

# International



## Restorative Justice in der Schweiz

Das Schweizer Strafrecht enthält einige Elemente einer restaurativen Strafrechtspflege. Aktuell geht es dabei allerdings bloß um Fragmente eines noch unbekanntes bzw. undefinierten Puzzles.

Dr. iur. Veio Zanolini

promovierte zur Thematik der Wiedergutmachung durch Mediation an der Universität Zürich.



von Sonja Pflaum, Florian Went und Veio Zanolini

Das schweizerische Strafrecht ist stark geprägt von der Auffassung, dass Straftaten von Amtes wegen und zwingend zu verfolgen und zu bestrafen sind – die Officialmaxime und das strafprozessuale Legalitätsprinzip sind im betont Täterorientierten Straf(prozess)recht der Schweiz tradierte und gefestigte Rechtsinstitute. Dennoch haben in den letzten Jahren sowohl die Mediation wie auch die Wiedergutmachung und der Vergleich als zentrale Elemente der Restorative Justice Eingang ins schweizerische Strafrecht gefunden.

### Mediation

Im Kanton Zürich wurde die Mediation im Erwachsenenstrafrecht bereits 2007 gesetzlich verankert, nachdem positive Erfahrungen im Rahmen eines mehrjährigen, wissenschaftlich begleiteten Pilotprojekts gesammelt wurden: Die Beteiligten waren mit dem Mediationsverfahren und dessen Ergebnis (Mediationsvereinbarung) zufrieden bis sehr zufrieden, bescheiden war hingegen die Anzahl der an die damals zuständige Fachstelle weitergeleiteten Fälle.<sup>1</sup> Seit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozess- und Jugendstrafprozessordnung am 1. Januar 2011 ist die Mediation nur noch im Jugendstrafrecht ausdrücklich geregelt (Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 17 JStPO/CH): Hier hat die zuständige Strafbehörde zwingend von der Strafverfolgung

abzusehen, wenn die Mediation erfolgreich abgeschlossen werden konnte (Art. 5 Abs. 1 lit. b JStPO/CH). Dies gilt sowohl bei Antrags- als auch bei Officialdelikten. Der Schweizer Gesetzgeber hat mit anderen Worten statuiert, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung im Jugendstrafrecht bei Zustandekommen einer Mediationsvereinbarung nicht mehr besteht oder gering ist. Allerdings kennt das Gesetz keine Definition der Mediation.<sup>2</sup> Fraglich ist daher der Anwendungsbereich einer solchen informellen Konfliktlösung überhaupt. Grundsätzlich können die Untersuchungsbehörde und die Gerichte das Verfahren jederzeit sistieren und eine auf dem Gebiet der Mediation geeignete Organisation oder Person mit der Durchführung eines Mediationsverfahrens beauftragen, wenn Schutzmaßnahmen nicht notwendig sind oder die Behörde des Zivilrechts bereits geeignete Maßnahmen angeordnet hat und die Voraussetzungen der Strafbefreiung (Art. 21 Abs. 1 JStG/CH) nicht erfüllt sind (Art. 17 JStPO/CH). Die Einleitung eines Mediationsverfahrens hängt somit von einer Kann-Vorschrift ab. Hinzu kommt, dass die Kriterien der Fallzuweisung nirgends definiert sind.

Im Erwachsenenstrafrecht ist seit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts auf Bundesebene die Mediation nicht mehr gesetzlich geregelt. Selbstverständlich ist es auf private Initiative hin aber durchaus möglich, ein informelles Verfahren mit der Unterstützung einer Fachperson durchzuführen. Wenn bei Antragsdelikten zwischen der beschuldigten und der geschädigten Person eine Vereinbarung über die Folgen des Unrechts zustande kommt, verpflichtet sich letztere (meist), den Strafantrag zurückzuziehen, was zwingend zur Einstellung des Strafverfahrens führt (Art. 30 StGB/CH). Ferner kann gleichermassen die Mediation bei Verfahren, die (auch) Officialdelikte zum Gegenstand haben, zum Zweck der Wiedergutmachung eingesetzt werden; je nach den Umständen

<sup>1</sup> Vgl. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/URS THALMANN/VEIO ZANOLINI, *Mediation im Strafrecht: Erfahrungen im Kanton Zürich, Schlussbericht zur kriminologischen Evaluation des Zürcher Pilotprojekts*, Zürich 2006.

<sup>2</sup> VEIO ZANOLINI, *Wiedergutmachung durch Mediation. Eine Untersuchung über praktische Erfahrungen in Strafsachen*, Bern 2014, 69 ff.

den des Einzelfalls können die Anstrengungen der beschuldigten Person im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden, somit zur Strafminderung (Art. 47 StGB/CH), -milderung (Art. 48 lit. d StGB/CH) oder gar -befreiung (Art. 53 StGB/CH) führen.<sup>3</sup> Zumal sich der Gesetzgeber aber gegen die Einführung der Mediation im Erwachsenenstrafrecht entschieden hat, sind in diesem Bereich Mediationsverfahren – wenn überhaupt – grundsätzlich nur auf private Initiative hin und im Zusammenhang mit weniger gravierenden Delikten möglich, um ein Strafverfahren zu vermeiden.

Wenn die Mediation in der Schweiz zur Regelung von strafrechtlich relevanten Konflikten zum Einsatz kommt, liegt es in der Praxis grundsätzlich am Zusammentreffen glücklicher Faktoren; dazu gehören gegebenenfalls die positive (persönliche) Einstellung der zuständigen Behörde gegenüber der Mediation, der Umstand, dass die Beschuldigten und Geschädigten im Einzelfall auf die Möglichkeit einer Mediation überhaupt und rechtzeitig hingewiesen werden, und nicht zuletzt das Vorliegen eines entsprechenden Mediationsangebots.<sup>4</sup>

### Wiedergutmachung

Die kantonalen Strafgesetzbücher aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts berücksichtigten „Ersatz und Wiedererstattung“ des Täters vereinzelt wenigstens im Wortlaut des Gesetzes als Strafmilderungs- oder – noch seltener – Strafausschlussgrund. In der Praxis angewendet wurden diese Vorschriften nach Angaben aus dem Jahr 1912 der Expertenkommission zur Vereinheitlichung des Schweizerischen Strafgesetzbuches allerdings fast nie.<sup>5</sup>

In dem im Jahr 1942 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafgesetzbuch war das Institut der (strafrechtlichen) Wiedergutmachung nicht vertreten. Im Zuge des während der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts international strafrechtskritischen Klimas und der strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen ‚Renaissance‘ des Straftatopfers schlug aber eine mit der Revision des StGB/CH beauftragte Expertenkommission im Jahr 1985 die Einführung der Wiedergutmachung vor. Und obwohl sie seinerzeit bei den Beratungen zur Revision noch abgelehnt wurde, weil eine Bevorteilung von vermögenden Beschuldigten befürchtet wurde, führte dieser Vorschlag letztlich zum seit dem Jahr 2007 geltenden Art. 53 StGB/CH mit dem Randtitel „Wiedergutmachung“.<sup>6</sup>

Die betreffende Vorschrift verpflichtet die zuständige Behörde seither unter der zentralen Voraussetzung, dass „der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen [hat], um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen“, zum Absehen von einer Strafverfolgung, einer Überweisung ans Gericht oder einer Bestrafung, wenn außerdem „die Voraussetzungen für die bedingte Strafe [...] gegeben“ sowie „das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind.“ Nach der Botschaft des Bundesrats sollte das Institut den Opfern von Straftaten dienen, weil ihnen vielfach mehr am Ersatz des Schadens als an einer Bestrafung liege, und mit der Vorschrift zudem die Beziehung zwischen Täter und Opfer verbessert werde, was die Wiederherstellung des öffentlichen Friedens fördere.<sup>7</sup>

Zumal kein gesetzlicher Straftaten- oder Täterkatalog den Anwendungsbereich der Wiedergutmachung einschränkt, ist sie grundsätzlich bei allen Straftaten anwendbar. Im Bereich der schwereren Kriminalität kommt sie dennoch kaum zur Anwendung, weil die Voraussetzungen für die bedingte Strafe (Art. 42 StGB/CH) nur erfüllt sind, soweit die strafbehördlich antizipierte Strafzumessung weniger als zwei Jahre Freiheitsstrafe bemisst und gleichzeitig eine günstige Legalprognose besteht, weil „eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.“

Die Wiedergutmachungsleistung zielt auf den Ausgleich des begangenen Unrechts einschließlich Genugtuung ab. Der ‚Täter‘ (der entgegen des gesetzlichen Wortlauts mangels Verurteilung im Übrigen lediglich Beschuldigter ist) hat ihn jedoch nicht unter allen Umständen vollumfänglich zu decken – v.a. nicht, falls die volle Schadensdeckung dem Beschuldigten aus finanziellen Gründen gar nicht möglich ist. Maßgeblich sind insoweit vielmehr „alle zumutbaren Anstrengungen“ des Beschuldigten zum Schadensausgleich. Unter ihnen sind nicht nur finanzielle Vergütungen zu verstehen, sondern auch nichtpekuniäre Wiedergutmachungsleistungen, etwa Arbeitsleistungen oder angemessene Bemühungen symbolischer Art. Bei der Beurteilung der Frage nach der zumutbaren Anstrengung steht der zuständigen Strafverfolgungsbehörde ein weiter Ermessensspielraum zu. Nicht mehr zumutbar wären allenfalls Wiedergutmachungs-

#### RA Dr. iur. Sonja Pflaum

*habilitiert sich zur Thematik der Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) an der Universität Basel.*



#### Dr. iur. Florian Went

*promovierte im Rahmen eines schweizerischen und niederländischen Doppeldoktorats zum Thema des Opportunitätsprinzips im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren an den Universitäten Zürich und Rotterdam.*



<sup>3</sup> Vgl. ebd. (Fn. 2), 159 ff.

<sup>4</sup> Vgl. ebd. (Fn. 2), 217 ff.

<sup>5</sup> Vgl. FLORIAN WENT, *Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren*, Zürich 2012, 84 f. m.H.

<sup>6</sup> Näher WENT, *Opportunitätsprinzip* (Fn. 5), 141 f. m.H.

<sup>7</sup> Botschaft AT-Revision, BBl 1998 1979, 2064.



leistungen, welche insgesamt die Höhe des verursachten Schadens und einer angemessenen Genugtuungsleistung übersteigen.<sup>8</sup>

Selbst wenn die Voraussetzungen für die bedingte Strafe gegeben sind, sowie eine zumutbare Anstrengung zur Wiedergutmachung geleistet wurde, hat in Übereinstimmung mit Art. 53 StGB/CH jedoch zudem einerseits das Interesse der Öffentlichkeit und andererseits das Interesse des Geschädigten an der Strafverfolgung gering zu sein, damit die Vorschrift greifen kann. Das Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung wird gemeinhin mit Gesichtspunkten der General- und Spezialprävention assoziiert. Obwohl die spezialpräventiven Aspekte im Rahmen der Wiedergutmachung schon bei der Beurteilung der Voraussetzungen für eine bedingte Strafe geprüft werden, kann der Strafbefreiungsgrund der Wiedergutmachung einem Täter nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber mit der Begründung verweigert werden, er habe die Normverletzung nicht anerkannt.<sup>9</sup> Dessen ungeachtet stehen bei der Frage nach dem Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung aber auch gemäß Bundesgericht generalpräventive Aspekte im Vordergrund. Insoweit ist denn auch maßgeblich, ob das Vertrauen der Gesellschaft in das Fortbestehen der Normgeltung durch die Strafbefreiung (bzw. durch die Verfahrenseinstellung) nicht in Frage gestellt ist und ob der Rechtsfrieden wiederhergestellt ist, wobei konkret die Gewährleistung des Rechtsgüter-schutzes und das Ausmaß des begangenen Unrechts ausschlaggebend sind. Ein geringes Strafverfolgungsinteresse des Geschädigten an der Strafverfolgung liegt vor, wenn er sein Desinteresse an der Strafverfolgung erklärt. Um die Anwendung der Wiedergutmachung der Willkür des Geschädigten zu entziehen, wird seine Zustimmung zur Strafbefreiung allerdings nicht zwingend vorausgesetzt.<sup>10</sup>

Die Anwendung der Wiedergutmachung ist nicht auf ein Verfahrensstadium beschränkt. Sind die betreffenden Voraussetzungen erst im Haupt- oder Rechtsmittelverfahren gegeben, so hat entsprechend nicht mehr die Staatsanwaltschaft, sondern das Gericht die Rechtsfolgen der Vorschrift anzuordnen. Im Gegensatz zur Lehre und anders als der Wortlaut der einschlägigen strafprozessualen Vorschrift von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO/CH mit dem imperativen Hinweis auf die zu verfügende Verfahrenseinstellung vorgibt, ist das Bundesgericht aber der Auffassung, dass Gerichte das Verfahren nicht einstellen dürfen, wenn die Voraussetzungen für die Wiedergutmachung erst im Stadium ihrer Verfahrensleitung erfüllt sind, sondern dann allenfalls einen Schuldspruch unter Strafverzicht auszusprechen haben.<sup>11</sup> Obwohl dem Institut der Wiedergutmachung eine häufige Anwendung – jedenfalls zunächst – versagt blieb, ist es rasch nach seinem Inkrafttreten aufgrund einiger prominenter Fälle unter starken politischen Druck geraten.<sup>12</sup> Etwa von Seiten der Strafbehörden war die Rede von einem „wenig durchdachten Quantensprung“ und allgemein wurde sie wiederholt mit der Behauptung beanstandet, sie fördere eine Klassenjustiz, privilegiere vermögende Täter und unterhöhle das Vertrauen in die Justiz.<sup>13</sup> Das Institut der Wiedergutmachung findet sich auch im Jugendstrafrecht (Art. 21 Abs. 1 lit. c JStG/CH i.V.m. Art. 16 lit. b JStPO/CH). Im Unterschied zum Anwendungsbereich der Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht genügt es im Jugendstrafrecht schon, wenn der Jugendliche „so weit als möglich“ den Schaden durch eigene Leistung gedeckt hat und er „eine besondere Anstrengung“ zum Ausgleich des begangenen Unrechts unternommen hat. Außerdem ist die Anwendung der Wiedergutmachung hier auf Fälle beschränkt, in welchen als Strafe nur ein Verweis in Betracht kommt, womit nur geringfügige Straftaten mit einer günstigen Legalprognose zur Diskussion stehen.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., 2013, Art. 53 StGB N 3 ff.

<sup>9</sup> Vgl. BGE, Urteil v. 19. Juli 2013, 6B\_344/2013; a.A. SONJA PFLAUM/FLORIAAN WENT, Anmerkung zu BGE, Urteil v. 19. Juli 2013, 6B\_344/2013, *forum-poenale* 2014, 139, 140 ff.

<sup>10</sup> TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar (Fn. 8), Art. 53 StGB N 7 f.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 135 IV 27; a.A. GERHARD FIOLOKA/CHRISTOF RIEDO, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StPO JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 8 StPO N 105 ff.; FLORIAAN WENT, Anmerkung zu BGE 135 IV 27, *forum-poenale* 2009, 196, 199; WENT, Opportunitätsprinzip (Fn. 5), 187 ff.; SONJA PFLAUM/WOLFGANG WOHLERS, *GesKR* 2013, 526.

<sup>12</sup> Vgl. etwa Der Fall HSBC, *Moderner Ablasshandel*, NZZ v. 5.6.2015; *Vekselberg zahlt 10.000 Franken Wiedergutmachung*, *Tages Anzeiger* v. 15.3.2015; *Unternehmer Giorgio Behr zahlt eine ‚Wiedergutmachung‘ von einer Million Franken*, Fall „SIA Abrasives“ endet mit einem Vergleich, NZZ v. 25.5.2011.

<sup>13</sup> Vgl. *Wenig durchdachte „Quantensprünge“ im neuen Strafrecht: Der Leitende Oberstaatsanwalt Andreas Brunner fordert rasche Änderungen*, NZZ v. 18.4.2009.

<sup>14</sup> Vgl. MARCEL RIESEN-KUPPER in: Donatsch (Hrsg.), StGB Kommentar, 19. Aufl., 2013, Zürich Art. 21 JStG N 9.



## Vergleich

Hinzuweisen ist schließlich auf das strafprozessuale Institut des Vergleichs nach Art. 316 StPO/CH. Die betreffende Vorschrift ermächtigt die Staatsanwaltschaft seit dem Jahr 2011 bei Antragsdelikten dazu, die antragstellende sowie die beschuldigte Person zu – von der Verfahrensleitung selbst betreuten – Vergleichsverhandlungen vorzuladen (Abs. 1). Bleibt die antragstellende Person der Vergleichsverhandlung unentschuldigt fern, so gilt der Strafantrag nach dieser Vorschrift als zurückgezogen. Kommt hingegen eine Strafbefreiung auf der Grundlage der Wiedergutmachung in Frage, so ist die Staatsanwaltschaft nach Art. 316 Abs. 2 StPO/CH nicht nur dazu ermächtigt, sondern verpflichtet, die geschädigte und die beschuldigte Person mit dem Ziel zu einer Vergleichsverhandlung einzuladen, eine Wiedergutmachung zu erzielen. Die zwingende Einladung zur Vergleichsverhandlung nach Art. 316 Abs. 2 StPO/CH schürte die oben erwähnten Befürchtungen hinsichtlich der Gefahren der Wiedergutmachung.<sup>15</sup> Wird bei einer Verhandlung nach Abs. 1 oder Abs. 2 eine Einigung erzielt, stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren gem. Art. 316 Abs. 4 StPO/CH ein. Ansonsten wird das Verfahren fortgesetzt.

Das primäre Ziel des Vergleichs ist gemäß der Botschaft des Bundesrats die Verfahrensökonomie. Ausdrücklich kein Zweck der Vergleichsverhandlung seien Diskussionen über die Schuld des Täters – überdies sei die Schuldanerkennung durch den Täter keine Voraussetzung für die Anwendung des Vergleichs.<sup>16</sup>

Auch im Jugendstrafverfahren ist das Institut des Vergleichs vorgesehen. Die Untersuchungsbehörde und das Jugendgericht sind zur Durchführung von Vergleichsverhandlungen mit dem Ziel eines Vergleichs zwischen der geschädigten Person und der oder dem beschuldigten Jugendlichen ermächtigt, allerdings hier nur soweit Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b JStPO /CH i.V.m. Art. 16 lit. a StPO /CH).<sup>17</sup>

## Ausblick

Es steht fest, dass das Schweizer Strafrecht einige Elemente einer restaurativen Strafrechtspflege enthält. Aktuell geht es dabei allerdings bloß um Fragmente eines noch unbekanntes bzw. undefinierten Puzzles.

Die Mediation hat nicht nur im Schweizer Jugendstrafrecht, sondern auf private Initiative hin auch im Schweizer Erwachsenenstrafrecht Entwicklungschancen. Statt etwa nach einer konsensfähigen Definition von "Mediation" zu suchen und die rechtlichen Möglichkeiten einer informellen Konfliktbeilegung zu erörtern, könnte man danach fragen, was mit Mediation überhaupt wiederhergestellt werden soll und anhand welcher Verfahrensstandards.<sup>18</sup> In diesem Zusammenhang bietet sich die gesetzlich verankerte Wiedergutmachung als Konzept an. Zu erwähnen gilt es jedoch, dass derzeit konkrete Revisionsbestrebungen zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Wiedergutmachung im Gange sind,<sup>19</sup> und dies obwohl die im Parlament auf die befürchteten Gefahren der Wiedergutmachung angesprochene Justizministerin im Jahr 2012 beteuerte, dass die Wiedergutmachung auch ein Jahr nach dem Inkrafttreten von Art. 316 StPO/CH kaum angewendet werde.<sup>20</sup>

Ob die Vergleichsverhandlung nach Art. 316 StPO/CH auch derzeit noch ein „Mauerblümchen-Dasein“ fristet – wie dies ein Staatsanwalt im Jahr 2012 in der Literatur mit der Begründung vermutete, dass die Staatsanwälte möglicherweise gerade aus Effizienzüberlegungen auf die Durchführung von Vergleichsverhandlungen verzichten und den schnelleren Weg der Verfahrenserledigung durch Strafbefehl wählen würden<sup>21</sup> –, muss durch die Forschung noch ermittelt werden.

Es bleibt abzuwarten, inwiefern sich die derzeit im schweizerischen Strafrecht befindlichen Elemente der Restorative Justice (Mediation, Wiedergutmachung und Vergleich) halten und etablieren können.

- 15 Vgl. LUKAS HÄUPTLI, *Der Ablass zieht in die Justiz ein*, NZZ v. 24.10.2010.
- 16 Botschaft StPO, BBl 2006 1085, 1267f.
- 17 VEIO ZANOLINI, *Vergleich, Wiedergutmachung, Mediation: welche Fallzuweisungskriterien im Jugendstrafrecht*, AJP 2011, 304, 306.
- 18 JOHN BRAITHWAITE, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, *Crime and Justice*, Volume 25, 1999, 1 ff. ("What is to be restored?"); ANDREW VON HIRSCH/ANDREW ASHWORTH/CLIFFORD SHEARING, *Specifying aims and limits for restorative justice: a "making amends" model*, in: von Hirsch et al. (Hrsg.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford 2003, 21 ff.
- 19 Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 15.8.2014 betreffend *Verlängerung der zweijährigen Frist für die Ausarbeitung einer Vorlage zur parlamentarischen Initiative von Daniel Vischer „Modifizierung von Art. 53 StGB“* sowie – gestützt auf diesen Bericht – *Annahme betreffend Fristverlängerung für Umsetzung der Initiative um zwei Jahre bis zur Herbstsession 2016 im Nationalrat am 26.9.2014*.
- 20 Vgl. *Nationalrat will reuige Täter. Höhere Hürden für die strafrechtliche Wiedergutmachung*, NZZ v. 8.3.2012.
- 21 ANDREAS EIGENMANN, *Wo und wie macht der Vergleich wieder gut? forumpoenale 2012*, 241, 246.