „*Abschwächung der Untersuchungsmaxime*“⁵⁹⁹ bewirkt. Problematisch sind indes die Absprachen selber und nicht das abgekürzte Verfahren an sich, da das Geständnis die Funktion der sachlichen Wahrheitsermittlung übernimmt.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ RIEDO, Strafantrag, 10.

⁵⁹⁸ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 11 zu Art. 7.

⁵⁹⁹ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 45 zu Art. 6.

⁶⁰⁰ THOMMEN, Prozess, 154, 221.

2. Opportunitätsprinzip

„Wir haben so viel Strafrecht geschaffen, dass es ohne Opportunität überhaupt nicht mehr geht.“⁶⁰¹

Das einleitende Zitat von CAPUS bringt die Problematik auf den Punkt: Würde man Legalitäts- und Offizialprinzip ausnahmslos verwirklichen wollen, wäre dies weder zweckmässig noch im Einklang mit den vorhandenen Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden. Eine strikte Einhaltung von Legalitäts- und Offizialprinzip ist damit weder möglich noch erstrebenswert. Neben den vorgängig genannten Ausnahmen von Legalitäts- und Offizialprinzip ist vor allem das Opportunitätsprinzip ein bedeutendes Mittel, um Verfahren frühzeitig zu beenden. Die Inanspruchnahme des Opportunitätsprinzips als Korrektiv des starren Legalitätsprinzips macht Sinn: Nur so ist man in der Lage, konkrete Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen.

Die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung, welche in der Folge das Verfahren enden lässt, entspricht damit dem Grundgedanken der Opportunität. Opportunitätsüberlegungen sind folglich zentral bei der Frage, inwiefern und in welchem Ausmass die geschädigte Person im Rahmen von Offizialdelikten eine Dispositionsbefugnis erhalten darf. Um diese Frage zu beantworten, ist im Folgenden das Opportunitätsprinzip zu erörtern. Das Opportunitätsprinzip ist ein relativ neuartiges Prinzip im Schweizerischen Strafrecht. Spannend ist die Erkenntnis, dass dem Opportunitätsprinzip nach wie vor sehr zurückhaltend, ja gar ängstlich begegnet wird.⁶⁰² Wie es zur Einführung dieses systemfremden Grundsatzes kam, wird nachfolgend kurz dargelegt.

⁶⁰¹ CAPUS, ZStrR 131/2013, 417.

⁶⁰² Vgl. nachfolgend.

Eine ausführliche historische Herleitung des Opportunitätsprinzips würde indes die Grenzen dieser Abhandlung sprengen.⁶⁰³

Bereits 1911 hielt VON CLERIC fest, ein unbeschränktes Opportunitätsprinzip öffne „*der Willkür Tür und Tor*“, womit „*die ganze Strafrechtspflege den Charakter des Zufälligen, Launenhaften, Willkürlichen*“ gewinnen würde.⁶⁰⁴ Unter gewissen Umständen sei das Opportunitätsprinzip aber aus Gründen der Prozessökonomie im Bagatellbereich für anwendbar zu erklären.⁶⁰⁵ Nach dem Neuenburger Juristentag 1946 beschäftigte sich die Schweizer Strafrechtslehre ausgiebig mit der Frage nach der Zulässigkeit von Opportunitätsnormen im inländischen Strafrecht. Die vorgängig im Zusammenhang mit dem Juristentag publizierten Schriften von CAVIN, der sich positiv zum Opportunitätsprinzip äusserte⁶⁰⁶, sowie COMTESSE, der vehement dagegen war⁶⁰⁷, führten zu einer länger andauernden Kontroverse.

Vor allem die deutschschweizerischen Vertreter der Lehre hielten in der Folge Opportunitätsnormen für unzulässig. So warnte PFENNINGER 1951 vor der Gefahr für die Rechtssicherheit und Rechtseinheit und hegte den Wunsch, die fehlbaren Kantone der Westschweiz würden möglichst bald den „*Weg zurück*“⁶⁰⁸ zum Legalitätsprinzip finden. Darauf bezugnehmend kritisierte er 1966 die Aargauische Strafprozessordnung vom 11. November 1958, die eine Opportunitätsregel von bisher unbekanntem Ausmass enthielt. Der entsprechende § 24 formulierte eine Berechtigung der Strafverfolgungsbehörden, bei geringfügigen Tatfolgen und Verschulden von der Weiterverfolgung abzusehen.⁶⁰⁹ PFENNINGER befürchtete wenig realitätsnah, dies

⁶⁰³ Zur Geschichte des Opportunitätsprinzips im Schweizerischen Strafrecht vgl. ausführlich WENT, Opportunitätsprinzip, 61 ff.

⁶⁰⁴ VON CLERIC, SJZ 1911, 342.

⁶⁰⁵ VON CLERIC, SJZ 1911, 342.

⁶⁰⁶ CAVIN, ZSR 65/1946, 1a ff.

⁶⁰⁷ COMTESSE, ZSR 65/1946, 68a ff.

⁶⁰⁸ PFENNINGER, ZStrR 66/1951, 157.

⁶⁰⁹ PFENNINGER, Aufsätze, 46.

führe dazu, dass Automobilisten, welche mit voller Absicht Fussgänger zu Tode fahren, von Strafe befreit würden.⁶¹⁰ Die welschen Kantone Genf, Waadt und Neuenburg praktizierten das Opportunitätsprinzip hingegen rege und dementsprechend äusserten sich die Vertreter der welschen Lehre positiv dazu.⁶¹¹ TREYVAUD empfahl etwa „*une certaine latitude*“ bei der Vollstreckung des materiellen Strafrechts.⁶¹²

Nach wie vor spürt man in der Deutschschweiz die Zurückhaltung und die Unsicherheiten in der Anwendung des Opportunitätsprinzips. Dennoch ist seit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung und mit Art. 8 StPO die Stossrichtung klar: Die Tendenz geht in Richtung Ausbau des Opportunitätsprinzips. Damit ist die Regelung in Art. 8 StPO zumindest teilweise eine Anerkennung des bis anhin praktizierten faktischen Opportunitätsprinzips.⁶¹³

A. Verhältnis zum Legalitätsprinzip

Indem die Opportunität auch als begriffliches Gegenstück⁶¹⁴ zum Legalitätsprinzip oder gar als dessen Ausnahme⁶¹⁵ oder Beschränkung⁶¹⁶ bezeichnet wird, könnte dies implizieren, dass opportunistisches Vorgehen nicht gesetzeskonform – da illegal – sei.⁶¹⁷ Dementsprechend betitelt BERKEMEIER das Opportunitätsprinzip als „*Anti-Norm*“, welches die „*Anwendung von Geset-*

⁶¹⁰ PFENNINGER, Aufsätze, 46.

⁶¹¹ Z.B. CLERC, ZSR 65/1946, 380a; vgl. weiterführend für die Praxis der Westschweizer Kantone mit dem Opportunitätsprinzip WENT, Opportunitätsprinzip, 110 ff., m.w.H.; CAVIN, ZSR 65/1946, 1a ff.

⁶¹² TREYVAUD, 117 f.

⁶¹³ Vgl. dazu S. 166 ff.

⁶¹⁴ SCHMID, Handbuch StPO, N 183.

⁶¹⁵ KÜHNE, RN 309.

⁶¹⁶ CR CPP-ROTH, N 7 zu Art. 8.

⁶¹⁷ Krit. ebenso PFENNINGER, ZStrR 66/1951, 132.

zesartikeln [...] ausser Kraft“ setze.⁶¹⁸ Dies trifft natürlich nicht zu. Die „Anti-Norm“ ist eben eine Norm und kann daher nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen andere Gesetzesartikel ausser Kraft setzen: Seit dem 1. Januar 2011 ist das Opportunitätsprinzip mit Art. 8 StPO auch auf eidgenössischer Ebene strafprozessual kodifiziert. Nur unter den gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen sind die Behörden zu Verfahrenseinstellungen legitimiert.⁶¹⁹ Die Gegensätzlichkeit zum Legalitätsprinzip kann allerdings insofern nicht bestritten werden, als die Strafverfolgung entweder im Sinne des Legalitätsprinzips stattfindet oder entsprechend dem Opportunitätsprinzip endet.

Doch selbst diese Ansicht des Verhältnisses von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip ist noch zu wenig umfassend. Massgeblich ist nicht nur eine Verfolgungspflicht und deren Beschränkung, sondern vielmehr der im Einzelfall massgebliche Schutz vor zu viel bzw. zu wenig Strafrecht. Indem Opportunitäts- und Legalitätsprinzip dem jeweils anderen Prinzip Grenzen setzt, stehen sie folglich in erster Linie in einem komplementären Verhältnis⁶²⁰ zueinander: Während das Legalitätsprinzip eine gleichmässige Rechtsanwendung sichert, garantiert das Opportunitätsprinzip dessen Verhältnismässigkeit.

B. Ratio legis

Soll ein Vater, der sein eigenes Kind fahrlässig überfahren hat, verfolgt und bestraft werden? Ist es notwendig, bei einem geringfügigen Diebstahl und der Rückerstattung des Schadens das Strafverfahren fortzusetzen? Ist der Täter strafrechtlich zu verfolgen, wenn sein Opfer kein Interesse daran hat? Nicht immer erscheinen die allgemein gehaltenen Regelungen des Strafge-

⁶¹⁸ BERKEMEIER, 34.

⁶¹⁹ Beim faktischen Opportunitätsprinzip hingegen handelt es sich nicht um eine zulässige Ausnahme vom Legalitätsprinzip, sondern um den Hauptanwendungsfall seiner Verletzung, vgl. S. 166 ff.

⁶²⁰ WENT, Opportunitätsprinzip, 521; vgl. auch ANGST/MAURER, fp 2008, 302.

II. Dispositionsbefugnis und Opportunität

setzbuchs sachgerecht. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist deshalb die zentralste Begründung des Opportunitätsprinzips: Sinn und Zweck des Opportunitätsprinzips ist es, in Einzelfällen besondere Begleitumstände zu würdigen, die das Strafbedürfnis im konkreten Fall verdrängen.⁶²¹

Damit dienen Opportunitätsüberlegungen ebenso wie das Offizialprinzip⁶²² dem obersten Ziel im Strafverfahren, dem Streben nach Rechtsfrieden.⁶²³ Mitunter ist es folglich dem Rechtsfrieden dienlich, ein Strafverfahren einzustellen, wenn die geschädigte Person dies verlangt und die Verfahrensbeendigung in Anbetracht der Gesamtumstände verhältnismässig erscheint.⁶²⁴

Daneben ist der Aspekt der Ökonomisierung zu erwähnen: Der Strafprozess ist von der „Eilkrankheit“⁶²⁵ befallen, da die vorhandenen personellen und finanziellen Ressourcen mit zunehmender Fallbelastung⁶²⁶ kaum mithalten können. In diesem Zusammenhang schlägt MÜLLER vor, es als Fakt zu akzeptieren, dass die Ressourcen in personeller, zeitlicher und finanzieller Hinsicht knapp bemessen seien. Anerkenne man dies, könne man beginnen, konstruktiv Regeln aufzustellen, um die Strafverfolgung durch „*Konzentration auf das Wesentliche*“ zu stärken und nicht auf Kosten der Rechtsgleichheit und Verlässlichkeit zu schwächen.⁶²⁷ Die (ehemaligen) Bundesrichter HAUSER/SCHWERI/-HARTMANN anerkennen den Vorteil der Flexibilität des

⁶²¹ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 139 zu Art. 7; WENT, Opportunitätsprinzip, 180 ff.; so bereits Botschaft Vereinheitlichung, 1131.

⁶²² Vgl. S. 144 f.

⁶²³ SCHMIDHÄUSER, 524.

⁶²⁴ Weiterführend zu dieser Thematik S. 184 ff.

⁶²⁵ WOHLERS, NJW 2010, 2470.

⁶²⁶ Vgl. etwa für den Kanton Zürich Bericht OSTA, 2 f. u. 20 f.; weiter ist etwa Forschungen des Bundesamts für Statistik (BFS) zu entnehmen, dass Mitte der 1980er-Jahre über 45'000 Verurteilungen gegen Erwachsene erfolgten, im Jahr 2012 hingegen rund 105'700 Verurteilungen; BFS, Panorama, 3; vgl. ferner die „*Inflationstheorie*“ gemäss LAGLER, 149 ff., wonach die aktuelle Tendenz, gesellschaftlichen Problemen mit einem Ausbau des Strafrechts zu begegnen, massgeblich zur steigenden Falllast beitrage.

⁶²⁷ MÜLLER, ZStrR 116/1998, 284 f.

Opportunitätsprinzips auf Kosten der daraus folgenden geringeren Rechtssicherheit. Sie setzen indes voraus, dass zumindest eine Strafuntersuchung eröffnet wird, welche einen Entscheid über das strafbare Verhalten der beschuldigten Person zulässt.⁶²⁸ Auch ARZT hält es für zwingend notwendig, dass die Strafverfolgungsbehörden das Faktum anerkennen, wonach ihre Ressourcen beschränkt seien und somit opportunistische Überlegungen in sämtliche Entscheidungen einfließen sollten.⁶²⁹ In diesem Sinne führen Opportunitätsnormen zur Entlastung der „*chronisch überlasteten*“⁶³⁰ Strafverfolgungsbehörden, indem unter Umständen ein langes, kostspieliges Verfahren frühzeitig beendet wird.⁶³¹ Wünschenswert sind somit Verfahrenserledigungen, die eine hohe Effizienz und Kostenersparnis gewährleisten. Zum einen geschieht dies mittels Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren⁶³², zum anderen durch die Anwendung des Opportunitätsprinzips.

Die Anwendung des Opportunitätsprinzips wird auch als diversionelle Verfahrenserledigung, also eine informelle Erledigung ohne förmliches Strafverfahren und ohne Sanktionen, bezeichnet.⁶³³

Das Opportunitätsprinzip darf allerdings nicht Mittel sein, um Schwerpunkte in der Verbrechensbekämpfung zu setzen. Deshalb sind seine Anwendungsfälle in Art. 8 StPO eng umschrieben.⁶³⁴ Vorausgesetzt wird demnach, dass in einem „*rechtlich geregelten Verfahren*“ festgestellt wird, inwiefern sich die beschuldigte Person tatbestandsmässig, rechtswidrig sowie schuldhaft ver-

⁶²⁸ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 48 N 14.

⁶²⁹ ARZT, fp 2009, 360, 363.

⁶³⁰ Begleitbericht VE StPO 35.

⁶³¹ Botschaft AT-StGB, 2067; Botschaft Vereinheitlichung, 1131; CAPUS, ZStrR 131/2013, 420; so bereits ROTHENFLUH, ZStrR 100/1983, 378, wonach das Opportunitätsprinzip der Beschleunigung eines Strafverfahrens diene.

⁶³² BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 4 zu Art. 8; LAGLER, 165 ff.; THOMMEN, Prozess, 309.

⁶³³ RIKLIN, StPO-Kommentar, Einleitung N 82.

⁶³⁴ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 4 zu Art. 8.

halten hat.⁶³⁵ Die Einstellungsgründe müssen „*erkennbar*“ sein.⁶³⁶ Erst danach kann über die Angemessenheit einer Strafe entschieden werden. Der Entscheid hat willkürfrei und mit sachlicher Begründung zu erfolgen.⁶³⁷

C. Gemässigttes Opportunitätsprinzip (Art. 8 StPO)

Art. 8 StPO regelt das gemässigte Opportunitätsprinzip. Die entsprechenden gesetzlichen Vorgaben, innerhalb derer eine Desinteresse-Erklärung berücksichtigt werden kann, sind nachfolgend darzustellen. Zunächst verweist Art. 8 Abs. 1 StPO auf die Konstellationen, welche nach Art. 52 ff. StGB zur Einstellung führen. Demgegenüber regeln Art. 8 Abs. 2 und 2 StPO Verzichtsründe bei der Bedeutungslosigkeit der Strafverfolgung, wobei in diesen Fällen zusätzlich die Interessen der Privatklägerschaft zu berücksichtigen sind.

Ausserdem ist zu beachten, in welchem Verfahrenszeitpunkt eine Desinteresse-Erklärung ausgesprochen wurde. Wie darzulegen ist, sind opportunistische Erwägungen im Vorverfahren mit Ausnahme von Art. 307 Abs. 4 StPO, worin eine Opportunitätsvorschrift der Polizei geregelt wird, einzig durch die Staatsanwaltschaft vorzunehmen. Ob eine Desinteresse-Erklärung auch noch im Zeitpunkt des Hauptverfahrens zur Beendigung des Verfahrens führen kann, ist strittig. Nach hier vertretener Auffassung ist das Gericht befugt, in Anwendung von Art. 52 ff. StGB das Verfahren einzustellen.⁶³⁸

⁶³⁵ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 48 N 14.

⁶³⁶ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 4 zu Art. 8.

⁶³⁷ PIETH, StPO, 39 f.

⁶³⁸ Vgl. S. 162 ff.

a) Gesetzliche Vorgaben

i. *Regelung im materiellen Strafrecht (Art. 8 Abs. 1 StPO)*

Art. 8 Abs. 1 StPO enthält eine nicht abschliessende⁶³⁹ Aufzählung von Tatbeständen des materiellen Strafrechts, in welchen aus Opportunitätsgründen auf eine Strafverfolgung verzichtet wird. Das Ziel ist dabei stets die Wahrung der Verhältnismässigkeit im Einzelfall⁶⁴⁰: Ist es in materieller Hinsicht nicht gerechtfertigt, soll kein komplettes Strafverfahren durchexerziert werden. Mit den Art. 52 ff. StGB wurden die massgeblichen Opportunitätsnormen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs bereits im ersten Teil dieser Arbeit vorgestellt.⁶⁴¹ Auch die Verfahrenseinstellung bei einer Desinteresse-Erklärung eines Opfers häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a Abs. 1 StGB zählt sich nach der Systematik des Gesetzes zu den opportunen Erledigungsarten.⁶⁴² Die Begründung besteht indes nicht in erster Linie in der klassischen Opportunitätsüberlegung, die sich an der Verhältnismässigkeit orientiert, sondern vielmehr im Zugeständnis an eine erweiterte Dispositionsbefugnis des Opfers häuslicher Gewalt.⁶⁴³

Weitere materielle Opportunitätsvorschriften finden sich im Militärstrafgesetz (z.B. Art. 45 f. MStG) oder im Nebenstrafrecht (z.B. Art. 98 Abs. 3 LFG).⁶⁴⁴ Anzumerken ist weiter, dass Art. 8 StPO auch im Nebenstrafrecht anwendbar ist (Art. 333 Abs. 1 StGB).

⁶³⁹ Das Bundesrecht enthält diverse weitere Bestimmungen, etwa Art. 23 StGB, Art. 55a StGB, Art. 177 Abs. 2 und 3 StGB u.v.m. Zwingend ist die Bestimmung immer dann, wenn gemäss Wortlaut von Bestrafung abzusehen ist.

⁶⁴⁰ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 8 zu Art. 8.

⁶⁴¹ Vgl. S. 56 ff.

⁶⁴² Darauf deutet die Formulierung „... wenn das Bundesrecht es vorsieht“; zum selben Schluss gelangen BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 57 f. zu Art. 8.

⁶⁴³ Vgl. S. 101 ff.

⁶⁴⁴ Ausführlich WENT, Opportunitätsprinzip, 147 ff.

ii. *Bedeutungslosigkeit der Strafverfolgung oder Auslandsbezug (Art. 8 Abs. 2 und 3 StPO)*

Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 StPO enthalten Einstellungsmöglichkeiten, die der Verfahrensökonomie dienen und keine Aussage darüber zulassen, ob eine Strafe in qualitativer Hinsicht angemessen wäre.⁶⁴⁵ Dabei ist von der Strafverfolgung abzusehen, wenn es sich um Delikte handelt, die für den Verfahrensausgang nicht wesentlich sind (Art. 8 Abs. 2 lit. a StPO), eine nicht ins Gewicht fallende Zusatzstrafe auszusprechen wäre (Art. 8 Abs. 2 lit. b StPO), wenn eine im Ausland ausgesprochene Strafe anzurechnen wäre, welche der für die verfolgte Straftat zu erwartenden Strafe entspricht (Art. 8 Abs. 2 lit. c StPO) oder wenn bereits ein ausländisches Verfahren durchgeführt wurde (Art. 8 Abs. 3 StPO). In diesen Fällen muss zwingend von der Strafverfolgung abgesehen werden (mit Ausnahme von Art. 8 Abs. 2 lit. c StPO als einzige Kann-Vorschrift).

Anders als bei Art. 8 Abs. 1 StPO wird gemäss Gesetzeswortlaut bei Art. 8 Abs. 2 und 3 StPO ausdrücklich vorausgesetzt, dass „*keine überwiegenden Interessen der Privatklägerschaft entgegenstehen*“. Die Botschaft zur Schweizerischen Strafprozessordnung nennt als mögliche Interessen „*Behandlung ihrer Zivilansprüche oder in besonders gewichtigen Fällen ihres Strafanspruchs*“.⁶⁴⁶ Haben sich geschädigte Personen noch nicht zur Privatklägerschaft konstituiert, sollten sie auf diese Möglichkeit hingewiesen werden.⁶⁴⁷

Die Interessen der nicht konstituierten Geschädigten sind demnach nicht zu berücksichtigen. Zum einen ist dies problematisch, weil die Konstituierung spätestens bei Abschluss des Vorverfahrens zu erfolgen hat (Art. 118 Abs. 3 StPO). Steht demnach eine Verfahrensbeendigung im Laufe des Vorverfahrens zur Debatte, ist die Konstituierung möglicherweise noch gar nicht er-

⁶⁴⁵ WENT, Opportunitätsprinzip, 197.

⁶⁴⁶ Z.B. Verstösse gegen das UWG, Botschaft Vereinheitlichung, 1131.

⁶⁴⁷ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 63 zu Art. 8

folgt.⁶⁴⁸ Eine mögliche Lösung könnte darin liegen, dass vor Abschluss des Vorverfahrens explizit nochmals nachgefragt wird. Problematisch sind dann allerdings Fälle, in denen eine unbestimmte Anzahl an Geschädigten existiert. Zum anderen ist unklar, ob Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 StPO lediglich das rechtlich geschützte Interesse der geschädigten Person prüfen, oder ob auch nach ihrem tatsächlichen Interesse am Verfahrensausgang gefragt wird. Wie dargelegt⁶⁴⁹, kann aus einer ausgebliebenen Konstituierung mitnichten auf das fehlende Interesse an einer Strafverfolgung und Bestrafung geschlossen werden. Konstituiert sich die geschädigte Person nicht als Privatklägerin oder verzichtet sie gemäss Art. 120 Abs. 1 StPO darauf, ist dies möglicherweise ein Hinweis auf eine gewollte ausdrückliche Distanzierung vom Prozess und den damit einhergehenden drohenden Kostenfolgen (vgl. z.B. Art. 427 StPO).

Das Ausbleiben einer Konstituierung bzw. der Verzicht darauf erlauben allerdings keinen Hinweis auf ihre tatsächlichen Interessen betreffend die Verfolgung und Bestrafung des Täters. Auf der anderen Seite könnte dieses Verhalten Indiz sein für ein Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung, womit in diesem Fall zu Recht eine Verfahrenserledigung aus Opportunitätsüberlegungen zu erwägen ist. Die Schwierigkeit besteht darin, dass die Untersuchungsbehörden nicht zu Unrecht vom Desinteresse an der Teilnahme am Strafverfahren auf ein Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung schliessen. Die Lösung dürfte darin bestehen, dass sich die Behörden gezielt nach dem Willen der geschädigten Person erkundigen.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ Ebenso SCHMID, PK-StPO, N 8 zu Art. 8.

⁶⁴⁹ Vgl. S. 26 ff.

⁶⁵⁰ Vgl. Fn. 550.

b) Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips

i. Vorverfahren

Zu prüfen ist, in welchem Verfahrenszeitpunkt eine Desinteresse-Erklärung in Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips gem. Art. 8 StPO zur Verfahrensbeendigung führen kann. Dabei ist zunächst auf das Vorverfahren einzugehen, welches aus dem Ermittlungsverfahren der Polizei und der Untersuchung der Staatsanwaltschaft besteht (vgl. Art. 299 Abs. 1 StPO).

Noch im 19. Jahrhundert wandten die Polizeibehörden das Opportunitätsprinzip trotz fehlender gesetzlicher Grundlage rege an.⁶⁵¹ Ob es hingegen heute noch auf Stufe der Polizei zur Anwendung gelangen darf, ist strittig. Während etwa CAPUS ausdrücklich dagegen ist⁶⁵², äussern sich FIOILKA/RIEDO zurückhaltender.⁶⁵³ BALVIG kritisierte indes bereits Ende der Achtziger Jahre die zürcherische Polizeipraxis, welche unter Anwendung des Opportunitätsprinzips stark darum bemüht sei, die Kriminalitätsstatistiken niedrig zu halten.⁶⁵⁴

Auch HENSLER, ehemaliger Kommandant der Luzerner Kantonspolizei, bestätigt, dass im Polizeialltag häufig bewusst weggeschaut würde. Als Gründe dafür nennt er das Vermeiden von administrativem Aufwand, zu befürchtende Gewalt durch die Delinquenten oder eine gewisse Frustration der Beamten darüber, dass der Täter von der Justiz ohnehin zu mild behandelt würde.⁶⁵⁵ Wie das Bundesgericht in diesem Zusammenhang bestätigte,

⁶⁵¹ WENT, Opportunitätsprinzip, 88 f.

⁶⁵² CAPUS, ZStrR 131/2013, 418: „Eines ist klar: Die Polizei unterliegt ganz und gar dem Legalitätsprinzip“.

⁶⁵³ BSK StPO-RIEDO/FIOILKA, N 141 zu Art. 7: „Unklar ist, ob und inwieweit namentlich die Polizeibehörden berechtigt sind, informell auf die Verfolgung von Straftaten zu verzichten“.

⁶⁵⁴ BALVIG, 48.

⁶⁵⁵ HENSLER, fp 2013, 49.

darf sich die Polizei „*bei absoluten Bagatellübertretungen (z.B. im Strassenverkehr) und offensichtlich unhaltbaren oder trölerischen Strafanzeigen*“ auf das Opportunitätsprinzip berufen: So sei es etwa gerechtfertigt, wenn ein Polizist bei einem herbeieilenden Fahrzeuglenker auf die Parkbusse wegen Falschparkierens verzichte.⁶⁵⁶ Bedauerlicherweise wird nicht weiter dargelegt, wie eine absolute Bagatelle zu definieren ist. Es scheint auch problematisch, diese Ermessensfrage durch die Polizei entscheiden zu lassen. Art. 52 StGB allerdings, dessen Regelungsinhalt geringfügige Bagatellen zum Inhalt hat⁶⁵⁷, darf ausschliesslich durch die Organe der Strafrechtspflege angewendet werden (Art. 55 Abs. 2 StGB), wozu die Polizei „*keinesfalls*“ zählt.⁶⁵⁸

Art. 307 Abs. 4 StPO ermächtigt die Polizei ausserdem zum Absehen von einer Berichterstattung an die Staatsanwaltschaft, wenn „*zu weiteren Verfahrensschritten der Staatsanwaltschaft offensichtlich kein Anlass besteht*“ und „*keine Zwangsmassnahmen oder andere formalisierte Ermittlungshandlungen durchgeführt worden sind*“. Damit wird erstmals eine Opportunitätsnorm der Polizei kodifiziert. Beispiele für die Anwendung von Art. 307 Abs. 4 StPO sind beispielsweise Fälle mit unbekannter Täterschaft oder Fälle, bei welchen die Ermittlungen klar ergeben, dass der angezeigte Sachverhalt nicht vorliegt.⁶⁵⁹ Die Lehre äussert sich sehr kritisch zu diesen neuen Möglichkeiten der Polizei und bezeichnet sie als offensichtlichen „*Systembruch*“⁶⁶⁰ und als „*Trend zur selbstständigen Polizeitätigkeit*“⁶⁶¹. In diesem Zusammenhang ist es denkbar, dass die Polizei aufgrund einer Desinteresse-Erklärung von der Weiterleitung einer Rapportierung absieht. Zur Sicherstellung der Gewährleistung von Legalitäts- und Officialprinzip sind die An-

⁶⁵⁶ BGE 109 IV 46, E. 3.

⁶⁵⁷ Vgl. S. 60 ff.

⁶⁵⁸ BSK StGB I-RIKLIN, N 8 zu Art. 55; TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/KELLER, PK-StGB, N 3 zu Art. 55.

⁶⁵⁹ BSK StPO-RÜEGGER, N 16 ff. zu Art. 307.

⁶⁶⁰ WENT, Opportunitätsprinzip, 156, der fälschlicherweise Art. 397 Abs. 4 StPO schreibt.

⁶⁶¹ PIETH, ZStrR 128/2010, 162.

II. Dispositionsbefugnis und Opportunität

wendungsfälle von Art. 307 Abs. 4 StPO indes eng zu begrenzen.⁶⁶² Geht es etwa um die Frage, ob ein angezeigter Sachverhalt einen Tatbestand erfüllt, ist ein Rapport zur rechtlichen Beurteilung an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten.⁶⁶³

Ist ein Strafverfahren bereits eröffnet, so hat die zuständige Staatsanwaltschaft das Verfahren bei Vorliegen von Opportunitätsgründen gemäss Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO einzustellen. Dies gilt indes nicht nur für die Opportunitätsregelungen von Art. 52 ff. StGB, sondern für sämtliche Einstellungen, in denen das materielle Strafrecht von der Strafverfolgung absieht.⁶⁶⁴ Unklar ist, ob die Staatsanwaltschaft zur Einstellung analog zu Art. 310 Abs. 1 lit. c StPO verpflichtet ist. Der Wortlaut spricht dafür, doch die herrschende Lehre ist anderer Ansicht: Materielle Erwägungen müssten stets Vorrang haben beim Entscheid, ob einzustellen sei oder nicht.⁶⁶⁵ Der Lehre ist zuzustimmen: Wie zu zeigen sein wird, sind sämtliche Verfahrensbeendigungen aufgrund des gemässigten Opportunitätsprinzips (Art. 8 StPO) nur dann rechters, wenn sie keine entgegenstehenden höherrangigen öffentlichen Interessen verletzen.⁶⁶⁶ Diese Frage ist vorgängig durch die einstellenden Behörden zu prüfen.

Opportunitätsabwägungen sind also vorwiegend durch die Staatsanwaltschaft vorzunehmen. Dabei ist die Frage, ob es überhaupt zu einem Verfahren kommt oder nicht, sehr heikel. Sind die Voraussetzungen der Art. 52 ff. StGB „mit Sicherheit“⁶⁶⁷ erfüllt, ist deren Anwendung „zwingend“⁶⁶⁸. Aller-

⁶⁶² PIETH, StPO, 194.

⁶⁶³ BSK StPO-RÜEGGER, N 18 zu Art. 307.

⁶⁶⁴ WOHLERS, ZHK-StPO, N 9 zu Art. 8; als weitere Beispiele sind zu nennen: Art. 171 Abs. 2 StGB, Art. 187 Abs. 3 StGB, Art. 194 Abs. 2 StGB.

⁶⁶⁵ BSK StPO-GRÄDEL/HEINIGER, N 18 zu Art. 319; SCHMID, PK-StPO, N 9 zu Art. 319.

⁶⁶⁶ Vgl. S. 186 ff.

⁶⁶⁷ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 78 N 2.

⁶⁶⁸ BSK StGB I-RIKLIN, N 23 zu Vor Art. 52-55; FLÜCKIGER, 319; ebenso STRATENWERTH, AT II, § 7 N 22.

dings haben die Behörden einen breiten Ermessensspielraum bei der Frage, ob die entsprechenden Voraussetzungen überhaupt eingetreten sind.⁶⁶⁹ Gelangt die Staatsanwaltschaft zum Ergebnis, dass ein Einstellungsgrund im Sinne der gemässigten Opportunität (Art. 8 Abs. 1 StPO) vorliegt, ist das Verfahren einzustellen. In diesem Zusammenhang besteht viel Raum, einer Desinteresse-Erklärung Folge zu leisten und ein Strafverfahren einzustellen.

Die Problematik bei Ermessensentscheiden ist, dass sie nie ganz frei von „*affektiver Reaktion*“ sind.⁶⁷⁰ Abgemildert wird dies durch die Möglichkeit einer Überprüfung des Ermessensentscheides durch eine Kontrollinstanz.⁶⁷¹ Gefordert wird deshalb auch, nur bei einem „*unbestreitbaren*“⁶⁷² Anwendungsfall des Opportunitätsprinzips oder bei einer „*eindeutige[n] Irrelevanz oder krasse[n] Unverhältnismässigkeit*“⁶⁷³ des Strafverfahrens einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Ist dies der Fall, so hat vor der Eröffnung des Vorverfahrens eine Nichtanhandnahmeverfügung gemäss Art. 310 Abs. 1 lit. c StPO durch die Staatsanwaltschaft zu ergehen.⁶⁷⁴ Dies entspricht indes einem freisprechenden Urteil (Art. 310 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 320 Abs. 4 StPO). Im angloamerikanischen und englischen Raum beispielsweise hat die Staatsanwaltschaft weit mehr Ermessen, aus Opportunitätsgründen auf die Strafverfolgung zu verzichten.⁶⁷⁵

ii. *Hauptverfahren*

Sobald die Anklageschrift beim Gericht eingereicht wurde, ist das Hauptverfahren eröffnet (Art. 328 StPO). Fraglich ist, ob der Strafverzicht aufgrund einer Desinteresse-Erklärung aus Opportunitätsüberlegungen mittels Einstel-

⁶⁶⁹ BSK StPO-OMLIN, N 11 zu Art. 310; CR CPP-ROTH, N 5 zu Art. 8.

⁶⁷⁰ SOLLBERGER, 143.

⁶⁷¹ Vgl. Art. 393 Abs. 2 lit. a StPO (Beschwerde), Art. 398 Abs. 3 lit. a StPO (Berufung).

⁶⁷² FLÜCKIGER, 66; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 78 N 2.

⁶⁷³ BSK StPO-OMLIN, N 11 zu Art. 310.

⁶⁷⁴ Vgl. Botschaft Vereinheitlichung, 1265.

⁶⁷⁵ SUMMERS, ZStrR 128/2010, 19 f.

lungsverfügung i.S.v. Art. 8 StPO auch zu diesem Zeitpunkt noch ausgeübt werden kann oder ob ein materieller Entscheid zu fällen ist. Wortlaut und Systematik der Gesetze sind unklar: Art. 8 Abs. 4 StPO umschreibt die für eine Einstellungsverfügung legitimierte Behörde lediglich mit „*Sie*“ und unterscheidet damit nicht zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft. Auch die Titulierung und die Marginalien des StGB sind widersprüchlich: Während der Titel des Vierten Abschnitts als „*Strafbefreiung und Einstellung des Verfahrens*“ bezeichnet wird, lautet die Marginalie zu den Art. 52-54 StGB „*1. Gründe für die Strafbefreiung.*“, bei Art. 55a StGB hingegen „*2. Einstellung des Verfahrens [...]*“.

Das Bundesgericht ist seit jeher dezidiert der Auffassung, dass das Verfahren „*nur bei ganz offensichtlichen Fällen*“ und wenn das materielle Strafrecht gestufte Rechtsfolgen vorsehe, durch das Gericht eingestellt werden könne.⁶⁷⁶ Auch ein neuerer Bundesgerichtsentscheid vom Juli 2013, der sich erstmals unter der geltenden Schweizerischen StPO zu dieser Frage äussert, bestätigt die langjährige Praxis, wonach Art. 8 StPO in der Regel keine Grundlage für die Einstellung des Verfahrens durch das Gericht nach Anklageerhebung bilde: Das Gericht habe über die Anklage zu entscheiden und im Falle eines Schuldspruchs höchstens von einer Bestrafung abzusehen.⁶⁷⁷ Unter „*Gerichte*“ im Sinne von Art. 8 StPO seien lediglich die Gerichte zu verstehen, die über Beschwerden gegen Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft entscheiden, was sich aus Art. 310 Abs. 1 lit. c, Art. 319 Abs. 1 lit. e, Art. 329 Abs. 4 und Art. 351 Abs. 1 StPO ergebe. Nach Anklageerhebung und über den Anwendungsbereich von Art. 329 Abs. 4 StPO hinaus komme eine Einstellung durch ein Gericht nur dann in Frage, wenn das Gesetz eine solche vorsehe, wie etwa im Falle von Art. 55a StGB.⁶⁷⁸ Auch ein Teil der Lehre vertritt diese Meinung und argumentiert, zur Einstellung berechtigt seien ausschliesslich gerichtliche Be-

⁶⁷⁶ BGE 135 IV 27, E. 2.3; BGE 135 IV 130, E. 5.3.2.

⁶⁷⁷ BGE 139 IV 220, E. 3.4.7.

⁶⁷⁸ BGE 139 IV 220, E. 3.4.6 f.

schwerdeinstanzen, die im Vorverfahren angerufen werden könnten: Eine Einstellung, also der Verzicht auf eine Strafverfolgung anstelle eines Freispruchs anlässlich einer Hauptverhandlung, widerspreche dem Konzept der Art. 52-54 StGB, da im Wortlaut vom Umgang von einer Strafe die Rede sei.⁶⁷⁹

Gemäss überwiegender Lehrmeinung überzeugt dies jedoch nicht und das Gericht hat auch im Hauptverfahren in den Anwendungsfällen von Art. 52 ff. StGB gestützt auf Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO das Verfahren einzustellen.⁶⁸⁰ Begründet wird dies in erster Linie mit der Formulierung der Schweizerischen StPO, welche in Art. 8 Abs. 4 keinen Unterschied mache zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht.⁶⁸¹ Mit Art. 329 Abs. 4 StPO sei die Verfahrenseinstellung durch das Gericht inzwischen auf prozessualer Ebene kodifiziert.⁶⁸² Argumentiert wird ausserdem mit einer teleologischen Auslegung: Der Sinn einer Einstellung bestehe *„nicht nur bei Art. 55a StGB, sondern gerade auch bei den Art. 52-54 StGB [...] darin, dass das Verfahren bei gegebenen Voraussetzungen einer Strafbefreiung [...] so schnell wie möglich abgeschlossen werde“*, da nur auf diese Weise die Strafverfolgungsbehörden entlastet und den Betroffenen ein langes und kostspieliges Verfahren erspart bleibe.⁶⁸³

Die Frage, ob das Verfahren im Zeitpunkt nach Anklageerhebung durch gerichtliche Einstellung oder in einem materiellrechtlichen Schuldspruch mit Strafverzicht endet, ist vor allem im Hinblick auf die Unschuldsvermutung

⁶⁷⁹ BSK StGB I-RIKLIN, N 27 zu Vor Art. 52-55; FLÜCKIGER, 78 ff.

⁶⁸⁰ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 105 zu Art. 8; JOSITSCH, SJZ 100/2004, 9, m.w.H. allerdings noch vor Inkrafttreten der neuen Eidgenössischen Strafprozessordnung und zur Frage der Befugnis einer Einstellung; WOHLERS, ZHK-StPO, N 11 zu Art. 8; SCHMID, PK-StPO, N 13 zu Art. 8; WENT, Opportunitätsprinzip, 146.

⁶⁸¹ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 105 zu Art. 8; WENT, Opportunitätsprinzip, 146.

⁶⁸² SCHMID, PK-StPO, N 13 zu Art. 8.

⁶⁸³ WENT, fp 2009, 198, mit Verweis auf Botschaft AT-StGB, 2067; ebenso BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 106a zu Art. 8.

problematisch. Während das Absehen von Strafe mit einem „*sozialethischen Tadel*“ versehen ist, gilt die Verfahrenseinstellung diesbezüglich als unproblematisch.⁶⁸⁴ Durch das Strafverfahren und den Schuldspruch erleiden Betroffene in der Regel belastende Auswirkungen wie Rufschädigungen oder Verlust der Arbeitsstelle.⁶⁸⁵ Nicht minder gravierend dürfte die Eintragung des Schuldspruchs in das Strafregister sein (Art. 17 VOSTRA, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind). Um eine Verletzung der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV) bei einem Strafverzicht zu verhindern, wäre zu fordern, dass die Strafbehörden den Sachverhalt mindestens so weit erstellen, als dass ein Schuldverdacht begründet scheint. Verlangt wird in diesem Zusammenhang eine „*hypothetische Beurteilung der Schuldfrage*“⁶⁸⁶, wobei eine geringfügige Tatschuld ausreiche.⁶⁸⁷ Gelingt dies nicht, hat ein Freispruch zu erfolgen.⁶⁸⁸ Dieses Vorgehen scheint allerdings konstruiert und wenig praxisnah.

Erfolgt eine Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person im Hauptverfahren, ist deshalb zunächst zu prüfen, ob ein Einstellungsgrund gemäss Art. 52 ff. StGB vorliegt. Kann dies bejaht werden, ist in Anlehnung an den Wortlaut in Art. 8 Abs. 4 StPO das Verfahren durch das Gericht einzustellen.⁶⁸⁹ Mit dieser Vorgehensweise lässt sich nicht nur der Verfahrensaufwand reduzieren, sondern es wird auch sichergestellt, dass es im Rahmen des gemässigten Opportunitätsprinzips nicht zu einem Schuldspruch und dem Absehen von einer Strafe kommt, was einen sozialethischen Tadel der beschuldigten Person zur Folge hätte.

⁶⁸⁴ BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 107 zu Art. 8.

⁶⁸⁵ FLÜCKIGER, 74 f.

⁶⁸⁶ TRECHSEL/PIETH-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, N 4 zu Vor Art. 52; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 48 N 14.

⁶⁸⁷ WOHLERS, ZHK-StPO, N 11 zu Art. 8.

⁶⁸⁸ STRATENWERTH, AT II, § 7 N 7.

⁶⁸⁹ Ebenso BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, N 107 ff. zu Art. 8; SCHENK, Jusletter 24.01.2011, RZ 58.

D. Faktisches Opportunitätsprinzip

Neben dem gemässigten Opportunitätsprinzip gem. Art. 8 StPO hat sich in der Praxis das faktische Opportunitätsprinzip gebildet: Wird trotz Kenntnis mutmasslicher strafbarer Handlungen auf die Strafverfolgung verzichtet, handelt es sich um faktische Opportunität.⁶⁹⁰ Erfolgt eine Verfahrenseinstellung bzw. Nichtanhandnahme eines Verfahrens als Folge einer Desinteresse-Erklärung, obwohl die Behörden Kenntnis einer strafbaren Handlung haben, ist somit zu prüfen, ob ein solches Vorgehen mit dem Legalitätsprinzip vereinbar ist.

Es gilt zu bedenken, dass sämtliche Entscheidungen in der Strafverfolgung die Frage nach vorhandenen personellen, zeitlichen und finanziellen Ressourcen mit sich ziehen. „*Nur in einer Welt, in der Kosten keine Rolle spielen*“⁶⁹¹, könnte ein unbeschränktes Legalitätsprinzip zur Anwendung gelangen. Somit sind Opportunitätsabwägungen in jedem Fall aufs Neue und losgelöst von Art. 8 StPO anzustellen. Aus diesen Überlegungen heraus vertreten RIEDO/FIOLKA die Ansicht, das Opportunitätsprinzip sei weniger ein Prinzip denn vielmehr eine „*faktische Notwendigkeit*“ bei sämtlichen Entscheidungen.⁶⁹² Aufgrund der ansteigenden Arbeitslast und der Rationalisierung beim Personalbestand der Polizei- und Untersuchungsbehörden wäre es nämlich „*illusorisch, anzunehmen, die Strafverfolgungsbehörden könnten ressourcenmässig je einmal in der Lage sein, alle Delikte mit der nötigen Sorgfalt abzuklären*“.⁶⁹³

⁶⁹⁰ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 22.

⁶⁹¹ ARZT, fp 2009, 363.

⁶⁹² BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 142 zu Art. 7; vgl. zum faktischen Opportunitätsprinzip auf Stufe Polizei S. 159 ff.

⁶⁹³ MÜLLER, ZStrR 116/1998, 284; vgl. auch KILLIAS/GRAPPENDAAL, die von einer „*Fiktion der ausnahmslosen Strafverfolgung*“ sprechen, KILLIAS/GRAPPENDAAL, ZStrR 115/1997, 107.

II. Dispositionsbefugnis und Opportunität

Deshalb bildete sich eine „*Opportunität der Praxis*“⁶⁹⁴ beziehungsweise das „*faktische Opportunitätsprinzip*“⁶⁹⁵. Ein oft genanntes Beispiel für das faktische Opportunitätsprinzip ist etwa der Verzicht auf die Strafverfolgung in Fällen leichter Betäubungsmitteldelinquenz.⁶⁹⁶ Teilweise wird die Begründung für diesen Verzicht allerdings weniger in der (Un-)Verhältnismässigkeit der Strafverfolgung, denn in rechtspolitischen Überlegungen zur Entkriminalisierung gesehen.⁶⁹⁷

Einer der ersten⁶⁹⁸ amtlich publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum kantonalen Opportunitätsprinzip erging im Jahre 1983: Dabei ging es um Diebstahl bzw. Betrug der „*Dirne B.*“, welche ihren Freier P. anstelle von Fr. 100.- um Fr. 600.- erleichtert hatte.⁶⁹⁹ Der diensthabende Polizeibeamte kontaktierte die Beschuldigte B., welche sich an den ihr bekannten Chef der Kriminalpolizei R. wandte. R. riet der Beschuldigten B., dem Geschädigten P. Fr. 300.- zurückzuerstatten, mit welcher Lösung alle Beteiligten einverstanden waren. R. teilte in der Folge dem diensthabenden Polizeibeamten mit, „*in diesem Falle [sei] die Sache [...] erledigt*“. Von einem Anzeigerapport sah man ab. Gegen R. wurde daraufhin wegen Begünstigung ermittelt. Das Bundesgericht bestätigte seine Verurteilung mit der Begründung, eine Praxis, wonach auf Stufe Polizei ein Opportunitätsprinzip angewendet würde, verstosse gegen das Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit. Verlangt werde mindestens ein formeller Einstellungsentscheid.⁷⁰⁰ Desinteresse-Erklärung und Wiedergutmachung genügten dem obersten Gericht in diesem Falle nicht als Begründung, das Verfahren einzustellen. 10 Jahre später relativierte das Bundesgericht diese Meinung. Es führte in einem wei-

⁶⁹⁴ MÜLLER, ZStrR 116/1998, 283.

⁶⁹⁵ WENT, Opportunitätsprinzip, 209 f.

⁶⁹⁶ Vgl. z.B. BGE 124 IV 44 = Pra 97 (1998) Nr. 113, 640.

⁶⁹⁷ WENT, Opportunitätsprinzip, 210.

⁶⁹⁸ WENT, Opportunitätsprinzip, 117 f.

⁶⁹⁹ BGE 109 IV 46.

⁷⁰⁰ BGE 109 IV 46, E. 3.

teren wegweisenden Entscheid aus, dass „*der Gesetzgeber die Einstellung des Verfahrens aus Gründen der Opportunität zwar gewissen formellen Schranken unterwerfen, nicht aber ausdrücklich ausschliessen wollte*“.⁷⁰¹ Das materielle Bundesrecht schliesse allerdings in jenen Fällen einen Einstellungsbeschluss aus, in denen sich die Behörde grundsätzlich weigere, eine Bestimmung des Strafgesetzbuches anzuwenden, den Inhalt der Bestimmung verändere beziehungsweise diese falsch anwende oder auslege oder ihre Weigerung nicht auf einer vernünftigen Begründung beruhe.⁷⁰²

Offensichtlich steht es ausser Frage, dass spätestens seit Einführung des abgekürzten Verfahrens ein „*informeller, vom Gesetzgeber erkannter Graubereich*“⁷⁰³ im juristischen Alltag vorhanden ist und Einstellungen auch neben der engen Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips (Art. 8 StPO) de facto möglich sind.⁷⁰⁴

Doch auch darüber hinaus beenden die Strafverfolgungsbehörden in der Praxis häufig aus ökonomischen Überlegungen ein Strafverfahren. Anlass dazu dürften oftmals Desinteresse-Erklärungen der geschädigten Person geben.⁷⁰⁵ Dieses faktische Ermessen der Strafverfolgungsbehörden ist vom Gesetzgeber allerdings keinesfalls vorgesehen⁷⁰⁶ und damit äusserst problematisch hinsichtlich des Legalitätsprinzips, welches mit diesem Vorgehen verletzt wird. Ausnahmen von Legalitäts- und Officialprinzip verlangen nach einer gesetzlichen Grundlage. Im Rahmen des faktischen Opportunitätsprinzips lässt sich wie vorgängig aufgezeigt keine Dispositionsbefugnis der geschädigten Person begründen.

⁷⁰¹ BGE 119 IV 92, E. 3. a).

⁷⁰² BGE 119 IV 92, E. 3. b).

⁷⁰³ THOMMEN, Prozess, 151.

⁷⁰⁴ BRAUN, 34; THOMMEN, Prozess, 151.

⁷⁰⁵ Vgl. die Beispiele aus der Praxis, S. 124 ff.

⁷⁰⁶ BREGUET, Jusletter 16.03.2009, RZ 92 ff.

E. Dispositionsbefugnis im Bereich gemässiger Opportunität

Noch viele Jahrzehnte nach dem Neuenburger Juristentag von 1946⁷⁰⁷ begegnet die Deutschschweizer Lehre dem Opportunitätsprinzip zurückhaltend. So monieren KILLIAS/GRAPPENDAAL, das Opportunitätsprinzip „*friste ein Schattendasein*“ im Schweizerischen Strafrecht und sei „*Ausdruck von Willkür*“.⁷⁰⁸ GLESS erkennt darin die Abkehr von der staatlichen Strafverfolgung hin zu deren Privatisierung.⁷⁰⁹ Gar als „*Trend zum Fließbandverfahren*“ oder „*prozessuale Schlankheitskur*“ gegen permanente Arbeitsüberlastung der Behörden wertet ALBRECHT sämtliche prozessualen Massnahmen mit opportunistischem Hintergrund: Opportunität und Flexibilität seien die neuen dominierenden Maximen im Strafprozess, die jedoch zu einer Vernachlässigung des Legalitätsprinzips führten. Es bestehe eine ernst zu nehmende Gefahr für Juristen, dem „*opportunistischen Pragmatismus*“ zu verfallen.⁷¹⁰

Insbesondere geringfügige Rechtsgutverletzungen mit einer geschädigten Person, die sich aktiv für eine Strafverfolgung einsetzt, werden vehementer verfolgt als weitaus schwerwiegendere Verletzungen mit einer geschädigten Person, welche sich im Hintergrund hält.⁷¹¹ Sind somit überwiegend Individualinteressen tangiert, deren Geschädigte sich mit einer Desinteresse-Erklärung gegen eine Strafverfolgung einsetzen, besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass diese Verfahren mit Opportunitätsbegründungen getreu dem Sprichwort „*Wo kein Kläger, da kein Richter*“ ad acta gelegt werden.

⁷⁰⁷ Vgl. S. 149 ff.

⁷⁰⁸ KILLIAS/GRAPPENDAAL, ZStrR 115/1997, 106.

⁷⁰⁹ GLESS, ZStrR 127/2009, 383.

⁷¹⁰ ALBRECHT, AJP 2004, 900.

⁷¹¹ Z.B. im Bereich der „*victimless crimes*“, wo sich keiner der Beteiligten als Opfer fühlt und niemand die Polizei einschaltet (z.B. Strassenverkehrsdelikte, Drogendelikte), KILLIAS/GRAPPENDAAL, ZStrR 115/1997, 107, vgl. weiterführend BOMMER, Verletztenrechte, 205 ff.

Wenn die Geschädigten auf ein Verfahren verzichten, wer sollte sich dann noch über dessen Beendigung beschweren? Auch die beschuldigte Person dürfte – zumindest sofern nicht erst im Hauptverfahren eine Einstellung ergeht⁷¹² – wenig dagegen einzuwenden haben.

In diesen Fällen werden private Interessen privilegiert behandelt, selbst wenn möglicherweise divergierende öffentliche Interessen an Verfolgung und Bestrafung bestünden. Die Gewährleistung des Rechtsgleichheitsgebots und des Willkürverbots sind dann in Gefahr. Dieses faktische Ermessen der Strafverfolgungsbehörden, welches nicht auf dem Prinzip der Wahrung der Verhältnismässigkeit beruht, ist vom Gesetzgeber keinesfalls vorgesehen.⁷¹³

Eine korrekte und willkürfreie Anwendung des Opportunitätsprinzips verlangt deshalb nach strengen gesetzlichen Richtlinien. Das Schweizerische Strafrecht hat entsprechend mit Art. 8 StPO das Institut des gemässigten Opportunitätsprinzips geschaffen. Rahmenbedingungen, um einer Willkür vorzubeugen, bestehen also bereits. Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass die Behörden nach freiem Ermessen entscheiden dürfen, ob Art. 8 StPO zur Anwendung gelangt. In diesem Zusammenhang ist zu fordern, dass nicht die effiziente Verfahrenserledigung im Vordergrund steht, sondern vielmehr die ratio legis der jeweiligen Opportunitätsnorm. Werden opportunistische Begründungen lediglich vorgeschoben, um Verfahren ohne viel Aufwand unter den Tisch zu kehren, geschieht dies entgegen der ratio legis von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip.

In Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips ist einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person letztlich zweifelsohne Rechnung zu tragen. Keinesfalls sollten jedoch private Interessen für die Verfahrensbeendigung ausschlaggebend sein. Vielmehr sind in erster Linie die allgemeinen Anforderungen an die entsprechenden Opportunitätsnormen zu prüfen. Nur wenn ein Einstellungsgrund im Sinne des gemässigten Opportunitätsprinzips

⁷¹² Vgl. S. 162 ff.

⁷¹³ Ebenso BREGUET, Jusletter 16.03.2009, RZ 92 ff.

II. Dispositionsbefugnis und Opportunität

gemäss Art. 8 StPO vorliegt, ist eine Berücksichtigung der Desinteresse-Erklärung zulässig. Zu Recht indiziert eine Desinteresse-Erklärung in diesem Zusammenhang etwa die Annahme eines Bagatelldelikts gemäss Art. 52 StGB bzw. eine erfolgreiche Wiedergutmachung gemäss Art. 53 StGB, wohingegen keine Rückschlüsse auf eine geringe Betroffenheit beim Täter gemäss Art. 54 StGB zulässig sind.⁷¹⁴

Desinteresse-Erklärungen geschädigter Personen zeugen von ihrem Wunsch, die Strafverfolgung gegen den Täter einzustellen. Im Rahmen von Art. 8 StPO ist die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung damit nicht nur zulässig, sondern in Erfüllung der ratio legis des Opportunitätsprinzips zu befürworten: Ist die Verhältnismässigkeit einer Strafverfolgung im Einzelfall nicht mehr gegeben, kann das Verfahren eingestellt werden, wodurch im Ergebnis ausserdem Ressourcen eingespart werden können.

Im Rahmen von Art. 8 StPO kommt der geschädigten Person folglich eine beschränkte Dispositionsbefugnis zu, sofern die entsprechenden Voraussetzungen der Opportunitätsnormen gewahrt, und keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegen eine Verfahreneinstellung vorhanden sind. Mit dieser Vorgehensweise kann sichergestellt werden, dass die Einstellung als Folge eines privaten Verzichtsinteresses ein Ergebnis im Sinne des Opportunitätsprinzips erzielt. Zusammenfassend ist die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person innerhalb der gemässigten Opportunität gem. Art. 8 StPO nicht nur zulässig, sondern in Erfüllung der ratio legis des Opportunitätsprinzips auch sinnvoll.

⁷¹⁴ Vgl. S. 124 ff. sowie S. 189 ff.

3. Fazit

„Ein streng durchgeführtes LP [Legalitätsprinzip] wird nie Härten zu vermeiden vermögen, die vom Gesetzgeber nicht hätten vorausgesehen werden können, ein richtig gehandhabtes OP [Opportunitätsprinzip] ist aber ein Ideal, dessen Verwirklichung bis heute vergeblich versucht worden ist.“⁷¹⁵

Official- und Legalitätsprinzip können nur dann Wirkung zeigen, wenn die Behörden Kenntnis einer Straftat erlangen. Mit wenigen Ausnahmen⁷¹⁶ gilt dann allerdings das Primat des Legalitätsprinzips: Der Staat hat die Straftat zwingend zu verfolgen und bei gegebenen Voraussetzungen zur Anklage zu bringen. Denn die wichtigen Grundsätze von Legalitäts- und Officialprinzip können nur dann gewährleistet werden, wenn die geschädigte Person aus dem Strafverfahren herausgehalten wird. Durch ihre private Interessenwahrung stellt die geschädigte Person eine Gefahr für die rechtsgleiche Durchsetzung des Strafrechts dar. Berücksichtigt die Staatsanwaltschaft eine Desinteresse-Erklärung, droht mit anderen Worten die Willkür.

Als Korrektiv im Einzelfall und zur Entlastung der Strafverfolgungsbehörden wurde mit Art. 8 StPO das Institut des gemässigten Opportunitätsprinzips geschaffen.⁷¹⁷ Innerhalb der Grenzen der gemässigten Opportunität erhält die geschädigte Person eine Dispositionsbefugnis über die Verfahrensbeendigung. Bei der Frage, ob ein Verfahren im Sinne des Legalitätsprinzips

⁷¹⁵ PFENNINGER, ZStrR 66/1951, 138.

⁷¹⁶ Vgl. S. 145 ff.

⁷¹⁷ Vgl. S. 149 ff.

II. Dispositionsbefugnis und Opportunität

weiterzuführen oder aufgrund des Opportunitätsprinzips zu beenden ist, spielt die Desinteresse-Erklärung damit nachweislich eine grosse Rolle.

Führen private Verzichtszinsen im Bereich der Offizialdelikte zur Einstellung bzw. Nichtanhandnahme des Verfahrens, ist stets auch das Kriterium des öffentlichen Interesses zu beachten. Es ist sicherzustellen, dass durch eine Verfahrensbeendigung keine höherrangigen öffentlichen Interessen verletzt werden. Abschliessend widmet sich diese Arbeit deshalb dem Verhältnis öffentlicher und privater Interessen, welche durch eine Verfahrensbeendigung aufgrund einer Desinteresse-Erklärung tangiert werden. Diese widersprüchlichen Interessen sind abzuwägen, wobei sicherzustellen ist, dass keine höherrangigen öffentlichen Interessen einer Verfahrenseinstellung entgegenstehen.⁷¹⁸

⁷¹⁸ Vgl. S. 186 ff.

III. Desinteresse-Erklärung bei divergierenden öffentlichen Interessen

„Der Kampf zwischen den beiden ‘Hauptstrafberechtigten der Geschichte’, dem Verletzten und dem Staate, hat heute noch nicht ausgetobt.“⁷¹⁹

In Anlehnung an PFENNINGER ist der Begriff des Interesses zu definieren als *„Anteilnahme an den Gegenständen und Vorgängen unserer Umwelt, bedingt durch eine im Wesen und in den Existenzbedingungen der Interessenssubjekte begründeten Wertung dieser Umwelt“*.⁷²⁰ Die Interessen, welche im Strafprozess aufeinander prallen, könnten unterschiedlicher nicht sein, ja stehen gar in *„unlösbarem Widerspruch“*⁷²¹: Der Staat sieht durch die Straftat seine Rechtsordnung bedroht, die beschuldigte Person beabsichtigt, sich der strafrechtlichen Verantwortung zu entziehen bzw. sich mindestens angemessen dagegen zu verteidigen, und die geschädigte Person hat in aller Regel ein Verfolgungs-, Bestrafungs- und Entschädigungsinteresse.⁷²² Gewisse Geschädigte verlangen die Bestrafung weniger aus Rachegeleuten, sondern vielmehr um weitere potentiell Geschädigte zu schützen.⁷²³

Fehlt der geschädigten Person ein Verfolgungsinteresse, kommt ein weiterer Aspekt hinzu: Es stellt sich die Frage, inwieweit man der geschädigten Per-

⁷¹⁹ PFENNINGER, Materialprinzip, 62.

⁷²⁰ PFENNINGER, Materialprinzip, 69.

⁷²¹ SCHMID, Handbuch StPO, N 79.

⁷²² JABORNIGG, 8.

⁷²³ WARNKE, 49.

son eine Dispositionsbefugnis zur Verfahrensbeendigung zugesteht. Dies gestaltet sich vor allem dann als problematisch, wenn das private Desinteresse mit gegenteiligen öffentlichen Interessen kollidiert. Opportune Verfahrensbeendigungen verletzen das Legalitätsprinzip demnach nur dann nicht, wenn sie unter Wahrung öffentlicher Interessen durchgeführt werden. Es ist deshalb unzulässig, die Begründung einer Verfahrensbeendigung mit Opportunitätsüberlegungen lediglich vorzuschieben, um die zunehmende Falllast möglichst effizient abzarbeiten. Steht die Verfahrensbeendigung als Folge einer Desinteresse-Erklärung zur Diskussion, ist somit neben einer eingehenden Auseinandersetzung mit den Opportunitätsnormen zu prüfen, welche öffentlichen Interessen tangiert sind und ob diese durch andere Mittel als Fortführen des Strafverfahrens überhaupt befriedigt werden können.

Betrachten wir als anschauliches Beispiel für diese kollidierenden Interessen den Bundesgerichtsentscheid des verurteilten Hirschmann⁷²⁴: Der 30-jährige Hirschmann hatte mit der 15-jährigen Geschädigten mehrfachen sexuellen Kontakt. Nach umfangreichen, grosszügigen Wiedergutmachungsbemühungen sprach die Geschädigte eine Desinteresse-Erklärung aus. Das Bundesgericht verweigerte in letzter Instanz eine Strafbefreiung aufgrund Art. 53 StGB.⁷²⁵ Die Fragen, die sich den Behörden stellten, lauteten also: Halten wir in Einklang mit dem Legalitätsprinzip an der Strafverfolgung und Bestrafung fest oder stellen wir das Verfahren im Sinne des Opportunitätsprinzips ein bzw. fällen zumindest einen Schuldspruch mit Strafbefreiung? Und welchen Einfluss hat die Desinteresse-Erklärung der Geschädigten auf diese Entscheidung? Wie sich gezeigt hat, gestand man der Geschädigten in diesem Fall aufgrund bedeutsamer öffentlicher Interessen an der Strafverfolgung und Bestrafung keine Dispositionsbefugnis zu. Der Täter wurde verfolgt und bestraft. Ein ganz anderes Bild zeigt sich in der Regel bei häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB: Obwohl der Gesetzgeber mit der Officialisierung dieser Delikte die Opfer von der Entscheidungsbefugnis betreffend die

⁷²⁴ Vgl. S. 80 ff.

⁷²⁵ BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013.

Antragstellung befreien wollte, führt deren Desinteresse-Erklärung nach geltendem Recht zur Verfahrensbeendigung, sofern die Freiwilligkeit der abgegebenen Erklärung nicht widerlegt werden kann.⁷²⁶ In diesem Fall wird dem privaten Interesse des Opfers an der Verfahrensbeendigung mehr Gewicht beigemessen als einem öffentlichen Interesse an Verfolgung und Bestrafung.

Der springende Punkt liegt demnach in der Beantwortung der Frage, welches im konkreten Fall die zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen sind und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen. Deshalb sind zunächst die massgeblichen privaten Interessen darzustellen, welche trotz Officialdelikt zu berücksichtigen sind. Im Ergebnis wird festzustellen sein, dass auf Seiten der geschädigten Person gewichtige tatsächliche Interessen zu ihrem Schutz sowie ihr Interesse an einem erfolgreichen Täter-Opfer-Ausgleich – dieses Argument stellt zugleich ein öffentliches Interesse dar – zu beachten sind. Anschliessend ist zu erörtern, welche legitimen öffentlichen Interessen eine Einstellung verhindern können und welche nicht. Dabei wird sich zeigen, dass sowohl die Strafzwecke als auch das staatliche Strafmonopol gegen die Beteiligung Privater im Strafverfahren sprechen.

Letztendlich gelange ich zu der Erkenntnis, dass Interessenabwägungen zu einem „Kompromiss“ führen: Geschädigte sollen weiterhin ihre Interessen geltend machen können und entsprechend Einfluss auf das Verfahren nehmen können (indem sie eben eine Desinteresse-Erklärung abgeben). Gleichzeitig sind die Strafverfolgungsbehörden aber dazu verpflichtet, das öffentliche Interesse zu berücksichtigen und die beiden Interessen gegeneinander abzuwägen. Damit liegt die Entscheidungskompetenz nicht mehr beim Geschädigten sondern – ganz im Sinne des staatlichen Strafmonopols – bei den Strafverfolgungsbehörden.⁷²⁷

⁷²⁶ Vgl. S. 127 ff.

⁷²⁷ Vgl. S. 197 ff.

1. Private Verzichtsinteressen

Der Strafprozess besteht grundsätzlich in der Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten auf der einen und dem Staat auf der anderen Seite. Dennoch führt die Auseinandersetzung von Täter und Opfer zum Einbezug privater Interessen im Strafverfahren.

Die Rolle der geschädigten Person im Strafverfahren war im Laufe der letzten Jahrhunderte diversen Wandlungen unterworfen, welche mitunter stark von den jeweiligen gesellschaftlichen Ansichten geprägt waren. Für diese historische Darstellung sei auf weiterführende Literatur zu verweisen.⁷²⁸ Auch aktuell gibt die dogmatische Frage, weshalb Geschädigteninteressen im Rahmen von Officialdelikten berücksichtigt werden sollten, Anlass zu mannigfachen Diskussionen. Für die entsprechende rechtstheoretische Begründung verweise ich ebenfalls auf die einschlägige Fachliteratur.⁷²⁹

Im Folgenden konzentriert sich diese Abhandlung somit auf die Frage, ob bzw. welche privaten Verzichtsinteressen der geschädigten Person im Hinblick auf ihre Einwirkungsmöglichkeit auf Officialdelikte Berücksichtigung finden sollen.

A. Schutz der geschädigten Person

Fakt ist, dass die geschädigte Person vom inkriminierenden Sachverhalt tatsächlich betroffen ist. Zunächst einmal durch Primärschäden, also unmittelbar aus der Straftat abzuleitende körperliche, psychische und ökonomische

⁷²⁸ ESER, 723 ff.; JABORNIGG, 178 ff.; METTLER, 163 f.; OECHSLI, 740 ff.; m.w.H.; PFENNINGER, Aufsätze, 86; PFENNINGER, Materialprinzip, 62.; QUELOZ, ZStrR 131/2013, 431 ff.; SCHMIDT, §§ 27 ff., 65, 70 ff., 104 ff.; SCHÖNKNECHT, 2 f.; SCHNEIDER, 1 ff.; VARGHA, 288.

⁷²⁹ BOMMER, Verletztenrechte, 255 ff. m.w.H.; EICKER, Privatklägerschaft, 166; HÖRNLE, JZ 19/2006, 952; WEIGEND, Prozesspartei, 959;

Schäden.⁷³⁰ Zur Betroffenheit durch die Straftat selber gesellen sich ausserdem die Nebenwirkungen des Strafverfahrens, sogenannte Sekundärschäden, unter welchen die geschädigten Personen oft mehr zu leiden haben, als unter dem Delikt selbst.⁷³¹

Massgebliche Auswirkungen hat ein Strafverfahren etwa auf den sozialen Nahraum der geschädigten Person. Es ist bekannt, dass viele Straftaten eine Form von Auseinandersetzung einer stützenden Beziehung zwischen Partnern, Eltern, Kindern, Freunden oder Nachbarn darstellen, weshalb sich das Strafverfahren unweigerlich auf diese Beziehung auswirkt.⁷³² Die geschädigte Person hat somit ein grosses faktisches Interesse am Schutz dieser engen persönlichen Beziehung, insbesondere am Schutz ihrer Privat- und Familiensphäre. Dies ist eine der wesentlichen Begründungen, weshalb im Bagatellbereich gewisse Delikte ein Antragserfordernis haben und entspricht ebenfalls der Argumentation zur Schaffung von Art. 55a StGB.⁷³³

Auch die lange Dauer des Strafverfahrens⁷³⁴, mögliche Repressalien durch den Täter⁷³⁵ sowie die (oft wenig empathische⁷³⁶) Behandlung der geschädigten Person als Verfahrensobjekt mit entsprechenden Mitwirkungspflichten wie z.B. unangenehmen Einvernahmen oder medizinischen Abklärungen⁷³⁷ belasten Geschädigte immens.

Die geschädigte Person ist der wandelnde Beweis dafür, dass Straftaten geschehen. Sie zerstört damit das Bild einer Gesellschaft ohne Kriminalität, was zu ihrer sozialen Ächtung führt.⁷³⁸ Auch die Tendenz des materiellen

⁷³⁰ JABORNIGG, 1.

⁷³¹ JABORNIGG, 1.

⁷³² WALLER, 66.

⁷³³ Vgl. S. 29 ff. bzw. S. 96 ff.

⁷³⁴ WARNKE, 52.

⁷³⁵ ESER, 724.

⁷³⁶ WARNKE, 31 ff.; WALLER, 67 ff.

⁷³⁷ ESER, 724; WEIGEND, Deliktsoffer, 386 f.; WEIGEND, ZStW 96, 766.

⁷³⁸ WEIGEND, Deliktsoffer, 384.

Strafrechts, Opfer in (Mit-)Verantwortung zu nehmen⁷³⁹, schädigt ihr Ansehen massiv: Hinter vorgehaltener Hand wird diskutiert, ob sie weniger Opfer, sondern vielmehr „*verkappte Mit-Täter*“⁷⁴⁰ seien.

Insgesamt ist festzuhalten, dass geschädigte Personen oftmals nicht nur durch die Straftat selber, sondern auch durch das nachfolgende Strafverfahren negative Auswirkungen erleiden. Erfolgt eine Desinteresse-Erklärung, zeugt diese vom Willen der geschädigten Person, sich vom Strafverfahren zu distanzieren, um den geschilderten Belastungen und Bedrohungen zu entgehen. Zum Schutz vor Sekundärviktimsierung sowie der Privat- und Familiensphäre geschädigter Personen sind deren tatsächliche Interessen trotz Offizialstraftatbestand zu berücksichtigen. Dies entspricht letztlich dem Grundgedanken des Opportunitätsprinzips, namentlich der Wahrung der Verhältnismässigkeit.⁷⁴¹

B. Erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich

Strafverfolgung und Bestrafung sind die „*Reaktion auf soziale, nicht auf individuelle Erschütterung*“.⁷⁴² Die Idee von Täter-Opfer-Ausgleich ist, wie nachfolgend ausgeführt wird, im Rahmen der Strafzwecke zu beachten.⁷⁴³ Damit siedelt sich der Täter-Opfer-Ausgleich bei den öffentlichen Interessen an einer Verfahrenseinstellung an.

Doch ebenso steht fest, dass der Konflikt nur dann bereinigt werden kann, sofern sich das öffentliche Interesse an den Bedürfnissen der konkret Geschädigten orientiert: Nur auf diese Weise lässt sich der Rechtsfrieden wie-

⁷³⁹ CAPUS, ZStrR 131/2013, 415, welche als Beispiele die Interpretation der Arglist beim Betrug nennt; vgl. Kasuistik der Opfermitverantwortung beim Betrug, BSK StGB II-ARZT, N 58 zu Art. 146, ausführlich dazu THOMMEN, ZStrR 126/2008, 20 ff.

⁷⁴⁰ WEIGEND, ZStW 96, 768.

⁷⁴¹ Vgl. S. 169 ff.

⁷⁴² JUNG, ZStW 93, 1175.

⁷⁴³ Vgl. S. 184 ff.; vgl. dazu auch die Überlegungen im Rahmen von Art. 53 StGB, S. 68 ff.

derherstellen.⁷⁴⁴ Dementsprechend fordert etwa JABORNIGG eine aktivere Beteiligung der geschädigten Person zum Zweck einer effizienteren Konfliktbeilegung und Sicherung des Rechtsfriedens.⁷⁴⁵ Noch weiter geht KERNER, demgemäss das Allgemeininteresse an der Strafverfolgung automatisch befriedigt sei, wenn keine Individualinteressen mehr daran bestünden.⁷⁴⁶

Damit befasst sich der Strafzweck des Täter-Opfer-Ausgleichs ebenso mit privaten Interessen, nämlich insofern, als ein erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich nur möglich ist, wenn sich die geschädigte Person einverständlich daran beteiligt. Rechtsfriede zwischen den Tatbeteiligten (Mikro-Rechtsfrieden) führt demnach zum Rechtsfrieden in der Gesellschaft (Makro-Rechtsfrieden). In diesem Zusammenhang indiziert eine Desinteresse-Erklärung einen gelungenen Täter-Opfer-Ausgleich und damit die Wiederherstellung des Mikro-Rechtsfriedens unter den Beteiligten.

Durch die Berücksichtigung privater Interessen – etwa in Form einer Desinteresse-Erklärung – lassen sich Verfahren folglich effizienter und in Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips beenden. In diesem Sinne begründen Opportunitätsüberlegungen die Berücksichtigung privater Interessen im Rahmen eines Täter-Opfer-Ausgleichs.⁷⁴⁷

2. Öffentliche Strafverfolgungsinteressen

Das Verhältnis von öffentlichen und privaten Interessen gibt seit jeher Anlass zu Diskussionen. Zunächst einmal ist die Erfordernis des Handelns im öffentlichen Interesse ganz grundsätzlich „*allgemeine Voraussetzung für jede*

⁷⁴⁴ Zum selben Ergebnis gelangen CAPUS, ZStrR 131/2013, 423 und JUNG, ZStW 93, 1175.

⁷⁴⁵ JABORNIGG, 344 ff.

⁷⁴⁶ KERNER, 511 f.

⁷⁴⁷ Vgl. S. 169 ff.

*staatliche Tätigkeit*⁷⁴⁸ (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV). Öffentliche Interessen sind dabei nicht bloss die Summe der privaten Interessen.⁷⁴⁹ Vielmehr handelt es sich um Interessen, „*deren Berechtigung mit objektivem Massstab*“ der Rechtsgemeinschaft gemessen werden kann.⁷⁵⁰ Öffentliche Interessen markieren letztlich die Grenze „*zwischen individueller Freiheit und kollektiver Bindung*“ und sind dem steten Wandel der gesellschaftlichen Ansichten unterworfen.⁷⁵¹ Damit ist es denkbar, dass ein öffentliches Interesse einzelnen privaten Interessen gar zuwiderläuft.

Der Begriff des öffentlichen Interesses lässt sich nicht definieren, sondern einzig kasuistisch umschreiben und im Einzelfall anhand der konkreten Umstände bestimmen: Es handelt sich um einen „*unbestimmten Rechtsbegriff*“.⁷⁵² Zu den Gruppen öffentlicher Interessen zählen nach herrschender Lehre in erster Linie polizeiliche Interessen, planerische Interessen, soziale und sozialpolitische Interessen sowie weitere öffentliche Interessen wie Umwelt-, Gewässer- und Naturschutz.⁷⁵³ Für die inhaltliche Bestimmung sind damit auch private Interessen massgeblich. Die Gefahr hierbei besteht insbesondere darin, dass der Staat private Interessen unter dem Deckmantel öffentlicher Interessen geltend macht.⁷⁵⁴ WYSS postuliert in diesem Zusammenhang, die „*Begrenzungsfunktion des öffentlichen Interesses zu reaktivieren*“.⁷⁵⁵

Durch eine Straftat werden die öffentliche Ordnung gestört und damit Interessen der Rechtsgemeinschaft verletzt. Es besteht dann ein grundlegendes Interesse an der „*Durchsetzung der Strafzwecke sowie Zielsetzungen des*

⁷⁴⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 535.

⁷⁴⁹ HOFSTETTER, 65 f.

⁷⁵⁰ PFENNINGER, Materialprinzip, 72 f.

⁷⁵¹ WYSS, 1; 132 ff.

⁷⁵² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 537; RHINOW/KRÄHENMANN, 177 f.

⁷⁵³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 543 ff.

⁷⁵⁴ Vgl. WYSS, 279 ff. mit vielen Fallbeispielen.

⁷⁵⁵ WYSS, 568.

Strafverfahrens“.⁷⁵⁶ Dementsprechend hält das Bundesgericht fest, dass „*einer der Hauptzwecke des Strafverfahrens darin liegt, das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit zu bestätigen und den durch die Tat erschütterten Rechtsfrieden wiederherzustellen*“.⁷⁵⁷ Der Rechtsfriede entspricht gemäss SCHMIDHÄUSER einem Zustand, bei welchem sich die Gesellschaft über einen Rechtsbruch beruhigen kann.⁷⁵⁸ Öffentliche Interessen im Strafverfahren orientieren sich folglich an den Strafzwecken und prüfen die Frage, ob auf ein begangenes Unrecht weitere strafrechtliche Reaktionen notwendig sind.⁷⁵⁹

A. Klassische Strafzwecke

Wie sich zeigen wird, lassen sich private Verzichtsinteressen nur dann berücksichtigen, wenn die Gewährleistung der Strafzwecke sichergestellt wurde: Im Rahmen einer Interessenabwägung ist zu prüfen, ob auch eine Verfahrenseinstellung die gewünschten spezial- und generalpräventiven Auswirkungen auf den Täter und die Gesellschaft hätte.⁷⁶⁰ Im Folgenden sind deshalb die Strafzwecke, soweit deren Kenntnis für die kommenden Ausführungen wesentlich ist, darzustellen.

Das heutige Strafrechtssystem basiert auf zwei klassischen Strafzwecken, welche Sinn und Zweck der Strafe begründen: Strafe soll der Vergeltung und Sühne dienen (absolute Straftheorie) und weiteren Straftaten vorbeugen (Prävention; relative Straftheorie).⁷⁶¹

⁷⁵⁶ JABORNIGG, 9.

⁷⁵⁷ BGE 124 IV 34, E. 3e.

⁷⁵⁸ SCHMIDHÄUSER, 516.

⁷⁵⁹ BSK StGB-RIKLIN, N 29 zu Art. 53; vgl. auch BGE 135 IV 12; vgl. dazu S. 76 ff.

⁷⁶⁰ Vgl. S. 186 ff.

⁷⁶¹ Anstelle vieler: ROXIN, § 3 N 1 ff; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 3 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 2 N 3 ff.

a) Absolute Straftheorie

Vergeltung und Sühne sind folglich die repressive Antwort und Reaktion auf Delinquenz. Während die Sühne als individuelle und nicht erzwingbare Reue des Täters verstanden wird⁷⁶², stellt die Vergeltung ein wichtiges Bedürfnis der Gesellschaft wie auch des Opfers dar, die Straftat zu „rächen“. Kritisiert wird indes immer häufiger, dass die Vergeltungstheorie auch da zur Bestrafung führe, wo es nicht mehr nötig oder gänzlich ungeeignet sei, womit sie letztlich den Strafzwecken wenig diene.⁷⁶³ Was als Recht und Unrecht zu gelten hat und mit Strafe sanktioniert wird, hängt damit letztlich von realen gesellschaftspolitischen Interessen ab.⁷⁶⁴

b) Relative Straftheorie

Weitaus wichtiger dürfte damit die Theorie der General- und Spezialprävention sein. Die positive Generalprävention bezweckt die Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Durchsetzungskraft der Rechtsordnung.⁷⁶⁵ In diesem Sinne dient die Strafverfolgung von Delinquenten der Stabilisierung des Rechtsstaates, indem dies Beweis dafür ist, dass strafrechtlich relevantes Verhalten geahndet wird.⁷⁶⁶ Der positiven Generalprävention gegenübergestellt wird die negative Generalprävention, welche potentielle Täter durch Androhung von Strafe abzuschrecken versucht.⁷⁶⁷ Die negative Generalprävention hat indes deshalb an Relevanz verloren, da die Wissenschaft belegen konnte, dass das Risiko, gefasst und einer Bestrafung zugeführt zu

⁷⁶² STRATENWERTH, AT I, § 2 N 9 f.; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, N 51 ff. zu Art. 47.

⁷⁶³ ROXIN, § 3 N 8 ff. m.w.H.; RIKLIN, AT I, § 5 N 27; ebenso BGE 120 IV I, E. 2b.; wonach die Prävention weit wichtiger sei als die Vergeltung; vgl. auch BGE 129 IV 161.

⁷⁶⁴ STRATENWERTH, AT I, § 2 N 12.

⁷⁶⁵ ROXIN, § 3 N 26.

⁷⁶⁶ BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, N 56 zu Art. 47

⁷⁶⁷ BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, N 55 zu Art. 47.

werden, nur bei einem Teil derjenigen Menschen, welche ein Delikt planen, präventiv wirkt.⁷⁶⁸

Die Spezialprävention befasst sich hingegen mit den Auswirkungen der Strafe auf den Täter: Zum einen ist dem Täter ein „Denkzettel“ zu verpassen (negative Spezialprävention), zum anderen soll er zu einem deliktfreien Leben angeleitet werden (positive Spezialprävention).⁷⁶⁹ Die Spezialprävention ist vorwiegend geprägt von der positiven Spezialprävention, mithin dem Resozialisierungsgedanken.⁷⁷⁰ Die diesbezügliche Problematik besteht darin, dass die Verwirklichung der Spezialprävention konsequenterweise zu überlangen Strafen führen kann, indem sie eine resozialisierende Behandlung voraussetzt.⁷⁷¹

Damit steht fest, dass kein Strafzweck isoliert betrachtet ausschlaggebend sein kann, eine Strafe zu legitimieren. Massgeblich ist vielmehr stets das im Einzelfall zu betrachtende Delikt, welches die massgeblichen Interessen unterschiedlich stark tangiert. Die neuere Lehre wie auch das Bundesgericht befürworten deshalb eine Vereinigungs- bzw. Verbindungstheorie, welche die einzelnen Strafzwecke in Kombination miteinander betrachtet, wobei je nach Fall eines der Kriterien stärker zu gewichten ist.⁷⁷²

B. Strafzweck Täter-Opfer-Ausgleich

Neben den klassischen Strafzwecken wird heute immer mehr Gewicht auf einen erfolgreichen Täter-Opfer-Ausgleich gelegt: Dabei steht nicht die potentiell geschädigte, sondern die aktuell geschädigte Person im Zen-

⁷⁶⁸ ROXIN, § 3 N 25; STRATENWERTH, AT I, § 2 N 21.

⁷⁶⁹ RIKLIN, AT I, § 5 N 23.

⁷⁷⁰ ROXIN, § 3 N 15; AEBERSOLD, 17 ff. m.w.H.

⁷⁷¹ ROXIN, § 3 N 16.

⁷⁷² JESCHECK/WEIGEND, 69; RIKLIN, AT I, § 5 N 41 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 2 N 32; BGE 129 IV 161, E. 4.2

trum.⁷⁷³ Im Laufe dieses Prozesses soll die soziale Befriedung der Beteiligten herbeigeführt werden.⁷⁷⁴ In diesem Sinne bezweckt der Täter-Opfer-Ausgleich einen Mikro-Rechtsfrieden.⁷⁷⁵

Ein Täter-Opfer-Ausgleich ist allerdings ausgeschlossen bei schwerwiegenden Taten, da in diesen Fällen das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung als höherwertiger gilt als das private Interesse an einer Konfliktbereinigung.⁷⁷⁶ Mit anderen Worten: Selbst wenn Täter und Opfer „*Frieden schliessen*“, gelangt die Gesellschaft in Aufruhr.

Die Einordnung des Täter-Opfer-Ausgleichs in das System der Strafzwecke ist immer wieder Gegenstand wissenschaftlicher Kontroversen.⁷⁷⁷ Das erklärte Ziel eines Täter-Opfer-Ausgleichs definiert sich indes ebenso wie bei den klassischen Strafzwecklehren in der Wiederherstellung des gesellschaftlichen Rechtsfriedens der Gesellschaft.⁷⁷⁸ Insgesamt trifft wohl die Aussage STRATENWERTHS zu, wonach ein einheitlicher Strafzweck auf sehr abstraktem Niveau darin bestehe, für eine „*kontrollierte Abwicklung des Konflikts zu sorgen*“.⁷⁷⁹ Darin lässt sich die Idee eines Täter-Opfer-Ausgleichs bestens integrieren, ohne diese zu einem dominierenden Grundsatz zu machen.

Der Täter-Opfer-Ausgleich steht folglich nicht in Konkurrenz zu den klassischen Strafzwecken, sondern stellt vielmehr eine auf dasselbe Ziel gerichtete „*Bereicherung*“ dar.⁷⁸⁰ Damit wird deutlich, dass der Täter-Opfer-Ausgleich stets in Kombination mit den klassischen Strafzwecken zu betrachten ist,

⁷⁷³ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, N 1 zu Art. 115; SCHWANDER, Opfer, 19 ff.

⁷⁷⁴ STRATENWERTH, AT I, § 2 N 25.

⁷⁷⁵ Vgl. S. 179 ff.

⁷⁷⁶ FELTES, 409; JABORNIGG, 349.

⁷⁷⁷ Vgl. dazu bereits S. 68 ff.

⁷⁷⁸ SEELMANN, Strafzwecke, 51 ff.

⁷⁷⁹ STRATENWERTH, AT I, § 2 N 31.

⁷⁸⁰ JUNG, ZStW 93, Ziff. VI.; SEELMANN, Strafzwecke, 54 f.; zurückhaltender STRATENWERTH, AT I, § 2 N 25.

welche durch diesen nicht verdrängt werden dürfen.⁷⁸¹ In diesem Zusammenhang spielt das Vorliegen einer Desinteresse-Erklärung eine bedeutende Rolle, ist sie doch Indiz für einen gelungenen Täter-Opfer-Ausgleich und eine Wiedergutmachung, und damit der Wiederherstellung des Mikro-Rechtsfriedens unter den Beteiligten. Geschädigte sollen ihre Interessen geltend machen und entsprechend Einfluss auf das Verfahren nehmen können, indem sie etwa eine Desinteresse-Erklärung abgeben, was letztlich auch im Sinne des Opportunitätsprinzips ist.

Im Schweizerischen Strafrecht konkretisiert sich der Gedanke von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung in erster Linie im Rahmen von Art. 53 StGB und Art. 316 Abs. 2-3 StPO.⁷⁸² Weitere informelle Erledigungsarten⁷⁸³ kennt das inländische Recht nicht. Die Berücksichtigung von Täter-Opfer-Ausgleich im Sinne eines ergänzenden Strafzweckes muss jedoch davon unbeschadet bei sämtlichen Strafverfahren möglich sein.

3. Interessenabwägung

Wie dargelegt wurde, spielen im Strafverfahren unterschiedlich gelagerte Interessen mit. Während die öffentlichen Interessen durch die Strafzwecke legitimiert werden, gestaltet sich die Frage nach der Legitimierung privater Verzichtsinteressen selbst im Rahmen gemässiger Opportunität gem. Art. 8 StPO als äusserst schwierig. Deshalb ist nachfolgend zu erörtern, wie bei einer Interessenabwägung zwischen privaten Verzichtsinteressen und öffentliche Strafverfolgungsinteressen vorzugehen ist.

⁷⁸¹ Ähnlich KANYAR, 168 f., wonach Täter-Opfer-Ausgleich nicht ein eigentlicher Strafzweck, sondern vielmehr „*Mittel zum Zweck*“ sei. Interessant, aber in der Praxis kaum durchführbar dürfte KERNERS Vorschlag sein, ein Strafverfahren erst dann in Gang zu setzen, wenn ein Täter-Opfer-Ausgleich erfolglos war, KERNER, 514.

⁷⁸² Vgl. S. 68 ff.

⁷⁸³ Umleitung des Strafverfahrens auf informelle Reaktionswege, JABORNIGG, 347.

Massgeblich für den Umfang der Berücksichtigung privater Interessen sind die Zielsetzungen im Strafverfahren.⁷⁸⁴ Es ist somit im konkreten Fall zu prüfen, ob durch die Intervention des Privaten das öffentliche Strafbedürfnis befriedigt ist oder sich weitere strafrechtliche Reaktionen aufdrängen.⁷⁸⁵ Die Legitimität des staatlichen Handelns „hängt davon ab, in welchem Masse die Zivilgesellschaft zur Selbstregulierung und –ordnung nicht mehr in der Lage ist“.⁷⁸⁶ Sind öffentliche Interessen im kollektiven Nutzen, welcher sich stets auch am aktuellen sozialen Handlungsdruck zu bemessen hat, sind individuelle Nachteile in Kauf zu nehmen.⁷⁸⁷

Selbst gegen den Willen der privaten Geschädigten gebieten die Strafzwecke dann eine strafrechtliche Intervention, wenn fraglich ist, ob die Verfahrensbeendigung die gewünschten spezial- und generalpräventiven Auswirkungen auf den Täter und die Gesellschaft hätte.⁷⁸⁸ Wenn das Strafrecht durch die Berücksichtigung privater Interessen wirkungslos weil zwecklos wird, verliert es seine Legitimation. Mit anderen Worten: Eine Desinteresse-Erklärung kann nur dann berücksichtigt werden, wenn trotz (oder gerade wegen) einer Verfahrenseinstellung der Rechtsfriede wiederhergestellt worden ist. Zu bedenken ist dabei, dass der Gesetzgeber mit der Konzeption der Antragsdelikte einen Bereich schuf, in welchem die Dispositionsbefugnis Privater Sinn macht und auch im Hinblick auf das Legalitätsprinzip zu verantworten ist.⁷⁸⁹

Widersprechen öffentliche Interessen an Verfolgung und Bestrafung den privaten Interessen, hat eine Gegenüberstellung und Interessenabwägung zu

⁷⁸⁴ JABORNIGG, 4; WEIGEND, Deliktsoffer, 172 f.

⁷⁸⁵ BOMMER, ZStrR 121/2003, 174; STRATENWERTH, AT II, § 7 N 12.

⁷⁸⁶ WYSS, 565 f., wonach staatliches Handeln nur dann gerechtfertigt sei, wenn Ergebnisse oder Auswirkungen der zivilgesellschaftlichen Selbstordnung nicht mehr hingenommen werden können.

⁷⁸⁷ WYSS, 114 ff.; 566.

⁷⁸⁸ BGE 135 IV 27, E. 2.3, vgl. dazu S. 58 ff.

⁷⁸⁹ Vgl. S. 36 ff.

erfolgen, wobei der Aspekt der Verhältnismässigkeit zu beachten ist.⁷⁹⁰ Relevant für den Entscheid zwischen opportuner Verfahrensbeendigung und Strafverfolgung im Sinne des Legalitätsprinzips sind somit letztlich Interessenabwägungen.

In Anlehnung an die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 53 StGB, in deren Zusammenhang ausführliche Auseinandersetzungen mit der Interessenabwägung im Strafverfahren stattfanden, entfällt ein öffentliches Strafbedürfnis in der Regel bei verletzten Individualrechtsgütern, einem gelungenen Täter-Opfer-Ausgleich sowie bei „*nicht allzu schwerwiegenden*“ Delikten.⁷⁹¹ Die Desinteresse-Erklärung ist dann möglicherweise ein Indiz für die Wiederherstellung des sozialen Friedens zwischen Täter und Geschädigtem (Stichwort: Mikro-Rechtsfrieden), was wiederum einen gelungenen Täter-Opfer-Ausgleich vermuten lässt. Gleichzeitig sind die Strafverfolgungsbehörden aber dazu verpflichtet, das öffentliche Interesse zu berücksichtigen und die beiden Interessen gegeneinander abzuwägen.

Doch auch die Art der Tatausführung oder eine Straftat mit erhöhtem Gefährdungspotential (z.B. Umweltkriminalität) begründet gewichtige öffentliche Interessen an der Strafverfolgung.⁷⁹² Demgegenüber schwinden öffentliche Interessen bei zunehmendem zeitlichem Abstand zum Delikt.⁷⁹³

Wenngleich im Ergebnis die Strafverfolgungsbehörden gehalten sind, die tatsächlichen Verzichtsinteressen der geschädigten Person zu beachten, so ergibt sich daraus im Bereich der Officialdelikte kein Rechtsanspruch auf eine Dispositionsbefugnis der geschädigten Person. Dies würde den Grundsätzen von Official- und Legalitätsprinzip zuwiderlaufen, welche bewusst eine Dispositionsbefugnis der Geschädigten ausschliessen.⁷⁹⁴ Liegt es

⁷⁹⁰ BGE 104 Ia 88, E. 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 565.

⁷⁹¹ BSK StGB-RIKLIN, N 29 zu Art. 53; vgl. dazu ausführlich S. 76 ff. m.w.H.

⁷⁹² ANGST/MAURER, fp 2008, 305.

⁷⁹³ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 153 N 7.

⁷⁹⁴ Vgl. S. 58 ff.; 144 ff.

in den Händen der Geschädigten, ob die Strafverfolgung aufgenommen wird oder nicht, sind die vom Legalitätsprinzip zu wahrenen Aspekte des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) eindeutig nicht mehr gewährleistet.

Damit liegt die Entscheidkompetenz im Ergebnis nicht mehr beim Geschädigten, sondern – ganz im Sinne des staatlichen Strafmonopols – auch im Bereich gemässiger Opportunität gemäss Art. 8 StPO bei den Strafverfolgungsbehörden. Unter diesem Aspekt darf folglich die Desinteresse-Erklärung nicht zur Einstellung des Verfahrens führen. Mit anderen Worten: Der unmittelbare wird zu einem mittelbaren Einfluss bzw. zu einer bedingten Dispositionsmöglichkeit der geschädigten Person.

Damit ist abschliessend zu prüfen, inwiefern die im ersten Teil dieser Arbeit beschriebene Dispositionsbefugnis der geschädigten Person im Rahmen von Art. 52 ff. StGB durch öffentliche Interessen begrenzt ist.

4. Dispositionsbefugnis bei Art. 52 ff. StGB

A. Art. 52 StGB (Fehlendes Strafbedürfnis)

Art. 52 StGB (Fehlendes Strafbedürfnis) ist nur bei Bagatellkriminalität anwendbar. Wie dargelegt wurde, hat die Desinteresse-Erklärung insofern Auswirkungen auf die entsprechenden Strafverfahren, als oftmals aufgrund einer Desinteresse-Erklärung auf das Vorliegen einer Bagatelle geschlossen wird. Bei der Beurteilung des Bagatelldelikts ist damit nicht ein rein objektiver Massstab anzunehmen, sondern ebenso eine subjektive Komponente zu berücksichtigen.⁷⁹⁵

Dies entspricht etwa der Argumentation im Falle der 24 entwendeten Weinflaschen beim Nachbarn, welche (mit Ausnahme der bereits konsumierten

⁷⁹⁵ Vgl. S. 67 ff.

Flaschen) zurückgegeben wurden.⁷⁹⁶ Die Ermittlungsbehörde schloss zu Recht von der Desinteresse-Erklärung (subjektive Geringfügigkeit) auf geringe Schuld und Tatfolgen (objektive Geringfügigkeit). Daran ist im Grunde nichts auszusetzen. Dieses behördliche Ermessen unter gesetzlich geregelten Rahmenbedingungen erachte ich im Hinblick auf die Prozessökonomie sowie auf einen zu erzielenden Täter-Opfer-Ausgleich als sinnvoll und zulässig. Ein privates Desinteresse an der Verfolgung und Bestrafung wird dabei nur insofern berücksichtigt, als es sich mit den entsprechenden öffentlichen Interessen deckt. Ein reuiger Täter, der Ersatz des Schadens sowie eine offensichtliche Bagatelle in Form eines geringfügig verletzten Individualguts lassen keine Zweifel offen, dass der Rechtsfrieden wiederhergestellt und damit das öffentliche Strafverfolgungsinteresse getilgt ist.

Wird die Begründung der Verfahrensbeendigung mit Opportunitätsnormen hingegen bloss vorgeschoben, um Fälle möglichst rasch ad acta zu legen, entspricht dies nicht dem Opportunitätsgedanken gemäss Art. 8 StPO. Desse hauptsächlich ratio legis liegt nicht im Ökonomiegedanken, sondern vielmehr im verhältnismässigen behördlichen Handeln. Ein kritikwürdiges Vorgehen liegt dann vor, wenn die zuständigen Behörden bei Vorliegen einer Desinteresse-Erklärung nicht weiter ermitteln und insbesondere die Prüfung unterlassen, ob Schuld und Folgen tatsächlich gering sind. Für diese Verdachtsmomente fehlt im geltenden Gesetzestext ein Instrumentarium gegen das behördliche Ermessen analog der in Art. 53 StGB vorgeschriebenen Interessenabwägung. Diese Problematik lässt sich allerdings insofern umgehen, als dass staatliches Handeln ohnehin stets öffentlichen Interessen zu entsprechen hat (Art. 5 Abs. 2 BV).⁷⁹⁷ Es ist in diesem Zusammenhang zu fordern, dass entsprechende Verfahrensbeendigungen i.S.v. Art. 52 StGB auf höher-rangige, divergierende öffentliche Interessen untersucht werden. Bei der Auslegung des öffentlichen Interesses sind die umfangreichen Lehrmeinungen und die Gerichtspraxis zu Art. 53 StGB zu übernehmen. Mit dieser Vor-

⁷⁹⁶ Vgl. S. 63 ff.

⁷⁹⁷ Vgl. S. 177 ff.

gehensweise soll sichergestellt werden, dass durch eine Einstellung der Rechtsfrieden gewahrt bleibt. Der Rechtsfrieden ist dann gewahrt, wenn keine öffentlichen Interessen an der Verfolgung und Bestrafung mehr bestehen. Im besprochenen Fall der 24 Weinflaschen etwa ist wie bereits erwähnt nicht ersichtlich, welche höherrangigen Interessen im Hinblick auf die Strafzwecke gegen eine Verfahrensbeendigung sprechen würden. Die diesbezügliche Verfahrenseinstellung ist damit unproblematisch. Ist es allerdings ungewiss, ob Schuld und Tatfolgen gering sind, ist das Strafverfahren gegen den Willen der geschädigten Person weiterzuführen.

B. Art. 53 StGB (Wiedergutmachung)

Bei Art. 53 StGB ist bereits im Gesetzestext das eigenständige Kontrollkriterium des geringen öffentlichen Interesses an Verfolgung und Bestrafung genannt, welches für eine Einstellung erfüllt sein muss. Das Bundesgericht unterscheidet hierbei zwischen den öffentlichen Rechtsgütern und den öffentlichen Strafverfolgungsinteressen: Während bei reinen Allgemeindelikten ohne verletzte private Interessen das verletzte kollektive Rechtsgut einer Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person entgegensteht, ist bei Allgemeindelikten mit individuellen Geschädigten bzw. bei Individualdelikten die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung möglich. Dabei hat eine Interessenabwägung zwischen privaten Verzichtsinteressen und öffentlichen Strafverfolgungsinteressen zu erfolgen.⁷⁹⁸ Nach Prüfung der entsprechenden Voraussetzungen hat die zuständige Behörde zu entscheiden, ob das öffentliche Interesse an der Weiterführung des Strafverfahrens beziehungsweise das private Interesse an der Einstellung höher zu gewichten ist.⁷⁹⁹

Damit ist nochmals auf das eingangs beschriebene Fallbeispiel der sexuellen Handlung Hirschmanns mit einer 15-jährigen Jugendlichen zurückzukom-

⁷⁹⁸ Vgl. S. 76 ff.

⁷⁹⁹ Vgl. S. 83 ff.

men⁸⁰⁰: Als Reaktion auf eine Desinteresse-Erklärung der Geschädigten an der Verfolgung und Bestrafung des Täters hatten die Behörden die Möglichkeit, das Verfahren zu beenden, oder einen Schuldspruch ohne Strafe zu fällen. Aufgrund des gemäßigten Opportunitätsprinzips i.S.v. Art. 8 Abs. 1 StPO verlangt dieses Vorgehen indes eine gesetzliche Grundlage. Vorliegend war Art. 53 StGB einschlägig. Doch trotz Desinteresse-Erklärung und Wiedergutmachungsbemühungen des Täters befand das Gericht, die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern sei ein derart eminentes Rechtsgut, dass eine Verfahrenseinstellung respektive Strafbefreiung aus generalpräventiven Gründen nicht zulässig sei.⁸⁰¹ Obwohl es sich um ein verletztes Individualrechtsgut handelte, erlaubte das Kriterium des höherrangigen öffentlichen Interesses den Behörden, an der Verfolgung und Bestrafung festzuhalten. Dieser Entscheid verdeutlicht den (moralisch verständlichen) Unwillen, die Wiedergutmachungsbestimmung bei Sexualdelikten mit minderjährigen Opfern anzuwenden. Dennoch handelt es sich bei Art. 187 StGB in erster Linie um ein Individualdelikt, welches primär das Interesse des kindlichen Opfers vor verfrühten sexuellen Erfahrungen schützt.⁸⁰² Indem das Bundesgericht vorliegend das bekundete Desinteresse des Opfers an einer Strafverfolgung hinterfragt mit der Begründung, es sei – ebenso wie seine Erziehungsberechtigten – (noch) gar nicht in der Lage, die Spätfolgen des Delikts abzuschätzen, verkennt es, dass dieser Umstand möglicherweise bedacht, und mit dem finanziellen Ausgleich als abgegolten betrachtet wurde. Ebenso wird nicht berücksichtigt, dass das jugendliche Opfer bereits einige Monate später nicht mehr unter den Straftatbestand von Art. 187 StGB gefallen wäre.⁸⁰³

⁸⁰⁰ Vgl. S. 1f.; S. 80 ff.

⁸⁰¹ BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013, E. 2.5.4.

⁸⁰² Vgl. auch BGE 120 IV 194, 196.

⁸⁰³ Kritisch zu dieser Entscheid, welcher meiner Meinung nach ein Exempel statuieren sollte, BLATTNER, fp 2014, 197.

Damit wird deutlich, dass bei sämtlichen strafbaren Handlungen – auch bei Individualdelikten – öffentliche Interessen tangiert werden, selbst wenn diese lediglich in der Störung der öffentlichen Ordnung liegen.⁸⁰⁴ Bei Officialdelikten liegt es deshalb in der Natur der Sache, dass die verletzten öffentlichen Interessen in die Entscheidung einzufließen haben, ob Art. 53 StGB angewendet werden kann oder nicht. Die (unlösbare) Problematik hierbei besteht darin, dass die Strafverfolgungsbehörden das Kriterium des öffentlichen Interesses nach freiem Ermessen gewichten können.

Doch auch wenn neben tangierten Individualrechtsgütern in erster Linie kollektive Rechtsgüter verletzt wurden, entscheidet letztlich eine Interessenabwägung zwischen den betroffenen privaten und öffentlichen Interessen, ob die Wiedergutmachungsbestimmung Art. 53 StGB zur Anwendung gelangen kann.⁸⁰⁵ Die Schranken für die Berücksichtigung einer Desinteresse-Erklärung sollten bei Delikten gegen die Allgemeinheit höher angesetzt werden, da neben den verletzten Individualrechtsgütern in erster Linie kollektive Rechtsgüter verletzt wurden.

C. Art. 54 StGB (Betroffenheit des Täters)

Art. 54 StGB gelangt nur dann zur Anwendung, wenn der Täter durch die Tatfolgen besonders hart betroffen ist. Das Gesetz regelt damit die Voraussetzungen, welche vorzuliegen haben, um einen Tatbestand unter die entsprechende Norm zu subsumieren. Sinn und Zweck ist ebenfalls die Verhältnismässigkeit des behördlichen Handelns. Auch hierbei ist vor einer allfälligen Verfahrensbeendigung zu prüfen, ob keine höherrangigen divergierenden öffentlichen Interessen vorhanden sind, was der heutigen Vorgehensweise bei Art. 53 StGB entspricht.

⁸⁰⁴ Vgl. dazu 177 ff.

⁸⁰⁵ Vgl. BGE 135 IV 12.

Im Unterschied zu Art. 52 und Art. 53 StGB lässt die Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person indes keine Rückschlüsse auf eine besondere Betroffenheit des Täters gem. Art. 54 StGB zu.⁸⁰⁶ Damit ist die Desinteresse-Erklärung im Rahmen von Art. 54 StGB unbeachtlich.

D. Art. 55a StGB (Häusliche Gewalt)

Bei Art. 55a StGB wird neben dem Vorhandensein einer Desinteresse-Erklärung nichts weiter verlangt, um das Verfahren zu beenden: Keine aktenkundige Versöhnung, kein Schadensausgleich und keine tat- oder täterorientierten Kurse. Zu Recht werden Delikte im Rahmen häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB deshalb trotz Officialisierung de facto als Antragsdelikte bezeichnet.⁸⁰⁷ Die Dispositionsbefugnis lässt sich allerdings nicht wie bei den Antragsdelikten damit begründen, dass den Opfern im öffentlichen Interesse der Entscheid über das weitere Verfahren auferlegt wurde.⁸⁰⁸ Das Strafbedürfnis gilt vielmehr nur deshalb als aufgehoben, weil dies dem geäußerten Opferwillen entspricht.⁸⁰⁹ Andere Begleitumstände interessieren nicht. Diese Abschiebung der Verantwortung auf die geschädigte Person macht die Familie zum „*straffreien Raum*“⁸¹⁰.

Die Problematik besteht wie dargelegt darin, dass Opfer häuslicher Gewalt prädestiniert sind, vom Täter unter Druck gesetzt zu werden. Wohl deshalb hat die Verfahrensleitung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sicherzustellen, dass das Opfer die Desinteresse-Erklärung freiwillig und in sicherem Wissen um deren Konsequenzen ausgesprochen hat.⁸¹¹ Doch auch hierbei bestehen ausser der Äusserung des Opfers kaum Anhaltspunkte, um

⁸⁰⁶ Vgl. S. 88 ff.

⁸⁰⁷ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, N 137 zu Art. 7.

⁸⁰⁸ Auch SUMMERS anerkannt im Bereich von Art. 55a StGB grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, SUMMERS ZStrR 128/2010, 20 f.

⁸⁰⁹ BGer, Urteil vom 21.12.2009, 6B_835/2009, E. 4.2; vgl. S. 113 ff.

⁸¹⁰ GLESS, ZStrR 127/2009, 383.

⁸¹¹ Vgl. S. 138 ff.

diese Frage zu klären. Im Gegensatz dazu verlangt der EGMR im Bereich der häuslichen Gewalt besondere Vorkehrungen bei einem Verzicht: Es ist eine Interessenabwägung privater und öffentlicher Interessen vorzunehmen, wobei das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und Bestrafung des Täters in Relation zu der drohenden Gefährdung des Opfers steigt.⁸¹² Das bundesgerichtliche Vorgehen, den Opferwillen alleine als ausschlaggebend zu betrachten, ist damit EGMR-widrig und verhindert eine Verwirklichung der ratio legis von Art. 55a StGB, welche einen verbesserten Opferschutz vorsieht.⁸¹³

Ganz deutlich zeigt sich, dass Art. 55a StGB in dieser Form keinen Bestand haben darf.⁸¹⁴ Man wird sich entscheiden müssen, ob Delikte häuslicher Gewalt i.S.v. Art. 55a StGB den Antrags- oder Officialdelikten zuzuordnen sind. Dass die relative Officialisierung der Delikte häuslicher Gewalt die Opferautonomie fördern sollte, spricht für ein Antragsersfordernis⁸¹⁵ und ist ein beliebtes Argument seitens des Beschuldigten⁸¹⁶. Die besonders schwere Betroffenheit des Opfers häuslicher Gewalt durch persönliche Verknüpfungen mit dem Täter führt allerdings zweifellos dazu, dass selbst bei wiederholten Tötlichkeiten als geringfügigstes der Delikte i.S.v. Art. 55a StGB eine Bagatelle klar zu verneinen ist: Indem die Betroffenen die volle Verantwortung für das Verfahren tragen, sind sie für Drohungen des Partners im Hinblick auf eine oftmals weiter geführte Beziehung besonders empfänglich. In diesem sensiblen Deliktsbereich ist das öffentliche Interesse an der Verfolgung und Bestrafung daher höher zu gewichten als die Entscheidautonomie Privater, selbst wenn dies auf Kosten der Dispositionsbefugnis geschieht und

⁸¹² EGMR-Urteil vom 9. Juni 2009 i.S. Opuz gg. die Türkei, (Appl. no. 33401/02), Ziff. 139.; vgl. dazu S. 115 ff.

⁸¹³ Zum selben Schluss kommen BSK StPO-GRÄDEL/HEINIGER, N 18 zu Art. 319.

⁸¹⁴ Ebenso Bericht BR Motion HEIM, 51 f.

⁸¹⁵ Vgl. S. 29 ff.

⁸¹⁶ Vgl. z.B. BGer, Urteil vom 19.06.2014, 6B_849/2013, E. 1.2.2.

einen staatlichen Eingriff in das Familien- und Eheleben darstellt.⁸¹⁷ Die moderne Gesellschaft toleriert Gewalt im sozialen Nahraum nicht mehr.

Zur Officialisierung sämtlicher Delikte häuslicher Gewalt ist damit konsequenterweise Art. 55a StGB ersatzlos zu streichen.⁸¹⁸ Verfahrensbeendigungen sind dann nur noch im Einklang mit dem gemässigten Opportunitätsprinzip gemäss Art. 8 StPO möglich. Damit sind die Behörden verpflichtet, das Delikt unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu beurteilen und insbesondere private und öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen, was im Übrigen den Vorgaben des EGMR entspricht.⁸¹⁹

⁸¹⁷ Ähnlich WYSS, 423 f., welcher staatliche Eingriffe befürwortet zum Schutz vor Übergriffen durch Familienmitglieder.

⁸¹⁸ A.A. Bericht BR Motion HEIM, 45 f., wonach eine Officialisierung die Situation der Opfer verschlimmern würde. Empfohlen wird stattdessen ein erweitertes behördliches Ermessen; vgl. dazu auch S. 118 ff.

⁸¹⁹ Vgl. S. 115 ff.

IV. Ergebnisse des zweiten Teils

Die Frage nach der Beteiligung der geschädigten Person und ihrem Ermessen im Strafverfahren zählt zu den „*schwierigsten Fragen im Strafrecht*“⁸²⁰: Diejenigen Befugnisse, welche die geschädigte Person erhält, verliert gleichzeitig der Staat. Dass die privaten Interessen im öffentlichen Strafverfahren überhaupt berücksichtigt werden, liegt zum einen darin, dass die geschädigte Person aufgrund ihrer Betroffenheit faktische Interessen am Prozessausgang hat. Doch alleine damit lässt sich ihre Beteiligung nicht begründen. Wesentlich ist vielmehr die Erkenntnis, dass die Befriedung eines Rechtsstreits zwischen den Betroffenen letzten Endes der Wiederherstellung des Rechtsfriedens in der Gesellschaft dient. Damit ist es legitim, private Interessen auch bei Offizialdelikten zu berücksichtigen, wenn zugleich die Voraussetzungen des gemässigten Opportunitätsprinzips i.S.v. Art. 8 StPO gewahrt sind. Eine Desinteresse-Erklärung kann damit nur innerhalb von Art. 8 StPO eine Wirkung entfalten. Darüber hinaus hat sich sämtliches Handeln am öffentlichen Interesse, mithin an den Strafzwecken zu orientieren.

Praktisch empfiehlt sich ein Prüfungsprogramm in drei Schritten. Zunächst ist bei Vorliegen einer Desinteresse-Erklärung bei einem Offizialdelikt zu prüfen, ob dieser prozessuale Verzicht den gesetzlichen Anforderungen an das Verzichtssubjekt, dessen freier und aufgeklärter Willensbildung sowie betreffend die Form der Erklärung standhält.⁸²¹ In einem weiteren Schritt ist abzuklären, ob der entsprechende Sachverhalt unter Art. 8 StPO zu subsunieren ist. Nur innerhalb der gemässigten Opportunität ist die Berücksichtigung privater Interessen zulässig. Ein gültiger Verzicht setzt demnach voraus, dass eine Dispositionsbefugnis der geschädigten Person im Rahmen von Art. 8 StPO vorliegt.⁸²²

⁸²⁰ CAPUS, ZStrR 131/2013, 412.

⁸²¹ Vgl. S. 134 ff.

⁸²² Vgl. S. 169 ff.

Zudem ist nach den massgeblichen privaten und öffentlichen Interessen zu fragen. Wesentliche Interessen auf Seiten der geschädigten Person sind faktische Interessen auf Schutz vor Sekundärviktimsierung und Wahrung der Privat- und Familiensphäre sowie ein erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich. Zu berücksichtigende öffentliche Interessen sind die Gewährleistung der klassischen Strafzwecke sowie (ebenfalls) ein Täter-Opfer-Ausgleich. Damit steht fest, dass ein Täter-Opfer-Ausgleich sowohl privaten Verzichtsinteressen (Mikro-Rechtsfrieden) als auch öffentlichen Strafverfolgungsinteressen (Makro-Rechtsfrieden) dient. Im Rahmen einer Interessenabwägung ist anschliessend sicherzustellen, dass keine höherrangigen öffentlichen Interessen einer Verfahrenseinstellung entgegenstehen.⁸²³

⁸²³ Vgl. S. 186 ff.

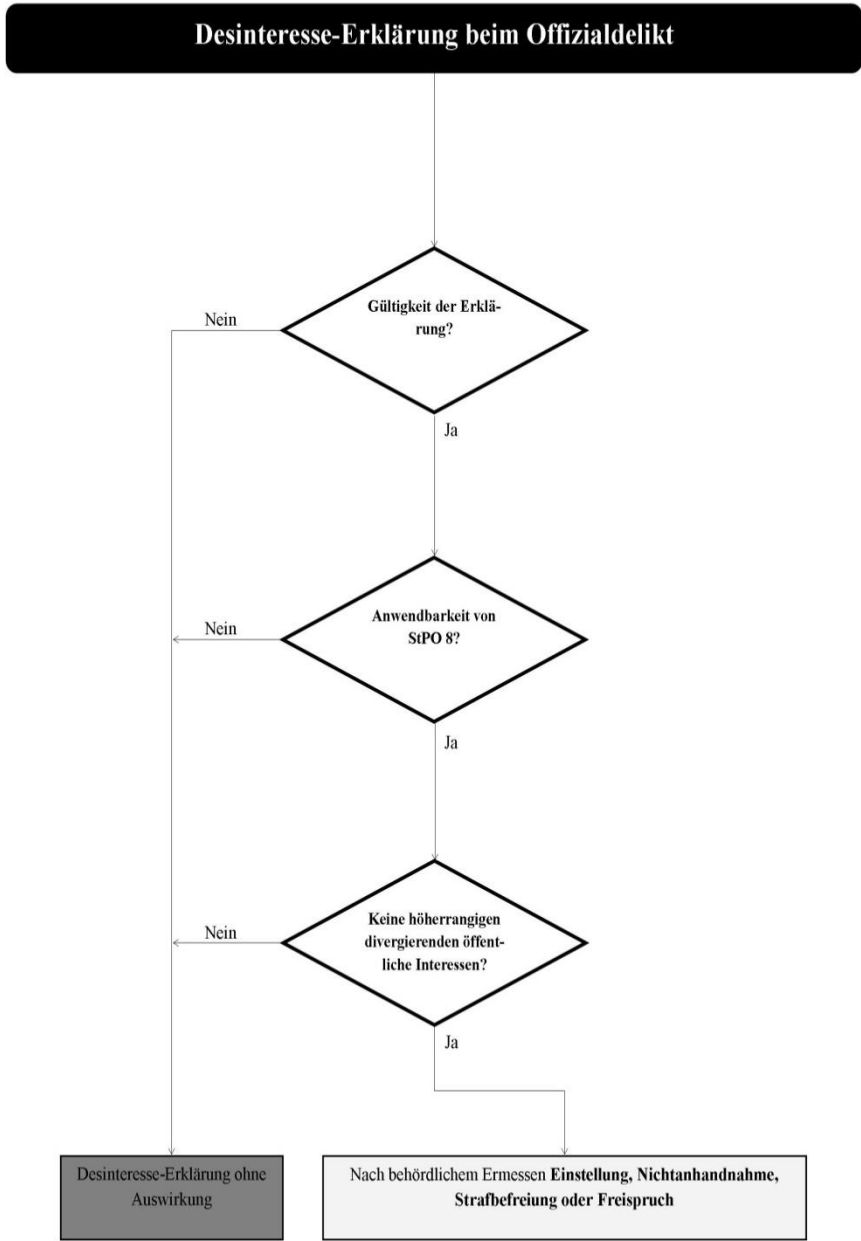


Abbildung 2: Die Desinteresse-Erklärung beim Offizialdelikt

Schlussbetrachtung

Bei der Desinteresse-Erklärung handelt es sich um die Äusserung der geschädigten Person, mit der diese auf Ahndung des erlittenen Unrechts verzichtet. Aufgrund unterschiedlicher prozessualer Folgen ist zu differenzieren, in welchem Zeitraum, mit welchem Inhalt und betreffend welches Delikt die Erklärung erfolgte.⁸²⁴

Mitunter führen Desinteresse-Erklärungen in Anwendung des gemässigten Opportunitätsprinzips i.S.v. Art. 8 StPO zur Beendigung eines Strafverfahrens. Interventionsmöglichkeiten der Geschädigten bedrohen indes die elementaren Rechtsgrundsätze der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, da Private in erster Linie aufgrund ihrer persönlichen Interessen handeln. Die Strafverfolgungsbehörden müssen deshalb bei opportunistischen Verfahrenserledigungen gewährleisten, dass keine öffentlichen Interessen verletzt werden. Nur in diesem Umfang sind private Interessen rechtsfriedenstauglich, und damit im Strafverfahren zu berücksichtigen.⁸²⁵ Haben Desinteresse-Erklärungen im Strafverfahren Auswirkungen, liegt diesem Vorgehen stets der gemeinsame Gedanke zugrunde, dass die privaten Interessen zu berücksichtigen sind, *weil* keine höherrangigen öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Stimmen private und öffentliche Desinteressen an der Verfolgung und Bestrafung überein, endet der paternalistische Schutz des Staates und der Einzelne hat die Folgen seines Entscheids selbst zu tragen. Behörden „*sind keine Therapeuten. Jeder Mensch hat noch eine gewisse Selbstverantwortung.*“⁸²⁶

⁸²⁴ Vgl. S. 127 ff.

⁸²⁵ Vgl. S. 186 ff.

⁸²⁶ „*Die Opfer werden im Stich gelassen*“, Sonntagszeitung online vom 17.11.2012, (<http://info.sonntagszeitung.ch/archiv/detail/?newsid=235597>, Stand: 30.06.2015).

Besonders problematisch hinsichtlich der tangierten öffentlichen Interessen ist die Verfahrenseinstellung aufgrund einer Desinteresse-Erklärung bei häuslicher Gewalt (Art. 55a Abs. 1 StGB). Faktisch besteht in diesem Bereich eine erhöhte Gefahr der Manipulierbarkeit des Opfers. Ergeht eine solche Desinteresse-Erklärung, erhalten die Behörden von Gesetzes wegen eine Handlungsunfähigkeit auferlegt, die nach Rechtsprechung des Bundesgerichts zwingend in der Beendigung des Strafverfahrens mündet. In diesen Fällen ist nicht nur die Sicherheit des Opfers, sondern ebenso die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit in Gefahr. Aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit der Opfer ist deshalb bei sämtlichen Delikten im Bereich häuslicher Gewalt ein öffentliches Interesse an der Verfolgung und Bestrafung anzuerkennen. Art. 55a StGB ist zu streichen, um Delikte im sozialen Nahraum ohne Einschränkungen zu officialisieren.

Stichwortverzeichnis

A

Abgekürztes Verfahren 69, 148
Absprache 148
Abwesenheit 61
Anfangsverdacht 143, 144
Angehörige 87, 90, 128
Anklageerhebung 34, 143, 162, 163, 164,
172
Antragsdelikte
 Dispositionsbefugnis der geschädigten
 Person 31, 36
 Ratio legis 29
 Rückzug des Strafantrags 44
 Strafantrag 33
 Vergleich 37
 Verzicht auf Strafantrag 39
Arbeitslast 166
Auskunftsperson 18, 19
Auslegung 23, 42, 49, 52, 53, 190

B

Bagatelldelikt 62
Beschwerde 16, 163
Betroffenheit des Täters 84
Beweiswürdigung 19

D

Desinteresse an der Teilnahme am
 Strafverfahren 8
Desinteresse-Erklärung beim
 Antragsdelikt 54
 Rückzug des Strafantrags 52
Desinteresse-Erklärung beim
 Offizialdelikt 124
 Betroffenheit des Täters 87, 88
 Fehlendes Strafbedürfnis 63
 Häusliche Gewalt 120, 123
 Wiedergutmachung 83
Desinteresse-Erklärung betreffend
 Verfolgung und Bestrafung 29, 127
 Offizialdelikte 124
 Rückzug des Strafantrags 44
 Verzicht auf Strafantrag 39
Dispositionsbefugnis 138
 bei Art. 52 StGB 189
 bei Art. 53 StGB 191
 bei Art. 54 StGB 193
 bei Art. 55a StGB 194
 beim Antragsdelikt 36
 beim Offizialdelikt 58
Dispositionsmaxime 117, 138
Drohung 32, 46, 108, 112, 114, 120, 123,
195

E

EGMR 27, 115, 136, 195

Einwilligung 2

Entschädigung 17, 36

Ermächtigung 35

F

Faktisches Opportunitätsprinzip 166

Fehlendes Strafbedürfnis 62

Formfreiheit 109, 137

Formstrenge 34, 46

G

geschädigte Person

 Begriff 9

 Opfer 10

 Privatklägerschaft 11

gesetzliche Grundlage 141, 192

Gewalt 32, 93, 108, 114

Gültigkeit der Desinteresse-Erklärung

 134

 Bildung des Verzichtswillens 135

 Dispositionsbefugnis 138

 Formelle Voraussetzungen 137

 Verzichtssubjekt 135

H

Hauptverfahren 162

Häusliche Gewalt 89

 Begrifflichkeit 90

 Bundesgerichtliche Praxis zur

 Dispositionsbefugnis des Opfers

 113

 Opfer 94

 Problematik der Desinteresse-

 Erklärung 101

Voraussetzungen der Desinteresse-
Erklärung 105

Zahlen und Fakten 91

I

in dubio pro duriore 143

Interessenabwägung 186

Interessenabwägung im Strafverfahren

 174, 177, 179

Irrtum 23, 47, 135

K

konkludentes Verhalten 41, 46

L

Legalitätsprinzip

 Ausnahmen 145

 Ratio legis 144

O

Öffentliche Interessen 180

 Absolute Straftheorie 183

 Relative Straftheorie 183

 Strafzweck Täter-Opfer-Ausgleich

 184

 Strafzwecke 182

Offizialdelikte

 Dispositionsbefugnis der geschädigten

 Person 58

 Ratio legis 56, 57

Offizialprinzip 144

 Ausnahmen 145

Opfer 10

Opportunitätsprinzip

 Verhältnis zum Legalitätsprinzip 151

Opportunitätsnormen

Betroffenheit des Täters 84, 193
Fehlendes Strafbedürfnis 62, 189
Häusliche Gewalt 89, 194
Wiedergutmachung 68, 191
Opportunitätsprinzip 149
Dispositionsbefugnis 169
faktisches Opportunitätsprinzip 166
gemäßigtes Opportunitätsprinzip 155
Hauptverfahren 162
Ratio legis 151, 152
Vorverfahren 159

P

Parteirechte 8, 16, 24
Polizei 159, 160, 166, 167
polizeiliche Interessen 181
Private Interessen 177
Erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich
179
Rechtstheoretische Betrachtung 177
Schutz der geschädigten Person 177
Privatklägerschaft
Einvernahme als Auskunftsperson 18
Folgen der Konstituierung 15
Konstituierung 9
Kostenaufgabe 16
Nebenklage 13
Parteistellung 14
Privatklägerschaft 11
Privatstrafklageverfahren 12
Verfahrensrechte 16
Protokollierung 38, 41, 109, 110, 138
Prozesssubjekt 10
Prozessvoraussetzungen 49, 55, 142

R

rechtliches Gehör 10
Rechtsgleichheit 144, 152, 153, 167,
172, 201, 202
Rechtsmissbrauch 47
Rechtssicherheit 26, 42, 45, 47, 55, 85,
129, 136, 150, 154, 167, 201, 202
Revision 56, 68, 101
Rückzug des Strafantrags 44
Form 46
Unteilbarkeit 47
Willensmängel 46
Zeitpunkt 45

S

Strafmilderungsgrund 4
Strafmonopol 29, 139, 189

T

Täter-Opfer-Ausgleich 180, 184, 186,
188, 190
Täuschung 20, 46, 108, 114, 120, 123,
135, 136
Teilnahmerechte 16
Treu und Glauben 137

U

Überprüfung 84, 118, 162
ungültig 34, 42, 47
Unschuldsvermutung 164

V

Verfahrenskosten 16, 18
Verfahrensteilnahme 3, 8, 10, 21, 22, 24,
26, 60
Vergleich
 bei Wiedergutmachung 60
 beim Antragsdelikt 37
Verhältnismässigkeit 118, 133, 152, 153,
156, 167, 170, 188
verhandlungsfähig 135
vernehmungsfähig 135
Verzicht auf Konstituierung 20, 26
 Rückzug des Strafantrags? 21
Verzicht auf Strafantrag 39
 Form 41

Unteilbarkeit 42
Willensmängel 41
Zeitpunkt 40

W

Wahrheit 148
Wahrheitspflicht 19
Widerruflichkeit 42, 101, 110, 112
Wiedergutmachung 68
 bei Interessenabwägung 179, 184
 Geschädigten-Interessen 73
 Öffentliche Interessen 76
 Ratio legis 68
 Vergleich 60
Willensmängel 41, 46, 135, 137

Lebenslauf der Autorin

Esther Blattner, geboren am 24.11.1984 in Luzern, von Zürich ZH, absolvierte von 1991 bis 2003 die Primar- und Gymnasialstufen in der Stadt Luzern und studierte anschliessend von 2003 bis 2008 Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Nach abgeschlossenem Lizentiat im Sommer 2008 arbeitete Esther Blattner am Bezirksgericht Dietikon als Auditorin bzw. seit Frühjahr 2010 als Gerichtsschreiberin. Im Sommer 2012 wechselte Esther Blattner an die Universität Zürich, wo sie zunächst als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Martin Killias tätig war. Von Sommer 2013 bis Sommer 2015 war sie sodann wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschafts- und Verwaltungsstrafrecht von Prof. Dr. Marc Thommen. Seit Beendigung ihrer Doktorarbeit ist Esther Blattner als Juristin im Fachstab Wirtschaftliche Hilfe, Sozialdepartement der Stadt Zürich, tätig. Esther Blattner ist verheiratet und Mutter zweier Söhne.