

# forum poenale

## Herausgeber ·

### Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann

Roy Garré

Gunhild Godenzi

Yvan Jeanneret

Konrad Jeker

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

## Schriftleitung ·

### Direction de revue ·

### Direzione della rivista

Sandra Hadorn

---

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 322

---



---

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 359

---

**Michel-André Fels/Nina Blum/Niklaus Ruckstuhl:** Restaurative Gerechtigkeit – betrachtet aus dem Blickwinkel der Strafverfolgung, der Opfervertretung und der Verteidigung 359

**Nora Markwalder/Dennis Thaa:** Der aussergewöhnliche Todesfall – Rechtsgrundlagen, Praxis und Zahlen 371

**Marta Stelzer-Więckowska:** Recht auf Teilnahme an Beweiserhebung im Ausland nach Art. 148 StPO 379

**Stéphane Grodecki:** Etat des lieux de la qualité des entités de droit public pour déposer plainte et se constituer partie plaignante 386

---

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 392

---

**online+**

Ihre Vorteile auf  
einen Blick: Seite 398

**en ligne+**

Vos avantages en un  
coup d'oeil: Page 398



Stämpfli Verlag

## IMPRESSUM

15. Jahrgang – Oktober – Octobre – Ottobre 2022

Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno

Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –  
FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina

ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

<b>Herausgeber</b> <b>Editeurs</b> <b>Editore</b>	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch PD Dr. iur. Roy Garré, Bundesstrafgericht, E-Mail: roy.garre@bstger.ch Prof. Dr. iur. Gunhild Godenzi, LL.M., RA, Universität Zürich, E-Mail: gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch lic. iur. M.B.L.-HSG Konrad Jeker, Fachanwalt SAV Strafrecht, Gressly Rechtsanwälte, E-Mail: jeker@gressly-rechtsanwaelte.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch
<b>Ständige Mitarbeiter</b> <b>Collaborateurs permanents</b> <b>Collaboratori permanenti</b>	Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt, Zürich
<b>Schriftleitung</b> <b>Direction de revue</b> <b>Direzione della rivista</b>	Sandra Hadorn, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 55, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com, Internet: www.forumpoenale.ch Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di: Angela Agostino-Passerini, Sean Heneghan, Fabienne Maurer, Yasmine Müller, Felix Multerer
<b>Regeste</b> <b>Résumé</b> <b>Regesto</b>	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch: LT Lawtank, Sprach- und Rechtsdienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 2654, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch); Sandra Hadorn (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)
<b>Aufsätze</b> <b>Articles</b> <b>Articoli</b>	Die Rubrik Aufsätze wird durch Gunhild Godenzi betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Gunhild Godenzi. Prière d'adresser vos ma- nuscripts et questions y relatives directement à gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrica Articoli è curata da Gunhild Godenzi. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande con- cernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.
<b>Verlag</b> <b>Editions</b> <b>Edizioni</b>	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbrei- tung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut égale- ment pour les décisions judiciaires et les registres rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition. L'accettazione di contributi avviene alla condizione che il diritto esclusivo di riproduzione e distribuzione sia trasferito a Stämpfli Verlag AG. Tutti i contributi pubblicati nella presente rivista sono protetti dal diritto d'autore. Questo vale anche per le decisioni giudiziarie e i registri redatti dalla redazione o dagli editori. Nessuna parte della presente rivista può essere riprodotta, al di fuori dei limiti della legge sul diritto d'autore, in qualsiasi forma, ivi comprese tutte le procedure tecniche e digitali, senza l'autorizza- zione scritta della casa editrice.
<b>Inserate</b> <b>Annonces</b> <b>Inserti</b>	Stämpfli Kommunikation, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 82, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com
<b>Abonnement</b> <b>Abonnements</b> <b>Abbonamenti</b>	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: zeitschriften@staempfli.com Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 396.– (Print und Online), CHF 316.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 78.– (exkl. Porto); Europa – Europe – Europa: CHF 402.– (Print und Online) Ausland übrige Länder – Etranger d'autres pays – Estero altri paesi: CHF 438.– (Print und Online) Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich. Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.



Michel-André Fels, Fürsprecher

Dr. Nina Blum, Advokatin

Prof. Dr. Niklaus Ruckstuhl, Advokat

# Restaurative Gerechtigkeit – betrachtet aus dem Blickwinkel der Strafverfolgung, der Opfervertretung und der Verteidigung

## Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Restaurative Justiz aus der Sicht der Strafverfolgung – ein Annäherungsversuch (Michel-André Fels)
- III. Restaurative Gerechtigkeit aus der Sicht der Opfervertretung (Nina Blum)
  1. Einleitende Bemerkungen und Definition
  2. Interessen der Opfer im Strafverfahren
  3. Chancen der restaurativen Justiz
  4. Risiken der restaurativen Justiz
  5. Voraussetzungen für eine gute restaurative Justiz
  6. Abschliessende Bemerkungen
- IV. Restaurative Gerechtigkeit: Die Sicht (auch der Verteidigung) (Niklaus Ruckstuhl)
  1. Reduktion von «Strafrecht»
  2. Bedarf nach alternativer «Streiterledigung»
  3. Strafrecht wozu und wann nicht? Strafrecht muss ultima ratio bleiben!
  4. Anstatt Strafrecht: Lösung Konflikt «inter partes»: offene Fragen
  5. Probleme bei alternativer Erledigung aus Sicht des Beschuldigten
    - a) Wahrung der Rechtsgleichheit
    - b) Wahrung der Verfahrensgarantien des Beschuldigten
  6. Lösungsvorschläge
    - a) Alternative Erledigung bei Verletzung von Individualrechtsgütern
    - b) Alternative Erledigung bei Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit
  7. Fazit

## I. Einleitung

Das in den 70er- und 80er-Jahren des 20. Jahrhunderts entwickelte Konzept der «Restorative Justice» beschäftigt seit einigen Jahrzehnten nicht nur die Strafrechtstheoretiker, sondern hat – vor allem in den Rechtsordnungen des anglo-amerikanischen Rechtskreises – auch Eingang in die Strafrechtspraxis gefunden. Auch im schweizerischen Strafprozess finden sich einzelne Elemente, die man dem Konzept zuordnen kann, nämlich: die Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), den Vergleich (Art. 316 StPO) und die Mediation, die allerdings bisher auf Ebene des Bundes nur im Jugendstrafverfahren eine Grundlage gefunden hat (Art. 17 JStPO).

Der Nationalrat hatte im Gesetzgebungsverfahren zur Reform der Strafprozessordnung mit Art. 316a E-StPO eine Regelung vorgeschlagen, mit der die Mediation auch im Strafverfahren gegen Erwachsene eine Rechtsgrundlage erhalten sollte. Er hat damit eine Idee aufgegriffen, die bereits im Vorentwurf und im Entwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung enthalten war, die aber damals letztlich doch wieder gestrichen wurde. Auch Art. 316a E-StPO ist zwischenzeitlich durch den Ständerat aus dem laufenden Gesetzgebungsverfahren ausgegliedert worden. Der Ständerat hat den Bundesrat beauftragt, in einer separaten Vorlage,<sup>1</sup> eine Gesetzesgrundlage zur Verankerung der restaurativen Gerechtigkeit in der Strafprozessordnung unter Einbezug der Strafbefreiungsgründe gemäss Art. 52 ff. StGB auszuarbeiten. Der Nationalrat ist diesem Vorschlag gefolgt. Der damit eingetretene Zwischenhalt eröffnet die wohl letzte Möglichkeit, sich mit dieser Thematik zu befassen.

<sup>1</sup> Kommissionsmotion vom 19. 10. 2021, Justice restaurative, Geschäftsdatenbank 21.4336.

sen, bevor und nicht nachdem die Würfel bereits gefallen sind.

Die Bemühungen um eine Einführung der Mediation im Erwachsenenstrafverfahren werfen eine Vielzahl von Fragen auf, die von der grundsätzlichen Wünschbarkeit bis hin zur praktischen Umsetzbarkeit reichen: Wie verträgt sich restaurative Gerechtigkeit mit den Grundprinzipien des traditionellen Straf- und Strafprozessrechts? Welche Vorteile bieten restaurative Elemente im Strafverfahren? Was wäre der geeignete Anwendungsbereich für eine Mediation im Strafverfahren? Und schliesslich: Wie muss eine Regelung aussehen, die den Ansprüchen an ein rechtsstaatliches Verfahren genügt und dabei gleichzeitig auch noch praxistauglich ist?

Diese und andere Fragen sind auf einer Tagung behandelt worden, die von Christopher Geth und Wolfgang Wohlers am 5. Mai 2022 unter dem Titel «Strafprozess und restaurative Gerechtigkeit» an der Juristischen Fakultät der Universität Basel veranstaltet worden ist. Ein Text, der als Grundlage für das Eingangsreferat von Wolfgang Wohlers gedient hat, ist bereits unter dem Titel «Restaurative Gerechtigkeit – Alternative zur strafenden Gerechtigkeit?» an anderer Stelle publiziert worden.<sup>2</sup> Nachfolgend dokumentieren wir die Referate, mit denen die Thematik aus der spezifischen Perspektive der Strafbehörden (Michel-André Fels), der Opfervertretung (Nina Blum) und der Strafverteidigung (Niklaus Ruckstuhl) beleuchtet wurden.

## II. Restaurative Justiz aus der Sicht der Strafverfolgung – ein Annäherungsversuch (Michel-André Fels)

Dieser Beitrag basiert auf dem im Rahmen der Weiterbildungsreihe «Recht aktuell» der Juristischen Fakultät Basel gehaltenen Vortrag. Er referenziert unter anderem auf die Arbeitsergebnisse zur Beantwortung diverser Einladungen zur Stellungnahme zu Art. 316a E-StPO<sup>3</sup> im Zuge der Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO).<sup>4</sup>

In den parlamentarischen Beratungen zur Revision der StPO wurden die Strafbehörden der Schweiz und die Schweizerische Staatsanwältkonferenz<sup>5</sup> ausserhalb jeder gesetzgeberischen Vorarbeit und ausserhalb des ordentlichen Vernehmlassungsverfahrens mit einer neuen Bestim-

mung konfrontiert, welche das Institut der restaurativen Gerechtigkeit im Strafprozessrecht verankern wollte.<sup>6</sup>

Der erste Gedanke war, dass dem verstärkten Opfer-Täter-Ausgleich an sich nichts entgegenzustellen war. Der Weg, menschlich wertvolle Arbeit zu leisten, die weg von der Strafe hin zu tragfähigen Lösungen führt, ist zu achten. Tritt zudem eine Entlastung der Strafbehörden ein, wäre das ein erfreulicher Nebeneffekt, dem indes kein Bedingungscharakter zukommen darf. Nur: ob dem so ist oder ob die daraus resultierende Belastung nicht anderswo eintritt, bleibt zu prüfen. Unangeleitet oder unbegleitet findet auch restaurative Justiz nicht statt.

Der zweite Gedanke oder die Kernfrage war, ob dieses schon *prima vista* sehr komplexe Institut gesetzessystematisch richtig verortet wurde. Im Rahmen der engen parlamentarischen Fristen standen nun auf einen Schlag höchst anspruchsvolle rechtspolitische Fragen zur Beantwortung im Raum. Diese waren mit der Aufgabe verbunden, den vom Nationalrat verfassten Lösungsansatz<sup>7</sup> systematisch und inhaltlich zu prüfen. Diese Arbeiten erfolgten in der Hitze des Gefechts, ging und geht es um die in ein paar wenigen Fokuspunkten noch höchst umstrittene Revision des für die Strafverfolgung zentralen Gesetzeswerkes, nämlich der StPO, die als klarer Auftrag die effiziente und rechtsstaatliche Verfolgung und Beurteilung von Straftaten zu garantieren hat.

Die Frage nach der Einordnung und Qualität war dahingehend zu beantworten, dass die neue Bestimmung des Art. 316a E-StPO falsch verortet, redaktionell unausgegoren und in ihren rechtspolitischen Konsequenzen nicht zu Ende gedacht sei. Es handle sich um ein der heutigen Konzeption des schweizerischen Strafprozessrechts fremdes Element, das nicht überhastet eingeführt werden dürfe. Zudem zöge es eine weitere Aufgabe der Staatsanwaltschaft nach sich, dies zusätzlich zu deren bereits heute sehr komplexen Aufgabenportefeuilles – kann das gut sein? Rein prozessual stand die Sorge im Vordergrund, dass Art. 316a E-StPO dem Beschleunigungsgebot nach Art. 5 StPO widerspricht.<sup>8</sup> Die Kollision ist unschwer zu erkennen, weil das Verfahren der restaurativen Gerechtigkeit sowohl von Täter- wie von Opferseite jederzeit und bei jedem Tatbestand hätte einge-

<sup>2</sup> WOHLERS, «Restaurative Gerechtigkeit» – Alternative zur strafenden Gerechtigkeit?, AJP 2022, 459 ff.

<sup>3</sup> Medienmitteilung der RK-N vom 6. November 2020 auf [www.parlament.ch/pressreleases](http://www.parlament.ch/pressreleases).

<sup>4</sup> FELS ET AL., Staatsanwältkonferenz SSK, Grundlagenpapiere/Themenfokus Revision StPO II, Ständerat vom 2. Februar 2021; BAUR ET AL., Kanton Zürich, Justizvollzug & Wiedereingliederung, Restaurative Justiz, Positionspapier vom 5. Mai 2021.

<sup>5</sup> <https://www.ssk-cps.ch>.

<sup>6</sup> Postulat Mazzone Lisa vom 28. 9. 2018, Wiedergutmachungsjustiz in unserer Rechtsordnung integrieren. Es muss mehr getan werden, Geschäftsnummer 18.4063.

<sup>7</sup> Art. 316a E-StPO.

<sup>8</sup> Im Rahmen dieses Beitrages ist das allgemeine Beschleunigungsgebot angesprochen. Auf eine Vertiefung mit dem spezifischen Beschleunigungsgebot in Haft Sachen nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK, Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Abs. 2 StPO kann verzichtet werden. Das Beschleunigungsgebot gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verpflichtet die Behörden, das Strafverfahren zügig voranzutreiben, um den Beschuldigten nicht unnötig über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Ungewissen zu lassen, vgl. WIPRÄCHTIGER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StGB I, 4. Aufl., Basel 2018, Art. 47 N 178 ff. und dort zit. Rspr.

fordert werden können. Die Ablehnung eines solchen Gesuchs hätte aufgrund fehlender Einschränkungen der Rechtsmittel separat angefochten werden können, was wiederum zu Verfahrensverzögerungen geführt hätte. Weiter stand im Raum, dass das neue Instrument – gerade bei Beziehungsdelikten – sogar den Opferschutz gefährden könnte: Je nach Konstellation einer Beziehung und ihrem kulturellen Hintergrund könnte das Opfer zusätzlich zu den erlittenen Schädigungen durch die Tat selbst unter neuen, massiven psychischen Druck geraten bei der Aufgabe, in ein Mediationsverfahren mit der – euphemistisch ausgedrückt – Urheberin oder dem Urheber des Problems einzuwilligen, selbst wenn es das eigentlich gar nicht möchte.

Kurz, wollte man diese Bestimmung unverändert Gesetz werden lassen, würde sie eine beträchtliche Anzahl Fragen aufwerfen, deren Beantwortung viel zu weitgehend der Praxis und der Rechtsprechung hätte überlassen werden müssen: Was passiert, wenn ein Verfahren nach Art. 316a StPO scheitert? Was bedeutet «aktive Beteiligung an der Lösung der durch die Straftat entstandenen Schwierigkeiten»? Wann sind «sämtliche durch die Tat entstandenen Schäden vollständig ausgeglichen»? Wie können die Strafbehörden das Ergebnis berücksichtigen, wenn der Inhalt der separaten Mediation vertraulich bleibt? Müssten sie nicht – ähnlich der Geständnisentwicklung im Rahmen einer forensisch-psychiatrischen Begutachtung – über wesentliche Entwicklungen unverzüglich in Kenntnis gesetzt werden? Ist die StPO und dort das Vorverfahren als Regelungsort nicht zu einschränkend? Wie steht es mit anderen Verfahrensabschnitten oder mit dem Vollzugsrecht?

Das alles mündete in der Haltung zuhanden der Räte, dass die «Justice restaurative» aus der aktuellen Revision der Strafprozessordnung herausgelöst werden sollte. Deren Einführung sei vielmehr mit der gebührenden Sorgfalt durch eine Expertengruppe vorzubereiten und dem ordentlichen Vernehmlassungsverfahren zu unterwerfen.

Die Räte haben diese Herauslösung nun vorgenommen und die Differenz bereinigt. Dies leider im Gegensatz zu anderen Differenzen, die aktuell nach wie vor bestehen und die die ganze Revision der StPO zum Scheitern bringen könnten.<sup>9</sup> Für die nun neu in Erfüllung der Motion separat zu schaffenden Norm sollte Folgendes bedacht werden:

1. Die Strafprozessordnung fordert, dass im Vorverfahren verschiedenste Anliegen unter einen Hut gebracht werden. Es ist dies die anspruchsvolle, interdisziplinäre Zusammenarbeit der Staatsanwaltschaft, damit sie die tatsächliche und rechtliche Abklärung des für eine Straftat relevanten Sachverhalts vornehmen kann, damit das Vorverfahren durch Anklage oder Einstellung abgeschlossen wird. Bei dieser Aufgabe ist sie durch das Beschleunigungsgebot über-

wacht, der Objektivität<sup>10</sup> verpflichtet, durch das Fristenregime geleitet, für die Wahrung der Parteirechte verantwortlich und der stetigen Rechtskontrolle durch den Instanzenzug hinsichtlich einer jeden einzelnen ihrer Verfügungen unterworfen.<sup>11</sup> Leicht ist zu erkennen, dass die Schaffung eines neuen Instruments ungeachtet seiner Vorteile sorgfältig angegangen werden muss, weil die Kollision der Norm mit den eben erwähnten Forderungen an die Staatsanwaltschaft unweigerlich zu Konflikten führen muss. Konflikte und deren Bereinigung kosten Zeit. Zeitverlust ist der Hauptgrund, weshalb Verfahren scheitern.

2. Wiewohl oft von positiven Wirkungen der restaurativen Justiz berichtet wird,<sup>12</sup> ist Zurückhaltung geboten, da sich die wenigen bestehenden Untersuchungen auf unterschiedliche Delikts- und Tätergruppen beziehen: Es handelt sich dort meist um Kleinkriminalität, und als Täterschaft stehen Jugendliche im Vordergrund. Im Erwachsenenstrafrecht wurden Personen ausgewählt, bei denen bereits eine gewisse Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme bestand. Ein klarer Hinweis oder gar eine empirische Studie, wonach restaurative Justiz auch bei Verbrechen und Vergehen eine erfolgreiche Alternative sein könnte, fehlen. Weiter ist festzustellen, dass die untersuchten Programme restaurativer Justiz wie etwa «Victim-Offender-Mediation»,<sup>13</sup> «Conferencing»<sup>14</sup> bis hin zu «Peace-Making-Circles»<sup>15</sup> provenienzgebunden in das Common Law eingebettet sind.<sup>16</sup> Diese Systeme lassen sich mit dem kontinentaleuropäischen Civil Law und damit auch mit dem Schweizer Strafsystem nur sehr bedingt vergleichen. Die Ausgangslage zeigt, dass der systematische Einbezug von zu ergänzenden Erfahrungen aus der Schweiz, oder – soweit vorhanden – zu kantonalen Modellversuchen, wünschenswert wäre,<sup>17</sup> bevor auf die Schnelle Normen geschaffen werden. Nur so können Antworten zur richtigen systemischen Einbettung in unser gesetzliches Umfeld gewonnen werden.

<sup>9</sup> U. a. Teilnahmerechte (Art. 147a E-StPO) sowie das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide (Art. 222 Abs. 2 bzw. Art. 226a E-StPO).

<sup>10</sup> Art. 4 und 6 StPO; Art. 30 Abs. 1 BV.

<sup>11</sup> Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO.

<sup>12</sup> Vgl. bspw. HARTMANN/SCHMIDT/KERNER, Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2017 und 2018, Berlin 2020, 72.

<sup>13</sup> UMBREIT ET AL., National Survey of Victim-Offender Mediation Programs in the United States, U.S. Department of Justice, Office for Victims of Crime OVC, Victim-Offender Mediation: A National Perspective, Washington D. C. 2000.

<sup>14</sup> MORRIS/MAXWELL, Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles, Portland 2001.

<sup>15</sup> FELLEGI/SZEGO, Handbook for Facilitating Peacemaking Circles, Brüssel 2013.

<sup>16</sup> MORRIS/MAXWELL (Fn. 14), 3 ff.

<sup>17</sup> Vgl. bspw. STALDER/FRIGG/NETT, Mediation in Jugendstrafsachen, Evaluation im Kanton Bern (1.1.2011–31.12.2016), Bern 2019; SCHWARZENEGGER/THALMANN/ZANOLINI, Mediation im Strafrecht: Erfahrungen im Kanton Zürich. Schlussbericht zur kriminologischen Evaluation des Zürcher Pilotprojekts, Zürich 2006; BAUR ET AL. (Fn. 4).



3. Aus Sicht der Strafverfolgung stehen die folgenden Überlegungen im Vordergrund:

a) Je nachdem, in welchem Verfahrensstadium restaurative Justiz zum Einsatz kommen soll, ist deren verfahrensrechtliche Verankerung zu definieren. Der Verfahrensleitung kommt nach der Konzeption der StPO in jedem Verfahrensstadium eine nach Aufgabe differenzierte Bedeutung zu, sei dies im Vor- und Hauptverfahren wie auch im Rechtsmittelverfahren. Mit «Leitung» ist klarerweise Verantwortung verbunden. Daher muss bezogen auf restaurative Elemente die Rolle und Entscheidungskompetenz dieser Verfahrensleitung geklärt werden. Welche Kompetenzen soll sie, also die Staatsanwaltschaft, das Gericht oder die Vollzugsbehörde, bei der restaurativen Justiz haben? Gerade die zentrale Frage ist offen, ob die Verfahrensleitung frei und abschliessend über die Durchführung einer Mediation entscheidet oder nicht. Der Blick ins geltende Recht hälfe weiter: Die Staatsanwaltschaft muss in Verfahren betreffend häusliche Gewalt nach Art. 55a StGB, wenn das Opfer eine Sistierung des Verfahrens wünscht, zwingend prüfen, ob eine Sistierung oder Einstellung geeignet ist, die Situation des Opfers zu stabilisieren oder zu verbessern. Diese Prüfungsverpflichtung zeigt, dass dieser Entscheidungsprozess nicht nur vom Willen des Opfers abhängt. Ein Verfahren kann auch gegen seinen Willen wieder aufgenommen werden, sofern die Verfahrensleitung zum Schluss kommt, die Situation des Opfers habe sich in der Zwischenzeit nicht so entwickelt, wie dies beabsichtigt war. Wenn die beschuldigte Person oder deren Verteidigung zu diesem Zeitpunkt eine Mediation vorschlägt, muss die Verfahrensleitung, welcher funktionsbedingt das umfassendste Fallwissen zukommt, abschliessend entscheiden können, was im Interesse des Opfers liegen muss. Das ist richtig so. Wie ist diese Brücke neu zu schlagen?

b) Durch eine klare bundesrechtliche Regelung mit Vorbehalten zugunsten des kantonalen Rechts muss festgelegt werden, welche Verfahren für die restaurative Justiz geeignet sind. Dabei wäre zu beachten, dass die Freiwilligkeit bewahrt wird: Beschuldigte und geschädigte Personen sind über den Sinn und Zweck der restaurativen Justiz und über ihre Chancen und Risiken eingehend aufzuklären. Ein wie in Art. 316a Abs. 1 E-StPO karg formuliertes «Antragsrecht» muss, hält man sich dessen Tragweite vor Augen, sehr kritisch hinterfragt werden. Weiter müsste die Verfahrensleitung im Rahmen des geeigneten Verfahrens die gegenseitige Bereitschaft abklären können und erst dann den Wechsel in die restaurative Justiz anregen. Dadurch lässt sich vermeiden, dass auf die geschädigte Person faktisch-moralischer Druck ausgeübt wird, etwas halbherzig oder beeinflusst zu «beantragen» und sich auf einer verfälschten Basis auf ein tiefgehendes, bisweilen aufwühlendes Verfahren restaurativer Justiz einzulassen. Hier schliesst sich die schwierige Frage an, ob Wiedergutmachung auch dann möglich sein soll, wenn Opfer/Geschädigte das nicht wol-

len, der Täter aber schon: Wieweit darf überhaupt Druck auf Personen erfolgen, welche psychisch oft in einem ganz anderen Bewältigungsprozess stehen als der Urheber der Schädigung oder Gewalt? Unerträglich ist die Verirrung, dass ein Opfer zum blossen «Instrument» verkommt, mit der sich die beschuldigte Person Vergünstigungen verdient. Dass der Täter solches mit latentem Druck anstossen kann, sogar gegen den Willen der Gegenseite, ist nicht zu schützen. Die direkte Kontaktaufnahme der beschuldigten mit der geschädigten Person darf somit auch nicht durch eine gesetzliche Regelung gefördert werden. Vielmehr sind die Strafbehörden in der Pflicht, eine ungewollte Konfrontation der geschädigten mit der beschuldigten Person zu vermeiden. Sie wissen durch ihre Fallkenntnis am besten, wie sich die fallspezifischen Konstellationen gestalten. Eine weitere beachtungswürdige Komponente ist die, ob einerseits bei der beschuldigten und andererseits bei der geschädigten Person die sprachlichen, intellektuellen und psychischen Voraussetzungen gegeben sind,<sup>18</sup> um ein Verfahren der restaurativen Justiz bewältigen zu können: Geschädigte und beschuldigte Personen müssen in der Lage sein, ihre Interessen in hohem Masse eigenverantwortlich, also auch im Verhältnis zur beratenden/vertretenden Person, wahrzunehmen. Sprachbarrieren sind durch zertifizierte Übersetzerinnen und Übersetzer zu überwinden, damit hier keine irreparablen Missverständnisse<sup>19</sup> Platz greifen.

c) In der Strafverfolgung und bei der Beurteilung von Straftätern ist es zentral, ob aufseiten der beschuldigten Person die vorbehaltlose Einsicht in das Unrecht ihrer Tat und damit auch die echte Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme für das durch die Tat verursachte Unrecht gegeben ist. Auch für die restaurative Justiz muss gelten, dass die beschuldigte Person geständig ist: Die Verfahrensleitung hat vor der Einleitung eines Verfahrens restaurativer Justiz demnach das Geständnis der beschuldigten Person im Sinne einer formalen Voraussetzung gemäss Art. 160 StPO zu überprüfen.<sup>20</sup> Ob bereits eine erste Geständnisbereitschaft

18 FELS, Staatsanwaltschaft – Polizei: Zusammenarbeit bei der Suche nach der Wahrheit, in: LUDEWIG/BAUMER/TAVOR (Hrsg.), *Aussagenpsychologie für die Rechtspraxis «zwischen Wahrheit und Lüge»*, Zürich/St. Gallen 2017, 190 ff.

19 Zu denken ist auch an kulturell über die Sprache wirkende Missverständnisse, die durch exakte Übersetzungen zu vermeiden sind.

20 Es ist vor allem abzuklären, ob ein Geständnis zuverlässig ist, denn Erfahrungen zeigen, dass aus verschiedensten Gründen immer wieder falsche Geständnisse abgelegt werden. Dem Beschuldigten ist Gelegenheit zu geben, Einzelheiten der Tatumstände schildern zu lassen, die nur den Strafbehörden und der beschuldigten Person bekannt sein können. Abzuklären ist weiter, ob das Geständnis alle subjektiven und objektiven Tatbestandselemente mitumschliesst. Dies erfordert eine sorgfältige Vorgehensweise der Strafbehörden, namentlich der Polizei und der Staatsanwaltschaft, welche tatnah zum Zuge kommen, vgl. SCHMID/JOSITSCH, *StPO Praxiskommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, Art. 160 N 2; weiter RUCKSTUHL, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *BSK StPO*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 160, N 2 ff.

zur Einleitung eines Verfahrens restaurativer Justiz ausreichen kann, ist fraglich: Dieser prospektive Ansatz birgt die Gefahr in sich, dass das restaurative Element Gefahr läuft, zweckorientiert missbraucht zu werden und eine unerwünschte Verfahrensverzögerung eintritt. Das überprüfte Geständnis als Meilenstein per se im Strafverfahren dürfte besser tauglich sein, um als solide Grundlage für die Anregung einer Mediation durch die Verfahrensleitung zu dienen.

d) Die *Hauptanliegen der Strafverfolgung*<sup>21</sup> könnten somit wie folgt sichergestellt werden: Es muss gewährleistet sein, dass auch nach einem gescheiterten Aussöhnungsversuch eine Verurteilung möglich bleibt und der Umgang mit Informationen, die nach einem Scheitern aktenkundig geworden sind, klar geregelt ist, wobei ein Siegel oder eine Entfernung kaum der Weisheit letzter Schluss sein dürfte, hält man sich die psychischen Auswirkungen auf beiden Seiten und auf den Verfahrensgang vor Augen. Zentral bleiben die Erhaltung der Beweiserhebungen in materieller und zeitlicher Hinsicht und die Vermeidung der Verjährung im Einzelfall.

4. Zusammengefasst und im Sinne eines «umgekehrten Trichtermodells» spricht dies im *Vorverfahren*<sup>22</sup> für die starke Rolle der Staatsanwaltschaft als verantwortliche Verfahrensleitung im Sinne der Strafprozessordnung,<sup>23</sup> sei dies bei der Fallauswahl und bei der Bestimmung des passenden Zeitpunkts für den Baustein restaurative Justiz. Dies, damit die Staatsanwaltschaft weiterhin ihre gesetzliche Aufgabe der interdisziplinären Strafverfolgung erfüllen kann, auch wenn ein neuer Baustein diesem komplexen Gefüge beigelegt wird. Elemente restaurativer Justiz könnten im Erwachsenenstrafrecht nur in sehr frühen Verfahrensstadien eine wertvolle Rolle spielen, weil sie hier eine Alternative zu einem Verfahrensabschluss mit Strafbefehl sein könnten. Mit zunehmender Komplexität oder Deliktsschwere schwindet dies aber zwangsläufig. Der Spielraum ist eng.

5. Nach diesen einschränkenden Rahmenbedingungen im Vorverfahren spricht vieles dafür, diese Elemente erst im *Hauptverfahren*,<sup>24</sup> vor dem urteilenden Gericht, breiter einzusetzen, da hier der Sachverhalt durch das abgeschlossene Vorverfahren weitgehend aufgearbeitet worden ist: Negative Einwirkungen durch «Antragsmissbrauch» bei der Suche nach der materiellen Wahrheit entfallen; dem im Interesse aller Parteien liegenden Beschleunigungsgebot wurde nachgekommen und die dort bestehenden Vergleichsinstru-

mente standen den Parteien zur Verfügung. Denkbar wäre es, dass der Beizug eines unabhängigen Mediators sogar obsolet werden könnte, weil er im Vermittlungsversuch in der Hauptverhandlung durch das Gericht ersetzt werden kann. Es ergibt sich hier eine deutlich breitere, gar kostengünstigere Handlungsfreiheit.

6. Die dritte, an Einsatzmöglichkeiten wohl breiteste Phase wäre die des *Strafvollzugs*. Die Herausforderung bestünde darin, Elemente der restaurativen Justiz sorgsam in ein spezialpräventives Vollzugskonzept und gegebenenfalls in die Opferarbeit einzupassen. Dies könnte ein zusätzlicher Baustein zu den übrigen, heute nicht auf die direkte Konfrontation verurteilte Person – Opfer ausgestalteten Settings darstellen.

7. Fazit: Dieser Beitrag bleibt angesichts der kargen Erfahrungen und der Menge der vertieft zu beantwortenden Fragen im Zustand der «unvollkommenen Weisheit». Dennoch kann aus der Sicht der Strafverfolgung der Schluss gezogen werden, dass die restaurative Justiz in der Untersuchung von komplexeren und deliktsschweren Verfahren kaum Platz finden kann. Gründe dafür sind zum einen die genannten, mitunter auch systemischen und rechtskulturellen Inkompatibilitäten, aber auch, weil durch sie die rasche Verfahrenserledigung gefährdet werden könnte, die oberste Leitsatz im Interesse aller Parteien bleiben muss.

Ein wichtiges Anliegen an die heutige Strafrechtspraxis ist es, vermehrt auf die bestehenden gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen, allenfalls flankiert durch stetige Weiterbildung und Sensibilisierung. Ungebremst steigende Geschäftslast und die notorische Unterdotierung der Strafbehörden sind für solche anspruchsvollen Verfahrensführungen nicht förderlich, ein Grund, weshalb sie bisweilen ein Schattendasein fristen. Das dürfte nicht sein: Im *Jugendstrafrecht* spielen Elemente restaurativer Justiz eine wichtige Rolle, namentlich Art. 5 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 17 JStPO, wo der Verzicht bzw. die Sistierung der Strafverfolgung nach erfolgreich abgeschlossener Mediation zur Verfügung steht. Im *allgemeinen Strafrecht* kann schon heute ein Täter-Opfer-Ausgleich auf unterschiedliche Art und Weise zu unterschiedlichen Zeitpunkten durch unterschiedliche Verantwortungsträger erreicht werden, namentlich bei der Strafzumessung (Art. 48 lit. d StGB), bei der Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), bei der Sistierung und gegebenenfalls bei der Einstellung des Verfahrens bei Kriminalität im sozialen Nahfeld (Art. 55a StGB) sowie beim Vergleich bei Strafantragsdelikten (Art. 316 StPO). Ferner spricht, wie dargelegt, vieles dafür, den erfolgreichen Abschluss eines Verfahrens der restaurativen Justiz bei vollzugsrechtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen.

Das Bestehende ist im Interesse des Opfer-Täter-Ausgleichs vermehrt zu wagen. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber die Aufgabe, neue Lösungsansätze erst sorgfältig im Grundsatz vorzuprüfen, um sie dann gekonnt, differenziert und stimmig in unsere Rechtsordnung einzufügen.

<sup>21</sup> Dazu zählen namentlich die effektive Strafrechtspflege und die Wahrung des Strafanspruches des Staates.

<sup>22</sup> Art. 299 ff. StPO.

<sup>23</sup> Die gesamte Voruntersuchung steht als Folge des Staatsanwaltschaftsmodells der StPO unter der Leitung und Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft, vgl. Art. 15 Abs. 2, Art. 306 Abs. 1, Art. 307 Abs. 2 StPO.

<sup>24</sup> Art. 328 ff. StPO.



### III. Restaurative Gerechtigkeit aus der Sicht der Opfervertretung (Nina Blum)

#### 1. Einleitende Bemerkungen und Definition

a) *Gerechtigkeit*: Gerechtigkeit ist ein gewichtiges Wort, welches hohe Erwartungen weckt. Gleichzeitig ist es kein technischer Begriff, sondern ein Wort mit vielen subjektiven Bedeutungen. Auf Französisch ist von «justice restaurative» und auf Englisch von «restorative justice» die Rede, wobei «justice» zwei Bedeutungen hat, nämlich Gerechtigkeit, aber auch Justiz. Nachfolgend wird deshalb der passendere Begriff restaurative Justiz verwendet.

b) *Restaurativ*: Die traditionelle Justiz befasst sich vor allem mit der Bestrafung und Resozialisierung der Täterschaft. Strafziele sind der Rechtsgüterschutz sowie die Abschreckung, mithin der Schutz potenzieller Opfer. Das reale Opfer muss selbst mit dem Erlebten, mit allfälligen Traumata, umzugehen lernen. Es handelt sich um zwei voneinander losgelöste Prozesse.

Das Ziel der restaurativen Justiz ist es, das aktuelle Opfer mehr ins Zentrum zu rücken, wobei es in der Regel um einen Dialog geht: Beide Seiten sollen hören, wie die jeweils andere Seite die Tat erlebt hat und welche Folgen sie hatte. Damit soll in erster Linie das Opfer gestärkt und ermächtigt werden. Angestrebt werden Aussöhnung und Heilung. Zum Vorteil der Gesellschaft resultiert idealerweise eine Senkung des Rückfallrisikos.

Die restaurative Justiz kann verschiedene Formen annehmen, wobei nachfolgend vom Modell der Mediation ausgegangen wird. Dabei moderiert ein Mediator/eine Mediatorin Gespräche zwischen den Parteien und ermöglicht ihnen so, eine eigenständige Lösung zu finden und eine Übereinkunft zu treffen.

c) *Opfer*: Vorauszuschicken ist, dass es nicht sinnvoll erscheint, die Parteivertretungen direkt in eine Mediation zu involvieren.

Wenn man die restaurative Justiz aus der Sicht des Opfers beleuchten möchte, stellt sich die Frage, ob damit der technische Begriff des Opfers, wie er in der Strafprozessordnung definiert wird, gemeint ist. Gemäss Art. 115 StPO gilt als geschädigte Person diejenige Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist. Gemäss Art. 116 StPO gilt als Opfer hingegen nur diejenige geschädigte Person, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist. Wenn nur Opfer im technischen Sinn die restaurative Justiz in Anspruch nehmen könnten, bliebe für lediglich am Vermögen Geschädigte nur die Möglichkeit der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB bzw. der Vergleich nach Art. 316 StPO. Dies ist nicht unvorstellbar und wohl in den meisten Fällen sinnvoll, denn ein Bedürfnis nach Aussöhnung und Heilung dürfte in der Regel überhaupt nur bei einem Opfer im technischen Sinn vorhanden sein. Jedoch sind auch Fälle reiner Vermögensschädigung

denkbar, beispielsweise krasse Betrugsfälle, welche ein Bedürfnis der geschädigten Person nach restaurativer Justiz entstehen lassen. Die Idee müsste es jedenfalls sein, einen möglichst breiten Zugang zur restaurativen Justiz zu ermöglichen.

#### 2. Interessen der Opfer im Strafverfahren

Die möglichen Vorteile der restaurativen Justiz aus Tätersicht bzw. die Täterinteressen liegen auf der Hand, es sind dies – etwas polemisch – die Aussicht auf Strafmilderung oder gar Verfahrenseinstellung. Dem können die Interessen des Opfers diametral gegenüberstehen. Wird die beschuldigte Person verurteilt, ist das Opfer zwar in der Regel erleichtert: Man glaubt ihm und bestraft die Täterschaft. Dennoch ist das Opfer in der Hälfte der Fälle enttäuscht, namentlich über die Strafe bzw. über das Strafmass. Das Opfer wurde unter Umständen lebenslänglich geschädigt und die Täterschaft kommt nach relativ kurzer Zeit wieder auf freien Fuss oder erhält vielleicht sogar nur eine Geldstrafe. Das kann unbefriedigend sein. Hier soll die restaurative Justiz Abhilfe schaffen.

Die Gründe, weshalb eine betroffene Person sich auf ein Verfahren der restaurativen Justiz einlässt, können sehr vielfältig sein, ebenso die Erwartungen: Konfrontation des Täters, eine Genugtuung, eine Entschuldigung, Antworten (um das Geschehene zu verstehen), Wahrheitssuche (da Erinnerung trügerisch sein kann oder auch Erinnerungslücken bestehen können), einen Schlussstrich ziehen, andere vor dem gleichen Täter schützen (Verhinderung von Rückfällen), andere vor der gleichen Tat schützen (Erfahrung weitergeben), gehört werden, aktiv am Prozess teilnehmen, Selbstbestimmung, Kontrolle, Validation, Rehabilitation sowie Information bezüglich der Tat und der Täterschaft etc.

#### 3. Chancen der restaurativen Justiz

Im traditionellen Strafverfahren ist es fast unmöglich, den genannten vielfältigen Interessen und Bedürfnissen des Opfers gerecht zu werden. Die restaurative Justiz könnte hier flexibler sein und die Parteien entscheiden lassen, was es braucht, um den Konflikt zu lösen. In einem traditionellen Strafverfahren bzw. in einer Befragung kann das Opfer zu kurz kommen, denn es erhält wenig Raum und erfüllt vor allem einen Zweck: Es ist in der Regel Zeuge der Tat. Die restaurative Justiz hingegen hat einen Dialog statt lediglich ein passives Teilnehmen zum Inhalt. Im Gegensatz zum traditionellen Strafverfahren könnte die restaurative Justiz somit die Opfer und ihre individuellen Bedürfnisse in den Vordergrund stellen oder jedenfalls mehr ins Zentrum des Verfahrens rücken. Es könnte ein psychischer Heilungsprozess beginnen, das Opfer könnte gestärkt werden, Werte wie Respekt, Würde, Solidarität und Verantwortung könnten mehr Gewicht erhalten. In Beziehungsdelikten könnten Beziehungen repariert werden. Zusammenfassend könnte das Opfer vom Objekt zum Subjekt werden und damit



könnte das Strafverfahren für ein Opfer weniger bedrohlich und unpersönlich wirken.

#### 4. Risiken der restaurativen Justiz

a) *Gefahr der Re-Traumatisierung*: Ein traditionelles Strafverfahren kann re-traumatisieren. Diese Gefahr besteht selbstredend auch in einem Verfahren der restaurativen Justiz. Aber es böte sich gleichzeitig die Chance, dies in einem sicheren Rahmen zu minimieren bzw. aufzufangen. Durch eine Professionalisierung im Hinblick auf die Opferbedürfnisse könnten die Opfer mehr und bessere Unterstützung erfahren.

b) *Gefahr der Unfreiwilligkeit*: Die grösste Gefahr besteht wohl darin, dass Druck auf das Opfer ausgeübt wird. Dies kann in Form eines eigentlichen Überredens zur Teilnahme bis hin zu subtileren oder gar unbewussten Druckversuchen geschehen. Entschliesst sich das Opfer freiwillig zur Teilnahme, besteht sodann die Gefahr, dass Druck dahin gehend aufgebaut wird, dass eine Einigung erzielt werden muss. Druck kann vom Umfeld, von der Täterschaft, aber auch von der Verfahrensleitung kommen. Und es stellt sich deshalb die Frage, ob das Opfer in irgendeiner Form begleitet oder gar vertreten sein muss.

c) *Gefahr der Manipulation*: Weiter besteht die Gefahr, dass der Täter oder die Täterin das Opfer kontrolliert oder den Prozess manipuliert und für seine oder ihre Zwecke nutzt. Das kann dazu führen, dass die Tat verharmlost oder die Schuld auf das Opfer übertragen wird. Speziell bei innerfamiliären Fällen oder Beziehungstaten können Loyalitätskonflikte bestehen und Manipulationsversuche nicht nur vom Täter oder der Täterin, sondern auch vom Umfeld ausgehen. Dem ist besondere Beachtung zu schenken und es ist an der Mediationsperson, ein allfälliges Machtgefälle zu erkennen und zu verhindern.

d) *Weiteres*: Insbesondere im Falle von Gewalt gegen Frauen kommt schliesslich noch hinzu, dass ein besonderes öffentliches Interesse daran besteht, diese Gewalt in der Öffentlichkeit zu thematisieren. Auch dies ist zu bedenken. Ausserdem besteht die Gefahr, dass der Prozess wenig flexibel ist, dass versucht wird, eine Form für alle zu finden, und dass damit die Chance, auf die individuellen Bedürfnisse der Teilnehmenden einzugehen, verpasst wird. Soll die restaurative Justiz eingeführt werden, sind Qualitätsstandards, Professionalität und Erfahrung der Mediationspersonen selbstverständlich.

#### 5. Voraussetzungen für eine gute restaurative Justiz

a) *Grundvoraussetzungen*: Offenkundig vorausgesetzt sind ein seelisch wie körperlich stabiles Opfer, die vorgängige Aufklärung und Sicherheit aller Beteiligten, insbesondere der möglichst weitgehende Schutz des Opfers vor Re-Traumatisierung, die Vertraulichkeit sowie ein Verfahren ohne Zeitdruck, aber trotzdem gewisse zeitliche Vorgaben.

b) *Von wem soll die Initiative ausgehen?*: Oberstes Prinzip, wie erwähnt, muss die Freiwilligkeit sein. Es darf kein Druck auf das Opfer ausgeübt werden, ansonsten wird es vom Subjekt wieder zum Objekt. Sogleich stellt sich damit die Frage, ob die Initiative auch vom Täter ausgehen kann. Wie würde der Wunsch des Täters nach einer Mediation an das Opfer herangetragen? Und wie würde der Vorschlag der Verfahrensleitung für eine Mediation an das Opfer herangetragen? Jede solche Anfrage kann das Opfer potenziell unter Druck setzen. Freiwilligkeit ist aber *conditio sine qua non*. Nach dem Gesagten wäre es daher am unverfänglichsten, wenn nur das Opfer ein Verfahren der restaurativen Justiz anstossen könnte.

Sollte der Täter oder die Täterin eine Mediation vorschlagen können, so darf allein ein solcher Vorschlag keine (vorteilhafte) Auswirkung auf die verfahrensrechtliche Stellung des Täters bzw. der Täterin haben, ansonsten die Gefahr der Instrumentalisierung bestünde.

Offenkundig ist es schliesslich, dass eine begonnene Mediation von allen Beteiligten jederzeit abgebrochen werden kann, ohne dass dies Auswirkungen auf das Verfahren haben darf. Auch die Kosten dürfen bei einem Scheitern nicht derjenigen Person auferlegt werden, welche die Mediation abgebrochen hat.

c) *Muss die Tat eingestanden sein?*: Kann eine Mediation nur stattfinden, wenn die Aussagen deckungsgleich sind, mithin ein Geständnis vorliegt? Um zu einer Antwort zu gelangen, kann es helfen, sich zu vergegenwärtigen, was die Aufgabe der Mediation eigentlich ist. Eine Mediation ist gewiss keine Fact-finding-Mission. Es geht um Aussöhnung und nicht darum zu eruieren, was wirklich passiert ist. Eine Mediation ist zukunftsgerichtet und fokussiert darauf, wie es der jeweiligen Partei leichter fallen würde, mit dem Geschehenen umzugehen. Hierfür braucht es aber eine Täterschaft, die eine gewisse Einsicht in die Tat und deren Folgen hat bzw. bereit ist, Verantwortung dafür zu übernehmen. Und die Übernahme von Verantwortung ist ohne Anerkennung des Sachverhalts nicht denkbar.

Sogleich stellt sich freilich die Frage der Verwertbarkeit allfälliger Aussagen in einem Mediationsverfahren. Da das Verfahren vertraulich sein muss und einen möglichst freien Dialog ermöglichen soll, müsste eine Regelung analog zu Art. 362 Abs. 4 StPO geschaffen werden.

Ferner besteht die Gefahr, dass das Opfer durch die Mediation in seinen Aussagen beeinflusst werden könnte. Ausserdem stellt sich die Frage, wie man mit einer allfälligen Kollisionsgefahr, namentlich im Falle von mehreren Tätern, umgeht. Um den genannten Gefahren zu begegnen, müssen die wichtigsten Beweise vor einer Mediation bereits gesichert sein und mindestens eine erste Befragung aller Beteiligten muss stattgefunden haben.

d) *Direkte Begegnung oder nicht?*: Im Strafverfahren muss eine Begegnung des Opfers mit der beschuldigten Person vermieden werden, wenn das Opfer dies verlangt



(Art. 152 Abs. 3 StPO). Grundsätzlich ist eine Mediation nicht von vornherein auszuschliessen, falls das Opfer keine direkte Begegnung wünscht. Nichts spricht gegen eine stufenweise Annäherung, wobei aber eine direkte Begegnung keine Bedingung sein darf. Schliesslich ist auch eine Form der Mediation ohne direkte Begegnung denkbar.

e) *Kommen alle Delikte infrage?*: Wenn wir vom technischen Opferbegriff ausgehen sind Vermögensdelikte, wie bereits thematisiert, von der restaurativen Justiz ausgeschlossen. Ob dies sinnvoll ist, wird hier infrage gestellt, da auch krasse Betrugsfälle, Heiratsschwindler o. Ä., Geschädigte hervorbringen, welche von einer Mediation profitieren könnten. Bei Straftaten ohne individuelles Opfer hingegen kommt nach der hier vertretenen Meinung eine Mediation nicht infrage.

Dass die restaurative Justiz im Falle von Antragsdelikten möglich sein muss, erscheint selbstverständlich. Ob sie auch bei Officialdelikten und schweren Delikten infrage kommt, wird zuweilen bezweifelt. Grundsätzlich spricht aber nach der hier vertretenen Auffassung nichts dagegen, solange das Opfer dies möchte und die Täterschaft sich ebenfalls zur Verfügung stellt. Die entscheidendere Frage ist jedoch, was das Ergebnis einer solchen Mediation für das Strafverfahren bedeutet.

f) *Wirkung auf das Strafverfahren?*: Die zentrale Frage ist, ob die restaurative Justiz die traditionelle Strafjustiz ersetzen oder ergänzen soll. Um diese Frage zu beantworten, muss man sich zunächst noch einmal vergegenwärtigen, was man mit der restaurativen Justiz erreichen will. Will man das Opfer stärken, es vom Objekt zum Subjekt machen, oder will man den Täter «belohnen», oder beides? Oft wird auch pauschal moniert, die restaurative Justiz wolle die Bedeutung der Strafe und des Strafverfahrens generell zurückdrängen. Dies dürfte indes eher aus Verteidigungssicht der Fall sein, denn aus Opfersicht ist es alles andere als zwingend, dass die restaurative Justiz das Strafverfahren und insbesondere die Bestrafung ablösen soll. Aus der Sicht des Opfers bedeutet Versöhnung jedenfalls nicht schlechterdings, dass der Täter nicht bestraft werden soll. Grundsätzlich verfolgen diese beiden Verfahren unterschiedliche Ziele und schliessen sich gegenseitig nicht aus. Es besteht indes die Gefahr, dass die Erwartung einer Strafmilderung oder eines Strafverzichts an das Opfer herangetragen wird.

Eine Mediation bringt in der Regel eine Vereinbarung hervor, in welcher die Parteien das Resultat des Prozesses festhalten. Eine solche Vereinbarung muss indes nicht zwingend ein greifbares Resultat oder eine konkrete Ausgleichsleistung enthalten. Die Beteiligten können sich auch darauf einigen, dass der Dialog an sich genügt hat. Desgleichen können problematische Punkte aufgenommen werden oder solche, für welche es keine Lösung gab. Denkbar ist es ausserdem, dass die Beteiligten zusammen einen Antrag für den Fortgang des Strafverfahrens stellen.

Im Falle eines Antragsdelikts könnte Teil der Vereinbarung sein, dass das Opfer seinen Strafantrag zurückzieht. Diesfalls wäre keine Bestrafung mehr möglich. Im Falle eines Officialdeliktes ist die Meinung der geschädigten Person in Bezug auf die Strafverfolgung grundsätzlich unbeachtlich. Nicht gänzlich ignoriert wird der Standpunkt der geschädigten Person indes bei minderschweren Delikten. Ein geringes Strafverfolgungsinteresse und eine Desinteresse-Erklärung führen dort in der Regel zur Einstellung des Verfahrens. Hingegen überwiegt bei schweren Delikten grundsätzlich das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung die Meinung der geschädigten Person. Aber auch dort führen eine schwierige Beweislage zusammen mit einer Desinteresse-Erklärung normalerweise zur Verfahrenseinstellung.

Diese Prinzipien sind auch in der heutigen Regelung der Wiedergutmachung von Art. 53 StGB zu finden. Um von einer Strafverfolgung oder Bestrafung abzusehen, müssen sowohl das Interesse der Öffentlichkeit als auch jenes des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sein. Hinzu kommt, dass die Wiedergutmachung nur bei minderschweren Delikten (neu: maximal ein Jahr Freiheitsstrafe; früher: maximal zwei Jahre) infrage kommt. Das Bundesgericht stuft das öffentliche Strafverfolgungsinteresse bei Freiheitsstrafen von über zwei Jahren nicht mehr als gering ein. Unterhalb dieser Grenze gilt es als gering, weil und soweit der Täter Wiedergutmachungsschritte unternommen hat, wobei die Anforderungen gemäss Bundesgericht mit der Höhe der zu erwartenden Strafe steigen. Das öffentliche Interesse nimmt zwar in gleichem Masse ab, wie die Wiedergutmachung zur Aussöhnung geführt hat, doch selbst wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, wird dies nicht zwingend zum Entfallen des öffentlichen Interesses führen. Spezial- oder generalpräventive Gesichtspunkte können immer noch eine Strafe gebieten.

Nach dem Gesagten muss der Endentscheid auch im Falle einer entsprechenden Vereinbarung im Rahmen der restaurativen Justiz der Verfahrensleitung obliegen, wobei ein allfälliger Wunsch des Opfers nach Bestrafung oder umgekehrt ein Desinteresse an der Bestrafung mit einzubeziehen ist.

g) *Zeitpunkt*: Der Zeitpunkt, wann ein Verfahren der restaurativen Justiz stattfinden soll, hängt zunächst stark vom individuellen Opfer ab. Dieses muss dazu bereit sein und sich darauf einlassen können. Ob ein Verfahren der restaurativen Justiz sodann bereits im Vorverfahren oder erst nach dessen Abschluss bzw. im Hauptverfahren stattfinden oder sogar nach einer Verurteilung noch möglich sein soll, hängt grundsätzlich von der Konstellation des Einzelfalles ab.

## 6. Abschliessende Bemerkungen

Die restaurative Justiz kann nach der hier vertretenen Meinung nur als Ergänzung der Strafjustiz, jedoch nicht als ihr Ersatz dienen. Ziel ist es, die Interessen des Opfers besser zu berücksichtigen als im rein traditionellen Strafverfahren. Das Opfer soll nicht mehr nur Objekt, sondern auch Sub-

jekt sein. Nebenprodukt dieses Ziels ist im Idealfall eine Besserung des Täters. Eine automatische Verknüpfung mit einer Begünstigung des Täters im Strafverfahren ist aus Opfersicht jedoch problematisch. Dass das Bedürfnis nach Bestrafung des Täters nach einem Verfahren der restaurativen Justiz verschwindet, ist empirisch nicht nachgewiesen und individuell verschieden. Auch aus der Sicht der Mediation ist dies problematisch, denn Begünstigung als Zweck oder Anreiz funktioniert nicht. Dies darf nicht die Erwartung sein. Ausserdem können das öffentliche Interesse an einer Bestrafung und die Zwecke des Strafrechts nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden.

Um Freiwilligkeit zu garantieren, sollte ein Verfahren der restaurativen Justiz nur vom Opfer initiiert werden können. Dem Opfer sollte es offenstehen, sich zum Fortgang des Strafverfahrens zu äussern oder die Entscheidung gänzlich der Verfahrensleitung zu überlassen.

Ferner darf nicht vergessen gehen, dass die Bedürfnisse der Opfer unterschiedlich sein können. Die restaurative Justiz muss deshalb flexibel und bedürfnisorientiert ausgestaltet sein. Ob sich ein Fall für eine Mediation eignet, muss jeweils individuell geprüft werden.

#### IV. Restaurative Gerechtigkeit: Die Sicht (auch) der Verteidigung (Niklaus Ruckstuhl)

Der Begriff der «restaurativen Gerechtigkeit» wurde im Rahmen der Beratung der laufenden StPO-Revision<sup>25</sup> vom Nationalrat eingeführt, indem er einen neuen Art. 316a StPO vorschlug, der es den Parteien ermöglichen soll, im Rahmen eines Strafverfahrens die Durchführung einer Mediation zu beantragen (bzw. eine solche soll ihnen vorgeschlagen werden können), so Abs. 1 der vorgeschlagenen Bestimmung. Das Resultat derselben sollen die Strafbehörden gemäss Abs. 5 berücksichtigen können, wobei nicht gesagt wird, welche Folgen diese Berücksichtigung zeitigen kann oder soll (Verfahrenseinstellung? Berücksichtigen bei Strafzumessung?).

Ziel des Mediationsverfahrens wäre nach Abs. 2, dass sich «das Opfer und die beschuldigte Person aktiv an der Lösung der durch die Straftat entstandenen Schwierigkeiten beteiligen, namentlich an der Wiedergutmachung jedweder durch die Straftat entstandener Schäden». Das Ziel der Mediation ist also namentlich eine Wiedergutmachung, womit sich diese Bestimmung an die bereits jetzt bestehende Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB anlehnt.

Die Rechtskommission des Ständerates strich diese Ergänzung des Nationalrates, sprach sich aber dafür aus, mit einer Motion den Bundesrat zu beauftragen, eine Vorlage

zu erarbeiten, mit welcher die restaurative Gerechtigkeit in die StPO eingegliedert wird, unter Einbezug der Strafbefreiungsgründe gemäss Art. 52 ff. StGB. Diese Motion wurde sowohl vom Stände- als auch vom Nationalrat angenommen. Der Bundesrat muss nun ein Gesamtkonzept für alternative Streiterledigungen entwickeln, dies unter Einbezug der bestehenden und neu vorgeschlagenen (oder noch vorzuschlagenden) alternativen Streiterledigungsgründe (Vergleich, Wiedergutmachung, Mediation, Einstellung bei Geringfügigkeit etc.).

##### 1. Reduktion von «Strafrecht»

Alternative Streiterledigungen führen zwangsläufig – und insofern auch gewollt – zur Reduktion der Anwendung von Strafrecht, was aus Optik der Verteidigung grundsätzlich wünschenswert ist, denn Verurteilungen haben oft erhebliche und teilweise unerwünschte Folgen für den Verurteilten. Insbesondere, wenn die Verurteilung einen Strafregistereintrag nach sich zieht, ist das für den Betroffenen von mehr oder weniger gravierendem Nachteil, eben dort, wo ein untadeliger Leumund nötig ist: Der Strafregistereintrag kann zu Bewilligungsentzügen führen (z. B. durch die FINMA), aber auch zu faktischen Berufsverboten (bspw. bei führenden Managern international ausgerichteter Konzerne, wenn die ausländische Gesetzgebung oder Compliance-Regeln Vorstrafenlosigkeit verlangen).

Bereits das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt Verzicht auf Strafe, wenn die mit der Strafe bezweckte Wirkung auch mit mildereren Mitteln erreicht werden kann (was insbesondere für die spezialpräventive Wirkung gelten muss).

##### 2. Bedarf nach alternativer «Streiterledigung»

Dass ein zunehmender Bedarf an Erledigung von Gesetzesverstössen ohne strafrechtliche Sanktion besteht, dürfte relativ einfach erklärbar sein und hängt mit der unverhältnismässig starken Überhandnahme von Strafnormen zusammen: Es entsteht kaum ein neues Gesetz, das nicht auch noch mit Strafnormen versehen wird und damit das Nebenstrafrecht uferlos werden lässt. Begründet wird dies damit, dass dadurch gewährleistet sei, dass das Gesetz auch beachtet und umgesetzt werde. Dabei wissen wir, dass Strafrecht erst *post festum* zum Zug kommt, also dann, wenn das Gesetz gerade nicht beachtet worden ist. Den Strafnormen wird somit eine abschreckende Wirkung beigemessen, die sie nicht haben. Das hat damit zu tun, dass in diesem Nebenstrafrecht eine weitgehende Pönalisierung von Banalitäten, von Ordnungswidrigkeiten stattfindet. Bereits STRATENWERTH hat dies mit den Worten kritisiert, dass der Einsatz der Kriminalstrafe in diesem Bereich als Missbrauch erscheine, der sich über den besonderen Charakter dieser Sanktion hinwegsetze und sie als Ganzes entwerte.<sup>26</sup> Zu-

<sup>25</sup> Geschäft des Bundesrats vom 28. 8. 2019, Strafprozessordnung Änderungen, Geschäftsnummer 19.048.

<sup>26</sup> Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 2 N 41.



dem ist die Pönalisierung uneinheitlich und teilweise über-rissen: So ist die Steuerhinterziehung nach dem Mehrwert-steuergesetz bloss eine Übertretung (auch wenn die Busse bis CHF 400 000.– resp. 800 000.– betragen kann), und wird damit gleich bestraft wie die Verletzung von Verfah-rensvorschriften, die ebenfalls Übertretungen darstellen.<sup>27</sup> Demgegenüber ist bspw. das Bauen ohne Plangenehmigung nach dem Eisenbahngesetz ein Vergehen mit einer Strafdro-hung bis drei Jahre Freiheitsstrafe,<sup>28</sup> nebst der zusätzlichen Möglichkeit, verwaltungsrechtlich den Rückbau anzuord-nen. Nach dem Kulturgütertransfergesetz ist der Verkauf gestohlener Kulturgüter ein Vergehen (wohl zu Recht und in Anlehnung an die Hehlerei), ebenfalls als Vergehen ge-ahndet wird aber die bloss Nichtanmeldung von Kulturgut bei dessen Einfuhr,<sup>29</sup> was wohl bloss eine Verletzung von Verfahrensvorschriften darstellt. Dass somit gerade im Ver-waltungsstrafrecht (Fiskal- und Zollstrafrecht) ein hoher Bedarf an Streiterledigung ohne strafrechtliche Verurteilung besteht, erstaunt deshalb nicht.

### 3. Strafrecht wozu und wann nicht? Strafrecht muss ultima ratio bleiben!

Wenn Strafe nicht immer nötig ist, fragt sich zwangsläufig, wann es sie eben doch braucht und in welchem Umfang es sie braucht.

Insbesondere fragt es sich, weshalb noch Strafe nötig ist, wenn dem Recht andere und v. a. effektivere und effizien-tere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, um den Gesetzes-verstoss zu beseitigen, etwa:

- Schadenersatz nach Zivilrecht (was an die strafbe-freie Wiedergutmachung gemäss Art. 53 StGB erinnert)
- verwaltungsrechtliche Sanktion bei Fehlverhalten, bspw. Entzug von Bewilligungen (Führerausweis, Be-triebsbewilligungen) oder Wiederherstellung des ge-setzmässigen Zustands (Wiederherstellungs- und/oder Rückbauverfügung).

Strafrecht kann in diesen Bereichen nur dann zur An-wendung kommen, wenn eine zusätzliche Sanktion neben den genannten für absolut unabdingbar erachtet wird (und es nicht bloss darum geht, Übertretungstatbestände einzu-führen, um dem Staatssäckel zusätzliche Einnahmen zu ver-schaffen: Warum soll die Überschreitung der zulässigen Gratis-Parkzeit eine Ordnungswidrigkeit sein, die mit Busse geahndet wird, anstatt das Verhalten als gesteigerten Ge-meingebrauch einzustufen, der gebührenpflichtig ist? Wes-halb braucht es zusätzlich den moralisch-ethischen Vorwurf des Strafrechts?). Geht es um Vergeltung? Bei schweren De-likten sicher, bei Übertretungen und minderschweren Ver-

gehen wohl kaum. Besteht Bedarf an Spezial- oder Gene-ralprävention? Auch dies wohl nur in sehr beschränktem Mass.

### 4. Anstatt Strafrecht: Lösung Konflikt «inter partes»: offene Fragen

Wo Strafrecht nicht nötig, v. a. aber auch nicht tauglich ist, dennoch aber auf Strafbestimmungen nicht verzichtet wer-den will, ist Strafrecht durch alternative Streiterledigungs-formen zu ersetzen.

Eine Erledigung *inter partes* unter Verzicht auf straf-rechtliche Sanktion bietet sich ganz offensichtlich primär bei Straftaten gegen Individualrechtsgüter an und weniger bei solchen gegen Rechtsgüter der Allgemeinheit. Dennoch muss auch die Verletzung von allgemeinen Rechtsgütern ei-ner solchen Verfahrenserledigung zugänglich sein, wenn die Rechtsgleichheit gewahrt bleiben soll (denkbar ist bspw. in solchen Fällen die Einstellung unter Auflagen: Wenn die Auflagen Rückfälle gleich gut oder sogar noch besser ver-hindern, läge es bereits im Interesse der Allgemeinheit, an-stelle von Strafe solche anzuordnen, die zudem das Einver-ständnis des Beschuldigten voraussetzen und deshalb wohl besser wirken.).

Weiter hat wohl jede Streiterledigung unter den Parteien zwangsläufig ihre Grenzen, allein schon wegen Sühnebe-dürfnissen der Öffentlichkeit, aber auch aus Gründen der Rechtsgleichheit (Reiche können sich freikaufen, Arme müs-sen ins Gefängnis?). Diese Grenzen müssen von der Politik ausgelotet und definiert werden und es wird dabei wohl (auch) auf Deliktsarten und mutmassliche Sanktionshöhen ankommen (wie das bereits jetzt bei Art. 53 StGB gilt: max. ein Jahr Freiheitsstrafe).

### 5. Probleme bei alternativer Erledigung aus Sicht des Beschuldigten

Aus der Sicht der Verteidigung als Bewahrerin der Interes-sen des Beschuldigten birgt die alternative Streiterledigung auch Probleme und Gefahren für den Beschuldigten.

#### a) Wahrung der Rechtsgleichheit

So verlangt zum Ersten die Rechtsgleichheit gewisse Rah-menbedingungen: Wiedergutmachung soll allen offenste-hen, nicht nur begüterten Personen.

Kann eine alternative Streiterledigung zudem von der Willkür der Privatklägerschaft, des Opfers, abhängen? Sei es in der Willkür, auf eine alternative Streiterledigung über-haupt einzusteigen oder jener in den Vorstellungen über den Umfang der zu leistenden Wiedergutmachung? Auch hier braucht es Alternativen zur rein bilateralen Streiterledigung, bspw. dann, wenn die geschädigte Partei nicht gewillt ist – und das durchaus aufgrund achtenswerter Gründe –, an ei-ner alternativen Streiterledigung mitzuwirken.

Ebenso muss auch die Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit alternativen Erledigungsformen zugänglich

<sup>27</sup> Vgl. Art. 96–98 MWSStG.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 86a EBG.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. a und c KGTG.

sein, denn es wäre nicht einzusehen, weshalb bloss bei Individualrechtsgutsverletzungen Vergleich, Wiedergutmachung etc. möglich sein sollen.

Für alle diese Fälle müssen Alternativen offenstehen, bspw. in der Form der Einstellung unter Auflagen, etwa ähnlich jener nach § 153a StPO/D.

## b) Wahrung der Verfahrensgarantien des Beschuldigten

Bei einer alternativen Streiterledigung wird ganz offenkundig der *Nemo-tenetur*-Grundsatz geritzt, indem faktisch ein Verzicht auf das Selbstbelastungsprivileg erfolgen muss. Allerdings erfolgt ein Geständnis oder zumindest eine Anerkennung des Sachverhalts ja meist in der Hoffnung, dass danach die Sache eben wegen bspw. Geringfügigkeit eingestellt wird. Was ist, wenn sich diese Hoffnung zerschlägt? Muss dann ein Verwertungsverbot greifen (etwa vergleichbar zu jenem beim gescheiterten abgekürzten Verfahren, Art. 362 Abs. 4 StPO)?

Ähnliches gilt für die Einstellung aufgrund Vergleichs oder Wiedergutmachung: Muss die beschuldigte Person allenfalls vor überrissenen Forderungen der Zivilpartei geschützt werden, in die sie nur einwilligt, um ein Strafurteil zu vermeiden? Allerdings ist eine Kontrolle und Einmischung des Staates bei der Mediation gerade nicht erwünscht, da die Parteien bei der Mediation darüber entscheiden, ob diese erfolgreich ist oder nicht. Wenn die erfolgreiche Mediation aber zur Verfahrenseinstellung (oder mindestens zur Berücksichtigung als Strafzumessungskriterium) führen soll, muss dann der Staat nicht doch gewisse Mindestanforderungen definieren, die erfüllt sein müssen, damit die Rechtswohltat der Verfahrenseinstellung gerechtfertigt erscheint (und auch einigermaßen rechtsgleich erfolgt)?

## 6. Lösungsvorschläge

Um zu versuchen, die aufgeworfenen Fragen zu beantworten, könnte man sich folgende Lösungsansätze denken, wobei zwischen der Verletzung von Individualrechtsgütern und solchen der Allgemeinheit unterschieden werden muss.

### a) Alternative Erledigung bei Verletzung von Individualrechtsgütern

Als Instrumente können infrage kommen:

- Vergleich
- Mediation (restaurative Gerechtigkeit): evtl. auch stellvertretend, wenn das tatsächliche Opfer eine solche ablehnt?
- Wiedergutmachung (was genau ist wiedergutzumachen?)
- Neu: Einstellung unter Auflagen, wenn Opfer/Geschädigte nicht mitmachen wollen oder die Lösung an überrissenen Forderungen scheitert: Welche Auflagen wären möglich?

Weiter zu regeln wären die Folgen, die eine erfolgreiche alternative Streiterledigung zeitigen soll:

- Wie heute (Verzicht auf Strafverfolgung oder Einstellung durch die Staatsanwaltschaft)
- Zusätzlich auch Einstellung durch Gericht (anstatt nur Strafbefreiung: Es ist nicht einzusehen, warum die Staatsanwaltschaft einstellen kann, das Gericht aber formal einen Schuldspruch fällen muss und den Beschuldigten nur von Strafe befreien kann).

Ebenso regelungsbedürftig sind die Voraussetzungen bzw. Grenzen für alternative Erledigungen:

- Bezüglich der infrage kommenden Sanktion: bedingte Freiheitsstrafe bis max. ein Jahr (wie bereits jetzt bei Art. 53 StGB)?
- Bussen
- Warum nicht bei unbedingten Geldstrafen? Unterschied zur Busse?
- Zusätzlich nur, wenn das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an einer Strafverfolgung bzw. Bestrafung gering ist (vgl. dazu BGE 135 IV 12 ff.: Bei Wiedergutmachung sei das Interesse des Geschädigten i. d. R. gering, es dürfe aber kein Freikauf durch Reiche erfolgen [E. 3.4.1]); wann ist das Interesse der Öffentlichkeit an einer Bestrafung nicht mehr gering (bei Taten gegen Individualrechtsgüter entfalle mit der Wiedergutmachung i. d. R. ein Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung, vgl. BGE 135 IV 12 ff., E. 3.4.3)?

### b) Alternative Erledigung bei Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit

Bezüglich der infrage kommenden Instrumente unterscheidet sich diese Erledigung in gewissen Punkten von jener bei Verletzung von Individualrechtsgütern:

- Vergleich und Mediation passen wohl kaum (bzw. allenfalls noch dort, wo zusätzlich auch Individualrechtsgüter geschützt sind, z. B. das Vermögen bei Urkundendelikten)
- Wiedergutmachung: Sie ist heute schon auch bei Rechtsgütern der Allgemeinheit als Einstellungsgrund anerkannt,<sup>30</sup> insbesondere im Verwaltungsstrafrecht,<sup>31</sup> allerdings wohl eher *faute de mieux* als aus Überzeugung, denn es stellt sich insbesondere die Frage, was wiedergutmacht werden soll: der Schaden? Der direkte Schaden ist i. d. R. klar, bspw. die hinterzogene Abgabe. Diese muss aber über die Nachforderung ohnehin bezahlt werden, also ist dieser Schaden erledigt. Deshalb ist auch umstritten, ob über den Schaden hinaus eine weitere Wiedergutmachung nötig ist: Sog.

<sup>30</sup> Vgl. RIKLIN, BSK StGB I (Fn. 8), Art. 53 N 14.

<sup>31</sup> Vgl. ACHERMANN/FRANK, in: FRANK/EICKER/MARKWALDER/ACHERMANN (Hrsg.), BSK VStrR, Basel 2020, Art. 2 N 180 ff.



weiterer Schaden, worunter bspw. der Vertrauensschaden verstanden wird (also der Schaden, der entsteht, weil – insbesondere im Fiskalrecht – das Vertrauen, das der Staat den Steuerpflichtigen in ihre SelbstdeklARATION entgegenbringt, getäuscht wird, weil eben falsch oder gar nicht deklariert wird). Wie ist dieser Vertrauensschaden zu beziffern? Analog der Busse, die üblicherweise ausgefällt wurde (wieder als Beispiel das Fiskalstrafrecht: i. d. R. die einfache Höhe der hinterzogenen Steuer)? Was ist, wenn der Schaden nicht bezifferbar ist: Reicht eine immaterielle Leistung und was kann diese beinhalten (Entschuldigung; Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands)? Gehören dazu auch Geldleistungen oder Spenden?

- Ersetzt werden könnte dieser Einstellungsgrund aufgrund der aufgezeigten Schwierigkeiten neuerdings mit der Einstellung unter Auflagen, die insbesondere auch dann zur Anwendung gelangen kann, wenn eine Wiedergutmachung nicht möglich ist. Die Einstellung unter Auflagen gleicht insofern bereits der Wiedergutmachung, als u. a. Geldzahlungen an gemeinnützige Institutionen als Auflage gängig sind (in § 153a StPO/D gar in Abs. 1 Ziff. 1 ausdrücklich so vorgesehen) und in der Schweiz bei der Wiedergutmachung dasselbe propagiert wird.

Was die Grenzen und Folgen bei der Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit angeht, so gilt dasselbe wie bei den Individualrechtsgütern. Allerdings stellt sich das besondere Problem: Wie wird das geringe öffentliche Verfolgungsinteresse definiert? Gemäss BGE 135 IV 12 bedeutet das, dass weder wegen Schuldausgleichs noch aus spezial- oder generalpräventiven Gründen eine Strafe nötig ist: Was heisst das konkret?

## 7. Fazit

Die Erweiterung von Erledigungsarten für Strafverfahren ohne Urteil und Strafe ist grundsätzlich zu begrüssen.

Es braucht jetzt aber zuerst eine Gesamtschau mit einer Auslegeordnung der bestehenden Instrumente und der Frage danach, inwiefern diese ergänzt werden sollen oder müssen. Dabei muss sichergestellt werden, dass kein Unterschied darin besteht, ob es um ein Delikt gegen Individualinteressen geht oder um eines gegen solche der Allgemeinheit oder gar um eines, das beides betrifft: In allen Fällen muss eine alternative Streiterledigung unter ähnlichen Voraussetzungen möglich sein, um dem Rechtsgleichheitsprinzip Nachachtung zu verschaffen.

Das Instrumentarium muss neu überdacht und zusätzlich erweitert werden, bspw. durch die Einstellung unter Auflagen, die etwa bei Straftaten gegen Allgemeininteressen eine Einstellungsmöglichkeit bieten kann oder um eine von der Gegenseite unabhängige Möglichkeit der Streiterledigung ohne Strafurteil zu schaffen.

Die Grenzen, wann keine alternative Streiterledigung möglich sein soll, müssen von der Politik möglichst genau bestimmt werden. Insbesondere muss auch die Frage entschieden werden, ob bei Erfüllung der Voraussetzungen ein Anspruch auf Einstellung besteht, oder ob es eine «Kann-Vorschrift» sein soll und inwiefern Entschädigungs- und Wiedergutmachungsbemühungen etc. berücksichtigt werden (müssen), wenn die Voraussetzungen für die Einstellung nicht (mehr) gegeben sind (bspw. weil die infrage kommende Sanktion den zulässigen Rahmen übersteigt): Zwingend zu berücksichtigendes Strafzumessungselement?

Schlussendlich muss das Instrumentarium die Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten (aber auch jene von Opfern und Geschädigten) beachten. Bedingt das doch eine wie auch immer geartete minimale Kontrolle dieses Verfahrens durch den Staat, wenigstens für die Frage, ob die (primär zwischen den Parteien als Resultat bspw. einer Mediation zu definierende) Wiedergutmachung als genügend erachtet wird, um in den Genuss der Rechtswohlthat der Einstellung zu kommen? Braucht es weitere rechtsstaatliche Absicherungen einzelner oder aller Parteien wie bspw. Beistände in bestimmten Situationen?

Es zeigt sich, dass noch viele Fragen offen sind, dass also zuerst die Rahmenbedingungen geschaffen werden müssen, in welchen alternative Streiterledigungen möglich sein sollen oder können, bevor das Instrumentarium und Verfahrensabläufe definiert werden können, getreu dem Motto des Bauhauses: form follows function.

---

**Stichwörter:** restaurative Gerechtigkeit, alternative Streiterledigung, Anwendungsbereich der Mediation, Rolle der beschuldigten Person, der Staatsanwaltschaft und der Parteivertretungen, Freiwilligkeit der Mitwirkung, (Rück-)Wirkungen auf das Strafverfahren

**Mots-clés:** justice restaurative, mode alternatif de règlement des litiges, champ d'application de la médiation, rôle du prévenu, du ministère public et des conseils juridiques des parties, caractère volontaire de la participation, effets et répercussions sur la procédure pénale

---

■ **Zusammenfassung:** Die Beiträge analysieren die Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Einführung der Mediation als Element der restaurativen Gerechtigkeit im Strafverfahren stellen. Die Problematik wird aus dem Blickwinkel der Staatsanwaltschaft, der Opfervertretung und der Verteidigung beleuchtet.

**Résumé:** Les auteurs de chacune des contributions se penchent sur les questions que suscite l'introduction dans la procédure pénale de la médiation comme élément de la justice restaurative. La problématique est examinée du point de vue du ministère public, du point de vue du conseil juridique de la victime et du point de vue de la défense.