

2.2 Strafrecht

3556

Strafzumessung: Strafmass, teilbedingte Strafe und Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme.

Sachverhalt:

Der Angeklagte vollzog während rund einem Jahr (Mai 2006 bis 19. Mai 2007) regelmässig vaginalen und analen Geschlechtsverkehr sowie orale sexuelle Handlungen an seiner Tochter X., geb. 1994.

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Angeklagte lässt ausführen, es gebe gute Gründe für eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren. Er habe ein umfassendes Geständnis abgelegt und sich damit teilweise auch belastet. Das Geständnis sei wichtig für das Opfer, indem es bestätigt worden sei. Er besuche die Therapie bis heute, zuerst wöchentlich, jetzt alle zwei Wochen. Dabei handle es sich nicht um eine Proforma-Therapie. Mit der Therapie habe er bewiesen, dass es ihm ernst sei und er die Einsicht habe, dass etwas massiv falsch gelaufen sei. Das Ausmass seiner Taten habe er erkannt. Er werde die Therapie fortführen. Die Frage, weshalb es zu diesen Taten gekommen sei, sei nicht einfach zu beantworten. Er wolle, dass es nicht wieder passiere. Er habe tätige, aktive Reue bewiesen. Es sei bereits Geld an seine Tochter geflossen. Er sei durch seine Taten bereits sehr stark bestraft. Er habe drei Monate in Untersuchungshaft, d.h. in Einzelhaft, ohne Telefon und Besuche verbracht. Zudem sei er gesellschaftlich und sozial isoliert, er sei stigmatisiert. Sein Einfamilienhaus in Z. wolle er seit zwei Jahren verkaufen. Bisher sei ihm dies nicht gelungen. Beruflich habe er alles verloren. Seit anfangs Jahr sei er mit Hilfe des RAV beruflich selbständig. Er betreibe zusammen mit seiner Frau eine Transportfirma. Auch familiär habe er alles verloren, da Opfer seine ältere Tochter sei. Die jüngere Tochter

habe er ebenfalls seit drei Jahren nicht mehr gesehen, seine Ehefrau auch nicht. Er habe sich in den letzten Jahren massiv selbst bestraft.

Die Staatsanwaltschaft weist daraufhin, bei der Durchsicht der vorliegenden Appellationserklärung werde sie den Eindruck nicht los, dass der Angeklagte sein äusserst verwerfliches Verhalten völlig verharmlosen wolle. Bei dieser Aktenlage sei eine weitere Strafmilderung schlicht nicht gerechtfertigt, und insbesondere würden die Strafmilderungsgründe durch das Verhalten des Angeklagten, die Mehrzahl der zu beurteilenden Taten und die wiederholte, über längere Zeit dauernde Tatwiederholung bei weitem ausgeglichen. Es bestehe also kein Grund, vom bisherigen Strafmass und von der Dauer der zu vollziehenden Freiheitsstrafe abzuweichen.

Der Verteidiger des Angeklagten hat nicht geltend gemacht, die von der Vorinstanz im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigten Strafzumessungskriterien seien falsch gewichtet worden, sondern er erachtet unter Würdigung aller strafrelevanten Umstände die Freiheitsstrafe von drei Jahren im Ergebnis als zu hoch. Das Obergericht gelangt dagegen aufgrund der Akten zur Überzeugung, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Strafzumessung sowohl im Ergebnis als auch bezüglich der einzelnen Faktoren der Schwere des Verschuldens des Angeklagten gerecht wird und die Tatumstände angemessen und plausibel würdigt. Das Obergericht hat sämtliche Strafzumessungskriterien der Vorinstanz eingehend geprüft und sieht keinen sachlichen Grund, davon in irgendeiner Form abzuweichen. Insbesondere sind das von Rechtsanwalt F. erwähnte „aussergewöhnlich umfassende Geständnis“ sowie die vom Angeklagten gezeigte „Reue und Einsicht in das begangene Unrecht“ angemessen gewürdigt worden. Ebenfalls strafmindernd Eingang in die Strafzumessung hat der Verlust der sicheren und gutbezahlten Arbeitsstelle des Angeklagten als Folge der Straftaten gefunden. Weiter hat die Vorinstanz gestützt auf das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten des psychiatrischen Zentrums zufolge einer leicht verminderten Schuldfähigkeit des Angeklagten die Gesamtstrafe um ein halbes Jahr gekürzt, was nicht zu beanstanden ist. Somit kann festgehalten werden, dass das Obergericht – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – eine Freiheitsstrafe von drei Jahren als angemessen erachtet. Auf die Freiheitsstrafe anzurechnen sind die vom Angeklagten in Untersuchungshaft verbrachten 91 Tage.

1.2 Der Angeklagte lässt beantragen, für den Fall, dass das Obergericht eine Freiheitsstrafe von über zwei Jahren ausfalle, sei der unbedingt auszufällende Teil auf die Dauer von sechs Monaten zu beschränken.

Für die Staatsanwaltschaft gibt es keinen Grund, von der Dauer der zu vollziehenden Freiheitsstrafe abzuweichen.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB die Möglichkeit des bedingten Vollzugs für eine Freiheitsstrafe von drei Jahren nicht mehr vorgesehen ist. Daher steht lediglich ein teilbedingter Vollzug zur Diskussion.

Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, kommt in casu die Ausfällung einer teilbedingten Strafe in Frage. Dabei darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen und sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil muss mindestens sechs Monate betragen (vgl. Art. 43 StGB). Damit eine teilbedingte Strafe verhängt werden kann, müssen die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 42 (keine ungünstige Prognose, straffreie Zeit, zumutbare Schadensbehebung) erfüllt sein. Bei der Festsetzung des unbedingt zu vollziehenden Teils nennt das Gesetz nur zwei quantitative Schranken, die zu respektieren sind. Der zu vollziehende Teil muss zunächst schuldangemessen sein. Zweites massgebendes Moment ist die Prognose, welche in eine Wechselbeziehung zum Verschulden tritt (*Schneider/Garré*, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, N 9 und 14–16 zu Art. 43).

Das Obergericht erachtet den von der Vorinstanz getroffenen Entscheid, ein Jahr unbedingt und die restlichen zwei Jahre bedingt mit einer Probezeit von vier Jahren auszufallen sowohl als dem schweren Verschulden des Angeklagten angemessen, als auch der nicht ungünstigen Prognose Rechnung tragend. Seit einiger Zeit lebt das Opfer X. mit ihrer Mutter und der kleinen Schwester in Y. Trotzdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Angeklagte zu seiner Tochter vor deren Eintritt ins Erwachsenenalter wieder persönlichen Kontakt pflegen wird, so dass eine ernsthafte und grundlegende Bewältigung der begangenen Straftaten umso wichtiger erscheint. Bezüglich der grundsätzlich sehr begrüssenswerten Therapie bestehen beim Gericht leise Zweifel, ob bis heute Hauptinhalt nicht die eigene Befindlichkeit des Angeklagten statt die von ihm an seiner Tochter verübten Übergriffe und deren Folgen bildet, was auch die Prognose am inskünfti-

gen Wohlverhalten etwas trübt (Aussagen an Schranken). Mit einer unbedingt ausgesprochenen Strafe von einem Jahr wird – neben dem Verschulden des Angeklagten – auch verbleibenden Zweifeln an einer ernsthaften therapeutischen Aufarbeitung der an seiner minderjährigen Tochter verübten Übergriffe und damit an einer Senkung des Rückfallrisikos Rechnung getragen.

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die zu vollziehende Strafe von einem Jahr dem Angeklagten erlaubt, diese in der Form der Halbgefangenschaft zu verbüssen. Die Halbgefangenschaft ermöglicht wiederum, dass er das von ihm aufgebaute Transportprojekt mit seinen beiden Mitarbeitern in der Schweiz ohne weiteres auch während des Vollzugs weiterführen kann. Wie der Angeklagte an Schranken vor Obergericht selbst ausgeführt hat, erledigt er die ihm als Geschäftsführer vorbehaltenen Arbeiten mittels Fax, Telefon etc. Diese Arbeiten kann er somit bedarfsweise im Strafvollzug auch in den Randzeiten und an den Wochenenden von der Vollzugsinstitution aus erledigen. Wie bereits vorstehend aufgeführt, sind die 91 Tage Untersuchungshaft auf das unbedingt ausgesprochene Jahr anrechenbar, so dass die zu vollziehende Strafe noch neun Monate beträgt.

1.3 Der Angeklagte möchte die unbedingt ausgesprochene Strafe zu Gunsten einer ambulanten psychiatrischen Massnahme aufgeschoben wissen. Diesen Antrag begründet er damit, dass ein unbedingt Strafvollzug, auch in Form der Halbgefangenschaft, sich auf die Resozialisierung nachteilig auswirken würde. Hingegen würde eine intensive ambulante psychiatrische Therapie den Strafzweck fördern. Die Therapeutin gehe davon aus, dass bei einer unbedingten Freiheitsstrafe die hohe Wahrscheinlichkeit einer psychischen Dekompensation zufolge weiterer Verschlechterung der Chancen auf berufliche Integration bestehe. Die Therapeutin stelle bei einer unbedingten Freiheitsstrafe den Erfolg der deliktorientierten Arbeit in Frage. Folglich sei es in spezialpräventiver Hinsicht angezeigt, dem umfassend geständigen Angeklagten über die Gewährung eines Strafaufschubs die Möglichkeit einzuräumen, sich im Arbeitsleben wieder zu integrieren, was Grundlage für eine künftige erfolgreiche Therapie bilde. Nicht ausser Acht gelassen werden dürfe, dass der Angeklagte mit seinem schuldhaften Handeln seine Familie, seine Anstellung und ganz allgemein seine soziale Integration verloren habe. Diese sehr weitreichenden Konsequenzen seien weit mehr Strafe als der Vollzug der Freiheitsstrafe selber. Schon nach drei Monaten Voll-

zug resigniere man. Neun bis zwölf Monate Halbgefangenschaft seien eine sehr strenge Sache. Die Kraft für die Therapie würde dann fehlen. Das Familieneinkommen sei gefährdet, die Familie wäre Leidtragende.

Die Staatsanwaltschaft wirft ein, bei derartigen Straftaten, bei einem derartigen Täterverhalten werde das Strafrecht schlicht unglaublich, wenn am Schluss die einzige Sanktion darin bestehe, dass der Täter, der auf perverse Art seine minderjährige Tochter sexuell missbraucht und so ihr Leben drastisch verändert habe, mit einer bedingten Freiheitsstrafe und schlimmstenfalls noch mit einer ambulanten Behandlung „bestraft“ werde. Was die Staatsanwaltschaft besonders erstaune, ja erschrecke, sei die Tatsache, dass der Angeklagte offensichtlich verdränge, in welcher schwerwiegenden Weise er ein Kind sexuell missbraucht habe. Der Strafanspruch des Staates werde faktisch negiert, das ganze Vorgehen des Angeklagten zu einem Therapiefall verharmlost. Für die Staatsanwaltschaft stelle sich im Übrigen die Frage, ob diese Form der Therapie den Auflagen des Gerichts im Zusammenhang mit der Therapierung eines Sexualstraftäters gerecht werde. Die Staatsanwaltschaft habe keine Einwände gegen eine Therapie, doch sei sie vermehrt und mit Schwergewicht auf die Tat, die schwerwiegenden sexuellen Übergriffe und die damit verbundenen Probleme auszurichten. Mit der Vollzugsform der Halbgefangenschaft könne der Angeklagte faktisch ohne Einschränkungen eine allfällige Erwerbstätigkeit weiter ausüben oder sogar ein besonderes Beschäftigungsprogramm besuchen, sich somit gezielt für eine Resozialisierung einsetzen. Zudem bestehe die Möglichkeit, die ambulante Massnahme im Rahmen des Strafvollzugs weiterzuführen.

Das Gericht kann den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 2 StGB). Es ist Sache des Richters, im Einzelfall festzulegen, ob der Strafvollzug zu Gunsten der ambulanten Behandlung aufgeschoben werden soll. Er stützt sich dabei auf ein psychiatrisches Gutachten (*Stefan Trechsel et al.*, Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, N 5 und 6 zu Art. 63). Entsprechend der bisherigen konstanten Praxis gilt der Grundsatz, dass die Strafe vollstreckt und die ambulante Massnahme gleichzeitig durchgeführt wird. Es ist mithin vom Ausnahmecharakter des Strafaufschubs auszugehen. [...] Im Sinne einer Zusammenfas-

sung von Lehre und Rechtsprechung ist für längere Strafen (über zwei Jahre) festzuhalten, dass ein Aufschub der Strafe einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Er muss die reale Aussicht eröffnen, einen psychisch schwer gestörten Täter erfolgreich zu behandeln. Je schwerer die Straftaten und je leichter die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit, desto weniger drängt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Strafaufschub auf (vgl. *Marianne Heer*, Basler Kommentar, Strafrecht I, Basel 2007, N 39 und 60 zu Art. 63).

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Gutachten des Psychiatrischen Zentrums Herisau anführt, dass die psychotherapeutische Bearbeitung der inzestuösen Beziehung zweckmässig erscheine. Eine geringe Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Tatsachen sexueller Natur sei nicht ausgeschlossen. Die empfohlene psychotherapeutische Betreuung könnte eine solche Gefahr vermindern. Der aktuelle Therapiebericht von S. vom 21. Dezember 2009 schätzt das Rückfallrisiko ebenfalls als gering ein. Weiter wird eine ambulante psychotherapeutische Behandlung des Angeklagten, evtl. mit einer Einbindung in eine Gruppentherapie für Sexualstraftäter, zur Senkung seines Rückfallrisikos als indiziert erachtet. Gestützt auf diese übereinstimmenden Aussagen verschiedener Fachleute ist es für das Obergericht somit hinsichtlich der Aufarbeitung der hier zu beurteilenden Straftaten sowie der Rückfallgefahr ebenfalls unerlässlich, dass der Angeklagte die bereits begonnene Therapie im Sinne einer Massnahme nach Art. 63 Ziff. 1 StGB weiterführt. Bezüglich dieser Therapie ist indessen nach Ansicht des Obergerichtes inskünftig inhaltlich das Schwergewicht weniger auf die persönliche Befindlichkeit des Täters, sondern (noch) mehr auf die von ihm verübten Straftaten und deren Folgen für das Opfer zu legen.

Weiter ist zu klären, ob – wie dies der Appellant beantragt – in casu der Aufschub der in der Höhe von einem Jahr unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe am Platz ist. Das vorerwähnte Gutachten, welches bereits zwei Jahre alt ist, äusserte sich damals zur Frage, ob der Vollzug einer Freiheitsstrafe die ambulante Behandlung verunmöglichen würde, wie folgt: „Der Explorand ist seit der Zeit der Untersuchungshaft in Behandlung wegen eines depressiven Zustandes. Ein Vollzug der Freiheitsstrafe könnte sich ungünstig auf den depressiven Zustand auswirken und somit die psychotherapeutische Arbeit gefährden“. Der Therapiebericht führt dazu an: „Seit Therapiebeginn ist die weitere berufliche Entwicklung des Angeklagten, und damit das Wie-

dererlangen von finanzieller Selbständigkeit ein zentrales Thema. Eine Freiheitsstrafe würde für ihn, nicht nur, weil er nicht arbeiten könnte, starke finanzielle Einbussen zufolge haben. [...] Der Vollzug einer Freiheitsstrafe würde zumindest kurzfristig einen grossen Rückschritt in beruflicher Hinsicht aber auch in Bezug auf die Psychotherapie bedeuten. [...] Entsprechend hätte der Vollzug der Freiheitsstrafe negative Auswirkungen auf die Resozialisierung des Angeklagten.“

Das Obergericht lässt in seine Beurteilung nachfolgend weitere Gesichtspunkte einfließen und sieht gestützt darauf in casu keine besonderen Umstände oder Gründe, welche es rechtfertigen würden, eine Ausnahme zuzulassen und den Strafvollzug zugunsten der Weiterführung der begonnenen Psychotherapie aufzuschieben. So werden die Hauptbedenken der Therapeutin bezüglich der beruflichen Zukunft des Angeklagten mit der Vollzugsform der Halbgefangenschaft weitgehend zerstreut. Wie bereits vorstehend aufgeführt, ist die Weiterführung des vom Angeklagten zwischenzeitlich aufgebauten Geschäfts auch während des Vollzugs, mit Hilfe moderner Kommunikationsmittel selbst an den Wochenenden und den Abenden, möglich. Auch die vierzehntäglich stattfindende Therapiesitzung ist während des Vollzugs problemlos durchführbar. Zudem muss die vorstehend angeführte massgebliche Lehre und Rechtsprechung Eingang in die Beurteilung finden. Dementsprechend sind, angesichts der Strafdauer von drei Jahren sowie der laut Gutachten nur leichten Verminderung der Schuldfähigkeit, an einen Aufschub des Strafvollzugs, zugunsten einer psychiatrischen Massnahme erhöhte Voraussetzungen zu stellen, welche aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht erfüllt sind. Abschliessend ist anzufügen, dass negative Gefühle des Verurteilten im Hinblick auf die Verbüssung einer Gefängnisstrafe sowie ein gewisser Zusatzaufwand für die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit während des Strafvollzugs zwar nachvollziehbar sind, jedoch selbstverständlich keinen Grund für eine unzulässige Privilegierung gegenüber anderen Straftätern darstellen können. Dasselbe gilt für den Hinweis des Verteidigers, der Vollzug in der Form der Halbgefangenschaft sei „streng“.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass ein Aufschub des Strafvollzugs zugunsten der ambulanten Psychotherapie abzulehnen und die Therapie auch während des Vollzugs der unbedingten Freiheitsstrafe von zwölf Monaten durchzuführen ist.

OGer, 31.08.2010

Eine gegen das Strafmass, den teilbedingten Strafvollzug und den Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme gerichtete Beschwerde in Strafsachen hat das Bundesgericht am 23. Mai 2011 abgewiesen, soweit es darauf eintrat.

3557

Strafrecht. Konkurrenz. Zwischen dem Tatbestand der Schändung gemäss Art. 191 StGB sowie der sexuellen Handlungen mit einem Kind gemäss Art. 187 StGB besteht echte Konkurrenz (Idealkonkurrenz).

Sachverhalt:

Der Angeklagte verging sich von ungefähr 2002 bis im Sommer 2005 mehrfach sexuell an seinen beiden Töchtern B., Jahrgang 1999, und C., Jahrgang 2001.

Aus den Erwägungen:

Der Angeklagte lässt vorbringen, das Bundesgericht begründe die Anwendung der Straftatbestände der Schändung und der sexuellen Handlungen mit einem Kind in Idealkonkurrenz mit dem Umstand, dass die zwei Gesetzesbestimmungen verschiedene Rechtsgüter schützten. Allerdings, auch das Bundesgericht könne sich zuweilen irren. Zudem sei er mit seiner gegenteiligen Auffassung nicht allein. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung werde in der Lehre praktisch einheitlich abgelehnt. Er verweise auf *Stratenwerth, Trechsel, Jenni, Donatsch, Hangartner, Rehberg, Schmid und Schubarth*, wobei er darauf verzichte, die einzelnen Fundstellen hier zu zitieren. Sie würden sich aber alle im Handkommentar von *Trechsel* und im Basler Kommentar finden. Nach deren Auffassung liege Alternativität und nicht Idealkonkurrenz vor. Sie würden ihre Auffassung im Wesentlichen damit begründen, dass es um sehr ähnliche Rechtsgüter gehe. Nur wenn die Urteilsunfähigkeit nicht auf das Alter, sondern auf andere Gründe zurückzuführen seien, z.B. Berauschung mit Drogen oder Fesselung, dann liege Idealkonkurrenz vor. Diese Begründung überzeuge, weshalb entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur entweder Art. 187 oder Art. 191 StGB zur Anwendung kommen könne.